

■ 論 文

私的独占の禁止と市場支配力の濫用規制

田 中 裕 明

もくじ

- 一 はじめに
- 二 改正GWBの構造
 - (一) 市場支配
 - (二) 濫用行為
 - (三) 差別・不当な妨害行為
- 三 検 討
 - (一) 搾取的濫用
 - (二) 妨害的濫用
 - (三) 不可欠施設の利用拒絶
- 四 わが国独占禁止法への示唆
- 五 むすび

† 原稿受理日 一九九八年九月二八日

一 はじめに

本稿は、標記のテーマにつき、ドイツ競争制限禁止法（以下、GWB）における事業者の市場支配力の濫用規制の状況を概観し、併せてわが国独占禁止法における「私的独占の禁止」の法理を探る手掛かりとすることを目的とする。

近年、「私的独占の禁止」に関する事例が、若干ではあるが、見られるようになってきている。これは、「不当な取引制限の禁止」や「不公正な取引方法の禁止」と同様に、独占禁止法上、審決・判決による規制法理の確立に向けての動きとみることができるとか。この点にわかに論じることができないが、これまでの審決・判決の動きからすれば、画期的であり好ましいものと評することができよう。しかし、これらの事例のうち、果たして「私的独占の禁止」の事例として妥当であったかについて疑念なしとすることができないものもあり、様々に論評されている。

その理由は種々あるが、例えば、「私的独占の禁止」と「不当な取引制限の禁止」とでは市場効果要件である「競争の実質的制限」が共通していること、また、「私的独占の禁止」の行為要件である「支配」および「排除」は、その手段行為が「不公正な取引方法」に該当する行為であることに起因するであろう。殊に後者については、これまで「私的独占の禁止」に関する事例が少なかったことの理由の一つとされてきた。もっとも、「私的独占の禁止」に関する事例が少なかったといっても、それは当該事件をいずれの独占禁止法違反行為類型と判定するにかかっている、といえる。すなわち、株式保有の制限など、いわゆる企業結合規制に関する事例についても、その構成如何によっては「私的独占の禁止」として扱うことは可能である。

いずれにせよ「私的独占の禁止」と評価するためには、当該事業者が「市場支配力」を有していること（複数事業者による場合は、「市場支配力」を形成していること）が前提となるであろう。しかしながら、独占禁止法二条五項の「私的独占」の定義規定の中では、「市場支配力」についての言及はない。したがって、「市場支配力」の判断については実際の事例を通じて、審決・判決の蓄積による判例法理の形成に委ねられることになるが、前述のように、実際の数が少なく判例法理を形成するには至っていないといえよう。³⁾この点GWBでは「市場占拠率」などを手掛かりとし、「市場支配」について明文で定めている（現行GWB二条、改正法一九条）。わが国独占禁止法における「私的独占の禁止」の法理を探る上で、比較法上、有益であると考え、本稿でドイツとの比較を試みる所以である。

ところで一九九八年五月二九日、GWBの第六次改正法が成立した。EU競争法との調整を意図した改正といわれており、GWBの構造も大きく変容した。そこで次に、GWBにおける事業者の市場支配力の濫用規制の「構造」を概観することにする。

注

- (1) 「日本医療食協会事件」平成八年五月八日勧告審決、「パチンコ機特許プール事件」平成九年八月六日勧告審決、「北海道新聞社事件」平成十年二月五日勧告審決（同年三月六日審判開始決定）、「パラマウントベッド社事件」平成十年二月二六日勧告審決、「エム・ディ・エス・ノーディオン・インコーポレイテッド社事件」平成十年六月二四日勧告審決。
- (2) 拙稿「競争関係にある会社の株式の間接所有（日本楽器製造事件）」『別冊ジュリスト独禁法審決・判例百選（第五版）』（平成九年）二二七頁。
- (3) 村上政博『独占禁止法』（平成八年）二三五頁参照。

二 改正GWBの構造

GWBは、その二二条（改正法一九条）で事業者の市場支配力の濫用について規定している。まず、「市場支配」について定義し、次いで「濫用」についてその類型を定めている。また「市場支配力の濫用規制」のバリエーションとして同法の二六条二項、三項および四項（改正法二〇条）で、「差別・不当な妨害行為の禁止」について規定している。

以下、改正法の条文をそれぞれながめてみることにする。

（一）市場支配

改正GWB一九条一項は次のように規定する。すなわち、「単独の又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用的利用は禁止される」。従来の二二条の構成と異なり、一般条項をまず掲げている。次いで第二項で、「市場支配的」である場合について定めている。その前段では、「単独の事業者で、特定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号の何れかに該当する場合には、その事業者は市場支配的である」と規定する。まず、第一号において「競争者がいないか、実質的な競争に直面していないとき」とし、第二号において「自己の競争者に対する関係で優越的な市場地位を有するとき」とし、「この場合特に、市場占拠率、資金力、調達市場又は販売市場へのアクセス、他の事業者との連係、他の事業者の市場参入の際の法律上又は事実上の障壁、この法律の適用範囲の内外に位置する事業者による現実の又は潜在的な競争、供給又は需要を他の商品又は役務に転換する能力、並びに市場の相手方の他の事業者へ回避する可能性を考慮しなければならない」と定めて

いる。

従来と同様、「完全独占」および「実質的競争の欠如」の場合を掲げ、さらに「優越的市場地位」の場合を挙げているが、後者の考慮事項として新に、GWBの「適用範囲の内外に位置する事業者による現実の又は潜在的な競争」を加えている。これは企業結合規制における「潜在的競争」を意識してのことであると思われる。^③また、GWBの「適用範囲の内外」としていることから、EU競争法（特にEU結合規制規則）に照準を合わせていることが窺える。

