

取引における力の濫用(二)

——西独における「購買力濫用」問題を素材として——

舟田正之

- 一 はじめに
- 二 競争制限禁止法(GWB)における濫用規制
(以上、前号)
- 三 濫用規制の性格
 - 1 GWBの法目的
 - (1) 「制度保護」か、「個人保護」か
 - (2) 両説の対立の意義
 - (3) 論点A
 - (4) 論点B
 - (5) 論点C
 - (6) 論点D
 - (7) 中間的小括
 - 2 論争の再検討——「競争の自由」と「制度」
 - (1) 本節の課題
 - (2) 法秩序における価値
 - (3) 契約的正義と経済力の規制
 - (4) 契約自由の制限のための価値的観点
 - (5) 法秩序と経済の関係(以上、本号)
 - (6) 「競争の自由」の概念規定
 - (7) 「競争の自由」の法的性格
 - (8) 「制度」
 - 3 濫用規制に関する諸説
 - 四 「購買力の濫用」問題の展開
 - 五 結語(以上、次号)

* 本稿は、当初の予定より詳細な叙述になったので、引用註につき左のように変更する。

ドイツ語文献に限り、本稿において複数の著書・論文を引用する者の著書・論文の引用については、oben Ann. (ドイツ語文献の場合の前注の指示) とするだけでなく、題名の略語を付ける。初出引用箇所末尾で、略語をつけ(例えば、zit. GK.)、その後は、その略語と前注箇所の双方を付する。例えば、Müller-Henneberg, in: GK (oben Ann. 80), S. 66f.

なお、本稿の中では著書等一つだけ引用する者については、右の略語を用いない。例えば、Griesbach (oben Ann. 77), BB 1962, S. 1011 ff.

また、直前または同じ注の中で引用した著書等は、煩瑣を避けるため、人名の後に単に ebenda と記して引用する(同様に、邦語文献についても、「同前」と記す)。例えば、Hüller-Henneberg, ebenda, S. 66f.

三 濫用規制の性格

前章(二)では、競争制限禁止法(GWB)における濫用規制について、主として同法二二条の改正過程を辿りながら、運用実務および主導的学説を概観した。この濫用規制についての、いわば縦軸の概観に続いて、本章(三)ではその横軸——諸学説による理論的把握——を検討する。

GWB二二条の定める濫用規制の性格をどのように理論的に把握するかについては、既に、W・オイケン、F・ベームらのオルドー自由主義、連邦経済省学術顧問団鑑定書(一九六二年)、カンツェンバッハの議論を瞥見した(二1(2)、2(1)・(2)、3(2)参照)。そこでもふれたように、本二二条の濫用規制の性格づけは、GWBそれ自体の法目的の理解と関わっている。従って、以下では、まず、GWBの法目的に関する議論を整理・検討し(三1・2)、次に、GWB全体の中の二二条(濫用規定)の位置づけ、および濫用規制の性格に関する議論を検討し、濫用規制が私法秩序とどう関わっているかという、本稿の冒頭に提示した問題に関する西ドイツの学説の概観を試みることにする(三3)。

1 G W Bの法目的

(1) 「制度保護」か、「個人保護」か。G W Bの立法過程における論議は、オールドー自由主義と伝統的なドイツ・カルテル法理論(及びそれと利害関係が一致する産業界)との間の対立を基本的な軸として展開されたが、カルテル一般禁止を貫徹するか、それとも、それを否定し、あるいは少くとも適用除外カルテルを大幅に認めるかについては、激しい議論が起こったのに対し、濫用規制を設けること自体には、これら両者とも賛成であった(前述、二一参照)。しかし、この濫用規制の性格づけについては、G W B全体の法目的をどう把握するかと関連して、顕著な対立が見られた。右の両者のG W Bの法目的に関する対立は、「競争秩序」——「競争の自由」の保護か、それとも、経済全体の効率性ないし経済的成果の向上か、として定式化することができよう。

右の対立を最も早く鮮明に提示したH・ヴェルディング(H. Würdinger)の講演(一九五三年⁽⁷⁵⁾)は、G W B制定に向けられた各種の草案ないしそれへの批判をふまえ、当時の英米仏占領地区で効力を有していたいわゆるカルテル排除法(Dekartellierungsgesetz。正確には軍政府法第56/78/96号⁽⁷⁶⁾)がアメリカの法思想を基礎しているのに対し、新しく生まれるべきG W Bは、ドイツの伝統的法秩序とどのように調和する形で規定されるべきか、という観点から説いたものである。

ヴェルディングいわく、「アメリカにおけるカルテル禁止は個人の自由の理念^{イデー}から発しているのに対し、ドイツのカルテル禁止は経済政策上の構想の産物である。……アメリカ法は、人格の価値に支配されているのに対し、ドイツ法は全体経済的根拠に拠る」。すなわち、ドイツのカルテル法は、「自由競争が最良の国民経済的成果をもたらす」との考えに立っているのであり、従ってこの考えが実態に合致しない場合は、競争制限を一定限度で認める規定をおくべきである。もともと、アメリカでも、経済政策的考慮が欠けているわけではないし、ドイツにおいても、「制度としての競争」(Wettbewerb als Institution)の結果ないし反射として経済的自

