

経済力濫用規制の研究（２）

—— 西ドイツにおける市場支配的事業者

および市場で有力な事業者の規制をめぐって ——

田 中 裕 明

もくじ

第 1 章 序—問題の所在—

第 2 章 市場支配力の濫用

第 1 節 総説

第 2 節 関連市場の画定

（１）商品関連市場

（２）地理的関連市場

（３）時間的関連市場

（４）需要者の側からの市場の画定（以上、24 卷 1 号）

第 3 節 市場支配の定義

第 1 款 GWB 22 条 1 項および 2 項にいう市場支配

（１）完全独占，実質的競争の欠如

（２）優越的市場地位

（３）寡占的市場支配

第 2 款 GWB 22 条 3 項における市場支配の推定

（以上、本号）

第 3 節 市場支配の定義

第 1 款 GWB 22 条 1 項および 2 項にいう市場支配

（１）完全独占，実質的競争の欠如

GWB 22 条 1 項 1 号によれば、「競争者がいない」かあるいは「実質的競争に直面していない」場合に、当該事業者は市場支配的であるとされる。同条は同時にまた、市場支配的事業者がとくに法律上の規制に服することとなる根拠を示している。事業者が実質的競争に直面していれば、競争それ自体が経済力の濫用を阻止するわけである。競争は個々の供給者、需要者の潜在的な力に対して中立である。¹⁾

法文中「競争者がいない」という完全独占の場合については、とくに問題となるところはない。けだし、完全独占の確定には通常何の疑問の余地もないからである。この場合の主たる実例としては、国家による行政上の独占、とりわけ 1928 年の電気通信施設法および 1969 年の郵便法に基づく連邦郵便の通信業務の独占がある。²⁾

従って、市場支配の認定で問題となるのは第二の場合、すなわち「実質的競争の欠如」の場合である。まず、実質的競争の問題について述べることにする。

実質的競争の存否は、市場支配的事業者の行為を規制する際の、中心的な要因である。一般に（産業組織論などで）承認されているところによれば、ある事業者が実質的な競争に直面しているかどうかという問題は、市場行動基準（Marktverhaltenstest）によって判断される。すなわち、事業者の市場行動は競争的要因によって規制されているか、あるいは当該事業者は他の事業者（競争相手）の行動、反応などを考慮することなく行動することができるか、を判断するわけである。この判断については、長期にわた

1) W. Wiedmann, Der Begriff, „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S.50.

2) V. Emmerich, KarR., S. 163. なお、電気事業に関する自然独占についての日独法比較研究として、藤原淳一郎「電気事業における独占と競争——熱電併給自家発電への日独法比較——」『公益事業研究』第 38 巻第 1 号（昭和 61 年）

る事業者の競争的な行動を評価することが必要である。³⁾しかし、実質的競争の要件を満たすために、事業者はその裁量で実際に競争的手段を用いていなければならないのか、あるいはどの程度の行使であればいいのかについては明らかではない。すなわち、単に前進後退という意味での事実上の競争の動き（Wettbewerbsbewegungen）のみが問題となるのか、あるいは既に競争的緊張関係に達していることを要するのか、ということである。⁴⁾例えば、1970年2月26日の、テニスボール（Tennisbälle）判決で、連邦通常裁判所はこの問題に取り組んだ。本件は商標品に関する再販行為（一注一第2次改正の際に廃止）を許容したうえで十分な価格競争というものが存在するか、という問題を提起した事案である。同裁判所は、並行的な（parallel）市場行動ではあるけれども、やはり「競争的緊張関係」が実質的競争基準を充足しているとして、価格競争を認めた。⁵⁾⁶⁾

もう一つの問題は、ある事業者が実質的競争に直面していないという認定は、考え得るすべての範囲の競争的行動について行うことが要求されるのか、あるいは濫用であると申し立てられている特定の行為に関して、実質的な競争が存在しないことで十分であるのかどうか、ということである。

連邦カルテル庁は1974年10月16日、価格の法外なつり上げ濫用（Preisüberhöhungsmißbrauch）に関するバリウム＝リブリウム（Valium-Librium）事件の決定で、パラメーター理論（Parametertheorie）を採用し、事業者は実質的競争の要件を満たすために、他の事業者と活発に競争することを求めた。このパラメーター理論とは、事業者のすべての競争的行動

3) Vgl. K. Markert, in: Hdb., S. 306.

4) ebenda.

5) WuW/E BGH 1089 „Tennisbälle“.

6) もっとも本件はGWB 16条にいう価格競争が問題であったことから、22条にいう実質的競争の概念よりも要件の度合いが低いとして、テニスボール判決は22条についての判断には適さないとの指摘がある。K. Markert, a. a. O., S. 323 (Anmerkung 75).

7) WuW/E BKartA 1523 „Valium-Librium“.

