

Title	和解をめぐるカルテル法上の審査： 合併審査における上訴手続を例に
Sub Title	Die kartellrechtliche Überprüfung von Vergleichen - am Beispiel von Rechtsmittelverfahren in der Fusionskontrolle
Author	Pape, Fabian 芳賀, 雅顯(Haga, Masaaki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2019
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.42 (2019. 2) ,p.483- 503
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	伊東研祐教授・江口公典教授・中島弘雅教授退職記念号 翻訳
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20190222-0483

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

和解をめぐるカルテル法上の審査

——合併審査における上訴手続を例に——

ファビアン・パペ*

芳賀雅顯／訳

はじめに

- (1) 競争制限的な合意としての和解
- (2) 合併審査のシステム
- (3) Edeka/Tengelmann 事件
- (4) ドイツ独占委員会の見解
- (5) 連邦カルテル庁による審査
- (6) 評価
- (7) まとめ

はじめに

近年、ドイツではつぎのような問題について議論がなされている。それは、合併審査の許可決定に第三者である企業が異議を申し立てている法的紛争の和解は、競争を制限する合意であることから和解はカルテル法に違反し、したがって無効となるのか、という問題である。

この問題の背景を説明するために、つぎの3つの点を簡単に言及しておきたい。

- (1) 第一に、どの様なときに、和解は競争を制限する合意となるのか。

* ドイツ連邦カルテル庁一般政策部ドイツ欧州規制課課長

(2) 第二に、ドイツでの合併審査のシステムおよび権利保護の可能性について簡単に説明する。その際、とくに、第三者はどのような権利保護の可能性を有するのかという問題が関心を引き起こす。この場合の「第三者」とは合併企業ではなく、取引先や競合他社といった第三者である。

(3) そして、議論の理解を促すため、ある事件の説明をする。それは、スーパーマーケットのチェーン店であるエデカ社（Edeka）とカイザーズ・テンゲルマン社（Kaiser's Tengelmann）の合併である。この事件では、合併許可に関する和解が問題となった。

(4) 引き続き、なぜ、この事件では和解が、ドイツ独占委員会（Monopolkommission）の見解によると競争制限的な合意であり、それゆえ無効であるのかという問題に言及する。

(5) 最後に、なぜ、連邦カルテル庁が、本件は競争制限的ではないとの見解に行き着いたのかを説明する。

本題に入る前に、一つ指摘をしておきたい。それは、わたくしは、本稿で連邦カルテル庁が関与した事件について言及するが、わたくし自身はこの手続に関与していない。したがって、わたくしはこの事件を、関係者としてではなく観察する側の人間として言及している。また、本稿はわたくし個人の見解にすぎず、連邦カルテル庁の見解を示すものではない。

(1) 競争制限的な合意としての和解

和解——裁判上あるいは裁判外の和解——は、もちろん、不適切なものではない。和解は、双方の譲歩によって訴訟を終了させる手段である。通常、紛争は、訴訟を行うよりも、和解によって、より迅速かつ低廉なコストで終了する。裁判所もまた、和解締結によって「訴訟手続を主宰する」負担から解放される。では、なぜ、和解が競争制限的なものとなり、それゆえ禁止されるとの考えをカルテル法に関わる研究者・実務家が有するのだろうか。

世界各国のうち、多くの法秩序は、契約当事者間の競争を制限する企業間の

合意を禁止し、民事法上無効であると定める。たとえば、ヨーロッパ機能条約 101 条 1 項¹⁾ における EU 競争法は、つぎのように定める。すなわち、「加盟国の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、競争の機能を……制限する目的を有し、またはかかる結果をもたらす事業者間のすべての協定は、域内市場と両立しないものとし、禁止する」と。さらに、ヨーロッパ機能条約 101 条 2 項は、同条約 101 条によって禁止された合意は無効であると定める。また、カルテル法に違反した和解は民事法上無効であるだけでなく、過料を課せられる。しかし、もちろん、そのための要件は、故意または過失の存在である。ドイツ法は、ドイツ競争制限禁止法 (GWB) 1 条および 2 条において、類似の規定を置いている。他の EU 構成国、および多くの世界各国の法秩序も、同様の規定を置いている。

競争制限禁止に関する事例群の 1 つは、たとえば、いわゆる「競争の買い取り Abkaufen von Wettbewerb」²⁾ である。これは、A 社（あるいは企業グループ）が、別の B 社に、A 社の競争に反することを B 社が行わないことの対価として金銭を支払うというものである。一例を掲げる。ある地域に 3 つの製粉所がある。この 3 つの製粉所は、すべて過剰な生産能力を有していた。このことによって、需要よりも供給が上回り、小麦粉価格の低下をもたらした。そこで、2 つの製粉所は 3 つ目の製粉所にある提案を行った。それは、2 つの製粉所が第 3 の製粉所の小麦粉を購入することであったが、それは第 3 の製粉所を締め出すことだけを目的にしていた。したがって、「購入価格」は、実際には、当該製粉所への反対給付として支払われたものではない。購入価格は、むしろ、第 3 の製粉所が他の 2 つの製粉所の競争を阻害しないことへの反対給付なのである。このような場合は、明らかに競争を制限するケースであると言わねばならないであろう。

1) Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union = TFEU, Treaty on the Functioning of the European Union = EU 機能条約。

2) この事例群については、次の文献を参照のこと。Krauß in: Langen/Bunte, Kartellrecht, Tz. 210 ff. zu § 1 GWB.

