

優越的地位濫用規制の体系構成 — その類型形成と普遍的法原則の働き —

The legal systematic Construction of Prohibition of Abuse of Superior Bargaining Position

森 平 明 彦

Akihiko Moridaira

序

- I. 法律学的な体系形成の課題と可能性
 - II. EU 競争法における需力濫用規制
 - III. 英国における綱領審判官制と行動綱領の規制
 - IV. ケラー提案における普遍的法原則と類型「指導像」の整序
 - V. 独占禁止法における優越的地位濫用規制の体系構成
- 結語—まとめに代えて—

序

1. 体系の構成要素

独占禁止法に規定された優越的地位の濫用規制は、不当な不利益の判断に係って、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（リスクに対処する機会の喪失を含む）¹や「直接の利益」²といった違法性判断基準に基

¹ 川濱昇・ジュリスト 1398 号 (2010) 289 頁、川濱ほか『ベーシック経済法 [第 5 版] (有斐閣, 2020) 283 頁 (泉水文雄執筆)、白石忠志『独占禁止法 [第 3 版]』(有斐閣, 平 28) 430 頁以下。

² 公正取引委員会「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成 29 年改正)において、直接の利益の基準は、例えば従業員派遣について、その第 4 の 2 における (1) で規定されている。従業員派遣について直接の利益の基準によって違

づいて解釈が行われる。かかる具体的な違法性基準は、自由かつ自主的な判断の阻害という違法性に関する指導理念³から導かれている。そして、自由かつ自主的な判断の阻害に係る違法性の概念は、公正な競争を阻害するおそれ（公正競争阻害性）に関する不公正な取引方法の要件規定から導かれる。さらに、公正競争阻害性は、競争の実質的制限の市場効果要件とともに、独占禁止法1条の目的規定における「公正且つ自由な競争」の指導理念⁴にその存立の根拠を置いている。独占禁止法は、優越的地位濫用の規制に係っても、具体的な違法性判断基準を導く体系的構成の要素として、自由かつ自主的な判断の阻害、公正競争阻害性そして「公正且つ自由な競争」という指導理念を段階的に整理している特徴がある。本稿では、以下、これらの指導理念を後述の法の体系的分析を行う方法論に即して、普遍的法原則あるいは法原則と呼ぶ⁵。

他方、優越的地位濫用の禁止規定である独占禁止法2条9項5号は、課徴金賦課の対象となる類型をイからハで規定する。かかる類型は長澤哲也弁護士によりその特徴を明示されて、①いったん合意した内容を反故にする行為類型と、②合意内容が著しく不公正な行為類型とに分けられている⁶。また、不公正な取引方法の一般指定14項に関する審判決、特殊指定及び独禁法の補完法たる下請法を検討した根岸哲教授は、それらの違反行為の類型について、「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

法性が判断されることは、昭和28年改正で優越的地位の濫用が立法化されたのとはほぼ同時期に規定された百貨店業告示³が禁止する従業員派遣が、この基準に依っていることから、一貫して重要な違法性判断基準であると考えられる。「百貨店業における特定の不公正な取引方法」（昭和29年公正取引委員会告示第7号）「(六)手伝い店員の原則的禁止」。

³ 後掲注5を参照。

⁴ 公正競争阻害性の意義及び判断基準を確定する際の指導理念が「公正且つ自由な競争」であることについては、金井貴嗣「現代における競争秩序と法」『現代経済法講座1 現代経済社会と法』（三省堂、1990）134頁。以下、「金井・競争秩序と法」と略称。

⁵ 指導理念の語は、本稿では、法の体系的思考について述べた、後述のラーレンツ／カナリスの法学方法論の用語法に従い、普遍的法原則あるいは単に法原則の語を用いる。後掲I. 4. (2)及び注42を参照。

⁶ 後掲V. 5. (2) (2-1)を参照。

くさせることそれ自体を」規制するという、類型系列の特徴を示した⁷。さらに優越ガイドラインは、違反行為の類型を整序しその系列の特徴として、「今後の取引に与える影響を懸念して」取引の相手方が不利益行為を受け入れざるを得ない場合に濫用該当とすることを明らかにした⁸。このように、優越的地位濫用に係る独占禁止法の体系的規制の枠組みは、「違反行為に係る類型系列の整序」をして、それら類型を法的構造としてまとめる特徴⁹が明らかにされるに至っている。

個別事案の解決については、自由かつ自主的な判断の阻害、公正競争阻害性そして公正かつ自由な競争の保護という普遍的な法原則をもつ法の体系的構成の枠組みにおいて、直接に適用される具体的な違法性判断基準、並びに個別事例を蓄積した「違反行為に係る類型系列の整序」の成果である法的特徴を参照しつつ、その解決が図られることになる。

2. 目的論的概念構成としての体系的思考

こういった優越的地位濫用規制における体系的思考は、舟田正之教授のいう目的論的な概念構成ないし思考として、「法規範・法制度の目的機能がいかなる目的のために行使されるべきものであるか、諸目的の相互の連関はどうか、そしてその相互連関は、実際の機能相互の連関の中で合理的に、かつ実効性をもって実現し得べきものか¹⁰」について、十分な検討を経て構築されたものと評価できる。すなわち、優越的地位濫用規制は、自由かつ自主的な判断の阻害という公正な競争秩序の阻害を是正するために、最終的に公正かつ自由な競争保護の法目的に仕える。またその規制は、自由競争基盤を確保する目的のもとに、公正競争阻害性の三分類に従って不公正な取引方法の中に整序されるが、手段

⁷ 後掲、V. 5. (2) (2-2) を参照。

⁸ 優越ガイドライン（前掲注 2 参照）では、例えば第 4 の 1 における（1）が「当該取引における商品又は役務以外の商品又は役務の購入をさせること」に関して、この文言が規定されるほか 7 か所に規定がある。本稿では、ガイドラインにおけるこの類型系列の特徴を、「懸念の定式」と呼ぶ。後掲注 308 参照。

⁹ 後掲、I. 3. (4) 及び V. 6. (3) を参照。

¹⁰ 舟田正之「取引における力の濫用（二）—西独における『購買力濫用』問題を素材として—」立教法学 28 号（1987）27 頁及び注 123。以下、舟田・濫用二と略称。

の不当性と自由競争の滅殺に係る禁止目的に対して、実際の機能相互の連関の中で合理的に、かつ実効性をもって実現される固有の存在意義を示していると考えられる。同じく優越的地位濫用の「違反行為に係る類型系列の整序」においても、各行為類型が相互連関をもって有意味な規律の複合を達成していると考えられる。

3. 普遍的法原則と類型形成からなる法の体系的考察要因

本稿は、舟田教授がその取引における力の濫用問題について、目的論的な概念構成ないし思考の重要性を示すうえで典拠とされた¹¹、カール・ラーレンツの法学方法論における法の体系的思考に係る類型論と普遍的法原則の機能論に依拠して、優越的地位濫用規制の法的な体系構成を検討することを目的とする。その際、2条9項5号の各行為類型、特殊指定（大規模小売業告示の前身である百貨店業告示）さらに優越ガイドラインに示された類型系列についての法的意義を探り、公正かつ自由な競争の保護、公正競争阻害性そして自由かつ自主的な判断の阻害という普遍的法原則につき、統一的な、一貫性ある法秩序を目的論的な概念構成ないし思考に導かれて達成していることを明らかにする。

4. 比較法的検討の対象

かかる目的に資するため比較法的な検討対象として、EU 競争法の需要力濫用規制に関する学説が、その法目的である「健全な競争保護」から導かれた競争歪曲の普遍的法原則について、濫用の行為類型を法的構造として、適切に整序できない欠点をもつことを取り上げる。対照的に、英国の行動綱領によった規制が、適切な類型形成を独自の市場調査の機能を通じて果たした成果をみる。英国の規制は、競争歪曲と「健全な競争保護」という上記の問題を抱える普遍的法原則に従っているにもかかわらず、類型形成の適切な働きがその欠点を補っている。これら比較法的検討のまとめとして、需要力濫用規制に固有であつ

¹¹ 前掲、舟田・濫用二（前掲注10参照）論文の注123及び117には、Karil Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4 Aufl. (1979, Springer) (Larenz, *Methodenlehre* 4 Aufl. と略称) が挙げられている。

て、適切な普遍的法原則の体系を樹立すると同時に、不公正取引慣行の類型を法的な構造類型として示して、その類型系列の法的特徴も明らかにした、ドイツのヘルムート・ケーラー教授の行動綱領案を取り上げて、需要力濫用規制における体系的思考の重要性を確認する。

5. 需要力濫用規制と需要競争の本質論

(1) より有利な取引条件の獲得をめぐる競争

これら種々の需要力濫用規制の試みのなかでケーラー教授がその法的な体系構成の一貫性を維持して実効的な行動綱領案を構築し得た理由は、本稿で検討するように、規制理論の基礎となる需要競争についての的確な概念把握に成功したことによると考えられる。その概念の中核には、需要者がライバルよりも有利な取引条件の獲得をめぐって競い合うことが競争の本質的メルクマールとして指定されている。行為者がそのライバルよりも、さらに有利な取引条件を得ることを取引の相手方に積極的に働きかける競争は、市場の競争と取引における相手方への働きかけの捉え方が一体化する特徴がある。この点で市場の競争関係を規律する競争法において、個別取引の規制を企図することは、批判がありうと思われる。競争法における基礎的概念である競争概念の理解について、需要力濫用規制は再考を迫る問題を提示すると考えられる。

(2) 「公正な競争のみが自由である」(フィケンチャー命題)

さらにより有利な取引条件の獲得をめぐる競争を肯定的に捉えることは、取引の相手方に対する積極的な働きかけを、行為者段階の自由な競争の在り方として肯定的に捉えることを意味する。これは相手方に対する不当な利益提供の強要という危険をはらむ。したがって、需要力濫用規制は、自由な競争の行き過ぎに対する公正な競争の観点からの介入が問題になるであろう。

この点で、市場力規制の任に当たる競争法体系の内に需要力濫用の規制(すなわち相対的市場力の規制)を包含することは、自由な競争保護の普遍的法原則に対する公正な競争保護との対立をどのように調整するかの問題を生ぜしめることになる。かかる問題につき、ドイツの競争制限禁止法(GWB)は、この

対立を回避して自由な競争保護の普遍的法原則に従った違法性判断の基準によることで、結局規制の実効性を欠くという困難を生じた¹²。

この困難はドイツ GWB の制定とその後の展開にとって、歴史的皮肉というべきものである。それは GWB 制定からさほど時をおかない時期に、フィケンチャー教授が以下のように述べていた¹³からである。

「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ぬ。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」。

¹² この点については、拙稿「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]」高千穂論叢 54 巻 3 号 (2020) (以下、拙稿・問題点 [2] と略称) において、「XI. 日本法への示唆」のうち、「1. 優越的地位の濫用の具体的な要件規定との関連」の記述が、日本法との比較によりドイツの規制の問題点を整理している。さらにドイツにおける規制の実績について、後掲注 15 の拙稿を参照。

¹³ Fikentscher, Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Aus., 1966, 181, 182, 185. 引用部分とほぼ同内容の記述が、以下の翻訳により我が国に紹介されている。W. フィケンチャー著；丹宗昭信監訳『競争と産業上の権利保護：西ドイツ競争制限禁止法の工業所有権法・不正競争防止法との関係についての考察』(六法出版社, 1980) 306 頁以下。Vgl., Koenigs, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, GRUR, 1958, 589, 593 (公正な競争の要請と競争の自由は利益衡量が許されるものでなく、後者の保護が前者の負担で行われることは認められない)。

(3) 類型形成—競争規約（ドイツ）と特殊指定（日本）の対照的結果

このように述べたフィケンチャーは、かかる抵触事案の解決のために、ドイツ不正競争防止法（UWG）に示された公正な競争保護の理念によって、GWBの保護する自由な競争に関する、公正な競争の秩序付けを行う具体的な役割を、競争規約（当時の旧GWB28条¹⁴）の策定とその実効的な運用に委ねていた。しかし需要力濫用規制のため利益強要禁止（旧26条3項、現19条2項5号¹⁵）を規定したGWBは、かかる禁止規定を基礎付ける固有の普遍的な原則と違反行為の類型形成による法的構造の特徴に係り、それらを明らかにする任務を担う競争規約による法創造機能に懐疑的であり、その役割を極めて限定した¹⁶。

このような比較法的な事例は、次のような独占禁止法の運用の歴史と対照的である。すなわち、優越的地位濫用規制においては特殊指定、関連法規の活用を通じて「類型系列の整序」を行った成果として類型の法的特徴が明らかにされた。そして、その特徴から自由かつ自主的な判断の障害に係る普遍的な原則が導かれた。

以上から、優越的地位濫用規制の展開における法的な体系的思考がどのようになされたかの検討は意義があると考えられる。

¹⁴ 原始GWB28条は以下のように規定していた。

第28条 経済団体及び職業団体は、自己の領域に関し、競争規約を定めることができる。

② この規定において競争規約とは、公正且つ自由な競争の原則に反する競争行為を阻止し、この原則に適する競争行為を促進する目的をもって、事業者の競争における行為を規制する規約をいう。

③ 経済団体及び職業団体は、カルテル庁に対して、競争規約登録簿に競争規約の登録をすることを申請することができる。登録された競争規約の変更及び修正は、これをカルテル庁に報告しなければならない。 公取委事務局訳編『現代世界独占禁止原始法令集』（日本生産性本部、昭34）222頁。

¹⁵ GWBにおける利益強要禁止の根拠規定の立法及び運用動向、さらに現行規定については、参照、拙稿・「ドイツ需要力濫用規制の問題点—エデカ事件連邦通常裁判所判決の検討 [1]」高千穂論叢54巻2号(2019)（拙稿・問題点 [1] と略称）、7頁以下の「I. GWB19条2項5号の立法過程と運用実績」及び98頁の「〔付録〕表1；カルテル庁年次報告書による手続数」。

¹⁶ 後掲、V. の3. における（2）以下を参照。

1. 法律学的な体系形成の課題と可能性

序で述べた優越的地位濫用規制の法体系的な概念構成ないし法思考の検討は、その基本的な視座として、カール・ラーレンツの『法学方法論』に依拠する。同書は第六版まで改定がされ、同版については、米山隆教授の翻訳がある¹⁷。その後ラーレンツの死去に伴い、クラウス・ウィルヘルム・カナリスにより補訂されて、ラーレンツ／カナリスの共著の形で版を重ねている¹⁸。本稿においてはかかる共著に依りつつ、その検討は、「第六章 法律学における概念形成と体系形成」を取り上げる（以下、ラーレンツ／カナリスと略称）。第六章は、「一 『外的』または抽象的—概念的体系」、「二 類型と類型系列」そして「三 『内的』体系」から構成される。この部分の記述は、ラーレンツによる第6版との相違は僅かである。したがって以下の検討は、ラーレンツ／カナリスの共著の引用を基本とし、第六版のラーレンツ単著の邦訳頁も併記する。なお共著と邦訳との間に相違がある場合は、その旨注記する。さらに、カナリスには、法律学の体系思考の機能、体系の概念、体系構築の限界等を論じた『法律学における体系思考と体系概念』の教授資格論文があり、邦訳もされている¹⁹。ラーレンツの法学方法論では、カナリスの前掲書が度々肯定的に引用され、カナリスも基本的な検討の枠組みを共通にすると考えられるので、本稿でも同様な考え方の枠組み従うものと考えて、分析に取り入れる。

1. 学問的法律学の課題—法秩序の機能と価値決定の正当化・統一化

ラーレンツ／カナリスによれば、法規範は結びつきを欠いた状態で並存して

¹⁷ K・ラーレンツ『第六版 法学方法論』（青山社，1991）（以下、単に訳として略称）。

¹⁸ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3 Aufl. (Springer-Lehrbuch, 1999). 以下、Larenz/Canaris と略称。

¹⁹ Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (Duncker, 1983). 以下、Canaris, *Systemdenken* と略称。クラウス・ウィルヘルム・カナリス著・木村代表訳『法律学における体系思考と体系概念—価値判断法学とトピック法学の懸け橋』（慶応義塾大学法学研究会，平8）。

存立しているだけでなく、多様な関連において相互に重なり合っている。したがって、法解釈学では「規範の意味関連、規範の前後脈絡と体系的位置、当該規律の全体の関連における規範の機能」を検討しなければならない²⁰。さらに学問的法律学は、法秩序の機能を問題にして規範の根底にある価値決定を法思想のもとで正当化し統一化する²¹ことで、可能な限り評価矛盾を回避する任務を担う。この価値決定は、個別事件の解決に寄与し、さらに「制定法を超え出る法の発展形成」にとって有益である。

2. 法の外的体系；法技術的概念

かかる法解釈と立法的な法の発展形成における任務を遂行することは、法律学における体系構成に関し以下のような可能性を生む。規律の対象である法律要件から特定の要素が分離されて普遍化された、「抽象的—普遍的概念」²²である法の外的体系を生むことである²³。

²⁰ Larenz / Canaris (前掲注 18 参照), S.263ff. 訳 684 頁以下。

²¹ カナリスによれば、法律学における体系概念を發展させる前提条件は、本来的に体系のもつ有意義な機能から求められる。それは普遍的な体系概念のメルクマールに、これと照応する法的現象を関係づけられるかに依拠する。そしてこの普遍的な体系概念のメルクマールは、秩序と統一性を指す。さらに、秩序と統一性は、法秩序における価値判断上の一貫性及び内的統一性という思想に、法的な対応物を見出す。したがって、法律学における体系の機能は、法秩序における価値判断上の一貫性と内的統一性を提示し、それを現実化することにある。Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S. 10ff., 155. 訳第 1 章、第 II 節及び 139 頁。

²² Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S.263ff. 訳 685 頁。

²³ 「抽象的」の用語は、特定の植物、特定の動物、特定の建物を、具体的なものにおいて一回的に全体として捉えるのではなく、全体において個々の性質又はメルクマールが浮かび出る限りにおいて捉えることによる。「抽象的概念」について、以下のような性質をもつという説明がされている。「諸々の個々具体的なものは、それらが単に何らかの共通のメルクマールを有していると確認さえすれば、その限りにおいてただちに、自身たちのメンバーのいずれれに対してであっても、その共通メルクマールを内包の一部として形成された概念が妥当する対象となる」。伊藤剛『ラーレンツの類型論』(信山社, 2001) (伊藤・類型論と略称)、45 頁。

「普遍的」という特性は、個別事案の事物、事件の述語として普遍的に記述されることによる。この点のラーレンツ／カナリスによる記述はやや難解であるが、敷衍すると、事実認定において現実の特定の植物等は法の要件規定における概念規定に普遍的に包摂される、すなわち「この植物は (要件規定の) ～である」という述語表記がされる点を指すと考えられる。

抽象的・普遍的概念は、制定法の組織構成の基礎であって、法律要件要素の機能として具体的事実を「包摂」する目的に仕える技術的特徴をもつことから、法技術的概念の用語も用いられる²⁴。本稿では以下、比較的周知と思われるこの包摂作用に注目して、法技術的概念の用語を用いる。

ラーレンツ／カナリスは法技術的概念を「外的体系」²⁵として、後述する普遍的な原則からなる内的体系に対置して説明する²⁶。

3. 類型、類型系列及び類型形成

(1) 法律学における類型と一般諸学の類型

法律学における類型の思惟形式を論じるに先立ちラーレンツ／カナリスは、一般的に諸々の学問で用いられる類型の思惟形式を踏まえて、そこから法学がいかなる意味において類型を用いるかの検討に入る。この一般的諸学における類型の思惟形式は、3種に分けられ、これらの分類は、類型についていわば常識的に捉えられた意味内容を提示する。それらは、次のものが挙げられる。

(2) 一般的諸学における類型の思惟形式

第一に「平均類型もしくは頻発類型」は、平均や頻発の用語により特徴づけられる多数の属性や性格の特徴を持つ集合が、各々全体として捉えられて類型の表現になる²⁷。第二に、類型としての特徴がその認識において際立つ程度でもって捉えられているに過ぎないか、あるいはそれら特徴について、思想的に

²⁴ Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S.313ff. 訳 731 頁以下。

²⁵ カナリスは、法の外的体系が、法の概観可能性や法適用の実行可能性にとって、また間接的には判断の予測可能性という意味における法的安定性に大きな意義をもつとする。Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S.18f., 訳 13 頁以下。

²⁶ Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S.265ff,313,訳 686 頁以下、749 頁以下。

²⁷ また平均類型を、経験的類型と言いつつも場合もある。さらに、これら類型はそれらの属性、特徴のメルクマルに着目して、「全体類型もしくは形態類型」ともいわれる。例示の説明によれば、「平均類型もしくは頻発類型」は「ある種の気象状態はこの地方にとって典型的である」の表現が該当する。「全体類型もしくは形態類型」は「典型的な中程度の山脈」や「典型的な低ザクセンの農家」の表現のように、このような形象をその全体において特徴づける多くの属性、性格的特徴を捉えている。Larenz/Canaris, S. 290ff (前掲注 18 参照). 訳 717 頁以下。

捉えられる段階にまで進んで、その特殊性において認識される類型であるかの分類がされる²⁸。第三に、この第二の類型よりもさらに思惟の働きを強めた、論理的観念類型²⁹や規範的観念類型³⁰がある。

(3) 法学における類型の思惟形式

これらの一般的諸学の類型の整理のもと、上記の捉え方をそれぞれ受ける形で、ラーレンツ／カナリスは法学における類型の思惟形式を検討する。先ず i) 経験的頻発類型³¹が挙げられる。つづけて、ii) において、上記に挙げた「平均類型もしくは頻発類型」も法学において大きい役割を、いわゆる一応の証明のもとで演じているとする³²。

しかし、法と法学においてそれ以上に意味のある類型は、上記の「全体類型もしくは形態類型」及び規範的観念類型の要素を受け継いだ、iii) の規範的実在的類型である。この類型は、その特徴を言い表すメルクマールを、経験的に取得された全体的「現象像」に従い、標準的な現象の選択、及び類型の詳細な限定付けについて、それを規範目的及び規律の背後にある法思想を用いて行う。要するに、経験的に取得されたメルクマールの「現象像」と規律的観点が重要になる³³。

最後に iv) として、ラーレンツ／カナリスは、この規範的実在的類型をさらに掘り下げて、法的体系構成のために重要な類型を適示する。すなわち、法的現実のなかで発生した規範形態の特徴を取り出して典型的規律を問題にする。

²⁸ Larenz/Canaris, S. 291. 訳 718 頁以下。

²⁹ 例えば、自由市場経済の観念類型に対し、完全に指導された経済の観念類型の区別が挙げられている。これらは経済のため折々のある種の類型的推移を雛形によって明らかにするためのものである。Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 292. 訳 720 頁。

³⁰ これは、ラーレンツ／カナリスによれば、現実の模写でなく、模範的典型または原型であろうとする意義をもつ (例; プラトンの国家)。たとえ目的像が十分な純粋さで実現されなくても、人々が模範として努めるべき像が示される。Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 292ff. 訳 720 頁。

³¹ 法規範が取引の慣行または商慣習を守るよう指示している場合には、これら指示によって通常期待されるべき容態方法である社会類型的容態形式としての、経験的頻発類型が挙げられる。Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 293ff. 訳 721 頁以下。

³² Larenz/Canaris, S. 293ff (前掲注 18 参照). 訳 721 頁以下。

³³ Larenz/Canaris, S. 294. 訳 722 頁以下。

そしてかかる規律の意味のある関連を捉えるならば、構造的な関連の要素を見出すのであり、構造的な要素の働きが類型形成的な特性をもつ³⁴。この結果から、法的構造類型が適示される。

以上の法学にとって意味のある種々の類型のうちで、法的意味連関の発見のために、また、特定の部分規律の理解のために重要な認識価値を有するのが法的構造類型である³⁵。

(4) 法的構造類型の体系形成的機能

法的構造類型は社会的現実の中に見つけるべき形成物であり、それはこの現実に対応してゆく規律であり、その発見が法律学の重要な課題になる。法律学はその際、制定法上の規範に対し、その有意味的結合において明らかになってゆく類型のいわば「指導像」（典型的規律の態様）に基づいて問いかけをして、その「指導像」から個別規範は再び解釈される³⁶。

法的構造類型の形成は、法学的な体系構成に寄与する。法的構造類型においては、相互に相関連する規律複合が問題であり、この複合の要素は不動的である場合³⁷と、特定の指導的観点のもとに互いに付属されて、全体として可動的な体

³⁴ 契約を例にとれば、立法者が制定法において見出した規律は、制定法によって意味を与えられた類型にとって標準的である。この標準的規律は、制定法上の類型を詳細に決定するための選択基準である規律目的を提供する重要性を持つ。当事者が個別事案でなす契約上の規律は、標準的な規律と多かれ少なかれ異なり得る。かかる合意から法生活において新たな制定法外の契約類型が発展する。制定法上であるか制定法外であるかにかかわらず、各々の場合に典型的規律が問題になる。Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 295. 訳 724 頁。

法的構造類型はもっぱら規律目的に従うという規範的観点が前面に出るのであり、経験的要素も重要である規範的実在類型と異なる。「構造はここで類型形成的であり、すなわち、構造の要素の『合奏』における規律の意味ある連関である」（この部分の引用は Larenz/Canaris (前掲注 18 参照) では削除されている。したがって、Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4 Aufl. (前掲注 11 参照) の該当頁を以下に適示する)。Larenz, S. 450、訳 724 頁。

³⁵ Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S.295. 訳 724 頁。

³⁶ Larenz/Canaris, S.298. 訳 727 頁以下。

³⁷ Larenz/Canaris, S.300. 訳 686 頁。カナリスは、ドイツ民法の体系思考において、現行法は、不動的体系の部分と可動的体系の部分の両者を、前者を原則的に優先させつつ、合わせ持つとする。Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S.80、訳 69 頁。

系とがある³⁸。

昭和 28 年独占禁止法改正による導入から時を経ない時期の優越的地位濫用規制の理論展開の試みにつき、正田彬教授が、下請法の中小事業者の概念から、同様な取引関係という要素に基づいて、下請法の要件規定に当てはまらない中小企業と卸売業者の従属的な関係、そして百貨店業告示における百貨店より広い大規模小売業者の概念を導いたことは、法的構造類型に基づく類型形成の試みであったと評価し得る³⁹。

まとめると、法的な思惟形式としての類型の認識的価値は、法的構造類型が自らの中に含まれた個別的特徴をその深い結合⁴⁰によって明らかにする点にある。

³⁸ 可動的体系は、類型系列の考え方（ラーレンツ／カナリスによる類型系列の形成態様）によれば以下のように示される。法的構造類型においては相互に関連する規律の複合が問題であり、この複合の要素はそれによって意味を与えられた生活関係を含む規範内容である。これらの要素の全体は、可動的体系として理解されることができ、そのことは、その折々の異なる強さと結合において登場する要素の合奏として理解される。この意味で、法的類型はそれ自体、特定の指導的観点のもとに互いに付属された要素の「可動的体系」である。Larenz/Canaris（前掲注 18 参照），S. 298f. 訳 728 頁以下、S.265，訳 686 頁。

そして可動性の意味が、例示的に結社の結合の説明により示されている。すなわち、一方で人的要素の部分規律が問題になる人的な社員権の要素に分類される態様（人的会社）があり、他方で、財産出資によって媒介された、資本持ち分に結びつけられた社員権（物的）の要素による分類態様（資本金会社）が挙げられる。このうち、人的会社の類型系列は、権利能力のない社団、権利能力のある社団、民法上の組合と合資会社の系列になる。資本金会社の類型系列は、合資会社は資本金会社への移行を形成し、有限会社はある程度の人的要素をもった資本金会社として、株式会社は純粋な資本金会社として系列に整序される。Larenz/Canaris, S.300. 訳 730 頁以下。このような人的要素と物的要素の複数の要素間の移行が、可動性の類型的特点を示す。かかる類型系列の例示を通じた「類型学的な思惟」の働きの説明について、参照、伊藤・類型論（前掲注 23 参照）164 頁から 171 頁。

さらに独占禁止法における優越的地位濫用の規定に係って、可動的体系の意義について、後掲、V. 6.（1）を参照。

³⁹ 後掲、V. 2.（5）を参照。

⁴⁰ このように、「一つの類型にその場所が類型系列のなかで賦与されるということによって、類型にとって特色的な、しかもまたそれを隣接類型と結びつける特徴がより明らかあらわされる」Larenz/Canaris（前掲注 18 参照），S. 301. 訳 732 頁（訳文一部変更）。

(5) 需要力濫用規制の実効性確保と法的構造類型

以下の比較法的検討から示されるように、需要力濫用規制の実効的な法的枠組みを構築するためには、その規制で問題になる違反行為の類型化にとって、規範的実在の類型として、その類型系列が、単に経験的に取得された全体的「現象像」に従い、標準的な現象の選択、及び類型の詳細な限定付けに止まっているのなら、十分ではない（後述のシュロイプやパラツケの問題例）。制定法上の規範に対し、当該類型系列からその有意味的結合において明らかになった類型の「指導像」（類型的規律の態様）を構造的な関連の要素として導きだしているかが重要になると考えられる。

独占禁止法 2 条 9 項 5 号の課徴金賦課対象となる行為類型、優越ガイドラインにおける行為類型は、後述のように、有意味的結合において明らかな類型の「指導像」を適示し得たことで、法的構造類型を達成していると考えられる。

4. 普遍的法原則の秩序としての内的体系

(1) 法秩序の体系的理解

先に本稿ではラーレンツ／カナリスの法律学的体系形成の課題を紹介するにあたり、その課題を、法秩序の機能を問題にして規範の根底にある価値決定を法思想のもとで正当化し、統一化する働きとして掲げた。このような理解からは、体系形成の作業はまず、

- i) 統一的な、一貫性ある法秩序の在り方を問題にすること、
- ii) 法秩序を支える要素として、法思想のもとで正当化され統一化される、価値決定が問題とならざるを得ないことになる。カナリスは、この i) と ii) を合わせてさらに、
- iii) 価値判断的性格に即した体系は、目的論的秩序でしかありえない、とする法秩序の体系的理解に対する掘り下げを行った⁴¹。

⁴¹ Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S. 41. 訳 33 頁。

(2) 個別的価値判断を超え出る基本的価値判断—普遍的法原則

このように体系を価値論的・目的論的秩序として考えることは、次に、その価値判断につき具体的にいかなる価値判断が考えられているのか問題になる。この点から、目的論的な体系の発見にあたっては、「紛争解決」及び個別的価値判断に留まってはならず、より深いところに基礎を置く基本的価値判断、つまり普遍的法原則⁴²に到達しなければならないとする⁴³。

(3) 体系構築にあたっての普遍的法原則の機能の仕方（カナリスルール）

法秩序の統一性を支える重要な要素として、普遍的法原則が選ばれる⁴⁴とすると、次に、その普遍的法原則が体系を支える機能を果たす際の、方法及び態様が明らかにされなければならない。カナリスによって整序された普遍的法原則の機能の仕方は、以下の4つの特徴を持つ（カナリスルール）⁴⁵。

⁴² ラーレンツは、普遍的法原則に該当する内的体系の構成要素として「法倫理的原理」の用語を用いる。Larenz, Methodenlehre, 4 Aufl. (前掲注 11 参照), S.458, 約 733 頁。他方で、この法倫理的原理に関する体系構築にあたっての機能態様の説明は、カナリスの『法律学における体系思考と体系概念』における普遍的法原則の説明をかなりの部分で引用している。Vgl., a.a.O., S.460ff., 約 719 頁。このような観点も踏まえ本稿では、内的体系における価値決定の正当化と統一化に仕える評価尺度の構成要素は、それに関する明確な説明（後掲の「カナリスルール」を参照）に成功したカナリスの用語法に従い、普遍的法原則、あるいは法原則の用語を用いる。

⁴³ Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S.46. 訳 36 頁以下。この点から、カナリスは、「体系は普遍的法原則の一つの価値論的又は目的論的秩序として定義される」という。A. a. O., S47. 訳 37 頁。かかる定義づけに係って、体系が規範に基づくのではないかという疑問につき、カナリスは、諸規範を結びつける連関がまさに求められることから、それは正鵠を射ておらず、また概念については、正しく構成された概念の中に価値判断は含意されているが、これに対しては、法原則は価値判断を明示することからこちらの方がより適切であるとする。さらに法制度（例えば私的自治）の体系についても、諸原則の共同作用によってのみ理解されるとする。Ibid., S.48ff. 訳 38 頁以下。

⁴⁴ 普遍的法原則は「その固有の確信力の力でもって、法的決定を正当化することができる法的規範化の方向を定める尺度」である。かかる原理のあるものは、憲法または制定法に明示され、他は制定法上の規律から、またその規律の意味連関から、全体類推を通じて、あるいは法律の意味 (ratio legis) への遡及を通じて示される。大抵の場合それは、特定事案を顧慮する判例の中でまず発見され、つぎに一般的法意識における普遍的法原則に内在する確信力を通じて主張される。Larenz/Canaris, (前掲注 18 参照) S. 302. 訳 734 頁以下。

⁴⁵ Canaris, Systemdenken (前掲注 19 参照), S. 52ff. 訳 42 頁以下。

- 1) 普遍的法原則は例外なく妥当するというわけではなく、相互に対立または矛盾することがありうる⁴⁶。
- 2) 普遍的法原則は排他性を要請しない。ある特定の原則に特徴的である法律効果はまた他の原則と結びつきうる⁴⁷。
- 3) 普遍的法原則は相互に補完し制限し合って、初めてその独自の意味内容を展開する⁴⁸。
- 4) 普遍的法原則はその実現のために、独自の意味内容を持っている下位原則及び個別的価値判断による具体化を必要とする⁴⁹。

このような機能態様をもつ普遍的法原則について、その価値論的又は目的論的秩序として体系は定義される。この普遍的法原則から構築される秩序は、内の体系として法律学体系の全体構成に位置付けられる。

(4) 機能を決定された法概念⁵⁰

(4-1) 要件事実の包摂に適さない機能を決定された法概念

ラーレンツ／カナリスの法律学的体系において、法律要件要素として機能している包摂作用をもつ法技術的概念の傍らに、その基礎にある法原則をその内容へと取り上げ、まさにそれゆえに包摂には適していない、機能を決定された概念がおかれる。機能を決定された概念は、普遍的法原則をその意義が展開される具体化に還元する働きをする。類型（上記3.における（4）で述べた）と機能を決定された概念とは、それらとそのつど比較され得る法技術的概念よりも内容的に豊かである。

(4-2) 一体的に捉えられる機能を決定された概念と普遍的法原則

⁴⁶ Canaris, Systemdenken, S.53. 訳 42 頁以下（その理由として、法秩序の基本決定はさまざまな例外を免れないことから、個々の決定が正反対の結論に至る場合があることを挙げる）。

⁴⁷ Canaris, Systemdenken（前掲注 19 参照），S.53. ff. 訳 43 頁以下。

⁴⁸ Canaris, Systemdenken, S.55. 訳 44 頁以下。

⁴⁹ Canaris, Systemdenken（前掲注 19 参照），S.53. ff. 訳 46 頁以下

⁵⁰ Larenz/Canaris（前掲注 18 参照），S. 310ff. 訳 745 頁以下。

普遍的法原則と機能を決定された概念は自らを超え出るとされるが、その意味は、普遍的法原則はその意義が展開される具体化に還元されること、機能を決定された概念は普遍的法原則に還元されることを示す⁵¹。普遍的法原則と「機能を決定された概念は、そのつどみずからを超えて他のものになることを示しており、この他のものなかで、それらは実現され、あるいは、基礎付けられるのである」⁵²。したがって、普遍的法原則と機能を決定された概念は、一体的に捉えられて内的体系に位置付けられる⁵³。

内的体系のために求められる普遍的法原則が使用されるとすると、それが抽象の程度が進むほどに内容のない単なる法技術的概念になってはならず、一つの規律の根底にある基礎的原則との意味関連が当然のこととして凝縮されるにしても依然として認識される概念が、機能を決定された概念になる⁵⁴。

(4-3) 機能を決定された概念としての公正競争阻害性

公正競争阻害性の法概念は、昭和 28 年独占禁止法改正により不公正な取引方法の立法化により規定された。この時点で、この法概念は「公正且つ自由な競争保護」という法目的に関する普遍的法原則を受けた下位の法原則であった。その後、この公正競争阻害性の法概念に基づき優越的地位濫用規制の具体的規

⁵¹ Larenz/Canaris, S. 314. 訳 751 頁。

⁵² この指摘は、ラーレンツの法学方法論第 5 版まで存し第 6 版で削除されたが、普遍的法原則と機能を決定された概念の関係をより敷衍する説明であり、この概念の理解に有益であると考えられるので、ここで引用する。Larenz, Methodenlehre (前掲注 11 参照), 4 Aufl., 471. 約 733 頁。

⁵³ ラーレンツ／カナリスは、機能を決定された概念について、危険責任と人格権の二つの例を挙げて、その目的論的特性を説明する。先ず、危険責任の概念は、確固とした法的な意味においては含ませることが可能なように定義されることの難しい事態であるけれども、この概念の目的論的性格に基づき、特別の危険から責任が正当化される多くの事態も含まれる。この場合には、一般的にこの概念の基礎になっている契約外的な損害責任の法律要件上の意味を導く。その意味は、他人の権利領域の侵害やそれに危険の及ぶこと、責任者の領域における事情や経済力、企業利益と危険の集中などの要素を検討することに基づく。

次に、人格権の場合には、人格につき外部に対して守られた固有の領域を与えることがその機能である権利の意味を考えるのであり、人間的な価値に役立つという目的論的視点が表に出る。Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 310. 訳 745 頁以下。

⁵⁴ Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 310. 訳 745 頁以下。

制に関し、特殊指定や関連法規の類型系列の「指導像」を参考にして⁵⁵、正田教授により自由かつ自主的な判断の阻害に係る固有の法原則が導かれた。公正競争阻害性の普遍的法原則は、優越的地位濫用の規定に係り、「みずからを超えて他のものになること」ことで、その規定の中で、公正競争阻害性は「実現され」、「基礎付けられ」て自由かつ自主的な判断の阻害の固有の法原則となった。この点から、公正競争阻害性の普遍的法原則は、機能を決定された概念としての働きを果たしたと考えられる。

5. ラーレンツ／カナリスの法律学的体系の構成要因

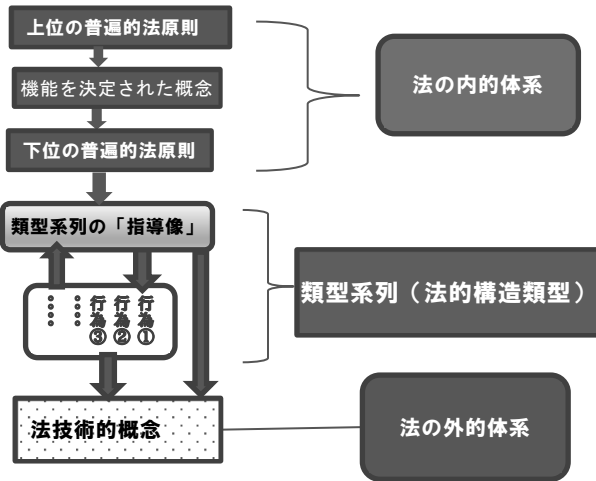
以上から、ラーレンツ／カナリスの法律学的体系は、a) 法律要件要素として機能する包摂作用をもった法技術的概念からなる外的体系、また b) 法的構造類型（有意味的結合において明らかになる類型の「指導像」が構造的特徴を持つ）を中心とした類型、そして c) 一体的に捉えられた、普遍的法原則と機能を決定された概念からなる内的体系、によって構成される⁵⁶。

これらの内容を以下に、表1 ラーレンツ／カナリスによる法の体系形成として図示する。

⁵⁵ 後掲V. 2. の(6)及び5.(2)(2-3)及び6.(3)を参照。

⁵⁶ Larenz/Canaris (前掲注18参照), Kapital 6, Para.3, “Das” innere “System”.訳、第6章、第3節「内的体系」。

表1 ラーレンツ／カナリスによる法の体系形成



以下、ラーレンツ／カナリスの法律学的体系形成論を、需要力濫用規制に係る諸外国の理論学説と立法例に当てはめて、その問題点を検討し日本法への示唆を探る。

II. EU 競争法における需要力濫用規制

1. シュロイプの競争歪曲論

(1) EU 機能条約とスイス UWG による競争歪曲の類型系列

EU 機能条約の競争法規律に関連してウォルター・シュロイプ⁵⁷は、まず、その概念構成の類型系列を示すにあたり、競争制限や妨害とは別に独自の意義をもつ概念規定として競争歪曲をあげる⁵⁸。競争歪曲の規律類型のなかに、需要力濫用規制が位置付けられている。

⁵⁷ シュロイプ (Walter Schlupe 1928-2006) は元チューリッヒ大学教授。
<https://www.ius.uzh.ch/de/staff/professorships/former-profs.html>

⁵⁸ Walter Schlupe, Über den Begriff der Wettbewerbsverfälschung, in Festgabe für Max Kummer (Stampfli, 1980) S.490. (Schlupe, Wettbewerbsverfälschung と略

以下（a）から（f）において EU 機能条約やスイス UWG での競争の歪曲概念の類型系列を列挙して、シュロイプの説明に基づき、有意味的結合において明らかになる類型の「指導像」を問題にする。

* 国家の行う競争歪曲に対する禁止類型

（a）加盟国による国家援助措置⁵⁹

EU 機能条約 107 条 1 項は、標記の措置が EU 結合市場の運用と衝突することを、競争歪曲の法概念によって規定している⁶⁰。ここでは、補助金などの積極的援助のみでなく租税軽減など通常国内で負担しなければならない支出を免れることも幅広く援助にあたる。この点に関し、便宜を受けた事業者の競争能力を相対的に高める結果は、競争相手に同様な優位を欠くことから競争の歪曲を否定できず、また潜在的競争の可能性に係っても、それを補助金の優位を新規参入者に欠くことで競争歪曲の結果を免れない⁶¹。

称)。 Vgl. Volker Emmerich, Kartellrecht (Beck, 2012), 12 Aufl. (Emmerich, Kartellrecht と略称) S. 74, Frenz, Handbuch Europarecht, Bd 2, Europäisches Kartellrecht (Springer, 2006) (Frenz, Handbuch と略称), Rn. 515.

⁵⁹ Schlupe, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.491ff.

⁶⁰ 同項は、「条約中に別段の定めなきかぎり、いかなる種類の国による援助ないし国の資金により与えられる援助も、ある事業者またはある生産部門に便宜を与えることによって競争を歪曲し (verfälschen)、または歪曲するおそれのあるものは、共同体加盟国間の取引に悪影響を及ぼす限り結合市場と両立しない。」と規定する。本項の規定上の形式が、両立しない (unvereinbar) の語を用いて、禁止する (verboten) ことを明記していなくても、本条 2 項の適用除外を合わせ読めば、原則的に禁止を規定してものであるとされる。Thiesing, Groeben / Boeckh / Thiesing / Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd.1 (Nomos,1983), Artikel 92,Rd.1. (Thiesing, et al., Kommentar と略称)。EU 機能条約 107 条の基本的な禁止内容は、経済共同体設立条約 92 条及び現行 EU 機能条約 107 条の前身であるローマ条約 87 条とほぼ同一である。シュロイプは、その論文発表当時の欧州経済共同体設立条約に即して競争歪曲の概念を論じている。経済共同体設立条約 92 条については、以下の論稿がある。久保欣哉「国の援助と競争システム」一橋論叢 95 巻 2 号 123 頁以下 (1986 年)。

⁶¹ Thiesing, et al. et al., Kommentar (前掲注 60 参照), Artikel 92, Rn.2, 31. Vgl. Koenig/Paul, Rudolf Streinz, EUV/AEU (Beck, 2011), Art.107 AEU, Rn.87 (企業間ないし産業部門間の既存の競争関係ないし生じる可能性のある競争関係に国家措置が介入すること、それによって関連市場における競争の経過を変更し、相互に競争している企業間の機会の平等を操作することは、競争の歪曲である。競争の歪曲の概念はこのように、生じる可能性ある競争まで含めて広く解され、競争の

* 私人による競争の歪曲類型

(b) 輸出援助を目的として、競い合っている企業間で資金をプールして輸出補助のため支出したり、清算払いを義務付けたりする当該事業分野の保護協定や配分カルテルによる競争の歪曲⁶²

国内を高い価格で供給しながら、プール制により低い価格で輸出をなす企業の収益の均衡を維持することが、加盟国の当該産業の保護となる競争地位の人為的な強化であって、「競争条件の人為的な変更」(オットー・ザンドロック)として競争を歪曲する⁶³。

上記(a)と(b)の二つの例⁶⁴について、競争歪曲の法概念と業績競争の法概念とが関連することが説明されている。これらの事例では、市場の相手方(自国消費者)の視点に即して、自国の需要の充足について、関連した業績力を妥

事実上の侵害を EU 委員会が立証しなければならないものでない。一般規定による援助の場合、特定の市場ないし産業部門に競争侵害は関連付けられる必要はなく、一般的かつ抽象的(よい)。Koenig/Fortsch, Rudolf Streinz, EUV/AEUV 3 Aufl. (Beck, 2018), Art. 107 AEUV, Rn.101ff. Mederer; Schröter/ Jakob/ Mederer, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht (Nomos, 2003) Artikel 87 Absatz 1, Rn41ff (競争の妨害や制限が競争の歪曲よりも重大に評価されるかどうかは問題でなく、妨害と制限は歪曲のもう一つの形態である。個別事例で競争が事実上ないし蓋然性をもって歪曲される限り、歪曲の概念の独立性が欧州委員会を拘束することはない)。Conor Quigley, European State Aid Law and Policy, 2d Ed (Oxford, 2009) p.51 (競争歪曲の現実の立証は必要なく、そのおそれで足りる)。Kelyn Bacon, European Community Law of State Aid (Oxford, 2009), p.94 (同)。

⁶² このような私的な清算組織に係る事例として、以下のものが挙げられる。Kommission Entsch. 22.12.1972, ABI.1972 Nr. L303/24 (33) CIMBEL; 7.12.1984, ABI.1984 Nr.L35/35 (40 Tz.29) Milchförderungsfondi. カルテル参加者間における輸出清算の支払いの事例として、以下がある。Kommission, 27.6.1967, ABI.1967 L.163/10, Transocean 1.

