

西ドイツ競争制限禁止法制定史(四)

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	
第一節 占領軍の過度経済力集中排除政策へのドイツの関与	
第二節 ヨーステン委員会の成立とその活動	
第三節 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(以上一六卷二・三合併号)	
第二節 連邦政府法案の成立(以上一七卷一号)	
第三節 競争制限禁止法政府法案の概要	
一 競争制限禁止法(案)の目的	
二 競争制限禁止法(案)の構成とその内容(以上本号)	
第三章 競争制限禁止法(案)の議会審議とその成立	
結章	

第三節 競争制限禁止法政府法案の概要

一 競争制限禁止法（案）の目的

一 競争制限禁止法政府法案の全体的構成とその中心となる諸規定を前節においてみてきたので、次に、このような全体的構成を有する競争制限禁止法政府法案の立法目的を、その法案理由書第一部「総説」に従ってみていくことにしよう。

競争制限禁止法の法案理由書第一部「総説」⁽¹⁾（以下では「理由書第一部」という）——競争制限禁止法の法案理由書は全部から成り、その第一部は「法律の構成と内容に関する一般的概観」、第三部は「各法条別理由書」と題されている——は、「I 序、II 自由経済、III 中央指令経済か市場経済か、IV 競争秩序、V 不完全競争の場合における市場の監視、VI 不完全競争の経済領域、VII 経済集中の進展」という順序で、同法の立法目的を明らかにしようとしているので、以下この順序でその説くところをみていくこととする。

二 理由書第一部は、まず、競争制限禁止法の目的について、「I 序 (Einleitung)」において次のように述べている。

競争制限禁止法は、「市場経済の促進と維持のための最も重要な基本原則の一つ」であり、「競争の自由 (die Freiheit des Wettbewerbs) を保障し、そして、経済力 (wirtschaftliche Macht) が、競争による成果と競争のうちに存在する供給量を増大させようとする傾向とを危険にさらし、また、消費者に対する最善の配慮 (die bestmögliche

Versorgung der Verbraucher) を疑問なものとする場合には、「この経済力を除去する」という任務を有する法律である。このような任務を有する競争制限禁止法は、「競争経済が、経済秩序のうちで最も経済的な形態 (die ökonomische Form) であり、かつ、最も民主的な形態 (die demokratischste Form) である」こと、それゆえに、「国家は、市場機構の維持のため、もしくは、完全競争の市場形態が実現されえないような市場の監視のために、必要な限りでのみ市場過程 (Markt Ablauf) に統制的に (Lenkend) 介入すべきである」という、経済学の研究により確証され、経済政策として実施して得られた経験に基づいて立法されるものである。⁽²⁾

三 理由書第一部は、このように、その「I 序」において、競争制限禁止法は、市場経済秩序が最も効率的で、かつ、民主的な経済秩序であるという立法者の判断に基づいて制定されるものであることを簡潔に述べたうえで、次に、その「II 自由経済 (Die liberale Wirtschaft)」および「III 中央指令経済か市場経済か (Zentralverwaltungswirtschaft oder Marktwirtschaft)」において、歴史的な側面から、「I 序」で述べた点を次のように敷衍して述べている。

自由経済の時代 (die liberale Wirtschaftsepoche) が人類にその文明の発達過程における驚くべき出来事をもたらしたということは、いかなる経済的立場からも否定されえない事実である。経済的目的を有する、しかしながらまた、倫理的かつ身分的な目的をも伴った硬直的なツンフト条令 (Zunftordnung) が経済的進歩にとって妨害物となったのちに、「自由放任 (Laissez faire)」の原理が予想もしえなかった経済諸力 (Wirtschaftskräfte) の発展を促した。ツンフトが個人の主導権と進歩の観念とを禁じていた一方で、一九世紀初頭の企業家は、なにを、どのように、どこで、どれだけ、どこに、その生産物を生産し、また、販売するかを自ら決定することができた。全ての企業家に等しい活動の機会が与えられていたので競争が促進され、そして、それに伴って「市場」が成立したが、この市場は、あらゆる経済的利害の集合点であり、需要と供給とにより成立した市場価格に生産と消費とを

導くものであった。

しかしながら、一九世紀の後半において、一方で、市場経済の成果を侵害し、他方で、社会的な緊張、そして、それに伴って政治的な緊張をもたらすような現象 (Erscheinungen) が、ますますあらわれてきた。市場経済の原則それ自体に内在する諸力が、さらには、国家による諸措置もが、独占と独占的な組織の形成により競争機構 (Wettbewerbsmechanismus) を侵害するにいたり、近代技術の発展もまたこのような独占的傾向を助長した。こうして、すべての人にとっての競争条件の等質性はこのような発展によって失われ、また、あらゆる市場独占的地位というものが、消費者を欺瞞する危険性をもたらし、かつ、経済的発展を阻害する危険性をもたらす、ということは疑いを入れる余地のないこととなったのである。このような市場独占的傾向の否定的作用は、国民経済の規模が小さくなればなるほど、また、国民経済がますますさまざまな保護措置により自由な世界市場から隔離されることにより、その上さらには、そのような隔離を続けることによって、国家による市場独占的地位もしくは私的な市場独占的地位が経済政策上の諸措置により一層意識的に促進されることによって、より強く現われてこざるを得ないのである (以上、「Ⅱ 自由経済」の項)。

右に述べてきたような高度資本主義経済 (hochkapitalistischen Wirtschaft) の経済的、社会的不完全さのゆえに、今日なお、資本主義的経済秩序 (kapitalistischen Wirtschaftsordnung) の欠陥の除去をめぐる論争、すなわち、「発展の見込みのある、そして、民主的な秩序の諸原則に適合した経済制度 (der Entwicklung Rechnung tragenden und den Grundsätzen der demokratischen Ordnung entsprechenden Wirtschaftsverfassung)」の創設をめぐる論争が行なわれている。この論争は、経済危機ならびに戦争、そして、それらによって引き起こされた経済的窮乏化のためにかなり激烈なものとなってきた。このような経済制度をめぐる問題の永続的な解決をはかるためには、数多

くの考え方のなから次の二つの基本的な経済制度の型を抽出しなければならない。

(1) 中央管理経済 (Zentralverwaltungswirtschaft)。この経済のもとでは、個々の経済主体の自律性 (die Autonomie der Wirtschaftsindividuen) は中央官庁により調整される (koordiniert werden)。

(2) 市場経済 (Marktwirtschaft)。ただし、放任的自由経済という意味においては、意識的に形成された競争の秩序および市場適合的な国家による諸手段 (租税、通貨および信用) とにより舵を取られた経済という意味での市場経済。

これら二つの経済制度の型はもちろん最高度に経済理論上のものであり、現実には両者の混合形態 (Mischformen)——どちらか一方の傾向が優勢であるような混合形態——としてのみあらわれてくるものである。ここでこれら二つの原理の優劣について立ち入って論ずる必要はないであろう。なぜなら、連邦政府は市場経済の立場を取ることを決定しているからである。このような立場を取ることは、もちろんそれが西側諸国において支配的であるということに基づいているが、また、ドイツにおいて中央管理経済制度のもとで政治的、経済的領域において得られた経験は同様の制度のもとで新たな試みをするように勇気づけるものではない、ということにも基づくものである。「国家的拘束経済 (staatlichen Zwangswirtschaft) のもとでは、事業者の自主性が失われ、そしてそれとともに、経済の供給能力が侵害されるのみではなく、消費者 (Konsument) は経済行為の導き手であることをやめ、そして最後には、民主主義の諸原則とは一致しないような国家に全市場 (Marktvollkommenheiten) がまかされるにいたるということは明らかなことである。これに反して、ドイツ連邦共和国における通貨改革後の市場経済制度のもとでの経験から、自由な事業者経済 (Unternehmerwirtschaft)、消費選択 (Konsumwahl) の自由および自由な価格形成は、最も供給能力の高い、そして、一般的な福祉の増進に最もよく役立つ経済制度 (Wirtschaftssystem)

