

ドイツ需要力濫用規制の問題点  
— エデカ事件連邦通常裁判所判決の検討 — [1]

Das Anzapfverbot gegen den Missbrauch von  
Nachfragemacht:  
zugleich Besprechung des BGH-Beschlusses vom  
23.01.2018-KVR 3/17

森 平 明 彦  
Akihiko Moridaira

序論

- I. GWB19 条 2 項 5 号の立法史と運用実績
  - II. 独占委員会とケーラー意見書の論争；2007 年価格濫用禁止法による  
GWB 改正
  - III. 2014 年カルテル庁食品小売業部門調査
  - IV. 需要力と合併規制
  - V. 2002 年メトロ事件 BGH 判決（契約条件の調整及び協賛金事件）（以  
上本号）
  - VI. エデカ事件カルテル庁決定（以下次号）
  - VII. エデカ事件控訴審判決
  - VIII. エデカ事件 BGH 判決
  - IX. より有利な取引条件の獲得と需要競争の本質論
  - X. 搾取濫用規制における取引条件の全体的観察
  - XI. 日本法への示唆
- まとめと結論

## 序論

2018年1月、ドイツ連邦通常裁判所（Bundesgerichtshof：以下、BGH という）は、連邦カルテル庁（Bundeskartellamt：以下、カルテル庁という）が申し立てたエデカ事件の上告について、競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen：以下、GWB、あるいはカルテル法という）19条2項5号<sup>1</sup>（旧GWB20条3項<sup>2</sup>に該当する）の違反を認める判決を下した<sup>3</sup>。BGHが認めたエデカによる19条2項5号の違反行為は、カルテル庁決定主文の9項目の内、3項目と1項目で挙げられた2違反類型の内一つである。その余の5項目と1違反類型は、2016年11月にBGHによって、デュッセルドルフ控訴裁判所の上告不許可処分<sup>4</sup>の決定（同控訴裁判所が下したカルテル庁決定を全面的に取り消す2015年判決に付されている）に対する、カルテル庁の抗告が退けられている<sup>4</sup>。

本稿は、ドイツ最大の食品小売業者であるエデカによる発泡ワイン製造業者に対する「利益強要（Anzapfen）」といわれる需要力濫用行為のGWB違反事件について、上記二つのBGH判決を中心に、エデカ事件の控訴審判決やカルテル庁決定、そしてカルテル庁決定に至る競争当局の周到、広範な準備と考えられる2014年食品小売業「部門調査」、さらに1980年の規定導入以来、数次にわたる改正時になされた利益強要禁止の規制に対する独占委員会の反対論<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> GWB19条2項5号については以下、単に19条2項5号という。

<sup>2</sup> エデカ事件における違反行為時の適用条項は第7次GWB改正による旧20条3項であるが、後掲のI、6の「(2) 第8次GWB改正」で述べるように同項の規定内容は第8次GWB改正により19条2項5号となった。BGHは新旧両条項を併記している。この点はカルテル庁決定も同様である。

<sup>3</sup> BGH, 23.01.2018 - KVR 3/17-Hochzeitsrabatte. 参照、柴田潤子「EUにおける優越地位の濫用」公正取引817号（2018）15頁以下。

<sup>4</sup> BGH, 15.11.2016 - KVZ 1/16.

<sup>5</sup> 独占委員会は、企業集中の状況、企業結合規制の運用、その他の競争政策上の当面の諸問題について調査を行い、報告書を作成・公表する（GWB44条1項）。独占委員会は、政府に対して競争政策、競争法、政府規制に関する分野の助言する役割を有し、行政処分の権限はない。Dreher/Kulka, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 10Afl. (2018), Rn.1664.

独占委員会が作成する報告書には、2年毎に作成される定期報告書と適当と認める

と学説の対応等を紹介し、市場力を規制するカルテル法に体系化された需要力濫用規制の問題点を明らかにすることを目的とする。

本稿がドイツの需要力濫用規制の問題点を明らかにする目的から、エデカ事件のBGH判決等の検討を行う意図は、以下の点にある。

カルテル庁決定を全面的に覆したエデカ事件控訴審判決に対しては、19条2項5号は同判決により「死せる法 (totes Recht)」と化したとの判例評釈<sup>6</sup>が出された。このように、規定導入以来 35 年にわたってほとんど見るべき運用実績を上げ得なかった同号には、需要力濫用規制の実効性を阻む根本的問題があると考えられる。

かかる法運用の実効性問題に係って、市場支配的事業者の濫用監視の体系の内に規定が取り入れられ、濫用監視の主要な規制対象である妨害、差別そして搾取の競争阻害<sup>7</sup>の要素に対応する形で需要力濫用の競争阻害が問題にされる規制機関の運用、判例や学説の状況が注目される。

こういった、カルテル法の基本的構成に即しつつ、濫用監視の構成要素それぞれから異なる影響を受け需要力濫用規制の枠組みが構築され、その結果として積極的な法運用の障害を招いた経緯は、我が国独禁法の体系における優越的地位濫用の規定と対照的である。すなわち、不当な取引制限と私的独占の競争の実質的制限の規制類型から区別される、大きな規制の柱である不公正な取引方法の体系中において<sup>8</sup>、自由競争滅殺類型と不正手段型の公正競争阻害のグループから明確に分かれた自由競争基盤の確保の類型として、固有の競争阻害が数多くの事例で明らかにされた。日独両国ともに、需要力濫用規制は、自由な競争の阻害に連なる違反抑止の体系に垂直的な需要力規制を取り入れて問題になる整合性確保に腐心する段階を経て、現在、相対的市場力規制における実

---

場合に作成される特別報告書がある。これらの報告書は連邦政府に提出される。定期報告書については、連邦政府は遅滞なく議会に送付するとともに、相当の期間内に当該報告書に対する見解を議会に対して表明しなければならない(同 44 条 1 項 3 項)。

<sup>6</sup> 後掲 I、9、iv) に掲げたブンテ教授の判例評釈である。

<sup>7</sup> 参照、服部育生「競争制限禁止法における市場支配的濫用の 3 行為類型」名古屋学院大学論集：社会科学編 27 巻 3 号 (1991) 125 頁以下。

<sup>8</sup> 山部俊文「不公正な取引方法」経済法講座第 3 巻 (2002) 1 頁以下。

効性確保の要請が重視されている。不当な差別禁止との整合性を確保して、独禁法の体系中に優越的地位濫用を位置付けるために導入されたいわゆる間接的競争侵害説は、規制の適正な実行に障害となる運用例を生み出している<sup>9</sup>。あらためて、濫用監視の各違反類型の強い制約のもとに置かれた、ドイツの需要力規制理論の問題点に学ぶ意義があると考えられる。

さらにドイツの需要力濫用規制の問題点として、妨害、差別そして搾取の主要な濫用監視規定からその要件を取り入れる形で規定が構成された結果、その規制の実効性を確保する固有の要件規定が開拓されない実情が挙げられる。この点は、19条2項5号の「実質的な正当化理由なくして」の不当性要件が、関係人の包括的な利益衡量の基準による外はないとされる点が代表的である。対照的に、我が国の優越的地位濫用の規制においては、独禁法の市場効果要件として、公正競争阻害性の要件から自由競争基盤の確保に関する固有の評価基準が採用されている。この問題は、固有の不当性評価基準により、予見可能性又は法的安定性を欠く利益衡量を退けた結果に止まらない意義がある。すなわちかかる固有の評価基準により、具体的な違法性判断基準の展開が可能になる。例えば事業者間の不公正取引慣行の規制では、当該事業部門の商慣習に従った契約条件の妥当性が問題になるが、その判断基準は、利益衡量において各個別事案の具体的事情に即し決定されなければならないとされる（BGH の判例）。その結果、当該事業部門で現に存在する商慣習は具体的事情の有力な判断要素と見做される。しかしこれに対しては、具体的事情の競争阻害の程度を明らかにする、需要力濫用に固有の違法性判断基準の具体化が求められよう。同様な事情は、代金減額に係る合併による事後的な契約条件の変更問題で、エデカ事件や先行する 2002 年メトロ事件で議論になった。以上のように需要力濫用の各事案で、固有の違法性判断基準を具体化するため重要となる、公正競争阻害性に係る評価基準（指導理念）を正しく捉えることの意義が、ドイツの事情から確認され明らかになる。

---

<sup>9</sup> 拙稿「原処分対象事業者の約 4 分の 1 について優越的地位なしとされた事例——公取委審判審決平成 31・2・20」ジュリスト 1534 号（2019）105 頁。

従来我が国において需要者間の競争について、独占禁止法の保護に値する競争の範囲を画する目的から、その本質的属性を掘り下げて検討する試みは乏しいくらいがあった。このため、独禁法の競争の定義規定にいう「同一の供給者から商品又は役務の供給を受けること」の2条4項2号を受け、需要競争の定義は販売競争と格別の差異はなく、売る事と買う事を表裏の関係で捉えれば足りるとする見解もあった。その場合調達市場で希少性の高い財や役務を供給される前提的理解のもと、需要者間で、供給者に有利な対価支払いを提示する競い合いの態様がイメージされていた<sup>10</sup>。確かにこのような高く買う取引条件の提示（受動的に選択される可能性の前提的理解）によって、従来我が国で競争の本質的徴表とされた「他を排して取引の機会を得ようと努力するという競争の本体をなす部分<sup>11</sup>」が、需要競争の場合にある程度明示的に示されることは確かである。

他方ドイツの需要力濫用規制における議論では、受動的に選択される可能性に基く需要者間の相互的な抑制的側面を重視する上記の捉え方に対して、需要者の供給者に対する積極的な影響行使に注目して需要競争の本質を捉える見解が有力である。需要者による積極的な影響行使の議論とは、反対給付として、商品役務に対する対価（直接的な価格をいう）の支払いに止まらない、現代流通業による販売促進等の機能革新に基づく多様な便益を提供して、供給者からより有利な取引条件を引き出す、積極的な働きかけを需要者間で繰り広げる競争の在り方が、その中核に据えられる。このような、供給者からより有利な取引条件を獲得してライバルに対する競争優位を目指す需要者間の競い合いも、他を排して取引機会を得る競争の本体部分をなすが、2018年エデカ事件BGH判決は、かかる側面の需要競争の本質論を19条2項5号の解釈で採用した。他方で、カルテル法による需要力濫用規制の限界を見据えて、需要競争の本質論における上記の需要者間の行為自由に対する相互抑制的な側面を展開させることで、より有利な取引条件の獲得に係る側面を限定するアプローチが注目される（ケーラー教授の立法論による公正競争アプローチ）。

<sup>10</sup> 参照、白石忠志『独禁法講義第8版』（2018）35頁。

<sup>11</sup> 今村成和『独占禁止法 [新版]』（1978）47頁。

以上のように従来我が国で比較的注目されていない、より有利な取引条件の獲得の側面を踏まえて需要競争の本質論に係る検討の視野を広げるとするなら、市場力規制に係る競争法の機能発揮の実効性確保の視点から、ドイツの議論は比較法的示唆を期待できる。言い換えると、より有利な取引条件を引き出す積極的な働きかけに係る需要競争の側面を、具体的な違法性判断基準を導く行為の不当性評価基準（指導理念）と如何なる関係にあるかを検討することで、法目的—不当性評価基準—違法性判断基準の適切な推論構成を導ける。具体的には、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争の側面は、ライバルに対する競争優位を競争法の保護法益とするものであるから、差別禁止に係る需要者段階と市場の相手方段階の優位と劣位に密接に関係する。それは需要競争の本質から生じる効果として、需要力濫用規制に係る法目的—不当性評価基準—違法性判断基準の推論構成を適切に導くため、かかる構成の内に正しく位置付けられなければならない。ドイツにおける法運用と学説の批判(特に前掲のケーラーによる公正競争アプローチ)は、この点に有意義な示唆を与える。

需要力濫用規制は、より有利な取引条件の獲得を目指す需要者間の競い合いが、需要者間の行為自由に対する相互抑制的な競争の側面によって限定を受けることのない、需要市場の機能不全から要請される。かかる需要競争の「本体をなす部分」に係る問題状況に対し、ドイツのカルテル法制は、長きにわたり受動差別禁止に係る市場支配力の濫用監視の体系から、差別禁止法理に基づき規制を試みるも、それは失敗に帰した。新たに 2018 年エデカ事件 BGH 判決は、搾取濫用法理による規制理論の展開を試みるが、これまでのカルテル法の搾取濫用規制の問題点を克服して、事業者間の不公取引慣行に係る需要力規制を行う数々の問題点が指摘される。

需要競争の本質的理解に遡り需要力濫用規制が検討されるならば、競争法による規制の根幹をなす、法目的及び規制の体系的構成が、適正な違法性判断基準を導く前提条件を具備するかが問題とされる。本稿はかかる前提条件に関し、その具備の程度を検証し、違法性判断基準の展開を拒む問題点を、ドイツの状況に即して明らかにすることで、一定の比較法的示唆を得る目的をもつ。

## Ⅰ. GWB19 条 2 項 5 号の立法史と運用実績

### 1. 本規定の導入

#### (1) 受動的差別禁止としての需要力濫用規制

現行の 19 条 2 項 5 号の利益強要禁止規定は、1980 年の第 4 次 GWB 改正<sup>12</sup>により導入された旧 26 条 3 項に遡る。

初期規定である旧 26 条 3 項は、ボイコット、妨害と差別行為に係る旧 26 条に規定された。

同条 1 項は事業者及び事業者団体が、他の事業者又は事業者団体に対して、一定の事業者への供給の排除ないし購入の排除を要求する不当な影響行使となるボイコット禁止を規定する<sup>13</sup>。

第 2 項はその 1 文で市場支配的事業者による実質的正当化のない差別行為を禁止する。同 2 文は従属的事業者に対する、同様の差別行為を禁止する（市場で有力な事業者による差別禁止）<sup>14</sup>。さらに、同項 3 文は従属性の推定規定をおく<sup>15</sup>。

そして第 3 項 1 文において、他の事業者に対する実質的正当化のされない優位の条件を提供させる勧奨行為を禁止する<sup>16</sup>。

同 2 文は市場で有力な事業者に対し同様な行為を禁止する<sup>17</sup>。

---

<sup>12</sup> 参照、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 2 次改正および第 4 次改正を中心として」愛知大法経論集 108 号（1985）1 頁。

<sup>13</sup> 参照、柴田潤子「ドイツ競争制限防止法におけるボイコットの規制—26 条 1 項を手掛かりとして」上智法学論集 41 卷 4 号（1998）203 頁。

<sup>14</sup> 「第 1 文は、他の事業者に回避する十分かつ合理的な可能性をもたない一定の商品役務の供給者又は需要者に従属する事業者及び事業者団体に適用する」。

<sup>15</sup> 「37 条 a2 項に従った禁止手続については、需要者が一定の商品役務の供給者から取引上通常の値引き若しくはその他の反対給付に加えて、同種の需要者には与えられない特別の優遇を定期的に獲得している場合には、供給者は需要者に従属していると推定される」。

<sup>16</sup> 旧 GWB26 条「2 項 1 文の意味で市場支配的事業者及び事業者団体は、取引に際して、実質的正当化理由がないのに、他の事業者に優位の条件を提供するよう勧奨してその市場地位を用いてはならない」。

<sup>17</sup> 旧 GWB26 条 3 項「第 1 文は、2 項 2 文の意味で事業者が他の事業者及び事業者団体に従属する関係にある場合には、当該他の事業者及び事業者団体にも適用される」。この 1980 年 26 条 3 項 2 文は、この後の 1989 年第 5 次 GWB 改正で、旧 GWB26

旧 26 条 3 項は供給者による「受動的な」差別行為として規定された<sup>18</sup>。この点は、立法者意思から確認される。「新规定は、市場で有力な需要者によって強いられたゆえに、実際供給業者に責めを負わせられない外部から行われた差別行為も把握できるようにする」改正である<sup>19</sup>。さらに、旧 26 条 3 項は、上記の差別行為を禁止する旧 26 条 2 項 1 文と 2 文についての補完規定である立法者意思も明らかにされている<sup>20</sup>。

また同じく需要者が供給者に提供を勧奨する「優位の条件」の概念は、差別的行為であることを示す適用範囲を限定する概念と解されていた<sup>21</sup>。

---

条 2 項 2 文が中小事業者の保護に限定された事に伴い、「従属する関係」について中小事業者に限られる事になった。

<sup>18</sup> Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6th. Aufl. (1982), S.936, Emmerlich/Lanngge, Rn.88 (需要者の競争者に及ぶ不利な効果に係る間接的妨害), Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht nach §20 III GWB (2013), S.43 (「受動的な供給者による差別」)。

<sup>19</sup> BT-Drucks. 8/2136 (dipbt.bundestag.de の HP より入手) S.25.

<sup>20</sup> 政府草案理由書は以下のように述べる。旧「26 条の妨害・差別禁止についてここで提案されている補完は、需要サイドから生じた(旧) 26 条 2 項 1 文の意味で不当妨害と差別を補足する場合に生じる困難の除去を目指す。かかる変更は、(旧) 26 条 2 項 1 文及び 2 文でこれまで規定されたように、市場で有力な地位の濫用に対して専ら対応する。すなわち、競争において望まれる交渉範囲はそのまま保証される」。BT-Drucks. 8/2136, S.15.

上記の市場で有力な地位の濫用を問題にする考え方は、規範名宛人の意図として、競争における不当な地位を得る、主観的な要件指標を問題にする考え方から導かれる。Immenga, Schwerpunkte der Vierten Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1980, 1417, 1423.

<sup>21</sup> 政府草案理由書によれば、制定当初の受動的差別とは、以下のような優位の条件を規定したと解される。その条件とは、業績により正当化されない、すなわち買取り製品ないしサービスの量においても、引き受けられた需要者の機能やサービスにおいても、その他の事業経営上計算できる需要者の反対給付によってもその根拠を有さないものであって、むしろ市場力の利用に基づくもので、他の同様な需要者の獲得できないものである。すなわち、「優越する市場地位に基づいて、競争において市場で弱体の競争相手に対して手に入れる意図をもって、需要者の業績に条件づけられた割引やその他の業績上の対価に加え、市場により条件づけられた優位の条件でなく、業績より条件づけられた優位の条件でもない特別の利益」とされる。BT-Drucks. 8/2136, S.25.



## (2) 需要力濫用規制に対する独占委員会の反対

本改正による受動的差別禁止規定の導入<sup>22</sup>には、以下に概説するような独占委員会の反対があった<sup>23</sup>。

### (a) メストメッカーの「隠れた競争」論の採用

新規の競争状況を創出する「隠れた競争」。独占委員会は供給業者と流通業者間の一律に行われる値引きやリベートに対して、供給業者が個別に、それぞれの競争者に知られることなく値引きやリベートを提供し、それに対し流通業者が便宜供与やサービス提供の反対給付を行う交渉、取引の一連の経過を明確に区別する。そして、前者の一律に行われる値引き等の場合に比較して、その競争上の意義を強調する特徴がある。そのため改正法の規制により、このような他の競争者に隠れて行われる競争を実質的正当化のされない勧奨行為として禁じる事態を懸念する<sup>24</sup>。このような棚貸し、開店リベートなど多様な形態を

<sup>22</sup> 連邦経済省の初期の政府草案では、「2項の意味での事業者は、取引に際して、実質的正当化理由がないのに、他の事業者に優位の条件を提供するよう勧奨してはならない」という包括的な規定であった。*Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB(1981)§26 Rn.324*。当該草案は、以下に述べる独占委員会などの批判を受けて修正された。後掲 I、1の(3)を参照。

<sup>23</sup> Monopolkommission, *Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7 (1977)* (以下 *Sondergutachten 7* と略称)。なお本特別意見書の策定に係った独占委員会メンバーは以下の通りである。委員長メストメッカー (Mestmäcker) のほか Fertisch-Over、Kantzenbach、Scheid、Murawski の5名である。

<sup>24</sup> この点の独占委員会の記述を、以下にまとめる。  
改正法の規定により需要者が供給業者の提供する優位の条件に対し責任を負う場合、それが問題になる紛争に留意せねばならない。需要者が他の需要者よりも優位の条件を維持しているか、そしてかかる優位の条件が実質的に正当化されるかは、供給業者だけ知る状況に依存する。従って需要者は、適正に行動した事情が問題になる場合には、供給業者との協働によりかかる正当化事由を明らかにするよう指示される。それに対し需要者がこのような状況を一方的に導く場合としては、その事業の内部が公開され第三者との取引の態様、種類とも明らかな有力な需要者であって、供給業者が強制される場合になる。しかしながら流通の適正さに係る個別の確実性は、衝突の無い取引経過を保つ要請に即した態様では、突き止められないのである。以上のような事情から、結果的に改正法は需要者に対し標準化された価格設定、リベート及び取引条件を明らかにするよう強いる。これは価格競争に本質的影響を与える。*Sondergutachten 7 (前掲註 23)*, Tz. 232。

とって行われる取引、交渉はメストメッカーの「隠れた競争」論として主張されてきたもので、本意見書も本人が委員長となつてまとめられた<sup>25</sup>。

(b) 販売市場に起因する需要者のコスト格差と差別禁止の実質的正当化

「優位の条件」の解釈。改正法の規定する「優位の条件」は、供給業者によって需要者が他の需要者よりもより良い条件を提供されることである。このような意味における改正法は、提供される利益の実質的な正当化を判断する基準について不確実性を導く。すなわち、下流市場で他の需要者と激しく競争する需要者の立場において、コスト格差の正当化を主張しえるか不明確である（独占委員会）<sup>26</sup>。

(c) 市場における差別的な競争制限の禁止原則からの逸脱

規定の体系的構成による解釈を重視。第4次GWB改正法の規定（旧26条3項1文）によれば、旧26条2項2文の意味において、市場で有力な事業者に対し優位の条件を提供する勧奨が禁止される。差別禁止に係る旧26条2項2文は、BGHの確立した判例により競争の自由を志向した法目標の考慮の下で解釈され、市場の競争制限と結びついた差別行為のみを問題にする。これに対し改正法の規定する差別行為は、需要者が供給業者にあつて獲得する価格及びそのほかの取引条件の比較に結びついている。その結果旧26条2項の文言から逸脱した規定となっており、さらにGWBの目標からも逸脱がある（独占委員会）<sup>27</sup>。

---

<sup>25</sup> メストメッカーは、かかる「隠れた競争」を受動的差別禁止の旧GWB20条3項によって禁止するならば、新規の競争状況を創出する事を妨げ、このような結果は供給業者の寡占的な反応からする団結的成果であつて、リベートカルテル以上に供給業者段階の市場構造の平準化（「管理された競争」）を導くとする。メストメッカーの「隠れた競争」論については以下の拙稿を参照。拙稿「ドイツ競争法制における『利益強要』の禁止 [2完]」（拙稿・利益強要2と略称）高千穂論叢47巻2号14頁以下、同「相対的市場力の濫用と公正な競争秩序」『経済法の現代的展開』（2017）310頁以下。

<sup>26</sup> Sondergutachten 7（前掲註23），Tz. 231.

<sup>27</sup> Sondergutachten 7（前掲註23），Tz. 230.

### (3) 政府草案の修正。

因果関係を重視した修正。独占委員会の反対を受けて、政府草案は力の利用 (*Ausnutzung der Machtstellung*) に焦点を当てること、規範名宛人から価格拘束的な事業者を除くこと、市場で有力な事業者については従属関係に明白に限定することについて考慮した<sup>28</sup>。その結果、「その市場地位を用いてはならない」という、後に市場地位と濫用行為との因果関係問題として争われる文言が付加された経緯が目される。当該文言は 2017 年の第 9 次 GWB 改正により削除されることになる。

### (4) 旧 GWB26 条 3 項に対する評価

#### (a) 体系的位置付け (差別禁止) の問題点

差別行為の教唆の特異性<sup>29</sup>。受動的差別禁止の本規定は、旧 26 条 2 項に係る差別的取扱いの系列に置かれたが、需要力行使の特性を見失った結果、立法者の意図は達成されないとの予測があった。すなわち、市場の相手方に対する働きかけの態様に係り、以下の二点から同項の差別禁止との異質性が問題にされる。

第一に、供給業者に対するより有利な取引条件を獲得する努力はそれ自体で、実質的に正当化されない差別的行為として問題にされることはない<sup>30</sup>。

第二に、供給業者をして優位の条件を提供させるよう勧奨する働きかけについて、供給業者は、不利な需要者に対する差別的取扱いと構成されるものでもない<sup>31</sup>。

受動的差別の場合に行為主体は市場で有力な需要者であるが、勧奨により自己の競争者に対する優位の条件を獲得すると捉えた。優位の条件の提供に係り供給業者による受動的差別行為においては、旧 26 条 2 項における差別行為の

<sup>28</sup> Vgl., *Markert*, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5Aufl (2014) §26, Rn. 324.

<sup>29</sup> 受動的差別禁止の第 4 次 GWB 改正による立法化が、旧 GWB20 条 1 項を補完するための「教唆要件」として導入された経緯については、拙稿「ドイツ競争法制における『利益強要』の禁止 [1]」高千穂論叢 47 卷 1 号 79 頁。

<sup>30</sup> Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9Aufl. (2001) §20, Rn.209 (本規定は、市場で有力な事業者がより有利な買取条件を獲得することを、相手方供給業者に係りなら不当な妨害や差別行為とするものでない) (Langen/Bunte と略称)。

<sup>31</sup> Langen/Bunte (前掲註 30) , §20, Rn. 209.

規定から、規範名宛人がその需要者ないし供給者を異なって扱うのではなく、他の需要者に対する優位を供給者に供与させる手段が区別されて規定された<sup>32</sup>。

(b) 直接の差別と受動的差別の二分論と実務の動向

かかる区別によった差別的取扱いを規制する本規定について、政府草案に示された期待は實際上ほとんど満たされないとする批判があった<sup>33</sup>。かかる評価は、規範名宛人よる直接的な差別の場合と供給業者に勧奨する場合の区別をする意義が見出し難いとする。すなわち、供給業者に対する需要力濫用規制として、差別禁止の体系によらしめた問題点を適示する。

このような本来的に困難な実践上の問題を内包する規定として、その適用の可能性に判例が言及する事例が存したにもかかわらず、運用例が乏しく、立法者の期待に背く時期が続いたと評価された<sup>34</sup>。

(c) 垂直的な市場の相手方保護に係る見解

他方制定当初から、需要者サイドの競争と競争者の競争機能を保護するだけでなく、供給業者サイドの競争と競争者の競争機能を保護するとの見解が主張されていたことが注目される<sup>35</sup>。需要力濫用監視の運用が実質的に機能する端

---

<sup>32</sup> 政府草案理由書も述べる通り、旧 GWB26 条 2 項は供給者側のみならず、需要者側にも適用可能である (BT-Drucks. 8/2136, S.25) が、運用例は供給者側の事例に集中していた。そこで第 4 次改正は需要力の濫用に対処する旧 26 条 3 項が導入されたがその背景的事情については、杉浦・前掲註 11、23 頁以下を参照。

<sup>33</sup> Langen/Bunte (前掲註 30) , §20, Rn.209.

<sup>34</sup> ノースデュルフトは、OLG Hamm WRP 2002 747 (2002)-Anzapfen の判例を挙げて、裁判所により、不正競争防止法の規範名宛人の地位を前提にしない規制による解決が選択されたとする。Nothdurft, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage. (2018), §19, Rn.221. この 2002 年のハンブルク控訴裁判所の判決については以下の拙稿で紹介、分析した。拙稿・前掲註 25・利益強要 2、10 頁以下。

この判決は、ヨーロッパに店舗をもつ大規模百貨店が供給業者と共同して成長する目的をうたって、直近の決算から商品納入の勘定で 2.5%の割戻を一方的に請求した事案である。大規模な百貨店として広域で営業する流通業者について、その市場力の程度を問題とする事なく、行為の違法性が論じられている。割戻し行為の模倣の危険に係る指摘と合わせて、この判決の市場の競争に及ぶ影響を捉える類型化がカルテル法による場合と異なり、不正競争防止法上における違法行為を類型化する方向性にあつて特色がある。同・拙稿、11 頁及び註 112 参照。

<sup>35</sup> Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6th. Aufl. (1982), S.880.