また、いわゆる地域協定（Gebietabspreche）は、典型的な競争制限協定である。ある企業はある地域でのみ活動し、これに対して、別の企業は別の地域でのみ活動することを企業間で合意する場合には、地域協定があるという。

では、いかなる場合に、裁判上または裁判外の和解が、そのような競争制限的な合意といえるのであろうか。この問題は、たとえば、製薬会社間の特許訴訟で生じうる。一つ例を挙げてみよう。研究製薬会社 A 社が、ある特定の薬理学上の作用物質に関する物質特許を取得した。A 社は、さらに、当該薬品の製造過程に関する製法特許も取得した。その後、物質特許の期限が切れた。そこで、ジェネリック薬品の製造を行っている別の製薬会社は、物質特許を侵害することなく薬品を販売する可能性が生じた。ジェネリック製薬メーカー B 社は、その作用物質を有する薬品によって市場に参入した。そこで、オリジナルの調合製剤メーカー A 社は、特許侵害を理由に訴えを提起した。ジェネリック製薬メーカー B 社は、訴訟で防御活動を行い、[A 社の] 製法特許はもはや効力を有しない、または、薬品を製造するに際して B 社は特許侵害を行っていないと主張した。

裁判所では、和解交渉に進む。その際には、さまざまな結論が考え得る。たとえば、B 社は「特許権で」保護された製法で製品を製造し、「製品を」市場に持ち込むことが許されるが、製法特許の利用に対するライセンス料として、B 社は A 社に金銭を支払うことが可能である。しかし、この金額は、通常はライセンス料として支払われるものよりも低額である。というのも、B 社は、特許権侵害に関する訴訟で勝訴する可能性があるからである。この場合に、B 社は、A 社の特許を侵害している可能性があるため、侵害しているかもしれない企業に、一定額を支払うのである。このことは、和解交渉の通常の出発点であろう。競争法の観点からは、そのような和解に対して異議を唱えることはできない。

しかし、つぎのような和解交渉の出発点もありうる。すなわち、特許権者 A 社が B 社に一定額を支払い、B 社は、それと引換えに、3 年か 5 年経過した後になってようやく市場に参入する、という義務を負うものである。これは、英

語で「リバース・ペイメント」と呼ばれる。なぜならば、この場合、特許侵害者と考えられる者が特許権者に支払うのではなく、その反対に、特許権者が特許侵害者と考えられる者に支払うことが合意されるからである。

そのような和解は、競争に関する官庁としての EU 委員会の様々な著名な手続、また EU の裁判所、すなわちヨーロッパ第 1 審裁判所 (EuG) やヨーロッパ司法裁判所 (EuGH)、また、アメリカ合衆国裁判所の諸々の判決を生み出すこととなった。ヨーロッパの実務からは、Lundbeck 事件³⁾ や Servier 事件⁴⁾ の手続を指摘することができるし、また、FTC vs. Actavis 事件⁵⁾ のアメリカ合衆国連邦最高裁判決は、同様の事実関係に関するものである。

ヨーロッパ委員会の実務、ならびにヨーロッパおよびアメリカ合衆国の裁判所は、細部で相違があるものの、カルテル法に違反することになるという点で一致する。すなわち、侵害者に対する特許権者の「リバース・ペイメント」の支払いは、少なくとも、競争違反の徴候 (Indiz) たりうるものである。その理由は、以下の点にある。すなわち、

- オリジナルの調合製剤メーカーおよびジェネリック製薬メーカーは、潜在的な競争関係にある。
- 競争を害する効果は、とくに、特許権者が市場に影響力を有する場合、とりわけ特許権者が市場を支配する立場にある場合に生ずる。これに対して、特許権者が、市場に対して大きな影響力を有しない場合には、競争に及ぼすマイナスの効果はそれほど大きくない。たとえば、ある薬が、別の作用物質に基づいているが同様の効果を有しており、処方医師の見解によると交換可能な場合、競争制限の効果は低く評価される。
- いずれにしても、和解がなされなければ競争上プラスの結果が得られる場

3) EuG, 08.09.2016, T-472/13 – Lundbeck / Kommission, ECLI:EU:T:2016:449.

4) Entscheidung der Kommission vom 09.07.2014, Fall AT.39612 - PERINDROPIL (SERVIER); Rechtsmittel zum EuG ist anhängig (T-691/14).

5) FTC vs. Actavis, 570 U.S. ____ (2013), 133 S. Ct. 2223; 185 L. Ed. 2d 175; 2013 U.S. LEXIS 4545; 106 U.S.P.Q.2d 1953.

