

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 — [2 完]

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 54 卷 2 号）
 - VI. エデカ事件カルテル庁決定（以下本号）
 - 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

VI. 2014 年エデカ事件カルテル庁決定

1. 事実の概要

(1) プラス買収と「結婚祝いリベート (Hochzeitsrabatten)」

2008 年 6 月 30 日に連邦カルテル庁第 2 決定部は、前年 12 月に申請されたエデカとテンゲルマンの部分統合を承認した。この統合は期限を付した条件を伴い、その条件成就により 2008 年 12 月に実行される。エデカはこれによりテンゲルマンに属するディスカウント部門である「プラス」店舗の重要部分の譲渡を受け、テンゲルマンと共同出資会社を運営する (エデカの 85%、テンゲルマンの 15% 出資)。この統合によりエデカ自身のディスカウントチェーンの「ネット」(約 2000 店舗) に、「プラス」の店舗 (約 2300) が組み入れられる²⁹⁴。

2007 年 11 月 12 日のエデカ臨時監査役会において、プラスの買収費用や再編に要する合併諸費用を、供給業者に要求する「結婚祝いリベート (Hochzeitsrabatten)」、「最適価格計算 (Bestwertermittlung)」の成果により賄うことが提示されていた(カルテル庁の合併監視手続きで明らかにされた)²⁹⁵。

2009 年 2 月 20 日、商標連盟 (Markenverband) はカルテル庁に対して、次の書面を送付した。エデカが供給業者に対し、プラスの営業譲渡に伴うコスト負担の要求に係る重大な圧迫を行使し、さらにその要求に具体的な制裁の脅迫を付している旨の書面である。さらに商標連盟はカルテル庁に対し、3 月 20 日付けでエデカのカルテル法違反の申し立てをした。それによれば、「シナジーボーナス」、「結婚祝いボーナス」、品揃えの拡充に関する流通ボーナス、協賛金 (Partnerschaftsbonus)、「最適価格計算」の具体的な要求額は、取引先供給業者についてエデカグループ全体に対する売上の 10% に達するという²⁹⁶。同日、商標連盟はハンブルク地方裁判所に、エデカが供給業者に支払期間の延長を求めまたその強制を行っているとして、差止の仮処分申請を行った。3 月 23 日、同地裁が仮処分申請を認める決定を下したことに對し、エデカは当初異議を表

²⁹⁴ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.1-EDEKA.

²⁹⁵ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.2-EDEKA.

²⁹⁶ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.3-4-EDEKA.

明していたが、後に決定を受け入れた²⁹⁷。

カルテル庁は、商標連盟のエデカによるカルテル法違反の申し立てに対し、GWB19条1項、2項5号及び20条2項違反の疑いにより過料手続きを開始し、2009年4月21日付け区裁判所（ボン）決定の搜索令状により、4月29日ハンブルクのエデカ本社の搜索を行い多数の証拠物件を押収した。かかる証拠の精査から、エデカは多様な商品グループの500社以上の供給業者に最適価格清算や各種レポートに係る特別交渉の要求をしていた事実が判明した²⁹⁸。

（2）発泡ワインの製造販売業者に係る事案の限定

このように多様な商品グループからなる多数の供給業者について、カルテル庁が発泡ワインの製造販売業者に対する特別交渉の要求を本件で選択した理由として、カルテル法上の市場評価と当該市場で得られた証拠の以下の3点の事情が挙げられる。

- i) まず発泡ワインの調達市場に係るカルテル法上の評価がされた。それによると、製造業者として四社の大規模業者とその他小規模業者から構成される（すなわち市場の相手方の）集中の態様が、特別に強い、あるいは弱いというレベルになく、相対的市場力の認定(GWB20条2項)に困難を生じない²⁹⁹。
- ii) 次に証拠の入手問題に関しては、発泡ワインの大規模製造業者においては、エデカとの本件特別交渉の内容と経過を示す包括的な証拠が入手可能であ

²⁹⁷ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.5-EDEKA.

²⁹⁸ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.6, 10-EDEKA. このうち食料品部門で約400社になる。これらの数字は2009年4月1日付で特別交渉の要求をした書状の数であり、実際の特別交渉数はそれ以上になる。A.a.O.

²⁹⁹ この点を以下に敷衍する。

その認定に関しては、製造業者の代替的な販売経路として大規模食品小売業者に代わるレストランや酒類専門販売店等の存在は、従属性の判断をいわずらに難しくするものでない。商品市場と地理的市場の画定問題も十分明確にクリアーできる。流通ブランド問題では、その製造の個別発注で従属性を生じるか、製造業者の製造情報の入手により従属性を生ぜしめるかの問題も、副次的な意義を有するに過ぎない。発泡ワインの製造で大規模食品流通業者は、垂直的統合による格別の競争法上の問題を生ぜしめるものではない。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.84-EDEKA.

る点が挙げられる³⁰⁰。

- iii) またこれら大規模製造業者の場合には、小規模な事業者に対する証言聴取の場合に懸念される、エデカに不利となる証言をカルテル庁に行った見返りとしての取引停止等の制裁問題が相対的に低くなる。すなわち取引停止の制裁を恐れての萎縮効果が、証言聴取に従う事業者には比較的低い（「通報者暴露問題（Ross-und-Reiter-Problematik）」³⁰¹）。

2. 決定主文

エデカは、2009年の特別交渉において、競争者のテンゲルマンから、そのディスカウント部門である「プラス」店舗を買収するに際し、ロートキャップヘンママ、ヘンケル、フラシネ、シュロス・ヴァヘンハイムに対して、違法な（2007年改正の旧GWB20条3項、現行GWB20条2項の意味で19条2項5号）条件の要求を行った。その要求の計算あるいは根拠に関して、以下に掲げるエデカの行為は—その全体と同じく各々が検討され違法とされる。

カルテル庁決定主文
(1) エデカとプラスの条件調整のため、時系列的な等級付けによる多数基準日の導出及びそれによった条件調整を、異時点間で多数行なう「最適価格清算（Bestwertableich）」
(2) 本件特別交渉の初めに、エデカとプラスの条件比較のために、明らかに合併の実施以前である基準日を選択する「最適価格清算」
(3) 要求の根拠と説明につき、不透明かつ供給業者に後付できない「最適価格清算」と「品揃え拡充ボーナス」
(4) 遡及的な支払いと調整を要求する、全体の特別条件
(5) 新条件の一方的設定を行なう「支払い期限の調整」
(6) 全体的条件の考慮なくして、エデカがプラスの個別、好都合な条件の調整を行い「いいとこ取り」の要求となる「最適価格清算」と「支払い期限の調整」
(7) 明らかに反対給付の対置されない支払い要求となる「シナジーボーナス」と「協賛金」
(8) 商品経済上、後付できない支払い要求となる「品揃え拡充ボーナス」
(9) より有利な条件を、有効な年間合意の経過中に供給業者に要求する特別条件

³⁰⁰ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.85-EDEKA.

³⁰¹ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.86-EDEKA.

3. 決定理由

(1) 相対的市場力の評価基準

(1-1) 相対的市場力認定の理論的基盤

(a) 相対的市場力と従属性

本件の適用法条は、旧 GWB20 条 3 項 2 文（従属的事業者に対する実質的正当化理由を欠く利益提供の要求ないし勧奨の禁止）である。この規定における従属性の概念は、旧 20 条 2 項 1 文（現 20 条 1 項 1 文）が規定する。すなわち、「一定の商品ないし役務の供給者…として他の事業者に回避する十分かつ合理的な可能性が存しない態様で従属する…」場合に「相対的市場力」が存すると規定されている³⁰²。以下、従属性に係る適用法条の表記は、決定文の表記によるのに従い、現行 GWB20 条 1 項と同 2 項による。

カルテル庁によれば、この規定は供給者が需要者に従属している場合に、当該需要者は供給者に対して「相対的市場力」を有するものとして捉えられる。この点から、19 条 1 項の市場支配的事業者の場合との相違は、相対的市場力が一定の市場において一般的に存するものと捉えられるのではなく、一定の市場の相手方との双方向的関係において捉えられる特徴がある。そして法の規定する「従属性」の概念と「相対的市場力」の概念は等置されている³⁰³。

(b) 需要者間の活発な競争と回避可能性

カルテル庁は、従属性の要件を上記の回避可能性によって捉えるが、規範名宛人である市場で有力な事業者の存する市場における競争の在り方との関係性において、回避可能性の指標を検討する。その関係性とは、市場の有力事業者とともに他の事業者が比較可能な商品役務の需要者の地位にあり、規範名宛人がかかる需要者との間で、活発な競争をしている事実は、「十分かつ合理的な回避可能性」についてその不存在を排除するものでない³⁰⁴。この立場では、活発な需要者間の競争が行われているにもかかわらず、規範名宛人に係る相対的な

³⁰² カルテル庁は改正後の現行法の 19 条 2 項 5 号と併記して論じている。

Vgl., BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn. 88-EDEKA.

³⁰³ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn. 88-EDEKA.

³⁰⁴ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn. 89-EDEKA.

市場の有力地位が存するのであり、この点が GWB20 条 1 項の特殊性として捉えられる。

(c) 市場の重要性としての従属性判断

- i) そのうえで、「従属性の決定は、一定の商品ないし地理的市場が画定された事業者について、市場の相手方にとって競争上のチャンスを維持するためにかかる事業者との取引が求められるという市場の重要性（が認められること）を前提にする」、とした学説を引用する³⁰⁵。すなわち従属性の判断は、市場の重要性として把握されることを前提にして、GWB20 条 1 項は「専らある事業者の競争する能力が毀損される」点に焦点を当てて介入をなすものではない。
- ii) 従って「十分な回避可能性の欠如」に係る指標は、第一に「商品役務の市場における推定上の規範名宛人が提供する地位と評価」に求められる。具体的にかかる地位と評価とは、本件に即して発泡ワイン供給業者にとってのエデカの販路としての重要性を指す。一定の市場を画定された製品の、他の需要者との取引が制限される競争上の特定の不利が供給業者に存しないならば、なんら従属性は存しない³⁰⁶。

(d) 過去の不利益事実の評価（消極）

この点から、カルテル庁は、「十分な回避可能性の欠如」を、違反が起こる場合の危険状態を記述する可能性、すなわち規範名宛人の特性評価をする場合に、実際の市場構造と市場条件、そこから帰結する需要者を回避できる可能性と解する³⁰⁷。

³⁰⁵ *Westermann*, in *Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Bd2, 2. Auf. (2015) (MünchKomm KartellR と略称), §20, Rn.20.

³⁰⁶ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.89-EDEKA.他方で、このような供給業者に及ぶ競争上の特定の不利が認められるならば、当該従属的事業者が対抗力を有することによって、その従属性は中和されるものではないとする。A.a.O.これは控訴審判決と対照的な視点である。後掲のVII、2、(1)、(1-3)の(c)を参照。

³⁰⁷ 従って、過去供給業者に対して制裁（品揃えから外す）が行われたか、あるいは特別の交渉枠で要求が押し通されたかは、従属性の検証において補完的に考慮されるに止まり、従属性の存否につき前提条件とされない。BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.94-EDEKA.

(1-2) GWB20条2項の従属性に関する評価基準

(a) 概説

カルテル庁は、GWB20 条 2 項の従属性概念の具体的基準について、以下の先例的成果と研究に依拠して決定した³⁰⁸。

第一に、本規定に関連する実質的に唯一の先例である BGH のメトロ事件判例（2002 年）である。

第二に、学説である。

第三に、食品流通業の部門に関するカルテル庁の市場調査の成果である。

第四に、カルテル庁の規制に係る食品流通業の合併事例における、需要力濫用の危険に対する審査基準である。

(b) 合併規制基準との連関

従属性概念の構築に際しカルテル庁が重視した先例的基準として、合併規制における需要力濫用に関する審査基準が注目される³⁰⁹。それは、GWB20 条 2 項に規定された相対的市場力の定義規定は、同 19 条の市場支配的事業者の濫用監視の体系に組み入れられ、濫用監視の体系は、カルテル規制と合併規制と共に GWB に主要な規制体系の柱を構成する³¹⁰。かかる GWB 体系における基本的連関を重視して、重要な規制の柱である合併規制における調達市場の需要力基準が参酌されたものと考えられる。

(c) 2002年 BGH メトロ事件判例の基準

2002 年の BGH によるメトロ事件判例は、「他の事業者に回避する十分かつ合理的な可能性が存しない」という従属性の要件（現 20 条 2 項；判決時旧 GWB20 条 3 項 2 文）、に関し、従属性が問題になる供給業者の全供給量に対する被疑違反行為者への供給量の割合（取引依存度）について一定の限界値を示

³⁰⁸ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.89-93,109-EDEKA.

³⁰⁹ 前掲本稿 [1]、「IV. 需要力と合併規制」における「3. 合併規制と濫用監視の連関」及び「4. 調達市場における非協調的効果ないし単独効果」の記述を参照。

³¹⁰ GWB による競争に関する規制の定めは、カルテル禁止（GWB1 条から 3 条）、市場支配的及びその他の競争制限的行為の定め（同 18 条から 21 条）そして合併規制（同 35 条から 43a 条）の三本の柱からなる。Tobias Lettl, Kartellrecht, 4Auf. (2017) 235.

した。すなわち、かかる値を「超えるならば、需要力ある企業に対する供給業者の従属性が反証可能なものとして推定される」³¹¹。この限界値は、具体的な市場関係を説得力ある観察をして導かなければならない。結局のところ、流通業者にとって放棄できない、個々の供給者とその製品の評価及び重要性が問題になる³¹²。

(d) 学説

カルテル序は以下の学説を引用する。売上量に係る取引の依存とその依存度における限界値について適示した上記の BGH の判例を受けて、従属的關係の検討について、販売の割合と買入の割合の双方のみに焦点を当てるのでは十分でない。しかし、これまで包括的な測定手法が存しないことから、規範の適用可能性については次の点が正当である。すなわち、相対的市場力は測定変数について明らかに拡大されたセットを基に考察して、従属性の存否について、相互的な力の關係の検証をその全体的考察とする³¹³

(e) 部門調査

本稿〔1〕、Ⅲの 4、5、6 を参照。

(1-3) 従属性に係る具体的判断項目³¹⁴

(a) 販売サイドにおけるエデカの一般的地位

- * エデカはドイツの全体市場でどの程度の市場占拠率を有しているか。
- * エデカの連邦レベルにおける販売網は、如何なる役割を果たすか。
- * 流通事業者の流通（自社）ブランド戦略は如何なる効果をもつか。
- * エデカの著名度及びメディアへの登場はどのように評価されるべきか。
- * エデカの販売サイドにおける市場地位は過去どのように展開されてきたか。

(b) エデカの調達サイドにおける一般的市場地位

- * エデカはドイツの調達市場においてどの程度の市場占拠率を有しているか。

³¹¹ BGH, 24.9.2002, KVR8/01-“Konditionen Anpassung”, GRUR 2002, S.83.

³¹² メトロ事件 BGH 判決が従属性に認定に係り、不利益行為を市場の相手方事業者が被っていることから相対的市場力の存在を導く市場行動と市場構造の一体的把握を否定したことについては前掲 V, 2 の (3) を参照。

³¹³ *Northdurft* in Langen/Bunte, Kartellrecht, 12Aufl. (2014), §20Rn.60ff.

³¹⁴ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.109-110-EDEKA.

- * エデカは個別製品の関連調達市場においてどの程度の市場占拠率を有しているか。
 - * エデカに対する個別製造業者の販売割合は、如何なる程度か。
 - * エデカは個別製造業者に対して、その製品の販売促進に関するゲートキーパーの位置にどの程度あるか。
 - * エデカの自社ブランド戦略と垂直統合は、調達市場の地位との関連でいかなる意味を持つか。
 - * 大規模及び専門流通業者に対してエデカの存在は、如何なる役割を果たしているか。
 - * エデカの調達における購買協同組織は如何なる評価がされるか。
 - * 過去エデカの調達市場における地位はどのように展開されたか。
- (c) 当該調達市場におけるエデカの市場地位
- * 製造業者サイドにおいて当該市場はどのような構造になっているか。この市場で供給業者の市場占拠率はどの程度か。
 - * 考慮される調達市場の特殊性はどのようなものか。流通業者はどのような回避可能性を有するか。流通業者の宣伝活動は如何なる役割を果たすか。季節取引はいかなる役割を果たすか。顧客のブランドロイヤリティはどの程度の大きさか。
 - * 調達市場における買手としてエデカは、如何なる地位にあるか。買手としての他の食品小売業者に対して、製造業者は如何なる可能性を有しているか。(製造業者が取引停止を受けた場合に取引先転換の対象となる)他の食品小売業者は、どのくらいの買入量を有しているか。(製造業者は、)過去取引停止を受けたことがあるか。
 - * かかる調達市場における買い手として、食品小売業者は総体的に如何なる意義を有しているか。他の販売経路(大規模購入者、大規模流通業者 酒類専門流通業者、輸出)は、如何なる意義を有するか。このような代替の販売経路の重要性はどのように発揮されるか。
 - * 製造業者が他の製品を製造することによる回避の可能性、あるいは流通業者の自社ブランドの製造へ回避する可能性はどのくらい存するか。

(d) 当該調達市場におけるエデカの双方向的な市場地位

- * 当該供給業者のエデカへの売上は、供給業者全体の売上についてどのくらいの割合か。
- * 当該製品部門において、供給業者のこの製品部門の全体売上に対して、エデカへの当該供給業者の売上は、どのくらいの割合か。
- * エデカの供給業者に対する調達量は、エデカの総調達量に対してどのくらいの割合か。
- * 当該製品市場において当該供給業者とのエデカの調達量は、当該製品市場におけるエデカの総調達量に対してどのくらいの割合か。
- * 当該市場において供給業者はどのくらいの市場占拠率を有しているか。
- * 供給業者がコンツェルンに帰属することはどのくらいの役割を果たすか。
- * 当該供給業者は過去エデカによって制裁を受けたことがあるか。そしてそれに伴いどのような影響を受けたか。

(1-4) 各判断項目の本件事案への適用

(a) ドイツ食品小売業におけるエデカの一般的地位

* 販売サイドにおけるエデカの市場地位

エデカとテンゲルマンのプラス買収に係る合併審査では、エデカの連邦規模の市場占拠率は20～25%であり、買収するプラス店舗を加えると25～35%になる(2006年)。大規模食品小売業者のシュヴァルトグループ、アルディ、レーヴェそしてメトロは、それぞれ20%から5%の市場占拠率となり、その他の小規模事業者が5%以下にとどまる³¹⁵。

* エデカの連邦レベルにおける販売網の役割

- i) 販売市場におけるエデカの強力な市場地位の原因は、店舗展開が連邦全体に及ぶだけでなく、ローカルなレベルで高い市場占拠率を有することによる。

³¹⁵ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.116-EDEKA, B2-333/07“EDEKA/Tengelmann“, S.70 (表16の2006年連邦レベルの食品流通業者の市場占拠率を参照)。カルテル庁の食品流通業部門に関する市場調査では、2010年のエデカの連邦レベルの市場占拠率は25～30%であり、競争関係にあるレーヴェ、マルカント及びアルディそれぞれ20～25%、15～20%そして15～20%である。前掲、本稿〔1〕、Ⅲ、4、5及び脚註208を参照。

ドイツにおける食品小売業者の約4万の販売店舗のうち、ほぼ1万2千がエデカによる。ブランド製品を全国規模で宣伝し、連邦レベルで最終顧客に届ける製造業者にとり、エデカ店舗における品揃え放棄は考えにくい³¹⁶。

- ii) 2008年にエデカは、2010年の新規開店として1000店舗を目途にした。総販売面積においても店舗数においても、エデカはシュヴァルツグループとレーヴェの主要な競争者である。加えてエデカはメディアの広告宣伝活動を強化し、消費者の認知度は著しく高い³¹⁷。

*流通ブランド戦略の効果

流通(自社)ブランドは、エデカの販売サイドにおける市場地位の防御、強化に仕える礎石として広範に展開されている。種々の商品グループ間でこれまで総じて流通ブランドの重要性は高まっている。2008年以来エデカは流通ブランドの新展開を企てており、ディスカウントブランドに代替する基本ブランドとの差別化を、付加価値ある品質重視の製品によっている。エデカの自主ブランドは、すべてその流通業者としての競争力強化の戦略として展開される。それはメーカーブランドとの代替性を有するとともに、エデカの品揃えを完ぺきにして、品揃えにおける真の多様さをもたらす企図による。その自主ブランド強化の戦略は、販売面におけるディスカunterとの競争目的によるのではなく、相対的に高価格帯のブランドの代替製品として開発され、エデカの認知度を高め、消費者との紐帯を強固にする³¹⁸。

*エデカの食品小売業における一般的地位；まとめ

- i) 上述した多様な製品部門での垂直統合により、エデカは販売面でその市場地位を高めている。エデカは製造業者の買収により製品市場における「独自

³¹⁶ これは全面的品揃え方針に基づくブランド製品の販売のみでなく、ディスカウントの商品提供にも当てはまる。エデカの内部資料によれば2009年に全429の行政管轄エリア(州政府管轄下の群であるランドクライスとかかる群に属さない都市を指す)においてエデカは90~100%、エデカグループのディスカウント部門ネット(統合先のプラスを含まず)は50~60%に進出している。総販売面積ではエデカグループは2004年から2007年に25%増加し、ほぼ800万㎡で、2010年には900万~1000万㎡に達する。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.119-EDEKA.

³¹⁷ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.119-EDEKA.

³¹⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.120.-EDEKA.

の製造業者」として、顧客との強い結びつきを目指している。

ii) 2005年以降のエデカの明白かつ継続的な市場地位の改善は、販売面での占拠率、販売面積、全国展開、消費者との結びつき、自社ブランドと垂直統合に依っており、販売市場の競争上の評価をなす場合の主要な要因である³¹⁹。

(b) 調達サイドにおけるエデカの市場地位

* 食品小売業における調達全般（食品小売業部門の市場調査による）

2008年から2010年について連邦全体の食品流通業の調達量（食品と非食品）について各食品小売業者の占める割合は表のようになる。同時期のエデカとの個別の協同パートナーであるグローバスとネットスターベンハーベンの割合は0～5%である³²⁰。

表2 連邦全体の食品流通業の調達量に占める4大業者の割合

	エデカ	シュヴァルト グループ	レーヴェ	アルディ
連邦全体の食品流通業の調達量に占める各社の割合	25～30%	20～25%	15～20%（協同購買の協力を含める）	15～20%

* 食品小売業者の商品グループ毎の調達

先ずカルテル庁は、2010年についてエデカ（購買協同組織の協力を含める）の食品小売業における調達割合を、食品グループ毎の数値で適示している³²¹。

³¹⁹ かかる要因は、消費者にとっても競争者にとっても重要な「サクセスストーリー」となっており、食品流通業者としての将来展望でも大きな役割を果たすであろう BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.121.-122-EDEKA.

³²⁰ BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn.121.-124-EDEKA.

³²¹ 次に掲げる8グループの食品分類による、エデカの調達割合である。「香辛料、インスタント食品」で食品小売業者の調達の35～40パーセントを占める。「冷凍食品」では25～30%、「パン」で35～40%、「菓子類（日持ちする焼菓子を含む）」は25～30%、「ワイン、発泡ワインそして蒸留酒」で25～30%である。そして「朝食、ベビーフードその他食物」では15～20%で、これは競争者のシュヴァルトグループとレーヴェを下回る。そのほか前記 Edeka/Tengelmann の企業結合審査にあつては、「乳製品、デリカテッセン、冷凍食品、缶詰、パン」の異なるグループ分けにより10～40%になる（プラスの量と共同購買の協力を含まず）。さらに同じ手続きにおいて「ワイン、発泡ワイン、蒸留酒そして他のアルコール飲料」で25～30%になる

* 個別調達市場と代替的販売経路の考慮

- i) 需要（買手）市場の概念に従い、調達市場は、上記の近似的に提示される部分的な商品グループでなく、より狭い、個々の買入による製品市場により判断される。かかる調達市場においては食品小売業者に対して、「代替的販売経路」における製造業者の売上が問題になる。代替的販売経路として、他の大規模流通業者、大口の買手、専門商や直接販売が食品小売業者に対する従属性の問題で意義を持つ。調達市場の量的規模に係りこれら経路の需要割合は、様々の製品市場につき異なって評価され、それぞれの製品市場に固有の考察が求められる。同様の考慮が輸出による従属性の評価問題にも当てはまる³²²。
- ii) 前記食品小売業部門の市場調査では、七つの調達市場について上記代替的販売経路に関する検討を経て、製品市場の画定がされている。これらの成果は本手続きで用いられる³²³。

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.125-127-EDEKA. 以上の商品グループ毎のエデカの調達割合は、メーカーブランドと流通ブランドを区別しないが、前者のみの数値では食品流通業のエデカにおける調達量割合は 2008 年から 2010 年について 30～35%（購買協力を含まない）であり、明らかにより高い割合になる。

³²² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.128-EDEKA.

³²³ 前記Ⅲ, 4 の (4) 及び (5) で触れた食品小売業部門の市場調査は、その七つの調達市場につき食品流通業者の製造業者に対する関係について、関連地理的市場及び同製品市場の質問をしている。その全面的な調査は、製造業者に個別食品流通業者に対する売上量、代替的販売経路、輸出の重要性、流通ブランドの役割そして個別の回避可能性に及ぶ。質問による情報とその評価は、個別市場の構造と特殊性における基本的認識を提供するものであり、個々の供給業者の従属性に関する個別検証の基礎として、本手続きで用いられる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.138-EDEKA.この点については、前掲箇所而言及できなかった、製品市場におけるエデカの具体的な調達割合を、エデカ事件カルテル庁決定に従って以下に記す。まず、調達市場における代替的販売経路（購買協同組織の協力を含まない）を含めてエデカの調達量の割合をみると、「発泡ワイン」は 15～20%、「冷凍ピザ」が 20～25%、「焙煎コーヒー」が 15～20%、「ケチャップ」15～20%、「粒入りジャム」20～25%、「牛乳」20～25%、そして「チルドコーヒーミルク」で 15～20%であった。この 7 製品のうち 6 製品でエデカは食品小売業者のトップの調達割合であり、2 位はレーヴェである。

次に、その代替的販売経路の割合は、「発泡ワイン」の製品市場にあって約 14%（そのうち輸出約 25%を含む）、「冷凍ピザ」が約 2%（輸出約 25%を含む）、「焙煎コーヒー」が約 24%（輸出約 30%を含む）、「粒入りジャム」約 6%（輸出約 21%を含む）、「ケチャップ」約 25%（輸出約 36%を含む）、「牛乳」約 7%（輸出約 16%を含む）そして「チルドミルクコーヒー」で約 3%（輸出約 11%を含む）であった。A.a.O.,Rn.129-130.

(c) 代替的販売経路を含めた製造業者についての食品小売業者との取引割合
食品小売業者の調達サイドにおける市場地位の評価基準として、その取引相手である製造業者の売上における食品小売業者の占める割合が挙げられる（後掲表 3 参照）³²⁴。

(d) それ以外の要因（流通ブランド、垂直統合及び購買協力）

- i) エデカの強化された目的的な流通ブランド戦略は、当該製品の全分野におけるエデカの独立性を強め、メーカーブランド製品に係る交渉上の地位も強化する³²⁵。
- ii) 個々の製造分野におけるエデカの垂直統合も既存の製造業者に対する独立性を強め、製造業者に対する競争者の地位を得て、結局自らの交渉力を増している³²⁶。
- iii) 購買協同体の首脳としてエデカは、かかる協同体パートナーの購買量を束ねる地位にある。かかる協同の組織が長期にわたり存続し、協力と追加取り決めをとまなうことは、協同体パートナーが代替的取引先として選択の対象から外れる結果も意味する³²⁷。
- iv) 上記の調達市場における対供給業者との関係の展開とその将来的見通しは、エデカの市場地位に関し重要な役割を果たす。かかる地位は高い成長とそれに基づく諸要因の結びつきによるのであり、供給業者は長期の生き残り

³²⁴ この場合その製造業者の代替的販売経路を含めた総売上高が基礎とされる。本件手続の証言では 2008 年に、製造業者によるエデカとの取引の割合は、その代替的販売経路を含め 10～40%になる。この数値はエデカとテングelmanの合併審査及び食品小売業部門の市場調査の数値からも支持される。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.130-EDEKA.

³²⁵ エデカは高価格帯で自社ブランドを拡大してきたことから、以下のように B 級と C 級ブランドにおける競争を活発化し、製造業者の既成 A 級ブランドに対しても競争している。ブランド品製造業者と流通業者の関係について、一定条件のもと後者が全価格帯の品揃えで流通ブランドを導入することは、前者への圧力を増すのであり、需要元の流通業者に対する製造業者による価格優位の維持を困難にする。結果的に、流通業者が種々の流通ブランドを供給することは、その任意な価格戦略の展開を可能にする。これは当該製造業者の対抗力を明らかに弱める。

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.131-EDEKA.

³²⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.132-EDEKA.

³²⁷ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.133-EDEKA.

を意図するのなら、エデカを買い手として断念できない³²⁸。

(2) 調達市場の画定と規模³²⁹

関連調達市場の画定は、供給市場について展開された需要市場の概念を基本的に転用する。ドイツ食品流通業者の供給者となるのは関連する市場の相手方であり、その相手方が製品の販売と代替的な買手グループに対する需要の充足を行う。

(2-1) 製品市場の画定

- i) 上記部門調査と同様に、本件でもアルコールの含有度、加圧、添加物そして製造と価格の点から「発泡ワイン」を製品市場として画定する³³⁰。
- ii) メーカーブランドに対して流通ブランドは別の調達市場を構成するか。カルテル庁は実際上前者から後者への置き換えは合理的に推定されないとする。その理由は、自らのブランド価値の重要性とその維持、品質格差、発酵

³²⁸ 製造業者は製品開発とブランドイメージ確立に要する投資を償却するため主要なブランド品を消費者に届けることを望む。この場合に、エデカとその競争者であるレーヴェとシュヴァルツグループによる販売網は、彼らにとって必須のものであり、また「ゲートキーパーとしての機能」を果たしている。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.134-135-EDEKA.

³²⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.139-EDEKA. 部門調査における「需要サイドを志向した市場概念」の箇所も参照、本稿 [1]、III、4の(2)。

³³⁰ 上記部門調査では、「発泡ワイン」、「クヴァリテーツシャウムヴァイン (Qualitätsschaumwein)」、「アロマティッシェクヴァリテーツシャウムヴァイン」、「工業原料炭酸ガス注入発泡ワイン」、「パールワイン」そして「工業原料炭酸ガス注入パールワイン」について、それらすべての上位概念である「発泡ワイン (Schaumwein)」が製品市場とされた。本件も同様とする。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.140,142-EDEKA. 原産地に基づく名称であるシャンパン(フランス)、アスティ(イタリア)そしてカバ(スペイン)は除かれる。ワインの調達市場とは製造プロセスの種々の相違により区別され、また発泡ワインの製造設備をワイン等の製造に転換することについても、その短期的可能性も存しない。A.a.O., Rn.141. 他方この画定手法では加圧度の低いパールワインや高品質発泡ワインがまとめられるが、かかる広い市場画定は高品質等級の発泡ワインが大部分を占めることを背景に、調査される市場の結果に決定的影響は及ぼさない。A.a.O., Rn.142. ノンアルコールの発泡ワインはドイツでは3%以下の売上であり、市場の考察に含ましめることは調査される結果に有意な影響を与えない。A.a.O., Rn.143.

過程の相違のためである³³¹。

- iii) 本件では発泡ワインの調達市場における取引量を計算するには、ドイツ食品流通業者と取引する製造業者の売上高とともに、専門業者、直販、大規模流通業者及び大口購入者のような他の販売シーンにおける製造業者の全体の売上高も考慮される。販売経路としての輸出の意義は、それを含む場合と含まない場合の双方で検討されるが、その程度が低いことから、カルテル法上の評価を変更するものでない³³²。
- iv) 食品小売業者と取引のない製造業者は、ホテルや（酒類）専門商に供給をする。カルテル庁はドイツにおける製造業者について、かかる需要者を食品小売業者に代替する適切な市場の相手方とすることはできないとする。それは、市場全体の取引量における食品小売業者と取引しない製造業者の割合は約 1.6%に過ぎないことによる。従ってカルテル庁は製品市場の画定にあたり、食品小売業者と取引する製造業者の製品を考慮する³³³。

(2-2) 地理的市場の画定

- i) カルテル庁は調達サイドにおける地理的市場の画定問題については、基本的に欧州委員会の 1997 年告知の規定に従う³³⁴。
- ii) 2008 年の BGH による「バードノイシュタット地区病院」事件の判決では、地理的な市場の画定にとって重要であるのは、合併に関し誰が関係しているのか、(供給者の合併事件で) 需要者はどこに居住しているのかという点である³³⁵。

³³¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn145-EDEKA. また流通ブランドからメーカーブランドの置き換えにあっては流通業者と製造業者間の安定した供給関係、製品を大量に販売し宣伝するための投資の必要性の問題がある。前記部門調査では、発泡ワインにおける流通ブランドの割合は 11~12%である。カルテル庁は、メーカーブランドに対する流通ブランドの代替的関係を、市場全体の代替的関係とともに考察する。

³³² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn146-EDEKA.

³³³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn147,149-EDEKA.

³³⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn150-EDEKA. 97/C 372/03. Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law.

³³⁵ 判例のかかる関係性の要件（「合併に関し誰が関係しているのか」として、以下のような事実上の取引先選択の実態が重視される。「既存の越境的な代替的購入先は、それらが需要者に事実上選択されないか、あるいはほとんど選択されない場合には、

- iii) この点が、19条2項5号に市場画定において、ドイツ食品小売業の調達に転用された。食品小売業者は圧倒的にドイツ所在の製造業者から購入している場合、市場の相手方として第一段階ではかかる製造業者を対象とすべきであり、第二段階において、ドイツの食品小売業者はその他の製造業者について代替的取引先になるかどうか、すなわちいかなる隣接市場について相当な量の輸出がドイツに向けて生じるかについて検討がされる。従って、隣接市場における製造業者の輸出取引が量的に相当な量に達する場合に（すなわち、ドイツの輸入量が相当な量に達する場合に）、地理的市場は相応に広げられる。エデカ事件の需要力濫用問題では、後述の従属性要件に係って、回避可能性で問題にされる国外輸出量の代わりに、ここではドイツ市場についての輸入量が引き合いに出されるという評価になる³³⁶。
- iv) この点から具体的に、食品小売業部門の市場調査においてカルテル庁は発泡ワインの輸入取引量は全市場の8%であるとした。かかる低い輸入量に基づくならば、本件でカルテル庁は全国的な調達市場から輸入は除かれるとする³³⁷。

(2-3) 製造業者サイドの構造

- i) 売上、市場の重要性及び取引モデルの観点から、製造業者は小規模、中規模そして大規模の三グループに分かれる³³⁸。
- ii) 食品小売業部門の市場調査で2010年にドイツにおける発泡ワイン供給業者の売上割合は以下ようになる。これら製造業者への証言聴取では、上記各市

それ自体としては地理的市場の画定に際して考慮されるべきでないというのがBGHの判例である。」BGH, 16.01.2008・KVR 26/07（前掲III、4の（4）及び註202を参照）Rn.65. BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.151,154-EDEKA.

³³⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn151,154-EDEKA.

³³⁷ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn152,154-EDEKA.

³³⁸ 小規模なブドウ栽培兼ワイン醸造者の協同組合が一つのグループになるが、食品小売業者とは小規模な取引高にとどまる。第二のグループは食品小売業者と部分的に供給は行いが、しばしば流通ブランドを製造する中規模の発泡ワイン製造業者である。第三のグループは、食品小売業者に供給されるメーカーブランド品の五大製造業者（ロートキャップヘンママ、ヘンケル、フラゼネット、シュロス・ヴァーヘンハイム及びカンパリドイツ）である。

また市場構造の観点からは、専ら食品小売業者に供給する製造業者と事実上食品小売業者との取引がないグループに分けられる。この分類は代替的販売経路の存否で問題になる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.165-EDEKA.

場の割合に係る回避可能性については、同じように結果になると捉えられる。

表3 発泡ワイン供給業者の売上割合

	ロート キャップ ヘンナム	ヘンケル	フラシネ	シュロス・ ヴァヘン ハイム	カンパリ
2010年のドイツ における供給業者 の売上割合	40～50%	10～20%	10～20%	0～10%	0～10%

ロートキャップヘンナム、ヘンケル及びフライゼネットの上位三社で発泡ワインの市場全体の65～80%を供給し、対食品小売業者に限れば75～90%に達する。

- iii) 競争者に対する製造業者の市場占拠率は強力な市場地位を示すが、他方買手に対する関係では、かかる強力さは維持し得ない。ある製造業者が一社ないし非常に少数の買手に供給する場合に、回避可能性が乏しければ、製造業者は高い市場占拠率を有していても従属的地位にある。この観点によって流通業者の取引先展開の容易性から、製造業者は、その大きい売上も市場の有力さを減じられる（流通業者に自らの市場の有力さを主張し得ない）。
- iv) 結果的にエデカは少なくとも総量的には、断念できない大規模供給業者に対峙している。しかしこれは製造業者の従属性問題に、決定的影響を与えないことに注意が必要である（カルテル庁）。むしろ調達市場の特殊性や、エデカに対する個別流通業者の双方向的な事実的な回避可能性が問題になる³³⁹。

(2-4) 調達市場の特殊性

- i) 発泡ワイン市場の重要な特殊性は、季節取引とキャンペーン活動の問題である。前者はクリスマス、ジルベスター、復活祭そして謝肉祭が重要である（製造業者の証言）。これら機会に年間取引の20～50%が取引される。
- 後者は、本製品の販売が個別流通業者の宣伝に強く影響される傾向があり、ヘンケルの評価によれば約50%はかかる宣伝活動に起因するとされている。レーヴェは2011年の上半期に全発泡ワイン製品の42%で小売キャンペーンを

³³⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.165-EDEKA.

実施したが、カルテル庁によれば、この点につき流通業者は製造業者にとってゲートキーパーの働きをする³⁴⁰。

ii) 本製品が季節商品の特質をもち、その販売が販売促進活動に依拠する特質を有することは、年間取引における製造業者の結果は、大規模流通業者がいかなる時期に、いかなる程度で大規模流通業者が各製品のキャンペーンを行うかに依存する。製造業者の販売が季節と宣伝に係る上記依存性を有することは、食品小売業者の交渉力を強める³⁴¹。

iii) 発泡ワインにあつて消費者はブランドに対する忠実さ (Markentreue) よりも、店舗に対する忠実さ (Ladentreue) を示す傾向がある (製造業者の証言)。言い換えると消費者は予め定めたブランドが店頭の品揃えにない場合に、店の薦める他のブランドを購入する傾向があり、これは一定のブランドを取引停止した流通業者について売上の損失を被らないこと意味する³⁴²。かかる証言が是認されると、エデカは大規模な発泡ワイン製造業者の品揃えやキャンペーンを少なくとも部分的には放棄できることになる³⁴³。

(2-5) 製造業者の他の食品小売業者に対する回避可能性

i) 発泡ワイン製造業者のブランド製品の調達市場 (全代替的販売経路を含む) において、各食品小売業者による買入比率は以下ようになる (2010 年食品分野市場調査の引用)。

表 4 大規模食品小売業者の買入比率

	エデカ	レーヴェ	リドル	カウフランド	メトロ
食品小売業者の買入比率	20～25%	15～20%	10～15%	10～15%	5～10%

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.176-EDEKA.

³⁴⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.166-167-EDEKA. 前掲註 328 参照。

³⁴¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.168-EDEKA.

³⁴² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.169-EDEKA.

³⁴³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.170-EDEKA. 上告審で、BGH はかかる理由付けにより、エデカの対抗力理論による受属性否定論を退けた。後掲Ⅷ, 3、(5) の (5-3) を参照。

- ii) 流通ブランドを含めた発泡ワイン全製品市場では、エデカは 15～20%の調達市場シェアになる。さらにエデカとレーヴェについては、協同購入のパートナー分の購入を計算に入れると、3%以下で増加する。製造業者の証言からはエデカ、レーヴェそしてシュヴァルツグループが最重要の買い手になる。
- iii) そして、上記食品小売業者以外の小規模食品小売業者に対しては、製造業者はほとんど回避可能性を有さない。この点は、これら小規模食品小売業者がエデカとレーヴェの協同購入組織に結び付けられている点からも明らかである³⁴⁴。製造業者について上記大規模食品小売業者間での回避可能性も、ほとんど存しない。例えばエデカの短期、部分的な取引停止措置であっても、他の大規模食品小売業者の倉庫、棚の受け入れ容量は通常、既に尽きている³⁴⁵。
- iv) カルテル庁は、大規模食品小売業者に関する発泡ワイン製品の売上げの重要性を基にして、他の食品流通業者の追加受け入れ容量の乏しさ、すなわち販売能力の低さ、さらにビバレッジ店舗などの個別流通業者の代替性の乏しさにより、エデカとの取引損失を他の食品小売業者は、部分的にも補填する回避可能性を十分に持つものでないとする³⁴⁶。

(2-6) 製造業者の他の販売経路への回避可能性

- i) 食品小売業者部門の市場調査によれば、発泡ワイン部門で製造業者の食品小売業者との取引割合は約 83%であり、代替的販売経路の割合は約 13%、輸出は約 4%に過ぎない。消費者の視点から、輸出を除くと、食品小売業者が約 80%、外食による消費が約 14%そして専門商とブドウ栽培兼ワイン醸造家が約 6%である³⁴⁷。上記で代替的販売経路にまとめたグループのうち、飲料専門の大規模流通業者は約 9%であり、大口の買手と直接販売が約 3%で、酒類専門商が約 1%である³⁴⁸。

³⁴⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.177-EDEKA.

³⁴⁵ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.178-EDEKA.

³⁴⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.182-183-EDEKA.

³⁴⁷ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.184,196-EDEKA.

³⁴⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.185-EDEKA. 部門調査で、発泡ワイン部門以外でも代替的販売経路の割合の低い点は、本稿 [1]、Ⅲ、5、(1) における (c)、特に註 216 参照。

ii) このうち大規模流通業者は、カルテル庁によればエデカのような大規模食品小売業者の回避するための代替的取引先となりえない。それは代替的販売先としての販売余力がエデカのような食品流通業者との関係で乏しいからである。製造業者はエデカとの取引で約 20%の売上を上げるが、飲料専門の大規模商はその半分に満たない約 9%であり、買取余力に乏しいとカルテル庁はみなす³⁴⁹。上記大口の買手としてレストランは、食品小売業者が主に扱うブランドとは異なる高価格帯の製品を購入するのであり、回避可能性はない。約 1%の酒類専門商は十分な回避可能性に係る要件事実としては考慮の対象とならない。直販につき、小規模製造業者やブドウ栽培兼ワイン醸造者によって行われるオンラインショップや工場渡しの取引は大規模製造業者にとって代替的取引先とならない³⁵⁰。

(2-7) 製造業者の外国への回避可能性

- i) 外国における発泡ワインの売上の拡大が、製造業者の回避可能性として問題にされる。その場合、ドイツの食品小売業者との従来取引量について、部分的、短期的に輸出に移転できるか検討される。かかる短期的移転とは、食品小売業者の購入交渉の過程で問題になる現象であり、長期の戦略として製造業者が輸出取引を数年、十数年かけて構築、拡大する場合とは異なる³⁵¹。
- ii) また回避可能性として輸出の可能性を考慮する場合には、競争の自由の法目標を志向した市場の開放性維持の規範的要請から、行き過ぎた輸出の可能性評価をすべきでない。この点をカルテル庁は、GWB20 条 1 項（相対的市場力行使の禁止）について、相対的市場力の行使が供給業者に輸出を強いる結果は、力の行使によって強いられた国内市場からの（潜在的）退出に他ならないものとその規定の趣旨を捉える。さらにかかる結果が消費者の選択の可能性を減ずる点も指摘する³⁵²。

³⁴⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.186-EDEKA.

³⁵⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.191-EDEKA.

³⁵¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.192-EDEKA.

³⁵² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.193-EDEKA.

iii) 輸出による製造業者の回避可能性を、カルテル庁は以下の要因により検討する。外国市場における製造業者の現状、コンツェルン内部における製造と販売の組織構造³⁵³、外国市場での追加的な買取り量、外国市場における品質、嗜好とブランドの相違である³⁵⁴。

iv) 輸出が様々な強化手段を伴い実施され、国内市場の販売の代替として機能するのは一般に長期の視点のもとで戦略的に展開される場合である。短期的な販売量の移転は、外国でドイツ製品のブランドに対する認知度が低く、国内ブランドと異なるブランドで販売することを余儀なくされる場合には困難になる（製造業者の証言）。食品小売業部門の市場調査によれば、輸出は外国での買取り余力が欠けているため経済的に現実性ある回避可能性の手段足りえない³⁵⁵。

(2-8) 発泡ワイン製造業者の販売経路に係る回避可能性（まとめ）

以上から、製造業者の他の販売経路への回避可能性について、飲料専門の大規模商、レストラン、酒類専門商、直販そして輸出はそれぞれ否定的に解される³⁵⁶。

(2-9) 製造業者の製造における回避可能性；製造プロセスの柔軟性の欠如³⁵⁷

i) 回避可能性の要件について、製造プロセスの柔軟性として流通ブランドへ製造を置き換える可能性が問題になる。

³⁵³ ヘンケルがコンツェルンに属することは、エデカとの交渉の実態から交渉力に何ら決定的役割を果たすものでない。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.236-237-EDEKA.スペインのコンツェルン子会社であるフレンネは、製造及び輸出は行わずドイツ国内の販売に専念する。新たな輸出による回避可能性は、海外での買取り余力の欠如のため低い。A.o.O., Rn.195,244.

³⁵⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.194-EDEKA.

³⁵⁵ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.195,201-EDEKA. 実質的な量の輸出取引の新たな構築は、5年から10年の時間と多額の投資を要する。A.a.O., Rn.195. さらに外国におけるフランスとイタリアの発泡ワインの強力な市場地位も、輸出による取引量の移転を容易ならざるものにする。A.a.O., Rn.195. ロートキャップヘンナムに係って、この点の同様な指摘がされた。A.a.O.,Rn.230. ドイツの製造業者の輸出比率は製造量の4%に止まるが、この数値につきドイツ食品小売業者のコンツェルン海外子会社への販売を含むのであり、回避可能性に関する消極の評価を示唆する。A.a.O., Rn.196-197.

³⁵⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.203-EDEKA.

³⁵⁷ 前掲、本稿〔1〕、Ⅲ、3の(2)、特に脚注184を参照。

- ii) 発泡ワインの総製造量に占める流通ブランドの割合は 11～12%である。製造業者 37 社のうちその三分の二が専らメーカーブランドを製造し、流通ブランド及びメーカーブランド双方を製造する事業者は三分の一、専ら流通ブランドを製造する事業者は 1 社に止まる。大規模食品小売業者は消費者の認知度の高いブランドを優先的に展示する傾向があり、流通ブランドはメーカーブランドよりも量的に少ない。
- iii) 食品流通業部門の市場調査によれば、製造業者はそのメーカーブランドの製造を取止めて流通ブランドに切り替える結果を認める例はない。カルテル庁は回避可能性の手段として、流通ブランドを消極に捉える³⁵⁸。

(3) 従属性（相対的市場力）の認定

(3-1) 商品特性と販売経路に係る回避可能性

- i) 上記のような回避可能性の乏しさに係る考慮を前提として、従属性問題が論じられる。

先ず食品小売業者の販売シーンにおいて、有力ブランドの取り換え可能であること（店頭の品揃えで予定のブランドを欠く場合、消費者は店の薦める他ブランドを購入する傾向）と共に、季節取引、販売キャンペーンの重要性はその小売業者に需要力を付与する。これらの商品特性を前提に、大規模な製造業者が、他の食品小売業者や輸出、他の製品に回避する可能性は種々の理由から限られることは、製造業者が回避する場合のエデカに生ずる部分的な損害を考慮しても、製造業者のエデカを回避する十分かつ合理的な可能性が存するもので

³⁵⁸ それはかかる切り替えが事業上の構造再編成につながり、さらにそれまで築かれたメーカーブランドの価値を毀損する結果を恐れるからである。また短期間流通ブランドに移行することも現行のクオリティ維持のため可能でない（製造業者の証言）。さらに新たな流通ブランドの製造を始める、又はそれを拡大することも、そもそもその製造には、流通業者に対するハンディキャップの承認と業務の委託関係に伴う従属性が不可避である。さらにブランド力、価格格差、そして供給業者の市場構造から製造業者の不利が生じる恐れもある。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.206-207-EDEKA. ロートキャップヘンマムの流通ブランドへの転換については、メーカーブランドの価値を損なう恐れがある。A.o.O., Rn228. フレシネは流通ブランドを僅かな量製造するが、製造販売に係る高い固定費比率のため、回避可能性はない。A.a.O., Rn.242.

ない（GWB20 条 1 項 1 文）。エデカ全体の平均的買取量は、大規模製造業者の輸出を含む代替的経路全体の買取量よりも多く、その売上に対する高い割合になっている。代替的販売経路において付加的な買取余力はほとんどない³⁵⁹。

ii) このような要因から、この産業における一般的な従属性が是認される。次に個別具体的に考察される各発泡ワイン製造業者のエデカに対する事実上の従属性が存在するか、また、どの程度存在するかが問題になる。

(3-2) 発泡ワイン調達市場におけるエデカの双方的市場地位

i) GWB20 条 2 項の相対的市場力規定における従属性概念がエデカと製造業者の関係で問題にされるなら、調達市場における一般的市場条件と回避可能性が決定的な働きをする。

表 5 各製造業者の総売上におけるエデカへの売上比率は以下ようになる。

	ロートキャップ ヘンママ	ヘンケル	フレシネ	シュロス・ヴァ ヘンハイム
①2008 年のエデカに対する全売上げ割合	20-30%	10-20%	10-20%	20-30%
②同 2008 年予想売上げ割合	20-30%	10-20%	30-40%	30-40%

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA.S.80.

ii) このうちヘンケルの数値が低いことについてカルテル庁は、流通業者の転換する活動方針と品揃えから外す措置により、個別製造業者の販売実績は時々の年間交渉の経緯に依存する面の大きいことからこの年は特に低いことを指摘している³⁶⁰。

(3-3) 交渉決裂時の威嚇点と従属性

³⁵⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.210-EDEKA.

³⁶⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.223-EDEKA.

表 6 エデカの総購買量における四大発泡ワイン製造業者の占める割合及び
エデカによる発泡ワイン買取量における製造業者別の割合

	ロートキャップ ヘンナム	ヘンケル	フレシネ	シュロス・ヴァ ヘンハイム
③エデカの総購買量 における4大製造業者 の占める割合	0-1%	0-1%	0-1%	0-1%
④エデカによる発泡 ワイン買取量における 4大製造業者別の割合	30-40%	0-10%	20-30%	0-10%

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA.S.81.

- i) 表 6 の③欄に掲げた、「エデカの総購買量における 4 大製造業者の占める割合」はいずれも 1%以下であり、この割合を表 5 における①欄の各製造業者の全売上げに占めるエデカの割合と比較、検討するならば、エデカと各製造業者間の契約交渉の決裂から供給の停止（部分的／当分の間）に至った場合、双方に生じる損失の比較として、エデカに生じる相対的な売上損失は製造業者のそれよりも明らかに少ない³⁶¹。
- ii) またエデカの総購買量において発泡ワイン製造業者の割合が低く、相対的に各製造業者の総売上におけるエデカへの売上比率の高いことは、契約当事者が各々の回避可能性と契約交渉における決裂の「威嚇点（Drohpunkt）」に関する総合考慮をする際、製造業者に交渉決裂時のより高いリスク負担となる。
- iii) この点からカルテル庁は、食品小売業者は品揃えの交換と取引停止の方針において、個々の発泡ワイン製造業者のブランドを「放棄できない製品」とみなすことはないと判断する³⁶²。またこの点は、エデカが比較的大きい割合の買取量となるロートキャップヘンナムの場合も（表 6 の④欄参照）、製造業者の従属性を否定するものとはならないとする。それは、エデカは季節販売等に基づく活動方針から、「明らかに高い『威嚇の可能性』を任意なもの

³⁶¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.220-EDEKA.

³⁶² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.222-EDEKA.

としている」からである³⁶³。

(4) 実質的な正当化理由のない利益提供の要求

(4-1) 19条2項5号の「実質的な正当化理由のない利益」の概念

(a) 「利益」概念

- i) 本件違反行為時にかかる定義は「利益」の文言に替えられていたが、本項に規定する「利益」の文言は初期には「優位の条件 (Vorzugsbedingungen)」であった。カルテル庁は、需要力濫用禁止について、需要者の競争者に対する優位を得る差別規制から捉える立場を批判するため、上記旧法の文言につき、その問題点を振り返っている³⁶⁴。
- ii) すなわち、相対的市場力を有する需要者が、その競争者よりも有利な地位を求めて利益強要を行ったことを明らかできるとは、考え難いとする。それは従属的な取引の相手方に強要する利益の特性として、取引条件を秘密にしておくことが競争上重有利だからである。
- iii) また GWB 規制の実効性の問題として、網目細工のような取引条件の複雑さに直面して、結果的に生ずる競争者より悪化した市場地位の立証が困難である点も、利益概念の優位の条件への縮小解釈は妥当でない。
- iv) 従って、「利益」を、需要者の競争者に対して比較して優位となる条件に限る差別禁止の考え方には問題があるとする³⁶⁵。

(b) 評釈

- i) 旧法の規定に引き寄せて、本規制の差別禁止法理による根拠付けを批判するカルテル庁の見解は、以下のような重要性をもつ。市場において差別行為

³⁶³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.231-EDEKA.

³⁶⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09,Rn.259. カルテル庁によれば、比較可能な競争者(需要者)に対して規範名宛人の優遇が存するかを「利益」概念の徴表とする本文の立法者意思を援用する手続き参加人のレーヴェの主張は、現行法のGWB19条1項、2項5号の解釈としては、不当な概念の縮小として捉えられる。A.a.O.,Rn.508.

³⁶⁵ A.a.O., Rn508. 「結果として生ずる競争者の(受動的)妨害ないし差別、あるいは利益の定量化は必要ない。垂直的な規範の保護目的が益々明らかになってきていることを顧慮して、明白に要求された又は立証された競争者に対するより有利な位置という概念の縮小は許されない」。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.261.

で明白に問題にされる需要者間の優位、劣位が、利益強要では隠される本来的な傾向性が指摘された。

- ii) 従属的な取引の相手方に対する利益強要の濫用行為と、需要者／供給者間の個別取引関係で、販売促進等の便益供与に対する割引やリベート提供等の反対給付によつた需要競争の行為との区別が、かかる差別禁止法理では曖昧にされる。後者の行為の場合、ライバルとの比較優位は明らかにされない点に特徴があり、差別禁止の法理に従い、ライバルに対する妨害や排除を立証する困難を内包するとの指摘と考えられる。

後者にいう他の競争者に隠れた需要者間の競争は、旧 GWB26 条 3 項の制定時に独占委員会による「隠れた競争」論³⁶⁶が指摘し、メストメッカー、ゼッカーにより同様な理論が展開された。すなわち、供給業者が取引する複数の需要者に一律になす取引条件の提示（値引等）では寡占的協調の危険を払拭し得ないとして、かかる協調を打破する取引当事者間の（秘密の）個別交渉による需要者間の競争を重視する。

このような議論に対峙するするカルテル庁の批判は、他の競争者に隠れて個別に行われる競争を重視する立場が、厳格な差別禁止の要件に該当する行為のみを禁止すべきとする主張に対し、それでは従属的供給業者に対する利益強要と区別できない不明確さを抱える懸念を指摘している。

- iii) その理由として、ライバルに対する競争優位を目指す需要競争にあつて、「隠れた競争」に固有の特徴として、個別取引の生む需要者間の優位、劣位を秘密する必要が挙げられる。かかる秘密の必要は競争優位の要請から生じる。結果として、競争優位を獲得するための市場戦略であつても、個別具体的な取引交渉の条件に係り、優位、劣位を秘密にする強い要請が働く。カルテル庁の「隠れた競争」論に対する批判は、需要者間の競争がライバルに対する競争優位の獲得を目指して行われるとき、結果として生ずる優位と劣位を秘密にしておく強い傾向を、相対的市場力もつ需要者間に生むことを明らかにする。

³⁶⁶ 前掲 I, 1, (2) の (a) を参照。ゼッカー理論については、VII の 4 を参照。メストメッカー理論については、前掲本稿 [1]、I, 1, (2) における (a) を参照。

- iv) かかる「隠れた競争」論のもつ市場の優位、劣位の結果に対する秘密の傾向の指摘は、従前の「隠れた競争」論に対する批判の深化を図ったものである。すなわち、メストメッカーの「隠れた競争」論が登場した時点になされた「隠れた競争」は「隠れた利益強要」になるという批判³⁶⁷がされていた。
- v) 相対的市場力をもつ需要者がなす取引の相手方に対する、より有利な取引条件を目指して行う需要競争の在り方が、市場における優位、劣位を問題にして規制を行う受動的差別禁止法理に依拠した場合に生ぜしめる、本来的な問題点を指摘するものといえる。この点は我が国独禁法の運用におけるいわゆる間接競争侵害説が抱える問題でもある。

(4-2) 「実質的な正当化」

(a) 競争の自由を志向した目標設定の考慮における利益衡量

- i) 利益の「実質的な正当化」の解釈にあたっては、「GWBの競争の自由を志向した目標設定についての考慮において、需要者と供給者の利益の衡量が前面に出る」³⁶⁸。
- ii) 個別の取引当事者たる需要者と供給者双方の交渉が複雑であり、様々である実態に直面し、情報入手の制約も加味して給付と反対給付の正確な定量化及び差引勘定は困難であり、それ故カルテル法上の個別事案にあつては、「交換正義」の理念によるコントロールはカルテル庁の目指すところでない³⁶⁹。

(b) 実質的正当化の根拠と判断基準

実質的正当化の問題は、許された行為と不当な行為との競争上の評価と限定に左右される。かかる前提的理解を基に、カルテル庁は実質的正当化の根拠について、「業績関連」、「要求の適切さ」そして「計算可能性」の指標を挙げる³⁷⁰。

³⁶⁷ かかる批判を補完する意味でカルテル庁は、取引相手に対する積極的な働きかけによってライバルに対する比較優位を目指す需要競争が、比較優位を秘密にしておく傾向性をもつ点を明らかにして、行為に即した市場の影響が不明確になる問題を、理論的に指摘する。参照、拙稿・利益強要2（前掲註25）24頁以下。

³⁶⁸ 当該利益が規範名宛人の提供する給付と十分な関連性がない限りで「利益衡量についての非業績性の指標」が妥当する。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.262.

³⁶⁹ A.a.O., Rn.262.

³⁷⁰ A.a.O., Rn.264-265. 「業績関連」は、「要求の直接的な根拠」に係る。例えば、数量リベートの要求に対する将来的な大きな買取量、具体的な追加品揃え製品に対する

以上の三指標を基に、カルテル片は実質的正当化に関する以下の、具体的な判断基準を提示した³⁷¹。

- ① 要求はそれと客観的に結びついた根拠ないし反対給付に対して事実として対置されるか。
- ② 要求の理由付けと（要求額の）計算が供給業者に後付けできるか。
- ③ 反対給付の理由付けと（その給付額の）計算が供給業者に後付けできるか。
- ④ 要求の額は根拠に対する関係において、すなわち反対給付との関係において適切か。

上記①から④の基準の相互関係を、以下にまとめる。①が立証されないのならば、それ以下の検討は不要になる。初めの三条件は、特に③につき実務において比較的客観的に評価できるが、④の適切性のコントロールは複合的な検討を要し、カルテル片は「初めの三条件が満たされた要求については、最終段階の検証に集中する」³⁷²。

(c) 2009年特別交渉における要求の供給業者による後付け可能性

- i) 本件特別交渉の要求項目。エデカ事件で問題になる、2008 年末に行われた Edeka/Tengelmann のプラス買収に係る統合に際し、エデカによる供給業者に対する要求は以下のように分類される。

ボーナスの支払い要求のような根拠である。「要求の適切さ」は、要求額とそれと結びついた（反対）給付の額ないし重要性を示す。「計算可能性」の指標は、食品小売業の取引についての実態認識を踏まえたことが特記された指標であり、「供給業者について、事業経営上の計算可能性があるか」を測定する。A.a.O..

³⁷¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.264.

³⁷² BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.267.

エデカは本件手続きにおいて、以上の具体的判断基準に反対し、価格コントロールに至る懸念を表明した。カルテル片は、要求の適切さに関する審査が最終段階に置かれ、この段階のカルテル片審査に集中する過程を示して、その懸念を退けた。訴訟参加人のレーヴェは、条件調整等を行う契約交渉過程に本テストが過剰介入し、交渉当事者の意図に矛盾する販売体制の固定化に導く反対論を展開した。これに対し、カルテル片はかかる反対が、交渉過程の適切化に関する要件指標の導出そのものを妨げるもので、結局、行為自由のいかなる制限も認めない立場だとする。そのうえで実質的正当化のカルテル片の判断基準は、市場で有力な買手と従属的な売手間における力の不均衡を補う限りで、契約の自由に限定的介入をなすに過ぎないと位置づけた。A.a.O., Rn.271-272,274.

- ① 供給業者のエデカ/ネット価格に比べられた、テンゲルマン／プラス価格の間での購入価格の最適価格清算
- ② 供給業者のエデカ/ネットの支払い期限と同じくテンゲルマン／プラス価格の支払い期限の間での最適期日調整（支払期限延長）
- ③ 協賛金
- ④ シナジーボーナス
- ⑤ 品揃え拡充ボーナス

ii) 上記五つの要求に係る本件エデカの交渉態様。このような要求をエデカは、年間取引に係る 2009 年通常交渉による大方の話し合いの終了後、特別交渉を行いその場で提示した。エデカは年間契約の締結に際して、間近に迫った特別交渉について告知していた³⁷³。これに対し、当初のエデカの計画では、特別交渉を先行させその妥結後に通常の間年交渉に移行するものであった³⁷⁴。

iii) カルテル庁は、エデカの供給業者に対する個別交渉段階で全要求³⁷⁵について、明確な提示がされておらず、十分な交渉がされた記録もない点から、既にその要求は実質的正当化を欠くと判断する³⁷⁶。

³⁷³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.485,479.

³⁷⁴ エデカの当初のスケジュールは、1 月 5 日に特別交渉をスタートさせ、それを遅くも 3 月 31 日に終了させたいと、年間交渉の締結はかかる特別交渉の締結を前提にするというものであり、内部会議の決定とはズレがある Vgl. BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.280

³⁷⁵ エデカによる供給業者への要求伝達の実態について、カルテル庁の認定は以下のようになる。要求伝達とそれに続く交渉、そしてそのとりまとめは、最初の会談でのプレゼンとそれに続く書面送付ないし E メールによって行われた。上記五つの要求は様々な態様で伝達された。支払期限延長の要求は全供給業者に書面送付されたが、その他の要求は双方の会談の席でパワーポイントのプレゼンによった。そのファイルに要求の解説はなく、またそれは手交されない BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA .Rn.282-284.要求提示と交渉の実態について、後述(4-3)、(f)の最適価格清算の例を参照。A.a.O., Rn.315&319.

³⁷⁶ 交渉実態につき、最初の会談とそれに続く交渉の内容は、個別案件で確実な後付けは困難である（カルテル庁）。それは、上記のように口頭での伝達と説明、交渉が口頭で行われ、部分的にのみ（前掲註 375 のファイルへの書き込み等）文書で確認できるに過ぎないことによる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.285.

(4-3) 最適価格清算

(a) 概要

この要求は、製造業者がプラス（エデカの買取先）とエデカに対し、2007年から2009年の間に設定された三基準日で比較をして、問題となるアイテムでプラスに有利となる価格で販売している場合に、エデカの購入価格はそのプラス価格まで引き下げられて、エデカの買入利益となる価格格差が、2007年の買取量全体で乗じられて、供給業者から支払いがされる価格の清算手法である³⁷⁷。

本清算手法による要求の特徴は、カルテル庁によれば以下の点が挙げられる。

(b) エデカに有利となる価格比較対象商品の拡大

製造業者がプラスとエデカに販売し、価格比較のされる同一範疇とされるアイテムについて、その対象が著しく広く画定される。かかる手法によって、値下げを求められるエデカの買取量が可能な限り増える³⁷⁸。この点につき本清算手続きは、以下の5段階を経て対象範囲を拡大する。第1段階は同一の製品³⁷⁹、第2段階は同一の種類³⁸⁰、第3段階は同一製造業者の同一価格帯にある変種（Variant）の製品³⁸¹、第4段階は特別仕様のサイズに係るアイテム³⁸²、そし

³⁷⁷ 製造業者の販売価格の比較で、エデカとプラスについてプラスに有利な価格の場合にエデカの購入価格は引き下げられるのであり、その価格比がエデカに有利でプラス価格が相対的に高い場合に、本清算手続きの適用はない。

³⁷⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.336.

³⁷⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.304.すなわち、例えば、プラスに「マギーフィックスナポリ」スパゲッティを販売し、エデカに同じく「マギーフィックスナポリ」を販売する場合。A.a.O., Fußnote260.

³⁸⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.305. 第二段階は、同じ製品（例；スパゲッティの「マギーフィックスナポリ」）をエデカとプラスが品揃えする場合、エデカのみ比較可能な種類（例；「マギーフィックスカルボナーラ」と「マギーフィックストマトモツアレラ」）を揃えるなら、全くプラスの比較価格を伴わないにもかかわらず、等級間で比較と清算が行われる。A.a.O., Fußnote261.カルテル庁は、「このような方法によって、最適価格の要求は基礎になっている数量を著しく増す」という。A.a.O., Rn.305.

³⁸¹ 最適清算の第三段階は、エデカとプラスによって品揃えされた製品（例；ヤーコブスマイスターローストウング・コーヒー500グラム）について、エデカのみ品揃えをするが、何らプラスの比較価格の存しない同じ供給業者の同じ価格帯の製品（例；オンコ・コーヒー500グラム）と比較をして、エデカの買入量の拡張を導く清算が行われる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.307&Fußnote262.

³⁸² 多くの場合に製造業者は特別包装等の形式によりディスカウント用の特大サイズの

て第 5 段階は製造業者のその他の残りの種類アイテム³⁸³である。カルテル庁はかかる清算対象の拡大は、「いかなる実質的な正当化も欠く」とする³⁸⁴。

(c) 生産額算定の基準日に係る合理性；カルテル庁決定主文 (1)

- i) 第二として、「最適価格 (Bestwert)」と清算額の算定基準に係る合理的説明がない問題がある。
- ii) 最適価格の算定基準日は、2007 年 8 月 1 日、2008 年 2 月 1 日そして 2008 年 9 月 1 日である。この三基準日は、統合の実施 (2009 年 1 月 1 日) 及び本件特別交渉の開始 (同年 1 月 5 日) 及び集中的交渉日 (同年 3 月から 4 月)、以前の「歴史的」基準日である。ところが、最適価格清算を行う特別交渉との関連が不明である³⁸⁵。エデカは 2007 年夏の時点でプラス買取について製造業者は推測可能な状況であり、プラスとエデカの各購入価格に係る条件調整を予測できたとする。
- iii) これに対しカルテル庁は、企業買取の情報が流布されてから統合の完了まで長い時間を要する場合が多く、この点は買取を行なうエデカの抱えるリスクとして評価する。製造業者はかかるリスクを抱えるエデカと取引したのであり、統合によりエデカから購入価格引き下げの制裁を受けることは、その行為自由の成果である事業上の利益を奪うものだとする³⁸⁶。また清算手続き

提供を行っている。例えば、エデカに供給される「ワーグナーピッツァ 1 カートン」に対して、プラスに供給される「ワーグナーピッツァ 2 カートン」のパッケージである。特別の大きさを算定に取り入れることによって、最適価格清算に係る購入利益はさらに高まる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA. Rn.309&Fußnote263.

³⁸³ 以上の 4 段階の品揃えに関する比較以外で、なおプラスに品揃えされるがエデカには品揃えされていないアイテムがある場合には、第 5 段階として、最適の基準日の製造業者供給の全製品に一定割合を乗ずる額が清算額とされる。比較可能な価格は存しない。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.310.

³⁸⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.335. この点はエデカ自身も、最適価格清算の算定手法を、「混沌原則 (Chaos-Prinzip)」と呼ぶ点からも明らかである BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.344. なお、四大発泡ワイン製造業者全てにこれら 5 段階の要求がされたわけではない。ロートキャップヘンナムには、第 1 段階の同一製品と第 5 段階のその他残りの種類アイテムに関する要求のみ行われた。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.318.

³⁸⁵ Vgl.,BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.349.

³⁸⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.299,349-351.

の前提である 3 基準日につき、複数日の価格から選択をする³⁸⁷以下の問題がある。それはエデカに最も有利となる最大限の価格格差が生じる日を担保するという意味を持つ³⁸⁸。

(d) 買取量のベースとなる年度選択の恣意性；カルテル庁決定主文 (2)

第三に、清算額の算定基準については、決定された上記基準日の価格が 2007 年という本件の統合以前の当該アイテムの全年間買取量をベースにそれに乘じられ³⁸⁹、そしてその清算の支払いは 2009 年に行われが、その年度に限られず、引き続く年度の「新」価格の基礎とされ、実質的に正当化されない³⁹⁰。

(e) 年間合意の特別交渉による事後的な遡及的変更(カルテル庁決定主文 (4))

次に、清算の要求が遡及的な契約条件の変更に係る効果をもつ。清算の要求は本件統合の許可を経て 2009 年 1 月 1 日以降に可能となり、個々の製造業に異なる時期に要求が伝えられた。清算の特別交渉は、年間通常交渉の締結後、2009 年 3 月に重点的に行われ 4 月に大方の締結がされた。このような前提事実を踏まえて、利益の要求が年間合意の遂行段階で行われることは、カルテル庁によればの契約条件調整に係るメトロ事件 BGH 判決により旧 GWB20 条 3 項 (現 19 条 2 項 5 号) に反する³⁹¹。

(f) 要求金額の後付け可能性 (交渉過程の透明性) 欠如の問題；カルテル庁決定主文 (3)

最後に、供給業者の交渉能力に影響を与える透明性欠如の問題がある。本件要求の計算手法は上記のように、最適価格の決定をする前提となる複数の契約当事者 (エデカとプラス) と複数の基準日を選択すること、価格比較の対象範

³⁸⁷ エデカとプラスとの間の価格差を調整するだけでなく、基準日の選択により、時間的経過に係る価格差をも調整する二重の清算手続きである点が不当性の徴表とされる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.347.

³⁸⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.347.

³⁸⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.299. エデカ自身、最大限の利益を供給業者ごとに引き出す恣意的な年度選択の本算定手法を、「混沌原則」と呼んでいた。A.a.O., Rn.304. なお「混沌原則」については前掲 (4-3) の (b) 及び該当脚注も参照。

³⁹⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.341-342.

³⁹¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.353-354.

囲を拡大する特徴がある。この点はカルテル庁によれば、供給業者に詳細な説明はなかった³⁹²。

(4-4) 支払期限の調整（支払遅延）問題

(a) 「支払い期限の調整」；カルテル庁決定主文（5）及び（6）

- i) エデカは供給業者に対して、エデカが従前プラスより短い支払期限を設定されていた全ての品揃えにつき、対応する支払期限の延長を要求した³⁹³。
- ii) カルテル庁は、従属的供給業者に対する支払期限の調整に関する一方的な

³⁹² 供給業者は価格清算のための個別要求と個別要求から導出された全体要求に「直面する」にすぎなかった（部分的に口頭でのみ説明された）。個別製品につきエデカにより提示された価格清算は、しばしばエデカ／プラス間の現実の、供給業者に事前に伝達された価格格差に対応しない。供給業者は上記清算の要求総額を算定するための後付けの可能性はほとんどない。かつ反対をするための実質の正当化を検証がほとんどできない結果がしばしばある。最適価格決定のための基準日選択（エデカも「混沌原則」であることを認める）についても、供給業者に要求の透明性が確保されておらず、この点から供給業者の戦略上の交渉地位を弱体化させる。交渉上の問題性は、正確な算定根拠（どの価格？どの数量？）について、供給業者が問題にできない点にも当てはまる BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.343.

供給業者に対する透明性の欠如に関するカルテル庁の問題指摘は、エデカによる以下の反論がされた。それは、2009年2月10日のハンブルク準備会談でロートキャップヘンとシュロスの「キーマウントマネージャー」に対し、最適価格清算の基本について詳細な説明がされたとする。A.a.O., Rn.345.

これに対しカルテル庁は、2月11日（日付は推測）の上記事業者による会談に関する手書きのほとんど判読不能なメモにより、算定方法は殆ど後付け（理解）困難であり、書面化された説明が義務付けられなければならないとする。A.a.O., Rn.345-346.

³⁹³ 本要求の時系列的な経緯は、カルテル庁認定によれば以下の通りである。支払延長の期日要求は最適価格清算とともに本件特別交渉（2009年3月及び4月）の議題であったが、既に2007年夏には、Edeka/Tenlmannの合併計画準備において議論されていた。2009年1月22日の供給業者宛ての一斉書簡（その修正版26日）によりエデカは速やかな支払期日の調整を実施する旨を表明した。この支払期限の延長は食品及び非食品の226供給業者に対して、事後も継続的に行われる。

これに対し多数の供給業者から、有効な年間契約に反する一方的な契約条件の変更は受け入れ難いとする異議があった。かかる反対は、商標連盟による支払期日変更の差止を求めたハンブルク地裁への仮処分申請（2009年3月20日）を導いた。地裁は3月23日、期限の延長が既存の契約上の規律からの逸脱を供給業者に要求するものであり、その変更が供給業者の反対にもかかわらず請求されたとして、仮処分を認めている。この商標連盟による差止申請を容認した地裁決定の当時には、個別供給業者との二当事者間の交渉に移行しており、エデカは、本件特別交渉の場で個別に支払期限の延長を要求した。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.277,358-363.

要求の態様に関する、具体的な認定を行った（カルテル庁決定主文（5））³⁹⁴。供給業者にとって重要な個別の契約条件について残余条件の配慮はない。結果的に、エデカがより長い支払期間を「いいとこ取り」することは、実質的正当化されない（カルテル庁決定主文（6））³⁹⁵。

(b) 支払期限の調整に関する競争的評価／実質的正当化

- i) 信用供与の財務上の意義。流通業者に対する長期の支払期限の猶予はその売上量に応じ、また支払期限の長さに応じて、供給業者からの信用供与として重要な企業財務上の特質を持つ（カルテル庁）。カルテル庁は、支払遅延の需要力濫用問題につき、カルテル法違反に係る一般論を展開する。流通業における当該商品の平均的な店舗に留まる期間を著しく超え、流通業者が当該商品を既に販売する事態に立ち至った場合には、実質的正当化は疑わしい³⁹⁶。

(c) 支払遅延に係る比較法的検討

支払期限の調整に係るカルテル法上の評価は、合意された支払期限の延長が問題なだけでなく、当該商品の危険負担の移転と供給業者への実際の代金支払

³⁹⁴ 最大手のロートキャップヘンナムに対する本件特別交渉においては、支払期日の延長は取り上げられなかった。

ヘンケルは上記 1 月 22 日の要求受領後、支払期日の延長は他の全体状況の条件と合わせ考慮されるべきとする反論（2009 年 1 月 30 日）を行ない、プラス向けの支払い期限がエデカにより新たに（かつ一方的に）設定されたとの認識に立つ（同年 3 月 9 日）。エデカは、同年 4 月 6 日最終連絡として支払期限の延長期日を告知した。証言によれば合意された期限はエデカの示した日付以前になる。

フラシネについては、上記 1 月 22 日の要求受領後、2 月 17 日のエデカ／フラシネ会談では交渉はなかった（フラシネ側の証言）。3 月 2 日のフラシネの E メールは、エデカが契約上の義務を順守し、商品供給後の合意済み支払期日に従うよう求める。最終的にフラシネはエデカの要求を受け入れたが、延長期限の順守と遅延利息の支払いを求めた。カルテル庁はかかる遵守が約束されたか、あるいはその期限が維持されたかは不明とする。

シュロスヴァヘンハイムについては、上記 1 月 22 日の要求受領後、2 月 11 日の双方の会談でその要求に反対したが、最終的に受け入れた。

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.365-373.

³⁹⁵ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.355-357.

