

ドイツ企業結合規制における「結合参加企業」について

山 部 俊 文

- 一 はじめに——課題の設定——
- 二 G W Bによる企業結合規制の概要
 - (一) G W Bの企業結合規制の体系
 - (二) 形式的企業結合規制
 - 1 事前届出制度
 - 2 事後報告制度
 - (三) 実体的企業結合規制
- 三 結合参加企業の範囲
 - (一) 各企業結合形態における結合参加企業の範囲
 - 1 G W Bにおける企業結合

- 2 資産取得による企業結合と結合参加企業
 - 3 持分取得による企業結合と結合参加企業
 - 4 契約による企業結合と結合参加企業
 - 5 役員兼任による企業結合と結合参加企業
 - 6 その他の企業結合と結合参加企業
 - 7 G W B 二三条二項六号による企業結合と結合参加企業
- (二) 企業結合概念の拡大・縮小と結合参加企業の範囲の拡大
- 1 企業結合概念の拡大・縮小
 - 2 結合参加企業の範囲の拡大
- 四 結合参加企業概念の機能する局面
- (一) 形式的企業結合規制に係わるもの
- 1 届出義務及び報告義務発生の数量的要件である売上高の算定
 - 2 報告義務者及び届出義務者
 - 3 報告・届出事項
 - 4 連邦カルテル庁の説明請求
 - 5 事前規制の禁止期限の延長
- (二) 実体的企業結合規制に係わるもの
- 1 許容条項（適用除外）における売上高の算定
 - 2 推定規定における売上高等の算定
 - 3 G W B 二四条一項の禁止基準
- (三) 市場支配的地位と結合参加企業（企業結合の第三者への効果）

五 市場支配的地位の担い手としての結合参加企業

(一) 第三者の市場支配的地位の形成又は強化

1 通説的見解

2 少数説

3 検討

(二) 結合参加企業と資本関係にある企業における市場支配的地位

六 結びにかえて——日本法の状況——

一 はじめに⁽¹⁾——課題の設定——

本稿は、ドイツの競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen 以下、GWBと云う) の企業結合規制における「結合参加企業 (am Zusammenschluß beteiligte Unternehmen)」という概念を取り上げて、検討を加えるものである。「結合参加企業」は、「参加企業 (beteiligete Unternehmen)」あるいは講学上、「結合参加者 (am Zusammenschluß Beteiligte) (Zusammenschlußbeteiligte)」とも言われることがあるが、GWBの企業結合規制全般にわたる種々の規定で機能している実定法上の概念である。結合参加企業の範囲については、後で見ることにするが、端的に言えば、問題とされる企業結合の当事者たる企業、あるいは、それと密接な関係にある企業のこと

を意味している。

GW Bでは、これらの一群の企業を「結合参加企業」等と呼び、企業結合規制の種々の局面でこの概念を使用しているが、企業結合規制の中心的規制基準である「市場支配的地位の形成又は強化」(GW B二四条一項前段)との関連において、興味深い理論上の問題点を提起している。すなわち、ドイツの通説的見解によれば、二四条一項前段で要求される「市場支配的地位の形成又は強化」は、「結合参加企業」において生じる必要があると解されていることである。⁽⁴⁾つまり、企業結合規制が発動されるのは、「結合参加企業」において「市場支配的地位の形成又は強化」が見込まれる場合にある意味で限定されるというものである。この問題は、二四条一項前段の「市場支配的地位の形成又は強化」の解釈上の論点としては、「企業結合の第三者に対する効果」、あるいは、「第三者の市場地位の強化」という形で提起される論点である。

本稿はこの問題の検討を最終的な課題とするものであるが、このように市場支配的地位の担い手とされる「結合参加企業」という概念が、そもそもどのようなものであるのか(その意義・範囲はどのようなものであるのか)、また、GW Bの企業結合規制全体において、「結合参加企業」という概念がどのような局面においてどのように用いられているのか、という点についても検討を加えて行く。つまり、「結合参加企業」という観点を手がかりにして、GW Bの企業結合規制を整理・検討することも本稿の課題となる。さらに、これらの検討の前提作業としての意味も含め、本稿では、GW Bの企業結合規制の一連の手順・規制基準についても一応の概観を施している。また、前記市場支配的地位の担い手の問題について、日本法の状況にも言及することとした。

本稿の構成をここで簡単に挙げておくと、まず、GW Bによる企業結合規制の概要を取り上げて本稿の考察の基礎とする(一)。次いで、「結合参加企業」の意義・範囲について検討を加え(二)、GW Bの企業結合規制において「結

合参加企業」という概念が用いられている局面を整理する(四)。以上の作業を踏まえて、市場支配的地位の担い手は「結合参加企業」に限定されるのかどうかという上述の問題について検討を加える(五)。最後に、同様の問題についての日本法の状況について若干の考察を行うこととする(六)。

- (一) はじめに、主要な参考文献(独文)を掲げておく。以下、これらについては、略称又は単に a. a. O. として引用する。
- Bechold, Das neue Kartellrecht, 1981;
- Canenbley/Moosecker, Fusionskontrolle, 1981;
- Emmerich, Kartellrecht, 4. Auflage, 1982 (im folgenden) »KartR, 4. Auflage«;
- Emmerich, Kartellrecht, 5. Auflage, 1988 (im folgenden) »KartR, 5. Auflage«;
- Glassen/von Hahn/Karsten/Kolvenbach/Lehmann (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Gesetz gegen Wettberbsbeschränkungen (im folgenden) »FK«;
- Immenga/Mestmäcker, Gesetz gegen Wettberbsbeschränkungen, Kommentar, 1981 (im folgenden) »I/M«;
- Kleinmann/Bechold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Auflage, 1989;
- Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Auflage, 1982;
- Müschel, Recht der Wettberbsbeschränkungen, 1983 (im folgenden) »RWB«;
- Müller-Urri, Kartellrecht, 1989;
- Müller/Gießler/Scholz, Wirtschaftskommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wettberbsbeschränkungen, Kartellgesetz, 4. Auflage, 1981;
- Müller-Hennberg/Schwartz/Benisch (Hrsg.), Gesetz gegen Wettberbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar, 4. Auflage, 1980 ff. (im folgenden) »GK«;
- Neiser, Die Praxis der deutschen Fusionskontrolle, 1981;
- Rinck/Schwarz, Wirtschaftsrecht, 6. Auflage, 1986;

Rittner, Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, 1987;

Westrick/Loewenheim, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, 4. Auflage, seit 1977.

(2) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 274, 本稿でも適宜「これらの表現を使用する。ただし、GWB 五一条二項による企業結合規制手続の参加者である「手続参加者 (Verfahrenseteiligte)」あるいは「GWB 二四条六項・七項における企業結合の解消手続への参加者は、ここで言う結合参加企業とは異なる概念である。「手続参加者」については、とりたてて本稿では取り上げない。なお、この点については、本稿三及び四の註(3a)を参照。

(3) なお、Beteiligungsunternehmen という用語もあるが、これは「被参加企業」、つまり、持分を保有されている企業のことである。

(4) 正確に言えば、市場支配的地位の担い手とされるのは、結合参加企業及びそれとGWB 二三条一項二文(結合条項(Verbundklausel))の意味で結び付いている企業である。結合条項については、本稿二(一)2の三を参照。

二 GWBによる企業結合規制の概要

まず、GWBによる企業結合規制の一連の手順及び規制基準等、企業結合規制全般について説明を施すこととする。もっとも、概観を述べるにとどまる。

(一) GWBの企業結合規制の体系

GWBの企業結合規制は、以下の規定から構成されている。

二三条 市場支配的企業の濫用行為の規制

二三条 企業結合の事後報告義務

二三a条 市場支配的地位に関する推定規定

二四条 企業結合の規制

二四a条 企業結合の事前届出・事前規制

これらの規定⁽¹⁾によるGWBの企業結合規制の体系について述べておくと、大きく「形式的企業結合規制 (formelle Fusionskontrolle oder Zusammenschlußkontrolle)」⁽²⁾と「実体的企業結合規制 (materielle Fusionskontrolle oder Zusammenschlußkontrolle)」に分けて整理される場合がある⁽³⁾。形式的企業結合規制は、企業結合の(事後)報告義務 (Anzeigepflicht) (GWB二三条)及び(事前)届出 (Anmeldung) (GWB二四a条)を内容とするものである。報告義務制度一九五七年のGWB制定当時から存在していたが、届出制度は一九七三年の第二次GWB改正によって新設されたものである。後者は企業結合の事前規制に関する規定であることから、実体規制として位置づけられることもある⁽⁵⁾。実体的企業結合規制は、一定の場合に企業結合を禁止することを内容とするもので、禁止手続を含め直接的には一九七三年の第二次改正時に導入されたGWB二四条による規制を指す。さらに、企業結合の禁止要件(の一つ)である市場支配に関係する規定 (GWB二二条一項・二項 (定義規定)、二二条三項・二三a条 (推定規定))もこの系列に含まれる。

企業結合規制の対象となる「企業結合 (Zusammenschluß)」概念は、報告義務 (つまり、形式的企業結合規制)に関する規定であるGWB二三条二項・三項で定義されているが、基本的には、両者の規制に対して共通の基礎を提供するものと理解されている⁽⁶⁾。形式的企業結合規制と実体的企業結合規制は、基本的に、別個・独立の規制であると理解されている⁽⁷⁾が、関連がない訳ではない。GWB二四a条の事前届出制度については、前述のように企業結合の事前

規制（つまり、実体的企業結合規制）として位置づけることも可能であるし、事後報告制度についても、実体的企業結合規制と法律的に全く無関係という訳でもない。従って、形式的企業結合規制と実体的企業結合規制の区別は、GWBの企業結合規制の体系的説明として必ずしも適切なものとは言えないとする指摘もある⁽⁸⁾。いずれにせよ、形式的企業結合規制（とくにGWB二三条の報告義務）と実体的企業結合規制の並存が、GWBの企業結合規制を複雑なものとしている原因となっていることは否めない。さらに、GWB二三条の規定自体も、企業結合規制全体に係わる種々の擬制規定、加算規定、参照規定等が錯綜し複雑なものとなっており、この点もGWBの企業結合規制を見通しにくいものとしている原因となっていると思われる⁽⁹⁾。

また、GWBによる企業結合規制については、形式的企業結合規制と実体的企業結合規制という体系ではなく、別の整理によって説明される場合もある。すなわち、GWB二三条以下の企業結合規制について「取り上げ基準」(Aufgreifkriterien)と「介入基準」(Eingreifkriterien)とに区分するものである。「取り上げ基準」には、企業結合の概念（企業結合の成否）及び適用除外——「許容条項」(Toleranzklausel)」（二四条八項）——の問題が含まれる。この「取り上げ基準」を充足する場合、つまり、「企業結合」が成立し、許容条項による適用除外が認められない場合に、「介入基準」に照らして当該企業結合の適否が判断される。この場合の「介入基準」には先に述べたGWB二四条による実体的企業結合規制（「許容条項」を除く）の問題が含まれる⁽¹⁰⁾。

以上のような企業結合規制の体系（論）には、実益という観点からは余り意味はないと思われる⁽¹¹⁾が、以下では、基本的に、形式的企業結合規制（二）及び実体的企業結合規制（三）という区分に従って、解説を加えることとしたい。両者の規制の共通の前提となる「企業結合」概念については、本稿三の結合参加企業の範囲の検討のところで取り上げる。また、連邦カルテル庁による禁止手続については、説明の便宜から、形式的企業結合規制のこの

ろで言及する。

(二) 形式的企業結合規制

1 事前届出制度

GWBは、企業結合のその計画段階での連邦カルテル庁への届出と企業結合実行後の報告という二つの制度を用意している。前者は企業結合の事前規制を企図するものであるが、GWBが原則としているのは、(事後報告を基礎とする)事後規制であるといわれる⁽¹²⁾。もっとも、どちらが「原則」と言ったところで実益は乏しい。以下、事前届出制度について概観する。

一 二四a条の事前届出は、企業結合の事前規制を企図するものである。企業結合規制の規制方法としての事前規制は、一般的に、次のようなメリットがあるとされる。すなわち、

①事前規制は企業結合の実行を事前に阻止するものであるから、企業結合後の規制の有する既実行の企業結合の解消という困難な手続をとらずにすむこと、

②企業結合が競争制限的效果を有する場合に、そのような競争上のネガティブな作用が現実のものとはならずすむこと(つまり、競争制限的な効果を有する企業結合がたとえ違法なものとされても、それが解消されるまでは市場に対して競争制限的效果が現実⁽¹³⁾に発生するが、事前規制の場合は、そのような危険はない)、

③企業側にとっても、企業結合が結局のところ法的に許容されるかどうかははっきりすること、⁽¹³⁾
などである。

これに対して、事後規制の利点とされるのは、企業結合がともかくも(早急に)実施可能であると言う点にある。

このことは、とくに企業結合の当事者の一方(あるいは両方)が破綻に類しているようないわゆる「再建合同(Sanierungsfusion)」について妥当する。⁽¹⁴⁾ いずれにしても、一般に企業側が短期間での企業結合の適否の判断を求めめるのに対して、規制当局側は企業結合の吟味について十分な調査のために一定の期間を欲するという対立が避けられ⁽¹⁵⁾ない。⁽¹⁶⁾

二 G W B 二四 a 条一文によれば、次の場合に企業結合計画の届出が義務づけられる。すなわち、

- ① 一結合参加企業が、最終事業年度において二〇億マルク以上の売上高を有する場合、又は(同一号)、
- ② 二以上の結合参加企業が、最終事業年度において、各々一〇億マルク以上の売上高を有する場合(同一号)⁽¹⁶⁾、又は、
- ③ 企業結合が州(Land)の法律又はその他の高権的行為(Gesetz oder sonstige Hoheitsakte)によつて行われる場合(同一号)、⁽¹⁷⁾
である。

①、②の届出義務発生の要件は、もっぱら結合参加企業の企業規模(売上高)を基準としており、特定の市場というものに注目したものではない。これらは、企業規模に着目し、大規模企業の結合を事前規制の下に置くことを強制するものと言い得る。もっとも、連邦カルテル庁の実務によれば、G W B 二四 a 八項の許容条項(適用除外)に該当し、実体的規制を免れることが明らかな企業結合については、届出義務から除外されている。⁽¹⁸⁾ ③は州の高権的作用に基づく企業結合についても連邦(連邦カルテル庁)が規制できることを確認するとともに、そのような企業結合を事前規制の下に置くことを意図するものであるが、売上高等の企業結合の規模とは無関係に、州の高権的作用による企業結合についてはとにかく全面的に事前届出が強制されると解する見解と、当該企業結合が実行されるとG W B 二三 条一文により報告義務が生じ、さらに、G W B 二四 a 八項の許容条項に該当しない場合についてのみ届出義務が

生じるとする見解⁽²⁰⁾に分かれている。なお、届出義務の不履行は、報告義務の不履行とは異なり、秩序違反を構成せず、過料の制裁はない⁽²¹⁾。また、同じく、報告義務違反と異なり、届出を強制することもできないが、GWB二四a条四項の企業結合計画の実行禁止に服することになる。

また、事前に届け出られた企業結合計画は、その実行後においてもGWB二三条の報告義務の要件を充足する限り、連邦カルテル庁に（事後）報告されなければならないが、その意味で届出制度と報告制度は、別個・独立のものである。

三 この事前届出は、任意に行うことも可能である（GWB二四a条一項一文参照⁽²²⁾）。この任意の届出の企業側にとつてのメリットは、事前届出によつた企業結合の審査期間が事後報告の場合（二カ月）に比べて短いこと（四カ月）が挙げられる⁽²³⁾。審査期間経過後は、連邦カルテル庁の禁止権限は消滅する。これに対して、（届出義務がない場合に）任意の届出をしない企業結合は、企業側にとって、ともかく企業結合を実行しておくことによって、原状回復が困難な状況を作りだしておき、さらに、長期にわたる場合もある禁止手続及び企業結合の解消手続において、企業結合後に生じる企業側に有利な証拠を提出する機会を得ることができるといふ「メリット」がある⁽²⁴⁾。ともかく、實際上、この任意届出について、企業側は慎重な態度をとっているとされる⁽²⁵⁾。任意の届出については義務的届出と異なり、届出後の企業結合計画の実行は可能であり、企業結合の実行後は事後規制に服することとなる⁽²⁶⁾。

四 義務的届出の法的な効果は、四カ月間の待機義務（Wartepflicht）⁽²⁷⁾ 企業結合計画の実行の禁止（連邦カルテル庁から見れば、これが審査期間となる）が生じることである。これは届出の時点から進行する。この期間が経過すると、連邦カルテル庁の禁止権限は消滅する。具体的な手続は、以下の通りである。すなわち、企業結合計画が連邦カルテル庁に届出されると、連邦カルテル庁は届出後一カ月以内に当該企業結合計画の審査に入ることを届出人に通知し、

この通知（一ヶ月書簡 (Monatsbrief)）がなされた場合において、届出後四カ月以内に限り連邦カルテル庁は当該企業結合計画を禁止することができる（GWB 二四 a 条二項一文）。届出後一カ月の期間の経過以前に、あるいは、連邦カルテル庁による審査に入る旨の通知がなされた場合においては、届出後四ヶ月の期間の経過以前に企業結合を實行すること、又は、実行に協働する (mitwirken) こと（例えば、公証人によるもの）⁽²⁷⁾は禁止される（GWB 二四 a 条四項一段本文）。この禁止の違反は、秩序違反を構成し、過料の制裁がある（GWB 三八条一項八号）。また、この禁止に違反してなされた法律行為は、無効 (unwirksam) となるのが原則であるが（GWB 二四 a 条四項二段）⁽²⁹⁾、後で有効性を回復する可能性を有しており、「暫定的無効 (schwebende Unwirksamkeit) である」と解されている。⁽³⁰⁾ すなわち、企業結合の禁止処分が確定した場合は、遡って「無効 (Nichtigkeit)」となり、⁽³¹⁾待機期間経過後又は連邦カルテル庁の禁止処分が破棄された場合は、実行行為は遡って有効となるとされる。⁽³²⁾

この四カ月の待機期間は、次の場合に延長され、四カ月経過以降も、連邦カルテル庁は企業結合を禁止することが可能である。すなわち、

- ① 結合参加企業が⁽³³⁾この期間の延長を承諾した場合（GWB 二四 a 条二項一文一号）、
- ② 先に挙げた一カ月、又は、四カ月の期間の経過以前に企業結合が実行された場合（同二号）、
- ③ 企業結合が届出されたものとは異なって実行された場合（同三号）、
- ④ 企業結合が未だ実施されていない場合であって、かつ、連邦カルテル庁が一カ月以内の通知又は二四条二項一文の禁止処分をしない根拠となった事情が、実質的に変化した場合（同三号）、
- ⑤ 連邦カルテル庁が虚偽又は不完全な届出内容によって、一か月以内の通知又は二四条二項一文の禁止処分をしなかつた場合（同四号）、

⑥ G W B 二三条六項又は四六条による結合参加企業の連邦カルテル庁への説明が実行されず、又は、期限内に説明が行なわれない場合であつて、かつ、連邦カルテル庁がそのために、一か月以内の通知又は二四二条一項一文の禁止処分をしなければならぬ場合（同六号）、⁽³⁴⁾である。

五 審査の結果、G W B 二四二条一項の禁止基準が充足される場合、連邦カルテル庁は当該企業結合を禁止する。この禁止処分によつて、連邦経済大臣の許可を得ずに企業結合計画を実行すること、又はそれに協働することは許されず（G W B 二四二条二項四文一段）、これに反する法律行為は無効（unwirksam）となる（同二段）。この無効も、二四二条四項におけると同様「暫定的無効」とされ⁽³⁵⁾、また、この禁止に対する違反については同じく過料の制裁がある（G W B 三八条一項八号）。なお、届出内容及び届出義務者については、報告義務と同様であるとされているが⁽³⁶⁾（G W B 二四二条一項三文）、これについては後述する（本稿四（一）2）。

