

ヨーロッパ競争法の歩みと ドイツ法の役割

田 中 裕 明

1 はじめに

平成17年2月12日の日本経済新聞に「独禁法，アジアに“輸出”」との記事が掲載されていた。今や，「先進国の法律」と称された独占禁止法も，中国を中心にアジア各国への浸透が認められ，同法の運用等について公正取引委員会が一役買って出ていることのように見える。筆者も平成16年11月2日，国際協力機構（JICA）と公正取引委員会の協力による中国商務部を中心とする中国競争法担当者を対象としたセミナー（平成16年度独占禁止法整備支援コース研修）の講師を務めさせて戴く機会を得た。中国は現在，包括的独占禁止法（競争法）を検討している。当セミナーはその検討のための連続講義であった（ちなみに筆者の担当は，「独占禁止法の適用除外」であった）。

また，平成16年10月23日，「アジア市場における持続可能な競争秩序の多様性に向けて—法動態学からのアプローチ—」をテーマとする神戸大学・21世紀COEプログラム第2回国際シンポジウムが開催された。その中で，制定されたばかりのシンガポール競争法についての報告があった（シンガポール国立大学バートン・オング助教授による報告）。当報告では，シンガポールとアメリカとの間の自由貿易協定（FTA）が競争法制定の要因となったことを述べられたが，シンガポール競争法のモデルが，意外にも，アメリカ反トラスト法ではなく，ヨーロッパ競争

法であることが明かされた。当シンポジウムの他の報告者である権五乗ソウル大学校法科大学教授も、王曉曄中国社会科学院法学研究所教授もそれぞれドイツ競争法の研究に携わってこられた方であった。韓国独占禁止法へのドイツ法の影響は定かではないが、筆者には、ヨーロッパ競争法（ドイツ競争法）にみる規制原理のアジア各国競争法への影響なり示唆なりを感じ取ったシンポジウムであった。また同時に、ヨーロッパ競争法（ドイツ競争法）研究への意を強くした企画でもあった（筆者の大きな誤解もあるかもしれない⁽¹⁾）。

そこで本稿では、ヨーロッパにみる競争法の歩みを振り返り、その中のドイツ法の果たした役割を考察することを目的とする。それは、筆者がこれまで取り組んできた日独競争法比較研究の一環として必要な作業でもあるからである。ドイツ競争制限禁止法第6次改正では、ヨーロッパ競争法との調和がその目的の一つとして掲げられていたが、それでもドイツ法の独自性が認められるところである。やはり、同法の歩みの中にドイツ法の役割とでもいうべき素地があったと考える次第である⁽²⁾。本稿は、同時に、ドイツ法思想の競争法への浸透を確認する作業でもある。

2 競争法への歩み

ヨーロッパで、取引制限行為から競争を保護しようとする一般法の考

(1) 筆者の関わったセミナーでは、ドイツ競争制限禁止法にみる適用除外制度との比較を意識して講義した。なお、当セミナーでの内容は拙稿「独禁法の適用除外」『独禁法の理論と展開 [1]』経済法講座第2巻（2002年）146頁以下を中心とした。

(2) そのほか、ドイツの法思想とその実践がヨーロッパ競争法の歩みに影響を与えてきたと考えられる。そして競争法の進展が、ヨーロッパ統合のプロセスにとり決定的な要因ともなったといえよう。cf. D.J.Gerber, *Competition and Law in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (Reprinted), 2003, at 115-164, Oxford University Press.

えが登場したのは、およそ一世紀前のことである。この考えがその姿を見せたのは、1890年代のオーストリアであった。そこでは相応の政治的支援を獲得し、政府の推した提案のほとんどが草案として示され立法化に向けられたのであった。もっとも、オーストリアでは政治的な出来事が競争法の理念のさらなる展開を止めてしまったのであるが⁽³⁾、ドイツでは世紀の転換期を括る10年間、競争法の理念は知的階層と政治家との双方で激しく議論されたのであった。⁽⁴⁾この議論を経て、初期のヨーロッパ競争立法の実質面が描写されるようになり、ヨーロッパ競争法思想の輪郭を形成するようになったとみられる。

ヨーロッパ最初の競争法は1923年ドイツで、第1次世界大戦後のインフレ危機⁽⁵⁾に因って制定された。いわゆるカルテル令である。1920年代後半にはこの競争法の理念がヨーロッパ中に浸透し、その浸透がこの立法を実行することとなった基盤となったとみることができる。そして1930年代の初期までには、ドイツの立法方針に沿って、付随する法律が小規模のヨーロッパ諸国で制定された。このような議論や立法化が第2次世界大戦後、競争立法の基盤として用いられることとなった競争法の役割や性格について考察する枠組みを形成したと考えられ、それは今日なお強い影響力を保っている。

第2次世界大戦後、ヨーロッパ政府の多くは競争法の制定に着手した

(3) ハプスブルク家が支配する当時のオーストリアはハンガリーとの二重帝国で国家基盤の脆弱生もあり、三国同盟と三国協商との対立、1914年6月のサラエボ事件に至るバルカン半島情勢などからオーストリアの政局は不安定であった。

(4) 19世紀末、20世紀初頭のオーストリアおよびドイツにおける競争法をめぐる論争の概要について、久保欣哉「公序『営業の自由』とカルテル—十九世紀末、二十世紀初頭の独・墺における論争—」加藤良三先生還暦記念論文集『企業結合と買収の法理』（1992年）3頁以下参照。

(5) カルテル令の概要については、邦文文献として近藤充代「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（1986年）395頁以下参照。

が、それは戦後再び獲得したものの依然として壊れやすい自由を強化する手段として、そして戦後の困難を政治的に受け入れることを認めるための手段としての競争法であった。實際上、これらの競争法制度はいずれも両大戦間における思想や経験に基づくものであった。

