

## 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

山 部 俊 文

### 1. はじめに

西ドイツ競争制限禁止法<sup>(1)</sup>24条1項・2項によれば、企業結合<sup>(2)</sup>によって市場支配的地位 (marktbeherrschende Stellung) が形成又は強化されることが予期され得る場合、衡量条項 (Abwägungsklausel) が充足される場合を除いて、<sup>(3)</sup>連邦カルテル庁は当該企業結合を禁止する<sup>(4)</sup>。もっとも、「市場支配」の意味・内容は、24条自体には規定されておらず、市場支配的企業の濫用行為を規制する22条で定義される。24条に基づく企業結合規制も、22条で定義される市場支配概念を前提としている。

22条1項によれば、ある企業が市場支配的であるとされるのは、当該企業が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、(イ)競争者がいない場合 (同1号前段)、(ロ)実質的競争 (wesentlicher Wettbewerb) にさらされていない場合 (同1号後段)、(ハ)競争者との関係で圧倒的市場地位 (überragende Marktstellung) を有する場合 (同2号)、である。この22条1項は、単独の企業の市場支配的地位に関する定義規定であるが<sup>(5)</sup>、GWBは、さらに、複数の企業による共同の市場支配についても規定している。すなわち、22条2項によれば、二以上の企業も、一定の種類の商品又は役務について一般に又は特定の市場で、それらの企業の間で実質的競争 (内部競争 (Binnenwettbewerb)) が存在せず (内部関係 (Innenverhältnis))、且つ、それらの企業が総体として (als Gesamtheit) 22条1項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。この複数の企業による共同市場支配 (gemeinsame Marktbeherrschung) は、22条1項の単独の企業による市場支配が、単独市場支配 (Einzel-Marktbeherrschung) あるいは独占的市場支配 (Monopol-Marktbeherrschung) と呼ばれるのに対して、寡占的市場支配 (Oligopol-

Marktbeherrschung<sup>(6)</sup>とも呼ばれる<sup>(7)</sup>。

また、寡占的市場支配に関するGWBの規定としては、この22条2項の定義規定の他に、その認定を容易にするために導入された二つの推定規定<sup>(8)</sup>がある。すなわち、1973年の第二次GWB改正によって導入された（一般）寡占推定（(allgemeine) Oligopolvermutungen）（22条3項2号）、及び、1980年の第四次GWB改正によって新設された特別寡占推定（qualifizierte Oligopolvermutungen）（23a条2項）である。これら三つの規定がGWBの寡占的市場支配に関する規定の枠組を構成している。

本稿の課題は、この寡占的市場支配に関する各規定の沿革を概観するとともに、その意義及び認定方法について、企業結合規制を念頭に置いて検討を加え、西ドイツにおける寡占的市場での企業結合規制を概観することにある<sup>(9)</sup>。

## 2. 規定の沿革

まず、寡占的市場支配に関する三つの規定の立法の経緯を概観することとする。

1. 共同の市場支配を定義する22条2項は、1957年のGWB制定当時から存在していたが、当初の政府草案段階では、これに関する規定はもりこまれていなかった。本規定は、GWB審議過程において政府草案に対してなされた連邦上院（Bundesrat）の修正案に由来する。連邦上院の新提案は、二以上の企業も、「それらの間に事実上の理由から実質的競争が存在せず、且つ、それらが<sup>(10)</sup>総体として（本条）1項の要件を満たす」場合、市場支配的である、とする。これは、実質的に、現行の22条2項の寡占的市場支配の規定と同一である。連邦上院はこの規定の新設の理由について、「（本項の）導入は、単に独占の場合だけではなく、複占又は寡占の場合においても市場支配が存在し得るといふ現実を考慮に入れ」たものであると述べる<sup>(11)</sup>。

この連邦上院の修正案に対して、連邦政府は反対する立場をとったが、連邦下院（Bundestag）経済委員会は、基本的に、連邦上院の提案にかかる寡占的市場支配の規定の存続を支持した。経済委員会は、まず、多大の市場占拠率を有する少数の企業が市場を支配し、小規模企業がそれら大規模企業の市場行動に合わせて行動するような市場が問題であるとした上で、大きな市場占拠率を有する個々の企業は、競争、特に価格の設定において、一致した行動

(übereinstimmendes Verhalten) によって市場関係に実質的な影響を及ぼすことができ、そして、このような行動の斉一性 (Gleichförmigkeit) が「自ずから (von selbst) 生じる」<sup>(12)</sup> 寡占的市場では、完全競争 (vollständiger Wettbewerb) の回復は、ほとんど不可能であり、国家の介入によって市場関係が規律される、とした。以上のような一般的認識を前提として、結局、「寡占的な市場で実際に競争が存在せず、市場で活動する企業がその総体において独占者 (Monopolist) のように行動する」<sup>(13)</sup> ケースが問題であるとし、若干の修正を施した<sup>(14)</sup> 上で、連邦上院の提案に沿った内容の規定を決定した。

