

西ドイツ競争制限禁止法における優越的市場地位

田 中 裕 明

I はじめに

西ドイツ競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen,以下GWB）では、企業がその市場支配的地位を濫用した場合に、はじめて規制の対象となる。いわゆる濫用規制主義（Mißbrauchskontrolleprinzip）が採られている。この市場支配については、GWBの22条で定義がなされている。それによれば、市場支配とは、企業が「競争者を有しないか、あるいは実質的な競争にさらされていない場合（同条1項1号）」と「自己の競争者との関係で市場において優越的な市場地位（überragende Marktstellung）を有する場合（同2号）」をさすとされる。

連邦カルテル庁ならびに裁判所の審判決をみると、優越的市場地位に基づいての市場支配の認定が次第にふえてきている。本稿ではこの優越的市場地位とはいかなる概念であり、いかなる機能を有するかを紹介、検討する。

II 優越的市場地位導入の目的と問題点

優越的市場地位の概念は、1973年の第2次改正の際に導入された。それまでは、実質的競争が存在するか否かの認定が困難であったため、法の効果的な運用ができなかった。このような事態に因應するためにこの概念が導入されたわけである。すなわち、カルテル官庁にとって、濫用等の事案における市場支配の認定を緩和することが意図されたのである。⁽¹⁾それは同時に、従来の法運用に対して市場支配の概念が拡大されたことを意味する。またIIIで検討するメルクマールを以って、構造的アプローチも図られている。

学説・判例は優越的市場地位を次のようにとらえている。すなわち、企業がその市場行動を形成する際に、優越的な（一方的な）行動の余地（überragender

(einseitiger)Verhaltensspielraum) を有している場合に、当該企業は優越的市場地位があるとされる。さらには、企業が他の競争者に対し、価格や品質等の行動パラメーターの投入に頼ることなく、むしろ例えば自己の資金力に基づいて補助的な戦略を行使できる場合、すなわち例えば、宣伝活動や販売条件(Vertriebsbindungen)によって、あるいは取引約款を締結することで企業目標を促進できる場合に、市場戦略を展開するに際して、優越的な行動の余地があるとされる。重要なことは、当該企業がその競争手段を用いる際に有している行動の余地である。⁽²⁾

このように、GWB22条1項1号にいう市場支配の他に優越的市場地位概念を加えることで、市場支配の認定を容易にしようとするわけであるが、立法資料からは、両者がどのような関係に立つのかは明らかではなかった。立法資料では、「市場支配の要件に新たに加えるものである。⁽³⁾」というにとどまっていた。

連邦通常裁判所は、両者の関係について、ビタミンB12事件で次のように判示した。すなわち、「その意義に照らし、1号と2号は互いに拮抗的關係にある⁽⁴⁾」とした。さらには第1次ヴァリウム事件で、「当該企業が競争的行動を行う際に、優越的な行動余地を有する限り、市場で実質的競争にさらされるとしても、なお当該企業は優越的市場地位を占めていると認定できる⁽⁵⁾」と判示した。

判例上、このように両者は解釈され、1号にいう要件に代え2号を、すなわち優越的市場地位概念を前面におし出す傾向にある。⁽⁶⁾

学説も概ね判例の解釈を支持しているが、1号にいう実質的競争にさらされながらも、なおかつ優越的市場地位を認めることのできる市場とはどのようなものか、検討の余地があろう。殊に濫用規制の場合、市場支配的地位の認定が規制を左右するからである。つまり、濫用行為が妨害行為であれ、搾取行為であれ、それが市場支配的地位を反映するものと判断されなければ、規制の対象とはならないからである。ここで考えられる場合は、まず、企業が一定程度の競争にさらされてはいるが、当該企業の行動を有効にコントロールするには、競争の程度が十分でない場合である。次に、確かに企業は十分競争にさらされてはいるが、当該企業の資金力、経済的規模等から長期にわたりこの競争を回避できる状態にあり、まさしくそのゆえに、力のない競争者を市場から排除できる場合も、ここでの対象とされるであろう。⁽⁸⁾ このようにとらえることが、

