

市場支配力濫用規制と市場参入障壁（三）

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、本誌第三四卷第二号）
 - (3) 事実上の市場参入障壁（以上、本誌第三六卷第三・四号）
- 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（以上、本号）
- 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

三 濫用行為と市場参入障壁

濫用行為については、GWBにおいては基本的に「妨害的濫用行為 (Behinderungsmisbrauch) (GWB一九条二項一号)」と「搾取的濫用行為 (Ausbeutungsmisbrauch) (同二号・三号)」⁽¹⁾とに分けられる。以下、それぞれの濫用行為と市場参入障壁との関係について検討する。

(1) 妨害的濫用行為と市場参入障壁

妨害的濫用とは、競争相手の競争の可能性を正当な理由なく侵害する行為を指す。これは、わが国独占禁止法の私的独占にいう「排除」行為に相当するものと考えられる。したがって、ここでの検討は私的独占の排除の問題にとつて示唆的であるといえる。

ここでは妨害の場合における市場参入障壁を問題とすることから、潜在的競争との関わりを取り上げる。GWBの濫用監視目的、すなわち市場を可能な限り競争的に保つという目的と市場を開放するという目的からみて、潜在的競争は、市場支配力の確定の際、判断を求められる妨害的行為に応じて個別に考慮していくべきこととなる。このようなアプローチで妨害的濫用と搾取的濫用を区別すべきであるが、そのみではなく、妨害的濫用の枠においても、その「類型」が形成されることが求められる。⁽²⁾

第一の類型は、潜在的競争者に対する当面の市場力を、濫用が市場の閉鎖によって永続化することに資する、ということと特徴づけられる。かかる状況では、潜在的競争が直接的ではないにせよ、現実の競争に転換され得る場合には、潜在的競争は無視することができる。⁽³⁾その理由は、潜在的競争の有効性がつかの間でも保護されない場合には、その有効性は久しく考慮されずに置かれるかもしれないからである。

次に、濫用行為が市場で有力な事業者の、現実の競争者に向けられると、潜在的競争に重大な役割が帰することとなる。例えば略奪的価格引き下げ (Kampfpreisunterbietung) がそうである。かかる類型においては、潜在的競争者による競争的抑制 (Wettbewerbssdruck) を考慮しなければ、競争的行動を濫用として区別する危険性が生じることとなるからである。市場が、短期・中期の競争に対する市場参入障壁によってではなく、潜在的競争によって保護される限り、攻撃的 (aggressiv) な価格行動には閉鎖的市場におけるよりも内在的に独占化傾向は低く、したがって、それは競争的観点のもとでは危険性はない (unbedenklich) といえる。⁽⁴⁾

第三に挙げられる事態は、濫用的行動様式 (die missbräuchliche Verhaltensweise) が他の市場への市場力の拡大に資する場合である。例としては、排他的拘束を伴わない抱き合わせ行為が挙げられる。かかる行為は、抱き合わせ商品の市場における事業者にも抱き合わせ商品を製造し、同じ抱き合わせ行為を提供することが可能な限りにおいて、抱き合わせ商品の市場も被抱き合わせ商品の市場も閉鎖することはできない。かかる状況では搾取的濫用におけると同様の抵触 (Konflikt) がみられる。すなわち、生産の開始にはつねに時間がかかることから、被抱き合わせ商品の市場において抱き合わせによって生じる軋轢は、そこで活動する競争者への侵害とみられ、他方においてかかる抱き合わせを禁止することは、価格統制 (Preiskontrolle) と同様、抱き合わせ商品の市場からその商品についての魅力を奪い取ることになる。このような理由から今日の経済理論の知るところは、厳格に、濫用規定の合理的な適用につき有効な潜在的競争に、たとえそれが直ちには現実の競争に転化できない場合であっても、これらの類型における意義を書き加えるべきものとする。短期の、場合によっては中期までの展望の根底にあるものは次のような見解に拠っている。すなわち、第二および第三の類型における濫用行為は、市場の開放を基礎とする長期的な調整の場合にのみ、経済的行動の自由の保護の点からも効率性重視の思考の点か

らも受容できない、現実の競争の制限をもたらすこととなる、というものである。⁽⁵⁾

妨害的濫用を規制対象とする場合の市場参入障壁をどのように捉えるべきか。これは、市場参入障壁概念の問題である。この問題の検討に当たって、市場力との関係から始めることにする。

GWB一九条一項および二項にみる市場力概念は、企業結合規制の場合と同様に濫用監視の場合も、市場の競争によつては十分には規制されていない事業者の行動の余地に狙いをつけていることを前提とすべきである。