（パラメーター）にねらいをつけるのではなく、濫用の視点から個々の具体的場合において吟味される、競争パラメーター（例えば価格行動）にのみねらいをつけるものである。従って、連邦カルテル庁の見解によれば実質的競争の欠如を理由とする市場支配が肯定されるのは、唯一の——具体的事案における濫用行為にとり決定的な——競争手段が有効でない場合である。⁸⁾

これに対し、ベルリン高等裁判所は控訴審で、パラメーター理論を採らなかつた。その理由は、実質的競争には「買い手に感化を及ぼすために積極的にふるまったり反応を示したりする売り手の、業績にみあった動態的な努力（Kampf）」が必要であり、その際、「種々のパラメーターがケース・バイ・ケースで異なる働きをする、複雑な事象」が重要であるということであった。

しかし、同裁判所は種々の競争手段があることを指摘し、その中で価格が極めて重要であることを強調する。そして価格以外の手段による競争が実質的競争を構成するとすれば、消費者にとって、価格の引き下げに匹敵する利益が得られる場合のみである、としていることからみれば、同裁判所も、少なくとも部分的にはパラメーター理論に依拠しているとみれなくもない。¹⁰⁾

連邦通常裁判所はこの問題について明確な基準を示していない。¹¹⁾ 同裁判所はビタミン B 12 事件で、濫用であると申し立てられている支配的事業者の市場占拠率が、競争相手の行った価格引き下げによって、実質的に下

8) K. E. Schmidt, Die Bedeutung des Preiswettbewerbs im Begriff des wesentlichen Wettbewerbs im Sinne von § 22 GWB, in: Festschrift für Eberhard Günther, Baden-Baden, 1976, S. 307.

9) KG WuW/E OLG 1645 „Valium-Librium“.

10) Vgl. K. Markert, a. a. O., S. 307.

11) バリウム事件では、連邦通常裁判所は、優越的市場地位について判断し、実質的競争の欠如の問題を扱わなかつた。vgl. WuW/E BGH 1445 „Valium I“.

12) WuW/E BGH 1435 „Vitamin-B-12“.

がったことは、優越的市場地位の事実を否定するのみならず、当該事業者が実質的競争に直面していることを証明するものであると判示した。しかし、同裁判所は実質的競争についての解釈を示しておらず、ベルリン高等裁判所が価格競争について強調したところに従うのかどうかについても明らかにしなかった。

実質的競争を探るにあたり、パラメーター理論の他に、モザイク理論（Mosaiktheorie）が唱えられることがある。モザイク理論とは、個々の、それだけでは有効な競争の存在が認められない行為であっても、これらの行為を集成し全体としてみた場合には、有効な競争の存在を認めることができるとする理論である。¹³⁾ この理論は判例によって発展してきたもので、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、22条1項1号後段の要件が満たされるわけである。

モザイク理論による場合には、パラメーター理論の場合と異なり、すべての競争的行動を考慮に入れ、全体的な判断を要することとなる。従って実務上種々の煩わしさを伴うのも事実である。先に述べたように、連邦カルテル庁がパラメーター理論を採用したのも、モザイク理論に伴う煩わしさを回避するためであったとみることもできよう。

パラメーター理論もモザイク理論も、市場行動基準に従って実質的競争の判断を行っている点では共通している。しかし1973年の第2次改正で22条1項に2号が導入されてからは、市場構造基準（Marktstrukturkriterium）を手掛かりとした市場支配の認定が主になってきている。市場構造基準の中では、市場占拠率が中心的な役割を果たしている。市場占拠率を市場支配の認定の目安とすることは、第2次改正以前から実務の方では行われていた。このような実務状況と実質的競争の欠如の認定が困難で

13) H. D. Lübbert, Der Begriff der überragenden Marktstellung in § 22 Abs. 1 Nr. 2 GWB unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungspraxis, WuW 1977, 559, 560.

あったことを背景として、第２次改正の準備が進められ、22条1項2号にいう優越的市場地位と3項にいう市場支配の推定が導入された。

（２） 優越的市場地位

優越的市場地位（überragende Marktstellung）の概念は、¹⁴⁾ 前述のような困難を排し、カルテル官庁にとっての市場支配の認定を緩和し、効果的な法の運用を図るべく導入されたものである。¹⁵⁾ 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。

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、事業者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、当該事業者は優越的市場地位にあるとされる。さらには、事業者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に、例えば宣伝活動や販売条件によって、あるいは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、当該事業者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。¹⁶⁾ 第２次改正政府草案理由書においても、優越的市場地位を「事業者が競争手段を用いる際の事業者の行動の余地」と定義している。¹⁷⁾

14) 「優越的市場地位」の概念については、既に別稿で論じたことがあるので、ここでは簡単に同概念の概要を述べることにする。拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における優越的市場地位」『一橋研究』第11巻第1号（昭和61年）137頁以下参照。

15) V. Emmerich, KarR., S. 166 ; W. Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd. II, München, 1983, S. 333.

16) Weimar / Schmikowski, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, München, 1983, Rdnr. 207 ; WuW / E BGH 1435, 1439 „Vitamin-B-12“.

17) Begründung zu dem Regierungsentwurf von 18. 8. 1971, BT-Drucks., VI / 2520, S. 21.

