

取引における力の濫用（一）

——西独における「購買力濫用」問題を素材として——

舟田正之

一 はじめに

1 問題の所在

2 西独における「購買力濫用」問題

二 競争制限禁止法（GWB）における濫用規制

1 一九五七年法

2 一九六五年（第一次）改正

3 一九七三年（第二次）改正

4 一九八〇年（第三次）改正（以上本号）

三 「購買力の濫用」問題の展開

四 濫用規制の性格

五 結語（以上次号）

一 はじめに

1 問題の所在

(1) 取引当事者間において優越的な地位に立つ者が取引の相手方に対し、様々の不当な取引条件等を押し付ける

ということがしばしば見られる。この種の現象に対しては、例えば暴利行為などについては、従来から民法上の公序良俗・信義則違反あるいは権利濫用として取り上げられてきたし、その他、物価統制令九条の二、一〇条による暴利行為等の禁止がある。各種の個別業法にも不当な差別的取扱い、取引拒否等を禁止する規制がおかれており（例えば、電気通信事業法七条、三四条、三六条、電気事業法一八条、二一条、三一条等）、更に消費者を取引の相手方とする場合の約款に対する各種の規制の強化が論じられてきたことは周知の通りである。

これらと並んで、わが独禁法は、「取引上の地位の不当利用」（二条九項五号）、及びこれを受けた公正取引委員会告示による「優越的地位の濫用」（二条指定一四項）の規定において、取引における力の濫用を規制すべきものと定めている。

(2) 一般に、近代法における契約法の原理たる「契約自由の原則」、「私的自治の原則」と市場経済秩序とは、歴史的にかつ論理的に不可分に結びついており、前者の原理は後者の法的側面にすぎないとされる。しかしながら、現代資本主義の下では、契約の自由が社会的事実として機能し得るのは、「社会的・経済的な力がほぼ対等な当事者間の契約、例えば、大企業間の契約、団体協約、全くの個人間の契約などに存するくらいであり」、それ以外の多くの場合には、「一方当事者の自由のみあって相手方当事者の自由はない」。このような取引における当事者間の力の格差、およびそれと密接に関連する市場経済秩序における競争機能の著しい障害ないし機能不全が広く認識され、かつ、法的正義の観念が実質に即して実現されることが強く要請されるようになるとともに、多くの司法的・立法的ないし行政的規制がなされているのであり、従って、今日では契約の自由が原則であってその制限が例外であるとするのは適当ではなく、「契約には自由と干渉（強制）とが錯綜すると見るのが正しい」と説かれるに至っている⁽¹⁾。

右のような法の実態についての認識を前提とすれば、取引上の力の濫用に対する前掲の諸規制を全体としてどのように整合的に理解し、殊に、独禁法上の濫用規制をどのように把握することができるであろうか。

(3) 本稿は、右の問題意識を基礎におくものであるが、わたくしにとってそのような問題意識を先鋭化させた具体的契機は、いわゆる三越事件⁽²⁾であった。本件において、三越は、組織的または計画的な販売方法等を実施するに当り、納入業者に対して、特定の商品・役務を購入するよう要請し、納入業者は三越との納入取引を継続して行う立場上、その購入を余儀なくされていた(「押し付け販売」)。また、三越は、大売り出し等の催物の費用の負担を納入業者に要請し、納入業者はその負担について合理的な理由が示されていないにもかかわらず、同じく納入取引を継続するため費用負担を余儀なくされていた。

本件事実に関し、特に契約の自由の原理ないし公序良俗違反(殊に暴利行為)との対比において注目されるのは、第一に、納入業者間の競争および三越を含む小売業者間の競争は激しく行われており、その限りで市場メカニズムは一応十分に機能していると言ふことができるということ、第二に、ここでは前期的な収奪という性格はなく、納入業者は、冷静で合理的な判断に基づいて三越の強要に応じたことである。従って、三越の本件行為は、民法上の公序良俗等の規制の対象にはなり難いものであるとともに、独禁法上も、競争が活発である以上、何故に「公正な競争を阻害するおそれ」(二条九項柱書)があるといえるのか、という反論が出されたわけである。

但し、ここで右の事実関係について補足すべきこととして、右の第一点については、小売業者間の競争と広く把握れば活発で激しいことは明らかであるが、大規模小売商とその他の中小小売商とでは明らかな力の格差があるとともに、店舗の態様、取扱商品の種類、販売政策等にも差異があり消費者の購買意識・行動にもそれが反映している(例えば、贈答品は有名百貨店、特に三越が好まれる等々)。これらの事情から、公正取引委員会事務局「小売業における合併等の審査に関する考え方」(昭和五十七年七月二四日)は、「一定の取引分野」について、百貨店・量販店・一般小売店を区別すべき場合もあるとしている。また第二点については、納入業者間の競争は激しいが、一旦百貨店と継続的な取引関係を結ぶことに成功すると、自己の商品のブランドについて一定の差別化が可能にな

るとか、他の事業者との取引においても一定の信用力がつく等のメリットがある。百貨店側としても、有力・優秀な、継続的信頼関係にある納入業者と取引することに利益を見出すので、両者の間には一定の「取引の固定性」が生じる。この場合でも、多くの百貨店に納入している業者で、自己のブランドが著名で消費者の信用・支持を得ている者は、百貨店と対等またはそれに優越する地位を持っていることがある。しかし、三越だけに納入している中納納入業者、あるいは三越との取引に自己の経営基盤をもつ納入業者は、他の百貨店との取引を獲得することが極めて困難であるので、三越との取引に固執せざるを得ない。また、このような事情を背景にして、程度の差こそあれ、多くの百貨店は納入業者に対し、三越の前記行為に類する濫用行為をしているともいわれている。

(4) もともと、ある取引が成立、継続する場合、そこにおける取引条件（価格、支払条件等々）、あるいは当該取引関係に関連して生ずる諸関係（押し付け販売等々）は、取引当事者双方にとって少なくとも主観的には合理的な判断の結果として実現されるものである。その限りでは「現実的なものは理性的である。」として、実現された取引条件等を一般には肯定的に評価してよいであろう。もっとも、従来から民法上問題とされてきた前期的収奪関係や、相手方の一時的な困窮に乗じて不当な不利益を押し付ける等の場合は、社会的正義の観点から法律上認めないとするには異論がないであろう。しかし現代の大企業が関わる取引においては、このような明らかな不正行為がなされることはほとんどないと推測される⁽³⁾。

他方で、合理的な取引の外観をとりつつ、平等かつ自由で独立した主体間の取引という近代民法の契約理念とかけ離れた実態をもち、社会正義の観点からも強者の横暴ではないかと疑わせる行為は、今日でも広汎に見出すことができる。右の三越の押し付け販売等の行為はその一例であり、その他、「百貨店業における特定の不正な取引方法」（特殊指定）や下請代金支払遅延等防止法などが規制の対象とする諸々の行為もこれに当る。

