

経済力濫用規制の研究（５）（完）

—— 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項という市場支配

（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，25巻3号）

第3章 市場で有力な地位を有する事業者による差別と妨害

第１節　GWB 26 条 2 項および 3 項による差別と妨害

第 1 款　序説

第 2 款　GWB 26 条 2 項の名宛人と個々のメルクマール

（１）名宛人

（２）個々のメルクマール（以上、26 卷 2 号）

第 3 款　購買力の規制

第 4 款　GWB 26 条 2 項および 3 項違反の法的効果

第 2 節　GWB 26 条 4 項による妨害

第 1 款　序説

第 2 款　個々のメルクマール

第 4 章　各規定の相互関係と比較

第 5 章　むすび—わが国独占禁止法への展望—（以上、本号）

第 3 款　購買力の規制

既に序説で述べたように、1980 年第 4 次改正で購買力規制の一環として、26 条 3 項—市場で有力な需要者による差別誘引の禁止—が導入された。本款では 26 条 3 項を考察の対象とする。

法文上は購買力に限定するものではないが、立法過程からみて法のめざす方向が購買力にあることは議論の余地はない。¹⁾ 差別誘引禁止の名宛人に関しては、26 条 2 項と実質的な相違はない。ただ再販行為を行う事業者が除外されている。その理由は、再販行為を行う場合に法が規制のねらいとするのは、後続する取引段階に係る競争制限にあるからである。²⁾

名宛人は、自己に従属する売り手に、他の比較の対象となる需要者が得られない、実質的に正当でない特別条件（Vorzugsbedingungen）を与えるよう誘引する（veranlassen）形で、その市場地位を利用してはならない。

1) Vgl. Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 27. 9. 1978, BT-Drucks. 8/2136 (im folgenden zit. „Regierungsbegründung“), S. 24 f.

2) W. Möschel, RdW., Rdnr. 659.

政府理由書によると、「市場で有力な需要者によって強制された差別で、
外面的には売り手により生じるが、実質的には売り手に責のない差別³⁾」を
考えていたようである。２項との差異は、行為の方向の違いで、２項は、
相手方に対する不利益な差別的取扱いを規制するのに対し、３項は、自己
に有利な差別的取扱いを誘い出す行為を規制する。

法文上の禁止のメルクマールとして次のように分けることができる。

- （１） 商取引において実質的に正当な理由なく、他の事業者を通じて特別条件を受けること
- （２） その行為が市場における地位の利用による、被優遇者たる名宛人の誘引に基づくこと

このメルクマールの中で「特別条件」という概念は明確ではない。政府理由書によれば、「需要者が、自己の優勢な市場での地位に基づいて競争市場で弱い立場にある競争相手に対して、市場の条件に適合したのでもなければ、業績に適合したのでもない（weder markt-noch leistungsbedingt）有利な地位を獲得する意図で、売り手を説いて強いて、業績に合った値引やその他の報酬に付け加えさせる特別の利益⁴⁾」であるとされる。

このように「特別条件」を解するとしても、２６条２項３文の推定要件にいう「特典」との違いは明らかにされない。しかし用語上の差異はともかく、実際上は同じように解して差し支えないであろう。立法者は「特別条件」という概念をもって、差別誘引をする事業者の競争歪曲目的を、より明瞭に表現することを意図していたと思われる。⁵⁾

従って、市場で有力な需要者の行為であっても、相場の一般的な引下げや商慣習上のリベート幅を広げたりするようなことは、本規定の適用外と

3) Regierungsbegründung, S. 25.

4) ebenda.

5) W. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln, u. a., 1981, § 26 Abs. 2 und 3, Anm. 133.

⁶⁾
なる。

本規定の対象となる「特別条件」とは、従来から行われている商品棚賃料、取引開始金というようなものからさらには、広告宣伝費用助成金、記念割引（Jubiläumsrabatte）、無償でもしくはさして価値があるとは思われない報酬と引き換えに要請される、一般には行われないサービス機能（例えば、商品棚の管理（Regalpflege）、値札貼り、棚卸しの手伝い等々）も含まれることになる。⁷⁾ また、最優遇条項を認めさせることも26条3項の「特別条件」となる。⁸⁾

いずれにせよ、同じ条件のもと、他の、同種の需要者には認められない特典が、「特別条件」に含まれる。

「実質的正当理由の欠如」については、26条2項1文において判例が形成してきた基準に従うものと解される。⁹⁾ 従って同じように、GWBの目標を考慮した、当事者利益の衡量に委ねられる。ただし26条2項の場合と異なり、禁止の名宛人と他の事業者との利益調整が問題となるのではなく、市場で弱い立場にある、禁止の名宛人の競争相手を、競争の歪曲によってもたらされる不利益から保護することが重要である。従って、GWBの目標を考慮する際、かかる保護利益をも配慮すべきである。¹⁰⁾ 26条3項における特徴を挙げるならば、「実質的正当理由の欠如」というのが、市場で有力な需要者に利益を供与することとの関連で問題とされるということである。¹¹⁾

6) P. Ulmer, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37 a Abs. 3 GWB), WuW 1980, 474, 478.

7) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied, u. a., 1982, § 26 Rz. 219; P. Ulmer, a. a. O., S. 478 f.

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

9) Regierungsbegründung, a. a. O.

10) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O. § 26 Rz. 216.

11) W. Benisch, a. a. O., Anm. 134.

次に「誘引」というメルクマールについてであるが、これは未遂ではなく既遂であることを要する。26 条 1 項にいうボイコットの場合同様である。¹²⁾ 優遇される需要者の行為（＝誘引）が、特別条件の供与の原因でなければならないということは、後述する名宛人の市場における優位性（Machtstellung）の利用という別の要件からも明らかである。¹³⁾ 従って、売り手が需要者との大量取引を結ぶために、自ら進んで特別条件を与えるような場合は、通常誘引とはいえない。しかし、特別条件を受ける側があらかじめ納入者に供与を要請しており、実際に特別条件の供与がなされている場合には、因果関係が推定されるべきである。納入者が特別条件供与の要請を受け入れず、それゆえ取引の締結はまったくなされないか、あるいは要請された特別条件也未実現に終わる場合には、商品、役務購入の前提条件として特別条件の供与を要請することそれ自体は、26 条 3 項の対象とはならない。¹⁴⁾

この誘引という行為は、さらに、需要者の市場支配的地位あるいは市場で有力な地位の利用によって生じなければならない。誘引者の市場における優位性と実質的に正当でない特別条件の供与との間に必要とされる因果関係については、一方では、かかる地位がなかったならば、当該利益は得られないであろうことを要するものではない、と解する立場がある。¹⁵⁾ この立場によれば、ここでの地位の利用とは、名宛人の地位を基礎づける市場力の利用に他ならず、22 条 4 項 1 文と同様、「規範的意味での」因果関係であることを要する。他方、市場支配的なあるいは市場で有力な需要者に係る、正当でない特別条件を供与するよう納入者が誘引されることが確実

12) IM, 2. Aufl., München, 1992, § 26 Rdnr. 332; W. Benisch, a. a. O., Anm. 136.

13) IM, a. a. O.

14) ebenda.

15) IM, § 26 Rdnr. 333.