緒となった立法的解決は、後者の垂直的方向での保護を進めるうえでの障害となる規定の改正（2017年）を待つことになる。

## 2. 中小事業者への保護の限定（第5次GWB改正）

1989年の第5次改正は、旧GWB26条2項の従属的事業者に対する実質的に正当化されない差別の禁止について、従属的事業者を中小事業者に限る改正をした。その結果受動的差別禁止に係る旧GWB26条3項も、「2項2文の意味で…従属的関係にある」事業者は、中小事業者に限定されることとなった<sup>36</sup>。

## 3. 旧GWB20条3項への移行（第6次GWB改正）

その後、1999年の第6次GWB改正<sup>37</sup>により旧22条（市場支配的事業者に対する濫用監視）は、旧19条に規定され、同じく改正前の旧26条2項から4項（差別行為の禁止、優位の条件供与禁止、中小規模の競争者に対する不当妨害の禁止）は旧20条1から4項に移行された<sup>38</sup>。旧26条3項は内容の変更なく旧20条3項へ移行した。既に後に改正される供給業者に対する「勧奨」の文言に係る疑問が提示されていたが、今次改正では採用されるに至らなかった<sup>39</sup>。

## 4. 「要求」と「利益」（第7次GWB改正）

### （1）「勧奨」と「要求」の併記

交渉過程へ関与する立法者意図。2005年の第7次GWB改正により、受動的差別に係る特徴を示す規定の一つである供給業者に対する「勧奨（Veranlassung）」について「要求（Aufforderung）」の文言が併記された<sup>40</sup>。

---

<sup>36</sup> Begründung zum Regierungsentwurf der Fünften GWB-Novelle, BT-Drucks. 11/4610 (30.05.1989) S. 21 f.

<sup>37</sup> 泉水文雄「ドイツにおける競争政策—1998年の第6次改正とその後」神戸大学HP <<http://www2.kobeu.ac.jp/~sensui/sensui01.pdf>>から入手。

<sup>38</sup> Eisenkopf, Mehr Wettbewerb durch 6. GWB-Novelle?, Wirtschaftsdienst 1998, X, 626, 630.

<sup>39</sup> Vgl., Köhler, Das Verbot der “Veranlassung” zur Diskriminierung - Resignation oder Reform? BB, 1998, 113.

<sup>40</sup> Vgl., BT-Drucks. 15/5735 (dip21.bundestag.deのHPより入手), S.2.

要求の文言は、結果として失敗に終わった要求の場合でも要件に含める立法者意図による<sup>41</sup>。

## (2) 「優位の条件」から「利益」への転換

さらに本改正では、それまで本規定が実際の運用例を欠く「根本的原因」とされた点に係り、「禁止要件の重要な質的変更」がされた<sup>42</sup>。それは、規範名宛人の競争者との量的比較において規範的評価がされる「優位の条件」について、適用範囲の限定を生ぜしめたその文言に代えて「利益」が規定された点である<sup>43</sup>。2002年メトロ事件BGH判決が「優位の条件」の文言に格別の意義を認めず、市場における優位の捉え方を、行為者と市場の相手方間で垂直的関係を基礎にする考え方に即する立法措置である。

## 5. 中小企業保護に限定する規定の削除（2007年「価格濫用改正法」）

2007年のいわゆる「価格濫用改正法」によって、旧GWB20条2項の意味で保護される供給業者について、中小企業に限定していた旧20条3項2文の規定を削除し、全ての従属的事業者（abhängigen Unternehmen）に改め、そ

---

旧GWB20条3項は、同条「第1項に定める市場支配的事業者及び事業者団体は、取引に際して、実質的に正当な理由がないのに、自らに利益を提供することを他の事業者に勧奨し又は要求してはならない。第1文は、事業者が他の事業者及び事業者団体に従属する関係にある場合には、当該他の事業者及び事業者団体にも適用される」と規定し、第1文の市場支配的事業者等や第2文の「市場で有力な事業者（marktstarke Unternehmen）」による「受動的差別（passive Diskriminierung）」を禁止する。

<sup>41</sup> BT-Drucks. 15/3640 (dip21.bundestag.de の HP より入手), S.74, 後掲註 43 参照。

<sup>42</sup> *Nothdurft*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. (2018), §19, Rn.221, 239.

<sup>43</sup> この要件は当初、連邦参議院で提案され、両院協議会（Vermittlungsausschuss）において規定された。BT-Drucks. 15/5735 (dip21.bundestag.de の HP より入手), S.2, Zu Artikel 1, 3. b). 連邦参議院の当初提案は、結果として失敗に終わった交渉提案でもカルテル法上、不当とされる判断を、GWB21条1項のボイコット禁止がその呼びかけ（aufruf）だけで違法とするのにならぬ、規定した意図による。連邦衆議院は当初「繰り返された要求」の限定的概念を提唱したが、それは連邦参議院の提案が価格交渉の領域を広くカバーする点に反対していたからである。その後両院協議会で連邦衆議院のかかる限定は退けられた。Markert, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5Aufl (2014), §19, Rn.367.

の対象を広げた<sup>44</sup>。この旧 20 条 2 項の意味で保護される供給業者の範囲に関する改正は、5 年間の時限立法であった<sup>45</sup>。

本改正を中心として、独占委員会（2007 年第 47 次特別意見書）とミュンヘン大学のケーラー教授によって、食品小売業における需要力の存否、さらに GWB による需要力濫用規制の是非にまで遡る論争が交わされた。本稿 II にて紹介、検討する。

## 6. 大規模供給業者の保護（2013 年第 8 次 GWB 改正）

### （1）独占委員会による規制強化反対論

#### （a）大規模製造業者に対する保護（消極）

第 8 次 GWB 改正に先立ち独占委員会は、旧 20 条 3 項 2 文の保護範囲を大規模製造業者に拡大することに反対する（上記 5 年間の時限立法の延長に反対する）意見を公表した。すなわち 2012 年 7 月に公表された「流通業とサービス業における競争の強化」と題された第 19 次定期報告書である<sup>46</sup>。それによると、大規模製造業者は通常、中小規模の業者よりも個別流通業者の実質的に正当化されない要求を防御できる状態にいる。また小規模な競争者よりもより良い製造条件を有し、より容易な回避可能性をもつ。さらに財源の大ききゆえに需要変動により生じるコスト増に耐える。カルテル法及び競争当局の特別の保護は必要としない<sup>47</sup>。

---

<sup>44</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels 18. 12. 2007 BGBl. I-2966 Zu Artikel 1, 2. a). 立法理由については参照、Bericht 2007 BT-Drucks 16/7156 (dip21.bundestag.de の HP より入手) S.10.

<sup>45</sup> §§19 ff. GWB - neu gem. Art.1 Nr. 5 ff. BT - Drs. 17/9852 (31.5.2012) und Nr. 1a) und b) BT - Drs. 17/11053 (17.10.2012) (18 条から 21 条までの新規定)。

<sup>46</sup> Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß §44Abs.1.Satz 1 GWB, Stärkung des wttbewerbs bei Handel und Dienstleistungen (2012) (以下 Hauptgutachten 19 と略称), Tz.1001ff. 本報告書策定メンバーは以下の通りである。委員長ユストゥス・ハウキャップ(Justus Haucap), の他、委員として Kollmann, Nöcker, Westerwelle, Zimmer の名が挙がっている。ハウキャップの需要力濫用の危険と集中の原因についての分析については、後掲 II. 3. の「(5) 食品流通業における需要力の濫用の危険」を参照。

<sup>47</sup> Hauptgutachten 19 (前掲註 45), Tz.1221. 独占委員会は、連邦政府が旧 GWB20

## (b) 消費者厚生重視の規制強化反対論

また独占委員会は、需要力濫用規制の強化に反対する基本的立論として、販売力と異なる、需要力をもたらす消費者厚生にポジティブな効果を損なう懸念を表明した<sup>48</sup>。

## (2) 第 8 次 GWB 改正

### (a) 需要力濫用規制の GWB 体系上の整備

2012 年 10 月ドイツ連邦議会は第 8 改正案を可決し、受動的差別の禁止に係る市場で有力な事業者に関する旧 GWB20 条 3 項 2 文の規定について、第 1 文の市場支配的事業者による受動的差別の禁止と共に、上記の独占委員会の勧告にもかかわらず、新しく整備された 19 条の「市場支配的事業者の禁止行為」における第 2 項の 5 号に残された。改正法は、18 条に市場支配的事業者に係る定義規定をおき、20 条で「相対的ないし優越的な市場力ある企業の禁止行為」を類型化し、さらに 21 条に「ボイコットの禁止と他の競争制限行為の禁止」についての規定をおいた<sup>49</sup>。カルテル法上の需要力濫用規制について、19 条の市場支配力の濫用監視に係る一般条項の規定に続く例示規定に妨害、差別そして搾取の濫用禁止と共に、整序され規定された体系化の試みとして注目される。

---

条 3 項 2 文における保護範囲の大規模供給業者への拡張を 2012 年末で打ち切るとする事に賛成する。A.a.O., Tz. 1223.

<sup>48</sup> この点について、需要力の行使が問題となる買い手市場と供給力の販売市場におけるそれぞれの規制のあり方を論じ、以下のように販売価格の引き上げとなる供給力行使との相違を論じる。すなわち、流通業者による供給業者に対する需要力行使から得た利得が、後段階の下流市場における激しい競争を経て、最終消費者に低価格をもたらす経済的な正の効果を指摘し、需要力行使は、必然的に競争過程とその成果に重大な歪みをもたらすものではない。さらに委員会は、需要力を主題として扱う場合、各論者が競争政策上で目指す目的とモデル像が問題になるとする。そのうえで、かかる目的やモデル像に従えば、需要市場の競争を販売市場における競争と同一の重要性をもつと評価するならば、流通業者のもたらす消費者厚生を考慮する立場に立つとき問題があると示唆する。Hauptgutachten 19, Tz. 1145.

<sup>49</sup> §§19 ff. GWB - neu gem. Art.1 Nr. 5 ff. BT - Drucks. 17/9852 (31.5.2012) und Nr. 1a) und b) BT-Drucks. 17/11053 (17.10.2012) (dip21.bundestag.de の HP より入手) (18 条から 21 条までの新規定)。



(b) 大規模製造業者の保護；食品小売業者の集中化への対応

2012年5月の第8次GWB改正の政府草案理由書は、規範の保護対象に大規模な供給業者を含める効力延長を認めなかった<sup>50</sup>。その後同年6月の両院協議会の協議により、垂直的関係における事業者の規模に言及せず、従属的事業者が保護される規定となった<sup>51</sup>。かかる立法過程における変更について、上記両院協議会の議案にはその変更理由の記載を欠くが、食品小売業における集中の進展により、大規模製造業者の自衛能力に限界を認めたものと解されている（ノースデュelfト）<sup>52</sup>。

(c) 時限立法の取り止め

旧20条3項2文は2012年12月31日までの効力期間を限る時限規定であったが、さらに5年間の時限立法とする改正をしないで、永続的な規定とされた<sup>53</sup>。

## 7. エデカ事件控訴審判決への対応（2017年第9次GWB改正）

### （1）法目的の変更の明確化；受動的差別禁止から利益強要禁止へ

エデカ事件控訴審判決がカルテル庁の主張を全面的に退けた結果を受け、立法者は第9次GWB改正により19条2項5号における「利益強要禁止の実効的な適用可能性」を図る改正を行った<sup>54</sup>。これは、立法者により同号の需要力濫用規制につき、「利益強要禁止」を目的とすることが明記されたもので注目される。

---

<sup>50</sup> 政府草案は、カルテル庁の実務で保護対象の拡大規定について、効力延長の必然性は何ら認められないとする。BT-Drucks. 17/9852, S.24（この4年間で2件の適用例の重要性はほとんどない。他方で旧20条3項2文の従属的企業の指標に係り、大規模事業者を含めて全ての従属的企業に保護を拡大することは立証負担の軽減につながる。しかし大規模事業者は中小企業よりも契約の相手方による不当な要求に対する防御が容易であり、従属事業者と市場で有力な事業者の垂直的関係における規模の格差は重要でない。個別の検証を要する従属的事業者の該当性の審査においては、水平的な整理とともに、市場の相手方に対する垂直的な規模に係る関係は無視され得ない）A.a.O.,S.24.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 17/13720 (05.06.2013) (dip21.bundestag.deのHPより入手), S.2.

<sup>52</sup> *Nothdurft*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Auflage. (2018), §19, Rn. 221.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 17/11053 (dip21.bundestag.deのHPより入手), S.18, B. Besonderer Teil, Zu Buchstabe b (Nummer 7).

<sup>54</sup> BT-Drsucks. 18/10207 07.11.2016 (dip21.bundestag.deのHPより入手), S.52.

## (2) 因果関係の立証問題に関する明確化

### (a) 市場地位の「利用 (Ausnutzen)」に係る文言の削除

この文言規定の削除により、市場地位と利益の要求の間の一般原則を超える因果関係に係る要件は要しないことの明確化がされた。この点については後述のⅧで詳説する。

### (b) 「勸奨」要件の削除

2005年の第7次GWB改正により、実質的な正当化理由のない利益を提供させる「要求」の文言と共に併記されていた、「勸奨」の文言が削除された。利益提供の求めに対する結果が不成功に終わった場合でも、違法となり得る趣旨を明らかにした。この点は、結果の不成功により市場力行使と利益要求との因果関係がない場合も違法とされる趣旨とされる<sup>55</sup>。

## (3) 裁量衡量に係る例示基準による拡張

### (a) 新たな追加文；改正の趣旨

GWB第9次改正において19条2項5号の不当性要件につき、二項目の例示基準が追加された。ひとつは、要求の相手方が要求の根拠及び場合により要求の計算について「後付け」できることであり、立法者は透明性の要件とした<sup>56</sup>。いまひとつは、要求された利益と提示された要求の根拠との間に適正な関係が存することであり、立法者はかかる要件により給付／反対給付の比例性を問題にした<sup>57</sup>。

---

<sup>55</sup> Vgl., Murach, Anzapfverbot, in Kersting/Podszun, Die 9. GWB-Novelle (2017) (Murach, Anzapfverbot と略称), Rn. 3.

<sup>56</sup> 連邦議会は、実質的正当化の判断基準に係る新たな2要件のうち、「後付け可能性」の基準について、GWB19条2項5号へ追加文の改正を行う立法理由を以下のように述べる。「通常、要求の相手方がその要求の根拠と、場合により要求の計算ができることについて後付けできる状態にあるか否か、あるいはどの程度あるかが先ずもって重要になる。このような状態によってのみ、主に要求を受けた事業者は要求が実質的に正当化されるか否かについて検証できる。さらに要求された利益とその根拠、すなわち要求者の視点から存在している反対給付に関して、十分な透明性を欠くことは許されない」。BT-Drucks.18/10207, S.52 zu §19, zu Buchstabe a.

<sup>57</sup> 前掲註54の立法理由は、この点につき同じく以下のように述べる。「さらに通常、要求された利益が要求について示された根拠に対し、適切な関係にあるか否かが考慮されなければならない。ここでは要求された利益及びその根拠、すなわちこのような要求の反対給付に関して比例性が評価される。双方について明白なアンバランス

この二項目は実質的正当化の検証を容易にし、かつ法的安定性を高める目的による<sup>58</sup>。また、それらは実質的正当化を欠くことの重要な指標であり、法目標の考慮のもと市場参加者の利益に対し「より細かな個別衡量」をなすためのものである<sup>59</sup>。

(b) 「特に」という文言の意味

改正法文はかかる二項目を、「特に」考慮するとしたが、基準の列挙は限定的でなく、より広範な基準の導入を排除しない。すなわち、裁量衡量 (Ermessensabwägung) に係る基準であるとされる<sup>60</sup>。BGH も本件エデカ事件でこの点を承認した<sup>61</sup>。この指摘は、立法者が実質的正当化の不当性要件について高度に個別事例に依存する衡量を要するとしていた点からも、より広い基準を要請すると解されている<sup>62</sup>。

(c) 裁量衡量の二基準と利益衡量の関係

19条2項5号は、その実質的正当化の要件について、同条2項（妨害と差別の禁止）の不当性の要件（「不当に」あるいは「実質的に正当理由なく」）に従って、競争の自由の法目的を志向した考慮の下における包括的な利益衡量の一般的定式により、個別事案の不当性が判断される枠組みになっている<sup>63</sup>。裁量衡量の新たな二基準は、かかる個別事案に即した利益衡量の枠組みに取り入れられる。従って、二基準の双方又は片方を欠く事案では、要求を受けた事業者の有利な衡量がなされる<sup>64</sup>。

---

スが存在する場合には、実質的な正当化の欠如に関する兆候は通常排除されない。民法上の可能性で許される範囲を超えて既存の契約関係を侵害する、あるいは適及的な条件調整がされる場合には、通常、正当化が排除される。反対給付を欠く場合も同様である」。BT-Drucks.18/10207,S.52 zu §19, zu Buchstabe a.

BT-Drucks.18/10207, S.52 zu §19, zu Buchstabe a.

<sup>58</sup> BT-Drucks.18/10207, S.52 zu §19, zu Buchstabe a. L.. Murach, Anzapfverbot, Rn.19.

<sup>59</sup> BT-Drucks.18/10207, S.51 zu §19, zu Buchstabe a. Murach, Anzapfverbot, Rn.19.

<sup>60</sup> Murach, Anzapfverbot (前掲註 55), Rn.19.

<sup>61</sup> 後掲IXを参照。

<sup>62</sup> BT-Drucks.18/10207, S.52 zu §19, zu Buchstabe a. Murach, Anzapfverbot, Rn.21.

<sup>63</sup> Lettl, Das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB in seiner neuen Fassung, WRP 2017, 641,645-646, Rn.18.

<sup>64</sup> Lettl, WRP 2017 (前掲註 63), Rn.18.

## 8. 19条2項5号立法史のまとめ

- i) 受動的差別禁止の初期規定から、利益強要禁止の現行規定へと目的の変更があった。
- ii) 初期規定は妨害・差別の禁止規定に編入され、その後2013年第8次改正により、「市場支配的事業者の禁止行為」としてまとめられた濫用監視のGWB19条に体系的な整序がされた。
- iii) 初期政府草案に対する独占委員会の批判を考慮して、因果関係の問題として争われる市場地位の「利用」の文言の導入を図る事で、本規制の導入が認められた。その後エデカ事件で控訴審判決は、カルテル庁の主張を全面的に退けたが、その主要な根拠とされた因果関係論はBGHにより否定された。その結果「利用」に係る文言は、立法措置により削除された。以上の経緯から、因果関係に係る主張が、本規制の発動に大きな負担となる認識が明らかにされた。
- iv) 本規制の初期規定以来、旧GWB20条2項の意味で保護される供給業者について、中小企業に限定していた旧GWB20条3項2文の規定を削除し、全ての従属的事業者その対象を広げた（第8次GWB改正）。需要者段階だけでなく、供給業者段階においても集中化、寡占化が進展する産業構造下における相対的市場力規制の在り方について、模索が続けられているものと評される。

## 9. 利益強要（受動的差別禁止）禁止規定の運用実績と解釈論の水準

本規制は1980年の導入以来、エデカ事件とメトロ事件の両事例を除いて、40年近くの間、見るべき運用実績を挙げていないとみられる。この点は、以下の調査と指摘による。

- i) カルテル庁の年次報告書は、連邦レベルと州カルテル庁の双方で、1981年以來の手続き開始数、禁止処分数及び行為中止ないし他事由による手続き

中止数を調査し、掲載している<sup>65</sup>。それによれば禁止処分数が皆無である他に、例えば搾取濫用の場合と比較しても手続き開始数が極端に少ない<sup>66</sup>。

- ii) マーケルト教授は、旧 GWB26 条 3 項による導入以来 2012 年末まで、カルテル庁は「80 件だけの手続き」を取るに過ぎないとする。そして「カルテル庁の実務で (19 条) 2 項 5 号は、これまで大きな意義を有してこなかった」と結論付けるが、かかる評価が学説の一般的傾向である<sup>67</sup>。
- iii) エデカ事件のカルテル庁決定は、「従属性」や「実質的な正当化理由のない利益」の要件といった GWB19 条 1 項、2 項 5 号の濫用手続きにおける重要な「多数の問題が、初めて審査される」ことを認めている<sup>68</sup>。
- iv) エデカ事件のデュッセルドルフ控訴裁判所は、そのカルテル庁決定につき、主文 9 項目全てを取り消した<sup>69</sup>。この控訴審判決に対し、利益強要の禁止規定

<sup>65</sup> 連邦カルテル庁の HP から、1981 年から 2018 年までの年次報告書に基づき、GWB の過料手続き及び差止手続きに関する各条項の運用状況一覧表を基に、旧 GWB26 条 3 項、同 20 条 3 項、現行 19 条 2 項 5 号の手続き数を、「カルテル庁年次報告書による手続き数」としてまとめた (本稿 [1] 末尾の付録を参照)。Bundeskartellamt, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1981/1982~2015/2016 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet.

<sup>66</sup> 搾取濫用の運用状況については、1994 年までであるが、山部教授の下記論稿参照。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 29 号 (1997) 18 頁。

<sup>67</sup> *Markert*, in Immenga/Mestmäcker, *GWB*, 5A. Aufl. (2014), §19, Rn.366 & Fn.1237. マーケルト以外にも、19 条 2 項 5 号の運用実績の乏しさにに関して、以下の指摘がある。*Westermann*, in Münchener Kommentar, Band 2, 2. Aufl. (2015), §19, Rn.173 (この規定の実務上の意義は限られている。カルテル庁は数多くの手続きを進めたが、そもそも差止命令は 1999 年のメトロ事件まで存しなかった), Gayk, *Das Hochzeitsrabattverfahren*, WuW 2019, 245 (長期にわたり 19 条 2 項 5 号は、行政実務と判例において、「影のような存在」であった), Lettl, *Zur Anwendung von § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB (ggf. i. V. m. § 20 Abs. 2 GWB) insbesondere auf Preisverhandlungen zwischen marktmächtigen Unternehmen und Lieferanten*, WRP 2016, (Teil II) 935, 940 Rn.38. (エデカ事件のカルテル庁決定は、19 条 2 項 5 号の適用により、相対的に市場力ある需要者と従属的供給業者の間における、契約交渉の当事者に対する一般的基準を初めて展開するものであった), Dreher & Kulka, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 10. Aufl. (2018), §11 Rn.1262 (本規定は民法 134 条の民事法上の、そして GWB33a 条 1 項のカルテル法上の、双方の損害賠償請求権を認めるにもかかわらず、実務上何ら大きな役割を果たしてこなかった)。

<sup>68</sup> Bkarta, 03.07, 2014-B2-58/09, S.6-EDEKA.

<sup>69</sup> OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn.102.

は実際上の適用分野のないまま、「死せる法 (totes Recht)」になるといわれた<sup>70</sup>。当該規定に対するこのブンテ教授の評価は、ほとんど見るべき運用実績を欠いている状況下で、カルテル庁がいわば再生を賭けて取り組んだ訴追を全面的に退けた、控訴審判決のもたらす効果について述べられている。

- v) ケーラー教授は、旧 GWB20 条 3 項の規制について効率的でなく、実際上これからも運用されることはないと予測する<sup>71</sup>。さらに 2013 年時点における旧 GWB20 条 3 項に対する法運用の乏しさを前提にして、以下のような解釈論の水準に対する現状認識を指摘した。すなわち、同項は「その意義及び妥当範囲が、判例によって未だほとんど明らかにされていない、不確定な一連の法概念によっている」<sup>72</sup>。

以上のような本規定導入以来の運用実績と解釈論のレベルに係る評価をまとめるならば、上記 i) でマーケット論文が掲げた手続きの数は、警告 (Abmahnung)<sup>73</sup> 事案を含むのではないかと推察される。

## 10. 需要力濫用規制に係る現行法の規定 (2017年競争制限禁止法第9次改正による)

### 第19条 市場支配的事業者の禁止行為

- 1 項 一又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用的行使は、禁じられる。

<sup>70</sup> Bunte, Zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Aufforderung zur Gewährung ungerechtfertigter Vorteile (“Hochzeitsrabatte II”), EWIR 2017, 157, 158. Vgl., *Northdurft*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13. Aufl. §19 Rn.226.

<sup>71</sup> 2012 年に集中的に進められた第 8 次 GWB 改正手続きにおいて、GWB19 条 2 項 5 号 (改正前法 20 条 3 項) の受動差別禁止規定の問題点が議論されたが、連邦衆議院の経済技術委員会が開催した改正法問題の公聴会 (6 月 27 日) において、ケーラー教授の述べた発言である。Deutscher Bundestag 17. Wahlperiode, Protokoll Nr.17-74, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Wortprotokoll, 74.Sitzung Öffentliche Anhörung, -Drucksache 17/9852, S.48. 参照、拙稿「ドイツ酪農乳業における需要力の濫用」高千穂論叢 48 巻 1 号 (2013) 109 頁及び註 202。

<sup>72</sup> 後述する 2013 年法律鑑定意見書による (後掲 II、2 の (1) を参照)。

<sup>73</sup> 第 6 次 GWB 改正以後、非公式手続きである警告はカルテル庁の実務で通常行われる。警告対象事業者が問題行為を取止めれば、正式手続きを略す事ができるメリットがある。Klose, in Handbuch des Kartellrecht, 3. Aufl. (2016), § 53 Rn.146ff. 警告通知の発した後、カルテル庁は何らの手続きを開始しない結果も許される。Bach, in Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. (2014), §54, Rn.6.

- 2 項 市場支配的事業者は、一定の種類の商品又は役務について供給者又は需要者として、特に以下の場合に濫用が存する
- 1 号 他の事業者を直接又は間接に不当に妨害する、あるいは実質的な正当化理由なくして直接又は間接に他の事業者を同種の事業者と異なって扱う場合；
- 2 号 有効な競争が存すれば、高い蓋然性をもって回避できた対価又はその他の取引条件を要求する場合；この場合に、特に有効な競争の存在する比較可能な市場を考慮しなければならない；
- 3 号 その価格が実質的に正当化される同種の買い手の存する、市場支配的事業者自らの比較可能な市場よりも、不利な価格又はその他の取引条件を要求する場合；
- 4 号 一略
- 5 号 他の事業者に実質的な正当化理由なくして、利益の提供を要求する場合；その場合特に、他の事業者に要求が後付け可能であるか及び要求された利益が要求の根拠と適切な関係にあるかを考慮する。

### 3 項一略

## 第 20 条 相対的ないし優越する市場力をもつ事業者の禁止行為

第 1 項 19 条 2 項 1 号と合わせて 19 条 1 項は、中小事業者が商品または役務の一定の種類について供給者または需要者として、他の事業者に回避する十分かつ合理的な (zumutbar) 可能性が存しない態様で従属する限りで、そのような事業者と事業者団体に適用する (相対的市場力)。一定の種類の商品又は役務の供給者は、取引上の慣例として価格割引や他の役務の対価について付随的に、同種の需要者には与えられない特別の利益を需要者に与えるのが通常の場合には、1 文の意味でこの需要者に従属するもの推定する。

第 2 項 第 19 条 1 項は、2 項 5 号と合わせて、従属的な関係にある事業者と事業者の団体にも適用する。

第3項 中小の事業者に優越的な市場力をもつ事業者は、当該競争者を直接又は間接に不当に妨害することとなる市場力の行使をしてはならない。第1文の意味での不当な行使は、特に以下の場合に存する。

第1号 事業者が食品及び飼料法 (Lebensmittel-und Futtermittelgesetzbuch) の2条2項に規定する食料品を原価を下回る価格で販売する場合、又は

第2号 事業者が他の商品又は役務を単に一時的でなく原価を下回る価格で供給する場合、または、

第3号 事業者が後段階市場で商品又は役務の販売に関し競争関係にある中小事業者に対し、自らその市場で販売するよりも高い価格で当該商品又は役務を供給する場合。ただし、そのことが実質的に正当化される場合は、この限りでない。原価を下回る食料品の供給について、当該販売業者について通常正当とみなされる販売によっては、商品の腐敗ないし商品価値の毀損を生ずる恐れがある場合には、実質的に正当化されるものとする。食料品が公共的な施設での使用に供せられるために販売される場合には、不当な妨害は存しないものとする。

## II. 独占委員会とケーラー意見書の論争； 2007年価格濫用禁止法によるGWB改正

### 1. 独占委員会の需要力規制強化反対論（2007年）

#### (1) 概要

ドイツ独占委員会は、いわゆる「2007年価格濫用改正法」<sup>74</sup>によるGWB改正に際して、「エネルギー産業及び流通業における価格コントロールか？GWB改正法に関して」と題する特別意見書を公表した。それによれば、食品小売業分野の調達市場における価格濫用行動の問題が検討され、旧GWB20条3項改

<sup>74</sup> Gesetz zur Bekämpfung von Preissmissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, vom 18.12.2007 (BGBl. I 2007 S. 2966); Gesetzgebungsmaterialien abgedruckt in WuW2008 289.



