

私法機能としての 市場支配・競争制限規制

田 中 裕 明

1 は じ め に

ドイツの通説によれば、事業者による市場支配的地位の濫用に対する規制につき、ドイツ民法典（B G B）138条や826条および不正競争防止法（UWG）1条の「良俗違反」を手掛かりとすべきではなく、もっぱらドイツ競争制限禁止法（GWB）の規制目的に従うべき旨主張される⁽¹⁾。しかし、このことは私法あるいは市民法レベルでの市場支配規制、競争制限規制を全面的に否定するものではなかろう。少なくともドイツでは、カルテルに対する規制の検討の中で、私法による規制が取り上げられた経緯があることから、このことは肯定できよう⁽²⁾。もっとも、当時（1897年）のライヒ裁判所（Reichsgericht）の判決では、私法原理（私的自治・契約自由）を貫いた結果、競争制限を肯定する結論となったことから、私法（市民法）による規制には限界があることが示される。

では、その限界とは何か、つまり逆にいえば、どこまで私法（市民法）による市場支配規制、競争制限規制が可能か。本稿では、この点を探究の目的とする。そして、この探究の手掛かりとして「良俗違反」に着目する。それは、一つには、ドイツの実務ではGWBとUWGとの接近が認められるからである⁽³⁾。つまり、市場支配的地位の濫用の発現形態について、これを「良俗違反」行為として構成することが試みられているの

である。実は、私法（市民法）による規制の限界を探ることは、このGWBとUWGとの接近の当否についての検討でもある。

他方、ドイツ法上、GWBおよびUWG以外での市場支配規制、競争制限規制については、1923年の「カルテル令（Kartellverordnung）」が挙げられる。しかしそこでも、BGB 138条および826条の影響を払拭することはできなかった。同法が「濫用規制主義」を採用していたからである。⁽⁴⁾依然として「良俗違反」というメルクマールが、判断基準としての位置づけを保っていたのである。

以上が、本稿のライト・モチーフである。

2 契約における「良俗違反」

ここでは契約条項にみる「良俗違反」を検討するに当たって、ライヒ裁判所からドイツ連邦通常裁判所（BGH）における判例を手掛かりとする。

まず、「締め付け契約（Knebelungsvertrag）」⁽⁵⁾にみる「良俗違反」の可能性を取り上げる。「締め付け契約」が問題となる局面とは、例えば営業譲渡などにみる「競争禁止義務」の場合で、「過剰な」競争禁止が義務づけられたときである。⁽⁶⁾これは、競争法との関連でみれば、GWB 1条のカルテルの禁止が否定され、したがって初めからGWB 1条による審査というアプローチが遮断されることを意味する。

「良俗違反」の「締め付け」行為に対する自由意思の保護は、ライヒ裁判所により法人のためにも、例えばコンツェルン組織の内部における従属関係の場合にも活用される。つまり、従属会社による「服従（Unterwerfung）」がその意思に反して、契約上、義務づけられる場合には、「良俗違反」とされる。⁽⁷⁾今日、現行ドイツ株式法における、いわゆるコンツェルン規定が、その限りで決定的な影響を与えている。

その他の例として、コンツェルンに類似する垂直的競争制限行為に、ビール会社とレストランの所有者との間の「ビール供給契約（Bierliefe-

rungsverträge)」が挙げられる。この契約では、ビール会社により利息上有利に提供される貸付に対する反対給付として、飲み物に関する長期的な独占的購入契約が、しばしば、締結される。この種の垂直的競争制限行為に対しては、カルテル官庁側から濫用監視としての規制が行われるが、實際上あまり有効に機能していない。他方、民事裁判例としては、B G B 138条 1項に基づいて、15年の期間を超えない購入契約のみを承認するものとしている⁽⁸⁾。

また、「締め付け」禁止が一定の役割を果たすのは、過剰な担保 (Übersicherung) により「良俗違反」となる債権者危殆 (Gläubigergefährdung) との関連においてである⁽⁹⁾。

次に、契約条項における「良俗違反」が問題となる点として挙げられるものに、「等価交換関係における妨害行為 (Äquivalenzstörungen in Austauschbeziehungen)」がある。この問題は、(濫用的) 高価格規制と交差する側面があり、その限りで、市場支配的事業者に対する濫用規制の問題ともなる⁽¹⁰⁾。その際、「良俗違反」と目されるための要件は、目下の市場力の程度と関係する。

