

## フランチャイズチェーンにおける 購入利益を扱うための法的枠組 (2)

Die Einkaufsvorteile in Franchisesysteme (2)

高 田 淳\*

### 目 次

- 一 問題の所在・本稿の構成
  - (1) 問題の所在
  - (2) 本稿の構成
- 二 法律上の購入利益引渡義務をめぐる解釈
  - (1) 法律上の購入利益引渡義務肯定説
  - (2) 法律上の購入利益引渡義務否定説
- 三 約款規制規定に関する整理
  - (1) 約款の定義・適用範囲
  - (2) 規制の態様
  - (3) 適用順序・効果
  - (4) 不明確な約款条項の規制
- 四 購入利益の扱いをめぐる約款規制規定上の解釈
  - (1) ① BGHZ 140, 342=NJW 1999, 2671 (1999.2.2. Sixt 事件判決)  
(以上, 第46巻第4号)
  - (2) ② BGH BB 2003, 2254=ZIP 2003, 2030 (2003.5.20. Apollo 事件判決)
  - (3) ③ BGH BB 2006, 1071=ZIP 2006, 810 (2006.2.22. Hertz 事件判決)
  - (4) 購入利益引渡義務の扱いに関する上記三判決の整理
- 五 ドイツ競争制限禁止法 (GWB) 20条をめぐる整理
  - (1) 実 体 面
  - (2) 手 続 面 (以上, 本号)

---

\* 所員・中央大学法学部教授

(2) ② BGH BB 2003, 2254=ZIP 2003, 2030 (2003.5.20.Apollo 事件判決)

(ア) 判決内容<sup>90)</sup>

(a) 主要な判断事項

この判決の主要な判断は、契約上、購入利益引渡義務を明記する条項が存しなかったが、一義的には明確でないものの同義務を内包しうる条項（当該約款条項）は存した事案において、約款解釈によって、当該約款条項が同義務を含むと解した点にある。本稿の関心から特に注目したいのは、この約款解釈において、チェーンが有する集合的購入力から生じる購入利益へのフランチャイジーの期待が決定的な考慮要因となっているということである。

(b) 事案

本件フランチャイザー（被告）は、メガネの小売チェーン店舗を運営していた。チェーンには、1999年で、150の直営支店、90のフランチャイジーによって経営される店舗があった。本件フランチャイジー（原告）は、本件フランチャイザーとフランチャイズ契約を結んでいた。同契約は、つぎの条項を含んでいた（当該約款条項）。

6節3条 本件フランチャイザーは、フランチャイジーを、店舗展開およびシステム適合的な経営経過の点で指導する。本件フランチャイザーは、最適な営業成果の達成のための、利益、アイデアおよび改善を、フランチャイジーに提供する。

フランチャイジーの商品は、供給者からフランチャイジーの名義で購入された。本件フランチャイザーは、フランチャイジーに、いわゆる段階リベート表を渡していた。この表において、本件フランチャイザーによって指定された供給者のリスト価格に対して、購入数量に応じて段階づけられた価格割引が与えられることとされていた。

段階リベートを決めるリベート合意は、本件フランチャイザーにより、

---

90) 本判決は、本件フランチャイザーが行った解約の効力、および本件フランチャイザーがその解約の際に依拠した契約条項の効力を検討し、これらを否定する判断をしているが、これに関する判示は省略する。

## フランチャイズチェーンにおける購入利益を扱うための法的枠組(2)

直営店についてもフランチャイジーについても、個々の供給者との間で結ばれていた。しかし、本件フランチャイザーの指示により、フランチャイザーと供給者の間で取決めたりべートは、フランチャイジーに渡される段階りべート表へは全額は反映されなかった。したがって、本件フランチャイザーが供給者と取決めたりべートは、全額はフランチャイジーに引渡されなかった。本件フランチャイザーは、供給者に、フランチャイジーの購入について、いわゆる差額りべートを自らに支払わせていた。すなわち、直営店のために決められたりべート割合（価格表の最大52パーセント）と、それより低い、フランチャイジーのために取決められた割合（最大38パーセント）の差額である。フランチャイジーは、このような扱いを、1999年はじめころまで知らなかった。

本件フランチャイジーは、差額りべートに関する開示請求を行った。控訴審判決は、差額りべートの返還を本件フランチャイザーに義務づける契約上法律上の根拠はないとした。本件フランチャイジーが上告した。

### (c) 判 決

#### 《当該約款条項の解釈》

当該約款条項は、本件フランチャイザーが「リストアップされた供給者からの割引という形での購入利益を、全額、フランチャイジーに引き渡す義務がある、との趣旨に解するべきである。」

普通取引約款として、当該約款条項は、「理解力のある誠実な契約当事者が、この種の取引に通常参加する関係者の利益を衡量したうえで理解するように解釈されなければならない。これによれば、基準は、第一に、約款の文言であり、それは、交渉過程にあるフランチャイズ契約の誠実な当事者が、互いの利益状況を考慮したうえで理解する内容の、約款の文言である。『最適な営業成果の達成のための……利益』の中には、フランチャイジーの側からすれば、フランチャイジーが、購入力強化されたフランチャイズシステムに帰属することから期待しうる購入利益も、そして、まさにその購入利益を理解することができる。というのは、競合する商品提供者との競争において、『最適な営業成果』の達成のためには、有利な購

入条件も、そして、とりわけそれが重要な意義をもつことは明らかであるからである。」

控訴審が挙げる体系的疑問点も、この解釈結果を左右しない。たしかに、「販売提供、商品購入、商品引渡」は、（契約条項中、当該約款条項とは別の場所に位置する）10節の規制対象である。しかし、10節の規定は、明らかに、商品購入に関する完結的な規定とは理解しえない。なぜなら、購入利益については、そこでは全く言及されていないからである。

#### 《約款使用者に不利な解釈》

いずれにせよ、本件フランチャイザーは、AGBG 5条<sup>91)</sup>により、上記の解釈に拘束される。「というのは、文言を志向した解釈結果へのありうべき体系的疑念は、せいぜい、文言から明らかになる解釈結果への疑念をもたらしうるといっただけであるからである。しかし、そのときは、AGBG 5条の不明確性条項により、本件フランチャイザーは、約款の利用者として、フランチャイジーに有利な解釈（約款使用者の相手方に最も有利な解釈）に拘束されなければならないであろう。」

#### (i) 本判決の意義と事例的特徴

##### (a) 事例的特徴

本件では、フランチャイジーに、購入数量に応じて変動する割引率の表（リベート表）が渡されていたが、フランチャイザーは、フランチャイジーに交付されたリベート表の割引率とは異なる割引率を供給者と合意し、その差額を自らに支払わせていた（差額リベート）。この差額リベートが本件における購入利益である。

差額リベートの扱いは契約上規定されておらず、その存在自体、フランチャイジーには知らされていなかった。他方で、契約は、解釈によっては購入利益の引渡義務を内包しうると内容の条項（当該約款条項）を有していた。したがって、本件は、購入利益の引渡義務に関する明確な規定はない

---

91) 旧AGBG 5条は、約款使用者に不利な解釈を定めた規定であり、この規定は、現行305条c第2項が、文言内容を変更せずに引き継いでいる。

が、解釈によってはそれを含みうる関連条項がある場合に該当する。

(b) 約款解釈（購入利益引渡義務についての積極的判断）

約款解釈をめぐる争点は、「営業成果の最適な達成のための、利益、アイデアおよび改善を……提供する。」という文言に、差額リベートをフランチャイジーに引渡すべきフランチャイザーの義務が含まれるか、である。この約款解釈について、本判決は、まず、「理解力のあり誠実な契約当事者が、その種の取引に通常参加する関係者の利益を考慮したうえで理解するように解釈」するべきであるという客観的解釈の原則を指摘した。その上で、競争において有利な購入条件が重要な意義をもつことを挙げて、「フランチャイジーが、購入力が強化されたフランチャイズシステムに帰属することから期待しうる利益」も、同約款に基づいて引渡されるべき利益に含まれるとした。

(i) 客観的解釈

当該約款条項には、リベートや割引、購入利益などに関する言及は一切なく、ただ、「最適な営業成果の達成のための」「利益」をフランチャイジーに提供するとだけ規定されている。さらに、フランチャイザーが主張するように、契約内で当該約款条項がおかれている位置も、当該約款条項に購入利益が含まれているとする解釈には不利である。それにもかかわらず本判決が、購入利益が当該約款条項にいう利益に含まれていると解することができたのは、すでに紹介した約款規制における客観的解釈の原則を適用し、これに基づき、約款使用者の相手方であるフランチャイジーが、当該約款条項をどのように理解することが許されるか、を重視したからであろう。

(ii) 集会的購入力から生じる購入利益に対するフランチャイジーの期待

フランチャイズ事業により激しい競争にさらされることになる立場のフランチャイジーからみれば、フランチャイズチェーンへの加盟を決定した理由の一つに、「購入力が強化されたフランチャイズシステムに帰属することから期待しうる利益」すなわち、集会的購入力をもつチェーンに属することから生じる購入利益への期待があることは否定できないであろう。

そして、その立場のフランチャイジーが、契約書の中に「最適な営業成果の達成のための」「利益」が与えられるという文言を見れば、その利益の中に、まさに自らの契約締結の有力な動機となった利益（購入利益）が含まれると解するのも自然な読解であろう。また、約款解釈における客観的解釈では、約款作成者が約款条項に込めた意味は考慮されない<sup>92)</sup>。そして、客観的解釈においても、約款の字句通りの文言内容および約款の体系的な位置が解釈の出発点とされるが、それらの重要度は、上述のとおり、約款使用者の相手方は当該取引において約款から通常どのような利益を期待するか、という観点から相対化されることもある。本判決は、字句通りの文言内容・体系的位置の解釈における意義を相対化する解釈を行ったものと見ることができる。

本判決は、契約時にフランチャイジーが抱く、チェーンの集散的購入力から生じる購入利益への期待は、約款解釈において十分に考慮されなければならないということを正面から認めた。この視点は、極めて重要である。この明確な姿勢は、購入利益引渡義務条項に関して拡張的な解釈をしておきながら理由づけに不十分な点のあった①判決（Sixt 事件判決）と好対照をなしているといえる。

### (iii) 約款使用者に不利な解釈

なお、本判決は、慎重にも、当該約款条項について購入利益の引渡を含むという解釈とそれを否定する解釈の二つの解釈が成立する可能性をも指摘したうえ、かりに二つの解釈が成立しうるとしても、約款使用者にとって不利益な解釈を定める規定に基づき、約款使用者は、約款使用者の相手方に有利な解釈に拘束されると判示した。すでに紹介したように、約款規制における客観的解釈と約款使用者にとって不利な解釈は、両者が合わさって約款の拡張的解釈をもたらすことがあると指摘されているが、本判決の解釈はまさにこれに該当する<sup>93)</sup>。

---

92) 上述したように、客観的解釈においては、約款使用者しか知らない事情は考慮されてはならないからである。

93) Schwab, AGB-Recht (2008), 116.

