

戦後西ドイツにおけるカルテル規制の変遷(一)

和田健夫

目次

- 序——考察の対象と視点
- 第一章 競争制限禁止法の当初の構想
 - 第一節 成立に至るまでの経過
 - 第二節 競争制限禁止法の目的および性格
 - 一、新自由主義の思想
 - 二、競争制限禁止法の目的および性格
 - 三、まとめ
 - 第三節 カルテル禁止規定および関連条文の素描(以上本号)
- 第二章 社会的市場経済のもとでのカルテル禁止政策の展開
 - 第一節 前期における判例の検討
 - 第二節 前期におけるカルテル禁止の問題点
- 第三章 競争政策の転換——カルテル禁止政策の新たな動き

第一節 經濟安定成長促進法
 第二節 競争政策の新しい指導像
 第三節 後期におけるカルテル禁止実務の検討
 第四章 協調的行動の禁止
 第一節 導入に至るまでの経過
 第二節 協調的行動の内容
 むすび

序—考察の対象と視点

我が国の独禁法は大戦後、連合軍最高司令官の覚え書に端を発し、連合軍当局（特にアメリカ合衆国）の強力な指導のもとに半ば強制的に制定された。そのため同法は、「私的独占」、「不当な取引制限」、「不公正な競争方法」の諸規定にみられるように、アメリカの反トラスト法の基本的な部分をそのまま取り入れることになった。

このような耳慣れない外国の法概念のために、また我が国にはそもそも自由主義経済の時代がなかったために、独禁法の精神が理解され国民の間に定着するのには長い時間を必要とした。また法律学の領域においても、独禁法を中心とする経済法の他の法分野との目的・性格のちがいや、その独自性は当初十分に理解されなかった。¹⁾しかし、このように独立の法分野としての経済法の性格づけの問題に限らず、我々は、様々な場面において、経済法（特に独禁法）の目的や機能についての考察を迫られ、あるいは独禁法的な解決方法と他の諸法律によるそれとのちがいについての説明を要求される。独禁法の規定の解釈にあたってはつねにこのような考察が必要であることはたとえば、独禁法違反行為の私法的効果の問題からも明らかである。

さて本稿は、右のような認識に立って西ドイツの競争制限禁止法によるカルテル規制を考察の対象に選んだ。以下の理由を説明する。

西ドイツも我が国と同じく敗戦国として占領を体験し、そのなかから競争制限禁止法を成立させた。個々の点では異なるにせよ、ドイツ法と独禁法は反独占・反カルテルという根本思想において同じである。カルテル禁止についてドイツ法に特徴的な点は、その一条でカルテルを「契約」として捉えていることである。そのためカルテルの概念の解釈をめぐって、伝統的な私法的思考方法によって構成する方向と、競争制限禁止法の立場から合目的に構成する方向とが対立し、これが法の運用にも作用を及ぼした。これは、私法的な接近方法と競争法的な接近方法との対立とみることができよう。結論を先に言えば、西ドイツのカルテル規制の変遷は前者を後者が克服してゆく過程に他ならない。したがってそのプロセスを順次検討することによって、私法と競争維持を目的とする法の性格および問題に対するアプローチの仕方の相違の一端を示すことができると考えられる。

以上の説明から本稿における考察の視点の一つが示された。すなわち、西ドイツのカルテル規制の展開は、まず、私法的な接近方法がいかなる点で競争法の接近方法と対立したのか、またどのような解釈方法やプロセスを経てそれが克服されたのかという視点から眺められる。そして第二に、このプロセスがドイツ経済の変化やそれにともなう競争政策の変遷とどのような関わりを持ったのかという視点がこれに加えられる。その際本稿は、競争制限禁止法がスタートしてから十年目を以て、カルテル規制の歴史を二つに分ける（便宜上前半を「前期」、後半を「後期」と呼ぶことにする）。⁽²⁾ というのは西ドイツでは、後に詳しく述べるように、法が生まれて十年目が競争政策観の一つの転換期であると考えられているからである。簡単に言えば、競争政策を秩序政策と考えていたそれまでの政策観が、十年目を迎えて、インフレや成長率の低下など当時直面していた経済問題を解決するための手段として競争政策を投

入する、という方向へ転換する。そしてそのことと平行して、法の運用にも変化がみられるのである。

そこで次に叙述の順序を簡単に示しておく。まず第一章では競争制限禁止法の制定当初の構想が明らかにされる。つまり、同法成立の際の思想的・理論的背景を探りながら、同法がいかなる性格の法律としてスタートしたのかということを検討する。第二章は、右で二つに分けた時期の前半（前期）におけるカルテル規制の実務を検討し、その問題点を明らかにすることを課題とする。ここでは最初に指摘したような私法的な考え方と競争制限禁止法の目的との対立が（たとえば対象説や契約概念の把握において）見られるであろう。第三章は後期におけるカルテル規制を取り扱う。まず前半の部分では、西ドイツの経済状況の変化、およびそのもとで起こった競争政策の転換についての説明がなされる。続いて後半では、第二章で指摘された私法的な接近方法を、法の本来の目的の達成のために実務がどのような法解釈によって打ち破ろうとしたのかを（情報交換協定や共同販売機関に関する判例を手がかりに）分析する。第四章では、カルテルを契約として捉えていることからくる一条の不備を補うために立法の側からなされた措置、すなわち「協動的行動の禁止」を、その母体たるEEC独禁法の判例の分析を通じて検討する。

なお一言付け加えれば、西ドイツ法は一条によるカルテル禁止に加えて二、八条で多くの適用除外規定がとり入れられ、これらはいわゆる濫用規制主義に服している。西ドイツのカルテル規制問題を広く論ずるためには、適用除外についても触れざるを得ない。しかし、この問題は別の観点から後日改めて取り上げることにはしたい。

(註)

- (1) たとえば商法学者の間では経済法を商法の一部とみなす傾向があった。西原寛一『商法総則・商行為法（商法講義Ⅰ）』（昭三三）一一頁、三三頁、大隅健一郎『商法総則』（昭三二）五五頁参照。
- (2) たとえば一九六八年に次のような三冊の本が公刊された。(i) *Zehn Jahre Bundeskartellamt - Beiträge zu Fragen und*

Entwicklungen auf dem Gebiet des Kartellrechts, Köln, Berlin, Bonn, München, 1968, (ii) *Wettbewerb als Aufgabe - Nach Zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlin, Zürich, 1968, (iii) *Zehn Jahre Kartellgesetz - Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie*, 1968. これらは競争制限禁止法の十年の実務を(一)実務担当者(ii)法律学者および経済学者(iii)経済界の側から回顧し、問題点を指摘することによって将来のあるべき法運用を提言することを目的としたものである。同じ年に同じ目的の本が公表されたのは興味深いことである。もっとも、社会的市場経済が始まってから二十年後、競争制限禁止法が制定されてから十年後に、過去の問題を洗い直そうという動きはすでにあつたといわれている。Kartte, Wolfgang, *Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1969, S. 9 参照。

第一章 競争制限禁止法の当初の構想

本章の課題は、まず競争制限禁止法制定に至るまでの経過を概観し(第一節)、次に同法の性格および目的を明らかにする(第二節)ことにある。それは第二章以下で判例を分析するための、さらに第三章において従来の競争政策観からの転換を明らかにするための予備的作業であり、出発点をなすものである。

第一節 成立に至るまでの経過

まず競争制限禁止法(*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*: GWB)が制定されるまでの経過を、カルテル問題を中心に簡単に眺めてみよう。⁽¹⁾

ドイツは、第二次世界大戦前はカルテルの助長・育成政策がとられ、多くのカルテルを生み出し、このことがドイツに「カルテル母国」という名称を与えたことは周知の事実である。これらのカルテルは、ドイツ経済全体に張り巡