由がもたらされる、という連関は認められる。しかし、前述の区別は法政策上の決定として重要であり、GWBの制定および解釈の基礎となるものである。すなわち、カルテル禁止は、「法目的たる経済政策の実現のための道具（手段 Instrument）」にすぎないから、民法八二三条二項（他人の保護を目的とする法律に違反し、これによって他人に損害を与えた者は賠償責任を負う旨を定める。）における保護法律には当たらないし、またカルテル法は、基本法二条一項の定める「人格の自由な発展を目的とする権利」を実現するものと考えてはならない。

右述のヴェルディングの講演は、オルドー自由主義に対する反論という性格を有しており、以後頻繁に引照され、大きな影響力をもったものである。なお、当時のドイツの状況を反映して、アメリカの反トラスト法の考え方を直輸入することを批判し、ドイツ特有の法の伝統を維持すべきであるとする論者（ヴェルディングもそうである。）と、反トラストの思想を肯定しつつも、それをドイツ固有の経済学（殊に、W・オイケンらのオルドー自由主義）によって基礎づける論者との対立が特徴的である。⁽⁷⁷⁾

このヴェルディングに対するオルドー自由主義側の主張については、既に多くの研究・紹介があるので、ここでは、連邦経済省内で実際にGWBの立案・作成に携わったE・ギンター⁽⁷⁹⁾の説くところを見ておくにとどめる。

E・ギンターによれば、独占規制のためには、特別法を立法すれば足りるというものではなく、「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)の統一性という観点から、会社法・営業法・税法・特許法など関連諸法領域の改正を含めすべての経済規制を見直すことが必要である。GWBは、統制主義(Dirigismus)とも、古い自由放任主義とも異なり、競争と自由の制限を規制することにより、政治的民主主義に対応する「競争の自由」の確保を目的とする。GWBの下で、各人の経済的自由と本法によるその法的確保が競争秩序の前提条件であり、そこで実現される競争秩序が生活水準の向上と社会的正義の実現をもたらすのである。ただし、この自由思想は利潤追求に向けられてはならないのであって、競争の維持は、自由な経済的発展の権利（ボン基本法二条一項

の定める基本権)の保障という法的意義をもっているのである。

このギユンターの所説は、GWB政府草案の提案理由書における基本的立場と一致するものであり、約一〇年にわたるGWB制定までの議論の中で、ギユンターと連邦政府(殊に彼の所属する経済省)はこの立場を堅持し続け、これは個人の競争の自由の保護を法目的と把えることから、「個人保護説」(Individualschutztheorie)と呼ばれ、学説の中でも通説的地位を占めたのである。

これに対して、ヴェルディングアの所説は、GWBは「制度としての競争」を保護するものであって、右の個人保護は法の反射的效果にすぎないとするものであるところから、「制度保護説」(Institutionenschutztheorie)と呼ばれる。

(2) 両説の対立の意義

(i) この個人保護説と制度保護説との対立には、すぐ後に述べるように、GWBの法目的ないし性格、および、GWBと民法・憲法にわたる基本的問題——経済的自由(殊に契約の自由・競争の自由)と経済力の衝突・調整という本橋の関心対象——にとって有益な論点が含まれている。従って、両説の対立を表面的にのみ見て、個人の競争の自由と全体としての競争とは相互依存関係にあるから、GWBは個人保護と制度保護とを共に目的とする、というて済ますことはできない。けだし、ミュラー・ヘネベルクが正当に指摘するように、「競争は、実際、事業者が行うか否か、そしてどのような行為をなすかについて自由に決定できる限りにおいて、はじめて考え得る。……この意味で、競争と行為の自由との間に必然的関連があるということは誰も否定できない。論争点は、自由の保護が法律上の諸規定の反射効としてのみ生じるのか、それともそれら諸規定の固有の保護対象(Schutzgegenstand)なのか、という点にのみ存する」⁽⁸⁰⁾。

(ii) また、わが国の独禁法の法目的について、それは「競争」それ自体あるいは競争秩序であるとの理解が一般

であるが、西ドイツのGWBについてはこれとは異なる。「競争は、それ自身のために保護されるべきものではない、ということには異論がない。競争は手段にすぎない。競争システムによって実現されるべき目的が問題である」⁽⁸¹⁾。ここを起点として、GWBの保護目的論争が生じたわけである。

