

経済力濫用規制の研究（3）

——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 巻 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, 24 巻 3 号)

第4節 GWB 22 条 4 項による濫用の類型

第1款 序説

第2款 妨害的濫用

第3款 搾取的濫用

第5節 カルテル官庁の濫用差止命令 (以上, 本号)

* 本稿（2）で既に述べたように、1990年1月1日GWB第5次改正法が施行された。本稿関連部分についても大きな改正箇所があり、順次触れていくことにする。なお第5次改正法正文については、WuW 1990, Heft 4 に掲載されている。

第4節 GWB 22条4項による濫用の類型

第1款 序 説

濫用監視の任務は、競争による規制を受けていない行動の余地を、第三者の犠牲において、利用することを阻止することである。¹⁾ カルテル官庁は市場支配的事業者に対し濫用行為を差止めることができ、契約の無効を宣言することができる（GWB 22条5項1文）。²⁾

今日、見解として広く一致をみていることは、22条4項の意味での濫用概念はドイツ民法典（BGB）138条、826条、不正競争禁止法（UWG）1条の意味での良俗違反と同一視してはならないこと、および独占濫用に関するライヒ裁判所（Reichsgericht）の古い判例を適用することはできないことである。それはまた、BGB 242条の意味での信義則違反と解釈すべ

1) Monopolkommission, Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle, Sondergutachten 1, 1975, S. 18.

2) GWB 22条においては、ヨーロッパ経済共同体設立条約 86条とは異なり、濫用は直接禁止されるのではなく、もっぱら濫用手続を執るか否かはカルテル官庁の裁量にかかっており、必要な場合に認定された濫用を差止めし、それに応じて契約の無効を宣言するにとどまる。C. W. Neumann, Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preismißbrauchsaufsicht, Neuwied u. a. 1983, S. 267.

3) BGB 138条「善良の風俗に違反する法律行為は無効とする。特に、他人の強制状態、無経験、判断力の欠如または著しく意志の薄弱なることに乗じてある給付に対し自己または第三者に、著しくその給付と権衡を失する財産的利益を約束または供与させる法律行為は無効とする。」

同 826条「善良の風俗に反する方法で故意に他人に損害を与えた者は、その他人に損害賠償の義務を負う。」

UWG 1条「業務上の取引において、競争の目的で善良の風俗に反する行為をする者に対しては、差止めおよび損害賠償を請求することができる。」

なお、フランクフルター・コンメンタールはBGB 138条を拠り所としている（C. W. Neumann, a. a. O.）。

4) BGB 242条「債務者は、取引の慣習を考慮し信義誠実の要求に従って、給付する義務を負う。」

きではない。むしろ濫用概念は道徳的判断に従ってではなく、経済政策上の秩序規範を根本とし、GWB 22 条の保護目的から純粹に客觀的に展開されるべきである。⁵⁾

濫用規定をめぐる変遷については既に述べた。⁶⁾ここでは現行規定を中心に述べることにするが、必要な範囲で旧規定下での議論—とくに判例—についても触れることにする。1980 年の第 4 次改正で濫用概念の具体化が行われたが、まずそのねらいとするところについて述べる。

この改正では、22 条 4 項 2 文に導入された濫用に関する三つの例示要件でもって、「市場支配的地位の濫用」という一般条項の利点と、濫用監視の中心領域 (Schwerpunktbereiche) に関して具体的な基準を設けることの利点とを結びつけようという試みがなされたわけである。しかし政府草案は、最も重要な濫用のケースについては 22 条の中で詳細に記述することを見合わせた。それは、詳細に書き示すことで、かえって解釈の余地、適用の余地を実際上制約するといった危険が考えられたからである。立法者は、濫用概念を具体化することに伴う考え得る長所と短所とを衡量して、

5) Müller-Gießler-Scholz, Wirtschaftskommmentar, Frankfurt am Mein, 1981, § 22 Rdnr. 69 c.

GWB における濫用概念は明確ではない。J. F. バウアは、市場支配的地位の濫用を大きく法形式の濫用 (Rechtsformenmißbrauch) と力の濫用 (Machtmißbrauch) とに分類する。J. F. Baur, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht, Tübingen, 1972, S. 104 ff.

これに対し W. メッセルは、J. F. バウアの説く法形式の濫用と力の濫用との相違はもっぱら、解釈の次元の相違について述べているにすぎない、と批判する。W. Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen, 1974, S. 149.

K. バラーシュテットは、J. F. バウア、W. メッセルの濫用概念をめぐる議論を通じて、次のように濫用を定義する。すなわち、「事業者の市場行動に関して、法律に具体化された判断によれば許されないような方法で、GWB それ自体に記された市場における優越的地位を利用する事業者の行為」である。K. Ballerstedt, Zur Systematik des Mißbrauchsbegriffs im GWB, in: Festschrift für Wolfgang Hefermehl, München, 1976, S. 37, 46.

