

ドイツ競争制限禁止法第六次改正

— 競争法のハーモナイゼーションの一断面 —

和田 健夫

はじめに

本稿は1998年5月に成立し、1999年1月1日から施行されているドイツの競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB) の第六次改正を紹介し、若干の検討を行うものである。同法は、1957年に制定されて以来、五回の改正を受け、その度に規制が強化されてきた。今回の改正の目的として、①競争原理の強化、②ドイツ法の EC 競争法 (独禁法) とのハーモナイゼーション、③過去五度の改正により複雑化し、錯綜するに至った条文の再構成及び簡素化、の三点が挙げられているが¹⁾、最大の特徴は、上記②、すなわち、国内競争法を EC 競争法に近づかせ (ヨーロッパ化: Euro-päisierung)、すでに他の加盟諸国において進行している同様の動きとあいまって、EC 域内における競争法のハーモナイゼーションに寄与することにあつた。本稿は、この点を中心に競争制限禁止法第六次改正を検討する²⁾。

- 1) 競争制限禁止法第六次改正に関する連邦政府草案及び理由書, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Begründung der Bundesregierung (以下, Begründung), BT-Drucksache 13/9720, S. 30
- 2) 同改正を紹介する邦語文献として、馬淵博「ドイツ競争制限禁止法第6次改正について」公正取引581号39頁が、本稿と同様な視点からの研究として、朝田良作「EC競争法への適合化とドイツ競争制限禁止法」島大法学42巻1号51頁、杉浦市郎「ドイツ競争制限禁止法第6次改正について - EU競争法への平準化を巡る議論を中心として -」正田彬先生古稀祝賀記念論文集・独占禁止法と競争政策の理論と展開、1999年、348頁以下がある。

I ヨーロッパ化をめぐる議論

1. EC 競争法と国内競争法

地域的な国際組織である EC においては、EC 域内全体の競争秩序の維持を目的とするいわゆる EC 競争法 (EC 設立条約81条, 82条, 企業結合規則, 各種の規則) と加盟各国が有する競争法 (以下「国内競争法」とが並存している。EC 法が適用されるのは、問題の行為が「加盟国間の通商を阻害するおそれ」(EC 設立条約81条1項, 82条)がある場合、および一定規模以上の企業結合の場合³⁾ (企業結合規則1条2項) であり、国内競争法は、それ以外の、競争制限効果が国内にとどまる場合を管轄し、いわば棲み分けができています。しかし、加盟国間の通商阻害条項は広く解釈される傾向にあり、また、インフレ等により結合企業の売上額は増大しているから、EC 競争法の管轄領域は拡大しつつある。

加盟国の競争法は、自国内の競争秩序維持という固有の目的・課題をもって、いるから、具体的な執行のレベルでは、EC 競争法と国内競争法の競合問題が生じる。判例は EC 法優先の原則を示している。すなわち、国内競争法の適用が認められるのは、「共同体法及びそれを実施するためにとられた措置を完全にかつ統一的に適用する」ことを妨げない限りにおいてである⁴⁾。したがって、国内競争法が適用されるのは、EC 競争法によって違反とされた行為に、さらに国内競争法を適用し違反とする場合や、EC 競争法上規制されていない、あるいは EC 委員会が具体的な措置をとらない行為に国内競争法を適用し違反とする場合である。たとえば、国内法が、EC 競争法が規制対象としていない行

3) いわゆる EC 規模の企業結合である。すなわち、①当該事業者の全世界における年間売上高が50億 ECU 超、②当該事業者の少なくとも2名のそれぞれの共同体内における年間売上高の合計が2億5000万 ECU 超、③当該事業者のそれぞれが、共同体内での売上のうち3分の2超を同一加盟国で得ていない、の三要件を満たす企業結合である。

4) Case 14/68 Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, [1969] ECR I (カルテルに対する EC 法とドイツ法の適用の競合が問題になった事件)。

