

日独反トラスト法比較

——John O. Haley の所説を手掛かりに——

田 中 裕 明

1 はじめに

本稿は、John O. Haley の *Antitrust in Germany and Japan: The First Fifty Years, 1947-1998*, University of Washington Press, 2001 の Part 2 Chapter 3 を手掛かりに、日本の独占禁止法とドイツ競争制限禁止法の主要規定を中心に、それぞれの制定から約半世紀の動きを概観することを目的とする。⁽¹⁾そして併せて、比較法上の分析・検討から得られるそれぞれの問題点を指摘し、日本法への示唆とする。

日本とドイツはともに第2次大戦後、アメリカ反トラスト法の影響のもと競争制限に関する実体法を得、それぞれ約50年の歴史を有するに至った。ドイツ競争制限禁止法の制定は日本に遅れること10年であった（1957年）。日本の独占禁止法の改正が規制の強化ではなく、緩和（骨抜き）であったのに対し、ドイツ競争制限禁止法の改正は厳格化・規制強化であったと評価される。しかし、後述のように、近年のわが国に見られる各分野での市場原理の導入（規制緩和）が、独占禁止法の厳格化

(1) 同書の紹介として、栗田誠「日独独禁法比較 アメリカから見たドイツと日本の競争法」『アメリカ法』2003-1、80頁以下（2003年）がある。なお、本稿の執筆に当たっては、筆者の前任校愛知県立大学外国語学部ドイツ学科の2年生（2002年当時）による協力を得た。この場をお借りしてお礼申し上げる。

に拍車をかけているようにも見える。⁽²⁾ 今日、日本もドイツもともに同じ方向に向かっているものと思われる。

以下、John O. Haley の記述に従って進める。

2 反トラスト規制とその実施

まず John O. Haley は、法の実体的原理・原則における基本的相違について理解するには、有意な比較分析が必要条件であるとしつつ、法の実施のための制度や手続きについて正しく認識することの重要性を説く。それは、法規範というものは、その実施を別として、実生活とはかけ離れているからである。法典や制定法の文字、そして裁判官の判決でさえ、それが効果をもつためには適用されなければならないのである。しかし法の実施とは、複雑な問題であり、最も単純と思える様相であっても、それを厳密に調べると、意外と多面的であることがわかる。⁽³⁾ 以下、その多面性について二点取り上げる。

まず第一に、誰がその問題を強く主張するかである。法の実施手順を有効に調整する者が、法およびその実施可能性を調整する者である。しかしながら、実際に法を実施する者が誰であるかを確認することは困難であり、実施のための手段や手順が多方面に及ぶ制度になっている場合にはとくにそうである。

また相当の程度で、救済や罰金の形態が、ある特定の法規範を実施する者が誰であるかを決定することがある。例えば不法行為あるいは他の民事訴訟の場合（損害賠償の場合）、私的当事者が主導権をもち、訴訟を遂行する。潜在的な原告の数が増えれば増えるほど、法の実施もより

(2) 近年にみるわが国独占禁止法の適用除外規定の縮小について、拙稿「独禁法の適用除外」『独禁法の理論と展開 [1]』経済法講座第2巻(2002年)146頁以下参照。

(3) John O. Haley, *Antitrust in Germany and Japan: The First Fifty Years, 1947-1998*, University of Washington Press, 2001, p. 65.

確実かつ拡大的になるであろうことが指摘される。同様に法の実施主体について、制裁を行政上の過料あるいは刑事上の科料—場合によっては行政罰あるいは検察官による訴追—に限定することが、当局にかかる措置の調整を許すことで認められるのである。裁判官は、少なくとも司法による再審理が任意である限りで、形式的な法の実施において最終的な公的発言をする。まったく上訴が行われなかったにせよ、通常の場合のように、過去の判例に基づいて司法による再審理の結論が出されること—いわゆる「法の裏側」での取引—を予想することは、法の執行者としての裁判官には当然のことである。しかしながら、法の実施は、形式的な執行に限られるものではない。社会的制裁もまた力を発揮することがあり、その際、仲間や社会そのものに権限を付与し、違反者を罰するのが当然である⁽⁴⁾と考える法規範の中から選択させるのである。John O. Haley は、ここでは、反トラスト法も社会「規範」の一つであることを確認している。

次に二点めとして、手続きも重要である。ドイツと日本の反トラスト法の執行手順を評価するに際して、われわれが心に留めなければならないことは、あらゆる行政過程における基本目標—正確さ、効率の良さそして公正さ—の中に本来備わっている緊張状態である。しかしながら、これらの基本目標が矛盾することなく成り立つことは稀である。これらの基本目標のいずれかを促進することを意図している手続きは、無情にも他の一つのまたは残りの目標をないがしろにしているのである。結局、目標については配慮を要し、均衡を保つようにしなければならないのである。政策の危うさ、当事者の影響力そして、とりわけ、法執行当局の評価やその当局の活動する社会の評価が、一方の目標の他方に対する優先順位を決定するのである。日独における反トラスト法の執行のための手続き上の枠組みは、その政策的、法的そして社会的環境についての異

(4) *Id.*, p. 66.

なる考察や特異な特徴を反映するものである。⁽⁵⁾この点について、反トラスト法が経済政策立法である以上、政策判断が避けられないことを物語っている。

しかしながら法の執行は、それが行われるほど、綿密かつ慎重に分析されることはないのである。法規範や法原則については、それがどのように実現され意味を持つようになるかよりも、はるかに多く述べられており、日独の反トラスト法もまた例外ではない。日独反トラスト法の執行についての記述は、同法の他の部分についてよりも、かなり少ない。以下の記述では、この溝を埋めることを目的とし、そうすることで期待していることは、両国の過去半世紀における反トラスト法について、より正確でより深く理解することである。⁽⁶⁾このような試みこそが John O. Haley の著書にみられる特徴である。以下、法規範の検討から始める。

3 禁止と許可

(1) ドイツ競争制限禁止法 (GWB)

以下、まず John O. Haley による GWB についての記述を紹介する。⁽⁷⁾

GWB の主要な実体的規定は、1998年の改正後も依然として、1条から31条までを含む同法第1部の五つの節にあることがわかる。それらの規定には、水平的制限のすべてを対象とする単一の規定が含まれる。現行のGWBは1条で、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を、これらが競争を阻害し、制限し若しくは歪曲する場合に、禁止している。現行法の1条は、1973年の改正で旧25条1項として導入された相互同調的行為の禁止を一本化しているが、改正後もGWBは、ローマ条約 (EC条約) 81条1項と異なり、水平的制限と垂直的制限とを区別しようとしている。したがって、再販売価格維持行為は明示的に

(5) *Id.*

(6) *Id.*

(7) *Id.*, pp. 67-71.

14条（旧15条）で禁止されている。しかしながら、ブランド品に対する非拘束的小売価格の推奨は、23条（旧38 a 条）において許されている。法の執行機関は、引き続き、反競争的な排他的取扱いや抱き合わせ契約を16条（旧18条）において禁止できるのみならず、不当なライセンスの制限を17条及び18条（旧20条、21条）で禁止することができる。

以上は、GWBの主要規定のうちのいわゆるカルテル規制に関するところである。EC条約（ヨーロッパ競争法）との調整を意図したとされるGWB第6次改正にも拘わらず、水平的制限と垂直的制限とを依然、区別している点がGWBの特徴といえよう。

ボイコットや取引拒絶は、21条（旧26条1項）の対象となる。市場力の濫用—同法の用語では、「市場支配的事業者」による濫用—は、19条および20条（旧22条4項および26条2項及び3項）で禁止される。「市場支配的事業者」とは、実質的競争に直面していないか、あるいは競争者との関係で「優越する市場地位」を有する事業者と定義される。この「優越的市場地位」は、種々の要因を総合して決定される。すなわち、総売上高、総資産、資本、売り手および顧客へのアクセス、参入障壁という要因である。3分の1以上の市場占拠率を有する事業者は、いずれも市場支配的であると推定される。2あるいは3社で合計して50%超の市場占拠率を有する場合、若しくは5社以下で3分の2以上の市場占拠率を有する場合も市場支配的であると推定される（19条3項）。なお、1998年の改正で、旧22条3項の総売上高要件が削除された。⁽⁸⁾

同法の第7節は、合併、株式取得および企業統合を35条から43条（旧23条、24条）において規定する。旧24 b 条は、独立の独占委員会をケルンに設置した。同委員会の組織および機能は、44条から47条で詳細が定められている。同委員会は連邦カルテル庁—1999年までベルリン、それ

(8) GWB第6次改正の概要および「市場支配的事業者」については、拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』（2001年）2頁以下、24頁以下参照。

以後ボン所在一の企業結合における役割を、集中に関する情報の収集と報告および政策に関する意見表明を通じて、補完している。独占委員会は、一切、監視権限あるいは執行権限をもたない。かかる権限は連邦カルテル庁に属する。