であるという認識が正しいことは明らかである」(以上、「Ⅲ 中央指令経済か市場経済か」の項⁽³⁾)。

四 次いで、理由書第一部は、その「Ⅳ 競争秩序 (Die Wettbewerbsordnung)」および「Ⅴ 不完全競争の場合における市場の監督 (Marktaufsicht bei unvollständigem Wettbewerb)」において、こんどは、理論的な側面から、市場経済秩序が最もすぐれた経済秩序であることを次のように述べていく。

競争経済 (Wettbewerbswirtschaft) の優位性は、その歴史的に明白な欠点——すなわち、市場の均衡を阻害する要因としての経済力 (wirtschaftlichen Macht) の成立——によって相殺されるものではない。この経済力を排除して、競争とそれを前提とした生産高の増大と進歩の促進とをはかることは、国家がその秩序措置 (Ordnungsmassnahmen) により最大限に追求すべきことからである。そのさいとくに、需要と供給の機能 (Funktion)、ならびに、それとともに、経済過程の調整要因としての市場価格とがいかなる硬直化をもこうむらないということが確保されるものでなければならない。

ところで、ここで問題となっている経済力は、根本的には、次の三つの基本的形態において形成される。

(1) 次のような方法による法律的—組織的原則 (rechtlich-organisatorischer Grundlage) に基づいて。多数の法的に独立した事業者が、市場「を成立させている諸」要素 (Marktfaktoren) を規制することにより競争を制限もしくは排除する契約あるいは決議を行なうことによって、その独立性を制限し、相互に、もしくは、一方的に (einzeln) 拘束されること。

(2) 次のような方法による資本原則 (kapitalmäßiger Grundlage) に基づいて。法的には独立した事業者の意思形成 (Willensbildung) が、利益を共通とする結合により、あるいは、所有関係に基づいて、市場においてその供給能力を十分に発揮することができないという意味で、他の事業者により影響を受けること。

(3) 市場におけるその地位に基づいて供給に決定的な影響力を行使しうるような個別的大企業 (einzelner Großunternehmen) が成立することによって。

以上のような基本的諸形態において形成される経済力は、市場における価格形成を恣意的に左右し、また、正常な市場過程 (normale Marktablauf) を支配しうるものである。そして、「このようにして統制された価格 (gelenkte Preis) は、個々の〔経済〕主体がその競争力を保持するために適合しなければならぬ『事実 (Datum)』ではもはやなく、いまや、個々の〔経済〕主体が、自己の裁量 (Ermesen) によって決定しうるところのものである。そして、そこから、消費者を欺瞞することの危険性、国民経済的にみて誤まった投資を行なう危険性、および、技術的ならびに経済的な進歩を阻害する可能性が生じてくるのである」。

それゆえ、このような経済力に対して、立法者は次のような措置を講ずるものでなければならない。

(1) 市場過程における阻害要因を、完全競争 (vollständige Konkurrenz) を最大限に維持することを通じて、排除すること。

(2) 完全競争の市場形態が確立されえない市場においては、市場支配的地位の濫用的利用を阻止すること。

(3) 市場における行動の監視、また必要ならば、その規制を行なうための国家機関を創設すること。

これらの措置を講ずることによって秩序づけられるところの経済制度 (Wirtschaftsverfassung) は、「政治的民主主義 (politischen Demokratie) の経済政策上の対応物 (Gegenstück) である。政治的民主主義の内容が、全国民の政治的共同決定権と考えられるのに対して、競争秩序は、労働と消費選択 (Verbrauchswahl) の自由の経済的『基本権』を確保するものである」。

政治制度と経済制度との間に存在するこのように密接な関連性と依存性から、市場経済が経済力の成立によつ

てその機能を阻害されているところでは、経済制度の諸原則を法的に確定することが、とりわけ必要なものとなる。今日、市場経済の過程を、生産と分配とに関する国家の命令に置き換えようとする試みが、生じている困難を交換経済 (Verkehrswirtschaft) の諸手段によっては克服することはできないという見解に基づいて、有力に行なわれている。しかしながら、このような試みとは対照的に、事業者経済 (Unternehmerwirtschaft) の優れている点を充分に生かし、そして、その隘路を克服するために、私的な主導権 (private Initiative) を取り入れる必要性こそが存在するのである。それは、「官僚的強制経済 (bürokratische Zwangswirtschaft) が、必然的に市場の構成要素 (Marktfaktoren) の硬直化をもたらし、市場の適応過程 (Anpassungsvorgänge) を弱め、もしくは、阻害する」からである (以上、「Ⅳ 競争秩序」の項)。

すでに述べてきたように、自由競争の市場制度 (Markterfassung) は、完全競争の市場形態の存在を経済的所与 (wirtschaftliche Gegebenheit) として前提としている。すなわち、この完全競争のもとにおいては、市場参加者が売手と買手の双方に多数存在し、市場価格は、事業者にとって、その行動からは本質的に独立した価格として存在している。これが学問的認識である。「この前提が正しく、または、この前提を回復しうる限り、立法者は、完全競争が競争制限的諸措置により侵害されることのないように配慮しなければならない」。

しかしながら、一連の市場においては、さまざまな理由——歴史的、技術的および構造的な所与を前提とする諸理由——から、完全競争の市場形態は樹立されない。競争はそれ自体が目的ではなく、生産高の増大と進歩の促進のための手段なのであるから、立法者が、理論上の原則のために、これらの市場で完全競争を回復させようと欲するならば、立法者は、現実とは無縁の画一主義の危険性に曝され、そして、重大な経済的損失を引き起こすことになるであろう。このような一連の市場に関して立法者には、むしろ、不完全競争の市場において許され

る市場の拘束 (Marktbindungen) と当該市場の参加者の行動とを法的に確定することが課せられている。この場合にとりわけ重要なことは、「完全競争の方向での国家による監督 (die staatliche Aufsicht in der Richtung des vollständigen Wettbewerbs) が行なわれる、すなわち、必要ならば、命令と拘束とにより、市場参加者の行動が、供給量の増大に応じて費用の削減をめざすように形成される」ということに留意することである。

契約に基づく競争制限の領域においては、当該結合に対する市場の監督 (Marktaufsicht) という形態での規制には十分な経験を有しているのに対して、一連の不完全競争の市場における独占の監督 (Monopolaufsicht) に関しては、それをどの程度行なうことが結果的によいかについては将来の証明にまつしかない。競争秩序の中に独占を組み入れるということ (der Eingliederung des Monopols in die Wettbewerbsordnung) 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。すなわち、ここで学問的に示された方法である代替競争 (Substitutionskonkurrenz) もしくは比較を可能とする擬制競争 (fiktiven Wettbewerb) ——すなわち、推定競争 (Als-Ob-Wettbewerb) ——の理論の取り入れが、目的の達成に役立つか否かを確定的に評価することはまだなしえないところである。