為類型を規制している場合とか、規制が可能であるにもかかわらず、何らかの理由で委員会が権限を発動しない場合である。

他方で、EC競争法は、加盟国内においても法律として効力をもつから、加盟国の執行機関や裁判所がEC競争法を執行することが可能である。すなわち、EC委員会がネガティブ・クリアランス（不問証明）、排除措置命令又は個別の適用免除を行わない場合には、加盟国の執行機関は、EC設立条約81条1項（競争制限的協定の禁止）および82条（市場支配的地位の濫用禁止）を適用する権限を有する（理事会規則17号9条3項。ドイツ競争制限禁止法50条はこれを受けて連邦カルテル庁にEC競争法の執行権限を与えている）。ただし、設立条約81条1項・82条違反行為に対する過料手続、同81条3項による個別の適用免除、及び企業結合規則（理事会規則4064号）の適用に関する権限はEC委員会に排他的に帰属する。前述したようにEC競争法の適用領域が広がるにともない、EC委員会の負担も増大していることから、競争制限効果が主として加盟国に止まっているケースについては、加盟国の執行機関にEC競争法の執行を委ねようとする動き—法執行の非集中化（Dezentralisierung）がある。また、EC競争法違反に関する私訴（加盟国の裁判所に管轄権がある）を奨励することによって、同法の域内における実効性を高める政策がとられている⁵⁾。

2. 競争法のハーモナイゼーション

ECは、元来、加盟国全体に共同市場を形成し、そこでの自由な取引を実現することを課題の一つとしている（EC設立条約3条1項g）。そのために、設立条約は、競争のルールに関する規定を設け（同81～86条）、共同市場における競争秩序の維持をはかろうとしている。しかし、競争原理に関する考え方や市場経済の仕組み・機能は、その国の文化的伝統、社会構造、経済の発展状況、政治の潮流等に影響を受けることがあり一様ではない。EC全体で一つの競争

5) EC委員会告示93/C39/05「私訴の奨励を目的としたEC競争法適用に係るEC委員会と加盟国裁判所との協力に関する告示」（1993年）。詳細は、村上政博・EC競争法（1995）49頁以下参照。

法規を運用するのではなく、各国が独自に競争法を制定することを許しているのは、そのような現実の反映でもあったと考えられる。しかし、EC競争法と各加盟国の国内法の並存、加盟国間での不統一な競争法の存在は、ECの課題実現にとっては大きな障害となりうる。EC域内において統一的な競争法を実現するためのハーモナイゼーションの必要性がここに生じる。

そこで、どのような方法、過程によってこの課題を実現するかであるが、加盟国の国内競争法を廃止してEC競争法に一本化することは、前述した事情から、またEC競争法自体が必ずしも完結したものではなく、未だ発展途上にある事実は否めないことから、到底不可能と思われる。したがって、現在ECにおいて議論されているように、EC競争法と国内法の並存を認めた上で、加盟諸国の競争法をできるだけハーモナイズするという方法をとることになるであろう。ところで、EC設立条約は、加盟諸国の国内法規の平準化 (Angleichung) を図ることを課題の一つに揚げ (同3条h)、そのために、加盟国に対し指令を発し、措置・勧告を講ずる権限をECに与えている (同94~97条)。しかし、ECは、この権限を行使してまでハーモナイゼーションを行う (いわゆる「上からのハーモナイゼーション」) 意図はないようである。おそらく、実際問題としてそれには大きな困難が伴うであろう。より説得的な理由は、最近加盟国間で (ギリシャ、イタリア、ポルトガル、スペイン等)、自国の競争法をEC競争法と調和させるような法改正を行う動きが出てきたことである⁶⁾。いわばEC競争法を媒介とした平準化であり、加盟国に自主性があるため (いわゆる「下からのハーモナイゼーション」)、目標達成には時間がかかり、その内容が最適なものになる保障はないが、ECはこの流れを無視することができなくなっているといわれている⁷⁾。

6) 詳細は、Dreher, *Gemeinsamer Europäischer Markt - einheitliche Wettbewerbsordnung?*, in: FIW (Hersg.), *Umbruch der Wettbewerbsordnung in Europa*, 1995, S.1ff.; ders., *Kartellrechtsvielfalt oder Kartellrechtseinheit in Europa?*, AG 1993, 437ff.

7) Bunte, *Ein Votum für eine 6. GWB-Novelle*, WuW 1994, 5ff.; Dreher, *Das deutsche Kartellrecht vor der Europäisierung*, WuW 1995, 881ff.

