

経済力濫用規制の研究（４）

——西ドイツにおける市場支配的事業者
および市場で有力な事業者の規制をめぐって——

田 中 裕 明

もくじ

第1章 序—問題の所在—

第2章 市場支配力の濫用

第1節 総説

第2節 関連市場の画定

（１）商品関連市場

（２）地理的関連市場

（３）時間的関連市場

（４）需要者の側からの市場の画定（以上，24巻2号）

第3節 市場支配の定義

第1款 GWB 22条1項および2項にいう市場支配

（１）完全独占，実質的競争の欠如

（２）優越的市場地位

（３）寡占的市場支配

第2款 GWB 22条3項における市場支配の推定（以上，24巻3号）

第4節 GWB 22条4項による濫用の類型

第1款 序説

第2款 妨害的濫用

第3款 搾取的濫用

第5節 カルテル官庁の濫用差止命令（以上，25巻3号）

第3章 市場で有力な地位を有する事業者による差別と妨害

経済力濫用規制の研究（４）

第１節　GWB 26 条 2 項および 3 項による差別と妨害

第 1 款　序説

第 2 款　GWB 26 条 2 項の名宛人と個々のメルクマール

（１）名宛人

（２）個々のメルクマール（以上、本号）

第 3 章　市場で有力な地位を有する事業者による差別と妨害

第 1 節　GWB 26 条 2 項および 3 項による差別と妨害

第 1 款　序　　説

GWB 制定以前には、価格などに対する差別については、一般市民法原理あるいは不正競争禁止法の適用で対処しようという試みはあったものの、差別そのものを一律に禁止するという考え方はなかった。第二次大戦以前の法にもかかる考えはなく、戦後、連合国がドイツに課したカルテル解体法（過渡経済力集中排除法）に、形式的にはこのような考えを示す規定がみられたものの、GWB における差別規定草案作成にはさしたる影響はなかった。¹⁾

しかしながら、GWB 草案作成に際し、差別禁止規定を盛り込むべきであるとの一般的な合意は存在した。その際主に問題となったのは、次の二点であった。

第一に名宛人の範囲である。すなわち、すべての事業者を対象とするか、あるいは特定の種類の事業者に限定するか、ということである。

1) E. J. Mestmäcker, Diskriminierung, Dirigismus und Wettbewerb, in: Recht und ökonomisches Gesetz 2. Aufl., Baden-Baden, 1984, 704 ff. もっともカルテル法草案の審議に際して、自由民主党（FDP）シェール委員による一般的差別禁止の提案がなされたが、この提案は否決された。W. Benisch, in: Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Köln, u. a., 1981, § 26 Abs. 2 und 3 Anm. 5.

第二に抗弁の態様である。すなわち、例えばアメリカのロビンソン・パットマン法²⁾にみられるようなコストによる正当化事由に限定するか、あるいは特に限定しない一般的な正当化事由を認めるか、ということである。

立法案者はこの二点につき、アメリカにおけるロビンソン・パットマン法の適用経験に鑑みて、いずれもロビンソン・パットマン法のアプローチを採用しなかった。そこで、一般的な差別および妨害の禁止に代えて、GWBは二面的なアプローチを採用した。つまり、一つには、市場で供給あるいは需要の担い手として特殊な権力的な地位を行使できる事業者を、規制の対象としている。そしてもう一つには、この事業者に対して、差別もしくは妨害が「不当に」または「実質的に正当な事由なく」生じた場合にのみ、差別もしくは妨害が禁止されるのである。このような規律の仕方の背景には、差別や妨害は、それが市場で有力な事業者の手にかかっていると看做しても、必ずしも競争制限的に作用するとは限らず、それどころか差別・妨害は、競争には必然的に生ずるものであるという認識がある³⁾。動態的な競争秩序においては、市場参加者のうちで効率の優れる者が、当然劣る者の犠牲の上で活動することになり、これはそのまま差別にも当てはま

2) ロビンソン・パットマン法について、フレデリック・M・ロウは次のように批判する。すなわち、

- ① 同法は、大規模販売業者の手による小規模販売業者の排除を阻止するという政治的目的を達成しなかった。
- ② 同法は、販売者間に価格についての協調行為やカルテルに走る姿勢を促したり、大規模な購買者が固定価格を引下げることが禁止したため、不当な結果をもたらした。
- ③ 同法は、その意図した、受益者たる小規模事業者をしばしば犠牲にした。

Cf. Frederick M. Rowe, Political Objectives and Economic Effects of the Robinson-Patman Act: A Conspicuous U.S. Antitrust Policy Failure, ZgS 136 (1980), 499, 501.

- 3) W. Möschel, RdW, Rndr. 619. また、契約自由の原則を前提とする以上、差別が生じるのは当然となろう。vgl. F. Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht 2. Aufl., Heidelberg, 1985, S. 291

ることである。⁴⁾それで差別・妨害の禁止には、前述のような絞りがかけられるわけである。そしてこの絞りこそが本節で行っていく検討の中心である。

五度にわたる GWB の改正の中で、26 条に関わったのは、1973 年の第 2 次改正、1980 年の第 4 次改正そして 1989 年の第 5 次改正である。

1973 年の第 2 次改正では、差別・妨害禁止規定の適用範囲が拡大された。名宛人に新しい概念、すなわち相対的市場力 (relative Marktmacht) の概念が導入された。この概念によると、差別・妨害の禁止が適用されるのは市場支配的事業者のみならず、相対的市場力すなわち他の事業者との関係で支配的地位を享受できる事業者も含まれることになった。

このようなアプローチが展開されることになった背景には、H. アルント⁵⁾らによる「経済関係における力」に関する研究が大きく影響していた。H. アルントは、「経済学も法律学も、ここ 150 年の間、〈力という問題〉⁶⁾を取り扱わないか存在しないとして無視してきた」と論じ、経済生活における個別的な力関係の重要性とこの力の濫用に取り組むことのできる法律概念が欠けていることを指摘した。とりわけ彼はいわゆる「支配＝従属の関係」(Beherrschungs-Abhängigkeits-Verhältnisse) すなわち一方の当事者が特殊な経済関係の状況を利用して、他者に力を行行使することができる関係の弊害に注目した。

しかし当初この市場力の概念は、差別・妨害の問題にではなく、市場支配的地位濫用の一般的な問題に適用された。⁷⁾濫用に対する立法上の規制を強化するために、相対的市場力の概念導入が意図されたのである。その後改正の審議を経て、この概念は濫用規制のわくから除かれ差別・妨害禁止規定に含まれた。この配置替えの理由は、第一に、濫用規制の文脈でこ

4) W. Möschel, a. a. O.

5) 例えば、H. Arndt, Recht, Macht und Wirtschaft, Berlin, 1968.

6) H. Arndt, Marktmacht auf der Nachfrageseite, WuW 1972, 84.

7) 1965 年の第 1 次改正はこのように位置づけた。

の概念を用いることは、あまりに不確実で問題が多いと考えられたこと。第二に、濫用規制のもとでは許されない私訴（private Klage）が差別・妨害禁止規定のもとでは許されることである。この私訴が許されるという「個人保護（Individualschutz）」はこの概念の重要な視点と考えられた。⁸⁾ こうして第２次改正法に相対的市場力の概念が明示されるに至ったのである。

次に 1980 年の第４次改正では、需要者の側で享受できる市場力の規制、すなわち購買力（Nachfragemacht）の規制が図られた。26 条 2 項 3 文（供給者の需要者に対する従属性の推定）と 26 条 3 項（市場で有力な需要者による差別誘引の禁止）である。⁹⁾

ここで第４次改正—購買力規制導入—の背景について述べる。

差別・妨害禁止規定の効果を強化、拡大させようとする政治的圧力の波は第２次改正によって一時的に静められた。しかし 1970 年代になって、政治的に影響力のある事業者団体、圧力団体（例えばドイツ小売商連合）が差別・妨害禁止規定をさらに強固なものにしようと圧力をかけはじめた。一部には全面的な（一律の）価格差別禁止立法の導入を要求する声すらあった。¹⁰⁾

1970 年代において、購買力の規制はドイツ国内のみならず、他のヨーロッパ諸国においても企業政策の中心的な課題の一つとなっていた。従って、差別・妨害禁止規定の適用範囲を拡大する要求は、購買力規制の問題への要求でもあった。ここでいう購買力とは、一般に、買い手の規模が大きいことに基づく力をいい、相対的に小規模の売り手から特典を引き出させることのできる買い手の力をいう。この問題は、主にデパートや食品類に関するチェーンストアの急速な発展に関わりがあった。

8) W. Fischötter, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, WuW 1974, 379, 380.