⁶³ Otto Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Beck, 1968) (Sandrock, Grundbegriffe と略称), S.228. この資金のプール制は、自由な競争が恒常的な変化を導くシステム内在的な競争チャンスに係って、そのチャンスを封じ、競争相手の行動範囲の縮小を誘引する。Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S. 492, 496ff.

⁶⁴ 競争歪曲について独自の意義をもつ概念構成をして、違反行為に係る協定等の目的がカルテル等の場合と異なり、その参加者間の行為自由を制限することにあるのではなく、他方効果の点では第三者に対する影響が反競争的であることから、そのつど補完的に共同体の法運用で問題になってきたことを指摘する。Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.497, 498ff.

当させることを競争相手に困難にするか、あるいは阻止する結果が、問題にされる。すなわち、競争が市場の相手方について業績の比較を可能にするものであるのに、競争の歪曲がその点の障害となって、自国の産業を保護する結果（交換プロセスの歪曲）を生ぜしめている。したがって、業績の比較を困難にされた自国消費者（市場の相手方）に対して供給を試みる外国事業者（競争相手）に係る並行プロセスにおいて、その前提とされなければならない反応のレベルが制限される（業績比較論）⁶⁵。

（c）長期にわたる供給ないし購入契約

供給者が、自らの最大限の供給能力を発揮したままにある買い手に長期の供給契約をした結果、第三者の買い手に供給余力が乏しく、もはや供給されないことから、供給を受けた買い手にあつて競争能力が強化される競争の歪曲が生ずる⁶⁶。

⁶⁵ Schreup, Wettbewerbsverfälschung（前掲注 58 参照），S.497. シュロイプによれば、結合市場の目的に従う業績のすべての要素がその規定の基準とされ、競争の条件とされた。そのうえで、競争の歪曲はまず並行プロセスにおける競争に影響を与え、さらに交換プロセスにつき望ましい比較を行うこと並びに取引先の選択を行うことを害する結果になる。これが国家援助措置やカルテル等の措置を禁止する理由である。A.a.O., S. 511ff. シュロイプと結論を一にして、EU 結合市場において、競争をその歪曲から保護することを規定する EU 機能条約の各規定が、競争の制度保護に係る秩序政策の中核に位置することを述べる以下の見解を参照。Fezer, Fezer, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den unlautern Wettbewerb (UWG) (Beck, 2010), §1.Rn.93 (Fezer, Lauterkeitsrecht と略称)。Fezer, Fezer, Lauterkeitsrecht, 3 Aufl. (Beck, 2018), Einl., Rn.84 (欧州経済共同体設立条約 3 条 1 項 g 文や 81 条以下に規定されていた健全な競争保護の規制は、1990 年代には広く問題とされなくなったが、公正法とカルテル法の牽連性、業績保護と公正保護の牽連性に関し現在でも必然性が存する)。

⁶⁶ Schluemp, Wettbewerbsverfälschung（前掲注 58 参照），S.495. 2001 年のエメリッヒ論文によれば、電力産業について、長期契約にあつて買い手のほとんどないすべての需要をカバーしてしまう例がある。かかる評価のされる契約期間のほぼ 8 割、4 年から 5 年が実際に許されるレベルであるが、この電力産業に対する欧州委員会の実務では、長期契約の上限は 15 年とされ、他の産業では、契約当事者の地位に従って異なる市場関係と取引量を勘案して 4 年から 6 年のより低い上限が規定されるとしている。Vgl, Emmerich, Langfristige Liefer- und Bezugsverträge im europäischn Kartellrecht, in Krammr/Schmacher (Herg.) Festschrift für Koppensteiner (Orac, 2001), 351,362 (長期の供給ないし需要契約は第三者への排除効果が重大であり、EU 条約における競争の歪曲の規定に反する)。

シュロイブによると⁶⁷電力産業や製造業などの長期の供給契約は、排他条件取引として明確に競争者の買い入れを排除する形態でなくても、供給者の最大限に能力を発揮して行われるときに供給者はもはや第三の買い手に供給できない状況を生み、提供される買い手企業の競争能力を強める結果になる⁶⁸。ここでは、やはり並行したプロセスにおける、このような提供を受けた買い手に対する競争相手の活動余地が狭められる。供給者と買い手との交換プロセスにおける長期の契約に係って、「競争条件の人為的な変更」が生じる。その結果、競争相手や第三者の競争自由を直接的に攻撃するとは評価されずに競争制限とは異なる効果をもつものであっても、競争を歪曲する⁶⁹。

(d) 需要力濫用の考え方によって捉えられる利益強要

購買力濫用に係る買い手による搾取の問題関心のもとに、濫用行為者とその競争相手の業績に対しその比較と選別（被搾取者による）が困難になる事態に対して、利益強要による競争歪曲として規制がされる（業績比較論）⁷⁰。スイス

⁶⁷ Frenz, Handbuch（前掲注 58 参照）Rn. 516（長期間の供給ないし購入契約が契約当事者間の競争上の行為自由を格別に減じることはなくても、第三者の競争上の地位に負の影響を与えるときは、市場関係の人為的変更が問題になる）。

⁶⁸ Schreup, Wettbewerbsverfälschung（前掲注 58 参照），S. 495ff. Gottfrid Zeitler, Die Wettbewerbsverfälschung, WuW 1963, 477, 483, 484.

⁶⁹ Schreup, Wettbewerbsverfälschung（前掲注 58 参照），S.497. Sandrock, Grundbegriffe（前掲注 63 参照），S.228. ゼンドロックは、競争の歪曲の概念について、GWB1 条の競争の制限（Beschränkung）超える内容をもつとする。A. a. O, S.230.

⁷⁰ かかる規制理論の前提となる需要力行使の市場モデルについて、シュロイブは、需要力が交換プロセスと並行プロセスにおける事業者の地位に係って、市場プロセスからの相互依存の関係的な視点により決定されるという、以下に挙げるショイフェレの四角形モデルを踏まえている。Schleup, Über den Begriff der Nachfragemacht: in Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux, professeur à l'Université de Fribourg（Fribourg : Éditions universitaires, 1977）（Schleup, Nachfragemacht と略称），563, 574f.

その四角形モデルとは、過剰な供給余力のある市場のように、流通業者が取引先の選択に格別の意味を見出さないう、その行為に余裕がある状況を前提にする。このような場合、任意の供給先に対する利益強要が可能になり、製造業者は流通業者にとって相互に交換可能な財の提供をするだけで、需給関係の余裕を欠くことに基づく取引先争奪、あるいは製造業者の差別化された製品に基づく取引先争奪は失われる。すなわち、交換プロセスにおいて、購買力を行使した流通業者の要求に届する形で製造業者は値下げを余儀なくされ、さらに、搾取となる利益の強要を被るば

不正競争防止法 1 条の一般条項に基づく規制が肯定される⁷¹。

(e) 競争の妨害や制限の概念を包摂する上位概念としての競争歪曲の類型。

シュロイプ説の明確化のため、先ず対照的見解を示す。EU 機能条約 101 条の競争の妨害とは、競争の全体的な排除が考えられ、競争の制限の「特別に重大な形態」であり、さらに、競争の制限はそれ以外の感知できる (spürbar) どのような制限もそれにあてはまるものであることについては、学説の一致がある⁷²。この点から、競争の妨害 (Verhinderung) と制限 (Einschränkung) は、競争制限 (Wettbewerbsbeschränkung) の上位概念により包摂されていると考えるのが今日一般的である⁷³。そこで、競争の歪曲については同じく競争制限を上位概念として、その特別な形態として包摂されるというのが通説であろう⁷⁴。

これに対しシュロイプは、競争の歪曲について、妨害と制限では包摂することのできない独自の意義をもつ概念構成を行って、上記 (a) から (d) のようにその類型系列を示すことから、その概念は競争の妨害と制限の上位概念になる⁷⁵。結果的に競争の歪曲は、妨害と制限の内容を自らの内に含む。

かりでなく、製造業者がかかると流通業者のいる段階を回避し得ない限り、欠けている需要競争は市場における隣側の並行プロセスで、同じように値下げや利益強要に係る効果と呼び起こす事態になる。すなわち、交換プロセスと並行プロセスからなるショイフェレによる四角形のモデルが、需要力行使のモデルとなるのである。Helmut Scheufele, Behandlung der "beherrschenden Stellung" von Nachfragern im EWG-Kartellrecht: Art.86 im Vergleich mit Art. 85 EWGV, BB (Beilage 4/1973 zu Heft 9/1973) S.8.

⁷¹ Schleup, Nachfragemacht (前掲注 70 参照)、S.590f.fußnote 95i).

⁷² Mestmäcker/Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2Aufl. (Beck, 2004) S.261ff. EU 条約の英文と独文のテキストは、以下を参照した。Terhechte, 2 Aufl. Europarecht (Nomos, 2021), S.199.

⁷³ Emmerich/Lange, Kartellrecht (Beck, 2018), 14 Aufl. S.42(Rn.26). Lübig, Wiedmann, Handbuch des Kartellrechts 3 Auf. (Beck, 2016) (Lübig・Handbuch と略称) §8, Rn.20 (競争制限 (Wettbewerbsbeschränkung) は通常、妨害 (Verhinderung) ないし制限 (Einschränkung) の包括的な上位概念とみなされている。).

⁷⁴ Lübig・Handbuch(前掲注 73 参照), §8, Rd.20. (競争歪曲の概念に独自の意味があるか疑問である).

⁷⁵ Vgl. Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.493,

(f) 健全な競争保護と競争の機能性の保護 (UWG の一般条項)

シュロイプの競争歪曲の概念に対する同様な解釈と実例の分析は、そのほかにスイスカルテル法における競争歪曲の規定で行われているが⁷⁶、その根拠条項(旧5条II項a)における「公正かつ健全な競争の保護」の文言は1995年の改正で削除された⁷⁷。その後、かかる「公正かつ健全な競争の保護」という競争歪曲に係る文言は、スイス不正競争防止法(Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; スイス UWG)における1条の目的規定と2条の一般条項において、競争の歪曲と健全な競争の保護が議論されている⁷⁸。

⁷⁶ A.o.O, 507f. (並行する競争プロセスにおける競争行為が、交換プロセスにおいて求められる業績の比較を困難にする場合に、スイスカルテル法旧5条II項の自由かつ公正な競争は歪曲される。競争の妨害と制限を包含する上位概念としての競争の歪曲の概念は、かかる妨害と制限によってカバーされない)。

⁷⁷ Vgl. *B. Rubin, Baker & McKenzie, Kartellgesetz* (Stämpfli, 2007), Art N2. 現行法の目的規定は、第1条で「この法律は、カルテル及び他の競争制限によった国民経済的あるいは社会的損害の影響を防止し、それにより自由な市場経済秩序の利益において競争を促進することを目的とする」と規定する (www.fedlex.admin.ch)。

⁷⁸ (1) スイス UWG1条の目的規定は、
「この法律は、公正かつ健全な競争を、すべての関係者の利益のために保障することを目的とする」
と規定して、公正な (lauteren) 競争と健全な (unverfälschen) な競争の保護が保護法益であることを明らかにする。Peter Jung, Jung/Philippe Spitz, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb(UWG) (Stämpfli, 2010)(Jung, et al, Bundesgesetz と略称), Art.1UWG, Rn.1.

さらに同法は、第2章民事及び訴訟法上の規定の第1節で、不公正な競争の違法性を掲げ、その冒頭の第2条は一般条項として、

「欺罔的またはその他の方法により信義誠実の原則に反する行為又は営業態度で、競争者の関係または供給者と需要者の関係に影響を与えるものは、不公正であり、違法である」
と規定する。

(2) これらの規定に係って、公正さ (Lauterkeit) は、スイス UWG において、伝統的な道徳的特性に関する事業者の行動の正しさとしての行為の許容性を示す概念になる。

他方、健全性の視点は、市場の競争の働きの係る諸条件を保障することにより、カルテル法の用語に従い、開かれた、自由で機能性ある有効な競争を確かなものとするを狙った概念になる。後者の健全性概念により UWG の領域で秩序政策的視点の新たな展開が図られる。Jung, et al, Bundesgesetz Art.1UWG, Rn.15, 19. Heizmann, Oesch/Weber/Zäch, Wettbewerbsrecht 2,

そして、スイス UWG1 条の健全な競争保護に関する解釈として、競争の歪曲の禁止を競争の機能性保護の観点から説明する学説は、シュロイプの基本的スタンスを継受するものと評価できる⁷⁹。先ほどのシュロイプの競争歪曲の類

Kommentar (Orell Füssli, 2011), S.388.

(3) そこで、この目的規定における公正な競争と健全な競争の保護、不公正な競争の違法性の一般条項における不公正な行為または営業態度に係っての公正 (Lauterkeit) の関係を如何に捉えるかについては、次のような意見の対立がある A.o.O., S.388f.,

第一の考え方は、UWG の優先的な目標設定は公正の保障であるとする。Vgl. a.a.O. それに対して第二の考え方は、競争の公正の概念と競争の健全性の概念は「二語一思想 (Hendiadyon)」であって、前者の取引道徳に対する違反も競争の存続に対する攻撃も、その時々機能性において含まれるとする。Baudenbacher, Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, (Halbing & Lichtenhahn, 2001), Art. N16 (Badenbacher, Kommentar と略称)。

競争の機能性という概念については、上記の第一の考え方にあつては、機能性の意味における健全な競争の保護に対し、取引道徳の保護が優先する。

第二の考え方では、公正保護と競争の健全性の保護は、どちらも同等の保護を受ける。Vgl. Rolf Sack, Probleme des neuen schweizerischen UWG im Vergleich mit dem deutschen UWG, in: Baudenbacher(Hrsg.), Das UWG neuer Grundlage (Paul Haupt, 1989) 113 (伝統的な取引道徳の違反とともに、競争の機能性に係る侵害も禁止する)。

さらにこの考え方にあつては、健全な競争の保護の意味における機能性の側面が、限界事例では取引道徳の考慮に対して優先するという考え方と、Baudenbacher, Kommentar, Art. 1, N 41f. その場合でも、公正の保護と健全な競争に係る保護は並置されており、公正な行為と不公正な行為を区別するために、秩序政策的基準も取引道徳的基準も裁判官は任意に適用でき、双方の基準は二者択一であるとする見解が分かれている。Heizmann, a.a.O., S.389.

⁷⁹ ベーター・ユング (バーゼル大学) は、前記シュロイプの EU 競争法における競争歪曲に係る所説を引用し、スイス UWG1 条の目的規定における競争の健全性に係る解釈をしている。それによれば、人為的な影響行使から免れた、自由で、機能的な、すなわちカルテル法の用語では有効な競争をその機能条件によって確保すべきものとする (競争の機能性の保護)。立法者は UWG の任務について、カルテル法だけでなく、機能的にとらえられた秩序政策的な考察態様を明瞭に、このような規範目的の広いとらえ方をすることで説明した、と述べられている Jung, et al, Bundesgesetz (前掲注 78 参照), Art. 1 Rn. 15 & Fn.57 (前掲注 58 のシュロイプ論文について、その 493、498 頁を引用)。なお、ドイツ UWG1 条と対比的に論じられたスイス UWG1 条 (旧法) による機能的競争保護について、以下の文献がある。C. Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von §1 des deutschen und Art.1 des schweizerischen UWG, ZHR 1980,144,167 (UWG における競争の機能的概念に係っては、競争行為の不公正さはその市場の事象に係る効果により測られる)。

型で、(d) 需要力濫用の考え方によって捉えられる利益強要については、このUWGの一般条項の適用が問題になる。

(2) 機能を決定された概念としての競争の歪曲

シュロイプにとって、自由保護と公正保護は、その競争法の体系において基本的な法概念になる⁸⁰。そして競争の歪曲は、規範的考察から自由保護の法概念によっても公正保護によっても包摂されることのできない行為態様を有する概念とされる⁸¹。シュロイプは、ラーレンツ／カナリスによる法解釈学に関する法学方法論に依拠して、競争の歪曲の法概念を自由と公正の価値に基礎づけられたその競争法の体系の内に整序する。

まず、これらの自由保護と公正保護は、競争法秩序の体系にとってその内的体系を構成する法的概念と捉えられる。これに対し、競争法制の制定法においてその組織構成における法技術的概念が外的体系である⁸²。そして競争の歪曲は、かかる法秩序の内的体系を支配しており、その一貫性を保っている普遍的法原則を、法律要件の要素として機能している制定法の法技術的概念の外的体系へと言い表す働きをする⁸³。それによって、法適用にとって欠くべからざる外的体系について、その法技術的概念を整序する価値連関が明らかになる、とされる。

普遍的法原則と法律要件の法技術的概念との間の媒介として働き、普遍的法

⁸⁰ Walter R. Schleup, Von Lautern zum freien Wettbewerb, GRUR Int. (1973) (Schleup, Von Lautern と略称)S.446. 上記本文掲記のような命題にあっても、公正保護は可能な限り自由保護と調和的な概念が求められるとする。A.a.O., S.452.

⁸¹ Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.514.

⁸² Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (Springer, 1975), S.430 (Larenz, Methodenlehre, 3. Aufl と略称), シュロイプの引用は原書第 3 版であるが、該当部分は翻訳書(原書第 6 版)とほぼ同一でラーレンツ／カナリスによるこの部分の改定はないので、本稿ではラーレンツ／カナリスの該当頁、及び参考として翻訳書の当該頁を付記する。Larenz/Canaris Larenz, S.264. 訳 668 頁。

⁸³ 競争法秩序の内的体系を構成する価値原理が競争の歪曲の概念を通じて、外的体系である制定法の法技術的概念に言い表される場合には、一貫して、そこでは価値負荷的な概念が類型の形成を通じて分類され示される。Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.515. Vgl. Larenz, Methodenlehre, 4 Aufl. (前掲注 11 参照), S.470ff. 訳 733 頁。

原則の意味連関も明らかにする、法律要件の要素あるいはまた法律効果の要素として含まれているのが、機能を決定的概念である⁸⁴。そしてシュロイプによれば、かかる機能を決定的概念をその競争法制において、競争の歪曲という法概念によって考えることができる⁸⁵。

(3) 競争の歪曲が導く普遍的法原則

それでは、この競争の歪曲 (Verfälschung) の概念が法律要件の概念において示している普遍的法原則とはどのようなものであろうか。それは、競争を「誤った (falsch)」ものにする、(取引先の)「選択を誤った (falsch)」ものにするという無価値判断を導く原則である。したがって、規範的評価の視点から、このような競争歪曲という消極的な概念にかかわっての無価値判断に相対するものとして、積極的な価値内容となる「健全な競争 (unverfälschter Wettbewerb)」の法概念があげられ、それによって、「健全性 (Unverfälschtheit)」の普遍的法原則の中に法価値がしめされることになる⁸⁶。

(4) 健全性の普遍的法原則が要請する業績比較論

「健全性」という文言は、語源の上で模範と一致することを示す「真正さ (echt)」あるいは「正しさ (richtig)」という価値内容が想起され、さらに健全な競争に係っては、経済領域における相手方との契約締結をめぐって争っている複数の競争者の状況が想起される。そしてかかる状況からさらに具体的に、競い合いを行っている並行プロセス (Parallelprozeß) が、取引締結のための交換プロセス (Austauschprozeß) の存在を必然的に要請するものとなる。そして競い合いの関係からは、だれが交換プロセスで相手方の考えるところによりよく適合する業績の提供をするものであるかを規範的な主題とするよう導く。かかる導出は、動的な相互作用の過程が展開されることを論理的に求めるもので、この展開を通じて、市場の相手方の視角から業績の比較と選別がなされる

⁸⁴ Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S.431. 訳 669 頁。

⁸⁵ Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.517.

⁸⁶ Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.516.

(業績比較) ことが、健全な競争の具体化とされるのである⁸⁷。

(5) シュロイプの競争歪曲論；小括

以上に述べたシュロイプの競争歪曲論の構成は、EU 条約、カルテル法、不正競争防止法からなる競争法体系において、法の外的体系である法技術的概念に対し、機能を決定された概念としての競争の歪曲が健全性の保護の普遍的法原則を示すのであり、かかる健全性の保護の原則のもとに、国家及び私人による輸出援助、長期にわたる供給ないし購入契約、需要力濫用規制で問題にされる利益強要、そして競争の妨害や制限に対するそれぞれの禁止が類型系列として整除される構成になっている。

このように要約されるシュロイプの競争歪曲論の法体系構成の特徴は、以下のように列挙されよう。

(6) シュロイプの競争歪曲論の法体系構成の特徴

(6-1) 自由保護を重視した公正保護の類型系列

i) 健全性保護の自由保護と公正保護に対する関係

その競争法の全体的体系においては、自由保護と公正保護のほかに健全性の保護が普遍的法原則とされる。この3つの法原則において、先ず自由保護と公正保護の関係について、公正保護は可能な限り自由保護と調和的な概念が求められるとする。そのうえで、競争の歪曲は、自由保護によっても公正保護によっても包摂されることのできない行為態様を含む概念として、その禁止を求める健全性の保護を要請するものとされた⁸⁸。

ii) カナリスルールの適用

シュロイプの競争法体系において、公正保護の側が自由保護と可能な限り調和的な関係に立つ調整が求められていることは、カナリスによって整除された普遍的法原則の機能の仕方に関する4ルールによれば次のような

⁸⁷ Schreup, Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.516 (この場合、双方の側で相手方の並行過程が代替となることを容認することのできる人間像が想定されている) A.a.O.S.431.

⁸⁸ Scheulp, Von Lautern (前掲注 80 参照) S. 449, ders., Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.516.

意味を持つ。そのルール(2)である「普遍的法原則は排他性を要請しない」という基本的立場から、3)の「普遍的法原則は相互に補完し制限し合っており初めてその独自の意味内容を展開する」というルールを組み合わせ、公正保護と自由保護の相互的な排他性を否定し、それら原則の補完と相互制限により、健全性保護の独自の意味内容を展開させるのがシュロイブの意図と解される。結論的に、カナリスルールのその(1)における、あり得る「普遍的法原則の相互的な対立又は矛盾」は問題としない意図が顕著であるといえる。

iii) 新自由主義的傾向に対する配慮

かかる自由保護を中核に据えた公正保護との両立が図られた背景は、1960年代後半のこの時期において既に、経済的行為自由の法的価値を重視して、自由な競争の行き過ぎとみられる現象があっても、その行き過ぎは市場過程の進行により、やはり自由競争により矯正がされるという、市場メカニズムへの信頼を謳う学説が有力になってきたため、それに配慮したためであろう⁸⁹。

その結果シュロイブは、公正保護の要請を重視するフィケンチャーの考え方を、公正保護なしの自由保護はあり得ない、何故なら自由保護は常に公正保護と関係するからである、という視角からのみ捉えるものの、次のようなフィケンチャーの重要な命題は等閑視する。すなわち、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る場合には、「公正な競争のみが自由」であって、公正保護が優先するというフィケンチャーの公正保護理論

⁸⁹ シュロイブは、こういった市場メカニズムに対する強固な信頼が主張される傾向を、以下のヘルベルト・クリューガーの『一般国家学』からの引用により適示する。「自由な競争が支配するところでは、良好な成果は個々人の倫理的な努力なしにも達成される。それによって義務の考え方は、それなしでも済むのである。行き過ぎたものは、他の行き過ぎたものによって訂正されるのであるから、双方ともこれにより止揚されるのであり、むしろ内在的な欠点は有益な機能をも充たすのである」。Herbert Krüger, *Allgemeines Staatslehre* (W. Kohlhammer, 1964) S. 460. そのうえで、かかる主張に対しても、UWGの旧1条の良俗概念により、公正競争保護を欠くことはできないとする。Schleup, *Von Lautern* (前掲注80参照) S.452.

の核心的原則（前掲の序における4.（2）を参照）を顧みない⁹⁰のである。

（6-2）競争歪曲の類型系列と類型的規律に係る「現象像」

i）広範な違反類型を含む競争歪曲の概念

シュロイプは、自由保護と公正保護の双方により包摂できない法的価値を保護する概念として普遍的法原則の拡大を企て、健全性の保護を導いた。この点は、かかる法原則に従う禁止の類型について、その広範な違反類型が競争の歪曲概念により包摂されることができることによる。カルテルやライバル企業の排除となる競争の自由の明確な制限から、違反行為の目的がカルテル等と異なる輸出援助や長期間の供給・購買契約に及ぶ。後者では、参加者間の行為自由の制限でなくても反競争性が問題にされる。そして本稿のテーマに係る利益強要も競争歪曲の違反とされる。

このような広範な違反行為の類型について、それを類型的規律の態様たる「指導像」（法的構造類型）が検討されなければならない。それは、業績競争理論から派生する業績比較論とされたが、以下の問題を含むと考えられる。

ii）業績比較論が基礎とする業績競争論の問題点

その問題は、利益強要禁止の根拠たる業績比較論の基礎となる業績競争論が導く反対給付の無償性に関係する。この点は、業績競争論に対し、この当時向けられた批判が参考になる。販売促進の協力金を例にとると、無償のレッテルを張ることは一定の事業活動を狭く孤立して捉えており、主たる給付と付随的給付の本来的、密接な結びつきを無視する誤りがある。この点から業績比較論が過てる上記推論を導いたと批判された（メストメッカー）⁹¹。主たる給付と付随的給付につき、取引条件を広く捉え取引全

⁹⁰ Vgl., Scheulp, Von Lautern (前掲注 80 参照) S. 449,452. シュロイプは、ある取引行為が自由を制限するものか、不公正であるかの問題は、競争が機能的に正当化されているだろうか、あるいは歪曲されているだろうかの中核的問題の背後に退くという。Ders., Wettbewerbsverfälschung (前掲注 58 参照), S.519.

⁹¹ Vgl., Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb (Mohr, 1984) (Mestmäcker, verwaltete と略称) S.70f (一定の継続的な商取引行為における無償性の意味). 後掲V. 3. (6) (6-3)を参照。

体としてセットを考えるならば、無償性の批判は妥当しない⁹²。

さらにメストメッカーの需要力濫用規制に消極な姿勢とは異なる、それに積極的な立場からも以下の批判があった。業績比較論の言う並行プロセスにおける業績比較の困難も、付随的給付の内容が明確化されれば可能になる。この点から、業績比較を可能にする現代流通業の多様かつ高度の発展の成果が強調され、次の批判がされた⁹³。すなわち、付随的給付に該当する各種業績が、新たな流通機能の革新からもたらされる便益として、これまでの給付パターンに縛られずに取引当事者間でやり取りされているという批判⁹⁴が続いた。

(6-3) 規範的実在的類型としての競争歪曲による類型系列

⁹² Pichler, Verhältnis von Kartell- und Lauterkeitsrecht, (Nomos, 2009) (Pichler, Verhältnis と略称), S.294 (主たる業績と付随的業績を区別する評価は、供給者により提供された特別条件について、それが包括的な全体行為の範囲内で存することを見逃している)。

⁹³ Köhler, Zur Konkurrenz lauterkeitsrechtlicher und kartellrechtlicher Normen, WRP 2005 (Köhler, Konkurrenz と略称), 645, 652 (新たなあるいは通常のものでない販売手法などの市場行動を、それが今ある市場構造に影響するからといって、不正の烙印を押してはならない。かかる市場行動の判定は、競争のみがなし得るのであり、競争の機能に対する有害性のみを一般的に問題にし得るに過ぎない), Pichler, Verhältnis, S.294 (前掲注 92 参照) (流通業における進展する構造変化の表れと思われる、新たな事業概念と事業態様が絶えず存在する)。

⁹⁴ ケーラーは、買い手としての流通業者の商品購入機能の側面と、消費者向けの販売促進機能及び供給業者に向けた援助機能等のサービス提供機能の二側面について、それを統一的に捉える行為指標として現代流通業の多様な機能が展開されて、供給業者への便益の提供がされるとともに、他の流通業者との競争が活発化することを明らかにした。拙稿「相対的市場力の濫用と公正な競争秩序—英国とドイツの規制から学ぶこと」、金井/土田/東條編『経済法の現代的課題』所収(有斐閣, 2017) (拙稿・相対的市場力と略称) 313 頁以下。

このような供給業者に便益を提供する、ケーラーの言う「マーケティング代理業者(後掲注 340 該当本文)」と同様な、製造業者にとり信頼における重要な販売チャンネルとなる流通業者の機能を重視する見解として、以下の論稿がある。Vgl., Säcker/Mohr, Forderung und Durchsetzung ungerechtfertigter Vorteile: Eine Analyse des § 20 Abs. 3 GWB, WRP 2010, 1, 25 (モダンな売り場における製品紹介のプレゼンを行う、「マーケティング代理業者(Absatmittler)」としての機能の重要性)。

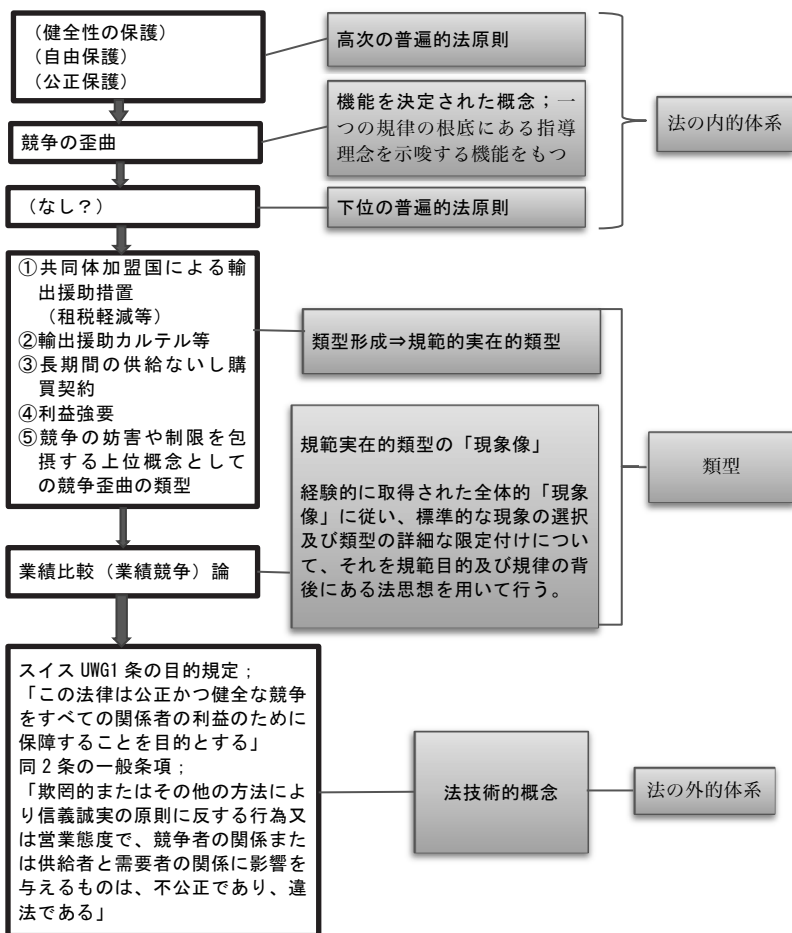
さらに、かかる流通機能の革新が競争に及ぼす意義については、以下の論稿を参照。Pichler, Verhältnis (前掲注 92 参照), S.333 (動態的競争の本質は、革新的な販売手法を刷新する理念が、競争プロセスにおいて新たな衝突を生む点に存する)。

購買力濫用規制の理論根拠をめぐる論争の深化により、シュロイプの業績比較論は、個別規律をまとめる、その類型的規律に係る構造的な「指導像」である業績比較論の説得力を失い、ドイツではこの理論に依拠せずに利益強要禁止の根拠付けを探る方向に向かうことになる(後掲の2.(4)(4-2)ii)を参照)。

このような検討から、シュロイプによる競争歪曲の類型系列は、法的構造類型を達成しているとするのは困難であり、その広範な類型はラーレンツ・カナリスの言う規範的実在的類型であって、経験的に取得された全体的「現象像」を類型系列の特色として示すに止まると考えられる。

結論的には、上記輸出援助や長期間の供給・購買契約といった類型(参加者間の行為自由の制限でなくとも、業績比較の側面で反競争性が問題にされる)とともに、利益強要の違反類型について、それらが構造的な関連の要素である類型の「指導像」を共有、維持して、競争歪曲の概念のもとに類型形成をされることは困難であろう。

表2 シュロイブの需要力濫用規制における「概念形成と体系形成」



2. 健全性と公正の法目的を重視した規制理論

(1) 交渉力の理論モデルによる需要力分析の深化

(1-1) 買い手独占（寡占）の産出量削減モデルに対する批判

パラツケは、コンスタンツ大学の学位授与論文⁹⁵において、交渉力を条件とする需要力モデル（インデルスト／ウェイ）に依拠した需要力濫用規制の理論を提示した。それによれば、買い手独占（寡占）のモデルに基づいた産出量削減（それに対応する供給者の販売に加えられる制限）を問題にする需要力理論⁹⁶に批判的な、EU 競争法の体系に属する規制理論である。

(1-2) 交渉力理論による産出量増加モデル（インデルスト／ウェイ）

交渉力理論においては、買い手に有利な取引条件を引き出す交渉の優位性が重視される。具体的には、リベートや返品、在庫管理や顧客向け特別仕様（いわゆる「カスタムメイド」）のサービスといった要求ができる優位である。かかる取引では、これまでの需要力モデルが仮定する需要量の制限と買い手の価格低下を意図したのではなくて、むしろ需要量の増加を導くという可能性を有することから、配分効率の改善効果を導くもので、個々の買い手に固有である取引優位の確保という側面が顕著になる⁹⁷。

(1-3) 交渉力モデルによる競争優位の戦略的行為の類型（インデルスト／ウェイ）

交渉力モデルを基本とする需要力分析からは、いわゆる第二次の価格差別（「買手段階の差別対価（secondaryline discrimination）」）に分類される利益供与の誘引を被った供給者がなす消極的・受動的な差別行為を、交渉力の結果

⁹⁵ Anja Palatzke, Nachfragemacht im Kartellrecht - Bewährungsprobe für den More Economic Approach (Peter Lang GmbH, 2012) (Palatzke, Nachfragemacht と略称)。

⁹⁶ 参照、拙稿「ドイツにおける需要力の規制理論」高千穂論叢 47 巻 4 号 (2013) (拙稿・規制理論と略称) 5 頁以下、小島泰友、澁川和彦「流通市場における買手パワー (Buyer Power) の競争への影響について：大規模小売業者を中心として」(公正取引委員会競争政策研究センター、2010)。

⁹⁷ R. Inderst & C. Wey, Die Wettbewerbsanalyse von Nachfragemacht aus verhandlungstheoretischer Sicht, Perspektiven der Wirtschaftspolitik (PWP), 2008: 9(4) (Inderst & Wey, Wettbewerbsanalyse と略称) ,465,469. Vg., Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.67f. Heinz-J. Bontrup & Ralf-M. Marquardt, Nachfragemacht in Deutschland-Ursachen, Auswirkung und wirtschaftspolitische Handlungsoptionen (MV- Verlag, 2008), S.9.

として捉える点に特色がある⁹⁸。この差別行為は、一ないし少数の需要者が供給者に他の需要者よりも優位となる条件を認めさせる「受動的差別 (passive Diskriminierung, buyer-induced discrimination)」の行為態様を前提とする。その典型例は、価格リベートであり、宣伝費援助金 (WerbekostenzuschüÙe)、陳列棚の賃貸料 (Regalmieten)、品揃協賛金ないし取引開始の協賛金 (Listungs-oder Eintrittsgeld) などが挙げられる⁹⁹。

(1-4) 外部選択による交渉力把握のメルクマール (インデルスト／ウェイ)

このような、需要者がその競争相手よりも優位の条件を、供給者の自発的意思によるのではなく、当該需要者の指示のもとに認めさせる行為は、需要者の積極的行為である交渉力の行使を可能にする一定の能力を需要者が備えることを前提とする。かかる能力は供給者の取引条件に関する任意の決定に対して、一定の制限を課すことを可能にするものでなくてはならない。いいかえると、需要者の取引先選択で採り得る決定の任意性の保証、すなわち所与の取引先に拘束されないことを保証する、供給先の変更とその製品を品揃えから外す措置、そして他の供給先製品への移行を可能とする「外部選択 (outside option)」あるいは「契約破棄の選択」が、交渉力を需要力の説明理論が提示する場合の前提条件になる¹⁰⁰。

(1-5) 交渉力モデルによる公共政策の含意に対する批判 (パラツケ)

パラツケは、このような交渉力のもたらす経済学的に捉えられた影響に対して、固有の競争政策上の評価を下す。すなわち、「外部選択」の手段を行使して積極的に誘引を行った需要者だけに好条件が提示され、その競争者には劣位の条件となる一連の交渉プロセスにおいて、受動的に差別的価格の設定をさせられた供給者について、大量販売等に起因するコスト削減の利得が保証されない

⁹⁸ 第一次の差別は、第一義的に供給者自らの意思にもとづく積極的な行為態様として差別的価格を捉える「売手段階の差別対価 (primary line discrimination)」である。

⁹⁹ Vgl., Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.68.

¹⁰⁰ Inderst & Wey, Wettbewerbsanalyse(前掲注 97 参照), S.471. See, Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.68.

需要力行使の態様は、業績関連性を欠く価格差別行為であって競争法上の政策評価として消極に捉えられるとする¹⁰¹。

(2) 経済学多用のアプローチに対する批判

(2-1) 経済的効率性を重視するアプローチに対する批判

パラツケはインデルスト／ウェイの交渉力モデルに依拠して、従来の独占力モデルの産出量削減モデルを批判した。他方、インデルスト／ウェイの需要力に関する規制理論は、下流市場における最終消費者に対する厚生効果に焦点を絞った経済的効率性を重視するアプローチ（「経済学多用のアプローチ（“more economic approach”）」）を採用する。この点はパラツケの批判する¹⁰²ところであり、この批判は、市場で優位な買い手の継続的な需要力行使によってその競争者が排除され、有効な機能的競争の遂行が阻害される市場構造への影響を、かかるアプローチが等閑視する結果に向けられる。

(2-2) 有効な機能的競争の阻害と市場構造への影響—競争過程の維持

具体的には、小規模な競争者の排除される場合と市場の相手方である供給者を通じた受動的差別の場合が有効な機能的競争の阻害とされる¹⁰³。このような消費者厚生を極大化理論に対する批判として競争過程を維持する要請を挙げる¹⁰⁴パラツケは、その根拠付けを、以下に記す EU 条約に規定された競争法制の目的付けに求める。

¹⁰¹ Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.68f. このような、交渉力行使による価格差別行為が業績関連性を欠くと判定されるメルクマールとして、パラツケが挙げる条件 (4 項目) について、拙稿・規制理論 (前掲注 96 参照) 10 頁の a) から d) を参照。

¹⁰² 拙稿・規制理論 (前掲注 96 参照) における III の「5. 交渉力行使による厚生についての影響とその評価」を参照。

¹⁰³ 具体的な障害例は、i) 小規模な競争者が市場でその地位を継続的に解体される、排除の場合であり、また、ii) 市場で優位な買い手が供給者との交渉において競争者に同様な好条件を提示しないように仕向ける結果、その優位をさらに強めて市場の集中が強められる、受動的差別の場合である。Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.72,74. 拙稿・規制理論 (前掲注 96 参照) 19 頁以下。

¹⁰⁴ Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.228 (機能的競争は、効率性の考慮に限界を設ける)。

(3) パラツケの競争法体系の法目的

(3-1) EU 条約3条3項（「高度に競争的な社会的市場経済」）

EU 競争法制を規定する EU 機能条約 101 条及び 102 条の条項は、明確な目的条項を欠くことから、EU の目的を述べた EU 条約 3 条 3 項が取り上げられる。すなわち、EU の目的・任務として、「高度に競争的な社会的市場経済」に基づく結合市場の構築が規定されて、EU 機能条約における競争法規定を解釈する前提となる¹⁰⁵。

(3-2) 議定書27号と EU 機能条約前文第5節（「健全な競争」と公正な競争）

次に、かかる市場経済の特性をもつ結合市場の競争のあり方に即した法目標が、リスボン条約の策定に合わせて採択された「結合市場及び競争に関する議定書」27号（2008年）に求められている¹⁰⁶。議定書27号は、上記EU条約3条に定められた社会的市場経済を具体化する結合市場において、競争の歪曲からの保護、すなわち「健全な競争」が保護されるべきことが、常に統合政策でもあったヨーロッパの競争政策では、結合市場の創出に係り「規制の端緒」でなければならないという意義を闡明している¹⁰⁷。

さらに、議定書27号の健全な競争の法目標は、EU機能条約前文第5節に規定する以下の文言と関連付けて理解される。前文第5節は、「既存の障害を撤廃するためには、安定的拡大、貿易の均衡及び公正な競争（einen redlichen

¹⁰⁵ Palatzke, Nachfragemacht（前掲注95参照），S.203, 244

¹⁰⁶ 「締約国は、EU条約3条に定められた結合市場において競争が歪曲から保護される制度が含まれる（ein System umfasst, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt；includes system ensuring that competition is not distorted）ことを考慮し、以下のことに合意した。この目的のため、EUは、必要な場合、EU機能条約352条を含む条約の規定の下で、行動を起こす。本議定書は、EU条約及びEU機能条約に付属する」Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABI. 9.5.2008 C115/201,309.

¹⁰⁷ Palatzke, Nachfragemacht（前掲注95参照），S.203, 205, 227. EU競争法の規制における解釈は、伝統的にローマ条約3条1項gの競争の歪曲からの保護を基盤としてなされてきたが、現在この規定は議定書27号に移されている。そしてこの競争の歪曲からの保護によった規制と解釈のより広い視点は、加盟国による差別的な措置を禁ずる反保護主義的な規定で、その意義を認められる。A.a.O. S.106f.

Wettbewerb) を保証するために協調行動が必要である」と規定するが、かかる公正な競争と健全な競争が併存的に EU 競争法の保護のための目標となる¹⁰⁸。

(3-3) 競争者の「競争に参加する権利」(市場に参加する事業者の機会の平等)

以上のように、パラツケは需要力濫用規制の根拠である EU 競争法制の規制に係り、「高度に競争的な社会的市場経済」である結合市場の構築のため、「規制の端緒」として健全な競争及び公正な競争がその保護目標とされる考え方を採る。そしてかかる保護目標を判例に即して検討した結果、個々の経済参加者の機会の平等を保つことと結びつけてかかる位置づけが確認されている¹⁰⁹。この市場に参加する事業者の機会の平等は、消費者厚生 of 極大化を目指す経済学多用のアプローチに対する批判として競争過程を維持する要請から保障されるのであるが、競争者の「競争に参加する権利」として構成された¹¹⁰。

パラツケの需要力規制理論は、このような EU 競争法の規制目的に従い、競争者の競争に参加する権利の保障が、i) 受動的差別として行為者段階の市場で優位な事業者によって排除された競争者の保護に仕え、かつ、ii) 需要力濫用の対象とされた搾取を受けた供給者を救済する場合の解釈論上の根拠とされた¹¹¹。

¹⁰⁸ Absatz 5 Präambel des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl.2010 C83/47. Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.203, Fn.889.