第二項の後段では、「二以上の事業者で、当該事業者間に特定の種類の商品又は役務につき、実質的競争が存在せず、その限りで当該複数事業者が全体として前段の要件を満たす限りにおいて、その複数事業者は市場支配的である」と規定する。これは、従来「寡占的市場支配」の場合である。改正前に比ベシンプルな表現になったが、依然、寡占事業者間の「内部関係」と寡占構成員ではない他の事業者との「外部関係」の二つの要件を満たさなければならないわけである。

第三項では、いわゆる「市場支配の推定」が定められている。すなわち、「単独の事業者が、少なくとも三分の一の市場占拠率を占めるときは、市場支配的であると推定される。次の各号の何れかに該当する場合には、事業者の全体も市場支配的であるとみなす」とし、第一号においては「三社以下の事業者で、市場占拠率の合計が五〇％に達するとき」であり、第二号においては「五社以下の事業者で、市場占拠率の合計が三分の二に達するとき」とされる。但し書きとして、「当該事業者間の競争条件が実質的な競争を期待させること又は、事業者の全体が他の競争者との関係において優越的な市場地位を有しないことを、事業者が立証するときはこの限りではない」としている。従来は、但し書きとして、一定の年間の売り上げ高を基準として（単独の事業者の場合は、最終事業年度の売り上げ高が二億五千万マルクに達しなかったとき、三社以下および五社以下の事業者の場合は、

最終事業年度の売り上げ高が一億マルクに達しなかったとき）推定規定の適用を排除していた。また改正法の但し書きは、企業結合規制に関する従来の二三条二項のもので、それをこちらに移行させている。これは、市場支配的地位の認定を企業結合規制との関係で、法体系上、整理したものと思われる。

(二) 濫用行為

濫用行為に関しては、改正一九条四項で規定されている。新に加わった四号を別とすれば、大きな変更はない。すなわち、一号ではいわゆる「妨害的濫用 (Behinderungsmißbrauch)」を、二号および三号でいわゆる「搾取的濫用 (Ausbeutungsmißbrauch)」を掲げている。三号については、⁽⁹⁾「構造的濫用 (Strukturmißbrauch)」あるいは「価格・条件差別 (Preis- und Konditionenspaltung)」として分類する立場もある。

それぞれの特徴を述べると、一号の「妨害的濫用」は、「他の事業者の競争の可能性を……実質的に正当な理由なく侵害する」行為であり、二号の「搾取的濫用」は、「有効な競争が存在すれば高い蓋然性を以て生じるであろうものとは異なる対価又はその他の取引条件を要求する」行為をいう。この場合、「有効な競争が存在する比較可能な市場における事業者の行動を考慮する」ことになる。そして三号では、「市場支配的事業者自身が比較可能な市場において同種の購入者に対して要求するよりも不利益な対価又はその他の取引条件を要求する」行為が濫用行為とされる。二号、三号共に「比較可能な市場」という用語が用いられているが、これは「擬制的競争 (Als-ob-Wettbewerb)」理論に基づくものとされる。⁽⁷⁾

それでは、第六次改正で導入された四号にいう濫用行為とはどのようなものか。次のように規定される。「他の事業者には、法律上又は事実上の理由から共同の利用なしには、取引段階の前後の市場で、市場支配的事業者の競争者として活動することが不可能な場合に、他の事業者に相当の対価と代えて固有のネットワーク（供

給網）又は他のインフラストラクチャーの利用を認めることを拒絶するとき。但し、市場支配的事業者が、共同の利用が経営条件上又はその他の理由から不可能である又は期待され得ないことを立証するときは、この限りではない。これは、市場支配的事業者に課せられる協力義務（Kooperationspflicht）⁽⁸⁾と呼ばれるもので、アメリカ反トラスト法と同様、EU競争法の判例で認められている「不可欠施設の法理（essential-facilities-doctrine）」をGWBに導入したものである。この点にも、EU競争法との調整をみることができる。この法理は、EU競争法の判例によれば、「それを利用できなければ競争相手は顧客にサービスを提供することができない施設を支配的地位を有する事業者が専有して」おり、「当該不可欠施設の利用を競争相手に拒絶するか、あるいは自己が利用する場合よりも不利な条件を課す」場合には、EU競争法八六条に違反するものとし、右施設を競争相手に利用させることを義務づけるものである。⁽¹⁰⁾

（三）差別・不当な妨害行為

改正GWB二〇条に規定される「差別・不当な妨害行為の禁止」については、条文中引用されている条文番号の変更以外に大きな変更はない。従来の二六条一項で定められていた「ボイコットの禁止」は改正法二二条の方に移され、「その他の競争制限行為」と同列で位置づけられている。また、従来二七条で定められていた「経済・職業団体ならびに品質表示団体への加入拒絶の禁止」についても、改正法二〇条六項の方で規定されるようになった。従来の二七条は、その適用場面が少なく、従来の二六条一項で広くカバーされてきたことが指摘されており、⁽¹¹⁾ 今回の改正で体系的に整理されたわけである。

改正GWB二〇条の内容をみると、名宛人として、市場支配的事業者、適用除外カルテル、再販行為を行う事業者そして中小規模事業者が従属せざるを得ない事業者（相対的市場力を有する事業者）が挙げられる。そして、