³⁹⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.374. ドイツ酪農乳業部門におけるカルテル庁の市場調査は、乳製品が大規模小売業者に納入され、商品棚に事実上留まる期間を相当に超過した後に、支払いがされる例を報告する。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 1/2 号、106 頁及び註 187 参照。

いととの間の長さが問題にされる。カルテル庁はこの点に関し、比較法的な規制に言及する³⁹⁷。

(d) カルテル庁の評価；支払遅延

以上の支払遅延に関する一般論を背景にして、本件では反対給付を欠く支払期限延長の一方的要求という側面が前面に出る。支払期限の調整には上記 (a)、ii) に述べた「いいとこ取り」の問題点がある。

(e) 評釈

- i) 既存の契約上の規律を逸脱する支払期限の延長という一方的な要求が、供給業者の異議にもかかわらず広範囲に強行される事態に対しては、ハンブルク地裁が上記差止の仮処分決定を下していた。カルテル庁は、上記支払期限延長の経緯に係る 1 月 22 (及び 26) 日の書簡は、GWB19 条 1 項、(同 20 条 2 項の意味における) 2 項 5 号に反するという³⁹⁸。
- ii) また通常の個別供給業者との交渉においては、他の要求に係る全体的なセットの一部として支払期限の延長が問題にされる (業績性の審査)。すなわち旧プラスに有利な長い支払期間の特典は、他のプラスの負担とのセットで設定されていた点が重要である。またこのような特典／負担のセットから、異なる供給業者には一貫して異なる取引条件が設定されるのが通常である。そして、結局エデカに比較して小規模であるプラスには、その支援となる譲歩の意味を持っていた。
- iii) ところがエデカの要求する本件支払期限の調整は、以上のような反対給付に係る意義を欠く。エデカの有利な条件を留保したまま、さらにプラスの有利な条件を「いいとこ取り」する要求は、供給業者による信用供与の重大な

³⁹⁷ カルテル庁は、英国の行動綱領による規制として、契約の合意期間外の遅延で、小売業者の明細書通りの引き渡しが行われた場合の送り状から 30 日以上遅延を違法とする例を挙げる。本規制は 2000 年の英国スーパーマーケット報告書の規制であり、改定された 2009 年「食品雑貨サプライ行動綱領」は「適切な供給合意」のもと、「食品小売業者の明細書に従って配送された」場合に、「供給業者の送り状日付の合理的期間内」の支払いを義務づける。拙稿「需要力濫用規制の新展開」高千穂論叢 49 巻 1 号 43、100 頁 (2014 年)。

³⁹⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.378. 上記書簡は BGH によっても「支払い期限の調整」に係る違法性を示す事実として適示された。後掲註 607 を参照。

企業財務上の特徴を持つ。そこにカルテル法上の実質的正当化は何ら存しない（カルテル庁）。

- iv) 以上のように、支払期限の一方的延長に関する「いいとこ取り」の要求は、全体的な契約条件の考察に依って、業績性の審査に堪えないものとされた。かかるカルテル庁決定主文の（6）は、2018年のBGH上告審判決によっても維持された。このBGH判決は19条2項5号の実質的正当化の判断基準として、搾取濫用規制における取引条件の全体的観察のアプローチに依る一般論を述べている。従ってBGHは、支払遅延に係るカルテル庁の判断についても、搾取濫用規制における取引条件の全体的観察の基準に依ることで、その判断を維持したものである。
- v) これに対しては、支払遅延の契約違反という問題視角に立って、原則違法を推定するアプローチがあり得る³⁹⁹。すなわちこの場合によるならば、全体条件のセットの観察をして、エデカの要求に対する反対給付をカルテル庁に後付けさせる立証まで求めない。しかし本件では、全体条件の審査の手法に依っても反対給付を欠くことが明白な事案であったと考えられる。

(4-5) 「シナジーボーナス」；決定主文（7）

(a) カルテル庁とエデカの主張概要

- i) 合併のシナジー効果として、遡及効をもつ、継続的な「シナジーボーナス」が、エデカとプラスの供給業者に対し、具体的な反対給付ないし相当する利益を提示されずに、その総売上額の0.5%の金額で要求された⁴⁰⁰。
- ii) カルテル庁は、供給業者に係り企業譲渡を基にした何らか具体的に計ることのできる相乗効果の利益は望めないとする。エデカの要求⁴⁰¹に対して、個

³⁹⁹ 後掲、VIII、2の（4）及び（5）を参照。

⁴⁰⁰ 対象供給業者は食品/非食品部門の216社に及ぶ。BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.384-385.

⁴⁰¹ エデカによる従属的供給業者に対する、シナジーボーナスの具体的な要求がカルテル庁によって、明らかにされている。既に2008年夏にエデカの事業部長会議で、エデカ及びプラスと取引する供給業者にシナジーボーナス（2007年総売上上の0.5%額とする）を要求する旨決定された。本件特別交渉の開始に先立つ2009年1月5日のエデカの会議でもこの点が議論された。また、プラスでは品揃えされているが、エデカ系列のネットで品揃えがない供給業者についても、シナジーボーナスは計画

別供給業者が追加的宣伝キャンペーンや品揃えの反対給付を要求した交渉経過も⁴⁰²、何ら客観的な関連を相乗効果としてのボーナスの継続的な要求と見いだせるものでなく、実質の正当化を欠く（カルテル庁）。

iii) これに対し、エデカによれば、シナジー効果はエデカとプラスの取扱量を整理することから生じる。供給業者に生じるシナジー効果の特質は、統合による作業面の共通化による複雑性の縮減である⁴⁰³。

(b) シナジーボーナスの競争上の評価と実質の正当化

i) カルテル庁は、シナジー効果のうちコスト節減について以下のように否定的に捉える⁴⁰⁴。

* 個別の供給業者は大方エデカ及びピテンゲルマンと交渉するのであり、交渉相手の数、年間交渉の実施、事務処理手続きは依然として変更がない。

* 物流の側面は、一般的に輸送コストの削減が事実上存することも考えられるが、本件製造業者では否定的に解する。

* また注引量増加による物流コストについては、上記のように積載の編成段階でこの効果は吸収されてしまっている。

的な品揃え停止に先立って、売上関連のシナジーボーナスが実施された。

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.388-401.

⁴⁰² 従属的供給業者とエデカとのシナジーボーナスに関する交渉態様が、カルテル庁により明らかにされている。

ロートキャップヘンナムに対し特別交渉でこの要求が伝えられたが、2009年3月20日、4月2日の書簡で同社はそれに反対し、また反対給付のカウンターオファーも行った。最終的に同社は宣伝活動の反対給付を条件として2009年の年初に遡及する支払を受け入れた。証言聴取で同社は、本要求にはコスト節減の意味で反対給付がないとする。

ヘンケルは、全体的反対給付のセットにつき、エデカの説明との実質的な関連がないとするものの、最終的に同社は2009年の年初に遡及する支払を受け入れた。

フラシネは当初シナジー効果の発生に懐疑的であるばかりか、むしろ同社のコスト負担を増す（物流及び供給体制において）と反対したが、結局支払いに応じた。

シュロスヴァヘンハイムは支払額と反対給付の交渉を経て、支払を行った。同社は、エデカの挙げるシナジー効果について、物流に関する供給業者単位での注引量増大の効果は、積荷の編成プロセスにあつて既にカバーされており、最終的な品揃え拡充に関するシナジー効果は既に品揃え拡充ボーナスにより支払われているとの反論をした。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.387.

⁴⁰³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.387.

⁴⁰⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.402-404.

- ii) 次に、品揃え拡充のシナジー効果は品揃え拡充ボーナスとの重複問題を生む。
- iii) 以上の他に、個別供給業者に個別事案でコスト節減効果が生じるかの定量化は困難である。
- iv) さらにカルテル庁は、エデカの要求に対する反対給付の根拠と計算につき、供給業者に後付けできることをエデカの側で立証すべきとした。さらに、上記（註 402）具体的要求における交渉経過で触れた、乏しい反対給付の成果も本件シナジーボーナスの要求との実質的関連を欠いているとする⁴⁰⁵。
- v) 結論として本要求は、エデカの根拠づけにおいても、一律の割合額を要求する方式においても、さらにエデカ及びプラスと取引する供給業者の総売上額との関連においても実質的正当化を欠く（カルテル庁）⁴⁰⁶。

(4-6) 品揃え拡充ボーナス；決定主文（3）及び（8）

(a) 本ボーナスの概要と交渉経緯

旧プラス店舗を「ネット品揃え」の態様に移行する措置に基づき、2009年及び2010年についてこのボーナス支払いが要求された。追加品揃えの有無と範囲は供給業者に説明はない。要求額の算定法も供給業者に説明されない（カルテル庁）。要求額は各製造業者に予想される追加売上の10%か、又は各追加カートンに一括40€になる。カルテル庁は、従属的地位にある供給業者各社に対する、品揃え拡充ボーナスの具体的要求と経緯の認定を行った⁴⁰⁷。

⁴⁰⁵ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.405-408.

⁴⁰⁶ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.411.

⁴⁰⁷ 2009年1月5日のエデカ内部会議において本要求が議論され、プラスからネットへの転換により、後者によってのみ品揃えされ、前者にそれがない場合の品揃えの拡充に基づく要求とされた。本要求は食品/非食品部門の172事業者に行われた。ロートキャップヘンナムは本要求を全額受け入れたが、反対給付として「西部ネット（Netto West）」地域における一定製品の品揃え、地域的な品揃えの拡充を伴う現状の品揃え維持を求めた。同社は本要求を「品揃え手数料」と解し、通常の年間交渉の対象ではないとする（証言）。エデカは品揃えの拡充を拒否し、製品の入れ替えと品揃えの全国的な現状維持を承諾した。ヘンケルによれば最初の会談で要求額が伝えられたが、その後の交渉でも品揃えの拡充の有無及び範囲は議題とされなかった。同社は従前ネットよりもプラスで品揃えが強化されており、プラスからネットへの系列転換により品揃えの縮小が予想される。同社は2009年3月16日付書簡で追加品揃えの反対給付を求めた。ヘンケル

(b) 品揃え拡充ボーナスの競争上の評価と実質的正当化

本件統合では、エデカ系列のネットに買収先の旧プラス店舗を組み入れ、新ネット業態として転換が行われる。本件要求を受けた供給業者に係り、その品揃えの変更態様につき以下が問題になる（カルテル庁）。

- i) ネット系列へ転換するプラス店舗について実際に追加品揃えが行なわれるか、また供給業者のどの製品で行なわれるのかは、供給業者には不明確である⁴⁰⁸。
- ii) さらに従前ネット（旧）で品揃えされていた製品は、新ネット店舗でも品揃えされるのか明らかでない⁴⁰⁹。
- iii) 従前プラスにだけ品揃えされた製品は、新ネット店舗では品揃えされない（エデカの前提）ため、供給業者には重大な売り上げ損失が生じる（上記「具体的要求と経緯」におけるヘンケルの主張参照）。この点で本ボーナスは、実質的正当化がされない⁴¹⁰。
- iv) 要求額が一括 40€であるのは、追加品揃えの多寡と無関係であり、いかな

は最終的にエデカの要求額を承諾したものの（僅かな減額あり）、追加品揃えの要求は相当に引き下げられた。

フレシネにあっては、プラスからネットへの系列転換により品揃えの拡充はなく、協賛金と品揃え拡充ボーナスに共通する当初の要求はエデカにより拒否された。最終的にエデカと同社は合意して、品揃え拡充ボーナスの反対給付として追加品揃えがあった。

シュロスヴァヘンハイムは、2009年3月12日付書簡で、本要求の反対給付として従前ネットでのみ品揃えされていた製品がプラスでも品揃えされることを求めた。エデカはその要求を認め、両社は合意した。BkartA,03.07.2014-B2-58/09 Rn.452-463.

⁴⁰⁸ 追加品揃えはエデカにより自動的に承認されず、供給業者の個別請求と交渉を要する。最終的に特別交渉において、合意される追加品揃えは必ずしも品揃え拡充ボーナスの反対給付に即するものでない。シナジーボーナスや協賛金の反対給付と判別されず、また通常の年間交渉における清算等の条件にもなることから、二度払いの懸念も生ずる。BkartA,03.07.2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.465,470,473.

⁴⁰⁹ この点エデカは新店舗における追加の品揃えと売上げの増加予測に関する一般的説明をするが、カルテル庁は具体的な説明を伴う約束でない点を問題視する。すなわち同じディスカウンターとして、ネットとプラスの現状における品揃えの重複問題に何ら言及はないまま、供給業者は本件特別交渉で、2009年と2010年の包括的請求額に直面するに過ぎない。結局、エデカの品揃え計画の説明が、要求の適切性評価と反対給付の有無の判断に係る具体的摘示に置き替えられている。BkartA,03.07.2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.466-467.

⁴¹⁰ BkartA,03.07.2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.468.

る実質的正当化もない⁴¹¹。

- v) 本要求の算定にあたり、各店舗の業態転換（新規開業）の時期が考慮されていない。これは、エデカによる転換の期間は2009年と2010年が挙げられ、供給業者の実際の拡充された品揃えは2010年末にされるのであるが、品揃え拡充ボーナスは双方の年に要求されるだろう⁴¹²。
- vi) カルテル庁は以上から、品揃え拡充ボーナスの要求は供給業者につき追加品揃えの事実上の提供に対する後付け可能な商品経済の関連性（前掲（4-2）、（b）を参照）がなく、実質的に正当化されないと結論づける⁴¹³。

(4-7) 協賛金 (Partnerschaftsvergütung) ; 決定主文 (7)

(a) 概要

本要求は、エデカが新店舗での積極的な顧客誘引活動と、ネット（エデカ系列）でのより活発な行動を一般的にとる方針に対し、供給業者にプラスへの売上（2009年と2010年）の4%を要求する（上限；エデカ売上の3%）。何れの場合にも、プラスによるこれまでの品揃えや活動に対しての、具体的な結果を伴う利益は供給業者に提示されない⁴¹⁴。発泡ワイン製造業に係る従属的供給業者に対して行われた、協賛金の具体的要求と経緯が、カルテル庁によって認定されている⁴¹⁵。

⁴¹¹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA,Rn.469.

⁴¹² BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA,Rn.471.

⁴¹³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA,Rn.472.

⁴¹⁴ エデカは食品／非食品部門の305供給業者に本要求をした。旧プラス店舗で既に品揃えされており、「新」ネット店舗に初めて品揃えされる供給業者が対象とされる。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.412-413.

⁴¹⁵ 特別交渉の開始に先立ちロートキャップヘンナムに対し、この要求が伝えられ、さらに2009年3月10日の同社とエデカの会談で具体的金額が提示された。同社は3月20日付け書簡でかかる要求金額で支払いは拒否したものの、独自金額の一回限りの支払を提示した。数回の会談後、同社は最初に提示された要求金額上限の支払いに応じた。同社によれば本来的に当該要求の反対給付とされるものは、販売目標達成のための一般的努力と共同で決定された宣伝活動及びマーケティング強化の意向に過ぎない。

ヘンケルに対しては、特別交渉の開始に先立ちこの要求が伝えられ、さらに2009年3月16日付けの同社書簡により、同年末までの全国的宣伝活動と夏季キャンペーンを含む反対給付を要求した。その後同社の要求受け入れの書簡（3月20日）では、かかる反対給付の要求についての言及はなかった。同社はカルテル庁に対し、旧プラ

(b) 協賛金要求の根拠付け

エデカの本要求の根拠付けは、プラス譲受と統合に係り供給業者に共同支援を求める点にある⁴¹⁶。

(c) 協賛金の競争上の評価と実質的正当化

- i) 供給業者からの上記聴取では、小売店舗の魅力向上は本来的に流通業者の任務であり、また現状の品揃え維持（品揃え削減の場合もあった）も本要求の根拠となり得るものでない⁴¹⁷。
- ii) このような要求はカルテル法上の実質的正当化理由はない（カルテル庁）⁴¹⁸。プラスコンセプトをネットコンセプトに転換、統一化を図る必要（買収により不可欠）は、店舗の顧客吸引力向上のための修繕の必要（本件要求の根拠）との関連が明確でなく、支払い要求の十分な理由となり得ない⁴¹⁹。もしこの

ス店舗の顧客誘引力の再建という上記根拠付けでは協賛金の反対給付として十分でなく、店舗の魅力を高めることは本来流通業者が負うべき義務である旨の証言聴取をした。また同社は従前ネット（従来からエデカ系列）よりもプラスに強力な品揃えがされていた経緯から、むしろ処遇は後退する懸念を表明した。同聴取において、2011年の継続する年度にもエデカからの協賛金要求がされたことが判明している。

フレッシュは、2009年2月17日のエデカとの会談でプラスに対する売上の3%の要求を受けたが、3月2日Eメールにおいて、現在の品揃えを維持するためにその要求に応じるものでなく、追加品揃えの反対給付が存しない点を問題とした（その後要求受忍）。フレッシュに対する聴取においても、2011年度にもエデカからの継続する協賛金要求がされている。

シュロスヴァヘンハイムには、2009年2月11日エデカとの最初の会談でプラス売上（2007年）の4%となる協賛金が要求された。同社に対する証言聴取では、要求の理由付けないし反対給付は不明であり、「店舗改修は本来的に流通業者」の任務であるとす。同社は要求を受け入れた。また2011年度のエデカからの継続する協賛金要求がされている。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.416-432.

⁴¹⁶ 具体的には、旧プラス店舗のネットコンセプトへの迅速な転換によった顧客誘引力の再建、及び「新」ネット店舗における追加品揃報酬により賄われるより積極的な支援活動が根拠とされる。BkartA, 03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn415,435.

⁴¹⁷ また供給業者が追加品揃えや宣伝活動の提供を求め、合意の例もあった事実は、協賛金の根拠やその額を正当化するものでない。さらに当該支払は2009/2010年に限られず継続して要求される場合があった。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.433.

⁴¹⁸ 先ず店舗の魅力を増すことは、販売効果に関し供給業者の製品関連が一義的でなく、個々の展示との関連も問題になることは従来から議論があり、カルテル庁はその関連を消極に捉える。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.434,446.

⁴¹⁹ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA,Rn.434.顧客吸引力を高めるための改修と設備増強に関し、新たな棚、照明システム、生鮮食品カウンター、レジシステム及

点を一般的、概括的な関連で足りるとするならば、販売促進のコスト負担は取引相手に常時求められよう。さらに、顧客吸引力の改善と個別製品の売り上げの増加を量的に測定、関連付ける困難がある⁴²⁰。

(4-8) 要求の時点；決定主文（9）

カルテル庁は特別交渉により締結済み年間交渉の事後的な変更は、GWB19条1項、20条2項の意味での19条2項5号により許されないとする。もし変更を許すならば、どのような年間交渉の締結も相応の未解決条項を伴うことが任意とされ、年間契約の拘束が無意味となるからである。このように年間交渉の合意に割り込む形で特別交渉が行われることは、供給業者による給付と反対給付の個別関係の分断と両給付の全体的評価を困難にする（カルテル庁）⁴²¹。

(4-9) 要求の遡及効果；決定主文（4）

2009年3月及び4月に提示された特別交渉の要求は同年1月1日まで遡及させられて、供給業者の年間の全売上げに関係づけられる。当該要求が遡及効果を有するか否かの問題は、合併実施（2009年1月1日）を基準とするのでは

び顧客対応カウンター等は「当然に個別供給業者の売上と関係するものではない」。店舗の現状と改修の必要は通常の事業活動にあって、その外のリスクとともに企業買収価格に内包されている。A.a.O., Rn.436

⁴²⁰ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA,Rn.437-439.

⁴²¹ i) 上記（4-2）、(c)、ii)の「五つの要求に係る本件エデカの交渉態様」の箇所で説明したように、エデカの本案の要求は、例年の年間取引に係る2009年交渉による話し合い終了後、特別交渉（2009年の3月と4月に集中）の場で提示された。これに対し、当初のエデカの計画では、特別交渉を先行させその妥結後に通常の年間交渉に移行するものであった。本件特別交渉と通常の年間交渉の経緯の実態は、当初計画と異なるものであったとする認定がされている。

ii) 本件特別交渉における諸条件は、明らかに2009年の年間契約の締結が終了した直後で交渉されたものである。エデカは通常の2009年の契約締結に際して、間近に迫った特別交渉につき指摘していたが、供給業者はかかる告知に係らず、広範に年間契約を締結済みであり、この時点で追加的条件の範囲を見通すことはできなかった。

iii) 本件で未決定条項の重要性を認識していたと考えられる供給業者が、年間契約の合意を受け入れた事実こそ、カルテル庁はエデカの市場力の兆候、すなわち供給業者の従属性の表れとする。

BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA,Rn.479-484.

なく、要求の時点すなわち交渉締結時（2009年4月）とするのがカルテル庁の立場である⁴²²。

（4-10）「要求」の解釈；

- i) 以上のエデカによる五つの要求に係るカルテル庁決定主文の各項目に関し、その違反行為の全体に関連して、各要求の交渉態様のカルテル法上の評価が問題になった。この点は、GWB19条1項、20条2項の意味での19条2項5号における「要求」の文言規定に係って、以下のように争われた。
- ii) エデカの主張は、「要求」の存否に係って、本文言の重要な要件指標について、話し合いの余地がもはや存しないものとして一方的に要求を押し通す強圧性に求めて、規定文言の適用範囲を限定する⁴²³。
- iii) これに対しカルテル庁は、かかる限定的な適用となる文言の縮小解釈を認めない。すなわち、エデカの要求が全額で受け入れられたわけではなく減額されたことは、本規定の適用を免れるものでない⁴²⁴。

⁴²² これに対しエデカは以下の反論をする。2002年BGHによるメトロ事件判決は合併解禁以前にされた要求が検討される事案であり、本件で年間契約の締結は合併解禁以前に遡るものではない。供給業者は既に年間交渉開始の時点でプラス買取につき知っており。その締結合意は当然に民事法上の留保を伴うもので、締結済みの民事法上契約に遡及的介入を行うものではない、とした。

カルテル庁は、年間の供給開始以来既に4ヵ月を経過しており、新たな支払期限、より有利な価格と条件を事後的な清算として要求する遡及効を問題にして、以下の結論を述べる。エデカの主張によるとするならば、年間契約の合意は仮の合意に過ぎないものとして、契約の拘束力を弱体化させる。すなわち、各年の12月末まで年間契約の合意に拘束されることなく、新条件の要求を認める懸念がある。本件要求が遡及的契約条件の変更に係る効果を持つことは、何ら実質的正当化の理由は存しない。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.485-488.

⁴²³ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA Rn.493. この点から本件特別交渉の開始に際し、一定利益に係る要求の提示に限り、短時間でそれを押し通すことがなかった結果と、製造業者はポジティブな交渉成果を得ている事実の「業績関連」性は、「要求の直接的な根拠」ある場合になる。例えば、数量リポートの要求に対する将来的な大きな買取量であり、具体的に追加品揃え製品に対するボーナスの支払い要求のような根拠である。「要求の適切さ」は、要求額とそれと結びついた（反対）給付の額ないし重要性を示す。「計算可能性」の指標は、食品小売業の取引についての実態認識を踏まえた指標であり、「供給業者について、事業経営上の計算可能性があるか」を測定する。以上からカルテル法上の問題を生じないとする。A.o.O..

⁴²⁴ BkartA,03.07,2014-B2-58/09 Rn.492,494-496-EDEKA. 上記 i) のGWBの条項は「要求ないし勧奨」の文言を規定するが、これはかかる強圧性の存しない場合も含

VII. エデカ事件控訴審判決⁴²⁵

1. デュッセルドルフ控訴裁判所判決の基本的スタンス

(1) 相対的市場力の判断回避（実質的正当化の判断に集中）

(1-1) 当該争点に関する控訴裁判所および BGH の判断

控訴審判決は、エデカが 19 条 2 項 5 号の規範名宛人の地位を有するかの従属性の認定を行わず、相対的市場力の判断を回避した。カルテル庁の認定した決定主文に規定された行為態様に対し、実質的正当化の判断を行なうならば、19 条 2 項 5 号の審査は足りるとする⁴²⁶。他方、後述⁴²⁷のように、実質的正当化の判断における契約条件の適正さの審査にあって、合意が対等交渉により締結された結果を証明するため、必要な範囲で従属性の判断を行う。

これに対し上告審判決において BGH は、後述のように、規範名宛人の地位に関する相対的市場力の判断を回避する手法を認めなかった（Ⅷ、3 の（3））。

(1-2) 評釈

i) この点は、需要力濫用規制を市場力規制の体系に依拠せしめるアプローチの是非や、比較法的検討に視野を広げるとき、重要な示唆をもつと考えられる。すなわち、市場力の認定が違法性判断基準において有する意義について示唆的である。不公正取引慣行の規制として、行為の正当化に焦点を絞った審査を行う需要力濫用規制のアプローチをとる場合にも、需要者と供給業者の交渉の実

む。この点から本件特別交渉で支払期限延長の通知をした書状送付、新条件や変更についてのプレゼンなどの交渉態様は「要求ないし勧奨」にあたる。また要求に対する交渉の成果に関する評価も本規定の要件指標と関係がないとする。A.o.O..

⁴²⁵ OLG Düsseldorf, 18.11.2015 - VI-Kart 6/14 (V). WuW Nr.01,2016,23-27.この WuW の 1168129 は省略があるため、本稿では NRW (Rechtsprechungsdatenbank NRW) の HP より、判決文の全文を入手した。引用は、そこでの欄外番号により、OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRW Rn.~の様式で行う。以下は入手先の URL である。

http://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2015/VI_Kart_6_14_V_Beschluss_20151118.html

⁴²⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRW, Rn.31.

⁴²⁷ 後掲の 2、(1)、(1-3) における (a) と (b) を参照。

態において力の行使が検証される必要を回避できるか、本件控訴審判決の推論が批判的に参考にされるであろう。

ii) この点で、契約条件の適正さに係り「攻撃的な商慣行」が問題になる場合、「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」による規範名宛人の地位を認定するケーラーの立法提案⁴²⁸は、本判決に対し重要な批判的意義を有する。

(2) 差別禁止と利益衡量論

(a) 前提的理解；基準となる GWB19条2項1号の差別禁止⁴²⁹

判決は本件の適用法条である 19 条 2 項 5 号の基本的理解として、「受動的差別」の禁止と解する。さらにこの規定の実質的正当化の判断に関しても、「差別」禁止に係る GWB の法体系的な理解を基本にする。かかる理解は、この規定が置かれた GWB19 条において、その 19 条 2 項 1 号が規定する実質的な正当化理由のない差別禁止と「同一の基準」によるとする。そして、かかるカルテル法の需要力濫用規制に係る基本的スタンスは、マーケルト教授やゼッカー教授の所説に基づく。

(b) 正当化要件と利益衡量

具体的にこの基本的理解は、競争の自由を志向した GWB の目標設定による当事者間の利益衡量のアプローチを導く。このアプローチは、規範名宛人の具

⁴²⁸ 本稿 [1]、II、2、(5)、(c) のケーラーによる行動綱領に関する法律提案における「iv) 攻撃的商慣行の禁止」を参照。

⁴²⁹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.19 (カルテル庁の受動的差別禁止の主張は理由がない), 99 (実質的正当化は 19 条 2 項 1 号と同一の基準利益衡量による)。控訴審判決はマーケルトやゼッカーの論説を引用するが、その該当箇所は次のように指摘する。Vgl., *Markert in Immenga / Mestmäcker*, GWB, 5Aufl. (2014) (*Markert in Immenga / Mestmäcker* と略称), §19, Rn.379 (19 条 2 項 1 号の適用の枠内におけるのと同様に、比較可能な他の需要者には困難な、市場力行使による利益の要求がされた、決定的に重要な評価ポイントが、禁止領域の画定を導く)。Säcker/Mohr, *Forderung und Durchsetzung ungerechtfertigter Vorteile*, WRP 2010(以下、Säcker/Mohr と略称), 1,23 (旧 GWB20 条 3 項はその立法史に基づき、競争の自由を志向する GWB の目標により差別行為の特別規定としての枠組みの下で解釈される)。

体的な市場の有力さとそれと結びついた競争阻害の程度の検討をもって、GWBの要請とする⁴³⁰。

(3) 利益衡量の前提となる因果関係

さらにこの検討は、市場力とそれと結びついた法目的との間の関係性を重視する要請からも行なわれる。すなわち「規範名宛人の市場力から生じた競争阻害の防止／阻止」が法目標であるから、競争阻害が市場力の行使に起因する限りでGWBの禁止が命じられる（控訴審の因果関係論）。この競争阻害の程度、それは利益衡量から導かれる他の事業者の競争活動に対する配慮義務の範囲を示す。その範囲が、競争阻害が大きくなればなるほど、個別事案で問題になる規範名宛人の事実上の市場力は大きいと捉えられるのであり、競争者と供給業者に問題になる競争的活動の余地ないし回避可能性は乏しくなるとする。控訴審判決は以上の指摘を、マーケルト教授の所説を引用する形で根拠付ける⁴³¹。

(4) 要約

以上をまとめると、控訴審判決の実質的正当化の判断基準は、利益衡量を基本にして、市場力行使に起因する競争阻害（因果関係論）の態様につき、その明確化を目指すものと捉えられる。

2. 決定主文の各違反類型に対する控訴裁判所の判断

(1) 基準日の時系列的な等級付けと異時点間で多数行なわれる最適価格清算；決定主文 (1)

(1-1) カルテル庁の判断（最適価格清算に対する全体構成；決定主文 (1)～(3)）

カルテル庁は最適価格清算について、その要求と根拠づけが不透明かつ説明不十分であり、また後付けが困難な違法があるとする（決定主文 (3)）。またその算定方法を導く前提的な問題点として、エデカとプラスの条件比較のため

⁴³⁰ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 99 (19条2項1号と同一の基準による)。

⁴³¹ OLG Düsseldorf, 18. 11. 2015, NRWE, Rn. 99. Vgl., *Markert in Immenga/ Mestmäcker* (前掲註 429), §19, Rn. 138.

算定基準日(合併実施以前である。)を選択する点が挙げられた(決定主文(2))。かかる前提に依拠して、時系列的な等級付けによる条件調整を、異時点間で多数行う恣意性が正当性を欠くとされた(決定主文(1))。

(1-2) 控訴審判決の利益衡量論

(a) 利益衡量に焦点を絞った不当性の判断(控訴審判決の要約)

上記決定主文(1)から(3)点につき控訴裁判所はいずれもカルテル庁の主張を退け、実質的正当化を認めた⁴³²。先ず、決定主文(1)につきここで扱う。

- i) この、基準日の時系列等級付けと異時点間で多数行なわれる価格調整の恣意性の問題につき、控訴裁判所は、何れの合理性もそれ自体として判断していない。かかる算定手法の正当化は、本件要求の当事者である製造業者とエデカとの間の利益衡量の枠内で行われるに止まる⁴³³。
- ii) さらに個別の具体的な利益衡量を行うにあたっては、エデカの市場力が本件の競争阻害である濫用の結果を生ぜしめたとする因果関係が重要であり、その要求が市場力の行使に起因しない本件では、実質的正当化を欠く利益の要求はなかったとする⁴³⁴。
- iii) またこの結論の根拠として、本件特別交渉において基準日の等級付けと異時点間の価格調整について、説明と交渉のされた経緯も挙げられる⁴³⁵。
- iv) 判決は、上述の受動差別禁止における実質的正当化の基準である利益衡量論とそこから導出された因果関係論を、基準日の時系列等級付けと異時点間の価格調整の適法性問題に当てはめ、次のような具体的な審査を行う。先ず、利益衡量論における当事者利益の具体的分析である。

(b) エデカの利益分析

- i) 契約の全体条件のセットを考慮しないエデカの利益。エデカはプラス店舗での仕入れ価格と自らのそれとの比較を、ロート、ヘンケル、シュロスの特定製品につき合併実行前の異なる時点で行って、またそのうち有利なプラ

⁴³² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.39-50,79-83,93-139.

⁴³³ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.99-106.

⁴³⁴ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.81-83.

⁴³⁵ 後掲(1-4)、(b)の脚註453を参照。

ス価格に調整する交渉の利益をもつ。さらにその調整は、判決によれば、全体的条件のセットを考慮しない点に利益をもつ。すなわち、裁判所の証言聴取によれば、合併により将来の大きな買い手としてエデカは全ネット店舗において統一の購入価格を達成し、それにより旧プラス店舗の劣位な販売力に対処する⁴³⁶。

- ii) 合併の前後におけるエデカの状況比較。 その際、三基準日におけるエデカの購入価格とプラスのそれとの比較は、以下のようにエデカの利益に即する。2007年末ないし2008年初頭には本件統合の条件付き承認は周知であり、プラスの購入価格に影響を与える可能性があった。エデカはこの点に関し、合併前の交渉では影響行使できなかった購入価格を交渉する利益をもつ⁴³⁷。

(c) 現に存する商慣習の重要性

以上のエデカの利益を分析した結果に対し、裁判所はかかる背景事情及び態様で行われる特別交渉は、当該事業分野の通常の商慣習に属すると判断する⁴³⁸。

(d) 製造業者の利益

この点については、これまでエデカに販売した製品価格の維持とプラス価格の調整に存する。かかる価格調整を余儀なくされる製造業者は利益を縮減され、商人的視点からそれは望ましいものではない⁴³⁹。

(e) 利益衡量の結果

- i) 契約の全体的条件のセットを考慮しない正当化。 上記エデカ／製造業者の各利益は競争の自由を志向したGWBの目標設定による考慮のもとで比較衡量される。その結果は、本件エデカの要求は全体的条件のセットに係る考慮がなされていなくても、実質的に正当化される（控訴裁判所）⁴⁴⁰。
- ii) 商人的視点の重視された衡量結果。 この結論について、最適価格清算と清算の支払いが「何ら具体的なエデカの側において反対給付が対置されていない」点は、問題とならない。裁判所は、要求と反対給付の関係について、そ

⁴³⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 102.

⁴³⁷ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 102.

⁴³⁸ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 102.

⁴³⁹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 103.

⁴⁴⁰ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 106.

れ自体で根拠を見出せない反対給付であっても、商人的視点を検討することで利益衡量においては正当化されるとする。すなわち、個別要求について結果として全体としてもたらされる成果が、商人的視点から整合的であるか否かが決定的である。この商人的視点から付随的な反対給付の受容性は、結局、以下のエデカの利益に依る。それは、合併により将来の大きな買い手としてエデカは全ネット店舗において統一の購入価格を達成し、それにより旧プラス店舗の劣位な販売力に対処するという、上記の一般的、抽象的な利益である⁴⁴¹。それによって全体的成果を事業経済上、説明できて正当化される（控訴裁判所）⁴⁴²。

(1-3) 控訴審判決の因果関係論

次に、判決はこの判断枠組みを具体的な当事者間の交渉態様に即して、市場力行使の有無の観点から詳細に検討する⁴⁴³。

(a) 控訴審判決による従属性の認定

利益衡量と市場力の関係。先ず、控訴裁判所はエデカの相対的市場力の有無については、19条2項5号要件事実に係る認定は行っていない。しかしその利益衡量のアプローチから、エデカの具体的な市場の有力さとそれと結びついた競争阻害の程度の検討が求められる限りで、エデカと製造業者間の交渉における市場力行使の有無を明らかにするため、エデカの相対的市場力の一定の検討を行った⁴⁴⁴。

(b) 従属性の認定基準

この点は、先ずエデカは相当な程度で相対的市場力を有するとみられる。すなわち、i) エデカの販売ネットワークの規模と販売チャンネルとしての重要性、ii) 取引停止された製造業者製品について、エデカの競争者が受け入れる可能性（低い）とiii) 輸出の可能性（限定的）、iv) 消費者のブランド志向（低い）から、相対的市場力は認められる⁴⁴⁵。

⁴⁴¹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.106.

⁴⁴² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.101, 106.

⁴⁴³ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.108-131.

⁴⁴⁴ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.31. 前掲 1、(1) における (1-1) を参照。

⁴⁴⁵ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.110-114.

(c) 製造業者の対抗力の認定（積極）

しかし、他方で製造業者の対抗力について、以下の検討からエデカの市場力を十分に抑制できたとする⁴⁴⁶。すなわち、エデカは全面的品揃えをなす販売業者として製造業者の各製品を放棄できない、また過去エデカによる極めて限定的にしかなされなかった取引停止の実態、さらに製造業者がエデカの要求を一部拒んでいる本件特別交渉の経緯⁴⁴⁷といった点の検討である。

(1-4) 市場力行使の有無と商慣習適合性の審査。

(a) 控訴審判決の利益衡量と因果関係分析の結論

以上の検討から、その利益衡量論の前提的な基準である「規範名宛人の市場力から生じた競争阻害の防止」⁴⁴⁸において示される市場力行使がエデカにはみられない。この点から、エデカの市場力が濫用行動を生ぜしめたとする因果関係は否定される⁴⁴⁹。結果的に、成功として評価できない交渉経緯が重視された。

控訴審判決のかかる結論は、「勸奨」の要件規定の下において、供給業者の意思形成に影響を与える目的のもとで、不当な利益の獲得が成功裏に行われた立証を求めるマーケルト教授の所説を引用して導かれた⁴⁵⁰。

(b) 全体条件のセットと事業経済的な利益

そのうえで、特別交渉における全体条件のセットは、事業経済的な利益とみなされる⁴⁵¹判断が導かれる点を付け加え、裁判所は商人的視点からその判断は受け入れられる⁴⁵²と結論付ける⁴⁵³。

⁴⁴⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.119-134.

⁴⁴⁷ 製造業者 4 社はエデカの要求に直面した後に、引き続き交渉において「対抗する相当な要求をしている」し、また「重要な付随的給付を交渉できている」 OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.133. エデカの要求額を減額した決着となり、エデカは妥協した。A.a.O., Rn.133.

⁴⁴⁸ 前掲 1 の (3) を参照。

⁴⁴⁹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.108.

⁴⁵⁰ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.97. *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, (前掲註 429), §19, Rn.373. なおかかる「勸奨」の要件が第 9 次 GWB 改正により削除された経緯については、後掲 VIII, 4, (4) (4-2) の (b) を参照。

⁴⁵¹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.133 (ロートキャップヘンナムとフレシネに関する証言に基づく)。

⁴⁵² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.106.

⁴⁵³ 裁判所は、最適価格清算の基準日の等級付けと異時点間の価格調整の正当化を肯定

(1-5) 評釈

- i) 最適価格清算はカルテル庁により、要求と根拠づけが後付け困難な違法があり（決定主文（3））、算定基準日の選択に係る恣意性が問題とされた（決定主文（2））。かかる前提により、時系列的な等級付けによる条件調整を、異時点間で多数行う恣意性が正当性を欠くとされた（決定主文（1））。控訴審では、以上の全てにエデカの違法はないとされたが、BGH は決定主文（1）と（2）の違法を認め、その（3）についてはカルテル庁による法律問題の上告を認めなかった。
- ii) エデカ/製造業者の利益に係る比較衡量は、全体的条件のセットに係る考慮がなされていなくても正当化された。契約の全体条件のセットを観察する審査は、本件で後に BGH により採用され、この点から最適価格清算は違法とされた。同じ契約条件の全体のセットを観察する手法に依りながらも、結論を分けた点が注目される。BGH は最適価格清算に係る上記決定主文（1）の違反類型につき、因果関係の立証を要求した控訴審判決を批判した。事実的因果関係の立証を要求するならば、需要力濫用規制において違法性判断の幅を極めて限定することが注目される。
- iii) 控訴審判決は、19 条 2 項 5 号の規範名宛人の市場地位をエデカについて検討しないで、実質的正当化の考慮に集中した。しかしその正当化の審査においては、エデカの要求による競争阻害の程度の検討が求められる限りで、エデカの相対的市場力の一定の検討を行った。この点は、前掲 1、(1) の「(1-2) 評釈」に記した問題がある。
- iv) 控訴審判決の利益衡量において、全体条件のセットを考慮せず、合併前の交渉では影響を行使できなかった購入価格を交渉するエデカの利益が重視される結論となった。かかる衡量の結論は、個別的衡量の判断要因として商人的視点に基づくとされた。この点は、エデカの利益分析で示された現に存

するにあたり、上記の利益衡量による市場力行使の有無からする商慣習適合性の審査の他、価格比較につき、特別交渉の初め 3~4 週間話し合いが行われた（いかなる製品について、どの時点で最適価格の範囲で比較がなされ、いかなる置き換えの支払いを基に最適価格の要求が達成されるかの説明がされた）事実を根拠に挙げている。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.45.

する商慣習適合性が機能したと推定される（前掲 2、(1-2) の (c)）。利益衡量論は、全体条件のセットに係る給付と反対給付の緩やかな対応関係のテストも排除する、予測困難性を導く問題がある。

(2) エデカ／プラスの条件比較のため合併以前の算定基準日選択；決定主文 (1) と (2)

(2-1) カルテル庁の判断

カルテル庁は、エデカがプラスとの統合前の歴史的基準日を選択した事実は、統合の実施に伴う不確実性のリスクを抱えるエデカと取引した、製造業者の事業上の利益を奪う結果になり、その不当性を指摘した（前掲 (1)、(1-1) 参照）。

(2-2) 控訴審判決の利益衡量（因果関係）論

(a) 契約の全体的条件のセットを考慮しない正当化

これに対し控訴裁判所は、基準日の選択問題それ自体の合理性について判断せず、かかる算定手法の正当化を製造業者／エデカの利益衡量において行った。その衡量においては、エデカが契約の全体的条件のセットに関する考慮なくして、基準日選択に係る要求をしたとしても、エデカの市場力が濫用の結果を生ぜしめたとする因果関係が重要であるとされた⁴⁵⁴。この点は上記 2、(1)、(1-2)、(a) の ii) と同様の推論構成になる。

(b) 基準日の選択問題とエデカの利益

この利益衡量における裁判所の基準日選択に関する検討は、専らエデカの利益分析においてなされている⁴⁵⁵。

(2-3) 衡量の結果

エデカの要求が市場力の行使に起因しない本件では、実質的正当化を欠く利益の要求はなかったと結論した⁴⁵⁶。

⁴⁵⁴ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.81.

⁴⁵⁵ すなわち三基準日におけるエデカの購入価格をプラスのそれと比較することは、以下のようにエデカの利益に即する。2007 年末ないし 2008 年初頭には本件統合の条件付き承認は、周知のものとなり、かつプラスの購入価格に影響を与える可能性があった。エデカの利益はこの点に関し、合併前の交渉では影響行使できなかった購入価格を事後に交渉する事にある。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.102.

(2-4) 評釈

- i) 裁判所はかかるエデカの利益を、その衡量テストの分析において特に重要と判断したとみられる。この判断では、契約の全体的条件について、具体的な反対給付が存するか否かは問題にされない結果が注目される。統合完了以前に不確実性のリスクを抱えるエデカと取引した、製造業者の利益に対し、条件付き承認が公表され買取先の買入価格に影響を与える可能性によったエデカの利益が重視された。要求に対する反対給付の確実性、明確性は問題とされない利益衡量である。
- ii) 合併による購入量の統合による買い入れ価格引き下げの要求を特に重視する控訴審判決の論理は、以下の特色がある。販売者に対する積極的な働きかけをなす、より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の側面を専ら排他的に考慮したとみられることである。かかる需要者の積極的な働きかけに係る需要競争の側面は、全体条件のセットによる濫用該当性の判断から控訴審判決の結論を否定した BGH も採るところであった。控訴審判決は需要競争のかかる側面を、衡量判断で専ら排他的に需要者の利益保護のために援用して、正当性に係る積極的判断を導いた。この需要者利益の考量に係る排他性が、BGH と控訴審判決の結論を分けたと考えられる。
- iii) 以上は、利益衡量論における判断基準の不確定性を示すと評される。さらに、規範名宛人の要求利益に係る不当性基準を明らかにする必要性を示す。この点から、需要競争の本質論をめぐる議論では、ケーラー教授が指摘する、次の指摘が重要である。すなわち、より有利な取引条件の獲得に関する需要競争の側面を、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の市場機能を評価して相対化する試みである⁴⁵⁷。

⁴⁵⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE Rn.83.

⁴⁵⁷ 本稿 [1]、II における、2、(2) の (d) 及び同 II における 3 の「(4) より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質論」を参照。

(3) 不透明かつ後付け困難な最適価格清算；決定正文 (3)

(3-1) カルテル庁の判断

供給業者の交渉能力に影響を与える透明性の欠如が、問題とされた。本件要求の計算手法につき、契約当事者と複数の基準日の選択、価格比較の対象範囲の拡大について供給業者に詳細な説明はなかった。供給業者は全体要求に「直面する」にすぎず、部分的に口頭のみ説明に限られた。正確な算定根拠（どの価格？どの数量？）について、供給業者が問題にできない交渉上の問題性もある（前掲VI, 3、(4)、(4-3)における(f)を参照）。

(3-2) 控訴裁判所の判旨

(a) エデカの説明態様と市場力の行使

エデカは本件特別交渉の初めに、最適価格清算により算定される、一定製品の引下げ価格と清算の支払金額を製造業者に提示したのであるから、透明性と根拠づけが欠如しているとの非難は当てはまらない。確かにカルテル庁の述べるように最適価格の算出と計算は説明されないが、それにより、要求総額の後付けと検証を困難にするものではない⁴⁵⁸。最適価格清算の説明が不十分と認められる何らの根拠も存しない（控訴裁判所）⁴⁵⁹。

(b) より広い状況を捉える後付け可能性の審査

最適価格清算の方法及び計算は、証言をより広い状況で捉えるならば、後付けができて、検証できるものである（控訴裁判所）⁴⁶⁰。

⁴⁵⁸ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.45.

⁴⁵⁹ これは、証言聴取を終了、裁判所の立場である。いかなる価格がいかなる製品について、いかなる時点で、最適価格の範囲で比較がなされ、かついかなる置き換えの支払いを基にして最適価格の要求がされるかは、エデカによって説明がされた。製造業者のキーアカウントマネージャーとエデカの商品部門リーダーとの会談が本件特別交渉の初めに約3~4週間行われ、会談内容はエデカとプラスの価格レベルの比較である。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.48.

⁴⁶⁰ 最適価格清算の方法の説明はされたが、比較価格に関して後付けできないとの証言は採用できない。確かに比較価格について後付けできないとの証言は認められるが、供述の文脈をより広い状況で捉えるならば、証言は要求の理由を不透明かつ不十分と考えていない。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.49.

(3-3) 評釈

最適価格の算出と計算についての説明を欠く点は、控訴審判決も認める。また控訴審は、比較価格は、証言の文脈をより広い状況で捉え、初めて後付け可能になるものだとする。さらにカルテル庁認定によれば、部分的な口頭説明に限られた、全体要求に供給業者は「直面する」にすぎず、正確な算定根拠（どの価格？どの数量？）を問題にできない交渉上の問題をもつ。

かかる後付け可能性の違反類型について、BGH は上記控訴審判決を維持した。以下の点が問題点として要約される。

- i) 要求価格の算定根拠につき、具体的な算定額を導く説明が求められない特徴がある。
- ii) 最適価格清算の引下げ価格と清算の支払金額を製造業者に提示した結果が重視され、金額算定についての説明を欠く場合も、違法とされない問題がある。
- iii) 後付け可能性という規範名宛人の説明義務で求められるレベルについて、カルテル庁は個別当事者の交渉能力に影響を与える可能性のレベルで違法としたのに対し、控訴審は当事者の置かれた状況を広く捉えるなら後付け可能になるとした。結局、求められる説明義務のレベルは低いと評価される。この点、後付け可能性の概念事態が持つ曖昧さの問題が明らかになる。

(4) 支払い期限の一方的調整；決定主文 (5)

(4-1) カルテル庁の判断。

カルテル庁は、エデカによる従属的供給業者に対する支払期限の調整に関する具体的要求の態様に関する認定を行い、支払い期限の一方的調整がなされたとする（前掲VI、3、(4)、(4-4) 参照）。

(4-2) 控訴裁判所の判旨

エデカについて、支払期限の調整を一方的に決定した行為態様はない。支払期間の調整を「迫った (herangetrten)」だけであり、「一方的決定」は困難であった⁴⁶¹。なおヘンケルは交渉の対等性は否定している⁴⁶²。

(4-3) 評釈

- i) 「許された厳しい交渉」対「禁じられる利益強要」。控訴審判決はヘンケル、フレシネ及びシュロスに対するエデカの交渉態様を詳述し、何れも最終的に同意されたとするが、一方で同意を「迫った」との明確な認定があり、製造業者からは対等交渉を否定する証言もあった⁴⁶³。
このような(4-2)の指摘は、しばしば指摘される「許される厳しい交渉」によったビジネス取引の一般論(カルテル庁も認め、控訴審判決により引用された)に即して、支払期限の調整について交渉態様の評価が可能という考え方を示す⁴⁶⁴。
- ii) 控訴審判決は、エデカについて、19条2項5号の規範名宛人の地位に係る従属性要件の認定は行っておらない。この点から上記製造業者のいう対等交渉否定論を配慮せず、取引上の対等な地位を前提にして、交渉上の態様に対する評価がされたと考えられる。その結果、禁じられた利益強要の一方的決定でなく、許された厳しいビジネス交渉であるとの結論が導かれた。
- iii) さらに、決定主文(5)に係る本争点は、BGHによって控訴審判断に対する法律問題の上告が許されなかった。

⁴⁶¹ 買取先プラスとの合意期日を統一的に適用する表明をしたが、その期日表明の受領者につき、標準的な捉え方として新たな支払い期限を一方的に決定されたとは理解されない。それは、元の契約上の合意変更は、双方の契約当事者の一致した意思を前提にしていたからである。個別支払期限の延長を明瞭に製造業者の同意に委ねており、交渉では異議も主張された。かかる調整に明白に異議を述べたヘンケルも、同意した。フレシネも当初の合意期日が維持されるべきとしていたのをその後、了解している。このような同意による交渉の態様は、一方的決定による瑕疵ある交渉とするGWB19条2項5号違反のカルテル庁の認定には含まれていない(控訴裁判所)。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.59-61.

⁴⁶² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.137.

⁴⁶³ 前掲(4-2)を参照。Vgl., OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.59.

⁴⁶⁴ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.92.

iv) 改めて、製造業者に対抗力の認められる双方優位の関係にあつて、取引当事者間で行われる交渉の評価なす場合、相対的市場力の認定をして、厳しい交渉の限界について、かかる市場力行使の態様に係る検証をする必要を示すと評価される。需要競争の本質論として、ライバルと競つて、より有利な取引条件の獲得を目指し行われる取引相手との交渉が重視される。かかる本質論の妥当範囲が問われている⁴⁶⁵。

(5) 全体的条件のセットを考慮しない「いいとこ取り」(「支払期限の調整」)；決定主文 (6)

(5-1) カルテル庁の判断

支払期限の調整は取引の束に係る全体条件のセットにつき、何らの反対給付の存しない、「いいとこ取り」であつて業績性のテストに反する(前掲VI、3、(4)、(4-4) 参照)。

(5-2) 控訴裁判所の判旨

(a) 許される厳しい交渉によつたビジネス取引の在り方

エデカと発泡ワイン製造業者との支払期日の延長問題は特別交渉の対象とされ、その会議で製造業者は、エデカの要求を無制約に容認させられたものではない。従つてその要求は、エデカの市場力の利用に起因しない。結果として失敗に終わった要求は、勸奨の要件規定の下で、供給業者に対する意思形成ついでの影響が存しないのであり、不当な利益獲得の目的をもたない。前掲の(1-4)、(a) と同じく、マーケルト教授の所説に基づく⁴⁶⁶。

(b) 交渉経過の実態評価

交渉実態の審査から、支払期限の調整に違法はないとする⁴⁶⁷。

⁴⁶⁵ 前掲VII、1、(1) における(1-2) に挙げたケーラー提案を参照。

⁴⁶⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn.142&97. *Markert in Immenga / Mestmäcker* (前掲註 429), §19, Rn.373.

⁴⁶⁷ すなわち、本件特別交渉の対象である期限延長の要求は決して無制約に受忍されたものでなく、エデカの譲歩がされており(ヘンケル。除くシュロス。)、延長期限の遵守と遅延利息の支払いの約束が取り付けられた例(フレシネ)もあつた OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.142.

(c) 実質的正当化と因果関係

交渉態様の評価としてエデカの要求は市場力の利用に起因せず、利益衡量に従う実質的正当化の検討において、エデカの市場力が濫用の結果を生ぜしめた因果関係が認められず、実質的正当化を欠く利益の要求はなかったと結論した⁴⁶⁸。

(5-3) 評釈

決定主文(6)を取り消した控訴審判決の実質的正当化に関する要件解釈は、BGHにより、後掲Ⅷのみでみるように、契約の全体条件のセットについて考慮がなく、実質的正当化について、市場力行使の結果である因果関係の立証を求める誤りがあるとされた。

(6) 品揃え拡充ボーナス；決定主文(8)，(3)

(6-1) カルテル斥の判断。

カルテル斥は品揃え拡充ボーナスの根拠と算定方法につき、後付けが困難であり、不明確であるとした(前掲Ⅵ、3、(4)の(4-6)を参照)。

(6-2) 控訴審判決の利益衡量論

- i) 裁判所は品揃え拡充ボーナスの実質的正当化について、競争の自由を志向するGWBの目標設定のもとで、製造業者とエデカについて以下の利益衡量を行なった。
- ii) 先ず製造業者には、プラス店舗のネット系列への転換から品揃え充実の利益がもたらされる⁴⁶⁹。
- iii) 次にエデカは、かかる利益を根拠にして対等な特別交渉を行い、製造業者の支払額について適切な額について交渉した。また品揃え充実と新規品揃えについてもエデカは交渉した。この点は本審における証拠調べから肯定できる⁴⁷⁰。
- iv) 追加品揃えの正確な範囲が不明であり、またエデカの品揃え拡充の言明が拘束力ある約束でなくても、以下のように問題視するに足りない。すなわち、

⁴⁶⁸ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.141.

⁴⁶⁹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.153.

⁴⁷⁰ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.53-54, 152-154.

製造業者はこれまでのエデカ及プラス売上げから統合による追加売上げの可能性と支払額の適正さを予測でき、それによりヘンケルとシュロスヴァーヘンハイムのように支払い額を減額できる。品揃えの事実上の合意が認定できる⁴⁷¹。

- v) 品揃え拡充ボーナスの根拠と算定方法につき後付け困難であり、不透明であるとのカルテル庁の認定は、証言により採用できないとされた⁴⁷²。本ボーナスの定式は自明であり、支払期限延長の根拠も後付け可能である⁴⁷³。
- vi) エデカが製造業者に対し、いかなる計算方法によってその時々求められる支払額になるか及び追加品揃えの具体案を告知しなかった事実は、要求の不透明とその根拠不十分の非難についての根拠足り得ない。それは当該事業分野で通常の事態であり、かかる商慣習に対し製造業者はエデカに不透明の異議を唱えず、根拠の説明も求めている。本ボーナスは売上増とそれによる利潤増の予測に基づく。「かかる要求は必然のこととして、非常に曖昧であり相当な不確実性を伴う。発泡ワイン製造業者には要求されたボーナスの支払とその額が告げられているのだから、自らの支払いと期待される売上の計算はできた」⁴⁷⁴。

(6-3) 評釈

- i) 利益要求の根拠と算定方法の明確性問題について、利益衡量の枠組みで検討される特徴がある。
- ii) 製造業者の利益につき、旧プラス社店舗でのみ品揃えされていた製品は、ネット店舗ではもはや品揃えされない。供給業者にこの点で生じる重大な売

⁴⁷¹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.154.

⁴⁷² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.52. すなわち、製造業者には以下の事項について、本ボーナスの経済的結果の説明がなされた。製造業者に期待される売上の増加額、従前ネットによってプラス以上に多くの品揃えがされた旨、それらが2000を超えるプラス店舗（ネット業態に転換される）において、品揃えがされて売上げを増す可能性（以上証言 H）、本ボーナスはネットと旧プラスで品揃えされていた製品につき求められること（証言 J）、本ボーナスは品揃え手数料として支払われること（証言 I）、といった事項である。A. a. O., Rn. 53.

⁴⁷³ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.54. また、本ボーナスの根拠を疑問視する証言 C は採用できない。A.o.O..

⁴⁷⁴ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.54-55.

り上げの減少が考慮されない問題がある（このボーナスは、エデカ系列のネット社店舗で品揃え済みの製品を、統合先の旧プラス社店舗に新たに品揃えする場合に限り支払われる）。

- iii) 控訴審判決はエデカについて、19条2項5号の規範名宛人の要件規定に係る相対的市場力の認定は行っていない。それにもかかわらず、製造業者レベルの寡占的市場構造も合わせ考慮して、対等な特別交渉が行われたと評価をする特徴がある。
- iv) 利益の要求に係る根拠と算定方法につき、需要者が明確な説明をする義務を認めなかった。また要求の反対給付である品揃えの拡充の言明について、拘束力ある約束でない点も問題にされなかった。
- v) 後付け可能性の違法性判断基準について、上記(6-2)におけるvi)のような不明確な説明に止まるものであっても、その適法性を欠くものでないと言われた。すなわち、製造業者はこれまでのエデカとの取引経緯から、かかる明確性の欠如を補える追加売上げの可能性と支払額の適正さに係る情報を有しているとされた。このように、後付け可能性の基準は、規範名宛人が負う説明義務の軽減に仕える点が看過されない。
- vi) かかる不明確な説明義務を課すに過ぎない後付け可能性の基準によっても、カルテル法上の正当化要件として適正である評価は、現に存する商慣習との適合性によって、利益衡量論の枠組みから導かれた。需要力濫用規制の規範名宛人につき、その説明義務の適正なレベルは、現に存する商慣習があるべき商慣習の観点から批判的に検証されて、導かれる。この点は、利益衡量論について、かかる批判的視点を提供し得ない問題点として捉えられる。
- vii) このような品揃え拡充ボーナスに対する説明義務のレベルの捉え方には、後付け可能性の基準により明白に適切性を欠く反対給付とされるものでなく、適法であるとのレトル教授の指示があった（後掲、IX, 4, (1)の(c)を参照）。

以上の判断について、BGH は法律問題に係るカルテル庁の上告を認めなかった点が注目される（後掲VIII, 1, (4)における(4-3)及び(4-4)を参照）。

(7) シナジーボーナス；決定主文 (7)

(7-1) カルテル庁の判断

年間総売上上の 0.5%の額で一律に課されるシナジーボーナスについて、反対給付が存しないとした（上記、VI、3、(4) の (4-5) を参照）。

(7-2) 控訴裁判所の判旨

- i) これに対し裁判所は、エデカの販売システムに旧プラス店舗が統合されるならば、コスト削減によるシナジー効果の利益は、供給業者に「全く否定される結果にはならない」とする。かかるコスト削減効果は将来的な販売増の可能性による⁴⁷⁵。
- ii) また、裁判所は合併によるコスト削減が年間交渉の縮小などにより製造業者に生じるか、あるいはシナジー効果は排除されるのかは、「不確定である」とする⁴⁷⁶。そのうえで、統合による製造業者の輸送コスト削減の効果がないとは「決定できない」との前提から、以下の控訴審における証言を採用する。すなわち、統合による倉庫数減少と貨物トラックの能力を十分に活用する輸送コスト削減の効果がある⁴⁷⁷。
- iii) 以上の点は、本件特別交渉の初めに要求されたシナジーボーナスに関する交渉のなかで、輸送コストに係る便益が生じ、また生じる程度について各製造業者の具体的販売構造を基にして説明がされた⁴⁷⁸。
- iv) さらにシナジー効果については、売上増による固定費通減効果（原材料及び包装資材の減少）と広告宣伝費の削減効果も否定されないとする⁴⁷⁹。

(7-3) 評釈

- i) 合併のシナジー効果として店舗統合によるコスト削減の利益が、将来における可能性として提示されて、反対給付として認められた点が重要である。またその可能性のレベルとして、「全く否定される結果にはならない」程度でよいとされた。合併遂行により実際に店舗統合が実行された後に、結果的

⁴⁷⁵ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.67.

⁴⁷⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.68.

⁴⁷⁷ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.68.

⁴⁷⁸ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.68.

⁴⁷⁹ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.69.

に生じたコスト削減の成果に基づく、確実な反対給付により算定されるボーナス請求でなくてもよいとされた点が注目される（参照、後掲Ⅷ、2、(5)における(5-2)、(5-3)。

- ii) 将来的に「不確定であ」り、証言を探索して輸送コスト削減効果がないとは「決定できない」便益であっても、ボーナスの要求は認められた。ここではボーナス要求に対応する反対給付が、関係者の証言を広く探索して「後付け」られている。その結果、見出された反対給付の提供される可能性により、業績性が維持されている。給付と反対給付の対応関係について直接性を求めるアプローチは、控訴審判決により否定された。後付け可能性の違法性判断基準について、給付と反対給付の直接性をみるテストに比べて、問題点を残すと考えられる。
- iii) 要求の根拠についての説明義務について、以上のように将来的にシナジー効果が否定されないレベルの説明でよいとされた。この点につき、後付け可能性の基準により、適法であるとの指示があることは、レトル説の品揃え拡充ボーナスの場合と同様である（上記(6-3)のvii)を参照）。
- iv) 各製造業者に対する要求額について、エデカに対する売上額の一律0.5%される根拠についても、明確に説明される必要を認めていない。
- v) 以上の判断について、BGHは法律問題に係るカルテル庁の上告を認めなかった点が注目される（後掲Ⅷ、1、(5)における(5-3)及び(5-4)を参照）。

(8) 明らかに反対給付が存しない協賛金；決定主文(7)

(8-1) カルテル庁の判断

協賛金の実質的に正当化されないとする根拠に、旧プラス店舗における顧客吸引力の向上が供給業者と関連性を欠く、あるいはその商品グループ、製品との関連がない点を挙げる（上記、Ⅵ、3、(4)の(4-7)を参照）。

(8-2) 控訴裁判所の判旨

協賛金の実質的正当化に係る前提は、専ら適切な反対給付の有無である。エデカの反対給付は、プラス店舗支援の高度な魅力向上という利益の内に存する。改修及び現代化による店舗の高い魅力、それと結びついた収益の見込みはかか

る利益となる。この利益が合意された数量リベートにより十分に賄われるか否かは、常に事案の個別事情に依拠する。裁判所は、以上摘示した、供給業者一般に提供される反対給付によった協賛金の正当化論を、ゼッカー教授の所説により根拠付ける⁴⁸⁰。

(8-3) 評釈

- i) 控訴審判決は、流通業者による、供給業者関連及び製品関連の無い一般的投資に対する利益要求の正当性を認めた。BGH はかかる判断を、契約の全体条件のセットを考慮して認められないとした。
- ii) 控訴審判決の問題点は、かかる協賛金の正当化を根拠付けたゼッカーの「隠れた競争」論に即して、後掲のⅦ、4 (3) における (a) と (b) で検討する。

(9) 特別条件枠における遡及効ある支払及び条件調整；決定主文 (4)

(9-1) カルテル庁の判断

前述したエデカによる 5 要求⁴⁸¹について、2009 年 3 月と 4 月の本件特別交渉の要求時点を基準として 2009 年 1 月 1 日に遡る、すなわち年間契約全体に関連付けられることで、特別交渉直前に締結済みであった年間契約に対する、遡及的な契約条件の変更問題を招ぜしめるとした (上記、Ⅵ、3、(4) の (4-9) を参照)。

(9-2) 控訴裁判所の判旨⁴⁸²

- i) 前記特別交渉時に要求された特別条件はそれが要求可能になった時点、すなわち 2009 年 1 月 1 日で効力を有すべきであるのだから、以下のように実質的正当化されるとする。要求された特別条件は、ディスカウンターのプラスが保有する約 2300 店舗の継受に係る。この買収は、カルテル庁決定の実

⁴⁸⁰ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 72. 裁判所は「販売経路の開拓、拡充又は現代化は利益提供として正当化される」とする。さらに、旧プラス店舗の魅力向上について、供給業者との関連性ないし製品関連がないと認定したカルテル庁に対し、それは全ての供給業者に等しく提供されるとして、その根拠にゼッカーの以下の論稿を引用する。Säcker/Mohr (前掲註 429), S. 24 (上記判旨の「販売経路の開拓、拡充又は現代化は利益提供として正当化される」の文言)。

⁴⁸¹ すなわち、最適価格、清算支払期限の調整、品揃え拡充ボーナス、シナジーボーナス及び協賛金の 5 要求である。前掲Ⅵ、3、(4)、(4-2) の (c) を参照。

⁴⁸² OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn. 144-146.

施時期 2009 年 1 月 1 日に実行されたのであるから、エデカには 2009 年の総取引に対し正当な利益をもつ。

- ii) さらに裁判所は、四大発泡ワイン製造業者がエデカに対し有する対抗力は、エデカによる市場濫用とそれに起因する遡及的契約変更に係る推定においても、対等交渉の有効な反証になるとする。

(9-3) 評釈

控訴裁判所は、決定主文 (4) は遡及的な契約条項変更の問題として決定主文 (9) に含まれているとした。決定主文 (4) は遡及効の問題として共通的顧慮を含むことから、本稿においても、遡及的契約条項変更の問題として決定主文 (9) に含まれているものとして、後掲のⅧ、2、(7) で一括して評釈を扱う。

(10) 要求の時点 (通常年間合意直後の特別交渉) ; 決定主文 (9)

(10-1) カルテル庁の判断

通常の間合意を合意した直後に、本件特別交渉が行われた一連の態様を問題にする。年間交渉の合意に割り込む形で特別交渉が行われる結果は、給付と反対給付の個別関係を分断し、両給付に対する全体的な評価を供給業者に困難にするから、違法を免れないとする (上記、Ⅵ、3、(4) の (4-8) を参照)。

(10-2) 控訴裁判所の判旨⁴⁸³

- i) 本件の年間合意の締結と特別交渉に係る態様は、要求の時期の問題を生ぜしめない。エデカが供給業者に要求した条件調整と特別の支払いは、民事法上の請求権を有する。従って、遡及効をもって履行中の契約に介入するものではない。以下、この判旨を敷衍する。
- ii) 本件特別交渉は 2009 年の 3 月に重点的に行われ、4 月に締結されたが、エデカは時期的にそれ以前の段階で 2009 年の年間取引の条件を合意していた。かかる合意は間近に迫ったプラスとの統合を考慮して 2009 年の年間交渉の特別の事情として、事後的な再交渉の留保を伴っていた。

⁴⁸³ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.74-77.

iii) この留保について製造業者に書簡で伝えられたが、製造業者はそれに異議を唱えていない。この結果から、商人の確認書（Bestätigungsschreiben）に係る「沈黙の原則（Grundsatz des Schweigens）」に従い製造業者は有効に合意したものと見做される。

iv) 以上から、エデカは上記民事法上の請求権を有する。

(10-3) 評釈

i) 通例の年間交渉の際に、その直後に再交渉による合意変更がある旨を告げ、その告知に明確な反対のない事で、締結済み合意条件の調整と支払いについて、適法な民事法上の請求権ありとされた。

ii) カルテル庁は上記告知にもかかわらず、年間合意締結時に追加的条件の範囲を見通すことはできなかったと認定している。

iii) 決定主文（9）について控訴裁判所は、決定主文（4）は遡及的な契約条項変更の問題として決定主文（9）に含まれているとしたうえで、カルテル庁の非難する行為態様について、決定主文（4）と同じく、エデカがそれを犯した根拠を見出し得なかった。本稿においても、遡及的契約条項変更の問題として、決定主文（9）に同（4）を含めて、後掲のⅧの2、（1）における（1-5）で一括して評釈を扱う。

iv) エデカが供給業者に告げた再交渉の留保に関し、その商人の確認書に係る「沈黙の原則」を適用し適法性を導いた点は、現に存する商慣習に適合する判断がされたとみられる。控訴審判決の現に存する商慣習重視の利益衡量論の問題点については、品揃え拡充ボーナスの同様な立論とともに、Ⅷ、6における（1）以下で評釈を扱う。

3. 控訴審判決のまとめと検討

i) GWBにおける需要力濫用規制の中核的規定である19条2項5号の基本的理解として、「受動的差別」の禁止と解する。

ii) 「差別」禁止に係るGWBの体系的理解を基礎とし、19条2項1号が規定する実質的な正当化理由のない差別禁止と「同一の基準」による。

iii) 利益衡量に焦点を絞った不当性の判断を行なった。

- iv) 判決の実質的正当化の判断基準は、利益衡量を基本にして、市場力行使に起因する競争阻害（因果関係論）の態様を明らかにすることを目指す。
- v) 規範名宛人に求められる要求に関する説明義務のレベルについて、要求価格の算出と計算についての説明を欠き、証言の文脈をより広い状況で探索的に捉えて、初めて後付け可能になるレベルの容認がされた。後付け可能性について、その概念事態が持つ曖昧さの問題がある。この判断は BGH により維持された。
- vi) 現に存する商慣習が重視され、あるべき商慣習からの批判は問題とされない。
- vii) 事業経済的な利益、商人的視点が重視される論点として、契約の全体条件のセットを考慮せず、合併前の交渉では影響を行使できなかった購入価格を交渉するエデカの利益が、衡量の結論を導いた点が注目される。この点は、次に掲げるゼッカーの「隠れた競争」論における需要競争の理論的前提と相即的である。
- viii) 19 条 2 項 5 号を「受動的差別」を禁止する基本的理解の下に、GWB19 条 2 項 1 号の特別規定と解するスタンスは、マーケルトやゼッカーの所説に基づく。需要者の市場力が濫用行動を生ぜしめたとする因果関係論は、マーケルト説が典拠とされた。さらに反対給付との直接的な対応関係のない一般的な協賛金の正当化は、ゼッカー理論に依拠していた。このようにマーケルトとゼッカーの両教授の学説が、控訴審判決の理論的支柱を提供した。上記二学説の内、マーケルト理論のより有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質論は後掲IX、2で述べる。

ここでは、ゼッカー教授による特定の供給業者／需要者間で行われる隠れたリベートのような付随的給付を重視する「隠れた競争」論を以下に、紹介、検討する。

4. ゼッカーの「隠れた競争」論

(1) 19条2項5項の保護目的(受動的差別の禁止)

ゼッカーは、19条2項5項を、行為者段階の競争関係にある需要者に対する不当な受動的差別を禁止した規定と解する⁴⁸⁴。この点から、同項を供給業者段階の取引の相手方保護の規定と解する利益強要の禁止論に反対する。その反対は、流通業者／供給業者間の取引関係と流通業者の調達市場における競争関係の相互作用の態様を捉えた「隠れた競争」の理論構成による。

先ず、「隠れた競争」論の推論展開に係る理論的な前提を以下の(2)に掲げる。

(2) ゼッカーの需要競争の理論的前提

(2-1) 規制の前提；需要者間の競争に負の影響に及ぼす要求であること

(a) 「利益」要件の限定

19条2項5項の規制目的の捉え方に係り、競争当局及び司法当局にとって困難である、給付／反対給付間の交換正義に係る包括的コントロールを意図しない。この点から、「同項が規定する行為者の要求に係る不当な利益とは、給付／反対給付の合意について双務契約の枠外にある利益」とされる。すなわち、「需要者が需要力行使により獲得する利益であって、調達市場における競争相手に対して獲得し、かつ間接的にその販売市場において獲得する(ことになる)利益」に限られる⁴⁸⁵。

(b) ビジネス取引における「厳しい交渉」

i) このような前提から、「厳しい交渉 (hard bargaining)」による「低価格及び良好な取引条件の、競争的に用いられる実質的な契約自由の表現」である利益は19条2項5項の禁止から除外される。かかる利益は、競争相手を妨害する反競争的な特性を有するものでなく、契約交渉において交渉技術の投入によったものである。この「厳しい交渉」によった、市場で有力な事業

⁴⁸⁴ Säcker/Mohr (前掲註 429), S.6. (「旧 GWB20 条 3 項の目的は、市場で有力でない需要者の競争する可能性を維持するという利益において、供給業者の決定の自由を保護するという点に専ら置かれる」)。

⁴⁸⁵ Säcker/Mohr(前掲註 429),S.5.

者にも許される利益とは、GWB19条1項の市場支配的地位の濫用行為（一般条項）に係る価格／条件や同条4項2号（搾取濫用）の価格／条件とも異なり、需要者がその販売市場で消費者の利益に還元する購入価格の引き下げをもたらす利益である⁴⁸⁶。

- ii) ゼッカーの「隠れた競争」論は、消費者利益に還元される価格／条件を引き出す「厳しい交渉」を評価し、かかる交渉を生ぜしめるビジネス取引の現実に即した需要者間の競争を重視する特徴がある。そして需要力濫用規制に関する問題意識として、この需要者間の競争に負の影響に及ばず利益の要求行為に限る特徴をもつ。明確に市場力に起因する利益の要求行為に限るアプローチとして、因果関係が重視されている。

需要者間の競争に対する負の影響が明らかな利益の要求に限定解釈をして、厳しい交渉の要請を重視するゼッカーの因果関係論は、2018年BGH判決により退けられた（後掲Ⅷ、3、(3)の(3-2)及び(6)の(6-3)を参照）。

(2-2) 主たる給付／付随的給付二分法の批判

(a) 対価に係る経済的価値の一元的把握

「隠れた競争」論における理論的前提の第二は、流通業者／供給業者間の取引関係において、交渉を経て流通業者により達成される給付内容は、製品価格の切り下げによるか、あるいは、リベート等の利益によるかで区別しない点である。これは以下に述べるような、主たる給付／付随的給付の二分法を批判する競争法上の評価になる⁴⁸⁷。

(b) 付随的給付の再評価

かかる流通業者の反対給付については、金銭以外の給付（大量購入の便益、販売促進の役務提供等）で行うことを、付随的給付と位置付けて、金銭支払いによる主たる給付と対照させ、前者について利益強要の不当性評価をUWGの

⁴⁸⁶ Säcker/Mohr, S.5.

⁴⁸⁷ Säcker/Mohr（前掲註429），S.5-6. すなわち、持続的な価格引き下げによるか、過去の支払いを合算するアドホックな措置によるかに関し、経済的価値のうえで後者は価格割引と異ならない。ゼッカーによれば合意されたリストプライスから、秘密のリベート、宣伝助成金、棚代等により引下げが行われて、好都合な取引価格について、取引の外部にいる他の流通業者にペナルが被せられる場合も同様である。A.a.O..

観点から行う議論が1980年代まで活発であった⁴⁸⁸。ゼッカーの「隠れた競争」論の前提には、主たる給付／付随的給付の二分類を批判する、対価に係る経済的価値の一元的把握がある。

(2-3) 流通業者の事業経営上（利潤極大化）の要請

(a) 事業経営上の判断過程重視の傾向

需要力濫用規制の第三の前提として、ゼッカーの「隠れた競争」論は、流通業者の事業経営上の判断過程が重視される傾向を指摘できる。リベート、ボーナスや報奨金などの、流通業者の受ける経済的利益と供給業者に提供する便益は多様であるが、かかる「多様さは流通業者の（扱う）商品に係る（総体としての）経営上の計算に解消される」⁴⁸⁹。

(b) 利潤極大化の要請

すなわち、「この場合商品の購入価格はこれら商品について得られる付随的給付全ての考慮の下で決定され、できる限り高利潤を引き出す販売価格となるよう検討される⁴⁹⁰」。

(2-4) ゼッカーの需要競争の理論的前提；まとめ

①「厳しい交渉」を重視した「利益」要件の限定、②主たる給付／付随的給付二分類の批判、③流通業者の事業経営上の判断過程重視の傾向は、消費者利益の最大化の上記要請とともに、ゼッカーの需要競争の理論的前提を形作る。

(3) 「隠れた競争」としての需要競争

次にその「隠れた競争」論は、以下の推論構成⁴⁹¹が骨格をなす。

⁴⁸⁸ 公正法（UWG）による利益強要禁止の判例において示された議論の傾向であり、この傾向に対しては、メストメッカーの「隠れた競争」論による主たる給付／付随的給付の二分類批判があった。参照、拙稿・利益強要2（前掲註25）7頁以下、24頁以下。

⁴⁸⁹ Säcker/Mohr(前掲註429),S.5. 上記のように流通業者のなす売上げ促進のための多様な付随的給付の提供は、供給業者の引き渡す製品に関連して、流通業者の支払い価格を引き下げる効果をもつ。この点は流通業者の事業経営上の把握として重視される。A.a.O..

