

『共同企業の実態と
西ドイツ競争制限法上の問題
—西ドイツモノポール委員会の
共同企業規制勧告案—』(2)

早 川 勝

- I はしがき
- II 共同企業の実態
- III 共同企業の経済的意味と組織形式
- IV 共同企業規制とその適用状況
 - (1) 法的基礎についての概観(以上22巻3号)
 - (2) 連邦カルテル庁の判断(以下本号)
 - (3) 連邦経済省の見解
 - (4) 連邦カルテル庁の変更された判断
 - (5) 裁判所による共同企業の適用状況
 - (6) モノポール委員会の評価と判断
- V モノポール委員会の見解と共同企業規制勧告案
 - (1) モノポール委員会の見解
 - (2) モノポール委員会の共同企業規制勧告案
 - (3) 勧告案と競争制限法改正への影響(西ドイツ競争制限禁止法の第4次改正草案)

①1974年5月29日連邦カルテル庁決定(WuW/E B Kart A 1517, 1919)

【理由】(下関市立大学論集22巻3号89頁からの続き)

2. a)競争条件の改善は、市場構造が企業結合により変化し、これにより有効競争に対する可能性が改善される場合に存在する。合理化利益は、競争手段

としても考慮されまた既存の寡占をゆるめることができると期待される限りにおいて斟酌することができる。かかる期待の程度は、合併規制の場合よりも低下してはならない。何故ならば、合理化カルテル認可の前提が存在する場合には、カルテルの実施のために必要な共同企業の認可にはより厳格な条件はださねないからである。いずれにしても、結合規制の前提が存在する場合には、右の前提はカルテル機関として構想された共同企業の場合にもまた貫くことは無制限に可能である。立法者は、共同企業の設立目的を問題にせず、共同企業を規制されるべき経済力集積の可能性として考えた。届出者の考えるように、カルテルの機関となる共同企業に限定せずに審査する場合、許されるカルテルの形成可能性は結合規制に服する企業にとり軽減されることがありえよう。このことは、合併規制を採用したことにより重点の変更がなされたことの帰結である。確かに、合理化の助成は続けるべきである。しかし、それが経済力集積の補助的構造物という手段を用いてのみ可能となる場合には、この可能性は必然的にこの補助的構造物が許されるかどうかによらなければならないのである。

- b)…本件事案の下では、それ自体可能な競争条件の改善がほぼ同じ強さの寡占事業者数の増加だけによって図られるという期待を正当化することはできない。むしろ、斟酌されるべき市場関係を考慮して、この方向で現実に期待できなければならない。しかし、本件でこのような期待をもつことはできない。

さらに、企業が能率強化による競争行為に対する現実の手がかりをもたない場合、市場参加者の経営経済上の強化だけを競争条件の改善として評価することはできない。

連邦カルテル庁は、合併規制を認可義務を負うカルテル契約の補助機関として設立される共同企業にも適用できると判断したが、かかる判断は次の決定で放棄されている。

②1975年6月27日連邦カルテル庁の決定 (BB1975, 1314)。

本決定所収文献では事案が省略されているが、①でみた共同企業、アスファルト (Bitumen) 販売有限会社に関するものと思われる。ここでは、カルテル禁止の適用除外と合併規制の判断が示されている。

【理由】

アスファルト販売有限会社が手続進行中定款変更し、競争制限法5条、5条aにより正当化されるべきカルテルの機関としてのみ活動できること、およびこの会社の営業活動の開始、終了がカルテルの許容と不可分に結びついていることが明確になった後には、同法23条以下の結合規制規定の適用の前提は消滅

する。それ故、かかる規定に根拠をおく共同企業設立計画の禁止を破棄できる。

…同法1条以下の規定と合併規制規定は、原則として同時に適用される。しかし、このことは、もっぱら同法5条かつ、あるいは5条aにもとづき正当化されるべきカルテルの機関としてカルテル構成員のために共同販売をなす共同企業には妥当しない。同法5条Ⅲ項はシンジケートについては明言しており、またその明白な協調的性格に照らせば、正当化されるべきカルテルの機関たる共同企業の会社目的が明示的に制限されておりかつ会社存続期間はカルテルが正当化される時点からその禁止決定、カルテル法認の終了あるいは構成企業の破棄によるカルテルの解消の時点に制限されていることが保証される場合には、同法23条以下の規定は、カルテル禁止免除期間は問題になりえない（zurück-treten）。

上にみた連邦カルテル庁の態度は、その後さらに修正をみている。しかし、連邦経済省は、上述したカルテル庁の判断基準に基本的に依拠し、実務に対する指針を明らかにしている。そこではカルテル庁の見解が敷衍され更に一層明確になっていると思われるので、以下その概略をみることにする。

(3) 連邦経済省の見解

1973年カルテル改正法は、中小企業のため競争組織（Struktur）を確保するのに必要な現代的な法的基盤を創設した。つまり、中小企業には協同が容易化され、効率ある共働により大企業のもつ競争上の優位性に対抗する可能性を開いた。中小企業の中間経営上の協同は、合併と異なり構成企業の独立性を保持する点で長所をもつ。その結果、独創力（Initiativkraft）と自主的決定能力は、その実効性が保証されることになる。

そこで、連邦経済省はカルテル禁止即ち協同禁止との誤解をおそれ、競争制限法の枠内での中間経営上の共働可能性を中小企業に啓蒙する目的で協同入門書⁽²⁾を作成し、同時に共同企業に対する態度を表明した。

①カルテル禁止と合併規制との関係について⁽³⁾

一定地域における企業間の共働は、共同企業の形式によることが多い。協同が共同企業形式をとるという状態だけからはカルテル禁止と協調禁止にもとづくカルテル法上の判断につき、個々の協同分野（例、共同の販売・購入・広告）に適用される規定には特別なことは生じない。

