

オルドリベラリズムについての 覚書き

——その変遷の有無——

田 中 裕 明

1. はじめに

現行ドイツ経済秩序の軸となっている「社会的市場経済」という理念とドイツ競争制限禁止法に思想面で大きな影響を与えたのは、オルドリベラリズムであるというのは誰もが認めるところであろう。

村上淳一教授によれば、「西独カルテル法に強い思想的影響を及ぼした学派として、ネオ・リベラリズム学派ないしオルド・リベラリズム学派を逸することはできない。すでにヴァイマル時代に、経済政策学者のヴァルター・オイケン（Walter Eucken）や経済法学者のフランツ・ベーム（Franz Böhm）によって、計画経済に反対する一方で自由放任主義（独占をも許容するマンチェスター主義）とも明確に一線を画する自由主義の可能性が主張され、これがネオ・リベラリズムと呼ばれるようになっていたが、第二次大戦後、1948年にオイケンとベームが雑誌『オルド』（Ordo とは、この場合、自由競争が展開される『自然的な秩序』、という趣旨である）を創刊するに及んで、ネオ・リベラリズムまたはオルド・リベラリズムとも呼ばれるに至った。その中心が西南ドイツのフライブルク大学にあったので、フライブルク学派とも呼ばれることも⁽¹⁾ある。」

このようにオールドリベラリズムは、長年フライブルク学派の思想であると位置づけられてきた。その一方で、2015年第10回競争法学会（東京大会）でのペーター・ベーレンス（Peter Behrens）教授の報告の中では、それが誤りであり、この誤解がEU機能条約102条にいう「濫用」概念の解釈を歪めてきたと主張された⁽²⁾。本稿は、P.ベーレンス教授の報告を軸に、その批判の矛先となっているディビッド・ガーバー（David Gerber）⁽³⁾教授の所説との対比を通じて、オールドリベラリズムの変遷の有無を探ることを目的とする。その際P.ベーレンス教授の記述に従い、まずEU法における「濫用」概念の原点の分析と独占をめぐる問題について検討する。

2. 「濫用」概念の原点

まず、D.ゲルバーの説くところを眺めておく。D.ガーバーはその著書「20世紀ヨーロッパにおける法と競争」において、ドイツ・オールドリベラル思想のローマ条約における競争法規定（旧EEC 85条および86条、現EU機能条約101条および102条）への重大な影響を強調している⁽⁴⁾。こ

(1) 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。また、拙著『市場支配力濫用規制法理の展開』（2016年、日本評論社）54頁以下も参照。なお、主に私法分野でのオールドリベラリズム（ネオ・リベラリズム）の紹介を試みるものに、福岡博之「西ドイツ私法における『ネオ・リベラリズム』の影（1）、（2）」東京経大会誌82号（1973年）29頁以下、87号（1974年）67頁以下、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年、千倉書房）、小島康裕『大企業社会の法秩序』（1981年、勁草書房）、坂本延夫『市場経済体制と私法』（1994年、嵯峨野書院）がある。なお、西尾幸夫「国際経済秩序とオールドリベラリズム」龍谷法学第16巻第4号（1984年）181頁以下も参照。

(2) Peter Behrens, *The Ordoliberal Approach To Controlling Dominant Undertakings In The European Union*, WuW Nr. 07-0803.08.2018, 354ff.

(3) David Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus* (Reprinted) 2003, Oxford University Press.

のことが示唆するのは、「濫用」概念がとりわけ、ドイツ・オルドリベラリズムにそのルーツがあるとみているようであることである。⁽⁵⁾ D. ガーバーのこのような認識に対し、P. ベーレンスは次のように理由を述べて、それは誤解であるとしている。すなわち、D. ガーバーのオルドリベラル思想の説明はもっぱら、すでに1930年代および40年代に、ドイツ・フライブルク大学に所属していた経済学者たち（とりわけヴァルター・オイケン）や法学者たち（とくにフランツ・ベーム）によって形成されたいわゆるフライブルク学派のオルドリベラリズムによって展開されてきた当初の姿勢に頑なまでに基づいていたからである。

ここにみるフライブルク学派の学者たちは、ナチ体制に強く反論する知的派として、早くから戦後ドイツのための新しい経済秩序の制度設計（すなわち、自由な市場と法の支配に基づく制度）を展開するの必要を感じ取っていたのである。⁽⁶⁾ そして特徴的なこととして、この初期のオルドリベラリズムの姿勢は、支配的事業者の行為に向けての規制には全面的に反対していた。むしろ、支配的地位の登場を防ぎ、今ある独占的事業者を解体し、そしてこれが例外的に不可能な場合にのみ、特殊な擗取的行為あるいは排他的な行為を防ぐ国家による規制に独占者を従わせようと考えていたのである。⁽⁷⁾

しかしながら、オルドリベラル学派は「一枚岩」ではなく、また「静

(4) D. Gerber, (n. 3), p. 264.