濫用監視の適用範囲を拡大しようという立法者の意図に合致するであろう。

Ⅲ 個々のメルクマール

法文上、優越的市場地位を認定する際に考慮すべき事項として、市場占拠率、企業の資金力 (Finanzkraft)、供給・販売市場への接近 (Zugang)、他企業との連係 (Verflechtung)、および他企業が市場へ参入する際の事実上または法律上の障壁が挙げられている。以下それぞれ検討していく。

法文上は市場占拠率がとくに強調されている。しかし、それは市場占拠率を強調する実務に基づいたにすぎず、企業の実際の成果をあらわすものとしてのこのメルクマールは、企業が現実に経済的優位を有するかどうかの指標となるということとどまる。⁽⁹⁾したがって市場占拠率が低くても、他の付随する要因との関連で優越的市場地位を認めることができる。例えば、ライン・ウェストファリア電力会社は電力供給市場での市場占拠率は25%であったが、市場支配的であると認定された。その理由は、同社は競争者と比較して卓越した資金力を有し、褐炭調達市場への接近に極めて有利な地位にあったことである。⁽¹⁰⁾

判例は市場占拠率を量 (Mengenanteil) ではなく、関連市場における当該売上高の全売上高に対する割合 (Wertanteil) としてとらえている。⁽¹¹⁾

市場占拠率についてはさらに、その絶対的数値 (absolute Größe oder Höhe) だけでなく、相対的数値 (relative Größe oder Höhe) も重要である。すなわち相対的数値は、当該企業は二位以下の企業に対しどの程度の隔りを有しているか、を知る手掛りとなるからである。⁽¹²⁾

次に、資金力は市場占拠率と並んで實際上重要な基準である。しかもこれは企業結合の場合のみならず、濫用監視の文脈においても有効に機能するメルクマールである。資金力は企業の自己資本による金融力 (Eigenfinanzierungskraft) と、企業の他人資本による金融 (Fremdfinanzierung) の可能性とから成り立つ。企業の総販売高も、確かに資金力の根拠とはなるが、そのみでは資金力の測定には不十分である。というのは同じ総販売高であっても、その販売高を獲得するための経費が高くなれば、それだけ資金力は少なくなるからである。⁽¹³⁾

企業の資金力を査定する際の最も重要な指数は、いわゆるキャッシュフローである。すなわち、キャッシュフローとは当期純利益に減価償却費および負債性引当金 (Rückstellungen) を加えたものである。キャッシュフロー以外に重

要な指数としては、売上利益率（売上高と利益との割合を示す比率）などがあ
⁽¹⁴⁾
る。

資金力の競争上の意義は、競争者との比較において、資金力の面でまさって
いることが特殊な行動の余地を切り開く、という点にある。

構造的メルクマールである供給・販売市場への接近としては、立法資料によ
れば、長期の供給契約、代理契約あるいは、一つの企業が複数の市場で活動す
るという場合が例に挙げられている。⁽¹⁵⁾

この供給・販売市場への接近というメルクマールは、取引段階を異にする企
業の垂直的な結びつきが問題となる限りで、他企業との関係というもう一つの
基準と重なりあう。⁽¹⁶⁾

株式会社法17条および18条の意味における結合企業は、市場占拠率等に関して、カ
ルテル法上単一の企業とみなされる（GWB23条1項2文前段）。このほか、
関係というメルクマールについては、支配可能性のない参加者も考察の対象と
なる。⁽¹⁷⁾

このような接近の可能性や関係は、統合の程度の低い競争者の競争状況を侵
害する要因となる。例えば、供給市場につき、供給路が限られている場合の供
給確保の面で妨害の可能性があり、あるいは資本財、生産財などの前過程生産
物（Vorprodukt）の価格は上がるが、最終生産物（Endprodukt）の価格は安
定を保っている場合に行われる価格圧搾（price—squeezing）が挙げられる。
販売市場についても同様と考えられる。⁽¹⁸⁾