共同企業においては、合併規制に関する規制も同時に斟酌しなければならな

い。同法23条Ⅱ項の前提の下で、共同企業を親会社の結合として評価することも可能である。その際、その時々具体的な諸事情を斟酌しながら個別事例を審査することによってのみ、2あるいはそれ以上の親会社の共同企業への資本参加を合併規制の下でのみ判断するのか、あるいはもっぱらカルテル禁止、協調禁止という観点の下で判断するのか、または合併規制に関する規定もカルテル禁止、協調禁止に関する規定も関与するのかが確定できるのである。通常の場合、親会社の個々の機能を補助的に担う共同企業にあっては、同法5条、5条aおよび5条bにもとづいて許された協同の機関としてもっぱら構成企業のために共同購入・販売をなす共同企業に対して常に妥当する。そのような共同企業には、連邦カルテル庁実務からすれば次の場合、合併規制の規定は適用されない。すなわち、(1)カルテル目的が同法5条、5条aおよび5条bにより正当化されるべき特定のカルテル機関として商品の販売・購入に明示的に制限されている場合。(2)会社存続期間がカルテル法上許される協同の期間に明示的に制限されている場合。(3)定款がカルテル法上の協同許用以前に完成していない場合である。しかし、共同企業がカルテル法上の認定期間終了後ただちに解散されない場合には、合併規制に関する規定が適用される。

②競争禁止協定について⁽⁴⁾

同法1条あるいは25条Ⅰ項の観点の下では、共同企業の形成に関する合意は、親会社が共同企業の目的の範囲で競争の自由を制限する場合、カルテル法上問題である。このことは、特に親会社に対する競争禁止の合意の場合、例えば共同企業の地域では自己の活動を放棄するかあるいは一定の方法で自己の生産を制限する場合に妥当する。かかる場合には親会社に対する競争禁止が親会社間の協定で確定されるのか、あるいは各々の親会社が共同企業と締結する個別契約においてなされるのかは問題でない。会社法上の規制および各々の会社形式に一般的に妥当する原理より構成企業に禁止されている事項を再現するのでない限り、そのような競争制限は同法1条に該当する。例えば、商法112条は合名会社の社員に通常の場合競争制限法1条に優先する法定の競業禁止義務を課している。しかし、法律上明示された競業禁止義務が存在しなくても、特別の事情の下では一般的な会社法上の誠実義務にもとづいて共同企業に競争をさせることを設立企業に禁止できるのである。

共同企業の活動範囲における親会社の競争禁止が問題でなく親会社により競争禁止が共同企業にだけ課せられている限りにおいて、カルテル禁止にもとづく嫌疑が存在してはならないであろう。例えば、設立企業は、共同企業の定款ですでにその会社目的を次のように制限できる。すなわち、共同企業の目的を一定地域での供給あるいは一定の特殊製品の生産に制限することにより、子会社の親会社との競争が排除される。この場合には親会社相互の競争行為が制限

されるのではなく、親会社は専ら自己に従属する会社の市場行為、つまり共同企業の市場行為を制限するにすぎない。それ故、ここでは共同企業の自律的な自己制限が問題である。ところで、共同企業が有限会社の法形式をとる場合、設立企業が社員総会あるいは定款で定めた指図権にもとづき会社の業務執行につき相当な指図を与える可能性が存在する。この場合、設立企業は自己に帰属する権利を行使する。同法1条が、この権利に相反することは許されないであろう。

さて、上にみた連邦経済省の見解は、合併規制とカルテル禁止との関係について既に示したカルテル庁の判断基準を承認し、カルテル禁止の限界設定は共同企業の自治に委ねるものといえる。つまり、共同企業においては親会社相互の競争行為は制限されておらず、親会社が共同企業に競争禁止を課してもカルテル法上問題とされないことになり、次に親会社が自己に従属する共同企業の市場行動を制限しても、それは共同企業の自律的な自己制限の問題に置き換えられることになるのである。

しかしながら、かかる見解の基礎となったカルテル庁の判断が変更されたことがHG. II. で言及されている。以下においてその点に触れてみたい。

(4) 連邦カルテル庁の変更された判断

1977年9月5日連邦カルテル庁決定 (WuW / E. B. Kart. A. 1695ff.)

【事実】

エネルギー供給業者は原子力発電所の建設を計画し、競争制限法5条Ⅱ項およびⅢ項による共同契約 (Konsortialvertrag) の10年間の許可を申請し、共同契約実現のため共同子会社GKBの設立を企図した。それによれば、核燃料物質の調達・輸送・貯蔵および破棄処分について契約の締結に関する排他的権利は、一定の期間経過後GKBに譲渡されることになっている。申請と同時にGKBの設立が、同法24条aⅠ項2文により届出された。申請はカルテル庁により、同法1条の意味における競争制限としての共同契約は同法5条Ⅱ項およびⅢ項による認可の法定要件をみたしているものとして受理された。

【理由】

4. 共同契約により期待されるべき合理化成果は、終局的にはこれと結びついている競争制限との適切な関係においても存在する。共同契約は、供給者と

需要者の国内市場での選択可能性(同法98条Ⅲ項)を本質的に制限することにはならない。核燃料物質調達の場合、申請者と競争するグループは天然ウラン輸入業者と垂直的に結合している。申請者の合理化措置は、市場構造において同等でない勢力に対抗し、かくして均衡のとれた競争関係をもたらすことになる。それ故、長期のカルテルも甘受することができる。

