



Title	戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷（４）
Author(s)	和田, 健夫; WADA, Tateo
Citation	北大法学論集, 33(1), 43-88
Issue Date	1982-07-05
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/16388">https://hdl.handle.net/2115/16388</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	33(1)_p43-88.pdf



# 戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷(四)

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(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(三三卷一号)
  - 第三章 競争政策の転換——カルテル禁止政策の新たな動き
  - 序 説
  - 第一節 経済安定成長促進法
  - 第二節 競争政策の新しい指導演(三二卷二号)
  - 第三節 後期におけるカルテル禁止実務の検討
    - 一 西ドイツ経済の集中化
    - 二 B G Hの判決
    - 三 全体のまとめ(本号)
  - 第四章 協調的行動の禁止
- むすび

## (第三章)

## 第三節 後期におけるカルテル禁止実務の検討

前節において検討した西ドイツ経済状況の変化とそれにとまなう競争政策の新しい方向づけのもとで、カルテル禁止が具体的にどのように展開されたのかということについての考察がこの第三節の課題である。ここではまず前節では十分触れなかった西ドイツ経済における重要な問題、すなわち産業の集中、について簡単に述べ、そこでカルテルが——とくにカルテル規制に関し——いかなる対応を示したのかについて概観し、その後B G Hの判例を検討することにしたい。その際に取り上げるのはたとえば、カルテル契約の成立が争われた染料メーカーの価格カルテル事件、対象説の妥当性が問題となった情報交換協定や共同販売機関に関する事件等である。ただし、取り上げるのはB G H判決ではあるが、同時に連邦カルテル庁の実務にも目を向けたい。ここでは裁判所やカルテル庁の決定および判決を全体として評価することが必要なためである。

## 一 西ドイツ経済の集中化

競争制限禁止法は制定当初企業結合を規制する規定をもたず、その届出義務を課しているにすぎなかったため(同法旧二三条、二四条)、このことが産業集中の重要な促進要因となるであろうことは当然予測されていた。(同法の草案の審議の段階ですでにそのことは指摘されており、一九五八年の連邦カルテル庁の第一回年次報告書でも結合規制の規定の不備が論じられている。)<sup>(1)</sup>

また右の報告書では連邦経済省自身が将来集中の実態の把握に努めるべきことを認めているが、これをうけて連邦政

府は一九六〇年に「経済集中の調査に関する法律 (Gesetz über eine Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft)」を通過させ本格的な調査に乗り出した。この結果は一九六四年に「経済集中の調査結果に関する報告 (Der Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft)」として公表された。同報告書は一九五四年と一九六〇年の二つの時期における西ドイツの産業別集中度および一般集中度についてその実態を明らかにしている。<sup>(4)</sup> 植草教授の分析によれば、西ドイツはこの時期、産業別集中においても一般集中においても国際的にかなり高度化の段階に達していた。<sup>(5)</sup>

その後、このような大がかりな集中調査は行なわれていないが、一九七三年以降は同年法改正により設置された「独占委員会 (Monopolkommission)」が定期的に集中の現状を報告することになった。すでに二度その報告書が公表されており、いずれも西ドイツの集中が進展していることを示している。<sup>(6)</sup> さらに連邦カルテル庁も一九六七年ごろから集中問題に強い関心を示しはじめるようになる。とくに同庁が入手した企業結合 (純粹の合併のほか株式取得もふくむ) の届出から把握しえた数字が明らかにされている。それによると、一九六九年ごろから大企業の結合が増大しており (たとえば一九六八年には一六件であったのが一九六九年には五四件、一九七〇年には八三件と急増している)、<sup>(7)</sup> 集中をもたらしただけの原因がこのような大規模な企業結合であったことを示唆している。<sup>(8)</sup> これと平行して年次報告書では競争政策の立場からの集中や寡占市場に対する評価もなされている。たとえば、大企業体制が必ずしも指摘されている様なメリットをもたらずものではないことが論じられ、<sup>(9)</sup> あるいは価格競争の欠如が「管理価格 (administrierter Preis)」の問題として取り上げられるようになっていく。<sup>(10)</sup> そしてそこで強調されるのは「有効競争」の創出の必要性であった。このような傾向のなかで連邦カルテル庁は一九六七年の年次報告書において、第一条の解釈に関し次のような注目すべき説明を行なっている。

「立法者の考えとは逆に過去一〇年間においてますます明らかになってきたことは、法的拘束は、経済的な意味での競争制限を理解し、かつカルテルと全体経済上望ましい協業形態とを区別する基準としては、通常不適當であるということである。法的な拘束よりも、事業者が自己を利する競争制限に対しても利益の方がしばしば重要である。したがって、対象説は法の本来の意義 (Ratio Legis)、すなわち国民経済において競争の有効性 (Wirksamkeit des Wettbewerbs) を保障するということにこたえることができないのである。」<sup>(11)</sup> (傍点筆者)

これは連邦カルテル庁がかつて協業促進のために採用していた対象説との訣別を意味する発言である。

また同庁の内部に設置された「カルテル法研究会 (Arbeitskreis Kartellrecht)」(一九六五年設置。法学・経済学の研究者と同庁の職員とによって構成され、毎年定期的にカルテル法上の問題を討議する) が一九六九年に開催した会議では第一条の解釈問題がテーマとして取り上げられ、そこでもカルテル法上の契約概念は民法上のそれとは別個に規定されるべきであり、経済的あるいは社会的制裁による協定で十分であるとの意見が有力であったこと、さらに対象説と結果説の対立の問題に関しても、支配的見解である対象説に対する疑問が表明されたことが報告されている。<sup>(12)</sup>

このこととの関連で連邦カルテル庁がとくに注目していたのは、後にも詳しく述べるように、産業界で広く行なわれていた価格情報交換協定と共同販売シンジケートであった。連邦カルテル庁は一方で対象説を用いながら、これらが価格カルテルと同じ効果をもたらす可能性をもっていたため、早くから監視の目を怠らず市場構造や全体的な効果を問題としていた。<sup>(13)</sup> しかしこのように第一条の解釈問題に対し基本的態度を表明したことはなかったのである。それに至らしためたのはカルテル庁も右の報告書で明確に述べているように、有効競争の保護という競争制限禁止法の本来の目的への配慮であったことに注目すべきであろう。

以上の点を背景として確認したうえで実務の具体的な検討に移る。

- (1) Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1958 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (BT-Drucksache 1000, S. 3, 63/64 以下 Tätigkeitsbericht ○○年で引用)。すでに五〇年代の終りに集中に対する法的措置を求める声が国会のなかで高まった (Entwurf der Bundesregierung eines Zweiten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 71, 546)。江口公典「西ドイツ・競争制限禁止法における企業結合規制規定の展開」『法学と政治学の現代的展開』岡山大学創立三〇周年記念論文集 三四七 (三四九) 頁。
- (2) BT-Drucksache IV/2320, S. 74 ff.
- (3) BT-Drucksache IV/2320.
- (4) この調査の目的は、産業別に企業や企業結合の市場における地位を明らかにし、企業の規模や数の点でどのような変化が起こったのか、またそれによって競争がどの程度影響をうけたのかということを解明することにあつた (『経済集中の調査に関する法律』第一条)。本報告書の翻訳として、国立国会図書館調査立法参考局訳「西ドイツ商工業の経済集中——一九六四年連邦政府提出報告書——」および山口賢「経済における集中の調査結果に関する報告書」甲南法学二四卷三・四号、一五卷一・二号、一六卷一・四号、一八卷一・二号、二〇卷三・四号、二二卷一・二号、二二卷三・四号、がある(後者を参考にした)。これは、戦後の西ドイツの産業組織を分析するのに最も重要な資料の一つであるとされている。植草益教授が詳細な分析をしており参考にした(植草益「西ドイツの産業組織」『世界の企業4 西ドイツの経済と産業』一九七五年所収)。
- (5) 植草・前掲論文一八五—一九三頁参照。
- (6) Monopolkommission, Hauptgutachten 1973/1975, *Mehr Wettbewerb ist möglich*, 2 Aufl., Baden-Baden, 1977; Hauptgutachten 1976/1977, *Fortschreitende Konzentration bei Großunternehmen*, Baden-Baden, 1978。この他の統計資料による研究として、鈴木清之輔「西ドイツにおける集中について」三田商学研究二二卷四号六九頁(七四頁以下)参照。
- (7) Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucksache VI/2380, S. 14。ただし金融業と保険業をのぞく。一九七〇年の八三件のうち、年間の売上高が一〇億ドイツマルク以上のものが六八件、水平的結合が五六件である。
- (8) 企業結合が企業集中にどのような効果を及ぼしたのかということについての実証研究として Müller, Jürgen/Hochreiter, Rolf, *Auswirkungen der Unternehmenszusammenschlüsse auf die Unternehmenskonzentration und deren mögliche Kontrolle durch ein Fusionsverbot*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, Bd. 190 (1975/76), S. 480 ff. 彼らは一七の市場に

ついで、一九五八年から一九七一年の間における集中の増大の要因を検討している。それによれば、石油精製業、鉄鋼、セメント、ガラスビン、貨物自動車、ビール、日刊新聞の各市場においては非常に高い企業結合効果があらわれており (S. 421) 全体としても、集中と企業結合との間には密接な関係があることが確認されている。なお、原豊/外崎忠「西ドイツの企業結合と合併規制」青山経済論集三〇巻三・三・四合併号八七頁以下参照 (本稿はこの論文を参考にした)。

(9) Tätigkeitsbericht 1968, BT-Drucksache V/4236, S. 8. 連邦カルテル庁はアメリカ上院反トラスト・独占問題小委員会の調査報告 (産業集中が企業の業績力を高め技術進歩に寄与するという一般論が必ずしも妥当しないことを実際の調査によって明らかにしている) の結果を引用して、西ドイツの経済政策においても考慮すべきことを認めている。

(10) 報告書ではすでに一九六五年に管理価格問題がとり上げられていたが (Tätigkeitsbericht 1965, BT-Drucksache, V/530, S. 10) 本格的に問題とされるようになるのは一九六九年からである。ここで「管理価格」とは、「実質的 (『有効』) な競争が存在しない市場において、売り手がコストおよび利潤の観点からのみ設定する価格」と定義されている (Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 14)。ただし、管理価格問題は、景気政策の側面からもとらえられなければならないとされ、競争政策はそのような景気政策がうまく機能するための条件をつくり出すことができることとされている (aa.O., S. 14/15)。さらに、一九七三年には管理価格現象が認められる市場の調査が行なわれている。それによると管理価格が発生する市場には以下のものが考えられる。(i) まず、構造的な理由から価格競争が存在しない市場 (独占的および寡占的市場) がありその数は四五〇とされている。(ii) 次に価格情報交換が行なわれているため価格競争が制限されている市場があり、当時連邦カルテル庁が把握していた情報交換の数は四八であった。(iii) そのほか、第三条により総売上リシートカルテル (Gesamtumsatzabkartell) が、(iv) 第五条二項、三項により合法的シンジケートが、(v) 最後に第一六条により再販売価格維持が、実行されているために管理価格が成立する市場があるとされている (Tätigkeitsbericht 1973, BT-Drucksache 7/2250, S. 15)。

(11) Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drucksache V/2841, S. 17/18. この説明は、利用義務はないが競争制限的効果をもつ共同販売機関に関する文脈のなかでなされている。

(12) Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 15.