(5) この点拙著前掲書でも、同じように考えてきた（同書57頁以下）。もっとも、ピナール・アックマン（Pinar Akman）教授は、彼女の2012年の「濫用」概念についての研究で、ドイツ・オルドリベラルの影響説に挑み、ローマ条約締結への詳細な交渉過程の記録に基づき、オルドリベラル思想は現EU機能条約102条の文言にはまったく影響を及ぼさなかったと論じている。P. Akman, *The concept of abuse in EU Competition Law*, 2012, Oxford, p. 49-105.

(6) 拙著前掲書54頁以下参照。

(7) W. オイケン著/大野忠男訳『経済政策原理』（1967年、勁草書房）394頁以下参照。

態的」でもなかったのである。第2次大戦後、とりわけ1950年代、オールドリベラル思想を支持する人たちはすでに知識層の大半を占めるようになっていた。⁽⁸⁾したがって重大な論点をめぐっては、オールドリベラルの間でも考えに相違があったのである。ここで何よりも重要なのは、オールドリベラル思想それ自体も相当の補整や浄化を繰り返してきたということである。そしてかかる補整や浄化の繰り返しが、当時のローマ条約86条(現 EU 機能条約102条)の草案への同思想の影響が認められる際には、考慮に入れられるべきものである。要するに、P. ベーレンスによれば、ここでいうオールドリベラリズムは本来のフライブルク学派の考えではなく、むしろすでにく分かは浄化された思想であり、本来とは異なる浄化されたものがローマ条約に導入された「濫用」概念なのである。⁽⁹⁾

「濫用」をめぐる問題との関連でオールドリベラルのアプローチが特徴づけられるのは、独占および市場支配的地位が本質的に有害であるという命題によってである。その理由は、独占が完全競争という基準と両立しないからである。独占力は、最初の段階、マクロレベルでの適切な政策によって、それが生まれることから予防されるべきであり、現存する、しかし回避可能な独占状態は、可能な限り排除されるべきである。もっ

(8) その中には、のちに戦後ドイツの基本モデルとなった「社会的市場経済」概念を進展させたアルフレッド・ミュラー＝アルマック (Alfred Müller-Armack) に対して、新自由主義思想を紹介したフリードリッヒ・フォン・ハイエク (Friedrich von Hayek) もいた。なお、野尻武敏編著『現代の経済体制思想』(新評論, 1976年) 35頁以下参照。

(9) P. Behrens, (n2), S. 355. したがって P. ベーレンスは、ピナール・アックマンも同様に誤解していると指摘される。すなわち、アックマンはオールドリベラル思想の当時のローマ条約86条起草への一切の影響を否定しているだけでなく、ヨーロッパ委員会もヨーロッパ司法裁判所も当該条項の法的経緯を無視し、「濫用」の意味を取り違えてきた、との結論にも誤りがあるとする。アックマンの結論は、一方で、ゲルバーの限定的なフライブルク学派の概念と同じく、狭義のオールドリベラリズムに基づいており、他方でアックマンは自らの根拠を、まだ議論の余地のあるローマ条約の予備審議 (travaux préparatoires) の解釈に基づかせてきたのである (a. a. O.)。

とも、インフラ独占のような唯一とっていい自然独占には、国家機関による監視が必要とされる。それはかかる独占に、「あたかも」完全競争が行われているように振舞わせるためである。こんなところに、いわゆる「競争ありせば＝擬制的競争 (Als-Ob-Wettbewerb)」のアプローチを垣間見ることができる。この点、フライブルク学派すなわち、オルドリベラル学派の第一世代の指導的経済学者である W. オイケン⁽¹⁰⁾は慎重な姿勢で臨んでいた。W. オイケンによれば、擬制的競争の手法が適用されるのは、他に競争する事業者のいない独占事業者に対してのみである、としていた。いわば、実質的に公益事業独占に相当するような場合である。⁽¹⁰⁾すなわち、W. オイケンが意図し示唆していたのは、特定のインフラ産業での自然独占であり、それは今日われわれが有するネットワーク事業の分野別の規制をある程度予告するものであって、事前の「濫用」規制を実施するねらいがあった。とはいえ、ローマ条約86条(現 EU 機能条約102条)は、W. オイケンの考えていた(公益独占事業のような)「回避できない (unavoidable)」独占行為の規制をはるかに超えていた。⁽¹¹⁾

擬制的競争のアプローチについては、ドイツ競争制限禁止法 (GWB) 制定の過程の中にも変遷がみられる。同法の第一次草案 (1949年のいわゆるヨーステン草案) は、事実上大幅に W. オイケンや F. ベームの考えに従っており、企業結合規制やいわゆる企業分割による独占行為の防止・除去権限を監視機関に付与するのみならず、当該事業者に自身が「あたかも」有効な競争にさらされているかのように振舞うことを義務付けていた。この「あたかも (Als-Ob)」という行為基準は、W. オイケン自身の言葉によれば、今日の「濫用」概念の中核をなしている妨害的