⁴⁹⁰ Säcker/Mohr,S.6

⁴⁹¹ Säcker/Mohr,S.6. ゼッカーの「隠れた競争」論の典拠には、以下の商学理論書が挙げられている。そこでは、市場の不透明を特徴とする不完全市場の条件は、購入条

(a) 市場の透明性を保つ供給業者が一律に行う価格切り下げ

特定の供給業者／需要者間で行われる隠れたりレポートのような付随的給付は、商品購入価格の一律、直接切り下げと対照的に、それが行われる市場における透明性を欠く特徴がある。そもそも市場の透明性は同一、類似の値下げを促す結果、需要者の競争優位を減じる。しかし製造業者にとって乏しい市場の透明性は、広範な価格闘争を回避し、個別の流通業者に適した給付を提供できるメリットがある。

(b) 寡占的協調を打破する「隠れた競争」の評価

他方、秘密の内に個別に提供され、供給業者が譲歩する利益の提供については、需要者にはライバルに対する比較優位を維持するメリットがある。購入利益が需要者の競争者にも帰属することになれば、競争する需要者にとってその優位は無力化する⁴⁹²。この点からベールに覆われた価格譲歩は寡占的市場構造にあつてしばしば価格競争の実効的な発露になる⁴⁹³。これは寡占的協調を打破する、供給業者間の「隠れた競争」になる（ゼッカー）。

(4) 製造業者の売上促進に仕える付随的給付

(a) 流通業者の一般的な投資への協力

- i) このような他の需要者には隠された、流通業者には好都合な価格譲歩の獲得により、流通業者は供給業者ために、展示と販売スペース（棚）また製品の宣伝活動といった便益を提供する。

件の決定で多少なりともより大きな範囲を買手に許す傾向が指摘されている。Vgl., Barth/Hartmann/Schroeder, Betriebswirtschaftslehre des Handels, 6 Aufl. (2007), S.301.

⁴⁹² かかる競争者に対するコストの優位は、1977年の独占委員会報告書が、GWBによる需要力濫用規制に対する消極論を述べた際、需要者段階の競争阻害が明らかな場合に規制を限定する根拠の一つとされた経緯がある。Monopolkommission, Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1977.Rn.85.

⁴⁹³ Emmerrich, Kartellrecht, 12 Aufl. (2012) § 29 Rn.75 (需要者に対する供給業者の隠れた価格譲歩は、多くの市場で最後のしかも実効的な価格競争の形態になり、それゆえ特に保護に値する)。

ii) さらに、販売フロアの改修といった流通業者の一般的な投資は、供給業者との関連を欠き、商品ないし製品関連の結果も伴わないその協力の要求において、流通業者の事業リスクの供給業者への許されない押し付けとなるのか⁴⁹⁴、あるいは、具体的な利益供与の要求を正当化できるのか⁴⁹⁵学説に争いがあった。ゼッカーは以下の理由から、後者の立場に立つ。

(b) 流通業者の購入契約における交渉が重視される特徴

「これら（便益の提供）全ては、流通業者の購入契約における給付と反対給付に係る交渉を前提にする。一定の補助的な給付によって、流通業者に好条件な価格との『セット』が契約の意味で捉えられ、反競争性は問題にならない」⁴⁹⁶。

「流通業者は購入価格の譲歩を実現するため、条件合意の対象につき付随的給付を提供し、かかる付随的給付は製造業者の売上促進に仕える。直接間接の価格譲歩に対する付随的給付は、当事者間の給付と反対給付に関する合意された双務契約の構成要素である。かかる双務契約へ介入することは、ギブアンドテイクによる当事者間の均衡関係に対する、UWG の認めていない阻害となる」⁴⁹⁷。

⁴⁹⁴ Köhler,WRP 2006(前掲註 286 参照), 139, 143; *Nothdurft*,in *Langen /Bunte, Kartellrecht*,Bd 1, 13.Aufl.(2018)(*Nothdurft*,in *Langen /Bunte* と略称),§19 Rn. 270.

⁴⁹⁵ 「長期でそのリベートなしでは、一定の顧客を獲得できず、あるいは地域に進出できないおそれのある流通業者の生き残りの状況に、供給業者は利害を有する。従って、生き残りをかけ競い合っている需要者の獲得するリベートをめぐる利益は、正当化される。また販売経路の創設、拡充や現代化に仕える利益も正当化される。同じく需要者との長期的契約関係を保つ利益や、かかる需要者の望みにより良い条件を追加する利益も、(このような利益供与のない)他の需要者では関係を断たれる事態を無いようにするため、正当化される」。Säcker/Mohr(前掲註 429), S.24.

⁴⁹⁶ Säcker/Mohr(前掲註 429), S.6.

⁴⁹⁷ 供給業者と流通業者の各サイドにおいて、調達と販売のマーケティング活動ため投入される手段は、許された主たる給付と許されない付随的給付に客観的に二分されない。品質及び全ての付随的給付から区分された価格それ自体が、業績競争の「理想的市場活動」である根拠はない。Säcker/Mohr,S.6-7.

VIII. エデカ事件 BGH 判決

1. BGH 上告不許可処分抗告決定

- i) 2016 年 11 月 BGH は、控訴裁判所の上告不許可処分に対するカルテル庁の法律抗告 (Nichtzulassungsbeschwerde) に対し、カルテル庁決定主文⁴⁹⁸における (1) (2) (6)、そして (7) のうち「協賛金」に関する部分につき、控訴裁判所の上告不許可処分を取り消す決定を下した。その余の決定主文に関する法律抗告を退けた⁴⁹⁹。以下本稿VIIIの 1 及び 2 の記述では、決定理由について、原文に付された欄外番号によって (Rn.~) の様式で、引用箇所を本文に注記する。
- ii) カルテル庁決定主文のなかで、(4) 及び (9) に関する契約条件の調整要求における遡及効の問題については、本稿VIIIの 1 とは独立にVIIIの 2 において検討する。

(1) BGH に対する法律問題の上告

(a) 法律抗告の要件 (GWB74条2項)

控訴裁判所の上告不許可処分に対する抗告は、GWB74 条 2 項の規定に基づき判断される。同規定は、「原則的な意義を有する法律問題を判断する」場合と「法形成ないし判例の統一性確保のために連邦通常裁判所の判断が必要である」場合に、法律問題に対する抗告を認める⁵⁰⁰。

(b) 本件の BGH の判断

- i) BGH は上記決定主文 (1) (2) (6)、そして (7) の「協賛金」に関する部分につき、法律問題抗告を認める原則的意義を有する上記の場合に該当するとした。また、「協賛金」については「法形成」に係る判断も必要であるとした。(Rn.6,11,13)

⁴⁹⁸ 前掲「VI. 2014 年エデカ事件カルテル庁決定」における「2. 決定主文」を参照。

⁴⁹⁹ BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16 (<http://juris.bundesgerichtshof.de>), S.2.

⁵⁰⁰ GWB §74 Abs.2 (2017), BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16,Rn.5.

ii) 上告不許可処分を維持した BGH 決定。その余の決定主文に関する法律抗告は原則的な意義を有する法律問題にあらず、また法形成ないし判例の統一性確保の要請も認められないとした (Rn. 15)。

決定主文の (3) (4) (5)、(7) のうち「シナジーボーナス」、そして (8) (9) は、カルテル庁の決定を取り消した控訴裁判所の判断が維持された (Rn.15-17)。

(3) (5)、(7) の「シナジーボーナス」及び (9) に関する判断につき BGH は、以下のように述べた。控訴審判決に対する「カルテル庁の非難とは反対に、控訴裁判所は決定主文を未決定とはみなしていない。カルテル庁の決定主文は、異議を申し立てられた違法行為が、四大製造業者全てに全体的に違法に行われたと一義的に解される。かかる違法の理解には同意できない。控訴裁判所は、その判決理由で上記 (3) (5) (7) 及び (9) の非難する行為態様についてエデカがそれを犯した根拠を見出し得なかった。この点で上告許可は理由がない (Rn.16)」。

iii) 最適価格清算は、決定主文 (1) (2) (6) の理由によって、違法とされたが、カルテル庁が決定主文 (3) において不透明かつ後付け困難であるとした理由付け(要求の算定根拠につき具体的な算定額を導く説明が求められないで、金額の算定根拠が説明されない問題) については、上記 ii) のように上告審で判断される必要が認められていない。

(2) 「要求」要件と実質的正当化及び因果関係

本件でカルテル庁が適用した 2007 年旧 GWB20 条 3 項 (現行の 19 条 2 項 5 号) において、「要求 (Aufforderungen)」の規定に係る BGH の判決はこれまで存しない。(Rn.7) BGH は、次のように要求の規定と正当化問題について判断した。

(a) 市場の相手方の対抗力問題と全体状況の観察

「控訴裁判所は、利益の要求の『実質的に正当化される理由』に関する指標の解釈に基本的な判断をした。それは製造業者の対抗力の有無及びその程度が正当化の検証に関連するか、どの程度関連するか、そして供給業者の全体状況ないしその時々個別要求が、かかる検証に関連するか及びどの程度関連する

かについての重要問題であり、これらは原則的意義を有し解明が求められる。この点は特に食品小売業では典型的に問題となる」。(Rn.7)

(b) 市場地位と行為との間の因果関係

「これらの点の他、要求概念につき市場地位と要求の間で因果関係を前提にするとの控訴裁判所の判断も原則的意義をもつ」⁵⁰¹。BGH はかかる判断をめぐる学説の争いを要約する。(Rn.9)

(3) 具体的な反対給付を欠く「協賛金」問題

カルテル庁決定主文(7)のうち「協賛金」に係る控訴裁判所の法律抗告の判断は、原則的意義を有する(BGH) (Rn.11)。その判断は、「19条2項5号の要求に関する実質的正当化について、一定の販売活動等の具体的な反対給付につき合意がない場合に、否定されるかという法律問題である(Rn.12)」⁵⁰²。

⁵⁰¹ このような問題は決定において重要である。控訴裁判所は、利益の要求は市場力の利用それ自体を示すものでなければならないという意味で、市場力と利益の間の強い因果関係を必須のものと捉えた。Vgl., BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn. 10. 学説は以下のように争いがある。BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn.9.

一方で、「かかる因果関係について規範的意義を有するに過ぎない」とする見解がある。この立場は、市場力が濫用的行為の効果を強めたのであれば因果関係における規範的要請を満たすと主張する。すなわち、「あれなければこれなし (conditio sine qua non)」の事実的な因果関係である、「市場力がなければ利益は要求され得なかった」の立証を要しないという立場である *Northdurft*, in *Langen/Bunte Kartellrecht*, §19 Rn.155. このような見解によると、かかる因果関係は規範的な特徴をもち、それゆえ市場力なくしては利益を獲得することはできないとの前提に立つものではない。むしろ需要者は専ら自らの市場地位を留意して、要求をしているのでなければならない。Köhler, WRP 2006(前掲註 286 参照), 139,141, *Northdurft*, in *Langen/Bunte*, (前掲註 494), § 19 Rn. 473, *j*, in *Loewenheim/Messen/Riesenkampf/Kersting/Meyer-Lindemann*, *Kartellrecht*, 3 Aufl. (2016)(L/M/R/K/M-L/Bearbeiter と略称), §19 GWB, Rn.112.

他方で、「利益供与の要求は需要者の市場力に客観的に起因する限りで規範名宛人の地位が根拠付けられる」として、「因果関係を規範的特徴に縮小する理由はない」とする見解(本件控訴審が採用)がある。BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn.9. Säcker/Mohr(前掲註 429), 1,23, *Markert*, in *Immenga/Mestmäcker*(前掲註 429), §19, Rn.378.

⁵⁰² 「販売フロアーの改修といった供給業者関連を把握できず、又商品群ないし製品群の関連もない協力要請は、具体的に利益供与の要求として正当化されるか、あるいは事業者のリスクを供給業者に不当に押し付けるのか」学説で争いがある。BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn.12. さらに、協賛金の要求と具体的な反対給付の問題は、BGH

(4) 品揃え拡充ボーナス；決定主文 (3) 及び (8)

(4-1) カルテル庁の判断

決定主文 (3) は、品揃え拡充ボーナス (同ボーナスは、追加品揃えの予想売上 10%か、又は追加製品毎に一括 40 ユーロになる⁵⁰³。) について、その要求と根拠に関し不透明かつ後付け困難であるとする。同じく決定主文 (8) は、品揃え拡充ボーナスについて商品経済上後付けできない支払い要求になるとする⁵⁰⁴。

(4-2) 控訴審判決の利益衡量論⁵⁰⁵

本ボーナスは売上増とそれによる利潤増の予測に基づく。その要求は必然的に非常に曖昧であり相当な不確実性を伴う。製造業者には要求されたボーナスの支払とその額が告げられているのだから、自らの支払いと期待される売上の計算はできた。エデカが製造業者に対し、計算方法及び具体的支払額及び追加品揃えの具体案を告知しなかったことは、要求の不透明とその根拠不十分の非難について根拠足り得ない。それは当該事業分野で通常であり、かかる商慣習に対し製造業者はエデカに不透明の異議を唱えず、根拠の説明も求めていない。

によれば新店舗の開店祝賀レポートや記念祭ボーナスの要求との関連で、不特定多数の事例にとって先例的意義を有する A.a.O., Rn.13。

⁵⁰³ 要求額の算定につき、追加品揃え製品毎に一括 40 ユーロという手法によることは、実際の品揃えと当該製品の価格の計算を省いている。供給業者の追加的売上の可能性とならぬ関係性がなく、実質的な正当化の根拠は存しないとされた。BkartA,03.07,2014-B2-58/09 -EDEKA, Rn.469.

⁵⁰⁴ このボーナスは、エデカ系列のネット社店舗で品揃え済みの製品を統合先の旧プラス社店舗に新たに品揃えすることにより支払われる。これとは逆に、旧プラス社店舗でのみ品揃えされていた製品は、ネット店舗ではもはや品揃えされない。供給業者にはこの点で、重大な売り上げの損失が生じることが考慮されていない問題が指摘された。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA Rn.468.

⁵⁰⁵ 製造業者には、プラス店舗のネット系列への転換から品揃え充実の利益がもたらされる。次にエデカは、かかる利益を根拠にして対等な特別交渉を行い、製造業者の適切な支払額を交渉し、また品揃え充実と新規の品揃え交渉をした認定がされる。品揃え拡充ボーナスの根拠と算定方法につき後付け困難であり、不透明であるとのカルテル庁の認定は、証言により採用できない。追加品揃えの正確な範囲が不明であること、また品揃え拡充の言明が拘束力ある約束でないことは、これまでの経験から製造業者は統合による追加売上げの可能性と支払額の適正さを予測でき、支払い額を減額できた例があり、品揃えの事実上の合意が認定できるから問題視されない (前掲VII、2、(6) の (6-2) を参照)。

(4-3) BGH の判断

BGH は決定主文 (3) の品揃え拡充ボーナスに対しては、カルテル庁の上訴不許可処分への抗告を退けているので、決定主文 (3) におけるこの部分の控訴裁判所の判断は確定することになる。また決定主文 (8) について、カルテル庁の決定を取り消した控訴裁判所の判断を維持した。

(4-4) 評釈

- i) 売上増等の予測に基づく本ボーナスの要求額につき、必然的に非常に曖昧であり、相当な不確実性を伴うとした前提が述べられた。この予測による前提が、以下の相当な不確実さを伴う結果を容認する結論を導く重要な要因になった。すなわち、要求額の計算方法の提示がないこと、さらに正確な追加の品揃えが不明であり、その具体案が提示されておらないことである。結局、不可避的に曖昧さを伴う要求でも、それが是認されるべき必要性を判断の基礎とすると解される。
- ii) このような要求利益に係る算定根拠と反対給付の具体案が、合併に基づく従属的事業者に明らかにされないことについて、現に存する商慣習との適合性と異議の提示されなかった交渉の経緯から実質的な正当化を認めた判断が目立つ。事柄の性質上曖昧な算定根拠とならざる負えない要求の問題点を、現に存する商慣習がカバーする働きをしている。
- iii) 曖昧さを免れない要求であっても容認する必要があること、商慣習として当該要求が是認されることの双方を理由として本ボーナスの正当性を否定しなかった控訴審判決、並びに BGH の判断は、需要競争の本質的理解から導かれたと考えられる。すなわち、競争者の買収に基づく取引の拡大は、市場の競争に打ち勝つための方途でもあり、かかる手段につき、より有利な取引条件の獲得を目指すことは、需要競争に本質適合的であると判断されたと解される。

(5) シナジーボーナス；決定主文 (7)

(5-1) カルテル庁の判断

カルテル庁は、シナジー効果のコスト削減効果を消極に解した⁵⁰⁶。またカルテル庁は、その効果の供給業者による後付け可能性をエデカの側で立証すべきとしたうえで、本件交渉経過では乏しい成果の説明しかないことを問題にする。

(5-2) 控訴審判決（前掲Ⅶ、2、(7) の (7-2) を参照）

これに対し控訴審は、将来的な販売増の可能性によるコスト削減からもたらされるシナジー効果の利益は、「不確定である」と認めたとうえで、年間交渉の縮小などの効果は供給業者に「全く否定されることにはならない」とする。また輸送コスト削減効果がないと「決定することはできない」とした。売上増による固定費逓減効果（原材料及び包装資材の減少）と広告宣伝費の削減効果も否定されないとする。そのうえで控訴審判決は、本件特別交渉で、輸送コストに係る便益が生じ、その生じる程度について説明されたとする。

(5-3) BGH 上告不許可処分抗告決定。

シナジーボーナスについて控訴裁判所の判決理由では、エデカがカルテル庁の非難する行為態様を犯した根拠を見出し得なかった。この点で上告許可は理由がないとする⁵⁰⁷。

(5-4) 評釈

i) カルテル庁の決定段階で、シナジー効果はそのコスト削減効果を消極に解され、また控訴審でも「不確定である」とされた。何れの認定においても、積極的にその効果が肯定されない結果が本件争点の特徴になる。このように、明確に供給業者にもたらされる反対給付となるコスト削減効果が立証されなかったシナジーボーナスについて、控訴審判決は本件特別交渉で説明がさ

⁵⁰⁶ 一般的に予想される輸送コスト削減は、本件製造業者の見解では否定的であり、注文量増加による物流コスト、交渉相手の数、年間交渉の実施、事務処理手続きに関する効果も否定的に捉える。また品揃え拡充に関するシナジー効果は、品揃え拡充ボーナスとの重複問題を生じる。さらに各供給業者に個別事案でコスト削減効果が生じるかの定量化は困難である。結論的に、年間総売上上の0.5%の額で一律に課される、シナジーボーナスについて反対給付が存しないとした。

BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.402-408,411.

⁵⁰⁷ BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn16.

れた経緯を強調する。BGH はかかる控訴審の判断に、違法を認めなかった。

- ii) 負担額の算出根拠について明確さを求めなかった BGH の判断は、カルテル庁の行為者に対する以下の立証要求を退けたものと思われる。すなわち、個別供給業者に個別事案でコスト節減効果が生じるかの定量化は困難であるから、エデカの要求に対する反対給付の根拠と計算につき、供給業者に後付けできることを、エデカの側で立証すべきとの要求である。またカルテル庁の認定による、具体的要求のされた交渉経過について、乏しい反対給付の成果になるカルテル庁の認定も、当該シナジーボーナスの実質的正当化を欠く結論に導くが、この結論も BGH の採用するところでなかったと考えられる⁵⁰⁸。
- iii) カルテル庁及び控訴審の何れも積極的な効果を認定しなかったシナジー効果について、なおボーナス請求の正当性を否定しなかった控訴審判決と BGH の判断は、需要競争の本質的理解から導かれたと考えられる。すなわち品揃え拡充ボーナスで述べた点（前掲、(4)、(4-4) の iii)）と同様に、より有利な取引条件の獲得（マーケットの所説⁵⁰⁹）を目指す当該ボーナスは、需要競争に本質適合的であると判断された。

2. 契約条件の調整と遡及効

(1) 当該争点の概観（カルテル庁決定主文の（4）及び（9））

(1-1) 遡及的変更とされた合意

年間供給契約は、2009 年 3 月に重点的に行われた本件特別交渉が 4 月に妥

⁵⁰⁸ これに対し、エデカの要求利益に係る「十把一絡げ（pauschale）」の理由付けでは十分でないとする以下の反対がある。提供された利益に対する何らかの反対給付があることでは、正当化される業績関連として十分でない。利益と反対給付の間の内的な（innere）関連が存しなければならない。例えば、一方で利益としてのシナジーボーナスであり、他方で反対給付としての拡張された品揃えが挙げられただけであるならば、次の問題が指摘される。その拡張された品揃えは、それだけでは、合併によって数が減った販売先との交渉によるコスト削減の利益を表すものとはいえない。Künstler, Die Anwendung des kartellrechtlichen Anzapfverbots im Lebensmitteleinzelhandel und darüber hinaus, WuW 2015,1093,1102.

⁵⁰⁹ 後掲、IX、2、「(2) 給付／反対給付の不均衡と需要競争の本質論」における iii) 及び iv) を参照。

結される以前の段階で、合意に至っていると一括して認定されている⁵¹⁰。

(1-2) 遡及的な支払いと調整の要求；カルテル庁決定主文（4）

(a) カルテル庁の主張（前掲、VI、3、（4-8）を参照）

上記（1-1）の事実を前提として、カルテル庁は決定主文の（4）において、通常の年間交渉の契約条項をその後の特別交渉において遡及的に変更することは実質的に正当化されないとした。すなわちエデカによる2009年3月と4月の本件特別交渉は、2009年の年間契約全体に関連付けられ、遡及的な契約条件の変更問題を生ぜしめるとした。

(b) 合併承認と留保付き契約合意

これに対しエデカは、供給業者が2009年の年間交渉の初めの時点でプラス社の営業譲渡について既知であり、その締結時の合意は特別交渉に係る民事法上の留保を伴うから、本件要求は合意内容の遡及的な介入ではないと反論する。

(c) 仮の契約合意

また、訴訟参加人のレーヴェは年間交渉について、その交渉合意が2009年1月1日から12月31日までの会計期間に係る仮の合意に過ぎないとして、追加交渉により補完されるとみなす⁵¹¹。

(d) カルテル庁の反論

これらの点についてカルテル庁は、以下のように反対した。上記（b）の考え方によれば、如何なる年間交渉の締結も相応の未解決条項を伴うものと解されて、事後的に「任意の補完」がされる。また（c）の考え方によれば、各年の12月末まで年間交渉の合意に依存することなく、新しい条件の要求が可能となるとして、市場で有力な事業者による本件のような要求は、利益強要禁止のカルテル法の規定に反する⁵¹²。

⁵¹⁰ 遡及的な合意変更が問題になった契約は、2009年の年間供給契約である。各年に通常の年間契約の交渉に係りエデカとそれぞれの供給業者による合意の成立時点は、カルテル庁及び控訴裁判所の個別の認定がない。しかし本文のように一括した時期に関する認定がされた。前掲、VI、3、（4）、（4-2）における「（c）2009年特別交渉における要求の供給業者による後付け可能性」を参照。

⁵¹¹ Bkart,03.07.2014, B2-58/09-EDEKA, Rn.486,487.

⁵¹² Bkart,03.07.2014, B2-58/09-EDEKA, Rn.480,488,491.

(1-3) 控訴審判決

控訴裁判所の判断は特別交渉の条件は 2009 年 1 月 1 日（統合に関するカルテル庁決定）で効力を有するから、エデカには 2009 年の総取引に対し正当な利益をもち、実質的に正当化されるとして、カルテル庁の決定を取り消した⁵¹³。

(1-4) BGH 上告不許可処分抗告決定

遡及効を有する条件調整と清算支払い要求に関する決定主文（4）については、BGH は、以下の控訴裁判所の判断を認容した。「供給業者は 2009 年の年間契約に係る交渉開始に先立ってプラス買取につき既知であり、その合意は民事法上の留保（後の交渉に係る未決定条項とみなされる）を伴っていた（Rn.17）」⁵¹⁴。従って、「エデカが 2009 年の取引全体について、支店網の統合による拡大を計算に入れた、統一的条件に係って正当な利益を有することを控訴裁判所は認めた（Rn.17）」⁵¹⁵。かかる事情を考慮すれば、上告許可の申し立てには理由がない（Rn.17）。

(1-5) 年間契約の合意に割り込む本件特別交渉；カルテル庁の決定主文（9）。

- i) 決定主文（9）は本件特別交渉における要求の時点の問題にする。エデカの要求は年間の合意に割り込む形で行われ、給付と反対給付の個別関係を分断して両給付の全体的な評価を困難にするから、違法を免れないとする⁵¹⁵。
- ii) 決定主文（9）について控訴裁判所は、決定主文（4）は遡及的な契約条項変更の問題として決定主文（9）に含まれているとしたうえで、カルテル庁の非難する行為態様について、決定主文（4）と同じく、エデカがそれを犯

⁵¹³ OLG Düsseldorf, 18.11.2015, Rn.144-146.

⁵¹⁴ BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn.17. BGH はカルテル庁決定の欄外番号 486 を引用する。欄外番号 486 は、年間交渉時に供給業者がプラス買取につき既知である事情である。A. a. O., Rn.486.

⁵¹⁵ エデカの要求は、統合に伴う本件特別交渉（2009 年 3 月と 4 月）を基礎として、年間契約に基く供給の開始以来、既に 3 箇月から 4 箇月を経過してなされた。この支払い及び契約の条件に関する要求は同年 1 月 1 日まで遡及しなければならないことから、年間の売上全てについて関係づけられる。前掲、VI、3 における（4-9）を参照。

した根拠を見出し得なかった⁵¹⁶。BGH（上告不許可処分抗告判決）はこの点の判断を容認して、上告許可は理由がないとした⁵¹⁷。

- iii) 決定主文（4）は遡及効の問題として共通的顧慮を含むため、以下本稿においても、遡及的契約条項変更の問題として決定主文（9）に含まれているものとして、格別の異なる検討をしないで扱う。
- iv) 本稿では以下、（2）から（6）まで遡及的合意変更に対する実質的な正当化の推定問題に係る学説と判例を扱い、（7）で契約条件の事後的な変更可能性について、合意締結時に告知しておく措置の法的効果の問題を扱う。

（2）結合企業の条件統一化としての契約条件の改善（ゼッカー）

（2-1）事後的な契約条件の調整と遡及的な契約条件の変更

ゼッカー教授の所説は、メトロ事件のような競争下の合併当事会社による契約条件の調整に対して、代金減額問題（遡及的な合意の変更）を区別するという特徴的な立場による。前者につき、ライバル企業の買収と経営統合からもたらされる供給業者の利益についてカルテル法の競争保護の視点から考慮をして、契約内容の事後的な調整となる需要者の要求利益に対し、実質的な正当化の判断枠組みを論じた⁵¹⁸。そしてこの立場は、基本的に上記の控訴審判決と BGH の立場を根拠付ける側面も有する。以下にこの点を要約的に紹介する。

（2-2）厳しい競争の在り方と事業経営上のロジック

（a）店舗現代化等の一般的利益の重要性

- i) 「食品小売業における合併はこの市場の厳しい競争に直面して、通常（買収先のライバル企業）…（について）収益性の低いものとなる」。「これまで成

⁵¹⁶ OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn. 74-77 (決定主文 4 は遡及的契約条項変更の問題として決定主文 9 に含まれている)。年間取引の合意は間近に迫ったプラスとの統合を考慮して 2009 年の年間交渉の特別の事情として、事後的な再交渉の留保を伴っていた。この留保について製造業者に書簡で伝えられたが、製造業者はそれに異議を唱えていない。商慣習に従い製造業者は有効に合意したものと見做される。すなわち、エデカは上記民事法上の請求権を有する。OLG Düsseldorf, 18.11.2015, Rn. 74-75. 前掲、VII、2、(10) における (10-2) を参照。

⁵¹⁷ BGH: 15.11. 2016 KVZ1/16, Rn. 16.

⁵¹⁸ OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn. 72.

果の乏しかったディスカウンターと取引していた供給業者」は、相対的に優れた成果をあげる合併後の需要者に統合された流通部門と取引する。かかる統合により、買取元の新たな総体の需要者は、これまで成果の乏しい店舗に代えて基本的な店舗の現代化、品揃えの拡充、そして取引量の合算による管理費用削減の利益を供給業者に提供する。かかる利益提供に対し適切な反対給付を要求することは、「事業経営上のロジックに合致する」⁵¹⁹。

- ii) 店舗の現代化に言及した上記のゼッカーの所説は、控訴審判決によって引用され、その理論的基盤を提供した⁵²⁰点で注目される。上記の店舗の現代化について、それが供給業者にとっての利益足りうるか議論があるが、ゼッカーは正当化を認める⁵²¹。品揃え拡充及び管理費用削減の利益につきゼッカー理論との関連は、合併前の交渉では協議できなかったこれら利益が、事後の価格交渉で認められるべきとされた事業経済的な利益、商人的視点が重視される論点が指摘できる⁵²²。

(b) 供給業者の利益分析

買取先のディスカウンターはこれまで 19 条 2 項 5 号の規範名宛人と競争関係にある事業者であり、このような当該市場の活発な競争の在り方がゼッカーによる立論の基礎的認識を構成する。この点を以下、敷衍的に説明する。

かかるディスカウント市場の活発な競争から影響を受けて、これまで供給業者は、収益性の面で買取元の需要者に劣る買取先と取引していた。収益性で劣位の買取先はその優位にある買取元に統合されるのであるから、合併承認の明らかになった時点において、供給業者はかかる競争優位にある需要者と取引する一般的、抽象的な利益は保証される。従って年間契約の合意に係る事後的な調整の問題については、合併から供給業者にもたらされるとされる上記利益について具体的な提供の説明がされなくても、カルテル法上の濫用規制における実質的正当化の判断では格別の問題を生じない⁵²³。

⁵¹⁹ Säcker/Mohr(前掲註 429),S.14.

⁵²⁰ 店舗の現代化について前掲VII、2、(8)の(8-2)を参照。

⁵²¹ Säcker/Mohr(前掲註 429),S.14.

⁵²² 前掲VII、「3.控訴審判決まとめと検討」のvii)を参照。

⁵²³ Säcker/Mohr(前掲註 429), S.14.

(c) 行為者段階の市場の競争の重要性

供給業者の取引の相手方である需要者間で繰り広げられた保護に値する自由な競争の在り方に従う形で、規範名宛人と供給業者間の契約保護に係る利益の衡量が図られる構図になっている。

(2-3) 「単なる契約条件の改善」と遡及的な合意内容の変更

(a) 民事法上の問題構成からの乖離

以上のようなゼッカーの所説は、メトロ事件や本件の年間合意の事後的な変更について、遡及的な契約合意の変更とする理解と対照的に、「現行の契約に介入するのではなく、結婚リポートにより将来的に達成されなければならない、単なる契約条件の改善、すなわち拡張された結合企業における条件の統一化」⁵²⁴として捉える問題意識に立つ。このような締結済み合意の遡及的な変更、あるいは約定済み代金の減額請求という民事法上の問題構成に対する意識の希薄さは、以下の二点からなる要因に起因すると考えられる。

(b) 行為者の存する市場の競争の在り方

すなわち第一は、上記(2-2)の(b)における合意変更の原因事実である合併が生じた市場における競争の在り方に対する認識である。具体的には、ディスカウント部門の活発な競争が、法の保護に値する自由な競争として維持されるべきことを踏まえたと考えられる。かかる活発な競争下における事業買収は、買収部門の強化により競争促進的と評価された。以上の評価は、競争行為者の存する市場の競争の在り方が、搾取濫用の判断を規定した取引条件の全体的観察をするアプローチについて述べる後掲のX、1、(3)のiii)以下における指摘と、相即的である。

(c) より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質論

具体的説明義務を求められない規範名宛人の利益提供に対しても、適切な反対給付を要求することは、「事業経営上のロジックに合致する」という認識である。この点は、前述したマーケットによる有利な取引条件を獲得する努力と給付

⁵²⁴ Säcker/Mohr(前掲註 429), S.24. 前掲、「VII. エデカ事件控訴審判決」で扱った4、(4)のゼッカーの見解を参照。

／反対給付の間の不均衡の関係を市場の競争に即して論じた問題構成と相即的な特徴として指摘できる（前掲Ⅷ、1、(5)、(5-4)のiii）を参照）。

（３）反証を許した違法推定説（BGH メトロ事件判決）。

買収先業者と取引する供給業者への利益強要として、本件と同種の合併事案であるメトロ事件⁵²⁵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。BGH は旧 GWB20 条 3 項の規範名宛人である需要者が遡及的な契約条件の変更を行えば、民事法上の請求権を欠く実質的な正当性を欠く推定が働くとした。しかしかかる推定は反証が許されるとする⁵²⁶。遡及的な契約の変更問題について、反証を許した推定を認める BGH の判旨には、以下の厳しい批判がある。

（４）反証困難な推定説による判例の批判（ヴァンダービッツ）

（a）合併から生じる将来の不確実な利益

i) メトロ事件判決で BGH は、供給業者に合併によって生じる利益を示している⁵²⁷。これは条件調整により供給業者に生じる負の効果について、それを償う対価であって、具体的事案における業績による正当化のされる反対給付⁵²⁸になる。ここで問題とされるべきは、条件調整がどの程度実際に償われるかの対価のレベルである。この点につきヴァンダービッツは、遡及的に契約条項を変更する場合の上記 BGH 判決が依拠する基準について、その問題点を指摘した。

⁵²⁵ 前掲Ⅴ、3における(6)を参照。

⁵²⁶ 前掲註288及び該当本文参照。

⁵²⁷ 「引き続き年度において契約関係の維持、強化」が供給業者になされることをもって条件調整と清算払いの対価となる利益として例示した。BGH, 24.9.2002, KVR8/01-„Konditionen Anpassung“, S.14-15, GRUR2002, S.84.

⁵²⁸ 「対価はそれが認められた事情に係ってのみ原則的に効力をもつ。具体的事案において何のために対価が認められたかは、BGB133条（意思表示の解釈は真意を探求しなければならない）、157条の解釈（信義誠実に基づく契約解釈）により決定される。Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht nach § 20 III GWB, 2013 (Wanderwitz, Missbrauch と略称), S.65.

- ii) それによれば、遡及的な契約条項の変更による利益要求の問題では、次の二つの期間を「厳格に」分けることが求められる⁵²⁹。
- 一つは、遡及的な調整が行われる過去の契約締結の時点と合併の時点との間の期間である。いま一つは、合併が効力を生じる時点以降の期間である。供給業者は、BGH が指摘する利益を、合併が実効性を有した時点以降に得る。「供給業者にもたらされる条件調整の負の影響が、合併の利益によって償われるとする前提は合併が効力を生じた時点でのみ、つまりその利益が実際に供給業者にもたらされる時点でのみ意味を持つ⁵³⁰」。そして過去の契約条件の調整を求める需要者は、供給業者に合併から生じる利益を、例えば「金額相当 (entsprechenden Geldbetrag)」の形で明らかにしなければならない⁵³¹。
- iii) ヴァンダービッツはこのような推論からメトロ事件で BGH が述べる反証可能な違法を推定するアプローチについて、遡及的な契約条件の調整が行われた場合には、その実質的正当化に係る反証は、通常の民事請求権に基づくときとされる要求であっても、正当化の除外根拠とみなす⁵³²。すなわち遡及的な契約条項の変更を将来の不確定な利益に依拠せしめることは、実質的正当化に係る反証困難な推定をもたらす⁵³³。
- iv) この見解は合併により生じる利益について「金額相当」で具体的に明示することまで求めるのであるから、実質的正当化に関して明示の利益内容の説明を求める。従ってその見解によれば、要求利益の具体化がされず、後の特別交渉で合意の変更がされる可能性に言及するに過ぎない留保 (エデカ事件) に対しては、実質的正当化は困難とされる⁵³⁴。

⁵²⁹ Wanderwitz, Missbrauch (前掲註 528), S.65.

⁵³⁰ Wanderwitz, Missbrauch (前掲註 528), S.65.

⁵³¹ ヴァンダービッツは提供される利益のレベルについて、かかる金額相当の告知が行われることは実際にはないが、それはまさに遡及的な契約条件の調整が違法であるからだとする。Wanderwitz, a.a.O.

⁵³² Wanderwitz, Missbrauch, S.65.

⁵³³ Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht, WRP 2015 (Wanderwitz, WRP と略称), S.166, Rn.25 (メトロ事件で BGH が挙げる供給業者にもたらされる利益はどれも将来のもので、他方条件調整は過去に行なわれたものであるから、かかる利益は遡及的変更の何ら「対価」足りえない)。

⁵³⁴ Vgl., Wanderwitz, Missbrauch (前掲註 528 参照), S.166, Rn.25.

(5) 行為基礎の障害法理による民事法原則の援用（ケーラー）

(5-1) 民事法原則を援用する基本的前提

(a) 過剰な経済力の行使と行為基礎の障害法理

ケーラーは需要力濫用規制における代金減額等の遡及的な合意条件の変更問題について、民事法原則である行為基礎の障害法理を援用する前提を、以下のように説明する。

「契約を変更する交渉において、市場で有力な需要者による過剰な経済力を抑制する旧 GWB20 条 3 項（現 19 条 2 項 5 号）の働きを慎重に考慮すると、実質的な正当化を欠くという考え方が正しい理解として導かれる。すなわち、供給業者は力により条件付けられた、自由の濫用である契約の変更から保護される。この場合『実質的な正当化』の要件は、契約当事者が過剰な経済力（の行使）がなく、理由ある態様に限って一定の利益の要求がされることを要請する。かかる要請は、『行為基礎障害の規制』として実体法上既に実現されている⁵³⁵」。

(b) 実質的正当化の判断基準

行為基礎の障害法理はドイツ民法（以下、BGB という）では、BGB313 条 1 項⁵³⁶に規定された⁵³⁷。法律行為の基礎になっている事情に障害を生じたが故に、契約条項に相応の調整をする一定の請求権を需要者が有する場合に限って、事後的な契約条件の調整に係る要求は実質的な正当化がされる。ケーラーの利益強要禁止に係る行為基礎論の援用は、契約条項の調整が認められる請求権の内

⁵³⁵ Köhler, WRP 2006（前掲註 286 参照），S.142-3.

⁵³⁶ 「契約の基礎となった事情が契約締結後に著しく変更し、かつ当事者がこの変更を予見していたならば、契約を締結しなかったか別の内容で締結していた場合において、一方当事者に個々の事例のあらゆる事情、特に契約上又は法律上のリスク配分を考慮して不変更での契約の維持が期待できないときは、契約の調整を要求することができる。」

⁵³⁷ BGB313 条 1 項は、いわゆる事情変更問題を取り扱ったものといわれている。本稿は、ケーラーの所説に係る限りでドイツの問題に言及するものであり、ドイツでの用語法に従い、行為基礎の障害の用語に統一する。なお、ドイツ債務現代化法（2002 年）により導入された 313 条 1 項の紹介と検討については、参照、中村肇「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能」成城法学 72 号（中村・成城法学と略称）43 頁（2007 年）。同「事情変更の顧慮とその妥当性」私法 70 号（2008）、145-151。

容を明らかにすることによって、「契約当事者が過剰な経済力(の行使)がなく、理由ある態様に限って一定の利益の要求がされる」19条2項5号の実質的正当化の判断基準を解明する意図による。

(5-2) 行為基礎の障害法理の適用

(a) 行為基礎の法理適用に係る前提事情

ケーラーによって、行為基礎の法理を適用する前提的事情が適示された。

その第一の前提は、変更事情の重大性の要件である。

第二の前提は、全ての個別事情を考慮して、とりわけ契約上又は法律上のリスク配分に係る考慮の下で、変更なき契約を維持することに期待可能性がないことである。かかる期待不可能性の要件が、行為基礎障害の法理で決定的な規範となる⁵³⁸。

(b) 過剰な経済力の行使と実質的正当化の欠如に関する推定

ケーラーは、需要力濫用規制における契約内容の変更問題に民法上の行為基礎論を援用する⁵³⁹のであるが、その前提的認識は、19条2項5号の働きと

⁵³⁸ Köhler, WRP 2006 (前掲註 286 参照), S.143. 313 条 1 項の契約不変更に対する期待可能性要件では、前述のように「契約上又は法律上のリスク配分を考慮」することが規定されていた。ケーラーが本論文で契約の不変更に対する期待可能性がないことを、313 条 1 項に規定された行為基礎の法理で決定的重要性をもつと捉える理由は、客観的行為基礎の立場から、このリスク配分が決定的な意義を有すると捉えたことによる。これは、判例の分析結果による。この点は、後掲註 539 で掲げた中村教授によるケーラー論文の分検討により明らかになる。そこでは、同項に規定された期待可能性がないこととリスク配分の関係について、ケーラーが従来の行為基礎論について、期待不可能性を判断基準とすることの不十分さを強調し、行為基礎の喪失の考慮を当事者の負担したリスクの視点から検討すべきことが明らかにされている。参照、中村・成城法学 (前掲註 537) 51 頁。

⁵³⁹ ケーラーには BGH の判例を分析し、行為基礎障害におけるリスク配分の公式化を行った論稿があり、その成果はケーラーによる「リスク分配の 8 テーゼ」として中村教授において紹介、検討されている。Köhler, Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung, in 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft / Herg. von Claus-Wilhelm Canaris, [et al.] (2000), 295 (Köhler, Geschäftsgrundlage と略称)。中村・成城法学 (前掲註 537) 72 号 45-52 頁。中村論文におけるケーラー見解の位置づけは、以下のようになる。

313 条における行為基礎障害の実定法化においては、エルトマン以来の主観的な行為基礎の定義は、313 条 2 項（「契約の基礎になっていた本質的徴表が誤っていると

して市場で有力な需要者による過剰な経済力を抑制する点に求められたことが注目される。かかる過剰な経済力が行使されて適及的な契約合意の変更が行われる事態に対し、「実質的な正当化を欠くという考え方が正しい理解として導かれる」。この点の指摘は、19条2項5号の市場で有力な事業者による、契約内容の適及的変更に対する実質的な正当化の欠如に関する強い推定を導く前提となっている。

(c) 最小限の介入による最適の利益調整

次にケーラーは、「合併は買入の実行と買入量において、典型的に契約の調整（条件調整）が基本的に求められる行為基礎の障害を導く」とする。そのうえで、「行為基礎の障害に基く契約の調整は、最小限の介入により最適の利益調整でなければならない」⁵⁴⁰という契約変更の許される場合の限定を付す。この点は、上記313条1項の行為基礎障害による契約条項の調整の認められる場合として、変更事情の重大性と変更なき契約を維持することに期待可能性がない要件に対応する。

(5-3) 年間契約における将来的な条件調整

上記313条1項では、契約調整の不可能な場合あるいは期待可能性がない場合には、契約関係の解消が問題になる。継続的債権関係においてこのような場合、BGB313条3項2文⁵⁴¹によれば告知権をもって解除権に代える旨規定されている。エデカと供給業者との本件契約は継続的契約であるが、ケーラーは、同様な事案である2002年メトロ事件BGH判決を対象にして、「時期的に期限を付けられた合意の枠」をもつ年間契約の合意である点が重要であるとする⁵⁴²。

ということが明らかとなった場合には、事情変更と同様とする」)の限度にとどめ、客観的行為基礎と主観的行為基礎を峻別する理論に従った規律がとられている。かような動向に即して（ケーラー論文は313条の導入以前であるが客観的行為基礎を重視する動向に即して）、ケーラーは主観的な公式が無意味になっていることを指摘し、むしろ行為基礎論にとって決定的であるのはリスク配分の視点であるとして、判例分析を通じ上記8テーゼを提示した。中村・成城法学（前掲註537）44-45頁。

⁵⁴⁰ Köhler, WRP 2006（前掲註286参照），S.143.

⁵⁴¹ 313条3項2文は、以下のように規定する。「契約の調整が可能でないか又は一方当事者に期待しえない場合、不利益当事者は契約を解除することができる。継続的債権関係の場合には重大な事由に基づく告知権をもって解除権に代える。」

⁵⁴² Köhler, WRP 2006（前掲註286参照），S.143.

このような場合には、「買入の実行と買入量」が明らかになることで「最小限の介入により最適の利益調整」となるようにするために、「契約の調整は通常、将来に向ってのみ求められる⁵⁴³」。

(5-4) 「契約規範アプローチ」によるリスク配分の検討

(a) 合併と時期的に期限を付けられた年間契約

合併が行為基礎の変更による契約内容の変更が認められる典型例であるにもかかわらず、ケーラーの民法法規の適用によった需要力濫用規制論は、適及的な変更を認めなかった。その理由としては、契約の解除が問題になり得る継続的債権契約であっても、「個々の事例のあらゆる事情…を考慮して」⁵⁴⁴、「時期的に期限を付けられた合意の枠」をもつ年間契約である事情を鑑み、契約内容の変更となる介入を抑制した点が挙げられる。

(b) 具体的な契約規範と本件年間契約

この点は、明らかになった「買入の実行と買入量」を次年度の年間契約の交渉において諮ることで、「最小限の介入により最適の利益調整」という事情変更法理の要請に従った規制を目指したと評価できる。そして適及的な変更でなく将来的な変更を行うことで、本件年間契約の「具体的な契約規範」⁵⁴⁵を問題とす

⁵⁴³ Köhler, WRP 2006 (前掲註 286 参照), S.143. ケーラーは以下の先例を挙げている。BGH, 21.04.1983- I ZR 201/80 (KG), NJW 1983, 2143, 2144 (行為基礎喪失の法的な結果がどのように示されかについては、個別事情と信義誠実の評価に向けられる。当事者の契約義務からの開放は、契約尊重 (vertragstreue) の考え方に対するしかるべき配慮を伴い、原則的に信義誠実の命ずるところによる。行為基礎に障害を生ぜしめた場合の法的結果は、契約解消でなく変化した事情における契約内容の調整に向けられるのが通常であり、継続的債権関係においては、将来的な契約の調整を考慮するのが原則になる)。

⁵⁴⁴ Köhler, WRP 2006 (前掲註 286 参照), S.143.

⁵⁴⁵ 「具体的な契約規範」の文言は、ドイツにおける行為基礎論を検討した吉政知広教授の論稿によった。そこでは、ケーラーの行為基礎障害の法理は、意思表示アプローチに対して、近時有力となっている「契約規範アプローチ」に属するとされる。それまで事情変更法理は、契約を貫徹することに対する制限として位置づけられていた。

それに対しこの立場にあつて同法理は、当事者の具体的合意と契約を締結することによって当然に適用される常素からなる契約規範に解消される。そしてかかる常素は個々人の自律的な契約・取引活動によって形成され、さらにリスク配分規範により形成される。

る限り、法の要件であるリスク配分の問題をクリアーできると判断をした。すなわち 313 条 1 項に規定する不変更の契約維持に係る期待可能性がないという要件の考慮において、市場で有力な需要者のリスク負担は問題にならないとされた。ケーラーの行為基礎論が、個々人の自律的な契約・取引活動によって形成され、さらにリスク配分規範により形成される「具体的な契約規範」を重視する「契約規範アプローチ」として特徴づけられることを示す。

(c) 契約当事者間のリスク配分の重要性

- i) 他方、かかる「買入の実行と買入量」が決定されておらない遡及的な変更を認めるならば、合意内容の変更を目指す「市場で有力な需要者による過剰な経済力」が働く懸念が考慮されている。これは他方の当事者である供給業者について、「買入の実行と買入量」に係る不確実性によるリスク配分⁵⁴⁶に

ケーラーの契約規範アプローチは、リスク配分規範の適用において、「当該具体的な契約規範において定められている権利義務関係を的確に確定していく」、「具体的な契約規範を尊重した解決を目指す」特徴をもつ。参照、吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義（二・完）」民商 128 巻 2 号 182-184 頁,192 頁註 156。

このような特徴に係り、ケーラーが利益強要禁止のカルテル法上の規定を解釈するに際し、自らの行為基礎論に依拠して、市場で有力な需要者による契約変更の限界を考察した実際の意義としては、以下が挙げられる。食品小売業者と供給業者の継続的な商品供給契約が「時期的に期限を付けられた合意の枠」をもつこの産業における契約上の慣行に着目することで、「具体的な契約規範」に即して、適正なリスク配分を可能にする解決を市場力規制の体系において可能にしたことである。

⁵⁴⁶ 最近のドイツ行為基礎論の展開として、契約におけるリスク配分の問題が重視される傾向が指摘される。この点に係り、契約締結後に事情が変動したことによって生じた不利益をいずれの当事者が負担するのかという問題を中心に捉える見解が有力であることについて、以下の論稿に詳論がある。参照、吉政知広「契約締結後の事情変動と契約規範の意義（一）」民商 128 巻 1 号（2003 年）60 頁以下、第 2 章「第三節契約・任意法規におけるリスク配分に着目する見解」。

我が国の通説では、これまで「事情変更」の考慮は信義則判断により最終的に判断されてきた。近時は、一般的に、①事情変更の重大性と、②契約におけるリスク配分の相関関係により判断する基本構造をもつとした分析がなされている。そのうえで①を重視する当初の「事情変更の原則」論と②を重視する近時のリスク配分論との関係は、対立するものとして理解するのではなく、並立、補完するべきものという結論が導かれている。参照、中村肇「近時の『事情変更の原則論』の変容と『事情変更の原則』論の前提の変化について」明治大学法科大学院論集 6 巻 113 頁（2009 年）、145 頁以下。

このような「事情変更の原則論」の変容に係る捉え方は、ドイツにおける「契約規範アプローチ」に属するケーラーのリスク配分の視点を決定的であるとするスタン

ついて不利になる結果を回避する考慮である。当事者が「具体的な契約規範」において負担したリスク配分を、当該行為基礎障害が越えているか否かという視点が働いたと考えられる⁵⁴⁷。

- ii) 従って以上の考慮から、ケーラーの需要力濫用規制の実質的正当化の判断枠組みにおいては、行為基礎の障害法理に係る民法原則を採用することにより、契約当事者間のリスク配分⁵⁴⁸が重要な基準として取り入れられている評価が導かれる。

(5-5) 遡及的契約変更の許される民事法上の請求権ある場合の考え方

- i) 契約関係の継続という利益をもって契約の調整が許される BGH のメトロ判決の考え方（「引き続き年度において契約関係の維持、強化」がされる）⁵⁴⁹ は、供給業者にもたらされる利益の具体的内容の言明を欠くのであって、取

ス（やはり中村教授の分析による前掲註 539 を参照）とは、若干相違があるようにみられる。しかし、前掲(5-2)の(c)で触れたように、ケーラー理論においても①の事情変更の重大性という BGB313 条 1 項の要件は、「合併は買入の実行と買入量において、典型的に契約の調整（条件調整）が基本的に求められる行為基礎の障害を導く」という前提的判断で考慮されている。そのうえで、「行為基礎の障害に基く契約の調整は、最小限の介入により最適の利益調整でなければならない」という契約変更の許される場合の限定を付されて、リスク配分の考慮がされている。この意味で、リスク配分の重要性を強調する点で特色が存するが、基本的構成では上記①と②を並立、補完的に捉える結論と大差ないと考えられる。

- ⁵⁴⁷ 前掲註 539 で触れたケーラーによる「リスク分配の 8 テーゼ」において、第 1 と第 2 テーゼは以下のように規定する。

「(1) 後発的に生じた（若しくは明らかにした）事情が当事者に対し不変更で契約を実行することにより、契約によればその者に割り当てられないリスクを負担させる場合、契約の行為基礎は喪失する。

(2) 契約によりどのようなリスクが一方当事者に割り当てられるかは、(場合によっては補充的) 契約解釈及び任意法規の解釈によって探求されなければならない」
Köhler, Geschäftsgrundlage(前掲註 539)、S.326. 参照、中村・成城法学（前掲註 537）45-46 頁。

中村教授は、(1) のテーゼにつき、事情変更の結果、当事者に契約上割り当てられないリスクが生じる場合に、行為基礎が喪失することを示し、(2) テーゼでは割り当てられたリスクの探求方法を示すとし、これらはまとめて、「リスク割当」探求の手段としての契約解釈及び任意法規の解釈を前提にした上で、当事者が契約上負担した「リスク割当」を当該行為基礎障害が越えているか否か、という視点が導入されたものとしている。中村・成城法学（前掲註 537）46-47 頁。

⁵⁴⁸ 前掲註 547 参照。

⁵⁴⁹ 前掲註 288 参照。

引停止の威嚇に過ぎない（ケーラー）⁵⁵⁰。従って、行為基礎の障害による契約条項の調整が許される、需要者が一定の請求権を有する場合に当たらない。合併の実効性が発揮された以後に限り契約調整は許される⁵⁵¹。

ii) ケーラーは、遡及的な契約変更に関する BGH メトロ判決の考え方について、通常の年間契約の調整は、将来的調整に限る上記行為基礎の障害の法理から導かれる原則（最小限の介入による最適の調整）に反するとする。そのうえで、実質的正当化を欠く反証困難な推定が働くと結論付ける（前掲、本稿 [1]、V, 3 の (6) を参照）。

(5-6) 行為基礎の障害法理による民事法原則の援用；まとめ

- i) ケーラーは、合併に伴う代金減額請求に対し、19 条 2 項 5 号の規範名宛人による過剰な力を行使した契約「自由の濫用」に対し、行為基礎の障害法理に係る民事法原則を援用し、実質的正当化を欠く反証困難な推定が働くとする結論を導いた。
- ii) 「最小限の介入により最適の利益調整」という事情変更法理の要請に従い、遡及的な合意の変更を認めず、明らかになった「買入の実行と買入量」を次年度交渉に諮る、「具体的な契約規範」に即した解決を導いた。
- iii) 「買入の実行と買入量」が不明な不確実性を伴う遡及的な変更によった場合には、「市場で有力な需要者による過剰な経済力」の行使による供給業者に対するリスク負担の押し付けが懸念された。契約におけるリスク配分の重視された特徴が挙げられる（この点については、後掲、「XI. 日本法への示唆」における 1、「(6)『減額』と『遡及的な契約条件』の変更問題」の (6-3)、ii) を参照）。
- iv) このような行為基礎障害の民事法原理を適用するケーラーの立論は、過剰な経済力行使によるリスク負担の押し付けを遡及的な契約変更問題で警戒する。市場で有力な需要者と供給業者との一対一の関係が重視されている。

⁵⁵⁰ Köhler, Zur Auslegung, Anwendung und Reform des §20 Abs. 3 GWB, in: Keller, (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann, 693.697, 701.

⁵⁵¹ 「買入量の統合による売上げ相当額が達成される」時点以後に、実質的正当化が認められる。Köhler, WRP 2006（前掲註 286 参照）, S.143.

これに対し対照的なゼッカーは、合併市場における自由な競争の保護に評価の軸足を置いて、厳しい競争下の事業買収が競争促進的であるから、その問題を結合企業における条件の統一化として単なる契約条件の改善に過ぎないと捉える（前掲（2）の（2-2）を参照）。

v) ケーラーの民法アプローチは、相対的市場力が問題になる市場における自由な競争の範囲に限定を画するものと考えられる（後掲、「XI.日本法への示唆」、3、（3）、（3-3）におけるvi）及びvii）を参照）。

（6）力の行使を免れた交渉過程と具体的な説明義務（ノースデュルフト）

（6-1）19条2項5号の適切性要件の解釈

（a）確実に明白な不均衡の存すること（レトル）

第9次GWB改正法における、要求とその根拠の間の適切な関係性を規定する要件（「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」）は、立法者により不均衡の明白さを要するとされた⁵⁵²。その場合、要求利益と反対給付を測定する困難性を重視し、確実性を担保した需要者への無価値判断を求めたのがレトルの所説であった⁵⁵³。

（b）量的及び質的な側面からの明白な不均衡の検討（ノースデュルフト）

これに対し、ノースデュルフトの異論がある。すなわち、かかる不均衡の明白性の要求のもとでは、いずれにせよ双務契約の対価性に係る計算上の検証は求められておらないのであり、追加的な「確実性の担保」は不要である⁵⁵⁴。立法者のいう不均衡の明白性の要件は、その量的側面においては要求と根拠又は反対給付の大きな価格の非対称性が、一応（prima facie）存することを求めるに過ぎない。そのうえで、要求と根拠の関係において明白な不均衡の存するか否かは、量的側面だけでなく質的側面からも把握されなければならないとするのがノースデュルフトの特徴である。

⁵⁵² 前掲註 57 参照。

⁵⁵³ Lettl, Das sog. Anzapfverbot des § 19 Abs. 2 Nr. 5 GWB in seiner neuen Fassung, WRP 2017, 641,646 (Lettl, WRP 2017 と略称)。「確実性の担保」につき、前掲IX, 4、(1)における (b)を参照。

⁵⁵⁴ *Nothdurft*, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.250.

量的及び質的双方の検証が、個別の需要力濫用事案の行動評価で求められる。質的側面は、ノースデュルフトの重視する力の行使を免れた交渉プロセスを確保する要請⁵⁵⁵に基づく。

(6-2) 力の行使を免れた交渉過程と具体的な説明義務

ノースデュルフトによれば、「後付け可能性」に係る透明性の要件及び要求と根拠の間の「適切な関係」の要件は、双方が相まって反対給付ないし根拠を具体化する要請を導く⁵⁵⁶。契約上明確に規定されていない、抽象的なそれゆえ供給業者にとって不確実な利益を、正当化される反対給付として規範名宛人がその個別要求について具体化することが求められる⁵⁵⁷。供給業者に提示される反対給付ないし根拠の具体化が図られるならば、供給業者による要求提案も可能となり、結果的に最終的な交渉成果の検証に向けた問題の明確化が図られる。力の行使を免れた交渉過程が必要者と供給者間で維持されて可能となる競争過程は、立法目的に適合する（ノースデュルフト）⁵⁵⁸。

⁵⁵⁵ 後掲、X, 5の「(1) 憲法上の基本計調整と力の行使を免れた交渉過程」を参照。

⁵⁵⁶ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.251.

⁵⁵⁷ 反対給付／理由付けのない要求に係り、需要力の許された行使と禁じられた行使の困難な区別が、中核的問題になる。

これは反対給付／理由付けの提示を欠く譲歩の要求というのは、市場における有力ではない需要者の場合には、契約自由の本質にあつて許容され適法とされることに関係する。供給業者につき、同様な条件により、反対給付／理由付けなしの高価格要求が許容される。この点は近時の第9次GWB改正でも基本的に変更はない。市場で有力な事業者による利益強要の禁止に係り、改正法の反対給付を具体化する要請にあつては、契約上の地位や立場に係る交換可能性が維持されることなくしては、双方当事者の均衡や市場過程は存しないという基本的前提が看過され得ない。例えば、自らの利益極大化を断念して反対給付や価格の理由付けなく行われる入札制度が存することも、この点で参照基準として含意される。*Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.246.

従つて、固有の反対給付につき明示されることのない要求は、契約上の地位や立場に係る交換可能性についての抽象的議論が基礎になっている。

⁵⁵⁸ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.251. 「まさに当事者の力の不均衡の場合には、契約の期間合意は守られなければならない (*pacta sunt servanda*)」の原則、すなわち双方当事者が事前に交渉の成果に結実させたことの維持が、新たな力の行使に対する唯一の保護を意味する」。Ebenda, § 19, Rn.264.

(6-3) 反対給付／要求の根拠を具体化する要請と遡及的契約条件の変更

本件特別交渉の条件枠における遡及効ある条件調整の問題、そして特別交渉における要求が年間契約の合意に割り込む問題は、ノースデュルフトの見解では控訴審判決及び BGH 決定とは異なる結論を導く。その見解は、要求とその根拠の間の適切な関係性を規定する改正法の要件に係り、力の行使を免れた交渉プロセスを確保する要請から反対給付ないし要求の根拠の具体化を重視する。従って、留保条件の告知による民事法上の請求権ありとして遡及的変更はないとする結果は、反対給付ないし要求の根拠に対する具体化はなんら図られておらず認められない⁵⁵⁹。

(6-4) 力の不均衡（新たな力の行使）の阻止（ノースデュルフト）

相対的市場力をもつ規範名宛人と従属的な取引相手が合意した契約を遡及的に変更することは、新たな力の行使がみられるとの認識から、原則的に「合意は守られるべき」のルールが妥当し、実質的正当性を欠く反証困難な推定が働く⁵⁶⁰。

(7) 事後的な変更可能性の告知の問題

(7-1) 遡及的契約変更に対する違法性の推定

本件特別交渉は、年間の通常交渉の後に近接して行なわれ、年間契約の合意を変更するものであった。こういった変更に関連し遡及的な合意内容の変更について、要求利益とその根拠との適切な関係を求める改正法の要件においては、立法過程において明白な不均衡が存する例に挙げられている⁵⁶¹。BGH の上告不許可処分抗告判決は、かかる改正に先立つが、上記に紹介したケーラーやヴァンダービッツにより従前のメトロ判決に対し、契約合意の遡及的変更が民事法上の適切な請求権を伴うものでなく、反証困難な違法推定説が主張されていた⁵⁶²。

⁵⁵⁹ 「既存の契約の調整は新しく生じた状況に限り遡及的ではなく、かかる状況が現れた時点から、給付と反対給付の双務契約を変更するためでなく、その維持のためにのみ許される」。Nothdurft, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn.264.

⁵⁶⁰ Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.264.

⁵⁶¹ 前掲本稿 [1] 註 57 の立法理由書を参照

⁵⁶² その場合、合併により生じる利益を「金額相当」で具体的に明示する要請が指摘さ

(7-2) 年間契約と合併の告知

それにもかかわらず、控訴審判決はエデカに民事法上の請求権を認め実質的な正当性ありとし、BGH もこの点の上告を認めなかった⁵⁶³。

(7-3) 合併の効力発生時期を重視（控訴審判決と BGH）

かかる控訴審判決と BGH の立場は、遡及的合意変更の反証困難な推定説と著しい対照をなす。すなわち、反証困難な推定説には以下の立場があった。遡及的な合意変更の場合に将来の利益について不確実性を問題にするヴァンダービッツ、また最小限の介入により最適の利益調整を目指すため供給業者にもたらされる利益の具体化を求めるケーラー、そして力の行使を免れた交渉過程を維持する目的により具体的な説明義務を重視するノースデュルフトの所説である。これらの見解に比べ控訴審判決と BGH の立場は、合併の効力発生時期、年間交渉の合意、そして特別交渉における遡及的変更の各事項の評価につき、合併の効力発生という事件が重視され、年間交渉の遡及的変更から問題になり得る供給業者の受ける利益の明確化にかかる要請が顧慮されない傾向がある。

(7-4) 業績性の認められる契約関係の維持という反対給付

- i) 遡及的契約変更の問題に係り、合併の効力発生という事件に引き続く年度において、供給業者に契約関係の維持、強化がなされることをもって条件調整と清算払いの対価としたのが、2002 年メトロ事件 BGH 判決であった⁵⁶⁴。エデカ事件の 2017 年及び 2018 年 BGH 判決によっては、上記メトロ事件 BGH 判決はこの争点に関し否定されていない。

れ、また、契約関係継続の利益によっては供給業者にもたらされる利益の具体性を欠くとの批判があった。前掲、V、3、(6)、(b) 及び VIII、2、(4) を参照。

⁵⁶³ その際、合併の効力が発生する 2009 年 1 月 1 日に始まる年間取引の総量に対しエデカは正当な利益をもつこと、及び製造業者には事後的な変更可能性の告知がされたことが重視された。

このような判断をする控訴審判決とそれに対する異議を認めなかった BGH の決定は、要求利益とその根拠に係る具体的説明の必要性、その両者の間に明白な不均衡が存するか否かの問題には立ち入らない。契約合意の遡及的変更があったとの主張に対しては、年間交渉の対象たる取引期間の開始時点には合併が効力を生じており、また年間交渉時に事後的な変更可能性（特別交渉）が存することが告知されれば足りるとする。前掲 VIII、2、(1) における (1-3) 及び (1-4) を参照。

⁵⁶⁴ 前掲、本稿 [1]、V、3、(6) における (a) を参照

さらに 2018 年 BGH 判決は「最適価格清算」と「支払期限の調整」の要求について業績適合に係る実質的正当化の審査を行い、それらの要求が「供給者地位の長期的持続のような、適切な反対給付との結びつきを最低限でも客観的に認識できない」ゆえに、反対給付の間に明らかな不均衡が存在し、実質的に正当化されないとした⁵⁶⁵。

これらの点から、BGH は 19 条 2 項 5 号の利益強要禁止において、要求利益に対する反対給付として契約関係の維持のような、包括的で具体性を欠く一般の利益を含めて考えていると捉えられる。

- ii) 以上から、遡及的契約変更の問題に関し、合併の効力発生とその告知により示唆される契約関係の存続といった抽象的利益を重視する控訴審判決と BGH は、供給業者の受ける利益の明確化の要請を肯定する必要を認めなかったと解される。

3. 2018 年 BGH エデカ事件判決

(1) 概説

- i) 以下、本稿のⅧにおける 3 の記述では、BGH, 23.1.2018.KVR 3/17-Hochzeitsrabatte の引用は、juris.bundesgerichtshof.de の HP より入手した判決全文により、原文に付された欄外番号 (Rn.~) の様式を用いて、引用箇所を本文に注記する。
- ii) BGH は、カルテル庁による決定主文のうち「最適価格清算」と「支払期日の調整」に係る (1) (2) 及び (6)、そして (7) の「協賛金」について、控訴審判決の法的な誤りを認めた。エデカが要求する最適価格清算について、控訴審判決の判断は、実質的正当化の論点に集中していた。また、「協賛金」について、明白に反対給付の対置されない支払い要求は、反証可能な違法性を推定させるとした。結局、これらの控訴審の判断は法的検証に堪えないとする法律抗告が認容され、上記カルテル庁の決定主文は維持された。(Rn.16,87,91)

⁵⁶⁵ 後掲Ⅷ、3、(4)、(4-3) を参照。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.69.

(2) 利益強要禁止の一般論

(2-1) 19条2項5号の保護目的

(a) 19条2項5号の「利益」概念

「利益」の「要件指標は従前の状態よりもより良い規範名宛人の地位を指す。これは GWB21 条 2 項⁵⁶⁶の同規定における解釈と一致する。規範名宛人に生じるどのような改善された状態をもそれは包括する… (Rn.53) ⁵⁶⁷。かかる利益は、優遇について客観的に観察して要求の受け手の視点から、双務契約における給付と反対給付が存することを欠いている…⁵⁶⁸。この点の前提は、反対給付が要求の受け手にとって十分に透明性があり、かつ具体的に提供されるということである」。 (Rn.53)

「利益の概念は、規範名宛人の競争者に対する、より良い地位を何ら前提としない。それ故一定の条件が少なくとも規範名宛人に専ら与えられるかどうかは問題ではない」⁵⁶⁹。

(b) 立法と判例の経緯

- i) 「利益強要の禁止は第 4 次 GWB 改正により導入された当時、水平的な保護目的に優位する位置付けが与えられていた。需要力の不当な行使による競争阻害を阻止することが前面に出ていた」⁵⁷⁰。「この当初の規定が特別の例外として需要者と供給者間の関係における垂直的な保護目的を認めることができるか、BGH は 2002 年のメトロ事件で判断しなかった」⁵⁷¹。
- ii) 2005 年、第 7 次 GWB 改正に際し連邦参議院の審議により導入された「要

⁵⁶⁶ 一定の事業者や事業者団体に、供給遮断や購入遮断を要求することにより、不当な影響行使となるボイコットやその他の競争制限的行為を禁止する。

⁵⁶⁷ *Markert*, in *Immenga/Mestmäcker* (前掲註 429), §21Rn.64; *Loewenheim*, in *L/M/R/K/M-L/Bearbeiter* (前掲註 501), §21Rn.36.

⁵⁶⁸ *Säker/Mohr*, WRP 2010, S.20.

⁵⁶⁹ これと反対の見解。 *Westermann* in *MünchKomm KartellR*, (前掲註 305), §19Rn.186.

⁵⁷⁰ *Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, BT-Drucks 8/2136 (<http://dipbt.bundestag.de> から入手), S.24-25 (「他の比較可能な需要者が得られない優位の条件を供与するよう勧奨する」)。 (Rn.55)

⁵⁷¹ Vgl., BGH, 24.9.2002.KVR 8/01, GRUR 2003, 80,83-"Konditionen Anpassung".

求 (Auffordern)」の要件は、「製造業者に対する需要者の力の強化」⁵⁷²を背景にしたものであった。「最近の立法では、利益強要禁止の垂直的保護に係る立法目的が前面に出ている。GWB20 条 2 項はその規模に関係なく、優位の条件を要求する事業者に従属する全ての企業を保護する。この点については、中小の従属的事業者を保護するというそれまでの限定を放棄した」⁵⁷³。

「この規定は差別禁止よりも広い特徴をもつが、その目的は市場で有力な規範名宛人の競争者の保護にはもはや限られない」。(Rn.56)

iii) 「利益強要の禁止は、供給者から対応する利益を供与されない、市場で有力な需要者の競争者を水平的に保護するとともに、また規範名宛人がその要求を強める供給者の保護、すなわち垂直的關係における競争保護も認められるとすることが適切である」⁵⁷⁴。それによって「法は優位の条件に係る強要をもはや求めることなく、全くの一般的利益を捉えるのであり、要件の適用について需要者についてその競争者よりも良い地位を求めない」。(Rn.57)

iv) 「それに加えて、経済的に規範名宛人の許されない行為に主に関係して、供給者ないし需要者を保護することを法は命じる…。規範名宛人の競争者に保護を限定するなら、当該規定は需要独占の場合には何らの適用領域も有さなくなる。けれどもかかる事態にあつては、最も重大な競争上の危険が存するのであって、その見解は正しくない…。(19 条 2 項 5 号が規定する) 利益要件の指標に係り、競争者に対するより良い地位という指標は、前提とされない」⁵⁷⁵。(Rn.57-58)

⁵⁷² BT- Drucks 15/3640(前掲註 41), S.74

⁵⁷³ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Technologie (9. Ausschuss), Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismisbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels, BT Drucks 16/7156, (<http://dip21.bundestag.de> から入手) S.10.

⁵⁷⁴ (Rn.57) この BGH の判示と同趣旨の学説が引用されている。

⁵⁷⁵ BGH,23.1.2018.KVR 3/17,Rn57-58-"Hochzeitsrabatte". Vgl.Kim Manuel Künstler, Die Anwendung des kartellrechtlichen Anzapfverbots im Lebensmitteleinzelhandel und darüber hinaus, WuW 11/2015 1093,1096. Tobias 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 (Teil 1), WRP 2016, 800,801.

(c) 評釈

i) 従属的事業者に対する実質的に正当化されない利益の要求を禁止する規定の導入以来 38 年を経て、BGH は同規定の保護目的を、受動差別の禁止から利益強要の禁止に展開を図った。これにより、裁判所による初の違反事例を可能にした。

本規定の初期においては、旧 GWB26 条は 1 項でボイコット、2 項は差別的取扱いそして 3 項は受動的差別をそれぞれ禁止していた。かかる差別行為によって示される「水平的な保護目的に優位する位置付け」が認められることから、要求「利益の概念は、規範名宛人の競争者に対する、より良い地位」を前提にした。2002 年メトロ事件 BGH 判決は垂直的な保護目的を認めることができるか判断を留保した。

ii) このような状況において、学説はこれまで「受動差別禁止の保護対象」について、水平的関係の競争の自由を保護すべきとの立場から、垂直的な従属的事業者の保護は反射的なものに止まるという説と、受動差別禁止の GWB の規定は専ら垂直的な従属的事業者の保護に仕えるとの説が対立していた⁵⁷⁶。

iii) カルテル庁は、最近の立法について利益強要禁止の垂直的保護に係る立法目的が明らであり、競争者に対するより有利な地位という概念の縮小は許されないとして、利益強要の禁止を明示した⁵⁷⁷。

iv) BGH は、以下の①と②の立法動向を挙げて、需要力濫用禁止を規範名宛人の競争者の保護に限る立場を退け、明確に 19 条 2 項 5 号を「利益強要」を禁止するとの法目的を明らかにした。(Rn.57) すなわち、①19 条 2 項 5 号の法適用に対する最大の障害とされる、規範名宛人のライバルに対する優位の条件⁵⁷⁸について要件規定から外したこと、②中小の従属的事業者に限られず全ての従属的事業者を保護する 2007 年「価格濫用改正法」による GWB の改正、という立法の経緯である。当該規定の差別禁止の性格付けが、希釈

⁵⁷⁶ かかる学説の対立と双方の根拠付けについては、以下を参照。拙稿・利益強要 2 と略称（前註 25 参照）78 頁以下。

⁵⁷⁷ 前掲 VI、3、(4)、(4-1)、(a) の iv) 及び脚注 365 を参照。

⁵⁷⁸ 本稿 [1]、I、4 の「(2)「優位の条件」から「利益」への転換」で述べた。

化されたといえることができる。

- v) さらに BGH は、規範名宛人の競争者に保護を限定するなら、当該規定は需要独占の場合に何らの適用領域も有さなくなるとして、重大な競争上の危険に対処すべきカルテル法上の競争理論的な要請を根拠としている。カルテル法の保護に値する競争保護の在り方として、需要力濫用規制においては、差別禁止法理からの脱却によることで、その本質的な保護が可能になる理論付けがされた。

(2-2) 19条2項5号における実質的正当化の判断基準

(a) 実質的正当化と因果関係（GWB19条2項1号と同5号の関係）

BGH によれば、要求利益の実質的正当化について、市場力行使の観点から基礎付けられない。19条2項5号における「実質的に正当化される理由なく」の要件指標について、不当妨害及び実質的に正当化されない差別を禁ずるGWB「19条2項1号と同じく、利益と市場力の因果関係の立証は必要ない」。

(Rn.16)

(b) 評釈

- i) 後述のように19条2項5号はBGHによって、受動的差別でなく、利益強要の禁止を規定するとされた。その場合に利益の要求行為と市場力との因果関係の問題は、GWB19条2項1号（不当妨害及び実質的に正当化されない差別の禁止）と同じく、行為と「市場力の因果関係の立証は必要ない」。本判決は19条2項5号と19条2項1号の実質的正当化に係る具体的な判断基準について、競争の自由を志向した包括的な利益衡量の手法による点で同一としている（後述（7）の（7-4）を参照）。両方の条項において、因果関係と利益衡量の問題に関して共通地盤に立つ確認がされた。
- ii) 本判決は19条2項5号を受動的差別でなく、利益強要の禁止と捉えるが、引き続き妨害・差別に係る濫用監視と重要部分で共通な法的性格を認めており、注目される判示である。
- なお、判決の利益の要求と市場力の利用との因果関係の立証は必要ないとする判断の理由付けは、後掲の（3）の（3-2）でなされている。

(2-3) より有利な取引条件の獲得、利益と反対給付の直接的対応関係そして利益衡量

(a) 自己利益の追求に係る経済的合理性の一般論

「市場支配的事業者ないし市場で有力な事業者であっても、取引活動や交渉において他の事業者に対し、自らの経済的利益を追求することを妨げられない。しかし法の推定は、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事業者の期待 (Erwartung) が基本になっているのなら、実質的な正当化理由なく利益の要求がされたとみなされる」。(Rn.17)

(b) 自己利益の追求、給付／反対給付の対応関係並びに利益衡量

「通常、交渉当事者は自らの経済的利益を追求するのであって、自らの給付の経済的価値に対応する反対給付となるよう義務付けられるものでない。それにしても、給付と反対給付の関係は複雑である。ある利益がなんら直接に割り当てられた反対給付と対応しなくても、当然に実質的正当化の理由なく提供されたことにはならない。従って実質的正当化を欠くとの要件指標は、競争の自由を志向した競争制限禁止法の目標設定の考慮の下で、関係人の利益に対する包括的に衡量を求める。これは、19条2項1号の一般的妨害と差別禁止の基準に対応する (Rn.17)」。

(c) 厳しい取引交渉の競争内在性

需要者の行為を評価するにつき、競争と一致した需要の特性が考慮されなければならない。「それゆえ厳しい交渉は、機能力ある競争の内在的要素である」。

(Rn.17)

(d) 評釈

i) 以上連続する (a) から (c) の自己利益の追求に係る判旨は、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と解される。すなわち、需要者が市場の相手方である供給業者に対する積極的な働きかけをなす点に需要競争の本質をみている。この点から、19条2項5号の実質的正当化の要件は、要求利益と反対給付の直接的な対応関係を求めるものでない指摘がされた。その結果、具体的な実質的正当化の判断基準は、GWB19条2項1号の妨害と差別禁止の規定と同じく、利益衡量による外はないとの結

論が導かれた。以上の推論構成は、市場における需要競争の本質論と実質的正当化の関係を論じた一般論としてまとめることができる。

- ii) 上記のより有利な取引条件を獲得する努力を、需要競争の本質的特徴として捉えたのはマーケルト教授の所説（1992年）であった。マーケルトはかかる競争優位を獲得する努力は、いわば必然の傾向として取引当事者間の関係において、給付／反対給付の不均衡を生ぜしめるとする⁵⁷⁹。BGHはこのマーケルト説に関し、規範名宛人のライバルに対する競争優位の獲得努力を需要競争の本質的属性として認めて、その要求「利益がなんら直接に割り当てられた反対給付と対応しなくても、当然に実質的正当化の理由なく提供されたことにはならない」との結論を導いたと考えられる。
- iii) 需要力濫用規制において、規範名宛人の要求利益と反対給付が「直接に割当てられ」る対応関係を求めない実質的正当化の要件解釈が、需要競争の本質論から導かれたものであり、重要な指摘である。

(2-4) 実質的正当化の評価と市場力規制の意義

(a) 市場力認定の重要性

さらに、「市場力の規定を背景に規範名宛人の具体的な市場における強さが考慮されなければならない。市場力が大きいほど、その行為による競争阻害の危険も大きい」。(Rn.17)

(b) 19条2項5号とGWB19条2項1号の関係

19条2項5号の実質的正当化の評価要因として、規範名宛人の市場力の具体的な強さとその競争適合性が考慮される旨の指摘は、マーケルト説を引用して確認されている。その引用箇所では、かかる評価要因は、GWB19条2項1号の不当妨害及び実質正当化のない差別禁止に係る「同一の一般的視点」に依拠するとされる⁵⁸⁰。(Rn.17)

(c) 評釈

- i) カルテル法上の需要力濫用規制にあって、競争阻害の程度が実質的正当化の評価において重視されることを、GWB19条2項1号の不当妨害及び実質

⁵⁷⁹ 後掲、IX、2、(1)における(d)を参照。

⁵⁸⁰ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn. 377.