この従属については推定規定が設けられている(二〇条三項)。

また、中小規模事業者に対する関係で「優勢な (überlegen) 市場力」を有する事業者も、その市場力を不当な妨害のために行使することが禁止されている(同四項)。改正点として注目すべきは、この「不当な妨害」が、商品等の「一時的ではない原価割れ」での提供の場合に認められるとしている点である。これまでも、GWB旧三七a条三項および従来の二六条四項において、市場力のある事業者による「原価割れ販売」が問題とされてきたが⁽⁹⁾、中小規模事業者保護の観点から、今回の改正で明示的に「原価割れ販売」を禁止したわけである。以上が、改正GWBを中心とする、事業者の市場支配力の濫用規制の構造概要である。次に、「濫用規制」の観点から問題点を検討する。

- (4) 企業結合規制における「潜在的競争」に関して、泉水文雄「企業結合規制における潜在競争(一)」、(二)―アメリカ法及び西ドイツ法を中心に―『法学論叢』一一七巻一号、三号(昭和六〇年)を参照された。
- (5) R. Bechold, GWB, München, 1993, § 22 Rn. 67 ff.
- (6) V. Emmerich, Kartellrecht, 7. Aufl., München, 1994, S. 278 ff.; J. Burkhardt, Kartellrecht, München, 1995, S. 129 f.
- (7) 拙稿「経済力濫用規制の研究(三)―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る―」『追手門経済論集』一二三巻三号(平成二年)一一九頁。
- (8) Vgl. H. Fleischer, Behinderungsmißbrauch durch Produktinnovation, Baden-Baden, 1997, S. 153 ff.
- (9) この背景にはエネルギー経済法(Energiewirtschaftsgesetz)の改正があり、電力事業およびガス事業への競争原理の導入が図られた。その結果、この事業分野に対するGWBの適用除外制度が廃止された。vgl. H. J. Bunte, 6. GWB-Novelle und Mißbrauch wegen Verweigerung des Zugangs zu einer „wesentlichen Einrichtung“, WuW 1997, 302 ff. また、朝田良作「EC競争法への適合化とドイツ競争制限禁止法―GWB第六次改正をめぐって―」

議論を素材として」『島大法學』四二卷一号（平成十年）九二頁参照。

(10) B & I Line v. Sealink, Bulletin der EG Nr. 6, 1992, Tz. 1. 3. 30 = (1992) 5 CMLR 255.

(11) M. Dreher, Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung-Überlegungen zur 6. GWB-Novelle, WuW 1995, 881, 902.

(12) 拙稿「市場力の濫用としての不当廉売行為」『追手門経営論集』二卷一号（平成八年）一頁以下参照。

三 検 討

前述のように、EU競争法との調整を意図してGWBの第六次改正が行われた。この改正を通じて、従来より指摘されてきた問題点も改善されたわけであるが、事業者の市場支配力の濫用規制において、依然として積み残された点もある。

ここでは、右にみたGWBの構造とこれまでの規制実務を通じて指摘されてきた問題点を次の項目について整理、検討する。すなわち、(一)搾取的濫用、(二)妨害的濫用そして(三)不可欠施設の利用拒絶、以上である。とくに(三)については、従来のGWBの規定にはなかったものであり、また、EU競争法の判例を通じて形成された法理であることから、いかなる問題を孕んでいるかを知ることが重要である。

(一) 搾取的濫用

GWBにおける事業者の市場支配力の濫用規制の特徴の一つとして、価格に対する規制（価格濫用規制）が挙げられよう。すなわち、市場支配的地位を有する事業者の濫用的行動が市場において端的に現れるのは、価格

行動であるとするのである。この根底には、GWBの運用解釈上、市場支配的地位は、当該事業者の市場における事業活動の「影(Spiegelbild)」にすぎないとの考え方が⁽¹³⁾ある。

搾取的濫用の場合、価格濫用規制の対象として取り上げられるのは、当該事業者の市場支配的地位を利用した「独占的な高価格」が一般的である。もちろん、この逆のケース(濫用的な低価格)もあり得るわけで、その場合は、行為者が需要者であるか供給者であるかによって判断が分かれることになり、市場支配的供給者による低価格の実施は、抑圧的効果を伴うことから、「妨害的濫用」と評価されることになる。⁽¹⁴⁾

この価格濫用規制の「濫用」の基準となるのが、「比較可能市場」である。前述のように、「擬制的競争」理論がその根底にある。このことは、同時に、第六次改正を経ても従来から指摘されている問題点を、依然として残していることを物語っているわけである。すなわち「比較可能市場」とは、競争が行われていれば生じるであろう価格に近似する市場価格として引き合いに出される市場のことを指すわけである。したがって、現実にどれだけその価格に近似する市場が存在するかが、つねに問われるのである。それにも拘らず、およそ市場条件の異なる場合であっても、「擬制」として「比較可能市場」ということで、「濫用」の基準に採用されてきたわけである。つまり、極端な言い方をすれば、現実には存在しないような状況の市場を仮想して法を運用してきたのである。

これまでのGWBの運用例をみると、ドイツ連邦通常裁判所も連邦カルテル庁による「比較可能市場」、すなわち「擬制的競争価格」を基準とする措置(具体的には、濫用的高価格の引き下げ命令)を承認している。一九七〇年代から八〇年代にかけては、医薬品の価格をめぐる濫用事例が主だったものとして挙げることができる。例えば、ドイツ連邦通常裁判所の決定として一九七六年七月三日の「ビタミンB₁₂事件」や一九七六年一月六日の「第一次バリウム事件」および一九八〇年二月二日の「第二次バリウム事件」などである。⁽¹⁵⁾