このように、GWB 22 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したわけであるが、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。同資料は単に、「市場支配の要件に新たに加えるものである¹⁸⁾」ということとどまっていた。

この問題について、連邦通常裁判所はまずビタミン B 12 事件で、「その意義に照らし、1 号と 2 号は互いに択一的な関係（alternativ nebeneinander¹⁹⁾）にある」とした。さらに第一次バリウム事件で、「当該事業者が競争的行動を行う際に、優越的な行動の余地を有する限り、市場で実質的な競争に直面しているとしても、なお当該事業者は優越的市場地位を占めていると認定できる²⁰⁾」と判示した。

判例上、両者の関係についてはこのように解釈されており、実務面においては 1 号にいう要件に代えて、2 号にいう優越的市場地位概念を全面に押し出す傾向にある。²¹⁾

この優越的市場地位について考慮すべきメルクマールとして、法文上次のものが掲げられている。すなわち、当該事業者の「市場占拠率」、「資金力（Finanzkraft）」、「調達市場または販売市場への近接性（Zugang）」、「他の事業者との連係（Verflechtung）」、および「他の事業者が市場へ参入する際の事実上のまたは法律上の障壁」である。²²⁾

これらのメルクマールは相互に補完しあうものであり、それぞれすべてにわたって当該事業者が、その競争相手に対して傑出している必要はない。例えば「市場占拠率」についてみれば、ライン・ウエストファリア電力会

18) ebenda.

19) WuW/E BGH 1435, 1439 „Vitamin-B-12“.

20) WuW/E BGH 1445, 1449 „Valium I“.

21) W. Möschel, RdW., Rdnr. 516. なお、拙稿前掲 138 頁、143 頁注（７）を参照されたい。

22) 個々のメルクマールの検討については、拙稿前掲 139 頁以下を参照されたい。

社は電力供給市場での市場占拠率が 25 パーセントであったが、同社が競争者と比較して卓越した資金力を有していたことと、褐炭の調達市場への近接性の点で極めて有利な地位にあったことから、同社は市場支配的であると認定された。²³⁾

優越的市場地位による市場支配の認定をめぐる判例の傾向としては、「市場占拠率」に重きを置くやり方が主流であったが、²⁴⁾ クレックナー＝ベコリット（Klöckner-Becorit）²⁵⁾ 事件にみられるように関連するすべての市場条件を考慮するいわゆる総合的考察方法（Gesamtbetrachtungsweise）が採られるようになった。

なお、優越的市場地位について考慮すべきメルクマールに関してはさらに、²⁶⁾ GWB 第 5 次改正政府草案において次の二点が加えられている。すなわち、「その供給または需要を他の商品または役務に切り替えることができること（die Fähigkeit, ……umzustellen）」および「市場の相手方が他の事業者に移行することができること（die Möglichkeit……auszuweichen）」の二つである。

このような二つのメルクマールを加えることによって優越的市場地位の概念が拡張されたのは、同草案理由書によれば、購買力に対して相応の対処を図る必要が高まってきたからである。そしてこの購買力の問題に関連して、製造者の側からみて取引の相手方である事業者の規模が大きくなれ

23) WuW/E BKartA 1727 „RWE-Energieversorgung Leverkusen“.

24) 例えば、WuW/E BGH 1445 „Valium I“；WuW/E BKartA 1653 „Babcock-Artos“.

25) WuW/E BGH 1749 „Klöckner-Becorit“.

26) Regierungsentwurf eines Fünften Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1. 2. 1989). WuW 1989, 209 ff. また、この第 5 次改正草案についてのコメントとして、vgl. V. Emmerich, Die fünften GWB-Novelle, AG 1989, 261 ff. V. エンメリッヒによれば、同改正案は 1989 年中に可決成立し、1990 年 1 月 1 日より施行される見通しである。いずれにせよ本稿執筆時点においては、以下の記述は改正案に基づくものである。

ば（つまり需要の担い手である事業者の地位が強力になれば）、それに伴い製造者の側からの相手方選択の余地が狭くなることが挙げられている。こうして当該事業者の地位が強力になることで、競争相手に対して需要の担い手である事業者の優越的市場地位が高まることが指摘されている。²⁷⁾

このように製造者に対する買い手優位の状況に鑑みて導入された、この二つのメルクマールは垂直的な力関係を捕捉する基準として位置づけることができる。²⁸⁾

GWB 第 5 次改正政府草案での「優越的市場地位概念の拡張」は、とくに「結合規制」の強化を意図したものであった。従前より優越的市場地位という概念は、結合規制のための有力な手段として用いられていた。すなわち、法文上は競争相手という視点からのみ、つまり水平的関係においてのみ優越的市場地位をとらえているけれども、前述したように、総合的考察方法を行うことで垂直的な競争関係についても適用することは可能であり、またそのようにされてきた。例えば、水平的な合併にとどまらず、垂直的な合併あるいはコングロマリットの合併に対する規制を行ってきたのである。今回の改正では前述のように、購買力に優れた事業者に対する規制を踏まえた結合規制の強化が意図されている。もちろん、「優越的市場地位概念の拡張」は「結合規制」の強化だけではなく、「事業者の市場支配的地位濫用」に対する規制にも重要な役割を担っている。

（３）寡占的市場支配

27) 殊に、二番目のメルクマールの「市場の相手方の他の事業者への移行可能性」については、その時その時の市場に多数の事業者が存在しながら、十分かつ期待し得る（つまり、他に代わり得る）販売のまたは購入の相手方（Absatz-oder Bezugsalternative）を有していない場合には、係る移行可能性は存在しないものとされている。（Regierungsentwurf, WuW 1989, 209, 217）。

28) V. エンメリッヒは、この二つのメルクマールを「垂直的メルクマール」と呼んでいる。vgl. V. Emmerich, a. a. O., S. 262.

