

西ドイツ競争制限禁止法制定史(二)

高橋岩和

目 次

序章	
第一章 ヨーステン法案の成立とその失敗(以上一六卷一号)	
第二章 競争制限禁止法政府法案の成立	
第一節 連邦経済省草案の成立	
一 第一草案から第三草案の成立まで	
二 第四草案から第八草案の成立まで	
三 第九草案から第一四草案(連邦経済省草案)の成立まで(以上本号)	
第二節 連邦政府法案の成立	
第三節 競争制限禁止法政府法案の概要	
第三章 競争制限禁止法(案)の議会審議とその成立	
結 章	

第二章 競争制限禁止法政府法案の成立

第一節 連邦經濟省草案の成立

一 第一草案から第三草案の成立まで

一 ヨーステン法案が、すでに述べてきたとおり、一九四九年三月二九日の二国管理委員会覚書の定めるところに反し、かつ經濟行政庁内部での支持も得られないという事態に直面して失敗したのち、新たに、ドイツ反独占法の立案作業が、エアハルト經濟行政庁長官を中心とする政府官吏の手により進められることとなった。この立案作業は、二国管理委員会覚書により、「集中排除措置に関する責任は軍政府の手に留保され」るものであることから、カルテルおよびカルテル類似の經濟力の規制措置に限定されるものであったが、この制約に加えてさらに立案作業は、一九四九年九月二一日に発効した占領法規 (Besatzungsgesetz für Westdeutschland) 第一条による制限をも受けるものであった。⁽¹⁾ すなわち、占領法規第二条は、「基本的な占領目標を達成するため」に、「武装解除および非軍事化の領域、ルー⁽²⁾ル地区の管理に関する領域、外国貿易と外国為替の管理に関する領域などを占領軍政府の管轄領域とする旨を定める」とともに、「非カルテル化、集中排除」の領域も同様に占領軍政府の管轄下におかれるものであることを規定する。それゆえ、本規定により、二国管理委員会覚書で占領軍政府の手に留保されることが定められた集中排除の領域についてはもちろん、同覚書でドイツ側が立案することを認められたカルテル規制の分野での競争法案も、その承認を受けるために連合国高等弁務官會議 (Alliierten Hohen Kommission: A H K) に提出されなければならないこととなり、こ

の分野での立法作業も占領軍政府の干渉を受けることとされたのである。⁽³⁾

こうして、二国管理委員会覚書および占領法規による二重の制約のもとで競争法の立案作業が開始されることとなるが、一九四九年七月に、経済行政庁は、この立案作業の基本方針を次のとおりに決定した。

「競争制限的経済行為を禁止する法律案の原則 (Grundsätze für den Entwurf des Gesetzes gegen wettbewerbsbeschränkende Wirtschaftsmaßnahmen)

二国管理委員会は、一九四九年三月二十九日の覚書により、権限を有するドイツの官庁に対して取引濫用防止法案 (Gesetzentwurf gegen Handelsmißbräuche) の準備をするよう要請した。この法案は、国際貿易機関のためのハバナ憲章第五章の原則に依拠すべきものである。

この要請に応じて、経済会議議長および行政評議会 (Verwaltungsrat) から法案を完成させるように委任を受けた経済行政庁は、ハバナ憲章において勧告されている競争の自由を確保するという原則に精通するにいたり、そして、この原則を立案される法律の原則とすることに決定した。発布される法律は、経済行政庁の提案に従って次のとおりの内容を含むものである。

I 規制の原則

国内取引であると国際取引であるとを問わず、もしくはそれらの経済活動に際して、競争を制限し、あるいは市場に対する独占的影響を助長するようなあらゆる形態の談合、結合および共同事業は、それらが生産もしくは取引の拡大に有害な影響を与える場合には、法的に無効であると宣告される。市場独占的地位を有する事業者の行動は、同様の要件のもとで無効と宣告される。とりわけ、ハバナ憲章第五章第四六条第三項にあげられた制限的行為の実行が、これに該当する。

Ⅱ 国家による監視

1 以上で述べた原則が遵守されているか否かを監視し、その違反を摘発するための機関が設置される。この機関は、また、競争制限的行為を禁止するための訴追を行なう権限を有する。

本機関は、経済政策を実施することに責任を負う機関として、経済大臣の監督に服す。

この点は、場合によっては各州に設置される機関についても同様である。

2 本機関によりⅠで述べた規制の原則に対する違反が摘発された場合には、本機関は、適法状態の回復のための措置を取り、その措置の実効性を確保するものとする。

3 本機関は、全体経済の利益もしくは公益性の観点から、Ⅰで述べた規制の原則からの適用除外が許され、もしくは命ぜられる場合には、この適用除外措置を許可する権限を有する。この適用除外の許可を受けた行為は、法律中に個々に定められている関係官庁による規制のもとにおかれる。

Ⅲ 制裁

本機関により確定されたⅠの規制の原則に対する違反、もしくは本機関により命じられた措置に対する違反には刑罰が課される。そのほか、違反の私法上の効果（損害賠償義務、無効）も免れえない。

Ⅳ 議会によるコントロール

国民の代表（連邦議会）は、常設の委員会を設置して、本機関による違反行為の摘発および経済政策上の諸措置についての審査を行なう。本機関は、連邦議会に対して、毎年、活動報告書を提出しなければならない。

Ⅴ 裁判所によるコントロール

本機関の行なう決定は、行政裁判所の再審査に服する。

(4) 経済的関連および法律的関連で解釈をする必要のある構成要件の特殊性ゆえに、特別裁判所の設置が必要である。」

二国管理委員会覚書と、それにもとづく右の法律案の原則とに従って、一九四九年の夏以降、競争法の立案作業が開始されることになった。この立案作業に従事したのは、エアハルト経済大臣（一九四九年九月二〇日のドイツ連邦共和国の成立以降）の指示のもとで働いた政府官史および米英占領地区の各州議会により任命された各州の代表者である。すなわち、連邦法務省からシュトラウス (Strauß)、連邦経済省からミューラーアルマック (Müller-Armack)、リッセ (Risse)、ギンター (Günther)、後に、イギリス占領地区のノルトライン・ヴェストファーレン州議会からペトリック (Dipl.-Volkswirt Johannes Petrick)、アメリカ占領地区のヴェルテンベルク・バーデン州議会からジューファース (Dr. Otto Sievers) の各人である。(5) これらの人達のうち、初期における立案作業の中心となったのは、ギンター、ペトリック、ジューファースの三名であった。

二 エアハルト経済大臣は、右の法案の起草を委託された人達に、二国管理委員会覚書とそれにもとづく法律案の原則の提出のほかには法案に関する細かな指示を与えなかった。それで、一九四九年の秋まで立案作業の具体的な進展はみられなかった。エアハルト経済大臣が立案作業に関してこのように慎重な態度をとったのは、第一に、占領軍政府が、二国管理委員会覚書とそれに基づく法律案の原則に一致して賛成しているわけではなく、特に、アメリカ軍政府のカルテル課の指導者ブロンソン大佐 (Colonel Bronson) は、法案がハバナ憲章第五章の原則に基づくことに反対である旨の発言をさえていること、第二に、連邦議会議員選挙とそれに続く組閣と関連して、経済大臣としての職務の遂行を一時的に延期することを強く要請されていると考えたこと、第三に、当時の数ヶ月間における経済状況のもとで、この経済状況を無視して競争圧力を高めることに尽力しているという印象を与えることを避けようとした

こと、などの理由によるものであった。⁽⁶⁾

エアハルト経済大臣の競争法の立案作業に関する抑制が、これらの諸理由により非常に強いものであって、その立案作業に対する細かい具体的な指示がなく、その競争法に関する考え方は一般的発言や公表された公式見解から知られるのみであったという状況のなかで、政府官吏の意思が、この時期における競争法の立案作業の前進にとって重要な意義を持った。すなわち、政府官吏は、基本法で規定された連邦共和国の諸機関が設置されたのち、競争法の担当官草案 (Referententwürfe) の立案作業を開始したのである。⁽⁷⁾ この作業の最初の成果は、一九四九年一月二七日の第一草案・ギンター草案 (Günther-Entwurf) である。この第一草案・ギンター草案は、米英占領地区から派遣されてきたペトリック、ジューファースの両名の協力により手を加えられて、同年一月一日の第二草案・ギンター・ロジューファース・ロペトリック草案 (Günther-Sievers-Petrick-Entwurf) となり、⁽⁸⁾ さらに、法技術上の改善が行なわれて、同年一月二六日の第三草案・ギンター・ロジューファース・ロペトリック草案として完成され、エアハルト経済大臣に提出された。

