

ドイツ競争制限禁止法及び不正競争防止法における 結合取引の規制について

川 原 勝 美[※]

- I はじめに
- II GWBによる規制
- III UWGによる規制
- IV 結びにかえて

I はじめに

本稿は、ドイツ競争制限禁止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen、以下 GWB と略記）及びドイツ不正競争防止法（Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb、以下 UWG と略記）における結合取引の規制について、規制の現状及び規制の基準を検討しようとするものである。

我が国の独占禁止法は、一般指定10項で、「商品又は役務の供給に併せて他の商品又は役務を自己又は自己の指定する事業者から購入させ、その他自己又は自己の指定する事業者と取り引きするように強制する」取引類型を取り上げて、19条において、それによって「公正な競争を阻害するおそれ」がある場合に「不公正な取引方法」として禁止している。この一般指定10項の主たる規制対象となるのが「抱き合わせ販売」である。

抱き合わせ販売を事業者が行う動機ないし目的は様々であり一概に論じることができないが、例えば、一方の商品の機能を十分に発揮させる目的で実施される場合、複数の商品の生産・販売を共通にしてコストを削減する目的で実施される場合、あるいは商品の在庫を減少させる目的で実施される場合などが考えられる。このように、抱き合わせ販売は売り手側の様々な目的に基づいて実施され得るが、我が国の独占禁止法の下では、それが公正かつ自由な競争秩序に合致しない場合

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第1巻第2号2002年6月 ISSN 1347-0388

に規制を受けることとなる。その場合に特に重要となるのは、抱き合わせ販売の規制基準である「公正な競争を阻害するおそれ」の意味内容及び判断枠組みを明確にすることである。本稿は、そのための準備作業の一つとして、ドイツ法を取り上げて検討を加えることにしたい。

GWBは、我が国の独占禁止法の抱き合わせ販売の規制に概ね対応する規制を有している。GWB16条4号によれば、「商品又は役務に関する事業者間の合意」であって「その性質及び商慣習上付随しない商品又は役務を受領することを義務づける」合意は、原則として有効であるが、当該拘束によって「市場における競争が実質的に侵害される」場合には、連邦カルテル庁の無効宣言に服し、同種の拘束を新規に課すことが禁止される。GWB16条4号が掲げる取引類型は一般に「結合取引 (Koppelungsgeschäft)¹⁾」と呼ばれるが、結合取引はGWB16条による規制を受けるだけでなく、GWB19条の「市場支配的地位の濫用」あるいはGWB20条の「不当な妨害」の一形態としても規制され得る。GWB19条及び20条は、一定の地位を有する事業者を規制の名宛人として、当該事業者による「市場支配的地位の濫用」(19条)及び「不当な妨害」(20条)を禁止する規定であるが、結合取引を規制する上で実務上重要な役割を担っているとされる²⁾。

さらに、GWB16条4号が掲げる取引類型と完全に一致する訳ではないが、複数

- 1) 結合取引については「結合販売(Kopplungsangebote)・「結合契約(Kopplungsverträge)」・「組み合わせ取引(Kombinationsgeschäft)」など多くの用語があるが、本稿では「結合取引」の語を統一して用いる。なお、これらの用語の説明及び変遷については、Jansen, U., Die Kopplungsverträge im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1968, S.94f.を参照。
- 2) なお、本稿では取り上げないが、知的財産権に係るライセンス契約に際して結合取引が行われる場合にはGWB17条が適用される。ライセンス契約等に係る競争制限的合意が禁止されるか否かの基準は、当該合意が、「産業上の保護権 (gewerbliches Schutzrecht)」の範囲を超えているか否かである。つまり、保護権の範囲を超えて制限を課す場合には違法となるし、範囲内の制限であれば適法となる。これは、本稿で検討する結合取引の規制とは異なる観点からの規制であると言い得る。この基準によれば、特許権などのライセンス等に対して他の商品・役務を抱き合わせる場合には、原則として保護権の範囲を逸脱し、違法となる。もっとも、GWB17条2項で例外が設けられており、とりわけ2項1号によれば、問題となる制限が、ライセンスの対象となっている技術を十分に利用することに役立つ場合には、正当な期間内に限って17条1項の禁止規定の適用を免れる。従って、抱き合わせられている商品・役務がライセンスの対象となる技術を十分に利用するというライセンサーの利益と合致する限りにおいて当該結合取引が正当化される場合があり得る。

の商品・役務を抱き合わせて単一の価格を付した上で販売する取引も「結合取引」と呼ばれ、UWGの下で規制されている。すなわち、一定の結合取引については、UWG 1条にいう「不公正な競争行為」として、私人による差止及び損害賠償請求の対象となる。本稿では、このUWGによる「結合取引」に対する規制の状況にも言及する。

本稿では、GWB及びUWGにおける結合取引の規制を検討することで、結合取引が競争制限としての側面及び不正競争としての側面を有し得ることを明らかにするとともに、ドイツにおけるその規制基準を示すこととしたい。

II GWBによる規制

1 GWB16条による規制

(一) 規定の概要

GWB 1条のカルテル禁止は、主として競争関係にある事業者間の事業活動に関する拘束（いわゆる水平的制限）を対象とするのに対して、GWB16条は、いわゆる「垂直的制限」に関する規定であって、異なる取引段階にある事業者間で成立する競争制限的な合意を規制の対象としている³⁾。

垂直的制限を規制対象とするものとしては、GWB16条以外に、再販売価格維持契約等に関するGWB14条があるが、GWB14条の規制対象は、取引段階の異なる事業者間の契約（いわゆる一次契約（Erstvertrag））を前提として、一次契約の一方当事者が他方に対して、その者と第三者との間に成立する契約（いわゆる二次契約（Zweitvertrag））において決定される価格又その他の取引条件に関して予め拘束を課するタイプの垂直的制限である。これに対して、GWB16条で規制される垂直的制限としては、GWB16条4号の結合取引の他に、GWB16条1号の利用制限、2号の排他的拘束、及び3号の販売制限がある。「利用制限」とは、契約の相手方に対して、供給される商品・役務又はその他の商品・役務の利

3) 第6次改正以前のものであるが、GWBにおける垂直的取引制限規制の概要を示すものとして、鈴木孝之「西ドイツ競争制限禁止法の論理（四）公正取引387号（1983年）50頁、柴田潤子「ドイツ競争制限禁止法におけるいわゆる『垂直的制限』について（上）（下）」公正取引538号56頁・同540号（1995年）50頁を参照。

用方法を制限する合意であり、「排他的拘束」とは、契約の相手方に対して、商品・役務を第三者から購入すること、又は第三者に販売することを制限する合意であり、「販売制限」とは、契約の相手方に対して、契約の対象となる商品の販売先について制限する合意である。結合取引と他の拘束との関係についていえば、結合取引は特に3号の排他的拘束と密接な関係にあり、例えば、ビール製造業者が販売店に対して融資を供与する条件としてビールの排他的購入拘束を課すような場合には、当該拘束は、排他的拘束だけではなく結合取引の行為類型としても把握し得るとされる⁴⁾。

同じく垂直的制限に属するGWB14条の拘束が原則的に禁止されるのに対して、GWB16条において規定される拘束は原則的に有効であって例外的に連邦カルテル庁の濫用監視に服するとの枠組みが採用されたのは、GWB16条における拘束は多くの場合に商品・役務の売り上げを確保する上での経済上正当な利益に資するという、立法者の一般的認識に基づくものである⁵⁾。

(二) GWB16条における結合取引の規制

GWB16条は、規制の対象となる取引類型を定める行為要件と、カルテル庁の介入を基礎づける介入要件とから構成され、これらの各要件が共に充足される場合に規制が発動されることになる⁶⁾。

(1) 行為要件

結合取引とは、商品又は役務に関する事業者間の合意であって、その性質及び商慣習上付随しない商品又は役務を受領することを義務づける取引と定義される。

まず、「その性質及び商慣習上付随しない商品又は役務」とされていることから、抱き合わされる商品・役務が、抱き合わせる商品・役務に対して付随しない

4) Emmerich, V., Kartellrecht, 9.Aufl., 2001, S.131.