正当化のない差別禁止に係る「同一の一般的視点」から、導いている。

ii) マーケルト説によれば市場力が大きいほどその競争阻害の危険が大きいとして、実質的正当化の評価基準で市場力が意義をもつ根拠は、次の点にある。すなわち業績性による実質的正当化が要求利益に係って判断される場合、非業績的な慣行であるとして、行為それ自体を当然に不当とされる結果を避けるためである。

具体的には、不正競争防止法の旧 4 条 10 号に規定された特定事業者に対する狙いを定めた妨害の禁止⁵⁸¹、1974 年の連邦経済省によるいわゆる「不当行為リスト (Sündenregister)」として知られる「競争歪曲行為の例示カタログ」⁵⁸²、1976 年カルテル庁が商標連盟 (Markenverband) による競争規約を認める決定⁵⁸³、そして 1976 年と 1984 年の「業績競争の確保のための営業的経済の諸組織による共同宣言」⁵⁸⁴といった市場力の認定を経ない不公正取引慣行を規制する試み⁵⁸⁵を避けるためである⁵⁸⁶。

iii) また、マーケルト理論によるカルテル法の実質的正当化の評価において、規範名宛人の市場における具体的な強さが役割を果たすとの考え方は、当該市場における関係する事業者の回避可能性が相対的に低くなる点に関係する⁵⁸⁷。

iv) 以上 i から iii の整理により、マーケルト理論を基礎とする BGH の理解では、カルテル法によった需要力濫用規制の意義は、以下の点に求められてい

⁵⁸¹ 2015 年の UWG 改正により 4 条 4 項に規定された。Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 35Aufl. (2017), §4, Rn.4.1.

⁵⁸² Wettbewerbsverzerrungsb-Beispielkatalog des BMWi,WRP1975,S.24ff.

⁵⁸³ Markenverband, Eintragung von Wettbewerbsregeln gegen Mißbrauch von Marktmacht auf anderen Wirtschaftsstufen, Beschluß des BKartA vom 10.5.1976, in: WuW/E BKartA 1633 ff., WuW 1977, S. 45 ff.

⁵⁸⁴ Sicherung des Leistungswettbewerbs, Gemeinsame Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in WuW 1976, S.17f.; Sicherung des Leistungswettbewerbs, Gemeinsame. Erklärung von Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, in WuW 1984, S.712ff.

⁵⁸⁵ 参照、舟田正之『不公正な取引方法』(2009) 191 頁以下。

⁵⁸⁶ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.379.

⁵⁸⁷ Vgl., *Loewenheim* in L/M/R/K/M-L/Bearbeiter, (前掲註 501), §19, Rn.107&29. *Wolf*, in MünchKomm KartellR. (前掲註 305), §19, Rn.34.

ると推察される。市場力の程度が大きく（回避可能性が乏しい）、それにより競争阻害が大きくなることを、実質的正当化の考慮段階では、GWB19 条 2 項 1 号と「同一の一般的視点」に基づき利益衡量によって明らかにする。

(2-5) 業績による正当化；給付の全体的条件の観察

(a) 業績による正当化（BGH の見解）

「業績により正当化される要求は、適切な利益調整と実質的正当化の検証を満たす。業績の正当化を欠くことは、ある要求が市場力のみによって成果の獲得を可能としており、実質的正当化を欠くとの反証可能な推定を導く」（Rn.18）。以上から 19 条 2 項 5 号の実質的正当化は、規範名宛人によって要求された利益の業績上の正当性が出発点となる（BGH）。「非業績性は、受領された商品役務の量によっても、引き受けられた需要者の機能、サービス又はその他事業経済上計算可能な反対給付によっても根拠付けられない利益により示される」（Rn.18）。

(b) 業績による正当化；給付／反対給付の明白な不均衡（カルテル庁）

業績性の審査に関しカルテル庁は、情報入手の限界、双方向的個別交渉の複雑性と差異のため、給付と反対給付の正確な定量化や「交換正義」のコントロールは困難であるとする⁵⁸⁸。そのうえで、要求と根拠ないし反対給付の間に「明白な不均衡（*offensichtliches Missverhältnis*）」の存することを求める。この場合、「明白な不均衡」が存する場合に非業績性が認められ、実質的正当化を欠く推定が働く⁵⁸⁹。（Rn.19）

⁵⁸⁸ BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn262.

⁵⁸⁹ BGH は上記の要求と根拠ないし反対給付の間に明白なアンバランスがあることを、実質的正当化の「適切性」の要件で求める立場は、この適切性要件を第 9 次 GWB 改正で 19 条 2 項 5 号 2 文に挿入した立法者の考え方でもあるとする。（Rn.19）
Entwurf eines Neunten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen BT-Drucks. 18/10207, S.52. (<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/18/102/1810207.pdf>)

(c) 給付の全体的条件を考察するアプローチ (BGH)

かかる「カルテル庁の見解に対して」、BGH は要求の業績性に係る評価につき、「規範名宛人によって供給業者に提供された条件全体を考察」する基準をとる。(Rn.20)

この点から BGH は、以下の控訴裁判所の見解を是認する。「本件特別交渉における…製造業者について、エデカによってどの個別要求が実質的に正当化されるかは問題とされない。製造業者にとっての全体的条件のセット (Gesamtkonditionenpaket)、すなわち全体としてもたらされる反対給付との関係において、全体的要求が決定的」に重要である。控訴審のかかる全体条件を観察するアプローチは、BGH によれば経験則と一致し、また Favorit 事件 BGH 判決の先例にも従う。すなわち「商人 (Kaufmann) は取引の有利さあるいは収益率を、商人の提示する給付とその取引相手の提供する反対給付に関するすべての全体的考慮によって判断する (Rn.21)」。⁵⁹⁰

(d) 「後付け可能性」の基準 (第9次 GWB 改正)

このように、BGH は 19 条 2 項 5 号における実質的な正当化の判断枠組みの一般論と契約交渉への適用基準を明らかにした。他方で、第 9 次 GWB 改正により同号に規定された実質的な正当化の裁量的な考慮要件である「後付け可能性」の基準によることも認めている。(Rn.23)

(e) 評釈

以上が BGH による、19 条 2 項 5 号の実質的な正当化についての業績による正当化の判断枠組みに関する一般論である。カルテル庁の非業績性に関する審査手法(「明白な不均衡」のアプローチ)によらないことを明記して、全体的条件のセットを観察する、搾取的な条件濫用に関する不当性の審査を行う立場 (Favorit 事件 BGH 判決) をとる表明をした点が注目される。この点につき、カルテル法による需要力濫用規制の展開を検討する本稿の視角からは、以下のように検討される。

⁵⁹⁰ Vgl., BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit”, Para26. 後掲 X,1、(2) の (2-1) を参照。

- i) 実質的正当化の判断に係り業績性の審査という共通の前提に立ちながら、カルテル庁と異なるアプローチを BGH が取ったことは、業績性の概念が具体的な違法性判断の基準を導く明確な指導理念としての基礎を欠く問題点を示す。GWB19 条の濫用監視の体系において非業績性の基準により取引慣行の違法性判断の枠組みを構築する試みに対しては、早くから「重大な疑義」が提示されてきた⁵⁹¹。
- ii) カルテル庁のとった明白な不均衡のアプローチは、裁量衡量に係る例示基準（GWB 第 9 次改正による 19 条 2 項 5 号 2 文）である、要求された利益と提示された根拠との間の適正な関係性を見るテストと同一になる。このテストは BGH により採用されなかったが、判決には上記（d）で、成立済みの改正法に対する言及がある⁵⁹²。
- iii) ところで、カルテル庁のとった明白な不均衡のアプローチは適切な関係性を見るテストであることから、搾取濫用の違法性判断において適切性基準（Angemessenheitskriterien）の一般正義の観念（BGB に規定された約款規制法理）が援用される主張があった（ブンテ説）⁵⁹³。BGH は、かかる民

⁵⁹¹ *Fuchs*, in Immenga / Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. (2014) (*Fuchs*, in Immenga / Mestmäcker と略称) §19, Rn. 28. フックスは、メッセルの所説に依拠して次のように述べる。一方で業績競争の概念が非常に狭く解されることで、市場支配的事業者の行為が容易に濫用として徴表される懸念がある。他方でそれが広く解され過ぎて、一般化の実質的な長所なく、参照基準として自由な競争それ自体に還元されるだけのものとなる。結局、発見過程としての競争概念が有する開放性から、一定の行為態様の一義的な抽象的属性を業績競争／非業績競争のカテゴリーに求めることはできない。

このような業績競争／非業績競争のカテゴリー二分論に対するメッセルの比較的初期の批判としては、1978 年の以下の論稿が挙げられる。Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz* (1978), S. 97.

⁵⁹² かかる不採用の意図は、必ずしも明らかでないとしても、以下のような理解が妥当であろう。

すなわち全体的条件のセットを観察する、搾取的な条件濫用の審査を行う立場が明らかにされたことである。これは、搾取濫用に関する Favorit 事件 BGH 判決の明示の引用に基づく。GWB19 条 2 項各号の市場支配的事業者の濫用監視を構成する主要な柱である、不当妨害の禁止、実質的正当化のない差別禁止、搾取濫用の禁止の規定の内、BGH は新たな利益強要の禁止規定を、搾取濫用を規制する法的特質を重視した。本稿 [1] 前掲、I、7、(3) の (a) を参照。

⁵⁹³ 後掲、X、3、(2) における (b) を参照。

事法規に規定された一般的正義の観念に依拠する批判的主張を採用しないで、搾取濫用の違法性判断に係る全体条件のセットを審査する自らの先例を維持したと考えられる。

- iv) BGH は、「個別要求が実質的に正当化されるかは問題とされない。製造業者にとっての全体的条件のセット…、すなわち全体としてもたらされる反対給付との関係において、全体的要求が決定的」に重要であるとした。個別要求に対する、反対給付の「直接的な対応関係をみる立場」を、明確に退けたものと解される⁵⁹⁴。

(2-6) 契約交渉過程の審査と実質的正当化の基準

BGH は契約交渉における開始の要求提示と交渉プロセス、そして結果の適切さに係る実質的な正当化の評価基準を明らかにして、具体的事案への当てはめを行う。(Rn.22)

(a) 業績による正当化と交渉の最終結果

要求をめぐる事実関係で交渉の最終結果は、評価の基礎として適切さを欠く。「業績の正当化に関する全体的な考察に取り入れられる条件は、既に要求の内容になっていなければならない」。(Rn.22)

(b) 契約交渉と現に存する商慣習適合性

「それは規範名宛人の要求により相手方に等しく告知されていなければならないし、前もって告知されたか、要求の時点でいかなる場合にも客観的に認識可能でなければならない。ただし法目標は商慣習に反して、各々の個別要求を当事者のその他の業績関連から切り離して、その妥当性の評価を命ずるものではない」。(Rn.22)

(c) 評釈

- i) 契約交渉の一連の過程に対する業績適合性の審査につき、BGH の違法判断基準は、交渉の最終結果に専ら焦点を当てる手法を退けた。最初の要求において全体条件のセットにつき、客観的に認識可能でなければならないとした。

⁵⁹⁴ 後掲、XI、2、(3) の (3-2) における iii) を参照。

- ii) しかし、商慣習に適合する場合の例外を認めた点が注目される。この判示は、要求の全体的条件をみる要請が重視され、専ら契約交渉の最初の要求に審査を集中する立場に限定をしたと解され、重要な判旨である。
- iii) ところで、本判決に至るまで、契約交渉における最初の要求が19条2項5号に適合するか審査する場合、以下の二つの考え方があった。第一は、その個別の開始要求に引き続く、交渉の総計からもたらされる全体条件に焦点を当てる（給付の全体的条件のセットをみる）立場である。第二は、一定条件のもとにおいて供給者に関連した個別の要求に焦点を当てる立場である最後の要求を待って、それまでの交渉に係る個別条件を総合して、給付の全体的条件のセットをみるならば、交渉過程をコントロールする要請が軽視される。従って、最初の要求で違法となり得るとする。
- iv) かかる全体条件のセット説対個別要求説の対立に対し、本判決は、上記(2-5)、(c)のように実質的正当化の判断基準として給付の全体的条件のセットをみる立場をとりながら、最初の要求において全体条件のセットにつき、客観的に認識可能でなければならないとした。かかるBGHの判旨は、必ずしも上記学説の対立に即した判断の選択をするものではない。この点をどのように理解するかについては、後掲の5、(4)におけるiv)の行動経済学による交渉過程における開始の要求を検討した箇所でも論ずる。

(3) 実質的正当化と因果関係

(3-1) 全体的条件のセットの基準と因果関係

次にBGHは、控訴裁判所による業績の正当化に係る本件の評価について、全体条件のセットを考慮するその一般論の説示は正しいとする⁵⁹⁵。(Rn.25)しかしそれ以上に、控訴審判決がエデカによる最適価格の調整と清算の値下げ要

⁵⁹⁵ すなわち、競争の自由を志向した法目標の考慮の下で利益衡量を行ない、「規範名宛人によって供給業者に提供された条件全体を考察」する基準に従ってエデカの要求を検討した点である

求につき、製造業者の対抗力重視の立場から、市場力の利用に起因しないとして実質的正当化を認めた点を、誤った推論であるとした⁵⁹⁶。

(3-2) 控訴審判決による因果関係論の問題点

(a) 製造業者の対抗力と規範名宛人の要件評価

最適価格清算の要求が市場力に起因しないという推論は、BGH によれば「市場力の利用を前提にした GWB19条2項5号、20条2項における規範名宛人としてのエデカの特質と実質的正当化の要件指標を、認められない態様で混同する」、以下の誤りがある。「需要者ないし供給者の対抗力は、従属性の問題において検証されなければならない、実質的正当化の要件で判断されない」。またかかる推論は、規範名宛人としての特質に以下のように矛盾する。「ある事業者が他の事業者との関係（後者が前者に従属する関係）において、GWB20条2項の妨害禁止による規範名宛人であるなら、実質的正当化が従属的事業者の対抗力により認められることはない」。(Rn.26)

(b) 因果関係問題に対する BGH の立論

この点に関し BGH は、相対的市場力の利用と利益の要求との間に因果関係の立証を求める見解の根拠付けを批判する⁵⁹⁷のであるが、先ず、控訴審判決の依拠した学説とその批判を要約する (Rn.82)⁵⁹⁸。その上で、GWB19 条 2 項 5 号の要件の枠内において、市場地位の利用は何の固有の意義もないと結論付け

⁵⁹⁶ 控訴審判決は、「全体条件のセットに係る考慮がないとしても、要求される価格調整と清算支払いが市場力の濫用とはみなされない」ことを、「エデカの市場力が製造業者の対抗力により制限される」事実をもって示した。その場合、製造業者の対抗力はその事業規模、発泡ワインのブランドをエデカが断念できないこと、そして本件特別交渉の経緯（製造業者はエデカに対抗的要求ができた）から証明できるとした。前掲「VII. エデカ事件控訴審判決」における 2、(1)、(1-2) の (e) を参照。Vgl., BGH, 23.1.2018, KVR 3/17, Rn.25-"Hochzeitsrabatte".

⁵⁹⁷ 規範名宛人が他の事業者に実質的な正当化理由なく利益の提供を要求すれば、2013 年 GWB19 条 2 項 5 号により利益強要禁止の要件は満たされる。その 5 号が現行規定には明らかにその文言はふくまれない、「その市場地位を用いて」の文言を規定したのは、要件指標として何ら独自の意義を認めたものではない (Rn.79)。

⁵⁹⁸ GWB19 条 2 項 5 号に係って、市場地位と要求の行為との間の因果関係を前提にするかの学説上の争いについては、前掲、1、(2) の (b) を参照。

る⁵⁹⁹。(Rn.84) BGH が、かかる因果関係の立証求める立場に否定的な根拠として挙げる立法理由は、以下の通りである。

(c) 立法理由

利益強要の禁止規定を導入した当時の、「優位の条件」の要求が市場力の利用に「起因」との説明について、その解釈は限定的に解される⁶⁰⁰。(Rn.27,85)

⁵⁹⁹ BGH は、この点について、典拠として第5次 GWB 改正で導入された旧 GWB26 条 4 項の中小事業者の競争者に対する優越する市場力を行使した直接、間接の不当な妨害禁止について、優越する市場地位の「利用」の指標は、同項固有の禁止内容に対し何の意義も有さないとするウルマーの見解を引用する。Ulmer, Kartellrechtliche Schranken der Preisunterbietung nach § 26 Abs.4 GWB, S.677,683f., in hg. Von Erdmann, Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm (1990), 677,683-684. その上で、BGH は以下のように述べる。優越する市場力と 19 条 2 項 5 号が違法とする行為態様との間の関連は、既に市場で有力な事業者という規範名宛人の制限によって、保証される。規範名宛人が供給業者に実質的に正当化されない利益の供与を要求すれば、従属的供給業者に対するその市場力は明らかになっている。このことが、供給業者に実質的に正当な理由なく適及的な条件で要求される場合には、BGH の判例によれば直ちに供給業者の規範名宛人に対する従属性の表現として捉えられる。Vgl., BGH, 24.9.2002. KVR 8/01, GRUR 2003, S.83-84. "Konditionen Anpassung". これは要求の要件指標に適切に妥当する。BT-Drucks. 8/2136(前掲註 570), S.25. BGH, 23.1.2018. KVR 3/17, Rn.85.

⁶⁰⁰ 第4次 GWB 改正の立法理由書がいう実質的に正当化されない「優位の条件」(旧 GWB26 条 3 項)は、業績により正当化されない優遇であり、かつ他の同様な需要者が得られない優遇とされる。すなわち、立法理由はかかる「優位の条件」について、市場力の利用に「起因」する(同様な需要者が得られない優遇)ことは認めるものの、市場力の利用を実質的な正当化の検証にあたって独自の前提条件とするものでないとする。BT-Drucks 8/2136(前掲註 570 参照), S.25 (「市場力行使に起因する」“auf der Ausnutzung von Marktmacht beruhen”の文言の立法者解説)。BGH, 23.1.2018. KVR 3/17, Rn.27.

以上と同趣旨の見解を、BGH は次のように述べている。

「業績による正当化が困難で、…むしろ市場力の利用に起因しかつ他の同様な需要者の得られない便宜は、実質的に不当な優位の条件に属する。」

「かかる理由付けは、規範名宛人については一貫して不正な利益となる条件は、それ以上の検討を問題にすることなく、市場力の利用の基礎になっているとの見解を前提とする。さらに GWB19 条 2 項 5 号は、同 19 条 1 項の一般条項によって、市場支配的地位の濫用的利用に関する規制の例示である。このような市場地位の利用に対する関係性は、2013 年 GWB19 条 2 項 5 号において、かかる例示を通じ、一般条項の明確化が重要であることが明らかになる点で尽くされている」。そしてこういった理解は、利益強要禁止の元々の導入になる第4次 GWB 改正の政府提案理由に一致するとして、上記の BT-Drucks 8/2136 (前掲註 570), S.25 を適示する。A.a.O., Rn.85,86.

(3-3) 対等交渉の抗弁と交渉結果の評価

控訴審判決の重視する本件特別交渉の経過と結果も、最適価格清算と支払期限の調整に係る要求を実質的に正当化するものでないとする⁶⁰¹ (Rn.28)。さらに製造業者がエデカの最適価格清算の(算定)方法に対して異議を述べることができ、また減額の反対要求に成功できても、エデカの要求を本来的に正当化しない⁶⁰² (Rn.32)。なお、エデカの要求に対する業績の正当化を、供給業者に後で今日の時点からの逆推論によること(控訴審判決は、後の時点からは有利であったとする)も認められない⁶⁰³ (Rn.33)。次に、全体条件のセットを考慮しない支払い期限延長の要求も、その特別交渉の結果がエデカにとり当初の要求レベルから引き下げられたことを理由として実質的に正当化されるものでない⁶⁰⁴ (Rn.35)。

⁶⁰¹ 利益強要の禁止に係る要件選択においては、「規範名宛人が即座の又は多少なりとも時間をかけた交渉を経たことによっては、実質的に正当化されない利益を合意できるか否かは問題とはならない。要求に係る要件選択をなす法の目的は、規範名宛人に合意に先立って、実質的に正当化されない利益を要求することを阻止する点にある」。エデカがその要求を何ら交渉の余地なく相手方に迫ったのではなく、反対に広く交渉に応じる姿勢にあったこと(控訴審の認定)は、実質的正当化に関し些末な問題である。要求から始められた交渉が「目の高さ」で行われたか(対等性)も同じく重要でない。A.a.O., Rn.28-30.

また「交渉の結果については、求められた利益が規範名宛人の要求の時点で既に確実に業績上の正当化がある、例外的な場合に、個別に考慮されるに過ぎない」。A.a.O., Rn.31.

⁶⁰² 「市場支配的ないし市場で有力な事業者が要求する利益の無限定な獲得を阻止すること、それだけが法の意図ではない。交渉の相手方は対応する市場力を欠くがゆえに、同様に広範な反対要求を対置させる困難を抱えるのであり、むしろ要求を通じた交渉結果の歪曲の阻止に法が目指すものがある。最適価格清算において、当初の要求額が減じられても、かかる歪曲は阻止されなければならない。最適価格清算の要求がその後の交渉で減じられる場合(対ロートキャプヘン)、あるいは比較的低い要求金額から始めて全く相手方の要求をはねつける場合(対シュロス)や、一定製品の品揃え拡充のごとき反対給付のある程度確保される場合、さらに製造業者に対する限定的排他性が供与される結果まで、種々の態様で相手方の要求を受け入れることがあっても、実質的な正当化とはならない」。A.a.O., Rn.32.

⁶⁰³ 製造業者2社による「交渉始めに提示された交渉リーダーの言明が、引き続き特別交渉で議論された全体条件のセットについてみると、それら事業者にとり現在の視点からみて経済的に有利だと評価されることも、控訴審の見解とは反対に重要ではない」。A.a.O., Rn.33. Vgl., OLG Düsseldorf, 18.11.2015, NRWE, Rn.134.

⁶⁰⁴ ヘンケルとフレッシュが当初の要求を無限定に受け入れていない事実(前者は5日の

(3-4) 市場力の利用と要求との因果関係

また控訴審判決が全体条件のセットの考慮なく支払期限の延長を要求したことにつき、市場力の利用に起因するものでないとして実質的正当化を認めたのも誤りである (BGH) (Rn.38) ⁶⁰⁵。

(3-5) 控訴審判決における従属性要件と不当性要件の混同

BGH は、規範名宛人のエデカがカルテル庁の問題視する行為態様により実質的正当化のない利益を、従属的な製造業者に対し要求したという認定に基づき、次のように控訴審判決の問題を指摘する。

控訴審判決は、エデカが市場で有力な事業者として 19 条 2 項 5 号の規範名宛人であるか否かを決定しなかった。しかし実質的正当化の検証では、エデカと製造業者の市場地位と従属性問題について証言聴取を経て事実認定を行った。かかる法の要件解釈に基づく事実認定の扱い方は、前述のように規範名宛人としてのエデカの特質と実質的正当化の要件指標を、認められない態様で混同する誤りがある (BGH)。 (Rn.41)

(3-6) 評釈

以上、契約交渉過程の審査と実質的正当化（全体的条件のセット）の基準に係る BGH の判示を引用した。かかる判示は以下のように要約される。

(a) 市場支配力濫用監視の体系における需要力濫用規制の位置づけ

控訴審判決は最適価格の調整要求につき、全体的条件のセットによる業績性の一般論を認めながら、市場力の利用に起因しないとして実質的正当化を認めた。BGH は実質的正当化が従属的事業者の対抗力により認められることはないとして、この推論を退ける。また相対的市場力の利用と要求との間に因果関係の立証を求める見解を、立法理由、交渉態様そして交渉結果の検討から否定する。

延長を獲得し、後者が延長期限の遵守を確約すること及び延滞利息を要求) も、同様に正当化を導かない。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.35-"Hochzeitsrabatte".

⁶⁰⁵ シュロスは無条件にエデカの要求を受け入れた。フレシネは延長期限の遵守と遅延利息の書面化を対抗的に要求した。書面化が行われたか明らかでない場合を含めて、いずれにせよ市場力の利用と要求との因果関係は問題にされない。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.38-"Hochzeitsrabatte".

先に概説した GWB19 条 2 項 1 号と同 5 号との体系的理解 ((2-2) の (a)) に即した、因果関係と実質的正当化の一般論に基づいて、ここでは控訴審判決の問題点が明らかにされた。

妨害／差別禁止規定が因果関係の立証を要求しないのと同じく、利益強要禁止も因果関係の立証を求められないとされた。市場支配力の濫用監視の体系における、利益強要禁止に係る需要力濫用規制の妨害／差別禁止との関連が示されたものである。

(b) 双方優越の事案における市場力認定不要論の誤り

- i) 控訴審判決は、相対的市場力の認定は被疑違反行為の 19 条 2 項 5 号該当の判断において必要ないとして、実質的正当化の判断に集中し、市場力行使に係る因果関係の立証が無いことから正当化事由ありとした。かかる判示は需要力濫用規制における双方優越の場合の市場力認定不要論であり、エデカの要求が貫徹されないで減額され、交渉が多少なりとも対等に行なわれたとして濫用を認めなかった。
- ii) このような因果関係を重視して市場力認定を不要とする立場はエメリッヒ理論に基く。その背景は、以下のように説明される。先ず、結果として失敗に終わった要請であっても、規制当局が GWB 旧 20 条 3 項 (現 19 条 2 項 5 号) の禁止の趣旨 (「勸奨」の文言を参照。) から、「予防的に」当該要請を規制する必要がある場合に介入は認められる。他方「契約交渉におけるより良い条件を求める通常の要求」にあつては、このような失敗に終わった要請のなされる可能性も少なくないと考えられる。結果として失敗に終わった要請でも、上記の予防的規制の必要な場合とそうでない場合が区別される必要がある。従つて、予防的に規制が必要とされるならば、「本規定の適用は、力に条件づけられた、ありうる損害の場合に限られるべきである」ことになる⁶⁰⁶。
- iii) BGH は、19 条 2 項 5 号の要件として、従属的認定がされた場合に行われる実質的正当化の判断に係り、このような結果として失敗とされる要求を過

⁶⁰⁶ Vgl., Emmerrich, Kartellrecht, 13 Aufl. (2014), §27, Rn.141. エメリッヒによる 19 条 2 項 5 号の適用を抑制する理論付けについては、後掲 4、(4)、(4-3) の (b) を参照。

大視して、いたずらにその適用範囲を狭める解釈を認めなかった。すなわち、予防的規制の必要という概念を援用して、因果関係論による力の行使の明確な場合に同号の適用を限る必要を認めなかった。本件のように、エデカの要求が減額され、交渉が多少なりとも対等とみられるような場合も、契約の全体条件のセットを考慮して実質的正当化されないとするならば、予防の必要という概念にかかわらず、濫用は認められる。

(c) 双方優越と市場力の認定

前掲のカルテル庁部門調査によれば、需要者と供給業者の双方の段階で寡占化の進行する近時の動向においても、需要力の濫用的行使に係り、一定の食品流通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)明らかになっている(Ⅲの5を参照)。かかる構造的優位にあつて、BGHは、双方優位の状況における適切な需要力濫用規制の基本的枠組みを示したと評価される。寡占的な市場構造における大規模な製造業者が、大規模食品小売業者の譲歩を獲得した交渉結果の場合であっても、濫用の認定がありうることは、回避可能性のない従属的事業であるとの市場力の認定を経て、初めて明らかになるからである。

(4) 「全体的条件のセット」に係る基準の具体的適用

(4-1) 「全体的条件のセット」によつた実質的正当化の判断

カルテル庁は、全体条件のセットの考慮がない控訴審判決に対し、かかる考慮によつた実質的正当化の判断基準を説明している。BGHが肯定的に引用するカルテル庁の決定箇所は、控訴審が判断していない、要求態様に対する全体条件セットの考慮によつた実質的正当化の審査の在り方を具体的に明らかにする(Rn.37)⁶⁰⁷。BGHは、エデカの要求態様について個別に行われるべき全体条件セットの考慮が排除されたとする⁶⁰⁸。(Rn.37)

⁶⁰⁷ 先ず、支払期限の延長が供給業者に継続的に適用され、反対給付がないとするカルテル庁決定の該当箇所(欄外番号355)が引用されている。欄外番号355は、以下のように述べる。エデカの買取する「プラスが長い支払期限を認められている場合に、エデカは多くの供給業者に対し、その購入製品に相応の延長を求めた。このような推定的な利益によって、それまでのプラスの取引条件のセットにおける他の部

(4-2) 反対給付の欠如；最適価格清算と支払期限の延長

「最適価格清算」と「支払期限の調整」により「エデカは年間取引において達成される成果の改善に狙いを定め…製造業者にはかかる成果に対する反対給付が提供される見込みなく」、19 条 2 項 5 号の意味での利益が要求された。

(Rn.59)「カルテル庁の見解によれば、交渉経過において規範名宛人の『利益』が要求される場合には、常に要求が存する。この広い解釈は語意に即し、かつ初期の立法意思とともにそこから導かれる規範の保護目的を考慮するものである。それはまた交渉を遂行する場合に、経済的に意味のある商人的な理性的行動と一致する。…このようなカルテル庁の見解は適切である」。(Rn.61-62)

(4-3) 最適価格清算と支払期限の延長の違法性

(a) 最適価格清算と支払期限の延長について実質的正当化を欠くこと

エデカは「最適価格清算」⁶⁰⁹と「支払期限の調整」⁶¹⁰において実質的正当化

分が、相対化される。この点の検証は、エデカによってなされない。支払期限は継続的に調整されて、反対給付は供給業者に提供されない」。BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.355.

また同じく引用された欄外番号 359 は、エデカによる支払期限の調整が一連の文書により、多数の供給業者に要求されたとする。2009 年 1 月 22 日付け書簡と同 26 日付けの修正版が、カルテル庁決定における欄外番号 359 に紹介されている。さらに欄外場号 360 では、多くの供給業者に異議のあったことが指摘されている。A.a.O., Rn.359-360.前掲、VI、3、(4)、(4-4)における (e) を参照。

⁶⁰⁸ そして本件の製造業者 3 社について、前掲註 607 と同様な問題があることが個別に示された。BGH は、シュロスにつきカルテル庁決定の欄外番号 372、ヘンケルにつき同 366、フレンネは同 369 の欄外番号を挙げている。BGH,23.1.2018.KVR 3/17, Rn.37 なお BGH がその判決文の Rn.37 で、かかる文書要求をしたエデカの相手として、ロートを挙げているのは単純な誤りである。他の箇所では正しく指摘している。Vgl, A.a.O., Rn.34 (エデカはロートに支払期日の延長を何ら求めていない)。

⁶⁰⁹ 「控訴審の事実認定によるとエデカは、ロート、ヘンケル及びシュロスとの本件特別交渉の初め、プラス買収後に一定製品の購入価格を引き下げる清算金額の支払いを要求した。それによって購入条件は既に経過中の 2009 年初頭まで遡及し、締結済みであった年間交渉で達成された成果をエデカは改善した。その際要求額を、エデカは『最適価格清算』に基づき計算する。エデカとプラスに関し一定製品の基準日である 2007 年 8 月 1 日、2008 年 1 月 1 日、2008 年 9 月 1 日で各々妥当する条件が探索、比較される。それによりエデカの視点から選択された、最良価格が各供給業者に対する要求額の決定の基準とされる。その場合、他の全ての供給業者とエデカに妥当する条件は、その比較で考慮されない」BGH,23.1.2018.KVR 3/17, Rn. 72.

⁶¹⁰ 時間的に多段階の基準日が等級付けられ、そこから幾重にも重なった、異なる時点のその時々妥当する条件の調整がされることは (カルテル庁決定主文 1)、明らか

なく利益の要求をした。「かかる要求は、控訴裁判所の決定した事実関係に基づき実質的な正当化を欠く。それは要求の時点で、何らかの義務付けや一定期間保証された買取量ないし供給者地位の長期的持続のような、適切な反対給付との結びつきを最低限でも客観的に認識できない。それゆえ、要求と反対給付の間に明らかな不均衡が存在し、実質的に正当化されない要求であると正しく推定される」。(Rn.69)

(b) 年間契約に対する「最適価格清算」と「支払期限の調整」による遡及的変更

BGH は、2009 年の年間契約の合意が、プラスとの統合により後の条件交渉を認める留保が伴うとしても、エデカの要求は実質的に正当されないとする。それによれば、たとえ買収の実施予定日が本件のように契約交渉時に既に知られており、統合について考慮できた場合であっても、他の事業者の合意による買収は、それ自体として既に締結された契約の変更につき、何ら正当化の理由にはならない。このようにして「エデカの利益が考慮されないのであるから、供給業者とプラスで合意された条件は維持される」。(Rn.70)

(c) 評釈

i) BGH は、最適価格清算と支払期限の延長の違反類型について、契約の「全体的条件のセット」のテストに係る審査を行い、適切な反対給付との結びつきを最低限でも客観的に認識できないとしたが、他方、供給者地位の長期的持続のような反対給付が存すれば、そのテストを満たすとする。(Rn.69)

これに対しては、このような抽象的な利益であって、具体的な対応関係や、拘束性も問題になり得る言明が適切な反対給付足り得るか問題点として指摘できる。この点に係り、メトロ事件 BGH 判決が、「引き続き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とした先例がある。両判決の正当な利益の例示には、上記の利益の抽象

に合併実施以前の日付となる基準日の選択と同じく (同上 2)、「いいとこ取り」の違法が当てはまる (BGH)。「歴史的な 3 基準日からの選択は、プラス買収のほぼ 1 年半以前に遡るもので、その目的は統合による影響のないプラスの買入価格を探る点にある。エデカの動機は、過去に存する一定の基準日が統一的に選択され、13 カ月の間に配分された 3 基準日ではなく、エデカにとって最良の結果を探ることである」。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.74-75-"Hochzeitsrabatte".

性に係る問題点と同様な批判が妥当と考えられる。この点から、後者の判決に対するノースデュルフトによる「擬制の遡及的利益」との批判⁶¹¹が看過され得ない。

- ii) 上記 (b) の留保条項付きの年間契約に対する後の時点での変更要求に関する判示は、「最適価格清算」と「支払期限の調整」による遡及的変更を対象としたと解される。他方で、2016年11月のBGHによる上告不許可処分抗告決定は、控訴審判決の遡及的な契約変更に係る以下の上訴不許可処分に対する抗告を退けている。すなわち、シナジーボーナスと品揃え拡充ボーナスに関して、供給業者は年間契約の交渉開始に先立ってプラス買収につき既知であり、その合意は民事法上の請求権を伴うとして抗告には理由がないとした。かかる二つのボーナス要求については、控訴審がエデカにつき民事法上の請求権を有すると判断し、BGHは異議を述べていない。他方、それ以外の「最適価格清算」と「支払期限の調整」、そして協賛金の要求については、本判決により実質の正当化を認められず（契約の全体条件の観察のテストによる）、民事法上の請求権ありとされない。この点を上記の(4-3)、(b)の「エデカの利益が考慮されないのであるから、供給業者とプラスで合意された条件は維持される」とした判示は示す。

(5) BGHによる本件相対的市場力の認定

(5-1) 具体的な従属性の判断項目 (BGH)

- i) BGHによれば、控訴審判決が実質の正当化の検証で行った事実認定を基にしても、エデカの規範名宛人の地位について判断することができる。以下、その判断要因をまとめる (Rn.42)。
- ① 発泡ワイン製造業者にとりエデカは、ドイツ全域の食品小売業店舗（約1万2千）にあつて大きな市場の重要性をもつ。
 - ② 発泡ワイン製造業者の総売上に対するエデカの割合（取引依存度）は、2008年にフラシネとショロスが30～40%、ロートが20～30%、ヘンケルが10

⁶¹¹ 前掲本稿 [1]、註290参照。

～20%である。

- ③ 食品小売業の他の需要者は、発泡ワイン製造業者の回避可能性の対象として極めて限られた意味を持つに過ぎない。その商品棚及び在庫スペースは通常利用尽くされそれ以上の受け入れ範囲は乏しい。そのためエデカの取引停止時に、新たな契約は困難なことが多い。

消費者の特定ブランドへのこだわりは低い。エデカ以外の他の重要な買手が特定ブランドのために販促活動を注力するなど対エデカの売上に代わる代償措置が講じられても、エデカを回避できる量は僅かである。

- ④ 消費者は当初エデカで購入予定のブランドがない場合、他の食品小売業者に足を運ぶのではなく、エデカで品揃えする他メーカーのブランドへ回避する傾向が強い。
- ⑤ 発泡ワインは日用品の購入に合わせて購入される商品である。消費者は居住地近辺で購入を済まして、遠距離に及ぶ買い物は通常考えない。
- ⑥ 発泡ワイン製造業者による外国取引は、エデカの売上げの僅かな部分のみ補填できるにすぎない。その場合エデカの取引について、どの程度回避ができるか不確定さが残る。

- ii) 控訴審判決のかかる事実認定に対し、上告手続きにおいて異議は申し立てられていない。従って、買手のエデカに対する供給業者の従属性が認定される (BGH)。 (Rn.43)

(5-2) 従属性の判断；評釈

BGH による GWB20 条 2 項の「従属的事業者」に係る相対的市場力認の認定は以下の項目によりなされた。①流通業者の全国市場力（エデカの全国的販売網）、②取引依存度、③当該流通業者以外の取引先転換可能性、④消費者のブランドロイヤリティの低さ、⑤商品特性（日用品である発泡ワイン）、⑥輸出による取引先転換可能性、以上の六項目である。メトロ事件 BGH 判決で 10% 超の取引先依存度のみでは規範名宛人以外の流通業者に回避可能性があると考えられた先例⁶¹²に従い、上記複数項目の事実が総合考慮されたと考えられる。他方、

⁶¹² 前掲、本稿 [1]、V、2 の「(2) 規範名宛人に対する取引依存度と具体的な市場関係」を参照。

カルテル庁の本件決定における包括的、網羅的な従属性の認定からは、結果的に審査項目は絞られた⁶¹³。

(5-3) 製造業者の対抗力問題

(a) 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」）

製造業者の「エデカに対する従属性は規範名宛人に求められる市場力の前提であり、それに対立する製造業者に対する従属性を基礎付ける製造業者の対抗力により対置されることはない（Rn.44）」⁶¹⁴。この点を BGH は、規範名宛人の相手方が大規模事業者であっても 2007 年 GWB 改正以後は保護の対象となる理由から、説明している⁶¹⁴。

(b) 製造業者のブランド力を重視する控訴審判決

控訴審判決は、発泡ワイン製造業者 4 社について 2009 年に全面的品揃えの業態をとるエデカに対し、如何なる場合でも品揃えから外せない製品をもっていると考えた。それは、消費者が著名ブランドの品揃えを期待して購入をする傾向をもつからである。またこのことは、一定時期（クリスマスのような）ないし一定地域（西南ドイツ）に特に妥当する。さらに過去発泡ワイン製造業者を全面的に取引停止したことはなかったし、主要ブランドの取引停止はなかった。（Rn.46）

⁶¹³ 前掲、VI、3、(1) における (1-3) を参照。

⁶¹⁴ 「控訴審判決の見解とは反対に、以下の点から、製造業者が大規模事業者であるかは問題にならない。すなわち、対抗力の検証に関し製造業者が 2010 年の自社と結合関係にある事業者の売上を除いて、その売上げ数値において、2 億 6 千万ユーロ超から 8 億ユーロ超の間で世界規模の売上を達成したことから、大規模事業者としての対抗力を問題にすることは認められない（Rn.45）」。

確かに元々の利益強要の禁止規定（旧 20 条 3 項 2 文）は中小規模である限りで、従属的事業者を保護する。この適用領域の限定は、2007 年の「価格濫用禁止法」による上記禁止規定の改正（前掲本稿 [1] I, 5 を参照）以後にあっては、認められない。すなわち、当該事業者が要求事業者に従属するなら、その規模の大きさに関係なく全事業者が優位の条件に対し保護される。「供給者ないし需要者の大きさは、それ自体としてもはや従属性に對置され得ない。回避可能性が決定的である」。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.45-"Hochzeitsrabatte".

(c) エデカと製造業者に対する外部選択問題の検討

「これに対しカルテル庁の法律抗告が以下のように述べるのは正当である。控訴審判決はエデカと製造業者の相互的な従属性における明白な非対称性を考慮していない。契約関係の完全な破たんはエデカの側に供給業者の品揃えについて一定の中核製品の販売利益に打撃を与えるにすぎず、製造業者の側では、他の販売先での補填が期待されずにエデカとの総売上が失われる」(Rn.47)。製造業者のブランド力を重視する控訴審判決には、理由の不備がある⁶¹⁵。また、各製造業者の取引依存度は前述のように 10%から 40%の間にある一方で、エデカは、総売上に対する個別製造業者の売上割合は僅かである (Rn.48)⁶¹⁶。

(d) 従属性と対抗力問題のまとめ (BGH)

カルテル庁の「法律抗告はエデカについて、その従属性を製造業者の対抗力や特別交渉の事実上の経過により基礎付けられないとする。この主張は正しいのであり、規範名宛人が(交渉力ある供給業者に対し)規範に忠実に行為し得たという理由によっては、業績により正当化される交渉成果でさえも規範名宛人の地位に対置させることはできない。従属的事業者も規範名宛人との交渉で一定の交渉成果を獲得できるということは、市場力により基礎付けられた規範名宛人の特質に何らの変更も加えない (Rn.50)」。故にエデカは GWB20 条 2 項の意味で発泡ワイン製造業者との関係において規範名宛人である (Rn.51)。

⁶¹⁵ BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.47-"Hochzeitsrabatte". この点は、以下のブランド力による対抗力問題の審査が行われた。「消費者のブランドへの忠誠が乏しいこと、日用品の買い物に合わせる結果エデカを迂回する傾向がないこと、始めに購入を意図したブランドが欠品の場合に通常他のブランドが購入される、生活に密着した商品特性がエデカに有利な点として加わる。他方、たとえ多くの顧客が欲するブランドを購入できる他の食品小売店舗へ迂回する格別の動機があっても、その者が他の買い物も回避する訳ではないので、著しい売上損失にエデカを導くものでない。かかる影響は、エデカの取引停止から生ずる発泡ワイン製造業者の売上損失に比べると僅かと評価できる」A.a.O.,Rn.48.

⁶¹⁶ さらに、BGH は双方で行われる取引停止に関する影響評価について、カルテル庁による以下の認定を正しいとした。「製造業者にとり販売促進費の削減措置は、発泡ワインの販売で手痛い売上げ損失につながるが、他方で流通業者にとっては全面的品揃えという側面にはネガティブな影響はない。結局、流通業者は製造業者からの購入につき、取るに足らないものでない影響を自らの売上利益に被ることなく、製造業者の中核ブランドを削減できる」。A.a.O., Rn.49.

(e) 製造業者の対抗力；評釈

- i) 双方優越の関係にある需要力濫用の事案に係り、従属的地位の認定を経た供給業者について、対抗力を否定した点が BGH 判決の特色である。控訴審判決の認定によると、実質の正当化の判断で従属的地位を有するとされた⁶¹⁷供給業者は、以下の理由で対抗力を有する。①製造業者の世界的な売上額の大きさ、②製造業者のブランド力、③流通業者の全面的品揃え方針、である。これら各側面につき、BGH の検討がされ、製造業者の対抗力は否定された。また、双方向的取引停止に関する影響評価について基準が明らかにされた。
- ii) この点につき②製造業者のブランド力（上記③流通業者の全面的品揃え方針の検討を含む）に係っては、始めに購入を意図したブランドがエデカの取引停止により欠品の場合に、消費者があくまで当該ブランドを求めて他の小売店まで足を運ぶレベルまで、そのロイヤリティーが高い場合に認められる基準が明らかになった。
- iii) 双方向的取引停止に関する影響評価については、各製造業者の取引依存度に対して、エデカの総売上に対する個別製造業者の売上割合が比較され、実際の取引停止による双方の事業遂行に対する打撃の度合いが計られた。トータルな売上高、販売力に係る事業能力の格差の指標が従属性の認定で用いられたものとして注目される。

(6) 交渉過程の評価（「成果の無い要求」と「始めの要求」）

(6-1) 一度だけのかつ成果の無い要求

第7次GWB改正において「要求」の新しい要件指標に関し、立法者は一度だけのかつ成果の無い要求も含めている⁶¹⁸。それゆえ、要求の指標は、既に交

⁶¹⁷ 本稿Ⅶ、2、(1)、(1-3)の(b)を参照。

⁶¹⁸ 前掲、本稿[1]Ⅰ、4における(1)を参照、BT-Drucks 15/3640, S.74（前掲註41参照）。立法過程において、要求が繰り返される場合に限定する経済委員会の提案は、連邦参議院により採用されなかった。前掲註43参照。Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit（9. Ausschuss）, Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks 15/5049（<http://dipbt.bundestag.de>）, S.11,47.

渉の結果に先立つ局面と最初の要求もまた原則的に包括する。(Rn. 63) その概念は、GWB21 条 1 項⁶¹⁹の他事業者に一定の態様で影響行使する要求と食い違うものでない。この場合その影響行使は、一定の事業者に対する供給関係の開始又は終了をさせないことである⁶²⁰。(Rn.64)

(6-2) 始めの要求

「交渉の入り口における一方当事者の要求は、他方当事者の始めの要求に取るに足りないものではない影響を与え、それにより交渉の結果に影響を与えるという考えは誤りではない。利益強要の禁止に係る垂直的な保護目的を前提として、原則的に規範名宛人の始めの要求だけでも、後の交渉の結果においてそれが減額されたかあるいはどのくらい減額されたかに依らずに問題にすることができる」(Rn.65)。

(6-3) 厳しい取引交渉

「厳しい取引交渉が競争の本質であることは確かであり、競争の機能発揮の本質的要因である。市場で有力な事業者といえども競争に一致した態様でそれを追求できる」(Rn.66)⁶²¹。しかし BGH は、「かかる事情は、カルテル法上問題とするに足りない当該分野の慣習と同じく、要求概念の解釈についてほとんど考慮される必要はない」とする (Rn.66)。カルテル庁の決定で述べられているように⁶²²、実質的正当化の検証にあたって厳しい交渉の許容性を考慮しつ

⁶¹⁹ 他の事業者（事業者団体）に供給ないし購入の停止をするよう「要求」する不当な影響行使の禁止（ボイコット）。GWB§21Abs.1（2017）。本項の要求は、一定の事業者に供給関係や購入関係を結ばないあるいは継続しないよう影響行使する、どのような試みも含む、とされる。Lettl, Kartellrecht, 4. Aufl. (2017), §9.Rn.187.

⁶²⁰ BGH,14.3.2000, KZR 15/98 S.12-"Zahnersatz aus Manila" (<http://juris.bundesgerichtshof.de>).

⁶²¹ Vgl. etwa *Loewenheim*, in L/M/R/K/M-L/Bearbeiter (前掲註 501), § 19 Rn.102, 107, *Westermann* in MünchKomm KartellR(前掲註 305), §19 Rn. 185; Säcker/Mohr(前掲註 429), 1, 5; Lettl, WRP 2016(前掲註 575 参照), 935, 937; Eufinger/Maschmer, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung von Preisverhandlungen im deutschen Lebensmitteleinzelhandel, ZLR 2015, 37,49.

⁶²² 本件のカルテル庁決定（欄外番号 494）は、流通業者と製造業者の通常の年間交渉は、より長い時間をかけて、共同の成果を達成するべく企図されるが、そのような場合には双方当事者の始めの要求の間の何れかで決着するという成果をもたらす交渉になる、とする。BkartA,03.07,2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.494.

つ、利益強要禁止に求められる、通常の取引交渉とみられる行為態様からの逸脱がむしろ重要である (Rn.66)⁶²³。「19条2項5号の意味での要求は、交渉の経過において、あるいは他の態様で利益の要求が行われるかに左右されず、規範名宛人が供給者又は需要者に利益獲得の影響を行使する場合には認めることができる」(Rn.67)。

(6-4) 評釈

- i) BGH は「最適価格清算」と「支払期限の調整」が取り上げられた本件特別交渉の契約交渉の過程を審査するに際し、一度だけの、かつ成果の無い要求であって、さらに交渉の始めになされた要求であって、19条2項5号の「要求」に該当するかの基準を示した。それは、GWB21条1項のボイコット禁止の要求と同一基準とされた。すなわち、一定の事業者に対する供給関係の開始又は終了をさせない要求の全てを含むとされた。
- ii) BGH は交渉開始の要求であって、後に続く交渉で減額された要求であっても、19条2項5号の要件規定に含まれるとした。従って、開始の要求が後の交渉に与える影響行使が問題にされ違法とされ得る。この点から本判示の交渉過程における個別段階についての影響評価が問題になる。
この問題は、本判決が実質の正当化の判断に関し契約条件の全体的セットを観察すべきとした判示と係って、検討が求められる。すなわち、契約条件の全体的セットを観察するには、個別交渉で提示された契約条件の束を総体として観察して、最後の交渉終結を待って判断することを要するからである。開始の要求で違法とされる基準と契約条件の全体観察から求められる引き続き交渉過程を見る要請との調和が問題になる。
- iii) 個別要求の交渉の各過程を評価する問題を含めて、最初の要求と契約交渉の適正さの評価の問題は、後掲5の「始めの要求と契約交渉」でさらに検討する。
- iv) 厳しい取引交渉の要請について、一度だけのかつ成果の無い要求と始めの要求の上記問題において、「カルテル法上問題とするに足らない当該分野の慣習」とあわせて、要求概念として考慮されないとされた。この厳しい交渉

⁶²³ なお、厳しい取引交渉の競争内在性の指摘は、以下の箇所においても言及されている。前掲、3、(2) (2-3) (c) を参照。

の評価は、全体条件の観察をする手法に係り、その整合性が問題になる。取引全体の条件を観察するアプローチによるならば、個別の交渉で要求と反対給付の適応関係を別々にみるのではなく、最終的な条件提示を待って全体条件を把握する必要がある。この点から、初めの要求のみの適切性を判断することとは、適切でないという考え方があった⁶²⁴。また厳しい取引交渉は需要競争の本質内在性が、「機能力ある競争の内在的要素」として確認されていた⁶²⁵点も看過し得ない。

「カルテル法上問題とするに足らない当該分野の慣習」の範囲に関して、BGH 上告不許可処分抗告決定は、品揃え拡充ボーナスに係る実質的正当化の、商慣習適合性を認めた控訴審判決に対する法律抗告を退けた⁶²⁶点との関連が問題になる。このように判決には、契約交渉過程の適正さに係る判断基準として、その展開に係り明確な一貫性を未だ示していない。

(7) 利益衡量；正当化を欠く推定に対する反証

(7-1) 「最適価格清算」の利益衡量

(a) 実質的正当化に関する推定

BGHによれば、「最適価格清算」は「履行中の契約を事後に改善させる調整で、個別の歴史的な最適価格を逐一移動させることが、それ以外の条件を考慮することなく要求され」ており、「実質的正当化を欠く」⁶²⁷。

(b) 合理的な調整手段からの逸脱

「この要求はエデカもプラスも供給業者に事前に提供しない全体条件の

⁶²⁴ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19,Rn.236.

⁶²⁵ 前掲Ⅷ、3、(2)の(2-3)(c)を参照。

⁶²⁶ 前掲Ⅷ、1、(4)の(4-2)及び(4-3)を参照。

⁶²⁷ 問題になっている最適価格清算において、カルテル庁の決定主文(1)(2)(6)で取り上げられた行為態様は、その全体において、又個別にも違法である。エデカの「最適価格清算」は、利益の要求に係る計算方法からして実質的正当化を欠く。事実上、算出価格が如何なる額において、個別供給業者に求められるかの基準がない。また事実上の要求が多少なりとも当初の算出結果よりも低いとしても、それは出発点で「最適価格清算」に基づく。本件で問題になる要求は「最適価格清算」の手段なくしては、何らかの態様で主張し得ない。BGH,23.1.2018.KVR 3/17,Rn.77。

セットを導く。すなわち競争者の買取に係って、供給業者に対する数量リベ
 トないし、買手の数を省く合理的な取引展開が基礎になった調整手段（それは
 履行中の契約においても正当とされる）の範囲を超える」（Rn.73）⁶²⁸。「最適
 価格清算」による要求は、「食品小売業部門で慣例である、通常の一般的な年間
 交渉に際して優先的に個別条件をカバーする要求として、かつ全体条件のセッ
 トの内に配列される要求として行われていない」（Rn.73）。

(7-2) 「支払期限の調整」に対する利益衡量

(a) 「いいとこ取り」の違法性

全体条件のセットを考慮することなく、供給業者の対プラス社との個別条件
 をエデカに好都合となるように対エデカ条件と調整する要求は、カルテル庁に
 よって違法な「いいとこ取り」とされた（カルテル庁決定主文（6））が、BGH
 もこの点の違法を認めた⁶²⁹（Rn.74）。

(b) 供給業者への制裁的効果

時間的に多段階の基準日を等級付けた多段階の条件調整は、以下の利益衡量
 により、かかるエデカの期待を正当化しない。「明らかに統合以前の日付の基準
 日を選択することは、プラスに過去エデカよりも有利な買入価格を設定してい
 た供給業者に制裁的効果を及ぼす。その場合供給業者は自らの条件の統一につ

⁶²⁸ BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.73. この点は、BGH の先例が以下の通り参照される。
 従前独立している、二社の統合による買取量の合算については、対応するリベ
 算定率は、買手に有利な変更を導くとされる（2002年メトロ事件 BGH 判決）。Vgl.,
 BGH, 24.9.2002.KVR 8/01, GRUR 2003, 80,84-"Konditionen Anpassung". そして、
 この2002年メトロ判決と2018年のエデカ事件判決の関係は以下のように考えられ
 る。統合による取引量の合算の場合では「全体条件のセット」に係る考慮はクリア
 するが、「最適価格清算」の場合、エデカに一方的に有利な基準日価格の移動は、そ
 の考慮が欠けていることから実質の正当化に関する問題を生ずる。

⁶²⁹ ヘンケル、フレシネ及びシュロスがプラスと合意した支払期限のうちエデカにとり
 好都合な期限を、全体条件のセットに関する考慮なくエデカの購入に移して適用す
 ること（上記主文（6））は、正当化を欠く推定が働くのであり、それに対する反証
 もされていない。プラス買取を契機とした本件特別交渉は履行中の契約につきエデ
 カの契約条件を調整して、全体条件のセットを考慮することなくプラスに係る好都
 合な条件を個別に設定するものであり、違法な契約条件である。GWB19 条 2 項 5
 号は不当な利益の提供を要求すること自体を既にカバーし、控訴審判決とは逆に、
 支払い期限の調整を目指した交渉の結果は問題とならない。BGH, 23.1.2018.KVR
 3/17, Rn.78.

き、相対的な小規模な食品小売業者に有利な条件（それは、規範名宛人が後に買取で考慮することになる）を設定することができるのと同じように、規範名宛人の行為態様が許されるものかが問題である」。明らかに統合以前に存する基準日が選択され（上記主文（2））、実質的な正当化がされず、競争の自由を志向した利益衡量において認められない効果を生ずる（Rn.75）。

（7-3）「協賛金」に係る利益衡量

（a）カルテル庁の判断

決定主文（7）は明らかに反対給付の対置されない支払い要求として「協賛金」と「シナジーボーナス」を違法としたが、BGHはこのうち「協賛金」についてのみ法律抗告を認め、実質的な正当性を欠くとの推定に対する反証はないとした（Rn.87）。控訴裁判所の挙げる、「協賛金」に対するエデカの反対給付とその後付け可能性について、BGHは法的誤りを免れないとみなす⁶³⁰。

（b）カルテル庁の明白性概念の解釈

反対給付の欠如に係る明白性の要件。その決定主文（7）は、「協賛金」要求の違法を専ら反対給付の「明白な」欠如により根拠付けている。その違法は、エデカによる要求と反対給付の間の単なる不均衡を捉えるのではない。不均衡のアプローチでは、要求の適切性をコントロールする複雑性を免れない問題があり、そのため反対給付の「明白な」欠如に限定をした。カルテル庁の要求に

⁶³⁰ 控訴審の判旨を以下に要約する。エデカの提供する反対給付は、改修と現代化された旧プラス店舗の魅力向上、及び供給業者をカバーするより改善された販売チャンスという期待である。このような期待利益が、エデカの受ける給付（協賛金）に対置される、売上げ増による合意された数量リベートを超えて、現代化されたプラス店舗への出品ないし現代化の付加価値を伴うことによって専ら汲み尽くされるか否かは、常に具体的事情に依存する。旧プラス店舗における積極的な活動をネットがなすならば、将来的により多くの販売活動が行われ、また発泡ワイン供給業者は、追加的売上げを一般的なものとできる可能性を伴う。かかる背景によって、エデカは、明白に何ら反対給付の対置されない協賛金の支払いを要求するものでない。前掲VII、（8）の（8-2）を参照。

以上の控訴審判決による、反対給付と後付け可能性による正当化を、BGHは法的誤りを免れないとする。BGH,23.1.2018.KVR 3/17,Rn.88-"Hochzeitsrabatte".

関する違法性判断は、根拠について明白に不適切であること及び明白に適切な関係を欠くこと、その反対給付が明白に存しない点のみをみる⁶³¹。

(c) BGH の明白性概念の解釈

BGH はかかる明白性の概念⁶³²に係って、法律抗告が以下のように控訴審判決を批判する点を正当とする。すなわち、「協賛金」の支払い要求（プラス売上げの 4%）で包括的な根拠付けを行う控訴審判決について、新店舗の魅力向上とプラスに比較してネットの販売促進活動への高い関与によって正当化されるとすることは、法的な理由付けとして一貫して不適切であり、それ故「明白に」協賛金支払い要求は、反対給付を欠いている批判を正当とする。(Rn.90)

(d) 「協賛金」に対する反証可能な違法性の推定

- i) 違法性の推定；供給業者、商品グループ、製品の各関連性。BGH は、個別の供給業者関連でなく、商品グループ関連でもなく又は製品関連でもない、流通業者の販売フローへの一般的投資が、具体的な利益供与の要求を正当化できるのか、あるいは自己の事業上のリスクを市場の相手方に不当に押し付けるものに過ぎないか議論のある⁶³³問題について、利益強要禁止の違法を推定する。
- ii) 反証可能性。かかる推定に対し規範名宛人は、供給業者は要求の時点で確実かつ業績正当化できる反対給付を、例えば一定期間の品揃えないし買い取り保証を客観的に認識できるという反証ができる。(Rn.91)

⁶³¹ Vgl., BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09-EDEKA, Rn.267, 269. BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn. 89-"Hochzeitsrabatte".

⁶³² 上記明白性の概念について、BGH によれば、控訴審判決は事実審裁判所としての評価において、かつ法的誤りなく、「一見して疑いなく (bereits auf erste Sicht zweifelfrei)」の意味で解している。BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.89-"Hochzeitsrabatte".

⁶³³ 当然違法の立場として以下が引用されている。Köhler, WRP 2006(前掲註 286 参照), 139, 143; Lettl, WRP 2016 (前掲註 575 参照), 935, 938; これに対する反対説は次が挙げられている。Säcker/Mohr(前掲註 429), 1, 14, 24. BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn.91-"Hochzeitsrabatte".

(7-4) 実質的正当化の要件指標に関する無限定

(a) 供給業者、商品あるいは売上げ関連の業績適合性審査

19条2項5号の「要件指標である『実質的に正当化できる理由』の語義については、理由あるいは反対給付に関する一定の種類と形式、例えば供給業者関連、商品関連あるいは売上げ関連の業績に関し、何の限定もない。」(Rn.92)

(b) 利益衡量とカルテル法上の体系的整合性

「かかる理解は体系的な考察によっても証明される。GWB19条2項1号の一般的な差別禁止に関し、対応する要件指標はなんら同種の限定を規定しない。同じく立法資料はこの点につき何も告げない。GWB19条2項5号の意味と目的は競争の自由を志向したGWBの目標設定の考慮の下で、参加者の利益の包括的な衡量により実質的に正当化されないものとして示される利益の要求を、規範名宛人について禁止することにある」。(Rn.92)

(7-5) 利益強要禁止がもつ妨害禁止の特質

「それ故評価の出発点は販売関連の事態で事業者の行為自由から導かれた原則であり、GWB19条2項5号の妨害禁止(Behinderungsverbot)は、規範名宛人に対して原則的にその取引活動及び販売システムを、経済的に有意味かつ正当であると自らが思料する限りで、自らの判断に基づいて展開させることを禁じていない」。(Rn.93) このことは必然的にダイナミックな競争プロセスの枠内において、差別から免れて新たな取引慣行を展開することあるいは変更する可能性を含む。BGHは、供給業者関連、商品関連又は製品関連のない利益であって、市場で有力な流通業者の投資コストを、供給業者に負担させる利益が具体的に衡量されることができるか否か、あるいはどの程度できるかは、個別事案の事情によって判断される(Rn.93)として、以下に本件の具体的な利益衡量を行う。

(7-6) 「協賛金」に関する具体的な利益衡量

(a) エデカの利益分析

先ず衡量されるエデカの利益の分析がされる。買取によるプラス店舗の現代化を成功させコスト優位を獲得する利益が挙げられる。この点につき買取企業

と取引する供給業者については統合事業者によってさらなる品揃えの拡充がなされる⁶³⁴。(Rn.94)

(b) 供給業者の利益分析

これに対し供給業者の利益は、流通業者への支払いを回避し、特に流通業者の一般的なコストを負担されない点に利益をもつ。さらに供給関係を可能な限り長期間確実なものとし、流通業者の魅力的な店舗によって販売することで、消費者の来店頻度ないし購買意欲を高める点に利益がある。(Rn.95)

(c) 競争者の利益分析

流通業者又は供給業者の競争者について衡量要因となる利益は、当事者には妥当しない。買取店舗が供給業者のコスト負担により現代化される（競争者にはその可能性はない）ことに対し、規範名宛人の競争者はこの点を競争歪曲とみなすであろう。(Rn.96)

(d) 実際の衡量の態様

i) 供給業者と流通業者間の機能分担。以上のような関係者の利益分析に基づいて、競争の自由を志向した GWB の目標設定の下で利益衡量を行う。まず、「協賛金の要求は濫用として当然原則は妥当しない。このような証明と結びついた介入は流通業者の私的自治への介入となるが、しかし、供給業者はそれを機能的競争の保護のため必要であるとはみなさないであろう。供給業者の流通業者に対する売上げに一括して計算がされ、供給業者関連、商品関連ないし製品関連なくして供給業者が一般的な長期の投資コストを負担する結果は、供給業者と流通業者間の典型的な機能分担を壊す。かかる要求が規範名宛人の流通業者によって行われることは、特別の濫用の危険を生ぜしめる。ここで対立する利益は調整を志向するものとならず、むしろ一方的に、投資コストの押し付けとして規範名宛人の利益を促す傾向がある。かかる事案では明らかに欠けている事業上の正当化について、実質的正当化を欠く推定が働く⁶³⁵」。(Rn.97)

⁶³⁴ Vgl. Säcker/Mohr(前掲註 429), 1, 14

⁶³⁵ 「これに対し、“要求”の要件指標において目指される利益強要禁止の働きを考慮し、規範名宛人はかかる推定に対し、供給業者への要求の時点で他の確実で業績により

- ii) 推測的利益と計算困難な利益。「供給業者は、その市場地位を基にして、かつ流通業者との経験を基にして、法的保証なくこれら品揃えのされることを予測できるのでは、十分ではない。このような関連で控訴審判決の考え方に対して、プラス店舗の現代化により長期的に供給業者に生じる専ら推測的な利益、また全く計算できないか、計算の難しい利益（例えばより多くの販促活動のような利益）では、十分ではない（Rn.98）」。
- iii) 包括的な金額を要求する妥当性。「店舗の現代化が長期的に供給業者の利益をもたらすか、すなわち協賛金の要求がプラスの売上の4%という包括的な額であっても正当とみられるかは、事案の具体的事情及び関連する製品市場における関係の展開にかかっている」。(Rn.98)
- iv) 商品の需要弾力性に係る特性。さらに発泡ワインの「需要はその弾力性に制限があり、ある流通業者の売り上げの増加は他の流通業者の売り上げの減少に対峙している。かかる事情のもとで…製造業者は要求された時点で、明白に協賛金に関し…確実なかつ業績によって正当化される反対給付を客観的に認識できるものではない」。(Rn.98)

(7-7) 評釈；協賛金要求

- i) 19条2項5号の違法性判断基準を導く法的な指導原理について、GWBの法目標を志向した利益衡量による外はないとして、この点につき要件指標と立法資料での何の限定も存しないとされた。またこの点は同号の置かれた市場支配的事業者の濫用監視に係る体系的理解として、19条2項1号の同様なアプローチと整合的であることが確認されている。
- ii) この点は以下のような意味をもつ。本判決は受動差別禁止の法目的の捉え方から利益強要禁止へ転換を計ったが、市場の相手方保護に係り、利益衡量

正当化される反対給付、例えば一定期間の品揃え保証や購入保証のような反対給付が客観的に認識可能なことを反論できる」。BGH,23.1.2018.KVR 3/17,Rn.97。「控訴審判決には、カルテル序決定主文(7)の協賛金に関する規定を取り消した法的な誤りがある。協賛金により要求されている供給業者の負担は、エデカの売上げにより算定される一括したものであり、…明白に一定期間の品揃え保証や購入保証のように、発泡ワイン製造業者に要求の時点で確実なかつ業績により正当化される反対給付を客観的に認識できない」。A.a.O., Rn.98.

の段階では格別の保護を企図するものでないことが明らかにされた。

この点が重視される訳は、規範名宛人から保護される供給者について、その扱う商品と売上げに関し、実質的正当化の判断基準で手がかりは何もないと念を押す形で確認されることによる。

そして、実質的正当化要件に係る解釈準則の無限定性が、GWB19 条 2 項 1 号の一般的な差別禁止に対応する体系的な考察からも確認されたが、このことも、新たな利益強要禁止の体制が、差別禁止の法理の影響を受けることを示す。

この点からは、BGH の利益強要禁止に係る正当性を判断する枠組みにおいて、具体的な利益衡量に入る前段階に置かれた、規範名宛人の経済的行為自由とダイナミックな競争プロセスの展開が重視されるとの特別の言及が注目される。すなわち、妨害・差別の禁止に該当しない限り、規範名宛人は「取引活動及び販売システムを、経済的に有意味かつ正当であると自らが思料する限りで、自らの判断に基づいて展開させることを禁じ」られない。この指摘も新たな利益競争禁止の体制が、市場で有力な需要者の経済的行為自由の発揮に基づく、市場の自由な競争の在り方に十分配慮して展開されるべきことの留保として捉えられる。

- iii) 本判決の実質的正当化に係る解釈の特徴は、関係者の利益について網羅的、包括的に分析、適示がされたうえで、利益の衡量の結果が一義的に示された点である。結果的に供給業者への一方的なコスト負担となる流通業者の利益について、本件要求で他の関係者の利益に比べて、明白かつ一義的に濫用の危険を生ぜしめると判断された。本件ではカルテル庁は、品揃え拡充ボーナスやシナジーボーナスの要求も実質的正当化なしとした。これに対し控訴審判決と BGH の抗告処分不許可判決は、かかるカルテル庁の判断を認めていない。これらボーナス要求に比して「協賛金」ははるかに供給業者に及ぶ濫用の危険が明白な事案であったと評される。

BGH は買収先ディスカウンターの店舗を現代化し魅力を増すことは、本来的に流通業者の任務であるとするカルテル庁の主張を認めて、小売店舗の長期的な、一般的な投資コストは本来的に流通業者の負担すべきものという機

能分担を承認した。取引条件の全体的セットを考察し、かかる一般的な投資は規範名宛人の負担によるべきものとされた。個別給付の直接的な対応関係を探るテストを退けた BGH の濫用概念の把握においても、規範名宛人の要求は、それに対する反対給付を見出し得ない明白な不均衡の存する事案であった。従って当該行為のもたらす明白な濫用上の危険を踏まえて、判決は「協賛金」の要求が関係者の利益の調整を志向するものでなく、一方的な負担の押し付けになる衡量結果に達したと考えられる。

iv) 控訴審判決は、流通業者の販売フロアへの一般的投資に対する協力となる協賛金について適法性を認めた。この点に係り、BGH の実質的正当化に判断は以下の通りである⁶³⁶。第一段階として、全体条件のセットを観察することにより、反証可能な違法性の推定が生じるとした。第二段階で、BGH は具体的な利益衡量に審査を進め、市場で有力な流通業者の投資コストを供給業者に負担させる利益について個別事案の事情から、かかる反証の有無を含め判断をした。搾取濫用の規制に基礎をもつ契約の全体条件のセットを観察し、反対給付を欠くことが明瞭な協賛金要求についても、利益衡量の個別事情により利益調整の可能性を探る手段を踏んでいる。需要力濫用規制に係る規制権限の発動に対し、抑制的な立場であると評価される。

v) 他方、流通業者の一般的な投資（店舗現代化）への協力に対し、反証可能な違法性の推定を認めた BGH は、控訴審判決と前記のゼッカー教授による「隠れた競争」論における協力要請の適法論（VII、4（4）における（a）と（b）を参照）を否定したもので、注目される。この見解の相違は需要力濫用規制に係る理論上の理由付けの相違、すなわち、下記「4. 利益強要禁止と因果関係」で述べる市場地位と要求行為との因果関係の立証を BGH が求めなかった点と関係する。

ゼッカー教授は、要求によった便益提供全てにつき、流通業者の購入契約における給付と反対給付に係っての交渉を前提にする。かかる場合の付随的給付は製造業者の売上促進に仕える。直接間接の価格譲歩に対する付随的給付

⁶³⁶ 前掲、(7-3) (d) における i) 及び ii) を参照。

は、当事者間の給付と反対給付に関する合意された双務契約の構成要素になる。結果的に、許された主たる給付と許されない付随的給付に客観的に二分されない。このように推論するゼッカーは、販売フロアの一般的投資に係る協賛金要求に対し、市場力行使の認定がされない対等交渉の場合（例；控訴審判決の認定）には、合意された双務契約の遂行として格別の問題を生じないとする。

結局、控訴審判決の因果関係論を退けた BGH の立論が、給付の業績適合性の審査につき、同じ全体条件のセットを観察する手法をとりながらも、店舗現代化等の改装費用を抛出させる一般的投資への協力問題で判断を分けた。行為と市場地位との関連を重視する控訴審判決の因果関係論は、協賛金要求に対する対等交渉の合意から市場力行使がないとして、規制権限の発動に顕著な抑制を導いた。

- vi) 本件の利益衡量において市場の競争の在り方が衡量対象の項目に影響を与えた例として、一定比率による包括的徴収の問題と対象商品の需要弾力性の問題がある。何れの場合も本件では、実質的正当化を肯定する衡量を導くものでないとされた⁶³⁷。この点は後者の対象商品の需要弾力性が高い場合（前掲（7）、（7-6）、（d）における iv）を参照）に、異なる結論になる場合に、妥当な結論とみなされるであろうか。同一の要求行為であっても、実質的正当化が導かれる結果を認めることになるが、かかる事態の妥当性は問題になると考えられる。

（7-8）「最適価格清算」と「支払期限の調整」の利益衡量；評釈

「最適価格清算」は、全体条件のセットのテストによっても反対給付の不存在が明白であり、現に存する商慣習にも反する慣行であり、実質的正当化を欠くとされた。「支払期限の調整」では、全体条件のセットのテストにより、いいとこ取りの違法があり、さらにエデカの競争相手であるプラスにエデカよりも安い価格を付けていたことに対する制裁であるとの認定がされた。いずれの要

⁶³⁷ 本判決は、売上の 4% という包括的徴収の正当性について、個別事案の事情によるとだけ述べて、それ自体の不当性に関する言及がないが、他の項目の衡量と合わせて、実質的正当化を肯定する結論を導くものでないと判断されたと考えられる。

求も反対給付との業績適合性に係る審査で明白にそれを欠く要求行為である。従って、「協賛金」のように関係者の利益分析を周到に行うまでもなく、利益衡量で供給業者の一方的な不利な効果が明白であり、濫用の危険が大きいと評価されたものといえる。

「協賛金」の場合のような行為者の存する市場の競争の在り方に対する配慮をこれら二つの要求に関して BGH は行っておらない。かかる配慮を明らかに上回る、濫用の危険が重視されたものと思われる。

4. 利益強要禁止と因果関係

(1) 市場支配的地位の濫用的行使 (GWB19 条 1 項) と因果関係

(1-1) 濫用監視の一般条項における市場支配力の「利用」

GWB19 条 1 項は、市場支配的地位の獲得を禁止するものでなく、その濫用的な「利用 (Ausnutzung)」を禁止する。この「利用」の文言は、競争制限に係って市場支配は「取引の道具 (Instrument des Handels)」として用いられるのであって、市場支配と濫用的市場行動の間には因果関係が存在しなければならないことを示すとされる⁶³⁸。

(1-2) 行為の因果関係と結果の因果関係

19 条 1 項における「利用」の要件規定から求められるこのような因果関係⁶³⁹は、その具体的内容が問題にされる。この点につき二つの可能性が指摘される。その一つは市場支配が一定の行為を基礎付ける行為の因果関係 (Handlungskausalität) であり、いま一つは市場支配が一定の競争阻害の結果を基礎付ける結果の因果関係である (Erfolgskausalität)⁶⁴⁰。市場支配的地

⁶³⁸ Bunte/Stancke, Kartellrecht, 3Aufl. (2016) 309. *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn. 471.

⁶³⁹ このような「行使」の文言から、禁止行為と規範名宛人の地位との間に因果的關係が存しなければならないとする推論構成が導かれるならば、GWB の濫用禁止が濫用行為の当然 (per se) 違法の規制でないとする体系的な表現であり、GWB の市場力規制の在り方における特色と考えられる。Vgl., *Nothdurft*, in Langen/Bunte,(前掲註 494), §19, Rn.471.

⁶⁴⁰ Vgl., Lettl, Kartellrecht, 4 Aufl. (2017) 269. *Nothdurft*, Langen/Bunte, (前掲註 494), §19, Rn. 472 (強い因果関係は濫用監視の適用領域を広範に狭める結果に導く)。

位が存しなければ問題にはならない、かかる因果関係のうち「通説的見解⁶⁴¹」が 19 条 1 項で採用する因果関係は、結果の因果関係である⁶⁴²。規範名宛人が市場支配的であることで初めて行うことができる場合に、結果の因果関係が問題になる。

(1-3) 規範名宛人と「潜在的な市場効果」との間の因果関係

この点に係って妨害濫用（Behinderungsmissbrauch）については、非市場支配的な事業者でも行う（あるいは、行うことができる）多くの行為がある⁶⁴³。それらは格別に阻害的効果を問題にされない。しかしそのような行為でも市場支配的事業者の場合には、市場支配と（妨害的）結果については、因果関係は存在することになる⁶⁴⁴。これは「強い因果関係」でなく、規範名宛人と「潜在的な市場効果（potenziellen Marktwirkungen）」との間の因果関係であるとされる⁶⁴⁵。また搾取濫用の因果関係は、後掲（2）の i）のように、市場力が法違反に対する防御可能性を抽象的に減じることで足りる⁶⁴⁶。

(1-4) 「制御標準としての競争」と規範的因果関係（メッセル）

(a) 規範的因果関係

このような結果の因果関係論は、メッセルにより「規範的因果関係（normative Kausalität）」として整序された⁶⁴⁷。それによれば、潜在的な市場効果という結果を問題にする場合には、GWB19 条 1 項で因果関係が求めら

⁶⁴¹ *Wiedemann*, in *Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts*(Wiedemann, in *Wiedemann* と略称), §23, Rn. 55.

