

《研究ノート》

ドイツ競争制限禁止法第五次改正と

企業結合規制

山部 俊文

一 はじめに

一 ドイツ競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbs-schänkungen, 以下GWBと言ふ)。なお、本稿の条項は、断りのない限りGWBの条項である。)は、一九五七年の制定以後、すでに四次にわたって改正を受けているが、今回、第五次改正法が一九八九年二月に成立し、一九九〇年一月一日より施行されている。第五次改正の主要目標は、政府草案理由書によれば、「商業における状況 (die Situation im Handel) を考慮して現行の合同規制及び行為規制の手段を改善・整備し、適用除外分野における広範な特別規定を除去すること」にあるとされるが、さらに、第四次改正以来の展開に応じて各種の規定の整備・改善をはかることも改正の目的として挙げることができ

このうち「商業における状況……」について言えば、近年、食品販売の分野において、企業集が広範に展開されたという事情がその背景にある。政府草案理由書によれば、一九八七年において二四九億マルク分の売上高が集中したとされ、この結果、食品販売分野における上位六者の売上高は八七五億マルクに達し、そのシェアも約五〇%に達したとされる。このような販売分野における企業集中から生じ得る競争の危機及び競争侵害的な行為に対処するため、合同規制及び行為規制の改善・整備をはかることが今回の改正の主要目標の一つとされたのである。

二 本稿の課題は、この第五次改正法のうち、企業結合規制に係わる部分を取り上げて、若干の検討を施すことにある。今回の改正によって修正を受けた企業結合規制に関する規定の中で重要と思われるのは、(i)二二条一項二号の優越的市場地位の定義についての補充改正、(ii)二三条二項六号による企業結合の新たな類型の追加であるが、さらに、(iii)二三条一項一文の報告義務の要件、(iv)二三条二項二号一文の持分取得による企業結合の要件、その他についても改正が加えられている。このうち、(i)は先に掲げた改正の主要目標である「商業における状況……」に対応するものであるが、(ii)以下の改正は、企業結合規制独自の改正であり、第五次改正の主要目標に直接的に対応している訳ではない。本稿では、このうち上記(i)、(ii)の点を取り上げて若干の検討を試みることにする。

二 市場支配概念の補充改正

一 まず、市場支配概念の補充改正を取り上げる。GWB二四一条一項・二項によれば、企業結合によって市場支配的地位の形成又は強化されることが予期され得る場合、連邦カルテル庁は当該企業結合を禁止する。もっとも、市場支配的地位の意味内容は、市場支配的企業の濫用行動を規制する二二条において定義されている。企業結合規制においてもそこで定義される市場支配概念が前提となる。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、次の場合である。すなわち、(イ)競争者がいない場合(一号前段)、(ロ)実質的競争にされていない場合(同後段)、(ハ)競争者との関係で優越的な市場地位(übertragende Marktstellung)を有する場合(二号前段)である。このうち(イ)については、優越的市場地位の認定に際して考慮されるべき事項が法文上列挙されている(二号後段)。第五次改正によって修正が加えられたのは、この考慮されるべき事項についてである。改正された二号後段は次の通りである。

一 この場合、とくに当該企業の市場占拠率、資金力(Finanzkraft)、調達市場又は販売市場に対するアクセス(Zugang)、他の企業とのつながり(Verflechtungen)、他の企業の市場参入についての法的又は事実上の障害、販売又は買入を他の商品又は業務に転換する能力(Fähigkeit, ……umzustellen)、並びに、他の企業に回避する市場の相手方の可能性(Möglichkeit der Marktgegenseite, auf andere Unternehmen

auszuweichen)が考慮されるものとする。⁽⁸⁾

改正点の第一は、市場占拠率の取扱いにある。従前の規定によれば、市場占拠率が法文上強調されていたが(市場占拠率のほか、とくに……)、改正によって文言上の強調が廃され、他の事項と並列的に置かれることとなった。改正点の第二は、新たに二つの考慮事項(右記傍線部分)が加わったことである。二 第五次改正によって補充を受けた二二条一項二号の優越的市場地位という市場支配の形態が規定されたのは、一九七三年の第二次GWB改正時である。これは上記(ロ)の実質的競争の欠如という形態の市場支配の認定の困難を除去するという目的を有していた。(ロ)が市場行動的側面から市場支配的地位を把握するのに対して、市場構造的観点から市場支配的地位を認定しようとするのが(イ)である。学説・実務はこの優越的市場地位による市場支配的地位の意義を、企業が自らの市場戦略を展開する際に、又は、個々の行動パラメーターを投入する際に有する優越的(一方的)な行動の余裕(Verhaltensspielraum)⁽⁹⁾があるいは、競争によって十分にコントロールされなくなった行動の余裕と把握する。