第1の例として、カルテル法上許容される地域保護契約 (Gebietsschutzvertrag) に基づき、絶対的な独占的地位を享受できる電力供給事業者を挙げる。この事業者は、地域ごとに割り当てられ、当該地域に関係のない電力を転送するのみであった。したがって、固有の「市場へのサービス (Marktleistung)」は、測量装置の読み取りと計算書の付与に限られていた。測定方法の改良であるとか昼間電力と夜間電力の区分とというような、一連の優遇措置はとくになく、電力需要者に対して、当該事業者は、地域保護により競争者としては除外された地域の電力供給事業者が要求していた電力料金と比較して13.41%まで電力料金を引き上げた。このようなケースについて、B G Hにとっては、かかる電力料金の引き上げを「良俗違反」として想定するには十分であった (1971年6月16日判決)⁽¹¹⁾。

第2の例としてB G B 138条1項の一般的な「良俗違反」要件に基づいて判断される「賦払銀行」の場合の、「賦払信用」に関する判例が挙げられる⁽¹²⁾。この判例から指摘できる点は、「賦払銀行」という特殊な市場を前提とするのではなく、「消費者賦払信用」という全体市場への顧客の回避可能性を暗に認めていることである。もっともこの判例から結論としていえることは、「賦払信用」という仕方で限定される市場全般における金利違反は、「良俗違反」の唯一の理由とはならないということである。

最後に、契約における「良俗違反」が問われるものに、普通取引約款の「内容規制」が挙げられる。

この問題につき、ライヒ裁判所の判例を手掛かりにすると、「独占的地位の濫用」という考え方を見出すことができる⁽¹³⁾。「独占的地位の濫用」については、例えば、1906年1月8日の判例で、⁽¹⁴⁾ ヴィルヘルム皇帝運河——現在のキール運河——の利用の際、契約上の免責がライヒ裁判所により「良俗違反」とされた。同裁判所は次のように述べる。「個人が自己に事実上帰属する独占あるいは競争の可能性の排除を、一般の取引（運河の運行）に不当かつ過度の犠牲を課し、不当かつ過度の条件（約款）を設定するために濫用することはできない。けだし、かかる行為に対しては法的な承認を与えることはできないからである。当裁判所は、この一般原則を繰り返し主張してきたのであるが、これは、とりわけ、一般公衆には他の方法では自己の利益保持が不可能であり、設定された条件に服するよう余儀なくされる場合に、法律によって課せられている責任を契約上排除するときにも妥当する。」

本件につき、同裁判所にとって決定的であったことは、競争状態が阻止されたこと、すなわち十分かつ自由な契約の形成がもはや不可能であったということであり、その際同裁判所は独占要件の闕を、少なくとも比較可能な市場（支配的）地位要件の闕を、比較的高めに設定したのであった。その後、第二次大戦後のB G Hの判例は、「独占的地位の濫用」

理論からの転換を示した。⁽¹⁵⁾

今日、この「独占的地位濫用」の理論に代わって根拠とされているとみられるものは、BGB 242条（信義・誠実に従った契約の履行）であり、約款という任意法の規定の中に表れている「正義の観念（Gerechtigkeitsvorstellungen）」に依拠している。したがって、この基準から逸脱するような契約（取引条件）については、相当の理由が付されていなければならず、その際、取引の相手方の利益を十二分に考慮することが求められる。つまり、「独占的地位」はもはや問題ではないのである。

このような流れを経て、1977年ドイツでは、「普通取引約款法（AGBG）」が施行された。同法については、若干の批判もあったが、広くBGHの判例を手掛かりとしている。また、同法は、少なくとも消費者保護に向けての展開を示していることも、傾向として指摘することができる。この点、GWBにみられる競争法上の環境とは異なった様相を示している。⁽¹⁶⁾

3 「良俗違反」による損害～締約強制との関係～

ライヒ裁判所の判例の中で、事業者の市場支配的地位の濫用に対するさらなる手段は、損害賠償請求権として構成されるBGB 826条、249条による「締約強制」である。その場合の要件は、完全な独占あるいはほとんど独占とっていいほどの地位の存在である。⁽¹⁷⁾その際、その地位が高権的に設定されたものであるか、私法上形成されたものであるかは問題ではない。私法上形成された独占的地位については、それが全市場に及ぶカルテル（集团的独占）であろうが、単独事業者によるものであろうが違いはない。⁽¹⁸⁾

ライヒ裁判所の判例にみる「良俗違反」による損害賠償を認めた事例の中で、比較的厳格な要件を要するとされたものは、公共の福祉のためまたは一般的な商取引にとり不可欠と評される事業を営む独占的事業者、例えば電力供給事業者や運送事業者などである。ここで、取引拒絶をみ