この積極的な独占の監督として特徴づけられた措置が機能しない場合に、独占を除去して、当該市場における競争の回復をはかることが考えられなければならないが、この場合に、とりわけ、独占的地位 (Monopolstellung) の定義を行なうことは、克服しがたい困難に遭遇せざるをえないであろう。それゆえ、このようなことから、業績競争 (Leistungswettbewerb) を促進するという課題は競争制限禁止法によってのみ達成されるものではないことが、ここで明らかである。むしろ、全経済政策が、会社法、特許法、租税法、営業法 (Gewerberecht) の各分野における法的措置により、また、その他の競争促進的な措置により、競争を排除する市場の形成を阻止するよ

うに実施されるものでなければならぬのである（以上、「V 不完全競争の場合における市場の監督」の項⁽⁴⁾）。

理由書第一部は、次いで、その「VI 不完全競争の経済領域 (Wirtschaftsbereiche mit unvollständigen Wettbewerb)」において、右に述べてきた完全競争の前提が欠如しているために「自由競争を法的に強制しえないような経済領域」として、(1) 独占もしくは寡占の市場形態がすでに成立している工業の各分野、(2) 合理化カルテル、(3) 不況カルテル、(4) 供給独占 (Leistungsmonopoli) の存在する分野（水道、ガス、電気等の各事業分野）、(5) 農林業の分野、(6) 信用市場 (Kreditmarkt) の分野、(7) 交通および通信の分野（これら両分野は、供給独占の存在する分野でもある）の各経済領域をあげたうえで、これらの各経済領域と国家との関係について概略次のように述べている。

これらの各分野が競争による自動的調整 (automatischen Steuerung durch Wettbewerb) に親しみにくい分野である——すなわち、国家の直接規制を受けるものである——ということは、なにか、これらの国家による経済的行爲 (wirtschaftliche Betätigung des States) が競争秩序の外にあるとみられるべきであるという結論に達することを許すものではない。なぜなら、経済事業への国家の関与 (staatliche Beteiligung) は最も強固にカルテルを支持するものであり、また、それは集中運動の促進にかなり寄与するものである——すなわち、ともに競争の制限である——からである。国家によって支持されたカルテルもしくはコンツェルンのうちに公共の利益 (öffentlichen Interessen) をみることは、財政上の必要性と混同するものであり、またそれどころか、それは、強制カルテル化、ないしは、コンツェルン形成の財政的支援にまでいきつくものである⁽⁶⁾。

五 理由書第一部は、以上のように述べて、市場経済秩序が、最も効率的で、かつ、最も民主的な経済秩序であるという認識を前提として、そのような経済秩序を、立法者は、なにゆえに、競争制限禁止法を制定することによって、「法的に保障された経済制度」⁽⁸⁾として樹立しようとするものであるのかを歴史的、ならびに、理論的側面から詳細に

明らかにしようとしているのである。

二 競争制限禁止法（案）の構成とその内容

一 以上、競争制限禁止法政府法案の法案理由書第一部「総説」によって同法の立法目的をみてきたので、次に、同法案理由書第二部「競争制限禁止法の構成とその内容に関する一般的概観 (Allgemeiner Überblick über Aufbau und Inhalt des Gesetzes)」(以下では「理由書第二部」という)によって、同法の構成とその内容をみていくことにしよう。理由書第二部は、競争制限禁止法政府法案が全六章八〇条から構成されていることにそって、各章ごとに詳細な理由説明をしているので、以下ではその要旨を各章ごとに整理していくこととしよう(なお、各法条別の詳細な理由説明は、政府法案理由書の第三部「競争制限禁止法の各法条別理由書」において行なわれている)。

二 理由書第二部は、まず、競争制限禁止法の第一章「競争制限」の全体的構成について概略次のように述べている。

競争制限禁止法の第一章「競争制限」(第一―三〇条)は、競争制限を防止するための実体規定からなるが、ここで本法は、第一に、競争制限の典型である「カルテル (Kartelle)」のみならず、「その他の契約 (Verträge anderer Art)」(例えば、再販売価格維持契約、さらには、企業結合等)も、それが市場支配をもたらす場合には規制の対象としている(以上、契約に基づく競争制限)。さらに本法は、第二に、純粋に「事実上の行為 (tatsächliches Verhalten)」(例えば、他事業者に対する差別的行為等)も、それが競争制限をもたらさうるものと規定している(事実上の競争制限)。「本法は、これら契約に基づく競争制限および事実上の競争制限の全体と取り組む。それゆえ、

本法は、カルテル法 (Kartellgesetz) ではなく、競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) なのである」。

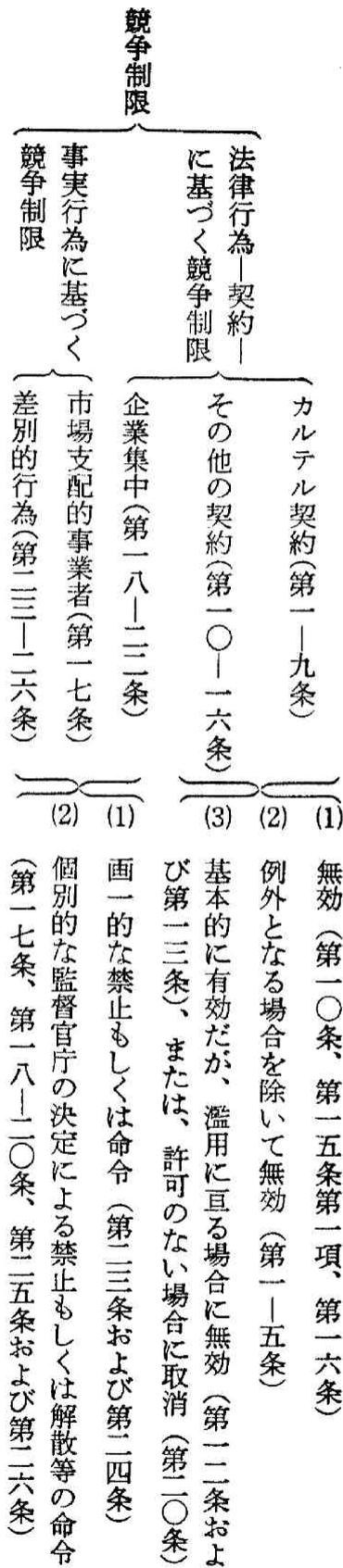
以上で述べたような問題の重層性が、本法第一章の構成を決定する。すなわち、第一章第一節および第二節は、競争の制限をもたらすような法律行為——狭義のカルテル契約 (第一一九条)、および、その他の契約 (第一〇一—六条)——に関係する。これに対して、第一章第三節は、その一部では (すなわち、第一八—二二条において) 法律行為による企業結合に関係しつつ、また他の一部では (すなわち、第一七条において)、第一章第四節 (第三—二六条) とともに、事実行為に関係している。

このような二つの構成要件類型——法律行為に基づく競争制限と事実行為に基づく競争制限 (Wettbewerbsbeschränkungen durch Rechtsgeschäfte oder durch tatsächlich Handlungen)——の差異に応じて、本法がこれらの競争制限を防止しようとする方法は異なっている。

まず、競争制限的法律行為 (wettbewerbsbeschränkenden Rechtsgeschäften) には、私法上の効果 (zivilrechtliche Wirkung) が結びつけられている。すなわち、望ましくない契約 (unerwünschte Verträge) は、(1) 無効 (nichtig) であるか (第一〇条、第二五条第一項、第一六条および第六六条第一項前段⁽¹⁰⁾)、もしくは、(2) 例外となる場合を除いて無効 (unwirksam) であり (第一—五条、第六六条第一項後段⁽¹¹⁾)、あるいは、(3) 基本的には有効 (wirksam) であるが、濫用に亘る場合には無効 (unwirksam) となったり (第二二条および第二三条)、許可のない場合に取消されたり (wieder rückgängig zumachen) する (第二〇条) ものと規定されている。