¹⁰⁹ Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S.205, Fn.895. パラツケの判例の引用は、以下の箇所である。E. C. R. 1991 P. I-01223, Judgment of the Court of 19.03.1991. - Competition in the markets in telecommunications terminals equipment. - Case C-202/88, n.51 さらにパラツケは、健全な競争概念の「特別に高い位置づけ」を、以下の判例によっても確認している。Judgement of the Court of 21. 02. 1973. Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities. Case 6-72. E. C. R. 1973 P- 00215, n.23.

¹¹⁰ Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照), S. 205 (個別の経済への参加者のチャンスの平等)。なおパラツケは、競い合う企業の保護を法が第一義的に意図するならば(競争の保護でなく、事業者の保護)、それは競争の本質に矛盾するのであるから、平等な市場参加の可能性に対する権利が保護されるのでなければならないとする。A. a. O., S. 233 & 205, Fn. 895, Case C-202/88, France v. Commission [1991] E.C.R. 1-1223, n.51 (equality of opportunity)。

¹¹¹ 前者の買い手たる競争者の排除は、市場参加者の取引機会を減ずる点に競争への侵害効果が捉えられ、市場の機能的競争を維持する措置をとる過程で競争者のかかる権利が保護される。後者の供給者への濫用については、前述のように業績関連性を欠く価格差別行為を誘引せしめた強制ならびに不当な買い入れ価格による搾取が競争への

そのうえで、EU 機能条約及び GWB の規定に即して市場支配的事業者の濫用監視に係り需要力の濫用とされる搾取濫用、妨害濫用、受動的差別が禁止される¹¹²。

(4) EU 競争法に依った需要力濫用規制の体系構成と類型形成

経済学多用アプローチに対し批判的なパラツケの EU 競争法制の目的規定に根拠付けられた需要力規制理論は、健全性の保護に係る法目標と公正保護の法目標から、競争者の「競争に参加する権利」を導くという特徴がある。この点に関し、ラーレンツ／カナリスの法学的体系理論に即して、以下の問題を指摘できる。

(4-1) 普遍的法原則に係る相互関係性の問題

i) 自由保護に対する公正保護及び健全性保護の関係

パラツケの需要力濫用規制が位置付けられる競争法体系において、法的体系的体系を構成する普遍的法原則として、健全性の保護と公正保護の法原則に対して、自由保護がいかなる関係にあるのか明らかでない問題がある。この点は、その交渉力モデルが自由保護の法原則と親和的であるのに、以下のように、その規制理論と自由保護との関連が不明確であることに基づく。

ii) 交渉力モデルとより有利な取引条件の獲得に関する競争

すなわち交渉力を条件とする前記需要力モデル(インデルスト／ウェイ)では、買い手に有利な取引条件を引き出す、交渉に関する優位性が分析の中心に置かれ、個々の買い手に固有な取引優位を確保するリベートや返品、顧客に向けた在庫管理や特別仕様のサービスといった要求を通じて、需要量の増加を導く可能性が重視されていた¹¹³。この点は、ドイツの競争法制で、より有利な取引条件の獲得に関する競い合いが保護に値する買い手間

影響でとらえられており、よりこのような権利を保護する性格が明らかとなる。搾取による業績関連性を欠く取引がもたらす競争歪曲について、その市場への影響分析の問題点については、拙稿、規制理論（前掲注 96）26 頁以下を参照。

¹¹² Palatzke, Nachfragemacht（前掲注 95 参照），S.33f. GWB による受動的差別の禁止は、当時の旧 GWB20 条 3 項による、実質的な正当化理由なき利益の提供に係る勧奨ないし誘引の禁止である。A.a.O.S.33.

¹¹³ 前掲 I. 2. (1) (1-2) を参照。

の競争態様であるとする学説と判例の傾向¹¹⁴に即する。

またかかる競争が購買者間の競争の活発化を導くもので、自由な競争保護に係って競争法上のポジティブな評価がされる側面であることも否定し得ない¹¹⁵。したがって交渉力モデルに基づく需要競争の展開において、需要量の増加があり得る市場効果の分析は評価に値する。

iii) 交渉力モデルの自由な競争保護に対する考慮の不十分さ

しかし、この考察によって需要力濫用規制を競争法の体系に位置付けるには、その規制を導く普遍的法原則について、交渉力モデルから導かれる保護に値する自由競争の考慮が不可避となるはずである。すなわち自由な競争保護に対する公正な競争保護と健全な競争保護との法原則間における関係が、前述したカナリスルールに従って、いかなる条件のもとで関係付けられるのかという考察を欠くことが出来ないと考えられる。この点パラツケは、専ら公正と健全性の双方の保護に焦点を絞ってEU競争法制の目的規定が捉えられることで、自由保護の法原則への顧慮が十分行われなくなった。健全性の保護により示される法的規律は競争の歪曲の禁止であるが、かかる禁止の類型は、シュロイプの解説で触れたように広範な違反類型を含む。前述のようにこれはパラツケも容認する¹¹⁶ところであり、このように考えると、競争歪曲の法概念により、健全性保護の法原則に照らして違反行為の類型を整序するパラツケの試みは、法原則の間の関係性を不明確なものとする恐れを指摘できるであろう。

パラツケは需要力濫用規制に係って、健全性保護の法原則を重視することから、公正保護や自由保護という普遍的法原則の間で問題になる、相互の関係性を検討するうえで曖昧さを残したと考えられる。

¹¹⁴ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照)、103 頁及び「IX より有利な取引条件の獲得と需要競争の本質論」を参照。

¹¹⁵ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照)、247 頁

¹¹⁶ 前掲 II. 1. (6) (6-2) を参照。競争歪曲からの保護によった規制と解釈のより広い視点は、加盟国による差別的な措置を禁ずる反保護主義的な規定で、その意義を認められるとする。Palatzke, Nachfragemacht (前掲注 95 参照) S.106f.

(4-2) 機能的競争の阻害に係る不公正取引慣行類型化の問題

i) 類型化の「指導像」の問題

パラツケは、競争過程を維持する要請（経済学多用アプローチに対する批判）から、需要力濫用の違反行為態様につき、ア）需要者段階のライバル排除効果を生ずる受動的差別、及び、イ）濫用の対象である供給者の搾取という二類型の規律の態様を適示する。そのうえで、具体的に問題となる、典型的な取引慣行として、a 価格リベート、b 宣伝費援助金、c 陳列棚の賃貸料、d 品揃協賛金ないし e 取引開始の協賛金を例示する。a から e の取引慣行の類型は、業績関連性を欠く価格差別として捉えられる場合に違反になる¹¹⁷。パラツケの類型形成は、以下のような問題点を指摘できる。

a から e の取引慣行は、これらを、受動的差別という相互関連の「指導像」ではもはや類型形成できないのであり、それは判例により困難となったことである。2018 年のエデカ判決によって連邦通常裁判所 (BGH) は、GWB19 条 2 項 5 号に即して、この点を明らかにした¹¹⁸。我が国の優越的地位濫用規制を、いわゆる間接的競争阻害説に基づき行為者段階の競争相手に不利な結果となる市場効果を捉える考え方に対し、その誤りが指摘されるが、同様の批判が受動的差別の理論構成に向けられている¹¹⁹。したがって、a から e の具体的な取引慣行をまとめて、一体的にア）受動的差別及びイ）搾取という法的規律の二類型の態様として捉えることも、標準的な現象の選択及び類型の限定付けについて、それを規範目的及び規律の背後にある法思想を用いて行った類型に止まることになる。すなわち、規範的実在的類型とされるべきものである¹²⁰。法学にとって意味のある思维形式としての類型の認識的価値は、類型が自らの中に含まれた個別的特徴をその深い結合において捉えることにあるが、結果的に、この点で失敗しているといわざるを得ない。

¹¹⁷ 前掲 I. 2. (1) (1-3) 及び(1-5)を参照。

¹¹⁸ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照) 101 頁以下参照。

¹¹⁹ 拙稿・問題点 [2] 236 頁以下、239 頁以下参照。

¹²⁰ 前掲 I. 3. (3) 参照。

ii) 近時の類型化における新たな「指導像」の模索

このような従来主張されていた受動的差別禁止の規制理論に代えて、次に述べるような新たな需要力濫用に係る不公正取引慣行の類型形成の試みがあることは、パラツケの類型形成の問題点を浮き彫りにするものといえる。

欧州委員会による不公正取引慣行に対する規制の基本的考え方(2013年グリーンペーパー)¹²¹に影響を受け、近時、相対的市場力を有する行為者の利益強要の要求に従わなければ、取引停止等の不利益を被ることを恐れてその要求に受け入れるという、従属的事業者の主観的側面を類型形成の指導像に用いて、違反行為の類型化を図る試みが表れている。かかる主観的側面は、「恐れ」の要因 (fear factor, Angstfaktor)¹²²といった概念構成

¹²¹ 欧州委員会は、2009年10月「欧州食品サプライチェーンの機能改善」(“A better functioning food supply chain in Europe”)の指標のもとに事業者間の不公正取引慣行が食品サプライチェーンの発展に障害となることを指摘して、規制の枠組み作り着手した。委員会は2013年1月グリーンペーパーを公表し、大規模スーパーの供給業者に対する不公正取引慣行について、規制の法的な枠組みの基本的考え方を提示した。このグリーンペーパーの翻訳と評価は、以下の拙稿を参照。「需要力濫用規制の法理論的枠組み—競争とコンフリクトの融合的把握」高千穂論叢50巻1号(2015)(拙稿・枠組みと略称)23頁-35頁(グリーンペーパーの検討)、239頁以下(付録資料；欧州委員会グリーンペーパーの翻訳)。

¹²² パッサウ大学からの学位授与論文である、ティル・ゲックラーによる「恐れ」の要因と不公正取引慣行」である。Till Gökler, Angstfaktor und unlautere Handelspraktiken (Mohr Siebeck, 2017) (Angstfaktor と略称)。まず同論文が基礎にする欧州委員会のグリーンペーパーが言う「恐れ」の要因」とは次のような概念である。

他のビジネスパートナーへ転換する困難及び現在の取引関係を停止することの困難は、不公正取引慣行の展開にとって鍵となる要因である。さらに、弱い当事者は、自ら不服を申し立てるならば取引停止を招く関係であることについて恐れを抱いている。このような「恐れ」の要因は、この不服申し立てを実質的に起こりにくいものとしてしまうし、さらにエンフォースメントの仕組みに係る適切さを評価する際に検討されるべき、最も重要な事からの一つになる。前掲拙稿・枠組み(前掲注121参照)、245頁。

この弱い当事者は自ら不服を申し立てるならば取引停止を招く事態となりうる商業上の関係とは、ゲックラーの解釈によると、不公正な取引慣行を禁ずる民事上の権利行使の障害として、取引関係で相対的に弱い当事者が以下のような状況にある場合を指す。それは、取引交渉で民事上の請求権があるにもかかわらず、正当な司法手続きを介してでも自らの請求権を追求できない状況にある場合である。この状況は、取引停止等の不利益を被ったとしても、代替的取引先を見つけることが

によって違反行為の類型形成を行う。この恐れの一因は、法的構造類型の指導像に該当すると考えられるが、かかる指導像により統一的にまとめられる類型が「不正な取引慣行 (Unlautere Handelspraktiken)」として、明確に不正あるいは不公正という法的価値に還元されることから、公正保護の普遍的な原則に基づくものと考えられる。

かかる試みは、利益強要を被る従属的事業者の主観的側面において働く行為者の不当な影響行使の態様に焦点を当てた違反行為につき、明確な指導像に基づき類型形成を行う長所をもつ。この点は、不明確な業績競争概念の下で長らく違反行為の類型化に努めた結果、隘路に陥ったパラツケ等の需要力濫用の規制理論に対して、新傾向として評価できる。

困難な状況にあるという、外部選択を欠く結果に起因する。Angstfaktor, S.107ff.

そして、相対的市場力を有する、このような不正な取引慣行を行う行為者との取引において、合意によらざる場合の代替的取引先を欠くことにより、当該取引を失う「恐れの一因」から弱い当事者が自らの正当な請求を断念してしまう不正な取引慣行が類型化されている。それは以下のような取引慣行である。

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">① 遡及的な契約合意の変更。A.o.O., S.17ff.② 取引当事者間での商業上のリスクの不当な移転。A.o.O., S.30ff.③ 製造業者のノウハウ・知的財産権を対象とした情報の濫用的な利用。A.o.O., S.38ff.④ 取引関係の不当な終了。A.o.O., S.51ff. |
|---|

このうち④は、例えば正規販売店契約等で投下資本を維持する格別の必要がある場合などの事案について問題となる。

このような市場で有力な事業者による機会主義的行動である不正な取引慣行について、取引の相手方である中小事業者が自らの正当な民事法上の請求権を行使できない「恐れの一因」は、その原因が、取引先転換が困難なことによる市場内外の客観的要因に求められる特徴があるとされる。A.o.O., S.335.

この市場の客観的要因を重視した、中小事業者の権利行使に係る「恐れの一因」の分析は、こういった市場の客観的要因に限定しないで、より幅広く行為者の攻撃的な商慣行と適切な交渉過程を経ないことから、不当な影響行使（かかる影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる）に係る主観的側面に及ぶ影響を捉える、後述 (IV. 3. (4) (4-3)、及び (5) を参照) のケーラーと相違がある。

しかし、①から④の不正な取引慣行の類型をまとめる「指導像」として、自らの権利主張を抑えるという「意思決定の主観的要因 (subjektive Elemente der Entscheidungsfindung)」（A.o.O., S.334）である「恐れの一因」にゲックラーが注目したことは、当該類型系列からその有意味的結合において明らかになった類型規律の態様を構造的、法的な関連の要素として導き出す試みであると考えられる。

(4-3) 法的構造類型の類型形成における「指導像」の問題

パラツケによる、上記(4-2)のi)におけるア)とイ)二段階の類型の枠組みで理解される、EU機能条約とGWBにおける濫用規制は、ラーレンツ／カナリスの唱えた法的構造類型の体系形成的機能に照らして考察すると、構造的な相互関連の要素としての「指導像(類型的規律の態様)」を欠いている。すなわち、aからeの取引類型は、その業績関連性を欠く価格差別(前掲シュロイプ説を参照)としては、法的構造類型としての一貫した、有意味な規律の複合を特定し難い。この点は、シュロイプによる利益強要禁止の根拠たる業績比較論の基礎となる業績競争論について、その反対給付の無償性の批判が有する問題点として前述したところと重なる。

パラツケが業績関連性を欠くとする取引行為について、以下(5)のiii)で述べるケーラーの主張による給付／反対給付の関係を明確化するテストが取り入れられなければならないことを示すものと言える。

(5) 業績競争(業績比較)論の現時点における評価について

- i) シュロイプやパラツケが依拠した業績競争(業績比較)論は、取引の相手方が行う業績の比較を困難にする、付随的給付を曖昧のままにしたりベートや協賛金の要求、従業員派遣の要請をする商取引慣行を問題にするものであった。
- ii) このような業績比較論の問題点に対して、現在のドイツの判例は、主たる給付に付随する給付に関して、その契約に直接的に関係する取引条件において、付随的な給付とその反対給付を対比して不当な利益の提供を要求しているか判定する立場をとらない。利益強要が問題とされる付随的な給付の要求に対応する反対給付を、当事者間の契約関係を広く捉えて探索することを求める、全体的契約条件のセットを問題にするアプローチをとる¹²³。したがって、業績の比較が曖昧なかたちでなく行われることを積極的に求めるものでない。

¹²³ 2018年の利益強要禁止に係るエデカ事件BGH判決のかかる問題点につき、拙稿・問題点[2](前掲注12参照)107頁以下、さらに同判決が依拠した搾取濫用の先例については、同論文の「X. 搾取濫用規制における取引条件の全体的観察」を参照。

- iii) これに対しては、後述のケーラーの少数説¹²⁴は、需要力濫用規制に積極的の立場から、付随的給付に関する給付と反対給付の関係を明確に把握する試みされるべきとの主張がされた。すなわち、付随的給付の形で需要者から要求されるリベートや従業員派遣の要請に対する、供給者に提供される反対給付を明確化するべきであるとの主張である。そしてこのような需要者から供給者に提供される反対給付が、しばしば現代流通業の機能革新の成果である供給業者にも便益をもたらす現象においても見出し得ることもケーラーは主張していた。このようなケーラーの主張は、業績比較論の立場にたつことを明示しないものの、結果的に付随的給付における給付と反対給付の関係を曖昧なままにすることは認めないものと評価できる。
- iv) この点は、我が国でドイツの業績競争論について浩瀚な検討を行った岸井教授の論稿¹²⁵にも伺われるところである。岸井教授が肯定的に捉えらるる業績比較に基づく業績競争論の、「独自性の重要なポイントの一つ」は、業績「比較の機会の縮減・喪失が問題にされている」ことであるとして、さらにその比較について次のように述べる。「品質価格・価格・サービス・広告といった業績競争の構成要素（いわゆる行為パラメーター）」の中で、価格品質の一体的・相関的な比較がなされることの重要性が強調されている。当該論文執筆時点である1986年では、教授も「現在の経済段階ではやはり製品（モノ）の品質が中心」であるとされるが、その論旨の中核には、業績「比較の機会の縮減・喪失が問題にされ」るべきことが置かれている。そしてその比較の対象も価格や品質のメルクマールに限られていない。「いわゆる行為パラメーター」として捉えられ、流通業等の機能革新の成果に開かれていると解される。

¹²⁴ 前掲、II. 1. (6) (6-2) ii)、及び後掲IV. 2. (4) (4-2)における「濫用的契約条項の一般的禁止」を参照。

¹²⁵ 岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争 (Lesitungswettbewerb)』理論 (二)」法学志林 83 巻 4 号 96 頁以下 (1986)。

III. 英国における綱領審判官制と行動綱領の規制

1. 市場調査の制度による類型形成と普遍的法原則の導出

英国の審判官制に基づく行動綱領規制は、現行法の欠缺を補完するその競争法制に固有な市場調査の制度によって、法的構造類型として類型系列をまとめる有意義な規律の複合である「指導像」を導いた。英国の競争法制は、「競争の歪曲」の機能を決定された概念を中心として構成される法の内的体系をもつが、かかる「競争の歪曲」概念が指し示す普遍的法原則は、健全な競争保護の理念であり、前述したシュロイプとパラツケで検討したように自由競争の保護と公正競争保護の法原則間の関係把握を曖昧にする問題点を抱える。このような問題点を法的構造類型の「指導像」が補い、最終的に公正取引の保護に係る普遍的法原則に統一された不公正取引慣行の体系を整序した。

2. 競争委員会による市場調査制度（競争法の補完機能）

（1）綱領審判官制の概要¹²⁶

英国の需要力濫用規制は、「食品雑貨綱領審判官法 (Groceries Code Adjudicator Act 2013、審判官法という)」に基づき仲裁、審判機能を有する審判官制によっている。同法は、2009年に競争委員会が策定し、指定大規模スーパーマーケットに遵守を義務付けた「食品雑貨サプライ行動綱領 (The Groceries Supply Code of Practice, GSCOP という)」について、その遵守を監視し違反行為のエンフォースメントを行う。

（2）審判官制の制定に至る歴史¹²⁷

（2-1）2002年企業法の市場調査制度

審判官制は、EU 競争法とほぼ同様な実体規定をもつ 1998 年競争法と整合的な、市場における競争阻害を阻止する目的のもとに綱領審判官制度として整

¹²⁶ 拙稿「需要濫用規制の新展開」高千穂論叢 49 巻 1 号 (2014) (拙稿・新展開と略称) II. の 2. を参照。

¹²⁷ 同、「1. 綱領審判官制度の創設」を参照。

序された。すなわち、市場の反競争的効果を排除し阻止するため、1998年競争法の規制で充分でない場合に、それを補う目的により2002年企業法の市場調査（market investigation）の措置をもとに、立法化された特徴をもつ。他方GSCOPは、市場調査の排除措置として規定された。

(2-2) 2000年競争委員会スーパーマーケット報告書

2010年に発効したGSCOPは、それ以前の2002年スーパーマーケット綱領を改定、強化したものである。スーパーマーケット綱領は、1999年の公正取引庁（OFTという）による競争委員会（何れの組織も当時）への付託を制定の端緒とするものであり、かかる付託は、1973年公正取引法（the Fair Trading Act 1973）50条等¹²⁸における独占調査の規定に基づく（「独占付託」monopoly reference）。付託を受けた同委員会の2000年報告書に基づき、2002年にスーパーマーケット綱領が制定された。

(2-3) 競争委員会の2000年報告書¹²⁹

i) 供給業者の競争機能を害する影響の調査（「複合的独占状況」）

競争委員会は、第一に5大スーパーマーケット（「主要な買い手」という）による価格設定行動について、第二に主要な買い手と供給業者間における行為について、それぞれ「複合的独占状況（complex monopoly situation）」を規定する公正取引法6条1項c号と同条2項に従い、競争法上問題になる反競争的効果を生じる行為状況について、調査、検討をした。その結果、主要な買い手の30慣行で、供給業者の競争機能を害する影響を行使し、かつその供給の市場における競争を歪曲すると結論付けた（さらに小売業者間の市場の競争を歪曲する慣行は18類型）。

ii) 2000年報告書は27慣行の違反行為を類型化（公正取引法84条の公共の利益に係る考慮）

競争委員会の調査は、複合的独占状況が存在するなら、次に公共の利益に反する態様で、かかる状況が運営される（あるいは、運営されると予想

¹²⁸ 英国の旧公正取引法の条文は、以下のウェブサイトより入手した。
<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41/contents>

¹²⁹ 拙稿・新展開（前掲注126参照）IV. 1. を参照。

される) について検討がされなければならない¹³⁰。その検討結果は、27の慣行は公共の利益に反するというものであった¹³¹。

iii) 競争委員会の認定する排除措置

公正取引法 54 条 3 項は、競争委員会に対し、その認定による独占状況における好ましくない影響を排除又は防止する措置を特定するよう義務付けている (a 号)¹³²。競争委員会は、上記 27 の慣行について、公共の利益

¹³⁰ Coleman & Grenfell, Act (後掲注 145 参照), para.17.13 (公正取引法 84 条 1 項のもとで、競争委員会が公共の利益について考慮する要因。後掲注 131 参照。)、公正取引法 84 条は 2002 年企業法第 4 部の第 2 章「公共の利益に関する事例」に移された。https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/41/section/84

¹³¹ 複合的独占状況で競争を歪曲するとされた 30 の慣行のうち、公共の利益に反するとされた 27 の慣行を導いた検討の経緯は、以下の通りである。拙稿・新展開 (前掲注 126 参照)、103 頁以下。

需要力を有する主要な買い手のいずれかによりなされる上記 (2-3) の i) で述べた競争の歪曲に係る 30 の慣行は、供給業者の交渉力を減じ、黙示、明示に供給業者にコスト負担を増す。そのことから供給業者の研究開発と他の投資を減ずる態様で影響を及ぼすであろうし、ブランドの育成、新製品開発とイノベーションを乏しくする。このことが、供給業者に係る競争機能の毀損効果として捉えられる公共の利益に対する消極の影響である。

次に、より長期の視点では、主要な買い手の慣行は財務的に脆弱な小規模な供給業者に圧迫となるであろうし、その程度が厳しい場合には市場からの退出ということもあり得る。このことは、同じく長期の視点において、供給業者の市場にそうでなければ生じた新規参入を封じることになる。以上の点は、供給業者段階の競争に及ぶ消極の効果が公共の利益に係る考慮で問題とされる。それだけでなく、品質の低下や高価格が導かれること、また小規模な供給業者の上記のような市場からの退出は、消費者の取引上の選択を狭めることになるであろう。

需要力ある買い手による上記行為においては、考慮されるべきベネフィットがその反競争的な消極効果と衡量的に検討される類型が挙げられている。それは、供給業者から年間の販売促進に対する報奨を要求ないし要請する類型が、小売段階の競争にはたす役割において評価され、供給業者も相互の競い合いの手段として活用することがベネフィットとされるからである。競争の歪曲に係る消極の競争効果と積極のそれとの衡量は、供給業者間における信用期間の差別についてもされている。

需要力からもたらされることのありうるとこういった優位を衡量したとしても、主要な買い手により行われるこれら 27 の慣行は公共の利益に反する。

¹³² 以下に、公正取引法の定めていた競争委員会による独占調査の排除措置に係る関連規定の概要をまとめる。

「独占付託」を受けた競争委員会の主たる務めは、公正取引法 54 条 1 項 a 号に規定された「独占状況の存在、又は存在の可能性に関し」、委員会に付託された問題の調査及び報告である。かかる務めは同法 54 条に個別に規定されている。その 2 項に

に反する複合独占の状況から生じる反競争的な、好ましくない影響に対処する最も実効的方法は行動綱領であり、特定方針に適合する行動綱領に従うべく主要な買い手は誓約を求められるとした¹³³。

(2-4) 2002年企業法131条の「市場調査」の規定に基づく競争委員会への付託かかる経緯により制定された行動綱領が、2002年にスーパーマーケット綱領である。

スーパーマーケット綱領に対しては、2004年段階でOFTよりその遵守状況に疑問が提示され、その改定や綱領の実効性確保につきOFTと関係者で議論が続けられた¹³⁴。

その結果、2006年に旧OFTは、2002年企業法131条の「市場調査」の規定に基づき競争委員会に付託をした。この点に関するOFTの規制方針としては、まず反競争性の疑われる問題行為について、1998年競争法によって解決がはかられるか考慮しなければならない。その可能性が存しない場合に、「市場調査」の付託がされる(企業法131条)。すなわち、需要力の濫用的行使に係り、競争法第Ⅱ編第18条の市場における反競争的効果をもたらす、単独又は複数の支配的企業による濫用を問題にする判例法の基準に当てはまるものでなく、その実体規定の違反に該当しないが、競争が行われておらない産業全体に及ぶ「市場の特徴」が存在し、さらに競争法の構造的排除措置ではエンフォースメントにおいて充分でない問題が存しなければならない¹³⁵。そのうえで、OFTの

において委員会は、理由の声明及び関連事実の一般的調査にもとづいて、付託された問題に対する「明確な結論」を述べなければならない。付託が純然たる事実問題でないとすると、全面的又は限定的な公共の利益に関する付託となる。独占状況が存在して、何らかの公共の利益に反するその行使が存するならば、上記54条3項によりさらなる義務が委員会に課せられる。公共の利益に反する事がらが報告書に明記され、その公共の利益に反する悪影響も明記されねばならない。委員会は独占状況の認定にとり重要である「独占者」について、又は4項の大臣がその状況の排除措置をとる場合になすべき行為について考慮しなければならない。さらに報告書にかかる行為に関する勧告を含めなければならない。See, James P. Cunningham, *The Fair Trading Act 1973* (Sweet & Maxwell, 1974), para. 9-02.

¹³³ 拙稿・新展開(前掲注126参照)、106頁。

¹³⁴ 拙稿・新展開(前掲注126参照)、6頁以下。

¹³⁵ この点に関し、企業法131条は、OFTが競争委員会へ付託をする条件を次の様に

市場調査に係る法令ガイドラインは、上記の 131 条にいう付託のテストに合致するほかに、一定の基準を充たすことを求めていた¹³⁶。

(2-5) 2008年の競争委員会による市場調査報告書¹³⁷

i) 反競争的效果に関し顧客に及ぶ損害の認定（企業法134条4項）

2002年企業法の第4部「市場調査」(Part 4 Market Investigations)

が、GSCOPと2013年審判官制度の創設を導いた。同法134条2項に従

規定する。

それは、「財や役務の供給又は獲得に関連して、競争を妨害し、制限し又は歪曲する、英国における財又は役務についての市場の特徴、又は特徴の結合」が存する「合理的な疑い」を、OFTが有することである。

したがって競争委員会に対する上記市場調査の付託は、

- a) 競争法の水平的制限協定の禁止規定である第1編と市場支配的企業の濫用規定である第II編（又はEU機能条約101条と102条）の違反に該当するものではないが、競争の妨害、制限又は歪曲に係る「市場の特徴」が存する、あるいは、
- b) 競争法によって特定された反競争的效果に対し、実効的な対処が困難であったか、又はその困難であるおそれについて、合理的に疑われる場合に限りなされる、というテストを経ることになる。R. Whish & D. Bailey, *Competition Law*, 8th, ed. (Oxford, 2015) (Whish, *Competition Law* と略称), p.489, 494.

¹³⁶ 市場調査の法令ガイドラインが規定する付託の基準とは以下ようになる。

- * 競争法を適用して認定されるものでない、又はOFTの用いることのできる他の権限を用いて、若しくは適切な場合に部門別の規制当局を通じて、競争問題に対処することにより適切に対処されるものではない；
- * 付託に代わる他の試みによっては、より適切に対処される問題でない；
- * 疑いある問題の規模が、反競争効果の条件において、付託によって適切に対応され得るものである；
- * 適切な救済措置が利用できる合理的なチャンスが存する。

OFT, *Market Investigation references Guidance* (Feb. 2006) para.2.1 (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284399/oft511.pdf).

さらに、かかるガイドラインの規定を踏まえて、市場調査はOFTの「任務に対し、他の権限が適合的でない場合に限り採用される最後の手段として捉えられる」との見解が主張されている。Colino, *Competition law of the EU and UK*(Oxford, 2011), 7th ed., para.17.3, page339. これまでOFTが付託した事例の多くは、市場の特徴として黙示の共同行為の問題及び並行的におこなわれた垂直協定が産業全体に及んでいる問題があり、OFTの市場調査に係るガイドラインもそのことに触れている。OFT, *Market Investigation references Guidance* (上掲参照), para.2.5 (page24). 拙稿・新展開(前掲注126参照)、4頁以下、106頁注256、186頁及び注368以下。

¹³⁷ 拙稿・新展開(前掲注126参照)、IV. 2. を参照。

い、競争委員会は、市場調査において反競争的効果を認定した場合には、反競争的効果（a号）又は顧客に対する損害的効果（b号）の排除、軽減又は防止のため、委員会が合理的かつ実効的であると考える行動をとることを義務付けられている（企業法138条2項）。そして、134条4項によりその効果の排除、緩和または防止のため、顧客（ここでは消費者を指す¹³⁸）に及ぶかかる効果の損害が認定されなければならない。その場合、同上5項に従い、反競争的効果に関し顧客に及ぶ損害の認定がされる。

ii) 企業法134条5項にいう「将来の顧客」の要件に係る解釈

134条5項は、以下のように、反競争的効果からもたらされる顧客への損害内容を明らかにし、損害を被る顧客が現在の顧客に限られない旨規定する。同項は以下の付託に関する要件が規定されている。競争委員会への「市場調査の付託に関連して、以下の形態で現在の顧客または将来の顧客への損害効果が生じるならば顧客への損害効果は存する、

- (a) 英国市場において、高価格、低品質または財もしくはは役務の選択の幅が狭まること：または、
- (b) 財または役務に関連してイノベーションの低下。」

委員会は、かかる要件の解釈について、反競争的効果の認定は、その効果の特徴または特徴の結合が同項の規定する「現在または将来の顧客」の

¹³⁸ 競争委員会は、先ず食品雑貨スーパーに係る市場調査における顧客の定義を取り上げる。この点につき、企業法134条3項の規定する反競争的効果と顧客の検討は、同項の「関連市場」を形成する同スーパーから食品雑貨を購入する個人である最終消費者をその定義は含むものと解する。Competition Commission, *The Supply of Groceries in the UK market investigation* (April, 2008) (CC, investigation 2008 と略称) (<https://www.ias.org.uk/uploads/pdf/Price%20docs/538.pdf> から入手), para. 9.4.

その根拠は、市場調査の付託は根拠規定である131条のもとで、OFTによる本件付託が「英国における小売業者による食品雑貨の供給」（強調は競争委員会）について調査すべきとされたことによる。この小売業者の供給に係って、134条3項の反競争的効果の検討は「関連市場」を画定して行われる。したがってかかる関連市場という文脈では「顧客」は消費者を指すこととなる。

他方で、食品雑貨の購入主体の利益に係っては、食品雑貨スーパーの流通チェーンにおいて卸業者や独立系小売業者がかかる関連市場における競争機能の発揮に関係を有している。Ibid, appendix 2.2, para.4.

利益に好ましくない影響を与えることで満たされるとする¹³⁹。この場合の

¹³⁹ 市場における反競争的效果について、その顧客（消費者）に対する影響の捉え方において、本市場調査は特色がある。CC, investigation 2008（前掲注 138 参照），para. 9.3, appendix 2.2, para.7.

(1) 食品雑貨スーパーによる需要力行使による反競争的效果のパターン化

競争委員会は、食品雑貨スーパーによる需要力行使による反競争的效果について、消費者へ損害が及ぶ態様の分析をして、「小売の提供（the retail offer）」が競争の妨害、制限または歪曲によって影響を受けるパターンを次のように類型化し、反競争的效果の法的評価をしている。

すなわち、

①消費者へ特定された損害が及ぶことは求められない—「現在の顧客と将来の顧客」—そして、

②供給業者の投資とイノベーション活動への影響—「小売の提供」における消費者への損害—である。

これらの点を以下に敷衍的に説明する。

(2) 消費者へ特定された損害が及ぶことは求められない—「現在の顧客と将来の顧客」

競争委員会は、長期的視点で、反競争的效果の発生を消費者に及ぶ正の効果と負の効果の双方を勘案して、消費者へ特定された損害が及ぶことは求められないとする以下のアプローチをとる。

委員会は、食品雑貨スーパーがその需要力行使を通じて供給業者から得た利得について消費者に還元する事態は、そのことにより反競争的效果が生じている認定を妨げるものではないとする。また、上流の買い手市場には、需要力行使の結果である供給業者の損失の問題が生じる。さらに、下流の食品雑貨スーパーの間で行われる競争からは、消費者の利得がもたらされる。すなわち、上流と下流の市場参加者間の利害関係に係って、その利害の調整を競争法上どのように行うか問題になる。

委員会はこの供給業者／消費者間における利害調整の問題でも、消費者に及ぶ経済的效果に即し、その正の影響と負の影響を観察期間の長短により明らかにしようと試みる。つまり、消費者の利得という正の経済的效果が現在の消費者に及んだとしても、長期の視点のもとで将来の消費者に負の経済的效果が及ぶ事態（本脚注における下記の（3）の ii）を参照）に対して、反競争的效果の発生を認定してもよいとされている。

このように長期的視点で反競争的效果の発生を、消費者に及ぶ正の効果と負の効果の双方を勘案して判定するアプローチによることも、企業法の規定にその根拠が求められている。規制による介入を認めることによる短期のマイナスの効果と長期のプラス効果に係る委員会の予測は、かかる諸規定に対する委員会の解釈に基づく。CC, investigation 2008（前掲注 138 参照），para9.3-9.4.

(3) 供給業者の投資とイノベーション活動への影響—「小売の提供」における消費者への損害

i) 競争委員会は、企業法 134 条 5 項 a 号に規定された「高価格、低品質または財もしくは役務の選択の幅が狭まること」の損害に係る要素を、食品雑貨小売業者のレベルで消費者に提供される業績に影響が及ぶ点から説明する。すなわち、このような小売業者の業績の範囲について、価格 (price)、品質 (quality)、商品選択の幅 (range)、サービス (service) の 4 要素からなる PQRS 規準によって捉え返して、それを「小売の提供」として概念構成する。

そのうえで「小売の提供」に損害が及ぶことを、供給業者に対する需要力の行使によって、長期的視点のもとで供給者の投資とイノベーション活動が影響を受けるとして説明する。CC, investigation 2008 (前掲注 138 参照), appendix 2.2, para.11,12,13.

ii) さらにこの点は、価格、品質または商品選択の幅に対し需要力行使により損害が生じる長期視点にたった影響として、供給業者に「過剰なリスクと予期せぬコスト (excessive risk and unexpected cost)」を課すことから生じるものとして、説明されている。そしてこの過剰なリスクと予期せぬコストの移転は、供給業者によるその投資とイノベーションを行う動機と能力を減ずる働きがある。これは供給業者の製造プロセスの機能を弱め、製品の質を劣化させ新製品の登場する機会を乏しいものとして、結局のところ消費者の損害に帰着する。

このように、競争委員会は、長期の視点で需要力行使による供給業者段階の市場に及ぶ負の効果を捉えるが、その把握を可能にする競争阻害の要件に係る事実が過剰なリスクと予測困難なコストの移転である。そのうえで、遡及的な契約条件の一方的変更などの需要力の濫用的行為が、供給業者の投資とイノベーションを、かかる濫用的慣行の存しない競争の機能した市場における成果と比べて減ずるものであることは、本報告書の扱う具体的な商慣行の検討 (2000 年報告書の問題とされた慣行について、広く 52 類型を再検討した) においても、論じられている。CC, investigation 2008 (前掲注 138 参照), para.9.5, & 9.55.

iii) そして、「過剰なリスクと予期せぬコスト」の概念は、需要力の濫用的慣行と長期的に消費者の被る損害について、因果のつながりを媒介する概念であることも注目される。

iv) また、問題とされる濫用行為と、上記供給業者段階の市場に及ぶ負の効果をもつとされた法の規定する各項目の損害との関連について、「過剰なリスクと予期せぬコスト」の概念を通じて、供給業者の競争を行う機能 (competitiveness) に支障の生ずることが明らかにされた点が重要である。それは、かかるリスクとコスト負担を被ることで、供給業者は投資とイノベーションをなす動機と能力を減殺され、その結果として製造プロセスの弱体化、品質劣化、新製品の減少という供給業者段階の市場の負の効果が生ずるとしている点である。参照、拙稿・新展開 (前掲注 126 参照)、183 頁。

v) このようなリスクとコスト負担の概念は、上記のように、問題行為 (原因) と法の要件である長期的な市場に及ぶ効果 (結果) との因果連関における連結の働きをなす概念である。そのみならず、市場参加者である供給業者が、競争者として行動する条件であるその競争機能に対する毀損を市場の競争維持の観点から評価し、そのうえでかかる機能不全の具体的な内容を明らかにする働きもする。このことは、競争法の保護客体である市場参加者においては、市場の競争機能が発揮されるための必要条件である事業遂行上の保護に値する利益を有していることから、

顧客は最終消費者を含むが、かかる顧客の被った損害をはかる時間的な長さを規定する企業法 134 条 5 項にいう「将来の顧客」の要件に係る解釈から、その反競争的効果の態様を考慮し、委員会は、長期の視点において消費者に及ぶマイナスの経済的影響を捉えるアプローチによった¹⁴⁰。

その結果、大規模スーパーの濫用行為から供給業者の競争機能が損なわれ、長期的に消費者に損害が及ぶ結果の防止が保護法益になる。その際、消費者に及ぶ反競争的効果の影響は確定的である必要はない¹⁴¹。

iii) 行動綱領規制に固有な不公正な取引慣行の類型化

前記 2000 年の報告書は、供給業者の販売価格を競争レベル以下に抑えるとともに、不当にコストを引き上げて供給業者の競争機能に悪影響を及ぼす小売業者の慣行を整理する。(30 慣行)。

2008 年報告書は、2000 年報告書が「競争の歪曲」(公正取引法 6 条 1 項 c 号)の反競争性を認めた 30 慣行を 8 カテゴリーに類型化し、26 慣行 6 カテゴリーについて過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転がされ、供

競争主体に過剰なリスクと予期せぬコストの負担を負わせることがその利益を保持することにとって危機となる結果を意味する。参照、拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、117 頁以下。

¹⁴⁰ こういった競争委員会の「将来の顧客」の要件解釈によることで、消費者へ特定された損害が及ぶことは求められないという反競争的効果の認定を導くことは、以下のような法的推論上の特色をもつ。参照、拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、114 頁。

a) 短期ではなく長期の視点で、消費者に及ぶ反競争的効果の影響は確定的である必要はないと解している特徴が挙げられる。

現在の顧客(消費者)に確定的な影響が及ぶ認定に比較して、将来の顧客(消費者)に負の効果が及ぶことの認定は、様々な不確定要素の予測をとまない困難が多い。かかる法執行上の問題を踏まえた解釈と考えられる。

b) 現在の消費者に、供給業者を源泉とする需要力行使によった利得がもたらされることは、長期の視点で、将来の消費者に反競争的効果の損害が及ぶことに優位する違法性判断を導くものでないという競争委員会の判断が重要である。

現在の消費者と将来の消費者を問題にする委員会の推論は、消費者厚生 of 極大化に係る経済的効率性の基準によった違法性判断を導く立場とは、異なる立場から需要力行使による反競争的効果の捉え方をしたものである。その理由は、かかる経済的効率性を重視した消費者厚生の把握にあつては、供給業者に過剰なリスクと予期せぬコスト移転が生じるのであって、長期の視点で、消費者に商品選択の幅が狭まることで生じる損失は、問題にされない傾向があるからである。

¹⁴¹ 拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、111 頁以下。また、前掲注 140 の a) を参照。

給業者に不確実性を生じさせるとした。競争委員会はこれら 26 慣行について、反競争的効果を規定する企業法 134 条 1 項、2 項による「競争の妨害、制限又は歪曲」の「市場の特徴」を認めた¹⁴²。

(2-6) 2008 年報告書における反競争的効果に係る類型化の特徴

企業法 134 条 1 項、2 項による市場の特徴として挙げられる反競争的効果は、主要類型であった 26 行為をまとめるカテゴリーに共通するところの、

- a) 過剰なリスクと予期せぬコスト負担を供給業者に移転する、
- b) そのことにより供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ、という内容により代表的に示されている¹⁴³。

2008 年報告書は、この 26 慣行を上記 a) と b) の特徴に基づき、「供給業者に対するリスクと予期せぬコストの移転をする結果として、供給業者の収益とコストに関して不確実性を生じさせる可能性をもつ行為」と名付けて、新たに 4 グループに類型化している¹⁴⁴。以下にそれをまとめる。

- A) 従前の合意条件につき、遡及的な価格又はそれ以外の調整若しくは黙示的な遡及の要素をともなう慣行；
- B) 供給業者への予期せぬリターンの引き下げとなるような食品雑貨スーパーによる搾取となりやすい慣行；
- C) 供給業者に販売量関連のリスクを移転する慣行；
- D) 遡及的に適用された場合にかぎり問題となる行為；

以上のように、競争委員会による食品雑貨スーパーの需要力に対する市場調査に基づき制定された GSCOP の禁止行為は、競争法における一般的な反競争的行為の禁止と区別される、特定の反競争的効果の観点から問題になる特定の行為の類型を集めた特色がある。

3. 綱領審判官制の法理論的な検討

¹⁴² 拙稿・新展開（前掲注 126 参照）、90 頁以下、103・137・179 頁以下。

¹⁴³ 377 CC, investigation 2008（前掲注 138 参照）、para.11.270.