9) 講学上、受動的差別（passive Diskriminierung）の禁止とも称される。

10) 本章第２節第１款で触れる予定である。

経済力濫用規制の研究（４）

このような購買力に対処するにあたって、現行の差別・妨害禁止規定では不十分であるとの指摘がなされてきた。¹¹⁾ まず、現行法のもとでは、大規模な購買者に訴訟で勝つことは困難であること、かかる購買者の違反行為を報告することすら困難であること、かりに、売り手の側で違反行為を告発したとすれば、その売り手は、将来ほとんど保護を受けられないほどの、直接・間接の差別・妨害をさらに被る危険を冒すことになるからである。そして、規定の適用範囲が明確でないため、訴訟の結果を予測しがたいこと、最後に、カルテル官庁自身の調査では差別・妨害行為を認定しがたいこと、それは調査資料が限られており、差別・妨害を受ける当事者の協力がなければ、違反行為認定のために膨大な量の情報が必要となるからである。以上のような問題点が指摘された。

このような批判は、一般的に、法律の基本的な概念あるいは構造の不備を理由とするよりはむしろ、特殊な類の違反者＝大規模購買者に対する新たな法律概念実現のための実際的な問題が理由となっていた。

政府はこの問題に応えるため GWB 改正案で、まず 26 条に従属性の推定を設けた。この推定は、当該事業者が需要力の担い手であることの認定を容易にし、当該事業者の行う差別・妨害により効果的に対処できることを意図した。次に、26 条の名宛人となる事業者が、正当な理由なく自己の市場力を利用して自己に特別条件（有利な条件）を与えるよう、他の事業者を誘引することを禁止した。

この政府案は論争を呼んだ。例えば、独占委員会は差別・妨害禁止規定の拡張に反対した。その理由は、現行の規定でも運用の仕方によっては、¹²⁾購買力濫用の問題にも適切に対処できる、ということであった。

11) P. Ulmer, Mehr Wettbewerb?, WuW 1978, 330.

12) Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des GWB, Sondergutachten 7, 1977, S. 113 ff.

しかし、前述の小売商連合等の圧力団体や学界の有力メンバーの支持を得て、同案は第４次改正に盛り込まれ、現２６条２項３文及び同３項となった。

そして今回の第５次改正では、２６条２項２文に「中小規模事業者 (kleine und mittlere Unternehmen)」というメルクマールが導入されたことで、同項２文で保護される供給および需要の担い手は、その範囲が「中小規模事業者」に限定されることとなった。そしてこれを受けて、同条３項においてもこのような限定が及ぶこととなった。また、従来 37 a 条 3 項で「ヨコ」での関係における妨害禁止が規定されていたが、この改正では同条項を廃止して、２６条４項として新たに「水平的妨害禁止規定 (horizontales Behinderungsverbot)」が盛り込まれた。そしてさらには、２６条５項を設けて水平的妨害の推定が導入され、４項の強化が図られた。いずれも中小規模事業者に対する保護強化をねらったものである。¹³⁾

以下、まず 26 条 2 項のメルクマールについて検討する。

第 2 款 GWB 26 条 2 項の名宛人と個々のメルクマール

1 名宛人

法文上、差別・妨害を行うことを禁止される名宛人は次の四種の事業者、事業者団体である。すなわち、

- (1) 市場支配的事業者
- (2) 適用除外カルテル
- (3) 再販行為を行う事業者
- (4) GWB 26 条 2 項にいう、市場で有力な地位—相対的市场力—を有する事業者

以上である。それぞれについて、以下、問題点を述べていく。

13) その他の改正点について、拙稿「ドイツにおける市場力の濫用規制について」『公正取引』485 号（平成 3 年）48 頁参照。また本稿（１）で述べた GWB の構造も本文のように改められる。

経済力濫用規制の研究（４）

（１）市場支配的事業者

いかなる事業者が市場支配的事業者であるかについては、前章で既に述べた。26条との関連で争われていることは、GWB 22条3項の推定要件は、26条2項の中でも適用されるかどうかである。多数説は、26条2項の場合についても、市場支配の推定規定は適用されると主張する。¹⁾これに対し、全面的に適用を否定する説もある。²⁾この立場によると、26条2項の差別禁止はGWB 38条1項8号により過料の対象となることを考えると、22条3項の推定が26条2項にも及ぶとすれば、これは、当事者が負うべき挙証責任の転換を原則的に禁止したことに矛盾することとなる。連邦議会経済委員会の見解に従えば、22条3項の推定は市民法上の意味での推定ではなく、また被差別者が市民法上の請求を行う場合、26条2項のわくでの22条3項の適用は排除される、とする。結局、市場支配の立証は原則として、担当官庁もしくは被差別者の責務（Sache）である、³⁾というのである。F. リットナーも、26条2項で問題なのは禁止規定（Verbotssnorm）であって、カルテル官庁の介入権限ではないことを理由に、22条3項の推定規定の適用を否定する。⁴⁾

以上のような適用肯定説、適用否定説の他にさらに、条件付（あるいは

- 1) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, GWB Kommentar zum Kartellgesetz, Neuwied, u. a., 1982, § 26 Rz. 62; IM, § 26 Rdnr. 79; V. Emmerich, KarR., S. 198 (6. Aufl., 1991, S. 287.). なお、以下の考察は、杉浦市郎「西ドイツ競争制限禁止法における差別禁止規定について—第二次改正および第四次改正を中心として—」『愛知大学法経論集』法律篇第108号（昭和60年）1頁以下に負っており、名古屋独占禁止法研究会、関西経済法研究会を通じて同氏より示唆に富む助言を頂いた。この場をかりて謝意を表したい。
- 2) Müller-Gießler-Scholz, Wirtschaftskommentar, Frankfurt am Main, 1981, § 26 Rdnr. 42.
- 3) ebenda.
- 4) F. Rittner, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, Heidelberg, 1985, S. 295.

限定的）適用肯定説とでもいうべき立場がある。⁵⁾ W. ベニッシュは、推定規定導入の趣旨から、37 a 条 2 項による行政手続で差別を追求する際、場合によっては、22 条 3 項を適用することができるとする。しかし、行政手続に合わせて設定された 22 条 3 項の推定は、民事訴訟に転用することはできない。けだし、行政訴訟は、推定を覆す事実についても担当官庁は調査しなければならない職権主義（*Offizialmaxime*）に服するからである。結論として、事業者が反証を提出しない限りで、22 条 3 項の推定の基準は、民事訴訟においては一応の証明（*Anscheinsbeweis*）としての意義を有するにとどまる、とする。⁶⁾ また W. メッセルも、GWB 37 a 条 2 項、26 条 2 項によるカルテル官庁の客観的な差止め手続においては、22 条における手続状況と実質的な相違はなく、従って、推定規定は適用可能である、とする。ただ、26 条 2 項、35 条による民事訴訟について注意すべきこととして、22 条 3 項は民事訴訟上の意味での推定を含んでいないこと、そして実質的挙証責任規定としてのその機能はノン・リケットの場合において、カルテル手続には有効であるが、当事者主義（*Parteienmaxime*）を採る民事訴訟には妥当しない職権探知主義（*Amtsermittlungsgrundsatz*）に結びつけられていることを指摘する。結論的に、22 条 3 項は裁判所の心証形成の中で（*innerhalb der richterlichen Beweiswürdigung*）、事実上の要因として考察されることになるであろう、とする。⁷⁾

22 条 3 項の推定規定をめぐる議論は以上の通りである。なお連邦通常裁判所は、これまでこの問題に解決を与えていない。

次に市場支配的事業者との関連で問題となるのは、不当な妨害あるいは差別の行われている市場に市場支配的地位が存在しなければならないかど

5) W. Benisch, in: *Gemeinschaftskommentar*, 4. Aufl., Köln, u. a., 1981, § 26 Abs. 2 und 3 Anm. 13; W. Möschel, *RdW.*, Rdnr. 623.