かかる市場力概念の確定には、妨害的濫用の場合、濫用として考察する期間の長短によつて条件付けられることがあるが、その場合でも他の要素を手掛かりにして臨まなければならない。潜在的競争が市場で有力な事業者を十分規制しているかどうかを吟味する際、当該市場へ随時参入が可能であるということのみならず、当該参入が現実の競争に影響を及ぼしているということも重要である。⁽⁶⁾ 市場参入障壁概念の確定に当たっては、当該市場への参入継続期間はもっぱら除外され、潜在的競争の別の目安とされるが、それでも市場で有力な事業者に対する有効な規制が阻止されるような状況を、考察の期間は変えることがある。J・ユイツケリはこのように、参入障壁としての濫用の捕捉に臨むアプローチとして、考察期間の長短を掲げている。このアプローチは、事実上の参入障壁 (die faktischen Eintrittshindernisse) を記す障壁概念およびそれぞれの考察期間を強調することが特徴であり、このアプローチならば個々の濫用の場合の多様性にも対応できる。⁽⁷⁾ もっとも、非常に短い期間の考察の際には―これはとりわけ、前述の第一類型を基本としているが―、このアプローチは実際上つねに閉鎖的な市場を想定することになり、参入障壁の吟味を結局のところ不要なものとしてしまう。ただし、現実が時間を超越したプロセスを認識しないからである。他方、短期から中期にわたる考察方法の場合には―それは前述の第二、第三類型において妥当する―、このアプローチは不要な、そしてむしろ有害な競争のプロセスへの介入を回避する

ことになる。⁽⁸⁾

濫用行為が市場で有力な事業者の市場における潜在的競争相手に向けられ、当該市場に参入障壁が存在しない場合には、濫用はこれを確認することができる。逆に、当該行為が現実の競争相手に向けられる際、参入障壁を欠くことが濫用的妨害行為を否定する指標となる。他方、取引段階の前後、あるいは第三市場における現実のあるいは潜在的競争相手に関しては、濫用行為が基盤となる市場における市場参入障壁の条件となる。このように、市場参入障壁と妨害的濫用には複雑な関連性(意義づけ)⁽⁹⁾が認められる。

以下、市場支配力の濫用としての妨害的濫用の典型例をみることにする。

(a) 不当廉売⁽¹⁰⁾

不当廉売が特徴とする事実は次のようなものである。すなわち、(通常、市場で有力な)事業者が自己の商品等の販売を自由にさせ、将来の価格決定を自由にできるようにするために、競争相手を当該市場から強制的に排除する意図で、競争相手の価格を引き下げること⁽¹¹⁾である。ドイツ法上、このような事例は既にライヒ裁判所のUWG 一条に係る Benrather-Fankstelle 判決⁽¹²⁾にみることができる。いわゆる「略奪的価格行為」である。これは、GWBでは一九条四項一号だけでなく、同法二十条一項(不当な妨害の禁止)の適用対象にもなる(ちなみにアメリカ反トラスト法では、ロビンソン・パットマン法三条、シャーマン法二条による規制対象となる)。

価格の引き下げによって競争相手を駆逐する合理的な戦略は、次のような市場参入障壁を要件とする。すなわち、潜在的競争によって十分な制約を受けない市場支配的事業者の行動の余地を形成する参入障壁であって、一定期間価格をつり上げたり同程度の利潤増大をめざす戦略を可能にする行動の余地であり、この一定期間とは、駆逐戦略に要するコストも十二分に差引勘定できる期間であるものをいう。前述の第一類型については、その種

の競争相手の駆逐が、潜在的競争相手にとっての心理的に根拠づけられた参入障碍をもたす限りにおいて、市場参入障壁の審査を大幅に不要とすることとなる。かかる状況のもとでは、略奪的価格行為はその長期的作用を自ら根拠づけることができる。もともと、右状況において予測を欠く不合理な行動は、コストに見合わない略奪的価格行為の原因とみられている。¹³⁾

旅行者の事例で、個々の目的地への旅行を原価以下で提供することで、当該地域を専門とする他の業者を駆逐することを目的としたTUIの行為について、ドイツ連邦カルテル庁はTUIの市場支配的地位を根拠づけるにつき、現存する市場参入障壁を採り上げた。¹⁴⁾ 略奪的価格行為が合理性を認められるのは、通常、市場参入障壁がある場合である、との考えに基づくものであるが、同庁は詳細には論じていない。このような考えに立つのは、障壁のない開かれた市場であれば、潜在的な競争相手が高い価格水準によって引き寄せられることから、ほとんど利潤極大化は望むことはできない、というのが理由とされている。

しかし、右のような説明では、市場支配的地位の妨害的濫用の立証としてはもとより、略奪的価格行為と市場参入障壁との関連性についても不十分ではないだろうか。市場支配的地位と濫用との因果関係をめぐる問題であるが、不当販売その他の妨害的行為は、市場支配的でない事業者であっても実施可能である。したがって、妨害的濫用の場合には、単に市場支配と妨害的效果との間に関連性があり、当該行為が競争にとり好ましくないものであるということが、市場支配的事業者の活動により明らかにされれば、それで十分である。¹⁵⁾

略奪的価格行為が当該市場ではなく、第三市場での市場参入障壁の場合には、どのようにこれを濫用として把握されるべきであるか。当該行為によってターゲットを駆逐しようとする側が、他の市場での自己の利得を通じて価格の引き下げを可能にしているときには（アメリカ反トラスト法上、*deep pocket theory*と呼ばれる。）¹⁶⁾「濫

用の転換 (Missbrauchstransfer)」とされ、そこでの市場参入障壁が認められる場合にのみ、第三市場での参入障壁と濫用との関連性を肯定することができる。そうでなければ (参入障壁が認められなければ)、攻撃される側は駆逐しようとする側を、そこで自ら攻撃することができるはずだからである。濫用規制一般としては、G W B一九条の適用は、濫用行為が支配されている市場で行われているかどうかを問わず、すなわち第三市場でも可能とされている。したがって、この理は略奪的価格行為についても当然当てはまる。¹⁷⁾