しかしながら、かかる競争法制度の多くについてみると、競争法はその効率性を妨げる経済的な規制の枠組みの中に埋め込まれるようになっていた。その際、重要な経済的、政治的方策や知的戦略が採られることはほとんどなかった。⁽⁶⁾ 結局、かかる競争法制度は一般的な経済政策の中ではむしろ周辺の一要素にとどまったのであり、かかる制度の中には、今日なお基本的に変わっていないものもある。

戦後のドイツでは、競争法はそれまでとは異なる展開をみせるようになった。すなわち、競争法がヨーロッパ統合の過程の中で鍵としての役割を果たす一つとなったのである。そしてそれは同時に、戦後のヨーロッパの歩みにとって特異な結果をもたらすこととなったのである。⁽⁷⁾ このようなヨーロッパの針路変更は既にナチス期にその萌芽をみることができ、その中心的役割を担っていたのが、いわゆる新自由主義学派(neo-liberalあるいはordoliberalと呼ばれる)の一派である。彼らは第2次世界大戦末期、秘密裡に戦後のドイツをどのように再建するかを考えを展開させていたのである。新自由主義学派の社会観によれば、経済的自由そして競争が繁栄の源のみならず、政治的自由の源泉であった。そしてかかる源泉が社会における経済の基本構造を示すのであり、法がこの基本構造を保護し、これを実現しなければならない、とするのであった。⁽⁸⁾ すなわち、この見解では競争法が新たに重要な役割を得たことに

(6) 近年にみる規制緩和の動きが現れるまで、多くの適用除外制度が存在していたことを想起せよ。なお、拙稿前掲書参照。

(7) 今日、EU加盟国の中には独自の競争法をもつものもあるが、いずれもEU競争法との調和をめざしている。本文で述べたようにドイツもその例外ではない。

(8) 新自由主義学派については、vgl.W.Fikentscher, Wirtschaftsrecht Bd.II,

なる。ただし、競争法が政治体制の基本構造を形作るからである。同時に、このことは競争法に新たな特徴をみることになる。すなわち、競争法は行政による裁量を基礎とするよりはむしろ、司法原理・司法手続に従って機能するようになってきていることである。

競争法に係るこのような考えが結実したものが、1957年制定のドイツ競争制限禁止法である。同法はヨーロッパに新しい型の競争法をもたらしたものと見える。また、同法は第2次世界大戦後のドイツで提唱された「社会的市場経済」を推進する柱の一つであり、戦後ヨーロッパの驚異的な経済的・政治的成功の鍵となる役割を果たしたものと見える。⁽⁹⁾

この1957年は、ヨーロッパ経済共同体（EEC）創設の年でもあり、同共同体設立条約（いわゆるローマ条約）の定めるヨーロッパ競争法が、ドイツ法と並んで、ヨーロッパ経済社会にとっての新たな役割を担うようになり、その歩みをみればヨーロッパ競争法もまたヨーロッパにおける政治・経済体制の中心的な役割を果たすようになってきている、といえる。すなわち、競争法は国境を越えた取引をする際の障害を除去し、有意な魅力あるヨーロッパ市場のための条件作りという任務を負うようになったのである。具体的には、ヨーロッパ委員会とヨーロッパ司法裁判所が強力な反対に打ち勝ち、競争法をヨーロッパ統合の効果的な手段として作り上げたのである。

競争法が今日のヨーロッパ連合（EU）に想定した中心的な役割は、多くの加盟国にEUと同様の競争法体制を導入させることであった。前述の、ヨーロッパ競争法との調和である。この動きは1980年代と90年代の間にみられ、イタリアのように初めて競争法を導入した国や、フランスのようにヨーロッパ法に合わせる形で現行法を改正・強化した国もあ

München, 1983, S.41 ff.

(9) とりわけ、事業者による市場支配的地位の濫用を禁止する同法19条は、同法の柱とされる。Vgl.F.Rittner, Wettbewerbs-und Kartellrecht, 6.Aufl., Heidelberg, 1999, S.271.

る（イタリア法の場合は、ほとんどヨーロッパ競争法と同じ内容である）。

以下、ドイツ法の影響を「競争法についての思想形成」、「競争法制定後の最初の動き」そして「第2次世界大戦後とヨーロッパ統合の動きにみる競争法思想の見直し」という三点から検討する。

3 競争法についての思想形成

ドイツにおいて第1次世界大戦前に競争立法を制定しようとする動きは、政治的意味では成功しなかった。しかしかかる動きはヨーロッパの競争法思想の形成に非常に重要であった。すなわちかかる動きが、最初の競争立法が第1次世界大戦後に制定されるようになった概念としての基盤およびそのような姿勢としての基盤を築きあげたのであった。さらには、ドイツにおける競争立法制定のための動きは、その動きとの関わりの中で、カルテルについてと法の役割についての考えを生んだ。その考えが結局、ヨーロッパ競争法思想に大いに連なることとなったのである。

第1次世界大戦前後、カルテルの問題そしてカルテルに対する政府の対応のあり方が、学術上の議論および政策論争を介して公衆の注目するところとなった。すなわち、かかる議論の対象範囲が広く長く続いたことおよびその激しさの故に、政策決定に携わる者もこの問題を無視することができなくなったのである。そして1910年代初期には、このカルテル問題に対する政府の対応はある程度固まってきた。第1次世界大戦後、政治状況が変わったとき、この時の枠組みが政治的行動（政治的判断）のための既製基盤となった。1920年代、経済政策を遂行し法的判断を下す者の多くは、この枠組みの中で議論に加わり、自身の見解を形成したのである。この枠組みについては、ドイツ経済法を例にみると、「集権型経済法」ということになる。それは、ドイツ経済を「統制の迷路」へと導いた。⁽¹⁰⁾

カルテルの弊害についての認識は当時でもあったであろう。ただ、戦

争（第1次世界大戦）遂行への意思の統一が要請されたり、第2次世界大戦までの経済の混乱を克服するために、カルテル問題も意思決定者の判断と解釈に左右された。かかる認識形成に際して、ドイツの経済学者が大きな役割を果たした。カルテルとカルテル立法についての支配的見解を形成したのは、ドイツの経済学者であった。ドイツ法曹界はカルテル現象の評価を、既存の範疇（例えば契約上の公正）に基づいて行うことには失敗した。むしろ経済学者の用語や範疇を通じて、カルテルを把握することとなったのである。