(10) W. オイケン/大野前掲書399頁以下。

(11) P. Behrens, (n2), a. a. O. ローマ条約86条(現 EU 機能条約102条)に掲げられている濫用行為は制定以来変わっておらず、公益独占事業規制に限定されないものとなっている。

濫用行為に言及するものであった。しかし同草案は、ドイツ産業界からの強い抵抗にあい、撤回されるに至った。結局、1957年に制定されたGWBが監視機関に認めたのは、ある事業者がその支配的地位を、たとえば不公正な価格、不公正な取引条件を課したりして、あるいは抱き合わせ行為をして「濫用」しようとする場合に、介入する権限を付与することであった。この1957年法における「濫用」概念については、排他的な行為よりもむしろ搾取的な行為に的を絞った、若干限定的なものであった⁽¹²⁾。したがって、1957年法のもとでは、それ自体弊害がないとされた支配的地位の濫用防止や解消をすることはできず、オールドリベラル学派の第一世代の考えは十分には成功していなかった。

1965年、改正GWBに支配的地位濫用の一般的禁止規定が導入された。同改正は、経済大臣の学術諮問委員会の意見や勧告に基づいてなされたものであった。この諮問委員会の有力なメンバーが、オールドリベラル学派の第一世代のF. ベームと第二世代のエルンスト・ヨアヒム・メストメッカー (Ernst=Joachim Mestmäcker) であった。⁽¹³⁾

(12) 事業者の支配的地位濫用の一般的禁止規定の1957年法への導入が見送られたのは、一部には、1923年の「カルテル令」の中核をなしていた「経済力ある地位による搾取の禁止」の履行に関するネガティブな歴史的経験が一因であったとされている。すなわち、「カルテル令」のもとでは、経済力ある事業者の行為規制は、もっぱら経済大臣にその裁量で、課された価格や用いられた取引条件が経済全体として弊害があると考えたり、公共の福祉を危うくすると判断したりした際にはいつでも、介入を許可するのみであったからであり、実際には、その権限を大臣は行使することはなかったからである。本令は、全体的に失敗であった。本カルテル令の概要については、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。

(13) P. Behrens, (n2), S. 356. 一般的な濫用禁止規定が導入されたものの、「濫用」禁止は、GWBがローマ条約(現EU機能条約)と歩調を合わせた1999年までは、直接適用することはできなかった。前述のP.アックマンの主張において、かかる事実がオールドリベラル思想はまったくローマ条約

ところでローマ条約起草の交渉の際にわかったことは、ドイツ代表团は、国内の立法機関とは異なる案を持っていたことである。1955年のメッシーナ会議以前において、ドイツ代表团が競争制限における私的行為の禁止に関する覚書の中で述べていたのは、支配的地位は当然違法(*per se*)を損なうものとはみなされない、むしろ市場支配を競争制限とみなすためには、「濫用」(すなわち、反競争的行為)を示すことが求められるべきである、ということであった。それ以来、濫用概念は決して交渉の場から消えることはなかった。⁽¹⁴⁾

同じくローマ条約起草に関わった人物に、ハンス・フォン・デア・グレーベン(Hans von der Groeben)がいる。H.v.d. グレーベンはオールドリベラル学派ではないが、のちにローマ条約の一部を形成することとなる主要概念を発展させた1956年のスパーク・レポート(Spaak Report)起草者の一人であった。⁽¹⁵⁾ D. ガーバーによれば、彼は「オールドリベラリズムと強く結びついた人物」と称されていた。⁽¹⁶⁾ H.v.d. グレーベンは、ヨーロッパ委員会の初代競争政策委員長を務め、「実質的な競争に(まったく)直面していないか少なくともそうである」事業者による市場地位の「濫用」を条件とする条項を含む競争規定の起草にも関わった(もとも、この提案は共同市場と相容れないものとされ、否定された)。

さらにもう一人、ドイツ政府の高官でローマ条約に係る交渉の際に代表として大きな役割を果たしたアルフレッド・ミュラー＝アルマック(Alfred Müller-Armack)もオールドリベラル学派と親しかった(A. M. ア

86条の起草に情報を提供しなかったことの根拠とされているようである。

(14) P. Behrens, (n2), a. a. O. 1955年、メッシーナ会議により設立された「共同市場のための政府間委員会の作業文書(*document de travail*)」には次のようにある。

「差別の排除と並んで、共同市場で必要となるのは、独占的地位の濫用あるいは事業者間の合意から生じる制限的措置の段階的な解消である。」

(15) P. Behrens, (n2), a. a. O. また、拙著前掲書57-59頁参照。

(16) D. Gerber, (n. 3), p. 263.