もっとも全体的には、第三市場に関わる略奪的価格行為につき、市場参入障壁を以て論証しようとするとき、その可能性は限られているようである。それは、市場参入障壁がもつばら立証基準としてのみ機能するにとどまるからである。¹⁸⁾

(b) リベート (Rabatt)¹⁹⁾

リベート制の利用について、販売段階における個々の競争者が他者から妨害される場合、あるいは市場で有力な事業者の現実の競争者が当該事業者により妨害される場合、これが濫用的妨害とすることがある。買手の妨害が問題となる場合、起点となる市場に障壁が存在しなければならぬ。ただし、妨害を受ける買手は、もしそうでなければ、参入後、新たな売り手に変更することができるからである。したがって、メーカー段階および小売り段階での競争は、個別具体的に考察されることになる。それに対して、市場で有力な事業者の次元での (auf der Stufe) 現実のあるいは潜在的な競争相手への妨害が問題となる場合、当該市場での参入障壁は問題とならない。ただし、この参入障壁が生じることとなるのは、まさに需要を遮断することによってであるからである。

他方、最終消費者への供給が問題とされない場合、買手市場における障壁が決定的となる。すなわち、買

手市場が完全に開放されている限りは、需要者を拘束することによる市場閉鎖戦略は機能しないのである。ただし、その場合潜在的競争者は、自ら販売段階でも活動することができるところである。

法の適用実務では、リベートによる妨害要件としての市場障壁について触れられることはまったくない。右にみたような問題についてはほとんど考慮されないものである。実務でみられる短絡的なもの見方は、一方的に市場占有率基準を強調する市場力の確認の際、逆に作用することとなる。けだし、その短絡的な見方は将来の競争の展開を阻止し得るものだからである。

(c) 抱き合わせ行為

第三市場に妨害をもたらすことが考えられ、そのための要件として、抱き合わせ商品市場における市場障壁を条件とする措置に関する例として、抱き合わせ行為が引き合いに出される。これは、排他条件付取引 (Ausschließlichkeitsbindungen) についても同じことがいえる。他の買い手が妨害されることがあるとすれば、それは、前段階の市場への参入障壁が存在する場合のみである。当該取引段階において障壁が存在する場合には、さらにこのほかに、拘束する事業者の競争相手に対する妨害も考えられる。また、買い手への差別行為や買い手への供給拒絶は、妨害が継続的な作用を及ぼし、否、それどころか市場で有力な事業者の次元での競争の強化を阻むこととなる場合には、起点となる市場での参入障壁を要件としている。⁽²⁰⁾

抱き合わせ行為をめぐる市場参入障壁は、通常容易に形成されるにもかかわらず、法適用実務がかかる参入基準を明示的に取り上げることが稀である。⁽²¹⁾ 参入をめぐる基準の意義については、Meto 事件が示唆的である。

Meto は次のようにして小売業者を威嚇した。すなわち、Meto フラベルの購入義務違反があった場合、当該小売

業者には新たな手動式値札貼付機をもちや提供しないというものであった。この戦略は、値札貼付機器市場への参入を、まさに誘い込むものであり、その条件をのまない者にとっては一種の市場参入障壁を形成するものである。

もつとも、抱き合わせ行為にはそれぞれ異なる特徴があり、これを一律に扱うことはできない。排他条件付取引とは異なり、抱き合わせの場合は、それが当然濫用とはされないのみならず、市場参入障壁の存否にも慎重に吟味されなければならない。ただし、抱き合わせは市場力がある市場から他の市場へと移すための手段であるのみならず、むしろ同じように売れ行き向上という目的、すなわち競争促進的性格を持った、様々な部門の協働の成果をもたらすからである。⁽²³⁾ 抱き合わせ販売は、市場で有力な供給者が被抱き合わせ商品の製造者ではない場合にも認められる。かかる協働が個々の場合にのみ生じ、それ故この「販売経路」をめぐってすべての競争者が自由に競争できる限りは、当該市場には市場参入障壁は発生しない。⁽²⁴⁾

被抱き合わせ商品市場における市場参入障壁は、個別的事案の問題であり、通例、その製品を抱き合わせる当事者の協働行為がより強力かつより組織化されれば、それだけその障壁は強固なものとなり、抱き合わせ商品の市場が接近すればそれだけ、すなわち購買層が一致することになる。ただし、まったく異なる購買層の場合でも、被抱き合わせ商品の潜在的売り手にとって、それは十分自由な買い手であり続けるからである。そして、抱き合わせ商品と被抱き合わせ商品の市場占有率が大きければそれだけまた、自由であり続けた買い手はそれらに依存することになる。また、抱き合わせ商品市場における参入障壁が高ければ高いだけ、買い手の抱き合わせの自由の度合いは小さくなる。⁽²⁵⁾

