

# 市場支配力濫用規制と市場参入障壁（二）

田 中 裕 明

もくじ

- 一 はじめに——問題の所在——
- 二 市場支配的地位の指標としての市場参入障壁
  - (1) 市場参入障壁の適性をめぐる議論
  - (2) 法律上の市場参入障壁（以上、本誌第三四卷第一号）
  - (3) 事実上の市場参入障壁（以上、本号）
- 三 濫用行為と市場参入障壁
  - (1) 妨害的濫用行為と市場参入障壁
  - (2) 搾取的濫用行為と市場参入障壁
- 四 差別行為と市場参入障壁
- 五 その他の競争制限的行為と市場参入障壁
- 六 むすび

## 一一 市場支配的地位の指標としての市場参入障壁

### (3) 事実上の市場参入障壁

続いて、事実上の市場参入障壁について検討する。

#### (1) 総説

事実上の市場参入障壁については、例えば事業者が卓越した生産方法を有していたり、あるいは最新のインテリジェント・マネジメントを装備していることから優れた事業能力を有し、そのような事実が市場参入障壁を形成することがある。しかしこのようなことは自明のことであり、当該事業者のみが採り得る参入障壁ではない。すなわち、右にみたような特殊な能力というものは、競争それ自体が目指すものだからであり、競争の結果、卓越した生産方法を獲得したり、最新の装備を用意することが可能となるわけである。また、かかる能力は自身の事業の推進や競争相手の事業の追跡のために、あるいは技術革新競争や模倣競争のためにも必要とされるものである。

したがって、それぞれの事業者がそれぞれの能力に基づいて競争を展開することが、競争本来の姿である。いわゆる「業績競争」の展開である。しかし、状況如何によつては、その業績競争の展開が市場参入障壁を形成する場合があるわけである。事実上の市場参入障壁をめぐる困難な問題は、通常期待される競争が「妨害的競争」と評価されるのはいかなる段階に達したときかの判断である。<sup>(1)</sup>これは「私的独占」の「排除」行為の判断にも連なる問題である。明らかな「排除」行為であれば、それはそのまま参入障壁であると評価できる。しかし「排除」は競争の本質であつて、不可避なものである。いかなる行為を以て「排除」、すなわち参入障壁とみるかは、い

ずれにせよ一律に判断することはできず、個々のケースを以て検討していく必要がある。その際に検討すべき項目として、「規模の経済性」、「製品差別化」などがある。以下、順次検討する。

（2） 規模の経済性

規模の経済性は、考えられる参入障壁のほとんどすべてに認められる<sup>(2)</sup>。実務でも一定規模の経済性を以て市場参入障壁とみなしている<sup>(3)</sup>。規模の経済性について、経済学説上、統一的な定義はない。有力な見解によれば規模の経済性があるとされるのは、産出量の増大の際、そのために必要とされる生産要素が逡減する場合あるいは、すべての生産手段が比例的に増加する際に、生産が逡増する場合である。すなわち、規模の経済性が認められるのは、経営規模が増大する際（つまり、生産能力が拡大する際）単位当たり費用が下がる場合である。これは、ドイツ独占委員会が採用するところである<sup>(4)</sup>。そして、産出量の費用節減に対する関係から最終的に明らかにされることは、最小最適規模の企業規模である。すなわち、規模の経済性が利用し尽くされる企業規模である<sup>(5)</sup>。参入障壁としての規模の経済性が潜在的競争者にもたらす結論としては、一つには市場参入にとり必要とされることは、相応の最小最適規模の経営規模（つまり、最小最適規模の市場占有率）を築くことであり、そうすることで初めて最適コストでの生産が可能となるわけである。この場合、資本市場を介して調達すべき相当の資本を必要とすることになるであろう。もう一つには、市場参入の際、全体の産出量が高まれば、結果として価格が下がることになるが、どの程度かかる要因が与えられるかによって、市場参入の成功が相対化されることになり、その度合いが潜在的競争者にとっての「壁」となる<sup>(6)</sup>。

最小最適規模に関して、単位当たり費用（Stückkosten）は生産能力の増大と共に下がるが、これは必ずしも

拡大しない。むしろ、単位当たりの原価がもはやこれ以上下がることのない点があり、それどころかその点は、これを境に再び上昇する点でもある。国民経済的に最適な企業規模を示すこの点が、最小最適規模である。そして、その点においてこそ最も効率的に生産されることになる。<sup>(7)</sup> また、当該市場への新規参入を目指す事業者にとつての事実上の障壁が存在するか否かという問題に関連して、最小最適な経営規模が相当の市場占有率を示している市場に参入しようとする新規事業者は、次のようなジレンマに立たされる。すなわち、新規参入には最適原価の売上高を伴うことになる。ただし、既存の事業者は既にその売上高を減少させており、その結果、価格の引き下げをもたらすほどの状況にはほとんどないからである。そうであれば、当該市場への参入は、おそらく勘定に合わなくなるであろう、というジレンマである。<sup>(8)</sup> 他面、新規参入者は次善の供給量を以て参入する場合、当該市場における価格構造を無条件に取り違えることはないであろうが、その構造によって軸となっている原価が高まることで、当該参入者は競争上不利となるであろう。<sup>(9)</sup>

