



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷（２）
Author(s)	和田, 健夫; WADA, Tateo
Citation	北大法学論集, 32(1), 179-218
Issue Date	1981-09-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16361
Type	departmental bulletin paper
File Information	32(1)_p179-218.pdf



戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷(二)

和田 健 夫

目 次

序——考察の対象と視点

第一章 競争制限禁止法の当初の構想

第一節 成立に至るまでの経過

第二節 競争制限禁止法の目的および性格

第三節 カルテル禁止規定および関連条文の素描(以上三二卷二号)

第二章 社会的市場経済のもとでのカルテル禁止政策の展開

序 説

第一節 前期における判例の検討

一、B G Hの判決

二、まとめ

第二節 前期におけるカルテル禁止の問題点

一、対象説と結果説

二、西ドイツにおける協業思想

三、カルテル契約の概念

四、まとめ（以上本号）

第三章

競争政策の転換—カルテル禁止政策の新たな動き

第四章

協調的行動の禁止

むすび

第二章 社会的市場経済のもとでのカルテル禁止の展開

序 説

一九四八年の通貨改革を契機として、戦前ドイツ経済に浸透していた多くの統制は撤廃され、西ドイツは市場経済へと復帰した。それ以後の西ドイツ経済あるいは経済政策は、いわゆる「社会的市場経済 (soziale Marktwirtschaft)」と呼ばれ、西ドイツに奇蹟的復興をもたらす原動力となった。そしてその後様々な影響にさらされながらも現在に至るまでドイツ経済政策の基本理念としての地位を保ってきた。

社会的市場経済は、すでに述べたように新自由主義の西ドイツにおける実践的展開であり、その基本的構想は新自由主義理論の影響を強く受けていた。したがってそこでは次のような特徴をみとめることができる。

第一に競争経済を経済理論的観点からのみ捉えるのではなく、より広く政治的、社会的問題との関連のなかで位置づ

けようとする傾向である。⁽¹⁾ここでは市場経済と政治的・社会的安定との相関関係が強調される。そして社会的市場経済がこのように広いヴィジョンを持つていたことが長く生き延び得た原因であるとされている。⁽²⁾

第二に強い秩序志向である。つまり市場経済は国家によって設定された一定の枠組み秩序のなかでのみ機能するという理念である。枠組み秩序のなかで最も重要かつ基礎的なものは自由競争を確保するための法的なそれである。換言すれば社会的市場経済は市場経済を維持するための経済的、法的枠組みの絶え間ない追求の経済である。⁽³⁾

第三に市場経済の重視である。経済政策における国家の役割は原則として、右にのべたように市場経済のための枠組み秩序の設定に限られるが、いわゆる経過政策(第一章第二節参照)の採用の場合にでも、市場機構を常に考慮に入れ、市場と整合した(marktkonform)ものにしなければならない。戦後の資本主義諸国の多くが市場経済と国家介入の入り混じったいわゆる混合経済体制の道を歩んだのに対して、西ドイツは幾度かの政権交代があったにもかかわらず自由経済原理を最も忠実に守り、市場経済機構最優先の方針を貫いてきた。この意味で西ドイツは世界の資本主義国家のなかでは例外的な存在である。⁽⁴⁾そのみならず社会的市場経済は、経済学上の理論が現実の経済政策に直接影響を与え、しかもかなりの成果をもたらしたという点でも非常に稀な例を我々に示してくれる。⁽⁵⁾

さて社会的市場経済の根幹となる自由競争確保のための法律は言うまでもなく競争制限禁止法であるが、同法が制定されるまでは連合軍による軍政府命令がその代わりを務めていた。しかしすでに述べたように、競争制限禁止法自体は草案作成者の意図を完全に反映してはおらず、五年にわたる審議を経て政治的妥協の結果として生み出されたものであった。しかしそうであるとはいえ、社会的市場経済の実現がこの法律をいかに運用するのにかかっていたことも否定できない事実である。本章ではこのような社会的市場経済のもとで競争制限禁止法が制定されてから十年間(一九五七—一九六六年)のカルテル規制の展開を検討の対象とする。

- (1) Müller-Armack, Alfred, *Soziale Marktwirtschaft, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften* Bd.9 S.391, 1959. 社会的市場経済の社会政策と過去にみられた統制経済による社会政策とのちがいは、目的ではなくその手段にあるとされる。つまりここでは、国家の直接介入によってではなく、競争経済の維持という手段を通じて社会的進歩が達成されるというのである。
- (2) Hutchison, Terence, *Notes on the Effects of Economic Ideas on Policy: the Example of the German Social Market Economy*, *Zgs Bd.* 135 S.426 (434).
- (3) Watrin, Christian, *The Principles of the Social Market Economy—its Origins and Early History*, *Zgs Bd.* 135 S. 405 (419).
- (4) 出水宏一『戦後ドイツ経済史』(昭五三)二七三頁、菊地元一「奇蹟を生んだ『産業政策なき』西独の産業政策」週刊東洋経済臨時増刊『近代経済学シリーズ №45』(昭五三)一一八頁。Hutchison, *op. cit.* S. 431. 彼によると戦後の西ドイツ経済に対する英・米の経済学者の反応は非常に懐疑的であった。ケインズ流の政策が用いられていた英米の学者にとって、西ドイツの政策は時代おくれであり、古い理念にとらわれたものとの印象を与えた。社会的市場経済は文字どおり一つの「実験」であった。
- (5) もちろん社会的市場経済にはそれを成功に導く多くの外的状況が結びついていてた。詳細は Hutchison, *op. cit.* 参照。

第一節 前期における判例の検討

西ドイツにおけるカルテル規制では、競争制限禁止法第一条により無効なカルテル契約の実施に対し過料が課せられ、差し止めが命ぜられるという仕組みになっている(第一章第三節参照)。したがって法の適用の最大の問題は、無効なカルテルが存在するかどうかということ、つまり第一条の解釈にある。競争制限禁止法自体は他の法律にはみられないような経済学上の諸概念——たとえば「競争」、「競争制限」、「市場」など——を多く含んでいる。したがって法律がスタートした時点では、これらの諸概念の解釈に際して従来の判例理論や学説に依拠することは期待できず、むしろ裁判所や

カルテル庁の実務の、さらには学説の将来の課題とされていた。第一条の解釈についても事情は同じであった。したがって前期におけるカルテル禁止政策の展開の検討は、判例や学説による第一条の解釈に重点が置かれることになる。ここでの関心は、第一条の解釈に関して何が明らかにされ、どのようなことが議論されたかということに向けられる。

そこで本節においてまず連邦最高裁 (BGH) の判例を取り上げその分析を試みる。⁽¹⁾ BGH のカルテルに関する判決は比較的少なく、しかも前期においてはほとんどが民事事件である。この時期には連邦カルテル庁がカルテルに対し過料命令を下すこと自体それほど多くなく、かりにそうであっても最高裁まで争われることは稀であったからである。⁽²⁾

一、BGH の判決

競争制限禁止法第一条の規定をここでもう一度取り上げる。

「事業者又は事業者団体が共通の目的のために (zu einem gemeinsamen Zweck) 締結する契約 (Verträge) および事業者団体の決議 (Beschlüsse) は、競争を制限する⁽¹⁾ (durch Beschränkung des Wettbewerbs)、商品もしくは役務の取引のための生産又は市場関係 (Markverhältnisse) に影響を与えるおそれがある (geeignet sind) 場合には無効となる。但しこの法律において別段の定めある場合はこの限りではない。」

右の規定のなかで解釈上特に争われたのは、「共通の目的のための契約、決議 (以下「契約」で統一する)」、「競争の制限」、「生産又は市場関係に影響を与えるおそれ (以下「市場影響のおそれ」あるいは単に「市場影響」と呼ぶこともある)」、「の三つの要件の意味とその相互関係である。

「共通の目的のための契約」という要件は政府草案理由書においても説明されているように、⁽³⁾ カルテル契約が民法でいう組合契約、あるいは組合類似の契約 (ドイツ民法七〇五条) であることを示す。この点は、一九二三年のいわゆるカルテル令のもとで発展したカルテル法学の成果を受け継ぐものである。契約当事者は契約締結を通じ、相互に同一の

目的を追求する関係になければならないわけである。

「共通の目的」の要件について B G H が最初に見解を示した事件は次に述べる発光体メーカー事件である。

①発光体メーカー事件（一九五九年）⁽⁴⁾

△事実▽ 本件では、第二次大戦まで競争者として活動していた白熱ガス燈の発光体 (Gasfildkörper) メーカー二社間で一九五三年に結ばれた契約の効力が問題となった。契約の内容は、一方のメーカーが他方のメーカーに対し発光体の製造に必要な機械その他の設備および商標の使用を許し、契約期間中自らは一切生産活動をしない義務を負い、逆に設備の使用を許されたメーカーは発光体の生産により得た利益の一七・五パーセントを相手方に給付する義務を負うというものであった。B G H は、当事者の義務は単に給付に対する反対給付の関係にあるだけで当該契約は組合類似の契約とはいえないとした原審の判断を取り消して、共通の目的を認めた。

△判旨▽ 1 「契約の法的判断と解釈にあたつては、当該契約締結に至った経緯が決め手として重要であり、契約に規定されている当事者の給付は個々の給付としてではなくその全体において、また全体的効果のなかで検討されなければならない。」

当事者は以前から生産・販売シンジケートを結んで共同事業を遂行してきたこと、過去に結ばれた契約がすべて組合契約であったこと、を認定したうえで、「原告は機械・商標を被告のために使用させ、自らは一切の競争をしないという義務を負っている。他方で彼は被告から一定の利潤を受けとり、被告の帳簿を閲覧する権利を有している。このことは発光体の生産・販売が被告だけの関心事ではなく両者に共通したことがらであることを裏付けるものである。結局本件契約も、法的判断に必要なすべての状況を考慮すれば、組合契約であることが判明する。」と判示した。

2 「共通の目的」と「市場関係に影響を与えるおそれ」の二つの要件の関係について。両者は結びついていなければならないかという問題に対して、「この二つの要件は『共通の目的』が『市場に影響を与える』ことを内容としなければならないという意味で結びつけられる必要はない。むしろ『共通の目的』に加えて『競争の制限により市場関係に影響を与えるおそれ』があれば十分であり、後者は別個に判断されるべきものである。」とした。

このように、本件によって、「共通の目的」はすべての事情を考慮して客観的に判断してよいことが明らかにされたのである。そしてその内容は様々でありうる(本件では何であるかは具体的に示されていない)のであって、「競争制限」や「市場影響」をその内容とする必要はない。カルテルが成立するためには、市場の独占的支配を契約当事者が目的としないなければならないのか、それとも市場に対する影響は客観的なものであればよいのかということは古いカルテル法学説の間で争われていた問題である。⁽⁵⁾競争制限禁止法制定の際にもこの問題が論議されたが、立法者は違法なカルテルを広く捉えることができるようにするため、契約当事者の「共通の目的」と「市場影響」を特に結びつけず、後者は客観的に判断してよい(「市場影響のおそれ」とはそのことを示すとされている)⁽⁶⁾との立場をとった。BGHはこの点を本件で確認したわけである。