ルマックは、ドイツの支配的な経済および政治の綱領となる「社会的市場経済思想」を主張した人物である)。A. M. アルマックも関わった、関係者向けの内部報告では、ドイツ代表団は「濫用」概念を一般的に独占に適用することを提案していた。それには国家独占、寡占も含まれていた。

結果、1956年9月7日付の競争規定草案は、スパーク・レポートをはるかに上回る成功を収め、ほぼローマ条約86条（現 EU 機能条約102条）の最終版に近づいたとあってよかった。

ローマ条約起草に際して、ドイツ・オルドリベラル思想が独占行為（あるいは支配的地位）に関して深く浸透しなかった主な点は、企業結合規制であった⁽¹⁷⁾。ドイツ代表団は、市場支配を禁止する代わりに濫用規制を提案したのであった。この事実が誤解を招いたようである。すなわち、「独占行為は内在的に競争にとり有害であり、それ自体が禁止されるべきである、というオルドリベラルの考えを擁護しなかった⁽¹⁸⁾」と主張されるようになったのである。これは、前述のようなローマ条約起草時にオルドリベラルが描いていた考えに対して、明らかに誤っているといえる。少なくとも次のように述べることはできよう。すなわち、

「オルドリベラリズムはしばしば、それがあたかも変わることのない同質不変の学派であるように論じられていたが、実際には75年以上も進化し続けている重要な要素をもつ、たくさんの思想の一流派となっている。ヨーロッパ競争法史の興味深い事実として、今日しばしば現在のオルドリベラリズムとして受け入れられていることは、一連の思想は1933年から1950年あるいは57年までの期間、凍結されているように思われていたことである。⁽¹⁹⁾」

(17) EUにおける企業結合規制導入の経緯について、拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』（2001年、嵯峨野書院）154頁以下参照。

(18) P. Akman (n.5), p. 82.

オールドリベラリズムについての覚書き

オールドリベラリズムは、その第一世代の提案者の考えに限定することはできないのである。

ともあれ、オールドリベラリズムは、少なくとも四世代にまたがってきている。とりわけ、ローマ条約の起草に影響を与えてきた第二世代のオールドリベラルの間には、フライブルク学派の最初の考えのいくつかに再考を促し、しかもその根本的なイデオロギー上の原則を棄てさせなかった若干の概念的な諸要素 (strands) があった。たとえば、W. オイケンの市場支配力に向けた懐疑論からの最も重要な逸脱は、(独占を含む) 支配的地位は必ずしも当然に弊害をもたらすものではなく、とりわけかかる地位が能率競争 (業績競争) の結果、すなわち自らの市場での成功によるものである場合にはそうである、という原理の承認である。このことから併せて示唆されるのは、競争制限の確認基準としての「完全」競争概念の撤回のみならず、支配的事業者の市場行動規制のための「競争ありせば (Als-Ob-Wettbewerb)」基準の撤回でもある。W. オイケンの慎重な姿勢は前述の通りである。かかる基本概念の見直しから明らかにされるのは、オールドリベラリズムは狭義のフライブルク学派の正統派へと、凍結させられたアプローチではないということである。真実は逆であり、同派の核となる信条を放棄することなく、オールドリベラリズムはつねに新たな経済的見識によって起こされた実戦的な経験と、理論的な進展に⁽²⁰⁾対するその概念を調節するために開かれているのである。

したがって、D. ガーバーはドイツ・オールドリベラリズムをフライブ

(19) Mel Marquis, Introduction, Summary, Remarks, in: Claus-Dieter Ehlermann and Marquis (eds), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC.*, Oxford, 2008, p. xxxi, n. 16.

(20) たびたび指摘されるところであるが、ヨーロッパでは伝統的に独占に対しては「寛容な態度」がみられる。vgl. Wolfgang Wiedmann, *Der Begriff „Monopolizing“ in einem rechtsvergleichenden System von Wettbewerbsbeschränkungen*, München, 1982, S. 230.

(21) P. Behrens, (n2), S. 357.

ルク学派に限定して捉えているが、それはオールドリベラルの思想の展開やローマ条約への影響、およびその後の解釈への影響を正しく理解することの妨げとなっている。⁽²²⁾

3. 独占問題に対するオールドリベラルのアプローチ

続いて、独占問題に対するオールドリベラルのアプローチを眺めることにする。

オールドリベラルのアプローチの第一の特徴は「経済問題」についての取り組みである。第一世代のオールドリベラルであるオイケンやベームが展開した革新的なアプローチは、希少資源の配分という「経済問題」であった。とりわけオイケンが念頭に置いていたのは、「経済問題」を「経済計画の問題」、すなわち関係者による配分決定の問題として扱うことであった。つまり、当該関係者の決定がどのように調整されるかに従って経済制度が区別されるという問題である。オイケンがイメージしていたのは、抽象的ながら二つの経済形態で、一つには中央統制経済で、他方には分権型交換経済であった。前者はナチ時代のドイツや旧ソ連にみられた国家による計画に依存するものであり、後者は個々の市場参加者による分権型の計画に依存するものである。ここでいう計画が示唆するのは「選択」である。オールドリベラルが支持していたのは、消費者の選択と生産者のそれを調整する望ましい方法としての「競争的市場」である。その理由は、今日、「消費者選好に従った資源配分に関する効率性」といわれる、消費者と生産者にとって市場こそが最も有望な、個人の選択する自由とその結果生じる社会全般の繁栄の組み合わせである、とオールドリベラルが確信していたからである。⁽²³⁾