3. ドイツにおける議論

今回の改正は、以上のような状況のもとで行われた。他の加盟国に追随し、EC競争法との調和をはかることには消極的であった連邦政府は、1993年頃からその方向を示唆するようになり、1996年に連邦経済省が改正素案を公表するに至り、改正の是非をめぐる議論が活発になった⁸⁾。以下では、議論の整理のために慎重論・反対論と推進論にわけてそれぞれの論拠を紹介する。

(1) 慎重論、反対論

EC競争法とほぼ同じころ国内競争法を制定し、長い運用経験をもち、ECの実務にも少なからず影響を与えてきたドイツでは、当然のことながら、自国法をEC法に合せることには抵抗があった⁹⁾。

まず、それによってドイツ法の独自性や、そのもとで蓄積されてきた運用経験が失われることに対する懸念がある。EC競争法よりも優れているとドイツ人が感じている点—たとえば、水平的競争制限と垂直的競争制限について行為類型・違法要件を別にして規制していること—を放棄すべきでなく、ドイツ法の改正は、メリットがある場合にのみなされるべきであるとされる。とりわけ、しばしば指摘されることに、EC競争法とドイツ競争法の競争観の相違がある。すなわち、ドイツ法は個人の行為の自由の保護を中心に競争をとらえ、法の体系もこのような考え方に従って構成されている。ドイツ競争法が目指しているのは、したがって、一定の市場成果の実現や全体経済的な目的の達成ではなく、制限からの経済的活動の自由の保護である。ただし、例外的にカルテルや企業結合において、全体経済的な目的を考慮する可能性を認めているが、その場合でも、特別規定が定める要件・手続に従って行われる（管轄も連邦カルテル庁

8) この間の事情は、朝田前掲論文(注2)、杉浦前掲論文(注2)に詳しい。

9) 公の組織も慎重論を表明している。Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft, WuW 1996, 812; Monopolkommission, XI Hauptgutachten 1994/1995, Wettbewerbspolitik in Zeichen des Umbruchs, 1996, S.388ff. 連邦カルテル庁が法律学・経済学の研究者を招いて開催するカルテル法研究会(Arbeitskreis)の1994年大会でもこの問題が取り扱われ、種々の意見が出された。その報告について、WuW 1995, 474ff. 慎重論・反対論の論拠の整理は、BunteおよびDreher前掲論文(注7)に示されている。

ではなく、連邦経済省)。これに対し、ECの場合、「域内市場における競争を歪曲から保護すること」が課題とされているが（EC設立条約3条g）、それはECが負っている様々な経済的及び社会的課題・政策のなかの一つであって、とりわけ、マーストリヒト条約により、新たに「ヨーロッパ産業の競争力の強化」（EC設立条約3条1）が追加されたことから、競争政策には時として、このような政策との調和が求められることがある。EC競争法の解釈も、それによって影響を受けるであろう。ここには、競争のみでは好ましい市場成果を達成できないというEC競争法における競争観がみられる¹⁰⁾。したがって、このような法との調和は、ドイツ法が従来維持してきた競争原理の貫徹という意味での規制レベルの低下をもたらすおそれがあるというのである。また、表現だけを統一しても、国によって法秩序、法文化、競争観が異なるから法運用までが統一されるとは限らないという意見もある。

第二に、域内で競争法をハーモナイズするという側面においても、その方法論に対する批判がある。しばしば主張されるのが、経済学的発想に基づく「競争秩序の競争論」である。この理論の基本的な発想は、域内のハーモナイゼーションは、各国が自国の事情に配慮した競争法・競争政策を追及し、経験を積むことのなかから、自ずと最良のシステムが生まれ、各国の法体系がそれに収斂するという方法によって行うべきであるというものである¹¹⁾。この見解によれば、上からハーモナイゼーションを強制したり、性急にEC競争法との調和をはかる必要はないことになる。また、仮に、EC競争法を媒介として域内のハーモナイゼーションを行うとしても、EC競争法が媒介項（あるいはモデル）として適切であるかどうかという問題がある。慎重論・反対論は、EC

10) Möschel, Anpassung des GWB an das europäische Wettbewerbsrecht, EuZW, 1995, 817, 818; Hossenfelder/Müller/Parlasca, Das Kartellverbot und seine Ausnahmen, ZHR 160 (1996), 1ff.