以上の検討を踏まえ、次に若干のGWB適用事例を概観する。先にみたMato事件や調理済み飼料

(Fertigfutter) 事件⁽²⁶⁾が取引上の販売抱き合わせの例とされたのと同じく、ここでは強制的新聞広告料金抱き合わせ (Zwangskombinationstarifen) 事件⁽²⁷⁾、代用乳飼料 (Milchtaustauschfuttermittel) 事件⁽²⁸⁾およびスポーツ大会 (Sportveranstaltungen) 抱き合わせ事件⁽²⁹⁾を取り上げる。

強制的新聞広告料金抱き合わせ事件では、市場参入障壁に関して、任意でない広告の抱き合わせ行為がそれ自体は、当然には批判することはできない。ただし、市場で有力な新聞の市場では潜在的な供給者にとつての障壁は生じないからである。すなわち、当該供給者は、逆に、もっぱら新聞の普及地域に広告を出そうとするけれども、競争相手の側ではそのようにはできない広告主が殺到することが予想できるからである。また被抱き合わせ新聞の市場でも、強制的には参入障壁は生じない。ただし新規参入者は、そこでは同じく妨害されることなく、地域に適したあるいは一定の読者層に好ましい広告を獲得しようと努めることができるからである。抱き合わせ行為は、抱き合わせを強制される広告の顧客がこの分野にまったく広告を出そうとしない場合には、新規参入者から潜在的な購買力 (Nachfragepotential) を奪うことではないのである。⁽³⁰⁾

他方、潜在的な広告提供者の競争の可能性が低下すると考えられるのは、潜在的顧客が一般紙、広告紙双方の新聞領域に広告を出そうとする場合である。しかしその場合には、かかる低下は支配的新聞の市場での市場参入障壁を要件とする。また別の局面では、潜在的な広告提供者が当該領域のみ広告を出そうとする顧客に関して利益を得るのは、市場で有力な新聞が当該地域のその新聞について利益の獲得を許さない場合である。それゆえ、戦略的効率性も、すなわち被抱き合わせ商品の市場における競争への影響を及ぼす行動様式の適性も、個別具体的事案の中で理由付けを要することになる。したがって支持すべきは、強制抱き合わせ料金を当然に競争妨害的なものとして格付けする学説ではなくて、むしろ方向性からみて、個別具体的事案の視点に基づいて衡量される、

かかる抱き合わせをしばしば是認するが、しかし、その一方でそれより進んだ市場の閉鎖を否定する論拠をもたない判例の方である。³¹⁾ 確かにかかる判例の姿勢は法的安定性、予見可能性の点では十分ではないと思われる。しかし、一律に抱き合わせ行為を妨害的濫用とするのではなく、個々の事案に即して判断する方が、結果的に、法的安定性に寄与するのではないかと思われる。

次いで代用乳飼料事件では、ベルリン高等裁判所は手動式値札貼付機判決の流れに従い、非累積的リベートによって機能する、市場支配的酪農協同組合の代用乳飼料との生乳の抱き合わせを禁止した。しかしその際、飼料市場における市場参入障壁の高さにとり決定的となる、実質的な問題設定は調査されなかった。したがって依然として判明しないのは、一般的な飼料購入者が皆、協同組合のメンバーであったのかどうか、割り増し払いとなる飼料の最低限購入量が、総販売量との対比において（市場参入障壁の有無につき）実質的であったのかどうかである。これら二つの状況が市場の閉鎖を想定するほどに際立っていない場合、買い手が一度決めた仕入れ先に固執することは、具体的な相当の転換費用の立証なしには、論証もまたなされないことになる。けだし、一般的にみればこれは、需要者を市場に則さない行動のもとに置くからである。転換費用が高いのは例外というよりはむしろ、売買契約についてである。この視点から視られることは、ベルリン高等裁判所の想定した威嚇的な当該措置の効果もまた、新規参入への根拠としては不十分すぎるのではないかということである。³²⁾

最後に、スポーツ界にみられた抱き合わせについて一瞥する。

プロでもアマでも、同じ競技の興行（試合）は、相互に組み合わせられるのが通常であり、それは、ドイツでは（日本のサッカーリーグでも同様かと思われるが）「地域独占」を保持するので、同一リーグの同種競技の主権者は観客獲得をめぐる競争に縛られることはない。通常、各チームには地理的距離が存在することから、他の種

類の競技の主催者も同様と考えられる。すなわち、当該地域で行われる競技に関心のある者は、当該競技には興味がないと思われる他の競技に関心のある者に、当該競技のチケットを得ることを妨げられることはないだろうということである。このようにみると、他の競技の開催（例えばサッカーに対してアイスホッケー）を提供する者も基本的に制約を受けるものはないことになる。したがって裁判上問題となった抱き合わせ行為には、有意な（spürbar）市場閉鎖効果はまったくないか、あるいはほとんどないといえる。³³⁾

一九八七年五月二六日のドイツ連邦通常裁判所決定（Inter-Mailand-Spiel事件）を手掛かりにすると、本件はドイツプロ・サッカーチームFCケルンの行った入場券の販売方法が、当該チームの独占的地位の濫用に当たるとして争われたものである。FCケルンはプロ一八チームあるうちのトップクラスで、最も人気のあるチームであった。