(22) P. Behrens, (n2), a. a. O. 同じく、P. アックマンのオールドリベラリズムについての認識として、独占を当然に弊害のあるものとみなし、それゆえ市場支配力の「濫用」規制に代えて、それを禁止することを求める立場であるとするには根拠がないといえよう。

このアプローチが示唆するのは、「拮抗としての競争 (competition as rivalry)」という概念を軸とするアダム・スミスの「自然的自由の体系 (system of natural liberty)」⁽²⁴⁾において既に示されていた。アダム・スミスいわく、

「ある産業を優遇するか抑制する制度をすべて完全に撤廃すれば、自然な自由という単純明快な仕組み (筆者注、自然的自由の体系のこと) が自然に確立する。誰でも、正義の法をおかさないかぎり、自分の利害を自分の方法で追求する完全な自由をもち、自分の資本と労働を使って誰とでも、⁽²⁵⁾ どの階層とでも競争する完全な自由をもつようになる。」

競争の源である個人の経済的自由を強調することで、オルドリベラルは、その古典的な形態においてアダム・スミスによって確立された自由の体系 (the liberal tradition) に従ってきたし、今でも従い続けているのである。個々人が自由に自身の利益を追求することができる限り、生産者側の利潤追求の動機はまったく自然に自らを競争に導こうとするのである。結局、消費者は、資源が自身の選好に従って配分されることを選択することができるようになるのである (これは、いわゆる配分的効率性のことである)⁽²⁶⁾。このようなアプローチが、オルドリベラリズムを現代厚生経済学と区別するのである。⁽²⁷⁾

(23) P. Behrens, (n2), a. a. O.

(24) アダム・スミスの「自然的自由の体系」については、大野忠男「アダム・スミスと自然的自由の体系」追手門経済論集第16巻第1・2号 (1981年) 25頁以下参照。

(25) アダム・スミス/山岡洋一訳『国富論一下』(2007年、日本経済新聞出版社) 276-277頁。

(26) アダム・スミスとオルドリベラリズムとの関係性について論じるものに、cf. Werner Bonefeld, Adam Smith and Ordoliberalism: On the Political Form of Market Liberty, Review of International Studies, 233-250, 2013.

(27) P. Behrens, (n2), a. a. O. ロナルド・コースによれば、アダム・スミスの強みは、スミスが「多くの現代の経済学者に当てはまるであろう、需

続いて第二の特徴をながめることにする。

以上のようにアダム・スミスに傾倒しつつも、オールドリベラリズムのうちのフライブルク学派は古典的レッセフェール型のリベラリズムには同意しておらず、もっぱらレッセフェールは無制約のカルテル化と市場支配力の集中をもたらそうとしたのであり、言い換えると、消費者選好に資し、配分的な効率性を達成する手段としての競争的市場の自滅をもたらすと教えた、としている。スミスの「自然的自由の調和的体系」にはそのような側面もあるととらえた。とりわけF. ベームが強調したのは、競争は個人の経済的自由に根付かされているのみならず、私法制度によって保障されている個人の財産権の利用にもみられ、適法な競争的市場行動と不法な反競争的市場行動との境界線を定める規範によって限定される権利の中にも根付かされている、ということであった。⁽²⁸⁾

それゆえオールドリベラルが主張するのは、競争的市場は法の支配に基づいていなければならない、特に、国家が行政上の手段や判決を手段として強制する競争規範に一層基づかなければならない、ということである。⁽²⁹⁾

この点に関して、D. ガーバーは次のように述べている。すなわち、

「フライブルク学派の思想家が同意しているのは、競争的経済制度が繁栄をもたらす、自由なそして平等な社会に必要であるという考えの際の、初期のリベラリズムの概念についてである。しかしながら、フライブルク学派の思想家が確信しているのは、かかる社会が発展できるとすれば、それは、市場が憲法上の枠組みにはめ込まれた場合のみである、という

要の高度な弾力性によって定められる条件としての競争というよりはむしろ、拮抗としての競争、プロセスとしての競争を考えていた」ということである。Ronald H. Coase, *The Wealth of Nations, Economic Inquiry*, Vol. 15, Issue 3, (1977), 309, 318.

(28) これは、競争に対する制度的なアプローチ (institutional approach to competition) と位置付けられる。

(29) P. Behrens, (n2), S. 358.