三 この優越的な行動の余裕の有無の判断に際して考慮される二号後段で明記される構造的メルクマールうち、従前は、先述のように法文上市場占拠率が強調されていた。市場占拠率は企業の一定の市場での事業能力を最も確に示す指標であると考えられる。しかし、優越的市場地位の有無の吟味は、二号後段明記の事項に限られず、それらを含めてあらゆる市場関係の包括

的・総合的な評価によって行われるとされている（総合的考察方法（Gesamtbetrachtungswiese））。総合的考察方法の下では、市場占拠率は重要なメルクマールではあるものの、常に決定的な意義を有している訳ではないとされる⁽¹⁷⁾。

もっとも、今回の改正によって市場占拠率の文言上の強調が廃されたのは、改正の経緯から見ると、直接的には、販売業者（Handelsunternehmen）の「購買力（Nachfragemacht）」ないし需要者の市場支配的地位を適切に評価するという文脈で理解される。すなわち、政府草案理由書によれば、需要者としての市場支配的地位は、供給者側のそれよりも低い市場占拠率においても存在し得るとされ、今回の改正は、市場占拠率の文言上の強調を廃することによって、この点を法文上も示したものと理解される。もっとも、この強調の削除は、市場支配の吟味において何らかの具体的帰結を導き出すものではないとされる。

四 二二条一項二号における二つの考慮事項の追加・新設も、直接的には、販売業者の「購買力」というものを念頭に置いて付加されたものである。政府草案理由書は「この拡充の目標は、購買力を的確に考慮すること」にあるとしているが、法文上は、大規模小売業者あるいは需要者に限定されている訳ではなく、供給者についてもこれらの事項が考慮されることになる。もっとも、改正にあたっては、販売業者についての特別の規制基準を設定するという形の修正も主張されていた。例えば、後述する「回避可能性」に着目して販売分野の企業結合規制について新たな市場支配的地位の定義規定を設定することなどが提案さ

れていたが、結局、考慮事項の追加という部分的改正にとどまることとなっている。

五 まず、「販売又は購入を他の商品又は役務に転換する能力」（転換の柔軟性（Umstellungsfähigkeit））という考慮事項であるが、これは市場支配的地位の有無が問題とされる企業が、購入又は販売する商品・役務を他の商品又は役務に切り換える能力のことを意味している。この転換柔軟性が大きければ当該買手（又は売手）の売手（又は買手）に対する独立性は大きくなる⁽¹⁸⁾。とくに広範な商品を取り扱う大規模小売業者については、製造業者との関係でこの転換の柔軟性がより大きなものになるとされる。製造業者は、高い投資コストを要する点で、生産の切り換えを容易に行い得ないからである⁽¹⁹⁾。

このように「転換の柔軟性」は、販売又は購入という市場におけるタテの関係（垂直関係）に着目したものである。しかし、二二条一項二号は「その競争者との関係で」優越的な市場地位を有する場合を市場支配的地位としている。この枠組みを重視すれば、転換の柔軟性が優越的市場地位をもたらすのは、当該企業のそれが競争者のそれよりも大きなものである場合となり、転換の柔軟性がその競争者と同程度であるとすれば、当該企業の競争者との関係での優越的市場地位を導くことはできないことになる。このような立場に立てば、転換の柔軟性という垂直関係に志向した要素を考慮するとしても、対競争者という水平関係で企業の市場力を評価する場合、それが直接的に機能する訳ではない。