(3) ③ BGH BB 2006, 1071=ZIP 2006, 810 (2006.2.22. Hertz 事件判決)

(ア) 判決内容

(a) 主要な判断事項

この判決の事案においては、購入利益をめぐって、本件フランチャイザーのほかに、フランチャイザーの関連会社（以下では、本件フランチャイズ業務受託者と呼ぶ。）も訴えられている。そして、本件の事案でも、②判決（Apollo 事件判決）と同様、契約上、購入利益引渡義務を明記する条項が存しなかったが、一義的には明確でないものの同義務を内包しうる条項は存した。これらを踏まえたうえで、本判決の主要な判断事項は三つある。第一に、本件フランチャイザーに対する訴訟では、約款解釈によって購入利益引渡義務を認めることはできないと判断した。第二に、同じく本件フランチャイザーに対する訴訟においては、法律上の購入利益引渡義務も否定した。第三に、本件フランチャイズ業務受託者に対する訴訟においては、約款解釈によって、当該約款条項は購入利益引渡義務を内包すると判断した。

(b) 事案

本件フランチャイジー（原告）は、アメリカに所在する本件フランチャイザー（第一被告）のフランチャイジーであった。本件フランチャイザーは、世界的に自動車レンタルのフランチャイズシステムを運営している。本件フランチャイズ業務受託者（第二被告）は、本件フランチャイザーのドイツにおける子会社である。本件フランチャイズ業務受託者は、本件フランチャイザーが結んだ契約を管理し、80の自動車レンタル営業直営店を運営している。

本件フランチャイジーと本件フランチャイザーが結んだ本件フランチャイズ契約は、つぎの内容の条項があった（本件フランチャイザーに対する訴訟における当該約款条項）。

実行可能な場合、自動車レンタル事業に必要な資材・設備の調達手段を構築する際に、フランチャイジーを援助する

本件フランチャイズ業務受託者は、メーカーと購入条件の合意をしてい

た。ここには、いわゆる宣伝費用助成金も属していた。これは、メーカーが、本件フランチャイズ業務受託者に、自動車の大量購入の際に、支払うものであった。

本件フランチャイジーは、毎年、本件フランチャイズ業務受託者によって提示される、定式化された「義務確認書」に署名していた。それは、次の内容である（本件フランチャイズ業務受託者に対する訴訟における当該約款条項）。

署名する当事者であるフランチャイジーは、本件フランチャイザーのライセンシーであり、その資格において、——いつでも撤回可能であるが——本件フランチャイズ業務受託者の自動車購入条件に参加するものとする。

1条 本件フランチャイズ業務受託者は、フランチャイジーに、暦年の初めに、それぞれのメーカーから与えられる特別条件、とりわけ、利用者リポート・大量購入者リポートおよび宣伝費用助成金の額について、知らせるものとする。情報書面に違う記載がない限り、条件は、——メーカー側の変更は留保されるが——当該暦年の終了まで効力があるものとする。

本件フランチャイズ業務受託者は、本件フランチャイジーの自動車購入から生じた宣伝費用助成金を、自らが決定した一定の割合でしか引渡さず、その残額は自らが保持した。

本件フランチャイジーは、本件フランチャイザー・本件フランチャイズ業務受託者に対して、自動車メーカー・自動車輸入業者から、本件フランチャイジーによる自動車購入の関連で提供された購入利益についての情報開示などを求めた。控訴審裁判所は、本件フランチャイザー・本件フランチャイズ業務受託者に対して情報提供を命じた。本件フランチャイザー・本件フランチャイズ業務受託者が上告をした。

(c) 判 決

(i) 本件フランチャイザーに対する請求に関する判断

《当該約款条項の解釈》

控訴審は、フランチャイザーの購入利益引渡義務をフランチャイズ契約の当該約款条項から引き出したが、不当である。

「普通取引約款は、理解力があり誠実な契約当事者が、通常参加する取引関係者の利益を衡量したうえで理解するように、客観的内容および典型的な意味に従って、統一的に解釈されるべきである。その際、約款使用者の契約相手方の平均的な理解可能性が基礎とされるべきである。」

当該約款条項は、本件フランチャイザーに、フランチャイジーを、資料設備の調達に関する「手段を構築する際に、援助する」義務を課している。本件と被告を同じくする同様の法的紛争において当審が判断したように、この一般的な規定は、フランチャイザーの宣伝費用助成金支払義務を基礎づけない。

控訴審判決の理解と異なり、②判決（Apollo 事件判決）からも、原告の支払請求権は生じない。②判決の対象事案における条項と「類比できる具体的な義務」で、本件フランチャイズ業務受託者に流入する購入利益の引渡を内容とする、本件フランチャイザーが負う義務は、本件フランチャイズ契約には、とりわけ当該約款条項には含まれてはいない。

《法律上の購入利益引渡義務》

本件フランチャイジーは、本件フランチャイザーに対し「BGB675条1項、666条、667条に基づいて、情報提供・支払請求をしようと主張するが、そのような請求権は、本件では、いずれにせよ、上述のとおり、本件フランチャイザーは自らは購入利益を獲得し保持していなかったという理由から、問題とならない。」

(ii) 本件フランチャイズ業務受託者に対する請求に関する判断（約款解釈）

控訴審が、本件フランチャイズ業務受託者によって用いられた義務確認書を、本件フランチャイズ業務受託者に対する購入利益引渡請求の基礎と

みなしたことは、正当である。

「確かに、支払請求権は、本件フランチャイジーに対して、義務確認書において明示的には与えられていない。しかし、同請求権は、ひとつには、1条の前の義務確認書前文から生じる。それによれば、本件フランチャイジーは、本件フランチャイザーのフランチャイジーとして、「本件フランチャイズ業務受託者の自動車購入条件に参加する」ものとされている。また、同請求権は、他方で、控訴審も正当に述べるとおり、1条1項に規定されている、得られた購入利益のすべてに関する報告義務からも生じる。この義務は、本件フランチャイジーが、本件フランチャイズ業務受託者に対し、本件フランチャイズ業務受託者に流入した、本件フランチャイジーに割り当てられる購入利益をすべて請求できるときのみ、一定の意味をもつのである。義務確認書は、理解力があり誠実な約款使用者の契約相手方からみれば、その契約相手方に、自己が結んだ自動車売買から生じるすべての財産的利益の引渡請求が生じることを意味するものであるとしか理解しえない。なぜなら、そうでなければ、自らも数多くのレンタル事業所を展開する本件フランチャイズ業務受託者は、購入利益の一部を保持することで、競争上有利な立場を得てしまうおそれがあるからである。」

(イ) 本判決の意義と事例的特徴

(a) 事例的特徴

本件では、本件フランチャイザーおよび本件フランチャイズ業務受託者が訴えられた。後者は、供給者から交付された宣伝費用助成金の一部を自らの元に留保し、それを本件フランチャイジーに交付しなかった。この金銭が、本件における購入利益である。結論として、本件フランチャイザーの購入利益引渡義務は否定され、本件フランチャイズ業務受託者のそれは肯定された。

本件フランチャイザーへの請求においては、根拠として当該約款条項およびBGBの条文が挙げられ、本件フランチャイズ業務受託者に対する請求においては、同者の交付した義務確認書中の当該約款条項が根拠とされた。両方の当該約款条項とも、購入利益（宣伝費用助成金）の引渡を明示

的に規定するものではなかった。したがって、本件も、購入利益の引渡義務に関する明確な規定はないが、解釈によってはそれを含みうる関連条項がある場合である。

(b) 購入利益引渡義務についての消極的判断を導いた約款解釈

本件フランチャイザーに対する請求における当該約款条項に、購入利益の引渡義務も含まれるか否かの問題を、本判決も約款解釈によって決した。本判決は、②判決（Apollo 事件判決）と同様に客観的解釈の原則を確認し、これを適用したが、当該約款条項には購入利益の引渡義務は含まれないと解した。その理由として、当該約款条項は、「一般的な規定」であること、および、当該約款条項は、②判決で購入利益引渡義務の根拠とされた約款条項とは類似しないことが挙げられた。

本判決のこの理由づけは簡素に過ぎるので、推測によって内意を補わねばならないであろう。そのためには、②判決（Apollo 事件判決）の事案との比較が役立つであろう。②判決で争点となった当該約款条項は、「最適な営業成果の達成のための」「利益」をフランチャイジーに提供するとしていた。それに対し本件の当該約款条項では、「資材・設備」の調達手段の構築に際して「援助する」義務が規定されている。購入利益を享受することへのフランチャイジーの期待は、営業成果と深く関連し、かつ、紛れもない「利益」の一種である。したがって、②判決は、フランチャイジーのこの期待は、同判決における約款解釈において重視されるとした。それに対し、同じように購入利益をめぐる期待をフランチャイジーが有していたとしても、購入利益は、「資材・設備の調達手段」とは関係が薄いと言える。なぜなら、購入利益は、フランチャイジーによる商品購入に伴う利益であるところ、資材・設備の調達が商品購入を含むかどうかは一義的に明らかではないからである。また、「援助する」という言葉は、「利益」を「提供する」という言葉より抽象度が高く、フランチャイザーが購入利益などの利益を引き渡す義務があるかという点において、より具体性を欠くと言える。このような違いが、②判決との結論における相違をもたらしたものと推測できる。両者を比較することで明らかになるのは、BGHは、

フランチャイジーの購入利益への期待を重視はするが、無制限にそれを優先するわけではない、ということである。上述のとおり、客観的解釈においても、文言は、解釈の出発点としての意味をもつ。約款作成者の契約相手方であるフランチャイジーの期待は配慮されるべきではあるが、しかし、到底当該文言に含ませられないような期待ないし利益まで考慮されるべきではない。本判決は、このことを確認した意義があろう。

(c) 法律上の購入利益引渡義務の否定

本件フランチャイザーに対する請求における争点のもう一つは、購入利益引渡義務が、BGBの条文によって基礎づけられるか、である。本判決は、本件の事実のもとで、これを否定した。このことで、本判決は、一般的に、同義務はBGBの条文によって基礎づけられないことを明らかにした、との評価もある<sup>94)</sup>。この評価が正当だとすれば、この点に、本判決の決定的な意義を見出さなければならない。しかしながら、本判決は、本件フランチャイザーが購入利益を受け取っていなかったことを判断の根拠に挙げているのである。したがって、すでに指摘のあるとおり<sup>95)</sup>、本判決は、同条適用否定の根拠として、受任者の利得というBGB667条の要件が充足されなかったことに着目しているのであり、フランチャイザーが購入利益を受け取る場合については、判断を留保したと捉えるべきであろう<sup>96)</sup>。

(d) 購入利益引渡義務についての積極的判断を導いた約款解釈

本件フランチャイズ業務受託者に対する請求でも、当該約款条項に購入

---

94) Prasse MDR 2004, 257f.; Flohr BB 2006, 1074; ders. BB 2007, 7.

95) Giesler ZIP 2006, 1794; Böhner WRP 2006, 1092.