11) 競争法のハーモナイゼーションにおいてよく知られた見解である。たとえば、First, Theories of Harmonization: A Cautionary Tale; Ullrich, International Harmonization of Competition Law: Making Diversity a Workable Concept. 両論文とも、Ullrich (ed.), Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law, 1998に所収されている。

競争法の前述のような性格や、多くの二次法規が次々と制定・改正され、未だ解釈の定まっていない部分があることから、疑問を呈する。

第三に、ECの行動原則である補完性の原則（Subsidiaritätsprinzip）との関係がある。EC設立条約5条によれば、共同体は、設立条約によって与えられた権限と目標の範囲内で行動し（同1項）、共同体が排他的な管轄権を持たない事項（管轄権が競合している事項）に関しては、採用しようとしている措置の目標が、加盟国のレベルでは十分に達成されず、かつその範囲又は効果の点から共同体レベルで行った方がより良く達成できる場合に限りで行動する（同2項）。推進論は、国内法のヨーロッパ化により、EC競争法の執行の非集中化が容易になり、補完性の原則がさらに推進されることを利点として挙げていた。しかし、慎重論・反対論の立場からは、国内法をヨーロッパ化するのではなく、補完性の原則に従ったEC競争法の運用をすべきであるとされる。理事會規則が設立条約81条3項による適用免除をECの排他的管轄としていること、非公式な手続に頼るその運用が法的安定性あるいは透明性を欠いていることを問題とし、加盟国にも同項の執行権限を与えることが先決であるとする。

(2) 推進論

上記の反対論に対しハーモナイゼーションを推進する側の諸論拠には次のようなものがある¹²⁾。

現在進めようとしているのは、「下からのハーモナイゼーション」である。この場合には、各国に自主性があり、自国の特殊事情を考慮することを妨げない。自国の競争法をEC競争法と完全に一致させる必要は全くなく、各国が有益と考える部分のみを取り入れることが許される。「下からのハーモナイゼーション」は部分的調和である。したがって、それによって規制基準が低下することもありえない。

ECは共同市場を保障するが、そのためには、競争と機会の平等が前提条件である。EC設立条約は、それゆえ、「自由な競争をとまなう開かれた市場経

12) 前掲注7の文献、朝田前掲論文（注2）などを参照。

済の原則」(同4条1項)を尊重することを要求している。しかし、それは、異なる競争秩序、異なる内容の競争法のもとでは実現することが困難である。

ドイツ法は個別的な規定が多く条文が難解・複雑である。しかし、競争法の場合は、経済の種々の状況や新しい問題に対応できる一般条項を利用すべきである。その点でEC法の方が優れている。

異なる内容をもつ国内法とEC法が存在し、並行して適用されることは事業者にとっても規制側にとっても非効率である

補完性の原則はECと加盟国の管轄権が競合する場合のECの活動を制限する原理である。もし、ECが指令等を発して「上からのハーモナイゼーション」を行うのであれば、この原則との適合性が問題となるが、ECにはその意図がないのであるから、議論の前提がない。加盟国が自らの意思でEC法との調和を図ることとは関係ない。

II 改正の概観

そこで、次に第六次改正の内容を概観してみよう。

1. 競争制限的協定

(1) カルテル協定の禁止(1条)

EC法では採用されていない水平的協定と垂直的協定を分けて規制する従来の方法は維持されることになった¹³⁾。その他の点では、EC設立法81条1項

13) 旧法では、水平的競争制限は、適用除外の可能性を残して原則的に禁止し、垂直的競争制限については、再販売価格の拘束以外は、市場における競争への影響が認められる場合に規制するという手法をとっていた。両者は競争制限の性格・効果が異なるため、それぞれ別個の要件によって規制することが妥当とされる(Möschel, a. a. O. Fn. 10, S. 820)。EC競争法が水平的競争制限と垂直的競争制限を区別していないのは、とくにEC設立条約の基本的な目的—関税障壁の撤廃—が私的な競争制限(たとえば地域保護)によって侵害されることを防止するためであるが、ドイツ法の場合は、そのような共同体の域内市場原則に由来する目標をもたないため、事情が異なることが理由とされている(Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.31)。

とほぼ同じ内容の規定に修正された。「カルテル契約・決議」を無効と定めるにすぎなかった旧1条は、「協定、決議、および相互協調的行動」を直接に禁止する内容の規定に改められた。過料によるサンクションは、旧法では、契約が無効であるにもかかわらずそれを「無視 (hinwegsetzen)」した場合、すなわちカルテル契約を実施した場合、にはじめて科せられたが、今後は協定・協調的行動それ自体に対して科せられることになる。また、禁止される協定等は、競争の妨害、制限又は歪曲を「目的とし、又はその結果をもたらす」場合であることが明示されているため、旧法時代に、契約の内容と競争制限の関係に関して起った議論 (対象説, 目的説, 結果説の対立)¹⁴⁾は解消された。