5) Siehe Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. II/1158, S.37. 例えば、商標品を販売する場合には、当該商品に応じて必要となる専門的アドバイスを消費者に対して行うことができる専門店にのみ商品が供給されるように拘束を課すことについて、正当な経済的利益が存在するとされる。

6) Bechtold, R., a.a.O., § 16 Rdnr.5.

といえるかが法適用上第一に問題となる⁷⁾。つまり、抱き合わされる商品・役務の付随性が肯定されれば適法な契約となるし、そうでなければ結合取引の行為要件を充足することになる。付随性の有無は取引社会の一般的通念に従って「客観的に (objektiv)」確定されなければならないとされ、拘束者ないし被拘束者の個人的な事情とは関わりがないとされる⁸⁾。購入者 (つまり被拘束者) が当該商品・役務を抱き合わせて転売しているか否かも問題ではない⁹⁾。

法文上、商品の付随性の有無は、抱き合わされる商品・役務の「性質」及び「商慣習」に照らして決定される。「性質」上付随するとは、一般に、抱き合わされる商品・役務がそれ自体では不完全であり、かつ抱き合わせる商品・役務もそれなしでは不完全であるような場合である¹⁰⁾。つまり、両商品が各々独立して機能し得ない場合であれば、性質上付随しているといえる。次いで、「商慣習」上付随しているとは、「合理的な商慣行 (vernünftiger kaufmännischer Gepflogenheit)」の枠内で、取引参加者の一般的通念に従って結合取引が実施されている場合であるとされる¹¹⁾。従って、複数の商品・役務を抱き合わせて販売することが商慣習として現実に成立しているというだけでは十分でなく、それが「合理的」であるかが重要となる。「合理的な」商慣習であるか否かの基準は必ずしも明らかでなく、事案に応じて連邦カルテル庁及び裁判所の判断に委ねられているといえるが、例えば、一方の契約当事者の利益に偏重し、かつ一定の経済力を背景として成立しているような商慣習は合理的な商慣行とはいえないとされる¹²⁾¹³⁾。

7) 本稿では、特に断らない限り、契約の対象となる主たる商品・役務を「抱き合わせる商品・役務」とし、結びつけられる側の従たる商品・役務を「抱き合わされる商品・役務」と呼ぶことにする。

8) Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 9. Aufl., 2001, § 16 Rdnr.93; Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.82.

9) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.80.

10) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.82; Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.94; Jansen, U., a.a.O., S.106.

11) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.82; Jansen, U., a.a.O., S.106.

12) Siehe Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.95.

13) なお、第6次改正前の文言は「その性質又は商慣習上付随しない」となっていたが、第6次改正の際に、EC競争法の規定に合わせて「その性質及び商慣習上付随しない」と改められている。

第二に、法文上「受領する (abnehmen)」とあるが、これは、売買 (Kauf) の形式だけでなく、使用賃貸借 (Miet) あるいは用益賃貸借 (Pacht) の形式であってもよい。また、抱き合わされる商品・役務を供給する主体が、抱き合わせる商品・役務を供給する事業者以外の者であることもあり得る¹⁴⁾。

最後に、「義務づける」とされていることから、拘束の態様が問題となる。すなわち、別の商品・役務を購入することについて法律上の義務が課されることが必要か、あるいは経済上 (事実上) の拘束で足りるかという問題である。この点について、現在の通説によれば、引き起こされる競争侵害効果は同一であることから、経済上の拘束についても16条4号の行為要件を充足するとされる¹⁵⁾。従って、複数の商品・役務を購入しない場合に経済上の不利益 (取引拒絶など) を被ることになる場合や、複数の商品・役務を同時に購入する場合に経済上の利益 (値引きなど) が付与される場合にも16条4号の行為要件を充足することになる。

(2) 介入要件

結合取引が違法とされるには、結合取引の行為要件に該当するだけでなく、それによって市場における競争が実質的に侵害されることが必要である¹⁶⁾。この「競争の実質的侵害 (wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung)」の要件がGWB16条の実質的な規制基準となる。

その場合、まず第一に、市場 (いわゆる「関連市場」) の画定が問題となる。市場の画定は商品・地理・時間の観点からなされるが、特に商品市場の画定に際

14) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.80.

15) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.34; Jansen, U., a.a.O., S.104f.

16) この介入要件は、第6次改正によって従来の三つの介入要件が一本化されたものである。第6次改正以前のGWB18条では、「市場における競争にとって相当数の事業者が同種の拘束を受け、かつ競争の自由が不当に制限されること」、「他の事業者の市場参入が不当に制限されること」、又は「市場における競争が実質的に侵害されること」が介入要件として規定されていたが、従来の実務によれば、三つの介入要件は実質的に重なり合っていると考えられてきた。第6次改正では、このような従来からの解釈・運用を受けて、三つの介入要件が第一次的には「市場の開放性を人為的な参入障壁から保護する」という同一の目的を有していることから、「市場における競争の実質的侵害」という要件で十分であるとされた (Siehe Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks.13/9720, S.50; Emmerich, V., a.a.O., S. 132; Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.5ff.)。なお、介入要件の沿革については、脚注24を参照。

しては、市場支配的地位の濫用規制に関する GWB19条、及び企業結合規制に関する GWB36条の場合とは異なり、需要者の立場（いわゆる「需要市場概念」）ではなく、GWB16条の保護対象となる事業者の立場から画定されるとするのが通説的見解である¹⁷⁾。例えば、排他的拘束の典型である購入拘束（商品の購入先を自己に限定すること）の場合には、①どのような供給者（つまり、購入拘束を課している事業者の競争者）が同種の商品・役務につき販路を失うことになるか、②当該供給者にとって期待できる範囲内の費用で十分な代替の販売先を獲得できるかどうか、という観点から関連市場が画定される¹⁸⁾。また、関連市場は、拘束の直接の対象となる商品・役務の市場に限定されるのではなく、直接又は間接に影響を受けるすべての商品・役務の市場が関連市場となり得る。例えば、原料市場における拘束が最終製品市場の競争に影響を与える場合には、最終製品市場も関連市場となり得る¹⁹⁾。

第二に、「競争の実質的侵害」が問題となる。法文上は、「制限行為（Beschränkungen）」と「競争の実質的侵害（wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs）」とで区別されており、前者の「制限行為」とは GWB16条の各号で列挙されている各種の拘束それ自体であることから、「競争の実質的侵害」はこれらの制限行為によって生じる対市場効果を意味することになる²⁰⁾。競争の実質的侵害とは、通説的見解によれば、第一次的には「競争機能（Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs）の侵害」と理解されている。競争機能が知覚可能な（spürbar）程度で侵害される場合には、競争はもはや市場を規律する役割を果たし得ないこととなり、その結果、GWB16条の法目的である「市場の開放性」を維持するために連邦カルテル庁の介入が要請されるのである²¹⁾。このように

17) Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.109; Emmerich, V., a.a.O., S.134; Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.107.