合には、その和解は競争制限的な合意を意味しうる。特許が弱いのか、特許を容易に回避できる場合がこれに該当する。そのような場合には、特許訴訟は侵害者、すなわちジェネリック製薬メーカーに有利に進行する。そして、ジェネリック製薬メーカーは、オリジナルの調剤と競合する製品を市場に持ち込むことができる。

- 和解における財産移転（すなわち、支払い）は、ジェネリック製薬メーカーにとっては、市場参入への自助努力を継続的に行うインセンティブ、たとえば、オリジナルの製剤メーカーの製法特許を侵害しない製造方法を研究するといったインセンティブを減少させる。
- 特許権者が侵害者に金銭を支払うことは、侵害者が自身の特許侵害の見込みが低いと評価しているから侵害者が和解を締結するわけでない、との徴表となることがありうる。その場合、通常の和解ではなく、「競争の買い取り Abkaufen von Wettbewerb」が問題となる⁶⁾。
- しかし、決定的であるのは経済的な調査結果である。すなわち、和解によって、結果的に、特許が許容する合法的な独占状態が延長されることになる。そして、侵害者の市場参入は、先延ばしにされる。特許権者による支払いを通じて、独占による投下資本の回収期間が延長されるし、また、和解の当事者間では〔そのことを念頭に和解が〕作成される。このことは、〔最終的には〕消費者の負担になる。

したがって、民事訴訟における和解もまた、競争制限的な合意となることがあり得るし、それゆえ無効となることがある。カルテル官庁および裁判所の実務は、とくに、製薬業界における特許訴訟では、和解に至ることがある。しかし、いかなる要件の下で和解が無効となるのかは不明確である。

6) EuG, 08.09.2016, T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449, Tz. 352 ff.

(2) 合併審査のシステム

問題提起をするために、ドイツでのルールを例にして、合併審査のシステムについて若干言及したい。いずれにしても、同様のルールは国家を越えたレベルで 100 か国以上（そして、EU や若干の同様のケース）存在する。もちろん、日本もそのようなルールを有している。

2つの企業が合併を希望し、あるいはある企業 A 社が別の企業 B 社を支配しようとした場合（典型的には、A 社が B 社のすべての株式を取得する方法によって）には、この合併は、一定の要件の下で、管轄を有する競争関係官庁に届出がなされなければならない。周知のように、日本での管轄官庁は公正取引委員会である。EU では、共同体規模で経済的に重要な合併とその他の合併とを区別している。共同体規模の事案については、ヨーロッパ委員会が管轄官庁である。ヨーロッパ委員会は、EU 合併規則に基づいて判断を行う。EU 合併規則の適用範囲外の事案については、各構成国の競争管轄官庁、ドイツでは連邦カルテル庁が管轄を有する。

官庁は、合併が競争を阻害するか否かを審査する。ドイツ連邦カルテル庁およびヨーロッパ委員会は、合併が実効的な競争を著しく阻害することになるか否かを審査する⁷⁾。日本法の文言は、これに類似する。日本の独占禁止法 15 条 1 項によると、合併によって競争を実質的に制限することは許されない。

一つの例を挙げる。ある企業 A 社が、別の企業 B 社のすべての株式を購入したいと考えた。この合併計画は、管轄する官庁に届けられる。当該官庁が審査している間は、合併を実施することは許されない。株式の売買契約はこの間は無効であり、株式が A 社に譲渡されることは許されない。また、A 社は、B 社に対して影響力を行使することは許されず、たとえば、議決権を行使することはできない。

官庁における手続に関与するのは、以下の者である。

7) 英語では、“significant impediment of effective competition” といい、いわゆる “SIEC test”（実行競争の著しい阻害基準）と呼ばれる。

——一方では、もちろん、合併企業である。つまり、合併する企業（A社）だけでなく合併される企業（B社）でもある。

——しかし、他の企業も手続に関係することがありえ、たとえば、A社またはB社の競争関係にある企業または顧客がこれに該当する。これらの企業は、たとえば、参加人（beigeladenes Unternehmen）として、官庁での手続に参加することができる。これらの企業は、書類の閲覧が可能であるし、書面による態度決定を行うこともできる⁸⁾。

審査の結果としては、3つの結論が考えられる。

(1) 官庁が、競争制限の疑いを有しない場合。この場合には、合併は許可され、企業は合併を実施することができる。

(2) 官庁が、まちがいに競争制限的であるとの疑いを有した場合。この場合には、合併を許可しない。

(3) 官庁が、競争制限の疑いを有したものの、この疑いを払拭する可能性がある場合。この場合には、一定の条件の下で、換言すると、一定の要件を満たした場合に合併の許可が下される。2つのスーパーマーケット・チェーンを例にしたい。すなわち、合併は全体としてみた場合には疑いはないのだが、特定の地域では合併されたチェーン網が非常に強力であり、また、競合他社が重要な地位を失うことから、その地域では市場支配的な地位が形成されてしまう可能性がある。この状況では、当該地域における若干の店舗を競合他社に譲渡することを条件に合併を許可することが考えられる。この第3の場合は、ここで論ずる問題との関係では考察の対象外である。

官庁の判断に対する権利保護はどのようになっているのであろうか。

官庁が合併許可を与えなかった第2の場合については、特別なことはない。当該企業は、不許可に対して、裁判所に提訴することができる。しかし、ここで論ずる問題との関係では、第三者である企業の権利保護が注目される。この

8) ドイツ法では競争制限禁止法 54 条 2 項 3 号。合併企業の競合他社および顧客は、参加人（intervening parties）として手続に参加することができる。