5. 合併法上の観点の下でも認可は拒否できない。共同企業としてのGKBの設立は、同法23条Ⅱ項3文によれば結合を意味する。結合が、同法24条Ⅰ項により禁止されるであろう場合には許可することができない。

結合により市場支配的地位は全く生じない。……GKBは、需要の大きな市場では本質的に競争状態にありかつ同法22条Ⅰ項1号およびⅡ項の要件を充たしていない。市場占有率(25%)、金融力、調達市場への接近あるいは他の企業とのからみあいも同法22条Ⅰ項2号の意味における圧倒的な市場支配的地位を創設するものではない。

ここで変更されたカルテル庁の見解の重要性は、共同企業を協同的要素と集中的要素に分解して異なる規制を試みるのではなく、全体的に同法1条と23条以下の規定にもとづき一体的判断の姿勢を示したことにある⁽⁵⁾。後述するように、このような共同企業の把握の仕方は、モノポール委員会により支持されている。

最後に、裁判所による共同規制の状況を見ることにする。

(5) 裁判所による共同企業の適用状況

裁判所による共同企業に関する競争制限法上の判断は、いわゆるZVN事件を通じて示された。それは、ニーダーザックセン州のセメント製造業者がセメントの共同販売を目的とするニーダーザックセンセメント販売有限会社、ZVNを設立し、セメント価格の統一化を図るため繰り返しカルテル庁にカルテルの認可を申請し、その度毎の申請拒絶に対し何度も異議を申立て1968年連邦最高裁判所の決定により申請却下が法律上確定した後もZVNは存続し、定款と契約内容を変更したがカルテル庁が右定款と契約の実施の禁止処分を行い、これに対し抗告、上告しカルテルの存続を図ったものである。ここでは紙幅の制約上その詳細については大村須賀男検事の一連の労作⁽⁶⁾に依拠し、共同企業の規制と関連する

範囲で裁判所の見解の概略をみることにする。

【事実の概要】

1945年セメントの共同販売を目的とするシンジケートとして設立されたZVNは、右の目的を実現するため、本件の当事者たるZVNの社員との間に供給共同契約を締結し、競争制限法施行後カルテル継続の認可申請をしたが、連邦カルテル庁はこれを拒絶した。これに対し当事者はくり返し異議の申立をしたが拒否され⁽⁷⁾申請却下は終局的に1968年の連邦最高裁判所の決定⁽⁸⁾により法律上確定した。その後もZVNは存続し、連邦カルテル庁の手続進行中にZVNの定款が補充され、定款上競争を制限する社員の供給義務は消滅した。さらにZVNは供給義務を排除した販売契約・供給協定と自己の社員と締結した。しかし、連邦カルテル庁はZVNの定款が供給契約と結合して競争制限によりセメント等の商品の市場関係に影響を与えるものと判断し、1973年11月15日、定款・販売契約・供給契約実施の禁止処分を決定した⁽⁹⁾。

そこで当事者は、この禁止処分に対して競争制限法37条 a にもとづき連邦カルテル庁のいわゆる客観的手続における禁止処分違反を理由として、ZVNの定款自体は以前からカルテル法上は中立的であり、供給義務の合意を欠く場合は販売協同は許される旨の不服申立をしたが、高等裁判所はカルテル庁の判断を是認した。

これに対して、当事者はさらに、同法70条Ⅱ項と関連して同法75条Ⅴ項により取消された処分は許されないかあるいは根拠がないことの確認を求めて上告したが、連邦最高裁判所は、原審の判断を是認し、連邦カルテル庁の禁止処分が終局的に支持された。

①1974年6月21日高等商事裁判所の決定理由 (WuW / E OLG 1487)。

Ⅲ. 有限会社の法形式をとる共同企業の形式による共同の販売協同をカルテル法上評価することは、共同企業が同法23条Ⅱ項2号3文による結合規制の観点の下で把えられるという可能性によっては排除されない。右規定による届出義務はいずれにせよ協同的共同企業にあっては一同法1条、25条Ⅰ項の観点の下で特別の評価を排除しない。企業結合にあって届出義務を根拠づける同法23条の規定は、通説の見解と異なるが、同法1条の特別法 (lex specials) ではなく、よりよい集中的規制の目的のために右規定の要件の下で届出義務を定めたものである。届出られた企業結合がカルテル法上同法1条に関連して、ならびに合併規制上同法24条Ⅰ項に関連して疑義があるかどうかは、かかる規定の内容分析にもとづいて決定しなければならない。同法23条Ⅱ項2号3文が1条

の協同的共同企業への適用を排除するという観点を主張するとすれば、共同企業の設立が4以上の親会社が資本参加する限り、競争法上の規制から免れることになる。このことは、立法者が企図した同法23条Ⅱ項2号3文の新設規定の意味ではないのである。

上にみた決定理由を敷衍すれば、同法23条Ⅱ項の要件をみたす共同企業がさらに同法1条によって判断されるかという問題を掲げ、同法23条Ⅱ項2号3文により共同企業を結合規制の観点の下で把える可能性も、同法1条・25条Ⅰ項の観点の下で特別な評価を許すとして正面から肯定している。その根拠は、同法23条が1条に対する特別規定ではなく、よりよい集中規制のために届出義務を規定したものにすぎない立法者の企図に求められる。さらに、ここではカルテル禁止を共同企業に適用する可能性は、構成員の数という基準によるのではないとする判断にも注意されるべきである¹⁰⁰。