翻って考えてみれば、わが独禁法上の目的規定(同法一条)に定められている究極的目的たる「一般消費者の利益を確保するとともに、国民経済の民主的で健全な発達を促進すること」と、直接的目的たる「公正且つ自由な競争を促進」することとの関係について、解釈の基準としては後者のみが意義を有しているとする見解が有力であるが、究極的目的と直接的目的の関係をどう理解するか(すなわち、同法の基本的性格をどう把握するか)という法理論上の問題については様々な学説が対立している。この点は、具体的には、同法中の適用除外規定(同法二一、二四の四條)および優越的地位の濫用規定(二条九項五号・一般指定一四項)を、右の目的とどのように整合的に理解するか、をめぐって論じられているところである。⁽⁸³⁾従って、わが独禁法の基本的性格、および、同法中の右掲の諸規定の相互関係を法理論上どのように把握するかという問題にとって、GWB上の議論が一つの参考になると思われるのである。

(iii) ところで、論争の進展とともに、個人保護説と制度保護説との対立の中から、GWBは、個人保護と制度保護の両方の側面をともに有しているとする説も現われるに至るが、個人保護・制度保護の各々のより立ち入った内容、両者の論理的関連性、GWB中の諸規定の保護目的とGWB全体の保護目的との関連等について様々の意見の相異が見られる。⁽⁸⁴⁾更に、前述(二三(1))のカンツェンバッハの登場とともに、この論争は、競争それ自体が価値であるから、競争の自由を確保することのみがGWBないし競争政策の目的であって、そこからもたらされる成果がまさに「正当な経済的成果」であるとする制度論者(Institutionalisten——E・ホップマン)と、競争は経済政策的諸目的を達成するための手段であるから、競争の諸機能をどのように組み合わせ、最適な経済政策的目的を達成す

るかを検討しなければならないとする手段論者 (Instrumentalisten——カンツェンバッハ)との対立へと変形する。⁽⁸⁵⁾

(iv) この個人保護説と制度保護説との対立には、多くの論点、あるいは様々な議論のレベルが混在しており、従って、それを右の両説の対立として見るだけでは不十分である。現在では、これら両説の対立それ自体は、既にほとんど論議の対象になっていないが、それは、そのような議論の混乱の結果であるといえよう。しかし、この論争に含まれている論点は、GWB、あるいは民法・憲法にわたる基本的問題として(例えば、後出の人格権、契約的正義、あるいは「制度」論等々)、個別論点ごとに論じられているのである。ここでは、それらの論点(あるいは議論のレベル)を以下の論点AとDとして整理しておく。

(3) 論点A……この論争の対象たるGWBの法目的は、立法者の単なる動機ないし立法理由にとどまるものではないとしても、「アカデミッシュな理論的意義」におけるそれか、それとも、「直接に、妥当している法の解釈に関わる」ものとしてのそれか。⁽⁸⁶⁾

制度保護説と個人保護説は、いずれもGWBの制定過程において提案された数次の草案をめぐる立法政策論として始まり、一九五七年の本法成立後も続けて、解釈論およびGWBの本質論として議論されたため、右の二つの議論のレベルがしばしば混在したように思われる。

しかし、右の二つのレベルのうち、前者の理論的次元が主として議論の対象であったことは明らかである。すなわち、ここでは、GWBの理論的性格づけ、ないしその全体的な法的構成の原理を探る際に、GWBの法目的が一つの重要な視点を与えるということから、法目的の解明が問題とされたのである。

また後者は、法の解釈という、より具体的な次元における問題である。GWBの諸規定の解釈において、法目的が解釈基準として用いられることは一般論としては異論のないところであろう。しかし、その具体的な構成の仕方、結局、各々の条項の固有の性格・規定ぶり・予定された機能等によって異なってこざるを得ない。

この点で、法の目的が解釈上特に重要性をもたしめられているのは、GWB二六条二項の差別禁止条項である。本項は、「正当な理由」のない差別を禁止しているが、この要件に関する判断は、判例・通説によれば、すべての利害関係者の、法的に承認された個人的な経済的利益が考慮に入れられなければならない。この利益衡量のためには、GWBの法目的という観点から全体的に評価することが必要である、と解されている。従って、GWBの目的をどう把えるか、また、それを本項の規定する差別禁止の具体的目的との関係をどう考えるかが、解釈論上の大きなポイントとなるのである。⁽⁸⁷⁾

また、GWB二二条の濫用規制についても、GWBの目的がどのような形で解釈基準ないし解釈上の指針となるかが論じられているが、この点については後(三三)に詳述することとする。

(4) 論点B……GWBの目的・保護対象(Schutzgegenstand)・保護目的(Schutzzweck)と関連して、GWB上の諸規定の保護法益(Schutzgut)・法益(Rechtsgut)は何か。就中、GWB違反行為によって損害を受ける者に損害賠償請求権が生ずるか否か。

GWB三五条一項は、「この法律の規定又はこの法律に基づくカルテル庁又は裁判所の処分に、故意又は過失により違反した者は、当該規定又は処分が他人の保護を目的とする場合には、これによって生じた損害を賠償する責に任ずる。」と規定する。