問題は、合併が許可された第1の場合に重要である。

第1の場合、合併企業は官庁の判断に満足している。したがって、合併企業は上訴(Rechtmittel)を提起することはしない。しかし、第三者である企業(あるいは、顧客や競合他社)は、自己の権利が侵害されたと考えるかもしれない。そこで、この第三者である企業は、官庁の判断に対して上訴を提起する可能性がある。ヨーロッパ法によると、上訴はヨーロッパ第1審裁判所が管轄を有する。ドイツ法上、適法な上訴提起は、デュッセルドルフ上級地方裁判所に対する異議である。ところで、このことは特殊性を示している。なぜならば、連邦カルテル庁の決定は官庁による行政行為であるにもかかわらず、管轄を有するのは行政裁判所ではなく、通常裁判所だからである(これには歴史的背景がある。すなわち、1958年に連邦カルテル庁が設置されたとき、カルテル庁は政治的影響を受けずに判断するものとされた。したがって、連邦カルテル庁の決定は、決定部(Beschlussabteilung)によって下される。これは、地方裁判所の合議体(Kammer)をモデルに構築された。それゆえ、管轄裁判所は上級地方裁判所であって、行政裁判所ではない)。

ドイツ法が特殊である点は、競争制限禁止法(GWB)42条に基づく⁹⁾、いわゆる大臣許可(Ministererlaubnis)である。連邦カルテル庁が合併を不許可とした場合、企業は、連邦経済エネルギー大臣に対して、いわゆる大臣許可を申し立てることができる。個別事案において、競争制限よりも、合併によってもたらされる経済全体の利益の方が優越する場合、あるいは、合併が公共性とい

9) 競争制限禁止法 42 条 1 項 1 文 (試訳): 「連邦経済エネルギー大臣は、個別的な事案において、競争の制限よりも、合併がもたらす経済全体の利益の方が上回る場合、または合併が優越的な公共の利益によって正当化される場合には、申立てに基づき、連邦カルテル庁によって却下された合併に対して許可を与えるものとする。」 § 42 Abs. 1 S. 1 GWB: „Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Wirtschaft und Energie erteilt auf Antrag die Erlaubnis zu einem vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschluss, wenn im Einzelfall die Wettbewerbsbeschränkung von gesamtwirtschaftlichen Vorteilen des Zusammenschlusses aufgewogen wird oder der Zusammenschluss durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigt ist.“

うより高次元の利益によって正当化される場合には、大臣は、申立てに基づき、連邦カルテル庁によって不許可となった合併に対して、許可を与えることができる。これは、連邦カルテル庁の決定に対する上訴ではない。連邦カルテル庁の決定は純粋に競争〔制限に該当するか否か〕という理由に基づき下されるのに対して、大臣は経済全体を衡量し、あるいは公共の福祉に基づいて判断される。

したがって、合併許可に対する第三者の権利保護は、ドイツでは、2つの状況が考えられる。すなわち、一方では、連邦カルテル庁が合併を許可した場合、他方では、連邦カルテル庁が合併を許可しなかったものの大臣が許可を与えた場合である。

ここで権利保護について言及する場合には、本案における権利保護だけでなく仮の権利保護も意味する。典型的には、仮の権利保護の目的は、本案の上訴につき裁判が確定するまでの間、合併の実施を中止させることにある。仮の権利保護の申立てが認められると、合併の実施が著しく延期されるため、合併当事者にとっては決定的に不利益となる。

要約： 企業の合併は、一定の場合、合併実施前に届け出がなされなければならず、また、競争に関する管轄官庁によって審査される。合併が官庁によって許可されると、第三者の企業が、この決定に対して裁判所に訴えることができる（すなわち、上訴提起）。ドイツにおいても同様のことが妥当するが、連邦カルテル庁が合併を許可しなかった場合でも、連邦経済大臣が許可を与える場合がある。

（3）Edeka/Tengelmann 事件

ドイツで議論を巻き起こした事件にたどり着く。事実関係を幾分簡略化して説明する。エデカ社（Edeka）は¹⁰⁾、ドイツにおける4つの大きなスーパー

10) Edeka Zentrale AG & Co. KG.

マーケット・チェーンのうちの一つである。エデカ社は、ドイツ全土、とりわけベルリンとミュンヘンに多くのスーパーマーケットを有していた。エデカ社は、テンゲルマン社 (Tengelmann)¹¹⁾ の取得計画を届け出たが、同社はドイツ国内のいくつかの地域でエデカ社と同じくスーパーマーケットを運営しており、ベルリンとミュンヘンにおいても営業していた。エデカ社は、全部で約 450 店舗を取得することを考えていた。連邦カルテル庁の見解によると、この計画は、2つの都市および他の地域において競争条件の重大な悪化をもたらすものであった。その地域の市場は、合併前にすでに著しく集中していた。テンゲルマン社の吸収によって、これらの地域における消費者の選択・回避の可能性が、さらに著しく制限されてしまうことになる。有力な競争力が除去されることによって、合併企業のみならず、従前から存在している競合他社もまた、価格を引き上げる可能性を有することになる。