次に、これに対して、事実上の競争制限 (tatsächlicher wettbewerbsbeschränkender Maßnahmen) には、命令 (Gebote) もしくは禁止 (Verbote) が言い渡されるが、これには、画一的に法律が定める場合 (第二三条および第二

四(条)と、個別的な監督官庁の決定による場合(第一七条、第二五条および第二六条)とがある。これらの命令もしくは禁止の遵守は、過料および民事の損害賠償請求といった制裁措置により担保される⁽¹²⁾。以上で理由書第二部が競争制限禁止法の第一章「競争制限」の全体的構成について述べるところを整理して示せば、次のとおりである。



三 次いで、理由書第二部は、競争制限禁止法の第一章「競争制限」の各節について、順次、次のように述べていく。

(1) 第一章第一節「カルテル契約」(第一一九条)

理由書第二部は、まず、カルテル契約の原則的禁止規定(第一条)について次のように述べている。

第一条は概念規定(Begriffsbestimmung)であって、一九二三年のカルテル令(Kartellverordnung)第一条に関するカルテル裁判所(Kartellgericht)およびライヒ裁判所(Reichsgericht)の判決を通して発展してきた理論上の成果に依拠している。この定義規定は、カルテル契約を第二節で取り扱われるその他の競争制限的契約(第一〇条ない

し(第一五条) から区別することを容易とするものである。⁽¹³⁾

第一条は、また、競争制限禁止法の目的は、許可留保 (Erlaubnisvorbehalt) を伴ったカルテル契約の禁止、⁽¹⁴⁾ によるのみ実現されるものであるのか、あるいはまた、カルテル契約を基本的に容認したうえで、濫用に対する干渉のみを定める規定で充分であるのか、というカルテル契約の法的取り扱いのあり方に関する問題について、次のような理由に基づいて立法的解決をはかったものである。「理由書第一部で述べられている経済政策の原則に合致して、本法は、カルテルを基本的に市場経済の内部における望ましくない、かつ、妨げとなる現象とみなした。競争の制限を目的とした事業者の結合は、あらゆる場合に、完全競争のもとにおいてのみ市場における事業者の一連の行動の基準となるべき諸要素、すなわち、市場の自然的所与 (natürlichen Gegebenheiten) によって生ずる需要と供給の形成、および、そこから発展してくる価格と販売量に影響を及ぼす。カルテルを自由に結成することを許す立法、そして、カルテルのうちに集中した市場支配力の『濫用的な』作用に対する介入のみが認められるのであるなら、それは、市場経済の諸原則に合致した一連の経済過程にとつての危険性をなんら意識するものではない。カルテルの原則的禁止によつてのみ、このような目的は実現されうるのである。本法のこのような経済理論上の出発点から、あらゆるカルテル的結合は、それ自体の競争に対する作用のゆえに非難されるべきである。カルテルは私法上無効とされる。これを無視する者には過料が科せられ、また、損害賠償をしなければならぬ」。

理由書第二部はこのように述べて、第一条が、カルテル契約の概念を規定するとともに、このカルテル契約の法的取り扱いについて原則的禁止という立場を採用したことの根拠を明らかにしたうえで、次に、「しかしながら、このような原則は例外規定によつて制限される。自由な市場経済の本質的な前提は完全競争であるが、それは、常に、また、全ての市場において実現されるべきものではないからである」と述べて、カルテル契約の禁止原則からの適用除

外について以下のように述べていく。

まず第一に、一般的な適用除外の必要な場合 (Generelle Ausnahmen) がある。これには、一定の特別の場合、すなわち、連邦銀行 (Bundesbank)、ラント中央銀行 (Landeszentralbanken) (第七六条)⁽¹⁵⁾、および、その特殊性のゆえに完全にはないが市場経済の法 (marktwirtschaftlichen Gesetzen) による規制を受けない場合、すなわち、農業生産 (第七五条)⁽¹⁶⁾、郵便および通信の各事業分野における一定の高権的に指導された経営 (hoheitlich geführte Betriebe) ならびに運輸およびエネルギーの各事業分野における一定の契約 (Verträge) (第七四条および第七七条)⁽¹⁷⁾ が含まれる。

第二に、個別的な適用除外の必要な場合 (Ausnahmen für den Einzelfall) がある。この場合の適用除外は、官庁が、事態を審査することにより、カルテルを結成することによって実現されるものであるが、この場合の適用除外要件の設定の仕方には、「国民経済上の必要性が存在することによるカルテルの許可 (Zulassung eines Kartells bei Vorliegen volkswirtschaftlicher Notwendigkeit)」という一般条項 (Generalklausel) によるべきであるか、もしくは、国民経済的観点から一定の個別的構成要件 (Einzelstatbestände) を定めるべきであるかという二つの方法がある。

これらのうち、一般条項を定めるという方法は、何が「国民経済上必要であるか」という点に関して、その時代時代の支配的見解によりその内容が変化しうるがゆえに——それは、今日は市場経済原則、明日は計画経済原則ということであるかも知れない——、不確実な規定の仕方であって、望ましくなく、また、一般条項は、官庁が決定したところを後に独立の裁判所 (unabhängige Gerichte) が再審査することを明白に困難なものとするものであるがゆえに、それは、恣意と法的不確実性とを導くか、または、実際に適用がなされていくうちに、カル

テルの禁止という法目的がゆるい認可実務 (Zulassungspraxis) のあり方によって達成されえなくなるように、その概念を拡大してしまうものであって望ましくない。それゆえ、本法は、これらの欠点をさけるために、個別的構成要件を定めるという方法を採用した。これによれば、「本法は、理由書第一部で述べられた経済理論上の見解からみて容認しうる範囲内でのみ適用除外を許すものであり、それゆえ、その要件は、法律が追求している競争秩序の形成に適合するように具体的に定められるものでなければならず、また、適用除外は最小限度に制限され、かつ、裁判所による再審査に服するものでなければならぬ。

次の場合にカルテル庁による許可が与えられる。

(1) 一時的な危機に際してのカルテル (第一条)。このカルテルは、同条においてみられるような狭く限定された要件のもとでは、市場経済の原則と抵触するものではない。なぜなら、事業者は、このカルテルによって、⁽¹⁸⁾ 破産および市場から排除されることを回避し、短期日のうちに立ち直りうるかも知れないからである。

(2) 合理化のためのカルテル (第三条)。このカルテルは、市場経済の一般的諸原則のもとで競争を促進し、かつ、⁽¹⁹⁾ 需要をよりよく充足するものである。

(3) 輸出カルテル (第五条)。このカルテルにおいては、市場経済の諸原則は意識的に放棄されており、それは、⁽²⁰⁾⁽²¹⁾ とりわけ、外国の競争者が本法におけるのと同様の競争制限的方法を用いている場合にはそうである。

理由書第二部は以上のように述べて、カルテルの禁止原則からの個別的な適用除外の必要な場合における構成要件の規定の仕方が、なにゆえに一般条項であってはならず、個別的に定められるものでなければならぬのかを明らかにしたうえで、カルテルの禁止原則からの個別的な適用除外の認められる場合、すなわち、(1) 不況カルテル、(2) 合理化カルテル、(3) 輸出カルテルについて、それらが容認される根拠に言及しているが、続けて理由書第二部は、