次に、高等商事裁判所の判断を是認する連邦最高裁判所の見解をみる。

②1975年6月19日連邦最高裁判所の決定理由 (WuW / E BGH 1367)。

B. II. 2. b). 控訴裁判所は、販売契約を定款と切り離して別個に検討したのではなく、各々の社員の販売契約を伴う定款を契約の経済的關係に対応して一括して検討したのである。このことは正当である。……共同販売との関連で個々の契約をその構成要件該当性について検討すべきである統一的経済過程においては、かかる契約は相互に条件づけられており、また販売過程における契約の實質關係は、同法1条の構成要件メルクマールの検討にあたり等閑視することはできない。……経済的關係にもとづく垂直契約が水平契約との関連においてカルテル法上の構成要件を充足するかどうかは、右の關係において契約の経済的機能と無關係に(契約)参加者の意思に従ってのみ決定することはできない。それ故、控訴裁判所がカルテル庁と一致して、販売および供給契約と関連して販売会社が実施した販売の協同を水平および垂直協定の組織として一括して検討したのは適切である……。

B. II. 3. b). (dd)控訴裁判所は、上告人の主張とは反対に、ZVNの設立・維持は純粹に事實上、競争が一定の制限をやめさせる市場状態に導くというだけで同法1条の適用を正当化するのではない。控訴裁判所は、最惠待遇により保障された均一商品価格が当事者間の(価格競争を)排除することを認定するだ

けでなく、さらに当事者が確実に期待されるべき各々の社員の合理的な行為態様との関連で共同販売会社を介する販売を計算に入れることにより、右の目的のためにも販売会社を維持するということを認定する。その結果、当事者が企図した効果にあっては、上告人の主張とは反対に、このためになされた共同の設立に照せば個々の社員の願望したもの（Wunschvorstellung）が問題なのではない。むしろ、社員は契約が企図した効果を惹起させることについては一致していた。当事者は販売会社を介する商品の販売にあたり、社員平等取扱義務のある販売会社を維持する契約上の義務を負っていた。事実審が認定したように、契約締結者が市場に影響を与えるのに十分な割合の自己製品を同一価格で販売することを共同設立と共に企図した場合、シンジケート会社におけるのと同様に、供給が契約義務に含まれていなかったことは本件では重要ではない。むしろ、そのような義務は、共同の目的観念からみれば各々の契約参加者の商人の理性的行動に対する共通な期待により埋め合わせされるであろう。かかる場合には、競争制限による契約の市場に与える影響は除去されるのである。

連邦最高裁判所の決定論旨は、同法1条が法律行為的行動を含みうるすべての競争制限を把えるのであり、水平契約と垂直契約のシステムは競争制限に導くとする。同法23条Ⅱ項と1条との関係に対する態度は明確であるとはいえないが、それ故問題を未解決のままに残すものという結論も引出せない。もし論旨が合併規制に関する諸規定は特別規定であるとして同法1条、25条Ⅰ項に優先するというのならば、共同の販売組織が同法1条の意味における禁止されたカルテルであると評価することはできなかったであろう。論旨は、共同企業のカルテル法上の判断にとって指針となる原則を展開するものといえるのであり、この原則は、同法1条と23条の平行な適用を訂正することになる¹⁰⁰。

次に、最高裁判所の決定論旨では、同法1条の意味における共同目的の確定を有限会社の定款の中で合意された商品の購入・販売の目的に求めている。共同目的のために締結された契約が商品もしくは営業上の給付について市場関係に影響を与えうるかどうかは、この契約の経済上の関連がどのようにもたらされているのかによる。論旨によれば、右の経済的関連は、諸契約が上述の影響を競争制限を通じて与えるかどうかの検討の際の基礎とされる。同法1条は、このような競争制限を含むもの

と解せられる。それは、法律行為的行動に入れることができかつ事実の力をかりずに存在する。法律行為上斟酌可能な競争制限が存在するかどうかは契約上の拘束の対象たる必要がなく、合意が法律行為の内容に従って企図された成果に関連していることで足りる。そこで、最高裁判所は、当事者の合意に含まれた競争制限的成果を商品価格の均一性および販売会社の維持の点にみたのである¹²⁾。

(6) モノポール委員会の評価と判断

以上共同企業に関するカルテル庁、連邦経済省、裁判所の取り扱いを概観した。モノポール委員会は、経済政策的および競争政策的見地から特にカルテル庁の共同企業に関する実務を検討し批判的見解を明らかにしている。以下でモノポール委員会の言及をフォローしてみたい。

連邦カルテル庁は、当初同法23条以下により共同企業を判断する場合同時に同法1条、25条I項をパラレルに適用した。しかし、共同企業および企業者相互の諸契約が同法1条あるいは24条I項により統一的に判断されたのではない。

参加取得と意思形成に役立つ契約は、同法23条、24条による結合の一つの構成要件事実とされ、共同企業の意思形成と活動を規制する合意については、「共同企業の自律的自己制限」として同法1条による判断はなされない。これに対して、共同企業の組織に関する補充的合意は、同法1条、15条以下の規制を受ける。違反すれば、競争を制限する契約条項は無効となる。ここでは、共同企業それ自体の存在、存続によって生ずる競争制限は斟酌されないが、契約上の競争制限に対する補充的正当化の根拠として意味をもつ。このことは、共同企業の目的を達成するために競争制限が必要である限り、共同企業のためにする企業者社員の競争禁止についてあてはまる。さらに、競争制限が一般的会社法上の誠実義務にもとづいて正当化されるかどうかを検討されることになる¹³⁾。