企業側はこの見解に同意せず、デュッセルドルフ上級地方裁判所に異議 (Beschwerde) を申し立てた。これと並行して、企業側は、連邦経済大臣に大臣許可の付与を申し立てた。連邦大臣の下での手続には、合併企業のみならず、一連の企業が参加人として (die beigeladenen Unternehmen) 関与した。参加人たる企業のうちの一つは、レーヴェ社 (REWE) であった。レーヴェ社もまた、ドイツ全土にスーパーマーケット・チェーンを運営していたが、ベルリンではそれほど多くの店舗を有していなかった。

大臣は、合併は雇用の維持と労働者の権利の確保に貢献しうるとの結論に達した。この公共の福祉を理由とするところは、大臣の見解によれば、連邦カルテル庁が確定した競争制限に該当するとの判断よりも、重大であった。そこで、大臣は大臣許可を付与したが、これには条件が付いた。その条件は、とくに、一定数の職場を維持すること、そして労働組合は合併する側の企業において一定の権利を有することであった。

この大臣決定に反対して、参加人である企業のうちの3社（その中にはレー

11) 正確には、カイザーズ・テンゲルマン有限責任会社および他の企業 (Kaiser's Tengelmann GmbH und weitere Unternehmen) である。本講演では、簡略化してテンゲルマン社と呼称する。

ヴェ社も含まれる）が、異議を（デュッセルドルフ上級地方裁判所に）提出した。同時に、これらの企業は、仮の権利保護を申し立てた。仮の権利保護の手続においては、異議申立人が合併当事者の競合他社であり、被申立人は大臣であった。合併当事者は、裁判手続の参加人として同様に関与した。これに対して、連邦カルテル庁は、この手続の当事者ではなかった。

仮の権利保護では、異議申立人の申立てが認められた¹²⁾。上級地方裁判所は、大臣が瑕疵ある手続を行った（Verfahrensfehler）と認定した。この手続では、大臣とエデカ社・テンゲルマン社との間で秘密会談があったとされた。手続上は、この会談は文書化されなかったため、大臣には不正を行ったおそれがあるとされた。したがって、大臣は、大臣許可の付与を求める申立てについて判断することが許されないとされた。この理由およびその他の理由により、上級地方裁判所は、異議に基づく〔合併〕効力の延期を命じた。このことは、裁判所が（本案について）確定的な判断を下していない限りは、大臣許可は効力を有しないことを意味する。したがって、裁判所は、結果的に本案判決が下されるまでは合併当事者は合併を行うことは許されないと、仮の権利保護において判断した。確定判決を迅速に得ることは期待できず、また、合併実現に著しい遅滞が生ずるのは明らかであった。

大臣は、上級地方裁判所の判断を不服として、連邦通常裁判所に抗告拒絶に基づく異議申立て（Nichtzulassungsbeschwerde）を行ったが、連邦通常裁判所の判断には至らなかった¹³⁾。

その後、かつて首相であったゲルハルト・シュレーダー（Gerhard Schröder）による調停がなされ、一方の側が合併当事者、相手側が異議申立人とする和解交渉がなされた。これに対して、異議の被申立人である大臣は、和解交渉には

12) Beschluss des OLG Düsseldorf vom 12.07.2015, VI (Kart) 3/16 (V); Pressemitteilung.

13) 連邦通常裁判所は、費用についてのみ裁判を行わなければならなかった。つぎを参照のこと。Pressemitteilung 159/16 des BGH: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&sid=d235d219bc12325862045c6413c3de63&nr=83894&link=ed=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>.

関わらなかった。そして、以下のような合意が成立した。

エデカ社は、レーヴェ社と、ベルリンにあるエデカ社のスーパーの店舗のうちいくつかをレーヴェ社に譲渡することで合意した。それと引き換えに、レーヴェ社は、大臣許可に対する異議を取り下げた。もちろん、スーパーマーケットの店舗の譲渡は、新たな合併を意味するので、連邦カルテル庁によって別途審査がなされた。しかし、ベルリンにおけるレーヴェ社の市場の地位は弱かったため、連邦カルテル庁はこの合併を許可した。

エデカ社は、他の2社の異議申立人とも合意した。これら2社も同様に、異議申し立てを取り下げた。第2の異議申立人は小規模のスーパーマーケット・チェーンであったが、同様に、スーパーマーケットの数店舗がこの会社に譲渡された。エデカ社は、第3の異議申立人とは、金銭の支払いによって異議を取り下げることで合意した。

したがって、3つのすべての大臣許可に対する異議申し立ては、取り下げられた。その結果、つぎのようになった。すなわち、大臣許可は確定し、エデカ社はテンゲルマン社を最終的に吸収した。しかし、このことを達成するために、エデカ社は、取得したスーパーマーケットのうちの幾つかを2つの競合他社に再譲渡しなければならず、また、第3の競合他社には一定額を支払わなければならなかった。以下では、レーヴェ社の異議申し立てのみに立ち入ってみることにする。

もっとも、本件はこのような方法の最初の事案ではなかった。大臣許可は非常にまれなケースである。すなわち、1973年以来、全部で22件の大臣許可の申し立てがなされたが、そのうち9件で大臣許可が認められた。過去には、2つの類似の事案がある。

完全を期するために、つぎの点を述べておきたい。すなわち、[本稿で紹介した] このケースは、さらに一連の裁判手続を引き起こす端緒となったが、本講演で関心を寄せている問題との関係では重要性を有しない、また、本稿で言及した大臣許可に対する2つの裁判手続（仮の権利保護および本案）の他に、さらに全部で6件の「関連する」裁判手続がある。これらの事案は、連邦カルテル