2. 以上のような経緯で成立した現行の22条2項は、第二次GWB改正で、他の規定により補充を受けている。すなわち、先に挙げた (一般) 寡占推定 (22条3項2号) の導入、そして、単独市場支配についての圧倒的市場地位 (22条1項2号) の規定の新設である。(一般) 寡占推定によれば、三 (又は五) 以下の企業が合わせて50% (又は三分の二) 以上の市場占拠率を有する場合、寡占的市場支配の存在が推定される。また、圧倒的市場地位の新設により、従来からの競争者の不存在又は実質的競争の欠如の他に、寡占集団が全体として競争者に対して圧倒的市場地位を有することで外部関係の要件が充足されることとなった。

このうち、(一般) 寡占推定について述べると、当初の政府草案は、現行のものとは異なり、複数の企業が「価格の要求又は提示に際して、斉一的に行動する場合」<sup>(15)</sup> に、寡占的市場支配が推定されるとするものであった。これについて、政府草案理由書は次のように述べる。まず、寡占市場にあっては、企業は自らの市場戦略上の行動をとるにあたって、「他の寡占企業の反応を考慮し得るし、また、しなければならぬ」が、その結果、攻撃的な競争行動は、他の寡占企業の対抗策のために断念され、協調 (Verständigung) が求められる、とする。そして、この協調は、企業が「長期的に斉一的行動をとることに、とりわけ、価格を同一の間隔と程度で引き上げることに現れる」<sup>(16)</sup> とする。以上のような認識に立って、先の推定規定が提案されたが、経済委員会の審議によって、<sup>(17)</sup> 現行の市場占拠率を基礎とする推定規定に変更された。

3. さらに、第四次GWB改正によって、企業結合規制についてのみ適用される特別寡占推定 (23a条2項) が新たに導入された。それによれば、三 (又は五) 以下の企業が、合わせて50% (又は三分の二) 以上の市場占拠率を有する

場合は、競争条件が企業結合の後も当該複数の企業の間での実質的競争を予期させること、又は、当該複数の企業が総体として競争者との関係で圧倒的市場地位を有していないことを、企業側が証明する場合を除いて、当該複数の企業も総体として市場支配的であるとされる。また、結合参加企業の市場占拠率が15%以下の場合、本規定は適用されない。

特別寡占推定は、政府草案段階では、企業結合規制に関する寡占的市場支配の新たな定義規定として構想されていた。政府草案段階での23a条2項は、「二又は三以下の企業も、それらが市場で最大の市場占拠率を有し、且つ、合わせて50%の市場占拠率に達する場合は、当該企業がその総体において他の競争者との関係で圧倒的市場地位を有していない場合を除いて、市場支配的であるとされる」、と規定する。<sup>(18)</sup>すなわち、濫用規制とは異なり、企業結合規制において重要なのは、「寡占企業間の実際の競争行動ではなくて、とくにアウトサイダーに対する長期的・構造的なネガティブな作用」にあるとの認識の下に、寡占的市場支配の認定<sup>(19)</sup>にとって障害となっていた内部関係の要件<sup>(20)</sup>（内部競争の欠如）を放棄したのである。しかし、その後の経済委員会の審議で、内部関係のメルクマールが反駁事項として復活するとともに、その証明責任は企業側が負うとされ、さらに、五者寡占についても規定され、現行の23a条2項が成立した。

### 3. 単独の市場支配と寡占的市場支配の関係及び若干の解釈問題

GWBは市場支配的地位を有する企業が単数か複数かによって、単独の市場支配と寡占的市場支配を分けて定義しているが、ここでは、この両者の関係をとりあげるとともに若干の解釈問題について検討を加えることとする。

1. 単独の市場支配と寡占的市場支配の両者の関係をどのように把握するのかという問題に対しては、単独市場支配と寡占的市場支配の同時の存在を認める見解<sup>(21)</sup>と、これを認めない、つまり、両者は相互に排他的であるとする見解<sup>(22)</sup>に分かれている。この問題について、ベルリン控訴院は、「ある市場では、単に一つの市場支配的企業か、一つの寡占のみが活動し得るのであり」、「独占者（Monopolist）と寡占の同時の出現を認めることは、思考法則上（denkgesetzlich）、不可能である」として<sup>(23)</sup>、後説の立場を支持した。これに対して、前説の根拠としては、まず、両者の併存は、経済的現実<sup>(23)</sup>に合致していること、次いで、