さらに「共通の目的」の要件はカルテル契約を、いわゆる取引契約(Austauschvertrag)、つまり給付とその反対給付を内容とする契約―換言すれば当事者がそれぞれ反対方向の利益を追求している契約―から区別するためのメルクマールである。判例のなかで、取引契約であることが明白なために「共通の目的」が認められなかった例としては、取引関係にある二つの企業の間で一方が他方に対し訴を取り下げてもらう代わりに製品の注文の際に最惠待遇を与えることを約束する契約⁽⁷⁾、石油会社とガソリンスタンド経営者との間で結ばれた専売代理店契約⁽⁸⁾などがある。その他、変わった例としては、ある肥料メーカーが競争者に対し自己の製品の成分表示を義務づけられた契約⁽⁹⁾、飲食店舗の賃貸人がビール製造業者との間で結んだところの、将来飲食店を賃貸する場合には賃借人をして当該ビール会社とのみ取引させる義務を負うという内容の契約⁽¹⁰⁾などがある。次に挙げる事件も、外見的には潜在的競争関係にあった二企業間の契約について「共通の目的」が否定された例である。⁽¹¹⁾

② Zincofot 事件（一九六六年）⁽¹²⁾

〈事実〉 複写機の製造ノウ・ハウを持つ A 社とメーカー B 社との間で結ばれた生産委託契約が争われた。契約によると、(i) A 社は自己のノウ・ハウを使わせて B 社に複写機の製造を委託する。A 社は B 社の帳簿やその他の営業資料を閲覧でき、(ii) B 社は製造した製品をすべて A 社に譲り渡し、さらにまた契約期間中、および終了後も、知り得たノウ・ハウを用いて競争事業を営まない、とされていた。

〈判旨〉 「GW B 一条のいう契約は共通の目的のために締結される。つまり契約の当事者は組合的あるいは組合類似の法律関係のために結合している。…生産のための十分な技術をもたない A 社にとっては自己の技術を使用させることが、メーカーである B 社にとってはそのもとで製造した商品を供給することによって確実な利益をあげることが、重要なのである。各契約当事者が給付の交換の枠内で自ら固有の目的を追求している場合には共通の目的は存在しない。契約に定められている諸義務はそれ自体閉じたもので、それで尽くされている。これらの義務の実施がそれを越えて…当事者の組合法的拘束を前提としていたことは読みとれない。」

次に、「競争の制限によって」および「市場関係に影響を与えるおそれ」という二つの要件についてであるが、一般に前者は契約当事者の経済活動の自由（言い換えれば競争活動の自由）の制限（たとえば価格、生産量、販売量の、さらには広告活動の制限）、つまり契約当事者の内部関係を意味し、後者は契約の対外的効果（対市場効果）を示すものと説明されている。⁽¹³⁾ 以下、一条の解釈のなかで最も重要な両要件の意味および関係について B G H 判決がどのような立場をとってきたのかを考察する。この点に関して最初に B G H が判断を示したのは次の事件である。

③ 新聞広告事件（一九六一年）⁽¹⁴⁾

〈事実〉 問題となったのは運送事業者の団体の内部規約のなかのある条項——構成員が当該団体の信用を落とすような

行動をとることを禁止していた——である。一構成員が新聞やビラを通じて有利な条件による運送の広告（送り状なしの輸送、三三パーセントの運送リベートの供与）を行なったことに對し、右条項に違反することを理由に団体が罰金を課した。そのためその構成員と団体の間で紛争が生じ訴訟に持ちこまれた。

争点の中心は当該内部規約に對する G W B 二八条以下の公正競争規約に関する規定の適用可能性にあったが、派生的問題として、広告活動を取り決めることによって制限することが第一条に違反するかどうかということも争われた。B G H は破棄差戻しの判決を下したが、この点に關し一般論として次のように述べた。

〈判旨〉

「G W B 第一条のいう『市場關係』とは特定の市場を特徴づけるあらゆる属性の総体である。したがってそれには特に、競争の性質や強さ、および市場の相手方のその市場における行動の性質が含まれるのである。それらはまた、市場における諸現象の経過にとつて、つまり需要と供給の形成およびそこから生じる価格や販売にとつて重要な諸要素でもある。…いづれにせよ広告一般、あるいは個々の広告活動に關する G W B 一条の適用可能性を完全に否定することはできない。…不正競争や他の法律に反する競争とは關係のない広告を制限するような契約や決議は、場合によっては市場に影響を与える。したがって G W B 第一条に反する競争の制限となりうる。」

右の B G H 判決をさらに發展させたのが次の事件である。

④ SPAR 事件（一九六二年）⁽¹⁵⁾

〈事實〉 西ベルリンの食料品卸売業者二社による市場分割協定の違法性が争われた。二社はともに SPAR（食料品販売業を営む卸・小売業者より成る任意加入団体）の構成員であった。両社は一九五六年に契約を結び、その西ベルリンにおける販売地域を確認しあいお互いの区域をこえて販売活動をしてないこと、また SPAR に所屬する小売業者との取引を優先させる（他の小売業者よりも安い対価で取引する）ことを申し合わせた。また同時に違約金についても定めた。契約締結当時、西ベルリンには二社のほかに約四〇〇の卸売業者（すべて SPAR には非加盟）が活動していた。

〈判旨〉

1 当該契約が市場關係に影響を及ぼすおそれがあるか否かについて。「二名の競争力ある卸売業者をこの市場

(西ベルリン)の部分領域に割り当てることは、四〇〇というそれ自体かなりの数の競争者が存在するとしても営業活動の強力な制限を意味し、かかる措置が境界によって囲われた西ベルリン市場に、特に卸売業者とその購入者との取引に及ぼす影響はたちには否定できない。：『市場関係』という概念からは、当該契約のこの関係に及ぼす影響が一定の最低範囲を越えていなければならぬという結論を引き出すことはできない。むしろ市場参加者の行動に対し、一般的な経済的経験からみて知覚可能な(spinbar)影響が認められればGW B第一条のいう市場関係に影響を及ぼすおそれありといえるのである。つまり単に理論的に考えられるにすぎない市場影響の可能性では不十分である。このことは特に、各契約当事者が割り当てられた区域においてすら自由に営業活動ができず、いかなる場合においてもSPARの小売業者に優先的に製品を卸さなければならぬという本件においてあてはまる。このような規定の結果、契約が及ぼす作用は契約当事者間の競争をこえて小売業段階での競争にまで及び、そこにかんがりの状況変化をもたらす。加えて西ベルリンの四〇〇の卸売業者のうちSPARに所属していたのは訴訟当事者だけである。それゆえSPAR所属の小売業者はSPAR内部において商品取引の際の活動の自由を失っている。なぜなら彼らのうちの誰もが担当の卸売業者の給付に割り当てられて変更の自由がないからである。最後に無視してはならないのは、当事者自身が当該契約の経済的意義を決して低く評価していなかったことである。このことは：違約金の高さから明白である。そのような高い違約金を定めたということは当事者の契約に：契約当事者の競争関係を越えた効果が帰せられていたことを物語るもう一つの証拠である。」

2 「競争の制限」について。「このような影響の可能性は競争の制限にもとづいていなければならない。：地域分割とSPARの小売業者への優先的供給に関する取り決めとによって契約当事者は企業としての決定の自由を制限されている。」

当該協定は、当事者の競争力を高め、買い手および最終的には消費者に有利な条件を提示するために、つまり合理化を目的として結ばれたものであるとの主張に対しては、「合理化の名目は競争制限の存在を排除しない」として斥けている。

SPAR事件においてBGHは、「企業としての決定の自由の制限」が第一条のいう「競争の制限」につながるとみなしている。販売地域や取引の相手方の選択は企業の競争活動における重要な要素である。したがってこれらの要素に制約が加えられ、企業が自由に決定できなくなれば競争活動の重大な制限がもたらされる。これがBGHの考え方の骨子

であろう。

ところで次にこのような競争制限によって市場影響がもたらされるおそれがあるか否かが判断されなければならないが、SPAR 事件判決ではその判断基準なるものが初めて打ち出され、それ以後の判決においてしばしば用いられることになる。この点を検討してみよう。BGHはまず市場関係に対する影響は一定の最低範囲 (Mindestumfang) を越える必要はないと述べている。このことが意味するのは影響の軽微なカルテル (いわゆるBagatellkartell) といえども第一条の適用範囲に入ることである。しかし他の箇所では、あらゆる経済的経験からみて知覚可能な (spürbar) 影響の存在を要求しているのはいささか矛盾するといえよう。なぜならここではむしろ一定の最低範囲の存在が想定されていると思われるからである。⁽¹⁶⁾しかし spürbar ということは自体非常に漠然として掴みどころがないうえに、BGH自身いかなる場合に影響が知覚可能なのかについての一般的説明はしていない。また具体的な質的、量的基準についても、また判断の際にいかなる要素が考慮されるべきかについても言及されていない。このような spürbar な影響の内容の不明確さは、「単に理論的に考えられる影響」では不十分であるというBGHの付加的説明によっても取り除かれない。結局、spürbar であるかどうかの判断は、たとえば量的な最低基準 (シェアが何パーセント以上という形で) を定立しそれに従ってなされるような性格のものではなく、様々な要素を相互に比較検討して総合的になされるべきものであるというのが本件におけるBGHの考えなのである。

本件では西ベルリンの食料品卸売市場における約四〇〇の卸売業者のうちのわずか二社によるカルテルであったが、契約当事者の販売量や市場占有率は認定されていない(もっとも別の事件の高裁判決のなかに二社のシェアは〇・五パーセントであったという説明がみられる⁽¹⁷⁾)。それにも拘らずBGHが一spürbarの基準を立てながらもそれを具体的に適用したとはいえないような方法で、一容易に市場影響を認めたのはなぜか。それは本件契約が「企業としての決定自

由」に対する強い拘束＝競争制限を含んでいたためであるように思われる。つまりそのように明白に競争行動を拘束している以上、当然市場に何らかの影響を与えるであろうという仮定にBGHは立っていたと考えられるのである。⁽¹⁸⁾したがって本件において実際に違法とされたのは、カルテルの対市場効果というよりはむしろ契約当事者間での競争行動の制限（競争の自由の制限）であったと言うことができよう。これは、当事者が高い違約金を定めていたことを根拠に協定の拘束力の強さをみとめ、そこから対市場効果を推定していることや、合理化の名目があっても競争制限の存在は影響をうけないと述べていることなどからも支持される。新聞広告事件⁽⁴⁾において広告活動の制限に一条の適用可能性が認められたのも、それが競争上の要素に対する制限であることが理由であろう。⁽¹⁹⁾下級審判決においても競争行動に対する明白な制限が存在する場合には市場影響のおそれは比較的容易にみとめられている。⁽²⁰⁾