である場合には、通例このことから市場で有力であること（Marktstärke）と誘引効果との因果関係が推論され得る、と解する立場がある。¹⁶⁾ この立場に対しては前者の立場から、特別条件の供与を正当化する余地（Rechtfertigungsspielraum）を著しく狭めることを前提としているとの指摘がある。¹⁷⁾ また前者の立場からは、市場力と誘引効果との単なる「規範的」因果関係の他にさらに、実質的に正当でない特別条件の獲得が誘引者の優位性の効果として意図されていることも必要とされる。¹⁸⁾

以上 26 条 3 項の各メルクマールについて検討してきた。立法者は購買力の規制を意図していたわけであるが、理由書に挙げられている取引開始金、商品棚賃料等については本規定にのみ問題となることではなく、26 条 2 項および UWG 1 条の問題でもある。このようにみるならば、26 条 3 項の場合も、保護の対象は弱い需要の担い手である競争者に限られず、従属する売り手も含めてとらえるのが妥当であろう。W. メッセルは 26 条 3 項を周辺規定（periphere Vorschrift）と位置づけている。¹⁹⁾

第 4 款　GWB 26 条 2 項および 3 項違反の法的効果

故意に 26 条 2 項および 3 項に違反すると、38 条 1 項 8 号により秩序違反となり、過料の対象となる。そして 37 a 条 2 項による差止手続が執られ、さらには 35 条の意味での保護法規であることから、民事訴訟による損害賠償を請求することが可能となる。

秩序違反による過料手続について、この手続が執られるのは、妨害もしくは差別をする事業者あるいは誘引をする事業者ではなく、秩序違反行為を行った自然人（個人）に対してである。26 条 3 項の誘引された事業者

16) P. Ulmer, a. a. O., S. 480.

17) IM, a. a. O.

18) ebenda.

19) W. Möschel, RdW., Rdnr. 664.

には過料手続は執られない¹⁾。けだし、この事業者はいわば止むを得ずして加わった者だからである。26条2項、3項での過料手続というのは、同条では個々の事案毎に利益衡量を行うことから、極めて例外的な場合にのみ行われるにすぎない²⁾。

これに対してカルテル官庁は、37a条2項による差止手続を、行政手続のわくで行政行為を通じて、具体的な禁止行為に対して執ることができる。個々の場合におけるかかる手続の開始と実施は、カルテル官庁の義務に従った判断（*pflichtes Ermessen*）に委ねられる。この判断のわくで、カルテル官庁が37a条2項による手続を開始しない決定を下しても、当該事業者には民事による法的救済手段の途が残されている³⁾。

37a条2項による権限の付与（*Ermächtigung*）は、22条5項による差止めの権限（*Untersagungsbefugnis*）と同様、個別具体的な場合における、26条2項、3項により禁止される行為の差止めに限られる。従って、差止めに代わる何か他の特定の行為を積極的にするよう要請する命令（*Gebotsverfügungen*）を発することはできない⁴⁾。そしてこの差止命令は、行政行為に一般に認められている明確性の原則（*Bestimmtheitsgrundsatz*）に依じて、26条2項、3項により禁止される具体的な、名宛人の行為に限られる⁵⁾。

構成要件該当事実の存否に関する挙証責任は全面的にカルテル官庁の側にある。このことは、民事訴訟手続と異なり⁶⁾、差別の場合の実質的正当理由の欠如についても同様である⁷⁾。

1) IM, 2. Aufl., München, 1992, § 26 Rdnr. 340.

2) IM, § 26 Rdnr. 297.

3) IM, § 26 Rdnr. 292.

4) IM, § 26 Rdnr. 293. その理由は、効力面で禁止命令よりも著しく強力であること、法治国家原則に反することなどが挙げられる（*ebenda*）。

5) IM, § 26 Rdnr. 294.

6) 本節第2款2（2）「不当な妨害」の妨害と差別の關係参照。

7) W. Möschel, RdW., Rdnr. 666.

26 条 3 項についてはまだ事例がないが、26 条 2 項の効力にとり決定的であるのは、35 条により基礎づけられる民事法上の保護である。26 条 2 項は、不当に妨害されあるいは正当な理由なく差別される事業者のための、そして同じく 26 条 3 項も、市場で弱い需要者並びに差別を誘引される売り手のための、保護法規であることについては争いの余地がない。保護法規であることを根拠として、損害賠償請求権、不作為請求権そして場合によっては不法行為と同様、排除請求権が生じる⁸⁾。また、37 a 条 2 項による差止命令も 35 条 1 項にいう保護命令（Schutzverfügungen）であるので同様の請求権が認められる⁹⁾。

損害賠償請求の場合には過失が要件となるが、不作為請求、排除請求の場合、過失は要件とはならない¹⁰⁾。損害賠償請求の場合、実際上は、損害を正確に証明するにはある程度の困難を伴うこととなる。それは、競争法としての特異性というものはこの場合には考慮されず、もっぱら BGB 249 条以下の規定に従っているからである。この点について、被害者の損害についての証明を緩和するための立法措置が求められている¹¹⁾。

35 条との関連で、26 条 2 項において典型である供給拒絶の場合には、将来にわたる供給を含めた、供給の請求が認められている。連邦通常裁判所はかかる請求について、解釈として、BGB 249 条 1 文の原状回復義務を根拠にしているが、このアプローチには学説からの批判がある¹²⁾。例えば、かかるアプローチは、過去において存在しなければならない過失に遡ってこれを手掛かりとするのに対し、この場合（供給請求の場合）には実際に重要なことは、将来のための供給義務である。過失要件を前提とする場合、

8) W. Möschel, RdW., Rdnr. 667.

9) IM, § 26 Rdnr. 299.

10) IM, § 35 Rdnr. 100.

11) Vgl. IM, § 35 Rdnr. 81 f.

12) W. Möschel, a. a. O.; IM, § 26 Rdnr. 301.

損害賠償請求に法律の目的，すなわち第三者の競争の可能性侵害をできる限り除去することを結びつけることは，極めて不十分にしか達成できない。また，契約の締結を原状回復による損害賠償として構成することは，とりわけ新規参入者の場合，かなり不自然なものとなる。

そこで学説の中には，過失を要件としない排除請求権から契約の締結を請求することが可能であると主張する立場がある。いわゆる契約強制である。¹³⁾ W・メッセルは理論構成としては，供給の請求を将来における差別の中止（不作為）請求ととらえることが，最も説得力があるように思われるとしている。¹⁴⁾ それは，過去における不正を償うのではなく，将来における不正の実施を中止するものだからである。

過去における違反に対する損害賠償請求については，給付訴訟と並んで確認訴訟も考えられる。損害の具体的な範囲というものは，通常，見通し¹⁵⁾ がつかないことから，確認の利益は認められる。また裁判上原則として，供給義務存在確認の訴えが認められる。確認申立に根拠があるかどうかについては，控訴審における最終口頭弁論の時点が重要である。けだし，かかる確認の訴えは，現在の，最終口頭弁論の時点に存する供給義務およびこの時点までに存する供給義務の確認を求める限りにおいて，認められると解されるからである。¹⁶⁾ このことは不存在確認の場合も同様である。¹⁷⁾ 従って，将来における供給義務の確認を求めることは，将来こうなるであろうという仮定の債務関係を根拠とすることとなるため，否定的に解するのが

13) Vgl. IM, § 26 Rdnr. 300.

14) W. Möschel, a. a. O.; vgl. IM, § 26 Rdnr. 301; W. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln, u. a., 1981, § 26 Abs. 2 und 3, Anm. 144.

15) Vgl. WuW/E BGH 1567 „Nordmende“.

