HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	再販売価格維持・専売制・テリトリー制規制の比較法的検討（中）
Author(s)	実方, 謙二; 稗貫, 俊文; 和田, 健夫
Citation	北大法学論集, 33(5), 53-85
Issue Date	1983-03-26
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16416
Type	bulletin (article)
File Information	33(5)_p53-85.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

資料

再販売価格維持・専売制・テリトリー制規制の比較法的検討（中）

実方謙二
稗貫俊文
和田健夫

目次

序章　課題と構成
第一章　アメリカ合衆国
第一節　法制の概観
第二節　再販売価格維持行為
第三節　専売制
第四節　テリトリー制・顧客制限（以上第三三巻二号）
第二章　西ドイツ
第一節　法制の概観

第二節　再販売価格維持
第三節　専売制
第四節　テリトリー制（以上本号）
第三章　EEC
第一節　法制の概観
第二節　再販売価格維持
第三節　専売制
第四節　テリトリー制
第四章　違法性の基準の比較検討
第一節　再販売価格維持行為
第二節　専売制
第三節　テリトリー制

第二章　西ドイツ

第一節　法制の概観

西ドイツの競争制限禁止法（GWB）においては、再販売価格維持、専売制・テリトリー制にはそれぞれ別個の規定が適用され、前者については同法一五条が、後二者については同法一八条が根拠条文となり、違法性の要件も異なっている。さらに間接的にこれらの規制の役割を果たすものとして、二五条一、二項、二六条二項、二二条等を挙げることができる。

一　一五条と一八条

一五条は再販売価格維持に関連する規定である。同条は、「この法律の施行地域内の市場における商品又は役務に関する事業者間の契約は、契約当事者の一方が、第三者との、供給された商品その他の商品又は役務について締結する契約において、価格又は取引条件の決定の自由を制限する場合には、これを無効とする」と規定している。いかなるかたちであれ、かかる無効な契約を実施する場合に

はカルテル庁により三八条一項一号にしたがい過料が課せられ、三七a条によりその差し止めが命ぜられる。もともと一五条は、本稿の研究対象である再販売価格維持のみならず、広く価格拘束一般を規制する規定であるが、重要なことは契約の一方の相手方の価格決定の自由の制限そのものをとらえて違法としている点である。この意味で再販売価格維持は原則禁止の考え方が貫かれている。但しここではそのような価格決定の自由の制限が「契約」という手段によってもたらされる場合が問題となるのである。なお競争制限禁止法制定当初は、一六条において商標品および出版物について一五条の適用が除外され再販売価格維持契約が認められていたが、周知のように、一九七三年の第二次法改正により商標品については適用除外から外された。現在は一定の要件のもとで「価格勧奨（Preisempfehlung）」のみが認められる（三八a条）。

これに対し専売制・テリトリー制を規制する一八条は、相手方の行動の自由の拘束そのものを違法とするという構成をとっていない。後に詳しく述べるように、一定の実質的要件を満たす場合に、はじめて違法とされる。カルテル庁は右の要件を満たし違法であるとみなした場合は、かかる契約を無効とし、将来同種の契約の締結を禁止することができる。一五条が行動の自由を拘束する契約を最初から無効としているのに対し、一八条ではカルテル庁の宣言をまって初めて契約が無効となる（したがって宣言をうけない限り契約は有効）点をとらえて、西ドイツでは、前者に対し「原則的禁止」、後者に「濫用規制」の呼び名が与えられている。なお、一八条でも「契約」による専売制・テリトリー制を問題とする。

このように一五条と一八条とで取り扱いを異にするのは、とくに一八条に掲げられている類型の取引が、様々な理由から、また異なった経済状況のもとで行なわれるため、違法性を一義的に規定するのが困難であり具体的な判断を要するとの理由からである。

何度も述べるように、一五条と一八条は、ともに「契約」という、いわば法的な結合あるいは合意を手段とした再販売価格維持、専売制・テリトリー制を規制の対象とする。しかしながらこれらは、様々な事実上の手段を用いて実施されることが多く、むしろ実際にはこのような場合が重要である。そこで次に、事実上の再販売価格維持、専売制・テリトリー制の規制に関連する諸条文をとりあげる。

二　二五条一、二項―回避禁止規定

二五条は事実上の再販売価格維持の規制を直接に目的とした規定である。まず一項は、「本法により契約による拘束の対象としてはならないとされていることがらを相互協調的行動によって行なう」ことを禁止している（協調的行動の禁止）。ここで「契約による拘

束の対象としてはならない」という文言は一条（カルテル契約）および一五条により禁止されることがらを意味する。したがって一項は再販売価格維持を協調的行動という手段により実行することを禁止する規定であると理解することができる。さらに二項では、「本法により拘束の対象としてはならないとされた行為をさせるために、不利益をもって威嚇しもしくは不利益を加え、および利益を約しもしくは利益を供与すること」が禁止される。ここでも一項と同様に「本法により拘束の対象としてはならない行為」のなかに、一五条により禁止される再販売価格維持がふくまれる。二項はそれを、利益・不利益を手段としてもたらすことを規制する。ただし、事業者が利益・不利益を用いて自己の商品の再販売価格を維持しようとする「意図」を有していることが必要である。

このように一項も二項も、一五条により（正確には三八条一項一号、三七a条をも加えて）原則的に禁止されていることがらを、事実上の行為によって、回避することを禁止するものである（「回避禁止（Umgehungsverbot）」規定と呼ばれる）。これに対し、一、二項の「本法により契約による拘束の対象としてはならない」という文言のなかには一八条によって規制される専売制・テリトリー制などは含まれないとされている。というのは、先にのべたように、これらを内容とする契約は原則的に禁止されるわけではなく、濫用禁止に服しているにすぎないからである。二五条は原則的に禁止されたことがらの回避を問題とする。したがって専売制・テリトリー制に関しては二五条は適用されないことになるが、実際には再販売価格維持と専売制・テリトリー制は結合していることが多く、必ずしもそうとは言い切れない。ただし、一八条により一旦無効宣言がなされ、それを回避しようとする場合には二五条二項が適用される。同項はほかに「本法により下された処分」を回避することも禁止しているからである。

三　二六条二項

事実行為の規制に関してはさらに二六条二項が重要である。同項は本来は不当な妨害行為、差別的行為の規制を目的とするものであり、再販・専売制・テリトリー制とは直接関係がないが、妨害・差別行為が実際上それらの手段となっている場合には、かかる行為を禁止することにより間接的に再販・専売制・テリトリー制規制の役割を果たしうる。またとくに専売制・テリトリー制については、それらを実行すること自体が、かかるシステムから排除される事業者にとっての不当な妨害・差別行為となることがあり、この場合にはより直接的な規制の意味をもつ。

但し同項は独自の違法性の要件を有しており、まず行為の主体は、(i)市場支配的事業者、あるいは、(ii)個別的な関係において

他の事業者をして自己に依存せしめている事業者（以下では便宜上「優越的事業者」と呼ぶことにする）、に限られる。さらに妨害・差別行為は「不当（unbillig）」あるいは「実質的に正当化される理由のない（ohne sachlich gerechtfertigten Grund）」ものでなければならない。そしてこの「不当性」、「正当な理由」の不存在――まとめて「不当性」と呼ぶ――の判断の際には差別者と被差別者の利益の比較考量により決せられる。したがって差別事業者の営業政策上の合理性も広く認められる可能性があり、市場全体の競争秩序に与える影響という観点はこの「不当性」の判断の際には十分に反映されない場合も起こりうるという欠点がある。

四　その他の条文

西ドイツでは再販売価格規制は非常に厳格であり、再販価格の単なる勧奨も三八条一項一二号により禁止される。但し先にも述べたとおり、商標品に関しては、例外的に価格勧奨が三八a条により認められている。しかしそれでも認容されるためには厳格な要件を満たすことが必要である（詳細は後述）。

また専売制については市場支配的な事業者が採用する場合には（二六条二項の適用のほかに）、その地位の濫用として二二条の適用を受ける可能性がある。

以上のように西ドイツにおいては、多くの条文が相互に交錯し複雑な状況を呈しているが、一五条と一八条を中心に、垂直的拘束をもたらす手段に注目しそれぞれ別個の規制条文を用意している点が特徴的である。すなわち要件を異にしながらも各条文が相互に補完しあいながら再販売価格維持、専売制・テリトリー制の規制を行なっているのである。以下では、再販売価格維持、専売制、テリトリー制ごとに項目を立て、関連条文について順次運用状況を検討し、代表的判例を紹介する（なお事例はできる限り最近のものを選ぶことにした）。事例はすべて Wirtschaft und Wettbewerb 誌掲載のものを用いた。

第二節　再販売価格維持

一　運用の概観

(1)　一五条における違法性

すでに述べたように一五条は契約相手方の価格決定の自由の制限に違法性の根拠が求められている。[1] 価格決定の自由の拘束であるから、その内容は具体的な価格の指示にとどまらず、上限（下限）価格、価格計算の条件、割り引き率、運賃計算の基礎等、を契約で定める場合でも十分である。たとえば、契約のなかで、「通常の商人の採用する適正なマージンを考慮して設定される価格算定基準」を守るように義務づける場合でも、それにより価格決定の自由が制限されるとして、具体的な価格指示はなくとも違法であるとされてい

る（後出(1)事件）。

ここで問題となるのは、契約と関連して、どの程度の拘束があれば、契約による再販維持として一五条の適用がなされるかということである。価格の遵守が明確に契約の内容となっている場合には問題がないが、そうでなくとも、価格政策に従わなければ経済上の不利益が課されること（リベート削減、取引停止）が契約のなかに規定され、そのために間接的に再販維持がもたらされる場合でも同様に考えてよいとされている（WuW / E BKartA 1023 Ofenpreisbindung）。両者を区別する理由はないからである。

(2)　事実行為による再販売価格維持

事実行為による再販売価格維持の規制ではまず二五条が考えられる。同条一項について、ここではたとえばメーカーと販売業者が相互の利益のために協調して再販売価格維持を行なうというような場合が対象となると考えられるが、実際上問題となった例はみあたらず、現在のところ二五条一項はこの領域では機能していない（むしろカルテル的行為の規制の方面で注目されている）。

