

ドイツにおける競争政策 — 1998年の第6次改正とその後—

神戸大学大学院法学研究科教授
泉水 文雄

はじめに

ドイツの競争政策は主として競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) に基づいて実施されている。ドイツの独占禁止法である競争制限禁止法は、一般に、カルテル法 (Kartellrecht; Kartellgesetz) と呼ばれ、現在はおもに、(1)カルテル規制、(2)垂直的制限の規制、(3)市場支配的地位の濫用規制、(4)妨害・差別の規制、および(5)企業結合規制から成っている。ドイツ競争制限禁止法は、日本と同様、第二次世界大戦後の占領法規を起源とするが、終戦間もない1947年に制定した日本と異なり、競争制限禁止法が制定されたのは1957年であって、制定までに長い間国内的な議論がなされてきた。また、競争制限禁止法は、米国反トラスト法の単なる輸入ではなく、ドイツ独自の競争政策であるいわゆるオールド自由主義にも基礎においている。そしてドイツの競争政策は早い段階で定着するとともに、欧州諸国の中で最も厳格に運用され、EC競争法の形成・発展のいわば牽引役を担ってきた。また、競争制限禁止法は幾度もの改正を経て次第に複雑なものになってきた。1998年の第6次改正は、競争原理の強化、EC競争法とのハーモナイゼーション(調和・平準化) 規定の整理・簡素化を図ったが、なおドイツに固有な競争政策が部分的に維持されている。

以下では、ドイツの競争政策の歴史を概観したうえで(1) 第6次改正後の現在の競争政策の状況を見ることにする(2)。

1 ドイツの競争政策の目的と歴史

1) 第2次世界大戦まで：カルテルの時代

1870年代中頃のドイツの不況期に、ドイツでは突然カルテルが増え始め、このカルテル化の傾向は裁判所により後押しされた。1890年にはドイツ書籍組合のカルテルが、1897年にはザクセン・パルプ製造業者連盟の共同販売会社が、大審院によって営業の自由を侵害しないとされ、カルテル形成が原則として自由であることが確認されたためである。たとえば1905年にはドイツには400弱ものカルテルがあり、当時最も有名なカルテルは巨大な石炭・カリウム・鉄鋼シンジケートであった。

しかし第一次世界大戦の敗戦の後、ドイツ経済は極端に悪化し、立法者はカルテルへの介入に踏

み切る。この時制定されたのが1923年の経済力濫用防止令、一般に「カルテル規制令 (Kartellverordnung)」と呼ばれるものである。しかし、カルテル規制令はカルテルを原則禁止するものではなく、濫用のみを規制するものであった。そして濫用規制のもとにおいてドイツ政府はきわめて限られた事例しか禁止することができず、結果的にはカルテルおよび第三者のカルテルへの強制加入を適法化することになり、かえってドイツ産業のカルテル化の動きを促進することになった。こうしてワイマール時代の終わり(1930年代初め)には2000から4000のカルテルがあったといわれている。ただし、カルテル規制令は、カルテル契約を要式契約にすること、違法なカルテルの法的効果など後の競争制限禁止法に立法技術面で影響を与えている。その後、ナチスが政権を獲得した1933年には強制カルテル法ができ、ナチズム体制下でドイツ経済は強制カルテルへと組み込まれていった。

2) 占領期のカルテル解体法

第二次世界大戦の敗戦後、英米仏の連合国軍は、1947年、それぞれの占領地区にいわゆるカルテル解体法(Dekartellierungsgesetz)を公布し、それは1957年まで適用されてきた。米英軍政府は米占領地区に軍政府法56号、英占領地区に軍政府条例78号としてドイツ経済力過度集中禁止法を設けたのである。カルテル解体法は、内容および立法技術において米国反トラスト法の影響が強く、いくつかの一般条項的な規定によって競争制限的な合意を禁止するものであった。カルテル解体法はドイツ人にとって見慣れない法律用語および法技術が使われ、多くの問題を引き起こしたが、カルテル解体法は次の2点においてドイツの競争政策を転換した。第1は、ドイツに初めてカルテル原則禁止主義が導入されたことであり、19世紀後半から続いたカルテルの時代は終焉する。第2は競争的思考、自由競争という考え方が初めてドイツに導入されたことである。なお、仏軍政府は、フランス占領地域に大陸法的な思考の入った軍政府条例96号を公布したが、十分には機能しなかった。

3) オールド自由主義と競争制限禁止法の制定

しかしドイツには、カルテル解体法とは別に、戦前から、独自の新たなカルテル法を模索する動きがあった。これは、フランツ・ベーム(Franz Boehm)、レオンハルト・ミクシュ(Leonhard Miksch)、バルター・オイケン(Walter Eucken)などの業績を基礎とするものであり、この学派は、それらの論者が依拠した機関誌(雑誌 Ordo)・大学(フライブ

ルク大学)の名前をとって、オルドー自由主義(Ordo-Liberalismus)とかフライブルク学派と呼ばれ、また、古典派自由主義の克服を目指すところから新自由主義(Neo-Liberalismus)とも呼ばれる。なお、同じく自由主義の有力な論者であるフォン・ミーゼス(von Mises)、フォン・ハイエク(von Hayek)、レプケ(Roepke)などはオルドー自由主義には属さない。オルドー自由主義は、その雑誌名Ordo(ラテン語で「秩序」)が示すように、市場経済は自由放任によっては維持できないと考え、競争は私的自治による制限から保護されねばならず、それは国家の任務であるとし、競争の前提が欠けた場合には国家自らが正しい結果が得られるよう競争を保護する任務を負っているとする。「社会的市場経済(soziale Marktwirtschaft)」と呼ばれる考え方である。カルテル解体法およびオルドー自由主義は、次に見るように、ドイツカルテル法が形成されるうえで基礎とされた2つのものである。