⁶⁴² *Wiedemann*, in a.a.O., §23, Rn. 55.

⁶⁴³ かかる行為としては、略奪的価格の設定、排他的条件の合意、総売上高によるレポート、違法行為の利用が挙げられる。*Northdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 641), §19, Rn. 472.

⁶⁴⁴ *Wiedemann*, in *Wiedemann*(前掲註 641), §23, Rn. 55.

⁶⁴⁵ *Northdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.473.

⁶⁴⁶ 搾取者の市場地位が非搾取者につき取引相手方に係る代替的な回避可能性を制限する状況下で、法違反に対する防御可能性を抽象的に市場力が減じるなら、因果関係の要請は満たされる。*Northdurft*, in a.a.O., §19, Rn. 211.

⁶⁴⁷ *Möschel*, *Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* (1974)(*Möschel, Oligopolmissbrauch* と略称), S.204ff.Vgl., *Fuchs*, in *Immenga/Mestmäcker* (前掲註 591), § 19, Rn. 82b. 本稿が問題にする 19 条 2 項 5 号の需要力濫用禁止においても、第 9 次 GWB 改正により、規範名宛人の市場地位と行為の間で求められる因果関係は規範的なものであることについては、参照、後掲 4 の (4)。

れる端緒となった、市場支配が道具として用いられ競争制限が可能になる点を捉える、上記の前提からは距離を置く。すなわち、「むしろ個々の行為が市場支配に仕えている」として捉えられる⁶⁴⁸。

(b) 市場支配の濫用監視における保護目的と因果関係

i) 個々の行為が市場支配を強化する側面を捉えるかか理解は、市場支配の濫用監視についての保護目的から導かれる。すなわち「過剰な市場力をもつ、言い換えると制御標準としての競争に服しておらないか、十分には服しておらない事業者を、特定の行為規範の助けを借りて等しく競争秩序に統合する」ためである⁶⁴⁹。メッシェルは市場支配力を市場の競争秩序に統合せしめる意図について、競争阻害の危険に対する「中和の意図 (Neutralisierungsziel)」と呼ぶ⁶⁵⁰。

ii) GWB の市場支配力の濫用監視に関する因果関係論は、その支配的見解が「規範的因果関係」の「広い因果関係の概念」を採用し、19条1項の語義(「利用」を参照)に即した「強い因果関係」をとらなかったことが注目される⁶⁵¹。

(c) 規範的因果関係と条件説

またこの点から「規範的因果関係」は、市場支配がなかったとするならば、濫用的行動が生じることは困難であった立証—それは實際上ほとんどなし得ない—を求めない点が重要である⁶⁵²。すなわち「あれなければこれなし (conditio sine qua non)」という意味での事実的因果関係ではない⁶⁵³。

⁶⁴⁸ Möschel, *Oligopolmissbrauch* (前掲註 647), S.206. Köhler, WRP 2006 (前掲註 286 参照), 141.

⁶⁴⁹ Möschel, *Oligopolmissbrauch* (前掲註 647), S.206. *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn. 473 (規範的因果関係による広い因果関係の概念は、妨害濫用の場合に市場支配的事業者に対して、市場構造的責任に基づき抑制を求める)。

⁶⁵⁰ Möschel, *Oligopolmissbrauch* (前掲註 647), S.206.

⁶⁵¹ Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn. 473 (「妨害濫用に関して実務と学説は長い間に(19条1項の)文言上の意味に導かれた解釈から離れてきた。それにより『利用』の概念は強い因果性の意味では理解されない」)。

⁶⁵² *Loewenheim*, in *L/M/R/K/M-L/Bearbeiter*(前掲註 501), GWB §19, Rn. 14.

⁶⁵³ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.113.

(1-5) 異なる市場地位にある市場間での因果関係の問題

(a) 「第三市場の妨害」

- i) 市場支配的地位は GWB18 条 1 項に規定され、相対的ないし優越的市場力は同 20 条 1 項に規定されている。規範名宛人が、この双方の地位を受ける同 19 条 1 項に規定された市場地位とは異なる市場地位にある市場でも行動する場合、妨害禁止の因果関係に関し論議があった（「第三市場の妨害 “Drittmarktbehinderung”」）⁶⁵⁴。その一つの場合は、規範名宛人が市場支配的でない市場で妨害を行う「真正の第三市場妨害 “echte Drittmarktbehinderung”」であり⁶⁵⁵、もう一つはかかる市場支配的でない市場で行う行為から市場支配的地位にある市場に効果が及ぶ「不真正の第三市場妨害 “unechte Drittmarktbehinderung”」である⁶⁵⁶。

⁶⁵⁴ *Markert*, in Immenga/mestmacker, GWB, 5Aufl. (2014), §19 Rn. 99.

⁶⁵⁵ 真正の第三市場妨害は、既に 19 条 2 項 1 号が他の事業者の妨害とだけ規定し、妨害につき基準となる取引を規範名宛人の特別の市場地位の存する市場で行われること等の要件を規定しないことから、その行為は上記 1 号の文言に包摂される。*Lübbert/Schöne*, in Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, § 23, Rn. 63. 濫用監視の当初の規定（1957 年 GWB の旧 22 条）は、支配的市場における競争阻害の影響が生じなければならないとされていたが、立法者は現行の 19 条 1 項の一般条項にあっては、広範な規定によって濫用的行動が支配的でない市場で行われた場合も含むべきことを明らかにした。*Bunte*, in Langen/Bunte, Einl. Rn. 11. *Worf* in MünchKomm KartellR(前掲註 305), §19, Rn. 35. これは特別な市場地位にある事業者の妨害から、競争と市場参加者を保護する GWB の規範目的に合致する。GWB19 条は、特別に有力な市場参加者による妨害に対し、制度としての競争を保護する。規範名宛人が他の市場で活動する事業者を妨害するためその特別な市場力を用いることができるのなら、かかる市場における競争は、規範名宛人に対する競争上のコントロールを欠いているために歪曲される。かかる場合に 19 条の保護目的は、妨害を被る事業者が規範名宛人により支配される市場で活動するか否かには依存しない。それによって規範名宛人の競争的活動の自由がその非支配的市場で、過度に制限されることにはならない。*Westermann* in MünchKomm KartellR(前掲註 305), §19, Rn. 42.

19 条 2 項 1 号前段の適用のためには、規範名宛人の特別な市場地位と妨害的行動との間に、十分な条件的関連が存すれば足りる。この点は 19 条 2 項 1 号前段が特別の市場の有力さそれ自体を禁ずるものでなく、またかかる有力さなくして妨害行為を禁ずるものでもないことに即する。そして、かかる条件的関連は、市場地位が第三の市場に影響を与えたのなら肯定される。*Westermann* in MünchKomm KartellR(前掲註 305), §19, Rn. 42.

⁶⁵⁶ 不真正の第三市場妨害は、市場支配的でない市場で行う行為から市場支配的地位に

ii) 規範的因果関係論に基づく広く捉えられた因果性の要請をもって、第三の市場における規範名宛人の行為につき、規制の射程に収められるとする主張が有力である⁶⁵⁷。

(b) 「第三市場の妨害」と「制御標準としての競争のコントロール」

「制御標準としての競争のコントロール」(上記 (1)、(1-4)、(b) の i) におけるメッシェルの見解を参照) に十分に服しておらない市場支配的事業者の行う行為の結果について、特別な市場力を用いることができる場合を遺漏なく捉えるアプローチとして評価できる⁶⁵⁸。

(1-6) 規範的因果関係と市場支配的事業者の特別な責任論

かかる規範的因果関係論が、その立論の根拠に、市場支配的事業者を競争秩序に統合せしめる競争阻害の中和機能を据えた点は、かかる事業者の市場構造に対する責任に格別の配慮を求めたものと評価できる⁶⁵⁹。

ある市場に効果が及ぶものであるが、同じく 19 条違反となる。この場合には通常特別な市場地位と妨害行為には必然的な関連はない。特別な市場地位を有さない市場に存する事業者は、既存の競争によってその行為をコントロールされている。通常他の市場参加者を、特別な市場地位を基にして妨害ないし差別することは容易でない。しかし個別事案でかかる条件関係が存在するならば、不真正の第三市場妨害は 19 条の妥当領域にあり、その妨害は規範名宛人の存する市場で生じる。*Westermann in MünchKomm KartellR*(前掲註 305), §19, Rn.42.

⁶⁵⁷ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte, Kartellrecht*(前掲註 494), §19, Rn. 285, 473.

⁶⁵⁸ 真正の第三市場妨害の場合は、前掲 (1-5) (a) の i) における脚注 655 で述べたように、妨害を被る事業者が規範名宛人により支配される市場で活動するか否かにはかかわらず、19 条の保護目的から規範名宛人に対する競争上のコントロールを及ぼそうとするものである。また、同じ i) における脚注 656 で言及した不真正の第三市場妨害にあっては、例外的に生じる特別な市場地位にない第三市場の妨害ないし差別行為により市場支配的地位の存する市場に影響が及ぶ場合に、競争のコントロールを免れた行為として規制するものである。

⁶⁵⁹ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.14. 本文のドイツカルテル法における市場支配的事業者の格別の責任を求める立論は、EU 競争法における市場支配的地位の濫用規制における同様の責任論と共通の理論的前提を有すると考えられる。参照、柴田潤子「EU 競争法の『現代化』の今日的位相」舟田／土田編著・独占禁止法とフェアコンミエ (2017)、224 頁以下。

(2) 搾取濫用と因果関係

- i) 濫用監視の一般条項 (GWB19 条 1 項) における因果関係論の通説的見解は、上記の結果の因果関係論である。この立場からは、搾取濫用の領域で因果関係の要請が満たされるには、抽象的に市場力が規範の違反に対する防御可能性を弱体化させることで足りる。すなわち市場の相手方について、代替的供給先に回避する可能性を規範名宛人の地位が黙示的に削減していればよい⁶⁶⁰。
- ii) このような事態は妨害濫用とパラレルであり、双方の濫用は同様の行為を禁止する⁶⁶¹。

(3) 利益強要の禁止と因果関係

(3-1) ゼッカーによる「強い因果関係」の主張

(a) 要求利益と市場力との「客観的な因果的關係」

- i) ゼッカーは、GWB の受動差別禁止における因果関係論につき、旧 20 条 3 項の規定する市場力を「利用して」⁶⁶²の解釈を行ない、規範名宛人が他の事業者に実質的に正当化されない利益の要求をただけでは足りないとする。それによれば、利益供与の要求は需要者の市場力と「客観的な因果的關係」のうちに存しなければならないのであり、旧 20 条 3 項の因果関係の要請につき「規範的特徴」を推定させるものとして限定的に解されることは理由がない⁶⁶³。

⁶⁶⁰ また、放棄することが難しい資源や地位を規範名宛人が有することによって、相手方の権利遂行を困難にするあるいは拒むことができる場合である。Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.211.

⁶⁶¹ 高価格や低価格、拘束条件付取引、リベート、排他条件、供給拒絶などである。かかる行為は、市場力保有の有無によらず、情報の格差などの原因により全ての事業者によってなされる可能性がある。それにもかかわらず、特別の市場地位にある規範名宛人によりかかる行為がなされる限り、市場の相手方には生じさせることの困難な特別の潜在的な競争阻害的効果を生じさせる。Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.211.

⁶⁶² 2017 年の第 9 次 GWB 改正で「利用して」の文言は削除された。

⁶⁶³ Säcker/Mohr (前掲註 429), 1, 23.

ii) この点は、これまで学説上 19 条 1 項の市場支配的事業者の濫用禁止の場合と同様であり、その前提としてゼッカーによれば、「利益」の概念は以下のように価値的に評価された考察を基礎にする。

(b) 市場で有力な事業者と供給業者の対抗力

i) 需要者によって、その競争相手を妨害する企図のもとに要求された「優遇 (Vergünstigung)」のみがかかる「利益」の概念に含まれる。市場で有力な需要者がライバル妨害の意図のもとに利益を要求できる場合のみ、その市場地位は利益供与の要求と典型的に因果関係があるとされる。それは供給業者が同様な市場において有力である場合には、かかる無理な要求に巻き込まれるおそれはない—すなわち、取引相手たる需要者のなす競争相手を害する利益供与の要求を拒絶できる—と考えられるからである⁶⁶⁴。

ii) このような、供給業者が要求を拒絶できる力—対抗力—を存する場合には、19 条 2 項 5 号の規範名宛人の地位と同号の規定する利益の要求に係る濫用行為との因果関係が否定される構成は、本件控訴裁判所の採用するところとなった⁶⁶⁵。

(3-2) ベスターマンによる「強い因果関係」の主張

市場地位の利用—客観的側面と主観的側面

(a) 同じく客観的な因果的關係として、優越する市場地位の利用という要件指標を解釈するのが、ベスターマンである。その因果關係論は、市場地位の利用に関する客観的側面と主観的側面に分けて考察される⁶⁶⁶。

(b) 市場地位の利用に関する客観的側面

客観的側面を市場地位の利用に関し問題にすると、供給業者が規範名宛人の市場力に曝されただけでは十分でなく、その利益の提供について規範名宛人の

⁶⁶⁴ Säcker/Moh (前掲註 429), 1,23. 行為者の存する市場においてその競争相手に対し競争制限的に作用し得る力を市場力と捉えて、直接にかかる市場力の投入により要求を貫徹する場合に市場力の利用があると解する立場である。この立場は、ノースデュルフトによって「強い因果關係」を求めるものとされた。Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.242.

⁶⁶⁵ Säcker/Mohr (前掲註 429), 1,23. 前掲 VII, 2, (1) における (1-3) 及び (1-4) を参照。

⁶⁶⁶ *Westermann* in *MünchKomm KartellR* (前掲註 305), §19, Rn.187.

市場力のみによって提供することとなった、供給業者の譲歩が重視される⁶⁶⁷。この場合 19 条 2 項 5 号にあっては、市場力の濫用を可能にする一定の状況について、それを回避することを命じる抽象的危険の要件が問題ではない。市場支配的な需要者が利益を獲得したのなら、市場地位と利益供与の間の因果的結びつきが存する「一応の外観 (erste Anschein)」が認められる。かかる外観は需要者が要求した利益を、例えば競争相手の提供に関する指示 (ライバル妨害の意図によるとの立証が「誤っている」) ないし長期的な供給関係への配慮の下で獲得したのなら、退けられる⁶⁶⁸。

(c) 市場地位の利用に関する主観的側面

次にベスターマンのいう主観的な因果関係の側面は、市場地位の利用につき、規範名宛人がその優越する市場地位を意識しており、その利用が供給業者に影響を与えるという目標設定によることを指す。この主観的側面は、(1-4) の (a) に挙げた「規範的因果」論が市場力によった濫用的行動の強化をもって因果関係を認める結果重視の結論に反対し、かかる結果の影響は、上記の主観的側面における供給業者に影響を与える目標設定の要件で十分に考慮されるとする⁶⁶⁹。

(d) 控訴審判決に対する影響

このようなベスターマンの所論は、以下の特徴がある。

- i) 第一に因果関係の客観的側面が重視される。すなわち、前掲の「規範的因果関係」論のいう濫用的行動の強化⁶⁷⁰という市場の結果的側面については、その主観的な因果関係の側面で要件として取り入れられる他に、客観的側面として、供給業者の利益の提供が規範名宛人の市場力のみによる立証を求め特徴的がある⁶⁷¹。
- ii) 第二に、以下の場合に、因果関係の存在が否定される。それは、市場支配的地位に係る行為によって市場の影響 (結果) を引き起こし、供給業者の譲

⁶⁶⁷ Westermann in MünchKomm KartellR, §19, Rn.187.

⁶⁶⁸ Westermann in MünchKomm KartellR (前掲註 305), §19, Rn.187. 後掲註 889 の長澤発言を参照。

⁶⁶⁹ Westermann in MünchKomm KartellR, §19, Fußnote 923.

⁶⁷⁰ 前掲 4、(1) (1-4) における (a) 及び (b) (メッシェルの所説) 参照。

⁶⁷¹ 前掲、(3-2) の (b) を参照。

歩を導いた側面が重視される結果、規範名宛人の競争者に対する同様な利益の提供に関する指示（ライバル妨害の意図のないこと）や、当該利益に対する反対給付につき長期的供給関係を真正に配慮している立証のされる場合に、因果関係が存しないとされる⁶⁷²。

- iii) このうちライバル妨害に関する前者の抗弁は、上記ゼッカーの所論と同様の推論構成になる。すなわち、需要者の競争者に同様な利益提供をさせない意図を推認できない供給業者の対抗力ある場合に、規範名宛人の市場地位と濫用行為との因果関係を否定する。
- iv) また、後者は、本件控訴裁判所が実質的正当化の要件判断を因果関係の立証と関係付けた構成と一致する。控訴審判決は、規範名宛人の要求が長期的供給関係の配慮に係る反対給付の存する証明によって、行為と市場地位との因果関係が否定されるという構成をとった⁶⁷³。

(3-3) ケーラーの規範的因果関係論

- i) ケーラーは、要求が市場地位を利用してなされたことを規範名宛人が知っているなら、因果関係は認められるとする⁶⁷⁴。その立論は以下のようにまとめられる。19条1項の市場支配的地位の「利用」と同じく、旧GWB20条3項の市場地位を「利用する（ausnutzen）」ことから導かれる因果関係は「規範的な」特徴をもつ。それ故、かかる地位なくしては獲得されない利益であること（事実的因果関係）は前提にされない。
- ii) さらに、要求する利益の実質的正当化を欠くことを需要者が知っていたことも前提とされない⁶⁷⁵のであり、需要者はただ利益供与に係る要求をその市場地位を基に行うことを知っていれば足りる。これは目標を志向する行為である。だから特別の圧迫の行使、例えば（取引停止のような）制裁の威嚇は

⁶⁷² 前掲、(3-2) の (b) を参照。

⁶⁷³ 前掲、VII, 1 における (3)、さらに2、「(8) 明らかに反対給付が存しない協賛金；決定主文 (7)」における (8-2) を参照。

⁶⁷⁴ Köhler, Zur Kontrolle der Nachfragemacht nach dem neuen GWB und des neuen UWG, WRP 2006, 139, 141.

⁶⁷⁵ これに対しマーケルトは、市場地位を基に利益供与を要求すること、実質的正当化の欠如及び双方の結びつきを知らない場合には、19条2項5号違反は成立しないという。Markert, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 429), §19,Rn.375.

ードイツ不正競争防止法 4 条 1 項のように一要件充足のため求められない。以上のような市場地位の利用を知っていることに関する具体例としては、合併実施に係り積み上げられた売上げを基にして、リベートの要求をなす（本件エデカ事件のような）場合である⁶⁷⁶。

（４）第 9 次 GWB 改正と利益強要禁止における因果関係論

（4-1）市場地位要件規定（利用する）の削除

- i) 第 9 次 GWB 改正により 19 条 2 項 5 号から規範名宛人の市場地位に係って、「利用する (ausnutzen)」の文言が削除された。当該文言は、本稿〔1〕、I、1 の「(3) 政府草案の修正」で言及した、受動差別禁止の立法時にその運用を慎重なからしめるため付加された経緯がある。
- ii) 政府の改正草案理由書はこの点について以下⁶⁷⁷のように述べる。

「市場地位の利用の要件を削除することは、既に利益提供の要求のみによってそれが実質的に正当化されない限り一市場力の濫用は示されていることを明らかにする。市場力と要求の間に一般的規律を超える原因関連が存在しなければならないとすることは要しない。この点は、これまで争いがあった。デュッセルドルフ上級地方裁判所は結局要求された利益が直接的に市場力の利用に起因しなければならないとしていた」。

- iii) 上記引用における「一般的規律」とは、市場支配的地位の濫用禁止を規定する 19 条 1 項の市場地位と濫用的市場行動の間の因果関係論で、「強い因果関係」を求めない「規範的因果関係」による規律を指す⁶⁷⁸。

（4-2）改正法の評価

（a）規範的因果関係の採用

- i) 上記理由書は、かかる判決に限られずこれまでに存した市場支配と濫用的市場行動に関する因果関係の問題について、上記ゼッカー等のいう規範名宛人が他の事業者に実質的に正当化されない利益の要求をただけでは足り

⁶⁷⁶ Köhler, WRP 2006 (前掲註 286 参照), S.141.

⁶⁷⁷ BT-Drucks.18/10207 (前掲註 589), S.51.

⁶⁷⁸ Vgl., *Nothdurft*, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.211, 243.

ないとする因果関係論を否定した⁶⁷⁹。要件規定の削除に係るこのような立法者の態度は、市場力と要求の因果関係について、(19条2項5号においても)市場力が濫用行為の効果を強化すれば足りるとする上記メッセル等の「規範的因果関係」をとる⁶⁸⁰。

- ii) 規範的因果関係論はまた、結果の因果関係になる⁶⁸¹。これは需要者が、市場地位をもとに要求をなすことを知っていれば足りる。そして市場力がなければ利益提供がされなかった立証を求めない⁶⁸²。
- iii) 本号の因果関係が、事実的因果関係による強い因果関係ではないことは、これまでの立法によっても、以下のように示されていた。

(b) 勧奨行為に係る要件規定の削除。

第9次GWB改正により、19条2項5号から利益供与を「勧奨し又は要求してはならない」の文言に関して、「勧奨し」の文言が削除された。以下、本文言の導入以後の経緯を解説する。

- i) 「勧奨」と「要求」の文言。第7次GWB改正(2005年)により旧20条3項(現在の19条2項5号)に付加された「要求(Auffordern)」の要件指標は、「勧奨(Veranlassung)」の文言とともに選択的に規定された⁶⁸³。

⁶⁷⁹ 前掲、(3)における(3-1)及び(3-2)を参照。*Murach in Kersting/Podszun, Die 9.GWB-Novelle, Kapitel 3. Anzapfverbot (2017), Rn.16.*

⁶⁸⁰ 前掲4、(1)(1-4)における(a)及び(b)参照。*Murach in a.a.O.*

⁶⁸¹ *Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註494), §19, Rn.113. 242. Lettl, WRP 2016 (前掲註575参照), 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 (Teil 2) 935, 939, Rn.28 (供給業者はまさに需要者の市場力を理由にして、その利益提供を容認したのでなければならない)。*

⁶⁸² *Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht, WRP 2015, 162, 165 Rn.16 (市場力は結果として利益供与と「あれなければこれなし」の関係にない)。*

⁶⁸³ その理由は、後者につき成果の乏しいあるいは失敗した要求の結果を含まないと解される懸念から、前者の「要求」の文言により「結果的に失敗した要求もカルテル法上不当な行為である」ことを示すためである。前掲、本稿[1]、Iにおける「4.『要求』と『利益』(第7次GWB改正)」を参照。

第7次GWB改正の政府の草案理由書はこの点について、以下のように述べる。「旧20条3項1文は成功した要求のみを、すなわち要求を受けた者が事実上実質的に正当理由なく優位の条件を提供するよう勧奨される場合のみを含む、実際上の規定になっている。しかし結果的に失敗した要求もカルテル法上不当な行為である。カル

- ii) 要求の完遂と市場力投入。第7次GWB改正により「要求」の文言が追加されたにもかかわらず、要求の完遂こそが市場力の投入に直接に起因すると結論するゼッカー等の見解⁶⁸⁴が主張され、結局判例(BGH)や立法的な解決が求められる状況にあった⁶⁸⁵。
- iii) 完遂されない要求の違法性。このような「勧奨」の文言に係る因果関係の問題について、第9次GWB改正(2017年)により当該文言を削除する立法上の明確化が行われた。利益提供の要請が完遂された場合のみを違法とする「勧奨」の規定⁶⁸⁶に対して、それが完遂されなくても違法とする「要求」の文言が規定されたことにより、行為態様として結果に関する判定は「無意味」になったとして「勧奨」が削除された⁶⁸⁷。

(4-3) 改正法の適用抑制論と因果関係

(a) 結果的に失敗に終わった要請と需要力濫用の予防的規制

このような要求と勧奨の選択的な規定の仕方については、エメリッヒの以下のような考え方があった。すなわち、選択的な規定は、特別な市場地位を有する規範名宛人が実質的に正当化されない利益の提供を供給業者に要請した場合、

テル庁の在りうる介入は、迫られた者が結局のところ優位の条件を勧奨されたか否かに依存しない。ボイコットの場合も(GWB21条)法はボイコットの呼びかけを既に禁止している。」BT-Drucks 15/3640(前掲註41), S.74.

⁶⁸⁴ 成果の乏しい又は失敗した要求と因果関係の関連については、2017年の第9次GWB改正以前の段階で次のような考え方があった。それは、旧19条2項5号における市場地位の「利用」の語義に忠実に従い、利益提供との間で強い因果関係を要するものと捉えることから、要求の完遂こそが市場力の投入に直接に起因すると結論するゼッカー等の見解である。かかる強い因果関係論に基づいて、要求の完遂された場合「勧奨」の文言を重視する一のみ同号の違反要件に該当するとの考え方が、主張されていた。Säcker/Mohr(前掲註429), 1, 23. 前掲、VIII, 4, (3)における(3-1)を参照。

⁶⁸⁵ Vgl., *Nothdurft in Langen/Bunte*(前掲註494), §19, Rn.242.

⁶⁸⁶ 「勧奨」の規定は、有力な買手の望みに従って利益が事実上提供される場合に勧奨が存するとされ、それに対し「要求」はかかる利益の提供に係る(結果として失敗した場合の)教唆(Anstiftung)に他ならないとされていた。Emmerich, *Kartellrecht*, 13. Aufl., §27, Rn.141.

⁶⁸⁷ 前掲、本稿[1]、I、7における「(2)因果関係の立証問題に関する明確化」を参照。Bechtold/Bosch, *GWB*(9. Aufl., 2018).§19, Rn.86.ノースデュルフトは要求と勧奨の選択的な規定におく場合には、勧奨の規定はもはや「用いられなくなる」とする。*Nothdurft in Langen/Bunte*(前掲註494), §19, Rn.222.

結果として失敗に終わった要請であっても、規制当局が旧 GWB20 条 3 項（現 19 条 2 項 5 号）の禁止の趣旨から「予防的に」当該要請を規制する必要がある場合に、介入を認めるものである。他方「契約交渉におけるより良い条件を求める通常の要求」にあって、このような失敗に終わった要請のなされる可能性がある⁶⁸⁸。結果として失敗に終わった要請でも、上記の予防的規制の必要な場合とそうでない場合が区別される必要がある。従って「本規定の適用は力に条件づけられたありうる損害の場合に限られるべきである」、というものである⁶⁸⁹。

(b) より有利な取引条件の獲得と因果関係（エメリッヒ）

- i) 上記のように、エメリッヒは結果が失敗に終わった要請では、「契約交渉におけるより良い条件を求める通常の要求」から区別される、一般的には、相対的市場力の行使に条件づけられた事態の明白な場合に規制を抑制する。かかるエメリッヒの立論は、「勸奨」の規定を削除した第 9 次 GWB 改正以後の現行規定においても主張されている⁶⁹⁰。すなわち、「契約交渉におけるより良い条件を求める通常の要求」は価格交渉において一般的であり、競争政策の本来的目標に沿うものであるから、「一広範な傾向とは対照的に一当該規定の限定的な取り扱い」がされるべきとする⁶⁹¹。
- ii) エメリッヒのいう「契約交渉におけるより良い条件を求める通常の要求」とは、より有利な取引条件の獲得努力に係る需要競争の本質論を指すと考えられる⁶⁹²。需要競争にかかる側面を重視する立場が、因果関係論で規範的因果関係論に批判的である点が注目される。

⁶⁸⁸ Emmerrich Kartellrecht, 13 Aufl. (2014), §27, Rn.141. GWB19 条 2 項 5 号の規制が、契約交渉の通常の過程に干渉する懸念に配慮する見解と考えられる。

⁶⁸⁹ Vgl., Emmerrich, Kartellrecht, 13 Aufl. (2014), §27, Rn.141.

⁶⁹⁰ Emmerrich/Lange, Kartellrecht, (14 Aufl., 2018), §26, Rn.90.

⁶⁹¹ エメリッヒのカルテル法に関する概説書は、「本規定の適用は力に条件づけられたありうる損害の場合に限られるべきである」とする 13 版までの記述を削除して、2018 年の第 14 版では上記のように 19 条 2 項 5 号の「限定的な取り扱い」がされるべきとする記述に改めた。この点は、第 9 次 GWB 改正により市場地位と濫用の行為との事実的因果関係の検討を要しないとする改正法の立法趣旨、及び本件の BGH2018 年判決を受けたものと考えられる。Emmerrich/Lange, Kartellrecht, 14 Aufl. (2018) §26, Rn.90.

⁶⁹² 後掲の IX の 2 及び 1 における、マーケットによる需要競争の本質論とその見解を採用した Pay-TV-Durchleitung “の BGH 判決がいう考え方である。

5. 始めの要求と契約交渉

(1) 競争的な交渉戦略の発露としての係留ヒューリスティック

(a) オイフィンガー／マッシュェマーの係留ヒューリスティック。

- i) 個人の判断方法に関する行動経済学の知見として、推論によらない直観を用いた発見の方法をヒューリスティック (heuristic) と呼ぶ。不確実性下のヒューリスティックとしては幾つか存する⁶⁹³が、そのうちエデカの本件控訴審判決の評釈に係り、オイフィンガー/マッシュェマー(以下、E/M 論文と略称)は「アンカリングと修正」の判断法を、契約交渉における開始の要求とカルテル法上の利益強要問題に適用する⁶⁹⁴。
- ii) 交渉における初期値がアンカー、それが十分修正されずに(最終的)判断が初期値に影響される場合が下記(2)のアンカリング効果になる。行動経済学の比較的初期の文献では、「アンカリングと修正」の判断法は「ヒューリスティックの一種と考えられていた」⁶⁹⁵。このような、アンカリング効果と区別される、推論によらない直観を用いた判断の発見方法として、「アンカリングと修正」を「係留ヒューリスティック (Ankerheuristic)」の枠組みにおいて捉えるのが、E/M 論文である。

(b) 分配的交渉(自らの地位の固執と圧迫)

- i) 「係留ヒューリスティック」が交渉成果の発見方法として問題になる前提は、交渉による成果の総量が一定に維持される、いわゆる分配的な交渉の行われる場合で、交渉当事者の一方の付加的利得が他方の損失を導くケースである。すなわち、交渉成果の拡大はなく、自らの交渉上の地位を最適にする最上位の選択として要求の貫徹が挙げられる。そこでは、自らの地位の固執と不適切な圧迫行使が分配的交渉の特徴になる。
- ii) E/M 論文によれば、かかる交渉状況は、エデカ/供給業者間の本件特別交渉で最適価格清算と支払に係りカルテル庁が問題にした、相応の交渉に応じる

⁶⁹³ 大垣昌夫／田中沙織『行動経済学(新版)』(2018) 96頁。

⁶⁹⁴ Eufinger/Maschmer, Durchsetzung von Vorzugsbedingungen als Missbrauch relativer Marktmacht, 2016 WRP (Eufinger/Maschmer と略称), 561,566.

⁶⁹⁵ 大垣／田中『行動経済学(新版)』(前掲 693 註) 98頁。

旨を伝えない状況と一致する⁶⁹⁶。

(c) 競争的な交渉戦略と係留ヒューリスティック

- i) E/M 論文では、利益強要禁止のカルテル法上の規制に係る前提的認識として、以下が注目される。それは、上記の分配的交渉に特徴的な状況（自らの地位の固執と圧迫）が、交渉の初めの要求に内在的であって、また競争適合理的な交渉戦略の発露とされることである。かかる非友好的態度から第一回の交渉が開始されても、反対当事者はこれに対抗した高められた反対要求で答える。この高められた反対要求により付随的であるが、重要な反対給付が引き出され、今度は双方の側から譲歩がされ、交渉が繰り返された後に妥協的解決（双方の要求で中位レベル）に至る。
- ii) このような係留による解決の発見の状況は、彼らの認識では食品小売業で通常の習慣である⁶⁹⁷。

(d) 係留ヒューリスティックとカルテル法の規制

- i) 係留ヒューリスティック理論における上記の対抗的な交渉態様は、豊かな成果を導く交渉に特徴的な先導的な条件提示の在り方として、交渉当事者の双方でベストを達成することを目指した競争的な行為態様と評価される。従って、それは何らカルテル法違反とされず、むしろ、濫用の問題は以下の場合に限られる。相対的市場力を有する需要者がもはや交渉の余地なしとして条件を提示し、従属的な供給者がその条件を拒んだ場合に重大な経済的不利益を計算に入れなければならず、何らの譲歩も引き出せないような場合である⁶⁹⁸。
- ii) E/M 論文の評釈によれば、本件エデカ事件控訴審判決は、基本的に、このような係留ヒューリスティック理論によって、カルテル法上許された「厳しい取引交渉」と需要力の濫用的行使の限界画定を行い、結果的に市場で有力な需要者に有利な結果を導いた⁶⁹⁹。

⁶⁹⁶ Eufinger/Maschmer（前掲註 694 参照）,S.565-566.

⁶⁹⁷ Eufinger/Maschmer,S.566. E/M 論文では、複雑な取引交渉についてのかかる行動経済学の知見の利用により、カルテル法上市場で有力な事業者に許された「厳しい取引交渉」と需要力の濫用的行使の限界画定がなされるという。A.a.O.

⁶⁹⁸ Eufinger/Maschmer（前掲註 694 参照）, S.566.

⁶⁹⁹ Eufinger/Maschmer, S.566.

(e) エデカ事件控訴審判決と係留ヒューリスティック

E/M 論文における係留ヒューリスティックによる競争的な交渉戦略論が、カルテル法上の濫用例となるとした、上記 (d) の i) の結論が注目される。相対的市場力を認定された需要者が交渉余地なしとして、従属的な供給者が何らの譲歩も引き出せない場合に 19 条 2 項 5 号違反になるとする結論である。従って、対抗力を有する供給業者とエデカ間の交渉実態を控訴審判決が対等と評価し (エデカの譲歩が認定された)、要件規定である市場力の認定を不要と解した事案では、当事者双方でベストな成果を目指した競争的な行為態様として評価が可能である。

(2) アンカリング効果による交渉結果の歪曲**(a) ノースデュルフトによるアンカリング効果論**

ノースデュルフトにより主張されているアンカリング効果論は、上記の E/M 論文による係留ヒューリスティック論と対照的である。E/M 論文は、「アンカリングと修正」の判断法をヒューリスティックの一種と捉え、対抗的な交渉態様も当事者双方でベストを達成することを目指した競争的な行為態様とみなす。これに対し、アンカリング効果論では、アンカー (初期値) が修正されずに、その後の (最終的) 判断に影響する場合を重視した効果分析がされる。ノースデュルフトは契約交渉の入り口でなす要求が、引き続き交渉プロセスに本質的影響を与える働きについて行動経済学の成果により説明し、かかる説明を最初の要求のみでも、19 条 2 項 5 号における改正法の追加規定に該当し、違反となり得るとする解釈論を導く。

(b) アンカリング (係留) による交渉過程の歪曲

アンカリング (係留) と呼ばれるこの行動経済学の知見による判断過程の分析は、以下の効果を摘示する。すなわち、交渉上の指導的地位にある者がなす最初の要求提示が係留となって反対当事者の応答に影響し、かかる係留の方向でその要求レベルを歪ませる結果が説明されている。アンカリング効果は当事者に交渉対象に関する情報の不完全性がある場合に生じ、またかかる情報の不完全さは交渉相手に代わる回避可能性の不確かさ (相手方の同じく回避可能性

の不確実さ含む)においても生じる。またそれは交渉を導く力関係に係って本質的な意義をもつ⁷⁰⁰。

(c) アンカリング効果とカルテル法の規制

- i) アンカリング効果に対応するには、係留に反対する議論を踏まえて、総じて交渉成果の歪曲を生む係留の可能性に配慮する注意深い監視が必要である(ノースデュルフト)。かかる係留に反対する議論とは、客観的な価格の参照や中立の判断者の意見が参照される。この係留反対の視点から、カルテル法上の利益強要禁止の保護システムは捉えられるが、その禁止は以下の留意される。それは、一定の個別要求に対し交渉成果の歪曲が懸念される力関係が存在するという法的議論によった、明確な事案のグループを画定する必要である。
- ii) このような規制対象の範疇を画する前提的な必要性から、もはや交渉の余地なしとして明白に要求の貫徹を試みる場合でなくとも、規範名宛人の個別要求は法の規律の下におかれる。

(d) 係留効果を規制する19条2項5号

- i) 以上のような理解が、契約交渉のプロセスを積み重ねた特質、及び最初の要求が交渉のプロセスに影響を与える効果に直面して、法の要件事実の判断で前提にされる⁷⁰¹。
- ii) 第9次GWB改正により19条2項5号に追加された透明性(「後付け可能性」と適切な関係性の要件は、実質的正当化に関する利益衡量の判断基準として、相対的市場力を有する需要者がなす最初の要求提示により、交渉成果を歪曲させる係留効果を射程に取めたと評価される⁷⁰²。ノースデュルフトはその需要力濫用規制の目標を、憲法上の基本権調整の要請に基づき、力の

⁷⁰⁰ 最初の要求提示は、相手方が記憶から呼びおこされる情報に無意識のうちに影響する。例えば始めの要求を受けた買手は、その要求が高いとその価格レベルを是認する情報を呼び起こされ、反対に低い提示の場合はそのような情報の呼び起こしが生じない。*Nothdurft, in Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.234. 参照、筒井/佐々木/山根他著『行動経済学入門』(2017, 東洋経済) 142 頁、大垣/田中著(前掲 693) 98 頁以下、真壁昭夫『行動経済学入門』(2010) 210 頁以下。

⁷⁰¹ *Nothdurft, in Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.234.

⁷⁰² *Nothdurft, in Langen/Bunte*, §19, Rn.235.

行使を免れた交渉過程を維持する要請に重点を置いて捉えた⁷⁰³。改正法の上記理解は、アンカリング効果により明らかになる交渉を導く力関係に焦点を当てて、自らの需要力濫用規制に関する理論的な一貫性を図るものであろう。

(3) 交渉開始の要求に対する行動経済学の分析（まとめ）

- i) 以上のように、行動経済学の知見を用いた利益強要禁止のカルテル法上の規制に関する含意の導出作業では、対照的な二つの考え方があった。
- ii) 一つは E/M 論文による「アンカリング効果」と区別される「アンカリングと修正」を「係留ヒューリスティック」の判断の発見方法として捉える立場である。この立場では、対抗的な交渉態様が、交渉の初めの要求に内在的であって、豊かな成果を導く交渉に特徴的であり、先導的な条件提示の在り方として競争的な交渉戦略の発露とされた。発泡ワインの製造販売市場で有力な地位にある本件製造業者とエデカの双方優越的な対抗関係において、製造業者がエデカから一定の譲歩を引き出した事実に適格的な説明を提供する。この意味で、本件控訴審判決に肯定的な立論であった。
- iii) 他方、指導的な交渉当事者がなす最初の要求提示が係留となって反対当事者の応答に影響し、かかる係留の方向でその要求レベルを歪ませるアンカリング（係留）効果論があった（ノースデュルフト）。交渉結果の歪曲が問題にされるこの係留効果は、情報の不完全さ及び交渉相手に代わる回避可能性の不確実さを原因とする。かかる原因によって生じる不均衡な力の関係から交渉過程が歪められることを阻止する点に、需要力濫用規制の本質的意義を見出す。

(4) 契約交渉における開始要求の評価；全体条件のセット説対個別要求説

- i) 契約交渉における開始の要求が19条2項5号に適合するか審査する場合、これまで以下の二つの考え方があった⁷⁰⁴。

第一は、その個別の開始要求に引き続く交渉の総計からもたらされる全体条

⁷⁰³ 後掲、VIII、6における(5)を参照。

⁷⁰⁴ Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.236.

件に焦点を当てる立場である⁷⁰⁵。第二は、一定条件のもとにおいて供給者に関連した個別の要求に焦点を当てる立場である⁷⁰⁶。

ii) 前者（第一）は、交渉における各々の過程の積み重ねとしての交渉の特質と個別要求が交渉の過程に影響を与える特質から、引き上げられた個別要求の妥当性に係って交渉当事者が行う議論の過程を通じて全体条件がもたらされるとする⁷⁰⁷。

iii) 後者（第二）は前者に対する批判を根拠にした、ノースデュルフトによる主張である。すなわち、前者にあつては、個別要求の総計に焦点を当てるのであるから 19 条 2 項 5 号の規範名宛人による最後の要求を待つて、それまでの交渉に係る個別条件を総合する観点から利益強要禁止の保護が捉えられる。結果的に、前者にあつては「交渉過程のコントロール」という、個別要求に対する交渉が適切になされる要請が軽視される⁷⁰⁸。

そして、第 9 次 GWB 改正による透明性（「後付け可能性」）と適切な関係性の要件を軽視する問題がある⁷⁰⁹。前述のように給付の束を全体条件として捉えて価格評価を行う審査手法は、BGH 判決（Favorit 判決）のとるところで

⁷⁰⁵ Lettl, WRP 2016（前掲註 575 参照）, 648, Rn.32.

⁷⁰⁶ *Nothdurft*, in Langen/Bunte, §19, Rn.236.

⁷⁰⁷ そして各個別要求の正当化については、「根拠のない個別要求を結果として受け入れざるを得ないという状態にない」のなら、それを肯定的に捉える。さらに引き上げられた高い額が緩和される結末の場合も正当化ありとする。Vgl., *Nothdurft*, in Langen/Bunte（前掲註 494）, §19, Rn.236.

エデカ事件で、エデカの最適価格清算の要求に対し、発泡ワイン製造業者の側で要求金額の減額に成功している事実から控訴審判決は、契約当事者間の対等交渉を認めた。これは上記のような始めの高い要求額が減額された経緯を捉えて、「係留ヒューリスティック」の立場から、交渉当事者間でベストの達成を目指した競争的な行為態様と評価されたものと考えられる。そしてかかる「係留ヒューリスティック」のアプローチは、契約条件の全体的セットを見て濫用を判断する立場と相即的である。

⁷⁰⁸ また前者にあつては、当事者間の双務契約全体を観察しなければ、法の要求する業績関連の正当化が果たされない。そもそも全体条件の業績関連の正当性を判断する場合、その業績が欠ける点の審査は困難を伴う。後掲、X、2 における (1) 及び (2) を参照。

⁷⁰⁹ 利益強要禁止のカルテル法規定に係る立法の変遷として、前掲、I、7 における (3) を参照。

あった⁷¹⁰。Favorit 判決は価格及び取引条件に係る搾取的濫用を扱うものであるが、利益強要禁止の特別規定は、一般的濫用監視に対する実質的な付加価値を何ら有するものでなくなる。かかる限定解釈は利益強要禁止の上述の立法史と適合的でない（ノースデュルフト）⁷¹¹。

- iv) 契約交渉の開始の要求をもって、後の交渉に対するアンカリング（係留）効果を重視するノースデュルフトの個別要求を審査するアプローチは、全体条件のセットの基準を搾取濫用の違法性判断基準とすることに厳しく批判するものであった⁷¹²。しかしエデカ事件 2018 年 BGH 判決は、利益強要禁止においても全体条件のセットの基準によることを明らかにした。その判決は、他方、エデカと発泡ワイン製造業者との特別交渉に係る始めの要求でも違法とされるとする⁷¹³。

かかる BGH の判示は、上述の i) の分類と必ずしも相即的でない。

この問題は、本件のエデカの利益要求に対する反対給付の存否が、実質的に否定的に解されるという事案の特殊性に注目する必要がある。すなわち、BGH の判示のように、「最適価格清算」と「支払期限の調整」要求に対する、「適切な反対給付との結びつきを最低限でも客観的に認識できない」点が注目される。従って、開始要求の時点で、かかる反対給付の存しないことが明確な事案であった事実が重要である。この点から、開始要求時点で全体条件のセットによる審査により、要求の業績性に係る評価が可能な事案であることが、かかる BGH の判断を可能にすると評価できる。

以上のように、これまでの搾取濫用の判例で確立した基準である、全体条件のセットによる審査手法を利益強要禁止で採用した BGH は、ノースデュルフトとは異なる立場に立つものと考えられる。すなわち、開始の要求によるアンカリング（係留）効果を踏まえて、「交渉過程のコントロール」という、個別要

⁷¹⁰ 前掲Ⅷ、3、(2)、(2-5) の (c) を参照。

⁷¹¹ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19,Rn.236.

⁷¹² 後掲Ⅹ、「5. 契約条件の全体的な観察手法に対する批判（ノースデュルフト）」における (5) を参照。

⁷¹³ 前掲Ⅷ、3 の「(6) 交渉過程の評価」を参照。

求に対する交渉が適切になされる要求を重視する全体条件のセットの基準に批判的な立場に BGH は与するものではない。

6. 現に存する商慣習と要求根拠の後付け可能性

(1) 品揃え拡充ボーナスと再交渉の留保に関する上訴不許可処分

(a) カルテル庁の判断

カルテル庁は、標記ボーナスの根拠と算定方法につき後付け困難であり不透明であるとしていた。それは、エデカが製造業者に支払額の根拠（計算方法）及び追加品揃えを具体的に告げなかった点を問題にした。また本件の5つの要求について、通常の年間交渉に係る合意締結後に行われた特別交渉で提示された要求の時点が問題にされた。エデカは再交渉の留保を伴うとして正当性を主張したが、カルテル庁は認めなかった⁷¹⁴。

(b) 控訴審判決

品揃え拡充ボーナスに関する決定主文(3)及び(8)について控訴審判決は、カルテル庁の判断を退けた。控訴審判決は、後付けできる理由の基準の一般論によりながらも、個別事案の処理では要求の透明性を欠く立証がなく、また理由付けの不十分さの立証も無いとして、以下のように実質的な正当性を認めた⁷¹⁵。具体的な算定手法の説明を欠くことは、当該事業分野で通常の慣行である。本ボーナスは、売上増と利潤増の予測に基づく要求であり必然的に非常に曖昧であり、相当な不確実性を伴う。要求されたボーナスの支払とその額が告げられた製造業者は、自ら支払いと期待される売上の計算ができる情報をもつ。

また、本件特別交渉においてエデカが供給業者に告げた再交渉の留保に関し、その商人の確認書に係る「沈黙の原則」を適用し適法性を導いた決定主文(9)は、現に存する商慣習に適合する判断がされたとみられる。

このように、要求の根拠に関する説明義務について、当該要求の性質上曖昧さは避けられないとする認識と当該事業分野の商慣習が基礎になり、要求額の

⁷¹⁴ 前掲、VI、3、(4)における(4-6)及び(4-8)を参照。

⁷¹⁵ 前掲、VII、2、(6)における(6-2)を参照。

具体的算定根拠を明らかにすべきとするカルテル庁の要求は退けられた⁷¹⁶。

(c) BGH による上告不許可処分抗告決定

2016年11月の標記決定は、以上の控訴審判断に対するカルテル庁の上訴を認めなかった。すなわち、上記決定主文(3)、(8)及び(9)の決定を取り消した控訴審の判示は維持された⁷¹⁷。BGHが控訴審判決を維持したことと合わせて、控訴審判決の結論については、それを支持する以下の判例評釈(ムラフ)があり、注目される。

(2) 19条2項5号における規範名宛人の説明義務と商慣習

(a) 現に存する商慣習を重視する学説

ムラフ評釈は、後付け可能性に係る透明性の基準が、第9次GWB改正により実質的正当化の判断基準として19条2項5号2文の要件として付加され、規範名宛人の説明の要件が具体化されたにもかかわらず、控訴審判決の判決は支持されるという。すなわち、かかる透明性の要件が実定法化されても控訴審判決の実質的正当化の判断枠組みは維持され、利益の要求に係る具体的な算定手法の説明を規範名宛人に義務付ける結論は導かれずとする⁷¹⁸。

このように具体的な説明義務を消極に解する理由として、ムラフは当該事業部門の商慣習を挙げる。現に存する商慣習が具体的な算定手法の説明まで求めていることをもって、法の要求としては具体的な説明義務のレベルは「未決定」と解される⁷¹⁹。

(b) 後付け可能性の要件を希釈化する現に存する商慣習(ムラフ)

i) つまりかかる説明義務のレベルは、利益衡量において各個別事案の具体的

⁷¹⁶ 品揃え拡充ボーナスについては、前掲VII、(6)、(6-3)におけるv)及びvi)を参照、特別交渉における再交渉の留保問題については、同(10)の(10-2)を参照。

⁷¹⁷ 品揃え拡充ボーナスについては前掲VIII、1における(4)、さらに決定主文(9)に係っては、同2、(1)における(1-5)を参照。BGH, KVZ 1/16, Rn.15,16.

⁷¹⁸ Murach, Anzapfverbot, S.52 (Rn.25) .

⁷¹⁹ Murach, Anzapfverbot, S.52 (Rn.25). これに対しノースデュルフトは、現存する商慣習を否定することが力の行使を免れた行為のみが改正法において規準とされる商慣習であるとの観点から、かかる見解に反対する。Nothdurft, in Langen/Bunte(前掲註494), §19, Rn.249. 後掲(5)の(a)及び(b)を参照。

事情に即し決定されねばならず、当該事業部門で現に存する商慣習は具体的事情の有力な判断要素である。控訴審判決は、利益衡量のアプローチから現に存する商慣習に従い、要求額算定の具体的な説明まで求めない。

- ii) ムラフ評釈は、かかる認定事実を「後付け可能であること」という改正法の19条2項5号2文の実質的正当化の要件に当てはめて、正当化なしとすることはできないとする。当該事情分野における通常の商慣習を基準にした、控訴審が判示する明確さの要件解釈では、この新規規定の下でも、具体的な説明義務を導く困難がある指摘がされる⁷²⁰。さらにかかる通常の商慣習を基準にした評釈によれば、個別事案で「後付け可能性」の基準は事実上の観点において否定されるという⁷²¹。

(3) 現に存する商慣習とあるべき商慣習

(a) 利益衡量と現に存する商慣習

- i) 上記ムラフ評釈の解釈手法は、個別事案の具体的な事情に即して、法の要求する実質的正当化が検討されなければならないとする、利益衡量論の基本に忠実であると評価される。この点は、後掲のノースデュルフトが、現に存する商慣習をあるべき商慣習の観点から批判的にその検討するのとは対照的である。
- ii) 利益衡量論の一般的な枠組みにおいて、個別事案の具体的事情を示す現に存する商慣習に即して、実質的正当化に関する規範名宛人の説明義務が解釈される。また、この学説では、利益衡量の枠組み自体は現に存する商慣習を、あるべき商慣習の観点から批判する視点を提供するものでない。

(b) エデカ事件 BGH 判決の商慣習理論

- i) このような利益衡量による実質的正当化の審査とその際に商慣習が個別事情の重要な判断要素とされる点は、エデカ事件における以下の判示に即し評価される。

⁷²⁰ Murach, Anzapfverbot, Rn.24-25.

⁷²¹ Murach, Anzapfverbot, Rn.24. Vgl., OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn.48-49 (最適価格清算について), 54-55 (品揃え拡充ボーナスについて).

- ii) すなわち、契約交渉過程に対する業績適合性の審査につき、BGH の違法判断基準は、交渉の最終結果に専ら焦点を当てる手法を退け、最初の要求において全体条件のセットにつき、客観的に認識可能でなければならないとした。しかし、商慣習に適合する場合の例外を認めた⁷²²。
- iii) また 2016 年上告不許可処分⁷²³の抗告に対する BGH 決定では、品揃え拡充ボーナスの根拠と算定方法、さらに契約合意の遡及的変更に関する再交渉の留保の審査につき、控訴審判決の結論に異議を唱えなかった⁷²⁴。この点は、利益衡量を重視して、現に存する商慣習を個別事情の重要な判断要因とする立場に立つことをうかがわせる。

(4) 利益衡量論と後付け可能性の要件

(a) より有利な取引条件の獲得と透明性の要件

- i) 利益供与の要求を受けた事業者が要求の根拠及び計算について後付け可能である透明性の要件は、利益衡量における「単に一つの」判断要素に「過ぎない」のであって、後付け困難であることが直ちに実質の正当化を欠くことを導くものではないとされる（レトルの所説）⁷²⁴。需要者は、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争の本質論に従って価格譲歩を供給者に要求するが、その根拠が告げられないことも交渉過程に内在的であるとされる。具体的根拠の適示がない価格切り下げ要求について、それが直ちに 19 条 2 項 5 号の「後付け可能性」に係る透明性の要件で消極に解されるものでないことは、他の論者にも認められている⁷²⁵。
- ii) 他方、要求の透明性が欠如することは、実質の正当化を欠く有力な兆候になることもレトルの立場では肯定される⁷²⁶。

⁷²² 前掲、VIII、3、(2)、(2-6) の (b) を参照。

⁷²³ 前掲、VIII、1、(4) の (4-2) 及び (4-3)、また同 2、(1) における (1-5) を参照。

⁷²⁴ Lettl, WRP 2017 (前掲註 553 参照), 641, 646.

⁷²⁵ Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.248.

⁷²⁶ Lettl, WRP 2017 (前掲註 553 参照), 646, Rn.19.

(b) 利益衡量の一要因としての「後付け可能性」

- i) 以上からレトル説を総体的に捉えると、「後付け可能性」に係る実質的正当化の要件は、利益衡量論の多様な考慮要因の一つとして一定の重要性を有するが、専ら後付け可能性を欠くことをもって実質的正当性がないとの結論は導かれない。その場合、規範名宛人の相手方にあらかじめ预期することのできない不利益を与える恐れがないか問題になる。この点も利益衡量の枠組みにおいては、前述の当該事業部門における商慣習の存在することをもってすれば、かかる恐れの有無は消極に解される。
- ii) 結論的には、第9次GWB改正により19条2項5号の実質的正当化の考慮要因の一つとされた「後付け可能性」に係る要求利益の根拠及び算定に係る透明性の要件は、上記6(1)の(b)控訴審判決、その判断を維持したBGH判決、そしてこれら判例と改正法を検討した上記学説(レトルの学説)を踏まえると以下のようにまとめられる。
- iii) 改正法による「後付け可能性」に係る透明性の要件は、利益衡量における他の考慮要因である現に存する商慣習に対し、それに否定的に作用する重要な要因ということとはできず、利益衡量の多様な考慮要因の一つとして位置づけられる。

(5)「後付け可能性」基準によるあるべき商慣習(力の行使を免れた交渉過程)

(a) 改正法の「後付け可能性」の要件と力の行使を免れた交渉過程の維持

当該事業分野でこれまで通常求められていた明確性のレベルによっては、立法者が求めた実質的正当化における透明性の要請を満たすものでない場合、あるべき商慣習による見解が主張される。「後付け可能性」の要件に係って、ノースデュルフトの力の行使を免れた交渉過程維持の要請からする解釈論である⁷²⁷。

(b) 交渉過程の適正化の要請とあるべき商慣習

その解釈論は、基本的に競争の自由の法目標を志向した利益衡量により実質的正当化の検討をする。この基本的枠組みをとること自体は、前記の具体的な算定手法の説明を義務付けない立場と共通である。しかし客観的な議論がされ

⁷²⁷ *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19,Rn.249.

る交渉過程を保証するのは、要求の額と算定に係る具体化を置いてはあり得ない。かかる具体化には、これまで当該事業分野で通常のものとはされない説明義務も含まれる。力の行使を免れた慣行のみが基準とされるのであるから、これまでの商慣習を破ることが改正法では目標とされる（ノースデュルフト）⁷²⁸。

(c) BGH の商慣習理論と利益衡量論

このようなあるべき商慣習によって、現に存する商慣習を判断基準とする誤りを批判するノースデュルフトの所説は、2018年エデカ事件 BGH 判決により認められていない。契約交渉の一連の過程に対する業績適合性の審査につき、BGH の違法判断基準は、最初の要求において全体条件のセットにつき、客観的に認識可能でなければならないとした。しかし、現に存する商慣習に適合する場合の例外を認めた⁷²⁹。BGH の利益衡量論において現に存する商慣習は、多様な衡量要因の一つとして重視されている。

(6) 現に存する商慣習と具体的な説明義務（まとめ）

- i) 「後付け可能性」に係る透明性の要件は、カルテル庁決定による実質的正当化の判断要因として重要な役割を与えられ、第9次 GWB 改正で実定法化されるに至った。しかし法の求める透明性の要請は、具体的な説明義務を消極に解する控訴審判決やこの点に関するカルテル庁の上訴を退けた BGH により、個別事件の具体的事情に従い左右される。この点は利益衡量の枠組みにおいて、その具体的事情が現に存する商慣習によって計られる。その結果、現に存する商慣習が具体的な説明義務を求めている場合、「後付け可能性」の要件は実際上否定される結果になるという注目すべき評釈があった。
- ii) このように「後付け可能性」の要件は、利益衡量の判断要因である商慣習の捉え方をめぐり深刻な問題を内包する。
- iii) 利益衡量の衡量要因として重視される現に存する商慣習が、改正法の「後付け可能性」に係る規定によっても、交渉過程の適正化に係る具体的な説明義務を求めない法解釈を導いていることが注目される。

⁷²⁸ *Nothdurft*, in Langen/Bunte, §19, Rn.246,249.

⁷²⁹ 前掲、VIII、3、(2) の (2-6) を参照。

7. BGH による利益衡量論の検討

(1) 需要力濫用規制における正当化要件の基本構成

(a) 利益衡量論採用の根拠

i) 本判決は、19 条 2 項 5 号の実質的正当化の具体的な判断手法として、関係人の利益を包括的に衡量する。判決が利益衡量のアプローチをとる根拠を以下に要約する。

BGH は、経済的合理性に従う自己利益の追求が、提供した給付に対応する抑制的な反対給付の義務付けを負うものでない前提⁷³⁰を基本とする。かかる前提は需要競争の本質論として理解され、ある利益がなんら直接に割り当てられた反対給付と対応しなくても、当然に実質的正当化を欠くものでない。従って、要求利益と反対給付を直接に比較するテストは退けられ、実質的正当化の要件として、契約条件に係る給付の束の全体的セットを検討する。結論的に判決は、個々の要求が反対給付と直接の対応関係がなく、契約全体の条件をセットとして検討することは、関係人の包括的な利益衡量を導く⁷³¹。

ii) また BGH は利益強要禁止における利益衡量のアプローチが、GWB19 条 2 項 1 号の一般的妨害と差別禁止の基準に対応する確認をしている⁷³²。

⁷³⁰ “Pay-TV-Durchleitung” の BGH 判決（1996 年）によれば、より有利な取引条件を獲得する努力は、給付と反対給付の合意において等しい経済的成果を導くものでなくても、基本的に競争と一致する。後掲、IX、1 における (3) を参照。

⁷³¹ 前掲 IX、1、(3) における (b) の BGH 判決によれば、より有利な取引条件を獲得する努力から生じた給付と反対給付の不均衡それ自体は、旧 GWB26 条 2 項の利益衡量の枠内において否定的な評価に結びつかない。

⁷³² 上記 “Pay-TV-Durchleitung” 判決のこの判示は、差別禁止の実質的な正当化の文脈で述べられたものである。より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質を肯定したエデカ事件の本判決は、“Pay-TV-Durchleitung” 判決を明示で引用していない。参照、前掲 VIII、3、(2) における「(2-2) より有利な取引条件の獲得、利益と反対給付の直接的対応関係そして利益衡量」。しかし、取引の相手方に向けられたより有利な取引条件の獲得努力は、相手方段階と行為者段階の双方で差別的取り扱いが問題となり得る。この点から、需要力濫用規制に係る本判決が、取引の相手方に対する働きかけの態様と、実質的正当化のない差別禁止との双方の関係を踏まえ、需要競争の本質論を論じたものとして重要性が確認される。

(b) 取引条件の全体的セットをみる業績適合性審査

以上のような、要求利益と反対給付の直接の対応を求めない取引条件の全体的観察をする業績性のテストを採用した結果として、利益衡量のアプローチが導かれた。BGH の結論とは逆に、要求利益と反対給付の直接の対応関係に審査の範囲を絞るなら、契約当事者を超えた関係者の包括的な利益衡量を行う必要を減じると考えられる⁷³³。

(c) 利益衡量と法体系的整合性

かかる利益衡量のアプローチによって実質的正当化の判断を行う違法性審査の枠組みが、GWB19 条 2 項 1 号の一般的妨害と差別禁止の体系の基準に対応する確認がされた。市場支配力の濫用監視に係る GWB19 条に置かれた、利益強要禁止の規制について、その法体系的な整合性を維持する要請に従っている。

(d) 利益衡量と需要競争の本質論⁷³⁴

- i) 需要競争におけるシステム適合的な特徴（経済的に合理的な自己利益の追求とライバルに対する競争優位の戦略）に基づき、給付と反対給付を均衡させる義務付けを負うものでない需要競争の本質論が、利益衡量論の前提に存する。
- ii) そして市場支配的事業者の濫用監視の体系的な位置づけという要請が、利益衡量を採用させた。
- iii) かかる i) 及び ii) は需要競争及び需要力濫用規制の本質論になる。この点を重視する 2018 年エデカ事件 BGH 判決は、水平的な需要者間の競争に対する配慮は、利益強要禁止の利益衡量において、基本的な位置づけを与えられている。前掲 3、(2)、(2-1) における (a) で述べた 19 条 2 項 5 号の「利益」概念について、BGH が専ら垂直的な関係にある供給業者を保護すると捉えた点に拘らず、このように評価される（後掲 (3)、(b) における iii) を参照）。この点は 19 条 2 項 5 号が、市場支配力の濫用監視の体系に位置づけられたことから、体系的な整合性が図られている。

⁷³³ 後掲、「XI. 日本法への示唆」における 1、(5)、(5-3) の (d) を参照。

⁷³⁴ 後掲、「XI. 日本法への示唆」2、(3)、(3-3) における iii) を参照。

(2) 搾取、妨害及び差別濫用の禁止と利益強要の禁止

(a) 需要競争の本質論と垂直的な市場の相手方保護の関係

業績適合性の審査における利益衡量論が需要競争の本質論を如何にその判断に取り入れるかの問題について、具体的な衡量プロセスの検討において、検証が求められる。

(b) 需要競争の本質論と要求利益/反対給付の対応関係

- i) 上記(1)、(a)、i)のように、要求利益と反対給付の直接的な対応関係を求めず、取引当事者間の契約に対する搾取濫用に係る濫用概念の審査を行った事例が Favorit 事件 BGH 判決(1984年)である⁷³⁵。
- ii) 上記判決のいう契約当事者の一方に不利となる条項の効果は、契約成果を全体として考察すること、とりわけ取引の東全てをまとめた価格を考慮し、調整が図られる。この取引条件の全体的セットを観察するアプローチの前提は、当該契約が競争下にあつて成立している点におかれた。すなわち、行為者の存する市場の競争の在り方が、搾取濫用の判断を規定した。19条2項5号の利益強要禁止の具体的な衡量のプロセスにおいても、Favorit 事件判決を引用するエデカ事件 BGH 判決は⁷³⁶、行為者の存する市場の競争、とりわけ需要競争の在り方を利益衡量の判断要素としているとみられる。
- iii) 本判決の正当化要件の基本構成における重要点として、要求利益/反対給付の直接的な対応関係を求めず、取引の全体条件の審査をする利益衡量のアプローチが、GWB19条との体系的整合性をはかった点が挙げられる⁷³⁷。

(c) 搾取濫用禁止の法的特徴をもつ利益強要禁止

本判決は、19条2項5号の法目標について利益強要の禁止へと法理論上の展開を図った。上記 Favorit 判決は搾取的な条件濫用の判例であり、また第9次 GWB 改正に至る改正により19条2項5号は、搾取濫用禁止の法的特徴を徐々に強めたとする理解がある⁷³⁸。

⁷³⁵ 前掲、VIII、3、(2)、(2-5)、「(e) 評釈」におけるiv)を参照。

⁷³⁶ 前掲、VIII、3、(2)、(2-5)における(c)を参照。

⁷³⁷ 後掲、「XI. 日本法への示唆」、2、(3)における「(3-2)カルテル法；契約条件の全体セットのテストと利益衡量」を参照。

⁷³⁸ Andreas Gauk, Das Hochzeitsrabattverfahren, WuW2019, 245,249 (この規定は、

(d) 利益強要禁止と19条の濫用監視についての法体系的な位置づけ

- i) かかる傾向にもかかわらず利益強要禁止の正当化基準を、GWB19条2項1号の一般的妨害と差別禁止の基準と揃える意図が表明された。さらに本判決は、上記のように差別的取り扱いと深く関係する需要競争の本質論（より有利な取引条件の獲得）を肯定している。
- ii) 以上のような19条の濫用監視についての法体系的な位置づけに係る判示をまとめると、搾取濫用の規律と妨害と差別禁止の正当化基準のいずれについても、利益強要禁止の利益衡量の法理に含まれている。

(3) 本件におけるBGHの利益衡量に対する総括的評価

(a) 「柔軟性の理論」である利益衡量

- i) GWB19条における利益衡量は、「個別ケース毎に不当性の判断がなされることとなり、不当性の有無について、一義的な判断基準を設定することはできない⁷³⁹」。利益衡量それ自体は実質的正当化について、なんら指導基準を有さない手続きであるに過ぎず、衡量基準の競争の自由についての位置付けは、その時々に関題になる利益に関して、水平的保護の方向で確定の困難性を伴う。競争の自由に係る参照システムは所与の定義づけを欠くのであって、積極的な内容を有するものでなく、法的に重大な強制を欠くものとして理解されるに過ぎない。かかる理解は、GWB19条の一般論的な命題として述べられた⁷⁴⁰。
- ii) 他方、この命題は、旧GWB20条1項の判断に係る実践に関連して明らかになった点として、垂直方向の保護が非常に広範なものになる（フックス）点が挙げられる⁷⁴¹。

第4次GWB改正による受動的差別の禁止から、次第にその特徴を希釈化し、妨害濫用に代わり、搾取濫用として形成されてきている。

⁷³⁹ 山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における差別・妨害行為の規制について」関/山部編『市場経済と企業法』（2000）、601頁；同「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巻（1997）（山部・年報と略称）、35頁。両論文に旧GWB26条2項の妨害濫用禁止規定における利益衡量論の詳細な説明がなされている。

⁷⁴⁰ *Fuchs*, in Immenga / Mestmäcker, *GWB*, 5Auffl. (2014) §19, Rn.34.

⁷⁴¹ *Fuchs*, in a.a.O., §19, Rn.34.

iii) 以上のような特徴をもつ、GWB19 条における利益衡量の不当性判断は、「柔軟性の理論 (Theorie der beweglichen Schranken)」と呼ばれる⁷⁴²。

(b) 利益強要禁止と利益衡量

i) 上記 (a) の「柔軟性の理論」である利益衡量で述べた、利益衡量は実質的正当化について、なんら指導基準を有さない手続きであり、一義的な判断基準を設定できない点は、本判決でも確認された。すなわち、本判決は、立法初期に明らかであった受動差別禁止の法目的の捉え方から利益強要禁止へ転換を明確にした。しかし、市場の相手方保護に係り、利益衡量の段階では格別の保護を企図するものでない⁷⁴³点が指摘できるであろう。

ii) 同じく (a) で述べた所与の定義づけを欠く、衡量基準 (競争の自由) の位置付けについて、水平的保護の方向で確定の困難性を伴う点は、以下の発泡ワインの商品特性に係る水平的な市場状況に関係する。すなわち、協賛金の利益衡量で、BGH が商品の需要弾力性の乏しい特性から、「ある流通業者の売り上げの増加は他の流通業者の売り上げの減少に対峙している」市場の状況が適示されている⁷⁴⁴。予測可能性の問題を指摘されると共に、その時々の問題になる利益に関して競争の自由に係る保護範囲の画定困難性が懸念される。

iii) 上記 ii) における商品特性に係る需要弾力性の市場の考慮は、全体条件のセットのテストで、反対給付の存しない反業績性の明確な違法性の推定される協賛金要求に対する判断である。かかる事案においても、BGH は需要者間の市場の競争の在り方として、利益衡量で需要弾力性を考慮要因とした。また「最適価格清算」と「支払期日の調整」の利益衡量も、同じく全体条件のセットで、供給業者に反対給付の存しないことが明白な事案であった。

このような供給業者に対する反対給付の存しないことが明確な場合に限って行われた利益衡量の現状については、柔軟性の理論で垂直方向の保護が非常に広範なものになるとの指摘 (先の (a) の ii) におけるフックス) が、

⁷⁴² Möschel, *Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz* (1978), S.95; *Fuchs*, in *Immenga / Mestmäcker*(前掲註 591)、§19, Rn.33. 参照、山部・年報 29号 (1997) 34 頁以下。

⁷⁴³ 前掲、VIII、3、(7)、(7-7) の i) 及び ii) を参照。

⁷⁴⁴ 前掲、VIII、3、(7)、(7-6) の (d) における iv) を参照。

利益強要禁止の BGH による利益衡量で如何なる程度で機能するかは、未だ明らかでない。

IX. より有利な取引条件の獲得と需要競争の本質論

1. 判例における需要競争の本質論

(1) 需要競争のシステム適合的な特徴

(a) 需要者の便宜供与と売り手のリベート

需要力の濫用を規定する 19 条 2 項 5 号の不当性評価を行う利益衡量において、一般論として需要競争の有効性に係る以下の特徴が問題になる。需要競争のシステム適合的な特徴として、市場参加者（売り手）間において比較して、その利益提供の態様が均一な価格（価値）に収斂する傾向がないと指摘される⁷⁴⁵。このような傾向は、需要者間の調達競争にあつては、売り手に対する様々な便宜供与の形をとる給付がされ、その反対給付（売り手からの）がリベートや値引き等の様々の形式で行われ、さらに有利な調達を需要者間で競うことから生じると考えられる。

(b) 給付／反対給付の均衡しない傾向

このように、売り手間における利益提供の態様が収斂しない需要競争の特徴と関連して、取引当事者間の関係で給付と反対給付が均衡する傾向とは一致しない場合があると指摘される⁷⁴⁶。かかる給付／反対給付の均衡する傾向とは異

⁷⁴⁵ Vgl., *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn.245.

⁷⁴⁶ 利益強要や受動的差別で問題になる便宜供与／協賛金の給付・反対給付の関係は、取引当事者間で様々の態様になる。それに応じて、その給付と反対給付の関係は均衡から離れる傾向があることを、ゼッカー教授は、後掲 (2) の BGH “Pay-TV-Durchleitung” 判例に依拠して摘示する。

それによると、需要競争においては、買い手（流通業者）は様々の便宜供与によって、売り手との取引獲得を他の買い手と競うが、かかる便宜供与には新規契約や契約継続といった取引関係の基本的な事柄も含む。これに対する供給業者から買い手へ支払われる反対給付として協賛金（Eintrittsgelder）が論じられるが、それが付随的給付に対する対価として明示的に合意されない場合もカルテル法違反となるものでないとする。その根拠付けとして、給付と反対給付の合意による関係において、等しい経済的成果を導くものでない場合にも直ちに反競争的であるとはみなされない

なる特徴を示す需要競争の指摘は、市場の競争が一般論として、供給者と需要者間の給付の均衡を導く傾向を指摘されるのとは異質ともみられる。

(2) 競争優位を獲得する努力と市場の競争

需要競争は、競争相手よりも有利な購入条件の獲得を目指す点にひとつの特徴がある。ライバルに対する競争優位と市場における競争との関連を論じる際に参照される事例として、販売の事例であるが、以下の判例が挙げられる。すなわち、市場支配的事業者の行う有利な取引条件の獲得をなす努力（この事案では販売競争に該当）が、給付と反対給付について均衡をもたらす傾向がないことは、直ちに反競争的行為と評価されるものではないとした判決である⁷⁴⁷。このしばしば引用される1996年の“Pay-TV-Durchleitung”のBGH判決により、より有利な取引条件を獲得する規範名宛人の行為と市場の競争の関係について、以下に一般的な概観をする⁷⁴⁸。

(3) “Pay-TV-Durchleitung” BGH判決の「濫用」概念

(a) 恣意性や非経済的な事業上の決定としての「濫用」

BGHは旧GWB26条について市場力の濫用を禁止するとの基本的位置付けを踏まえ、同条2項の不当な差別的取り扱いを禁止する利益衡量の文脈におい

とする上記BGH判例を挙げる。Säcker/Mohr(前掲註429), S.21ff.

⁷⁴⁷ *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註494), §19, Rn.245 (“Pay-TV-Durchleitung”のBGH判決は供給業者による積極的な価格差別であるが、需要者のなす受動差別に「鏡像的に(Spiegelbildlich)」移行される)。

⁷⁴⁸ BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”(www.jurion.deのHPより入手)。原告(地上波TV局)は、原告プログラムをユーザーに提供していた被告(有料ケーブルTV局)に対し、原告プログラムを提供する他の事業者とは異なって、被告の域内ユーザー数に応じた利用料金の支払いを求めた。これに対し、被告は、旧GWB26条の市場支配的事業者に該当する原告は実質の正当化なく差別的取り扱いをしたとして、反訴請求(旧GWB35条の損害賠償請求)に及んだ。本判決は債務不履行責任のほか、旧GWB26条2項違反(実質的に正当化されない差別の禁止)も争われた事案である。Rn.1-3, 22-23, 38。本判決を、上記本文のような有利な取引条件の獲得と需要競争の関係を論じる文脈で引用する文献として以下のものがある。Vgl., Säcker/Mohr(前掲註429), S.21ff, *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註494), §19, Rn.245。

て、「むしろ決定的なことは、異なる条件形成が恣意 (Willkür) ないし非経済的な事業上の決定に起因する」場合であると述べる⁷⁴⁹。すなわち「濫用」概念は利益衡量の枠組みでは、恣意性や非経済的な事業上の決定がされる観点から捉えられる。

(b) 給付／反対給付の不均衡に対するカルテル法上の評価

かかる観点と一体的に、BGH は「市場参加者がより有利な取引条件や価格を獲得する努力は、その市場の相手方においても同様に、かかる努力につき給付と反対給付の合意による関係の形において等しい経済的成果を導くものでなくとも、基本的に競争と一致し、(旧) GWB26 条 2 項の利益衡量の枠内において否定的な評価に結びつくものではない」とする⁷⁵⁰。ドイツにおける需要力濫用規制の理論的基盤を近時の判例を中心に検討する本稿の問題関心にとって、需要競争の本質的特徴として給付／反対給付の関係が均衡しない傾向が挙げられることに係り、その根拠として引用される本判示は重要である。

⁷⁴⁹ BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39.

⁷⁵⁰ 本判決において BGH は、有利な取引条件や価格を獲得する市場参加者の努力に対する、給付／反対給付の合意との関係について論じる。すなわち、前者の努力が後者の合意について等しい経済的成果とならない結果について、その競争法的評価を以下のような例を用いて行う。

それによると、旧 GWB26 条 2 項は、例えば市場支配的事業者が等しく有利な取引条件 (特に価格) を求める最恵国待遇条項 (Meistbegünstigungsklausel) については、それを一般的な禁止対象とするものではない。その場合市場支配的事業者であっても、異なる市場の条件に対し異なって対応することを何ら妨げられない。旧 GWB26 条の規範名宛人は市場の相手方となりうる者に対し同一の対応をとるのではなく、上記条項を一部の者に限り適用することも許される。逆に、適用する相手方に対してそのうちでさらに有利な条件を求めることも許される。

かかる異なる取り扱いの許容性は、相対的な劣位の取扱いに係りその競争適合性をみるか、その際、個別の提供が一定の利益の調整を経たとみられるか、あるいは恣意又は経済的取引ないし企業者取引とは異質の考慮に基づくかにより判断される。またその点と合わせ、BGH は、市場の相手方に対する異なる扱いをする場合にも、市場支配的事業者の力の濫用が、その「競争機能 (Wettbewerbsfähigkeit) を害してはならない」点にも留意すべきとする。BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39.