むしろメーカーが一方的に販売業者に何らかの担保手段を用いて指示価格を守らせることの方が多く、この場合には二五条二項の適用領域に属する。回避禁止規定としては二項が重要である。同項のいう「不利益」ないし「利益」とは相手方に競争制限的な行為をさせる契機となるあらゆる手段のことである。「不利益」の代表は取引停止（拒絶）であるが、その他リベート削減、差別的取扱い等もふくまれる。また価格ダンピングもこれに該当することがある。「利益」として忠誠度リベート、極端に高いリベートなどの供与が挙げられる。もっとも「不利益」と「利益」は表裏の関係にあり、明確に区別できるものではない。

二項はこのような手段によって相手方事業者の価格決定の自由を妨害すること自体を規制する。したがって、条文の文言からも明らかなように、実際にかかる手段が行使される必要はなく、また行使されても相手方が現実に指示に従うことまでは要求されない。但し、行為者が一五条によって禁止される「行為（すなわち再販維持）をさせるために（um zu einem Verhalten zu veranlassen）」かかる手段が用いられることが前提となっている。

この点をより詳しく論じたのが一九六五年の連邦最高裁判決（後述(2)事件）である。本件では大手の電気製品のメーカーが、卸売業者に命じて、推奨小売価格を守らない小売業者への供給の停止をさせたという事案に二五条二項の適用が争われた。最高裁は二五条二項の解釈に関して次のように述べた。不利益の付与はそのことによって一定の目的、すなわち他の事業者の競争の自由への介入、を追求する場合にはじめて違反となる。したがって取引停止が最終的

(endgültig) なものにすぎず、それによって相手方事業者の将来の行動を自己の政策に従わせようとする意図が存在しない限り違法とはならない。この判断の意味するところは、自己の政策に従わないという理由のみから、言い換えれば過去の行動に対する単なる報復として（たとえば廉売する販売業者を自己の販売組織から排除する）取引停止がなされたというだけでは不十分であり、将来に向けて再販売価格の維持を図ろうとするメーカーの意図が立証されなければならないということである。この点について最高裁はさらに次のような一般論を述べている。すなわち、(i)当該行為の目的が明確にあらわれていない場合には個々の状況を総合的に評価して判断しなければならない、(ii)その際、単なる取引拒絶の事実のみでは不十分であるが、逆に取引拒絶に要請・警告がともなっていないということのみをもってかかる意図を否定することもできない。そして傍論ながら次のようなことも述べている。取引拒絶がなされた時点では意図がみとめられなくとも、右の事実から、取引拒絶をうけなかった他の販売業者の間に、将来同様の措置をうけるかもしれないという認識が生まれ値引きを控えるようになれば、二五条二項の適用の可能性がある。本件では結局そのような事実は認められないとして差し戻された。

最高裁はさらに一九六六年の判決において右の見解を発展させた (WuW / E BGH 755)。これは、ビールメーカーが、同社の製品を取り扱うあるセルフサーヴィスの卸売販売業者に対し価格水準を他の卸売業者のレヴェルにまで引き上げることを要求したにもかかわらず無視されたため取引停止を行なったというものである。原審では二五条一項の適用が否定されたが、最高裁は、原判決が、卸売業者の価格政策に影響を与えようとするメーカーの意図と取引停止にともなうそれ以外の意図とを適切に区別していないという考えに立ち、(i)当該卸売業者が指示された価格水準に従うならば取引を再開する用意がメーカー側にある場合には、再販売価格に影響を与えようとする意図を認めることができ、逆に、(ii)当該卸売業者がいかなる価格で販売しようとも、もともとセルフサーヴィス店を自己の販売システムから排除しようとする目的で取引停止がなされたのであれば、かかる意図は否定されると述べた。そしてここでも右の観点から事実認定のやり直しを求めて原審に差し戻している。

このように最高裁は、事前に希望価格を指示し、従わない事業者に取引停止をするだけでは不十分であるとし、行為者の一五条回避の意図（他の事業者の価格決定の自由を制限する意図）を要求してその立証を求めている。しかしその場合個別事例ごとにあらゆる状況を考慮するにしても、一九六六年判決のような基準にたよりすぎると、本項の規制の対象範囲は極めて限られたものになる。なぜな

ら行為者は真の意図を隠蔽することにより法の適用を免れることができるからである。

次に下級審判決も含めてその後の二五条二項の適用が認められた例を検討してみる。たとえば一九六七年のシュトゥットガルト高裁判決（WuW/E OLG 355 Bauknecht）では、電気器具のメーカーが新聞広告によってあらかじめ表示した自社製品の販売価格以下で販売した小売業者に対し卸売業者を通じて価格を引き上げるように働きかけ、小売業者がこれに従わなかったため取引停止をしたという事実が基礎になっていた。メーカー側は取引停止が最終的なものであり小売業者の過去の行為に対する単なる報復であると主張したが、裁判所はこれを認めず、メーカーは取引停止によって一方的に小売店の価格を引き上げさせようとしたのであり、その意図は他の小売業者らの価格行動をできる限り一致させるように介入していくことにあったことは当事者間では争いがないと述べ、いかなる状況からそのような意図が認定されたのかについては具体的には説明していない。しかしおそらく取引停止前に卸売業者を通じて値引きをやめるように積極的に働きかけた点が評価されたと考えられる。

同年に下されたコブレンツ高裁判決（WuW/E OLG 857 Anzeige）は右にのべた最高裁の理論を批判している点で興味深い。本件事案はシュトゥットガルト高裁判決とほぼ同じであるが、ただ取引停止をうけた小売業者がそのことを新聞で公表し他の小売業者に知られるに至ったという事実があった。高裁はまず、メーカーが同様に右の最高裁理論を持ち出し正当性を主張した点を把えて、最高裁は不当な競争制限を阻止するという二五条二項の意義と目的を十分に評価していないとしてその理由を次の点にわたって述べている。すなわち、(i)最高裁は取引停止を行なう者の意図を余りにも問題にしすぎており、(ii)そのため真の意図を隠蔽することによって法の適用を免れる道が開かれる、(iii)したがってこの意図の証明は、たとえばあらゆる状況を考慮に入れるにしても、一応の証明(prima facie Beweis)のルールを用いない限り不可能である。このように述べて結局二五条二項の適用をみとめている。その際とくに注目したのは、右に述べたように新聞での公表によって他の小売業者に取引停止の事実が知られていた事実である。高裁はこのことから取引停止が他の小売業者に影響を与えないということは考えられないと述べた。つまり当然彼らは右の事実から、メーカーは指示価格の遵守を要求していること、また従わなかった場合には問題の小売業者と同じく取引停止を受けると考えるであろう。このような行為が二五条二項違反でないとするのは同規定を骨抜きにするものである。このようにここでは取引停止が他の小売業者に与える効果を客観的に判断することにより行為者の意図を認定しており、前

出の最高裁が傍論で述べたアプローチに従っていることがわかる。もっとも高裁は、最高裁のように取引停止をうけた事業者との関係に限定しても右の意図は認められると述べている。つまり、(i)取引停止が小売業者の値引き販売という事実だけを理由としてなされたこと、(ii)取引停止をする前に文書によって小売価格を引き上げるように働きかけていること、(iii)メーカーは口頭弁論において小売業者が将来メーカーの価格政策に従う義務を負うならば直ちに取引停止を解除する旨の発言をしていること、等の事実をあげ、メーカーの意図が、小売業者の価格を自らの政策に合った方向に変えてゆこうとする点にあったと断言するには十分であると結論づけている。

さらに一九六九年のデュッセルドルフ高裁判決（WuW/E OLG 974 Bierbezug）では、極端な廉売をする販売業者に対する取引停止に二五条二項が適用された。すなわちあるビールメーカーAが、廉売販売業者Bに対し、他の販売業者らから苦情が出ていること、今後もBと取引を続ければA自身、他の販売業者との取引を失なうことになるであろうということを再三警告した（つまり間接的に取引停止を通告した）にもかかわらず廉売をやめなかったため、Bとの取引を停止したというものである。高裁は、Aの取引停止が他の販売業者の苦情を静めることにあったとして、自己防衛的動機を一応認めたものの、それでもAが販売業者Bの価格形成の自由に影響を与えようとする意図をもっていたことは否定されないと判断した。今まで挙げた事件と異なり本件ではメーカーの価格政策の事前予告の事実はとくに認定されていない（もっとも判決文からは必ずしも明確ではない）が、ここでも取引停止を実施する以前に何度もBに警告を発していた事実から、Bは当然、販売価格を引き上げれば取引が再開されると考えたにちがいないとし、結局問題の取引停止は最終的なものではなく、Bの再販売価格を引き上げようとする目的をもってなされたとの結論に達している。

最近の一九七九年のベルリン高裁判決でも同様の判断がなされている（WuW/E OLG 2205 Jeans）。これはジーンズの有力なメーカーが値引き政策をとる販売業者に対し、回状の送付、個別的な電話、手紙等を通じて低価格政策を続行する場合の取引停止の可能性を事前に通告していたことが問題とされた。このことから高裁は、メーカーが自己の商品の価格を、指示したレヴェルに（事前の価格政策が示されていたようである）引き上げようとする意図を有していたことを認定した。そして、ここでもメーカーは、指示価格を守って販売している他の販売業者らからの圧力にさらされ、場合によっては彼らを顧客として失なうおそれがあったという正当事由を主張したが、そのことからただちに当該行為の違法性は阻却されないとして斥けられている。

最後に一九七二年連邦最高裁は消防用の防水服メーカーによる取引停止に対し二五条二項適用を認めている（後述(3)事件）。本件でも事前に手紙を通じて取引停止の通告がなされているが、この事実および手紙の文面からメーカー側の意図が判断されている。

以上みてきたように、二五条二項の適用の場合には、不利益（取引拒絶）を加える際の理由、および事前に値上げをするように働きかけたか否かという点、が最も重要な考慮要素となっている。当事者の陳述なども考慮されるものの、実際には、主観的要件の立証はそれほど厳格には要求されておらず、右の要素を中心に、一連の事実を総合的に評価しながら、かなり客観的な接近方法がとられていることがわかる。