問題となった販売方法とは、一九八四―八五年のUEFAカップ準々決勝で敗退したイタリアのインター・ミランとの雪辱戦に当たり、FCケルンとアイントラツハト・ブラウンシュヴァイクとの試合の入場券を購入した者のみに、この雪辱戦のチケットを取得させるというもので、しかも割高であった。本件では、FCケルンの市場支配的地位が認定され、本件入場券の販売はその支配的地位の濫用であるとされた。すなわち、FCケルンは競技主宰者として他に競争相手を有せず、入場券の販売についても単独の決定権を有していたとされた。FCケルンは、ファン・サービスとして入場券の前売りすることは認められるとしても、観戦を希望しない試合の分まで同時に購入することを強制することはできないとされた。³⁴⁾

本件は、文字通りの「地域独占」の事案であり、その地位故の取引強制（＝抱き合わせ行為）であった。したがって、戦略的に達成された市場参入障壁は肯定されることはなく、むしろ（後述の）搾取的濫用行為を介して

のみ、市場参入障壁が把握されることになるものと思われる。⁽³⁵⁾

(2) 搾取的濫用行為と市場参入障壁

搾取的濫用とは、一つには「有効な競争が存在する比較可能な市場におけるもの」とは異なる「対価、またはその他の取引条件を要求する」場合（GWB一九条二項二号）をいい、もう一つには「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、またはその他の取引条件を要求する」場合（同三号）をいう。これらは、わが国独占禁止法の不公正な取引方法のうち、差別的取扱（差別対価、取引条件の差別等）に類似するものと考えられるが、「有効な競争が存在する比較可能な市場」を基準とするアプローチが特徴的であり、GWBならではの問題を孕んでいる。いわゆる「擬制的競争価格（Als-Ob-Wettbewerbsspreis）」の問題⁽³⁶⁾である。これは簡単にいえば、そのような「比較可能な市場」が現実には存在するの、か、という問題である。一般的には否定的に解さざるを得ないと思われるが、GWBの度重なる改正にも拘わらず、依然としてかかる基準が明文化されている。

搾取的濫用について、市場支配的事業者に対する監視の中心となった事案は、価格の監視であった。すなわち、「比較可能な市場」を基準とした際、「法外に高い価格（überhöhte Preise）」が設定されたという事案であった。したがって、市場参入障壁との関わりでは、「法外に高い価格」の設定が参入障壁となる場合である。⁽³⁷⁾すなわち、搾取者（Ⅱ市場支配的事業者）の行動様式としての「高価格設定」が、市場開放という目的と抵触する場合である。これは、克服しがたいような市場参入障壁の場合よりも、中・長期にわたって参入ができない場合も同様とされる。これは、搾取者の行動が長期間に及ぶことは、それだけ参入が困難となるので、受け入れがたいよ

うに思われるからである。他方、短期的に参入が可能な場合でも、搾取的濫用が問題とされるのは、市場の魅力が損なわれることが少ない、個別具体的な場合においてのみである。⁽³⁸⁾

搾取的濫用の適用事例は、妨害的濫用事例より多くはない。それはやはり、搾取的濫用の抱える「擬制的競争価格」基準の問題がその一因ではないかと思われる。⁽³⁹⁾

市場参入障壁に関する適用事例では、搾取的濫用の適用領域でも、「法律上の市場参入障壁」が中心となっていた。例えば、高速道路のガソリンスタンドの区間独占におけるガソリン価格の問題、医薬品の特許に基づく医薬品価格の問題、⁽⁴⁰⁾遠隔熱暖房供給独占における供給価格の問題などである。⁽⁴¹⁾それぞれの事案の背景には種々様々な要因があり、規制緩和の波がまだ浸透していなかった時代のものも含まれており、一律に論じることができない。しかし、許される独占体制の下でも、価格の濫用が正面から取り上げられる点が大きな特徴である、といえよう。そこにも、やはり「競争の自由」を枠組みとした濫用規制の基本的な思想が機能しているように思われる。⁽⁴²⁾

これまでの経緯からみて、ドイツ連邦通常裁判所、連邦カルテル庁等の判決、決定が、総じて濫用監視の適用原則の展開に資する一定の判例形成に関わるものとしても、実務は必ずしも市場参入障壁を搾取的濫用の要件として審査してこなかったことに留意すべきである。⁽⁴³⁾

本節の最後にJ・ユイッケリの記述に従って、まとめておきたい。市場参入障壁は、一方においては通常、市場支配に係る考え方に結びついた介入要件(Eingriffs voraussetzung)⁽⁴⁴⁾であり、他方においては市場を開放することをねらいとする妨害的濫用規制の目的に基づいて、差止対象として考察される行動様式を確認するための有用

な基準でもある。このような市場参入障壁概念の二重の利用可能性は、基本的に異なる二つの参入障壁概念に対応していることがわかる。すなわち、前者の介入要件としての市場参入障壁では、さらなる概念が登場することが実体に適ったもの (sachgerecht) であると思われるのに対し、後者の当該行動様式確認のための基準としての参入障壁においては、潜在的な競争者の行動の自由を志向する概念の方が優先するよう思われる。⁽⁴⁵⁾ この点に関連して、市場への参入の中断をもたらす、高権によって惹き起こされた現状の固定化を阻止する行動の余地であっても、市場支配力の濫用を規制する法にとっては、市場で有力な事業者にはそのまま放置されるような市場力を実質的には、目下のところ、避けることができない、との主張がある。⁽⁴⁶⁾ かかる主張を踏まえると、後者については市場参入障壁を完全には市場閉鎖的なものとは思わせない、競争者の行動の選択肢を示すことが検討されてきた。従来の法適用実務を総括すると、概ね、法実務は市場参入障壁を濫用行為の要件としては、十分には明確に吟味せず、あくまでも一定の行動様式の結果として受け止めているようである。⁽⁴⁷⁾