6) 本稿 (1)、第 2 章第 1 節、本誌第 24 巻第 1 号 123 頁以下参照。

議会における審議の最終段階で 22 条 4 項を補うことを決定した。その際によりもまず重要であったことは、法律によって規律することが目的に
適っているように思われる妨害的濫用および価格の濫用についての問題を、
法の適用実務における新たな展開が示してきたことであつた。⁷⁾

三つの濫用要件は、それぞれ妨害的濫用（1 号）および搾取的濫用（価格および取引条件に関する濫用）（2, 3 号）の場合を挙げている。この例示要件の性格について立法資料は次のように述べている。

「ここでの新規定の文言は、これらの形態の濫用に関する判例の中で確立されてきた諸原則に、大いに依拠している。市場支配的事業者の行動様式（Verhaltensweisen）が 2 文の要件に該当しないということから、当該行為は一般的な濫用概念の意味で濫用ではない、と結論することは⁸⁾できない。」

また、この三つの要件は、1 号ないし 3 号でとらえられる濫用の形態については、優先的に適用すべき判断基準を定めたものである、ということ⁹⁾は明らかである。

次款以下、妨害的濫用および搾取的濫用それぞれについて考察していくことにする。

第 2 款 妨害的濫用

22 条 4 項 2 文 1 号における「妨害的濫用」の要件は、市場支配的地位の濫用から生じ得る、競争的市場構造への新たな侵害に、予防的に、対処することを意図している。妨害的濫用の判断基準は、まず「量的」基準と

7) K. Stahl, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen-Versorgungswirtschaft-Exportkartelle, WuW 1980, 451, 454-455.

8) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. 2. 1980, BT-Drucks. 8/3690, S. 24 f.

9) K. Stahl, a. a. O., S. 455.

して、（市場における競争に著しい影響を及ぼす方法で）他の事業者の競争の可能性を侵害する程度が、次に「質的」基準として、実質的に正当な理由がないことが、それぞれ挙げられており、いずれも判例理論の蓄積によるものであるといえる。「量的」基準については、既に生じている競争的市場構造の悪化をさらに歪めること、すなわち例えば、残余競争者（Restwettbewerbern）をさらに排除することにねらいをつけているのではない。むしろ、１号は「危険の要件（Gefährdungstatbestand）」¹⁾という意味で、弱小競争者に対する競争阻害の効果に關しての経験からみて、知覚可能な競争条件の悪化という具体的な危険をもたらす行動様式に対して、構造的侵害の生じる前の段階で（im Vorfeld）介入するものである。ただ注意すべきこととしては、市場支配的事業者の特定の行動様式のもたらす構造的効果を一般に考慮することは、技術的、経済的業績に基づく競争にとり、市場支配的事業者を締め出す柵（Sperre）となるとともに、市場力それ自体を処罰の対象としてしまうことである。濫用監視はかかることを目的とはしておらず、このような行き過ぎを実質的に正当な理由という「質的」なメルクマールで阻止している。²⁾

前述のように、判例理論が一搾取的濫用も含めて一妨害的濫用の構成に大きく影響していた。そこで判例理論の中でも、とくに影響力のあった一同時に批判も強かった一ベルリン高等裁判所のアプローチについて検討することにする。

ベルリン高等裁判所の妨害的濫用に対する考えを決定的にした事案は、1977年1月26日の抱き合わせ料金（Kombinationstarif）³⁾判決である。まず事件の概要をみることにする。ドイツで指導的な新聞発行会社であるア

1) K. Stahl, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen-Versorgungswirtschaft-Exportkartelle, WuW 1980, 451, 455.

2) ebenda.

3) KG WuW/E OLG 1767 „Kombinationstarif“.

クセル・シュプリングァー社（Axel Springer Verlag AG）は、自社の地方紙ベルリナー・モルゲンポスト（Belriner Morgenpost）と全国紙ディ・ヴェルト・アム・ゾンターク（Die Welt am Sonntag）のベルリン版の広告主に広告料金の抱き合わせを申し出た。シュプリングァー社の複数の新聞に同じ広告を掲載することに同意した広告主は、別個に広告を掲載していたよりも低い掲載料金となった。つまり、この抱き合わせ料金制度によれば、それぞれの新聞に同時にではなく、別々に広告を掲載する場合には一行 4 マルク 70 ペニヒであったのに対し、ベルリナー・モルゲンポストとディ・ヴェルトに同時に広告を掲載する場合には一行 4 マルク 40 ペニヒであった。