¹⁴⁴ 拙稿・新展開（前掲注 126 参照）、134 頁以下に挙げた脚注 302 の i) から iv) を参照。

(1) 「競争の歪曲」ないし「競争の妨害、制限又は歪曲」の概念の特徴

競争委員会の 2008 年報告書が違反行為の類型化の評価ポイントにした「競争の歪曲」ないし「競争の妨害、制限又は歪曲」の反競争的効果は、市場調査の根拠法規（企業法）の判断要件であり、また競争法の実体規定の要件でもある（企業法 134 条 1 項と 2 項、競争法 2 条）。すなわち、双方に連動する違反要件による評価がされた。

この点に関し「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限」の関係が以下のように説明される（コールマン／グレンフェル）。競争の歪曲は、

- i) 競争阻害の程度が競争の妨害と制限より低い；
- ii) 競争阻害に対する間接的な行使により生ずる；
- iii) 競争の条件を人為的に変更し、そのことにより競争の刺激を緩和させる市場の行為である¹⁴⁵。

このコールマン／グレンフェルの説明と前記 4 グループの特徴づけ（供給業者へのリスク／コストの移転及び不確実性）を合わせ理解すると、リスクとコスト移転を生ずる経済的な「利益強要」が長期的に供給業者の競争機能を毀損

¹⁴⁵ M. Coleman & M. Grenfell, *The Competition Act 1998, Law and Practice* (1999, Oxford) para.4.38 (Coleman & Grenfell, Act 1998 と略称)。拙稿・新展開（前掲注 126 参照）、179 頁以下。

コールマン／グレンフェルが英国競争法や EU 競争法の運用例をもとに整理した競争の妨害、制限又は歪曲の区別は以下ようになる。

- i) 競争の制限は、相互に競争を制限しあう競争の妨害と異なり競争を停止するのではなく、当事者が競争する程度につき限定をする義務を容認するもので、例えば相手のテリトリーにおいて、宣伝活動や支店開設などについて積極的に販売促進をしないような場合がこれにあたる。
- ii) 競争の妨害は、競争の阻害が全面的におこなわれる場合であり、たとえば 2 事業者に限られた販売者が地域分割協定により相互に販売競争を全面的に控えることで、生じる競争の停止状態である。
- iii) 競争の歪曲は、反競争性の要件規定において、最も阻害のレベルが低いもので、1998 年競争法第 I 編の禁止では競争に対する間接的な阻害までその影響把握が拡げられている。競争の歪曲は、当事者は相互に競争を停止する又は限定をする義務を実際に認め合うことはなくても生ずる。しかしその協定をなす効果は、それがなければ行われたであろう、市場における競争の全面的な働きの行われなくなる。その例としては、他者に対して恣意的であり、かつ当事者のなかには、不公正な競争優位を与えられる者がいる場合などが挙げられる。Coleman & Grenfell, Act 1998 para.4.38.

するなら消費者の損害が認定される¹⁴⁶。すなわち、競争阻害から消費者へ損害が及ぶ市場のプロセスを競争の妨害、制限と比べてより間接的に捉え、かつ阻害のより低いレベルの影響となる競争条件の人為的変更を反競争的效果とする概念になる¹⁴⁷。

(2) 簡略な手続きによる相対的市場力の認定

行動綱領の適用を受ける大規模スーパーは、英国内で売上高 10 億ポンド以上の小売業者である¹⁴⁸。需要力の規制対象を簡略な手続きにより決定する。相対的市場力の認定につき、供給業者の回避可能性等の取引先選択に係る要件を求めない。これは、競争歪曲が、競争の妨害、制限と比べて競争阻害のより低いレベルにおいて、かつ間接的な影響によって競争の刺激を緩和させるなら反競争性が満たされ、さらに競争歪曲を禁止する行動綱領の規制は、自由な競争に対する公正な秩序づけを図る趣旨から、自由競争保護の要請による取引先選択の自由(契約自由)の問題は重視されない理由による(下記(3)(3-2)のiiを参照)¹⁴⁹。

(3) 「制定法を超え出る法の発展形成」としての行動綱領規制

(3-1) 「公正かつ適法な取引」に係る理念的原則を導いた類型形成の働き

市場調査令に規定された GSCOP は、その第 2 部に公正取引の総則的規定をおく。競争委員会は 2008 年報告書で、スーパーマーケット綱領には、行動綱

¹⁴⁶ 上記 2. の「(2-5) 2008 年競争委員会市場調査報告書」の ii) における企業法 134 条 5 項の解説を参照。

¹⁴⁷ したがって、「競争の歪曲」は競争の妨害、制限の上位概念として理解できる。拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、181 頁以下。

¹⁴⁸ 拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、41 頁、注 126。2022 年 6 月現在、GSCOP の禁止に係る名宛人事業者は 14 社に増えた。同年 3 月アマゾンが食品雑貨供給業者として名宛人に追加されている。Groceries Code Adjudicator の HP より、Business and industry の頁を参照。この件に関する競争及び市場庁(Competition and Markets Authority)の決定については、Notice of Designation of Amazon.com, Incorporated under the Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order 2009 (9/02/2022)。

¹⁴⁹ 拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、188 頁以下。

領の総則的規定を欠くことから、指定小売業者の綱領違反が問題になる紛争について、その実効的な解決に資する一般的基準を仲裁人(2013年審判官法では、審判官)に示すため、また他の GSCOP の個々の規定における解釈指針ともするため、「公正かつ適法な取引」に係る理念的原則に基づく先例的な試み¹⁵⁰に倣って GSCOP に総則的規定をとり入れることとした。かかる理念的原則とは、以下のような「公正な取引の原則」とされた GSCOP2 条の規定である¹⁵¹。

§2. 小売業者は常に供給業者と公正かつ適法に取引しなければならない。公正かつ適法な取引は、供給業者との取引関係において誠実に (in good faith)、公式あるいは非公式の合意を問わず、強迫のない、取引におけるリスクとコストについて供給業者の確実性の要請を認識し、とりわけ製造、配送及び支払問題について行動することを小売業者に求めるものと解される。

要約すると、誠実性に基づいた「公正かつ適法な取引」を維持し、強迫のない取引におけるリスクとコストについて供給業者の確実性の要請を認識した取引関係を求めている¹⁵²。このリスクとコストについて供給業者の確実性の要請とは、2008年報告書が法的構造類型としてまとめた4グループ、26慣行の類型化に係る「指導像」を指すところの、過剰なリスクと予期せぬコスト負担の供給業者に対する移転について述べられたものである。

「公正かつ適法な取引」は、行動綱領の法システムにとって、普遍的法原則を表しており、健全な競争保護の上位の法原則から機能を決定された概念である競争の歪曲の概念を通じて下位の法原則として導かれるべきものであるが(前掲II. 1. (3))、健全性の法原則はかかる下位の法原則を導くことができなかった(下記の(3-3)における、特にii)を参照)。かかる問題点を、市場調査という企業法に独自の規定により、不公正取引慣行の類型形成を行う制度が克服したという評価ができる。

¹⁵⁰ 後掲注 152 参照。

¹⁵¹ GSCOP, Schedule 1, part2-Fair Dealing: Guidance, 4.a.

¹⁵² 拙稿・新展開(前掲注 126 参照)、41 頁以下。競争委員会は、先に挙げた EU 指令 2005/29/EC(「消費者に対する商業上の不公正行為に関する EU 指令」)を引用する。同、注 128。

あらためて、需要力濫用規制における法体系的な考察を行ううえで、類型形成の機能が果たす役割の重要性を示すものと言える。独占禁止法における優越的地位濫用という制定法を超え出る法の発展形成にとって、特殊指定や関連法規の整序により類型形成を通じた、固有の法原則—自由かつ自主的な判断の阻害—を導出した結果に類比される成果として注目される。

(3-2) 英国競争法制における普遍的法原則と需要力濫用規制

i) 新たな法的規範化の方向を定める役割として普遍的法原則の働き

審判官制と GSCOP は、市場の反競争的効果を排除し阻止するため、1998 年競争法の規制で充分でない場合に、それを補う目的により 2002 年企業法の市場調査の措置をもとに設立、制定された経緯がある。その意味で英国の行動綱領規制は、ラーレンツ／カナリスの法学体系論にいう「制定法を超え出る法の発展形成」を實踐したものといえる。そしてラーレンツ／カナリスの法学体系論において、かかる立法化の試みで重要な役割を果たすとされるのは、法の内的体系における普遍的法原則が、「その固有の確信力の力で法的決定を正当化することができる法的規範化の方向を定める尺度」¹⁵³として働く場合である。

ところが、この審判官制と GSCOP の制定を導いた 2008 年競争委員会の報告書における需要力濫用分析に基づく新たな法規制の提案にあつては、新たな法的規範化の方向を定める役割として普遍的法原則の働きは積極的なものではない。むしろその方向を定めるうえで中心的役割を果たしたものは、類型形成の働きであるといえる。以下のこの点を敷衍して説明し、英国の行動綱領規制の法体系的な側面に係る評価を行う。

ii) 競争歪曲の法概念を用いて導かれた反競争的効果

2000 年／2008 年報告書は、供給業者の被る販売価格抑圧／不当なコスト引上げの問題慣行を網羅的に検討し、競争法と企業法（2000 年報告書に関しては公正取引法）に規定された競争歪曲（2008 年報告書に関しては競

¹⁵³ 前掲注 44 参照。Larenz/Canaris（前掲注 18 参照），S.302。訳 734 頁。後述のようにかかる尺度は、ラーレンツ／カナリスの体系論では普遍的法原則が担うとされているが、2008 年報告書は、かかる尺度を類型形成から導いている。

争の妨害、制限又は歪曲)に係る反競争的效果を摘出し、そこから過剰なリスクと予期せぬコスト負担という規範化の尺度を導いた。

「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限」の関係につき、先述のように、需要力濫用規制に係っては、「競争の歪曲」は競争阻害から消費者へ損害が及ぶ市場のプロセスを「競争の妨害、制限」と比べてより間接的に捉え、かつ阻害のより低いレベルの影響となる競争条件の人為的変更を反競争的效果とする概念として説明できることを述べた。この点から、GSCOPに規定された指定小売業者に禁じられる不公正取引慣行は、競争の歪曲に係る反競争的效果が問題にされる類型であると考えられる。

(3-3) ラーレンツ／カナリスの法学的体系論を競争の歪曲の法概念に適用した検討

i) 機能を決定された概念（普遍的法原則）としての競争の歪曲

ラーレンツ／カナリスの法学的体系論に即して考察すると、「競争の歪曲」は機能を決定された概念として法の外的体系である法の技術的概念に対し、普遍的法原則との意味関連を示すものとされる¹⁵⁴。また、機能を決定された概念は普遍的法原則に還元され、普遍的法原則もその意義が展開される具体化に還元されるとも説明されている。この点と、「競争の歪曲」と「競争の妨害、制限」との反競争的效果に係る上記関係とを合わせて考えると、以下のような指摘が可能である。

買い手間にあつて競争の態様は、先に挙げた需給不一致市場の買い手サイドで繰り広げられるより有利な取引条件の獲得競争が当てはまる。そして、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争の保護範囲が、不公正取引慣行に係る濫用規制（「リスクとコストについて供給業者の確実性の要請」に基づく）で問われることになる。これは、ラーレンツ／カナリスの法体系論に即して捉えると、買い手の経済的行為自由の行使である自由競争の保護と不公正取引禁止の公正競争保護との関係になる。

こういった、普遍的法原則である自由競争保護と公正競争保護の相互関

¹⁵⁴ 前掲II.における「1. シュロイプの競争歪曲論」の(2)を参照。

係において、競争歪曲の機能を決定された概念は、「競争の妨害、制限」よりも競争阻害の低いレベルで反競争性を認定する。その限りで、自由競争保護に対して公正競争保護の原則が優位する結果を導く。

この行動綱領規制における競争歪曲の機能を決定された概念と普遍的法原則の関係について、先のカナリスルールを当てはめて、本規制における法の内的関係に係る体系構成をみると、以下に挙げた問題点の指摘が可能である。

ii) 競争歪曲の概念から綱領審判官制に固有の法原則を導く困難

カナリスルールの 1) である、普遍的法原則は例外なく妥当するというわけではなく、相互に対立または矛盾することがありうるというルールが、自由競争保護に対する公正競争保護の優位の規律から示され、この点に関して、2008 年報告書は先ず以下の問題点を指摘できる。自由競争保護と公正競争保護の原則間の対立、矛盾によって、競争歪曲に係る反競争性が生じたことが問題とされている。しかしかかる反競争性についても、自由な競争保護と公正な競争保護の対立、矛盾のより具体的な態様について曖昧なままにされている。競争の歪曲が競争の妨害や制限よりも競争阻害の低いレベルで反競争性が生じることは、より有利な取引条件の獲得をめぐる競い合いに係る自由な競争保護の法原則が、公正な競争保護の法原則をいかなる態様で阻害するか示すものでない。

その結果として、「制定法を超え出る法の発展形成」(前掲 I. 1.) である、行動綱領規制に係る普遍的法原則の固有な意味内容が問題になる。すなわち、カナリスルールその 3) の、普遍的法原則は相互に補完し、あるいは制限し合うことでその独自の意味内容を展開するとされるところ、行動綱領規制を導く普遍的法原則の独自の意味内容が問題になる。

この点に関する競争委員会の説明は、誠実性の原則に基づいた「公正かつ適法な取引」の法原則になる。行動綱領に結実する不公正取引慣行に関する公正保護の法原則から導かれる独自の意味内容は、類型形成の作業から導かれた特徴がある。2008 年報告書の分析した不公正取引慣行の整理に注目してみると、「過剰なリスクと予期せぬコスト (excessive risk and

unexpected cost)」の移転がされ供給業者に不確実性を生じさせる結果が問題にされている。かかる過剰なリスクと予期せぬコスト負担という反競争的効果は、同報告書が問題にした 26 の取引慣行の類型形成から導かれたものであり、類型を形成する場合の「指導像」である。競争委員会は、前記 GSCOP の総則的規定である 2 条に、「取引におけるリスクとコストについて供給業者の確実性の要請」として、この「指導像」を取り入れるとともに、そのことによつて、誠実性の原則に基づいた「公正かつ適法な取引」の法原則を規定することが可能になった。

市場調査の不正取引慣行の類型化作業から、行動綱領規制に係る下位の普遍的法原則が導かれ、競争の歪曲や健全な競争保護という上位の法原則からでないことが注目される。

(3-4) ケーラーの行動綱領規制案との比較

下記のIV.で述べるケーラーは、その綱領案の一般条項である〔不公正な取引慣行の禁止〕において、公正保護の法原則を明らかにしている。次に〔攻撃的な商慣行〕に係る一般条項では、「取引当事者の決定の自由」という、公正保護の下位となる普遍的原則が示されていた。そのうえで、全ての事情における不公正な取引慣行の「黒リスト」の類型とそれ以外の攻撃的商慣行の禁止につき、それら類型の形成に係る「指導像」として不当な影響行使（かかる影響行使がなければ下さなかつた取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる）、というメルクマールが明らかにされる体系構成を示した。公正保護の普遍的法原則が、取引当事者の決定の自由という、下位の法原則を導く構成が重要である。取引当事者の決定の自由に係る法原則は、法の外的体系である法技術的概念の解釈のための具体的な違法性判断の導出に資するはずである。

かかるケーラー提案と 2008 年の英国競争委員会報告書とを対比するとき、競争歪曲という機能を決定された概念（あるいは、機能を決定された概念へと還元されることの健全性保護の普遍的法原則）は、カナリスルールの 1) である、普遍的法原則間の対立または矛盾を示す働きにおいて十分でなく、その 3) にいう法原則間の相互補完、制限により独自の意味内容を展開する働きも欠いている短所を抱えると考えられる。

この点を、よりケーラー提案に即して検討すると、以下のような英国の競争法制における体系構成上の問題に帰着する。すなわち、ケーラー提案が公正保護という上位の法原則について、不公正取引慣行の規制に特化した下位の法原則―「取引当事者の決定の自由」―を導いたように、公正保護の上位の法原則から、競争歪曲の法原則でなく、より行動綱領規制に特化した下位の法原則を生み出す能力を、かかる英国の競争法制が有しているかの問題になる。

以上から、英国の綱領審判官制が位置付けられる競争法制の体系において、競争の歪曲（健全な競争保護に係る普遍的法原則）と誠実性の原則に基づいた「公正かつ適法な取引」の法原則はいかなる関係にあるかについて、明確性を欠く問題がある。この点は、結論として、比較法的観点において、日本法の優位を示すと考えられる。優越的地位濫用の規制において、公正競争阻害性に係る機能を決定された概念は、自由かつ自主的な判断の阻害という下位の法原則を導く。かかる自由競争基盤の確保に係る法原則は、本稿の冒頭で述べた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（リスクに対処する機会の喪失を含む）の違法性判断基準をだけでなく、「直接の利益」の基準を導いている。この点は、従属的な取引当事者の意思決定の阻害を包括的に把握し、自由かつ自主的な判断の保護により適していると考えられる。

（3-5）シュロイプの競争歪曲論に類似の問題点

先にシュロイプの規制理論を紹介したが、競争歪曲の概念は、自由保護によっても公正保護によっても包摂されることのできない行為態様を含む概念として、その禁止を求める健全な競争保護を要請するものとされた。他方、競争歪曲の禁止類型につき、広範な違反類型が競争の歪曲概念により包摂された結果、結局、法的構造類型を達成する「指導像」を欠くという問題を残した。

シュロイプの濫用規制に係る法体系構成にあつては、競争の歪曲の概念は、普遍的法原則と類型形成の双方の働きに関して、次の問題を指摘できる。それは、類型系列に新たな違反類型を加え、その具体的な違法性判断基準を導く実効性ある類型系列の「指導像」に関して、上位の普遍的法原則である健全な競争保護に照らしても、需要力濫用規制の法的思惟に係る内容の乏しさを指摘できる。

同じく、英国の綱領規制を制定することを企図した 2008 年報告書における競争の歪曲概念は、需要力濫用に関する新たな規制を導くために求められる法原則の、新たな意味内容を生み出す力を欠くのではないかと考えられる。

(3-6)「類型形成」による「法的規範化の方向を定める尺度」の抽出

2002 年スーパーマーケット綱領は、1973 年公正取引法 50 条等における「独占調査」(「独占付託」)に基づく 2000 年報告書により制定された。スーパーマーケット綱領を改定、強化した GSCOP は、2002 年企業法の第 4 部「市場調査」に基づく 2008 年報告書によって制定された。2008 年報告書は、2000 年報告書が「競争の歪曲」の反競争性を認めた 30 慣行を 8 カテゴリーに類型化し、そのうち 26 慣行(4 グループ)について過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転がされ供給業者に不確実性を生じさせるとした。

このように、2008 年報告書において競争委員会は、市場調査に基づく「類型形成」(ラーレンツ／カナリスの法体系論)から競争の歪曲に関する行為の特徴を捉え、「過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転」がされるという「法的規範化の方向を定める尺度¹⁵⁵」を導いている(個別例から一般論の抽出をする帰納的手法)。他の尺度には、供給業者の競争機能の毀損が示された。前者のリスク／コスト移転の尺度とともに競争機能の毀損に係る指標は、競争者の競争を行う基盤を形成する。

英国の行動綱領審判制という需要力濫用規制の新たな展開が、かかる類型形成の働きによった個別例から一般論の抽出をする帰納的手法によったことが注目される。この類型形成の働きにより、「過剰なリスクと予期せぬコスト負担の移転」、そして供給業者の競争機能の毀損という、法技術的概念に係る解釈指針並びに新たな違反行為類型の創出のための基礎が提供された。この点は、普遍的法原則がかかる解釈指針と新たな違反行為類型の創出を行う働きを担うべきであったが、競争歪曲という機能を決定された概念(あるいは、機能を決定された概念が還元されるところの、健全な競争保護の普遍的法原則)がこういっ

¹⁵⁵ Vgl. Larenz/Canaris (前掲注 18 参照), S. 302, 訳 734 頁以下。後述のように、ラーレンツ／カナリスの法体系論においては、かかる尺度は普遍的法原則から導かれるものであるが、2008 年報告書では、類型形成の成果として導かれた。

た働きを遂行する能力を欠くという問題があったため、この問題を、類型形成の働きに依拠して、帰納的手法を遂行する市場調査という英国固有の制度が補ったという評価ができる。

シュロイプやパラツケが依拠した競争の歪曲(健全な競争保護)の概念はEU競争法の基礎をなすという説明がされることもあるが、その概念が有するこれまで述べたような問題性を、加盟国(当時)が有する独自の競争法制の手段(市場調査)が補った例として興味深い。

IV. ケーラー提案における普遍的法原則と類型「指導像」の整序

1. ケーラーによる行動綱領提案に至る背景事情

2012年に集中的に進められた第8次GWB改正手続きにおいて、GWB19条2項5号(当該改正前の旧20条3項が審議対象)の受動差別禁止規定の問題点が論議された。その手続きにおいて連邦衆議院の経済技術委員会は改正法の公聴会を開催したが、ミュンヘン大学のヘルムート・ケーラーは、利益強要の規制に対する新たな提案としてGWB及びUWGの改正並びに特別法の立法がなされるべきことを述べた¹⁵⁶。

翌年ケーラーは、「食品小売業における需要力と不公正取引慣行」と題する法律鑑定意見書において、独占委員会による需要力濫用規制の消極論(2007年)¹⁵⁷

¹⁵⁶ Deutscher Bundestag 17. Wahlperiode, Protokoll Nr.17-74, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Wortprotokoll, 74.Sitzung Öffentliche Anhörung, -Drucksache 17/9852, S.48. GWBにおける受動差別禁止の対象行為は、過料の刑事制裁を正当化するところの不正行為とは性質を異にする、犯罪となる不正が問題にならない不正競争防止法に移行されるか、あるいは、利益強要の規制に対する新たな立法提案がされた。後者は、業界団体と流通業の任務として新たに定められる行動綱領(Verhaltenskodex)に事業者を服させるべく、仲裁機能をよりよく果たすと考えられるオンブズ職(Ombudsstelle)が設立されるべきとする。この場合には「契約違反の非難」にたいしてオンブズ職が行動するものとされ、このような解決が過料による処罰の現行システムよりよほど「エレガント」な問題処理であるとされた。A.a.O., S, 48-49.

¹⁵⁷ Monopolkommission, Sondergutachten 47: Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB (2007). 参照、拙稿・問題点 [1] (前掲注 15 参照)、24 頁以下。

に反対するとともに、その規制強化の理論的説明と具体的提言（行動綱領案）を行っている¹⁵⁸。以下、本鑑定意見書における行動綱領案をその提案に至る背景と合わせて紹介、検討する。本文中の引用は、該当箇所を、鑑定意見書の頁数（S.～の書式）のみで摘示する。

2. 不公正取引慣行規制としての行動綱領案

(1) 現行法制による規制の問題点

i) GWB19条2項5号；旧20条3項

2013年時点における旧GWB20条3項に対する法運用の乏しさを前提にして、解釈論レベルに係る現状認識と需要力濫用規制に係る本規定の根本的評価が述べられている。

同項は「その意義及び妥当範囲が、判例によって未だほとんど明らかにされていない不確定な一連の法概念によっている。その尺度として働く（規定の）意義に関する目的論的解釈の枠内において、規範の固有な保護目的についても何ら一致はない」。同項は単に受動的差別行為を規制するに過ぎないもので¹⁵⁹、「格別に成功した訳でもない概念」であると批判がされた¹⁶⁰。（S.14f.）

ii) EU 競争法（EU 機能条約）による需要力濫用規制の可能性

EU 機能条約 102 条による市場支配的地位の濫用禁止が需要者に適用さ

¹⁵⁸ Nachfragemacht und unlautere Handelspraktiken im Lebensmitteleinzelhandel, Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Oxfam Deutschland e.V. durch Prof. Dr. Helmut Köhler (2013/06/14) (Oxfam Deutschland の HP より入手：以下、Köhler, Rechtsgutachten と略称)。参照、拙稿・問題点 [1]（前掲注 15 参照）、34 頁以下。

¹⁵⁹ しかしかかる限界を有するものであっても、同項によって禁じられる行為は、市場力ある需要者による競争相手の競争能力を侵害し、その限りで供給業者のより悪化した条件を生むということは否定されない。そのうえで、その規定が、市場力ある需要者の搾取に対し供給業者の保護を目的とするかは、固有の問題として、当時不確実であるとされた。Köhler, Rechtsgutachten（前掲注 158 参照）、S.14-15.

¹⁶⁰ ケーラーは、需要者の競争者保護による現行システムの不確実性を次のように説明する。旧GWB20条3項によっては、需要力の搾取的利用の問題及び不公正な商慣行の問題は、十分な解決は難しい。競争政策上の評価において、搾取に対する供給業者保護に代えて、需要者の競争相手を保護することは問題がある。このような規範の形成は、不確実性を避けられない。Köhler, Rechtsgutachten（前掲注 158）、S.15-16.

れる場合は、基本的に価格及び取引条件の要求を包括する。それは EU 機能条約 102 条 2 文 a の「不当な購入価格の強制」と、有効な競争が存在すれば高度の蓋然性を持って生じると予測される、回避をする者に係る対価及びその他の取引条件に対応する。(S.14) 例えば、ドイツ食品小売業者に対する濫用禁止は、實際上、その大企業に対し、市場支配的地位の立証がされないため役割を果たさない。この点を除いてもカルテル庁も価格の規制は困難を伴う（想定競争価格の審査が求められる事による）。(S.13-14)

iii) EU 指令を基礎とした不公正取引慣行の規制

それゆえケーラーにとり喫緊の課題とされた食品小売業における需力濫用問題は、専ら GWB のみ、かつカルテル庁にのみ委ねられるべきものではなく、UWG 及び契約法、そして特別法において、「不公正取引慣行」を禁止する規律によるべきものとなる。かかる不公正慣行の規律は、EU 指令を基礎として国内法で整備する手続き¹⁶¹が現行の EU システムに適合的である。(S.2)

さらにケーラー提案は、業界団体と流通業の任務として新たに定められる行動綱領を策定し、そのエンフォースメントとして、仲裁機能をよりよく果たすと考えられるオンブズ職が設立されて、事業者はその決定に服すべきとする。(S.4, 29)

(2) 不公正取引慣行に係る行動綱領の提案—範例となる消費者間の不公正取引慣行指令

- i) これまで事業者対消費者の関係について、双方に妥当する欧州委員会指令が存在し、かかる指令が、新行動綱領を策定する範例となる。ドイツでは UWG により国内法として編入された 2005/29/EC (UGP-Lichtlinie)¹⁶²

¹⁶¹ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, OJ L 1, 2, Erwägungsgrund 9.

¹⁶² Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11.05.2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and

（「不公正取引慣行指令」という）があり、契約法に関しては消費者契約の濫用的条項に関する指令 93/13/EWG¹⁶³（「契約条項指令」という）がある。その上で、事業者間の関係について指令（案）が展開される。双方につき新しく創設される指令のタイトルは、「事業者間の不公正取引慣行指令（B2B-UGP-Richtlinie）」及び「事業者間の契約条項指令（B2B-Klauselrichtlinie）」である。（S.21.）

- ii) この事業者間の指令に係るエンフォースメントに関し、2005/29/EC と同様に、行政機関による執行か民事法規律による解決によるかは、加盟国に委ねられる¹⁶⁴。（S.4）

（3）「事業者間の不公正取引慣行指令」に係る提案

（3-1）構成と体系

新たな行動綱領である「事業者間の不公正取引慣行指令」は、三段階の禁止構成となる。

第一段階として、全ての不正な取引慣行について間隙のない、かつ欧州の統一的な把握を保証する。

第二段階に、誤認誘導的な及び攻撃的な商慣行に係る例示要件の禁止が付け加わる。

第三段階は、全ての事情で不公正取引慣行とされる「黒リスト」になる。「黒リスト」の要件を除外すると、規範を適用する場合に不可避となる柔軟性の要請をみため、禁止要件は個別事案の事情を考慮する。（S.21.）

以下、この順に概観する。

Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council [2005] OJ L149, 22 (Directive 2005/29/EC と略称)。

¹⁶³ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, OJ L 95(21.4.1993), S. 29.

¹⁶⁴ ケーラーはドイツでの民事的解決を検討して、取引相手方の加わった事業者団体と競争相手の行う、差止と排除による救済の請求が認められるべきとする。具体的には、裁判外紛争処理手続きによって、刑事罰を伴う停止宣言の言い渡しにより行為者を抑止に服させるか、仮処分ないし判決による司法手続きを考えている。Köhler, Rechtsgutachten (前掲注 158 参照), S.4.

(3-2) 不公正取引慣行の一般的禁止

一般条項の形で不公正な取引慣行を禁止する条項は、UWG の規制の基本枠組みに適合し、同時に受け皿の構成要件としての働きをする。それゆえ取引当事者に対する事業者の行為態様について、それ自体で誤認誘導的であるものでなく、また攻撃的とみられなくても、同時に取引の相手方に対する不当な不利益取り扱いとなる。このような一般的禁止は不公正取引慣行指令 5 条 1 項及び 2 項との関連を有して、以下のように規定される。(S.21f.)

[不公正な取引慣行の禁止]

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

事業者の注意の定義¹⁶⁵は不公正取引慣行指令 2 条 h 文における定義により、正直な市場慣行 (anständigen marktgepflogenheiten) 及び／又は信義誠実の一般原則に基づく定義が置かれている¹⁶⁶。

(3-3) 誤認誘導及び攻撃的商慣行の禁止

誤認誘導の商慣行の禁止は、事業者の需要活動にも適用され、誤認誘導及び比較広告に関する 2006/114/EG 指令における 2 条 a 文と b 文に依拠する。本稿では、需要力濫用禁止との関係が特に問題となる攻撃的商慣行の禁止を取り上げる。(S.22.)

¹⁶⁵ 「事業者の注意」は、UWG 2 条 1 項 7 号に事業者対消費者の関係において、以下のように規定されている「専門的な注意」の定義が参考になる (2021 年改正法)。専門的な注意とは、「事業者が、その行動領域において、消費者に対して、正直な市場慣行を顧慮して、信義誠実に基づき、遵守することが正当に承認されうる専門的知識及び注意の基準」をいう。

¹⁶⁶ この定義は以下のようになる。「この指令の意味における『事業者の注意』の表現は、専門知識と配慮 (Rücksicht) についての標準をあらわし、事業者が取引相手に対して、正直な市場慣行及び／又は信義誠実の一般原則に従って、その活動領域においてそれを適用するとの観点から正当に引き出される」。Köhler, Rechtsgutachten (前掲注 158 参照), S.22.

(3-4) 攻撃的商慣行の禁止

需要力（又は販売力）の利用が契約締結及び履行に実質的に含まれる影響行使となる場合は、攻撃的商慣行の禁止が問題となる。このような考え方は不正取引慣行指令3条と同じように8条及び2条jを志向している¹⁶⁷。(S.22.) さらに、2008年改正のUWG4a条1項はかかる考え方を攻撃的取引行為として規定した¹⁶⁸。以下に、ケーラー提案による攻撃的商慣行の定義を掲げる。

〔攻撃的な商慣行〕

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

¹⁶⁷ 不正取引慣行における攻撃的な商慣行については、参照、上杉めぐみ「ヨーロッパでの攻撃的取引行為への規制—EU指令とイギリス法を中心に—」愛知大学法学部法経論集、207号1頁以下（2016）。

¹⁶⁸ UWG4a条に規定された攻撃的な取引行為は、以下のような内容になる。
4a条1項1文：「消費者又はその他の市場参加者に、それがなければ行わなかった取引上の決定をさせ、または決定をさせるおそれのある攻撃的な取引行為をした者は、不正に行為するものである。」

4a条1項2文：「取引行為が攻撃的となるのは、具体的な場合において、全ての事情を考慮して、消費者又はその他の市場参加者の決定の自由を次の点を通じて重大に侵害した場合である、

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

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

参照、原田昌和「ドイツ不正競争防止法における消費者の決定自由の保護」立教法学82号275頁以下、同「攻撃的取引方法からの消費者の保護について：決定自由の重層的保護の視点から」淡路剛久先生古稀『社会の発展と権利の創造』（有斐閣2012）237頁以下、桑岡和久「民法学の歩み」、法時86巻8号113頁以下（2014）。

ついて不当な条件や給付になるか、あるいは均衡を失した反対給付又は何ら反対給付の存しない、包括的な条件や給付を課される場合に存する。(S.22.)

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

「強迫あるいは不当な影響行使」に係る要件によって、契約自由に対する法律上の介入を正当化するとされるのであるが、この点は、ビジネス取引で許容される「厳しい交渉」を可能とするためにも、契約の自由に対する限定は不可避であることに基づく。(S.23.)「不当な影響行使」が存するか否かは、欧州共同体規則の VO(EG)1/2003 の検討理由に置かれた基準¹⁶⁹により判定される。その場合に個別事案の全体的事情が考慮されなければならない¹⁷⁰。(S.23.)

(3-5) 全ての事情における不公正な取引慣行の「黒リスト」

不公正取引慣行指令の付録 1 における規制に対応して、「黒リスト」は全ての事情のもとで判断される。この点に関しては—欧州委員会グリーンペーパー (2013 年 1 月) の提案¹⁷¹に依拠して—とりわけ、以下の攻撃的取引慣行が考慮される。

全ての事情の下で、以下の行為は不公正である、事業者が、

1. 取引相手に不利益となる、不確実な又は多義的な取引条件を設定する場合；
2. 取引相手に濫用的である契約条項が、事業者間契約条項指令の x 条¹⁷²の意味において設定される、あるいは取引相手に要求がされる場合；
3. 取引相手に、当該合意に係る書面による証明を回避する場合；
4. 自らの責任範囲に属するリスクを、取引相手に移転する場合；

¹⁶⁹ 「事業者は取引相手に対し不正な、均衡を欠く又は反対給付の存しない条件及び給付を獲得するかあるいはそれを試みることを禁じられる」。OJ L 1, 4.1.2003, p. 3.

¹⁷⁰ 流通業者の販売リスクを鑑み、流通業者には何らの間接的な締約強制を一定の価格につき課されない。むしろ流通業者は基本的に、その点で提示された条件を不十分として拒否する場合に、契約を拒む結果に任意でなければならない（消極の契約自由原則）。Köhler, Rechtsgutachten (前掲注 158 参照), S.23.

¹⁷¹ 欧州委員会は、2013 年 1 月グリーンペーパーを公表し、大規模スーパーの供給業者に対する不公正取引慣行について、規制の法的な枠組みの基本的考え方を提示した。拙稿・枠組み (前掲注 121 参照) 34 頁以下。拙稿の 239 頁以下に、グリーンペーパーの翻訳を添付した。

¹⁷² 下記 (4)「事業者間契約条項指令に係る提案」、(4-3) 個別条項の禁止における 2 か所の条項に規定された x) を参照。

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

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

(4) 事業者間の契約条項指令に係る提案

(4-1) 構成と体系

事業者間契約条項の指令は目的論的に契約条項指令 93/13/EWG¹⁷³の構成と体系に従い、かつその用語法を可能な限り継受する。それは加盟国において既に信頼されており、経験の集積がされたからである。

この指令は一般条項と個別の禁止条項を取り入れる。(S.24.)

(4-2) 濫用的契約条項の一般的禁止

一般条項は、欧州共通売買法 (Common European Sales Law) ¹⁷⁴86 条の濫用的契約条項の一般的禁止を事業者間の取引に取り入れる。同 86 条は、以下のように規定する；

「濫用的契約条項の一般的禁止」

- (1) ある事業者が他の事業者に適用する個別に交渉されていない契約の定めは、それが信義誠実の原則に反し、かつ正直な契約関係の原則に反する良好

¹⁷³ 前掲注 163 参照。

¹⁷⁴ 内田貴 (監訳)・石川博康・石田京子・大澤彩・角田美穂子『共通欧州売買法 (草案) — 共通欧州売買法に関する欧州議会および欧州理事会規則のための提案』(2012、別冊 NBL No.140)。

な商慣行を専ら回避する場合には、不公正であり、そのため相互に拘束されない。

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

(a) 契約対象の本質

(b) 契約締結の事情

(c) その他の契約の定め、そして

(d) その契約の定めが依存しているその他の契約の規定。(S.24.)

契約条項の規制については、事業者が販売リスクを担う場合、固有の価格合意にまで及ぶ結果は許されない。その限界は、一般契約法（ドイツ BGB138 条 2 項による：「著しい不均衡」 auffälligen Missverhältnis）及びカルテル法による限りで（ドイツ GWB19 条 4 項 2 号による）、契約自由を導く。(S.24.)

(4-3) 個別条項の禁止

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

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

先ず、事業者間の契約が不公正とされる場合である。

契約規定は全ての事情の下で、その目的又は効果が以下の場合には不公正である；

x) 事業者に供給された商品について、契約の遵守が欠けた（die fehlende Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waren）を排他的な権利許す場合；

y) 提供のない業績について、供給業者から支払を要求する場合；(S.26.)

次に同じくその契約が不公正と推定される場合である。

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

x) 重大な理由を提示しないで、期間の定めのない契約を適切な期限を設けな

いで終了させる場合；

- y) 契約当事者に理由なく他の事業者に供給することを妨げる場合；
- z) 不当に長い支払期間ないし不当に高いボーナスを要求する場合。(S.26.)

3. ケーラー提案の検討

(1) 公正保護の普遍的法原則

(1-1) ケーラー提案における法の内的体系の構成

ケーラーによる行動綱領案は、事業者対消費者の関係を規律する不公正取引慣行指令を範例として、事業者間の不公正取引慣行指令として策定され、また、不公正取引慣行の一般的禁止に係る一般条項をもち、さらに最も隣接する法領域として UWG（公正法といわれる）の規律の基本枠組みに適合する。このような基本的特徴の側面を勘案すると、同綱領案は、不公正取引慣行の禁止に係る類型系列を有し、この点から上位の普遍的法原則は公正保護になる。さらに、攻撃的商慣行の禁止において、「強迫あるいは不当な影響行使」に係る禁止要件をもって、契約自由に対する法律上の介入が正当化される。この点は、ビジネス取引で許容される「厳しい交渉」を可能とするためにも、契約の自由に対する制限は避けて通れないとの基本認識に立つ。

そのうえで、流通業者の販売リスクを配慮し、提示された条件を不十分として拒否する場合に、契約を拒む結果には任意とみなす（この限りで契約自由を承認する）結果を認める。

このような契約自由原則に対する、需要力濫用規制の場面における基本的な制限の肯定を公正保護重視の判断から導く一方で、間接的締約強制は否定する¹⁷⁵という立論は、普遍的法原則としての自由保護との調整も留意するものといえる。

(1-2) カナリスルールに基づく評価—自由保護と公正保護

以上に概括したケーラーによる公正保護と自由保護の普遍的法原則間の調整は、カナリスルールによれば、先ず、その 1) である、普遍的法原則は例外なく妥当するものでなく、相互に対立または矛盾することがあるという機能の

¹⁷⁵ 前掲注 170 参照。

仕方を認めた点が注目される。これまで、需要力濫用規制に係って、健全性保護を重視する立場は、法体系的構成の側面で、公正保護と自由保護の普遍的法原則の間の関係把握において、以下のような問題があった。すなわち、「普遍的法原則の相互的な対立又は矛盾」は問題としない(シュロイプ)、あるいは健全性保護の法原則を重視することから、公正保護と自由保護との普遍的法原則の間で行う検討で、相互の関係性を曖昧なままにする(パラツケ)問題があった。ケーラーの、これまでの制定法の解釈理論の展開によるのでない新たな立法提案は、公正保護の法原則を明確に自由保護に対し優位に位置づけるものであり、公正保護と自由保護の抵触が問題になる場合には、公正保護が優先するというフィケンチャー理論の原則を認めた意義がある。

このように、ケーラーは「制定法を超え出る法の発展形成」となる需要力濫用に対する新たな規制を、自由保護に対して公正保護が優位した法体系的構成を有する規律形式、すなわち行動綱領を選択することにより試みている。

(2) 健全性保護の普遍的法原則に依拠しないケーラーの法体系構成

(2-1) 「制定法を超え出る法の発展形成」となる需要力濫用規制の構築

UWG は一般に、公正法としてその特性を冠した名称を与えられる。ケーラーの行動綱領案は、その不公正取引慣行の一般的禁止の条項に関連して述べられているように、公正法の規制の基本枠組みに適合し、同時に受け皿の構成要件となるとされている。この点に関し、公正保護を重視した需要力濫用規制を考えるケーラーが、公正法における一般条項に直接依拠した需要力濫用規制の構想によらなかった¹⁷⁶理由が探られるべきであろう。それは、利益強要禁止に係る判例がこの一般条項を基礎にして 1980 年代初頭まで展開されてきた経緯が

¹⁷⁶ 前述の注 168 に記した UWG4a 条 1 項は、消費者とその他の市場参加者に対する攻撃的取引行為を禁止する。後者が規定された点で事業者間の攻撃的な取引行為の禁止は、既に 2008 年に実定法化されているとみられる。この規定については、立法過程において当初、政府草案は対消費者の取引行為のみが禁止されていたが、ケーラー等の批判によりその他の市場参加者に対する行為も禁止された経緯がある。Picht/Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 5. Aufl., (Beck, 2021) (Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig と略称), §4a Rn 2, Fn 7.

あるからである。

この点は、以下に述べるように、UWG の普遍的法原則に係るラーレンツ／カナリスの法体系的考察から、UWG について、その内的体系の抱える問題が、個別事件の解決への寄与に対する障害、さらに「制定法を超え出る法の発展形成」も視野に入れた的確な需要力濫用規制の構築を築く障害となる恐れを指摘できる。

(2-2) 自由保護と公正保護の間の関係性を曖昧なものとする健全性保護

i) UWG1条の公正法としての法目的—「健全な競争に関する一般の利益」

先ず、UWG の一般条項である 1 条 2 文における健全な競争保護の法原則について、本稿のテーマである需要力濫用規制に関連する検討を行う。UWG1 条は法目的を以下のように規定する。

「本法は、競争事業者、消費者及びその他の市場参加者を不公正な取引行為から保護することを目的とする。本法は同時に、健全な競争に関する一般の利益をも保護する」。

この検討に係り、先に「健全な競争」保護の理論動向に与する前述のシュロイプとパラツケの立論が、その競争概念に即した普遍的法原則である健全性保護の捉え方で、困難な問題を抱える指摘をした¹⁷⁷。この問題は、上記 UWG の 1 条 2 文の健全な競争保護の規定について、同様の難点を指摘できる。すなわち健全性保護の考え方が、自由保護と公正保護の双方の普遍的法原則の間の関係性の検討を曖昧なものとするおそれが指摘される。

ii) 競争歪曲の概念が近年の立法活動で果たした役割（消極）

次に、同じくこれまで見た競争法の法体系的考察においては、競争歪曲の概念は健全な競争保護の法原則から導かれるが、かかる概念は、2004 年 UWG の大幅改正以来、禁止対象を拡大する継続的な立法行為に対して、その根拠規定の働きとして、さしたる貢献はないとした低い評価のされる傾向が重要である¹⁷⁸。かかる評価は、ケーラーが制定法を超え出る法の発

¹⁷⁷ 前掲、II. 1. (6) (6-1) 及び 2. (4) (4-1) iii) を参照。

¹⁷⁸ *Podszun/Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* (前掲注 176 参照), §1, Rn71. ポーゾンによれば、以下のような近時の立法例が、健全な競争における一般の利益保護

展形成を目指した需要力濫用規制を築くうえで、競争歪曲とそれが示す健全性保護の普遍的法原則について、それらが確かな手掛かりとなり得なかったことを推察させる。

このように、EU 競争法制の法体系的考察（例；シュロイプ）にとって、健全性保護の普遍的法原則は競争歪曲の機能を決定された概念によって、法的外的体系である法技術的概念の解釈と立法的展開に貢献するとされてきたが、かかる働きは 2000 年代には疑問視されていたと評することができる。

iii) 一般の利益概念と市場関連的な不公正さ（一般的市場妨害）

ア) 一般性保護の法原則に依拠した利益強要禁止の試み

さらに健全な競争の保護が問題とされる一般の利益の概念については、この概念の母体になった旧 UWG1 条¹⁷⁹に規定された、良俗違反行為の禁止という一般条項の解釈に関連して、以下の問題を指摘できる。

1909 年の UWG 制定時に規定された競争者の保護から始まり、その他の市場参加者の保護、消費者そして一般の利益の保護という保護対象の拡大を経験した UWG の一般条項に関連して、その改正の前後にわたって利益強要禁止を「市場関連的な不公正さ」によって根拠付ける学説¹⁸⁰と判例が存在した。この学説・判例は、その根拠の基礎固めのために一般の利益（Allgemeininteresse）保護、一般性（Allgemeinheit）の法原則を用いた。この一般性保護の法原則は、伝統的に UWG の保護対

の規定によらなくても、立法化がされた例となる。まず、UWG7 条 1 項は、相手に受忍を期待できない迷惑行為となる不正な広告の類型を定め、同 2 項は、禁止される迷惑行為の例示（望まれない広告の禁止や電話広告等）になる。また UWG3a 条の法違反に係る規定であり、それは、市場参加者の利益になる市場規律の規定で、その違反が消費者、その他の市場参加者、競争事業者の利益を、相当程度侵害する場合に不正に行為したものとされる。そして、UWG4a 条の攻撃的商慣行が挙げられているが、これについては前掲注 168 と該当本文に記した。これらは、ポーズンによれば、UWG の「裏口（Hintertür）」によった曖昧な競争概念によらずに、改正の行われた例という。A.a.O.