2 事後報告制度

一 企業結合計画の届出義務が発生せず、任意の届出手続をとつて禁止処分を受けることがなければ、企業結合は実行可能である⁽³⁷⁾。実行された企業結合は、G W B 二三条一項一文の要件に該当する場合には、連邦カルテル庁に対して報告されなければならない。G W B 二三条の報告義務は、G W B 二四二条による企業結合の実体規制に対して、独自の意義を有している⁽³⁸⁾。報告義務制度は次の二重の目的を有するとされる⁽³⁹⁾。第一に、企業集中現象について連邦カルテル庁の情報収集を担保することである。連邦カルテル庁は、報告を受けた企業結合について、連邦公報（Bundesanzeiger）によつて公表しなければならないので（G W B 一〇条一項一文四号）、広く国民一般にも情報を提供すること

が可能となる。報告義務制度の目的の第二は、GWB二四条の実体規制を実施するためである。しかし、GWB二三条一項の報告義務とGWB二四条の実体規制との法律上のつながりは、報告によって二カ月の禁止期限が進行することにより(二四条二項二文二段)、これ以外に法律上のつながりは存在していない。また、報告(又は届出)がなくとも、連邦カルテル庁は企業結合規制の手続を開始することは可能である(GWB二四条二項二文)。

二二三条一項一文によれば、報告義務の生じる企業結合は、企業結合以前の最終事業年度において参加企業が合計で五億マルク以上の売上高を有する場合である。⁽⁴⁰⁾ 企業結合はその実行後、遅滞なく(unverzüglich)報告されなければならぬ。五億マルクの売上高という報告義務の要件は、特定の市場ではなく、企業規模そのものに着目したものである。従って、外国市場での売上高も算入されて判断される。⁽⁴¹⁾ 報告義務の不履行は、秩序違反を構成し、過料の制裁が加えられ(GWB三九条一項二号)、⁽⁴²⁾ 「行政執行法(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)」によって報告の履行が強制される。

三 五億マルクの売上高については、GWB二三条一項二文の結合条項(Verbundklausel)⁽⁴³⁾によって、結合参加企業と一定の結合関係にある企業のそれも付加されて算定される。⁽⁴⁴⁾ 結合条項によれば、参加企業が株式法一七条に言う支配企業又は従属企業である場合、又は、株式法一八条に言うコンツェルン企業である場合は、それらの企業は、売上高及び市場占拠率の算定については、単一の企業とされる。例えば、Aに従属している企業Bが、Zの持分二五%を取得した場合、Bに従属するXがあれば、報告義務の要件としての売上高の算定については、全ての企業の売上高が合算される。持分取得者B(後述するように、結合参加企業となる)、被参加企業Z(同じく結合参加企業となる)、持分取得者Bの支配企業としてのA、持分取得者Bに従属する企業としてのX⁽⁴⁵⁾である。

ここで、結合条項について若干の説明を追加しておきたい。結合条項ないし結合条項によって掲げられている結合

企業 (verbundene Unternehmen) は、多くの準用規定によって、GWBの企業結合規制の種々の規定で用いられている。すなわち、

- ① 二三条三項二文によって、同一文の市場支配の推定における市場占拠率及び売上高の算定について、
- ② 二三条二項二号二文(加算条項)による取得持分の合算について、
- ③ 二三条三項三文の結合参加企業の範囲の拡大について、
- ④ 二三条五項三文による報告事項の拡大について、
- ⑤ 二三a条三項によって、同一項・二項の市場支配の推定における市場占拠率、売上高の算定について、
- ⑥ 二四条八項(許容条項)二文によって、同一文の実体規制の適用除外に関する売上高算定について、⁽⁴⁶⁾などである。

支配従属関係、あるいは、コンツェルン関係にある企業を売上高の算定等について一体のものとするのは、それが法的には独立していても競争上は統一的な企業体を構成するという考慮によ⁽⁴⁷⁾っている。結合条項が株式法に依拠しているとしても、株式法とGWBとの異なる法目的(株式法は従属会社、その社員、債権者の保護、GWBは競争の保護)に照らして、株式法における結合企業に関する解釈をそのままGWBに取り入れる必然性はないとされる⁽⁴⁸⁾。しかし、少なくとも、株式法上の支配従属関係が肯定されるような場合は、結合条項に言う支配従属関係を充足すると⁽⁴⁹⁾され、結合条項による従属性の認定は、株式法におけるよりも、緩やかに解釈される余地があるとされる⁽⁵⁰⁾。

四 報告義務者は、法文上、結合参加企業の所有者、代表者等であるとされているが、これについては、後述する(本稿四(一)2)。報告の内容は、GWB二三条五項に規定されている。それによれば、まず第一に、企業結合の形態(Form)が報告されなければならない(同一文)。さらに、結合参加企業に関して、その商号、所在(同一文一号)、

営業の種類（同二号）、市場占拠率及び売上高（同三号）、持分取得による企業結合の場合については取得持分及びそれと合わせて保有されることになる参加の額（同四号）等が報告されなければならない。結合参加企業が結合条項で規定される結合企業である場合は、一号ないし三号については、それら結合企業についても報告されなければならないし、結合企業間の関係についても同様である（同三文）。

五 これらの条件を満たした完全な報告は、連邦カルテル庁による企業結合の禁止の期限（一二月）の進行を開始させることは、すでに述べたとおりである。連邦カルテル庁は、これらの報告資料を基礎に、当該企業結合の審査に入るが、この場合、市場占拠率及び売上高について、結合参加企業に対して、補足説明を求めることができる（GWB二三条六項一文）。この説明義務違反も、秩序違反を構成し、過料の制裁がある（GWB三九条一項一号）。ここで、企業結合の禁止についても言及しておく、問題とされる企業結合が、GWB二四条一項の禁止要件を満たす場合、連邦カルテル庁は当該企業結合を禁止する。連邦カルテル庁にはこの場合の裁量権はないと解されている⁽⁵¹⁾。また、連邦カルテル庁は企業結合の一部について部分的な禁止処分を下すことはできず、禁止処分は当該企業結合の全面的な禁止を内容とする⁽⁵²⁾。既実行の企業結合への禁止処分は、後続する企業結合の解消手続（GWB二四条六項・七項）の法的な基礎を提供する（GWB二四条二項五文⁽⁵³⁾）。

(三) 実体的企業結合規制

一 連邦カルテル庁に届出又は報告のあった企業結合計画又は既実行の企業結合は、連邦カルテル庁の審査を受ける⁽⁵⁴⁾。審査の結果、GWB二四条一項に規定される規制要件に該当する場合、連邦カルテル庁は、当該企業結合を禁止する（二四条一項・二項）。もっとも、参加企業の売上高が五億マルク未満の場合等、二四条八項の「許容条項」に該当す

るケースについては、二四条の実体的規制は発動され^(54a)ない。

連邦カルテル庁による企業結合の禁止の基準は、以下の通りである。すなわち、

① 当該企業結合によって市場支配的地位の形成又は強化が予期され得ること（GWB二四条一項前段）、及び、
② 市場支配の弊害が当該企業結合によって生じる競争条件の改善によって凌駕されることが参加企業によって証明されないこと（同後段「衡量条項（Abwägungsklausel）」⁽⁵⁵⁾、

である。禁止処分を受けた企業結合も、連邦経済大臣によって許可される場合があるが、その基準は、

③ 個々のケースにおいて、競争制限が経済全体の利益と均衡するか、又は、企業結合が顕著な公共の利益によって正当化される場合（GWB二四条三項一文）、
である。

二 このうち、「市場支配」概念⁽⁵⁶⁾については、二四条自体には規定されず、市場支配的企業の濫用規制規定である二二条において定義される。二二条一項によれば、単独の企業が市場支配的であるとされるのは、

① 競争者がいない場合（同一号前段）、

② 実質的競争（wesentlicher Wettbewerb）に乏し⁽⁵⁷⁾な場合（同一号後段）、

③ 競争者との関係で、優越的市場地位（überlegende Marktstellung）を有する場合（同一号）⁽⁵⁸⁾、

である。③の優越的市場地位の認定については、市場占拠率のほか、資金力（Finanzkraft）、購入市場又は販売市場へのアクセス（Zugang）、他の企業とのつながり（Verflechtungen）、他の企業の市場参入に対する法的又は事実上の障害、販売又は需要を他の商品又は業務に切り換える能力（Fähigkeit）、市場の相手方（Marktgenseite）の他の企業への回避可能性が考慮されることになっている（同一号後段）。②が市場行動からのアプローチを志向している一

方、③は市場構造から市場支配的地位の認定をはかるものである。③はもっぱら企業結合規制を念頭に置いて、一九七四年の第二次GWB時に実体的企業結合規制と並んで新設された規定である。さらに、複数の企業についても、

④それらの間で実質的競争（内部競争（Binnenwettbewerb））が欠如し（内部関係（Innenverhältnis））、かつ、それらが全体として①、②、③の要件を充足する場合（外部関係（Außenverhältnis））、市場支配的であるとされる（二二条二項）⁽⁵⁷⁾。

以上が、単独又は複数の企業の市場支配的地位の定義であるが、二四条による企業結合規制においても、二二条で定義される市場支配概念が前提となる。二二条自体は市場支配的地位を有する企業の一定の濫用行動を規制するものであり、従って、GWBは市場支配的地位を有する企業の存在それ自体は許容していると見ることができる。GWB二四条により、企業の外的な成長である企業結合によるその獲得、強化が禁止されることになるが、逆から言えば、企業結合によらない市場支配的地位の獲得・強化は、それ自体としては規制を受けることはない。その場合は、市場支配的地位の濫用が規制される。同じく市場支配的地位をもたらずにもかかわらず、企業結合という企業の外的成長と、企業結合によらない内的成長とで取扱に差異を設ける根拠としては、次のようなことが主張されている。すなわち、内的成長による企業規模の拡大は、新たな生産能力（Kapazität）を創設することによって行われるのに対し、企業結合は既存のものを統合するに過ぎないことである。従って、内的成長は当該市場での競争の促進の契機となり、また、当該市場での競争によるテストを受けた上で行なわれることになり、その結果としての企業規模拡大も競争政策上容認される余地があることになる。⁽⁵⁸⁾

これらの規定による市場支配的地位の存否、その強化の認定⁽⁵⁹⁾をめぐっては、種々の議論があり、まさにGWBの企業結合規制における重要な論点を形成しているが、ここではGWBの市場支配概念が、一定の市場における特定の

(単独又は複数の) 企業の市場における地位に着目したものであり、それが一定の程度に達して「市場支配的地位」として評価される場合に、規制が加えられる点を指摘しておくにとどめる。また、日本法との対比で注目されるのは、複数企業の市場支配(「共同市場支配 (gemeinsame Marktbeherrschung)」又は「寡占的市場支配 (Oligopol-Marktbeherrschung)」)という市場支配の様相が、明文で規定されていることである。もっとも、この複数の企業による共同市場支配の規定は、濫用規制においても企業結合規制においても必ずしも有効に機能していないとされている。⁽⁶¹⁾

三 GWBは、単独及び複数の企業の市場支配的地位の存在、あるいは、その形成又は強化について一連の推定規定を設けている(二二条三項、二三a条)⁽⁶²⁾。各推定規定は、結合参加企業等の売上高・市場占拠率、市場規模等の数量的基準によって、市場支配的地位の存在、あるいは、その形成又は強化を推定している。推定規定には、次のものがある。

① 独占推定 (Monopolvermutung) (二二条三項一号) ≡ 一企業が三分の一以上の市場占拠率を有している場合、その市場支配的地位が推定される。

② 一般寡占推定 (allgemeine Oligopolvermutungen) (同二号) ≡ 三(又は五)以下の企業が、合計で五〇%(又は三分の二)以上の市場占拠率を有している場合、その市場支配的地位が推定される。

③ 侵入推定 (Eindringungsvermutung) (二三a条一項一号a) ≡ 二〇億マルク以上の売上高を有する企業が、中小企業が三分の二以上の市場占拠率を有し、結合参加企業が五%以上の市場占拠率を有する市場で活動する企業と結合する場合、優越的市場地位の形成又は強化が推定される。

④ 強化推定 (Versärfungsvermutung) (同一号b) ≡ 同く二〇億マルク以上の売上高を有する企業が、一億五千

万マルク以上の売上高を有する市場において市場支配的な企業と結合する場合、優越的市場地位の形成又は強化が推定される。

⑤ 大合同推定 (Großfusionsvermutung) (同一号) Ⅱ 結合参加企業が合計で一二〇億マルクの売上高を有し、二以上の結合参加企業が各々一〇億マルクの売上高を有する場合、優越的市場地位の形成又は強化が推定される。

⑥ 特別寡占推定 (qualifizierte Oligopolvermutungen) (二三 a 条二項) Ⅱ 三 (又は五) 以下の企業が、合計で五〇% (又は三分の二) 以上の市場占拠率を有している場合においては、企業結合後もそれらの企業間で実質的競争があること、又は、それらの企業が他の企業との関係で優越的市場地位を有していないことを企業側が証明しない限り、市場支配的であるとされる (但し、企業の最終事業年度の売上高が一億五千万マルク未満であるか、又は、結合参加企業の合計の市場占拠率が一五%以下である場合は、適用されない)。

これらの推定規定は、一部、GWB 二二条の「市場支配」概念の企業結合規制における変容を示していると考えられないではない。例えば、二三 a 条一項一号の侵入推定においては、結合参加企業の一方が (単に) 五%の市場占拠率を有する場合にも、「優越的市場地位」、つまり市場支配的地位の形成又は強化を推定しており、同じく大合同推定においても、結合参加企業の絶対的な売上高のみを基準として (その市場での地位は少なくとも法文上は無視されている) 市場支配的地位の形成又は強化を推定している。しかし、政府草案理由書及び学説もこれらの推定は、依然として GWB 二二条の市場支配概念の枠内にとどまるものであるとしている。⁽⁶³⁾

もっとも、これらの推定規定は、(特別寡占推定を除き) 連邦カルテル庁による審査の開始を動機づける「着手要件」、あるいは、市場支配の存否が不明の場合における不利益 (実質的証明責任) を企業側に転換するものと解されており、その実際上の意義は限定的なものとされている。⁽⁶⁴⁾

- (1) 二四b条の独占委員会に関する規定も、企業結合規制に係わる規定であると言えるが、規制自体との直接的なつながりはない。
 - (2) Fusion 及 Zusammenschluß の用語並びについては、本稿IIIの註(12)参照。
 - (3) Z. B. Bechtold, a. a. O., S. 124; Müller-Urli, a. a. O., Rn. 268 ff.
 - (4) 本稿では、GWB二三条の Anzeige を「報告」と訳し、二四a条の Anmeldung を「届出」と訳出する。両者の相違は、前者が企業結合の実行後になされるものであるのに対し(事後報告)、後者は企業結合の計画段階、つまり未実行の企業結合にいつてなされる(事前届出)点にある。
 - (5) Vgl. Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 126.
 - (6) Bechtold, a. a. O., S. 125; Möschele, RWB, Rdnr. 738; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 126.
 - (7) Vgl. z. B. Möschele, RWB, Rdnr. 791.
 - (8) Vgl. Bechtold, a. a. O., S. 124 f.
 - (9) Vgl. Möschele, RWB, Rdnr. 737.
 - (10) Emmerich, Kartr, 5. Auflage, insb. S. 337; vgl. Müller-Urli, a. a. O., Rn. 287; Rinck/Schwark, a. a. O., Rz. 544. もともと、形式的企業結合規制と実体的企業結合規制という整理と、この「取り上げ基準」と「介入基準」という整理は相容れないものではな。後者の区分は、もっぱら実体的企業結合規制を念頭においた整理である。
 - (11) Möschele, RWB 及 Cananbley/Moosecker, a. a. O. では、とりたてて体系を打ち立てていない。Möschele は、企業結合規制に際して行われる審査のチェックリストを掲げているが(Möschele, RWB, Rdnr. 737)、GWBによる企業結合規制の(時系列的な)流れを把握するには有用であると認められるので、以下、紹介する(なお、Cananbley/Moosecker, a. a. O. の同様の構成をとる)。
- 「企業結合」が存在するかどうかという問題(二三条三項・三項)
- 「企業結合計画」段階で、それを連邦カルテル庁に届出る義務があるかどうかという届出義務の問題(二四a条)

- 既実行の企業結合を連邦カルテル庁に報告する義務があるかどうかの問題(二三条一項・四項・五項)
- 当該企業結合が許容条項を充足し、連邦カルテル庁による実体審査が排除されるかどうかの問題(二四条八項)
- GWB二四条一項の介入基準に照らし、連邦カルテル庁によって企業結合が禁止されるかどうかの問題(二四条一項)
- 連邦カルテル庁による企業結合の禁止に対する異議の申し立て(ヘルリン高等裁判所)、あるいは、連邦経済大臣に対する許可の申請の問題(二四条三項)
- 既実行の企業結合の禁止が確定した場合の企業結合の解消の問題
- (21) Emmerich, KartR, 4, Auflage, S. 296; vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 772.
- (13) Möschel, RWB, Rdnr. 772. 参照「服部育生「合併事前届出制の比較法的考察」名古屋大学法政論集一一七号(一九八七年)一七三頁。
- (14) Möschel, RWB, Rdnr. 772.
- (15) Möschel, RWB, Rdnr. 772.
- (16) 本母に該当する企業結合は「象G結婚(Elefantenhochzeiten)」と呼ばれる(z. B. Müller-UrI, a. a. O., Rn. 285; Möschel, RWB, Rdnr. 776)。
- (17) なお、GWB二三条二項六母による企業結合の場合は、事前届出義務は生じない(GWB二四条二文後段)。
- (18) Merkblatt des Bundeskartellamtes zur Zusammenschlußkontrolle—§§ 23 ff. GWB, 1980 (ohne genaues Datum), in: WuW 1981, S. 183 f., und in: Kleinmann/Bechold, a. a. O., Anhang IV, S. 854; vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, 21. 2. 1981, Bundestags-Drucks. 8/3690, S. 28. なお、連邦カルテル庁の実務では、④のごとく許容条項を充足する場合は届出義務がなごつてゐる。
- (19) 州に於ける他の高権的作用としては、命令(Verordnung)、行政行為(Verwaltungsakt)、さらには、公法上の契約(öffentlich-rechtlicher Vortrag)などが挙げられる(z. B. Meistmäcker, in: I/M § 24 a Rdnr. 15)。^⑤ 本母では州当局の行政上の作用によってなされる企業結合を対象としてゐる。

- (20) 前者の見解、Westmacker, in: I/M § 24 a Rdnr. 14. 後者の見解、Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 a Rdnr. 31.
- (21) この点については、参照、服部・前掲一七五頁以下。
- (22) Möschel, RWB, Rdnr. 772, 779. 任意の届出がなされた場合、その後の手続は、義務的な届出がなされた場合と同様である (Emmerich, Kart R, 4. Auflage, S. 297)。
- (23) Vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 779.
- (24) Möschel, RWB, Rdnr. 779.
- (25) Möschel, RWB, Rdnr. 779.
- (26) Westmacker, in: I/M § 24 a Rdnr. 18.
- (27) Möschel, RWB, Rdnr. 780.
- (28) ただし、連邦カルテル庁が待機期間の経過以前に当該企業結合計画が二四条一項の禁止要件に該当しないことを通知した場合は、企業結合計画を実行できる (GWB二四 a 条四項一段の但書)。
- (29) もっとも、合併、組織変更、編入又は企業の設立の契約、及び、株式法二九一条・二九二条の企業契約については、商業登記簿又は共同組合登記簿への登記によって有効となる (GWB二四 a 条四項三段)。
- (30) Möschel, RWB, Rdnr. 780; Westmacker, in: I/M § 24 a Rdnr. 37.
- (31) Möschel, RWB, Rdnr. 780.
- (32) Möschel, RWB, Rdnr. 780; Westmacker, in: I/M § 24 a Rdnr. 38.
- (33) なち、この場合の結合参加企業は、直接的結合参加企業に限られる (Möschel, RWB, Rdnr. 786)。直接的結合参加企業については、本稿三(二) 2 参照。
- (34) これらの点については、参照、服部・前掲一七九頁以下。
- (35) Möschel, RWB, Rdnr. 895; Westmacker, in: I/M § 24 Rdnr. 168.
- (36) なち、服部・前掲一七六頁は、報告義務者と届出義務者の同一視には修正を要するとする。