1948年頃からドイツ経済の運営が連合国からドイツ側に次第に移管されるとともに、カルテル法制定の動きが活発になる。1949年7月、パウル・ヨーステン(Paul Josten)を座長とする専門家委員会が長期間の作業の後、エアハルト経済大臣に、ヨーステン法案と呼ばれるカルテル法案を提出した。ヨーステン法案は、オルドー自由主義の立場から、カルテルの絶対禁止、独占に対する広範な監視制度、企業結合規制および厳格な企業分割制度に特徴をもつものであったが、あまりに厳格なものであったため政府はこれを採用しなかった。

ドイツ政府はエアハルト(Ludwig Erhard)経済大臣のもとで1949年以降10数個もの草案を発表したが、実質的な草案が発表されたのは1951年になってからであり、1952年の政府草案が競争制限禁止法へと結実する。1952年の政府草案は、ヨーステン法案に基礎をおくものであり、オルドー自由主義を基本としているが、より実務的で実行可能なものとなっている。この法案は、ほとんど例外(適用除外)のないカルテル禁止原則、市場支配的事業者の濫用の監視、市場支配をもたらす企業結合に対する許可の義務(企業結合規制)をおいていた。政府草案については、議会および学会において主としてカルテル禁止原則をめぐって議論が戦わされ、禁止原則に対して1923年カルテル規制令型の濫用(監視)原則が主張され、禁止原則を憲法違反とする見解さえ主張された。しかしながら、政府は、カルテルの適用除外を拡大することで妥協しながらもカルテル禁止原則は維持した。また市場支配的事業者に対する濫用の監視制度は実質的に変更されなかった。しかし企業結合規制に対しては、産業界およ

び連邦議会の反対が強く、濫用監視制度に変更された。さらに商標品に対する価格拘束(再販価格維持行為)を許容する適用除外規定が設けられた。また運輸、農業、銀行・保険、エネルギーという広範な分野がカルテル法の適用除外分野とされた。こうして、政府草案は、政府草案から削除された企業結合規制を除いては、部分的な修正を受けただけで、競争制限禁止法として1957年7月27日に公布され、翌年1月1日に施行された。同時に、連邦カルテル庁が競争制限禁止法の執行機関としてベルリンに設置された。

4) 競争制限禁止法の改正、第5次改正まで

競争制限禁止法は、1965年(第1次改正)、1973年(第2次改正)、1976年(第3次改正)、1980年(第4次改正)、1989年(第5次改正)および1998年(第6次改正)の6回改正された。これらは基本的には競争政策強化のための改正であるが、中小企業の保護等の政策も現れている。これらのうち第2次改正、第4次改正、第6次改正がとくに重要である。

1965年の第1次改正は、カルテル(専門化カルテル)の適用除外を容易にするとともに、市場支配的事業者の濫用規制および再販規制を強化した。

1973年の第2次改正は大きな改正であり、第1に、競争制限禁止法の制定時には議会によって斥けられた企業結合規制が導入され、第2に、商標品に関する価格拘束が禁止され(適用除外の廃止)、再販が認められるのは出版物だけとなり、第3に市場支配的地位の濫用規制が強化され(市場支配的地位の判断要因および市場支配的地位の推定規定の導入、差別的取り扱い規定の改正)、第4に、連邦最高裁判所(連邦通常裁判所)によってカルテル対象外とされてしまった相互同調的行為をカルテル規制の対象に加えた。ただし、このときに適用除外カルテルも追加されている。

1976年の第3次改正は、新聞・出版分野における企業結合規制について特則を設けた。

1980年の第4次改正は大きな改正であり、第1に、企業結合規制を一層強化し、第2に、市場支配的事業者の濫用監視について例示規定を設けることで規制を強化し、第3に、購買力の濫用規制および中小企業に対して大企業が行う妨害および差別行為に対する規制を強化した。第3は、競争制限禁止法が中小企業の保護を競争政策の目的に含めたという点で重要である。

1989年の第5次改正は、第1に、妨害・差別規制を強化し、大規模小売業者(とくに食料品小売業者)に対する規制を強化し、第2に、適用除外分野、とりわけ金融・保険業への競争原理の

広範な導入を図り、第3に、企業結合規制の若干の改正を行った。

5) 第6次改正

1998年の第6次改正は、競争原理の強化、EC競争法とのハーモナイゼーション、および規定の整理・簡素化を目的とし、競争制限禁止法の条文を全面的に書き直し、条文自体もすべて並び替えるという大規模なものであり、1999年1月1日に施行された。もっとも、この目的が達成されたかどうかは個別にみなければならない。結論としては、これはほぼその目的が達成されたと評価されるが、これについては留保が必要である。