推定規定の前提ともなっていることが挙げられる。<sup>(24)</sup>

この問題は、推定規定の重複、特に、独占推定と一般寡占推定の要件が同時に充足される場合の処理の問題と密接な関係を有している。これらの問題に対する議論の状況は、ほぼ次の四説に分けられる。第一説は、単独市場支配と寡占的市場支配の併存を認めないことを前提として、何れの推定の適用も否定するものである。<sup>(25)</sup>第二説は、同じく単独市場支配と寡占的市場支配の併存を認めないという立場を採るものの、<sup>(26)</sup>両推定が一致してその市場支配的地位を推定する企業にのみ、推定の適用を認めるものである。つまり、結果的に、独占推定が一般寡占推定に優先することになる。第三説は、単独市場支配と寡占的市場支配の併存を肯定し、<sup>(27)</sup>両推定の要件が同時に充足される場合も、両者の適用を認めるものである。第四説は、単独市場支配と寡占的市場支配の併存はあり得ないとの立場を維持しつつ、<sup>(28)</sup>推定規定の局面では、両者の適用を認めるとするものである。ベルリン控訴院は、<sup>(29)</sup>単独市場支配と寡占的市場支配の併存を認めないという立場を基礎に、<sup>(30)</sup>両推定の要件が充足される場合には、「推定は相互に排斥し合い」、その適用は問題としないとしている。

2. 次に、22条2項をめぐる若干の解釈問題を、22条1項の単独市場支配の規定との対比で検討を加える。第一の問題は、寡占集団を構成する企業の数の上限の問題であり、第二の問題は、22条2項に言う「事実上の理由に基づいて」という文言の意義の問題である。

第一の寡占集団を構成する企業の数の問題であるが、一企業の市場支配的地位の規定である22条1項では、そのような地位を持つ企業の数は問題とならないのに対して、22条2項はただ「二以上の企業も……」とするのみであり、見解は分かれている。まず、寡占構成企業の数に法律上の上限はなく、ただ、多数の企業による寡占的市場支配についてはその証明が難しくなるだけであるとの見解がある。その根拠としては、22条2項が、先に示したとおり、寡占構成企業の数の上限について何も定めていないことが挙げられる。これに対して、寡占構成企業の数に何らかの上限があるとする立場もあるが、<sup>(31)</sup>具体的には、一般寡占推定及び特別寡占推定を基礎に、その上限を五とする見解と、<sup>(32)</sup>その二倍である十の企業を上限とする見解がある。これらの見解は、立法資料に基づいて、<sup>(31)</sup>GWBが問題としているのは、「高度寡占 (enges Oligopol)」であるとし、<sup>(32)</sup>そこでは、無制限に多くの企業が寡占的市場支配として把握されるのではな

く、その数には限界があるとする。そこで、一般寡占推定及び特別寡占推定を手掛かりとして、五又は十という上限数を主張する。確かに、GWBが典型的に想定していたのは、少数の企業による共同の市場支配であり、推定規定における三又は五という企業の数もそれを示していると言えるが、一定の企業の数<sup>(33)</sup>が法的に上限として設定されているとするのは、疑問であろう。

3. 第二の問題である「事実上の理由に基づいて（実質的競争が欠如する）」という文言は、22条1項1号の実質的競争の欠如による単独市場支配の規定には存在しない。この文言をめぐっても、見解が分かれている。一部の論者は、これにより協定、同調的行動（25条1項）等による競争制限は、排除されるとする<sup>(34)</sup>。これに対して、「事実上の理由」という文言には、実質的な意義はないとする見解もある<sup>(35)</sup>。というのは、確かに22条2項は、典型的には、事実上の、法的ではない理由による寡占的な競争の喪失を念頭に置いているが、その適用においては、内部関係において実際に実質的競争が欠如していることが問題であり、それが法的理由によるかどうかは問題ではないからである。この見解に立てば、例えば、無効なカルテル契約の実施又は25条1項の同調的行動による場合にとどまらず、合法的なカルテルに基づいて実質的競争が欠如する場合も、寡占的市場支配が成立する余地がある<sup>(37)</sup>。

#### 4. 内部関係と外部関係

GWBは寡占的市場支配を内部関係と外部関係に分けて規定する<sup>(38)</sup>。このうち外部関係については、寡占集団を単一の企業とした場合の単独市場支配の問題と見ることができるので、寡占的市場支配に固有の問題は、内部関係、つまり、内部競争の欠如の問題にある<sup>(39)</sup>といえる。これらの点を踏まえ、以下、検討を加えることとする。

1. まず、内部競争の欠如の認定に関する問題をとりあげると、これについては、いまだ統一的な解釈論は確立されていないのが現状である。議論の状況を概観すれば、まず、一部の論者は、22条2項の寡占的市場支配については単なる内部競争の欠如ではなく、複数の企業からなる寡占集団の一体性を根拠づける付加的な事情が要求されるとし、さらに、22条2項の構成そのものをも疑問であるとする<sup>(40)</sup>。このような考え方に立てば、例えば、プライスリーダーシップのような特殊な事情が存する場合にのみ、寡占的市場支配（による濫用規制）