18) Emmerich, V., a.a.O., S.134.

19) Siehe Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.109; Immenga/Mestmacker, a.a.O., § 16 Rdnr.107.

20) Emmerich, V., a.a.O., S.133.

21) Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.106; Bechtold, R., a.a.O., § 16 Rdnr. 13; Emmerich, V., a.a.O., S.134. GWB16条の目的は、「人為的な参入障壁を除去することによって、すべての方面に対して市場を開放すること」にある(BT-Drucks., 13/9720, S.50)。

通説はGWB16条の保護対象を「制度としての競争」と捉えているが、Emmerichは、GWB16条は、「制度としての競争」だけでなく、①当該制限行為によって拘束を受けている事業者（つまり、契約の相手方）、及び②制限行為によって不利益を受ける第三者の「経済活動の自由」をも保護するとして、GWB16条の個人保護的な側面を指摘している²²⁾。もっとも、「競争の実質的侵害」を規制基準としている現行のGWB16条に関する限りでは、競争機能の侵害が生じた場合にのみ個人保護が実現されるとどまるといい得るので、GWB16条が第一次的には制度保護を中心に組み立てられていることは否定できないであろう²³⁾²⁴⁾。

そして、この「競争機能の侵害」の有無を判断するためには、事案に応じた包括的な市場構造分析が必要となるが、そこでは、特定の事業者による拘束に着目するだけではなく、他の事業者による並行的な拘束システムを含めた上で、問題となっている拘束が競争に対して悪影響を与えているか否かが吟味される（いわゆる「束の理論（Bündeltheorie）」²⁵⁾²⁶⁾。「競争機能の侵害」の具体的な判断基準は必ずしも明確にされているわけではないが、例えば、①当該拘束を課して

22) Emmerich, V., a.a.O., S.133f.

23) Siehe Schmidt, I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 6.Aufl., 1999, S.293.

24) GWB16条における介入要件の沿革を述べておくと以下の通りである。制定当初のGWB18条では、政府草案で示された個人保護的発想と連邦参議院で示された制度保護的発想との妥協の結果として、「契約当事者又はその他の事業者の経済活動の自由が不当に制限されること」と「市場における競争が実質的に侵害されること」とが加重的な要件として規定されたが、両者の要件を立証するのが非常に困難なことから、規制の実効性を欠くとの批判を受けた。そこで、第1次改正で「その他の事業者の市場参入が不当に制限されること」と「市場における競争が実質的に侵害されること」とが択一的な要件として定められた。その際、制定当初のGWB18条で配慮されていた「契約当事者の保護」は民法に委ねられることとなった。しかし、契約当事者の保護が再び問題とされるに至り、第2次改正では、「市場における競争にとって相当数の事業者が同種の拘束を受け、かつ競争の自由(Wettbewerbsfreiheit)が不当に制限されること」という介入要件が追加されている。第6次改正については、脚注16を参照。

25) Siehe Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.118f; Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.116; Bechtold, R., a.a.O., § 16 Rdnr.13f.

26) なお、束の理論によって競争の実質的侵害が肯定される場合において、どの拘束に対して禁止処分が下されるべきかが問題となるが、この点については、拘束が課された時間的な順序によるのではなく、比例原則(Verhältnismäßigkeitsgrundsatz)に従って、「競争に与える不利益が最も大きく、かつ当該拘束を放棄することで拘束者が受ける不利益が最も少ない」と考えられる拘束が処分の対象になるとされる(Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.119)。

いる事業者が、「市場支配的地位」あるいは「市場において有力な (marktstar-ken) 地位」を有している場合、あるいは②市場において大多数の事業者が同種の拘束を課している場合であれば、競争機能の侵害が通常認められるとされる²⁷⁾。しかし、特定の事業者が市場において有力な地位にあるとしても、例えば当該事業者が自己の取引相手のわずか3～5パーセントに対して排他的拘束を課しているに過ぎないような場合には、競争侵害が知覚可能性 (Spürbarkeit) を欠くことから、競争侵害が「実質的」であるとはいえないとされる²⁸⁾。従って、「競争の実質的侵害」が通常認められるのは、市場において一定の力を有している事業者あるいは同一市場における大多数の事業者が、自己の取引相手の大部分に対して拘束を課しているような場合であるといえる。

最後に、GWB16条で列举される拘束と競争の実質的侵害との間には一定の因果関係のあることが必要となるが、GWB16条における「競争の実質的侵害」の判断には包括的な市場構造分析が必要となることから、厳格な因果関係までは要求されず、当該拘束が競争の実質的侵害という結果に対して寄与したという程度の因果関係で足りるとされる²⁹⁾³⁰⁾。

以上の一般的理解をふまえた上で、結合取引がどのような形で「競争の実質的侵害」をもたらす得るかについて述べると、結合取引は、①抱き合わされる商品・役務の市場において活動している「競争者」を排除するという側面と、②「被拘束者 (購入者)」の経済活動の自由を侵害するという二つの側面があるとされる³¹⁾。また、競争の実質的侵害が問題となる典型的なケースは、結合取引を行う事業者が、抱き合わせる商品・役務の市場において既に市場支配的地位を有している場合であるが、①の意味での競争侵害が特に問題となるのは、抱き合わ

27) Emmerich, V., a.a.O., S.135; Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.116f.

28) Emmerich, V., a.a.O., S.135.

29) Langen/Bunte, a.a.O., § 16 Rdnr.108; Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.111ff. Emmerich, V., a.a.O., S.133; Bechtold, R., a.a.O., § 16 Rdnr.13によれば、「そのような制限行為の広がり (Ausmaß) によって」というGWB16条の文言からも束の理論が肯定されるとしている。

30) このような解釈は、「束の理論」を適用する場合にとりわけ意義を有する (Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 16 Rdnr.113)。

31) Emmerich, V., a.a.O., S.133.

せる商品・役務の市場で支配的地位を有している事業者が、結合取引を用いて、自己の支配的地位を抱き合わされる商品・役務の市場に拡大することを企図するような場合である³²⁾。

なお、結合取引に束の理論を適用することの当否について、Burkert は、結合取引には、市場支配力の行使という意味での強制 (Zwang) の要素が必要であるし、また、否定的な市場作用 (つまり「競争の実質的侵害」) は売り手が市場支配力を有する場合にのみ生じ得るとして、結合取引の規制に束の理論を適用することに消極的な態度を示している³³⁾。もっとも、特定の事業者が市場支配力を有していないとしても、多数の事業者が結合取引を並列的に実施することによって、一方の商品・役務の市場への参入は阻止され得るから、結合取引に束の理論を適用することは必ずしも不適当なものとはいえないであろう。

(三) GWB16条による結合取引の規制の意義

GWB16条による結合取引の規制が現実にもどのように機能してきたかについて述べておくと、その実際上の意義は必ずしも大きなものではなく、主として、映画産業の「ブロックブッキング (Blockbuchen)」と呼ばれる慣行に対して規制が加えられてきたにすぎない。ブロックブッキングとは、映画の制作者側が映画館に対して、複数の映画を抱き合わせて配給を行うものである。これが問題とされる典型的なケースは、人気の映画を配給する際の条件として不人気の映画を引き受けることを映画館側に要求するような場合である。このような映画配給における抱き合わせは、各国の映画産業で実施されていたようであるが、ドイツでは1960年代以降に連邦カルテル庁によって調査が開始されている。当時の連邦カルテル庁の年次活動報告書によれば、劇映画と週間ニュース映画の抱き合わせ、新規の映画と古い映画の抱き合わせ、国内映画と外国映画の抱き合わせ、6本以上の映画の抱き合わせなどが、問題のあるケースとして挙げられている³⁴⁾。もっ

32) Siehe Emmerich, V., a.a.O., S.133.