このように「市場関係に影響を与えるおそれ」の判断がかなり抽象的なレベルでなされ、しかも肯定されやすい理由は、もともと要件上は市場影響の「おそれ(Eignung)」すなわち可能性で十分であり具体的に結果の発生を要しないということにある。⁽²¹⁾したがってその認定もある程度抽象的なもので足りるということになる。加えて「市場関係」という概念の理解も理由の一端となっているように思われる。つまり、新聞広告事件でBGHが言うように、「市場関係」とは、「競争の性質、強さ、市場の相手方の行動など、特定の市場に特徴を与えるあらゆる属性の総体」である。この定義はカルテルの対市場効果について、当該市場の特殊性に即した、あるいは協定の種類に応じた、個別的判断を可能にさせると同時に、その判断を抽象的なレベルに止まらせることにもなる。なぜなら、いささか極論にはなるが、特定の市場を特徴づけるどのような要素でもつかまえて、協定によりそれが変化をうけるであろうと説くこともできるからである。⁽²²⁾その結果市場影響の判断はかなり厳しいものとなるであろう。

ところがBGH判決にはこの市場影響が認められないとして第一条の適用が否定された例もある。そこで次にこの事

件を検討してみよう。

⑤はたる石採掘業者事件 (一九六四年)⁽²³⁾

〈事実〉 本件で争われたのははたる石 (Flusapat) の採掘業者らによる採掘地域の分割協定 (Interessengrenzungsvertrag) である。協定の内容は、事業者が採掘地域を相互に割り当て、他者の区域内では採掘やそれと関連する活動をしないこと、および割り当てられた地域と現在の土地に対する権利状態とが一致していない場合には採掘権の譲渡によってその一致を図る、というものであった。その他、採掘地域からの脱退、採掘権の売買についての規定も含まれていた。

〈判旨〉 採掘地域の分割が地域以外での採掘を許さない限りではたる石の生産に影響を与えうることを認めて次のように述べた。「しかしながらこの生産制限はそれ自体ではまだGWB第一条の要件を満たさない。むしろ生産に対する影響のおそれがカルテル法上問題となるのは、その影響が生産された財の市場に作用を及ぼしうる場合である。このことはすでにGWB第一条の文言に示されている。それによれば生産に対する影響のおそれは各商品による『取引』と関連していなければならない、つまり単なる生産過程そのものに関連するだけでは不十分である。またさらに、法第一条の規定の目的——市場における対外的効果のゆえに競争制限を禁止するのであって、競争制限によって契約当事者の行為の自由がその相互関係において狭められるという理由だけで禁止するのではない——からも明らかである。しかし右に述べた生産の制限がはたる石市場における諸関係に知覚可能な影響を与え得たことは認めることができる。：採掘業者間の協定が当該企業の市場における地位に関連するのは、自己の地域と隣接する地域を勝手にとりこんでそこで採掘することによって市場占有率を高めることができるというその限りにおいてのみである。しかしながら本件においては、隣接地域において起こるかもしれないこのような活動の阻止が、はたる石市場において何らかの効果をもたらすことの：特に買い手の地位に spürbar な影響を与えうるであろうということの論拠は全く存在しない。これはむしろ地域分割協定が市場における当事者の行動を、とくにその生産物の販売を、拘束していないということによって支持される。当事者は各人の事業について採掘量や販売量を取り決めたわけではない。それゆえ各事業者は：はたる石を時間的、量的な限定をうけることなく採掘し、他の当事者と競争しながら買い手に供給できるのである。：同様に当事者は価格決定あるいはその他の取引条件の自由を制限されていない。」

検討に入る前に一条の規定について若干の説明を必要とする。同条は文言上は「商品もしくは役務の取引のための生産又は市場関係に影響を与える」となっていて、一見すると、「生産」または「市場関係」のいずれかに対する影響で十分であるようにみえる。しかし、BGHも言うように、ここで「生産」と言っても「商品や役務の取引」のための「生産」なのであるから、そのような「生産」に与える影響は当然市場とも無関係ではありえない。したがって両者は選択的な関係ではなく重複関係にあると考えられている。BGHもその点をまず明らかにしたものと思われる。⁽²⁴⁾

そこで次に本件において市場影響のおそれが認められなかった理由を検討する。本件においても *spürbar* な影響があるか否かによって市場影響が判断されている。しかし判旨からも明らかのように具体的な形でのこの *spürbar* の内容の展開はみられない。したがってここで違法性の決め手となったのは対市場効果というよりもむしろ協定そのものの性格であったように思われる。つまり SPAR 事件では販売地域と取引の相手方の拘束という競争活動の自由に対する明白な制限が存在したのに対し、本件における拘束は採掘地域の外での生産活動にのみ向けられていた。SPAR 事件では競争活動における重要な要素の制約であったのに対し、本件は分散していた所有地の採掘権の統一化により、生産活動の基礎を形成するという側面を有していた。またそのようにして統一化された区域内での生産活動は自由であった。この制約の性格や程度のちがいが市場影響の否定につながった原因であると考えられる。⁽²⁵⁾ このことはたとえば、市場影響のおそれがないことの理由として、当事者が生産量、販売量あるいは価格の設定について合意していなかったことを挙げているのをみても明らかである。したがって、たしかにBGHはカルテルの違法性が当事者間の競争の自由の制約にのみあるわけではなく、対市場効果をも重視すべきことを指摘しているが、実質的に違法性の根拠となったのは当事者間の競争制限的行為であるとみてよい。これは SPAR 事件におけるBGHのカルテルの違法性に関する考え方と同じであり、結論は異なるにせよ両事件は矛盾しない。

以上のように B G H はカルテルの違法性の根拠を对市场効果以外の点に求めていたため、SPAR 事件で定立された spurbar の内容は十分な吟味がなされないままであった。しかし次に述べる一九六六年の判決ではまさにこれが争点となった。しかもこの事件は、今まで取り扱ってきたものがすべて民事事件であったのに対し、連邦カルテル庁の過料申請にもとづいて高等裁判所が下した決定の取消を求めた事件である点が重要である。

⑥ タイルメーカー事件 (一九六六年)⁽²⁶⁾

〈事実〉 クリンカータイルのメーカー——社——北西ドイツにおけるクリンカータイルメーカーのほとんどを占める——は共同販売機関を設立し、さらにこの販売機関の管理のために民法上の組合契約による会社を設立した。その管理会社の定款によれば、すべての構成員は全生産量を当該管理会社へゆだねる義務を負い、管理会社は製品の価格やその他の取引条件を決定する——そして構成員はそれに拘束される——ことになっていた。連邦カルテル庁の警告にもかかわらず——社は当該契約の実施を中止しなかったため同庁からベルリン高等裁判所 (Kammergericht) に過料申請がなされ、その結果——社の行為は法一条、三八条一項に違反するとして一九六四年過料決定が下された。——社はこれを不服として上告した。上告棄却。争点の一つは管理会社を設立するための組合契約が市場に影響を及ぼすところがあるかどうかということであった。

〈判旨〉 「spurbar な影響がみとめられるかどうかは、いずれにせよ、事例ごとに、考慮されるべきあらゆる状況を綿密に検討した後にはじめて判断せらる。この基準に従えば原審が当該契約を北西ドイツ地域の建築市場ないしはこの市場の一部における市場関係に影響を及ぼすおそれありとしたことは何ら法律に違背するものではない。契約当事者の競争制限によって、異なった選択肢からどれかを選ぶという可能性が滅殺されている。この滅殺は単なる理論的な性格のものではない。買手が実質的に同種類に属する製品に困難をともなわずに (ohne Schwierigkeiten) 変更できる場合にのみ、市場関係に及ぼす影響は単に理論的なものにすぎないといえるのである。原審の認定によれば本件ではそのような事情が存在しない。なぜなら本件カルテルに参加していないのは……ほんのわずかのタイルメーカーにすぎないからである。」

ここで、「市場影響」の認定に関しB G Hが明らかにしていることは、(i) spürbar な影響があるかどうかはあらゆる状況を考慮して判断すべきである、(ii) その際の考慮要素として取引の相手方のもつ選択の自由の減殺を重視すべきである、そして相手方が困難をとまわずに他の競争者に取引を変更できる場合には spürbar な影響はみとめられない、の二点である。

本件ではじめて—関連市場との関係で（もう一つの争点であった）—カルテル参加者のシェアが議論された（ただしB G H判決では一〇社のシェアの具体的な数字は示されていない）。メーカー側は spürbar の基準が余りにも厳格すぎることを指摘し、別のB G H判決⁽²⁷⁾（ただしカルテル事件ではない）を根拠にシェアが五パーセントを越えていなければ違法とはならないと抗弁した。この議論のなから一定の量的基準が引き出されることが期待されたが、B G Hは、問題の判決は市場影響が「実質的（wesentlich）」である必要はないと言っているだけで、そこから五パーセントの基準は導き出すことはできないと述べた。そして、市場影響は最低基準を越える必要がないという SPAR 事件判決に立ち返っている。そこで結局、市場影響は総合的な判断に委ねられるべきであるという最初に指摘した判示につながっているのである。

それにもかかわらずB G Hは、買い手のもつ選択の自由を最も重要な考慮事項として位置づけている。この傾向は以前の判決にもみられるが、⁽²⁸⁾ 本件においてそれが明確にされたのである。しかし判旨に従えば、買い手が困難をとまわずに取引を他に変更できない場合に spürbar な影響があることになるが、そのためにはカルテル当事者が買い手の取引の選択の自由を減殺するだけの経済力を形成していることが必要となるであろう。それどころか、この点を強調すれば、半ば独占的な力すら要求されるであろう。⁽²⁹⁾ このことは、影響が最低範囲を越える必要はないとして SPAR 事件を支持した態度と合致しない。なぜなら買い手の選択の自由を左右する経済力を持つためには当然、一定の量的最低基準

を越えていなければならないからである。BGHはどちらに重点を置いているのか判旨からは明らかではない。

本件では北西ドイツのほとんどのタイルメーカーがカルテルに参加していたために特に矛盾は生じなかったと考えられるが、カルテルのシェアがそれほど高くない場合、どのような判断がなされるのかという問題が未解決のまま残されることになった。

このように本件では *spürbar* な影響の内容について従来のBGHとは異なった考え方が示された。これは一指摘したような問題点はあるが、カルテルの対市場効果についての判断を迫るものであり、カルテルの違法性をカルテル当事者の経済力にも求めようとする方向のあらわれとみることができよう。しかしBGHがこれ以後もこの方向に進むかどうかは、次章での判例の検討をまたなければならぬ。ただ本件では当事者が価格決定の自由を拘束しあっていたこともあり、それまでのBGHの違法性の考え方との矛盾は存在しない。

(1) 判例の流れを理解するために次のものを主として参考にした。

Klaue, Siegfried, Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Zehn Jahre Bundeskartellamt—Beiträge zu Fragen und Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968, S. 249; Emmerich, Volker, Die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum GWB, ZHR 139, S. 476; Hill, Hans, Zur Rechtsprechung des Kartellsenats, in: 25 Jahre Bundesgerichtshof, München, 1975, S. 173.

(2) 連邦カルテル庁が一条に関して開始した手続は毎年かなりの数にのぼっているが、そのほとんどは何らかの理由で中止されたり、違法でないとして終了している。カルテル庁が秩序違反に対し過料を課すためには、当該カルテル庁の所在地を所轄する高等裁判所に申請しその決定を得なければならないが、そこまで至ることは少なかった。

(3) Begründung (C. Zu § 1), *Gemeinschaftsrechtskommentar*, 1. Aufl., S. 1074 (第一章第二節三、註(一)参照)。

(4) WuW/E BGH 359 “Gaslühkörper” = BGHZ 31, 105 = NJW 1960, S. 145.