三 この第三草案・ギンター・ロジューファース・ロペトリック草案 (正式には、競争制限禁止法の第三草案⁽⁹⁾ という。以下「第三草案」という) は、全一章三六条からなり、その構成は次のとおりである。第一章 競争制限 (Wettbewerbsbeschränkungen) (第一条～第五条)、第二章 市場支配的事業者 (Marktbeherrschende Unternehmen) (第六条～第八条)、第三章 市場規制 (Marktregelungen) の登録および適用除外の許可 (第九条～第二十一条)、第四章 連邦委員会 (Bundeskommision) (第十二条～第二十六条)、第五章 一般的手続規定 (Allgemeine Verfahrensvorschriften) (第二十七条～第三十二条)、第六章 市場規制の際の手続 (第三十三条～第二十六条)、第七章 適用除外の際の手続 (第二十七条)、第八章 市場支配的事業者に対する手続 (第二八条)、第九章 手続の費用 (第二九条)、第一〇章 罰則 (第三〇条～第三十一条)、第十一章 法律の適用

範囲および経過措置(第三十一条、第三十六条)。

この第三草案は、その前文で、「国民経済的にみた供給量の増大と消費者に対する最善の配慮とを達成するためには競争の制限を阻止する必要がある。これらの目標を達成するために、連邦議会は、国際貿易機関のためのハバナ憲章、とりわけその第五章において定める原則に従って、以下の法律を可決する」と定めて、それが、二国管理委員会覚書およびそれを具体化した法律案の原則の範囲内のものであることを明らかにしたうえで、まず、カルテルについて次のように規定する。

第一条 「(1) あらゆる種類の合意ならびに協調 (gemeinsame Zusammenwirken) であって、その目的もしくは効果が競争の実質的制限 (wesentlichen Beschränkung) となるものは禁止される。

(2) 第一項で禁止された合意は無効 (nichtig) である。民法第一三九条および第一四〇条がこれに適用される」。

そして、第三草案は続けて、商標品の再販売価格維持行為および特許実施許諾契約に際しての価格拘束は本法の適用を除外され(第三条第二項)、これら以外の場合の第一条からの適用除外は連邦委員会により許可されること(第四条)を定め、また、競争の実質的制限とならない市場の規制は第一条の禁止条項に該当せず、ただそれが有効とされるためには市場規制に関する登録簿に登録することを要すること(第五条)、この場合に、競争の制限が実質的であるか否かの判断は、連邦委員会が、一定の基準⁽¹¹⁾にもとづいて事案ごとの審査手続を経たうえで行なうこと(第三条第一項)を定める。

次に、市場支配的事業者について、第三草案は次のように規定する。

第六条 「第一条に示された方法によることなく、一定の商品もしくは役務をめぐる競争を排除もしくは実質的に

侵害する事業者、あるいは、排除もしくは実質的に侵害する状態にある (in der Lage) 事業者 (市場支配的事業者) は、通常の商取引の範囲内におけるその供給および給付、ならびにその給付物 (Leistungsvermögen) を、不当な不利益を課することなしに、通常の取引条件のもとで各人に得させることを義務づけられる」。

第七条「市場支配的事業者は、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ように、その市場における行動を形成しなければならない」。

また、第三草案は、法律の執行官庁として連邦委員会が設置されること(第二二条〜第一六条)、および、この連邦委員による法の執行手続(第一七条〜第二二条)について規定する⁽¹²⁾。

四 第三草案においては、その前文から知られるとおり、競争を制限する経済力の存在それ自体と闘うという目的が追求されているというより、むしろ、国民経済的にみた供給量の増大と消費者に対する配慮とを達成するために競争の制限を除去するという目的が追求されている。このような法律の基本的性格は、「新自由主義の認識と要請とを所与の市場関係と調和させようとする現実政治的な解決への努力」のなかから形成されてきたものである⁽¹³⁾。それゆえ、このような法の基本的性格とも関連して、第三草案の起草者達は、水平的競争制限を除去するという課題の解決にそれほど尽力したわけではなかった。すなわち、この水平的競争制限⁽¹⁴⁾カルテルの取り扱いについて、立案作業に携わった政府官吏達は、二国管理委員会覚書が一方で、「カルテルおよびカルテル類似の活動……を不法と宣告し、そしてこれらを排除する」と述べて、カルテルを原則的に禁止することを求めていながら、他方で、ハバナ憲章第五章に含まれる基本原則(条理の原則)に依拠すべきものと規定している点を、「占領軍がハバナ憲章をドイツの立法の原則としたので、カルテルの原則的禁止は不可抗的に規定しえないもの⁽¹⁴⁾」であると解釈し、「競争制限的経済行為を禁止する法律案の原則」(参照)、条理の原則の支配的な、従って競争の「実質的」制限のみを阻止しようとするいくつかの国々

のカルテル政策を考慮して、この条理の原則をドイツの競争法に継受することとしたのである。⁽¹⁵⁾そして他方で、禁止のもとにない競争制限的合意(「市場規制 (Marktregelung)」という)については、登録と公開の義務に服させることとした(第五条、第九条ないし一二条)。このような競争の「実質的」制限のみを禁止する規定をおくことは、また、立案作業に携わった政府官吏たちにとって、ドイツの産業界からの法案に対する非難を回避するためにも必要なことであった。なぜなら、ドイツ産業連盟 (Bundesverband der Deutschen Industrie: BDI) は次のように主張していたからである。「アメリカにおいて、反トラスト法を実施するにあたって首唱されている条理の原則の「競争制限禁止法への」取り入れは、ぜひとも必要である。それによって、法律の合理的な適用が確保されることになるのであるから」。⁽¹⁶⁾

次に、市場支配的事業者の規制について、第三草案の起草者達は次のように考えた。競争制限的な契約および決議を規制の対象とする法律は、同時に、市場支配的事業者の存在にあらわされているような「事実上の競争制限 (faktisch beschränktem Wettbewerb)」をも規制するものでなければならぬ。⁽¹⁷⁾なぜなら、この独占的、部分独占的ないし寡占的な市場支配的事業者の市場における地位は、健全な経済制度 (gesunden Wirtschaftsverfassung) の基礎としての真の競争を侵害するものだからである。この意味で、社会的市場経済の建設とその維持とをめざした経済政策が成功するか否かは、この市場支配的事業者に法的措置が講じられるか否かにかかっていると云うことができる。⁽¹⁸⁾ここで必要とされる市場支配的事業者に対する法的措置は、「巨大となりすぎた事業者を最適な事業者規模にまで連れ戻すこと (Rückführung)」、および経営上必要とは認められない部分を分離する(19)と (Abtrennung betriebsfremder Teile)⁽¹⁹⁾である。しかしながら、このような市場支配的事業者に対して解体措置を講ずることは、占領軍政府の排他的管轄領域に属するところであって、現時点でこれをなすことはできない。⁽²⁰⁾それゆえ、第三草案において規定しうる措置は、市場支配的事業者の市場における行動を規制するような法的義務を課することに限定される。⁽²¹⁾これ以上の市場支配的事業者に

対する法的措置（すなわち企業分割）は、ドイツが管轄権を回復した後に行なわれることになる。⁽²²⁾

以上のような基本的立場は、二国管理委員会覚書で定めるところを具体化した「競争制限的経済行為を禁止する法律案の原則」において、「市場独占的地位を有する事業者の行動は、「カルテルに関する要件と」同様の要件のもとで無効と宣告される」と具体化された。そして、第三草案では、ヨーステン法案における経済力の保有者に関する規定（第二三条）とは異なって、市場支配的事業者は、実質的競争にさらされているかのように行動することを義務づけられるものではなく、⁽²³⁾ 一定の契約強制（Kontrahierungszwang）のもとにおかれ（第六条）、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に服する（第七条）ものと規定されることになったのである。⁽²⁴⁾

市場支配的事業者の行動規制のあり方について、競争制限禁止法の起草者達はヨーステン法案の起草者達の考え方に批判的であったが、この点について次のように述べられている。「市場支配の可能性を有する全ての恣意的な市場への影響を排除するという考えに立って、事業者は、それが過去にその市場支配的地位を利用もしくは濫用したか否かを顧慮されることなしに市場支配的であるとされたとはいえず、この場合に事業者は、その取引活動において実質的な競争（wirksamen Wettbewerb）にさらされているように（als ob）行動するよう義務づけられるものではなかった。なぜなら、「立案作業に従事した」政府官吏の間では、市場支配的事業者に制約を課することによって、存在してもいない競争のもとにあるように行動するよう市場支配的事業者を強制することはできない、という考えが優勢であったからである。『完全競争がまったく支配的でないところで、市場参加者が完全競争のもとにあるならばその行動はどのようなものであるか、などということを誰が正確に述べることができらるであろうか』（Patrick, J., Marktbeherrschende Unternehmen, WuW 1952 S. 253, ペトリックは、この一文の前で、ヨース