ると、顧客が一方的に約定された不利な普通取引約款の条項に従った場合には、取引拒絶が、独占的事業者が商取引開始のための準備をしたにすぎない場合もあるのである。ここで「締約強制」を認めることは、実は、法技術的にみると、普通取引約款の「内容規制」以外の何ものでもなかったのである。その際、この「内容規制」は、B G B 138条1項について発展してきた基準から乖離するものでもない⁽¹⁹⁾。

これ以外の分野では活動の余地は相当に広く、市場支配的事業者には第三者との取引開始についての裁量権が認められている。とりわけかかる事業者であっても、当該事業者には自らの適正な利益の追求は禁じられていないのである。ライヒ裁判所の判例では、鉦泉を経営する事業者が、その従来⁽²⁰⁾の代表者から独占的経営権を取り上げ、より一層高い業績力があると見込まれた別の者に経営を委ねた事案で、同裁判所は当該経営権の委譲によって旧営業主が当該取引分野から放逐されるか否かを問題とすることなく、「良俗違反」を否定している。かかる場合、今日の競争法の視点からは、G W B 20条2項1文にみる、いわゆる「事業上の関係から生じる従属性」⁽²¹⁾に相当するものと考えることができ、必要があれば——もちろん無期限に供給の要求を許すものではないが——他の事業者への移行措置（回避可能性）を施すことを要することになるであろう。競争保護は社会保護ではないのである⁽²²⁾。

さらにB G B 826条は、カルテルの「内部組織強制」と「外部組織強制」に対する規制について役割を果たしていた。ライヒ裁判所は、カルテルの原則的合法性を前提としたため、カルテルを在らしめる手段そのものの除去には消極的であった。裁判所の対応としては、魔力化するカルテルに対しては、せいぜい一種の相当性の原則（すなわち、濫用規制）で臨むにとどまった。ここにB G B 826条の役割があった。またカルテルだけでなく、妨害行為あるいはボイコットの「良俗違反」は、追求される目的、投入される手段あるいは目的と手段の関係から明らかにすることができた。

カルテル強制に対する濫用規制について、前述の1923年のカルテル令をみると、その9条でカルテル契約に基づく制裁措置の実施について承諾を要するものとしていた⁽²³⁾。これは予防的措置として、カルテル裁判所の裁判長が言明すべきものとされていた。さらに内部的なカルテル強制に対する措置としては、むしろ間接的ではあるけれども、カルテル令8条の強圧手段に訴えることもできる。すなわち8条によれば、カルテル参加者は重要な理由が存するときは、いつでも解約告知することができた。カルテル裁判所の全判決の約5分の4が、この8条に関するものであった⁽²⁴⁾。カルテルの部外者（アウトサイダー）に対する措置としては、カルテル令9条のメカニズムはあまりに弱かったのである。少なくとも現行のGWBからみた場合、ボイコットの禁止（GWB21条1項）などについては同9条の前時代的な在り方は否めないところである。

BGB826条から演繹される締約強制が、今日でもなお役割を果たすのは、最終消費者および従業員の妨害あるいは差別（例えば、労働組合による従業員への差別）が問題となる場合である。けだし、GWB20条1項による妨害・差別の禁止は、GWBの意味での事業者に対する妨害・差別のみを対象とするからである。実際例としては、地域独占となっている新聞（lokale Monopolzeitung）による広告の受け入れ拒絶が挙げられる⁽²⁵⁾。さらに重要な適用のケースとして、スポーツ団体、ロータリークラブなどの私的なクラブあるいは職業団体における加入要請の際の妨害・差別が考えられるが、そこで疑問とされるのは、これらの団体は、例えば弁護士協会もそうであるが⁽²⁷⁾、事業上の利益を追求するものであるかどうかということである。

経済・職業団体が問題となる場合には、現行GWB20条6項が関わってくる。かつて同様のケースでライヒ裁判所がBGB826条を適用した際には、加入要請要件として、要請された団体の独占的地位が求められる限りにおいて、同条は狭く解釈されていた⁽²⁸⁾。しかしその後、当該団体には独占的地位が認められないにせよ、「経済的あるいは社会的領域に

における優越的な勢力地位 (überragende Machtstellung)』が認められる場合には、B G B 826条が適用されるようになった。⁽²⁹⁾この新たな基準は、判例によるさらなる明確化、適正化が待たれるところである。とりわけ、G W Bの市場支配概念との民事法上の連携 (Anschluss) がもつばら方向性としての意図されているのかどうか、あるいはこの規範概念 (優越的な勢力地位、市場支配) がさらに広い意味で理解されるべきかどうか、⁽³⁰⁾B G Hの判断が待たれている。