については、EC競争法の規制がドイツ法より厳格であるものについては基本的にドイツ法が改正されている。すなわち、第6次改正の前にはカルテルは無効とされ、カルテルの締結は禁止されず、カルテルの実施行為のみが禁止されたが（無効を無視する秩序違反行為として過料が科された）第6次改正によりカルテルの締結が禁止されることになり（真の禁止）輸出入カルテル、リベート・カルテルが適用除外からはずされた。市場支配的地位の濫用はカルテル庁が排除措置を課し、これに従わなかった場合にのみ秩序違反として過料および民事訴訟の対象となったが、第6次改正により市場支配的地位の濫用も禁止され（真の禁止）濫用は秩序違反として過料が科され、私人による損害賠償・差止請求の対象へと変更された。企業結合規制はEC法と同様に事前規制を受けることになり（従来の企業結合規制の手続は複雑であり、一部の企業結合のみが事前規制の対象であった）競争制限禁止法が規定をおく適用除外分野は農業、銀行・保険、著作権協会に限定された。また、執行手続の問題であるが、市場支配的事業者による妨害、差別行為について、被害者（中小企業）がカルテル庁に申告しやすくするため、裁判になるまで申告者の名前を公表しなくてよいこととされた。

については、徹底して行われたのではなく、ドイツに固有な制度が部分的に維持されている。立法者は、（ア）ドイツ法には具体的な規制があるが、EC法はいまだ発展段階にある場合、または（イ）ドイツ法がEC法より明らかに優れている場合、ドイツ法を維持するとしている。たとえばEC法ではEC条約81条（旧85条）によって水平的協定（カルテルなど）と垂直的制限の両方を規制しているが、第6次改正は水平的協定と垂直的制限を分けて別の規制基準をおくドイツの従来の規制方式を維持した。立法者は、これはECでも垂直的制限の告示を作成されるなどドイツ法

の手法に接近しつつあることから、（ア）を理由にドイツ法を維持したと述べている（実際ECではその後、1999年12月には垂直的制限の新規則が、2000年5月にはそのガイドラインが、同年12月には水平的共同行為ガイドラインが出されている）。また、ドイツではECには見られない妨害・差別規制が維持され、EC法では欧州委員会とスポーツ団体との交渉が続いている問題であるスポーツの適用除外規定やEC法より厳格な不当廉売規制が新設されたのは、（イ）を理由とするとしている。しかしこれらの点については評価が分かれる。すなわち、（ア）（イ）という理由付けが競争政策として説得的かどうかはドイツ国内でも見解が対立し、今回新たに導入されたスポーツの適用除外、不当廉売規制に対しては批判的な見解も強く、厳格な差別・妨害規制は中小企業対策を根拠としている。なお、連邦カルテル庁は連邦政府の所在地から離すという方針から、連邦政府のベルリンへの移転に伴い、連邦カルテル庁はベルリンからボンへ移転した。また、競争制限禁止法は今回新たに公的調達に関する一連の規則を導入している。

2 競争制限禁止法の内容

1) 法の執行

主要な執行機関は連邦カルテル庁であるが、行為の効果が一つの州に限定される場合は各州のカルテル庁（以下、連邦カルテル庁を州のカルテル庁をあわせたものを「カルテル庁」と総称する）が執行する。しかしこの場合にも企業結合は連邦カルテル庁が担当する。このほか、連邦経済大臣が、競争以外の公益に基づいて、実際の事例は少ないものの、特別カルテルの許可（8条）および企業結合の許可（42条1項）を行う。また独占委員会は、行政権限はもたないが、後述のように、企業結合規制などにおいて重要な役割を果たしている。競争制限禁止法に違反する行為に対する制裁（サンクション）については、第6次改正で規定が整備された。カルテル庁は、競争制限禁止法違反行為を、行政処分として、禁止することができ（32条）またカルテル庁は、禁止処分の送達後に事業者が故意または過失で超過売上を得た場合、超過売上相当額の納付を命じることができる（34条1項）。さらに、秩序違反として、行為類型に応じて、100万マルク以下もしくは超過売上高の3倍の金額、または5万マルク以下の過料の制裁が用意されている（81条）。なお、競争制限法違反に対しては刑罰は用意されていないが、入札談合については刑法典に処罰規定がおかれている。競争制限禁止法の違反者およびカルテル庁

の処分に対する違反者は、その規定または処分が他の者の保護を目的とする場合には、その他の者に対して不作為義務を負い（相手から見れば差止請求権）さらに、違反者に故意または過失がある場合、損害賠償義務を負う（３３条）。なお、競争制限禁止法は、本法の適用領域外で行われた競争制限であっても本法の適用領域に影響を及ぼすあらゆる競争制限に対して適用されるとして、域外適用に関するいわゆる効果理論を明文で採用している（１３０条２項）。

なお、競争制限禁止法のほか、不正競争防止法によっても、ボイコット、差別行為、略奪価格等が規制されている。ドイツでは、競争制限禁止法を「カルテル法」、不正競争防止法を「競争法」と呼ぶのが一般的であり、世界的には独禁法（前者）を「競争法」と呼ぶので、注意が必要である。

２）カルテル

競争制限禁止法の１条は、第６次改正で全面的に書き直され、「相互に競争関係にある事業者間の協定、事業者団体の決議および相互同調的行為は、競争の阻害、制限、もしくは歪曲を目的とする場合、またはそれをもたらす場合に禁止される」とし、ＥＣ法のカルテル規制（ＥＣ条約８１条１項）とほぼ同じ規定となった。この１条は第６次改正でＥＣ法とのハーモナイゼーションとして全面的に改正されこの形になったものである。ただし、１条は「相互に競争関係にある事業者間の協定」とし、ＥＣ法と異なり、再販売価格維持行為などのいわゆる垂直的協定（制限）は別の規定による。競争関係には、既存企業と新規参入を目前に控えた企業のような潜在的な競争関係も含まれる。競争の阻害等は、あまりにわずかなもの（具体的にはシェア５％未満）は問題とされない。ドイツの判例はこれを「知覚可能(spürbar)」でなければならないとするが、これはＥＣ法の“appreciable”の基準とほぼ同じものである。前述のように、第６次改正まではカルテルの実施のみが禁止されたが、カルテルの締結も禁止されるようになった。