以上の市場支配力に対する規制は、カルテルと並んでGWBにおける規制の柱となっている。後半のいわゆる企業結合規制については、ヨーロッパ結合規制規定の制定が大きく影響している。ヨーロッパ競争法との調整がはっきりと現れている分野である。⁽⁹⁾

カルテルとの関連で、(新旧規定とも) 2条から8条のもと、1条の適用対象となるべき様々な協定が適用除外とされている。これらの協定は、手続上三つの範疇に分けられる。まず最も厳格なもので、明確な許可を要し、しばしば「許可カルテル」と称される協定である。次に届け出を要し、3ヶ月間は検査と異議申し立て、すなわち反対の表明が許され、それまでは効果を持たない協定(異議申し立てカルテル)、そして登録により効果を生じるが、執行機関による検査及び反対の表明にも服する協定である。いわゆる届け出カルテルである。

1990年改正は旧5c条(現行4条2項)を加え、中小企業の効率性向上を意図した共同購入カルテルを適用除外とした。実際に制定された規定では、政府の草案で提案された届け出を要件としなかった。届け出のための規定が連邦議会で削除されたのは、中小企業に登録費用その他の負担をかけさせないためであり、現行9条は引き続き、かかるカルテルについて一切の届け出を免除している(筆者註;これはJohn O. Haleyの誤りではないか? 現行4条2項についても、9条4項で届け出を要求している)。したがって、1990年改正は、事実上、四つめの適用除外

(9) 拙著前掲書154頁以下参照。ドイツ法上の結合規制について、必ずしも十分GWB第6次改正に言及するものではないが、服部育生『企業結合と独禁法』(1990年)91頁以下、江口公典『経済法研究序説』(2000年)140頁以下および243頁以下をそれぞれ参照されたい。

日独反トラスト法比較

カルテルを導入したことになり、そのカルテルは、いかなる届け出も必要でないGWB 1条の原則禁止の範囲外にあるものとして定義される。

短期間であれば、9条2項の届け出要件は、ドイツ市場に影響を及ぼさない輸出カルテルには適用がなかった。このことは、1973年のドイツ連邦通常裁判所（連邦最高裁）の油田パイプ判決における結論であった。同判決では、旧98条2項のもと、ドイツ市場になんら影響を及ぼさない輸出カルテルは、GWBの適用範囲外であるとされたのであった。1980年改正は、旧98条2項に、明示的に、カルテル協定の（法人を含む）いかなる当事者もドイツ国内に住所を有する限り、旧6条1項のもと適用除外とされるあらゆる輸出カルテルにも適用する規定（したがって届け出要件）を加えた。なお輸出入カルテルは1998年改正の際、廃止された。

許可を条件として適用除外とされるものは、「構造上の危機」を理由とする不況カルテルであり6条（旧4条）に服する（構造的な不況カルテル）。そして、連邦カルテル庁ではなくて、連邦経済大臣の許可を必要とする特別な緊急カルテルは8条に服する（公益カルテル）。これらの適用除外については、その効果を発するまで3ヶ月を猶予とする（9条）。届け出および異議申し立て手続を条件とするものは、標準化された約定および価格を除く取引条件に関する協定で、2条に服する（条件カルテル）。効率性を達するために当事者によって特殊化された協定（専門化カルテル）は3条（旧5 a条）に服する。そして、中小企業間での効率性促進のための協定は4条（旧5 b条）に服する（協同カルテル—中小企業カルテル）。

2条（旧5条1項）に服する、効率性促進のために統一化された水準や構成要素に関する協定（規格・型式カルテル）は、反対の意見表明手続を条件としているが、かかる役務の仕様および入札の際の費用計算のための標準化の方法（供給枠カルテル）は、唯一引き続き、登録が必要である。

その他の除外および免除に含まれるものに、15条のもとでの書籍その

他の著作物に関する（それ以外は14条で無効となる）再販売価格維持行為が適用除外である（連邦カルテル庁は15条3項のもとこれを禁止することができ、また17条3項のもと、立証がなされなければ、17条1項で禁止されている産業上の財産権やノウハウの制限的ライセンスをも禁止することができる。）。8条から31条（旧99条から105条）までは、GWBの裁判管轄権から除かれるものとして、種々の特殊な産業や公益制度があり、これらは別の法律による規制を受ける。例えば、銀行業、保険業、農業であるが、これらにも要件が別途つく。規制緩和や民営化の法案は、これらの適用除外分野に対し重要な改正を求めてきた。例えば、1998年の改正は輸送事業や公益事業を削除した。最後に、第4節の規定は、経済団体や職業団体に、申立とこれに続く連邦カルテル庁の審査を条件とする競争規約の設定を許可することで、一種の適用除外として機能している⁽¹⁰⁾。

また、適用除外に関する管轄機関による手続等の概要について、以下のように John O. Haley は述べる。

許可手続、届け出の登録手続および、連邦カルテル庁の一般的に適用可能な、かかる適用除外を監督する権限については、9条から13条に含まれている。州（カルテル）官庁には許可を承認したりあるいは州外の市場に影響を及ぼさない届け出カルテルの審査をする権限がある。第1部の残りの規定は制裁（サンクション）を扱っている。民事上の損害賠償訴訟や命令的救済（34条、旧35条）、行政上の禁止命令（32条、旧37a条）、行政上の制裁（34条、旧38条および39条）である。連邦カルテル庁や州執行機関の組織および一般的権限は、第2部で扱われている（48条－53条、旧44条－50条）。行政上の手続および司法上の訴えは、第3部で扱っている（54条－96条、旧55条－96条）。新しい第4部は1998年に導入され、政府調達契約に関するものである（97条－129条）。

(10) 適用除外については、日独法の比較も含めて、拙稿・註（2）参照。

日独反トラスト法比較

裁判管轄法を含むGWBの適用範囲については、第5部、130条（旧98条）で扱われている。最後に、同じく第5部の131条は、1998年の改正が発効するまでの経過規定を含んでいる。

1998年の改正の結果として、GWBはより一層整然と体系化された制定法となった。従来不適切であると解されていた規定も、改めて整理された。さらに、カルテル官庁は、今日、もはや同法の実体的条項にはいずれも制限のない、種々の手続上の要件に従って、適切に整理された権限を行使している。

かつてのGWBは、反競争的行為を、制限的協定もしくは決定を無効とすることによって、あるいは明示的に制限的行為を禁止することによって、禁止していた。例えば旧1条が明言したことは、共通の目的のための反競争的協定および決定の（相対的）無効であり、旧20条および旧21条も同様に、産業上の財産権（知的財産権）およびノウ・ハウについての制限的ライセンスを無効としていた。これとは逆に、旧15条は、一方の当事者の価格設定や取引条件の設定をする自由を制限する協定あるいは決定は（絶対的）無効である旨規定し、GWBは相互同調的行為（旧25条）や、市場力の濫用（旧22条5項）および取引拒絶を含む差別的行為（旧26条）を禁止対象としていた。（法の）執行機関の権限は、この法構造とパラレルの関係にあった。当該機関は協定や決定の無効を宣言したり、当該行為を禁止したりする権限を有していた（例えば、旧12条、旧17条、旧18条、旧25条及び旧24条2項参照）。しかしながら、（絶対的）無効となる唯一の協定は、旧15条の対象となる協定のみであった。この要件は、連邦カルテル庁やその他の執行機関によって当該協定が適用除外対象となり得る、一切の考えられる論拠を除外した。言及している現行法は、今日明示的に、禁止されるすべての反競争的行為を禁止しており、したがって同法を単純化している。

GWB違反の際の法律効果につき、相対的無効となるか絶対的無効となるかは、市民法の一般原則の適用にかかっている。とくに、ドイツ民

法典139条がそうであり、同条は絶対的無効が契約（法律行為）の全体を推定的に無効とさせる旨規定する、重要な条項である（BGB139条；法律行為の一部が無効の場合、無効となる部分がなかったならば、法律行為全体が全面に出される旨推定され得ないときには、法律行為全体は無効となる。）。(相対的無効と絶対的無効の)区分もまた、少なくとも理論上、損害（加害）行為が違反と考えられるかどうかを決定する際に重要であった。その他の点では、当事者が協定あるいは決定の相対的無効または絶対的無効を、あるいは禁止の違反（旧38条1項1号および8号参照）を「無視していること」が判明したときにはいつでも、同じ制裁が科された。1998年の改正は、これらの問題を取り除いた。