さきにもふれたように、現代資本主義社会においては、市場経済秩序の中核的機能である競争が理念型たる完全

競争から著しく乖離し、大企業が経済的な力を獲得するに至っている。ここに私的権力・経済的権力の発生と強化という現象が広汎に生じたのである。⁽⁴⁾ この経済的な力については、一方で、関係する諸競争市場における大企業の市場支配力および競争制限的行為、他方で、個別的な取引関係・競争関係における大企業の力の濫用、という二種類の問題に整理することができる。これら両者は互いに関連しているのであり、これについては以下のように理解することができる。⁽⁵⁾ 完全競争の下では、すべての市場参加者は国家からの法的規制を受けない限りで（すなわち、形式的概念としての）「取引の自由」を享受する一方で、市場のコントロールを受ける。ところで、この市場によるコントロールは、経済学上はきわめて純粹理論的にとらえられており、すなわち、市場における様々の取引条件は、すべて価格に還元して考えることができるということを前提として、市場価格は市場全体における需要と供給の関係から定まり、逆に市場価格を与件として個々の経済主体はそれに適応することを強制されるという価格のパラメーター機能が想定されている。これに対し、不完全競争の下では、寡占的大企業は、右のように市場に条件づけられた (marketbinding) 受動的な立場を脱しようとして、製品差別化、流通系列化等の経営戦略をとって、能動的に市場条件に影響を与えようとする (Marktbeeinflussung)。⁽⁶⁾ これにある程度成功した大企業は、競争によってコントロールされない、一定程度の行動の余裕 (Handlungsspielraum od. Verhaltensspielraum) を獲得し、価格のパラメーター機能は部分的にせよ機能障害に陥る。ここに成立する大企業の力は、一方で、市場における競争の圧力を受けつつも、逆に、自らの市場戦略をある程度競争場埋において実現することを可能にし、他方で、取引の相手方あるいは特定の競争者に対して、不当な不利益を押し付けあるいは不利な状況を作り出すことを可能にする。

(5) これら二つの問題のうち、前者の市場支配力ないし競争制限については、独禁法の中心的テーマとして議論が重ねられてきているが、ここでの問題関心からは次の二点を指摘しておく必要がある。第一に、市場支配および市場支配力は、「程度の問題」⁽⁸⁾ であって、有効な競争が実現している市場と市場支配力が成立している市場とが明確

に区別されるわけではない。そして、多くの場合、実際に問題とされるのは両者の中間的狀態にある市場なのである。第二に、市場支配力は理論的には右述のように価格をパラメーターとする競争を制限することのできる力として把握得るとしても、現実はその力が存在し実効性を有していることは、具体的な取引の相手方あるいはその競争者に対して自らの意思(経営戦略)を貫徹することによって実証される。従って、現実には、市場支配力(市場全体に対して効力を有するという意味で絶対的市場力 absolute Marktmacht と呼ばれる)と、特定の者に対してのみ成立する相対的な市場力(relative Marktmacht)との境界は不明確であり、また多くの場合は流動的であるといえよう。

右の点は、後に詳しく述べるとして、本稿の具体的対象である取引の相手方に対する力の濫用については、法的ないし行政的問題として取り上げられたケースが少ないこともあって、いまだ十分につめた議論がなされていないと思われるし、前述のような他の法分野——民法、諸々の業法、約款規制等々——における濫用規制との関連にふれた議論が展開されたこともほとんどなく、これら諸法規における濫用規制の相違を明らかにしようとする試みも未だなされていない。

もともと、独禁法の通説的立場によれば、不公正な取引方法は、単なる個別的関係における濫用規制としてでなく、市場における競争機能の部分的障害に対応するという性格が基本と解されており、濫用規制を正面から定める「取引上の地位の不当利用」(同法二条九項五号)は、各種の不公正な取引方法の中で、変種ないし例外的規定として位置づけられている。⁽⁹⁾ 従って、濫用規制の体系的把握という問題意識が生まれなかったのも当然といえよう。しかし、近年に至り、通説的見解の中から、この濫用規制を「自由競争基盤の確保」のためのもとして積極的に位置づける説が有力に提唱されており、⁽¹⁰⁾ これによれば、このように位置づけられた濫用規制が、他の不公正な取引方法に該る諸類型、あるいは民法等の濫用規制とどのような関係に立つかという問題が生ずることになる。

他方で、少数説として、不公正な取引方法を、企業間または企業と消費者との間の個別的従属関係において生じ

る力の不当利用に対する規制として把える見解があり、⁽¹¹⁾ 私もこれに基本的に拠りながら、「力の濫用」——「取引の自由」の侵害——「業績競争」原理、という連関で理論構成を試みている。⁽¹²⁾ 本稿は、前掲の「取引上の地位の不当利用」という濫用規制の中核的規定を検討の対象として取り上げて、前述(一)(2)末尾)の基本的問題に接近しようとするものである。すなわち、独禁法上の「力の濫用」規制の意義、それと一般私法上の権利濫用の規制との関係、殊に、民法上の弱者救済あるいは不公正な内容の契約(約款)規制を充実すれば十分なのか、それとも、それとは別に、独禁法上の濫用規制を置く必要性があるのか、また、これら両規制をどのように理論的に位置づけ体系化するが、等を幾分かでも明らかにすることを課題としたい。

2 西独における「購買力濫用」問題

(1) 本稿では、右の問題に接近するにあたり、具体的には、購買力(Nachfragemacht od. Nachfragemacht; buying power)を有する大規模小売商(百貨店・量販店等)による納入業者に対する力の濫用の問題に限定し、それに関する西ドイツの法制およびその運用実務の検討を通して、わが独禁法上の取引の相手方に対する力の濫用規制の理論的把握とそれに基づく解釈論を試みる。

大規模小売商の購買力の濫用の問題は、三越事件にふれて述べたように、市場支配力を有しない大規模小売商が、納入業者に対し相対的な市場力を行使するという点で、本稿の問題意識にとって典型的なケースであり、また実際上の影響の広がりという点でも大きな社会的意義を有していると思われる。後者の点については、この問題は、先進資本主義国にある程度共通して見られる現象であり、このことはOECD制限的商慣行専門家委員会による報告書「購買力——支配的購買者による市場支配力の行使」(一九八〇年)にも現われているところである。⁽¹³⁾

ただし、購買力一般の問題としては、従来から買手独占のケースとして論じられてきたし、個別問題としては、近年の西ドイツの場合では、自動車メーカーとその下請業者(部品・原材料メーカー)との間の関係、公的独占体

たる連邦鉄道や連邦郵便などにおける取引相手特別指定制の撤廃等に伴って生じた買手独占的地位の濫用の問題、および大規模小売商と納入業者との間の関係の三者が主として取り上げられている。本稿では、これらのうち第三の大規模小売商の力の濫用の問題を扱うが、他の二つの問題にも、事柄の性質上、共通に論ずべきこと（例えば、「力」の認定の問題）についてはふれることがある。

(2) 次に、本稿における検討の具体的素材としては、西ドイツの競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. 以下、GWBと略記）を中心に、不正競争防止法（Gesetz gegen unlautere Wettbewerb. 以下、UWGと略記）にもふれつつ検討を行うこととする。

この点については、第一に、わが独禁法二条九項五号「取引上の地位の不当利用」の立法理由は、「第五号は今次独禁法の改正（昭和二八年改正……舟田注）によって、不当な事業能力の較差排除の規定が削られたのに対応して大規模事業者等がその優越した地位を利用して一般的に経済力を濫用することを厳に取締ることを目的としたものである⁽¹⁴⁾」とされているが、本号の導入にあたっては、本改正の前年（一九五二年）に長い論議を経て成立した西ドイツのGWB連邦政府案⁽¹⁵⁾一七条（現行法の二二条に当る）が「市場支配的地位の濫用」の禁止規定を設けていたことが一つの契機になったのではないかと推測されている。西ドイツでも、わが国の不当な事業能力の較差排除の規定に相当する市場支配的地位にある事業者の解体（Entflechtung——いわゆる企業分割）を提案していた草案が多くの反対にあり、結局、「コンツェルンおよび巨大企業の背後にあって命令する力の濫用と闘うのであって、濫用の前提としてのそのような力の存在それ自体と闘うのではないという決定⁽¹⁶⁾」がなされたのである。

また、UWGは、わが国の不正競争防止法と異なって、経済力の濫用規制という性格を次第に与えられるようになり、今日では、GWBと共通の「業績競争」原理の実現という課題を果たしているとする有力説が現われるに至っていることは後述の通りである⁽¹⁷⁾。