しかし、ドイツ連邦通常裁判所は、いずれも連邦カルテル庁の措置を否定した。「ビタミンB₁₂事件」では、事実認定の段階で、対象となった事業者の「市場支配的地位」が認定されなかったからであるが、「バリウム事件」では、第一次、第二次共に、「比較可能市場」の対象とされた市場の「比較可能性」が否定されたからである。この事件では第一次の方ではイタリア市場が、第二次の方ではオランダ市場がそれぞれ選択され、比較が行われた。しかしイタリアでは、医薬品に特許制度がなく薬価統制が行われており、また、オランダでは政府による医薬品市場での価格統制が行われていた。すなわち、出発点からドイツ市場との類似性・近似性があったわけである。結果、ドイツ市場との比較可能性のために、人為的に種々の調整が施されるに至ったのである。結局、濫用規制のために「擬制」の上に「擬制」を重ねるアプローチが採用されてきたわけである。

今日、「擬制的競争」理論に基づく「価格濫用規制」は事実上採用されておらず、専ら考え方として、他に取れるアプローチを見出せない場合にのみ、いわば「緊急避難 (Notbehelf)」として用いられるものと解されている。

(二) 妨害的濫用

妨害的濫用については、右にみた搾取的濫用とは異なり、GWBの運用において適用困難性の問題はない。むしろ理論面での問題として指摘される点がある。すなわち、これはGWBの構造に関わるものであるが、一つには改正一九条にいう妨害的濫用と同二〇条にいう差別・不当な妨害行為の禁止の双方において、市場支配的事業者が名宛人として挙げられている点である。

もう一つには、妨害的濫用のメルクマールとしての「他の事業者の競争の可能性の侵害」は、差別・不当な妨害行為の禁止の場合にも妥当するという点である（その他、条文中「実質的に正当な理由なく」という面でも共通

する)。

したがって、市場支配的事業者による妨害的濫用行為は、改正一九条の事案としてと同時に同二〇条の事案としても構成されることになるわけである。実務面においても、このような構成の仕方は一般的に承認されているところである。⁽¹⁶⁾

理論的な問題点としてさらに取り上げるべき点は、不正競争防止法(以下、UWG)と共通の概念である「業績競争(Leistungswettbewerb)」をめぐる議論である。議論の詳細についてはここでは論じないが、GWBの運用の中で注視すべき点を取り上げる。

近年、この「業績競争」論を通じてGWBの運用にUWGとの接近がみられるようになっていいる。

「不当販売」のケースを例にみることにする。

「業績競争」についての一応の理解を示しておく、これは、事業者の有する能力、すなわち、当該市場における効率性、技術力、製造・販売面での戦略性、先見性、ノウ・ハウ等を競争上、遺憾無く発揮することで、「良質・低廉」の商品・サービスを顧客・消費者に提供することと解され、しかもそこには「公正の観念」が要求される。⁽¹⁷⁾

「業績競争」についてのこのような理解を「不当販売」に当てはめてみると、「販売」行為それ自体は、価格競争の結果ともみられ、「業績」に見合った行為と評価することができよう。したがって「不当販売」の場合には、その「不当性」に「反」業績性を見出すことになる。その場合「反」業績性には、UWG一条という「反良俗性」にも通じるものが認められる。

まず、ドイツ連邦通常裁判所のアプローチをみると、競争の自由に向けられたGWBの目標を考慮にいれて、当事者の利益を衡量することで「不当性」を判断するという「利益衡量基準」が採用されている。このアプ

ローチはドイツの通説も支持するところである。⁽¹⁸⁾

その内容をみると、衡量の対象となる利益については、GWBおよびUWGの目的に反しない限り、原則としてすべての利益が含まれる。市場支配的あるいは市場で有力な事業者についてみれば、自己の市場における地位を強化・拡大させる（競争相手の不利益をも含む）最適の可能性を利用する利益を有するといえる。他方、妨害を受ける側についてみれば、市場支配的あるいは市場で有力な事業者によって当該市場において、競争上の活動の可能性を侵害されないという利益に限られる。市場における参入の機会均等の確保に重きを置くわけである。

この対立する利益のいずれを重視するかについて、競争法上の視点から優先順位をつけるアプローチが採られる。判例によれば、市場支配的あるいは市場で有力な事業者がその目標を達成するのに、まったく競争相手の妨害を伴わないでも可能であるか、あるいはより低い程度の妨害で可能となる方法が他にもあれば、その方法を採用すべきであり、それを採らない場合には、当該措置は不当であると評価される。⁽¹⁹⁾

次に、UWG一条の「反良俗性」についてみると、「仕入れ原価割れ販売」の場合であっても、競争目的のために行われる廉売行為である限り、原則として、これは許容される。例外的に許されないのは、ライヒ裁判所の判例によれば、特定の競争相手を抑圧したり、あるいは市場から徹底して排除する意図をもって実施される廉売行為（すなわち、略奪的価格行為）である。また、UWG一条の規範目的が「競争の存続の保護」へと拡張されたことと相俟て、「反競争的な市場障碍（Marktstörung）」すなわち「市場への影響」という視点も加味されるようになっていた。

もっとも、ドイツ連邦通常裁判所のこれまでの態度をみると、略奪的価格行為を理由として「反良俗性」を肯定した例はなく、むしろ当該廉売行為が「商人的慣行（Kaufmännische Grundsätze）」をないがしろにした」結

果である場合に初めて良俗違反であると判断される。

「反競争的な市場障碍」については、ドイツ連邦通常裁判所はこれを「競争もしくは経済秩序への共通の損害となる障碍」と位置づけている。「市場障碍」の視点から販売行為の「反良俗性」が推論されたとした判例として Preiskampf 判決がある。⁽²¹⁾ 本判決では、仕入れ原価割れの供給が反競争的でないとしても、市場で有力な事業者による値引競争が、小規模の競争相手から商品販売の機会を奪ったり、その競争相手自身の存続それ自体危うくするような場合には、UWG 一条違反となるとされ、その限りで「市場障碍」が確認された。