ドイツの経済学者はカルテルを基本的に積極的な制度として捉え、それがカルテル問題についての支配的な考え方となった。当時は、ドイツの経済思想をいわゆる歴史学派が支配していた時代であった。そして同派にとって中心となった認識は、カルテルはそれが時代と状況に適しているかどうかに従って、その当否が判断されるというものであった。したがって、カルテルは過度な競争や、トラストのような互恵的な組織形態に優るものとみられた。けだし、カルテルは個人主義や利己主義というような俗的な力ではなく、むしろ協調という重要な社会的価値をもたらすものとみられ、競争者間の抵触を回避し弱者を搾取から保護するものとみられるからである。⁽¹¹⁾ 当時の歴史学派はこのようにカルテルをみていたわけである。またヨーロッパの多くの国でも、カルテルについてのこのような認識が支持されていたのである。

かかる認識から導き出される一つの結論は、カルテルの脅威が認められるのはカルテルの契約的な調整それ自体あるいは組織形態ではなく、

(10) 用語「集権型経済法」については、久保欣哉『独占禁止法通論』（1994年）4頁以下参照。また、ドイツ競争法の展開について、vgl.F.Rittner, a.a.O., S.116ff.

(11) ヨーロッパでは伝統的に独占にも「寛容な態度」がみられるが（vgl. W.Wiedmann, Der Begriff „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen, München, 1982, S.230.）、カルテルについての基本的な認識にも通じる場所があったのではなかろうか。

特定の行為においてであるということであった。この特定の行為はカルテルの本質であるとか特徴に内在するものではなく、一過性のもの (ad hoc) であり特殊なものとみられた。

かかる問題についての認識が20世紀初めの数年間において形作られ安定するにつれ、いかにカルテルに 대응すべきかが問われるようになった。カルテル問題に対する最初の反応は、特定の産業および状況についてのみ適用することのできる、一過性の政策問題として把握されたのであるが、やがて当該反応についてもより法的に把握することが中心課題となった。すなわちカルテル問題についても法規範の解釈や法規範の執行が中心的に問われるようになったのである。

次いでカルテル問題に対する反応のあり方も、焦点は立法に向けられるようになった。すなわち、1897年のザクセン木材パルプ事件でのライヒ裁判所によるカルテルの「公認」⁽¹²⁾以後、カルテル問題はカルテル立法へとその中心が移ったのである。その争点は、立法を導入すべきか、導入するのであればいかなる種類の立法であるか、ということであった。かかる事態は、ドイツの置かれている状況と他のヨーロッパ諸国のそれとを分かちこととなった。他のヨーロッパ諸国では少なくとも第2次世界大戦までは、立法ではなく司法による対応が依然、支配的であったからである。

カルテルを取り扱う新しい型の立法を創るという考え方は、それまでの経験もなかったことから、立法担当者に警戒心とためらいをもたらした。またこのような警戒心は、カルテルが自身の経済的、政治的そして社会的利益に貢献するものとみていた支配層の保守的な姿勢にも根ざしていた。ドイツにおいても、カルテルが「公認」されたといっても、正面切ってカルテル立法に取り組むことには躊躇せざるを得なかったのである。

(12) 同事件のもたらした影響について、久保前掲書（註10）17頁以下参照。

当時の同時代の法思想の特徴が、かかる態度に寄与したと思われる部分もあったようである。例えば、歴史主義はこの時期の法曹界の中では相当の影響力を持っており、それは経済学の世界におけるのと同様であった。その法的装いの中で、歴史主義が強調したことは、法規範とドイツ国民の経験との間の有機的な関係であった。すなわち、法は「人々の精神」からゆっくりと進化・発展するものと考えられていたのである⁽¹³⁾。このような考え方はドイツの法律家に、ドイツ人の経験に根ざしていない新しい、冒険的な立法を主導することについての疑心暗鬼の念を抱かせた。そしてそれはおそらく、カルテル立法についても同様であったであろう。19世紀後半、ドイツ法が大いに注意を払ったのは、概念的な正確さと演繹的な体系化であり、カルテルの行為規範に関する経験を欠いていたことが、概念的な正確さについての緩やかな基準ですら除外してしまったのである。

しかし、カルテル問題の認識とこの問題にいかに対応するべきかという認識は、自然に潜在的な立法形態についての考えをもたらしした。特に注目すべき点として、まず、対応をめぐる議論は一般的に有害なカルテル行為の確認とこれに反対することに向けられ、カルテル契約それ自体に対してではないことが指摘された。つまりこの場合の中心的な考え方は、カルテルは、当該社会の他者（顧客や競争者）を不当に侵害するという点で「濫用的」である行為を行ってはならない、とするものであった。この考え方は、それ以来ずっと、競争法に対するヨーロッパの思考法に影響を与えてきた。この点今日、市場支配に対して弊害規制（濫用規制）を展開しているのと同様、カルテルに対しても弊害規制で臨もうとした基本姿勢を読みとることができる⁽¹⁴⁾。

(13) ドイツ法思想における歴史主義をめぐる議論について、vgl.W.Fikentscher, Methoden des Rechts III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen, 1976, S.37-77.