正への反対が表明されている<sup>75</sup>。この2007年改正法は、同項が中小規模の供給業者に向けられた利益提供の勧奨ないし要求の禁止を規定するのに対し、かかる限定を排し、従属的事業者に対する相対的な市場力規制の枠組みにおいて、大規模供給業者によるかかる利益供与の行為を禁止する<sup>76</sup>。以下に、委員会の需要力濫用規制に対する抑制論を紹介する。

## (2) ドイツ流通業における需要力問題の不存在

### (a) 個別の交換関係に基づく個々の市場状況を分析する必要

独占委員会はドイツ流通業に対する需要力濫用規制を強化する改正法に反対して、当該分野において需要力は存しないとする。その際、流通業分野における調達と販売の市場における競争状況の分析視角を明らかにする。それによると、産出側の製造業者に対する、需要側の流通業者及びその協同組織の間における競争の関連は、大量購入による有利な条件に基づく業績の交換、及び反対サイドの従属性によって特徴づけられる。このような関係において異なる市場状況が存在し、また個別の交換関係によって関係づけられる個々の市場状況が存在する<sup>77</sup>。

これ等の場合、一方において製造業者は特別の価格譲歩を需要力ある流通業者に認め、また品揃えの受入れに際し取引開始の協賛金 (Eintrittspreis) の支払いを余儀なくされる。他方で流通業者は、市場力をもつ製造業者により一方的に押し付けられた条件の合意についてその締結を強いられる。流通業者は一定の、売り上げに重要な製品について取引停止のリスクを引き受ける場合もある。調達市場の事業者の個々の地位により、市場の相手方に対する交渉ポジションは、強められもすれば弱くもなる<sup>78</sup>。

<sup>75</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB (2007) (以下 Sondergutachten 47 と略称)。

<sup>76</sup> 後掲の「I, 5 中小企業保護に限定する規定の削除 (2007年「価格濫用改正法」) 参照。

<sup>77</sup> Sondergutachten 47 (前掲註 75), Tz.78.

<sup>78</sup> A.a.O., Tz.78.

### (b) 競争の在り方に左右される需要力

けれども独占委員会の見解によれば、このような交渉ポジションの強さは需要力ないし供給力と多くの場合、結びつかない。需要力は競争によって十分に制御されない、需要者の有する供給業者に対する交渉の範囲の大きさを前提とする。この交渉の余地は、その製品の販売について製造業者が何ら適当な回避可能性をもっていない、そして需要者の側においては何ら十分な競争が支配しておらないという場合に限りで存在する。これら双方の条件は、ドイツ流通業の調達市場において存しない。基本的に、供給業者には販売の代替先が流通業レベルに存在する。基本的に独自の販売システムを開拓することは、可能なのである<sup>79</sup>。

### (c) より有利な取引条件の獲得努力に対する需要競争と販売競争

他方で、独占委員会の見解ではドイツ小売業における調達市場について競争の強度は高い。需要者のなす協調的な行動態様は問題にされない。さらに流通業の販売市場における競争の強度が高いことが指摘される。この点はそこでの流通業者がより良い購入の条件ため競争しているものとして、調達市場に再び作用を及ぼす<sup>80</sup>。

## (3) 食品小売業の現状と販売の革新

### (a) 流通業と製造業の収益率比較

独占委員会の現在の認識状況では、流通業の力を増す傾向に係って、需要力濫用による（契約）条件の形成が生ずる危険は認められない。その評価によれば、食品小売業において従前と同様に、活発な競争が見いだされる。その他、マージンの大きさについて、製造部門のブランド製品よりも明らかに低いのであって、食品小売業は相対的に低いマージンになる<sup>81</sup>。

---

<sup>79</sup> A.a.O., Tz. 79

<sup>80</sup> A.a.O., Tz. 79

<sup>81</sup> 活発な競争が現実に行われている幅広い特徴として、エデカとスーパーとの合併に係る調査において、全面的な品揃えのスーパーとディスカウンターとの間において代替関係が増している。補足的に、実効性ある潜在的な競争が存することは、流通業レベルでの市場参入が妨げられていない結果から明らかとされた。Sondergutachten 47 (前掲註 75), Tz.80.

## (b) 取引停止の威嚇と非効率的な供給業者の排除

独占委員会は、流通業者は製造業者に対し取引関係を終了させる威嚇によって、形式的には需要力は行使され得ると考える。けれども非効率的な製造業者の淘汰の問題として、取引停止の威嚇問題を捉える。すなわち、品揃えから外す通知は、流通業者につき同じかあるいはより良い条件で、代替的な取引先を任意にできる状態として捉えられる。かかるより良い取引関係が存在するなら、より効率的でない供給業者の市場からの退場が競争（政策）上の優先順位になる<sup>82</sup>。

## (c) 消費者に高価格の負担となる価格決定への介入

旧GWB20条4項（現19条3項1号、2号）において、仕入れ原価割れの価格設定に対する濫用監視が行われるが、同20条3項は流通業者の調達価格を規制する機能を有する。従って、製造業者とその商品に対し流通業者が交渉する流通事業者間の価格及び取引条件の形成に係り、競争の重要なパラメーターに対し規制の介入が行われる。前記法改正により大規模製造者に対する働きかけが同20条3項の規制対象とされれば、かかる競争が減じられる懸念は強まる。また消費者への負の効果は、高価格となる事態を警告している<sup>83</sup>。

## (d) 業績関連の実質的正当化；具体例

標記の例とは、発注量、買取量増大を理由にコスト削減効果が供給業者に生ずる場合である。特別の流通機能の引き受けに対する得意先の機能レポートは、格別の販売促進の供与に対する対価としてレポート提供事業者から支払われる。製造業者サイドからのより有利な条件の提供は、流通業者のなす販売促進活動の本質的徴表となる。「品揃え協賛金（Listungsgebühren）」は参入を企てる製造業者や流通業にあって、製品革新の導入に支払われる。流通段階の品揃えで新製品追加は、販売促進のリスク引き受けが業績による正当化となる<sup>84</sup>。

## (e) 食品小売業の間接的ネットワーク効果

大規模な小売業者は、製造業者にとってその製品・ブランドについて広範な選択を行う際の顧客である。製造業者はかかる多くの顧客である流通業者に価

<sup>82</sup> 流通業者は何ら、長期に仕入れの超過高価格を支払うものではない。そうでなければ、結局これは最終消費者の負担になる。A.a.O., Tz.81.

<sup>83</sup> Sondergutachten 47（前掲註75）, Tz.82.

<sup>84</sup> A.a.O., Tz. 84.

格に限られず品揃えの充実も依拠して売り込みをする。独占委員会によれば、スーパーという業態の魅力は、品揃えにおける製品の多様さに基く<sup>85</sup>。

(f) スーパーマーケットのプラットフォーム効果

スーパーマーケットは製造業者と消費者の間で仲介者として、製品の供給者とその需要者を引き合わせるプラットフォームの働きをする。消費者の視点からは、供給の多様さがスーパーマーケットの訪問につき購買判断の中心的要因であり、製造業者の視点からは、かかる訪問者の増加によりスーパーマーケットの魅力が高まる。如何なる追加的な訪問者も、製造業者の視点からスーパーマーケットの品揃えにおいて当該製品の潜在的な買手になる。「棚のスペース」の需要者として製造業者も、スーパーマーケットの仲介の業績に従い消費者と共に需要の次元で登場する。そしてスーパーマーケットの経営者には、製造業者のプレゼンのための棚スペースを「賃貸する」中間機能が帰属する（独占委員会）<sup>86</sup>。

(g) 棚貸しの経済的合理性（外部不経済の内部化）

製造業者とスーパーマーケット経営者間の契約条件は、消費者の視点から、購買決定に際して店舗間で比較した当該製品の重要性に左右される。ある供給業者の製品が特別に重要なら、消費者はかかる製品を供給業者について比較し、有利な条件の品揃えを期待する。それに対し、他の製品は消費者の視点からは、二次的な意義になる。かかる製品が劣位な販売条件となり、例えば棚の高所に置かれるのは経済的合理性がある。この条件格差は、価格評価された経済的手段によって市場の交換に組み込まれる。この場合、スーパーマーケット経営者ないし流通チェーンは彼らの品揃え配置に際して、外部性を内部化する。こういった場合、

---

<sup>85</sup> 「ワンストップショッピング」による消費者の便益は、取引費用の経済学により基礎付けられる。この経済学的視点からは、消費者の探索コストと時間の節減が重要であり、消費者は目指すブランドを欠く店舗では、他の購入予定製品の購買も控える傾向が指摘される。従って一つの店舗内で品揃えされた製品の間で、外部性が生じる。消費者、製造業者、そして流通業者の期待についてのかかる影響はネットワーク効果として示される。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.85. 探索コストを含む「取引費用の諸要素」について、以下を参照。クーター／ユーレン（太田勝造訳）『新版・法と経済学』（1997）134頁以下。

<sup>86</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.86.

「棚賃し料」により価格評価された内部化手段が用いられる<sup>87</sup>。

以上の議論は、競争当局が旧 GWB20 条 3 項の枠内で実施すべき分析の複雑性を明らかにする（独占委員会）。上述の包括的な関連の検討は、潜在的に需要力に条件づけられた条件格差と業績関連の条件格差を区別する場合、実質的に適切なものとして受容される<sup>88</sup>。

#### （４）需要力の濫用監視規定と法運用の問題

##### （a）旧 GWB20条3項の不確定概念

同項は、法解釈及び法適用で重大な困難を抱える一連の不確定概念を有する。かかる不確定概念は、中小企業、従属性、利益そして実質的正当化等である<sup>89</sup>。

##### （b）革新的販売方針に対する阻害

旧 GWB20 条 3 項による規制は、現在の販売組織を固定化する方向で働く。同項は従属的な供給業者に、競争当局を通じて個別契約条件の濫用該当の有無について検証させる誘因を与える。供給業者自らが販売方針を変更し、それにより従属的關係を回避する努力よりも、競争当局に介入を優先させる危険がある。この規定は革新的な販売組織を展開し実現する、供給業者の誘因を明らかに減じる（独占委員会）<sup>90</sup>。

<sup>87</sup> 品揃え配置が消費者につき全体的な製品に係って、スーパーの他製品に関し間接の効果を検討しているなら、この格差は効率的である。それに対し、全製品が等しく扱われるような極端な例では、このような効果が考慮されない事態は価格体系上非効率である。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.86. 参照。林寛美「外部不経済の内部化における経済的手段の有効性」文京学院大学外国語学部文京学院短期大学紀要第 6 号（2007）、263 頁以下。

<sup>88</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.87-88.

<sup>89</sup> そのうち利益の概念は、需要者の経済状況の改善が考えられるのか、他の需要者が合意した契約条件に関連して規定されるのか不確定である。非業績的な合意が直ちに濫用禁止に服するか問題になる。すなわち、その概念が独自の意義をもつか、実質的正当化に関連してのみ捉えられるか争いがある。実質的正当化の要件指標を解釈する段階で、既に問題になる。利益衡量により決定される場合に、「厳しい交渉」の許容範囲の画定と評価の困難性が増す。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.89.

<sup>90</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.83.

(c) 旧 GWB20条3項の適用領域の限定

独占委員会の見解によれば、同項の適用領域は遡及的な契約条件の変更問題に限られる<sup>91</sup>。BGH メトロ判決において、合併による契約条件の遡及的変更に係る濫用の判断は、民事法上の請求権なく、より有利な取引条件を要求した認定が求められた。取引関係の受容前に法的請求権は通常存しないのであるから、かかる議論は、現に存する契約関係の枠内でのみ意義がある。以上の考慮は、本規制が容易に適用領域を広げる危険をもつ点を鑑み、旧 GWB20 条 3 項の適用範囲を狭める提言を導く（独占委員会）<sup>92</sup>。

(d) 契約の全体的条件の観察（BGH メトロ判決）

BGH メトロ判決は、合併による遡及的な契約条項の調整に係る要求について、引き続き年度における契約関係の維持と強化をもって、実質的正当化のされる反対給付であるとした。具体的には、契約交渉の省略に伴うコスト削減や宣伝活動などが、実質的正当化の事由となる。「これらの考慮は、合併の経過における（契約の）全体的条件に関する合意にあって役割を果たす」実質的正当化の判断要因になる。すなわち、合併の経過をみて、遡及的な契約合意の変更に係る規制官庁による介入は限定される（独占委員会）<sup>93</sup>。

(e) 契約条件の全体的セットの観察

かかる契約の全体的条件のセットを観察する基準をとった BGH メトロ判決に対する、独占委員会の評価は、以下の意味をもつ。それは、エデカ事件の 2018

---

<sup>91</sup> 同項の任務は、通常の間年契約締結の後に、契約の重心が流通業者の一方的に有利に偏る事態を防止する点にある。契約関係の受入れ時に最初の条件の検証をし、契約の進行後の更新契約に係る交渉の検証するのは、その任務ではない。この結論は、如何なる契約条件の合意も、価格の構成要素として規定される認識から導かれる。如何なる給付が提示されるべきか、また如何なる反対給付が適切かは、専ら当事者間の交渉を通じて決まる。すなわち、関連する商品の価格は契約締結前には存しない。競争当局は契約締結前に実質的正当化を欠く判断をするべきでない。その判断は私的自治への重大な介入であるだけでなく、競争当局を価格コントロール機関に機能喪失させる危険がある。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.92.

<sup>92</sup> Sondergutachten 47, Tz.93-94. その適用領域は、継続的な取引関係の枠内で遡及的な契約変更が求められている場合のような、体系的、経済的に正当化されない差別要件に基づく場合に非常に狭く限られる。Sondergutachten 47, Tz.91.

<sup>93</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 95.

年 BGH 判決が要求の業績性を審査する場合に、給付の束の全体的条件を観察する基準によったが、かかる判示に対し先駆けの意味がある。これは、合併による遡及的な契約条件の変更問題として共通のメトロ事件とエデカ事件のそれぞれの BGH 判決について、契約条件の全体的セットの観察をして濫用の評価をする共通性をもつ。そしてかかる全体条件の観察手法が、当事者の契約関係への介入を限定する結果を導くとされた上記の分析も、その妥当性を認める評価と共に注目される。

(f) 需要サイドにおける競争保護（旧 GWB20条3項の保護目的）

独占委員会によれば、旧 GWB20 条 3 項は需要サイドにおける競争の保護に仕える。その保護は市場で有力な流通事業者の競争者に及ぶが、その理由はかかる競争者の固有な、不利な購入条件が一層悪化する結果による<sup>94</sup>。

(g) 需要力濫用規制の妨害的効果

それに対し、立法者は当該規範の導入に際し、需要サイドにおいて誘引された差別行為が基本的に競争者を害する危険により差別禁止の下に置かれると説明している。独占委員会は、この立法者による理由付けが、旧 GWB20 条 3 項の規制によって主に達成されるか疑問があるとする。また法律の提案された改正もこのような懸念を一掃するものではない<sup>95</sup>。

受動的差別禁止として導入された本規制に対し、独占委員会はその実効性に根本的な疑義を指摘する。そして市場で有力な需要者の存する市場の競争保護は、かかる競争者に及ぶ購入条件の悪化、すなわち妨害的効果によって理論付けられるべきとする。この結論は注目される。上記の立法意図に対する独占委員会の批判は、市場の差別的効果、つまり濫用行為による優劣の格差によって、需要力濫用の基礎付けをなす立場の問題点を指摘するものである。

(h) 大量購入と販売の特化に基づく業績性と消費者利益の確保

独占委員会によれば大規模流通業者は規模の利益による大量購入によるコスト削減の業績性により、また中小規模の供給業者は販売方法の特化による業績性により、消費者利益重視の競争政策の観点から肯定的評価がされる限り、

<sup>94</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 96.

<sup>95</sup> Sondergutachten 47, Tz. 96.

濫用監視の対象とされるべきでない<sup>96</sup>。幾つかの流通事業者による規模に条件づけられた購入の優位に対し、旧 GWB20 条 3 項の禁止は何ら変更されるべきものでない<sup>97</sup>。

## (5) 供給サイドの競争；大規模供給業者の保護否定論。

### (a) 大規模供給業者の従属性否定論

独占委員会の需要力濫用規制における大規模供給業者の保護否定論<sup>98</sup>に係り、その従属性を否定する以下のような、根拠が列挙されている<sup>99</sup>。

第一に、大規模事業者は製造活動における規模の利益を任意にできる。すなわち、小規模な製造業者よりも安く製造できる。

第二に、大規模な供給業者は、その競争相手の小規模な事業者よりもより有利な回避可能性のある位置にいる。かかる回避可能性を欠くことが、法律上の意味で従属的關係を初めて基礎づける。

---

<sup>96</sup> 上述の旧 GWB20 条 4 項について述べたように、大規模流通事業者は大抵の場合に中小の競争者よりもその大量の購買数量を基に、より良い購入条件を合意できる。この有利な購入条件はそれ自体、市場の業績関連のものであって、それゆえ競争政策上からは異議のないものとして、大規模流通事業者は大方、その品揃えをより低価格で（消費者に）供給する。それゆえ中産階級の流通事業者は競争能力を維持するため、その他の競争の指標を強化するのである。例えばそれらの事業者は、製品の高い品質、信用される顧客相談や特化された提供に、特別の意義を置くのがその例である。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.96.

<sup>97</sup> その規範はむしろ第一に、流通業の大規模事業者間の価格競争を制限するものとなっている。この効果は大規模製造業者に対する適用領域の拡大によってさらに強められる。最終的に高価格という結果によって消費者の負担に帰着する。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz.96.

<sup>98</sup> この議論は、供給サイドの競争保護についての論争を前提にする。すなわち、旧 GWB20 条 3 項は、供給サイドの競争の保護が規範目的であるのか、市場力をもつ需要者に対する供給業者の保護が規範目的であるのか争われた。また、供給業者の保護は二次的にのみ、すなわち反射効果として付け加わるのか、競争者の保護と同じレベルであるの争われた。（当時の）BGH はこの問題を、明らかに未解決のままにしている。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 97.

独占委員会の見解によれば、いずれにしても適用領域が大規模製造業者に拡大される何らの根拠も存しない。それら事業者は大抵中小規模の事業者よりも良い状態にあって、客観的に不当な利益の供与に対し反対を主張でき、法律と競争官庁の側において何ら特別の保護を必要としない。Sondergutachten 47, Tz.97.

<sup>99</sup> Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 97.



次に大規模な供給業者の回避可能性を、以下のように具体的に列挙、分析する。

(b) 財務的基盤

大規模な製造業者は、需要者の変更から余儀なくされるコスト負担に対し、大きな財務上の供給源に依拠できる。強い財務力がある事業者は、現行の販売システムに適応し、あるいは革新的販売方法を現実化できる<sup>100</sup>。

(c) 事業規模の世界的な展開

さらにしばしば国際的な活動をし、それゆえ新しい契約当事者—たとえば外国において—を見出す<sup>101</sup>。

(d) 製品の多様さと交渉力

以上と並んで大規模事業者は、小規模な競争相手とは対照的にしばしば完全な製品の多様さを確立するので、その交渉上の地位を流通業に対して明らかに強化できる<sup>102</sup>。

(e) 流通業者の従属性

- i) 契約相手の絞り込み。しかしまた他方で、独占委員会は流通業者の契約実態から生じる大規模製造業者の回避可能性について指摘する。すなわち、製造業者のもつ強い交渉上の地位は、流通企業がより多くの供給業者と取引関係を維持する代わりに、契約上の関係を少数の供給業者に限定しても、結果としては生じる<sup>103</sup>。
- ii) 中小企業に向けられた要求行為による濫用監視の限定論。大規模供給業者の回避可能性に関するかかる根拠が、立法者をして第5次GWB改正において、市場で有力な事業者に対する濫用監視を明らかに中小業者との関係に限定させた<sup>104</sup>。従って、大規模事業者が多くの場合十分な回避可能性を任意

<sup>100</sup> Sondergutachten 47, Tz. 97.

<sup>101</sup> Sondergutachten 47, Tz. 97.

<sup>102</sup> これは流通業の視点からその製品が特に重要であるか、あるいはむしろ放棄できない商品とみられる場合に起こる。Sondergutachten 47 (前掲註75), Tz. 97.

<sup>103</sup> かかる背景から流通企業は、客観的に正当化されない利益を要求し、取引停止の威嚇がもっともらしく見える。しかしそれは、厳しい価格及び諸条件の交渉に際して、大規模製造業者が特別に保護される理由となるものではない。Sondergutachten 47, Tz. 97.

<sup>104</sup> 市場で有力な事業者は、大規模事業者に対する(契約に係っての)十分な締結の自

にしており、それゆえ立法者は必要な場合には濫用禁止を限定する意図をもつとの見解が独占委員会により示された<sup>105</sup>。

## (6) 旧 GWB20 条 3 項 2 文の廃止論

また独占委員会は、旧 GWB20 条 3 項 2 文（従属的事業者に対する市場で有力な事業者による受動的差別の禁止）につき、その時限立法の規定に基づき効力の延長をしない提案をした<sup>106</sup>。

## 2. ケーラー意見書による需要力分析と GWB 規制の問題

### (1) 概要

(a) ミュンヘン大学のヘルムート・ケーラーは、「食品小売業における需要力と不公正取引慣行」と題する法律鑑定意見書（2013年）において、上記Ⅱ、1の独占委員会による需要力濫用規制の消極論に反対するとともに、その規制強化の理論的説明と具体的提言（行動綱領案）を行っている<sup>107</sup>。

---

由を行使する。このような評価が、とりわけ一方において市場で有力な供給業者との関係において、他方では大規模流通業者の間において可能である。立法者は濫用規制の中心に市場で有力な流通事業者がいる旧 GWB20 条 3 項の意味における利益の提供について、中小企業者に限定している。以上が、独占委員会による立法意思

<sup>105</sup> 独占委員会は補足的に、競争者の保護でなく動態的な市場過程を維持する要請を挙げる。「大規模な供給業者について規範の適用範囲に組み入れるならば、何れの場合にも小規模な競争相手に対する負の効果を間接的に生む。(旧) GWB20 条 3 項の濫用監視が大規模供給業者の利益のために取られるなら、不利な条件に対する（カルテル）官庁による援助を企図する。かかる援助がないとすると、（契約の相手方に）結局のところ契約交渉や継続的な取引関係を破棄させるだろう。これは、他の供給業者に一中小の事業者も一市場参入のチャンスを生むか、その市場地位の構築をさせる」。Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 99.

<sup>106</sup> その理由として価格差別を供給者に誘引する被疑違反行為が、需要サイドにおける競争を促進する効果をもつ点を重視し、本項の禁止が競争制限の効果をもたらす危険があるとする。さらに、既存の販売構造を固定化する危険があり、本禁止を削除すれば、流通で多様な価格と種類の製品の複合を期待できる。Sondergutachten 47, Tz.77. 参照、拙稿「ドイツにおける需要力の規制理論」高千穂論叢 47 巻 4 号 2 頁。

<sup>107</sup> Nachfragemacht und unlautere Handelspraktiken im Lebensmitteleinzelhandel, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Oxfam Deutschland e.V. durch Prof. Dr. Helmut Köhler (2013/06/14) (Oxfam Deutschland の HP より入手: 以下、Köhler,

## (b) 「ある法」と「あるべき法」の区別

ケーラー鑑定書の目的は、需要力濫用規制に係り「ある法 (de lege lata)」と「あるべき法 (de lege fernda)」を示すことにある<sup>108</sup>。我が国の需要力濫用規制に係り優越的地位濫用規制の検討にあたって、「本来あるべきルール」を検討するうえでも「現にあるルール」を明らかにすることが不可欠であると指摘されている<sup>109</sup>。ドイツの需要力濫用規制においても、同様な事情が意識されていると考えられる。

## (c) 問題の背景

上記意見書で食品小売業において需要力と不公正取引慣行が問題にされる背景として、ドイツ食品小売業における集中化傾向、供給業者が販売面で直面する困難（価格及び取引条件の劣悪な結果）、旧 GWB19 条、同 20 条による市場力コントロールが可能であっても、流通業者による取引停止の制裁を恐れ違反申告がされない問題を挙げている<sup>110</sup>。

---

Rechtsgutachten と略称)。

<sup>108</sup> ケーラーによれば、鑑定依頼（オクスファンによる）の目的は、以下の点にある。適切な法律上及び私法上の解決可能性を供給業者に対する不公正な取引慣行の形態をとった市場力の濫用に係り、「ある法 (de lege lata)」と「あるべき法 (de lege fernda)」を示す目的である。とりわけ以下の事柄が問題になる。

- \* GWB の合併規制及びその他の可能性により、小売流通業者の市場力と需要力を抑制する場合に存する限界値の適切性；
- \* 不公正取引慣行に対する、「通報者暴露問題」とそれによる制裁の適切な解決を考慮した、濫用規制の改善の可能性（例えば競争法において製造業者に対する不公正な取引慣行の典型的なものを、例示的カタログとして採用する是非）；
- \* 違反行為に対する匿名の申し立てを許し、不公正な取引慣行に対する調査と監視を行う紛争の調停職の整序；
- \* 実効的な執行体制を含めて、不公正な取引慣行に対する私法上の行動綱領に係る適切性；
- \* 不公正な取引慣行に対する実効的な制裁；
- \* 濫用的行動の態様に係る立証を容易にするため、長期の供給契約の書面化義務。

Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.9.

<sup>109</sup> 根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報 27 号 (2006) 21 頁。

<sup>110</sup> Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.8-9. 違反申告が行なわれない問題とは、前掲註 106 の通報者暴露問題を指す。

## (2) 独占委員会の需要力概念に対する批判

### (a) 販売力の鏡像的理解としての需要力（独占委員会）

需要力を法的及び経済的に評価して政策上の結論を引き出すため、需要力概念（販売力との相違）を明確化しなければならない。その作業は供給業者に対する流通業者の関係を明らかにする。以上の前提と目的から、ケーラーは独占委員会の需要力概念を分析する。

それによると、独占委員会は、販売力を鏡像的に捉えて需要力を理解する。この点から企業に販売力が存しないのなら、需要力もまた存しない。そこでは需要力は、販売を行う企業に対する需要者間の競争によっては十分にコントロールされない関係として位置付けられる。独占委員会によるこの位置付けでは、ドイツの流通業において需要力は存しない。というのは、製造業者には適当な回避の可能性が存するとされるのであり、それは小売業者の購買市場には強度の競争が存する結果から導かれる。すなわち、流通業者の販売市場における競争レベルの高さは、競争する流通企業が有利な購入の条件を探るものとして、購買の市場に作用する<sup>111</sup>。

### (b) 流通業者の市場力と供給業者の回避可能性

上記の独占委員会の見解は賛成できない（ケーラー）。流通業者が自らの供給サイドにおいて何ら固有の市場力をもたない場合にも、供給業者は、他の買い手へ回避する可能性を欠く場合がある。この意味において供給業者が流通業者に従属する結果を、独占委員会は顧慮しない。その点はまた連邦カルテル庁による決定の実務及び判例においても認められる。ケーラーにとって需要力問題の鍵は、どのような条件のもとで、供給業者について個別に一製造業者の販売量における流通業者の占める割合を示す取引依存度によって一従属性を受け入れざるをえないかにつき存する<sup>112</sup>。

---

<sup>111</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107）, S.9-10, Monopolkommission, Sondergutachten 47（前掲註 75）, Tz. 78-79.

<sup>112</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.10.

## (c) 供給過剰状態の消費財市場の問題。

この点に関連して、ケーラーの認識では、流通業レベルで販売の代替性について何が問題かは、これまで如何なる論証においても論じられていない。すなわち、消費財市場における供給過剰（いわゆる「買い手市場」）に直面して、流通業者による一定の要求に応じないためその品揃えから外される場合には、代替的取引先を見出す非常な困難を生じる。品揃えから外される事態は、中小の製造業者にとりその存在を脅かされる<sup>113</sup>。

しかし供給業者の独自に行う販売組織の構築は—独自取引ルートの開拓、インターネットの直接販売等が考えられるが—おそらく、それに結びついたコスト問題や流通経路の問題のため基本的に僅かの分野に限り可能である。独自の販売組織の事情を除外しても、流通業はまさに全ての手段を用いて、こういった事情を含む競い合いと闘っている点にケーラーは注目している<sup>114</sup>。

## (d) より有利な取引条件の獲得と市場の競争の在り方に対する顧慮

流通業者の販売市場における活発な競争の存在から、それに対応する購入市場の競争の存在、すなわち有利な購入条件めぐる競争の存在を導く結論において、独占委員会には賛成できない<sup>115</sup>。「この点は明らかに、(独占委員会について) 需要競争の特徴及び機能に関する根本的な誤解 (grundlegendes Missverständnis) が存する」。確かにどの需要者も、可能な限り有利な購入条件を求めている。しかしその要求の貫徹に関しては、その供給業者へ乗り換えができるその他の需要者が存在するならば、一定の限定の下に置かれる。

## (e) 流通業者の協調的な需要力強化の企て

購買の協同体について製造業者の回避可能性を限定し、かつ需要力を高めるためにも、その拡充がしばしば流通業者間において主要目標になる。かかる目標からする共同行為が行なわれる場合、カルテル要件を充足する (EU 機能条約 101 条 3 項又は GWB 2 条 1 項の条件の下でのみ正当である) <sup>116</sup>。

<sup>113</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.10.