既述のように、カルテル庁は態度を変更し、同法1条と23条以下の規定により共同企業を判断する場合には、共同企業を協同的要素と集中的

要素に分解しない。この点について、モノポール委員会は賛成しているが、共同企業の法律的小よび経済的小特殊性を判断するためにはカルテル庁の当初の考察方法は十分でないと評価し批判を加える。つまり、企業者社員の利害の範囲内で共同企業を設立するという一体的事実は、法的に独立しかつ相互に孤立した当事者に解体されるために適切に評価されえないことになるというのである。何故ならば、共同企業の効果を参加取得にもとづいてのみ判断することはできないか、あるいはたとえ判断しえたとしてもそれだけでは不十分だからである。ただ、禁止手続の法規制は参加取得にもとづいている。すなわち、法は、結合にあつては時間的小にあるいは対象によつて (gegenständlich) 区別される一度限りの出来事が問題であるということから出発している。この出来事は、カルテル庁が市場効果に関して先見的に判断する一つの状態を作り出す。しかし、共同企業において市場効果は、その決定時点で前以つて予見できるものではない。参加取得という要素は、共同企業という組織においては全参加者の行動の契約上あるいは事実上の継続的調整に符号しているからである⁴⁴⁾。

さらに、モノポール委員会は、同一事実につき同法23条と1条をパラレルに適用することは矛盾に導きかつ共同企業の適切な経済的小および法的評価を妨げると批判する。かかる批判は、カルテル庁の個々の実務事例の分析を通してなされる。以下に事例別に検討してみたい。

連邦カルテル庁の当初の基本的立場は、共同企業の形成により発生あるいは強化される市場支配的地位が議決権の規制によつて基本的設立合意契約の枠内でも弱めることができるものとするものである。

①化学企業の垂直統合事例。 企業が重要な前製品を生産する企業へ参加する事例において、カルテル庁は、9生産グループにあつては同法23条Ⅲ項1号もしくは23条Ⅲ項2号aの市場支配の推定がなされ、この推定をくつがえすものはみられず、結合により市場支配的地位が強化されるとの結論をえた。ところで、単独社員の25%参加取得を規制するパートナーシャフト契約には、購入・供給・加工・調査契約の締結・変

更につき満場一致を要する旨の規定が設けられていた。しかし、カルテル庁の要請で、この規定は、右の場合および25%参加取得者と共同企業間の既存の供給関係の維持およびその組織上の継続的發展を侵害する場合、他の社員は25%参加取得者の利益を適切に配慮する努力をなすという規定に変えられた。次に、1000万マルクをこえる投資計画につき満場一致の決議を要する規定は、5000万マルクの投資額に変更された。その結果、カルテル庁は、共同企業の意味形成が規制されるので市場支配的地位の強化はないと判断し、パートナーシャフト契約は共同企業の意味形成の規制に役立つにすぎないとの理由から、同法1条は適用されないと結論づけた。

しかし、モノポール委員会は、競争上中立的な内部の意味形成と結合の外部関係における競争効果を区別すれば、経済的事態は正当に評価できなくなると批判する。連邦カルテル庁の見解とは反対に、同法1条の範囲においてはそのように規制する競争制限により市場関係に影響を与えることが合意されるとして、モノポール委員会は、競争制限による市場への影響の特に重要な事例を市場支配的地位の中にも見るべきであるとする¹⁰⁾。

②中間製品に対する投資・生産・販売の共同化の事例。一方当事者はこの分野で指導的な活動をしており、50%参加の他方当事者はこれまで構成員より製品を取得していた。基本設立合意契約の対象が個別的に列挙された特定の製品について企業者活動を共同化することにあつた事例において、カルテル庁は、同法1条にもとづき右の目的のために必要な契約上の規制に異議があるとし、(1)自己需要および第三者への販売のための年間生産数量の確定についての合意、(2)共同企業における生産能力の達成義務および新製品の生産に必要な投資義務および(3)既存の生産能力と必要な生産能力に関する双方の情報提供義務が問題であった。そこで、カルテル庁は、共同企業の領域における投資義務は個々の場合に参加者が決定することを条件とする旨の契約改訂を勧告し、右の契約変更により同法1条による疑義は除かれ、市場関係の調整に影響を

与えるものが契約に存在しなくなると判断した。

しかし、モノポール委員会が検討するところによれば、夫々50%参加し、投資・生産の共同化を目的とする共同企業にあっては、個々の決定のためになされた留保が経済上重要になることはあまりないのである。むしろ、その重要な効果は、共同企業の助けをかりて投資を共同化し、投資競争を排除する点にある。契約条項の改訂は、結果として協同の目的を変更することにならず、また競争にとって重要な方法で目的実現の態様、方法に影響を及ぼすことにはならなかったのである¹⁶。

この事例から判断されることは、結合として扱われた共同企業は、同時に競争を制限する契約として扱われてはならないということである。かかる措置は、同法24条の範囲で市場関係の形成に導く同一の事実が同法1条の範囲では競争上中立なものとしてあらわれるということに導く。カルテル庁が同法23条Ⅱ項の意味における結合を認定した場合、結合に参加するものとみなされる企業間には議決に関する規制によって競争がなされなくなるかあるいは競争を維持することはできない。結合が存在する場合、結合に参加する企業は将来企業単一体を形成するので、同法24条Ⅰ項の結合の判断にとり市場への外部効果のみが決定的である。しかし、實際上共同企業と企業会社との間の継続的調整が決定的である場合には同法1条の意味における契約が圧倒的に問題である。モノポール委員会の見解によれば、この場合共同企業が競争制限に役立つ限りにおいて共同企業自体を考察しなければならないのである¹⁷。

③共同企業の新設事例。 共同企業の新設の場合、もっぱら参加関係の規制あるいは法人の設立を考察し、契約上の合意が共同企業の設立とは関係なく競争制限的性格をもつかどうかを検討する方法の妥当性が問題である。複数の企業がある企業を支配するかどうかという支配関係の確定は、新設の段階で協同全体の判断と区別して行うことはできない。この段階では、法人が共同目的のために設立されるのかどうかを判断することはできないからである。そこでモノポール委員会は、カルテル庁の考察方法を疑問とする。