(14) 高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』（1997年）は、ドイ

注目すべき点の二つめとして、共通の理解にカルテル問題に対する対応のいずれも行政による意思決定に依存していることが指摘された。司法による方法は閉鎖的で、少なくとも適切ではなかったように思われ、アメリカ反トラスト法による経験からみて、同法をモデルとする立法には信頼が寄せられなかったのである。かかるネガティブな認識は、とりわけ同法のカルテル行為に対する犯罪類型としての把握の仕方に向けられていた。したがって、行政による対応以外にはほとんど選択肢は残されていなかったのである。このような行政に信頼を置くあり方は、19世紀のドイツ社会事情と無縁ではなかった。すなわち、当時の国民は、官僚が中立的な立場で社会における利害衝突の仲裁役になるとの理想を抱いていたのであった。⁽¹⁵⁾

ドイツおよびオーストリアでは、競争法についての考え方がその具体的な姿を示し支援を得るに至ったのに対し、他のヨーロッパ諸国ではカルテルによって露呈された問題についてほとんど意を払わないか、あるいはかかる問題への対応については依然として、私法および刑事法に依存していた。結局、オーストリアでは政治的状況からさらなる展開は流産したのであるが、ドイツでは競争法について考え、競争法の制定、執行のための土台作りをさい先よく開始したのであった。この事実は、順に、ヨーロッパ競争法の展開にとっての主たる要因となったのである。すなわち、1929年の世界大恐慌のときや第2次世界大戦中は、競争法は事実上まったくその役割を果たさなかったが、ドイツは競争法分野での主導権を発揮し、ヨーロッパに深く影響力を及ぼしたのである。

ツ競争制限禁止法の成立過程の中で、カルテルに対する規制が弊害規制から原則禁止規制に転換してきた様子を詳細に記している。

- (15) 競争法（独占禁止法）の執行については、日独共に今日でも行政の優位が働いている点は興味深いところである。しかし、次第に公正取引委員会、カルテル庁による法運用の独占は薄らいでいるともいえよう。私人による差止請求制度の導入がその一つの例である。

4 競争法制定後の最初の動き

前述のように、ヨーロッパ最初の競争法である1923年のカルテル令が導入されたのは、ドイツ・ワイマール共和国の時代である。当時最も民主的であると評されたワイマール体制のもと、ヨーロッパでは1920年代に競争法思想が登場し展開していったのであるが、同令の制定は単に法思想にとどまるものではなく一つの法体制としての様相を示すに至った。

もっともカルテル令の制定は、競争政策の視点からみた場合、組織形態あるいは契約上の協定に関する問題ではなく、むしろ行為に関する問題が重要であった。すなわち、制度としてのカルテルという認識が広く浸透していた中、カルテルが惹起する弊害を行為の問題として把握するものとされていた。かかる認識（行為規制・弊害規制）は戦前（第1次世界大戦）から形成され始めたのであるが、ワイマール期には既成事実となった。

規制する側ではなく、当該行為による弊害を受ける側の視点も重要である。当時、犠牲者としての消費者の声はより強くなり、より先鋭化されてきた。このことは今日なお一層強調できるところである。この弊害についての説示の中には、中小企業に対する不正というような問題への言及も依然として含まれていたが、一般の関心、政策の関心は、カルテルが消費者に及ぼすことになるであろう弊害の方に移ってきていた。つまり、カルテルが価格を引き上げた際、消費者が高い値段を支払うことはその分消費者の権利が侵害されたこととなり、それで消費者の権利という視点から政治家やジャーナリストは、このカルテルに関わる原因と結果の関係を強調するようになったのである。まだ萌芽的段階ではあるが、ワイマール期のカルテル法論議は、消費者の主体性、消費者の意識の高まりを助長した側面ももっていた。

ワイマール期の経験はまた、カルテル問題に対してどう対応するかについて考える際の形式と実体を提供してくれた。そしてこのときの思考

(方法)が現行の実体法制度にも関連しているものと思われる。⁽¹⁶⁾ワイマール期の経験を肯定的にみるか否定的にみるか評価は分かれようが、カルテル令の制定は、従前のヨーロッパにはなかった競争法の問題について考える貴重な機会を提供してくれたものといえよう。⁽¹⁷⁾

またそれは同時に、カルテル令が当時の適法な一般的要求（反カルテル運動）に対する一つの反応であったという認識は、当時の社会風景を知る重要な特徴であった。すなわち、同令の制定は、事実上、ドイツにおける民主化過程の一部であり、当時のパワーエリート（組織化された巨大産業）に相対する弱者の利益を表明するものであった。同令が広範囲に及んだ民衆による圧力に対応するものであったという意味で、同令は「民衆の」立法であったといってもよかろう。民衆によるカルテル行為に対する攻撃が立法の機動力になったとして認識される⁽¹⁸⁾ところであり、カルテルの濫用に対する民衆の一般的心情を背景にして、同令に基づく制度が機能したのであった。

カルテル令に対するこのような期待からみて、同令には消費者保護立法としての機能も見込まれた。同令にそのような消費者保護機能があったかどうかは、今日のわれわれの目からみて疑問であるが、第1次世界大戦前、カルテル立法が何を目的とするかについて漠然としていた状況に鑑みると、同令の導入はその外延を従前よりは鮮明にしたといえる。また、消費者あるいは労働者を有力な大企業による「機械化（国民を企

(16) 前述のように、現行のドイツ競争制限禁止法は、カルテルに対し原則禁止主義を採用しつつ、適用除外制度を設け適用除外に弊害が認められた場合には、同制度の濫用として対応している。市場支配力の濫用にも同様で、実際上、弊害規制で臨む局面が多いといえる。

(17) ワイマール期前後のドイツ社会の法思想状況について知る有益な文献として、村上淳一『ドイツ市民法史』（1985年）を参照されたい。

(18) もっとも、カルテル令の制定背景にも拘わらず、その運用には消極ぶりが目立ち、全体としては期待したほどの成果をみなかったといえよう。近藤前掲論文407頁以下参照。

業の歯車とすること)」から保護しようとする考えは、消費者の利益に応えんとする政治的動きの高まりや、国民による結束、共同組織化の発想によって強化されていったといえる。十分ではないにせよ、消費者保護に向けての視点が法的にも育ち始めたのが、このワイマール期でもあった。すなわち、競争法についてのイメージが司法の目からも次第に形成されだしたのであった。