<sup>114</sup> Vgl., Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.10.

<sup>115</sup> Vgl., Monopollkommission, A.a.O (前掲註 73). Tz. 79 a. E. Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.10.

<sup>116</sup> ケーラーは、需要力を定義する独占委員会と同じく、競争によって十分コントロー

(f) 販売市場の競争の在り方と調達市場の構造変化（大規模流通業者の収益率）  
独占委員会の見解によれば、流通業レベルにおいて購入条件の濫用的な形成を導く前提となる力の増大する危険は、何ら存しない<sup>117</sup>。この点にも、賛成できない（ケーラー）。先ず、販売市場における高まった競争から調達市場の対応する競争を導くという上記と同様の推論が繰り返される。しかしケーラーによればかかる推論は不当であり、その理由は以下の実証的な指摘に反するとする。それはこの十年来、食品小売業における集中化は絶えず高まっており、既にこの点から市場構造が継続的に変化する兆候を示し、それは調達市場の力を増した。独占委員会がこの点を、食品小売業における競争の高まりの兆候としてとらえる場合には、マージンは明らかに製造業の対応するブランド商品よりも低いとされるのであるが、このような場合かかるマージンは対応する会社法上の算出によって人為的に圧縮される（基本的な形態；資産運用会社への高額の支払いをともなった、事業会社と資産運用会社の分離策）。大規模流通業が高い売り上げ利潤率を達成しているのはドイツ大企業ランキングからも推論される<sup>118</sup>。

(g) 流通業における集中と需要力

流通業における需要力概念の理解にとって、数十年来高まる集中は、鍵となる現象である。具体的には、競争者の買収であり、最終的にエデカはテンゲルマンのディスカウト部門（プラス社）を買収した。このような集中は相応の利益獲得を目指す意欲により可能となり、また絶えずその獲得が意欲されている<sup>119</sup>。

(h) 取引量削減等の広範な威嚇的効果の分析

販売力を鏡像的に捉えた需要力概念には、次の点でも従えない。需要力行使は、

---

ルされていない流通業者による、供給業者に対する行動態様として需要力が定義されるとする。このように、製造業者が従属する場合、すなわち製造業者が他の流通業者に回避する十分かつ合理的な可能性をもたない場合には、流通業者は需要力をもち、他の流通業者の存在により妨げられないで、有利な購入条件の要求を貫徹できる。さらにかかる場合には、数量リベートの拡大という条件を満たすのみではなく、本文のように、購買組織に結集した需要力の共同行為も可能になる。Köhler, Rechtsgutachten, S.10-11.

<sup>117</sup> Monopolkommission, a.a.O (前掲註 73), Tz. 80.

<sup>118</sup> Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.11.

<sup>119</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.11.

流通企業が製造業者取引関係の終了を威嚇する場合だけ問題になるのではない。製造業者に不利な圧迫を行使するためには、引き取る量の取るに足らないものでない削減で十分である。又小売業者の店頭レベルで行う相応の価格方針と宣伝の操作によっても可能である（例として、製造業者ブランド製品につき高い販売価格となり、その流通ブランド製品につきより低い販売価格を設定する）<sup>120</sup>。

### （３）ケーラーの需要力概念

#### （a）需要者固有の利益を引き出す力

一般化して述べると、需要力は需要者が供給業者から固有の利益を引き出す力である。この力は、商品又は役務の購入に関連付けて需要者が供給業者から有利な条件（価格及び他の諸条件）を引き出す点にあらわれる。「それゆえ需要力は交渉力として示される。供給業者が提示した条件について取引の成立に至らない場合、供給業者にとってさらに大きな不利となると考えられる限りで、供給業者が需要者の要求に同意する事態がその兆候になる」<sup>121</sup>。

#### （b）消費財市場に係る購入市場の状況（需要に対する供給過剰）

典型的に供給過剰は、需要者に供給業者を回避するより大きな可能性を当然に与える。これは供給業者のもつ回避可能性を上回る。供給業者が一社の需要者に対する取引関係に専念するほどに、ますますその交渉上の立場は弱められる。何れの場合にも、ある事業者が需要力をもつに至る事態は、供給業者が需要者の無理な要求に対しても取引の締結を放棄する十分かつ合理的な可能性を持たない、とりわけ他の需要者への回避可能性をもたない場合である。その場合需要者について、一定の市場占拠率は、それぞれの購入市場において一定の商品・サービスの供給に係り何ら問題とされない。先ず一定の供給業者による売上げに対する需

---

<sup>120</sup> 取引停止の威嚇について流通業者が代替的取引先を多少とも任意にできる、あるいはより良い条件を提示できる限定的な場合のみ、かつ取引停止がより効率的に劣った供給業者のみが排除されるに過ぎないと考えて、独占委員会がその想定をしたのなら、それは理論的に正しくない。だから他の製造業者により良い条件を与えないで、通常数千もの製品について品揃えを行なう小売事業者は、ある製品を販売するか、あるいは返品するか、何れも総体としての売り上げに損失を被らなくてもその威嚇は可能である（ケーラー）。Köhler, Rechtsgutachten, (前掲註 107) S.11.

<sup>121</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.11-12.

要者の割合が一他の要因とともに一重要である（取引依存度）<sup>122</sup>。

#### （４）現行法における需要力と不公正な取引慣行に係る規制

##### （a）需要力のカルテル法上の規制；合併規制

合併規制に係る規定は EU 連合の法において、すなわち EG-Fusiondkontrolleverordnung（「欧州共同体企業結合規則」）とドイツカルテル法、すなわち GWB35 条以下に見出すことができる<sup>123</sup>。

ドイツ食品小売業において巨大事業者（アルディ、エデカ、レーヴェ、カウフランド、リドル）の広範に進行する集中を考慮して、共同購入事業に限ってもさらなる合併は承認されないか、厳しい義務付けを伴う。それゆえさらなる一般の合併計画はほとんど承認されないであろう<sup>124</sup>。けれどもその点は、食品小売業で中小企業の負担ともなる、さらなる内的成長を妨げるものではない。

---

<sup>122</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107），S. 12.

<sup>123</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. 01. 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, OJ L 24, 29.1.2004, 1. 欧州ないしドイツ法適用の基準は、合併が共同体の範囲における重要性をもつか、あるいは国家的な重要性を持つかの点から、判断される。合併は、基本的に有効な競争を著しく阻害する場合に禁止される（参照、欧州共同体企業結合規則 2 条 3 項；GWB36 条 1 項 1 文）。供給サイドないし需要サイドにおいて、このような地位が存するか否かは重要ではない。ケーラー鑑定書の記述（GWB36 条 1 項 1 号の改正をした 2013 年第 8 次 GWB 改正以前である。）は、合併禁止基準市場について、支配的な地位を築く、ないしそれを強化し、それにより競争を実質的に妨げる場合とする。Köhler, Rechtsgutachten, S.12-13. Vgl., Lettl, Kartellrecht, 4. Aufl. (2017), §10 Rn.1.42.

<sup>124</sup> かかるケーラーの予測にもかかわらず、エデカは Tengelmann 社から 451 店舗を買収する統合を 2014 年 11 月に申請した。BKartA, 31.03.2015-B2-96/14, “EDEKA/Tengelmann” (bundeskartellamt.de の HP より入手) (BKartA, B2-96/14 と略称)。カルテル庁決定は本稿 IV、4 の（２）で詳論する。

本件合併には、経済産業省「平成 30 年度産業経済研究委託事業；主要国における経済・社会環境と競争政策に関する制度報告書」（11.03.2019）53 頁以下に、本事件の「事案概要、これまでの経緯、競争法上の分析、公共の利益上の分析、決定」について、説明がある。

なおこの事件では、カルテル庁の禁止決定の後、2015 年 4 月 28 日に両当事会社は連邦経済エネルギー大臣の承認を申請した。連邦経済エネルギー省（BMW）の勧告を受ける前記大臣により 2016 年 3 月 9 日条件付きで、大臣承認が下された。2016 年 7 月 12 日、利害関係者の不服申し立てにより、デュッセルドルフ控訴裁判所が大臣承認に対する差止命令を下した（Case VI-Kart 3/16（V））。



## (b) 需要力のカルテル法上の規制；カルテル禁止

EU 機能条約 101 条及び GWB1 条は競争制限を目的とするか、その効果をもつ事業者間の合意及び相互的に調整された行為態様を禁止する。このカルテル禁止は需要者にも適用がある<sup>125</sup>。

## (c) 市場力規制；市場支配的地位の濫用禁止（EU 機能条約102条；旧 GWB19 条4項）

需要者に適用される市場支配的地位の濫用禁止は、基本的に価格及び取引条件の要求を包括する。それは EU 機能条約 102 条 2 文 a の「不当な購入価格の強制」と、有効な競争が存在すれば高度の蓋然性を持って生じると予測される、回避をする者に係る対価及びその他の取引条件に対応する<sup>126</sup>。食品小売業者に対する濫用禁止は、實際上、その大企業に対し、市場支配的地位の立証がされないため役割を果たさない。この点を除いてもカルテル庁も価格の規制は困難を伴う（想定競争価格の探求が求められる事による）<sup>127</sup>。

## (d) 利益供与の勧奨ないし要求（旧 GWB20条3項）

欧州カルテル法には存しないドイツカルテル法の同項の規定は、特に企業の需要力に焦点を当てている。かかる規定は第 8 次 GWB 改正により変更されたが、現時点で変更は決着していない（ケーラー）<sup>128</sup>。

その後、利害関係者がエデカと和解に合意し、エデカの申立てが取り下げられている。[https://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/H30FY/000740.pdf](https://www.meti.go.jp/meti_lib/report/H30FY/000740.pdf).

<sup>125</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107）, S.13.

垂直的一括適用除外規則（Gruppenfreistellungsverordnung; GVO）2 条の場合の代わりとして、GWB2 条 2 項によって介入がされない限り、カルテル禁止の下で、例えば最優遇取扱ひ条項に係る合意が該当する。真正の需要カルテル（供給先の制限；供給業者に関する分割など）は、食品小売業において、供給過剰の傾向を考慮に入れて、実際のところ起こらないであろう。しかしカルテル問題は、より有利な購入条件を達成する目的によった購買の共同組織化を進める場合に起こってくる。参加している需要者について購入強制の存しない限り、またこのような共同組織が全体で市場のシェアにおいて 15%を超えない限り、独占委員会の見解によれば、EU 機能条約 101 条 3 項の免除が考えられる。結果的に GWB について異なった判断をするものでない。A.a.O.

<sup>126</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107）, S.14.

<sup>127</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.13-14.

<sup>128</sup> 同項の規定は上位の EU 法、とりわけ EU 機能条約 102 条に反しない。従って、欧州共同体規則 VO(EG)1/2003 の 3 条 2 項 2 文によって加盟国はその統治権において

(e) 需要力濫用規制に係る規定（旧20条3項）の解釈

2013年時点における旧GWB20条3項に対する法運用の乏しさを前提にして、解釈論のレベルに対する現状認識が述べられている。同項は「その意義及び妥当範囲が、判例によって未だほとんど明らかにされていない不確定な一連の法概念によっている。その尺度としてはたらく（規定の）意義に関する目的論的解釈の枠内において、規範の固有な保護目的についても何ら一致はない」<sup>129</sup>。

この広く認められた規定の現状に関する捉え方からは、同項は単に「受動的差別行為」を規制するに過ぎない。つまり、需要サイドの競争相手に比較して調達利益を自らに生じさせることで、需要者は供給業者に差別するように誘引する。そして、ケーラーが受動差別禁止の概念把握を、「格別に成功した訳でもない概念」として批判する点が注目される<sup>130</sup>。

(f) 規定の適用に伴う非常な困難

旧GWB20条3項の適用は連邦カルテル庁の実務において非常な困難に直面している。明らかに近年、GWB20条3項に基づいた禁止処分は下されておられない<sup>131</sup>。

(g) 規定の法政策的批判に対する反論

独占委員会はその特別意見においてGWBの改正立法を「流通業における価格コントロールであるのか？」として、旧GWB20条3項の強化に反対の主張をするだけでなく、本規定それ自体が競争政策上の誤りを犯すという批判をしている。ケーラーは食品小売業におけるかかる批判の妥当性を問題にして、規制消極論の前提的理解において、独占委員会には賛成できないとする<sup>132</sup>。

---

より強固な内国規定によりつつ、事業者の一方的な行為の禁止ないし処罰を妨げられない。Köhler, Rechtsgutachten（前掲註107）,S.14.

<sup>129</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註107）,S.14.

<sup>130</sup> しかしかかる限界を有するものであっても、同項によって禁じられる行為は、市場力ある需要者による競争相手の競争能力を侵害することであり、その限りで供給業者のより悪化した条件を生むということは正しいとされた。そのうえで、その規定が、市場力ある需要者の搾取に対し供給業者の保護を目的とするかは、固有の問題として、当時不確実であるとされた。Köhler, Rechtsgutachten, S.14-15.

<sup>131</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註107）,S.15. これは個別事案で大規模な調査を要し、またいわゆる通報者暴露の問題にも因る。A.a.O.,前掲註72参照。

<sup>132</sup> すなわちかかる独占委員会の理解として、本項は契約条件の高権的な介入をして流通業者間の競争を減じ、それにより消費者に高価格の負の影響が懸念されるとされる点である。さらに、実態認識として商品調達による価格の利得は、大抵の場合消

## (h) 食品小売業における集中の原因

流通業における集中の本質的原因は、財務上の利益を獲得する目的による需要力の搾取的な利用に他ならない。購入におけるこのような利益が「大抵の場合消費者に還元される」との反論は、独占委員会が考えるように確証されない。購入の利益に係って還元「行為」について特に考慮されたとしても、供給業者に向けられた措置は、旧 GWB20 条 3 項の適用において問題にされていない。むしろ規定の視点から通常、流通業者の要求は競争企業を圧倒する動機による<sup>133</sup>。

### (i) 現行システムの不確実性；需要者の競争者保護による問題

旧 GWB20 条 3 項により、需要力の搾取的利用の問題及び不公正な商慣行の問題は、確かに十分な解決は難しい。競争政策上の評価において、搾取に対する供給業者保護に代えて、需要者の競争相手を保護することは問題がある。このような規範の形成は、不確実性を避けられない<sup>134</sup>。

## (5) 行動綱領の規制に係る法律提案

### (a) 概要

それゆえケーラーにとり食品小売業における需要力濫用問題は、専らカルテル法のみ、かつカルテル庁にのみ委ねられるべきものではなく、不正競争防止法（以下「公正法」、あるいは UWG という）及び契約法、そして特別法にお

---

費者への還元を余儀なくされ、流通業者は限定的にそれを妨げられるに過ぎないとされる問題である。このような捉え方においては、流通業における集中問題として市場の力の増大があることは、全く曖昧にされている（ケーラー）。Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.15.

<sup>133</sup> Köhler, Rechtsgutachten, S.15. かかる態様において獲得された財務上の利益は、大抵の場合に競争する事業者の買収の原資にあてられ、還元されない（ケーラー）。この点については、後掲註 155 及び該当本文を参照。さらに、流通業者から受ける価格条件と他の諸条件の圧迫は供給業者により、生産者のサイドへの転嫁のされる場合がある。この点も曖昧となってしまう（ケーラー）。A.a.O..

<sup>134</sup> 規制官庁は、多くの不公正な商慣行の個別事例を克服できるだけの、専門的な人員をもたない。だから禁止処分が下されるべき場合に、結局のところ「通報者暴露問題」は解決されない。また旧 GWB20 条 3 項に対する違反は秩序違反として処罰できるけれども、許された「厳しい交渉のやり取り」と利益供与に関する禁じられた誘因との間の境界画定を引く困難が十分に考慮されていない Köhler, Rechtsgutachten (前掲註 107), S.15-16.

いて優先的に求められるべきものとされる<sup>135</sup>。

このような特別法の要請に係り、ケーラー提案は、業界団体と流通業の任務として新たに定められる公正法の法体系上の系譜に連なる行動綱領（Verhaltenskodex）に事業者を服させるべく、仲裁機能をよりよく果たすと考えられるオンブズ職（Ombudsstelle）が設立されるべきとする<sup>136</sup>。

以下に、ドイツ需要力濫用規制の法体系における、「あるべき法」としての行動綱領に係る提案<sup>137</sup>について、不公正取引慣行の禁止に関する一般理論と禁止リストの箇所に限って、紹介する。本文中に引用箇所を、鑑定意見書の頁数（S.～の書式）のみで摘示する。

(b) 行動綱領の提案；一般論。

事業者対消費者の関係について、双方に妥当する欧州委員会指令が出発点となる。公正法に関連して 2005/29/EC（UGP-Lichtlinie）<sup>138</sup>（「不公正取引慣行指令」という）があり、契約法に関しては消費者契約の濫用的条項に関する指令 93/13/EWG<sup>139</sup>（「契約条項指令」という）がある。その上で、事業者間（business-to-business）の関係について指令（案）が展開される。双方につき新しく創設される指令のタイトルは、「事業者間不公正取引慣行指令

---

<sup>135</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107），S.16.

<sup>136</sup> この場合には「契約違反の非難」に対してオンブズ職が行動するものとされ、このような解決が過料による処罰の現行システムよりよほど「エレガント」な問題処理であるとされる。かかる提案については既に紹介した。参照、拙稿「ドイツ酪農乳業における需要力の濫用」高千穂論叢 48 卷 1/2 号（2013）109 頁以下。

<sup>137</sup> Köhler, Rechtsgutachten（前掲註 107），S.21-29. ケーラーは、欧州連合のレベルにおいて、濫用的な契約条項の禁止を含めて、事業者間の不公正な取引慣行禁止の統一的な規制が何ら存しない限りにおいて、加盟国は相応の公正法（不正競争防止法）上及び契約法上の規制を制定する権限をもつ、としてかかる提案の EU 法体系との整合性を確認する。A.a.O., S.20.

<sup>138</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11.05.2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [2005] OJ L149, 22.

<sup>139</sup> Council Directive 93/13/EEC of 05.04.1993 on unfair terms in consumer contracts OJ L 95, 21.4.1993, 29.

「(B2B-UGP-Richtlinie)」及び「事業者間契約条項指令 (B2B-Klauselrichtlinie)」である。(S.21.)

(c) 事業者間不正取引慣行指令 (B2B-UGP-Richtlinie) に関する提案

i) 構成と体系。事業者間の不正取引慣行指令は、目的論的見地から加盟国が信頼し、経験を蓄積する不正取引慣行指令の構成と範例に従う。

それに応じて、不正取引慣行指令の第5条の範例に対し、事業者間の不正取引慣行指令は3段階の禁止構成となる。基本要件として、全ての不正な取引慣行について間隙ない、かつ欧州の統一的な把握を保証する。次に、誤認誘導的及び攻撃的な商慣行に係る例示要件の禁止が付け加わる。第三段階は、全ての事情で不正取引慣行とされる「黒リスト」になる。「黒リスト」の要件を除外すると、規範適用につき不可避の柔軟性のため禁止要件は個別事案の事情を考慮する。(S.21.)

ii) 不正取引慣行の一般的禁止。一般条項の形で不正な取引慣行を禁止する条項は、公正法の規制の基本枠組みを定め、同時に受け皿の要件としての働きをする。それゆえ取引当事者に対する事業者の行為態様について、それ自体で誤認誘導的であるものでなく、また攻撃的とみられなくても、同時に取引の相手方に対する不当な不利益取り扱いとなる。

このような一般的禁止は不正取引慣行指令5条1項及び2項との関連において、以下のように規定される。(S.21-22.)

[不正な取引慣行の禁止]

- (1) 取引相手に対する事業者による不正な取引慣行は、禁止される。
- (2) 以下の場合に、取引慣行は不正である；
  - a) 事業者の注意義務に係る要請に反し、かつ、製品に係る流通取引の契約につき締結前、その過程又は事後において、取引当事者の経済的行為に実質的な影響を与える場合。(S.22.)

事業者の配慮の定義は不正取引慣行指令2条h文における定義により、以下のように書き改められる：

[定義]

この指令の意味における「事業者の注意」の表現は、専門知識と配慮（Rücksicht）についての標準をあらわし、事業者が取引相手にたいして、正直な市場慣行（anständigen marktgepflogenheiten）及び／又は信義誠実の一般原則に従って、その活動領域においてそれを適用するとの観点から正当に引き出される。（S.22.）

- iii) 誤認誘導の商慣行の禁止。誤認誘導の商慣行の禁止は、誤認誘導及び比較広告に関する 2006/114/EG 指令における 2 条 a 文と b 文に依拠する。この禁止は、特に事業者の需要活動にも適用され、契約締結の過程及びその後における商慣行に広げられる（後掲（d）を参照）。従って、その規定はいわゆる宣伝指令における商品及び役務の売買に関連付けられる。需要者によった誤認誘導の例示は、提供された商品が引き渡しの際に既に不足の状態であった、商行為者の真実でない主張の場合である。（S.22.）
- iv) 攻撃的商慣行の禁止。需要力（又は販売力）の利用が契約締結及び履行に実質的に含まれる影響行使となる場合は、攻撃的商慣行の禁止が問題となる。このような考え方は不公正取引慣行指令 3 条と同じように 8 条及び 2 条 j 文を志向している。（S.22.）

[攻撃的な商慣行]

（1）具体的な事例における商慣行について、全ての事情を考慮して取引当事者の決定の自由に対し、商品の契約締結ないし履行に係り強迫あるいは不当な影響行使により、著しい不利益を与え、あるいは与えることができる場合、そしてかかる影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる場合には、その商慣行は攻撃的である。

（2）不当な影響行使は、事業者が力の地位を取引相手に対し不当な不利益を与えるために行使するなら存在する。不当な影響行使はとりわけ、取引相手について不当な条件や給付になるか、あるいは均衡を失した反対給付又は何ら反対給付の存しない、包括的な条件や給付を課される場合に存する。（S.22.）

「取引相手に対する力の地位」という概念によって、「優越の形態、特に需要力を包含する」。(S.23.)

「強迫 (Nötigung) あるいは不当な影響行使」に係る要請によって、契約自由に対する法律上の介入を正当化する、そして許容される「厳しい交渉」を可能とするためにも、契約の自由に対する限定は不可避である。(S.23.)

「不当な影響行使」が存するか否かは、欧州共同体規則の VO(EG)1/2003 の検討理由 9 に置かれた規準<sup>140</sup>により判定される。その場合に個別事案の全体的事情が考慮されなければならない<sup>141</sup>。(S.23.)

v) 全ての事情における不公正な取引慣行の「黒リスト」。

不公正取引慣行指令の付録 1 における規制に対応して、「黒リスト」は全ての事情のもとで判断される。この点に関しては—欧州委員会グリーンペーパー (2013 年 1 月) の提案<sup>142</sup>に依拠して—とりわけ、以下の攻撃的取引慣行が考慮される。全ての事情の下で以下の行為は不公正である、事業者が、

1. 取引相手に不利益となる、不確実な又は多義的な取引条件を設定する場合；
2. 取引相手に濫用的な契約条項が、事業者間契約条項指令の x 条<sup>143</sup>の意味において設定される、あるいは取引相手に要求がされる場合；
3. 取引相手に、当該合意に係る書面による証明を回避する場合；
4. 自らの責任範囲に属するリスクを、取引相手に移転する場合；

<sup>140</sup> 「事業者は取引相手に対し不正な、均衡を欠く又は反対給付の存しない条件及び給付を獲得するかあるいはそれを試みることを禁じられる」。OJ L 1, 4.1.2003, p. 3.

<sup>141</sup> 流通業者の販売リスクに係り、流通業者には何らの間接的な締約強制を一定の価格につき課されない。むしろ流通業者は基本的にその点で提示された条件を不充分として拒否する場合に、契約を拒む結果に任意でなければならない (消極的契約自由原則)。(S.23.)

<sup>142</sup> 欧州委員会は、2009 年 10 月「欧州食品サプライチェーンの機能改善」(“A better functioning food supply chain in Europe”)の指標のもとに事業者間の不公正取引慣行が食品サプライチェーンの発展に障害となることを指摘して、規制の枠組み作り着手した。委員会は 2013 年 1 月グリーンペーパーを公表し、大規模スーパーの供給業者に対する不公正取引慣行について、規制の法的な枠組みの基本的考え方を提示した。拙稿「需要力濫用規制の法理論的枠組み」高千穂論叢 50 巻 1 号 (2015) 34 頁以下。

<sup>143</sup> 下記 3、(d)「事業者間契約条項指令に係る提案」、iii) における 2 箇条の x) を参照。

5. 取引相手に対し、何ら反対給付が対置されないか又は仮装の反対給付のみが対置されるにすぎない給付について、対価を強制するかあるいは強制を要求する場合；
6. 取引相手に対し承諾のされた支払いを一方的に減額し、あるいは支払額の合意のない給付を不利に要求する場合；
7. 取引相手について、価格又は条件の変更をその客観的理由が存在しないにもかかわらず、遡及的に強制し、あるいは強制を要求する場合；
8. 重要な理由を提示したからという事で、取引相手に対する取引関係を適切な告知期間なくして終了させるあるいは終了させると威嚇する場合。(S.23.)

上記 3、4 と 5 の提案は、欧州委員会グリーンペーパーの 5.4.番で扱われて  
いる「商業的リスクの不当な移転」<sup>144</sup>を基礎としている。(S.23.)

(d) 事業者間契約条項指令に係る提案

- i) 構成と体系。事業者間契約条項の指令は目的論的に契約条項指令 93/13/EWG の構成と体系に従い、かつその用語法を可能な限り継受する。それは加盟国において既に信頼されており、経験の集積がされたからである。この指令は一般条項と個別の禁止条項を取り入れる。(S.24.)
- ii) 濫用的契約条項の一般的禁止。一般条項は、欧州共通売買法 (Common European Sales Law)<sup>145</sup>86 条の濫用的契約条項の一般的禁止を事業者間の取引に取り入れる。同 86 条は、以下のように規定する；

<sup>144</sup> 本文掲記のグリーンペーパーの 5.4.番は、以下の通りである。

「如何なる契約参加者も、契約当事者としてその固有のリスクについて責任を引き受け、相応しくない態様で、他の当事者にリスクの移転をする要求をしない承認を行なう場合に、公正な慣行が示される。当事者の固有の取引活動に対する貢献そして／又はその宣伝活動について、妥当する条件を理解しなければならない。適正な業績提供の対価は、その価値に一致すべきである。双方の当事者の間で品揃え協賛金の合意がされる場合にも、リスクについて適正でなければならない。契約当事者はかかる場合に、明らかに提供された業績の価格／費用に一致していない、支払いを欠く業績の給付を要求し、あるいは提供のない商品又は支払について要求ができない。」S.24. この問題は従前の拙稿で触れた。参照、拙稿「需要力濫用規制の法理論的枠組み」高千穂論叢 50 巻 1 号 34 頁以下。

<sup>145</sup> 参照、ショネ=グリマルディアンヌ=ソフィ、齋藤哲志[訳]「ヨーロッパ共通売買法」新世代法政策学研究 18 号 (2012) 229 頁以下。



### 濫用的契約条項の一般的禁止

(1) ある事業者が他の事業者に適用する個別に交渉されていない契約の定めは、それが信義誠実の原則に反し、かつ正直な契約関係の原則に反する良好な商慣行を専ら回避する場合には、不公正であり、そのため相互に拘束されない。

(2) 契約の規定に対する不公正の判定は、以下の事項が考慮されなければならない；

- (a) 契約対象の本質
- (b) 契約締結の事情
- (c) その他の契約の定め、そして
- (d) その契約の定めが依存しているその他の契約の規定。(S.24.)

事業者が販売リスクを担う場合には、契約条項の規制が固有の価格合意にまで及ぶ結果は許されない。その限界は、一般契約法（ドイツ BGB138 条 2 項による：「目立った誤解」）及びカルテル法による限りで（ドイツ GWB19 条 4 項 2 号による）、契約自由を導く。(S.24.)

iii) 個別条項の禁止。一般条項は個別の契約条項の禁止に係るリストによって補足されなければならない。その場合再び欧州共通売買法の技法に従い、当然違法である条項と、推定される違法性を規定する条項、すなわち反証可能である条項の間で区別がされる。(S.24.)

特に「一般的購入条件」に関して、供給業者は事業者と消費者間の契約に係る規制（欧州共通売買法 84 条及び 85 条）に依拠して、一定の条項が禁じられる。この点はここでは以下の例示がされる。(S.24.)

契約規定は全ての事情の下で、その目標又は効果が以下の場合には不公正である；

- x) 事業者に供給された商品について、契約の遵守が欠けた排他的な権利を許す場合；
- y) 提供のない業績について、供給業者から支払を要求する場合；(S.26.)