16) W. Benisch, a. a. O., Anm. 145.

17) Vgl. WuW/E BGH 1391, 1396 „Rossignol“.

妥当であろう。¹⁸⁾

請求を根拠づける事実が存在することについての主張・立証責任は、一般原則に従い、35条および26条2項に基づき権利を主張する側にある。¹⁹⁾妨害の場合の不当性および差別の場合の実質的正当理由の証明責任については既に述べた。²⁰⁾

最後に、差別・妨害行為の禁止はBGB 134条の意味での法律上の禁止(ein gesetzliches Verbot)となる。従って、例えば、差別的な契約制度は無効(nichtig)となる。²¹⁾選択的販売制度については、排斥される側とたるべき契約を結ぶことで差別行為を排斥することが可能なので、BGB 134条との問題は無いとされる。²²⁾

BGB 134条により法律行為が無効とされるための要件は、違反が直接当該法律行為から生じており、当該行為を中止させなければ、違反も消滅しないことである。例えば、第三者の市場参入を不当に阻止する契約規定、排他的拘束条件、抱き合わせ条件などがある。²³⁾

第2節 GWB 26条4項による妨害

第1款 序 説

前節でみてきたGWB 26条2項および3項による差別・妨害の規制は、

18) W. Benisch, a. a. O.; WuW/E BGH 1391, 1396 „Rossignol“. W. メッセルは、この場合仮定の法律関係は重要ではないとし、将来における供給請求を認める。その理由は、かかる場合確認すべき供給義務はもはや将来起こってくる出来事に左右されないのが常であるからである、としている。W. Möschel, RdW., Rdnr. 669.

19) W. Möschel, RdW., Rdnr. 670; vgl. WuW/E BGH 1620, 1621 „Revell Plastics“.

20) 本節第2款(2)参照。

21) V. Emmerich, KarR., 6. Aufl., München, 1991, S. 327.

22) W. Möschel, RdW., Rdnr. 671.

23) Vgl. IM, § 26 Rdnr. 298.

いわば「タテ」の関係での規制であったのに対し、本節で考察する GWB 26 条 4 項は、いわば「ヨコ」の関係での妨害禁止規定である。

本規定は、1980 年の GWB 第 4 次改正の際に新設された旧 37 a 条 3 項¹⁾を削除して、1989 年の GWB 第 5 次改正の際に新たに設けられたものである。その立法意図は旧 37 a 条 3 項と同様と考えられ、旧 37 a 条 3 項に関する立法資料が参考となろう。

ここではまず、両規定の条文を掲げ、その条文上の構造の変化を明らかにする。

〈旧 37 a 条 3 項〉

「カルテル官庁は、中小規模の競争者に対する優勢な市場力（überlegene Marktmacht）に基づき市場関係に実質的に影響を及ぼす状況にある事業者に対しても、当該競争者が直接または間接に不当に妨害され、かつ競争が継続して侵害されることとなる行為を差止めることができる」

〈26 条 4 項〉

「中小規模の競争者に対して優勢な市場力を有する事業者は、その市場力を、当該競争者を直接または間接に不当に妨害するために、行使してはならない（dürfen … nicht dazu ausnutzen, … zu behindern.）」

両規定を比較してわかることは、旧 37 a 条 3 項が差止手続規定であったことから、カルテル官庁を主体として、中小規模事業者（競争者）との関係で優勢な市場力を有する事業者を差止めの対象として規定していた

1) 筆者は既に別稿で GWB 旧 37 a 条 3 項について論じたことがあるが、本稿において重複する箇所があることをあらかじめ断っておく。拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における中小規模事業者の保護— 37 a 条 3 項についての考察—」『一橋論叢』97 巻 6 号（昭和 62 年）146 頁以下参照。

（カルテル官庁の介入権限についての規定）、それに対し 26 条 4 項では、この中小規模事業者（競争者）との関係で優勢な市場力を有する事業者を主体として規定している。また、規定全体として簡素化されたことが指摘できる。すなわち、これまで市場構造要件とされていた「市場関係への実質的な影響」というメルクマールおよび行為要件として付加されていた「爾後の競争に対する侵害の継続性」というメルクマールが削除されている。²⁾

以上のような、条文構造上の変化を認めることができる。

次に、「ヨコ」の関係での妨害を禁止する規定を導入するにいたった背景を考察する。その際、旧 37 a 条 3 項導入の過程について検討することが有益であろう。

旧 37 a 条 3 項に関する立法資料によれば、GWB の水平的な関係での競争者妨害を阻止する可能性を拡大し、そうすることで従来法の「保護の不備」を補うことに、本規定の意義があるとされる。本規定は、1978 年の第 4 次改正に対する政府草案にはまだ含まれていなかった。議会での審議過程の中、差別・妨害禁止の強化につき種々の提案がなされた。これらの提案が意図したところは、競争者の同じ取引段階における自己の競争相手に対する関係での優越性をとらえることであった。^{3) 4)} 例えば、バーデン＝ヴュルテンベルク州案は、大規模経営組織の行為が公正業績競争原則

2) Vgl. V. Emmerich, KarR., 6. Aufl., München, 1991, S. 322.

3) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. 2. 1980, BT-Drucks. 8 / 3690, S. 29.

4) 本規定は、「中小規模の競争者」に対する妨害を禁止するもので、立法者によれば、「大規模事業者との競争において、中小規模事業者にとっての市場での機会をより確保する」ことに主眼を置いていたことから（a. a. O., S. 28）、本規定は、中小規模競争者との関係で優勢な地位にある競争者の妨害行為から、中小規模競争者を保護することを意図していた。

5) W. Fischötter, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln, u. a., 1981, § 37 a Abs. 3 Anm. 19.

(Grundsätze eines leistungsgerechten Wettbewerbs) に違反し、同じ（あるいは異なる）取引段階の中小規模事業者を直接・間接に妨害することとなり、かつ競争条件を実質的に悪化させることとなる場合には、当該行為に対しカルテル官庁は禁止する権限を有するというものであり、これを 37 c 条とするというものであった。⁶⁾ またドイツ小売商連合の案によれば、差別・妨害行為が大規模事業者に対する中小規模事業者の競争能力を悪化させ、そうすることで競争を継続して侵害することとなる限りで、37 a 条の手続は 26 条 2 項 1 文に挙げられている事業者以外の事業者にも（すなわち、市場支配的事業者あるいは市場で有力な事業者に限定することなく）適用が可能であるというものであった。⁷⁾ つまり一般的差別禁止案であった。

P. ウルマーや F. J. ゼッカーの提案も、26 条 2 項 1 文は、妨害あるいは差別的取扱いが、当該もしくは別の商品または役務に関する市場における競争条件を実質的に侵害することとなる場合には、そこに挙げられている事業者以外の事業者にも適用があるというものであった。⁸⁾ 連邦議会経済委員会は、この提案が妨害および差別につき市場力という観点を切り離そうとしている（Abkopplung vom Marktmachtbezug）点で、同案を採用しなかった。

1979 年 11 月 24 日、連邦経済省は（旧）37 a 条 3 項に関し次のように提案した。すなわち、「カルテル官庁は、中小規模競争者に対する優勢な市場力（あるいは『優越する経済上のまたは金融上の強さ』もしくは『優勢な市場地位』）に基づき、市場関係に実質的に影響を及ぼす状態にある事業者に対しても、この競争者が不当に妨害されかつ競争を継続して侵害すること

6) Vgl. WRP 1979, 33. 同案は 1979 年 7 月 7 日連邦参議院議会で否定された。

7) H. Weyhenmeyer, Kernproblem ist die Diskriminierung, WuW 1979, 536, 538.