また、転換の柔軟性は法文によれば「他の商品又は役務」への切り換えについてである。他の商品又は役務という文言からは、同一市場ではなく他の(商品)市場を構成する商品等への切り換えが想定されているようにも考えられる。しかし、垂直関係において当該企業の市場力を評価する場合、他の商品・役務等のみを考えるのでは十分ではないとし、同一市場に属する商品であってもその製品の品質を変更したり、あるいは、購入先を変更できるような場合には、それを考慮することも必要であるとの指摘もある。この立場からは、法文言上の疑義はあるものの、同一市場に属する商品・役務の切り換えの可能性も考慮されるべきであるとされる。⁽²³⁾

六 次いで、市場の相手方の「回避可能性」であるが、これは、市場をはさんで対峙する相手方が他の企業に取引先を移行する可能性のことである。これももっぱら販売業者と納入業者の垂直関係に着目したものである。

この「回避可能性」は、連邦カルテル庁の実務において形成された「放棄不可能理論(Unverzichtbarkeitstheorie)」に由来すると言われている。この理論は、需要者と対峙する圧倒的多数の供給者がその取引量などのために他の需要者に取引先を移行することができないような場合、あるいは、多大の経済上の不利益を甘受してのみ移行可能であるような場合に、当該需要者について市場支配的地位を認定するといふものである。⁽²⁴⁾この理論は、ある需要者が供給者にとって不可欠であるという意味での当該需要者への供給者の従属性の存在でもって、当該需

要者の市場支配的地位を基礎づけることを志向するものであるが、学説上、種々の批判を受けている。それによれば、この理論は、二六条二項二文の従属性概念を二二条の市場支配的地位の問題に移行することを狙ったものであり、市場支配の認定における市場関連性を希薄化させるものであるとされる。この回避可能性という考慮事項においても、垂直的な従属関係の存在が競争者に対する行動の余裕として水平的に把握される優越的市場地位とどのように関係づけられるかが問題となり得る。⁽²⁵⁾

七 市場の相手方が有する回避可能性は、それが大きければ当該企業の市場支配を否定する方向で機能し、逆に、それが小さければ(つまり、従属性が高まれば)当該企業の市場支配を肯定する方向で機能する。政府草案理由書によれば、回避可能性は「各々の市場における多数の企業が十分且つ期待可能な販売又は購入の選択肢を有していない場合には」存在しないとされる。⁽²⁶⁾そこでは、市場の相手方が「各々の市場における多数の企業」と説明されている。従って、回避可能性の吟味においては、市場の相手方は個別的に考慮すれば足りるという訳ではなく、当該市場における「多数」の企業が回避可能性を有していないという意味で、広がりをもつものでなければならぬ。もっとも、どの程度の広がり要するのかは必ずしも明らかとは言えない。また、政府草案理由書によれば、市場の相手方の回避可能性は「十分且つ期待可能な販売又は購入の選択肢(Alternativen)」が存在することと説明される。しかし、例えば、製造業者にはその製品を必ず販売できるといふ保証が本来的に与え

られている訳ではない。従って、十分且つ期待可能な選択肢と言つても、当該製造業者の販売先獲得の企業活動を前提として考へるべきである。

この回避可能性についても、関連市場との関係に不明確な点があると指摘されている。先の転換の柔軟性の場合とは逆に、「市場の相手方」とあることから、回避可能性は同一の市場にのみ係わるのであって、他の(商品)市場、つまり、他の商品・役務とは係わりないとするかどうかである。この点について、一部学説は、回避可能性を同一市場に限定して判断することは、総合的評価の要素として二二条一項二号後段に掲げられるメルクマールの性格に反するとする。この立場からは、回避可能性は他の市場を含めて判断されるべきであるとされる。

八 改正によって導入されたこれら二つの考慮事項は、主に需要者の購売力を念頭に置いて付加されたものである。しかし、第五次改正以前の二二条においても、供給者の市場支配だけではなく、需要者の市場支配というものも考えられてきた。もつとも、二二条において想定されていたのは、主として供給者側の市場支配であり、また、実際上もそれが問題とされてきたという経緯があった。また、需要者の購買力という視点は、そもそも競争者ではなく取引相手方との関係、つまり、需要者と供給者という垂直関係に着目するものである。この場合、二二条の市場支配的地位が競争者、つまり、他の需要者との関係での優越的な市場地位であることを強調して、垂直的要素を二二条の市場支配的地位の評価において考慮することに消極的な立場