(13) すでに一九五九年の年次報告書からみられる。一九六三年には早くも、同質財の寡占市場においては、情報交換は、意識的な平行情為を可能にする市場条件を人為的に生み出すおそれがあるということを確認している (Tätigkeitsbericht 1963, BT-Drucksache

IV/2370, S. 89

## 二 B G H の判決

B G H の判決は一応、(i)カルテル契約の成立、(ii)対象説の妥当性、(iii)市場影響の判断、の三つの項目を立て、それに従って検討することにした。これらは第二章において私法的接近方法の問題点として指摘されたところであり、後期においてはそれぞれに対応して B G H 判決が出ているため、考察上便利なためである。

### (一) カルテル契約の成立

実務をしてカルテル契約概念およびその立証問題に関し正面切って取り組むことを余儀無くさせた事件は以外と早くやってきた。それが次に取り上げる染料メーカー価格カルテル事件である。これは同時に寡占市場における企業行動に対する第一条の適用可能性についても解答を与えることになった重要な事件でもある。一九六七年に連邦カルテル庁により過料決定が下され、一九七〇年に B G H の判断が示された。

#### ① 染料メーカー事件 (一九七〇年)<sup>(1)</sup>

△事実▽ 問題の事業者は西ドイツの染料メーカー四社である。四社の西ドイツにおけるタール染料 (Teerfarben) の全生産量に占める割合は約八〇パーセントであった。染料製品の品目は非常に多く、各社はそのすべてを生産することはできないので、四社の間で生産できない品目を相互に販売しあっていた。顧客に対してできる限り品数を揃える必要があったからである。

四社はヨーロッパの他のメーカーと、定期的にはないが会合を持ち合い価格問題もふくめて営業一般に関する問題を話し合ってきた。この種の会議は一九六七年八月一八日スイスのバーゼルにおいて、西ドイツ四社のほかフランス、イギリス、イタリアの各メーカーの代

表者が参加して開催された。その席上、スイスのG社の代表者がタール染料の価格を各品目について、一九六七年一月一日より一律に八パーセント値上げする旨の発言を行なった。それに呼応して、西ドイツメーカー四社のうちの二社と、フランスのメーカーの代表者も、収益状況からみて自社も値上げについて考えざるを得ない旨の発言を行なった。

その後、数日のずれはあるものの、四社はいずれも一九六七年一月一日より価格を一律八パーセント値上げすることを発表し、それぞれ一九六七年九月八日から一五日の間にこの値上げを取引相手に通告した。そして期日どおり一斉に値上げを実施した。

これに対し染料の需要者の団体が、四社の行動は価格カルテルにもついたものであるとして連邦カルテル庁に手続の開始を申し立てたことが契機となつて、一九六七年四社のほか個人三名に対し第一条、第三八条一項一号違反として過料決定が下された。なお染料製品の一斉値上げが過去にも一九六四年、六五年において行なわれていた。そのうち一九六五年の値上げについても連邦カルテル庁はカルテル禁止違反の疑いありとして手続を進めていたが、合意の立証ができず中止している。

最大の争点は、事実からも明らかなように四社（および他のヨーロッパメーカー）の間にカルテル契約が成立しているか否かということである。認定されている事実は、バーゼルで会議が開かれたこと、そこで四社以外のメーカーが値上げ計画を公表しドイツとフランスの二社がそれに同調するような発言をしたこと、および同日に同一幅で値上げを実施したこと、である。会議において値上げについての決定がなされたことの認定はされていないし、どの程度価格問題が話し合われたのかの具体的内容も明らかではない。しかし連邦カルテル庁はこれらの事実からカルテル契約の成立を認めたのである。<sup>(2)</sup>そこではどのような構成がとられたのであろうか。この点を少し立ち入って検討してみよう。

まず連邦カルテル庁はGWB第一条のいう「契約」とは債務法（民法）上の契約と同じではなく、明示的にあるいは暗黙のかたちでもたらされた道徳的拘束をとまなういわゆる紳士協定で足りるという前提に立つ。なぜなら第一条の要件を満たし、第二、八条の適用除外規定によつても合法化されない契約はもともと無効なのであるからそれに法的拘束力を認めること自体不可能だからである。<sup>(3)</sup>

次に本件ではそのような道徳的拘束力をともなった協定はどのようにして成立したのが問題となる。連邦カルテル庁の構成は次のようなものであった。まず、(i)四社および他のヨーロッパのメーカーの間では会合で話し合われたことがらについてはできる限りそれを遵守するという慣行が従来から成立していたことを確認し、かかる状況のもとでは、スイスのG社の値上げ計画の公表は単なる同社の意思の表明ということをこえて、名宛人たる他の出席各社に対し同調を求める一つの意思表示、すなわち「申し出」としての性格を持つとされる。(ii)そして出席各社にとってこの意思表示は、値上げの実施日までに(八週間の期間があった)自らも同じ値上げを公表することによってそれに「承諾」を与えるか、それとも、値上げ時期や幅について問題があると考えるならば、その旨を通告してこれを拒否するかのいずれかであった。(iii)結局、他のメーカーは自ら値上げの決定・公表をし、それはやがて各社に知られるところとなり、ここにメーカーの間に「意思の一致」が成立したのである。これはGWB第一条の意味での「契約」概念にふくまれる。(iv)道徳的拘束については、合意の内容を守らなければ少なくとも名声や信望を失なう結果になるであろうという意識で十分であるとし、本件の場合には、ドイツのメーカーらが単なる競争者ということをこえて、信頼関係を基礎とする売り手と買い手の関係にあったということのみからこれを肯定している。(5)

以上が決定の趣旨であるが、このほかにも、同庁は、値上げは各社の自主的な判断によるものであって(寡占市場に特有の同調的行動)、契約にもとづくものではないという四社の主張を斥けて、染料市場は寡占的であるにもかかわらず、事業者は価格について決定の自由をもち実際にもそれを行って来、決して価格の一致に至るような強制にはさらされていなく、さらに染料製品は品目が多くその価格も異なりかつ各社のコスト状況も区々であることを理由に、それにもかかわらず四社の価格が同一時期に、同一の幅で引き上げられるのはそのような内容の協定なしには説明できないと述べている。(6)

本件では、バーゼル<sup>1)</sup>の会議において、値上げの協定が結ばれたことを示す直接的な証拠は存在しなかった。しかしここでは、我が国では定着している事前の連絡交渉と事後の行動の一致から逆に会議における協定の成立を推定するといういわゆる暗黙の共謀理論の方法がとられたわけではない。そうではなく、スイスのG社の値上げ計画の公表を協定の「申込み」とみなし、三週間後の他の各社の値上げ決定および公表をそれに対する「承諾」とみなして、その時点で協定が成立したと構成されているのである。たしかに会議の存在は立証の際考慮されてはいるが、右のような構成を根拠づける決定的な背景として連邦カルテル庁が持ち出しているのは、会合を通じて常に一致した行動をとろうとしてきた染料メーカー間の事業者慣行という、それ自体証拠能力の必ずしも強いとはいえない証拠である。

したがって、「申込み」と「承諾」という、いかにも民法上の契約概念を連想させるようなことばを使って構成してはいるが、これはあくまで形式的なものであって、実質的にはいくつかの間接的証拠から合意の存在を立証したとみることもできよう<sup>2)</sup>。しかし実体的には染料メーカーのこのような行動は、西ドイツではいわゆる「協調的行動」の範疇に入るかもしれないものである。そうであれば、連邦カルテル庁のこの解釈は、結果的に、同庁がいう紳士協定の範疇をこえて「協調的行動」にまで（これらの概念の区別は第二章第二節二参照）カルテル契約概念を拡大することを意味する。むしろこれは、民法上の契約の成立に必要な枠組を使って処理しながら、「協調的行動」にまで第一条の適用を及ぼそうとする積極的な試みとして評価されるべきであろう<sup>3)</sup>。そしてここにみられるのは「契約」ということばにとらわれず、有効な競争の保障の観点から第一条を解釈しようとする競争法的接近方法であり、合意の拘束力を基準とした類型化はすでにその意味を失なっているのである。この点をまずここで確認しておかなければならない。

しかし連邦カルテル庁の右のような試みは裁判所の容れるところとはならず、実を結ばなかった。

BGHにより支持されたベルリン高等裁判所<sup>4)</sup>は、連邦カルテル庁のいうようにスイスのG社の値上げの公表が他社の

追従を求める申込みであると仮定して、(i)他のメーカーが会議において、反対の意思表示をしなかったことに承諾としての性格を認めることができるか、(ii)あるいは他のメーカーが後の値上げ公表によって承諾したものとみなされるか、という観点から契約の成立を検討した。

まず第一の点については、取引の慣行 (Verkehrssitte) 上、申込みに対する明示の承諾が期待できない場合にはそれが必要でない (ドイツ民法第一五一一条) と述べ、そのような慣行が存在するかどうかを検討する。そして、過去の一致した価格行動や会議を通じて情報交換の事実を考慮に入れても、今回の各社の値上げ決定および顧客への通告の具体的行動をみれば (高裁は各社について詳細な事実認定を行なっている) かかる慣習の存在を認定するには不十分であり、むしろ各社は自由な決定にもとづいて行動したものと判断すべきであるとする。また黙示の合意の存在を推定させるような他の情況、すなわち染料メーカーが非定期的に会合を開いて情報交換をしていたこと、四社の間で相互に製品を供給しあっていたこと、四社は寡占的協調関係にはなかつたこと等、からは「十分な確実性をもって」合意の存在を認定することはできないと判示した。<sup>11)</sup>

したがって第二の点についても、右と同様の理由から、連邦カルテル庁が言うように四社の値上げの決定および公表のなかに申込みに対する承諾を認めることはできないとする。また、かりにそのように考えられるとしても、四社の値上げの決定・公表はドイツ民法第一四七条の規定する承諾期間を経過していると述べている。<sup>12)</sup>

そして結局高裁は、「確実性と境界を接し、また、現実の疑いを排除する程度の、蓋然性をもって」四社がG社の申込みを承諾したと認めることはできないという結論に達するのである。<sup>13)</sup> 民法の規定が引用されていることから明らかに、高裁は契約の成立に関する民法のルールに引き戻して本件を判断しようとしている。そしてBGHはこのアプローチを次のようなことばでまとめている。

「GW B第一条のいう契約の本質とは、当事者の相互の一致する意思表示によって合意(Einigung)が成立するというものである。もし申込みと承諾とによって当事者の意思の合致が成立しない場合には契約は成立しない。その際には契約に関する民法の一般規定(BGB第一四五条以下)が無条件に適用される。それゆえ……ベルリン高等裁判所が、認定した事実をBGB第一四七条二項および第一五一一条にもとづいて法的に評価したのであれば法律上の理由からこれに異議を申し立てることはできない。

……合意(Einigung)というメルクマールを放棄することによってそれ以外の意識的平行行為をも把握し、それらの行為に対してもGW B第三八条一項一号によって過剰を課しうる方向への契約概念の拡大解釈は、GW B第一条の文言、沿革……にも反する。このような構成要件メルクマールのもとではGW B第一条は、企業の協定のほかに相互協調的行動(aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen)をも禁じているローマ条約第八五条一項とは区別される。」

次にこの裁判所(高裁・BGH)の判決の意味を検討してみる。

カルテル契約概念の解釈に関しては、実体的な問題と立証の問題とに分けて考えることができる。カルテル契約の実体的な内容は学説上の争点であったが、この点については第二章で説明したように、道徳的・社会的拘束力により担保された紳士協定で足りるとするのが通説的見解であった。このことは連邦カルテル庁のみならず高裁もまた——ここでは引用しなかったが——はっきりと認めている。<sup>(15)</sup>これに対しBGHはこの点に立ち入ることを避けているので態度は明確ではない。<sup>(16)</sup>しかし右に引用した判示は結局、いわゆる協調的行動が第一条のカルテル契約には含まれないと述べているにすぎなく、またカルテル契約の成立を問題としているのであって、民法上の契約に限定するとも明言していない。<sup>(17)</sup>ここから反対解釈をする限りでは少くとも、紳士協定を排除する趣旨ではないと考えられる。<sup>(18)</sup>したがって実体的なレヴェルではカルテル庁と裁判所との間では差はないとみてよい。

そうなると裁判所の判断は結局立証問題に関して意味をもってくる。<sup>(19)</sup>すなわち立証されなければならないのは「合意」、あるいは「意思の合致」であるが、それは民法の契約成立の一般的ルールに従ってなされなければならない。も

ちろんかかる合意は暗黙のうちで成立しうるが、それも右のルールに従って認められる程度のものでなければならぬ。言い換えれば合意の立証はかなり明白なかつ直接的な証拠にもとづいていなければならない。つまり、高裁のことは借りれば、「確実性と境界を接する程度の蓋然性」でもって立証されなければならないのである。<sup>20)</sup> このことは間接的な状況証拠から合意の存在を推定することを極めて困難にする。その結果、本件における染料市場のような寡占的市場における事業者の価格行動の規制は重大な障害に直面することになり、連邦カルテル庁はこれ以後協調的行動の禁止規定の導入を強く訴えるようになる<sup>(21)</sup> (この点については以下第四章参照)。

このように立証に關し敵しい要件を課すことは、当事者が合意内容の遵守を相互に何らかの形で義務づける意図の存在を要求することを意味するが(この意味では私法的な契約觀念が強く反映されている)、高裁とB G Hはその後、油送用パイプ (Ölledrohre) メーカーの輸出カルテル事件 (一九七三年)<sup>(22)</sup> においてこの見解を再確認した。この事件は次のような内容のものであった。ヨーロッパと日本の油送用パイプメーカーが、第三国市場向けの輸出に關し国際カルテルを結ぶために、ジェノヴァ、ローマ、東京の三カ所において国際会議を開催した。話し合いは価格、リベート、数量、運賃、在庫管理等あらゆることを行なわれたが、連邦カルテル庁は、とくにジェノヴァ会議において右の諸事項のうち価格と数量についてはすでに民法的な意味での契約が成立しかつ実行されているとして、西ドイツのメーカーに対し過料決定を下した。<sup>(23)</sup> しかしベルリン高裁は、染料メーカー事件におけるB G Hの右に引用した判決を確認した後、契約のすべての点について合意が成立していない限り当該契約も成立しないと述べ、會議における各メーカーの発言や行動を詳細に検討した結果、すべての点について意思の合致があったとは認められないとしてカルテル契約の成立を否定した。<sup>(24)</sup> そしてこれはB G Hにより支持された。