１条違反行為は禁止され（１条）さらに故意・過失による場合は過料の対象になる（８１条１項１号）。ただし、適用除外カルテルとしてカルテル庁に届出られ、カルテル庁が異議を申立てなかった場合、過料を受けない（８１条５項）。１条に違反する協定等の私法上の効力については、旧１条はこれを無効としていたが、第６次改正ではこの規定がなくなり、他にも規定がおかれなかったため、民法典１３４条の解釈問題となった。１条違反があると、カルテル庁はカルテルの実施を禁止する命令を出す。損害賠償については、１条が保

護法規かどうか問題になる。第６次改正以前の解釈論では、１条は一般的に個人の保護法規とまではいえないが、共同ボイコットや入札談合では保護法規性が認められ損害賠償請求の対象となるといわれていたので、現在も同じ立場が維持されていると思われる。

１条違反の具体例を挙げると、第６次改正より前の例であるが、道路工事の入札談合で道路工事業者３３社および役員２９名に合計２５４０万マルクの過料が科された（１９９６年）。また、プラスチック製瓶ケースの主要な製造業者３社が、瓶ケースに関する特許プールを行い、特許ロイヤリティを共同で決定したことが、違法だとされた。また、連邦最高裁は、ドイツサッカー協会（ＤＦＢ）によるサッカーの試合のテレビ放送への集中的な販売（共同販売）を違法とし、適用除外も受けないとし（１９９７年）社会的関心を呼び、後述の法改正をもたらした。

１条の定義をみたら共同行為は、ＥＣ法と同様、きわめて広範囲であり、これらすべてが競争制限的と見るのは非現実的である。そこで、競争制限禁止法は、２条～８条に、１条をみたら違法としないカルテル（適用除外カルテル）の定めをしている。適用除外カルテルには、カルテルの種類別に定められたものと、ＥＣ条約８１条３項をモデルにして一般的（補充的）適用除外を定めたものがある。前者は、従来からあるドイツ独自の適用除外規定の定め方であり、第６次改正でも維持されたが、リベートカルテル、輸出・輸入カルテルが削除され、規格・形式、条件カルテル、専門化カルテル、中小企業カルテル、合理化カルテル、構造不況カルテル、その他のカルテルとなった。実際に認められるカルテルの大部分は中小企業カルテルである。後者は第６次改正で新設されたもので、リサイクル・廃棄物処理のカルテルなどが例示され、モデルとされたＥＣ条約８１条３項より適用除外の範囲はやや広がっている。さらに連邦経済大臣の許可制度もある（８条）。

なお、上記の適用除外を受けるためにはカルテル庁への届出、審査が必要であり、原則として内容が公開され、濫用規制を受け（９条～１２条）競争制限禁止法に根拠のない適用除外はほとんどない。第６次改正の前のデータであるが、１９９７年現在、適用除外カルテルは約２５０件存在し、最も多い約１００件が中小企業カルテルである。

なお、ＥＣでは前述のガイドラインおよび手続の改正により、ＥＣ条約８１条１項の競争制限に有無に経済分析が取り入れられるようになるなど実務が変更しつつある。ドイツ法も今後再びＥＣ法とのハーモナイゼーション問題が浮上することが予想される。

3) 垂直的制限

垂直的制限規制は14条～18条に定められており、第6次改正では条文の番号など形式面の変更をしたが、法規制の実質面での大きな変更はない。垂直的制限についてドイツ法は独特の概念・分類をしているが、実際の規制内容は他国・地域の法と大きく異なるものではない。競争制限禁止法は、垂直的制限を、(ア)相手方と第三者とが結ぶ契約の内容を拘束する契約、(イ)相手方と第三者とが結ぶ契約以外の相手方の活動の自由を制限する契約に分けて規制している。

(ア)の典型は再販売価格維持契約(再販)であり、相手方の契約の自由に対する侵害であるという考え方から、原則禁止主義がとられている。契約の自由に対する侵害という(契約)法的な説明の仕方は欧米ではあまり一般的とはいえないが、再販が原則違法であるという規制の実質は欧米に広く見られるものとほぼ同じといってよい。再販の原則禁止に対する例外として、出版物、すなわち書籍(連邦最高裁は書籍のCD-ROMをこれに含まれるとした)雑誌、新聞は定価をつけることができる。ただし、この出版物再販に対しては濫用に対する監視規定がおかれ、また他の競争制限と結びつき価格上昇、価格引き上げ阻止、生産・販売制限をもたらしてはならない(15条3項)。またドイツの特徴として、ECを含めた他国・他地域では一般に認められている再販価格の推奨行為、つまり希望小売価格の表示等も禁止される。ただし、商標品の価格推奨については、商標品については歴史的経緯および商標品の特質から拘束力のない価格推奨は許されるが、その場合、拘束力がない旨商品に明示しなければならず、事実上も強制がなく、かつ勧奨を受けた者の過半数がその価格を設定すると予想される場合でないことが必要であり、さら濫用も監視されている(23条)。さらに注意すべきは、ドイツの出版物再販制度がEC法に整合するかどうかは長い間未決着であって、欧州委員会はドイツ・オーストリア間の出版物再販契約がEC競争法に違反しないか―EC条約81条(旧85条)1項に違反しないか、3項の個別適用免除を受けるか―審査を行っていた。本件はその後、ドイツ国内における出版物再販はEC法の問題ではないので維持するが、ドイツ・オーストリア間のような国境を越えた出版物再販は2000年6月末をもって廃止することで決着している。