さらに、新設の段階では結合の競争効果も不確実である。特に新しい生産領域を開拓する開発・研究共同体においては、将来の市場展開に関する予測には多大な不確実性がつきまとう。

商品の特定がなされずに企業が投資・生産・販売の共同化を図る場合、参加企業が共同が成立した製品の届出をなす限りにおいてのみ市場および市場占有率の確定は可能である。ある事例では、カルテル庁が当該製品の高い市場占有率を確定し疑義を述べた後、この製品が協同からはずされた。しかし、基本設立合意契約では協同をより広い製品にまで拡大することが留保されていた。従って、共同企業の設立は企業者共働のための外枠を認識させるにすぎないことが判る。企業者活動の枠組および共働の会社上の組織を埋めてゆくことは、全く将来の展開に委ねられている。基本設立合意契約では、協同を実施するために企図された種々の契約が列挙されているが、その契約内容は不明であった。あげられた契約は、業務執行者と顧問についての業務規程を伴う組合契約、給付契約、技術援助および建設請負契約 (Ingenieur-und Bauvertrag)、地上権設定契約 (Erbbaurechtsvertrag)、特許権実施契約、ノウ・ハウ契約、販売契約および社会契約 (Sozialvertrag) であった。この時点では同法24条1項に関しても、1条による契約上の競争制限に関しても十分な協同判断は可能ではないのである⁴⁸。

電気制御ガス発生炉の共同開発をめざすBosch / Deutsch ガス会社 (DVVG) の結合の事例では、カルテル庁は結合の効果を同法1条と24条により検討している。Boschは注入ポンプについて、Pierburgは気化器について市場支配の推定にとり重要な高い市場占有率を有していた。しかし、カルテル庁は、当該商品市場が発展局面にあり共同企業による市場地位の強化は将来期待しえないとして24条による結合の禁止はせず、共同企業の存続期間を最高限10年の制限付で許用し、他方では設立者間に潜在的競争関係はなく、同じ領域で第三者と共同して感知しうる程の競争制限が発生する蓋然性は少ないとして同法1条以下の規定の適用がないと結論づけた。この結論に反対するモノポール委員会の理由は次の

点にある。すなわち、まず、新製品の開発は参加企業が単独で出来るのであり、また共同企業の10年間の存続期間の許容はこの期間経済的に重要な技術革新競争が排除されることを意味し、さらには許容期間の経過後も参加企業間に重要な競争がなされることは殆んど期待できないからである⁽⁹⁾。

結合の検査を内容のあるものにするならば、既存の事実がそれを許しているよりも広く判断を拡大しないことが不可欠である。この場合、結合と内部成長の限界にいきつくことは明らかであるが、結合規制を投資規制にまで広げることが重要でない。何故ならば、結合は最初の判断の時点では実現されておらず、またその完成のためにはさらに広い企業者決定が必要であるからである。そこで、モノポール委員会は、判断可能な部分的結合が存在する限り、連邦カルテル庁は、命令により別の検査を留保する権限を保持すべきことを示唆している⁽¹⁰⁾。

- (2) BMWI, Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des GWB, Kooperationsfibel Neuauflage März 1976.
- (3) BMWI, aaO. S. 37.
- (4) BMWI, aaO. SS. 38—39.
- (5) Monopolkommission, HG. II, Tz. 447.
- (6) 大村須賀男「西ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル概念について—ZVN事件をてがかりとして—」国際商事法務Vol. 4—350 (1976), 同「カルテル協定と競争制限との関係」企業法研究246輯, 36頁以下。
- (7) 1965年8月13日決定, WuW/E Bkart A 1001.
1965年11月16日決定, WuW/E Bkart A 1011.
1966年2月14日決定, WuW/E Bkart A 1035.
1966年6月14日決定, WuW/E Bkart A 1108.
- (8) 1968年6月27日決定, WuW/E BGH 967, BGHZ 50, 357.
- (9) 1973年11月27日決定, WuW 1974, 32.
- (10) Vgl. Monopolkommission, HG. I. Tz. 896.
- (11) Vgl. Monopolkommission, HG. I. Tz. 897.
- (12) Vgl. Monopolkommission, HG. I. Tz. 898.
- (13) Monopolkommission, HG. I. Tz. 899.
- (14) Monopolkommission, HG. I. Tz. 900.

- (15) Monopolkommission, HG. I. Tz. 901.
- (16) Monopolkommission, HG. I. Tz. 902.
- (17) Monopolkommission, HG. I. Tz. 903. かかる見地より, 修正されたカルテル庁の判断がモノポール委員会により支持されるのである。
- (18) Monopolkommission, HG. I. Tz. 904.
- (19) Monopolkommission, HG. II. Tz. 423 u. 448—449.
- (20) Monopolkommission, HG. I. Tz. 905.