- (5) 詳しくはフイケンチャー・丹宗昭信監訳『競争と産業上の権利保護』(昭五五)四七頁以下参照。
- (6) Begründung, a. a. O., S. 1076. この点をより詳しく論じたものとして、Fikentscher, W., Zu Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Hefermehl/Grür/Brox (Herg.), *Festschrift für Harry Westermann zum 65 Geburtstag*, Karlsruhe, 1974, S. 87.
- (7) WuW/E BGH 602 "Schiffspumpen."
- (8) WuW/E BGH 877 "Schell-Tanksteller."
- (9) WuW/E BGH 935 "Horndinger."
- (10) WuW/E BGH 712 "Bierbezug."
- (11) 下級審判決のなかで共通の目的がなめられた例を挙げると(典型的なものは除く)、WuW/E OLG 945 "Zündholz" (パチの卸売業者六社と広告業者との間で結ばれた業務分担——マッチの販売と注文取り——契約); WuW/E OLG 1083 "Fahrschulvertrag" (自動車運転転教育研究所と複数の教習所との間で結ばれた契約——教習所は教習方法、教習料の決定、新規開業に關して研究所の指示に従う義務を負っていた。契約は研究所と各教習所との間で個別に結ばれたが裁判所はそれを全体としてとらえ、そこに共通の目的を認めた); WuW/E OLG 1523 "Krankenhaus-Zusatzversicherung" (任意健康保険金庫と私的健康保険事業者四社との間で結ばれた契約——補充保険業務に關して、四社は特に有利なかつ同一の保険料を提示し、金庫の方は手続その他事務的なことからについて四社に協力するという内容のものであった。裁判所はここでも諸契約を全体としてとらえ、当事者は補充保険の保護育成という共通の目的を追求してゐると判示した)。などがある。
- (12) WuW/E BGH 810 "Zimcofor".
- (13) *Gemeinschaftskommentar*, 3 Aufl., 1 Lieferung, § 1 Anm. 60~104; Langen/Niederleithinger/Schmidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 5 Aufl., § 1 Tz.25~43.
- (14) WuW/E BGH 451 "Export ohne WBS"=BGHZ 36, 105=NJW 1962, S.247.
- (15) WuW/E BGH 486 "SPAR"=BGHZ 37, 194=NJW 1962, S.1955.
- (16) Sandrock, Otto, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1968, S.270.
- (17) WuW/E OLG 709 (711) "Bockhorner Kliniker".

(18) 一九六〇年に勧奨禁止違反事件において下した判決のなかで B G H は、勧奨禁止規定と一条、三八条一項一号のカルテル禁止規定のちがいについて次のように述べている（勧奨禁止規定については第一章第三節参照）。「勧奨禁止規定は」齊一的行動という要件を掲げることによって、そのような市場影響が発生することをさらに要求している。このことと三八条一項一号との差は次の点にある。すなわち法はカルテル禁止の場合には——一条による決議（契約）の無視があつてはじめて過料が科せられることにはなっているが——競争制限的な市場影響のメルクマールについては決議それ自体に結びつけて考へてよいのに対し、カルテル禁止の回避は、勧奨が事実上の効果をもつてはじめて明らかとなるということである。（傍点筆者）（WuW/E BGH 369 (372) “Kohlenplatzhändler” の事件については第一章第三節註(8)参照）。同旨 Fikentscher, WuW/E BGH 359 (368) — 発光体メーカー事件評釈。

(19) もっともこの事件で B G H は市場に影響を与えるような広告の制限を問題としている。その限りでは、広告のような競争上の他の要素（価格、品質、サービス）と比べれば重要性の低い要素の制限に関しては、制限それ自体だけでなく市場影響の判断も必要であるとみなしていると思われる（NJW 1962, S. 391 Gleiss/Hootz の評釈）。ただ市場影響の判断基準の不明確さについては以下の本文の叙述参照。

(20) 前期に属するものについてみると、高裁判例では、WuW/E OLG 545 (355) “Apothekerkanmer”（州の薬事業令のレビュー禁止を定めた規定）；WuW/E OLG 439 “Malenmeister”；522 (523) “Bahnhofsbaup”；699 (700)；772 (775/6) “Naturstein”；745 (747) “Baumarktsatistik”（いずれも入札カルテル）がある。地裁判例としては WuW/E LG/AG 253 (255) “BA UMA”（建設機械の国際見本市のプロモーターと国内外における見本市の保護・促進のための団体との間で結ばれた協定——見本市の開催を一年ごとに休止するという内容）；WuW/E LG/AG 259 (261) “Zweitaxi”（タクシー業者団体の決議——団体の管理する無線による乗車客の連絡を一台のタクシーについてしか認めないという内容）などがある。

(21) 立法資料も影響が実質的（wesentlich）である必要はなうことをほのめかしては、Bericht, *Gemeinschaftskommentar*, 1 Auf., S. 1175（第一章第三節註(1)参照）。

(22) Sandrock, a. a. O., S. 272.

(23) WuW/E BGH 605 “Flußpat” = NJW 1964, S. 2343.

(24) 一般にこの要件を「市場影響」ということは代表をさせるのはそのためである。ただ批判もある。Emmerich, a. a. O., S. 503

〔生産に対する影響はそれが市場関係に効果を及ぼさない場合にも禁止される。〕；*Gemeinschaftskomentar*, 3 Auf., 1 Lieferungs, § 1 Ann. 94 S. 110 (「一条は明らかに、市場関係と生産のいずれかに対する影響のおそれのみを要求しているのである。」「生産の際に起りうへき変化が市場関係に影響を及ぼすおそれがあるなら、それを要求しているのではない。」。後に高裁判決においても本件における BGH と同じ見解が示された。WuW/E OLG 1219 (1224) “Ölfeldrohe” (国内市場に影響を与えない輸出カルテルに対する一条の適用が否定された事件)。

(25) もっとも市場をどのように画定するかで市場影響の判断も変わってくる。本件では商品市場としてほたる石市場が考えられているが、本件の評釈をしているケーニクス (Koenigs, F.) は採掘権の市場をも想定する必要があったとして BGH を批判している。その場合には本件協定は当該市場に影響を及ぼす可能性があったと彼は述べている (NJW 1964, S. 2343)。また本件と似た後の事案で市場影響が認められた下級審判決がある。WuW/E LG/AG 362 “Kalksteinbau”——ある都市のセメントメーカーの間で結ばれた石灰石の採掘地域の分割協定が問題となった。当事者は契約を結びそれぞれの利益区域を定め、(i) 当事者が採掘可能な土地を購入する場合には必ず自己に割り当てられた区域内のものに限る、(ii) 売りの申し出を受けた場合には他の当事者にも通知し、それが自己の区域にない土地であれば土地所有者に買う意思のないことを表明するという義務を負っていた。裁判所は、本件とは異なり、まず採掘可能な土地を商品市場に画定した。そして契約により一定地域の土地しか購入できないという義務を負っていること、および高い違約金が定められていることから競争制限をみとめた。市場影響に関しては当該都市には契約当事者以外に特に競争者もない点を考慮しつつ、競争制限によって当事者はより高い価格を提示してできるだけ多くの土地を購入することができなくなっていることを理由にこれを肯定している。さらに裁判所はセメント市場を想定した場合についても触れて、この場合には、より有利な土地を購入することによってコスト状況を改善し、より安い商品を売ることを通じてシェアを高める可能性が契約により制限されている (競争活動の制限) ことから市場影響を認めた。

(26) WuW/E BGH 726 “Klinker” = BGHSi 21, 18 = J&S 1966, S. 292.

(27) 註(18)参照。この事件では団体の価格勧奨に従った構成員販売業者の売上高シェアは五パーセントであった。BGH はここで市場影響を否定したため、それとくらべて事業者側はこのような主張をしたのである。

(28) 前註の事件 WuW/E BGH 373 及び *Benisch, W.*) の註釈 (WuW/E BGH 374) ; WuW/E BGH 486 (491) “SPAR” ; WuW/E BGH 605 (611) “Flusspat”.

(29) はたる石採掘業者事件におけるケーニクスの評釈 NJW 1964, S. 2345 参照。

(30) Emmerich, V., *Fälle zum Wahlfach Recht des unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht*, München, 1975, S. 40.

二 まとめ

以上の判例の分析の結果をここで要約してみる。BGHの判決において実質的に違法とされたのはカルテル契約当事者による自由競争の相互制限行為である。これは、契約のなかでそのような制限行為が明白に義務づけられている以上、当然に市場に悪影響を及ぼすであろうという考えにもとづいている。また逆にそのような拘束を取り除けば全体としての競争は有効に機能するであろうという思想の反映でもある。この限りでは第一章で検討した競争制限禁止法の性格と合致するといえよう。

ところで右で取り上げた事件のうち違法とされたものにおいてはすべて明白な形で契約が存在し、しかもそれによって当事者は行動の自由の拘束を相互に義務づけ合っていた(前期の事件がほとんど民事事件であったことにも注意)。しかしながらカルテル事件においてはこのような例はむしろ稀といふべきであり、⁽¹⁾ 実際には法の適用を免れる目的で事業者が種々の手段を用いるために状況はもっと複雑である。たとえば、当事者は競争制限行為を義務づけ合っていないが、契約の実行の結果各事業者の競争行動が制約される場合、あるいは契約、それ自体が成立しているかどうか疑わしい場合などが考えられるが、これらに対し第一条をいかに解釈すべきかが競争政策上はより重要な問題である。そしてこのような場合にも第一条を適用しようとするれば、BGH判決にみられるような当事者間での明白な制限行為を違法とする接近方法は修正をせまられることになり、むしろ重点を市場に悪影響を与える経済力の形成に向けざるを得なくなる。そこで市場影響の認定基準の確立が望まれるわけであるが、*splitbar*の基準にみられるように十分な展開はな

されていない。⁽²⁾ もっとも、右に指摘した問題に対する回答を迫るような事件は前期においては裁判所に係属しなかった。そのため、実際にBGHがこのような場合にいかなる態度を示すのかは明らかにはならなかった。むしろこれらの問題は学説において大いに論じられたのである。そこで次に対象を学説—さらには連邦カルテル庁の実務—にまで拡張、BGHの判例理論とも合わせて、前期におけるカルテル禁止の問題点を取り扱うことにしよう。