本項は、民法(BGB八二三条二項)に対する特別条項の地位にあり、「当該規定……が他人の保護を目的とする場合」とは、当該規定が制度保護のみならず個人保護を明確に目的とする場合(「保護法律」Schutzgesetz)を指すと解されている。学説・判例とも、本項が、BGB八二三条二項と基本的には同一の規定であり、従って、GWB中のすべての規定が、一定の命令または禁止を内容とし、それによって一定の者を、GWBが定める法益または個人的利益の侵害から保護する限りで、保護法律とされる可能性がある、ということについては異論がない。

しかし、GWB中のどの規定が、この保護法律に当るかは、結局、各規定ごとの解釈によるほかはなく、その際には、当該規定の内容と目的によって決することになる。その前提として、GWB全体の法目的が問題となるのである。

本稿では、この問題に立ち入ることはしないが、保護法律か否かについての結論のみ述べておけば、異論なく肯定されているのは、GWB二五条二項・二六条一項および同条二項であり、その他については争いがある。濫用規制(二二条四項)については一般には否定されているが、V・エメリッヒの有力な反対説がある。⁽⁸⁸⁾

(5) 論点C……GWBは、「競争の自由のマグナ・カルタ」(E・ギュンター)か、それとも、政策的目的達成のための措置法(Maßnahmegesetz)か。

この問題は、オルドー自由主義において特有の意義を付与された「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)概念を認めるか否かに係わっている。⁽⁸⁹⁾ F・ベームによれば、「経済・社会的協働過程の態様と形式に関する全体決定」と定義される「経済制度」には、「競争原理」に基づくものと、「拘束の原理」に基づくものという二つの異なるタイプがある。前者における秩序原理は、経済的自由と競争規制(業績競争 Leistungswettbewerb)であり、その実定法上の表現が私法秩序である(「私法的社会」Privatrechtsgesellschaft)。しかし、GWBは、この競争原理に基づく経済制度を明確な形で定立したのである。従って、GWBは、単なる経済政策立法の一つのではなく、私法秩序およびその他の経済法規に関する「基本的秩序」(Grundordnung)の明示的実定法化という特別の法的意義を有している。

この経済制度論に対しては、GWBは、個人の経済的自由なり人権等なりの高い価値の実現を目的とするものではなく、「国民経済の合目的な組織のための手段」にすぎず、適用除外規定からも明らかなように、同法の中には、「諸々の経済的目的による規定が混在している」との反対論が、「制度保護説」という形で主張されている。⁽⁹⁰⁾

この論点には、「経済制度」という概念の可否をめぐる問題と、次に挙げる論点Dの問題とが含まれている。前者は、本稿のテーマに関わる限りで後にふれることとし、以下では論点Dを中心に検討することにする。なお、制度保護説における措置法をめぐる議論については、後に再びふれることがある(三二(1)参照。また、GWB二二条を経済政策実施のための武器庫 Arsenal と把える説に関し、三三で取り上げる予定である)。

(6) 論点D……GWBは、経済的な力からの自由、あるいは競争の自由の保護という政治的・社会政策的(Gesellschaftspolitisch)目的を有するものか(オールド自由主義、E・ホップマン等の立場)、それとも、効率性あるいは消費者に対する最適供給という経済政策的(wirtschaftspolitisch)目的のみを(あるいはそれを第一義的に)有しているか。

(i) 後者の主張は、GWBの制定過程での議論の中で、前掲のヴェルディングやネルロイニンク(Nell-Brenning)、ネーティンク(Noting)⁽⁹¹⁾らが強調したところであり、カンツェンバッハ(前述、二二(2))もこれを新しい形で再提示したといえよう。

これに対し、前者の社会政策目的論は、オールド自由主義および「社会的市場経済」論の思想に基づいており、⁽⁹²⁾GWB政府案理由書も、同法が競争の自由の保護、効率性の達成の双方を目的とするものであり、「競争経済が、経済秩序の最も効率的な、また同時に最も民主的な形態である」と明言している。⁽⁹³⁾

(ii) この議論の対立は、さきにもふれたように(三一(2)の冒頭)、個人の競争の自由と、「制度としての競争」、ないし全体的な競争秩序とは、「同一のメダルの二つの側面である」とすれば、見せかけだけの対立(Scheinproblem)であって不毛であると思われるかもしれない。しかし、この対立の背後には、もう一つ別の問題が存在しているのであって、それは、典型的には、経済政策上、競争の制限を認めた方が、全体の国民経済にとってより良好な成果が期待されると判断される場合、競争制限的行為(例えばカルテル)を法認して、個人の競争の自由(例えば、カル

テル参加者と取引する相手方の競争の自由)を侵害することを容認する規定(以下、「適用除外規定」と呼ぶ。例えば、GWB二八条・九九一〇三条等)、およびそれに基づく行政的措置(例えば、右のカルテルの許可)をどう理解し評価するか、という問題である。