8) W. Fischötter, a. a. O. P. ウルマー, F. J. ゼッカーは同案を 26 条 4 項とした。

となる行為を差止めることができる」とした。さらに連邦議会法務委員会は、この提案の文言中、「優勢な市場力」を採用し、「直接または間接に」⁹⁾という文言を添えた（前記の「旧 37 a 条 3 項」参照）。

以上のような過程を経て旧 37 a 条 3 項が成立したのであるが、實際上、同規定の運用は有効性に乏しいことが判明した。それは同規定が、不確定な、部分的に重複する法概念を集積したものであったからである。¹⁰⁾第 5 次改正はこの点を考慮したものであった。

第 5 次改正では、前記のように、簡素化されたのであるが、「中小規模の競争者に対する優勢な市場力」というメルクマールと「直接または間接の不当な妨害」というメルクマールは、依然として新 26 条 4 項の鍵を担っている。また、差止手続規定から禁止規範（Verbot snorm）に変わったことで、当該中小規模事業者およびその団体（Verbände）は、その営業上の利益を促進するために、法律違反に対して民事裁判に訴える権利が付与された。¹¹⁾この点、旧 37 a 条 3 項と大きな違いを認めることができる。同条項は、GWB 35 条による私訴を可能にする、いわゆる個人保護（Individualschutz）をねらいとした保護法規（Schutzgesetz）とはされていなかったからである。¹²⁾従来より、GWB 26 条における差別・妨害禁止規定

9) ebenda.

10) Begründung des Regierungsentwurfs vom 30. Mai 1989 — BT-Drucksache 11 / 4610, WuW 1990, 332, 347.

11) A. a. O., 333 u. 347.

12) 拙稿前掲 152 頁参照。もっとも同条項の違反については、カルテル官庁による禁止命令が認められていた。そしてこの禁止命令は妨害を受ける事業者のための保護命令と解され、GWB 35 条による損害賠償請求が許されていた（vgl. W. Möschel, RdW., Rdnr. 681.）。しかし今回の改正により、保護法規の一つとしての位置付けを得たことで、法形式上、中小規模事業者のさらなる保護強化が図られたといえる。また個人保護的機能が期待できることとなったことから、そこには法のめざす（上位目標である）市場における競争の確保を図ろうとする意図を読み取ることもできよう。

は保護法規と解されており、GWB 35 条に基づく損害賠償請求が認められていた。第 5 次改正により、本条（＝ 26 条 4 項）が 26 条における差別・妨害の禁止の一環として組まれることになったことで、中小規模事業者の保護をより確かなものにする意図を読み取ることができる。

第 2 款 個々のメルクマール

本規定の名宛人は、中小規模の競争者に対して優勢な市場力を有していなければならない。

では、いかなる事業者が中小規模の競争者であるか。この問題は市場構造の如何によって判断されることから、¹⁾ 明確にすることは困難であるが、二、三の見解を以下挙げることにする。

連邦議会経済委員会は GWB 5 b 条の中小企業カルテルを手掛かりとする。5 b 条を運用する上での一応の基準としては、当該カルテル参加事業者の市場占拠率の合計が、10－15 パーセント以下であることとされている。²⁾ 5 b 条の運用基準が、26 条 4 項（旧 37 a 条 3 項）にも当てはまるかどうかは、議論の余地があるところである。経済委員会の考えをそのまま採用する立場の他、GWB 23 a 条 1 項 1 号 a を根拠に 5 パーセントの市場占拠率を基準に挙げる立場もある。³⁾ 連邦カルテル庁は 5 パーセント基準を採用した。⁴⁾

1) Vgl. v. Gamm, Kartellrecht 2. Aufl., Köln, u. a., 1990, § 5 b Rdnr. 7 u. § 5 c Rdnr. 7 ; V. Emmerich, KarR., 6. Aufl., München, 1991, S. 107 f. u. 324; Begründung des Regierungsentwurfs vom 30. Mai 1989 — BT-Drucksache 11 / 4610, WuW 1990, 332, 339.

2) Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. 6. 1973, BT-Drucks. 7 / 765, S. 3 f.

3) M. Friedrich, Die neuen Mißbrauchstatbestände in der 4. Novelle zum GWB (§ § 22 und 37 a Abs. 3), BB 1980, 1553, 1557.

4) K. Markert, Die Wettbewerberbehinderung im GWB nach vierten Kartellnovelle, ZHR-Beiheft 55, S. 51.

5) WuW/E BKartA 2029 „Coop Bremen“.

次に、画定の方法として年間売上高を基準にすることも考えられる。

M. フリードリッヒは、GWB 22 条 3 項および 24 条 8 項 2 号を拠り所として、「中規模」事業者と評価するための上限を 2 億 5 千万マルクとし、⁶⁾「小規模」事業者にとっての上限を 5 千万マルクとした。

これに対し、P. ウルマーは年間売上高 5 億マルクを上限として、「中規模」事業者を画定する。⁷⁾これは、GWB 24 条 8 項 1 号が根拠となっている。

いずれの見解にせよ、中小規模事業者の画定は市場構造に左右されるものであるから、絶対的な量的基準を設けることは問題があろう。

次いで、相対的に優勢な市場力について。

ここで相対的に優勢であるとは、名宛人となる事業者と中小規模競争者との「力の格差（das bilaterale Machtgefälle）」である。従って、22 条にいうように市場支配的である必要はない。この点で、カルテル官庁が介入する際の着手基準が引き下げられているわけである。

また、22 条 1 項 2 号にいう「優越の市場地位」との違いは、22 条 1 項 2 号の場合、当該事業者が全競争者との関係で優越した市場地位を有していなければならないのに対し、26 条 4 項（旧 37 a 条 3 項）の場合、中小規模競争者と評価される事業者との関係で優勢であればそれで足りるわけである。⁸⁾つまり、一定の競争者群に限定されるわけである。相対的に優勢であるとの認定も中小規模事業者の画定と同様、市場構造に左右されるものであるから、22 条 1 項 2 号の場合と同じように当該事業者の市場占拠率、売上高、事業能力（Ressourcen）を考慮しなければならない。すなわち、総

6) M. Friedrich, a. a. O.

7) P. Ulmer, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37a Abs. 3 GWB), WuW 1980, 474, 488.

8) Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. 2. 1980, BT-Drucks. 8/3690, S. 29; E. J. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen, 1984, S. 234.

合的考察方法が求められるわけである。⁹⁾

26条4項においても、「不当な妨害」が規制の対象とされているが、これは26条2項、22条4項2文1号と同旨の文言である。従って、これら二つの規定にみる「不当な妨害」の解釈、判例が手掛かりとなる。26条2項にいう「不当な妨害」については、「他の事業者の、競争上の活動の可能性を侵害すること」と解するのが一般的であることから、26条4項においても同じように、「競争上の活動の可能性侵害」と解される。¹⁰⁾

また、妨害というメルクマールは行為者の主観—妨害意図—を問題とするのではなく、客観的にみて当該行為が競争者にネガティブな効果を及ぼすかどうか¹¹⁾が鍵となる。

何が「不当」な妨害であるかについては、26条2項および22条4項2文1号と同様、競争の自由をめざすGWBの目標を考慮に入れた、妨害者と被妨害者のそれぞれの利益についての比較衡量に委ねられることとなる。¹²⁾

以上、検討してきたメルクマールからみて、26条4項の規制対象となる名宛人としては、中小規模事業者に対し優勢な市場力を有し、競争関係にあることを要することから、具体的には、大規模な小売り事業者すなわち、デパート、スーパーマーケット、そしてチェーンストアなどがこれに該当する。旧37a条3項の審判決例は大量販売店の販売行為の当否をめぐっての事案であった。¹³⁾そして、規制の対象となる行為としては、旧37a条3項に関する立法資料の中で、組織的、意図的な中小規模競争者に対

9) OLG München WuW/E OLG 2738 „Wertkauf“.