ところで規模の経済性を検討するに際して、その参入障壁としての性格を左右する要因に「規模の利益 (Größenvorteile)」が指摘される。一般的には両者は同一視されるが、本稿でGW B一九条の意味での市場支配的地位の形成を検討する場合には、これを区別して、規模の利益は規模の経済性に包摂されるものの、独自の要因としてこれを取り上げることにする。<sup>(10)</sup>

まず、規模の利益をめぐっては、これが市場参入障壁となるかどうかという問題が経済理論の分野で論争を繰り広げていた。GW Bの政府理由書は、規模の経済性を範に障壁と位置づけたが、法の実務も同様である。<sup>(11)</sup> これに対して、規模の利益それ自体ではまだ、潜在的競争者の自由を制限するものではない、というJ・M・シユルツェの主張がある。<sup>(12)</sup>

ここでかかる主張に対する J・ユイツケリの分析を一瞥する。J・M・シユルツェの考察の出発点は、規模の利益が潜在的競争者の一人に対し結合事業者 (fusionierende Unternehmen) の行動の余地を十分には規制できないかどうかの審査である。その審査から明らかにされることは、規模の利益の市場障壁性を否定する提起された論拠に対して、いずれの潜在的競争者にも必要とされる生産量を製造することや、自らを競争の中に置くことを免除されているという命題には論拠がないということである。新規の売り手が必ずしも既存の売り手に対して不利に扱われることはない、と考えられるからである。潜在的な売り手が現実の売り手と同じように大規模な事業者を設立できるかどうか重要なのではなく、むしろそれをするかどうか、そしてそれはいつかなのである。そのうえで、当該市場では最小最適規模の生産量を費用充足的な価格で販売することができない場合、当該市場への参入は行われないことになる。それゆえ、大量生産による利益は潜在的競争を麻痺させることになる。<sup>(13)</sup> すなわち、規模の利益が参入障壁として機能することになる。

次いで、J・ユイツケリは J・M・シユルツェの主張の方向性である「規模の利益は効率性を示し、そしてそうあることが望ましい」とする論拠<sup>(14)</sup>についても、説得力を欠くとみている。

その理由は一つには、市場力基準 (Marktmachtkriterien) に照らしてみた際、規模の利益が競争的に発生したのか否かについては、それがさしたる役割を果たさないからである。またもう一つには、規模の利益により付与された優位がさらに消費者にも広がるかどうかについても何も語られていないからである。むしろ競争の圧力がそれに向けて強制しない限り、当該事業者の行動の余地は広がるものである。<sup>(15)</sup>

以上のように J・ユイツケリは分析するのであるが、その一方で規模の利益が市場参入障壁となるとしても、それがすべての場合に当てはまるわけではない旨も述べている。また、障壁の高さは、個別具体的事案での考察

によってのみ調査可能である旨も強調している。<sup>(16)</sup>

規模の利益と企業結合規制との関わりについては、次のようにまとめられる。すなわち、企業結合の形態に照らして規模の利益も、水平的、垂直的および多角的なものに分類される。このうち事業者の市場支配的地位を直接的に形成あるいは強化するものは、水平的なものである。

水平的な規模の利益 (horizontale Größenvorteile) については、多角的な経営の中ではほぼ同じ種類の製品群を提供している事業者同士において認めることができる。ただし、水平的結合により、大量生産による利益を伴う計画的・定型的な事業者間の調整が可能となるからである。したがって、水平的結合は様々な分野で行われるが、規模の利益を考慮する場合、とりわけ製造業の分野での結合が重要である。その際、経済性の範囲は次の要因により左右される。まず、適正な規模を以て活動している供給事業者 (例えば下請事業者) に支払われるべき報酬の額である。次に、自社製品を従来より低水準の規格で生産した場合に生じる可能性のある損害である。最後に、生産の中核への輸送費用である。これらの費用がどれだけかかるかによって経済性が左右されることになる。<sup>(17)</sup>

水平的な規模の利益については、個々の経営の特殊化 (例えば部門別にする事) によっても規模の利益を達成することができようが、さらに経済性は、生産手段の活用の改善、および景気動揺・景気後退への対応の改良からも発生する。<sup>(18)</sup>

### (3) 製品差別化

規模の経済性 (規模の利益) と並んで市場参入障壁の要因と位置づけられるカテゴリーの一つが、製品差別化である。GWBの立法者はJ・S・ペインの見解に依拠したものとみられる。<sup>(19)</sup> 製品差別化による利益は、特定の

財に対する消費者選好から生じる。例えば異なるデザイン、品質の相違、種々の販売制度、拡大する顧客サービスとして、おそらく今日最も大きな影響を及ぼしていると考えられる、商標（ブランド）による固有の商品に対する消費者選好の形成などによって製品差別化が進んでいっている。