6) W. Benisch, a. a. O.

7) W. Möschel, a. a. O.

うかである。第三市場での差別行為にも禁止が及ぶかという問題である。22条のわくでは、第1次改正以後、第三市場へも市場支配的地位濫用に対するカルテル官庁の措置が向けられることは認められている。

市場支配的事業者が26条2項の名宛人となるのは、その支配的地位と考察の対象となる妨害的あるいは差別的行為との間に十分な関連性が認められる限りにおいてである。この関連性の評価が第三市場での行為に対する規制の鍵となろう。

この問題につき第1次改正前であるが連邦通常裁判所は、「市場支配的事業者による差別が禁止されるのは、妨害または差別的取扱いの行われた市場において、差別を行う事業者が市場支配的地位を有しあるいはその地位による影響を及ぼしている場合のみである」と判示した⁸⁾。また同裁判所は、差別が他の市場で開始されていたとしても、「経済的に考察してみても (bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise)」被支配市場における他の事業者に差別の効果（経済的効果）が及んでいる場合にも、差別は禁止されるとした¹⁰⁾。

連邦通常裁判所はこのように、先の関連性について「経済的な考察」をもって判断している。他方、このような第三市場への適用は26条2項1文のはてしない拡張をもたらすものである、との批判もある¹¹⁾。あくまで、差別的な措置—効果ではない—が被支配市場に及んでいない場合には、26条2項の適用はないというのである。

この問題について W・メッセルは、基本的に連邦通常裁判所の考えに立ち、「規範的意味での因果関係 (normative Kausalität)」という視点で

8) IM, § 26 Rdnr. 80.

9) WuW/E BGH 407, 410 „Molkereigenossenschaft“.

10) WuW/E BGH 407, 411; vgl. S. Klaue, Anmerkung zum WuW/E BGH 414.

11) OLG Düsseldorf WuW/E OLG 725, 731 „Marktfreie Milcherzeugnisse“.

吟味すべき問題ととらえる。¹²⁾そして、26条2項1文のわくでの第三市場への適用可能性の問題を、二者択一的方法で解決することを否定する。1965年の第1次改正による22条の改正は、目的論的な視点からこの問題に¹³⁾応えたものである、とする。

（２）適用除外カルテル

カルテルはGWB1条で原則的に禁止されている。そして1条の原則禁止の例外として適用除外カルテルを認め、これを濫用規制の対象としている。26条2項1文では、この適用除外カルテルにも差別・妨害の禁止が及ぶわけである。1973年の第2次改正で1条が26条のリストから削除されたため、従来26条2項にいう禁止は1条により無効とされるカルテルにも適用されるか、という問題に否定的な意味で解決を¹⁴⁾みた。

法文から明らかなように、26条2項の禁止の対象となるのはカルテルそれ自体である。カルテルに加わる個々の事業者が対象となるのではない。ただカルテルの決議を遂行する¹⁵⁾限りで、カルテル参加者も対象に含まれる。カルテルについては、特殊な、市場への影響を行使できる地位（Machtstellung）の認定は必要ではない。法はむしろ、かかる地位は、市場へ著しい影響を及ぼすこととなるカルテル参加者間の競争を制限することで既に¹⁶⁾生じている、という前提に立っている。その¹⁶⁾限りで、26条2項は側面援護的な規律（flankierende Regelung）としての性格を有している。¹⁷⁾この規定

12) W. Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen, 1978, S. 129.

13) ebenda.

14) IM, § 26 Rdnr. 82; Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 73.

15) W. Möschel, RdW., Rdnr. 625.

16) IM, § 26 Rdnr. 84.

17) W. Möschel, a. a. O.

については、割引カルテルやシンジケートが主要適用例として挙げられる。¹⁸⁾

（３）再販行為を行う事業者

1973年の改正で商標品についての再販売価格維持が廃止され、今日では出版物のみが26条2項の対象とされるといってよく、種子・動物飼育に関する製品の再販行為、公益部門における再販行為は稀である。従って実際の法の適用に関しては、意味を失っている。ただ、商標品メーカーは当該市場での有力性（Marktstärke）に対応して、26条2項2文の対象となりうる。¹⁹⁾

（４）GWB 26条2項2文にいう、市場で有力な地位—相対的市場力—を有する事業者

既に述べたように、相対的市場力という概念は1973年の第2次改正の際導入された。この「市場で有力な地位を有する事業者」と「市場支配的事業者」との違いは、市場で有力な地位を有する事業者の市場での力（経済力）は、ある特定の市場全般に及んでいる必要はなく、単に一定の市場参加者との関係で認められれば足りる、という点である。²⁰⁾

「相対的市場力」概念の導入による26条2項の適用拡張は、部分的に、第2次改正による商標品に関する再販売価格維持契約の禁止と相互に関連がある。商標品メーカーは再販行為を行うのが通常であり、このような適用の拡張がなければ、もはや商標品メーカーは26条2項1文の対象とはなり得ず、メーカーの意思（利益）に反する行為（例えば値下げ）をした顧客（小売り）とは取引を停止したり、差別を行ったりする場合が考えられる。その意味で26条2項2文の導入（妨害・差別禁止の拡張）は、商標品

18) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 74.

19) W. Möschel, RdW., Rdnr. 626.

20) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 86.

メーカーが、厳格な選択的販売制度を介して、事実上再販行為を行うことを阻止している。²¹⁾²²⁾

この「相対的市場力の内容」については、26条2項2文によれば、供給のまたは需要の担い手としての中小規模事業者が、他の事業者と取引し得る十分かつ合理的な可能性（ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf andere Unternehmen auszuweichen）がないほどに、（特定の）事業者または事業者団体に従属している場合をいう。従って「従属性（Abhängigkeit）」が、ここでの中心的なメルクマールとなる。

ではいかなる場合に、このような従属性が生じるか。

従属関係の類型は次のようにまとめられる。

- ① 品揃えの必要から生じる従属性（sortimentsbedingte Abhängigkeit）
- ② 事業上の関係から生じる従属性（unternehmensbedingte Abhängigkeit）
- ③ 品不足から生じる従属性（mangelbedingte Abhängigkeit）
- ④ 購買力から生じる従属性（nachfragebedingte Abhängigkeit）

以下それぞれについて述べる。

① 品揃えの必要から生じる従属性

この型の従属性が26条2項2文の適用事例の中で、圧倒的な割合を占めている。この型の従属性が認められるのは、小売業者が競争力を維持することを望む際に、特定の商品、少なくとも商標品を品揃えしなければならない場合である。²³⁾すなわち、他の商標品に移行することが困難となっている、ある特定の小売業者にとり、当該商標品が決定的な影響力をもって

21) 選択的販売とは、販売ルートを、一定の基準であらかじめ選別した販売業者のグループに限定するシステムである。

22) W. Möschel, RdW., Rdnr. 628.

23) W. Möschel, RdW., Rdnr. 632.

