

# 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 (3・完)

Die Einkaufsvorteile in Franchisesysteme (3)

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, 第47巻第1号)

### 六 購入利益の扱いをめぐる GWB 上の解釈 Praktiker 事件

---

\* 所員・中央大学法学部教授

- (1) 事 案
  - (2) ④ BKartA Beschl. ZIP 2006, 1788（2006.5.8. Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）
  - (3) ⑤ OLG Düsseldorf WuW 2008, 467（2008.1.16. Praktiker 事件抗告審決定）
  - (4) ⑥ BGH WM 2009, 374（2008.11.11. Praktiker 事件法律抗告審決定）
  - (5) GWB20条上の購入利益不払の評価に関する整理
- 七 法律上の購入利益引渡義務をめぐる BGH の判例の整理
- (1) 判例の整理
  - (2) 判例の立場をめぐる見解
- 八 購入利益の扱いを検討するときの留意点
- (1) 購入利益の扱いをめぐる考慮要因
  - (2) どのような法的枠組に依拠すべきか

## 六 購入利益の扱いをめぐる GWB 上の解釈 Praktiker 事件

### (1) 事 案

家庭大作業・建築工事作業製品を販売する本件フランチャイザー（被審人）は、いわゆるデュアルシステム（フランチャイザーが、フランチャイジーと同じ業務を行う直営店も展開し、フランチャイジーによって経営される店舗網との相乗効果を得ようとする、店舗の展開方法）を運営し、直営店として275店舗を営業し、フランチャイズ関係を20件擁していた。本件フランチャイジー（参加人）は、かつてのフランチャイジーであった。

本件フランチャイズ契約によると、フランチャイジーには、ほぼ100パーセントの排他的購入義務が課せられ、フランチャイジーは、チェーンに「典型的な商品については、フランチャイザーだけから購入する」義務があり、フランチャイジーがフランチャイザーから購入できない商品のみ例外が認められていた。

商品購入は、本件フランチャイザーが属するコンツェルンの中央管理的調達組織によって行われた。同コンツェルンの調達担当会社は、購入者と

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(3・完)

供給契約の枠組条件を取り決めていた。請求書は、供給者から、同コンツェルンの計算担当会社に送られ、その後本件フランチャイザーに送付された。本件フランチャイザーが請求書を確認したあと、同コンツェルンの支払担当会社が請求書上の商品代金を支払った。本件フランチャイザーは、毎週、請求書をフランチャイザーに送付し、その銀行口座から金額を引き出していた。

枠組条件で取り決められたリベート、報奨金、払戻金、そのほかの購入利益は、全額はフランチャイザーに渡されなかった。

連邦カルテル庁は、以上の本件フランチャイザーの行為に対して、カルテル法上の手続を開始した。

(2) ④ **BKartA Beschl. ZIP 2006, 1788 (2006.5.8. Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)**<sup>184)</sup>

(ア) 決定内容

連邦カルテル庁は、とくに本件における排他的購入義務と購入利益不払の集積効果に着目して、GWB20条上の不当な妨害を認定した<sup>185)</sup>。詳細はつぎのとおりである。

(a) 妨害の認定

「GWB20条1項の妨害の概念は、原則として広く解するべきである。GWB20条1項の妨害の概念のもとでは、他の事業者の競争的活動自由を非一時的に害するあらゆる行為が理解されるべきである。」

「個別のフランチャイジーに、システム典型的な商品品揃えについて排他的購入義務を課し、かつ、同時に、フランチャイジーへの供給に際して

---

184) 本連邦カルテル庁決定を紹介・検討するものとして、藤原正則・前掲「ネット契約としてのフランチャイズ契約? (1)」1434頁以下がある。本連邦カルテル庁決定、同決定に対する抗告審判決および法律抗告審判決を紹介・検討するものとして、小笠原奈葉・前掲論文18頁以下がある。

185) なお、本件フランチャイザーが、GWB20条における人的規制対象に該当することは争われていない。

生じる獲得された購入利益をフランチャイジーに引渡すことを拒絶するという本件フランチャイザーの実際行動〔Praxis〕は、独立の事業者としてのフランチャイジーを競争において著しく妨害する。なぜなら、活動自由が、垂直関係（購入可能性の点）だけでなく、競争者との間の水平関係においても、著しく害されるからである。」

「妨害は、ひとつ目の点としては、垂直的供給関係に対して、したがって、卸売市場のレベルにおいて作用する。本件フランチャイジーは、フランチャイズ契約上、競争の必要に応じて、自ら、リストアップされた供給者、または、ほかの供給者と交渉することができない。排他的購入義務に基づき、同社には、その範囲ではカルテル法上適法とはいえ、代替的供給者、したがって、一般的に市場にアクセスすることが閉ざされるのである。」本件フランチャイジーは、フランチャイザー側が供給者と取決めた取引条件交渉から、間接的に利益を受けることもない。「なぜなら、本件フランチャイザーは、同時に、獲得された利益の引渡を拒絶しているからである。これにより、本件フランチャイジーは、確かに事業者としては独立しているが、有利な購入条件へのアクセスを実際的には完全に閉ざされることになり、競争可能性において制限されるのである。というのは、取引界において〔im Handel〕有利な購入可能性へのアクセス、有利な取引条件へのアクセスは、中心的な競争パラメーターだからである。」

本件フランチャイザーの実際行動は、別の点では、水平関係においても、とりわけ、本件フランチャイザーの直営店との関係で効果を持つ。本件フランチャイザーの直営店は、フランチャイジーの実質的な競争者である。「フランチャイザーが、購入義務を課せられたフランチャイジーのための供給に際して生じる購入利益の引渡を拒絶することは、本件フランチャイジーを、本件フランチャイザーの直営店との競争可能性において、著しく妨害する。というのは、一方で、本件フランチャイジーは（購入条件の悪化の場合などのとき）、より有利な条件の代替的購入源泉を開拓することが許されていないからである。」そして、他方で、本件フランチャイザーが供給者と合意した条件と比べて不利な購入条件を考えると、「フラ

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(3・完)

ンチャイジーには、本件フランチャイザーの直営店との間で、販売市場において顧客をめぐる価格競争を行うことは、経済的に不可能であるからである。」

本件フランチャイザーの妨害は、フランチャイジーとシステム外部の第三者の販売者との競争に対しても効果を持つ。「というのは、フランチャイジーに求められている購入価格が、——獲得された購入条件の引渡の拒絶が原因となって——システム外部の競争者の購入価格を上回る限り、フランチャイジーの行動可能性は、これらの第三者との価格競争において、制限されるからである。フランチャイジーは、契約上固定された100パーセントの購入義務のため、価格面のそのような不利益に対して、別の購入源泉を開拓することで対応することもできないのである。」

(b) 不当性審査

《結論》

「本件においては、上述の妨害に対する実質的な正当化理由は認められない。」

《基準》

「実質的な正当化理由があるかどうか、または、行為が不当であるかどうかは、自由競争を目標とするGWBの目的設定を考慮した包括的な利益衡量によって決定される。本件では、上述の妨害に対する実質的な正当化根拠は明らかではない。」本件フランチャイザーと本件フランチャイジーの利益の衡量においては「中小企業によるものをとくに視野においた競争の自由を確保するという法の目的が、特別に重要である。」

《排他的購入義務のフランチャイジーへの影響》

本件では、排他的購入義務は、フランチャイジーにとって、経済的に著しい制限である。「というのは、フランチャイジーは、この拘束により、固有の調達源泉を開拓することを禁じられ、自分で購入条件を取り決めることも禁じられ、すなわち、独立の調達政策を行うことを禁じられるからである。これは、独立の商品選択政策における可能性を強く制限する。」

《排他的購入義務と購入利益不払の集積》

フランチャイズ契約における排他的購入義務は、「その義務が、フランチャイズシステムの統一性・好評価〔Ruf〕の保持のために必要であるときは、EC条約81条1項<sup>186)</sup>の適用を受けない。」「しかし、本件では、排他的購入義務が、フランチャイズシステムの統一性および好評価のために必要であるかどうかは、判断をする必要がない。なぜなら、フランチャイザーによって指定された供給者からのみ購入する本件フランチャイジーの義務が、単独で、不当な妨害の観点から審査されているのではなくて、購入義務と、購入利益がフランチャイザーによって留保されることの組み合わせが、審査対象だからである。」

《フランチャイザーの卸売業者としての性格》

本件フランチャイザーはフランチャイジーに対して卸売機能を持つ立場にあるが、「それにもかかわらず、排他的購入義務があるときは、フランチャイジーへの供給から得られた購入条件を保持することは、卸売業者としてのリスクを経済的に填補しなければならないということによっては正当化されえない。というのは、卸売事業者としてのリスクは、フランチャイザーにより、すでに他の方法で、すなわち、『フランチャイズ権の対価としておよび商品取引の展開のための費用充当協力金としての』ロイヤルティによって填補されているからである。」

《フランチャイジーの購入利益への期待》

「フランチャイジーの視点からみれば、本件行為の妨害の効果は甚大である。というのは、フランチャイズシステムに参加するフランチャイジーの決定にとって、すべてのシステムパートナーの需要を集積することから生じる購入利益の問題は、重要な役割を果たすからである。」

(イ) 連邦カルテル庁決定の検討

本件において不当性が審査されたのは、フランチャイジーに排他的購入義務が課せられていたこと、および、購入利益がフランチャイジーに支払

---

186) 既述のとおり、EC条約81条1項は、現行EU機能条約101条1項に相当する。

われなかったこと（以下、「購入利益不払」と表現する。）の二つである。このことは、抗告審・法律抗告審でも変わらない。

連邦カルテル庁は、上に紹介した GWB20条に関する一般的解釈に従い、妨害概念についてはごく広い解釈を行い、不当性の判断については、当事者の利益の包括的な衡量を、競争の自由という法の目的設定を考慮しつつ実施するという基準を用いた。このことも、抗告審・法律抗告審で変更されていない。

(a) 妨害認定・不当性判断

連邦カルテル庁は、まず、本件において、排他的購入義務の賦課と購入利益不払の連動により、フランチャイザーは、つぎのような妨害、すなわち事業者の一方（フランチャイジー）の競争上の活動可能性の侵害を行ったとした。第一に、フランチャイジーにとって、代替的供給者が奪われることによって、より有利な価格・条件による購入ができなくなること、である。第二に、フランチャイジーがフランチャイザーの直営店との競争において不利な立場におかれること、である。第三に、フランチャイジーは、フランチャイズチェーン外の競争者との競争においても不利な条件を強いられること、である。

妨害認定を受けて、本決定は、つぎに、妨害の不当性を当事者の利益衡量によって判断した。ここで、当事者がそれぞれどのような利益を有しているか、そしてそれがどの程度の重要性を有しているかが検討される。

本決定は、排他的購入義務により、フランチャイジーが、固有の調達源泉を開拓し自分で購入条件を取り決めることを禁じられ、独立の商品選択方針において強い制限を受けることを強調する。もっとも、本決定も、一般に、排他的購入義務は、フランチャイズ契約において統一性・好評価を保持するために必要であれば、カルテル法上適法であることを前提としている。しかし、本事案におけるカルテル法違反は、排他的購入義務だけを理由とするものではなく、それと購入利益不払の集積を理由とするものであるとして、排他的購入義務がカルテル法適用の免除を受けるかは、本件において判断する必要がないとした<sup>187)</sup>。これは、本決定の決定的に重要