説
らされ、やがて国家権力と結びついてドイツを戦争へと駆り立てた。

論

しかし敗戦はこのようなドイツ経済の体質に一大変革をもたらすことになる。すなわち、一九四五年八月二日に戦後ドイツの経済処理の基本要項を定めたポツダム協定が結ばれ、その一二条に基づき、一九四七年西側戦勝国占領地区において、一連の過度経済力集中排除法（軍政府法）³⁾が下された。これらの法律は、戦前の計画経済や戦時経済のもとで不可避免的に生じていた経済権力自体を解体することを目的としていた。なかでもドイツ経済に大きな影響を与えたのは米英軍政府により下された軍政府法56/78号である。法56/78号による経済力解体は次の二つの理念に基づいていた。第一にドイツの潜在的戦争遂行能力を破壊することであり、第二にドイツ経済を西側戦勝国の競争経済に適合するように再組織することである。⁴⁾

しかしながら今述べた二つの理念は必ずしも、軍政府法の実施のなかに反映されたわけではない。第一のドイツの戦闘能力の破壊という懲罰的性格の強い理念は、コンツェルン解体が不完全な形でしか行なわれず、さらに東西冷戦という政治的状況も加わったこともあって、時の経過とともに背後に退いてゆく。これに対し、ドイツ経済の民主的再編成という第二の理念の方は、特にアメリカ軍政府の強い支持のもとに発展し、戦後の西ドイツ経済に大きな足跡を残すことになる。⁵⁾そしてこのことを通じてアメリカの反トラスト思想がドイツに移入されたのである。

軍政府法56/78号についても少し詳しく検討してみよう。同法は、正式の名称「ドイツ経済力の過度集中排除法」⁶⁾が示すとおり、経済力の過度集中の排除を、カルテル禁止とコンツェルン解体という二つの方法によって達成することを目的としていた。⁶⁾

すでに述べたようにコンツェルン解体の方は十分な成果をあげることができなかったのに対し、⁷⁾カルテル禁止は、通貨改革および統制撤廃により始まった自由経済体制のもとでかなり厳格に運用された。この傾向は、一九四九年に

成立したドイツ連邦共和国(西ドイツ)が一九五五年以後軍政府法をドイツ法として受け入れ、実施機関が高等弁務官府(Allierte Hohe Kommission)から西ドイツ政府に移ってからも変わることはなかった。したがって、競争制限禁止法が成立する以前においてすでに、カルテル禁止の原則は、軍政府法の積極的運用により西ドイツ経済に浸透していたのである。

しかしながらこのような、占領政策の一環としての軍政府法によるカルテル禁止の展開と平行して、西ドイツではカルテル禁止、自由競争擁護の理念に貫かれた独自の法律を制定する運動が進められていたのである。早くからそのための専門家委員会(ヨーステン委員会)がつくられ、すでに一九四六年法案作成作業を開始していた。その間、先に述べた一連の軍政府法が公布されたが、これはドイツの反独占法が制定されるまでの過渡的規定であるとされていたために法案作成作業は影響をうけることなく続行された。さらに一九四九年三月二十九日、占領軍政府は「カルテル解体へのドイツの参加(Deutsche Teilnahme an der Entkartellierung)」と題する覚え書きのなかで、カルテル規制に関する権限をドイツに移す意図を表明するとともに、ドイツがハヴァナ憲章⁽⁹⁾に従って、取引制限をともなうカルテルやカルテル類似の行動および結合を禁止するための法律の草案を作成するように要請した。

このような動きのなかで、一九四九年七月五日、ヨーステン委員会は、「成果競争確保のための法律(Gesetz zur Sicherung des Leistungswettbewerbs)」および「独占庁に関する法律(Gesetz über Monopolamt)」の草案(ヨーステン草案と呼ばれた)を発表した。この時の委員会の構成員には、後に検討されるフライブルグ学派のいわゆる新自由主義の影響を強く受けた人々が多く、その草案は、例外をほとんど認めない厳格なカルテル禁止と、カルテルによる以外の経済力の所有形態の解体や分割の規定を含んでいた。その他に、法の実施機関として「独占庁(Monopolamt)」の設置が提案され、さらにこの独占庁には競争経済を維持・形成するために必要な企業活動への干渉の権限が大幅に

説
認められていた。⁽¹¹⁾

論

ドイツ人が作ったこの最初の草案は、禁止されるべき競争制限的な協定に関してハヴァナ憲章が定めた前提（註（9）参照）を超えていたこと、また解体規定が含まれていたために、一九四九年の覚え書きによりドイツに与えられた権限を逸脱していたこと、加えて草案の規制的、介入主義的性格が批判を受けたことなどにより、経済評議会（Wirtschaftsrat）に提出されるには至らなかった。しかしながらヨーステン草案はその後の草案作成作業に大きな影響を与えた。

その後の草案作成は、ヨーステン草案を土台にして、「新自由主義の知識や要請を現在の市場状況と調和させようとする現実政策的解決の努力」⁽¹²⁾の過程であった。具体的には、批判を受けた介入主義的性格をできるだけ弱め、厳格なカルテル禁止に対しては、ドイツの経済状況に照らして順次適用除外を認めるという作業が行なわれた。⁽¹³⁾

幾多の紆余曲折を経て草案は最終的に、一九五一年五月二二日連邦経済大臣により内閣に提出され、同年一月七日に承認を受けた。その後さらに高等弁務官府との協議を経て、一九五二年五月二日「競争制限禁止法」草案として連邦参議院（Bundesrat）に提出された。最終草案は一条でカルテル契約の無効を定め、二条以下で適用除外規定（不況―、合理化―、輸出カルテル）を取り入れていた。⁽¹⁴⁾

ところで、政府草案の一条では右のようにカルテルは契約として捉えられており、これは成立した法律にもそのまま受け継がれた。このようなカルテルの私法的構成が後に法の本来の機能を妨げる原因になることについては第二章以下で明らかにされるが、ここに一つの疑問が生じる。つまり競争制限禁止法が制定されるまで西ドイツの国内法であった軍政府法56/78号やその母法である反トラスト法は、契約であるか否かを問わずあらゆる形態の協定や合意を禁止している。そのことはドイツ人には十分知られていたはずである。現に草案のなかにはかかる構成をとったもの

も存在した⁽¹⁶⁾。カルテルの原則的禁止を貫こうとするならば、むしろそうする方が論理一貫しているといえるであろう。しかしながら、最終的にはカルテル「契約や決議」が「無効」とされている。これはなぜだろうか。

特に経済学者からは、シャーマン法の法概念、たとえば共謀 (conspiracy) 概念を取り入れて競争制限的な企業間の結合を広く規制すべきである⁽¹⁷⁾、という提案がなされたといわれる。結果的にはそれも実を結ばなかったのであるが、ミュラー・ヘンネベルク (Müller-Henneberg, H.) はその理由として、アメリカ法の概念の導入によってドイツのそれまでの法伝統との間に根本的な断絶が起ることに對する危懼があったことを挙げている⁽¹⁸⁾。たしかに外国の思想や觀念がそのままドイツの法律のなかに侵入することに対する抵抗は相当根強いものであったと思われる。特にドイツは一九一〇年代から始まるカルテル法学の古い伝統⁽¹⁹⁾があった。結局、ドイツ人はそこから逃れることはできず、リーフマン (Liefmann, R.) やフレイトハイム (Flechtheim, J.) らによって確立されたカルテル法学の成果を受け継ぐことに決定したのである⁽²⁰⁾。