- (37) Möschel, RWB, Rdnr. 791.
- (38) Möschel, RWB, Rdnr. 791. その法律上の根拠としては、第一に、GWB二四八項二号・三号に基づいて実体規制を免れる企業結合についても報告義務が生じ得るし、第二に、事前届出がなされた場合であっても、報告義務が依然として課される点が挙げられる。
- (39) Möschel, RWB, Rdnr. 791; Emmerich, KartR, 4. Auflage, S. 239 f.
- (40) 第五次改正以前の報告義務発生要件は、次の通りである。すなわち、
 ① 企業結合によって二〇%以上の市場占拠率に達する場合、又は、一結合参加企業が他の市場において二〇%の市場占拠率を有する場合(旧一文一号)、
 ② 参加企業が企業結合以前の最終事業年度の一時点において、合計で一万人以上の従業員を有するか、又は、五億マルク以上の売上高を有する場合(同一号)、
 である。
- (41) Möschel, RWB, Rdnr. 807; Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 101.
- (42) Verwaltungsvollstreckungsgesetz — VwVG —, Bundesgesetzblatt 1953, Teil I, S. 157 ff.
- (43) 二三条一項二文は、全体として「結合条項」と呼ばれる場合もあるが、通常は、「二三条一項二文前段をさして用いられる。これに対して、同後段は、「複数親会社条項 (Mehrüterklausel)」と呼ばれている。複数親会社条項は、結合条項を拡大するもので、複数の企業が、合意又は他の方法で共同して他の企業に支配的影響力を行使可能であるような場合、当該複数の企業を支配企業とするものである。
- (44) 事前届出義務の要件である売上高についても、結合条項は適用される (GWB二四八条一項三文)。
- (45) Möschel, RWB, Rdnr. 808 に挙げられる例である。なお、この場合、Bの支配企業Aは、GWB二三条三文によって(間接的)結合参加企業とされる。
- (46) 本文で示したように、結合条項は報告義務における結合企業の売上高等の加算の問題と、実体的企業結合規制(二三a条

- の推定規定等)での売上高等の加算の両者に關係している。結合条項ないしそこに規定される結合企業というものと、結合参加企業とに類似性がない訳でないが、両者を混同してはならない。結合参加企業というのは、GWB二三条二項で定義される「企業結合」に対する關係で企業を把えたものであり、結合条項で言う結合企業とは、この結合参加企業との關係で結合条項に掲げる一定の結び付きを有する企業を把握するものである。もっとも、結合条項によって把握される結合企業は、(間接的)結合参加企業となる場合もある(本稿三(一)を参照)。Vgl. Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 85.
- (47) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1971, Bundestags-Drucks. VI/2520, S. 26; Möschel, RWB, Rdnr. 808.
- (48) Möschel, RWB, Rdnr. 808.
- (49) Möschel, RWB, Rdnr. 809; Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 88.
- (50) Möschel, RWB, Rdnr. 811; Mestmäcker, in: J/M § 23 Rdnr. 41. (51) Z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 829.
- (52) Vgl. z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 892, 881. 連邦カルテル序の禁止処分のごのような硬性性を緩和するため、実務上、いわゆる「確約(Zusagen)」手続によって部分禁止と類似のことが可能となっている。「確約」とは、企業結合が二四条一項の禁止要件に該当するような場合に、企業側が一定の措置をとること(例えば、取得持分の一部を第三者へ譲渡することなど)を約束し、それに応じて連邦カルテル序が企業結合の禁止を見合わせることである。
- (53) 連邦カルテル序の禁止処分に対しては、ベルリン高等裁判所に異議を申し立てることができ、さらに、連邦通常裁判所への上訴も可能である(GWB六二条以下)。
- (54) 先に述べたように、報告あるいは届出がなくても、連邦カルテル序は企業結合の禁止処分を下すことは可能である。この意味で、報告あるいは届出は、連邦カルテル序による実体審査の前提とはなっていない。連邦カルテル序による実体審査の前提となるのは、企業結合の存在、許容条項の不充足という二つの「取り上げ基準」が満たされることである。
- (54a) 許容条項の内容については、本稿四(一)1を参照。
- (55) 衡量条項については、参照、服部育生「ドイツ競争制限禁止法二四条一項の衡量条項」名古屋学院大学論集…社会科学篇

二五卷三号（一九八九年）八一頁以下、山部俊文「ドイツ企業結合規制における消極的禁止要件―競争制限禁止法二四条一項後段（衡量条項）について―」一橋論叢一〇三巻一号（平成二年）三八頁以下。

(56) G W Bにおける市場支配概念及び市場支配の推定規定に関しては、その概要につき先に検討を加えたこともあり（山部俊文「結合規制と市場支配的地位」一橋論叢九四巻三号（昭和六一年）二六七頁以下（単独の市場支配に関するもの）、同「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」一橋研究二二巻四号（一九八八年）三七頁以下（複数企業の市場支配に関するもの）、同「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」一橋論叢九五巻二号（昭和六一年）一四五頁以下（推定規定に関するもの））、ここでは簡単に触れるにとどめる。ドイツの市場支配概念に関する最近の論稿としては、以下のものがある。平川幸彦「結合の市場支配力と違法性判断」高岡法学一卷一号（一九九〇年）一五七頁以下、服部育生「ドイツ競争制限禁止法二二条の市場支配概念」名古屋大学法政論集一三二号（一九九〇年）二四一頁以下、田中裕明「経済力濫用規制の研究（一）・（二）」追手門経済論集二四巻一号（平成元年）二一〇頁以下・同三号（平成二年）八八頁以下。

(57) 二二条二項の法文言は、「市場支配的であるとみなす (als marktbeherrschend gelten)」であり、これは「反証不可能な推定 (unwiderlegliche Vermutung)」であると考えられている (Ritner, a. a. O., 384)。

(58) Möschel, RWB, Rdnr. 710; Mestmacker, in: I/M Vor § 23 Rdnr. 27. その他に、「企業結合の規制の方が、企業の解体よりもコストが低いこと、内的成長による企業の成長の可能性を企業に与えること」などが挙げられている (Mestmacker, in: I/M Vor § 23 Rdnr. 27)。

(59) もともと、市場支配の定義規定を共有するとしても、G W B二条による濫用規制と二四条による企業結合規制とは、前者が行為規制、後者が市場構造に着目する規制であることから、市場支配の認定について種々の差異があることが指摘されうる (z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 838 ff.)。

(60) 例えは Kleinmann/Bechold, a. a. O., § 22 Bdnr. 107 は、G W Bにおける市場支配概念の最適な定義として、E C 委員会の決定を引用しているが、それによれば、市場支配とは企業が「競争者、需要者、供給者を余り考慮しなくてもよい地位 (…… Lage, ohne groß Rücksichtnahme…… zu handeln) をもたらす、独立した行動の余地 (Raum für unabhängige Ver-

haltensweise)」（WuW E/E EV 353, 354）Continental Can Company）を有する場合であるとされる。

(61) 寡占的市場支配の認定には、内部関係と外部関係の両者について一定の要件を満たさなければならない。このうち、問題とされるのは、内部関係、つまり、寡占集団を構成する企業間での実質的競争の欠如（内部競争の欠如）である。価格競争がなくても、寡占構成企業間では通常の場合、品質、取引条件、サービス等をめぐる競争が行われている。連邦通常裁判所は、それらによって内部競争の存在を比較的容易に認め、寡占的市場支配の成立を否定する傾向にあると言われている（Vgl. Rinck/Schwark a. a. O., Rz. 443 f.）。

(62) 推定規定に関しては、次の文献を参照。平川・前掲一六〇頁以下、服部・前掲二六四頁以下、田中・前掲（2）一〇一頁以下、服部育生「ドイツ競争制限禁止法二三 a 条二項の特別寡占推定」名古屋大学法政論集一二〇号（一九八八年）一七五頁以下、服部育生「ドイツ企業結合規制におけるリソース推定の意義」名古屋学院大学論集・社会科学篇二六卷一号（一九八九年）一〇九頁以下、山部・前掲一橋論叢九五巻二号一四五頁以下。

(63) Vgl. z. B. Möschel, RWB, Rdmr. 870, 874; Kleinmann/Bechold, a. a. O., § 23 a Rdmr. 7 f. これらの推定規定は、そもそも異なる市場で活動する企業の結合、つまり非水平的企業結合を捕捉しようとしたものである。ここでは、商品や場所（さらに時間）によって画定された一定の市場における企業の市場力の企業結合による拡大は、水平的企業結合のように直接的なものとはなり得ない。なお、市場支配概念の企業結合規制における展開については参照、平川・前掲一五七頁以下。

(64) G W B 二三 a 条二項の特別寡占推定は、明文で企業側に形式的証明責任が転換される旨を規定するが、その場合も、企業側の形式的証明責任は限定的に解されている。なお、推定規定の機能については、註（62）に掲げた文献を参照。

三 結合参加企業の範囲

前節で見たように、「結合参加企業」というものは、GWBの企業結合規制の様々な局面においていわばキーワードとして用いられている。それは二三条の報告義務、二三a条の市場支配の推定、二四a条の実体規制、二四a条の事前届出というようにGWBの企業結合規制全体にわたっている。結合参加企業概念が用いられている場面を述べるということは、「合同規制の規定を反復すること」に他ならないという指摘も、あながち大げさなものではない。その整理は、次節で取り扱うこととして、本節では、前節でのGWBの企業結合規制の概要の把握を前提に、結合参加企業の範囲について検討を加えることとする。

先にも述べたように(本稿一)結合参加企業は、法文上、「結合参加企業」と表現される場合と、単に「参加企業」と表現される場合があり、さらに講学上、「結合参加者」と言われる場合があるが、その意味するところは同一のものである。⁽³⁾ もっとも、GWB五一条二項の「手続参加者(Verfahrensbeteiligte)」⁽⁴⁾とは異なる概念であることに注意が必要である。⁽⁵⁾ 「結合参加企業」と「手続参加者」とは必ずしも合致しない場合がある。⁽⁶⁾ ここでは手続参加者についてはとくに取り上げることがせず、もっぱら、企業結合規制における実体上の結合参加企業について述べることにする。

もっとも、このようにGWBの企業結合規制全般について結合参加企業という概念が多用されているにも拘らず、それについての定義規定はなく、その意味は解釈によって定められている。その場合、アプローチの方法として、二つの考え方がある。第一は、結合参加企業概念を統一的に理解しようとするものであり、⁽⁸⁾ 第二は、結合参加企業概念

を、各企業結合類型及び結合参加企業概念を使用する各規定の目的に照らして画定しようとするものである。⁽⁹⁾ アプローチの方法としては、第二の考え方が適切であろうと思われるが、第一の考え方も、各企業結合類型に応じた結合参加企業の範囲の画定は肯定しており、⁽¹⁰⁾ この点で両者に違いはない。両者の相違は、結合参加企業概念の把握について、結合参加企業概念を使用する各規定の目的を考慮の対象とするかどうかの点にある。しかし、これらの考え方の相違は、多分に概念的なものであり、具体的な結合参加企業の範囲の画定についての相違がどのように出てくるのが、必ずしも明らかでないように思われる。第二のアプローチをとる場合の考察の順序としては、結合参加企業概念が使用されている各規定に検討を加えてから、結合参加企業の範囲を画定するのが適切であろうが、ここでは、このようなアプローチの方法について考え方の相違があることを確認しつつ、まず一般的に、各企業結合類型ごとに結合参加企業の範囲について取り上げることとしたい。結合参加企業概念がGWBの企業結合規制において用いられている局面については、次節で整理するが、説明の都合から適宜本節においてもそれに言及する。

(一) 各企業結合形態における結合参加企業の範囲

1 GWBにおける企業結合⁽¹¹⁾

GWBの企業結合規制の対象となる「企業結合 (Zusammenschluß)⁽¹²⁾」は、GWB二三条二項・三項に定義されている。「企業結合」とは、そこで掲げられている種々の企業の一定の結び付きを総称する上位概念である。GWB二三条自体は、報告義務に関する規定であるが、そこで定義される企業結合概念は、報告義務にとどまらず、GWBの企業結合規制全体についての共通の前提となるとされる。⁽¹³⁾ GWB二三条二項が、企業結合として掲げるのは、次の基本形態である。

- ①合併、組織変更又はその他の手段による他の企業の資産の全部又は重要部分の取得（一号）
- ②以下の場合における持分の取得（二号一文）
- a 他の企業の資本又は議決権の二五%以上の取得の場合（二号一文a）
- b 他の企業の資本又は議決権の五〇%以上の取得の場合（同b）
- c 株式法一六条一項の意味での多数参加がもたらされる場合（同c）
- ③以下に掲げる契約（三号）
- a 株式法一八条の意味でのコンツェルンが形成され、又は、コンツェルン企業の範囲が拡大される契約（三号a）
- b ある企業が自らの事業を他の企業の計算で行う契約、又は、利益の全部又は一部を他の企業に供出する契約（同b）
- c 経営の全部又は重要部分の委任契約又は賃貸借契約（同c）
- ④監査役会、取締役会又はその他の業務執行機関の構成員の半数以上が、同一人で構成されている場合（四号）
- ⑤単数又は複数の企業が、間接的に又は直接的に他の企業に支配的影響力を行使し得るその他の全ての結び付き（Verbindung）（五号）
- ⑥持分取得（上記②）、役員兼任（上記④）、又はその他の結び付き（上記⑤）であって、各々の基準によっては企業結合は成立しないものの、単数又は複数の企業が直接的に又は間接的に他の企業に対して競争上重大な影響力を行使し得る場合（六号）

以下、企業結合の各類型について若干の解説を施し、それぞれの場合の結合参加企業の範囲について述べる。

2 資産取得による企業結合と結合参加企業

一 G W B二三条二項一号の資産取得には、合併によるもの、組織変更によるもの、その他の手段によるものがある。合併には吸収合併 (Verschmelzung durch Aufnahme) と新設合併 (Verschmelzung durch Neubildung) があるが、いずれも消滅する企業の全資産が存続する企業又は新設される企業に移転するので、企業結合が成立することに異論はない。⁽¹⁴⁾ 組織変更とは、資産の個別的移転及び清算を経ずになされる企業の法形式の変更であるとされるが、形式的組織変更 (formwechselnde Umwandlung) と移転的組織変更 (übertragende Umwandlung) に区別され、後者はさらに合併的組織変更 (verschmelzende Umwandlung) と設立的組織変更 (errichtende Umwandlung) に分けられる。形式的組織変更は会社の同一性を維持したまま、単にその法的形式を変更するものとされ、資産の移転は生じないので、G W B二三条二項一号には該当しないとされる。⁽¹⁶⁾ これに対して、移転的組織変更は、解散する企業の資産の他の権利主体への移転が生じるので、原則として、G W B二三条二項一号に該当するとされる。⁽¹⁷⁾

合併、組織変更は、例示的に示されていると考えられ、その他のあらゆる方法による資産取得が G W B二三条二項一号に該当し得る。その法的な根拠、資産移転の形態を問わない。もっとも、資産の取得は他の企業の資産の全部又は重要部分についてなされる必要がある。他の企業の全資産の取得については、企業結合の成立につきとりたてて問題は無いが、「重要部分」の判断については、種々の議論がある。譲渡される資産が「重要部分」とされるのは、まず、譲渡人である企業の全資産と対比して「量的に十分に高く (quantitativ ausreichend hoch)」場合であり、これについては異論は見られない。⁽¹⁸⁾ さらに、譲渡人である企業の規模とは無関係に、その対外的経済活動において質的に固有の意味を有する経営上の統一的部分 (betriebliche Teileinheit) が譲渡された場合は、資産の「重要部分」の取得

に該当するとするのが、連邦通常裁判所の考え方である。⁽¹⁹⁾ この場合、当該資産の取得が取得者である企業の市場地位にどのように影響を与えるかどうかが判断の基準となるとされるが、⁽²⁰⁾ このような解釈については異論がない訳ではない。⁽²¹⁾

二 次いで、資産取得による企業結合の場合の結合参加企業の範囲について述べると、まず、合併について、合併当事者である企業は、結合参加企業であるとされる。⁽²²⁾ 吸収合併、新設合併いずれについても同様である。前者の場合は、被吸収企業（消滅企業）、存続企業が、後者の場合は、消滅企業、新設企業いずれもが結合参加企業とされる。⁽²³⁾（移転的）組織変更に関しても、合併と同様に考えられている。すなわち、組織変更をなす企業、つまり、解散する企業及び存続する企業又は新設される企業が結合参加企業とされる。⁽²⁴⁾ もっとも、GWB二四条四項に規定される報告義務の名宛人に関しては、既実行の合併等の場合は、合併当事者の一方又は双方が報告の段階では消滅しているもので、同一号で吸収企業又は新設企業が報告義務を負う旨が明文で規定されている。⁽²⁵⁾

三 その他の方法による資産取得の場合の結合参加企業の範囲については、種々の議論がある。結合参加企業の範囲の画定に関しては、もっぱらこの資産取得による企業結合について資産譲渡人を結合参加企業とみるかどうかの問題（及び持分譲渡における譲渡人の問題）を中心として議論されてきた。学説の状況は、二つに分かれる。第一は、資産譲渡者も結合参加企業と見るもの、⁽²⁶⁾ 第二は、資産譲渡者は結合参加企業ではないとするものである。⁽²⁷⁾

判例の展開を見ると、連邦通常裁判所は、当初、資産譲渡企業は結合参加企業であると判断していた。⁽²⁸⁾ 企業結合と
言う以上、少なくとも二つの企業が結合に参加しているとしなければならぬ、というのがその根拠である。また、
GWB二三条四項二号は資産の譲渡人を結合参加企業とは別にとくに取り上げて報告義務を課しているが、それは資
産譲渡をする企業が結合参加企業でないことを示すのではなく、私人が有する資産を譲渡した場合に当該私人につい

でも報告義務を課すことを明らかにしたものであるとする。もっとも、資産譲渡企業が結合参加者であるとしても、二三条一項一文の報告義務要件、二四条八項（許容条項）の適用除外、二四 a 条一項一文の届出義務の数量的要件である結合参加企業の売上高の算定に關しても、譲渡人がその事業能力（*Resources*）全体をもって企業結合に参加しているのと見るのか（連邦通常裁判所の立場）、あるいは、譲渡される資産部分のみが考慮されるのがさらに問題とされた。

その後、連邦通常裁判所は *Kotenzustichmaschinen* 事件決定⁽³⁰⁾において、前記の判断を修正する。それによれば資産譲渡企業は、譲渡された資産部分についてのみ企業結合に参加しているとされる。譲渡企業は、譲渡契約等によって企業結合に加担するものの、譲渡企業全体としては企業結合に参加しておらず、資産譲渡による企業結合は、資産取得者と譲渡される部分資産とによってなされるものである、との考えによる。連邦通常裁判所は、本決定において、報告義務等の要件としての売上高の算定について、譲渡企業全体ではなく譲渡された資産部分のみを対象とした⁽³¹⁾。この連邦通常裁判所の判断を基礎に、一九八〇年の第四次 G W B 改正によって、立法上の手当が行われている（G W B 二三条一項八文）。それによれば、市場占拠率、売上高の算定については、譲渡される資産部分のみが対象とされる⁽³²⁾。従って、結合参加企業の市場占拠率又は売上高を要件とする種々の規定に關する結合参加企業の範囲についての議論は、実益を失っている。例えば、二三条一項一文は、参加企業が合計で五億マルク以上の売上高を有する場合に報告義務を課しているが、資産譲渡の場合、売上高の算定については資産取得企業の売上高と譲渡される資産に係る売上高を合算して判断することになる。

もっとも、市場占拠率、売上高の算定以外、例えば、G W B 二四 a 条二項一号による待機期間の延長の合意（結合参加企業が延長に合意すれば、四カ月の特機期間の延長が可能となる）、G W B 二三条五項三文における報告事項の

拡大（結合参加企業の結合企業の情報も報告事項となっている）、同六項における連邦カルテル庁の説明請求などは、資産譲渡人を結合参加企業とするかどうかは、現行法の下でも依然として問題となる。この場合、もちろん、各規定の目的に照らして解釈されるべきであろうが、見解は分かれている。⁽³⁴⁾

3 持分取得による企業結合と結合参加企業

一 G W B二三条二項二号の持分（法文上は「資本又は議決権」⁽³⁵⁾）取得では、数量的基準によって設定された前述の三つの段階において企業結合が成立するとしている。これらは、各々が独立した企業結合を成立させる。⁽³⁶⁾ また、G W B二三条二項二号二文以下には、持分取得による企業結合について、若干の補足規定が設けられている。