テン法案第二二条の運用に際して、独占庁が「欠けている自由市場の役割 (die Rolle des fehlenden freien Marktes)」を引き受ける、という法律の構成に対して、後になると、独占庁はこのような任務を遂行しえないという見解が優勢となってきたと述べている——筆者)。推定競争 (Als-Ob-Konkurrenz) に関するオルドー自由主義の思想に対するこのような疑念に対応して、実際には、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。連邦委員会の介入権限は、これらの義務が遵守されているか否かを監視し、またやむをえない場合にはこれらの義務の遵守を強制しうることに限定された。市場支配的事業者の形成に対して影響を与えることを、連邦委員会はなしえなかった」(Robert, Konzentrationspolitik in der Bundesrepublik, 1976 S. 127.)。

二 第四草案から第八草案の成立まで

一 第三草案の起草者達は、本草案をもって必要な閣内調整 (interministeriellen Abstimmung) を開始できるものと考えた。⁽²⁵⁾ しかしながら、この第三草案に対しては、草案の基礎となった原則、すなわち、「競争の実質的制限の禁止」の原則の実効性に疑念が表明された。それは、「競争の実質的制限」の概念を法律上明瞭に定義することが困難であるという理由に基づくものであって、特にアメリカ高等弁務官府から表明されたものである。このため、エアハルト経済大臣は、草案を内閣に説明する前に再度専門家による草案の検討が必要である、と考えるにいたった。⁽²⁷⁾

この間に、軍政府法第五六／七八号・過度経済力集中排除法に代わる新法が占領軍政府により発布されるという噂が流れた。これにより、競争制限禁止法の立案への要請はなくなり、またそのことに伴い、ドイツの経済秩序を自己の経験と必要性から形成していくという可能性も失なわれることになるので、ドイツ側は、この新たな軍政府法の発

布を未然に防ぐために、競争制限禁止法案の完成がまじかになっている旨を占領軍政府に通知するとともに、⁽²⁸⁾ これまでの競争の実質的制限の禁止という原則をすてて、カルテルの禁止原則にもとづき、適用除外の範囲も制限するという構成の草案の立案に努力することとなった。⁽²⁹⁾

二 占領軍政府、特にアメリカ高等弁務官府による競争制限禁止法の第三草案に対する批判と、この占領軍政府による新法の発布に対する不安とを側圧として受けつつ、エアハルト経済大臣の基本的立場、すなわち社会的市場経済の思想に立った競争制限禁止法(案)の立案作業は開始された。この立案作業により、一九四九年一月から一九五〇年四月までに政府官吏の手により完成させられた草案は、第四草案から第八草案までである。⁽³⁰⁾ この第四―八草案では、その前文で、競争制限禁止法により、とりわけ経済的中间目標(ökonomische Zwischenziel)——消費者にとって最善の利益となるような経済の阻害されることなき発展——が実現されるべきであることが強調され、それゆえ、第一―三草案における考え方とは逆にカルテルに対してより規制効果のある原則を規定することが必要と考えられ、水平的競争制限の実質的であるか否かの間の差が取り去られて、一般的なカルテルの禁止が規定されることとなった。⁽³¹⁾

そこで次に、これら第四―八草案の形成過程についてみていくことにしよう。まず第四―八草案のうちで、一九四九年一―二月中に成案をみた第四―五草案は、競争の実質的制限のみを禁止するという原理を棄てて、あらゆる市場における協動的行動を一般的に禁止し(generellen Verbot jeglicher Marktverständigung)、かつ、適用除外の範囲を厳しく制限するというオルドー自由主義(Freiburger nationalökonomischen Schule)の原則と認識とに強く影響された規定をおくとともに、このような厳格な法律の性格を緩和するために競争の促進に関する補完的規定をおいた。⁽³²⁾ このような法律の構成は、すでにヨーステン法案において追求されていたところのものである。⁽³³⁾

しかしながら、これら第四―五草案の線で立案作業をさらに進めて行くことは、占領軍政府の権限との関連を顧慮

すると合目的ではないと考えられ(二国管理委員会覚書および占領法規参照)、そのうえ、市場における協調的行動の禁止範囲を拡大するに際してはドイツの特殊な経済状況を考慮に入れる必要がある、そのために、適用除外の範囲も拡大させざるを得ないということが明らかとなった。⁽³⁴⁾ こうして、これらの諸条件による制約のもとで、新たに起草されたのが一九五〇年一月七日の競争制限禁止法の第六草案である。この第六草案は、連邦経済省により各州の経済行政機関に検討のためヨーステン法案とともに送付され、一般に有名になった。⁽³⁵⁾

三 競争制限禁止法の第六草案は、全一章六一条からなっており、その構成は次のとおりである。第一章 競争の制限(第一条〜第八条)、第二章 市場支配的事業者(第九条〜第二十一条)、第三章 独占委員会(第二二条〜第二八条)、第四章 一般的な手続規定(第二九条〜第三十一条)、第五章 認可手続(Feststellungsverfahren)(第三二条〜第三七条)、第六章 適用除外の認可および取り消しの手続(第三八条〜第四二条)、第七章 上訴(第四三条〜第四八条)、第八章 手続の費用(第四九条〜第五〇条)、第九章 違法行為および処罰規定(第五一条〜第五四条)、第一〇章 裁判所および行政庁における手続(第五五条〜第五六条)、第十一章 法律の適用範囲および経過措置(第五七条〜第六一条)。

右のような全体の構成を有する第六草案は、カルテルについてその理由書において次のように述べている。「一般条項として規定された禁止〔原則〕は、他方において、ドイツおよびそのヨーロッパ隣接諸国における経済状態を顧慮して、一定の適用除外規定、ならびに、独占委員会による事前審査を個別的に経たうえて適用除外の許可を与える可能性を必要としている⁽³⁶⁾」。このような基本的必要性から立案された本草案は、カルテルの原則的禁止を定める一方で、広範な適用除外規定を同時におくこととなった。すなわち、まず第六草案の第一条は競争制限の原則的禁止について次のように定める。

第一条 「1) 市場の取り決め (Marktabsprachen)、決議および市場におけるその他の協調形態 (andere Formen des

Zusammenwirkens)であつて、その目的もしくは効果が競争の制限にあるもの(競争制限)は禁止される。

(2) 市場の取り決めおよび決議であつて、その禁止規定に違反するものは無効である。民法第一三九条が、これに適用される」。

この第一条第一項により、市場におけるあらゆる協調形態は、それが契約によるものであると事実上のものであるとを問わず、競争の制限を企図するか、もしくはそれを引き起こす場合には禁止されるものである。第二条は、第一条の意味における競争制限の諸形態について規定する(価格、計算もしくは取引条件の拘束、市場からの相手方の排除、市場の分割、不当な差別的取り扱い、生産の制限等)。次に、第三条は、第一条からの適用除外について規定する。第一条の適用を除外されるのは、(1) 商標品の再販売価格維持行為、(2) 特許実施許諾契約に際しての価格拘束、(3) 海運に関する国家間の市場協定である。これらの法律上明定された適用除外に加えて、第四条は、独占委員会が、次の要件を充足する競争制限的な市場での協調行動に対して第一条の適用を除外しうることを規定する。すなわち、(1) 特別な事情のもとで、自由な競争によっては市場に対する最善の配慮(die bestmögliche Versorgung)が達成されえない場合、(2) 予期しえない経済的損失を回避するのに必要であつて、全体経済の利益に反しない場合、(3) 本法もしくは他国の本法と同様の規制に服していない競争者に対して、等しい競争条件を創出するために必要と考えられる場合、(4) 経済上、かつ技術上の合理化のための共同措置を講ずる場合。

次に、第六草案は、市場支配的事業者について第三草案におけるのと同様の規定をおくとともに(第九条~第一一条)、執行官庁、執行手続および法の適用領域について概略次のように規定した。法の執行は特別の官庁、すなわち独占委員会(Monopolkommission)がこれを行なう(第二一条)。この独占委員会は、「行政官庁と判決官庁の混合体(Vermischung zwischen Administrative- und Spruchinstanz)⁽³⁷⁾」である。政治的圧力をさけるために、独占委員会は、独立の法にのみ

服する連邦官庁として設置され、法の規制対象となる問題について排他的な管轄権を有する(第二条、第三条)。独占委員会の審決に不服のある者は控訴して争うことができる(第四三条)。本法もしくは独占委員会の審決もしくは命令に対する違背行為は、それが故意もしくは重過失により行なわれたとみなされる時、独占委員会は被審人の住所で管轄権を有する検察庁に事件を移送しなければならない(第五一条)。法の適用範囲に関して、社会化された企業の活動およびドイツ市場における外国企業の活動にも本法は適用される(第五七条)。労働関係、連邦銀行、各州の中央銀行および再建のための金融機関の活動には本法の適用はない(第五七条)。