(イ)は、原則として適法な行為であり、濫用監視主義がとられている(16条)。専売店制などの排他条件付取引、拘束的販売制限、抱合せ取引などがこれに該当する(ただしこれが3)で述

べる妨害、差別行為にあたれば禁止原則として規制される)。たとえば、ドイツの大手旅行代理店2社が、スペインの観光地の15のホテルと、ドイツの他の旅行代理店に部屋を販売しない等の排他的契約を結んだことが、連邦カルテル庁によって違法だとされている。

また、特許権、著作権、商標権、ノウハウなどの知的財産権のライセンス契約についても、EC法とよく似た規制を行っている。ただし、実際に締結されるライセンス契約の大部分は国境を越えるものでありEC競争法の規制を受けるから、ドイツ独自のライセンス契約規制の意義は乏しくなっている。

なお、垂直的制限については、他の規定にも違反するような場合でない限り、私人は直接には執行できない。

4) 市場支配的地位の濫用、妨害・差別行為 市場支配的地位

市場支配的地位の形成を規制しないで、その地位の濫用のみを監視するという規制方式は、日本の独禁法や米国反トラスト法にはないものであり(日米では基本的に市場支配力ないし市場支配的地位を形成、維持、強化する行為を規制する)欧州の競争法に特有なものである。ただし、ドイツ・ECでもその後企業結合規制が導入され企業結合による市場支配的地位の形成・強化は規制され、また最近のドイツ・ECの市場支配的地位の濫用規制と日本の私的独占規制・米国のシャーマン法2条の独占行為規制とは接近してきており、現在は両者の差はかなり縮まっているといえる。

市場支配的地位(marktbeherrschende Stellung)は、当該市場に、(1)競争者がいないか、実質的な競争にさらされていない場合、または(2)競争者との関係で優越的な(ueberlegend)地位にある場合に認められる。一般に(2)の方が緩やかな基準と考えられるので(2)がより重要とされる。競争制限禁止法は、(2)の考慮要因を法律の中で列挙し、市場占拠率、資金力、購入市場・販売市場へのアクセス、他の事業者との結びつき、他の事業者の市場参入に対する法的または事実上の障壁、供給・需要を他の商品に変更しうる力、取引先を他の企業に変更しうる力(上記の2つは購買力に関する考慮要因)競争制限禁止法の適用領域の内外に所在する事業者による現実のまたは潜在的な競争を規定している。最後の考慮要因は、第6次改正で追加されたもので、市場支配的地位の有無を判断するにあたっていわゆる国際的競争を考慮することを立法者が明示したものである。さらに、競争制限禁止法は、(3)2以上の事業者がその間において、実質的な競争が存在せず、かつこれら事業者が全体として

(1)(2)のいずれかをみたまう場合、寡占的市場支配的地位があるとする。

競争制限禁止法はさらに、(2)について、1事業者で特定の商品・役務（サービス）において市場占拠率が3分の1以上の場合、(3)について、3社集中度50%以上、または5社集中度3分の2以上の場合、市場支配的地位を推定するとしている。かつては売上高基準もおかれていたが、第6次改正により削除されている。なお、第6次改正の政府法案は、市場支配的地位の推定規定を企業結合規制についてのみ残し、濫用規制においては廃止することとしていたが、議会の審議の過程で濫用規制でも推定規定を維持することになった。

(1)(2)は経済学でいう市場力(market power)ないし日米の独禁法にいう単独事業者による独占力ないし市場支配力に、(3)は協調的寡占に相当すると一応いえるが、考慮要因に見られるように（資金力、購買力など）経済学および日米の独禁法概念とは必ずしも一致しない概念であることに注意が必要である。

市場支配的地位の濫用

競争制限禁止法は濫用行為として4つの行為を例示している（19条4項）。前述のように、第6次改正までは、市場支配的地位の濫用行為に対してはカルテル庁が排除措置をとることができ、支配的事業者がこの措置に従わなかったときに初めて過料および民事訴訟の対象となっていたにすぎないが、第6次改正で濫用行為自体が禁止されることとし、（19条1項）故意・過失による場合はさらに過料が科され（81条1項1号）私人は直接に差止請求および損害賠償を求めることができるようになった（33条1項）。

濫用行為は、(1)搾取的濫用（価格濫用）と(2)妨害的濫用とに分けられる。搾取的濫用は不当な高価格設定などであるが、不当な高価格規制は、価格介入に対する原理的な疑義のほか、1980年の連邦最高裁判決がこの規制に消極的な態度を示し、現在はほとんど行われていない。ただし、過剰なリベート、ディスカウントシステムのような濫用的な価格システムの規制は行われている（ただし、後述のルフトハンザによる価格濫用事件参照）。

妨害的濫用規制はとくに政府規制分野で活発に行われており、とくにオールド自由主義が想定したような意味での典型的な独占市場といえる電気通信、郵便、エネルギー（ガスなど）、鉄道などの比較的最近民営化されたり競争が導入された従来の政府規制分野では濫用監視が大きな役割を果たし、独占的サービス市場での利益を競争市場で補填し競争者を妨害しないよう活発な監視・規制が行われている。