96) なお、本判決が、類似案件一般について同条文の適用をあえて否定せず、個別の特殊事情を挙げて同条文の適用を否定したことから、類似案件一般については同条文の適用を認める方向への判例の展開が示唆されているとみる見解もあるが（Böhner WRP 2006, 1092; ders. KritV 89. Jahrgang, 241f.）、この見解は、単なる可能性の指摘を超えるものではないであろう。仮に、ある判決が一定の解釈を明示的に否定しなかったことを根拠に、判例はその解釈を認める方向に展開するであろうと推測するとしたら、その推測には明らかな飛躍がある。

## フランチャイズチェーンにおける購入利益を扱うための法的枠組(2)

利益引渡義務が含まれるかが争点となったが、当該約款条項の規定内容は、上記のとおり、本件フランチャイザーに対する請求におけるそれと比べ、格段に詳細であった。すなわち、本件フランチャイジーは、本件フランチャイズ業務受託者の「自動車購入条件に参加するもの」と明記され、かつ、各種購入利益の額は毎年知らされることとされていた。この条項を、購入利益に期待を有しているフランチャイジーが見れば、本判決も言うように、財産的利益の引渡請求が生じるとしか理解しえないであろう。この条項は、②判決（Apollo 事件判決）において争点となった約款条項よりもさらに明確かつ詳細に購入利益に関する事項を定めており、契約上購入利益引渡義務が明記されている場合に限りなく近い。本件フランチャイズ事業受託者に対する請求についての本判決の解釈は、②判決以降の判断としては、当然と言えよう。

この判断に関して注目すべき点は、購入利益引渡義務が当該約款条項から生じると解した根拠として、同義務が存しないとすると、直営店をも運営する本件フランチャイズ事業受託者が「購入利益を保持することで、競争上有利な立場を得てしまうおそれがある」ことが挙げられていることである<sup>97)</sup>。この判示から、BGHは、購入利益が引渡されることは、集合的購入力を源泉とする利益を享受できるという点に意味があるだけでなく、直営店を運営するフランチャイザーとの競争におけるフランチャイジーの不利を除去する点にも意味がある、と考えていることが分かる。

### (4) 購入利益引渡義務の扱いに関する上記三判決の整理

以上の諸判決を、約款規制上の判断および法律上の購入利益引渡義務の存否の問題に分けて整理する。なお、後者の問題については、さしあたり

---

97) 購入利益をフランチャイザーだけが得てしまうということは、フランチャイザーが直営店を運営している場合、その利益を用いて直営店における提供商品の価格を低く抑えることができるということである。これは、フランチャイザーの直営店が、フランチャイジーよりも低価格で競合商品を提供することを可能にする。

③判決（Hertz 事件判決）までのBGHの判断を整理し、その後の展開も踏まえた現時点での整理は、最新のBGHの判断であるPraktiker決定を検討した後に改めて行う。

（ア）購入利益引渡義務に関する約款規制上の扱い

まず、根拠となる明確な契約条項があるときに、その条項に基づいて購入利益引渡義務が生じることは当然である。①判決（Sixt 事件判決）がこれにあたり、③判決（Hertz 事件判決）のうち、フランチャイズ業務受託者に対する請求に関する判示部分も、この場合に近い。

つぎに、明確性を欠くものの、購入利益の引渡をも含むうるフランチャイザーの義務を規定する契約条項があるときは、その契約条項に、約款規制における客観的解釈が施される。すなわち、当該約款条項の文言と体系的地位から出発して、その種の契約において典型的な両当事者の利益を考慮して、当該約款条項の経済的意味目的が探求される。②判決（Apollo 事件判決）は、この際に考慮されるべき当事者の利益に、フランチャイジーが有する「購入力強化されたフランチャイズシステムに帰属することから期待しうる利益」、すなわち、チェーンの集合的購入力から生じる購入利益への期待が該当することを、初めて正面から認めた。そして、同判決における当該約款条項が解釈の幅を許容する内容であったので、約款の字句通りの文言・体系的地位の重要度は相対化され、契約条項の拡張的解釈が行われた。これに反して、③判決（Hertz 事件判決）は、同判決における当該約款条項が購入利益引渡義務を含むと解するのに不相当であるとして、拡張的解釈を否定した。

BGHは、当事者の利害を重視しつつも、その利害を反映した解釈を行えるかどうかの判断に際しては、文言内容をも慎重に検討し、当該文言によって当事者の利害をカバーすることが可能かを見極めるという姿勢をみせている。

なお、関連する付随的問題として、契約上購入利益の引渡義務が認められる場合、それが具体的にどのような購入利益にまで及ぶのかの問題が生じることがあるが、これも約款解釈によって定まる。まさにその点が問題

となったケースにおいて、①判決（Sixt 事件判決）は、拡張的解釈を行った。①判決自体はどのような理由づけにより拡張的解釈を行ったのか不明であるが、同判決の結論は、約款解釈における当事者の利害の重視により正当化されよう。

以上を総合すると、②判決（Apollo 事件判決）は明示的に、①判決（Sixt 事件判決）は明示しないまま、約款解釈の際、チェーンの集会的購入力から生じる購入利益に対するフランチャイジーの期待を重視して、購入利益引渡に関連する条項について拡張的解釈を行ったと言える。また、そのような考慮をすること自体は、③判決（Hertz 事件判決）においても否定されていない。③判決と②判決の結論における相違は、争われた当該約款条項の文言内容の違いに由来するものであろう。そうであれば、BGH は、文言内容によって結論が左右されることはあるものの、チェーンの集会的購入力から生じる購入利益に対するフランチャイジー期待は、約款解釈の際に考慮されるべきであるとの立場をとり続けていることになる。

契約上定められた購入利益引渡義務に一定の制限を課す条項が、透明性規制に服することもあるが、約款使用者（フランチャイザー）に、不当な恣意的裁量を許す内容となっていなければ、同制限条項は許容される。具体例としては、①判決（Sixt 事件判決）は、供給者が許可しない場合は購入利益を引渡さないという制限の適法性を認めた。

(イ) 法律上の購入利益引渡義務に関する解釈

約款解釈を経ても契約上購入利益の引渡義務が規定されていると認められない場合、BGB などの法律規定によって同義務が認められるかについて、三つの判決において、これを肯定したものはない。

一方で、③判決（Hertz 事件判決）は、個別の事案において、購入利益引渡義務を基礎づけるものとして主張された、BGB 規定（675条、667条）の適用を否定した。ただし、これは、個別事案においてそもそも条文の適用要件が欠けているという理由によるものであり、③判決は、類似案件一般について判断したのではない<sup>98)</sup>。同判決が類似案件一般を対象として

98) Giesler ZIP 2006, 1794; Böhner WRP 2006, 1092.

BGBの条項の適用を否定しなかったことから、逆に、BGHは、個別事例における適用要件の欠如という特殊事情がなければ、同規定の適用を認める方向性を示しているという指摘すらある<sup>99)</sup>。

他方で、購入利益引渡義務の存否それ自体に対する判断ではないが、契約上購入利益の引渡義務が存するケースにおいて、同義務の範囲を制限する約款条項に対する約款規制上の審査を行った①判決（Sixt事件判決）は、購入利益の引渡義務を定める法律規定は存しない、と明示的に判断した。そこで、以前から、BGHは法律上の購入利益引渡義務は存しないと解する立場であるとの指摘もあった<sup>100)</sup>。もっとも、①判決の直接の争点は、すでに契約上存在していた購入利益引渡義務の範囲および契約上その義務を制限する条項内容の許容性であって、法律上購入利益引渡義務が存するかという問題自体は、直接の争点ではない。さらに、①判決の事案が排他的購入義務を伴わないフランチャイズ契約であったことを重視して、同判決の判示の射程は、排他的購入義務を伴うフランチャイズ契約には及ばない、とする見解もある<sup>101)</sup>。

以上を総合すれば、③判決（Hertz事件判決）までの諸判決からは、BGHは法律上の購入利益引渡義務を否定する立場をとっているとの推測も十分に可能であるが、しかしこれをもって確定的判断とみなすには、不確かな部分が残っていたといえる。

## 五 ドイツ競争制限禁止法（GWB）20条をめぐる整理

以上のように、BGHは、購入利益の引渡義務が存するかの問題について、主として、同義務が、約款解釈によって契約上認められるか、または法律上認められるかという観点から扱ってきた。これとは別に、BGHは、

---

99) Böhner WRP 2006, 1092; ders., KritV 89. Jahrgang, 250.

100) Metzloff, in: Metzloff (Hrsg.), Praxishandbuch Franchising (2003), § 8 Rn. 175.

101) Böhner KritV 89. Jahrgang, 252.

後述の Praktiker 事件において、フランチャイザーによる購入利益の不払は GWB20条違反にあたるのではないかについて判断をした。この決定の分析・検討には、EU の競争法ならびに GWB の基本構造および GWB20条の趣旨・解釈の理解が不可欠であるので、この点に関する概観を行う。

## (1) 実 体 面

### (ア) EU 機能条約と GWB の適用範囲<sup>102), 103)</sup>

EU 機能条約101条以下は、EU 加盟国にまたがる取引が侵害されたこと

---

102) Bunte, Kartellrecht (2. Aufl., 2008), 24, 52f. 村上政博『EC 競争法 [EU 独占禁止法]』(第2版, 2001年) 8頁以下。EU の競争法の基本規定は、2009年12月1日のリスボン条約発効後は、EU 機能条約101条以下である。同条約発効までは、EC 条約81条以下がこれに相当した。以下の記述は、EC 条約81条以下に関する情報・解説を、EU 機能条約101条以下に関するものとして置き換えたものである。

103) ここでの記述に深く関連する規定に限って、EU 機能条約、ドイツ GWB および理事会規則1/2003の条文訳を掲げる。

EU 機能条約 (村上政博・前掲書 6頁以下を参考にした。)

#### 101条

- (1) 加盟国間の通商に影響を及ぼすおそれがあり、かつ域内市場における競争を妨害し、制限し又は歪曲する目的を有し又は効果をもたらす事業者間の合意、事業者団体の決定及び協調行動は、域内市場と両立しないものとして禁止されるものとする。とりわけ、次の各号の一に該当するものは禁止される。
  - (a) 直接又は間接に、購入若しくは販売価格又はその他の取引条件を固定すること。
  - (b) 生産、販売、技術開発又は投資を制限又は統制すること。
  - (c) 市場又は供給源を分割すること。
  - (d) 取引の相手方に対して同等の取引について異なる条件を適用し、それによりその取引の相手方を競争上不利な立場に置くこと。
  - (e) 契約締結について、相手方が、その性質又は商慣習によれば同種契約の対象との関連を有しない付加的な義務を受諾するという条件を付けること。
- (2) 本条により禁止される合意又は決定は、自動的に無効である。
- (3) ただし、次のときは、1項は適用されない旨宣言されることがある。

- 事業者間の合意又は一定類型の合意
- 事業者団体の決定又は一定類型の決定
- 当事者の協調行動又は一定類型の協調行動

が行われた場合において、それが、商品の生産又は販売を改善し、又は、技術の発展又は経済の発展の促進に寄与し、同時に消費者がその結果生じる便益に公平に与ることができるようにするものであって、次の各号の一に該当しないものであるとき。

- (a) これらの目的の達成のために不可欠でない関連する制限を事業者に課すもの。
- (b) 当該商品の実質的部分に関して、競争を排除する可能性を、参加事業者に与えるもの。

#### 102条

一または複数の事業者による、域内市場またはその実質的部分における支配的地位の濫用は、それが加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあるときは、域内市場と両立しないものとして禁止される。とりわけ、次の各号の一に該当するものは濫用に該当するおそれがある。