搾取的濫用の適用を競争の自由に資する、あるいは少なくとも不利とはならない方法で保証する機能は、法の適用の際にこれを実現することができ、同時に、市場参入障壁が折々に確定されることとなり、かかる機能は法の目的に照らして設定されることとなる市場支配の要件として要求される。ここから明らかにされることは、GW B一九条二項二号および三号が適用されることとなる市場で有力な地位の要件としての市場参入障壁が、GW B一八条一項における市場支配力の構成要件のすべてにとって重要である、ということである。⁽⁴⁸⁾

それ故、搾取的濫用の要件については、参入障壁概念に重大な意義が帰せられる一方、搾取的濫用の方は「妨害的濫用とは異なり―当該行為が濫用的であるかどうか重要であって、それ自体ではないのである。ただし、搾取行為は妨害行為と異なり市場への参入を妨げるというよりは、むしろ促進するものだからである。GW B一

九条二項三号の事実要件について搾取的濫用の適用除外が許されるのは、差別行為の妨害作用が前面に出る場合である。その場合には、妨害的濫用の記述 (Ausgeführt) が妥当⁽⁵⁰⁾する。

当該濫用行為が搾取的であるか妨害的であるかは、市場参入障壁の検討に際しても、二者択一的である必要はないと思われる。すなわち、搾取行為が理論上想定される場合であっても、潜在的な競争相手が事実上競争できない限りは、市場参入障壁を構成する要素として妨害的濫用を認定することも許されるものと思われる。

前述のように、搾取的濫用については「擬制的競争価格」の問題が露呈されていることから、妨害的濫用による補填ともいえる措置も、欠かせないものである。⁽⁵¹⁾

(1) GWBは二〇一三年の第八次改正により、「市場支配」については、これを一八条で規定し、市場支配的地位の「濫用」については、これを一九条で規定するようになった。搾取的濫用については、論者によってこれを「価格濫用 (Preismissbrauch)」と呼び、それぞれ二号を「条件濫用 (Konditionmissbrauch)」、「三号を「価格及び条件分割 (Preis- und Konditionenspaltung)」と区分する者もいる。Vgl. V. Emmerich, Kartellrecht, 9. Aufl., München, 2001, S. 194ff. 本稿では、一括して「搾取的濫用」とする。なお、GWB一九条二項四号はいわゆる「不可欠施設の法理」を具体化した規定であるので、本稿(一)、(二)での考察が妥当する。また、「不可欠施設の法理」を占禁止法最初の事例として「NTT東日本によるFTTHサービス私的独占事件」がある。拙稿「市場支配的電気通信事業者による私的独占」ジュリスト臨時増刊『平成一九年度重要判例解説』(平成二〇年)二六五頁以下および拙稿「規制緩和市場への参入と独占的地位の濫用」神戸学院法学第三八巻第一号(平成二〇年)一五一頁以下参照。

(2) Vgl. J. Jickeli, a. a. O., S. 239.

(3) Vgl. W. Mäschel, a. a. O., Rdnr. 524.

(4) J. Jickeli, a. a. O., S. 239f.

- (5) J. Jickeli, a. a. O., S. 240.
- (6) J. Jickeli, a. a. O., S. 241.
- (7) J. Jickeli, a. a. O.
- (8) J. Jickeli, a. a. O. この考察期間の長短というアプローチに基づいて、J・ユッケリは企業結合規制と濫用監視との相違を次のように述べる。すなわち、両者とも原理的には同じ出発点に立つ。しかし相違点として一つには、濫用監視の場合、法定の障壁と製品差別化に重大な役割が課せられている。ただし、法規範はしばしば手続に長い時間を要することがあり、(製品差別化の) イメージ・ポジション (Imagepositionen) が比較的短期間に形成されることは稀であり、それに対して、大幅な無駄の排除や絶対的なコスト・ベネフィットはしばしば長い期間をかけて生じるからである。企業結合規制の場合には、長い期間をかけて(市場の) 動態性 (Dynamik) を考慮することになるが、それでも一方的な評価 (abweichende Würdigung) をもたらすことがある。相違点のもう一つには、潜在的競争が妨害的濫用の場合には何ら役割を果たさない(第一類型の場合)のに対し、企業結合規制の場合には、例外なく潜在的競争が考慮されることとなる場合が考えられる。結局、このような相違が認められるのは、濫用監視の場合は市場力を要件とするのに対し、企業結合規制の場合には、市場力が発生するという事実だけで十分であるという点にある。このことは、市場参入障壁は濫用監視介入のための一般要件を述べるものではないという趣旨に添って説明することもできる。第二類型の事案については、市場参入障壁は一般的な要件にまで高められることはない。したがって、障壁基準はその限りで立証の際の指標として考慮することが妥当であろうと思われる。ただし、かかる行動様式はしばしば全面的には開放されていない市場においてのみ引き合い、したがってその公算が大きいためである (J. Jickeli, a. a. O., S. 241-242)。以上の記述から想起されることは、J・ユッケリのアプローチが、わが国の独占禁止法にみられる企業結合規制のアプローチ(独占禁止法一五条等における「競争を実質的に制限することとなる」という文言の解釈)、および不公正な取引方法の規制における「公正な競争を阻害するおそれ(公正競争阻害性)」の解釈の在り方に