ベルリン州カルテル庁は、かかる制度は小規模の、シュプリングァー社とは無関係の新聞デア・ターゲスシュピーゲル（Der Tagesspiegel）に不利益をもたらすとして、この制度を差止める予備命令を出した。しかし、控訴審でベルリン高等裁判所は、シュプリングァー社の料金制度は法律に違反しないとして、ベルリン州カルテル庁の命令を取消した。同裁判所の下した判断は次の通りである。シュプリングァー社はベルリンの新聞広告市場で優越的な市場地位を有している。市場支配的地位を有しない他の事業者が同じ制度を利用しているという事実によって濫用の認定が否定されるものでもない。妨害的濫用については、市場に及ぼす影響に従って判断しなければならない。それゆえ、市場支配的事業者は現実には活動している競争者および潜在的な競争者に対して特別の配慮を要するとした。

そして同裁判所は、市場支配的事業者の市場行動によって競争相手に課される制限のすべてが濫用であるとは限らない、と述べた。反競争的な行為が濫用とされるのは、かかる行為により、「市場における競争が、圧倒されるか、あるいは著しく侵害されるに至っている」場合であり、かつ問題の行為が業績競争原則に反している場合である。シュプリングァー社の行為が抵触するのは後者の条件のみであって、当該行為は市場支配的地位の

濫用には該当しないとした。

近時の事例を挙げると、例えば、1980年11月12日の調理済み飼料（Fertigfutter）⁴⁾判決では、缶詰ペットフードの市場で優越的な市場地位を有するエッフエム（Effem）社は、年間の顧客購入総額に基づくボーナス制度（年間購入高による累進リベート制度）を実施した。優れた資金力と卓越した経済規模を背景にした同社のボーナス制度は、他社（競争相手）のボーナス制度よりも魅力的であった。ベルリン高等裁判所は、当ボーナス制度は顧客を一社に集中させる効果があり、それにより同制度は顧客が他の売り手と取引することを阻止し、競争相手の市場への参入と市場での競争の機会が妨げられるとした。また、その結果当該行為は市場構造をさらに悪化させることとなると判示した。

このように本件でも、ベルリン高等裁判所は、抱き合わせ料金判決の考え方を踏襲している。

ベルリン高等裁判所の妨害的濫用に対するアプローチを整理すると、市場支配的事業者の行為が業績競争原則に反し（非業績競争）、その結果市場構造をさらに悪化させること（残余競争の侵害）に重点を置いている。

では次に、ベルリン高等裁判所のアプローチについて検討する。

まず「非業績競争」についてみると、市場支配的事業者の行った措置であっても、それが競争法上許されるものであり、業績競争に適ったものである場合には、たとえその措置のために当該市場において他の事業者の競争の可能性を著しく阻害することとなっても、これをもって濫用監視の対象とすることはできない。カルテル官庁が22条に従って規制に乗り出せるのは、不正競争禁止法の規制に違反し、競争法上許され得ず、あるいは不正競争に至る「前段階（Vorfeld）」⁵⁾で作用する非業績競争に帰するような市場支配的事業者の妨害行為のみである。このようにベルリン高等裁判

4) KG WuW/E OLG 2403 „Fertigfutter“.

5) J.F.Baur, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, FIW-Schriftenreihe Heft 98, 131, 142.

所は妨害的濫用をとらえている。「業績競争」は、もともと不正競争禁止法上の概念であるが、GWBには1973年の第2次改正で、28条2項に「業績に適った競争 (leistungsgerechter Wettbewerb)」という文言が付され、GWBにおける実定法上の根拠となるに至った。1980年の第4次改正においても、立法理由書に「業績競争の確保 (Sicherung des Leistungswettbewerbs)」⁶⁾が謳われており、概念としては定着していると思われる。

しかし、「業績競争」という概念が、目的を異にする二つの法律にまたがっていることから、その内容が漠然としたものになってしまうとの批判もある。例えば、V. エンメリッヒは、このような全体概念 (ganze Konzeption) はアプローチとして誤っており、立法者の意思に反するのみならず、実践的でもないとする。その理由は、業績競争と非業績競争とを区別する機械的な基準がないからである。そしてむしろ両者は内容を任意に定めることのできる白地概念 (Leerform) 以外の何ものでもない、としている。⁷⁾

このような批判に対し、GWB第4次改正作業で主導的役割を担っていたP. ウルマーは次のように反論する。⁸⁾ すなわち、競争の業績という観点に遡ってこれを再びとりあげることは決して、市場支配的事業者の許容される競争行為と濫用的な競争行為とを境界づけするための、完全に独立した概念的枠組み (Raster) をいつでも自由に利用できるようにするものではない、ということでは先の批判は正当である。仮に、不正競争禁止法1条の運用を、決して無批判にカルテル法に、新たに、受け入れるのではな

6) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. 2. 1980, BT-Drucks. 8/3690, S. 28.

7) V. Emmerich, Kar R., S. 180; ähnlich W. Möschel, RdW., Rdnr. 542; ders., Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen, 1978, S. 95 ff.

8) P. Ulmer, Kartellrechtswidrige Konkurrentenbehinderung durch leistungsfremdes Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, in: Festgabe für Max Kummer, Bern, 1980, S. 565, 575.