(4) 不当な不均衡給付の判断条件

BGH は、GWB の市場支配力の濫用評価の枠組みにおいて、より有利な取引条件の獲得努力に関し、給付／反対給付の合意関係によった不均衡について、基本的に反競争的と評価されないことを一定の留保条件により認めた。その留保条件とは、かかる給付／反対給付の不均衡が、①規範名宛人の恣意ないし非経済的な事業上の決定に起因するものでないこと、②規範名宛人の力の濫用が、市場の相手方の競争機能を害するものであつてはならないこと⁷⁵¹、である。

(5) “Pay-TV-Durchleitung” 事件 BGH 判決の意義

BGH の判例により、販売競争における給付／反対給付の不均衡について、直ちに市場の競争のあるべき状態から乖離したものではないと評価される判例が、需要競争の同様な評価⁷⁵²の根拠とされ引用されることは、競争一般の特徴的側面を捉えたものとみなされる⁷⁵³。

(6) 判例の展開

(a) “Privater Pflegedienst” 判決

その後、積極的な働きかけとなる市場の相手方に対する価格交渉について、相手方の「従属の程度」によっては市場支配的事業者の価格提案に対し、それを受け入れてしまう結果を警戒する判決が示された。すなわち、同様な供給業者の提示する販売価格と異なる価格設定を正当とする理由について、従属的な取引当事者の相手方である市場支配的事業者に説明を求める、BGH の“Privater Pflegedienst” 判決（2001 年）が下された⁷⁵⁴。

⁷⁵¹ BGH,19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39. 競争機能の毀損については、前掲註 750 を参照。

⁷⁵² 販売競争の具体的事案に係るものであるが、上記の引用では「その市場の相手方においても同様に」として、需要競争にもかかる評価が当てはまることを述べている。BGH,19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39.。

⁷⁵³ 前掲 1、(2) 及び該当註記のゼッカー、ノースデュルフトの論考参照。

⁷⁵⁴ BGH,11.12.2001,KZR 5/00,“Privater Pflegedienst“ (www.jurion.de の HP より入手)。本判決の事案は以下の通りである。原告は、ドイツの R 郡において在宅ケアの看護サービスを提供する民間の事業者である。被告は、同郡の法的社会疾病保険組

(b) 従属的な売り手の場合

同様な供給業者の提示する同様な給付に対し異なる反対給付の額となることは、給付／反対給付の均衡につきその保たれていない可能性が高い。本判決は、規範名宛人／市場の相手方の取引条件において、給付／反対給付の均衡が保たれなくても市場の競争のあるべき状態から乖離したものでないとして評価される“Pay-TV-Durchleitung”判決の一般論を、規範名宛人に対して市場の相手方が従属的な関係にはない場合に限定をする判例として注目される⁷⁵⁵。

(c) 規制下の公共放送局による無償の需要と妨害・差別禁止

- i) 2016年にはBGHはネットケルン事件判決⁷⁵⁶において、広帯域ケーブル放送に係るプログラム電波の公共放送局（ZDF）による再送信のための需要市場に係り⁷⁵⁷、無償で再送信していたZDFの市場支配的事業者⁷⁵⁸による妨

合である。上位団体である法的疾病組合の団体とそれに対するサービス供給業者との包括契約に基づいて、本件の看護サービスが提供された後に、被告疾病組合が解約告知し、個別契約による個々の給付に基づき清算をした。これに対し、原告のような民間の供給業者が、ボランティアの福祉団体により運営される社会福祉センターよりも看護報酬につき低い額とされたことは、同様な給付に対する異なる価格設定が実質的正当化なく行われることを禁ずるカルテル法に反するとして、損害賠償と差止の請求に及んだ。A.a.O., S.3-4.

⁷⁵⁵ A.a.O., S.10（同様な市場の相手方に対して、異なる価格レベルの交渉の成果となる場合について、市場支配的事業者には、同様な給付に対する異なる価格判断が実質的な差異により正当化され、かつ専ら異なる従属性の結果でないようにし、さらに各契約当事者の固有の市場地位の結果でないようにする格別の配慮義務を負う）、S.11（市場支配的事業者にも正当と認められる利益を考慮しても、役務と商品で市場で正当化される条件でのみ購入するということは、異なる供給業者の同様な給付についての価格設定を正当とする理由を説明するものでなければならない）。

⁷⁵⁶ BGH, 12.04.2016 - KZR 30/14-NetCologne (bundesgerichtshof.de の HP より入手)。

⁷⁵⁷ 原告は、1998年以來ケルン、ボン地域で広帯域ケーブルネット事業者として放送プログラムを送信していた。被告は公共放送局の「第二ドイツテレビ（Zweiten Deutschen Fernsehens, ZDF）」局であり、ドイツの他のケーブルネット事業者と同様に原告のプログラムを自らのネットワークに提供していた。

これらのケーブルネット事業者は、ケーブル再送信の権利の承認に係り著作権料の支払いをしていた。原告は、1998年12月に被告及びもう一つの公共放送局である「ドイツ公共放送連盟（öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten）」と著作権料の免除（被告に関してはZDFのプログラム）で合意した。当該規定には、原告プログラムの送信に係る対価の合意は含まれていない。2009年に原告は「音楽上演及び機械的複製権利協会」（Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte；GEMA）とケーブル再送信の権利承認に係

害・差別禁止を問題にした⁷⁵⁹。かかる禁止では、GWB の目標設定の考慮の下で行われる包括的な利益衡量において、無償の役務提供は例外的であるが、他方でより有利な取引条件を獲得する努力は、それ自体競争適合的であるとす⁷⁶⁰。

る支払請求権協定を締結した（GEMA は下記 ANGA 協定の当事者である）。また同年原告は、「ドイツケーブルネットワーク事業者連盟（Der Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V.）」の加盟者に、20%のリベートを予定する ANGA 協定を締結した。上記ドイツ公共放送連盟は 2008 年に 4 大広帯域ケーブルネットワーク事業者とプログラム提供に対する対価支払い契約に合意したが、その後 2012 年に解約告知し、翌年から同対価の支払いはない。

原告は、被告に対し、ケーブル配信に係り住居単位での対価支払い、又は被告が上記 4 大ケーブルネットワーク事業者の内一社に支払った額に対応する対価の支払いを求め、民事請求に及んだ。Rn.1-9.

⁷⁵⁸ BGH は原告の支払い要求に関する説明に基づき、広帯域ケーブル放送に係るプログラム電波の中継についての需要が製品の関連市場であるとした。かかる関連市場において、被告は市場支配的事業者としてカルテル法上の規範名宛人としての地位を認定された。被告が市場支配的地位を有する理由は以下の通りである。原告はケーブルネットワーク事業者として、その容量の一定部分を専ら受信料で賄われるプログラム送信用にとっておく法的義務を負う（被告も同様な義務を負う）。かかる法的義務に係り原告は、被告や他の公共放送局に向けられた容量を他のプログラム提供者にたいして付与できない。被告は中継サービスの法的な義務付けに係る需要者であるが、受信料で賄われるプログラム全体を中継する法的義務に基づく容量は十分にあるので、被告は他の公共放送局とも競争することはない。また、被告はかかる容量によった中継サービスの需要について、原告プログラムにつき法的中継義務を負わない事業者との競争下に置かれることもない。以上が市場支配的地位に係る理由付けである。Rn.32-33.

⁷⁵⁹ 被告はドイツ公共放送連盟と同じく、2008 年から 12 年まで 4 大広帯域ケーブルネットワーク事業者の地域会社に、プログラム供給契約に基づき対価の支払いをした。かかる対価が市場支配的事業者によって行われたとすると、被告は、広帯域ケーブルネットワークにおいてプログラム電波の中継サービスを提供する取引における他の事業者を、不当に妨害ないし実質的な正当化理由のない差別をすること（原告と上記地域会社との間の差別）を禁じられる（旧 GWB20 条 1 項；2007 年法）。さらに被告により要求されている取引条件が、有効な競争が存すれば高い蓋然性をもって回避されるものであってはならない（旧 GWB 19 条 1 項及び 4 項 2 号；中小事業の競争者に対する不当妨害の禁止。特に継続的な原価割れ価格。）。Rn.45.

⁷⁶⁰ 実質的正当化の判断基準は、競争の自由を志向した GWB の目標設定の考慮の下で包括的な利益衡量による。かかる利益衡量にあっては、取引行為における無償の役務供給の供与は例外的な事態とみなすのが原則である。この点に関し、本件プログラム電波の中継と送信により、被告は経済的な利得を得ている。他方で、より有利な取引条件を獲得する努力はそれ自体競争適合的である。Rn.48.

ii) 妨害・差別禁止における許容性に関する利益衡量においては、前述の Pay-TV-Durchleitung “事件 BGH 判決の基準を確認している⁷⁶¹。BGH は ネットケルン事件について、控訴裁判所がかかる妨害・差別禁止の違反行為 該当性と正当化事由の審査において不備があるとして差し戻しを命じた⁷⁶²。

2. より有利な取引条件の獲得と需要競争の関係論（マーケット）

有利な取引条件を獲得する努力と給付／反対給付の間の不均衡の関係を市場の競争に即して論じた、上記“Pay-TV-Durchleitung”判決の命題（1996年）は、クルト・マーケット教授の所説（1992年）に依る⁷⁶³。マーケットは、需要競争の本質論からかかる命題を導く。

⁷⁶¹ Pay-TV-Durchleitung “事件 BGH 判決における 給付/反対給付の不均衡が、①規範名宛人の恣意ないし非経済的な事業上の決定に起因するものでないこと、②規範名宛人の力の濫用が市場の相手方の競争機能を害するものであってはならないことという基準である。BGHはこの点を以下のように敷衍する。個別事案で様々な取引条件を導く事情は、直ちに旧GWB20条1項違反に結びつかない。市場支配的事業者であっても、異なる市場条件に対し、異なって対応することは妨げられない。異なる条件が基本的に許されるのだとすると、異なる取り扱いの実質的正当化は差異が存することによっては判断されない。基準となるのは異なる取り扱いの種類と程度である。その許容性は、ある事業者の不利な取り扱いが、他の事業者に対して競争適的な利益の調整として捉えられるか、あるいは恣意又は経済的取扱いしない事業取引とは異質な考慮と意図によるかに従う。また市場支配的事業者の力の行使によって市場の相手方事業者の競争機能害するものであってはならない。Rn.48.

⁷⁶² BGHは、控訴裁判所について、被告が地域会社のプログラム供給に対し支払った（2008年から12年まで）対価の額と原告の取り扱いについて、実質的正当化のある差別であるかの審査を欠いていること、また上記ANGA協定のリポートによるケーブルネットワーク事業者に対する優遇に対して、原告の扱いが如何なる程度で不利な扱いとなるかの審査も欠いていること、さらに原告にかかる不利な扱いがその競争者である地域会社に対して原告の競争能力に影響を与えるものか等の審査を欠く不備があるとして、事案を控訴裁判所に差し戻した。Rn.49-50.

⁷⁶³ BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39.
BGHの“Pay-TV-Durchleitung”判決は、マーケットの以下の記述を引用する。Vgl., *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, *GWB*, 2Aufl (1992), §26, Rn.285.1996年のBGH判決が引用するマーケットの当該部分の記述は、2014年の第5版でも維持されている。*Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註429), §19, Rn.206.

(1) マーケルトの需要競争の本質論

マーケットにあって取引の相手方との関係で問題になる需要競争は、行為者のライバルとの関係で問題になる妨害的／差別的な取引について、市場の競争に係る視角の下で相関的に検討される特徴をもつ。市場力規制の体系の下で需要力濫用規制の展開を図る、ドイツ競争法の理論的基盤を検討する本稿の視点において、需要競争の本質を論じた一つの重要な立場である。

(a) 需要者による妨害と差別行為

マーケットは市場の競争と選択の自由に関する一般論から論述を始めて、需要競争の本質論を展開する。需要競争の本質論は、買手による妨害、差別の類型化を図った GWB19 条 2 項 1 号の不当な妨害、差別の禁止規定に即して論じられている。不当妨害、実質的に正当化されない差別行為の双方と区別される、法の許容する取引行為を画する市場の競争への影響把握に従って、需要競争の特質が検討された⁷⁶⁴。

(b) 売り手による妨害と差別行為の場合との相違

供給者の行為を利益衡量にかける実質的正当化の場合と需要者の場合とは、基本的に同様な個別事案ごとの決定になる。しかし供給者サイドの決定に用いられた基準が、需要者サイドにおいてその行為の評価に等しく（鏡像的に）移

⁷⁶⁴ マーケルトによる、需要者の行う妨害及び差別行為の一般論は、以下の通りである。

- i) GWB19 条 2 項 1 号の規範名宛人の前提を満たす事業者（団体）は、供給者と同様に、商品、役務の一定の需要者として、他の事業者を様々の行為態様によりに不当に妨害し、又は実質的な正当化のない差別的取扱いを行うことがある。
- ii) 不当妨害又は実質的な正当化のない差別的取扱いは、個別ないし考慮対象の全供給者が、既存の契約違反や新たな取引関係の締結拒絶により差別的に扱われるか妨害を受けることにより、購入遮断（Bezugssperre）として行われる。さらに需要者は、個別供給者に例えば、同様な商品、役務の提供につき他の需要者よりも一般的に良い条件を要求することにより、供給者に対して価格、レポートや取引条件に関し異なる扱いをする。
- iii) さらに需要者は、他の需要者に対する供給を妨害する排他条件によって、供給者を他の態様でも妨害できる。これにより問題になっている規範名宛人の競争者は、供給サイドに対する需要競争における同じく、下流市場に対する供給競争でも、妨害を受ける。実際、需要者による不当妨害と差別の問題は、流通と製造業の供給者間で、また商品役務の大部分ないし全体を統合する場合と同じく、完成品製造業者と供給業者間で生じる。Markert, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.204.

されることはない。競争プロセスの機能性に係って、需要の役割の特殊性が考慮される。消費者の契約締結を誘引する、他の事業者よりも有利な価格・品質の業績を自らのものとする販売者の努力は、その需要サイドでの有利さの獲得にかかっている。マーケルトは結論的に、同 19 条 2 項 1 号の利益衡量においては、需要者の購入の自由に係る範囲は供給サイドにおける供給自由の範囲よりも広いとする⁷⁶⁵。

(c) 受動的な売手による競争の場合

先ず一般論として、単一の買い手に対して複数の売り手が競争関係にある場合、買い手に対しより良好なチャンスを提供する競い合いとして、すなわち買い手により受動的に選択されるチャンスを提供するものとして売り手間の競争は展開される⁷⁶⁶。

(d) 市場の相手方に対する積極的な働きかけとしての需要競争

i) これに対しマーケルトは、需要競争の本質的特徴を、複数の売り手に対し買い手が積極的に、より良好なチャンスの提供を求める働き掛けをなす点に見出す。

この点を整理してまとめると、以下のような論述となる⁷⁶⁷。

ii) 良好なチャンスの提供者の事業者に対して、上記のような「受動的に選択される可能性に限られず」、既存のチャンスを選択する場合に「供給サイドに対して積極的な影響行使をして、可能な限り数量的に大きな、かつ給付に比して可能な限り良好な反対給付にする」ことも、「GWB の目標設定としての競争の自由」に「本質内在的である」。

iii) そのことは「一定の商品役務を同様な態様で購入する需要者全てに起こることではなく、下流の供給市場における需要者のチャンスの平等を侵害し得る」⁷⁶⁸。この点もマーケルトによれば「競争プロセスに本質内在的である」。

⁷⁶⁵ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), § 19, Rn.205.

⁷⁶⁶ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, §19, Rn.206.

⁷⁶⁷ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, §19, Rn.206.

⁷⁶⁸ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §26, Rn.279, §19, Rn.206.

iv) 市場支配的事業者であっても、「自らのため可能な限り良好な購入条件を達成する積極的な影響行使を販売サイドにすることは、原則的に妨げられない」⁷⁶⁹。

v) その場合かかる積極的な影響行使は、結果として「全ての同様な供給業者に対し同様な態様で行われたい、あるいは他の需要者が同じく良好なチャンスを獲得することを妨げる手段がとられる場合でも」、さらには「そのほかの理由から、とりわけ (GWB19 条) 2 項 5 号違反と不正競争防止法⁷⁷⁰違反の場合でも、(GWB19 条) 2 項 1 号につき適法行為の余地がある」とする⁷⁷¹。

(e) マーケルトによる需要競争の本質論 (まとめ)

以上を受け、マーケルトの理解による需要競争の本質的特徴を箇条書きで要約する。

- i) 市場の相手方に対する関係で、需要者について、受動的に選択される可能性に限られず、積極的な影響の行使が重視される。
- ii) 市場の相手方に対する影響行使は、自己の給付に比して可能な限り良好な反対給付にすることも、GWB の目標設定としての競争の自由に本質内在的である。
- iii) かかる影響行使は、全ての同様な供給業者に対し同様な態様で行われなくても、必ずしも GWB19 条 2 項 1 号に反しない。
- iv) かかる影響行使は、他の需要者に良好な反対給付の提供が妨げられる態様でなされても必ずしも 19 条 2 項 1 号に反しない。
- v) かかる影響行使は他の法規違反、例えば 19 条 2 項 5 号違反及び不正競争防止法違反の態様で行われても、直ちに GWB19 条 2 項 1 号に反するものでない。

⁷⁶⁹ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.206.

⁷⁷⁰ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, GWB 5AufI(2014), §19, Rn.206. マーケルトは第 2 版では (旧) 不正競争防止法 1 条を挙げている。同条は、「取引行為において競争目的のために良俗に反する行為をなし者は、差止又は損害賠償の責を負う」と規定していた。Vgl., *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §26, Rn.279.

⁷⁷¹ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.206. この分の引用は、適用法条の改正があるため、5 版の記述によった。以下同様に改正法条の引用がされている場合は第 5 版の記述による。

(2) 給付／反対給付の不均衡と需要競争の本質論

- i) かかるマーケルト説は、上記のように BGH(前記“Pay-TV-Durchleitung”判決)に引用された。それは、より有利な取引条件を獲得する努力と需要競争との関係論から需要競争の妨害／差別禁止に係る不当性の基準を導出するのであるが、先ずその導出の前提になる前記関係論を整理しておく⁷⁷²。
- ii) 前記(1)の(d)では、一方で同様な供給業者に対し同様な態様で良好な購入条件が提供されず、他方で他の需要者が同じく良好なチャンスの獲得を妨げられる場合でも、直ちに反競争的とはみなされない需要競争の態様に触れた。かかる差別的な取引の態様は買い手による積極的な影響行使の結果であり、取引相手に対する影響行使とその選別は、むしろ需要競争の本質に相即的な特徴とされた。
- iii) この前述の特徴からの推論展開として、マーケルトはGWBの妨害と差別の禁止における不当性の判断条件を考察する。それは以下のようになる。

「可能な限り有利な購入条件を獲得する需要者の努力は、取引締結のためできる限り好都合の提供をする供給者の努力によって必然的に補完され競争と適合的であるから、このような努力はいずれの場合も、給付と反対給付の合意の関係による等しい経済的成果に導くものでないとしても、なおGWB19条2項の利益衡量の枠内で否定的な評価となるものでない⁷⁷³」。かかる適示が前記„Pay-TV-Durchleitung“判決に引用された⁷⁷⁴。

同様な供給業者に一律に同じ特典(例えば記念祝事リベートや新店舗開店リベート)を要求した需要者であっても、供給業者全てにこれら要求が実際になされるわけではない。この場合、供給業者は旧GWB26条2項1号(現行法19条2項1号)の規定する異なる取り扱いとはならない。当初の要求態様と異な

⁷⁷² *Markert*, in Immenga / Mestmäcker, *GWB* 2Auffl. (1992), §26, Rn.285, 5Auffl., §19, Rn.206.

⁷⁷³ *Markert*, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn. 212. マーケルトは第5版のコンメンタールでも BGH により引用された自らの第2版の記述を維持するとともに、脚注でかかる“Pay-TV-Durchleitung”事件判決を引用している。A.a.O., §19, Note 682.

⁷⁷⁴ BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung”, Rn.39.

る結果は、それ以上の考慮なくしても競争的であり、実質的に正当化される⁷⁷⁵。この点は上記(1)、(d)のiii)の考慮に基づく。

iv) 需要者間の競争の特徴として、同様な供給業者に一律に同じ要求した需要者であっても、その後の個別的な交渉の結果として、異なる取引の成果を導くことが、旧GWB26条2項1号の規定する異なる取り扱いとはならない指摘がされた。この点は、供給業者の提示する買手に対する一律の価格提示が、リベートやボーナス等の利益供与により個別の買い手ごとに異なった価格レベルの需要競争を導くとする前記VIIの4における(3)で述べた「隠れた競争」論と類似性を指摘できる。

(3) 需要力濫用規制のGWBにおける規範的体系構成

(a) 給付／反対給付の不均衡と利益衡量(前掲、2の(d)を参照)

需要競争の本質内在的な特徴として、市場の相手方に対する積極的な働きかけをしてより有利な取引条件を獲得する、ライバルに対する競争優位の戦略が摘示された。この競争優位獲得の努力は、必然的に給付／反対給付の不均衡を生ぜしめる傾向を指摘するのがマーケット理論の中核となる。マーケットはこの需要競争の本質的特徴をGWB19条2項1号の不当性評価に係る利益衡量で、重要な判断指標に取り入れた。

⁷⁷⁵ *Markert*, in *Immenga / Mestmäcker* (前掲註 429), §19, Rn212. この点に関連して、マーケットは上記箇所以下のエクスナーの見解を引用する。取引開始の協賛金(Eintrittsgelder)、棚貸し料等の給付を全ての供給業者に要求し、その全部ないし一部から提供を受けた場合、旧GWB26条2項の差別禁止として、異なる取り扱いとなる条件を欠いているならば、旧UWG1条の意味で不正であっても実質的に正当化されない差別とはならない。Exner, *Der Missbrauch von Nachfragemacht durch das Fordern von Sonderleistungen nach deutschem Recht*(1984), S.116-117. かかるエクスナーの所説は、これらの給付の要求が、旧UWG1条の評価に衝突するがゆえに、旧GWB26条2項の実質的に正当化されない差別になるとする、同時期(1979年)のケーラーの見解に対する反対説を述べたものである。Köhler, *Wettbewerbs- und kartellrechtliche Kontrolle der Nachfragemacht* (1979), S.89-90.

これに対し需要者が、始めから個別の供給業者に限って一定の特典に係る要求をする場合には、これら特典について異なる扱いとなり、GWB19条2項1号に反し正当化を欠くとする見解があった。Vgl., Hölzler/ Satzky, *Wettbewerbsverzerrungen durch nachfragemächtige Handelsunternehmen* (1980), S.123.

さらにこの点から、マーケットにあって以下の GWB における規範的体系構成が、需要力濫用規制に係る 19 条 2 項 5 号の不当性考慮において、重要な判断要因となる。

(b) 差別禁止規定の補完規定としての受動的差別禁止

現行 19 条 2 項 5 号は、第 8 次 GWB 改正により旧 20 条が 19 条に移行される措置により旧 20 条 3 項から内容の変更なく規定された。その旧 20 条 3 項の旧規定は、第 4 次 GWB 改正により旧 26 条 2 項の不当妨害及び実質的な正当化のない差別の禁止に係る規定の補完として定められた。すなわちその補完の趣旨は、市場の相手方が行為者のライバルに比べて、行為者（市場支配的事業者）を有利に扱う「受動的差別」を強いられることのない点にある。従って、19 条 2 項 5 号は、同条 2 項 1 号の不当妨害及び実質的な正当化のない差別に対する禁止規定⁷⁷⁶の補完的な、特別規定 (Sonderregelung) である（マーケット）⁷⁷⁷。

⁷⁷⁶ マーケットによると、GWB19 条 2 項 1 号の不当妨害、実質的な正当化理由のない差別の違法となる、需要者が行為者である類型は、以下ようになる。i) 先ず、一定の商品役務の需要者として供給業者のような他の事業者に対し、多様な行為を通じ不当妨害ないし実質的な正当化理由のない差別を行う。当該類型は先ず、個別供給業者あるいはその全てについて契約違反により、又は新たな契約関係に入ることの拒絶により、妨害、差別を行う「購入遮断 (Bezugssperre)」が挙げられる。ii) 需要者が供給者に、価格、レポートやその他取引条件について等しからざる取り扱い、すなわち同様な給付に対する異なる反対給付をすることで個別供給業者に対し他の供給業者よりも有利な（あるいは不利な）取り扱いをする（上記 1、(6) (a) で挙げた“Privater Pflegedienst”判決の類型）。iii) さらに、排他供給条項のような他の需要者に対する供給を妨害する類型。それにより、問題となっている規範名宛人の競争者は需要競争と共に下流の販売市場でも妨害を被る。Markert, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.204.

⁷⁷⁷ Markert, in Immenga / Mestmäcker (前掲註 429), §19, Rn.336.マーケットによれば、19 条 2 項 5 号が同項 1 号の補完的な特別規定であることは、上記の実質的な正当化のない差別について「受動的差別」をカバーする趣旨の他、不当妨害にも以下のように当てはまる。すなわち、特定の他の需要者に供給業者をして利益提供を拒絶させる、需要力に条件づけられた利益提供の妨害について、その立証上の困難を緩和する立法趣旨にも妥当する。A.a.O., 第 4 次 GWB 改正時の上記立法趣旨については、以下の草案理由書に記載がある。Vgl., Drucksache 8/2136 (前掲註 570), Begr.1978, 1 3, S.16.

(4) マーケルトの需要力濫用規制の体系的構成の特徴

これまで述べたように、マーケルトの需要競争の本質論は、競争優位の獲得努力と市場の競争の関係に係る BGH の一般論に採用された。その需要競争の本質論から導かれた、需要力濫用規制論における規範的な体系構成は、以下の特徴をもつ。

- i) 給付と反対給付の均衡しない傾向と相即的である、需要競争におけるより有利な取引条件の獲得努力は、競争優位を獲得する努力でもあり、ライバルとの差別となる市場の相手方に対する積極的な働きかけを内容とする。
- ii) かかる差別的結果となる供給業者を通じた間接的な働きかけは、市場支配的事業者の濫用監視に係って、19 条 2 項 1 号の不当妨害ないし実質的正当化理由のない差別の違法性が、先ずもって問題にされなければならない。
- iii) かかる違法な差別的取引を規制する市場支配力の濫用監視のシステムは、19 条 2 項 1 号を補完する特別規定として同条 2 項 5 号の規定をもつ。
- iv) 上記 i から iii で明らかになるように、その需要力濫用規制に対する考え方は、専ら市場支配力の濫用監視の制度において、19 条 2 項 1 号の差別禁止が優先的な規制枠組みであって、同条 2 項 5 号を特別の補完規定として捉える特徴がある。

3. 消費者厚生とより有利な取引条件の獲得努力との関係論（トーマス）

(a) より有利な取引条件の獲得に係る交渉努力

ステファン・トーマス教授は、自由競争システムにおいて価格差別に対してそれが競争促進的なものか反競争的なものか判断を重視する。この点から、市場力の不当な濫用的行使を競争的な価格差別から区別する。そして濫用監視の規制は、可能な限り有利な契約内容を獲得する交渉の障害とならない配慮が重要であるとする。さらにドイツカルテル法では市場で有力な需要者が、その供給者に譲歩を要求しても、濫用とみなされるべきでないとして、GWB19 条 2 項 1 号の正当化事由に係る利益衡量について論じる⁷⁷⁸。

⁷⁷⁸ Stefan Thomas, Nachfragemacht im Kartellrecht, ZWeR 2015, 210,226.

(b) 消費者厚生の大化論

トーマスの主張する、ライバルよりも有利な取引条件の獲得と市場の競争との関係論の理論的基盤は、需要力の行使が総余剰ないし消費者厚生に直接影響を与えないという経済学的な厚生大化の理論モデルに依拠する点にある。上流市場における調達価格の競争が当然違法の原則で禁じられるならば、以下の想定における効率性の利得を自由競争システムは失うとする。市場支配的事業者が規模の経済性のメリットにより大規模購入による割引の便益を下流市場の活発な競争により消費者に還元する利得であり、またそれに止まらず、供給者のコスト削減に起因するレベルを超えて、市場支配的事業者の交渉力の有利さを下流市場に還元する利得が失われる。

従って、この立場にあつては、産出量制限のない供給業者と需要者間のレント移転は、カルテル法上の主要問題とされないのである⁷⁷⁹。

4. より有利な取引条件の獲得と適切な関係性のテスト（レトル説）

(1) 適切な関係性要件と需要者に対する無価値判断の確実性

(a) 搾取濫用禁止における著しい逸脱の基準

19条2項5号における要求利益とその根拠との間に適切な関係性を求める改正法の要件は、立法理由に従いその関係の程度が明白な（*offensichtlich*）程度を要求すると解されている⁷⁸⁰。レトル教授は、かかる明白性の要件について、

⁷⁷⁹ A.a.O., S.227. 供給業者のコスト削減の成果を超えた市場支配的事業者ないし市場で有力な事業者の交渉力を駆使した価格切り下げの効果は、トーマスの経済学的理論にあつては、ダイナミックな競争の重要な要素であり、当然違法とされてはならない。かかる交渉力の優位は、供給業者が十分な外部選択を欠く、以下のような非効率な事業者であることの表れとされる。すなわち、一定の供給業者について外部選択を欠いている理由としては、事業上の誤った決定のため品質やイノベーションの低下を生じさせる効率性の低いことが挙げられる。かかる前提から、供給業者に対する無限定的な交渉力行使によって低価格を要求するののであれば、調達競争における低いクオリティが下流市場で消費者の業績を悪化させる結果になるとする。すなわち、消費者にもたらされる業績悪化が調達段階の供給業者にフィードバックされて、後者の効率性改善の努力を導く循環が機能しなくなる。A.a.O., S.227-228.

⁷⁸⁰ BT-Drucks. 18/10207(前掲註 589), S.52.Vgl., Lettl, WRP 2017(前掲註 553 参照),646, Rn.20.

基本的に需要者の市場力の濫用に係る無価値判断を求めるが、市場支配力濫用の法体系的地位を勘案して、競争類推的な取引条件からの著しい逸脱の基準を先例として参照する⁷⁸¹。それは、搾取濫用禁止における比較市場価格（GWB19条2項2号に規定する価格その他の取引条件）の参照基準である。

(b) 適切な関係性要件と「厳しい取引交渉」

その場合単なる不均衡では、その無価値判断として需要者の行為の消極的評価を導く推論は許されない。すなわち、需要者の要求利益を算定する検証については測定の困難性が存するため、需要者への無価値判断は「確実性の担保（Sicherheitszuschlag）」を必要とされる⁷⁸²。そして実質的正当化の利益衡量が個別事案の具体的事情に即することから、要求と根拠の間の関係に明白性を求め、かかる明白性は確実なものでなければならないとする根拠は、個別事情としての「厳しい取引交渉を許す」認識が挙げられている⁷⁸³。

(c) 「確実性の担保」基準のエデカ事件への当てはめ

レトルは、支払期日の調整、シナジーボーナス、「協賛金」及び品揃え拡充ボーナスに係るカルテル庁決定に対して、上記の「確実性の担保」基準を踏まえた後付け可能性のテストを当てはめ、供給業者の明白に適切性を欠く反対給付ではなく、後付けできると批判する⁷⁸⁴。

(d) 需要競争の本質論（より有利な取引条件の獲得）

レトルのいう「厳しい取引交渉」とは、より有利な取引条件の獲得を目指し、また競争相手よりも有利な購入条件の獲得を目指すものであることから、需要競争に本質内在的である⁷⁸⁵。GWB19条2項2号の実質的正当化に係る利益衡

⁷⁸¹ Vgl., Lettl, WRP 2017(前掲註 553 参照), 641, 646, Rn.21. BGH, 28. 06. 2005, KVR 17/04, “Stadtwerke Mainz” (bundesgerichtshof.de の HP より入手), S.15 (第6次 GWB 改正法の旧 19 条 4 項 3 号)。

⁷⁸² BGH, 22. 07. 1999, KVR 12/98 “Flugpreisspaltung”, Rn.27, 28.

(https://lexetius.com/1999_1034 より入手) Lettl, WRP2017, 646, Rn.21.

⁷⁸³ Lettl, WRP2017(前掲註 553 参照), 646, Rn.21-22.

⁷⁸⁴ 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 (Teil 1), WRP 2016, 800, 805, Rn.31.

⁷⁸⁵ Lettl, WRP2017(前掲註 553 参照), 646, Rn.19.

量における判断要素として、要求利益とその根拠との間の適切な関係を問題にする改正法の要件解釈として、確実な明白性を要求する立場が、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争の本質論を根拠にすることが注目される。

(2) 遡及的な合意の変更と反対給付ないし根拠の具体化問題

- i) 民事法上の請求権ある遡及的契約変更の許される場合の考え方として、ケーラーの以下の見解があった。引き続く年度の契約関係の維持、強化という利益をもって契約の変更が許される BGH のメトロ判決の考え方は、供給業者にもたらされる利益の具体的内容の言明を欠く。従って、行為基礎の障害による契約条項の変更が許される、需要者が一定の請求権を有する場合に当たらない。合併の実効性が発揮された以後に限り契約変更は許されるのであるから、実質の正当化を欠く反証困難な推定が働く、という考え方である。
- ii) レトルはケーラー説を踏まえたうえで、合意条件の遡及的変更が、契約上ないし法律上の請求権なく行われる明白な給付の不均衡として実質の正当化を欠く推定は、メトロ事件 BGH 判決の反証可能性を認める立場が維持されるべきとする。それは、明白な給付の不均衡に対する「実効性ある」保護のレベルとして、反対給付に基づく適切な請求権の有無は個別の事情の総合的判断による外はないとするからである。すなわち、合併による将来もたらされる便益について、反対給付が欠けている確実に明白な不均衡が存するとはいえず、かかる確実に明白な場合に保護が限られるべきとする⁷⁸⁶。
- iii) このレトルの結論は、ケーラーがかかる合併による便益の給付は、それが確実もたらされたことの明らかな時点（次年度の年間契約）で将来的に考慮されるべきとした推論と対照的である。この相違は、レトル説では、合併が周知となった時点以後の特別交渉における「厳しい取引交渉」（上記 (1) の (b) を参照）が軽視されてはならない要請から生じる。つまり、年間交渉の合意変更問題は、厳しい交渉の要請から、明白な反対給付が欠けている立証が求められる。そしてかかる要請は、確実性の担保された明白性の要件に忠実であるとされる。

⁷⁸⁶ Lettl, WRP 2017 (前掲註 553 参照), 648, Rn.31, ders., WRP 2016, 805, Rn.31. 前掲 4、(1) における (b) を参照。

iv) 結局、レトルの遡及的な契約変更問題の判断は、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争がカルテル法上重視されるべきとする基本的理解から導かれたと考えられる。

X. 搾取濫用規制における取引条件の全体的観察

1. Favorit 事件 1984 年 BGH 判決

(1) 事案の概要

暖房及び温水向け熱エネルギーを提供する事業者である関係人は、親会社を通じ、買手に対し地域熱供給契約を締結する。地域熱供給契約は基本価格及び稼働価格等からなる料金支払いを規定する。この契約につき、契約締結時に設定された接続負荷 (Anschlusswert) が期間経過後に利用量減少により実際に低下しても、基本価格の変更がされない規定を、1981 年 11 月カルテル庁は、旧 GWB22 条 4 項 2 文 2 号 (現 19 条 2 項 2 号) の搾取濫用規定に反するとした。控訴審判決は、カルテル庁の決定を取り消した (1983 年 7 月)。許可された法律問題の上訴につき、1984 年 11 月 BGH は訴えを棄却した⁷⁸⁷。以下 BGH の判旨を概観する。

(2) Favorit 事件 BGH 判決の要旨

(2-1) 取引条件 (給付の束) の全体的観察 (一般論)

BGH は控訴審判決が述べる以下の点に同意する。一定の取引条件及び行為態様の濫用評価は、比較市場概念の適用により価格及び取引条件を総体として、その給付の束を全体的に観察しなければならない、とする点である。さらに、買手にとってどのような給付が有利あるいは不利であるかの問題は、個別条件の比較を基礎としては答えることはできないのであって、ある条項の不利な効

⁷⁸⁷ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.22. 柴田潤子「情報と市場支配力ドイツ競争制限防止法第 9 次改正をめぐる議論を中心に」『公益事業の規制と競争政策』(日本エネルギー法研究所)、第 6 章註 8 参照。舟田正之「「ドイツ・フェイスブック事件—濫用規制と憲法・民法 (詳細版)」(www.pluto.dti.ne.jp) ~funada > funadagermanyFBdetail) 註 16 参照。

果は、他の条件や価格設定の有利な効果によって調整されているとする⁷⁸⁸。

(2-2) 比較市場概念の問題点

旧GWB22条4項2文2号(現19条2項2号)の基礎になっている比較市場概念について、取引条件を具体化する契約条項に対する濫用の判断は、大きな問題を生ずる。一般に取引条件は締結された契約の枠組みを個別に固定するので、問題視される価格形成を、競争下の価格形成よりも本質的に不利であるか取引条件を総体として比較して決定することは、個別事例で非常な困難を抱える⁷⁸⁹。

BGHによれば、このような困難は、命じられた全体的観察を疎かにする理由にならない。立法者は、有効な競争が存すればあり得た比較価格及び取引条件について「高い蓋然性」を求めるに止め、事実上の条件形成と擬制の条件(と価格)形成の比較による問題を考慮済みである⁷⁹⁰。立証負担の軽減と個別に濫用を基礎付ける要因の決定は、規制による介入をなすにあたり添え物ではない(BGH)⁷⁹¹。

(2-3) 取引条件(給付の束)の全体的観察(一般論の具体的事案への当てはめ)

- i) BGHは、濫用として捉えられる比較市場概念に従った価格及び取引条件の決定について、以下の具体的な構成をとる。比較市場で決定される熟エネルギーの価格及びその他の取引条件(買い手の不利に関連付けられる)は、それと乖離した給付と反対給付(関係人が総体として受け取りそして提供する)について、全体として考察する構成である⁷⁹²。すなわち、Favorit事件

⁷⁸⁸ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.22.

⁷⁸⁹ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.22.

⁷⁹⁰ GWBが求める仮定の有効競争下における比較価格ないし取引条件に係る立証上の困難が、「高い蓋然性」によった立証レベルの緩和によっても問題が残ることは、以下の見解を参照。*Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker, GWB 5Aufl (2014) (*Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker と略称) § 19, Rn.254.

⁷⁹¹ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.22.

⁷⁹² BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit”, Para.26.しかしこの構成は、比較市場で活動する多数ないし大部分の企業が関係人と買い手間の基本価格の調整を行うことを参酌して、濫用を導いた手法(カルテル庁が本Favorit事件で採用)からは、排除される。上記の旧GWB22条4項2文2号における濫用処分は、カルテル庁の提示した事情からは導かれない(BGH)。

で問題となった基本価格は、買い手に接続負荷を引き下げる個別に行なわれる措置（価格引き下げのあり得る事を規定する後述の契約条項）と全体的に考察される⁷⁹³。

- ii) BGH によれば、退けられるカルテル庁の見解は、直接に搾取濫用の対象とされた条項以外の他の契約成果に対して何らの考慮も払わない。しかし、問題にされる条項は当該合意のより広い条件を合わせて考慮することによって濫用の判断がされる。買い手にとり問題にされる条項の不利な効果は契約成果を全体として考察すること、とりわけ全部をまとめた価格を考慮することにより調整され補整が図られる（BGH）⁷⁹⁴。
- iii) またカルテル庁は、Favorit 事件のような 35 年と 40 年間維持される長期の合意について、以下のように捉えた。他の価格／取引条件の形成と同じく変化した関係に対する競争による適応が明白に説明され、又は実際に実行される用意のないならば履行されないとする。しかし BGH によればカルテル庁のいう変化した関係に対する当該合意による熟価格の調整は、他方で熟製造コスト及び／又は熟供給コストあるいは算定の他の根拠が変わった場合に変更予定のある点を考慮するものでない⁷⁹⁵。

(2-4) 当該契約の競争志向の特徴

BGH はカルテル庁とは対照的に、これらの点から全ての買い手に係る事後的な変更を考慮する。「このような、基本価格について調整のない契約締結時に存する接続負荷を基礎とする長期契約が競争的に実行されうるかの決定的な問題は、結果として事後的に買い手に接続負荷を引き下げて個別に行われる措置に関係する」（BGH）⁷⁹⁶。この個別に行われる措置⁷⁹⁷は買い手のリスクを計算

これに対しカルテル庁は、契約締結時の接続負荷に従い契約の全体期間を通じて基本価格が規定される契約条項について、その適法性を専ら問題にする。後の時点で生ずる接続負荷の変更の際に、基本価格をそれに合わせて引き下げることを関係人が拒むのなら、濫用の視点から違法とする。Vgl., BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.26.

⁷⁹³ 後掲 (2-4) 参照。

⁷⁹⁴ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.26.

⁷⁹⁵ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para. 27.

⁷⁹⁶ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.27.

に入れる。そして、基本価格は熱価格を構成するだけでなく、稼働価格⁷⁹⁸の算定基礎を形成する。「特に基本価格は個別に競争関係の下で決定される」。「ここで問題になっている基本価格の算定根拠を規定する」上記関係人の親会社と買い手との「契約は、競争下であって成立する」。このことは、かかる原則によった買い手との地域熱エネルギー供給契約と接続負荷の事後的な変更によった基本価格の調整（前掲の個別に行われる措置を指す）について、それを拒む結果に対しては、市場支配的地位の濫用とすることを排除するものではない。この点については特別な根拠と具体的事情の詳細な説明が必要になる⁷⁹⁹。

(2-5) 利用者とエネルギー供給業者のリスク負担の配分問題

またカルテル庁は、接続負荷の低下による基本価格の適応がないことは、長期の契約において全ての経済的リスクを無限定に買い手に押し付けるとする（上告理由）が、BGH によればこれは正しくない。関係人の供給する地域にあって問題になる熱エネルギー遮断のリスクは、熱エネルギーの買い取りが減少しそれによる稼働価格の収受が低下する限りで、関係人が負担する。関係人に接続負荷減少による基本価格引き下げの責任を負わせるのなら、基本価格の

⁷⁹⁷ 前述のように、BGH は価格及び取引条件に係る濫用判断につき、契約条件の全体的セットを考慮する。かかる判断手法を Favorit 事件において問題にすると、この個別に行われる措置が極めて重要な判断要素になる。この点に関し当該契約条項において、変化した関係（接続負荷の低下）による需要者に有利となる熱エネルギー価格の調整が、個別に行われる措置として合意されていた。BGH は、かかる重要な契約条項をカルテル庁が考慮しておらない点を問題にしている。BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.27.

⁷⁹⁸ 稼働価格は実際に買い取られた熱エネルギー量に関係する一方で、消費に依拠しないコストと基本価格により「釣り合う」。消費に依拠しないコストは、利子、設備導入に係る弁済と減価償却、整備費、保守及び更新、人員と運営、保険と租税などからなる。これらは投資及び維持のコストの高さから、全体的計算の枠内で重要な要素となる。地域熱エネルギーの製造設備及び供給ネットワークの建設と更新は、長期的に価格についてコスト補填の程度が考慮される重大な原価支出となる。全てこれらは概算の見積もりを要する。如何なる態様で地域熱エネルギー供給会社がこれらコストを補填するか、すなわち総体として稼働価格によって若しくは基本価格によって補填するか又は混合算定によるか（すなわち上記「釣り合う」結果になるか）は、企業者の自由な判断に委ねられる。BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.28.

⁷⁹⁹ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.27.

引き下げにより、消費に依拠しないコスト⁸⁰⁰が補填されないリスクを負わせる。関係人は締結した契約に従って（上記により生じた）稼働価格の取受ロスを買手手に転嫁できる状態になく、清算のため基本価格を引き上げることは原則的に不当である（BGH）⁸⁰¹。

（2-6）約款規制法理の適用に係る問題

旧GWB22条4項2文2号による比較市場概念が適切な検査基準を提供しないため、条件比較にあたって競争行為の秩序違反原則でなく、普通契約約款の規制を行う任意法規の原則による一般的正義の観念に焦点を当てるべきかの判断を下す必要はない（BGH）⁸⁰¹。カルテル庁の処分を取り消した控訴審は、この点を肯定的に捉えていた。

（3）判決のまとめと特徴

- i) Favorit 事件でカルテル庁は、価格及び取引条件に係る搾取濫用となる契約条項の違反について、熱エネルギーの実際の使用量が減少した場合に、接続負荷の変動による基本価格の引下げを市場支配的事業者に義務付けない点を問題にした。これに対し BGH は、基本価格と契約条項中に規定された事後的に個別に行われる調整条項をセットにして捉える。
- ii) そのうえで、搾取濫用が問題になる買手の契約条項に係る濫用の判断について、契約成果を全体として取引の束全部をまとめた価格を考慮することを求める。これは、契約に含まれる各取引の価格について調整され、補整を図る作業⁸⁰²を前提にする。
- iii) そして、比較市場概念に従った価格及び取引条件の決定において、かかる取引の束の全体的観察を重視する前提は以下の点にある。すなわち、基本価

⁸⁰⁰ 前掲註 798 参照。

⁸⁰¹ BGH, KVR 18/13 (06.11.1984) “Favorit” Para.30.

⁸⁰² BGH は、前述のように、基本価格の調整がない長期契約（契約締結時の接続負荷による料金から変更されない）について、それが「競争的に実行されるかの決定的な問題」は、事後的に接続負荷を引き下げる個別措置に関係するという。前掲 1、(2) における (2-4) を参照。

格の算定根拠を規定する契約が競争下にあつて成立する、当該契約の競争志向の特徴把握に起因する。

- iv) 上記iiiの点は、旧GWB22条4項2文2号（現19条2項2号）における市場の相手方に対する搾取濫用の規制において、行為者の存する市場の競争の在り方が、比較市場概念の適用による搾取濫用の判断を規定したものと評価できる。

2. Favorit 事件 BGH 判決に対する批判と評釈

(1) 定量化による契約条件の全体的観察（判決批判の要点）

Favorit 事件は地域熱供給の取引条件に係る搾取濫用のケースであるが、比較市場の条件評価は対価規制の場合と同じ原則に服する⁸⁰³。BGH は上記のように、取引条件に係る給付の束を全体的に観察することを求めた。この点について、対価の給付と同様に一定の取引条件を統一的な基準（後述の金銭的な評価基準）による換算を行う必要が指摘された。すなわち、各条件について統一基準によって比較をする定量化の作業を要する⁸⁰⁴。

かかる BGH の判決（1984 年）を振り返ったカルテル庁の年次報告（1985 年）は、BGH の定量化説を以下のように批判する。給付と反対給付に関する契約当事者間の取引条件を全体に観察する要請により上記の定量化が行われることは、将来的に不確実な事態の下で当事者間のリスク配分が適正になされない懸念がある⁸⁰⁵。

取引条件の全体的評価（BGH）に対するカルテル庁の批判の要旨は、以下の2点からなる。

第一は、各取引条件を一様に定量化する困難性である。

⁸⁰³ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker(前掲註 790),§19, Rn.254.

⁸⁰⁴ Vgl., Bunte, Zur kartellrechtlichen Mißbrauchsaufsicht über Konditionen, WM 1985, 1217,1220 (Bunte, WM と略称) .

⁸⁰⁵ BkartA, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1983/1984BT-Drucks 10/3550 (01.06.1985) (連邦カルテル庁の HP より入手), S.117-8.

第二は、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う批判である⁸⁰⁶。以下、これらの批判を概観する。

(2) 金銭的評価基準と「補填」作業に関する問題点

(2-1) 各条件を統一化する定量化

(a) 評価対象範囲の限定（金銭的評価基準）

第一の定量化作業の困難性は、カルテル庁によれば、各給付を束として全体的に観察するには各条件が定量化可能な統一的基準、具体的に対価の濫用と同じく、金銭的な評価基準によって換算されることを前提にする。これは「各条件の背後に契約の履行のため提供される金銭的給付が存する」場合に初めて可能になる⁸⁰⁷。すなわち、事業経営上の効果として値引きや割増しといった価格に関連する取引条件⁸⁰⁸に有効性は限られる⁸⁰⁹。

(b) 不利な効果の有利な効果による補填の困難性

第一の点に関連して、給付の束を全体的に観察するための定量化作業は、価格又は取引条件において、ある条項の不利な効果が、他の条件又は価格の有利な効果により「釣り合う」か、すなわち釣り合いが取れるならば前者の不利はもはや不適切なものではないと評価される検討が求められる。

この点につき不利な効果が有利な効果により「補填」される問題点が、ブンテ教授により指摘された。その指摘は 1976 年ドイツ約款規制法⁸¹⁰の立法過程

⁸⁰⁶ BkartA, BT-Drucks 10/3550, S.118.

⁸⁰⁷ BkartA, BT-Drucks 10/3550, S.118.

⁸⁰⁸ Vgl., *Wiedemann*, in *Wiedemann* (前掲註 641), §23, Rn.209, *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.184 (納入期間、サービス提供あるいは担保のような多くの重要な条件は直接的な定量化は容易でない), BT-Drucks 10/3550, S.118.

⁸⁰⁹ Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.184 (条件を金銭的に評価する場合に、供給者と需要者の間に情報の非対称性が存するならば、そもそも市場支配的事業者は、理性的な商人の行為としても、個別条件を他の給付で補うという譲歩の動機を有するものでない)。

⁸¹⁰ ドイツの約款規制法は 1976 年に単行法 (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen: AGB-Gesetz*) として制定され、2002 年に民

の議論において、不利な条件は（低）価格により補填されるか問題になった経緯が参照される⁸¹¹。

かかる規制法に関する立法者の考え方は、「価格のレベルが通常個別の不利な条項と一定の関連を持たない」⁸¹²場合に、定量化による補填を拒む⁸¹³。この基本的立場からブンテは、不利な条件が有利な条件により補填されるかの議論は、「客観的に関連性のある目的補完的な契約条項の集合」に限られるとする。従ってかかる集合以外の全く不明確な補填関係にある場合、例えば「何らかの補填」が行われうるというような基準では、約款利用者の顧客、さらにカルテル庁と裁判官も確認可能性（Nachprüfbarkeit）を失うとする⁸¹⁴。

(2-2) 事業経営上のリスク分配の不当性

(a) 従属的事業者へのリスク押し付け

第二に、統一的基準によった定量化では当事者間のリスク配分を適正に行い難いとする批判は、以下のカルテル法上の規制の実効性を確保する企図を含む。すなわちその定量化は、弱い市場の相手方に、濫用的な取引条件に係る非常に高度な立証要求を課す⁸¹⁵。そのことにより、市場で有力な事業者による取引の相手方に負担となるリスクの押し付けが生じる。かかる不当な結果を、カルテル法上の濫用規制によっては阻止できない⁸¹⁶。

法（Bürgerliches Gesetzbuch:BGB）へ取り込まれた。参照、石田喜久夫編『註釈ドイツ約款規制法（改訂普及版）』（1999（石田・約款規制法と略称））337頁以下（資料1、田中康博「約款規制法の改正について」、佐成実・比較法資料（ドイツ約款規制法全訳）法制審議会民法（債権関係）部会委員（平26・3・4）（佐成・比較法資料と略称）、（<http://www.moj.go.jp/content/000121270.pdf>）。

⁸¹¹ Bunte, WM(前掲註804), S.1219 (BT-Drucks 7/3919,S23を引用する)。

⁸¹² Drucksache 7/3919, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) (06.08.1975), S.23 (dipbt.bundestag.deのHPより入手)。

⁸¹³ Vgl., Bunte, WM (前掲註804), 1219。

⁸¹⁴ Bunte,WM(前掲註804),S.1219.ブンテは、不明確な補填関係の場合には、カルテル庁と裁判官は以下の困難を抱えるとする。個別規定の不適切であることにより、全体として複雑な契約条項の規定を追跡し（nachprüfen）、全体として不利であることを立証しなければならない不可能な企てを行わなければならないとする。A.a.O., S.1219。

⁸¹⁵ Bunte, WM(前掲註804), S.1219。

⁸¹⁶ BkartA, BT-Drucks 10/3550, S.118。

(b) 市場力規制とリスク配分の適切性の問題

ブンテはこのような、契約当事者間のリスク配分に関し弱い当事者に不当な押し付けとなる結果を防止する役割を、市場力規制に係るカルテル法の体系の内に求めている。その立論によれば、こういった役割は普通契約約款法の運用経験の教訓から導かれた。そしてリスク配分の教訓とは、上記不利な条項と有利な条項の補填作業の確認困難の問題であり、かかる条項につきコスト計算の可能性を欠く問題に起因する⁸¹⁷。

(3) 取引条件（給付の束）の全体的観察に賛成する立場

(a) ヴォルフ教授の主たる給付と付随的給付の一体的考察論

ブンテの Favorit 事件における BGH の判旨に対する批判とは対照的に、それに賛成するヴォルフ説は以下のようになる。給付の交換契約は、その内容として主たる業績と付随的業績の双方からなり、多様な競い合いの取引（競争）行為によって形成される。またリベートや宣伝費用の援助といった取引条件について、これまでの約款規制に関する BGH 判決が対価とそれ以外の取引条件とに分類せずに介入した経緯からも、価格と取引条件を全体的視点において捉えるべきである⁸¹⁸。

(b) 規範名宛人の存する市場の競争の在り方

かかるヴォルフ説にあつては、搾取濫用の比較市場の検証で取引の束の全体的考察を主張するのであるが、支配的市場の競争の在り方に強い影響を受けて、市場支配的事業者の市場の相手方に対する給付について濫用の検証を行うことが注目される。

⁸¹⁷ Bunte, WM(前掲註 804), S.1220. ブンテによれば、かかるコスト計算の困難は、事業経営上のリスクが、専ら経験を基礎とする、すなわち将来の展開のため過去からの推論によって評価されることに起因する。A.a.O..

⁸¹⁸ Wolf in MünchKomm KartellR. (前掲註 305), §19, Rn. 90. この点は、19条2項2号が「対価及びその他の取引条件」と価格とそれ以外の取引条件を同等に扱っていることから、文理解釈としても導かれる。A.a.O.

3. 約款規制法理の適用に係る問題

(1) Favorit 事件 BGH 判決の判断

BGH は、比較市場概念が適切な検査基準を提供しないため普通契約約款の規制を行う任意法規の原則に依拠する問題を、未決定とした。BGH が約款規制法理を援用する必要を認めなかった背景は、基本契約と個別措置の取引条件の全体的観察を行うことにより Favorit 事件の契約に係る搾取濫用を判断したからであり、基本契約の競争志向の特徴を維持させるため、個別措置が「決定的な」重要性をもつと捉えたことによる⁸¹⁹。BGH は契約当事者間の搾取評価について、規範名宛人と競争者間の競争の在り方を必要な判断要素とした。

(2) ブンテの約款規制理論

(a) 市場経済システムの機能不全と搾取濫用

Favorit 事件の契約について競争志向の特徴をもつ点を強調する BGH の見解には、ブンテによる反論がある。GWB において、有効な競争が適切な取引条件の形成を導くことを根拠にして比較市場概念の援用がされる。かかる市場経済システムの自己規制的功能を基礎にすることが許されない場合として、一方的に価格が決定されている場合や取引条件の競争が何ら重要な意義を有さない場合が挙げられる⁸²⁰。

(b) 信義誠実の取引原則と約款法理

ブンテ説はかかる前提的認識から、専ら信義誠実を基礎にした取引倫理の原則と、あるべき商慣習の考慮に基づく、普通契約約款の内容規制法理が適用されるべきとする⁸²¹。すなわち、比較市場価格という市場経済の秩序原則に依拠

⁸¹⁹ 前掲 1、(2) における (2-4) を参照。

⁸²⁰ 市場支配的事業者の搾取的な条件濫用において比較市場価格が参照される根拠は、有効競争が適切な取引条件の形成を導くことによる。GWB は市場経済制度のかかる自己規制機能から条件の形成を導いている。Bunte, WM(前掲註 804), S.1218. 従って、「広範で重要な競争の指標でなく」、価格に対する一方的な方向付けによる条件形成や、取引「条件の競争が何ら重要な意義をもたない条件形成」では、GWB の比較市場価格と適合的でない。「この点は活発な競争による市場でも、現実には不均衡かつ不適切な条件形成が一般的であり得ることを意味する」。A.a.O., S.1218.

⁸²¹ i) ブンテがここで比較基準として取り上げる商慣習は、当該分野の一般的な取引慣

した規制ではなく、普通契約約款に対する BGB の一般的正義の理論（適切性基準）による契約内容の規制が肯定される⁸²²。

(c) リスク配分の衡平と約款規制法理

ブンテはまた、前述のように契約当事者間のリスク配分に関心を払い、取引条件（給付の束）の全体的観察によっては弱い当事者へのリスク負担を押し付ける事態も懸念して、約款規制法理の適用を主張する⁸²³。

(3) メッセルによる約款規制法理及び判例展開の見直し

(a) GWB19条2項2号の適用回避と「一般的正義の観念」の援用

- i) 搾取濫用規制に係り、旧 GWB22 条 4 項 2 文 2 号による比較市場概念に対しては、早期よりメッセルによって、適用範囲が限定される懸念が指摘され、またそれに代わり普通契約約款の法理が適用されるべきとの主張がされていた⁸²⁴。またメッセル／フックス⁸²⁵は取引条件を全体として考察する評

行に対する批判的な視点をもつ、あるべき商慣習であり、現に存する商慣習ではない点が注目される。この点は以下の記述による。Bunte, WM (前掲註 804), S.1218.

ii) 当該分野で、客観的に適正な契約条項が稀であり、客観的に不適切な条項が一般的なこともあり得る。信義誠実に反する態様で一方的に有利となり、他方当事者には不利となる場合には取引倫理と慣習の顧慮がされていない。これは「濫用的で不当な“競争類推的条件形成” (missbraucheliche und ungerechte “wettbewerbsanaloge Gestaltung”）」であり、比較基準として用いられない。

iii) かかる場合、信義誠実の考慮に限った取引倫理や取引慣行に従う普通契約約款に対する内容規制が有益である。

⁸²² Bunte, WM(前掲註 804), S.1218.

- i) ブンテによればかかる場合には、比較市場価格という市場経済の秩序原則に依拠した規制ではなく、適切性基準 (Angemessenheitskriterien) の BGB による一般正義の観念が違法性判断で用いられる。従って搾取濫用に係る旧 GWB22 条 4 項 2 文 2 号の取引条件の規制については、比較市場概念による規定を回避する。
- ii) 要するに、Favorit 事件の BGH 判決も認める比較市場価格を認定する困難と、上記競争下における不均衡又は一方的な押し付けとなる条件成果の問題から、旧 GWB22 条 4 項 2 文 2 号の適用を回避し、一般条項の同条 4 項 1 文による。
- iii) ブンテによれば、Favorit 事件 BGH 判決はこの点に関し、未決定である。A.a.O., S.1218.

⁸²³ 前掲 2、(2)、(2-2) の (b) を参照。

⁸²⁴ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1983), §9, Rn.573 (以下、Möschel, Recht と略称)。

価値基準は運用困難であり、比較市場概念の適切な基盤とならないと結論付ける。これにより比較市場概念による不当性評価を規定する GWB19 条 2 項 2 号適用を回避し、本条の一般条項である 1 項適用を主張する。

- ii) その場合の不当性の評価は、任意法規の基礎になっている一般的な「正義の観念 (Gerechtigkeitsvorstellung)」からの一方的な逸脱が、「決定的評価基準⁸²⁶」となる。言い換えると、「任意法規は競争によって達成される均衡の下での利益の調整に係り、モデルないし範型の特徴を備えているのであるから、所与の市場支配との関連は直接的である⁸²⁷」。具体的には、1976 年の普通契約約款規制法を民法典に整序した BGB305 条以下の適用による⁸²⁸。判例は、かかる約款規制法理の基礎になっている法的価値判断が搾取濫用で考慮されるべきことを、後述のように一定の範囲で認めるに至っている⁸²⁹。

- i) メッセルは、市場支配的事業者の濫用規制は GWB の制定時より普通契約約款を違法性の判断基準とすることに、問題はないとする。その主張を以下に概観する。
- ii) 「市場力ないしその当該事業者に対する関連は、そのどちらかが存しないでは取引条件の一方的な決定、その究極は契約の強要であるが、それは可能でないのであるから直接的なものがある」。Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974), S.198 (以下、Möschel, Oligopolmissbrauch と略称)。後掲註 827 参照。
- iii) 「濫用の基準は、契約の形成に係り市場力を欠くなら、すなわち機能的競争が存すれば達成される当事者の力の均衡に向けられる」。立法者は、まさにこのような目的ため任意な地位にある。そして任意法規を通じて、かかる力の釣り合いというモデル特性ないし典型的特性を付与している。「強制された契約の形成が任意法の基礎になっている正義の観念から逸脱し、一方的に当事者の負担となるのであれば、普通契約約款の手段により濫用とみなされる」。
- iv) このような方向において判例は、BGB138 条 (良俗違反)、242 条 (信義・誠実に従った契約の履行) より普通契約約款の内容規制を行う。カルテル片は、各人が自ら勝ち取る主観的な権利の体系において、司法的な内容規制なしで済まされない。Möschel, Oligopolmissbrauch (前掲註 647), S.198ff.

⁸²⁵ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.254-256.

⁸²⁶ Möschel, Recht, §9, Rn.573..

⁸²⁷ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.256.同様の指摘が以下でされた。Möschel, Oligopolmissbrauch (前掲註 647), S198ff., ders., Recht, §9, Rn.573. 前掲、(3)、(a) における i) を参照。

⁸²⁸ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.256.

⁸²⁹ 後掲 4、(3) における (3-4) を参照。

(b) BGH の将来動向の予測

しかしながらメッセル／フックスは、BGH が GWB19 条 2 項 2 号適用を回避し同条 1 項を一般的に適用する可能性は、事業者間契約においてほとんど実務上の重要性がないと予測する。すなわち、取引条件に関する搾取濫用の運用で、立法者が行った 19 条 2 項 2 号における広範な利益衡量による価値判断を踏まえると、約款規制に係る BGB305 条以下の広範な契約条項のコントロールは、予測し難い⁸³⁰。さらに BGH が 19 条 1 項の枠内において、取引の束の全体的観察をするアプローチから「離れることは全く明らかではない」。しかし、メッセル／フックスによれば、それは「是認されるべき」である⁸³¹。

(4) 「一般的な正義の観念」の考慮によるリスク配分の決定（カルテル庁）

約款規制法理を援用する必要がある上記の争点に係り前記カルテル庁の年次報告は、Favoritt 事件 BGH 判決の批判において、BGH が「一般的な正義の観念 (allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen)」から断絶した、支配的事業者のコスト補填に係るリスク負担のみを考慮したとする⁸³²。

4. 利益強要禁止の不当性評価への示唆

(1) 当該契約の競争上の評価

(a) 搾取濫用と市場の競争との関連—Favorit 判決の考察

BGH は基本価格が個別に競争的に決定され、さらに基本価格の算定根拠となる契約が競争下にあることを重視する。比較市場概念によった搾取濫用の評価について BGH は、支配的市場における競争の在り方に中心的な関心を示し

⁸³⁰ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.254. 後掲 4、(3)、(3-4) における (b) で述べるように、BGH は 2013 年 VBL-Gegenwert 判決において、普通契約約款の規制で立法者の下した判断が 19 条 2 項 2 号の市場支配的事業の濫用監視においても考慮されるべきとする。フックスとメッセルは同判決を引用、確認したうえでなお上記本文のような予測を立てる。 *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.256.

⁸³¹ *Fucks/Möschel*, in Immenga/Mestmäcker (前掲註 790), §19, Rn.256.

⁸³² BkartA, BT-Drucks 10/3550, S118.

た。その競争の在り方と密接に関連して、市場支配的事業者の消費に依拠しないコストを補填する要請、又はその競争能力を確保する要請を重視する⁸³³。

(b) 相手方のリスク負担の考慮

一方、市場の相手方のリスク負担については個別措置で配慮されるとして、BGH は、結果的に基本価格を変更する義務を支配的事業者に求めなかった⁸³⁴。

(2) 約款規制法と競争法との連関—BGH 判決の批判（まとめ）

- i) BGH に対しカルテル庁は、変化した関係（接続負荷の低下）に対する競争による適応が説明されて実行されない長期の契約合意については、履行が認められないとする。その結果、接続負荷と関連付けられない基本価格の設定契約を搾取濫用とする（前掲、1、(2)、(2-3) の iii）及び (2-5) を参照）。
- ii) またブンテ評釈は、広範かつ実質的な競争パラメーターの働きが弱体化して一方的な価格決定が生じる場合や取引条件の競争が何ら重要な意義を有さない場合に、比較市場概念の援用を回避し、信義誠実の取引倫理とあるべき商慣習に基づく約款規制法理を適用する。かかる搾取濫用規制に対するカルテル法以外の法規定を援用する主張の背後には、競争下の市場であっても一方的、不適切な条件形成が一般的であり得るとする認識がある（前掲 3、(2) の (a) 及び註 820 を参照）。このブンテの認識は、上記 Favorit 判決が基本価格の算定根拠となる契約が競争下にあることを重視した点と対照的である。
- iii) またメッシュェルによって、任意法規は競争によって達成される均衡の下での利益調整モデルの特徴を備えるとの前提から、一般的正義の観念を具体化する約款規制法と競争法との連関の主張がされた（前掲 3、(3) の (a)）。

⁸³³ 前掲 1、(2) の (2-4) 及び (2-5) を参照（設備投資と更新コストを円滑な補填をする要請から、基本価格の決定を、企業者の判断に委ねることを認める）。

⁸³⁴ すなわち基本価格の引き下げ義務は、消費に依拠しないコストが補填されないリスクを競争下にある関係人に負わせる懸念があることから、個別措置をとることによって買手のリスク負担を考慮する。前掲註 798 参照。

(3) 取引条件の全体的観察

(3-1) 主たる業績と付随的業績の一体的把握

Favorit 判決は、取引条件の搾取濫用に対する規制において、比較市場の評価に係り取引条件に関する給付の束を全体的に観察する。一方、市場の相手方のリスク負担については個別措置で配慮される。すなわち主たる給付の基本価格と付随的給付の個別措置からなる給付の束を全体として考察し、搾取濫用の不当性を評価する構成をとる。

この構成は前記2、(3)の(a)で述べた、ヴォルフによる給付の交換契約を、主たる業績と付随的業績を一体的に捉える理解と一致する。ヴォルフの一体的把握は、支配的市場の競争の在り方について多様な競い合いの取引（競争）行為が付随的給付により展開されている実態を重視する。この点から、やはり調達市場に存する競争から影響を受けて濫用評価が判断される規制の枠組みをとる。

(3-2) 利益強要の「隠れた競争」論と取引条件の全体的観察

(a) 主たる業績／付随的業績の一体的考察と取引条件の全体的観察

この点は、GWB19条2項5号の利益強要禁止の不当性基準の考察に関連している。その不当性評価でもゼッカーは、「隠れた競争」論により広範な利益強要禁止の規制に反対し、行為者の需要者段階における調達をめぐる競争を重視した、取引条件の全体的セット—主たる業績と付随的業績—の一体的考察を主張する⁸³⁵。

(b) 取引条件の全体的観察と経済的合理性

取引条件の全体的セットを観察するアプローチが、広範なリベート及び付随的業績の形態を単一価格に還元して契約当事者間の利益を把握する経済的合理性の発露であることは、利益強要問題における、「隠れた競争」論による給付の交換契約を主たる業績と付随的業績を一体的に捉える経済的合理性重視の立場と、相即的である⁸³⁶。

⁸³⁵ 前掲、VII, 4の(3)を参照。

⁸³⁶ Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*, §19, Rn.255-256. なおこの点に関し、後掲5、(5)、c)におけるv)のノースデュルフトの所説を参照。

(3-3) 新たな利益強要の禁止体制の問題点

(a) 搾取濫用と利益強要禁止

2018年エデカ BGH 判決と GWB 第9次改正により受動差別禁止の法的性格を希釈化した GWB19 条2項5号は、新たな利益強要禁止の体制として捉えられる。上記の「隠れた競争」論による抑制的な規制の主張に対して、新たな利益強要禁止の体制がどのような位置付けとなるか問題になる。この点に関し、同判決による、取引条件の全体的考察を重視するアプローチの採用が注目される。搾取濫用の法的側面を強めたと考えられる新たな利益強要の禁止法制について、全体条件のセットを観察するアプローチが、搾取濫用の規制を抑制するか問題になる。行為者段階の調達をめぐる競争の在り方に対する理解の相違は、法の展開の動向に影響を与えるであろう。

(b) 各取引条件を一様に定量化する困難性

- i) 不利な条件の有利な条件による補填。前記の取引条件の全体的考察をする BGH 判決に対して、各条件を統一化する定量化の問題が指摘された。すなわち値引きや割り戻し要求など対価の数値要素へ還元容易な場合を除き、各条件の一様の定量化が困難な場合がある。さらに価格又は取引条件のある条項の不利な効果が他条件又は価格の有利な効果により「釣り合う」という「補填」作業の困難性が指摘された。
- ii) これら定量化と補填の困難さは、利益強要禁止の不当性評価においても基本的に妥当すると考えられる。この補填の困難性に係る一般的議論を踏まえたブンテによる次の見解が参照されるべきである。すなわち、「客観的に関連性のある目的補完的な契約条項の集合」に定量化が限られるとする（前掲2、(2)、(2-1)の(b)参照）。目的補完性の範囲に係る捉え方の広狭が問題になろう。

(c) 市場の競争と契約当事者間のリスク負担

- i) 濫用評価とリスク負担の衡平。上記の全体的取引条件のセットを観察する濫用評価において、契約当事者間のリスク負担の配分が事業経営上、競争法上の評価として問題になった。接続負荷の変更を基本価格の引下げ義務と結びつけることを拒む BGH は、消費に依拠しないコストが円滑に補填される

要請から、事業経営上の観点を含めて、競争下にある市場支配的事業者のリスク負担を重視する。

- ii) 全体条件のセットを観察する手法に対する評価。これに対し、カルテル庁は接続負荷の減少に際し基本価格の引下げが伴わなければ、買手のリスク負担で適正さを欠くとする。また、買手のリスク負担は個別措置で考慮されるという BGH の反論には、ブンテが基本契約と個別措置からなる取引条件の全体的観察によっては弱い市場の相手方に負担となるリスクの押し付けを問題にした。
- iii) 支配的市場の競争の在り方に対する評価。搾取濫用の評価において、支配的市場における自由な競争の在り方を重視して支配的事業者のリスク負担に配慮するアプローチは、取引条件を全体として観察する。他方この観察手法に批判的なブンテ等が、市場の競争とは独立に取引相手方のリスク負担を考慮する。
- iv) 以上の要約は、市場の競争と契約当事者間のリスク負担の関係をどのように考えるかの問題として捉えられる。利益強要禁止に係る 19 条 2 項 5 号の不当性の評価においても、本件 BGH 判決（2018 年）は、取引条件の全体的観察をする立場によった。判決の「最適価格清算」と「支払期限の調整」、「協賛金」それぞれに係る要求につき、取引条件の全体的セットのテストによっても、業績性が規範名宛人の要求について正当化されず、実質的正当化を欠く結論に至った⁸³⁷。この結論を導く過程に際し、市場における規範名宛人の需要競争遂行に支障となる懸念は、Favorit 判決の名宛人（熱エネルギー供給業者）と異なり、それが存しないことが明らかであるため、かかる結論が導かれた。さらに、利益衡量論においても、市場の競争の在り方が慎重に考慮された。
- v) 搾取濫用の特徴を強め、さらに濫用評価に関し取引条件の全体的観察をするアプローチをとった 19 条 2 項 5 号の規制においても、かかるアプローチに批判的な上記ブンテ等による、市場の競争とは独立に取引相手方のリスク

⁸³⁷ Vgi., BGH, 23.1.2018.KVR 3/17, Rn75, 93, 98- “Hochzeitsrabatte”.

負担を考慮する見解が参照されるべきである。利益強要が問題になる市場では、搾取濫用の場合と同様に、「広範で重要な競争の指標でなく」、価格に対する一方的な方向付けによる条件形成や、取引「条件の競争が何ら重要な意義をもたない条件形成」が行われ、「この点は活発な競争による市場でも、現実には不均衡かつ不適切な条件形成が一般的であり得ることを意味する」からである⁸³⁸。

- vi) 市場の競争の在り方から独立して取引の相手方のリスク負担を考慮する立場は、需要力濫用規制の本質に即した考え方として、独禁法の優越的地位の濫用規制について、一対一の民事法的規律として説明する立場と共通点をもつ（後掲XI, 3、(2)、(2-3)におけるii)、iii)、vi)、vii)を参照）。

(3-4) 約款規制法理の適用問題

(a) 近時の学説とBGHの動向

全体的取引条件のセットを観察するアプローチに反対するブンテやメッセルは、比較市場概念の援用を回避し、一般的正義の観念からの乖離を問題にして、BGBの約款規制法理に依拠する。この点に関しBGHはFavorit判決の後、VBL-Gegenwert判決及びVBL-Gegenwert II判決（2013年/2017年）において、約款規制法に反する取引条件がGWB19条1項の濫用禁止に反するとの注目すべき判決を下した⁸³⁹。

(b) VBL-Gegenwert事件BGH判決

- i) VBL-Gegenwert判決は、BGB307条以下による普通契約約款の契約内容のコントロールについて、立法者の下した判断が市場支配的事業者の濫用監

⁸³⁸ ブンテの見解については、前掲3、(2)の(a)を参照。ここでブンテが述べる「活発な競争による市場」とは、需要競争においてより有利な取引条件の獲得を目指して需要者が競い合う場合も当てはまると考えられる。

⁸³⁹ BGH, VBL-Gegenwert, 06.11.2013, KZR 58/11, Rn.65ff., BGH, VBL-Gegenwert II, 24.01.2017, KZR 47/14, Rn.35. 後者のVBL-Gegenwert II判決では、「規範名宛人による普通契約約款の全ての無効条項が市場力の濫用となるわけではない」、として限定を設ける。VBL-Gegenwert II Rn.35. Vgl., *Nothdurft* in Langen/Bunte (前掲註494), §19, Rn.188. *Fucks/Möschelein* in Immenga/Mestmäcker (前掲註790), §19, Rn.256. 参照、舟田正之「ドイツ・フェイスブック競争法違反事件—濫用規制と憲法・民法」法律時報91巻9号(2019)158頁及び註4。

視においても考慮されるべきとする。すなわち、取引条件の濫用に係り BGB307 条⁸⁴⁰による無効の結果が、既に契約当事者に対する不利の判断において重要であることを前提とする。従って GWB19 条 1 項の一般条項においては、19 条 2 項 2 号の価格濫用事案で求められる「著しい」高価格は考慮されないとする⁸⁴¹。

- ii) カルテル法における市場支配力の濫用監視において、搾取濫用の規制がカルテル法以外の法規からの影響を受け、違法性判断基準の設定がされたことが注目される⁸⁴²。
- iii) VBL-Gegenwert 事件判決によって、カルテル法以外の法規である約款規制法における価値、それは基本的に立法者がカルテル法の価値と利益衡量を遂行したとみなされるのであるが、かかる立法者の姿勢が確認された⁸⁴³。
- iv) さらに GWB19 条 1 項の一般条項は、法秩序の統一性に係る基本原則に従って、ドイツ法秩序又は欧州法秩序を構成する他の法規における価値について開かれていることも明らかにされた⁸⁴⁴。

(c) 法秩序の統一性確保の要請

- i) カルテル法上の取引条件に係る搾取濫用の個別規定は、濫用規制の総則的位置づけを与えられた一般条項 (GWB19 条 1 項) を通じ、カルテル法以外の法規の価値に開かれている。かかる開放性により違法性判断基準の展開が図られ、法秩序の統一性確保の要請に応えた点が注目される。
- ii) この点は同じく市場支配的事業者の濫用規制の体系中に整序され、搾取濫用の法的特徴を強める上記新たな利益強要禁止の体制について重要な意義が

⁸⁴⁰ BGB307 条の翻訳として以下を参照、佐成・比較法資料 (前掲註 810)、3 頁以下、石田・約款規制法 (前掲註 810)、97 頁以下。

⁸⁴¹ BGH, VBL-Gegenwert, 06.11.2013, KZR 58/11, Rn.66.

⁸⁴² この点に関連して、ノースデュルフトはカルテル法以外の法規の違反は、それがカルテル法上の観点からも重要性を有する場合にのみ濫用となるとする。すなわち 19 条の意味での濫用の前提は、カルテル法以外の法規に対する違反がなおカルテル法上問題になる市場効果をもつ場合である。この点につき、先の VBL-Gegenwert 判決は水平的及び垂直的市場効果の双方に言及するが、双方を要件にするか未解決のままにしたとする。Nothdurft, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn.188.

⁸⁴³ Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.189.

⁸⁴⁴ Nothdurft, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn.189.