GWBは引き続き執行手順の3類型に関する手続要件を定めている。このうちの二つについては第2節で詳細に定められている。通常の行政手続とGWB違反が問題となる民事訴訟である（87条-91条）。第3の手続が適用されるのは、GWBの違反が秩序違反として扱われるものについてである。これは用語としては通常、英語では「行政上の違反（秩序違反）」と翻訳される。秩序違反は、GWBに特段の規定がない場合には、別途、秩序違反法によって規制され、それによって刑事上の制裁金ではない行政上の過料に処される。GWBはまた、民事上の差し止め請求と損害賠償を規定している（現行法33条）。GWBは3倍の損害賠償とか、時に提案されるような2倍の損害賠償ではなく、通常の損害賠償のみを規定しているが、執行機関の権限として、違法な行為によって得られた額につき超過売り上げ（公式に、「超過利得のすくい上げ」と称される）を徴収することができる。旧38条4項（現81条2項）は、最高額100万ドイツマルクを超えて、違法な利得の3倍までの額を徴収することを許している。近時、1970年代に一定の違反行為に刑事上の制裁を加える旨提案され、それに続いて詳細に議論されたにもかかわらず、GWBの違反は刑事上の制裁に服するものとはなっていない。しかしながら、最近のドイツ刑法典改正は、別途、談合を犯罪として⁽¹¹⁾している。

(2) 日本の独占禁止法

次いで、わが国独占禁止法についての記述を紹介する。⁽¹²⁾外国人研究者による記述であり、われわれにとっても示唆的であるので、冗長となることを厭わずそのまま取り上げる。⁽¹³⁾

現行の (As enacted) わが国独占禁止法は、もっぱらそのアメリカ法モデルを反映している。アメリカのシャーマン法、クレイトン法および連邦取引委員会法の特徴を併せて、日本法はアメリカの立法の及ぶ範囲をはるかに超えて、広く言及される一般的な禁止や特殊な禁止を含んでいる。アメリカの立法と異なり、日本法は司法による解釈よりも行政による解釈に依存している。したがって、同法は日本の執行機関に、法の適用に際して広い裁量権を与えている。1949年および1953年の大幅な改正にもかかわらず、法の基本部分はそのままとされた。1977年の改正は若干の新しい規定を追加し、ある程度は、初期に削除されたものを装いを新たにして復活させた (例えば、企業分割命令)。1977年以來の近年の改正はほとんどいずれも、独占禁止法を強化しており、とりわけその罰則を強化した。指摘されるように、1997年には、独占禁止法の持株会社の禁止 (9条) は改正され、「事業支配力の過度の集中」をもたらさない持株会社を許容することになった。そして1998年には、株式保有の制限が軽減された (10条)。

独占禁止法の基本的な、一般禁止条項である「私的独占」と「不当な取引制限」は共に3条で禁止されている。さらに、同法は19条で「不公正な取引方法」を禁止している。私的独占と不当な取引制限は共に刑事上の制裁の対象となり、不公正な取引方法は除外されている。それぞれ、

(11) ドイツ刑法典298条。

(12) *Id.*, pp. 71-73.

(13) 同じように外国人研究者の見たわが国独占禁止法についての論考として、vgl. Wernhard Möschel, *Japanisches Kartellrecht-von außen gesehen*, WuW 10/1997, S. 795ff.

前者はアメリカ・シャーマン法を、後者はアメリカ連邦取引委員会法をモデルにしたものと説明される。1977年の改正もまた、日本の公正取引委員会に「独占的状态」にある事業者に対し企業分割を含む、救済措置を執る権限を賦与している（8条の4）。しかし未だにこの措置が執られたことはない。

国際取引は、およそ日本の事業者が不当な取引制限あるいは不公正な取引方法を含む国際協定に参加することを禁ずる一般的禁止のもと規制されている。そして1997年まであった届け出要件（6条2項）は本来、日本側当事者の国際カルテルへの参加を防止するねらいがあった。實際上、公正取引委員会はその審査権限を主に、日本の事業者が知的財産権の外国ライセンス（許可者）を出し抜くことを防止するために行使した。1997年のその見直し（廃止）の結果の一つとして、ライセンス制限に対する独占禁止法上の異議申し立てを先送りすることとし、それによって契約締結時におけるその合法性をより不確実なものにしてしまうようである。

8条は、1948年の事業者団体の主要な禁止条項を組み込み、事業者団体が競争制限や、新規参入阻止あるいは不公正な取引方法に従事することを禁止している。公正取引委員会はまた、事業者団体に関する特別の指針（ガイドライン）を発行している。

独占禁止法の他の規定では、競争的経済構造を保持する試みとして、（1997年以来）事業支配力の過度の集中をもたらし持株会社を禁止し（9条）、会社による株式保有（9条の2、10条、11条）、役員兼任（13条）および合併（16条←筆者注；15条の誤り）を規制している。価格の同調的引上げの開示と理由を要求する規定（18条の2）は、1977年に追加された。

日本の独占禁止法は一般的に、その適用除外によって特徴づけられる。一般的に指摘されるように、その適用除外というのは、GWBの1952年政府草案を意識的にモデルとしたもので、1953年以来、公正取引委員会

日独反トラスト法比較

は「不況カルテル」と「合理化カルテル」を許可し、それぞれ旧24条の3と旧24条の4で適用除外とされていた。他の規定で法自ら適用除外としているのは、知的・産業上の財産権の行使（旧23条）、自然独占（旧21条）、特別法上規制される産業（22条）および協同組合（24条）である。ドイツ法と異なり、適用除外カルテルの大多数は、独占禁止法それ自体よりも別の特別法によるものである。適用除外のリストは実体的であったが、ドイツにおける最も重要なものは、少なくとも数字的には、輸出カルテルであり中小企業カルテルであった。既に指摘したような特別法による多くの適用除外カルテルは廃止あるいは変更され、1998年に制定の多数の立法のもと反競争的効果を除去している。

27条から44条までが関わるのは、専属的執行機関である公正取引委員会の組織と権限である。法の執行行為に関する手続は、45条から76条までに詳細に定められている。公正取引委員会は補足的な規則を発してきた。それは、GWBの手続を忠実に踏襲するものである。司法審査は77条から88条の2までが対象となる。

独占禁止違反に対する法令上の救済と制裁に含まれるものは、公正取引委員会の審決に基づく実損賠償訴訟（25条、26条）、刑事罰（89条から95条の3まで）、裁判所による事業者団体解散宣告（95条の4）、行政上の過料（97条、98条）そして最も重要なのが、1977年以來の、不当な取引制限により得られた利益に対する課徴金を事業者に命ずる公正取引委員会の権限である（7条の2）。

それ以後の独占禁止法の改正のほとんどは—日本の競争政策を弱体化するにせよ強化するにせよ—、ドイツ法における発展と密接なつながりがあった。最も注目すべきことは、1953年の改正であり、それは当時の西ドイツ議会によって考案されたGWB草案における規定を反映したものであった。1977年改正における最も重要な導入部分—カルテルによる利得に対する課徴金—もまた、ドイツにおける超過売り上げ制度に由来する。重大な相違は1990年代に現れ、日本は引き続き法律上も実際上も

適用除外カルテルの数が減少したのに対し、ドイツではいずれもその数が増加したことである。

一般的にわが国独占禁止法の歩みについては、アメリカ反トラスト法を軸にして述べられることが多い。John O. Haley によるドイツ法との関連性の指摘は、その点新鮮であり、また適用除外カルテルに関する日独法の比較も貴重な指摘であるといえる。なお、日本法における適用除外規定は大幅に改正された。⁽¹⁴⁾

4 日独反トラスト法の比較概要

以下、これまでの日独反トラスト法の実体規定に関する比較検討について概観する。⁽¹⁵⁾

(1) 独占力

日本の独占禁止法は3条で、私的独占を禁止—これは、アメリカ・シャーマン反トラスト法の独占および独占の企図の禁止に直接由来する—し、かかる独占を刑事制裁の対象とすることから始まっている。2条5項は「私的独占」を次のように定義する。すなわち、「事業者が、単独に、または他の事業者と結合し、若しくは通謀し、その他いかなる方法を以てするかを問わず、他の事業者の事業活動を排除し、または支配することにより、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限することをいう。」当該規定が、独占力の形成を意図し、または独占力を形成する効果を有する行為を規制することを意図している限りでは、日本法（およびアメリカ法）のこの規定に相当するドイツ法のそれは、もっぱら、市場支配的地位の濫用と集中規制を扱うGWBの

(14) わが国独占禁止法改正の歩みについては、近時の文献として、根岸哲＝舟田正之『独占禁止法概説 [第2版]』（2003年）10頁以下、金井貴嗣『独占禁止法 [第2版]』（2000年）16頁以下をそれぞれ参照されたい。

(15) *Id.*, pp. 73-90.