類似していることである。わが国では、企業結合規制と不公正な取引方法の規制とは別々のアプローチで臨んでいるが、J・ユイッケリの主張するように統一的なアプローチで臨むことも（理論的には）可能なのであろう。ただ、わが国の場合、企業結合審査に変更が加えられ、審査期間（＝考察期間）の長短による影響は従来ほどは現れて来ないのではないかと思われる。ドイツ法にみる濫用監視（＝不公正な取引方法の規制に類似）の際に用いられるアプローチは、わが国においても参考になるものと思われる。わが国独占禁止法による規制について、それぞれ、久保成史¹¹田中裕明『独占禁止法講義（第三版）』（平成二十六年）一二三頁以下および二二三頁以下参照。

- (9) J. Jickeli, a. a. O., S. 242.
- (10) ドイツ法、EU法における不当廉売規制について、拙著前掲書一一頁以下参照。
- (11) W. Mischel, Die Idee der rule of law und das Kartellrecht heute, ORDO 1979 (30), 295, 298.
- (12) 拙著前掲書一二頁参照。また、東田尚子「ドイツにおける仕入原価割れ販売の規制―競争制限禁止法二〇条四項を中心に―」一橋論叢第一二五巻第一号（平成一三年）一九頁も参照。
- (13) J. Jickeli, a. a. O., S. 242f.
- (14) BKartA TB 1975, 76f.
- (15) Vgl. W. Wiedmann, Der Begriff „Monopolising“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S. 73. および拙著前掲書五一頁参照。
- (16) 松下満雄¹²渡邊泰秀『アメリカ独占禁止法（第二版）』（平成二十四年）一三九頁参照。
- (17) 拙著前掲書一二頁参照。
- (18) J. Jickeli, a. a. O., S. 244.
- (19) 鈴木孝之教授によると、GWB旧三条のRabattkartellの説明で、「Rabattをリベートと訳す向きもあるが、日本の意味のリベートとは異なる。（旧）三条にいうRabattとは、購入が一定条件を満たすとき、その場で行われる正

価からの値引きのことで、日本語に訳すのであれば、割引という言葉が適当と考えられる。……正価からの値引きとは、通常の表示価格又は価格表に表示されている価格からの値引きをいう。したがって、割引カルテルの理解に当たっては、正札販売が正常とされるドイツの法制及び社会的慣習を念頭に置いておく必要がある」として、注意を促される。そして加えて、「割引は、実際の効率化への報酬 (echtes Leistungsentgelt) に対応するものでなければならず、また、不平等な差別的取扱いの手段となってはならない。実際の効率化への報酬とは、買手の側から売手の手間を省いたり、売手の利益になるようなサービスが提供された場合、それに対する見返りという意味である」と説明されている。鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(三)」公正取引三八六号(昭和五七年)四五頁。このような指摘を念頭に置きつつ、本稿ではリベートと表記する。

(20) J. Jickeli, a. a. O., S. 245-6.

(21) Milchausschüttermittel 事件 (KG WuW/E OLG 3124, 3125) が例外とされるが、ベルリン高等裁判所も想定される市場参入障壁については詳細な理由付けをしていない。

(22) KG WuW/E OLG 995 „Handpreisanzeiger“.

(23) J. Jickeli, a. a. O., S. 254.

(24) J. Jickeli, a. a. O. J. ユイッケリは次のような例を掲げてこの点を説明する。すなわち、自動車メーカーがその自動車に道路地図をつけて販売しようとする際、この販売方法は地図制作者に次のような可能性を提供するようなものである。すなわち、地図の販売経路を書店に代えてガソリンスタンド等々を通じて販売する可能性である。かかる抱き合わせ販売行為は、中期から長期に至る協力契約 (Kooperationsvertrag) によって制度化されない限り、抱き合わせは市場閉鎖的效果を有するものではない。ただし、道路地図の潜在的供給者はいずれも同じ要件のもと、自動車メーカーへの販売に尽力できるからである。同じことがいえるのは、抱き合わせが任意でのみ申し込まれた場合、買取人が、したがって、単独の製品を引き受けするか抱き合わされた製品を引き受けするか、選択できる場合である。その