さらに、第6次改正は、「適切な対価により自己のネットワークまたはインフラストラクチャー設備を他の事業者が利用することを拒否する場合であって、法律上または事実上の理由から、共同利用が認められなければ、当該他の事業者が市場支配的事業者の競争者としてその前後の取引段階の市場において活動できない場合」、市場支配的事業者が、共同利用が事業上の理由その他の理由から不可能または期待できないことを支配的事業者が証明する場合を除き、妨害的濫用になるとする。これは米国で形成され、EC競争法でも導入されECである意味では独自に発展してきたエッセンシャル・ファシリティの理論をドイツ法に取り入れたものである。ただし、エッセンシャル・ファシリティへのアクセスが強制されるのはネットワークおよびインフラストラクチャー（公益事業など）に限ること（たとえばこの規定に基づき知的財産権のライセンスを強制することなどはできない）および、この規定の恩恵を受けるのは市場支配的事業者の競争者（潜在的競争者を含む）に限定されていることに注意が必要である。政府法案では、「ネットワークまたはエッセンシャル・ファシリティ」(wesentliche Einrichtungen)となっていたが、議会によって、後者の文言が変えられ、また前述のように証明責任を転換する規定となった。「エッセンシャル・ファシリティ」から「インフラストラクチャー施設」へと文言を変更したのは、適用範囲を限定し、特に知的財産権のライセンス強制まで認めるものでないことを明示する趣旨である。ただし、これはあくまで濫用行為の例示規定であるから、市場支配的事業者と競争関係にない事業者が市場支配的事業者にアクセスを求める等する場合、19条1項の一般原則、および次に述べる差別行為規制（20条1、2項）により、アクセスが認められる可能性が残っている。なお、電気通信事業法や後述のエネルギー産業法のように個別法（業法）に同様の規定がある場合も少なくなく、その場合はこれらの規定によるが、そのような規定がない場合にもこの規定によりアクセス請求することが可能になったのである。

搾取的濫用の例として、連邦カルテル庁は、ルフトハンザ航空によるフランクフルト・ベルリン間の路線の独占的価格付けを価格濫用としルフトハンザが争った事件で、1997年、ベルリン高裁はルフトハンザの主張を支持したが、連邦最高裁判所は1999年に本件をベルリン高裁に差し戻している。また、やや古いが、医薬品の大手卸売業者3社が、並行輸入業者の並行輸入した医薬品を薬局に販売することを拒否したことが、妨害的濫用とされた（1992年）。

妨害、差別行為

さらに、競争制限禁止法は、市場支配的事業者、適用除外カルテルを行う団体および出版物再販を行う者が、「同種の事業者が通常行うことのできる取引において、他の事業者を直接または間接に不当に妨害し、または同種の事業者に対して正当な理由なく直接または間接に異なる取扱いをしてはならない」とし、妨害・差別行為を禁止している（20条1項）。とくに、第2次改正および第4次改正により、中小企業保護の観点から、市場支配的地位がなくても、取引相手（需要者または供給者）との関係で相対的に有力な地位にある事業者に対しても同様の規制がなされるようになった（同条2項。相対的市場力の濫用規制）。この結果、行為主体が広く、差別的取引が広く規制対象とされ、民事訴訟（差止請求および損害賠償請求）でも使いやすいことから、私人（被害者）によって広く利用されている。これは相対的市場力の濫用規制といわれるが、ここにいう相対的市場力（relative Marktmacht）とは、経済学でいう「市場力（market power）」とは異なり、大企業と中小企業との取引関係における依存関係を念頭においたもので、日本の独禁法では優越的地位の濫用規制（独禁法19条、一般指定14項）にいう「優越的地位」に近い概念である。EC競争法にはこれに相当する規定はなく、ドイツ固有の規定である。ドイツではこの規制は「制度としての競争の保護」というより「競争者の保護」が前面にでていと理解されているが、寡占化が進んでいる食料品大規模小売店の購買力（バイニング・パワー）を規制するなどこの規定は重要な役割を果たしている。なお、経済学にいう市場力、および大雑把な言い方をすればそれを法的概念に置き換えた日米の法概念である「市場支配力」に近い概念は、むしろ前述の「市場支配的地位」である。

また、競争制限禁止法は、中小規模の競争者に対して優越的な市場力（ueberlegene Marktmacht）をもつ事業者は不当な取引妨害をしてはならないと定めている。そして、第6次改正は、不当廉売規制を新設し、このように中小規模の競争者に対して優越的な市場力をもつ事業者が、「単に一時的でなく」、商品または役務（サービス）を「原価または仕入価格（Einstandspreis）」を下回る価格で販売する場合で、この原価等を下回る価格での販売が「客観的に正当化されない」場合、妨害行為に当たるとした（20条4項第2文）。これは立法経緯から中小小売業者を大規模競争者から保護する立法という面があり、この規定はかえって自由競争の核心である価格競争を阻害するのではないかという懸念も指摘されている。他方、立法者や本条のコメンタールは1995年の連邦最高裁判決を