いことを考慮するとしても、なお多くの点で具体化の作業が残されているからである。P. ウルマーが未解決の問題として挙げるのは、購買力という特殊な問題の他に、第三者の市場への参入を困難にする特定の宣伝、販売戦略、またダンピングのような困難な問題そして市場支配者が自己の地位を確保するため競争に対抗する可能性の問題である。⁹⁾そして非業績概念を支持する者は、事案の類型化を通じて概念をさらに具体化することの必要性を強調こそするが、22条4項の枠での法の適用が日常茶飯事化するような呪文（Zauberformel）を見つけ出すことを主張するものではない、¹⁰⁾としている。

P. ウルマーは続けて、前述のGWB 28条2項を実定法上の根拠として挙げ、白地概念とする指摘に反論し、第2次改正以来、業績競争・非業績競争という対になった概念がGWBの規範的意味での基準点（Bezugspunkt）を形成している、と主張する。¹¹⁾

以上のように業績競争という概念をめぐるのは、これを支持するかしないかの争いがある。¹²⁾しかしベルリン高等裁判所は依然、業績競争概念を前面に押し出しており、近時GWBと不正競争禁止法を統一的に把握しようとする動きもみられる。¹³⁾

次に、「残余競争の侵害」について検討する。ベルリン高等裁判所は、市場支配的事業者の採る措置を市場における「残余競争」への影響という

9) ebenda.

10) P. Ulmer, a. a. O., S. 576.

11) P. Ulmer, a. a. O., S. 577.

12) E. Hoppmann, Behinderungsmißbrauch und Nichtleistungswettbewerb, WuW 1980, 811.

13) GWBと不正競争禁止法の関連を簡潔に述べたものとして、金子晃他「新・不公正な取引方法—新一般指定の研究」（昭和58年）63頁以下（舟田正之執筆）、また、業績競争に関する理論史的研究として、岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争（Leistungswettbewerb）』理論（1）（2）」法学志林第83巻第1号、第4号（昭和60年、61年）をそれぞれ参照されたい。

視点で吟味し、その結果、当該市場における競争が抑圧されるかあるいは著しく侵害を受けるに至っており、しかもそれが一時的ではなく、並々ならぬほどの危険に瀕していることを要する、としている。そしてこの時にカルテル官庁は濫用的行為であるとして、差止めを命ずることができる¹⁴⁾のとらえるのである。

しかしこのような運用に従った場合、濫用の差止めは、實際上、市場が既に支配されるに至って初めて適用可能とされるのであって、従って競争保護の手段と解されている濫用監視は、結局のところ、常に後手にまわることになり、その効果も十分なものではなくなってしまう。1980年第4次改正法経済委員会の審議でも、ベルリン高等裁判所のアプローチを批判している。すなわち、競争市場において危険でなく、とりわけ、GWB 28条2項の意味での業績に適った行動様式でも、その行為により競争的市場構造がさらに悪化するという危険が形成される限りは、それだけで濫用的であるということが出来る。けだし、重要なことは、競争的市場構造にとってその種の危険が惹き起こされるようなすべての行動様式に対して、先に予防的に対処することだからである。¹⁵⁾

また、被支配市場における残余競争の制限というアプローチは、第三市場における妨害の場合を適切にとらえることができない。けだしそこでは妨害が行われているとしても、通例、そこ以外のところではなお十分な残余競争が行われていると考えられるからである。¹⁶⁾

妨害的濫用の規制にみられるジレンマは、実質的基準がないこと、手続の執行が困難なことに存する。つまり、市場の条件により生じそしてそれと共に競争に内在する妨害と、競争における市場支配的事業者による妨害¹⁷⁾とを区別することが容易でないという点である。

14) J. F. Baur, a. a. O., S. 142; W. Möschel, RdW., Rdnr. 541.

15) V. Emmerich, KarR., S. 180.

16) K. Markert, in: Hdb., S. 310.

17) ebenda.

以上のような問題点を克服するため、第４次改正では、GWB 26 条 2 項における「不当な妨害」の運用を引き合いに出し、法文に「実質的な正当理由」というメルクマールを掲げている。ここでは個々の具体的事案における当事者間の利益衡量が行われるわけである。¹⁸⁾ その際、26 条 2 項の場合と同様、競争の自由という GWB の目標を考慮に入れた利益衡量が行われる。¹⁹⁾ このような方法を採ることで幅の広い、柔軟な解釈が図られることになる。

次に、その他の法文上のメルクマールについて、簡単に、検討する。

まず、妨害的濫用の「妨害」を「他の事業者の競争の可能性の侵害」と表現している。「競争の可能性」というものは、市場支配者の濫用的活動のみならず、有効な競争的活動によっても影響を受けるものである。従って「侵害」とは、他の事業者の競争の可能性にとり不利な作用を及ぼすものとしての文脈で、理解すべきである。²⁰⁾

W. メッセルは「業績競争」という概念を採用しない立場から、このメルクマールについて、反競争的あるいは競争にとり異質な（wettbewerbswidrig oder wettbewerbsfremd）方向でのネガティブな評価要素はない、としている。²¹⁾

次に、市場に関する要素として「市場における競争への著しい影響」が掲げられている。これは構造的視点を具現するものである。従って、このメルクマールは、ある行為の市場の競争機能に及ぼす影響という問題を市場全体の視点からとらえようとするものであり、それは同時に、妨害的濫用という構成要件が個々の事業者の保護を通じて、さらには市場そのものの保護を意図していることを示すものである、といえる。²²⁾

18) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a. a. O., S. 25.

19) Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied u. a., 1982, § 22 Rz. 127.

20) W. Möschel, RdW., Rdnr. 547.

21) ebenda.

22) W. Möschel, Rdnr., 548.

最後に、市場支配的地位と濫用との因果関係の問題について。

この問題は規定の上からは明らかにはされない。W. ヴィートマンによれば、濫用を競争状態にある事業者には可能でない行動様式にとらえた場合、搾取的濫用の基準としては妥当するが、妨害的濫用には適切ではない。不当廉売のような行為その他の妨害的行為は、市場支配的でない事業者であっても実施可能だからである。市場構造および競争者にとっての危険性というのは、当該行為が市場支配者によって惹起され、それが及ぼす影響がさらに広がる場合に初めて生じるわけである。従って、妨害的濫用の場合には、単に市場支配と妨害的效果との間に関連性があり、当該行為が競争にとり好ましくないものであるということが、市場支配的事業者の活動により明らかにされればそれで十分である、としている。²³⁾ W. メッセルはこのような関連性を「規範的因果関係（normative Kausalität）」と呼んでいる。²⁴⁾

第3款 搾取的濫用

価格および条件に関する濫用（22条4項2文2号、3号）は、いわゆる「擬制的競争原理（Als-Ob-Wettbewerbsprinzip）」に基づいている。とりわけ2号では明示的に、「とくに、有効な競争の行われている比較しうる市場での事業者の行動様式」を考慮することを要する、としている。ここでは比較市場という考え方（Vergleichsmarktprinzip）が用いられている。

本稿では以下、2号と3号を一括して搾取的濫用（Ausbeutungs-mißbrauch）と称する。搾取的濫用の場合においては、市場の相手方（Marktpartner oder Marktgegenseite）を保護するために、市場成果

23) W. Wiedmann, Der Begriff „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S. 73.

24) W. Möschel, RdW., Rdnr. 550.

(Marktergebnisse) が考察の出発点とされる¹⁾。この市場成果を手掛かりとする考察方法は、あらゆる行動パラメーターに、すなわち、品質、役務およびその他の取引約款にまで広げられる。実際例としては濫用的価格の規制が中心となっている²⁾。

市場支配的事業者の要求する価格、あるいは需要者優位の場合に申し出された価格（付け値）が超過的であるか、そしてそのため濫用的であるとしてこれを差止めることができるかどうかの基準は、前述の、擬制的競争概念である。この基準の内容は、市場において現に存在する、おそらくは悪化している状態に、競争が行われていれば存在するであろう仮定の競争状態³⁾を対照させることである。

一般に濫用的価格の規制という場合、濫用的高価格の場合を指すが、逆に濫用的低価格の場合もあり、これは市場支配的需要者により、有効な需要競争が行われていれば存在するであろう水準より低い価格が押し付けられている場合である。この場合、売り手の側の搾取ということになる。これに対して、市場支配的供給者による低価格は、抑圧的効果を伴うものであることから、妨害的濫用の問題となる⁴⁾。

このような原則は、改正前から一般に認められており、今日、明示的に規定に取り込まれている。

1) W. Wiedmann, Der Begriff „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S. 63; V. Emmerich, KarR., S. 184.

2) 搾取的濫用に関して争われた事例として、近時次のものがある。vgl. WuW/E BGH 1965 „gemeinsamer Anzeigenteil“; WuW/E OLG 3091 „Favorit“; WuW/E BGH 2103 „Favorit“; WuW/E OLG 2838 „Saarberg-Fernwärme“; WuW/E OLG 3650 „Glockenheide“; WuW/E BGH 2309 „Glockenheide“; WuW/E LKartB 267 „Eishockey-Meisterschaft“; WuW/E BGH 2406 „Inter Mailand-Spiel“.

3) W. Wiedmann, a. a. O., S. 63 f.

4) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwig u. a., 1982, § 22 Rz. 97. 実際の運用としては、不当廉売につき、GWBの旧37a条3項（第5次改正法では26条4項）が機能している。

競争価格の確定には、十分確かな方法で行うことを要するが、實際上最も大きな意義を有しているのが、前述の、比較市場という方法である。

これら擬制的競争概念および比較市場概念はいずれも、価格濫用監視のために形成された学説、判例の所産でもある。

ここで重複する点もあるが、判例により形成された、市場支配的事業者の価格に対する濫用監視の理論の概要を記す。⁵⁾

- （１） カルテル官庁による濫用監視は、市場支配的事業者の価格にも及び得る。けだし、市場支配的地位の濫用は価格の形成においても根拠づけられ得るからである。従って市場支配的事業者の濫用監視は、価格の監視でもある。
- （２） 市場支配的事業者の価格が濫用的であるとされるのは、その価格が、機能的な競争が行われていれば形成されるであろう価格を大幅に上まわっている場合であり、その限りで市場支配的事業者の偏った価格の形成は、経済的に正当化されない。それで裁判所は原則として、要求された価格が擬制的競争価格と一致しない点に濫用を認めるという、学説上有力な見解に従った。もっとも裁判所は二重の柵を設けた。すなわち、得られた価格は擬制的競争価格を著しく超過するものでなければならず、かつまた経済的にも正当化できないものであることを要するのである。
- （３） 擬制的競争価格の吟味のために認められる方法は、比較市場の考えである。つまり、一般に比較可能な市場において競争的に形成されてきた価格を調査するのである。確かに、比較市場と支配市場との間には常に相違が存するが、もとよりそれは価格の比較を排斥するものではない。かかる構造的相違は、相当分の割増しや割引きを

5) J. F. Baur, Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, FIW-Schriftenreihe Heft 98, 131, 136 ff.

通じて配慮されることとなる。もちろんかかる比較基準にも限界はある。すなわちそれは、双方の市場構造の相違が著しく、増減に基づいて計算された擬制的価格がもはや実質的な基礎とはされず、単なる仮定の（fiktiv）価格にすぎない場合である。

- （４） このような前提、留保をつけたうえで、価格の濫用が認定可能となると、カルテル官庁は市場支配者に濫用的な価格形成を禁止することができる。命令処分の方法、すなわち一定の価格を高権が決定する方法は、市場支配者の自由とはならない。

- （５） カルテル官庁の処分の合法性は、いわば事情変更約款（*clausula rebus sic stantibus*）の有効性と同じである。濫用処分に対する控訴（*Beschwerde*）を取扱う高等裁判所で行われる最終口頭弁論の時点でなお市場支配と濫用とを根拠づける状況が存在しなければならぬ。その状況が濫用手続の途中で変わってしまい、この時点で濫用および市場支配がもはや立証できなくなると、合法的な濫用処分発令の時点においてもその正当な根拠を失うことになる。そうなれば、その処分は破棄されなければならない。

以上が搾取的濫用に対する判例の理論である。このうち最後の点（＝（５））については第４次改正により修正が加えられている。すなわち、濫用処分が爾後の事実関係の変化のために、あるいは当事者たる事業者が価格を下げたために、その任務を果たしてしまった場合には、その際、カルテル官庁には裁判所⁶⁾による確認の決定（*Feststellungsbescheid*）を得る途が残されている。この決定の中で裁判所は、とりわけ、どの範囲でそしてどの時点まで濫用処分が理由のあるものであったかを宣言するのである（*GWB* 70 条 3 項）。

そしてこれは、確認の決定が下され、その確定力が生じると、有効な手段

6) J. F. Baur, a. a. O., S. 138.

となる。すなわち、濫用処分が下されたにもかかわらず、当該事業者が価格を直ちには引下げない場合に、第4次改正の際に新設された制裁のメカニズムを作動させることのできる手段となるのである。つまり、この裁判所の確認に基づいて、不利益を被った買い手は損害賠償請求権を行使することで、そしてカルテル官庁は徴収処分により、市場支配者から超過利益、すなわち濫用的価格形成を維持することで得た利益を取り上げることができるのである (GWB 35 条 2 項, 37 b 条⁷⁾。

以上のように、搾取的濫用に対する規制をより強力なものとするための立法努力が行われてきた。しかしこのような立法努力にもかかわらず、擬制的競争価格を導くための比較市場の選択については依然として批判が強い。すなわち、ある市場における価格から他の市場における価格を推論できるほど類似点を有する市場が二つも存在するということは、極めて稀なことであると指摘される。

では、比較市場はどのようにして求められているか。それは一般に「地理的比較市場」、「商品比較市場」そして「時間的比較市場」の三つの方法が考えられる。

この三つの方法のうち、「地理的比較市場」がアプローチとして一前述のような批判があるが——一番妥当であるとみなされ、判例も大方この方法に従っている。早くから連邦通常裁判所は、擬制的競争価格を具体化するための基準として、「場所による比較市場（地理的比較市場）」の方法を用いることができることを指摘していた⁸⁾。また独占委員会も 22 条⁹⁾についての特別報告書の中でこの考え方を支持していた。

この方法の中心的問題は、市場の比較可能性についてであるが、それはとりわけ外国市場について顕著である。

7) ebenda.