ところで、染料メーカー事件において裁判所が示した見解は、カルテルの立証に關する一般論を述べただけで、いか

なる証拠をどのように評価するかは結局連邦カルテル庁や高裁などの事実審に委ねられているといつてよい。換言すれば、裁判所が示したルールのもとでどこまで立証すれば十分なのかは個々の事例ごとに異なりうる。したがってこの観点から連邦カルテル庁の実務を眺めてみたい。

まず染料メーカー事件のBGH判決が出される前の事件であるが、石灰レンガメーカー事件（一九六九年連邦カルテル庁決定<sup>(25)</sup>）では石灰レンガ（Kalksandstein）メーカーによる生産量割当てがカルテル禁止違反に問われた。本件ではメーカーが共同子会社を設立して共同の宣伝広告活動や資料の収集を行なわせることを取り決めた（組合契約二条）だけで、生産量割当てについての明確な合意は立証できなかった。しかし連邦カルテル庁は、GWB第一条の意味での契約は暗黙の形でも成立しうることを理由に、種々の状況から割当て協定を認定している。すなわち、(i)子会社を通じた宣伝広告活動が機能するためには参加メーカー間でそれまでの生産能力割合（共同子会社の設立時にすでに市場占有率のかたちで固定していた）を守ることにについての合意が必要であるという観念を各メーカーが共通にもっていたこと、また(ii)あるメーカーがこの共同子会社に参加する際に当時そのメーカーが占めていた生産量のシェア（約三〇パーセント）が保証されることを条件として要求したのに対し、他のメーカーはとくに反対せず加入を認めたこと、などを関係人の供述から認定し、それを根拠に、参加メーカーの間には生産量割当てについての合意がなされていたと断定した。さらに合意の拘束性については、参加メーカーが意思の合致が効果をあげることを見込みに期待し、自分自身もそれに拘束されていると感じているかどうかの問題であるとし、共同子会社がメーカーのために宣伝広告活動を果しうるためには彼らの間での生産関係をくずさないことが前提となっていたことを理由に右の問題を肯定した。

さらに南ドイツセメントメーカー事件（一九七二年連邦カルテル庁決定<sup>(26)</sup>）でもセメントメーカー八社による生産割当てカルテルが問題とされたが、ここでも合意を直接証明する証拠が必ずしも存在したわけではない。これは次のような

事実が基礎となっていた。最初にメーカー八社のうちの一家（A社とする）が他のメーカーからその年の出荷量の報告をうけ、それをもとに各社の出荷量の割合を計算してその結果を送付したことから始まる。その後八社らは情報交換協定を結び、引き続きA社が中央機関となって毎月の出荷量を報告させ、それを一覧表にして——その表から各社は以前に示された生産割合に合致しているか否かを知ることがができる仕組みになっていた——各メーカーに送付した。さらにメーカー八社は毎月定期的に会合を開き、そこでA社の代表者から送付された一覧表についての説明がなされ、割当率を超過あるいは下回っている場合の措置について話し合った。その後一覧表の送付は中止され、その代り右の会合の場において映写機によって表示することが行なわれるようになった。メーカーらはこれらの行動を一九六六年ごろから続けていた。連邦カルテル庁はこれに対し、違法な生産割当てカルテルを結びかつ実行したものととして八社に過料決定を下した。

メーカー側は、割当て表はA社が勝手に作成したもので、彼らの間にそれを遵守するという義務は成立していなかったと主張したが、連邦カルテル庁は、(i)当該市場（バーデン・ヴュルテンベルク州）においてはセメントの生産量が毎年増加しているという状況下であったため割当て率を守ることがメーカーらにとって重要な意味をもっていたこと、(ii)長年にわたって出荷量を競争者に送付することは事業者の通常の行動とは矛盾すること、(iii)数年間の各社の販売量を対比するとその割合が変化していないこと等を指摘し、結論として、合意を証明する文書を提出しあるいは合意の成立の正確な時期を述べることはできないけれども、十分な確実性をもって割当てカルテルの存在を認めることができる。述べている。

このように右の二つの数量割当てカルテルに関する事件では、申込みと承諾とによって合意が成立したと構成されているわけではなく、また明示の承諾行為を不必要ならしめる取引慣行の存在から暗黙の合意を認めたのでもない。従来

の生産量の割合を維持すべしという共通の認識をもって、その実効性を担保するために、共同の宣伝・広告会社を設立し（石灰レンガメーカー事件）、あるいは情報交換協定や定期的会議を通じて毎月の生産活動の報告をさせること（南ドイツセメントメーカー事件）等の諸事実を一連の過程として評価し、そこから合意を認定しているのである。<sup>(27)</sup>

そのほか、北西ドイツの屋根葺き資材のメーカー——社による価格、リベートカルテルに対して下した過料決定<sup>(28)</sup>（一九七三年連邦カルテル庁決定）においては、連邦カルテル庁は、——社が文書によつて、契約を締結したことは認定できなかったものの、(i)事前に会議を開いて値上げについて話し合い、その後同一日に同一幅で値上げを実行したこと、(ii)当該市場においては三〇名以上の事業者が活動しており、またそれぞれコスト状況が異なるにもかかわらず価格が一致することは不合理であること、(iii)およびメーカーらが残した覚え書き、等の証拠を指摘して、第一条の意味での契約の成立を認めている。さらにメーカー側は、このような「共通の考慮の結果」を遵守することは拘束されていなかったと主張したが、カルテル庁はこれを認めず、合意された時期に一致して値上げをしたこと自体が、少なくとも法律外的な拘束力が存在していたこと（紳士協定）を証明していると述べた。<sup>(29)</sup>

このように重要と思われる若干の事例をみただけでも、連邦カルテル庁は染料カルテル事件における高裁・BGHにより課せられた立証要件に必ずしも忠実に従っているとは認め難い。むしろより柔軟な立証方法をとっている様に思われる。とくに最後の価格カルテル事件では幾つかの状況証拠から合意の存在を推定するということを行なっている。そしてその拘束についても何らかの実効性をもって遵守されていることのみを求められ、それをもたらず特別の情況は認定されていない。したがってカルテル庁は染料カルテル事件判決後も、そこで示された私法的觀念にはとらわれず、有効競争維持の立場から実務を進めてきたとみなしてよいであろう。

- (1) WuW/E BGH 1147 "Teerfarben": 日本人の研究として大村須賀男「西ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル契約概念について——タール塗料事件決定を手がかりとして——」海外商事法務一二六号一〇頁。本判決は学界のみならずマスコミにも反響を及ぼした。Axter, Oliver, *WuW* 1973, S. 605 (608) 脚註16参照。
- (2) WuW/E BKarta "Teerfarben" 1179.
- (3) WuW/E BKarta 1183.
- (4) WuW/E BKarta 1182/83.
- (5) WuW/E BKarta 1183.
- (6) WuW/E BKarta 1181/82.
- (7) このことは、契約の成立の補強証拠として、寡占的強制にはさらされていないこと、コスト状況が異なることなどを指摘し、それにも拘らず価格が一致することは不合理であると述べていることも合わせて考える必要がある。
- (8) *Pressinformation des BKarta vom 4. Feb. 1971, WuW* 1971, S. 179 (80). 「契約によるカルテルと協調的行動は競争に与える効果においてはほとんど異ならぬ」との理由からBGH判決に不満を述べる。また Sandrock, *Gentlemen's agreements, aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen und gleichförmiges Verhalten nach dem GWB, WuW* 1971 S. 858 (865) が紳士協定と協調的行動の概念上の区別に疑問を呈し、競争制限禁止法の目的からすれば両者とも第一条、三八条一項により把握されるべきだとする。なお同じ事案に対し、ローマ条約第八五条一項の違反にもとづくEC裁判所の手続もなされ、一九七二年同項の禁止する「協調的行動」に該当するとの判断が下された。本件の検討は第四章で行なうが、ここではさしあたり、小原喜雄「国際染料カルテル事件の審判決における域外管轄権の問題点(一一四)」とくに「ジュリスト五二五号九九頁参照。
- (9) WuW/E OLG 1015 "Farbenhersteller".
- (10) WuW/E OLG 1019/21. 高裁はまた「各社の代表者は会議の席上で明示の承諾の意思表示をしたくともできなかったと述べている。その理由として、彼らはそのような権限を与えられていなかったことが挙げられている。これはBGHも認めている。
- (11) WuW/E OLG 1021/22.
- (12) WuW/E OLG 1022/23.
- (13) WuW/E OLG 1018.

- (14) WuW/E BGH 1153.
- (15) WuW/E OLG 1018. 「当裁判所は、当事者が商人的な礼儀、経済的顧慮、団結意識、道徳的圧力にもとづいた拘束効果に依拠している場合にでも、そのような意思合致が認められることを知らないわけではない。」
- (16) 本件の評釈、Reinhard, *BB* 1971, S. 192; Raiser, *JZ* 1971, S. 394; Deringer und Tessin, *NJW* 1971, S. 521; Gutzler, *WuW* 1971, S. 198.
- (17) Möschel, Wernhard, *70 Jahre Deutsche Kartellpolitik: Von RGZ 38, 155 "Sächsisches Holzstoffkartell" zu BGHZ 55, 104 "Teerfarben"*, Tübingen, 1972, S. 25.
- (18) 大村前掲論文(註1)一七頁; Sandrock, a.a.O., S. 860; Lübbert, Hans-Dieter, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Heidelberg, 1975, S. 57 (「判決で引用されている民法第一四五条以下の条文は契約の成立に関する形式的な原則を定めたものであって、その内容を規定するものではない」).
- (19) Benisch, *WuW* 1971, S. 195; Gutzler, a.a.O. (いずれも本件評釈); Büttner, Siegfried, *Kartellvertrag und Kartellverhalten*, *WuW* 1971, S. 690.
- (20) 結局本件ではそういう意味での十分な立証ができたとは認められなかったことになるが(Benisch, a.a.O.; Bartholomeyczik, *Der Begriff "Vertrag" in Tatbestand des §1 GWB und die deutschen "Teerfarben"-Entscheidungen*, in: *Festschrift für Kaufmann*, Köln, 1972, S. 45 ff.) 本件の認定事実で紳士協定の立証には十分であるとする者もある(Emmerich, Volker, *Fälle zum Wahlfach Recht des Unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht*, München, 1975, S. 49°)
- (21) *Pressinformation des BKartA* (註(8)参照). *Tätigkeitsbericht 1970, BT-Drucksache VI/2380* はまず、寡占市場とカルテル禁止との関係について次のように述べている。「カルテル禁止の適用基準は、競争上の行動の自由が契約や決議によって制限されているかどうかということである。しかしこのような構成により把握できるのは、起こりうる共謀(Kollision)のほんの一部にすぎない。なぜなら、集中化しつつある市場においては、行動パラメーターの形式的な固定はますます不要になるからである。寡占市場においては、従来の意味でのカルテル契約がなくとも、準協定(Quasiabkommen)あるいは暗黙の了解により、行動の調整もたらされるおそれがある(②, 10/11)。」次いで本件について触れ、「……(本判決により)立証に極めて高い要求が課せられ、そのため、連邦カルテル庁は、価格協定を除去することにより競争を保護するという両庁の課題の重要な部分が危険にさらされているとみなさ

ざるをえない。なぜなら禁止された価格協定の立証のために状況証拠を用いることは特殊な状況下でのみ可能だからである。それゆえカルテル禁止は価格協定の防止の手段としては大きな障害に行きあたらない。(このような裁判所の理論は) 多占的な市場構造のもとにある中小企業についてしかあてはまらず、市場戦略上優位になる大企業はそれをまぬがれることができるであろう(§. 11)。」との評価を下し、結局、(i)結合規制の導入、(ii)協動的行動の禁止の導入、(iii)市場支配的地位の濫用禁止規定(第二二条)の強化、の三点についての法改正を主張している(S. 12)。

- (22) WuW/E BGH 1276 “Ölfeldrohre”；大村須賀男「西ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル契約概念の展開——油田用パイプ事件判決を手がかりとして——」企業法研究二二六輯三五頁。
- (23) Pressinformation vom BKarta, WuW 1972, S. 92 参照。
- (24) WuW/E OLG 1219 “Ölfeldrohre”。
- (25) WuW/E BKarta 1244 “Kalksandstein”。
- (26) WuW/E BKarta 1417 “Süddeutsche Zementhersteller”。
- (27) このほかに「生産量割当ての意図をもって情報交換協定(これ自体には割当てについての定めはなかった)を実行したことが違法とされた事例(WuW/E OLG 1738 “Felbase”)、情報交換協定の締結と関連させて、以後の取引は「通常の条件」で行なうという義務を定め、価格リストを記載した図状を交付したという情況から価格カルテルを認めた事例 WuW/E BKarta 1426 がある。
- (28) WuW/E BKarta 1445 “Bimnenhaltige Bautenschutzmittel”；なおこの時には全国的規模で価格カルテルが結ばれた地域(「メッセン州」)；WuW/E BKarta 1452 “Dach- und Dichtungsbahnen Süddeutschland” (南ドイツ)。これらは値上げ幅や実施時期は異なるものの他の事実はほぼ同じである。
- (29) 本件は高裁でも争われ同様に第一条違反とされたが、高裁は当事者の手紙や電話および議事録を重視して協定の存在を認めている(WuW/E OLG 1449 “Bimnenhaltige Bautenschutzmittel II”)。なお前註に挙げた他の二つの決定のうち「メッセン州のメーカーに対するものでも、当事者が残した覚え書きや書類という直接性の強い証拠が重視されている。このほかに、収益状況に関する話し合いの席上で一社が基本価格リストの変更の意図を(従来全メーカーは同じリストを使っていた)表明したことを契機に他社がこれに追随するという共通の意識が生まれ(明確な合意はなかった)、結果的に同じ新リストを採用したという事案に対し、連邦カルテル庁は第一条を適用している。但しこれは過料決定に至らなかった(Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 57)。