ある。ドイツの需要力濫用規制の歴史において、事業者間の不公正取引慣行の規制として不正競争防止法に依った利益強要の禁止事例が重要である⁸⁴⁵。

5. 契約条件の全体的な観察手法に対する批判（ノースデュルフト）

（1）憲法上の基本権調整と力の行使を免れた交渉過程

（a）ドイツの実情に対する中庸論

i) 19条2項5号の法運用に関し、一方で大規模需要者による需要力の濫用的行使（食品小売業者がその顕著な例）に対し、競争政策上の否定的評価が高まっている。他方で、契約上の弱者保護政策により交渉成果／経緯に介入するなら、過剰規制に陥るとする反対論がある。これまでの学説や実務は、後者の過剰規制の懸念が優位する状況にある。同号は、その運用実績を欠くばかりか、2015年のエデカ事件控訴審判決により「死せる法（*totes Recht*）」と化すに至った⁸⁴⁶。

ii) ノースデュルフトの需要力濫用規制の基本的立論は、このような需要力濫用規制について過小規制に陥った学説、判例の行き過ぎた傾向に対し「黄金の中庸（*goldener Mittelweg*）」を探る試みとされる。その中庸論は、需要力の濫用に係る当事者間で力を分立（*Gewaltenteilung*）するシステムを中核におく（後掲註 848 参照）。

（b）需要力濫用と憲法上の基本権調整

この経済的な力の分立システムは、当事者の基本権を規定する憲法上の前提条件（*verfassungsrechtliches Postulat*）に基づく。立法者は需要者と供給者の基本権の地位⁸⁴⁷に関し、法的な均衡の維持に努める権限を有し責務を負う⁸⁴⁸。

⁸⁴⁵ 拙稿・利益強要 2(前掲註 25)7 頁以下（「VI.UWG における「利益強要」の判例」を参照）。

⁸⁴⁶ *Nothdurft*, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn226, Bunte, EwIR 2017 (前掲註 70 参照), 157, 158.

⁸⁴⁷ ノースデュルフトは GWB19 条の市場支配的地位の濫用禁止規定に係り、規範名宛人とその影響を受ける市場参加者の市場における相互間の関係について基本権の地位が問題になるとする。そこで挙げられる経済的基本権の条項は以下の通りである。ドイツ基本法 2 条 1 項（何人も、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序または道徳律に違反しない限り、自らの人格の自由な発展を求める権利を有する）、12 条 1

私人の基本権地位の展開に係る保護について、市場の事象を自由の権利行使として憲法上の視点から解釈して、問題となる行為者間の力の格差が存する場合に介入が命じられる⁸⁴⁹。

ドイツの需要力濫用規制の従来の学説・判例にあつて、規制の消極／積極の両極端に対し「黄金の中庸」を目指すノースデュルフトの基本権調整に係る憲法論的な推論構成の本格的な検討は、他日を期するほかない。ここでは、19条2項5号の実質的正当化要件に係る利益衡量について、その憲法論的な基本権調整の要請を基盤にする点が確認される⁸⁵⁰。

(2) 19条2項5号の実質的正当化を導く参照基準

具体的にその憲法論的な基本権調整の枠組みで行われる19条2項5号の実質的正当化の基準設定は、以下の通りである。

(a) より有利な取引条件の獲得と力の行使を免れた交渉過程

i) 一方で、ノースデュルフトは、以下の需要競争の本質論を認める。すなわち、前記“Pay-TV-Durchleitung”のBGH判決における「より有利な取引条件や価格を獲得する努力は基本的に競争と一致する」という前提的認識である。そこから、給付と反対給付の不均衡それ自体は、利益衡量の枠内において否定的な評価に結びつくものではないという命題⁸⁵¹について、市場で有力な需要者が、厳しい価格交渉を自らの販売市場の成果のため行うならば、

項（すべてのドイツ人は、職業・職場及び職業教育の場を自由に選択する権利を有する。職務の遂行は法律によって、または法律の根拠に基づいて規制することができる）、14条1項（所有権および相続権は、これを保障する。内容および制限は、法律で定める）。*Nothdurft*, in *Langen/Bunte*（前掲註494），§19, Rn.2.

⁸⁴⁸ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*（前掲註494），§19, Rn.227.

⁸⁴⁹ 私人間の権利行使による紛争を評価する場合、市場経済秩序の枠内で基本権は常に競争過程に対する参加のみを保証し、かかる過程からの成果や競争過程に止まり続けること、また競争者の保護を保証しない。契約当事者の自己決定を他者決定に変えることを防ぐため、憲法上の視点から、市場参加者の基本権地位の維持を目指すことが法の任務である。それ以外の市場参加者の保護につき競争法他の目標、機能が反映される。ここでは規範名宛人の特別の義務が前面に出る。*Nothdurft*, in *Langen/Bunte*（前掲註494），§19, Rn.2.

⁸⁵⁰ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*, §19, Rn.227, 244（欄外番号244において、227を引用）.

⁸⁵¹ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*（前掲註494），§19, Rn.245.

競争適合的とする。それ故、過剰な濫用規制は、業績正当化のされる交渉成果をもたらす、市場経済の基本メカニズムを阻害する危険と競争プロセスのダイナミズムを害する危険を生ぜしめる⁸⁵²。

- ii) 他方で、契約交渉の対象と成果について、前記経済的な力の分立システムを維持する要請から、「力の行使を免れた交渉過程」に基づくか否かを審査する法的基準が求められる⁸⁵³。

(b) 実質的正当化の判断基準

- i) しかし、以下のようなカルテル法上の市場支配的事業者の濫用監視の基準やカルテル法以外の法的システムにおける基準は、参照されない。すなわち、
- ① 搾取濫用についての想定競争 (Als-ob-Wettbewerb) のモデル、
 - ② 事前決定された競売手続きの下で、需要者に最安価の提供となる競争入札、
 - ③ 取引条件に関する搾取濫用の禁止 (GWB19 条 1 項、2 項 2 号及び 3 号) に係って適用が議論される、約款規制法理 (BGB305 条以下)⁸⁵⁴、そして
 - ④ EU 域内食品流通業の自主規制(市場で有力な事業者による「サプライチェーンイニシアチブ」の行動綱領:適正慣行原則)⁸⁵⁵、
- といった指標は、「広すぎる [交渉] 対象と成果」となる⁸⁵⁶。

- ii) ここでノースデュルフトは、19 条 2 項 5 号の実質的正当化を導く参照基準としてこれら①から④が不適切である理由を、直接に併記していない。従ってかかる参照基準として①から④の考慮が不適切とされ、次に述べる利益衡量に「立ち返る」理由がその参照基準に即して検討されなければならない。この点は次のように解される。

⁸⁵² *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn227.

⁸⁵³ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*, §19, Rn246.

⁸⁵⁴ 前掲、2、(2)、(2-1) における (b) 及び註 810 参照。

⁸⁵⁵ 2013 年 9 月運用が開始された自主規制団体「サプライチェーンイニシアチブ」設立の理念的基礎として機能した欧州委員会の 2011 年 11 月の「食品サプライチェーンにおける垂直的関係:適正慣行原則」が、ノースデュルフトの契約交渉の適正審査基準例として挙げられている。*Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.246. 「サプライチェーンイニシアチブ」の設立経緯及び「適正慣行原則」の内容については、以下の拙稿を参照。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 1 頁。特に I.3. (1) (2)、4 (1) (2) 及び註 31 (適正慣行原則) を参照。

⁸⁵⁶ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.246.

- iii) ①の想定競争モデルは、その広い規制対象に対して、濫用を規定する「個別手法」(ノースデュルフト)として、比較市場概念の援用が19条2項2号1文により立法的に規定された事情が挙げられる⁸⁵⁷。
- iv) ②は、需要者に常に有利に作用する交渉地位の互換性を欠く点に、一般化できない問題がある⁸⁵⁸。
- v) ③の約款規制法理(民法)及び④の行動綱領の指導理念については、このようなカルテル法以外の法システムに対して19条2項5号が開かれた価値理念を有するものかにつきこれまで学説・判例上解決をみていない⁸⁵⁹。かかる学説・判例の状況を踏まえて、ノースデュルフトは③及び④のカルテル法以外の法価値と、カルテル法の競争の自由保護に関する調整の問題に踏み込まなかったとみられる。
- vi) 結局ノースデュルフトは、力の行使を免れた交渉過程の参照基準として、競争の自由の法目標を志向した利益衡量の枠内における業績の正当化の考慮に「立ち返る」ほかないとする。この業績性の考慮は、19条2項5号の実質的正当化に係り、要求の根拠付け/適切性の審査基準として具体化され第9次GWB改正の追加要件となった。すなわち、当該要求につき他の事業者の後付け可能な根拠を与えられているか、そして要求された利益が要求の根拠と適切な関係にあるかの規定である⁸⁶⁰。

⁸⁵⁷ Vgl., *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註494), §19, Rn.128. ノースデュルフトのいう「個別手法」としての比較市場概念に係り、想定競争モデルでは必然的に企業活動全体の規制をもたらす懸念があるのに対し、比較市場の手法が「単に個別具体的な行為のみ関わる」ことを論じた以下の論稿を参照、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」一橋大学法学研究 29巻24頁。

⁸⁵⁸ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*, §19, Rn.254.

⁸⁵⁹ 前掲, X, 3, (3)における(b)を参照(メツシエル/フックスの見解を参照)。

⁸⁶⁰ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註494), §19, Rn.246-247. 前者の要求の根拠と計算に係る取引相手の後付け可能制の基準は、透明性の要請であり、利益供与について供給業者に告げられる根拠、つまり要求者の反対給付を検証可能な態様で提示できるかを検証する。ノースデュルフトはかかる透明性の要請を行為者に課すことは、エデカ事件控訴審判決に対する立法者の応答とする。同判決は交渉成果に対する市場力行使の因果関係の立証まで要求したが、正当化の範囲を広げた判旨に対して、否定的な評価が立法者によって下された。Vgl., A.a.O. 立法理由につき、以下を

(3) 業績性の考慮と要求の根拠付け／適切性の審査基準

- i) 利益衡量の枠組みによって実質的正当化が行われる場合の判断基準である業績性の考慮は、上記第9次GWB改正により要求の根拠付け／適切性の審査基準による。かかる改正法の審査基準の解釈に際し、力の行使を免れた交渉過程を維持する要請が参照されなければならない(ノースデュルフト)⁸⁶¹。そして力の行使を免れた交渉過程を維持する要請は、憲法上の基本権調整の基礎付けによる。
- ii) ノースデュルフトの所説によれば、カルテル法上の需要力濫用規制は、2017年改正法の業績性に係る具体的な審査基準の導入により、憲法上の基本権調整の要請から、力の行使を免れた交渉過程を維持する目標に基づくことを明確化された。すなわち、需要力濫用規制に関する法体系上の一貫性を得ることになった⁸⁶²。

(4) ノースデュルフトの実質的正当化(利益衡量論)のまとめ

- i) 19条2項5号の実質的正当化要件の参照基準を設定するにあたり、根拠付けとして、需要者／供給者間の基本権地位に係る均衡維持、という経済的な力の分立システムの要請が挙げられる。
- ii) かかる憲法上の要請からする経済的な力の分立システムは、需要力濫用規制に関し、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争論からする要請と、力の行使を免れた契約交渉のプロセスの要請との調和を、競争の自由の法目標を志向した利益衡量の枠組みにおいて実現する試みとされる。
- iii) 19条2項5号の実質的正当化要件は、かかる利益衡量の基準として専ら競争の自由に集中し、それ以外の他の法秩序における法的価値との調整の問題には踏み込まない。

参照。BT-Drucks. 18/10207 (前掲註 589), S.52.

次に後者の適切性の基準は要求された利益と反対給付の比例性の基準であり、明らかな不均衡がそれらの間に存することである。Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.247. BT-Drucks. 18/10207 (前掲註 589), S.51f.

⁸⁶¹ Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.246, 250.

⁸⁶² 前掲、本稿〔1〕、I, 7の(3)を参照。

(5) 硬直的な交渉プロセスを生む契約条件の全体的な観察手法に対する批判

(a) 外部選択重視のアプローチに対する批判

- i) 私的自治と市場経済秩序の前提から、契約の当事者間で相互的な条件の譲歩が求められる（ノースデュルフト）。かかる前提を困難にする、硬直的な交渉プロセスが問題になる。すなわち、供給者と需要者の交渉力に係る力の優位が固定的であり、自らが受ける反対給付について抽象的にしか交渉し得ない場合である⁸⁶³。このような場合をノースデュルフトは近時の「経済学多用のアプローチ（more economic approach）」や交渉学の成果から説明する。
- ii) それによると硬直的な交渉過程は、双方の側で事業経営上の計算に係る交渉決裂時の回避の可能性（外部選択“outside option”）を探る特徴がある⁸⁶⁴。

⁸⁶³ 需要者は供給業者の生産性向上とそれの分与を受けることができ、他方供給業者は少なくともインフレ率に見合う値上げが可能、といった場合が挙げられる。
Nothdurft, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.254.

⁸⁶⁴ *Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前掲註 494), §19, Rn.255.

- i) 硬直的な交渉プロセスを問題にするノースデュルフトは、経済学多用のアプローチからは、交渉力に係る概念として外部選択の条件を用いて需要力の説明を行うインデルストとウェイの共同論文を挙げている。

Inderst/Wey, *Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik (Perspektiven der Wirtschaftspolitik)*, 2008; 9 (4), 465, 471. このインデルストとウェイの共同論文の紹介は、以下の拙稿で行った。拙稿「ドイツにおける需要力の規制理論—競争法学説についての近時の展開」高千穂論叢 47 巻 4 号 1 頁。

- ii) 拙稿ではその共同論文について、外部選択の手段を行使する需要者が交渉をリードするプロセスを経て、交渉当事者たる供給者と需要者の共同利潤の極大化を達成するモデルにより、経済的な効率性基準を重視する点を説明した。また、需要力は一般的には、供給者と需要者の両面的な交渉のうちに置かれた力関係を意味すると考えられるが、この立場にあっては、価格差別の戦略による共同利潤の極大化を実効的に遂行するために、需要者が外部選択なすという需要力行使の在り方に係って、交渉力が提示されるパターンが特徴的なことを示した。拙稿、前掲書 9 頁参照。
- iii) 拙稿で明らかなように、インデルストとウェイの共同論文は、契約当事者間の内部関係（相互的な契約条件の譲歩）よりも、契約破棄時の代替取引先の確保という外部関係を重視した理論モデルであることは、ノースデュルフトの上記箇所でも摘示されている。
- iv) 次に交渉学の分野においても、外部選択に係る契約破棄時の選択を需要力の説明理論として用いる傾向がある。この点は、ノースデュルフトによって交渉学のユング／クレプスの著作が挙げられている。*Nothdurft*, in *Langen/Bunte*(前

かかる用語法は、カルテル法上の解釈論的視点からは、(b) に記すように、その事業経営上の計算につき価格譲歩と他の給付要求を基礎付けるものではない。

(b) 定量化と価格指標への還元の問題

- i) この点は、交渉決裂時の最善の代替案を交渉過程の優先的な検討要因として捉え、相互的な譲歩が重視されない分析に対して、次のようなカルテル法上の含意に係る批判が導かれる。
- ii) 需要力濫用に係る規制において問題にされてきたリベートと付随的給付の広範な形態は、交渉決裂時の清算により、双方側の事業経営上の計算に解消される傾向をもつ。すなわち定量化され単一の価格に還元される。それにより専ら双方の利益になる価格として、手段の外観がもつ多様性はベールを被せられる⁸⁶⁵。
- iii) 交渉の合理的な結果を保つ視点からは、19条2項5号により、規制の意義に基づき需要者の個別要求について、透明性を維持した理由付けないし反対給付がそれに対置されなければならない（ノースデュルフト）⁸⁶⁶。

(c) 外部選択重視のアプローチと取引条件全体のセットの評価。

- i) 経済学多用のアプローチ及び交渉学の成果は、カルテル法上の需要力濫用規制の視点から消極評価を下される。かかる成果が批判される結果は、間接

掲註 494), §19, Rn.255. Jung/ Krebs, Die Vertragsverhandlung (2016), S.15.

- v) ノースデュルフトにより、以下の重要概念が外部選択重視のアプローチの交渉学に基づく説明として引用されている。それは、契約破棄時における代替的取引の可能性に係る概念であり、「交渉決裂時における最善の代替案 (Best Alternative to a Negotiated Agreement)」、略して「BATNA (バトナ)」と呼ばれる。Nothdurft, A.a.O., 参照、田村次朗『交渉の戦略』(2004) 157 頁以下。「交渉決裂時における最悪の代替案」は「WATNA」である。Jung/ Krebs, A.a.O., S.78.

⁸⁶⁵ Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.255.

⁸⁶⁶ Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.255. 流通業者／供給業者間の取引関係において、交渉を経て流通業者の獲得する給付内容はリベート等の利益によるか、製品価格によるかで差はないとするゼッカーの「隠れた競争」論とはこの点において対照的である。ゼッカーによれば、ベールに覆われた価格譲歩は寡占的市場構造にあってしばしば価格競争の実効的な発露になる。これは供給業者間の隠れた競争になるとして積極の評価が与えられる。前掲、VII、4、(2) の (2-2) を参照。

的、そして基本的には、前掲 1、(2) で述べた Favorit 事件 BGH 判決の問題を明らかにする。

- ii) すなわち、同判決は搾取濫用の比較市場概念における濫用価格の判断について、契約成果全体について取引条件の束全部をまとめた価格を考慮する⁸⁶⁷。そして、取引条件の束全部の価格を明らかにするには、各取引を定量化され単一の価格要素に還元する必要があるとされる。この還元が可能な範囲は限られる。また取引条件の束全体で、有利な効果と不利な効果の均衡を計る困難があった⁸⁶⁸。
- iii) さらにその批判のより直接的結果は、19条2項5号の利益強要禁止の判例⁸⁶⁹の問題を明らかにする。すなわち、その実質的正当化の判断において、規範名宛人によって供給業者に提供された、条件全体を考察する判例の基準を批判することになる。これらの判決によるならば、取引条件全体のセットを評価する必要から、契約に含まれる各取引の価格について上記のように、調整され均衡を図る作業を前提にする。その結果、それら各々の取引条件と価格の多様性にボールが被せられてしまうという問題があった⁸⁷⁰。
- iv) ノースデュルフトは結果として、取引の束全体を考慮するアプローチについて、契約条件の適時的調整等の審査を行う場合に、要求利益に対する「仮説的な利益 (fiktive Vorteil)」の提供をもって実質的正当化を認めてしまう問題を指摘する⁸⁷¹。
- v) 取引条件全体のセットを捉えるアプローチが、個々の給付と反対給付を他の取引条件から隔離して検証 (isolierte Prüfung) する業績性の判断でなく、

⁸⁶⁷ ノースデュルフトは Favorit 事件の BGH 判決を批判的に引用する。Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.256.

⁸⁶⁸ 前掲 2 (2-1) における (a) 及び (b) を参照。

⁸⁶⁹ エデカ事件の控訴審判決は、特別交渉においてエデカによる個々の要求が実質的に正当化されるかでなく、供給業者にもたらされる反対給付との関係における全体条件のセットが決定的に重要であるとしていた。OLG Düsseldorf, 18.11.2015 (VI-Kart 6/14 (V)), Rn.105.

⁸⁷⁰ Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.256,257.

⁸⁷¹ Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.264.前掲、本稿 [1]、V、3、(6) の (b) を参照。

リベートと付随的給付の広範な形態を事業経営上の計算に解消し単一価格への定量化を促す作業に導く誘因は、ノースデュルフトによれば経済学的な合理性理論をもたらす「オーラ」が働くことにある⁸⁷²。

(d) アンカリング効果による交渉結果の歪曲に対する相互的な譲歩の要請

力の行使を免れた交渉過程を維持する要請（ノースデュルフト）は、相互的な契約条件の譲歩がされる条件確保に留意する。さらに、前述したアンカリング効果による交渉結果の歪曲が起こる事態に対しても、取引条件全体のセットを評価するアプローチによっては、交渉「プロセスのコントロール」という個別要求に対する交渉が適切になされる要請が軽視される点を問題にする⁸⁷³。

(6) 19条2項5号の法体系的地位（ノースデュルフト）

(a) 2017年第9次GWB改正と契約条件の全体的な観察手法

- i) 19条2項5号が一般的濫用監視の法的特徴を有するとともに、その特別規定であることは、以下の需要力濫用規制の問題状況と立法の経緯から明らかとなる。
- ii) 搾取濫用による規制は、価格又はその他の取引条件に係り Favorit 判決における取引条件の全体的セットである給付の束について、その非業績性を審査する手法が継受された。
- iii) しかし、改正19条2項5号2文は、取引条件の透明性と要求の根拠に係る適切性の要請を明示した。かかる要請は、全体条件の非業績性を審査する場合に困難を生ずる立証上の問題を考慮したものである。従って、かかる二要件が立法により採用され、全体条件という結果に限られず、交渉プロセスのコントロールに濫用規制が及んだと考えなければ、「利益強要に係る特別規定（Sonderregelung）は、なんら実質的な付加価値（substanziellen Mehrwert）を、一般的な濫用監視の規定に対して有するものではなくなる⁸⁷⁴」

⁸⁷² Nothdurft, in Langen/Bunte(前掲註 494), §19, Rn.256.

⁸⁷³ 前掲、VIII, 5、(2) の (c) 及び (d) を参照。Nothdurft, in Langen/Bunte, §19, Rn.257.

⁸⁷⁴ Nothdurft, in Langen/Bunte (前掲註 494), §19, Rn.236.

- (b) 利益強要禁止の法体系的地位に関する要約（ノースデュルフト）
- i) 需要力濫用に対する供給者保護は、憲法上の基本権調整の要請に基づく。
 - ii) 需要者による搾取濫用は、妨害と差別に係る濫用とともにカルテル法上の一般的な濫用禁止に服する（GWB19条1項、2項）。搾取濫用の規制に係り需要者の行為は、19条2項2号と3号で価格及び取引条件に関連する規制を受ける他に、19条2項5号の利益強要禁止の特別規定に服する。
 - iii) 19条2項5号はGWB19条の体系内であって、かかる妨害と差別、そして搾取の各禁止に係る一般的濫用監視の法的特性を有する⁸⁷⁵。

XI. 日本法への示唆

1. 優越的地位の濫用の具体的な要件規定との関連

(1) 従属性の認定

(1-1) 独禁法；不利益行為の事実からの優越的地位の推認

独禁法2条9項5号の規定する優越的地位の認定基準に係り、トイザラス審決は取引先供給業者が不利益行為を受けている事実から、取引必要性を推認し、エディオン審決は、取引継続の困難性に係る事業経営上の大きな支障をきたすこと⁸⁷⁶を推認している⁸⁷⁷。

⁸⁷⁵ 19条2項5号が、市場の相手方に対する搾取を禁止する側面、市場で有力な需要者の競争相手に相対的な低価格購入となる条件を提示させない妨害行為を禁止する側面、そして供給業者に市場で有力な需要者の競争者とは異なる取り扱いをさせる受動的差別の禁止の各側面を有する「曖昧な (schillernd)」特徴をもつ。 *Nothdurft*, in *Langen/Bunte* (前掲註 494), §19, Rn.114.

⁸⁷⁶ 「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成22年11月30日、改正平成29年6月16日；公正取引委員会) (以下、優越ガイドラインと略称)。優越ガイドラインは、甲が取引先である乙に対して優越した地位にあるとは、乙にとって甲との取引の継続が困難になることが事業経営上大きな支障を来すため、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合である、と規定する。優越ガイドライン第2の1参照。

⁸⁷⁷ この点について、トイザラス審決は以下のように述べる。「取引の相手方に対し正常な商慣習に照らして不当に不利益を与える行為…は、通常の企業行動からすれば当該取引の相手方が受け入れる合理性のないような行為であるから、甲が濫用行為を行い、乙がこれを受け入れている事実が認められる場合、これは、乙が当該濫用行

(1-2) カルテル法；市場構造と市場行動との相関的把握（消極）

(a) 長期で捉えられた反対給付

2002年メトロ事件判決において、BGHはカルテル庁による以下の判断を覆した。すなわち、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、相対的市場力の認定に係る推定を認めたカルテル庁の判断である。その上で、BGHは長期的契約関係においては、合併に際し取引条件の変更のような場合に供給業者がそれに応じた事実は、自らの利益を見出していることが通例であるから、支払事実から相対的市場力に関する推定を認めなかった⁸⁷⁸。

(b) 給付と反対給付の直接的対応関係（ケーラー）

これに対しケーラーによる、以下の判例批判が注目される。従属性の検討では、供給業者は代替的取引先について、起こり得る需要量の喪失を他の販売先で補填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）の推論を認めるとした批判である。ケーラーの不利益行為の受忍事実に基づく従属性の推定は、BGHの推定否認論が、不当性の評価について長期的契約関係論による、関連する取引の束

為を受け入れることについて特段の事情がない限り、乙にとって甲との取引が必要かつ重要であることを推認させるとともに」、取引継続の困難性に係る事業経営上の大きな支障に結びつくとしている。公取委審判審決平成27・6・4審決集62巻119頁。

さらにエディオン審決はより詳細に、乙が不利益行為を受けている事実から、甲との取引を失う場合の取引継続の困難性に係る事業経営上の大きな支障を推認している。

「独占禁止法第2条第9項第5号イないしハが規定する…行為…を甲が行い、乙がこれを受け入れている事実が認められる場合、これを受け入れるに至った経緯や態様によっては、それ自体、甲が乙にとって著しく不利益な要請等を行っても、乙がこれを受け入れざるを得ないような場合にあったことをうかがわせる重要な要素となり得るものというべきである。なぜなら、取引関係にある当事者間の取引を巡る具体的な経緯や態様には、当事者間の相対的な力関係が如実に反映されるからである」。

公取委審決（令和元・10・4）（公取委HP）審決書48以下。

⁸⁷⁸ 前掲、V、2の(3)を参照。

を総体的に見る立場と異なり、給付と反対給付の直接的対応関係から不当性評価を行う立場に基き、導かれたものである⁸⁷⁹。

(1-3) 検討

- i) 独禁法における優越的地位濫用における不当性評価の前提として、行為者の要求に係り、給付と反対給付の対応関係について直接性を求める点が挙げられる（後掲（5）を参照）。この直接的な対応関係の前提は、「当事者間の相対的な力関係が如実に反映される」ものとして、「取引関係にある当事者間の取引を巡る具体的な経緯や態様」⁸⁸⁰を捉える立場と相即的である。こうした当事者間の力関係を反映した直接的な給付と反対給付の対応関係をみる立場が、不利益行為を甘受する事実から、取引必要性や取引継続の困難性に係る事業経営上の支障を推認させる従属性の認定基準を導いている。
- ii) このような独禁法の従属性の認定は、カルテル法の場合と対照的である。すなわち、利益強要禁止の規制が、搾取濫用に係る判例、学説の理解を前提にして、取引条件の全体的観察を行う視点から、個別給付の直接的対応関係をみる立場を退け、長期的な視点で契約関係における当事者の行動を捉えることと対照的である。搾取濫用という市場支配力濫用規制の体系と緊密な関係を維持して、利益強要禁止の需要力濫用規制を行う強い要請が、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（供給者の不利となる優位の条件の提供）の相関的把握を否定したと考えられる。

⁸⁷⁹ BGH による契約関係の維持、強化による反対給付の利益とする立場に対して、ケーラーの以下の批判があった。かかる利益の捉え方は、要求を拒めば契約終了あるいは取引量の縮小をなす威嚇について、ペールを被せるものに過ぎないとする批判である。BGH の長期に反対給付の存在を捉えるアプローチに対し、給付／反対給付のより直接的な対応関係が前提にされている。本稿〔1〕、V、3における（6）を参照。

⁸⁸⁰ 前掲 1、(1)、(1-1)におけるエディオン審決の引用部分を参照。なおこの点とほぼ同様な認識をカルテル庁は、エデカ事件の遡及的な契約条件の変更問題で適示している。前掲註 421 の iii) を参照。

(2) 相対的市場力の認定

(2-1) 独禁法；取引上の地位に係る優越性の判断項目

優越ガイドラインの第 2、2 は、取引上の地位に係る優越性の判断項目を次の通り規定する。すなわち、①行為者の取引依存度、②行為者の市場地位、③取引先変更の可能性、④その他行為者と取引することの必要性を示す具体的事実を総合的に考慮するとされている。さらに④については、行為者との取引額、成長可能性、取引対象商品又は役務を取り扱う重要性、行為者と取引することによる信用の確保、事業規模の相違等が考慮される。

(2-2) カルテル法；合併事例における判断基準の導入

(a) カルテル庁による市場画定

- i) カルテル庁は製品市場の画定を綿密に行っている。その際、メーカーブランドから流通ブランドへの置き換えは合理的に推定されないとする。その理由は、自らのブランド価値の重要性とその維持、品質格差、発酵過程の相違のためである。
- ii) カルテル庁は地理的な市場の画定について、合併事件の BGH 判決（2008 年「バードノイシュタット地区病院」事件判決）に従う。その判決では、合併の市場画定に関して、合併当事会社に誰が関係しているのかが重要点になる⁸⁸¹。この点が、19 条 2 項 5 号に市場画定において、ドイツ食品小売業の調達に転用された。食品小売業者は圧倒的にドイツ所在の製造業者から購入している場合、市場の相手方として第一段階ではかかる製造業者を対象とすべきであり、第二段階において、ドイツの食品小売業者はその他の製造業者について代替的取引先になるかどうか、すなわちいかなる隣接市場について相当量の輸出がドイツに向けて生じるかについて検討がされる。従って、隣接市場における製造業者の輸出取引が量的に相当量に達する場合に（すなわち、ドイツの輸入量が相当量に達する場合に）、地理的市場は相応に広げられる⁸⁸²。

⁸⁸¹ 前掲本稿〔1〕、Ⅲ、4 の (4)、特に註 202、Ⅵ、3、(2) の (2-2) を参照。

⁸⁸² 前掲Ⅵ、3、「(2) 調達市場の画定と規模」、特にそのうちの (2-2) 及び (2-7) を参照。

また輸出の回避可能性に関して、カルテル庁は、相対的市場力の行使が供給業者に輸出を強いる結果は、力の行使によって強いられた国内市場からの（潜在的）退出に他ならないものとその規定の趣旨を捉える。さらにかかる結果が消費者の選択の可能性を減ずる点も指摘する⁸⁸³

(b) BGH の相対的市場力の認定に係る判断項目

BGH の 2018 年判決による、GWB20 条 2 項の「従属的事業者」に係る相対的市場力の認定は、以下の六項目によりなされた⁸⁸⁴。①流通業者の全国市場力（エデカの全国的販売網）、②取引依存度、③取引先転換可能性、④消費者のブランドロイヤリティの低さ、⑤商品特性（日用品である発泡ワイン）、⑥輸出による取引先転換可能性である。

(c) 双方優越の場合の対抗力問題

- i) 従属的地位の認定を経た製造業者について、その対抗力を否定したのが BGH 判決の特色である。製造業者のブランド力を重視する控訴審判決に対して、対抗力問題に関する基本的視点が明らかにされた。製造業者のブランド力（流通業者の全面的品揃え方針の検討を含む）に係っては、始めに購入を意図したブランドがエデカの取引停止により欠品の場合に、消費者があくまで当該ブランドを求めて他の小売店まで足を運ぶレベルまで、そのロイヤリティが高い場合に対抗力を認められるとされた⁸⁸⁵。
- ii) 双方向的な取引停止に関する影響評価については、実際の取引停止による双方の事業遂行に対する打撃の度合いが計られた。トータルな売上高、販売力に係る事業能力の格差の指標が従属性の認定で用いられた⁸⁸⁶。

(2-3) 検討

- i) 優越的地位の濫用規定においては、市場画定は求められない。しかし優越的地位の認定において取引先変更の可能性の判断に際し、「一定の商品を具

⁸⁸³ 前掲、VI、3、(2) の (2-7) を参照。

⁸⁸⁴ 前掲、VIII、3、(5) における (5-1) を参照。

⁸⁸⁵ 前掲、VIII、3、(5) における (5-1) を参照。

⁸⁸⁶ 前掲、VIII、3、(5) における (5-3) の (c) を参照。

体的に取り上げて」、行為者における需要競争の状況の分析等は「ある程度必要となる」といわれており⁸⁸⁷、首肯される。

これに対し 19 条 2 項 5 号においては、食品小売業者の合併規制における市場画定の判断枠組みを用いて、カルテル庁決定において詳細な分析が行われている。

- ii) 上記の市場画定問題について独禁法とカルテル法の基本的構成の違いは、前者が競争の実質的制限に係る市場効果要件から区別された、公正競争阻害性の要件の下に置かれるのに対し、後者は市場支配力濫用の禁止の 19 条 GWB の体系の下で、相対的市場力の従属性の認定が行われるという、法体系上の基本的な規制枠組みの相違に起因する。

需要力濫用規制の本質には、後述 3 の (2)、(2-3) の vii) で述べるように、一対一の民事法的規律が妥当する。この点で、競争の実質的制限に係る市場効果要件から独立した公正競争阻害性の要件において、自由競争基盤の確保の指導理念により市場画定を要しないで従属性の判断基準を導く独禁法のアプローチは、かかる本質に適合的である。

- iii) 独禁法の市場画定問題一般に関連して、市場支配力濫用に係りドイツのカルテル庁による地理的市場の画定論は、輸出の代替的取引先に関する検討で参考になる。輸出先の代替的な取引可能性に係る需要者の選好は、先ずドイツの需要者がかかる輸出先の製品を相当量で選好し、その輸入された製品とドイツの製造業者が競争している実績のある場合に（前掲 (2-2) の (a) で述べたように、隣接市場における製造業者の輸出取引が量的に相当量に達する場合に）、かかる輸出先の製造業者の製品に対し競争関係にあるドイツの製造業者の製品には、代替的な取引先となる輸出の可能性をもつという考え方が取られている。

⁸⁸⁷ 柴田潤子「日本トイザラス株式会社に対する審決について」公正取引 779 号 (2015) 63 頁。かかる作業は市場画定でなく、「納入業者を中心として相対的な関係を場とした取引の対象となる商品と取引実態の把握」の問題とされる。

(3) 市場地位の利用

(3-1) 独禁法；「優越的地位を利用して」

(a) 不利益行為と市場力の利用

「優越的地位を利用して」の文言について優越ガイドラインは、優越的地位にある行為者が、相手方に対して不当に不利益を課して取引を行えば、通常「利用して」に該当するとしている（第 2、3）。この点に関し、公取委の規制事案で「利用して」が問題とされたことはないが、民事訴訟では、取引の相手方に不利な条件を受け入れさせる行為が、優越的地位と無関係に行われた場合には「利用して」にあたらないとされる事例が指摘される⁸⁸⁸。

(b) 因果関係論

同じく相手方の優越的地位とは無関係の場合には、「利用して」にあたらないとされる見解として、濫用行為があり本心によらず一定の不利益を負わされたとしても、このような場合に独禁法の問題にならないとの主張がされた。この主張とともに、独禁法 2 条 9 項 5 号において因果関係の問題が検討されるべきとする見解が存する⁸⁸⁹。その他、優越的地位を利用して得られた合意の問題性から強制がなくても違反とするために、「利用して」の文言を、一方的な行為であれば足りることを明確化する意義を主張する見解もある⁸⁹⁰。

⁸⁸⁸ 金井・川瀨・泉水編著『独占禁止法 [6 版]』（2018）354 頁及び註 182（金井貴詞執筆）。東京地判平成 20・4・9 判例タイムズ 1299 号 227 頁。

⁸⁸⁹ 白石忠志他「鼎談・優越的地位濫用をめぐる実務的課題」ジュリスト 1442 号 22 頁（長澤哲也発言）（白石忠志他・鼎談と略称）、白石忠志『独占禁止法 [3 版]』（平成 28 年）428 頁。なお、濫用行為があり本心によらず一定の不利益を負わされたとしても、このような場合に独禁法の問題にならないとの主張について、本心によらないとの抗弁が、市場地位と不利益行為をうけいれていることとの間の因果的結びつきが存する「一応の外観」が認められる濫用行為であっても、それが「誤っている」反証を認めるべきとするのであれば、それはドイツの「強い因果関係」の主張（ゼッカーやベスターマン）に類似する。参照、前掲、VIII、4、(3) における (3-1) 及び (3-2)。

⁸⁹⁰ 白石忠志他・鼎談 21 頁（伊永大輔発言）。

(3-2) カルテル法；「その市場地位を用いて」（旧 GWB26条3項1文）

(a) 立法と判例の傾向

カルテル法において、標記の文言による市場地位の利用を規定した需要力濫用規制が1980年に導入されて以来、エデカ事件控訴審判決に至るまで「利用」の文言は残されていたが、2017年の第9次改正で同判決の因果関係論を退けることを理由にして、この文言は削除された⁸⁹¹。

2018年エデカ事件BGH判決は、優越する市場地位の「利用」という文言が、19条2項5号固有の禁止内容に対し何の意義も有さないとする。優越する市場力と同号が違法とする行為態様との間の関連は、市場で有力な事業者という規範名宛人の決定によって、保証される。規範名宛人が供給業者に実質的に正当化されない利益の供与を要求すれば、従属的供給業者に対するその市場力の関係は明らかになるとする（前掲Ⅷ、3、(3)の(3-1)及び(3-2)を参照）。

(b) 規範的因果関係⁸⁹²

かかるBGHの立場は、妨害／差別禁止に係るGWB19条2項1号と同じく、利益の要求と市場力の因果関係の立証は必要ないとするもので、その市場支配力濫用の体系における一貫性を保つものである。そしてこのような体系的に市場力と行為態様との間の強い因果関係を求めない、規範的因果関係の立場が学説の通説であった。

規範的因果関係によれば、市場支配を道具として用いて競争制限が可能になるという「市場力の利用」という規定文言の含意は、特に意義をもたない。むしろ個別行為が市場支配に「仕えている」という理解から、制御標準としての競争に十分に服しておられない事業者を法規範によって競争秩序に服さしめる点が重視される。搾取濫用に即していえば、抽象的に市場力が規範の違反に対する防御可能性を弱体化させることで因果関係は存する。

結局、規範名宛人に係る市場力の認定と実質的正当化の認定が果たされることで、因果関係の立証は求められない結果、「利用」の文言が立法的に削除され

⁸⁹¹ Ⅷ、4、(4)、(4-1)のi)とii)を参照。

⁸⁹² 前掲、Ⅷ、4の(1)の(1-4)、同(4)の(4-1)及び(4-2)を参照。

(2017年)、上記2018年BGH判決は「利用」の文言に対し何らの意義も認めなかった。

(3-3) 検討

- i) 前記平成20年の民事訴訟による東京地裁判例では、不利益行為とされる要求に関し、裁判所は行為の受け手である原告自らの需要を満たす必要から、行為者が提供を要請した事実を認定している。従って、不当性判断の違反行為が該当性の範疇で問題を処理できる事案であり、あえて優越的地位との関係性に係っての「利用」の解釈問題とする必要はなかったと解される⁸⁹³。
- ii) 同じく前記の、優越的地位とは無関係に本心によらず不利益行為を受けた場合、独禁法の問題にならないとの主張は、以下のような因果関係論を説くものと考えられる。優越的地位とは無関係に存在するとされる介在事情について、かかる介在事情を主たる原因とし、優越的地位に基づくとされる行為を従たる原因とする、あるいは、後者の被疑違反行為がなされなくても、本心によらない不利益行為を受け入れる結果は生じたとする反事実の仮定によって、因果関係を説くものと考えられる。
- iii) このような主因性（主たる原因と従たる原因）や、反事実の仮定というアプローチにより、原因事実として従たる地位に置かれる、あるいは反事実の仮定の下に置かれる優越的地位の濫用が問題になる行為については、その競争秩序に対する影響が過小評価される傾向が指摘されよう⁸⁹⁴。優越的地位濫用に限られず、これまでの通説は、公正競争阻害性につき競争秩序一般に対する侵害を問題にして、上記ii)の立場のような事実的因果関係⁸⁹⁵は問題にされなかった⁸⁹⁶。
- iv) 結局ドイツの上記、規範名宛人に係る市場力の認定と実質的正当化の認定が果たされることで、因果関係の立証は求められないとする通説、判例の立

⁸⁹³ 参照、前掲(3-1)の(a)及び該当脚註の判例タイムズ236頁。

⁸⁹⁴ 越知保見「独占禁止法における因果関係」、川濱他編『競争法の理論と課題』所収(2013)52頁。

⁸⁹⁵ 越知・前掲『競争法の理論と課題』32頁。

⁸⁹⁶ 拙稿「不公正な取引方法—今村/正田両学説の統合・展開・批判と展望」経済法学会年報38号(2017)52頁。

場と同様に、「因果関係の問題は、違反行為の該当性で論じ尽くされるので、独立した議論をする意義が乏しい」とする評価が首肯されよう⁸⁹⁷。従って、独禁法 2 条 9 項 5 項における「利用して」の文言は、同項の禁止内容に対し何の意義も有さないものとして解されるべきである。

(4) 現に存する商慣習とあるべき商慣習

(4-1) 独禁法；あるべき商慣習による現に存する商慣習の批判

(a) 「正常な商慣習」と公正な競争秩序

公取委による優越的地位ガイドラインの第 3 は、独禁法 2 条 9 項 5 号の「正常な商慣習に照らして不当に」の「考え方」について以下のように規定した。

「正常な商慣習に照らして不当に」という要件は、優越的地位の濫用の有無が、公正な競争秩序の維持・促進の観点から個別の事案ごとに判断されることを示す。ここで、「正常な商慣習」とは、公正な競争秩序の維持・促進の立場からは認められるものをいう。従って、現に存在する商慣習に合致しているからといって、直ちにその行為が正当化されることにはならない。

(b) 「正常な商慣習」による違法性判断基準の導出

ガイドラインのこのような「考え方」は、「正常な商慣習」をあるべき商慣習として、現に存する商慣習の批判をしている。その場合あるべき商慣習とは、「公正な競争秩序の維持・促進の立場」からは認められる商慣習をいう。従って、公正な競争秩序に反する商慣習は、問題となる不利益行為の判定に係って、具体的な違法性判断の基準が規定されていなければならない。これまでの審判決例や優越ガイドラインは、かかる具体的基準や「想定例」を集積、規定している。

(4-2) カルテル法；利益衡量の重要な衡量要因である現に存する商慣習

(a) 要求利益の算定根拠に係る不確実性を容認する現に存する商慣習

i) 2016 年 11 月の BGH による上告不許可処分抗告決定は、品揃え拡充ボーナスの上訴不許可処分に対するカルテル庁抗告をみとめなかった。維持され

⁸⁹⁷ 越知（前掲註 894）『競争法の理論と課題』 32 頁。

た控訴審判決の結論は、以下の通りである。本ボーナスの具体的な算定手法の説明を欠くことは、当該事業分野で通常の慣行であり、売上増と利潤増の予測に基づく要求であり必然的に非常に曖昧であり、相当な不確実性を伴う結果は避けられない⁸⁹⁸。

- ii) この現に存する商慣習を重視した控訴審の立論について、次の賛成意見があった。利益衡量においては、各個別事案の具体的事情に即し決定されねばならず、当該事業部門で現に存在する商慣習は、衡量要因である具体的事情の有力な判断要素であるとして、控訴審判決を根拠付けている(ムラフ⁸⁹⁹)。また、利益衡量の考慮要因である現に存する商慣習について、要求の算定根拠の透明性を規定する「後付け可能性」の改正法の要件と、同様な比重をもつと位置付けるレトル⁹⁰⁰の学説もあった。かかる評釈は、現に存する商慣習を重視する結果として、カルテル法の維持・促進する競争秩序から求められる違法性判断基準の具体的展開に対し、消極の姿勢をとる。この点で上記(4-1)(b)の我が国の成果と対照的である。

- iii) さらに、上記の上告不許可処分抗告決定は、エデカが供給業者に告げた再交渉の留保に関し、現に存する商慣習に適合する判断から、その商人の確認書に係る「沈黙の原則」を適用し適法とした。また 2018 年 BGH エデカ事件判決は、業績正当化の取引全体に係る条件につき、既に最初の要求で客観的に認識可能でなければならぬとしたが、現に存する商慣習に適合する場合の例外を認めた⁹⁰¹。

(b) あるべき商慣習重視の立場 (少数説)

これら現に存する商慣習に相応の重要性を認める立場に反対して、ノースデュルフトは 2017 年改正法の「後付け可能性」(交渉過程の透明性維持)の要件は、現に存する商慣習を破って、力の行使を免れた交渉過程を維持する要請を満たすことを求めているとする⁹⁰²。しかしこのようなあるべき商慣習によつ

⁸⁹⁸ 前掲、VIII, 1 の (4) を参照。

⁸⁹⁹ 前掲、VIII, 6 の (2) を参照。

⁹⁰⁰ 前掲、VIII, 6 の (4) を参照。

⁹⁰¹ 前掲、VIII, 6, (1) の (b) と (c)、及び VIII, 3, (2) の (2-6) を参照。

⁹⁰² 前掲、VIII, 6, (5) の (a) と (b) を参照。

て現に存する商慣習を否定し、力の行使を免れた交渉過程の透明性の要請を満たすとのノースデュルフトの所説は、上記 BGH 判決のとするものではない⁹⁰³。

(4-3) 検討

以上、日独両国を対照的に、現に存する商慣習とあるべき商慣習の関係について需要力濫用規制における捉え方の相違をみた。ドイツの利益衡量論に依拠する、現に存する商慣習重視の立場とは、以下の特徴ないし問題点を有する。

①あるべき商慣習の観点から、現に存する商慣習を批判する法体系上の枠組みを欠く、②あるべき商慣習の実質を規定する競争秩序に関する理念的基礎は、利益衡量論の枠組みに解消されてしまう、③現に存する商慣習は、カルテル法の維持・促進する競争秩序の観点から具体的な違法性判断基準の展開をはかる障害になっている。

(5) 「直接の利益」(独禁法)と取引条件の全体的観察(カルテル法)

(5-1) 独禁法；「直接の利益」と合理的範囲を超える負担

(a) 協賛金等の負担の要請(優越ガイドライン第4、2、(1)のア)

優越ガイドラインは、優越的地位にある事業者が行う協賛金等の負担要請に関し、「負担額及びその算出根拠、用途等について、当該取引の相手方との間で明確になっておらず、当該取引の相手方にあらかじめ計算できない不利益を与える」場合や、「当該取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担となり、当該取引の相手方に不利益を与えることとなる場合」には、その濫用が問題となるとする。

かかる「直接の利益」とは、例として広告に取引相手方の納入する商品を掲載するため、広告の作成・配布費用の一部を協賛金として負担させることが、取引の相手方にとってその納入する商品の販売促進につながる場合など実際に生じる利益をいい、協賛金を負担することにより将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まない⁹⁰⁴。

⁹⁰³ 前掲、Ⅷ、6、(5)の(c)を参照。

⁹⁰⁴ 催事、広告等を行うに当たり、取引の相手方に対し、その費用の一部として協賛金等の負担を要請する場合についても、同ガイドラインは、当該費用を負担すること

(b) 従業員派遣（優越ガイドライン第4、2、(2)）

従業員派遣について、同ガイドラインは、取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して、合理的であると認められる範囲を超えた負担として不利益を与える場合には、正常な商慣習に反しており、優越的地位の濫用として問題とする。この場合「直接の利益」とは、例えば、取引の相手方の従業員等を小売店に派遣して消費者に販売させることが、納入商品の売上げ増加、取引の相手方による消費者ニーズの動向の直接把握につながる場合など実際に生じる利益をいい、従業員等の派遣をすることにより将来の取引が有利になるというような間接的な利益を含まないとされる。

(5-2) カルテル法；間接的な利益と受領額の見込み

(a) 取引条件の全体的観察

カルテル法上の規律は、規範名宛人により提供される契約条件に係る給付の束を全体として観察するアプローチによっていた。ある利益がなんら直接に割り当てられた反対給付と対応しなくても、当然に実質的正当化を欠くものではない。また、この給付の束の全体を観察する場合には、規範名宛人の要求が後付け可能であるかをみる。市場の相手方の受ける反対給付につき、直接的な給付に限られず、間接的な給付を幅広く含む構成となっている⁹⁰⁵。

(b) 要求利益の算出根拠

またエデカ事件の控訴審判決では、合併によるシナジーのコスト削減効果の不確定さを前提として、一括の要求額（一律年間総売上額の0.5%）係って、生じることの否定されない利益について、反対給付の適合性を認めた。相手方の受ける反対給付の量的レベルについて算出の明確さを問題にしない、単なる見込みのレベルでよしとされている。かかる判断はBGHによって維持された⁹⁰⁶。

が納入商品の販売促進につながるなど当該納入業者にとっても直接の利益となり、それを負担することによって得ることとなる直接の利益の範囲内である場合に濫用該当を否定する構成をとる。（優越ガイドライン第4、2、(1)のイ）

⁹⁰⁵ 前掲VIII、3、(2)の(2-5)を参照。

⁹⁰⁶ 控訴審判決につき、前掲VIIの(7)を参照。BGH判決につき、VIII、1の(5)を参照。

(5-3) 検討

(a) 「直接の利益」と合理性の認められる範囲の負担

- i) ドイツ法との比較により、要求利益と相手方への反対給付の関係の適正さに係る判断基準を検討する。協賛金等の負担の要請と従業員派遣の優越的地位濫用の該当性判断に関し、優越ガイドラインは、取引の相手方が得る直接の利益等を勘案して合理的であると認められる範囲を超えた負担を違法とする。給付と反対給付の不均衡に係って、それを直接的関係において捉えることは、行為者と取引相手方との一対一の契約法上の関係を中心に捉えることを意味する。
- ii) これに対しカルテル法においては、著しい不正な取引内容を受け入れることを余儀なくされている供給者に対しても、自由な競争の在り方から積極的に評価される付随的な給付を行為者が提示するものでないかを慎重に検討する。このため、契約の全体条件のセットに係る長期の検証をする立場が通説判例と解される。
- iii) かかる日独の比較法的な対比の文脈からは、批判⁹⁰⁷がある「直接の利益」の文言については、これは維持するべきと考えられる。
- iv) さらにこの判断基準について、直接の利益であることと、合理性の認められる範囲であることを独立した、以下 (b) で述べるように対等の基準と捉えるべきでない⁹⁰⁸。

(b) 合理的範囲を限定する直接の利益

ガイドラインの規定から推察できるように、「合理的であると認められる範囲を超え」るかどうかは「当該取引の相手方が得る直接の利益」によって判断

⁹⁰⁷ 越知・別冊公正取引 No.1 (前掲註 957 参照) 24 頁は「具体的であること、現実的であること」への変更を主張する。

⁹⁰⁸ この点に関連して、長澤哲也『優越的地位濫用規制と下請法の解説と分析 (2 版)』(2015) 229 (長澤・解説と略称) 229 頁には、以下のような指摘がされている。「直接の利益」は、「金銭的負担の時点で合理的に見込まれるものでなければならぬが」、「金銭的負担をすることによって取引の相手方が経済上の利益を得ることができるとの見込みが合理的なものである限り、実際には予想したほどの利益が得られなかったとしても、直ちに金銭的負担が合理的範囲を超えているとはいえない」。この指摘は、註記として、粕淵功『大規模小売業告示の解説』(2005) 81 頁に依拠しているが、同書の該当頁には、「見込み」の文言はない。

される⁹⁰⁹。従って、この合理的とされる範囲は、相手方が得る利益の直接性により限定的に解され、負担額について明確に示される必要がある。この点は、従業員派遣の場合と同様に考えることにより明らかとなる。上記のように、納入業者の納入商品に限られた売上げの増加、消費者ニーズの直接把握として限定的に規定されることにより、その受ける利益は相当程度、明確になるはずである。この点から要求利益（派遣人員数等の具体的負担）についても、過大な要求になる恐れを回避して算定根拠を示し得る。

(c) 間接的な利益と反対給付の見込みの算出

このように納入業者の受ける利益の直接性を基本にした明確な要求根拠の提示が、独禁法の要請と考えられる。これに対しカルテル法にあっては、納入業者の受ける利益は規範名宛人が提供する給付の束について、取引の経過を後付けして画定される。従って、直接の利益に限られない間接的な利益にまで提供範囲が広げられる懸念がある。その結果、見込み額によった反対給付の算出が是認された。結果的に規範名宛人の要求額は、一括の要求が是認されている。

(d) 「直接の利益」基準の解釈論上の重要性

給付と反対給付の関係を「直接の利益」を問題にして濫用評価を行なう基準は、その関係を契約条件の全体のセットにおいて捉える基準に対して、以下のような点で需要力濫用規制に係る要件解釈の差異をもたらす。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）の推論を認めるか否か⁹¹⁰、契約交渉の各段階で適正さを求めるか、交渉の最終結果が重視されるか⁹¹¹、対価「減額」（「遡及的な契約条件」の変更）問題で、違法性の推定される原則に対する例外の反証に係り、反対給付との直接的な対応関係を求めない広範、抽象的な条件提示（契約関係の維持）の反証を許すか否

⁹⁰⁹ 大規模小売業告示における不当な経済的利益の收受等に関し、「合理的であると認められる範囲」を超えるかどうかは、「納入業者が得る利益等を勘案して」判断されることとなる、とする捉え方について、参照、粕淵功『大規模小売業告示の解説』（2005）80頁。

⁹¹⁰ 前掲（1）、（1-3）のii）を参照。

⁹¹¹ 後掲（7）、（7-2）のiii）を参照。

か⁹¹²、の各論点である。また、「直接の利益」基準の採用は、市場参加者の利益を包括的に衡量する必要性を減ずる⁹¹³。

（6）「減額」と「遡及的な契約条件」の変更問題

（6-1）独禁法；「交渉に基づき需給関係を反映した減額」の限定

優越ガイドラインは独禁法 2 条 9 項 5 号ハの不利益行為に係って、不当減額を規定する（第 4, 3, (4)）。それによると、「取引上の地位が相手方に優越している事業者が、商品又は役務を購入した後において、正当な理由がないのに、契約で定めた対価を減額する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念してそれを受け入れざるを得ない場合には」優越的地位の濫用が問題になるとする。この部分は、代金減額に係る遡及的合意の変更を、原則的に禁止するものと解される。

さらに、例外の場合が規定される。その①は、取引の相手方側の責めに帰すべき事由により、相当と認められる金額の範囲内で対価を減額する場合であり、かかる事由が限定的に、また比較的詳細に規定されている。また減額の範囲につき、瑕疵ある商品の場合の減額例として、「正当に評価される金額の範囲内」の限定をおく⁹¹⁴。次に②として、対価を減額するための要請が対価に係る交渉

⁹¹² 後掲「(6)「減額」と「遡及的な契約条件」の変更問題」の(6-2)における i) を参照。

⁹¹³ 前掲Ⅷ、7、(1)における(b)を参照。

⁹¹⁴ 優越ガイドラインにおける 3 の「(4) 減額」で規定される契約締結後に、対価の減額が例外的に認められる場合は、下記の事項が掲げられている。

まず、取引の相手方の責めに帰することができる場合をさらに具体化して、「取引の相手方から購入した商品又は提供された役務に瑕疵がある場合、注文内容と異なる商品が納入され又は役務が提供された場合、納期に間に合わなかったために販売目的が達成できなかった場合等」が例示され、その「責め」の内容が一定程度明らかにされた。

次に減額の実施期間と金額の範囲につき、「当該商品が納入され又は当該役務が提供された日から相当の期間内に、当該事由を勘案して相当と認められる金額の範囲内」を限っている。この取引の相手方の責めに帰することができる場合の相当の期間内の減額についてはより詳しく、優越ガイドラインの(注 24)とされた以下の規定がある。すなわち、商品に瑕疵ある場合につき、その「瑕疵の程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」の限定を規定し、これを超えるなら「相当と認められる金額の範囲内」とは認められないことを確認する。

の一環として行われ、その額が需給関係を反映したものであると認められる場合」に優越的地位の濫用とならないとされる。

上記②の交渉に基づく需給関係を反映した減額は、契約締結後の需給関係の変動に対し、例外の①に規定された瑕疵ある商品の減額例が参照されると考えられる。すなわち、「瑕疵の程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」に倣い、需給変動の「程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」であることが求められる。従って、かかる変動の程度がある程度正確に把握される必要があると考えられる。

また、「(4) 減額」に係って、交渉に基づいた需給関係の変動の場合に契約に定めた対価の額を減じる結果を認める例外規定については、「事情変更による対価減額」と解される⁹¹⁵。

(6-2) カルテル法；直接的な対応関係を求めない広範、抽象的な条件提示による違法性の推定

i) 2002年メトロ事件BGH判決は、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。そのうえでカルテル庁には、かかる実質正当性の反証を規範名宛人に認めない違法があったとした。その際BGHは、かかる反証につき以下の例示をする。すなわち、供給業者になされる「引き続き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される例示である。

かかる対価の捉え方に対しては、要求を拒めば契約を終了させる、あるいは取引量の縮小をなす明示、黙示の威嚇に過ぎないというケーラーの批判があった。遡及的合意の変更に係る、メトロ事件BGH判決による反証を認めた実質的正当化を欠く推定説の特徴は、ケーラー批判を考慮するとき、以下の点にある。合意変更の要求による反証について、その反対給付との直接的な対応関係を求めない広範、抽象的な条件提示を認めた点が特徴的である⁹¹⁶。

以上の「(4) 減額」の相手方の責めに帰すことができる場合の減額の規定よりは、原則に対する例外の場合の規定として、相当に限定的なものと評せられる。

⁹¹⁵ 長澤・解説（前掲註908参照）197頁。

⁹¹⁶ 前掲、本稿〔1〕、V、3、(6)を参照。

かかる BGH 判決の合意変更の違法性推定説の枠組みが、相対的市場力行使による需要力濫用に対する規制の妥当性として検討される。

- ii) BGH は、エデカ事件で、以下の控訴裁判所の判示を容認した。供給業者は年間契約に係る交渉開始に先立って規範名宛人の買取につき既知であり、年間契約の合意は民事法上の留保（後の交渉に係る未決定条項とみなされる）を伴っていた。従って、規範名宛人が当該年度の取引全体について、店舗統合による拡大を計算に入れた、統一的条件に係って正当な利益を有する、との判示である。この判示に係っては、年間供給契約は、当該年度の3月に重点的に行われた買取に伴う特別交渉が4月に妥結される以前の段階で合意されていた。従って、BGH は年間供給契約の事後の遡及的変更の際し、取引の相手方が当該買取に既知であることをもって、規範名宛人の遡及的な合意変更に係る正当な民事法上の請求権を認めた（前掲、Ⅷ、2、(1)、(1-4)）。
- iii) このような将来的な統合による需給関係の変動があり得ることの相手方への告知をもって、正当な民事法上の留保の権利を認める BGH には、複数の批判があった。なかでも事情変更（行為基礎の障害）法理において「具体的な契約規範」を重視する「契約規範アプローチ」によったケーラーの考え方が重要である。そこでは、買取による「買入の実行と買入量」が定まっていない遡及的な変更を認めるならば、合意内容の変更を目指す「市場で有力な需要者による過剰な経済力」が働く懸念が考慮された。従って、個別事案のあらゆる事情を勘案し、「時期的に期限を付けられた合意の枠」をもつ年間契約である事情（「具体的な契約規範」）に鑑み、契約内容の変更となる介入を抑制し、明らかになった「買入の実行と買入量」を次年度の年間契約の交渉において諮る。結果的に、契約内容の遡及的変更に対する実質的正当化の欠如に関する強い推定を導くのであるが、かかる推定はリスク配分の一方当事者に不利となる結果が重視された（前掲Ⅷ、2、(5)における(5-6)を参照）。

(6-3) 検討

- i) 独禁法の優越ガイドラインにおける「減額」の規定は、優越的地位の濫用が問題になる原則の禁止規定と遡及的な契約変更の認められる例外規定について、双方の関係を明確に区別して規定する。また、原則に対する例外の

場合の規定として、例外の範囲を相当に限定する規定⁹¹⁷を置く特徴がある。このような遡及的契約の変更に対する禁止の原則、例外の明示と例外の範囲を限定した違法性判断の枠組みは、カルテル法における BGH メトロ判決の違法性の推定説とは対照的である。すなわち後者においては、違法性の推定される原則に対する例外の反証に係り、反対給付との直接的な対応関係を求めない広範、抽象的な条件提示（契約関係の維持）の反証を許す。

- ii) 以上の BGH メトロ判決の違法性の推定説の理論的枠組みがもつ問題点を踏まえて、需給関係を反映した事情変更による対価減額を認める優越ガイドラインの例外規定と、エデカ事件 BGH 判決による、買収による「買入の実行と買入量」の未確定な段階での告知が適法な民事法上の請求権を認めた問題を比較、検討する。

BGH 判決の問題点を、同じくケーラーの批判を参照して、日本法の例外規定である需給変動の「程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」とした要件解釈と比較すると、前者は不確実な反対給付であっても適法な留保条件の提示とされる懸念が指摘できる。この点は、弱い取引の相手方に対する不利なリスク負担の押し付けとなる懸念が肯定される。

この点から「買入の実行と買入量」の確定以後となる次年度の交渉に規範名宛人の要求を諮るケーラー説は、需給変動の「程度に応じ」た「正当に評価される金額の範囲」を求める日本法のガイドラインとの近接性を指摘できる。ケーラーの遡及的契約変更の法理は反証困難な違法性の推定を認めるが、その困難さの程度は、優越ガイドラインの需給変動の「程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」でなければならぬ要件解釈の程度から、乖離したものではない。ケーラー理論については、「買入の実行と買入量」が確定された後に、「正当に評価される金額を導きだすこと」ができるとして構成されていると評価できるからである。

⁹¹⁷ 上記の(6-1)でみたように、「取引の相手方の責めに帰すことができる場合の相当の期間内の減額」が認められる場合の例示が、限定的な規定の仕方の一つであり、需給関係を反映した「事情変更による対価減額」の場合も、需給関係の変動の「程度に応じて正当に評価される金額の範囲内」でなければならぬ限定が規定されたと考えられることである。

- iii) またケーラーの行為基礎障害の法理は上記のように、適正なリスク配分を重視する点も、以下のように我が国の学説の傾向と乖離するものではない。すなわち、優越的地位の濫用における正常な商慣習に反する不当な不利益の解釈について、近時の学説が、相手方にとって計算不可能な負担とあらかじめ計算・予測できない不利益について、リスクに対処する機会の喪失を含めて考えている⁹¹⁸。この点から、需給関係を反映した事情変更による対価減額の不利益についても、かかるリスク配分の衡平が考慮されるべきと考えられる。
- iv) 以上のように優越ガイドラインの需給関係を反映した事情変更による対価減額規定とその解釈論は、ケーラーの行為基礎障害法理と一定の近接性が見られる。
- v) 次に、エデカ事件の控訴審及び BGH 判決の契約変更、対価の減額問題に関しては、需要者市場の競争の在り方が主たる関心となっている指摘が重要である。この点は、フランツ・ユルゲン・ゼッカー教授の説明が、かかる判決の根拠付けとなっていた。ゼッカーは、この問題について、競争していた買取企業との条件統一につき事業経営上の合理性から行われた契約条件の改善という理解をもつ⁹¹⁹。従ってゼッカー理論においては、締結済み合意の遡及的な変更という、民事法上の問題構成に対する意識の希薄さが特徴的であった。そして、需要者間で繰り広げられた保護に値する自由な競争の在り方に従う形で、規範名宛人と供給業者間の契約保護に係る利益の衡量が図られていた。さらにより有利な取引条件の獲得に係る需要競争の本質論に専ら依拠する理論構成であった。
- すなわち、上記 BGH 等の判決は、基本的に市場の競争の在り方に対する関心が理論的基盤をなしている。
- これに対し、代金減額に関する優越ガイドラインの上記規定とその解釈論は、ケーラーの行為基礎障害法理と同じく、一対一の当事者間の衡平に係る契約法的な捉え方が特徴的である。

⁹¹⁸ 川瀨昇「セブン-イレブン・ジャパン優越的地位の濫用事件」ジュリスト 1398号(2010) 289頁。

⁹¹⁹ 参照、前掲、Ⅷ、2、(2)の(2-1)。

(7) 契約交渉過程の適正さ

(7-1) 独禁法；

i) 優越ガイドラインは、第4、3の(5)において、独禁法2条9項5号ハの「取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定...する」行為類型として、「ア 取引の対価の一方的決定」を挙げている。そこでは以下のように規定されている。

ii) 優越的地位にある行為者が、「取引の相手方に対し、一方的に、著しく低い対価又は著しく高い対価での取引を要請する場合であって、当該取引の相手方が、今後の取引に与える影響等を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合」に優越的地位の濫用として問題となる。この判断については、対価決定に係る「十分な協議」の有無等の対価の決定方法の他、「他の取引の相手方の対価と比べて差別的であるかどうか、取引の相手方の仕入価格を下回るものであるかどうか、通常の購入価格又は販売価格との乖離の状況、取引の対象となる商品又は役務の需給関係等」を総合判断する。

以上の禁止の原則に対し、次に例外規定が定められている。優越的地位の濫用の問題とはならない場合として、①要請された対価で取引する他の同業者が存在し、当該要請が、「対価に係る交渉の一環として行われ」、その額が需給関係を反映したと認められる場合、②いわゆるボリュームディスカウント等、取引条件の違いを正当に反映する場合が挙げられている。

iii) ここに掲げた、独禁法の契約交渉過程の適正さに対する審査は、カルテル法との対比を前提にして以下の特徴をもつ。①今後の取引への影響を懸念して不利益を受け入れるという、自由かつ自主的な判断の障害が、違法性判断の重要な指針となっている。②独禁法2条9項5号ハの「不利益」な「取引の条件」の要件に従い、対価の適正さの内容審査が、他の同種取引との差別性、コスト割れの状況、通常取引からの乖離の程度そして需給関係等の判断項目を具体的に列挙のうえで重視されている。③他方で、同じく2条9項5号ハの不利益条件を「設定...する」要件に鑑みて、取引条件の設定を左右する契約交渉過程の適正さの審査も「対価に係る交渉」における「十分な協議」の行われる要請となる。この点は、上記のように「ア 取引の対価の一方的

決定」とされる当該問題行為の類型に係る標記からも、交渉過程の適正さを保つ要請がうかがわれる。

- iv) さらに、優越ガイドラインにおいては、契約後の受領拒否に係る「同意を得て」の文言について、了承という意味表示を得ることであり取引の相手方が納得して同意した趣旨であることが規定され（第 4、3、(1)、(注 19) 参照）、従業員派遣の要件とされる取引の相手方との「合意」とは、「当事者の実質的な意思が合致していることであって、取引の相手方との十分な協議の上当該取引の相手方が納得し」たことを求めている（2、(2)、イ及び（注 14））⁹²⁰。
- また、前述の協賛金等の負担の要請では、その負担額及び算出根拠、用途等について、相手方との間で明確になっておらず、あらかじめ計算できない不利益を与える場合に優越的地位の濫用が問題になる。この点も交渉過程の適切さに係る⁹²¹。

(7-2) カルテル法；契約交渉における開始要求の評価；全体条件のセット説対個別要求説

- i) エデカ事件では、交渉開始の要求から続く交渉で、反対要求による減額がされた場合に、結果的に最初の要求が成功しなかった場合でも違法とされるべきかが問題になった。
- ii) 2018 年 BGH 判決はこの点を積極に解したが、開始の要求が後の交渉に及ぼす影響評価を含め、交渉過程の適正さを審査し相対的市場力の行使をコントロールする論点につき、行動経済学の成果に対する評価の相違も合わせ論争があった。第一説は、引き上げられた最初の個別要求の妥当性についても、交渉当事者が行う議論の全過程をみることで全体条件の成果が問題にされるべきであるから、契約の全体条件のセットをみる立場があった。他方、こ

⁹²⁰ 「返品」（第 4 の 3 (2)）の「合意」も同様。

⁹²¹ 以上を受けて優越ガイドラインの第 4 の 3 における (5) には、優越的地位にある取引当事者に求められる、交渉過程における適正さに関する次のような規定も存する。「一般に取引の条件等に係る交渉が十分に行われなるときには、取引の相手方は、取引の条件等が一方的に決定されたものと認識しがちである。よって、取引上優越した地位にある事業者は、取引の条件等を取引の相手方に提示する際、当該条件等を提示した理由について、当該取引の相手方へ十分に説明することが望ましい」。

の立場に批判的な第二説は、最後の要求を待ってそれまでの個別条件を総合評価するならば、力に条件づけられた交渉過程をコントロールするという、個別交渉が適切になされる要請が軽視されるとする⁹²²。

- iii) この問題では、規範名宛人の行為の濫用評価に係って、以下の点が決定因として作用する。すなわち、契約の全体条件のセットをみる立場によるのか、ある要求の直接に対応する反対給付との関係をみるのかである。すなわち上記第一説によっては、全体条件のセットを観察するという濫用評価の基本的立脚点に従い、個別要求における給付と反対給付の関係が問題になる交渉個々の段階の在り方は、重視されない傾向がある。むしろかかる個々の交渉の集積である最終成果が重視される。

個々の交渉過程の在り方よりも最終成果を重視する契約の全体条件のセットをみて濫用該当を判断することは、規範名宛人のおかれた市場の競争の在り方を踏まえて、交渉の各段階における交渉態度が評価されることを意味する。需要市場における自由な競争の保護に重点を置いて、取引当事者間の交渉過程の評価がされることとなる。

- iv) 前記 BGH 判決が利益強要禁止の濫用評価で、契約条件の全体セットをみるテストを採用したことは、初めの要求だけでも濫用になるとの上記判示にもかかわらず、契約交渉過程における適正さを維持する結果を困難にするものであった⁹²³。

(7-3) 検討

- i) 契約交渉過程の適正さを確保する要請からは、需要力の濫用的行使に係る評価として、個別要求の給付に対し、反対給付の関係を直接的に観察することが求められる。協賛金等の負担の要請と従業員派遣の優越的地位濫用の該当性判断に関し、優越ガイドラインは、取引の相手方が得る直接の利益を問題にする。

⁹²² BGH はエデカ事件判決で、全体条件のセットの観察により濫用該当を判断することから、最初の要求が成功しなかった場合でも違法となると判断したにもかかわらず、第一説の立場によるとみなされることは、前掲Ⅷ、5の(4)を参照。

⁹²³ 前掲、Ⅷ、5、(4)におけるiv)を参照。

- ii) この点と合わせ、上記「取引の対価の一方的決定」の規定が、対価の適正さの内容審査を重視し、また「対価に係る交渉」における「十分な協議」の行われる要請を挙げている点も併せて注目される。
- iii) 結論として、日本法においては、契約交渉過程の適正さを維持する要請は相当に重視される。個別交渉の要求に係り、給付に対する反対給付が直接的な対応関係が求められる。さらに対価の内容審査が重視されて、かつ個々の交渉における協議の十分の行われる要請も規定されていることによる。
- iv) これに対しカルテル法においては、BGH は規範名宛人の利益提供の要求に対する業績性に係る評価につき、契約条件の全体的セットを観察するアプローチをとった。また、2016年のBGH 上告不許可処分抗告決定は、シナジーボーナスに対し負担額の算出根拠について明確さを求めない控訴審判決の判断を容認している⁹²⁴。同決定はさらに、要求額の計算方法の提示がなく正確な追加の品揃えが不明であり、その具体案の提示がない品揃え拡充ボーナスについても、現存する商慣習との適合性が利益衡量の枠内で認められている⁹²⁵。
- さらに第9次GWB改正で導入された「後付け可能性」の要件について、規範名宛人の要求を相手方が要求の根拠及び要求額の計算ができることを求めるが、この改正規定も以下の問題が指摘される。かかる要件は、利益衡量論の多様な考慮要因の一つとして一定の重要性を有するが、専ら後付け可能性を欠くことをもって実質的正当性がないとの結論は導かれない。その場合、あらかじめ予期することのできない不利益を相手方に与える恐れが問題になる。この点も学説上、利益衡量においては、現に存する商慣習が存在すれば、かかる恐れの有無は消極に解される⁹²⁶。
- v) 結局カルテル法においては、個別要求に関する給付と反対給付の直接的対応関係を求めないこと、具体的な説明義務の有無は現に存する商慣習に左右されることから、契約交渉の各段階で適正さを求めることは、独禁法で求められるレベルでは重視されていない。

⁹²⁴ 前掲、Ⅷ、1、(5)の(5-2)を参照。

⁹²⁵ 前掲、Ⅷ、1、(4)の(4-2)を参照。

⁹²⁶ 前掲、Ⅷ、6、(4)の(b)「利益衡量の一要因としての『後付け可能性』」を参照。

2. 違法性判断基準を導く指導理念

(1) 行為者及び相手方段階での優位・劣位

(1-1) 独禁法；優越ガイドラインと間接競争侵害説

- i) 公取委は、優越ガイドラインで優越的地位の濫用規制に係る公正競争阻害性の不当性基準を明らかにしている。それによれば、先ず、優越的地位にある一方当事者が、取引の相手方に対し、正常な商慣習に照らして不当に不利益を与えることは、「当該取引の相手方の自由かつ自主的な判断による取引を阻害する」点に公正競争阻害性を見出している。これは、自由競争基盤の侵害と称される独禁研報告書の立場を踏襲したものである⁹²⁷。
- ii) さらに同ガイドラインは、自由競争基盤の侵害の要件以外に、次の規定を付加している（優越ガイドライン第1, 1を参照）。それは、かかる不利益を与えることによって、「当該取引の相手方はその競争者との関係において競争上不利となる一方で、行為者はその競争者との関係において競争上有利となるおそれがある」点を、公正競争阻害性の定義規定に含めている。この記述はいわゆる間接的競争侵害説といわれ、上記不利益を与えることによって、取引の相手方段階の競争を取引の相手方に不利となる形で侵害し、行為者段階の競争を行為者に有利になる形で侵害する点に本規制の意義を見出す立場である。
- iii) 公取委の法運用でも、審決等の記述で優越的地位の濫用規制の趣旨について公正競争阻害性に係り、一般論的にこの点に言及されてきた。ところが近時、間接競争侵害に係る行為者段階と相手方段階の優位・劣位を取引依存度の閾値を用いて測定し、優越的地位の認定を判断したと解される事案が登場するに至っている。
- iv) 不公正な取引方法の各規定の特徴を明らかにする公正競争阻害性の三分類説⁹²⁸に係る概念規定は、具体的な解釈基準を導く指導理念であると共に、

⁹²⁷ 独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」（昭和57年7月8日）NBL262号57頁。

⁹²⁸ ①自由な競争の確保、②競争手段の公正さの確保、③自由競争基盤の確保のからなる公正な競争が妨げられている状態をいう。かかる状態は、「公正競争阻害性の三つの意味」ないし「独禁研報告書の3つの視点」ともいわれる。根岸／舟田『独占禁

個別事案の法解釈を導いた違法性判断基準が、かかる指導理念に根拠付けられていることを示すものでなければならない。従って、優越的地位濫用の規定において、公取委による公正競争阻害性の概念規定に取り入れられた間接競争侵害の指導理念は、個別事案の具体的違法性判断を導くとともに、個別事案で実際に用いられた違法性判断基準がかかる指導理念に基礎づけられ説明されなければならない。この点において、優越的地位の認定において用いられた具体的判断基準の働きが、公正競争阻害性に取り入れられた自由競争基盤の侵害と間接競争侵害の両指導理念にどのように対応しているか問題になる。

- v) 山陽マルナカ審決は、優越的地位の認定に係る判断要因の総合的考慮において、以下の特色をもつ。取引依存度が閾値以下の一定範疇の取引先について、「不利益行為」の要請に係る事実及び取引先変更の困難性、その他取引必要性と重要性を示す具体的事実について、それら基準を上記総合的考慮で十分に考慮せず、他方、取引依存度を重視した認定を行った⁹²⁹。「不利益行為」を受け入れている事実、取引先変更困難性やその他行為者と取引する必要性と重要性を示す具体的事実の基準は、主に自由競争基盤の侵害に係る指導理念に対応する。この点の考慮が十分になされず、取引依存度が重視された一定範疇の取引先に対する優越的地位の認定は、当該規定の公正競争阻害性についての考慮として、間接競争侵害に係る考慮が重視されたと説明できる。すなわち、行為者と取引の相手方段階の優位・劣位の生じないことを重視して、一定の閾値以下の取引依存度の取引先の範疇を優越的地位の関係にないとした。

(1-2) カルテル法；受動差別禁止から利益強要禁止への移行

- i) エデカ事件 2018 年 BGH 判決において、19 条 2 項 5 号の保護目的の転換が明らかになった。受動差別禁止の需要者段階の優劣を問題にする水平的な競争侵害の評価から、取引の相手方に対する需要者の力の強化を問題にした