GWB は複数の事業者による共同の市場支配についても規定している。²⁹⁾ すなわち、22 条 2 項によれば、「二以上の事業者もまた、特定の種類の商品又は役務に関し、一般的にもしくは特定の市場において、事実上の理由からその事業者間に実質的な競争が存在せず、かつこれらの事業者全体として 1 項の要件を満たす場合には、市場支配的」であるとされる。この 2 項により規律される共同の市場支配は、講学上、寡占的市場支配と称される。条文から明らかなように、二つの要件が満たされなければならない。すなわち、寡占事業者間の内部関係（Innenverhältnis）において、実質的な競争が存在しないことと、寡占構成員ではない他の事業者に対する外部関係（Außenverhältnis）において、22 条 1 項にいう市場支配的地位を有することの二つである。そして後者については、おのおの寡占構成員が市場支配的事業者として取り扱われるという効果をもって、当該寡占グループ³⁰⁾は市場支配的地位を有しているとされるわけである。

法文上内部関係について、「事実上の理由から」となっていることにつき、W. フィケンチャーは、競争制限を「措置による（durch Maßnahme）」ものと、「状態による（durch Zustand）」ものとに分ける体系か

29) 寡占的市場支配について、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』第 12 巻第 4 号（昭和 63 年）37 頁以下もあわせて参照されたい。

30) R. Knöpfle, Die Problematik der Zusammenschlußkontrolle nach dem GWB, Heidelberg, 1986, S. 136. R. クネップフレはこのような規律の仕方について次のようにコメントする。すなわち、「市場の相手方には当該事業者とその競争相手とのいずれかを選択する可能性があることから、事業者の淘汰（Entmachtung）が生じる。このような選択の可能性が事業者の淘汰を十分にするならば、市場支配的地位は存在しない。このような結果は 22 条 3 項適用の際、競争相手を二つの領域に、つまり寡占構成員とその他の競争者に分割することで『巧妙に操作されている（ausgetrickst）』。（すなわち）事業者の前者の領域（内部）においても後者の領域（外部）においても、実質的な競争が前提とされない場合には、市場支配的地位が存在するというのである。しかし、これを前提とすれば、事業者の双方いずれの領域にも競争が活発に行われており、GWB 22 条 1 項 1 号の適用が問題にならないということも考えられるわけである。」（ebenda）

³¹⁾ ら、GWB という寡占は「状態による競争制限」であるととらえる。そして、寡占において競争が存在しない理由が事実上の理由ではなく、法律上のものであるとすれば、この競争制限は「措置による」ものであり、通常 GWB 1 条以下にいうカルテルにあたる。寡占自らのうちに (in sich) 競争的戦略が採られず、本質的に緊迫した状態になく均衡が保たれている場合に、すなわち価格が均一であり、提供される商品や役務 (Waren oder Leistungen) の質の程度が互いに非常に接近しており、(顧客へのアフター) サービス (Service) も善かれ悪しかれ概ね等しい等々の場合に、事実上競争は欠如しているととらえる。³²⁾ そして緊迫した状態にない平行行為 (Parallelverhalten) の程度の低い場合がいわゆるプライスリーダーシップである。

GWB における寡占について注意すべきことは、濫用規制および結合規制の際問題となるのは「高度寡占 (enges Oligopol)」である、ということである。すなわちすべての寡占的市場が対象となるのではなく、市場支配的な高度寡占のみが濫用監視の対象となるのである。GWB 草案審議の際、経済政策委員会はすべての寡占市場を対象とすることを意図していたようである。³³⁾ しかし寡占的市場関係というのが、市場における事業者間の反応関係 (Reaktionsverbundenheit) と共に存在するとすれば、それは競争の存在を示すことになる。けだし、競争者相互が影響を受けていない場合には、通常競争者はお互いが競争関係にあることを否定するからである。³⁴⁾ それゆえ、競争者間の反応関係が極めて緊密になっており、そのため他者がどのように対応しどのように行動するかの方の予測が可能な高度寡占においてのみ、実質的競争を欠き、場合によっては、市場支配が存するので

31) W. フィケンチャーの、この体系の鳥瞰図については vgl. W. Fikentscher, a. a. O., S. 236 f.

32) A. a. O., S. 337.

33) A. Wallraff, Enges Oligopol und Mißbrauch, WuW 1974, 211.

34) ebenda.