これらカルテルの許可に際して、カルテル庁は、構成事業者による価格と販売数量の取り決めを原則として許可の対象としてはならないものであり、また、これらのカルテルは決して放任されるものではなく、その市場支配力は不断に監視されるものである——このカルテル監視は、第六条ないし第九条によって、対第三者関係および内部関係の両側面で行なわれる、すなわち、第六条は、第一七条の規定（市場支配的事業者の市場支配的地位の濫用に対する規制について定める）は第二条ないし第五条に定めるカルテルおよびその構成員にこれを準用すると定め、第七条は、これらカルテルの許可の期間について定め、第八条は、カルテル構成員は、重大なる事由あるとき、カルテル庁の許可を受けて、当該カルテル契約・決議の解約告知を「その予告の期間なく、書面をもって行なうことができる」と定め、第九条は、カルテル構成員に対する内部組織強制（inneren Organisationszwang）はカルテル庁の事前の許可を必要とすると定める（理由書第二部は、これら第八条および第九条は一九二三年のカルテル令第八条および第九条に本質的に一致するものであると述べている）⁽²²⁾——と述べている。

(2) 第一章第二節「その他の契約」(第一〇—一六条)

理由書第二部は、カルテル契約の原則的禁止とその適用除外について述べたところを受けて、次に、このカルテル契約以外の競争制限的契約について、「第一節で取り扱われたカルテル契約では、その構成員が共通の目的（*Gemeinsamer Zweck*）の達成のために共同するということが特徴的である。すなわち、カルテル契約は、民法第七〇五条の意味における組合契約（*Gesellschaftsvertrag*）である。このカルテル契約には他の契約（*andere Verträge*）が対立して存在し、そこでは、契約当事者はおのおのその個別的利益（*individuellen Interessen*）を追求している。すなわち、それは、法律学においては、カルテル契約の反対物として、個別契約（*Individualverträge*）として知られるものである。競争制限的効果を有するこの個別契約の数は多い。（中略）これらの競争制限的効果を有する個別契約を一般的に無効（*un-*

wirtschaftlich) として、または、許可に関わらしめたりすることは、可能でもないし、必要でもない。多くの場合において、その拘束に対する経済的ならびに法的に是認されるべき必要性が存在するからである。これらの一連の「競争制限的効果を有する個別」契約については、法律の第一〇条ないし第一六条がその取り扱いについて規定する⁽²³⁾と述べている。そこで次に、この第一〇―一六条で規定する「その他の契約」の取り扱いについて理由書第二部の述べるところをみておくことにしよう。理由書第二部は次のように述べている。

売買契約は、商品を金銭と交換するための契約である。それゆえ、その内容は、商品およびその価格に関する取り決め、ならびに、支払と引き渡しとの条件に関する取り決めを含むことに限定されるべきものである。しかしながら、多くの場合、定型化された契約書のなかに含められた特別の約束により、買い手に、商品の再譲渡に際して（購入価格と比べてそう高くも安くもない）一定の価格を守らなければならないという付随的な義務が課せられている（これを、垂直的価格拘束 (vertikale Preisbindung) という）。このような買い手に対する拘束（例えば、生産者から商品を購入する卸売業者に対する拘束）は、彼がその顧客に同様の義務を課さなければならぬところまで拡大される（この場合を、再販売価格維持 (vertikale Preisbindung der zweiten Hand) という）。同様のことは、賃貸借契約 (Mietvertrag)（例えば、機械の賃借人が同様の機械を他の企業から賃借しない旨の義務を負っている場合）、および、特許実施許諾契約 (Lizenzvertrag)（例えば、実施権者が生産に必要な原材料を排他的に特許権者から購入する義務を負っている場合）においてもみることができよう。

「右に述べてきたような契約は、事業者の取引上の自由な決定を、部分には非常に徹底したかたちで制限するものである。そしてそれは、いわゆる契約自由の原則により許されるものである。しかしながら、このような場合に実質的な意味での真の契約の自由についてなお語りうるのか、もしくは、経済的弱者の保護のために、この

『契約の自由』を制限することが競争の自由のもたらす利益の点からみて必要ではないのか、という問は依然として残っている。実質的な『自由』を契約の内容として規定することは、『契約の自由の』形式的な意味に優先する。当事者の一方が独占または決定的な経済上の優位性を有している、すなわち、製造者が商品を所有している、賃貸人が排他的に自己の製造した機械を所有している、特許権者が工業所有権を有している、といった場合に、これらの者が契約を結ぶか否かは確かにこれらの者の意向のうちであり、法律は契約強制をなんら行なうものではない。しかしながら、もし契約が結ばれるなら、それは、契約当事者の一方が、独占力を濫用して契約の相手方の自己決定を侵害し、そしてそれと共に、取引上の決定を左右することによって、自由競争の原則それ自体を無視するように放置されるべきではない。そのような契約関係の形成は契約の自由の変質と考えられるべきであり、そして、それは阻止されるべきである」。

右に述べてきたような個別契約に関して、法は、その構成要件に従って、望ましくない個別契約をそうでないものから分離する。法は、どれだけこのような契約が許され、そして、有効であるか、また、どれだけそれが許されず、また、無効であるかについて決定を行なうことができるのである。

それゆえ、法は、供給契約に関して、供給者が契約相手のその他の契約に関する取引上の自由を侵害することを、その第一〇条で禁止し——この規定により、垂直的価格拘束は原則的に禁止される——さらに、その第一五条および第一六条で、保護を受ける権利の範囲を超えて特許実施権者に制限を課すことを禁止しつつも、他方、その第一一条で商標品および出版物を、また、その第一五条第二項で特許実施契約に付随する一定の制限を適用除外としているのである。これに対して、商品の利用もしくは販売先の選択に関する制限の場合には、これらと結びついた経済的連関 (wirtschaftlichen Zusammenhänge) の多様性のゆえに、許される場合と許されない

場合とを画一的に区分することはできない。それゆえ、法は、その第一三条において、これらの行為を基本的に許容したうえで、カルテル庁に、それが競争の自由の濫用的制限 (misbräuchlicher Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit) となる場合には無効 (unwirksam) と宣言しうる可能性を与えているのである。⁽²⁴⁾

理由書第二部はこのように述べて、カルテル契約以外の競争制限的個別契約について、「このような契約の締結に際して、少なくとも事実上の、ないしは、法的に保障された独占的地位にある契約当事者は、一定の範囲内で契約相手の取引上の利益を侵害する」ものであるという前提で、このような個別契約は、契約当事者またはその他の事業者の「価格または取引条件の決定の自由を制限する」(第一〇条)、ないしは、「事業活動の自由を不当に制限する」(第一三条)——すなわち、当該契約の相手方に、その取引上の決定の自由をかなり制限するような取引上の拘束を押しつける——ことによって、「競争の自由の濫用的制限」となる場合に違法性を有するものであって——契約自由の原則の実質的侵害——無効である、と考えるという立場を明らかにしている。

(3) 第一章第三節「市場支配的事業者」(第一七—二二条)

次いで理由書第二部は、「自由競争の敵は独占である。それはカルテル的結合によって成立するのみならず、法的に独立した事業者によっても成立する」ものであり、この法的に独立した事業者は、「カルテルの原則的禁止は、とくにアメリカの経験が示すように、事業者をより強い結合に向かわせる」という傾向のもとで、その独占的地位を、「その市場占拠率が、他の事業者の実質的競争「力」がもはや当該事業者に対抗しえないという程度に達している場合」に獲得するものである、という基本的認識に基づいて、⁽²⁵⁾この市場独占的地位を有する法的に独立した事業者、すなわち、市場支配的事業者⁽²⁶⁾に対して法は次のような規制を行なうものであると述べる。