競争に及ぼすこのような効果は、市場参入障壁の範ちゅうにおいても見られ
るが、市場参入に関する事実上、法律上の障壁という基準の位置づけについ
ては、見解が分れている。

ニーダーライティンガーは、この基準が現実活動している競争者に対してで
はなく、市場の相手方に対する市場の強化に関与するものである限り、22条1
項2号に挙げられているメルクマールの中では異質なものを（Fremdkörper）と
解している。⁽¹⁹⁾メッセルはこの考えを採らない。この基準は、排他的戦略を行
う場合に、水平的な競争関係に直接的なかわりをもつとする。というのは、
市場参入障壁の程度が低い場合、かかる戦略は実益がないからである。⁽²⁰⁾

立法資料では市場参入障壁の決定要因として、総需要に応じた最適経営規模、
法律上の障壁、専門知識、特許許諾の形態、原料品あるいは資本への接近、販

路機構、製品差別化が挙げられている。⁽²¹⁾

以上これまで検討してきたメルクマールは、相互に補完しあうものであり、優越的市場地位を認定する際に、それぞれすべてにわたって企業が競争者に対して突出した地位を有している必要はない。

IV 若干の判例—展開—

ここで簡単に上述のところについての判例の流れをながめてみよう。従来優越的市場地位の認定は、当該企業の市場占拠率の高さと資金力の程度に基づいて行うのがほとんどつねであった。しかし判例の中には、市場占拠率が二位以下の企業のそれと比較して明らかに優越する場合には、他の事項を考慮することなく、十分優越的市場地位を認定することができるものもあった。

例えば、第1次ヴァリウム事件では、精神安定剤ヴァリウムの市場でホフマン・ラ・ロッシュ社の市場占拠率は45%であった。一方、二位以下の企業の市場占拠率はわずか28%および14%であった。連邦通常裁判所は、その市場占拠率の高さのみを理由として、ホフマン・ラ・ロッシュ社は優越的市場地位を有すると判示した。⁽²²⁾

同様に、連邦カルテル庁はバブコック社とアルトス社の合併事件で、両社の合併後の市場占拠率が59%になることを主たる理由として（二位以下の企業の市場占拠率は、それぞれ、16%、13%、5%および2%であった。）、当該合併は優越的市場地位を獲得すると判示した。⁽²³⁾

このように「市場占拠率絶対神話」が定着するかのような感があったが、近時、連邦通常裁判所はこのような態度を実質的に改めた。すなわち、二位以下の企業に比べて当該企業の市場占拠率が実質的にまさっているだけでは、優越的市場地位を認定できないとし、ある特定市場における企業の地位の評価に際しては、関連するすべての市場条件を考慮しなければならない、とした（Klößner—Becorit事件）。⁽²⁴⁾ いわゆる総合的考察方法（Gesamtbetrachtungsweise）が採られるようになったわけである。⁽²⁵⁾

この総合的考察方法と市場占拠率について、以下のようなコメントが注目される。⁽²⁶⁾

企業結合規制の場合であるが、メストメッカーは、結合企業の市場地位を判定するにつき、市場占拠率が決定的な基準であるとする。⁽²⁷⁾ ベルリン高等裁判所

もこれと同様に市場占拠率の意義を強調するが、しかしそれは市場支配の認定について諸般の事情を考慮する、総合的評価の必要性を否定するものではない、とされる。これに対して連邦通常裁判所は、市場占拠率のみに基づいて市場支配的地位が認定されるのは、他の競争に関連する要因が優越的な行動の余地を否定しないときに限る、とした。確かに、市場占拠率は将来における行動の余地を認識させるが、それと並んで、当該市場における競争にとり重要な、他のすべての構造メルクマールも考慮されるべきである。⁽²⁸⁾