8) WuW/E BGH 667 „Rechtselfische Zementpreise“.

9) Vgl. C. W. Neumann, Allgemeine Wettbewerbstheorie und Preis-mißbrauchsaufsicht, Neuwied, u. a., 1983, S. 398 f.

例としてバリウム事件¹⁰⁾を挙げよう。

1974 年、連邦カルテル庁はホフマン・ラ・ロッシュ社に精神安定剤バリウムとリブリウムの価格をそれぞれ 60 パーセント、65 パーセント引下げるよう命じた。同社はバリウム、リブリウムそれぞれの市場で法外に高い価格を要求することで、その市場支配的地位を濫用していると同庁は判断した。その際の認定は、EC 加盟国の価格の国際比較に基づいて行われた。この調査結果から、西ドイツにおけるバリウムの価格は、フランス、イタリアよりも約 50 パーセント高く、イギリスよりも 3 倍高いことがわかった。1976 年 1 月、ベルリン高等裁判所は連邦カルテル庁の決定（価格引下げ命令）を支持した。ただ比較市場を連邦カルテル庁が主にイタリア市場としたのに対し、ベルリン高等裁判所はオランダ市場とした。同裁判所の判決は連邦通常裁判所に上告され、結果差戻された。ベルリン高等裁判所差戻し判決（1978 年）では、同社が寡占のメンバーであると認定したうえで、再び価格引下げ命令を認めた。しかし、1980 年の連邦通常裁判所最終判決は、連邦カルテル庁の決定を破棄した。まず、同社は市場支配的地位をもはや有していないこと、そして比較市場として採用されたオランダ市場は、西ドイツ市場と本質的に類似するものではないこと、さらにはバリウム、リブリウムの価格は 17 年間据え置かれており、この間の物価上昇率を勘案すれば、50 パーセント程度の値下げに相当すること、が理由とされた。

本件では比較市場の設定の困難なことから、審理の長期化に伴う市場関係の変化が及ぼす影響も、問題点として指摘しておくべきであろう。

次に、「商品比較市場」について。

これは、（通常は内国市場における）他の商品、役務の価格が引き合いに出

10) WuW/E BKartA 1526, KG WuW/E OLG 1645, WuW/E BGH 1445, KG WuW/E OLG 2053, WuW/E BGH 1678.

される。従来の実務では、この方法は補完的¹¹⁾にのみ用いられてきた。

最後に「時間的比較市場」について。

これは、同一市場で実質的競争の行われていた時点の価格が、比較のために用いられる方法である。同様の方法がアメリカ反トラスト法において、「前後理論（before and after theory）」¹²⁾として提唱されている。

この方法については、連邦カルテル庁は石油製品の値上げ事件で採用していた¹³⁾。簡単に事案を紹介する。1976年のスエズ運河危機の際、連邦カルテル庁は国際的に指導的な地位にある石油会社であるBPに対して、同社が濫用的に高い価格を課しており、スエズ危機以後輸送コストが下がった後も、石油価格を下げず高価格を維持していたことから、濫用の手続を開始した。

しかし、ベルリン高等裁判所は、連邦カルテル庁が実質的競争の欠如の立証を行っていないこと、およびコストの変動を加味した価格の算定が根拠として不十分であることを理由に、同庁の決定を破棄した。

連邦カルテル庁は、市場支配的事業者の行った価格引上げが、コストの上昇によって根拠づけられるかどうかを吟味する台座理論（Socket-theorie）—前述のように、値上げ前の価格を競争価格とみなし、これを台座として比較する方法—を援用してきたが、同高等裁判所による同理論についての評価は行われなかった。

以上のようにいずれの方法に従うにせよ、「比較市場」には対象市場との類似性、近似性を確保するためのシミュレーションが行われるわけで、多かれ少なかれ、ある程度の恣意性が加わることになる。

この点が濫用規制の一環としての価格規制の問題点である。¹⁴⁾

11) W. Möschel, RdW., Rdnr. 566.

12) 「前後理論」については、谷原修身「独占禁止法と消費者訴訟」（昭和58年）168頁以下を参照されたい。

13) Vgl. KG WuW/E OLG 1467 „BP“.

14) J. F. バウアは、価格規制の将来性はほとんどないものと結論している。J. F. Baur, a. a. O., S. 147.