まず、「加算条項（Zurechnungsklausel）」（二号二文）によれば、G W B二三条一項二文（結合条項）の意味で持分取得者と結び付いている企業が所有するか、又は、その計算で他の企業が所有する持分も、当該取得持分に加算される。⁽³⁷⁾ さらに、持分取得企業の所有者が個人商人（Einzelkaufmann）である場合は、当該個人商人が有する持分も取得持分に加算される。また、二号四文の「回避条項（Umgehungsklausel）」によれば、株式会社株主が議決権付き資本の四分の一超を所有する場合と同じ法的地位を、契約、定款又は決議によって持分取得者に付与する場合は、企業結合が成立する旨を規定する。二号三文はいわゆる「共同企業（Gemeinschaftsunternehmen）」についての規定であるが、それによれば、複数の企業が二号一文に掲げる範囲で他の企業の持分を取得する場合、当該他の企業が活動する市場に関しては、それら複数の企業の間にも企業結合があるとされる。AとBがCの持分を各々二五％取得するような場合、まず、AとC、BとCに別々の企業結合が成立するが、さらに、AとBとの間にも、Cの活動市場に關しては企業結合が擬制されるといふものである。この場合、AとC、BとC間の企業結合は、垂直結合（Vertikalan-

sammenschluß) と呼ばれ、AとBとの間の擬制された企業結合は、水平結合 (Horizontalzusammenschluß) 又は部分合同 (Teil-Fusion) と呼ばれる。この規定の実際上の意義は、GWB二三条一項一文の報告義務要件の売上高、GWB二四条八項の許容条項の売上限度等について、親会社のそれも合算されることにあるとされている。⁽³⁸⁾

二 持分取得による企業結合の場合は、持分譲渡人は単なる契約当事者に過ぎず、一般に結合参加企業とはならないとされ、この点は学説・実務とも異論はない。⁽³⁹⁾ 結合参加企業となるのは、持分譲受人と持分を取得される被参加企業である。⁽⁴⁰⁾ もっとも、持分譲渡人はGWB二三条六項二号bによって独立して報告義務を課されるし、手続参加者でもある (GWB五一条二項五号)。持分譲渡人が原則として結合参加企業とはならないことに異論はないが、GWBはこの点に関して特別の規定を設けている (二三条一項九文)。それによれば、持分譲渡人が二五%未満の持分を有し、二三条二項二号三文 (共同企業)、同五号又は同六号の要件を充足しない場合は、二三条一項八文が準用される。九文によって持分譲渡人が結合参加企業でないことが最終的に確認されたと言われる。⁽⁴²⁾ 学説によれば、九文が規定するのとは逆の場合、つまり、持分譲渡人に被参加企業の持分の二五%以上が残存する場合、共同企業が成立し得る場合、二三条二項五号の企業結合において複数企業による共同支配が成立し得る場合、さらに、同六号の企業結合が成立する場合においては、持分譲渡人も結合参加企業となるとされ、九文はこのことも明らかにしているとされるが、九文の規定は直接には売上高・市場占拠率の算定に関するものである。上記の場合に持分譲渡人が一般的に結合参加企業とされることまでも規定したものと見ることは疑問も残る。

例えば、Vが従前Aの持分の三七%を有し、そのうち二六%をEに譲渡した場合、EとAとの企業結合が二三条二項二号aによって成立するが、Vに残存する一%の持分については、それが二五%未満であって (従って、GWB二三条二項二号三文の共同企業も成立しない)、かつ、GWB二三条二項五号あるいは六号の要件も充足しないとす

れば、八文が準用されて「売上高、市場占拠率の算定については譲渡される」持分のみが対象とされる、ということになるが、これは、Vが単にAの売上高等でもって評価されるということを意味するとされる。⁽⁴⁴⁾ 結局のところ、九文に挙げられている場合の持分取得については、持分譲渡人の売上高等は、合算されないということである。⁽⁴⁵⁾ 逆に言えば、上記の例で、Vが当初五〇%の持分を有しており、その二五%を譲渡した場合（従って、共同企業が成立する）、市場占拠率、売上高の算定については、Vの全体のそれが合算されることにもなるが、⁽⁴⁶⁾ 市場占拠率の算定については、共同企業の活動市場に限定されるとされる。⁽⁴⁷⁾

4 契約による企業結合と結合参加企業

一 G W B 二三条二項三号は契約による企業結合を規定しているが、G W B は株式法上の種々の企業契約を取り入れる形で規定されている。まず、三号 a は、株式法一八条に規定されるコンツェルンに関するものである。⁽⁴⁸⁾ コンツェルンには、支配企業が単数又は複数の従属企業を自らの統一的指揮下に統合する垂直コンツェルン（Unterordnungskonzern）（株式法一八条一項一文）、相互に従属関係にない複数の企業が統一的指揮下に統合される水平コンツェルン（Gleichordnungskonzern）（株式法一八条二項）がある。これらコンツェルンの形成・拡大が契約によって行われた場合、G W B 上の企業結合が成立する。⁽⁴⁹⁾

三号 b の契約は、前段が「業務実施契約（Geschäftsführungsvertrag）」（株式法二九一条一項二文）に対応しているが、株式法は業務実施契約を利益供出契約とみなしている。後段は「利益供出契約（Gewinnabführungsvertrag）」（株式法二九一条一項一文後段）及び「一部利益供出契約（Teilgewinnabführungsvertrag）」（株式法二九一条二項二号）に対応するものである。また、「利益共同（契約）（Gewinngemeinschaft）」（株式法二九二条一項一号）も、三号

bの企業結合を構成するとされている。⁽⁵⁰⁾

三号cの契約は、「経営委任契約 (Betriebsüberlassungsvertrag)」、「経営賃貸借契約 (Betriebspachtvertrag)」（いずれも、株式法二九二条一項三号）に対応している。ある企業がその名と計算で経営を行うことを他の企業に委託するいわゆる「経営実施契約 (Betriebsführungsvertrag)」が三号c（経営委任契約）に該当するかどうかについては、議論が分かれているが、これを否定するのが多数説であるとされる。また、委任又は賃貸されるのは、経営の「重要部分」である必要があるが、この点については、資産取得のところを取り上げたのと同様の問題が生じる。⁽⁵³⁾

二 契約による企業結合の場合の結合参加企業の範囲は、まず、コンツェルンを形成・拡大する契約（三号a）については、契約当事者である企業のほか、統一的指揮下にある全てのコンツェルン企業が結合参加企業となるとされる。⁽⁵⁴⁾ 経営賃貸借（又は委任）契約の場合、企業結合の態様としては、資産譲渡の場合に類似するが、資産譲渡の場合と同様に考えることが可能かどうかは考慮を要する。というのは、資産譲渡は一回性のものであり、譲渡人と譲受人との関係は原則的に資産譲渡によって終了するが、経営賃貸借契約による場合は、契約当事者間の関係が継続するからである。⁽⁵⁵⁾ いずれにせよ、問題となるのは、賃貸人である。学説は、賃貸人が結合参加企業となるかどうかは別としても、報告義務の名宛人としてなることを肯定し、GWB二三条一項八文と同様、市場占拠率、売上高の算定については、賃貸あるいは委任される部分が算入されることになるとしている。⁽⁵⁶⁾ 業務実施契約・利益供出契約（三号b）については、契約当事者が結合参加企業であるとされる。⁽⁵⁷⁾

5 役員兼任による企業結合と結合参加企業

一 GWB二三条二項四号は役員兼任の規定であるが、業務執行機関構成員の半数というやや高い基準を設定してい

る。兼任関係は、対象とされる企業の同一の機関の間で存する必要はなく、また、一方の企業において半数の兼任関係があれば足りると解されている。⁽⁵⁹⁾

二 役員兼任の場合の結合参加企業の範囲は、その業務執行機関の構成員が兼任関係にある企業である。⁽⁶⁰⁾

6 その他の企業結合と結合参加企業

一 G W B 二三条二項五号については、「その他」の文言に注目し、例えば持分取得のケースは、同二号によるべきであって、五号の企業結合類型には該当しないとするのが支配的見解であるとされる。⁽⁶¹⁾ この立場に立てば、例えば、二六%から新たに四八%へ取得持分の拡大をはかった場合には、企業結合は成立しないこととなる。というのは、この場合、同二号 a・b・c で掲げられる持分取得の段階のいずれにも該当しないからである。しかし、それが被参加企業への「支配的影響力行使の可能性」をもたらすならば、本号による企業結合の成立を認める方が適切であるとの見解も有力である。⁽⁶²⁾ また、本号の企業結合については、複数の企業による共同支配も把握される。本号による企業結合の実際上の意味は、二三条二項二号三文の基準を充足しない「共同企業」について存在するとされるが、この場合、複数の支配企業と被支配企業との垂直的關係において、別個の企業結合が成立するとされている。⁽⁶⁴⁾

二 G W B 二三条二項五号の場合の結合参加企業の範囲は、単数又は複数の支配企業と被支配企業が結合参加企業である。複数の支配的企業がある場合は、個々の支配的企業と被支配企業との間に別個の企業結合が成立すると考えるならば、それぞれの企業結合について、個々の支配的企業と被支配企業が結合参加企業になると思われるが、全体として単一の企業結合が成立するとすれば、それに複数の支配的企業と被支配企業が参加しているとする余地もある。⁽⁶⁶⁾

7 GWB二三条二項六号による企業結合と結合参加企業

一 GWB二三条二項六号は、第五次GWB改正によって新設されたものである。二号の持分取得、四号の役員兼任、五号のその他の結び付きの各基準に照らして、企業結合を構成しないものについても、他の企業に対して競争上重大な影響力を与え得る場合に、企業結合を認定しようとするものである。このような規定が導入されたのは、五号が他の企業に対して支配的影響力を与え得る場合に、企業結合が成立するとしていたものの、それでは規制の対象とされるべき企業結合の把握に不十分であると考えられたからである。⁶⁸⁾

二 この場合の結合参加企業の範囲については、未だ明らかではないが、五号と同様に考えてよいと思われる。すなわち、競争上重大な影響力を行使し得る（単数又は複数の）企業と影響を受ける企業が結合参加企業であると考えられる。

(二) 企業結合概念の拡大・縮少と結合参加企業の範囲の拡大

GWBは二三条二項各号に規定する企業結合の各類型を基礎として、一定の場合についてその拡大及び縮少をはかっている。また、結合参加企業の範囲についても特別の規定を置いている。ここでは、これらの問題についてまとめとりあげることとする。

1 企業結合概念の拡大・縮小

一 まず、企業結合概念の拡大であるが、第一に先に触れた「共同企業」のケースがある。GWB二三条二項二号三

文によれば、複数の企業が同時に又は交互にGWB二三条二項二号に掲げる範囲で他の企業の持分を取得する場合、当該他の企業（共同企業）が活動する市場に関しては、それら複数の企業についても結合したものとみなされる。共同企業が成立する場合の結合参加企業については学説上ほとんど議論がない。形式的に考えれば、共同企業が成立する場合、まず持分取得者と当該共同企業について通常の持分取得による企業結合（垂直結合）が成立し、この場合の結合参加企業はそれら二者になると思われる。さらに親会社間に擬制される企業結合（水平結合）に関しては、それから親会社が結合参加企業になるということが考えられる。⁽⁶⁹⁾この場合は二種類の企業結合についてそれぞれに別個の企業結合として評価し、報告義務も二種類の企業結合について生じると考えることになる。⁽⁷⁰⁾この二種類の企業結合をとくに区別して評価せず、共同企業について統一的な評価をする立場に立てば、当該共同企業とすべての親会社が結合参加企業ということになる⁽⁷¹⁾が、詳細は明らかでない。⁽⁷²⁾

二 企業結合概念の拡大の第二は、GWB二三条三項四文である。それによれば、二以上の企業が結合する場合、その各々に従属する企業も結合したものとみなされる。本規定は、外国に所在する親会社間で企業結合が成立する場合に、ドイツ国内のそれらの子会社間の企業結合を擬制することによって、GWBの規制を発動することを目的として⁽⁷³⁾いる。本規定によって、ドイツ国内の子会社に対して独立の報告義務を課すことが可能となる。⁽⁷⁴⁾本規定の解釈における論点の一つとして、結合する各々の企業に従属する少なくとも二つの企業の存在を必要とするかの問題がある。例えば、AとBの間に企業結合が成立する場合、各々に従属するaとbがあれば、aとbの企業結合が擬制されるが、Bに従属する企業が存在しない場合、aとBとの間に企業結合を擬制することができるかどうかの問題である。学説は法文言に従いこれを否定する説と、肯定する説に分かれている。⁽⁷⁵⁾本規定による結合参加企業の範囲の拡大についての問題は、次項で検討する。

三 G W B は次の二つの場合について、企業結合概念の縮少をはかっている。二三条三項一文は、すでに結合している企業間においてもさらに企業結合は成立し得るとするが、それは既存の企業結合が実質的に強化される場合に限られる旨を規定している。⁽⁷⁶⁾ 企業結合概念縮小の第二は、金融機関の証券業務に関するものである。二三条三項二文によれば、金融機関による持分取得は、一定の場合、企業結合を構成しないとされている。⁽⁷⁷⁾ いずれにせよ、企業結合の成立する場合を縮小する規定であり、これらの規定が適用された場合に、とりたてて結合参加企業の範囲についての問題は生じない。

2 結合参加企業の範囲の拡大

一 G W B 二三条一項八文・九文の規定も、結合参加企業に関する特別規定であることと見ることもできるが、ここで取り上げるのは、G W B 二三条三項三文及び同四文の規定である。二三条三項三文は、結合参加企業が G W B 二三条一項二文に規定される結合企業 (verbundene Unternehmen) であれば、結合参加企業を支配する企業、およびその支配企業を支配する企業も結合参加企業であることを規定する。例えば、A が B と結合する場合、A の支配企業である C は結合参加企業とされ、さらに C の支配企業 D がある場合は、D も結合参加企業とされる。C 及び D は間接参加企業 (mittelbare beteiligte Unternehmen) などと呼ばれるが (これに対して、A は企業結合への直接参加企業である)⁽⁷⁸⁾、この規定によって結合参加企業の範囲が拡大されることになる。

三文の規定は、複数親会社条項 (Mehrmütterklausel) (G W B 二三条一項二文後段) によって複数の支配企業の存する場合にも適用される⁽⁷⁸⁾。また、三文は支配企業 (及びその支配企業) についてのみ結合参加企業とされるとしており、後述するように一部異論はあるが、直接参加企業の従属企業、直接参加企業の支配企業に従属する他の企業 (例

えば、上記の例で、Cに従属する企業E)、直接参加企業と水平コンツェルンを構成する企業については結合参加企業とはされないと解されている。⁽⁷⁹⁾ 三文の規定が設けられた趣旨は、企業結合に直接参加している従属企業が、その支配企業についての情報の欠如あるいは支配企業の指示を引き合いに出して、企業結合規制を実際上機能させないようにすることを阻止することにあると言われている。⁽⁸⁰⁾

三文によって支配企業を結合参加企業とすることの意味は、報告義務・届出義務の拡大にあるとされている。⁽⁸¹⁾ もつとも、売上高等の算定については、GWB二三条一項二文の結合条項によって、支配企業の売上高も合算されるので、本規定によって支配企業が結合参加企業とされても、この点での意味はない。⁽⁸²⁾ また、連邦カルテル庁による説明請求に関するGWB二三条六項についても、六項自身で結合条項が参照されており、支配企業を結合参加企業とすることによって連邦カルテル庁の説明請求の対象者を拡大する実益もないように思われる。⁽⁸³⁾ 結局、支配企業を結合参加企業とすることの意味は、報告義務者についてその範囲を拡大することにある。三文の規定によって支配企業も結合参加企業として独立の報告義務を負うことになる。⁽⁸⁴⁾ 三文による結合参加企業の範囲の拡大を報告義務者の拡大以外の文脈について適用することについては、学説は消極的である。⁽⁸⁵⁾ GWBは間接参加企業と直接参加企業について、とくに異なった取扱いを規定していないが、⁽⁸⁶⁾ 学説上、三文の規定は報告義務及び届出といった形式的企業結合規制についての適用可能である旨が主張される。⁽⁸⁷⁾

二 前項で取り上げた二三条二項四文によれば、二以上の企業が結合する場合、それらに従属する企業も結合したとみなされる。三文が結合参加企業の支配企業について、四文が結合参加企業の従属企業について規定しているが、規定の文言は、明らかに異なっている。つまり、三文においては、支配企業が「結合参加企業」とされる一方で、四文では従属企業が「企業結合」をしたとみなされる。法文に従う限り、四文の規定は、企業結合概念自体の拡大をは

かる規定であり、これに対して、三文は企業結合概念自体を拡大するものではなく、単に直接参加企業の支配企業を結合参加企業とするだけである。学説も、法文言に従い、三文と四文とで規定の趣旨を異なって理解するのが通説的見解と思われ⁽⁸⁸⁾るが、一部学説は、従属企業において企業結合が行われた場合には、その支配企業について単に結合参加企業とみなされるのではなく、支配企業をも包含する形で企業結合が成立するとし（先の設例で言えば、BとA・C・Dとの企業結合と理解する）、支配企業がそれに参加していると把握する一方で、支配企業において企業結合が行われる場合には、その従属企業は、四文の規定に基づいて、当該企業結合に参加していると⁽⁸⁹⁾する。この見解によれば、三文と四文はその方向は異なるものの（三文は支配企業の方向、四文は従属企業の方向）、同趣旨の規定であるということになる。もっとも、従属企業を結合参加企業であるとしたところで、支配企業を結合参加企業とする場合と同様、その実際上の意義は、従属企業についても独自の報告義務が生じるという点に限られることになる⁽⁹⁰⁾。

従属企業の結合において支配企業が結合参加企業とされ、支配企業の結合において従属企業が結合参加企業とされない、というのも均衡を失うので、従属企業の企業結合の場合に支配企業を包含する企業結合と把握するかどうかは別としても、支配企業の企業結合の場合にも従属企業を結合参加企業として取り扱ってもよいように思われる⁽⁹⁰⁾が、学説上は、先にも述べたように、直接参加企業の従属企業、直接参加企業と水平コンツェルンを構成する企業、直接参加企業の支配企業の他の従属企業については三文の規定は適用されない、つまり、それらは結合参加企業ではないと解するのが通説的見解と思われ⁽⁹¹⁾る。

四文を結合参加企業に関する規定ではなく企業結合概念自体を拡大する規定であるとしても、その実益は、先にも述べたように、報告義務について生じるとされる⁽⁹²⁾。もっとも、報告内容に関してはずでに二三条五項三文が結合条項

を参照することによって直接参加企業と結合条項の意味で結合関係にある企業全体（従属企業も含まれる）についても報告されることになっており（市場占拠率、売上高、結合関係等）、この点での実益はない。ただ、「企業結合」自体が擬制されることによって、直接参加企業の従属企業は、支配企業間の企業結合とは区別された従属企業独自の企業結合を報告することになるとされる。⁽⁹³⁾ 三文と四文の規定をその文言通りに適用すると、支配企業の企業結合によって従属企業間の企業結合が擬制されると、今度は四文の規定によってその支配企業が結合参加企業とされることにならるが、この場合、支配企業は従属企業間で擬制された企業結合について独自の報告義務を負うことになるとされる。⁽⁹⁴⁾ なお、四文の規定も、学説上、もっぱら報告義務及び届出義務を対象とする旨が主張されている。⁽⁹⁵⁾

- (1) 服部育生「競争制限禁止法により規制される企業集中の範囲」名古屋学院大学論集：社会科学篇一九卷三号（昭和五八年）一二二頁の表現による。
- (2) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 63.
- (3) Z. B. Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 147; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 274.
- (4) 「合同規制手続参加者 (Beteiligte des Fusionskontrollverfahren) (Beteiligte am Fusionskontrollverfahren)」の表現による (Möschel, RWB, Rdnr. 800; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 76)。
- (5) Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 147; Emmerich, KartR, 5. Auflage, S. 327; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 274, § 24 Rdnr. 236. なお、企業結合の解消手続への参加者を区別するものとして、Möschel, RWB, Rdnr. 793. 新たな「結合参加と手続参加にいうて、前者を「実体的参加者 (materiell Beteiligte)」後者を「形式的参加者 (formell Beteiligte)」と区別する場合もある (Emmerich, KartR, 5. Auflage, S. 327 f.; vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 236)。
- (6) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 76. 少なくとも直接的結合参加企業は手続参加者であると言え、間接的結合参加企業が手続参加者となるかについては、種々の議論がある (vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 802; Kleinmann/Bechtold,

- a. a. O., § 24 Rdnr. 236)°。直接参加・間接参加については、本稿三(二)2を参照。また、本稿四の註(3a)を参照。
- (7) 結合参加企業に関する規定が全くない訳ではない(G W B 二三条一項八文・九文、同三項三文など)。
- (8) Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 23 Rdnr. 22:
- (9) Westmacker, in: I/M § 23 Rdnr. 63; Möschel, RWB, Rdnr. 794.
- (10) Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 23 Rdnr. 22.
- (11) G W B の企業結合概念についての論稿としては、服部・前掲一〇三頁以下、鈴木孝之「ドイツ競争制限禁止法の論理(七)」公正取引三九〇号(一九八三年)四四頁以下がある。G W B の企業結合概念については、従前、すでに検討を加えたことがあり(山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における企業結合概念について」一橋研究一卷一号(一九八六年)一二五頁以下)、ここでは、簡単に触れるにとどめる。
- (12) Zusammenschluß は、G W B 二三条二項・三項で定義される一定の企業の結び付きを意味する実定法上の概念である。この Zusammenschluß という用語以外に Fusion という言葉も使用される。Fusion は、通常、合併などの強固な企業の結び付きを意味するとされるが、G W B 上の概念ではなう。もともと、これら二つの語は、少なくとも G W B の企業結合規制を論ずる場合、多くは互換的に用いられ、おり意味の相違はなうと見てよい。
- (13) Rütner, a. a. O., S. 418 f. (§ 20 Rdnr. 24); Möschel, RWB, Rdnr. 738. 従って、企業結合の定義規定の位置は、適切ではないとされる(Möschel, RWB, Rdnr. 738)。もともと、二三条二項・三項で定義される企業結合概念が、二四条の実体規制において、そのままの形で前提とされるかどうかについては異論がない訳ではない。すなわち、一部学説によれば、G W B 二四条一項の市場支配の実体審査においては、結合する企業が「経済的統一体(wirtschaftliche Einheit) (あるいは「競争上の統一体(wettbewerbliche Einheit)」)を形成し、それらの事業能力の合体が正当化されるような企業結合のみが対象となるとされる。具体的には、持分の少数参加(G W B 二三条二項二号(一文))、共同企業(同二文)が問題となる。この点については、参照、服部・前掲一二五頁以下、山部・前掲一三二頁以下。
- (14) Vgl. Westmacker, in: I/M § 23 Rdnr. 134.