ある。従って、GWB 22 条 2 項はすべての寡占をいうのではなく、もっぱら高度寡占であって、ゆるやかな寡占（weites Oligopol）³⁵⁾ではない。

22 条の構造上の問題として、まず、2 項は 1 項とどのような関係に立つかということが挙げられる。ベルリン高等裁判所に代表される有力な見解によれば、1 項の要件事実と 2 項のそれとは互いに排斥しあうものとされる。その理由は、一つの市場には市場支配的な単独の事業者が存在する場合と市場支配的な寡占事業者が存在する場合のいずれかしか考えられず、³⁶⁾独占と寡占の併存は理論上あり得ないということである。これに対して連邦カルテル庁は、独占と寡占の併存を認める立場を採った。³⁷⁾一般にこの寡占要件事実の保護目的は、局外者である第三者を寡占による団体効果のもたらし避けたい作用から保護する点に求められる。けだし、独占的市場支配と寡占的市場支配との明確な境界づけはなされないからである。従って例えば、市場先導的事業者（Marktführer）が 60 パーセントの市場占拠率を有し、それに次ぐ事業者がそれぞれ 30 パーセント、10 パーセントの市場占拠率を有する全事業者の事実上の平行行為により特徴づけられる市場の状況を、市場先導的事業者は優越的な行動の余地を有するとして、22 条 1 項 2 号の場合と評価することも、あるいは、相互に実質的競争を欠くことからもしくは平行行為を理由として、22 条 2 項により二社または三社による寡占の場合と評価することもできる。³⁸⁾このようにみるならば、連邦カルテル庁の立場が正当であると思われる。E. J. メストメッカーも、⁴⁰⁾基礎となる経済的事実関係に即して判断しなければならない、としている。

次いで、前述の内部関係と外部関係をどのように整理するかの問題があ

35) ebenda.

36) Vgl. KG WuW / E OLG 2234, 2235 „Blei- und Silberhütte Braubach“.

37) WuW / E BKartA 1727, 1730 „RWE-Energieversorgung Leverkusen“.

38) IM, § 24 Rdnr. 78.

39) ebenda.

40) IM, § 24 Rdnr. 56.

る。内部関係については、22条1項1号の基準に従って判断すべきであり、2号の基準に従ってではない。けだし、22条2項は2号の構造的基準については言及しておらず、むしろ実質的競争の欠如の証明を要求しているからである。⁴¹⁾ 論者の中には、高度寡占の場合、価格競争は行われていないのが、ほとんど通例となっていることから、残っているその他の競争を判断すべきであると主張する者もいる。価格競争以外の付随的給付競争には、品質競争、条件競争、サービス競争などがある。しかし、他方このような残余競争というのは常に確認することができるものであり、従って、このような考察方法では市場支配的寡占を認定することはほとんどできなくなり、さらには、このような方法は、市場支配的単独事業者のごとく現れる寡占団体を、濫用規制のもとに置こうとする法の目標にも合致しない、とする見解もある。⁴²⁾ 連邦通常裁判所は、市場の状況に鑑みて、利用することが客観的に不可能であるか、あるいは経済的に目的にそわないような競争要因をも含めて、市場を総合的に考察する立場を採った。⁴³⁾ すなわち総合的考察を通じて、GWBの目的に照らし二次的なものとして位置づけられる競争要因を総括すること（Summierung）も、実質的競争の確定を可能にするものであるととらえたのである。そしてこのように考えれば、価格競争が欠けていても、競争の実質的機能が充足されており、仮に事業者の価格を自由に決定することのできる余地に限りがあるとしても、この範囲において、実質的競争というものは存在し得るのである。⁴⁴⁾ 以上のように同

41) Rinck/Schwark, Wirtschaftsrecht, Köln, 1986, Rz. 443; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied, 1982, § 22 Rz. 69.

42) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O.

43) Rinck/Schwark, a. a. O.

44) Vgl. E. Schwark, Macht und Ohnmacht des Kartellrechts-Bemerkungen zur Mißbrauchsaufsicht über den Preis, BB 1980, 1350, 1352.

45) WuW/E BGH 1824, 1827 „Blei-und Silberhütte Braubach“.

裁判所は判断した。しかし、連邦通常裁判所は具体的な事案においては、価格競争や品質競争が欠けていても、安易に内部競争の存在を認めている。従って、22 条 2 項に関する濫用監視の適用例というのは極めて少ない。⁴⁶⁾

外部関係についてみると、GWB はまず、22 条 1 項 2 号で記されていると同様に、少なくとも市場で有力な地位を要求している。それゆえ、当該市場における全体的関係からみて、寡占団体の地位が他のすべての事業者に対しはるかに優っているかどうかを吟味すればそれで十分である、と解される。⁴⁸⁾ その際とくに、他の事業者になお当該市場への参入の可能性があるかどうか、ねらいとされるであろう。過大なコストなしには、市場参入はもはや不可能であるようなら、当該市場は閉鎖されており、寡占団体は市場支配的であるとみなされる。⁴⁹⁾

西ドイツにおける寡占的市場支配として具体的に争われた業種は、デパート、電力供給会社、石油会社、自動車メーカーそして需要者としての法定健康保険組合（gesetzliche Krankenkasse）などが挙げられる。⁵⁰⁾

第 2 款 GWB 22 条 3 項における市場支配の推定

濫用監視および結合規制にさらなる適用の余地を開くため、1973 年の第 2 次改正で GWB 22 条 3 項に「市場支配の推定」規定が導入された。¹⁾ 同 3 項によれば、単独の事業者で市場支配的であるとされるのは、当事業者が少なくとも 3 分の 1 の市場占拠率を有している場合である。同じく複数の事業者については、三以下の事業者の市場占拠率の合計が 50 パーセ

46) A. a. O., 1828.