第1次世界大戦前の、カルテル問題にどう対応すべきかについての議論は、法に関してよりも経済政策に関して投げかけられた。そこでの論点は、関税引き下げのような一般的経済政策の手段はカルテルによって惹起された損害を引き下げる手段として正当化されるかどうか、そしてかかる措置は適切な職務となり得るかどうかであった。しかしながら1920年代後期までには、何らかのカルテル法の形態が必要であることを否定する者はほとんどいなくなった。その場合の論点は、「いかなる種類のカルテル法であるか」であった。確立した考えとしては、カルテル問題はおもっぱら経済政策の手段のみでは処理することはできず、司法による対応が必要となったということで、このようにこの問題を把握することがヨーロッパ競争法の進展に大きな一步を示したのであった。

カルテル令に基づく制度は、上述の考えにさらに具体的な内容を付加することとなった。同令に基づく正式の手續、司法決定そして同令の評釈等々、学術的・実務的な法的思考にも深みが増していったのである。すなわち、カルテル令の経験を通じてカルテル令を超える競争法の制定を志向するようになったのである。そしてこのように考えることが、第2次世界大戦後の競争法制定に向けての布石になったと思われる。

ところで、当時、カルテル令に対しては法的性質などどのように受けとめられていたのであるだろうか。今日の競争法についても指摘されるように、競争法（についてのイメージ）は特に行政（法）的であった。それは、ヨーロッパ大陸法の意味での、「公法」であった。つまり、カルテルの処理を通じて国家と国民との間の関係を規律する法とみられたので

ある。カルテル令に基づく決定は主として行政官によって行われ、その決定は通常の裁判制度の外におかれた特別裁判所—「カルテル裁判所」—による審理に服することもあった。また、私訴が許されるのはごく限られた範囲でしかなく、カルテルとその構成員という関係においてしか許されなかったのである。したがって、カルテルによって惹起される損害から一般大衆を保護するという文脈での私訴など許されないのであった。競争法としてのカルテル令は、ここでは、行政（法）的な性格を有する役割を与えられていたのである。

前述のように、カルテル問題はカルテル「行為」が問題であるとして扱われ、カルテルの弊害に焦点が置かれた。競争法について考える際、例えばアメリカ反トラスト法では、カルテルの「協定」それ自体を対象として挙げるのに対し、このドイツ最初の競争法—カルテル令—は有力な企業のカルテル「行為」を対象とし、ある特定の行為が経済および社会にとり有害であることを認定して処理した。同令は、当該行為を経済力の「濫用」として捉え、このような姿勢がヨーロッパ競争法へと連なる基盤作りに貢献したとみられるのであった。もっとも実際上は、かかる濫用を抑止せんとする制度上の能力にも限りがあるのであるが、このような考えが有力な企業による有害な行為から保護するための手段としての強力な、象徴的な力を獲得し、これを維持することができたのである。そして、その事実こそがヨーロッパ競争法思想への定着をもたらし、その経験へと結びついたのである。

ワイマール期におけるカルテル令の位置付けなり、評価なりについて総括する。

まず、カルテル問題についての対応の際の認識は、競争法がもはや思索や計画の段階を終えて現実のものとなった、と捉えるようになったにもかかわらず、実際の法制度は概して失敗であったといえる。とりわけ、ドイツにおけるナチス台頭までの経済・社会状況からみて、そのように評価することができる。カルテル令によるカルテル問題への取り組みに

満足する者はほとんどいなかった。しかし、この事実こそが第2次世界大戦後、カルテル令とは異なるアプローチの構築に目を向けさせたといえる。1950年代初期、カルテルに対してより厳格な規制を望み、経済力の濫用についてもより精力的に尽力した者は、このワイマール期の経験を糧にしていたようである。いずれにせよカルテル令では、効果的に競争の保護を行わなかったし、行えなかった⁽¹⁹⁾のである。

次に、ヨーロッパ競争法への展開にとっても、カルテル令の失敗を以て競争法の計画それ自体を拒否するという事態にはならなかった、という事実は重要であろう。カルテル令は未完成品であり、性急に創り出された暫定的な方策で、つねに改良（改正）を予定されていたのである、という認識がヨーロッパ競争法の実現を可能にしたといえる。

1920年代に、競争法思想はヨーロッパに浸透していったのであるが、ドイツでの経験が競争法をめぐる評価の共通の手掛かりであり、議論の出発点であった。つまり、ヨーロッパ競争法思想の形成と実践の基盤作りに、強い影響力を与え、かつ根本となる役割をドイツの法思想とその経験が担ったのである。

5 第2次世界大戦後とヨーロッパ統合の動きにみる競争法思想の見直し

ドイツは第2次世界大戦終結以来、ヨーロッパ競争法の展開の中心であり続けている。前述のように、第2次世界大戦後のドイツ経済の思想的基盤の一角を担ったのが、新自由主義思想（Neo-Liberalismus; Ordoliberalismus）である。ここでは、その思想の概要とドイツ競争制限禁止

(19) Vgl.F.Rittner, a.a.O., S.120f.; R.Bechtold, Kartellgesetz, 2.Aufl., München, 1999, S.2ff.; V.Emmerich, Kartellrecht, 9.Aufl., München, 2001, S.11f. また、ドイツ競争制限禁止法制定までの状況を知る手掛かりとなる私法史的研究として、vgl.K.W.Nörr, Das Leiden des Privatrechts, Tübingen, 1994. 本書の最終章の部分はとくに有益であった。

法制定での実践模様を眺めることにする。⁽²⁰⁾

第2次世界大戦後ドイツが果たした役割の一つに、法と経済の関係一般について、競争法の役割についての考えを発展させたことが指摘される。このことは、とりわけ、ヨーロッパ全体を通じての重要な役割を果たしたといえる。