実は、GWBの目的に関する個人保護説と制度保護説との対立が実際に意味をもつ、一つの重要なポイントは、この経済的成果と個人の競争の自由との間に矛盾、ジレンマが生じることを認める説(ジレンマ・テーゼ dilemma-these等と呼ばれる。)と、否定する説(ノン・ジレンマ・テーゼ Non-dilemmatheseあるいは調和テーゼ Harmonie-these等と呼ばれる。)との対立にあると考えられる。⁽⁹⁵⁾すなわち上述の論点A・B・Cは、より抽象的な論理構成なしいし解釈の次元に係わるものであり、しかも、制度保護と個人保護のいずれか、あるいはその双方を認めることから、ストレートに一定の結論ないし立場が引き出されるものではない。(なお、論点Cは、部分的には、ここで扱っている論点Dと重なる)。これに対し、ジレンマ・テーゼを廻る議論は、立法政策論上、あるいは、限定的には法解釈論上も、明確に異なる帰結をもたらすのである。以下、ノン・ジレンマ・テーゼを主張するE・ホップマンの、この点についての所説を要約する。⁽⁹⁶⁾

E・ホップマンは、いわゆる「限界革命」後の新古典派、J・M・クラークの提唱になる「有効競争」理論、および、「市場形態」(Marktform)・「市場構造」(Marktstruktur)を基礎概念とする新自由主義をいづれも批判し、アダム・スミス(古典派経済学)「政治経済学」politische Ökonomie)に立ち帰って、「競争と市場力を、純粋に経済的な事実関係のみならず、社会的および政治的関連の中で把握する」べきことを説く。「古典派の競争とは、市場参加者の行為と反応から成る動態的市場プロセスであり、そこにおいて競争の自由は自らを明示する」(manifestieren)」。しかし、古典派経済学は自由放任を主張したのではなく、「法的に拘束された自由のシステム」、「非権威的社会的コントロール」のシステムを提示したのである。

彼の説くところによれば、このコントロール・システムとしての競争は、パイオニアによる突出的・革新的競争と模倣者による追隨的競争との間のフィードバックという動態によって展開され、これはハイエクの説く「発見過程 (Entdeckungsverfahren)」としての競争」という性質を有している。従って、一定の市場形態・市場構造から一定の市場成果を予測し判断することはできないから、完全競争モデルを前提とする新自由主義も、有効競争という名の下に一定の市場構造を基準とする有効競争論も誤りである。同じく、競争が「機能的」(Funktionsfähig)か否かという問いも非現実的であり、この点から、カンツェンバッハの「ゆるやかな寡占」が最も機能的な競争をもたらすという説も、また、市場成果を直接的判断・評価する説(前出——二一③)——の「想定競争」基準による成果規制説、殊にI・シュミット)も支持し得ない。

GW Bの法目的については、E・ホップマンによれば、前出(三一①)のヴェルディンガーの自由保護(II 経済的作用)と制度保護経済的作用という二分法それ自体が、新古典派と同様の誤った観念に基づくものであり、GW Bの保護する制度は、前述の非権威的コントロール・システムなのであるから、これは競争の自由の保護と全く同一なのである。

右に見たE・ホップマンの所説は、「制度としての競争」II「競争の自由」を保護することだけが問題であり、その経済的成果の良し悪しは判断できない(あるいは、競争の成果は必ず(政治経済学的)には良いと判断される。)のであるから、前述のジレンマ問題が生じる余地はなく、競争制限を例外的に認めるべきであるという理由に基づく適用除外規定の問題はその前提からして失当であるということになる。

(iii) もっとも、留意しなくてはならないのは、彼の考えている競争制限とは、ある者が他者に対してなす強制(Zwang)によってのみ生じるのであり、他者(殊に政府)によって活動にとって必要な資源への接近が妨げられることや、ある事業者が他者に強制を加えて自由を制限することのみを禁止すべきであるとされている点である。⁽⁹⁷⁾

E・ホップマンの前述の動態的市場プロセス論からすれば、市場力はそれ自体として反競争的なものではなく、むしろ競争とは「市場力の形成と崩壊のプロセス」である。この論理によれば、M・トルクスドルフらが批判しているように、カルテルを結ぶことも、企業集中によって市場支配的地位を獲得することも自由であり、競争プロセスに曝されてさえいれば足りるということになる⁽⁹⁸⁾。

ここまで述べれば、E・ホップマンの説が、経済政策論としてはアメリカのシカゴ学派に近いものであり、それなりの首尾一貫性はあるものの、実定法としてのGWBの立法意思及び諸規定の内容とは全く異なるものであることは明らかであろう。E・ホップマンに近い立場にあるメストメツカー⁽⁹⁹⁾やW・メツシエルらも、実定法としてのGWBの理解ないし解釈においては、ホップマンの右の所説とは異なる議論を展開しているも当然であろう。

(iv) ただし、E・ホップマンがカンツェンバッハに対してなした批判——「競争の機能性」という概念で、純粋に経済的な関係しか見ないのは誤りであり、GWBの目的は、競争という社会的政治的システムの保護である。——は、多くの学説と一致するものである。その例として、以下、W・メツシエルのGWB目的論⁽¹⁰⁰⁾を掲げておこう。