日独反トラスト法比較

規定の中に見出される。しかしながら、刑事上の禁止すなわち、過去の、適法と推定される行為によって市場力または独占力を獲得した事業者を規制する手段としての、禁止規定についてはドイツ法上対応するものがない。アメリカ法と異なり、したがって少なくとも法形式において、日本法とも異なり、ドイツの反トラスト法もヨーロッパの反トラスト法も共に、現存する市場力を有する事業者の再構築を企図するものではない（すなわち、企業分割命令を予定していない）。以下にみるように、両者（独・欧）のアプローチは、濫用を防止し、近年の結合規制を通じて、独占力（より正確には「市場支配的地位」）の獲得を防止することである。潜在的には、十分な企業分割の可能性はあるものの、實際上、日本の「私的独占の禁止」および1977年の「独占的状态」にあると考えられる事業者を規制する権限の付与は、次第に的はずれなものとなってきている。つまり私的独占に対してはわずか9件しか正式の執行がなされておらず、そのうちの7件について審決がなされた（筆者注；これまで15件が私的独占として取り上げられており、うち10件について審・判決が下されている）。公正取引委員会が私的独占の概念を無理に最大限拡張し、再販売価格維持と企業統合という全く別の問題までも規制しようとした2件は、もっぱら、正規の規制から逸脱したものともみられる。当該事実が報告される限りでは、この2件はドイツの市場支配的地位の「濫用」概念に、より密接に相応するものである。特殊な権利剥奪の権限（例えば、企業分割、営業譲渡命令など）を欠いていることが、独占力を有すると思われる事業者の権利剥奪を求めて、公正取引委員会が私的独占の禁止をより攻勢的に行使することが明らかにできなかったことの原因の一つであった。それで、1977年の改正は公正取引委員会に「独占的状态」にあるとされる事業者を規制する権限の付与を含んでいたのである。しかし、日本法の実務は、ドイツ法と異なるものではなかった。公正取引委員会は今日までいづれにせよ、独占状態を正すために行動したこと（当該措置を執ったこと）はないのである。一つの説明として、

日本の事業者はいずれも当該規定の要件を満たしたことがないからである、とされる。

以上の私的独占に対する John O. Haley の記述は、1996年の「日本医療食協会事件」までのものである。したがって、同事件以後の私的独占に対する公正取引委員会の取り組みについてのものではない。周知のように、私的独占と目される事案は次第に増えてきており、従来「手薄」とされてきた私的独占禁止の法理についても、近い将来、確固たる規準となるものが生まれるものと思われる。⁽¹⁶⁾

(2) 水平的制限

独占禁止法3条後段の禁止条項は、「事業者」が不当な取引制限に従事することを禁止し、同法2条6項の定義では、公共の利益に反して、一定の取引分野における競争を実質的に制限する「協調的行為（相互同調的行為）」による事業活動の相互拘束を含むものとされる。正式の協定が立証されることを必要としないが、公正取引委員会および裁判所が考えるところでは、少なくとも協定についての状況証拠が必要とされる。並行行為では十分ではない。定義（規定）が特に言及しているのは、対価の決定、生産および供給制限、技術、設備および顧客あるいはその他の取引相手に対する制限である。私的独占の場合と同様、違反があったときには刑事制裁に服する。不当な取引制限の禁止は、同法6条の国際協定および8条の事業者団体に適用がある。

改正GWB1条と比較すると、同条は、「競争事業者間の協定、事業者団体による決議およびその目的あるいは効果として競争の阻害、制限あるいは歪曲をもたらす協調的行為（相互同調的行為）」を禁止する。日独両者の規定の適用範囲における唯一重要な相違は、GWBが制限効果の確定に際して潜在的競争を明示的に含んでいることである。

(16) 私見として、拙著前掲書218頁以下参照。

日独反トラスト法比較

アメリカ反トラスト法を規準にしてみると、独占禁止法2条6項の文言は同法3条の禁止を水平的制限に限定するものではない。しかし、1953年の東京高裁「朝日新聞事件」判決では、「協調的行為（相互同調的行為）」という文言を、後に削除された4条で用いられていたものと同じように、競争者間の協定のみに適用されるものと解した。（この解釈に対する）疑問が再び提示されることが示唆されたにもかかわらず、公正取引委員会は、「協調的行為（相互同調的行為）」についてのこのような解釈を、その後のあらゆる3条に関する事案について踏襲した。他方、ドイツ連邦通常裁判所（連邦最高裁）は、早くからGWB1条について、製造者―卸売業者および小売業者間の契約を、問題となっている協定が製造者を潜在的競争者として排除している限りで、要件に含むものとみてきた。

以上の記述には誤解があるのではないか。少なくとも、公正取引委員会の近年の動きについての指摘ではない。同委員会は、1991年7月11日公表の「流通・取引慣行に関する独占禁止法上の指針（いわゆる流通ガイドライン）」の中で、独占禁止法2条6項に該当して3条後段違反となる例を掲げ、少なくとも「共同ボイコット」に関する限りは、不当な取引制限に該当する協定は純粋な「横の協定」である必要は必ずしもなく、「縦の協定」も含まれ得るとの解釈を採用したとも解される。そして、このガイドライン公表後の1993年12月14日東京高裁「社会保険庁シール談合事件」判決では、傍論ではあるが、不当な取引制限にいう共同行為の当事者を競争関係にある事業者に限定する必要はない旨を述べている。したがって、公正取引委員会も裁判所も、近年、不当な取引制限の当事者について、競争関係にある事業者に限定せず、取引関係にある事業者間においても不当な取引制限が成立することがあり得るとする点⁽¹⁷⁾では一致するに至っている。この点で、日本法もドイツ法と同じ方向に

(17) 根岸＝舟田前掲書138頁。

向かう可能性が出てきているといえよう。

(3) 垂直的制限と優越的市場地位の濫用

独占禁止法19条、6条および8条の不正な取引方法の禁止は、独占禁止法の牽引車となった。同法2条9項に定義されているように、不正な取引方法とは次の各号のいずれかに該当する行為で、公正な競争を阻害するおそれのあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう：

- 1号 不当な差別
- 2号 不当な対価
- 3号 不当に競争者の顧客を自己と取引するように誘引し、または強制すること
- 4号 相手方の事業活動を不当に拘束する条件をもって取引すること
- 5号 自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること、および
- 6号 国内において競争関係にある事業者または自己が株主もしくは役員である会社との取引に不当に干渉してその不利益となるよう行為すること

1953年、公正取引委員会は不正な取引方法の一般指定（1953年公正取引委員会告示11号）を告示し、続いて特定の事業分野のための29の指定（特殊指定）を告示した。1996年初め、公正取引委員会はあらゆる特定事業分野の指定を見直し、一部は廃止し一部は大幅に修正した。1953年の一般指定は、12の概括的に記された項目から成っており、ほぼ考えられる種類の反競争的な制限行為を対象としており、それには取引拒絶、価格差別、略奪的またはその他の不正な価格行為、顧客および供給制限（行為）、抱き合わせ契約および取引上の支配的地位の濫用が含まれていた。1982年4月、公正取引委員会は一般指定を改訂し、16項目に括

張した。1982年改訂の果たした主な成果は、1953年以來の公正取引委員會の審決を反映して、禁止される行為を幾分か明確にすることができたことである。しかしながら、実際に公正取引委員會の法執行対象となった行為類型は、はるかに限定されてきたのである。何よりもまず、その行為類型に含まれるのは、独占禁止法24条2項（現行23条）のもと許容される（適用除外とされる）再販売価格維持と排他的取引である。他に挙げられている行為は、潜在的な法の執行の対象となるにとどまっている。

1953年および1982年の一般指定の文言は何れも、種々の垂直的制限行為や濫用行為を含むGWBに固有のすべての禁止行為を概ね包含している。1982年一般指定11項、12項および13項（1953年一般指定の7項および8項）の対象とされる再販売価格維持、抱き合わせ契約、排他的取引および顧客制限は、GWB15条および18条のもと取り扱われる。同様に、1982年一般指定1項ないし10項（1953年一般指定1項ないし6項）は、現行GWB10条および21条（旧25条、26条）のもと禁止される取引拒絶、差別的行為およびその他の濫用に適用するのに十分である。1982年一般指定もまた、GWB19条（旧22条）の規定に相当する取引上の優越的地位の濫用を明示的に規制の対象とする項目（一般指定14項）を導入する際に、ドイツ法の影響を直接受けている。この分野における日本法とドイツ法との主な相違は、法の執行よりもむしろ適用範囲にある。一般指定の一般原則の幅の広さが、公正取引委員會と日本の裁判所に、法適用の際、ドイツよりも相当広い裁量の余地を認めているといえる。

この優越的地位の濫用に対する規制は、独占禁止法の1953年改正の際に「事業能力の不当な格差の是正」規定が削除され、合併規制等も緩和されたのを受けて、経済力の濫用を広く防止するために盛り込まれたものである（したがって、1982年の改正ではない）。GWB19条にいう「濫用禁止」は、事業者の「市場支配的地位の濫用禁止」であり、一般指定14項の「優越的地位の濫用禁止」は「取引上優越した地位の濫用禁