V モノポール委員会の見解と共同規制勧告案

(1) モノポール委員会の見解

モノポール委員会によれば, もっぱら会社法上の構成要件に連結されている競争制限法23条Ⅱ項の規制は企業者の共同という特殊性を正当には判断しないことが, 共同企業の把握の際に生じた不十分さと困難の原因なのである。支配的影響は, 株式法17条の基準により確定されるので, 競争制限法23条Ⅱ項5号は, 共同企業にあって受け皿的構成要件 (Auffangstatbestand)としての機能を果たすことができない。共同企業は, 議決権拘束契約がなくても供給あるいは特許実施契約の締結だけで構成員の経済的な支配的影響に利用されうる。共同企業の経済的地位にとり決定的な事態全体が判断される場合にだけ結合の構成要件事実を「指揮権」に連動すれば, かかる観点は正当に判断されることになる。そこで, モノポール委員会は, 支配的影響力を他の企業の企業活動全体あるいは重要な部分を決定する複数の企業の可能性と定義することにより解決を図る。支配的影響力の確定のために, 他の企業が右の関係で支配的企業の目的に利用されている限りにおいて, 影響の可能性が社員権 (Gesellschaftsrechte) の承認, 会社機関の任命の共同あるいは債務法上の交換契約の締結にもとづくのかどうかは重要でない。また, 「重要な部分」についての判断は, 同法23条Ⅱ項1号に関する最高裁判所の決定に従えば可能になると述べられる⁽¹⁾。

次に, 共同企業をもっぱら合併規制にあてはめることも好ましくない。そのためには, 同法1条の下に服する協同の過渡的形式が多様でありす

ざるからである。この協同は、最高裁判所の決定の意味における競争制限目的を実現する。最近の最高裁判所の決定と行政実務は、共同企業にあってはカルテル禁止の潜在的な適用領域を従来承認してきた範囲を拡大している。結合の構成要件事実とカルテルとの区別に重要な支点は、定款で規定する共同企業固有の企業者活動と経済計画の範囲と定款上単一体にもたらされる企業者社員利益を定める (orientieren) 範囲あるいは経済計画全体もしくはその重要な部分が企業者社員相互の企業者利益との継続的調整に依存しているかどうかの点に見出される。実態調査により、企業者共同の形式にもとづく構造的効果が明らかにされた。つまり、投資割合が高ければ高い程有効競争の蓋然性は他の市場でも少なくなる。このことは、企業者の自己利益に方向づけられた行動の自明かつ通常の結果である。いかなる企業も、他の重要な活動領域では同時に共同社員たる競争者に経済的障害を喜んで与えることはしない。さらに、商品供給・購入の際の相互原則主義の拡張が共同企業のネットの拡大に結びつく。共同企業に関する若干の契約には、明文を以って当事者は相互の購入・供給可能性を利用するため共同化された利益の範囲外でもあらゆることをなす旨の合意がみられる。そして、この可能性は、委託の場合相互の優遇規制が契約上明記されているかどうかとは無関係に存在している⁽²⁾以上のことは、実態調査が明白に物語っている。

(2) モノポール委員会の共同企業規制勧告案

モノポール委員会がHG. I.で示した判断によれば、同一事実と同法23条以下の規定と同法1条をパラレルに適用することは矛盾に導き、また共同企業の適切な法的小および経済的評価を妨げることになる。さらに共同企業をもっぱら合併規制の中で扱うことも、競争制限的目的を実現する協同の多様性を帯びた過渡的形成の故に推奨しない。そこで、共同企業を競争制限法上規制するため、同法1条の一定の判断基準を同法23条の構成要件中に入れることを提案するのである。かかる見解にはLeube⁽³⁾の批判がある。Leubeは、モノポール委員会が2重規制を考慮していな

いことは明らかであるが、それ以上のことは不明であるとする。しかし、この批判は、同じ内容の提案を繰り返したHG. IIにおける言及をみればうすれてくる。そこでは、モノポール委員会が2つの提案をしていることが明らかであり、批判は第1提案の看過にもとづくものではないかと思われる。まず支配的影響の定義についての第1の提案は、同法23条II項5号の補足が意図されたもので、それは既述したHG. Iにおけるのと同様、「他の企業の企業活動全体あるいは重要な部分を決定する複数の企業の可能性」であるとされる。

次に、同法23条II項3号の補足は、水平的共同企業のみならず垂直的共同企業も結合規制において把握することを可能とするための提案である。この第2提案により、現行法23条II項3文をこえて共同企業は結合規制の枠組の中で取扱われることになるのである。それは、右規定に次の事項を補足するものである。

「複数の企業が同時にあるいは事後的に前記の範囲で他の企業の持分権を取得する場合には、他の企業が活動している市場ならびに他の企業が商品を参加企業に供給するかまたは商品を参加企業から購入するか、あるいは給付を参加企業になすかまたは給付を参加企業から受ける市場について相互に参加する企業（共同企業）の集中とみなされる」⁽⁴⁾(改正提案23条II項3文)。

(傍線部分がモノポール委員会の提案する補足事項)

(3) 勧告案と競争制限法改正への影響（西ドイツ競争制限禁止法の第4次改正草案）

連邦政府は、1978年5月26日、競争制限禁止法の第4次改正草案⁽⁵⁾を連邦参議院に提出している。この政府草案をみれば、モノポール委員会の勧告案が立法段階でどの程度考慮されたか判断できる。

政府草案の説明によると、改正の目的はカルテル法上の規制諸手段（Instrumentarium）の改善および現行カルテル法を変化した諸事情に適合させることにある。特に、合併規制、市場支配的企業に関する濫用監視、差別禁止、拘束力のない価格勧奨および銀行・供給経済（Versorgungswirtschaft）の除外領域に関する規定を効果あるものにするこ