## (二) 対象説の克服

対象説とは、ここでもう一度繰り返すと、カルテル契約の違法性を当事者が競争行動の自由を契約によって相互に拘束しあっているかどうかで、いかえれば競争行動の制約について明確な合意がなされているかどうかで、判断する解法方法である。これは、事業者間での自由競争の制限を目的とする意思の合致に非難すべき悪性が求められることを意味し、逆にそのような制約を取り除いておけば自由な競争を通じて良好な経済成果が期待されるという考えの反映でもある。また同時にそれは契約を当事者の意思の合致によって成立する権利・義務関係であるとみなす伝統的な私法の契約觀念に強い影響をうけていると考えられる。したがってこの接近方法をとれば、契約締結の際表面には出ない当事者の競争制限的意図や契約の実施の結果として生ずる競争行動の制約をとらえることは困難になる。

かつてこの接近方法をとっていた連邦カルテル庁は、一九六七年にその放棄を宣言して以来第一条についてより柔軟な解釈をするようになる。このことは(一)において、合意の立証を状況証拠によって行なおうとする同庁の実務を検討した際にすでに一部認められた。しかしそののみならず明確に成立している契約についても、背後に隠された意図、契約の諸規定の全体的意味、経済的情況との関連でのその効果、を考察しながら違法性を判断するという接近方法をとっている。そしてこの方向は裁判所により受け容れられたのである。以下でその契機となった事件を検討する。

(2) アルミニウム半製品メーカー事件(一九七五年)<sup>1)</sup>

▲事実V 事件はアルミニウム半製品メーカーによる価格情報交換協定が違法とされた事件である。

本件においてメーカーと中央機関との間で結ばれた契約の内容は次のようなものであった。

(i)協定の参加者は顧客との取引締結後三日以内に、その取引内容のあらゆる明細について、たとえば、取引価格、リベート、顧客の名前、支払条件、計算条件等について届出る義務を負う。

(ii) 中央機関は、協定に参加している事業者が個々の取引について——その事業者が取引しようとする買い手の名前と商品の種類を挙げて——照会すれば、収集した資料のなから必要な情報を——当該取引相手の以前の供給者（すなわち競争メーカー）を明示して——与えることができる。

中央機関は右の契約の規定に従って情報を提供してきたが、その与える情報の内容は競争事業者の六一・二二カ月以前の活動にまで及んでいた。ただし参加事業者から実際に照会があったのは届出られた情報の約九パーセント、具体的な照会はそのうちの約三分の一であった。協定に参加した事業者は、全事業者三八名のうちの二七名、市場占有率は三二パーセントであった（最初は二五社が参加していたが連邦カルテル庁の警告により一七名に減少した）。アルミニウム半製品はそのうちの二〇パーセントが同質の大量生産品であり、残りは専門化された特殊製品であるが、その六〇パーセントはわずかに三社によって、二〇パーセントは一六・一〇社によって生産されている。

右の事実のもとで連邦カルテル庁は一九七一年当該協定の実行がカルテル禁止に違反しているとして過料決定を下した。なお同行は同じ年に、アルミニウム業界で行なわれていた他の二つの情報交換協定にも過料決定を下している。すなわちアルミニウム管メーカー<sup>2)</sup>とアルミニウムインゴットメーカー<sup>3)</sup>のそれである。とくに前者は本件と同じくBGHまで争われたが、本件の判決が先に出されたため上告が取り下げられた。但し事実や判旨はほぼ同じである。

解釈上の問題は、契約の内容のなかに当事者の競争行動を拘束するようなものが存在しないという点にあった。いかなる解釈によつてこの契約が違法とされたのだろうか。

連邦カルテル庁は、まず一般論として、情報交換協定の対市場効果に注目する。すなわち価格情報交換は参加事業者に様々なデータについての知識を得ることを可能にするものであるが、これはとくに——アルミニウム半製品のような——透明度の高い同質財市場において用いられる場合には、「需要や供給の形成およびそこから生まれる価格や販売（「市場関係」）に直接に影響を及ぼすとされる。<sup>4)</sup>

そして次に本件の場合について考察するわけであるが、その際、本件の価格情報交換協定の内容をとくに問題とする。すなわちそれは、事業者が顧客競争競争において用いることができるあらゆるデータについての知識を得ることを可能

ならしめる内容を有している。そのため「秘密競争 (Geheimswettbewerb)」は、このような知識により、妨害されな  
 いまでも困難にされる。したがって事業者は当該協定によってこの秘密競争を妨害し、減少させる行為を義務づけあつ  
 ている。<sup>5)</sup>

ここで連邦カルテル庁は結論の部分では、「契約により秘密競争の制限を義務づけ合っている」としており、これは一  
 見対象的接近方法をとっている様にみえるが、その実質は、価格情報交換協定が市場に与える効果と協定の内容とを  
 結びつけて判断し、そこから右のような結論を導いているのである。

この点に関しては、BGHにより支持されたベルリン高裁判決<sup>6)</sup>の方が詳細なので次にそれを検討してみよう。

高裁も同様に、当該契約および契約に従った行動の内容を重視する。つまり、あらゆる価格構成要素の届出が義務づ  
 けられ、情報提供の際に顧客と過去におけるその取引メーカーまでが知らされること、また情報の内容が他の競争メー  
 カーの過去六〜十二カ月間の活動にまで及んでいることが問題である。これにより、協定参加者は、協定が結ばれな  
 った場合よりも確実に、競争者が将来の顧客に対していかなる価格を設定するのかを予測することができ、その結果当該  
 商品市場における競争の強さが減少するとされる。<sup>7)</sup>

この可能性は、アルミニウム半製品の品目の二〇パーセントを占める同質の量産品については特に大きい。また残り  
 の特殊品目についても、それを生産しているメーカーがすべて協定に参加している状況では同様である。それゆえ、協  
 定に参加した事業者のシェアがそれほど高くなく、実際の照会件数も少ないことは重要でない。<sup>8)</sup>

以上のことから高裁は次のように述べた。

「……高裁のカルテル部が……知ったことは、多くのメーカーは、その個人的な価格やリベート形成を競争者に容易に知られてはならな  
 い企業秘密であるとみなしているということである。……有利な個人的価格という競争手段は、多くの事業者の常識からみて、また客観

的にみても、価格がただちにかつ一般的に競争者に知られるのでなく徐々に広まる場合に特に効果的である。有利な個人的価格によって得られる販売の拡大はその価格が長く秘密にされていればいるほど早く達成される。本件情報交換協定の参加者は先駆的競争の通常の形態であるいわゆる秘密競争を契約により放棄しているのである。」要するに「事業者は本件情報交換協定により、その競争上の行動の自由を制限しているのである。(傍点筆者)。」

「秘密競争」とは、右の説明から明らかなように、リベートや割引きによる競争(実質は価格競争)のことであるが、高裁は事業者が当該協定により秘密競争を制限していると構成したのである。これは高裁が「第一条の意味での契約が成立するためには契約の参加者が価格、数量、販売等の特定の競争的要素に関して直接に、その行動の自由を制限する必要はない<sup>(10)</sup>」ということから出発しているためであり、したがってこの解釈は、契約によって間接的に競争の自由を制限している場合でも十分であることにより厳格な対象説をやや拡大して、その枠内で処理したものとみることもできよう。<sup>(11)</sup>しかしここでは違法性を判断する際の実質的な接近方法に注目したい。高裁が考慮したものをもう一度整理すれば、まず協定の内容であり、次に協定に従った情報交換活動の性格である。第三に重要なのは協定が結ばれた経済的状況およびそのもとの協定のもつ効果である。高裁はこれらの総合的評価にもとづいて、参加事業者の競争行動の制限を認めたのである。ただしここではそれが協定の結果としてもたらされる(正確に言えば、もたらされるであろう)がゆえに違法とした(結果說的接近方法)のではない。この点は本件では必ずしも明らかではないが、もう一つのベルリン高裁判決であるアルミニウム管メーカー事件では、「参加事業者は協定のもつこの効果(秘密競争の制限)について完全に知っており、かつそれを欲した<sup>(12)</sup>」とされている。したがって、協定が単に価格競争の制限的效果をもたらさしうるといふことからではなく、かかる効果をもたらすことを欲した、いいかえればそれを意図して協定を結んだ、点に違法性の根拠が求められていると考えられる。つまり競争制限的效果に「意図」という主観的要素を介在させることによ

り単なる結果を問題としたのではないことを示しているのである。これはやはり、カルテルが契約としてとらえられていることを意識してのことであろう。同じことは、事案や判旨がほとんど変わらない本件にもあてはまるであろう。これは第二章で検討した学説に従えば目的説に近い立場である。ただし、本件では、種々の状況の考察からそのような意図が認定されたのであるが、その際、寡占市場における情報交換活動に関する経済学者の理論を参照するなど、かなり客観的な方法でなされている。したがって目的説的接近方法を借りながら、実質的には競争制限的な結果に注目したともみることが可能であろう。ともあれ、ここで確認しておかなければならないことは、形式的には対象説的な解釈の枠組で処理されてはいるが、違法性の判断においては別の接近方法が用いられたということである。

BGHは右の高裁判決を支持した。したがってその詳細に立ち入ることは避けるが、ただ、「市場過程、すなわち需要と供給の形成およびそこから生じる価格や販売、にとって重要な諸要素（第一条のいう「市場関係」の要件）を事業者が制約する場合には彼らは競争を制限しているのである」として、対市場効果の方から逆に事業者間の競争行動の制限を根拠づけている点に注意すべきである。ここでは対市場効果と（「市場影響」と事業者間の競争行動の拘束（「競争制限」）の区別が明確でなくなっている。このことも、事業者の競争行動の拘束を問題とする対象説から裁判所が離れていることを示すものである。

一般に情報交換協定（活動）は西ドイツ産業界では広く用いられていた。その内容は業界により様々であるが大きく分けて二つのタイプがあるといわれている。<sup>16)</sup>

(i) 一つは構成事業者のみに情報（内容は異なりうるが主として価格、リベート、取引条件）が与えられるもの。この情報提供は自動的に行なわれる場合と、構成員の照会にもとづいてなされる場合とがある。その際通常は、売り手と買い手の名前が明示されることが多い。このようにして個々の取引の具体的内容が判明する仕組みになっていること

からこのタイプを identifizierende Preismestelle と呼ぶ<sup>(17)</sup>。

(ii) 情報提供が構成員のみならず、他の市場参加者（取引相手）にも公開されるシステム。その際売り手と買い手の名前は明示されない。また提供される情報も詳細なものではなく、すでに完結した取引に関するものに限られる。このタイプは一般に statische Preismestelle と呼ばれる。これは情報交換活動に関するアメリカの判例理論に従ったシステムであるとされている<sup>(18)</sup>。

カルテル法上の問題は主として前者のタイプに関して生ずる。西ドイツで用いられているのもほとんどこのタイプであると言われている<sup>(19)</sup>（本件で問題となった協定もこれである）。すでに述べた様に情報交換活動は競争政策上の重要問題の一つとなり、数々の研究を生み出した<sup>(20)</sup>。その評価は様々で、情報交換活動は市場の透明度を高め逆に競争促進的な効果をもたらすとの理由から、あるいは対象説に依拠して、かりに競争制限的であってもそれは単なる結果にすぎないという法律論から<sup>(21)</sup>、カルテル法による規制の対象外とする見解も存在した。しかし他方で、情報交換協定が常に合法であるという考え方に対する批判があり、現実の経済効果に注目して個別的に判断するという態度がとられる。とくに(i)のタイプのものが、寡占市場で用いられた場合、他の事業者の市場行動の予想を容易化する傾向をもつ情報交換活動はそれを独占に近づける効果があることが指摘されていた<sup>(22)</sup>。また事業者間に協調関係が生まれ外面的には価格競争を控える傾向のある寡占市場においては、リベートなどによる秘密の値引きによる価格競争が残された唯一の競争形態である。したがって情報交換活動はそのような競争形態ですら消滅させる可能性がありとくに違法性が高いとされていた<sup>(23)</sup>。連邦カルテル庁も早くから情報交換協定には注目しており、寡占市場における効果に関する右の主張にも耳を傾けていた<sup>(24)</sup>。そしてこのような観点から実際にも規制を行なってきた。ただしそれは、警告により、あるいは調査中に事業者の方が自主的に具体的な措置をとったために決定を下すまでには至らなかった<sup>(25)</sup>。本件はこのようなカルテル庁のそれま