GWBの目的についての制度保護説は、GWBは、競争の有する様々の経済的機能の故に、経済政策上の目的合理的決定として競争を保護することとしたと解するのに対し、個人保護説は、GWBの目的は法理念の実現にあるのであり、その法理念とは、私的経済力の生成を防ぎ、存在する経済力を規制することによって、個人の経済的自由を確保することである、と解する。この点については、GWBの制定をめぐる諸々の議論から推察される立法者意思も、また、カルテル一般禁止プラス例外的な適用除外規定というGWBの諸規定の構造からも、個人の自由確保という社会政策的な目的が第一義的に肯定されるのであり、ただし、競争制限を例外的に認める適用除外規定の中に、経済的有用性という経済政策的目的が見出しうる。右の二つの目的が矛盾・衝突する場合があるということを確認したのが、これらの適用除外規定であり、従って、E・ホップマンらの

ノン・ジレンマ・テーゼは、少くともGWBの実定法としての理解としては誤りである。

(7) 中間的小括

以上の個人保護説と制度保護説をめぐる議論の整理・検討から、この議論には幾つかの論点ないし議論のレベルが混在していること、また、GWBの目的についての理論的把握というレベルでは、「競争の自由」の確保という社会政策目的か、効率性等々の経済政策的目的か、という論点D(三1⑥)が、中心的な意味を有していることが明らかとなった。

しかして、GWBの立法者意思、および実定法としての規定ぶりからは、上述のM・メッシェルの説くように、GWBの第一義的な法目的は「競争の自由」の保護であり、適用除外規定において、経済政策的目的が見い出される、と解するのが妥当であろうと思われる。しかし、これは、右の限定(立法者意思と実定法の規定ぶり)を付した限りでいえることであり、更にそれをどのように理論化するかという問題は残っている。特に法目的といっても、法の究極的目的、中間的目的(Zwischenziele)、そして直接的目的(unmittelbare Ziele)等の段階があり得るのであり、「競争の自由」と経済政策的目的の二者も、どの段階の目的かという組み合わせのいかんでは、様々の目的論が成り立つのである。

もっとも、この観点から、諸説を整理し直すことは、それ程有益な作業とは思われない。ここでは、濫用規制の性格を考える前提として、簡単に諸説を次のように並べておくにとどめる。

① 個人保護・制度保護併存説(通説) この説の中には、右述のメッシェルのように、個人保護を第一義的目的とするもの⁽¹⁰²⁾、J・F・バウアーのように、個々の規定ごとに個人保護と制度保護のいずれを目的としているかを調べるべきであるとするもの⁽¹⁰³⁾、個人保護を通して制度保護が達成されるとするもの⁽¹⁰⁴⁾、等々がある。なお、GWB(改正時も含め)の立法者意思としても、政府の提案理由は「競争の自由」と経済的効率性等の両者をあ

げている。⁽¹⁰⁵⁾

② 個人保護説 E・ギンターやオルドー自由主義のほか、E・ホップマンが、独自の観点からこの説をとることは既に見た通りであり、メストメッカーがこれに賛同している。⁽¹⁰⁶⁾

しかし、ホップマンやメストメッカーの主張とは別に、個人保護説の内容たる「競争の自由」の概念構成いかんによっては、本説は説得的な理論構成たり得ると考えられる。その代表例としては、W・フィケンチャーとK・バラシユテット(後注⁽¹¹²⁾参照)の名を挙げる事ができる。

③ 制度保護説 この説は、本章の冒頭で取り上げたヴェルディンガーに代表され、初期のGWBのコメント等はこのに従うものが多く、⁽¹⁰⁸⁾判例にも「制度保護」を明言するものがある。⁽¹⁰⁹⁾

なお、これとはやや観点を異にするが、公法学的アプローチとして、GWBも経済に対する「公共の安全と秩序」の保護を目的とするから、伝統的な「警察」(Polizei)の概念に含まれる(E・フォルストホフ)⁽¹¹⁰⁾とか、GWB中の不確定概念(殊に、濫用規制を定める二二条における諸要件)は、行為の適法・違法に関する基準の設定とその運用が分離されず、いずれもカルテル庁の広い裁量権限の下での「経済政策上の決定」に委ねられているので、国家監督(Staatsaufsicht)——適法性についての監督⁽¹¹¹⁾ではなく経済統制(Wirtschaftslenkung)——合目的性についての裁量的統制⁽¹¹²⁾に属する(M・ブリンガー、その他)等の見解も、広義の公益をGWBの目的とする点で、制度保護説に含めてもよいであろう。⁽¹¹²⁾

(75) Hans Würdinger, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht, Schriftenreihe d. Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 8, 1953. 以下は WüW 1953, S. 721 ff. に転載をわけておき、以下は丸い括弧で示す。 ferner vgl. ders. Exportkartell und EWG, WuW 1960, S. 313.