第二に、従来、一般に、独禁法の類型として、原則禁止主義と弊害規制主義の二つの種類があるといわれているが、⁽¹⁸⁾西ドイツの市場支配的事業者の濫用規制は、前述のように、市場支配的地位それ自体は前提として問わないとしても、市場支配力の維持・強化のための行為(殊に、GWB二二条四項一号の妨害的濫用行為および同三号の市場分割的濫用行為)を主として禁じているものであるとして、原則禁止主義に近い把握をとる説と、同項二号の搾取的濫用行為を重視し、これを、「市場成果」(Marktergebnis)に対する規制として把える説とが対立しており、この点からも、わが国の優越的地位の濫用規制をめぐる学説の対立を検討する際の参考となる素材といえる。

第三に、GWB二二条の規制の対象たる「市場支配的地位」にある事業者の有する「絶対的市場力」の濫用、そして、GWB二六条三項および三七a条三項の規制対象である「相対的市場力」の濫用、という区別は、わが独禁法における市場支配力(同法三条前段・二条五項)と優越的地位(一般指定一四項)の区別には、ほぼ対応する。更に、GWB二二条一項は、「市場支配的」を、「競争者がない、又は、実質的な競争にさらされていない場合」と定義していたが(現行の第四次改正法では、同条一項一号にそのまま残っている)、一九七三年のGWB第三次改正は、同項に二号を追加し、「その競争者との関係で市場において卓越した地位(überlegende Marktstellung)を有している場合」も含まれることとなった。しかして、一九七六年の連邦最高裁判所判決は、この新設された二号の「市場支配的地位は、「実質的競争」(前出、同項一号)にさらされている場合でも該当することがあり得る、と判示し、⁽¹⁹⁾同号の新設が市場力概念を拡張したものであるとのこの解釈は、今日多くの学説にも受け入れられるに至っている。⁽²⁰⁾わが独禁法上の市場支配力および優越的地位の意義を考える際に、GWB上のこれらの市場力概念をめぐる議論は有益な示唆を与えてくれるであろう。

(3) 筆者は、公正取引委員会からの委嘱により、昭和五五年、西ドイツのGWBについての現地調査を行い、その結果を「西ドイツにおける需要力とその規制」と題する小冊子⁽²¹⁾にまとめた。しかし、これは内容的に不十分なも

のであり、また、その後、前記の三越事件の審決（昭和五七年）、不公正な取引方法の一般指定の改正（昭和五七年）等を契機に、「優越的地位の濫用」規制をめぐる議論が新たな展開をみせつつある。ただし、それらの議論の多くは、本規制の現実の機能あるいは運用の実践的考慮に傾斜したものであり、比較法的研究をふまえた総合的かつ法の論理構造全体を見通した検討作業は未だなされていない。本稿は、右のような作業の一つの試みである。

- (1) 以上については、星野英一「契約思想・契約法の歴史と比較法」・講座『基本法学4・契約』（昭五八）一頁以下、三〇頁以下参照。
- (2) 公正取引委員会昭和五七年六月一七日同意審決・審決集二九卷三一頁。本件については数多くの研究があるが、本文で以下述べることに関しては、現代流通問題研究グループ「三越と公正取引委員会」中央公論経営問題昭和五四年一月号一三六頁以下、松下満雄「三越に対する排除勧告をめぐる」NBL一八四号二四頁以下、同「優越的地位の乱用規制についての疑問」季刊消費と流通昭和五四年秋季号五頁以下、鈴木満「三越事件が提起した法的諸問題」NBL二六二号一三頁以下、土原陽美「取引上の優越的地位の濫用」国際商業昭和五七年四月臨増号一四八頁以下を参照。
- (3) 椿寿夫「契約の現代的制約」ジュリスト四一三号六八頁以下参照。
- (4) 星野・前注(1)二七頁参照。
- (5) 以下については、舟田「競争の実質的制限」別冊ジュリスト・独禁法審決・判例百選(第三版)一九頁をも参照。
- (6) 舟田「不公正な取引方法と消費者保護」・加藤・竹内編『消費者法講座』・取引の公正一(昭五九)一一五頁および同所掲の注38参照。
- (7) BGHZ 67, 104 (112 ff.); 68, 23 (28 ff.); 71, 102 (116 ff.). この三つの判決のうち、第一のものは、ヘルリン・高裁(原審)の用語を引用しているだけであり、第二の判決が、連邦通常裁判所が初めて「余裕」(Spielraum)という用語を用いたものである。 dazu vgl. E. Hoppmann, *Marktmacht und Wettbewerb* (1977), S. 17. (但し、ホップマンは、この概念には批判的である。) なお、独占委員会の特別鑑定書第一号(一九七五年、当時の委員長メストメッカーのリーダーシップによると推測される)。あるいは同委に近い立場に立つ W・メツシエル、V・エマーリッヒは、この「行動の余裕」という概念によって、「市場支配的地位」(競争制限禁止法二二条による濫用規制の名宛人についての要件——後述 II 3 (3)・(4) を説明する。 vgl. Monopolkommission, *Anwendung und Möglichkeiten der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen seit Inkrafttreten der Kartellgesetznovelle*, Sondergutachten 1, 2. Aufl. (1977), Tz. 19; W. Möschel, *Preiskontrollen über marktbeherrschende Unternehmen*, JZ 1975, S. 393 (394); ders. in *Immenga/Mestmäcker, GWB, Kommentar zum Kartellgesetz* (1981), § 22 Rz. 9 usw.; V. Emmerich, *Kartellrecht*, 3. Aufl. (1979), S. 175. なお、この点につき、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理」(六)「公正取引三八九号四〇頁参照。ただし、この立場による説明に反対

する者も少なくないこと、また、本稿で用いる「力」(=「市場力」Marktmacht)は、市場支配力・「市場支配的地位」よりも広いことに注意(後に詳述する)。

- (8) 2 P. AREDA & D. TURNER, ANTRUST LAW (1978) ¶ 501.
- (9) 今村成和『独占禁止法』(新版・昭五三)八九頁以下、一四六頁以下参照。
- (10) 独禁法研究会「不公正な取引方法に関する基本的考え方」(田中寿編著『不公正な取引方法——新一般指定の解説』(昭五七)所収)参照。
- (11) 正田彬『全訂独占禁止法I』(昭五五)二九二頁以下。
- (12) 舟田・前注(6)の他、同「第二節・西ドイツ」金子晃ほか『新・不公正な取引方法』(昭五八)六三頁以下、同「消費者取引における価格の適正化」・遠藤浩ほか監修『現代契約大系』四卷(昭六〇)一三三頁以下、同「差別対価・差別的取扱い」・経済法学会編『独占禁止法講座』(昭六〇)一〇三頁以下参照。
- (13) 公取委事務局官房渉外室「購買力に関するOECDレポートについて」公正取引三七一号三四頁以下に紹介・部分訳がある。
- (14) 大野「新独占禁止法の不公正な取引方法」公正取引四〇号三五頁(昭二九)。
- (15) 本政府案については、高橋岩和「西ドイツ競争制限禁止法制定史」(三)神奈川法学一七卷一号五五頁以下参照。
- (16) R. Robert, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik (1976), S. 148. (高橋・前注(15)神奈川法学一六卷二・三号三七九頁に拠る)。
- (17) この点については、舟田・前注(6)『消費者法講座3』一一二頁以下、一二二頁以下の注32、注33等でふれた。なお、本稿は、業績競争、UWGをはじめ多くの点について岩井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争』(Leistungswettbewerb)理論」(一)法学志林八三巻一号・四号及び同氏の助手論文(未公刊)に多くを負っている。
- (18) ただし、両者の区別が近年相対化していることにつき、根岸哲ほか『独占禁止法入門』三二頁以下(昭五八)参照(根岸執筆部分)。
- (19) BGHZ 67, 104, (112) = WuW/E BGH 1435, (1439). (ヴェイタミンB12事件——後注(69)再掲)
- (20) z.B. vgl. W. Möschel, in: Immenga / Westmäcker (oben Anm. 7), § 22 Rz. 44.
- (21) 舟田「西ドイツにおける需要力とその規制」独占禁止法研究会資料・諸外国における流通対策についての調査研究I(昭五六・公取委内部資料・未公刊)