ことであり、市場の便益を等しく社会全般に分配することを確保するためであり、政府による経済への介入を最小限にするためである。⁽³⁰⁾

このD. ガーバーの言を、P. ベーレンスは一方では正当であると評価しつつも、他方で残念な誤りを惹起していると記している。すなわち、D. ガーバーは単純に「オールド=ordo」の理念を「指令=order (命令=command)」と混同していたのである。このような誤解から、「オールドリベラルの体系が必然的に高度に規制された経済を作り上げるのだ」という結論を導いたのであった。これは、国家に経済取引に直接関与させるのと同じように、競争規範を執行する手段を国家に講じさせることをよしとした手法である。かかる誤解は、オールドリベラリズムと独占規制に対する「競争ありせば (Als-Ob-Wettbewerb)」というアプローチとを同一視したことによるものである。⁽³¹⁾

かかる混同・誤解に対しては、F. ベームの「競争規範 (competition rules) は、ゲーム (=競技) のルール(rules of game)であるとみなさなければならない」、との指摘を重視すべきであろう。⁽³²⁾ 競争規範に基づく禁止の執行は、慣習的 (prescriptive) な国家の介入とは異なるからである。この違いこそがオールドリベラルのアプローチを正しく理解するための基本であろう。⁽³³⁾

(30) D. Gerber, (n.3), p. 232.

(31) P. Behrens, (n2), a. a. O.

(32) Vgl. Franz Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, Baden-Baden, 2010, S. 248ff.

(33) この点につき、フリードリッヒ・フォン・ハイエクは次のように述べる。「正義に適う行動ルールは、多くの個人の異なる意図の調和に貢献する。命令は特定の結果の達成に貢献する。正義に適う行動ルールとは違って、それは、個々人の選択領域に限界を画するだけでなく(彼らが熟慮の上で生み出した期待を充足するように求めるだけでなく)、他の人々には要求されない特定の仕方で行為することを個々人に命じる」(ハイエク/篠塚慎吾訳『ハイエク全集9 法と立法と自由II 社会正義の幻想』, 1987

最後に、オールドリベラリズムの三つ目の特徴をあげる。それは、個人の自由や法的に保護される個人の権利とは異なり、競争に対する体系的なアプローチ、すなわち「オールド」を体系整理の意味での「秩序」と解することである。⁽³⁴⁾ そのうえでオールドリベラルにとっては、競争的市場とは、財産および契約に関する私法制度によって法的に保護された個々人の経済的自由に基づく分権化された経済計画の制度である。しかしながらこれを理解するうえで重要なことは、この個々人の自由は制度全体の相互作用の有用性に、より精密に条件づけられているのである。すなわち、すべての市場参加者が任意に相互の取引に関わることができる自由に基づいているのである。消費者の選択の自由は、それゆえ、メーカーの競争する自由次第であり、⁽³⁵⁾ 逆も同じである。

ここでオールドリベラルのみる競争法の役割をみておく。その役割とは、個々人が自由に市場で選択できる「制度としての競争」を保護することである。この「制度としての競争」とは、競争を、等価交換という資本主義経済の法則を実現するための基本的な手段を提供するものとして捉える考え方である。⁽³⁶⁾ すなわち、(市場で)消費者が選択できるようにするために不可欠なのは、(売り手の側に)十分な種類の競合する商品がなければならない。これが揃うことでわれわれは、数多くのメーカー(売り手)とその市場シェアを反映する「市場構造」の関連性を知るのである。(他方)消費者の、市場に提供される商品、サービスを選択する自由は、商品の分散の度合いに左右される。つまり、集中の度合いが高ければ高いほど、消費者が利用できる選択肢の数は少なく、消費者の⁽³⁷⁾ 選択の自由は一層制限されることになる。このようなことから、競争制

年，春秋社，178頁）。

(34) P. Behrens, (n2), a. a. O.

(35) A. a. O.

(36) 川井克俊『改訂増補 競争製作法概論』（1995年，高文堂出版社）15頁参照。

(37) P. Behrens, (n2), a. a. O.

限は、十分な数のメーカー間の拮抗状態に左右される消費者の選択権の制限によって、特徴づけられるのである。

以上のことからオールドリベラルの側から確認できる競争制限とは、

- (1) 自由に競争するメーカーの数が、通常の競争過程それ自体から生じたのではない方法で人為的に減少させられた場合はいつでも、そして、
- (2) 消費者が自由に選択できる選択肢の範囲が狭くなっている場合である。⁽³⁸⁾

現代のオールドリベラル間での共通の認識は、ある程度の市場支配力は、ほとんど市場におけるそのシェアの強化のために奮闘するメーカー（売り手）間における拮抗状態としての競争にとっての前提条件である、とみられる。

独占のアンチテーゼである競争に対するオールドリベラリズムの理解をまとめると、

- (1) 競争は、個々の生産者の自らが提供したいものを選択する自由と個々の消費者の自らが購入したいものを選択する自由から生じる。
- (2) 競争は、自らの選択によって選好を明らかにする個人にさせる選択と、他者が自らの選択のために必要な種類の情報を作ることとの相互作用のダイナミックなシステム（プロセス）として理解される。