止」である。いわば「相対的意味」での市場支配的地位の濫用禁止といえよう。John O. Haley はGWB 19条に相当すると述べているが、一般指定14項はむしろGWB 20条にいう「市場で有力な地位を有する事業者」に対する規制に近く、⁽¹⁸⁾経済力の濫用に対する防止という考え方がGWB 19条に相当するといえる。

(4) 合併および集中規制

他の領域におけると同様、1949年改正法および1953年改正法は日本法の集中規制規定を弱体化したが、かかる改正法は当該規定を廃止はしなかった。1947年法は持株会社の完全な禁止を内容とする唯一の立法であった。公正取引委員会が会社による他の会社の株式取得を承認する要件、金融会社による株式取得の制限、役員兼任の制限そして、すべての合併に対する事前通知と承認の要件—これらは、一定の公益基準が充足されない限り、否定される。基本となる独占禁止法3条の私的独占の禁止を補完するこれらの規定は、持株会社の禁止を除き、ごくわずかに改正されたにとどまる。例えば、株式保有の制限は、禁止をもっぱら大企業に限定して適用させることで緩和され、金融会社の制限を（5%に対して）10%に引き上げることで緩和された。合併は事前承認に代えて、禁止手続を条件としたが、しかし規模にかかわらず、すべての会社合併と株式取得は、依然公正取引委員会に報告しなければならなかった。非常に重要な変化の中で、1949年改正は軸となる概念である「競争」から潜在的競争を排除した。さらに、合併はもはや、厳格に定義された公益基準を充足しない限り、認められなくなった。合併が阻止されるのは、「実質的な（現実の）競争の制限」を結果として生じさせた場合のみとされた。

(18) 「優越的地位の濫用禁止」がドイツの市場支配的事業者の濫用規制をモデルとしていたとの指摘については、今村成和『独占禁止法〔新版〕』（1978年）148頁参照。また、GWB 20条による規制については、拙著前掲書62頁以下参照。

日独反トラスト法比較

改正された日本法は依然として、GWBよりも適用範囲が広く強力であるとみられた。

法の制定当時、GWBには不当な集中を阻止するための有効な手段がなかった。唯一この規制領域に関するものは、旧23条と旧24条の開示要件であった。同条項のもとでは関係当事者は合併当局に通知する義務を有しており、同条項は広く資産の取得、株式の取得、ジョイントベンチャーおよび経営契約を含めて定義していた。当局の唯一の救済権限は、合併の結果として、結合事業者が市場支配的になった場合、公聴会を開催することだけであった。1973年改正によって初めて、連邦カルテル庁に不当な集中を禁止する権限が付与されたが、それでも、集中の度合いが特定の種類の商品・サービスにおける市場占拠率20%以上となった場合にのみであった。かかる市場占拠率が生じた際あるいは、参加事業者のいずれか一つが1万人以上の従業員を有し、または5億マルク以上の売上高または10億マルク超の資産を有する場合に、もっぱら、その旨の報告を要するというものであった。1999年に施行された1998年改正は、結合規制規定に相当の変更をした。改正後、39条が要求することは、結合の前の年に、参加事業者の合計の売上高が少なくとも10億マルク（2億7800万ドル）である場合に、連邦カルテル庁はすべての合併についての報告を受けなければならないということである。もっとも、若干の例外や修正がある（35条）。法の表面上、ドイツの開示要件は依然、日本のそれよりも相当に緩やかである。

1989年12月、ヨーロッパ共同体理事会による事業者間の集中規制規則採択の決定は、ヨーロッパ競争法に、ドイツその他の国内合併規制（結合規制）体制にとって重大な結果をもたらす、決定的な変化を示した。この規定はヨーロッパ委員会に「共同体規模」での結合に対する排他的な管轄権を付与している。この種の用語はさらに、結合に関する委員会の管轄権を、結合当事者が合わせて世界的規模での売上高を少なくとも50億ユーロ（50億ドル）有し、EC規模全体での売上高が2億5千万ユ

一口以上である場合にまで拡大して定義される。一つの結論として、ドイツ連邦カルテル庁による結合規制権限は、比較的小規模で純粋に「国内の」結合に限定されるということである。現行法35条3項のもとでは、ドイツの結合規制は、ヨーロッパ結合規制が適用される場合には、及ばない⁽¹⁹⁾とされる。

(5) エンフォースメント（独禁法の執行）：概要

過去50年に亘る日独の競争政策に相当精通している者なら誰でも、法文をみるに類似点が極端に限られており、不完全であることを即座に指摘することで、日本法の方がGWBよりも適用範囲が広いとする結論には、なにか反論されそうに思われる。實際上二つの法はどのように執行されてきたのかは、多くの者が認めるであろうように、重大な問題である。そして注意を払わなければならないことは、形式的執行の統計のみでは十分な指標とはならないということである。問われるべき問題は、どの程度二つの独占禁止体制がより一層の競争的経済に貢献してきたかである。その答えには次の分析が必要である。すなわち、二つの法体制、産業構造および新規参入、企業の競争心そして独占力獲得の機会に影響を及ぼす政府規制にみる双方の相違を考慮に入れる分析である。また、形式的執行のレベルでの相違は、法の領域を超えた社会的規制の役割と効果との関係での評価が必要である。

弱い法文言というよりもむしろ弱い執行力というのが、長い間、日本の競争政策における主な欠点であるとみられてきた。日独いずれにおいても誰も、二つの法律の一方のもとで反トラスト法の執行について徹底的な分析を行った者はおらず、いわんや体系的な比較をした者はいない。

以上のように John O. Haley は前置きし、以下、日独両国の法運用につき統計的分析を試みる。

(19) 拙著154頁以下参照。

日独反トラスト法比較

日独法の執行についての単純な統計的な比較は意味がない。上で示したように、まず二つの法律の法規定はいずれも同じではない。GWBの禁止規定の多くは、日本法では、19条（6条および8条も同様）の、より包括的な不正な取引方法の禁止のもとで扱われている。二つの法律の規定で最も密接な類似点を有すると思われる一つの例—GWB 1条および日本法3条、6条そして8条のカルテル契約および同調的行為の禁止—ですら、その適用範囲は、潜在的競争および垂直的協定に関して、異なるのである。さらに両国において、執行当局によって発表された統計というのは、法規定によって整理されたものであって、実際の違反内容による整理ではないのである。結局、正確な比較というものは不可能なのである。比喩的に言えばりんごのうちいくつかは、必然的に、オレンジと計上されるのである。

当局にとって利用可能な執行の制度もその政策も同じではない。日本の執行手順は、相当に法の手続要件を条件としている。さらに、執行当局は双方の制度において、多くの場合、勧告—警告あるいは、公表された統計には含まれないであろう申し立てられた違反行為の中止を求める措置という形の非公式の執行手段に訴えている。しかしながら、執行に関する統計をみると、いくつかの結論が示唆される。まず、ドイツ当局によって処理された事案が多数はつきりあるにもかかわらず、GWBの執行は、少なくとも連邦カルテル庁による執行は、日本法の執行よりもさほど多くないことがわかる—それは、とりわけ表2（本稿後掲TABLE 1.）に示されるように、（同一期間に限ってみると）違法なカルテルについてみられる。例えば、1958年と1996年の間に、連邦カルテル庁は総計4717件のGWB 1条に関する事案（協定と事業者団体の決定）と47件の同旧25条（1項）に関する事案（同調的行為）を扱った。しかしながら533件についてのみ、正式に違反の決定が宣告され、過料が徴収された。696件については、違反は中断し、手続は終了した。州カルテル庁はもっと多くの8190件を同1条と旧25条（1項）について取り上

げ、そのうちの3295件につき、違反が宣告され過料の支払いを命ぜられた正式の決定が下された。650件につき、違反行為の中断後手続が中止された。表2にみられるように、1978年、州当局は2559件について違反を認め過料を命じた。このような例外を除き—その他の年で最も数が高かったのは1988年の92件であった—、州当局は依然として連邦カルテル庁の扱う場合のほぼ2倍近く違反を認定し過料を課している。これとは対照的に、1958年と1996年の同じ時期に、日本の公正取引委員会は正式の勧告（審決）、同意（審決）を命じており、総計677件のうち、取引制限に関し独占禁止法3条につき270件、8条につき407件、正式審決を命じている。連邦カルテル庁のカルテル執行活動は、したがって、公正取引委員会のそれと匹敵するものであった。州当局によって扱われた事案は重要度が低いと云われ、仮にあったにせよ周辺市場を超える効果はないとされ、日本の公正取引委員会が日常、行政指導によって処理している一層典型的な種類の事案とみられる。