議会における審議も大いに手間どり、一九五七年二月七日の成立をみるまで実に五年の歳月が費やされた。それはこの法律案がかつてない論争をドイツ国内に生んだため、議会も競争制限禁止法の重要性を認め、審議に慎重を期し、十分な時間をかけるように努めたからである。草案をめぐる論争のなかでも特に言及すべき点は、政府草案の基礎となっているカルテルの原則禁止主義に對する伝統的な濫用規制主義からの強い抵抗である。論争は議会の内外で行なわれ、両者の妥協点を見出す努力が続けられた⁽²¹⁾。一九五七年に成立した法律はまさにこの政治的妥協の産物に他ならない。

その結果をみると、カルテル契約の原則的無効を定めた一条はほとんどそのまま残っており、その意味では原則的禁止主義者の主張は一応反映されているとも言える。しかし二条以下では、政府草案で予定されていた三つの適用除

外の他に幾つかの適用除外カルテルが加えられ、さらに八条では、全体経済の利益のために止むを得ない場合には連邦経済大臣がカルテルを許可できる、という適用除外の一般条項まで認められるに至っている。そのため、法律の運用次第では、原則的禁止主義の實質は失なわれることは明らかである。濫用規制主義者にとってみれば、いわば名を捨てて実を取ったかたちになっている。そこで次にこの法律の目的および性格についての検討に入つてゆこう。

(註)

(一) 制定過程の叙述にあつては次のものを参考にした。Günter, Eberhard, Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, *WuW* 1951, 17; Lenich, Oswald, *Die Wettbewerbsbeschränkung*, Köln, Berlin, 1956, 競争制限禁止法政府草案理由書、経済政策委員会報告書(共に出典については第二節二註(一)参照)；ヘンハルト・菅良訳『社会的市場経済の勝利』(昭三五)一八六頁以下。

(二) 「ドイツ経済は、特にカルテル、シンジケート、トラストおよびその他の独占的結合にみられるような現在の過度経済力集中の排除を目的として、可能な限り早い時期に解体されるべきである。」(Kartte, a. a. O. 一序註(2) S. 18より引用)

(三) 米英占領地区においては二月一二日に「軍政府法56/78号・ドイツの経済力の過度集中排除法(MRG Nr. 56/V.O. Nr. 78: Verbot der übermäßigen Konzentration deutscher Wirtschaftskraft)」が、仏占領地区では六月九日に「軍政府命令96号・ドイツ経済における過度権力集中排除命令(V.O. Nr. 96: Zur Verhinderung übermäßiger Machtanhäufung in der deutschen Wirtschaft)」が発効した。56/78号の条文は Lenich, a. a. O., S. 634 ff. 参照。

(四) 同法前文。「本法はポツダム協定一二条に従つて、次の目的のために公布される。

- (I) ドイツが隣国の安全を危険に陥れ、再び国際平和をおびやかすことを防止する。
- (II) ドイツの経済上の戦争遂行能力を破壊する。
- (III) ドイツの再建のためにとられる措置が、平和的かつ民主的目的と合致するように保障する。
- (IV) 健全で民主的なドイツ経済の構造の基礎を創出する。」

- (5) Fikentscher, Wolfgang, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München, 1958, S. 127. 高橋岩和「戦後西ドイツにおける過度経済力集中排除政策と法」早稲田法学会誌二八卷二〇一頁、特に二四〇頁。
- (6) 法56/78号は、その一条一号において「経済力の過度集中」を禁止、排除する旨を定め、そのような「集中」に該当するものとして、まず同条二号において、
- 「カルテル、利益共同体、シンジケート、トラスト、結合、およびそれ以外のあらゆる形態の協定あるいは人の共同事業であつて、その目的あるいは効果が、国内ないし外国取引もしくはその他の経済活動の制限、又はこれらに対する独占的支配の促進、又は国内ないしは外国市場への参入の制限にあるものは、本法の適用地域においては過度経済力集中とみなされる。」(傍点筆者)と定め、さらに同条三号では、一万人以上の従業員を使用している企業は右のような「集中」に該当することの「応、(prima facie) 推定がなされることを規定している。このなかから、カルテルに代表されるあらゆる形態の協定の禁止(カルテル禁止)と、トラストなどのような、ことばの文字どおりの意味での経済力の集中体の解体(コンツェルン解体、三号による規制はすべてこれに含まれるであろう)とを分けることができる。
- (7) 高橋・前掲論文二二四頁以下。
- (8) Fikentscher, a. a. O., S. 127. エンハルト『前掲書』一八八頁。
- (9) 「一九四八年三月二四日の国際取引機構設立のためのハヴァナ憲章(Havana-Chartra)」。戦後の国際取引体制の基礎をつくるために、国連の経済社会理事会の提唱によりハヴァナで開かれた世界貿易会議において締結された。その第五章が競争法に関する規定を含んでいる。たとえば四六条第一号では、
- 「すべての構成国は、私企業によりなされたものであると公企業によりなされたものとを問わず、国際取引における競争を制限し、市場参入を妨げ又は独占的支配を促進する取引慣行が、生産あるいは取引の発展に有害な効果を与えかつ第一条に列挙されている目的のいずれかの達成を妨害する場合には常にこれを阻止するための然るべき措置をとり当機構(国際貿易機構(I・T・O)・筆者)と協力しなければならぬ」とされている(原文は *WuW* 1953, 244 f.)。
- (10) 委員長トモーステン(Tosten, Paul)を擁護ハンマー(Bauer, Walter)ノイマン(Bohm, Franz)ノイスマー(Fischer, Curt)ケッペル(Köppel, Wilhelm)クロムハルト(Kromphard, Wilhelm)プフィスター(Pfister, Bernhard)の面々で構成された。

た。

(11) 経済政策委員会報告書(第二節二註(1))によると「成果競争法」では独占力の権限として概ね次のようなことが規定されていた。

- (a) 極めて例外的な場合にのみ独占力によって下される適用除外を除くカルテルの禁止
- (b) カルテル的性格をもたない経済力の保持者(個別企業やコンツェルン)の解体や分割
- (c) 経済力の保持者に対して課すことのできる負担(価格設定、契約強制、経営外の目的での処分の禁止等)
- (d) 競争促進のための措置(労使共同体、強制ライセンス、広告についての指針)

そのほか、独占力の設置に関する定めおよび法違反に対する厳しい罰則に関する定めがあった。競争秩序の貫徹のために独占力に与えられた権限は半ば無制限であった(報告書、第二節二註(1)——S. 1159 ff.)。カルテル禁止についてはその七条において、

「競争の制限によって市場に影響を与えるような結合を企図する義務は：独占力が明白に例外を認めない限り、法的に有効なものとして形成することはできない」(Lenich, a. a. O., S. 513 より引用)

と規定されていた。「独占力法」に(1)については Lenich, a. a. O., S. 513-514 参照。

(12) 米英統合地区(米、英両占領地区は一九四七年一月統合された)において一九四七年五月に設置されたドイツ側の機関。統合地区八州から選出される五四人の議員により構成され、実質的には統合地区の議会の機能を果たした。このほかに執行機関として「執行委員会(Exekutivausschuss)」があり、この二つがのちに連邦政府に発展する。出水宏一『戦後ドイツ経済史』(昭五三)四七頁。なおドイツ連邦共和国成立後は草案作成の権限は経済評議会から連邦に移った。

(13) Günther, a. a. O., S. 31.