- (a) 直接又は間接に、不公平な購入若しくは販売価格又はそのほかの不公平な取引条件を課すこと。
- (b) 生産、販売又は技術開発を制限し、消費者に不利益をもたらすこと。
- (c) 取引の相手方に対して同等の取引について異なる条件を適用し、それによりその取引の相手方を競争上不利な立場に置くこと。
- (d) 契約締結について、相手方が、その性質又は取引上の慣行によれば同種契約の対象との関連を有しない付加的な義務を受諾するという条件を付けること。

#### 103条

- (1) 101条及び102条に定められた原則を実現するための規則又は指令は、欧州連合理事会が、欧州委員会の提案に基づいて、欧州議会への諮問を経て、定めることができる。
- (2) 前項に定める規則又は指令は、特に、次のことを目的とするものとする。
  - (a) 101条1項及び102条で定められた禁止の遵守を、過料及び履行強制金の規定を設けることで確保すること。
  - (b) 101条3項の適用のために詳細な準則を定めること。この際、効果的な監督の確保の必要性と、最大限可能な行政上の簡素化の必要性とに考慮するものとする。
  - (c) 必要な場合に、101条および102条の適用範囲を、経済分野ごとに定める

こと。

- (d) 欧州委員会と欧州裁判所のそれぞれの役割を、本項で定められた規定の適用において定めること。
- (e) 国内法と本章に定められている条文との関係又は国内法と本条に従って定められた条項との関係を定めること。

理事会規則1/2003（井上朗『EU競争法の手続と実務』（2009年）325頁以下を参考にした。）

#### 1条 条約81条及び82条の適用

1. 合意、決定及び協調行動であって、条約81条1項の適用対象であるもので、条約81条3項の条件を満たさないものは、禁止の決定が先に行われることを要せずして、禁止されるものとする。
2. 合意、決定及び協調行動であって、条約81条1項の適用対象であるもので、条約81条3項の条件を満たすものは、禁止の決定が先に行われることを要せずして、禁止されないものとする。
3. 条約82条に定める支配的地位の濫用は、禁止の決定が先に行われることを要せずして、禁止されるものとする。

#### 3条 条約81条及び82条と国内競争法の関係

(1項省略)

2. 国内競争法の適用は、加盟国間取引に影響を及ぼすおそれのある合意、事業者団体の決定又は協調行動であって、条約81条1項の意味での競争を制限しないもの、81条3項の条件を満たすもの、又は、条約81条3項の適用に関する規則の適用を受けるものを禁ずることとなってはならない。加盟国は、本規則によって、自国の領域において、事業者による一方的行動を禁止又は罰する、より厳格な国内法を定め、適用することを妨げられない。

(3項省略)

#### 4条 欧州委員会の権限

条約81条及び82条を適用する目的のために、欧州委員会は、本規則によって定められた権限を有するものとする。

#### 5条 加盟国の競争当局の権限

加盟国の競争当局は、個別の事件において、条約81条及び82条を適用する権限を有するものとする。この目的のために、職権又は申立てに基づいて、加盟国の競争当局は、次の決定をすることができる。

- 違反の終了を求めること。
- 暫定措置を命じること。

——約束を受け入れること。

——過料、履行強制金又はその他の国内法で定める制裁を課すこと。

加盟国の競争当局が有する情報を基礎にして、禁止の条件が満たされていないときは、加盟国の競争当局は、自己の役割においては、処分を行う理由が存しないことを決定することができる。

#### 6条 加盟国の裁判所の権限

加盟国の裁判所は、条約81条及び82条を適用する権限を有するものとする。

#### 16条 EU競争法の統一的適用

1. 加盟国の裁判所が条約81条又は82条に基づいて合意、決定又は行動について裁判をする場合において、その合意、決定又は行動がすでにEC委員会の決定の対象となっているときは、加盟国の裁判所は、EC委員会が行った決定に反する裁判をすることができない。（2文及び3文省略）

（2項省略）

GWB（柴田潤子「ドイツ競争制限禁止法二六条二項と選択的販売制」上智法学論集40巻3号（1996年）60頁、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」ジュリスト1331号（2007年）124頁、舟田正之『不公正な取引方法』（2009年）131頁を参考にした。）

#### 1条 競争制限的合意の禁止

事業者間の合意、事業者団体の決定及び協調行動であって、競争を妨害し、制限し又は歪曲する目的を有し又は効果をもたらすものは、禁ずる。

#### 19条 市場支配的地位の濫用

(1) 一の又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用的な利用は、禁ずる。  
(2) 事業者は、次のときに、市場支配的である。事業者が、一定の種類の商品又は営業的役務の提供者又は需要者として、物的な及び地域的な関連市場において、

1. 競争者を欠くとき、又は、実質的な競争にさらされていないとき。  
2. 競争者との関係において、凌駕的地位〔*überragende Marktstellung*〕を有するとき。この地位については、特に、市場占有率、資金力、調達又は販売市場へのアクセス〔*Zugang*〕、他の事業者との結合、他の事業者による市場参入に対する法律上又は事実上の制限、本法の適用内外に所在する事業者による事実上又は可能的な競争、当該事業者の提供又は需要をほかの商品又は営業的役務に転換する能力、及び、市場の相手側が他の事業者へと回避する可能性を考慮するものとする。（2文省略）

（3項省略）

(4) 濫用は、特に、次のときに存する。一定の商品又は営業的役務の提供者又は需要者としての市場支配的事業者が、

1. 他の事業者の競争可能性を、市場における競争に対して影響のある方法で、実質的な正当化理由がないのに害するとき。

(2号ないし4号省略)

20条 差別禁止, 不当な妨害禁止

(1) 市場支配的な事業者, 2条, 3条及び28条1項の意味で互いに競争関係にある事業者の団体及び28条2項又は30条1項1文により価格を拘束する事業者は, 同種の事業者に対して通常アクセスできる〔zugänglich〕取引において, 他の事業者を, 直接にも間接にも不当に妨害してはならず, 又は, 実質的な正当化理由がないのに, 同種の事業者と比べて直接又は間接に別異に取扱ってはならない。

(2) 一定の商品又は営業的役務の提供者又は需要者としての小規模の又は中規模の事業者が, 取引の相手方を他の事業者に変更する十分かつ期待可能な可能性が存しない態様で, 事業者又は事業者団体に依存しているときは, 1項は, その事業者又は事業者団体にも適用する。(2文省略)

(3項ないし6項省略)

33条 差止請求, 損害賠償義務

(1) 本法, EC条約81条若しくは82条又はカルテル庁の処分違反する者は, 被害者に対し, 除去の義務を負い, 繰返しの危険があるときは, 停止〔Unterlassung〕の義務を負う。差止請求権〔Anspruch auf Unterlassung〕は, 違反のおそれが存するときに生じる。被害者とは, 競争者又はその他の市場参加者として違反によって損害を受けた者をいう。

(2項省略)

(3) 1項による違反を故意又は過失によって行う者は, これによって生じた損害を賠償する義務を負う。(2文ないし5文省略)

(4) 本法又はEC条約81条若しくは82条の違反を理由として損害賠償請求がされたときは, 裁判所は, その範囲において, カルテル庁, EC委員会, 又はヨーロッパ共同体の他の加盟国の競争当局若しくは競争当局として行為する裁判所の確定効のある決定によって行われた内容で, 違反の認定に拘束される。同じことは, 1項による決定の取消しの結果として行われた, 確定効のある裁判所の決定における同様の認定についても, 適用される。欧州連合理事会規則2003年1号16条1項4文に準じて, この拘束は, EC条約234条の権利及び義務を害さない。

(5項省略)

（以下、複数国関連性とする。）を適用の条件としている（以下、複数国関連性を同条約の適用条件とする条文の部分で複数国関連性条項とする。）。複数国関連性条項は、EU 機能条約の適用範囲を、取引制限によって（EU 領域内の）統一的市場の実現を妨げる競争制限に限定している。国内競争にしか影響をもたない行為については、ドイツのGWBなど加盟国国内法が適用され、加盟国カルテル法当局がその執行を行う。

（イ）規制対象の基本的分類<sup>104)</sup>

EU 機能条約においてもGWbにおいても、規制対象となる競争制限の形態には、3つの基本的な種類、すなわち、合意・協調行動<sup>105)</sup>、市場力濫用<sup>106)</sup>、企業結合がある<sup>107)</sup>。合意・協調行動を規制する根拠条文は、

---

104) Bunte, a. a. O., 15ff. 山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」114頁。EU 機能条約における規制対象分類については、正田彬『EC 独占禁止法』（1996年）9頁以下も参照。

105) 合意の概念（Bunte, a. a. O., 72ff., 247ff.）は、基本的に民法の契約概念に相当する。合意は、内容的に対応している相互的な意思表示の交換があれば成立する。合意に法的な拘束力がある必要はないが、合意の不遵守が、社会的、経済的、道徳的、または、ほかの観点において制裁を受けることが必要である。協調行動という類型の禁止（Bunte, a. a. O., 75ff., 249ff.）は、競争の包括的保護を保障するために、合意に該当しない場合にも規制を及ぼす目的で設けられている。協調行動とは、事業者間の調整行為の一形態であって、契約の締結にまでは至っていないが、意識的に、リスクを伴う競争の代わりに、現実の協力を生じさせる調整行為を指す。なお、EU 機能条約101条（EC 条約81条）における調整行動概念については、村上政博・前掲書116頁以下に詳細な分析がある。

106) 合意・協調行動との比較を意識して、特に一方的行為（ないし単独行為）と表現されることもある。

107) 水平的な競争制限的合意・協調行動は、合意・協調行動により同一市場において活動している事業者間において、その市場における競争が制限されることを指す。これに対して、垂直的な競争制限的合意・協調行動は、合意・協調行動が参加事業者の間に存する競争に影響するのではなく、参加事業者の一つが、第三者との契約の形成において自由を制限されることを特徴とする。また、市場力濫用の特徴は、競争制限的效果が行為を原因として生じているということであり、その行為とは、競合事業者、供給者ないし購入者を妨害または差別

EU 機能条約101条・GWB 1条であり、これらは、水平的な競争制限的合意・協同行動だけでなく垂直的なそれも対象とする<sup>108)</sup>。市場力濫用規制の根拠条文は、EU 機能条約102条であり、GWB19条および20条である。

(ウ) EU 機能条約上の合意・協同行動規制における適用免除

EU 機能条約101条1項による合意・協同行動にあたるものでも、一定の場合は、同101条3項の要件のもとで規制の免除を受けうる。後述のように、この免除は、2004年5月1日施行の2003年の理事会規則1/2003以来、要件が存するときは、法律上当然に生じる<sup>109)</sup>。したがって、合意・協同行動規制の適用免除は、現在では個別事案を扱うカルテル庁・裁判所によるEU 機能条約101条3項の解釈適用により事案毎に生じることがある。そして、これに加え、欧州委員会が欧州連合理事会からの授権を受けて発する一括適用免除規則による免除もある<sup>110)</sup>。一括適用免除規則は、

---

する、一方的行為である。なお、合併・企業結合は、本稿のテーマとの関連がないので、取り上げない。

108) ただし、GWBでは、2005年の第7次改正までは、垂直的競争制限的合意・協同行動は、一般的禁止を内容とする同1条の規制対象からは外されていた(Bunte, a. a. O., 44)。同改正までは、価格・条件拘束について原則的禁止が課せられ、ライセンス契約について特別規定が設けられていたことを除けば、垂直的競争制限的合意・協同行動は、カルテル庁による濫用監視に服しただけである (Jan Bernd Nordemann, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), Kartellrecht (2. Aufl., 2009), Vor § § 1-3 GWB, Rn. 1f.)。