33) Burkert, O.J., Die Zulässigkeit von Koppelungsgeschäften aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, 1992, S.414.

34) BKartA, Tätigkeitsbericht, 1964 BT-Drucks.IV/3752, S.44f.; BKartA, Tätigkeitsbericht, 1970 BT-Drucks.IV/2380, S.83; Siehe Immenga/Mestmäcker, a. a.O., § 16 Rdnr.86f.

とも、GWB16条自体が適用される事例が非常に稀であるため、正式の手續においてGWB16条4号が實際上どのように解釈・運用されるかについては明確なものとはなっていないのが現状である。

既に述べたように、結合取引によって生じる競争侵害効果は、拘束を課している事業者が、抱き合わせる商品・役務の市場において既に支配的地位を有している場合が最も顕著であり、かつ実効的であると考えられていることから、実務上はGWB19条における市場支配的地位の濫用規制が結合取引に対する規制の中心的役割を担っており、明文の規定を有しているにもかかわらず、GWB16条による結合取引の規制は非常に限定的な意義を有するにすぎないことが指摘されている³⁵⁾。

2 GWB19条及び20条による規制

(一) 規定の概要

結合取引はGWB19条の市場支配的地位の濫用としても規制され得る。

1957年に制定されたGWBの政府草案17条(1957年法22条)では、市場支配的事業者による結合契約の締結は市場支配的地位の濫用となることが明文で定められており、GWBの制定当初から、結合取引が市場支配的地位の濫用の典型的ケースであることが立法者によって認識されていた³⁶⁾。この規定は市場支配的地位の濫用規制に一般条項を導入した第1次改正の際に削除されているが、現在においても結合取引が市場支配的地位の濫用として規制され得るということで判例・学説は一致している³⁷⁾。

現在の市場支配的地位の濫用規制について概要を示しておく、以下の通りである。

まず、GWB19条1項は「単独又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は

35) Wiedemann, G., Handbuch des Kartellrechts, § 12 Rdnr.8.

36) この点に関連して、政府草案理由書では、当時の経済刑法(Wirtschaftsstrafgesetz)20条3項が「生活必需品(lebenswichtiges Bedarf)」に係る結合取引を禁止していたことも指摘されている(Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. II/1158, S.39)。

37) Jansen, U., a.a.O., S.113; Burkert, O.J., a.a.O., S.394ff.

禁止される」として市場支配的地位の濫用を一般的に禁止している。いわゆる一般条項である。

次いで、GWB19条2項は「市場支配的地位」を「単独市場支配」及び「共同市場支配」という二つの態様で定義し、さらにGWB19条3項はそれぞれについて市場支配的地位の推定規定を用意している。

そして、「濫用」概念自体の定義はないが、GWB19条4項が濫用について四つの例示規定を設けている。結合取引に対する規制との関係で問題となるのは、上記の一般条項に加えて、同項1号の「正当な理由なく、他の事業者の競争の可能性を当該市場における競争にとって重大な方法で侵害する場合」、及び同項2号の「有効な競争が存在すれば高度の蓋然性をもって形成されるであろう対価又はその他の取引条件と異なる対価又は取引条件を要求する場合」である。前者は、主として「競争者」に対して反競争的な影響を及ぼす点に着目しているのに対して、後者は、「取引の相手方」に対して不当に不利益な取引条件を要求することを濫用とするものである。これらは、それぞれ「妨害的濫用 (Behinderungsmissbrauch)」及び「搾取的濫用 (Ausbeutungsmißbrauch)」と呼ばれている。

結合取引は、GWB16条及び19条以外に、GWB20条の「不当な妨害」としても規制され得る。GWB20条1項は、市場支配的事業者とともに、適用除外カルテルに参加する事業者の結合体、再販売価格維持行為を許容された事業者を規制の名宛人として、これらの者によってなされる「不当な妨害」及び「正当な理由のない差別」を禁止している。この妨害・差別の禁止の名宛人は、GWB20条2項1文によって、市場において相対的に有力な地位を有する事業者にまで拡大されている。さらに、GWB20条4項1文は、中小規模の競争者に対して優越的な市場力を有する事業者がそれらの競争者に対して行う不当な妨害を禁止している。

通説的見解によれば、GWB20条1項とGWB19条との差異は、GWB20条1項が、適用除外カルテルに参加する事業者の結合体、再販売価格維持行為を許容された事業者、及び市場において相対的に有力な地位を有する事業者についても規制を及ぼし得ることにあるとされ、行為主体が市場支配的事業者である場合には、GWB19条違反となる妨害行為あるいは差別的行為は、GWB20条1項の妨害・差

別禁止規定にも違反するとされる³⁸⁾。これはGWB19条における妨害濫用とGWB20条4項1文との関係についても同様である³⁹⁾。このように、規制の名宛人の範囲を除けば、GWB19条の「妨害的濫用」とGWB20条の「不当な妨害」は同一の基準に従って判断されると解されていることから、結合取引がGWB20条1項あるいは4項の「不当な妨害」となるか否かについても、GWB19条における妨害的濫用の場合と同一の基準で判断されることになる。そこで、以下では特にGWB19条による規制を取り上げて検討を行うこととする。

(二) 市場支配的地位の濫用としての結合取引の規制

市場支配的事業者によって行われる結合取引は、妨害的濫用及び搾取的濫用の両者の性格を有している。また、既に述べたように、結合取引を規制する上でGWB19条は実務上中心的な役割を担っているとされる。

第一に、結合取引と妨害的濫用との関係についていえば、抱き合わせる商品・役務の市場で既に支配的地位にある事業者が、結合取引を行うことによって、抱き合わされる商品・役務の市場へと市場支配力を移転するという側面が問題となる⁴⁰⁾。つまり、一定の市場で既に確立された市場支配力を、市場支配力を有していない他の市場において行使する場合である⁴¹⁾。この場合には、抱き合わされる商品・役務市場で活動する競争者の競争可能性を侵害するという意味で妨害的濫用が成立することになる⁴²⁾。

結合取引は、基本的には利用制限及び排他的拘束などの垂直的制限と同様に、競争に与える効果は一様でないが、結合取引が市場支配的事業者によって実施さ

38) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20 Rdnr.239; Emmerich, V., a.a.O., S. 187. このような通説的見解と異なり、ベルリン高裁は、GWB19条の妨害的濫用とGWB20条の不当な妨害とで異なる判断基準を採用しており、前者では「非業績競争」の基準に従い、後者では「競争の自由に向けられたGWBの目的の下での利益衡量」に基づいて判断を行っているとされる(Siehe Emmerich, V., a.a.O., S. 187)。

39) Emmerich, V., a.a.O., S.187.