(14) そのほかにカルテル禁止規定自体を緩和する試みもあった。たとえば同じ一九四九年に出された第二次草案(当時の経済行政庁のカルテル問題担当官であったギュンターにより起草された)は、三月二九日の覚え書きの要請に合うようにカルテル禁止を次のように改めている。

「あらゆる種類の合意(Absprache)およびあらゆる共通の共同行為(Zusammenwirken)であつて、その目的あるいは効果が競争の実質的制限(競争の拘束)にあるものは禁止される」(傍点・筆者)

この草案は、「一般的なカルテル禁止を」、「実質的な競争制限(wesentliche Wettbewerbsbeschränkung)」に限定することによつ

て緩和することを狙ったものであったが、「実質的」ということばの意味があいまいなため法の基準としては用いることができないという反対に会って、結局受け入れられなかった(経済政策委員会報告書による; Günther, a. a. O., S. 31 参照)。

(15) 政府草案のテキストは *WuW* 1952, 432.

(16) 註(14)参照。

(17) Müller-Henneberg/Schwartz, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-Kommentar* (21st *Gemeinschaftskommentar*), 1. Aufl., Köln, Berlin, 1958, S. 75-77.

(18) Ebenda, S. 75 f. またシャーマン法の概念をとり入れることによって企業の行動が必要以上の介入を受け、そのために法的安定性が害されるとも述べている。

(19) 戦前のカルテル法学(特にカルテル概念をめぐる)の展開を概観したのとしては Luckes, Rudolf, *Der Kartellvertrag-Das Kartell als Vertrag mit Aussenswirkungen*, München, 1959, S. 43 ff. (2. Teil) 及び Fikentscher, a. a. O., S. 49 ff., S. 163 ff. 大隅健一郎『企業合同法の研究』(昭一〇)二頁以下、リーフマン・竹内謙二解説『企業組織論』(昭一一)。カルテル概念法学は一九二三年の経済力濫用取締令(いわゆるカルテル令)のもとで頂点に達した。当時の判例や学説の支配的見解は、カルテルは民法上の組合契約、あるいは組合契約類似の契約とみなしていた。この理解は戦後の競争制限禁止法一条にもそのまま受け継がれている。

(20) 政府草案理由書にもそのことが明記されている(第二節二一註(一)引用の *Gemeinschaftskommentar*, S. 1074)。

(21) 原則的禁止主義を主張したのは草案作成の責任者である経済大臣エフハルトを中心とするフライブルグ学派の人々であり、他方濫用規制主義に与したのはまず経済界(とくにドイツ産業連盟(BDI))であり、一部の経済学者および法律学者(有名なのがイザイ(Isay, Rudolf)である)であった。カルテルを原則的に禁止するか、濫用のみを取り締るべきかというこの問題は、マスコミや学界を賑わせた。*WuW* 1951, 118 に同法に対するマスコミ界の反応が簡単に紹介されている。法学者の間での論争ではイザイとヘーム・ニッペンダー(Nipperdey, H. C.)、ラッシュ(Rasch, Harold)らによるそれがある(*WuW* 1952, 321; 1952, 497; 1954, 367; 1954, 557)。また政府とドイツ産業連盟の間で繰り返された調整作業を物語るのは、エフハルトと時のBDIの会長スルク(Berg, Fritz)の間で交された往復書簡である(*WuW* 1952, 733; 857)。エフハルトの書簡はエフハルト・河原田健雄訳『ドイツの経済政策』七九頁以下参照。そのなかで産業界が反対の理由として挙げていることは、(一)同法が

戦争中からドイツ経済をナチの手先として敵視してきた連合軍により押しつけられたものであること、(ii) 同法が完全競争という市場モデルに依拠した非現実的なものであること、(iii) カルテル自体に対する評価のちがいが、つまりカルテルは必ずしも市場に弊害をもたらさないこと、(iv) ドイツが唯一国禁止主義を採用することは来たるべき欧州統合の実現にとつて妨げとなる(他の加盟国は濫用規制主義)ことであつた。これらの理由は草案に反対する者に等しくみられる。ただ書簡では原則的禁止か濫用規制かという形での問題をこえてお互いに歩み寄りの態度をみせている。なおエアハルト・菅良訳『社会市場経済の勝利』二〇四―五頁参照。その後一九五三年にベルクの提案で、両者の主張の一致点を見出すために専門家(連邦経済省、司法省、産業連盟の代表者)による研究グループⅡ「カルテル法研究グループ(Arbeitskreis Kartellgesetz)」が作られ、審議の結果として草案の修正案を提出している。ここではカルテル禁止の規定は削除されていなく(Salter, *WuW* 1954, 728)。

第二節 競争制限禁止法の目的および性格

ここでは、競争制限禁止法を成立に至らしめた理論的、思想的背景をたどりながら、同法の目的と性格を明らかにする。

競争制限禁止法を成立させた要因の一つには軍政府法の運用やその母法ともいべき反トラスト法の研究を通じたアメリカの反トラスト政策の影響があつたことは容易に想像できる⁽¹⁾。

しかしながら、占領によるいわば外から押しつけられた軍政府法を後にドイツの法律として受けいれるという現象が起こつたのは、それが対応する自国の法律ができるまでの暫定的な措置であつたとはいへ、すでに当時ドイツ人の間にも反カルテル・反独占の思想が育ち、継受を可能にするだけの精神的土壌が形成されていたからである。その際中心的な役割を果たしたのがいわゆるオイケン(Eucken, Walter)に代表されるフライブルグ学派の主張する新自由主義(Neoliberalismus)であつた。新自由主義は戦後の西ドイツ経済政策に理論的基礎を与えるとともに、その実践においては、後の経済大臣エアハルト(Erhard, Ludwig)の指導下に「社会的市場経済⁽²⁾」という形で展開された。ま

た競争制限禁止法の制定の際にも、ネオリベラリスト達は草案作成の段階から国会の審議に至るまで終始関与し、推進者の役割を果たした。

したがって同法の目的を追求する前に、新自由主義の思想およびその経済政策を検討することが必要である。

(註)

(1) 経済政策委員会報告書でも反トラスト法の影響について、一節をさいて説明されている。特に水平的競争制限(カルテル)を原則的に違法視する傾向は反トラスト法の他のいかなる要素よりも強くドイツ法に反映されていると述べている(第二節二、註(1)引用文献 S. 1170)。

(2) エアハルトの社会的市場経済については、彼の手になる次の著書がある。エアハルト・菅良訳『ドイツ経済の奇跡』(昭三三)(以下『奇跡』)、同・河原田健雄訳『ドイツの経済政策』(昭三七)(以下『政策』)、同・菅良訳『社会的市場経済の勝利』(昭三五)(以下『勝利』)。他にカルロ・メッテリ・向坂、塚本訳『西ドイツ経済の光と影—エアハルトの実験と成果』(昭三八)。一般に新自由主義は社会的市場経済と結びつけて考えられるが、「両者を同一視することは必ずしも正しくない。『社会的市場経済』とは同じくネオ・リベラリストの一人ミューラー・アルマック(Müller-Armack, A.)の造語ではあるが、これは新自由主義の西ドイツでの一つの実践的展開と見るべきであろう。」(野尻武敏編『現代の経済体制思想』三八頁)。

一、新自由主義⁽¹⁾の思想

西ドイツの新自由主義については我が国でも、経済政策⁽²⁾や経済制度論⁽³⁾の観点からの多くの研究がある。また当然のことであるが、ネオリベラリスト達の思想がすべて同じであるという訳ではない。したがって詳細な点については右の諸研究に譲り、ここでは、これらの文献を参考にしながら、特に影響力の強かったオイケンを中心に彼らの思想のアウトラインを示すにとどめる。

先ず新自由主義に共通な点は、古典的な自由放任主義の市場経済に対する批判である。自由放任経済のもとでは、経済主体による私益の追求が、見えざる手に導かれて最終的には公共の利益に寄与するという理念が支配していた。そこでは市場経済はいわば「自然的に生成展開する過程」であるともみなされ、国家はそれに干渉すべきではないと考えられた。