(38) P. Behrens, (n2), a. a. O., S. 359. なおP.ベーレンスは、オールドリベラルが受け入れを拒否してきた「完全競争」についても、「競争は発見のダイナミックなプロセスである」とするハイエクの主張を材料にして、言及している (a. a. O.)。ハイエクによれば、「もし仮に完全競争の理論によって想定されている事物の状態が存在するとしたならば、それは『競争する』という動詞が表現するすべての行為に対して、その活動の余地を奪うばかりでなく、そのような行為を事実上不可能にしてしまうであろう」（ハイエク/嘉治元郎・嘉治佐代訳『ハイエク全集3 個人主義と経済秩序』、1990年、春秋社、93頁）。

(3) 私法制度の基本的な役割とは、法的権利を以て個人に、生産者間に競争的拮抗状態の基礎を形成し、消費者が供給される資源の中から選択できる自由の基礎を形成する無制限の利用を許すことである、以上である。

ここに挙げた基本的な要素は、一般的にオールドリベラルの全世代によって共有されるものである。もちろん、多くのオールドリベラルのアプローチを支持する者たち自身も、その核となる部分に変容を加えてはいるが、決定的な変化とはいえないであろう。例えば、ハイエクの「ダイナミックな発見のプロセスとしての競争」という概念は、「創造的破壊」のプロセス、すなわち絶えず市場支配力を発生させ、これを侵食するプロセスとしての拮抗状態という、シュンペーター派が説く概念によって補完された。つまり、ドイツでは日常的に「先駆的な競争」といわれるように、ひとつのあるいはいくつかの革新的企業は、順番に、より効果的な新機軸等々によって前を追い越そうとする他者に勝つために努力しているのである。⁽³⁹⁾

では、本節の課題である独占問題について現代のオールドリベラリズムはどのように扱っているのか。

オールドリベラルの間で一致していることは、市場支配力の獲得あるいは独占であっても、それが市場での成功の結果である場合には、これを非難する正当な理由はないということである。一般的に認められているのは、市場支配力は、たとえそれが市場における「支配的地位」を生じさせるとしても、全体としてそれが適法な手段によって獲得されたものであれば、当然に違法とはされ得ないのである。このことは、支配的事業者にも認められている競争の自由概念に内在する避けることのできない「二律背反」として承認されている。

もっとも、市場支配はM&Aなどによる外部成長の結果の場合は許

(39) P. Behrens, (n2), a. a. O.

されないし、また市場構造にネガティブな影響を及ぼし、結果、消費者の選択に対する有用な選定にも影響をきたす方法での濫用も許されない。拮抗状態としての競争のプロセスを保護するために、すでに支配的である事業者の一方的な行為を以て、当該市場における競争相手を、消費者選択の犠牲でさらなる不当な（濫用的な）手段により市場から撤退させるような合併や、排他的行為によるさらなる集中を導くことを防がなければならない。同じく、参入障壁を人為的に引き上げ、あるいは支配が⁽⁴⁰⁾他の市場へと拡大されるような事態は回避されなければならない。

4. むすびにかえて

これまで検討してきたところは、オルドリベラル思想の中核となる要素は何であるか、過去75年ないし80年の間にこの思想はどう展開してきたのか、そしてEU機能条約102条における「濫用」概念の起草、解釈および適用にどのように影響を与えてきたのか、ということである。その中で、オルドリベラルのアプローチとEU競争法へのその影響についていくつかの誤解と歪曲があったことが明らかにされた。

とりわけ、D. ガーバーの認識として、オルドリベラリズムをフライブルク学派に代表されるその初期メンバーの思想と同一視した点である。この誤解は、オルドリベラリズムの進展性（dynamics）を全面的に無視したことにある。オルドリベラルの若い世代がフライブルク学派の思想を浄化や洗練化を図ろうとする試みにもかかわらず、初期のアプローチに固執してきた経緯が認められる。

さらに注目しておきたいところは、オルドリベラルは早くから「競争

(40) P. Behrens, (n2), a. a. O. 近時、欧米やわが国でもみられる巨大ITに対する規制事例が、オルドリベラルのアプローチを分析する手掛かりになるのではないだろうか。巨大IT規制に対するわが国の取組みについて、拙稿“On Regulating Huge IT-Towards Ensuring Transparency and Fairness of the Trading by IT-Platformer” 神戸学院法学第49巻第1号（2020年）105頁以下参照。

ありせば (as if)」というアプローチ (擬制的規準) を放棄していたことである。すなわち、支配的事業者があたかも競争にさらされているかのごとく振舞うという要件を放棄していたのである。⁽⁴¹⁾ もっとも、オールドリベラルの中にも「競争ありせば」というアプローチは、「必然的に高度に規制された経済を創造すると推論させる」という原理であるとみる者がいた。⁽⁴²⁾ 真実は逆である。オールドリベラルがつねに主張してきたのは、競争法は積極的に特定の市場行動を定めるのではなく、もっぱら自主的に自らの行動を決定する競争相手の、あるいは消費者の自由に対してネガティブな影響力を有する行動を禁止する「ゲームのルール」である、⁽⁴³⁾ ということである。