4 不正競争にみる「良俗違反」

ドイツではGWBとUWGは、まったく無関係に独自の発展を遂げてきた。UWGについては、その前身は1896年にまで遡り、現行法は1909年のものに由来する。その当時導入され、今日まで変更されずにいるUWG 1条の一般条項は、まず一方で買い手を誤認・混同させる行為を禁じ、他方で競争相手に対する妨害を禁じている。UWGのこのような在り方に対して、判例は、競争制限による侵害に対する営業の自由を守る状態にはないものとみていた。⁽³¹⁾1902年の判決でライヒ裁判所が意図したところは、「ドイツ書籍出版販売取引所組合」の側の行為者 (商人) に対する禁止行為の事例で、その禁止行為は合意された価格拘束 (価格カルテル) に依拠したものではなく、本件では、(当時のUWG 6条の意味での) 競争行為 (Wettbewerbshandlung) はまったく問題とならない、というのであった。この判決では、カルテルは善意でカルテル参加者の利益を促進する場合には禁止されないと判示されている。本件で問題とされたのは、組合が適正とみなした価格より安い価格で書籍を販売したいいわゆる「投げ売り屋」に対して、取引停止の制裁を加えたことであった。同裁判所の確認したところは、当該組合が投げ売り屋に対しこの措置を採ったことは、競争の意図を以て行動したのではなく、組合の利益を守るために行ったのであり、利益をめぐる争いは必ずしも競争という原因から発生するとは限らないということであった。この判決はその後

学説からの反発を受けることになるのであるが、ここに、競争法をめぐる、(W. メッセルの言葉によれば) 伝統的に誤って受け止められてきたダイコトミーの淵源をみることができる。すなわち、一方の、すべての事業者と同じ方法で妥当する「公正の保護 (Lauterkeitsschutz)」と、もう一方の、様々な程度の市場力を伴う「自由の保護 (Freiheitsschutz)」という区分である。前者は、UWGに課せられた命題であり、後者はGWB⁽³²⁾に委ねられた命題であるとされる。

ライヒ裁判所は、他方、UWG 1条の一般条項が適用されるケースについて、これを極端な事例に備えたものとみていた。その1つが、「経済的目的のためのボイコット」のケースであった。この場合、BGB 826条とUWG 1条は通常、並行して適用される。けだし、当該行為はいずれに対しても内容的に「良俗違反」を具体化するものとして一致しているからである。もう1つが、いわゆる「略奪的価格行為」であった。これに当たる具体的な事案として1931年の Benrather-Tankstellen 事件がある⁽³³⁾。ライヒ裁判所は、本件で投入された競争手段それ自体の「良俗違反」を否定した(ただし、事件全体としては、UWG 1条違反、BGB 826条違反とされた)。すなわち、カルテルを通じて行われた「略奪的価格行為」に対し、カルテルのアウトサイダーは自らの価格をカルテルの水準に合わせることで「略奪的」価格の問題が回避されてしまうのであった。ここに、アウトサイダーに対するカルテルの形成を承認しつつも、「良俗違反性」の認定には慎重にならざるを得なかった判例の理由づけにおけるジレンマをみることができる。本件でライヒ裁判所が意図していたと思われることは、商人の自主性に対する本件のような制約が、まったく「周知のこと」になっていたのではないか、ということである。また同裁判所は、カルテルの目的、つまり「無制限な価格独裁権を以てする市場(本件の場合、ベンジン市場)での独占的地位の確立」が「良俗違反性」を根拠づけるという見解も採用しなかった。同裁判所の考えるところは、「このような理由づけによっては、独占的地位の確立とい

うほとんどつねに意図的な目的を有する価格協定のいずれも法的根拠が疑わしくなる。もっとも、ドイツ法では、独占的地位の確立という目的をもつ価格協定が、価格競争を理由として直ちに良俗違反になるという考えは異質なものではあるが。」ということであった。このような文脈からみて、同裁判所がむしろ本質的な部分としてねらいとしていたのは、「略奪的」行為を通じてそれぞれの場合において、時には悪意の形で現れる当該行為の殲滅目的の方であったと思われる。ただ今日、本件判決が下された頃と時代状況は異なっており、殲滅意図のようなモチベーションをいずれの事業者もあからさまにはしなくなっている。したがって、UWG 1条のみによる判断（およびそれを正当化すること）は、今日實際上困難となっている。