製品差別化と市場参入障壁との関わりについては、現実の競争相手により形成される、その製品に対する選好は、それが潜在的競争者によって取って代わられるかどうかによって左右され、これがほとんど期待できない場合に参入障壁を認めることができる。すなわち、潜在的競争者が当該製品よりも低い価格を申し出るか、あるいはより高い販売・宣伝費を費やす場合にのみ、潜在的競争者は現実の競争相手を克服することができるであろうが、その際に生じる不利益が市場参入制限的な作用をもたらすのである。この不利益の程度が大きければ、潜在的競争者は当該市場への参入を断念することになるわけである。

製品差別化は、しかし、一つの競争的行動でもある。選好による差別化形成を通じて事業者の競争能力は高められることになり、それはまた消費者の願望に対する一つの反応の現れでもある。さらに、製品差別化はまた、「市場のすきま」、すなわち、需要がありながらそれに見合う商品が欠けている状況を作り出す要因でもある。したがって、製品差別化に対する競争法上の分析には、市場参入制限的な作用からの取組を出発点としないのが通常である。<sup>20)</sup>

以下検討する製品差別化が対象とするのは、物理的な製品差別化 (physische Produktdifferenzierung) だけでなく、心理的な製品差別化 (psychische Produktdifferenzierung) も含まれる。これらの異なる要因に従って製品差別化を区分するのは、市場参入の阻害要因が G W B にいう「市場参入障壁」となるかどうかによって、まさにこれらの要因こそが、決定的であるからである。では、製品差別化の市場参入条件への効果は何か。まず形成さ

れるのは、現実の競争者の差別措置による買い手の当該製品に関する嗜好である。それゆえ消費者は通常、既存の事業者の製品を新規事業者のそれよりも優先させる。このような新規事業者の不利益は、異質な嗜好を取り除き自らの嗜好を形成するために、競争者よりも低い価格でしか対抗できないか、競争者よりも高い販売費用、宣伝費用を負担せざるを得ない点に認められる。まずこのような効果が指摘される。その他、参入のための最適生産能力が偶発的に引き上げられることと、大幅な参入リスクを伴うとされる威嚇的な効果が指摘される。これらはいずれも、市場参入障壁とみなされる。<sup>(21)</sup>

まず、物理的製品差別化を検討する。

物理的製品差別化について、多くの論者（経済学者）が認識するところとしては、基本的に、この差別化は競争の中での取引以外の何物でもない、とされている。<sup>(22)</sup> また、かかる差別化が競合する製品に対してではなく、売り手自身の製品に対して存する場合、すなわち多数の様々な製品にまで品揃えが及んでいる場合には、物理的製品差別化が市場参入障壁を形成することはない、とされる。ただし、潜在的競争者でも異なる仕方で広範に広がった供給を施すことができるか、あるいは幅広い品揃えを何ら損なうことなく用意できるときには、かかる品揃えを有する売り手の行動の余地を有効に規制することができからである。もちろん、製品の多様性が市場参入を困難にすることはある。しかしそれは、新規参入者が消費者の満足に比べられる製品を提供できない状態にある場合である。また、優れた顧客サービスが市場への参入を妨げることもあるが、それは新規の事業者が、同じように、この顧客サービスを提供できない状態にある場合である。技術革新競争にみられるような望ましい進展というものは、ほとんど必然的に、物理的製品差別化を伴って現れるものである。<sup>(23)</sup>

以上のような、物理的製品差別化に対する市場参入障壁としての位置づけに対する疑義にも拘わらず、連邦カ

ルテル庁にみる法適用実務ではまったく異なる様相を示している。連邦カルテル庁の決定の中では、市場参入障壁としての幅広い品揃えのケースが繰り返し指摘されている。例えば一九七四年の Johnson/Hahn 事件<sup>24</sup>では、「潜在的競争者にとつての市場参入は、考えられる品揃えの拡張およびその品揃えに連なる買い手の結びつきによつても困難になる」と述べている。買い手の経済的結びつきについて、買い手が経費の削減をする場合に、かかる品揃えの拡張を理由に考察することもあり得るところである。ここでいう経費の削減とは、取引の相手を他に変える際に生じる転換費用の削減や輸送費用の削減などが考えられる。もつとも、転換費用については殊更に慎重な吟味を要するものとされる。ただしそれは、必ずしも品揃えの拡張の結果とはみられない特殊、例外的な場合を問題として取り上げているからである。買い手にとつての輸送費用の削減について連邦カルテル庁は、いくつかの（企業結合規制の）決定の中で明示的に論証している。<sup>25</sup>この決定の中では、削減された輸送費用についての実質的な根拠とされるところは、買い手にとつてはたった一人の相手方としか取引交渉しない点に求められる。この点にこそ品揃えの拡張による効率性が明白となるのであるが、企業結合規制は市場構造を志向することから、市場参入障壁の事実関係については、潜在的競争相手が先行する顕在的競争者に追いつけないか十分には追いつくことができない場合に言及される。<sup>26</sup>