が認定されることとなろう。<sup>(41)</sup>また、価格競争に注目し、価格競争の欠如は寡占状態においては通常の状態であり、品質競争、宣伝競争、二次的給付(Nebenleistung)の競争なども完全に又は部分的に排除され、企業が自らの市場戦略を発動する余地が十分には存在しない場合にのみ、寡占的市場支配に基づく濫用規制が根拠づけられるとする見解もある。<sup>(42)</sup>

また、22条1項1号の実質的競争の欠如に基づく市場支配の問題も含めて、この内部競争の欠如に関しては、いわゆる「モザイク理論(Mosaiktheorie)」について議論がある。「モザイク理論」とは、個々のそれ自体では有効とは言えない競争の各形態も、それらを合算すれば、有効な競争の存在を肯定し得るとするものである。<sup>(43)</sup>「モザイク理論」によれば、すべての行動パラメーターを考慮に入れ、全体的な判断が行われることとなり、重要な行動パラメーター(例えば、価格)における競争がなくても、実質的競争を肯定し得る場合があることになる。<sup>(44)</sup>これに対して、特に重要とされる行動パラメーター(例えば、価格)における競争が欠如していれば、直ちに実質的競争の欠如を認定し得るとする「パラメーター理論(Parametertheorie)」<sup>(45)</sup>も主張される。

有力とされる見解は、寡占構成企業の意識的な斉一的行動に寡占的市場支配の根拠を見出している<sup>(46)</sup>とされる。先にも触れたように、GWB制定時、第二次改正時ともに、立法者の関心は、寡占企業による、その相互依存性を認識した上での対外的な斉一的行動にあったと言えよう。この意味で、この見解は立法理由に沿ったものである<sup>(47)</sup>と言い得る。経済的、法律的に単一体とは言えない寡占集団と単独企業を市場支配的であるとして同一に取り扱うことの正当性が、第三者に対するその作用の同一性にあるとすれば、このように競争によって生じたのではない斉一的行動に寡占的市場支配の本質を見出すことは適切である<sup>(48)</sup>とも言い得る。

寡占企業の斉一的行動において、特に問題とされるのは、価格に関する斉一的行動から競争の欠如を認定し得るのかどうかである。<sup>(49)</sup>価格が各企業で同一であるということは、競争の帰結でもあり得る。<sup>(50)</sup>従って、斉一的行動でもって競争の欠如を認定する場合も、一時点での価格の同一性でもって直ちに斉一的行動があるとするのではなく、ある程度長期にわたる価格行動の吟味が必要となろう。例えば、繰り返し同一の程度で価格が引き上げられる等の場合である。<sup>(51)</sup>

以上、内部競争の欠如をめぐる議論を概観してきたが、これらは、主として、

濫用規制を念頭に置いたものと思われ、そのままの形で企業結合規制における寡占的市場支配の吟味にあてはまるかどうかは疑問がある。

2. 外部関係については、22条1項に基づく三つの形態がある。すなわち、寡占集団に対して競争者が存在しない場合（完全寡占（Voll-Oligopol））、寡占集団が実質的競争にさらされていない場合（部分寡占（Teil-Oligopol））、寡占集団が圧倒的市場地位を有する場合である。<sup>(52)</sup>外部関係に関しては、通常の場合、アウトサイダーに対する寡占集団の圧倒的市場地位が比較的容易に認定されるので、<sup>(53)</sup>内部関係におけるような問題点はないとされる。

## 5. 企業結合規制における寡占的市場支配

1. 企業結合によって市場支配的地位が形成又は強化される場合、連邦カルテル庁は当該企業結合を禁止する。規制基準である市場支配の意味・内容は、先にも述べたように、原則として、22条1項・2項の定義による。22条1項は、「本法の意味で」市場支配的地位を定義している。この点は、少なくとも出発点としては、異論はないと思われる。しかし、一方では、定義規定を共有するものの、市場支配的企業の濫用規制規定である22条での市場支配的地位の認定方法が、そのままの形で24条の企業結合規制のところへ移行するのではなく、22条と24条の異なる目的及び機能に基づいて偏差を有するとする見解が主張されている。<sup>(54)</sup>両者の間に生じる偏差を一般的に言えば、企業結合規制においては、もっぱら市場構造的メルクマールが重視されるのに対し、22条の濫用規制は行動規制であり、市場行動的メルクマールが重視されることが挙げられる。企業結合規制で問題となるのは、企業結合の将来の作用である。従って、企業結合規制では将来の市場の状況についての予測が必要となるが、この場合、企業の流動的・可変的な行動を重視することはできず、市場構造に注目することとなる。<sup>(55)</sup>現実の市場行動は、原則として、企業結合規制にあっては限定的な役割しか有さず、その将来にわたる存続が構造的に確實視される場合にのみ、企業の現実の行動は考慮されることとなる。<sup>(56)</sup>