二 競争制限禁止法(GWB)における濫用規制

本章では、GBW二二条の濫用規制についての条文上の変遷を辿りつつ、裁判所・連邦カルテル庁の運用実務お

よび学説において、本規制がどのようなものとして理解されてきたかを概観することとする。

1 一九五七年法

(1) 紆余曲折の末、一九五七年に漸く成立したGWBは、その二二条(旧三項)において、カルテル庁は、市場支配的事業者がその地位を濫用してなす価格の要求、取引条件の形成(同項一号)あるいは抱き合わせ契約の締結(二号)を禁止することができる、と定めていた。同項による濫用規制は、それまでの諸草案に盛り込まれていた一定の企業集中(合併等)を禁止する規定が削除され、カルテル庁に対する事後の通知のみが要求されていたことに対応するものであった。⁽²²⁾

(2) 占領軍政府法案等が、アメリカの反トラスト法とハバナ憲章に拠って、企業集中規制を含む原則禁止主義に立っていたのに対し、ドイツ側から最初に提案されたいわゆるヨーステン法案は、カルテル禁止、市場支配的事業者の解体(企業分割)等による経済力の形成の阻止とともに、技術的理由等によって避けえない経済力に対する濫用規制を定めていた。これらのうち、他の諸規定が大きな修正を受けたのに対し、濫用規制の方は前掲のGWB二二条にそのまま残ることになったわけであるが、その理論的根拠を提供したのが、W・オイケン、F・ベームらのオルドー自由主義(≡フライブルク学派)およびその他の自由主義論者によって形成された新自由主義(Neoliberalismus)の思想である。⁽²³⁾ オルドー自由主義の主張によれば、完全競争が理想的な市場形態であるが、これが実現し得ない市場もあり、ここでは独占企業に対する国家監督が要請される。しかし、一九二三年のカルテル令における独占統制の途も否定されるべきであって、⁽²⁴⁾「独占立法および独占監督は、経済力の担い手に、あたかも完全競争が存在しているかのように行動させることにある。独占者の行動は、競争に類似」(wettbewerbssanalog)したものでなければならぬ。⁽²⁵⁾ (オイケン)。

すなわち、オルドー自由主義によれば、完全競争か、それとも独占(「比較的わずかな真正の独占」⁽²⁶⁾)かという

二分法が基本であつて、本稿の問題関心の対象たる中間領域——完全競争と完全独占の中間状態にある寡占市場において、大企業が取引の相手方に対して有している市場力を濫用することに対する規制のあり方——については、それ程重大な問題であるとは考えていず、寡占企業を国家監督の下におくことには否定的ないし消極的である。⁽²⁷⁾ しかも、独占企業に対する限定的な規制に対しても、オルドー自由主義の立場はアンビバレントであつて、一方で、「強力な国家」⁽²⁸⁾による「競争に類似」する行動の強制を主張しながら、他方で、「まさに企業は市場において競争による業績強制の法則 (das Gesetz des wettbewerblichen Leistungszwangs) に従わねばならぬがゆえに、経営のための経済計画の作成や指令を与える権能は企業首脳部の手から奪われてはならない」⁽²⁹⁾とされる。後者の主張の基礎にあるのは、第一に、「経済力は、それが競争秩序の建設と維持とに役立つ限りにおいて、正当なもの」とされる⁽³⁰⁾という、経済力に対する一定の肯定的な評価であり、第二に、国家が企業経営の内部にまで立ち入ることは、自由経済ではなく強制経済の原理に従うことになる、⁽³¹⁾という国家統制への原理的否定論である。従つて、オルドー自由主義に基づく濫用規制は「縮んだ形態」をとることになるのである。⁽³²⁾

(3) G W B全体が、オルドー自由主義と伝統的にカルテルに親しんできた産業界との間の妥協の産物であることは周知の通りであり、⁽³³⁾そのことは、カルテルの原則禁止 (G W B 一条) に対する適用除外が数多く認められていること (二条以下)、および、合併等の企業集中に対する実体法上の規制を欠いていたこと、に端的に現われている。これに対し、濫用規制は、オルドー自由主義 (但し、前述のような限定つきでの承認) と伝統的なドイツ・カルテル法理論のいずれにも受け入れられるものであり、契約に際しての濫用という把握方は後者の伝統を受け継ぐものであるとはいへ、規定それ自体については、両者に共通して意義あるものとされたのである。

しかしながら、G W Bの草案が何度も変更される過程で、「濫用」の意義が戦前のカルテル令 (一九二三年制定) 一〇条におけるそれから、次第に離れていったことを看過してはならない。すなわち、カルテル令一〇条において

は、「全体経済もしくは公益を危胎ならしむる場合」、すなわち国民経済上容認しえない方法で生産又は取引を制限し価格を騰貴させること等によって経済上の自由を不当に侵害する場合に濫用規制が発動されることとされている⁽³⁴⁾。これに対し、前掲のヨーステン法案は、市場支配的企業の解体措置と並んで、経済力の保有者として認められた企業は、実質的競争にさらされているように行動しなければならぬとされ「想定競争」Als-ob-Wettbewerbの原理)、妨害競争(その詳細は後述)も禁じられ、これらの点について独占庁の監視を受ける等の厳しい規制内容となっていた。しかし、この法案は、産業界のみならず経済行政担当官庁内部の支持も得られず、その後提案された数次の政府草案は、想定競争の原理をとらず、「市場支配的事業者はたんに一定の契約強制のもとにおかれ、またその市場支配的地位の濫用的利用を回避し、市場への最善の配慮を保障する義務を負うべきものとされた⁽³⁵⁾」。これらの政府草案における濫用の意義は、オールドー自由主義の主張する想定競争の原理ではなく、古いカルテル法の伝統に基づいて、全体経済を危殆ならしむる等の観点から把握されていたのである。

ところが、草案作成および審議が進むにつれ、濫用は再び競争との関連で意義づけられることとなり、連邦政府法案となった一九五二年の第一七草案一七条(これは五七年成立のGWB二二条とほぼ同じ規定ぶりである。)についての提案理由は次のように述べる。すなわち、「価格あるいは取引条件が、有効な競争(wirksamer Wettbewerb)があれば成立したであろうそれらと著しく異なり、その差異について実質的な正当化事由が存在しないこと」をカルテル庁が立証すれば、濫用として規制される、と。このようにして、濫用の意義は、明らかに、一九二三年カルテル令との明確な断絶の下で定められたことができる⁽³⁶⁾。

もっとも、右の理由書中の「実質的な正当化事由」が何を指すのかは不明であり、理由書は他方で想定競争論の採用については未決定であると明言している。何故なら、「競争秩序の中に独占を組み入れるということは、当該独占の業績を競争による業績と比較しえないという困難に遭遇する⁽³⁷⁾」からである。この点が想定競争論の最大の問