次に事実上の再販売価格維持の規制に関連する条文として二六条二項がある。とくに(ii)（五六頁）の優越的事業者が差別・妨害行為をてこにして再販売価格維持を図る場合が問題となろう。ここで優越的事業者の定義について簡単に説明しておく。二六条二項二文によれば、優越的事業者とは、買い手又は売り手をして、「他の事業者に取引相手を変更する十分かつ期待できるだけの（ausreichend und zumutbar）可能性がないほどに」自己に「依存（abhängig）」せしめている事業者である（二六条二項二文）。いかなる場合にこのような依存性が認められるかという点について、連邦最高裁は、有名なフランスのスキーメーカーが同社の製品を廉売する販売業者に取引停止したことに対し二六条二項の適用が争われた民事事件において、次のように述べた。すなわち、依存性の判断は客観的メルクマールによって、つまり、事業者が差別事業者の商品から他の商品に変更するいかなる客観的可能性があるのかということ、を基準としてなされなければならない。競争メーカーの数、彼らの間での競争状況、差別事業者が当該市場で指導的地位にあるという事実、差別事業者の商品を取り扱う販売業者の売上高、等はそれ自体では決定的な判断要素とはなりえない。最も重要な点は差別事業者の商品の市場における知名度（Stellung und Ansehen）、および広告その他の方法によって形成される製品差別化の程度である。本件事業者の商品の西ドイツにおける市場占拠率は八パーセント、取引停止をうけた小売業者の取扱量全体に占める割合は三パーセントであったが、最高裁は、本件事業者のブランドの評判がスポーツ用品販売業者にとって非常に高く、名の通った販売店として活動するためには当該ブランド商品を取り扱わざるを得ない状況にあるとして、依存性を認めた（WuW/E BGH 1391 Rossignol; その他、有名な料理用ワインメーカーについて、WuW/E BGH 1429 Asbach Fachgroßhändlervertrag）。

差別・妨害行為の代表は取引拒絶やリベート操作である。したが

って本項と先に検討した二五条二項は、適用の際に事実を同じくする可能性がある。もっとも、最初に述べたように二五条二項は再販売価格維持と直接関連する規定であるのに対し、二六条二項は差別・妨害行為一般を規制することを目的とし要件も異にする（その意味で間接的規制である）。たとえば二五条二項の場合は他の事業者の価格決定の自由を制限しようとする行為者の意図が要求されるのに対し、二六条二項の場合には必要ではなく、その意味で後者の適用範囲は広い。逆に二六条二項では行為者の範囲が限定されるうえに、行為自体が不当なものでなければならない。またその判断の際には事業経営上の合理性も考慮される。もっとも再販維持の目的が明白であれば、正当な理由はほとんど認められない。

二六条二項の機能がこのように間接的なものであるとはいえ、このことは立法者自身明確に認識していた。立法理由のなかの次の説明は、同項が再販売価格維持の規制をも意図して規定されたことを物語っている。

「二六条二項二文は、商標品の生産者が、選択的販売システムあるいはリベート操作によって、有名な商標品についての勧奨価格の維持を図ろうと試みることを阻止する。この新規定によって、販売業者にとって競争力をつけるためにはその品目を取り扱わざるをえない商標品の生産者には、原則として供給義務が生まれる。」(2)

実際にも、最近のものとして、有名な家電メーカーが、再販売価格維持の適用除外が廃止になった後も取引拒絶を手段としてブランド内競争を回避しようとしたことに対し、二六条二項が適用された例がある（WuW/E BKartA 1591 SABA II）。

二六条二項は、専売制・テリトリー制においてより重要な役割を果たしており適用事例も多いため、これ以上の説明は第三、四節に譲る。

(3) 価格勧奨の規制

三八条一項一二号は、自己の商品の購入者らに対し、「第三者への再販売の際に、一定の価格設定方法を採用し、又は価格設定において上限もしくは下限を考慮する」ように「勧奨」する者に過料が課せられる旨を定めている。「勧奨」は単なる意見の伝達や表明とは区別され、相手方の意思に何らかのかたちで影響を与えようとする行為者の努力をともなうことが必要であるとされている（WuW/E BGH 369 Kohlenplatzhandel）。したがってここでも行為者のそのような意図が証明されなければならないが、その場合行為の外形を手がかりにした客観的な判断が許される。勧奨の形態は一切問われない。そして重要なことは、この規定は再販売価格を勧奨すること自体を禁止する規定であるから、相手方がそれに従ったか否かは問題とされない（同じ勧奨禁止規定でも、勧奨を斉一的に遵守して

はじめて違法となる三八条一項一一号とのちがいがここにある)。

このように、西ドイツではその実効性にはかかわりなく価格勧奨それ自体を禁止するという非常に厳格な規制がなされている点が特徴的である。ところが、すでに述べたように商標品に限って一定の要件のもとで価格勧奨が認められる。本稿のテーマからすればこの点が重要なので次に検討する。

三八a条によれば価格勧奨が認められるためには次の要件が満たされなければならない。

(i)商標品であること、

(ii)勧奨に拘束性のないことが明白に示され、かつその実行のために経済的、社会的およびその他の圧力が行使されていないこと、

(iii)当該価格が勧奨の相手方の多数の者が要求する価格と合致するであろうという予測をもって勧奨がなされていること(以上三八a条一項)。

最後の(iii)の要件は価格の内容に関するもので、これにより勧奨価格が市場の実勢に合ったものであることが要求される。これは実際の市場価格よりもかなり高い価格を指示することにより、相手方の販売業者をして大幅な値引き宣伝を可能ならしめ(いわゆるMondpreis)、消費者の利益を害することを防ぐ趣旨だとされている。

重要なのは(ii)の要件である。非拘束性の表示はかなり厳格に要求されている。すなわち拘束性のないことは明確に示されなければならない。価格勧奨に関する連邦カルテル庁の覚え書き(Merkblatt über die Verwendung Unverbindlicher Preisempfehlungen vom Dez. 1980)によれば、用いられるべき表現は、「拘束性のない価格勧奨(Unverbindliche Preisempfehlungen)」もしくは「拘束力のないものとして勧奨された価格(Unverbindlich empfohlener Preis)」であり、勧奨としての性格に限定を加えるようなこれ以外の表現、あるいはことばの短縮は許されない。たとえば「拘束性のない基準価格(Unverbindlicher Richtpreis)」という表現はその拘束的性格のゆえに許されない(WuW/E OLG 1633 Roxy)。さらに非拘束性の表示は、価格が記載されるすべての資料(価格リスト、広告文書、カタログ、新聞広告、TV)になされ、不注意な買い手にも判明可能なものでなければならない。

次に勧奨した価格を販売業者に遵守させ、あるいはその値引きを低く押えるために圧力を行使しないことが要件である。これはかなり広くとらえられており、単なる価格の指示以上の、商品購入者の価格形成に影響力を行使することは、原則としてここでいう圧力の行使とみなされる。ところでこの場合にも、三八a条一項違反と同時に、二五条二項、二六条二項の適用が考えられる。この点に関し

て一九八一年のベルリン高裁判決（WuW/E OLG 2476 japanische Hifi-Geräte）は次のように述べている。まず本件は日本のハイファイ・ビデオ機具のフランクフルトの総代理店が販売業者に対してなした再販売価格勧奨に三八a条二項、二五条二項の適用が争われた事件である。勧奨は回状の送付によって行なわれたが、代理店はそのなかで拘束性がないことを一応表示していたものの、それと同時にその表示を限定するような文言が加えられていたために右に挙げた(ii)の非拘束性の表示の要件が満たされていないとされた。またさらに回状において、価格勧奨に従わない者を代理店に知らせるべき旨の要請がなされている点をとらえて、裁判所は、この文言により販売業者の間には少なくとも、密告されるのを避けるために勧奨を守ろうとする心理的圧迫が生まれるとしてやはり(ii)の要件を満たしていないと判断した。そして問題の二五条二項の適用に関して、三八a条一項の圧力の行使と二五条二項の不利益の行使とは完全に同じではなく（後者は前者以上のことを意味する）、本件では（心理的）圧力は存在するが、不利益の行使までには至っていないと述べて、二五条二項の適用を否定した。このように三八a条一項は規制の対象範囲が二五条二項、二六条二項よりも広いということができる。

なお右に挙げた要件が満たされていない場合、および要件を満たしていても一定の濫用があった場合には、かかる勧奨は禁止される（同条三項）。

(4) その他の条文による規制

最後に、以上検討したもののほかに再販規制の範疇に加えることができる場合を説明しておく。

今までの事例は指示価格を守らない者に対し、従来の取引を個別的に停止したことが問題とされたのであるが、他方でメーカーが最初から販売業者に対し取引先を限定することによって再販維持を実現する場合がある。とくに一九七三年に再販売価格維持の適用除外制度が廃止されてからは、取引先の制限によって再販禁止を事実上回避しようとする傾向が強くなったといわれている（Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1973, S. 18ff.）。かかる販売システムが契約によって行なわれる場合には次にのべる一八条の規制対象となる。たとえば、家電メーカーが販売業者に対し契約でディスカウントハウスへの再販売を禁止し、商品の値崩れを防ぎ再販維持を図ったことに対し一八条が適用された例がある（WuW/E BKartA 761 Elektro-Discount）。このように場合によっては一八条も間接的に再販売価格維持規制に貢献しうるのである。

次に主要判例の検討に移るが、中心となる一五条、二五条二項の適用事例のみを取り上げることにする。

二　主要判例

(1)　家電メーカー事件（一九七四年ベルリン高裁判決、WuW/E OLG 1553 Kalkulationsklausel II）

テレビ・ラジオなどの娯楽用電気製品を製造しているメーカーA社は、それまで採用していた価格拘束制度の廃止後、改めて製品の販売を電気製品の専門販売店（卸売業者と小売業者）を通じて行なうこととし、それぞれ卸売業者と小売業者との間で販売契約を締結した。そしてこの二種類の契約のなかに全く同じ内容の次のような条項が含まれていた。

「A社は……当該商品について、商人の間で通用する諸原則に合致した取引のルールを採用すべき義務をすべての顧客に対し課すことを決定した。……供給の固定した部分については、適正なマージンを考慮した、通常の商人の価格形成のための計算の基礎が採用されなければならない。」

そしてA社は同社の製品について、一定の幅をもたせた「標準消費者価格」を記載したパンフレットを作製し交付した。

これに対し連邦カルテル庁は右の契約が、卸・小売業者の価格決定の自由を制限することを理由にその実行の差し止めを命じた。A社の方から抗告がなされたが、高裁は次のように述べてこれを斥けた。