- (15) 例えは Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 23; Möschel, RWB, Rdnr. 740.
- (16) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 29; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 137; Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rn. 15.
- (17) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 138. 合併的組織変更では、一人社員又は主要社員 (Hauptgesellschafter) に解散する会社の資産が移転され、設立の組織変更では、新たに設立される権利主体に消滅会社の資産が移転する。参照、服部・前掲一〇七頁。もっとも、移転的組織変更であっても、資産所有者の同一性が保たれているような場合は、GWB二三条二項一号に該当するとは言えない(例えは、Möschel, RWB, Rdnr. 740)。
- (18) Vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 741; WuW F/BGH 1377, 1379) Zementmahlanlage《.
- (19) WuW E/BGH 1377, 1379) Zementmahlanlage《.
- (20) WuW E/BGH 1763, 1771) bituminöses Mischgut《. 1) G立揚き支持するのG-Vorl. Möschel, RWB, Rdnr. 741; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 145.
- (21) 参照、服部・前掲一〇八頁、山部・前掲一二七頁。
- (22) Müller/Giebler/Scholz, a. a. O., § 23 Randnr. 37; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 64.
- (23) もちろん、吸収合併における被吸収企業(消滅企業)、新設合併にそのまま合併する両者の法人格は、合併の実行によって消滅するので、既実行の企業結合については、これらをとりにたてて結合参加企業とする意味はない。例えば、GWB二三条の事後報告義務に関しては、報告義務を負うのは存続企業または新設企業の所有者またはその代理人である旨が明文で規定されている(GWB二三条四項一号)。しかし、逆に言えば、企業結合が実行されるまでは、それらの企業は結合参加企業として、種々の規定の適用を受けることになる。具体的には、GWB二四a条の事前届出制度について、規制の名宛人となる。事前届出義務を負うのは、事後報告義務の場合とは異なり、「結合参加企業」の所有者、代理人または代表権を有する者である(GWB二四a条一項三文)。
- (24) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 64; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 275. もっとも、資産の取得者が、企

- 業 (Unternehmen) でない場合は、そもそもGWBの適用を受けない。なお、GWB二三条一項一〇文 (フリック条項 (Flick-Klausel)) によって、企業に対して多数参加を有する場合は、企業でない者や人的団体も企業とみなされる。
- (25) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 275. なお、参照、註 (23)。
- (26) Z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 795; Langen, u. a. a. O., § 23 Rz. 79.
- (27) Z. B. Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 302.
- (28) WuW E/BGH 1377, 1380) Zementanlage《
- (29) 二三条四項二号は、一九七三年の第二次GWB改正で導入された規定である。
- (30) WuW E/BGH 1570, 1571 ff.) Kettenstichnäähmaschinen《
- (31) 同様の趣旨の判断がなされた事例として、WuW E/BGH 1655, 1656) Zementanlage II 《; WuW E/BGH 1763, 1772) Bituminöses Mischgut《
- (32) 現行の二三条一項八文の規定の文言は、次の通りである。
「他の企業の資産の全部または重要部分の取得の場合、譲渡人の市場占拠率及び売上高の算定については、譲渡された資産部分のみが対象とされる (abstellen)。」
第五次改正以前は、報告義務の要件として従業員数も挙げられていたので、これについても売上高、市場占拠率と並んで列挙されていた。
- (33) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 280 は、さらに、持分取得による企業結合の場合との対応を考慮して判断されるべき。
- (34) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 280 は、期間延長の合意については譲渡人の合意を必要とし、報告事項については譲渡人及びその結合企業の情報は報告事項ではないとして、各規定ごとに解決をはかるが、Langen, u. a. a. O., § 23 Rz. 79; Möschel, RWB, Rdnr. 795 等は、明確ではないものの、譲渡人も結合参加企業として扱うとする見解のようである。

- (35) 第五次改正以前の法文は、「議決権付き資本 (stimmberechtigtes Kapital)」であったが、「資本又は議決権」に変更された。第五次改正以前は、「二三条二項二号五文の「議決権条項 (Stimmrechtsklausel)」が、議決権の取得をもって企業結合を認定する旨を規定してゐたが、削除されてゐる。
- (36) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 152.
- (37) G W B 二三条二文については、本稿 II (二) 2 の三参照。例えば、A と B が C の持分を各々五〇% 有し、A が D の持分の二〇% を有していた場合に、C が D の持分の一〇% を新たに取得すれば、加算条項によつて C と D の間に持分取得による企業結合が成立する (Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 113. 以下示される例)。
- (38) Emmerich, KartR, 4. Auflage, S. 254 f.; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 179, 256; Möschel, RWB, Rdnr. 760, 807. ただ、売上高の算定について、この企業のそれが合算されるのかについては、学説上、議論がある。本文での設例の場合、A、B、C の三者の売上高が合算されると解するのが、通説的な見解であると思われるが、垂直結合と水平結合 (部分合同) を別個独立の企業結合として把握して、各々の企業結合について合算がなされるとする立場もある (Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 132, 338)°。前者の立場は、共同企業が成立する場合についての企業結合を統一的に評価するものと言えよう (vgl. Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 179)°。なぜ、市場占拠率の算定については、合算は当該共同企業が活動する市場に限定されるか。
- (39) Möschel, RWB, Rdnr. 796; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 69; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 281.; Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 80; WaW E/OLG 2133, 2114; Steinkohlen-stromerzeuger.°
- (40) Möschel, RWB, Rdnr. 796; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 69; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 281.; Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 80.
- (41) 八文については、註 (32) を参照。
- (42) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 69.
- (43) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbe-

- schränkungen, Bundestags-Drucks. 8/2138, S. 18; Möschel, RWB, Rdnr. 796; Mostmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 69; Imenga, Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, S. 1417, 1418.
- (44) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 282; Bechtold, a. a. O., S. 138 に挙げられている例である。
- (45) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 282 は「この点で」従前の持分譲渡人は結合参加企業でないとの取扱との差異はなく、九文の規定の必要性に疑問があるとする。
- (46) 譲渡人全体の売上高が合算されると、GWB 二三条二項二号三文の共同企業の規定の趣旨（ここでは共同企業の活動市場に関して親会社間の企業結合が擬制される）、同五号の企業結合の態様（複数の支配的企業と被支配企業とに別個の企業結合が成立すると解されている）に照らし、不都合が生じるとする見解もある。この見解によれば、九文の規定は失敗であるといえる（Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 284）。
- (47) Möschel/RWB, Rdnr. 796. 註 (38) 参照。
- (48) 株式法では、コンツェルンへ参加する企業の少なくとも一つが株式会社又は株式合資会社であることが必要であるが、GWB に基づけば、そのような限定は不要であると考えられる（Möschel, RWB, Rdnr. 750; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 139）。
- (49) 垂直コンツェルン形成の代表的な手段は、「支配契約 (Beherrschungsvertrag)」（株式法二九一条一項一文前段）の締結である。支配契約（又は「編入」があれば、株式法上、統一的指揮の存在によって反証不可能な推定 (unwiderlegliche Vermutung) が生じる（一八条一項二文）。なお、「編入 (Engliederung)」（株式法三一九条）は、契約ではなく総会決議によって行われるので、GWB 上の企業結合を構成しない。また、従属性が認定されると、株式法上（垂直）コンツェルン形成によって反証可能な推定 (widerlegliche Vermutung) が生じる（一八条一項三文）。水平コンツェルンについては、このような推定規定は存在せず、個々の契約に基づいて、統一的指揮の存否についての吟味が行われることになる（Mostmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 196）。
- (50) Möschel, RWB, Rdnr. 751; Mostmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 202.

- (15) Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 206 ; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 1986, S. 719 f.
- (16) Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 206 ; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 147.
- (17) Möschel, RWB, Rdnr. 751.
- (18) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 286 ; Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 71 ; Langen, u. a. a. O., § 23 Rz. 81 ; Möschel, RWB, Rdnr. 797 (Fn. 179).
- (19) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 286.
- (20) Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 72 (但し、企業結合が質貸人と質借人との間に長期にわたる企業的な関心をもたらさなるといふ条件をいふ)。 Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 286.
- (21) Möschel, RWB, Rdnr. 797.
- (22) Möschel, RWB, Bdnr. 752.
- (23) Möschel, RWB, Rdnr. 752. 各々なると、両方の機関の構成員数が異なる場合に不都合が生じるからである。例えば、一方の企業の業務執行機関の全員が他の企業の教務執行機関の構成員を兼ねていても、当該他方の企業の機関の全構成員数の半分に満たないとみられる。
- (24) Möschel, RWB, Rdnr. 797 ; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 287 ; Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 73 ; Langen, u. a. a. O., § 23 Rz. 82.
- (25) Möschel, RWB, Rdnr. 754.
- (26) Möschel, RWB, Rdnr. 754 ; Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 219.
- (27) Möschel, RWB, Bdnr. 753.
- (28) Möschel, RWB, Rdnr. 756 ; Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 226.
- (29) Möschel, RWB, Rdnr. 756 ; Mestmäcker, in : I/M § 23 Rdnr. 226 ; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 201.
- (30) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 288.

- (75) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 288.
- (76) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf, 30. 5. 1989, in: WuW 1990, S. 343 ff.; Dittich, Die Fünfte Kartellgesetznovelle, DB 1990, S. 98, 101.
- (77) Vgl. Ritter, a. a. O., S. 423 (§ 20 Rdnr. 41).
- (78) Vgl. Ritter, a. a. O., S. 423 (§ 20 Rdnr. 41).
- (79) Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 256. なお、註(85)参照。
- (80) なお、GWB二三条二項三文中に於て親会社間の企業結合(水平結合)の擬制は、形式的企業結合規制に於てのみ適用される。Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 135; Ritter, a. a. O., S. 423 f. (§ 20 Rdnr. 41).
- (81) Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18. 8. 1971, Bundestags-Drucks, VI/2320, Anlage 1, S. 27; Möschel, RWB, Rdnr. 762; Bechtold, KartR, S. 136. 参照、山部・前掲一三〇頁。
- (82) Bechtold, a. a. O., S. 136.
- (83) 佐野浩之、Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 240. 青沢浩之、Möschel, RWB, Bdnr. 763; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 233.
- (84) 参照、山部・前掲一三二頁。(77) 参照、山部・前掲一三二頁。
- (85) なお、本稿では、これらについて間接的結合参加企業、直接的結合参加企業という表現も、適宜用いている。
- (86) Mestmäcker, in: § 23 Rdnr. 233.
- (87) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 295.
- (88) Möschel, RWB, Rdnr. 798; Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 232.
- (89) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 296.
- (90) Vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 798.

- (83) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Bdnr. 425.
- (84) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 293, 296; Möschel, RWB, Rdnr. 798.
- (85) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 290.
- (86) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 296.
- (87) Ritterer, a. a. O., S. 420 (§ 20 Rdnr. 32).
- (88) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 239 f., 292; Möschel, RWB, Rdnr. 798 f.; Westmacker, in: I/M § 23 Rdnr. 232.
- (89) Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 54 f.
- (90) 少々の従属企業(間)の擬制された企業結合については、結合参加企業としての扱いをせざるべし。Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 289. 参考、服部・前掲一七頁以下。
- (91) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 259; Westmacker, in: I/M § 23 Rdnr. 233. 例えば、AとBが企業結合を行った場合、Aの従属企業であるC、Aと水平コンツェルンを構成しているD、Aの支配企業であるEに従属するFは、結合参加企業ではないことになる。
- (92) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 245.
- (93) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 245.
- (94) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 245. さらにドイツの「比較的複雑な帰結を招きかねないこれらの規定の仕方については、立法技術上、疑問とすべき余地があるように思われる。」
- (95) Ritterer, a. a. O., S. 420 (§ 20 Rdnr. 32); Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 242. 以下の「理論上は、擬制された企業結合を禁止すべきの主張がある」(Bechtold, a. a. O., S. 136)。

四 結合参加企業概念の機能する局面

前節で結合参加企業とされる企業の範囲について検討を加えたが、次いで、結合参加企業という概念がGWBの企業結合規制のどのような局面で用いられているのかについて整理・検討を加えることとしたい。もっとも、そのほとんどは、明文に規定されており、その意味で、とくに問題点はないが、最後に取り上げる企業結合の第三者への効果の問題は、理論上、重要な論点を含んでいる。また、結合参加企業が用いられている局面を指摘することは、GWBの企業結合規制の規定を反復することでもあり、本稿^二で触れたことと重複するところが多いが、ここでは、Mischelの整理を基礎にして、まず、明文で規定されているものについて形式的企業結合規制(一)と実体的企業結合規制(二)に分けて整理し、最後に禁止基準(市場支配的地位の形成又は強化)との関係で理論上導かれるものについて述べることとしたい(三)。

(一) 形式的企業結合規制に係わるもの

1 届出義務及び報告義務発生の数量的要件である売上高の算定

届出義務の成立要件は、二四a条一項一文に規定されており、その内容については、すでに説明した(二(二))1の(一)。そのうち、結合参加企業に係わるのは、以下のものである。すなわち、

① 結合参加企業の一つが、最終事業年度において二〇億マルクの売上高を有する場合(二四a条一項一文前段一号)、又は、

② 結合参加企業のうち少なくとも二つが、最終事業年度において各々一〇億マルクの売上高を有する場合（同二号）、

届出義務が発生する。この事前届出義務は、二三条二項六号の企業結合については、生じないとされている（二四 a 条一項二文後段）。

報告義務の発生要件は、GWB二三条一項一文に規定されている。すなわち、

③ 参加企業が企業結合以前の最終事業年度において、合わせて、五億マルクの売上高を有する場合、報告義務が発生する。第五次改正（一九九〇年一月一日施行）以前は、企業結合によって二〇%以上の市場占拠率に達する場合、または、結合参加企業の一つが他の市場において二〇%の市場占拠率を有する場合（GWB旧二三条一項一文一号）、あるいは、参加企業が企業結合以前の最終事業年度の一時点において、合計で一人以上の従業員を有するか、又は、同期間において五億マルクの売上高を有する場合（旧二三条一項一文二号）に、報告義務が生じるとされていた。第五次改正によって、市場占拠率、従業員に関する要件は削除されている。ただし、報告義務が生じた場合において、市場占拠率が二〇%に達するときは、市場占拠率が報告事項とされている（二三条五項二文三号）。売上高の算定については、すでに述べたように、二三条一項二文の結合条項、同二項二号二文の共同企業の規定、さらに同一項八文・九文が、それぞれの場合について適用される。なお、具体的算定方法については、二三条一項三文以下にも規定がある。

2 報告義務者及び届出義務者

報告義務を課される者については、GWB二三条四項に規定がある。それによれば、

④合併又は組織変更の場合は、吸収企業又は新設企業（法文では結合参加企業と記されていない）の所有者又はその代理人、それが法人又は会社（Gesellschaft）であれば、法律又は定款に従って代表権を有する者（二三条四項一号）が、報告義務を負うとされ、

⑤その他の企業結合形態においては、結合参加企業の所有者（二三条四項一号a）が報告義務を負い、合併又は組織変更以外の資産取得及び持分取得の場合は、譲渡者又はその代理人、それが法人又は会社であれば法律及び定款に従って代表権を有する者（二三条四項二号b）が、報告義務を負う。

④の合併または組織変更による企業結合の場合は、明文上、結合参加企業とはされていないが、先にも述べたように、合併当事企業（被吸収企業（消滅企業）、存続企業、又は、新設される企業）や組織変更をなす企業は、結合参加企業であると解されている。事後報告においては、資産取得による企業結合の場合その法人格が消滅する企業があるので、法文上、報告義務者についてこのような手当がなされていると考えられる。

届出義務を負う者については、二四a条三文に規定されている。それによれば、基本的に報告義務に関する規定を準用し、若干の調整をはかっている。すなわち、

⑥合併又は組織変更による企業結合の場合に、結合参加企業の所有者又はその代理人、代表権を有する者が届出義務を負う。

それ以外は、報告義務者と同一であるとされる。報告義務の場合と異なり、結合参加企業の所有者等が届出義務の名宛人とされているが、これは二四a条の届出が企業結合の計画段階でなされるものであり、届出の時点では、吸収合併、新設合併、組織変更のいずれの場合も、消滅する予定の企業も存在しており、報告義務におけるような手当て、つまり、存続企業又は新設企業に限定する必要はないからである。

なお、法文上、報告義務及び届出義務を負う者は、結合参加企業の所有者、その代理人、代表者等とされており、企業自体は名宛人とはされていない。これらの者は自然人として報告義務等の名宛人となっているが、それは報告義務違反に対する制裁としてGW B三九条一項二号に基づいて過料を課されるのが、自然人に限られることとの対応からである。しかし、学説上は、報告義務等の名宛人は結合参加企業自体であるとの見解もあり、実務の処理もそれによっていとされる⁽³⁾。

3 報告・届出事項

報告されるべき事項は、GW B二三条五項に規定されている。届出事項についても、二四a条一項三文によって、二三条が準用されることになる。報告事項については、すでに触れているが、ここでもう一度整理しておく。二三条五項によれば、まず、企業結合の形態が報告されることとなっている(同一文)が、さらに、

⑦ 結合参加企業について以下の事項も報告されなければならない(同二文)とされる。すなわち、

——商号、その他の表示 (Bezeichnung)、及び、営業所の所在地(同二文一号)、

——営業の種類(同二号)、

——参加企業の市場占拠率が合わせて二〇%以上となる場合は、その算定あるいは評価の根拠を示した市場占拠率、及び、売上高(同三号)、

——持分取得による企業結合の場合は、取得された持分、及び、合わせて保有される参加の額(同四号)、である。

また、同項三文によれば、

⑧ 参加企業が G W B 二三条一項二文（結合条項）に言う結合企業である場合には、上記⑦の報告は、結合企業についてもなさなければならぬし、当該結合企業間のコンツェルン関係、従属関係、資本参加関係も報告されなければならない。