2. また、企業結合の規制基準は、市場支配的地位の形成又は強化であり、市場支配的地位の存在そのものではない。すなわち、従来、市場支配的地位を有する企業が存在しておらず、企業結合によって初めてそれが生じる場合、あるいは、従前、すでに市場支配的地位を有する企業が存在し、企業結合によって、<sup>(57)</sup>

それが強化される場合である。<sup>(68)</sup>しかし、企業結合によってその市場地位が強化されるのは、直接的には、寡占集団ではなく企業結合当事企業である。企業結合規則において寡占的市場支配が問題となるのは、内部競争の欠如した企業の総体としての市場地位である。そこで、とりわけ、企業結合当事企業の市場地位の強化が寡占集団全体の市場支配的地位の強化とどのような関係にあるのかが問題となるが、これについては学説上、見解が分かれている。まず、一寡占構成企業の市場地位の強化は、必然的に、市場支配的な寡占集団の市場支配的地位の強化を招くとする見解がある。<sup>(69)</sup>これに対して、企業結合当事企業の市場地位の強化と、寡占集団のそれとは、必然的關係はなく、寡占集団の市場地位の強化が区別して吟味されなければならないとする見解もある。<sup>(60)</sup>例えば、市場支配的な寡占集団を構成する下位の企業がアウトサイダーとの企業結合によって、上位企業への対抗力を有するに至るケース（いわゆる「対抗合同（Aufholfusion）」）は、一寡占構成企業の市場地位の強化が寡占集団の市場地位の強化を招くには至らない場合もとされる。というのは、これによって、内部競争が活発となり得るからである。<sup>(61)</sup>

3. さらに、寡占的市場支配が企業結合規制で問題となる場合、実際上は22条2項ではなく23a条2項の特別寡占推定が重要となる。<sup>(62)</sup>特別寡占推定においても内部競争の存続（又は圧倒的市場地位の不存在）は反駁事項として維持されているが、その証明責任の転換によって、連邦カルテル庁の負担が軽減されるからである。従って、特別寡占推定においては内部関係及び外部関係のメルクマールは、その反駁の段階で問題となる。つまり、22条2項とは異なり、企業結合後の内部競争の存続がどのような場合に認められるかが問題となる。また、内部関係についての反駁事由は、先にも述べたように「競争条件（Wettbewerbsbedingungen）」が企業結合後の実質的競争を見込ませることであり、反駁事由になるのは市場構造的な事由であることが原則的に要求される。<sup>(63)</sup>

特別寡占推定の反駁事由としては、まず、立法資料によれば、先にも触れた、いわゆる対抗合同のケースが挙げられる。また、現実の競争行動が特別寡占推定においてどのように評価されるのかも問題となり得るが、先にも述べたように、企業結合規制においては市場構造的な事由が、原則として、重視される。この点について、連邦カルテル庁は、反駁は構造的基準のみによることを原則としつつ、実質的競争の前提条件が企業結合によっても存続することが予期さ

れる場合は、反駁事由となり得るとする<sup>(65)</sup>。しかし、実務上、連邦カルテル庁及びベルリン控訴院は、現実の競争関係による反駁を比較的容易に認める傾向にあるとされる<sup>(66)</sup>。

その他の反駁事由としては、外部関係について、アウトサイダーが寡占企業を上回るような規模、資金力を有する巨大企業である場合等が考えられるが<sup>(67)</sup>、特別寡占推定の50%又は三分の二という高い市場占拠率基準から見て、このようなケースはほとんどあり得ないとされる<sup>(68)</sup>。

## 6. 結びにかえて

GWBは単独の企業による市場支配だけではなく、複数の企業による共同の市場支配に対してもその制定当時から特別の規定を設けて対処している。しかし、22条2項の寡占的市場支配の定義規定、さらには推定規定についても種種の問題があり、事実、GWB制定以来、この寡占的市場支配に関する規定は有効に機能していたとは言えない状況にあったとされる<sup>(69)</sup>。22条2項は内部関係と外部関係の区別を前提として、内部関係においては寡占企業間の実質的競争の欠如を要求するが、内部関係と外部関係の峻別は、実際上、困難であることが指摘されている<sup>(70)</sup>。また、内部競争の欠如についても未だ統一的な解釈論は確立されておらず、その認定には様々な困難がある<sup>(71)</sup>。市場構造に注目する企業結合規制については、特に、23a条2項の特別寡占推定が重要となるが、そこでも内部関係と外部関係の構成は維持されており、連邦カルテル庁の実務も、その反駁を比較的容易に認める傾向にあるとされる<sup>(72)</sup>。

以上、本稿では、GWBの寡占的市場支配に関する規定をめぐる議論を概観してきたが、もとより不十分な概説であることは言うまでもない。寡占的市場支配に関する論点は、本稿でとりあげた以外にも様々なものがある<sup>(73)</sup>。また、本稿では、判例・実務の分析にもほとんど立ち入ることができなかった。合わせて今後の課題である。