「この計算条項は買い手の価格形成における経済的活動の自由を制限している。かかる条項の意義は、卸売業者および小売業者に一定の価格水準を守らせ、価格の無制約な下落を防ぐことにある。『適正なマージン』という場合それは当業界において商人が通常採用しているマージンのことと理解すべきである。そのこととは別にA社はどの程度のマージンが適正であるかを明らかにしている。したがって……パンフレットに記載されている価格一覧表から、販売業者は、それより低い価格で消費者に販売することはA社の目からみれば適正ではないという結論を導くであろう。価格一覧表やパンフレットは最終消費者向けに作製され、消費者にとっての判断のための基準を与えるものにすぎないということは問題ではない。なぜなら、卸売業者、小売業者がA社の価格についての考えを知っており、それを遵守しようとする心理的圧迫が存在することのみが重要だからである。」

「一五条は、相手方がさらに契約を締結する際の決定の自由の制限のみを要件としているのであるから、当該卸売業者、小売業者に対し特定の再販売価格を指示しなかったというA社の主張は認めることはできない。計算条項によって、買い手の価格決定に一定の制限が課せられているということで十分である。」

(2)　SABA事件（一九六五年連邦最高裁判決、WuW/E BGH 704 SABA）

選択的販売システムを採用している大手の家電メーカーＳＡＢＡ社が、同社の製品を勧奨小売価格を下回って販売した小売業者Ａの名前を記載したリストを卸売業者に配布し、卸売業者をして取引を停止させたという事件である（なお当時はまだ価格勧奨禁止規定が存在していなかった）。連邦カルテル庁はＳＡＢＡ社に対し二五条二項（この当時は一項）違反として過料決定を下した。ＳＡＢＡ社は抗告し最高裁まで争われた。

最高裁はまず、二五条二項によれば、不利益の行使はそれによって一定の目的つまり他の事業者の競争上の決定の自由に影響を与えること、が追求されている場合に限り違法となるのであり、行為に対する一種の報復として不利益が加えられているにすぎない場合には同項の適用には不十分であると述べた。したがって、二五条二項は、製造業者が小売業者の販売価格が自己の考えに合致しないという理由から彼との取引を停止することを――それにより同時に小売業者をして自らの望む一定の価格行動をとらせようとするものでない限り――原則として問題としない。

このように二五条二項違反が成立するか否かは結局、取引停止が右のような意図・目的をもってなされたか否かに依存しており、事案のなかで具体的に証明されなければならないことになる。これは二五条二項が一五条の回避を禁止する規定として構成されていることからくる限定であるが、それと同時に、取引の停止が、本来事業者の取引先の選択の自由の領域に属する問題であり、法はそこまでは介入しないとの原則がここで表明されているとみることができよう。そして一方でこのような事業者の取引先の選択の自由の保護、他方で再販禁止の回避行為の阻止、という対立する二つの要請の調整を「意図・目的」の要件によって果たそうとしていると考えられる。

続けて最高裁は、右の意図・目的の立証に関して、当該措置の目的が明確に表われている場合は別として、そうでない場合には、個々の事案におけるあらゆる状況を総合的に評価しながら判断しなければならないと述べた。そして、その際、取引停止の事実のみでは不十分であるが、逆に取引停止に要請や警告がともなっていないということのみをもってかかる意図を否定すべきではないとも述べている。さらに、取引停止の時点ではかかる意図がなくても、その事実から、取引拒絶を受けなかった他の販売業者が将来同様の措置をうけることを恐れて値引きを控えるようになる場合には二五条二項の適用可能性があることを認めている。

しかし本件では意図が十分に証明されていないとして原審に差し戻された。

(3) 防水服メーカー事件（一九七二年連邦最高裁判決、WuW/E BGH 1246 Feuerwehrschutzanzüge）

消防署で使用される防水服を生産しているA社は、販売業者Bからの取引の申し込みにこたえて、文書により、商品を供給する用意があることおよびその際の取引条件、販売価格を伝達した。その後Bは、地域の消防署長に対し広告文書を送付しA社の製品の販売プロモーションを行なった。しかしA社はそこに記載された再販売価格が受け入れられないとしてBに対し、手紙により、同社の製品を取り扱っている他の販売業者の価格に合わせるべきことを要求した。そしてさらにその後の手紙のなかで、「他の販売業者と価格について協調できないのであれば他の供給者を捜すことは自由であるが、容易なことではないであろう」という旨を伝達した。結局A社は、原材料の調達が非常に困難であるため現存の入手可能な原料による製品は通常の価格で販売する販売業者にのみ供給することを理由にBとの取引を停止した。

バーデン＝ヴュルテンベルク州カルテル庁およびシュトゥットガルト高裁は、一連の書簡の文面から、取引停止が販売業者Bをして、他の販売業者の価格を遵守させる目的をもってなされたことを認めた。

最高裁もこの判断をみとめ、右の事実から、A社の意図がBの行為に対し報復することよりもむしろその価格を引き上げることに、すなわちBの将来の価格決定の自由に介入することにあったと認定するには十分であると判示した。

三　違法性の基準

再販売価格維持の規制に直接かかわる規定は、一五条、二五条二項、そして勧奨規制の三八a条であるが、以上の検討から明らかなように、西ドイツでは事業者の価格決定の自由を保護法益とし、かかる自由に対する拘束を除去するという立場から規制がなされている。価格決定の自由の拘束のみが問題であるから競争秩序に与える影響は顧慮されず、一対一の関係でも違法となる。この意味では非常に厳格である。価格勧奨すらも相手方を拘束しないことの明確な保障があってはじめて認められる。

事実上の再販売価格維持に関しては、取引拒絶等の手段そのものを規制するという方法が採用されている点が特徴的である。但し単なる取引拒絶が禁止されるわけではなく、それが相手方の価格決定の自由を拘束する意図をもってなされたことが必要である。この意図の認定にあたっては、(i)自己の価格政策を事前に知らせていたか否か、(ii)取引拒絶の前に相手方になんらかの働きかけがあったか否か（これが最も重要）、(iii)その他取引拒絶に至った情況、等が検討され、総合的に判断される。この点アメリカと比較すると西ドイツの方がより厳しいと言える。それはアメリカの場合、シャーマン法一条の「結合」という行為概念を通じて規制するため、一定

程度の実効性担保手段の存在の認定が必要となるのに対し、ここでは、手段それ自体が問題とされ、しかも違法性の根拠は価格決定の自由に対する一方的な拘束となっていることが理由であろう。もっとも再販売価格維持はメーカーと販売業者の協力体制のもとで行なわれることもある。これは二五条二項ではなく一項の規制領域に属する問題であろう。その解釈および二項との関係は非常に興味深いテーマであるが西ドイツにおける今後の法運用を待つほかはない。

(1) 一五条は再販売価格維持のみに関する規定ではない。たとえば最近西ドイツで一五条の適用問題として取り上げられたものに、広告業界で広く行なわれていた拘束条項がある。これは出版社が広告取次事業者に対し、広告主との取引の際に出版社の定めた価格リストを遵守するように義務づけるもので、一五条に違反するか否かが争われた（最高裁は否定）。そのほか経済力のある事業者が供給者に対し、他の（より有利な条件で取引している）事業者と同等の価格条件を与えることを義務づける条項（最恵待遇条項）も供給者の価格決定の自由を制限するため一五条の問題となる。

(2) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. Juni 1973, BT-Drucksache 7/765 (zu Drucks. 7/696)、但しWuW 1973, S. 593 に依った。

第三節　専売制

一　運用の概観

(1) 一八条の違法性

規制の中心となるのは一八条である。同条一項は一定の類型の拘束条件付契約（一―四号として列挙されている）について、それらが実質的要件（a―cの三つ）を満たす場合にカルテル庁が当該契約の無効を宣言し、かつ同種の拘束的契約の新たな実施を禁止することができる旨定めている。このように、再販売価格維持と異なり、専売制（およびテリトリー制）に関しては事業者の拘束そのものを違法とする構成はとられておらず、一定の要件を満たしカルテル庁の無効宣言をうけない限り当該契約は有効である。

本稿の対象である専売制に該当する類型は、一八条一項二号に定められている。すなわち二号の予定するそれは、契約の相手方が、「他の商品を、（当該供給者以外の）第三者から購入すること、あるいは（当該購入者以外の）第三者に販売することを制限する」契約であるが、前段の部分がここでいう専売制にあてはまる。

次に専売制を内容とする契約が違法となるためには一定の実質的要件（競争制限的効果）を満たさなければならないが、一八条では、我が国の不公正な取引方法と異なり、より具体的に規定されている。すなわち次の三要件である。

a　それによって、市場における競争にとって重大な程度の(erheblich)数の事業者が同種の拘束をうけ、彼らの競争の自由が

不当に（unbillig）制限される（要件a）。

b　それによって、他の事業者の市場への参入が不当に（unbillig）制限される（要件b）。

c　かかる制限により、当該商品もしくはその他の商品、又は役務に関する市場において競争が実質的に（wesentlich）阻害（beeinträchtigen）される（要件c）。

以上の要件のいずれかを満たすことが必要である。以下順に説明する。

（i）要件aについて。これはb、cと異なり被拘束者の競争の自由の保護を直接目的としている。但し個々の事業者の保護ではなく、まず「市場における競争にとってかなりの数の」事業者が同種の拘束に服している場合でなければならない。これは単に複数の事業者が拘束されているということだけでは不十分であることを意味し、実質的にはむしろ市場全体における自由競争秩序の維持を狙っているとみることができる。この意味でb・cの要件と関連をもつ。拘束は「同種」であればよく完全に同一である必要はない。