引用して、違法となるのは原価を下回る販売が「システムティックに」なされる場合であるなど限定して捉えている。これは「単に一時的でなく」、「原価または仕入価格」、「客観的に正当化」されるかという文言の解釈問題であり、この規制がどう機能するかはこれらの文言の今後の解釈・運用に委ねられている。法施行後、連邦カルテル庁は複数の食料品小売業者を不当廉売の疑いで審査したが、これらの要件を慎重に解釈し、違反事実なしとしている。また、連邦カルテル庁はこの審査の経験を踏まえて2000年10月に不当廉売ガイドラインを公表し、そこでは原価を実質仕入価格を基準とするなどを明示している。

21条は、そのほか、事業者または事業者団体が、特定の事業者を不当に害する意図をもって、他の事業者等に特定の事業者に取引拒絶するようにさせることを禁止している。

5) 企業結合

ドイツの企業結合規制1973年の第2次改正によって初めて導入された。その後何度もの改正を経て複雑なものになっていたが、第6次改正は、これを整備・簡素化するとともに、EC競争法とのハーモナイゼーションを実現し、ドイツに固有な部分は残しつつ全般的にはEC競争法に近い規制とした。

規制を受ける企業結合は、企業結合当事者の全世界における売上高の合計が10億マルク超、かつ少なくとも一事業者のドイツ国内における売上高が500万マルク超のものである。ただし、全世界での事業者の売上高または売上高による市場規模が一定水準以下の場合（前者では2000万マルク未満、後者では5年間供給が行われた市場で300万マルク未満）およびEC競争法が専属管轄権をもつ場合は、ドイツ法の規制を受けない。事業者にとって企業結合の届出・審査が1回ですむので、ワン・ストップ・ショップと呼ばれる。

競争制限禁止法は、企業結合を次のいずれかにあたる場合と定義している。(1)資産の全部・重要部分の取得、(2)支配権(Kontrolle)の取得、(3)持分の25%または50%の取得、(4)競争上重要な影響力を及ぼしうる他のあらゆる事業者の結びつき。(2)は第6次改正によりEC競争法の定義を取り入れたものである。

次に競争制限禁止法は、「企業結合によって市場支配的地位が形成され、または強化されることが見込まれる場合」、「事業者側において、当該企業結合によって競争条件の改善が生じ、かつ、この改善が市場支配の弊害を上回ることを証明しない限り」、企業結合を禁止する。市場支配的地位の形成、強化の判断にあたり、3)で述べた市場支配

的地位の定義、考慮要因、およびとりわけ推定規定が重要な役割を果たしている。

連邦経済大臣は、上記の基準をみたまう場合にも、競争以外の観点から、企業結合による経済全体の利益が競争制限を上回る場合、または、企業結合は顕著な公共の利益によって正当化される場合で、かつ、競争制限の程度が市場経済秩序を脅かすものでない場合、企業結合当事者の申立に基づいて、さらに独占委員会という学者などで構成された機関に諮問したうえで、企業結合を許可することができる。

企業結合当事者は、37条の定義および35条の売上高基準をみたす企業結合を事前に連邦カルテル庁に届出なければならない(39条1項。ただし4項に例外)。第6次改正により従来の事後届出制度は廃止され、事前届出制度に一本化された。連邦カルテル庁の審査には第1段階の審査と第2段階の審査(重点審査)とがある。第1段階の審査では、届出受理後1ヶ月以内に、適法である旨の結論が届出当事者に通知される。重点審査では、届出受理後1ヶ月以内に重点審査を行う旨届出事業者に通知され、届出受理後原則4ヶ月以内に、企業結合が禁止されるか許容されるか行政処分によって決定される(40条2項)。第6次改正までは、禁止の場合だけ決定が必要で、許容する場合には決定は必要なかったが、許容する場合にも理由を付した決定が必要となり、その内容も公表されるようになった。連邦カルテル庁は、許容する旨の決定に、条件・義務をつけることができる。ただし、企業結合当事者を長期的に行動規制する条件・義務をつけることは禁じられている(40条3項)。許容する旨の決定に重大な利害関係をもつ者は、企業結合当事者でなくても、決定の取消を求めて訴訟を提起することができる(63条2項、54条2項3号)。

企業結合規制がドイツに導入された1973年から1998年末までの間に、連邦カルテル庁は127件の禁止を決定し、うち67件の禁止が確定し、14件が裁判所に継続中であり、40件が裁判所によって禁止が覆され、または企業結合計画の撤回がなされている。残りの6件(うち1件は部分的な承認、なお、申請件数は16件)については連邦経済大臣の許可が出されている。実務上、連邦カルテル庁は、企業が競争条件を改善する具体的措置を約束すれば、約束の履行のための担保措置をつけた上で承認する前述の条件付承認制度(約束制度、40条3項)をよく用いる。

6) 適用除外分野

競争制限禁止法は、それが適用されない適用除外分野として、農業、銀行・保険、著作権協会お

よびスポーツをおき、どのような場合にカルテル規制の適用を免れるか具体的に述べている。従来はエネルギー、運輸も競争制限禁止法において適用除外分野とされ、競争制限禁止法には多くの適用除外がおかれていた。しかし、規制緩和およびEC法とのハーモナイゼーションのため、第6次改正ではエネルギー、運輸は適用除外分野から除かれ、適用除外も大幅に削減され、適用除外についても原則としてカルテル庁の決定が必要とされるようになった。またエネルギーについては、新しく制定されたエネルギー産業法において、従来地域独占が認められていた電気・ガスへの競争の導入、送電網・ガスパイプライン網への第三者のアクセス(小売託送)の原則自由化、適切な料金でのアクセス請求権等が設けられた。また、ドイツ産業連盟など3団体は、小売託送を現実化するために小売託送の基準・価格の計算方法に関するガイドラインに合意し、連邦カルテル庁もこれを認めている。運輸、電気通信等についても個別法に競争制限禁止法との関係が述べられている。