10) IM, 2. Aufl., München, 1992, § 26 Rdnr. 370.

11) Vgl. P. Ulmer, a. a. O., S. 490; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied, u. a., 1982, § 26 Rz. 158.

12) IM, § 26 Rdnr. 372; K. Markert, a. a. O., S. 53; P. Ulmer, a. a. O. なお, vgl. WuW/E BGH 1829 „Original—VW—Ersatzteile II“.

13) 例えば, WuW/E BKartA 2029 „Coop Bremen“; LKartB Bayern WuW/E LKartB 223 „Kaufmarkt“.

する略奪的価格行為、リベート、抱き合わせ販売が例として挙げられてい¹⁴⁾
た。また具体的事案としては、「仕入原価割れ販売」が問題となった。¹⁵⁾

第４章 各規定の相互関係と比較

前章まで個々の規定の検討を中心に、事業者の経済力濫用規制の在り方を概観してきた。本章では、各規定はGWBの体系上どのような相互関係に立つのかを比較検討し、あわせてGWB 22条と35条との関係についても述べることにする。

殊に妨害的濫用についてであるが、1980年の第4次改正でGWBに22条4項2文1号が、1989年の第5次改正で26条4項（第4次改正の際の旧37a条3項）が導入されたことで、この法律には現在、26条2項前段とあわせて三つの一般的な、すなわちあらゆる経済領域に妥当する、競争における他の事業者の妨害禁止規定が含まれている。これらの規定に共通する点は、特殊な市場力に関するもの（ein besonderer Marktmachtbezug）であるということである。つまりこれは、係る規定が有力な事業者の市場行動に関する、GWBの特殊な規制の体系の一部であることを示すものである。¹⁾

しかしながら、個々の規定を適用するために必要な力の優位性（Machtstellung）という具体的な要件は様々である。すなわち、22条4項2文1号は市場支配的事業者のみ適用があり、26条2項はその他に適用除

14) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, a. a. O., S. 30.

15) この「仕入原価割れ販売」の不当妨害性に関する研究として、vgl. H. Westen, Unbillige Behinderung von Wettbewerbern durch Verkäufe unter Einstandspreis, Berlin, 1987.

1) Vgl. K. Markert, Die Wettbewerberbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle, ZHR-Beiheft 55, 1982, S. 9.

外カルテル、再販行為を行う事業者、そして同規定２文の意味での市場で有力な事業者にも適用がある。それに対して、２６条４項の適用があるのは、中小規模の競争者に対して（水平的意味での）相対的な市場力を有する事業者²⁾に対してのみである。

また、その他の構成要件事実についても相違が認められる。法文をみると、２６条２項と４項は「不当な妨害」を対象とするのに対し、２２条４項２文１号は、「実質的に正当な理由なく、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」場合が対象となる。そして２６条２項によれば、「同種の事業者が通常参加する商取引」³⁾における妨害でなければならない。

これら三つの規定は、また、法律効果の面からも相違が認められる（もっとも、後述のように、２２条については争いがある。ここでは多数説の整理に従う。）。２２条４項２文１号は、その文言からみて、カルテル官庁のみが介入することのできる、純粹な介入規範（reine Eingriffsnormen）である。それに対し、２６条２項そして４項は直接作用する法律上の禁止規定である。すなわち、３７a条２項による行政法上の差止めそして秩序違反としての処罰（３８条１項８号）の他に、被妨害事業者には損害賠償請求あるいは不作為請求の形で、直接民事法上の保護を受ける途が開かれている（３５条１項）⁴⁾。

このような相違が認められるにもかかわらず、この三つの規定は、法文からみて、かなりの部分で重なり合っているといえる。すなわち、２２条４項２文１号と２６条２項の関係についてみれば、「市場支配的事業者」という共通の名宛人から、そして「競争の可能性の侵害」と他の事業者の「妨

2) ebenda.

3) ebenda. 旧 37 a 条 3 項ではさらに、「競争が継続して侵害されることとなる」場合を要した。

4) Vgl. a. a. O., S. 9 f.

害」という両概念が広く交差していることから、このことが結論される。また両規定の 26 条 4 項に対する関係からは、市場支配的事業者の優位性には、被支配市場でアウト・サイダーとして活動する中小規模競争者に対する優越性も含まれるということから、このような交差が認められる。⁵⁾

以上のような相違、共通性を前提として、三つの規定の個々の関係について述べる。

22 条と 26 条 2 項は、26 条 2 項が市場支配的事業者に関係する限り、相互に適用可能である。⁶⁾ 26 条 2 項は、22 条 4 項のわくでの濫用概念の具体化の際にも引き合いに出される。⁷⁾ 26 条 3 項の場合も、禁止の名宛人につき、市場支配的事業者が問題となる場合、同時に 22 条 4 項の適用も考えられる。⁸⁾

ちなみに 26 条 2 項と 3 項については、特別条件の供与を誘引した他の事業者自身が 26 条 2 項の名宛人であってその供与が 3 項に反するかあるいは、例外的に、誘引する事業者が供与する事業者を 26 条 2 項に違反し

5) Vgl. a. a. O., S. 10. 妨害競争の措置が、市場支配的事業者を前提とする場合、22 条 4 項の濫用禁止の対象となる。このことは、26 条において別個に妨害競争として特に定められたものについても、当てはまる。ボイコット、差別およびその他不当な中小規模事業者への妨害は、それが市場支配的事業者を前提とするときには、同時につねに 22 条 4 項にいう濫用でもある。vgl. V. Emmerich, KarR., 6. Aufl., München, 1991, S. 279.

6) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied, u. a., 1982, § 26 Rz. 278; IM, 2. Aufl., München, 1992, § 26 Rdnr. 312. なお, Müller-Gießler-Scholz, Wirtschaftskommentar, Frankfurt am Main, 1981, § 26 Rdnr. 94. は, 介入要件の前提条件が同時に, 26 条 2 項, 35 条に基づく請求の基礎である場合でも, 第三者はカルテル官庁に 22 条 4 項による手続開始を求めることはできないとする。

7) Vgl. KG WuW/E OLG 911 „Sportartikelmesse“; WuW/E BGH 1030 „Sportartikelmesse II“

8) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 285.