ドイツの新自由主義思想は、戦後ヨーロッパにおいて、経済学にみられた自由主義の伝統を再評価し、これを復活させることに寄与した。すなわち、ヨーロッパでは戦後十数年間ほとんど顧みられることのなかった自由主義思想が、新たな装いで蘇生したのである。それは19世紀のレッセフェール型の自由主義に代わって、法が市場にとって不可欠なパートナーであるとする新しい型の自由主義思想が吹き込まれたのであった。この新しい型の自由主義思想では市場の必要性が説かれたが、さらに、経済を保護し経済を取り巻く社会を統合するのに役立つ憲法的枠組みの中に、経済が取り込まれることが必要とされた。

新自由主義思想は、従来の自由主義の伝統に法的次元と社会的次元を加えた。すなわち法的次元では、市場は法に対して市場を政治的および経済的力による破壊の影響から保護することを要求する旨が主張された。さらに、市場はそれが機能する社会の創造物であり、法は経済と社会とのポジティブな関係を創設し、これを維持することが必要であると主張された。これらのことを理由にして、市場は、規制のまったく及ばない生活から独立した領域として機能することを許されないのであった。

(20) 新自由主義思想を含む、ドイツ競争制限禁止法をめぐる思想的背景を論じる文献として、村上淳一「西独競争制限禁止法の思想的背景」『公正取引』454号(1988年)4頁以下を参照されたい。またドイツにおける競争理論の展開を論じる文献として、vgl.C.W.Neumann, Historische Entwicklung und heutiger Stand der Wettbewerbstheorie, Königstein/Ts., 1982. なお, Ordoliberalismus と呼ばれる所以は, W.Eucken と F.Böhm が1948年に創刊した雑誌 ORDO に由来する。

社会的次元では、市場の有する財生産的能力に新たな価値が加わった。すなわち、新自由主義の世界では市場に対し、個々人にその能力に応じてまたはその社会的あるいは政治的力によって経済的恩恵を付与する自律的な社会生活領域よりも広い活動範囲を要求するのであった。そしてかかる要求が、社会的統合の過程の一側面として認識されるのであった。したがって、新自由主義思想の下では、競争と市場はもはや社会的弱者の敵とはみられず、盟友として認識されることとなったのである。⁽²¹⁾

ところで、ドイツ以外の国での新自由主義思想の影響はどのようなものであったのであろうか。この問題についての検討は従来あまり関心がなかったようで、十分な研究業績はない。その理由は、新自由主義思想のドイツ的独自性に関連していたのかもしれない。つまり、新自由主義思想は反ナチズムそのものであり、新自由主義者自身もナチ体制の犠牲者であったにもかかわらず、「ドイツ的なもの」に対する敵意に満ちた世界では、依然として、彼らはドイツ人であったからである。⁽²²⁾以下、素描するにとどめる。

既に第2次世界大戦中に、ドイツ以外で活動していた新自由主義者たちが戦後、ドイツ外での新自由主義思想普及の道筋を用意した。レプケ(W.Röpke)やハイエク(F.v.Hayek)らがその中心者であった。レプケはドイツの経済学者であったが、1933年ナチスに反対して国外に亡命し、37年からイスタンブール大学、ついでジュネーブ大学教授となり、

(21) 第2次世界大戦後のドイツの指導理念が、「社会的市場経済」を掲げたことにも連なるところである。もっとも、この用語の解釈をめぐる種々議論があった。村上前掲論文(註20)5頁参照。なお、新自由主義思想につき会社法学の立場から論評し、有益な示唆を提供してくれる文献に、田中誠二・久保欣哉・福岡博之・坂本延夫『会社法学の新傾向とその評価』(1978)、および坂本延夫『市場経済体制と私法』(1994)をそれぞれ参照されたい。坂本先生には、故吉永榮助先生、久保欣哉先生の研究会を通じて親しくさせて戴き、以来、拙稿にもコメントをお寄せ戴き恐縮の至りである。この場をお借りしてお礼申し上げたい。

(22) Cf. David J. Gerber, *ibid.*, at 261.

スイスを拠点に新自由主義思想の普及に努めた。それはまた、彼がジャーナリストとしての精力的な活動を展開したことにもより、ヨーロッパの様々な分野で、学術的なレベルでのみならず、一般大衆レベルでの思想普及に大いに貢献したといえる。また、ハイエクはオーストリアの経済学者で、オーストリア景気研究所長、ウィーン大学講師、ロンドン大学教授を経て、1930年代初めに London School of Economics から新自由主義のメッセージを唱道していた。第2次世界大戦頃から社会哲学に関心を移すようになり、1947年、世界の自由主義者たちの活動拠点となる Mont Pelerin Society を創立し（ハイエクが初代会長、のち名誉会長）、新自由主義の指導者として活発な言論活動を展開した。

このような活動が、第2次世界大戦後の新自由主義思想の普及に貢献し、ドイツ外の人々に同思想を受け入れるための条件を整備したものと評価することができる。

1950年代初期までには、ドイツ新自由主義思想はいくつかのヨーロッパ諸国の経済学界で議論されるようになっていた。例えばフランスでは、50年代当時影響力のある経済学者（J.Bertrand, J.Meynaud, J.Cros 等）による、ドイツ新自由主義思想についての分析が発表された。⁽²³⁾ またイタリアでは、経済学者 L.Einaudi がレプケと提携して新自由主義学派をトリノで立ち上げこれを唱道した。このような経済学者の連繋が、ドイツ新自由主義思想をヨーロッパに浸透させるに至ったのである。⁽²⁴⁾

次に、新自由主義思想のヨーロッパ統合への影響について概観する。

ドイツ以外の国で新自由主義思想の普及を推進したのは、実は、ヨーロッパ統合の過程それ自体であったとみられる節がある。すなわち、

(23) R.Barre は、最も早い段階でドイツ新自由主義思想についての論文を公表した経済学者の一人である。彼は後に首相に就任し、フランス競争法の推進役となった。なお、フランス競争法についての数少ない体系的研究書として、奥島孝康『フランス競争法の形成過程』（2001）を参照されたい。

(24) David J.Gerber, *ibid.*, at 262-263.