もあり得るが、競争者との関係という水平関係における市場地位の評価においても、垂直的要素を取り入れることをはじめから排除すべきではあるまい。もつとも、先に述べた総合的考察方法の下において、すでにこのような垂直的要素を考慮することは可能とされてきた。以上の点で、第五次改正法が市場支配について新たな考え方を示していると言ふことはできない。結局、改正法は、二二条の市場支配に需要者側の市場支配が含まれることを前提としつつ、需要者側の市場支配の特性に配慮し、その吟味において考慮されるべき事項を明定したものと云える。

三 企業結合概念の拡大

一 企業結合概念についても、第五次改正によってその拡大はかられている。企業結合規制の対象となる企業結合概念は、二三条二項・三項によって定義されている。二三条自体は企業結合の報告義務の規定であるが、ここで定義される企業結合概念は、二四条の企業結合の実体規制においても共通の前提となる。従前、企業結合とされたのは、(イ)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(二三条二項一号)、(ロ)他の企業の議決権付き資本のa)二五%の取得、b)五〇%の取得、c)又は、株式法一六条一項の意味での多数参加がある場合(同二号一文)、(ハ)各種の企業契約の締結(同三号)、(ニ)他の企業の業務執行機関の構成員の半数の兼任(同四号)、(ホ)その他のあらゆる企業の結び付きであつて、他の企業に支配的影響力を行使可能な場合(同五号)である。第五次

改正によって二三条二項六号が新設され、新たな企業結合の類型が付加されることとなった。六号によれば以下の場合についても企業結合が成立する。

—二三条二項二号、四号又は五号に掲げる形態によるあらゆる企業との結び付きであつて、二号一文a)に規定されるよりも少ない持分が取得され、二号四文による法的地位が獲得されず、四号による人的結合が成立せず、且つ、五号の意味での支配的影響が成立しないときに、当該結び付きによって単数又は複数の企業が直接又は間接に他の企業に競争上重大な影響 (wettbewerblich erheblich Einfluß) を行使可能である場合

二 まず、あらゆる企業との結び付きとあるものの、法文からも明らかなように、六号で取り上げられる企業の結び付きとは、二号、四号、五号の方式によるものに限定されている。限定される⁽⁴⁰⁾といつても、五号が支配的影響を根拠付けるその他のすべての企業の結び付きを企業結合としているので、結局、六号は一号の資産取得及び三号の企業契約の方法による場合を除くあらゆる企業の結び付きをその射程におさめている。また、各規定に基づいて企業結合が成立する場合は、六号の対象外となる。この意味で、六号は、従前の企業結合の体系を維持したままで、それに付加する形で企業結合の範囲を広げたことになる。いづれにせよ、六号の新設による企業結合概念の拡充の主眼は、他の企業への(支配的影響力にまで達していない)競争上の重大な影響力行使の可能性でもって、企業結合が成立するとした点にある。

三 六号が新設されたのは、従前の規定による企業結合の把握が不十分であつたとの認識に基づいて⁽⁴¹⁾。政府草案理由書によれば、従前も五号が一般条項的な規定として機能することを予定されていたものの、それが実際には機能しないことが判明したとされる。というのは、五号で言う他企業への支配影響力の行使可能性について、判例・学説ともに、株式会社一七条一項で言う支配的影響力のような高度の支配可能性の証明を要求したからであるとされる。五号の支配的影響力は、(法文上の参照はないものの)企業間の支配従属関係を規定する株式会社一七条一項に由来する。この株式会社一七条一項の支配的影響力については、ある企業が他の企業の活動の一部のみならず全体的な指揮及び企業政策を決定する包括的且つ確実な可能性を有する場合にそれが認められる、とするのが一般的であるとされる⁽⁴²⁾が、論者によって支配の程度の把握に相違が見られる。もっとも、五号の支配的影響力の把握について、株式会社一七条一項での支配的影響力の解釈をそのまま持ち込むことについては、従前より学説の対立が見られ、五号が株式法に由来するとしても、GWBと株式法の目的の相違(前者は競争の保護、後者は従属会社、その社員・債権者の保護)から、五号の支配的影響力を株式法のそれよりも緩やかに解する余地があるとの見解も有力に主張されていた⁽⁴³⁾。