契約の規定は、その目的ないし効果について、以下のような場合、不公正と推定される、

x) 重大な理由を提示しないで、期間の定めのない契約を適切な期限を設けずで終了させる場合；

y) 契約当事者に理由なく他の事業者に供給することを妨げる場合；

z) 不当に長い支払期間ないし不当に高いボーナスを要求する場合。(S.26.)

### 3. GWB 改正をめぐる独占委員会とケーラーの論争；まとめと評価

#### (1) 需要力概念の捉え方の相違

##### (a) 概要

独占委員会は需要力を、供給業者に対する需要者の競争によって十分にコントロールされない関係において捉える。購買市場の高い競争強度をもって、供給業者には適当な回避の可能性が存するとされ、流通業では需要力は存しない結論が導かれた。

ケーラーによれば、独占委員会は販売力が存しないのなら、需要力もまた存しないとして、需要力を鏡像的に捉えて理解しているという。しかし流通業者が自らの供給サイドにおいて固有の市場力を有しない場合にも、供給業者は他の買い手へ回避する可能性を欠く場合がある。この意味で供給業者は流通業者に従属する。需要力問題の鍵は、どのような条件のもとで個別に従属性を受け入れざるをえないかの点にある。ケーラーは、流通業者の販売市場における活発な競争の存在から、それに対応する購入市場の競争の存在、すなわち有利な購入条件めぐる競争の存在を導く独占委員会には「需要競争の特徴及び機能に関する根本的な誤解が存する」と批判した。

##### (b) 需要者の存する販売市場における競争の在り方

以上のような需要力の原因分析をめぐる対立は、本稿の視点からは以下の重点的な評価指標の扱い方の相違として捉えられる。ひとつには、需要者（流通業者）の濫用が問題にされる供給業者との取引に対して、販売市場における活発な競争を如何に評価するかの問題である。

一方で需要者の販売市場における活発な競争の重要性を前提に、その市場において需要者が競争優位を確保する必要から、上流市場における低廉な供給を可能とする効率的な供給者を要請するのが独占委員会の推論となる。これに対しケーラーは需要力濫用の問題を前提的に捉えて、かかる活発な競争に直面する需要者が自らの販売市場で市場力を有しない場合でも、供給業者が他の買い手への回避可能性を欠く場合を重視する。この場合には、注目すべきことに、供給業者の効率性に係る要請は問題にされない。

## (2) 濫用監視の体系における需要市場と販売市場

### (a) 規範名宛人の存する複数市場の観察。

独占委員会の見解にあつて、相対的市場力を有する需要者が販売競争に従事する下流市場の競争の在り方は、需要力濫用規制の違法性判断の枠組みに対し重要な影響を与えると考えられる。

### (b) 需要者の競争能力；1984年 Favorit 事件 BGH 判決

ドイツの市場支配力ないし相対的市場力規制は、GWB19 条のひとつの条文に体系化された特徴をもつ。この体系において、需要者が販売者として活動する市場における競争の在り方をどのように捉えて、需要力濫用監視の規定を解釈するかが重要な問題になる。すなわち需要者の販売市場における競争の在り方は、需要者の競争能力を評価して需要者と相手方供給者間の取引で問題になる濫用行為の審査を行う BGH の判例において重要である。2018 年エデカ事件 BGH 判決は、19 条 2 項 5 号の実質的な正当化の判断に関し全体的条件のセットを観察するとして、搾取的な条件濫用に関する 1984 年 Favorit 事件 BGH 判決の基準をとる。この Favorit 判決は支配的市場における競争の在り方に主な関心を置いて、市場支配的事業者の競争能力を確保する要請を重視し搾取濫用の評価を行った。これに対しては、Favorit 判決の全体条件のセットを観察するテストに向けられた、メッセルやブンテによる厳しい批判があつた<sup>146</sup>。

---

<sup>146</sup> 取引条件の全体的評価に対するカルテル庁やブンテ、メッセルの批判の要旨は、各取引条件を一様に定量化する困難性と、かかる定量化の困難性を伴った全体的観察が遂行されても、契約当事者間のリスク配分について適正さが維持されないとい

### (3) 需要市場における供給過剰の基本的属性

独占委員会は、個別の交換関係に基づく個々の市場状況を分析して示されるアドホックな基本的属性により需要力を把握する消極的定義を述べるに止まる。その理由として価格差別を供給者に誘引する行為が、需要サイドにおける競争を促進する効果をもつ点を重視し、本項の禁止が競争制限の効果をもたらす危険があるとする。さらに既存の販売構造を固定化する危険があり、本禁止を削除すれば、流通で多様な価格と種類の製品の複合を期待できるとする。

これに対し、ケーラーは供給過剰の調達市場の特性を前提に、供給業者の従属性を需要力の重要な基本的属性とする。すなわち、典型的に供給過剰は、需要者に供給業者を回避する大きな可能性を当然に与える。これは供給業者のもつ回避可能性を上回る。すなわち、供給業者につき要求に応じない報復として品揃えから外された場合、代替の取引先を見出す困難があり、供給業者の独自に行う販売組織の構築に対しても流通業との戦いを避けられない事情から需要力が生じるとする。

双方の需要力発生に係る要因分析は、近時の立法と判決動向から、ケーラーの認識について一定の説得力を認めことができる。すなわち利益強要禁止として「供給者の保護、すなわち垂直的關係における競争保護」が19条2項5号の保護目的とされるに至った現在、供給業者の従属性が同項の規制保護の範疇に収まる結果を示すからである。

### (4) より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質論

独占委員会は、調達市場の高い競争の強度に注目し、流通業の販売市場における活発な競争と合わせ、調達市場と販売市場の相関から、流通業者がより良い購入条件のため競争している点を重視する。また、かかる需要競争の本質と販売競争の相関関係を、GWBの保護に値する競争として捉えた。この点は、下流の対消費者市場の競争優位獲得のため、調達におけるより有利な取引条件の獲得努力を、需要者間の競争における本質的な属性として認めたと考えられる。

---

う批判が中心となる。この点は後掲の本稿〔2完〕のXで論ずる。

2018年エデカ事件BGH判決は、優越的な市場力により正当化理由のない利益を多少でも獲得する行為を禁ずる法の趣旨に言及するが、かかる制約の下であっても、より有利な取引条件の獲得を目指す取引主体の経済的合理性を確認した一般論の判示が注目される<sup>147</sup>。

これまでのBGH判例において、需要者間で競争優位を目指し、より有利な取引条件の獲得を競う需要競争にあつては、供給業者との取引関係で給付と反対給付の必ずしも均衡的な経済的成果でなくても、一般論としては、反競争的と評価されない<sup>148</sup>。そしてこのより有利な取引条件を獲得する努力を需要競争の本質的属性とする考え方は、マーケルトの所説による。エデカ事件の2018年判決は、かかるより有利な取引条件の獲得に関する需要競争の本質論に、一般論として肯定的に言及する<sup>149</sup>。このような判例と学説の需要競争の本質論に係る一般論の展開にあつて、競争秩序に服した経済的行為自由に対する限界付けの在り方が問題になる。

この点の言及が独占委員会には存しないのに対し、ケーラーにあつては、より有利な取引条件の獲得に係る経済的行為自由について、その許容性を画する市場機能が提示された。それは供給業者間の乗り換えを積極的に行う需要者の存在に係る。すなわち乗り換えできる需要者の存在から、供給業者は従属的な条件に止まる困難から免れる。従つて、かかる需要者の存しない市場で、流通業者が有利な購入条件を貫徹する供給過剰の状況は、市場機能の障害を示す。より有利な取引条件の獲得に関する需要競争の本質論を、いま一つの需要競争の重要なメルクマールである、需要者間の相互抑制作用の市場機能により相対化する試みであると評される。

## (5) 食品流通業における需要力の濫用の危険

### (a) 論争のまとめ

独占委員会は需要力の濫用的な危険について、販売市場の活発な競争から調

<sup>147</sup> BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.17-“Hochzeitsrabatte”. この点は後述する。

<sup>148</sup> 後掲、IXの箇所において説明する。

<sup>149</sup> 後掲、IXの箇所において説明する。

達市場における対応する競争が導かれ、また収益率も製造部門のブランド製品よりも明らかに低い結果をもって否定的に解する。品揃えから外す通知は、競争政策上の優先順位として、より効率的でない供給業者の市場からの退場の問題として理解される。

他方、ケーラーによれば競争者の買収によりこの十年來の食品小売業の集中が絶えず高まった歴史的経緯から、調達市場の需要力が増大し、市場構造は継続的に変化したとする。さらに引き取り量の取るに足りないものでない削減、取引関係の終了の通知、又小売の店頭における価格方針と宣伝を通じた威嚇、といった流通業者がその要求を貫くための手段の分析と大規模流通業者の実態に即した影響把握の試みがされている。そして、これら流通業者の要求は競争企業を圧倒する動機による。かかる態様において獲得された財務上の利益は、大抵の場合に競争する事業者の買収の原資にあてられる。収益率に関しマージンは人為的に圧縮され、需要力の濫用的危険が存する。結果として食品小売業における集中の本質的原因は、財務上の利益獲得を目指した需要力の搾取的な利用に求められた。

以上のように、需要力の濫用的危険に関して独占委員会とケーラーは、食品小売業における集中の原因分析と取引停止の威嚇に対する捉え方で対照が際立つ。双方の主張に対し、以下のように、補完的な分析がその後されている。

(b) 濫用の危険と集中の原因分析；両者の主張の補完

独占委員会のメンバーであった、ユストウス・ハウキャップを筆頭著者とするデュッセルドルフ競争経済研究所（Düsseldorf Institute for Competition Economics；DICE）の共同論文<sup>150</sup>が、その補完的見解を表明している。それは、企業結合と買収は集中の展開の唯一の理由ではなく、むしろ技術的進歩が、市場の自由化と同じように集中を促進するという<sup>151</sup>。

---

<sup>150</sup> Haucap, Heimeshoff, Klein & Wey, Wettbewerbsprobleme im Lebensmitteleinzelhandel, in: P. Oberender (Hrsg.), Wettbewerbsprobleme im Lebensmitteleinzelhandel (Duncker & Humblot, 2014；Wettbewerbsprobleme と略称), pp.11-38.

<sup>151</sup> Wettbewerbsprobleme（前掲註 150）, S.12, 例えば、バーコード読み取りやスキャンによる支払決済は、初めて大規模スーパーに、圧倒的な規模で導入された。それにより小規模な競争者よりも、中核的部分において、より大がかりに技術進歩の活

共同論文はさらに、秩序政策的枠組みの変更もまたその効果において完全に競争上中立的でないとする。食品小売業において例えば、店舗開店時間の改良も効果を及ぼす<sup>152</sup>。小売商業における流通業者の規模の格差を背景として、総合的に明瞭な効率性の格差から出発するべきであるなら、店舗開店時間の自由化は一理論モデルの結果として一大規模事業者により利益獲得の強みを与え、それにより集中プロセスに寄与する。したがって i) 技術進歩及び ii) 規制領域の改良は、iii) 合併及び iv) 企業買収と共に、ドイツ及び国際的に食品小売業の市場構造に対し重要な決定因である（ハウキャップ）<sup>153</sup>。

他方、ケーラーの主張には、以下の補完的調査がある。2014年のカルテル庁による部門調査が、ドイツ食品小売業の5社寡占体制の成立について、競争者の買収がそれまで30年間繰り返されたことが主要な原因であるとする<sup>154</sup>。このカルテル庁部門調査は、本稿Ⅲで詳述する。

#### (c) 購買による利得の消費者への還元問題

独占委員会は、大規模流通業者による大量購入の利益は、厳しい販売競争の下で消費者利益に還元されるとする。これに対しケーラーはかかる捉え方を、流通業の集中問題により市場の力の増大がある結果を、全く曖昧にする旨批判

用が果たされ、生産性の優位が得られた。かかる生産性の優位はコスト削減に帰着し、成果として大規模な市場参加者に競争優位をもたらす。大規模チェーンは、技術進歩を果たす販売拠点につきその乏しい、古典的な個人商人よりも核心部分で強みを有し、利益率が高い。See, Beck, Grajek & Wey, Estimating level effects in diffusion of a new technology: barcode scanning at the checkout counter, *Applied Economics*, Vol. 43, issue 14(2011), 1737, 1745.

<sup>152</sup> 店舗開店時間の自由化に係りその効果として、独立した流通業者と大規模チェーンの間の効率性の格差に、強い依存関係が存する結果を示している。もし効率性の格差が僅かなら、非従属的な流通業者はより長い開店時間を選択し、自由化措置から利益を引き出す。しかし効率性の格差が大きいのなら、大規模チェーンは明らかに利益獲得の点で強みがある。何らかの効率性の格差の理由、たとえば異なる流通業の形態における様々の人的構成が存するが、調達における格差に対してもそれらが影響する。

Wettbewerbsprobleme (前掲註 150), S.12, Wenzel, *Deregulation of Shopping Hours: The Impact on Independent Retailers and Chain Stores*, *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 113, No. 1(2011), pp. 145,161.

<sup>153</sup> Wettbewerbsprobleme (前掲註 150), S.12-13.

<sup>154</sup> BkartA, B2-15/11, Sektoruntersuchung, Lebensmitteleinzelhandel, 09.2014, (後掲の註 159を参照) S.9ff.

する。すなわち、消費者利益への還元は必ずしも保証されたものでなく、流通業の集中は、長期的に消費者に不利な結果をもたらすか部分的に既にもたらしている（中小の流通事業者の消滅；近隣の営業地の減少；流通業の大規模事業形態が直接的な競争相手にもはや直面しない場合の価格の上昇；過剰な価格〔引き下げ〕圧力の結果として製品に生じる品質低下；製造業者ブランドの縮小）ことを曖昧にしている<sup>155</sup>。

独占委員会は買取量増大によるコスト削減効果をもって業績関連の実質的正当化としたのに対し、市場の力の増大からもたらす負の影響を見ない、一方的な捉え方であるとケーラーによって批判された。独占委員会の集中化に対する積極の評価は、これ以外にも食品小売業の間接的ネットワーク効果、スーパーマーケットのプラットフォーム効果、そして棚貸しの経済的合理性（外部不経済の内部化）に係り、幅広く主張された。本鑑定書でかかる積極の評価に対するケーラーによる格別の反論はないが、買取量増大のコスト削減効果の場合と同様に、それ自体の競争促進効果を否定するものではないであろう。これらの効果を可能にする集中による市場の力に係っては、他方においてもたらされる負の効果を曖昧にする点が独占委員会にあっては問題にされている。

## （6）需要競争の二面的特性（ケーラー）

### （a）需要者の積極的な影響行使による需要競争

このような流通業者の大量購入によるコスト削減効果や棚貸し等、商品購入の典型的機能とサービス提供に係る現代流通業の多様な機能は共に、1980年代ケーラーにより既に需要競争の一つの側面として競争政策上の肯定的な評価をされていた<sup>156</sup>。すなわちその経済的行為自由をより良く活用し、可能な限り好都合な購入条件の達成を相互に競う、需要競争の側面である。

---

<sup>155</sup> Rechtsgutachten（前掲註107），S.15.

<sup>156</sup> 大規模流通業者は商品購入者の側面（典型的機能）を有するとともに、消費者に向けた販売促進機能や供給業者に向けた援助機能などのサービス提供機能を果たす。これら商品購入とサービス提供の機能に関し流通業者の行為指標が、統一的に整理できる（例；商品購入につき、その数量、価格、支払い方法、商品引き渡しに係る事故等の処理についての行為指標。サービス提供につき、品揃え、展示、「棚貸し」、



## (b) 行為自由の相互的限定としての需要競争

その際、以下が注目される。すなわち、かかる行為自由の活用は、その相互的な限定において需要競争が示されるという認識と両立的であるとされた。需要者（流通業者）は、その取引行為に係る多様な指標を市場に提示するにあたり、他の需要者の存在及び行為態様を配慮する（取引の相手方である供給業者を、他の需要者に奪われない配慮をする）べく余儀なくされる。

## (c) 需要競争の二面的特性

経済的行為自由の活用であるより有利な取引条件の獲得を競う側面と、その行為自由を相互に抑制する側面の双方が、需要競争の本質と効果をあらわしている（ケーラー）<sup>157</sup>。

---

宣伝等のサービス提供に係る行為指標)。この統一的な行為指標が現代流通業の多様な機能を表す。これら指標により展開される商品購入とサービス提供の機能は結びついて、統一的な市場を形成する。

ケーラーは、基本的に下流市場の競争に起因する需要者相互間に存する緊張関係を重視する。需要者はこの点から、その行為自由をより良く活用する企図によって可能な限り好都合な購入条件の達成を相互に競う。これにより、需要者と供給者を含む市場成果の改善を生む。行為自由の積極的な活用により、大量購入によるコスト削減、製造業者の品揃え拡充、関連販売先の紹介、運送業務の代替そして流通ブランド（PB）の製造業務委託等、流通業者の革新を生む。流通業者はかかる利益の提供により他の流通業者に対し緊張関係を保って自らの行為自由の行使として、購入価格引き下げやリベート等の反対給付を受ける。

Helmut Köhler, *Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung* (1986), 25ff., 28ff., 36f.

<sup>157</sup> 「自らにとって可能限り有利な条件で商品を購入する目的をもつ需要者は、供給業者を回避できるその者と並ぶ他の需要者がいる場合に、かかる努力を妨げられる。その需要者は、市場の単独の買い手である場合よりも、好都合でない購入条件により満足しなければならない。それゆえ需要競争は、市場の相手方保護の機能を伴い、需要者の行為自由を相互的に限定する状態として捉えられる。かかる理解は非常に示唆に富む。行為自由の限定を欠いていることや、その廃止は競争制限と解されるべきであり、カルテル法上のコントロールに服す」 Köhler, *Nachfragewettbewerb* (前掲註 156) , S.28-29.

このように、ケーラーの需要力濫用の規制理論は、カルテル法に基き、需要者の経済的行為自由の抑制を目指すものであるが、その需要競争の基本的理解について、ホルスト・ザツキーの「行為自由の相互的限定としての需要競争」論に依拠する。Vgl., H. Satzky, *Nachfragewettbewerb und Nachfragewettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB*, in: *Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V. (Hrsg.), Wettbewerbsbeschränkung in der Nachfrage* (1985), 73. ケーラーの「行為自由の積極的活用としての需要競争」論と上記ザツキー理論に

この行為自由の相互抑制という後者の側面は、上述した供給過剰の 2010 年代の需要市場にあっては、供給業者が他の買い手への回避可能性を欠く従属性が問題にされる点と関係する。すなわち、より有利な取引条件の獲得努力に起因する需要者間の需要競争は、他方で回避可能性をもつ供給業者と取引する他の需要者からの抑制の下に置かれなければならない。従って、供給過剰の市場では失われる、こうした需要者間の相互抑制的機能が、需要競争の重要な側面である指摘が意義をもつ。

ケーラーの 2013 年鑑定書では、独占委員会の重視するプラットフォーム機能等の現代流通業のもたらす業績性の競争促進効果をも踏まえたうえで、広範に進行した集中化と市場における力の増大による市場機能の危機にあって、需要競争の本質について一面的理解に傾く問題性が警告されていると考えられる。

## (7) 競争政策上の実践提案

### (a) 規制の大幅削減 (独占委員会)

以上のような需要力概念の捉え方、需要市場と販売市場における競争状態の認識、濫用の危険と集中の原因分析等の対立する見解を踏まえ、独占委員会とケーラーは対照的な競争政策上の実践提案をする。すなわち、独占委員会は旧

---

ついて、それぞれの紹介と比較、ならびにケーラーがザッツキー理論に依拠して「行為自由の活用は、その相互的な限定において需要競争が示される」という結論を導いている点は、従前の拙稿で論じた。拙稿「相対的市場力の濫用と公正な競争秩序—英国とドイツの規制から学ぶこと」、金井・土田・東條編『経済法の現代的課題』(2017) 313 頁以下、316 頁参照。

なおこの 1980 年代のケーラー論文で留意すべきことは、経済的行為自由の相互限定として需要競争を捉える側面は前面に出ておらない事点である。拙稿で詳説したように、この段階では、流通業者の典型的な商品購入機能とサービス提供機能からなる統一的な行為指標に基づく、経済的行為自由の活用によった需要競争の側面が重視されていた。Köhler, Nachfragewettbewerb (前掲註 156), S.111 (行為自由の相互限定を、需要競争として捉えるのは十分ではない。需要者は可能な限り有利な購入をなすという経済原則に従う前提を基礎にすべきである)。

その後四半世紀を経て、ケーラーの需要力濫用規制論の基礎をなす需要競争の理解は、需要力が問題になる市場集中と、売り手側市場における供給過剰、さらに流通業者の力の増大からもたらされる負の影響から、経済的行為自由を相互的に抑制する需要競争の機能について、危機にあるとの認識に至った。前掲 II、2、(2) の c)、そして II、(3) の f) を参照。

GWB20 条 3 項の強化改正（大規模供給業者の保護）に反対するだけでなく、中小事業者の保護に限られた市場で有力な事業者による受動的差別の禁止規定（旧 20 条 3 項 2 文）について、その時限立法の延長に反対し、市場支配的事業者の場合を除く本規制の大幅な限定を主張した。これに対しケーラーは旧 GWB20 条 3 項による需要力濫用規制の実効性に根本的疑問を呈し、その規制は公正法の体系に位置付けられる行動綱領の特別法がよるべきとする。

(b) 公正法体系における需要力の要件化（ケーラー）

- i) 不当な影響行使としての攻撃的な商慣行の禁止。ここではケーラーによる公正法体系に置かれた特別法の提案に関して、需要力概念の捉え方を検討する。ケーラーの事業者間不公正取引慣行の規制において、攻撃的な商慣行として強迫あるいは不当な影響行使が禁止される。かかる商慣行の内、後者の不当な影響行使は、「力の地位を取引相手に対し不当な不利益を与えるために行使する」場合に存する。この「取引相手に対する力の地位」という概念によって、「優越の形態」、特に需要力を包含するとされている。
- ii) 需要力を包含する「優越の形態」を要件化。需要力は需要者が供給業者から固有の利益を引き出す力として、供給業者の条件で合意されない場合、供給業者にとってさらに大きな不利となると考えられる限りで供給業者が需要者の要求に同意する事態がその兆候とされる。公正な競争保護の体系（公正法）に連なる行動綱領の規制にあって、需要力を有する行為主体の「力の地位」が要件とされた点が注目される。すなわち、公正法において既に強迫は禁止されているが、それと区別され新たに禁止される「不当な影響行使」が、需要力を包含する「優越の形態」を要件とした。そして 2015 年改正の公正法が導入した攻撃的な取引行為の規定によっては、事業者間の従属性は問題にされない<sup>158</sup>のに対して、ここでは上記の需要力概念を捉えた優越の形態が、従属性を要件にしている。

<sup>158</sup> 公正法 4a 条に規定された攻撃的な取引行為は、以下のような内容である。

4a 条 1 項 1 文：「消費者又はその他の市場参加者に、それがなければ行わなかった取引上の決定をさせ、または決定をさせるおそれのある攻撃的な取引行為をした者は、不正に行為するものである。」

4a 条 1 項 2 文：「取引行為が攻撃的となるのは、具体的な場合において、全ての事

公正競争保護の体系における新たな規制の試みとして、経済力（需要力）概念の把握によった行為主体の地位に関する画定が試みられていると考えられる。

### III. 2014 年カルテル庁食品小売業部門調査<sup>159</sup>

カルテル庁は、ドイツ食品小売業の需要力問題に関し、2011年に着手した部門調査<sup>160</sup>の結果を2014年12月に公表した。食品小売業に関連するカルテル庁の部門調査は、2009年のドイツ酪農乳業（酪農業と乳製品加工業）に関して行

---

情を考慮して、消費者又はその他の市場参加者の決定の自由を次の点を通じて重大に侵害した場合である、

- (1) 迷惑行為、
- (2) 有形力の行使を含む強迫、
- (3) 不当な影響。」

4a 条 1 項 3 文：「不当な影響は、有形力を行使せず、またはそれを行使するとの脅しに至らないものであって、情報を有して決定を行う消費者又はその他の市場参加者の能力を、重要な程度、制限する方法で圧力をかけて、消費者又はその他の市場参加者に対する力の立場（Machtposition）を利用する場合に存する」。

このように、2015年改正法における攻撃的な取引行為の不正は、迷惑行為、有形力行使そして不当な影響行使によって行われる場合になる。需要力濫用として取引交渉の場面でしばしば問題になる事例は、不当な影響行使である。その事例を4a 条 1 項 3 文の不当な影響の定義規定に当てはめれば、需要者が供給業者に「力の立場」を用いて意思決定に重要な程度圧力をかける、「力の立場」の行使がされた場合になろう。

この「力の立場」について代表的なコンメンタールによれば、対消費者の場合と事業者に対する場合とで、適用状況が区別される。事業者間取引は対消費者の場合と異なり、通常「対等」（目の高さ“Augenhöhe”）で行われる。カルテル法の規定する市場力の濫用の行使に係る保護（GWB20 条 1 項と 2 項の相対的市場力に係る従属性概念）と、この場合に問題にされる保護の水準の相違から、事業者間取引で違法とされる不当な取引条件の実現を導く従属性は、公正法 4a 条 1 項 3 文で問題にされない。Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 35Auf. (2017), §4a, Rn.1.57.

<sup>159</sup> Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Lebensmitteleinzelhandel. Bericht gemäß § 32 e GWB. Az. B2- 15/11 (09. 2014) (bundeskartellamt.de の HP より入手)。以下本稿Ⅲにおける B2- 15/11 からの引用は単にページ数のみを S.~の形式で記載する。それ以外の本稿の箇所での引用は、BKartA B2-15/11, SU LEH と略称。

<sup>160</sup> カルテル庁は GWB32e 条 1 項に基づいて、国内の硬直的価格ないし競争制限又は競争歪曲の起こりうる事情を推定させる一定の産業部門に対して、調査を行うことができる。S.9. 個別市場に限られず、市場の東である産業部門が対象となる。Vgl., Bechtold/Bosch, GWB, 9 Aufl. (2018) §32e Rn.3.

われており、従前の拙稿で検討した<sup>161</sup>。

## 1. 2014年当時営業に従事する事業者

### (1) 全国レベルの主要な事業者

指導的な5大事業者。

ドイツ食品小売業において、全国レベルではエデカ、レーベ、シュバルツグループ(リドルとカウブランド)、アルディそして事業規模の縮小されたメトロが指導的な5大事業者である。またディスカウンターのノルマは地域に留まらない越境的に店舗を展開する<sup>162</sup>。さらに近年の集中化によっても、なお多数の事業者が活動する<sup>163</sup>。

### (2) 有力事業者による売上高等の越境的指標

地域の越境的な産業の構造要因(売上高、総販売面積、立地集中度、顧客の購買エリアの広さ、販売チャンネルの構想等々)について、食品小売業者の比較から示されることは、トップグループの支配につきエデカ、レーヴェ、シュバルツグループは明確に優勢であり、アルディに関しても一ハードディスカウンターのため限定されるが一優勢である<sup>164</sup>。

有力事業者であるエデカ、レーヴェ、シュバルツグループそしてアルディは、ドイツの食品小売業の総売上高の明らかに4分の3以上を占める。トップ事業者のエデカのみがドイツ食品小売業の総売上高の4分の1以上を自らの手中に取めることができるのであり、さらに四大地域の販売市場においては市場支配

<sup>161</sup> Bundeskartellamt, Sektoruntersuchung Milch, Zwischenbericht (12.2009), (B2-19/08), Sektoruntersuchung Milch, Endbericht (01. 2012) (B2-19/08), 拙稿「ドイツ酪農乳業における需要力の濫用」高千穂論叢 48 巻 1 号 (2013) 61 頁以下。

<sup>162</sup> S.69, 397.

<sup>163</sup> S.69, 397. その他の食品小売業者として、ブンティング、カイザーテンゲルマン、バルテルラングネス、グローブス、ドール、コープ、テグー、ユビそしてクラスプラスコッホは、連邦レベルの広がりはないが、ローカルな重要性と部分的にそれを超える購入協同組織のトップとしての活動を果たしている。A.a.O., S.69.

<sup>164</sup> S.69, 397.