いるときに、当該商品に対する従属性が認められるわけである。

この型の従属性は、さらに優位商品への従属性（Spitzenstellungsabhängigkeit）と優越グループへの従属性（Spitzengruppenabhängigkeit）とに分けられる。

優位商品への従属性とは、当該商標品が市場で最高の地位を占めているため、競争力維持のためには品揃えの中を含めることが不可欠である場合をいう。いわば絶対的な従属性の場合である。

このような従属性についてのリーディング・ケースは、1975年11月20日のロシニョール（Rossignol）判決²⁴⁾である。本件は、ロシニョール・スキー板を製造するフランスのメーカーのドイツにおける子会社が、オーバーバイエルン地方の有名なスポーツ用品専門店に対し、スキー板の供給を拒絶した²⁵⁾、という事案である。連邦通常裁判所は、まず従属性の判断について、事業者（販売者）が差別事業者（ロシニョール）の商品から他の事業者の商品に移行する客観的可能性があるかどうか、を基準としなければならないとした。つまり、競争メーカーの数、メーカー間の競争状況、差別事業者が当該市場で指導的地位にあるという事実、差別事業者の商品を取り扱う販売業者の売上高等はそれ自体では決定的な判断要素とはならない、というのである。最も重要な要素は、市場における差別事業者の商品の知名度（die Stellung und das Ansehen）と広告その他の方法で形成される製品差別化の程度である。ロシニョールという銘柄は、その宣伝の程度および滑降性能の良さからみて、オーバーバイエルン地方の販売地域のスポーツ用品店としては、ロシニョールの製品を商品の中に加えなければ一般に認められた専門店としての地位を保てないほどの意味を持っている。本件では、（西）ドイツにおける子会社の市場占拠率は８パーセント、

24) WuW/E BGH 1391 „Rossignol“

25) 同スポーツ用品専門店はロシニョールの製品を販売しており、そのため供給を停止された。

供給停止を受けた専門店の同スキーマの売上率は約３パーセントであったが、ロシニョールの市場における商品としての地位のゆえに、その商品がスポーツ用品販売店の競争力維持のために不可欠であるとして、従属性を認めたのである。

同じくこの型の従属性の事例として、1981年6月30日のアディダス²⁶⁾ (Adidas) 判決がある。アディダスのスポーツ靴は、非常に知名度が高く、評判も良いことから、スポーツ用品専門店、デパートのスポーツ用品売場が競争力維持の上で欠くことができないとして、従属性が認められた。

この型の従属性を推定させるメルクマールとしては、さらに普及率 (Distributionsrate) が挙げられる。例えば、1976年2月24日のアスバハ²⁷⁾ = 専門卸売業者契約 (Asbach—Fachgroßhändlervertrag) 判決では、国内第二位のブランデー生産者であり、市場占拠率12パーセント、いわゆる高級ブランデー (コニャックを含む) については37パーセントを有するアスバハ社は、その売上高の約50パーセントを飲食店を通じて消費者に提供し、飲食店の約75パーセントはアスバハ社のブランデー「アスバハ・ウェアルト (Asbach Uralt)」を扱っている、という事実からアスバハ社への従属性を認めた。

優位商品への従属性は、これまでみてきた商品の知名度、宣伝の程度そして商品の普及率により形成されるが、さらにはこれらの要素を総合して²⁸⁾ 判断を下す消費者の商品へのイメージも大きく作用しているといえよう。

次いで、優越グループへの従属性とは、小売業者がある特定の商品ではなく、競争力維持のために、少なくとも定評のある一群の商標品を多数取り扱わなければならない事実をいう。先の優位商品への従属性に対し、こ²⁹⁾ ちらは相対的な従属性の場合である。

26) WuW/E BGH 1885 „adidas“.

27) WuW/E BGH 1429 „Asbach—Fachgroßhändlervertrag“.

28) Vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 103.

29) W. Möschel, RdW., Rdnr. 634; IM, § 26 Rdnr. 120.

小売業者としては、競争力維持のための品揃えをするにあたり、いくつものメーカーの商品から成る優越グループの中からいくつかの商標品を用意しておかなければならないが、かかるメーカーのすべてに小売業者が従属するわけではないので、いかなる場合に従属関係があるとしてGWB 26条2項2文の適用となるかは明らかではなかった。

この問題に対する連邦通常裁判所の最初の判断が、1979年1月17日のノルトメンデ（Nordmende）³⁰⁾判決である。本件は、国内大手のカラーテレビ等音響機器メーカーであるノルトメンデ社が、小売業者（デパート）へのテレビ受像機の供給を停止した事案である。音響機器の小売市場では、小規模の専門店ですえ四ないし五社の異なるメーカーの製品を用意しており、大規模な専門店になると九ないし十社の銘柄を揃えている状況であった。従って、競争力維持のためには特定銘柄の商品を用意しておかなければならないことはないが、いくつかの複数銘柄の商品を揃えておくという必要性が認められた。原告はノルトメンデ社の他には業界トップのグルンディヒ（Grundig）社—市場占拠率25パーセント、ノルトメンデ社は11パーセント—を除き他のメーカーとはほとんど取引がなかった。連邦通常裁判所は、原告はすべての音響機器メーカーに従属しているわけではないが、他のメーカーが取引する用意のない場合、市場で有力な地位を有する上位メーカーへの従属性が認められる、と判示した。

ただ本件では、このような従属状況の中で、かかる優越グループのうち誰を相手取って原告は訴えを提起すればいいかについては明らかにされなかった。

この問題についてある程度答えたのが、1979年10月23日のプラッツァSBデパート（Plaza SB—Warenhaus）³¹⁾判決である。本件も同じように、デパートがトップの銘柄であるテレビ、ステレオ等の音響製品の供給

30) WuW/E BGH 1567 „Nordmende“.

31) WuW/E BGH 1635 „Plaza SB—Warenhaus“.

を、主要メーカーにより停止された事例である。このメーカーはいずれも自己の製品をいくつか選択して配分していた。原告であるデパートは第四位のメーカー（市場占拠率10パーセント）に訴えを提起した。同メーカーは、自社の製品はトップの銘柄商品ではなく、かりにいわゆる「優越グループ」に属するものであったとしても、訴えられるべき者は第一位のメーカーであって、第四位ではない、と主張した。連邦通常裁判所は、本件の場合、被差別当事者は優越グループに属するいずれのメーカーに対しても訴えを提起することができる、と判示し同メーカーの主張を退けた。本件の場合のような従属性は、その銘柄品が競争力を確実にさせるに足る供給者（メーカー）すべてに認められるものではない。しかし、供給者の中でも上位のグループに属する供給者にはいずれにも、この従属性の推定が及ぶこととなる、従って、買い手の側はこのグループに属するすべての供給者を相手取って訴えを提起する必要はない。このように連邦通常裁判所は判断した。前段はノルトメンデ判決と同様の判断を示し、後段はさらに一歩進んだ判断を示している。

次に、26条2項の適用が否定された事例を最後に挙げておく。1979年6月26日のレベルプラスティックス（Revell Plastics）³²⁾判決では、表向き「従属」事業者が、取引開始の際あるいは品揃え拡張の際、始めから、すべての品を揃えようというのではなく、トップクラスの品（いわゆるヒット商品（Renner））のみを取り扱おうと限定していた場合には、GWB 26条2項による保護を受けることはできない、とされ、従属性が否定された。

優越グループへの従属性の場合、優位商品への従属性の場合と異なり、普及率はあまり重要ではない。³³⁾

判例は総じて、比較的、広く従属性の要件を認める方向にある。³⁴⁾

32) WuW/E BGH 1620 „Revell Plastics“.

33) W. Möschel, RdW., Rdnr. 634.

34) W. Möschel, RdW., Rdnr. 635.