届出・異議手続・許可の方法によるカルテルの形態別適用免除、及び競争政策以外の理由による例外的適用免除 (経済大臣カルテル) の制度は維持される (2~8条)。ただし、現在ほとんど機能していない輸出入カルテル及びリベートカルテルの適用免除は廃止され、特別な手続なしに免除される共同購入カルテルには届出が義務づけられた。そして、新たな適用免除カルテル (「その他のカルテル」) が導入された (7条)。新7条の文言は、EC設立条約81条3項に依拠しているため、一読すると、適用免除の一般条項のようにみえる。しかし、2~6条に規定されている形態のカルテルは、あくまでこれらの規定に従って適用免除の成否が判断されることになっている。7条は、それ以外のタイプのカルテル (技術の共同開発、環境保護のための自主規制等) の適用免除を認めるための規定である。その限りで、適用免除のミニ一般条項といえなくもない¹⁵⁾。ドイツでは、包装容器のリサイクル事業のための共同行為を適用免除する規定がこれまでになく、実際に違法とされたケースが発生していたた

14) 詳細は、和田健夫「戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷 (二)」北大法学論集32巻1号179頁以下参照。

15) 新7条は、EC設立条約81条3項に依拠しているが、同項の適用免除要件の一つである「技術的又は経済的発展の促進」という要件は取り入れなかった。これは、7条によって産業政策あるいは公共の利益に対する配慮の道が開かれるという誤解を取り除くためだとされている (Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.33)。従って、経済大臣カルテル (8条) のようなカルテルも7条の対象外ということになる。

め¹⁶⁾、この種の問題を立法的に解決する意味もある。

(2) 競争制限的協定－垂直的協定の禁止

ほとんど旧法のままである。改正点は以下のとおり。価格・取引条件の拘束(14条)及びライセンス契約(17条)を、1条の場合と同様に、無効規定から禁止規定に変更する。ライセンス契約の禁止内容を、ECのライセンス規則(委員会規則240号)及び技術移転契約の類型的適用免除規則のそれに合せて修正する。ライセンス契約は国境を越えて締結されるため、ほとんどEC競争法の対象となり、ドイツ法が適用範囲は極めて限られたものになっていた。

2. 経済力濫用の禁止

市場支配的地位の濫用(19条1項)が禁止規定に改められた。旧法のもとでは、市場支配的地位の濫用は直接禁止されていたわけではなく、カルテル官庁が濫用と認めた場合に行為を差止め、又は契約の無効を宣言することを認めていたにすぎず(いわゆる「濫用監視」)、過料や損害賠償等のサンクションは、カルテル官庁のこの処分を待ってはじめて発動可能であった。従来からこの点は問題とされていたが、改正を機会に、対応する規定であるEC設立条約82条に合せて、市場支配的地位の濫用を直接禁止することになった。

その他に、市場支配的地位の判断の考慮事項のなかに「本法の適用領域内又は適用領域外に活動拠点をもつ事業者による事実上の又は潜在的な競争」が追加された(19条2項1号)¹⁷⁾。また、濫用行為の例示規定のなかに、市場支配的事業者が有する「ネットワーク又はその他のインフラストラクチャー施設」

16) 沢田克己「ドイツ競争制限禁止法と環境保護カルテル」法政理論31巻2号132頁以下参照。

17) 外国からの競争を市場支配的地位の判断の考慮事項としたのは、ECの企業結合規則2条1項a号にならったものであり、とくに企業結合規制を念頭に置いた措置である。ドイツにおいても、連邦カルテル庁はすでに、企業結合規制において、市場支配的地位の成立・強化の判断の際に、経済的に関連のある内外の市場での競争関係を考慮するという実務をとってきたところであり、これは連邦通常裁判所(BGH)によっても認められている。従って改正は、この実務に対応した措置でもある(Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.38)。

を「他の事業者が利用できなければ、法律上又は事実上、競争者として活動することが不可能な」場合に、当該他の事業者に「適切な対価でアクセスを提供することを拒否すること」が追加された(19条4項4号)。いわゆる不可欠施設(wesentliche Einrichtungen; essential facilities)の法理の導入である¹⁸⁾。独占、実質的競争の欠如(19条2項1文1号)、卓越した市場地位(同2号)、複数の寡占企業による市場支配的地位(同2文)という多段階の市場支配的地位に関する規定及び市場支配的地位の推定規定(19条3項)は、これまでどおり維持されている。