(1) カルテル庁の立場からすると、ここで取り上げたような事件を問題としたかどうか疑わしい。

(2) 学説では市場影響の判断基準を定立する試みがなされている。独自の見解を示すSandrock, a. a. O., (1・註(16)) S. 269ff.によれば、四つの判断基準があるという。すなわち、(i) 純粹に客観的な基準——形式的競争制限を違法とする基準 (ii) *führbar* の基準——実質的競争制限を違法とする基準 (iii) 市場の相手方に開かれた変更可能性の阻害の基準 (iv) (準) 市場支配的地位にもとづく影響の基準である。そして彼は(ii)の基準を支持し実質的競争制限を問題とする以上、一定の量的要件が満たされなければならない、換言すれば、カルテルが全体として少くとも寡占的な市場力を持たなければならないと説明している (S. 291)。この「形式的競争制限 (formale Wettbewerbsbeschränkung)」と「実質的競争制限 (materielle Wettbewerbsbeschränkung)」の区別はBorchardt/Fikentscher, *Wettbewerbsbeschränkung, Markbeherrschung*, Stuttgart, 1957, S. 26ff. の提唱にかかっているものである。簡単に説明すると、前者は「事業者の自主的な競争努力の妨害、減少、除去であり、後者は、前者によって市場において有利な取引条件が提示されなくなることである (なおフィケンチャー／丹宗龍訳『前掲書』四一頁以下参照)。そしてフィケンチャーによれば、形式的競争制限は実質的競争制限につながる場合にはじめて問題となる、すなわち法が非難するのは実質的競争制限 (『市場支配』である (Borchardt/Fikentscher, a. a. O., S. 35f.; フィケンチャー『前掲書』四四頁、六四頁)。もっとも彼は「実質的競争制限」はBGHのいう「spürbare Marktbeeinflussung」と同じものとみなしているようである (フィケンチャー『前掲書』一〇九頁注 (36a) 参照)。他方「spürbare Marktbeeinflussung」は量的な側面から追求する者もいる。Crome, Franz, Der “spürbare Markteinfluss” des Kartells, *WuW* 1969, S. 601; Zindel, Johannes, Die Spürbarkeit der Marktbeeinflussung als Tatbestandsvoraussetzung des § 1 GWB, *WuW* 1978, S. 411; 以下最近の論文を挙げて、Holt-schneider, Rainer, Zur Bagatellegrenze im Kartellverbot, *WuW* 1980, S. 99.

第二節 前期におけるカルテル禁止の問題点

ここでの課題は、前節で指摘した問題に関する学説を検討することである。その問題をもう一度述べれば次のようになる。

- (i) 当事者の競争行動の制約が契約の内容ではなく、契約に従った行動の結果もたらされたにすぎない場合にも第一条の適用はなされるのか、
- (ii) 第一条の意味でのカルテル契約¹⁾とはいかなる内容を持っているのか、またいかなる場合にそれが成立したといえるのか、

これらは競争制限禁止法第一条がカルテルを「契約」として捉え私法的構成をとっている以上避けて通ることのできない問題ともいえよう。以下この順に考察する。

一、対象説と結果説

(i)の問題は、第一条の構成要件に即して言い換えるならば、「競争制限」と「契約」の関係を問うことである。この点に関しては大きく分けて二つの考え方があ

第一の考え方は、契約は競争制限—すなわち競争活動の自由の拘束—を対象（あるいは内容）としていなければならないというものである。言い換えれば、契約当事者は相互に競争上の行動の自由の拘束を義務付け合っていないなければならないことである。そしてかかる義務が存在しなければ違法なカルテルは成立しないとされる。この接近方法は契約の対象を重視するために「対象説（Gegenstandstheorie）」と呼ばれる¹⁾。

対象説の主張者はその根拠として、当事者が契約の内容としてもしていないのに、つまり契約のなかで合意しあってもいないのに、結果的に契約当事者の競争の自由が制約されたからといって、違法視されるのは法的安定性を阻害するといふことを挙げる。そのほかに一九二〇年代以来のカルテル法学説により形成されたカルテル概念との整合性を重視する立場から、また第一条と第二、八条の適用除外規定および第十五条の垂直的契約の規定の有機的理解からも、この説の正当性が主張される⁽²⁾。

第二の考え方は、契約はその内容がどうであれ、結果的にその当事者の行動の制約が生じることと十分であるとする。つまり契約は競争制限を内容とする必要はなくその結果で足りるというものである。結果を問題とすることから、この説は「結果説 (Folgetheorie)」と呼ばれている⁽³⁾。この説は、対象説的な考え方が自由競争の維持を目的とする競争制限禁止法の機能を著しく害するおそれがあるとの批判から生まれたものである。

学説においては対象説が支配的であり、また後に述べるように、連邦経済省、連邦カルテル庁という法の実施機関によっても採用された。

この二つの接近方法のちがいにについてももう少し詳しく検討してみよう。対象説は当事者が契約で何を合意しているのかを問題とする。そして合意したことがらに對してのみ法的効果(すなわち無効)が及ぶべきであるとする考え方である。その限りでこれは私法的な接近方法であると言えよう。このように競争制限が契約の内容であるかどうかによってカルテルの違法性を判断する結果、実質的に違法とされるのは競争制限——しかも契約当事者間の競争制限——そのものということになる。これはBGH判決の傾向と結果的に同じである(もっとも、すでに述べたようにBGH自身が対象説的な立場に立っていたのかどうかは不明である)。

これに對し、結果説的接近方法は、主として市場における競争に影響を及ぼし得るような経済力の形成の阻止に関心

を向けるために、競争制限と契約の關係には厳格な態度をとらない。単に結果であっても十分であるとする。この接近方法は、契約の対市場効果の面からカルテルの違法性を追求することから、「競争制限」という要件も常に対市場効果との関連で、しかも当事者の意図とは關係なく客觀的に捉えようとする。したがって、こゝでいう競争制限とは、単に契約当事者間の競争の自由の拘束に止まらず、それ以外の第三者（アウトサイダーや取引相手方）の競争の自由の拘束をも意味することになる。

西ドイツにおいてこの二つの接近方法の対立を生み出したのは、とくに共同販売（購入）機関や価格情報交換協定（あるいは公開価格制度）に対するカルテル法上の評価をめぐる議論においてであつた。⁽⁵⁾ 共同販売（購入）機関にあっては、共同機関の設立と同時に機関と構成員との間で契約が結ばれ、生産量の割り当て、製品の引き渡し（購入機関であれば機関を通じての製品の購入）、あるいは販売（購入）価格の決定等に関する取り決めがなされることが多い。かかる契約が結ばれていれば、それが違法なカルテルとなりうることにについてはどちらの説をとつても変わりはない。しかし対象説によれば、契約のなかで当事者がそのような機関の利用や価格について義務を負っていない場合には第一条は適用されない。したがって、任意に当該機関を経由して販売あるいは購入された製品に、たとえば構成員を平等に取り扱うことを機関に義務づける条項があるために、統一的な価格が付されたり、あるいは、構成員が機関を利用する際には最惠待遇を与えるとの取り決めがあるため、ほとんどの構成員が事実上当該機関を通じて製品を販売・購入するような場合でも第一条には違反しないのである。しかし結果説に立てばこのような場合にでも第一条の適用可能性が追求される。

次に価格交換協定（Preisinformationsvertrag）とは、複数の事業者により設立された中央機関（事業者団体のこともある）と当該事業者の間で結ばれる契約で、通常、構成員は中央機関に対して取引した際の価格や取引条件に関して報告する義務を負い、逆に当該機関はそのようにして集めた情報を恒常的に、あるいは照会に応じて構成員に提供す

る義務を負うという内容を持っている。対象説からみれば、このような契約には構成事業者の競争活動を制限するような義務は含まれていない。したがって、右で述べたような内容の情報交換協定に関してはカルテル法上の問題は起こり得ない。カルテル契約と言いうるためには、たとえば契約当事者が中央機関から提示された平均価格を将来の取引の際の基礎とする旨の義務の存在が必要である。それゆえ、中央機関が構成員に提供する情報が極めて詳細で、過去の取引のみならず将来の取引に関する価格が公開され、また構成員やその顧客の名前までが記載されるなどして、契約当事者間の価格行動についての予測が容易になり、その結果価格の一致が生じても対象説ではこれを捉えることができないのである。

これを法政策的にみると、対象説的接近方法は第一条の適用範囲を限定する意図を持つのに対し、結果説的なそれには逆にできる限り拡大してカルテル禁止を有効たらしめようとする傾向があることが明らかである。ついでに言くと、結果説の支持者によれば、対象説は競争法的観点からみて二つの不当な結果を招くおそれがある。すなわち第一に本来カルテルではないものがカルテルとして禁止されることであり、第二に本来カルテルとして禁止されるべきものが法の外に置かれるということである。⁽⁶⁾前者は、当事者間での活動の自由の制約によって市場における競争が影響をうけるおそれはないにも拘らず、そのような義務を負っていることを理由に当該契約がカルテルとして禁止される場合である。後者は、結果的に第三者の競争の自由を抑圧する経済力が形成されても、契約当事者が競争制限を義務づけられていないためにカルテル禁止から除外される場合である。

ただ注意を要するのは、今までの説明は、第一条の解釈に関する二つの対照的な接近方法を示すためにある程度単純化されているということである。実際には両説の信奉者とも、その主張の内容は各人によって異なり、場合によっては実質的な差は認めがたいこともある。⁽⁷⁾たとえば対象説を唱える者のなかにも、競争の自由の制限が契約によって明白に

義務づけられていなければならない（これが最も厳格な解釈）とするものから、契約のなかではたしかに明白には制限されていなくとも、経済的な不利益による制裁が課せられているがために競争行動が事実上不可能になっている場合でもよいとするものまである。⁽⁸⁾ また結果説においても、純粹に結果のみを問題とする者は少なく、契約と競争行動の制限との間に何らかの因果関係を要求するのが通常である。たとえば、「契約締結の際に競争制限がもたらされるであろうことが客観的に予測されなければならない」とか、「結果として起こった競争制限が契約に帰せられなければならない」とか説明される。⁽⁹⁾

さらに折衷説も登場している。これはフィケンチャー (Fikentscher, W.) により唱えられた接近方法である。彼は次のように主張する。⁽¹⁰⁾ そもそも競争制限が法律により禁止されている以上、事業者は通常それを契約の内容とはしないで、契約締結の動機や取引の基礎 (Geschäftsgrundlage) に代え、あるいは共通の目的とする。それゆえ、競争制限が契約の内容となっている場合だけでなく、契約締結の動機や取引の基礎というかたちで契約の背後に隠されている場合にまで第一条の適用を拡大すべきである。ただし単なる結果だけでは不十分である。

これは「目的説 (Zwecktheorie)」と呼ばれ、対象説を修正する考え方（「修正された対象説 (modifizierte Gegenstandstheorie)」とも呼ばれる）であるが、その際に、目的や動機の認定もある程度客観的に行なわれることになれば、結果説的な接近方法にも近くなってくるであろう。

ところで対象説と結果説をとり上げて比較し、前者の問題点を指摘したのは一つの理由にもとづいてのことである。すなわち、すでに述べたように、対象説が競争制限禁止法の運用機関である連邦カルテル庁とその上級官庁である連邦経済省により採用されたということである。ただこれは後で述べるように中小企業カルテルの保護育成という政策的背景と結びつけてみなければならないが、競争政策上は大きな意味を有するので別に項目を割いて説明したい。