が改正の主眼であるとされている⁽⁶⁾。

かかる目的の実現のために次のような改正が意図されている。すなわち、①合併規制を一定の議決権・持分権の取得によって免れるのを阻止するため回逃構成要件を採用すること（改正草案23条Ⅱ項2号4文，5文），②コングロマリットの結合および垂直的結合の把握を容易にするため補充的市場支配の推定規定を設けること（改正草案23条aⅠ項），③企業結合による寡占の強化をよりよく把えること（改正草案23条aⅡ項），④吸収合併条項の改正，⑤市場支配的企業に関する濫用監視についての制裁の不備を補うため被害者の損害賠償請求権，濫用により取得した財産的利益の吸収，濫用処分命令の即時実施の可能性を強化すること（改正草案35条Ⅱ項，37条b，63条，63条a），⑥差別禁止の領域では需要力濫用にもとづく差別化を把えやすくすること（改正草案26条Ⅱ項，Ⅲ項），⑦拘束力のない価格勧奨に関する監督の強化（改正草案37条a），⑧銀行・保険の除外領域で届出義務，開示義務ならびに聴聞可能性をとりいれること（改正草案102条），⑨エネルギー供給企業に対する濫用監視を新設すること（改正草案103条），⑩輸出カルテルの濫用監視を強化すること（改正草案12条Ⅱ項，98条Ⅱ項），⑪カルテル法違反の課徴金罰則制度を強化すること（改正草案38条Ⅳ項）などである。

ところで，共同企業規制に関する改正状況については現行法23条の改正動向が問題である。結合の構成要件を定める同条ではⅡ項3文には手が加えられておらず，単に同条同項4文が次の形式に修正されているにすぎない。すなわち，

「法律上の地位，株式会社にあつては議決権限のある資本の25%をこえて保有する株主が有する法律上の地位が契約，定款，組合契約あるいは決議により取得者のために創設される限りにおいて，持分の取得も企業結合とみなされる。議決権は企業持分と同視される」（改正草案23条Ⅱ項4文）。

さらに，修正案では，企業結合の届出義務を定める右23条に続いて，23条aの推定規定を挿入している。同条の規定は以下の内容を有している。

改正草案23条a（新設規定）

第Ⅰ項、 以下に定める場合には、22条Ⅰ項ないしⅢ項とは無関係に企業結合規制に関して、企業結合により優越的（市場）地位が発生するかあるいは強化されるものと推定される。

1. 企業結合前の最終営業年度の総売上額が少くとも20億マルクに達する事業者が、

(a) 中小事業者があわせて少くとも三分の二の市場占有率を有しており、かつ企業結合に参加する事業者が全体で少くとも5%の市場占有率を有している市場で活動する事業者あるいは

(b) 最終暦年に全体で少くとも1億マルクの売上額を有する一もしくはそれ以上の市場で市場支配的な事業者と企業結合する場合あるいは

2. 企業結合に参加する事業者が企業結合前の最終営業年度の総売上額が少くとも100億マルクに達しかつ少くとも企業結合に参加する事業者が少くとも10億マルクの売上額に達する場合。

企業結合が23条Ⅱ項2号3文の要件も充たしかつ共同企業が最終暦年に少くとも5億マルクの売上を有する市場で活動していない場合には、その限りにおいて右の推定ははたらかない。

第Ⅱ項、 二もしくは三の事業者がある市場で最高の市場占有率を有しかつあわせて50%の市場占有率をしめる場合には、企業結合に関してはこれらの事業者も市場支配的であるとみなされる。但し、これらの事業者が、他の競争者との関連において全体で何ら優越的な市場地位を有しない場合にはその限りではない。

第1文は次の場合には適用されない。

1. 最終営業年度の売上額が5億マルクをこえない事業者がその全体の中に含まれている場合あるいは

2. 最終暦年度に1億マルクをこえない売上額を有した市場で企業結合により独占的になった場合あるいは

3. 企業結合に参加する事業者が全体で15%をこえない市場占有率にある場合。

22条Ⅰ項ないしⅢ項は、その他の点では変更されない。

第Ⅲ項、 23条Ⅰ項2文ないし6文および8文ないし10文は、売上額と市場占有率の計算について適用される。

以上改正草案をみる限りでは、モノポール委員会の勧告案は反映されていないことが判明する。しかし、モノポール委員会の実態調査では、共同企業による企業のからみあいが全体経済上もつ意味の重要性が証明

され、かつこのことは継続調査によりさらに確認されている。その意味で、改正草案に対するモノポール委員会の嘆きは大きい。この嘆きの中にも、同じ提案を繰り返すモノポール委員会には、共同企業の実態に裏付けされた立法提案に対する強い自信が窺い知られよう。モノポール委員会の第2定期報告書においても、共同企業規制の面では、改正草案は競争政策上誠に憂うべきものである⁽⁷⁾と結んである。

- (1) Monopolkommission, HG. I. Tz. 906 u. derselbe, HG. II. Tz. 447.
- (2) Monopolkommission, HG. I. Tz. 907.
- (3) Leube, J, Zur Anwendbarkeit der §§1 u. 23ff. GWB auf Gemeinschaftsunternehmen, ZHR 141 (1977), 322.
- (4) Monopolkommission, HG. I. Tz. 908. u. derselbe, HG. II. Tz. 447.
- (5) Bundesrat, Drucksache 231 / 78 v. 26. 5. 1978. 改正動向の概略については参照, 「活発化する西ドイツ独禁法改正の動き」商事法務803号36頁。
- (6) Drucksache 231 / 78, S. 1.
- (7) Monopolkommission, HG. II. Tz. 447.

(後記) 本稿は、昭和53年度日本学術振興会流動研究員として京都大学法学部教授北川善太郎研究室において行った「多国籍企業を中心とした国際取引法の研究」のテーマの内「多国籍企業の法的構造」の研究を契機としている。研究期間中は北川善太郎教授のご指導を戴き、また森本助教授からはモノポール委員会の報告書、西ドイツ競争制限法第4次改正草案についての諸資料を提供していただいた。ここに記して両先生に感謝の意を表したい。

(昭和54年3月20日)