そこで今日有力に主張される見解として、GWBにはUWGと同様、それぞれに独自のアクセントをもちつつも共通の保護目的に寄与するところがある、とされるものがある。すなわち、GWBとUWGを統一的に把握すべきものとしての競争秩序の維持を主張する見解である⁽³⁴⁾。このようにとらえた場合、UWGを介してなされる私権の保護はGWBにおけるよりも、はるかに広範囲に及ぶことになる。しかし、手続法上の調整問題も避けられないところであり、裁判管轄権、時効および訴権などについて調整問題が生じることになろう。したがって、統一的把握を試みる前に、一般的な競合論（allgemeine Konkurrenzlehre）の問題として解決を図ることができるのではないかと指摘される⁽³⁵⁾。例えば先に挙げた、「経済目的のためのボイコット」の事案と「略奪的価格行為」の事案についてみると、前者に関しては現行GWB21条1項にいう「ボイコット」の構成要件の解釈につき、UWG 1条で要件とされた「不当性」がほとんど常に肯定される形で、実務では進められてきている。後者に関しては先の Benrather-Tankstellen 事件にみられたように、UWG 1条の適用の有無から実務は進められており、同様のケースでは現在、現行GWB20条4項での「原価割れ販売の禁止」という形での検討もなさ

れるようになっている。もっとも、現行GWB20条4項の形になるまではGWB自身に種々の変遷があったことから、単純にUWGとGWBの「二重の違反」が肯定できるとは限らないものと思われる。現状では、判例のさらなる蓄積が待たれるところである。

そのほか、BGHによれば、個々の直接競争に関わる規範、例えば現行GWB15条の「垂直的価格拘束の禁止」違反については、直ちにUWG1条の意味での「良俗違反」となるとみなしている。⁽³⁶⁾

より重要な論点として、その都度取引する事業者の市場での強さによってUWG1条の内部で細分化がなされ、それに応じてすべての事業者と同じ仕方では通用しない法の規律を導き出せるかという問題がある。これは部分的には、UWGの「経済政策上の中立性」という公理違反の問題とも関連するが、事業者の競争における種々の行動様式（Verhaltensweisen）の二面的価値判断（Ambivalenz）（競争的か反競争的か）をめぐっての対立の問題である。BGHは、1965年のKleenex判決で簡潔に次のようにまとめた。すなわち、（事業者の）競争行動というものは必ずしも当然には、競争行動が行われている全体の（市場の）状況を考慮することなく、競争として異質であるとか、競争の本質にかなうとか評価され得ないのである、とした。行動様式の極端な場合として、「市場支配の場合」に、GWBの旧22条や旧26条2項（それぞれ現行19条および20条1項）によって捕捉される行動様式を、UWG1条を介して一般的に阻止するという命題を以て把握しようとしていた（いわゆる「前線命題（Vorfeldthese）」）。その際、要件とされることは、問題となっている行動様式が、促進すべき競争と既に不公正とされる競争との間の「グレーゾーン」において行われており——直接・間接に、その行動様式と結びついた模倣の危険を介して——、それを当該市場における競争の存続に対する危険と根拠づけることであった。

しかし、このような見解は、GWBの価値基準と矛盾することになる。GWBは、カルテル禁止の違反についての諸規定、企業結合規制にみる

補償可能な競争上の利益の留保、および市場力規制に関して介入の閾に段階を設けていることに鑑みると、市場力を根拠づける適性を手掛かりにして行動様式を一律に判断するための基準をGWBから引き出すことはできないのである。

この問題に関連して、W. メッセルは次のような指摘に注目する。すなわち、事業者の有する市場力というものは、それ自体競争政策上必ずしも害悪とはみなされ得ないということである。⁽³⁹⁾市場力というものはより高い効率性に因る場合もあり、いわゆる自然独占という極端な場合にまで至ることがあるのである。それで、GWBにおいてもUWGにおいても、事業者は市場構造の保持それ自体についての責任、あるいは競争相手の活力（Lebensfähigkeit）についての責任を負わない、と定式化することができる。しかしそれでも、UWGの判例の中には若干これとは異なる判断を示したものもある。それは、「市場に関する不正（marktbezogene Unlauterkeit）」⁽⁴⁰⁾の見出しのもと総括されている。その例として、「純正品の贈呈（Verschenken von Originalware）」が挙げられる。これは、見本目的のためなどの無償配布のような個別的な例外的ケースとは無関係に、はじめから反競争的であると格づけられるものである。先のKleenex判決で強調された危険とされる視点が、決定的であるとされた。それは、「顧客がこれらの特殊な商品の種類あるいはブランドの利用慣行または消費に親しみ、また無償配布の終了後も、競争相手の商品の供給や値頃を審査することや、当該品と競争相手の提供品との比較を行うこと、そしてその後選んで決めることを度外視していること」⁽⁴¹⁾であった。