また、学説上、五号を他の企業結合類型に対する補充的なものと理解し、例えば、持分取得による企業結合については、五号ではなく二号によって把握されるべきであると見る見解が有

力に唱えられている。この見解によれば、例えば、二五%から四九%への持分の取得の拡大は、二号ではもちろん把握されな
いし、五号でも把握されないことになり、五号の機能はさらに
低下することになる。

しかし、五号の意味での支配がない場合であっても、他の企
業に競争阻害的な影響を与えるような競争政策上問題とし得る
企業結び付きは存在し得る。具体的には、もっぱら(二号a)の
二五%基準未満の持分の少数参加が問題とされてきた。このよ
うな少数参加は、五号の支配的影響力を満たさないとしても、
結合する企業間の競争は制限され、それらは最早独立した競争
者として市場において行動することはないとされる。この場合、
二号の持分取得基準を引き下げる方法も考えられ、第五次改正
にあたっては、実際にそのような提案もなされたことがあるが
(一〇%基準の設定)⁽³⁰⁾、六号のような一般条項的な規定の方が、
種々の方法で行われている現行の二五%基準に対する回避行為
についても柔軟に対処できる、という意味で利点がある。

四 確かに、二五%未満の持分取得のような場合においても、
被参加企業は持分取得企業から何らかの影響を受ける場合も有
り得るので、競争政策上、このような企業結合をはじめからそ
の規制の外に置くことは適切とは言えない。その意味で今回の
改正は妥当なものであると評価できる。また、六号の企業結合
における競争上の重大な影響という要件も、競争政策上の視点
からは、一応、適切なものと思われる。しかし、改正法につい
て問題点がない訳ではない。その第一は、法的安定性の欠如で

ある。⁽³²⁾ 持分取得について言えば、六号の競争上重大な影響力と
いう基準において、どの程度の持分取得(及び付加的事情)に
よって企業結合が成立すのかにについて明確さに欠けることは否
めない。もっとも、この点については、一応、手続的側面です
法上の手当がなされている。すなわち、六号の企業結合につい
て、二四a条一項の事前届出義務がなく(同二文後段)、さら
に二三条一項の事後報告の懈怠に対して過料の制裁がない(三
八条一項二号参照)のは、この点を配慮したものと解される。⁽³³⁾
第二の問題点は、二四条一項の市場支配の実体審査との関係で
ある。二三条二項で(形式的に)定義される企業結合が二四条

一項の市場支配の実体審査においてどのように取り扱われるか
については、従前より種々の議論がある。連邦カルテル庁は、
従前、二三条二項で定義される企業結合は、結合する企業の競
争上の一体性の成立を当然にもたらすとして、その市場支配的
地位の存否を判断していたが、現在では、各企業結合について
(とくに持分の少数参加)結合する一方の企業の他の企業への
具体的な影響可能性を個々のケースにおいて考慮して市場支配
の実体審査を行うとするのが通説的見解とされ、判例もそれによ
っていると言われる。⁽³⁴⁾ この場合、競争上の重大な影響を基準
とする六号の企業結合においては、市場支配の実体審査の文脈
で吟味されるべき当該企業結合(の程度)の競争上の評価が、
二三条二項の形式的な企業結合の成否の文脈で、いわば先取り
された形で吟味されてしまうことが考えられる。この点で、G
WBの企業結合規制の体系上問題とする余地がある。また、政

府草案理由書は、六号に関して、持分の少数参加における当事者間の競争制限効果・企業行動に言及している。しかし、このような企業行動への指摘が、市場支配を基準として市場構造に着目する企業結合規制に関する説明として適切かどうかも問題点として指摘できよう。さらに、第五次改正とはほぼ同時期に発表されたECの合併規制規則が、他の企業への支配の取得でもって規制対象となる企業合同としており(三条一項)、GWBの企業結合概念との整合性の欠如が、問題点として指摘されている。