ドイツ法が独自に行ってきたものであって、中小企業保護の性格をもつ相対的な市場力の濫用の規制、すなわち差別・妨害行為の禁止も維持され、さらに強化された(20条)。まず、いわゆる水平的妨害行為に、原価を下回る対価での、正当な理由のない継続的販売行為が含まれることが明示された(20条4項2文)¹⁹⁾。また、20条違反の申告を容易にするための手続の整備がなされた。カ

- 18) この改正はわが国でも注目されたところである。essential facilitiesの法理は、アメリカ反トラスト法の判例理論として形成され、EC競争法(EC設立条約82条)の解釈にも導入されるに至っている(たとえば、Bunte, 6. GWB- Novelle und Missbrauch wegen Verweigerung des Zugang zu einer "wesentlichen Einrichtung" WuW 1997, 302ff, 根岸哲『『エセンシャル・ファシリティ』の理論とEC競争法』正田彬先生古稀祝賀記念論文集・独占禁止法と競争政策の理論と展開, 1999年, 303頁以下)。今回の改正はそれに合せたものとされている(Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.36)。不可欠施設へのアクセスの拒否の規制は、ドイツでは、電気通信事業法(Telekommunikationsgesetz)や、一般鉄道事業法(Allgemeines Eisenbahngesetz)などの事業法においても行われている(電気通信事業法33条以下, 一般鉄道事業法14条)。競争制限禁止法19条とこれらの規定が競合することになるが、法案理由によれば、この場合には、事業法による規制が優先する(Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.36)。
- 19) 中小規模の競争者と比較して優越した市場力を有する事業者による不当な原価以下販売の規制は、とくに中小の小売業者団体から繰り返し要求されてきた。第五次法改正によって水平的妨害行為の禁止(旧法26条4項)が導入された時、立法者は、不当な原価以下販売行為が規制対象になることを認めており、多くの論者の意見も一致していた。理由書によれば、連邦政府は、その後の種々の議論を考慮して、このような行為の規制は、旧法のような水平的妨害行為の禁止の一般条項ではなく、妨害の内容を特定した規定によってより適切に達成されるとの結論に達したと説明されている(Begründung, BT-Drucksache 13/9720, S.37)。しかし、理由書は、他方で、価格決定の自由は十分尊重されなければならないことを

ルテル庁での手続及び抗告手続における申告者の匿名性の確保（54条1項，70条4項）がそれである。

3. бойコットの禁止，その他の競争制限的行為の禁止

このカテゴリーに属する諸規定も EC 競争法にはないドイツ独自の行為規制である。勧奨行為（Empfehlung）の規制が整備された点が注目に値する。競争制限禁止法で規定されている禁止又はカルテル官庁の発した処分を，一致した行為によって回避（Umgehung）することを求める勧奨は，旧法では単なる秩序違反行為にすぎなかったが，今回の改正によって，禁止の対象となる競争制限的行為のカテゴリーに加えられることになった（22条。違反した場合には過料が科せられる）。また，旧法の場合は勧奨を受けた事業者がそれを実行することが必要であったが，新法のもとでは，禁止の回避を目的とする場合でも違法となる。

その他の競争制限的行為，①ボイコット，②カルテル・再販等の禁止行為を達成するための不利益による威嚇又は利益の供与，③合法的なカルテル・企業結合等への参加の強制，④カルテル庁に訴えたことを理由とする経済制裁，の諸規定は旧規定のままである（21条1～4項）。ただし，④は旧法では秩序違反行為として規制されていたものである。

4. 企業結合の規制

企業結合規制では，EC 企業結合規則（理事会規則4064号）の手続を取り入れたことが大きな改正点である。企業結合規制は，事前届出制による事前規制になり，さらに手続における透明性を高めるために，予備審査と本審査の二段階審査が採用された（39，40条）。事後規制と事前規制の組み合わさった旧法の手続には従来批判があったところであり，立法者は，この点では，EC 競争法の手続の利点を認めたものと思われる。

強調している。学説のなかには，限定的に運用する必要を指摘するものもある（Emmerich, Kartellrecht, 8 Auf., 1999, S. 256）。