題点であり、後に至るまで議論的となるのである。

(4) 以上のような変転を経て成立した濫用規制は、GWBの中で中心的規定の一つとして位置づけられる。すなわち、アメリカの反トラスト法のほぼ首尾一貫した原則禁止主義に対し、GWBは、(i)同法一条(カルテル一般禁止)、一五条(垂直的価格拘束等の禁止)等に示されている原則禁止主義(Verbotprinzip)と、(ii)一一条五項二号(適用除外カルテル)、二二条(市場支配的事業者)、一〇四条一項一号(運輸業・農林業等の適用除外分野)等における濫用規制主義(Mißbrauchsprinzip)との組み合わせを特徴とする。⁽³⁸⁾ しかして、この組み合わせの理解については、オールドー自由主義系の論者が、カルテル禁止原則を主とし、濫用規制を従とする体系論をとることは、前述(二一)(2)のところからも当然であるが、その他の論者の多くにとっては、市場支配的事業者に対する濫用規制は、完全競争が望み得ない市場に対する最適規制であって、本二二条は、「中心的規定」(Königlicher Paragraph)⁽³⁹⁾として、「重要な、鍵となる役割」(Schlüsselrolle)を期待されたのである。⁽⁴⁰⁾

前述のような濫用の意義が不解決なままになっていることについて、当時の経済政策委員会は、判例の積み重ねによって、具体的な場合分け、すなわち、諸々の濫用行為の類型化が可能となろうと予測していた。⁽⁴¹⁾ しかし、前述のような、濫用の判定基準の未決定、および、「市場支配的地位」が完全独占あるいはそれに近い狭い概念として定められていたことの二点により、本条が実際に適用されるのは、次に述べる一九六五年改正をまたねばならなかった。⁽⁴²⁾

2 一九六五年(第一次)改正

(1) 一九六七年から、連邦カルテル庁は、はじめて「妨害濫用」のケースを次々と取り上げることになるが、濫用規制の実現への契機となったのは、一九六五年のGWB第一次改正であった。これは、連邦経済省内に設置された学術顧問団鑑定書(一九六二年)が、企業集中規制の導入とともに、濫用規制の必要性を訴えたことに基づく。本

鑑定書は、一九五七年法が濫用の具体的形態を規定したことに反対して、濫用の一般条項化を提案する。すなわち、「濫用行為か否かを判断するための基準は、競争経済の秩序諸原理から導かれるべきである」。それは、戦前以来の良俗違反のメルクマールではない。濫用規制は、特定の行為を命じるわけではなく、「市場支配的事業者がその市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様、すなわち、競争が支配するところでは個々の事業者にとって不可能であるか、あるいは、実質的競争の下ではありえない方法で、他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様を禁止することに限定される」(傍点は舟田)。濫用規制の目的は、「なかんずく、市場支配的事業者の属する市場への参入を保障し、その競争者を侵害から保護することにある」⁽⁴⁸⁾。

(2) 本鑑定書は、今日でもしばしば引照されるものであり、これと本改正についてここでは以下の三点をおさえておく必要がある。

第一に、右引用部分の冒頭——濫用か否かの判断基準は「競争経済の秩序原理」から導かれるべきである——は、価格の安定等の全体経済的目的が濫用規制とは直接的には関連しないことを意味している(通説)⁽⁴⁴⁾。「事業者と労働組合は、全体経済的に『正しい』投資・生産・価格・賃金行動を義務づけられることはない」⁽⁴⁵⁾。競争経済は事業者の自律的決定に基づくのであって、濫用規制は、事業者が競争にコントロールされずに、その力を行使し、競争者や取引の相手方に不当な負担を課すことを防止しようとするものである⁽⁴⁶⁾。

しかし、右の点を前提として更に、「競争経済の秩序」は具体的にはどのような濫用基準を指し示すのかについては、前述のオールドー自由主義系の「競争類似」(二一(2))、あるいはそれに近いGWB理由書(前出二一(3))の「想定競争」(Als-ob-Wettbewerb)論とそれを否定する競争論との対立があり、特に一九六八年のI・シュミットとメストメッカーとの間にかわされた論争⁽⁴⁷⁾は以後の濫用理論にも大きな影響を与えることになる。

第二に、本鑑定書は、濫用行為を、「他の事業者がそれにより妨害され、または不利益を受けるような行為態様」

とするが、それに続く右引用文(「なかんずく……」以下)からも明らかのように、妨害的濫用 (Behinderungsmisbrauch) を重視する立場に立っていると一般に理解されている。⁽⁴⁷⁾ この妨害的濫用規制の考え方は、アメリカの反トラスト法における独占規制の考え方 (abuse of power) を背景にしたものであり、これは本改正の理由書でも受け継がれる。⁽⁴⁸⁾ わが独占禁止法上の私的独占(三条前段・二条五項)にひき直して言えば、例えば市場支配力を有する事業者が、その地位を確保するために、取引の相手方に対し、新規参入者とは取引しないように強要すること、および、自己が市場支配力を有している市場または新規参入しようとしている別の市場において、既存の競争者を市場から排除するためにダンピング、排他条件付取引等の手段をとることが、ここであげられている妨害的濫用に当る。すなわち、妨害的濫用とは市場支配的事業者が、自己の属する市場あるいは彼が進出しようとする別の市場における競争者を妨害することであり、特に五七年法における二二条の濫用概念と比べ、ある市場で支配的な事業者が、別の市場でもその力を利用することを把える点で、「濫用概念の拡大」を意味している。⁽⁴⁹⁾ これに対し、取引の相手方に対して、「その市場力に基づいてはじめて可能となる行為態様」によって不利益を与える行為は、搾取的濫用 (Ausbeutungsmisbrauch) と呼ばれる。前掲の連邦経済省学術顧問団鑑定書および本改正は妨害的濫用を前面に押し出したものであるが、これによって搾取的濫用概念が放棄され、濫用概念が変化したとの理解は、一般には支持されていない。⁽⁵¹⁾

第三に、本改正が本二二条を一般条項の形に直したことによって、濫用規制はドイツの伝統にそった契約における濫用の規制という思考枠組を脱し、反トラスト流の行為規制になった。⁽⁵²⁾ すなわち、従前の五七年法では、市場支配的事業者が、当該商品又は役務に関する契約を結ぶさいに、その価格、その他の取引条件について力を濫用し、あるいは、その契約と抱き合わせで別の商品・役務の取引を強制することのみが規制されていたのであるが、本改正法下では、そのような契約に関係ない力の濫用も含まれることとなったのである。

(3) 本改正に力を得た連邦カルテル庁は、一九六七年、初めて本条のみを根拠とする妨害的濫用の規制に乗り出す(手動価格ラベル貼付機, Handpreisauszeichnungsgesetz 事件)⁽⁵³⁾。しかし、「市場支配的」および「濫用」という法概念は、具体的事例に当って適用するのが困難であり、裁判所の支持がなかなか得られないこと⁽⁵⁴⁾、また、濫用規制は競争政策として不相当であるとの批判も依然として強いこと等の事情から、連邦カルテル庁は規制強化のための本条改正を要求するに至るのである⁽⁵⁵⁾。

3 一九七三年(第二次)改正

(1) 六五年改正の翌六六年末から、西ドイツ経済は、戦後の経済復興がスタートして以来初めての激しい不況にみまわれ、同時に、政権が社会民主党(SPD)との連立に移行し、経済相としてK・シラー(SPD)が登場する。彼は、それまでの西ドイツの経済政策を基礎づけたオルドー自由主義および「社会的市場経済」論に対し、ケインズ主義的な「新経済政策」を展開し、競争政策の分野においても「機能性ある競争」(funktionfähiger Wettbewerb)論を提唱する⁽⁵⁶⁾。その法的表現が、一方で、マクロ経済政策(彼の表現によれば, ablaufpolitische Mittel)におけるいわゆる経済安定法(Stabilitätsgesetz—一九六七年成立)であり、他方で、ミクロ経済政策(ordnungspolitische Mittel)におけるGW B改正(草案は一九六八年公表)であった。

後者のGW B改正は、連邦経済省に設置されたいわゆる「競争政策研究グループ」がまとめた「競争政策の指導像に関する検討の結果」と題する覚え書きの発表(一九六八年)とその後の論議を経て、七三年の本改正として結実する。この間の経緯および論議については、和田健夫氏の詳細な研究等がある⁽⁵⁷⁾ので、以下では濫用規制を中心に述べることにする。