庁の差止に関するもの、送達の問題に関するもの、そして連邦カルテル庁が手続中に発した仮の命令（*einstweilige Anordnung*）に関するものであった。

〔また、本稿で紹介した〕この事件は、実際には、ここで説明したものよりもさらに複雑であった。ベルリンだけが問題となったのではなく、他の複数の地域における市場も問題となった。また、ベルリンといっても、市全体が調査された訳ではなく、ベルリン市内の15の市場地域が検討された。また、スーパーマーケットだけではなく、肉屋や物流サービスも問題となった。

（4）ドイツ独占委員会の見解

この手続には、ドイツ独占委員会（*Monopolkommission*）も幾度となく関わった。独占委員会は、競争政策、競争法および規制の領域における、連邦政府、連邦議会、および公衆に対して諮問する合議体である。この独占委員会は、5名のメンバー、すなわち、通常は1名の法律学の教授、1名の経済学の教授、および3名の企業代表者によって構成される。独占委員会は、独立しており、また現在の学問的知識に従った知見に基づいて、重要かつアクチュアルな競争に関する問題を発展させるものとされる。委員会は、特定の問題に対して専門所見、たとえば、2年ごとにいわゆる一般報告書（*Hauptgutachten*）を作成する。しかし、委員会の任務には、特定の問題に対する特別報告書（*Sondergutachten*）もある。とくに、連邦経済大臣は、大臣許可を付与する前には、独占委員会に対して意見を求めることが義務付けられている¹⁴⁾。

独占委員会は、この事件について、最初は特別報告書を作成した¹⁵⁾。委員会の結論は、この事件においてエデカ社が主張した公共の福祉という根拠には

14) 競争制限禁止法 42 条 5 項 1 文。

15) Zusammenschlussvorhaben der Edeka Zentrale AG & Co. KG mit der Kaiser's Tengelmann GmbH; Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB, 03.08.2015; Text des Gutachtens: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s70_volltext.pdf; Pressemitteilung: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/presse_s70.pdf.

説得力がないということであった。連邦カルテル庁による、競争を制限するとの判断が重視されるとした。他方で、合併が職場の確保に貢献するとの〔エデカ社の〕主張は説得力を有しないとされた。したがって、独占委員会は、大臣に対して、申し立てられた許可を付与しないことを勧告（Empfehlung）した。しかし、すでに述べたように、大臣はこの諮問に従わなかった。なお、これによって、独占委員会の委員長は辞任した。

大臣が独占委員会の勧告に反して大臣許可を与え、和解がなされた後に、新たに独占委員会の意見表明がなされた。今回は、独占委員会の公式表明ではなく、メディアでの委員長のインタビューであった¹⁶⁾。委員長は、本件では、消費者に負担となる申し合わせがあったのではないかと疑問を提起した。そこで、委員長は、連邦カルテル庁が手続を開始すべきであるとの見解を暗に表明した。

後に独占委員会は、本件と2度目の関わりを有した。2年おきに公表される一般報告書において、独占委員会は、和解が競争法に違反している蓋然性があるとの見解を表明した¹⁷⁾。独占委員会は、連邦カルテル庁に対して、この事案について和解が無効であるか否かを詳細に審査すべきであると勧告した。この勧告の理由づけは以下のようなものである。すなわち、独占委員会は、本件では大臣許可に反対する法的紛争が問題となっているが、しかし、第三者が連邦カルテル庁の合併許可の決定に反対して、これと同一の問題が提起されているという特殊性があるとの見解を示した。

独占委員会の見解によると、本件と前述の特許訴訟における和解の事案とは、

16) „Kaiser's Tengelmann: Das Bundeskartellamt wird genau hinsehen“; Rheinische Post, 02.11.2016. つぎの新聞〔の署名記事〕も参照のこと。J. Kühling, A. Wambach: Standpunkt: Gegen den Abkauf von Wettbewerb; Frankfurter Allgemeine Zeitung, 17.10.2016, S. 16.

17) 22. Hauptgutachten der Monopolkommission – Wettbewerb 2016, , Tz. 797 ff.; Gesamtgutachten: https://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Gesamt.pdf; Pressemitteilung hierzu: https://www.monopolkommission.de/images/HG21/Presse/PM_Kartellrechtliche_Entscheidungspraxis.pdf; English Summary: https://www.monopolkommission.de/images/HG21/HGXXI_Summary.pdf.