109) Bunte, a. a. O., 25ff. すなわち、現在では、かつて免除のために必要であった欧州委員会の特別の決定はもはや必要なく、案件を担当する加盟国カルテル庁や加盟国裁判所も、EU 機能条約上の適用免除規定を適用する権限を持つ。

110) Bunte, a. a. O., 25f., 106ff. 一括適用免除規則とは、EU 機能条約101条1項の適用される合意・協同行動のうち、一定の類型のものに対して、101条1項の禁止が適用されないことを宣言するものであり、対象となるのは、典型化による規制になじむ種類の、共通的事実類型ないし類比可能な事実類型を伴う合意である。一括適用免除規則により、事業者は、自己が行う合意・協同行動(典型的には契約)のEU 機能条約上の評価について、101条3項の文言よりも具体的な手掛かりを得ることができ、より大きな法的安定性を得られる。101条3項自体が、所定の要件のもと適用免除を得られるものとして、個別の合意・

すべての加盟国において、EU 機能条約101条の適用に際して一般的直接的効力を持ち、加盟国のカルテル当局・裁判所によって適用される<sup>111)</sup>。

(エ) EU 機能条約と GWB の優先関係<sup>112)</sup>

EU 機能条約と国内カルテル法のどちらが優先的に適用されるかについては、理事会規則1/2003で規定されている。

複数国関連性のある行為の場合の合意・協調行動規制については、EU 機能条約の適用が優先する。すなわち、ドイツ法の方がEU 機能条約よりも厳しい規制を行っているときは、ドイツ法は適用されてはならない。EU 機能条約において競争制限とされない行為は、ドイツ法において禁じられてはならない<sup>113)</sup>。このことは、当該行為がEU 機能条約101条3項または一括適用免除によって免除されるときも同様である。

これに反し、市場力濫用規制では、EU 加盟国は、EU 機能条約よりも厳格な規制を設け、これを適用することが許される<sup>114)</sup>。すなわち、合

---

協調行動だけでなく、「一定類型の」協定・協調行動をも挙げており、これが一定類型に属する合意・協調行動が一括して適用免除を受けうる根拠となっている。101条3項の適用準則の制定は、103条1項、2項b号によって、欧州連合理事会が、規則（または指令）によって行うものと定められている。これを受けて、欧州連合理事会は関連する規則を制定しているが、その規則において、一括適用免除規則を制定する権限は、実際には欧州委員会に委譲されている。欧州委員会は、この授權に基づいて、垂直的合意、専門化契約・共同研究開発契約を対象とするものをはじめ、多くの一括適用免除規則を制定している（欧州連合理事会の授權規則に基づいて、欧州委員会が一括適用免除規則を制定しているので、「二段階の立法手続」が存すると表現されている。）。一括適用免除規則については、正田彬・前掲書110頁以下、村上政博・前掲書67頁以下に詳しい。

111) Bunte, a. a. O., 27, 108.

112) Bunte, a. a. O., 55ff.

113) 逆に、EU 法の方がGWBよりも厳格である場合も、複数国関連性がある行為のときは、EU 機能条約が適用され、より緩和的なGWBは適用されない。

114) 山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」116頁参照。

意・協調行動にあたらぬ市場力濫用行為（一方的行為）は、複数国関連性をもつ行為であっても、加盟国国内法の枠内で、EU機能条約よりも厳格な基準に服しうる。具体的には、ドイツのカルテル法であるGWB19条以下により、EU機能条約による禁止に服さない行為も禁じられうる。実際に、GWB20条は、EU機能条約102条よりも厳格な規制を設けている。

(オ) GWB20条

(a) 概要・位置づけ

GWB20条は、同条所定の者が、妨害または不平等取扱を行うことを禁じる。同条の要件は、行為者が同条の人的規制対象に該当する者〔Normadressant〕であること、行為者が同条の禁じる行為（他事業者に対する妨害または不平等取扱）を行ったこと、その行為が他事業者と同種の事業者にとって通常アクセス可能な取引において行われたこと、その行為に不当性があること（または実質的な正当化理由がないこと）の四つである。

本条は、市場力濫用規制の一環であるが、市場力濫用規制の一般的規制である19条を補完する規定である。一般的な濫用禁止を内容とする19条との関係で、本条が対象とするのは特別な適用事例にあたる<sup>115)</sup>。

(b) 実際の意義・立法趣旨

本条は、後でみるように、狭く市場支配的事業者に限定せず比較的広い範囲の事業者を人的規制対象とし、妨害・不平等取扱というごく広い行為を禁じている。したがって、他の事業者による行為によって損害を被ったと主張する事業者に対して、本条は、カルテル法に基づく救済を受ける可能性を大きく開いている。実際に、人的規制対象該当者が本条違反を主張された場合は、その行為の不当性が認められれば、通常、本条違反が認定されている。その不当性の判断では、GWBの目的を考慮しつつ、包括的な利益衡量が行われている。結果として、被害を受けたと主張する事業者の救済の可否は、包括的な利益衡量の帰趨によって決まっている。

---

115) Bunte, a. a. O., 303.

このように、本条は、その人的規制対象を比較的広く設定したうえで、その人的規制対象に該当する者の行為を、不当性の観点のもとで包括的な利益衡量による審査に服させている。この扱いはどのような考えに由来するのであろうか。本条は、より一般的な規定である19条とともに、ある事業者が、市場の競争から行為・活動への統制を受けない程の経済的地位を有するに至ったときは、その事業者は、市場支配的事業者ないし市場力のある事業者として一定の行為を禁じられるべきである、という考えに立っている<sup>116)</sup>。禁じられるのは、競争ないし他事業者の競争上の活動自由（活動可能性とも表現される）を侵害する行為であって、当該事業者の市場支配的地位または市場力を用いて初めて可能となる行為である。後でみるように、本条は、単に相手方との関係においてのみ市場力を有する事業者をも人的規制対象に含めることで適用範囲を拡張しているが、この拡張は、他事業者の競争上の活動自由への侵害は、市場支配的事業者の行為によってだけでなく、より小規模の市場力しかもたない事業者であっても、他事業者との関係で相対的に強い経済力をもっている事業者であれば、その者の行為によっても生じうるという理由による<sup>117)</sup>。本条が、人的規制

---

116) Bunte, a. a. O., 275f., 303; Emmerich, Kartellrecht (11. Aufl., 2008), § 27 Rn. 5ff.; Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht Bd. 2 GWB Kommentar zum Deutschen Kartellrecht (4. Aufl., 2007), § 20 Rn. 1, 17. 柴田潤子・前掲論文59頁、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」一橋大学研究年報法学研究29号（1997年）22頁以下。

117) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 40f. 柴田潤子・前掲論文60頁。なお、本条における人的規制対象の拡張の理由として、つぎのことも挙げられている（Bunte, a. a. O., 304; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 12; Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 4, 40）。すなわち、人的規制対象の拡張が行われたのは、1973年の第2次改正においてであったが、その改正まで、GWBでは、商標商品の供給者が購入者に対して価格拘束を行うことが許容されていた。ただし、そのかわり、価格拘束をする供給者は、市場の地位の規模に関係なく本条の規制に服していた（価格拘束を行う供給者が人的規制対象に含まれることは、現在も変更されていない。）。第2次改

対象者を比較的広く設定し、その者の行為に対して包括的な利益衡量を行うことを許容しているのは、この立法趣旨に基づくものと考えられる<sup>118)</sup>。

この立法趣旨の中で注目されるのは、本条の規制が、事業者の競争上の活動自由それ自体を強力に保護しなければならないという考え方を基調としていることである<sup>119)</sup>。事業者の活動自由を保護すべきという観点は、上記のとおり人的規制対象拡張の根拠となっているほか、不当性（実質的正当化理由の欠如）の判断のための包括的利益衡量においても、主要な考慮要因として作用している。

(c) 一括適用免除規則との関係

当該対象行為が GWB20条に該当する場合であっても、合意・協調行動に対する EU 機能条約上の一括適用免除規則が許容する範囲内であるとき

---

正において、この価格拘束の許容が撤廃され、価格拘束は原則として禁じられることとなった。商標商品の供給者は、価格拘束を行うことが原則としてできなくなったが、同時に、価格拘束を行わなくなると、価格拘束者として本条の規制に服することもなくなった。商標商品の供給者が本条の規制に服さなくなると、供給者が、低価格による販売に積極的な購入者に対して妨害・不平等取扱を行うことで、事実上価格維持が行われるのではないかと（それでは価格拘束の許容を撤廃するという改正目的が達成できなくなるのではないかと）、ということが危惧された。そこで、このような行為を行う危険性のある商標商品の供給者を、引き続き本条の規制のもとに置くために、本条の人的規制対象が拡張されたのである。もっとも、この理由づけで指摘されている、商標商品を購入する事業者が供給者から妨害・不平等取扱を受けないようにする必要性は、抽象化すれば、他事業者の競争上の活動可能性を保護する必要性に含まれるように思われる。

118) 立法趣旨に照らすと、本条においては、第一に、当該事業者が、活動・行為に関して市場からの制約を受けない程度の経済的地位を有しているか、第二に、当該行為がその経済的地位を利用したことによるものか、第三に、当該行為が、他事業者のどのような経済的活動自由を害したか、第四に、当該行為による他事業者の経済的活動自由への侵害は、当該事業者の適法に保護されるべき利益によって正当化されないか否か、が審査されなければならない。これらの審査は、包括的・抽象的な基準によらなければ困難であると考えられる。

119) 柴田潤子・前掲論文86頁・88頁。

は、当該対象行為への規制は許されない<sup>120)</sup>。すなわち、GWB20条の適用の際は、EU 機能条約上の扱いも考慮されるべきである<sup>121)</sup>。そこで、たとえば、事業者が契約相手方に対して、特定の商品や給付に関して自らとだけ取引を行うよう拘束を課す排他的拘束が、垂直的制限に関する一括適用免除規則や自動車流通一括適用免除規則の適用を受けるときは、これによってEU 機能条約101条1項の適用免除を受けるのであるから、当該排他的拘束がGWB20条によって禁じられることがあってはならない<sup>122)</sup>。

(d) 要件その1 人的規制対象

本条は、他の事業者に対し、妨害または不平等取扱という一方的行為によって、競争上の不利益を課すことを禁じている。この目的に照らして、本条は、その規制対象を、自己の行為によって一方的に競争者に不利益を課すことのできる、経済的な力（市場支配的地位ないし市場力）を有している者に限定している<sup>123)</sup>。人的規制対象として本条が挙げる者のうち、主要な者は、市場支配的地位〔marktbeherrschende Stellung〕をもつ事業

---

120) Bunte, a. a. O., 312f.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 61; Loewenheim, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), a. a. O., § 20 GWB Rn. 70f.