四 この競争制限禁止法の第六草案は、エアハルト経済大臣により、はじめて内閣に提出された。そして、一九五〇年一月二三日と二月六日に本草案に関する討議が連邦政府の他省庁との間で行なわれ、この討議の結果にもとづいて、さらに作業会議が本草案の起草者達およびその他の立案作業に関与した人達により一九五〇年の二月と三月に数度にわたって持たれた。⁽³⁸⁾エアハルト経済大臣は、この作業会議での討議をふまえて、そこで示された諸提案をよく吟味し、そして必要であるならば第六草案の修正を行なってほしい旨の見解を起草者達に対して表明したので、あらたにフランクフルトとボンにおいて作業会議が持たれ、その結果、第六草案が修正されて成立したのが、一九五〇年四月一五日の第七草案、および同年四月二〇日の第八草案である。⁽³⁹⁾

この競争制限禁止法の第八草案⁽⁴⁰⁾で規定するところは、同法の第六草案で規定するところを実質的に踏襲するものであり、第六草案の規定の構成要件を場合を分けてより厳密に規定しなおしている部分も多い。たとえば、第六草案において、「市場の取り決め、決議および市場におけるその他の協調形態であって、その目的もしくは効果が競争の制限にあるもの(競争制限)は禁止される」(第一条第一項)と規定されていたのが、第八草案においては、「(1) 契約、取り決めおよび決議であって、国内市場もしくは世界市場における競争を制限することをその内容とするもの(競争制限)

は、第五条ないし第七条の規定による例外の許可が与えられるものでない限り禁止される。(2) その他の協調 (andere Zusammenwirken) が市場における競争の制限をもたらす場合、第一項の意味における競争の制限が存在する(とが推定される) (第一条第一項および第二項) と規定して、法律の適用の要件を明確化していることなどがその例である。しかしながら同時に第八草案では、第六草案と比較して、特に次の諸点で規制の緩和がはかられている。⁽⁴¹⁾ すなわち、第一に、基幹産業部門における原材料を確保するために、いくつかの産業部門に対して統制措置が必要となる場合、連邦経済大臣はこれら産業部門で行なわれる競争制限行為を第一条の禁止から適用除外しうる、という規定が新設されたこと⁽⁴²⁾ (第七条)、第二に、輸出カルテルが新たに第一条の適用を除外されることとなったこと (第三条) (以上、適用除外の枠の拡大)、第三に、法律の執行権限 (第一条にいう競争制限の排除、適用除外の認可、市場支配的事業者の行動規制等) が、独占委員会から連邦経済大臣へと移され⁽⁴³⁾ (第一条)、独占委員会は連邦政府の審議機関として連邦首相の管轄下におかれる (第三四条) ことになったことである。

三 第九草案から第一四草案 (連邦経済省草案) の成立まで

一 競争制限禁止法の第四—八草案により、それ以前の第一—三草案は克服されて、エアハルト経済大臣の基本的立場—社会的市場経済論—に一步近づいた草案が成立し、それはまた、占領軍政府によっても承認されうるものであった。⁽⁴⁴⁾ しかしながら、「連邦経済大臣は、連邦法務大臣も同様であるが、「数多くの適用除外カルテルを許容したこれら草案のうち」に「カルテルが蔓延することの危険性をみた。これら草案は一貫した反独占の経済政策の要請するところと一致しないようにみえた」⁽⁴⁵⁾ からである。⁽⁴⁶⁾

そのため、連邦経済省の提案で、一九五〇年四月に、この第八草案に関する説明が連邦法務省、連邦議会議員およ

び産業界と学界の代表者たちに対して行なわれ、これらの人達の間で第八草案の取り扱いが討議されることとなった。そしてその結果、同年五月四日に、これまでの立案作業は継続しない、まったく新たな立案作業をヨーステン委員会(47)の委員でもあったケッペル氏 (Senatspräsident a. D. Dr. Köppel) に委託するという最終的な結論が出された。そして同年六月には、このケッペル氏を中心とした連邦経済省と連邦法務省の担当官からなる草案の起草者達に、新草案がエアハルト経済大臣の競争政策上の諸原則から再び逸脱してしまうことを防ぐために連邦経済大臣および連邦法務大臣の指示により定められた、次のような「競争制限禁止法案の原則」が手渡された。(48)

「競争制限禁止法案の原則 (Richtlinien für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen)

I 一般的規定

- 1 カルテル契約および決議は、従来の判例において発展してきた意味での集合的契約 (Kollektivverträge) である限り、無効 (nichtig) である。
- 2 特別の許可がある場合には認められる。
 - (a) 輸出カルテル
 - (b) 合理化カルテル
- 3 生産者と販売者との間の価格拘束は、個別契約として認められる。
- 4 価格拘束は、生産者から購入された商品もしくはは役務以外のものに関して、それが顧客を拘束するものである場合には許されない。
- 5 第二項および第三項で許された契約は書面によることを要し、また、当事者は、重大な事由にもとづく場合には、これら契約の解約を通告することができる。これらの点は、国家による監視を受ける。

6 市場支配的事業者は、国家による監視のもとにおかれる。そしてさらに市場支配的事業者は、

(a) 契約の強制 (Kontrahierungszwang) を命じられることがあり、

(b) 一定の価格および取引条件を命じられることもある。

II 刑罰規定

7 次の場合には罰せられる。

(a) 無効であるカルテル契約および決議への参加 (第一項)。

(b) 無効である価格拘束への参加 (第四項)。

(c) 監督官庁の命令に対する違背 (第五項および第六項)。

(d) ボイコット。

8 経済刑法 (Wirtschaftsstrafgesetz) の体系にもとづく、可罰的構成要件と刑事手続とを組み合わせること。

III カルテルの監視

9 独占庁が、連邦官庁としてカルテルの監視を行なう。

10 独占庁は、次の諸権限を有する。

(a) 第二項で認められたカルテルを許可すること。

(b) 許可されたカルテル (第二項) および許容された価格拘束 (第三項) に対する監視措置を講ずること。

(c) 市場支配的事業者 (第六項) に対する監視措置を講ずること。

(d) 違反 (第七項) が秩序違反として処罰されるべき場合において、過料 (Bußgeld) を課すること。

(e) 第一二項に従って、裁判所による確認の手続 (Feststellungsverfahren) を提起すること。

11 その影響が州の領域を超えない事件を、独占庁は、管轄権を有する州の上級官庁 (zuständige Oberste Landesbehörde) に、第一〇項に従った独自の処理をさせるために移送することができる。

IV 手続

12 カルテル監督官庁 (第九項および第一一項) ならびに法的利益を有する何人も、裁判所 (第二三項) に対して、当該契約もしくは決議が許されているカルテルあるいは許されている価格拘束にあたるか否かを確定するよう求めることができる。

13 上級地方裁判所 (州が、条約 (Staatsvertrag) により、いくつかの上級地方裁判所にその管轄権を配分することが前提となる) は、次の場合に排他的管轄権を有する。

- (a) 違反が経済事犯 (Wirtschaftsstrafat) である場合の第一審手続 (第七項)。
 - (b) カルテル監督官庁による過料審決 (第一〇項の(d) に対して、裁判所の判決を求める申し立ての取り扱い)。
 - (c) 違反が経済事犯であるか、もしくはは秩序違反であるかの審査 (経済刑法第八五条参照)。
 - (d) 本法違反を根拠とする損害賠償請求に関する裁判。
 - (e) カルテル監督官庁の命令 (第一〇項および第一一項) に対して取りうる法的措置に関する裁判。
 - (f) 確認の訴 (第二二項) に関する裁判。
- 14 上級地方裁判所のあらゆる判決に対しては、連邦上級裁判所 (Ober Bundesgericht) への上告が認められる。

15 第二三項に従った手続 (第二三項の(c)および(d) については、特別の規定がもうけられる)。

V 法律の適用範囲

16 本法からの適用除外は、連邦法によつてのみ許される。次の各分野が適用除外の対象となる。銀行、保険、供給事業（エネルギー、運輸）、農業⁽⁴⁹⁾。

二 この「競争制限禁止法案の原則」は、みられるとおり、「以前よりも強くヨーステン委員会による立案作業に依拠しようとするエアハルト〔経済大臣〕の努力を明らかにする⁽⁵⁰⁾」ものである。すなわち、改めてカルテル契約と決議の禁止が要請され、適用除外カルテルは輸出カルテルおよび合理化カルテルに限って許されるものとなり、また、市場支配的事業者に対しては積極的な独占監視政策が継続され、独占庁が執行機関として設置されることとされたのである。⁽⁵¹⁾