前述の「競争もしくは経済秩序への共通の損害となる障碍」という表現は、UWG 一条の判例が GWB の「市場支配力の濫用」に関する実務へと接近している様子を示すものと解される。⁽²²⁾

以上から UWG 一条にみる「反良俗性」についてまとめると、UWG 一条から仕入れ原価割れ販売に対する制限が導き出せるのは、「商人的慣行」に基づかず、販売行為が競争相手を抑圧する意図で行われる場合であるか、当該行為参加者の市場における地位および当該措置の方法により、当該市場における競争の存続に重大な危険が及ぼされる場合に限られる、ということになる。殊に、「競争の存続の保護」という点については、UWG と GWB による規制の基準が接近しつつあることが指摘される。

第六次改正で「原価割れ販売の禁止」が盛り込まれたのは、このような動きを反映したものとも考えられる。

(三) 不可欠施設の利用拒絶

前述のように、EU 競争法との調整を目的として、同法の判例法理として形成されてきた「不可欠施設の法理」が、第六次改正を通じて GWB に導入された。

同法理の導入は、一九九六年七月のドイツ連邦カルテル庁からドイツ連邦経済省への提案によるものである。

その発端としては、競争によっては有効に規制されないエネルギー経済の領域における事業者の市場地位の形成を修正しようとする点を挙げることができよう。しかし、GWBにおける問題は、エネルギー等の供給の部門に限定されるものではなく、あらゆる経済領域に及ぶものである。その領域の中に、ネットワークの独占が存在したり、あるいは市場支配的事業者が、競争の開始にとり「不可欠なその他の施設」を自由に利用できたりすることがある。その場合に、第三者による当該施設や権利の共同利用が求められて然るべきである。⁽²³⁾

ドイツ連邦経済省も同じ考えに立ち、一九九七年三月十七日、「不可欠施設の法理」をGWBに導入する原案を示した。同省の原案では、ヨーロッパ裁判所の判例およびEC委員会の行政実務の分析に基づき、EC条約八八条の一般のアプローチに依じて、GWBにおいても可能な限り統一的な解決方法を採用すべきことを、その理由づけの中で引き合いに出している。⁽²⁴⁾

GWBにとって、市場支配的あるいは市場で有力な事業者に課せられる「協力義務」を考察する契機となった事案として、*Gasdurchleitung* 判決が挙げられる。⁽²⁵⁾ 本件は、ガス管の敷設目的のためには競争相手であつても、ガスの導管に際して、自己のガス管はその競争相手の利用に供されなければならないか、そしてそれはいかなる要件のもとにおいて認められるべきかが問われたものである。基本的にはエネルギー経済部門（公益事業）での問題であり、GWBの旧一〇三条、旧一〇三a条の対象となる。しかし、その導管の拒絶は、同時に、当該市場における支配的地位の濫用としても構成することができることから、GWBの旧二条四項、五項および旧二六条二項の問題としても取り上げられたわけである。その背景には、エネルギー部門でも他の部門と同様に、一般的な競争原理を導入すべきであるとの機運があったことも否定できないであろう。⁽²⁶⁾

もっとも本件では、ドイツ連邦通常裁判所は、一般的な濫用監視の基準を設けて旧二条や旧二六条を適用するという方法を避け、「協力義務」が存するかどうかは、包括的な利益衡量的方法で判断すべきであるとした。

すなわち、市場支配的事業者であっても、競争上有利な立場を利用する権利があることを認め、一般的な形での「協力義務」を認めるには至らなかったのである。

同裁判所は、一般的な形での「協力義務」を市場支配的あるいは市場で有力な事業者に認めなかったわけであるが、それは同時に、場合によっては、この「協力義務」を肯定することもあるとの判断を示したわけでもある。残念ながら、同裁判所は「包括的な利益衡量」と述べるのみで、その境界線については何ら言及していない。実は、この点が今回の改正においても問題となり得るところである。つまり、何が「不可欠な」施設とみられるのか、そしてまた、その施設の利用拒絶が「不当」とされるのはいかなる条件の下においてであるかが問題である。

「不可欠施設」は、狭義に、物理的意義における施設としてのみとらえるべきではない。EU競争法の判例では、「不可欠施設」の概念を一般に広く解しており、構成要件としては、結局のところ輪郭がないといえ、われわれに法的安定性を与えるものではない。例えば、自動車メーカーにとっては、「不可欠施設」とは、競争相手の製造設備であったり、化学製品メーカーにとっては、薬品製造のノウ・ハウであったり、テレビ局にとつては、劇映画であったりして、これらがなければ競争力あるプラン、プログラムなどを提供することができなくなるわけである。このように、それぞれの産業分野において「不可欠」とされる「施設」は様々であって一様ではない。

したがって、「不可欠施設」を定義するに当たっては、競争を開始する際の「必要性」と解さざるを得ず、この「必要性」とは、他の事業者には固有の施設の設置が不可能であるか、またはそれが期待できない場合のみを指すということになろう。

GW Bではどのような運用になるか予測はつかないが、EU競争法との調整を意図していることから、同法

の判例法理に従って機械的な運用をするとも予想される。いずれにせよGWBの動向に注目していかなければならない。そして右にみた問題点がどのように解決されるのかも注目する必要がある。