121) 上述の様に、理事会規則1/2003によれば、一方で、市場力濫用行為（一方的行為）については、加盟国国内法によって、EU 機能条約よりも厳格な規制を行うことが許されている。しかし、他方で、EU 機能条約上許容される合意・協調行動は加盟国国内法で禁じてはならないともされている。このことは、EU 設立条約101条においては許容されるはずの合意に基づく行為が、市場力濫用行為（一方的行為）を禁じるGWB20条の適用対象となるという事態をまねきうる。しかし、これは、合意・協調行動としては一旦許容した行為を、市場力濫用行為（一方的行為）として観察することであらためて違法と評価する矛盾した扱いであって、なんらかの手当が必要となる。

122) 同様に、選択的流通システム内の販売方法の制限に反することを理由に供給が拒絶された場合において、そのシステムが一括適用免除によってEU 機能条約101条の適用免除を受けるときは、その供給拒絶は不当ではない、という内容でGWB20条を解するべきである。

123) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 1, 17; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 4.

者および相対的な市場力をもつ事業者である<sup>124)</sup>。

(i) 市場支配的地位

GWB19条2項の市場支配力のある事業者は、20条の規制においても人的規制対象とされている<sup>125)</sup>。GWB19条によれば、市場支配的事業者にあたるのは、独占的事業者、準独占的事業者、競争者に対して凌駕的な市場地位〔überragende Marktstellung〕をもつ事業者であって、個別的な内容はつぎのとおりである<sup>126)</sup>。

独占的事業者とは、関連市場において完全に競争者がいない事業者を指し、準独占的事業者とは、実質的競争にさらされていないものを指す。準独占の判定に際し、実質的競争が存するか否かはすべての事情の評価的な全体観察によって確定されるが、その際、競争によっては十分にコントロールされない行為裁量があるか否かが決定的意味をもつ。実務は当該事業者の市場地位を基準としており、マーケットシェアの基準を前面においている。シェアが80パーセントを超えると準独占の蓋然性がある、という。

しかし、独占・準独占の認定には競争の不存在（または実質的不存在）という困難な証明をしなければならない。その証明を軽減するために、GWB19条2項1文2号において凌駕的市場地位という市場支配者の類型が導入され、実務で重要な意味をもつようになった<sup>127)</sup>。同条項は、競争

124) このほか、特別に競争制限的行為を許された、適法化されたカルテルと価格拘束者も人的規制対象として挙げられている。

125) 19条は一般的な濫用行為規制を定めるが、市場支配的事業者は、その19条の規制だけでなく、その特別な適用事例である20条にも服する。

126) Bunte, a. a. O., 284ff.; Emmerich, a. a. O., § 27 Rn. 34ff. 山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」10頁以下、同・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」117頁以下。

127) このほか、19条は、3項において、市場支配的地位に関する推定規定を置いている。それによれば、3分の1以上のシェアを有する事業者については、市場支配的地位を有するものと推定される。この推定規定があれば、独占・準独占と並ぶ別個の市場支配類型を追加しなくとも証明の負担は十分に軽減されるようにも思われる。ところが、同推定規定は、カルテル庁から、市場支配的地

の不存在の証明がない場合であっても、関連市場において競争者に対して凌駕的地位をもつ事業者には、市場支配的地位を認めている<sup>128)</sup>。同条は、凌駕的地位の認定のために、いくつかの考慮要因（市場シェア、資金力、調達市場・販売市場へのアクセス、他事業者との結合や市場参入障壁などのほかの要因）を挙げているが、これらを全体的に観察して、当該事業者が、競争者に対して、競争によってはもはや十分にコントロールされない行為裁量をもち、かつ、それによって市場行動を他の競争者の行為から独立して固定できる地位を有しているかが判断される。

このように、市場支配的地位は、競争によるコントロールを受けずに、すなわち市場における競争圧力や競争者の影響を受けずに価格設定などの行為を行うことができる地位である。市場支配的地位とは関連市場における極めて強い経済的地位であって、その地位を利用すれば容易に競争制限をもたらすことができる。このように競争制限の危険性が顕著であることが、市場支配的事業者を厳しく監視しなければならない理由であり、その監視のための制度がGWB19条である<sup>129)</sup>。

---

位の証明のために、シェア以外の要因をも調査し尽くして全体的観察を行う負担を免除するものではない、と解されている。すなわち、カルテル庁（またはカルテル庁への抗告を担当する裁判所）がシェアおよびそれ以外の要因という認識手段を利用し尽くし、それらを全体的に観察しても、市場支配的地位を否定も肯定もできないときにはじめて、同推定規定が機能するとされている（Emmerich, a. a. O., § 27 Rn. 55）。さらに、私法上の訴訟においては、通説によれば、同推定規定は証明責任の転換をもたらさず、自らに市場支配的地位はないと主張する当事者に対し、実質的な主張責任を負わせるに過ぎない、と解されている（Bechtold, in: Bechtold (Hrsg.), Kartellgesetz Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen Kommentar (6. Aufl., 2010), § 19 Rn. 63）。山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配力のコントロール」118頁も参照。

128) この規定は、隔絶した資金力など、事業者の市場地位を際立たせる要因があるときは、厳密には実質的競争の欠如は確認されなくとも、その事業者が、競争者が競争的行為を妨害することを可能にする行為裁量を得てしまう場合があるという経験に基づく、とされている（Emmerich, a. a. O., § 27 Rn. 41）。

(ii) 相対的な市場力<sup>130)</sup>

GWB20条2項は、以上のような市場支配力を持たない事業者でも、他事業者に対して「相対的な市場力」を持つときは、これをも人的規制対象に含めている<sup>131)</sup>。相対的な市場力は、ある事業者に対して、購入者（または販売者）としての中小企業が、他の事業者への乗り換えの十分かつ期待可能な可能性がない程度に依存するときに存する。このような相対的な市場力を持つ事業者は、単に、「市場力のある事業者 [marktstarkes Unternehmen]」と呼ばれている。上述したように、同項による人的規制対象の拡張は、市場力のある事業者を人的規制対象とすることで、その事業者の相手方にあたる事業者が有すべき競争上の活動可能性・競争の自由を保護することを主な目的としている。

相対的な市場力が認められるケースは、いくつかのタイプに分けられているが<sup>132)</sup>、ここでは、本稿のテーマとの関連が深い、事業者間関係による依存性 [Unternehmensbedingte Abhängigkeit] についてのみ述べる。事業者間関係による依存性とは、事業者が、とくに長期の契約関係によって、契約相手方である他の事業者（この事業者が人的規制対象になる）に適合するように自らを構築し、その程度が、関係の断絶による即時の転換（ほかの同種事業者との契約関係に乗り換えること）は、かなりの犠牲を伴ってのみ可能になる、ということにまでいたっている場合をいう。その典型例は、自動車流通領域で顕著にみられる、特定のメーカーへの自動車販売特約店の依存である。当該メーカーの必要にあわせた多額の投資が行われたことにより、急な契約関係の終了があると投資が広範に無価値

129) 同じ理由から、20条1項は、市場支配的事業者を、20条に基づく妨害・不平等取扱禁止にも服させている。

130) Bunte, a. a. O., 306ff.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 12ff.

131) この点が、19条に対する20条の独自の意義であるとされている (Bunte, a. a. O., 303)。

132) 相対的な市場力のタイプ分けについては、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」愛知大学法経論集法律編108号（1985年）13頁及び柴田潤子・前掲論文64頁以下の紹介が詳しい。

になってしまうであろうということが依存性の根拠である。もっとも、この依存性のある事業者に対する本条による保護は、店舗設備に必要な投資について完全な回収を保障することにまでは及ばない。本条による保護は、特定の取引関係を解消してはならないということを帰結するのではなく、依存している事業者に、投資の回収とほかの契約相手方への乗り換えを試みるべき相当な経過期間を与えることを求めるのである。判例は、20条2項の適用が、社会的保護に至ってしまってはならず、とくに、事業的な失敗の展開が修正されることがあってはならない<sup>133)</sup>、と強調している<sup>134)</sup>。

(e) 要件その2 禁じられる行為——同種の事業者にとって通常アクセス可能な取引における<sup>135)</sup>、妨害または不平等取扱<sup>136)</sup>

妨害とは、他事業者の競争上の活動自由を非一時的に害するあらゆる行為を指す。不平等取扱は、個別の事業者が、多数の事業者と比べて、不利益を受けること（または優遇されること）を指す。不平等取扱にあたるのは、経済的に同種の事実を不平等に取り扱うことである。両者の違いとして、妨害は、主として、行為者の競争者への侵害を意味し、不平等取扱は、主として、行為者とは異なる市場段階（供給者または購入者）にある別の事業者への侵害を意味するとされている。しかしながら、妨害と不平等取扱は、広い範囲で重なり合い、明確な区別は不可能である<sup>137)</sup>。実務

---

133) したがって、取引関係終了という予想可能なリスクを、相当な措置によって容易に予防できた事業者は、事業者間の関係による依存性が認められても、後になって本条項の保護を主張することはできない（Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 28）。

134) また、当然ながら、この保護が生じるのは、他の要件、とりわけ、妨害の不当性が証明されること（または、不平等取扱の実質的正当化理由が証明されないこと）が満たされることが前提となる。たとえば、特約店が契約違反を行ったときは、契約終了は正当な権利行使として認められ、相当な経過期間の提供は求められない。

135) Bunte, a. a. O., 309f.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 34ff.

136) Bunte, a. a. O., 310f.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 5f.

137) 柴田潤子・前掲論文66頁。

的にも、両者を厳密に区別しないで、包括的な「差別禁止」を行うものとして本条を適用する扱いが発展しているという<sup>138)</sup>。

本条が適用されるためには、妨害・不平等取扱が、不利益を受けた事業者だけでなく同種の他事業者も通常アクセスが可能な取引において行われたのでなければならない<sup>139)</sup>。この要件は、本条の適用範囲を不当に狭めることがないように、緩やかに解するべきであるとされているが<sup>140)</sup>、例えば、コンツェルン内部の企業と外部の事業者、卸売業者と小売業者、卸売業者と通信販売業者を別異に扱うことは、別種類の事業者を別異に扱うことにあたり、本条の適用を受けないとされている<sup>141)</sup>。

(f) 要件その3 妨害の不当性または不平等取扱に正当化理由がないこと<sup>142)</sup>

市場支配的地位・市場力をもつ事業者でも原則として経済活動の自由を有するので、本条が禁じるのは、上記の意味での妨害・不平等取扱の中で

---

138) Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 6; Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 114.

139) すなわち、形の上で妨害・不平等取扱に該当する行為であっても、人的規制対象該当者が、複数の他事業者を、それらが、そもそも別種の事業者であることを理由に別異に扱うことは禁じられない。なぜなら、この場合、他事業者が別異に取り扱われるのは、人的規制対象該当者の恣意によるのではなく、別種の事業者であること自体を理由とするものだからである。

140) 「取引」には、商品・サービスに関するあらゆる私法的関係が該当し、「通常アクセスが可能」かどうかは、人的規制対象該当者の慣行が基準となるのではなく、関連する経済分野において、自然な経済的展開において一般的に慣れ親しまれかつ適切であると感知されていることを基準として定まるとされ、「同種の」事業者かどうかの判断においては、細部における違いは重要でなく、全体としてみて、同じ経済的機能を果たしているか、同じ事業者の活動を行っているか、のみが重要である。

141) Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 39.

142) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 128ff.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 44ff.; Bunte, a. a. O., 311ff. 柴田潤子・前掲論文67頁以下、山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」34頁以下、舟田正之・前掲書143頁以下。

も、「不当な」妨害および「実質的な正当化理由を欠く」不平等取扱だけである<sup>143)</sup>。この不当性と実質的正当化事由の欠如の判断については、以下の判断基準が用いられている。

妨害の不当性（または、不平等取扱における実質的正当化理由の欠如）は、個別事例において、それぞれの関係者の利益の慎重な衡量を、競争の自由という法の目的設定を考慮して行うことによってのみ、決定される。関係者の個別の利益を基準とするので、評価は原則として個別事例に即してのみ行われるが、これは非常に一般的な基準であり、ほとんど一般条項である、と指摘されている<sup>144)</sup>。したがって、本条の判断準則を把握する作業は、実際の適用事例を観察することでしか可能にならない、とされている。一般的に指摘される判断準則はつぎのとおりである。

第一に、当該行為の当事者ではない第三者の利益や、不確定な内容の公益は衡量の俎上にのらない。第二に、当該行為の当事者の利益でも、法律に反する目的のための利益は、はじめから無視される。第三に、以上のふり分けを通じて残った当事者の利益同士が、比較衡量される。妨害・不平等取扱をする事業者（人的規制対象該当者）の側は、違法な目的のものでない限り、すべての利益が考慮される。とくに、自己の商品の流通方法を含め事業の形態や範囲を自己の考えで構築し、自己の視点からは正しい経営上の最適水準を達成する事業者としての基本利益が考慮される。妨害・不平等取扱を受ける事業者の側の利益の範囲は、原則として、狭く設定されるべきである。というのは、本条は、人的規制対象該当者の市場力

---

143) 個別の事例において、「不当な」妨害が存するの、それとも「実質的な正当化理由を欠く」不平等取扱のどちらに該当するかという問題は、評価基準が同じであることを考えれば、私法上の訴訟（その形態は後述）において証明責任分配が異なるという点だけにしか、実際の意味はない、という（Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 115)。すなわち、損害賠償請求や差止請求などを求める私法上の訴訟においては、妨害が不当であることは請求者に、不平等取扱に実質的な正当化理由があることは請求を受けた者（すなわち、人的規制対象にあたる者）が証明責任を負う。

144) Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 45.

に起因する行為によって、競争上の活動自由を害されないという利益だけを保護しているからである。ここに属するのは、第一に、市場アクセスの自由であり、そのつぎに、公開的な市場アクセスにおいて、競争上の活動の点で、機会平等性の侵害によって不利益を被らないという利益であり、そのほかの社会政策的な保護を本条によって行う余地はない<sup>145)</sup>。

比較衡量の結果、被害者の利益が市場支配的地位・市場力のある事業者（人的規制対象該当者）の利益に優越すると判断されれば、行為の不当性（または実質の正当化理由の欠如）が認められる。この比較衡量の際、どの利益が優先的意義を与えられるかは、法（GWB）の目的から引き出されるべきである。法の目的とは、可及的に広範に競争的な活動可能性を保護することで自由な競争を実現していくということである<sup>146)</sup>。いいかえれば、行為者の上記の利益を考慮したうえでも、行為から生じる競争制限的効果が、多面的な市場の開放性の利益のために、法秩序の介入が必要であると思われるほどに重大な程度にいたっていれば、本条にいう不当性が認められる<sup>147)</sup>。

このように、他事業者の競争上の活動可能性の確保や市場の開放性が重視されるので、市場力のある事業者（人的規制対象該当者）の行為について、同事業者が経営として合理的な理由があることを挙げるだけでは、その行為によって他事業者の活動可能性・市場の開放性を犠牲にすることは正当化されない<sup>148)</sup>。また、市場力のある事業者は、その適法な利益の実現に適切な手段のうち、可及的に影響の小さい手段（他事業者のダメージが可及的に小さい手段）を用いる義務を負う（比例原則）。ある見解によれば、この比例原則は、人的規制対象該当者には、他事業者の競争的活動自由・競争自由に配慮する義務があることから導かれる<sup>149)</sup>。

---

145) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 132.

146) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 136.

147) Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 48.

148) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 141.

149) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 142.

不当性の判断は、多くの個別的事例に分類することでさらに細かく議論されているが、ここでは、最も重要で典型的な適用事例として、供給拒絶（製造業者などの商品供給者が、流通業者への商品供給を拒絶ないし停止する行為）<sup>150)</sup>を取り上げて、判断の実際的一端をみておく<sup>151)</sup>。

まず、どのような流通経路を採用すべきかをめぐる基本的決定については、製造業者に原則として自由が認められる<sup>152)</sup>。しかし、つぎに、選択された流通経路の枠内で、特定の購入者との契約だけ拒絶するときは、市場へのアクセスを重視する見地からは、供給拒絶の正当性の評価において、人的規制対象該当者の具体的な市場力の程度が特に重要な意味を持つ。人的規制対象該当者が、供給拒絶を受けた相手方との関係で、その相手方が実際に経済的に意味のある転換可能性をもっていない程度に強い地位を持っているときは、特別の重大な事由がなければ供給を拒絶することができない<sup>153)</sup>。

---

150) 供給拒絶には、現存する取引関係を終了すること、新規の関係を拒絶することも含まれる。停止の理由は、相手方の契約違反など個別の事情に基づくこともあれば、提供者の一般的な事業政策によることもある。

151) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 150ff.; Emmerich, a. a. O., § 29 Rn. 54ff.; Bunte, a. a. O., 314f.

152) すなわち、たとえば、製造業者は、特約店・代理商などの独立の流通業者を用いるかどうか、自己が保有する販売拠点だけを用いるかを自由に決定でき、従来流通業者によって流通をしていた製造業者が、消費者への直接販売に移行すること、卸売業者を排除して小売業者だけを通じた流通に移行すること、特約店から代理商の流通へ移行することは、原則として許容される。

153) Markert, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 20 Rn. 152. 特別の重大な事由としては、つぎの三つが挙げられている。同種事業者との取引を一般的に行わないか、または、相当な移行期間のあと取引を終了するという事業者的基本決定がされたとき。事案に即して相当な、購入者の種類・数量の体系的制限が、商品自体の不足を理由とする不可避の措置として行われ、または、取引活動の種類や商品の特殊性から行われるとき。最後に、購入者の特別の関係（信用不安や契約違反）に起因する個別の事情があるとき、である。

## (2) 手続面

### (ア) 欧州委員会による執行<sup>154)</sup>

EU 機能条約の適用執行を管轄するのは、主に欧州委員会である。EU 機能条約違反があると認めるときは、欧州委員会は、当該事業者に、違反行為の停止を義務づけることができる。違反行為の停止のために、同委員会は、違反に対して、相当であり、違反行為の効果的停止に必要な、すべての補助的措置を命じることができる。また、同委員会は、課徴金を科すこともできる。

### (イ) ドイツのカルテル庁による執行

ドイツのカルテル庁<sup>155)</sup>は、EU 機能条約違反および GWB 違反に対する行政手続を管轄する<sup>156)</sup>。カルテル庁は、EU 機能条約違反または GWB 違反に対して、GWB32条の停止命令〔Abstellungsverfügung〕を出すことができる。カルテル庁は、同条2項に基づき、事業者に、違反行為の効果的停止のために必要な措置を課すこともできる<sup>157)</sup>。また、カルテル庁は、

---

154) Bunte, a. a. O., 236ff.

155) カルテル庁には、連邦カルテル庁（EU 機能条約違反、GWB 違反に対する行政手続に関し、連邦経済大臣・州カルテル当局に権限のない案件を一般的に管轄する。）、連邦経済大臣（企業結合に関して、特別な許可を与える権限がある。）、州カルテル当局（EU 機能条約違反、GWB 違反の疑われる案件のうち、州内にのみ影響のある案件を管轄）の三つがあるが、後二者は権限が限られており、連邦カルテル庁が、カルテル庁としての職務および権限の重点を担っている（Bunte, a. a. O., 399ff.）。

156) Bunte, a. a. O., 57, 399. 調査方法も含めたカルテル庁の手続の実際の内容は、山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」70頁以下に詳しい。

157) 違反行為の停止のための措置をも命ずる権限が規定されたのは、2005年第7次改正においてである。それまでは、カルテル庁は、原則として、特定の行為を禁じることができるだけであり、積極的な行為を具体的に命じる権限はない、とされていた（Bechtold, in: Bechtold (Hrsg.), a. a. O., § 32 Rn. 2, 14. 山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」74頁。）。

課徴金を科すこともできる<sup>158)</sup>。

(ウ) 上訴手続<sup>159)</sup>

カルテル庁の処分は行政行為であるにもかかわらず、処分への抗告手続については、行政裁判所ではなく、通常裁判所が管轄することとされている<sup>160)</sup>。カルテル庁の処分への抗告を管轄するのは、カルテル庁の所在地を所管する上級地方裁判所である(たとえば、連邦カルテル庁の現所在地はボンであるところ、ボンはノルトラインヴェストファーレン州に存するので、同庁の決定に対する抗告は、同州を所管するデュッセルドルフ上級地方裁判所が管轄する。)<sup>161)</sup>。抗告裁判所としての上級地方裁判所は、抗告を受けた処分を、法的小および事小的観小から審査する。抗告裁判所の裁判に対しては、BGHへ法律抗告〔Rechtsbeschwerde〕を提起することができる。法律抗告が許可されたとき、BGHは、抗告裁判所の裁判を法的小観小からのみ審査する。

(エ) 裁判所におけるEU機能条約の適用

ドイツの通常裁判所は、このように、一方で、ドイツカルテル庁への抗告手続を管轄し、他方で、カルテル法違反を理由とする私法上の請求(後述)も審査する。そうすると、ドイツの裁判所においても、EU機能条約101条・102条の解釈・適用が争点となりうる。そのような場合、EU加盟

---

158) Bunte, a. a. O., 406ff.

159) Bunte, a. a. O., 416ff. 山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」73頁。

160) なお、課徴金賦課の決定は、秩序違反に関する手続として、別個の手続に服する(山部俊文・前掲「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」75頁以下参照)。

161) なお、ノルトラインヴェストファーレン州には、デュッセルドルフ上級地方裁判所も含めて複数の上級地方裁判所が存するが、このような場合は、州が、カルテル法関連の手続について、管轄する上級地方裁判所を指定することができることとされており、これに基づいて、ノルトラインヴェストファーレン州は、デュッセルドルフ上級地方裁判所をカルテル法関連の案件を扱う裁判所として指定した(Bechtold, in: Bechtold (Hrsg.), a. a. O., § 63 Rn. 14, § 93 Rn. 2)。

国の国内裁判所は、EU 機能条約の解釈・適用を行う権限がある<sup>162)</sup>。もつとも、その範囲には変遷がある。EC 条約81条1項、82条（EU 機能条約101条1項、102条に相当する条項）を適用する権限は従来から裁判所も有していたが<sup>163)</sup>、EC 条約81条1項による規制を同3項（EU 機能条約101条3項に相当する条項）に基づいて免除する権限は、2003年の理事会規則1/2003の制定までEC委員会が独占していた。しかし、同規則により、この独占は撤廃され、免除権限は加盟国裁判所も持つこととなった<sup>164)</sup>。これは劇的な変更点である。

(オ) 私法上の請求権 GWB33条

GWB33条は、カルテル法違反行為によって被害を受けた者に、差止請求権・除去請求権、損害賠償請求権を与えている。なお、同条に基づくものも含め、GWBまたはEU機能条約から生じる私法上の紛争をめぐる訴訟は、訴訟物の価格に関係なく、通常裁判所である地方裁判所が管轄する<sup>165)</sup>。また、同条の成立要件についての証明責任は、原則として、請求を行う原告が負う<sup>166)</sup>。

(a) 共通の要件

差止請求権・損害賠償請求権に共通する要件は、EU機能条約、GWBまたはカルテル庁による処分に対する違反があることである<sup>167)</sup>。2005年GWB7次改正までは、もう一つの重要な共通の要件として、違反された

---

162) Bunte, a. a. O., 59. ただし、理事会規則1/2003において、加盟国裁判所は、欧州委員会の決定に反する決定を行うことはできない、とされている。

163) 正田彬・前掲書278頁、村上政博・前掲書47頁以下。

164) Bunte, a. a. O., 26ff. バンバード・アンド・ベリス法律事務所『EC競争法』（2007年）30頁。

165) Bunte, a. a. O., 419.