的である<sup>165</sup>。

### （３）事業活動及び販売形態の多様化

今日、圧倒的多数の食品小売業者が部分的にも生産活動に従事する。最も広範に継続する事象は、独自の製造活動の構築を進めるエデカの垂直的統合である<sup>166</sup>。

食品小売業で生じる販売形態としては、品揃えの広がり（生産及び製造物の数）、品揃えの厚さ（製品毎のブランド数；製造業者ブランド／流通業者ブランドの割合）、商品展示、さらに部分的に店舗面積にも関係して、全面的品揃え、柔軟な安売り、大幅な値引きがそれぞれ区別される<sup>167</sup>。けれども連邦カルテル庁は、販売形態のかかる相違がその時々に分岐する客観的な関連市場を画定しえるほど広くないとする<sup>168</sup>。

### （４）指導的企業グループ

全国展開する食品小売業者に対し総販売面積と標準的な立地総数は、明瞭な序列をともなう頂点グループを形成する。例えば、エデカは直近の競争者に対する関係においても標準立地の優位で２倍を示し、総販売面積で常に約２倍の優位を示す。そして指導的な食品小売業者であるエデカ、レーヴェそしてシュ

---

<sup>165</sup> 他の競争者は、5%を超える市場シェアをもつメトロを除くと、すべて3%以下のシェアであり、ローカルに中核的な販売拠点を形成する市場の重要性がある。S.69, 397.

<sup>166</sup> S.79（自らの流通ブランドの下で販売する製品展開の重点は、肉、ソーセージ、パン、コーヒーや紅茶、ミネラル水等の飲料におかれ、大規模製造業者の事業規模に匹敵する商品展開がされる）。

<sup>167</sup> S.79, 397. 様々の販売シーンの展開に関連して、エデカ、レーヴェさらにシュバルツグループは、ディスカウントにおいても、全面的な品揃え（製造業者ブランドのさらなる充実）においても、何れにおいても展開する唯一の売り手であり、それにより全ての購買グループに呼びかける唯一の売り手である。販売シーンについて、とりわけディスカウントにおいて製造業者ブランドの品揃えを強める傾向と、他方全面的品揃え方針においても流通ブランドが多角化を増す傾向がある。それにもかかわらず、従前のように食品小売業の販売シーンの段階的な競争関係は存する。S.69-73, 397. その場合大規模店舗が以前よりも優先される傾向がある。なお街なかの小規模小売商については、新しい販売形態の展開がみられるが、それは、例えば街角の小規模店（「エマおばさんの小さなお店」「Tante emma Laden」）の現代的展開である。S.398.

<sup>168</sup> S.397.

バルツグループは、拡大の方向にある<sup>169</sup>。

## 2. 購買協力の問題点

### (1) 近時の購買協力の特徴

#### (a) 組織構成員間の協働的な構成

食品小売業の事業者は、その需要力を圧倒的に購買協力(Einkaufskooperation)によって束ねている。とりわけ購買協同組織はエデカ、レーヴェ、ブンティングそしてバルテルス・ラングネスについて注目される<sup>170</sup>。近年締結された購買協力はエデカとレーヴェの二大流通業者の参加により、以前の協同組織に対して新しい特質を示す。それは通常、長期間の設置となり<sup>171</sup>、かつ組織構成員間の協働的な構成に係る複数の付随的な選択手段が確保されている<sup>172</sup>。これらは単に調達量を束ねるシステム以上の働きをする。この点はさらに、通常大規模な流通業者の流通ブランドについて小規模な当事者による引き受け<sup>173</sup>、品揃えの部分的統一を小規模流通業者に対する(一方的な)活動領域の保護に左右さ

<sup>169</sup> S.397-398.

<sup>170</sup> エデカはその地域会社が、ネット(メクレンブルク=フォアポンメルン州のシュターヴェンハーゲンに本社があるディスカウンター)、フェーネベルク(バイエルン州ケンプトン(アルゴイ)に本社がある地域スーパー)、ストロートマン(ミュンスターに本社をもつ地域スーパー)、リューニク(ノルドハイムウェストファーレン州リートベルクに本社がある大規模量販店ないし地域スーパー)そしてフレイプラスキーセル(ラインラント=プファルツ州のランダウ・イン・デア・プファルツに本社がある地域スーパー)と購買の協力を行なう。かかる協同の購入組織は、レーヴェ、ブンティングそしてバルテルス・ラングネス(この購買協力の組織名はプライベートハンデルスドイチュランド:PHD)について、報告書の95頁以下にまとめられている。Vgl.Abbildung 8(購買協力の概要図)。

<sup>171</sup> 大規模流通業者が参加し交渉をおこなう近時締結された購買協力システムは、早期のものに比べて、先ず非常に長期に及ぶ設定期間となる特徴がある。解約までの期間が当初設置されるものが15年間とされ、それに引き続いて当初合意から自動的に延長される事態がしばしばある。S.99.

<sup>172</sup> この付随的な選択は協力当事者の長期にわたる協働を組織的に確保するためのもので、財政的な出資、少数株主、新株引受権(Vorkaufsrecht)がそれにあたり、さらにオプション取引(ある商品を特定の価格で売買できる権利に係る取引)における買う権利(Call Option)と売る権利(Put Option)も含まれる。かかるオプション取引は大規模な当事者がその当初の買い取り権を小規模な当事者に譲渡する。S.99.

<sup>173</sup> S.386(本調査において、大規模流通業者が小規模流通業者を購買協力へ誘う理由は、購入条件の改善というよりも、自らの流通ブランドを拡大する意図を実証結果は示す)。

せる合意を伴う<sup>174</sup>。

#### (b) 大規模事業者についての積極的効果

大規模食品流通業者の購買協力への参加の主要な利益は、総じて「新世代」協同組織の形式と内容に係り以下の点にある。小規模で数少ないが、依然存在する競争者に対して長期の包括的な介入を確実に行なう（部門調査の実証的な検証）。流通業者にとってその条件の積極的な効果は、大規模な事業者（購買協同組織の「トップ」）の場合に、小規模な参加者よりも低い<sup>175</sup>。

## (2) 小規模事業者の不利益

重要な買取価格の効果。

小規模な当事者にとって市場のリーダー的競争者によった購買協同組織は、他の理由からも両面的な価値をもつ。大規模な当事者は、その協同組織のすべての事業者と交渉し、購入条件の本質的部分と協同組織の当事者の数量に係る交渉する。当然目指された条件は全面的に小規模な当事者に得られるものでない（部門調査の結果）。それは協同組織の小規模な当事者について一その独自性の任務とともに一付随的に販売市場の競争における直接的な不利を負わせる。その理由は、個別流通業者について買取価格が大きな意味をもつからである<sup>176</sup>。

## 3. 流通ブランドの競争政策上の問題点<sup>177</sup>

### (1) 概要

流通ブランドの重要性と新たなシステム展開。

ドイツ食品小売業者により供給される品揃えは変化している。流通ブランドは量

---

<sup>174</sup> S.398. 本文で前述の、流通ブランドを小規模流通業者が引き受ける事態は価格設定もハンディキャップをとまうことが多い。また、後者の品揃えの統一に関しては、重要な供給業者との交渉が小規模な当事者を除いて、大規模業者によって専ら行なわれて、本文のように、小規模流通業者に対する一方的な活動領域の拘束的な合意として機能する。Vgl. S.99.

<sup>175</sup> S.99,398. 他方で、大規模流通業者への事業譲渡の前段階として、購買協力の機能する例がしばしばある。S.42.

<sup>176</sup> S.99, 398-399.

<sup>177</sup> S.101-117, 398-399.



と質の双方の観点で重要である<sup>178</sup>。その重要性は関係する商品グループ、販売チェーンとさらに同じく流通市場の価格区分<sup>179</sup>に依存する。ディスカウンター<sup>180</sup>によっても全面的な品揃え業者<sup>181</sup>によっても、その重点をこれまでの、専ら価格設定においた個々に細分化され体系化されない流通ブランドから、近年様々の商品グループ及び価格区分について洗練された流通ブランドのシステムを展開させている<sup>182</sup>。

## (2) 流通ブランドの製造業者ブランドに対する優位点

流通業者の販売管理に基づく優位。

流通業者は販売地点の管理所有者の地位を基に、自らの製品について最適な販売促進策を具体化する高い可能性をもつ。流通業者は一方で製品展示に係り、配置と広さの決定権をもち、他方で製造業者ブランドの販促活動について操作できる。これは流通業者の製造業者ブランドに対する著しい優位を意味する。このような優位は、確かに交渉の成果に関する実証研究の幾多のモデルにおいて見出される。すなわち、この多様なモデルにおいて流通ブランドの大きな影響力は条件の改善効果が（流通業者の視点から）導かれる。しかしまた多様な

<sup>178</sup> S.101,398. 食品小売業における調達額を割合で見ると、食品グループで流通ブランドは2008年に33%、2010年に39%である。なお食品小売業における流通ブランドの販売割合は前掲I、6の(1)で触れた独占委員会の第19次報告書で2006年から2010年までの結果がグラフ化されている。Hauptgutachten 19, S.351 (Abbildung V.3).

<sup>179</sup> 商品横断的な流通ブランドで価格範疇の区分では、2005年から2012年にかけて低価格帯が約24から25%、プレミアムと呼ばれる高価格帯では2005年の8.8%から2012年に12%に上昇した。同価格帯のメーカーブランドは、同期間に40,1%から33,6%に下落した。S.103.

<sup>180</sup> 流通ブランドに係る調達割合をみると、その販売サイドにおいて売上げの70%以上がディスカウンターのアルディとリドゥルによっている。全面的品揃え業者では3%から32%の幅がある。S.104.

<sup>181</sup> S. 108-110, 398.エデカとレーヴェの全面的品揃え業態においては、流通ブランドの調達の重点を食肉とセルフサービスで選択するチーズ、鶏肉においている。ビールでは非常に低く、ソーセージでは平均を超える。S.103.

<sup>182</sup> 全面的な品揃え業態において、導入価格帯、中間価格帯及びプレミアムからなる3段階の価格構成で、統一ブランド（会社名と連動）により消費者への浸透を図っている（エデカ、レーヴェ、グローバス及びメトロ）。かかる統一ブランドは購買協力メンバーにも拡大し、その結束に貢献する。S.117.

効果が示されるのであり<sup>183</sup>、交渉の成果にたいする流通ブランドの影響はブランド製造業者と流通業者の間において一貫して明白なものとはならない<sup>184</sup>。

---

<sup>183</sup> 流通業者は自らのブランド品の拡大により、製法、包装及び品質が左右され支出増による高いリスク負担となる。S.117.

<sup>184</sup> S.116-117, 399.

流通業者の市場地位に対する流通ブランドの影響は、以下の通りである。S.113-115. 流通業者が流通ブランドを提供すれば、製造業者との交渉で流通業者の代替的な選択肢となりその交渉力を増す。その実際の程度が部門調査の検討課題であった。

流通業者全体の売上における流通ブランドの高い割合は交渉力を高める。この点は前掲 I、6 の (1) で触れた独占委員会の第 19 次報告で認定された。Hauptgutachten 19, Tz.1015.

種々の商品グループの割合で流通ブランドの高い平均となる場合、製造業者のブランドを競争の下におく。その場合流通ブランドの製造業者が多数であり参入が容易なら、流通業者が製造業者ブランドへの切り替えを容易にするだけでなく、容易に製造業者を切り替える。他方製造業者の数が少ない場合には、流通業者の回避可能性は減じられる。この場合でも流通業者の高い購買割合になっていれば、流通業者の従属性は減じられる。また余剰の供給があれば、流通業者の回避可能性は維持される。次に流通業者レベルでは、小規模であっても販売市場における競争者が多数いれば、製造業者にとって消費者へのアクセスは可能となる。このように、市場の相手方の視点からする回避可能性が統一的市場を個別に形作する。その時々々の両サイドの交渉力の強度は広範な事情に依存する。

製造業者の市場地位に対する流通ブランドの影響は、以下の通りである。S.115-116. 製造業者の流通ブランドへの切り替えは、部分的であっても流通業者の細かい基準に従い、流通業者の開発した製品を製造する委託製造業者となる地位の変化を伴う。消費者には製造業者の変更は知られない。大規模流通業者のなかにはかかる切り替えを、製造業者に回避可能性の選択を増す交渉力強化策として主張する向きがある。これに対しカルテル庁は、製造業者に短期供給が可能か、切り替えの経済性の検証が必要とする。上記の委託製造業者としての位置づけは、大きな需要をもつ流通業者からの拘束を強める。そこで交渉力は、製造業者がどの程度回避の手段を有するかにより決定される。その際製造業者が、新製品の製造設備に高いコスト負担を要しないで、自社ブランド品の製造に向けられたコスト構造を維持して切り替えができれば、経済性を維持できる。また流通ブランドは、流通業者の棚でメーカーブランドと直接に競争する。その際プレミアムの高品質ブランドが重要になる。

結局ブランド力の高い製品のみが、流通ブランドとの競争による重大な影響を免れる。この点から製造業者の流通ブランドへの切り替え評価は、自らの製造能力を十分に活用するという視点から、経済性の意義を認められる。異なる事業戦略を基礎にして、製造業者ブランドと流通ブランドを同じ比重で製造するならば、コスト構造の観点において、何ら回避可能性は存しない。

#### 4. 調達市場に関する小売業者間の競争

##### (1) 調達市場の分析手法

三段階評価による調達市場の構造分析。

販売市場に対する食品小売業者の競争に係るパラメーター用いて、部門調査において関係する調達市場の包括的な分析が行なわれた<sup>185</sup>。ドイツ調達市場に対する市場構造の分析は、食品小売業の調達市場に対する包括的な概観に相当部分が費やされ、三段階の評価がされる。これらは1) 七つの商品別に分けられた、目的的に選択された調達市場<sup>186</sup>を、2) 食品領域における全商品グループについての食品小売業者の買取量を調査し<sup>187</sup>、さらに3) 食品部門と一部の非食品部門における個々の食品小売業者の全体買取量を調査する<sup>188</sup>。

その調査結果は、調達市場の何れもが市場に固有の特徴を有するとともに、それぞれの相違を超えて、ドイツ食品小売業の種々の調達市場に係る競争関係について、以下のように重要な市場横断的な一般的評価を導く。

<sup>185</sup> S.339.

<sup>186</sup> 食品小売業者の扱う約5万品目から7商品グループ（発泡ワイン、冷凍ビザ、焙煎珈琲、ケチャップ、粒入りジャム、牛乳、チルドミルクコーヒードリンク）が、市場規模（9千万ユーロから23億ユーロ）、供給業者の構造（15社から30社）、代替的販売経路の利用（異なる調達市場で15%から35%の売上割合になる）、そして流通ブランドの重要性（各調達市場で11%から64%の売上割合になる）、の指標に基づき検討され、選択された。S.129.

<sup>187</sup> S.399.各商品グループにつき、食品小売業者の調達量が、最重要の販売経路を示すものとして示された。市場関連の調査成果につき信頼性をチェックする目的から、粗い観察態様のかかる調達量が検査の初めに補完的に調べられる。個々の調達市場を超える質問により、食品小売業の全体的食品の品揃えが把握できる。S.130.

<sup>188</sup> S.130, 399. エデカ、レーヴェ、アルディそしてシュワルツグループは、ドイツ食品小売業の総調達額の85%超に達する。S.155.

次に、供給サイドにおけるトップ事業者による寡占的な状況が示された。i) 製造業者ブランドの総売上げで供給業者トップ4社の割合は65%以下になり、5商品では80%超であった。ii) 流通ブランドでは5商品で90%超、2商品でも60%超であった。iii) 両ブランド合わせて、5商品は80%超、最低が55%であった。S.155-158.そして、供給サイドにおける供給先に関し、食品小売業者以外の回避可能性が検討された。すなわち、上記の、需要者の食品小売業者に係る高い寡占的状况（前掲Ⅲ、1の(1)及び(4)を参照）、及び供給サイドの寡占的状况、輸出の回避選択肢からの除外、その他の回避可能性の欠如から、トップ供給業者について、食品小売業者に対する取引依存度の高さが示される。食品小売業者の交渉力の高さとその回避可能性の低さが示された。S.155-158, 159-161.

## (2) 「需要サイドを志向した市場 (Bedarfmarkten)」概念

「需要サイドを志向した市場」と「市場の主要側面」。

調達市場の画定をなす場合には、「需要サイドを志向した市場 (Bedarfmarkten)」概念が、販売市場の画定に対し鏡像的に適用される<sup>189</sup>。需要力を問題にする調達市場の概念において、地理的市場画定の「出発点」であり「決定的」重要性をもつとされるのは、その市場の相手方の行動である<sup>190</sup>。すなわち、買い手市場の画定にあたっては、製造業者が供給する、あるいは大きな製品等の置き換えをおこなう事なく可能な条件のもとで供給のできる、全ての成果が考慮される<sup>191</sup>。そのうえで、ドイツの食品小売業者に対する関係が問題にされる。その際、食品小売業者は「市場の主要側面 (Markthauptseite)」構成する<sup>192</sup>。

食品製造業者も供給業者も、食品小売業者の購入する製品全体やその重要な部分につき製品の多様さを任意のものとするとはできない<sup>193</sup>。従って販売市場と異なる調達市場については、「品揃え市場」の形成を排除する<sup>194</sup>。むしろ同一である、すなわち同系統の製品規準に従い個別市場の画定がされなければならない。従って流通業者の市場と製造業者の市場が、統一的な調達市場に属するか否かは、個別事案の検証に委ねられる<sup>195</sup>。

---

<sup>189</sup> S.118, 399.

<sup>190</sup> S.118-119. 「出発点」の文言は 124 頁、「決定的」は 118 頁に見られる。

<sup>191</sup> S.119, 399. 「需要サイドを志向した市場概念」は地理的な市場画定において、合併当事会社に対する供給業者の給付に係って、それを取るに足らないものでなく購買する需要者が存する範囲はどこかの問題として適用を見出す。供給業者がかかる需要者に、自らの供給を高い割合で行っている事実は、それらの需要者間の競争条件の同一性を示すと考えられる。S.125. かかる需要者に供給する市場の相手方の潜在的な回避可能性に係り、市場支配的地位の発生ないし強化を検証することが、後掲Ⅲ、4 の (4) 註 199 の欧州委員会による 97/C 372 /03 の告知の立場となる。S.124. <sup>192</sup> S.118.

<sup>193</sup> S.119, 399.

<sup>194</sup> S.20,119,399. 食品小売業にあつては、消費者の日常の必要を満たす期待に応える観点から商品の品揃えが問題になる (品揃え市場の概念)。この問題は専門的な店舗 (例; ドラッグストア) 自体でなく、肉屋のような職人の仕事それ自体に焦点を当てるものではない。もちろん消費者の必要に応える観点から、食品小売業者はかかる専門店や職人の商品役務の提供に係る商品グループもその事業展開に取り入れる。この場合には、それらの事業者と競争関係は生じる。S.77.

<sup>195</sup> S.399.

### (3) 調達市場における分化の状況

#### (a) 流通市場と製造業の市場の分化。

結果的にここで探求した市場において調査の成果は、流通市場と製造業の市場の分化を示す。そのことは、調査された全市場における高度の置き換えの柔軟性にもかかわらず、また流通ブランドと製造業者ブランドのその時々全体の市場にあつての割合にかかわらず妥当する<sup>196</sup>。

#### (b) 製造業者ブランドと流通ブランド。

コスト状況及び販売状況は、一方で製造業者のブランド製品について、他方で流通業者ブランドについて非常に異なっている。ブランド製品の製造業者は、ブランド力をその製品について高めるためにマーケティング及び販売活動に多くの投資をする。それに対し流通ブランドの製造業者は、それらのコストを支出しないか、あるいは低い程度の支出に限られる<sup>197</sup>。かかる製造業者にとって、流通業者に対する製造任務を果たすために、とりわけ価格優位が重要となる。ブランド製造業者を通じた流通ブランドの導入にあたっては、その新しい流通ブランドが、既に市場で確立した自らのブランド製品の価値を損なう程度が考慮される<sup>198</sup>。

このような区別は、食品小売業における調達市場全てに基本的に当てはまるわけではない。部門調査の検証結果において調達市場の分化は、製造業者／流通ブランドに対し製造業者の明確な特化のされる市場よりも、両ブランドとも同じように供給する高い販売割合の売り手の市場においては、双方の区分はほとんど明

---

<sup>196</sup> S.399-400. 二、三の市場では、調査対象企業のかなりの部分で、他領域へ販売を置き換える経済的可能性が肯定される。またケチャップの部門では、流通ブランドと製造業者ブランドの置き換え可能性は高い。それにもかかわらず、調達市場で横断的に、製造業者の数多さを踏まえ、コスト構造、物流、流通ブランドの柔軟性の要求そして製造業者ブランドの育成について、経済性を維持した置き換えは難しい面がある。S.159.

<sup>197</sup> S.400. 他方、前述のように流通業者の製造プロセスへの深い関与、また広告宣伝の強化による高いリスクも指摘される。S.34 (製造業者ブランドの製造設備への償却となる、経済性を維持した費用負担であることが求められる)、117 (前掲註178参照)。

<sup>198</sup> S.400.

確でない<sup>199</sup>。結局、個別事案の事情に依存する問題であり一般化は困難である<sup>200</sup>。

#### (4) 地理的市場の画定

ドイツ国内の製造業者の存する調達市場。

地理的市場画定 (räumlich Markt abgrenzung) は、部門調査において一広い市場画定を主張する食品小売業者の異議を背景に一例示的に調査された七つの調達市場によりつつ一概念的及び具体的に検証がおこなわれた<sup>201</sup>。ドイツの食品小売業において、地理的な市場画定は流通業者の市場の相手方の視点から与えられる地理的な回避可能性、すなわちその需要者が地理的に位置している場所に従う(「需要サイドを志向した市場概念」)<sup>202</sup>。だから、このような製造業者はドイ

<sup>199</sup> S.400. 本報告書の 163 頁から 279 頁の個別 7 市場の調査において、重要な供給業者による製造業者／流通の両ブランド合計の販売割合、製造業者ブランドのみの販売割合、流通ブランドのみの販売割合が表で摘示されている。(2008/2009/2010 年の 3 か年)。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 11, 17, 22, 29, 33, 39, 46. なお以上の内、ケチャップ、牛乳、チルドコーヒーミルクについては両ブランド合計の適示なし。

<sup>200</sup> 製造業者／流通ブランド間の競争関係は多くの異なる要因に左右される。すなわち、製造業者ブランドに対する流通ブランドの位置づけと製造業者のブランドの強さ、製品グループにおける流通ブランドの価格設定と製造業者／流通業者の事業戦略上の方向性などである。S.34.さらに製造業者の企業結合において連邦カルテル庁は過去、ブランド製品と流通業者ブランドの間で競争的代替性が密接に存するか否かを決定する場合には、共通の販売業者の市場が採用されるという決定を下している。このような場合には流通業者の市場と製造業者の市場に係る統一的な調達市場が考えられる。S.400. BKartA, B2-23/11 (03.09. 2011)(Humann/Rügen Feinkost).本決定の内容確認は、以下のカルテル庁年次報告によった。Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 2011/2012 (bundeskartellamt.de の HP より入手), S.31, 33.

<sup>201</sup> 欧州委員会が設定した地理的な関連市場画定の基本原則によれば、関係する事業者が競争条件において十分に同一であり、隣接領域から「知覚できる (appreciably, spürbar)」ほどの競争条件の相違を決定される商品役務を提供する領域の画定を目指すものとなる。Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C372/03), OJ C 372, 09.12.1997,S.6, II .8. 部門調査ではこのような前提をもとに、需要関連の指標(買手嗜好の重要性、現時点の購買態様、製品差別化及びブランドの差別化)、供給関連の指標(販売経路のアクセス条件、販売ネットワークの構築費用、規制障壁、価格に関する指示、輸入制限及び関税)並びに実際の流通構造と展開が調査される。S.123-124.

<sup>202</sup> 前掲 4 の (2)「需要サイドを志向した市場 (Bedarfsmarkten)」概念を参照。S.124. その場合、カルテル庁は BGH による 2008 年パート・ノイシュタット病院判決に依拠する。この事案では、「需要サイドを志向した市場」概念の適用によって、需要市場の合併規制に係り影響を受ける地理的市場として画定がされた。地理的関連市場

ツの食品小売業者の競争的行動から影響される。結果的に部門調査の検証では、ドイツ食品小売業者は全て、調査対象の調達市場においてその商品をドイツの製造業者により大部分調達している。だから外国の生産品は調査対象の7調達市場のうち6市場において3%未満に過ぎない<sup>203</sup>。それゆえ検証された調達市場は国内的に画定されるのであり、関連する市場の相手方が圧倒的にドイツにいる<sup>204</sup>。

## (5) 食品小売業者とそれ以外の代替的販売経路

### (a) 製造業者に係る食品小売業者の重要性

検証された調達市場の全てつき、食品小売業者はその製造業者にとり非常に重要な販売経路になる<sup>205</sup>。他方、代替的な販売手段は限られた意義しか有さない。検証された調達市場の販売経路は、製造業者の総販売量65%~90%が食品小売業である<sup>206</sup>。

### (b) 主要食品小売業者に係る調達市場の一体性

指導的な食品小売業者のトップグループ(エデカ、レーヴェ、アルディ、シュバルツグループそして非常に限定してメトロ)は、流通ブランドと製造業者ブランドが一体として考えられるかあるいは分岐して考えられるかにかかわらず、総需要の大部分を一つの調達市場にまとめ、全ての調達市場を一体的に把握している。エデカはその場合製造業者ブランドの大きな割合を占める需要者であ

---

は、合併当事会社に対する供給に係って、需要者として具体的事案の実際の関係により考慮される全需要者、さらに合併により競争上の行為の可能性に関係する全需要者、とりわけ制限を受ける全需要者を含む。地理的関連市場は、合併評価で問題になる需要者の範囲を画定する。BGH,16.01.2008,KVR 26/07-Kreiskrankenhaus Bad Neustadt (bundesgerichtshof.deのHPより入手), Rn.69. さらにこのような審査にあたっては、商品の流れに結びついた市場の地理的範囲について、競争条件が実際上同一であるか否か検証される。S.124.

<sup>203</sup> S.132, 187 (例として冷凍ピザにつき、かかる低い量は国内の調達市場を画定する)。

<sup>204</sup> S.126, 35 (他方で食品小売業者の輸入の多い調達市場では、より大きな地理的市場画定になる。この点の判断は、個別事案の事情による。), 400.

<sup>205</sup> S.161.

<sup>206</sup> 本報告書の163頁から279頁の個別7市場の調査において、食品小売業者とそれ以外の代替的販売経路である、専門店/直接販売、大規模需要者、大規模流通業者、輸出の各販売割合が示されている(2008/2009/2010年の3か年)。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 7, 13, 19, 25, 31, 37, 43.

る。流通ブランドは、とりわけディスカウンターのアルディが突出した地位にある。エデカは、調査された一つの市場で流通ブランドにつき、大きな割合を総調達量に占めている<sup>207</sup>。

### (c) 主要食品小売業者の大きな調達割合

食品小売業の販売シーンにおける需要量のみで考えると、エデカ、レーヴェ、アルディそしてシュバルツグループの事業者は、食品及び一部の非食品領域における総計で全調達量のおよそ 85%を占めている<sup>208</sup>。その他、食品製造と流通業者との取引関係は広く中小企業によっている旨の主張は、部門調査の認識ではかかる包括性を認めるに至らない<sup>209</sup>。

## 5. 供給業者間の競争状況

### (1) 供給部門の寡占化

#### (a) 供給部門の集中に対する評価

また製造業者サイドにおいては異なる大きさの四大事業者からなる、異なるトップグループが、供給の重要部分をまとめている<sup>210</sup>。このようなトップグループの構成事業者は、顧客に対する供給について食品小売業者の領域で特化されている。その売り上げの大きな部分を数少ない顧客に対しやり繰りする。

(集中の高まる) 供給サイドが特化される状況は、流通業につき調達の代替は相当に乏しくなり、同時に (大規模な食品小売業者の存する反対サイドにおい

---

<sup>207</sup> S.400-401. 本報告書の 163 頁から 279 頁の個別 7 市場の調査において、調達市場における食品小売業者のトップグループとその余の需要者について、製造業者/流通業者両ブランド合計、製造業者ブランドのみ、そして流通ブランドのみの各調達割合が表で摘示されている。(2008/2009/2010 年の 3 か年)。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 10, 16, 22, 28, 34, 40, 46. 何れの市場も、エデカが両ブランド合計で 20~25%程度の高い割合でトップである。

<sup>208</sup> ドイツ食品小売業者 19 社の連邦全体における売上げ額と割合が図表化されている。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 1.前掲註 207 参照。

<sup>209</sup> 前掲註 207 参照。

<sup>210</sup> 本報告書の 163 頁から 279 頁の個別 7 市場の調査において、重要な供給業者による食品小売業者に対する製造業者/流通の両ブランド合計の販売割合、製造業者ブランドのみの販売割合、流通ブランドのみの販売割合が表で摘示されている。(2008~2010 年の 3 か年)。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 12 18, 23, 30, 35, 41, 47. 何れも挙げられた重要な供給業者が、市場の総売上の相当部分を占める。



て) 製造業者の代替的販売の可能性も極端に乏しい。契約交渉の結果に対する集中プロセスの影響は、かかる双方の要因を共通にみて評価される<sup>211</sup>。

(b) 製造業者の回避可能性

製造業者の流通／製造業者ブランド間の置き換え。

製造業者の圧倒的多数の申し立てでは、流通ブランドと製造業者ブランドの製造においてその置き換え、変更に対し、それらが専ら技術的に可能な場合であっても何ら選択肢を有さない。その置き換えの経済性は、コスト構造と物流上の要請を製造業者ブランドと流通ブランドの製造で問題を導く<sup>212</sup>。

(c) 食品小売業者以外の代替的販売経路

製造業者にとり他の販売経路への回避も、外部選択 (outside-option) として現実的でない。代替的販売シーンへ売却先を置き換える方策は、経済的でないか、あるいは代替的販売手段における「受け入れ能力」で疑問が残る<sup>213</sup>。すでに代替的販売経路を利用している事業者自身でさえも、このような領域において広範な受け入れ能力はなんら持たない。輸出による回避可能性が現実的手段として意味があるのは、特別な例外に限られる<sup>214</sup>。さらに最終消費者による取引先選択の確保という規範的要請からも、輸出の回避可能性を重視するならば国内製造業者の市場からの退出を導き、「規範的考慮として」妥当でない<sup>215</sup>。

<sup>211</sup> S.401.