での実務と学説の主張を初めて正式に裁判所に承認させた重要な事件であったのである。<sup>(27)</sup>

### ③ ZVN事件(一九七五年)<sup>(28)</sup>

△事実V 西ドイツのセメント業界は戦前から合法的な販売シンジケートを結成して活動していた。このシンジケートは構成員に当該機関を通じてのみ販売することを義務づけていた(利用義務)。戦後になって競争制限禁止法が制定されてからは同法第一条の適用を免れるためあらゆる手段を使って合理化カルテルの許可を得るべく努力した。しかしながらこの試みも最終的に一九六七年と一九六八年に失敗に帰したために、同業界は今度は地域ごとに共同販売機関を設立することにより、存続を図った。その一つが本件で争われたニーダーザクセンセメント販売会社(Verkaufsstelle Niedersachsen GmbH; ZVN)である。構成員はニーダーザクセン州のすべてのセメントメーカー六社である。その具体的事実はこのようなものであった。

まずメーカーらがZVNを設立する組合契約について。

(i) ZVNの目的はセメントおよびセメント類似の接着剤の自己および他人の名前による販売である。

(ii) 契約にはもともと、ZVNのみを通じた販売義務は規定されてはいなかった。しかるに連邦カルテル庁の手続が開始された後、新たに「構成員はセメント販売の際にZVNを利用できるがその義務は負わない」旨の条項を追加して、排他的な利用義務を負わないことをわざわざ明言した。

そこでZVNは、設立契約に定められたセメント販売業務を遂行するために、各構成員メーカーと個別的に、しかし内容は全く同一の販売契約(Vertriebsvertrag)を結んだ。その内容は、

(i) 構成員メーカーは本契約とは別個に結ばれた引き渡し協定(次に述べる)の規定に従ってZVNにセメントを引き渡す。

(ii) その際ZVNは自己の名および自己の計算でセメントを販売する。ZVNは構成員メーカー以外の製品を販売してもよい。ただしその際には構成員メーカーに最惠待遇を与える。ZVNは構成員メーカーに注文を割当てる際には彼らができる限り平等な取り扱いをうけ、運賃の点で有利となるような注文をうけられるように配慮する義務を負う。

というものであった。さらにこの販売契約を補いかつ構成員メーカーからZVNへの商品の引き渡しの具体的な条件を定めるために以下のようなやはり同一内容の引き渡し協定(Liefervereinbarung)が個別的に結ばれた。

(i) 構成員メーカーは次の四半期にどれだけのを供給する予定であるのかをZVNに報告する。

(ii) ZVNはあらゆる手段を利用して構成員メーカーが引き渡しした全数量を売りさばく。

(iii) ZVNは個別的注文という方法で申し込みをする。

(iv) ZVNが構成員メーカーからセメントを購入する際の価格は工場渡し価格とする。

以上のような諸契約の結合のもとで、実際上構成員メーカーはその製品の大部分をZVNを通じて販売した。またその際、ZVNが各メーカーから購入する価格、すなわち工場渡し価格は常に同一であった。

連邦カルテル庁は、一九七三年、当該組合契約は販売契約および引渡し協定と結びついて、競争の制限によりセメントおよびセメント類の接着剤の市場関係に影響を与えるおそれがあるとして、新設の第三七a条にしたがってその実施の差し止めを命じた。<sup>(30)</sup>

共同販売機関に対する第一条の適用問題は第二章で説明したとおりである(第二章第二節一参照)。本件では、構成員の排他的な引き渡し義務(利用義務)はなく、価格に関する拘束も存在しなかった(このような拘束が存在したタイトルメーカー事件——第二章第一節⑥事件——参照)。連邦カルテル庁は、まずこのような水平的、垂直的契約を一体とみなした。<sup>(31)</sup> さらにそこから、メーカーらが一致した価格で販売することがZVN設立のための前提であったという認定を引き出した。そしてそのように一致した価格でセメントを引き渡し、それにもとづいてZVNが市場において販売する(したがって実質的にZVN経由の販売価格は各メーカーについて一致する傾向が生れる)ことは、契約の内容として内在しており、当事者はその点について意思の合致をみていたと結論した。<sup>(32)</sup> このように本件でも連邦カルテル庁は、結論的には、ZVNへの引き渡し価格の一致が契約の内容となっており、対象説的な考え方に依拠しているようにみえる。しかし違法性の判断の過程では、諸契約を全体的評価にもとづいて期待される効果を問題としてと考えられる。

違法性の判断に関し、より詳細な議論を展開しているベルリン高裁判決の方をみてみよう。高裁はまず、供給契約と

引き渡し協定をとらなかつたZVN設立のための組合契約が、同質の寡占市場であるニードーザクセンのセメント市場に与える影響（対市場効果）を検討し次のように述べた。寡占市場では通常公然の価格競争から秘密の値引き競争へと移行する傾向があるが、一致した価格でZVNに引き渡すことになれば、各メーカーは建築資材の販売業者にリベートやその他の割り引きを供与することをまぬがれ、このことは秘密の値引き競争の成立を阻止する要因となりうる。次にZVNは当該市場においてはパロメーター的ブライスリーダーの役割を果たす可能性があり、各メーカーは、ZVNを通さず販売する際でも、ZVNの価格に追随するおそれがある。<sup>(33)</sup>

以上のことを確認した後、高裁は競争制限と契約の關係の検討に入り、先の情報交換協定に関する同裁判所の判示を引用して、「契約参加者の競争の自由の制限を明白に含む契約に対してだけではなく、直接的にはないが経済的効果の点で参加者の競争の自由の障害を含む契約にも」第一条は適用されると述べ、本件においてもそのような契約をみとめた。そこで高裁も連邦カルテル庁と同様に諸契約を全体として評価したが、その際注目したのは次の点である

まず事実上各メーカーがその全売上の大部分をZVNを通じて販売していること。次に諸契約の内容、とくに、ZVNは各メーカーに注文する際にはすべてのメーカーを平等に取り扱うという条項、ZVNからの販売の際の最惠待遇条項、引き渡された商品をできる限り完全に売りさばくというZVNの義務、である。補足すればつまり、ZVNはすべての構成員メーカーを平等に取り扱う義務を負っていることの反対給付として、メーカーらに同じ取引条件を要求するであろう。同社はまた、引き渡された商品をすべて売りさばく必要上、さらにメーカーに最惠待遇を与える義務を負っている以上、同一の価格でメーカーから購入せざるをえなくなるであろう。すなわち契約全体が必然的に工場渡し価格の一致をもたらすように仕組まれている。<sup>(35)</sup>このようにして、ZVNを通じて販売される商品の価格にとって重要な要素である各メーカーからの購入価格を一致させることは、実質的にメーカーがセメントの販売価格についてカルテルを結ん

でいることと同じである。<sup>(36)</sup>

このように高裁は契約の諸規定の複合的効果に目を向けてそこから競争制限（価格競争の放棄）を認定しているのである。そして諸契約の対市場効果も競争制限の成立を構成する際の有力な根拠とされていることに注意すべきであろう。ここでも、価格情報交換協定事件の場合と同様に、市場影響の判断が、協定参加者の行動の自由拘束を表わす「競争制限」という要件のなかに入ってきており、両者の区別があいまいになっている。結局、本件でも、目的説的、あるいは結果説的接近方法がとられていると考えられるが、高裁はさらに一歩進んでこの点についての学説の対立にまで立ち入り、自らの見解を表明している。情報交換の事件ではある程度推測はできたものの、明確な立場は示されていない。この意味で極めて重要であると思われるので、少しく高裁の判示に耳を傾けてみよう。以下該当部分を引用する。

「……しかし対象説は法の文言および沿革からだけでなく、法的観点からも妥当ではない。すなわち競争制限禁止法の経済的目的（消費者に対する最適供給）という意味では、競争制限が契約の対象であるか、それとも集团的協定の単なる結果であるかは重要ではない。また同法の社会政策的目的（集中化した市場力による濫用と恣意からの競争の自由の保護）という意味では、まさしく事業者の内部的な行為の自由の法的な制限だけでなく、第三者の選択の可能性の制限、すなわち第三者の競争の自由、営業の自由に対する侵害、が問題となるのである（傍点筆者）。」

裁判所が競争制限禁止法の目的を自覚したことは注目に値する。つまり契約当事者以外の第三者（取引相手方、消費者）の競争の自由の保護こそが重要なのであり、そのような可能性があれば、契約当事者が内部的な競争の自由の拘束を義務づけ合っているか（対象説）否かに係わりなく、まさに法の目的に従って柔軟に解釈すべきであるとされているのである。第三者の競争の自由を問題とすることは契約の対市場効果（「市場関係に影響を与えるおそれ」の要件）をも考慮することを意味するが、高裁が指摘したように、市場に及ぼす効果を本件諸契約の競争制限的性格を認める際の

根拠としているのはそのためであると考えられる。このように対象説を批判した後、次いで高裁は自らの立場を示す。

「……対象説はまた次のような理由からほとんど意味のないものとなるであろう。つまり、競争行為の自由の制限を対象とする契約は第一条によって無効であり、このことは今日すべての事業者が知っている。それゆえ、行為の自由の拘束は今日では法的に義務づけられるというのではなく……常に、事業者の行為の自由を形式的には守っている協定の単なる結果として追求されるであろう。その限りにおいて競争制限的效果は組合的義務の対象とはされず、むしろ契約の行為基礎 (Geschäftsgrundlage) および目的となるのである。……(本件においては) 参加事業者がこの効果のゆえに ZVN を求め、今日までそれを維持してきた。……主観的帰責要件という意味での契約の目的を考慮に入れることにより、限定を加えた結果説<sup>(39)</sup>の観点からすれば、競争制限的效果が共に目的とされ、ないしは契約の共通の行為基礎のなかに含まれていれば第一条の適用にとって十分である(傍点筆者)。」

これはフィケンチャアの提唱にかかるいわゆる目的説である<sup>(39)</sup>。すなわち参加事業者は、一致した価格で ZVN に引き渡すこと(そして最終的には ZVN からの販売価格をも一致させること)＝競争制限、を目的として、諸契約を結んだと構成されているのである。しかし結果的にそのような競争制限がもたらされたことを問題としているのではない。そしてその目的は右に述べたような種々の状況の評価から認定されたのである。

BGH も、諸契約を全体として、その経済的機能の観点をも加えて評価しなければならぬと述べ、高裁の判断を支持した。ただ高裁のような包括的な判断はしておらず、また学説の対立についても直接触れることを避けている。すなわち次のように述べた。

「同じ価格での販売は、必然的に組合契約および個別の販売契約のなかで合意された諸義務の結合から生じている。その限りで構成員メーカー間ではもはや価格競争は生じない。彼らがその製品の全部又は一部を ZVN を通じて販売するかどうかの決定を契約によって拘束されていない……ということとは、これらの契約が競争制限的な性格をもっており、かつその市場関係への影響のおそれがこの性格にもとづいていることを否定する根拠とはならない。」

競争制限禁止法第一条は……状態から発生したのではなく、法律行為に帰せられるべき競争制限を規制するものである。かかる観点のもとでは、契約の目的としての競争制限に関して成立した法律行為的協定（合意）であれば、契約当事者が、契約によって共同して追求される（より広い意味での）目的の実行までも義務づけられていなくとも問題となりうる。

原審は（単に事実上競争制限が生じたということではなく、筆者）、構成員メーカーらが、彼らの合理的な行動が確実に期待されることと、ZVNを通じて十分な量が販売されることを予測したからこそ、この目的をもって共同販売会社を維持したことを認定しているのである。その結果……当事者が諸契約により目的とした効果は、個々の構成員の単なる願望にとどまらない。むしろ彼らは、諸契約がそのような、目的とした効果をもたらすことについて、合意（*einig*）<sup>(40)</sup>していたのである（傍点筆者）<sup>(41)</sup>。

やや理解しにくい判旨であるが、BGHは、競争制限が、より広い意味での契約の目的（これは第一条の要件としての「共通の目的」＝カルテル契約が民法上の組合契約であることを示す要件、との対比で用いられている）あるいは行為基礎である場合でも第一条は適用されることは認めながらも、本件ではそれをこえて、当事者が競争制限について「合意していた」と構成したのである。これは、BGHがZVN設立のための組合契約・販売契約を手段として、（それらとは別個に）カルテル契約が成立している<sup>(42)</sup>と考えている（諸契約は合意立証のための証拠としての性格を帯びる、（参照）とも読める。しかし、右の引用文の前半部分をも合わせて考察すれば、やはりここでは諸契約自体に第一条が適用されたのであって、ただその際競争制限が明確に契約に含まれていなくとも当事者の目的となっていれば違法となるという趣旨とみるべきであろう<sup>(43)</sup>。そして右の目的は、諸契約の規定を全体的に評価して、そこから引き出された点が重要である。