¹⁷⁹ 「取引において良俗に反する競争目的によって行動する者は、その行動を中止及び停止され得るとともに、損害賠償義務を負う」（<https://beck-online.beck.de/>）。

¹⁸⁰ Peter Ulmer, Schranken zulässigen Wettbewerbs marktbeherrschender Unternehmen (Nomos, 1977) (Ulmer, Schranken と略称), 63ff.

象とされていた競争相手の保護から、保護対象を拡大するための理論構成であった¹⁸¹。その理論構成を行った背景事情は以下の通りである。

イ) 市場関連的な不公正さの理論による良俗違反概念の乗り越え

UWG1条によって、市場関連的な不公正さに係る機能的競争の保護を図る学説・判例が主張された当時、同条の良俗違反に係って、UWGの経済政策的中立性の考え方を乗り越える必要が意識されていた。すなわち、一種の営業警察の任務として商取引の道徳的潔癖さに関する良俗違反の捉え方を、乗り越える必要である。

当時、かかる商取引の道徳的潔癖さを問題にする規制の範疇では捉えがたい攻撃的な商慣行が登場する¹⁸²に至り、その規制の必要から市場関連的な不公正さの理論が主張された。こういった従来良俗概念一営業警察の視点一の範疇を超える不公正取引とは、業績競争の概念で捉えられていた。それは業績との関連性が持たないが(非業績競争)、それ自体

¹⁸¹ 競争相手の保護と消費者の保護の外に、一般の利益保護が認められるために、市場関連的な不公正さに係る、競争の存続に危険となる市場の効果が問題とされなければならなかったとする説明が、ウルマーによりなされている。P. Ulmer, Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977 (Ulmer, "Leistungswettbewerb"と略称), 565, 577.

さらに1920年代からのUWG判例と学説の検討から、競争相手と消費者の利益に対し一般の利益は並行して認められてきたこと、ヨーロッパ経済共同体(EWG)の加盟国との比較法的考察から、一般の利益がドイツでは社会法的考慮に基づいていたことが指摘されている。G. Schwatz, Verfogung unlauteren Wettbewerbs im Allgemeininteresse, GRUR 1967, 333, 349.

これに対し、2004年改正法の1条2文における健全な競争における一般の利益とは、市場参加者の利益に対する独立した保護に係っての意義は何ら認められるものでなく、さらに市場参加者の利益は、競争の自由の概念により専ら捉えられるとする見解が対照的な立場になる。W. B. Schünemann, "Unlauterkeit" in den Generalklauseln und Interessenabwägung nach neuen UWG, WRP 2004, 925, 935.

¹⁸² ウルマーがここで挙げる業績関連性を欠く攻撃的な商行為は、オリジナル商品を試供品配布(サンプリング)として提供し、競争者を排除する事例である。P. Ulmer, Schranken (前掲注180参照) S.64. Vgl., GRUR 1965, 489-Kleenex, BGH GRUR 1969, 287-Stuttgarter Wochenblatt I.

倫理的な関係性がなくても不公正とされる競争行為であり¹⁸³、行為の結果が競争状態の危険を基礎づける。つまり、市場で有力な事業者による攻撃的な競争行為であるか、競争相手による模倣（伝播性）から市場の閉鎖性をもたらすことになるとされる。このような競争の存続に危険となる市場の効果は、共同体における経済秩序に関する損害として、前記一般の利益の損害となると構成された¹⁸⁴。

ウ) 市場関連的な不公正さの違反類型と業績競争（類型形成の「指導像」）
そして本稿の検討視角から、一般性の損害となる市場関連的な不公正

¹⁸³ ウルマーは、それ自体倫理的な関係性がなくても市場関連の不公正となる慣行の特徴を明らかにするため、以下のように、競争行為の三分類説を展開する。

第一は、古典的な不正行為の範疇に入る競争行為である。非業績の成果によった搾取、買い手の決定の自由が著しく損なわれ、取引を回避することが困難なほどの心理的苦境に陥らせる顧客の獲得（kundenfang）、共同ボイコット、中傷や誹謗的な比較広告が例となる。

第二は、典型的な業績競争の手段となる、より良い業績によった独自の競争優位を得る努力、より良い価格と高品質により可能となる同様の努力の範疇である。この類型では、より業績力の乏しいライバルの排除、弱体化につながっても問題にならない。

第三は、典型的に競争適合的な競争行為と、専ら不正な競争行為である行為無価値に基づく行為との間の、グレーゾーンに該当する行為。この中間領域は、当然の不正（per se unlauter）となるのではないが、非業績競争となりまた良俗違反となる傾向があり、市場成果の見込みを考えると、不公正となる。P. Ulmer, Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen, ZHR 146 (1982), 466, 488 f.

上記の、古典的な不正行為である範疇と典型的な業績競争の適法行為とされる範疇に対して、グレーゾーンとして、市場の競争機能に危険となる非業績競争の行為が捉えられた。

このような把握に対しては、流通業の革新からもたらされる多様な便益をめぐる競い合いの展開にマイナスとなる過剰規制の恐れが、反対説から主張されることになった。T. Sambuc, Monopolisierung als UWG-Tatbestand, GRUR 1981, 796, 802（競争行為の三分類説において、白領域とグレーゾーンの境界は流動的であり、白からグレーへの移行がいかなる基準によるかが問題になる）。

¹⁸⁴ 本稿のテーマである需要力濫用に係って、ウルマーから、その競争行為の三分類説におけるグレーゾーン行為によって、市場関連的な不公正が問題になる需要力濫用の行為形態の説明と、かかる行為は垂直的な競争阻害であるが、市場で有力な企業による市場地位の拡張として、間接的に水平的な競争相手の負担が問題になり、違法性を生ずるとした説明がなされている。Ulmer, “Leistungswettbewerb”（前掲注181参照）、S. 570.

さの違反類型をまとめる「指導像」(ラーレンツ／カナリスの類型論参照)が、上記の様な業績競争の概念で捉えられたことが問題とされる。この業績競争のメルクマルによった競争の存続に危険となる市場の効果を UWG の一般条項によって捉える考え方は、類型形成のためより具体的な「指導像」として本稿でも既に述べた業績比較論が唱えられた(ヘファーメールが代表的)¹⁸⁵。

このように UWG の目的規定における保護対象の拡大(一般性の保護)は、業績との関連性を欠く市場関連的な不公正な取引行為(市場の競争の存続に危険となる行為)を禁止する学説によった。そして、ここで業績関連性の判断基準として業績比較論が用いられたことが批判を免れない。業績競争論については、先にシュロイプによる利益強要禁止の根拠たる業績競争理論の基礎として、その反対給付の無償性の批判が有する問題点を指摘した(II. 1. (6) (6-2) の ii) を参照)。したがって、市場関連的な不公正の理論的根拠としても、業績競争論が有する無償性の主張根拠について向けられた批判(業績比較を可能にする流通業の発展による成果が存在する)は妥当と考えられる。

市場関連的な不公正の理論は、2004 年の UWG 改正により政府草案

¹⁸⁵ Hefermehl, Grenzen des Lauterkeitsschutzes, GRUR/Int. (1983), 507, 508f. 業績比較論の基本的視座は以下の通りである。

- i) 業績適合的な取引慣行に対して、業績適合的でない慣行を区別する業績原則の難点を克服する、
- ii) 業績競争と区別される妨害競争の判定に起因する困難を回避する目的から、市場での機能的競争を通じ可能となる、取引の相手方のなす選択の自由(業績の的確な比較がその前提になる)を確保する市場に固有な機能に対して、その歪曲を問題にする、

という基本的視座をもつ。H. Burmann, Marktbezogene Unlauterkeit als eigenständiger Tatbestand, WRP1967, 385, 388 ff.

この基本的視座に係り、UWG の市場関連的な不公正を業績比較論のような主観的基準によって判断するのではなく、取引のプロセスから区別された、行為者と競争者間の並行プロセスにおける業績違反を客観的基準によってみる、すなわち、競争相手が取るに足らないものでない販路を閉鎖されていることをみる、比較的近時のアプローチもある。Koppensteiner, Marktbezogene Unlauterkeit und Missbrauch von Marktmacat, WRP 2007, 475, 479, 489.

がそれを「一般的市場妨害 (allgemeine Marktbehinderung)」¹⁸⁶と呼んだことから、その後この名称が用いられているが、この概念によった規制については反対論が主張され¹⁸⁷、またその実際上の意義はかなり限られるという意見が有力である¹⁸⁸。

健全な競争保護の普遍的法原則—その不明確さ

iv) 健全性保護に係る需要力濫用規制に固有な下位の法原則を導く困難性

ア) 「健全な競争に関する一般の利益」の解釈学説

近時の傾向として、一般の利益として捉えられる健全な競争の保護について、学説は以下のように多様な主張がされる。

1) UWG1 条の目的規定は、競争の目的として公正かつ健全な競争を保護する。公正な競争と健全な競争の概念は同意語である。したがって

¹⁸⁶ BT-Drucks. 15/1487 (22. 08. 2003) S.19. 改正法案の例示要件 (3 条 3 項参照) が排他的なものでないことから、3 条の一般条項の下で、一般的市場妨害は展開される。

¹⁸⁷ この違反類型について、これまで伝播性等で説明されていた市場への影響評価に関しては、GWB の市場力規定が優先して適用され (遮断効果; Köhler, Konkurrenz 前掲注 93, S.648)、一般的市場妨害を固有の不正要件として認める余地はないとする見解がある。例えば 2004 年 UWG 改正により、4 条で不正な取引慣行の類型化が行われたが、市場参加者の利益のために市場行動を規律するとして定められた、法律上の規定に違反した者について、UWG の不正行為に該当することを規定した同条 11 号 (当時; 現行法は 3a 条) の法違反の要件は、GWB の市場力要件を充たすことを求められるという。J. Lux, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung (Mohr Siebrek, 2006) (Lux, Tatbestand と略称), S.415ff, 434. Köhler, UWG, 4 Aufl. (後掲注 192 参照) § 3a, Rn 1.37.

¹⁸⁸ 一般条項を根拠に市場の機能的競争を保護して市場構造のコントロールを企図する一般的市場妨害の理論は、民事手続きで提示される証拠水準はそれほど高いものでないことが懸念されるから、高度の推測的判断を余儀なくされるとして、規制根拠の薄弱さも指摘された。Pichler, Verhältnis (前掲注 92 参照), S. 344f., 428.

さらに、近時の EU の不正取引慣行指令に基づく具体的な取引慣行の例示と新たな不正取引慣行の要件化によって、一般条項の解釈に依拠する一般的市場妨害の適用可能性は乏しくなったとされる。von Ungern-Sternberg/Scaub, in Gloy/Loschelder, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl., (Beck, 2019) §27, Rn. 6 (Gloy/Loschelder と略称) §27, Rn.8, Pichler, Verhältnis (前掲注 92 参照), S.348, Ekey [et al.], Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, (C.F. Müller, 2005), UWG§1 Rn.26 (Klippel/Beräer) (健全な競争における一般の利益は、競争の自由に係り市場参加者の利益に対し、結局何らの独自の意義を示すものではない)。

公正な競争のみが健全であり、健全な競争のみが公正である¹⁸⁹。

- 2) これに対し健全な競争保護を、自由な競争保護として捉える対照的な立場がある。健全な競争における一般の利益とは、制度としての競争の保護であり、その基本的な前提は競争の自由が考えられている¹⁹⁰。
- 3) その他に、1) と 2) の折衷的立場もある。一般の利益として捉えられる健全な競争の保護とは、「自由であって公正な競争」であり、UWG の下で展開する行為の規範は全体としてかかる目的に服する¹⁹¹。

イ) 健全な競争概念についてのケーラーの考え方

ケーラーは、前述した EU 法制における健全な競争の多様な概念内容となる諸規定を踏まえ、この概念について幅広い捉え方がされる歴史的な経緯も検討して、次の定義付けを行う。健全な競争の阻害は反競争的な行為によって現実の競争プロセスに影響があるか、あるいはあり得る場合に用いられてきたとして、UWG では、不公正な取引行為により競

¹⁸⁹ *Götting/Götting / Nordemann, UWG, 2Aufl., (Nomos, 2013) §2 Rn30.* 本文掲記の定義以上の具体化は、評価基準となる業績競争のメルクマールが、法的評価の観点から非常に大まかなものであり曖昧であるから、困難である。A.a.O.

¹⁹⁰ *von Ungern-Sternberg/Scaub/Gloy & Loschelder (前掲注 188 参照), §27, Rn6, Pichler, Verhältnis (前掲注 92 参照), S.347f.* 制度としての競争保護について、市場参加者の利益は、不正競争からの保護 (1 条 1 文) によってカバーされ尽くすものでないので、自由な競争の展開と機能発揮に妨げとなる不正行為により、歪曲された競争からの保護が、より広く必要になるとされる。Vgl., *Ohly/Sosnitza, UWG, 7 Aufl. (Beck, 2016), §1 Rn 31. Lux, Tatbestand (前掲注 187 参照) S.431 (2004 年改正法の 1 条と 3 条の一般条項は、経済的競争の保護として競争の自由の意味で基準となる評価の視点に従う)。*

¹⁹¹ *Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 10 Aufl. (Beck, 2016), §3 Rn10.*

健全な競争の保護を競争の自由を読み替えることをせず、以下のような UWG の保障する機能的競争を通じてもたらされる業績競争 (業績比較) の成果が確保されることで、健全な競争保護に独自の意味を認めるヘットマンクの見解も折衷説に入る。

それによると、業績競争の概念は、業績/非業績の定義を明らかにする概念内容の確信力もたない。しかし、市場の相手方が行為者段階の競い合いから提示される業績の審判者 (Schiedsrichter) となって取引先選択が自由に行われるなら、機能的競争は維持されている。公正保護の理念的要請 (UWG3 条 1 項の「不公正な取引慣行」により示される) は、かかる機能的競争が実効性を有することでみとされる。業績比較を妨げる行為者の評価では、自由な競争に対する脅威が問題にされる。S. Hetmank: "Wettbewerbsfunktionales Verständnis" im Lauterkeitsrecht, *GRUR* 2014, 437, 440, 442f.

争が歪められる、それにより自由な展開が阻まれる場合にこの概念が当てはまる。その意味では自由な競争保護ともいうことができるとする¹⁹²。すなわち、かかる指摘からは、健全性保護の普遍的法原則は、現実の競争プロセスになんらかの影響を及ぼすというレベルで行為の禁止を導く、幅広い捉え方をされる問題をうかがうことができる。

ウ) 解釈及び立法の目的論的な解決の指針を提供しない健全な競争の保護

このような説明から明らかになる点として、次の指摘が可能である。ラーレンツ／カナリスの法体系的考察によるならば、UWG1条の一般の利益における健全な競争保護の一般条項に関係して、次の問題を指摘できる。それは、健全性保護の普遍的法原則が、法の外的体系であるUWGの実体規定の解釈と、制定法を超え出る展開である立法との双方の解決にとって、目的論的な解決の指針を与えるに求められる明確性を欠く問題があった、ということである。すなわち健全性の保護に関する普遍的法原則は、独占禁止法の公正競争阻害性の法原則が、自由かつ自主的な下位の法原則を導いたような、法的思想に関する内容上の豊かさを欠く問題を指摘できる。

したがって、ケーラーが行動綱領の立法措置を選択し、UWGの一般条項の解釈理論に依拠しなかったことは、以下の配慮に基づくと考えられる。ドイツにおける需要力濫用規制が、健全な競争保護の法原則に依拠した結果、その効果的な展開を阻まれた経緯を踏まえ、かかる不明確な普遍的法原則の影響を受けるUWGの体系のうちに、自由保護と公正保護の対立が先鋭化する¹⁹³需要力濫用規制を編入する様々な問題を意識したためと考えられる。

(3) ケーラー提案における体系構成の特徴

(3-1) 行動綱領案の普遍的法原則による法の内的体系

ケーラーの新たな立法提案は、前述のように不公正取引慣行の禁止によって、

¹⁹² Köhler, Köhler/Bornkamm, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: UWG, 4. Aufl. (Beck, 2022) (Köhler, UWG, 4. Aufl. と略称) §1 Rn 43.

¹⁹³ 後掲のV. 3. (8) (8-1)、V. 7. (3)、V. 7. (4) を参照。

公正保護の法原則を明確に自由保護に対し優位に位置づける特徴があった。かかる普遍的法原則の捉え方は、公正競争と自由競争という法原則を基礎にして、需要力濫用規制でこれまで多く主張された需要者間の購入に係る競争、そして市場の相手方である供給者間の競争への影響を考える競争法のアプローチと異なっている。ケーラーは一貫して取引の規制に焦点を絞った構成をとり、この点から、公正保護による公正な取引慣行を維持することで自由保護の法原則(契約自由)に対する制限が導かれている。

(3-2) 需要競争の二面的特質と市場の機能不全

i) 付随的給付に即したポジティブな需要競争の側面

これに対し、ケーラーのこれまでの需要力濫用規制に係る業績¹⁹⁴は、需要競争の二面的特性として整序された競争のモデルを踏まえた規制理論として提示されてきた。

すなわち、ケーラーは、業績競争論による反対給付の無償性の非難(主たる給付と付随的給付の二分論)に対する、ポジティブな需要競争の側面を明らかにした。これは、付随的給付に該当する各種業績が、新たな流通機能の革新からもたらされる便益として、これまでの給付パターンに縛られずに需要者から供給者に提供されているという批判を提示して、その経済的行為自由をより良く活用し、可能な限り好都合な購入条件の達成を相互に競う競争の側面である。

ii) 需要者間の相互的抑制に係る需要競争の側面

他方、需要者は、その取引行為に係る多様な指標を市場に提示するにあたり、他の需要者の存在及び行為態様を配慮する(取引の相手方である供給業者を、他の需要者に奪われない配慮をする)ことを余儀なくされる。すなわち、より有利な取引条件の獲得努力に起因する需要者間の需要競争は、他方で回避可能性をもつ供給業者と取引する他の需要者からの抑制の

¹⁹⁴ H. Köhler, Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfrager (Habilitationsschrift), (Münchener Universitätschriften Bd. 37) (Beck, 1977) (Köhler, Nachfrager と略称), § 11 Die Funktion des Nachfragewettbewerbs. Ders., Nachfragewettbewerb und Marktbeherrschung, (J.C.B.Mohr, 1986) (Köhler, Nachfragewettbewerb と略称), S. 8ff., 107ff. さらに後掲、「結語—まとめに代えて—」の 1. 及び 4. を参照。

下に置かれなければならない。したがって、供給過剰の市場では失われる、こうした需要者間の相互抑制的機能が、需要競争の重要な側面である指摘が意義をもつ。この点のケーラーの理論的貢献も重要である¹⁹⁵。

(3-3) 競争の概念から遮断された取引慣行の規制

このような需要競争の二面的特性が維持されない、前者のより有利な取引条件の獲得に係る需要競争の側面のみが優位する市場は、市場の機能不全に陥った評価がされる。

かかるケーラーの需要競争のモデル理論（需要競争の二面的特質）に即して、市場の機能の働きを踏まえた濫用行為の認定がされるべきと考えられる。供給過剰から供給業者間の激しい競争によって、需要力濫用が可能となりあるいは強化されていることの分析、さらに、それが下流段階の販売市場での需要者の激しい競争から生じている、あるいは強化されていることの分析が、個別事案の適切な解決のため必要になる。この点で、ケーラー提案（不公正取引慣行に係る行動綱領案）は、契約自由に対する制限によって自由保護の限界を画するが、需要力濫用規制として十分な判断枠組みを提供できるか、後述する日本法との比較と合わせて問題になろう。

(3-4) 競争概念と結びついた法原則の必要性

独占禁止法では公正な競争を阻害するおそれの普遍的法原則を受けて、自由競争の基盤として自由かつ自主的な判断を行うことが捉えられて、その阻害が問題とされる。確かに違反行為の影響評価では「一対一」の関係で著しい不利益を受け入れていることが問題にされる。しかし、優越的地位の濫用が問題になる需給不一致市場における需要と供給の両サイドにおける競争状態の分析が、需要者側の供給者に対する要請の実態と供給者側のかかる要請を受け入れざるを得ない事情を明らかにする。需要サイドにおける需要者の下流での販売戦略をめぐる競い合いの状況が示されることで、問題とされる不利益行為の要請が行われた事情を説明する。対称的に、供給サイドでは供給者間の競争が交渉力（特に小規模事

¹⁹⁵ このようなケーラーの需要競争の本質論については、参照、拙稿・問題点〔1〕（前掲注15参照）56頁以下、拙稿・相対的市場力（前掲注94参照）313頁以下、316頁。

業者)の弱体化を招く例は多い。このような「取引力、交渉力の背後にある具体的な競争の実態¹⁹⁶⁾」の分析が、不利益行為を受け入れざるを得ない「優越的地位の濫用の実態をより正確にとらえる¹⁹⁷⁾」ために必要となると考えられる¹⁹⁸⁾。

(3-5) 相対的市場力の概念に対する「優越の形態」の概念

公正な競争保護と自由な競争保護の普遍的法原則が考慮されずに、専ら取引慣行の規律により示される公正保護と自由保護の關係に焦点を絞って、需要力濫用規制の枠組みを構築する問題点は、相対的市場力の概念をケーラーが直接採用しないことにも示される。すなわち、不公正取引慣行の要件である不当な影響行使は、事業者が力の地位を取引相手に対し不当な不利益を与えるために行使することにより行われたとみなされる。そして、「取引相手に対する力の地位」という概念によって、「優越の形態、特に需要力を包含する」とされている。この「力の地位」という概念は、事業者対消費者の不公正取引慣行の規定（前掲注168のUWGの4a条1項3文）で用いられていた。力の地位を用いて行う不当な影響行使とは、決定を行う消費者又はその他の市場参加者の能力を、重要な程度、制限する圧力をかけるものとされている。

需要力濫用における取引相手方の従属性の認定を、消費者と供給業者のような事業者について、同一の概念によって行うことで、相対的市場力に係る市場の競争の状況把握を省くことを容認するならば、以下の問題がある。

行為者との取引が得られない場合に取引の相手方は、いわゆるフォールバック・ポジション¹⁹⁹⁾へと陥ることになるが、消費者の場合、他の買い手（消費者）と競争する基本的關係にはない。これに対し、供給業者にあつては、そのライバルの顧客奪取に係り、行為者との取引を奪われることを恐れる競争の圧迫下にある。したがって、消費者の場合には、不利益となる行為者の要請に応じる作用が強く働くことを捉える必要は相対的に低いのに対して、事業者間取引においては、

¹⁹⁶⁾ 舟田正之「経済法序説(1)」立教法学 90 号 (2014) 112 頁。

¹⁹⁷⁾ 同上。

¹⁹⁸⁾ 土田/山部/泉水/川濱/河谷編『現代経済法の課題と理論』(弘文堂,2022) 所収、拙稿「優越的地位濫用規制の本質論」(拙稿・本質論と略称) 252 頁から 254 頁を参照。

¹⁹⁹⁾ 後掲、IV. 3. (5) における (5-4) を参照。

取引の相手方の市場における競争の状況を見ずして、取引上の地位の格差は的確に捉え難いといえるであろう。この点でケーラーが言う、力の地位の概念における消費者と事業者の従属性把握における同一の態様での理解は、問題を残す。

(3-6) 自由競争保護と公正競争保護の競争概念を含む普遍的法原則に依った体系構成

以上(3-4)と(3-5)のように、ケーラーの行動綱領案による需要力濫用規制の法体系的構成は、公正保護と自由保護の法原則に従う取引行為の規制概念を組み合わせた結果、以下の問題点を抱える。濫用行為の認定について、需要競争の二面的特質に即した市場の機能の働きについての分析が重要と考えられる²⁰⁰ところ、その点の把握が十分でなく、さらに、市場における競争の状況を的確に捉えて取引上の地位の格差を把握すべきであるのに、この点も十分でない。需要力濫用規制では、自由競争保護と公正競争保護の競争概念を含む普遍的法原則によりつつ体系構成を行う必要がある。

(4) 攻撃的商慣行の類型形成を導く事業者の決定の自由という法原則

(4-1) 不公正取引慣行の類型を導く事業者の決定の自由という普遍的法原則

これまで需要力濫用規制の法体系的考察に係り、EU 競争法制に即した検討によって競争歪曲という機能を決定された概念に導かれ、類型形成を行ったシュロイプとパラツケを取り上げた。その理論構成は、業績比較論という類型形成の「指導像」によった結果、法的構造類型としての一貫した、有意味な規律の複合を特定し難いという難点があった。

このような需要力濫用行為の類型化に伴う困難を克服する試みが近時ドイツで試みられていることは簡単に触れたが、ここでその代表的なケーラーの類

²⁰⁰ より有利な取引条件の獲得を買い手が競い合う競争と、買い手が行うこのような条件に係る要請を、売り手が相互に回避することを可能にする(買い手による行為自由の行使を、相互に限定する買い手間の)競争、との需要競争の二面的特質について、後者が超過供給の市場の条件により機能しないために需要力濫用に至った点を詳細に分析して違法性判断を導いた判例として、民事事件であるが、セコマ事件の札幌地裁判決が注目される。札幌地裁判平30・4・26(裁判所ウェブサイト)。参照、拙稿・本質論(前掲注198参照)247頁以下。

型形成論を取り上げる。ケーラーは、事業者の決定の自由という普遍的法原則に導かれた不公正取引慣行の類型を攻撃的商慣行としてまとめた。

攻撃的商慣行として、全ての事情における不公正な取引慣行の「黒リスト」となる具体的行為の一覧を導く類型形成の「指導像」は、「強迫あるいは不当な影響行使」の概念になる。強迫は、民事法的規律あるいは不正競争の法制度により伝統的に違反とされた概念であり、需要力濫用規制の新展開につきその動向を検討する本稿の関心から、不当な影響行使の考え方を以下に検討する。

(4-2) 「取引相手に対する力の地位」による「不当な影響行使」

この考え方が需要力濫用分析の観点から注目される理由としては、ケーラーの行動綱領案が支配と従属の関係とその関係を生む濫用の源泉につき、力の地位の概念によって、不当な影響行使を生じさせることを認めているからである。その場合、不当な影響行使が力の地位の需要力概念によって惹起される説明は次のようになる。契約締結ないし履行に係って不当な影響行使により、かかる影響行使がなければ下さなかつた取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになるという説明である。力の地位を行使することによって取引の相手方に対する影響行使が不当になるメルクマールは、その影響行使がなければ下さなかつた取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになるという、自由な意思決定の阻害に求められている。

(4-3) 取引相手方の自由な意思決定の阻害を捉えた「取引当事者の決定の自由」

この自由な意思決定の阻害を、ケーラーは法的理念として捉えて、「取引当事者の決定の自由」の名称のもとに、公正保護の普遍的法原則の下位概念として適示している。「取引当事者の決定の自由」は、個別事案の具体的事実の包摂を行う違法性判断基準に適する抽象性・普遍性²⁰¹を有する概念ではない。それは、黒リストの個別行為について、不公正取引慣行の禁止によって明らかになるところの公正保護の普遍的法原則の理念を、法技術的概念に伝達するという機能を担う。すなわちラーレンツ／カナリスの法体系論における機能を決定された概念となる。

²⁰¹ 前掲 I. における 2. を参照。

(4-4) 機能を決定された概念としての「取引当事者の決定の自由」

まとめると、ケーラーの行動綱領案による新たな需要規制論は、最上位の法原則として公正保護の法理念を持つ。そのもとに、「取引当事者の決定の自由」という、機能を決定された概念によって、黒リストの攻撃的商慣行について、公正保護の普遍的法原則を具体化している（不公正な取引慣行の禁止）。かかる黒リストの類型は、自由な意思決定の阻害に係る不当な影響行使によって捉えられる類型形成の「指導像」を用いることで法的構造的類型が形成されている。そして、かかる「指導像」である不当な影響行使の具体的内容は、その影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになるという条件関係の提示となる。

(5) 類型形成の「指導像」に用いられた「不当な影響行使」概念の意義

ケーラー理論において、攻撃的商慣行の黒リストに関し、取引当事者の自由な意思決定の阻害に係る、不当な影響行使として捉えられる類型形成の「指導像」が用いられた意義を、以下にまとめる。

(5-1) 外部選択の市場の客観的条件重視の類型把握

ケーラー理論では、需要力行使によった取引相手方に対する影響行使の評価につき、不当性の判断が、当該影響行使に係って相手方が下す条件関係的な意思決定に求められている。これは、意思決定に関連して取引相手方の主観的側面に焦点を当てて、需要力行使の影響判断を行うものである。

これに対し、従前のパラツケによる交渉力モデル（インデルスト／ウェイ）に依拠した需要力行使の影響評価では、他の取引先への移行を可能とする外部選択の有無が評価指標とされていた²⁰²。外部選択の指標は、取引相手の交渉条件に関する任意の決定に対して、行為者が一定の制限を課することができるかを問題にする、つまり、所与の取引先に拘束されないことの保証の程度に関して、それを審査する違法性判断—取引依存度や市場の買い取りシェア等の基準による—を導く。取引当事者の意思決定の自由に係って、このような市場の客観的

²⁰² 前掲II、2.（1）(1-4) 参照。

条件が一ケラー理論の不当な影響行使が、取引相手方の主観的側面であるのと対照的に一専ら問題にされる構成をとる。この特徴的な影響行使のパターン把握は、専ら取引費用経済学の考え方に依拠する。

(5-2) 需給不一致市場における競争圧力が当事者の主観面に及ぼす影響

これに対し、ケラーの類型論における「指導像」の根拠付けの説明には、専らこういった市場の客観的条件を取り上げる取引費用経済学に対して、批判的な理論モデルを用いることができる。それは、当事者間の主観的側面に焦点を当てた経済学説であり、交渉当事者の直面する、需給不一致市場における競争圧力に注目して、それが当事者に及ぼす影響の作用につき、当事者相互の主観側面における対立関係を生じさせる効果を分析する理論である（抗争交換理論）。

この理論で取引当事者間の基本的な関係は、以下のように描かれる。超過供給サイドの売り手（供給業者等）は、相互に、買い手との取引獲得をめぐる競い合う関係にある。相対的に過小需要の需要サイドの買い手は、下流市場の販売競争の激化から、売り手に販売促進の協力要請を強める。かかる買い手との取引を維持したい供給業者は、買い手の協力要請を拒めば取引を失う（ライバルにそれを奪取される）懸念に曝され、不当な「影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる」。すなわち、当該売り手には、不当、不利な要求であってもそれを受け入れざるを得ない。このような懸念は、需要力を有する買い手による適切な交渉を経ない、攻撃的な取引態様—権力及び権威という概念により説明される²⁰³—によって売手の主観面に及ぶ影響行使により生じたとみなされる²⁰⁴。

この売り手の主観面に及ぶ、攻撃的な取引による買い手の影響行使は、需給不一致の市場における競争がそれを可能にしているものであり、市場の競争と当事者間の対立（「抗争」）を一体的に捉えた抗争交換のモデル理論が、ケラー提案における「不当な影響行使」の類型形成に関する「指導像」の根拠として妥当することは、重要な論点であると考えられる。そこで、ケラー提案と抗

²⁰³ 拙稿・本質論（前掲注198参照）252頁及び注（9）、（10）参照。

²⁰⁴ 前掲IV、2.（3）（3-4）を参照。

争交換理論の相即性に関する意義づけを以下に列挙する。

(5-3) 不利益行為を受け入れている事実から従属性の推定

従属性の認定について、上記の取引費用経済学に依拠する需要力濫用規制理論が、取引依存度や買い取りシェア等の市場の客観的条件の基準を専ら重視することに対して、ケーラー提案は、「取引相手に対する力の地位」という概念を用いて、「不当な影響行使は、事業者が力の地位を取引相手に対し不当な不利益を与えるために行使するなら存在する」として、その認定がされる。すなわち「不当な影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる」という主観的な効果によって「優越の形態、特に需要力」の認定がされた。これは、取引停止等の制裁を回避するために、自らに不利益となる買い手の要請であってもそれを受け入れて要請に従う意思決定における主観的側面を示すものである。したがって、不利益行為を受け入れている事実から従属性の推定を導く理論構成となる²⁰⁵。

(5-4) 従属性の推定理論に対する掘り下げた根拠付け

i) 「不当な影響行使」を説明する抗争交換理論の内生的選好

次に、抗争交換の理論によって、「不当な影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる」という主観面での効果について、掘り下げた内容提示が可能になる点が重要である。その理論が示す従属的な事業者の主観的側面の内容は「内生的選好」と呼ばれるが、その説明は以下のようなようになる²⁰⁶。

抗争交換のモデル理論によれば、供給者の心理構造は、

²⁰⁵ ケーラーの従属性の推定論は、市場行動（不利益行為の受忍事実）の認定から市場構造（供給業者／需要者間の従属性の存在）の推認を導くものであるが、以下の拙稿で紹介、検討を行った。問題点 [1（前掲注 15 参照）]、91 頁以下、問題点 [2]（前掲注 12 参照）、215 から 217 頁。

²⁰⁶ 拙稿・枠組み（前掲注 121 参照）114 頁、251 頁以下。

ア)「努力することの不効用」(この概念は行動経済学のプリンシパル＝エージェント問題の固有概念であり、例えば、供給者が負う販売促進の協力コストを指す²⁰⁷)、

イ)取引の主観的評価(例えば、供給者が行為者との取引及び行為者と密接に関連する他の関連業者との取引継続の双方を必要としていたというような事情)、さらには、

ウ)取引の打ち切りに係る自分のフォールバック・ポジション

などにより構成される。需要者は、これらの供給者の心理構造に利害関心をもって自らの下流市場での販売促進に役立つ協力要請という供給者への影響行使を行う。

ii)「需要者と取引できない供給者には受け取れない利得」の意味

この内生的選好の構成要因である、ウ)の取引打ち切り時における自分のフォールバック・ポジションとは、以下のような供給者のおかれた困難な状況を指す。抗争交換理論によれば、超過供給下で需要者と取引できる供給者は、その取引ができない供給者には受け取れない利得、すなわち取引終了時に陥る状態を上回る利得を受けている。需要者による供給者に対する販売促進の協力努力を引き上げる要求は、かかる利得の獲得と維持を必要とする供給者の存する市場における競争の状態によって説明される。

かかる抗争交換理論の内生的選考の考え方を、先の「不当な影響行使がなければ下さなかった取引上の決定」という行動綱領案の規定に当てはめて、敷衍的に説明すると以下ようになる。

²⁰⁷ ゲーム理論には、行為主体 A が、自らの利益のための労務の実施を他の行為主体 B に委任して、「一定水準の努力をしてもらいたい」と考えるプリンシパル＝エージェント問題がある。瀧澤弘和『現代経済学』(中央公論, 2018) 188 頁(図 6-2 も参照)。この問題によせて、抗争交換理論の創始者ポウルズ教授の基本モデルは、以下の取引契約の状況を前提にする。「主体 A が主体 B から財又はサービスを購入することを考える。B の財又はサービスが、A にとり価値があり、B については提供にコスト(森平注「一定水準の努力」を意味する)を要するのだが、履行可能な契約において十分に規定されていない場合に、その交換は抗争的(contested)である」。サミュエル・ポウルズ著、塩沢・磯谷・植村共訳『制度と進化のミクロ経済学』(NTT 出版, 2013) 244 頁以下、250 頁以下。拙稿・枠組み(前掲注 121 参照) 101 頁注 168)。

iii) 内生的選好と「不当な影響行使」

買い手の販売促進の協力要請に直面した供給者は、それを拒めば、ウ) のフォールバック・ポジションに陥り、「需要者と取引ができない供給者には受け取れない利得」²⁰⁸を失う懸念を抱く。またイ) に挙げた取引の主観的評価に係り、当該箇所の例示のほか、需要者の支援と救済を受けているような事情があるなら、それらを失う懸念も抱くであろう。他方で、ア) に適示した販売促進の協力コストの負担との間で、悪しき損得勘定—「取引を失うよりは、不当な要求であってもそれを受け入れたほうがまし」²⁰⁹—を迫られる。その際、他の購入先への取引先転換の容易性や将来行為者との取引に復帰できる可能性等多様な事情も勘案して、不当な要請に応じたほうがましかどうかの決断を行うことになる。

このように、ケーラー理論における「不当な影響行使」の類型形成に関する「指導像」は、取引停止等の懸念から、需要者との取引が可能となることで初めて得られる利得を維持するため、需要者の要請に従ったほうがましと判断したこと、というようにその内容を敷衍して言い換えることができる。

以上は、取引費用経済学が説明する外部選択の市場の客観的条件の指標によっては十分に捉え難い、行為者の要求に相手方が従わざるを得ない従属性の関係を、主観的な側面において示した従属性の推定理論の掘り下げた根拠付けとして評価できる。

²⁰⁸ 抗争交換理論は、需要者と供給者間の交換と契約のエージェンシー問題を扱う。なぜ、需要者は財の需要に係る下流市場の販売促進の協力という役務について、幅広くオークションにより供給者間の競い合いから短期に解決を目指すのではなく、長期関係において協力を指導しその引き上げをはかるのか。販売促進の協力問題はその役務の特質だけでは十分に説明できない。それゆえこの問題の要点は、供給者による販売促進の「一定水準の努力」を導き、また種々の犠牲を引き出す働きにある。すなわち、監視と制裁の担保をとまない販売促進の協力の要求がされるのは、需要者の利益拡大の要求を満たす水準まで、努力と犠牲が払われることを求めるからである。このような監視と制裁の担保を可能として、濫用をも生む需要力の源泉が、需給不一致市場における超過供給サイドで、需要者と取引できない供給者には受け取れない利得である。拙稿・本質論（前掲注 198 参照）249 頁以下。

²⁰⁹ 後掲の V. 6. (2) (2-5) 及び注 309 における長谷河評釈を参照。

(6) 攻撃的商慣行規制の前提となる契約交渉過程への規制

(6-1) 「事業者間の不公正取引慣行指令」と「事業者間の契約条項指令」の一体的把握

ケーラー提案は、その需要力濫用規制の体系として、上記の事業者間不公正取引慣行に係る行動綱領案とともに、「事業者間の契約条項指令」というもうひとつ行動綱領案から構成される。後者の指令は、欧州共通売買法 86 条の濫用的契約条項の一般的禁止を事業者間の取引に取り入れた一般的禁止の条項（「濫用的契約条項」）と、それを補足する個別条項の禁止（当然違法の条項と推定される違法性を規定する条項、すなわち反証可能である条項の類型）からなる。

事業者間の契約条項指令はケーラー提案の体系構成的特徴として、以下の点が重要と思われる。

(6-2) 攻撃的商慣行と濫用的契約条項の類型系列の類型系列間の「指導像」

i) 「不当な影響行使」を可能とする契約交渉過程の問題

先に攻撃的商慣行の禁止に係る不当な影響行使について、抗争交換理論の助けも借りて、その内容を取引の相手方に及ぶ主観的影響として捉えるべきことを論じた。すなわち、不当な「影響行使がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されること」とは、悪しき損得勘定—「取引を失うよりは、不当な要求であってもそれを受け入れたほうがまし」という状態を指すという敷衍的説明である。このような状態は、需要力を有する買い手による適切な交渉を経ない、攻撃的な取引態様によって、売り手の主観面に及ぶ影響行使により生じたとみなされる。

ii) 攻撃的商慣行と濫用的契約条項に共通する類型形成の要因

ケーラー提案は、このような主観面での不当な影響行使の結果である攻撃的商慣行に対する規制を類型化するとともに、攻撃的商慣行を生む、適切な交渉を経ない契約締結過程への規制も、その体系構成で一体的に捉えている。そうすると、攻撃的商慣行の類型と事業者間の契約が不正とされる場合の類型を、統一的に捉える類型系列の「指導像」が問題になる。

この点は以下のように考えられる。攻撃的商慣行を生ぜしめる原因は売り手の主観面に及ぶ不当な影響行使であり、また適切な交渉過程を経ない

ことから「不当な影響行使」は生じるのであるから、双方の類型系列を体系化に導く概念は、不当な影響行使の概念であると考えられる。

攻撃的商慣行の類型系列と濫用的契約条項の個別条項の類型系列は、不当な影響行使の概念によって一体的に結びつけられたことが重要である。

(6-3) 攻撃的商慣行と濫用的契約条項の両規制に係る機能を決定された概念—
「取引当事者の決定の自由」

i) 「取引当事者の決定の自由」の侵害の判定基準

攻撃的商慣行は不公正取引として禁じられ、「個別に交渉されていない契約の定め」は不公正であるとして、双方の類型系列は不公正の概念に係って公正保護を上位の普遍的法原則としている。共通の普遍的法原則である公正保護の法思想を有し、不当な影響行使の類型形成の「指導像」により結びつけられている双方の類型系列は、機能を決定された概念も共通であることが可能である。かかる共通の機能を決定された概念を、先に攻撃的商慣行の禁止に係る普遍的法原則として示した「取引当事者の決定の自由」により考えることができる。

攻撃的商慣行の禁止に係る類型系列のみならず、濫用的契約条項の一般的禁止と個別条項の類型系列も、「取引当事者の決定の自由」により機能を決定された概念を考えることができる。その理由は以下のようになる。「個別に交渉されていない」濫用的な契約条項の一般的禁止に係って、不公正の判定は、(a) 契約対象の本質、(b) 契約締結の事情、(c) その外の契約の定め、そして (d) その契約の定めが依存しているその外の契約の規定を考慮したうえで、その判定がなされるとし、事業者間の契約がその目的又は効果の点で、不公正とされる場合と不公正が推定される場合をそれぞれ x)、y) …というように列挙している²¹⁰。

このような規定は、個別に交渉されていない契約という、基本となる全体的な枠組みの基準により、契約締結の交渉過程を含めて、上記 (a)、(b)、(c)、そして (d) を総合考慮して、契約当事者の意思決定の自由に関する実

²¹⁰ 前掲、IV. 2. (4) (4-2) を参照。

質的な保護が問題にされている。すなわち、契約締結の事情や契約対象の本質を勘案しつつ、個別契約条項を交渉していることが、不公正判断の基本とされてと捉えることができる。そのうえで、その外の契約の定めと、当該契約条項が依存するその外の契約の規定まで視野に入れて、当事者の契約交渉が歪められていない場合に違法としない余地を残した²¹¹と考えられる。

ii) 公正保護の法原則を法技術的概念に伝える「取引当事者の決定の自由」の概念

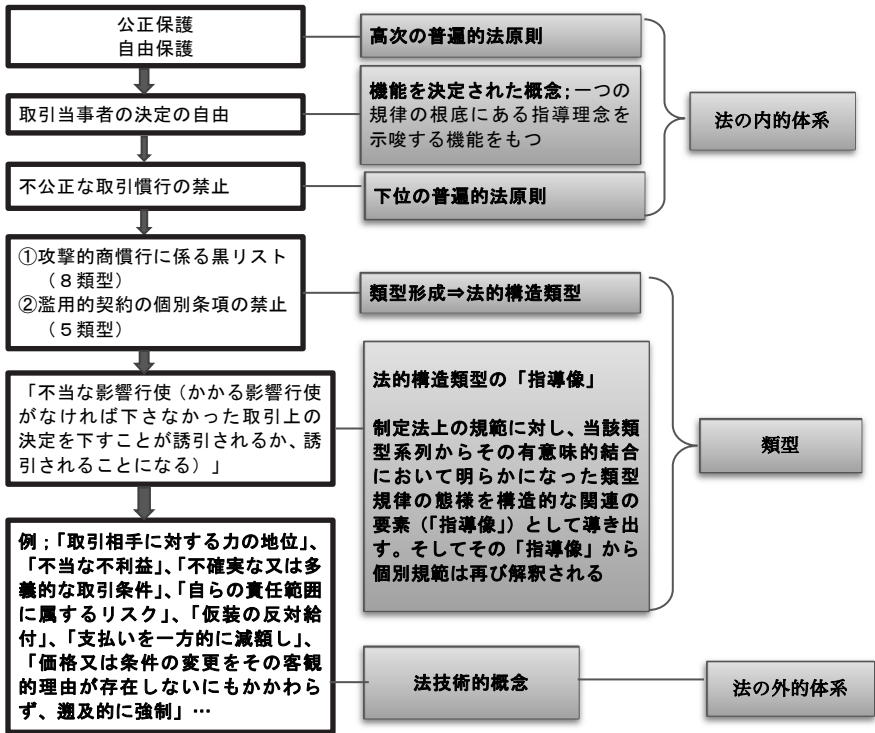
このように解される濫用的契約条項の解釈枠組みは、契約当事者の意思決定の自由に関する「取引当事者の決定の自由」の概念が、解釈の指導理念として公正保護の普遍的法原則を参照しつつ、上記法技術的概念である(a)から(d)の規定の解釈を導いている(機能を決定された概念の働き)。

iii) 「取引当事者の決定の自由」の下位の法原則としての信義誠実と正直な契約関係の法原則

このように、攻撃的商慣行と濫用的契約条項の双方の禁止に係る機能を決定された概念は「当事者の決定の自由」であるが、この概念は、後者の濫用的契約条項の一般的禁止に規定された、信義誠実の原則と正直な契約関係の原則(個別に交渉されていない契約に対する違法性判断の解釈基準を導く指導理念となる)について、以下に敷衍的にして位置付けられることになる。