ヨーロッパ委員会やヨーロッパ司法裁判所の決定・判決から明らかにされることは、厳格に規則的な EU 機能条約102条の解釈を、消費者保護のためにする提案はルネ・ジョリエに始まる。⁽⁴⁴⁾ 後にヨーロッパ司法裁判所の裁判官になった R.ジョリエによれば、買い手 (あるいは売り手) に向けられた (再販売価格維持行為などの) 垂直的な戦略のみが、実際に競争当局による支配的事業者の (不公正な) 価格設定および生産決定に向けての直接的な介入を求める「濫用」概念を捕捉する対象である、と主張されたのである。

(41) このオールドリベラル学派の「擬制的規準」への対応については、拙稿「経済秩序に歴史法則はあるか？」神戸学院法学第48巻第3・4号 (2020年) 451頁を参照されたい。とくに W. オイケンや F. ベームの姿勢に注目しておきたい。

(42) Cf. D. Gerber, (n.3), p.247.

(43) P. Behrens, (n2), a. a. O., S.360.

(44) René Joliet, Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power, The Netherland, 1970, 11 and 131. なお、エルンスト・ヨアヒム・メストメッカー/早川勝 訳「ヨーロッパ法における競争と規制の接点」『EUの法秩序と経済秩序 法と経済の関係についての基本問題』(2011年, 法律文化社) 97頁参照。

オールドリベラリズムについての覚書き

その一方、オールドリベラリズムの第2世代に属するエルンスト・ヨアヒム・メストメッカーによれば、オールドリベラル・アプローチというのは、現行EU機能条約102条の解釈は、同101条3項と並んで、残余有効競争の排除を許さず、したがって主に排除行為を規制対象とする歪曲されていない競争制限を確立する同条約の目的によって導かれなければならない、とする。その後、これがヨーロッパ委員会やヨーロッパ司法裁判所の支配的な見解となって以来、支配的事業者の搾取的行為に対する規律は例外的な事案に限られ、あるいは副次的な立法を経由して分野別⁽⁴⁵⁾の特殊な規律に引き延ばされてきた。

そろそろまとめに入り、締めくくりにしよう。

ドイツとEUの競争法の起草、解釈、とりわけ市場支配的事業者の「濫用」規制の適用に大きな影響力を有していたオールドリベラル・アプローチは、やみくもに市場に介入することを信条とする介入主義者による規制に取りつかれたのでもなく、競争に代わる公正さに取りつかれたのでもない。そして競争の代わりに競争者を保護するのでもなければ、「良き (good)」経済学に従う代わりに形式的であるわけでもない。単純にオールドリベラリズムは、法的に保護された自由に、その選好を継続的な選択決定の過程の中で表明するために行使する個人に基づく「歪曲されていない (undistorted) 競争制度」の保護を表しているだけである。そして、その過程はわれわれの経済を組織する最も効率的な方法である。

D. ガーバーやP. アックマンが当然視していたのとは異なり、オールドリベラリズムは決して「一枚岩」ではなかった。初期のフライブルク学派の思想基盤を維持しつつ、それぞれの世代毎に、その中身については変容が加えられているといえる。経済の基盤自体にも第2次大戦終了直後と、今日のようにグローバル化に加えデジタル化を伴うようになって

(45) P. Behrens, (n2), a. a. O.

からでは、その目指すところにも当然変化があるといってよい。その変化の中、それぞれの世代が独自に貢献し、自らが依拠する原理を放棄することなく、適合してきているのである。この原理を基礎づけるものとして、次のように主張される。すなわち、競争は、生産者の、自身が提供するものを選択する個々の自由と、消費者が手に入れたいと思うものを選ぶ個々の自由に帰着し、競争は、自身の選択決定を通じてその優先順位を示し、他人が必要とする情報を提供する個人間の相互作用のダイナミックなプロセスとして把握される。そして、その際の法的根拠となるものは、私法である。つまり、プロセスとしての競争を支えるものは、⁽⁴⁶⁾私法秩序であると主張されるのである。

筆者としては、このようなところにオルドリベラリズムの「不易流行」を感じ取ることができる。併せて、わが国の競争政策にあってもオルドリベラリズムのような基本思想—哲学—が必要であると思うところである。

〈追記〉

吉川先生の御専門が「西洋法制史」、 「比較法文化」等々基礎法学分野の多方面に及んでおられたことから、拙稿では可能な限り先生の専門分野に近づけようと思い、ドイツ経済法思想の「オルドリベラリズム」をテーマに試みた次第です。鬼籍に入られた先生には誠に拙いものではありますが、ご霊前に捧げさせていただきます。

(46) このあたりハイエクの「発見のプロセスとしての競争」を彷彿させるところである。オルドリベラリズムにあっても「オーストリー学派」の影響を受けているのかもしれない。ハイエクの「発見のプロセスとしての競争」については、渡部茂『ハイエク全集 法と立法と自由 III 自由人の政治的秩序 第15章 政府の政策と市場』(1988年、春秋社)99頁以下参照。