これに対し新自由主義は次のように批判する。そのような自動調和という誤った信仰にもとづく自由放任主義は、私的な経済力や独占を生み、逆に個人の不自由をもたらす。さらにそれは、商品の質の悪化や消費者の地位の低下をもたらし国民経済全体の発展を阻害する⁽⁴⁾。

次に新自由主義は中央管理経済に対しても、それが市場経済体制と比べて経済効率の点で劣り、さらに私的集中の公的集中への転化によって個人の自由を排除することを理由に、攻撃する⁽⁵⁾。

以上の批判は新自由主義を、自由放任経済や中央管理経済とは別の方向に進ませることになる。新たな方向の基礎にあるものは、市場経済や自由競争経済は自ら生成するものではなく、意識的に形成されるべきものであるという認識である⁽⁶⁾。オイケンはこの新たな方向を「競争秩序 (Wettbewerbordnung)⁽⁷⁾」と呼んだ。そしてこの「競争秩序」を形成するのは国家である。しかしその際国家がなすべきことは、自由な競争秩序が有効に機能するための法的および経済的枠条件の整備に限られる(いわゆる「秩序政策 (Ordnungspolitik)」。競争制限禁止法はそのような法的枠条件の最も重要なものの一つとして性格付けられる。これに対し、景気政策や雇傭政策のような日々の経済の流れに対する政策(いわゆる「経過政策 (Ablaufpolitik)」)は、国家はできる限りこれを控えるべきである。仮になされなくても、市場メカニズムの機能を阻害しない、主として間接的な政策に止まるべきである(「市場整合性の原則」)⁽⁸⁾。

以上が新自由主義の(経済政策面での)思想の骨子である。説明からもわかるように、新自由主義が求める経済秩

序は古典的自由主義が求めるものと本質的には変わらない。しかし、それを国家が意識的に形成することを要求した点に古典的自由主義との重要な差異がある。フライブルグ学派の思想が「新(Beo)」と呼ばれたゆえんもそこにある。ただ、競争秩序の枠条件を形成すると言っても、そのためにはかなり強力な国家施策が必要となるであろう。したがって新自由主義の思想が現実の経済政策のレベルで実現される場合には、多かれ少なかれ必要以上に国家介入主義に陥るおそれが出てくる。⁹⁾この意味で、ネオリベラリストによる先のヨーステン草案は彼らの思想が非常に強く打ち出された試案であったと言えることができる。¹⁰⁾

そして次に強調しておかなければならない新自由主義の特徴は、個人の自由、あるいは競争の自由への強い要求である。¹¹⁾つまり市場経済の根幹である価格メカニズムが有効に機能し、良好な経済成果が達成されるためには、まず何よりも企業家が市場において自由に行動できなければならないという基本認識である。¹²⁾

フライブルグ学派の活動はすでに一九二〇年代から起り、ナチスの政権下で生き延びた。彼らをしてこのような深い自由の信仰へと走らせたのは、三〇年代において目の当たりに見た戦時経済・計画経済によるドイツ経済の荒廃であり、そのもとの人間の自由の抑圧であった。したがって、最後に注意しなければならないことは、新自由主義は、経済政策上の主張を超えた、社会的、政治的思想運動でもあった¹³⁾ということである。彼らは権力の集中ではなく分散を求めた。なぜならそこに人間の自由の根源を見い出したからである。さらに、競争の自由を守ることが、権力の集中を防ぎ、同時に国民経済上の発展に寄与すると信じたからである。

以上のことを確認したうえで最後に本章の課題である競争制限禁止法の目的および性格の解明に移る。ここでは新自由主義の影響の跡をはっきりと見ることができるであろう。

(註)

- (1) 「新自由主義」ということばは本来、西ドイツに限らず同一の傾向をもった世界的な思想運動に付されるいわば総称のようなものである。ここで取り上げるのは、西ドイツのフライブルグ大学を中心とするグループ（フライブルグ学派）、特にオイケン、ベーム・レンケ（Röpke, W.）等の思想である。彼らは機関誌である年報「オルドー（ORDO）」によって主張を展開したために、その主義は別名「オルド自由主義」とも呼ばれる。小西唯雄『反独占政策と有効競争』増補版（昭五〇）一九五頁参照。
- (2) 筆者が以下の叙述において参考にしたものは小西『前掲書』の他に、野尻武敏『一般経済政策論』（昭四〇）（以下『政策論』）特に第七章、同編『現代の経済体制思想』（昭五二）（以下『思想』）第一章、菊川貞巳「オイケンの完全競争」富大経済論集二二二巻三号一三七頁およびGünther, Eberhard, Die geistigen Grundlagen des sogenannten Josten-Entwurfs, in: Saueremann/Mesmacker (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, Tübingen, 1975, S. 183, 189-197.
- (3) 舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(一)〜(七)」とくに田内(七) 国家学会雑誌八九巻一一・一二号、九〇巻五・六号、九〇巻九・一〇号。なお吉永栄助『経済法学の基礎理論（第二巻）』二二〇頁以下にベームの学説の紹介がある。
- (4) オイケン・大野忠男訳『経済政策原理』（昭四二）三九頁以下（第四章）。
- (5) オイケン『前掲書』一四四頁以下（第八章）。
- (6) この意味で新自由主義は競争体制が独占体制に必然的に移行するという「歴史の発展法則」を否定する（小西『前掲書』一九八頁）。
- (7) オイケン『前掲書』三二七頁以下（第一五〜一八章）。
- (8) 野尻『政策論』二八一頁。
- (9) 野尻『政策論』二八二頁。小西『前掲書』二〇二頁。
- (10) Günther, a. a. O., S. 201.
- (11) 野尻『政策論』二六八頁によれば、この傾向は新自由主義に限らず戦後の経済秩序政策に共通してみられるものである。小西『前掲書』一九七頁以下。
- (12) B D I の会長ヘルク宛のエアハルトの書簡（*MZuW* 1952, 734）エアハルト『政策』八一頁。

二、競争制限禁止法の目的および性格

競争制限禁止法は我が国の独禁法のような目的規定をもたない。したがって、同法の目的を知り、その性格を探るためには立法資料にたよらざるを得ないであろう。⁽¹⁾すでに述べたように政府草案は、新たに多くの適用除外規定が加えられることによって、カルテルの原則的禁止に關し後退を余儀なくされた。さらにネオリベラリストの強い要望を受けて草案が予定していた結合規制 (Fusionskontrolle) は結局削除された。国会審議の場でなされたこれらの妥協により政府草案は根本的に変えられたのだろうか。

草案の実質的審議の場となった連邦議會 (Bundestag) の經濟政策委員會 (Ausschuss für Wirtschaftspolitik) の報告書のなかでは、「個々の点では削除されたり補充されたりした部分があるにせよ、政府草案は制定された法律の基礎である」⁽²⁾ことが確認されている。したがって根本思想においては政府草案は修正をうけなかったと考えてよいであろう。それゆえ、以下では政府草案理由書を手がかりに、競争政策の担い手として制定された法律が当初どのような性格を与えられていたのかを検討してみよう。

(一) 競争の自由の保護

理由書にも法の目的を明確に打ち出した部分は見当たらない。したがってその叙述の全体から、法の目的・性格を判断することになる。理由書はまず「序論 (Einleitung)」の部分で次のように述べている。

「競争制限禁止法」は市場經濟の促進と維持のための最も重要な基礎の一つを提示する。同法は競争の自由を保護し、かつ経

濟力(wirtschaftliche Macht)が競争の有効性および競争に内在する効率の向上の傾向を阻害し、消費者への最適供給を危くする場合には、その經濟力を除外するためのものである。