しかしながら、一九五〇年七月三十一日の第九草案・ケッペル草案（Köppel-Entwurf）、同年九月五日の第一〇草案および同年一〇月二〇日の第一草案と立案作業を進めて行くうちに、「競争制限禁止法案の原則」で定められたところを完全に実現するのは困難であることがわかってきた。⁽⁵²⁾それは、「一九五〇年五月の方針に代表される見解は、もともと西ドイツの構造的に制約された市場関係を充分に考慮に入れていないのであり、それゆえ、市場経済の観点からみて、機能しうる市場と機能しえない市場との間の境界線を再度移動させる必要がある」ということは明らかであった⁽⁵³⁾からである。それゆえ、立案作業の進捗状況についての説明を受けた連邦議会の経済委員会の非カルテル化問題小委員会（Unterausschuß für Dekartellierungsfragen）では、禁止要件と適用除外要件はより緩和されるべきであるのみならず、アメリカ的なカルテル問題の解決方法が適切であるか否かを問わなければならないとさえ考えるにいたつたのであり、このような非カルテル化問題小委員会の見解は草案の起草者達に少なからぬ影響を与え、そのためしだいに、「競争制限禁止法案の原則」は、エアハルト経済大臣の政治的指導と結びついた「指示」としての性格を変じて、単なる立案

作業のための「ガイドライン」のようなものとなってしまい、この「競争制限禁止法案の原則」からはずれた草案が立案されることとなったのである。⁽⁵⁴⁾

こうした立案作業の現状をみて、アメリカ高等弁務官府は、競争制限禁止法第一条の禁止規定の適用を除外するカルテル官庁の権限に不信感をいだくにいたり、競争制限禁止法の第一〇草案に対して、「現在の草案をみると、禁止立法であるというよりも、むしろカルテルを可能とするための法律であるような印象を与える⁽⁵⁵⁾」と述べるにいたった。このようなアメリカ高等弁務官府の第一〇草案に対する批判——適用除外の許可を行なうカルテル官庁の権限をもつと限定すべきである——は、連合国高等弁務官会議のイギリスおよびフランスの代表者の支持をもうけて、ドイツ連邦経済省に伝えられ、連邦経済省は「批判された条文の占領軍の意味における修正⁽⁵⁶⁾」を行ない、その結果、一九五〇年一〇月二〇日に競争制限禁止法の第一草案が成立した。この第一草案は、全七章五三条からなり、その構成は次のとおりである。第一章 競争制限の禁止、第一節 カルテル(第一条〜第七条)、第二節 個別契約(第八条〜第二〇条)、第三節 市場支配的事業者(第二一条〜第二三条)、第四節 経済団体によるその構成員の妨害(第二四条)、第五節 通則(第二五条、第二六条)、第二章 違反行為および秩序違反(第二七条〜第二九条)、第三章 官庁、第一節 カルテル監督官庁(第二三条〜第二六条)、第二節 連邦カルテル庁(第二七条〜第三〇条)、第四章 手続、第一節 監督(第三一条〜第三九条)、第二節 刑罰(第四〇条)、第三節 過料(第四一条)、第四節 訴訟(第四二条〜第四四条)、第五節 通則(第四五条〜第四七条)、第五章 法律の適用範囲(第四八条、第四九条)、第六章 経過規定(第五〇条〜第五三条)。

この第一草案の第一条は、カルテルの原則的禁止について、次のように規定する。

第一条「事業者団体の決議および事業者が共通の目的を追求するために締結する契約は、それらが、生産あるいは商品もしくはは役務の取り引きに関する市場関係に競争を制限することによって影響を与える場合には、無効で

ある。ただし、連邦法が適用除外を規定し、もしくは、カルテル監督官庁が許可した場合はこの限りではない。

そして、この第一条の原則的禁止規定から適用除外されるのは、合理化カルテル(第二条)および輸出カルテル(第三条)に限定される。

次に第一草案は、市場支配的事業者について、その第一条に定義規定(市場支配的事業者とは、「一定の商品もしくは役務に関する市場に実質的に影響を及ぼす状態にある事業者、とりわけ、商品もしくは役務の価格ないし取引条件、需要もしくは供給の方向、種類ないしは範囲を、競争者を顧慮することなく形成しうる状態にある事業者」をいう)をいいたうえて、第一二条で、カルテル監督官庁は、市場支配的事業者の経済的状态、とりわけ、費用原則(Kostengrundlagen)、経営組織(Betriebseinrichtungen)、取引条件、価格設定方法、資本参加(Beteiligungen)、特許契約等についての調査を行ない、その結果、市場支配的事業者がその市場支配的地位の濫用的利用(mißbräuchliche Ausnutzung)を行なっている場合には、それら行動を禁止することができる旨を定める。また、第一三条で、カルテル監督官庁は、市場支配的事業者が全体経済を危険にさらす場合、とくに、需要の充足を困難にし、もしくは経済活動の自由を不当に制限するなどの場合、それら行動が不当である(unzulässig)旨を宣告しうると定める。⁽⁵⁸⁾

三 ところで、右に述べてきたような競争制限禁止法の立案作業が続行している間に、立案作業の前提条件を大きく変えるような国際情勢の変化が始まっていた。すなわち、一九五〇年九月に行なわれた連合国外相会議において、イギリス政府は、占領法規第二条による留保から集中排除措置に関する権限を解除し、それをドイツ政府に移譲すること、この場合の条件として、第一に、石炭業、鉄鋼業、UFAに対して集中排除措置を講ずる権限は依然として占領軍政府に属するものであること、第二に、ドイツ政府の立案した競争制限禁止法案は占領軍政府の承認を要するものであるべきこと、という提案を行なっており、この提案に対し、アメリカとフランスが原則的にこれを容認する

方向で検討を加えるにいたつていたのである。⁽⁵⁹⁾ この管轄権の移譲の問題は、ドイツ政府の強い要求に起因するものであったが、これに対して、アメリカ高等弁務官府は、当初、ドイツ政府が集中排除の領域に関与することについて、エアハルト経済大臣に送った書簡において、「我々は、我々の計画を自ら実施するために、全権力 (Ganze Gewalt) を自らの手中に留めておかなければならない。我々は、この任務を早急に遂行し、そして管轄権の重複と、そのことから生ずる紛糾とを避けなければならない」と述べて、イギリス政府の提案に反対である旨の意思を表明していた。⁽⁶⁰⁾ しかしながら、アメリカのこのような反対にもかかわらず、一九五〇年一〇月二六日に、連合国高等弁務官会議のイギリス代表高等弁務官がドイツ連邦首相アデナウアーに対して、ドイツ連邦政府は経済力の集中排除に関する一般法の準備を考えるべきであり、それは非カルテル化と集中排除の全領域を包括するものであってよい旨を通知したのであり、この通知の時から、ドイツ連邦政府は経済力の全体的規制を目的とした競争制限禁止法の立案作業に入る権限を付与されることとなったのである。⁽⁶¹⁾ とはいっても、このようなドイツ政府の競争法の領域での管轄権の拡大にもかかわらず、占領軍政府は、競争法の分野での自らに留保された権限を全て放棄したわけではなく、競争法の立案に依然として責任を負うものであり、⁽⁶²⁾ それゆえドイツ政府に対し、できるだけ早く競争制限禁止法の草案中に集中排除規定を加えて、それを占領軍政府に提出することを要求した。⁽⁶³⁾

四 以上に述べてきたような競争制限禁止法の立案作業をとりまく情況の変化のなかで、占領軍政府——とりわけアメリカ高等弁務官府——の競争政策上の目的に充分な考慮を払いつつ立案作業が続けられて、その結果、一九五一年一月一五日に第一二草案、同年三月二一日に第一三草案および同年五月二二日に第一四草案が成立するにいたつた(この第一四草案は、連邦経済省草案として連邦政府に提出され、若干の修正が加えられて同年九月二二日の第一五草案となり、この第一五草案は、同年十一月七日に連邦政府法案として暫定的に可決された。⁽⁶⁵⁾)

しかしながら、すでに述べてきたような立案作業をとりまく国際環境の変化などにもかかわらず、実際に成立した第一二―一四草案では、一九五〇年五月の方針（「競争制限禁止法案の原則」）およびその後の競争法に関する管轄権の拡張ということから考えてみると、規制は強化されておらず、むしろ次の諸点で後退するにいたっている。

すなわち、第一に、第一二―一四草案において、合理化カルテルと輸出カルテルの他に、あらたに不況カルテル (Konjunkturkrisenkartelle) が加えられることになった。⁽⁶⁶⁾ この不況カルテルが必要とされたのは、朝鮮戦争によって引き起こされた景気の過熱状態のもとで、過度の需要に対応するための設備投資と、その投資が資本力のないドイツ企業にとって固定費用部分 (fixen Kosten) の増大というかたちで過大な負担となり、そのため、市場への適応力が低下して、事業の休止、生産設備と労働力の損失という結果がもたらされることを防止するという理由によるものである。⁽⁶⁷⁾