1957年のヨーロッパ（経済）共同体設立の際、共同体の思想的背景およびその各制度への新自由主義思想の影響を通じて、同思想はその他の方法では達成し得なかったであろう程度の同思想の流布と推進力を獲得したのである。共同体の進展（今日にみる統合の過程）と新自由主義思想の普及とが並行的に進み、相互に相乗的効果を示していったのである。

共同体設立の際の指導的ドイツ人代表者は、新自由主義思想の忠実な信奉者であるか、少なくとも同思想を正しく評価することのできる人物であった。例えばハルシュタイン（W.Hallstein）はヨーロッパ（経済）共同体設立者の一人であり、ヨーロッパ委員会の初代委員長であった。彼は既に1940年代に新自由主義思想に傾倒しており、オイケン（W.Eucken）の考えにとりわけ高い関心を払っていた。そしてハルシュタインの、ヨーロッパ共同体の将来像を見据えた際の、法の役割に関する見解はあきらかに新自由主義思想を反映していた。彼は、共同体形成の期間中、同思想を普及させ同思想の理念を追求し続けた。ハルシュタインの他に新自由主義思想のキーパーソンとなったのは、フォン・デア・グレーベン（H.von der Groeben）で、彼はいわゆるスパーク・レポート（Spaak Report）の起草者の一人である。このレポートは、ヨーロッパ（経済）共同体設立条約であるローマ条約の基礎となったドキュメントである。最後に同じくキーパーソンとして、ドイツの「社会的市場経済」思想を主張し主な支持者であったアルマック（A.M.-Armack）は、ドイツの政府高官として、ヨーロッパ共同体形成期に、同共同体の経済政策の進展への影響につき責めを負っていた。⁽²⁵⁾

ところで、新自由主義者たちはヨーロッパ共同市場建設にとっての主な推進力とはならなかった。むしろ推進力としての功績は、フランスのモネ（J.Monnet）やシューマン（R.Schuman）、ベルギーのスパーク（P.-H.Spaak）に認められる。しかしながら、新自由主義思想は、法的な

(25) *Id.*, at263.

つ制度的な形式を一般的政治的目標に付与した、一連の包括的かつ理論的に基礎づけられた思想を提供したのであった。つまり、ヨーロッパ統合に関わりのあった大多数のドイツ人の間で非常に影響力のあった、ヨーロッパ統合のための枠組みを同思想は提供したのである。そしてこのドイツ新自由主義思想は他の指導者たちにも影響を与えた。⁽²⁶⁾

まさに、ドイツ人の手による新自由主義思想は、ヨーロッパに共同の市場を創設することを通じて、ヨーロッパの統合実現という目標に十分応えるものであったといえることができる。この統合実現の任務として、市場経済の実施に中心を置く、新たな共同体の設定が求められた。これが、新自由主義思想の中心となる課題であった。⁽²⁷⁾

では、本稿での最後の検討課題として、ドイツの競争法執行の経験とヨーロッパ競争法への影響について、以下考察する。

これまで述べてきたことからわかるように、ドイツの影響は競争法の関係において顕著に認められるところである。つまり、ドイツ新自由主義思想とドイツ競争制限禁止法の経験との関係が緊密であることである。また、同思想は、競争法を中心としたヨーロッパ統合のための考え方の枠組みを提供したのである。同思想の多くの部分を具体化したドイツ競争制限禁止法との経験は、さらに、同思想に力を与え影響をもたらしたのである。両者には相互の相乗効果が認められるところである。

ドイツの思想がヨーロッパ統合に影響を及ぼそうとしたのも、これは

(26) *Id.*, at 263-264.

(27) ドイツでは、かかる課題（および類似する課題）の検討に際して、一つのキーワードとして「経済の基本構造あるいは経済体制（Wirtschaftsverfassung）」という用語をよく用いる。ドイツの「社会的市場経済」を支える「枠概念」であるが、この概念をヨーロッパ共同市場にも当てはめようとする試みが多数の文献で認められる。なお、「枠概念」である *Wirtschaftsverfassung* の概要についてコンパクトに記したものに、vgl. W. Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, 1983, Rdnr.7; E. Steindorf, *Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.Aufl., Darmstadt, 1985, S.20ff.

部分的には時間的要素によるものであった。つまり、いわゆるローマ条約が起草されつつあるとき、ちょうど、ドイツではほぼ十年に亘る競争法をめぐる議論に終止符を打つ段階に入っていたのである。そして、ヨーロッパ共同体としての競争法が、その姿を見せようとしたとき、ドイツは既に完成度の高い、そして高い期待を寄せられた競争法を有するヨーロッパ唯一の国家だったのである。⁽²⁸⁾ その意味で、ドイツは競争法の分野でヨーロッパの中の先駆けとなったといえる。つまり、他のヨーロッパ諸国にとって、ドイツが競争法に関わる問題についての一つの範であり、その経験がヨーロッパ的な一つのモデルとなったのである。そしてさらには、ヨーロッパ競争法（現行EU競争法）の運用についても、ブリュッセルのドイツ代表部が中心的な役割を果たし、第一次的な責任を負っており、ヨーロッパ・レベルでの競争法の発展についての権限が付与されていた。例えば、フォン・デア・グレーベン⁽²⁹⁾はヨーロッパ委員会の初代競争政策委員長に任命された。そして、競争理事会の代表はドイツが担当することが慣行となった。このように、ヨーロッパ競争法制定当初においては、その運用などについてドイツの経験や新自由主義思想が引き合いに出された。

(28) その当時既に、イギリスには「1956年制限的取引慣行法」が存在していたという事実からみれば、ドイツが唯一の国家ではないかもしれないが、完成度および適用の範囲などからみて同法の役割は非常に限られていた。したがって、その影響力からみてドイツ法の価値、存在意義の方が優ったと考える。なお、「1956年制限的取引慣行法」の概要について、伊從寛編『日本企業と外国独禁法』（1986）196頁以下参照。