²¹¹ このような契約交渉過程が歪められずに、力の行使から免れて遂行される重要性は、独占禁止法における優越的地位濫用規制において近時、「優越的地位の濫用規制の手續化」という考え方が主張されているのと軌を一にする。この考え方は、行為者との取引を失えば得られない利得、すなわち不利益行為を受け入れて得られる利得につき、それを失う懸念を生ぜしめる取引当事者間の主観的關係に注目する立場から、取引相手が取引条件について主体的に判断できる事前協議の機会を行為者に設けさせるよう仕向ける規制をするものである。拙稿・本質論(前掲注198参照)256頁以下。

表3 ケーラーの需要力濫用規制における「概念形成と体系形成」



V. 独占禁止法における優越的地位濫用規制の体系構成

1. 原始独占禁止法における不正な競争方法の制定

(1-1) 公正な競争保護を目的とする違反行為の類型化

不正な取引方法の名称は、原始独占禁止法の制定時においては、「不正な競争方法」であり、その2条6項は①取引拒絶、②差別対価、③不当廉売、④不当な取引勧誘・強制、⑤排他条件付取引、⑥拘束条件付取引・役員選任の承認であって、自由競争減殺型の行為が中心となり規定されていた。制定過程において、萌芽理論的アプローチによって独占禁止法上の体系的な位置づけが明確化されたものの、起草者らは不正な競争方法の規制を独占形成の予防手段と

のみ位置付けることはせず、後により広く競争手段として不公正な行為も不公正な競争方法に含めることが可能な余地も残っていた²¹²。

また原始独占禁止法の2条7項は、上記2条6項の「各号に掲げるものの外、公共の利益に反する競争手段であつて…公正取引委員会の指定するもの」が不公正な競争方法に新たに付け加えられることを認めていた。

米国の連邦取引員会法（FTC法）5条が「不公正な競争方法（unfair method of competition）」を禁ずるとのみ定めて、その具体的内容の定義付けを回避しているのに対して、本項は、上記六つの行為類型と「公共の利益に反する競争手段」としてある程度、明確化を試みている²¹³。

以上の制定過程における整理は、次のような不公正な競争方法規制の展開に係る意義を確認できる。原始独占禁止法の不公正な競争方法の規定は、独占形成の予防手段とのみ位置付けられない幅広い内容の規定を含むことを可能にしていること²¹⁴、公取委の指定によって違反行為の範囲を拡大できる制度が備えられたこと、そして不公正な競争方法の類型化に資する行為の特徴を示す定義付けを行ったことは、公正な競争保護の観点から違反行為類型を整備、拡充する基礎を築いたものといえる。

²¹² 平林英勝『独占禁止法の歴史（上）』（信山社、2012）（平林・歴史（上）と略称）、146、148頁。商工省企画室『独占禁止法の解説』（時事通信社、1947）（商工省企画室・解説と略称）40頁。橋本龍伍『独占禁止法と我が國民經濟』（日本經濟新聞社、昭22）158頁には、私的独占の予防規定として捉えられる規定だけでなく、より広い不正競争防止法の枠組みに属する行為も規定している旨の記述がみられる。

²¹³ かかる具体的な定義の規定の仕方は、以下の懸念を、日本側が表明したことに答えたことによる。すなわち、大陸法的思考に馴染んだ日本では禁止対象となる行為ある程度明確に定義せざるを得なかったこと、そして米側提示のカイム案がシャーマン法、クレイトン法及びFTC法と判例法理を一つの法律に投げ込んだ結果、重複と違法性基準の混乱を生ぜしめているとの懸念である。土田和博「独占禁止法の継受に関する研究序説—不公正な競争方法の制定過程を中心に」『民主主義法学・刑事法学の展望（下）』（日本評論社、2005）。519頁以下。

この指摘は、その後の不公正な取引方法への改正を超えて続けられた、違反行為の類型化と要件明確化の作業を行う企図を、日本側が制定過程より有していたことを示唆する。
²¹⁴ 西村暢史／泉水文雄「原始独占禁止法の制定過程と現行法への示唆」（競争政策研究センター共同研究、2006）95頁以下は、制定時において、不公正な競争方法は、現在でいう自由競争減殺が主軸とされつつも、手段の不公正さや不正競争法的不公正さが微妙ながらも意識されていたことを指摘している。

(1-2) 自由競争保護の法原則は排他性を求めない

上記の規制における公正競争保護の要請に係る基本的な性格把握が立法担当者により、次の様になされたことが注目される。

「競争は、自由になればなるほど、より公正に行われなければならない。競争の自由は、競争の激しさを意味し、それが激しくなればなるほど、その手段方法を選ばない傾向が強くなるからである²¹⁵」。

この指摘は、自由な競争保護と公正な競争保護の普遍的法原則の関係につき、不公正な競争方法の各規律の類型において自由な競争保護が排他的な妥当性を要求しないことを認めたものとして重要である。カナリスルールにおけるその2)によれば、この点は、「普遍的法原則は排他性を要請しない。ある特定の原則に特徴的である法律効果はまた他の原則と結びつきうる」と、同3)の「普遍的法原則は相互に補完し制限し合って、初めてその独自の意味内容を展開する」の双方の定式において、「排他性を要請しない」こと、公正な競争保護の原則が、自由な競争保護を「制限す」ることを認めたものである。そのうえで、同ルールのいう、「ある特定の原則に特徴的である法律効果はまた他の原則と結びつきうる」こと、及び普遍的法原則の「独自の意味内容を展開」させることは、以下に述べる独占禁止法の将来の運営、立法的展開に委ねられた。

2. 昭和28年改正による優越的地位濫用規制の導入と不公正な取引方法への整備拡充

(1) 優越的地位の濫用規制導入に関する立法者意図

(1-1) 昭和28年法改正では、不公正な競争方法を不公正な取引方法に改め、その基本的性格について公共の利益に反することから、公正競争阻害性の規定に変えた。

²¹⁵ 石井良三『獨占禁止法 附 經濟力集中排除法』（海口書店、昭22）242頁。

当時から、不公正な取引方法は独占禁止法の実体規定において重要な位置付けが与えられていた。それは私的独占及び不当な取引制限の規制と並ぶ独禁法の「三本の柱」²¹⁶の一つであると言われている。

(1-2) 独占禁止法の重要な規制の柱である不公正な取引方法の立法化に際し、横田正俊公取委委員長（当時）により、優越的地位濫用の規制をそこに取り入れる必要性が述べられている。以下の説明は、本規制の基本的性格を述べたものとして重要である。

「競争が激甚になるとともに、たとえば特定の事業者を市場から排除するための不当な取引拒絶ボイコット、ダンピングと称せられる不当な廉売による競争者の駆逐、他の事業者に対する不当な差別的取扱い、競争者の取引相手の強制奪取、取引上の優越した地位を乱用（ママ）する一方的な取引条件の強制…のような不公正かつ不健全な取引方法が現われて、これが公正な競争秩序を侵害する…ことは、戦前の日本経済の実情に照らし、また戦後の実情をご覧いただいてもおわかりになること²¹⁷」と述べられている。

この改正案の理由説明から、優越的地位の濫用規制に係る法体系的考察を行う場合に示唆される重要なポイントは以下になる。

- i) 優越的地位の濫用について、その現象が競争の「激甚」化することにより生ずるとされている。この場合の競争とは、前後の文脈から行為者段階の販売競争及び取引の相手方の顧客獲得競争を指すと解される。すなわち、自由な競争が行き過ぎる場合に、取引の相手方に対し取引上の地位の不当利用のされることが、黙示的な前提とされた。
- ii) 優越的地位の濫用が、自由競争減殺や不当な取引妨害の不正手段型といった、後に公正競争阻害説の三分類説に従って分類される行為類型と

²¹⁶ 今村成和『独占禁止法』（有斐閣、1956）3頁。石井幸一『独占禁止法の解釈と実例』（1955、一橋書房）（石井幸一・独占禁止法と略称）50頁。これに対して、商工省企画室・解説（前掲注212参照）10頁には、「私的独占と不当な取引制限という二つの中心的な行為を禁止し」の文言が見られる。

²¹⁷ 昭和28年7月3日の衆議院経済安定委員会において、横田政府委員が行った昭和28年独占禁止法改正案についての提案理由に係って補足説明の答弁である。公正取引委員会編『独占禁止政策二十年史』（昭43）538頁。

もに、独立して取り上げられている。

iii) 優越的濫用のような不公正な取引方法は、戦前また戦後の日本経済の実情で問題となっていた。

上記 i) は、先の原始独占禁止法の立法担当者（石井課長）による、不公正な競争方法の立法化の説明として述べられた「競争は、自由になればなるほど、…その手段方法を擇ばない」傾向を生ずるとの考え方と一致する。

同じく ii) は、iii) の我が国の下請け取引に係る実情も鑑みた結果でもあるとみられるが、取引相手に対する不当な利益の要求をする行為を、不公正な取引方法の他の行為類型の法解釈上の操作を通じた規制に依拠させなかったことを示している。比較法の視点から、ドイツの受動的差別禁止によった利益強要禁止の企てが、当該規制の立法当初から試みられた例と対照的である。

立法担当者である横田委員長のこのような説明は、優越的地位濫用規制が行為者段階の自由競争の激化に伴い、取引の相手方に対する積極的な働きかけが取引行為でなされ、その結果取引上の地位の不当な利用につながることを、規制の根拠付けとしている。私見では、このような根拠付けの前提には、競争と取引の関係を融合的に捉える発想の萌芽がある。この点で、本稿の結語で述べる、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争の概念を認めることが、取引と競争の関係を融合的に捉えることと一定のつながりを見出すことができる。

（2）特殊指定による不公正取引慣行の類型化（百貨店業告示）

（2-1）さらに、旧法の公取委による追加指定の制度²¹⁸を改めて、改正法2条7項各号に規定されたものから、限定列挙された不公正な取引方法の行為類型について、公取委が指定を行うものとした。これは、追加指定主義から具体化主義

²¹⁸ 旧法は、2条6項本文において、「この法律において不公正な競争方法とは、左の各号の一に該当する競争方法をいう」と柱書に規定して、六つの行為類型を挙げた後に、7号として「前各号に掲げるものの外、公共の利益に反する競争手段であつて、第71条及び第72条に規定する手続に従い公正取引委員会の指定するもの」と述べていた。この「前各号に掲げるものの外」の文言が追加主義を指すものとされ、新たに指定する行為が、前各号に該当するものの外の行為であるかどうか問題とされることになっていた。

に改めたものと説明される²¹⁹。

28年改正で新たに不公正な取引方法として規定された優越的地位濫用に係る法文は、「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」とされ、非常に簡潔、包括的な規定ぶりであった²²⁰。この優越的濫用の2条7項5号の規定のみならず、同項のその他の各号も抽象的、包括的な規定であった。行為の具体化、明確化は、公取委による指定に委ねられたのである²²¹。

(2-2) この指定制度に依った意義は、次のように説明されている。つまり、不公正な取引方法の規制が、複雑かつ流動的な取引実態をもつ経済現象の規制に求められる弾力性ある規定となるように、規制の前提となる経済実態とその変動の把握、それに即応した規制基準の設定、変更を公取委に行わせる趣旨によると判決²²²で述べられ、解説書もそれに従っている²²³。この説明は、法の要件規定における抽象性、包括性を指定により明確化、具体化する要請と、経済実態とその変動の把握、それに即応した規制の要請とを分けて考察する必要がある。

この考察において、先ず改正法と同時に行われた一般指定の制定(昭和28年告示11号の「不公正な取引方法」)以後、その改定は、昭和57年まで約30年の長きにわたり一回の改正や新たな不公正な取引方法の追加も行われなかったことが問題になる。この点に係り、長期の改定が一般指定で行われなかったことから、経済実態の把握とそれに即応した指定の変更を公取委に行わせる要請は疑問が残るだろう。

さらに、法の要件規定における抽象性、包括性を一般指定により明確化、具

²¹⁹ 昭和28年改正2条7項は、その柱書を次のように規定する。「この法律において不公正な取引方法とは、左の各号の一つに該当する行為であって、公正な競争を阻害するおそれがあるもののうち、公正取引委員会が指定するものをいう」。

²²⁰ 参照、金子／実方／根岸／舟田『新・不公正な取引方法』(青林書院, 1983)(新・不公正な取引方法と略称) 208頁(金子晃「第八章 優越的地位の濫用」)。

²²¹ 不公正な取引方法の特定行為の内容は、きわめて抽象的に表現されているので、これによって直ちに取締りを行うことは法的安定を害し、妥当でないと言われた。石井幸一・獨占禁止法(前掲注216参照)3頁。

²²² 育児用粉ミルク再販事件最高裁判決(昭43・10・11) 審決集15巻91頁。

²²³ 今村／丹宗／実方／厚谷編『注解 経済法〔上巻〕』(青林書院, 昭60) 164頁(金子晃執筆)。

体化する要請は、改正法と同時に施行された一般指定 10 項とその根拠規定である法 2 条 7 項 5 号とがいずれも一般性・抽象性において差がないこと（後掲（4）における（4-1）を参照）から当てはまらない。とすると、私的独占及び不当な取引制限と並んで、独占禁止法の最も重要な禁止行為の一つである不公正な取引方法の具体的内容を、何故に法律で規定せず、行政機関である公正取引委員会の指定に委ねたか、検討の必要が残る（かかる委任の問題について合憲性の疑いはクリアされる²²⁴にしても、）。

（2-3）この点は、（先述の判決が述べた）改正法の制定趣旨について、複雑かつ流動的な取引実態をもつ経済現象の規制に求められる、規定の弾力性によって示される要請が、本改正の前後の経緯においてどのように生かされたかを検討することが有益である。

すなわち、不公正な取引方法に関連する公取委の指定制度等に関連する特徴的な事柄に注目することが求められる。そして、この改正前後の事情とは、改正前の旧 2 条 6 項 7 号に基づく指定であるしょう油業、みそ業、海運業等に関する特定の取引分野における特定の不公正な取引方法に関する指定も同時に、改正法 2 条 7 項による特殊指定として第 71 条の手続を経て指定し直された。またこれら以外の特殊指定が、昭和 28 年から 36 年まで断続的に行われたことが注目される²²⁵。

さらに改正法の優越的地位の濫用に係り、翌 29 年に制定された百貨店業に関する特殊指定が、以下の行為類型を禁止する。それは、不当返品、一度納入した商品についての不当な値引き要求、委託販売取引における不当な不利益の強要、特売・廉売用商品の不当買い叩き、不当な受領拒否（特別受注商品）、不当な手伝い店員の派遣要求、以上の不公正な取引方法に係る要求等の行為を実現するためその要求

²²⁴ 和光堂事件最高裁判決（昭 50・7・10）審決集 22 巻 177 頁。長谷川古『日本の独占禁止政策』（国際商業、平 10）143 頁（長谷川・政策と略称）。

²²⁵ 昭和 28 年にソース業、カレー又はこしょう業、ゴム履物業の特殊指定が行われ、翌 29 年から 31 年にかけてマーガリン又はショートニング業、マッチ業の特殊指定が行われた（以上は景品提供の告示）。それ以外で、新聞業（昭和 30 年）、海運業（昭和 34 年）などがあり、昭和 36 年の畜肉、鯨肉のかん詰業と食品かん詰め又はびん詰業の不当表示を内容とする特殊指定まで制定が続いた。公正取引委員会事務局『独占禁止政策三十年史』（昭 52）、147 頁以下（公取委・三十年史と略称）。

を拒否した納入業者に対する報復措置の禁止である。そして、景品・招待附販売方法について百貨店業における不公正な取引方法として特殊指定がされた²²⁶。

(2-4) 当時のこのような事情から示されるように、追加指定主義から具体化主義への変更は、特殊指定を活用することを意図した改正である²²⁷。不公正な取引方法に係る事業者間の不公正取引慣行について、法の規定は違反行為の簡潔、包括的な特徴を捉えたところ、具体的な経済実態と取引実態で問題となる行為を、問題が生じている産業ごとに個別に摘出して、禁止される行為タイプのグループを作る作業を特殊指定が担ったと考えられる²²⁸（指定の数が多い行為のグループとして、不当表示、景品規制）。そして優越的地位濫用規制では、百貨店

²²⁶ 百貨店業告示（前掲注 2 参照）。峯村光郎／正田彬『私的獨占禁止法』（日本評論社、昭 31）（峯村／正田と略称）697 頁以下。

²²⁷ 平林英勝「不公正な取引方法規制の歴史・意義・課題」日本経済法学会年報 30 号 67 頁。

²²⁸ 不公正な取引方法の制定当初からその規制に関し、以下のような困難性が指摘されていた。すなわち、
i) 「不当に」や「正当でない」といった違法性基準の解釈運用上の困難、
ii) 取引慣行の行われる業界の複雑、多岐である状況に応じて生じる類型化の困難、
iii) 公正かつ自由な競争秩序に関する保護法益の内容が抽象的であることから、違法性判断基準を導くうえで生じる困難、
が問題にされていた。

かかる困難を克服する手立てとして模範にされたのが、米国における連邦取引委員会規則に基づき運用されていた、商慣行会議（trade practice conference）手続を経た、業界の自発的な矯正措置である商慣行規則（trade practice rule）に依った不公正な競争方法の規制である。かかる商慣行規則に倣って、我が国の特殊指定が導かれた。妹尾明「米国における商慣行会議手続による競争慣行の規制」公正取引 1955 年 1 月号 74 頁。参照、公取委・三十年史（前掲注 225 参照）449 頁以下。

優越的地位の濫用規制の体系構成を問題にする本稿の関心から、妹尾論文の上記 i) から iii) の指摘は、以下の意義を確認できる。特殊指定の働きにより程度の差はあれ、具体的な違法性判断基準の導出がはかられたこと、「公正且つ自由な競争」保護という上位の普遍的な法原則を具体化する自由かつ自主的な判断の阻害という下位の法原則の導出がされたこと（後掲 7. (2) (2-3) を参照）、さらに「不当に不利益な条件」という要件解釈の具体化がされたこと、という各課題に資する役割を果たしたと評価できる。

特殊指定は商慣行規則と異なり法的効力を有するが、委員会と業界が共同で作成し、かつ自主規制組織を設ける点で共通していた。平林・歴史（上）（前掲注 212 参照）、224 頁。参照、今村成和『私的獨占禁止法の研究』（有斐閣、昭 31）67 頁以下。

業に関する特殊指定が、その後の違反行為の類型の整備に向けた具体的な違反行為の特定化、類型化に向けた作業の第一歩になった²²⁹。

(3) 関連法規等による不公正取引慣行の類型化

(3-1) さらに改正法に規定された優越的地位の濫用規制に係り、かねてより中小企業から要望の強かった下請代金支払遅延等の実態調査を行い、昭和29年3月に「下請代金の不当な支払遅延に関する認定基準」を公表した²³⁰。この基準は、以下の策定理由に依っている。それは、いかなる場合に親事業者が下請事業者に対しその取引上の優越した地位を「不当に利用」したものと評価されるべきかについての判断は、代金支払の遅延等の行為について、理論上必ずしも容易でないことから策定されたものである。ところが、かかる実体規定に関する基準の策定をもってしても、手続面での問題が残り、独占禁止法の手続によっては解決し得ないことから、同法の補助、補完法として、下請代金支払遅延等防止法が制定された（昭和31年）²³¹。

下請法は、親事業者の禁止行為を独占禁止法の立場から具体的に定めることで、「実体規定の適用をめぐる不明確さがいちおう解消された」²³²。すなわち、その4条1項に「親事業者の遵守事項」として、製造委託または修理委託をした場合の禁止行為が列挙された。それによれば、受領拒否、支払い遅延、下請代金の値引き（減額）、不当返品、不当な買叩き、購入強制といった、その後の独占禁止法の運用で問題になる行為の類型化がされている。正田教授によれば、

²²⁹ 追加指定主義から具体化主義への変更が予定していたのは、多数の産業について、特殊指定の積み重ねによる不公正な取引方法の具体化であった。長谷川・政策（前掲注224参照）158頁以下、平林・歴史（上）（前掲注212参照）、224頁。

²³⁰ この認定基準は、石井幸一・独占禁止法（前掲注216参照）の302頁以下、鈴木・下請法（後掲注288参照）24頁以下に収録されている。

²³¹ 公取委・三十年史（前掲注225参照）、109頁以下。

²³² 正田彬『独占禁止法』（日本評論社、1966）（正田・独占禁止法と略称）895頁以下。下請法に係って、正田教授により独占禁止法の補助、補完の意味として挙げられている事からは、本文掲記の実体規定の不明確さを一応解消することのほかに、公取委及び中小企業庁を中心とした行政官庁の監督・調査権限が強化され、下請取引の明確化と実態把握に資することとなったこと、さらに、下請取引に対する行政指導的機能を果たす勧告制度が設けられた、ことも合わせて挙げられている。同896頁以下。

この禁止類型の規定が下請「法の中心をなすもの」であり、「独占禁止法にいわゆる不公正な取引方法、とりわけ取引上の優越した地位の不当利用の禁止規定の内容をなす」とともに、それを「明確化」するものとされた²³³。

(3-2) また昭和30年には、新聞業に対する特殊指定が新聞販売をめぐる顧客獲得の競争について行われた。その指定は、新聞販売に係る競争手段が、新聞自体の価値によらず、景品提供、その他販売店への強制など新聞業者の巨大な資本力を利用した不当な方法により行われることを規制するものである。具体的な違反行為の類型は、a 景品招待付販売、b 無代紙又は見本誌の配布、c 地域又は相手方による差別定価又は差別的定価販売、d 発行本社の販売店に対する押紙を不公正な取引方法とするものである。このうち、d の押紙が優越的地位の濫用に関係する²³⁴。

(3-3) このような、親事業者／下請事業者間の取引上の優越した地位を不当利用した禁止行為の立法化及び百貨店業告示の特殊指定、そして新聞業の特殊指定がされることにより、抽象的、概括的な2条7項5号の規定を明確化する試みが進められることになる。

(4) 学説による優越的地位の濫用規制の類型化の試み

(4-1) 一般指定10項は、「自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして相手方に不当な不利益な条件で取引すること」と規定していた。特殊指定や下請法の立法による具体的な違反行為の類型化が進められるなかで、学説にあって、一般指定に規定された「不当な不利益な条件で取引すること」の解釈に係り、かかる条件を類型化する試みが行われた(正田教授)²³⁵。

第一の類型は、低価格又は高価格の強制的条件を典型とする、不当であるか否かを専らその不利益の程度により判断する場合がこれにあたる。この場合には、

²³³ 正田・独占禁止法(前掲注232参照)928頁。

²³⁴ 峯村／正田(前掲注226参照)、196頁以下。

²³⁵ 正田・独占禁止法(前掲注232参照)292頁。

取引が対等に行われた場合に予想される条件が基準となる²³⁶。低価格又は高価格それ自体を問題にする場合には、反対給付としての対価の決定という交渉過程とその結果に踏み込む審査となることから慎重さが求められる類型になる。

第二の類型は、当該取引の客体たる経済上の取引に当然に付随する拘束とは捉えられないで、「相手方の自主的な事業活動を制限する」性格のものとする。公正な競争を支える「自主的な競争機能の制限」にほかならず、そのこと自体が不当なものとする。典型的行為として、先に挙げた百貨店における手伝店員派遣の強制、納入後の値引きなどが挙げられる²³⁷。

(4-2) 前記下請法の違反類型の検討²³⁸、さらに特殊指定の具体的な違反行為の類型化や審決例の個別違反事例を踏まえて、不当な不利益という濫用行為について、その要件レベルで類型化が行われた。かかる作業によって、後に優越的地位濫用の規制についての普遍的法原則としてまとめられる、自由かつ自主的な判断の障害と近接する「相手方の自主的な事業活動を制限する」あるいは「自主的な競争機能の制限」といった概念が導かれたことが注目される。

(4-3) この点は、優越的地位濫用規制に係る法的体系構成の試みを評価する点から、以下の示唆が得られる。特定業種の違反行為と具体的な違反事例に係る類型化が行われることで、それらの類型系列を法的な構造としてまとめる「指導像」が得られる（ラーレンツ／カナリス）。これら「指導像」は、類型形成の試みを繰り返すことで、最終的に少数の普遍的法原則として法の内的体系のうちに位置付けられる。正田教授の言われた「自由かつ自主的な判断の障害」に関する公正競争阻害性に係っての下位の普遍的法原則は、かかる位置付けをもつ類型形成の働きと普遍的法原則の導出とが相即的に行われて導かれた特徴がある。

(5) 優越的地位濫用規制の導入の初期から一貫する類型形成の試み

(5-1) 以上に挙げた優越的地位濫用規制の初期における類型形成の試みは、下

²³⁶ 参照、正田・独占禁止法（前掲注 232 参照）292 頁。

²³⁷ 同、292 頁以下。

²³⁸ 前掲、(3-1) を参照。

請取引・百貨店取引・新聞業における取引を取り上げたもので、取引上の優越的地位の不当利用に係る、最も典型的な表れとされた²³⁹事例にあたる。この点につき、正田教授は、次のように説明されている。

(5-2) 下請取引については、それと同様な取引が生産業者である中小企業と、それに対して支配力を有する卸売業者との関係に現れる。

また百貨店の概念に当たらない大規模小売業者、とりわけスーパーマーケットをめぐる取引については、百貨店取引と同種の問題を提起する。それぞれの前提とする取引関係と実質的に同質である場合、特殊指定の本項の適用にあたっては、準用に類似した結果になる²⁴⁰とする。かかる百貨店業告示によった特定業種における濫用行為の類型化は、流通業のそれ以外の業種に拡大されるものであることが指摘されている。

下請法と百貨店業告示に対する独禁法の優越的地位濫用の規定に係って、類型系列のより大きなグループの形成に向かう、端緒の作業がされたとの評価と考えられる。

(5-3) このような類型系列のより大きなグループに向かう類型の整序は、ラーレンツ／カナリスの類型論における法的構造類型の考え方と類似する。ここでは、上記の取引関係の実質的同質性という要素が前面に出て、類型の拡大が試みられている²⁴¹。

(5-4) 以上のような特殊指定、下請法の策定、並びにそれらに対する正田教授の評価を踏まえると、昭和28年改正法の不公正な取引方法、特に優越的地位濫用規制に係る不公正取引慣行の類型化作業を、本稿の分析手法であるラーレンツ／カナリスの法体系構成における類型論に即して検討してみるならば、以下の示唆が得られるであろう。

- i) 2条7項5号(当時)の簡潔・抽象的な規定ぶりを補う意義があった。
- ii) 現行法(2条9項5号イ、ロ、ハ)に規定された法定違反の行為類型(不

²³⁹ 正田・独占禁止法(前掲注232参照)293頁。

²⁴⁰ 同294頁。

²⁴¹ 前掲I. 3.(4)参照。Canaris, Systemdenken(前掲注19参照), S.74ff. 訳64頁(可動的体系において、諸要因のうちの一要因が特別の程度で現れてくる場合)。

利益行為)については、法的構造類型(ラーレンツ／カナリス)としての有意義な規律の複合をすでに達成していると考えられるが、このような類型行為の相互に緊密な関連性をもたせた類型形成の試みの端緒であった意義をもつ。

現在の優越的濫用規制の実務は、法運用に係るガイドラインである「優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の考え方」(平成29年改正)に基づくが、このガイドラインが行った各違反類型を有意義に複合する試みに関して、その端緒とされる意義もある。

(5-5) 以上のように、独禁法の優越的濫用禁止の規定によった我が国の需要力濫用規制の体系化の試みは、法的構造類型における類型的規律の態様である「指導像」について、その規律複合を達成することを目指した、特殊指定とそれを受け継ぐ運用ガイドラインの違反行為の類型形成の果たした意義が大きい。その意味で公正取引委員会の果たす、準立法的権限の有意義な試みの例とされるであろう。

(6) 違法性判断基準を導く指導理念の基礎になった類型系列

優越的地位濫用規制の具体的な違法性判断基準を導く指導理念である普遍的法原則は、自由かつ自主的な判断の阻害であり、また、ガイドラインに規定された各違反行為の解釈にあたって指針となる、「今後の取引に与える影響を懸念して当該要請を受け入れざるを得ない場合」という概念も、かかる本規制とほぼ時を同じくした類型形成の試み(百貨店業告示)端緒として、その後のさらなる類型形成の試みを継続することにより、その有意味的結合において明らかになる類型の「指導像」とその規律複合を導く作業を繰り返した結果として、最終的に明らかにされ、確立したと考えられる。

3. 独占禁止法の需要力濫用規制導入に関する類型形成の意義(比較法的考察)

(1) 英国の市場調査による成功とドイツGWBの競争規約による失敗

わが国では上記のような意義を有する類型形成の働きによって、需要力濫用規制の体系構築が行われたと考えられるが、かかる意義は先に見た、英国の

2009年 GSCOP の策定を導いた 2008 年競争委員会の市場調査報告書における類型形成の試みがおいても、一定程度、確認されるところであった。この論点につき、これら成功例とは反対に、類型形成の働きを競争法における需要力濫用の禁止規定に係り、その策定と解釈に生かす試みで失敗した例に触れておく。

その失敗例は、ドイツの利益強要禁止に係る GWB19 条 2 項 5 号の規制と同 24 条の競争規約の規制との関連の問題として以下の様に示される。

(2) ドイツの初期の事例（「業績競争確保のための」行動綱領と競争規約）

(2-1) 1974年当時の連邦経済省は、需要力を用いた「競争の歪曲に導く行為態様の事例」をまとめた（「不当行為リスト(Sündenregister)」）²⁴²を策定した。そのリストは、「新規開店時特別給付金」、「投資援助金」、「多重リピート(Rabattkumulierungen)」あるいは「特別に長い支払い猶予期間」のような行為を含んでおり、このリストが、後に流通業及び食料品産業の15の民間経済団体が策定した「共同宣言」に採用されることになった²⁴³。そしてこの「共同宣言」は、商標連盟(Markenverband)の作成にかかる競争規約として、1976年に連邦カルテル庁によって承認されるに至った²⁴⁴。連邦カルテル庁の説明では、かかる民間事業者の自主規制に関する動向を受けて、1980年の第4次 GWB 改正による利益強要禁止の原始規定である、GWB26条3項(当時)の策定に至ったことを説明している²⁴⁵。また、この「共同宣言」や UWG1条の一般条項により違法とされた利益強要禁止の判例を整理して、UWG の機能的競争保護の観点から差止請求の認められる不公正取引慣行の類型化を立法提案として提示し

²⁴² Wettbewerbsverzerrungen Beispielskatalog des Bundeswirtschaftsministeriums, in: WRP 1975, S. 24-32.

²⁴³ Gemeinsamen Erklärung der Spitzenorganisationen der gewerblichen Wirtschaft zur Sicherung des Leistungswettbewerbs, WRP 1975, 594.

²⁴⁴ Drucksache 8/704, Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1976 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), S.33

²⁴⁵ エデカ事件の連邦カルテル庁決定で、このような GWB 規定の策定を導いた要因が、不公正取引慣行に係る民間の自主規制によった不公正取引慣行の類型化の試みであったことを説明している。BkartA, 03.07, 2014-B2-58/09 Rn. 255-EDEKA.

た学説もあった²⁴⁶。

(2-2) この「共同宣言」のカルテル庁承認は、UWG1条の一般条項によった禁止を、当時の旧 GWB28条に規定された競争規約によって定めることができると指定していたことに基づく²⁴⁷。そしてこの「共同宣言」による競争規約は、1980年代に入ってもカルテル庁の承認は更新されていた²⁴⁸。

当時のこのような傾向に対して、この制度の存在に根本的な疑念が提示された²⁴⁹。かかる批判は、協調行為に依った競争制限に警戒する立場から以下の様になされた。競争規約による禁止がUWGにより明白に禁じられている行為であるならば、競争制限の問題は生じない。それ以上に出て、UWGの判例では未だ明確になっていないグレーゾーンの取引慣行に対する干渉を企てる場合に、広範な中小企業保護の目的により競争規約が運用されるならば、競争の展開に障害となる。それは、市場秩序が競争規約の参加企業により廃棄される事態に対する、古典的に継受されてきたカルテル行為の正当化に回帰することになるという批判である（メッセル）²⁵⁰。

(2-3) ドイツにおいてはかかるメッセルの批判から40年近く経た現在においても、UWGの判例では未だ明確になっていないグレーゾーンの取引慣行²⁵¹に対する禁止を、その一般条項の助けを借りて、競争規約を運用して行うことは、GWBの禁ずる違法なカルテル行為とみなすべしとの見解が有力である²⁵²。この点に関連して、上記「共同宣言」の現在の意義について、2006年の「シュテルン誌お試し購読」事件のBGH判決（後述）により、もはや重要性の存し

²⁴⁶ Tilmann, Über das Verhältnis von GWB und UWG, GRUR 1979, 825,833ff.

²⁴⁷ 参照、舟田正之『不公正な取引方法』（有斐閣、2009）（舟田・不公正な取引方法と略称）191頁以下。

²⁴⁸ Sicherung des Leistungswettbewerbs, Gemeinsamen Erklärung von Organisation der gewerblichen Wirtschaft vom 25. Juni 1984, WuW 9/1984, S.712.

²⁴⁹ オルドーリベラリズムの泰斗メストメッカーが、競争規約による業界団体の自主規制を「管理された競争」として批判したことが代表例である。後掲（6）における、特に（6-4）を参照。

²⁵⁰ Möschel, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (Heymanns, 1983), §7 Rn 362, 373. 競争規約がGWBの制定過程で度入された経緯と制定当初のカルテル庁が限定的な活用にとどめた事情について述べられている。A.a.O., Rn 359.

²⁵¹ 前掲注183のペーター・ウルマーによる競争行為の三分類説を参照

²⁵² 以下に挙げる（5）の（5-3）を参照。

ないことを、F. イメンガが確認している²⁵³。

(3) ドイツにおける公正な競争と自由な競争の架橋—GWB における競争規約の実体規定

GWB 第 4 章における 24 条 1 項から 3 項は、競争規約の策定とその設定できる内容について、以下のように規定する。

- (1) 経済団体及び職業団体は、自己の領域に関し、競争規約を定めることができる。
- (2) 競争規約とは、競争における公正な競争の原則又は業績競争の実効性の原則に反する行動を禁止し、競争におけるこれらの原則に適合した行動を促進することを目的として、事業者の競争における行為を規制する規約をいう。
- (3) 経済団体及び職業団体は、カルテル庁に、競争規約の認定を申請することができる。

さらに、26 条 1 項と 2 項は、競争規約の設定できる内容に係って、カルテル庁の認定権限を規定する。

- (1) 認定はカルテル庁の処分によってこれを行う。その処分では、GWB 第 6 章によりカルテル庁に付与された権限を行使しないことを述べる。
- (2) 競争規約が、1 条に該当しかつ 2 条もしくは 3 条の適用除外に該当しない、または本法の規定、UWG、他の法律規定に違反する場合には、カルテル庁は認定の承認を拒否しなければならない。

26 条 2 項が不正競争防止法や他の法律規定との関係を規定し、24 条 2 項が「公正な競争の原則」に触れているように、競争規約の内容は、通説的に不正競争防止法における公正な競争の原則と結びついていると考えられており²⁵⁴、さらに「UWG の外部にあって、公正法 (UWG) の特質をもつ特別の規定である」²⁵⁵とされている。

²⁵³ F. Immenga / Körber/Schweitzer / Zimmer, GWB, 6. Aufl. (Beck, 2020) §24, Rn 144 (Körber[et.al.], GWB, 6. Aufl.と略称)。

²⁵⁴ Sack/Loewenheim et al, Kartellrecht, 4. Auflage (Beck,2020) (Sack/Loewenheim et al, Kartellrecht と略称), §24, Rn32.

²⁵⁵ Sack/Loewenheim et al (前掲注 254 参照), Kartellrecht, §24, Rn33.

BGH は、GWB33 条以下による民事訴訟の請求と UWG の民事訴訟の請求に関する関係において、UWG 違反の観点からカルテル法（GWB）違反となり得るという先例を 2006 年に覆した²⁵⁶。立法者は、GWB の民事請求においては、カルテル法上の規定が排他的な規律となるよう考えているのであり、それは UWG が他の法律違反の行為に対する差止請求を 3 条及び 4 条 11 号（当時、現行法は 3a 条）によって認めているのに対して、GWB はかかる規定を欠き、UWG の助けを借りてカルテル法上の濫用に係る法形成を図る意図をもたないことから、示される²⁵⁷。

（４）競争規約による法創造機能の終焉—2006 年 BGH 判決

（4-1）上記のように、2006年の BGH 判決が、それまで学説によって唱えられてきた競争規約に対する批判を受けて、その役割を極めて限定する判断を下した。「シュテルン誌お試し購読」事件の BGH 判決をについて、以下に判決の段落番号を本文に掲記して引用する。

- i) 競争規約に係って、一定の慣行が不公正なものと判定されるべきかの問題は、もはや限られた意義しかない。過去にあつて不公正さの基準に関する問題に関して、取引倫理、取引を支配する事実上の慣習といった事がらと同様に、理性的な平均的営業者の節度に焦点が当てられたが、今日では普通に行われている行為が規範レベルの違法性に達した場合に、競争が重大に (bedenklicher) 制限されていると判断することで一致がある。その場合、競争規約は不公正さの基準問題に関し、兆候を示す程度の意義しかもち得ない。Para.27.
- ii) カルテル庁の競争規約に対する認定は、法規範的効力を有さない。その認定の法的意義は、競争規約の成立によっても、GWB1 条違反に対する追及の可

²⁵⁶ BGH, 07.02.2006 - KZR 33/04-“Probeabonnements”, <https://lexetius.com/2006/1564/para.21>. その事実関係は、販売店が週刊誌シュテルンの販売促進策「お試し購読 (“Probeabonnements”)」を行い、13 週分を 40%割引（景品提供あり）で提供した行為に対し、ドイツ雑誌発行者連盟 (Verband Deutscher Zeitschriftenverleger) は、その競争規約（2004 年 5 月カルテル庁認定）に違反する（最長 3 カ月、値引率 35%を超えない、景品はお試し価格と適切な比例関係にある事）として提訴した、というものである。

²⁵⁷ A.a.O., para.22, 24.

能であるという意味で、カルテル庁による自制である以上のものではない。

Para.28.

iii) これまで競争規約の一般的意義について、公正法（UWG）上の一般条項の具体化や、不確定な法律概念の明確化といった働きがあげられてきた。これに対し連邦憲法裁判所は、基本法 12 条の職業選択の自由に係って連邦弁護士法（Bundesrechtsanwaltsordnung- BRAO）43 条の具体化（弁護士の職業上の義務に係る基準原則）につき、法律上の指示なくしてはかかる具体化の役割は果たされないと述べる。この点から UWG3 条の一般条項の具体化についても、競争規約は法律上の効果をもつものでないと解される。Para.29.

(4-2) BGH の判旨は、競争規約の内容確定に際しての公正さに係る基準問題に関して、一定の慣行が不公正なものと判定されるべきかの問題は、もはや限られた意義を有するのみと断じた。すなわち、不公正さに係って、その兆候を示す程度の意義しかもち得ないという結論を、カルテル庁の競争規約に対する認定が法規範的効力を有さないとした前提的理解から導いている。さらに競争規約の一般的意義について、UWG の一般条項の具体化や、不確定な法律概念の明確化といった働きに求める見解に対しても、法律上の指示なくしてはかかる具体化の役割は果たされないと、その働きを法律上の効果をもつものでないと極めて限定する特徴がある。

(4-3) このように、BGH は公正法の一般条項からの指示に基づいて、一定の慣行が不公正なものと判定されるべきかを競争規約により具体化する試みに対して、消極的判断を下す。かかる判断は、競争の制限が重大であるかの基準によるべきであるという、同じ判例の上記 i) の理由付けに依っていることが注目される。ここでいう競争の制限が重大であるかの基準とは、以下（5）から（7）に挙げる学説によって敷衍的説明が可能である。

（5）競争規約に依拠した競争の最適化論に対する批判（F. イメンガ）

(5-1) GWB24条2項の業績競争の実効性の原則に係り、非業績的な競争として禁じられる取引慣行を規定する競争規約の設定の限界が問題となる。F. イメン

が同項の目的として、競争の実効性を保護ないし促進する²⁵⁸場合に限り、競争規約の策定が認められるとする。競争の実効性確保が、業績競争の実効性原則に関する24条2項の目的であるとの意味は、競争が、その経済的機能において十分に最適化されていないとの観点から、競争の実効性に消極の評価となる規制を行うことは認められないということである²⁵⁹。

かかる理解に基づく業績競争の実効性原則に係って、競争規約で規定できる不正取引慣行の限界について述べられた F. イメンガの指摘は、需要力濫用規制に関して、競争規約によった規制の試みの限界として以下のような意義をもつであろう。

(5-2) ドイツは判例と通説的な学説が、買い手間の競争について、先に述べた、売り手からより有利な取引条件を獲得することを買手が相互間で競い合う競争を GWB の保護に値するものとして認めている。この点から、GWB24条2項の業績競争の実効性確保について、競争規約の役割を述べた規定の解釈として、

²⁵⁸ F. イメンガによれば、判例や（一部異論はあれど）学説は競争の実効性という概念には一般的に業績性を含めて捉えている。

他方、GWB24 条 2 項は業績だけを規定するのではなく、競争の実効性に関しても明示的に規定する（「業績競争の実効性」）。競争規約の検証にあたっては、業績適合性だけが問題になるのではなく、競争の実効性に対する阻害についての保護を目的とし、競争の実効性それ自体を促進する競争規約が許される、と主張される。「競争の実効性それ自体を、保護するあるいは促進する規約が、業績競争の実効性も保護ないし促進するのである」。F. Immenga, Körber[et.al.], GWB, 6. Aufl. (前掲注 253 参照) §24, Rn 74, 73.

このような「業績競争の実効性の原則」という文言によって、業績競争のみでなく、競争の実効性という概念によって、GWB1 条による競争の制限や阻害から保護されることを意味すると捉える見解は、同じ GWB コメントールの第3版（ウルリッヒ・イメンガ／メストメッカー編）でもなされている。Kellermann/ Ulrich Immenga/Mestmäcker, GWB. 3. Aufl. (Beck, 2001), §24 Rn.41.

²⁵⁹ F. Immenga, Körber[et.al.], GWB, 6. Aufl. (前掲注 253 参照) . §24, Rn 80. F. イメンガが、24 条 2 項の業績競争の実効性確保の規定に係り、競争の経済的機能を最適化する試みを認めるものでない根拠は、以下の理由が挙げられている。

- i) 立法者が、GWB における競争規約を通じた市場への介入に係る要件を明らかにしていないこと、
 - ii) むしろ立法者の意図は、経済団体や職能団体の合意により競争規約が可能な限り広く運用される結果に対し、その危険を回避する点にあるとみられること、
 - iii) カルテル規制当局の現状について、競争経済につき競争規約を限定する傾向にあること、
- などが理由として挙げられている。A.a.O., §24 Rn.82。

次の指摘が可能である。需要力濫用規制の法的枠組みの考察においては、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争に対して、先述のように、公正保護の要請から一定の制限を設け、自由な競争保護に対する限定的な枠組みを、競争規約によって行うことは、許されないとの解釈が考えられる。このような自由競争の保護に対する公正な競争保護の要請からする調整は、前記の、競争がその経済的機能において十分に最適化されていないとの観点から、競争の実効性に消極の評価となる規制を行う企てとして評価されるからである。

(5-3) F. イメンガにとっては、UWG 等の公正保護に関する法の解釈により GWB の保障する自由な競争を損なうように競争規約を通じた事業者間のカルテル行為が認められる結果は、「GWB によって保護される価値が公正に関する法の妥当性と適用を検証しなければならない」という基本原則に反することになる。先に「シュテルン誌お試し購読」事件の BGH 判決が、競争規約は不公正さの基準問題に関し、兆候を示す程度の意義しかもち得ない、と判示したことは、以上の基本原則に即するものとされる²⁶⁰。

(6) メストメッカーによる「管理された競争」(競争規約) 批判

(6-1) 中小企業保護に係る競争規約の規制についての競争政策との異質性

メストメッカーは、前記「不当行為リスト」の行動綱領規制の試みにおいて、競争歪曲にかかる利益強要の取引慣行が非難される根拠として、競争政策とは異質の所得分配効果が重視されている問題を指摘する。その「不当行為リスト」における違反行為のカatalogueの解説では、利益強要は力によって条件づけられた所得移転を行うとされた。そして、正の値を示す価格方針に基づく付随的給付として対価の設定がなされていないことが問題にされた²⁶¹。このような「不当行為リスト」における違法性判断に対しては、メストメッカーは、競争法政策として、市場成果に係り市場行動の評価をなす逸脱があるとす。さらに、力によって条件づけられた企業行動の所得移転効果に対する法的評価に関して

²⁶⁰ F. Immenga, Körber[et.al.], GWB, 6. Aufl (前掲注 253 参照), §24 Rn.59, 60 (「シュテルン誌お試し購読」事件の BGH 判決における、上記(4)の i) の判示を引用)。

²⁶¹ WRP 1975, (前掲注 242 参照) S.24.