4 連邦カルテル庁の説明請求

G W B 二三条六項によれば、

⑨ 連邦カルテル庁は、参加企業の各々に対して、市場占拠率、売上高について、説明を求めることができる（同一文）。参加企業が G W B 二三条一項二文の意味での結合企業である場合には、そのような結合関係にある他の企業に対しても、連邦カルテル庁は説明を求めることができる（同一文）。

5 事前規制の禁止期限の延長

G W B 二四 a 条の事前規制において、連邦カルテル庁が企業結合を禁止できるのは、届出後一か月以内に連邦カルテル庁が審査にはいる旨の通知をした場合であって、かつ、届出後四か月間に限られるが、二四 a 条二項二文各号に該当する場合は、四か月経過後も禁止処分を下すことができる。このうち、結合参加企業に係わるものとしては、次のものがある。

⑩ 結合参加企業が、期限延長を承諾した場合（同一号）、

⑪ 結合参加企業の虚偽又は不完全な届出によって、連邦カルテル庁が前記一か月以内の通知をしなかった場合、又は、禁止処分を下さなかった場合（同一号）、

である。⑩の場合の結合参加企業は、直接参加企業に限られ、間接参加企業は含まれないと解されている。

(二) 実体的企業結合規制に係わるもの

GWB二四条一項による企業結合の規制基準は、市場支配的地位が形成又は強化されることが予期され得ること、及び、市場支配の弊害を凌駕する競争条件の改善の(証明が)ないこと、であるが、これに関連して、結合参加企業は、次の場合においてこの市場支配の認定をはじめとする実体的企業結合規制に係わっている。

1 許容条項(適用除外)における売上高の算定

GWB二四条八項(許容条項)各号に規定される要件を充足する企業結合については、企業結合の禁止を内容とする実体的企業結合規制は適用されない。本条項の立法目的は、一般的に言うところ、企業結合の実体規制を経済的に重要なものに限定することにある。許容条項のうち、結合参加企業に係るものは、同一号及び二号の規定である。すなわち、

⑫参加企業の最終事業年度の売上高が合計で五億マルク未満である場合〔「小売上条項(Begattlungsatzklausel)」¹⁾、実体規制を受けない。その他、次の場合も規制を免れることができる。

——非従属企業であって、最終事業年度の売上高が五千万マルク以下の企業が、他の企業に吸収される(sich anschließen)場合(但し、前者が四〇〇万マルク以上の売上高を有し、かつ、後者が一〇億マルク以上の売上高を有する場合は除く)(同一号「吸収条項(Anschlussklausel)」)

——当該市場において五年以上にわたり商品又は役務が供給されており、かつ、最終暦年の売上高が一千万マルク未

満の場合(同三号)〔小市場条項 (Bagatelmarktkausef)〕

小売上条項の売上高基準は、二三条一項一文の報告義務要件である売上高と同じ五億マルクである。従って、この限りで、報告義務のない企業結合は、実体規制を受けることはない。吸収条項には、結合参加企業の文言はないが、その内容は、結合参加企業の単独の売上高を基準としていると言い得る。

2 推定規定における市場占拠率・売上高等の算定

GW B二三 a 条一項一号 a の侵入推定、同二号の大同推定、同二項の特別寡占推定において、結合参加企業の市場占拠率、売上高が以下の通りその基準となっている。

⑬ 侵入推定では、二〇億マルクの売上高を有する企業が、中小企業が2/3以上の市場占拠率を有し、かつ、結合参加企業が合計で五%以上の市場占拠率を有する市場で活動している企業と結合する場合、優越的市場地位の形成又は強化が推定される。

⑭ 大同推定によれば、結合参加企業が合計で一二〇億マルクの売上高を有し、かつ、結合参加企業のうち少なくとも二つが一〇億マルクの売上高を有する場合に、優越的市場地位の形成又は強化が推定される。

⑮ 特別寡占推定については、企業の最終事業年度の売上高が一億五千万マルク未満であるか、又は、結合参加企業の市場占拠率が合計で一五%以下である場合、その適用がないとされている(二項二文)。

3 GW B二四 条一項の禁止基準

企業結合によって市場支配的地位の形成又は強化が予期される場合は(二四 条一項前段)、連邦カルテル庁は原

則として当該企業結合を禁止する（二四條二項一文）。但し、参加企業が当該企業結合によって競争条件の改善も生じ、かつ、その改善が市場支配の不利益を凌駕することを証明する場合は禁止を免れることができる（二四條一項後段（衡量条項））。まず、二四條一項前段については、明文では規定されていないが、市場支配的地位の形成又は強化は結合参加企業において生じなければならないと解されている。これについては、次項で改めて取り上げる。また、同後段の衡量条項においては、参加企業が市場支配の不利益を凌駕する競争条件の改善の存在を証明するとされている。この証明責任を負う参加企業というのも結合参加企業である。³⁶⁾

（三） 市場支配的地位と結合参加企業（企業結合の第三者への効果）

一 次いで、結合参加企業という概念がGWB二四條一項の禁止基準（市場支配的地位の形成又は強化）との関連において用いられる局面について述べることにする。これは明文で規定されているのではなく、もっぱら理論上導かれるものである。すなわち、ドイツの通説的見解によれば、禁止基準である市場支配的地位の形成又は強化は、もっぱら結合参加企業において生じる必要があるとされていることである。⁴⁾ 判例もまた、同様の見解をとっている。⁵⁾ このような立場をとると、ある企業結合によって、結合に参加していない企業の市場支配的地位が形成又は強化されること⁶⁾が予期されるとしても、当該企業結合は規制を受けないこととなる。

非結合参加企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じるとされる具体例としては次のようなものが挙げられる。（例①）A、B、Cの三つの企業が二二條二項に規定される共同の市場支配的地位を有していた場合において、Cが取引段階の異なるDに取得され、DがCの供給を自らの需要のためにのみ利用するとすれば、Cの供給は内部化され市場から消滅することになる。その結果、AとBの当該市場における共同の市場支配的地位は強化されることに

なる（Cの供給が市場から消滅することによって、AとBの市場占拠率は必然的に増大し、その市場地位が強化されたと評価されることになる⁽⁶⁾）。しかし、結合参加企業（C）において市場支配的地位が形成又は強化されていないこととなつて、当該企業結合は、A、Bの共同の市場支配的地位を形成又は強化するにもかかわらず、規制を受けないこととなる。この例は、垂直的企業結合のケースであるが、他の例としては、次のようなものも挙げられている。（例②）例①に類似するが、資産取得（生産施設等の取得）による企業結合のケースで、資産取得者がはじめから取得した土地を別の用途で使用するために資産を取得し、当該施設での営業を廃止するような場合である。この場合も、廃止された営業に関する市場について、競争者の地位は強化されることになる⁽⁷⁾。

また、次のような例もある。（例③）別の市場で活動するAとBについて、AがBに対してすでに少数参加しており、Bが一定の市場において市場支配的地位を有している場合に、AがBと同一の市場で活動するBの競争者Cを取得するような場合である⁽⁸⁾。このAとCとの企業結合によってBの市場支配的地位が強化されると評価されても、Bは結合参加企業ではないので、当該企業結合を規制できない。

水平的企業結合の場合を想定すると、（例④）ある市場において、Aが六〇%、Bが二〇%、他の四者が各々五%の市場占拠率を有している場合に、当該四者が結合して、新たに二〇%の市場占拠率を有するCが出現するような場合が考えられよう⁽⁹⁾。この場合、C自身が市場支配的地位を形成（又は強化）したとは言えないが、Aの市場支配的地位がこれらの企業結合によって強化されると評価すれば、当該企業結合には参加していないAに市場支配的地位の強化という禁止基準が成立することになる。市場支配的地位が結合参加企業において形成又は強化されることが必要であるとする場合、C自身の市場支配的地位が形成又は強化されたと考えることができなければ、当該企業結合（Cの出現）を禁止することはできないことになる。

この論点は、通常、GWB二四条一項の「市場支配的地位の形成又は強化」をめぐる論点としては「企業結合の第三者への効果(Dritwirkung von Zusammenschluß)」の問題として取り扱われるものである。つまり、ある企業結合が、結合参加企業ではない第三者の市場地位に影響を与える場合の問題である。その場合、当該第三者の市場地位の変化がGWB二四条一項の企業結合の禁止基準である市場支配的地位の形成又は強化と評価できるような場合に当該企業結合を禁止できるかどうかの問題となる。

二 しかし、先に挙げた例のうち、例④の水平的企業結合のケースは、GWBの諸規定を前提とした場合、適切な例示とは言えない。というのは、GWBにおいては、複数の企業による「寡占的市場支配」という市場支配の形態が明文で規定されており(GWB二二条二項)、例④の場合、A、B及びCの三者による共同の市場支配が成立する余地があるからである。⁽¹²⁾ A、B及びCによる共同市場支配が成立するとすれば、結合参加企業であるC自身の市場地位が問題となっていると考えることができる。つまり、当該企業結合によってCの(共同の)市場支配的地位が形成されたと構成することによって、規制の可否についての企業結合の第三者への効果の問題を考慮する必要がないからである。このように、ドイツ法においては、複数企業による共同市場支配と構成することによって、当該市場における下位の企業による結合の場合も、結合参加企業の市場支配的地位の形成又は強化と評価可能である。企業結合の第三者への効果の問題の例として、ドイツにおいてもppら例①のような垂直的企業結合の例が掲げられるのは、この理由によると考えられる。従って、ドイツ法の場合、この問題は水平的企業結合については、⁽¹³⁾ 実際上の意味は余りないとされる。

三 この市場支配的地位の形成又は強化が、結合参加企業において生じなければならないという通説的見解は、⁽¹⁴⁾ 二つの文脈で問題とされている。第一は、当該企業結合とは何らの関係のない企業において市場支配的地位の形成又は強

化が生じる場合である。先に掲げた例で言えば、例①、例②（及び例④）がこの場合に該当する。第二は、結合参加企業とは何らかの結合関係があるのに、結合参加企業とはされない企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合である。結合参加企業との結合関係とは、主として、持分の少数参加（GWB二三条二項二号a）が問題とされている。⁽¹⁵⁾先に挙げた例で言えば、例③に該当する。市場支配的地位が結合参加企業において生じる必要があるとすれば、この両者の場合について、問題とされる企業結合を禁止することはできないこととなるが、第二の場合については、例外的に、規制は可能とする見解も有力である。⁽¹⁶⁾

四 これに対して、連邦カルテル庁は、非結合参加企業においても市場支配的地位が生じ得るし、その場合も当該企業結合を禁止することができるという立場をとっており、一部学説（以下、「少数説」と言う）もこれを支持し、⁽¹⁷⁾通説の見解との対立が見られる。この少数説をとれば、上記第一の場合、第二の場合ともに、当該企業結合に規制を加えることは可能と思われる。

このように、市場支配的地位と結合参加企業の間をどう把握するかの問題は、学説の対立も見られ、また、実際上の意味はさておいても、理論的にはきわめて興味ある問題を提起しており、節を改めて検討を加えることとする。

(1) 以下の説明は、概ね Möschel, RWB, Rdnr. 794 の整理に基づいている。

(2) 第五次改正によって、付加された規定である。

(3) 報告義務の名宛人を法文で列挙される自然人であるとする見解をとるものとしては、Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 390, 393; Rither, a. a. O., S. 57 (§ 20 RdNr. 57 ff.) がある。結合参加企業自体が報告義務の名宛人であるとする

見解をとるものとしては、Langen, u. a., a. a. O., § 23 Rz. 128; Mesnacker, in: I/M § 23 Rdnr. 259; Möschel, RWB, Rdnr. 818 がある。なお、vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. 393.

(15) Caronhley/Mooseker, a. a. O., S. 111 f.; Harms, in: GK § 24 Rz. 665.

なお、結合参加企業は、手続参加者としても企業結合規制手続の種々の局面で一定の役割を担っている。ここで手続参加者について、若干の説明を補足しておく。企業結合規制における手続参加者は、GWB五一条二項に基づいて、規制手続が向けられている企業（… Unternehmen…, gegen die sich das Verfahren richtet）（二号）¹、持分取得又は資産取得の場合の譲渡人（五号）²、カルテル官庁の決定に多大の利害関係を有しており、カルテル官庁がその申請に基づいて参加を認めた第三者（四号）³であるとされる（Möschel, RWB, Rdnr. 801; Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 273）。直接的結合参加企業は、規制手続が向けられる者として、常に手続参加者となる。同じく、持分譲渡人、資産譲渡人も常に手続参加者となる（Möschel, RWB, Rdnr. 802; Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 273）。これに対して、間接的結合参加企業（直接的結合参加企業の支配企業）⁴、さらには、直接的結合参加企業の従属企業が手続参加者となるかどうかについては議論が分かれている（Vgl. Möschel, RWB, Rdnr. 802; Emmerich, KarR, 5. Auflage, S. 329; Canenbley/Moosecker, a. a. O., S. 273 f.）。

手続参加者は、GWB五三条一項に基づいて聴聞（Gehör）の機会が保証される。その欠如は禁止処分の瑕疵として取消理由となり得る（Möschel, RWB, Rdnr. 800）。また、手続参加者は、連邦カルテル庁の禁止処分の送達を受けるとともに（GWB五七条一項二文）、連邦カルテル庁の禁止処分に対して、ムルリン高等裁判所に異議を申立てることができる（GWB六二条二項・四項）。

(4) Möschel, RWB, Rdnr. 850; Mestmäcker, in: IM § 24 Rdnr. 22; FK § 24 Tz. 42; Westrick/Löwenheim, a. a. O., § 24 Rdnr. 26; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 20 f.; Harms, in: GK § 24 Rz. 168.

(5) WuW/E OLG 2259, 2261 »Siegleränder Transportbeton«; WuW/EBGH 1810, 1813 »Transportbeton Sauerland«.

(6) リンク掲げた例は、Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 20; Mestmäcker, in: I/M § 24 Rdnr. 22; Harms, in: GK § 24 Rz. 168 に掲げている例を適宜に重ねたものである。なお、垂直的統合にあつては、内部売上を市場占拠率の算定からは除外する¹、つまり、需要と供給とが出会う場としての市場での商品の売上を基礎として市場占拠率を算定するのが連邦カルテル庁及び裁判所の処理であるが、このような取扱いには疑問もなごわけてはなご（vgl. Mestmäcker, in: I/M § 23 Rdnr. 123）。

- (7) FK § 24 Tz. 42. その他、例えば、ある企業が、もっぱら輸出に振り向けるために従来国内市場で営業していた他の企業を取得した場合が挙げられている。
- (8) WuW E/BKartA 1863《Gruner+Jahr-Zeit》AG 1983, S. 285《Gruner+Jahr-Zeit》WuW E/BGH 2112《Gruner+Jahr-Zeit》.
- (9) この例は、『三輪芳朗『独禁法の経済学』(昭和五七年)四七頁を参照して、筆者が適当に設定したものである。ドイツでは、後述する理由によって、学説においてもこのような水平的企業結合の場合を想定したものは見られない。なお、三輪・前掲四七頁では、市場占拠率が七〇%、一〇%、一〇%、五%、五%の五社によって構成される産業が、合併によって七〇%、一五%、一五%の三社に変化する場合、七〇%、三〇%の二社に変化する場合が掲げられている。この場合『市場支配力』を持つトップ企業にとつて、他に存在する企業が四社である場合と二社あるいは一社である場合とは大いに状況が異なり、このような合併は「トップ企業の『支配力』の維持、強化につながる」とされている。
- (10) この場合において、直ちにAの市場支配的地位が強化されたと評価できるかどうかは検討の余地があるようにも考えられる。この例の場合、逆に、下位企業の競争力が高められ、上位企業に対する対抗力が形成される、という意味で、Aの市場支配的地位を弱体化させ、競争促進的であると考えることも可能であるからである。
- (11) Mestmäcker, in: JM § 24 Rdnr. 22. ただ、後述するように、例③のケースは、Bが結合参加企業ではないものの、結合参加企業と資本関係をすでに結んでおり、この点で、結合参加企業と何ら関係のない第三者において市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合と区別することができる。
- (12) Vgl. Neiser, a. a. O., S. 155 (Fn. 45).
- (13) Neiser, a. a. O., S. 156 (Fn. 45). これに対して、後述のように(六)、日本法においてはもっぱら寡占市場における下位企業の水平的企業結合についてこの問題が取り扱われている。
- (14) なお、この場合、結合参加企業とGWB二三条一項二文(結合条項)の意味で結び付いている企業(結合企業)についても同様に考えられる(Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 19; Mestmäcker, in: JM § 24 Rdnr. 23; Möschel,

RWB, Rdnr. 850)。¹⁾つまり、結合参加企業の結合企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合も、規制できる。従って、直接参加企業の従属企業を結合参加企業とするかどうか等の先の(間接的)結合参加企業の範囲をめぐる議論は、この問題について余り意味はない。以下、市場支配的地位が結合参加企業において生じる必要がある、²⁾と言う場合は、この結合企業も含めて考えることとする。

(15) その他、市場支配的地位の形成又は強化が生じる企業と結合参加企業との間に役員の関係がある場合も考えられる(Emmerich, KartR, 5. Auflage, S. 364)。

(9) Möschel, RWB, Rdnr. 851; Mestmäcker, in: I/M § 24 Rdnr. 23. WuW E/BKart A 1863 1865) Gruner+Jahr—Zeit(;

(17) WuW/E BKart A 1771, 1774) Transportleitonvertrieb (； WuW E/BKartA 1863, 1865) Gruner+Jahr—Zeit (； Langen, u. a., a. a. O., § 24; Rz. 24; Neiser, a. a. O., S. 155; Niederleitinger, Praxis der Fusionskontrolle 1979/80 — Auslegungstragen zu § 23 ff. der Vierten GWB-Novelle, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1979/80, 1981, S. 46 f.; Klau, Fusionskontrolle und Marktberrschungsaufsicht, Die Praxis zu §§ 22 bis 24 a GWB, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1982/83, 1984, S. 42 f.