同法は、競争經濟が經濟秩序の最も効率的な(ökonomisch)また同時に最も民主的な形態であり、かつ國家は、市場メカニズム維持のためには完全競争の市場形態が達成不可能な市場の監視のために、必要な限りでのみ市場過程に干渉すべきである、という經濟學の研究により確認された經濟政策上の經驗から出發している。³⁾

以上の理由書の説明からも明らかのように、競争制限禁止法は經濟政策上の課題を背負った法律である。理由はさらに続けて、「競争秩序(Wettbewerbordnung)」と題する箇所において次のように述べる。

「競争ならびに競争によって可能となる効率(Leistung)の向上および成長の促進は國家による秩序政策により最大限に維持されなければならない。」

このように、國家に対し競争を維持するための秩序政策を要求するところは新自由主義の影響を明瞭に示している。それでは「秩序政策」という場合、國家は具体的には何をなすべきなのか。したがって、その政策の実現のための競争制限禁止法は、どのようにして競争や競争がもたらす成果を維持すべきなのか。

この点については理由書のなかである程度明らかにされていると思われる。つまり「序論」の部分で述べられているように、「競争の自由の保護」、しかも「効率の向上を阻害する經濟力からの自由の保護」、によってである。そしてカルテルは多数の企業によるこのような經濟力の形成形態の一つであるとされる。したがって同法はまず、「競争の自由の保護」を目的とする法律であるとみなすことができるであろう。もちろん、同法が競争の自由のような社会的、政治的性格の強い価値の保護を目的とするだけでなく、經濟的な出發点をも持っていることは、右の理由書からの引用や、「競争は自己目的ではなく、効率を高め成長を促進するための手段である。」⁴⁾と明確に述べているところか

ら明らかである。したがって、消費者への最適供給、効率、成長といった経済的成果の達成も当然、法の目的のなかに入っていると考えられる。

ただ次のような叙述は、競争の自由と経済成果の関係についての理由書の考えをよく示している。

「…通貨改革以後の市場経済システムによって得られた経験は、自由な企業家経済、消費者による選択の自由および自由な価格形成が、最も効率の高い、かつ一般的な福祉の増進に最も容易に貢献する経済システムであるという認識の正しさを証明している。」(傍点・筆者)

ここでは競争の自由と経済成果は調和しうるものとして理解されている。さらに経済政策委員会の報告書では、「競争の自由を、侵すことのできない秩序原理として確立する⁽⁷⁾」とされている。これらを合わせて考えると、むしろ立法者の頭のなかには、自由に競争できるシステムを維持しておけば競争は有効に機能し、良好な経済成果は自ら生まれる、との考えがあったものと思われる。そして競争の自由の保護の強調は、競争秩序が次のように政治的民主主義と結びつけて論じられる場合、一層明瞭になる。

「このようにして整序された経済制度は政治的民主主義に対応する経済政策的民主主義を形成する。政治的民主主義の内容がすべての公民の政治的共同決定権とみなされるのに対し、競争経済は労働の自由および消費者の自由といった経済的『基本権』を保障する。」

理由書が自由の保護を強く打ち出していることの要因として、草案作成に携わった人々が新自由主義の思想や理念を支持していたという事実を無視することはできないであろう⁽⁸⁾。なぜなら先に説明したような自由への強い志向が、同法を自由の保護のための法として性格づけるのに何らの役割も果たさなかったとは考えられないからである⁽⁹⁾。

説　このようにみえてくると、結局次の結論を導くことができるであろう。競争制限禁止法は、競争の自由を―競争秩序を阻害する経済力を排除することによって―保護することを第一の目的とする。経済成果は、そのような自由の保護を通じて自動的に得られるものである。したがって同法にとって、それはいわば二次的目的である。

(二) 完全競争の維持

理由書は次に、自由競争が維持される場として、「完全競争 (vollständiger Wettbewerb)」市場を想定している。たとえば次のように述べる。

「自由競争という市場体制は、経済的所与として完全競争の市場形態の存在を前提としていること、つまり市場の両サイドにおける市場参加者の数は、企業にとって市場価格が自己の行動によっては本質的に左右できない要素である程に多くなければならぬ」ということは、確実な科学的知識とみなされてよい。この前提が正当である限りで、あるいはこの前提を生み出すことが可能な限りで、立法者は完全競争が制限的な措置によって阻害されないように配慮しなければならない。」⁽¹²⁾

このように自由競争が完全競争市場のもとにおいて可能であるとするのは、まさしく新自由主義（特にオイケン）の主張である。⁽¹²⁾ つまりそのような市場のもとではじめて、新自由主義の最大の関心事であった経済力から自由な分権的秩序が生まれると考えられた。しかし理由書のこの部分は、草案の反対者の攻撃の的となり、また十年後再び批判の対象として取り上げられることになる。その批判は要するに、同法が完全競争市場という実際にはほとんど存在しない単なるモデルに依拠した非現実的な法律であるというものであった。⁽¹³⁾

この問題は連邦議会の経済政策委員会での審議においても論議を呼んだ。しかし委員会では現実的な議論がなされ

たために、報告書は草案理由書とは異なった考え方をみせている。すなわち、審議では、「多様な競争行動のなかでいかなる現象形態が、制限からの保護を受けるべきか⁽¹⁴⁾」という問題に議論が集中した。報告書ではたしかにまだ完全競争について言及されている。しかし委員会は、経済的現実においては完全競争という市場形態はしばしば存在しないか、あるいは実現不可能であるということを明確に認識して次のように言う。

「この市場形態(完全競争、筆者)の形式的前提が満たされているところですら、時として、有効な競争(wirksamer Wettbewerb)は事実上確認不可能である。」(傍点・筆者)

したがって、

「競争制限禁止法はむしろ、競争が事実上の理由から有効となりえない経済分野(例として、公益事业や自然独占などが挙げられている、筆者)をできるだけ摩擦が生じないように市場経済システムのなかに組み入れるための前提をつくり出すべきである⁽¹⁶⁾。」

ということになる。

報告書はさらに寡占の問題も取り上げて、寡占市場のもとにあっては完全競争の実現は不可能であると指摘する。そして寡占の有効な規制は国家による濫用監視に任せるのが望ましいとされる。つまり、

「寡占的な、あるいは寡占化しつつある市場に対するあらゆる経済政策上の措置の目的は、常に最小限度の競争、たとえばアメリカで『有効競争(workable competition)』と呼ばれるような競争の、維持ないしは創出でなければならない。」⁽¹⁷⁾

のである。当時西ドイツでアメリカの有効競争理論がどの程度理解されていたのかは明らかではなく、少なくとも報

告書の右の説明からだけでは判断できない。しかし重要なことは、経済政策委員会の審議においては重点が市場モデルから望ましい競争形態へと、あるいは完全競争から有効な競争（その内容は措くとしても）へと移っているということなのである。⁽¹⁸⁾ 理由書のなかでは何度も触れられたモデルとしての完全競争市場は⁽¹⁹⁾ここでは中心的意義を失って、かなり後退している。したがって、完全競争の維持という点では、理由書の構想は内容的に修正をうけたとみなしてよいであろう。⁽²⁰⁾

三、まとめ

最後に以下での考察のために競争制限禁止法の目的・性格について簡単に要約しておこう。

今までの考察から明らかなことは、まず同法は特定の市場モデルに依拠してその実現をめざす法律ではないということである。同法はむしろ、経済的自由や競争の自由のような一つの価値を保護するためのものとして考えられている。その際競争がもたらす経済的成果には立法者は直接の関心を向けなかった。そのようなものは競争の自由の保護によって自動的にもたらされるとみなされたからである。カルテルが契約として構成されている点も、契約という明確な形で自由競争の制限を排除しさえすれば、競争は有効に機能し、良好な経済成果が得られる、という考え方の反映とみることもできる。したがって立法者の考えをさらに推し進めれば、同法は自由な競争が阻害されないように配慮すれば足り、そのための一定のルールを定めればよいことになる。⁽²¹⁾ 言うまでもなくここには新自由主義の競争政策観が反映されている。