先の Johnson/Hahn 事件では、買い手にとつての輸送費用の削減についての論証がないことから、理由づけが不十分なままであると指摘されている。またこのとき、輸送費用の削減の根拠を消費者に求めることはできない。けだし、消費者はどのみち小売店に向かわなければならぬし、そこで多数の品揃えの中から商品を選択することができるからである。その限りでは、イメージ上の利益 (Imagevorteile) のみが考慮されることになるであろう。輸送費用の削減はイメージを新製品に移行することによつて（そして、品質のイメージが新たに生まれるこ

とによって)も達成することができるわけである。<sup>(27)</sup>

連邦カルテル庁は、さらに、「完全な防火プログラム」を以て製品差別化を強調したり、<sup>(28)</sup> 高度な技術を要することとの関連で、結合当事事業者の一方の品揃えの幅の広さ (die breite Produktpalette) を公にしている。<sup>(29)</sup> しかし、連邦カルテル庁はいずれも詳細な理由づけを行っていない。同じく、一九八二年の Holtbrinck/Rowohl 事件でも、ポケット版の本に係る品揃えの広さに市場参入妨害的作用を認めるという同カルテル庁の論証は満足のいくものではなかった。<sup>(30)</sup> すなわち、同庁は輸送費用の削減を理由の一つに掲げるが、書籍販売業者はもはやすべてのポケット版の本を扱うことができないということは、輸送費用の削減を立証するにはまだ不十分であるとされた。その理由は、書籍販売業者にとつては在庫管理や引渡しはつねに個々の書籍名のみが数え上げられ、その分輸送費が計上されることもあり得るからである。

結局、物理的製品差別化において、品揃えの幅はそれのみでは、他に検討すべき要因がまったくない場合には、市場参入障壁とはいえない。それゆえ、競争によつては十分には規制されない、事業者の行動様式にとつての指標としては、物理的製品差別化は適切ではない。<sup>(31)</sup>

次に、心理的製品差別化について検討する。

ここでは顧客選好 (消費者選好) を形成し、既存の製品差別化による利益を強化するための重要な手段とみなされる広告・宣伝を材料として取り上げる。それは、心理的製品差別化では、消費者の様々な商品への感情的な思い入れのみが問題とされる場合、差別化による市場参入の問題についての判断が複雑になるからである。問題を単純化すると、「広告・宣伝は、市場参入障壁となり得るか」ということである。<sup>(32)</sup>

この問題について、経済学の分野で指摘されるところは、広告・宣伝が市場参入障壁となることはないという

ことであつた。そして、事業者の有する市場力の影響との関連でも、広告・宣伝の効果として事業者の行動の余地が拡大されることは確認されていなかった。これまでの広告・宣伝をめぐる議論では、あらゆる種類の広告・宣伝を差別なく平等に扱うことが批判的であつた。<sup>(33)</sup>

他方、連邦カルテル庁のこの問題に対する回答は、肯定的なものであつた。一九八二年の Philip Morris / Rotmans Tobacco I 事件<sup>(34)</sup>では、連邦カルテル庁は高い広告・宣伝費用の中に市場参入障壁の上昇をみてとつてゐる。その理由は、既存の売り手にとつてすら法外に高い初期費用は、潜在的競争者にとつてはより一層高くなり、妨害的作用が著しくなるであろうからである。すなわち、潜在的競争者の既存の競争相手に対する不利益がみられるのは、潜在的競争者がより高い広告・宣伝費用をかけなければならず、それに伴いより高いコストを負担しなければならぬ点である。<sup>(35)</sup>

もつとも、新規参入事業者の参入費用の高さが指標となり得る潜在的競争が制限されるかどうかという決定的な問題に関しては、カルテル官庁は明言を避けている。

ところで、広告・宣伝が、高い宣伝費用を介してのみ新規参入者が相殺可能な顧客選択を形成するという意図を有していたらどうであろうか。広告・宣伝が顧客選択を形成するということは間違いではないであろう。そうでなければ、誰も広告・宣伝などしないであろうからである。かくして形成された消費者の製品・役務に対する「先入観」は次のことを条件とする。すなわち、新規参入者はまず当該製品の評価・評判に投資することを要することになる。したがつて、当初同じ時期では、既存の事業者よりも費用は高くなり、このことが競争制限を示すものとされる。しかし、これだけでは論拠としては説得力に欠ける、とみられる。<sup>(36)</sup>

新規参入者にとつて、必要な広告・宣伝費用を投じるのは、彼らの自由である。したがつて、広告・宣伝が潜

在的競争者にとってその行動パラメーターの投入を妨げるかどうかが問題となるが、この問いに対する回答は「否」である。広告・宣伝手段へのアクセスは制限されないものである。また、新たな競争者が同種の手段の投入のもと、既存の事業者と同様の効果を達成するかどうかは、もはや市場参入の可能性の問題ではなく、むしろ競争の可能性の問題である<sup>(37)</sup>。