(1) 後にも述べるように以前ではこの説が有力であった。著者が参照できたものののみを挙げるに、*Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommtar*, 2 Auf., 1963, § 1 Anm. 31 ; *Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs und Warenzeichensrecht*, 8 Auf., 1960, § 1 GWB Anm.28 ; *Müller/Giessler, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, 1974, § 1 Rdn. 67° の他 *Merle, Werner, Marktinformatiionsverfahren und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1967, S. 55ff. ; *Jäger, Armin, Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970, S. 28ff. ; *Rasch, Harold, Kartellvertrag oder Gemeinschaftsunternehmen ? WuW* 1961, S.79 (85) ; *Kröger, Heinz, Kooperation außerhalb des Kartellgesetzes, DB* 1962, 1034 ; *Wolff, Jürgen, Wettbewerbsbeschränkende Wirkungen der Gründung gemeinsamer Produktionsunternehmen und ihre Beurteilung nach den §§1, 23 GWB, BB* 1966, S.920 (922) ; 最近のものとしては *Hoffmann, Dietrich, Zur Gegenstands-, Zweck-, und Folgetheorie in § 1 GWB, BB* 1975, S. 628° といつて立法資料には次のような説明がみられる。「複数の独立した企業の結合で、カルテル目的を追求していない、つまりその設立契約や定款によれば競争の制限によつて市場関係に影響を与えるおそれのないものは…一条の禁止の対象とならない。しかし契約や決議によつて競争制限的な一定の市場行動をとるよう義務づけられる場合には、一条の要件は満たされる (Bericht, *Gemeinschaftskommentar*, 1 Auf., S.1175)」。この説明からは、立法者が対象説を支持したという明確な結論は得られない。Jäger, a. a. O., S. 39 によれば、制定当時ドイツの協同組合の団体から、一定の競争制限的な市場行動の義務を負わない限りで企業が販売・購入のために結合する権利をカルテル法上認めるように一条の修正案が提出されたが、報告書のこの部分はそれを意識して書かれたのだとされる。

(2) *Merle, a. a. O., S. 57f. ; Jäger, a. a. O., S. 30f.*

(3) *Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1968, S.243ff. ; *Emmerich, Volker, Wettbewerbsrecht : Eine Einführung*, 2 Auf., München, 1976, S.45 ; *Rinck, Gerd, Wirtschaftsrecht*, 5 neubearbeitete Auf., 1977, S.246 ; *Hoppmann, E., Preismeldestellen und Wettbewerbsbeschränkung, WuW* 1966, S.97 (120) ; *Schmidt, Ingo, Neue Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumpolitischer Zielsetzungen, WuW* 1966, S.699 (718) ; *Markert, Kurt, Gegenstandstheorie und Preismeldstellen, ZHR* 134 (1970), S. 53 (60) ; *Möschel, Wernhard, Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1 GWB, NJW* 1975, S.94 (97). この点については問題に関する論

文は枚挙にいとまがない。ここに挙げた以外の文献については、フィケンチャ／丹宗監訳『競争と産業上の権利保護』（昭五五）三二五頁参照。なお、同書三四頁にはこのことについて短かい説明がなされている。また日本における研究として、大村須賀男「カルテルの対外的効果関係について」『企業法研究』二〇輯三八頁がある。

(4) Klauke, Siegfried, Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: *Zehn Jahre Bundeskartellamt*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968, S. 249 (260).「従来の民法的な見解は、二人の同じレヴェルにある当事者が意思の一致により、自由な契約上の義務を負担し、権利を獲得するのが契約であると考ええる。契約の第三者的效果、すなわち契約当事者の領域をこえた効果は、私法にはほとんど馴染みの薄いものである。」

(5) この問題を最初に詳しく論じたのは Benkenhoff, Über den Vertrag im Sinne des GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkungen, *WRP* 1962, S. 313 であるが著者は参照しなかった。Sandrock, a. a. O., S. 237ff. に依った。

(6) Hoppmann, E., Die sogenannten Bagatellkartell der "neuen Wettbewerbspolitik", *DB* 1970, S. 93 (95).

(7) 註釋者 Leube, Jutta, Die Entwicklung des Verständnisses von § 1 GWB, in: *Wettbewerb im Wandel, Festschrift für Eberhard Günther zum 65 Geburtstag*, Baden-Baden, 1976, S. 183°

(8) Merle, a. a. O., S. 52, 58. 彼は競争制限の「可能性が契約の対象でなければならぬ」と説明されている。彼はこれを「修正された対象説」と呼ぶ。これは実質的には後に述べる目的説と同じ接近方法である。

(9) Emmerich, a. a. O., S. 45; Rinck, a. a. O., S. 246.

(10) Fikentscher, Zu Begriff und Funktion des "gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: *Festschrift für Harry Westermann*, Karlsruhe, 1974, S. 87 (103).

二、西ドイツにおける協業思想 (Kooperationsgedanken)

協業 (Kooperation) とは法的、経済的に独立した事業者による共同事業のことである。⁽¹⁾

産業界では、絶えず変動する経済のもとで、合理化を達成するために企業間の結合が繰り返された。この結合は通

常、合併・株式保有などの強力な方法でなされたが、他方で、企業の独立性は保ちながらその活動の様々な側面（たとえば購入、販売、生産、市場調査、研究開発）において協力しあうことにより合理化を図るという方法も用いられた。これがいわゆる協業と呼ばれるものである。協業そのものは各企業内部の合理化を名目としてなされるとはいえ、それが市場での競争に与える効果は無視することはできず、競争制限禁止法制定後は常にカルテル禁止との緊張関係を生み出した。周知のように、産業界は同法制定の際、合理化に資するカルテルはむしろ有益であるなどの理由からカルテルの原則禁止には反対の態度を示し、濫用規制の導入を強く主張した。⁽²⁾結局原則禁止は貫かれたが、産業界の要請は合理化カルテルの適用除外（第五条）という形で容れられた。したがって競争制限禁止法制定以後は、合理化カルテルの許可、カルテル庁から得ることによって協業を実現する可能性が産業界には与えられていたのである。

しかしその後も、協業を求める声は特に中小企業の保護・育成の主張と結びついて次第に高まりをみせたが、依然としてカルテル法上の障害があったため同法の今までの以上の緩和が叫ばれた。連邦経済省、連邦カルテル庁も、中小企業に大企業との競争力をつけさせることにより有効な競争単位を育成することの重要性を認識し、かかる観点から、産業界の声に応えて協業の緩和化を追求した。⁽³⁾

これは二つの方向において実行された。一つは合理化カルテル（そのなかでも主として専門化カルテル）の適用除外を——特に中小企業について——緩和するという方向である。これは実際すでにカルテル庁の実務によって行なわれていたが、⁽⁴⁾さらに制度化を徹底するために、法改正により専門化カルテルに関する適用除外規定が別に設けられ、手続も許可制でなく届出制が採用された（第五a条、一九六五年改正）。

ただ適用除外の方法による場合には時間がかかるうえ、企業の内部事情を知られることから企業の側はそれほど歓迎しなかった。そこで適用除外ではなく、第一条の解釈基準を明確にして、違法となるものとそうでないものとを区別す

ることにより企業の協業化の手助けをするという第二の方向も同時にとられた。その際の解釈基準として用いられたのがまさに対象説に他ならない。行政側が協業問題を正面から取り上げるようになったのは一九六〇年代に入ってからであるが、連邦経済省は一九六三年に「協業の手引き (Kooperationsfibel)」⁽⁶⁾なる、競争制限禁止法に違反しない協業のためのガイドラインを公表した。これは対象説の立場に立ち、考えられるあらゆる協業形態に關していかなる場合にカルテル法上の問題が生じうるのかについて詳細に説明を加えたものであった。⁽⁷⁾連邦カルテル庁の方は、一九五九年の年次報告書において、第一条の適用の前提として、契約当事者の行動の自由に対する法的制限が必要かどうかという問題を提起しているが、法律がスタートして間もないため慎重な態度をとり回答は避けていた。⁽⁸⁾しかしその後、協業思想の台頭とともに連邦カルテル庁の実務自体がカルテル禁止から適用除外手続の方へと重点を移すようになる。やがて、一九六二年に、任意加盟の共同購入機関に關し発行した書簡のなかで、「参加事業者がその需要の全部もしくは一定割合を……共同購入の方法によって満たすことの法的義務が存在しない限りカルテル法上は問題とはならない(もつとも厳格な対象説)」と述べて対象説的な立場をとるに至り、⁽⁹⁾さらにその後も何度か同じことを表明している。⁽¹⁰⁾そして一九六三年には今述べた連邦経済省の「協業の手引き」に支持を与えたのである。⁽¹¹⁾

もちろんこれらは中小企業の競争力の強化あるいは中小企業の保護という政策の枠内でのできごとではある。しかしこのような限定つきとはいえ、法の実施機関である連邦カルテル庁が競争政策上問題ある対象説を採用したことは、将来のカルテル禁止実務に何らかの障害をもたらさないかという危懼を生んだ。また中小企業の協業促進思想それ自体に對しても疑問が投げかけられているが、⁽¹²⁾仮にそれを肯定するとしても、この第二の方向での協業の緩和には問題があるといえよう。つまり適用除外カルテルの方法の場合には、合理化のメリットと競争に及ぼす効果との間で必ず比較考量がなされることになっているが、対象説に依拠する第一条の枠内での協業促進の場合にはそれがなされず、競争制限が

説
義務づけられているかどうかという形式的な基準のみが用いられるにすぎないからである。⁽²³⁾

論

- (1) 参照した文献は Emmerich, V., *Die Zulässigkeit der Kooperation von Unternehmen auf Grund des reformierten GWB*, Tübingen, 1974; Grossfeld/Stümpel, *Genossenschaften, Kartellgesetz und Mittelstandsempfehlungen*, Tübingen, 1976; Eickhof, Norbert, *Kooperation, Konzentration und funktionsfähiger Wettbewerb*, Tübingen, 1975; 前川恭一／吉田敬一『西ドイツの中小企業』(昭五五)。
- (2) 第一章第一節註(21)参照。
- (3) Emmerich, a. a. O., S.10—11; 前川／吉田『前掲書』一一六頁。
- (4) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in Jahre 1963 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Arbeitsgebiet (連邦カルテル庁一九六三年度年次報告書)。以下『活動報告』S.2。
- (5) 一九六二年の年次報告書に初めて大きく取り上げられている。『活動報告』1962, S.3, 8。
- (6) 正式のタイトルは『Zwischenbetriebliche Zusammenarbeit im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen—Zusammenstellung des BWG vom 29. Oktober 1963』。その抜粋が *WuW* 1964, S.35 に掲載されている。著者のこれを参照した。
- (7) 「手引き」は序の部分で、「GWB 一条は、競争制限的な一定の市場行動をとる義務を前提としている、……この意味で、たとえば共同の促進、発展のための協定や、もっぱら企業内部のことがらについて定める協定がそもそも一条によって判断されるべきかどうかを検討する必要がある」と述べ、(*WuW*, 1964, S.36) この考え方に立って種々の共同事業についていかなることを取り決めれば違法となるおそれがあるかを明らかにしている。たとえば共同販売事業については、参加企業が自己の自主的な販売を契約で制限することや、参加企業が直接買い手に販売しないで代わりに販売機関が注文を一括して受けそれを参加企業に割り当てる場合にはカルテル法上問題があると述べている(S.45)。
- (8) *Tätigkeitsbericht* 1959, S.15, 3のとき、連邦カルテル庁はいずれも共同販売機関に関する事件を三件取り扱っていた。これは当初定められていた利用義務がGWB制定後削除されたにも拘らず、構成員がその機関を利用しつづけたため事実上のシンジケートが成立していたという事件であった。連邦カルテル庁は本文に挙げた問題を掲げながらも、調査中ということで結論を出して

いない。なお戦前から存在していたシンジケートが法律制定後もこのような形で多く残っていたようで、カルテル庁の報告書にもその違法性や適用除外の可能性についていろいろと調査していることが明らかにされている (Tätigkeitsbericht, 1960 S. 17, 1961 S. 9, 1962 S. 13, 1963 S. 13-14)。

(6) WuW/E BKarta 575 (576) "Freiwillige Ketten."