166) Meyer GRUR 2006, 28.

167) このうち、EU競争法（EC条約ないしEU機能条約）違反は、2005年GWB第7次改正で付け加えられたものである。それまでは、EU競争法違反は、BGB823条2項またはUWG1条を根拠として主張しうるだけであった（Bunte, a. a. O., 409）。

法律規定・処分が被害者の個別的な保護を目的としていることが求められていた（保護目的要件）<sup>168)</sup>。この要件は私法的救済の障害となっているとして撤廃され、現在では、原告が「競争者又はその他の市場参加者として違反によって損害を受けた者」であることだけが求められている<sup>169)</sup>。

(b) 差止請求権・除去請求権

上記要件が満たされる場合、GWB33条1項に基づき、被害者は、除去または差止を請求できる。除去請求権は、カルテル法違反によって現に生じている侵害が、将来にも継続して生じる障害の源泉になっているとき、その侵害を除去することを目的とする<sup>170)</sup>。差止請求権は、カルテル法違反の危険があるときに、それによる侵害を予防的に防止することを目的とする<sup>171)</sup>。

(c) 損害賠償請求権

上記要件に加え、被害者が、行為者の故意・過失、行為と損害の因果関係、損害額の証明に成功すれば、GWB33条3項に基づき、損害賠償請求権が生じる<sup>172)</sup>。

(d) カルテル庁による処分と私法上の請求

カルテル庁による処分が出されているとき、私法上の請求の原告は、それによって証明の軽減を受ける余地がある<sup>173)</sup>。すなわち、2003年以来、

---

168) Bunte, a. a. O., 410.

169) 現行33条1項および3項は、それぞれカルテル法違反により被害を受けた者が、請求権をもつことを規定している。33条1項3文によれば、競争者またはそのほかの市場参加者として違反により損害を受けた者は、被害を受けた者として扱われる。

170) Reh binder, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), a. a. O., § 33 GWB Rn. 42. なお、除去請求権は、2005年 GWB 第7次改正によって条文上規定された。

171) Bunte, a. a. O., 409.

172) このうち、現在では、後述のように、欧州委員会またはドイツカルテル庁の処分決定により EU 機能条約違反または GWB 違反が認定されたときは、同処分決定は、被害者による損害賠償請求訴訟において裁判所を拘束する効力をもつので、被害者は、同違反を証明する必要はなくなっている。

理事会規則1/2003により、欧州委員会決定は、加盟国内のカルテル庁および裁判所の判断を拘束する効力を持っている。この拘束力は、私法上の救済を求める訴訟のすべてに及び、したがって、損害賠償請求訴訟だけでなく差止請求訴訟においても生じる<sup>174)</sup>。ドイツのカルテル庁の処分については、従来、同様の拘束力を認める制度はなかったが、2005年のGWB第7次改正により、損害賠償請求訴訟に関しては、ドイツのカルテル庁の処分決定は、当該行為のカルテル法上の違法性の判断に関して、私法上の訴訟を扱う裁判所を拘束する効力をもつこととなった<sup>175)</sup>。

そうすると、明文によって解決がされていない問題として、ドイツのカルテル庁の処分が、差止請求訴訟をめぐる裁判に対してどのような影響をもつかを検討する必要がある<sup>176)</sup>。

---

173) もっとも、原告がカルテル庁による処分を私法上の請求の際の立証のために活用しようとしても、その可能性は、当該行為がカルテル法に違反するという事実および法的評価の点に関する主張立証を軽減することに限られている。すなわち、原告は、その他の要件をも立証しなければ救済を受けられない。第一に、かつては保護目的要件をも立証する必要があった。そして、第二に、現在でも、損害賠償請求においては、さらに、カルテル法違反行為と損害の因果関係、損害額の立証も求められる。これらの立証がもともと困難であるので、仮に、カルテル庁の処分が私法上の請求において活用できるとしても、その意義は、限定的なものにとどまるようである。なぜなら、これまでの実務において、カルテル法違反を理由とする訴訟のうち、カルテル法違反の立証の不成功が原因で原告の敗訴におわったものはごくわずかであり、多くの訴訟は、損害と違法行為の因果関係の証明が奏功しなかった場合であったり、そもそも原告が、違反を主張された規範の保護範囲に入っていないという場合であったと指摘されている (Meyer, a. a. O., 28) からである。

174) Meyer, a. a. O., 29.

175) 2005年GWB第7次改正におけるこの拘束力の創設と保護目的要件の撤廃により、従来と比べれば私法上の救済は実現しやすくなったといえる。しかし、損害賠償請求においては因果関係や損害額の立証は依然として原告が負担しなければならないことから、私人の訴訟提起の活発化を通じたカルテル法のインフォースメントの強化がどの程度実現するかは、未知数である。Vgl. Meyer, a. a. O. (この観点において同改正の意義に懐疑的)

上述のように規定がある場合を除き、一般に、カルテル庁による処分には、裁判所による私法上の請求に関する判断を拘束する効果はないとされている<sup>177)</sup>。もっとも、私法上の請求をする際に、原告が、カルテル庁の処分があったことを挙げて自己に有利な主張を行うことはできる。これは、原告が具体的な内容を伴う主張を行うことにあたり、これがあるときは、被告側から具体的な内容を伴う主張による反論がされなければならない<sup>178)</sup>、<sup>179)</sup>。ここで被告側からの具体的な内容を伴う主張がされれば、原告

---

176) ここでの検討内容は、2005年GWB第7次改正前の損害賠償請求訴訟の扱いにも妥当する。

177) Hempel WuW 2005, 140; Meyer, a. a. O., 29. これに反し、解釈により、特別の規定がなくとも、カルテル庁による処分に対して、いわゆる構成要件の効力を認めようとする見解もある（Bornkamm ZWeR 2003, 82; ders., in: Lange/Bunte (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht Band 1 Deutsches Kartellrecht (10. Aufl., 2006), § 32 Rn. 54)。

178) Hempel, a. a. O., 140; Meyer, a. a. O., 28.

179) 民事訴訟における当事者の主張に関して、ドイツ民事訴訟法138条を根拠として、いわゆる具体的主張責任〔konkrete Behauptungslast〕ないし具体化責任〔Substantiierungslast〕が認められている（Saenger, in: Saenger (Hrsg.), Zivilprozessordnung Handkommentar (4. Aufl., 2011), § 286 Rn. 88)。この具体化責任から、相手方の主張に対する反論のありかたについて、つぎの帰結が導かれている。同条2項・3項に基づいて、事実に関する相手方の主張に対して否認をし、または争おうとする当事者は、原則として、「具体的な内容を伴って〔substantiiert〕」反論しなければならない、すなわち、より詳細な積極的主張を伴って反論をしなければならない、とされている（BGH NJW-RR 1986, 60; BGH NJW 2010, 1357)。ここから、原告が具体的な内容を伴った主張を行った場合において、被告が、その主張に対して否認をし、または争おうとするときは、被告の方でも具体的な内容をもった反論を行う必要があり、ただ単に一括して〔pauschal〕反論することは許されない、と解されている（Wöstmann, in: Saenger (Hrsg.), a. a. O., § 138 Rn. 4; BGH NJW 2010, 1357)。この場合において被告が具体的な主張をすることができなかつたときは、同条3項により、被告は原告の主張について自白をしたものとして扱われる。この自白擬制が認められるときは、原告は、証明手続に入ることなく、主張する事実の主張立証の奏功と同じ結果を得られる。

の主張の真否を審査するための証明の手続が行われるが、被告側が具体的な内容を伴う主張をしなければ、原告の主張が貫徹する。ところが、実際は、被告は、具体的な内容を伴う主張があるのであれば、それをカルテル庁手続で主張し立証していたはずである<sup>180)</sup>。それなのに、カルテル庁の手続で処分を受けたということは、事実上、具体的な内容を伴う主張が困難であるということである。それに加えて、被告には、当事者として、真実を述べる義務がある<sup>181)</sup>。このような次第で、カルテル庁による処分は裁判所を拘束しないとされているものの、原告がカルテル庁の処分があることを主張したときは、通常は、裁判所は、カルテル法上の違法性に関してカルテル庁と異なる判断は行わない<sup>182)</sup>、とされている<sup>183)</sup>。

---

180) Meyer, a. a. O., 28.

181) Hempel, a. a. O., 141.

182) Meyer, a. a. O., 28.

183) 33条の条文上は、私法上の請求の根拠として、EU機能条約違反、GWB違反とならんで、処分違反も挙げられているので、この条項を根拠にして、カルテル庁処分違反を理由とする私法上の請求をすることができるようにも思われる。実際にも、カルテル法違反行為を確定するカルテル庁の処分は、この条項を通じて、私法上の請求の根拠となりうるという指摘はある (Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 32 Rn. 22; Rehbindler, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff (Hrsg.), a. a. O., § 33 GWB Rn. 7, 27)。ところが、カルテル庁の処分自体を私法上の請求における根拠とする方向性は、実際の展開をみせなかったようである。その理由は判然としませんが、おそらく、第一に、そのような構成をとらなくとも、上述のように具体的な内容を伴う主張を通じてカルテル法上の違法性に関して立証軽減を図ることができること、第二に、当事者がカルテル法違反行為の差止を望む場合で、すでにカルテル庁の処分ができていたときは、カルテル庁に行政法上の措置を出してもらった方が、訴訟を起こすよりも迅速な解決につながること (Meyer, a. a. O., 29)、第三に、同条項にいう処分について立法者が主に想定していたのは、摘発対象の行為についてカルテル法上の違法性を確認し禁じる処分ではなく、当然には違法とはされていない行為を創設的に禁じる処分であったこと (Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), a. a. O., § 33 Rn. 35; Bornkamm, in: Lange/Bunte (Hrsg.), a. a. O., § 33 Rn. 70)、によるものと思われる。

## **Die Einkaufsvorteile in Franchisesysteme (2)**

Atsushi TAKADA

### **Summary**

Nachdem die Entscheidungen von BGH ausführlich eingeführt wurden, wird die Rechtsprechung über das Einkaufsvorteileproblem zusammengefasst. Diesmal wird der andere Rechtsrahmen für diesem Problem, d.h. GWB § 20 im Großen erklärt.