② 事業上の関係から生じる従属性

事業者が長期的契約により、あるいは特定の事業者との集中的な取引により、ある特定の商品につき固定されており、生産、販売の転換、他の事業者への移行があまりにも大きな危険を伴う場合に、この型の従属性がい³⁵⁾われる。代表的な事例は自動車メーカーと特約店契約を結んだ販売店である。例えば 1976 年 7 月 1 日の BMW 直販店（BMW-Direkthändler）判決³⁶⁾では、約 50 年間もっぱら BMW 車を取り扱ってきた BMW のディーラーは、長期継続的契約関係にあることおよびかかる関係を断つことが経済的に困難であること、そして他社の自動車を取り扱うことも経済的に困難であることを理由に、BMW 社に従属していると判示した。

従属性が問題となるのは、例えば大企業と下請事業者のように、有力な（bedeutend）事業者が取引の相手方に、自己との取引に限定するよう奨励するような場合である。また当該事業者は取引の相手方として誰を選ぶかは原則として自由であることを引き合いに出し、その結果いつでも取引関係を断つことができることを理由に、他の事業者の自己への従属を否定することは信義則上許されない。むしろ、当該事業者は、従属する事業者が³⁷⁾他への転換を可能にさせるための妥当な猶予期間を設けなければならない。

ここで注意すべきことは、かかる従属性が認められても、それは法律関係の最終的な承認を意味するものではないことである。事業者は自由な販売経路等の形成の可能性を、26 条 2 項によって奪われることはないのである。さもなければ、26 条 2 項はその目的に反して、従属する小規模事

35) Vgl. Unterrichtung des Ausschusses für Wirtschaft, vom 13. 6. 1973, BT-Drucks. 7 / 765, S. 9 f.; V. Emmerich, KarR., S. 204 (6. Aufl., 1991, S. 296.); W. Möschel, RdW., Rdnr. 636; W. Fischötter, Zum erweiterten Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 GWB, WuW 1974, 379, 384.

36) WuW/E BGH 1445 „BMW-Direkthändler“.

37) V. Emmerich, KarR., S. 204 f. (6. Aufl., 1991, S. 296 f.); W. Möschel, a. a. O.

業者のための社会的保護法規（eine soziale Schutzvorschrift）となってしまうからである。³⁸⁾

③ 品不足から生じる従属性

この型の従属性は、事業者が特定種類の商品の供給を確保することができない状態を対象とする。立法者は、1973年の石油ショックを目の当たりにして、石油コンツェルンが自己の系列のガソリン・スタンドにしかガソリンを供給せず、系列に属さないスタンドがガソリンの供給を受けられなかった、という事態を念頭に置いていたことは明らかである。³⁹⁾ 1974年7月4日のAGIP II判決では、石油コンツェルンから必要分の一部を購入していた非系列ガソリン・スタンドが、ガソリンの供給の不足、および他に然るべきガソリンの供給を受ける相手を見出せないことを理由に、当該石油コンツェルンに従属していることが認定された。そして、当該石油コンツェルンが非系列ガソリン・スタンドに長期間にわたりガソリンの供給をしており、当該ガソリン・スタンドはこの継続的な供給がなければ営業を維持していけない場合には、当該石油コンツェルンは系列ガソリン・スタンドと非系列ガソリン・スタンドとに適正な供給を配分する義務を負う、とされた。⁴⁰⁾

この型の従属性に関する判例は極めて少ない。むしろこの型の従属性を認めることについては批判がある。例えば、26条2項の法文それ自体は、個々の事業者間に存する従属関係についてのみ述べているのであり、品不足という状態を対象とするのではない、あるいは、このような従属性の概

38) V. Emmerich, KarR., S. 205 (6. Aufl., 1991, S. 297); Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 111.

39) Vgl. W. Fischötter, a. a. O., S. 387.

40) KG WuW/E OLG 1449 „AGIP II“.

41) 平等な配分義務 (Repartierungspflicht) と称される。

念は多義的であり、適用することはできない、とされている。⁴²⁾

④— a 購買力から生じる従属性

GWB 26 条 2 項 2 文は、これまでとは逆に、売り手が買い手に従属する場合をも対象とする。この型の従属性は、近年、購買力という現象をめぐる議論の中心となっていた。そこではとりわけ、大規模需要者に対する多数の中小規模の売り手の従属関係が問題とされていた。このような特殊な形態の経済力にどのように適切に取り組むかが、1973 年の第 2 次改正のみならず、1980 年の第 4 次改正そして 1989 年の第 5 次改正においても中心となっていた。⁴³⁾

売り手が特定の商品、役務について買い手に従属しているというためには、売り手に他の買い手に移行する十分かつ合理的な可能性がないため、当該商品、役務につき特定の買い手を販売経路として指定していることが前提となる。そしてこの場合、当該商品、役務についてのあらゆる販売の可能性が商品関連市場に含まれることとなる。⁴⁴⁾

この型の従属性が見出されるのは、産業上の供給関係（industrielle Zulieferverhältnisse）において広く行われている専門化（Spezialisierung）においてである。例えば、自動車産業に対する部品メーカー、公的機関の供給制度（öffentliche Beschaffungswesen）などがある。また、個々の小売業者から成る大規模な共同仕入団体との関係における小規模な納入者にもこのような従属性はみられる。⁴⁵⁾

連邦通常裁判所の判例としては、眼鏡等を提供するメーカーは、地方健

42) Vgl. W. Fischötter, a. a. O.

43) V. Emmerich, KarR., S. 205 f. (6. Aufl., 1991, S. 297 f.). また本節第 1 款参照。

44) V. Emmerich, KarR., S. 206 (6. Aufl., 1991, S. 298).

45) W. Möschel, RdW., Rdnr. 638.

康保険組合に従属するとした事例⁴⁶⁾がある。これは同組合が同メーカーに対し納品を拒否したことが問題とされた事案であった。

④—b 従属性の推定

購買力の濫用の規制については次款でもとりあげるが、ここでは従属性との関連でGWB 26条2項3文に定められている「従属性の推定」について述べる。

この推定規定は1980年の第4次改正で導入された。同規定によれば、「需要者が、特定の種類の商品又は役務の供給者から通常の商取引上の割引又はその他の代償の他に (zusätzlich zu den verkehrsüblichen Preisnachlässen oder sonstigen Leistungsentgelten), 同種の需要者には保証されていないような特典 (besondere Vergünstigungen) を定期的に受け取る場合には、当該供給者は2文の意味において、需要者に従属しているものと推定する」とされている。第5次改正以前においては法文に「37a条2項の差止手続につき」とあったことから、推定の効果が及ぶのは行政手続（差止手続）についてのみであって、民事訴訟についてではないとされていたが、この改正でこの文言が削除され、民事訴訟一般にもこの推定が及ぶこととなった。

26条2項3文の推定の実際的意義は、供給者と市場で有力な需要者との関係において、26条2項2文にいう従属性の要件は、かりにこの推定がなかったらどの程度確認することができるか、に大きくかかっている。実務上これまで、供給者の需要者への従属性を認めるには、まったく個別に⁴⁷⁾判断が行われてきた。学説は需要に関する従属性を次の類型に分けている。

46) WuW/E BGH 1423 „Sehhilfen“.

47) P. Ulmer, Die neuen Vorschriften gegen Diskriminierung und unbillige Behinderung (§ 26 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3, § 37a Abs. 3 GWB), WuW, 1980, 474, 481.