法は、二つの構成要件類型をたてる。すなわち、第一の類型は、市場支配的事業者による市場への影響力の濫

用に関するものであり(第一七条)、第二の類型は、複数事業者の結合による市場支配的地位の形成に関するものである(第一八一―二二条)。

(1) 市場への影響力の濫用は、市場支配的事業者の、取引における、その顧客(供給者もしくは需要者)に対する行動のあり方の中から生ずる。第一七条の規定は、市場支配的事業者が、その市場独占的地位の濫用となるような不公正な価格を要求し、または、提供し、あるいは、不公正な取引条件を適用し、もしくは、許されない抱合せ取引(Kopplungsgeschäfte)を行なう場合に、監督官庁の干渉を許すものである。

(2) 第一八一―二二条は、二またはそれ以上の事業者の結合(Zusammenschluss)を特別の規制のもとにおく。それによって、複数の事業者がその独立性を放棄もしくは制限したうえで結合し、それにより――カルテルの形成なしに、しかしながら、それと同様の結果を伴って――、市場における独占的地位が形成されることを阻止するのである。⁽²⁷⁾

理由書第二部は続けて、第一八一―二二条で規定する事業者の結合規制について次のように述べている。

単に地域的に限定された意義しか有さない独占力の形成となる結合に対しては、なんの規制も行なわれない。結合に基づく市場への影響が右の範囲を超える場合には、カルテルの許可が必要である(第一八条第一項)。⁽²⁸⁾ この許可は、当該結合により複数の事業者が統一的な経営指揮のもとにおかれ、連邦内で市場支配的地位を濫用する可能性のある場合には与えられない(第一八条第二項)。

第一八一―二二条は、したがって、予防規定(vorbegende Vorschriften)であることに限定される。すなわち、それは、結合による事業支配力(Unternehmensmacht)の集中を阻止しようとするものである。その結果として、法は、解体(Entflechtung)「措置が命じられる場合」を、カルテルの許可なしに事業者の結合が行なわれた場合

に限るのである(第二〇条および第二一条参照)。ここでは、固有の意味での解体が重要なのではなく、当該結合企業がカルテル庁の許可を求めたならば存在したであろう状態の原状回復が単に問題なのである。このような場合を除いて、法は、解体規定をまったく含んでいないのである。⁽²⁹⁾とりわけ、本法の施行に際してすでに連邦内において市場支配的地位を有している事業者、もしくは、本法施行後、他の事業者と結合することなしに、設備や経営組織の強化などにより市場支配的地位を獲得した事業者に対しては、解体措置は命じられない。このような事業者に対しては、当該事業者がその市場支配的地位を濫用している限りで、第一七条に基づき措置が取られるのみである。⁽³⁰⁾

以上のように述べて、理由書第二部は、事業者の結合は、それにより市場支配的事業者の地位が獲得されるものでない限りで、カルテル庁により許可を与えられるものであること、また、カルテル庁の許可なしに事業者の結合が行なわれた場合に限り、当該結合事業者の解体措置が講ぜられるものであることを明らかにしている。

(4) 第一章第四節「競争制限的行為および差別的行為」(第三一―二六条)

次いで理由書第二部は、競争制限的行為および差別的行為について、その規制の根拠を次のように述べている。

市場に対して支配的な影響力を行使しようとする者は、いかなる理由からであれ、このような市場支配力を濫用(この場合、濫用というのは、特に経済力の保有者がその取引において相手方を不平等に取り扱うときに生ずるものである)することを許されない。

基本法(Grundgesetz)は、その第三条の平等原則(Gleichheitsgrundsatz)によって立法、行政および司法を拘束した。これに対して、私法においては、この平等原則は十分に有効ではなく、特に、個々の取引行為においては通常妥当しない。全ての市場参加者は、原則的に誰と取引関係を結ぶかを選択することができ、その契約内容を

どのようなものとするかについて自由であつて、契約強制 (Kontrahierungszwang) はまったくなく、そこでは、契約の自由の原則が妥当しているのである。これは疑いもなく原則的に受け入れられなければならないことである。なぜなら、市場経済の枠内において契約強制がなく契約の自由があることによって、法は、おのずと、需要と供給に関して経済的に合理性のある結果をもたらされるように作用するからである。

しかしながら、このことは、経済力の保有者には条件付きであてはまるにすぎない。それで、ライヒ裁判所の判決はすでに、独占的経営体 (Monopolbetriebe) は一定の範囲で契約強制に服するという命題を發展させてきたが、同様の問題は、競争制限禁止法のもとでも存在している。独占力を有する者は、その取引において、市場参加者をさまざまに取り扱うことによって、十分な競争が存在する場合には不可能であるような影響力を行使することができる。このような差別的行為 (Diskriminierung) は濫用である。それは、競争秩序と法秩序とを危険に曝すのである。⁽⁹¹⁾

以上のように述べて競争制限的行為および差別的行為の規制根拠を明らかにしたうえで、理由書第二部は、第二三―二六条で規定する差別行為について次のように述べていく。

(1) 第二三条は、カルテルが、カルテルに参加しない事業者を差別的に取り扱うことを禁止する。市場経済のあり方に関係する種々の理由によってカルテルの結成が許されるとすれば、それは、その経済力を員外者に対して濫用する権利を含むものであつてはならない。員外者に対しては、より一層の業績がその存立を決定すべきであつて、経済上の圧力が決定すべきではないからである。それゆえ、このような員外者に対する組織強制 (außere Organisationszwang) はまったく禁止されるものである (法は、この点で、カルテル裁判所の同意のもとにおいて、アウトサイダーに対するカルテル妨害 (Kartellsperre) を許した一九二三年のカルテル令第九条を凌駕している)。

第二五条は、市場支配的事業者に対して、右に述べたのと同様の理由で、他の事業者を差別的に取り扱うことを禁じているが、第二三条との差異は、第二三条においては、差別行為自体を法が禁じているのに対して、第二五条の場合には、この禁止がカルテル庁の命令に関わらしめられている点に存する。

(2) 第二四条は、カルテルの法律上の代表者等に対し、特定の価格ないし価格の決定方法、生産もしくは販売の制限、および、他事業者を差別的に取り扱うことなどを内容とする勧奨 (Empfehlungen) を、カルテル構成員その他の事業者に対して行なってはならないと定める。このような競争に影響を与えうる勧奨行為は、法的にはなんらの拘束的効力を有するものではないが、実際には同様の結果を生じさせるものである。それは、経済的にもしくは社会的な圧力を前にした団結心もしくは恐れ⁽³²⁾の気持からこの勧奨が遵守されるからである。

このように述べて、理由書第二部は、競争制限禁止法第九条が、カルテルによるその構成員に対する組織強制を、一九二三年のカルテル令第九条と同様にカルテル庁の事前の許可に関わらしめているのとは対照的に、第二三条が、カルテルによる員外者に対する組織強制(差別、妨害)を、カルテル令第九条とはまったく異なって全面的に禁止するものであることの根拠を明らかにしている。

四 理由書第二部は、続けて、競争制限禁止法の第二章「秩序違反」、同第三章「官庁」および同第四章「手続」の各章について理由説明を行なっている。これらのうち、第二章「秩序違反」についてみておくと、理由書第二部は、これについて概略次のように述べている。

競争制限禁止法は、独占問題を単に私法のおよび行政法的側面から取り扱うことでは満足しない。すなわち、競争制限的契約を私法上拘束力のないものと宣告したり、もしくは、監督官庁に差別行為へ干渉する権限を付与したりすることでは充分でなく、また、私法上の損害賠償請求権を認めること(第一八条)でも充分ではないの