また、スポーツの適用除外は第6次改正で新たに導入され、スポーツ団体によるテレビ放映権の集中管理(共同販売)をカルテル規制から除いた。すなわち、社会的責任として青少年・アマチュアのスポーツの振興を義務付けられている団体による、その義務を履行するために必要な収入を確保するために行うテレビ放映権の集中管理を、カルテル規制の適用除外とした。これは政府法案ではなく、連邦議会の経済委員会による修正によって新設されたものである。これは、ドイツ連邦最高裁判所が、1997年、ドイツサッカー協会(DFB)がUEFAカップおよびヨーロッパカップのテレビ放映権の集中管理を競争制限禁止法のカルテル規制に違反し、適用除外も受けないとしたのに対して、立法によりこれを許容しようとしたものである。もっとも、欧州委員会は、ブンデスリーガによるサッカーのテレビ放映権の集中的管理がEC競争法のカルテル規制に違反しないか審査中であり、EC競争法はこの規定に優越することからこの適用除外はEC法により制限を受ける可能性が残っている。EC委員会はプロサッカーのテレビ放映権の集中管理、移籍制限・移籍料をEC競争法に整合させるためにFIFAと交渉中であり、この結果はドイツ法へも強い影響を及ぼすと予想され、今後の交渉の進展が見守られている。

結び

ドイツの競争政策および競争制限禁止法は、歴史的にEC競争法の形成・発展をリードするとともに、第6次改正によりEC競争法とのハーモナイゼーションを進めてきた。しかしなおドイツ法

に固有な競争政策ないし規制が維持されている。このことは第6次改正における議論でも焦点となった。第1に、伝統的にドイツの競争政策はECの競争政策より厳格であり、ドイツ法のEC法とのハーモナイゼーションはドイツの競争政策の後退という面をもつ。競争政策の諮問機関である独占委員会が第6次改正に反対の立場をとったのは、このような懸念からであった。第2に、しかしながら逆に、ドイツ法の競争政策は中小企業保護などいくつかの点で一般的な競争政策としては説明しにくい規制をもち、EC法とのハーモナイゼーションはこのような政策ないし規制の撤廃や削減を意味する。このことが1の4)で述べた第6次改正の3つの目的のうちEC競争法とのハーモナイゼーションについては、ドイツ固有の規制が残り、さらには新たに加えられたこと、そしてこの点については評価が分かれていることの背景となっている。すなわち、ドイツの競争制限禁止法には、(1)市場支配的地位の推定規定、濫用行為の例示的列举などEC法より厳格な競争政策を進めるもの、および(2)中小企業の保護、スポーツ振興といった競争政策としてうまく説明できることは限らないものの両方が含まれているのである。第6次改正は施行されたばかりであり、今後の法運用に委ねられている問題や、EC法とのさらなる調整が行われるであろう問題も少なくなく、今後の動向が注目される。

参考文献

Baron, M., *Das neue Kartellgesetz*, Bundesanzeiger Verlag, 1999.
Bechtold, R., “Das neue Kartellgesetz”, *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 38 (Sep. 1998), pp 2769-2774.
Bechtold, Rainer, *Kartellgesetz*, 2nd ed., 1999.
Bunte, H. -J., “Die 6. GWB-Novelle”, *Der Betrieb*, Vol. 35 (Aug. 1998), pp1748-1754.
Emmerich, Volker, *Kartellrecht*, 8th ed., 1999.
Ritter, F., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Mueller, 1999
Wiedemann, *Handbuch des Kartellrechts*, C.H.Beck, 1999
泉水文雄「ドイツの独占禁止法制」(正田彬・実方謙二編『独占禁止法を学ぶ(第4版)』有斐閣、1999年)
泉水「ドイツの競争政策」(小西唯雄編『産業組織論と競争政策』晃洋書房、2000年)
真淵博「ドイツ競争制限禁止法第6次改正について」(『公正取引』1999年3月)
杉浦市郎「ドイツ競争制限禁止法第6次改正について」(『独占禁止法と競争政策の理論と展開』三省堂、1999年)
菅久修「ドイツ競争制限禁止法第6次改正の主

な内容とこれらを巡る議論」(『ドイツ研究』1999年12月)

田中裕之「私的独占の禁止と市場支配力の濫用規制」(『追手門経営論集』1999年)

(以下は第6次改正前のもの)

Langen/Bunte, *Kommentar zum deutschen und europaischen Kartellrecht*, 8th ed., Luchterhand, 1997.

Immenga/ Mestmaecker, *GWB*, 2nd ed., C.H.Beck, 1992.

Rittner, F., *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, C.F.Mueller.
鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(1)―(12)」(『公正取引』1982年―1983年)

伊従寛編『日本企業と外国独禁法』日本経済新聞社、1986年。

正田彬編『アメリカ・EU独占禁止法と国際比較』三省堂、1996年。

高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』三省堂、1996年。

* 本稿は、泉水「ドイツの競争政策」(小西唯雄編『産業組織論と競争政策』晃洋書房、2000年)および泉水「ドイツの独占禁止法制」(正田彬・実方謙二編『独占禁止法を学ぶ(第4版)』有斐閣、1999年)を基礎として、2000年3月におけるドイツにおける調査研究の成果を踏まえて、さらに加筆したものである。