(9) WuW/E BKarta 908 (909) (公開価格制度について。参加企業が価格リストの変更やそれからの逸脱の自由を制限されていることを理由に合法とみなした) ; WuW/E BKarta 1051 (1053) "Westdeutsche Düngemittelwerke" (共同販売機関について。利用の強制、割り当て、その他の競争制限がなく参加企業の企業家としての決定の自由が存在する場合には違法とならないことを認めた)。その他 Bekannmachung des BKarta vom 2 Sep. 1961, WuW 1961, S. 858 ; Bekannmachung des BKarta vom 6 Dez. 1962, WuW 1963, S. 217。

(11) Tätigkeitsbericht 1963, S. 718. 「手引き」を公表した連邦経済省は実際の法の運用には関与しないため、「手引き」の内容は連邦カルテル庁や裁判所を拘束するものではないことが銘記されていた (WuW 1964, S. 36)。

(12) Emmerich, a. a. O., S. 12ff. 逆に協業思想を支持するのは Eickhof, a. a. O. である。協業思想は後に「カンツェンバッハ (Kanzunbach, Erhard) に代表される新しい競争政策観の支持をうけてさらに発展をみせる。この点については第三章参照。

(13) Mesmacker, E.-J., An den Grenzen der Wettbewerbspolitik, in : *Wettbewerb im Wandel, Festschrift für Eberhard Günther zum 65 Geburtstag*, Baden—Baden, 1976, S. 57 (57)。

三、カルテル契約の概念

次に(ii)の問題に入る。一条の規定には「契約」ということが用いられていることから、その内容をめぐって当初から学説の間で活発な議論がたたかわされた。その趣旨は要するに、カルテル契約概念が民法上のそれからの程度逸脱できるかということにあった。この議論は競争政策上も重要な意義をもっている。というのは—カルテル規制に関しては常に指摘されることであるが—カルテルは禁止されているために、目に見えるような方法で結ばれることは少な

く、そうならばその存在を証明するような証拠を捕えることは困難になる。この傾向は市場が寡占化することによりますます強くなり、いわゆる寡占的相互依存関係が成立すると、事業者は明確な取り決めをしなくとも一致した行動をとることすら可能になる。⁽¹⁾したがって、カルテル契約を問題とする競争制限禁止法がこのような状況にいかに対処できるかがまず問われなければならない。そのためにはカルテル契約概念を明らかにする必要があるわけである。

そこで西ドイツではどのような形で議論がなされたのかを概観してみよう。まず合意の拘束力の強さに従って次のような類型化がなされる。⁽²⁾

(i) 第一に民法（債務法）上の契約。つまり法律効果に向けられ、かかる効果について私法秩序に依拠しようとする意思の合致によって成立するところの、いわゆる法的拘束力をともなった契約である。

(ii) 第二にいわゆる紳士協定 (gentlemen's agreement)。これは(i)とは異なり、事実的な拘束力しかもたない合意形態である。一般に説明されている。つまりその拘束力の根拠を経済的、道德的、社会的諸圧力（たとえば商人間の礼儀感覚、連帯意識）等に求める協定である。したがって、ここでは協定の不遵守の事態が生じても裁判所への訴によってその履行を強制することはできないとされている。

(iii) さらに一定の行動についての合意は成立していてもそれに従うか否かは当事者の自由である、すなわち(i)・(ii)の意味での拘束力が存在しない合意形態が想定される。仮りに合意が守られるとしても、それは各自事業者が自己の利益を考慮したうえでの独自の判断に従った結果にすぎない。これは西ドイツでは一般に「協調的行動 (abgestimmtes Verhalten)」と呼ばれ、その原形をECのローマ条約八五条一項に持つ。

(iv) 最後に全く合意が存在せず単に行動が一致したにすぎない場合が考えられる。いわゆる「斉一的行動 (gleichförmiges Verhalten)」と呼ばれるものである。

そこで議論は右のような類型化のもとで、第一条のいう契約はどこまでをカバーし得るかというかたちで展開する。法律の制定当初から問題となり、最も活発に議論されたのは、(ii)の紳士協定が第一条のカルテル契約に含まれるかどうかということであった。多くの学説がこれを肯定した。接近方法としては二つあり、一つは有名なルーケス (Luckes, Rudolf) の説である。⁽³⁾ この説は契約概念そのものの再検討から出発する。以下簡単に紹介する。

彼は従来の法律行為理論の批判から始まり、具体的な例(たとえば債権譲渡、債務引受など)を挙げながら、法律行為としての「契約」においては当事者の給付義務は不可欠の要素ではないとの基本的認識を示す。⁽⁴⁾ そしてその下位概念である「カルテル契約」は、個々の取引締結における、契約当事者以外の第三者の地位を弱化させ、そのことによってその者の経済的活動を阻害する効果を持った契約であると説明する。それゆえ、カルテル契約においては当事者の間ではそもそも法的な義務は問題とならない。したがって法的拘束力がないとされる紳士協定もカルテル契約に含まれる、と結論する。⁽⁵⁾

彼の学説は意欲的であったが、伝統的な法律行為理論を支持する人々から反論を受け少数説にとどまった。第二の接近方法は、民法上の契約概念(右に挙げた類型の(i))との整合性は保ちながら、合理的な解釈によって紳士協定に一条を適用しようとするものである(拡大解釈説)。⁽⁶⁾ これが多数説である。その語るところは論者により様々であるが、要するに、当事者が締結した法的拘束力のある契約が一条により無効である場合と、法の適用を免れるため最初から単なる紳士協定として合意する場合とを区別する必要はないというのが共通した理由である。⁽⁷⁾ 換言すれば、重要なことは、裁判によってその履行を強制できるかどうかではなく、意思の一致によって当事者が拘束しあうことである、民法上の契約と紳士協定は、その点において変わらない、という理由である。⁽⁸⁾ この考え方は立法者の意図とも合致していた。⁽⁹⁾

また、あくまで民法上の契約概念との整合性を重んじて、紳士協定を含めることに否定的態度をとる者でも、別の解

説
積方法によってこれを法の射程にとらえようと試みてゐる。⁽¹⁰⁾

これに対し、協調的行動とカルテル契約概念の關係が議論にのぼるようになるのはかなり後（それも有名な染料カルテル事件を契機として）のことである。⁽¹¹⁾本稿が「前期」と呼ぶ期間においては、この点には特に関心は向けられなかった。⁽¹²⁾その後、協調的行動がカルテル契約に含まれるのかということが問われるに至つても、これを否定する者も少なくなかつた。⁽¹³⁾第一条をいかに拡大解釈しても協調的行動には契約の性格は認められなかつたからである（もつともこの問題は七三年の第二回法改正において第二十五条一項——協調的行動の禁止——が新設されたことによって結着をみている）。

以上がカルテル契約概念をめぐる議論の概要であるが、合意の拘束力の方向からの概念規定にみられるように、議論の立て方自体が私法的発想にもとづいてゐる。

紳士協定にも第一条の適用がなされることには異論はないであらう。しかし競争政策上は、いかなる場合にそのような紳士協定が成立したといえるのかという観点からの接近も重要である。つまり、どれだけの事実が証明されれば紳士協定が認定されるのか、言い換えれば、合意の成立に加えてその遵守を担保する具体的な社会的・経済的拘束力の存在で立証しなければならないのか、それとも合意の実効性を示唆する何らかの事実の指摘で足りるのか、といった観点である。これはカルテル契約の立証の問題であるが、冒頭に指摘したカルテル規制上の問題を解決するにあたつては決定的な意味を持つ。またそれだけでなく、紳士協定と協調的行動の区別にも関わってくる。たしかに両者は合意の拘束力の有無というメルクマールで概念上は区別が可能であるかもしれない。しかし實際上その区別は困難であるし、⁽¹⁵⁾またそれほど重要な役割を果たすとも思えない。なぜなら立証のレヴェルで要件が緩和されれば概念上もほとんど区別がつかなくなり、実質的に、協調的行動と呼ばれうるものにも第一条が及ぶ可能性がでてくるからである。結局問題は、カルテルの場合に何が違法とされるべきか（明白な拘束かそれとも背後にある経済力か）ということに帰着するのである。

以上みたように、前期においては、競争政策の立場からのカルテル契約概念の議論は—おそらく具体的な事件がなかったことが最大の理由であらうが—十分になされず、私法的な観点からの概念構成に止まっていた。⁽¹⁶⁾ その具体的な展開は染料カルテル事件の発生に俟たなければならなかったのである。

またこのような傾向は一、で問題とした対象説と結果説の対立とも密接に結びついている。⁽¹⁷⁾ 対象説が競争制限は契約の内容でなければならぬと言ふときの契約とは、法的であれ事実的であれ、拘束力をもなった合意のことである。それだからこそ、競争制限が結果的に生じてこそそこには右の意味でのカルテル契約は成立しえないのである。これに対し、結果説はそのような結果された——しかもそれに関しては法的あるいは事実的な拘束力のある合意は存在しない——競争制限でも足りるとする考え方であるから、この場合のカルテル契約概念は対象説のそれよりも広がりうると言えよう。

- (1) 東方謙二「反トラスト法における共同行為の認定について」北大法学論集一六卷一〇号三二頁以下、根岸哲「市場構造規制の必要性と可能性」神戸法学雑誌二三卷一・二号三二頁以下。
- (2) Sandrock, a. a. O. (1'註(c)), S.247; Jäger a. a. O. (1'註(1)), S. 6 参照。日本人の研究として大村須賀男氏の次の三部作がある。「好意的協定関係について」民商法雑誌六二卷三三頁、「紳士協定について」同六八卷六号三〇頁、「協調的行動について」同七二卷五号三頁、六号三頁、これらは私法的な観点からの研究である。
- (3) Luckes, Rudolf, *Der Kartellvertrag—Das Kartell als Vertrag mit Ausserrückungen*, München, 1959.
- (4) Ebenda (3. Teil), S.123-124.
- (5) Ebenda (3. Teil), S.298f.
- (6) Müller-Henneberg/Schwartz, *Gemeinschaftsrechtskommentar*, 2. Aufl., 1963, § 1 Anm.12; Baumbach/Hefermehl, *Wettbewerbs- und Warenzeichensrecht*, 8. Aufl., 1960, § 1 GWB Anm. 29; Benish, Werner, *Kartellverbot und konformes Marktver-*

Iren, *DB* 1969, S.451 (452); 後期に属するものには Jäger, a. a. O., S.26; Baur, J.F., Das Tatbestandsmerkmal "Wertbe-
werb", *ZHR* 134 (1970) S.97 (131)' ほかほつての教科書。

(7) Sandrock, a. a. O., S. 259; Baumbach/Hefermehl, a. a. O., Anm.29 (「その社会的機能が同じ」ことを挙げる)。

(8) Lipp, Wolfgang, *Kartellrecht*, 2 Aufl., Bonn, 1975, S.41.