(2) オルドー自由主義の説く完全競争が非現実的であるとの認識が一般に広まり、現実の西ドイツ経済が次第に集中化していくという状況の中で、カンツェンバッハの『競争の機能性』(一九六六年)⁽⁵⁸⁾は、「ゆるやかな寡占」

(weites Oligopol) において競争の諸機能が最も有効に働くという立場から、競争者の数が非常に多い多極 (Polypol) 的市場形態に対しては、企業集中の促進、合理化カルテル・条件カルテル・リベートカルテル等の許可が必要であり、逆に、競争者の数が非常に少なく、それらの間での相互依存関係が強い「過度の寡占」(enges Oligopol) の市場形態に対しては、事実上 G W B 二二条の競争制限的狀態にあるので、企業集中の規制およびその他の競争制限のコントロールが必要である、と主張する。ただし、濫用規制は、濫用の意味が不明確であり、また濫用規制の実行が四、五年遅れること等の問題があるから、許可留保つきの原則禁止主義をとるべきであるとする。

このカンツェンバッハの議論は、オイケンらの静態的競争論に対し、シュンペーター、H・アルントらの動態的な競争論に立脚し、アメリカにおいて発達した有効競争論を受け継ぎ、かつ経済政策・競争政策上実行可能で明確な基準に立つ政策提言を大胆に展開したものであるとともに、⁽⁵⁹⁾ 当時の西ドイツの経済状況にも適合するものとして受け取られ、大きな好意的反響を呼ぶことになる。もつとも、同時に激しい批判と論争をも喚起したのであるが、⁽⁶⁰⁾ 前掲の「競争政策研究グループ」(彼もその一メンバーであった。)による「競争政策の指導像に関する検討の結果」は、このカンツェンバッハの主張を基本にした内容となる。ただし、そこでは、濫用規制については触れられていず、おそらく「競争政策の指導像」に含めるに値しないという消極的評価があったものと推測される。

(3) ところが、この報告を受けて連邦経済省が作成した G W B 改正案(一九六八年)は、一転して、濫用規制強化を打ち出す⁽⁶¹⁾。すなわち、G W B 二二条一項の「市場支配的」事業者の定義規定、「特定の種類の商品または役務について、競争事業者がない場合、または、実質的な競争(wesentlicher Wettbewerb)に直面していない場合」——に付け加えて、①当該事業者が、「その競争者を実質的に顧慮することなく、特定の種類の商品または役務についての生産または市場状態に影響を与えることができる場合」、および、②「特定の種類の商品または役務の供給者または需要者が、他の事業者と取引する十分な可能性が存在しないほどに、当該事業者に従属している場合」が定

められた（六八年改正草案二二条一項二文一号・二号）。このうち、前者①は、競争者間の相互依存関係に関するカンツェンバッハの理論に基づくものであり、後者②は、市場支配的事業者は、すべての競争者および取引の相手方との関係で市場支配的である必要はなく、更には、市場は地域あるいは商品・役務によって画定されるのみならず、人的・時間的にも画定されるということが根拠とされている。⁽⁶²⁾

(4) 市場支配的事業者に関するこの二つの付加的要件は、いずれも様々の議論の対象となり、結局、七三年改正法は、前者①については、「その競争者との関係で市場において卓越した地位 (ein überragende Marktstellung) を有している場合」と規定ふりが変わり、また、後者②については、「市場支配的」の意味が拡大し過ぎるという反対意見から、本二二条から外され、代わりに同法二六条二項の定める差別的取扱いの禁止の名宛人に、従前の市場支配的事業者等に加えて、この従属要件を充たす「市場力ある」(markstark) 事業者が含ましめられることとなった。以下、濫用規制に関する本改正の要点をまとめて掲げる。

(i) 「市場支配的」事業者の要件の緩和

(ア) 「その競争者との関係で市場において卓越した地位を有している場合、この場合、市場占拠率の他に特に金融力、商品又は役務の供給・販売市場への接近、他の事業者との連係、及び、市場への他の事業者の参入に対する法的又は事実上の障壁を考慮するものとする。」(GWB二二条一項二号追加)

(イ) 一定規模以上の大企業が、特定の商品又は役務について、三分の一以上の市場占拠率を有する場合、又は、三以下の企業が合計五〇%以上の市場占拠率を有するか、五以下の企業が合計三分の二以上の市場占拠率を有する場合、「市場支配的」事業者であると推定される(同条三項新設)。

(ii) 「不当妨害」・「差別的取扱い」規制の名宛人の範囲の拡大

(ア) 「市場支配的事業者」が右の名宛人の一つとされており、前掲(i)の改正によって実質的にはその範囲が

拡大された (GWB 二六条二項一文)。

(イ) 「特定の商品又は役務の供給者又は需要者が他の事業者と取引するに十分かつ正当な可能性が存在しないほどに、特定の事業者又は事業者団体に従属する限り、第一文は、当該事業者及び事業者団体にもこれを適用する。」 (同項二文新設)

4 一九八〇年 (第四次) 改正

(1) 上述の第二次改正後、八〇年の第四次改正までの間に連邦及びラントのカルテル庁による濫用規制 (二二条関係に限る) は、著しく活発となり、毎年数多くの調査・手続を開始している。しかし、そのほとんどが、当該事業者の自発的な行為中止、あるいは、他の理由による手続中止に終わっており、審決取消訴訟にもち込まれたのは次の八件である。⁽⁶³⁾

(i) 妨害濫用の事件

- (ア) 抱合せ料金事件 (, Kombinationstarif⁽⁶⁴⁾)
 - (イ) ラーマ・メティヘン事件 (, Rama - Mädchen⁽⁶⁵⁾)
 - (ウ) 日曜紙事件 (, Sonntag Aktuell⁽⁶⁶⁾)
 - (エ) 調理済飼料事件 (, Fertigfutter⁽⁶⁷⁾)
- (ii) 搾取濫用の事件
- (ア) BP 事件 (, BP⁽⁶⁸⁾)
 - (イ) ヴィタミン B 12 事件 (, Vitamin-B12⁽⁶⁹⁾)
 - (ウ) ヴァリウム・リブリウム事件 (, Valium - Librium⁽⁷⁰⁾)
 - (エ) ガソリンスタンド事件 (, BAB - Tankstelle Bottrop Süd⁽⁷¹⁾)

これら諸事件の分析・評価は難しいが（前注63参照）、連邦カルテル庁は、搾取濫用に対する立件を断念するに近い態度を明らかにしており、妨害濫用の規制に精力を傾注する方針のようである。⁽⁷²⁾しかし、妨害濫用に関するカルテル庁の決定も裁判所の支持をなかなか得られず、濫用規制のあり方を模索中といった状態にあるようである。

(2) 七三年（第二次）改正後、濫用規制をめぐって、それまでの新自由主義あるいはカンツェンバッハに比すような主導的理論が現われることはなく、むしろより実務的ないし法解釈論の次元での多くの議論がなされている。すなわち、濫用規制の意義を認めた上で、その実際の運用・解釈のあり方が問われる段階になっているといえよう。八〇年のGWB第四次改正は、このような背景の下で、二二条・二六条の法技術的な改善・補強という性格を有しているのである。この点については次章でもふれることがあるので、以下では濫用規制に係る本改正の要点を掲げるとどめる。

(i) 濫用行為の例示規定の新設（二二条四項二文。なお、一〇三条五項も同様の趣旨から改正されている）。

「第一文の意味における濫用は、特に次の場合に存在する。一定の商品又は役務の供給者又は需要者としての市場支配的事業者が、

- 1 他の事業者の競争可能性を、市場における競争に重大な影響を与える態様によって、実質的に正当な理由なく侵害する場合。
- 2 有効な競争の下では高い確実性をもって生じうるであろう対価又はその他の取引条件とは異なる対価又はその他の取引条件を要求する場合。この場合、特に、有効な競争のある比較市場における事業者の行動様式を考慮すべきものとする。