も、カルテル庁よりも課税官庁の任務であるとする²⁶²。

かかるメストメッカーの所得移転効果論は、力の行使が前面に出る厳しいビジネス取引における現実を直視すべきであるという主張とも解されるが、相対的市場力行使に係る従属性問題に対する適切な理解に欠く問題を指摘できる。

(6-2) 「隠れた競争」を封じる競争規約による「管理された競争」

メストメッカーは、UWG により明確に不正と規定された慣行が競争規約の合意に関する許容範囲を画するのであり、自由な競争と公正な競争はその場合にのみ必然的に一致するという原則判断を示す。この点は前述(2)のメッセルによる、UWG の判例では未だ明確になっていないグレーゾーンの取引慣行に対する禁止を、その一般条項の助けを借りて、競争規約を運用して行うことを認めない立場と一致する。さらにメストメッカーは、UWG による利益強要禁止の初期判例に対する批判も以下の(6-3)に挙げたように行っている。このような批判は、健全な業績競争を維持する標語のもとに中小企業保護が求められて、取引機会の平等が合意されるなら、GWB1条のカルテル禁止政策の後退を招くとした実践的な警告がされている²⁶³。中小企業保護の経済構造政策のために競争規約が利用されることを警戒するメストメッカーは、他方で競争規約の規制が、流通サイドにおける供給者／需要者間で繰り広げられる動的で多様な形態をとる「隠れた競争 (Geheimwettbewerb)」を危機に陥れると注意を喚起する。

(6-3) UWG による利益強要禁止の初期判例に対する批判

メストメッカーは、ドイツにおける 1980 年代までの判例による利益強要禁止の試み (UWG の一般条項の解釈による)²⁶⁴ に対し、それは市場秩序の一貫性を維持するものでなく、これまで供給者／需要者間の双務的な販売戦略につき築かれてきた信頼を棄損するのであるから、以下の理由によって規制を行うべきでないとする²⁶⁵。

²⁶² Mestmäcker, *Verwaltete Wettbewerbe* (前掲注 91 参照), S.15f.

²⁶³ A.a.O., S.20ff.

²⁶⁴ 参照、拙稿「ドイツ競争法制における『利益強要 (Anzapfen)』の禁止 [2]」高千穂論叢 47 卷 2 号(2012) (拙稿・利益強要 [2] と略称)、7 頁以下。

²⁶⁵ Mestmäcker, *Verwaltete Wettbewerbe* (前掲注 91 参照), S.71.

第一に実態認識として、商業上の合理的な営業取引として、契約取引を長期の視点で捉えるならば、「無償で便宜供与を受けている」という流通業者に対する非難（利益強要の禁止論による）は、流通業の実態にそぐわない事実の誤認があるとす。具体的に、供給業者に行わせる値札付けあるいは従業員派遣は、合理的な双務的取り決めとして、流通業者の販売戦略上の協力に対し事業支援として製造業者の支払う報酬の性格をもつ²⁶⁶。さらに同じく、取引開始協賛金や棚貸し料、販売エリア賃貸料（Platzmieten）、ショーウィンドー貸し料の禁止にあつては総じてこの意図がうかがえる。これらの事例の理由付けに加えて、例えば「開店リベート（Eröffnungsrabatt）」は、将来の商品提供を視野に入れての営業開始前の一定の商品納入についての価格面での適法、自由な取り決めとして捉えられるとする。このことから、契約法の自明の基本原則として、流通業者からの要求に対して準備ができコスト計算が可能であれば、供給者／需要者間の双務的な販売戦略としての合理性を看過すべきでないとする²⁶⁷。

次に判例理論に対する第二の批判は、判例が根拠とする無償の便宜供与を強いられているという評価は誤解に基づき、的外れだとする点である。かかる誤解を生んでいるのは、上記判例の評価の背後に、その便宜供与が流通業の機能と

²⁶⁶ このような労務の提供は、需要者の購買価格の引下げに代わる代替手段として求められ、またメストメッカーの言う販売努力に対する報酬の意味を認める見解として、以下のものがある。O. Wilde, Wettbewerbsverzerrungen und Wettbewerbsbeschränkungen durch Nachfragermacht. (Haufe, 1979) S.120 (Wilde, Wettbewerbsverzerrungen と略称)。

²⁶⁷ Mestmäcker, Verwaltung Wettbewerbe (前掲注 91 参照), S.70. このように、メストメッカーによれば、取引当事者間における販売促進の協力要請に対しては、経済的な合理性が推定される。この点につき、市場経済における利潤極大モデルを、需要者／供給者間に措定することで説明できる(クノップフレ)。

それによれば、市場経済における業績というものは、経済の目的に従って規定されることを前提にする。かかる経済の目的は、需要者／供給者間の取引においては公衆に係る可能な限り有利な配慮について、公衆が望む財と役務を業績の配分に即してなされる場合に当てはまる。この業績の配分は、需要者の望むものに従って供給がよりよくなされるほどに、またそれが有利であるほどに、供給の基礎になっている業績は大きくなる。

業績が存するか、かつ存する程度を決定することは、需要者の市場経済的な本性のうちに存する。かかる業績が購買を決定する。これにより業績は購買の増加により、購買力ある需要増によって、需要それ自体を認める程度で存することになる。Vgl., R. Knöpfle, Die marktbezogene Unlauterkeit (J.C.B.Mohr, 1983) S.60 ff.

業態のあるべきモデルから逸脱しているとの認識が隠れているからだとする²⁶⁸。結局メストメッカーにとって、「無償性による非難」は、一般的に営業取引の標準化を阻害されないことが前提にされていると見做される²⁶⁹。そしてその非難の実践的意図も、メストメッカーからは、以下のように批判される。かかる便

²⁶⁸ Mestmäcker, *Verwaltete Wettbewerbe* (前掲注 91 参照), S.70f.

²⁶⁹ このメストメッカーの考え方の基礎にはハイエク流の「発見の過程としての競争」論が存すると考えられる。

このような考え方に立つ、オルガ・ヴィルデの説明に依拠して、UWG の一般条項に依った利益強要禁止の判例は、あるべき流通業の機能と業態のモデルを誤って当然視しているとのメストメッカーの批判(上記本文参照)について、その基礎にある競争過程の捉え方を探る。

ヴィルデの「発見の過程としての競争」論は、問題を指摘される利益強要禁止の判例について、以下の批判をする。その判例は、例えば市場構造や市場成果、あるいは供給業者／流通業者間で繰り広げられる事業機能の配分(例；流通業者が販売する製品を、納入業者が値札付けを行う)又はリスクの配分、といった競争の結果について、何らか案出された積極的「当為」の観念(例；「流通業者は自ら販売する商品の名札付けについては、自らで行うべし」)をそれらに当てはめて、そこからの逸脱を非難する問題が指摘される。このような非難の態度は、社会経済的な調整手続きとしての正しく捉えられた競争過程の理解からは、非難を免れない。ヴィルデの考え方によれば、発見過程としての競争にあつては、その過程における個別事案に即した行為進行の具体的な形成を事前に積極的に描くことはできないし、シミュレーションすることもできない。それは、上記の積極的「当為」の観念というものが、競争参加者に必要となる知識を外部観察者には欠いたままで、その観念が何らか案出されることによる(下記のハイエクの指摘を参照)。したがって、上述の積極的「当為」の観念に基づくそこからの逸脱の判断は、市場の調整過程としての競争機能の阻害に関する何らの基準足りえない。Wilde, *Wettbewerbsverzerrungen* (前掲注 266 参照), S.123.

メストメッカーが、「無償性による非難」に対して、営業取引の標準化を阻害されないこと(あるべき流通業の機能と業態のモデル)が前提にされていると見做す背景には、ヴィルデの言う何らか案出された積極的「当為」の観念に対する批判的視点が含まれることになろう。

利益強要禁止の判例は当為の観念が先行した、あるべき流通業の機能モデルを当然視しているというメストメッカーとヴィルデの批判の根底には、かかる判例について発見過程としての競争の本質を捉えそこなっているという、ハイエク流の競争論が措定された批判であると考えられる。Vgl., F. A. Hayek, *Competition as a Discovery Procedure*; in *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*. (Routledge, 1978), 179, 181ff. 古賀勝次郎監訳「発見手続としての競争」、『経済学論集』所収、(春秋社、2009) 190 頁以下(発見手続としての競争が問題になる場合には、特定の状況を発見する能力が問題になっているのであり、それはこの知識の所有者が、どのような種類の財やサービスをどれだけ緊急に必要とされているかという情報を与えられていなければならない)。

宜の提供を付随的業績として価格政策ないし市場秩序の一定の態様から不信の念をもって過小評価する、業績競争論に内在する過る見方による、と批判される。すなわち、判例や非業績競争の基準に基づく市場関連的な不公正さ（一般的市場妨害²⁷⁰）の理論にあつては、主業績／付随的業績の区別が恣意的であること²⁷¹、そしてこのように区別された付随的業績に対し正当な法的評価がされ

²⁷⁰ 前掲、IV. 3. (2) (2-2) iii) ア) を参照。

²⁷¹ 主業績／付随的業績を区別して無償性の非難をする判例に対し、その不当であることを強く訴える見解として、ゾースニザの価格評価の不可能論がある。付随的業績の価格評価が不可能であることは、以下の理由付けによる。

- i) 多くの付随的業績について市場価格が存在しないこと、
- ii) 市場に流通する一般の財、サービスにあつて売り手と買い手の客観化できる評価要件の存する場合と比較して、コスト構造が異なっていること、
- iii) 付随的業績に対する非常に異なる評価基盤の存すること、

以上のためにコスト評価がまさに主観的な評価基盤に依拠せざるをえない、あるいはしばしば操作可能な評価指標を提供しないという問題を提供するのが、付随的業績であるとされる。

結局このような評価問題を内包する付随的業績は、主業績と本来的に結び付いた関係にあるとみなされる。したがって、有償／無償の販売事業上の評価視点は放棄せざる負えないのであり、主業績／付随的業績を一括する「複合財」として単一の全体評価を導くと推論する。

すなわちゾースニザにあつては、判例による付随的業績に対する無償性の非難は、機能的に買い手に対する価格割引に他ならないもの、さらには原則的に価格競争に他ならない価格の形成活動を、利益強要として非難する的外れの古典的な価格理論にとどまるものだと評されている。Olaf Sosnitzer, Wettbewerbsbeschränkungen durch die Rechtsprechung, (Nomos, 1995), S. 120ff.

このような付随的業績に対し価格評価の不可能であることから、価格割引と見做して適法な競争行為であったとした原則的評価を導くことは、その推論の展開過程に以下のような問題を残すと思われる。

まず、付随的業績の価格計算が難しいことから、主たる業績に対する価格割引に他ならないことの断定がどのようにして可能になるのか、という疑問が生ずる。当初の契約に係って付随的給付の対価相当額が判明して初めて、後の段階での割引率に係る契約交渉が可能となり、価格割引の合意がなされるのではなからうか。また、主業績／付随的業績を単一に捉える、複合財に対する価格交渉も可能になるのではなからうか。

結局価格というものは、取引される財や役務を明確に当事者間の交渉において対象として取り上げて、対価決定に係る合意を目指す努力が払われることなくしては、それは明らかになるはずもない。このように考えると、価格評価の不可能論は、付随的業績についてかかる努力が実際に払われることが少ないという事実に対して、それを価格評価の不可能であるという断定に直ちに結びつける推論を行っているこ

ていない点を問題にするものといえる²⁷²。

(6-4) 「隠れた競争」と「管理された競争」

かかる非難と対照的に、メストメッカーの立論によれば、上記便宜供与の禁止は、供給者と流通業者間の一律に行われる値下げやリベートについては問題にせず、個別に遂行されるそれらの行為を競う「隠れた競争」に対しては、それを封じ込めるものとして、新規の競争状況を創出せしめることを困難にするか、妨げるもので、むしろ供給者の寡占的な反応からする団結的成果であって、リベートカルテル以上に、供給者段階の市場構造の平準化に導く恐れが指摘される²⁷³。

メストメッカーの隠れた競争論は、前述の、判例や学説がGWBの保護に値する競争として認める買い手が相互間で、売り手からより有利な取引条件を獲得することを競い合う競争と一致点がある。かかる隠れた競争を行わないことを競争規約によって産業内の競争者が合意することは、GWB1条のカルテル禁止政策の後退を招く「管理された競争」になるというのが、その批判の主眼点になる²⁷⁴。

とになる。

かかる推論過程は、取引の交渉過程に対する介入によって価格決定が可能かどうか検討するステップを省いている問題がある。ケーラーによる行動綱領案が、濫用的契約条項の一般的禁止と個別条項の禁止により、「個別に交渉されていない契約の定め」は不公正であるとして「取引当事者の決定の自由」が保障されるべきことを言うのは、かかる趣旨に基づくものと考えられる。前掲IV. 3. (6) (6-3) のi)を参照。

さらにゾースニザの推論は、付随的業績に対する価格評価の視点を曖昧にすることにより、複合財として捉えられるとされた主業績／付随的業績の全体的価格の計算について、以下のような規範的評価に係る問題を生ぜしめる。すなわち、そこでは「取引開始」や「品揃」等のいわゆる便宜に係る付随的給付の対価相当額の計算がされず、またそのことからその計算結果に係って、需要者間の業績に対して供給者のなす評価が困難となる。結局、供給者に対する需要者間の競争は歪曲されているとの評価を導くことになるであろう。後掲注 339 及び該当本文参照。

²⁷² Pichler, Verhältnis (前掲注 92 参照) S.294 (主たる業績に関連して機能上価格割引にほかならないもので、区別は恣意的である), *Möschel, Immenga / Mestmäcker, Wettbewerbsrecht*, Bd. 2, 4 Aufl. (Beck, 2007), §19, S.460 (付随的業績とされるものは、供給者と需要者間の包括的な交渉パッケージにおける特別条件の要素である)。

²⁷³ Mestmäcker, *Verwaltete Wettbewerbe* (前掲注 91 参照), S.283f.

²⁷⁴ メストメッカーによれば、「管理された競争」とは、カルテル庁によって管理された競争と団体によって自主規制された競争に分けられるのであり、競争行為を「組織化」するものである。他方、「隠された競争」に関して、GWBによる競争自由の保護

判例の利益強要禁止論に対する批判として、供給者の金銭的負担や労務の提供が反対給付を欠くという無償性の非難に対しては、契約取引を長期の視点でみることによって、供給者の負担に対応する需要者がなす便宜供与を広く捉えるアプローチがとられる。

このようなメストメッカーの負担／便宜の対応に係る流通実態論は、認識論的視点と規範的視点との混同がみられるというべく、取引の継続まで含めて幅広く便宜供与として対応関係に含めることになるのなら、意味のある違法性の判断基準を提示する可能性は閉ざされると批判されよう。すなわち、供給者の上記負担等に対し、規範的視点から、需要者のなす正当な範囲を逸脱した便宜供与とされるものはどのようなものとなるかの基準がここでは問われているのである²⁷⁵。

(7) 近時の行動綱領を通じた不公正取引慣行の類型形成の試みに対する批判 (ボルンカム)

2005年に欧州委員会が制定した事業者対消費者間における不公正取引慣行の指令は、加盟国に、かかる慣行の禁止を具体化する国内法化の問題に関し、行動綱領（ドイツでは競争規約が該当）に依るか、立法（ドイツではUWG改正）に依るかを委ねた²⁷⁶。BGHの裁判官を務めたボルンカムは、EU指令の国内法化の手続で競争規約が注目される欧州の傾向に批判的な立場から、上記の競争規約に依った行動綱領の方法をとるならば、法律の承認を経ずに国内法とされる先例となる懸念を表明した。競争規約は不公正な行為として立法者が明らかにした行為のみを禁ずることに限れば、EU競争法101条1項に衝突しない。競争規約が、公正法（UWG）によって競争者に許されている行為を競争者に一様に行わせないことを競争規約の先例に従って企図するならば、カルテル

を適切に実現するとともに、UWGの公正保護について、実定法規と判例により明確に不正とされた行為の禁止に限ることで、それを自生的秩序（spontane Ordnung）として展開せしめることが、競争法規と競争政策の正しい在り方とされる（ハイエクの自生的秩序論に依拠した「秩序」と「組織」の二分法）。A.a.O., Vorwort, S. 5.

²⁷⁵ 上記注271に掲記した、付随的業績に関するゾースニザの価格評価の不可能論に対する批判を参照。

²⁷⁶ Directive 2005/29/EC, OJ L149/25（前掲注162参照）、(20)．前掲注164の該当本文も参照。

法違反の問題を生ずる。UWG の一般条項の具体化を、かかるカルテル行為によってなすことは許されない。ボルンカムの見解はこのように要約される²⁷⁷。

（8）GWB における公正な競争保護の確保（競争規約）—その批判的考察

（8-1）法的構造類型の「指導像」に依った需要力濫用規制法理の開拓

ドイツではカルテル法の保護に値する需要競争として、買い手の行う取引相手に対するより有利な取引条件の獲得をめぐる買い手間の競争は、自由な競争の発露として保護される（判例）。かかる買い手間の競争が高じて、GWB 上の濫用該当を判断することが求められるならば、現在 GWB の先例が限られる状況において、自由な競争について公正競争保護の観点から限定を設けることは、公正法（UWB）等の他の法律の明確な禁止類型を根拠にする以外に方途は存しないことになる。それは、我が国や英国のように、特殊指定や行動綱領等に依った特定業種における問題事例を蓄積して、違反行為類型に該当することとなる行為のグループの規律の複合である「指導像」を摘出し、そこから。これまで未開拓であった需要力濫用規制の法理を導くことが上記 3.（2）から（7）で述べたように困難であることから、実効的な規制の可能性を狭める懸念があると考えられる。

（8-2）需要力濫用規制における競争規約に依った類型形成の試みの挫折

ドイツカルテル法による本格的な需要力濫用規制は、1980 年の第 4 次 GWB で導入された旧 26 条 3 項が端緒となった。同項は、UWG の一般条項を通じた業績競争の確保を理念とする初期判例を受け、かかる理念を具体化する競争規約の規制を継受するとの考え方もあって導入された²⁷⁸。しかし、この規定は、従前の拙稿で検討したように、受動的差別の禁止規定として、ボイコット、妨害と差別行為に係る旧 26 条のうちに規定され、垂直的な関係における市場の相手方の保護を問題にしない理論構成を採用していた。したがって、GWB の受動差別禁

²⁷⁷ Bornkamm, Verhaltenskodizes und Kartellverbot – Gibt es eine Renaissance der Wettbewerbsregeln? In Festschrift Canenbley, Kartellrecht in Theorie und Praxis (Beck, 2012) 67,72f.,75.

²⁷⁸ 前掲 V. 3.（2）(2-1) 及び注 245 を参照。

止法理は、UWG の判例による規範論理との齟齬が顕著であった²⁷⁹。GWB の競争規約の手法に依った類型形成の働きは、従前の学説の批判（メッセル、F. イメンガ、メストメッカー、ボルンカム）が示すように、旧 26 条 3 項、旧 20 条 3 項そして現 19 条 2 項 5 号の規定の展開においても、行われておらないとみられる。

4. 昭和 57 年の一般指定の改正

(1) 本改正の意義

公正取引委員会は、昭和 57 年に一般指定の全面改正を行った²⁸⁰。約 29 年間一度も改正されることなく、不公正な取引方法を定める基本的な規定として機能してきた旧指定の改定は、以下の理由から行われた²⁸¹。

- i) 一般指定は、ある程度一般性、抽象性を伴うにしても、その度合いが強すぎると、それが規制を受ける事業者の日常の経済準則であることから好ましくない。
- ii) 旧指定の 12 の行為類型のなかには、制定以後の経過により不公正な取引方法に相当する多様な行為を包含するに至っているものがあり、経済取引の実態に即した定め方として、いくつかに分離・整理するのが適切であるものがある。
- iii) 不公正な取引方法の予防効果を期待して、その明確化を図る。

優越的地位の濫用に係る新 14 項の創設は、これら三点の理由付けのいずれも妥当すると考えられる²⁸²。

²⁷⁹ 拙稿・利益強要 [2]（前掲注 264 参照）13 頁以下に挙げた、旧 UWG1 条の良俗違反に係る利益強要禁止の判例を整理したペーター・ヘールマンの三基準を参照。

²⁸⁰ 昭和 57 年 6 月 18 日公正取引委員会告示 15 号

²⁸¹ 公取委事務局「不公正な取引方法（一般指定の改正について）」、『昭和 56 年度年次報告』159 頁以下。

²⁸² 旧 10 項とその根拠規定である独占禁止法 2 条 9 項 5 号とがいずれも一般性・抽象性において差がないことは、上記の理由付けがそれぞれ妥当すると考えられる。また、旧 9 項に定められた役員選任に対する不当干渉を新 14 項に統合したのは、ii) の整理に当たる。なお、田中寿「不公正な取引方法（一般指定）改正について」公正取引 382 号 25 頁は、要件の明確化と類型化による規制対象の明確化の理由付

(2) 昭和 57 年一般指定の違反行為類型とその展開

新一般指定 14 項は以下の行為類型を規定する²⁸³。

- ① 購入・利用強制
- ② 協賛金等の負担・従業員等の派遣
- ③ 相手方の不利益となる取引条件の設定と変更
- ④ 取引の条件又は実施についての不利益の供与
- ⑤ 役員選任の不当干渉

このうち⑤の役員選任の不当干渉は、旧指定 9 の役員選任の不当干渉と同 10 の優越的地位の濫用の適用事案があるのみで、新指定のもとでの事案はない²⁸⁴。しかし平成 21 年最終改正の新指定の下でも残されている（13 項）。

けから、新 14 項創設の理由として類型化のみを挙げる。

なお、上記以外の改正理由として、旧 10 項と旧 9 項の規定文言に存した不備が指摘されている。旧 10 項の「条件で取引する」に対して、旧 9 項は「条件を付けて…取引する」とされていた。これらの点につき、取引本体の契約関係等に明示され、一部となっているものに限られず、相手方が事実上不利益な事情として考慮せざるを得ない状況を含むことから、これら条件の文言が新 14 項では修正された。参照、新・不公正な取引方法（前掲注 220 参照） 226 頁（金子執筆）。

²⁸³ 一般指定 14 項の規定内容は以下の通りである。

自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、次の各号のいずれかに掲げる行為をすること。

- 一 継続して取引する相手方に対し、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。
- 二 継続して取引する相手方に対し、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。
- 三 相手方に不利益となるように取引条件を設定し、又は変更すること。
- 四 前三号に該当する行為のほか、取引の条件又は実施について相手方に不利益を与えること。
- 五 取引の相手方である会社に対し、当該会社の役員（私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和二十二年法律第五十四号）第二条第三項の役員をいう。以下同じ。）の選任についてあらかじめ自己の指示に従わせ、又は自己の承認を受けさせること。

²⁸⁴ 債権保全の限度を超える干渉に至っているか、どのような役員構成とするかは企業経営に関する微妙かつ専門・技術的判断を要し、これに介入することは容易でない。新指定における濫用行為の類型でも異質性が指摘される。根岸編『注釈独占禁止法』（有斐閣、2009）（根岸執筆）500 頁。

以下、上記①から④の一般指定 14 項の優越的地位の濫用規定に係って制定された特殊指定やガイドライン、関連法規等による類型系列の展開状況を概観する。そこで展開される広範な類型形成の試みを通じて、“具体的な経済実態と取引実態で問題となる行為を、問題を生じている産業ごとに個別に摘出して禁止される行為類型のグループを作る作業”（前掲 2. (2) (2-4)）が行われた。かかる作業の貢献として、平成 21 年改正独占禁止法による課徴金賦課の対処となる特定優越的地位濫用の規定が整序され、また優越ガイドラインによる類型系列の整序に結び付いたと考えられる。

①の購入・利用強制については、流通取引慣行ガイドライン²⁸⁵、役務ガイドライン²⁸⁶、金融多角化ガイドライン²⁸⁷、建設下請ガイドライン²⁸⁸、大規模小売

²⁸⁵ 事業者が購買力を利用して自己の商品を取引の相手方に購入させることという流通取引慣行ガイドライン第 1 部-第五 2(2)-(3)の規定はその後削除され、ガイドライン第 1 部の「取引先事業者の事業活動に対する制限」の箇所に、優越ガイドラインの適用がある旨規定する一般の条項が規定されている。（第 1 部、1 対象範囲、(2)；最終改正：平 29）。参照、佐久間正哉編著『流通・取引慣行ガイドライン』（商事法務、2018）31 頁。

²⁸⁶ 「委託者が受託者に対し自己の販売する商品等を購入させること」が禁止されている。役務の委託取引における優越的地位の濫用に関する独占禁止法上の指針第 2-6（最終改正：平 29・6・16）（役務ガイドライン）。

²⁸⁷ 「金融機関の業態区分の緩和及び業務範囲の拡大に伴う不公正な取引方法について」（最終改正：平 23・6・23）。銀行が、融資先事業者に対し自己又は自己の小会社に、有価証券の引受業務や投資信託の受託業務（第 2 部-第 1-1）、有価証券の売買媒介業務（第 2 部-第 2-1-(1)-ア）、投資信託の売買業務（第 2-3-(3)）、保険契約の申込み（第 2-2-(1)）等をさせることを掲げる。

²⁸⁸ 「建設業の下請取引における不公正な取引方法の認定基準」（昭 47・4・1、公取委事務局長通達 4 号；改正 平 13・1・4 日公取委務総長通達第 3 号）。本認定基準は国交省不動産・建設経済局建設業課「建設業法令遵守ガイドライン（第 7 版）」（令・3・7）74 頁以下に所収。以下、建設下請ガイドラインという。8 項（資材や機械器具又はその購入先を指定し、これらを購入させて利益を害すること）。なお、建設業の下請において下請法は適用されない（下請法 2 条 4 項）。建設業に関する取引は建設業法で細かく定められ、建設工事の下請取引に関しては下請法ではなく建設業法の適用を受けることになる。これに対し、以下の立法論による反対説がある。鈴木満 『[改訂版]新下請法マニュアル』（商事法務、2009）（鈴木・下請法と略称）80 頁以下（規制の実効性確保の観点から、建設業法と下請法の双方に下請保護の規定があることは問題ないとする主張）。

他方、建設業者が建設業法に違反する行為を行って、その行為がさらに独占禁止

業告示ガイドライン²⁸⁹、物流業特殊指定²⁹⁰、下請法²⁹¹等の業種別の関連規定が整備されている。

②の協賛金等の負担・従業員等の派遣では、役務ガイドライン²⁹²、大規模小売業告示ガイドライン²⁹³、物流業特殊指定²⁹⁴の業種別の規定が存する。

③の相手方の不利益となる取引条件の設定と変更は、旧指定 10 項の時代に払込制の事例が存在した。また、取引の相手方に販売価格、営業区域や仕入れ先等の厳格な制限条項を定め、また競合品の取扱い禁止条項の定めのある事案において、違約金等の負担を課した契約が違法とされた事例があった²⁹⁵。さらに役務ガイドライン²⁹⁶、フランチャイズガイドライン²⁹⁷、建設下請ガイドライン²⁹⁸にこの類型の規定がある。また旧百貨店業特殊指定においても、この類

法の不公正な取引方法に該当する場合には、国土交通大臣や都道府県知事は公正取引委員会に必要な措置を講じるよう求めることができる。建設業法 42 条（公取委への措置請求等）。公取委はこれを受けて、上記下請ガイドラインを策定した。

²⁸⁹ 「大規模小売業者による納入業者との取引における特定の不正な取引方法」の運用基準（最終改正：平 23・6・23、大規模小売業告示ガイドラインと略称）第 2-6（押し付け販売）。

²⁹⁰ 「特定荷主が物品の運送又は保管を委託する場合の特定の不正な取引方法」（平 16・3・8 公取委告示 1 号；改正平 18・3・27 公取委告示 5 号）1 項 4 号。

²⁹¹ 4 条 1 項 6 号（「下請事業者の給付の内容を均質にし又はその改善を図るため必要がある場合その他正当な理由がある場合を除き、自己の指定する物を強制して購入させ、又は役務を強制して利用させること」）。

²⁹² 役務ガイドライン第 2-5（協賛金等の負担の要請）

²⁹³ 大規模小売業告示ガイドライン第 2-7（納入業者の従業員等の不当使用）。

²⁹⁴ 「特定荷主が物品の運送又は保管を委託する場合の特定の不正な取引方法」（平 16・3・8 公正取引委員会告示 1 号、最終改正：平 18・3・27）1 項 6 号（自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させることにより、特定物流事業者の利益を不当に害すること）。

²⁹⁵ 畑屋工機事件；名古屋地判昭 49・5・29 判時 768 号 73 頁。あさひ書籍販売事件；東京地判昭 59・9・30 判時 1045 号 105 頁。日本機電事件；大阪地判平元・6・5 判時 1331 号 97 頁。

²⁹⁶ 役務ガイドライン第 2-2（代金の減額要請）、同第 2-3（著しく低い対価での取引の要請）、同第 2-4（やりなおしの要請）。

²⁹⁷ 「フランチャイズ・システムに関する独占禁止法上の考え方」（改正：令 23・6・23）3、（1）、ア（仕入数量の強制）。

²⁹⁸ 建設下請ガイドライン 6 項（通常必要と認められる原価に満たない金額の下請契約）、7 項（下請代金の額減）。

型の行為の規定に関し事案が蓄積している²⁹⁹。前掲の物流業特殊指定³⁰⁰、また下請法³⁰¹の規定がある。

④の昭和57年一般指定14項4号には、取引の条件又は実施についての不利益の供与を定め、また、優越的地位の濫用行為についての一般条項となる包括的な条項が含まれている。本規定に関連して、役務ガイドライン³⁰²、建設下請ガイドライン³⁰³等に具体的な禁止規定がある。

5. 改正法2条9項5号—民事法規律との連続性を保った著しい不公正な取引について規制を行う類型形成

(1) 平成21年改正独禁法における特定優越的地位濫用の規定

平成21年の独禁法改正は、課徴金賦課の対象を排除型私的独占や不当廉売に拡大した。その立法過程において優越的地位濫用の違反について、課徴金を

²⁹⁹ 1項の不当返品には、山陽マルナカ事件（平16・4・15審決集51巻412頁）、ミスターマックス事件（平16・11・11審決集51巻526頁）、マルキョウ事件（平20・5・23審決集55巻671頁）、ニシムタ事件（平19・3・27審決集53巻911頁）がある。同2項の商品購入後の値引きには、ポスフル事件（平16・4・14審決集51巻408頁）、前掲山陽マルナカ事件、フジ事件（平17・5・12審決集52巻376頁）、エコス事件（平成20・6・23審決集55巻684頁）、前掲マルキョウ事件、前掲ニシムタ事件がある。同4項同種の商品の卸売り価格に比べ著しく低い価格で納入させる買い叩きには、ユニー事件（平17・1・7審決集51巻543頁）がある。

³⁰⁰ 物流業特殊指定の1項2号（特定物流業者の責めに帰す事由がないのに、あらかじめ定めた代金の額を不当に減じること）、同3号（通常支払われる対価に比し著しく低い代金の額を不当に定めること）、7号（やり直させることにより、特定物流事業者の利益を不当に害すること）が定められている。

³⁰¹ 下請法4条1項の1号（受領拒否）、3号（下請代金の減額）、4号（不当な返品）、5号（買い叩き）。2項の4号（不当なやり直し）をそれぞれ定めている。

³⁰² 第2-1（代金の支払遅延）。

³⁰³ 建設下請ガイドラインは、支払遅延につながる検査完了の遅れ（1項）、引き渡しの遅延（2項）、請負代金の出来形部分に対する支払等についての正当な理由のない遅延（3項）、前記2項の申し出から50日以内に正当な理由がないのに下請代金を支払わないこと（4項）を規定している。さらに第9項は、注文した建設工事に必要な資材を自己から購入させた場合の、正当な理由のない下請代金の支払期日より早い時期の控除等を禁止している。なお下請法4条2項1号も、同様な下請代金の支払期日より早い時期の控除等を禁止している。

そして10項は、下請ガイドライン各項の違反行為を公取委、国土交通大臣等に通報してこと理由として不利益な取り扱いをすることを禁止する。

課すことで違反行為の抑止に重点をおくよりも、被害者の被った損害の回復を命ずることが公取委の権限と認められる改正がされるべきとの意見があった。その理由は、継続的な取引関係の中でその被害を受けたものが民事訴訟を提起して救済を求めることは困難であることによる。これに対し、政治的な動向も踏まえて、その違反に課徴金を課すこととされた³⁰⁴。

改正法 2 条 9 項 5 号は、自己の取引上の地位が相手方に優越していることを利用して、正常な商慣習に照らして不当に、以下の行為をすることを濫用行為としている。

イ 継続して取引する相手方(新たに継続して取引しようとする相手方を含む。ロにおいて同じ。)に対して、当該取引に係る商品又は役務以外の商品又は役務を購入させること。

ロ 継続して取引する相手方に対して、自己のために金銭、役務その他の経済上の利益を提供させること。

ハ 取引の相手方からの取引に係る商品の受領を拒み、取引の相手方から取引に係る商品を受領した後当該商品を当該取引の相手方に引き取らせ、取引の相手方に対して取引の対価の支払を遅らせ、若しくはその額を減じ、その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を設定し、若しくは変更し、又は取引を実施すること。

(2) 改正法 2 条 9 項 5 号における類型系列の特徴把握

(2-1) 標記の改正法の濫用行為について、長澤弁護士によって次のような類型化とその特徴が述べられている。

① いったん合意した内容を反故にする行為類型

いったん合意した内容を反故にする行為類型は、改正法 2 条 9 項 5 号ハに規

³⁰⁴ 長澤哲也『平成 21 年改正独禁法の解説と分析』(商事法務,2009)(長澤・平成 21 年改正と略称) 32 頁。さらに、不公正な取引方法の中には私的独占の予防的規定と位置付けられない規定があり、この観点から優越的地位の濫用規制は、正当な事業活動と区別が難しく事業活動を萎縮させる恐れがある予防的な規定からは区別がされて、課徴金対象とされた経緯が明らかにされている。参照、平林英勝『独占禁止法の歴史(下)』(信山社,2016) 397 頁。

定された行為のうち、

- ・ 受領拒否
- ・ 返品
- ・ 支払い遅延
- ・ 代金減額
- ・ その他取引の相手方に不利益となるように取引の条件を変更し、又は取引を実施すること

である。

②合意内容が著しく不公正な行為類型

改正法2条9項5号に挙げられる行為のうち、合意内容が著しく不公正な行為類型に該当するものは、

- ・ 購入強制（改正法2条9項5号イ）
- ・ 利益提供強制（改正法2条9項5号ロ）
- ・ 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こと（改正法2条9項5号ハ）

である³⁰⁵。

(2-2) 課徴金対象となる優越的地位の濫用が法2条9項5号に列挙されたことで、法定の違反行為の類型系列が示された。長澤弁護士の類型化の特徴把握によれば、①のいったん合意した内容を反故にする行為類型は、契約を破る行為であって、それ自体不公正であって、行為の相手方にあらかじめ計算のできない不利益を与える。そのため、たとえ相手方が合意内容の変更等に同意したとしても、真の自由意思の基づかない場合には、正常な商慣習に照らして不当な行為となる³⁰⁶。

この①の契約違反に係る類型把握は、私法秩序を形成する民事法規による契約当事者を保護する規律にもとる類型として解される。そして長澤弁護士による②の合意内容が著しく不公正な行為類型とともに、根岸教授の主張される優越的地位濫用規制に係る「現にあるルール」の特徴把握と、以下の様に共通点、

³⁰⁵ 長澤・平成21年改正（前掲注304参照）、93頁以下。

³⁰⁶ 長澤・平成21年改正（前掲注304参照）、93頁以下。

類似点を見出すことができる。

すなわち、根岸教授は、審判決、特殊指定及び独禁法の補完法たる下請法を検討し、「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。このような一対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、民事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規程との連続性が明らかであって、この点も優越的地位濫用に対する「現にあるルール」の特徴とされる³⁰⁷。

(2-3) このように根岸教授による優越的地位濫用規制の「現にあるルール」の理解は、

- i) 一対一の取引当事者間における過大な不均衡である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）を規制するというものであり、さらにそのルールは、
 - ii) 民事法による従来規程との連続性が顕著である、
- という指摘に要約できる。

したがって、i) の一対一の取引当事者間における過大な不均衡である著しい不公正な取引は、長澤弁護士の②の合意内容が著しく不公正な行為類型の把握と共通点をもつ。さらに ii) の民事法による従来規程との連続性の指摘は、長澤弁護士の契約違反類型の捉え方が民事法規に固有の理解であることと一致点を見出すことができる。なお i) の「余儀なくさせることそれ自体」の概念については、下記の 6. (2) で述べる。

³⁰⁷ 根岸哲「優越的地位の濫用規制に係る諸論点」日本経済法学会年報 27 号（2006）26,29 頁。なお、後掲 6. (3) を参照。

6. 優越的地位の濫用規制における類型の「指導像」と法的構造類型の達成

(1) 民事法の規律との連続性を保った著しい不公正な取引について規制を行う類型形成

上記のように、根岸教授の審判決と関連法規の検討に基づく本規制の特徴把握、そして長澤弁護士の2条9項5号についての類型系列の特徴把握において、共通点と一致点の存することが注目される。

独占禁止法の優越的地位濫用の規定は、昭和28年の制定時においては、「自己の取引上の地位を不当に利用して相手方と取引すること」とされ、非常に簡潔、包括的な規定ぶりであった。その後半世紀を経て審判決、関連法規、ガイドラインの蓄積を経て、特定優越的地位の濫用に係る類型系列にまとめられた。

本稿の問題関心であるラーレンツ／カナリスによる法の体系構成における類型系列の考察によれば、民事法による従来からの規律との連続性を保った、著しい不公正な取引について規制を行う類型系列を整序したという特徴把握を指摘できる（かかる特徴に依った可動的体系と考えられる）。したがって、平成21年改正の独占禁止法2条9項5号の類型系列は、かかる規制の特徴把握をもって、法的構造類型としての有意味的結合において明らかになる類型の「指導像」（類型的規律の態様）を確立したと考えられる。

(2) 著しい不公正な取引の受け入れを「余儀なくさせること」と「今後の取引に与える影響を懸念して」の文言

(2-1) 優越的地位の濫用規制に係る法的体系がいかなるものとして構成されるかの検討では、先に、その類型形成の働きに関して、根岸教授の「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」という定式に即して、不利益概念に関する検討を行った。そこで、次にその定式における「余儀なくさせること」という残された従属性の指標に関し、これまでの優越的地位の濫用規制の運用成果としての意味を持つと考えられる、優越ガイドラインに即して以下に検討する。

(2-2) 同ガイドラインは、「今後の取引に与える影響を懸念して」取引の相手方が不利益行為を受け入れざるを得ない場合の濫用該当を八か所にわたって規

定する³⁰⁸。これはそれぞれの濫用行為における取引の相手方について従属性を表す概念として捉えられる。相手方との取引停止のみならず取引量削減、あるいは新規出店に際しての取引拡大に与えないなど多様な「今後の取引に与える影響」が「懸念」される供給業者の主観的事情が問題とされている。

(2-3) この点に係り、様々な不利益を被る「懸念」によって行為者の要求に屈する取引の相手方の主観的事情について、長谷河教授からその事情を掘り下げた分析が提示されている。日本トイザラス事件審決の優越的地位濫用の認定方法（濫用行為からの優越的地位の「推認」）を、肯定的に評価した審決批評で取り上げられた考え方である。

それによれば、小売業者に納入する供給業者は「取引依存度にかかわらず、その取引が失われるよりはましと判断する要素（取引額を減少させたくない、将来の取引増に期待するなど）があれば、取引継続のため仕方なく濫用行為を受け入れておく」というものである³⁰⁹。

(2-4) この説明では、今後の取引の与える影響が濫用行為によって被る不利益のレベルと比較されて、行為者による要請の受入れを余儀なくされる従属性の分析が行われている。

この分析と類比されて、先に挙げたケーラーの行動綱領案は、取引の相手方についての主観的事情（懸念の定式に相当する）に焦点を当てた需要力行使の把握が行われていた。すなわち、濫用行為の不当な「影響行使がなければ下さなかつた取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることとなる」という要件は、“取引を失うよりは、不当な要求であってもそれを受け入れたほうがまし”という悪しき損得勘定を含むのであり、それによって従属性が示される。そしてこの悪しき損得勘定を生む攻撃的商慣行に関する類型系列の「指導像」が「不当な影響行使」であった。そして、ケーラーの行動綱領案はこの

³⁰⁸ 前掲注 8 を参照。上記の傍点は森平。

³⁰⁹ 参照、長谷河亜希子「近時の優越的地位の濫用規制について」公正取引 781 号(2015)4 頁。上記の傍点は森平。このような、取引における従属的事業者の判断の歪みを問題にして、不公正取引慣行を類型化する際の指標とするアプローチは、後述のケーラーや、前掲注 122 に挙げたゲックラーの「恐れの原因」に係る「意思決定の主観的要因」説にもうかがうことができる。

ような「不当な影響行使」による「指導像」によって類型形成の試みについて、有意義な規律の複合を保った法的構造類型を達成していた。

(2-5) 同様な指摘が、基本的に、上記(2-2)に記した優越ガイドラインの違反行為に係る類型系列についても当てはまる。優越ガイドラインの懸念の定式とそれの敷衍的説明をした長谷河教授の定式を統一的に捉えると、以下のよう

“今後の取引に与える影響を懸念して、その取引が失われるよりはましと判断する要素(取引額を減少させたくない、将来の取引増に期待するなど)があれば、取引継続のため仕方なく濫用行為を受け入れておく”

かかる定式化によって、優越ガイドラインにまとめられた違反行為に係る類型系列の「指導像」が明らかにされた。その「指導像」は、優越的地位濫用の従属性の指標としては、根岸教授の先の定式における著しい不公正な取引の受け入れを「余儀なくさせること」の部分に該当する。

(3) 以上の検討によって、改正法2条9項5号における特定優越的地位の濫用の行為に係る特徴として、民事法の規律との連続性を保った著しい不公正な取引について規制を行うという類型系列の「指導像」が明らかになった。さらに優越ガイドラインの類型系列の「指導像」としては、“今後の取引に与える影響を懸念して、その取引が失われるよりはましと判断する要素(取引額を減少させたくない、将来の取引増に期待するなど)があれば、取引継続のため仕方なく濫用行為を受け入れておく”という定式となる。これは上記のように、著しい不公正な取引の受け入れを「余儀なくさせること」の内容を具体化したものとして捉えられる。これらを総合して、独占禁止法の優越的地位濫用規制に係る類型系列の「指導像」は次の根岸教授の定式としてまとめられる(前掲注307参照)。

“優越的地位濫用規制は、「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”

7. 優越的地位濫用規制の普遍的法原則

(1) 独占禁止法の普遍的法原則

(1-1) 独占禁止法第1条と普遍的法原則

独占禁止法が直接その実現の目的とする「公正且つ自由な競争の保護」は、代表的学説によれば、以下の二つの考え方が主張されている。

今村説によれば「公正且つ自由な競争の保護」は、①市場における競争が自由であることを含んでいる。これは競争者の市場への参入・離脱が妨げられていないこと、また市場において競争者間の力の差があまり大きくなく、また競争回避行動がないために、競争が自由に行われていることを意味する。次に、②「競争が自由に行われている状況のもとにおいても」、その競争が良質廉価な商品の提供又は役務の提供という能率競争を中心として行われることが必要であり、これが公正な競争と呼ばれる³¹⁰。