な点である。なぜなら、抗告審・法律抗告審は、この点の判断を行い、結論として排他的購入義務の競争法上の適法性を認めたからである。さらには、フランチャイジーがフランチャイズシステムに加入するに際し、システム参加者全体の需要を集積することで生じる購入利益は大きな意味を持つ、ということも指摘されている。

これに対してフランチャイザー側の利益は、本件の妨害を正当化するのに十分でないと評価している。すなわち、本件フランチャイザーは、購入利益を引渡さない理由として、自らが卸売業者としてのリスクを負うことを挙げたが、本決定は、卸売業者のリスクにはロイヤルティが充当されると解しうる契約条項があることなどを挙げて、妨害の正当化理由となりえない、とした。この点も、抗告審・法律抗告審と決定的に異なる点である。後にみるとおり、抗告審・法律抗告審は、本件フランチャイザーは卸売業者としてのリスクに購入利益を充当する必要があるとして、フランチャイザーが購入利益を保持する正当な理由を認めたからである。

(b) 購入利益の位置づけ

本決定が行った利益衡量の中で、購入利益はどのような意義を付与されているだろうか。一つは、集積的購入力に由来する購入利益は、フランチャイジーにとってシステム参加への重要な動機となっていることが挙げられている<sup>188)</sup>。これは、約款規制に関する判例（とりわけ②判決（Apollo

---

187) このように、排他的購入義務と購入利益不払の集積をもって、GWB20条の不当性を認定する考え方の中には、ネットワーク理論への接近がみられるという指摘が、ネットワーク理論の主張者でない論者からもされている（Flohr BB 2007, 6, 8, 10. 参照、藤原正則・前掲「ネット契約としてのフランチャイズ契約? (1)」1438頁。）。もっとも、ここでいうネットワーク理論は、排他的購入義務をフランチャイズチェーンというネットワークの基本的要素とみなすBöhnerの説のことである。Teubnerは、排他的購入義務と購入利益不払の集積の効果がGWB違反をもたらすとは論じていない。

188) 藤原正則教授も、本決定を評して、「フランチャイズシステムにFN（フランチャイジー——筆者注）が加入する決定的な理由は、システムによって強化された購買力を利用しての安価な商品の入手であり、しかも、購買力の強化が



事件判決)も指摘していたことである。

決定の文面からは明瞭ではないが、本決定は、購入利益の意義をもう一つ認めるようである。本決定は、本件では、排他的購入義務と購入利益不払の組み合わせがGWB20条に違反することを強調し、これを理由に、本件においては、排他的購入義務を単独で評価すればカルテル法の適用免除があるかどうかは判断する意味がないとした。ということは、本件においては、排他的購入義務は、購入利益不払と組み合わせることで、通常の場合よりも強い活動可能性への侵害効果を持った(したがって、仮に排他的購入義務それ自体は適法であっても、その適法性は無意味である)と判断されていることになろう。しかしながら、どの点において、排他的購入義務が通常の場合より活動可能性を強く侵害していると判断されたのかは、明確ではない。この点は、抗告審・法律抗告審での判断を踏まえたくて改めて検討することとする。

(c) 本決定のインパクト

抗告審・法律抗告審によって覆される前は、本決定は、フランチャイジーが排他的購入義務の拘束を受ける場合に射程が限られるものの、購入利益の引渡請求に法律上の請求権基礎があることを、初めて認めた判断であり<sup>189)</sup>、また、本決定により、私法上の購入利益引渡請求権を明示的には認めていないBGHの扱い方との矛盾がもたらされたと評価されていた<sup>190)</sup>。

---

FG(フランチャイザー——筆者注)に由来するか、FNに由来するかは問題ではないと言い切っている。」と指摘される(藤原正則・前掲「ネット契約としてのフランチャイズ契約? (1)」1438頁)。

189) 上述のように、GWB20条違反が認められれば、フランチャイジーは、同法33条によって差止請求権・損害賠償請求権を得ることができ、また、連邦カルテル庁の決定は、私法上の請求を扱う裁判所を法律上(損害賠償請求のとき)または事実上(差止請求のとき)拘束している。

190) Flohr BB 2007, 6, 8.

(3) ⑤ OLG Düsseldorf WuW 2008, 467 (2008.1.16. Praktiker 事件  
抗告審決定)<sup>191)</sup>

(ア) 決定内容

(a) 妨害の認定

「フランチャイジーは、どの卸売業者・どの供給者から、どの商品を購入するかを自由にすることができないので、競争上の行動自由において侵害を受けている。」

フランチャイジーがフランチャイザーの直営店と競争関係にたつときは、「フランチャイジーの店舗は、フランチャイザー直営店との競争における活動可能性において侵害される。供給者から獲得した購入利益をフランチャイジーに全額は引渡さないことは、直営店の仕入価格がフランチャイジー店舗の仕入価格より低くなるという結果をもたらす。」

これに反し、第三者の店舗との関係では、妨害は確認されえない。

(b) 不当性審査

《結論》

「しかし、この妨害は不当ではない。」

《基準》

「妨害が不当かという問題にとっては、被害を受けた事業者の行動自由が不当に制限され、かつ、それにより、被害を受けた事業者の犠牲によって、法的に許されない方法によって、固有の利益が実現されることとなるかどうかが決定的に重要である。ここにおいて、確定判例によれば、自由競争を目指す GWB の目的設定を考慮した個別事例に関連した包括的な利益衡量がおこなわれるべきである。」

《排他的購入義務の不当性》

確かに、フランチャイジーは、供給者を自由に選ぶことに利益を有するが、「この利益は、本件では、フランチャイジーの排他的購入義務に対す

---

191) 本文中で紹介したように、連邦カルテル庁決定への抗告は、現在は、デュッセルドルフ上級地方裁判所が管轄している。

るフランチャイザーの正当な利益に劣後せざるをえない。」

本件契約の条項によれば、本件システムで扱われる商品の品質統一性が、排他的購入義務により確保されることとなっている。「フランチャイジーの100パーセントの購入拘束は、フランチャイザーに、どの商品がフランチャイズ店舗で販売されているかについて、確認し統制することを可能にする。この方法によって、フランチャイザーは、販売組織の同一性と外観を保護できるのである。本件の購入拘束は、また、5年の契約期間にわたって商品品揃えの全体を対象としているからといって、不相当とされるわけではない。この評価は、委員会規則2790/1999（いわゆる垂直的制限に関する一括適用免除規則）から生じる。同規則の規定は、GWB20条による不当性審査の枠内で参照にされうる。」同規則の適用があれば、「垂直的合意におけるすべての競争制限は、明示的に禁じられていない限り、許容され、したがって EC 条約81条3項<sup>192)</sup>による免除を受ける。」そして、本件契約は、実際に垂直的制限に関する一括適用免除規則を満たしている。

#### 《購入利益不払の不当性》

##### 〈不当性判断基準〉

利益衡量では、「GWBにおいて全体として現れてくる目的を考慮すべきであり、そこには、第一に、一般的な目的、すなわち、市場を開放的に保つという目的が属する。しかし、だからといって、人的規制対象該当者に他事業者の競争を支援する義務が課されることは、原則としてない。市場支配的事業者または市場力のある事業者による妨害が、コンツェルンに属する事業者に対し、コンツェルン外部者に対するものよりも有利な条件を与えることにあるときは、この行為は、通常、不当ではない。」

もっとも、個別事例において、価格構成に関するコンツェルン内部の事象が、競争者間の市場に影響を及ぼすこともありうる。しかし、「価格決

---

192) 既述のとおり、EC条約81条3項は、現行EU機能条約101条3項に相当する。

定自由は、利益衡量において特別に衡量されるべき GWB の自由保護目的にとって、卓越した意義を持っている。」

「したがって、不当性判断は、原則として、行為がすでにほかの法律規定に反し、それゆえすでに、GWB20条4項による利益衡量の枠内においても実質の正当化理由を欠き、または、不当であるとみられうる事例に限られる。このため、価格構成の措置がGWB20条1項の意味で不当なものにあたるのは、価格構成が、人的規制対象該当者によって排除の意図をもって利用されたときか、または、——排除の意図がないとしても——競争における妨害から、有効競争のための構造的条件が非一時的に害される具体的かつ深刻な危険が生まれるとき、すなわち、競争の存続にとって具体的かつ深刻な危険が生じるときに限られる。」

#### 〈購入利益引渡義務は存するか〉

「判例によれば、フランチャイザーは、法律に基づくものとしては、供給者から得た購入利益を全額フランチャイジーに引渡す義務を負ってはいない（①判決（Sixt 事件判決）。）」

#### 〈購入利益不払は、排除意図によるものか〉

購入利益の不払が、フランチャイジーを市場から排除する意図で行われたことは確認できない。本件フランチャイザーは、購入利益不払について、経済的に理解可能な理由を挙げている。まず、購入利益の大部分は、フランチャイザーの直営店の需要力によって生じたものである。それに加え、本件フランチャイザーは、卸売業者としての機能を果たしており、この機能は、購入利益をフランチャイジーに引渡さないという形式で卸売マージンを割増すことで支弁されているのである。

#### 《排他的購入義務・購入利益不払の集積》

「排他的購入義務もフランチャイジーに購入利益を全額は引渡さないことも、それ自体としてみれば、不当な妨害にあたらないとすれば、なぜ、二つの措置の組み合わせからフランチャイジーに対する不当な妨害が生じるというのかは不明である。連邦カルテル庁の法命題、すなわち、100パーセントの購入拘束があるときは、100パーセントの購入利益引渡請求権

が存するという法命題は、全く証明されておらず、理論的審査に耐えない。なぜなら、本件フランチャイザーは、フランチャイジーのための卸売業者としての活動に基づいて、少なくとも購入利益の一部は保持することができるからである。」

(イ) 本抗告審決定の検討

本抗告審決定は、妨害概念や不当性の判断基準などの一般的事項を除き、ほぼ全面的に連邦カルテル庁の判断を覆した。両者の判断が相違する点は多岐にわたる。

(a) 妨害認定・不当性判断

本抗告審決定も、本件フランチャイザーの行為について妨害を認定したが、これは、フランチャイジーが、供給者選択・商品選択を制限されること、および本件フランチャイザーの直営店との競争で不利な条件を強いられることの二点においてである。チェーン外の第三者との競争における行動可能性への侵害は認定されなかった<sup>193)</sup>。このことと並んで、④決定(Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)との対比で注目されるのは、供給者選択・商品選択という行動可能性への侵害は、排他的購入義務によるものであり、直営店との競争における行動可能性への侵害は、購入利益不払によるものであると判断された点である<sup>194)</sup>。ということは、購入利益不払に関する本抗告審決定の判断は、直接には、フランチャイザーが直営店をも展開しているチェーン(デュアルシステムを採用しているチェーン)にだけあてはまる、ということになる。このことは、本稿の関心にとって重要な意味をもつ。