同様に示されているものが、カルテルの適用除外に関する数字である。ここでも、日本の機関は大幅に寛容な態度をしてきたように思われる最初の印象は、誤っている。真実は、1958年から1980年まで、日本法における適用除外カルテルの総計数は、ドイツのそれよりも相当に上回っている。1980年までの期間では、ドイツのいずれの年をみても、適用除外カルテルの最大数は282件であった。日本では、1958年3月以来、1966年に適用除外とされたカルテル数1079件をピークに、いずれの年をみても、その数は決して401件を下回ることはなかった。既に指摘したように、日本における適用除外カルテルの多くは、中小企業保護のための特別法のもと許可され、それは原始産業および関連産業、例えば漁業および化学肥料の分野においてであった。ドイツでもGWBのもと、農業その他の原始産業分野での適用除外がある。しかし、それらは許可されたカルテルというよりも、100条にいう適用範囲から除かれたものとして扱われる。輸出カルテルもGWBの適用範囲外とされてきており、したが

日独反トラスト法比較

って1980年まで算入されていなかった。つまり、かかるカルテルは統計には含まれていないのである。GWB旧5b条にいう中小企業を救済するための合理化カルテルの適用除外は、1973年までは盛り込まれていなかった。類似する中小企業のための共同購入カルテルは、1990年まで導入されなかった。

GWBのもとでの輸出カルテルの数と日本の輸出入取引法のもとでの輸出カルテルの適用除外の数との対比は、より複雑な要因の組み合わせを反映している。まず、日本の数字には、本来一つの取引であるものが複数のカルテルとして含まれているところが誤りである。例えば、ある特定の商品を対象とする一つの輸出カルテルは、メーカー間の協定事項であるかもしれないしあるいは、輸出業者および輸出事業者団体による決定事項であるかもしれず、それは、例えば、四つの別々の承認を要するもので、したがって統計上は、除外とされる輸出カルテルに掲げられる四つの別個のカルテルとして算入されるかもしれない。また、前述のように、1981年より前は、当事者が西ドイツ国内市場には影響はないと考えた輸出カルテルの当事者は、旧98条1項のもとGWBに服することはなく、したがって適用除外は必要ではなかった。しかしながら1980年、旧98条1項は改正され、その国内市場への影響にかかわらず、すべての輸出カルテル協定の届け出を必要とした。そして既述のように、1998年、この条項は削除された。他方、日本法は旧通産省の承認および公正取引委員会への届け出を、日本国内での影響にかかわらず、すべての輸出カルテルにつき必要とした。実際は、多くの日本の輸出カルテルは、日本国内には影響がなく、それゆえ1980年以前の西ドイツにおけるような届け出要件に服することはないだろうと考えられた。⁽²⁰⁾

ヨーロッパ競争法の影響もまた、ドイツと日本の適用除外カルテルの比較の際に考慮に入れるべきとされた。ヨーロッパ共同市場内での商品

(20) 輸出カルテルを含む対外経済に関する法規制全般の概要については、松下満雄『経済法概説 [第3版]』(2002年) 341頁以下参照。

の自由な移動に対する私的な協定やその他の民間事業者による制約を防止することは、ヨーロッパ競争政策の中で第一に強調されるところである。したがって、競争や加盟国間の商品の自由な流れを妨害するあらゆる市場分割協定やその他の競争制限は一かかると協定が加盟国の単一市場内に影響を及ぼすにせよそうでないにせよ、ヨーロッパ競争法の執行の範囲内である。ヨーロッパ市場はその大多数がドイツからの輸出を受けているので、多くの一般的な輸出カルテルはGWBのもとヨーロッパ法の禁止に服している。いかなる反トラスト監視機関も日本の適用除外を制限することはなかった。

少なくとも1970年代を通じて、日本の機関、特に旧通産省その他の経済官庁も明らかに、一般論として、ドイツの機関がしたよりも相当カルテルの形成を助長してきた。あるものは、また、輸出入カルテルの場合のように、届け出や旧通産省および他の官庁による審査を要する適用除外について、これらの官庁がカルテルを、ドイツの連邦カルテル庁や公正取引委員会が法基準を満たしているかどうか—輸出あるいは輸入カルテルの場合、そのカルテルが日本市場に影響を及ぼすかどうか—を決定しなければならないのと同様に、慎重に吟味したのかどうかを問うかもしれない。日本の機関がなぜより寛大な態度なのかは、輸出入カルテルを含めて、事業者の国内的規制の道具としてのカルテルの利用に関わりがあることを指摘した者はほとんどいない。

端的にいえば、外国為替に対する規制に加えて、政府による輸出入に対する監視は、日本の経済省庁に国内経済の規制における間接的な制裁として有益なめとむちを用意させた。日本の省庁は、事業者団体と協力して、資源管理の一手段として、公正に、自発的な輸出入カルテルを広範囲に亘って利用させ、(その一方で)事業者または事業者団体に制裁を課すことを控えた。さらに輸出カルテルはしばしば、外国政府とくにアメリカ政府からの圧力、つまり、不当廉売あるいは自動車の輸出にみられる自主的な輸出規制に対する圧力、に対する日本の反応を反映し

日独反トラスト法比較

た。他方ドイツ政府は日本ほど、この圧力には直面していなかった。

最後に、ドイツの場合、適用除外の承認または禁止に関する主要政府機関は、連邦カルテル庁またはある場合においては州の機関である。GWB 8条の緊急カルテルの場合においてのみ、連邦経済省が適用除外承認への権限を有する。他方日本では、公正取引委員会の役割は、ほとんどの場合、限定されてきた。法律が認めてきたのは、監視のための広範囲に及ぶ権限であるが、かかる形式的な法律上の権限は、実務においては一般的に幻想であった。より現実に合わせては、旧通産省その他の経済官庁によって許可されるすべての適用除外協定を公正取引委員会に届け出させる要件を、単なる記録維持装置とみなすことであった。法律が公正取引委員会の承認について規定する場合のみ、日本法はドイツ法に匹敵する。かかる制度手順の結果が適用除外の数の増加となっているのであれば、公正取引委員会または旧通産省が経済効果に関してそれだけ寛大であるかどうかは、さしたる違いはなかったかもしれない。しかしながら、岸内閣の、1958年独占禁止法改正の試みにみられたように、委員会は抑制的な影響力を行使した。前に述べたように、旧通産省のカルテル支援もその他の経済官庁のカルテル支援も、それ自体は適用除外を創設しなかった。手順は、公正取引委員会への報告を含み、法定要件に適合しなければならない。實際上、公正取引委員会委員との舞台裏交渉がしばしば行われ、とにかく、日本における競争を実質的に制限するおそれがあるという潜在的な世の反対意見を妨げてきた。1966年以来、許可された輸出カルテルの数が減少したことは、少なくとも部分的には、⁽²¹⁾公正取引委員会の説得を反映するものである。

(21) わが国に見る近年の動きとして、「平成9年の輸出入取引法改正により、輸出カルテルに対する独禁法の適用除外は、WTOのセーフガード・ルールを国内法化した関税定率法9条に基づきセーフガード協定（緊急関税制度）の実施を担保するためまたはWTOの非加盟国の一手買付等に対抗するためのものに限定されており、輸出カルテルが独禁法の適用除外を受ける余地はほとんどなくなっている。」根岸＝舟田前掲書150

1958年から1998年の間の連邦カルテル庁との比較で、公正取引委員会による執行の水準を正確に評価するためには、少なくとも内容において概略的に類似し、それぞれの執行機関による承認を同様に条件とする適用除外を審査することが必要である。独占禁止法のもとでの不況および合理化カルテルのための適用除外は、二つの最も重要なものである。これらはGWBのもとでの適用除外に相当するものである。ここでも、日本の経験は、ドイツのそれとあまり異なるものではない。

GWB 6条(旧4条)は連邦カルテル庁にカルテル協定を承認する権限を付与しているが、それは、「需要の持続的な変化に起因する販売不振の場合に……協定または決議が、(供給)能力を需要に計画的に適合させるために必要であり、かつ、その取り決めが公共の福祉に関する経済分野における競争条件を考慮に入れる場合である」。

本条のもとでのいわゆる構造危機あるいは不況カルテルが許されるが、日本法の(旧)24条の3のもとでの不況カルテルよりも条件の範囲は狭くなっている。後者は公正取引委員会による類似の承認を次のように規定する。すなわち、「特定の商品の需給が著しく均衡を失した場合に」、(1)「当該商品の価格がその平均生産費を下回り、当該事業者の相当部分の事業の継続が困難になるおそれがあり」、(2)「個々の事業者の合理化によってはかかる事態を克服することが困難であること」と規定する。

ドイツにおけるとは異なり、日本の不況カルテルは生産過剰の場合でも許容され得る。この違いが説明するところは、ドイツ連邦カルテル庁は6条のもとでの適用除外に関する6件の申請をいずれも否認したのに対し、日本の公正取引委員会は類似の事案で適用除外を極めて頻繁に認めてきた。しかし日本では、16件の適用除外不況カルテルが有効とされた1966年および9件のそれが有効とされた1972年を除き、いずれの単年度においても2件以上の不況カルテルが有効とされたことは、稀にしか