総じて製品差別化は、物理的であれ心理的であれ、参入障壁の形成に関しては、玉虫色に輝く印象を与える。したがって、製品差別化に係る措置を以て市場参入障壁を根拠づけることができるかどうかに対する問いには、一括的な回答をすることは許されない。ただ(学術上の)傾向としては、市場参入障壁が製品差別化を根拠とすることは稀であることに留意すべきである<sup>(38)</sup>。

#### (4) 費用の絶対的優位性 (absolute Kostenvorteile; absolute cost of advantages)

費用の絶対的優位性は、市場参入障壁の考え得る三つめのカテゴリーである。これが認められるのは、既存の事業者の生産費用が、生産量に関係なく、潜在的競争相手の生産費用を下回っているときである。費用の絶対的優位性の形態で認められる市場参入制限をめぐる議論は、とりわけ特許に顕著である<sup>(39)</sup>。特許については、既に法律上の市場参入障壁の一つとして取り上げた<sup>(40)</sup>。ここでは、特許の事実上の市場参入障壁としての側面を概観する。特許によって許される特許所有権者の排他的利用権は、他の競争相手が発明を利用することを差し止めることを可能にする。潜在的競争者には、このことが市場参入制限として機能する。すなわち、潜在的競争者は当該特許よりも劣った(古い)技術に依拠せざるを得ず、あるいは発明の利用のために特許使用料を特許所有権者に支払わなければならない。

特許（権）の性質上、このようなことはむしろ当然であり、かかる事態を以て競争法上直ちに問題となるものではない。ただこのような対応を迫られることが、事実上、参入障壁となって現れてくるのである。また潜在的競争者は、相当の研究・開発のための努力を通じて、保護対象とはならない模倣品を開発しようと試みる場合があるが、いずれにせよ、特許所有権者には負担する必要のない費用が生じることになる。

このような不利益について、立法者は意識的に無視してきた。けだし、特許法上の保護による特権は、経済全体の利用に供するために技術革新（イノベーション）に向けた刺激を提供することを目的に用意されたからである。したがって、特許について一般的に承認された市場参入制限効果に対してよりも、技術革新への関心の方が優先されるわけである。<sup>(41)</sup> 結局のところ、特許所有権者に費用上の優位性がもたらされるのである。したがってまた、模倣競争も制約されることは明らかである。特許に関しては、ほぼ一致して市場参入障壁の考えられる一因とみなされている。

しかし、特許の市場参入制限効果は時間的期限づけ（zeitliche Beschränkung）によって限定される（ドイツ特許法二〇条）。それで例えば一九八〇年、Thompson-Brandt/Sabaの企業結合を容認した。その理由は、ヨーロッパのビデオテープの規格として採用されていたPALカラーシステムに関する特許の期限が終了した後は、日本の競争者（事業者）が登場する（参入する）ことを強く意識しなければならなかったからである。<sup>(42)</sup> カルテル官庁等の決定実務を見る限り、特許による市場参入制限効果の意義はほとんど重要ではないといえる。

他方、ノウ・ハウの市場参入制限効果については、一連の決定実務においては、一考を要する。連邦カルテル庁によれば、顕在する競争相手に対する技術上のノウ・ハウに係る不利益は、相当の資金的な努力を通じてのみ克服できることを前提としている。したがって、資力がある場合にのみ、この参入制限を克服できるとされる。

つまり、市場への参入が困難であればあるほど、ノウ・ハウの必要度がそれだけ高くなるわけである。<sup>(43)</sup> 潜在的競争者とすれば、既存事業者の優位を克服するためには、相当の時間と資金を要することとなるわけである。この点、特許よりもノウ・ハウによる効果の方が強力であり、より制限的である。これは、実務上も学説上も広く承認されているところである。もちろん、特許と技術上の知識・情報（ノウ・ハウ）との間に決定的な相違があるわけではない。もっぱら、特許として保護されるかそうでないかの違いは、秘密裡にすべき情報の有無に求められるのではないかと思われる。ドイツ特許法によれば、特許は発明者に、他者による当該製品あるいは手法の利用に対して、包括的な権利保護を与えるものである。他方ノウ・ハウは、その秘密が保持される場合にのみ、有効に機能することができる。もちろん、ノウ・ハウについても限られた範囲ではあるが、無資格者によるノウ・ハウの開示に対しては刑事法上の責任を問われる（ドイツ不正競争防止法一七条）。しかし、ノウ・ハウの場合には、競争者による模倣を阻止する手立てはない。むしろ、こちらの方が問題なのではないだろうか。<sup>(44)</sup>

最後に、企業結合規制との関わりについて述べると、結合によって市場参入障壁が形成され、あるいは強化されるのは、知識・情報が共同で提供される（poolen）場合であり、それらが総体として大幅な優位性を物語るべきである。その他、ノウ・ハウが優越的市場地位を根拠づけることはあるが、そのみでは企業結合を差し止める正当理由にはならない。<sup>(45)</sup>