本抗告審決定も、妨害認定を受けて、利益衡量の手法による妨害行為の不当性の判断を行ったが、連邦カルテル庁と決定的に異なる判断をしたの

---

193) 本抗告審決定は、④決定(Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)とは異なり、市場状況の分析を通じて、本件フランチャイジーと同じ市場段階にある第三者との間の競争における活動可能性への侵害は存しないと判断した。

194) これに対して、④決定(Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)は、二つの侵害とも、排他的購入義務・購入利益不払の両者に由来すると判断していた。

は、不当性判断の際、排他的購入義務と購入利益不払を別個に審査し、前者について、EC委員会の垂直的制限に関する一括適用免除規則の適用を認めた点である。本抗告審決定は、排他的購入義務の不当性の審査において、フランチャイジーが供給者を自由に選択できることに利益を有することは認めるが、これは、品質や組織としての同一性・イメージを保護するために排他的購入義務を必要とするフランチャイザーの利益には劣後するとし、その理由として、垂直的制限に関する一括適用免除規則によって、本件の排他的購入義務はEC条約上適法とされることを挙げた<sup>195)</sup>。そし

---

195) 垂直的制限に関する一括適用免除規則（委員会規則2790/1999）は、5条で、「非競争義務」の許容基準を定めているところ、本件のような排他的購入義務も、非競争義務の一形態である。同規則5条a号は、5年以下の非競争義務を許容しているところ、本件の排他的購入義務は、ちょうど5年であった。本抗告審決定は、この基準を当てはめて、本件排他的購入義務は、垂直的制限に関する一括適用免除規則の適用を受けてEC条約上適法であると判断し、かつ、その法的評価を尊重するために、同時に、GWB20条の評価の上でも適法であると判断したのである。垂直的制限に関する一括適用免除規則のうち、関連する部分の訳文を掲げる。

垂直的制限に関する一括適用免除規則（委員会規則2790/1999）（村上政博・前掲書415頁以下を参考にした。）

#### 1条

本規則の目的のために、

(a号省略)

(b) 「非競争義務」とは、購入者が、契約商品又は契約役務と競争関係にある商品又は役務を製造、購入、販売又は再販売することをできなくする、直接又は間接の義務を意味し、又は、購入者が、供給者又は供給者が指名する事業者から、契約商品又は契約役務及び関連市場におけるそれらの代替品について、前歴年における購入の価値を基礎に計算して、購入者の全購入量の80パーセントを購入する直接又は間接の義務を意味する。

(c号ないしg号省略)

#### 2条

(1) EC条約81条3項に基づき、かつ、本規則の各条項に従って、EC条約81条1項は、当該合意の目的のために、生産又は流通系列の異なる段階において事業を行う2つの又はそれ以上の数の事業者の間で行われた契約又は協調行動

て、EC条約上適法であるとの法的評価は、「GWB20条による不当性審査の枠内で参照にされうる」として<sup>196)</sup>、同条上の法的評価としても適法であると解した。この点について、④決定(Praktiker事件連邦カルテル庁決定)は、排他的購入義務と購入利益不払の集積効果を問題とするべきであって、排他的購入義務単独の不当性判断は無意味であるとしてこれを回避していた。

つぎに、本抗告審決定は、購入利益不払の不当性審査を行ったが、ここで、本件が、本件フランチャイザーが、自らも属するコンツェルンの内部の者に対してコンツェルン外部の事業者よりも有利な条件をあたえた事例であることに着目し、利益衡量の際、「人的規制対象該当者に、他事業者

---

であって、当事者が、一定の商品又は一定の役務を購入、販売又は再販売することができる条件に関するもの(以下、「垂直的合意」という)には、適用されないことを宣言する。この免除は、当該合意が、EC条約81条1項の適用範囲に入る競争制限(以下、「垂直的制限」という)を内容とする範囲で、適用される。

(2項ないし4項省略)

#### 5条

2条に規定される免除は、垂直的合意に含まれる義務が次の各号の一に該当するときは、その義務に適用されないものとする。

(a) 期間の定めのない又は期間が5年を超える直接又は間接の非競争義務。5年の期間を超えて黙示的に更新することができる非競争義務は、期間の定めがないものとして締結されたものとみなす。但し、5年の制限は、契約商品又は契約役務が、供給者が所有する土地建物から購入者により販売されているとき、又は、購入者との関係がない第三者から供給者によって賃借された土地建物から購入者により販売されているときは、非競争義務の期間が当該土地建物の購入者による占有期間を超えないことを条件として、適用されないものとする。

(b号、c号省略)

196) 上述のように、一括適用免除規則によってEC条約・EU機能条約上適法とされている行為を、GWB20条を適用して違法とすることは問題であるので、前者における適法であるとの評価を、後者における包括的利益衡量において尊重すべきである、と解されている。

の競争を支援する義務を課することになってはならない」という原則を確認した。これは、④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）には全くなかった視点である。本抗告審決定は、この原則を踏まえて、購入利益不払の不当性基準を著しく高く設定した<sup>197)</sup>。

最後に、本抗告審決定は、購入利益不払について示した判断基準を本件に適用して、排除意図の存否を判断し、これを否定した<sup>198)</sup>。この際、本件フランチャイザーが購入利益を引渡さなかったことは、排除意図に基づくものでなく、別の理由があったという。ここにおいて、本抗告審決定は、もう一つ、④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）と決定的に異なる判断をした。それは、本件フランチャイザーは、その卸売業者としての費用・リスクを支弁するために、自らが購入利益を保持する権利を有する、という判断である。本抗告審決定は、卸売業者として本件フランチャイザーが負担する機能を多数挙げ<sup>199)</sup>、これらの機能を果たすための費用・リスクに充当するものとして、購入利益のフランチャイザーによる保持を正当化した。

(b) 購入利益の位置づけ

本抗告審決定においては、購入利益の意義についても、④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）とは大きく異なる評価がされている。

---

197) すなわち、同決定は、購入利益不払が不当とされるのは、それが他の法律規定に反し、それゆえ本条の利益衡量においてもすでに実質的正当化根拠を欠くものとみられる場合のみであるとした。その例として、購入利益不払が、不利益を被るフランチャイジーを市場から排除する意図をもって行われたか、または、意図はなくても結果的に競争の存続にとって具体的かつ深刻な危険をもたらしたときが挙げられている。

198) なお、競争の存続にとって具体的かつ深刻な危険が存するかは、本件フランチャイジーの経営状況、仕入価格や市場の状況の分析の結果否定されている。

199) すなわち、供給者との条件交渉・供給者からの代金請求に関する事務処理を行うこと、フランチャイジーへの商品送付が適切にかつ商品に瑕疵がない状態で行われることに責任を負うこと、フランチャイジーが倒産したときの債権回収リスクを負うことが挙げられている。



る。本抗告審決定が購入利益の機能に関して明示的に述べているのは、それが、本件においては、フランチャイザーの、卸売業者としての機能に伴う費用・リスクに充当される、ということである。購入利益については、むしろ、フランチャイザーの方に、それを保持する正当な理由があるとされた。購入利益の意義についての本抗告審決定の捉え方は、それ以外に述べられておらず、④決定との比較においてようやく消極的に確認できるだけである。すなわち、④決定は、購入利益不払と排他的購入義務との集積は、排他的購入義務単独でのカルテル法上の評価を無意味にするほどにフランチャイジーへの不利益をもたらすとしたが、このような購入利益の意義を、本抗告審決定は否定するものと考えられる。また、本抗告審決定は、不当性判断のための利益衡量において、フランチャイズシステム全体の購入力を集積から利益を得られることへのフランチャイジーの期待を全く考慮しなかった。これは、②判決(Apollo事件判決)および④決定がそのような期待に重要な意義を与えたことと、顕著な対照をなしている。

(4) ⑥BGH WM 2009, 374 (2008.11.11. Praktiker 事件法律抗告審決定)

(ア) 決定内容

(a) 妨害の認定

妨害の認定については、抗告審決定が維持された。

(b) 不当性審査

《結論》

「しかし、この妨害は、不当ではない。」

《基準》

「不当性の判断においては、個別の事例における関係者のすべての利益に関する包括的衡量が基準となる。競争の自由を目標とする法律の機能を基準として、被害を受けた事業者の行動の自由が不当に制限され、それにより、妨害する事業者の利益が、法的に許容されない態様で、被害を受けた事業者の犠牲のうえに実現されることにならないかどうか審査され

る。」

《排他的購入義務の不当性》

一括適用免除規則による免除があれば自動的にGWB20条の適用が排除されるかどうかは、判断する必要がない。「いずれにせよ、EU法の価値判断は、GWB20条1項の利益衡量において、考慮される。」

「排他的購入義務が、EC条約81条1項の意味での競争制限にあたるかは、判断の必要がない。いずれにせよ、排他的購入義務は、委員会規則2790/1999（——垂直的制限に関する一括適用免除規則を指す。筆者注）によって、EC条約81条1項による禁止を免除される。本契約は、所定の要件を満たせば、垂直的競争制限合意として、委員会規則2790/1999の適用を受けるであろう。」そして、本契約は、実際に同一一括適用免除規則の適用要件を満たしている。

以上により、本件合意がEC条約に反していないのであれば、そのほかの点でも、本件排他的購入義務に「GWB20条1項の意味での不当な妨害が存するという理由は明らかではない。」本件排他的購入義務は、商品品揃えの品質の統一を保持するためとされている。「流通フランチャイズシステムの成果は、流通組織の同一性と外観が保持されることに、本質的に依拠する。というのは、それによってのみ、個別のフランチャイジーは、そこから利益を獲得しうるからである。そのためには、フランチャイザーによる、統一的品質水準の確保が必要となる。」

《購入利益不払の不当性》

〈フランチャイジーの利益〉

「すでに、①判決（Sixt事件判決）において、当審は、フランチャイズシステムにおいて、フランチャイザーが交渉したすべての購入利益を——場合によっては直営店と並んで割当的に——引渡すべきフランチャイジーの法的義務はないと判断している。そのような義務は、個別の事案においてのみ、それぞれのフランチャイズ契約の規定から引き出されている。この契約解釈に際して、当審は、競合する販売者との競争の中における、フランチャイジーの最適な営業成果の達成にとって、有利な購入条件も、そ

してとりわけそれが重要な意味をもつことを重視した」。

〈フランチャイザーの利益〉

「しかし、この利益と、フランチャイザーの利益を比較衡量しなければならない。フランチャイズ契約の構成内容に応じて、フランチャイザーも、自らによって行われるべき付加的な給付について報酬を受けるために、購入利益の一部を保持する正当な利益があるのである。これは、とくに、——流通フランチャイズ契約においては通常のことであるが——フランチャイザーが、卸売業者の機能を引き受けるときに該当する。この場合において、フランチャイザーは、購入利益の一部を保持することについて、自由な価格形成の権利を行使しているのである。」

「この原則に従って、抗告審裁判所は、正当にも、購入利益を全額は支払わなかったことは、GWB20条1項の意味での不当な妨害に当たらないとした。」本件フランチャイザーは、たしかに、卸売業者の各種の機能を果たしており、その機能に伴う費用・リスクは、ロイヤルティによってはカバーされていなかった。