(9) Begründung, *Gemeinschaftskommentar*, 1 Aufl., S. 1077, 「一条は、事業者がその経験や見解、あるいは価格まで相互に知らせあう伝達行為も規制の対象とはしてゐない。しかしまさにこの場合には、紳士協定による法回避の危険が存在することは明らかである。それらはいつての場合、純粹の、一条によつて判断されるべき契約上の義務である。カルテル協定としてのその性格は、参加者が、協定に違反したことを理由に民法上の請求権を主張することはないということについて合意しているからといつて排除されるものではない」。また連邦カルテル庁も一九六〇年の年次報告書のなかで次のように述べている。「特に一条の解釈について、裁判による救済可能な義務をとまなわれない紳士協定にもとづく齊一的行動に一条が適用されるか、という基本的問題は本年度において肯定された。」(Tätigkeitsbericht 1960, S.9)。判例では、*WuW/E BGH* 602 "Schiffspunnen" (但し一条の適用が直接問題となつた事件ではない)において紳士協定の内容が明らかにされた。その後下級審判決 *WuW/E OLG 772 "Nautstein"* (入札価格カルテル)において裁判所は、価格協定の締結の際に当事者が法的な義務を負うことを欲したのか、あるいは法的には無効なことを知つていたため事実上の拘束に委ねることをしたのかということとは問題ではないと述べて過料決定を下している。なおこの事件では事業者の間の「道德通念 (Ehrenkodex)」の存在が認定されている(*WuW/E OLG 775*)。

(10) 最初にも述べたように、西ドイツでカルテル禁止と言われる場合には、正確には一条(カルテル契約の無効)と三八条一項一号(秩序違反)の両規定により成り立っている。(差止規定—三七七条はまだこの時期にはなかった)。そのため、拡大解釈説は秩序違反にも適用される刑法上の類推禁止の原則に反するという批判が生まれた。そこでこのような立場をとる者は別の解釈で紳士協定を規制することを主張するのである。最も多いのが紳士協定を三八条二項二文の勸奨禁止規定(第一章第三節参照)によつて規制する説である。つまり紳士協定は当事者が同じ行動をとるように相互に、勸奨しあつたものと構成することによつて同規定を適用するものである。Bensch, W., Die unverbindliche Abstimmung unter dem *GWB*, *DB* 1957, S.789 (790—792) (田説); Umer, Peter, Kartellvertrag und gentlemen's agreement, *WuW* 1962, S. 3 (15); Ruge, Dietrich, Abgrenzung des gentlemen's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschluß, *WuW* 1963, S.698 (710); Sandrock, a. a.

- O., S. 263 (旧記) 参照。そのほか紳士協定は三八条一項一号の秩序違反規定の脱法行為であるとする説もある (Ruge, a. a. O., S. 708-710 の説明参照)。
- (11) Büttner, Siegfried, Kartellvertrag und Kartellverhalten, *WuW* 1971, S. 690 ; Sandrock, O., Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, *WuW* 1971, S. 858 ; Kersten, Hans-Christian, Bewußtes Parallelverhalten—aufeinander abgestimmte Verhaltensweise—Kartellvertrag, *WuW* 1972, S. 69 など。
- (12) Müller-Henneberg/Schwartz, *Gemeinschaftskomentar*, 2. Aufl., 1963, § 1 Anm. 12, 13 でも協調的行動のりとは触れていない。但し Benisch, a. a. O. はこれを取り扱っている。しかし協調的行動には一条の適用を否定している (S. 452)。
- (13) Sandrock, *Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1968, S. 265 (旧記); Jäger, a. a. O., S. 27 ; Benisch, *WuW/E BGH* 1158 (染料カルテル事件評釈); Deringer/Tessin, *NJW* 1971, S. 521 (同)。
- (14) Sandrock, a. a. O., S. 263.
- (15) Sandrock, Gentlemen's agreement, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, *WuW* 1971, S. 858 (862)。
- (16) 七〇年代になると立証問題の観点からの考察が増えている。Sandrock, a. a. O. ; Büttner, a. a. O. ; Kersten, a. a. O. はすべてそうである。もっともベニッシュ (Benisch, W.) は一九五九年に発表した論文において、一致した行動がいかなる場合に一条の適用をうけるのかという問題意識のもとで、行動の類型論を展開している (註(6)の彼の論文参照)。
- (17) Markert, Kurt, Gegenstandstheorie und Preismeldestellen, *ZHR* 134 (1970), S. 53 (55)。

四、まとめ

最後に第二章における考察の結果を要約し次章に繋ぐことにしたい。

第一節ではBGHの判例を、続く第二節においては判例では明らかにされなかった問題に関する学説——およびそれ

と関連して連邦カルテル庁の実務——を検討してきたわけであるが、これらを全体として眺めた場合、前期におけるカルテル禁止は私法的接近方法の優位ということばで特徴づけられよう。本稿の最大の関心事はカルテル規制に関して考えられうる諸問題に対し、私法的構成をとっている西ドイツの競争制限禁止法がどのように解釈し適用されるであろうかということにあった。しかし前期においては、対象説や契約概念の議論にみられるように私法的な発想にもとづく解釈の方が強く、競争の自由の保護という法の目的に即した解釈は十分な展開をみせるには至っていない。これが前期におけるカルテル禁止の問題点である。

連邦カルテル庁も支持した対象説にみられるところの、当事者の競争の自由の制限に違法性を求める考え方（結果においてB G Hの判決もこの傾向にあることは述べた）は、その限りでは競争の自由の保護という第一章で明らかにされた競争制限禁止法の目的および性格に合致している。しかし自由の内容を当事者のみならず第三者（アウトサイダー、取引相手方）の自由にまで広げた場合、違法視されるべきはむしろ当事者により形成された経済力ということになる。そしてこのように考えることこそが「経済力からの自由の保護」を謳った同法の目的に真の意味で合致するといえる。そうなれば当事者が契約で何を合意したのかどうかにこだわる必要はなくなるであろうし、同時にカルテル契約概念も経済力の阻止のために私法との整合性のある程度ゆるめて合目的に理解すべきことになろう。

ただ何度も述べるようであるが、かかる問題点を生み出した原因として、前期においては競争政策上重要な事件が実際に実務の場に登場してこなかったということがある。しかし経済の発展に規定されてそのような具体的な事件が発生するようになれば、実務（特にカルテル庁）としては、カルテル禁止の実効性を確保するために私法的な接近方法を打破する必要に迫られることになるのである。この点は次の第三章で検討する。

Wandlungen des Kartellverbots in der BRD (2)

Tateo WADA*

Einleitung

- I GWB und seine ursprüngliche Konzeption (Bd. 31-Heft 2)
- II Entwicklung des Kartellverbots unter den Bedingungen der sozialen Marktwirtschaft
 1. Entscheidungen des BGH in dem ersten Zeitraum
 2. Problematik des Kartellverbots in dem ersten Zeitraum (Bd. 32-Heft 1)
- III Wandel der Wettbewerbspolitik
- IV Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens

Zusammenfassung

Die Aufgabe dieses Kapitels besteht darin, die Entwicklung des Kartellverbots in dem ersten Zeitraum (1957-1966) zu prüfen und seine Problematik darzustellen.

Das deutsche Kartellverbot wird durch § 1 (Unwirksamkeit des Kartellvertrag) und § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB (Ordnungswidrigkeit) gebildet. Zuerst muß man also fragen danach, ob es unwirksame Verträge nach § 1 GWB gibt. Daher kann man sagen, daß es beim Kartellverbot ausschließlich um die Auslesung des § 1 GWB geht. Der Verfasser versucht im ersten Abschnitt, einen Überblick über die höchstrichterlichen Entscheidungen zu § 1 GWB zu geben. § 1 Abs. 1 GWB erklärt Verträge und Beschlüsse von Unternehmen für unwirksam, soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Die Schwierigkeiten bei der Auslesung dieser Vorschrift entstanden besonders dann, wenn man im einzelnen der Frage nachgeht, welche

* Dozent an der Handelshochschule OTARU

Voraussetzungen ein Vertrag konkret erfüllen muß, damit er zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geeignet ist. Bei diesen Schwierigkeiten stellte der BGH in der SPAR-Urteil von 1962 die Theorie der *Spürbarkeit* dar: Der Einfluß des Vertrages auf die Marktverhältnisse muß nicht einen bestimmten Mindestumfang überschreiten. Jede nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung ist vielmehr im Sinne des § 1 GWB geeignet, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Eine bloß theoretisch vorstellbare Eignung zur Marktbeeinflussung genügt nicht.

Trotzdem ist aber dieses Spürbarkeitskriterium noch unbestimmt und in den folgenden Entscheidungen ist die Marktbeeinflussung ohne weitere genauere Formulierungen der Spürbarkeit einfach bejaht.

Hieraus kam der Verfasser zu diesem Schluß, daß BGH die Beschränkung der Wettbewerbsfreiheit (Wettbewerbsbeschränkung) unter den Kartellbeteiligten als solche für unzulässig hielt, ohne auf ihre Marktmacht den Wert zu legen.

Aber der BGH hat nächste zwei Fragen offengelassen: Wie soll man überhaupt denken, wenn die Parteien ihre Wettbewerbsfreiheit nicht durch den Vertrag beschränken, sondern die Wettbewerbsbeschränkung nur erfolgt? Und im welchem Zusammenhang steht die Kartellvertrag mit dem zivilrechtlichen Vertragsbegriff? Mit diesen Fragen haben sich die bisherigen Schriften beschäftigt. Die Lehrmeinungen zu diesen Fragen behandelt dann zweiter Abschnitt.

Aus diesen Untersuchungen wird als Problematik des Kartellverbots in dem ersten Zeitraum darauf hingewiesen, daß die zivilrechtliche Vorstellung in diesem Zeitraum überwog. Wir können das z. B. an der sogenannten *Gegenstandstheorie* oder dem Verständnis des Kartellvertrages erkennen. Die herkömmliche bürgerlich-rechtliche Auffassung hat unter Vertrag die Willensübereinstimmung zweier Partner, die freiwillig vertragliche Pflichten eingehen und Rechte aus dem Vertrag erlangen, verstanden. Die Aussenwirkung von dem Vertrag über den Kreis der Vertragspartner hinaus war eigentlich dem Zivilrecht fremd. Kartellrechtlich handelt es sich um die Bildung der wirtschaftlichen Macht von den Kartellbeteiligten, die die

Wettbewerbsfreiheit der anderen Unternehmen als Kartellbeteiligten beeinflussen kann. Die dem Sinn und Zweck des GWB entsprechende Auslegung hat sich in diesem Zeitraum nicht genug entwickelt.

(Fortsetzung folgt)