(5) 資本需要 (Kapitalbedarf)

事業者が新しい市場に参入しようとするとき、まず投資しなければならない。そして、その市場参入に成功するためには、多数の物理的・人的手段が必要である。いずれにせよ投資の絶対的額が市場参入に伴う費用として

位置づけられる。この費用が、若干の資金力に優る事業者によってのみ達成できる額の場合に、潜在的競争者にとっての市場参入障壁とみられる。<sup>(46)</sup>それゆえ、しばしば仮定される場所であるが、市場参入に際して多額の資本を必要とすること（資本需要）が、市場参入障壁であるとされる。<sup>(47)</sup>連邦カルテル庁の実務においても、投資に必要な資本需要が重要な役割を果たしている。したがって、潜在的競争者が市場に参入するために、高度の資本要件を満たさなければならない限りで、その需要（資本需要）は市場参入障壁とみなされる。

また、連邦カルテル庁の差止決定においてのみならず、ベルリン高等裁判所や連邦通常裁判所の決定においても、参入を困難にする投資費用が通常、繰り返し指摘される。

では、ここでの問題は、市場参入障壁というメルクマールのもとで正確に包摂させることであるか。あるいは概念を見誤つたものであるか。そして競争上の費用は市場参入障壁であると証明されるか。この問いに対する回答を用意するのが、アメリカ反トラスト政策にみるいわゆるシカゴ学派である。その代表者であるR・ポズナーの見解を例に挙げることにする。<sup>(48)</sup>

産業設備の運営に一〇〇〇万マルク掛かり、耐用年数が一〇年とする。この前提要件のもとでは、年次（減価償却）費用が新規参入者には一〇〇万マルクとなる。既存事業者がちょうど同じ額の費用を負担するとすれば、利用期間経過後、設備を新しいものと交換しようと計画することになる。「それゆえ、新規参入者には、結局のところ、費用上の不利益はない、といえる。」

この例によれば、一〇〇〇万マルクの投資要件が、間違いなく、市場参入を意図している者の行動を阻止して

いる。それだけの額を調達することは、誰にでもできるものではないからである。しかし他方、有効に競争を推進するために他の要件（効率的な経営、原料へのアクセスの有利さ、販売の可能性など）が充足される場合、必要な資本額は造作なく銀行ローン、あるいは資本市場金融を通じて用意することができる。このようなことが可能なのは、資本市場が不完全だからであるとの指摘も一部にはあるが、投資規模との関係で、新規事業者にとっては、相対的に責任資本の範囲が小さくなるのが、調達を可能とする他人資本の額を引き下げており、リスク増の分だけその額も高くなるとされる。<sup>(49)</sup>

以上、この設例もそれなりの説得力を認めることができよう。「それなり」としたのは、説明に際して都合のいい例だからである。連邦カルテル庁などで取り上げられた事案のほとんどは、かかる説例のように整理することができないものであった。むしろ、それが通常ではないかと思われる。事実、高額の資本を要することが、様々な事実関係において、そしてカルテル官庁、ベルリン高等裁判所および連邦通常裁判所すべての審級によって、市場参入障壁とみなされてきたわけである。そしてほとんどの場合に、その理由づけとして金融手段（すなわち資金調達）への高い需要を掲げてきた。もっとも、その理由づけの中でも、どの範囲で埋没費用が生じるか、あるいは資金力のある、当該市場に近い事業者が参入に向けて十分な用意ができてきているのか、つまり資金調達の目的が立っているのか、という問題についての詳しい説明はなされていない。<sup>(50)</sup> 例えば、一九七六年の GKN/Sachs 事件<sup>(51)</sup>で、ベルリン高等裁判所は、資本需要を正確に立証することが非常に困難であることをはっきりさせた。すなわち、連邦カルテル庁は二億五千万マルクとしたのに対し、ベルリン高裁は六千万から六千五百万マルクまでを基準とした。<sup>(52)</sup>

本件のこのような状況からみて、J・ユイッケリは、参入を検討しようとする事業者にとっての問題は、大幅

な販売量を収め、買手の信頼を獲得しなければならないという事情にあると捉えた。それで、この理由こそが当該市場に近く、資金力にも恵まれている事業者の参入を阻止しているとみている。そしてそれは、自動車メーカーに顕著であるとしている。結論として、J・ユイッケリは、資本需要に基づく参入障壁を想定すべきではないとする<sup>(53)</sup>。

J・M・シユルツェ、J・ユイッケリそれぞれアプローチは異なるが、資本需要そのみを以て市場参入障壁とみることに否定的である。実務は、もっぱら、高い資本需要の事実から市場参入障壁を推論したに過ぎないとみるべきであろう<sup>(54)</sup>。