〈その他の考慮事由〉

「本件フランチャイザーは、この方法によって、直営店に、場合によっては、コンツェルンの外部にあるフランチャイジーよりも有利な購入条件を与えうる、ということも、不当性を基礎づけない。なぜなら、何人にも、自己の負担において、他人の競争を支援する義務はないからである。」

「最後に、購入利益がもつばら本件フランチャイザーの直営店の購入力に由来するということも考慮すべきである。抗告審裁判所の認定によれば、フランチャイジーの需要にかかる購入量は、全体売上の1.5パーセント以下である。」

《排他的購入義務・購入利益不払の集積》

「以上から、排他的購入義務の合意も購入利益を全額は支払わなかったことも、GWB20条1項の意味で不当なものにあたらなければ、同じことは、契約関係におけるこれら二つの要素の組み合わせにもあてはまる。」

(イ) 本決定の検討

法律抗告審として本決定は、概ね⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）の解釈を支持して<sup>200)</sup>、その結論を維持した。妨害内容について⑤決定の認定を維持したので、本決定の購入利益をめぐる判断も、直接には、フランチャイザーが直営店を展開しているチェーンにのみ妥当する。

本決定も、⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）と同じように、排他的購入義務と購入利益不払の集積効果が排他的購入義務単独のカルテル上の評価の意味を奪うという考えを斥けて、その二つの不当性を別個に審査した。そして、本決定も、排他的購入義務については、垂直的制限に関する一括適用免除規則を適用し、EC 条約上および GWB20 条上適法であると解した。

本決定は、これも⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）と同様に、購入利益不払の不当性を、利益衡量の手法で検討しこれを否定する結論に至ったが、結論にいたる判断基準や判断の構造にはかなりの違いがある。第一に、⑤決定は、事業者の価格決定自由を重視する立場を鮮明にして、個別の利益衡量に入る前に、予め購入利益不払の不当性に関する判断基準を著しく高く設定する判断手法をとったが<sup>201)</sup>、本決定はこのような手法は採用していない。本決定が行ったのは、考慮要因としての両当事者の利益を指摘し、両者の優先劣後を検討する単純な比較衡量であり、個別の比較衡量に先行する判断基準への言及はない。第二に、⑤決定は、チェーンの集

---

200) すなわち、BGH は、妨害認定については単純に抗告審決定を維持した。排他的購入義務については垂直的制限に関する一括適用免除規則の適用があることを認め、同拘束のカルテル法上の適法性を肯定する判断手法もほぼ⑥決定と同じである。さらに、両者の集積効果が同条該当性を満たすのではないかという点について、BGH は、「購入拘束も購入利益不払も不当な妨害に当たらないのであれば、同じことは、これらの要素を組み合わせたことにもあてはまる。」とだけ述べてこれを否定したが、これも⑤決定とほぼ同じ判断である。

201) ⑤決定は、購入利益不払の不当性が認められるためには、フランチャイジーを市場から排除する意図か、競争の存続に関する具体的かつ深刻な危険が必要であるとした。

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について、これを利益衡量の俎上に乗せることすらしなかったが、本決定は、この期待を利益衡量の考慮要因として明確に挙げている。第三に、本決定は、フランチャイジーのこの利益に対して、卸売業者としての機能を負担する者としての本件フランチャイザーの利益を対置して両者を衡量した。すなわち、卸売業者としての役割を果たしている本件フランチャイザーは、それに伴う費用・リスクを填補するために、購入利益を保持する正当な利益を有するというのである<sup>202)</sup>。

#### (5) **GWB20条上の購入利益不払の評価に関する整理**

購入利益をめぐる GWB20条上の評価がどのように行われるかは、⑥決定(Praktiker 事件決定)にいたって明らかになった。

##### (ア) 妨害認定

④決定(Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)がフランチャイジーの競争上の活動可能性が3点において侵害されると認定したのに対し、⑤決定(Praktiker 事件抗告審決定)・⑥決定(Praktiker 事件決定)は、認定を2点に限定した。すなわち、ひとつは排他的購入義務によりフランチャイジーが購入先・購入商品の選択自由を奪われることであり、もうひとつは、購入利益不払により、フランチャイザーの直営店との競争において不利な条件を強いられること、である。

本件においては、フランチャイジーとフランチャイザーの直営店が競合関係にあること(デュアルシステムがとられていること)が、大きな特徴である。④決定(Praktiker 事件連邦カルテル庁決定)に関してであるが、この競合関係が決定に大きな意義を持った、と指摘されている<sup>203)</sup>。また、

---

202) フランチャイザーにこの正当な利益があること自体は、⑤決定も指摘しているが、同決定は、この利益に、フランチャイザーの排除意図を否定する要因として位置づけを与えており、フランチャイジー側の利益との衡量の対象となる要因としての意味は与えなかった。

203) Giesler ZIP 2006, 1792, 1794.

⑥決定（Praktiker 事件決定）は、⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）とともに、購入利益不払は、本件フランチャイザーの直営店との競争における行動可能性を侵害すると判断した。したがって、⑥決定における購入利益の判断は、フランチャイザーが直営店を展開しているチェーンにだけあてはまる。

（イ）排他的購入義務と購入利益不払の集積効果

④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）は、排他的購入義務と購入利益不払が集積して生じる効果を審査の対象とするべきとし、事案において、排他的購入義務は単独では競争法上の評価を受けないという結論を導いた。⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）・⑥決定（Praktiker 事件決定）は、このような集積効果を認めず、排他的購入義務と購入利益不払について、別個に審査をした。④決定が採用した、排他的購入義務と購入利益不払の集積効果という考え方は、これを認めないことが確定したといえる<sup>204),205)</sup>。

---

204) 連邦カルテル庁が認めたこの集積効果の考え方は、ネットワーク理論から影響を受けたものであると指摘されている（Floh BB 2007, 6, 8, 10）。もっとも、ここでいうネットワーク理論はBöhner 説のことである。⑤決定・⑥決定によって、GWB20条の評価において、Böhner 説のネットワーク理論の視点を応用することも否定されたと考えられる。

205) ⑥決定は、排他的購入義務（購入拘束）と購入利益不払の集積効果が同条該当性を満たすのではないかという点について、「購入拘束も購入利益不払も不当な妨害に当たらないのであれば、同じことは、これらの要素を組み合わせたことにもあてはまる。」とだけ述べてこれを否定したが、単独では違法でない二つの要素が集積した結果、全体として違法性の閾を超えることはありうるので、双方とも単独では適法であるならばそれらが集積しても違法ではないという判示は、一見したところ論理的に不十分であるようにも思われ、その旨の批判もある（Giesler/Güntzel EWIR § 20 GWB 1/09,541 EWIR 2009, 541, 542）。しかしながら、⑥決定のこの判断は正当であろう。というのは、GWB20条の不当性判断は、利益衡量によって行われるからである。排他的購入義務と購入利益不払におけるフランチャイジーへの行動可能性侵害を合計して評価の対象としても、比較衡量においては、もう一方のサイドで、フランチャイザー側の

この違いは何に由来するであろうか。先述したように、欧州委員会（ないし EC 委員会）一括適用免除規則による EU 機能条約（ないし EC 条約）の適用免除は、GWB20条による規制に優先すると解されている。当該行為は、それがすでに一括適用免除規則によって許容される範囲内であると認められれば、GWB20条における評価でも適法とされなければならない。⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）・⑥決定（Praktiker 事件決定）は、この考えに立つものである。これに反し、④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）は、排他的購入義務と購入利益不払が組み合わせられているときは、かりに排他的購入義務だけ評価すれば EC 条約の適用免除の余地があっても、それによる免除の効果は GWB20条上の評価においては意味をもたないと判断した。ということは、④決定は、両者の組み合わせは、単に排他的購入義務だけがある場合に比べて、フランチャイジーの競争上の行動可能性をより強く侵害している、と考えていることとなろう。

しかしながら、④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）からは、排他的購入義務に購入利益不払が組み合わせされると、なぜ、フランチャイジーの競争上の行動自由への侵害が強まるのか、明確とはいえない。推測も交えて④決定の考えを忖度すると、2点を挙げうる。一つは、④決定も強調するように、本件のようなデュアルシステムを採用するチェーンにおいて、フランチャイジーに購入利益が引渡されないときは、それによって直営店との競争において不利な立場に立たされることになる。④決定によれば、そのような不利な立場に立たされていても、フランチャイジーには、より低価格で類似商品を提供する供給者を見つけることができれば、その供給者と取引して競争上の不利を埋め合わせることができるはずであるが、本件においては排他的購入義務があるため、この埋め合わせも不可能になっているという。すなわち、排他的購入義務が、購入利益不払によ

---

事情として考慮されるべき事由も合計して評価の対象となる。すでに、排他的購入義務においても、購入利益不払においても、フランチャイジー側の考慮事由の方がフランチャイジーのそれに優越すると判断されたのであれば、両者サイドのそれぞれの考慮事由を合計しても結果は同じである。

る直営店との関係における競争上の行動可能性の侵害を強化しているという捉え方を読み取りうる。第二に、もともと Böhner が示唆する考え方であるが<sup>206)</sup>、購入利益獲得を意識的に目指しているフランチャイズチェーンにおいては、排他的購入義務は、もっぱら集合的購入力の自動的な形成を強化する機能を果たすのであり、その場合の排他的購入義務は、もはや、同義務の通常目的、すなわちチェーンのイメージ・統一性の保護のためには機能していない、という判断が採用された可能性もある。かりにこの判断が採用されたのだとすると、購入利益の不払は、排他的購入義務の競争法上の適法性を奪うという重要な作用をもつこととなる。

しかし、第一の点に関しては、⑥決定（Praktiker 事件決定）によって、そもそもフランチャイザーも含む事業者は、一般に、自己を犠牲にして他事業者の競争を支援する義務を負わないという理由から、購入利益に関して、直営店とフランチャイジーを別異に取り扱うこと自体が不当ではないと判断された。第二の点に関しては、たしかに、排他的購入義務が一定のチェーンにおいて集合的購入力の維持強化の機能をもつこともありうるが、しかし、その機能とチェーンのイメージ・統一性保持という機能は、矛盾するものではないと考えられる。排他的購入義務が両者の機能を同時に果たす場合、それが集合的購入力の維持強化に奉仕するものであっても、フランチャイジーの行動可能性をさらに強く侵害する作用が検知されない限りは、競争法上の適法性は、なお肯定されるべきであろう。

以上のように、なぜ、排他的購入義務は、これが購入利益不払と組み合わせると、単独で作用する場合に比べて、より強い程度で競争上の行動可能性を侵害するといえるのかは、なお明らかではない。この点の侵害効果が明らかにならない限り、⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）・⑥決定（Praktiker 事件決定）によって行われたように、購入利益不払・排他的購入義務の集積効果を理由とする不当性の評価は、破棄されざるをえないであろう。

---

206) Böhner KritV 89. Jahrgang, 249f.