以上のことからも明らかなように、要件aは、同種の拘束条件付取引が多くの事業者により用いられ、業界全体にそれが普及しているような場合を規制の対象として想定している。そして、このような場合には、かかる取引は、個別的にではなくシステム全体としてとらえられ、それが被拘束者の競争の自由、さらには市場の競争秩序に及ぼす効果が検討されることになる。「かなりの数」であるか否かは、拘束をうけた事業者の当該市場に占めるシェアを中心に判断される。要件aはGWBの制定当初にはなく、一九七三年の改正の際に追加されたものである。しかもとくに排他条件付取引＝専売制（そのなかでもビール、石油製品、ガス業界で行なわれている専売制）の規制を意図したものだとされている。たとえば、決定にまでは至らなかった例であるが、液化ガスのメーカー一五～二〇社が販売業者らとの間に、五～一〇年の期間を定めて同一内容の排他的購入契約を締結し並行して、専売制を採用していたことに対し、連邦カルテル庁は、かかるシステムにより九〇パーセント以上の数の販売業者が拘束をうけ、しかも彼らの売上高のシェアも極めて高いことを指摘し要件aが満たされたとして（その他b、cにも該当するとされた）、専売制を破棄するように警告している（Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1977, S. 61; 同種の例として1978, S. 40）。

次にこの競争の自由の制限は「不当（unbillig）」なものでなければならないが、これは要件bにおいても要求されており、その意味や判断の方法は同一なのでそこでまとめて説明する。

（ii）要件bについて。この要件は文字どおり、人為的な参入障

壁により他の事業者の競争の自由が制限されることを問題とする。とくに参入制限がその直接的効果である専売制にとっては最も重要な要件である。そしてこの場合にもかかる制限は「不当(unbillig)」でなければならない。不当性の判断は個々の事案に則して具体的になされるが、その際一般的には、競争の自由の保護というGWBの目的を考慮しつつ、拘束を実行する事業者と拘束をうける事業者の利益の比較考量によって行なわれる。したがってここでは、専売制の競争制限的効果のみに注目して違法性が判断されるのではなく、事業者の事業経営上の合理性やメリット(安全性の確保、合理化、信用の維持)が考慮のなかに入ってくることになる。但し一八条二項によれば、「他の事業者に残されている取引可能性との関係で参入制限が実質的でない(unwesentlich)」場合には要件bの意味での不当性は否定される。たとえば、連邦カルテル庁は、専売制により販売業者の三〜五パーセントしか拘束を受けていない場合(Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1972, S. 75—皮革製造業者について)、専門販売店の二五パーセント弱を拘束してはいるが、この販売ルートには重点が置かれていないなどの場合(同右 1966, S. 49—陶器製造業者)に、制限は実質的でないとして一八条の適用を否定している。したがって要件bを満たすためにはまずかなりの(量的に実質的な)市場閉鎖効果が認められることが必要である。なおこの場合にも、同様の拘束が並行して採用されている場合にはそれらが全体として考慮され閉鎖効果が判断される。

(iii) 要件cについて。この要件は、拘束的取引が直接・間接に市場における競争に及ぼす効果の点から規定されている。要件a、bが、事業者の競争の自由に対する制限からの保護に関連するのに対して、ここでは市場全体における自由競争秩序の維持(ドイツ流にいえば「制度としての競争の保護」)を目的としている。a、bと異なり不当性の判断は不要である。

このように三つの要件は、aにおいては被拘束者の競争の自由を、bは被拘束者以外の者の参入の自由を、cでは直接・間接に市場における競争に与える影響を中心に構成され、一応別個のものとして位置づけられる。しかしこれらは截然と分けられるわけではなく、相互に関連しあっている。なぜなら元来競争秩序の維持は、被拘束者の自由の保護あるいは事業者の市場への参入の自由の保護を通じて達成されるものだからである。このことはとくに、本稿の対象である専売制について妥当する。実際にも専売制が一八条違反に問われる場合には三要件を同時に満たしたとされることが多い。

西ドイツにおいて専売制が競争法上問題とされるのは、とくに石油製品、自動車、ビールの業界である。これらの業界では、各メーカーの間で排他的な配給システムが広く行なわれており、早くから

その規制の必要性が議論されていた。[1]

石油製品の分野では、メーカーが系列のガソリンスタンドや給油所を通じて自社製品（潤滑油、自動車の手入れ用石油製品）を排他的に販売することが慣行化していたが、連邦カルテル庁は一九六八年に、自動車の手入れ用製品の販売に関し一八条違反として過料決定を下している（後述(1)事件）。本件では四社の石油製品メーカーが同様の拘束的取引を行なっていたが、連邦カルテル庁は四名にそれぞれ別個の手続をもって過料を下すとともに、違法性の判断については、並行的な当該販売システムにより、他の専門メーカーや卸売業者にとって現存する四六、二〇〇のガソリンスタンドのうちの三八、〇〇〇が失なわれ、しかもガソリンスタンドを経由した手入れ用製品の販売が近年重要性を増していることを理由に、手入れ用製品の専門メーカーや卸売業者の市場への参入が不当に制限され（要件b）、さらに当該商品の小売業者への販売市場における競争が実質的に阻害される（要件c、ちなみにこの当時は要件aは存在していなかった）と判断した。参入制限の不当性の判断においては、市場閉鎖的効果が非常に大きいことから他のメーカーや卸売業者の利益の方を優先させた。

また自動車業界においては第二次大戦後、大手のメーカーがそろって選択的販売システムをとり入れ、自動車および交換用部品（スペアー）を自己の販売ルートを通じて販売してきた。連邦カルテル庁は一九七九年 Volkswagen 社による交換部品の販売に関して、これを二六条二項、一八条違反として差し止め決定を下した(WuW/E BKartA 1781 Identteile)。本件では同社が系列のディーラーや修理業者に対し、同社の生産する乗用車の修理用の交換部品はすべて、同社製造にかかるオリジナル交換部品を用いるように義務づけたことが問題となった。Volkswagen 社の乗用車の交換部品はほかにも、部品の専門メーカー（下請業者）や卸売業者によっても取り扱われており、主に同社の系列外の小売業者、修理業者に供給されていた。一八条の適用に関して連邦カルテル庁は、Volkswagen 社製乗用車の交換部品の小売業者および修理業者向けの販売市場を前提とし、同社が三〇パーセントの市場占拠率を有する大手のメーカーであること、当該拘束により部品メーカー、卸売業者は約三、四〇〇名の販売先を失なうこと、およびこれらの系列販売業者による取り扱い高の全体に占める割合は五〇パーセントであることを理由に、部品メーカーや卸売業者にとって当該市場への参入が実質的に制限されていると述べた。そしてかかる制限の不当性については、第三者の市場への参入を制限するような手段の採用は、メーカーが追求する目的との関係で最小限度に止まらなければならないとし、新車の販売促進、効率的な販売システム、一貫した品質管理・アフターサー

ヴィスの達成のために交換部品についてかかる拘束を課すことは行き過ぎであるとして、Volkswagen 社製乗用車の品質管理・アフターサーヴィスのために必要でない交換部品にまで購入を義務づけることは不当であると述べた（要件b）。しかしその後事案は最高裁にもちこまれ結局 Volkswagen 社が勝訴した（後出(2)事件）。もっとも本件は二六条二項の適用が主として争われた事件であり、最高裁はそこでは二六条二項についてだけ判断している。

以上の連邦カルテル庁の実務から明らかなように、専売制が一八条違反となるのは、かなりの数の事業者が拘束をうけ市場閉鎖効果が大きい場合である。その際、拘束事業者の経営上の合理性の追求は、他の事業者の競争の自由を制限しない最小限度の手段によらなければならないと考えられ、厳しいテストが課されているといってよい。

(2) 二六条二項による規制

二六条二項と専売制とのかかわりは次の二点に求められる。一つは利益・不利益の供与を手段として自己との取引を増大させ、競争者の製品を排除する場合であり、ここでは、利益・不利益を受ける者とそうでない者の間での差別行為として捉えられる。第二に専売制の存在により、競争者や相手方事業者が取引の機会を大幅に失ない、その事業活動が妨害される場合である。

本項適用上の最大の問題は、差別・妨害行為の不当性の判断である。これは、**法制の概観**でも述べたように、確立した判例理論によれば、競争の自由の保護に向けられたGWBの目的を考慮しながら、行為者とそれにより直接・間接に影響をうける事業者の間での利益考量により決せられる。したがって先に検討した一八条の要件a・bにおける不当性の判断と方法的には異ならない。しかし具体的な事案のなかで展開される際には両者の間には相違が生ずるように思われる。[2] なぜなら一八条の場合には、主として、専売制が並行して用いられ、多くの事業者が同種の拘束をうけ、かなりの市場閉鎖効果が生じているという前提のもとで利益考量が行なわれるわけであり、ここでは、両当事者の利益のみならず拘束の競争に及ぼす影響が考慮されるのに対し、二六条二項の場合には、事案の内容により必ずしもこの観点が入らず純粋に差別者と被差別者の一対一の利益考量に尽きることがありうるからである。たとえば、前述のスキーの有名ブランドのメーカーが安売りする小売業者に取引停止をしたことに対し二六条二項の適用が争われた民事事件（**第二節 一 運用の概観**参照）では、依存性は認められたものの、最高裁は、相手方の小売業者の方も取引停止に対抗してメーカーの営業を妨害するような態度をとった点を考慮して、取引停止に対する反応としては許容範囲を逸脱しているとして不当性を否定している。また不当性判

断の際に下級審判決が全体経済的考慮をも同時に行なったことを批判して、最高裁は二六条二項の場合には、全体経済的あるいは経済政策的考慮は必要ではなく、相互に対立する個人的利益の考慮が中心であると述べている（WuW/E BGH 1629 Modellbauartikel）。

そこで次に専売制に二六条二項が適用された例について、この点を中心に考察してみよう。

まず専売制そのものに二六条二項が適用された前述の Volkswagen 社事件（右に挙げた第二のタイプ）であるが、最高裁はまず自動車の交換部品市場の特殊性を強調し、交換部品の販売は新車の生産・販売と経済的、機能的に密接に結びついているとする。すなわち乗用車は販売後も恒常的な保守、点検、修理等のアフターケアが必要な商品であるため、メーカーは専門の設備や人材を配置し消費者の期待にこたえるように努めなければならない。なぜならそのようにして自社製品の品質を確保し新車販売における競争力を高めることが可能になるからである。そうであればメーカーにはさらに進んで、自己の商品の品質を落としめるような要因はできる限り排除し、最適の顧客サーヴィス、交換部品提供のシステムを求める利益をもつというべきである。したがって Volkswagen 社が同社のオリジナル交換部品の排他的購入および使用を契約により確保する利益はむしろ強調されるべきである。以上のように述べて最高裁は、かかる利益と部品メーカーや卸売業者がその商品の販売ルートを自ら決定する利益との比較考量では前者を優先させた。最高裁は続けて、不当性の要件には競争の自由に向けられた法の目的も反映されているとし、(i)問題の販売システム（排他的拘束）が品質と適正な価格にもとづいた自由かつ公正な競争の原理に合致しているか否か、(ii)よりゆるやかな、競争制限的でない手段により同じ目的が達成されないか、の観点から再度 Volkswagen 社の拘束的取引を検討している。しかし結局、いずれの観点からも、違法となる理由を見出すことができなかった（詳細は後述(2)事件参照）。