40) Emmerich, V., a.a.O., S.191f.

41) Wiedemann, G., a.a.O., § 27 Rdnr.12f.

42) 場合によっては、前後の取引段階における事業者の競争可能性の侵害も問題となり得る(Langen/Bunte, a.a.O., § 19 Rdnr.146)。

れる場合には強い反競争的效果を生じ得る⁴³⁾。また、行為者の市場支配力の強度に応じて、他の事業者の競争可能性が侵害される危険性は一層増大することになる⁴⁴⁾。

第二に、搾取的濫用との関係についていえば、抱き合わせる商品・役務の市場において既に支配的地位にある事業者が契約の相手方に対して不要な商品・役務を抱き合わせるという点に着目すれば、結合取引は契約の相手方との関係で不当に不利益な取引条件を設定するという側面を有している⁴⁵⁾。これは、抱き合わせる商品・役務における「不当な値上げ (unangemessene Verteuerung)」と見ることができ、契約の相手方に対する一種の「略奪効果 (Ausplünderungseffekt)」が問題になるとされる⁴⁶⁾。搾取的濫用としての側面が問題となった事例としては、サッカーのヨーロッパ選手権において、人気の対戦カードの入場券の販売に際して、不人気の別の対戦カードの入場券と抱き合わせて販売することが市場支配的地位の濫用に該当するとされたケースがある。そこでは、人気の対戦カードの入場券のみを希望する観客にとって不要な入場券を併せて購入するよう強要したことが市場支配的地位の濫用に該当するとされている⁴⁷⁾。

以上のように、結合取引は妨害的濫用と搾取的濫用の二つの側面から不当性を基礎づけることが理論的に可能であるが、一つの結合取引が両者の性格を有することもあり得る。例えば、ハンディタイプの値札張り機市場において市場支配的地位にある事業者が値札貼り機に使用する値札を抱き合わせて販売したケースでは、値札の販売市場で活動する「競争者」が排除されるという妨害的濫用の側面

43) Emmerich, V., a.a.O., S.191.

44) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19 Rdnr.118.

45) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19 Rdnr.173; Burkert, O.J., a.a.O., S. 395ff.

46) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 19 Rdnr.173. もっとも、Burkert, O.J., a.a.O., S.150ff., 169f. は、結合取引を搾取的濫用として規制する場合には、高価格濫用 (不当に高い価格の設定) の場合と同様に、濫用の基準となる一定の上限価格を確定しなければならないとする。つまり、高価格濫用の成否の基準となる「想定競争価格」を算定するのと同様に、抱き合わせる商品・役務と抱き合わされる商品・役務の合計価格が不当に高価格といえるか否かの基準となる価格が示されなければならないとする。

47) BGH 26.5.1987, WuW/E BGH 2406(Inter Mailand-Spiel).

と、値札貼り機の「購入者」が値札の購入を強要されるという搾取的濫用の側面が検討された上で濫用が認定されている⁴⁸⁾。

なお、妨害的濫用と搾取的濫用のいずれについても、一定の限度で正当化の余地が認められることについては異論がない。正当化し得るか否かは、結合取引がもたらす具体的な競争侵害効果と結合取引によって実現される利益とを比較衡量することで決定される。つまり、濫用か否かの最終的な判断はこの利益衡量の枠組みの中でなされることになる。例えば、抱き合わせる商品・役務の技術的機能を十分に確保し、当該商品・役務における売り手の評判を維持する目的で結合取引が行われる場合には、そのような目的を達成するために必要な限度で結合取引は正当化される。技術的機能の確保が目的であるとしても、例えば「使用上の説明」を加えることでその目的が十分に達成できるような場合には、結合取引を正当化することは許されず、どの商品を実際に購入するかについては購入者側の選択に委ねられなければならないとされる⁴⁹⁾。このように、利益衡量の枠組みの中で「目的と手段の相当性」を要求するのは、そうすることで市場支配的事業者の正当な目的を必要な限度で配慮しつつ、かつ競争に対する悪影響を最小限に抑制することが可能になるからである。また、判例上は、技術的機能の確保以外にも正当化の余地が認められている。たとえば「組み合わせ料金制 (Kombinationstarif)」に係るケースでは、新聞広告の掲載について、複数紙における広告掲載を抱き合わせた上で割安な広告料金を設定したことが問題となったが、一方の新聞の廃刊を回避して新聞社を再建するという側面を重視することによって組み合わせ料金が正当化されている⁵⁰⁾。このケースでは、濫用の成否の判断にとって必要となる利益衡量の枠内で「(新聞社の) 企業再建の利益」が認められたものといえる。

48) KG 18.2.1969, WuW/E OLG 995(Handpreisauszeichner).

49) Siehe Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 20 Rdnr.201; Mestmäcker, E.-J., Ausschließlichkeitsverträge, Kopplungsverträge und offene Märkte, JZ 1954, 625. この点は20条を適用する場合についても同様である。しかし、Burkert, O.J., a.a.O., S.412. は、代替手段があるとしても、結合取引に比べて非効率であるから問題にならないとする。

50) BGH 9.11.1982, WuW/E BGH 1965(Gemeinsamer Anzeigenteil).

III UWGによる規制

1 UWG1条と結合取引

UWGによる結合取引の規制は主としてUWG1条によって行われる⁵¹⁾。

UWG1条はいわゆる一般条項であり、不正な競争行為を「良俗 (gute Sitten)」違反として差止及び損害賠償の対象としている。このように1条は良俗違反を規制要件としているが、良俗概念自体については具体的な規定がなく、その意味内容については判例及び学説の展開に委ねられている。通説的見解によれば、UWG1条の良俗概念はドイツ民法典138条及び826条における良俗概念と全く同一に解する必要はなく、「合理的な平均的事業者の礼讓観念 (Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden)」に合致しない競争行為がUWG1条の意味での良俗違反を構成すると解されてきた⁵²⁾。なお、UWGの保護主体についていえば、UWG制定当初は、競争者の利益を保護するものとして理解されていたが、1930年代のライヒ裁判所における一連の判決において、UWGは競争者の単なる個人的利益を保護するだけでなく公共の利益をも保護することが確認されるに至っている⁵³⁾。このようにUWGに対して公益的な性格が付与された結果として、競争の機能を確保するという公益の下に、購入する側の事業者及び消費者を含めたすべての市場参加者の利益がUWGの保護対象として認められることとなった。従って、それらの利益は、競争者保護の単なる「反射作用 (Reflexwirkung)」としてではなく法適用における直接の考慮要素として位置づけられている⁵⁴⁾。

51) Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 22 Aufl., 2001, § 1 UWG Rdn. 127ff. なお、景品規制の潜脱として結合取引が行われる場合には景品令 (Zugabeverordnung) によって規制されていたが、景品令は割引法 (Rabattgesetz) と共に2001年に廃止されている。

52) Siehe Ekey, F.L. u.a., Wettbewerbsrecht, 2000, § 1 UWG Rn.2.

53) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., UWG Einl. Rdn.41; Sihe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., Einl.2 Rn.2.

54) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., UWG Einl. Rdn.41ff., 76ff. UWGにおける保護主体論の歴史的展開に言及するものとして、Schricker, G., Möglichkeiten zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher und funktionsfähigen Wettbewerbs im Recht des unlauteren Wettbewerbs, ZHR 139 (1975), 208;

UWG 1 条における良俗という概念は規制要件としては不確定な法概念であるが、他方で、既に多数の判例が積み重ねられてきており、学説もこれらを類型化することに努めてきている。通説的地位を占める Hefermehl の分類によれば、これまでに良俗違反とされてきた行為は、大きく分けて、①顧客の意思決定に不当な影響を与える行為、②競争者に対する妨害行為、③他の事業者の成果を冒用する行為、④法規に反した行為による優位性 (Vorsprung) の保持、⑤市場における競争の存立を危うくする行為、の五つのタイプに分類される⁵⁵⁾。そして、上記①の「顧客の意思決定に不当な影響を与える行為」に属する不正競争行為の一つとして結合取引が挙げられている。

「顧客の意思決定に不当な影響を与える行為」とは、顧客に対して不当な方法を用いて需要を喚起する行為である。すなわち、顧客が商品・役務を購入するか否かについて自由な意思決定を行うためには、顧客が当該商品・役務の品質及び価格を客観的に吟味するための前提が確保されていなければならない、その前提を阻害する行為はそれ自体で不当性を帯びることになる⁵⁶⁾。UWG 上問題となる結合取引は、複数の商品又は役務について、それらを抱き合わせた上で単一の価格 (以下「一体価格」とする) を表示して販売することと定義される⁵⁷⁾。複数の商品・役務を抱き合わせて販売するか否かは原則として売り手の自由に委ねられるが、他方で、そのような販売形態が「価格 (構成) の偽装 (Preisverschleierung)」、「価格比較の困難化 (Erschwerung des Preisvergleichs)」、あるいは「不当な誘引 (Lockangebote)」という意味で不当性を帯びる場合には、顧客の意思決定に不当な影響を与える不正競争行為として UWG 上規制されることになる。

Beater, A., Schutzzweckdenken im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, JZ 1997, 916.

55) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.3; Ackermann, B., Wettbewerbsrecht, 1997, S.48.

56) Siehe Ackermann, B., a.a.O., S.49f.

57) Siehe Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.127; Ackermann, B., a.a.O., S.107.

2 「公然の結合取引」と「隠れた結合取引」

結合取引の規制基準について、判例・学説は、結合取引を「隠れた結合取引 (verdeckte Koppelungen)」と「公然の結合取引 (offene Koppelungen)」の二類型に分けた上で、それぞれ異なる観点から不当性を検討している⁵⁸⁾。「隠れた結合取引」とは、複数の商品・役務を抱き合わせた上で、一体価格のみを表示して販売する場合であり、「公然の結合取引」とは、複数の商品・役務について、一体価格を表示するだけでなく、個々の商品・役務の価格を明示して販売する場合である。つまり、「公然の結合取引」の場合には、一体価格だけでなく、個々の商品・役務に対する価格（つまり、一体価格の内訳）についても顧客側に明らかとなっている点で「隠れた結合取引」と異なる。以下では、隠れた結合取引と公然の結合取引のそれぞれについて、その規制の基準を検討することとする。

(一) 隠れた結合取引の規制

複数の商品・役務を抱き合わせて一体価格のみを表示して販売する場合には、「価格構成の偽装」ないし「価格比較の困難化」という観点から不当性が検討される⁵⁹⁾。すなわち、隠れた結合取引の場合には、一体価格の内訳が不明確であることから、顧客は個々の商品・役務に対する価格を知ることができず、また個々の商品・役務の価格を競争者によって提供される他の商品・役務と比較することが不可能となり、この点で顧客の客観的な商品選択を歪めることになる。隠れた結合取引が違法となる手がかりとしては、商品・役務が互いに異なる種類のものであって、かつ、顧客側が個別の価格を知ることなしには商品・役務の価値を吟味することが困難な場合であるとされる⁶⁰⁾。隠れた結合取引を違法とした事例としては、例えば、50グラムの紅茶とティーカップを一つのセロファン袋にまとめて、一体価格のみを表示して販売したケースが挙げられる⁶¹⁾。また、隠れた結合取引のように、一体価格のみが表示されるような場合には、商品・役務

58) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.127ff.; Ackermann, B., a.a.O., S.107ff.

59) Siehe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.148f.; Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn. 128.

60) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.128.

61) BGH 22.12.1961, WRP 1962, 200 (Glockenpackung).

が個別に販売されている場合に比べて割安な価格が設定されているとの一般的印象を顧客に与える傾向があることも指摘されている⁶²⁾。

もっとも、個々の商品・役務の価格が表示されていないというだけでは違法とするに十分でなく、顧客が売り手に対して個別価格を照会することを期待し得ず、あるいは、他の方法で顧客が価格を知ることが不可能な事情が存在しなければならないとされる⁶³⁾。なぜならば、一体価格のみ表示されているとしても、顧客の側で個々の商品・役務の価格を知ることが可能であれば、価格比較が困難であるとはいえないからである。例えば、隠れた結合取引であっても、二つの商品の片方の価格が表示されている場合には、引き算により他方の商品の価格を容易に算定することができるので違法ではない。また、同一の商品が販売される場合にも、割り算により顧客は一個あたりの価格を容易に算出することができる。さらに、抱き合わされている商品が広く普及している商品であって、消費者が経験上価格を概算することが可能な場合も同様である⁶⁴⁾。

つまり、隠れた結合取引が不当であるか否かは事案に応じて判断されることになるが、顧客が容易に個別価格を知り得るような事情があれば、「価格構成の偽装」ないし「価格比較の困難化」は生じないということである。その場合に重要なのは、個別価格を知るために必要な費用を顧客が現実負担するか否かであるが、この点については、①顧客が価格を比較することを可能にする事情がどの程度存在したか、②当該商品・役務を購入することが顧客にとってどの程度の重要性を有していたか、ということが判断の手がかりになるとされる⁶⁵⁾。一般論としては個別の商品価格を表示することを売り手側に要求しても過大な負担とはならないであろうから、顧客の側が容易に価格を知り得たとの認定は厳格になされるべきであると思われるが、一部の学説は、顧客が合理的な費用で個別の商品価格を知ることが困難となるような状況は通常想定しがたいとして、隠れた結合取

62) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.128; BGH 22.12.1961, WRP 1962, 203(Glockenpackung).

63) Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.148; BGH 30.11.1995, NJW 1996, 616 (Saustarke Angebote).

64) Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.149.

65) Siehe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.149.