- (1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下GWBと略記する。なお、本稿の条項はすべてGWBの条項である。
- (2) GWBにおける企業結合 (Zusammenschluß) には、(イ)資産取得、(ロ)持分取得、(ハ)企業契約の締結、(ニ)役員兼任、(ホ)他の企業に支配的影響を及ぼし得るその他の結び付き (Verbindung)、がある (23条2項1号乃至5号)。

- (3) 企業結合によって競争条件の改善も生じ、且つ、その改善が市場支配の弊害を凌駕することを、企業側が証明すれば、禁止を免れることができる(24条1項後段)。
- (4) 連邦カルテル庁が禁止した企業結合も、一定の要件の下で、連邦経済大臣によって許可される場合もある(大臣許可(Ministererlaubnis)(24条3項))。
- (5) 単独企業による市場支配については、拙稿「市場支配的地位と結合規制」一橋論叢94巻3号(昭60)87頁以下を参照。
- (6) Z. B. Kleinmann/Bechtold, *Kommentar zur Fusionskontrolle*, 1977, § 22 Rdnr. 93; Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983 (im folgenden "R.d.WB"), Rdnr. 527
- (7) このGWB22条2項で定義される複数の企業の共同市場支配に関しては、この他に、「市場支配的寡占(marktbeherrschendes Oligopol)」(z. B. Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 1981 (im folgenden "I/M"), §24 Rdnr. 46. なお、この表現が最も一般的であると思われる。), 「競争制限的寡占(wettbewerbsbeschränktes Oligopol)」(Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Bd. II, 1983, S.336f.) など、様々な表現がある。なお、共同の市場支配的地位を有する複数の企業の総体は、「寡占集団(Oligopolgruppe)」, 寡占集団に帰属する個々の企業は、「寡占企業(Oligopolunternehmen)」, 「寡占構成員(Oligopolmitglieder)」などと呼ばれ、寡占集団に帰属していない企業は、「アウトサイダー(Außenseiter)」と呼ばれる。
- (8) 推定規定一般については、拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における推定規定と企業結合規制」一橋論叢95巻2号(昭61)138頁以下を参照。
- (9) なお、GWBにおいては「寡占(Oligopol)」という文言は使用されていない。この意味で、「寡占」は実定法上の概念ではない。この点については、以下の文献を参照。 Harms, in: Müller-Henneberg/Schwartz/Benisch, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommmentar*, 4. Auflage, seit 1980 (im folgendem "GK"), § 23a Rz. 292; derselbe, Rechtsprobleme des marktbeherrschenden Oligopols, Was ist ein marktbeherrschendes Oligopol? – Podiumsdiskussion –, in: *Schwerpunkte des Kartellrechts 1980/81*, 1982 (im folgenden "Rechtsprobleme"), S. 11; Autenrieth, Die Erfassung von Oligopolatbeständen in der Fusionskontrolle, *WRP* 1983, S. 256, 257; Möschel, *Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1974 (im folgenden "Oligopolmißbrauch"), S. 3f.
- (10) Änderungsvorschläge des Bundesrates, BT-Drucks., II/1158 (Anlage 2), S. 67.
- (11) Änderungsvorschläge des Bundesrates, BT-Drucks., I/3462 (Anlage 2), S. 56.
- (12) というのは、寡占企業は「全ての当事者の不利益を招く価格競争に敢えて着手しない」からである(Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschafts-

- politik, BT-Drucks., II/3644, zu Drucks. 3644, S. 8)。
- (13) A. a. O.
- (14) 「一般に又は特定の市場で」という文言が付加されたが、学説上はこの文言に固有の意味を付与していない(vgl. Kleinmann/Bechtold, a. a. O., §22 Rdnr. 102)。
- (15) Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks., VI/2520, S. 3.
- (16) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks., VI/2520, S. 23.
- (17) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks., 7/765, S. 6.
- (18) Regierungsentwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks., 8/2136, S. 5.
- (19) Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks., 8/2136, S. 21f.
- (20) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks., 8/3690, S. 27.
- (21) Möschel, R. d. WB, Rdnr. 527; Mestmäcker, in: *I/M*, § 24 Rdnr. 56; Immenga/Schulte-Braucks, Zum Verhältnis der Monopol- und Oligopolvermutung in § 22 Abs. 3 GWB, *BB* 1981, S. 149ff.
- (22) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 93, 128; Gäbelein, Monopol- und Oligopolvermutungen des GWB, insb. bei mehrfachem Vorliegen, *ZHR* 147 (1983), S. 574, 579; von Gamm, *Kartellrecht*, 1979, § 22 Rdnr. 18; Rittner, *Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2. Auflage, 1983, S. 328; Emmerich, Die Fusionskontrolle bis zur 4. Novelle (I), *Die AG* 1980, S. 205, 210. なお、政府草案理由書にも、単独市場支配と寡占的市場支配の併存を否定するような記述がある。すなわち、実質的競争が存在しない寡占は、複数の企業がほぼ同一の前提条件の下で出現し、それらの誰もが自らの競争者との関係で圧倒的市場地位を有していないことを特徴としている、としている(Begründung zum Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 16), S. 23)。
- (23) WuW/E OLG 2234, 2235》Blei- und Silberhütte Braubach《.
- (24) Mestmäcker, in: *I/M*, § 24 Rdnr. 56; Vgl. Möschel, *R. d. WB*, Rdnr. 527.
- (25) Gäbelein, a. a. O., S. 579.
- (26) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 130.
- (27) Möschel, R. d. WB, Rdnr. 535; Mestmäcker, in: *I/M*, § 24 Rdnr. 56. さもないと、最大の市場占拠率を有する企業のそれが高ければ高いほど、両推定の要件を充足し易くなり、市場の集中度が高い場合に推定が機能しなくなり、不都合が生じることとなる。例えば、最大の市場占拠率を有する企業のそれが50%以上であれば、必然的に、両推定の要件が充足される。
- (28) Monopolkommission, *Hauptgutachten IV*, 1982, Tz. 585.
- (29) WuW/E OLG 2234, 2235》Blei- und Silberhütte Braubach《.
- (30) Monopolkommission, a. a. O., Tz. 615f.; vgl. Rittner, a. a. O., S. 328;