さらに一九七九年連邦カルテル庁は International Harvester 社のリベート制に対し二六条二項違反として差し止め決定を下している（WuW/E BKartA 1805 International Harvester）。本件は、農業用トラクターの販売について専売制を採用していた International Harvester 社（同社は優越的事業者とみなされた）が、さらにその他の同社の農機具（自動コンバイン、荷造り機、乾燥機）をも排他的に取り扱う販売業者に対してより高いリベートを提供したという事件である。連邦カルテル庁は、同社の行為が、(i)農業用トラクターのみを販売する販売業者の事業活動を妨害し、かつリベート操作によって同社の政策に従う者とそうでない者とを差別するものであり、(ii)さらに競争者である他のメーカーの活動をも妨

害しているとみなした。(i)の場合に行為が不当であることについては、まず競争の自由の保護という法の目的が決め手であるとしたうえで、本件リベート制の内容が排他的取引の増大に従って払戻し率も高くなるというものであり、これは、数量リベートのような販売業者の売上高に対する報酬としてではなく、販売業者の取引先の選択を不可能にし、あるいは困難にすることを目的として行なわれている点が問題とされた。また、本件リベート制が、需要の極めて低い農機具の販売拡大のための手段であったとの主張に対しては、連邦カルテル庁はそのような目的のために抱き合わせ販売は不要であると述べ、さらに成果（能率）競争の観点からも、本件リベートが他の競争者から供給をうけないことに対する対価であることを理由にこれを斥けた。(ii)の競争メーカーに対する妨害の不当性についても、取引を当該メーカーに集中させる本件リベート制のもつ吸引効果により、既存のメーカーらの取引の機会は悪化し効率的な生産が不可能になると述べて、彼らの利益を優先させるべきだと判断した。

連邦カルテル庁は右決定の数日後、今度はペット動物用飼料の大手メーカーである Effem 社の報奨金、リベート制に対し、二六条二項および二二条四項違反として差し止め決定を下した（WuW/E BKartA 1817 Fertigfutter）。

本件では、前出の事件とは異なり、排他的取引が直接の条件とはされておらず、Effem 社の主要商品であり知名度も高い犬猫用フードのほかに同社のその他の商品を取り扱えば、販売業者は年間の売上高に従って累進的に報奨金が得られるというシステムが採用されていた。連邦カルテル庁はまず Effem 社が市場支配的地位を有していることを認めた後、当該システムは報奨金の支払いに関して販売業者を差別的に取り扱い、かつ彼らの事業活動を妨害するとみなした。そして利益考量においては、Effem 社の利益（コスト節減による効率的な販売システムの追求）と差別される販売業者の利益の間でだけでなく、さらに自由な参入および妨害をうけない競争活動に対する公衆の利益もその中に加えている。この前提に立ち、連邦カルテル庁は次のように述べた。(i)当該報奨金は、注文の形態が同社にとってどれだけコスト節約に役立っているかの点は考慮せず（たとえば、年間の取り扱い高がそれほど多くなくとも販売業者が一度にまとめて注文するような場合にはそれだけコスト節約され、同社にとって利益となる）、単に年間の注文高の合計を計算の基礎としており、かなり恣意的である、(ii)この支払いシステムは販売業者の業績に対する対価というよりはむしろ、結果的には、競争品の取り扱いを放棄することへの見返りとしての性格をもち、その意味では忠誠度リベートに近い、(iii)Effem 社の主張するように

効率的な販売システムを追求するとしても、より競争制限的でない手段があればそれを用いるべきであるところ、本件報奨金はかかる手段としては不適当である。そして最後に、競争の自由を求める法の目的を考慮すれば、「差別行為者の市場力が大きければそれだけ、行為を正当化する事由には厳格な要件が課せられるべき」であるとして、当該報奨金の販売のレヴェルにおける競争に対する阻害効果をみれば、販売業者や大衆の利益の方が重要であると結論づけた。

このように、専売制の事件では不当性の判断の際に競争の自由の観点がじかに介在している。これは二六条二項の行為主体が有力な事業者に限定されていることから専売制はかなりの実効性をもつこと、したがってそれだけ競争制限的な効果が明白であること、が原因だと思われる（この点において販売拘束やテリトリー制の場合と異なることについて次節参照）。

(3)　二二条四項による規制

以上述べたことのほかに、市場支配的事業者が専売制を実施する場合には、その地位の濫用として、同時に二二条四項により規制されることがある。同項はたとえば濫用の一形態として、その一号において、「実質的に正当化される理由なしに、他の事業者の競争の可能性を、市場における競争にとって重大な方法により妨害すること」を掲げている。たとえば、(2)で取り上げたEffem社に対する決定はベルリン高裁に抗告がなされ、結局そこでも違法であることが確認されたが（後出(3)事件）、高裁は二二条四項一号違反の方を主として問題としている。すなわち高裁は、(i)忠誠度リベートおよび本件でEffem社が用いているような、経済的には忠誠度リベートに似た報奨金システムは、買い手が自己の商品をその取り扱い品目のなかに加えるべきであるとの前提で行なわれるものであり、それ自体成果競争の原則に合致しない、(ii)むしろそれは、買い手の購入先の選択を奪い、さらに既存のメーカーの市場への接近を困難にし、新規参入を妨げることを目的としている、(iii)このような競争者の競争の可能性に対する重大な妨害はEffem社の利益を正当化しない、との理由を指摘し、同社の行為を二二条四項一号該当の濫用であるとみなした。ここでは競争者の参入の制限が明確に違法性判断の際の考慮事項となっていることに注意すべきである。

二　主要判例

(1)　石油メーカー事件（一九六八年連邦カルテル庁決定、WuW/E BKartA 1199 Kraftfahrzeugpflegemittel）

西ドイツの大手の石油製品メーカー四社はガソリン、潤滑剤等の自動車用製品を、自己の系列のガソリンスタンドを通じて販売していた。これらのガソリンスタンド営業者には二つのタイプがあり、(i)土地を自己で所有し、石油会社から融資をうけあるいは賃借に

より設備を整えガソリンスタンドを営業する者で、その見返りとして石油会社の製品を排他的に販売する義務を負う、(ii)第二に土地も設備も石油会社に依存している者であり、この場合は(i)より広範な拘束に服している。西ドイツ全体における両者の比率は、前者が六〇パーセント、後者が四〇パーセントであった。そして石油会社各社とこれらのガソリンスタンドとの間の販売契約は右のいずれの場合でも――わずかな例外を除いて――代理商契約であり、ガソリンスタンドはそれぞれの石油会社の製品を会社の名前と計算において排他的に販売していた。

本件で問題となったのは自動車の手入れ用製品(Kraftfahrzeugpflegemittel)の販売であるが、この商品はもともと、専門のメーカーおよび交換部品・アクセサリーの卸売業者によりガソリンスタンドを経由して販売されていた。ところが石油会社四社は一九六五年から一九六七年にかけて当該商品を新たに契約品目のなかに加え系列のガソリンスタンドを通じて販売する政策を開始した。ただし当該商品の販売に関しては、ガソリンスタンドは完全に独立の小売業者として、自己の名で、自己の計算において活動した。そして石油会社らは、自己以外の者の生産する手入れ用製品を取り扱わせないようにガソリンスタンド営業者に働きかけ、あるいは圧力を行使したため紛争を生じ、或る手入れ用製品メーカーからの申し立てを契機に、四社に対しそれぞれ別個に手続が開始され、結局一八条違反としてすべて同趣旨の決定をもって、契約の実行が差し止められた。本件はそのうちの一名（A社とする）に関するものである。

自動車の手入れ用製品市場（小売業者への販売市場と最終消費者向けの販売市場）における競争の実質的妨害（要件c）について、連邦カルテル庁は次のように判断した。

すなわちまず、「当該市場における競争が実質的に妨害されているか否かの問題の検討にあたっては、A社の拘束システムを個別的に評価すべきではない。法の文言、意義、目的はむしろ全体経済的考察を要求しており、したがって同種の拘束システムの全体を判断の基礎に置かなければならない。……一八条の一～四号に挙げられている行為の自由の制限は、その市場に及ぼす効果（市場への参入の制限、競争の実質的妨害）のゆえにカルテル庁により規制されるのである。このことは、行為の自由の制限が行なわれた法的、経済的な全体枠のなかで対市場効果を考察しなければならないことを意味する。……同種の拘束が存在し、それらが、問擬されている諸契約と結びついて、一八条の要件となっている市場効果を生み出している場合には、これらはむしろ全体として評価されるべきである」と述べた。手続の時点では、手入れ用製品の専売制は系列ガソリンスタンドの間に完全に行き渡っていたわけではなく、競争品の販売

もかなり行なわれていたが、連邦カルテル庁は石油会社とガソリンスタンドの従来の関係からみればA社の政策が遵守される可能性は十分あり、また競争の実質的妨害という要件は契約が完全に実行された場合にいかなる市場効果が生じうるかという観点から検討すべきであるとして、石油会社四社によって拘束されるガソリンスタンドの数が絶対的に多いことを理由に右の要件が満たされることを認定した。すなわち、ガソリンスタンド等の小売業者に当該商品を販売する事業者（専門のメーカー、卸売業者）は、現存する四六、二〇〇のガソリンスタンドのうち三八、〇〇〇を失なうことになり、残りのガソリンスタンド（そのうちの一部も同様の拘束をうけることが確実である）や百貨店、スーパーマーケット等の小売業者を利用する途しか残されていなかった。そして石油会社らは、ガソリンスタンド経由の販売の全市場に占める割合は四〇パーセントにすぎないと主張したが、カルテル庁は、それでも市場の三二パーセントが閉鎖されていると反論し、しかも近年石油業界は手入れ用製品の販売を拡大しつつあるためガソリンスタンド経由の販売高がさらに増大しうるということも無視できないと述べてこれを斥けた。