- （イ） 特定の、一般には需要のない製品あるいは商標品に関する供給者の専門化を理由とする従属性（下請事業者と親事業者との関係）
- （ロ） 需要者の特別な販売機能および販売の割当を理由とする従属性（販売地域において再販売するため重要な地位を有する卸売業者または購入機関）
- （ハ） 暖簾による従属性（商標品メーカーは、有名な需要者に品揃えとして取り次いでもらえるよう従属する地位に立つ）

この従属性の類型は、需要に関する従属性の概念を明確にするために用いることができる。

次に推定の適用範囲について述べる。

26 条 2 項 3 文の推定要件は、その根底にある従属性の要件と同様、26 条 2 項の差別・妨害禁止だけでなく、26 条 3 項の差別の誘引禁止（Veranlassungsverbot）にも及ぶ。

機能面についてみれば、この推定は明らかに売り手の買い手に対する従属性に限られており、逆の場合には、26 条 2 項 2 文の一般原則に委ねられていることである。

前述のように、第 4 次改正時点では手続上、推定の効果は差止手続に限定されていた。この点、第 4 次改正政府草案理由書⁴⁸⁾の説明の中では、このような限定は「着手要件」としての 26 条 2 項 3 文の性質から推論されるものであることを示唆しているが、それは推定要件の二重の機能のみを理由としているようである。ここにいう二重の機能とは、まず、カルテル官庁に手続の指揮を執らせる「きっかけ」を与え、次に、行政訴訟で採られている職権調査主義とは無関係に、真偽不明の場合すなわちノン・リケットの⁴⁹⁾場合には、当該事業者の不利益となるように決定される、という機能である。

48) Regierungsbegründung zu dem Vierten Gesetzes zur Änderung des GWB vom 27. 9. 1978, BT-Drucks. 8 / 2136, S. 24.

49) P. Ulmer, a. a. O., S. 480.

しかし今回このような限定を解き、民事訴訟にも推定の効果が及ぶこととなったのは、供給者の従属性の確認、従って需要者の「相対的市場力」の確認をより容易なものとするためであり、また、22条3項の推定は26条2項の差別禁止の場合にも適用があるかについては、連邦通常裁判所は明らかにしていないものの、間接的に、26条2項による民事訴訟にも作用する場合があることが理由として挙げられている⁵⁰⁾。

では、この「従属性の推定」についての反証はどのように解すべきか。この推定は26条2項2文の従属性の要件と関係がある。この要件の証明は、推定の要件が働く場合でも、原則としてカルテル官庁の責務である。しかし他方また、当該需要者は自ら、特別の特典が売り手により通常保証されているけれども、そのときそのときの売り手には、他の事業者（需要者）と取引し得る十分かつ合理的な可能性があることを明らかにする諸事実を報告することができ、立証することができる。このような証明が不可能な場合にはじめて推定が働く。おそらく推定要件がひとたび存在すれば、推定の反証はほとんど見込むことができないであろう。けだし、一般的な生活経験および商人的感覚（kaufmännischer Vernunft）からすれば、売り手が特定の買い手に日常、付加的に特別の、通常の取引と異なる有利な条件（特典）を与えるということは、供給関係の存続に完全に頼ることなくしては、考えられないからである⁵¹⁾。

以上のように、「従属性の推定」を導入することで、購買力の濫用に対する規制を簡易化することが意図されたわけであるが、W. メッセルは、この推定規定は実益に乏しいものであると位置づける⁵²⁾。W. メッセルによれば、有力な需要の担い手である顧客が納入者に対して強制できる事実

50) Begründung des Regierungsentwurfs vom 30. 5. 1989, BT-Drucks. 11/4610, WuW, 1990, 332, 347; WuW/E BGH 2483, 2489 „Sonderungsverfahren“.

51) P. Ulmer, a. a. O., S. 484.

52) W. Möschel, RdW., Rdnr. 640.

として、取引開始金（Eintrittsgelder）、商品棚や陳列棚の賃料などが考えられていたことをとりあげ、かかる行為は一少なくとも判例実務によれば一いづれにせよ、UWG 1 条の対象となると述べ、推定の実効性を疑問視する。さらに、取引開始金なるものは通常、一回きりの支払いであることから、法文に示されている「定期的⁵³⁾に」という推定要件を満たさないことを指摘する。

W. メッセルは続けて批判する。すなわち、通常の取引から得られるのとは異なる特別の利益だからといって、直ちに購買力〔の強さ〕を推論することは許されない。けだし、かかる特別の利益は、しばしば、動態的な競争の現れであったり、売り手の側の努力の結果であったり、個々の需要者と取引を始めるためのあるいは取引を続けんとするための努力の結果⁵⁴⁾であったりするからである。

いづれにせよ推定の実際的意義については、22 条 3 項の場合と同様、立法者が意図したほどの働きを示すかどうかは疑問である。

2 個々のメルクマール

次に 26 条 2 項に掲げられているメルクマールをとりあげ、それぞれについて検討していく。

（１）同種の事業者が通常参加する商取引

26 条 2 項が適用されるのは、「同種の事業者」間で行われる差別・妨害であり、かかる事業者が「通常参加する商取引」に関してである。従って、同種の事業者に関してではない差別・妨害、あるいは当該事業者が通常は参加し得ないような取引に関しての差別・妨害は、禁止の対象とはならない。例えば、あるメーカーが卸売と小売とで価格に差を設けても、卸と小

53) ebenda.

54) W. Möschel, RdW., Rdnr. 641.

売は同種の事業者ではないから、この差別は許される。

ここに「商取引」とされるのは、商品または役務に関する、私法によって秩序づけられたすべての取引を指し、⁵⁵⁾ 純粋に個人的な行為および純粋に公共的な行為は除外される。

事業者の同種性（Gleichartigkeit）について重要なことは、事業者の事業活動と経済的機能が基本的に同じであるということである。比較の対象となる事業者が競争関係にあることは必要ではない。また、当該事業者が⁵⁶⁾ 同じ競争条件のもとに置かれているかどうかとも問題とはされない。

実務上は、この同種性について、次に述べる「通常参加する商取引」と同じく、要件として目の粗いフィルター機能（eine grobe Filterfunktion）⁵⁷⁾ の意味を有するにとどまるとしている。

同種性が認められたものをいくつか挙げてみる。専門店と大規模なスーパーマーケットは、スーパーマーケットが専門商品を自由に取り扱うことができる限りで、同種性が認められる。モデルハウスについて、地元の不動産業者と通信販売の業者との間には同種性がある。伝統的な形態の卸売店とセルフサービス式の卸売店にも同種性は認められる。また、健康保険医と病院は、外来診療を行う限りで同種性が認められる。自動車の交換品を小売業者や工場に売る自動車メーカー、部品メーカーおよび部品の卸売業者も同種の事業者である。⁵⁸⁾

逆に同種性が否定されたものとして、卸売店と直接納入される大規模小売店、医療上の目的から運営されている湯治施設と医療目的のない医療補助員用のプールなどがある。⁵⁹⁾ 一般に卸売店と小売店については、事業者と

55) V. Emmerich, KarR., S. 208 (6. Aufl., 1991, S. 300).

56) W. Möschel, RdW., Rdnr. 644.

57) W. Möschel, RdW., Rdnr. 643.

58) W. Möschel, RdW., Rdnr. 644.

59) ebenda.

しての機能が異なることから、同種性は否定される。

次に「通常参加する」商取引について述べる。「通常参加する」というメルクマールについては客観的に解釈すべきで、規制の対象となる事業者の取引活動は重要ではない。連邦通常裁判所の言葉によれば、重要なのはむしろ、「問題となる領域において、自然な経済的發展の中で、何が一般的なものとして行われてきたか、何が適切なものとして承認されてきたか」ということである。⁶⁰⁾ このように客観的に解釈することで、何が一般に行われている商取引であるかの判断が、例えば市場支配的事業者やカルテルの恣意に委ねられることを、阻止することができるわけである。

他方このメルクマールは、当該事業者が比較的新しいもので、それほど普及していないものであっても、「通常参加する」商取引とみなすことができる。⁶¹⁾ 26条2項は新規参入者を保護なき立場に置くものではないからである。⁶²⁾ 例えば、1971年9月30日の「自動車リース（Kraftwagen-leasing）」判決は、自動車メーカーがディーラーに、自動車リース会社に販売しないよう指示した事案であった。ベルリン高等裁判所の認定によれば、差別を行っている自動車メーカーは、関連リース会社にのみ販売しており、独立のリース会社への販売をしていなかった。また、差別されているリース会社は、他の主要自動車メーカーによる供給を受けていた。そしてこの自動車リースという事業は（当時まだ）普及しておらず、開拓中であった。このような事実を前提として、連邦通常裁判所は、リース会社による自動車の購入は、同種の事業者が「通常参加する」商取引であると判示し、自動車リース事業の経済的意義などは重要ではないとした。

（２） 不当な妨害

60) V. Emmerich, KarR., S. 209 f (6. Aufl., 1991, S. 301).