である。法律の遵守を確実なものとするためには、さらに、公法上の制裁 (Öffentlich-rechtliche Sanktionen) が必要である。

立法者は、この場合に、まず、法律違反行為に対する制裁を、(1) 刑罰によって行なうべきか、あるいは、(2) 秩序違反行為として過料を課すことによるべきか、もしくは、(3) 犯罪または秩序違反行為のいずれかでありうる違反行為として刑罰または過料のいずれかを課す混合構成要件 (Mischtatbestände) によるべきかについての決定を行なわなければならない。⁽³³⁾

法案は、全ての違反行為を秩序違反行為としてのみ取り扱うことを提案する。これは、次のような考えに基づくものである。すなわち、ドイツの社会においても、経済界においても、今日まで、競争制限的な契約および取引行為が許されるものではなく、また、倫理的にも非難されるべきものである、ということに対する生き生きとした意識は存在していない。これは、過去において、世論、立法者および裁判所の一般的な考え方が、そうとう程度、国民経済学の古典的学派の教説により影響されていたことに最終的に基づいている。また、自由競争の諸原則に依拠した経済秩序の原理に関して、広範囲に影響を及ぼすような有力な解説も行なわれてこなかった。さらに、立法者も、自由競争秩序の確立という見地を有していなかった。すなわち、一九二三年のカルテル令によっては、カルテルの影響力をなんら本質的には弱めるものではない濫用立法が行なわれたにすぎないのである。最後に、裁判所も、自由競争秩序の確立という立場を有していなかった。裁判所は、競争制限的な合意および諸方策の良俗違反 (Sittenwidrigkeit) (民法第一三八条および第八二六条) の判断にあたって、非常な自制心を示したからである。こうして、契約自由の原則は、競争自由の原則に優先していたのである。

このような状況のもとでは、法律の根本にある経済政策上の立場を、刑罰規定によって強制することは適当で

ないであろう。そして、本法の経済政策上および法律上の基本的な考え方は堅持しつつ、本法違反が、単に商取引上の不正行為として、また、競争経済の特別の秩序原理 (gewisse Ordnungsprinzipien der Wettbewerbswirtschaft) に対する違反として理解されることを、違法行為を全て秩序違反行為としてのみ取り扱う以上は前提としなければならぬが、やがて自由競争の思想が定着するにいたる時には、本法違反行為は秩序違反行為としてではなく、⁽³⁴⁾ 真の違反行為、すなわち、刑罰によって罰せられる行為として理解され、法律が強化されることになるであろう。以上のように述べて、理由書第二部は、競争制限禁止法は、その違反行為に対して、私法的ならびに行政法的側面から問題とするのみならず、刑事法の側面からも一定の制裁措置を行なおうとするものであること、そして、この制裁措置は、とりあえず秩序違反行為に対する過料の賦課というかたちを取るものであることを明らかにしているのである。

(1) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Teil A. In: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a.a.O. S.21. (zit. Begründung A.)

(2) Begründung A, S. 21.

(3) Begründung A, S. 21/22.

(4) Begründung A, S. 22.

(5) Begründung A, S. 22/23.

(6) Begründung A, S. 23.

(7) 理由書第一部は、以上の叙述に続けて、その「VII 経済集中の進展 (Entwicklung der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse)」において、経済力の集中と、それに対する法の対応の歴史を、営業条令による営業の自由の原則の導入から、占領軍による過度経済力の集中排除政策にいたるまで、簡潔に述べている。

(8) 本稿(一)本誌一六卷二・三合併号二九二頁注(64)参照。

(9) 理由書第一部の、このような市場経済秩序に対する基本的認識がオールド・自由主義の影響を強く受けているものである点については、本稿

(一) 本誌一六卷一頁二七—三四頁参照。

(10)(11) 競争制限禁止法政府法案第六六条第一項は次のように規定する。「第一条から第四条までに規定する契約もしくは決議、または、第二八条に規定する損害賠償の請求についての将来の訴訟を排除する契約は無効である。第五条に規定する契約もしくは決議についての将来の訴訟を排除する契約は、カルテル片の許可を受けない場合には、無効である」。

(12) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Teil B. Allgemeiner Überblick über Aufbau und Inhalt des Gesetzes. In: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O. S. 24. (zit. Begründung B.)

(13) Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen Teil C. Begründung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes. In: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a. a. O. S. 30. (zit. Begründung C.) は次のように述べている。「1 本条において、カルテル契約およびカルテル決議の法律的定义を行なっているのは適切である。この定義規定によって、第一条ないし第九条において取り扱われているカルテル契約とその他の競争制限的契約とを区別することが可能となり、その結果、第二節の第一〇条ないし第一六条の規定においては、多くの点において第一節とは異なった規制が行なわれるのである。

カルテル契約の概念規定を行なうに際して、本法は、過去のこの点についての成果に依拠している。一九二三年のカルテル令 (Kartellverordnung von 1923) はカルテル契約について何らの法律的定义を行なわなかったが、同令の第一条は、規制の対象となる場合を列挙することによって (シメンジャー、カルテル、協定 (Konventionen) およびこれらに類似する合意)、一定の解釈上の手掛かりを与えていた。ライヒ裁判所 (RGZ 114, 264) およびカルテル裁判所 (Entscheidung Nr. III u. a.) は、カルテル契約の本質的要素として、組合関係 (Gesellschaftsverhältnis) もしくは組合的法律関係 (ein gesellschaftsähnliches Rechtsverhältnis) を必要なものとした。カルテルというものは全て、その構成員に対する共同の拘束 (eine kooperative Bindung) という要素を含むものであり、カルテル参加者は、全参加者にとっての共通の目的 (gemeinsamen Zweck) を達成するために結合するものでなければならない。それゆえ、カルテル契約は、契約当事者が相対立する利害をもって結合する契約 (交換契約もしくは個別契約と呼ばれる) とは異なる。このような契約は——それが望ましくない競争制限を内容とする場合には——「カルテル令」第一〇条以下の規定の対象となる〔にすぎない〕。

政府法案が、事業者が『共通の目的のために』契約を締結すると規定しているのは、カルテル参加者が組合法的拘束 (Gesellschaftsrechtlichen Bindung) のもとにあることを要求するものである。このような構成要件の定式化は、BGBの第七〇五条 (組合とは、二以上の者がたがいに投資をなし、共同の目的を遂行することを約する契約によって成立する関係であることを規定する——筆者) による組合契約の概念規

定に関連して行なわれたものである。この限りで、カルテル契約の本質はもっぱらその拘束の仕方に存するのであって、契約当事者の数にあるのではない。それゆえに、「一の事業者間においてもカルテル契約の締結は可能である」。

(14) Begründung B, S. 24/25.