その後、「良俗違反」の前提のもと、原則と例外の関係をもはや堅持することができなくなった限りにおいて、BGHはかかる判例の考え方から離れ、新たな方向性を示すようになった。すなわち、不当な妨害について、GWBが基礎を置く視点（現行GWB 19条、20条1項、4項）が重要なものとなる、ということである。この点について、広告誌のダ

イジェスト版の無償配布や専門誌の無償配布についての判例が挙げられる。広告を取り上げたり定期的に購読される印刷物は、広告市場と定期購読市場の二つの市場でその売上げを獲得するようになり、その際、広告市場の方が一層重要となる。その売上げによる収入への貢献は、例えばドイツ連邦共和国の日刊新聞についてみれば約3分の2に及ぶ⁽⁴²⁾。この事実は小才の利く事業者に次のようなアイデアをもたらした。すなわち、印刷物を無償で配布し、この方法で高い普及率を達成させて、その間の宣伝活動における収益を独占しようという考えである。このアイデアは、行為者の現在高を危うくするかもしれないし、現状を維持するかもしれない、あるいはそれだからこそ純粋に競争上優位を保つかもしれない。UWGの判例は、結局のところ、広告誌の拡大を阻止しなかったのに対して、常時行われる専門誌の無償配布は、前述のような純正品の無償配布の原則に従い繰り返し「良俗違反」とされた⁽⁴³⁾。つまり、個別具体的に無償配布などの宣伝方法に、これを例外として許容する特段の事由が存すれば別であるが、恒常的な商品の提供または専門誌の無償配布が行われるとき、それは通常、UWG 1条に違反するとされたわけである。

BGHも宣伝媒体の発展を承認するものではあるが、それは無制限ではないということである。専門誌の無償配布に関わる *Bäckerfachzeitschrift* 事件⁽⁴⁴⁾でBGHが述べるところは、「個別具体的な場合において（この部分的領域に参加するすべての読者、出版者、広告主の間での）誠実な交渉が、当該分野での専門誌の無償配布による資金調達制度を市場に適ったものとみなすかどうか、正当なものとみるかどうか、そしてその制度が市場の荒廃という危険、すなわち当該領域における競争存続の危機を導き、編集能力の低下をもたらすという危険はないかどうかを、確認しなければならない。その確認のための基準となる状況は、とりわけ当該領域における競争者の数、その組織、無償配布制が一人または複数の競争相手によって適用される期間である。他方、他の競争者の行為、とくにある領域の競争者が、ある一定の期間あるいは既に久しい期間、

相互に活動しているかどうかという視点のもと、しかも相当の競争妨害が起こることなくあるいは具体的にそのようなおそれもない、ということも挙げられる」、ということであった。

ここでいう「競争存続の危機」という視点は、取引の際の仕入れ原価割れでの商品販売の場合にも有用である。もっともかかる場合につき、判例の中にはUWG 1条違反を否定したものもある。仕入れ原価割れ販売は、最近の分析では、専ら宣伝の別形式にすぎないからである、とされる。たしかに、最終消費者にとっては、とりわけ魅力的な宣伝方法である。しかし、UWG 1条が問題とされない場合があるにせよ、現行GWBではその20条4項で仕入れ原価割れ販売を妨害行為として禁止する旨定められている。現行GWBの在り方は、同条項が掲げる要件を充足するという前提があるが、UWG 1条の「良俗違反」のみでは対応しきれない限界の存在を示唆するものともいえるのではないだろうか。

5 むすびに代えて

これまでの「良俗違反」を鍵とした私法（市民法）原理に基づく市場支配規制，競争制限規制から得られるものは何か。

GWBにみる市場支配力に対する濫用規制については次のような指摘がある。すなわち、「GWBにみる市場支配的地位の濫用規制の考え方は、法律学的見地からは、私法的思考の延長線上に位置づけられる。つまり、私法秩序は基本的には、対等な当事者間の法律関係を規定して組み立てられていることを重視して、濫用規制は、一方が市場支配的地位を有することにより生じる非対等な関係を競争が存在する場合の対等なものへ修正することにある。」⁽⁴⁵⁾ここにドイツにおける契約自由の原則に対する修正原理を見出すことができる。ドイツでのGWB制定前の法状況を探ると、市場支配規制，競争制限規制の在り方の中に、私的自治の原理を修正する原理の「萌芽」が既に存在していたのではないと思われる。そしてそれは私法とは異なる原理ではなく、私法秩序を共通の基