61) W. Möschel, RdW., Rdnr. 645.

62) WuW/E BGH 1211 „Kraftwagen-leasing“.

ここではまず、妨害と差別の関係について述べる。妨害要件は、市場で有力な事業者が競争相手を妨害することにねらいをつけており、差別要件は、異なる経済段階における事業者の取扱いにねらいをつけている。しかしこれら二つの要件は多くの点で重なるものである。例えば、供給拒絶により買い手を差別することは、妨害することと同じであると解される。また、買い手に対する忠実度割引（Treuerabatte）のような垂直的關係における差別は、同時に競争相手との水平的關係における間接的妨害である。さらにこの二つの要件は、共通して利益衡量の際の、規範的要素（normatives Element）であり、法律効果も同一である。⁶³⁾

実質的な違いは、訴訟手続における主張責任と立証責任（Vortrags- und Beweislast）に関してみられる。すなわち、妨害要件については、GWB 35 条および 26 条 2 項に基づき損害賠償を請求する者は、事実關係を主張し、場合によっては、不当性の要件を満たすかどうかを立証しなければならない。他方差別要件については、実質的な理由があるかどうかを証明することは、請求を受ける名宛人の側で行うことである。⁶⁴⁾

このような訴訟手続面での違いがあるとはいえ、実際上の適用をみる限りでは、妨害と差別という行為（Begehung）は広く交錯する面があり、また不当性および実質的正当理由の判断についても統一的な基準で行われていることから、統一的、包括的な差別の禁止として 26 条 2 項を解釈し、妨害の禁止も（狭義の）差別の禁止も一つにして取り扱うことも主張されている。⁶⁵⁾

このような交錯のあることも念頭に置いて、以下「妨害」および「不当性」について検討する。

63) W. Möschel, RdW., Rdnr. 646.

64) ebenda. 不当性の証明についても名宛人に負わせる見解として、vgl. IM, § 26 Rdnr. 306.

65) IM, § 26 Rdnr. 181.

まず妨害の概念についてであるが、この概念は UWG 1 条の実務に由来している。UWG によれば、競争者が自己の競争相手に対して競争の本質とは相容れない方法で、市場から追い出したり壊滅的な効果を与えるための処置を施す場合に妨害ありとされる。すなわち、反競争的な手段で競争相手が自己の能力を市場においてまったく発揮できないようにすることが意図されている場合である。⁶⁶⁾ 26 条 2 項についても UWG の原則が妥当する判例、学説も存在するが、しかし 26 条 2 項に規定として独自の意義を認める立場からすれば、UWG の場合よりも広く適用範囲を認めるべきこととなる。⁶⁷⁾ W. メッセルは、問題となっている市場行動が客観的に、当事者にとりマイナスの効果を及ぼしている場合に妨害があるととらえ、「価値中立的な」解釈の必要を説く。そして 26 条 2 項の意味での妨害には、反競争的あるいは非競争的という意味でのネガティブな要素は必要でないとする。⁶⁸⁾ W. メッセルは、UWG 1 条にいう良俗違反の妨害的競争を、事業者の現実には有する市場力とは無関係の妨害的競争ととらえるわけである。

26 条 2 項にいう妨害の問題は、22 条 4 項 2 文 1 号の妨害的濫用とパレルに考えることができる。従って、ここでの妨害も他の事業者の競争の可能性を侵害することと解される。⁶⁹⁾

次に、不当性をどうとらえるかについて検討する。

市場支配的事業者であれ市場で有力な事業者であれ、競争的活動をすることは許される。その際競争相手は、種々の形で必然的に、活動に影響を

66) Müller-Gießler-Scholz, a. a. O., § 26 Rdnr. 71.

67) V. Emmerich, KarR., S. 211 (6. Aufl., 1991, S. 302).

68) W. Möschel, RdW., Rdnr. 647; vgl. Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O., § 26 Rz. 157; V. Emmerich, a. a. O. これらの論者はいずれも非業績競争 (Nicht—Leistungswettbewerb) という概念に否定的である。

69) W. Möschel, a. a. O.; V. Emmerich, a. a. O.

及ぼされる一侵害を受ける一わけであるが、一般的に妨害行為を禁止するということは、もとより考えられていない。26条2項1文で禁止されるのは、もっぱら、「不当な」妨害である。従って、26条2項の適用に際して重要な問題は、妨害の不当性についてである。⁷⁰⁾

不当性の判断については、確立した判例理論によれば、「競争の自由をめざす法（＝GWB）の目標を考慮にいれて、当事者の利益を衡量すること」によって行われる。⁷¹⁾原則として個々の事案毎に利益衡量が行われることになるが、これはGWB 26条2項のわくにおいて、一般的な基準を設けることを排斥するものではない。その際GWB 22条の場合と同様、市場力と問題となる不当な妨害との間に、次のような内容の規範的な因果関係（normative Kausalität）が存在することを要する。すなわち、妨害が26条2項の名宛人に由来しており、その事実から競争への危険性が生じているという内容である。⁷²⁾

では、利益衡量の対象となる利益の範囲はどこまでか。それは、当事者をどこまで含めるかに従う。まず、26条2項に掲げられている名宛人とこの名宛人によって直接、間接に妨害を受ける事業者が当事者に含まれる。第三者の利益については、まったく関与しない第三者の場合には排除されようが、問題となっている行動様式によって、必然的に利益が左右されるような場合には第三者も当事者に含めていいものと考えられる。例えば、自動車メーカーが他の部品メーカー、卸売店等々と排他的拘束取引を行っている場合、当該取引に関する不当性の吟味については、販路への近接性（Zugang）を狭められる競争相手の利益の他に、自動車メーカー側の排他性維持のために拘束される、小売店や工場の利益も考慮すべきこととなる。⁷³⁾

70) V. Emmerich, KarR., S. 212 (6. Aufl., 1991, S. 303).

71) IM, § 26 Rdnr. 196.

72) W. Möschel, RdW., Rdnr. 650.

73) W. Möschel, RdW., Rdnr. 651; IM, § 26 Rdnr. 197.

その他の市場参加者、とりわけ消費者の利益は衡量の対象となるか、学説も判例も、原則として、消費者は利益衡量の意味での当事者ではないとしている。⁷⁴⁾ 消費者の利益は、それが関係者の利益状態に直接影響を及ぼす場合は別として、通常は、利益衡量の規範的価値判断の部分（normativer Wertungsteil）⁷⁵⁾ でのみ考慮されるにとどまる。このように解する理由は、利益衡量のわくにおいては、GWBの競争の自由をめざした目標から帰結される、可能な限り競争を侵害から保護するという一般的利益以外に、他の経済政策目標は考慮されないからであるとしている。つまり、構造政策的見地あるいは社会政策的見地からの配慮はの場合問題とされないのである。⁷⁶⁾ 従って、競争適合的な措置が、まったく偶発的に競争相手等に対し侵害効果をもたらすとしても、それは26条2項により非（mißbilligt）とされることはないわけである。

ここで事例としてフォルクスワーゲン社の事件をながめてみることにする。（西）ドイツの自動車業界では第二次大戦後、大手メーカーはそろって選択的販売制度を導入し、自動車交換部品を自己の販売経路でもって販売してきた。1979年5月21日連邦カルテル庁はフォルクスワーゲン社の交換部品の販売に関して、これを26条2項（および18条）違反として差止めを命じた。⁷⁷⁾ すなわち、本件では、同社が系列のディーラーに対し、同社の生産する乗用車の修理用交換部品はすべて、同社の製造に係る純正交換部品を用いるよう義務づけたことが問題となった。この純正交換部品は

74) IM, § 26 a. a. O.