て妨害するか差別的に取扱うかあるいは、特別条件への誘引を通じて、誘引する事業者の競争相手が不当に妨害される場合に、相互に適用が可能である。⁹⁾

22 条、26 条 2 項と 26 条 4 項との関係については、前二者に対し後者は実質的相違として、カルテル官庁の介入する際の、事業者の「力の閾 (Machtschwelle)」が引下げられたことを指摘することができる。これらの規定の競合問題について、旧 37 a 条 3 項では、ある事業者が 22 条の定める力の閾を越える場合（市場支配的地位の場合）、37 a 条 2 項による差止めの法律効果が及び得ることから、22 条より厳格な旧 37 a 条 3 項の実体的要件はもはや問題とならないとの指摘があった。¹⁰⁾ また、第 4 次改正の際の立法資料では、22 条 4 項 2 文 1 号の妨害要件につき、26 条 2 項および旧 37 a 条 3 項の場合よりも、濫用の評価要件 (Anforderungen an eine Mißbrauchsqualifizierung) を緩やかに解していた。¹¹⁾

以上に対し現行法上 26 条 4 項はその実体的要件が簡素化され、またその目的からみて、すなわち前二者の規定の「保護の不備を補う機能 (Schutzlückenschließungsfunktion)」が期待されることから、前二者を補完する (subsidiär) 関係に立つとされる。¹²⁾ またこのことは、個々の事案において、26 条 4 項の名宛人が 22 条あるいは 26 条 2 項の名宛人の要件をも充足するかどうか明らかなでない場合に、26 条 4 項の適用を排除するものではない。¹³⁾

26 条 4 項と同条の 2 項・3 項とについては、立法者によれば、4 項の妨

9) IM, a. a. O.

10) Vgl. Müller-Gießler-Scholz, a. a. O., § 37 a Rdnr. 34.

11) Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. 2. 1980, BT-Drucks. 8 / 3690, S. 25.

12) IM, § 26 Rdnr. 395; vgl. K. Markert, a. a. O., S. 58 f.; E. J. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen, 1984, S. 234.

13) IM, a. a. O.

害禁止が同じ取引段階での競争者間における水平的関係のみに向けられていることから、異なる取引段階における垂直的關係に向けられている２項・３項との競合問題は生じないと解されている。¹⁴⁾

これらの規定のなかで、２２条についてみれば、同条の文言中に濫用禁止の一般規定があることから、本条は事業者の経済力濫用規制の中心的地位を有するものと評価してよからう。

次に２２条と３５条の関係についてみることにする。

GWB 35 条は、他者の保護を目的とする保護法規（Schutzgesetz）として位置づけられる。この法規は民法上の損害賠償責任を補填するもので、殊に不法行為責任を定める民法 823 条 2 項と¹⁵⁾、実質的に同じ概念であり、同項に対して優先的に適用される特別法の関係にある。¹⁶⁾

ここにいう他者の保護とは、一定の法益侵害から個人または人的集団（Personenkreise）を保護することであり、かかる保護が法益侵害、個人の利益の侵害に対して意図されている限り、一定の命令や禁止を内容とする GWB の規定すべてが保護法規にあたるわけである。¹⁷⁾

14) Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 280.

W・メッセルはこのようにとらえ方に批判的である。vgl. W. Möschel, RdW., Rdnr. 673. また、拙稿「西ドイツ競争制限禁止法における中小規模事業者の保護—37 a 条 3 項についての考察—」『一橋論叢』97 巻 6 号（昭和 62 年）152 頁、註（14）参照。

15) 民法典（BGB）823 条 2 項「故意または過失によって他人の保護を目的とする法律に違反し、これによって他人に損害を加えた者も、損害賠償責任を負う。」

16) 民法 823 条 2 項と異なり法律の規定の他に、カルテル官庁、上訴裁判所が発した命令に違反した場合の損害賠償を定めている。近時の「保護法規」に関する文献として、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）～（5）」『公正取引』475, 476 号, 478～480 号（平成 2 年）および江口典典「西ドイツ競争制限防止法における民事的制裁」『岡山大学法学会雑誌』40 巻 1 号（平成 2 年）59 頁以下参照。

17) IM, § 35 Rdnr. 19.

保護法規と認められるための条件としては、次のようなものが挙げられる。¹⁸⁾

- （１） 当該規定が命令または禁止を含むこと。
- （２） さらにこの命令または禁止が、個人、人的集団の保護を目的とすること。従って、ある規定が公共性の保護のみをめざし、反射効として個人を保護するというのでは不十分である。
- （３） 損害が当該規定で保護しようとする法益に生じており、しかも法が阻止せんとする侵害行為によるものであること。

以上のような指摘がされているわけであるが、GWBのどの規定が保護法規であるかについては、学説と判例に委ねられており、実際上はケース・バイ・ケースで判断されている。

35条の意味における保護法規とされる規定を挙げると、GWB 1条、14条、15条、25条、26条、27条、38条1項9号、38条2項2号、以上のようになっている。このうち1条については、基本的には個人保護ではなく制度保護にとどまるものであるとされるが、連邦通常裁判所は、GWB 1条におけるカルテル契約の一般的禁止は、当該契約によりある事業者の市場への参入が阻止される場合に、他者を保護するものと考えるべきである、と判示した。²⁰⁾ 条件付きながら1条を保護法規とみる余地を示している。

では、GWB 22条は35条の意味における保護法規であるか。

22条4項、5項は市場支配的事業者のその地位の濫用を禁止する。この濫用禁止規定が保護法規として認められる場合には、22条4項、5項の競

18) A. a. O., Rdnr. 20.

19) W. Lipps, Kartellrecht 3. Aufl., Bonn, 1982, S. 157. の分類に従った。

20) WuW/E BGH 1361 „Krankenhaus-Zusatzversicherung“. また、vgl. WuW/E BGH 1985 „Familienzeitung“.

争政策上の意義は相当に高められることは明らかである。けだし、かかる場合に市場支配的事業者による経済力の濫用に対して、第三者は誰でも自ら差止め請求、損害賠償請求をもって対処することができるようになるからである。²¹⁾

しかし、通説・判例は22条4項、5項の保護法規的性格を否定する。その理由としては、22条4項、5項は制度としての競争（Wettbewerb als Institution）を保護することを目的とするものであるととらえ、従って、個人の利益は制度としての競争が保護される範囲でのみ保護されるにとどまるとみるからである。また、濫用概念それ自体が不明確であり、個別具体的な場合においてのみ、カルテル官庁の処分によって濫用が具体化されているという実態を挙げている。²²⁾

22条と35条の関係をめぐる論争は、根強く行われているが、第4次改正で35条に2項が設けられ、カルテル官庁、上訴裁判所の命令を保護命令（Schutzverfügung）としてこれに基づく損害賠償を認めている。この論争に対する立法解決を図る一つの試みとみることができよう。²³⁾

21) IM, § 35 Rdnr. 48; v. Gamm, Kartellrecht 2. Aufl., Köln, u. a., 1990, § 22 Rdnr. 6.

22) IM, § 35 Rdnr. 49.