盤とする修正原理とみることができないのではないだろうか。またそれは、決して競争法（経済法）を私法（民・商法）の範疇に取り込むことではなく、経済法を「混合経済体制」を反映する法秩序を具象化したものと位置づけることができよう。これは、経済法が行政法としての性格を併せ持つものと評される所以でもある。

ドイツではカルテルを容認したところに、私法（市民法）による市場支配規制、競争制限規制の限界をみることができる。そしてカルテルによる競争制限を容認したことから、GWB制定前においてはBGB 138条や826条およびUWG 1条の「良俗違反」を手掛かりとしなければならない要因があったものと考えられる。したがってGWB制定後、もっぱら競争秩序を前面に押し出し、それに適った原理で市場支配や競争制限的行為の規制を行ってきた。かつて容認されたカルテルが、今度は原則禁止と位置づけられているのである（もっとも、適用除外カルテルについては濫用規制が採用されている）。大幅な価値判断の転換である。

しかし、カルテルの領域は別として、実務面では依然として「良俗違反」を以て競争制限的行為を規制する姿が見受けられる。GWBとUWGの接近という事実である。わが国では商法の分野で不正競争防止法との競合が認められることがあるが、独占禁止法の分野での不正競争防止法との法条競合はほとんどない。また、一般条項である「良俗違反」を適用することも、わが国では限られている。これは、日独の実務の違いともいえよう。あるいは上述のように、私法秩序の延長線上に競争法秩序が認められるとする考えからみて、「良俗違反」を共通の秩序基盤、鍵概念として構成する実務の側での試みであるかもしれない。

GWB制定前の私法（市民法）による市場支配規制、競争制限規制には一定の成果があったことが認められる。そしてその成果は、GWBの制定によってもそのまま保持されるところがあるものと思われる。それゆえ、GWBとUWGの接近（併用）が認められてきているといえる。

しかし、法体系上、それぞれの目的を異にするGWBとUWGを一つ

の方向に収斂させる実務の在り方は、はたして妥当なものといえるのだろうか。ドイツのこれまでの経緯からすれば、実務の今の在り方はさらに定着の方向に向かうものと思われる。市場支配規制、競争制限規制に向けての共通の基盤を両法に認めるとしても、それでも、法体系としては峻別されて然るべきものとする。ドイツの通説が「良俗違反」を以て「濫用」を構成しないと解するのも、同じような考えによるものではないのか。実務と学問上の体系の違いにとどまるものかもしれないが、市場支配規制、競争制限規制の在り方としての私法秩序・競争法秩序の一貫性とは別に、それぞれ固有の法体系を有するものとして峻別すべきものと解する⁽⁴⁶⁾。

註

- (1) 拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』（平成13年）44頁参照。
- (2) 久保欣哉『独占禁止法通論』（平成6年）3頁および15頁以下参照。
- (3) 拙著前掲書111頁以下参照。
- (4) ドイツにおける法の展開およびカルテル令の概要に関して、Vgl. W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, u. a., 1983, Rdnr. 10ff. また、近藤充代「ワイマール・ドイツにおけるカルテル規制——カルテル令の性格をめぐって——」『東京都立大学法学会雑誌』第27巻第1号（昭和61年）395頁以下参照。
- (5) 「契約自由」の原則を過度に利用することで、その契約によって契約当事者の人的および経済的行動の自由が不当に制限されるものをいう。かかる契約は、損害を与える意図がなくても、「良俗違反」として無効となることがある。
- (6) Vgl. W. Möschel, a. a. O., Rdnr. 19.
- (7) Vgl. Emmerich/Sonnenschein, *Konzernrecht*, 5. Aufl., München, 1993, S. 6; RGZ 82,308 von 1913 „Deutsch-Amerikanischer Petroleumfall“.
- (8) Vgl. BGH DB 1987, 1730. E C 法では、かかる契約への同法旧85条（現行81条）の適用可能性について、これを限定的にとらえている点が興味深い。ちなみに、ビールのみについては10年間、他の飲み物については5年間、そしてビールと他の飲み物とをいっしょにする場合については5年の期間がそれぞれ許容範囲とされる。vgl. Langen / Bunte, *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, 7. Aufl., Neuwied, u. a.,