四 結びにかえて

以上、本稿では第五次GWB改正のうち企業結合規制に関する部分について検討を加えてきた。最後に、第五次改正の評価を簡単にまとめて結びとしたい。

一 まず、二条一項二号に追加された考慮事項であるが、これは直接には大規模小売業者の企業結合の規制が従前の法規定では有効に対処できないという考えから新設されたものである。その場合、売手としての大規模小売業者ではなく、供給者に対する買手としての地位に着目し、その購買力を市場支配的地位の評価に取り入れるという方向での法改正が行われている。この点で、企業結合規制の新たな可能性を見出したものと言い得るかも知れない。しかし、すでに従前の規定においても、需要者側の市場支配的地位というものが考えられ、しかも、垂直関係についても市場支配的地位の評価に取り入れることが可能と

されていた点で、今回の法改正は、単なる確認の意味しかない(59)とされる。経済委員会報告書はこれら二つの考慮事項の導入は、需要者側の市場支配の条件が供給者側のそれとは同一でないことについて、法適用機関にシグナルを送るものであると(60)、政府草案理由書は新たな考慮事項の導入による企業結合規制の実現手段の強化を謳うものの、改正について学説の評価は余り高いものとは言えない。また、裁判所実務の実質的変化の見直しも低いとされる。

二 また、二三条二項六号の新設については、まず、法的安定性の欠如が指摘される。さらに、GWBがとる形式的な企業結合の把握(二三条二項)と市場支配的地位の実体審査における企業結合の競争上の評価(二四条一項)という企業結合規制の仕組みとの関連で問題点が指摘される。しかし、競争上重大な影響を与える企業結び付きでもって企業結合として、そのような企業結合も企業結合規制の対象とすることを可能とする点で、今回の改正は、競争政策上、一定の評価ができると思われる。もっとも、具体的にどのような場合について六号の企業結合が成立するとされるのが今後の問題となる。また、六号の企業結合を二四条一項の市場支配的地位の形成又は強化という規制基準の下でどのように評価して行くかについても、問題点は残ると思われる。連邦カルテル庁・裁判所の動向が注目されるところである。

三 以上、GWB第五次改正のうち企業結合規制に関する部分につき検討を加えてきたが、もちろん、企業結合規制に関する

改正点のすべて取り上げた訳ではなく、重要と思われる改正部分を取り上げたに過ぎない。また、それに関しても概観を述べたに過ぎず、本稿で触れた以外の問題点も多くある。今後の検討課題とした。

- (1) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 11/4610, S. 1, 10; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft (9. Ausschuß), BT-Drucks. 11/5949, S. 1.
- (2) Begründung, a. a. O., S. 1, 10; Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a. a. O., S. 1.
- (3) Begründung, a. a. O., S. 10.
- (4) I. Schmidt, Wirtschaftsdienst 1989, S. 131.
- (5) Begründung, a. a. O., S. 10. また、連邦カルテル庁が大規模小売業者の企業結合について行った禁止処分が、インリム高等裁判所および連邦通商裁判所によって否定されたこと (WuW F/BKarta 216) »Coop-Wandmaker«, WuW F/OLG 3917 »Coop-Wandmaker«; WuW E/BKarta 2060 »Metro-Kaufhof«, WuW E/OLG 3367 »Metro-Kaufhof«, WuW E/BGH »Metro-Kaufhof(1)«, 1) の改正案は改正の動機を促したものでない (vgl. Möschel, ZRP 1989, S. 371; I. Schmidt, a. a. O., S. 131)。
- (6) 報告義務要件のつや市場占拠率基準(110%)と従業員基準(一万人)が削除された。この改正は「規制緩和(Deregulierung)」の文脈で理解される (Emmerich, AG

1989, S. 266)。

(7) これに対応するその他の改正としては、差別禁止・妨害禁止規定の改正(二六条二項二文等の修正、同四項・五項の新設)、中小企業の共同購入行為をカルテル規制から除外する規定の新設(五〇条)などがある。

(8) 改正法がこのような形になるに至ったのは、種々の提案がなされていた。例えば、のFD(社会民主党)は「企業結合の現行の規制基準を市場支配から切り離して」、競争条件の「実質的侵害(wesentliche Beeinträchtigung von Wettbewerbsbedingungen)」を「売上高が一〇〇億マルクに達して、結合参加企業の少なくとも二つが一〇億マルクの売上高を有する」という企業結合に限定しては、この「競争条件の実質的侵害」が推定される」というかなり根本的な修正を提案していた (BT-Drucks. 10/2843, S. 21)。種々の改正提案については、vgl. Bergmann, Nachfragerecht in der Fusionskontrolle, 1989, S. 120 ff. など、注(17)を参照。