(15) 競争制限禁止法政府法案第七六条は、次のように規定する。

「この法律は、左に掲げるものにはこれを適用しない。

一 ドイツの諸ラントの銀行、ラント中央銀行および復興金融庫

二 その業務および料金が法令によって規制されている限りでの国の財政独占 (staatlichen Finanzmonopole)

三 一九五一年四月一八日のヨーロッパ石炭・鉄鋼共同体の設立に関する条約が特別の規定を含んでいる場合」。

(16) 競争制限禁止法政府法案第七五条は、第一条ないし第十四条は、農林業における生産の維持と販売の確保のために、農林物資の販売もしくは購入を規制する生産者もしくは生産者団体と事業者もしくは事業者団体との間の契約に (第一項)、第一条ないし第九条は、価格協定を除いて農林物資の生産もしくは販売に関する生産者の契約もしくは生産者団体の決議に (第二項) 適用がない旨、さらに全条につき、穀物、飼料、砂糖、牛乳、乳製品ならびに油脂等の取引に関する諸法律について適用がない旨 (第五項) を規定する。

(17) 競争制限禁止法政府法案第七四条は次のように規定する。

「この法律は、左に掲げるものにはこれを適用しない。

一 ドイツ連邦郵便、ドイツ連邦鉄道、および、その他の公営鉄道、ならびに、公営市街鉄道であって、その業務もしくは料金が法令または税率 (Tarif) によって規制されているもの。

二 海上運送および内国海運に従事する事業者間の契約、および、これら事業者の団体による決議および勧奨であって、これら事業者が、その運送事業を連邦の領域外において、もしくは、連邦領域の境界を超えて行なっているもの (第一項第三号および第二項、第三項省略)。

また、第七七条は、連邦経済大臣は、水およびエネルギーに関する公益事業における競争関係を規制する立法がなされるまで、一定の公益事業者間の契約について第一条ないし第二二条の適用を除外しうる旨を規定する。

(18) この点について Begründung C, S. 31/32. は次のように述べている。「1 第二条は、特別な場合の適用除外について規定する。もし本法があらゆるカルテルをその基本的立場のゆえに禁止しているとすれば、景気循環に伴う作用を緩和するために、例外的場合にカルテルを容認することを本法は排除しはしないであろう。現代の国民経済は、その生産過程のゆえに、少なくとも相当程度の出資を必要としており、それは生産物に対して高い固定費用部分となって課されていく。このことのゆえに、事業者の市場の状況の変化に適合していく力は低下しており、その結果、個々の場合における事業者の事業の休止が、生産力の損失と労働場所の喪失にまで行きつき、その経済的ならびに社会的影響

が社会的市場経済の枠内では処理することができないところまで行ってしまいうることもなるのである。

ここにおいて、法案は、基本的なカルテルの禁止原則を放棄する。そのことによつて、第二条による適用除外の許可が——合理化カルテル(第三条および第四条)の場合の規制とは対照的に——価格を拘束し、ならびに、特定の経済部門内部における総生産高もしくは総売上高を規制するというカルテルにまで与えられるのである。しかしながら、それにもかかわらず、このような適用除外の定式化に際しては、この許可の要件を、それが特別の場合に限つてのみ与えられるものであるように嚴格に解することが必要である。第二条は、カルテル禁止の基本原則を破つたり禁止立法を単なる濫用防止立法に変えてしまうように運用されてはまつたくなかない」。

(19) この点について、Begründung C, S. 32. は次のように述べている。「1 第三条は、いわゆる合理化カルテルについて規定する。合理化カルテルにおいては、市場の拘束 (Marktbindungen) ということが重要である。そこから、合理化カルテルが商品もしくはサービスの取引に不利益となるように影響を与えうることを恐れる必要は基本的にない。むしろ、合理化カルテルは経済的に意味のある措置であつて、それは、コストの引下げ、能率と生産高の引上げ、そして、それとともに、法律の追求している競争秩序という意味での経済力 (Wirtschaftskraft) を助長することに寄与するものなのである」。

(20) この点について、Begründung C, S. 32/33. は次のように述べている。「1 多くの諸外国は、制限的カルテル立法 (restriktive Kartellgesetzgebung) をまづたく有しておらず、また、他の諸外国は、外国貿易に対して一般的な適用除外を認めている (アメリカにおいては、一九一八年のウェブ・ポメレン法 (Web-Pomerene Act) がある)。これは、ドイツの輸出経済 (Exportwirtschaft) にとつて、もし法律が海外において対抗関係にある競争者に課せられている拘束よりも強い拘束をドイツの事業者に課せようとするなら、是認しえない阻害要因である。輸出業者にとつて、外国の市場は、その市場で自国の競争者と競争している者にとつてよりも、はるかに見通しのつかないものである。このような状況のもとでは、ドイツの輸出業者は市場での適正価格よりもずっと下まわつた価格で商品を提供するようしばしば誘引される。このような状態は、不健全な競争 (ungesunden Wettbewerb) に行きつき、個々の事業者のみならず、ドイツの外国為替残高 (Devisenbilanz) への損失を引き起すのである」。

(21) Begründung B, S. 25.

(22) Ebenda, S. 25. 4445, Begründung C, SS. 33-35. 参照。

(23) Ebenda, S. 25/26.

(24) Ebenda, S. 26.

(25) Ebenda, S. 26.

(26) 市場支配的事業者の考え方について、Begründung C, S. 39. は次のように述べている。「2 ある事業者が市場において過度の経済力を獲

得するにいたるあらゆる状況、および、そのような状況を前提として、この市場支配的地位の濫用を訴追すべき事由を生じさせるあらゆる場合を完全に記述することは不可能である。経済力が形成される形態、および、その事実上ならびに法律上の諸関連の多様性とその不断の変化は非常に大きいものであって、個別的にこれを教え上げることが必然的に不備を免れえないものである。事業者の市場占拠率と並んで、当該事業者が競争を排除しているか否か、また、その程度はどのくらいであるかを、そのつど考慮する必要がある。

それゆえ、経済力のあらゆる現象形態を把握するために、第一項は、事業者が「市場支配的」とみなされるべき場合の前提条件を一般条項のかたちで取り入れている。すなわち、それは、「市場占拠率の大きさ」、「競争者への実質的考慮」、および、市場に対して知覚しうるほどに影響を及ぼすことの三つに関連させて具体化されているので、実際には、その境界線は充分明瞭に示すことができるのである。事業者が「実質的な競争に直面していない」と定式化することによって、法の適用は、あらゆる問題となってくる事態に及ぶのであり、事業者が特定の商品もしくは役割に関して唯一の供給者もしくは購入者として現われる場合、さらには、当該事業者の他に、その取るにたりない市場占拠率のゆえに、もしくは、当該事業者の営業政策と完全に一体化しているがゆえに、「実質的な競争」をまったく析出しえないような事業者が存在する場合にも法の適用は及ぶのである。実質的な競争の存在する市場の状態と、そのような前提条件を満たさない市場の状態との間の境界は、純粹に数字によって決定することはできない。「それを決定するにあたっては、」あらゆる事情を考察したりえで、その存在が当該「市場支配的」事業者の市場行動に知覚しうるほどに影響を及ぼすような競争事業者が存在するか否かが決定的である」。

(27) Begründung B, S. 26.

(28) Begründung C, S. 40. は、「この点について、「第一八条第一項の規定から、次の構成要件の二つのグループを区別する必要があることが明らかである。まず第一に、競争を危険にさらさない二またはそれ以上の事業者の結合がある。第二に、市場の独占的な支配をもたらしうる結合がある」と説明している。

(29) Ebenda, S. 40. は、「この点について、「これらの規定は、市場支配的事業者を解体する一般的権限をなんら付与するものではなく、それは、二またはそれ以上の事業者の結合によって新たに市場支配的事業者が生じるのを阻止しようとする規定なのである」と説明している。

(30) Begründung B, S. 26/27.

(31) Ebenda, S. 27.

(32) Ebenda, S. 27.

(33) この点については、国立国会図書館『西ドイツ秩序違反法』国立国会図書館調査立法考査局調査資料七九一二、一九八〇年、三頁以下参照。

(34) Begründung B, S. 27/28. なお、競争制限禁止法の立案過程においては、もともと、同法違反行為は刑罰をもって罰せられるべきものと考えられてきた点については、本稿(一)本誌一六巻二・三合併号二六四頁および二七八頁参照。