五 市場支配的地位の担い手としての結合参加企業

ドイツの通説的見解は、GWB二四条一項に言う市場支配的地位の形成又は強化は、結合参加企業において生じなければならぬとしているが、前節で述べたように、この見解は二つの文脈で問題とされている。第一は、当該参加企業とは結合関係のない、全くの第三者において市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合であり、第二は、結合参加企業と何らかの結合関係(実際は、主に持分の少数参加)があるにも拘らず、結合参加企業とはならない企業に

において市場支配的地位の形成又は強化が生じる場合である。第二のケースは、市場支配が結合参加企業において生じる必要があるのと第一のケースにおける通説的見解の枠内での問題であり、第一のケースについての少数説に立てば、とりたてて問題とする余地はないように思われるものである。

(一) 第三者の市場支配的地位の形成又は強化

まず、第一の結合参加企業とは何らの結合関係もない第三者において市場支配的地位の形成又は強化が生じるケースについて取り上げる。この場合の処理が、理論上最も重要である。二四条一項の禁止要件である市場支配が結合参加企業において生じなければならぬとする支配的見解と、それを否定する少数説が対立しているが、以下それらについて検討を加えることとする。

1 通説的見解

一 ドイツの通説的見解は、二四条一項の禁止要件である市場支配的地位の形成又は強化が結合参加企業において生じなければならぬとしている。以下、通説的見解をとる各論者の解説を概観すると、まず、Mestmäckerによれば、その根拠として挙げられているのは、「法規定の全体 (die Gesamtheit der gesetzlichen Regelung)」であり、「それ (法規定の全体 || 引用者注記) は判断にとって重大な競争上の作用が、常に結合参加企業において生じることを前提としている」⁽¹⁾とする。Möschelも同様の根拠を挙げる。Möschelによれば、その根拠は「合同規制のシステム全体 (das Gesamtsystem der Fusionskontrolle)」であり、「それ (合同規制のシステム全体 || 引用者注記) は参加企業への帰責 (Zurechnung) を前提としてゐる」⁽²⁾とする。

次いで、Kleinmann/Bechtold の見解を取り上げると、まず、その根拠として第二次改正以前の二四条の条文を挙げて⁽³⁾いる。第二次改正以前の二四条は、⁽⁴⁾「参加企業」が企業結合によって市場支配的地位を獲得または強化する場合には、カルテル官庁は参加者に当該企業結合に関する説明を求めることができる、と規定していた。そこでは、「参加企業」の市場支配ということが明記されている。⁽⁵⁾Kleinmann/Bechtold によれば、立法者がこの点について何らかの修正を施そうとしたということは認められないとする。⁽⁶⁾また、連邦カルテル庁の禁止権限は、もっぱら、参加企業において充足されなければならない事実（企業結合の存在、規模のメルクマール）に結び付けられており、このことは、市場支配的地位の形成又は強化という禁止理由に關してはなおさら妥当する、としている。⁽⁷⁾

また、Harms は、通説的見解についてのより重要な根拠として、行政法上の理論を掲げる。すなわち、行政法においては、直接の違反者（Störer）に対して介入（Eingriff）が許されるのであって、第三者によって引き起こされた間接的な違反（Störung）に対する介入は許されないとの方である（「直接性理論（Unmittelbarkeitslehre）」）。この理論を適用すると、問題とされる企業結合によって結合参加企業に市場支配的地位が形成又は強化される場合は、直接的な違反として当該企業結合に対する介入（禁止処分）は可能であるが、企業結合によって別の企業の市場支配的地位が形成又は強化された場合は、間接的な違反となつて、介入は許されないとことにならう。さらに、Harms は次のようにも述べる。すなわち、第三者による市場支配を阻止することは、合同規制の「基本的考え方（Konzeption）」にも合致しない⁽⁸⁾と。Harms によれば、企業結合規制は、企業集中あるいは市場構造の悪化をそれ自体を阻止するのではなく、一定の形態の企業の外的成長を阻止するものであるとされる。

二 以上が通説的見解をとる論者の解説の概要である。もっとも、Möschel、Mestmäcker の議論は、この見解の根拠として、十全のものとなり得るかどうかは疑問とする余地がない訳ではない。GWB の合同規制の規定は、確かに

後述のように、市場支配的地位が結合参加企業において生じることを前提としていると言い得るように思われる。しかし、Möschel, Mestmäcker の言う「法規定の全体」、「システム全体」が具体的にどのようなことを指しているのかが明確ではないものの、なぜGWBの企業結合規制が、結合参加企業において市場支配的地位が生じることを前提としているのか、という問題には触れていないからである。Kleinmann/Bechtold による第二次改正以前の条文を根拠とすることも、Möschel, Mestmäcker の説明と同様の疑問に立ち入ることになる。確かに、第二次GWB改正以前の法規定は、明文でもって、結合参加企業の市場支配的地位を問題としており、そして、明示されていないものの、現行のGWBの企業結合規制も、それを受け継いでいると考えることはできる。そして、Möschel, Mestmäcker の指摘も含めて現行法の解釈論としての根拠にはなり得ると思われる。しかし、一歩進んで、なぜそうであるのかを考えてみると、解答は示されていないからである。もちろん、それは理論的（あるいは立法論的）な根拠の話であり、解釈論として、現行法の体系を根拠にすることは別問題であると言い得るかもしれないが、現行法がそれを前提としている、ということから、それが「必要である」という要件をもたらす解釈論を展開するのは、説得力が必ずしも十分であるとは言えないようにも思われる。現行法がそれを前提としている、ということは、確かに、現行法の想定する典型的な場合がそうである、ということを示していると言うことはできるが、それが「要件」として必要であるとするのは、改めて問題とする余地もあるように思われるからである。従って、この通説的見解の根拠については、さらに突っ込んだ考察を要することになる。ここでは、その検討をしばらく置いて、少数説を概観した後で、再び検討を加えることとしたい。

2 少数説

少数説の立場からこの問題についてどのような説明がなされているのかを見ると、まず、Langen 他によれば、GWB 二四条一項は、主観的な要素を排除しており、企業結合の禁止は、ただ企業結合と市場構造の悪化との間の因果関係の存在のみを前提としているだけであるので、非結合参加企業において出現する事態をも考慮することが可能であるとする⁽¹¹⁾⁽¹²⁾。確かに、現行GWB 二四条一項の文言は、「誰の」市場支配的地位かを問題としていない⁽¹³⁾。また、GWB 二四条一項後段の衡量条項との関連からもそのように解するのが適当であるとされる。すなわち、衡量条項は、市場支配的地位の形成又は強化が予期される場合であっても、当該企業結合によって市場支配の弊害を凌駕する競争条件の改善が生じることを参加企業が証明すれば、禁止を免れるというものであるが、この場合、結合参加企業以外の企業において生じた競争条件の改善とされる事情も考慮されると解するのが通説であり、それとの均衡上も、市場支配的地位が第三者において生じた場合も、それを考慮して規制するのが適当であるとの論拠である⁽¹⁴⁾。もっとも、この論拠については、通説的見解の側から次のような反論がなされている。すなわち、衡量条項を引き合いに出すことは、企業結合を禁止するという介入要件と禁止を免れさせるという要件との関係を誤解したものであるとの批判である。衡量条項において第三者における事情を考慮することから、企業結合の禁止の要件についても同様に考えなければならぬという結論を導く必然性はないとされる⁽¹⁵⁾。

また、Neiser は、まず、同じく規定の文言から、非結合参加企業における市場支配的地位も把握可能であるとす⁽¹⁶⁾。さらに、立法者の意図も少数説の論拠として挙げている。Neiserによれば、立法者は「主として(vornehmlich)」結合参加企業の市場支配的地位を考えていたが、それは、ほとんどの場合においては、實際上、参加企業の市場力の拡大が問題となるということを明らかにしているに過ぎず、特殊なケースにおいては、非参加企業への企業結合の作用が考慮される⁽¹⁷⁾、とする⁽¹⁸⁾。そして、構造規制としての合同規制を考えると、立法者は、企業結合規制によって競争的

な市場構造を維持しようとしたのであり、それに従えば、どの企業に有利になるかどうかは問題ではないとする。⁽¹⁹⁾ また、Neiserによれば、市場支配的地位が結合参加企業において生じることを前提とするGWBの諸規定についても、必ずしも市場支配的地位が結合参加企業において生じることが必要であると解さなくてもよいとする。⁽²⁰⁾ 以上が、少数説をとる論者の⁽²¹⁾解説の概要である。

3 検討

一 次いで、これらの見解について、さらに検討を加えることとする。まず、通説の見解についてであるが、その根拠は次のように整理できる。

①企業結合規制の体系・システムは、結合参加企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じることを前提としている、あるいは、企業結合規制はもっぱら結合参加企業において生じる事実（企業結合の存在、各種の模範のメルクマール）に結び付いていること、

②第二次GWB改正以前の条文が、「参加企業」の「市場支配的地位」、ということを明言しており、その考えが現行法において変更されたとは認められないこと、

③企業結合規制は、市場構造の悪化それ自体を規制するものでなく、一定の形態を有する企業の外的成長を規制するものであること、

④行政法学上の「直接性理論」からして、非結合参加企業に生じる市場支配的地位について、問題となる企業結合を規制することはできないこと、

等である。

二 まず、GWBの合同規制の全体ないしシステム全体というものであるが、「(企業結合規制の)法規定の全体」あるいは「合同規制のシステム全体」という表現によって、具体的に何を指しているのかは、Möschel, Mosbacherによるそれ以上の詳しい説明がないために、はっきりしないところもある。しかし、前節までで検討したように、結合参加企業という概念が用いられている局面を考えると、確かに、GWBの企業結合規制においては市場支配的地位が結合参加企業において生じることが想定されていると言うことはできると思われる。繰り返しになるが、若干の具体的規定を取り上げると、まず、二三条一項の報告義務規定においては、結合参加企業に関する市場占拠率等の情報が報告され、實際上、連邦カルテル庁はこの情報を基に(つまり、結合参加企業ではない企業についての情報は、報告されない)、当該企業結合の適否を審査することとなっている⁽²²⁾。さらに、各種の推定規定の要件も挙げられる⁽²³⁾。すなわち、GWB二三a条一項一号aの侵入推定および同二号に大合同推定の数量的要件(市場占拠率、売上高)は、結合参加企業に関するものであり、GWB二三a条一項一号bの強化推定においても、すでに市場支配的である企業と二〇億マルク以上の売上高を有する大規模企業との企業結合によって、市場支配的地位の(形成又は)強化が推定されている。また、同二項二文において特別寡占推定適用の要件としても結合参加企業の合計の市場占拠率が挙げられている。市場支配的地位の形成又は強化、あるいは、市場支配的地位の存在の推定の前提として、結合参加企業の市場占拠率、売上高が挙げられている以上、これら推定規定は、確かに、結合参加企業における市場支配的地位を問題としていると言うことができる。また、GWB二四八項一文一号の小市場条項及び同二号の吸収条項が、結合参加企業の規模によって、企業結合規制の適用除外を定めていることも挙げられよう⁽²⁴⁾。

その他、市場支配的地位が結合参加企業において生じることを前提としたGWBの規定は、種々あるが、確かにGWBの企業結合規制の規定は、それを前提としていると言い得るように思われる⁽²⁵⁾。もっとも、これらは、前述したよ

うに結合参加企業概念が企業結合規制の種々の規定において用いられていることと裏腹の関係にある。

三 次いで、立法資料について見ると、実体的企業結合規制が導入された第二次GWB改正時の政府草案理由書には、次のような表現がある。つまり、「市場支配的な企業結合」⁽²⁶⁾、「ある企業に企業結合によって付加することができる事業能力 (Ressourcen) が……市場におけるその地位の強化を招く」⁽²⁷⁾などである。政府草案理由書においても、第二次GWB改正以前の二四条と同様、企業が企業結合を行い、その企業が市場支配的地位を有するということが想定されていたと言い得るように思われる。もっとも、ここでは市場支配的地位が結合参加企業において生じる必要があるとする直接的な説明は見あたらない。少数説の立場からは、立法資料にはこの問題にとって決め手となる手がかりはないとされている⁽²⁸⁾。

四 以上、GWBの具体的規定と立法資料について概観したが、両者とも、一応、結合参加企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じることを想定しているということは言い得るように思われる。もっとも、GWBの企業結合規制が、市場支配的地位が結合参加企業で生じることを前提としていること自体の根拠については必ずしも明らかとは言えない。この点において、Harmsの掲げる根拠(上記③、④)が強調されることになると思われる。すなわち、行政法上の「直接性理論 (Unmittelbarkeitstheorie)」及び企業結合規制の「基本的考え方 (Konzeption)」である。後者について言えば、先にも述べたとおり、Harmsの把握する「基本的考え方」とは、企業結合規制は(市場)構造の悪化それ自体を阻止するのではなく、一定の形態を有する企業の外的成長を阻止するものであるというものである。Harmsも少数説の指摘するように、結合参加者という主観的側面は、企業結合規制において重要性を有しないことは認めている。しかし、そのことは連邦カルテル庁により介入 (Eingriff) を根拠づけるものにはならないとする⁽²⁹⁾。この点で、通説の見解と少数説が基礎としていると思われる「基本的考え方」とには、相違があると思われる。例え

は、Langen 等によれば、市場構造に着目する企業結合規制において、「市場支配」というものは、「市場構造の悪化 (Verslechterung der Marktstruktur)」として把握されており、この「市場構造の悪化」が企業結合によって引き起こされる場合に、それは禁止されなければならない。その場合、企業結合規制について主観的要素を考慮に入れることを否定し、企業結合によって生じるすべての「市場構造の悪化」に規制を加えることができる。⁽³¹⁾ ここでは、純粹に客観的な企業結合規制というものが志向されていると見ることができるとする。結局、だれが市場支配的地位を形成又は強化するかには係わりなく、市場支配的地位を獲得する企業の出現、あるいは、その市場支配的地位の強化を阻止することが企業結合規制の目的に沿うものであると考えられていると見ることができるとするが、このように、小数説は企業結合規制の客観的性情格というものをきわめて重視・強調しており、この点が通説の見解との相違をもたらしていると思われることもできよう。

五 この問題に関しては、判例も通説の見解をとっている。一九七九年一〇月二四日のベルリン高等裁判所決定 (Siegerländer Transportbeton 事件) は次のように述べる。⁽³²⁾ すなわち、「GWB二四条一項の規定は、その文言によれば、確かに単に市場支配的地位の形成又は強化を要求しているだけである」が、「合同規制の意義及び目的に照らしてみれば、結合参加企業の市場支配的地位が問題とされなければならないと解され得る」とする。さらに、一九七四年の第二次GWB改正以前 (実体的企業結合規制の導入以前) の二四条一項の規定 (先に述べたように、結合参加企業の市場支配的地位ということが明記されていた) を指摘し、「結合参加企業の市場支配的地位のみが問題となることは、企業結合規制のシステム全体 (Gesamtssystem) から明らかである」とする⁽³³⁾ など、通説の見解の根拠と同様の根拠を掲げている。

以上、各学説・判例の状況を述べてきたが、競争政策上の見地からは、一応、少数説の立場の方が適切なところも

あるように思われる。企業結合規制は、企業結合によって引き起こされる市場構造上の反競争的変化に対抗しようとするものであるとされている。⁽³⁴⁾ G W B の場合、その基準は市場支配的地位の形成又は強化であり、特定の単数または複数の企業の市場力に着目する規制基準を置いているが、その場合も、少数説の言うように、競争政策上はとりたてて誰の市場支配的地位に着目する必要があるかと思われるからである。⁽³⁵⁾ しかし、通説的見解の挙げる企業結合規制の「基本的考え方」や行政法學上の「直接性理論」の根拠、とくに後者の根拠について、少数説に立つ場合どのような対応をはかるのかが問題点として残るよう思われる。

(二) 結合参加企業と資本関係にある企業における市場支配的地位

一 次いで、結合参加企業と何らかの結合関係にある（持分の少数参加等）企業において市場支配が生じるケースの問題を取り上げる。この問題はあくまでも市場支配地位が結合参加企業において生じる必要があるとの通説的見解の枠内での議論である。従って、そのような必要はないとの少数説をとれば、問題となることはないと思われる。

問題とされるのは、前節四（三）の一で掲げた例④のようなケースである。すなわち、A がすでに B の持分の二五％を保有しており、その後 A が C（B と競争関係にある）を取得し、その結果、B の市場地位が強化されるような場合である。B は結合参加企業ではないが、A と C との企業結合によって B の市場支配的地位の形成又は強化が予想されるような場合、当該企業結合を禁止できるかどうか問題となる。学説は市場支配的地位は結合参加企業において生じる必要があるとの枠組みの中で、この場合の規制を肯定する説と否定する説に分かれる。

二 肯定説は、このような場合、もし企業結合の順序が逆になっていれば規制は可能であるのに、順序が異なるからと言って規制を免れるのは適切でないとして、禁止処分を下すことができると考えるものである。⁽³⁶⁾ すなわち、設例と

は逆に、AがまずCを取得し、それからBの持分の二五%を取得した場合、AとBの間に企業結合が成立し、その市場支配の実体審査においては、AとCとの結び付きも考慮されて、Bの市場支配的地位が形成又は強化されることが判明すれば、当該企業結合は禁止されるのに対し、企業結合の順序が異なるだけで、規制を免れるというのは均衡を失するといふものである。⁽³⁷⁾ 結局、例外的に、市場支配的地位の形成又は強化の生じる第三者に対して結合参加企業が持分の(少数)参加をしており、その参加が「企業結合」に該当するような場合は、二四条一項の適用は可能であると結論づける。⁽³⁸⁾ 肯定説は、非結合参加企業において市場支配的地位の形成又は強化が生じるにしても、このような場合は、当該企業結合と全く無関係という訳ではなく、そこには少数参加とも言えども結合参加企業との結び付きが存在しており、この点を配慮して、柔軟な対応をはかるものといえる。

一方、否定説は、現実が生じた企業結合の順序を、任意に逆転させて、それを評価基準とすることはできないとする。⁽³⁹⁾ また、肯定説の言うように、規制が企業結合の順序に依拠することは適切でないこと自体が、正当な指摘でないとする。すなわち、先の設例の順序のままであれば、市場支配の実体審査を受けるのはAとCとの企業結合であるが、設例の順序を変えた場合に、規制を受けるのは、BとAとの企業結合である。禁止処分を受けるとしても、設例の順序の場合は、A C間の企業結合、逆の場合は、A B間の企業結合である。順序が異なれば、審査の対象となる企業結合も異なり、従って、肯定説のように、順序が異なることで規制の有無が生じるのは適切でないとして設例の場合にも規制を加えること、つまり、AによるCの取得を禁止することは、順序が逆の場合にはできないからである。⁽⁴⁰⁾

三 しかし、設例の場合にせよ順序が逆の場合にせよ、企業結合によるBの市場支配的地位の形成又は強化の阻止をはかることが重要であり、肯定説の方が適切であると考えられないではない。もとより、市場支配が結合参加企業に

において生じる必要がないとする先の少数説の立場に立てば、この場合の規制も肯定されることになろう。肯定説のように結合参加企業とされなければならないものの結合参加企業と資本関係があることに着目して規制を可能とする場合、この第二のケースのような場合については、先の通説的見解の枠組みにおいて「例外」として取り扱う必要性がでてくる。この点で、先の通説的見解には問題点があるとするところもできる。

- (1) Mestmäcker, in: IM § 24 Rdnr. 22.
- (2) Möschel, RWB, Rdnr. 850.
- (3) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Bdnr. 20.
- (4) Bundesgesetzblatt, 1965, Teil I, Nr. 2, S. 1363 ff., 1365.
- (5) ただし、この場合は「あへて明瞭な説明を求める」というのが規制の内容であることに注意。
- (6) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 20. (7) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 24 Rdnr. 20.
- (8) Harms, in: GK § 24 Rz. 170; vgl. Wolf/Bachof, Verwaltungsrecht III, 4 Auflage, § 127 Rdnr. 10 (S.66).
- (9) Harms, in: GK § 24 Rz. 170.
- (10) Vgl. Niederleithinger, Fusionskontrolle 1979/1980, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1979/80, 1981, S. 46.
- (11) Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 24; Niederleithinger, Praxis der Fusionskontrolle 1977/78, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, 1978, S. 38. Klausen, 主観的要素は「合同規制の体系にならざる (fremd)」をいふ (Fusionskontrolle und Marktbeherrschungsaufsicht, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1982/83, 1984, S. 43)。
- (12) その場合に制約となるのは「因果関係の存在」と「有意性 (Spürbarkeit)」の有無である (Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 23)。また、「競争条件の悪化」という表現が用いられているが、それは「市場支配」は「企業結合規制においては市場構造的視点の強調によって把握されるからであるとする。
- (13) GWB 二四条一項前段の文言は「eine marktbeherrschende Stellung 《であり、不定冠詞》 eine 《が使用されている。

強いて訳せば、「ある(不特定の)市場支配的地位」ということになる。この点は後述するヘルリン高等裁判所決定(Siegerländer Transportbeton 事件)でも指摘されている。

(14) Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 24.

(15) Harms, in: GK § 24 Rz. 170.

(16) Neiser, a. a. O., S. 153.

(17) Neiser, a. a. O., S. 154. ここでは、特殊なケースとして、間接的持分取得又は持分の少数参加のケースが挙げられている。

(18) Neiser は、この点は政府草案理由書においても認識されていたとし、「市場支配的地位は理論的には企業結合によらずに形成され得る。しかし、重大なケースにおいては常に企業結合が寄与していた。」との記載 (Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18. 8. 1971, Bundestags-Drucks: VI/2520, Anlage 1, S. 28) を引用する。しかし、この記述は、文脈の上でも企業の内的成長による市場支配的地位の獲得の可能性を指摘するもので、Neiser のような意味で把握することはできないと思われる。その点で、若干的はすれな引用となっているように思われる。

(19) Neiser, a. a. O., S. 154.

(20) Neiser, a. a. O., S. 154. 44 頁、註 (25) 参照。

(21) その他、Vgl. Emmerich, KartR, 5. Auflage, S. 364 f. も必ずしも明確でないが少数説に近いと思われる。

(22) Vgl. Neiser, a. a. O., S. 154.

(23) Vgl. Mestmäcker, in: I/M § 24 Rdnr. 22.