47) Rinck/Schwark, a. a. O., Rz. 444.

48) E. Schwark, a. a. O., S. 1353.

49) V. Emmerich, KarR., S. 173.

50) ebenda.

1) 推定規定に関する邦文文献として、山部俊文「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』第 95 巻第 2 号 145 頁以下を参照されたい。

ント以上である場合、および五以下の事業者の市場占拠率の合計が３分の２以上である場合である。前者が独占推定（Monopolvermutung）であり、後者が寡占推定（Oligopolvermutung）である。以上のことから明らかにように、この推定は市場占拠率に依拠している。他方、この推定は量的基準をもって中小企業を除外し（22条3項但書）、GWBを大企業に対する監視立法へと進展させていく傾向を強めている。²⁾

カルテル官庁の介入を容易にしようという立法努力の中で、立法者は市民法上発達してきた制度、すなわち推定規定を採用したが、立法者はいかなる意味でこの制度が利用されることを意図していたのかは、明らかにされていない。³⁾従って、推定の法的機能をめぐっては見解が分かれている。

まず、連邦議会法務委員会は推定の法的意義について次のような見解を示している。⁴⁾すなわち、GWB 22条による濫用規制手続については、正式の行政手続が問題となることから、この推定には民事訴訟における証拠提出の原則は妥当しないとし、とりたてて職権主義から結論されるカルテル官庁の調査義務については言及していない。

法務委員会の見解によれば、この推定は、推定要件の存在する場合にはカルテル官庁は「市場支配」の審査にはいらなければならない、という意味での「着手要件（Aufgreifstatbestände）」の性格を有する。そしてこの審査を行う際、カルテル官庁は、自らの調査によって知った、あるいは当該事業者の提出により明らかにされた市場支配の存否に関する重要な事実を考慮しなければならない。さらに法務委員会は、推定規定に他の解釈をもち込むことは、法政策上問題があるにとらえた。

2) F. Rittner, Einführung in das Wettbewerbs-und Kartellrecht, Heidelberg, 1985, S. 329.

3) ebenda. なお西ドイツ民事訴訟法（ZPO）292条は次のように規定する。「法律がある事実の存在につき推定をなすときは、法律が別段の定めをなさざる限り、反対の証明をなすことを許す（以下略）。」

4) Stellungnahme des Rechtausschusses deutschen Bundestages vom 25. 5. 1973, BT-Drucks. 7 / 765, S. 14.

次に連邦議会経済委員会⁵⁾の見解をみると、同委員会が強調しているところは、この推定規定については、市民法上の意味での推定が問題となるのではないという点である。そしてむしろこの推定は、「その性質によると、カルテル官庁が……手続の開始を動機づけられる『着手要件』」であるとしている。その理由は、推定規定に挙げられている市場占拠率を充足する場合⁶⁾には、高い蓋然性をもって (mit hoher Wahrscheinlichkeit)、市場支配の存在を肯定することができるという前提に立っているからである。推定要件を充足する事実が存在する場合には、カルテル官庁は職権主義に基づいて、事業者より提出された実証的反論、すなわち当該事業者は推定を根拠づける市場占拠率を有するにもかかわらず、実質的競争に直面しており、自己の競争者との関係で優越的な市場地位を享受できるものではない、という反論を調査しなければならない。かかる反証理由を確認できない場合には、GWBの意味における市場支配が存在すると前提することができる、とする。

このような解釈は、法務委員会の、「推定規定に他の解釈をもち込むことは、法政策上問題がある」とした見解に対応するものである。

両委員会の見解を通して、この推定規定の正確な射程距離 (die genaue Tragweite) は、依然明らかではない。立法手続からみて、この推定は反証が可能であること、そして市民法上の意味における挙証責任の転換を生じさせるものではないことについては意見の一致をみていた。しかし、カルテル行政法 (Kartellverwaltungsrecht) に通用する職権調査主義との調和および「ノン・リケット (non liquet)」の場合、すなわち事実の解明にあたり明確な結論に至らなかった場合における、推定の意義については一致をみておらず、結局未解決のまま立法資料にはあいまいな表現で記するにとどまっている、といえよう⁶⁾。

5) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. 6. 1973, BT-Drucks. 7 / 765, S. 6.

6) K. Markert, in: Hdb., S. 308.

以上のような状況を受けて、学説も錯綜している。特に議論されているところは、推定に依拠するまでに、カルテル官庁の事実関係の調査にはどのような要件を置くべきか、ということである。以下、市場支配の推定による職権調査義務の緩和をめぐる学説の状況を概観する。⁷⁾

(1) カルテル官庁の調査義務緩和を図る見解

① 推定の基礎に限るとする見解

V. エンメリッヒの見解は、連邦カルテル庁およびベルリン高等裁判所の調査義務は推定の基礎 (Vermutungsbasis) に限定されるとする。この推定の基礎が確認されたら、当該事業者は、市場支配の推測 (Annahme) を覆す事実を示しこれを立証しなければならない。反対の証明が失敗しあるいはまったく行われなるとき、市場支配が前提とされることとなる。