V むすび

すでに述べたように、優越的市場地位概念は市場支配の認定緩和を図るため導入された。第2次改正前は、1号にいう「実質的競争の欠如」の認定のために、いわゆるモザイク理論 (Mosaiktheorie) が用いられていた。この理論は判例によって確立されたもので、個々的にはそれのみでは有効な競争が認められない場合でも、全体としてみればなお実質的競争が認められるとする理論である。⁽²⁹⁾モザイク理論によっても実質的競争が認められない場合に、1号の要件が満たされるわけである。

第2次改正による2号の導入で、立法者はこのモザイク理論を適用することを払拭しようとしたものと思われる。また、2号に挙げられているメルクマールを以って、企業の有する事業能力 (Ressourcen) について総合的評価をすることが市場支配認定の要件となるといえよう。

ところで優越的市場地位と競争との関係について、優越的市場地位が存するかどうかの判断には、市場一般に認められる競争関係はまったく問題としないとする見解がある。⁽³⁰⁾競争関係はそもそもカルテル官庁等による職権調査の対象とならない、とするのである。その理由としては2号導入の目的が挙げられている。つまりこの見解によれば、市場における競争関係とは、競争により生じる市場の状態であり、競争とは、宣伝、生産、価格設定等を手段とする経済的単位体 (= 企業) 間の業績闘争 (Leistungskampf) であるとする。そしてこのような競争は2号の場合、調査の対象とならないとされる。なぜなら、かかる競争の不存在を立証することが極めて困難だからである。さらには、市場支配は競争の欠如によってのみならず、他の経済的要因によっても生じることが経験則として知られていることを指摘する。⁽³¹⁾

連邦カルテル庁の考え方はこの見解に近いが、ベルリン高等裁判所はこの立場を採らず、連邦通常裁判所も、1号と2号の関係についてみたように、この見解を受け入れなかった。⁽³²⁾

2号の法文は優越的市場地位を競争者との視点でのみ、すなわち水平的関係においてのみ定義している。しかし場合によっては、総合的考察という観点から垂直的な競争関係をもあわせて考慮に入れるべきである。このことはとくに、需要者との垂直的関係における濫用行為、例えば抱き合わせ契約、搾取的濫用行為、⁽³³⁾ 条件的濫用行為等々のような行為の検証が問題となるときに当てはまる。

2号に期待される機能は、企業結合の規制基準としての機能である。本号は、水平的合併のみならず、垂直的およびコングロマリットのな合併をもとらえることを可能にした点において、深い意義を有している。⁽³⁴⁾

したがって、優越的市場地位という概念は合併、反競争的行為、独占的価格設定等幅広い適用範囲を有している。

企業が競争者に対して優越的な市場地位を有するかどうかの問題は、市場の画定および実質的競争の問題と同様、法の目的を実現するための規範的価値判断⁽³⁵⁾ (eine normative Wertentscheidung) を要する問題である。

(注)

- (1) Emmerich, *Kartellrecht*, 4. Auflage, 1982, S.166; Fikentscher, *Wirtschaftsrecht* Bd. II, 1983, S.333.
- (2) Weimar/Schimikowski, *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, 1983, Rdnr.207; *WuW/E* BGH1435, 1439 (Vitamin—B—12). 政府草案理由書も優越的市場地位を、「企業が競争手段を用いる際の企業の行動余地」と定義している (Begründung zu dem Regierungsentwurf, BT—Drucks., VI/2520, S.21.).
- (3) Begründung, a.a.O.
- (4) *WuW/E* BGH1435, 1439 (Vitamin—B—12).
- (5) *WuW/E* BGH1445, 1449 (Valium I). ヴィタミンB12事件でも同旨の判断が下されていたが、第1次ヴァリウム事件でより明確にされた。
- (6) Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, Rdnr.516.
- (7) フィケンチャーはこの結論を肯定するが、法目的の異なることを理由に、結合規制の場合と濫用規制の場合とで法律効果を区別する。すなわち、GWB 24条1項の結合規制については、ただ22条1項2号の他の要件が付与されている限り、実質的競争が存する場合にも「優越的市場地位」が想定されるとする。次にGWB 22条4項および5項による濫用規制については、「実質的競争が行