以上かなり長い引用となったが、最後に付け加えれば、本件ではニードーザクセン州のすべてのメーカーが協定に参加し、實際上大部分をZVNを通じて販売したことや、工場渡し価格が一致していたことなどから競争制限効果が明白に現われていたという事実が違法性の判断の重要な決め手となったと考えられる<sup>(44)</sup>。またセメント業界における過去の行動も、ZVN設立の際にメーカーが競争制限の意図を持っていたことの推定にとって無視できないであろう。最後に、高

裁判決においては、寡占市場と共同販売活動についての考察がなされている点に注意すべきである。すなわち本件は寡占市場における企業活動の規制という側面をも有していたのである。<sup>(14)</sup>

- (1) WuW/E BGH 1337 „Aluminium-Halbzweig“; なお、大村須賀男「カルテル協定と競争制限との関係」企業法研究二四六輯三〇頁は本稿で取り扱う問題の先駆的業績であり、参考にした。
- (2) WuW/E Bkarta 1351 „Tubenhersteller“; 高裁判決は WuW/E OLG 1253 „Tubenhersteller II“.
- (3) Pressinformation des Bkarta vom 25. Nov. 1971, WuW 1972, S. 249.
- (4) WuW/E Bkarta 1369 (1370) „Aluminium-Halbzweig“.
- (5) WuW/E Bkarta 1370. 連邦カルテル庁は本決定に先立って下したアルミニウム管メーカー事件(前註(2))の方でより詳細な説明を行なっている。そこでも、(i)協定の性格、(ii)アルミニウム管が同質でしかも市場が寡占的であること(半製品メーカー事件では寡占であることは認定されていない)、から当事者は契約によって競争の自由を制限しているとされた(「秘密競争」ということばは用いられていない)。しかし半製品メーカー事件と異なり、競争制限は情報交換協定の「行為基礎」および「目的」となっていると構成されており、また情報交換活動の競争制限的性格を統計を引用しながら証明するという方法をとっている。
- (6) WuW/E OLG 1327 „Aluminium-Halbzweig“.
- (7) WuW/E OLG 1328/29.
- (8) WuW/E OLG 1329/30.
- (9) WuW/E OLG 1328.
- (10) WuW/E OLG 1329, 政府草案理由書を引用している。
- (11) Schlecht, Otto, *Wettbewerb als ständige Aufgabe*, Tübingen, 1975, S. 23. (「契約の内容を根拠にしたカルテル禁止の解釈でも競争政策上十分な成果をもたらすことができる」); 大村須賀男「西ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル契約概念について——ZVN事件を手がかりとして——」国際商事法務 vol. 4 二六頁(一九七六)三三頁。ただ大村氏は本件判決が結果説(氏の訳語では効果説)をも基礎としていることも十分に理解できると述べられている(「カルテル協定と競争制限の関係」企業法研究二四六輯三五頁)。

- (12) WuW/E OLG 1253 (58), „Tubenhersteller II“.
- (13) Hoppmann, Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, S. 97; Philips, Louis, Markttransparenz in Praxis und Wirklichkeit, WuW 1964, S. 205; Sünner, Eckart, Verstoßen Marktinformationsverträge (Preismeldesystem) gegen das Kartellverbot des § 1 GWB? DB 1971, S. 2458 が引用されている。
- (14) WuW/E BGH 1337 (42).
- (15) Marx, Thomas, Kartell- und beweisrechtliche Fragen zu Marktinformatiionsverfahren, WuW 1975, S. 620 (621). (本件 BGH判決の評釈) 彼によれば、本来は「市場関係」というマルチマールの要素であるべきものが、時としてこのように競争行動の要素に転化する。それゆえに、かかる諸要素に対する制約は「競争制限」の要件で判断されることになる。さらに彼はアメリカの判例に依拠しながら、情報交換活動は、反トラスト法上、本来 concerted action ないしは協動的行動の問題として取り扱われてきたと述べ、もしドイツ法が最初から協動的行動の禁止規定を持っていたならば、本件のように、第一条を協動的行動に該当するような事例にまで拡大するなどいう途は歩まなかったであろうとしている (S. 622)。なお連邦カルテル庁が本件を判断する際に反トラスト法の判例理論の影響があったことは、Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache VI/950, S. 20 (US v. Container Corporation of America 事件が引用されている) からも知ることができる。なお、情報交換協定の取り扱いをめぐる反トラスト法とドイツ法のちがいを共通点について、Krieger, Jochen, Das Recht der Informationsaustauschverträge in den USA und in Deutschland, WuW 1963, S. 457.
- (16) Hoppmann, aa.O., S. 110 ff.; Lenel, Hanns Otto, Die Problematik der Kartelle und Syndikate, in: Arndt (Herg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, Berlin, 1971, S. 201 (213) に依った。
- (17) Hoppmann, aa.O., S. 110 によればこのタイプの協定でもその内容は様々で、次のような基準により幾つかのヴァリエーションが認められている (連邦カルテル庁調べ)。
1. 届出の内容が、(a) あらゆる取引に関するものか、(b) 価格リストをあらかじめ提出しておく、それを変更する場合にのみ届出するか。
  2. 確認が、(a) 取引相手 (顧客) とその供給者についてなされるか (通常の形態)、(b) 取引相手方のみか。
  3. 届出の時点が、(a) 申し込みした後、(b) 契約締結後、(c) 商品の引き渡し後、か。

4. 中央機関からの情報提供が、(a) 構成員が取引相手の名を挙げて照会してきた場合にのみなされるのか、(b) 自動的になされるのか。
- (18) Hoppmann, a.a.O., S. 111. アメリカ判例の動きについては、今村成和『私的独占禁止法の研究(一)』九六頁以下、実方謙二「反トラスト法における共同行為の認定について(一)」北大法学論集一五巻四号一頁以下参照。
- (19) たとえば連邦カルテル庁の「カルテル法研究会(本節一参照)」が一九六五年に同行に提出したリストには、二三の情報交換活動が記載されている(アルミニウム、鉄道用レール、鉄道車両用スプリング、製かん、電力ケーブルなどの業異)。Röper, Burkhard/Erlinghagen, Peter, *Wettbewerbsbeschränkung durch Marktinformation*, Köln·Berlin·Bonn·München, 1974, S. 31 による。なお同意には各業界の情報交換活動についての簡単な説明がなされている。
- (20) 実に多くの研究がありすべてに目を通すことはできなかった。筆者が参照できたものを挙げておく。註(13)の諸論文; Röper/Erlinghagen, a.a.O.; Behrens, Friedrich-St., *Marktinformation und Wettbewerb*, Köln·Berlin·Bonn·München, 1963; Merle, Werner, *Marktinformationsverfahren und § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln·Berlin·Bonn·München, 1967; Markert, *Kartellrechtliche Beurteilung von Preismeldeverträgen*, DB 1963, S. 1455.
- (21) たとえば Röper, Zur volkswirtschaftlichen Problematik der Marktinformationsverfahren in der Industrie der BRD, in: Röper/Erlinghagen, a.a.O., Teil A; Menze, Hubert, Zur Diskussion der Markttransparenz, DB 1962, S. 341 (343).
- (22) たとえば Merle, a.a.O.; Erlinghagen, Marktinformationsverträge und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Röper/Erlinghagen, a.a.O., Teil B; Menze, Hubert, Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht, WuW 1963, S. 578 (580).
- (23) Hoppmann, a.a.O., S. 111 ff.; Markert, a.a.O., S. 1457 ff.
- (24) Schmidt, Ingo, Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, S. 97 (104 f.); Philips, a.a.O., S. 210; Hoppmann, a.a.O., S. 108; Markert, a.a.O., S. 1455.
- (25) たとえば、一九六四年には、連邦カルテル庁は、情報交換活動の判断は個別的な市場状況を考慮しつつ具体的に なされる必要があることを認めている。「カルテル法研究会」の一九六五年における最初の研究テーマの一つは、寡占市場における情報交換活動の競争政策および競争法上の判断、であった(Tätigkeitsbericht 1965, BT-Drucksache V/530, S. 12)。そして同報告書では「情報交換

活動は通常、寡占的構造をもちかつ相対的に同質的財をとった市場において行なわれる。……(情報交換活動により) 個々の市場参加者の対抗関係、秘密の先駆け的行動が事実上妨害されるため……競争は抑圧され、場合によっては排除されることもある。リートやその他の取引条件による競争は……GWB第一条の意味での保護に値する競争である。したがってその抑圧や制限は第一条の競争の制限とみなされるべきである。」とされている。

(26) たとえば、すでに一九六〇年には、鋼管の販売業者による価格情報交換協定(価格・リベート、取引条件、条件の変更についての届出)に対し連邦カルテル庁は調査手続を行なっている(Tätigkeitsbericht 1961, BT-Drucksache IV/378, S. 18; 1963, BT-Drucksache IV/2370, S. 24)°これは手続開始後、翌年に中央機関が解体し結着をみているが、同庁は、右の活動が許容される範囲での情報の統計的把握をこえて、個々の取引における諸条件を統一化するという結果をもたらさし、それゆえ第一条により禁止される協定とみなされるべきであると述べている(Drucksache IV/378, S. 16)°その後販売業者らは、六三年に再び情報交換協定を結んだものの、安い輸入品が出廻り、一部の者が協定に参加しなかったことなどもあって成功しなかったため四カ月もたないうちに破棄された。同庁の手続も、市場関係に影響を及ぼすおそれはないとして中止された(Drucksache IV/2370, S. 24)°そのほか、一九六九年には、同庁が警告により、違法の疑いのある協定を破棄させた例が二件掲げられている。一つは肥料メーカー五社(全部で八〇パーセントのシェアを占める)°他の一つは排水管メーカーによるものであった(Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucksache, VI/950, S. 16)°この調査手続の過程で企業側は、当該市場においては依然として価格競争が行なわれているが故に違法とはならないと主張したが、これに対し連邦カルテル庁は次のように答えている。「たしかに価格情報交換協定に参加している事業者には競争する自由が残されている。競争は情報交換義務により必ずしも排除されるわけではないことは認めざるをえない。しかし、契約が競争手段の利用の自由を排除しなくとも、制限する場合にはすでに第一条の意味での競争制限は成立する。それゆえ交換義務が競争上重要な行為の自由を阻害(Beeinträchtigen)すること十分である(S. 19)°」

(27) この事件の後連邦経済省は一九六三年発行の「協業の手引き(Kooperationsbhel) (第二章第二節二参照)を改訂した(Benisch, Neuauflage der Kooperationsbhel des Bundesministers für Wirtschaft, WzW 1976, S. 223; その付録として一部が載っている)。それによると、第一条の意味でのカルテル契約は、「参加事業者が競争上の行動の自由を制限されていること」を前提としてされている。ただし、続いて、「法律行為的な合意は、競争制限的市場行動あるいは競争制限的契約目的に向けられていなければならない」と説明されており、本件判決の影響のあとがみられる。情報交換協定については取引活動の具体的内容を参加事業者が

知ることができるようなもの（すなわち *identifizierende Preismeldestelle*）は違法であるとされている。連邦カルテル庁の見解も同様であるが、違法の疑いがある場合として、(i) リスト価格、(ii) 一般的な価格の変更、(iii) 買い手に対するリベートの格付け、等に関する情報を構成員に提供することが挙げられている。あるいは最高（最低）価格又は平均価格に関する情報であっても（それのみであれば違法ではない）、(i) 最高および最低価格に一致する数量が知らされ、(ii) ほんのわずかの事業者の取引を基礎に最高および最低価格が計算され、(iii) 最高および最低価格あるいは平均価格にその他の取引データが結合されている、ような場合には問題があるとされている。詳細は、*Zulässigkeitsgrenzen von Marktinformationsverfahren und -statistiken*, *WuW* 1976, S. 581; *Pressinformation des BKartA Nr. 8/77 vom 24. Jan. 1977*, *WuW* 1977, S. 248.