(6) まとめ

GW B一九条二項二号に掲げられた「市場参入障壁」につき、法律上の障壁のほかに事実上の障壁として、法の適用実務（カルテル官庁等の決定）から確認されるところを取り上げると、まず、規模の経済性の中に市場参入障壁としての要素を認めることができた。ただ、ここで注意を要するのは、際立った規模の経済性が認められるのは、極僅かな市場に限られるという点である。また、法の適用実務を見る限り、市場参入制限を規模の経済性の事実のみから導き出しており、潜在的競争への影響については何ら検証していない点が問題とされよう。

次に、製品差別化においても法適用実務から市場参入障壁を見てとることができる。規模の経済性の場合と同様、ここでも、これまでの決定実務においてはもっぱら画一的に、製品差別化の可能性のみが指摘され、その特徴についてはまったく探究されていないという問題がある。とりわけ、極端な広告・宣伝の中に、効果的な市場参入妨害手段性を、決定実務は認めている。

さらに、費用の絶対的優位性から生じる不利益も市場参入障壁とみなされる。特許が一致して市場参入制限的なものとして位置づけられる一方、これは特許の技術革新促進効果を理由に、原則として損害を与えるものとはみられないのである。他方、ノウ・ハウの優位性についてはより細分化して考察されることになる。ただし、潜在的競争者は既存の事業者に応分に対抗できるようにするために、相当の資金と時間とを費やさなければならぬからである。それゆえ、一連の決定の中に、ノウ・ハウの市場参入制限的效果を認めることができる。

そのほか、著しい資本需要もまた市場参入障壁とみなされる。ここではとりわけ、潜在的競争者に不利益となる高度の資金的要請という事実からのみ、参入制限性が結論づけられている。

- (1) 「妨害的競争」に関する詳細な研究として、vgl. O. Tyllack, Wettbewerb und Behinderung, München, 1984.
- (2) Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 18. 8. 1971, BT-Drucks. VI/2520, S. 23.
- (3) 例として“GKN/Sachs”: BKartA WuW/E BKartA 1625, 1627f.; KG WuW/E OLG 1745, 1752f.; BGH WuW/E BGH 1501, 1504.
- (4) J. M. Schmitze, a. a. O., S. 93. その他、経済学でよくみられるものに、規模の経済性が認められるのは、すべての投入量のkだけの増加が、産出量のnだけの増加をもたらし、かつ不等式  $k < n$  が成り立つときであるとされる。ただこの算定式は、投入量が一律でなく変化する場合に生じる経済性を捕捉することができず、この定義は実質的には適用の場は狭いとされる。vgl. J. Jickel, a. a. O., S. 163.
- (5) F. Lüttig, a. a. O., S. 126.
- (6) Vgl. F. Lüttig, a. a. O.

- (7) J. M. Schultze, a. a. O.
- (8) J. M. Schultze, a. a. O., S. 93f.
- (9) J. M. Schultze, a. a. O., S. 94.
- (10) 両者を厳密に区別することは難しいが、大雑把な理解として、規模の経済性については、規模による「無駄なもの (Ersparnisse)」を意味する。
- (11) Regierungsbegründung, a. a. o. 於た運用例として、"GKN/Sachs": BKartA WuW/E BKartA 1625, 1627f.; KG WuW/E OLG 1745, 1752f.; BGH WuW/E BGH 1501, 1504.
- (12) J. M. Schultze, a. a. O., S. 95.
- (13) J. Jickeli, a. a. O., S. 168.
- (14) J. M. Schultze, a. a. O., S. 94f.
- (15) J. Jickeli, a. a. O., S. 169.
- (16) J. Jickeli, a. a. O.
- (17) Vgl. J. Jickeli, a. a. O., S. 177
- (18) J. Jickeli, a. a. O. 水平的な規模の利益については、製造業の分野以外では、小売業の分野、金融業の分野および研究開発分野においても認められる。
- (19) Regierungsbegründung, a. a. O.
- (20) Vgl. F. Lüttig, a. a. O., S. 127f.
- (21) J. M. Schultze, a. a. O., S. 98.
- (22) J. S. シェインは、物理的製品差別化を以て市場参入障壁として掲げる。vgl. J. M. Schultze, a. a. O.
- (23) J. M. Schultze, a. a. O., S. 99.