3 支配的事業者自身が、比較市場において同種の顧客に対し要求するよりも、より不利な対価又はその他の取引条件を要求する場合。但し、その差違が実質的に正当な理由のある場合は、この限りでない。

(ii) 「不当妨害」・「差別的取扱ひ」の規制範囲の拡大。

(ア) 購買力に関わる「従属性」（二六条二項二文）について推定規定の新設（同項三文）。

(イ) 市場支配的事業者等の本条二項の名宛人が、正当な理由がないのに、他の事業者に対し自己に有利な条件を与えるように誘引することの禁止（本条三項新設）。

(iii) 「中小の競争者に対し優越した（überlegend）市場力」を有し、かつ「市場関係に実質的な影響を及ぼしうる」事業者は、競争者を不当に妨害してはならない旨の規定の新設（三七a条一項）。

右の改正のうち、(i)掲記の濫用行為の例示は、前述した妨害的濫用と搾取的濫用の区別を明文で採用したものであり、GWB二二条四項二文の一号が妨害的濫用を、二号・三号が搾取的濫用を明示している。このうち、三号は、市場分割的濫用（Marktpaltungsmißbrauch）と呼ばれ、基本的には搾取的濫用に当る行為であるが、価格構造濫用（Preisstrukturmißbrauch）としても扱え得るものである⁽⁷³⁾。

また、二二条と二六条二項・三七a条一項との関係については、後にもふれるが、ここでは簡単に、二二条は「絶対的市場力」（市場支配的地位に基づく力）の濫用を規制するのに対し、二六条二項は、異なる段階の間での（タテの）「相対的市場力」の濫用を、また、三七条一項は、競争者間の（ヨコの）「相対的市場力」の濫用を規制するものである、と整理しておくにとどめる⁽⁷⁴⁾。

(22) 本条の制定・改正の事情については、W. Möschel, Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974), S. 120ff. が詳しい。一九五七年法における二二条については、菊地元一「西ドイツにおける市場支配的事業者の濫用規制(上)」「公正取引一六六号一六頁以下・一六七号一一頁以下を参照。なお、GWB成立までの経緯については、高橋・前注(15)・神奈川法学一六卷一号、二・三号参照。

(23) vgl. F. Rittner, § 22 GWB im Spannungsfeld wirtschaftlicher Theorien und rechtsstaatlicher Postulate, in: Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Fests. f. G. Hartmann (1976), S. 259f. オルズドー自由主義および新自由主義については、舟田「ドイツ『経済制度』理論史(五)と(六)」国家学会雑誌八九卷一一・一二号七〇七頁以下・九〇巻五

六号二七〇頁以下参照。

- (24) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl. (1968), S. 174. 大野忠男訳『経済政策原理』(昭四二)二三五頁。
- (25) W. Eucken, Grundsätze (oben Anm. 24), S. 295 前掲邦訳三九九頁。この点については、高橋・前注(15)・神奈川法学一六巻一号三四頁、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二九九頁以下参照。
- (26) W. Eucken, Grundsätze (oben Anm. 24), S. 299. 前掲邦訳四〇五頁。
- (27) z.B. vgl. W. Eucken, Grundsätze (oben Anm. 24), S. 298 f. 前掲邦訳四〇三頁以下。但し、オルドー自由主義の中でも、シタマンらは、オイケンとは異なる主張をこつたが、リッデは割愛する。
- (28) 舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二九九頁参照。
- (29) (30) W. Eucken, Grundsätze (oben Anm. 24), S. 376. 前掲邦訳五一〇頁。なお、Leistungは「能率」・「生産性」等々の訳があてられてゐるが、本稿では「業績」で統一する。
- (31) (32) vgl. F. Rittner, § 22 GWB (oben Anm. 23), S. 260.
- (33) z.B. vgl. J.F. Bauer, Der Mißbrauch im deutschen Kartellrecht (1972), S. 3. 詳細は高橋・前注(15)参照。
- (34) 高橋・前注(15)・神奈川法学一六巻一号八頁、近藤充代「ワイマール・ドイツにおけるカルテル規制——カルテル令の性格をめぐって——」東京都立大学法学会雑誌二七巻一号四一二頁以下等参照。このカルテル令における「全体経済または公益」侵害要件の存在という点から、例えば、カルテル令とGWBとの違いを明確に把握すべきことを主張するE・ニーダーライティンガー(FDP系の自由主義に立つ)は、カルテル令が経済行政法との関連の中で生成・展開したのに対し、GWBは私法の基礎の上に自由の保護を目的としてゐると説く。E. Niederleithinger, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Freiheitsschutz oder Wirtschaftsverwaltung? WuW 1985, S. 5ff., 9.
- (35) R. Robert, Konzentrationspolitik (oben Anm. 16), S. 127 (高橋・前注(15)・神奈川法学一六巻二・三号三六五頁に拠る)。
- (36) 以上にこつたは、vgl. Monopolkommission, SG 1 (oben Anm. 7), Tz. 12.
- (37) 高橋・前注(15)・神奈川法学一八巻一号一三七頁の訳による。
- (38) vgl. J. Bauer, Mißbrauch (oben Anm. 33), S. 1 f.
- (39) F. Rittner, § 22 GWB (oben Anm. 23), S. 261.
- (40) V. Emmerich, Kartellrecht (oben Anm. 7), S. 167. 例えば、J・シウアーは、オルドー自由主義的体系論に反対し、GWBの経済政策上の重点はむしろ濫用規制にあると説く。J. Bauer, Mißbrauch (oben Anm. 33), S. 1 f.
- (41) vgl. J. Bauer, Mißbrauch (oben Anm. 33), S. 3.

- (42) 但し、連邦カルテル庁や立法者は「市場支配的地位」の認定が最大の障害であると考えていたのに対し、エマーリットは「法運用上の困難は、むしろ「濫用」概念の具体化にある」と批判する。V. Emmerich, Kartellrecht (oben Anm. 7), S. 173 f.
- (43) zitiert bei Möschel, in: Immenga / Westmäcker, Rz. 99, auch vgl. E.-J. Westmäcker, Recht und ökonomisches Gesetz (1978), S. 297 ff. 上柳克郎・河本一郎監訳『法秩序と経済体制』(昭五五) 一一七頁(吉見研次翻訳部分)。
- (44) vgl. Möschel, in: Immenga / Westmäcker, § 22 Rz. 9.
- (45) (49) Monopolkommission, SG 1 (oben Anm. 7), Tz 19.
- (47) Ingo Schmidt, Zum Schutzzweck der Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen nach § 22 GWB, DB 1968, S. 1795 ff.; E.-J. Westmäcker, Verpflichtet § 22 GWB die Kartellbehörde, marktbeherrschenden Unternehmen ein Verhalten aufzuerlegen, als ob Wettbewerb bestünde? DB 1968, S. 1800 ff.
- (48) z.B. vgl. Möschel, in: Immenga / Westmäcker, § 22 Rz 9.
- (49) vgl. Peter Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs im Sinne des § 22 GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, hrsg. v. Biedenkopf/Hoppmann / Westmäcker (1968), S. 365 f. 1) 濫用概念の拡大と競争的意義の喪失。z.B. vgl. W. Dörinkel, Die Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), WuW 1965, S. 809, 819 ff.
- (50) P. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauch (oben Anm. 49), S. 365.; Kurt Markert, Die Mißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, in: hrsg. v. H. Cox / U. Jens / K. Markert, Handbuch des Wettbewerbs (1981), S. 302.
- (51) リンナーとホルツマンの批評を。vgl. F. Rittner, § 22 GWB (oben Anm. 23), S. 263 ff.; K. Markert, Die Mißbrauchsaufsicht (oben Anm. 50), S. 302. u. Anm. 32 (S. 319 f.).
- (52) vgl. P. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauch (oben Anm. 49), S. 378.
- (53) BKartA Besch. vom 2. 10. 1967, WuW/E BKartA 1189; KG Besch. vom 18. 2. 1969, WuW/E OLG 995 (取消請求棄却) しか「その後の経緯は不明——金子晃「主要国における市場支配的地位の濫用規制」・昭和五六年度公正取引委員会委託調査報告書(未公刊) 二頁。」
- なお、本件以前にも、本二三条に関わる事案は少なくないが、本条のみを根拠とする事案としては、この手動価格ラベル貼付機事件が初めてである。 dazu vgl. W. Kartte, Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik (1969), S. 64; P. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauch (oben Anm. 49), S. 377.
- (54) その後の妨害濫用の事案として重要なものは「スポーツ用品展示会」, Sportartikelmesse “事件——BKartA Besch. vom 31. 5. 1968, DB 1968, 194; KG Besch. vom 22. 7. 1968 WuW/E OLG 907; BGH Besch. vom 3. 3. 1969 WuW/E BGH 1027 (= BGHZ 52, 65),