- (9) Z. B. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983 (im folgenden »RWBK«, Rdnr. 519; Kleinmann/Bechold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 1989, § 22 Rdnr. 165 ff.
- (10) Vgl. Emmerich, AG 1983, S. 320.
- (11) Z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 519; WuW E/BGH 1754, 1755 »Klößner-Becorit«.

- (12) Z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 520.
- (13) 需要市場 (Nachfragemarkt) における支配的地位の認定に於て市場占拠率基準がどのような位置づけを占めるか、またどの程度の市場占拠率をもって市場支配を認定し得るかにについては、従前より議論がある。本文で述べたように、低い市場占拠率であっても、供給側に相当の圧力を行使可能であるとして、需要側の市場支配は供給側の市場支配におけるよりも低い市場占拠率で足りるとする見解、逆に供給側の市場支配よりも高い市場占拠率を要するとする見解、そもそも（少なくとも）販売業者と製造業者との関係におおては）市場占拠率基準はほとんど無意味であるとする見解などがあるといわれる (vgl. Bergmann, a. a. O., S. 90 ff.)。政府草案理由書が述べた認識の前提については、検討の余地がなからぬ。
- (14) Jickel, WuW 1990, S. 483.
- (15) Vgl. Möschel, ZRP 1989, S. 373.
- (16) Begründung, a. a. O., S. 17.
- (17) Uimer は「当該販売業者の取扱商品について、市場での競争に於て多大の数の製造業者が、他の販売業者に回避する十分且つ期待できる可能性を有していないように当該販売業者に従属している場合、その販売業者は市場支配的である」との規定を二三条一項三号として新設することを主張した (Uimer, WuW 1987, S. 705)。この点もな改正案は「企業結合規則の「分野別化 (Sektoralisierung)」

- を志向するものと言えらる。また、この提案は第五次改正で新設された考慮事項である「回避可能性」と同様の文脈にある。なせ、vgl. Bergmann, a. a. O., S. 123 ff.
- (18) この商品の転換の柔軟性（容易に回避可能性）とどう要素は、従前よりも、需要市場の画定の文脈で議論されべきである (vgl. Bergmann, a. a. O., S. 55 f.)。
- (19) Bechtold, BB 1990, S. 358.
- (20) Begründung, a. a. O., S. 17.
- (21) Bechtold, a. a. O., S. 358; Bergmann, a. a. O., S. 141.
- (22) Bechtold, a. a. O., S. 358.
- (23) Z. B. Kirschner, WRP 1989, S. 76.
- (24) Vgl. Kirschner, a. a. O., S. 76; WuW E/BKarta 2060, 2064; Metro-Kaufhof; WuW E/BKarta 2161, 2166; Coop-Wandmaker。なせ、これらのケースにおいて、放棄不可能理論は二三条二項の複数企業との共同の市場支配的地位における内部競争の欠如の認定で用いられる。
- (25) Mestmäcker, Der verwalte Wettbewerb, 1984, S. 265 f. さらに、この理論は二六条二項二文で規制の対象とされる「相対的市場力 (relative Marktmacht)」の程度まで、市場支配的地位の程度を引き下げられるものであり、両者を区別する現行法の体系と相容れないとも批判される (Bergmann, a. a. O., S. 75 f.)。なせ、註 (26) 参照。
- (26) Vgl. Kirschner, a. a. O., S. 76 f.