- (24) BKarta WuW/E BKarta 1561, 1569, "Johnson/Hahn".
- (25) BKarta WuW/E BKarta 2178, 2181 "Klöckner/Seitz"; BKarta AG 1985, 281, 283 "Pilsbury/Sonnen-Bassermann"; BKarta WuW/E BKarta 2213, 2220 "Linde/Agelko".
- (26) Vgl. J. Jickeli, a. a. O., S. 188.
- (27) もともと、あまりイメージ効果ばかりを強調すると、それは結局のところ物理的製品差別化ではなくて、広告・宣伝効果としての心理的製品差別化の問題となる可能性があるといえよう。
- (28) BKarta WuW/E BKarta 1882, 1886 "Krupp/Total".
- (29) BKarta WuW/E BKarta 1625, 1627 "GKN/Sachs". 本件では、Sachsの製品範囲の多様さが指摘された。
- (30) BKarta AG 1982, 79, 81.
- (31) J. Jickeli, a. a. O., S. 190.; J. M. Schultze, a. a. O., S. 99.
- (32) J. M. Schultze, a. a. O., 100.
- (33) J. Jickeli, a. a. O., S. 192.
- (34) BKarta WuW/E BKarta 1943, 1948 "Philipp Morris/Rothmans Tobacco I".
- (35) F. Lüdtig, a. a. O., S. 128.
- (36) J. M. Schultze, a. a. O. 「広告・宣伝が顧客選好を形成する」との指摘に対しては、J・ユイッケリによれば、この命題が正当とされるのは、純粋に中立的で情報提供に止まるものとしての宣伝効果のないいは販売に寄与するところのなご (absatzschädlich) 広告・宣伝が除外される場合のみである、とされる。したがって、宣伝効果がないため顧客選好を形成しない広告・宣伝は市場参入障壁を根拠づけることはない。vgl. J. Jickeli, a. a. O.
- (37) J. M. Schultze, a. a. O., S. 101. J・M・シュルツェの総括するところでは、まず、広告・宣伝は他の事業者にとっての市場参入障壁とはならない。次いで、広告・宣伝は潜在的競争者に対して競争上の行動の自由を妨げない。む

しる逆に、新規参入者に参入の可能性を開く。そして、広告・宣伝は競争上の行動パラメーターであって、競争制限的な市場参入障壁ではない。これが正しい見方である、とされる。vgl. J. M. Schultze, a. a. O., 103.

(38) J. Jickeli, a. a. O., S. 203.

(39) F. Lütting, a. a. O., S. 129.

(40) 本稿 (一) 二 (4) (本誌第三四卷第二号七三頁以下) 参照。一九八一年ドイツ特許法一条一項によれば、「特許は、新しく、創意に富む活動に基づき、産業上 (gewerblich) 利用可能な発明に与えられる。」また、同九条一項では、「特許は、特許権を与えられた発明を利用するための排他的権利を発明者に保障する。」と規定する。

(41) F. Lütting, a. a. O.

(42) BKartA, Pressemitteilung vom 16. 7. 1980, WuW 1980, 652.

(43) F. Lütting, a. a. O., S. 130. もちろん連邦カルテル庁自身は、なぜノウ・ハウを保有することが市場参入障壁を形成するかについては、明言していない。本文で記したところに加えて、おそらく、特定の市場への参入には特殊な情報 (Spezialkenntnisse) が必要とされ、それゆえ、基本となる基準を見出せない市場への参入よりは参入が困難となる点に理由を見て取る<sup>2)</sup>ことができるのではないか。vgl. J. M. Schultze, a. a. O., S. 106.

(44) J. M. シュルツェもこのように指摘しているが、彼は続けて、ある事業者が開発した特殊情報が自らに優位性を与えるのは、他の事業者ではかかる技量を習得できなかった限りにおいてであるとする。そしてこの場合には、特許のときとは異なり、競争相手は何も阻止されていないのである。したがって、潜在的競争は制限されていないことになる。それゆえ、ノウ・ハウの保有は、市場参入障壁として作用することはなく、と結論する。J. M. Schultze, a. a. O., S. 107.

(45) J. Jickeli, a. a. O., S. 208.

(46) Vgl. J. M. Schultze, a. a. O., S. 90; F. Lütting, a. a. O., S. 131.

- (47) J. M. Schultze, a. a. O.
- (48) 以下のポズナーの例は、R. Posner, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, U. Pa. L. Rev., Vol. 127 (1978/79), 925, 929. からの引用であるが、J. M. シュルツェの紹介による。それゆえ、通貨の単位も現在のユーロではなく、ドイツ・マルクとなつてゐる。J. M. Schultze, a. a. O., S. 91.
- (49) J. M. Schultze, a. a. O.
- (50) J. Jickeli, a. a. O., S. 219.
- (51) KG WuW/E OLG 1745, 1752 “GKN/Sachs”.
- (52) もともと、連邦通常裁判所は、高い資金需要 (Finanzbedarf) を規模の利益を以て根拠づけた。BGH WuW/E BGH 1501, 1504.
- (53) J. Jickeli, a. a. O.
- (54) 資本需要を参入障壁の根拠とするには、正確な数値などを掲げられないという欠点はあるが、後発の事業者が先発事業者に追随せんと参入を図ろうとすれば、相当規模の資本投入を要することは事実である。例えば、情報通信分野などが挙げられる。その際、資本需要のみでなく、不可欠施設の法理 (エッセンシャル・ファシリティー・ドクトリン) なども活用して、参入障壁を立証する補強材料とすべきであろう。なお、事実上の参入障壁とみられるものは本文で取り上げたものがすべてではない。他にも様々なものが指摘されている。例えば、垂直的統合、原材料へのアクセスなどである。

(55) Vgl. F. Lüttig, a. a. O., S. 133f.