75) W. メッセルは、消費者の利益は競争の目的の要素に含まれる（hereinkommen）としている（W. Möschel, a. a. O.）.

76) IM, § 26 Rdnr. 213; W. Möschel, RdW., Rdnr. 652. 連邦通常裁判所は26条2項については、全体経済的あるいは経済政策的考慮は必要ではなく、相互に対立する個人的利益を考慮することが中心となるとしている（WuW/E BGH 1629 „Modellbauartikel II“）.

77) WuW/E BKartA 1781 „Identteile“.

フォルクスワーゲン社自ら生産する部品の他、専門部品メーカー（下請会社）の生産に係り、同社の検査を経て商標を付される部品で、主に同社の系列外の小売店、修理業者に供給されていた。連邦カルテル庁は当該拘束条件をディーラーのみならず、交換品メーカーの事業活動を妨害するものとみなした。不当性の判断については、市場の開放に配慮することが重要であるとして、第三者の市場への参入を阻止するような競争制限行為は、行為者が追求する目的との関係で最小限度に止まらなければならないとした。同社の利益としては、商標侵害防止、交換部品の効率的な販売網の確立、新車販売促進手段としての効率的制度の確立等々が挙げられたが、商標侵害に対しては他にも防止方法があること、効率的販売網の確立という経済的合理性は市場参入制限の正当化事由とはならないこと、新車販売促進手段としての合理性は認めるとしても、同社の乗用車の品質保証、顧客サービスに必要な交換部品にまで、下請メーカー、卸売業者を排除することは許されないことを理由として、同社の排他的拘束条件は不当であるとした。連邦カルテル庁の判断は控訴審でも支持された。⁷⁸⁾しかし、1981年9月22日連邦通常裁判所は連邦カルテル庁決定を支持したベルリン高等裁判所判決を破棄し、フォルクスワーゲン社の販売制度の不当性を否定した。⁷⁹⁾同社の拘束条件を評価するにあたり、連邦通常裁判所は自動車の交換部品市場の特殊性を述べ、交換部品の販売は新車の生産、販売と経済的、機能的に密接な結びつきがあるとした。すなわち、自動車メーカーにとっては車の販売後の品質管理、顧客サービス（点検、修理等のアフターケア）が競争の重要な要素となるわけであり、そうすることで新車販売における競争力を高めることが可能となるわけである。このようにみると、フォルクスワーゲン社の、純正交換部品排他的購入・使用契約によりもたらされる利益というのはむしろ強調されるべきであるとした。不当性の判断とし

78) KG WuW/E OLG 2247 „Parallellieferteile“.

79) WuW/E BGH 1829 „Original-VW-Ersatzteile II“.

て同裁判所は、競争の自由をめざす法の目標を考慮に入れて、当該販売制度は良質廉価の商品、サービスを手段とする自由かつ公正な競争の原則に合致しているか、より緩やかな、競争制限的でない手段によって同じ目的を達成できないかの二点を挙げている。そしていずれの点についても同社の販売制度には不当性を見出せないとした。

この連邦通常裁判所の掲げた不当性の判断基準は、26条2項の場合に限らず22条4項にも、さらには26条4項（旧37a条3項）にも用いることのできるものとして評価することができよう。

（３） 実質的正当理由なき差別的取扱い

この要件が実際の意味をもってくるのは選択的販売制度においてである。同制度のもとでは、選からもれた相手には必然的に供給拒絶をもたらすことになるからである。このような差別的取扱いは、契約締結あるいは契約拒否の場合に行われ、条件やリベートなどのように契約内容についての決定の際にもみられる。重要なことは、26条2項が禁止するのは等しいものを実質的に正当な理由なく差別的に取り扱うことのみであって、等しくないものを等しく取り扱ったり、異なるものを異なる仕方⁸⁰⁾で取り扱うことではない、ということである。あくまで買い手や売り手の市場での機会均等を確保することが、意図されているわけである。

前述のように、差別的取扱いと妨害は多くの点で交錯する。また不当性と実質的正当理由についても同様である。以下の叙述は差別的取扱いに固有の問題を中心にとりあげることにする。

GWBにいう差別的取扱いとは、法文によれば、「同種の事業者」が比較の基準となり、この同種の事業者と比較して異なる取扱いが差別的取扱いということになる。従って、この差別的取扱いには同種の事業者に比して当該事業者を不利に扱う場合と、有利に扱う場合の二つがある。不利に

80) W. Möschel, RdW., Rdnr. 655.

扱う場合に問題となるのは、取引関係を拒絶すること、とりわけ供給拒絶の場合である。そして同種の、他の事業者と比較して劣悪な条件や価格を付与することである。⁸¹⁾ また逆にある事業者を有利に扱うことが問題となるのは、反射効として別の事業者が不利益を被る場合を考えればいいから、間接的な差別の問題として、不利に扱う場合と同様に考えてよかろう。また、差別禁止の名宛人の提供する異なる役務を買い手が同じ価格で受ける場合も、26条2項の意味での差別的取扱いであると考えることができよう。しかしこの場合には無制限に差別的取扱いであるとすることはできない。例えば、自己の商人としての判断に基づいて買い手が異なる役務を受ける場合には、26条2項の意味での差別的取扱いとはいえないであろう。⁸²⁾ 一律運送料無料という場合も同様である。他方同じ条件のもとにある事業者を、26条2項の禁止の名宛人である事業者団体に加盟させないことは差別的取扱いに該当する。⁸³⁾

26条2項にいう差別的取扱いとは、能動的な意味での差別（die aktive Diskriminierung）のみを指す。従って、競争相手には得られないような、特に有利な価格その他の条件を獲得するために自己の市場力を利用する者は、26条2項の規制対象とはならない。けだし、この場合、差別的に取り扱うのではなく、差別的に取り扱われるように仕向けているからである（いわゆる受動的差別の場合）。⁸⁴⁾ 受動的差別については次款で取り扱う。

次に実質的正当理由についてであるが、実質的に正当な理由があるということは、当該行為については不当でないという場合と基本的には異ならないわけで、やはり競争の自由をめざす法の目標を考慮に入れて、当事者

81) V. Emmerich, KarR., S. 219 (6. Aufl., 1991, S. 306 f.).

82) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O. § 26 Rz. 178. ただし一律運送料無料の場合、22条4項の濫用となる可能性がある（ebenda）。

83) Vgl. WuW/E BGH 407, 410 f. „Molkereigenossenschaft“.

84) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, a. a. O. § 26 Rz. 184.

経済力濫用規制の研究（４）

の利益を衡量することになる。判例の中にはさらに当該分野における市場状況一般をも加えるとするものもあるが、これはアプローチとしては不当⁸⁵⁾な妨害の場合にも行われるはずである。

不当な妨害行為と実質的に正当な理由のない差別行為との相違は、理論的には、不当性は当事者の利益状態を衡量することにねらいをつけるのに対し、実質的に正当な理由を欠くという場合には差別的取扱いをすることの理由の評価のみにねらいをつけている、ということである。しかし一般に判例は、「不当性」と「実質的正当理由の欠如」⁸⁶⁾との概念的相違を無視しており、同じ解釈基準を用いている。

（平成３年６月１３日受理）

85) WuW/E BGH 1729, 1730 „Ölbrenner“.

86) W. Benisch, a. a. O., Anm. 85.