(76) 詳細は、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以下を参照。

(77) 従って、わが国のように、反トラストと全く無縁であった社会風土の中に、アメリカ占領軍の意向を背景に独禁法が制定されたのとは、

状況が異なることに留意すべきである。なお、当時のドイツの議論が、アメリカの法文化との対比においてなされたことの例として、z.B. vgl. Kurt H. Biedenkopf, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts (1957), S. 20 f.; Bernhard Griesbach, Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1962, S. 1011 ff., S. 1013.

(78) オルドー自由主義、およびそれを含むより広い思想的潮流としての新自由主義については、前注(23)に掲げた諸文献を参照。同所掲の舟田「ドイツ『経済制度』理論史」公刊後のわが国の研究としては、高橋・前注(15)・神奈川法学一六巻一七頁以下、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』(昭五三)、新山雄三『株式会社法と企業の社会的責任論』法律時報四六巻九号三六頁以下、四一頁以下、坂本延夫「経済力の濫用とコンツェルン法」亜細亜法学一三巻一号一二頁以下、大村須賀男「契約自由の原則の再構成について(一)〜(四)」民商八八巻二一五号、殊に五号六〇五頁以下、西尾幸夫「国際経済秩序とオールドリベラリズム」龍法一六巻四号八六一頁以下等がある。なお、西ドイツの会社法ないしコンツェルン法に関する研究で新自由主義ないしその論者(メストメッカー等)にふれたものは、右掲の諸文献の他、故福岡博之氏の諸業績(後注111、および東京経済大学会誌一四六号参照)、小島康裕『大企業社会の法秩序』(昭五六)各所、江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』(昭五五)一五六頁以下などがある。

(79) Eberhard Günther, Das neue Wettbewerbsrecht und die Havana-Charta, BB 1949, S. 713 ff.; ders. Der Stand der deutschen Kartellgesetzgebung, BB 1950, S. 297 ff.; ders. Entwurf eines deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1951, S. 17 ff. なお、ギョントナーは「GWBは競争の自由を保護することによって競争秩序をも保護する」とも述べ、個人保護説と制度保護説の折衷説と位置づけられることもあるが、前者にアクセントが置かれていることは明らかであり、また彼は「制度保護説の多くが、経済政策的考慮に基づいて競争制限を広く許容することには批判的である」。

(80) Müller-Henneberg, in: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Gemeinschaftskommentar, hrsg. v. Müller-Henneberg/Schwartz, 2. Aufl. 1963, S. 65. (zit. GK.)

(81) W. Möschel, Das Wirtschaftsrecht der Banken (1972), S. 337 f. (zit. WR.) auch vgl. J.F. Bauer, Mißbrauch (oben Anm. 33), S. 57 f. なお、国井「」の点については同様の立場のたつ理論構成をするのは正田裕氏である。Akira Schoda, Kartellrecht und Gleichberechtigung, in: Wettbewerb im Wandel, Eberhard Günther zum 65. Geburtstag, hrsg. von H. Gutzler/W. Herion/J.H. Kaiser (1976), S. 107 ff., S. 116 (zit. KartR. u. Gleichberechtigung).

(82) 今村・前注(6)『独占禁止法』四頁以下、九頁注三、根岸哲ほか『独占禁止法入門』(昭五八)四頁以下等を参照。

(83) 金沢良雄『独占禁止法の構造と運用』(昭五四)九頁以下、一八七頁以下、松下満雄『経済法概説』(昭六一)三七頁以下、及びそれらに所掲の諸文献を参照。

(84) 論争の状況については、z.B. vgl. Folkmar Koenigs, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und

Recht des unlauteren Wettbewerbs, NJW 1961, S. 1014 ff.; Werner Benisch, Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 1961, S. 764 ff.; B. Griebach (oben Anm. 77), BB 1962, S. 1011 ff.; Erich Hoppmann, Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe (1968), S. 65 f. (zit. Schutzobjekt); Otto Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (1968), S. 272 ff., S. 277 ff.; W. フォーケンチャー (丹宗昭信監訳) 『競争と産業上の権利保護』(昭五五)二五四頁註a——本書の原書, W. Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz (zit. Wettbewerb) 一九五八年公刊であるが、この註aは右掲の日本語版に付け加えられた部分である。

わが国の研究でGW Bの法目的について述べたものも数多いが、近年のものとして、向田直範「消費者保護と広告規制」(二)北法一四巻一七〇頁以下、A. Schoda, KartR. u. Gleichberechtigung (oben Anm. 81), S. 112. 和田・前注(9)・北法三一巻二二九頁以下、沢田克己「経済行政指導と競争秩序」民商九二巻三三九頁以下、舟田『公正な競争』の規範的意義(ト)公正取引四二四号四二頁以下、等がある。

(85) vgl. W. Karte, Ein neues Leibild (oben Anm. 53), S. 35.; Otto Schlecht, Wettbewerb als ständige Aufgabe (1975), S. 12. 和田・前注(9)・北法三一巻二二七八頁注27。

(86) vgl. Ernst Steindorff, Zweckmäßigkeit im Wettbewerbsrecht (1959), S. 10 (zit. Zweckmäßigkeit)。