以上で第一章の課題は果たされた。次章からは、右のような性格をもった法律がカルテル禁止の場で具体的にどの

ように運用されたのか、その運用が競争政策といかなる関係にあったのか、という最初に述べた本稿の課題に入ってゆくことになる。

(註)

(一) 使用した立法資料は主として (一) 政府草案理由書 (Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen: 以下 Begründung) (二) 競争制限禁止法案に関する経済政策委員会報告書 (Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik über den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen: 以下 Bericht) の499°、512° Müller-Henneberg/Schwartz, *Gemeinschaftskommentar*, 1. Aufl. S. 1057 ff. 449 ff. S. 1156 ff. に収録されている。以下 *Gemeinschaftskommentar* と記す。なお前者は *WuW* 1952, 460 ff. 以下一節が掲載されている。

(2) Bericht (B. III.), *Gemeinschaftskommentar*, S. 1164.

(3) Begründung (A. I.), *Gemeinschaftskommentar*, S. 1057.

(4) Begründung (A. IV.), a. a. O., S. 1058.

(5) Begründung (A. V.), a. a. O., S. 1059.

(6) Begründung (A. III.), a. a. O., S. 1058.

(7) Bericht (C. I.), a. a. O., S. 1164.

(8) Begründung (A. IV.), a. a. O., S. 1059.

(9) Hoppmann, Erich, Zum Schutzobjekt des GWB in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *Wettbewerb als Aufgabe-Nach Zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Berlin, Zürich, 1968, S. 61 ff., S. 94. 彼はその著かに反トラスト法の影響をも挙げてゐる。つまり反トラスト法制定当時は過度の経済力からの競争の自由の保護という政治的・社会的目的が問題となつてゐたことを指摘して、この理念が競争制限禁止法の成立にも重要な役割を果たしたと主張する。これに対しヴュルティンガー (Würdinger, Hans) は異なつた立場をとり、反トラスト法は個人の自由の理念を基礎としてゐるのに対し、ドイツ法はもっぱら経済政策的な性格をもち、「制度としての競争」を保護するためのものであると考える。そして競争の維持は個人の経済的自由をももたらすとはあるが、それはあくまで反射的効果にすぎないと言ひ (Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung,

Kartell- und Wettbewerbsrecht, *WuW* 1953, 721)° 彼の見解は多くの支持を得、連邦最高裁もそれに従った (Fikentscher, *Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz*, München, 1958, S. 196)° このためドイツでは競争制限の保護目的を論ずる場合は「制度保護 (Institutionsschutz)」と「個人保護 (Individualschutz)」という分け方がされることがある (Fikentscher, a. a. O., S. 197 ff.; Jäger, Armin, *Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1970, S. 58 f.)° また「制度としての競争の保護」というのもその内容は必ずしも明らかでない° その場合競争者の保護も認められているのだから、両者を截然と分けることは困難である。

(10) 政府草案の起草者の側では自由保護の意識は非常に強かった。草案作成者の一人で後に初代カルテル庁長官となったギェンターの次のようなことは、新しい法律の宣伝の意味がこめられているとはいえず、当時起草者がこの法律をどのようなものとして考へていたのかがよく示している。「法はかくして保障されるべきことは、現在の、あるいは将来形成される競争制限的な市場力 (Marktmacht) の有効なコントロールである。」 (Günther, *Das neue Kartellgesetz und seine Auswirkungen auf die Unternehmen*, *WuW* 1957, 677, 679)° 「同法は政治的民主主義に対応する経済的民主主義を創出するためのものであり、その目的は経済的自由の保障である。…決定的な意図は自由の保障である。個人の経済的自由および法律によるその保障は競争秩序の前提である。」° 「…競争制限禁止法° すなわち経済的自由の「競争」 (Derselbe, *Zur Verabschiedung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *BB* 1957, 721)° のように競争制限禁止法を個人の競争の自由を保護する法と構成することによって全法秩序における同法の位置づけを試みたのは Fikentscher, a. a. O. (註(6)) である。

- (11) Begründung (A. V.), a. a. O., S. 1059.
- (12) オータン・大野訳『経済政策原理』(昭和二二) 三三四頁。
- (13) Klug, Oskar, *Der Streit um die Kartelle und Konzerne*, *WuW* 1952, 569, 570; 第一節註(12) のコメントの註(1) (WuW 1952, 859); Lutz, H., *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *NJW* 1957, 1297. 十年後の註(1)については後述第三
章参照。
- (14) Bericht (C. II.), a. a. O., S. 1164.
- (15) Bericht (C. II.), a. a. O., S. 1165.
- (16) Bericht (C. II.), a. a. O., S. 1165.

- (17) Bericht (C. II), a. a. O., S. 1166.
- (18) Hopmann, a. a. O., S. 93. 彼はオイケン¹⁾の完全競争の概念は政府草案理由書のなかでは「異物」であり、経済政策委員会は正當にもそれを除去したと述べている (S. 98)。オイケン²⁾の完全競争をも考慮に入れながら、競争の法的概念の構成を試みたものに Borchardt, K./Fikentscher, W., *Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkungen, Marktherrschaft*, Stuttgart, 1957 がある。
- (19) もともと理由書が依拠しているオイケン³⁾が完全競争というとき、彼は決して静態的なモデルを志向しているのではなく、動態的な競争形態、すなわち「成果競争 (Leistungswettbewerb)」を考えているという指摘がある (菊川貞巳「オイケン⁴⁾の完全競争」富大経済論集二二巻三号一三七頁以下、一三八頁、野尻編『思想』五二頁)。成果競争とは自己のすぐれた成果によつてのみ (つまり人為的な妨害手段を用いずに) 顧客を奪い合う競争のことである (オイケン『前掲書』三三五頁)。この指摘は正當であろう。報告書のなかにも自由な競争の本質を右のような成果競争にみていると思わせる箇所がある (Begründung, a. a. O., S. 1076 「競争」についての説明の箇所)。
- (20) ネオリスラリストの方⁵⁾も、完全競争の実現が法の目的ではないことを表明して来た。ノートにこうして *WuW* 1953, 178。また立法者の側からの弁明として、Schmitz, W. G., *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und seine Konzept*, NJW 1957, 1704 (キヤンターが序文を書いている) がある。それによると、立法者の義務は「完全競争が…純粹なかたちで行なわれるかどうか、行なわれるとすればいかなる場合であるか…という問題とは結びついていない」。「特定の市場形態のために商品の同質性を達成すべく干渉することは」同法はめざしていない。「法の目的はもっぱら…競争が可能と思われるところではそれを維持奨励し、かつ全体経済的な観点からみて公共の福祉の必要上やむを得ないと思われる場合にのみ競争を排除するという形で法秩序を形成することである」(S. 1705)。Plabann, Jochen, *Wettbewerbspolitisches Leitbild, Freiheitschutz und Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *WuW* 1970, 779。同様に *WuW* 1970, 780。
- (21) キンマンはこのような性格の法を「英規法 (Rechtsgesetz)」と呼び (Hopmann, E., *Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts*, in: Hopmann/Mesmacker, *Normen-zwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Tübingen, 1974, S. 5)。

第三節 カルテル禁止規定および関連条文の素描

本節は、第二章以下での判例の検討の際に出てくる（一条との）関連条文についてあらかじめ説明を加えるため、および一条の他の条文との有機的関連を示し、条文全体に占める地位を明らかにするためのものである。