- Fikentscher, a. a. O., S. 338.
- (31) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 95.
- (32) Autenrieth, a. a. O., S. 256.
- (33) Vgl. Müller/Gießler/Scholz, *Wirtschaftskommentar, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1981, § 22 Rdnr. 53 b ; WuW/E OL.G, 2663, 2664 » Texaco / Zerssen << ; WuW/E BGH, 2025, 2026 f. » Texaco / Zerssen <<.
- (34) Fikentscher, a. a. O., S. 337 ; Rittner, a. a. O., S. 327 ; Weimar/Schimikowski, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1983, Rdnr. 208 ; Harms, *Rechtsprobleme*, S. 12.
- (35) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 103 ; Möschel, in : *I/M*, § 22 Rdnr. 83 ; Mestmäcker, *Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1959, S. 22 f.
- (36) Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 103.
- (37) Möschel, in : *I/M*, § 22 Rdnr. 83.
- (38) しかし、外部関係と内部関係は、實際上、明確に区分され得ない。22条2項では、一定の市場で活動する企業がアウトサイダーと寡占企業とに区別されることとなるが、この点について学説は、市場占拠率の大きさに従って寡占企業を画定する必要はなく、各ケースの事情によるとするが( vgl. Westrick/Loewenheim, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 4. Auflage, seit 1977, § 22 Rdnr. 29), その基準は明確ではない。
- (39) Begründung zum Regierungsentwurf, a. a. O. (Fn. 16), S. 23. このことは、寡占的市場支配に関する推定規定が適用される場合も同様である。22条3項2号の一般寡占推定の要件が充足される場合も、連邦カルテル庁は内部競争の欠如(及び外部関係のメルクマールも)を証明しなければならないことには変わりはなく、23a条2項の特別寡占推定にあっても、企業側が証明責任を負うとしても、内部競争の存続(又はアウトサイダーに対する圧倒的市場地位の不存在)は、反駁事項として維持されている(拙稿前掲(註(8))150頁以下を参照。)。推定規定の存在にも拘らず、依然として、寡占的市場支配における内部関係と外部関係の構成は、維持されていると言い得る。Vgl. Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 536, 539 ; Bechtold, *Das neue Kartellrecht*, 1981, S. 104.
- (40) Knöpfle, Zur Novellierung des § 22 GWB, *BB* 1970, S. 717, 720 ; vgl. derselbe, *Problematik der Zusammenschlußkontrolle nach dem GWB*, 1986 (im folgenden "Problematik"), S. 137.
- (41) Vgl. Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 528.
- (42) Sandrock, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1968, S. 385.
- (43) 「モザイク理論」の内容については、論者によって若干の相違がある。Vgl. Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 14 ; Harms, *Rechtsprobleme*, S. 14 ; Möschel, in : *I/M*, § 22 Rdnr. 79 ; Möschel, *Oligopolmißbrauch*, S. 170 ; WuW/E BGH 907, 915 » Fensterglas VI << ; WuW/E BGH 1824, 1827

》Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach《。

- (44) Harms, Rechtsprobleme, S. 14 ; vgl. WuW/E BGH 1824, 1827》Tonolli/Blei- und Silberhütte Braubach《。「モザイク理論」の22条の市場支配への適用については、学説上の反論が多い。Vgl. z. B. Müller, u. a., a. a. O., § 22 Rdnr. 55.
- (45) Vgl. Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 211 ; Rinck/Schwark, *Wirtschaftsrecht*, 6. Auflage, 1986, Rz. 440 ; Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 518. 「パラメーター理論」は22条1項1号の実質的競争の欠如による市場支配について主張される。22条2項の寡占的支配については、明示的に「パラメーター理論」として言及されることはないが、重要な行動パラメーター、特に、価格競争を重視する立場を採るものとして、Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 32 ; Kleinmann/Bechtold, a. a. O., § 22 Rdnr. 100. なお, vgl. Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 52. この「パラメーター理論」は濫用規制を念頭に置いたものである。なお, 註(55)参照。
- (46) Möschel, *R. d. WB*, Rdnr. 529 ; vgl. Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 33 ; Emmerich, *Kartellrecht*, 4. Auflage, 1982 (im folgenden “*Kart R*”), S. 171.
- (47) Vgl. Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 33.
- (48) Vgl. Möschel, *R. d. WB*, Rdnr. 529, 865.
- (49) Vgl. Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 33.
- (50) Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 33 ; Bechtold, a. a. O., S. 104.
- (51) Westrick/Loewenheim, a. a. O., § 22 Rdnr. 33.
- (52) Vgl. Harms, Rechtsprobleme, S. 11.
- (53) Vgl. Rinck/Schwark, a. a. O., Rdnr. 444 ; Rittner, a. a. O., S. 328 ; Bechtold, a. a. O., S. 104.
- (54) 22条2項の寡占的市場支配については、このような文言はないが、同様に考えてよいと思われる。
- (55) Möschel, *R. d. WB*, Rdnr. 838 ff. ; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 1982, § 22 Rz. 12, 17 ff. ; vgl. Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 202 ff. 例えば, パラメーター理論は企業結合規制においては適用されないなどとされる。
- (56) Vgl. Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 202 ; Möschel, *R. d. WB*, Rdnr. 838 ; Emmerich, *Kart R*, S. 265 f.
- (57) Vgl. Langen, u. a., a. a. O., § 24 Rz. 20. なお, 連邦通常裁判所は, 市場構造的視点に決定的意義あるとしつつ, 競争行動を含む市場関係の包括的・総合的な評価が必要であるとする (いわゆる「総合的考察方法 (Gesamtbetrachtungsweise)」) (vgl. *WuW/E BGH* 1749, 1754 f.》Klöckner/Becorit《)。この点については, 拙稿前掲 (註(5)) 92頁を参照。
- (58) Emmerich, *Kart R*, S. 267, 269.
- (59) Monopolkommission, a. a. O., Tz. 629 ; Emmerich, Die Fusionskontrolle unter der 4. Novelle (I), *Die AG* 1981, S. 269, 274 ; zustimmend Mestmäcker in : *I/M* § 24 Rdnr. 49.

- (60) Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 546 ; Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 865.
- (61) Harms, in : *GK*, § 24 Rz. 549.
- (62) Vgl. Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 526 ; Emmerich, *Fusionskontrolle 1985/86*, S. 345, 351. 特別寡占推定の要件が充足される場合であることは言うまでもない。また、特別寡占推定は市場支配的地位の強化については機能しない（拙稿前掲（註8） 155 頁参照。）。
- (63) この競争条件とは、市場構造上の条件を意味すると考えられている。Vgl. Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 877 ; Emmerich, *KartR*, S. 282 ; Knöpfle, *Problematik*, S. 172.
- (64) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a.a.O. (Fn. 20), S. 27. 連邦カルテル庁の実務では、この対抗合同による反駁が肯定的の評価を受ける傾向にあるとされる（Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 877）。これに対する批判的見解として, Mestmäcker, in : *I/M*, § 23 a Rdnr. 44 f., § 24 Rdnr. 48 ; Emmerich, *KartR*, S. 280 ; Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 878.
- (65) *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1981/82*, S. 23.
- (66) Vgl. Emmerich, *Fusionskontrolle 1982/83*, *Die AG* 1983, S. 317, 328 ; derselbe, *Fusionskontrolle 1983/84*, *Die AG* 1984 (im folgenden “Fusionskontrolle 1983/84”), S. 309, 317.
- (67) Begründung zum Regierungsentwurf, a.a.O. (Fn. 20), S. 22.
- (68) Möschel, *R.d.WB*, Rdnr. 879.
- (69) Vgl. Westrick/Loewenheim, a.a.O., § 22 Rdnr. 27.
- (70) Vgl. Autenrieth, a.a.O., S. 257 f. なお, 註(68)参照。
- (71) Vgl. Emmerich, *KartR*, S. 171 ; derselbe, *Fusionskontrolle 1983/84*, S. 313.
- (72) Vgl. Emmerich, *Fusionskontrolle 1984/85*, *Die AG* 1985, S. 313, 322 ; *Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1983/84*, S. 15.
- (73) 寡占的市場支配に関する様々な論点を整理したものとして, Harms, *Rechtsprobleme*, S. 11 ff.

（筆者の住所 〒191 東京都日野市大坂上 4-10-1-5-103）