類似性がある。特許権者と同様に、エデカ社は、当該地域市場において市場占有率が高く、したがって市場に対する影響力も大きかった。連邦カルテル庁は、エデカ社の合併によって市場が悪化し、それゆえ、エデカ社の市場影響力は合併と結びついていると認定した。大臣許可に対する第三者による異議申立てによって、市場影響力が続けて維持されるのかは不透明であった。

独占委員会の論旨は要約すると以下のようになる。すなわち、合併は、連邦カルテル庁が認定したように、競争法に反するものである。大臣許可は、両当事者の合併を実現させることを可能にするものである。そのことによって、両当事者は、ドイツの特定の領域において特に強力な市場影響力を有することとなる。異議申立てによって、両当事者が市場影響力を維持することができるのか否かは不明確な状態になった。この不明確性は、和解によって除去された。エデカ社の市場における立場は、和解によって守られた。独占委員会は、そのことによって効率性が失われ、また消費者に不利益であると考えた。

本事案とは関係ないが、独占委員会は、競争法が関係する紛争での和解はプラスの影響とマイナスの影響を有することがあるとしている。競争関係官庁は、すべての場合に、競争を制限する合意があるか否かを審査するものとされる。その際に、以下の基準が考慮される¹⁸⁾。すなわち、

1. 補償の程度
2. 提起されている上訴に勝訴する見込み
3. 競争を制限する規模、すなわち、消費者に及ぼす損害、である。

第1の基準、すなわち補償の程度。補償が不相当に手厚い場合、このことは競争を制限する徴表でありうる。

第2の基準、すなわち、提起されている上訴に対する見込み。和解の相手方が、上訴で勝訴することを前提にしている場合、補償は競争を制限する対価である蓋然性があるとされる。

第3の基準、すなわち、競争を制限する規模。いずれにしても、大臣許可の

18) Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Tz. 821.

場合には、競争制限が存在することは確かである。なぜならば、つねに連邦カルテル庁の不許可決定が大臣許可に先行しているからである。

したがって、独占委員会は、そのような和解の事案をすべて審査することをカルテルに関係する官庁に勧告している。上記3つの基準に基づいて、個々の事案手続が開始したか否かが判断される。

(5) 連邦カルテル庁による審査

連邦カルテル庁は、どのような判断をしたのであろうか。結論を先取りすると、連邦カルテル庁は和解を審査し、開始した手続を再び中止した。この場合、理由を付した判断がなされることはない。しかし、連邦カルテル庁は、いわゆる事案報告書（ケース・レポート）を公にする¹⁹⁾。連邦カルテル庁はこの報告書で簡単な理由を発表している。それによると、和解は訴訟における企業の行動に関わるだけであり、市場に対する行動ではないことを理由に、連邦カルテル庁はもともと和解に干渉しないとしている。したがって、競争制限は存在しないとされた。

(6) 評価

一般的に、競争関係官庁が和解に反対することは稀である。競争に関する法的紛争を終結させることになる和解は、プラスの効果を有するものであり、そのことは、現在の、そして潜在的な競争関係にある者との間での和解であっても同様に妥当する。和解は、両当事者間の法的安定性を増加させるものであり、両当事者に費用の節約をもたらし、裁判所を負担から解放する。

しかし、[和解の] 競争に及ぼす効果は、プラスの面もあればマイナスの面

19) Bundeskartellamt, B2-31/17, Fallbericht vom 29.11.2017: Kartellrechtliche Prüfung im Zusammenhang mit der Rücknahme der Beschwerden gegen die Ministererlaubnis im Fall Edeka/Tengelmann.

もある。本件では、大臣許可に対する異議が認められる場合には、競争に対するマイナスの効果が認められよう。異議が認められる場合には、和解が存在する状況よりも、和解が存在しない状況の方が好ましいであろう。しかし、これとは反対に、大臣許可に対する異議が効を奏しなかった場合には、市場に対するプラスの効果が「和解によって」生じよう。なぜならば、状況は和解によって（そしてベルリンでのスーパーマーケットをレーヴェ社に売却することによって）、[たんに] 合併「するだけ」の状況よりも好ましいものだからである。そしてこの考えは、これ以上は我々を手助けすることはない。なぜならば、和解は、まさしく、法的紛争の終結をもたらすからである。和解がない場合に、どのように法的紛争が終結するのかは誰にも分からない。

わたくしには、独占委員会が掲げた諸々の基準を実務において適用することは困難なように思われる。異議取下げに対する反対給付が著しく手厚いのか否かを、いかなる基準で判断すべきなのか。とりわけ、このことは、金銭支払いの合意をせずに、スーパーマーケット店舗を（さらに）売却したレーヴェ社の場合に妥当する。

とくに、第2番目の基準は、実務においては判断が困難である。どのようにして、上訴の見通しを審査すべきであろうか。上訴が効を奏する、あるいはそうではないと明確に述べることができる事案は非常に限られた場合にすぎない。大臣許可の事案はきわめて稀であるし、——すでに述べた、仮の権利に関する手続における裁判を除いて——先例となる事案はほとんどない。したがって、訴訟の結末「に対する見通し」は、つねに不明確である。

結果的に連邦カルテル庁自身の判断が問題となった場合に、連邦カルテル庁がいかにして客観的に上訴の見込みを判断することができるのかも問題となる。もちろん、このことは、——ここで議論した場合以外にも——大臣許可に対する上訴ではなく、とりわけ連邦カルテル庁の合併許可決定に対する上訴が問題となる場合に妥当する。本件では、異議裁判所は、仮の権利保護の裁判において異議申立人に有利な裁判を下している。このことは手掛かりとなり得るものである。しかし、必ずしも仮の権利保護の裁判があるとは限らない。さらに、