- (28) *WuW/E BGH* 1367, „Gemeinsame Zementverkaufsstelle“; 大村須賀男「西ドイツ競争制限禁止法におけるカルテル契約概念について—ZVN事件をてがかりとして—」*国際商事法務* vol. 4 二六頁（一九七六）。
- (29) *WuW/E BKartA* 1001, 1011, 1035, 1108.
- (30) *Pressinformation des BKartA vom 27. Nov. 1973*, *WuW* 1974, S. 32.
- (31) 西ドイツではこのように同一内容の複数の垂直的契約が同一の当事者との間に結ばれた場合（*Stern-Vertrag* 星状契約）と呼ばれる。そこに第一条の要件である「共通の目的」を認めカルテル問題として捉える傾向がある（もちろん他の要件を満たす必要がある）。*Müller-Henneberg/Schwartz, Gemeinschaftskommentar*, 4 neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1 Lieferung, 1980, S. 36; *Schmidt, Karsten, Kartellverbot und „sonstige Wettbewerbsbeschränkungen“*, Köln. Berlin. Bonn. München, 1978, S. 129 f. 参照。
- (32) *Pressinformation des BKartA vom 27. Nov. 1973*, *WuW* 1974, S. 33.
- (33) *WuW/E OLG* 1487 (1491) „Gemeinsame Zementverkaufsstelle“.
- (34) *WuW/E OLG* 1492.
- (35) *Emmerich, Volker, Fälle zum Wahlfac hRecht des Unlauteren Wettbewerbs und Kartellrecht*, München, 1975, S. 59/60.
- (36) *WuW/E OLG* 1492.
- (37) *WuW/E OLG* 1493. 高裁は続けて、「一定の競争手段の投入の自由の法的制限（『最も厳格な対象説』）はカルテルとカルテルに該当しない協業とを区別する基準としては不適切であると述べている。

- (38) WuW/E OLG 1493/94.
- (39) Hoffmann, Dietrich, Zweck- und Folgelehre in § 1 GWB, BB 1975, S. 628 (629); 大村前掲論文三二頁。
- (40) WuW/E BGH 1372/73.
- (41) 大村前掲論文三一頁以下。そしてその合意については法律上あるいは事実上の拘束が存在しないのであるから、この判決は結局、何らの拘束力をもとなわなない合意関係を第一条でとらえたことを意味し、カルテル契約概念を協調的行動をも含める方向で拡大する、という画期的な意義をもつとされる(三四頁)。
- (42) Lutz, Helmut, Begriff des Kartellvertrags und kartellfreie Kooperation, BB 1975, S. 1417 (1419), による。本件判決の基準にしたがえば、次の二種類のカルテル形態が認められるという。(i) 契約参加者の行為の制限を義務づけている契約、(ii) 義務づけではないが、契約により目的とされ、あるいはもたらされた、行為の自由の制限を多く含む契約。なお Monopolkommission, Hauptgutachten 1973/1975, Mehr Wettbewerb ist möglich, 2. Aufl., Baden-Baden, S. 497 参照。
- (43) Emmerich, aa.O., S. 60.
- (44) なお、その他の共同販売(購入)機関に関する主な事件を挙げると、WuW/E BKarta 1389 „Butter-Exportkontor“ (バターメーカーによる輸出のための共同販売会社に関する事件)；WuW/E LKartB 175 (引き渡し義務と競争禁止義務とが定められていた、市場分割、価格、数量カルテルの存在が認められた)；WuW/E LKartB 179 „Transportbeton Memmingen“ (建設業、建築資材販売業者八社がコンクリートおよびその他の建築資材製造のための共同子会社を設立し、同社からのみコンクリートを購入し、かつ相互に建築資材の製造をしない—競争禁止—義務を定めた事件)；WuW/E OLG 2569 „Siegerländer Transportbeton“ (ジーガーレントのコンクリートメーカーによる共同販売会社事件。会社は販売に関する對外サービス(広告・宣伝)を引き受け、メーカーは会社の地域においては直接・間接に一切販売業務を行なわない旨—競争禁止—が定められていた。ベルリン高裁はこれらに一九七九年ニーダーザクセン州セメント業界は累犯に問われた。事案は次のようなものであった。本件により連邦カルテル庁の決定が確定した後、メーカーらは改めてZVNとの間に代理契約を結び、同社を通じた販売に関する業務(顧客の確保、管理、運賃計算、代金徴収、およびその他のセールスプロモーション)を委ねた。ZVNの方は、包装費、リベート運賃などを記載した価格リストを発行した。メーカーらはZVNを通さず自ら直接販売をも行なったが、その取引内容はZVNに報告されており、かつ送り状

の作成と代金徴収はZVNが引き受けていた。その後メーカーらは一九七九年、さらに子会社(ZEMA)を設立し、それとの間で同一内容のサーヴィス提供契約を結び、送り状の作成、顧客管理、統計の作成業務を同会社に委ねることにした。連邦カルテル庁は本件と同様、ZVN設立の組合契約、代理契約、サーヴィス提供契約を一体としてとらえ、第一条に違反するとして差し止めを命じた。ここでは、カルテル庁は、諸契約の内容とその具体的実行行為とを詳細に検討した結果、数量割当てに関する合意の存在を認定している。また、とくにZEMA社との間で結ばれたサーヴィス提供契約については秘密のリベートによる競争を排除するとされた(WuW/E Bkarta 1809 „Zementverkaufsstelle Niedersachsen II“<sup>3)</sup>。

### (三) 対市場効果の判断

第一条の適用にあたって第三者の競争の自由の保護の重要性が認識されるにつれて、後期では、「市場関係に対する影響のおそれ」の文言で表現されるカルテルの対市場効果の判断にも力が注がれるようになっていく。ここではこの点について検討する。

SPAR事件(第二章第一節④事件)でBGHがはじめて明らかにした「spürbarな影響」(市場影響は単に理論的に考えられるものでは足りず、spürbarなものではない、ただし最低範囲をこえる必要はない)という要件は、さらにタイムメーカー事件(同右⑥事件)に受けつがれ、以後の判決においてもしばしば言及されるに及び、確立したものとなった。後期ではこの要件にしたがってある程度具体的に判断がなされている。そこでまず判断にあたってどのような要素が考慮されたのかを実務を手がかりに探ってみよう。

最も一般的なのがカルテル参加者の市場占有率である。違法とされたのはシェアがかなり高い場合が多いが、アルミニウム半製品事件では三一パーセントであったし、正確に言えば市場占有率ではないが、五〇名の事業者のうちの八名がカルテルに参加した場合でも市場影響が肯定された例もある<sup>(2)</sup>。さらに、アルミニウム半製品事件やZVN事件におけ

るように当該市場の特徴（商品の性質、市場構造）も判断要素となる<sup>(3)</sup>。またこれとの関連で市場における競争形態も問題となる。たとえば同質財の市場にみられるように、活発な価格競争よりも秘密の値引きによる競争が行なわれやすい場合には、それを抑圧するようなカルテル契約は市場影響が認められやすい。地裁判決（民事事件）であるが、組合員であるタクシー会社が独自に宣伝・広告活動することを禁止したタクシー無線センターの組合契約について、タクシー業界は他の法律により事業者の数、設備、料金などについて広範な規制をうけており、このような状況のもとでは競争は必然的に広告やサービスなどの狭い領域に限定されざるを得ないことを理由に、広告制限の市場影響性が認められた<sup>(4)</sup>。アウトサイダーの行動も考慮されることがある。ある事件では、価格カルテル参加者一名のほかはまだ二〇名以上のアウトサイダーがいたが、そのうちの半分の者がカルテル価格に追随したことをとらえて市場影響のおそれは否定されないとしている<sup>(5)</sup>。このほか競争制限の期間なども考慮事項とされている<sup>(6)</sup>。

しかし「spürbar な市場影響」の判断は各事件の具体的状況に規定されており、そこから一般的な基準を定立することは困難である。この要件に関してとりわけ議論の的となったのは、第一条の「spürbar な市場影響」とは影響軽微なカルテル (Bagatelkartell) までも含むのか、それともそのようなカルテルは対象外としているのかということである。カルテル庁の実務の分野では、このような場合には、「秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeit; OWiG)」第 四七条一項により秩序違反に問うだけの公共の利益に欠けることから、手続上秩序違反には問われないことが予定されていた<sup>(7)</sup>。しかしむしろ問題は実体法上も除外されるのかどうかという点にあり、とりわけ中小企業の協業促進の立場からは除外が強く要請された。かつて法改正の際に一 a 条の新設の動きがあったことは第二節二、で触れたが、それはこのような主張を背景に立法的解決を試みようとするものであった。

そしてその後 B G H は市場影響に関して注目すべき判決を下した。これはそれまでの S P A R ー タイルメーカー事件

における「spitbar な市場影響」の要件をさらに発展させたものである。

④ コンクリートメーカー事件（一九七六年）<sup>(8)</sup>

△事実V 本件は民事事件である。砂利採取販売業者（原告）とコンクリート（Feinbeton）メーカー（被告）との間で結ばれた契約に対する第一条の適用が争われた。その内容は、コンクリートメーカーは生産に必要な砂利を砂利採取業者からのみ買い入れ、その見返りとして砂利採取業者は契約期間中コンクリートメーカーの販売地域においてはコンクリートの生産・販売活動をしてない（潜在的競争の制限）というものであった。後に被告は契約に反して原告以外の者から砂利を購入するようになったため、両者の間で紛争となり、原告は被告の購入義務の確認を求めて出訴した。地裁・高裁とも原告の主張を認めた。これに対し被告は当該契約が競争制限禁止法第一条に違反し無効であるとして上告した。

△判旨V 1. 最大の争点の一つは当該契約が第一条の要件である「共通の目的」で結ばれた契約であるか否かということであったが、B G Hは、一見すると砂利採取業者と加工業者との間の垂直的契約のようにみえるが、実質的には当事者は同じ方向の利益を追求するための契約を結んだことを認めた。すなわち、彼らが潜在的競争の排除と排他的取引の方法によって追求しているのは、相互にそれぞれの販売可能性を向上させるという同一方向の成果であり、それは両者に共通したものである。そしてこのことだけで、G W B第一条の意味での「共通の目的」のために結ばれた契約を認めるには十分であると判示した。

2. 次に問題となった「市場影響のおそれ」について、B G Hは次のように判示した。「G W B第一条は競争制限を、それが市場に及ぼす外的効果のゆえに禁止するのであり、それによって契約参加者の相互の行為の自由が制限されるという理由からのみ禁止するのではない。この外的効果はしかし、個々の事例において立証される必要はなく、それをもたらすおそれがありさえすればよい。しかしこのことは、この問題が理論的なものにすぎない、つまり、単に思考により想定される市場影響のおそれであることを意味しない。むしろ、契約がかかる効果をもたらすことに理由があるという結論を許すだけの事実認定が必要である。

……さらにこのメルクマールは契約が一般的な経済的経験からみて spitbar な影響を、それぞれの市場関係に与えるおそれがある場合に満たされる。

……市場関係に対し『実質的な (wesentlich)』影響がある場合にはじめてG W B第一条違反となるわけではないことは同法の成立史に合致するし、一般的にも認められている。しかしこのことから……カルテルの外的効果が実質上重大でない場合でも……市場影響をカル

ル、法上問題とすべきであるという結論は引き出せない。競争制限的契約は市場関係に『影響を与える』つまり、市場過程に事実上介入し、それを妨害する、おそれなければならないのである以上、市場参加者の経済活動の可能性、および享受している選択肢がかなり、目につく程度—*materially*—阻害されなければならないであろう。そしてこれらの要件は一般的に言えば—市場過程が特殊な状況により妨害されていない限り—両市場において多数の市場参加者が活動し、契約参加者が低いシェアしか占めていない場合には満たされないであろう。なぜなら、かかる場合には第三者は通常、過度の困難をとまなうことなく、他の需要者や供給者に取引相手を変更することができ、そして将来の契約締結の内容もカルテルの存在によって何ら悪化させられることはないからである(傍点筆者)。

そして *spürbar* な影響が認められるかどうかの判断の際には事例ごとにあらゆる状況を検討することが必要であるとし、本件の場合には十分な判断を行っていないとして原判決を破棄差戻した。

いささか長い引用となったが、幾つかの点でこの判決は SPAR—タイムルメーカー判決に新しい要素を付け加えている。<sup>(9)</sup> まずこの判決の意義を一言でいえば B G H が、カルテルの違法性とその対市場効果にもあることを明白に認めたことである(タイムルメーカー事件ではこの点が未だ明確でなかった)。このことは、(i)市場影響を根拠づける「具体的事実認定」を要求していること、(ii)それとの関連で、市場影響が取るに足らない場合にはカルテル法上問題とはならないことを認めたこと、の二点に敷衍されている。

市場影響に関して、第二章で述べたように、「おそれ (*Gefahr*)」で十分であるという理由から影響が実際に現われることは必要ではなく、さらに内容的にはこの要件は、「市場に特徴を与えるあらゆる属性(市場の規模、数量、商品の多様性、事業者の数、競争の強さなどのあらゆる情況、第二章第一節③事件参照)」に何らかの影響を及ぼすことと理解されている。<sup>(10)</sup> したがってその判断は本来抽象的なものに止まらざるをえない。しかし、そうであるとはいえず、市場影響を根拠づけるだけの具体的な事実認定は必要であることを本件において B G H は明らかにしたのである。ただ実際にはカルテル庁や高裁によりある程度具体的な判断はなされてきたと言える。したがってこの判示は従来の実務の確