次に市場への参入の不当な制限（要件b）について。この場合にも同様に拘束システム全体の評価から出発し、当該商品を小売業者に販売している事業者のこの市場への参入が不当に制限されていることを肯定した。問題の不当性は、A社がかかる拘束を用いる利益と、当該商品を供給する他の事業者がガソリンスタンド市場の開放に対してもつ利益との間での客観的な比較考量――その際一般大衆の利益が尊重されなければならないとされた――により判断され、要件cの場合と同様の理由から後者の利益を優先させた。そのほか、石油会社がガソリンスタンドを自らの資金で設立したからこそ当該商品の販売も可能になったのであり、したがって制限をうけるとしても不当とはいえないとのA社側からの反論は、本件では、自己の土地を所有しその上でガソリンスタンドを経営している事業者とA社の契約だけを問題としていることを理由に認められなかった。また利潤の拡大という動機を根拠とすることも、それのみではこの種の広範な拘束を正当化しないとされた。

(2) Volkswagen 社事件（一九八一年連邦最高裁決定、WuW/E BGH 1829 Original-VW-Ersatzteile II）

本件は西ドイツにおける自動車の最大メーカー Volkswagen 社（市場占拠率三〇パーセント）が、自己の系列の販売業者、修理業者との間の契約のなかで、同社の乗用車の修理に関してはそのオリジナル交換部品のみを販売、使用するように義務づけたことが問題となった。オリジナル交換部品とは Volkswagen 社が自ら生産する部品のほかに同社の下請業者の生産にかかり、同社の検査をうけ

た後商標を付される部品のことである。これらの下請の部品メーカーは、右の製品の一部を、独立の修理業者、ガソリンスタンド、駐車場、百貨店等に代理店および卸売業者を通じて直接販売していた。右の制限条項により Volkswagen 社製乗用車の交換部品全体の約五〇パーセントが系列販売業者らによって販売されることになった。連邦カルテル庁は一九七九年同社に対し、二六条二項および一八条違反として契約実行の差し止めを命じた。

まず二六条二項違反について。連邦カルテル庁は当該拘束により、下請けの部品メーカーおよび卸売業者がその事業活動を妨害されているとみなした。そして不当性の判断の前提として、とくに市場の開放性への配慮が重要であり、第三者への参入を妨害・阻止するような競争制限的行為は、行為者が主張する利益を保護するのに必要な程度、すなわち最もゆるやかな手段に限定されるべきである（目的と手段の均衡）と述べた。Volkswagen 社の利益としては、(i)顧客に対するぎまん的行為（オリジナル部品が使用されるという顧客の期待を裏切ること）や商標侵害に対する防止、(ii)交換部品の効率的な販売網の整備、(iii)新車の販売促進手段としての効率的な交換部品システムの確立、(iv)新車の名声を、オリジナル部品の基準に合わない交換部品を排除することにより保持する必要性、が指摘された。連邦カルテル庁は、(i)については、他のより競争制限的でない方法があるとして、また(ii)に関しても、この種の経済上の合理性は市場への参入を実質的に妨げることの正当化事由にはならないとの理由から全面的に否定した。しかし、(iii)、(iv)に関してはメーカー側の主張を一応認めた。しかしこのような利益は、Volkswagen 社製乗用車の品質保証、顧客サーヴィスにとって必要でない交換部品についてまでも、下請けメーカーや卸売業者を完全に排除することを正当化しないと述べた。さらに(iv)においては、下請けメーカーの製品の品質が特に劣っているという確実な事実はなく、また仮にそうだとしてもそれをチェックする実施可能な方法は他にもあり（欠陥が発見されればその事実を系列販売店に伝えて使用を控えさせる等）、現に他の自動車メーカーは本件のような拘束システムを採用していない、という理由が示されている。以上のように述べて、連邦カルテル庁は Volkswagen 社の品質管理、顧客サーヴィスに必要でない部分の交換部品の排他的拘束を不当と判断した。

一八条について。連邦カルテル庁は、さらに本件拘束により、交換部品メーカーや卸売業者が、Volkswagen 社製乗用車の交換部品の自動車販売業者、修理業者向けの販売市場へ参入する自由を不当に制限されている（要件b）とみなしている。一八条二項のいう参入制限の実質性の要件（**運用の概観**(1)参照）が満たされているこ

とは(i) Volkswagen 社の拘束システムにより約三、四〇〇名の系列販売業者が部品メーカー・卸売業者に対し排除されていること、(ii)およびこれらの系列販売業者を通じた販売の当該市場全体に占める割合は五〇パーセントであること、(iii)同社の市場占拠率は三〇パーセントであること、から承認された。さらにその不当性は二六条二項の場合と同じ理由で認められた。

本件は最高裁に持ち込まれ、その帰趨が注目されたが、結局連邦カルテル庁決定を支持した高裁判決が破棄され、Volkswagen 社が勝訴した。最高裁はほとんど二六条二項についてのみ判断し、連邦カルテル庁・高裁とは異なり、排他的拘束の不当性を否定した。

最高裁はこの結論に到達するのに、前提として概ね次のようなことを確認した。

Volkswagen 社の拘束システムを評価する場合には自動車の交換部品市場の特殊性から出発しなければならない。交換部品は新しい自動車の開発・販売によってはじめて需要が造り出されるものである。しかも自動車メーカーにとって競争とは単に車を売るだけでなく、その後の品質管理、良質の顧客サーヴィスをも重要な要素とした顧客の獲得を意味する。メーカーはそうすることにより自動車所有者の修理・アフターサーヴィスに対する信頼をも得ることができるわけであり、現在はこれが通常の競争形態である。この観点からしてすでに Volkswagen 社は系列販売業者に交換部品の使用・購入について排他的拘束を課す利益があるというべきである。下請けメーカーや卸売業者の取り扱う交換部品に欠陥が少ないという事実は右の利益を排斥するものではない。同社は検査の結果発見された部品を積極的に除外し、品質に関する自己の名声を維持する利益をも有する。また他の自動車メーカーらが Volkswagen 社のような拘束システムを採用していないということも重要ではない。なぜなら実際には競争メーカーらの系列販売業者も、交換部品をほとんどメーカーから購入しており、事実上オリジナル交換部品の購入を強制されているといってもよいからである。

このように述べて、利益考量においては Volkswagen 社の右の利益を支持した。しかし最高裁は、この判断は決して、常に自動車メーカーの利益が下請け部品メーカーや卸売業者の利益に優先することは意味しないとし、さらに、競争の自由を志向する法の目的からのテストを受けなければならないと述べた。そしてここでは、(i) Volkswagen 社の販売システムが、良質廉価の商品、サーヴィスを手段とするところの自由かつ公正な競争の原則に合致しているか否か、(ii) Volkswagen 社はより競争制限的でない手段によって同じ目的を達成できないか、の二点から検討がなされている。そして、(i)については、排他的購入拘束を通じて、オリジナル交

換部品の価格計算においてより有利な戦略的地位を得ようとするのであれば問題となるが、本件ではそのような事実は認められないとした。また(ii)については、高裁判決が部品の検査システムの積極的導入、系列販売業者への情報提供、必要な場合の使用制限という代替的手段があるとして排他的拘束を不当としたのに対し、最高裁は、これは顧客・交換部品提供サーヴィスの信頼性確保という Volkswagen 社の利益の過小評価にもとづいているとして、これらの代替手段では同社のかかる利益の追求には十分でないと述べた。そして、メーカーがよりゆるやかな、競争制限的でない手段を採用しなければならないという要請は、第三者の競争のために適切かつ実施の容易な手段を放棄し、より煩瑣な手段への変更を求める程に広くはない、とされた。

(3) Effem 社事件（一九八〇年ベルリン高裁決定、WuW/E OLG 2403 Fertigfutter）

西ドイツにおける最大の動物用飼料メーカー Effem 社は同社の製品の販売に際し次のような報奨金システムを採用していた。

(i) 一年間の販売高に従って卸売業者、小売業者に報奨金（ボーナス）を支払う。これは販売高に応じて段階的に増加する。

(ii) 販売高は次のいくつかのグループに分けて計算される。すなわち、同社の主力商品である(ア)ドッグフード、(イ)キャットフード、および(ウ)これらを合わせたもの、さらに、(エ)これらの商品のそれぞれに同社の他の商品（Alles für das Tier シリーズの各品目）を合わせたもの、である（他の品目を取り扱えばそれだけ報奨金は増加する）。

Effem 社はこのシステムを最初から用いていたわけではなく、競争者である Latz Purina、Glücksklee の両社が流通ルートにおける地位を徐々に高めるようになった一九七五年からであった。同社は多大の宣伝・広告費を投入しており、商品の知名度の点でも競争者を圧倒的に引き離していた。

連邦カルテル庁は一九七九年 Effem 社に対し二六条二項、二二条四項違反として差し止め決定を下した。二六条二項の解釈についてはすでに**運用の概観**の箇所で述べたので（当該箇所参照）、ここでは二二条だけに限定する。連邦カルテル庁は二二条の趣旨について、妨害的濫用の領域における濫用監視は、もはや競争によって有効にコントロールできない程の市場支配力を持つ事業者が、市場構造を悪化させる、あるいは競争の原則に合致しない結果をもたらす行為を行なうことを阻止することを目的とすると規定し、かかる目的からすれば、二二条四項は市場支配的事業者のみに可能な行為だけでなく、すべての事業者が行ないうるものであっても市場力の大きい事業者が用いれば競争の自由に有害な影響を及ぼすような行

為、をもその規制対象のなかに含めるべきであると述べた。したがって事業者の一定の行為がその市場力のゆえに当該市場における競争を制限する場合には、すでにそこには濫用が認められうる。このように、市場支配的事業者は、その活動の範囲をかなり限定されることになるが、いかなる行為が彼にとって、合法なものとして（濫用にはあたらないとして）、残されているのかについての判断は、競争的な市場構造の維持および促進という基準に依拠しつつ市場参加者の利益考量にもとづいて決せられるとされた。このように二六条二項の不当性の判断と同じような枠組がここでも示されている。