推定の反証は市場の構造的特異性を通じてのみ可能である。けだし、推定は市場構造メルクマールのみを拠り所とするからである。他方、現在のあるいは将来の事業者の行動、とりわけ競争に関する問題は二義的なものとなろう。このような解釈につき、V. エンメリッヒは、連邦カルテル庁の負担軽減を図る、立法者の意図を根拠としている。⁸⁾

② 連邦カルテル庁の調査義務緩和を図るが、推定の基礎に限定されないとする見解

この立場は、基本的には経済委員会の立場である。

この見解によれば、連邦カルテル庁は推定の基礎について調査する義務を負う。この推定の基礎が確定され、市場支配を否定する視点を連邦カルテル庁が見出せない場合、さらなる調査のために事業者に協力義務 (Mitwirkungspflicht) が及ぶのである。当該事業者の知ることのできる市

7) 以下は、Th. Braun, Die Marktbeherrschungsvermutungen und die Amtsuntersuchungspflicht des Bundeskartellamtes, München, 1986, S. 90 ff. に従って整理した。

8) Th. Braun, a. a. O., S. 91.

場での出来事、市場構造に関する情報に基づき、「実証的に（substantiiert）」市場支配を否定する理由を示すことは、当該事業者の責務（Sache）である。連邦カルテル庁は、さらなる調査を行う際、このような点を追究しなければならず、かつこれで足りるとする。⁹⁾

この見解によれば、事業者の責務というのは、事実が当該事業者の領域（Sphäre）に帰する限りにおいて、説明と証拠提出（Beweisantritt）の義務を負うことである。¹⁰⁾

連邦カルテル庁の側からすれば、全市場が事業者の領域に該当することになるが、この点につき、R. ショルツはその領域を「経済的・経営的（wirtschaftlich-betrieblich）」側面のみに理解し、従って、事業者内部に限定してとらえようとしている。¹¹⁾

（２）職権調査義務の緩和を否定する見解

① 立法者の意図は十分でないとする見解

この立場は、立法者は別段、推定でもって緩和を図ろうとはしていなかったのではないかと、とする。従って、立法過程に鑑みて、立法者の意図を明確にすることが必要である、と説く。このこと自体は正当であり、必要であろう。けだし、問題なのは「実定法規定により職権調査主義に従っている手続の中に、体系を破って弁論主義を採り入れている」ことだからである。

この見解に対し、Th. ブラウンは次のように批判する。すなわち、この見解は、解釈者には体系に反すると思われるような規範でも、他のすべての法律と同様、同じ実効性をもたらすための要件（Wirksamkeitsvoraussetzungen）を有しているということを見誤っている。経済法にお

9) ebenda.

10) Th. ブラウンは、事業者の責任の範囲を限定しようとする、このような「領域論（Sphäretheorie）」という努力を望ましいものと評する。Th. Braun, a. a. O., S. 92.

11) ebenda.

ける法改正の目標は、通常、規範を原理や体系で飾ることではなく、具体的な適用上の問題を満足のいく解決に導くことである。解釈の場としての単に形式的な体系の純粋性を理由に、カルテル法の効率性を高めようとする立法者の意図を無に帰せしめてはならない、とする。¹²⁾

② 職権調査義務の緩和は憲法違反であるとする見解

a. 基本法（GG）103 条 2 項を論拠とする立場

基本法 103 条 2 項によれば、行為が処罰対象とされるのは、その行為がなされる前に、その可罰性が法律で定められている場合のみである。基本法 103 条 2 項は、GWB がカルテル法規範および官庁による命令の実施のために定めた秩序違反〔規範〕（ここでは GWB 38 条 1 項 2、4、8 号）ともみなされるのである。¹³⁾

そこでこれを受けて、推定を頼りにして構成要件該当行為が想定されるような者を処罰することは許されない、と主張される。すなわち、過失推定の禁止である。これに対し学説上唱えられている見解は、経済刑法（Wirtschaftsstrafgesetz）23 条に対する連邦憲法裁判所の判例原則を前提としている。特定の企業内義務違反の場合（bei bestimmten innerbetrieblichen Pflichtverstößen）、この規定は企業主あるいは企業指揮者が必要な注意義務を怠ったことを推定させるが、連邦憲法裁判所は、この法律を合憲とみなした。けだし、秩序違反法の領域では、訴追する行政官庁にとっての立証緩和は一般に許されないものではないからである。

連邦憲法裁判所の見解によれば、当事者は、自らがその営業において具体的に必要とされること（Erforderliche）を惹き起こしたことを、行政官庁よりも容易に証明することができる、という推定は認められるということであった。¹⁴⁾

12) Th. Braun, a. a. O., S. 93.

13) Th. Braun, a. a. O., S. 94.

14) Th. Braun, a. a. O., S. 95.