正法概説〔5 版〕(2015) 184 頁、金井他編著『独占禁止法〔6 版〕(2018) 256 頁 (川濱昇執筆)。

⁹²⁹ 前掲本稿〔1〕、註 9 拙稿ジュリスト 104～105 頁参照。

垂直的方向で利益強要禁止の評価に転換がされた。この判例の立場は、第7次 GWB 改正並びに2007年「価格濫用改正法」及び第8次 GWB 改正により、需要者の相手方に対する要求につき競争者に対する「優位の条件」の提供から、単なる「利益」の提供に改正がされ、また取引の相手方の規模に依拠しない垂直方向での保護対象の拡大（中小事業者の限定から大規模供給業者を含めた保護）の立法動向に対応するものである⁹³⁰。

- ii) 上記 BGH 判決は、垂直方向の保護目的を肯定する根拠として、「規範名宛人の競争者に保護を限定するなら、当該規定は需要独占の場合には何らの適用領域も有さなくなる。けれどもかかる事態にあつては、最も重大な競争上の危険が存する」ことを挙げた⁹³¹。
- iii) 1980年に受動的差別を禁止する旧 GWB26 条 3 項が導入されて以来、当該規定の発動を拒む大きな要因が、因果関係の立証を要求する「市場地位を用い」てはならないとする文言⁹³²と、「優位の条件」の文言であつた。後者は当該禁止を、差別禁止規定の補完的な特別規定と位置付ける立場の本質的徴表⁹³³であり、また、その禁止の実例を欠く根本的原因とされていた⁹³⁴。
- iv) カルテル庁はエデカ事件決定において、市場における優位・劣位を問題にする差別禁止法理では行為に即した、市場の影響が不明確になる問題を指摘した。需要者／供給者間の個別取引関係で、販売促進等の便益供与に対する割引やリベート提供等の反対給付によつた、より有利な取引条件を目指して行う需要競争が行われる。かかる需要競争にあつては、ライバルとの比較優位を秘密にしておく本来的傾向があるため、利益強要との区別が困難になる指摘である⁹³⁵。

⁹³⁰ 前掲 I、4 の (2) 並びに 5 及び 6 を参照。この点をエデカ事件 2018 年 BGH 判決は、根拠付けに引用する。前掲 VIII、3、(2)、(2-1)、(b) の ii) を参照

⁹³¹ 前掲 VIII、3、(2)、(2-1) の (b) の iv) を参照。

⁹³² 前掲 I、1、(3) 及び 7 の (2)、さらに VIII、4、(4) の (4-1) を参照。

⁹³³ 前掲 IX、2、(3) の (b) を参照。

⁹³⁴ 前掲 I、4 の (2) を参照。

⁹³⁵ 前掲 VI、3、(4) の (4-1) を参照。

v) 以上のドイツの立法と法運用上の経験は、市場の優位・劣位を需要者の要求によって生ぜしめることを要件化するならば、規定の発動に大きな困難を伴うことを示す。

(1-3) 検討

i) 間接競争侵害は、優越的地位の濫用の公正競争阻害性を「説明するための証明の道具」に過ぎないとの指摘がある⁹³⁶。間接競争侵害説は、そもそも昭和 28 年独禁法改正において新設された取引上の地位の不当利用に係る規定を独禁法の体系的整合性を保つ必要から、自己の取引上の地位を不当に利用するという法の要件を公正な競争秩序維持という要請に歩み寄らせて構成された。規定の制定から間もない時期に、世界的にも「適切な先例を見出すこともできない」立法の状況にあっても、「十分な存在理由の存することに疑いはない」規定の存続のため主張された⁹³⁷のであり、その後の同規定の定着にこの説の果たした意義は認められるべきである。

しかし違反事例が蓄積され、優越的地位濫用の禁止規定に関する競争政策上の意義が高まっている現在の状況下にあつて、上記のように具体的な要件規定の解釈に係り、問題のある違法性判断を下す懸念がある事態は看過されない⁹³⁸。間接競争侵害に係る行為者と相手方段階の優位・劣位を問題にする優越ガイドラインの記述の意義が、問題にされるべきである⁹³⁹。

ii) カルテル法において、BGH は利益強要禁止の垂直方向の保護目的を明らかにする根拠として、水平的方向において規範名宛人の優位が問題にされるならば、需要独占においてはもはやかかる優位は生じないのであり、その場合の「最も重大な競争上の危険」を看過する誤りを指摘した。

また、優越的地位濫用規制においても、同様な指摘が、市場の相手方すべて

⁹³⁶ 間接的競争侵害説のこのような紹介をするものとして、参照、岡田外司博「優越的地位の濫用規制の最近の展開」日本経済法学会年報 35 号（2014）7 頁。

⁹³⁷ 今村成和『独占禁止法』（昭和 36 年）129 頁。

⁹³⁸ 競争者間の有利・不利が具体的な違法性判断基準として用いられる「危険性」は、既に以前より批判的に指摘されていた。舟田正之「公正競争阻害性の再検討—優越的地位の濫用を中心に」公正取引 671 号（2006）54 頁（舟田・再検討と略称）。

⁹³⁹ 宮井雅明「不公正な取引方法の論点」公正取引 810 号（2018）21 頁。

に行なわれた場合も含めて、根岸教授によりなされていた⁹⁴⁰。

iii) かかる競争法政策上の危険に係る問題指摘は、違法性判断基準を導く法の指導理念の基礎に即してなされたもので重要である。この点から、取引の相手方段階の影響についても、例えば双方向的寡占の状況にある需要者と供給業者間で、全ての供給業者に対し同様な不利益行為の要求が行われた場合も、相手方段階における優位・劣位は生じないことになる。しかし、2014年のカルテル庁食品小売業部門調査からは、このような寡占的状況は生じうるのであり、かかる場合の競争上の危険も重大である⁹⁴¹。そして、日本法においてもこのような競争上の危険に関する問題指摘は妥当する。

(2) 行為の広がり

(2-1) 独禁法；多数の市場の相手方を把握

公正な競争を阻害するおそれの認められやすい場合として、行為者が多数の取引の相手方に対して組織的に不利益を与える場合が例示されている（優越ガイドライン第1の1参照）。そして、これとほぼ同様な指摘が、近時の審決でも踏襲されている⁹⁴²。

(2-2) カルテル法；市場参加者の観点からする市場の競争の在り方の把握

カルテル法の需要力濫用規制において、需要者が多数の取引の相手方に対し、組織的に不利益を与える結果を、実質的正当化の判断基準の考慮に据えた運用例は存しないとみられる。エデカ事件2018年BGH判決は、19条2項5号の濫用該当の判断において、契約条件の全体的観察をする手法を採用した。同手法は、搾取濫用規制につき、比較市場概念に従う価格及び取引条件の濫用該当の判断について、需要者の存する市場の競争の在り方に注目して判断した。か

⁹⁴⁰ 「間接的自由競争侵害説によれば、競争者すべてが同様の行為を行ない又は受けておれば、競争上有利・不利は生ぜず、問題がないことになり不都合な結果となる」。根岸・年報27号（前掲註109参照）32頁、註27。

⁹⁴¹ このような想定例は、他にも、行為者だけでなく、その競争者も全て同様な行為を行った場合として指摘できる。岡田（前掲註936）7頁。

⁹⁴² エディオン事件（前掲1、(1) (1-1) 参照）・審決書47頁。山陽マルナカ事件（前掲1、(1) (1-1) 参照）・公取委審決（平成31・2・22）審決書42頁

かる判断は、当該契約の競争志向の特徴把握に起因する観察手法であり、こういった特徴把握が求められる原因は、競争下に置かれた需要者のリスク負担を配慮したことによる。19条2項2号の搾取濫用と同5号の利益強要禁止でその濫用該当性の判断が、契約の全体条件のセットみる手法に依ることで、需要者のリスク負担に配慮する構成をとったことは、需要者の競争能力に配慮することでもある。需要力濫用規制の実例における市場の競争の在り方についての把握の特徴は、濫用行為を市場における広がり視点で捉えるのではなく、競争単位としての需要者に及ぶ市場における競争の影響が考慮される⁹⁴³。

このような市場の競争の在り方を個々の市場参加者において捉える搾取濫用の判断は、上記のBGHの判例に批判的なブンテの約款規制理論によった濫用概念の把握にも共通する。ブンテは、取引条件（給付の束）の全体的観察によつては、弱い当事者へのリスク負担を押し付ける事態を懸念する。かかるリスク配分の衡平を維持する機能をカルテル法の任務とする立場も、市場参加者である取引の相手方保護の視点前面に出る⁹⁴⁴。

(2-3) 検討

近時のカルテル法における需要力濫用の判例は、受動差別禁止から利益強要禁止への移行に伴い、搾取濫用として需要者と取引の相手方との関係を規律する方向へ変わった。その場合、市場における競争の影響は上記の競争単位の観点から問題にされている。この傾向は、判例の搾取濫用の規制を、約款規制法理の援用を主張する立場にあっても、市場参加者の視点から市場の競争による影響を捉えていると評価できる。何れも行為の広がりをみない点では一致している。

他方優越的地位濫用規制にあつては、濫用行為自体に公正競争阻害性が内在しているものと捉える自由競争基盤の侵害説によれば、上記の行為の広がりを公正競争阻害性の判断要素とする公取委の立場に対しては、行為の広がりは公

⁹⁴³ 前掲、Ⅷ、3、(2)、(2-5)における(e)、さらにX、1、(2)(2-4)及び(3)のiiiを参照。

⁹⁴⁴ 前掲、X、3、(2)の(c)を参照。

取委の事件選択の基準として理解すべきとの批判が向けられる⁹⁴⁵。行為の広がりや公正競争阻害性と関連付けて論ずる記述は、昭和 57 年の独占禁止法研究会「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」にも存し、当時の担当官は当該行為の公正な競争秩序を考慮する趣旨によることを述べる⁹⁴⁶。これに対し、公正な競争秩序という公益は、濫用行為自体に内在すると捉える上記批判は、行為者と取引の相手方双方につきその競争者との関係で市場の競争の影響をみるのではなく、単独の影響を問題にする。そして、市場の影響把握はかかる手法によって可能であることが、前記カルテル法による近時の判例学説の傾向も示している。以上から、行為の広がりやを捉えるアプローチの特異性が問題になる。

(3) 利益衡量論

(3-1) 独禁法；自由競争基盤の確保による不当性基準の限定

独禁法 2 条 9 項 5 号に規定された不当性の判断は、「正常な商慣習に照らして不当に」の文言に従い、「公正な競争秩序の維持・促進」の目的から自由競争基盤の侵害とされる（優越ガイドライン第 3 参照）。

具体的な違反行為の濫用該当性に係る判断では、前述の従業員派遣の要請（1、（5-1）の（b）参照）のように、優越的地位にある事業者の要求に対する直接の利益の概念や、あらかじめ計算できない不利益の概念により審査が行われ、利益衡量の手段は用いられない。

(3-2) カルテル法；契約条件の全体セットのテストと利益衡量

i) BGH は、19 条 2 項 5 号の実質的正当化の要件指標に関する無限定と、それゆえ専ら利益衡量による他ない結果について以下のように述べた。GWB において、要求の理由あるいは反対給付に関する一定の種類と形式、供給業者、商品あるいは売上げ関連の業績適合性について何の基準も規定されてい

⁹⁴⁵ 根岸哲編『注釈独占禁止法』（2009）499 頁（根岸執筆）、金井他編著『独占禁止法〔6 版〕』（2018）359 頁（金井執筆）。

⁹⁴⁶ 「不公正な取引方法に関する基本的な考え方」NBL262 号 57 頁、第 2 部、九の（3）。田中寿「不公正な取引方法（一般指定）改正案の概要」NBL256 号 15 頁。

ない。利益強要禁止の意味と目的は競争の自由を志向した GWB の目標設定の下で市場参加者の利益を包括的に衡量し、実質的に正当化されない利益の要求を禁止する点にある⁹⁴⁷。

- ii) また、BGH エデカ事件 BGH 判決は、濫用行為該当性の判断につき、契約全体の条件をセットとして検討することは、関係人の包括的な利益衡量を導くと構成した。この全体条件のセットのテストは、搾取濫用の Favorit 事件 BGH 判決に基づく。Favorit 判決によれば、全体条件のテストは、需要市場における当該契約の競争志向の特徴に即する判断基準であり、さらに競争下にある市場支配的事業者のリスク負担が重視されている。エデカ事件判決は、利益強要禁止の保護対象とされた取引の相手方の利益に限られず、規範名宛人のおかれた市場の競争の在り方がカルテル法の保護法益として利益衡量に計られることを示す⁹⁴⁸。
- iii) 他方で、BGH は個別要求に対する、反対給付の「直接的な対応関係をみる立場」を、明確に退けた⁹⁴⁹。
- iv) 利益強要禁止の不当性判断が利益衡量による理由として、さらに BGH は以下の市場支配力濫用規制における体系的整合性を保つことを挙げる。GWB19 条 2 項 1 号の差別禁止に関し、不当性の要件指標はなんらの限定を規定しない。同じく立法資料はこの点につき何も告げない⁹⁵⁰。
- v) 具体的な利益の衡量では、商品特性である需要の弾力性が考慮された。すなわち市場効果として、協賛金を要求した流通業者の売り上げの増加が他の流通業者の売上げ減少に対峙する関係を捉えた。商品と市場の特性によって判断が左右され、予測可能性で問題を生じる恐れがあった⁹⁵¹。

⁹⁴⁷ 前掲、VIII、3、(2) (2-3) における (b)、さらに (7) (7-4) における「(b) 利益衡量とカルテル法上の体系的整合性」を参照。

⁹⁴⁸ 前掲、X、1 (2) (2-4) 及び (2-5)、さらに (3) の iv) を参照。

⁹⁴⁹ 前掲、VIII、3、(2)、(2-5) (e) の iv) を参照。

⁹⁵⁰ 前掲、VIII、3、(7)、(7-4) を参照。

⁹⁵¹ 前掲、VIII、3、(7)、(7-6) の (d) における iv) 及び (7-7)、さらに VIII、7、(3) の (b) における ii) を参照。

(3-3) 検討

- i) 優越的地位の濫用禁止においては、直接の利益やあらかじめ計算できない利益のような具体的な不当性の判断基準によって審査がされる。これにより、19条2項5号のように関係者の包括的な利益衡量によることなく、需要の弾力性の考慮に示される予測可能性で問題を生じる懸念は相対的に低い。
- ii) カルテル法の利益強要禁止における利益衡量では、市場参加者の利益衡量が包括的に行われる。その場合には、規範名宛人と取引の相手方のみでなく、需要市場における規範名宛人の競争者、取引相手方の競争者、下流市場における消費者の利益が衡量される。
- iii) 上記 ii の点を以下に敷衍する。ライバルに対する競争優位の戦略としてより有利な取引条件の獲得を目指した需要競争の本質論が、2018年エデカ事件BGH判決で採用された。19条2項5号の利益強要禁止が、市場支配力の濫用監視の体系に位置づけられたことから、体系的な整合性を維持する企図と合わせて、同判決の利益衡量論に影響を与えている。利益衡量においては、唯一の指導理念である競争の自由が、水平的な需要者間の競争に対する配慮を導く。かかる配慮が上記需要競争の本質論及び体系的な整合性確保の企図と合わせて、水平的な方向での競争保護を要請する。これに対し利益衡量が相対的市場力の行使に係る不当性基準として用いられる場合、垂直方向の保護が非常に広範なものになる指摘があった（フックス）⁹⁵²。
以上のカルテル法の利益強要禁止における利益衡量論の位置づけは、水平的方向と垂直的方向で異質な利益を複数の当事者が有することと係り、この点においても予測可能性の観点から問題がある。さらに、水平的方向でのカルテル法上の保護法益と垂直的方向での契約法に係る民事法上の利益とで、その調整を図るために求められる指導的理念の欠如が問題とされる。
- iv) 独禁法では、優越的地位にある事業者と相手方の関係における給付と反対給付が専ら問題にされる。上記 iii) のカルテル法の場合と比較して、一対一の関係における民事法的関係に焦点を絞った不当性の審査になる特徴がある。

⁹⁵² 前掲、Ⅷ、7(3)、フックスの見解については同じ箇所の(a)のii)を参照。

3. 需要力濫用規制の基礎理論

(1) 需要競争の本質論

(1-1) 独禁法

(a) 需要者が受動的に選択される需要競争の側面と取引先選択の自由

- i) 序で触れたように、競争の本質的徴表として、「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」が挙げられる⁹⁵³。この点について需要競争の場合は、以下のように考えられる。
- ii) 我が国における需要競争の一般的な理解では、先ず、以下の側面があげられている。需要者間で、相互に供給者に有利な対価を提示し合い、供給者から受動的に選択され取引を獲得するという競争である。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、対価支払いで高く買う競争を行う。需要競争のこの側面は、取引の機会を獲得するために供給者側から受動的に選択される結果を競う点が特徴的である⁹⁵⁴。
- iii) 需要競争のこの側面の理解では、供給者には取引先選択の自由が確保されている点が前提となる。他方ドイツで強調される需要競争の側面は、(b)で述べる需要者が積極的に供給者に働きかける特徴をもつ需要競争であるが、供給者の取引先選択の自由はかかる積極的な働きかけを抑制する。

(b) 需要が供給者に積極的に働きかける需要競争の側面

- i) そこで、需要者が供給者に向けて、積極的な働きかけをしてライバルの需要者に対して競争優位を得るために、より有利な条件で取引機会を獲得するよう努力することも、「他を排して取引の機会を得ようと努力する」競争の重要な指標とされるであろう。このような需要者が供給者に対してより積極的な働きかけをして、ライバルに対しまた従前の取引に比較して、より有利な取引条件を需要者間で競う需要競争の側面も、優越的地位の濫用に係る禁止が問題になるガイドラインや想定例において、黙示的であるが、積極の前

⁹⁵³ 前掲註 11 を参照。

⁹⁵⁴ 前掲註 10 を参照。そして、需要者による供給者に対する働きかけとしては、基本的に対価の競り上げという側面が中心となり、それ以上の積極的な働きかけはイメージされない傾向を指摘できる。

提的評価を与えられていると考えられる。

ii) この点に関し、食品小売業者のような需要者がライバルに対し競争優位を獲得する結果を目指して、売手である納入業者に対して行われる積極的な働きかけであって、納入業者に便益や利益をもたらす、自社にとって有利な取引条件を引き出すための誘因的行為として、以下のようなものが挙げられる⁹⁵⁵。

①「品揃えの広がり（生産物及び製造物の数）」、「品揃えの厚さ（製品毎のブランド数）」を高めること、また全面的品揃え⁹⁵⁶の方針により、当該納入業者の取り扱い商品を増す。②小売業者の店舗内売り場スペースあるいは商品棚において、顧客の最も目につきやすい場所に売上げの期待できる商品を置くこと⁹⁵⁷により、当該納入業者の製品の売上を拡大する。③催事、広告等の販売促進活動⁹⁵⁸で当該納入業者の製品を特別に優遇する。④物流センター等の流通業務用の施設を使用させることで⁹⁵⁹、当該納入業者にコスト節減効

⁹⁵⁵ 以下に述べる、供給業者に対する積極的な働きかけであって、流通業者にも有利である納入業者に便益や利益をもたらす誘因的行為の説明は、現代的な小売商業の機能を論じた以下の商学理論に依拠しつつ行った。森田克徳『現代商業の機能と革新事例』（2004）51頁（流通機構の末端に位置する小売商業は生産と消費の間の人的・時間的・場所的隔離である経済的間隔を架橋すべく、卸売商業からいわばバトンを受けて最終消費者が求める商品を提供することを担い、最終消費者の商品選択・購買を容易にする役割をもつ。そのための機能として、商的流通機能については品揃え形成、在庫管理、販売等のマーチャンダイジング、物的流通機能として商品納入、在庫の保全・配送、助成的機能では金銭負担、危険負担がり、さらに促進的機能として消費動向の情報提供支援が指摘できる）。

⁹⁵⁶ 前掲Ⅲ、1、(3)を参照。

⁹⁵⁷ 参照、越知保見「流通激変の環境下における優越的地位濫用規制の新たな課題—『優越的地位』の源泉は何か」別冊公正取引 No.1（2011）22頁以下、28頁（越知・別冊公正取引 No.1と略称）。

⁹⁵⁸ 催事、広告等により納入業者の販売促進につながるなど、当該納入業者にとっても直接の利益となる場合に、流通業者の負担金要請に対し取引に相手方の自由な意思により、応じる場合には優越的地位の濫用の問題とならない。優越ガイドライン、第4、2、(1)、イ、を参照。

⁹⁵⁹ 優越ガイドライン、第4、2、(1)、イ、〈想定例〉の⑥を参照。流通業者が自社で物流センターを設けて、仕分けや店舗までの配送等を行えば、納入業者としては同センターへ納品するだけで足り、費用削減になる。このように取引相手の費用削減に結びつく業務合理化経費の負担はその額や算出根拠等について十分協議され、納入業者が納得の上負担するものであれば、独禁法の濫用行為に該当しない。長澤・

果をもたらす。⑤柔軟な安売り、大幅な値引き⁹⁶⁰で当該納入業者の製品の売り上げ拡大を目指す、等である。

- iii) 上記 ii) で掲げた納入業者に提供される便益や利益によって、流通業者がより有利な取引条件を獲得する誘因行為を行うことは、独禁法においても需要競争の保護対象に含まれる。すなわちかかる便益や利益を提供する反対給付として、協賛金やリベートを受け取り、ライバルに比して有利な取引条件を獲得する正当な需要競争と認められる。

(1-2) カルテル法

(a) 専ら需要者の積極的な影響行使を重視する需要競争論

- i) 独禁法の需要競争論で一般に考えられてきた、上記 (1-1)、(a) の需要競争の側面は、ドイツでは、論議される傾向は比較的乏しい。すなわち、相手方から受動的に選択されて取引の機会を獲得するために対価支払いで高く買う競争に対する関心は低い。
- ii) ドイツの判例、学説の大方の傾向として、需要競争の本質論として語られるのは、専ら需要者の積極的な影響行使である、より有利な取引条件を獲得する競争の側面である。この側面の競争法上の分析はマーケットにより整備され、1996 年の“Pay-TV-Durchleitung”の BGH 判決及び 2018 年エデカ事件 BGH 判決に引用され、また独占委員会の需要力濫用規制反対論ないし強化反対論の根拠になっていた⁹⁶¹。
- iii) 市場の相手方との関係で需要者の積極的な影響行使が重視される、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争にあつては、その影響行使は、以下の二つの態様で行われる特徴もつ⁹⁶²。

解説（前掲註 908 参照）229 頁。

⁹⁶⁰ 前掲、III、1、(3) を参照。

⁹⁶¹ 前掲、IX、1 の (2)、VIII、3、(2) の (2-3) 及び II、3 の (4)、さらにメストメッカーが委員長になった独占委員会の「隠れた競争」論も、より有利な取引条件の獲得を目指した需要競争論に重点をいた立論になっている、I、1、(2) の (a)。後者の「隠れた競争」論との関係につき、参照、前掲 IX、2、(2) の iv)。

⁹⁶² 前掲、IX、2 における「(1) マーケットの需要競争の本質論」及び「(2) 給付／反対給付の不均衡と需要競争の本質論」を参照。

①需要者の負担する給付に対して得られる反対給付の可能な限り良好なレベルを求めることから、影響を行使した結果につき当事者間で給付と反対給付の均衡しない傾向も示す。

②その影響行使が、全ての供給者に同様な態様で行われることは求められない。また他の需要者について、同様に良好な取引の結果が生じなくても、さらに同じく良好なチャンスの獲得が妨げられても、直ちに違法となるものでない。

①の不均衡が需要力濫用規制として問題にされる場合、②の当該需要者とそのライバルとの優位・劣位の競争上の結果が、GWB の濫用監視の体系と整合的に規制されなければならない。

iv) 上記判例やマーケットにあっては、かかる差別的結果となる供給業者を通じた間接的な働きかけ(受動的差別)は、市場支配的事業者の濫用監視に係って、19条2項1号の不当妨害ないし実質的正当化理由のない差別の違法性が優先的に問題にされてきた。従って、19条2項5号は、カルテル法の体系構成として、同条2項1号を補完する特別規定であるとされる⁹⁶³。

(b) ケーラー教授による需要競争の二面的把握

i) 以上のようなドイツの傾向の中で、ケーラーが需要競争の二面的特性を指摘した点が注目される⁹⁶⁴。それは、需要者の積極的な影響行使であるより有利な取引条件を獲得する競争の側面とともに、取引の相手方(供給者)から受動的に選択されるものとして、需要者相互間にかかる需要者の行為自由が抑制される側面を需要競争の重要な側面として示していた。ケーラーは、需要者が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)ように制約を受ける点に一つの重要な需要競争の本質をみていた。

ii) しかしながらケーラーにあっては、2010年代の供給過剰と競争者の買収により集中化(食品小売業)した経緯から、調達市場の需要力が増大し、市場構造の変化により、需要者の行為自由を相互的に抑制する需要競争の側面は

⁹⁶³ 前掲、IX、2、(3)の(b)及び(4)を参照。

⁹⁶⁴ 前掲、II、3、(6)の(b)(c)を参照。

機能しなくなったとする。かかる事態は、市場の機能不全として捉えられるのであり、その対処として、競争政策上の実践提案（公正法体系における需要力の要件化）が要請された⁹⁶⁵。

(1-3) 検討

- i) カルテル法においては、受動差別禁止の規定導入以来、2005年まで「優位の条件」という競争者間の優位と劣位を表す規定に従い、需要力濫用規制が行われ、結果的に実効的な法運用は阻まれた。その後搾取濫用の特徴を強めて利益強要禁止の規制が試みられているが、学説や判例においてより有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争の側面が重視されることには変わりはない。そして、需要競争の本質論についてそれ以上の理論的検討は、ケーラー教授の二面的な需要競争の把握以外に、特に存しないとみられる。
- ii) その場合に、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争の本質的な属性である、市場の相手方に対し需要者がなす積極的な影響行使⁹⁶⁶の結果である給付と反対給付の不均衡（上記（1-2）、（a）のiii）の①）は、以下のように捉えられる。需要競争の本質論との関連を特に論じられることなく、搾取濫用の観点から、かかる不均衡それ自体が搾取濫用の規制対象とされ、それ以上に需要競争の本質に係っては、問題にされない傾向がある。そして、濫用該当性の判断につき、契約条件の全体的観察をする手法によった判例においては、規範名宛人である需要者の置かれた市場の競争の在り方が比較市場概念の適用による搾取濫用の判断を規定する。判例と学説で重視される需要者の積極的な働きかけの需要競争の側面からは、供給者と需要者間の一对一の関係における給付と反対給付の不均衡の問題は、自由な競争保護の問題にいわば解消されるであろう⁹⁶⁷。
- iii) 以上、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争の側面が優位した状況の問題点をみた。これに対し、ケーラー教授によるドイツの需要力濫用規制

⁹⁶⁵ 前掲、II、2、(2) 及び (3) 並びに 3、(6) を参照。

⁹⁶⁶ 前掲、IX、2、(1)、(d) のii) において、この点に係り、「GWBの目標設定としての競争の自由」に「本質内在的である」とするマーケットの見解に触れた。

⁹⁶⁷ カルテル法における運用例の極端な低さは、この点を示唆する。参照、前掲I、9を参照。

の在り方をめぐる批判において、需要競争の本質論を、需要者間の行為自由を抑制する、取引の相手方から受動的に選択される側面から把握して展開が図られた。後者の競争に係って、供給過剰と集中の進行による需要力増大から、市場の機能不全を生じている認識に立つ。この点で、需要競争において、取引条件のある面での活発な競争があっても、他の面で不均衡かつ不適正な条件形成が生じる市場の機能不全の起こりうることは、搾取濫用に関するブレンテ理論からも導けるところであった⁹⁶⁸。

iv) かかる機能不全の競争がもたらす負の効果としては、給付と反対給付の不均衡の事態を問題にされる。この是正のため、カルテル法上の解釈論として、代金減額問題で行為基礎障害の法理によって、リスク配分に関する契約法的な捉え方を採用した⁹⁶⁹。さらに、カルテル法によった規制の限界を指摘するケーラーは、民事法的規律を根底においた⁹⁷⁰不公正な取引慣行を規制する行動綱領の提案をする。

v) 需要競争において、需要者が供給者から受動的に選択される機能とは供給者の取引先選択の自由を意味する⁹⁷¹。ケーラーの理論展開にあつては、需要市場の自由な競争を、供給者による取引先選択の自由に係る市場の機能を回復するため、制限する試みがなされている。

自由な競争を限定する公正な競争確保の要請が示されているものと考えられる。

vi) 需要者の供給者への積極的な働きかけに係る側面と需要者が受動的に選択される側面の二面的特質からなる需要競争の本質論を踏まえて、需要力濫用規制の本質に係る論議に移行する場合には、需要者が取引の相手方である供給者から受動的に選択される、供給者の取引先選択の自由が働かない市場の機能不全が生じている認識が重要である。

⁹⁶⁸ 前掲、X、3、(2)における(a)及び脚注820参照。

⁹⁶⁹ 前掲、VIII、2、(5)における(5-4)、さらに(5-6)のiii)及びiv)を参照。

⁹⁷⁰ 例として、前掲II、2、(5)、(d)における「濫用的契約条項の一般的禁止」(本稿[1]の49頁)を参照。

⁹⁷¹ 上記(1-1)のiii)を参照。

(2) 需要力濫用規制の本質論

(2-1) 独禁法；自由競争基盤の侵害—間接競争侵害説の特異性

i) 優越的地位の濫用規制における公正

競争阻害性の理論的内容に即して、従来、我が国において競争法における需要力濫用規制の本質論が以下のように、大きく二つの立場で論じられてきたと考えられる。

ii) 一つの考え方は、取引上の地位の不当利用とは、取引先選択の自由に係る競争原理が働かないことを利用しての、優越的地位の濫用行為であること事態に求めるより外はないもので、この行為の不当性は、市場における競争秩序に直接影響を及ぼすことにあるのではないとする⁹⁷²。

これに対し、不公正な取引方法を「力」の濫用を規制すると捉える説から、優越的地位の濫用規定は「取引の場における力の不当利用」の総括的規定であるという位置づけをする⁹⁷³。

iii) 以上の二つの考え方を総合ないし折衷する観点から、現在の通説は、前に言及した「独禁研報告書の3つの視点」のうち、自由競争基盤の侵害をもって、優越的地位の濫用規制の根拠付けを行っている。すなわち、「取引主体が取引の諾否及び取引条件につき自由かつ自主的に判断することによって取引が行われ」という自由競争基盤の侵害である⁹⁷⁴。

⁹⁷² 今村成和『独占禁止法入門〔4版〕』（1993）165頁以下を参照。競争政策の必要性の観点からは、「公正かつ自由な競争」が機能しないために生じている不当な結果を規制の対象に取り入れることは何ら背離あるいは不自然なことではないとする。同167頁。岸井他『経済法〔8版補訂〕』（2019）306頁（向田直範執筆）（優越的地位の濫用行為の公正競争阻害性は、競争原理が働かないなかでの、相手方への抑圧に求められるとする）。

⁹⁷³ 正田彬『全訂独占禁止法Ⅰ』（1980）410頁。この立場から、取引の場における支配力の所有者が、その力を行使することで公正な競争を阻害するおそれに連なる理由が以下の通り示されている。「公正な競争秩序の一つの基本的な要素である事業者の自主性、競争機能な自由な行使が制限されたり、あるいはかかる状態を前提として、事業者の自主性、競争機能の自由な行使が確保されていけば受けることのない不利益…を強制されること」がその理由である。同410頁以下。この立場では、需要力濫用規制の根本的根拠が、事業者の自主性の確保、自由な競争機能の発揮に求められている。

⁹⁷⁴ 前掲註927の昭和57年独禁研報告書を参照。

iv) 上記に挙げた、優越的地位の濫用規制について公正競争阻害性に即し論じられた需要力濫用規制の根拠付けは、市場における競争機能の不全による優越的地位の濫用それ自体によって規制が根拠付けられるとする立場も、また「取引の場における力の不当利用」を問題にする立場も、濫用行為による市場への影響を問題にしない点で共通点があった。

v) これに対し、前記 2、(1)、(1-1) の ii) で挙げた間接競争侵害説は取引の相手方段階と行為者段階の競争上の優位・劣位という市場の競争への影響を問題にする特徴があった。そしてこの説については、当該規定の定着と存続のため主張されたという特殊な事情があった。

(2-2) カルテル法；市場の競争への影響を重視する一般的傾向

i) ドイツ GWB の需要力濫用規制においては、規制の導入時及び初期規定であるその規制を受動的差別禁止と解する傾向が多数であった⁹⁷⁵。

ii) 旧 GWB26 条 3 項(1980 年第 4 次 GWB 改正)及び 1999 年の第 6 次 GWB 改正による旧 GWB20 条 3 項には、「優位の条件」という需要者による市場の相手方に対する要求内容を表す文言が存した(競争者間の優位・劣位)。この文言は、市場支配的事業者の濫用監視に係る実質的正当化のない差別の禁止規定との関連で、2005 年の第 7 次改正まで存続した。かかる規定は、上記 3、(1)、(1-2)における iv) の体系構成上の指摘(マーケット)と同様に、実質的な正当化理由のない差別禁止(19 条 2 項 1 号)との整合性と補完性を表す。

その後、GWB は第 7 次改正から数次の改正を経て、19 条 2 項 5 号(2012 年の第 8 次改正により移行)は需要者と相手方との垂直的関係を規律する方向に修正を図り、2017 年の第 9 次改正と 2018 年エデカ事件 BGH 判決は、同項を主に搾取濫用規制として捉えている⁹⁷⁶。

⁹⁷⁵ 前掲、本稿 [1]、I の 1 から 3 を参照。

⁹⁷⁶ 立法動向については、前掲、本稿 [1]、I の 4 から 8 を参照、さらに 2018 年エデカ事件 BGH 判決につき、Ⅷ、3、(2)、(2-1)、(b) の iii) を参照。また、19 条 2 項 5 号が搾取濫用の法的特徴を強めたとする学説については、Ⅷ、7、(2) の (c) を参照。

- iii) カルテル法の受動的差別禁止の考え方においては、需要者段階で当該需要者の競争者に対する優位・劣位の差別的取扱が、規制の対象とされた。これは、「優位の条件」が需要者の相手方に対する提供を求める勧奨行為の要件とされていたことに表れている。この文言は、禁止処分の発動を拒む最大の障害とされた⁹⁷⁷。
- iv) 上記 ii) のように、近時の立法と現在の BGH 判例は 19 条 2 項 5 号を主に搾取濫用規制として捉える。この搾取濫用のアプローチは、濫用該当性の判断において取引条件の全体的セットを観察するテストによる⁹⁷⁸。かかるテストは、需要市場の競争の在り方について、競い合いの取引行為が主たる給付と付随的給付の多様な展開による実態を重視する。自由な競争の在り方に対する関心が強い。またこの点で、需要者のリスク負担が、その競争能力を維持する要請から重視される⁹⁷⁹。
- v) 近時の利益強要の禁止にあつては、このように給付と反対給付の不均衡に集中するのではなく、需要市場における自由な競争の在り方に重点を注いだ濫用の判断基準が採用された。この点は、19 条 2 項 5 号が市場支配的事業者の濫用に関する具体的な例示規定として 19 条 2 項の末尾に位置付けられていることとも合わせ、搾取規制としての体系的整合性が重視される。
- vi) これに対し、19 条 2 項 5 号について同項の他の濫用規定と異なる扱いをする、以下の少数説は、BGH の採用するところではなかった。

⁹⁷⁷ 受動的差別禁止の導入時の「優位の条件」の規定については、前掲 1、(1) 及び註 16 参照。本規定が実際の運用例を欠く原因であったことについては、I、4 の (2) を参照。

⁹⁷⁸ このテストは、広範なりバート及び付随的業績の形態を単一価格に還元して契約当事者間の利益を把握する「隠れた競争」論による、主たる業績と付随的業績を一体的に捉える経済的合理性重視の立場に近接性がある。そして、「隠れた競争」論は、ゼッカーやメストメッカーにより主張された。前掲、X、4、(3)、「(3-2) 利益強要の『隠れた競争』論と取引条件の全体的観察」における (b) を参照。さらに、ヴォルフによる給付の交換契約につき主たる業績と付随的業績を一体的に捉えて、取引条件の全体的観察に賛成する立場があつた。同 2 の (3) を参照。

⁹⁷⁹ 前掲 X、1、(2) の (2-5)、X、4、(1) の (a) を各々参照。Favorit 事件 BGH 判決の法理が基礎になっていた。参照、前掲 X、1、(3) の iii) 及び iv)。当該契約の競争志向の特徴により示される、需要者の存する市場の競争の在り方が、比較市場概念の適用による搾取濫用の判断を規定したと考えられる。

19条2項5号の新たな利益強要禁止の体制において、硬直的な交渉プロセスを生む契約条件の全体的な観察手法に対する批判がノースデュルフトによってなされた。それによれば、上記利益強要禁止の体制は、憲法上の要請からする経済的な力の分立システムに基づき、より有利な取引条件の獲得を目指す需要競争論からする要請と、力の行使を免れた契約交渉のプロセスの要請との調和を、競争の自由の法目標を志向した利益衡量の枠組みにおいて実現する試みとされる⁹⁸⁰。ノースデュルフトは19条2項5号を19条2項の1号から4号までの一般的濫用監視の規定と異なる「付加価値」を与えられた、特別規定と解した⁹⁸¹。かかる「付加価値」は契約条件の全体的な観察手法を否定することにより生じるとされたのであるが、BGHは新たな利益強要禁止の体制において、かかる観察手法によることを明らかにし、ノースデュルフトの見解を否定した。

vii) 需要力濫用規制の本質論に係り、ノースデュルフトの力の行使を免れた交渉過程論は、以下の特徴をもつ。より有利な取引条件の獲得を目指す需要者の積極的な働きかけに伴う自由な競争の保護と、力の行使を免れた契約交渉のプロセス維持の要請が、利益衡量の枠組みで折衷されている。この点で契約当事者間の対一の関係を規制する、ケーラー、ブンテ、メッシェルによる民事法的アプローチと対照的である。

viii) 搾取濫用の法的側面を強めたと考えられる新たな利益強要の禁止法制に対して批判的視角から注目されるべきは、取引条件を全体的に観察するアプローチに反対する、ブンテやメッシェルの搾取濫用の民事法的な規制理論である。利益強要が問題になる市場では、搾取濫用の場合と同様に、「広範で重要な競争の指標でなく」、価格に対する一方的な方向付けによる条件形成や、取引「条件の競争が何ら重要な意義をもたない条件形成」が行われる。

「この点は活発な競争による市場でも、現実には不均衡かつ不適切な条件形成が一般的であり得る」ことに起因する。ブンテやメッシェルの民事法的ア

⁹⁸⁰ 前掲、X、「5. 契約条件の全体的な観察手法に対する批判（ノースデュルフト）」における(2)の(a)及び(4)を参照。

⁹⁸¹ 前掲、X、5、(6)、(b)のiii)を参照。

プローチは、市場の競争とは独立に取引相手方のリスク負担を考慮する⁹⁸²。

ix) さらに上記需要競争の本質論で言及したケーラーの民事法的アプローチは、GWBの解釈理論として、遡及的契約条項の変更問題に対して行為基礎障害の法理を援用して当事者間のリスク配分問題を論じ、さらに従属性の認定問題で、長期的な契約関係をみる立場を退けて給付と反対給付の直接的対応を問題にした。また、民法原理に基づく事業者間の不公正取引慣行に対する規制（行動綱領）を、公正法体系における需要力の要件化を図る競争政策上の実践提案をした⁹⁸³。ケーラーの立論は、需要力濫用規制の本質を、市場の競争関係を規律するものでなく、一対一の関係で民事法的に規律する点に求めている。

(2-3) 検討

- i) 独禁法において、市場における競争機能の不全から優越的地位の濫用それ自体に規制の根拠付けを見出す立場は、搾取濫用として当該規制を捉える点で、カルテル法の近時の動向例（搾取濫用としての利益強要禁止）と共通点がある。しかし前者は、濫用行為による市場への影響を問題にしない。これに対し、後者のカルテル法による規制が、当該契約の競争志向の特徴により示される、需要者の存する市場の競争の在り方が濫用概念を規定する点（契約の全体条件のセットを観察する手法）で、大きな相違がある。この点は、後者のカルテル法の規律が19条の市場支配的事業者の濫用監視の体系の内に整序されているのに対し、独禁法における搾取濫用説は、公正競争阻害性に係る不公正な取引方法の体系の下におかれたことによると考えられる。
- ii) ところで、需要者の積極的働きかけの需要競争の側面に係っては、エデカ事件BGH判決は、搾取濫用の法理における契約条件の全体的観察をする手

⁹⁸² 本文のブンテ理論については、前掲X、3の「(2) ブンテの約款規制理論」、メッセル理論については、同「(3) メッセルによる約款規制法理及び判例展開の見通し」を、さらに、民事法的アプローチにおける利益強要の禁止に係る規制と市場の自由な競争の在り方の関係については、同、X、4、(3)、「(3-3) 新たな利益強要の禁止体制の問題点」における(c)のiii)及びvi)を参照。

⁹⁸³ 前掲VIII、2における「(5) 行為基礎の障害法理による民法原則の援用(ケーラー)」、次にV、2、(4)の「(c) 市場構造市場に対する行動からの推論(ケーラーの批判)」、II、3、(7)の「(b) 公正法体系における需要力の要件化(ケーラー)」を参照。

法がその働きかけを検証する。それは、働きかけをなす需要者の存する市場における自由な競争の在り方を重視するものであった。他方、このような需要者のなす自由な競争への活発な参加の態様が、供給者に及ぶ取引先選択の自由を侵害する事態をケーラーの需要競争理論は捉えていた。

iii) 市場力規制の体系において需要力濫用規制の本質を如何に捉えるかについては、需要者の供給者に対する関係において需要競争をみて、積極的な働きかけをなす側面と受動的に取引先を選択される側面との二面的理解が欠かせない。供給過剰と需要力の増大は、より有利な取引条件の獲得をめぐる前者の需要競争の側面について攻撃的な商慣行を可能としている。その結果、需要者が取引の相手方である供給者から受動的に選択される、供給者の取引先選択の自由が働かない市場の機能不全が生じさせた。ケーラーはかかる事態に対し一対一の民事法的規律による需要力濫用規制を適用する。しかしケーラーが前提にする供給者の取引先選択の自由の侵害という問題構成は、公正な競争秩序の要請に基づく民事法規律を本質とする需要力濫用規制を導くには問題がある。取引先選択の自由は自由な競争秩序の要請に基づくからである。

iv) これに対し、行為者のなす競争志向的な行為態様が存する場合であっても、行為が差し向けられている取引の相手方における取引の自由の保護を問題にして、公正な競争秩序に照らして法解釈論を導くことが舟田教授により主張されている⁹⁸⁴。相対的市場力によった濫用行為について「実質的概念としての取引の自由」の侵害を問うアプローチは、需要競争の二面的な本質把握を行い、著しい不公正な取引の受入れを余儀なくされている供給者に及ぶ市場の機能不全に対し、需要力濫用規制の本質を探る試みにおいても重要な示唆を与える。

v) カルテル法における搾取濫用規制で、全体的な契約条件のセットの観察手法に批判的なブンテやメッシェルが、約款規制法理の民事法的規律による目的から、19条2項2号における比較市場概念による濫用の判断を避けて、同

⁹⁸⁴ 舟田・再検討（前掲註938）50頁以下。

条1項の一般条項によったことが注目される。

上記のように搾取濫用に契約の全体条件のセットを観察する手法を適用する場合には、規範名宛人の存する市場の競争の在り方が問題になり、競争下にある相対的市場力をもつ事業者のリスク負担が慎重に考慮された⁹⁸⁵。これに対し、約款規制の民事法規律によるならば中心的な問題とされるのは、相手方とのリスク負担の衡平な配分の考慮である。利益強要禁止でも、かかる当事者間のリスク負担の衡平は、搾取濫用法理の適用と相まって、問題になるであろう⁹⁸⁶。

そして我が国の優越的地位濫用規制においても、当事者間のリスク配分の適正は重視されてきている（前掲、(6)、(6-3)のiii）を参照）。

- vi) リスク負担の配分に係る衡平は、著しい不公正な取引の受入れを余儀なくされている供給者について、その取引の自由の侵害（上記iv））を問題にする場合にも重視される。ケーラーが需要市場における供給過剰の問題から市場の機能不全をいう点は、ブンテやメッシュェルによる「広範で重要な競争の指標でなく」価格に対する一方的な条件形成や、取引「条件の競争が何ら重要な意義をもたない条件形成」が行われる市場状況に対応する。このような活発な競争による市場でも、現実には不均衡かつ不適切な契約条件の形成が一般的である場合には、市場における自由な競争が行われている状況から離れて、専ら一対一の関係で、民事法原理に基づく契約条件の形成に係る不均衡と不適切さを問題にするべきと考えられる。その理由には、市場の競争とは独立に取引相手方のリスク負担を問題にすることが必要な点が挙げられる。
- vii) 優越的地位濫用の規制においても、市場における自由な競争が行われている状況とは独立して、専ら一対一の関係で、民事法原理に基づく契約条件の形成に係る不均衡と不適切さ問題にすることが求められている。この要請を本稿の検討から、要約的に確認するならば、それは独禁法とカルテル法を比較して以下の点に基づく。

⁹⁸⁵ 前掲、註 979 を参照。

⁹⁸⁶ 前掲、X4、(3)、「(3-3) 新たな利益強要の禁止体制の問題点」における (c) の v) 及び vi) を参照。

- ①従属性の認定を、不利益行為を甘受している事実からの推定によっている。
これは、かかる推定を否定する BGH が行為者の要求に係り給付と反対給付の長期的な契約関係をみるのとは対照的に、直接的な対応関係を捉える。かかる関係は、当事者間の相対的な力関係が如実に反映されるのであり、一対一の間関係を捉えている⁹⁸⁷。
- ②相対的市場力の認定につき、カルテル庁が行う綿密な市場画定は必要なく、取引先変更の可能性の判断に際し、「一定の商品を具体的に取り上げて」、行為者における需要競争の状況の分析等は「ある程度必要」とされるにとどまる⁹⁸⁸。
- ③要求された利益の給付とそれに対する反対給付の関係は、カルテル法においては、行為者のおかれた市場の競争の在り方を問題にする。すなわち、契約の全体条件のセットを観察する手法である。これに対して、優越的地位の濫用では、直接の利益となる給付の対応関係をみる⁹⁸⁹。
- ④カルテル法の「遡及的な契約条件」の変更問題では、需要者間で繰り広げられた保護に値する自由な競争の在り方に従う形で、需要者と供給業者間の契約保護に係る利益の衡量が図られた。BGH の判決は、基本的に市場の競争の在り方に対する関心が理論的基盤をなしたと評価できる。これに対し、優越ガイドラインの「減額」問題では、一対一の当事者間の衡平に係る契約法的な捉え方が特徴的である⁹⁹⁰。

⁹⁸⁷ 前掲、V、2 における (3) 及び (4)、さらに XI、1、(1) における「(1-3) 検討」を参照。カルテル法による場合の問題点としては、従属性に認定に際し長期的な視点で契約関係における当事者の行動をみるのであるから、下記③に批判的に述べた、契約の全体条件のセットを観察する手法の問題点が、ここでも当てはまる。

⁹⁸⁸ かかる日本法におけるアプローチが、需要力濫用規制の本質適合的であることは、上記 1、(2) の「(2-3) 検討」を参照。

⁹⁸⁹ カルテル法による場合の問題点と独禁法の場合の優位としては、上記 1、(5) における「(5-2) カルテル法；間接的な利益と受領額の見込み」、さらに「(5-3) 検討」における (b) 及び (c) を参照。

⁹⁹⁰ カルテル法の場合の問題点として、前掲、VIII、2、(5)、(5-4) における「(c) 契約当事者間のリスク配分の重要性」における iv) を参照。日本法の評価は、XI、1、(6) の「(6-3) 検討」を参照。

⑤契約交渉過程の適正さの問題では、カルテル法において、最終成果を重視する契約の全体条件のセットをみて濫用該当を判断する。これは、規範名宛人のおかれた市場の競争の在り方を踏まえて交渉の各段階の評価がされることを意味する。需要市場における自由な競争の保護に重点を置いて、取引当事者間の交渉過程の評価がされている⁹⁹¹。これに対し独禁法では、取引への影響を懸念して不利益を受け入れるという、一対一の関係における自由かつ自主的な判断の阻害が、違法性判断の重要な指針となっている。

以上の諸点はいずれもそれぞれの該当箇所でも論じたように、優越的地位の濫用規制にあつてはカルテル法による場合に問題になる課題を克服して、一対一の当事者間における民事法的な規律原理が需要力濫用規制の本質に適合的であることを示している⁹⁹²。

(3) 需要力濫用規制の「ある法」と「あるべき法」

(3-1) 独禁法；差別対価、取引条件等の差別的取扱いと間接競争侵害説

i) 優越ガイドラインの公正競争阻害性に関する記述は、間接競争侵害説に基づき市場の優位・劣位が濫用行為によって生じる旨を規定する⁹⁹³。この規定から、市場における行為者の優位とその競争者の劣位、あるいは取引の相手方段階における当該相手方の劣位とその競争者の優位が違法性判断で問題にされる⁹⁹⁴。他方、この競争者間の優位・劣位に関係し独禁法においては2条9項2号及び不公正な取引方法の一般指定3項で、差別対価、取引条件等の差別的取扱いが規定されている。以下、独禁法及び一般指定における差別対価、取引条件等の差別的取扱いの規定に対する間接競争侵害説の関連を検討する。

⁹⁹¹ カルテル法の場合の問題点として、前掲、VIII、3、(6)、「(6-4) 評釈」におけるiv)を参照。日本法の評価は前掲、XI、1、(7)の「(7-3) 検討」を参照。

⁹⁹² 後掲、3、(3)における(3-2)及び(3-3)において、間接競争侵害説の批判に寄せて、一対一の当事者間における民事法的な規律原理が需要力濫用規制の本質に適合的であることを示した。

⁹⁹³ 前掲、2、(1)「(1-1) 独禁法；優越ガイドラインと間接競争侵害説」のii)を参照。

⁹⁹⁴ 前掲、2、(1)の(1-1)を参照。

ii) 市場における競争者間の優位と劣位につき上記独禁法上の規定に関して、競争への悪影響がどのように生じるかについて、従来の事例から以下のように整理されている。それによると、①自己の競争者の事業活動を困難にさせることを通じて生じる、行為者の属する市場での不当廉売型の自由競争減殺、②排他条件付取引や再販売価格拘束など独禁法上違法とされている行為の実効性確保手段として用いられる場合や、独禁法上不当な目的を達成するための実行手段とされる場合、③取引の相手方を競争上著しく有利または不利にさせることを通じて取引の相手方市場で生じる自由競争減殺、がその悪影響とされる⁹⁹⁵。そこで、かかる整理に依拠して、取引の相手方に対する働きかけを通じて行為者と相手方段階の各市場の競争に悪影響を生ぜしめた差別的取扱いの主要事例を概観すると、競争関係にあるライバル排除の特色が明らかになる⁹⁹⁶。

⁹⁹⁵ 金井他編著『独占禁止法〔6版〕』(2018) 236頁(川濱昇執筆)。なお、類似の整理が、昭和57年独禁研報告書第二部二(3)(前掲註927)NBL262号53頁で既に行われているが、一部相違がある。

⁹⁹⁶ 上記①類型に係り、第二次北國新聞事件では、石川県で6割以上のシェアをもつ北國新聞が、富山県下の競争各紙につき「不当な圧迫」と「販路顧客を奪われる危険」を及ぼす差別対価を設定した。取引の相手方に対する働きかけとしての価格格差でなく、行為者のライバル排除に係る効果が明確に認定されている。東京高裁決定昭和32・3・18(審決集8集82頁)。なお、ライバル排除に係る不当性基準として、事業活動の困難性に関して、不当廉売基準を採用することの是非の問題はここでは立ち入らない。参照、金井他編著『独占禁止法〔6版〕』297頁(川濱昇執筆)。

同様な認定は、LPガス販売に関する独禁法24条訴訟である二つの東京高裁判決でも行われている。東京高裁平成17・4・17判決(審決集52巻789頁)は、「行為者と競争事業者との供給コストの差及び価格差を設けた行為者の主観的意図」によりライバルへの排除的意図を認定した。東京高裁平成17・5・31判決(審決集52巻818頁)は、同等効率性基準に基づき、行為者と競争関係にあるライバル排除の不当廉売基準によった。

差別対価が私的独占の排除行為として用いられた有線ブロードネットワークス事件でも、同様にライバル排除が認定されている。公取委勧告審決平成16・10・13(審決集51巻518頁)。

次に上記②の類型でも、東洋リノリウム事件では、価格安定のため流通業者を組織化し、その非加盟者に価格差ある販売価格を維持するため仕切り価格に差を設け、加盟者に割戻しの優遇を行った。製造販売業者である行為者は、取引の相手方の競争者(上記非加盟者)排除の態様が明確にされている。公取委勧告審決昭和55・2・7(審決集26巻85頁)。上記組織化に係り不当な取引制限が認定されている。

③類型では、オートグラス東日本事件では補修用ガラスの最大手事業者が、補修用

独禁法 2 条 9 項 2 号及び一般指定 3 項における差別対価、取引条件等の差別的取扱いの法運用は、特定のライバル事業者の排除や相手方の競争段階への悪影響をもたらすなど自由な競争秩序の維持に悪影響を及ぼすことを要件としている。

- iii) 他方、その場合取引の相手方に対する働きかけとしての、差別的対価や対価それ自体が問題にされることはない。この点は、「より有利な取引条件を提示することは、まさに競争的行動である」として説明され、こうした活動を通じて事業者間の競争が活発化する側面を有することから、取引の条件や実施において差別を設けること自体は、独禁法上直ちに非難されない⁹⁹⁷。
- iv) 独禁法の差別対価、取引条件等の差別的取扱いの規制は、自由な競争秩序の維持に悪影響を及ぼす限りで、取引の相手方に対し積極的に働きかけた結果としての差別を問題にする。従って、かかる差別的行為に係って、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争の本質から生じる給付と反対給付の不均衡、行為者が自らに限り有利な取引条件を引出し、競争者たる他需要者には同じく良好なチャンスの獲得が妨げられる結果は、それ自体として、自由な競争秩序維持に関する独禁法の規定からは規制のもとにおかれることはない（上記 3、(1)、(1-2)、(a) の iii) における①及び②を参照）。

ガラスの一部に輸入品を使い始めた取引の相手方に対し、価格引き上げと多頻度配送等のサービスを行わない差別対価と差別的取扱いを行った。「積極的に輸入品を取り扱う取引先ガラス商」に対しこれら行為が行われた認定がされている。一般指定 4 項が適用された。公取委勧告審決平成 12・2・2（審決集 46 巻 394 頁）。

同じく③類型の差別対価と差別的取扱いの複合事例で、需要競争に係るライバル排除の事例として、除虫菊需要者団体協議会事件がある。公取委勧告審決昭和 39・1・16（審決集 12 巻 73 頁）（旧一般指定 2 項該当の独禁法 8 条 1 項 5 号違反事件）。需要者団体（製造業者であり原材料の購入に係る事業者団体）が生産者の事業者団体と協定し、生産者の構成員でない集荷業者に対し年間の最重要期間に取引拒絶をし、集荷業者からの購入価格を生産者の上記団体からの購入価格に比べて低い価格に抑えた。低い価格で買うこと自体が問題にされるのではなく、独立系の集荷業者を排除する意図と効果が認定されている。なおこの独立系集荷業者排除の意図に係って、生産者の団体と需要者団体との独占的利潤を共有する不当目的が推認される点につき、金井他編著『独占禁止法〔6 版〕』300 頁註 94（川濱執筆）を参照。

⁹⁹⁷ 根岸哲編『注釈独占禁止法』（2009）381 頁（中川寛子執筆）

v) これに対し、優越的地位の濫用規制においては、協賛金や従業員派遣の要求につき一対一の対応関係で、直接の利益に限って要求の正当性を認めている。さらに、対価「減額」問題では、一対一の当事者間の衡平に係る契約法的な捉え方がされる。その限りで自由な競争保護の要請は顧みられることなく、濫用が認められている。

(3-2) カルテル法；自由な競争秩序の保護を重視

独禁法に対しカルテル法では、上述⁹⁹⁸のように濫用判断につき契約の全体条件のセットを観察する手法をとり、代金減額（遡及的契約条件の変更）では、反対給付との直接的な対応関係を求めない広範、抽象的な条件提示の反証を許す。これらは、市場における自由な競争の在り方が問題にされ、自由な競争秩序保護に対する慎重な配慮の下で、搾取濫用の規制が試みられる。その他、不利益行為の甘受の事実からの推認を認めない従属性判断、綿密な市場画定を要する相対的市場力の認定そして契約交渉過程の適正さの問題の何れにおいても、自由な競争秩序の保護を重視する慎重な検討を求めている。

(3-3) 検討

i) 上記「(3-1) 独禁法」の箇所では差別対価、差別的取扱いの規制は、給付と反対給付の不均衡や競争者間のチャンスの不均衡はそれ自体としては問題にしないことをみた。

しかるに優越的地位の濫用規制において間接競争侵害説は、需要者と供給者間の給付と反対給付の不均衡について、自由競争秩序に対する影響をみることなく、取引の相手方に対する積極的働きかけを違法視する。この態度は需要競争の本質論であるより有利な取引条件の獲得をめぐる側面に矛盾する。この問題はドイツの受動的差別禁止の立法経緯からも説明することができる⁹⁹⁹。かかる禁止規定の導入時に、「優位の条件」の文言により規範名宛人の競争者に対する優位の条件を相手方に要求する点に係る限定の文言を採用し、さらに旧 GWB26 条の差別禁止規定に受動的差別禁止はおかれ、その

⁹⁹⁸ 前掲、上記「(2) 需要力濫用規制の本質論」における (2-2) を参照。

⁹⁹⁹ 前掲、I, 1 の「(1) 受動的差別禁止としての需要力濫用規制」、特に註 20 及び 21. を参照。

不当性判断（実質的に正当化されないこと）の基準は差別禁止規定にならった。何れの立法措置も、取引の相手方に対する働きかけが自由な競争秩序への影響を有する限りで違法となる、GWBの差別禁止規定との体系的整合性、そして需要競争の本質論に適合的である。

かかる法の体系的整合性と競争理論との整合性を維持した受動的差別禁止の規定が、需要力濫用規制としての実効性を欠く問題は別の問題になる。ここでは、間接競争侵害説が、給付と反対給付の不均衡を問題にすることを通じて差別対価、差別的取扱いの結果を規制することとなる場合にも、自由な競争秩序に対する影響を検証しない理論上の矛盾が指摘される。

ii) 同様の理論上の矛盾は、取引の相手方に対する働きかけを通じて、需要者の競争者間のチャンスの不均衡が生じる結果に対し、自由な競争秩序に対する影響を検証しないで、競争者間の優位・劣位を問題にする点に対しても指摘できる。以上が間接競争侵害説に対し上記「(1) 需要競争の本質論」に係って指摘される問題点である。

iii) 次に間接競争侵害説に対しては、専ら一对一の関係で、民法法原理に基づく契約条件の形成に係る不均衡と不適切さ問題にすることが求められる「(2) 需要力濫用規制の本質論」で述べた点が問題になる。

かかる本質論の指摘は、給付と反対給付の不均衡に係って、著しい不公正な取引条件の受け入れを余儀なくさせられている事態を問題にする。この点で、自由競争基盤の侵害説に即している。他方、間接競争侵害説は、市場の自由な競争の在り方に係って、競争者間の優位・劣位を生ずる検討を行う¹⁰⁰⁰。すなわち、一对一の取引当事者間の関係で著しい不均衡な取引条件の受け入れを余儀なくされている事態と競争者間の優位・劣位の双方を考慮することとなる。その結果、以下のように、取引当事者間の取引条件に係る不均衡に対する適切な把握を困難にする。

第一に、自由競争基盤の侵害の有無について、明確な判断が導かれない事案では、公正競争阻害性がないと判断される懸念がある。自由競争基盤の侵害

¹⁰⁰⁰ かかる捉え方は、山陽マルナカ事件の公取委審決による間接競争侵害説を念頭に置いている。前掲2、(1) (1-1)におけるv)を参照。

に係る著しい不公正な取引条件を受け入れることを余儀なくされている事態とは、以下の状態である。すなわち不利益行為とされる需要者の要求を拒否したなら、取引停止や取引量削減を被り、また取引拡大のチャンスに与れない結果に係って、得られた（あるいは予想）利益の削減に関し、その補填が代替的取引先で困難と予測されるなら、不利益行為の受け入れを余儀なくされる（自由かつ自主的な判断の阻害）。

そして、自由競争基盤の侵害が一義的に明らかな事案でなく、必ずしも代替的取引先での埋め合わせが全面的に困難であると認定できない場合に問題が生じる。すなわち、かかる埋め合わせ困難な量をもってしては、取引の当事者である行為者とその相手方の市場における優位と劣位が生じる結果の明らかでない場合には、公正競争阻害性なしの判断が導かれる可能性がある。このような傾向につき、需要市場で競争する需要者のリスク負担に対して、取引相手方である供給業者の過剰なリスク負担が指摘できる。前者の負担するリスクはその取引先転換の難易度であり、それに係る需要市場における競争のリスクである¹⁰⁰¹。取引相手方の供給業者については、上記の補填が明らかにならない量に係ってのリスクである。このようなリスク負担につき、測定の問題を指摘できる¹⁰⁰²。さらに、過剰供給の市場状況が想定でき、従属性を認定された供給業者には、結局、リスク負担の衡平に懸念が生ずる。

自由競争基盤の侵害説は、給付と反対給付の不均衡に係り著しい取引の不公正を受け入れざるを得ない事態を規制する理論構成をとり、市場の競争の在り方は問題にしない。この点は需要力濫用規制の本質に適合する。そして優越的地位の濫用の規定は、前者の不均衡をそれ自体として問題にする規範であり、後者の問題は取り上げない。間接競争侵害説は需要力濫用規制の本質

¹⁰⁰¹ この問題では、例えば、商品特性に係る需要者間の市場の競争の在り方が議論となる。エデカ事件 2018 年 BGH 判決における利益衡量論でかかる考量が行われた。前掲、前掲、VIII、3、(7)、(7-6) の (d) における iv) 及び (7-7)、さらに VIII、7、(3) の (b) における ii) を参照。

¹⁰⁰² 前掲、VIII、7、(2) における (a) と (3)、(b) における i) から iii) のドイツの例で述べたように、垂直的な供給者保護の利益と水平的な需要者間の自由な競争保護に係る利益とに関し、利益衡量を行わざるを得ないことから、その予測可能性と判断基準の欠如の問題を生ぜしめる。

との適合性を欠く問題がある。

- iv) 間接競争侵害説の第二の問題点は、需要競争の本質論から確認される。需要競争は、以下の二面的把握を欠くことはできない¹⁰⁰³。すなわち、需要者がより有利な取引条件の獲得を目指して相手方に積極的な働きかけをなす競争の側面と、需要者間の相互的な取引機会の獲得をめぐる需要者が受動的に選択される競争により抑制を受ける側面である。前者の競争の在り方は後者の競争の在り方と独立に考慮されるべきでない¹⁰⁰⁴。より有利な取引条件の獲得を目指した競争の側面が、市場の相手方に著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせている評価がされるならば、市場の機能不全の状況にある¹⁰⁰⁵。それは、市場の相手方の取引の自由¹⁰⁰⁶の侵害が問題にされる事態であり、著しい取引の不公正を生ぜしめている結果から、「自由な競争の公正な秩序づけ」が要請される事態と考えられる¹⁰⁰⁷。

結論的に、自由な競争秩序維持とは異なる観点から、市場の競争秩序を回復する介入が要請される。かかる事態に至った場合、市場における優位と劣位に係る自由な競争秩序に関する要請は考慮されず、専ら著しい取引の不公正が問題とされる。

- v) 根岸教授は、優越的地位の濫用規制における「現にあるルール」と「本来あるべきルールを」を論じ、後者を検討するため「現にあるルール」を明らかにする重要性を説く。そして審判決、特殊指定及び独禁法の補完法たる下請代金支払遅延等防止法を検討し、上記「現にあるルール」の内容として、「一対一の取引当事者間で過大な不均衡、すなわち著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせることそれ自体を」規制するのが一般指定 14 項であるとした。さらに優越的地位の濫用規定の公正競争阻害性として、「公正な

¹⁰⁰³ 本稿の需要競争の本質論に関する二面的把握の基本的理解は、ケーラー教授による。前掲、本稿〔1〕、II、3、「(6) 需要競争の二面的特質（ケーラー）」を参照。

¹⁰⁰⁴ かかる独立した考察の態度は、より有利な取引条件の獲得を専ら重視する、カルテル法における学説や判例の傾向であった。前掲、IXを参照。

¹⁰⁰⁵ 前掲、本稿〔1〕、II、2(2)を参照。

¹⁰⁰⁶ 前掲、IX、3、(2)、(2-3)におけるiv)を参照。

¹⁰⁰⁷ 後掲、ix) (註 1016)を参照。

取引が確保されていることが自由競争の基盤であって、著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせられることは自由競争の基盤が侵害されているものとして解されるという¹⁰⁰⁸。

このような一對一の公正取引の要請が自由競争の基盤と考えられることは、民法法による著しい不公正な取引から契約当事者を保護する従来の規律との連続性が明らかであって、この点も優越的地位濫用の「現にあるルール」の特徴とされる¹⁰⁰⁹。

vi) 同じくケーラー教授は、ドイツにおける需要力濫用規制における「ある法」と「あるべき法」を検討した。EU 機能条約、GWB におけるカルテル禁止、市場支配的地位の濫用禁止による規制の困難性を指摘し、旧 GWB20 条 3 項による受動的差別禁止につき、規範の固有な保護目的、規定の意義と妥当範囲の不明確な状況、そして将来的な規制の困難さが「ある法」として指摘された¹⁰¹⁰。他方、BGH の判例批判として、前述の代金減額問題につき、行為基礎障害の法理によりリスク配分に関する一對一の当事者間の衡平に係る契約法的な捉え方をカルテル法上の解釈論において展開する。また、民事法的規律を根底においた公正法の系列に属する不公正な取引慣行を規制する行動綱領の立法を提案するに至っている（公正法体系における需要力の要件化）¹⁰¹¹。従って、ケーラー理論においては、一對一の契約法的な捉え方に基く GWB の解釈論や立法提案は「あるべき法」として主張されている。

カルテル法において、利益強要禁止の要件規定の解釈は、以下の GWB19 条等の体系的な基本的構成と連携がされている。市場画定の問題は市場支配力の濫用監視と合併規制の連関による基本構成に服する¹⁰¹²。実質的な正当化の

¹⁰⁰⁸ 根岸・年報 27 号（前掲註 109 参照）26 頁。

¹⁰⁰⁹ 根岸・年報 27 号（前掲註 109 参照）29 頁以下。

¹⁰¹⁰ 前掲、I, 9 の v)、II, 2, (1) の (b)、(4) の (b) ~ (f) を参照。

¹⁰¹¹ 代金減額問題につき前掲、VIII, 1, (5) における (5-4)、(5-6) の iii) 及び iv) を参照。次に行動綱領の立法提案につき前掲、II, 2, (5)、(d) における「濫用的契約条項の一般的禁止」（本稿[1]の 49 頁）、さらに XI, 3, (1)、(1-2) における b) を参照。

¹⁰¹² 前掲、IV, 3 の (1)、4 の (1)、さらに XI, 1, (2)、(2-2) の (a)、(2-3) の ii) をそれぞれ参照。

要件に係り、違法性判断の解釈準則が無限定であることは、GWB19条2項1号の一般的な差別禁止に従う。さらに利益強要禁止の実質的正当化の判断が利益衡量による理由として、同号の判例、通説に従っている。また、利益強要禁止の濫用該当性の判断が、搾取濫用における全体条件のセットを観察する手法によることも、市場支配力の濫用監視に係る体系的整合性の求めるところであった。

かかるGWB19条等の体系的な基本的構成を「ある法」として、利益強要禁止は同条に規定されている。その結果、給付と反対給付の不均衡を是正する一対一の民事法規律は自由な競争秩序保護を重視する要請による制約の下におかれ、大きな障害に直面している。需要力濫用規制の本質的要請から、「ある法」としてのGWBの体系的構成は不適合の問題を生ぜしめている懸念がある。

以上の認識からケーラー教授は、「あるべき法」の立法提案の主張に至った。すなわち自由な競争秩序保護の要請から独立する法体系において、公正な取引確保の要請から一対一の当事者間の関係に対し適正な調整を図るため、公正法体系における需要力の要件化が計られた。

vii) このような自由な競争秩序保護の要請と公正な競争秩序維持の要請との調和をはかる試みは、既にGWB制定から10年を経ない時期に、フィケンチャーによる以下の指摘により、その必要性が確認されていた¹⁰¹³。

「競争における自由保護と公正保護の競合と抵触は、以下のように定式化される；競争が自由になればなるほど、競争の手段は公正と見做されるものでなければならない。しかし競争が行き過ぎるならば、不公正な手段が用いられるのであるから、競争は不自由なものになる。すなわち、自由保護と公正保護は形式的には対置されるのであるけれども、なお共通の目標に向けて補完されなければならない。それは自由かつ公正な競争秩序（*freien und lauterer Ordnung des Wettbewerbs*）である」。一定の行動が公正さの規律の観点から否定される場合であって、他方で競争の自由の要請からは正当化

¹⁰¹³ Fikentscher, *Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs*, GRUR Aus., 1966, 181, 182, 185.

される場合には、競争における公正保護と自由保護のあり得る抵触が問題になっている。かかる「抵触事案の解決のためには、公正な競争のみが自由である（nur der lautere Wettbewerb ist frei）という原則的確認が想起されるであろう」。

フィケンチャーは1966年のこの論稿において、GWBによる競争の自由保護からする自由な競争秩序の要請と公正法である不正競争防止法によった公正な競争秩序の要請との調和が、「公正な競争のみが自由である」という原則によって、双方の法律の協働を通じて達成されるよう促していた。しかしその後の両法規の協働の試みは、需要力濫用規制に係っては、どちらの法制によっても、公正な競争秩序の維持される限りで自由な競争秩序の範囲を画する協働の試みに失敗したことが明らかになった¹⁰¹⁴。

この意味でケーラーによる「ある法」の綿密な検討を経た、「あるべき法」としての公正法体系における需要力の要件化に係る立法提案は、フィケンチャーのいう「公正な競争のみが自由である」という原則に立ち返るものと評価することができる。

viii) これに対しカルテル法の「ある法」においても、一対一の取引当事者間の著しい不公正な取引条件に対し、それを是正する需要力濫用規制の本質を捉えた少数説の試みが存する点も看過されない。

それは、ブンテ教授やメッシェル教授の民事法規律のアプローチである¹⁰¹⁵。このアプローチは19条2項2号の搾取濫用における比較市場概念の援用を回避して、19条1項の一般条項に戻って、約款規制法理の援用を主張する。搾取濫用規制のこれまでの法運用が抱える困難を踏まえたこれらの議論は、搾取濫用の特徴を強めた利益強要禁止の規制をとる判例の傾向に対し批判的に向けられ、その法理の採用を促していると解される。かかる約款規制法理によった民事法アプローチは、全法秩序の統一性確保という一般的であるが、高い理念的な法律上の価値に基づき、カルテル法と民事法規の一体的運用の方途を探っている。需要力濫用規制の「あるべき法」としての本質的理

¹⁰¹⁴ 参照、拙稿・利益強要2（前掲註25）7頁以下。

¹⁰¹⁵ 前掲、X、3を参照。

念に即した、「ある法」としてのカルテル法の解釈の可能性を探る方向性として注目される。

ix) 優越的地位の濫用を規定する独禁法においては、需要力濫用規制の本質に適合した違法性判断基準と法目的をもち、規定の体系構造をもつ。すなわち、民事法的な規律原理が適切に具体的な違法性判断の基準を導くことを可能とする法の体系構成が保たれている。この点は既に本稿の序で言及したように、公正かつ自由な競争保護に係る法目的の下、公正競争阻害性の不当性の基準を有し、この不当性基準は競争の実質的制限に係る自由な競争秩序維持の要請から明確に区別される規定の体系を、自由競争基盤の侵害という違法性判断基準を導く指導理念により整序し規定している。「一対一の取引当事者間での過大な不均衡、すなわち著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせることそれ自体」（上記v）を参照）を規制する、需要力濫用規制の本質的要請に適合する法の体系的構成を満たしている。

具体的には、前記「(2) 需要力濫用規制の本質論」、「(2-3) 検討」のvii) における①から⑤でまとめたように自由な競争秩序維持の要請に対して限定を設け、一対一の取引当事者間の著しい取引の不公正を是正する規律が整序された。この意味で、需要力濫用規制について「自由な競争の公正な秩序づけ」¹⁰¹⁶という自由な競争秩序の要請と公正な競争秩序の要請との調和は、独禁法という一つの法律によって達成されたといえることができる。従って「現にあるルール」と「あるべきルール」は基本的に一致している。

まとめと結論

より有利な取引条件を供給者から獲得する需要競争の側面においては、需要者と供給者間の給付と反対給付の不均衡や需要市場の競争者間のチャンスの不均衡は、専ら市場の自由な競争秩序の関係で問題にされる。この場合には、これら不均衡は、供給者が取引先選択自由を行使することにより固定的なもので

¹⁰¹⁶ 正田彬『全訂独占禁止法I』（1980）34頁。

なく可變的である前提から、供給者の過剰な負担となることがなく、競争者のチャンスの平等に脅威となるものでない。すなわち、それら不均衡は市場の自由な競争秩序に脅威が及ぶ限りで規制されるが、それ以外では取引当事者間の交渉に委ねられる。以上に述べた需要競争の本質論における、より有利な取引条件の獲得をめぐる側面を専ら重視する捉え方は、ドイツにおける判例や学説の通説的見解であった。

これに対し、より広く、需要競争の二面的把握を行う立場が、我が国の通説的見解やドイツにおける少数説であるケーラー教授である。すなわち、需要者の積極的な影響行使に係る需要競争の側面は、かかる需要者が供給者により回避され、需要者が相互に抑制する需要競争の側面と二面的に捉えられる。優越的地位の濫用が問題になる事態は、供給者の取引先選択自由に係って、後者の需要競争が機能不全に陥った状態として捉えられる。それは、需要者が供給者によって受動的に選択されるものとして需要競争の側面が機能不全に陥った場合である。需要者の経済的行為自由が供給者によって抑制される、需要競争のもう一つの側面の存することが看過されるべきではない。

そしてこのような需要者が受動的に選択される需要者間の競争に対して、供給者の取引先選択に係る競争機能の不全とは、単に供給者の被る給付の不均衡の状態ではない。それは給付と反対給付の不均衡に係って、「著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせる」という規範的な評価のされる状態をいう。需要競争の本質論段階の議論から、市場の機能不全の認識をふまえて需要力濫用規制の本質に議論へ移行するなら、供給者について取引先選択自由の概念でなく、取引の自由の侵害が問題にされるべきと考えられる。そして自由な競争の保護が重視された、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争の側面に対して、一定の抑制が課される。その抑制とは、需要競争の本質論段階で想定されていた供給者の取引先選択の自由を回復するものとは異なる。「著しい不公正な取引の受け入れを余儀なくさせる」市場の機能不全に対して、公正な競争秩序が維持される限りで自由な競争に対する最小限の介入を行うものである。

このような独禁法の保護する自由な競争の在り方に、独禁法自ら限定を設ける結果は、法規定全体の基本的な体系構成の整序を要請する。独禁法はこの点

において、公正かつ自由な競争秩序を保護する法目的を有し、競争の実質的制限から区別された公正競争阻害性の市場効果要件をもつ不公正な取引方法の規定の下で、自由競争基盤の侵害という競争秩序の阻害に係る体系を構成している。

かかる観点から、間接競争侵害説の競争者間の優位・劣位に関する記述と行為の広がりに関する記述は、需要競争の本質に即して需要力濫用規制の実現を図る法の体系構成を妨げる評価がされる。

公取委は、その優越ガイドラインや審決・排除措置命令における公正競争阻害性に係る指摘から、間接競争侵害説の記述を削除すべきである。

[付記] 本稿は科研費研究助成・基盤 C15K03160 の成果である。