- (27) Begründung, a. a. O., S. 17.
- (28) 放棄不可能理論は「圧倒的多数」の企業を対象としていた点で異なっている。また、この場合の市場は「疑問があるが」「需要市場」を指すと思われる (Jickeli, a. a. O., S. 488)。
- (29) Bechtold, a. a. O., S. 358. この点で、類似の表現を用いるが、二十六条二項二文の需要者と供給者の個別的従属性に基づく相対的市場力との相違が認められる。
- (30) Jickeli, a. a. O., S. 487.
- (31) Bechtold, a. a. O., S. 358.
- (32) Z. B. Möschele, RWB, Rdnr. 525; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., §22 Rdnr. 155, 194.
- (33) Vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a. a. O., S. 19.
- (34) Möschele, RWB, Rdnr. 525.
- (35) Möschele, RWB, Rdnr. 519; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., S. §22 Rdnr. 167 ff.
- (36) 監査者の市場支配の排除については、世襲（世襲市場 (Nachfragemarkt)）の面から、市場支配の排除の面からという議論がなされている。後述の如く新設された二つの世襲事項は、その議論を踏まえたものであらざる。参照・実務の状況については、vgl. Bergmann, a. a. O., S. 44 ff., 73 ff.
- (37) この部分については、参照、服部育生「西ドイツ企業結合

- 規制における少数資本参加の取扱ひ」名古屋学院大学論集《社会科学篇》二七巻二号（一九九〇）六五頁。
- (38) この「議決権付き資本 (stimmberechtigtes Kapital)」は、第五次改正によって「資本又は議決権」に変更されている。これにともなって、議決権は持分と同一であるとする二三条二項二号五文（議決権条項）が削除されている。
- (39) 二三条二項二号四文は「迂回構成要件 (Umgehungs-tatbestand)」と呼ばれる規定であるが、それによれば、株式会社は、若くは株式の四分の一超を有する場合に得られる法的地位が契約、定款、決議によつて持分取得者に付与される場合にも企業結合が成立する。
- (40) Begründung, a. a. O., S. 20.
- (41) 「取引の構成要件 (Aufangtatbestand)」と呼ばれている。大寺の追加的な「取引の構成要件」は、その趣意である。
- (42) Begründung, a. a. O., S. 19.
- (43) Albath, Unternehmensbeteiligungen unter 25% Kapitalanteil, 1988, S. 39.
- (44) Vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., §23 Rdnr. 169; vgl. Koppensteiner, in: Zöllner (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage, §17 Rn. 19.
- (45) 参照の本質については、Albath, a. a. O., S. 40 ff. 参照・前掲七十四頁以下。
- (46) Z. B. Möschele, RWB, Rdnr. 755; vgl. Albath, a. a.

- O., S. 40 ff.
- (47) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 23 Rdnr. ただし、議決権拘束契約 (Stimmrechtsbindungsvertrag) 等の付加の事情があれば、五号での把握は可能となる。
- (48) 少数参加は二三条二項二号四文(註(39))参照)により把握される場合もある。
- (49) Begründung, a. a. O., S. 20.
- (50) なお、第五次改正に際して、SADは10%の持分取得にしろても企業結合とする改正案を示していた(BT-Drucks. 10/2843, S. 2)。参照、服部・前掲八二頁。
- (51) Begründung, a. a. O., S. 20; 服部・前掲八三頁以下。ただし、潜脱行為の捕捉とどうあるかは、不徹底なも残りとなる (Jickeli, a. a. O., S. 492)。
- (52) Jickeli, a. a. O., S. 492; Möschel, ZRP 1989, S. 376.
- (53) Jickeli, a. a. O., S. 492; Möschel, ZRP 1989, S. 376; Bechtold, a. a. O., S. 359.

- (54) 参照、山部俊文「西ドイツ競争制限禁止法における企業結合概念」一橋研究二一巻一号(一九八六)一三一頁以下。
- (55) そこでは、結合する企業の事業能力の合算(それに基つく新たな企業体の市場力の評価)が想定されている。
- (56) Fischer, Wettbewerbliche Einheit und Fusionskontrolle, 1986, S. 110 f.
- (57) Jickeli, a. a. O., S. 493. EC規則については、参照、国際商事法務一九巻二号(一九九一)一六八頁。
- (58) Vgl. z. B. Möschel, RWB, Rdnr. 515, 525. 適切な市場の画定の部分で、同様の議論の展開が見られた。
- (59) Bergmann, a. a. O., S. 140.
- (60) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a. a. O., S. 19.
- (61) Möschel, ZRP 1989, S. 373; Jickeli, a. a. O., S. 488. (一橋大学専任講師)