第二に、市場支配的事業者に対する集中排除措置 (解体・再編成措置、集中規制) を第一二―一四草案中に規定することが可能となり、また、それは占領軍政府が要求したところでもあったが、第一二―一四草案中にそのような規定はおかれず、ただ、カルテル庁は、市場支配的事業者がその地位を濫用している場合において、一定の価格もしくは取引条件を強制する等の措置ではその市場支配的地位の濫用を排除するのに不十分であると思料するときには、当該市場支配的事業者の属する産業分野における市場関係 (Marktverhältnisse)、当該市場支配的事業者の市場への影響 (Markteinfluss) および当該市場支配的事業者の解体の提議 (Entfechtungsvorschlag) などを含む報告書を作成しなければならぬこと、また、この解体手続は連邦法によって定められるものであること、が規定されるにとどまった。⁽⁶⁸⁾

「草案中に、たがいに競争関係にある事業者の集中 (Verfechtung) を阻止するための規定のみならず、コンツェルンおよび巨大企業の解体・分割 (Entfechtung und Aufgliederung) のための規定も加えない」という⁽⁶⁹⁾、このような草案の起草者達の「望ましくない事業支配力の問題の一時たな上げの取り扱い」の理由は、第一に、解体措置を講ずるた⁽⁷⁰⁾

めの明確な基準を設定することが現時点では困難であり、また、解体措置を講ずべきか否かの決定はかならずしも行政官庁の許可もしくは裁判所の判決にのみまかせられるべきものではない以上、解体措置を講ずるための明確な基準を設定しうるまで、競争制限禁止法中に解体措置に関する規定を挿入することを延期することもやむをえないと考えられたこと、⁽⁷¹⁾第二に、炭鉱、鉄鋼、化学、銀行および映画の各産業分野で解体・再編成措置がすでに取られており、これらの他に解体措置の対象となる企業は存在しないと考えられたこと、⁽⁷²⁾第三に、解体措置に関する規定をおくことにより、競争制限禁止法は、政治的にもはや実施しえなくなるほど強化されることになってしまうと考えられたことである。⁽⁷³⁾

しかしながら、競争制限禁止法案の起草者達の市場支配的事業者の取扱いに関するこのような決定、すなわち、「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 (Missbrauch der Verfügungsgewalt) 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 (Existenz derartiger Machtkörper) それ自体と闘うのではない」という決定⁽⁷⁴⁾は、占領軍政府の要求するところとは明らかに異なるものであり、それゆえ、占領軍政府と衝突する危険性を疑いもなく含むものであった。

(1) 占領法規 (Besatzungsstatut) は、一九四九年五月八日の憲法制定会議による基本法の制定 (五月二三日公布) と、それにもとづく同年八月一四日の国会議員選挙をへて、同年九月にドイツ連邦共和国が成立して民政移管が完了した (同年九月二〇日にドイツ政府発足) ことに伴う、その後の連合国高等弁務官会議 (Alliierten Hohen Kommission) によるドイツ管理 (間接統治) の権限について規定するもので、一九四九年五月二二日に発布され、同年九月二二日に発効したものである (Wengler, W., Betrachtungen zum Besatzungsstatut, NJW 1949 S. 881.)。占領法規は、ドイツ政府に一般的統治権 (立法、行政、司法の権限) を与えたいと、特定の事項は連合国の手に留保されるものであることを規定する (第一条、第二条)。この連合国に留保される事項は、(a) 武装解除と非軍事化 (b) ルール地区の管理、略奪物の返還、賠償、非カルテル化、集中排除等 (c) 外交関係 (d) 避難民の入国許可 (e) 占領軍の家族等の保護、その安の保障 (f) 基本法と州憲法の適用に関する監視 (g) 外国貿易と外国為替の管理 (h) 資金、食糧その他の物資の利用の適正化をはかるための諸措置の管理 (i) 占領国裁判

所で有罪の宣告を受けた者の刑務所内における待遇、刑の執行の管理などである(第一条。Klein, F., Das Besatzungsstatut für Deutschland, SJZ 1949 S. 745/746. 以下)。ただし、連合国内に留保されたこれら事項に關しても、ドイツ政府は、占領当局に通知した後に、立法と行政の権能を有するが、占領当局が明示的に禁止するか、ドイツ政府の立法もしくは決定が占領当局の決定と両立しないときは、このかぎりではない(第四条。横田喜三郎「民政管理の方式」日本管理法令研究第二九号、一九五〇年、二三—二四頁による)。なお、法律および条約は、占領当局が公式に受理してから二日後に(21-Tage-Frist)効力を生ずる(第五条。横田・前掲論文二四—二五頁、および Änderung des Besatzungsstatutes (Westzonen), BB 1951 S. 204. 以下)。

(2) 占領法規第二条b号。

(3) この点について次のように述べられている。「連合国高等弁務官會議(AHK)とドイツ連邦首相の一九四九年一月二日の取り決めにより、ドイツ連邦政府は、『非カルテル化と独占的傾向(monopolistischer Tendenzen)の除去の領域での立法措置を、占領法規第二条b号に基ついて連合国高等弁務官會議が行なった決定に従つて講ずること』を義務づけられた。占領権力は、非カルテル化をドイツの立法者に移譲するが、これに対して集中排除は明白に自ら実施することを欲したのである」(Cartellieri, W., Dekartellierung und Entfechtung-Gefahren einer rechtlichen Trennung, BB 1949 S. 716.)。

(4) Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, dem Bunderrat erstattet durch die Ländervertreter Sievers und Petrick vom 24. 10. 1950, Anlage 2, 及び Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., S. 36. 以下同文が掲載されている。

(5) Robert, a. a. O., S. 120—122. これらの競争制限禁止法の起草者たちのうち、米英占領地区の州議會から派遣されたペトリックおよびジーファースの両名が立案作業に参画するにいたつた経緯は次のとおりである。二国管理委員会覚書が經濟會議議長および各州會議議長に手渡されたのち、經濟行政庁は、各州の經濟行政機関から、立案を命じられた法律の意義を考えるとともに、さらに非カルテル化の領域で各州においてすでに得られた立案作業の經驗を顧慮して、可能な限り早い時期に、州の代表者を立案作業に参画させるよう要請を受けた。經濟行政庁は、このような要請を考慮して、一九四九年五月二五日の書簡をもって、米英各占領地区を代表する担当官を任命するよう州議會に要請した。州議會の經濟委員会は、一九四九年六月二日の會議において、イギリス占領地区の代表としてペトリック氏(Dipl.-Volkswirt Petrick)、アメリカ占領地区の代表者としてジーファース氏(Dr. Sievers)をそれぞれ任命した。ペトリックおよびジーファースの両名は、一九四九年六月中に、經濟行政庁での協議に招かれた。この協議の中から、「競争制限的經濟行為を禁止する法律案の原則」が成立するにいたつた(Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a. a. O., S. 1.)。

(6) Robert, a. a. O., S. 123.

- (7) Robert, a. a. O., S. 124.
- (8) 「州の代表者 (Ländervertreter) は、一九四九年一月三日にはじめて、この間に連邦経済省の立案担当官ギェンター氏 (Reg. Dir. Dr. Günther) により立案された草案 (第一草案) について審議するために、フランクフルトに招かれた。州の代表者によりなされた提案を考慮して、第一草案の基礎のうえに手を加えられた第二草案が、一九四九年一月一日に完成した」(Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a. a. O., S. 4.)。
- (9) Entwurf eines Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 26. 11. 1949, Aml. Mat. z. GWB 117.
- (10) 第一条の禁止からの例外は、「それがより上位の利益 (übergeordneten Interesse) からみて必要であり、それを当事者が話し合いによって取り決めることが可能である場合」に許可される。この競争の制限は、市場規制に関する登録簿に登録することにより有効となる(第四条)。
- (11) ここで「一定の基準」として、「人 (eine oder mehrere Personen) が、全体経済もしくはその実質的部分にとって損害となるような、その経済活動の自由を制限されること」と規定されている(第三条第一項)が、このような構成要件は厳密であるとは言いがたく、それゆえ批判されるようになった (Robert, a. a. O., S. 126.)。
- (12) 連邦委員会および連邦委員会による法の執行手続に関してやや詳細な規定が第三草案におかれることになったのは、二国管理委員会覚書の定めるところに従って設置される中央執行機関 (zentralen Durchführungsinanz) すなわち競争制限の監視のための連邦委員会の裁量行為を限界づけるためであった (Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a. a. O., S. 298.)。
- (13) Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O., S. 31.
- (14) Robert, a. a. O., S. 125, Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a. a. O., S. 297. は「この点について次のように述べている。『二国管理委員会』覚書の英語本文は、どうやってこの二つの見たとおり一致しない命令が調和されるのかについていかなる説明も与えなかった。そういうするうちに、占領軍「政府」は条理の原則により支配された国々のカルテル判決 (Kartellrechtsprechung) を顧慮して、意識的に覚書の本文において、一般的禁止条項を緩和する目的で、ハバナ憲章に対する明白な言及をした、ということが充分に考えられなくてはならないという事情のもとで、覚書の原則にもとづいた、そしてそれゆえまたハバナ憲章の原則に依拠した第一草案が、一九四九年一月十七日に経済行政庁の代理長官に提出されたのである」。
- (15) Robert, a. a. O., S. 125.
- (16) Ebenda, a. a. O., S. 125.
- (17) Petrick, J., Marktbherrschende Unternehmen; Ihre Behandlung im deutschen Kartellgesetzentwurf, WuW 1952 S. 251.
- (18) Vorläufige Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Jan. 1950, S. 8.