第５節 カルテル官庁の濫用差止命令

GWB 22 条 5 項によりカルテル官庁は、22 条 4 項に掲げる要件のもと、市場支配的事業者に濫用行為の差止めをすることができ、それとともに契約の無効を宣言することができる。また 5 項 2 文によれば、カルテル官庁は関係者にあらかじめ当該行為の中止を求めなければならないが、場合によっては、当該行為を正式の濫用差止命令なしにカルテル官庁の指示に従わせることができる。¹⁾

カルテル官庁の行う行政手続については、GWB 51 条以下に定められている。このうち 22 条との関係で特異なのは、53 条 3 項である。すなわち、同規定によればカルテル官庁は、公開の口頭審理の後、決定を下すことができる、とされている。また、56 条 3 号によりカルテル官庁は、最終決定に至るまで仮命令を発することができるようになっている。

濫用の手続を開始するかどうかは、カルテル官庁の裁量に委ねられる。²⁾従って、カルテル官庁の命令は、形成権的性格を有するものであり、差止めの対象となる行為も、命令の執行までは有効なものである。その限りで、37 a 条 1 項、2 項の規定とは異なっている。³⁾

カルテル官庁の裁量権との関連で、被害を受けた第三者がカルテル官庁に対して、22 条 5 項による手続の開始を求めることができるかという問題がある。通説・判例はこれを認めないが、V. エンメリッヒは、この第三者が 26 条 2 項および 35 条 1 項に基づいて、妨害に対処できるような場合には、そのときに限り、カルテル官庁への申立てをすることができる、と

1) W. Möschel, RdW., Rdnr. 576.

2) 法文上、「カルテル官庁は、……することができる」となっている。

3) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied u. a., 1982, § 22 Rz. 156.

している。⁴⁾ 独占委員会は、手続開始の決定が自己の利益に大きく関わる者に、GWB 22 条による手続開始を申請する権限を付与する提案を行ってきている。⁵⁾ 22 条 5 項によれば、濫用行為の「差止め」となっていることから、カルテル官庁にはこれ以上の措置を命じることはできない。では、カルテル官庁が執ることのできる措置が差止命令となっていることと、具体的事案において実際に行われている「価格の引下げ命令」との関係をどのようにとらえるか。

価格引下げ命令は、早くから連邦通常裁判所により承認されていた。例えば、1965 年 5 月 17 日のエルベ川右岸セメント価格判決で、北ドイツ・セメント・シンジケートに対する一定水準までの価格引下げを命じる連邦カルテル庁の処分を支持し、同庁が比較の対象として選んだ有効競争を特徴とする市場において、通常要求され支払われる価格を基準として、価格引下げを行うことを認めた。

本判決では、擬制的競争価格に照らして当該価格は、濫用的に（著しく）高いと判断されたのであるが、その際、カルテル官庁の執る措置が許容された禁止であるか、あるいは許容されない命令であるかの問題は、処置の外形（価格引下げ命令）によるのではなく、その実質的内容によるのである。従って、価格の最高限度の設定を違犯（Überschreitung）の禁止と解することは差しつかえず、それゆえ、当該事業者に対して一定の水準まで価格の引下げを命じるカルテル官庁の権限は肯定される。⁷⁾

しかし、価格の引下げを実施する際の、下げ幅はどこまで許されるのか。

4) V. Emmerich, KarR., S. 191. なお、この問題に関連する最近の文献として次のものがある。赤松美登里「西ドイツにおける独禁法違反に基づく消費者訴訟の可能性（1）～（3）」『公正取引』475号、476号、478号（平成2年）。

5) Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 1, Ziff. 64; dies., Sondergutachten 7, Ziff. 209.

6) WuW/E BGH 667 „Rechtselbische Zementpreise“.

7) V. Emmerich, Fälle zum Wahlfach Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. München, 1981, S. 111 f.

経済力濫用規制の研究（３）

この決定基準は、有効な競争が行われていれば存在するであろう価格に求められている。そしてこの価格を比較市場という方法で算定している。この点は既に述べた。問題は、競争条件等がまったく同じであるか、あるいは極めて類似した市場を比較市場として求めることは可能であるか、ということである。

バリウム事件⁸⁾では、まず西ドイツ市場とイタリア市場との比較が行われ、次いでオランダ市場との比較が行われた。イタリアでは、医薬品に特許制度がなく薬価統制が行われていた。またオランダでも 1977 年 1 月 1 日以来、医薬品市場では政府が価格統制を行っており、西ドイツ市場との比較を可能とするために、種々の調整が施された。結果、現実の価格とはかけ離れた市場価格が、比較市場価格—擬制的競争価格—として、引下げの基準とされたわけである。

このような不確実な基準に従って行われるカルテル官庁の価格引下げ命令には、学説からの批判が多く、今日ではカルテル官庁の運用も控えめになっている。また、価格濫用に対する規制も「緊急避難 (Not-behelf)」と位置づけられている。¹⁰⁾

(平成 2 年 9 月 21 日受理)

8) WuW/E BKartA 1526, KG WuW/E OLG 1645, WuW/E BGH 1445, KG WuW/E OLG 2053, WuW/E BGH 1678.

9) 例えば, E. Hoppmann, Kartellamt als Preiskommissar? Wirtschaftsdienst 1974 / VIII 389.

10) W. Möschel, RdW., Rdnr. 560.