さらに以上の点につき、「自己に刑事責任を生ぜしむるがごとき陳述を強制せらるることなし」という刑法の原則を根拠とする反論は、前提要件の適切さを欠く、と Th. ブラウンは評する。けだし、濫用および結合規制手続に関連がある、秩序違反要件事実が GWB 38 条 1 項 2, 4, 8 号により、例外なく、然るべき連邦カルテル庁の命令を前提とするからであり、この秩序違反要件事実の基礎となっている非難は、市場支配的地位の濫用や結合ではなく、取り消し得ない行政行為を故意に軽視することだからである。¹⁵⁾

b. 法治国家原則 (Rechtsstaatsgebot) を論拠とする立場

自ら行政行為について執行力ある権原 (Titel) として判断を下す連邦カルテル庁が、要件事実の中に包含され、確認された事実関係に基づいて決定するのではなく、もっぱら推定を拠り所とするならば、このようなことは許されない。むしろ連邦カルテル庁はその調査権限、とりわけ説明請求権 (Auskunftsrecht) を包括的に利用すべきである。推定を当事者の不利益に帰せしめることは一般的には不可能であるか、カルテル法上の職権調査義務を「空洞化 (aushöhlen)」すべきではないからである。一般に推定を働かせてもよいとされるのは、連邦カルテル庁が包括的な調査に基づき、可能な限りの手段を尽くしても、市場支配を否定も肯定もできない場合である、とする。¹⁶⁾

この見解に対して Th. ブラウンは、この方向で論証が続けられるのは、ノン・リケット・ルールの可能性が一般に否定される場合であるにとらえ、連邦カルテル庁は市場支配を明確に肯定あるいは否定できるまで、調査しなければならないのではないか、とする。¹⁷⁾

（３）結果として、職権調査義務を軽減するという見解

15) Th. Braun, a. a. O., S. 96.

16) ebenda.

17) Th. Braun, a. a. O., S. 97.

① 要件事実を具体化するものとしての推定ととらえる立場

実体法の要件事実メルクマールを具体化するものとして推定をとらえる見解はいずれも、調査すべき事実を限定する。そうすることで、推定で言及されないメルクマールや事情は重要でなくなる、とみるのである。¹⁸⁾

この見解は、とりわけ、第４次改正の立法手続で明らかにされた。

かかる立場に対して Th. ブラウンは、カルテル法の効率のためには推定要件をこのように解することが有効であるが、しかし、推定規定が荒削りであり、判で押したように単調であることに鑑みて、かかる解釈は期待通りにはいかないだろうとする。とりわけ、推定は実体法の解釈にどの程度影響を及ぼすかという説得力ある基準を欠いているからである。¹⁹⁾

② 一応の証明としての推定とみる立場

推定を証拠の判断規定（Beweiswürdigungsregel）、とりわけ一応の証明（prima-facie-Beweis）と解する場合、それはより手続法的に方向づけられた論証（Argumentation）であることがわかる。結局、証拠の判断規定は職権調査義務を緩和することになる。けだし、連邦カルテル庁はその結論が心証形成に十分でない限りにおいてのみ、調査義務を負うにとどまるからである。調査結果が推定に照らされて吟味される場合は、職権による調査の度合いが低くても十分とされる。このような見解の出発点は既に立法資料の中にみることができる。すなわち同資料は、推定に高度の蓋然性を与えあるいは、推定を「典型的な競争への危険状態（typische wettbewerbliche Gefährdungslagen）」とみなしている。

この見解を推し進めたのが、連邦通常裁判所のクレックナー＝ベコリット（Klöckner-Becorit）判決である。同判決は推定に相当する経験則を承認し、これを適用する可能性を明示的に開いたものである。²⁰⁾

18) Th. Braun, a. a. O., S. 99.

19) ebenda.

20) Th. Braun, a. a. O., S. 100.

この点についての Th. ブラウンのコメントは次の通りである。すなわち、クレックナー＝ベコリット判決との関連から明らかになることは、推定はそれ自体によって経験則を意味するのではなく、裁判所によって初めて経験則とみなされるということである。しかし、このことは自由心証主義という一般原則によってのみ生じ得るものである。従って、推定に相当する経験があるとすれば、この関連では、このような推定は不要であろう。そしてこの推定が経験と相容れないか、あるいは当該問題領域については前例がないときには、推定を経験則とみなすことはできない、としている。²¹⁾

以上、学説の状況を簡単に概観し、Th. ブラウンのコメントを付してきた。22条3項の推定の法的性質について一応の判断を下したのが、前述のクレックナー＝ベコリット判決である。²²⁾ 同判決によれば、この推定はカルテル官庁にとり、裁判所に妥当する職権調査主義を排斥するものではなく、この規定はすべての手続を終え、裁判所の自由な心証形成の際、認識し得るすべての手段を尽くした後もなお、事業者の市場支配的地位を肯定も否定もできない場合に初めて、客観的証明責任の転換という意味での強制的効力を発揮するものである。このようにいずれの心証をも得られない場合には、事業者の側の不利益に、すなわち市場支配的であると判断されるのである。²³⁾

連邦通常裁判所のクレックナー＝ベコリット判決以来、推定をめぐる議論は際立って落ち着いた感を示しており、この推定は、ノン・リケットの場合の規律であるという点では、今や広く一致をみているといつてよからう。²⁴⁾

（平成2年1月8日受理）

21) Th. Braun, a. a. O., S. 101.

22) WuW / E BGH 1749 „Klöckner-Becorit“.

23) Vgl. BGH, a. a. O., 1754.

24) Th. Braun, a. a. O., S. 90.