(ウ) 排他的購入義務の評価

このように、⑤決定(Praktiker 事件抗告審決定)・⑥決定(Praktiker 事件決定)は、排他的購入義務の不当性を単独で評価し、その際、当該事案に一括適用免除規則の適用があることを重視した。そして、排他的購入義務への EC 条約の適用は、同規則に基づいて免除されることを確認し、このことは GWB20条における不当性判断(利益衡量)においても十分尊重されなければならないとして、不当性を否定した。上述のように、一般に、一括適用免除規則によって適用免除を受ける行為は、GWB20条でも適法と解されるべきである、とされている<sup>207)</sup>。

(エ) 購入利益不払の評価

⑤決定(Praktiker 事件抗告審決定)・⑥決定(Praktiker 事件決定)は、購入利益不払を単独の審査対象とした。その際の判断構造は、上述したように両決定において大きく異なる。すなわち、⑤決定は、事業者の価格決定自由を重視する立場を明らかにして、個別の利益衡量に入る前に、予め購入利益不払の不当性に関して著しく高い要求水準を設定する判断基準を立て、その中で、購入利益の意義について判断をした。そこでは、フランチャイジー側の購入利益に対する利害は考慮要因として挙げられず、卸売業者として購入利益を費用・リスクに充当する必要があるという当該フランチャイザー側の要因だけが考慮された。これに反し、⑥決定は、考慮要因としての両当事者の利益を事案から抽出して両者の優先劣後を検討するという単純な比較衡量を行った。すなわち、一方における、チェーンの集会的購入力から生じる購入利益に対してフランチャイジーが抱く期待と、

---

207) もっとも、細かい点であるが、つぎの点を指摘しうる。⑥決定は、排他低購入義務の不当性評価の際、一括適用免除規則が自動的・機械的に GWB20条の評価に優先し、GWB20条の要件の検討が全く不要になるとは解さなかった。一括適用免除規則の適用範囲に入る契約の枠内での行為であっても、あくまで、GWB20条独自の不当性判断(利益衡量)は行うべきであるが、ただ、一括適用免除規則による適用免除は、その不当性判断における重要な評価上の要素として扱われなければならない、とされたのである。

他方における、卸売業者としての機能を負担する本件フランチャイザーの利益の両者を指摘し、その上で両者を衡量し、事案において後者の利益がより優先的保護を受けると判断した。

⑥決定（Praktiker 事件決定）のこの判断構造は、⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）のそれと比べ、購入利益不払の不当性を認定するための要求水準を、より低めるものといえる。というのは、⑥決定の判断構造においては、購入利益不払が不当でない理由は、フランチャイザーの利益が、フランチャイジー側の利益を利益衡量において凌駕することに求められているからである。そして、フランチャイザーにこの正当な利益があることは、とくに当該フランチャイザーが卸売業者としての機能を持っているときにあてはまるといえる。ということは、フランチャイザーが購入利益を保有することに正当な利益を持たないときは、購入利益の不払は不当であるとの評価を受けることになる。そして、フランチャイザーが卸売業者ではない場合において、フランチャイザーが、購入利益を保持するそのほかの理由を説明できないときは、裁判所によって、フランチャイザーに購入利益を保持する正当な利益はなく、購入利益不払は不当であると判断される可能性がある<sup>208)</sup>。したがって、⑥決定の判断構造は、⑤決定のそれと比べ、購入利益に対するフランチャイジーの期待に対して、格段に大きな意義を与えるものといえる。

購入利益不払について GWB20条の不当性を事案において認めないという結論は同じであるにも関わらず、⑥決定（Praktiker 事件決定）がわざわざ⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）の判断構造を変更したのは、場

---

208) Vgl. Böhner in: Metzloff/Liesegang (Hrsg.), Jahrbuch Franchising 2009 (2009), 258, 267f. 同論考では、次のように述べられている。⑥決定の考え方は、フランチャイザーが現実には卸売業者の機能を果たしていたときにのみ通用するのであり、卸売機能を持たないフランチャイザーが、購入義務を課せられたフランチャイジーが指定された供給者のもとで行った購入から生じる購入利益をフランチャイザーが取得することは、「GWB20条1項に基づくより厳格な評価が行われれば、ヨーロッパ法上購入拘束は適用免除を受けても、不当な妨害にあたと解されうる。」

合によっては、購入利益不払が同条違反を問われる余地を残しておくためである、という推測も成り立ちうる。もっとも、実際のところ判例解釈によればどのような場合に購入利益不払について同条違反が認定されるのかは、今後の展開をまたなければ明らかにはならない。

(オ) 購入利益の位置づけ

⑥決定（Praktiker 事件決定）における購入利益の位置づけは、とくに⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）との比較において、浮き彫りになる。一方で、チェーンの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は、利益衡量の要因として認められた<sup>209)</sup>。他方で、卸売業者としての機能を持つ本件フランチャイザーには、購入利益によって卸売業者としての費用・リスクを填補することに正当な利益があると認められた。

今後は、フランチャイザーが卸売業者の機能を兼ねる事案については購入利益不払の不当性を認めない⑥決定（Praktiker 事件決定）の判断が踏襲されるであろうが、そうでない事案については、基本的に、二つの利益（集合的購入力による購入利益へのフランチャイジーの期待と、購入利益を自らが保持することに対するフランチャイザーの利益）の衡量によって、購入利益不払のGWB20条該当性が判断されることとなる。

---

209) 約款規制に関する②判決（Apollo 事件判決）も、同様にチェーンの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を考慮すべきことを認めているが、当該約款条項が購入利益への期待を包含しうるものでなければ、実際の意味を持ちえない（③判決（Hertz 事件判決）はそのことをよく表している。）。ところが、⑥判決は、購入利益への期待を包含しうる条項が存するか否かに関係なく、常に、購入利益への期待は、GWB20条適用上の利益衡量の考慮要因に数えられることを明らかにしているようである。

## 七 法律上の購入利益引渡義務をめぐる BGH の判例の整理

### (1) 判例の整理

以上は、GWB20条該当性の検討である。⑥決定（Praktiker 事件決定）は、同時に、同条の評価の枠内であるが、一般に、購入利益引渡に関する法律上の義務が存するかに関して、これを否定する判断をも示した<sup>210)</sup>。これは、この問題に関する最新の BGH における判断である。ここに至って、購入利益引渡を義務づける法律上の規定は存するか、に関して BGH の現在の立場を整理することが可能になる。

先に整理したように、③判決（Hertz 事件判決）までの BGH 判決において、法律上の購入利益引渡義務を認めた例はなかった。そこで、一方で、すでに⑥決定（Praktiker 事件決定）が出される前から、BGH は法律上の同義務を否定しているとの評価もあった。他方で、そのような評価を批判し、BGH は法律上の同義務を全面的には否定はしていないとする見解も主張されていた<sup>211)</sup>。このように、BGH の立場は、評価の分かれる不

---

210) ⑥決定は、法律上の購入利益引渡義務の存否を検討しこれを否定したが、これは、GWB20条の解釈適用の枠内で示された見解であるにもかかわらず、私法上の義務の存否に関する判断と理解するべきである。なぜなら、本文で紹介したように、GWB20条の該当性は、その立法趣旨に基づいて、当事者の利益に関して、包括的な利益衡量を行うことで判断されているからである。包括的な利益衡量の枠内では、GWB 以外の法律が当事者のどのような利益を保護しようとしているかも、考慮要因として作用する。ドイツの競争法である GWB の条文の解釈において、私法上の義務の存否が判断されたのは、この背景による。

211) すなわち、①判決（Sixt 事件判決）は排他的購入義務を伴わないフランチャイズ契約しか射程に置いていないので、同義務を伴うフランチャイズ契約には同判決の判断は妥当しないとの指摘があり、また、③判決（Hertz 事件判決）は、一般的な判示を避け、適用が主張された条文（667条）の要件が当該事例で満たされていないことを理由として購入利益引渡義務を否定したので、むしろ、一般的な類似案件では同義務を認める余地を意図的に残したとの読解も提

確かな部分を残していた。

しかし、排他的購入義務のある事案を扱った⑥決定 (Praktiker 事件決定) において、BGH は、個別事例においてそもそも BGB 条文の要件が欠けているという特殊事情があるか否かを問わず、一般的に、購入利益を引渡すフランチャイザーの法律上の義務はないという解釈を示した。同決定を踏まえると、BGH は、購入利益を引渡す義務は、法律上のものとしては存在しないと解していると考えられる。そして、つぎに整理するように、現在では、解釈論議においても、BGH の立場に関してそのような理解をすることが一般的である。

上述したように、契約上の義務とは別に法律上購入利益引渡義務を基礎づける見解としては、BGB667条を根拠とするものと、ネットワーク理論に依拠するものがある。BGH は、両者とも否定するものと考えられる<sup>212)</sup>。なぜなら、これらの学説は法律上の購入利益引渡義務を基礎づけるようとする解釈であるところ、BGH は、その義務を否定する結論をとったからである。もっとも、BGH の判断において明確なのは結論だけであり、どのような理由でこれらの学説が採用されえないと判断されたのかは、明らかではない。

## (2) 判例の立場をめぐる見解

③判決 (Hertz 事件判決) をめぐっては、同判決が法律上の購入利益引渡義務を否定する趣旨か否かについて見解が分かれていたが、⑥決定 (Praktiker 事件決定) 以降は、判例は同義務を否定しているとする見方が支配的である。

Prasse は、判例は、すでに、①判決 (Sixt 事件判決) から法律上の引渡義務を否定しているとする<sup>213)</sup>。Flohr は、③判決 (Hertz 事件判決) に

---

唱されていた。

212) Flohr は、とくに、③判決 (Hertz 事件判決) によって、ネットワーク理論は退けられたと評している (Flohr BB 2006, 1074, 1075)。

213) Prasse, MDR 2004,256. 同論考では、次のように述べられている。「①判決

において、判例は法律上の引渡義務を否定する立場を固めたと理解している<sup>214)</sup>、<sup>215)</sup>。Liesegang も、③判決とデュッセルドルフ上級地方裁判所2006

---

（Sixt 事件判決）の核心は、払戻金の引渡は、個別のフランチャイズ契約の中に、それに対応する契約上の合意があるときだけ生じる、ということである。」「BGH は、したがって、引渡義務をフランチャイズ契約によって対象とされている購入利益に限定したのであり、この関連で、これ以上の、購入利益の全額をフランチャイジーに引渡す義務は、法律からは生じないということを明らかにした。」これによれば、フランチャイジーに払戻金を引渡す義務が生じるのは、個別のフランチャイズ契約の中に、フランチャイザーに対して購入利益の譲渡を義務付ける条項があるときだけである。「BGH は、②判決（Apollo 事件判決）において、改めて、誤解の余地なく、フランチャイザーの購入利益引渡義務は、契約規定のみが根拠となることを明らかにした。仮に、BGB の委任規定から請求権が生じるという学説に従ったのであれば、BGH は、これほど詳細に、フランチャイズ契約の約款解釈に取り組む必要はなかったであろう。」

214) Flohr BB 2006, 1074. この論考では、次のように述べられている。「すでに、①判決（Sixt 事件判決）において、それに続いて②判決（Apollo 事件判決）においても、フランチャイジーのために、そのような購入利益の引渡を求める法律上の請求権は存しないことを BGH は明らかにしてきた。決定的なのは、むしろ、個々の契約の内容構成である。」「この原則を、③判決（Hertz 事件判決）は変更していない。BGH が強調しているのは、購入利益の引渡を求める法律上の請求権は存せず、せいぜい、契約上の請求権がフランチャイズ契約から生じうるだけである、ということである。」Ders. BB 2007, 6. この論考では、次のように述べられている。「③判決（Hertz 事件判決）は、①判決（Sixt 事件判決）にはじまり②判決（Apollo 事件判決）を経て継続してきた、購入利益をめぐる観察方法を仕上げた。私法上は、つぎの原則が妥当する。フランチャイズ契約が購入利益の引渡に関する条項を持たないときは、フランチャイザーの相当する給付義務は存しない。法律上の請求権は、フランチャイザーに対して生じない。」