(24) 吸収条項には、結合参加企業という文言はないが、その内容は、結合参加企業の売上高によって適用除外が定められている。

(25) もっとも、結合参加企業において市場支配が生じることを前提とした G W B の各規定については、少数説から次のように

- 主張されている。まず、GWB二三条の報告事項が結合参加企業及びその結合企業に限定されることは、必ずしも少数説に対する反論の根拠とはならないとされる。参加企業にとっては、それ以外の情報を提供することはそもそも不可能であるからである。また、GWB二四条八項二文二号の吸収条項も、小規模な参加企業が参加する企業結合を企業結合規制から除外するのが目的であって、必ずしも少数説を否定する根拠とはならなうと見る (Neiser, a. a. O., S. 154)。
- (26) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18. 8. 1971, Bundestags-Drucks, VI/2520, Anlage 1, S. 29; Neiser, a. a. O., S. 153. 1) の表現は「衡量条項の説明の中で用いられる」。
- (27) Begründung zum Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 18. 8. 1971, Bundestags-Drucks, VI/2520, Anlage 1, S. 30; Neiser, a. a. O., S. 153. 1) の表現は「直接的に垂直的集中、多角的集中の説明の中で用いられる」。
- (28) Niederleithinger, a. a. O. (Fn. 11), S. 38.
- (29) Harms, in: GK § 24 Rdnr. 170.
- (30) Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 23. 題説的見解は「Möschel, RWB, Rdnr. 843; Mestmäcker, in: I/M § Vor § 23 Rdnr. 25 の「市場構造の悪化」と表現している」。
- (31) Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 23.
- (32) WuW E/OLG 2259, 2261 (Siegerländer Transportkonk.)
- (33) その他「直接性理論」などにも言及している。なお、参照、註 (12)。
- (34) WuW E/BGH 1501, 1506 (GKN—Sachs 《連邦通常裁判所は企業結合規制の目的は「競争の機能 (Funktionstauglichkeit) が保証されなくなり、競争が一定の限度を超えてさらに制限されるようになり、弱められた競争の回復の機会がさらに悪化するような構造的な競争条件の変化」をもたらす企業集中を阻止することにあるとする。)
- (35) Vgl. Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 24. (39) Möschel, RWB, Rdnr. 851.

- (37) 連邦カルテル庁も同様の立場をとり。WuW E/BKart A 1863, 1865) Gruner+Jahr—Zeit 。
- (38) Mischel, RWB, Rdnr. 851; Mesunäcker, in: I/M § 24 Rdnr.23.
- (39) Kleinmann/Bechold, a. a. O., § 23 Rdnr. 21.
- (40) Kleinmann/Bechold, a. a. O., § 24 Rdnr. 21; Harms, in: GK § 24 Rz. 171.

六 結びにかえて——日本法の状況——

一 「結合参加企業」という文言は、GWBの企業結合規制の様々な規定でいわばキーワードといった形で用いられている。しかし、すでに指摘したように、結合参加企業という概念を画一的に把握するのは適切ではあるまい。というのは、まず、第一に、GWBは企業の様々な形態の結び付きを「企業結合」として統一的に把握しており、結合参加企業という概念も、そのような「企業結合」の統一的な概念規定に対応するものとして導かれる概念であると言い得ることである。従って、GWBにおける「企業結合」が、種々の形態の企業の結び付きを包含する以上、結合参加企業というものも、それぞれの企業結合形態を考慮して画定されることになる。

また、結合参加企業という概念が形式的企業結合規制と実体的企業結合規制にわたる種々の局面で用いられており、それぞれの局面に適合した結合参加企業の把握が要請されていることも挙げられよう。とくに、結合参加企業の合計の売上高や市場占拠率が取り上げられる場合、問題とされる企業結合を、売上高・市場占拠率といった数量的基準で把握するために、それをどのように算定すべきかという問題、具体的にはどのように合算するかという加算の問題が出てくる⁽¹⁾。この問題は実際には持分取得や資産取得による企業結合において、譲渡人(の事業能力)をどのよう

に取り扱うのかという問題となつて出現するが、これを単純に加算するのは必ずしも適切でない⁽²⁾。また、結合参加企業の範囲が直接的に問題となるのは、形式的企業結合規制に係る部分であり、実体的企業結合規制においても、直接的には、売上高の算定等の形式的部分で問題となる。

二 いずれにせよ、ここまでの検討からみれば、結局のところ、結合参加企業というのは少なくとも問題とされる企業結合の当事者である企業とすることができよう。それは問題とされる企業結合を行う行為者であり、企業結合によって直接的にその事業能力や市場地位の変動（上昇）を生じる企業でもある。企業結合規制は、主として市場構造に着目する規制であるという意味では客観的な規制であるが、具体的に規制の対象となるのは当該企業結合（行為）であり、禁止処分という形で規制を直接に受ける者は、まず第一に当該企業結合の当事者である結合参加企業となる。

企業結合規制は、実体的にも手続的にも結合参加企業というものを志向した規制であると言い得る。そこでは、企業結合が行われ、その企業結合によって生じた結合参加企業の事業能力の拡大によって結合参加企業自体において市場支配的地位の形成・強化という禁止基準が充足されるということが、少なくとも典型的な場合として想定されており、企業結合を行う結合参加企業以外の第三者において生じた市場支配的地位の形成又は強化という理由によって、当該企業結合の禁止という不利益を結合参加企業にもたらすことは、確かに問題とする余地はあるように思われる。

一方、企業結合規制について、その客観的性格を重視し、とにかく企業結合によって引き起こされる⁽³⁾市場構造の反競争的变化を阻止するものと把握すれば、禁止基準である市場支配的地位の所持者そのような市場構造の変化をもたらしした者と乖離することは取り立てて問題とはならない。しかし、他方では、このような純粋に客観的な規制が、結合参加企業に志向する企業結合規制のあり方と合致するかどうかは、依然として問題が残るように思われる。

三 以上、本稿では結合参加企業という概念を軸に、ドイツの企業結合規制の概要、結合参加企業の範囲、結合参加

企業が企業結合規制において果たす役割について検討・整理を加えてきたが、結合参加企業に係わる論点として最も重要と思われるのは、企業結合の実体規制の中心的基準である「市場支配的地位の形成又は強化」との関係で、理論上、それが結合参加企業において生じなければならぬとされていることである。同様の問題状況は、日本法にも存するように思われる。最後に、この市場支配的地位の担い手に関する日本法の状況について若干の検討を加えて本稿の結びとしたい。

はじめに、独禁法における企業結合規制が、学説上、どのように理解されているかを見ると、まず、「企業結合」とは、株式保有・役員兼任などや、合併・営業譲受けなどの会社組織上の手段によって、複数の企業が継続的・組織的に統一的意思決定の下におかれることをいうとされる⁽⁵⁾。もっとも、わが独禁法は、GWBと異なり、実定法上「企業結合」という概念を統一的に把握せず、個々の企業結合形態ごとに規制を設けている。従って、「企業結合」というものを統一的に概念規定するのは、あくまでも、学問上の作業である。そのような企業結合が禁止されるのは、わが独禁法の基準によれば、もっぱら企業結合によって「一定の取引分野における競争を実質的制限することとなる場合」である。わが国の通説的見解は、この企業結合の規制基準としての競争の実質的制限について、「市場支配力の形成（強化）」と把握して⁽⁶⁾いる。

このように企業結合規制の中心的な規制基準である競争の実質的制限を市場支配力の形成と理解する場合、その市場支配力を有するのが誰であるのが問題となり得る⁽⁷⁾。言うまでもなく、ここで検討課題として取り上げる論点はこれである。そして、この問題については、学説に相違が見られる。すなわち、合併規制の場合で言えば（以下、合併規制を念頭に置いて検討する）、一方では、市場支配力を有するのは合併企業という見解があり（以下、この見解を「限定説」と言う⁽⁸⁾）、これに対して、合併会社は、競争の実質的制限と言う結果をもたらす原因たる合併の主体であれ

ばよく、市場支配力所持の主体が合併会社であると他の会社であるとかかわりない、とする見解（以下、「非限定説」と言う）も主張されている。⁽⁹⁾「非限定説」の根拠は、合併会社が市場支配力の所持者であることを要すると解すべき必然性はないからであるとされる。⁽¹⁰⁾確かに、競争の実質的制限を市場支配力の形成と解する場合も、その市場支配力の担い手が合併企業に限定されるということは、必然的に導かれるものではない。市場支配力の担い手として特定の企業が存在すれば十分であって、その特定の企業が合併企業でなければならぬとする必要はないと考えることも可能である。また、競争政策上の視点から見れば、市場支配力の所持者がどの企業であれ、それを有する企業の出現という反競争的な市場構造の変化を阻止するという観点からは「非限定説」の方が適切な面がないではない。

もっとも、「非限定説」は、GWBで言うところの複数企業による「共同市場支配」あるいは「寡占的市場支配」と類似した状況を想定して主張されている。そこでは、例えば、市場における首位企業だけでは管理価格が生じなかったが、下位企業の結合によって、首位企業によるプライスリーダーシップが形成されるような場合が想定され、結合した企業が二位以下にとどまるとしても、当該企業結合を禁止することができるかどうかの問題とされている。⁽¹¹⁾そして、「非限定説」に立てば、この場合の企業結合も規制することが可能となる。「非限定説」が出現した背景には、それ以前の通説的見解が、合併が独禁法上規制を受けるのは、合併以前にすでに市場の首位企業である場合、及び、合併によって首位企業が出現する場合に限られると解していたことが挙げられる。⁽¹²⁾以前の通説的見解は、競争の実質的制限を市場支配と見ることから、合併会社が市場支配力の所持者である場合、つまり、合併会社がすでに市場で首位企業であったか、当該合併によって首位企業となる場合に限定されると考えていたからであるとされる。「非限定説」は、合併によって首位企業とならない場合であっても、規制を加えるのが適切であるとの文脈から出現したと言える。

しかし、寡占市場での下位企業の結合の問題は、市場支配の態様として複数の企業による市場支配を認めるかどうかという問題として把握することも可能な場合がある。つまり、複数企業の共同市場支配が成立することを認める場合、市場で首位を占めない合併会社を含めた複数の企業の市場支配として構成すれば、市場支配力を合併会社が所持する必要があるとの枠組みは、維持可能な場合もある。学説も「少数企業による市場支配」⁽¹³⁾、「寡占企業が全体として市場支配力を有（する）」⁽¹⁴⁾、あるいは「複数企業による市場支配的状态」⁽¹⁵⁾などとしてこのような複数の企業による市場支配という考え方が主張されている⁽¹⁶⁾。

確かに、複数企業による市場支配という考え方をとれば、市場支配力の担い手が合併会社に限定されるかどうかの問題は、ドイツの状況についてすでに指摘した通り、實際上、少なくとも寡占市場での水平的企業結合の規制に関しては、余り表面化することはない。もっとも、複数の企業による市場支配というものについては、わが国では、未だ十分な議論が重ねられている状況にあるとは言えないように思われる⁽¹⁷⁾。また、GWBは「共同市場支配」あるいは「寡占的市場支配」について明文の規定（GWB二二条二項）を有しているが、この規定をめぐって種々の見解が錯綜しており、とりわけ、共同の市場支配的地位を有するとされる寡占企業間の内部競争の欠如という要件が問題とされ、いまだ統一的な解釈理論は打ち立てられていない状況にある⁽¹⁸⁾。判例においても、この共同市場支配というのは、その多く否定されているのが現状である。わが国においても複数企業による市場支配というものを考える場合、それがどのような場合に成立するかについて、さらに理論的及び実証的検討が積み重ねられる必要がある。

四 以上、わが国の学説の状況を簡単にまとめてみたが、日本法においても、「競争の実質的制限」を「市場支配力の形成」と把握する場合、市場支配力の担い手の問題が生じると考えられる。もっとも、わが国の学説は、この問題をもつばら寡占的な市場での下位の企業の企業結合を規制できるかどうかという文脈で取り扱ってきている。少なく

とも、それと区別された理論上の問題点として明確に意識されたかどうかは疑問であろう。ここでは、複数の企業の市場支配の問題あるいは寡占市場における市場支配の問題と、市場支配力の担い手の問題が融合した形で議論がなされている。確かに、両者の問題は重なり合う側面を有しているが、理論的には区別される問題である。この点で、ドイツにおける市場支配的地位の担い手の問題に関する議論の状況は、わが国の議論について有益な示唆を与えるものと思われる。もとより、GWBにおける市場支配概念と、独禁法における競争の実質的制限の解釈としての市場支配概念の比較、さらに、両者の企業結合規制全体の比較については慎重な検討が必要であることは言うまでもない。今後の課題である。

(1) Vgl. Meesmacker, in: *J/M* § 23 Rdnr. 63, 6 f. ただ、売上高等の算定における加算の問題は、結合参加企業の範囲の画定だけではなく、結合条項、共同企業等の規定においても問題となる。

(2) 直接的結合参加企業自身の事業能力の単純な合算も、それらが経済的に一体化しないような企業結合の場合は(例えば、持分の少数参加、共同企業の場合に生じ得る)、必ずしも企業結合の実態に合致しない。従って、GWB二四一条一項の市場支配の吟味の文脈では、結合参加企業の事業能力の単純な合算によって企業結合を評価することには問題とする余地がある。もっとも、報告義務・届出義務の数量的要件としての売上高の算定、あるいは、企業結合の実体規制の発動の前提となる許容条項については、そこまで厳密に考える必要はないであろう。なお、参照、本稿三の註(13)。

(3) この点で、企業結合の第三者への作用の問題は、企業結合と市場支配的地位の形成又は強化との因果関係の問題として把握される。Emmerich, *KartR*, 5. Auflage, S. 364 f. 及び Harms, in: *GK* § 24 Rz. 168 ff. は、この問題を上記の因果関係のところ取り扱っている。

(4) 第四章規定は、特定の市場に注目し、もっぱら「一定の取引分野における競争の実質的制限」を共通の規制基準とするものと、一般的・形式的な集中規制とに区別される。ここで取り上げるのは前者の規制(一〇条、一三条、一五条、一六条)である。

(5) 実方謙二『独占禁止法』(昭和六二年)七七頁、一一三頁以下。この点に関しては、従来、とくに株式保有規制においてどの程度の株式保有があれば、結合関係が認められるのかということが問題とされてきた。現在の通説的見解によれば、保有会社が被保有会社に相当程度の影響を与え得る場合に、結合関係が成立するとされ(実方・前掲一一三頁)、公正取引委員会の「会社の株式保有の審査に関する事務処理基準」(昭和五六年九月一日公正取引委員会事務局)も同様である(事務処理基準の第一)。しかし、株式保有の程度(結合の程度)の問題は、独禁法一〇条の適用要件の一つとしての結合関係の成否の問題としてではなく、競争の実質的制限の有無の吟味において考慮されるべき問題として把握するのが適切であろう(参照、服部育生「企業結合と独占禁止法」(3)完)名古屋大学法政論集九九号(一九八四年)二〇三頁以下、今村成和・丹宗昭信・実方謙二・厚谷襄二編『注解経済法「上巻」』(昭和六〇年)四二八頁以下(大村須賀男)。

(6) 例えば、実方・前掲一二六頁以下。ただ、競争の実質的制限と市場支配とというのが通説であると言われるものの、そのように解するのは自明のことではなく、かえって不都合を招くとの指摘もあり(三輪芳朗『独禁法の経済学』(昭和五七年)六七頁)、さらに、市場支配という概念の内容自体が必ずしも明確でないことも指摘されている(伊従寛「一定の取引分野における競争の実質的制限の解釈」『今村成和教授退官記念—公法と経済法の諸問題(下)』(昭和五七年)一九八頁以下(注(一九))。なお、「競争の実質的制限」は市場支配力の形成と解されるという点で、GWBの「市場支配的地位」と同じ類型の構成要件であると考えることができるとされる(江口公典「競争制限禁止法と企業結合の規制基準」岡山大学法学会雑誌三三卷二号(昭和五八年)二頁)。

(7) 参照、浅沼武・芦野弘・有賀美智子・今村成和・入江一郎・小原敏士・柿沼幸一郎・金沢良雄・坂根哲夫・正田彬・三代川敏三郎・矢沢惇「独禁法と会社の合併(二)」『ジュリスト三三三—一〇(一九六五年)七五頁(三代川発言)、三輪・前掲五二頁。なお、競争の実質的制限と市場支配という解釈についてはしばしば引用される東宝・スバル事件東京高裁判決(昭和二六年九月一九日)も、「競争自体が減少して、特定の事業者または事業者集団が、その意思である程度自由に、価格、品質、数量その他各般の条件を左右することによって、市場を支配できる形態が現れているか、または少なくとも現れようとする程度に至っている状態……」として、「特定の事業者または事業者集団」が価格等の条件を左右するということを述べている。そこでは、

どの経済主体であるかは別として、とにかく、市場支配力を有する特定の事業者の存在が指摘されている。

(8) 実力・前掲一二八頁。ただ、このことが企業結合規制の文脈において、要件として考えられているのか、あるいは、典型的な場合がそうであると考えられているのかは、不明確なところもある。

(9) 服部育生「企業結合と独占禁止法(一)」名古屋大学法学政論集九七号(一九八三年)二二頁以下、河村穰・土原陽美「独禁法上の合併の規制基準(下)」公正取引一九七号(昭和四二年)四頁。参照、浅沼他・前掲六三頁。

(10) 服部・前掲(註(9))二二頁。

(11) 服部・前掲(註(9))二三頁、河村・土原・前掲四頁。

(12) 参照、浅沼他・前掲六二頁(今村発言)。

(13) 今村成和『私的独占禁止法の研究(三)』(昭和四四年)一七一頁では、次のように説明されている。「集中度を高めたり、企業間格差を拡大したりすることになるような合併は、競争制限を強めることになるのであるから、合併後一位になるという場合に限らず、問題とすべきである。従来わたしが一位の企業にこだわっていたのは、二位以下の企業では、市場支配力が無い、と考えたためであるが、企業間の格差が小であれば、一位のものでも必ずしも単独で市場支配をなしうる力があるわけではないので、一位のものについてののみ競争の実質的制限を考えるというのでは、正当でないであろう。もっとも、このことは、競争の実質的制限を市場支配と同義に解することの妨げとなるものではない。ここに言う市場支配とは、特定の事業者が競争者を支配するというのではなく、需給関係を決定する価格等を取引条件を支配することなのである。従って、たとえば、高度寡占型(Ⅱ)(企業数が七以下であり、企業間格差の小さい高度寡占型を示す公取委の分類Ⅱ引用者)において管理価格が成立しておれば、少数企業による市場支配(傍線Ⅱ引用者)が存在することになる。そこでそういう市場支配をもたらし、あるいは強化する合併であるならば、合併によって一位になる場合でなくとも、規制の対象となる、ということが言えるわけである。」

(14) 実力・前掲一二七頁では次のように説明されている。「寡占的相互依存関係が成立し、競争が停滞するような場合は、当該合併企業だけでは市場支配力を獲得・強化すると説明するのは困難であり、…寡占企業が全体として市場支配力を有して

いる(傍線II引用者)、と構成することが可能である。」

(15) 田中誠二・菊池元一・久保欣哉・坂本延夫『コンメンタール独占禁止法』(一九八一年)六一五頁(坂本)では、次のように説明されている。「……合併前に市場占拠率で二位を占めていた企業と六位を占めていた企業が合併し、合併後もその地位は依然として二位としてとどまり、一位を占める企業とかなりの格差があったとして、寡占市場構造の進行により、複数企業による市場支配的状态(傍線II引用者)がもたらされる可能性のある場合には、当然に本案の規制対象とされるべきである。」

(16) 参照、服部・前掲(註(9))二二頁以下。

(17) 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(一一)・完」公正取引三九六号(一九八三年)六二頁によれば、共同市場支配という考え方は日本法にはほとんど見られないとされる。

(18) 西ドイツにおける「共同市場支配」ないし「寡占的市場支配」については、参照、服部育生「西ドイツ競争制限禁止法二条の市場支配概念」名古屋大学法政論集一三一号(一九九〇年)二五六頁以下、山部俊文「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」一橋研究一二巻四号(一九八八年)三七頁以下。

(19) G WBにおいては複数企業の共同市場支配の規定が用意されており、寡占市場での下位企業の企業結合規制の問題と、企業結合による非結合参加企業の市場支配的地位の形成又は強化の問題が区別され、後者の問題をいわば純粹な形で議論しているからである。