際いずれにせよ、濫用は価格設定の観点で問題となる（J. Jickeli, a. a. O., S. 254-255.）。

- (25) J. Jickeli, a. a. O., S. 255.
- (26) 拙著前掲書四七頁参照。
- (27) KG WuW/E OLG 1767 „Kombinationstarif“; BGH WuW/E BGH 1965 „gemeinsamer Anzeigenteil“; 新聞の広告料金
金の抱き合わせに關する前者の Kombinationstarif 判決について、拙著前掲書四六頁以下参照。また、vgl. J. Lagemann,
Die Anwendbarkeit der kartellrechtlichen Missbrauchsvorschriften auf Fälle mit Drittmärktebezug, Baden-Baden, 2013, S.
42ff.
- (28) KG WuW/E OLG 3124.
- (29) BGH WuW/E BGH 2406 „Inter Mailand-Spiel“; 本件については、拙稿「ドイツにおける市場力の濫用について」
公正取引第四八五号（平成三年）五二頁参照。
- (30) J. Jickeli, a. a. O.
- (31) Vgl. BGH WuW/E BGH 1965 „gemeinsamer Anzeigenteil“; 本件は、実務の世界では妨害的濫用ではなく、搾取的
濫用の視点のもと分析されている。拙著前掲書六〇頁註三六六参照。
- (32) J. Jickeli, a. a. O., S. 257.
- (33) J. Jickeli, a. a. O.
- (34) 拙稿前掲註(29) 参照。
- (35) 本件につきデュッセルドルフ高等裁判所では、詳細は明らかではないが、市場で有力なチケット供給者による典
型的な妨害的濫用であると認定された。OLG Düsseldorf WuW/E OLG 3335f., 3340, 3343. 本件にみられるような抱き
合わせ行為が妨害的濫用としての市場参入障壁か、搾取的濫用としてのそれかについての議論は、わが国独占禁止法
にみる不公正な取引方法における抱き合わせ行為としての取引強制（一般指定第一〇項）か優越的地位の濫用として

の取引強制（独占禁止法二条九項五号）かをめぐる議論とも共通する要素があるようで興味深いところである。同じくスポーツ競技の入場券の販売方法が問題となったアイスホッケーの事案では、開催者側の市場支配的地位の濫用が認められ、本件販売方法は搾取的濫用とされ、業績（Leistung）とは無関係の入場料金の組み合わせは競争上は認められなかった。LKartB NRW WuW/E LKartB 267, 268 „Eishockey-Meisterschaft“. 拙稿前掲註（29）五二頁参照。なお、拙稿「ゲームソフトの抱合わせ」別冊ジュリスト一九九号 経済法審決・判例百選（平成二二年）一四〇頁も参照された。

- (36) 拙著前掲書五一頁以下参照。
- (37) 例えば、当該事業への協賛金、入会金が法外に高い場合である。
- (38) J. Jickeli, a. a. O., S. 259.
- (39) これは、測定方法の瑕疵（Schwächen der Messverfahren）とも呼ばれる。
- (40) 以上、Vgl. Ph. Jebens, Der Ausbeutungsmissbrauch nach §22 Abs. 4 GWB, Frankfurt am Main, 1995, S. 75ff. 「法律上の市場参入障壁」については、本稿（一）参照。
- (41) BGH WuW/E/BGH 2309 „Glockenheide“. 本件については、拙稿前掲註（29）五一頁参照。
- (42) GWB（およびE.U.法）における市場支配力濫用規制の思想的背景に関しては、拙稿「濫用規制をめぐる思想的考察」神戸学院法学第四二巻第三・四号（平成二五年）九三頁以下参照。
- (43) J. Jickeli, a. a. O., S. 261.
- (44) Vgl. §18 Abs. 3 Nr. 5 GWB.
- (45) J. Jickeli, a. a. O., S. 259.
- (46) J. Jickeli, a. a. O. この主張は、市場支配力濫用規制原理からいえば当然の帰結である。GWB（およびE.U.法）においては、市場支配力（独占力）の存在を是認し、これが濫用され、弊害が生じた際に規制するということになる。

(42)から、濫用規制は弊害規制ともいわれる)。したがって、濫用がなく弊害も発生していない場合には、当該事業者が市場で有力な事業者であっても、その市場力が温存されることは避けられないのである。濫用規制原理については、拙著前掲書、拙稿前掲註(42)のほか、拙稿「ヨーロッパ競争法の歩みとドイツ法の役割」神戸学院法学第三四巻第四号(平成一七年)五三頁以下参照。なおこの論文は、中国人民大学の張世明教授による論文集“*The Development of Modern Economic Law: Competition Law (The Law Press of China)*”に翻訳、掲載される予定である。

(47) J. Jickeli, a. a. O.

(48) これが、市場参入障壁基準の機能とみられる。

(49) J. Jickeli, a. a. O., S. 260.

(50) J. Jickeli, a. a. O.

(51) G W Bにおいて当該濫用行為が搾取的であるか、妨害的であるか一律に確定できないケースがあるように、わが国独占禁止法の私的独占の禁止においても、当該行為が「排除」であるか「支配」であるか明確に区分できないケースも出てくると思われる。例えば、当該事業者が圧倒的な市場シェアを有することで、競争相手のみならず市場全体を支配しているような場合には、当該市場において、その競争相手はもはやこの事業者には対抗することができず、当該市場からの撤退を余儀なくされることも予想されるところである。このような場合、「支配」に起因する「排除」とも構成することができ、いずれかの事実を重視することで「支配」とも、「排除」とも認定することができるのではないか、と思われる。おそらく公正取引委員会の実務では、いずれかの行為の認定には、判断材料がより多いものを手掛かりにして、最終的な結論を下しているのであるが、G W Bにおける議論がより参考になり、有益なものになると思われる。

(未完)