仮の権利保護における裁判は、定義上、暫定的である。最終的には、さらに連邦通常裁判所への上訴が考えられる²⁰⁾。

そして、独占委員会によって掲げられた第3番目の基準、すなわち、競争制限の規模も疑問がある。本件では、連邦カルテル庁は合併を認めなかった。したがって、連邦カルテル庁は、合併が市場にとって有害であることを前提としている。別の事案では、連邦カルテル庁による許可が問題となった。この場合では、連邦カルテル庁は、合併による競争制限は存在しないことを前提としている。しかし、和解が競争を制限する合意であるのか否かという問題にとっては、双方の事案の相違は重要ではない。

また、チェーン店の譲渡は市場構造に関するものであり、市場における活動に関するものではないということが妥当する。カルテル法は、これらのケースを合併支配の手段とみなしている。さらに、市場活動に関する合意がさらに追加してなされなかった場合には、競争制限的な合意に関するルールを適用することは可能である。

さらに、以下のことが問われねばならない。すなわち、異議手続の両当事者（ここでは、合併企業および第3の企業）が、和解を通じた紛争終結の可能性を有しない場合にはどうなるのであろうか。この場合、異議申立人は、この法的紛争を裁判所による終局的な判断（あるいは、第1審裁判所の確定判決）に至るまで行わなければならないであろう。これは、適切な結果とはいえないであろう。

最後に、競争関係官庁が、競争制限的合意が存在すると判断した場合に、どのような結果が生ずるのが問われなければならない。ここでは、裁判上の和解ではなく、異議申立人が異議を取り下げるとの内容を含む、裁判外の和解について述べる。この場合、法的紛争当事者間の合意と異議取下げの合意とは区別される。和解そのものは、違法であり無効である。これに対して、異議取下げは、訴訟行為であり有効である。したがって、異議手続は有効に終了すること

20) 本件では、連邦通常裁判所への法律抗告（Rechtsbeschwerde）の提起が認められるであろう。

とになろう。そして、大臣許可は終局的な確定力を有する。そのため、いかにして無効である合意の後始末を行うべきかが、問われなければならない。両当事者のうちの一方の給付がスーパーマーケット店舗の転売であるときは、元に戻すことは可能であろう。しかし、他方の給付が異議取下げの場合には、不可逆的である。

ところで、製薬業界における特許紛争の、違法な和解がなされた場合もまた、元に戻すことは困難である。ヨーロッパ委員会が無効であると宣言した事案では、委員会は過料を課した。委員会は、プレス発表²¹⁾で、被害者は損害賠償を請求することができることについても言及した。しかし、和解がなされなかった状態に戻すことは不可能である。

(7) まとめ

連邦カルテル庁の判断は正しかったと確信している。多くの場合、合併審査の領域から生ずる法的紛争は和解に行きつくが、それというのも、違法な競争制限が存在したことを立証するのが困難なためである。したがって、連邦カルテル庁が、競争を制限する合意が存在しなかったと認定したのは正当であると考ええる。

しかしながら、違法な競争制限が存在する場合、すなわち、企業が個々のチェーン店を転売する合意をしただけでなく、価格を取り決めたり、地域協定を結んだりする場合もまた考えられる。たとえば、これ以上のスーパーマーケットの店舗を他社のチェーン店の近くで開店させない合意を、企業が行った場合には不適法な合意であるといえよう。

もっとも、この議論は未解決である。ここ数週間のうちに、独占委員会の委員長である Wambach 教授が連邦カルテル庁に来庁し、第 22 回の一般報告書

21) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-799_de.htm: カルテル法：委員会は、セルヴィエ社 (Servier) および 5 つのジェネリックメーカーに対して、安価な心血管系治療薬の販売を阻害したことを理由に過料を課した。

を示すことになっている。その折に、今日ここで論じたテーマについての議論もなされる。将来的には、どの様なときに、カルテル法上の紛争における和解自体が競争を制限する合意なのかといった問題を扱う事案が生ずるであろう。

【訳者あとがき】

本稿は、2018年11月9日慶應義塾大学三田キャンパスで開催された、ドイツ連邦カルテル庁一般政策部ドイツ欧州規制課課長ファビアン・パペ博士(Dr. Fabian Pape)による講演原稿の翻訳である。原題は、Die kartellrechtliche Überprüfung von Vergleichen - am Beispiel von Rechtsmittelverfahren in der Fusionskontrolle である。翻訳に際しては、必要に応じて訳者の責任において適宜日本語を〔 〕で補充している。パペ氏は、1965年生まれ、ボン大学、ジュネーブ大学、フライブルク大学で法律学を修め、1989年に第1次国家試験合格、その後、1995年にドイツ連邦カルテル庁に入庁して、現在に至っている。また、1994年にはDer Sanierungsplan im japanischen Recht（日本法における会社更生計画）によって、ケルン大学より法学博士の学位を授与されている。博士論文の指導教授は、証明責任論等でわが国においてもよく知られている、ケルン大学ハンス・プリュッティング教授（現在は名誉教授）である。

本講演を開催するに際しては、石岡克俊法務研究科教授に大変お世話になった。ここに特記して謝意を表したい。また、講演会には江口公典教授にもご参加いただき、活発な討論がなされた。偶然とはいえ、本翻訳を江口教授の退職記念号に掲載することができ、訳者として大変光栄なことと思っている。江口教授の今後のご健勝をお祈り申し上げる。

なお、本翻訳は、科研費 18K01367 による研究成果の一部である。