われている場合に市場支配」を想定することは、「市場支配」を肯定はするが、濫用は決して想定され得ないことを意味する。なぜなら、いわゆる「市場支配者」は競争適合的に (wettbewerbsgemäß), すなわち「実質的競争」にさらされながらふるまうからである。市場支配者は、少なくとも競争の中におかれているが如くふるまうからである。市場支配の確定は単に概念的なものにとどまり、法律効果を有さないものとなるのではないかとする。フィケンチャーは結論として、GWB 22条 4 項および 5 項における濫用規制については、「優越的市場地位」は少なくとも実質的競争の欠如を要件とすることを、想定すべきであるとする (Fikentscher, a.a.O.S.334f.)。

- (8) Wiedmann, *Der Begriff des „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen*, 1982, S.53. なお前者にいう「一定程度の競争」と「実質的競争」の関連が問題となろうが、これは「実質的競争」の問題の範ちゅうに含まれるものであるから、本稿では扱わない。
- (9) Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, *Kartellgesetz* 6. Auflage, 1982, § 22 Rz.62. また法文上市場占拠率の他に挙げられているメルクマールは、企業の潜在的力 (Potential) をあらわすものである (ebenda)。
- (10) *WuW/E* BKartA1727 (RWE—Energieversorgung Leverkusen).
- (11) *WuW/E* BGH1678, 1681 (Valium II).
- (12) Emmerich, a.a.O., S.169; Möschel, a.a.O., Rdnr.520.
- (13) Langen, u.a., a.a.O., § 22 Rz, 63.
- (14) Immenga/ Mestmäcker, *GWB Kommentar*, 1981, § 22 Rdnr.64.
- (15) Begründung, a.a.O., S.23.
- (16) Immenga/ Mestmäcker, a.a.O., § 22 Rdnr.65.
- (17) Möschel, a.a.O., Rdnr.522; Langen, u.a., a.a.O., § 22 Rz.65.
- (18) Möschel, a.a.O., Rdnr.522. 価格圧搾とは、支配的地位を占める企業が価格差別を行使することによって最終製品市場の競争状態に影響を与え、市場構造に一定の影響を及ぼすような価格操作をいう。
- (19) Langen, u.a., a.a.O., § 22 Rz.66.
- (20) Möschel, a.a.O., Rdnr.523.
- (21) Begründung, a.a.O., S.23.
- (22) *WuW/E* BGH1445 (Valium I).
- (23) *WuW/E* BKartA1653 (Babcock—Artos).
- (24) *WuW/E* BGH1749 (Klößner—Becorit).
- (25) 総合的考察方法という考え方は、すでに濫用規制については用いられており、本件で企業結合規制についても用いられるようになった。
- (26) Vgl. Baur, *ZGR* 1982, 324, 329f.
- (27) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 24 Rdnr.66.
- (28) Vgl. *WuW/E* BGH1749, 1755 (Klößner—Becorit).
- (29) Lübbert, *WuW* 1977, 559, 560.
- (30) Hintze, *WuW* 1977, 18, 19.

- (31) a.a.O.
- (32) Vgl. Baur, a.a.O., 326.
- (33) Möschel, a.a.O., Rdnr. 519.
- (34) 総合規制との関係については、山部俊文「結合規制と市場支配的地位—西ドイツの場合—」『一橋論叢』第94巻第3号（昭和60年）393頁以下参照。
- (35) Cox/Jens/Markert, *Handbuch des Wettbewerbs*, 1981, S. 297, 307.
筆者の住所 国立市富士見台1-3-8 マンション梓202