認という性格をもつ。その限りで意味をみとめることができよう。

次に、そのような具体的な事実認定により市場への影響が軽微な場合には第一条の適用問題はおこらない。そしてこれはさらに、市場参加者の経済活動の可能性や選択可能性が「目につく程度に (merklich)」阻害されなければならず、第三者が過度の困難をとまわずに取引相手を変更できる場合には spürbar な影響があるとは認められないという説明のなかに展開されている。これらの説明は結局、SPAR タイルメーカー事件において繰り返された「市場関係に對する影響は一定の最低範囲 (Mindestumfang) をこえる必要はない」という説明の實質上の否定を意味する。したがって本件判決により理論上も Bagatellkartell が第一条の適用をうけないことが認められたとみてよいであろう。ただこれは理論上の問題であり、市場影響の判断は、BGH も何度も述べているように、個々の事例の具体的状況にかかっている。そしてあくまでも市場影響の「おそれ」を判断することになるため、その抽象性は免れ得ないであろう。

むしろ本判決の意義は、競争制限が禁止されるのはそれが市場に及ぼす外的効果のゆえにであって、それによって契約参加者の相互の自由が拘束されるからではないことを明確に打ち出した点にある。これは ZVN 事件においてベルリン高裁が競争制限禁止法の目的に言及し、カルテル参加者以外の第三者の競争の自由の保護重要性を強調したことを想起させる。本件 BGH 判決もこのような、法の目的に従った解釈の一環として位置づけられるであろう。このことについてはもう一度「まとめ」の箇所で触れる。

- (一) WuW/E BKartA 1351 „Tubenhersteller“ (フレンシヒュウム管メーカー事件) — 170 ページ以下; WuW/E BKartA 1417 „Süd-deutsche Zementhersteller“ — 南ドイツのサウスセメントメーカー; WuW/E BKartA 1452 „Dach- und Dichtungsbahnen Süddeutschland“ — 主要メーカーのドイツ; WuW/E BKartA 1448 „Dach- und Dichtungsbahnen Hessen“ — 同上; WuW/E LKartB 179 „Transportbeton Memmingen“ — 建築業者がコンクリートおよび建築資材生産のための共同子会社を設立し、それに

- らのみ購入しかつ同社と競争事業を行なわない旨の義務を負ったという事例。共同子会社のシェアは五〇パーセント以上であったことが市場影響肯定の決め手の一つとなった； WuW/E OLG 1738 „Feihase“—国内市場におけるすべてのフェルトベースメーカー； WuW/E OLG 2559 „Siegerlander Transportbeton“—約六〇パーセント、など。
- (2) WuW/E OLG 1083 „Fahrschulverkauf“—自動車運転教育研究所と複数の教習所との間で個別的に結ばれた同一内容の契約（教習所は教習方法、教習料の決定、新規開業に関して研究所の指示に従う義務を負っていた。典型的な星状契約である(註)31)参照)が問題となった。また州のカルテル庁の決定であるが、入札カルテル事件において「入札公募に応じた事業のうちのわずかの者が入札カルテルを結んだ場合でも市場影響はみとめられる」とされている(WuW/E LKarB 157 „Leistungsverzeichnis“)。
- (3) 註(一)に挙げた WuW/E LKarB 179 „Transportbeton Memmingen“事件ではもう一つの理由として、輸送費の関係上コンクリートの市場が地域的に分断されることを挙げている。すなわちその地域内で共同会社から排他的購入がなされる場合には他の供給者は取引相手を確保することが困難になり市場影響の効果は大きいとされた。WuW/E OLG 1627 „Mulltonen“—「み容器メーカー」の入札カルテル事件、当該市場が寡占的であることが根拠とされた。
- (4) WuW/E LG/AG 338 „Taxi-Funk-Zentrale“ 広告の制限に対しても第一条の適用される可能性があることについては第二章第一節③事件参照。
- (5) WuW/E BKartA 1445 „bitumenhaltige Bauteilschutzmittel“。
- (6) WuW/E BGH 1079 „Sortimentabgrenzung“—民事事件。電気製品の販売業者間での販売商品の専門化を目的とした契約の効力が争われた。BGHは傍論でこのように述べている。
- (7) この点については法律制定当初から確認されていた。第二節二註(6)参照。spürbar という文言を用い、かつ影響が最低範囲を越える必要はないとした最初のBGH判決(SPAR事件)が民事事件であったことにここで改めて注意する必要がある。
- (8) WuW/E BGH 1458 „Fertigbeton“。
- (9) Holschneider, Rainer, Zur Bagatelgrenze im Kartellverbot, WuW 1980, S. 99 (107)。
- (10) 独禁法の不当な取引制限の対市場効果を表わす「一定の取引分野における競争を実質的に制限すること」との相違がこの二点においてみられる。すなわち独禁法上は、(i)効果は「おそれ」では足りず結果がもたらされなければならない、(ii)その内容も市場支配力の形成による競争の機能の阻害である、の二点である。

(11) Ulmer, Peter, *NZW* 1977, S. 805 (本件評釈)——BGHは本件判決によって、民法的な概念との結びつきから離れ、カルテル禁止の機能に目を向けた第一条の解釈をさらに一步進めている。そのことは、一方で『共通の目的』というメルクマールに関する説明も、また市場影響のメルクマールに対する説明も、民法的—形式的な解釈から、実質的な、競争の自由の保護を志向する解釈の方向を示唆している。」

(12) 本判決後、学説のなかには、市場影響の判断基準を追求する傾向がみられる。Zindel, Johannes, *Die Spürbarkeit der Marktbeeinflussung als Tatbestandsvoraussetzung des § 1 GWB*, *WzW* 1978, S. 411; Holschneider, a.a.O. それによると一般的な基準として量的基準と質的基準の区別がある。量的基準には売り上げ高、市場占有率があり、質的基準としては、協定の性質(価格、数量、販売地域)、競争制限の期間などが挙げられる。このなかでも最も有益な基準は市場占有率であるということでは右の両者の見解は一致している。なお一九七六年に改訂された連邦経済省の「協業の手引き」(註(27)参照)では、ECがすでに一九七〇年に公表している *Bagatellkartell* のための告示(本章第二節二註(9)参照)——シエファが五パーセント、中間期では一〇パーセント以下であれば違法とならない——に言及し注目している(*WzW* 1976, S. 235)。

### 三 全体のまとめ

ここでは第一章からの全体のまとめをしなければならない。

まず、幾つか取り上げた事例の検討から明らかなように、本質的には第一条の解釈は「競争の制限(Beschränkungen des Wettbewerbs)」という要件を中心になされてきた。違法なカルテルの成立はこの要件の成否にかかっているといてもよいであろう。「競争の制限」とは「事業者の競争行動の制約」という意味であるが、当初はカルテル契約の概念と結びついて、カルテル契約参加者の明確な合意のなかに含まれていなければならないとする考え方が強かった。このことは他方で、そのような明確な合意の存在を立証しなければならないということを意味し、そのため間接的な証拠による立証は困難となる。ここでは、「事業者の競争行動の制約」とはカルテル契約参加者間の行動の制約であり、カルテルの違法性はまさにそこに求められることになる。

右のような接近方法が後期に至り崩れてきたことはすでにみたとおりである。ここでは、カルテルが市場関係に与える影響(対外的効果)、すなわち「市場影響」という要件にも目を向け、市場に影響を及ぼしうるだけの力を契約により形成していると認められる場合には、そこから逆に「競争制限」の存在を合目的に構成してゆくという接近方法がとられるようになっていく。カルテルの違法性については、対外的効果(対市場効果)にも重点が置かれる。それを明らかにしたのがコンクリートメーカー事件であった。このように、対外的効果との関連で「競争制限」の要件を検討することにより、「競争制限」の意味内容のなかにカルテル契約参加者以外の第三者の自由の制約もふくまれることになる。さらに合意の立証も、カルテル庁の実務によればある程度ゆるやかになされるようになっていく。そしてこの接近方法は、ZVN事件におけるベルリン高裁が明確に指摘したように、競争制限禁止法が当初予定していた目的(第一章参照)にまさに合致する。そしてこれには、西ドイツにおける経済状況の変化および産業の集中を背景として強く認識されるようになった「機能的競争・有効競争」の観念の影響があったことも看過できない事実である。この観念は、競争の果す動態的機能に注目し、かかる機能をできる限り可能にするように競争政策を実施すべしという主張と結びつき、具体的には——「覚え書き」にみられたように現状肯定的な政策提言となつてあらわれることもあるが——カルテル禁止の積極的運用を支えることになつたのである。

カルテル禁止実務についての以上の流れを本稿では一応、第一条の解釈に関して私法的接近方法を競争法的接近方法が克服してゆく過程、ととらえた。

なぜ右のことが可能でありかつ矛盾が生じないかということについて、著名な商法・経済法学者であるメストメック(1) (Mestmäcker, Ernst-Joachim) はある論文において次のように述べている。すなわち、それは民法とカルテル法はその規範目的(Normenzweck)および機能を異にするからである。第一条のカルテル禁止は、私的自治による形成のた

めの形式的前提の一つである契約当事者間の力の平等を実質化することを目的とする。つまりカルテル法は、第三者のために私的自治の道を開きかつ私的自治が実現される条件を保証するためにこそ、合意による競争の規制を問題とするのである。したがって、第一条がその競争制限的效果のゆえに禁止する契約を、同時に私的自治による形成の流出物であると理解することは解決不可能な循環論に陥るのである、と。

以上でもって第一条に関する考察の締括りをしたい。したがって残された課題は、西ドイツ法にとつてだけでなく我が国のカルテル規制にとつても重要な意味をもつ制度であり、今まで何度か言及した制度、すなわち「協調的行動の禁止(第二五条一項)」の検討のみとなった。

(1) Mestmacker, Ernst-Joachim, Warum das Kartellverbot nicht am Privatrecht scheitert (なぜカルテル禁止は私法の前に挫折しないのか?), *WuW* 1971, S. 835, ders., *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden, 1978, S. 556ff. 所収。なお邦訳として、メストメツカー・上柳克郎／河本一郎監訳『法秩序と経済体制』(昭和五五)一四五頁以下(杉浦市郎訳)がある。

(2) *Ebenda*, S. 840-842, 右邦訳一五二—一五五頁。なおこの論文は染料カルテル事件B G H判決に対する批判がテーマになっているが、彼はこの判決を手がかりにこのように一般論を述べた。この説明はここでもあてはまると考えられる。

## Wandlungen des Kartellverbots in der BRD (4)

Tateo WADA\*

### Einleitung

- I. GWB und seine ursprüngliche Konzeption (Bd. 31-Heft 2)
  - II. Entwicklung des Kartellverbots unter den Bedingungen der sozialen Marktwirtschaft (Bd. 32-Heft 1)
  - III. Wandel der Wettbewerbspolitik
    1. Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
    2. Neues Leitbild der Wettbewerbspolitik (Bd. 32-Heft 2)
    3. Kartellverbot in dem zweiten Zeitraum (Bd. 33-Heft 1)
  - IV. Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens
- Zusammenfassung

Man mußte von gewissen Mängeln der sog. Gegenstandstheorie und der Beschränkung auf den zivilrechtlichen Vertragsbegriff absehen, damit die Verbotsnorm des § 1 GWB den Anforderungen an die Sicherung des Leitbildes eines funktionsfähigen Wettbewerbs gut gerecht wird. Wirklich hat die fortschreitende Konzentration der Wirtschaft in der BRD die Durchsetzung des funktionsfähigen Wettbewerbs dringend gemacht. Gerade hat das Kartellverbotspraxis des zweiten Zeitraums in diese Richtung geschritten.

Der Verfasser nimmt in diesem Kapitel den Versuch, das anhand vieler Materialien und Entscheidungen festzustellen. Dabei seien vor allem der Teerfarben-Fall (1970), Aluminium-Halbzeug-Fall (1975), ZVN-Fall (1975), Fertigbeton-Fall (1976) bemerkenswert.

In dem Teerfarben-Fall unterwarf das Bundeskartellamt abgestimmtes Verhalten der deutschen Farbenhersteller dem Kartellverbot, was an der zivilrechtlich-formalen Auslegung von § 1 GWB des BGH scheiterte. Dieses Urteil des BGH hat eine Fülle von Veröffentlichung kritischer Art ausgelöst und damit haben sich die Stimmen gemehrt, die eine Schließung der Gesetzeslücke forderten. Sie haben letztlich es mit

---

\* a. o. Professor an der Handelshochschule OTARU

Erfolg getan, daß § 25 Abs. 1 n. F. (Verbot des aufeinander abgestimmten Verhaltens) bei 2. Novelle des GWB (1973) eingeführt worden ist.

Dagegen in dem Aluminium-Halbzeug-Fall (MIV) und dem ZVN-Fall (Torsosyndikat) hat der BGH auf der Gegenstandstheorie verzichtet. Weiter in dem Fertigbeton-Fall verfolgte er die an Funktion des Kartellverbots orientierte Auslegung von § 1 GWB, indem er bei Kartellverbot nicht nur auf den Freiheitsschutz der Vertragsbeteiligten sondern auch auf die Erhaltung von Alternativen für Marktpartner und auf den Bestand des Wettbewerbs großen Wert legte.

(Fortsetzung folgt)