<sup>212</sup> S.162, 401 .

<sup>213</sup> 上記の回避は、食品小売業部門の大きな消費者を失う事態に対する「現実的回避手段でない」。この点に係り、既に代替的販売手段を用いている事業者も、さらなる受け入れ能力拡張は限界がある。さらに独自の直接的な販売ルート開拓も、高コストの故に非常に問題を抱える。調査対象企業で 2012 年までの 5 年間に代替的販売シーンで格別の売上を上げた例はない。S.160.

<sup>214</sup> ドイツ食品小売業の売上げと収益の悪化から、コンツェルンのリーダー企業によるコントロールによって、海外結合企業の拠点に販売を移すような場合である。S.159. この点に関し、必要となる輸出関連組織を用いることができ、ドイツの食品小売業者に販売された量を短期でも海外に部分的に移せると述べる製造業者は、幾つか存在した。かかる例外を除き標準的な考慮では、ドイツ全土で確定された調達市場が原則であり、輸出は除かれる。S.160.

<sup>215</sup> S.159 (最終的に市場退出となる選択は、回避可能性として評価されない)、160 (例外的場合を除き輸出は、回避の選択肢から除かれる)、161 (力によって強いられた輸出は、GWB20 条 1 項の相対的市場力の行使となる。その結果は消費者の選択の自由を減じる)、390 (ケチャップと焙煎コーヒーの調査結果が示すドイツ需要者の

食品小売業に係る上記七市場の比較の結果、調査市場の総販売量に対し、食品小売業者以外の代替的販売シーンの受け入れ可能性は、非常に僅かな割合となる。一つの市場のみ、全ての代替的販売経路は総売上高の35%になる<sup>216</sup>。他の全て調査された市場は、その割合がさらに低くなる。

## 6. 調達市場における交渉条件の経済学的分析

### (1) 概要

以上の観察の結果を補完的に用いて、部門調査のⅡ部は、ドイツ食品小売業の調達に係る具体的な交渉結果の経済学的分析を行った。広範囲な経済学的探求は、交渉状況とその影響の大きさを明らかにし、その影響の大きさが調達条件に及ぶ効果を示す。その結果はカルテル法上の審査の継続的な展開を促し、同時に需要力の働きについて実証的に基礎づけられた公共的かつ部門志向的な議論を導く<sup>217</sup>。

### (2) 交渉の論理が異なる製造業者ブランドと流通ブランド

#### (a) 食品小売業者の中核的取引と「競争環境」としての流通ブランド

経済的な分析対象は、ドイツ食品小売業の食品区分において製造業者のブランド製品に係る交渉条件である。それが分析の全般的基礎となる。この限定は、食品小売業者の中核的取引となる。さらにカルテル庁は、食品小売業の調達問題で製造業者ブランドに関する申し立て<sup>218</sup>を検証する<sup>219</sup>。

---

選好に係る特徴は、他国消費者と比較して輸出に限界を設ける)。

<sup>216</sup> 前掲註 206 の食品小売業者とそれ以外の代替的販売経路の販売割合を示す表によれば、上記本文適示の代替的販売経路が総売上高の35%に達しているのは、ケチャップのみである。BKartA B2-15/11, SU LEH, Table 7, 13, 19, 25, 31, 37, 43.

<sup>217</sup> S.401-402.

<sup>218</sup> S.402. 第一次情報が重要性を有することは、実証的評価のため得られる情報として独自の可能性を有するからである。食品小売業の調達のための条件交渉は、完全に参加事業者の内部的な事業領域に属する。従って、なら信頼できる第2次の情報源は存しないのである。A.a.O.

<sup>219</sup> S.402. 製造業者ブランドは、食品部門の売上げの高い領域として重要性をもつ。それは種々の流通ブランド以上に広範な比較が可能であり、相互により良い評価を可能とする。また製造業者ブランドにあつては、競争のパラメーターは広範に製造業

結局製造業者ブランドと流通ブランドは「交渉の論理」が区別される。流通ブランドは通常流通業者によって、広告宣伝の手段により（堅固な評判に基づき）形成される。他方で製造業者ブランドは食品製造業が流通業者と年間の話し合いを通じ形成される。これは、流通ブランドの効果が経済学的分析で注意を払われない結果を意味するのではなく、製造業者ブランドに対する「競争環境」として考慮される<sup>220</sup>。

#### (b) 対交渉相手に対する回避可能性と競争状況

カルテル庁の抽出検査<sup>221</sup>では、集合的な製品グループに関して、「競争的な重要性」が様々に示される。調査の主要局面では、流通業者も製造業者も交渉の成果について個別製品に関連して、交渉当事者に対する回避可能性及び競争状況を問題にする<sup>222</sup>。

### (3) 行動経済学に依拠した交渉条件の評価

#### (a) 交渉パラメーターと給付の条件

入手情報を経済的に評価するために、経済学的認識を基礎にして基本モデル及び行動理論的モデルが展開されて、評価モデルへと移される<sup>223</sup>。行動経済学

者の手中にある。

<sup>220</sup> S.402.

<sup>221</sup> 食品小売業において販売される製品数は非常に多い。部門調査の前線において食品小売業の大きな品揃えの幅と深さが、詳細な経済的分析を不可能にする。従って、部門調査の目的に基づく抽出調査は、専ら階層構造の特徴である「商品グループ」、「品揃え必須製品」そして「ディスカウンターによる品揃え」の範囲で行われる。抽出検査の基礎になった全て品揃えされた製造業者ブランドの総体に対して、カルテル庁が事前調査による確認をした。質問を受けた小売業者は、ドイツ食品小売業の全体のうち僅かな抽出部分となる。製品の特定と区分を行う限定作業は、国際的な混同防止を目的とする製造物識別に関する欧州製品番号 International unverwechselbare Produktkennzeichnung European Article Number (EAN) に基づいて行われた。S.403.

<sup>222</sup> S.402.

<sup>223</sup> これら双方の「モデル類型」は競争経済における双方の本質的な理論上の視角を述べている。他方、「古い」競争理論上の文献及び競争理論上の実践では、買い手独占又は買い手寡占評価という分析枠組みによる。これらは、需要力が販売力と鏡像的な関係にあり、また単純な価格—数量連関に基づく。S.403. さらに単純化された買い手独占のモデルから、需要者が下流市場で目指した価格優位のため、供給業者に

の知見を用いるこの「新しい」評価は、個別の交渉上のポジションが異なった判断になる。このようなモデルは諸条件をめぐる交渉パラメーターの影響に関して、仮説的設定を認める。選択されたモデル設定では、調達量と並んで、特にその時々に関連した威嚇点<sup>224</sup>すなわち外部選択（調達量、供給および買い取り割合）、ブランド力、他のブランド製品と流通ブランドによる任意の置き換え可能性そして購入協同組織への加盟資格の影響を含む。その分析にあつては、「条件」（すなわち経済的反対給付）は専ら「価格」のみに還元されない、多層的な構造が尊重される<sup>225</sup>。

#### (b) 需要サイドの集中の高まりと供給業者の取引条件の関係

- i) カルテル庁は大規模流通業者と供給業者間の秘密の交渉実態を注目する。そのうえで、行動経済学の知見により、需要サイドの集中の高まりと供給業者の取引条件の悪化の関係を明らかにした<sup>226</sup>。
- ii) 「隠れた競争」に対する批判。かかる秘密の交渉実態に関して、それを供給業者の提示する一律の寡占的販売価格から区別された「隠れた競争」として評価するメストメッカーや後述のゼッカーの主張<sup>227</sup>に対し、その妥当性を検証する意図がここで示されている。

### (4) 実証的経済的分析の結果

#### (a) 調達量

交渉条件に対し調達量は、規準となる影響をもつ。それゆえ大規模な流通業者は、構造的な優位を調達条件に関して行使する。実証的な調査は大きい買取量が流通業／産業間の条件交渉において、総体的に流通側に有利に働く事を示

---

強いる取引条件の譲歩は、下流市場に還元される図式が導かれる。S.20.

<sup>224</sup> S.20.

<sup>225</sup> S.403. 調査では流通業者間において、場合により相互に異なる条件を歪曲せずに比較するために、支払期間及び納品の合意の様な一定条件の要素が含まれる。その後、モデルにおける個別変数が操作可能で、具体的規定が定義されるとすると、その定義を用いて理論的モデルに記述されて、評価モデルの骨格が形作られる。S.403. S.281.

<sup>227</sup> メストメッカーの「隠れた競争」論については、前掲Ⅰ、1、(2)の(a)参照。ゼッカーの隠れた競争論については後掲のⅦで言及する。

す。また量的効果はそれ自体独立した原因として存するのではなく、より広い原因も考慮される<sup>228</sup>。

#### (b) 取引依存度

同じく双方の交渉当事者にとって、売上（購入）割合（取引依存度）は外部選択の本質的側面である。その点は交渉当事者の各々に妥当する。回避可能性が高い当事者ほど、その時々々の条件は良くなる。多様なモデルの相当多数で、反対サイドの売上（購入）割合は交渉条件に対し重要な影響を示し、実証モデルにおいて流通業の製品関連では、外部選択の重要な指標となる<sup>229</sup>。

#### (c) ブランドの強さと相手方の交渉力

（消費者が流通業者の品揃えに期待する）有名な製造業者ブランドについては、製造業者がより良い条件を引き出し得るから、流通業者は自らの品揃えから外される場合に、過剰な割合で売り上げ減少を予測する。その理由は、流通業者と交渉する製造業者が威嚇のため、その製品の販売の結果を持ち出す反応にある<sup>230</sup>。抽出調査では一般にいわれる「マストアイテム」の特徴をもった有力ブランドに分類される製品は、非常に僅か（6%）である。以上から、製造業者の強いブランド力が相手方の回避可能性を封じる程度は、個別に慎重な検討を要する<sup>231</sup>。

#### (d) 流通ブランドの多面的、複雑な効果

様々の商品領域における流通ブランドの多面的な目的をもとに、製造業者と流通業者との相対的な交渉力について以上のように決定しても、異なる効果も示される。流通ブランドは一方で製造業者ブランドを「圧迫の下におく」事態があり得るし、製造業者と流通業者に係る全体的な品揃え構造や価格構造から

---

<sup>228</sup> すなわち、量のみ専ら焦点を当てるならば、経済的な視野、例えば規模の経済性に基づく効率性の過小評価を導く危険がある。しかし量的基準は、各事例でよりよい交渉の結果に影響が大きい。そして食品製造業における交渉当事者に係り、その基準は流通業者の重要性評価について適切である S.376, 403.

<sup>229</sup> 個別事例の実証的分析の結果では、以下が目される。i) 販売（購入）割合は交渉における相互関係を正確に把握するため、常に双方の側で考慮される、さらに、ii) 販売（購入）の額が、正確に選択されかつ可能な限り明確にされている。S.392, 404, 408.

<sup>230</sup> S.392, 403, 408.

<sup>231</sup> S.392, 404, 408.

帰結する、複雑な価格差別戦略の結果も受ける。さらに流通ブランドがどのような効果を製造業者ブランドの取引条件に及ぼすかも、同じ製造業者が製造業者ブランドと共に流通ブランドも自らの部門で（かつ場合によっては同じ流通業者について）製造、提供するのにかによる<sup>232</sup>。

#### (e) 購買協同組織の加盟

この点も、調達市場の諸条件に対して多面的な効果を示す。まず購買協同組織への加入資格を有さずとも、良好な条件を達成する個別の流通業者は存在するが、大方加入者は購入協同組織の加入から何らかの実質的利益を得ている。当然に、大規模な加入者と小規模な加入者の間で区別がされる。加入条件に対する効果は、大規模な加入事業者（協同組織のトップ）にあって小規模な加入者の場合よりも明らかに低い。それ以上に、広範な領域に及ぶ購買協同組織の利益は、個別事案で非常に異なった結果をもたらす<sup>233</sup>。

### (5) レント移転とドイツ食品小売業における一定事業者の構造的優位

#### (a) レント移転と GWB による規範的評価

総体として部門調査は、その結果をもとに明確な回答を導くのみでなく、問題により議論の成果を公開し、明らかにされた公共性が関心と呼ぶ意義をもつ。かかる意義をもつ問題点として、如何なる場合に需要力に条件づけられた流通業者の利益となるレント移転（Rentenverschiebung）が発生し、あるいは予測されるかを示す結果が挙げられる。

その場合競争阻害を推論するのに、レント移転は経済学的な実証評価になじまない。従って、規範的な参照なくして充分であるのかが問題になる。この点について GWB の目標を考慮し、全ての影響の要因を評価する全般的な視点が必要である<sup>234</sup>。しかし実証的分析からは、以下のような、影響の要因と検証における統一的な一瞥できる効果は導き出せる。

---

<sup>232</sup> S.393, 404, 409-410.

<sup>233</sup> S.394, 404, 410. 前掲した本稿のⅢ、2の(1)及び(2)を参照。

<sup>234</sup> S.389.

## (b) 特定の食品小売業者の一般的な構造的優位

本質的に流通業者は、上で議論した取引交渉の影響を判断して強いポジションを示す場合、その結果として競争相手に対しても強い比較優位を交渉条件で享受する。経済的分析の結果は本調査の第Ⅱ部が用いられ、包括的な評価の過程において第Ⅰ部の成果と合わせ集約された。

その結果、ドイツ食品小売業における一定の事業者が有する構造的優位が、(個別事案及び個別市場を超えて) 明らかされた<sup>235</sup>。

## IV. 需要力と合併規制

### 1. 需要力規制としての合併審査基準

市場支配の存在・強化ないし有効競争の阻害。

食品小売業者の合併について、市場の上位企業がカルテル法上の審査対象になる場合、カルテル庁は禁止命令の条件として地域の販売市場のみでなく、調達市場も合併基準の適合性審査に含める。その場合禁止基準は、関連する調達市場の少なくとも一つにおける市場支配の存在・強化ないし有効競争の阻害になる<sup>236</sup>。

かかる調達市場における合併規制の基準は、以下の経緯により整序された。

### 2. エデカ／プラス事件（2008年）の水平的関係重視の基準

#### (1) 調達市場に対するアクセス基準

標記のエデカ／プラス事件の審査手続きで示された基準に従い、カルテル庁はエデカ／トリンクグート事件（2010年）審査で調達市場における合併基準の分析をした。エデカ／プラス事件の分析は、調達市場の市場支配につき本質的にカルテル庁の合併規制における需要力審査の基本になる。

具体的には、販売市場の合併規制による禁止要件の基礎を考慮しながら、「調達市場に対するアクセス (Zugang zu den Beschaffungsmärkten)」基準<sup>237</sup>へ

---

<sup>235</sup> S.404-405.

<sup>236</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲註 159), S.29.

<sup>237</sup> Vgl., BkartA, Hintergrundpapier, Nachfragemacht im Kartellrecht-Stand und

の拡張をする分析である。この調達市場へのアクセス基準の拡張は、合併当事者とその競争者の水平的関係が前面に出る<sup>238</sup>。その点は、エデカ／プラス事件のカルテル庁決定から以下のようにまとめられる。

## (2) 供給業者の回避可能性と従属性

### (a) 合併会社と競争者の存する販売市場

旧GWB19条2項2号(現行法の18条5項1号)の規定する、2ないしそれ以上の事業者の間に一定の商品役務についての本質的競争が存しない場合に市場支配的寡占が存するという意味で、食品小売業者の販売市場における競争者に対して、合併企業に著しい優位をもたらす調達市場のアクセスの明らかな変化の有無が問題になる<sup>239</sup>。

### (b) 従属性の判定(スパイラル効果とウォーターベット効果)

それは供給業者にエデカ以外の他の買手への回避可能性が明らかに減じられて、食品小売業者に対する供給業者の従属性が強化される合併の審査となる。2008年のエデカ／プラス事件に対するカルテル庁決定は、かかる審査についての従属性の効果の判定を、合併による需要力増大による「スパイラル効果<sup>240</sup>」

---

Perspektiven (18.09.2008) (bundeskartellamt.de の HP より入手), S.7-8 (下流の販売市場における他の競争者との関係で市場支配が存在するかを判断するため、「調達市場における優越したアクセス」が確保されているかについて検討される)。

<sup>238</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲註 159 参照), S.29. BkartA, Beschluss, 30.06.2008, B2-333/07-“EDEKA/PLUS”(bundeskartellamt.de の HP より入手; BkartA, B2-333/07 と略称), S.127.

<sup>239</sup> BkartA, B2-333/07 (前掲、註 238), S127, 105.

<sup>240</sup> エデカ／プラス事件のカルテル庁決定で、ドイツ食品小売業に即したスパイラル効果(Spiraleffekt)に関する説明は、以下のようになる。

食品小売業者の買入量の増加は、一般に供給業者が流通業者に容認する購買条件を改善する。その改善された購買条件は、流通市場における市場地位の広範な成長(内部的にも外部的にも)を達成するために、再び用いられる。このように達成された購買量の増大は再び購買条件の改善となって働く。流通業者はかかる構造的利益を特に積極的な市場戦略によって、小規模競争者を攻撃し、また競争者との衝突で損失を最小化するために用いる。このようなスパイラル効果は販売及び調達の市場における集中の強化に導く恐れがある。短期的には圧倒的競争による低価格は消費者に利得をもたらすが、長期的には次の問題が指摘される。すなわち、消費者取引に係る充分な代替的選択先の喪失という、明らかに競争レベルを低下させる市場構造



と「ウォーターベットの効果<sup>241</sup>」の発生により、合併当事会社の競争者に対する水平的な負の影響を審査した特徴がある。

### 3. 合併規制と濫用監視との連関

#### (1) 取引先転換の可能性基準の導入（第5次GWB改正）の意義

##### (a) 流通分野の展開に直面し合併規制の機能力を高める立法者意図

既に第5次改正（1989年）により、市場の相手方に係る取引先転換の可能性（規範名宛人との取引を放棄する困難）の基準が、旧GWB19条2項1号1文、同2号に導入されていた<sup>242</sup>。第8次GWB改正により、現行のGWB18条3項8号（「他の事業者に回避する可能性」）になった<sup>243</sup>。この拡大は合併事案における流通業に固有の規制強化を、供給業者による競争上の活動の確保と達

<sup>241</sup> 上の問題を導くことが懸念される。BkartA, B2-333/07（前掲、註238）、S.103-104。スパイラル効果が生じる寡占的市場支配に係る前掲註240の決定において、カルテル庁が説明する、食品小売業の市場に即したウォーターベット効果（Wasserbett-Effekt）の理論構成は以下のようになる。

供給業者は、支配的な寡占的流通業者により被った損失を相殺する目的から他の需要者に高価格を設定し、自らの収益状況の改善を試みる。これにより高い調達量を実現しており、供給業者からその取引を放棄される可能性の乏しい流通業者は、その（小規模な）競争相手よりも、実質的に改善された購買条件を獲得できる。この点は特に、大規模流通業者との購買協力に連携できなかった小規模な、地域の需要者との競争の場合に当てはまる。結果として残る競争者は、従前より高価格の支払いとなる悪化した競争条件を被る。BkartA, B2-333/07（前掲、註238）、S.104。

2014年の食品小売業に関する部門調査は、供給業者が大規模流通業者により被った損失を小規模流通業者から回復する事態について、以下のように説明する。調達市場において、上記残る競争者に従前よりも高い価格の支払いとなり、結果的に弱い流通業者の購入条件を一般に悪化させること事態を、調達市場における市場構造上の排除効果として捉える。そのうえでかかる効果を「間接的なウォーターベット効果」と呼ぶ。B2-15/11, SU LEH（前掲Ⅲ、註159）、S.25。

同部門調査はかかる市場構造上の競争妨害の排除問題について、需要力の広範な負の効果に理論的検討を加える。すなわち、下流市場における価格闘争戦略と結びついて、調達市場における略奪的な過剰購入ないし略奪的価格の調達によった、競争相手の調達コスト引き上げ戦略である。供給業者に有利となる高価格購入の場合、ライバル退出後の利益回復措置が戦略の一環をなす。A.a.O., S.25-26。

<sup>242</sup> B2-15/11, SU LEH（前掲Ⅲ、註159）、S.29。Bergmann, Nachfragemacht in der Fusionskontrolle（1989）、S.108。

<sup>243</sup> Bechtold/Bosch, GWB, 9 Aufl.(2018), §•Rn.54。BKartA, B2-96/14（前掲註124）、Rn.606。

成に依拠させる立法者の企図による<sup>244</sup>。

#### (b) 市場「構造的な危険の状態」

コントロールを受けない流通業者の力が製造業者に加えられる事態に対し、合併規制の全体的把握において唯一の基準のみ存するのではなく、流通業者の水平的関係と合わせ複眼的把握がされる<sup>245</sup>。各市場の実質的な数の事業者について、十分かつ合理的な販売又は調達代替的取引先が存しない場合に、合併規制における市場の相手方に回避する可能性の欠如が問題にされる（市場「構造的な危険の状態」）。

この代替的取引先に係る規定は、相対的な交渉力の格差に結びついた基本概念として濫用監視において展開された基準であり、供給業者とその潜在的な買い手の双方向関係に向けられる。相対的関係にある交渉当事者の一方がその交渉力を過剰に有し行使するかは、市場構造と市場地位に依存する。その場合には代替的取引先（「外部選択」）の有無が、交渉における威嚇の力を決定する<sup>246</sup>。

### 4. 調達市場における非協調的効果ないし単独効果

#### (1) 有効な競争の著しい阻害（SIEC）テストと合併審査基準

##### (a) 十分かつ合理的な代替的取引先への回避可能性

市場構造規制としての合併禁止において市場の相手方の代替的取引先につ

<sup>244</sup> BT-Drucks. 11/4610, 30.05.1989 (dipbt.bundestag.de/dip21.web/bt の HP より入手)。本改正の立法提案理由において食品小売業の合併規制の必要性に言及するのは、「立法理由 (Begründung)」における「I. 一般論」、「1. 前史」の「2. 草案の目的と根拠」における a) の箇所 (10 頁)、そして「II. 個別規定について」における「1 条 5 号について」(18 頁)の部分である。後者の 18 頁では、今回の改正の前提的認識として、流通分野の展開に直面し合併規制の機能力を高める意図が明らかにされた。特に食品小売業で広範、長期に合併が進行し、地方市場では販売量を増大させた市場支配の事態に対処するため、合併規制の改善が必要とされる。さらに本改正は、市場の相手方に係る取引先転換の可能性を合併規制基準に取り入れて、市場支配の定義を拡大し、禁止の範囲を広げる意図による。すなわち、二大企業の合併により、集中化した市場で卓越した従来からのトップグループがさらに緊密化し、残る競争相手との格差が広がり、トップグループ企業の間で競争が弱体化する事態に対処するためである。BT-Drucks. 11/4610, S.18.

<sup>245</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲Ⅲ、註 159), S.29. *Möschel*, in Immenga/Mästmacker, *GWB*, 4 Aufl. (2007), §19, Rn.72.

<sup>246</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲Ⅲ、註 159), S.20.29.

いて問題とされる場合、十分かつ合理的な代替的取引先への回避可能性を欠く実質的な数の供給業者の存在を前提にし、さらに対応する従属関係の取引と比べて比較可能な利益を欠く競争者の存在を前提にする<sup>247</sup>。かかる前提を欠く市場構造的な危険の状態にあるのが、食品小売業であり、その集中の高まりに対し、立法者が対応した。前述の第5次GWB改正における取引先転換の可能性に係る規定と第8次GWB改正（2013年）によるGWB36条1項1号の改正である。この改正規定は有効な競争の著しい阻害を、合併禁止基準とする<sup>248</sup>。

#### (b) 調達市場における単独効果の判定

集中度の高い市場における需要競争の制限。

カルテル庁は、有効な競争の著しい阻害の規定が欧州委員会のSIECテストの実体規定に等しい基準として、食品小売業の広範な集中プロセスからもたらされる影響の包括的評価が試みられるとする。その評価とは、単独の市場支配ないし寡占的市場支配が存しないけれども<sup>249</sup>、例えばトップグループの事業者による寡占状態を強化する、あるいは他の理由から販売及び調達市場における実質的な競争機能の排除に至る事を理由にして、高い集中度の市場における競争制限に導く合併を禁止する<sup>250</sup>。このような関連で、調達の市場において非協調的効果ないし単独効果（unilateralen Effekt）<sup>251</sup>が問題とされる点は、販売市場における審査<sup>252</sup>と同様である<sup>253</sup>。

<sup>247</sup> Vgl., B2-15/11, SU LEH（前掲註159）, S.30.

<sup>248</sup> BKartA, B2-96/14（前掲註124）Rn.597.

<sup>249</sup> B2-15/11, SU LEH（前掲註III、註159）, S.27（SIECテストにより有効な競争に対する著しい阻害の生じる合併について、市場支配の閾値以下でも禁止される）、BKartA, B2-96/14（前掲註124）, Rn.597（エデカ／テンゲルマン事件で競争の著しい阻害はエデカが市場のリーダーになること、既に市場に存する市場支配の強化ないし、トップグループの地位の強化に依存しない）。

<sup>250</sup> 過去合併規制において、調達市場における効果を全面的かつ経済的に正しく捉える困難があった。すなわち、市場支配の禁止基準は、トップグループの構成員が協調していない、あるいは協調的行動の証明がない場合の調達市場における競争阻害を的確に把握できていない。BKartA, B2-96/14（前掲註124）, Rn.598. *Kallfaß*, in Bunte/Langen, Kartellrecht, 13Aufl.(2018), §36, Rn.16.

<sup>251</sup> 欧州における企業結合規制における「単独行為による市場支配力」の分析について紹介する以下の論稿を参照、林秀弥「株式保有の競争制限効果と競争法（2・完）：『単独行為による市場支配力』の分析を中心に」神戸外大論叢 54巻6号99頁。特に、

(c) 寡占的事業者である買手相互間の緊密性  
供給業者の回避可能性を減ずる合併効果。

単独効果による合併審査基準を需要力規制の側面から評価すると、カルテル庁は交渉理論上の視点によって、供給業者と大規模食品流通業者との間の双方向的な交渉地位と市場関連的な相互作用が捉えられるとする。その点から、合併は一般的に、調達市場における全ての供給業者についてあり得る回避可能性の選択を減ずる。この事実は合併当事会社に直接的にはなくとも影響する。それにより、関連市場における全ての買い手の市場地位に影響する。すなわち寡占的事業者の買い手にあっては、その相互間の緊密性を強化する<sup>254</sup>恐れがあり、この点から買い手の市場地位は強化される。さらに、その競争者との関係では、関連市場における買い手としての市場地位を高める<sup>255</sup>。

## (2) エデカ／テンゲルマン合併に対するカルテル庁決定（2015年）

### (2-1) エデカの地位の問題と集中的な需要構造の問題

#### (a) 部門調査以後の状況

カルテル庁は食品小売業の販売市場と調達市場に分けて、合併の禁止基準の検討を行う。19条2項5号の需要力濫用禁止に係る審査基準に関し、参考となる調達市場に関する合併の審査基準は、以下のようにまとめられる<sup>256</sup>。

カルテル庁は、2015年のエデカ／テンゲルマン合併の審査に際し、前述した

---

第3章第1節補論におけるSIECテストの記述参照。

<sup>252</sup> 販売市場の単独効果は、以下の二つの局面で構成される。すなわち、市場力増大すなわち競争優位の行動範囲の拡大として、合併企業が市場の重要性を増す結果、価格引き上げないし売上量減少等の販売面での悪影響を生じさせる第一局面と、合併当事会社の変化した行動範囲から、競争圧力低下により競争者に及ぶ市場の価格上昇、ないしその他の販売供給面での条件悪化が生ぜしめる事態が、第二局面になる。BKartA, B2-96/14 (前掲註124), Rn.599.