この前提に従って本件では次のように判断された。当該ボーナスは Effem 社の全製品の売上高に対して与えられる仕組みになっており、しかも一年間という期間の長さからして、同社にとって強力な顧客の吸引効果をもつ。そのため製品差別化のもとで参入が困難となっている競争メーカーは、より一層販売業者との取引の機会を遮断される。この競争者の妨害は重大であり、利益考量においては競争者や一般大衆が市場の開放性に対してもつ利益の方が重視されるべきである。次に当該ボーナスシステムが成果（能率）競争（Leistungswettbewerb）の原則に合致した手段とみなされるか否かということが重要である。しかしこの観点からみても Effem 社の行為は許容されない。なぜなら、販売業者らは、ボーナスを失なう危険がある限り、価格やその他の取引条件の比較のみにもとづいて取引相手を決定するということはしなくなるからである。Effem 社の競争者がより有利な価格を提示しても、失なうボーナスに対する補償を得ない限り販売業者は取引をしないであろう。しかし競争者には通常そのような能力はない。競争者は顧客を失ない、彼の低価格政策の競争効果は排除される。彼は自己の効率とは関係のない価格政策を強要される。

ベルリン高裁も、二二条の適用を論じながら、Effem 社の行為を濫用と判断した。その理由は本質的に連邦カルテル庁と同じであり、**運用の概観**でも述べたのでここでは繰り返さない。

三　違法性の基準

西ドイツにおいて専売制が競争法上問題となるのは、以上みたことからも明らかなように、市場閉鎖効果がかなり大きい場合（一八条）か、有力な事業者が行なう場合（二六条二項、二二条）である。そしていずれの場合でも、さらに不当性あるいは正当な理由の不存在が要件となっており、ここでは専売制を採用する事業者の利益（事業上の合理性、メリット）が検討されるが、その際、(i)専売制を採用することが、あるいはそれをもたらす手段が、成果（能率）競争の原則に合致しているか否か、(ii)その利益を追求するのに、よりゆるやかな、競争制限的でない代替手段はないか（目的と

手段の均衡）、の観点からのテストを受ける。但し、競争制限効果が大きければそれだけ事業上の合理性への評価は低くなるといえる。このようにみてくると、西ドイツでは専売制における違法性の判断基準として、量的実質性の基準と質的実質性の基準の両者を要件のなかに採り入れていると結論することができよう。また一八条において、複数の事業者が並行して専売制を実行している場合にはそれらを全体として評価するというアプローチは我が国の解釈にも参考になると思われる。

(1) Immenga / Mestmäcker, GWB-Kommentar zum Kartellgesetz, München, 1981, S. 528.

(2) Ebenda, S. 541.

第四節　テリトリー制

一　運用の概観

テリトリー制も専売制と同様一八条、二六条二項により規制される。まず一八条一項は拘束的契約の一例として三号において、「供給された商品を第三者に販売することの制限」という類型を定めており（一般に販売拘束（Vertriebsbindung）と呼ばれる）、テリトリー制はこのなかに含まれると考えられる。この三号類型の拘束の規制は最近とくにいわゆる選択的販売システム（selektives Vertriebssystem）との関連で注目を浴びている。選択的販売とは、販売ルートを、一定の基準であらかじめ選別した販売業者のグループに限定するシステムである。その際に販売業者に一定の地域保護が与えられることがある。一例を挙げると、自動車業界は選択的販売が普及している業界であるが、我が国と同じく販売業者に販売地域の制限が課せられるのが通常である。ドイツ人の研究[1]によると、制限の内容はメーカーにより区々であるが、一般に共通しているのは、(i)契約で定められた販売地域の外ではいかなる方法であれ宣伝・広告、顧客獲得、支店の開設等の行為をしない、(ii)他の販売地域からの顧客と取り引きした場合には、その地域担当業者に調整金を支払う、という点である。また多くの場合販売業者には一手販売権は与えられておらず、販売地域に新たな販売業者を置く権限をメーカーが留保している。

実質的な違法要件の説明は専売制の箇所にゆずり、ここでは省略する。ただし要件aについては、専売制のような排他的拘束（二号）にのみ限定され、三号の販売拘束には適用されないとする説もある。ただし販売拘束が一八条違反とされた例は極めて少なく、したがって当然、テリトリー制そのものが問題とされた例もみあたらない。西ドイツにおいて地域制限が問題となるのはむしろ、国際取引において外国の特約代理店を保護するため国内販売業者に輸出禁止義務を課すような場合であり、これはEEC競争法の領域である。

ただし今後テリトリー制もふくめた販売拘束が一八条によって規制される場合、その違法性を右の三要件との関係でどのように判断すべきかを考える意味で、数少ない違反事件を簡単に紹介する。これは再販売価格維持のところ（**運用の概観**(4)参照）ですでに触れたが、家電メーカーが取引先の卸売業者に対し契約によって、ディスカウントハウスへの販売を禁止したことが連邦カルテル庁により一八条違反に問われた事件である（WuW/E BKartA 761 Elektro-Discount）。実質的要件について若干の説明を要する。本件は一九六三年の事件であるが、当時の一八条の実質的要件は現行法とは異なり、(i)拘束により契約当事者又は他の事業者の経済的活動の自由が不当に制限され（現行法には存在しない）、かつ、(ii)そのような制限の程度によって当該商品もしくは他の商品又は役務の市場における競争が実質的に妨害される場合（現行の要件c）となっていた。(i)については、本件拘束がもともと再販売価格維持のためになされたこと、すなわち違法な目的達成の手段であったことからただちに不当とされた。また(ii)については、ディスカウントハウスが電気製品の販売市場において占める地位が高く、過去において常に北部ドイツ市場における価格競争の担い手となってきたこと、および当該メーカーの商品のかなりの部分がディスカウントハウスを通じて販売されていた点に注目して、ディスカウントハウスを販売ルートから排除することはブランド内競争を著しく制限するのみならず、ひいてはブランド間競争に多大の影響を与えるであろうと述べ、競争の実質的妨害を認めている。

販売拘束（とくに選択的販売システム）の規制にとってはむしろ二六条二項の方が重要であり事例も多い。二六条二項の要件の説明も第三節にゆずる。本項と選択的販売システムが関係するのは、選択的販売システムを採用しているメーカー（とくに販売業者を自己に依存せしめている優越的メーカー）が自己の系列専門店以外の販売業者との取引を停止するような場合である。とくに、専門の販売業者とは業態を異にすることを理由にメーカーの販売システムからはずされたセルフサーヴィス方式の販売店――消費者マーケット（Verbrauchermarkt）、セルフサーヴィス百貨店（Selbstbedienung-Warenhaus）などと呼ばれる――や通信販売方式の販売店が、取引の再開を求めてメーカーの供給義務確認訴訟を提起するという民事事件が多い。[2] ここでも取引停止が不当であるか否かの判断が解釈の中心である。この点についての立ち入った検討はできないが、利益考量においては一般に、(i)一定の基準により（店舗面積、取引高、顧客に対するサーヴィスシステムの完備、展示方法など）販売業者を選択するメーカーの利益を中心に、(ii)取引停止をうけた販売業者側の事情――メーカーの主張する基準を実際に満た

していないのかどうか、また将来それを満たす能力、意志があるかどうか、(iii)取引停止に至った経緯――その際販売業者の対応の仕方も考慮される、(iv)一般的な市場状況、等が考慮され、取引停止に正当な理由があったか否かが判断される。そして特徴的なのは、専売制の場合と異なり、利益考量が純粋に当事者間でのみなされる傾向が強く、競争法的観点からの評価が必ずしも十分でないということである。これは、この種の事件の多くが民事事件であることも一因と思われるが、選択的販売システムの競争秩序に与える影響の把握が困難であり、また実際に競争制限効果が明確には現われていなかったため、考量の対象が当事者の私的な利益に限定される結果になったのであろう。したがって二六条二項の運用から選択的販売システムやテリトリー制の公正競争阻害性の基準を引き出すことは今のところ無理なように思われる。

二　主要判例

テリトリー制に関する適当な事例を筆者は見出すことができなかった。したがってここで取り上げることができない。

三　違法性の基準

このように、西ドイツにおいては、テリトリー制そのものに対する規制は十分な展開をみせるには至っていない。将来において一八条による規制が待たれるところであるが、その際、違法性は例で示したようにブランド内競争に対する影響を中心に判断されることになろう。次に二六条二項については、これも将来カルテル庁が競争政策的立場からより積極的に同項を適用するようになれば、利益考量においても興味深い判断が示されるであろう。

(1) Schmitt, Jost, Selektiver Vertrieb und Kartellrecht, Stuttgart, 1975, S. 158.

(2) 最近のものとして、たとえば次のようなものがある。①WuW/E OLG 2213 Haushaltsnähmaschienen（ミシンメーカーの専門店に対する供給停止）、②WuW/E OLG 2167 Nordmende（家電メーカーがセルフサーヴィス百貨店との取引を停止した例）、③WuW/E BGH 1671 robbe-Modellsport（模型メーカーが通信販売店との取引を停止した例）、④WuW/E OLG 2336 Modellbauartikel（③と同じ）、⑤WuW/E OLG 2294 Plaza（音響メーカーによるセルフサーヴィス店への取引停止の例）、⑥WuW/E BGH 1814 Allkauf-Saba（家電メーカーによる消費者マーケットへの取引停止）、⑦WuW/E BGH 1793 SB-Verbrauchermarkt（玩具メーカーの消費者マーケットへの取引停止の例）、⑧WuW/E OLG 2501 Stendhal Cosmetic（高級化粧品メーカーの代理店による百貨店への取引停止の例）。このうち不当とされたのは、①、②、④であり、③、⑥、⑦では認定不十分として差し戻されている。⑤、⑧では正当な理由ありとされた。なおいずれの事件でも、メーカーが販売業者に販売地域を指定していたか否かは不明である。

Vol. 33 No. 5 (1983)

Resale Price Maintenance, Exclusive Dealing and Territorial Restriction : a comparative examination (2)

Kenji SANEKATA*, Toshifumi HIENUKI**, Tateo WADA***

In this part of the note, regulation in West Germany is examined.

* Professor, Hokkaido University
** Assistant Professor, College of Library and Information
*** Assistant Professor, Otaru College of Commerce