215) Flohr は、⑥決定（Praktiker 事件決定）を受けて、改めて、購入利益引渡請求権を根拠づける法的基礎は判例において認められていないことを確認している（Flohr BB 2009, 2159, 2164.）。同論稿では、次のように述べられている。⑥決定は、「フランチャイズシステムおよびフランチャイズ契約の内容構成に必要な法的安定性を、フランチャイジーへの購入利益の引渡に関してもたらした。従来、購入利益およびそのフランチャイジーへの引渡に関する問題は、

年判決を挙げて、同様の見方を示している<sup>216)</sup>。

Giesler は、かつて、③判決 (Hertz 事件判決) は、法律上の引渡義務について判断を留保しているのものであって、同義務の法律上の基礎づけが否定されているのではないと強調していたが<sup>217)</sup>、⑥決定 (Praktiker 事件決定) を受けて、BGH は、同決定によって、法律上の引渡義務は存しないという立場を明らかにしたと述べている<sup>218)</sup>。

---

決着がついたとみなされる。購入利益の引渡を求めることに法律上の基礎は、存しない。せいぜい、契約上の基礎がありうるだけである。しかし、その基礎は、直接にせよ、または、解釈を通じてにせよ、締結されたフランチャイズ契約から生じなければならない。』

- 216) Liesegang, in: Flohr/Erdmann (Hrsg.), Jahrbuch Franchising 2008 (2008), 154. 同論考では、つぎのように述べられている。「BGH の③判決 (Hertz 事件判決) と2006年12月13日デュッセルドルフ OLG の判決により、確実な認識として、原則として引渡義務は存しないことが通用しているといえよう。これと異なることが妥当しうるのは、これと異なる定めをする契約上の合意が、明示的または黙示的に存するときに限られる。」
- 217) Giesler ZIP 2006, 1792, 1794. 同論考では、次のように述べられている。③判決 (Hertz 事件判決) において、購入利益の「引渡請求権が、BGB675条, 666条, 242条, 667条から生じうるか否かは、再度、回答されなかった、とみることが正確な観察である。」同判決は、「そのような請求権は、第一被告 (フランチャイザー) が購入利益を受け取っていないという理由により、考慮されない、としたのである。」Vgl. auch Giesler, in: Giesler/Nauschütt, Franchiserecht (2. Aufl., 2007), 437. 同書では、次のように述べられている。③判決 (Hertz 事件判決) も「最終的な明確性をもたらさなかった。フランチャイジーに法律上の請求権が存するか否かの問題については、最終的な見解表明がされなかった。」
- 218) Giesler/Güntzel EWIR § 20 GWB 1/09, 541 EWIR 2009, 541. 同論考では、次のように述べられている。BGH が、⑥決定 (Praktiker 事件決定) において「私法上の状況の明確化に貢献したことは、本決定における積極的な点である。同決定の理由づけにおいて、①判決 (Sixt 事件判決)、②判決 (Apollo 事件判決)、③判決 (Hertz 事件判決) が引用されている。このとき、BGH は、①判決において、すべての購入利益を引渡すべき法律上の義務はない、と判断されていることを強調している。そのような義務は、個別の事例において、それぞ

③判決（Hertz 事件判決）以後、⑤決定（Praktiker 事件抗告審決定）前に出されたデュッセルドルフ上級地方裁判所2006年判決も、BGHは、法律上の購入利益引渡義務を否定する立場であると理解している<sup>219)</sup>。同上級地方裁判所は、⑥決定（Praktiker 事件決定）以後の、2011年にも同旨の判決を出した<sup>220)</sup>。

以上の見解に反して、Böhnerは、フランチャイザーの購入利益引渡義務を個別事案において否定した③判決（Hertz 事件判決）は、むしろ逆に、BGBの適用による法律上の引渡請求権を承認する方向を示しているという<sup>221)</sup>。もっとも、Böhnerは、近時の論考において⑥決定（Praktiker

---

れのフランチャイズ契約からのみ引き出されうる、というのである。」

- 219) OLG Düsseldorf BB 2007, 738 (2006.12.13), 739. 同判決は次のように述べる。「被告の購入利益引渡義務は、フランチャイズ契約の本質からも、フランチャイズネットワークからも生じない。」①判決（Sixt 事件判決）において、「BGHは、明示的に、購入利益の引渡は、フランチャイザーの自由意思による給付であると確認している。」「ここで含意されているのは、購入利益の引渡義務を契約上負うか否かは、フランチャイザーの自由意思によるということである。すべてのフランチャイズ契約に内在する購入利益引渡義務は、したがって、存在しない。」
- 220) OLG Düsseldorf IHR 2011, 253 (2011.4.6), 254f. 同判決はつぎのように述べる。「フランチャイズシステムにおいて、フランチャイザーが交渉した購入利益を、すべての範囲で、フランチャイジーに返還するべき法律上の義務は存せず、また、フランチャイザーが開発した購入ルートにおける購入から生じるすべての利益をフランチャイジーに交付するべき法律上の義務も存しない（⑥決定（Praktiker 事件決定）、①判決（Sixt 事件判決）、デュッセルドルフ上級地方裁判所2006年判決。）」「この法律上の前提状況のもとでは、購入利益返還義務は、個別の事例において、フランチャイズ契約自体からしか生じえない（⑥決定、①判決、デュッセルドルフ上級地方裁判所2006年判決参照。）」なお、同判決は、周到にも、法律上の購入利益引渡義務が、BGBの規定（事務処理契約規定、事務管理・不当利得の規定）から生じるか、GWB20条違反を理由として生じるかをつぶさに検討し、これらをすべて否定している。
- 221) Böhner WRP 2006, 1089, 1092. 同論考では、次のように述べられている。③判決（Hertz 事件判決）では、たしかに、BGBに基づく購入利益引渡請求は否定された。しかし、当該事案において適用要件が存しなかったという理由によ



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(3・完  
事件決定)を扱いつつも、判例は⑥決定後もなお法律上の引渡義務を肯  
定する余地を残しているとみうるかどうかには、言及していない<sup>222)</sup>。

## 八 購入利益の扱いを検討するときの留意点

以上のドイツの判例の展開から、購入利益の問題を扱う際の留意点を引  
き出して、本稿を閉じる。

### (1) 購入利益の扱いをめぐる考慮要因

#### (ア) 購入利益に対するフランチャイジーの期待

BGHが行った約款解釈およびGWB20条該当性の審査では、フラン  
チャイズシステム全体の購入力を集積(集積的購入力)から利益を得られる  
ことへのフランチャイジーの期待が考慮されている。すなわち、②判決

---

り「当該の個別の事案において、そのような請求権が考慮されなかったとい  
うだけである。なぜなら、Hertz(フランチャイザー)自身は、購入利益の交渉  
をしていなかったからである。購入利益は、Hertzに渡されていなかったの  
である。」原審の控訴審裁判所は請求を認めていたが、BGHが請求を否定したの  
は、この理由によるのである。「この点に依拠して、判例が、つぎのような判  
断をする方向に展開するという予想が可能である。すなわち、具体的な契約上  
の購入利益引渡義務はフランチャイザーによって引受けられていないが、フラ  
ンチャイザーは、純粋に事実上、供給者におけるフランチャイジーの購入に基  
づいて購入利益を得て、これを保持していたときは、受領されたものについ  
て、根拠の明確な[schlüssig]法律上の請求権が生じる(BGB675条1項、  
666条、667条)。」Vgl. auch Böhner KritV 89.Jahrgang, 250. 同論考では、次のよ  
うに述べられている。「フランチャイザーがシステムに必要な対象の購入の際、  
フランチャイジーを支援すべき義務を明確には負っていない場合において、  
しかしながらフランチャイザーが実際には、購入利益を取り決め、受け取っ  
ているときは、いずれにせよ、BGB675条、667条、HGB384条2項類推によ  
って、受領された購入利益の引渡義務が示される。このことは、③判決(Hertz  
事件判決)におけるBGHの判例で、すでに生じている。」

222) Böhner in: Metzlauff/Liesegang (Hrsg.), a. a. O., 258.

（Apollo 事件判決）は、この考慮に基づいて、事案における当該約款条項は購入利益引渡義務を含むと解した。また、⑥決定（Praktiker 事件決定）は、集合的購入力に由来する購入利益への期待を、事案における約款の内容を問わずに、GWB20条の違法性評価としての利益衡量における考慮要因とした<sup>223)</sup>。このように、ドイツの判例において、集合的購入力に由来する購入利益へのフランチャイジーの期待は、約款規制・GWB 規制上、大きな役割を果たしていることが分かる<sup>224)</sup>。

日本における同様の問題を考えるときも、この期待は考慮されるべきかどうか、考慮されるとして、その考慮をどのような法的制度の枠組内で行うか、検討を要しよう。

しかしながら、購入利益へのフランチャイジーの期待が、一定の法的枠組みにおいて考慮されうる前提として、ドイツ特有の法解釈ないし法制度があることに、十分な注意を払わなければならない。すなわち、約款解釈に基づいて、場合によって契約上購入利益引渡義務を認めるという扱いは、客観的解釈という確立した約款解釈手法を前提としてはじめて可能になる。上述のように、客観的解釈においては、個別的事業者の現実の意思ではなく、「通常その種の取引に参加する関係者領域の利益を考慮したうえで誠実な契約相手方が行う、典型的な理解」が解釈の基準となる。すなわち基準となるのは、証拠から明らかになる当事者の意思に狭く限定され

---

223) もっとも、⑥決定（Praktiker 事件決定）の購入利益不払に関する判断は、直接には、フランチャイザーが直営店をも運営するチェーン（デュアルシステム）を対象とするものである。

224) この期待が考慮された結果、約款解釈によって契約上の購入利益引渡義務が認められることもあり（②判決（Apollo 事件判決））、GWB 上の違法性判断において、購入利益の不払が違法と解されることもある（④決定（Praktiker 事件連邦カルテル庁決定）。また、⑥決定（Praktiker 事件決定）も、当該事案においてはGWB20条の適用を否定したが、異なる事実関係に関しては、利益衡量の結果によっては同条が適用される余地を残した。）。これらの場合は、法律上の義務として購入利益引渡義務が存するか否かとは関係なく、フランチャイジーへの購入利益の支払が法的に強制されることとなる。

ず、一般的・平均的な理念像としてのフランチャイジーが抱く通常理解である。これによって、はじめて、契約締結時のフランチャイジーの期待が、現実の当事者の意思からは独立して考慮されるのである。