23) Vgl. W. Möschel, RdW., Rdnr. 584. なお, GWB 22条を35条の意味での保護法規とみる有力な論者として, E. J. メストメッカー, V. エンメリッヒ, W. フィケンチャーがいる。vgl. E. J. Mestmäcker, a. a. O., S. 140 f.; ders., Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in: Recht und ökonomisches Gesetz 2. Aufl., Baden-Baden, 1984, 369, 386; IM, § 35 Rdnr. 50 ff.; W. Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd. II, München, 1983, S. 351 f. また, 赤松前掲論文(3) 62頁以下, 江口前掲論文 70頁以下, 舟田正之「取引における力の濫用(2) — 西独における『購買力濫用』問題を素材として —」『立教法学』28(昭和62年) 8頁以下参照。

第５章 むすび—わが国独占禁止法への展望—

これまで、事業者の—絶対的および相対的—経済力濫用をめぐる（西）ドイツにおける議論を検討してきた。本稿ではGWBの規制の運用を概観し、事業者による経済力の濫用をめぐる種々の問題について考察することを主たる目的としてきた。従って、わが国独占禁止法に向けての立法論的展開、具体的提言等をするを直接の目的とするものではない。しかしこれまでの検討から、少なからず、わが国独占禁止法への示唆となる点も見受けられる。

本章では、これらの議論の検討を踏まえてわが国独占禁止法への展望を概観し、むすびとしたい。以下、わが国独占禁止法における若干の問題点について整理しながら、検討を加える。

本稿の第１章でわが国独占禁止法の「私的独占」の定義にいう「排除」・「支配」を、事業者の市場支配力の行使＝濫用行為と位置づけた。従って、この「排除」・「支配」に対する規制措置（排除措置）は、行為規制という形を採るわけである。昭和５２年の改正でわが国独占禁止法にいういわゆる「企業分割」命令が導入されるまで、わが国独占禁止法の体系上、構造規制的措置を採ることは困難であり、行為規制を前提とする「私的独占」に対する排除措置では、違法行為の源泉である独占力の解体は不可能であるとの考え方が主流であつた¹⁾。従って昭和５２年の改正での、「独占的状态」に対する排除措置としての「企業分割」命令が、寡占的市場構造のもと、有効な規制手段として期待されたわけである。もっとも、昭和５２年改正前においても²⁾「東洋製罐私的独占事件」では、「株式保有・役員兼任を通じて自己の意向に従って営業するように管理した」という事実か

1) 市場構造規制の論理的根拠に関する学説の整理については、加藤良三「自由市場経済と独禁法」（昭和５１年）１６６頁以下参照。

2) 昭和４７年９月１８日審決、審決集（１９）８７頁。

ら、支配行為を認定し、排除措置として株式の一部処分が命じられた。これは「企業分割」命令のような純粹構造規制ではないが、構造志向規制の例とみることもできよう。³⁾「私的独占」に対する排除措置として、わが国独占禁止法は7条で「当該行為の差止、営業の一部の譲渡その他これらの規定に違反する行為を排除するため必要な措置を命ずることができる」と定めているので、理論的には構造志向規制は可能であろう。

しかし、現行法上は行為の排除が原則であるので、「私的独占」の排除措置として構造規制的アプローチに踏み込むことには、わが国の運用を見る限り、一般に消極的である。

このような「私的独占」の排除措置の現状に対し、構造規制を実施することが可能であるとする立場がある。実方謙二教授の見解である。

実方教授は、まず「私的独占」にいう「排除」・「支配」などの行為が可能となる背景として、行為者の経済力や結合関係を指摘し、これを除去することが当該行為の反復の予防のために必要であることを説く。⁴⁾そして、「私的独占」の禁止にあっては、「支配」・「排除」行為の抑圧的性格だけではなく、それによって市場支配力が形成、維持されることが主たる関心事であるとし、このような市場支配力の存在・競争制限的な市場構造それ自体を排除措置の対象とし、営業譲渡や株式処分により、その変更を命じることが必要であるとする。⁵⁾

では、いかなるアプローチを採るのか。実方教授は二つの理論を挙げる。

まず、（１）行為概念の拡大である。これは、「私的独占」に該当する違法行為を過去から現在までの市場支配力の形成へ向けての一連の行為としてとらえ、現存の市場支配力の存在それ自体が行為の一部に該当すると考

3) 「純粹構造規制」、「構造志向規制」の用語については、今村成和「独占禁止法（新版）」（昭和53年）299頁参照。

4) 実方謙二「独占禁止法（新版）」（平成4年）78頁。

5) 実方前掲書、79頁。

えて、行為排除の一環として、構造的措置を命じるというアプローチである。⁶⁾ これは前述の構造志向規制のアプローチであり、理論的には現行規定のもとでも可能であるとする。

次に、（２）違法行為の源泉の除去である。これは、違法行為の反復を予防するためには、それが可能となる背景を除去する必要があると考え、違法行為の源泉を排除するために構造的措置を命じるというアプローチである。⁷⁾ これは、アメリカ反トラスト法上確立した判例理論を根拠にした考え方である。⁸⁾ このアプローチのメリットとしては、違法行為の存在を手掛かりとして措置を命じる点で、前述の純粹構造規制よりも必要性の立証が容易であるということが挙げられる。

以上が実方教授の採るアプローチである。（１）のアプローチについては、株式保有などによる支配が現存する場合には、この理論の適用は容易であり、前述の「東洋製罐私的独占事件」はこの理論でも説明できるとする。しかしながら、このアプローチは行為概念を拡大する際の限界が明確ではない。過去から現在までの市場支配力形成過程を違法行為としてとらえる場合、市場のテスト（Markt-Test）を経て、優勝劣敗の結果、勝ち残った事業者がこのアプローチを用いることは、果たして妥当なのか疑問が残る。事業者の、競争を介しての内的成長をも規制の対象とすることとなり、事業者をしてかえって競争回避に向かわしめることになるのではないか、とも思われる。

（２）のアプローチについても同様である。⁹⁾ これはアメリカ反トラスト法の実例である「アルコア判決」を念頭に置いているものと思われるが、

6) 同前 80 頁。

7) 同前。

8) アメリカ反トラスト法の運用については、実方謙二「寡占体制と独禁法」（昭和 58 年）第 1 章を、とくに構造的排除措置については第 1 章第 3 節を参照。また近時の文献として、村上正博「独占禁止法の日米比較（上）」（平成 3 年）167 頁以下参照。

近時のアメリカ反トラスト法の動向をみると、シカゴ学派の理論的影響のもと、「アルコア判決」に対する反省の動きが認められる。⁹⁾ 事実、「企業分割命令」は近時ほとんど行われていない。

また、３条違反の排除措置として純粹構造規制＝「企業分割」が可能であるとすれば、独占禁止法の体系上、「独占的状态」に対する排除措置との関係、整合性の問題も（２）のアプローチは明らかにしていない。

確かに、単純に行為規制に限ってしまうならば、「私的独占」の禁止と「不公正な取引方法」の禁止と、罰則規定を除き、規制の在り方に大差はなくなってしまう。もっとも、前述のように「私的独占」の規制は、行為規制とはいっても、構造志向型の行為規制が採られている。問題なのは、どこまで構造規制の要素を採り入れるかである。やはり、当該行為の抑圧的性格を手掛かりに違法性を認定する方法を原則とし、単に巨大な経済力を有する事業者の行為であるからということ、市場支配力の存在それ自体を規制の対象とすることは、現実には無理があるのではないだろうか。

先に「独占的状态」の規制に触れたが、昭和 52 年の改正の際に導入されたものの、改正後 10 年を越えるが未だ実例をみしていない。この事実は、わが国独占禁止法 8 条の 4 の規定が、予防的働きをしていることの現れであるとも分析することができよう。その意味で、同規定はよく言われているように、弊害規制的性格を有するものである。（西）ドイツにおける市場支配的事業者に対する濫用規制は、考え方として、「私法的思考の延長線上に位置づけられる」とされる。¹⁰⁾ すなわち、「私法秩序は、基本的には、対等な当事者間の法律関係を想定して組み立てられていることを重視して、