(19) Ebenda, S. 8.

(20) それゆえ、競争制限禁止法が解体措置に関する規定を含むべきであるか否かという問題は、最初論議されなかった (Petrick, a.a.O., S. 256.)。

(21) Vorläufige Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Jan. 1950, a.a.O., S. 8.

(22) 「この点については Petrick, Markbeherrschende Unternehmen, a.a.O., S. 251. は次のように述べている。『競争制限禁止法』立案に際して、事実上の競争制限 (tatsächlich beschränkten Wettbewerb) もしくは不完全競争の領域を規制の対象として取り扱う実上の必要性も、(カルテル規制の必要性とともに一筆者) ももちろん存在した。なぜなら、将来において、あらゆる競争制限の形態がドイツの立法と判決に等しく服するべきである以上、ドイツの立法者が、『ドイツ経済力の過度集中』を除去するための占領法の規定と交代する法律の準備を行なうことは当然だからである』。

(23) 競争制限禁止法案とモーステン法案における市場支配的事業者の取り扱いの違いについて、Möschel, W., Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1974, S. 120. は次のように述べている。「立法上の先駆者は、一九四九年七月五日の経済行政庁の専門家委員会の二つの法案、すなわち、業績競争の確保に関する法律(案)および独占庁に関する法律(案)であった。これらのいわゆるモーステン法案は、カルテルによる経済力の形成とカルテル的性質を有さない経済力の形成とから構成されていた。後者には、一定の結合(利益共通契約、コンツェルン、企業組合およびこれらの混合形態)ならびに経済力を保有する個別事業者(第二二条)とが含まれる。以上の限りで、寡占市場(Oligopolischarakter)は、これらの規定と関係していない。これに対して(dafür)、モーステン法案の第二二条は次のように規定した。『カルテル的性質を有さない経済力が解体されたのちに、依然として市場に存在している経済力は独占庁の監視下におかれ、このような「経済力の保有者は、実質的な競争を危険にさらす場合には、その取引において自制するよう行動しなければならぬ」。この規制を実施するにあたって、独占庁は経済政策上の決定(wirtschaftspolitische Entscheidungen)を下すものであるが、これは判決を下すものではない。この規定は、カルテルを禁止するとともに、コンツェルンと個別事業者の解体措置を可能とする法体系の中にはめこまれていた。これに対して、第一会期で可決されず、変更なしに第二会期に提出された競争制限禁止法政府法案は、まったく別の概念を追求した。それは、『法的規制(Rechtskontrolle)』としてあらわされるものである。また、政府法案は、濫用監視を個別事業者だけに限定した』。

(24) 連邦委員会は、市場支配的事業者がこれらの義務を遵守するよう監視し、やむをえない場合には義務の遵守を強制することができる(第三草案第二八条)。

(25) Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 298.

(26) Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 31.

- (27) Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 298.
- (28) Robert, a.a.O., S. 128.
- (29) Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 298. 占領軍政府の圧力のもとで、カルテルの禁止原則に基づく草案の立案作業を開始することは、連邦議会の経済政策委員会の委員長提案で、一九四九年一月二十九日に開かれた会議において決定された。この会議では、モーステン (Min. Dir. Dr. Josten) およびライム (Prof. Dr. Böhm) の二氏も参加しており、会議においては、カルテルの禁止を競争の実質的制限と見做すことにならざるのみ把握することは、エプハルト経済大臣の経済政策上の見解に合致するものではなく、それゆえ、一般的に無制限なカルテル禁止 (allgemeines uneingeschränktes Kartellverbot) によって置き換えられなければならないという意見が多数を占めた (Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a.a.O., S. 7.)。
- (30) 第四—八草案の成案年月日は次のとおりである。第四草案—一九四九年二月八日、第五草案—同年二月二〇日、第六草案—一九五〇年一月七日、第七草案—同年四月五日、第八草案—同年四月二〇日。
- (31) Robert, a.a.O., S. 130.
- (32) Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 298. この「競争の促進に関する補完的規定」として具体的にどのような制度がおかれていたのかは、第四草案もしくは第五草案を参照しえなかつたので不明である (参照することのできた第六草案および第八草案には、該当する規定はみあたらない)。なお参考までに述べれば、競争の促進のための制度について規定を設けているモーステン法案では、次のような諸制度が設けられている (業績競争の確保に関する法律 (案) 第四章第三節「競争の促進」参照)。広告制度 (第四四条)、品質保証制度 (第四五条)、労働組合および給付団体の設立 (第四六条)、強制的な特許権の付与 (第四七条)。
- (33) Ebenda, S. 298.
- (34) Ebenda, S. 298.
- (35) Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a.a.O., S. 7. この第六草案に「なごめい」暫定的な理由書が添付された (Ebenda, S. 7.)。
- (36) Vorläufige Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 7. Jan. 1950, a.a.O., S. 3.
- (37) Günther, Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, a.a.O., S. 299.
- (38) Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a.a.O., S. 8.
- (39) Ebenda, S. 9.
- (40) Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 20. April, 1950., Amtl. Mat. z. GWB 140.

(41) この点について次のように述べられている。「あらゆる—『実質的ならざる—』競争制限の禁止にまで〔法律の適用範囲を〕拡大したことにより、他方で、適用除外規定を拡大する必要性が生じた」(Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 31.)。

(42) Günther, ebenda, S. 31. 第八草案の第七条は次のとおり規定する。「連邦経済大臣は、第五条および第六条に列挙された要件が特定の経済部門においておぼむね (allgemein) 充たされている場合、連邦独占委員会の意見を聞いたうえで、連邦参議院の同意を得て、施行令 (Durchführungsverordnung) を定め、この経済部門における競争の制限を第一条の禁止から適用除外することができる」。

(43) この点について Günther, ebenda, S. 32. は次のように述べている。「利益代表による行政庁に対する影響力の行使のうちにみいだされる重大な危険性は認識されなかった。なぜならば、公共の利益の担い手として連邦首相に服属する連邦独占委員会は、政府に対して助言を行ない、そして連邦経済大臣の決定に対して異議を申し立てることができるからであった」。

(44) Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a.a.O., S. 8.

(45) Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 32. 同様、Robert, a.a.O., S. 132. も次のように述べている。「全体経済の供給能力を確保し、上昇させようとする努力のなかで、カルテル協定の原則的禁止は適用除外規定により緩和をこうむった。〔しかしながら〕連邦経済大臣も、また連邦法務大臣もこのような緩和を必要であるとも考えなかったし、またアメリカにおける強力な競争政策のあり方をみて、このような緩和を政治的に時宜にかなったものとも考えなかった」。

(46) このようにカルテルが蔓延することの危険性は、第四／五草案において、適用除外規定が「適用除外しうる旨の規定」(Kann-Bestimmung)としておかれていたのに対し、第六—八草案においては、適用除外の範囲が拡大されるとともに、「適用除外しなければならない旨の規定と適用除外しうる旨の規定 (Soll- und Kann-Bestimmungen)」とが区別しておかれるにいたったことにより、一層増大することとなった。すなわち、第八草案の第五条は、市場への最善の配慮が必要とされる場合および全体経済の利益となる共同の合理化措置が必要である場合はカルテル禁止規定の適用が除外されなければならないと規定する。これに対して、同草案の第六条は、適用除外の認可が、予期しえない経済的損失を回避するのに必要である場合、労働市場の破壊を予防するのに必要である場合および国内市場と世界市場に等しい競争条件を創出するために必要である場合に行なわれ、と規定しているのである。

(47) Bericht über die Vorarbeiten zu einem deutschen Kartellgesetz, a.a.O., S. 9.

(48) Robert, a.a.O., S. 133.