また、GWB20条上の評価において、フランチャイジーの集合的購入力への期待が考慮要因とされることも、同条が、規制対象行為の不当性の評価において、利益衡量という手法を採用していることに由来する。上述のように、同条は、事業者の競争上の活動自由ないし行動自由それ自体を保護するために、それを害しうる市場的地位を有する事業者を広く人的規制対象として設定し、その者の行為の適否を包括的な利益衡量によって審査するための制度である。そして、その利益衡量においては、競争の自由というGWBの目的に関連性がある限りは、原則として、個別の事例におけるあらゆる当事者の利益が考慮要因となる。このような枠組においては、当事者が契約時に抱いていた利益を考慮要因として取り込むことに、さしたる困難はない。

これらのドイツ特有の法律上の背景は、問題の検討の際、強く意識しなければならない。

(イ) その他の考慮要因

購入利益を引渡さないことに関するフランチャイザー側の利益としては、GWB20条の評価をめぐる⑥決定(Praktiker事件決定)において、フランチャイザー付加的給付を行うときは、購入利益を自らに留保する正当な理由があるとされた。そして、具体的には卸売業者としての機能を持つフランチャイザーには、その機能に伴う費用・リスク填補のために購入利益を用いる利益が認められている。しかし、卸売業者としての機能を果たすこと以外のもので、どのような付加的給付がフランチャイザーによる購入利益の保持を正当化するかは明らかではない。

フランチャイザーが直営店をも大規模に展開している場合は、購入利益の不払により、フランチャイジーが、直営店との競争において不利な立場に立たされることも、判例において指摘されている。③判決(Hertz事件判決)はこのことを考慮要因に挙げている。しかし、⑥決定(Praktiker

事件決定）は、GWB20条の不当性評価としての利益衡量において、フランチャイザーに、自己の直営店を優先的に扱うことを許している。

## （2）どのような法的枠組に依拠するべきか

ドイツの判例からはこれらの考慮要因を取り出すことができるが、これらを、日本における解釈として、どのような法的枠組において、どのような位置づけで用いるべきかは、慎重な検討を要する。

本稿が紹介してきたように、ドイツでは、法律上の購入利益引渡義務の存否と関係なく、一方では約款解釈において、他方では競争法（GWB20条）の解釈において、集合的購入力による購入利益への発生に対するフランチャイジーの期待が考慮されており、場合によっては、この考慮に基づいて、購入利益の引渡が法的に強制される余地もある。まずは、このような扱いが、日本法の解釈においても可能かを検討するべきであろう。その後、法律上の購入利益引渡義務の存否を考えなければならない。

本稿は前者の作業を行い、後者の検討については別稿を予定している。

### （ア）約款解釈（客観的解釈）による契約条項の意味内容の拡張

ドイツの判例と同様に、約款に関する客観的解釈を行って、約款内容によって、契約上の購入利益引渡義務を認めることが、日本法の解釈としてもできるであろうか。

約款に関して客観的解釈を行うべきことは、日本においても伝統的通説であると指摘されているので<sup>225)</sup>、この方向の処理も不可能ではないであろう。しかし、私見は、これは困難であると考えられる。第一に、現時点では、日本の判例においては、客観的解釈を行うことが確定的法理となっているとはいえないと考えられる。第二に、日本における客観的解釈論とドイツのそれは、つぎの点において重要な違いがあると思われる。すなわち、日本における客観的解釈論が主張するのは、標準的な理解力を有する平均的な契約相手方が行う理解を基礎として約款を解釈するべきであっ

---

225) 上田誠一郎・前掲書245頁。

て、一方で、個別の契約相手方が標準的な契約相手方の平均的理解と異なる解釈をしても、他方で、約款使用者が約款作成段階において文言に現れない特別な意味を込めていたとしても、これらの個別事情は、原則として考慮すべきでないということである<sup>226)</sup>。ところが、ドイツにおける客観的解釈は、この個別事情の原則的不考慮に加えて、契約の内容・特徴を踏まえれば平均的・標準的な契約相手方が抱く期待を考慮し、この考慮に基づいて、場合によって、約款文言には一義的に含まれない契約相手方への利益付与を帰結することもある。これは、客観的解釈に基づく平均的契約相手方の理解への照準と、不明確な約款条項に関して約款使用者にとって不利益な解釈が法定されていること(305条c第2項)とが相まって、契約相手方に利益をもたらす拡張解釈を導いているということである。日本の客観的解釈論は、同解釈がこのような拡張解釈の機能を果たしうることの是非まで視野にしているものではない。第三に、第二点に含まれていることであるが、ドイツにおける客観的解釈が契約相手方にとっての拡張解釈をもたらすことがあるのは、不明確な約款条項に関する「約款使用者にとって不利益な解釈」準則が法定されているからであるところ、同準則については、日本においては、「明文の規定はなく判例においてもいかなる類型の不明確条項解釈準則も確立していない。」<sup>227)</sup>したがっ

226) 個別事情が考慮される例外をどの範囲で認めるべきかには、種々の見解がある。山下友信教授は、約款を用いた契約締結の全事情を考慮して具体的合意が認定される場合に、その具体的合意に基づく解釈が客観的解釈に優先するとされ(山下友信「普通保険約款論(5・完)」法学協会雑誌97巻3号(1980年)333頁以下)、大塚龍児教授は、顧客の動機と目的が、約款を用いた契約締結の際に「表示され、約款内容となっている限り」当該契約の解釈で考慮される(すなわち、客観的解釈に優先する)とされる(「約款の解釈方法」加藤一郎=米倉明編『民法の争点 II』(新版、1985年)所収91頁。)。これに反して、吉川吉衛教授は、「特別約款」「特約」がない限り、客観的解釈への例外を認めない(「普通取引約款の基礎理論(2)」保険学雑誌484号(1979年)116頁以下。なお、川島武宜『民法総則』(1965年)208頁以下も同旨か。)

227) 上田誠一郎・前掲書191頁。

て、②判決(Apollo事件判決)と同様の解釈を日本で行うのは極めて困難であろう。

(イ) 独占禁止法規定

⑥決定(Praktiker事件決定)は、当該事案の購入利益不払に対してGWB20条の適用を否定したが、事案を異にする場合は(とくに、フランチャイザーが卸売業者の機能を兼ねていない場合は)、利益衡量の結果によっては同条該当性が認められる余地を残している。④決定(Praktiker事件連邦カルテル庁決定)や⑥決定を参考にして、購入利益不払の競争法上違法とする解釈は、日本法の解釈として可能であろうか。

(a) Praktiker事件を参考にする際の注意点

この検討の際まず注意を向けるべきは、GWB20条の特質と、Praktiker事件の事案的特徴である。前者は、いかえれば、④決定(Praktiker事件連邦カルテル庁決定)や⑥決定(Praktiker事件決定)は、なぜ、法律上の購入利益引渡義務を認めないままに、集合的購入力を背景にした購入利益の発生へのフランチャイジーの期待をGWB20条に基づく違法性判断における考慮要因としえたのか、という問題である。その理由は、同条の違法性判断が包括的な利益衡量によって行われているからである。本稿で示してきたように購入利益を取得することについては、フランチャイジーは、法律上の権利を有しないものと考えられている<sup>228)</sup>。しかし、包括的な利益衡量の枠内においてなら、独立の法律上の保護が認められていない期待・利益でも、考慮要因として作用しうるのである。このような包括的利益衡量によって違法性を判断することが、GWB20条の特質である。

Praktiker事件の事案的特徴とは、同事案のフランチャイザーは直営店とフランチャイジー店舗を並行的に展開するデュアルシステムを採用していたことである。そして、それを前提に、⑤決定(Praktiker事件抗告審決定)および⑥決定(Praktiker事件決定)は、購入利益不払というフラ

---

228) もっとも、本稿で紹介したように、判例上、約款解釈による権利発生之余地は認められている。

ンチャイザーの行為に、フランチャイジーに対する「妨害」を認定した。すなわち、購入利益不払により、フランチャイジーが、フランチャイザーの直営店との競争において不利な条件を強いられることが妨害にあたると解されたのである。したがって、⑥決定はGWB20条の解釈において購入利益に関するフランチャイジーの期待を考慮要因としたが、この判断は、直営店を展開するフランチャイズチェーンにしかあてはまらない。

(b) 独占禁止法上の評価

以上のことを十分に踏まえると、⑤決定(Praktiker事件抗告審決定)や⑥決定(Praktiker事件決定)を参考にして、日本の競争法である独占禁止法の適用によって、日本のフランチャイズチェーンにおける購入利益不払を違法とすることは、つぎに検討するように、極めて困難であると考えられる。

(i) GWB20条に相当する制度は存するか

まず、独占禁止法に、GWB20条が定める制度に相当するものは存するかを考えなければならない。すなわち、同条は、比較的広い範囲で人的規制対象該当者を設定し、これに当たる者を名宛人として妨害・不平等取扱にあたる行為を広く禁じ、その違法性に関して包括的利益衡量をもって判断することを内容とする制度であるが、独占禁止法において、これに相当するものは存するだろうか。独占禁止法の規制体系を概観すれば、GWB20条に相当する制度はなく、唯一、不公正な取引方法の禁止における優越的地位の濫用規制だけが、類似の機能を果たしうることが分かる。

独占禁止法によって違法とされるのは、実質的な競争制限効果をもつ、または、公正競争阻害性をもつ行為または構造だけである<sup>229)</sup>。一般的な解釈では、つぎのように解されている<sup>230)</sup>。競争制限効果・公正競争阻害

---

229) 実方謙二『独占禁止法』(第3版, 1995年)75頁以下, 根岸哲=舟田正之『独占禁止法概説』(第4版, 2010年)37頁。

230) 実方謙二・前掲書75頁以下・171頁・246頁以下, 根岸哲=舟田正之・前掲書48頁以下, 202頁以下, 金井貴嗣ほか編『独占禁止法』(第3版, 2010年)30頁

性は、原則として、市場支配力による競争の不存在・自由競争の滅殺または能率競争の侵害をその内容とするとされ、例外的に、優越的地位の濫用規制のみについて、その公正競争阻害性は、自由競争基盤の侵害に求められている。そして、競争の不存在・自由競争の滅殺は、価格その他の取引条件を支配する市場支配力の形成・維持・強化ないしそのような支配力の萌芽的形成によってもたらされるとされ、能率競争の侵害とは、良質廉価な商品・役務の提供による競争を不公正な手段で妨害することであるとされている。そうすると、優越的地位の濫用禁止以外の規制類型の場合、実質的な競争制限・公正競争阻害性は、市場支配力の形成・維持・強化（またはそのおそれ）が存するか否か、または用いられた競争手段が能率競争を妨害するものであるか否かで判断される。ここに包括的な利益衡量による判断を介在させる余地はない。したがって、購入利益に対するフランチャイジーの期待が害されたことを考慮要因の1つとして包括的な利益衡量を行うことは、日本の独占禁止法上の違法性判断としては、極めて困難であろう<sup>231)</sup>。

(ii) 優越的地位の濫用禁止（独占禁止法2条9項5号）への該当性

したがって、購入利益の不払を日本の独占禁止法上違法とするために考えうる法的枠組みは、同法2条9項5号の優越的地位の濫用に限られよう。なぜなら、この規制は、一般的な解釈によれば、公正競争阻害性を自由競争基盤の侵害に求める唯一の規制類型であるとされている<sup>232)</sup>からである。そして、フランチャイザーについてフランチャイジーに対する優越