(29) ドイツの競争法とヨーロッパのそれとが、本文にみるように、パラレルに考察され、執行されるとすると、次のような疑問が出てくる。すなわち、ドイツ新自由主義思想が市場を可能な限り競争的に保つことを至上課題とし、レッセ・フェールではなく国家が法を通じて、必要な限りでその課題を達するよう求めていることから、ヨーロッパという一つの「超」国家的組織にあっては、ヨーロッパ市場に「国家」として市場の舵取りをさせるということは、これをドイツという「国家」がとる舵取りと同列に扱ってよらしいものなのか、という疑問である。50年代から60年代頃であ

如上のごとく、ドイツがその経験を生かして競争法の分野でリーダーシップを発揮する状況が続いている。学術的研究の面でも法運用の実務の面でも、ドイツ法の研究実績が他のヨーロッパ諸国に比して、ヨーロッパ競争法にいい意味での影響を与えている。それ故、ヨーロッパ統合の文脈においても、競争法の推進を通じて、ドイツの経験とリーダーシップに委ねられている面は多岐にわたるものと思われる。このことは、とりわけ、例えば事業者の市場支配的地位の濫用に対する規制の面にみられ、濫用概念の解釈や規制の適用基準等々、ドイツ法上の展開が多方面に反映されている。

しかしながら、もしドイツの法システムが成功した制度とはみられず、賞賛すべき経済成果を伴わないものであったならば、ドイツ競争法の洗練化もおそらくは、さしたる影響を及ぼさなかったであろう。そして、ここで注意すべきことは、ドイツ競争法制度はあくまでもドイツ国内での成功である、という事実である。すなわちその制度は、ドイツの経済成果と法生活の重要な一部となり、賞賛と力強さを獲得しその遵守を達成したのである。そしてそれは、ヨーロッパにおける20世紀の最も印象的な経済発展であり、「ドイツの奇跡」と称された。このことは、競争法制度についても例外ではないといえる。1950年代および60年代においては、実際上計り知れないほどの成功とみられたが、今日ドイツは依然としてヨーロッパの中では最も強力な経済力を保っているといえる。

しかし、ドイツ法といえどもその競争制限禁止法の1998年改正（第6次改正）は、ヨーロッパ競争法との調和を要請されたものである。したがって、ドイツのリーダーシップにも変化が生まれるものと考えられる。

ば、ドイツが先駆者としてヨーロッパ競争法をリードしていくという構造も許されたかもしれないが、90年代以降、統一ドイツがヨーロッパにおいて前面に出る状況ではなくなっているように思われる。今日、EU競争法が、それまでの運用実績を通じて、ドイツのみならず加盟国競争法をリードしていくという構造に転換するかもしれない。

主客転倒が生じてEU競争法が各加盟国法にとっての範となる可能性も出てくるといえる。

とはいえ、EU加盟国で固有の競争法を持つようとしている国は、EU競争法（およびドイツ法）をモデルに、これに沿ってそれぞれの競争法を制定したり、あるいはこれらのモデルに適合するようにそれぞれ自国法を改正しているのが現状である。とりわけ1970年代以来、ドイツに自身の競争法判決に関する助言を、他のヨーロッパ諸国が求めることが次第に共通のことになってきている。このような動きに鑑みて、ドイツ新自由主義思想も必ずと変容してくるのではないかと思われる。そうであれば、EUを軸とする「超」国家的組織を貫く共通の思想基盤を形成することが、急務となるであろう。⁽³⁰⁾

6 むすびに代えて

これまでヨーロッパ競争法の展開にみるドイツ法の影響を概観してきた。ここからわかったことは、ドイツ法の影響こそがヨーロッパ競争法にとっての発展の要となっていたという事実である。そしてその背景において、フライブルク大学を中心とした新自由主義思想が大きな役割を果たしていたことである。ヨーロッパにおいては伝統的に独占を許容する風土が認められるにせよ、同思想が描く市場観としては、市場は可能な限り競争的であるべしということである。このような独占の許容と競争的市場観は、一見すると矛盾するようにもみえる。しかし、事業者が独占的地位を獲得したとしても、依然として、その地位を濫用しない限りは、そのような事業者の地位というものをそのまま受け入れようというのである。これはおそらく、今日のヨーロッパでもみられるように、

(30) 残念ながら筆者はまだ、新たな共通の思想基盤を解明するには至っていない。さしあたりその手掛かりを与えてくれるのではないかと思われる文献として、vgl. J. Basedow, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, Tübingen, 1992.

ヨーロッパにはアメリカのような巨大な事業者がそれほど多く存在しないという事実にも、その根拠を見つけ出すことができるのではないだろうか。ヨーロッパ社会で許されてきた教会による独占的利益の享受なども、独占を許容する一因となってきたのではないだろうか。かく考える次第である⁽³¹⁾。そして同思想は、そのような競争が不可能な場合に、国家がその市場機能に代わって、法を通じて舵取りをするという役割を国家に期待するわけである。この原理は基本的にはヨーロッパ全体においても妥当するところであろう。ただ、ドイツという単一国家ではなく、ヨーロッパ（あるいはEU）という「超」国家的組織の場合にまで、従来の新自由主義思想で臨むことがはたして可能なのかということが懸念されるところである。

拡大に向かいつつある今日のEUの姿は、当初のヨーロッパ統合の構想とはたしてどこまで一致しているのか不確かな部分も見え出している。このような要素が、競争法の分野にも少なからず影響を及ぼすことになるかもしれない。ヨーロッパ競争法の発展には、目を見張るべきところも多々認められるところであるが、現実にはヨーロッパの市場構造それ自体が必ずしも競争的ではない面もあり、従来のような競争法の発展が今後も引き続き行われるのか否か、われわれはこれからも益々注目し続けていかなければならないであろう。そしてかかる姿勢こそが、これから登場するであろうアジアの競争法を包括的に検討する際の基本となると、確信する次第である。

(31) もっとも、ルター（M.Luther）などは、かかる独占に対しては痛烈な批判を展開してきた。vgl.R.Friedenthal, Luther, sein Leben und seine Zeit, München, 1967, S.463,