頁。また、WTOセーフガード協定の内容について、小室程夫『ゼミナール国際経済法』(2003年)401頁以下参照。

日独反トラスト法比較

なかった。さらに、その要件は旧通産省その他によっても、1958年、日本法のもとでの適用除外の範囲が広いことに鑑みて改正を求めた際には、かなり厳格なものであると考えられた。日本の公正取引委員会はドイツ連邦カルテル庁よりも相当に寛容であった。

GWB 5条(旧5条, 旧5 a条, 旧5 b条)は様々な種類の合理化カルテルを規定する。これと比較可能な適用除外は、日本法の旧24条の4のより包括的な規定に包含されている。言葉にみる若干の相違にもかかわらず、合理化による適用除外の範囲は、日本法の旧24条の4のより包括的な規定に非常に類似している。日本法の旧24条の4が、公正取引委員会の承認を条件として、適用除外とするものは、「生産業者による共同行為であって、……技術の向上、品質の改善、原価の引き下げ、能率の増進その他企業の合理化を遂行するため特に必要がある場合においてである」。しかしながら、公正取引委員会の承認(認可)が否定されるのは、その協定が(1)「需要者の利益を害し」、(2)「一般消費者および関連事業者の利益を害する」おそれがあり、(3)「不当に差別的であり」、(4)「不当に参加または脱退を制限し」、(5)「特定の品種の生産を不当に特定の事業者に集中する」場合である。

対照的にドイツ法は、一般的な合理化による適用除外について5条1項で、同様に、価格維持および共同購入・共同販売協定に関する、より特殊な適用除外について5条2項で規定する。1998年の改正は、旧5 a条のいわゆる専門化カルテルである一製品または役務の分業および旧5 b条の中小企業のための合理化カルテルを削除した。5条1項の一般規定が許可するカルテルとは、連邦カルテル庁の承認(認可)を条件に、「経済活動の合理化に寄与し……、それが実質的に、参加事業者の技術上、事業経営上または組織上の観点からの生産性の効率を向上させる適切な手段であり、かつそれによって需要の充足が改善されるカルテルである」。5条2項はより厳格な基準を価格維持または共同購入または共同販売協定のために設定し、その承認を合理化の目的が他の方法では達

成され得ない場合に制限している。専門化カルテルおよび旧5 b条の中小企業カルテルの基準は、緩やかであった。かかるカルテルは承認手続よりも届け出を条件としており、競争が実質的に害された場合にのみ否認される。日独二つの法律の他の規定との比較の際にみてきたように、日本法の文言は、適用除外の許容される制限をより狭く定義するよう読むことができる。再びわれわれにはエンフォースメント（法の執行）の問題が残される。

1952年から1974年にかけて毎年日本では、4から13件の合理化カルテルが実施されたのと比較して、GWB旧5条2項または旧5条3項のもとでの合理化カルテルは、連邦カルテル庁によってまったく許可されなかった。それでもやはり、非常に多くのカルテルが旧5 a条および旧5 b条のもとで形成された。

あらゆる警告を考慮に入れて、過去50年に及ぶ日本法とドイツ法における適用除外カルテルに関するデータをみると、驚くべき収斂性が認められる。ドイツ法のもと有効とされた適用除外カルテルの数が次第に増加してきていることがわかる。1990年までには、ドイツも日本と同じく多数の適用除外カルテルが実施されてきたのである。日本にとってのカルテル活動の頂点は、30年前に到達した。1971年から1973年の2年間を除き、「ニクソン」ショックに続いて、為替の固定相場制が終わりを告げ、1966年以来日本の適用除外カルテルの数はまったく劇的に、とりわけ1973年と1976年の間、OPECによる最初の石油（輸出）禁止（石油の通商制限）後、急速に下がった。今日、両国の（適用除外カルテルの）数は少ないが、1997年ドイツでは、形式的には日本の7倍の適用除外カルテルがあった。両国において、これらのカルテルは中小企業間の「合理化」のための協定となりがちである。相違はいずれも流通機構にみられそうである。日本の卸売市場はドイツにおけるそれよりも非常に広く、適用除外カルテルおよびカルテル類似の協定（例えば、協同組合）を条件としているように見える。この相違は地理的相違によってのみならず、

284 (284)

日独反トラスト法比較

ヨーロッパ共同市場および競争法の影響によっても説明することができる。日本と異なり、ドイツの卸売業者は、二つの理由（筆者註；John O. Haleyはこの理由について明示していない）からドイツの外からの競争を排除することができない。もしそうでなくて日本と同様であれば、近年の立法の動きは非常に重大なものとなってきている。ドイツでは1990年の改正が、新しい中小企業—購入カルテルの適用除外を導入した。

しかしながら、1998年にリベートカルテル、輸出入カルテルは削除された。日本もまた、輸出入カルテルを含む、あらゆる特別カルテルの適用除外の大多数を廃止したり大幅に修正する1998年の包括法のもと、劇的にこの方向で動いた。

前後関係と結論において注目すべき相違もあるが、類似する型の収斂性が、合併その他の企業統合形態に関しても、明白である。日本法は世界ではじめて合併前の報告と審査制を定め、すべての合併と資産の獲得を適用対象とした。他方、1973年以来ようやくGWBは報告と承認を要件とするようになった—しかし、これは重大な合併と統合に限られていた。前述のように、二つの法律のもとでの届出要件は、一連の広い範囲の企業統合契約を対象とする。さらに、既に指摘したように、1989年以来、ヨーロッパ連合に影響を及ぼすような大規模事業者間の合併その他の統合は、欧州委員会の専属管轄権に服してきた。

適用除外カルテルの場合におけるように、ドイツにおける大型合併の数は次第に増加してきている。日本では大型合併はごく稀にしか行われず、その数も比較的安定している。もっとも、経済状況に応じて小規模な変動は認められるが（図2（FIG. 2.）参照）。

二つの法律のもと担当機関が阻止した合併や企業統合の数に限って焦点を合わせてみると、一部の人々の中には、ドイツでの合併規制の方がより効果的であるとの結論に導くことがある。相当の政治的圧力が公正取引委員会に加えられた後、同意審決に至った富士・八幡製鉄合併事件を数え上げないのであれば、公正取引委員会によって禁止された合併は

まったくなくなってしまうわけである。対照的にドイツでは、1980年を通じて35の合併禁止事例があった。両国では、(合併につき)相当の交渉や非公式の調整が行われている。日本の機関は外見上、さほど厳格なようには思われない。

より正確な査定をもって、かかる見解に挑むことにする。日本の産業構造、企業組織そして社会的価値観が、あらゆる企業統合の形態をまったく異なるものにし、したがって同様に例外的なものにするのである。1980年代までは、ドイツ(であれば)当局に報告すべきであったような企業統合は、日本ではほとんど起こらなかったのである。公正取引委員会に報告された合併の最大規模のものですら、ほとんどGWBのもとの届出要件の対象とならないのである。日本の統計(図2(FIG. 2.)参照)は統合企業の総資本額に基づいている。ドイツでは、報告要件は年間売上高に基づいている。仮にあったにせよ、報告された日本企業はほとんど、GWB基準のもと届出を要することになるような総売上高(combined turnover)を有していなかった。例えば、1996年に少なくとも50億円(4150万ドル)の総資本額を有する統合企業となる、報告された日本の合併367件のうち、わずか103件が100億円(8300万ドル)を超える総資本額を有するにとどまる。このような合併を進める企業はほとんど、前年少なくとも5億マルク(かつて2億7800万ドル、現在10億ドル)の総売上高を有するというドイツの報告要件を充足していなかった。實際上1980年以来、日本の機関ですら重大であると考えた合併の数は50件を下回っている。

二つの要因が、日本における合併の発生率が比較的低いことの説明を容易にしてくれる。日独両国では中小企業は親族企業になる傾向があるが、日本では成人採用の普及が親族企業の継続を可能にさせている。したがって、創業者の死による親族企業の取得に向けてのインセンティブがより少ないといえる。大企業の場合には、日本の官僚機構にみられる共同体としての側面が、より顕著であるといえる。中途採用あるいは中

日独反トラスト法比較

途退社もない終身雇用制が安定と結束を創り出しているのである。日本の大企業は事実上、独特な企業文化によって特徴づけられた閉鎖社会となっている。結果として大企業の合併は、従業員の解雇または一時解雇によるコスト面の削減と同様、人員の有効な調整にとって恐るべき長期的な壁を伴うことになるのである。より規模の大きい事業者間での合併は、それゆえ、不況の場合を除き稀である。このような文化的、制度的相違が、なぜ合併はドイツにおけると同様日本でも競争政策にとって深刻な問題であることを述べてこなかったかについての説明の手助けとなる。