---

以下（泉水文雄執筆）。

231) ただ、フランチャイザーが直営店を運営しており、これとフランチャイジーが競争関係にある場合において、フランチャイザーが、購入利益を、直営店をフランチャイジーとの販売競争において支援するために用いるとき（値引き販売の資金にする方法が考えられる）は、競争手段としての公正さが問われる。

232) 実方謙二・前掲書249頁・337頁以下、根岸哲＝舟田正之・前掲書205頁・292頁以下、金井貴嗣ほか編・前掲書32頁（泉水文雄執筆）・332頁以下（金井貴嗣執筆）。



的地位が認められることは、まれではない<sup>233)</sup>。したがって、同号への該当性は検討を要する。

しかしながら、購入利益の不払に独占禁止法2条9項5号を適用するのは、第一に行為要件該当性の点で障害があり、第二に、公正競争阻害性の判断においても、GWB20条の解釈・運用におけるのとは異なり、利益衡量によるとの手法は確立していないという問題がある。第一の問題とはつぎのことである。購入利益の不払が該当する可能性のあるものは、独占禁止法2条9項5号口における「その他の経済上の利益を提供させること」、および、同号ハにおける「取引の相手方に不利益となるように……取引を実施すること」である<sup>234)</sup>。購入利益の不払がこれらに該当するためには、独占禁止法の違法性判断の前に、購入利益はフランチャイジーに帰属するべき財貨であるという法的評価が先に存在しなければならないと考えられる<sup>235)</sup>。この法的評価を行わずに、購入利益が得られることに対するフラ

233) 周知のとおり、公正取引委員会は、あるコンビニエンスストアフランチャイズチェーンについて、フランチャイザーはフランチャイジーに対して優越的地位を有すると認定した(セブン-イレブン・ジャパン事件。公取委排除措置命令平成21・6・22審決集56巻第2分冊6頁)。

234) 購入利益の不払が同号イに該当しないことは明らかである。また、購入利益の不払は、当事者の一方が一定の利益の引渡しを他方に対して拒絶することであるから、同号ハのうち、取引条件の設定・変更には該当しない。

235) まず同号口では、相手方に対して、「経済上の利益を提供させること」が要求されている。ここでは相手方が保有する「経済上の利益」が、相手方の意思に反して奪われることが行為要件として求められているのである。そうすると、この行為要件が満たされるには、独占禁止法上の評価に先行して、その「経済上の利益」は、本来相手方に帰属するべきのものであって相手方から理由なく奪われてはならないものであるという法的評価が存しなければならないと考えられる。そして、同号ハには、たしかに、広く「取引の過程において相手方に不利益となる行為をすること」が含まれる(田中寿『不公正な取引方法新一般指定の解説』(1982年)92頁。同旨、経済法学会編『独占禁止法講座Ⅴ不公正な取引方法〔上〕』(1985年)286頁(戸塚登執筆))。しかし、購入利益の不払が、フランチャイジーにとって「不利益」にあたるといえるためには、ここでも、先行して、そもそも購入利益はフランチャイジーが享受するべきも

ンチャイザーの「期待」が満たされなかったことをもって、独占禁止法2条9項5号ロないしハの行為要件充足を認めることには無理があろう<sup>236)</sup>。第二の点は、つぎのとおりである。独占禁止法2条9項5号の公正競争阻害性については、その内容を自由競争基盤の侵害に求めるべきとの理解を背景に、「当事者間の依存関係を前提として初めて可能となる程度の抑圧的な取引条件」<sup>237)</sup>か否か、「本来、相手方の自主的な判断によって決定すべき事項について行為者が介入する行為」<sup>238)</sup>であるか否かを基準にして判断すべきとされ、この判断は個別の事案ごとに行われる<sup>239)</sup>。しかし、この判断基準を利益衡量によって具体化するべきであるとの処理は確立し

---

のであるという法的評価が存しなければならないであろう。なぜなら、そのような法的評価が存しなければ、購入利益の不払とは、フランチャイジーが、もともと自己に帰属することを法的に主張できない利益の引渡を拒絶されるという事態にすぎず、このことを「不利益」とみることは困難であるからである。優越的地位の濫用にあたるのは、行為者が、優越的地位を利用して、本来なら相手方に帰属し相手方がその使用・処分について自由を有すべき財貨を奪う場合に限られるべきであろう。

236) もちろん、購入利益が法律上本来フランチャイジーに帰属するものであるにもかかわらず、フランチャイザーがこれをフランチャイジーに引渡さないのであれば、独占禁止法2条9項5号ロないしハの行為要件は充足されよう。しかし、購入利益が法律上フランチャイジーに帰属するべきであるというのは、とりもなおさず、フランチャイジーに法律上購入利益の引渡請求権があるということである。そうすると結局、問題は、そもそも独占禁止法による評価以前に、法律上フランチャイザーに購入利益引渡義務は存するか、ということに帰着してしまう。

237) 実方謙二・前掲書341頁。類似の表現として、根岸哲＝舟田正之・前掲書293頁。

238) 実方謙二・前掲書342頁。類似の表現として、金井貴嗣ほか編・前掲書335頁（同執筆）。

239) 田中寿・前掲書90頁、金井貴嗣ほか編・前掲書335頁（同執筆）、公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」（2010年）第1・1、第3。この点は、具体的事案毎に不当性を検討しているGWB20条の解釈に類似する。

ていないのである<sup>240)</sup>。

さらに、⑥決定(Praktiker 事件決定)の購入利益不払をめぐる判断は、上述したように、デュアルシステムを採用するチェーン(フランチャイザーが直営店をも運営しフランチャイジーがそれと競合しているチェーン)にだけあてはまるものであるところ、このような運営は、日本のフランチャイズチェーンにおいて、必ずしも一般的ではないのではなかろうか。すなわち、購入利益の不払いに独占禁止法2条9項5号を適用する際の上記の障害が克服されたとしても、デュアルシステムではないチェーンについて、⑥決定の判断を参考にすることはできないのである。

### (iii) 結 論

以上の考察によれば、そもそも、⑥決定(Praktiker 事件決定)のように、購入利益の不払を競争法上の評価として当事者の利益衡量に基づいて審査することは、日本の解釈としては極めて困難である。仮にそれができても、デュアルシステムを対象とした⑥決定の判断は、直ちには参考にならない。

---

240) 判断基準の具体化の方法が論じられることは少ない。これについて触れる文献としては、つぎのものがある。田中寿・前掲書90頁は、「行為者が属する業種とそこにおける取引の慣行及び態様、問題となる不利益の程度、行為の広がり等を考慮して判断することを要する」と述べる。また、根岸教授の指摘によれば、公正取引委員会の実務においては、公正競争阻害性を根拠づける要件として、「相手方事業者に経済合理性から乖離した著しく不利益な要請に応じることを余議なくさせている事実」が示されているという(根岸哲編『注釈 独占禁止法』(2009年)498頁(同執筆))。他方で、優越的地位の濫用規制は「私的利益を保護するものではなく、当該不利益の程度、行為の広がり等を考慮して、公正な競争秩序にかかわりがある場合に、公正な競争秩序という公益を保護することを目的とする」と指摘され(田中寿・前掲書89頁)、また、「濫用行為を受ける側の事業者の利益をいわば裸のまま問題にすることは、……際限のない判断要素を取り込むこととなり、妥当ではない」と主張されている(舟田正之・前掲書533頁)。総じて、GWB20条の解釈によって行われているような包括的利益衡量は、優越的地位の濫用の解釈において確立した手法として採用されているとはいえない。

（ウ）民法の委任規定

では、購入義務引渡義務は、民法規定によって根拠づけられるであろうか。ドイツでは、本稿で紹介したように、フランチャイザーの事務処理者性を認め、これを根拠に委任規定の適用を認めることで、フランチャイジーの購入利益引渡請求権を基礎づけようとする見解もある。この見解は、フランチャイザーが行う、集合的購入力を利用した購入条件の交渉や購入利益の受領を、フランチャイジーのための事務として位置づけるものである。この見解によれば、契約締結時におけるフランチャイジーの期待の存否にかかわらず、購入利益引渡義務が生じることになる。すなわち、この立場であれば、契約締結時のフランチャイジーの期待を考慮要因として組み入れる法的枠組（約款に関する客観的解釈やGWB20条の解釈における利益衡量）がなくとも、購入利益引渡義務を基礎づけることができる。そして、委任契約に関する規定ならば、日本民法も当然用意している。したがって、この見解は、購入利益の扱いを日本法に則して検討していく際、視野にいれておく必要がある。

しかしながら、BGHは、本稿で確認したように、約款に関する客観的解釈に基づいて場合に依じて行われる拡張的解釈ないしGWB20条に基づく違法性認定以外で、購入利益について引渡請求権を基礎づける法律上の根拠は、存しないと解しているとみられる。とりわけ、BGBの規定からもそのような引渡請求権は生じない、との解釈がとられているものと考えられる。ところが、なぜBGBの規定、とりわけ事務処理契約規定（委任規定）が適用されないのかについては、BGHの判例において全く言及がない。そこで、判例と同じ否定説の理由づけの詳細を明らかにし、その議論を十分に検討する必要がある。

（エ）集合的購入力の源泉

重ねて確認してきたことであるが、ドイツの判例では、集合的購入力へのフランチャイジーの期待が、約款に関する客観的解釈やGWB20条の規制において重要な考慮要因となっている。

たしかに、一方で、フランチャイザーの活動だけでは、集合的購入力

は、通常は生じない<sup>241)</sup>。個々のフランチャイジーが実際に商品を購入して代金を支払うからこそ、その需要を糾合すると大きな集合的購入力が生まれるのである。そうすると、購入利益をフランチャイザーが保持するということは、本来チェーンの全体の成果（集合的購入力）として生じる利益（購入利益）を、フランチャイザーだけが保持してしまう、ということである。しかし、他方で、チェーンを全体として管理し運営するフランチャイザーの活動がなければ、個々のフランチャイジーの購入力は孤立して存在するだけであり、糾合されて集合的購入力を生むこともないであろう。したがって、どちらか一方の活動だけに由来するのではなく、フランチャイジーとフランチャイザーの活動の両者が合わさって、チェーン全体として集合的購入力を生んでいると考えられるのではなかろうか<sup>242)</sup>。この視点を基礎におくと、問題の処理のために、さらに異なる角度から法的枠組を検討する必要も出てこよう。

(2012年10月稿)

(本稿は、2009年度中央大学在外研究制度による成果の一部である。)

---

241) ただし、フランチャイザーがすでに自ら大規模な直営店網を展開していることなどの特殊事情がある場合などは例外である。

242) Teubner は、本稿でも紹介したように、独自のネットワーク理論の枠内ではあるが、この視点を打ち出している。

## **Die Einkaufsvorteile in Franchisesysteme (3)**

Atsushi TAKADA

### **Summary**

Diesmal hat diese Abhandlung zuerst drei Beschlüsse über die Anwendung von GWB § 20 ins Detail untersucht. Am Ende werden etwaige Andeutungen zu japanischem Recht aus Rechtsauslegungen und -anwendungen im Deutschland auf dem Gebiet des Einkaufsvorteileproblems gesucht.