競争制限禁止法は文字どおり「競争制限」と闘う法律である。そして、規制の対象たるこの競争制限は、同法の体系によると、法律行為による競争制限と事実行為による競争制限とに分けられる。法は前者に対しては私法上の効果を与えない。後者はこれを禁止する。前者に属するのはカルテル契約をはじめとする一連の競争制限的契約であり（同法第一節・第二節）、後者に属するのは市場支配的企業の濫用行為や差別的行為である（第三節・第四節）。そしてこの二つのグループは相互に補い合うように構成されている。カルテル禁止についても同様である。以下順を追って説明する。

(一)カルテル禁止（一条、三八条一項一号） 一条の規定は次のようになっている。

「事業者又は事業者団体が共通の目的のために締結する契約および決議は、競争を制限することによって、商品もしくは役務の取引に関する生産又は市場関係に影響を与えるおそれがある場合には無効である。」

一条の解釈については第二章に譲る。一条により無効な契約を無視して実行した場合、それは三八条一項一号により秩序違反に該当し、同四項により過料を課せられる。あるいは三七a条一項によりその行為を差し止められる。いずれもカルテル序の権限である。通常ドイツでは一条とこれらの条文とを合わせて「カルテル禁止」と呼ばれる。

(二)回避行為の禁止 すでに述べたように競争制限禁止法はカルテル禁止について反トラスト法的な構成をとらなかつたために、実際には、契約以外の方法で、カルテル契約の実施と同様の効果もたらされるおそれがある。したがって同法はそのような不備を補い、好ましくない結果を阻止するために幾つかの補充規定を置いた。それがここに挙げる（法）回避禁止（Umgehungsverbot）規定である。法の回避とは一般に、法が禁止していることがらを法に規定されている以外の方法でもたらすことをいう。ただ、競争制限禁止法は回避禁止の一般条項は置かず、次にみるような個別規定による規制の方法をとっている。これらはいずれも第二のグループ（事実行為）に属する。

(i) 協動的行動の禁止(二五条一項) この規定は制定当初にはなく、後の第二回改正で加えられたものである。そしてこれはカルテル禁止の構造上重要な地位を占めているので後に別途検討する(第四章参照)。
 (ii) 不利益による威嚇又は利益の供与を手段とした競争制限禁止行為の教唆の禁止(二五条二項―旧同条一項) 同項の規定は次のようになっている。

「事業者および事業者団体は、この法律又はこの法律にもついでカルテル庁が発した命令によって契約による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、他の事業者に対し、不利益をもって威嚇し、あるいは不利益を加え、又は利益を約しあるいは利益を供与してはならない。」

「契約による拘束の対象としてはならない行為」とはここではカルテル的行為(価格をいくらにするとか、数量をいくらに割り当てるといった行為)のことである。この規定は、このような行為をやらせるための不利益による威嚇や利益の供与を禁止する。したがって、まず違反行為者は法を回避する意図(つまりカルテル的行為をさせるといふ意図)を有し、また相手方はその意図が認識可能でなければならぬ。さらにかかる意図のもとにされる不利益による威嚇又は利益の供与が相手方の経済的な決定の自由を妨害する(*beeinträchtigen*) 程度のもでなければならぬ。単に相手方の意志に影響を及ぼす(*beeinflussen*) というだけでは不十分である。但しこの規定はそのような、不利益による威嚇や利益の供与による相手方の経済的活動の自由の抑圧自体を禁止するものなので、実際に相手方が教唆に従うことまでは要求されない。⁽⁵⁾

(iii) 勧奨禁止(三八条一項―旧同条二項二文) 次のように規定されている。

「この法律に定められている禁止の、又はこの法律にもついでカルテル庁により下された処分、回避を斉一的行動によってもたらすような勧奨をする者は秩序違反を犯した者とされる」

「この法律に定められている禁止」のなかにカルテル禁止が含まれる。置かれている位置は異なるとはいえず、この規定のもつ性格は二五条の二つの規定のそれと同じである。この規定は一条、三八条一項一号により禁止されることが(価格カルテル、数量カルテルなど)を、実際には契約を結ばないで一致した行動⁽⁶⁾ 斉一的行動により回避するように「勧奨(*Empfehlung*)」することを禁止する。

ここで「勧奨」とは、ある者(勧奨者)が相手方(勧奨の名宛人)に対して、利点や利益を提示することによって、あることがらを提案しかつ勧める意志表示である。但しその際相手方の意志決定の自由の拘束をともなう必要はない。そして相手方(常に複数)が自己の判断にもついで一致して勧奨に従った場合(斉一的行動)にはじめて、「勧奨」は秩序違反となる。一致して遵守されない勧奨

は禁止の対象とはならない。この点に、教唆の手段それ自体の悪性に注目し、結果の発生を問題としない二五条二項による禁止との差がある。

勸奨禁止の場合に、秩序違反を理由として過料を課せられるのは勸奨者であってその名宛人ではない。名宛人は原則として勸奨禁止には問われない。名宛人の間には勸奨を守ることについて何らかの共同意識(たとえば相手方も勸奨を守るであろう)ということに相互に意識している場合)が存在するかもしれないが、それだけでは問題とはならない。但し当該勸奨が契機となつて、彼らの間に勸奨を守ることについての合意が成立した場合にはむしろカルテル禁止違反となるであろう。

(註)

(一) この規定は第二回改正(七三年)でとり入れられた。次のようになってゐる。「カルテル片は…一条により無効な契約又は決議の実施を差し止める(untersagen)ことができる。」

(二) Ehle, Die Empfehlungs- und Umgehungstatbestand in § 38 Abs. 2 Satz 2 GWB, Teil (II) - Der Umgehungstatbestand, WuW 1964, 308.

(三) *Gemeinschaftskommentar*, 3. Aufl. 1973, 4. Lieferung, § 25 Anm. 11 S. 8; WuW/E BGH 704, 709 "Saba".

(四) Ebenda Anm. 10 S. 8; Langen/Niederleithinger/Schmidt, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 5. Aufl. 1977, § 25 Tz. 15 S. 537.

(五) Ebenda Anm. 10 S. 8; Tz. 13 S. 535. 不利益による威嚇の手段として最もよく用いられるのは供給停止である。その他リベート削減、ボイコット、差別的取り扱いなどがある。利益の供与としては忠誠度リベートや不当に高いリベートの供与、時効にかつた債権の弁済、特別の払い戻し等々がある。もっともこの規定は一五条の回避—再販行為を強制するための供給停止などに—に対して適用されることが多い。

(六) したがって本来は二五条と一緒に第四章のなかに置かれるべき規定である。

(七) Ehle, a. a. O., Teil (I), WuW 1963, 971, 974; WuW/E BGH 369, 370 "Kohlenplatzhandel". 勸奨者は個人でも事業者でもよい。特に経済団体、事業者団体あるいはその業務執行人が勸奨者になることが多い。これに対し勸奨の名宛人は事業者である。

(8) 前註の Kohlenplatzhandel (石炭販売業者事件) では、石炭販売業者団体の指導的地位にある構成員が他の構成員に対してなした石炭販売価格の勧奨に一部の者が従った事件であった。最高裁は、傍論で「勧奨に応じて、その名宛人が勧奨者と、あるいは相互に、協調して斉一的行動をとった場合には禁止された合意(一条)が成立し、その実施は一条、三八条一項一号によって罰せられる。」と判示した(WuW/E BGH 371)。これはいわゆる「協調的行動」が一条のカルテル契約のなかに含まれることを認めたもので、後に学説によって批判された(第二章参照)。

(付記) 本稿執筆にあたって北海学園大学法学部助教授の向田直範氏所有の文献を見せて頂いた。紙面を借りて同氏に厚く御礼申し上げます。