- (13) 拙稿「ヨーロッパ競争法にみる価格濫用規制の展開」『EC法と欧州連合の現状』(関西大学法学研究所研究叢書 第十二冊) (平成八年) 九七頁参照。
- (14) 拙稿前掲(註7) 一二〇頁参照。
- (15) その他の搾取的濫用の事例として、拙稿「ドイツにおける市場力の濫用規制について」『公正取引』四八五号(平成三年) 五一頁以下参照。
- (16) 改正二〇条の名宛人として独自性を示すのは、「従属性」をメルクマールとする相対的な市場力との関係で有力とされる事業者である(市場で有力な事業者)。拙稿「経済力濫用規制の研究(四)」『追手門経済論集』二六卷二一号(平成三年) 六二頁以下参照。
- (17) 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(六)」『公正取引』三八九号(昭和五八年) 五四頁、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」『法学研究(一橋大学研究年報)』二九(平成九年) 二九頁参照。周知のように、わが国独占禁止法における「不公正な取引方法の禁止」にみるメルクマールである「公正競争阻害性」との対比(すなわち、「能率競争」との対比)が行われている。
- (18) 以下は、拙稿前掲(註12) 五頁以下の要約である。
- (19) Vgl. W. Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln, u. a., 1983, Rdnr. 551.
- (20) RGZ 134, S. 342 „Benrather Tankstelle“.
- (21) WuW/E BGH 2547.
- (22) F. Rittner, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 1993, S. 63.
- (23) Vgl. H. J. Bunte, a. a. O., 302 f.
- (24) Vgl. H. J. Bunte, a. a. O., 308.

- (25) WuW/E BGH 2953.; K. Markert, Die Verweigerung des Zugangs zu „wesentlichen Einrichtungen“ als Problem der kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht, WuW 1995, 560 ff.
- (26) 前掲註9参照。なお本件では、第三者のために施設を開放するサービスが、これまで市場ではまだ提供されていなかったことも争点とされた。商品市場の画定に関する問題で、これまで第三者のために市場では提供されていなかった輸入天然ガスの輸送行為について、固有の市場を想定することができるかが問われたわけである。ドイツ連邦通常裁判所は、GW B旧一〇三条五項二文四号に依拠して解決を図った。また、このようなアプローチのもと、同裁判所は「不可欠施設」の利用に関する市場の存することを確認している。
- (27) U. Schnelle, Die Öffnung von leistungsnotwendigen Einrichtungen für Dritte und der Schutz des Eigentums, EuZW 1994, 556, 557.

四 わが国独占禁止法への示唆

これまで述べてきたところおよび検討を踏まえて、わが国独占禁止法への示唆となる点を、以下、取り上げる。

わが国独占禁止法における「私的独占の禁止」規定の適用が、これまで低調であったのは、同規定の抽象性もその要因の一つとされる。

独占禁止法三条はその前段で「事業者は、私的独占（中略）をしてはならない」と規定し、同二条五項の定義でも「他の事業者の事業活動を排除し、又は支配することによ」る競争制限行為と定めるのみである。前述のように、どの程度の市場支配力を背景とすれば、定義規定にいう「排除」または「支配」に該当するのかわではない。

これまで、平成に入るまでの「私的独占の禁止」違反事件で対象とされた事業者は、ほとんどがその市場占拠率、市場順位等において圧倒的な規模を有するものであった。²⁸⁾ およそ「私的独占の禁止」に該当する事業者たるものは、文字通り大規模な事業者であることを暗黙のうちにイメージしていたためであるかもしれない。その結果、審決・判例として取り上げるに至った事例は極わずかなものとなってしまった。

この点、前述のように、GW Bでは「市場支配的地位」を、いわゆる「完全独占」の場合に限定しない。競争相手との関係において、つまり「相対的」な位置関係において「市場支配」が認められればよしとしている（改正一九九二項二号参照）。このようなGW Bの運用が、わが国独占禁止法においても参考とならないであろうか。

わが国独占禁止法において、公正取引委員会による同法の「有権解釈」を示すガイドラインの中に、「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針」（平成三年七月一日）というものがある。その中でいわゆる「有力な事業者基準」がある。これによれば、「当該市場におけるシェアが一〇%以上、又はその順位が上位三位以内であること」が「有力な事業者」であることの「一応の目安とされている。²⁹⁾ これは、ガイドラインの中での、「有力な事業者」を位置づけるための一つの基準にすぎないが、独占禁止法そのものを改正するというドラスチックな方法を避けるのであれば、同法の運用を図るためのガイドラインを設定して、「私的独占の禁止」の背景となる「市場支配的地位」についての目安を設けることも一つの方法である。このような目安を設けることにより、「不公正な取引方法の禁止」との区分も容易になるわけである。

GW Bにおける「優越的市場地位」にみる考慮事項を手掛かりとし、さらに「市場占拠率」についてみれば、GW Bでは、単独の事業者につき、「少なくとも三分の一の市場占拠率を占めるときは、市場支配的であると推定される」と規定していることから、「私的独占の禁止」についても当該事業者が、一定の市場占拠率を占める

場合には、「市場支配的地位」の一つの目安としても差し支えないものと考えられる。その場合、GWBを参照して「有力な事業者基準」との権衡を考えれば、村上政博教授が考えておられるように、⁽³⁰⁾単独の事業者が「一定の取引分野で四〇％」以上の市場占拠率を有していれば、「市場支配的地位」が認定されるもの⁽³¹⁾と考える。

次に、事業者の「市場支配的地位」ないし「市場支配力」の濫用の発現形態である「排除」および「支配」について若干述べる。

GWBにみる「妨害的濫用」（および「不当な妨害行為」）という「他の事業者の競争の可能性の侵害」というメルクマールは、「私的独占」における「排除」および「支配」と共通項を有するといえる。すなわち、いずれの行為も、他の事業者の事業活動を制限する行為であり、事業活動を継続的に困難にさせたり、新規参入を困難にするものが「排除」であり、その事業活動を自己の意思に従わせる場合が「支配」である。ここにいう「他の事業者の事業活動を制限する行為」は、「他の事業者の競争の可能性の侵害」と評価することもできる。