<sup>253</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲Ⅲ、註159), S.27. BKartA, B2-96/14 (前掲註124) Rn.611. なお、下記の(2-2)(b)を参照。

<sup>254</sup> EU競争法のSIECテストによる合併審査基準において、合併当事者間の競争の緊密性(closeness of competition between the merging parties)が販売市場で問題にされる。Vgl., A.Jones & B.Sufrin, EU Competition Law, 6th Ed. (2016), 1144.

<sup>255</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲Ⅲ、註159参照), S.27.

<sup>256</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註124), Rn.593-608.

食品小売業部門調査の<sup>257</sup>補完的調査を行った。すなわち調達市場の競争状況（ブランド製品の調達市場における有効な競争の著しい阻害の有無）について、部門調査の扱う 2010 年時点からその後の状況を調べた。それによれば、基本的に変化した証拠はなかった<sup>258</sup>。

(b) 有効競争の著しい阻害；“SIEC-Test”

エデカ／テンゲルマン事件では、GWB36 条 1 項の規定する合併禁止基準（有効競争の著しい阻害；“SIEC-Test”）に基づき、エデカがテンゲルマンとの合併により調達関連市場におけるトップ企業になることや、既存の市場地位を強化すること、またトップグループ内におけるエデカの地位の強化は問題とされなかった<sup>259</sup>。

(c) 調達市場における集中的な需要構造の一層の緊密化

カルテル庁が問題視するのは、非常に集中的な需要構造が合併によりさらに緊密化し、トップの三大需要者（エデカ、レーヴェそしてシュワルツグループ）の優位が増大する以下の点である。すなわち、テンゲルマンは僅かに残る競争者であり、供給業者のトップグループから独立した調達をする競争者でもあり、供給業者が消費者へアクセスする重要なネットワークを構成する競争者である。テンゲルマンは、供給業者にとってエデカを回避する直接の選択手段となっている購買協同組織の内に束ねられる。さらに販売面でテンゲルマンは、品揃えと販売活動においてエデカに近接した競争者と評価される。エデカによるテンゲルマン買収は、以上の需要市場の状況を、有効競争に著しい阻害をする態様で改変する（カルテル庁）<sup>260</sup>。

(2-2) 調達市場における単独効果

(a) 合併による需要競争の圧力緩和に係る反競争的效果。

上記第 8 次 GWB 改正により 36 条 1 項は、有効な競争の著しい阻害の基準により合併禁止を規定し、さらに「とりわけ」として、市場支配的地位の発生

<sup>257</sup> 前掲、「Ⅲ. 2014 年カルテル庁食品小売業部門調査」を参照。

<sup>258</sup> BKartA, B2-96/14（前掲註 124），Rn.593.

<sup>259</sup> BKartA, B2-96/14（前掲註 124），Rn.594.

<sup>260</sup> BKartA, B2-96/14（前掲註 124），Rn.594-595.

ないし強化の場合を例示的に禁止した。カルテル庁は、かかる改正について、それまでの禁止基準の限定的な拡大を意図したとする。すなわち、合併が専ら市場支配的地位を発生ないし強化するのでない条件でも、禁止が認められる。かかる禁止には、合併による市場全体の非協調的効果、すなわち単独効果が含まれ、また合併による競争圧力の緩和に係る反競争的効果が含まれる<sup>261</sup>。

そしてこの禁止基準の拡大は、需要競争の評価の場合にも当てはまるとする。先ず市場支配には、法律上の定義から需要競争が含まれる。すなわち一定の商品役務の需要者として地理的ないし商品市場で、競争者のいない場合あるいは競争者に対し優越する市場地位にある場合(GWB18条1項)に、市場支配的である<sup>262</sup>。

他方、単独効果の概念はSIECテストにより、以下のように調達市場の需要競争について妥当する。

(b) 交渉理論上の分析—SIECテストの反競争的評価

i) SIECテストの第一局面。この場合基準となる効果についての適切な分析は、需要の現象に係る交渉理論の分析となる。供給者と需要者の相互的な交渉力は、如何なる回避のための代替手段を双方の市場サイドが任意にできるか—すなわち、より良い回避の手段を容易に用いることのできるか—により規定される。かかる背景のもと、合併が供給業者につき回避の可能性を奪うなら、調達市場における単独効果を導く。SIECテストの第一局面の意味で合併企業の交渉地位は強められる<sup>263</sup>。

ii) SIECテストの第二局面。他方で、残りの需要者は、供給業者にとって代替的回避の手段として重要になる。SIECテストの第二局面の効果は、残りの需要者についてその交渉地位の強化が問題になる。これは合併当事会社に比較できる、品揃えレベルの高い大規模需要者が問題になる場合に特に当てはまる<sup>264</sup>。

かかるSIECテストの反競争的評価は、合併規制における機能的プロセスとしての競争保護、さらに市場の開放性維持という競争の監視、危険状態防止に

---

<sup>261</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註124), Rn.597.

<sup>262</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註124), Rn.598.

<sup>263</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註124), Rn.601.

<sup>264</sup> BKartA, B2-96/14, Rn.601.

係る予防の要請から導かれる<sup>265</sup>。

### (2-3) 市場関連の分析と供給業者の回避可能性。

これまで合併規制の審査基準に係り、流通業者と製造業者間の双方向的な契約関係の分析が十分ではなかった。従って、調達市場における有効な競争の著しい阻害を検証する場合、市場の相手方の交渉上の地位に対する評価が基準として重要である。これに関し需要者が、需要者の競争者にあつて引き出し得ない比較可能な利益を得ている事実は、優越する市場地位によって示される需要者の交渉力を示す。また需要者間の合併の結果、製造業者の販売の可能性が狭められるなら、需要者のグループは消費者市場における隘路を形成する可能性がある。このような市場構造の観察において、製造業者の回避可能性のない結果が市場関連の分析で考慮される<sup>266</sup>。

### (2-4) 合併規制に係る消費者効果の分析。

他方食品小売業者の合併に関し消費者厚生 of 直接的毀損は、合併審査において当然考慮される条件でない。消費者への、需要力に条件づけられた短期の部分的な移転が期待されても、合併承認（有効な競争の著しい阻害がないこと）に必ずしも有利に作用しない。この点に関し、完全かつ長期に行われるかかる厚生移転は極めて限定的に期待されるに過ぎない<sup>267</sup>。エデカは多くの販売市場でトップの地位にあるか、レーヴェと共に全面的品揃え業者として他の競争者に優位するから、かかる移転を完全に遂行する契機を欠く（カルテル庁）<sup>268</sup>。

この点を踏まえてカルテル庁は、大規模食品小売業者が対供給業者の取引から買入利益を得るならば、如何なる効果を消費者にもたらすか多面的な検討を要するという。すなわち消費者厚生の概念は単一的、静態的に捉えられるのではなく、製品の多様性、品質や製造の革新に及ぶ需要力行使の中期的な負の効果としても考慮されるべきである。この意味で製品、サービスのニッチな分野への提供をする供給業者の喪失は、上記多様性と品質の競争にマイナスに働き、結局消費者の負担となる<sup>269</sup>。

<sup>265</sup> BKartA, B2-96/14, Rn.602.

<sup>266</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註 124), Rn.603.

<sup>267</sup> B2-15/11, SU LEH (前掲註 159), S.20.

<sup>268</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註 124), Rn.604.

<sup>269</sup> BKartA, B2-96/14 (前掲註 124), Rn.605.

さらに、第5次GWB改正により導入された18条3項8号の市場の相手方の回避可能性に係る要件は、流通業に固有な供給業者の競争的行動範囲の制限が高まる危険についての立法者の懸念を表す<sup>270</sup>。

## V. 2002年メトロ事件BGH判決（契約条件の調整及び協賛金事件）

### 1. 事実の概要（カルテル庁決定による）

メトロは競合スーパーのアルカウフの買取に関し、1998年年1月1日カルテル庁の条件付き承認を受け、同年6月22日の最終承認後、直ちに統合を実施した。同月、供給業者に対し「供給契約条件の調整」及び「アルカウフ製品供給条件」と題する書簡を送付し、協賛金及び「契約条件の調整（1998年1月1日に遡る）」を要求した。メトロはこれにより、供給業者とアルカウフの基本契約すなわち通常の年間合意について、一方的な契約条件の調整に係る介入をする。この契約条件は通常、基本契約による年間交渉で決定され、原則的に契約の有効期間中変更されないものであった。メトロから要求を受けた供給業者は、契約条件の調整により清算の支払いを義務付けられる。

上記の要求についてカルテル庁は、1999年2月26日GWB違反を理由とする差止命令を下した<sup>271</sup>。実質的な正当化を欠く被疑違反行為に係り、要求を受けた供給業者（食料品供給業者20社）は全て5億マルク以下の総売上額であり、メトロ／アルカウフに対する売上げ（取引依存度）は各社の総売上上の少なくとも7.5%であった（旧法のGWB20条2項2文の「従属的な中小事業者」に該当するとされた）。カルテル庁は対消費者市場における重要性と上記供給割合から、メトロについて、上記20社は重大な経済的不利益なくして放棄できない取引相手であるとした。またカルテル庁はメトロの上記要求を、旧GWB20条3項2号違反に該当するとした。

控訴裁判所はカルテル庁の差止命令を取り消したが、カルテル庁は、法律問題に係る上告をした。以下に、BGHのカルテル庁決定を否認した判決（2002

<sup>270</sup> 前掲IV、3、の（1）及び前掲註244を参照。

<sup>271</sup> BkartA,26.2.1999-B9-51100-TV-133/98, BB1999, 706.



年 9 月 24 日) をまとめるが、退けられたカルテル庁の見解 (一部認容) も対照的に併記する。

## 2. 従属性基準

### (1) 5 億マルク以下の売上げに係る「中小事業者」要件

#### (a) 具体的な市場関係の検討に基づく従属性の判定

BGH は、旧 GWB20 条 2 項 1 文の意味における「中小事業者」要件について、カルテル庁のような、具体的な市場関係の検討なく、一定の閾値 (食品小売業者に対する 5 億マルク以下の売上げ) で限定して決定する解釈を認めなかった。かかる中小事業者の保護範囲を個々の具体的な市場関連を曖昧にして画定する試みを退けた。

#### (b) 水平的関係を中心にみる従属性基準

供給業者の従属性の範囲は個別市場の特殊性から出発し、供給業者サイドの競争者に対する水平的関係、そして特別な前提のもとで例外的に垂直的關係も検討の射程に入れる、機能的視点によって画定すべきであるとした<sup>272</sup>。

### (2) 規範名宛人に対する取引依存度と具体的な市場関係

#### (a) カルテル庁の見解；取引依存度 7.5%

メトロ事件におけるカルテル庁の規制は、規範名宛人の禁止規定 (旧 20 条 3 項 2 文) に係り、旧法の GWB20 条 2 項 1 文の意味における従属性の推定 (他の取引先への十分かつ合理的な回避可能性を有するものでない) を、供給業者のメトロに対する売上げがその総売上げの 7.5% の数値で満たすとした。

<sup>272</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, S.14-15, GRUR2002, S.82. 具体的にかかる機能的アプローチは、食品流通業という一定の事業分野 (個別の製品ないし製品グループではなく) における年間売上 5 億マルクという閾値に係る中小事業者の推定について、かかる閾値が不当に選択されたか、あるいは適切に選択されたとして、その値に対し具体的事案で供給業者を中小事業者のグループに当てはめる正しい説明がされているかに係って、反証を認めるものでなければならないとされた。A.a.O., S.82.

(b) BGH の見解；具体的市場関係の検討

具体的な市場関係の分析に基づく従属性の認定。これに対し BGH は、カルテル庁による推定基準を取り消した。すなわち、具体的な市場関係—ここでは商品流通業—の考察なくかかる基準のみをもってしては、従属性の推定は認められないとした。食品流通業界において適切な品揃えの競争があり、メトロが消費者から需要のある製品の安定供給に努めている状況においては、供給業者には（おそらく中小事業者を含めて）10%以上の売上げ割合でも、メトロ以外の他の販路にその製品を売却する、十分かつ合理的な回避可能性がある (BGH)<sup>273</sup>。

**(3) 市場構造と市場行動との相関的把握（消極）**

また BGH は、以下のようなカルテル庁による相対的市場力の推定手法を退けた。

(a) 市場行動からの市場構造の推認（カルテル庁）

カルテル庁は、市場構造（相対的市場力に係る需要者／供給者間の従属関係）と市場行動（供給業者の不利となる優位の条件の提供）の相関的把握の視点に立つ。それは、一般に供給者が異議を述べている要求行為につき、支払いに及んでいるのは、まさに強力な需要者の地位を示すものであるとの前提から、履行中の年間契約に対し一方的に有利な介入をするメトロの行為は、その相対的市場力を推論させる一つの要素になる、とのアプローチによった<sup>274</sup>。

(b) BGH の推認否定説；長期的契約関係論

これに対し BGH は、供給業者にあつて長期的に当該需要者との契約関係の維持と強化を重視する例があり、こういった場合には契約遵守を固執するものでない（合併に起因する年間供給契約の変更に、必ずしも反対するものでない）。統合に伴う新たな事業組織に適切に反応して、大量買取りとなる取引ではリベート要求が通例である事情を勘案すると、供給業者が清算に応じる場合に自らの利益を見出している事はあり得る。したがって、実質的に正当化されない要求に応じている事実から供給業者のメトロに対する従属性を推定する手法は

<sup>273</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, S.11-12, GRUR2002, S.83.

<sup>274</sup> BkartA, 26.2.1999-B9-51100-TV-133/98, BB1999, 707.

認められない、とする<sup>275</sup>。

#### (4) 従属性基準；まとめと評釈

##### (a) 不利益行為の受忍事実に基づく従属性の推認

上記のように、カルテル庁は受動的差別禁止に係る旧 20 条 3 項の初の本格的訴追にあたり、供給者が異議を述べた要求行為に対し支払いに応じる事態を捉えて、従属性の徴表として相対的市場力の認定に係る推定を認めた。これに対し、BGH が長期的契約関係においては、合併に際しての取引条件の変更のような場合、供給業者がそれに応じた結果は、自らの利益を見出している通例である事情から、市場行動からの市場構造の推定を認める立場を退けた。

##### (b) 取引条件の全体的観察 (Favorit 事件判決)

この BGH の従属性の推認否定論は、上記 (3) (b) でみたように、需要者／供給者間の取引関係を長期的に捉え、給付と反対給付の対応について、関連する取引の束を総体的に見る立場に近い捉え方である。この点で、後述する Favorit 事件 1984 年 BGH 判決による搾取濫用規制における取引条件の全体的観察をする手法と相即的である。そしてエデカ事件の BGH 判決は、このように取引条件の全体的観察をして実質的正当化の判断をするべきであるとして、上記 Favorit 判決を引用している。

##### (c) 市場構造に対する市場行動からの推論 (ケーラーの批判)

従前に、需要力濫用規制の公正法体系に連なる行動綱領アプローチの主唱者であるケーラーの見解を紹介した (本稿 II, 2)。ケーラーは、メトロ事件の判例批判において従属性概念を解釈し、上記のカルテル庁による市場行動から市場構造の推認をする考え方を支持する。

それによると、従属性の検討につき、供給業者は代替的取引先に係り起こり得る需要量の喪失を他の販売先で補てんする可能性が問題にされる。その場合流通業者の要求の態様と程度、供給業者のそれに応じる態様も考慮されなければならない。このことは最終的に従属性について、市場構造に対しての市場行

---

<sup>275</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, , GRUR2002, S.19,83.

動からの推論も働く。そうすると、かかる関連で、実質的に正当化される理由なくして優位の条件が要求されているかが検討される。従って、実質的に正当化されない優位の条件が成功裏に提供されている場合には「依存性」ないし「中小事業者」の存在を含意する<sup>276</sup>。

#### (d) 搾取濫用の規定との整合性

ドイツカルテル法において、給付と反対給付の対応関係を長期で捉える BGH にあつては、不利益行為を甘受している結果から従属性を認定するアプローチについて、搾取濫用の規定との整合的関係を維持できるものでなく、かかる基本的前提から採用しえるものでなかったと考えられる。

なおこうしたカルテル法の運用状況においても、前記のケーラーが、流通業者の要求の態様と程度、供給業者のそれに応じる態様から、市場行動（不利益行為の受忍事実）からの市場構造（供給業者／需要者間の従属性の存在）の推論を認める判例批判を早期に展開していた事が注目される。この点はケーラーがカルテル法による需要力濫用規制の限界を見据えて、公正法の系譜に連なる行動綱領のアプローチにより、従属性の推認を、「取引相手に対する力の地位」という概念によって、需要力を包含する優越の形態として認める提案をなすに至った経緯と関係する。かかる提案は、市場支配力の濫用監視の体系的な整合性から求められる制約を考慮したもので注目される<sup>277</sup>。

### 3. 「優位の条件 (Vorzugsbedingungen)」(旧 GWB20 条 3 項 1 文) の解釈

#### (1) 市場における優位の捉え方 (垂直的関係と水平的関係)

控訴裁判所は旧 GWB20 条 3 項 1 文の優位の条件について、メトロと供給業者との間の垂直的関係が判断基準とされるのではなく、メトロとその競争者との水平的関係が基準になるとした。この観点から、メトロは他の流通業者に対する優位をその需要力を用いて獲得するものでないとする。自らの条件をアル

---

<sup>276</sup> Köhler, Zur Auslegung, Anwendung und Reform des §20 Abs. 3 GWB, in: Keller, (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann, (2003 ; Köhler, Auslegung と略称), 693.697.

<sup>277</sup> 前掲 II、2、(5) (c) の iv) を参照。

カウフ（買収先）／供給業者間の条件へ拡張する場合、供給業者のアルカウフとの合意をメトロに移す場合に、不利な条件の除去が専ら問題であるとしても、それは市場条件への適合に過ぎないとされた<sup>278</sup>。

これに対しカルテル庁は優位の条件について、垂直的關係を基準とする。その解釈は、供給業者との垂直的な契約關係を基礎にして、競争者に対する競争優位がメトロに形成される構成による。以下にカルテル庁の垂直的基準による優位の条件に関する解釈論を要約する。

## （２）優位の条件に関する垂直基準説（カルテル庁）<sup>279</sup>

メトロがアルカウフ／供給業者間の条件との調整をなす場合には、メトロにとってのそれぞれの好都合の条件が問題にされる。このような条件のなかには、メトロの競争者に及ぶ条件であって、市場条件によって正当化されず業績によっても正当化されない、メトロの特別の市場地位に基づく有利な条件が価格割引等の条件により含まれる。流通業者としてのメトロの競争地位の基礎は、供給業者との商品購入の年間交渉を通じて形作られる。その際には、供給商品の価格と条件に係る契約の合意がなされる。個別の契約交渉によってメトロが他の需要者（競争相手）に比較してその取引条件が良くなるほどに、供給業者にとって交渉条件は悪くなる。かかる段階に至って市場力の濫用的行使があると考えられるならば、その買取り条件は、契約自由及び市場力の自由な活用ないし業績による正当化を反映するものでない。

かかるカルテル庁の優位の条件に関する垂直基準説は、基本的に BGH の採用するところとなった<sup>280</sup>。

<sup>278</sup> かかる控訴裁判所の判旨は、BGH 判決の要約によった。Vgl., BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, GRUR2003, S.11-12.

<sup>279</sup> BkartA, 26.2.1999-B9-51100-TV-133/98, BB 1999, 708.

<sup>280</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, S.20-21, GRUR2002, S.83.

### (3) 「優位の条件」に対する水平的考慮の限定

BGH は、需要力を持つ事業者が民事法上の請求権なくして、過去に締結済みの合意につき供給業者に不都合な供給条件に移行する合意と清算の支払いをさせるならば、旧 GWB20 条 3 項の意味での優位の条件は存するとする<sup>281</sup>。控訴裁判所は優位の条件の文言に係り、規範名宛人の競争者に対する優位を条件としたが、BGH はこれに対し、規範名宛人の競争者には履行中の契約に遡及効をもって介入する可能性はない点に注目する。食品流通業では、合併による条件調整が通例のことである（メトロの主張）ならば、かかる商慣習は優位の条件の存する点の検討要素とされるのではなく、優位の条件が実質的に正当化されるかの検証において焦点があてられるべきとした<sup>282</sup>。

### (4) 市場における優位の捉え方（まとめと評釈）

メトロ事件では旧 GWB20 条 3 項の供給業者に提供させる「優位の条件」の文言に係り、市場の競争優位をカルテル法の需要力濫用規制の目的からどのように捉えるかについて、カルテル庁及び BGH に対し控訴裁判所で対立があった<sup>283</sup>。控訴裁判所は、専ら水平的関係に焦点を定め、規範名宛人が直接に、規範名宛人（需要者）の競争者には困難な優位の条件を求める事を要件とした。

これに対し、BGH はかかる限定を退けた。すなわち、契約条件の遡及的変更は市場で有力な事業者のみがなし得ることから、かかる事業者の競争力を強めるならば、結果として市場の競争優位は生じうる<sup>284</sup>。市場で有力な事業者のなす購入条件が問題なのであり、「優位の条件」の文言に格別の意義は認められない。BGH は垂直的關係で市場力の行使がされる結果、水平的関係では間接的に市場で競争優位が生じることで十分と判断したものと考えられる。後述のようにこの判決は、需要者の競争者を含む水平的関係に止まらない、需要者の相手方の保護に係る判断に踏み込まなかった。

<sup>281</sup> BGH, “Konditionen Anpassung”, GRUR2002, S.83.

<sup>282</sup> BGH, “Konditionen Anpassung”, GRUR2002, S.83.

<sup>283</sup> Köhler, Auslegung (前掲註 276), S.693.698

<sup>284</sup> Vgl., Köhler, (前掲註 276), S.693.698-699.

このような競争阻害の影響が垂直的關係に及ぶ場合に市場の相手方保護には慎重な捉え方であっても、相手方に対する要求内容も水平的關係に直接に限る結果は、需要力濫用規制のそもそもの趣旨に合致しないと判断したものと考えられる。

#### (5) 「優位の条件」から「利益」への差し替え（第7次GWB改正）

メトロ事件の本判決後、「優位の条件」の文言は立法者によって削除された。すなわち、BGH 判決と対立する控訴裁判所の見解を導いたこの文言（比較可能な競争者に対して、規範名宛人の優遇が存するかを濫用の徴表とする）は、2005年の第7次GWB改正により「利益（Vorteil）」の文言に替えられた<sup>285</sup>。

改正法の「利益」の文言の解釈に係りケーラーは、GWBの他規定からもその手がかりは結局得られないとする。そのうえで、「利益」を一般的視点から需要者の経済状態の改善として理解する。そして、かかる改善は、比較可能な需要者間の関係についての改善としては捉えられない。その際、この点は上記メトロ事件BGH判決によって、「優位の条件」の文言の下でも既に確認されているとみなす。また実態面の以下の事柄からも、大規模需要者の競争者たる需要者との優位を問題にすべきでないとする。すなわち、供給業者が大規模需要者以上に、むしろ比較して小規模な需要者に対する有利な条件の認容は、経験的に示されるからである<sup>286</sup>。

ケーラーは、供給業者により小規模な需要者に対し大規模需要者よりも比較して有利な条件の付与される実態面の認識を指摘する。この点は、需要者の競争者に対する優位／劣位により、需要力の濫用規制を基礎付ける立場に対する問題点を指摘するものと評価できる。

#### (6) 契約条件の遡及的変更と実質的正当化の推定

メトロ事件では、供給業者と買収先の企業との通常の年間合意について、一方的な契約条件の調整を行う遡及的な契約条項の変更が問題になった。控訴審

<sup>285</sup> 前掲I、4の「(2)『優位の条件』から『利益』への転換」を参照。

<sup>286</sup> Köhler, Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und dem neuen UWG. WRP 2006, S.141ff.

判決は、この点を「優位の条件」の文言解釈で問題にしたが、BGH は実質的正当化の考慮の問題とした。

(a) 契約関係の維持、強化による反対給付の正当性

BGH は、規範名宛人である需要者が遡及効ある契約条件の変更により、反証が許される実質的正当化を欠く推定が働くとする<sup>287</sup>。そのうえでカルテル庁には、かかる実質正当性に係る反証を規範名宛人に認めない違法があるとした。その際 BGH は、供給業者になされる「引き続く年度における契約関係の維持、強化」をもって、条件調整と清算払いの対価となる利益の例示をする<sup>288</sup>。

(b) 遡及的な契約条件の変更の反証困難な違法推定説

この点にはケーラーの批判があった。かかる利益の捉え方は、要求を拒めば契約を終了させるか、あるいは取引量の縮小をなすという、明示的ないし黙示の威嚇についてベールを被せるものに過ぎないというのである<sup>289</sup>。さらに既存の契約関係の維持が要求利益の対価とされることについて、ノースデュルフトによって「擬制の遡及的利益 (fiktive rückwirkende Vorteil)」であるとされた。何れも、遡及的な契約条件の変更を、反証困難な違法を推定させると捉える批判である<sup>290</sup>。この点は本稿で後のⅧにおいて、さらに紹介、検討を加える。

## 4. 旧 GWB20 条 3 項の保護対象

### (1) 受動差別禁止と供給業者保護

メトロ事件の BGH 判決は旧 GWB20 条 3 項の保護範囲の問題について判断を留保した<sup>291</sup>。その問題は、同項の保護目的が規範名宛人の競争者保護にあるだけでなく、それ以上に出て市場で有力な需要者に対する供給業者も保護するかの問題である。この判決の当時、かかる問題は優位の条件がどの点に求められ

---

<sup>287</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01- “Konditionen Anpassung”, S.14-15, GRUR2002, S.83.

<sup>288</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01- “Konditionen Anpassung“, S.14-15, GRUR2002, S.84.

<sup>289</sup> Köhler, Auslegung (前掲註 276), S. 693, 701 (カルテル法の保護目的から、供給業者について契約関係の継続は利益として評価されない)。

<sup>290</sup> *Northdurft*, in Langen/Bunte, Kartellrecht, 13 aufl.(2018), §19 Rn.264.

<sup>291</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung“, S.14-15, GRUR2002, S.83.



るか、及び如何なる関係においてその評価の基準が存するかの争いを通じて、同項の保護対象を画定するとされた<sup>292</sup>。

BGHは「優位の条件」が前記3、(3)で述べたように、規範名宛人の水平的関係でなく垂直的关系で捉えられると判断したものの、垂直的关系における供給業者が同項の保護対象となるかの議論に実質的に立ち入らなかった。

## (2) 評釈

しかしその保護対象の範囲如何について、「需要者の競争者保護のみに止まらず、それ以上に市場で有力な需要者に対する供給業者」も含むかという問題構成として捉えられている。これは、BGHがこの時点において、旧GWB20条3項の保護範囲を規範名宛人の競争者が中心的な保護範囲になると考えていたものである。この点は「特別の例外的場合に需要者と供給者間の垂直的关系に係る保護目的が認められるか」の「判断はここでは必要ない」と述べる点からも明らかである<sup>293</sup>。

---

<sup>292</sup> Vgl., Köhler, Auslegung (前掲註 276) ,S.694.

<sup>293</sup> BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, S.20, GRUR2002, S.83.

【付録】表1；カルテル庁年次報告書による手続き数

年度	連邦カルテル庁				州カルテル庁				年度	連邦カルテル庁				州カルテル庁			
	手続開始	禁止処分	行為中止	その他事由中止	手続開始	禁止処分	行為中止	その他事由中止		手続開始	禁止処分	行為中止	その他事由中止	手続開始	禁止処分	行為中止	その他事由中止
1981	4			2	2		1		2000								
1982	11		3	8				1	2001	1				2**			1
1983	12		2	10					2002								
1984	2			2	3		2	1	2003	1							
1985	8			8					2004	1				1			1
1986	2			2					2005								
1987	3		1	2					2006								
1988	2		1	1					2007								
1989									2008					1			
1990					4*				2009	3							
1991					2			1	2010								
1992					1			1	2011			1					
1993					1			1	2012								
1994									2013								
1995					3			3	2014								
1996									2015	1				1			
1997					1			2	2016	1				3			
1998					1			1	2017								
1999					2			2	2018								

\*1990年度の州カルテル庁の開始手続きの内2件は他権限庁へ引き渡された。

\*\*2001年度の州カルテル庁の開始手続きの内1件は他権限庁へ引き渡された。