次に正田説によれば、「公正且つ自由な競争」は、以下の三点の要請を含むとされている。③競争当事者がその取引活動について、自主性・独立性を確保することとして、第一の考え方の市場の開放性が保たれる要請は、ここに含まれる。④競争が取引主体の営業そのものに固有な行為に関して行われることである。ここには第一の考え方の上記、能率競争の保護が含まれる。さらにこの考え方では、⑤として、取引行為が、企業性を前提として成り立ちうる行為であることが求められている。

「公正且つ自由な競争の保護」の内容理解をめぐる見解の対立は、条文の具体的解釈、特に不公正な取引方法において相違を示す³¹¹。しかし本稿の優越的地位濫用規制の体系的構成に係る問題に関しては、両学説の対立よりも、「公正且つ自由な競争の保護」について、公正な競争と自由な競争と分けて、別個、独立に法原則の理解がされていないという、両学説の共通点が注目される。今村説は、①の「競争が自由に行われている状況のもとにおいても」、②の公正な

³¹⁰ 今村／丹宗／実方／厚谷『注解経済法〔上〕』（青林書院、昭60）23頁（今村執筆）。

³¹¹ 厚谷襄児『経済法』（放送大学、2004）46頁。

競争が維持される必要をいう。正田説も、「公正且つ自由な競争の保護」は②から③の内容が一体的に捉えられ、公正な競争と自由な競争とに分けられない。かかる見解と同様に、金井教授は、1条の法の直接目的は「公正且つ自由な競争」として「統一的にとらえる必要」があるとされる³¹²。

(1-2) 「公正且つ自由な競争の保護」という普遍的法原則の機能の方法と態様

この点は、ラーレンツ／カナリスの法学方法論（I. 4. (3)におけるカナリスルール）により考察すれば、ある法律において上位の複数の普遍的法原則について、その法原則が体系を支える機能を果たす際の、方法及び態様に関する特徴を示すものである。すなわち、そのルール2)の、「普遍的法原則は排他性を要請しない。ある特定の原則に特徴的である法律効果はまた他の原則と結びつく」、という体系内のある規律に現れる普遍的法原則の機能の態様を、「公正且つ自由な競争の保護」における公正な競争と自由な競争の一体的に理解される法原則が示している。

(1-3) 優越的地位の濫用規制に係る普遍的法原則の体系構成

この公正な競争と自由な競争を一体的に把握する考え方を、優越的地位の濫用規制に即して法の体系的構成の観点からみると、以下のように敷衍できる。

「公正且つ自由な競争の保護」の最上位の普遍的法原則は、「公正競争阻害性」という機能を決定された概念を通じることによって、その普遍的法原則の意義を優越的地位濫用が規定される2条9項5号の規定に伝えている。

その場合、公正競争阻害性の三分類説によって、優越的地位濫用規制は、自由かつ自主的判断の阻害（自由競争基盤の侵害）という下位の普遍的法原則をもつ。このような法の体系的構成の観点において、自由かつ自主的判断の阻害という下位の普遍的法原則が導かれたことは、以下の(a)と(b)の意義を確認できる。

(a) 前記カナリスルール4)の「普遍的法原則はその実現のために、独自の意味内容を持っている下位原則…による具体化を必要とする」ことを示す。すなわち、かかる具体化の作業を昭和56年の独占禁止法研究会（独禁研）は行った

³¹² 金井・競争秩序と法（前掲注4参照）、136頁。

ことになる³¹³。

また、この自由かつ自主的な判断の阻害に係る下位の法原則が導かれたことについては、

(b) 自由な競争と公正な競争の「普遍的法原則は相互に補完し制限し合って、初めてその独自の意味内容を展開する」というカナリスルールのその 3) の働きの重要である。

すなわち、2条9項5号の要件規定に即して、公正な競争と自由な競争の相互補完と制限(上記の(b))を行って、自由かつ自主的な判断の阻害という独自の意味内容が展開された(上記の(a))。

このように優越的地位濫用の体系構成の理解においては、自由かつ自主的な判断の阻害という公正競争阻害性の三分類の導出において、下位原則の具体化と公正な競争と自由な競争の相互補完と制限、の働きがされ、「公正且つ自由な競争の保護」の最上位の普遍的法原則の一体的捉え方(1条)が保たれる構成になっている。

(2) 機能を決定された概念としての「公正な競争を阻害するおそれ」

(2-1) 不公正な競争方法から不公正な取引方法へ名称変更がされ、優越的地位の濫用規制が導入された昭和28年法改正により、その「公共の利益に反する競争手段」という基本的性格は「公正な競争を阻害するおそれ」に変更された。不公正な取引方法を構成する規律の類型が現行法の形にまとめられ、競争の実質的制限という規律のグループにおける市場効果要件との体系的区分が明らかになった。

公正競争阻害性は、法の体系構成における最上位の法原則(「公正且つ自由な競争の保護」)が具体化された普遍的法原則であるという意義をもつ。しかし単なる具体化に止まるものでない意義を有すると考えられる。それは不公正な取

³¹³ 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57)NBL262号51頁以下。この点の公正な競争と自由な競争の関係把握については後述(3)(3-3)を参照。

引方法を構成する行為類型を公正な競争が維持される形で秩序付ける³¹⁴働きである。その結果、その行為類型の特徴的なグループ分けが可能となるはずである。そして昭和56年には、独禁研は公正競争阻害性の具体化を、その三分類説を公表して行っている³¹⁵。この三分類によって、不公正な取引方法の特徴的な行為類型のグループ分けが達成された。

かかる具体化によった不公正な取引方法の類型化による体系構成が行われた経緯に照らして考えると、公正競争阻害性の概念が導入されたことは、次の意義を見出すことができる。それは、優越的地位濫用の2条9項5号の具体的な規定に即して、「公正且つ自由な競争の保護」の普遍的法原則を展開するための、準備としての働きが認められる。かかる公正競争阻害性の働きが、機能を決定された概念としての働きである。

(2-2) 先にラーレンツ／カナリスの法学方法論を紹介したが、普遍的法原則と「機能を決定された概念は、そのつどみずからを超えて他のものになることを示しており、この他のもののなかで、それらは実現され、あるいは、基礎付けられるのである」ことを述べた³¹⁶。公正競争阻害性はそれ自体普遍的法原則であるが、自由かつ自主的な判断の阻害に係る下位の法原則が導かれることで、結果的に「公正且つ自由な競争の保護」という上位の法原則を具体化する下位の法原則を導く働きも果たしたことになる。

(2-3) 原始独占禁止法から存した「公正且つ自由な競争の保護」の普遍的法原則を法の外的体系である2条9項5号の要件規定に具体化する、公正競争阻害性（昭和28年改正により規定された）の働きに助けられて、自由かつ自主的な判断の阻害に係る考え方を提示したのは正田教授である。

かかる自由かつ自主的な判断の阻害に係る市場効果要件は、「公正且つ自由な競争の保護」の下位の普遍的法原則に該当する。この点をラーレンツ／カナリスの法学方法論に即して評価すれば、カナリスルールその4)に挙げた、普遍的法原則はその実現のために、独自の意味内容を持っている下位原則による

³¹⁴ 正田彬『全訂独占禁止法I』（日本評論社、1980）34頁。

³¹⁵ 前掲注313参照。

³¹⁶ 前掲、I. 4. (4) (4-2)を参照。

具体化を必要とするとの指摘が重要である。「公正且つ自由な競争の保護」の法原則は、昭和 28 年改正の優越的地位濫用の規制導入に合わせて、公正競争阻害性の概念が規定されたことで、かかる規制に固有の下位の法原則を必要としていたと考えられる。

そして、上位の法原則を具体化するかかる下位の法原則の導入を正田教授が果たすことができた背景には、教授の優越的地位濫用規制に関連する特殊指定と下請法の関連法規の研究の成果がそれを可能にしたことが挙げられる³¹⁷。特定業種の違反行為と具体的な違反事例に係る類型化が行われることで、それらの類型系列を法的な構造としてまとめる「指導像」が得られる。これら「指導像」は、類型形成の試みを繰り返すことで、最終的に少数の普遍的法原則として法の内的体系のうちに位置付けられる。類型形成の働きと普遍的法原則の導出とが相即的に行われる特徴がある。

(2-4) 法の内的体系に係る普遍的法原則の働き、及び類型系列についての各々の分析から、具体的な違法性判断基準の設定を指導する³¹⁸下位の普遍的法原則を

³¹⁷ 既に昭和 31 年の峯村光郎教授との共著では、昭和 29 年百貨店業告示について独立の項目を立てて、24 頁に及ぶ逐条解説が行われたほか、昭和 31 年制定の下請法については、独占禁止法とは別立ての篇目により 40 頁にわたる詳細な逐条解説がされた。さらに新聞業告示の押し紙の解説もされていた。峯村／正田（前掲注 226 参照）162 頁以下、173 頁以下、202 頁、583 頁以下。

このコメンタールでは、優越的地位の濫用規制に係る「基本的な理念は、事業者の對等取引権の確保」であるとされていた。同 158 頁。

これに対し、その後 10 年を経たコメンタールでは事業者に係る自主性の阻害という捉え方が明らかになる。すなわち、「公正な競争の要因である事業者の自主性を阻害し、あるいは自主性が阻害されている関係に乗じて、不利益を強制することが、公正な競争を阻害するおそれを伴うこと」とされている。これは先に言及した、一般指定に規定された「不当な不利益な条件で取引すること」の解釈に係り、この条件を類型化する試みを正田教授が行ったことと重なる。かかる類型化によって、「相手方の自主的な事業活動を制限する」あるいは「自主的な競争機能の制限」といった概念が導かれたと考えられる。また同書においても下請法については、独占禁止法とは別立ての篇目により 75 頁に及ぶ一層詳細な逐条解説がされたことも、かかる成果を導いたと考えられる。正田・独占禁止法（前掲注 232 参照）、284 頁、895 頁以下。

³¹⁸ ラーレンツ／カナリスによれば、その発見が法律学の重要な課題になる法的構造類型は社会的現実の中に見つけるべき形成物であって、その有意味的結合において明

導く、正田教授の体系的考察に基づく法学方法論には学ぶべき点が多いと考えられる。

(3) 需要競争の本質論と「公正且つ自由な競争の保護」の普遍的法原則

(3-1) 需要競争の本質論（需要競争の二面的特質）

買い手間で行われる需要競争は以下の二面的側面を持つ。

一つの側面は、買い手がより有利な取引条件の獲得を相互に競い合って、売り手に積極的に働きかける側面である。ドイツではこの側面が需要競争の主要な側面として重視される³¹⁹。この側面の需要競争について、ケーラーは、買い手が売り手から引き出すより有利な取引条件の給付を受けたことに対する反対給付に該当する各種業績の分析をした。それによると、新たな流通機能の革新からもたらされる便益として、これまでの給付パターンに縛られずに提供される反対給付が明らかにされた。

このような買い手の経済的行為自由をより良く活用し、可能な限り好都合な購入条件の達成を相互に競う競争の側面に対して、買い手は、その取引行為に係る多様な指標を市場に提示するにあたり、他の買い手の存在及び行為態様を配慮する（取引の相手方である売り手を、他の買い手に奪われない配慮をする。すなわち、買い手は独占者である場合よりも低い給付によって満足しなければならない）ことを余儀なくされる需要競争の側面がある。したがって、より有利な取引条件の獲得努力に起因する買い手間の需要競争は、他方で回避可能性をもつ売り手と取引する他の買い手からの抑制の下に置かれなければならない。供給過剰の市場では失われる、こうした買い手間の相互抑制的機能が、需要競争の重要な側面であることを指摘した点もケーラーの功績である³²⁰。

日本においても、上記の伝統的な給付パターンに縛られずに提供される新た

らかになってゆく類型のいわば「指導像」（類型的規律の態様）に基づいて問いかけをして、その「指導像」から個別規範は再び解釈される。前掲、I. における3. (4)を参照。

³¹⁹ 拙稿・問題点 [2]（前掲注 12 参照）167 頁以下の「11. より有利な取引条件の獲得と需要競争の本質論」を参照。

³²⁰ 前掲IV. 「3. ケーラー提案の検討」における（3）(3-2) ii）を参照。

な便益を、買い手が売り手から引き出すより有利な取引条件の給付を受けたことに対する反対給付として捉える稗貫教授の指摘がある³²¹。さらに、独占禁止法2条4項2号の競争の定義には買い手間の競争が含まれることを前提に、公正かつ自由な競争の法目的について、上記の需要競争の二側面が保護対象となるとする考え方が和田教授により唱えられている³²²。すなわち、より有利な取引条件の獲得に係る競い合いの側面と、かかり競い合いを回避する取引の相手方である供給業者を、他の買い手に奪われない配慮をする他の買い手の存在と行為態様に配慮をする買い手間の競争の側面である。

(3-2) より有利な取引条件の獲得競争と「公正且つ自由な競争の保護」の普遍的法原則

和田教授の言われるように、独占禁止法の「公正且つ自由な競争の保護」の法目的には、前記の需要競争の二側面が含まれると思われる。そうすると、優越的地位の濫用が問題となる、より有利な取引条件の獲得に係る前者の側面が市場において専ら活発化し、後者の経済的行為自由の行使を買い手間で相互に抑制する競争が機能しない場合は、「公正且つ自由な競争の保護」の法目的に仕える法の体系的理解からは、かかる市場の機能不全はどのように評価されるのであろうか。

「公正且つ自由な競争の保護」における公正な競争と自由な競争の一体的理解（今村／正田／金井）に係り、法の体系的構成の観点から、普遍的法原則の問題としてカナリスルールに依拠して、以下に、この点を考察する。

(3-3) 法原則の相互補完と制限による独自の意味内容の展開

独占禁止法にあって、この「公正且つ自由な競争の保護」に関する一体的把握の考え方によれば、自由な競争のみが排他的に、独立して保護されることは認められないであろう。このことはカナリスルールその1)の「普遍的法原則は…相互に対立または衝突する」場合においても、2)に挙げた「普遍的法原則

³²¹ 稗貫俊文・ラルズ優越的地位濫用事件東京高裁判決、法学セミナー増刊『速報判例解説 vol.29 新・判例解説 Watch』（稗貫・解説と略称）263、266頁（2021）。

³²² 和田健夫「大規模流通業者と購買力」『現代経済法講座 6 流通産業と法』（三省堂、1993）181頁以下。和田教授は、Köhlerの Wettbewerbsbeschränkung durch Nachfrager（前掲注194参照）に依拠する。

は排他性を要請しない。ある特定の原則に特徴的である法律効果はまた他の原則と結びつきうる」の定式が当てはまる。需要競争の機能不全が生じたことにより、自由な競争保護の要請は公正な競争保護の要請と合わせて考慮されることで、公正な競争を阻害するおそれの防止という観点から、不公正な取引方法の規制が求められる。そのうえで、そのルール 4) の「普遍的法原則はその実現のために、独自の意味内容を持っている下位原則…による具体化を必要とする」が適用される。そしてこの具体化が、3)のルールにより、「普遍的法原則は相互に補完し制限し合って、初めてその独自の意味内容を展開する」の定式に従い、優越的地位の濫用規制に即して、公正競争阻害性の三部類が行われることにより、自由かつ自主的な判断の阻害という下位の法原則が独自の意味内容を展開する。

以上のように、公正な競争と自由な競争に関する普遍的法原則の間で行われた、相互の補完と制限によって独自の意味内容を展開した結果が、自由かつ自主的な判断の阻害の法原則の導出である。自由かつ自主的な判断の阻害は、自由競争基盤の侵害とも捉えられることから、自由な競争保護に関する独自の意味内容が展開された意義を有することになる。

(4) 公正な競争と自由な競争の一体的理解—比較法的考察によるその意義づけ

(4-1) 上記(3)における(3-1)の箇所、需要競争の本質論を論じた。その点に係って、市場でより有利な取引条件の獲得に係る側面が専ら活発化し、買い手の経済的行為自由の行使を買い手間で相互に抑制する競争が機能しない場合の規制の在り方を、普遍的法原則に関するカナリスルール(普遍的法原則相互の補完と制限によって独自の意味内容を展開する)に即して、公正な競争と自由な競争の関係において検討した。その結果、優越的地位の濫用規制を導くことが可能であった理由として、「公正且つ自由な競争の保護」の法目的について、公正な競争と自由な競争の一体的理解が要請されていたことが重要であった。

(4-2) この点はドイツとの比較法的考察から、さらにその意義が明確になる。すなわち、独占禁止法が優越的地位の濫用規制をその法体系に適切に位置付け

ることができたのに対して、ドイツでは利益強要禁止について GWB において問題を抱える理由は以下の点が挙げられよう。

- i) GWB は法の目的規定を欠き、法律自体が法の目標を明確に闡明しておらない。
- ii) カルテル法にとって未開拓の規制の法分野である需要力濫用規制について、競争規約を通じた類型形成によって、その規制の指導理念を明らかにする可能性を減じられた。この点は、以下の (4-3) で敷衍する。
- iii) 需要力濫用規制は、市場支配力の濫用規制に係る市場の妨害、差別そして搾取に規制の体系に組み入れられた。この点は、以下の (4-4) で敷衍する。

(4-3) 競争規約の策定とその設定できる内容に明らかにした前掲 GWB24条2項は、「公正な競争」の文言を規定する。競争規約による公正な競争の規範化は、利益強要禁止に係るドイツの需要力濫用規制の歴史において、その禁止規定が導入されてからから現行法に至るまで、GWB の実効的な規制を確保するための法創造機能を発揮していない。その原因は次のようになる。

- ① 独占委員会は、利益強要禁止（当時は受動的差別禁止）に係る旧 GWB26条3項の導入前に制定された「共同宣言」の競争規約に対し厳しい批判をしており、また、かかる禁止規定の導入についても同様であった³²³。
- ② その導入の後でもメストメッカー、メッシェル等の隠れたカルテルになるという批判が続いた。その結果、新たな需要力濫用禁止規定の要件規定を具体化する試みを競争規約の活用をして行うことはされなかった³²⁴。

³²³ Monopolkommission, Sondergutachten 7: Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Nomos, 1977), para.27, 232 (上記禁止規定に対する反対), 238, 239 (前掲注 244 のカルテル庁承認の競争規約「共同宣言」を引用して、競争規約は付随的業績の競争を排除する競争制限に導くとする)。

³²⁴ 前掲、V. 3. (2) (3) を参照。原始 GWB に競争規約の規定が導入された当初、カルテル庁の承認が限定的であったことについては、前掲注 250 参照。さらに、1995 年の「法と政策における競争」誌に寄稿したカルテル庁長官のヴォルフは、当時約 80 の競争規約がカルテル庁より承認を受けているが、メストメッカーの「管理された競争」を引用して、競争規約が GWB1 条のカルテル禁止を回避して、それ自体許され

③ 近時の BGH の判例は、競争規約の内容確定に際しての公正さに係る基準問題に関して、その不公正の判定は、もはや限られた意義を有するに過ぎないとして、その兆候を示す程度の意義しか認めていない。したがって、カルテル庁の競争規約に対する認定は、実質的に法規範的効力を認められていない。この点について、メッセル以来ボルンカムに至るまで、UWG の判例では未だ明確になっていないグレーゾーンの取引慣行に対する禁止を、その一般条項の助けを借りて、競争規約を運用して行うことは、GWB の禁ずる違法なカルテル行為とみなす見解が有力である³²⁵。

(4-4) ドイツでは2018年エデカ事件 BGH 判決は、需要競争の在り方として、より有利な取引条件を取引の相手方から獲得することを市場の買い手が競い合う競争が、その在り方に適合することを認めた。同時にこのような、より有利な取引条件を獲得する競い合いは、その濫用該当性について、搾取濫用禁止の法的枠組みによって判断されるとした。利益強要を禁止する GWB19条2項5号は、旧法の26条3項、同20条3項から移行をした約38年の間に、受動的差別の不当な差別行為の禁止から、搾取濫用の禁止に法的な基本的性格付けの重点を変えたことになる³²⁶。そしてかかる規制の基本的性格の転換は、自由な競争保護に係るより有利な取引条件の獲得という、競争の自由の普遍的法原則に従う法

ており、望ましくもある価格競争を競争規約が不公正とみなすことは批判されるのであって、この観点からとりわけ、本質的に価格競争を制限する競争規約の承認を行わないことを明らかにした。ヴォルフにとって、競争規約は前記のメッセルと同じく、UWG によって明確に禁止されている慣行を超えて、公正競争の基本原則に即した行為を促す企図から規制が試みられることが問題にされた。D. Wolf, Das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und das Recht gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) – ein Vergleich, WRP 1995, 543, 544.

³²⁵ 前掲、V. 3. (3) を参照。

³²⁶ このような、基本的な性格付けの変貌を遂げた本規定の現在の位置づけに関して、GWB19 条 2 項 5 号は、搾取濫用に関する同項 2 号及び 3 号の特別規定と解されている。Nothdurft/ Bunte, Karetllrecht Bd.1, 14Auf. (Luchterhand, 2022) §19, Rn. 235.

さらに利益強要禁止の本規定について、GWB19 条が市場支配力の濫用に係り、妨害、差別そして搾取に係る濫用の要件上の本質的任務に従うことから、同条に組み込まれた本規定は、かかる三つの特質を併せ持つハイブリッドな性格を目的論的にもつとする見解がある。Wanderwitz, Der Missbrauch von Nachfragemacht nach §20 III GWB (Heymanns, 2013), S.5.

の内的体系に即して行われた³²⁷。

このように、取引相手方からより有利な取引条件を獲得する取引の関係と、ライバルよりも有利な条件を相互的に獲得する競い合いの市場の関係が交錯する、需要競争についての濫用判断が、競争の自由という自由な競争に係る単独の普遍的法原則に従って行われる GWB における法的体系構成の問題は以下のように考えられる。

- i) 受動的差別禁止の不当な差別行為を濫用の該当とする法的構成では、BGH も認めるように「最も重大な競争上の危険」(行為者が需要独占の場合)を看過するのであって、需要力濫用規制の本質を捉え損なっている。
- ii) 次に利益強要禁止について、搾取濫用の視点を重視する近時の BGH の見解では、需要者が競争の高まりから供給者へ協力要請を強化する点につき、当該要請が主たる給付に付随する給付の場合、それが競争への対応として自由な競争保護の観点から評価できるか慎重に考慮するのがドイツの搾取濫用規制の基本的立場である³²⁸。

(4-5) これら i) と ii) の競争の自由を重視する観点にあつては、取引交渉を長期的観点から捉えて、需要者の要請に対応する反対給付の存否を契約の全体条件のセットとして追跡する違法性判断基準が導かれた。長期の視点で契約条件の全体的セットを捉える基準は、給付と反対給付の関係に対し自由な競争の多様な展開として間接的利益を含めて把握する理論である³²⁹が、以下のように、需要力濫用規制の本質的效果の徴表を捉え損なう懸念がある。

- A) 英国の行動綱領審判官制を導いた 2008 年市場調査の類型形成の作業と GSCOP2 条の規定が明らかにした、取引の相手方に及ぶ過剰なリスクと予想せぬコスト移転の効果(類型系列の「指導像」)に具体化される「公正か

³²⁷ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照) 243 頁 ii)、244 頁 iii) を参照。

³²⁸ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照)、187 頁以下 (搾取濫用の Favorit 事件 BGH 判決における行為者のリスク負担の考慮)、196 頁以下 (同判決における行為者段階の自由な競争についての考慮)、253 頁以下 (同判決に反対する少数説の紹介と検討) を参照。

³²⁹ 拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照)、103 頁 (BGH は給付/反対給付の直接的関係は見ない)、107 頁 (BGH の契約の全体条件のテスト)。

つ適法な取引」の理念的原則に照らして、このような効果を等監視して、需要力濫用規制の本質を捉え損なう懸念がある³³⁰。

B) ケーラーの行動綱領提案において、不公正な取引慣行とされる攻撃的な商慣行の類型系列の「指導像」は不当な影響行使であり、この不当な影響行使の効果を導く規制の体系的理解に照らして、需要力濫用の本質的徴表を捉え損なうおそれがある。

C) 独占禁止法2条9項5号の下で、審判決、関連法規、ガイドラインの類型系列を検討した根岸教授が明らかにした優越的地位濫用規制は、「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」規制する捉え方によるのであり、この理解に照らして、需要力濫用規制の本質的徴表を捉え損なうおそれがある。

上記A)の過剰なリスクと予期せぬコスト移転の効果について、あるいはB) 不当な影響行使「がなければ下さなかった取引上の決定を下すことが誘引されるか、誘引されることになる」という力の地位について、その存否は、根岸教授のいう「一対一の取引当事者間」における関係に焦点を当てることになる。すなわち、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争から生じる濫用の効果を把握することは—その競争は買い手間で繰り広げられるのであるが—、「一対一の取引当事者間」の関係で捉えられるほかないと考えられる。搾取濫用規制における給付／反対給付の関係を、直接的利益でなく間接的利益／取引条件の全体的観察において捉えるアプローチは、「一対一」の関係でなく、買い手間の水平的関係にあつて自由な競争への対応として、自由な競争保護の観点からの評価が重要になる。

ドイツのGWBによる需要力濫用規制の体系的枠組み限って考えると、競争の自由という普遍的法原則に導かれた19条の市場支配力濫用に係る規律の体系構成に依ることで、自由な競争保護の普遍的法原則は自らを排他的に主張する傾向をもつと解される。この点は、UWGを含む競争法体系の枠組みに即し

³³⁰ 拙稿・新展開（前掲注126参照）、132頁から138頁（英国競争委員会による2000年調査及び2008年調査によるサプライチェーンの需要力濫用に係る行為類型の検討）。

て検討すれば、特徴的なものとして捉えられるのであり、需要力濫用問題について、結果的に自由な競争保護は公正な競争保護に対する優位、ないし排他性の傾向を示す。

これに対し上記A)からC)に挙げた需要力濫用規制のアプローチでは自由な競争保護の普遍的法原則は、その排他性を主張するものでなく一特に独占禁止法においては、公正な競争保護の普遍的法原則との対立を経て、法原則相互の間で補完と制限が行われ、独自の意味内容を展開した結果、自由かつ自主的な判断の阻害³³¹という下位の法原則を生み出すことに成功した。

(4-6) 需要力濫用規制において、需要競争の本質として、より有利な取引条件の獲得に係る、買い手間で行われる取引相手方に対する積極的な働きかけが法の保護に値することが認められるのであれば、この自由な競争保護の普遍的法原則が、公正な競争保護の法原則と対立する結果に無関心であってはならないと考えられる。

(5) 需要力濫用規制の歴史的展開—総括的評価

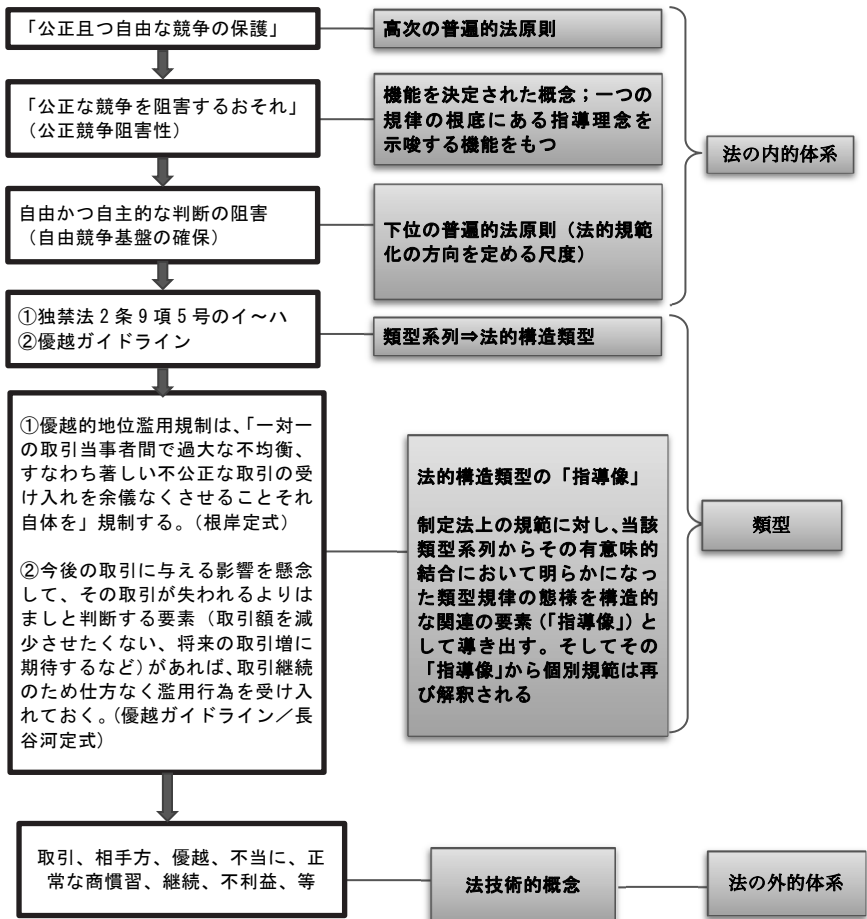
競争法の体系においては、需要力濫用規制は本稿が取り上げた比較法の対象国、そして我が国において、理論的に未開拓のフロンティアであった。かかるフロンティアの領域にある規制理論の構築のためには、先ず、現実に濫用問題が生じる取引の実態を探って、問題ある取引慣行の類型系列をつくり、その規律の複合に対する「指導像」を摘出する作業が求められる。その作業の結果について、競争法の高次の普遍的法原則と整合的な、需要力濫用規制に固有であって独自の意味内容を持つ、下位の法原則を導く努力が求められると考えられる。

このような類型形成と普遍的法原則の構築に係る意義付けから、優越的地位の濫用規制の歴史的展開について振り返ると、昭和28年改正により本規定が導入されるに伴い、特殊指定の活用に係る法改正が行われた経緯が注目される。当該改正に対する強い反対を押し切る形で導入された特殊指定を活用し、優越

³³¹ 他国の例では、上記A)の英国GSCOPにおける「公正かつ適法な取引」、あるいは、上記B)ケーラー提案の「取引当事者の決定の自由」という下位の法原則が導かれている。

的地位濫用の違反行為に係る類型形成が行われた。当時の公取委における担当官の判断について、歴史的な意義が確認されるべきと考えられる³³²。

表 4 独占禁止法における優越的地位の濫用規制に係る
「概念形成と体系形成」



³³² 参照、公取委・三十年史（前掲注 225 参照）449 頁以下。当該担当官については、平林教授の業績を回顧した論稿がある。平林英勝「日本の独占禁止法の形成と丸山泰男—あるリベラリスト学者官僚の軌跡」筑波ロー・ジャーナル（2009）（5）127 頁。

結語—まとめに代えて—

1. 独占禁止法における需要競争の概念—より有利な取引条件の獲得をめぐる 買い手間の競争

ドイツの需要力濫用規制に関する議論においては、より有利な取引条件の獲得を需要者間で競い合う競争をめぐり、需要競争の本質論に即して議論の積み重ねがある³³³。

本稿では、メストメッカーを取り上げ、流通サイドにおける供給者／需要者間で個別に遂行され、動的的で多様な形態をとる値下げやりバートを、供給業者が一律に行なう値下げやりバートとは区別される「隠れた競争」論をみた。

「隠れた競争」論は、より有利な取引条件の獲得を買い手間で競い合う競争を、カルテル法上積極の評価をする特徴がある。さらに従前の拙稿では、BGHの判例で採用されたマーケットの需要競争理論の紹介とその検討を行った。それは、競争相手よりも有利な購入条件を獲得し、比較優位を獲得する競争戦略的な側面を前面に押し出した特徴があった³³⁴。

³³³ この点については、従前の拙稿においてドイツにおける判例と学説による「より有利な取引条件の獲得と需要競争の本質論」に係る議論を、紹介、検討した。拙稿・問題点 [2]（前掲注 12 参照）、167 頁から 184 頁。

³³⁴ マーケットの需要競争の本質的特徴を要約すると以下のようになる。

- i) 市場の相手方に対する関係で、需要者について、良好なチャンスを提供する供給者に対して、受動的に選択される可能性が問題になる、いわば高く買う競争が問題になる場合に限られず、既存のそのチャンスを選択して、供給サイドに対して積極的な影響を行使することも、GWBの目標設定としての競争の自由の本質内在的である。
 - ii) その際、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、競争の自由の本質内在的である。
 - iii) かかる影響行使は、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。
 - iv) 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ず、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、競争プロセスに本質内在的である。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。
 - v) 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行使することは、原則的に妨げられない。
- 拙稿・問題点 [2]（前掲注 12 参照）、174 頁以下。

他方で、本稿では、ケーラーの需要競争の本質論を取り上げ、その行動綱領案で類型形成と普遍的法原則の整序に関する法体系的構成において、優れた成果をあげていることをみた。それは、需要者につき、経済的行為自由を積極的に活用し、相互に可能な限り好都合な購入条件を達成する、より有利な取引条件の獲得に係る競争の側面を指摘するだけでなく、取引の相手方である供給者を、他の需要者に奪われないよう配慮する（需要者は独占者である場合よりも低い給付によって満足しなければならない）圧力のもとに曝される、需要競争のもうひとつの側面を指摘した功績があった³³⁵。

2. 「公正且つ自由な競争保護」と2条4項の「競争」の定義と需要競争

独占禁止法の優越的地位濫用によった需要力濫用規制の体系構成上の問題点を検討するにあたり、1条の法目的に規定された「公正且つ自由な競争保護」と2条4項の「競争」の定義に係り、買い手間の競争保護はいかなる競争態様を保護しているのかが問題となる。この問題に関し、前述した独禁法学説（和田、稗貫の両教授）の肯定するように、より有利な取引条件の獲得に係る需要競争の側面がかかる競争の要件に含まれるとするならば、次に掲げる検討課題が生ずる。

³³⁵ 買い手の購入に焦点を当てて、供給サイドにおける超過供給に対する需要サイドの過小需要の市場状況、これと対照的に、供給サイドの過小供給に対する需要サイドの需要の過剰である市場状況を想定する。

この想定に関連して、両方の市場状況の間に、供給サイドの供給のレベルの高低、需要サイドの需要レベルの高低にそれぞれ応じて、多様な需要競争の在り方が展開される。

超過供給に対する過小需要の一方の端では、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争が活発化する。反対に他方の端では、過小供給に対する需要の過剰の場合として、需要者は取引の相手方である供給者を、他の需要者に奪われないよう配慮する（需要者は独占者である場合よりも低い給付によって満足しなければならない）競争が活発化する（買い手間の相互抑制的機能）。

ケーラーは、ドイツの大規模小売業者等が特徴的な存在になる2010年代の供給過剰の市場状況において、後者の、需要者が取引の相手方を他の需要者に奪われないようにする配慮が働かない市場の機能不全を認めて、法の介入を肯定する。参照、拙稿・問題点 [1]（前掲注15参照）、56頁以下。

需要競争に比して問題になることがはるかに多い売り手間の販売競争では、需要者／供給者間の個別取引は、競争保護の問題に関連して規制の直接の対象となることはなく、売り手間の競争保護を通じた間接的な保護の問題とされる。これに対し、より有利な取引条件の獲得をめぐる買い手間の競争は、取引関係における需要者の競争優位となる供給者に対する積極的な働きかけを重視するが、それは買い手間の競争の発露として、取引関係において供給者が需要者の競争に対する協力を求められることの法的評価が重要になってくる。競争保護の法である独占禁止法において、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要競争の保護を認めることによって、競争保護の法を取引保護法に変質させて法体系上の一貫性について問題を生ぜしめることはないのか³³⁶、という問題が生ずる。

3. 競争概念の拡張—競争と取引の一体的把握

この問題に関しては、独占禁止法の保護対象に関して、より有利な取引条件の獲得をめぐる需要者間の競争を、保護される競争の概念に含めることで競争概念の拡張がされたことを認めるべきであると考えられる。このことは、専ら行為者ないし相手方の市場における競争関係を規律した競争概念の捉え方から、競争概念の拡張がされ、競争と取引との一体的な把握をなす概念の拡張がなされた。

そのうえで独占禁止法はこのような競争概念の拡張に即した、法の体系的・一貫性を保つ努力を昭和 28 年改正以来、審判決等の積み重ね、関連法規やガイドラインの整備を通じ行ってきた。それは本稿で検討した類型形成と普遍的法原則の働きによって、「規範の意味関連、規範の前後脈絡と体系的位置、当該規律の全体の関連における規範の機能」を検討するとともに、法秩序の機能を問題にして規範の根底にある価値決定を法思想のもとで正当化し統一化することで、可能な限り評価矛盾を回避する努力がされた。その結果優越的地位の濫用規制という、原始独占禁止法の「制定法を超え出る法の発展形成」を可能にし

³³⁶ すなわち、今村教授の言われるように、優越的地位の濫用規制は「直接には競争秩序に影響を及ぼすことのないもの」と捉えられていた。今村成和『独占禁止法〔新版〕』（有斐閣、昭 54）146 頁（傍点森平）。

たとえられる。この点で、比較法的にドイツの利益強要禁止の任務を負うGWB19条2項5号の制定以来の経緯は、著しく体系的構成に即した法的思考の特徴(類型の形成と普遍的法原則の段階的展開)を欠くといわざるを得ない。

4. 取引関係における公正保護—その自由な競争保護に対する優位

以上のような結論的確認のされる歴史的経緯を踏まえて、独占禁止法においては、実効性ある優越的地位濫用規制を可能とするとともに、競争概念の拡張をして保護対象とした、より有利な取引条件の獲得をめぐる動的な競争の保護との適切なバランスを保った規制の在り方が探られているとみられる。

このような、より有利な取引条件の獲得をめぐる自由な競争保護の要請と優越的地位濫用規制に係る公正な競争保護の要請との調整は、自由かつ自主的な判断の阻害という公正競争阻害性の普遍的法原則に指導されて導かれた、以下のような違法性判断基準によることでなされている。

その基準は、協賛金等の負担(優越ガイドライン第4、2、(1)のア)や従業員派遣(優越ガイドライン第4、2、(2))の要請が「直接の利益」を規定する点であって、取引の相手方が受ける反対給付の内容を、要請の負担と「直接的にかつ明確に比較して協議するよう仕向けた規制になる。かかる給付/反対給付の関係を取引当事者に「直接」的にかつ明確に比較して交渉することを義務づける規律は、「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」(根岸説³³⁷)が行われているかを明らかにする不公正取引慣行の規制を的確に行うものとして重要である。そしてその意義は、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争に対する規制の諸問題を克服する意図によるが、そもそも給付と反対給付を各々計算して、比較することには以下のような困難を伴うにもかかわらず、それを克服せんとしている点に見出すことができる。

かかる困難さとは、供給業者の提供する給付のリベートや協賛金、派遣従業員の提供についてはコストを把握することが比較的容易であるのに対し、流通業者等の提供する反対給付は、現代流通業の革新の成果としての様々な、かつ新規で

³³⁷ 前掲、V. 5. (2) (2-2) を参照。

ある便宜³³⁸を納入業者に提供することによる。かかる便宜は、前述したドイツの主業績／付随的業績の二分論に批判的学説(ゾースニザ)が指摘するように、以下のような評価指標や評価基盤に関する問題を提供する³³⁹。それは、

- i) 市場価格が存在しないこと、
 - ii) 市場に流通する一般の財、サービスにあって売り手と買い手の客観化できる評価要件の存する場合と比較して、コスト構造が異なっていること、
 - iii) 付随的業績に対する非常に異なる評価基盤の存すること、
- という給付／反対給付の評価が、まさに主観的な評価基盤に依拠せざるをえない、あるいはしばしば操作可能な評価指標を提供しないという問題がある。

この点から、ドイツでは、このような便宜によって捉えられる流通業者の提供する反対給付について、価格評価の不可能論(ゾースニザ)が導かれ、結局「隠れた競争」論が言うように、契約関係が維持されているのなら、反対給付が無償であることはありえないのであって、供給業者は何らかの利益を見出しているのが通常だと見做す推論が導かれることになる。

これに対し、ケーラーはこういった便宜について、「マーケティング代理業者の業績に係る(販売)市場(Markt für Absatzmittlerleistungen)」を考えて³⁴⁰、その反対給付となる協賛金やリベート等を要求する取引について、一対一の取引当事者間で給付と反対給付につき直接の利益の関係で交渉がされる規制を行う(「濫用的契約条項の一般的禁止」)、とした³⁴¹。

我が国の規制では、流通業者がこのようなマーケティング代理業者の業績の提供を行った実例が蓄積されつつある。例えば、納入業者による減額を原資

³³⁸ 品揃えの広がり(生産物及び製造物の数)と品揃えの厚さ(製品毎のブランド数)を高める、全面的品揃えの方針により、当該納入業者の取扱商品を増す、売上増が期待される販売スペースの提供、催事広告等の販促活動、柔軟な安売りや大幅な値引きで当該納入業者の製品の売り上げ拡大を目指す、コスト節減効果のある物流センターの利用、発注方法のオンライン(システム)化等である。舟田・不公正な取引方法(前掲注247参照)351頁以下。拙稿・問題点[2](前掲注12参照)245頁以下。

³³⁹ 参照、前掲注271。拙稿・問題点[1](前掲注15参照)、90頁。

³⁴⁰ Köhler, Nachfragerwettbewerb (前掲注194参照)S.110。さらに前掲、注94、及びIV. 3. (3)(3-2)を参照。

³⁴¹ 前掲、IV. 2. (4-2)を参照。

として流通業者が値引き販売で旧製品を処分したことで、納入業者は自己の新商品の配列を早期に実現するなど、消費者の需要動向に応じて、納入業者の商品の販売拡大を目指す活動が可能にした例が挙げられている³⁴²。

さらに我が国の規制では、流通業者の提示する反対給付である便宜・付随的業績の評価困難性を、交渉において取引当事者が「直接」的、明確に比較することを義務付けて解決を図った。従前の拙稿でも検討するように、規制の基本的枠組みを「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」を規律することとしたことの現れであり、「一対一」という取引の当事者の関係で、過大な不均衡を是正する限度で解決を図ったことは、先の便宜・付随的業績の評価困難性に配慮したものである。取引関係における公正保護の要請が重視された結果、より有利な取引条件の獲得をめぐる自由な競争保護に対する優位が示される結果となった。

5. 取引当事者間の「過大な不均衡」の是正とより有利な取引条件の獲得をめぐる競争

優越的濫用規制による不公正取引慣行の禁止の側面と、同規制で競争概念の拡張が図られたより有利な取引条件の獲得をめぐる競争の保護とで、対立する側面に係り調整が行われていることは、次の点で、その調整の態様をうかがうことができる。それは第一の点で述べた、供給者の提供する反対給付が需要者の給付と「過大な不均衡、すなわち著しい不公正な取引」である限りにおいて規制が行われる点である。

この点についてもより有利な取引条件の獲得をめぐる競争について掘り下げたドイツの議論が参考になる。マーケットは、取引の相手方に対し需要者がそのライバルよりも有利な給付を要請する競争にあつては、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であり、そ

³⁴² トイザラス事件審決（平 27・6・4）審決集 62 卷 130 頁以下の納入業者 H、I、J、B、C、K の返品や減額の検討例である。稗貫・解説（前掲注 321 参照）、4 頁。

れは競争の自由に本質内在的であるとする³⁴³。そのうえで以下のような判例に引用された適示をする。

「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³⁴⁴」。

このように、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争の保護に密接に関連して、給付／反対給付の関係において、均衡に収斂しない傾向を挙げることができる。

したがって、優越的地位濫用規制が一对一の取引当事者間の関係で、給付の均衡を目指した規制を試みることは、このような需要競争の動態的側面を否定することとなり、結局、より有利な取引条件の獲得をめぐる競争の保護を認めることに背理する。この点から「一对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」に限っている趣旨が明らかになる。

³⁴³ 前掲注 334、及び拙稿・問題点 [2] (前掲注 12) の 175 頁以下参照。

³⁴⁴ かかる適示は、BGH, 19.03.1996-KZR1/95, “Pay-TV-Durchleitung” 判決に引用された。拙稿・問題点 [2] (前掲注 12 参照) 177 頁。