および「ドイツ・サッカーリーグ」, Deutscher Fußball-Bund (DFB / Adidas) “事件——BKarta Besch. vom 28. 11. 1972 Wu W/E BKarta 1433; KG Besch vom 20. 11. 1973 WuW/E OLG 1429 の二件である。このうち、後者はつづいては KG (シムリン高等裁判所) によつて、カルテル庁の決定が取り消され、前者は一部認容 (BGH の上告棄却) とつづき結果になつてゐる。vgl. Mischel (oben Anm. 7), JZ 1975, S. 393. 七三年改正後については、後述(本章 4 (B)) 参照。

(55) vgl. Karte, Ein neues Leitbild (oben Anm. 53), S. 63 ff.

(56) 以上については参照。和田健夫「戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷」(三)北大法学論集三二巻二号三四五頁以下、出水宏一『戦後ドイツ経済史』(昭五三)一六二頁以下、村上淳一『ドイツ市民法史』(昭六〇)三四一頁以下、K. Schiller, Art. Wirtschaftspolitik, in: HdSW Bd. 12 (1965), S. 210 ff.

(57) 和田・前注(56)° auch vgl. W. Karte, Ein neues Leitbild (oben Anm. 53), S. 25 ff.; W. Karte / R. Holtschneider, Konzeptionelle Ansätze und Anwendungsprinzipien im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen—Zur Geschichte des GWB—, in: Handbuch des Wettbewerbs (oben Anm. 50), S. 193 ff., 210 ff.

(58) E. Kanzenbach, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs (1966), 2. Aufl. (1967). カンメンツォンによつては、わが国における研究(和田・前注(56) 所掲の諸文献を参照)のほか、特に次のものを参考とした。Ingo Schmidt, Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbslehre unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, S. 699 ff.

(59) I. Schmitt がカンメンツォンを肯定的に評述する点も vgl. I. Schmidt (oben Anm. 58), WuW 1966, S. 726.

(60) カンメンツォンと A. ホップマンとの間の論争によつては、和田・前注(56) 参照。最近この点にわたつては、W. Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd. II (1983), S. 142 ff., 148 ff. がある。

(61) 六八年改正案および七三年改正については、次の諸文献を参照。正田彬『独占禁止法研究 II』(昭五一)三〇四頁以下、菊池元一「ドイツにおける競争政策の最近の動向」(2)「公正取引二七三号一三頁以下・二七五号二頁以下、江口公典「西ドイツ・競争制限禁止法における企業結合規制規定の展開」・『法学と政治学の現代的展開(岡山大学創立三十周年記念論文集)』(昭五七)三四七頁以下』、岸井・前注(17)「Begegründung zum Regierungsentwurf (1971)», WuW 1971, S. 543 ff.; Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. Juni 1973 zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB, WuW 1973, S. 581 ff.

(62) vgl. Karte, Ein neues Leitbild (oben Anm. 53), S. 62, 116 ff.

(63) カルテル庁による二二条の運用状況は、毎年の年次報告に掲載されている。八〇年第四次改正の政府草案理由書によれば、GWB 施行以来一六年間の濫用規制の手続数一〇〇八件に対し、法改正後の七四年から七六年の三年間に、手続数は一一四六件にのぼつた。(Begr. zum Regierungsentwurf, WuW 1980, S. 340)°。しかし、カルテル庁の違法の判断が維持されたのは、正式決定および企業側の自主的撤回を

わせしめ、上掲の事件後の「オペレーション」超えすぎた。vgl. D. K. Munzinger, Mißbräuchliche Preise, Preisbildungssystem und Preisstrukturen nach § 22 GWB (1977), S. 1. しかも、そのほとんどのケースは、当該企業が自発的に当該行為を撤回するものと手続が中止された。vgl. Monopolkommission, SG 1 (oben Ann. 7), Tz 16. 上のように、日本の行政処分 (Verfügung) がほとんどなく、手続中止が多かったことは、法律上の規定の不備を訴える意見、カルテル庁が統制主義と、非難をおそわるあまり自己抑制し過ぎるという意見、あるいは、自発的な行為中止が多かったのは一定の効果があったのだと評価する意見とがある。 dazu vgl. Karte, Ein neues Leitbild (oben Ann. 53), S. 64 f.; Kurt Markert, Mißbrauchsaufsicht über Anbieter und Nachfrager 1978/79, in: Schwerpunkte des Kartellrechts 1978/79 (1980), S. 87 f.

なお、掲記の諸事件については、金子・前注 (53)、鈴木・前注 (7)、舟田・前注 (12) 『現代契約法大系 4』一五四頁注 20 掲記の諸文献、岸井・前注 (17) などの紹介・研究がある。

- (64) KG Besch. vom 26. 1. 1977 WuW/E OLG 1767.
- (65) KG Besch. vom 14. 4. 1978 WuW/E OLG 1983.
- (66) KG Besch. vom 30. 5. 1979 WuW/E OLG 2148.
- (67) KG Besch. vom 12. 11. 1980 WuW/E OLG 2403.
- (68) KG Besch. vom 14. 5. 1974 WuW/E OLG 1467.
- (69) BGH Besch. vom 3. 7. 1976 BGHZ 67, 104 = WuW/E BGH 1435.
- (70) BGH Besch. vom 16. 12. 1976 BGHZ 68, 23 = WuW/E BGH 1445; BGH Besch. vom 12. 2. 1980 BGHZ 76, 142 = WuW/E BGH 1678.
- (71) OLG Düsseldorf Besch. vom 26. 6. 1979 WuW/E OLG 2135.
- (72) z.B. BKarta, Tätigkeitsbericht 1977, Deutscher Bundestag, Drucksache 8/1925. vgl. auch Markert, in: Schwerpunkte 1978/79 (oben Ann. 63), S. 87.
- (73) 上の点については、舟田・前注 (12) 『現代契約法大系』一五二頁以下参照。 auch vgl. Möschel, in: Immenga / Mestmäcker, § 22 Rz 168.
- (74) vgl. Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 21. Feb. 1980 zu dem Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB, WuW 1980, S. 366, 375. なお、二六条二項については、美方・裨貫・和田「再販売価格維持・専売制・テリトリー規制の比較法的検討 (中)」北法三三巻五号一二九一頁以下、杉浦市郎「西ドイツ競争制限禁止法における差別禁止規定について」愛知大・法経論集 法律篇一〇八号一頁以下、舟田・前注 (12) 『独占禁止法講座 V』等の研究がある。