(49) この「競争制限禁止法案の原則」は、Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 39-39. により引用。

- (50) Robert, a.a.O., S. 133.
- (51) しかしながら、この「競争制限禁止法案の原則」の定めるところは、水平的競争制限の禁止についてヨーステン法案の規定のように厳格なものではなく、また、企業集中との関いを顧慮するとき、最も重要な独占と寡占とを規制する規定である市場支配的巨大事業者の形成を阻止するための規定をなにももうけていない (Robert, a.a.O., S. 133.)。
- (52) Robert, a.a.O., S. 133.
- (53) Günther, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O., S. 33. この文章に続けて、次のように述べられている。「それにもかかわらず、一九五一年五月に連邦政府に提出された草案(第一四草案—筆者)は、競争経済においては、いかなる経済主体も国家による特別の許可なしに競争を排除したり、もしくは制限したりすることは許されない、という競争経済擁護の明白な決定を行なった。競争の自由は個々の事業者の自由を優先する (Die Wettbewerbsfreiheit steht vor der individuellen Freiheit)。市場支配的地位を獲得し、そして他の市場参加者の自由を制限するようにその地位を濫用する者は、国家による監視および国家の命令に服させられるのである」。
- (54) Robert, a.a.O., S. 135. なおこの点について、Robert, a.a.O., S. 134. は次のように述べている。「このこと(非カルテル化問題小委員会の考案—筆者)は、むしろ、ケッセル草案の種々の草稿において、次々と政府のあらゆる構成員 (alle Mitglieder der Regierung) にとり受け入れられることのできる提案を採用していくという考慮をもたらしした」。
- (55) Robert, a.a.O., S. 135.
- (56) Ebenda, S. 136.
- (57) Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 20. Oktober 1950, Aml. Mat. z. GWB 164.
- (58) 第一草案は、このほか、法律の執行官庁として、連邦カルテル庁 (Bundeskartellamt) が独立の連邦上級官庁として設置されること、およびその執行手続その他について詳細に規定する。
- (59) Robert, a.a.O., S. 112.
- (60) Ebenda, S. 113.
- (61) Ebenda, S. 113. このような競争法の領域での管轄権のドイツ政府への移譲は、一九五二年三月六日の連合国高等弁務官会議決定第一〇号 (Entscheidung Nr. 10) において次のとおり明文化された。
- 「1 集中排除に関して〔占領法規の〕第一条b号で〔占領軍政府に〕留保された権限は、鉄鋼産業、石炭鉱業および映画産業、IG染料および巨大銀行に関する占領軍政府の計画の実施、ならびに、一九五〇年十二月三十一日の連合国高等弁務官会議の法律により必要となった措置もしくは現行法にもとづいて着手された措置の実施を確保するためにのみ行使される。」

2(a) 非カルテル化に関して「占領法規」第二条b号で「占領軍政府に」留保された権限は、ドイツ連邦共和国が、経済力の新たな集中の阻止に関する規定を取り入れることも含めて、占領軍政府の期待にそつた法律を發布するならば直ちに放棄される(2(b)以下略)「Entscheidung

Nr. 10. Program für die Revision der Besatzungskontrollen. Bundesanzeiger Nr. 47 vom 8. März 1951, S. 3.)。

(62) Robert, a.a.O., S. 113. この競争法の立案に関する管轄権のドイツ側への完全な移譲は、一九五四年一〇月の「ドイツにおける占領体制の終結に関する議定書(パリ議定書)」と、それにもとづく一九五五年五月の「ドイツ条約(ドイツ連邦共和国と三国との関係に関する条約)」の発効をまたなければならぬ(拙稿・前掲早稲田法学会誌二八巻二一九頁)。

(63) Ebenda, S. 113.

(64) アメリカにおける反トラスト法についてドイツ連邦政府は、特に、一九五〇年六月に調査団を送り、調査・研究にあたらせており、次のような標題の報告書が同年一二月に公表されている。Vorläufiger Bericht der deutschen Kommission zum Studium von Kartell- und Monopolfragen in den Vereinigten Staaten, Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 250 vom 29. Dezember 1950. (Zit. Bericht)

このカルテル・独占問題調査団は、フランツ・ブーム(Dr. Jur. Franz Böhm)を団長として、次の諸氏により構成された。ドレーンドルン(Dr. rer. pol. Heinrich Dohrendorf)・ギンター(Dr. jur. Eberhard Günther)・グーネ(Dr. jur. Günther Joel)・グラーンジーフン(Dr. rer. pol. Heinrich Müllenstefen)・ノーパー(Dr. rer. pol. Burkhardt Roeser)・シマヤーテン(Dipl. Volkswirt Rolf Spaethen)・シマナチ(Wilhelm Schulte)。カルテル・独占問題調査団は、一九五〇年六月一六日から同年七月二八日までワシントンおよびニューヨークに滞在して、司法省反トラスト部、連邦取引委員会および証券取引委員会の組織とその活動とを調査し、またこれら機関の代表者達と討論することによつて、「アメリカ政府の行なっている競争確保措置の効果と、アメリカ社会におけるこの競争政策の理解のされかたについての個人的な印象(Personlichen Eindruck)を手に入れた」(エアハルト経済大臣の本報告書に寄せた序文中の言葉。Bericht, S. 2)。そして、このカルテル・独占問題調査団の調査結果に対して、エアハルト経済大臣は、「それは、ドイツ連邦政府がその準備中の競争制限禁止法によつて、一九三三年のカルテル令(Kartellverordnung)の意味における単なる濫用防止立法(Mißbrauchsgesetzgebung)を超えた法的に保障された経済制度(rechtlichgeschützten Wirtschaftsverfassung)を創出しようとしている時期に、とりわけ価値を有するものである」(Bericht, S. 2)と述べた。

(65) 筆者はこの第一四草案を参照してないが、その第一五草案との相違は、法律の適用領域の制限に関する「いくつかの点(in einigen Punkten)」(Robert, a.a.O., S. 147)であると言われていることから、以下ではこの第一五草案を参照しつつ、叙述を進めていくこととする。

第一五草案は、全六章七五条からなり、その構成は次のとおりである。

第一章 競争制限、第一節 カルテル契約およびカルテル決議(第一条〜第九条)、第二節 その他の契約(第一〇条〜第一六条)、第三節

市場支配的事業者(第一七条、第一八条)、第四節 競争制限的行為および差別的行為(第一九条、第二二条)、第五節 通則(第二三条、第二六条)

第二章 秩序違反(第二七条、第三一条)

第三章 官庁、第一節 カルテル庁(第三二条、第三五条)、第二節 連邦カルテル庁(第三六条、第三七条)

第四章 手続、第一節 行政手続(第三八条、第五七条)、第一款 カルテル庁における手続(第三八条、第四四条)、第二款 上訴(第四

五条、第五四条)、第三款 上告(第五五条、第五六条)、第四款 通則(第五七条)、第二節 過料手続(第五八条)、第三款 民事訴訟(第

五九条、第六二条)、第四節 通則(第六三条、第六八条)

第五章 法律の適用範囲(第六九条、第七二条)

第六章 経過規定および失効規定(第七三条、第七五条)

(66) この不況カルテルは第一二草案の第二条で規定されたが、その採用の理由はエアハルト経済大臣を納得させるものではなかった(Robert, a.a.O., S. 135.)。

(67) Robert, a.a.O., S. 135., なお、適用除外カルテルに関しては、このほかに、合理化カルテルと輸出カルテルについて、シンジケート(購入もしくは販売の共同組織)を設置することがあらたに認められている(Robert, a.a.O., S. 136.)。

(68) このような規定は、第二三草案の第一七条のb、第一四草案の第一八条、第一五草案の第一八条におかれている(Robert, a.a.O., S. 137.)。なお、本文の叙述は第一五草案の第一八条第一項および第二項を参照したものである。

(69) Robert, a.a.O., S. 148.

(70) Ebenda, S. 137.

(71) Petrick, a.a.O., S. 256., その「市場支配的事業者に対する経済政策的手段としての解体措置 (Entflechtung als wirtschaftspolitisches Mittel)」を、他の法文中に規定された手段、とりわけ価格監視 (Preisaufsicht) が不十分であることが明白となった場合に講ずる、という事態の打開策が追求されることとなったのである (Petrick, a.a.O., S. 256.)。

(72) Robert, a.a.O., S. 148., なおこの点と関連して、Robert, ebenda, S. 137. では次のように述べられている。一九五〇年代の初期に、濫用監視を超えた独占および寡占との闘いを回避することを草案の起草者達が望んだとしても、それは、ドイツ経済の供給能力を危機にさらしたような占領軍の解体措置に関する記憶がまだ生き生きとしていたからである、と推定しても不当ではないであろう。

(73) Ebenda, S. 148., これら第二、第三の理由は、ヨーステン法案中の市場支配的事業者の解体措置に関する規定に対して、経済行政庁内部からでた反対理由と同一である(本稿(一)本誌一六卷一四四頁参照)。

付記

本稿第二章第一節「連邦経済省草案の成立」の執筆にあたり、西ドイツ連邦カルテル庁より、その所蔵する競争制限禁止法の諸草案のコピーの提供を受けました。記して感謝の意を表します。