「排除」行為と関連して、第六次改正でGWBに導入された「不可欠施設の法理」も、「私的独占の禁止」の運用に活性化をもたらす余地があると考えられる。GWBでは、公益事業、情報通信分野および交通事業の分野での適用を想定しているようである。わが国の場合でも、同じような事業分野での適用は可能であろう。これまでのところ、同法理を直接適用した事例はない。しかし、基本的な考え方の部分で、同法理を適用したのと同じ結果をもたらしているのも事実である。平成八年五月八日の「日本医療食協会事件（勧告審決）」も「不可欠施設の利用拒絶」の事例として位置づけることができる⁽³²⁾。

また、いわゆる「公的独占」についても「私的独占」に問擬される場合がこれまでもあったが、同法理を根底に据えることで、当該事業者に「排除」または「支配」行為があったときには、その支配的地位の濫用として構成することがより容易になるものと思われる。

もともと、わが国独占禁止法において「不可欠施設の法理」の適用を認めるとしても、E U競争法の判例において定められている前述の「定義」を形式的・機械的に適用することについては、否定的に解したい。基本的な考え方として同法理を支持しつつ、具体的事案においては総合的に考察するというアプローチで臨むべきである⁽³³⁾と考える。

以上のように「私的独占の禁止」を構成することで、独占禁止法三条前段のさらなる適用の可能性を開くことができるものと思われる。それは、同時に、市場に対する効果が同じである「不当な取引制限の禁止」との構成要件の区分の明確化をもたらすことにつながる⁽³⁴⁾こととなる。

- (28) 例えば、「東洋製罐事件」(昭和四十七年九月一八日勧告審決・審決集一九卷八七頁)、「野田醬油私的独占事件」(東京高裁昭和三二年二月二五日判決・高民集一〇卷一二号七四三頁)、「雪印・農林中金事件」(昭和三二年七月二八日審判審決・審決集八卷一二頁)など。
- (29) 同様の基準が、持株会社に関する、「事業支配力が過度に集中することとなる持株会社の考え方」(平成九年一月八日)の中で、「有力な会社」の目安として採用されている。
- (30) 村上前掲書三三五頁参照。
- (31) GWBのように、「市場支配的地位」を推定するという規定内容にした場合には、対象とされる事業者には「反証」の機会を設けておく必要があると思われる。
- (32) 拙稿「私的独占の新展開」『追手門経営論集』二巻二号(平成八年)七九頁以下参照。
- (33) 滝川敏明「日米E Uの独禁法と競争政策」(平成八年)一七五頁以下、同「単独の取引拒絶規制の日・米・E U比較」『持株会社と独占禁止法』経済法学会年報一七号(平成八年)一四九頁以下も同じ趣旨ではあるまいか。
- (34) 鷹巢信孝「私的独占(独禁法二条五項)の論理構造」『佐賀大学経済論集』三〇巻三・四合併号(平成九年)一九二頁以下は、緻密に「私的独占の禁止」の論理構造を分析する論文であり、本稿の執筆に当たり大いに参考とな

り、かつまた大いに刺激となった。筆者は、鷹巢教授の経済法学に私法学の研究方法をもってアプローチするという姿勢に、共感を覚えるものである。もちろん、誤解があるとすれば、筆者の責とするところである。

五　む　す　び

GWBは一九九七年、その制定から四〇周年を迎えた。まさに今回の第六次改正は四〇年振りの大改正であるといつてよからう。

改正の背景には、前述の通り、EU市場統合に伴うEU競争法との調整があった。しかしながら、本稿のテーマに絞ってみても、GWBのヨーロッパ化という意図にもかかわらず、改正法は依然、ドイツ色の濃い内容である。EU市場の中でのドイツの地位を反映した結果であるかもしれない。この点、EU結合規制規定の中にも、ドイツの事情を反映した条項が認められているのと同様である。改正作業の過程で、「市場支配的地位の推定規定」をめぐる⁽³⁵⁾は、削除を求める声が圧倒的であった。それにもかかわらず、同規定は存続しており、競争法としてのGWBの優位を垣間見ることができる。

GWBのヨーロッパ化という問題は、わが国独占禁止法との比較法研究において、直接的な有用性、有意性をもたらすものではないかもしれない。しかし、国際社会の中での独占禁止法という視点が強く求められる今日においては、独占禁止法のハーモナイゼーションという問題は避けて通れないであろう。その意味で、GWBの今回の改正は価値ある試みであると評価したい。そしてこの試みが真に価値創造的なものとなるかどうかは、GWB自身の運用にかかっている。今後の動向に注目していきたいところである。

本稿は、冒頭で示した通り、GWBにおける事業者の市場支配力の規制状況を概観することを通じて、「私的

独占の禁止」を貫く規制法理の手掛かりを掴むことを目的とした。本稿においてどこまでこの目的が達成できたか、正直いって心もとないところである。異なる文化を背景とする二つの法を比較検討するわけであるから、単純な比較など学問上あまり意味のあることではなからう^⑧。この点も、どこまで意識して維持することができたか不明である。大方の批判を仰ぐ所存である。

(35) 例えば、M. Dreher, a. a. O., 902.; H. J. Bunte, Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle-Gründe, Leitlinien, Vorschläge für Einzelregelungen, WuW 1994, 5, 18.