実体規定では、「企業結合」の成立要件の改正が行われた。新たに、EC 企業結合規則の一般条項的な「単独又は複数の事業者による直接又は間接的な支配」の要件を取り入れ（37条1項2号）、重複する要件を削除し、条文の簡素化がなされた。ただし、25%又は50%の持分取得の要件（同3号）、「他の事業者に対し競争上相当の影響を与えることができる」という要件（同4号）などは残されている。

違法要件（市場支配的地位の成立・強化）には改正の手が加えられなかった。市場支配力の濫用のところで述べたことと同じである（前述2）。また、違法性の判断は、連邦カルテル庁が競争維持の観点からのみ行い、例外的に連邦経済大臣が公共の利益の確保の観点から、連邦カルテル庁が禁止した企業結合を許可するという制度（大臣許可）は残された（42条）。

5. 一定の事業分野に対する適用除外

ドイツでは、旧法98条以下においていくつかの産業・団体（運輸業、農業、金融・保険業、著作権団体、エネルギー供給業等）を競争制限禁止法の適用除外としていた—EC 競争法にはそのような規定はない—が、実際には連邦カルテル庁によるこの分野への EC 設立条約81条1項の適用によって、適用除外は一部有名無実化していた。そこで、このような状況及び EC 競争法・EU 指令に合せて、一定の事業分野（運輸、農業、金融、著作権団体、エネルギー）における適用除外制度の見直し・整備が行われた（28～31条）。運輸、エネルギー業における適用除外を廃止し、スポーツ団体の一定の行為に対する適用除外を新たに導入した（31条）。

おわりに

ドイツにおける今回の法改正は、内容を少し詳細に見れば、ドイツは、結局、自国の競争法の重要部分、独自の規制の部分を大幅に変更することはしなかったことがわかる。EC 競争法との調和も、EC 競争法の解釈・運用とほとんど

差がなくなっている場合とか、ドイツ法の規制に意味がなくなっている場合(ライセンス契約の規制、適用除外分野の場合)に行っている。たとえば、1条の文言は大幅に修正され、ほぼ EC 競争法のそれと同じになってしまったが、改正以前でも、違法性の基準(競争制限)やその運用は両者の間で大きな差はなくなっていた。対市場効果の点でも、両法とも de minimis のルールが確立しているし、当初はカルテル契約・決議を対象としていたドイツは、第二次改正により EC 並みに、相互協調的行動(共同行為)を規制するようになっている。ドイツ法固有の問題であった前述の契約と競争制限の関係においても、判例により、厳格な対象説はすでに克服され、EC 競争法への接近ができていた。契約の無効規定や濫用監視規定を、EC 競争法に合せて禁止規定に改めたのは、競争原理の貫徹や被害者保護の観点からその方がより望ましいからだと思われる。(行為規制としても首尾一貫している)。

経済のグローバル化が進行しつつある現在、独占禁止法の国際的なシステムの構築が必要であることは誰もが認めるであろう。問題は、それをいかにして行うかということであるが、そのための議論は始まったばかりである²⁰⁾。このシステムを成立させるためには、①各国の独占禁止法制の間の整合性、②国境を越えた取引に対する実効性ある規制という二つの課題を果たさなければならない。しかし、単に規定の文言を揃えたり、統一的な法概念を採用するだけでは不十分であり、またそのこと自体も困難であることを、今回のドイツ競争制限禁止法改正は示している。独占禁止法の場合、文言や抽象的な概念だけでなく、競争の役割・機能をいかに評価するか、それを法のなかにどのように取り入れていくかという基本的なことがらも重要だからである。

ECにおける「下からのハーモナイゼーション」は、ハーモナイゼーションの手法として最も現実的な方法だと思われる。しかし、それは各国の競争法の

20) たとえば、国際反トラスト・ワーキンググループ「国際反トラスト法規約草案」(正田彬=柴田潤子訳)、ジュリスト1036号46頁、公正取引委員会創立50周年記念国際シンポジウム「21世紀に向けた競争政策」第3セッション「競争政策における国際協力」1997年、公正取引572号29頁、Ullrich (ed), supra, note 11 など。

運用と経験を積み重ねた試行錯誤の過程を必要とする。ECの場合は、共同市場の達成という目標があり、またEC競争法という媒介項をもっている。それにもかかわらず、今回のドイツにおける改正は、競争法のハーモナイゼーションがいかに困難であるかということを示している。