引は原則的に許容されるとしている⁶⁶⁾。

(二) 公然の結合取引の規制

複数の商品・役務について一体価格を付すだけではなく、一体価格の内訳として適切に算出された個別価格が併せて表示される場合には、原則として適法である。例えば、「50グラムの紅茶1・50マルク+紅茶カップ1・25マルク=合計金額2・75マルク」と表示されている場合には、紅茶と紅茶カップを抱き合わせて販売するとしても違法ではない。公然の結合取引の場合には、結合取引を構成する個々の商品・役務の価格が適切に表示されていることから、隠れた結合取引の場合と異なり、「価格構成の偽装」ないし「価格比較の困難化」が生じるとはいえないからである。

公然の結合取引が例外的に UWG 1条違反とされるのは、一般に「先導的販売 (Vorspannangebote)」と呼ばれる類型に該当する場合であると考えられている⁶⁷⁾。

先導的販売とは、ある商品・役務の販売に際して、特に廉価に見える商品・役務を抱き合わせて提供することによって顧客を惹きつける販売形態である。この先導的販売も、学説上、前記の「顧客の意思決定に不当な影響を与える行為」の一類型として位置づけられている。先導的販売の不当性は、「主たる商品 (Hauptware)」の販売に際して、特に割安な価格を設定した商品(「従たる商品 (Nebenware)」又は「先導的商品」と呼ばれる)を抱き合わせることで、「主たる商品それ自体の品質及び価格」に対する顧客の客観的な判断を麻痺させる点にある。つまり、従たる商品に対して設定された特に割安な価格が、主たる商品为先導する役割を果たしており、この点でいわゆる「誘引効果 (Lockeffekt)」が問題となる。この場合の従たる商品は「景品 (Zugabe)」と同様の機能を有しているこ

66) Emmerich, V., Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5.Aufl., 1998, S.174. 以下では、Emmerich, V., UWGとして引用。

67) Baumbach/Hefermehl, aa.O., § 1 UWG Rdn.131; Ekey, F.L. u.a., aa.O., § 1 UWG Rn.146ff. 先導的販売の代表的なケースとしては、例えば、BGH 14.7.1983, NJW 1984, 51(Buchklub-Vorspannangebot); BGH 4.7.1975, NJW 1976, 51(Vorspannangebote); BGH 30.6.1976, NJW 1976, 2013(Rustikale Brettchen).

とから、先導的販売は景品規制と同様の視点から把握されてきた⁶⁸⁾。また先導的販売から生じる強度の誘引効果によって、主たる商品それ自体の品質及び価格に対して顧客が客観的な商品選択を行うための前提が阻害されるので、行為の伝播性 (Nachahmung) 及び競争の存立の危険性など弊害が市場全体に波及するか否かとは無関係に、先導的販売はそれ自体違法であると考えられている⁶⁹⁾。

先に述べたように、先導的販売とされるには、従たる商品の価格が「特に廉価に (besonder preisgünstig)」設定されていることが必要となる⁷⁰⁾。これは事案に応じて顧客側の視点から判断されるが、消費者が実際に購入しているという事実があれば特別の割引を提供していると見てよいとされる⁷¹⁾。なぜならば、従たる商品を購入する条件として主たる商品の購入が義務づけられているという結合取引の性格自体から、従たる商品が特に廉価であったことは明らかであると言い得るからである⁷²⁾。また、主たる商品が日用品の場合には、従たる商品にある程度の割安感があれば先導的商品としての役割を実現するのに経験上十分なので、従たる商品が特に廉価であることの証明はさらに緩和されることになる⁷³⁾。

従たる商品と主たる商品が全く関連性のない商品である場合には、従たる商品の「景品」的性が認められることから、不当な誘引目的での先導的販売であることが推認されるが⁷⁴⁾、逆に主たる商品と従たる商品との間に「商品の一体性 (Wareinheit)」が認められるような場合には先導的販売に該当しないとされる⁷⁵⁾。その理由は必ずしも明らかでないが、商品の一体性が認められる場合に

68) Siehe Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.132ff.; Ackermann, B., a. a.O., S.109.

69) Ackermann, B., a.a.O., S.109.

70) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.137; Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.158.

71) Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.158.

72) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.137.

73) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.137.

74) Siehe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.155ff.

75) Siehe Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.136; Ekey, F.L. u.a., a.a. O., § 1 UWG Rn.154ff. なお、隠れた結合取引のケースで、抱き合わされる商品・役務との間に一定の関連性のある場合にどのように評価されるかについては、必ずしも明らかではない。例えば、1995年の BGH 30.11.1995, NJW 1996, 616

は、顧客は両商品を一体と見た上で品質及び価格を吟味する傾向があることから、従たる商品に景品的性格を認めることができず、従って一方の商品が他方の商品を「先導」するという意味での不当性が欠如するからであると考えられる⁷⁶⁾。どのような場合に「商品の一体性」が認められるかが問題となるが、両商品の間に「用途の類似性 (Gebrauchsnähe)」が存在することが一つの手がかりになる。例えば、「紅茶とティーカップ」、「タバコとパイプ」、「カミソリとカミソリ刃」などがこれに該当する⁷⁷⁾。また、商品上の一体性が認められなくても、従たる商品の商品価値が非常に低い場合には、従たる商品に、主たる商品を先導するに十分な誘引効果を認めることができないので違法ではないとされる⁷⁸⁾。

以上をまとめると、公然の結合取引が違法となるのは、結合取引の対象となっている商品・役務の間に「商品の一体性」を認めるに十分な密接関連性がなく、かつ、一方の商品・役務の価格が非常に割安に設定されていることから顧客が他方の商品・役務の価格と品質を客観的に吟味する可能性が奪われるような場合であるといえる。

IV 結びにかえて

結合取引の不当性という点に着目してみると、結合取引がGWB上問題とされるのは、既に述べたように、一方の商品・役務の市場における一定の地位を背景として、①他方の商品・役務の市場における競争者が不利益を受け、あるいは②不要な商品・役務を取引の相手方に押しつけることになるからである。

そして、市場支配的地位を必ずしも要件としないGWB16条の規定は、結合取引を規制する上で実際にはほとんど機能しておらず、GWB19条の市場支配的地位の濫用ないしGWB20条の不当な妨害として規制することで足りるとする立場

(Saustarke Angebote)は、結合取引の対象となった食用豚肉と冷蔵庫との間に「貯蔵」という意味での関連性のあることは否定できないとしたが、使用上の関連性あるいは用途の類似性という観点から、隠れた結合取引の評価にとってどのような意義を有するかについては立場を明らかにしていない。

76) Siehe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.157.

77) Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 1 UWG Rdn.136.

78) Siehe Ekey, F.L. u.a., a.a.O., § 1 UWG Rn.136.

が現在では支配的であるといえる。この立場からは、一方の商品・役務について売り手が一定の地位を有していることが規制の前提となる。この場合には、「競争者の排除」あるいは「取引の相手方に対する不利益の強制」という競争制限効果が、抱き合わせる商品・役務における市場支配的地位に基づいて生ぜしめられる。しかし、既に述べたように、正当化の余地が全くないわけではなく、結合取引の目的と効果に照らして違法性の有無が判断されることになる。その場合には、結合取引が市場支配的事業者にとって正当な利益をもたらし得るとしても、結合取引によって引き起こされる競争制限効果に鑑みて、「結合取引以外の手段を採用することを市場支配的事業者の側に期待できるか否か」を検討することが重要となる。つまり、結合取引以外の「より競争制限的でない」手段の存在が認められる場合には、当該結合取引を正当化することはできない。

これに対して、UWGにおいては、隠れた結合取引・公然の結合取引のいずれについても、顧客の購入判断に不当な影響を与えるという点に着目して規制が加えられる。ここでは、複数の商品・役務を抱き合わせて販売すること自体が不当とされるのではなく、価格表示の態様（「隠れた結合取引」の場合）あるいは一方の商品の景品の性格（「公然の結合取引」の場合）に着目して不当性が判断されることになる。すなわち、隠れた結合取引の場合には「価格構成の偽装」ないし「価格比較の困難化」が生じているといえるか否か、公然の結合取引の場合には「不当な誘引」が生じているといえるか否かが問題となる。これら両者の不当性判断基準は、いわゆる「業績競争（Leistungswettbewerb）」の原則から導かれたものといえる。「業績競争」とは「商品の品質の良さ及び価格の低さを目指して各企業が努力し、市場において、各々が達成し得た業績を提示して、顧客の比較・判断の対象とする」という過程によって成立し、このような業績の提供あるいは業績の比較それ自体を失わせるような「非業績」な行為はUWG上の不当性を基礎づけるとされる⁷⁹⁾。すなわち、結合取引がUWGによって規制を受