9) 伊従寛編「日本企業と外国独禁法」(昭和 61 年) 67 頁。なお、シカゴ学派の反トラスト法については、村上前掲書の他に、同「アメリカ独占禁止法—シカゴ学派の勝利—」(昭和 62 年) 参照。

10) 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理（６）」『公正取引』389（昭和 58 年）49 頁。

濫用規制は、一方が市場支配的地位を有することにより生じる非対等な関係を競争が存在する場合の対等なものへ修正することにある¹¹⁾。

濫用規制を採る場合、市場支配的事業者の存在を容認するわけであるから、市場にとってはベストの状態ではない。しかし、先に述べたようなアプローチが、実際には種々の問題を伴い、その実現が困難視（疑問視）されている状況では、いわばセカンド・ベストとして濫用規制を活用することが一つの解決策であると思われ、その意味で（西）ドイツにおける運用、議論は示唆に富んでいる。

次に、昭和 52 年の改正の際に論じられた、カルテル規制の一環としてのカルテル価格の引下げ命令が可能かどうかの問題がある。つまり、カルテルによって引上げられた価格を原状回復させるために、価格引下げ命令を排除措置として執ることは是非である。これはカルテルの問題であるが、価格規制に関する問題であるので、ここで触れることにする。

排除措置としての価格引下げ命令について、公正取引委員会、今村成和教授は、これは不可能であるとする立場に立っている。ここでは今村教授の見解を取り上げる。今村教授は、昭和 52 年の改正に至る前の独占禁止法研究会中間報告の中で、「価格の原状回復命令」が検討されていたことに触れ、この命令が価格統制の性格をもつものではないとしても、「原状回復命令」が、事業者の自由な価格形成に介入するものであることは否定し難く、そこに問題が残る、としている¹²⁾。そして、かかる命令は可能であるとする立場が根拠とするイギリス、（西）ドイツの運用について、これらの国々における価格引下げ命令は、独占価格規制を目的とするもので、カルテルに対する排除措置として行われるものではない、としてこのような混同は誤りであると批判する¹³⁾。もっとも今村教授は、このような独占価

11) 同前

12) 今村成和「私的独占禁止法の研究 4—Ⅱ」（昭和 51 年）410 頁。

13) 同前 410—411 頁。

格の規制を独禁法体系の中に取り込むことの可否については、別に検討の余地がある、としている。¹⁴⁾ この点についても、結論としては、消極的に解すべきものと思われる。（西）ドイツにおける価格引下げ命令の運用をみても、決して問題がないわけではなく、引下げられた価格はあくまでも「擬制的競争価格（Als-Ob-Wettbewerbspreis）」であって、現実の競争価格ではないからである。また、価格への直接介入は、本来、競争政策とは相容れないものであり、引下げ幅—基準—がはっきりせず行政の側の裁量に委ねられることになり、結局は価格統制への途を開くことになるからである。

最後に、不公正な取引方法一般指定 14 項の「優越的地位濫用の禁止」についてみることにする。

既述のように、この規定は GWB における市場支配的事業者の濫用行為に対する規制が影響していたといわれている。¹⁵⁾ もっとも、14 項で対象とされるのは市場支配的地位の濫用ではなく、取引上の地位の濫用である。従って、濫用規制という「規制原理」の面では GWB 22 条の運用が参考となり、より具体的な比較を行う点では 26 条 2 項、3 項の運用が参考となると思われる。¹⁶⁾

14) 同前。排除措置としてのカルテル価格引下げ命令は可能であるとする主張として、木元錦哉「カルテル排除と価格引下げ命令」『企業法研究』224 輯（昭和 49 年）、辻吉彦「価格の原状回復命令の当否」『香川法学』10 巻 3・4 号（平成 3 年）参照。

15) 今村成和「独占禁止法（新版）」（昭和 53 年）148 頁。

16) 一般指定 14 項にいう「優越的地位の濫用」の不公正な取引方法の法体系の中での位置づけをめぐる、種々の議論がある。学説の対立について、谷原修身「現代独占禁止法要論（改訂版）」（平成 4 年）233 頁以下参照。また、GWB との比較について、服部育生「独禁法における優越的地位の濫用規制」『名古屋学院大学論集』23 巻 1 号（昭和 61 年）71 頁以下参照。

本稿を締めくくるにあたり、競争政策において政府機関はどうあるべきかについて言及しておきたい。既にみてきたように、GWBの運用において、その具体的措置として価格の引下げ命令が行われてきたことが特徴的であった。しかしそのため、連邦カルテル庁は物価統制庁であるか、というような批判もなされているのが事実である。政府機関の競争政策への介入のむずかしさを物語るものである。

競争維持政策の効果と原理は、経済政策全体との広い関係においてとらえなければならない。この政策の目的と効果が現実の経済効果を広域にわたって決定するからである。

そして経済政策の目的には、価格の決定、高い雇用水準、適切な経済成長率等々あり、目的の抵触ということも考えられ、何れを優先するか¹⁷⁾の決定が重要となる場合がある。この決定に際して、政府機関の役割には大きなものがある。

かつて、政府機関の介入が独占的地位の源泉であると考えられ、それが政府機関および私権力による制限からの競争保護を意図した経済体制（economic constitution）の絶対的要請（postulate）とされた理由の一つである。¹⁷⁾

殊に政府機関による保護を受ける産業（政府規制産業）—それが経済政策の目的の一つであるとしても—というのは、いわば、政府と産業とのカルテル的關係の表明ともいえるものである。¹⁸⁾

自由放任経済と異なり、競争回復のために政府機関の介入も今日においては認められているが、当該機関の権限が経済過程の計画化および介入の手段に転じるのではないかという懸念が依然残っている。

政府機関が独占の奨励、保護に積極的な役割を果たしたとすれば、それ

17) E. J. Mestmäcker, Competition Policy and Antitrust: Some Comparative Observations, ZgS 136 (1980), 387, 404.

18) E. J. Mestmäcker, a. a. O., 405.

はその力が私権力よりも危険であることを確認させる。競争政策は政府機関により執行されるのであるから、政府機関は私人の自由競争に対する罪業（sins）についてよりも、自己の罪業について配慮すべきである。¹⁹⁾

以上の問題に対し、GWBにおいては、国家と経済の在り方についてネオリベラリズムという経済思想の基盤がある。この点において、GWBの運用には徹底した市場経済擁護論の展開をみることができるようである。²⁰⁾ またGWBは、わが国独占禁止法と同様、第2次大戦後連合軍の占領政策のもと制定されたにもかかわらず、ドイツ固有の独占禁止法制を持つと努めたいきさつと相まって、今日ヨーロッパにおける最も体系的な独占禁止法としての地位を獲得している。

平成元年9月に「日米構造問題協議（SII）」が開始され、これを契機としてわが国独占禁止法は「課徴金の算定率」を改正し、法運用の強化・改善が目論まれた。しかし、どこまでこれが徹底されるかは甚だ疑問である。わが国独占禁止法の運用にあたっては、確たる経済的思想基盤を見出せないからである。これは今後の課題であるが、わが国の実情に即した経済体制の形成が求められるところであり、そのためのフィロソフィーの確立が急務であると思われる。

何れにせよ、本稿はまだその研究の緒についたばかりであり、検討すべき課題は多い。

（平成4年5月30日受理）

19) ebenda.

20) ネオリベラリズム（新自由主義）（会社）法学の紹介と評価については、田中誠二・久保欣哉・福岡博之・坂本延夫「会社法学の新傾向とその評価」（昭和53年）参照。