私法機能としての市場支配・競争制限規制

- 1994, § 85 Fallgruppen Rn. 388ff.
- (9) この問題につき、椿寿夫／右近健男編『注釈ドイツ不当利得・不法行為法』(平成2年)122頁で、BGB 826条に関してであるが、解説されている。
- (10) Vgl. W. Möschel, a. a. O., Rdnr. 558ff.
- (11) WuW/E BGH 1192 „Stromversorgung für US-Streitkräfte“; vgl. E. v. Olshausen, Zivil- und wirtschaftsrechtliche Instrumente gegen überhöhte Preise, ZHR 146 (1982) 259, 294.
- (12) BGH NJW 1981, 1206.
- (13) 約款規制における「独占的地位の濫用」については、河上正二『約款規制の法理』(昭和63年)318頁以下、石原全『約款法の基礎理論』(平成7年)80頁以下参照。
- (14) RGZ 62, 264, 266.
- (15) BGH NJW 1957, 17. 同判例については、河上前掲書339頁以下参照。
- (16) GWBにおいては、競争の保護をねらいとしており、消費者の利益は競争の目的の要素に含まれる (hereinkommen) とされ、いわば競争保護の「反射的利益」とみられている。vgl. W. Möschel, a. a. O., Rdnr. 651.
この点、わが国独占禁止法とは異なっている (独禁法1条の「目的規定」参照)。
- (17) RGZ 115, 218, 220.
- (18) RGZ 99, 107, 110.
- (19) このことに関する例として、電力供給事業者が、破産管財人への電力供給を電気料金の未払い分が完済されることを条件とする場合に、BGB 826条違反が肯定された。vgl. BGH NJW 1982, 2196.
- (20) RG KartR 1928, 290.
- (21) 拙著前掲書75頁以下参照。
- (22) Vgl. W. Möschel, a. a. O., Rdnr. 636.
- (23) 1923年カルテル令については、近藤前掲論文430頁の註21に9条の邦訳が試みられている。
- (24) Vgl. O. Lehnich, Die Wettbewerbsbeschränkung, Köln, Berlin, 1956, S. 349ff.
- (25) LG Braunschweig NJW 1975, 782; LG Karlsruhe NJW-RR 1986, 1250.
- (26) WuW/E BGH „Universitätssportklub“.
- (27) BGH NJW 1980, 186.
- (28) RGZ 107, 386.
- (29) BGH NJW 1985, 1216.
- (30) 同様の問題がわが国独占禁止法をめぐるでも、近時間われている。

根岸哲・舟田正之『独占禁止法概説 [第2版]』(平成15年)198頁以下参照。

- (31) RGZ 56, 271, 276.
- (32) W. Möschel, a. a. O., Rdnr. 5. かかる区分に対する批判として, vgl. E. J. Mestmäcker, Der verwaltete Wettbewerb, Tübingen, 1984, S. 82ff.
- (33) RGZ 134, 342ff.
- (34) Z. B. Baudenbacher, Zur funktionalen Anwendung von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, ZHR 144 (1980), 145ff.; ders., Machtbedingte Wettbewerbsstörungen als Unlauterkeitstatbestände, GRUR 1981, 19ff.; von Gamm, Das Verbot einer unbilligen Behinderung und einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung. Ein Beitrag zum Spannungsverhältnis von GWB und UWG, NJW 1980, 2489ff.
- (35) W. Möschel, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübingen, 1978, S. 155ff.
- (36) 拙著前掲書98頁以下, 112頁以下参照。
- (37) WuW/E BGH 1519, 1520.
- (38) BGHZ 43, 278, 282.
- (39) アメリカ・シャーマン法2条をめぐって展開された「押しつけられた独占」の抗弁が, その例となろう。
- (40) Vgl. E. J. Mestmäcker, a. a. O., S. 58ff.
- (41) BGHZ 43, 278, 284. 同じことが, 競争相手の側での妨害的效果にみられる(いわゆる市場の閉塞(Marktverstopfung))。
- (42) Vgl. W. Möschel, a. a. O. (Anm. 35), S. 84.
- (43) BGH NJW 1977, 1060.
- (44) GRUR 1982, 53, 55.
- (45) 鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理(6)」『公正取引』389号(昭和58年)49頁。
- (46) 拙著前掲書128頁参照。本稿では, ドイツでのGWB制定前における法状況を概観し, 私法秩序と競争法秩序との関連を検討する材料とした。わが国における同じような問題の検討として, 日本経済法学会でのシンポジウムがある。「競争秩序と民事法」『日本経済法学会年報』第19号(通巻41号)(平成10年)を参照されたい。とくに, 厚谷襄仁「競争秩序と民事法をめぐる諸問題」では総括的に同テーマの抱える問題点が整理されている。