(36) わが国独占禁止法とGWBおよびEU競争法とは、確かに、市場支配力の規制を示す規定の仕方には違いがある。しかし、規制の実質面をみれば、いずれもさしたる違いはないといって差し支えないであらう。佐藤一雄『市場経済と競争法』(平成六年) 三三二頁参照。

(追記) GWB第六次改正法の正文と立法理由書は、Wirtschaft und Wettbewerb誌に掲載の予定である。残念ながら、本稿脱稿の時点ではこれを参照することができなかった。もっぱら、インターネットで知り得た範囲で本稿をまとめた次第である。他日、立法理由書を踏まえた形で本稿を再構成したい。

また別途、脱稿後に、ドイツ連邦議会および同参議院刊行資料を入手することができたが、その際、山部俊文一橋大学教授および中西優美子氏(一橋大学大学院博士課程、ミンスター大学法学博士)の手を煩わせた。この場を借りてお礼申し上げたい。

なお本稿は、本誌上の筆者の最後の論文になると思う。これまで拙稿の掲載の機会を与えてくれた追手門学院大学経済学会および同経営学会にお礼申し上げます。郷里に戻っても、企業法、経済法の研究にさらに取り組んでいく所存である。

(参考) 試訳 G W B 第六次改正法一九条、二〇条

一九条 市場支配的地位の濫用

一項 単独の又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は、これを禁止する。

二項 単独の事業者で、特定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号の何れかに該当する場合には、その事業者は市場支配的である。

一号 競争者がいないか実質的な競争に直面していないとき

二号 自己の競争者に対する関係で優越的な市場地位を有するとき。この場合特に、市場占拠率、資金力、調達市場又は販売市場へのアクセス、他の事業者との連係、他の事業者の市場参入の際の法律上又は事実上の障壁、この法律の適用範囲の内外に位置する事業者による現実の又は潜在的な競争、供給又は需要を他の商品又は役務に転換する能力、並びに市場の相手方の他の事業者へ回避する可能性を考慮しなければならない。

二以上の事業者で、当該事業者間に特定の種類の商品又は役務につき、実質的な競争が存在せず、その限りで二以上の当該事業者が全体として前段の要件を満たす限りにおいて、その事業者も市場支配的である。

三項 単独事業者が、少なくとも三分の一の市場占拠率を占めるときは、市場支配的であると推定される。次の各号の何れかの場合には、事業者の全体も市場支配的であるとみなす。

一号 三社以下の事業者で、市場占拠率の合計が五〇％に達するとき。

二号 五社以下の事業者で、市場占拠率の合計が三分の二に達するとき。

但し、事業者が、当該事業者間の競争条件が実質的な競争を期待させること、又は事業者の全体が他の競争者との関係において優越的な市場地位を有しないことを立証するときは、この限りではない。

四項 濫用は、市場支配的事業者が特定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次の各号の何れかに該当する場合に、特に認められる。

一号 他の事業者の競争の可能性を、当該市場における競争にとり重要な態様で実質的に正当な理由なく侵害するとき。

二号 有効な競争が存在すれば高い蓋然性を以て生じるであろうものとは異なる対価、又はその他の取引条件を要求するとき。この場合特に、有効な競争が存在する比較可能な市場における事業者の行動を考慮するものとする。

三号 市場支配的事業者自身が比較可能な市場において同種の購入者に対して要求するよりも不利益な対価、又はその他の取引条件を要求するとき。但し、その差異が実質的に正当であるときは、この限りではない。

四号 他の事業者には法律上又は事実上の理由から、共同の利用なしには、取引段階の前後の市場で、市場支配的事業者の競争者として活動することが不可能な場合に、他の事業者に相当の対価と代えて固有のネットワーク又は他のインフラストラクチャーの利用を認めることを拒絶するとき。但し、市場支配的事業者が、共同の利用が経営上又はその他の理由から不可能であるか、又は期待され得ないことを立証するときは、この限りではない。

二〇条 差別および不当な妨害行為の禁止

一項 市場支配的事業者、二条ないし八条、二八条一項並びに二九条にいう事業者団体、および一五条、二八条二項、二九条二項そして三〇条一項により価格を拘束する事業者は、同種の事業者が通常参加可能な商取引において、他の事業者を直接又は間接に、不当に妨害したり、又は同種の事業者に対し実質的に正当な理由なく直接又は間接に、差別的に取り扱ってはならない。

二項 特定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者としての中小規模の事業者が、他の事業者に回避する十分かつ期待し得る可能性がないほどに、特定の事業者又は事業者団体に従属する場合には、一項は当該事業者および事業者団体にも適用する。需要者が、特定の種類の商品又は役務の供給者から通常の商取引上の割引又はその他の代償の他に、同種の需要者には保証されないような特典を定期的に受け取る場合には、当該供給者は一文の意味において、当該需要者に従属しているものと推定する。

三項 市場支配的事業者および一項の意味での事業者団体は、商取引において、実質的に正当な理由なく特別条件を自らに保証するよう、他の事業者を誘引するために、その市場における地位を利用してはならない。一文は、二

項一文の意味における事業者および事業者団体に従属する事業者との関係において、当該事業者および事業者団体にも適用する。

四項 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、当該競争者を直接又は間接に不当に妨害するために、行使してはならない。一文の意味における不当な妨害は、事業者が商品又は役務を一時的ではなく原価以下で提供する場合に、特に認められる。但し、実質的に正当な理由があるときは、この限りではない。

五項 特定の事実に基づき、一般的な経験に照らして、事業者が四項の意味におけるその市場力を行使した外観が示されたときは、当該事業者には、その外観に対して反証する義務と、その反証の要求を正当化する事実につき、関係する競争者又は三三條による団体には不可能であるが、当該要求を行う事業者には容易でありかつ期待し得るような説明を、自己の営業範囲から行う義務が課される。

六項 経済・職業団体並びに品質表示団体は、その拒否が実質的に正当化されない差別的取り扱いであり、競争上、事業者を不当に不利益とする場合には、当該事業者の団体への加入を拒否してはならない。