法文の文言、非公式の執行の程度、そして文脈上の相違を考慮に入れると、法の執行に関する統計は日独両国の実体的な相違を明かすものではない。反トラスト規制のいずれの分野においても、統計的な比較から日本が今日、反競争的な行為に対してより寛容であるとは判断されないのである。日独両国において、反トラストの執行は何よりもまず、価格の固定（再販行為）と競争者間での生産制限を阻止するために用いられてきたのである。両国いずれにおいても、反トラスト法はもっぱら、経済効率を高めるための競争的市場を確保する手段ではなかったのである。ドイツにおける反トラストと日本における反トラスト規制は、規模が大きく効率性でも優る競争相手から小規模で効率性で劣る事業者を保護するために活用されてきたのである。

カルテルの除外と合併に関して、日独の反トラスト法の相違について述べてきた。日本の規範はドイツの規範よりも周期的な必要性（循環的に起こる不況など）に多く対応してきた—その際、設備過剰または需要減少の期間中未承認の行為を阻止するためより精力的な法の執行に加えてより多くの適用除外が認められた。対照的にドイツでは、適用除外の数や合併の数は直線的に一貫して増えてきている。ドイツの適用除外カルテルの数は、図1（FIG. 1.）で示されたように、今や日本よりも多く、重大な企業統合の数も数倍も多い（図2（FIG. 2.）参照）。ドイツ

の経済構造は次第により硬直化してきているように見え、非競争的になってきているようである。「カルテルは不況の申し子」という正当化事由は、したがって今日、日本よりもドイツで用いられることはかなりなくなってきたようである。

5 むすびにかえて

以上、John O. Haley の記述に従って、日独反トラスト法の主要規定を中心に、その50年の歩みを概観してきた。本稿の「1はじめに」で述べたように、日独両国を取り巻く状況は異なるにせよ、独占禁止法（競争制限禁止法）の目指す方向は同じであるといえる。その中でドイツ法からの示唆となる点を以下取り上げて、本稿の締めくくりとする。

「垂直的制限と優越的市場地位の濫用」をみると、垂直的制限とは、いわゆる再販売価格維持行為（価格拘束）がその典型であり、市場支配的地位を有する事業者がその地位を維持する手段として用いられることがある。日本でも、野田醤油（キッコーマン）事件がその範疇に入るものであった。⁽²²⁾

ドイツ競争制限禁止法にみる「濫用」行為というのは、日本法の不公正な取引方法にほぼ相当するものといえる。要は、かかる行為の実施に市場支配力を背景とするかないかの違いにとどまるといえる。日本の場合、これまで多くは、この市場支配力の存在をあまり問題とせず、「私的独占」の問題とすることを避けてきた嫌いがある。独占禁止法の運用としては文字通りの「独占的地位」は必要ではなく、自分の競争相手との関係で、その市場において優越する地位を有していれば、「(相対的な意味での)市場支配力の濫用」と解することができるといえる。このようにとらえることができれば、「私的独占」としての規制はもっと容易になるものと考ええる。

(22) 拙著前掲書211頁参照。

日独反トラスト法比較

また「不当廉売」についても、原価を下回る販売行為について、それを可能にするのは、市場においてある程度の影響力（市場支配力）を有していることが前提となるとみるわけである。したがって、ドイツにみる事業者の有する（絶対的なあるいは相対的な）市場支配的地位の認定方法は、わが国においても有用な方法であると考えられる。

「エンフォースメント（法の執行）」では、市場支配的地位濫用規制の中でのドイツ連邦カルテル庁の価格引き下げ命令が特異である。種々批判されているように、競争的価格の擬制を行う点が問題であり、わが国ではかかる価格の設定を前提とした法の運用は困難であろう。他方、日本でのカルテル規制に関しては、監督官庁を中心に「行政指導」が一般化していることが特徴的である⁽²³⁾。

総じて、単純な日独の比較はできないとしつつ、現行法上、適用除外規定を廃止した日本法の方が厳格であるような印象を受ける。統計的な比較を試みた文献はあまりないので、John O. Haley の指摘は貴重なものといえる。そして、John O. Haley の指摘の背景には、当然のことながらアメリカ反トラスト法の存在がある。日独それぞれの反トラスト法の歩みには違いがあるにせよ、日独ともにアメリカ反トラスト法をモデルにそれぞれ独占禁止法（反トラスト法）を制定したわけである。ならば、筆者にとっての次の課題は、ドイツとアメリカにみられる反トラスト法における方法論や政策論の相違である。日本と違ってドイツは、ドイツ人の手で反トラスト法を制定しようとしたいきさつがあるからである⁽²⁴⁾。ドイツ的な政治思想・経済思想の問題にも連なるが、取り組むに十分値する課題であると思われる。

(23) 日本の行政指導に関するドイツ人からの研究として、vgl. W. Pape, *Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan*, Köln, u. a., 1980.

(24) さしあたりその材料を与えてくれる文献として、J. Maxeiner, *Policy and Methods in German and American Antitrust Law*, New York, 1986.

TABLE 1. Formal FCO and FTC Enforcement Actions against Horizontal Restraints of Competition 1948-1996 (GWB §§1 and 25 [1]; AML arts. 3 [latter part] and art. 8)

Year	FCO* (Land <i>Authorities</i>)	FTC**
1948	NA	2
	NA	25
1952	NA	5
1954	NA	1 (1)
1956	NA	3 (2)
1958	0 (37)	2 (2)
1960	0 (23)	1 (1)
1962	0 (4)	10 (10)
1964	0 (0)	29 (20)
1966	2 (1)	15 (15)
1968	2 (1)	28 (22)
1970	1 (12)	43 (40)
1972	2 (21)	21 (11)
1974	7 (6)	42 (11)
1976	28 (34)	20 (6)
1978	7 (2,559)	3 (2)
1979/80	44 (123)	12 (8)
1982	5 (36)	12 (7)
1984	4 (50)	9 (5)
1986	1 (19)	4 (1)
1988	9 (92)	5 (0)
1990	9 (34)	11 (7)
1992	1 (72)	34 (11)
1994	3 (15)	21 (14)
1996	4 (37)	23 (8)

SOURCES: FCO Annual Reports, 1958-96; FTC Annual Report (1997), Appendix, pp. 40-41.

* Figures for Germany represent only final fine decisions. Numbers in parentheses are *Land* decisions.

** Figures for Japan include all formal decisions (recommendation, consent, and contested). Numbers in parentheses are trade association violations of article 8.

日独反トラスト法比較

Fig. 1. Exempt Cartels under Japanese Law, 1953-96 and German Law, 1958-96
(SOURCE: FCO and FTC Annual Reports 1950-97)

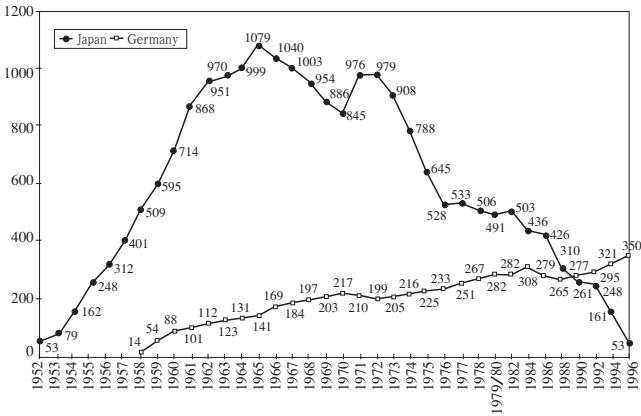
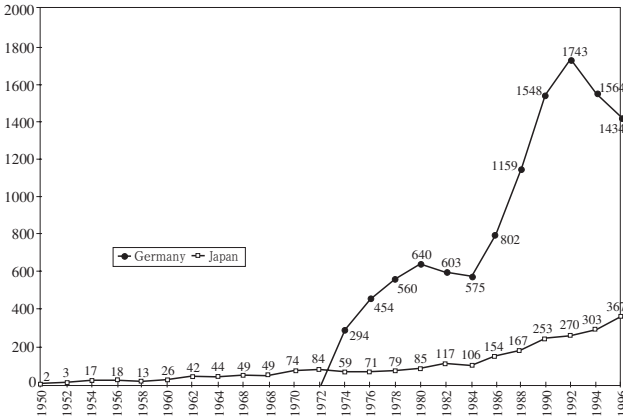


Fig. 2. Mergers and Acquisitions Reported to the Federal Cartel Office and the Fair Trade Commission, 1950-96



Germany: Total number of proposed consolidations reported for review (limited under GWB §23 to enterprises with a combined annual turnover during the year preceding the proposed consolidation of at least 500 million DM [U.S.\$278 million])

Japan: Included here are the number of reports for mergers that resulted in consolidated enterprises with a capitalization of at least 5 billion yen (U.S.\$41.5 million)

SOURCES: FCO Annual Report (1997), p. 156; *Fifty-Year History*, vol. 2, pp. 400-3.