79) 金子晃ほか『新・不公正な取引方法』（1983年）70頁。参照、岸井大太郎「ドイツ競争法における『業績競争理論』（一）（二）」法学志林83巻1号（1985年）1頁・同4号（1986年）61頁、山部俊文「ドイツ競争制限禁止法における市場支配的企業の濫用行為の規制について」一橋大学研究年報・法学研究29巻（1997年）3頁。な

けるのは、結合取引が、「商品それ自体の品質及び価格を顧客が客観的に比較・吟味するための前提を阻害する」という意味で「非業績的」な行為と言い得るからである。そこでは、売り手の市場支配的地位あるいは市場に対する悪影響という要素は必ずしも問題とされず、業績競争の基準に照らした「行為それ自体の不当性（ないし「非業績性」）」が問われることになる⁸⁰⁾。このように、UWGによる結合取引の規制の着眼点が「顧客の客観的な購入判断の確保」にあるとすれば、UWGによる結合取引の規制は、購入する側の事業者及び消費者の利益を保護する機能を担っていることが指摘できよう。

以上、結合取引に対するGWB及びUWG上の規制について、規制の基準ないし判断の枠組みを中心に検討を行ったが、結合取引は、①抱き合わされる商品・役務市場における競争者の排除、あるいは②取引の相手方に対する不利益の強制、という二つの方向でGWB上問題となり得ること、さらに、③商品の品質及び価格に基づいた客観的な商品選択の阻害、というUWG上の観点からの規制も必要となり得るとの視点は、我が国の独占禁止法における「抱き合わせ販売」の規制要件である「公正な競争を阻害するおそれ」の意味内容を明確化する上で一つの示唆を与えるものである⁸¹⁾。

もっとも、GWB及びUWGのいずれについても、結合取引に対する規制のあり方をめぐる理論状況はなお流動的であり、近時は、結合取引に対する従来の厳格な規制を改めるべきとする見解も有力に主張されている⁸²⁾。

第一に、GWBにおける規制については、1992年に提出された独占委員会の一

お、業績競争に基づくアプローチに対する批判としては、例えば、Emmerich, V., UWG, aa.O., S.44f.

80) もっとも、既に述べたように、GWBの領域においても、特に妨害的濫用の成否の判断については、ベルリン高裁は「業績競争」の視点を取り入れたアプローチを採用してきた。結合取引の規制に際しても、KG 26.1.1977, WuW/E OLG 1767 (Kombinationstarif)では、UWG上の「先導的提供」を手がかりとして妨害的濫用の成否を審査する手法が採用された。

81) もっとも、我が国の独占禁止法においては、一般指定10項の抱き合わせ販売は「取引の強制」として規定されているが、UWG上の結合取引は、「取引の強制」というよりむしろ「不当な顧客誘引」の観点から把握されているといえる。

82) 経済分析をふまえつつ、従来の立場を批判的に検討し、結合取引の規制のあり方を包括的に論じた近年の文献として、脚注33で取り上げたBurkertの著作がある。

般報告書によれば、結合取引の規制基準について、①売り手が抱き合わせる商品・役務の市場で市場支配力を有し、かつ②抱き合わされる商品・役務の市場において「市場構造の重大な悪化」が予期されること、という二つの基準が提案されている。また、この二つの基準が充足される場合であっても、当該結合取引によって、売り手側の費用が削減される場合、購入者側の費用が削減される場合、あるいは抱き合わせる商品・役務の値下げが実現される場合には、結合取引は正当化されるとしている⁸³⁾。

この独占委員会の提案では、結合取引の競争制限効果を、GWBにおける企業結合規制の規制基準と同様に「市場支配力の形成ないし強化」として把握することによって、結合取引の実施後の市場構造の変化に着目して規制を加えようとする方向がうかがえる⁸⁴⁾。その一方で、結合取引によって実現され得る費用削減効果を肯定的に評価することで、従来以上に正当化の余地を拡大することを提案するものといえる。

第二に、UWG 1条による結合取引の規制については、過剰規制であるとの批判が向けられており、欺瞞の販売を禁止する UWG 3条に反しない限りで、売り手側の自由な判断に委ねるべきであるとの見解がある⁸⁵⁾。

さらに、ドイツにおける厳格な景品規制の中心的役割を担ってきた景品令 (Zugabeverordnung) が割引法 (Rabattgesetz) と共に近年廃止されたことに伴い、結合取引ないし先導の販売に対する UWG 上の規制も緩和される方向へと進むことを示唆する論者もある⁸⁶⁾。景品令と割引法が廃止されるに至った理由としては、EC 域内における法の国際的調和を図ることによって、ドイツにお

83) Monopolkommission, Hauptgutachten 1990/1991, Wettbewerbspolitik oder Industriepolitik, 1992, S.428ff. なお、本報告書で述べられている結合取引に係る提案部分は、脚注33の Burkert の見解に基づくものである (Siehe Burkert, O.J., a.a.O., S.5)。

84) Burkert, O.J., a.a.O., S.415.

85) Emmerich, V., UWG, a.a.O., S.174ff.

86) Berlitz, W., Auswirkungen der Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung auf die Auslegung von § 1 UWG und § 3 UWG, WRP 2001, 349ff.; Fezer, K.-H., Modernisierung des deutschen Rechts gegen den unlauteren Wettbewerbs auf der Grundlage einer Europäisierung des Wettbewerbsrechts, WRP 2001, 1114ff.

ける厳格な景品及びリベート規制から生じる内国事業者の法適用上の不利益を除去するとの目的以外に、不正競争法が前提としている平均的消費者像（Durchschnittsverbraucher）が「情報を有し、注意深く、かつ分別のある消費者」へと変化してきたということが挙げられる⁸⁷⁾。そのような消費者像を前提とする限り、結合取引ないし先導的販売をUWG上規制することはもはや不要であるとされる⁸⁸⁾。このように平均的消費者像の水準を「引き上げる」ことの当否は別としても、いずれにせよ、景品令の廃止が不正競争防止法の法運用に間接的に影響を与える形で、結合取引ないし先導的販売は今後ほとんど規制を受けない状況となってしまうことも予想される⁸⁹⁾。

このように、結合取引の規制のあり方をめぐっては、GWB・UWGのいずれにおいても未だなお流動的な状況にあるものの、従来の規制を緩和する方向に向かいつつあるといえるかもしれない。我が国における抱き合わせ販売に対する規制のあり方を議論する上でも、今後の動向が注目されるところである。

87) Siehe Berlit, W., a.a.O., 351; Köhler, H., Rabattgesetz und Zugabeverordnung: Ersatzlose Streichung oder Gewährleistung eines Mindestschutzes für Verbraucher und Wettbewerber?, BB 2001, 268. なお、Köhlerは、景品令と割引法の廃止と引きかえに、消費者及び競争者に対する最小限の保護(Mindestschutzes)を確保すべきであるとして、GWBとUWGの立法的強化を提案している。

88) Siehe Berlit, W., a.a.O., 351.

89) Berlit, W., a.a.O., 351.