(87) 詳細は割愛するが、学説としては、一方で、社会政策的な自由のイデーの実現をGW Bの目的とする、という意味での個人保護説に立ち、これを差別禁止の目的としての「同種の事業者の市場におけるチャンス(Markchancen)の平等性」と結びつける説がある。z.B. vgl. Rolf Belke, Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellgesetznovelle 1973, ZHR 138, S. 227 ff.; S. 259 f. 他方で、経済政策的な目的ないし経済的成果の達成という観点に立つ制度保護説によれば、差別的行為が競争促進的作用・競争制限的作用のいずれの効果をもちかということが、不当性の判断にとって重要である。これらの他に、差別的行為をなす事業者の自由の範囲の考慮、「業績競争」論等々が提案され、議論は錯綜している。この差別禁止に関する「利益衡量——法目的の考慮」論については、舟田・前注(12)・「独占禁止法講座V」一三七頁注(2)参照。そこに挙げていない邦語文献としては、G. プファイファー「ドイツ連邦通常裁判所カルテル部の判例に見る差別的取り扱いの禁止および競争制限的契約の様式の問題について」公正取引四〇七号一〇頁、大村須賀男「ドイツの判例法理における締約強制理論の形成・発展について」(一)~(四)「民商八一巻五号六五五頁(殊に、六七三頁以下)、八一巻六号七八〇頁以下、八二巻一号二六頁以下(殊に、四〇頁以下)、八二巻二号一七四頁以下等がある。

(88) Langen/Niederleithinger/Ritter/Schmidt, Kommentar zum Kartellgesetz, 6. Aufl. (1982), § 35 Rdnr. 3; J.v. Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. (1985), § 823 Rdnr. 576. ▽・ホメリツの所説にのっとり、Siehe, V. Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker (oben Anm. 7), § 35 Rdnrn. 18 ff., Rdnrn. 48 ff.; ders. Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen (1969), S. 336 ff.; ders. Der Wettbewerb der öffentlichen Hand, insbesondere das Problem der staatlichen Versorgungsmonopole (1971), S. 46 ff. これらに対する批判

またこの判例については、z.B. vgl. K. Markert, Die Wettbewerbsbehinderung im GWB nach der vierten Kartellnovelle (1982), S. 9 f. なお、鈴木・前注(7)・公正取引三九六号九七頁以下をも参照。

(88) この点の詳細については、舟田・前注(23)・国家学会雑誌八九卷一・一二号七一三頁以下を参照。また、坂本・前注(77)・『会社法学の新傾向とその評価』三五頁以下、殊に、一三〇頁以下をも参照。

(89) z.B. vgl. E. Steindorf, Zweckmäßigkeit (oben Ann. 86), S. 12, S. 14, usw.; Müller-Henneberg, in: GK (2. Aufl.) (oben Ann. 80), S. 66 f.

(90) Nell-Brenning の主張については、Siehe, E. Günther (oben Ann. 78), WuW 1951, S. 19 f.

(91) この点については、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇卷九・一〇号五三九頁以下参照。

(92) 和田・前注(56)・北法三二卷二四七〇頁、高橋・前注(15)・神奈川法学一八卷一四二九頁以下等にその訳がある。

(93) B. Griesbach (oben Ann. 77), BB 1962, S. 1013. auch vgl. V. Emmerich, in: Immenga/Westmacker (oben Ann. 7), § 35 Rdnr. 17; E. Hoppmann, Schutzobjekt (oben Ann. 84), S. 103 f.

(94) この点については、E. Hoppmannの著述が、W. Möschel, WR. (oben Ann. 81), S. 337 ff.; W. Fikentscher, WR. Bd. II (oben Ann. 60), S. 143 ff.

(95) E. Hoppmannには多くの著述があるが、この論点に関して参照したものは次の通り。E. Hoppmann, Marktmacht u. Wettbewerb (oben Ann. 7), S. 6 ff.; Schutzobjekt (oben Ann. 84), S. 63 ff., insbes. S. 99 ff. Hoppmannの所説については、わが国の研究として、前注(90)所掲の諸文献の他、大村須賀男「有効競争とシムンツ問題について」修道法学八卷一四一頁以下、舟田・前注(18)・公正取引四二二号一七頁以下等がある。

(96) E. Hoppmann, Marktmacht u. Wettbewerb (oben Ann. 7), S. 13~15.

(97) vgl. Michael Tolkdorf, Stand und Entwicklungstendenzen der Wettbewerbstheorie, WuW 1980, S. 785 ff., S. 798.

(98) メストメッカーは、E. HoppmannのGWB目的論(「競争の自由」保護)に賛成するが、同時に、その「競争の自由」の内容は、ホップマンのそれとは異なる。vgl. E.-J. Westmacker, R. u. ökon. Gesetz (oben Ann. 43), S. 307 f., S. 312 f. 前掲訳書二二頁以下、二二六頁以下。この点については、後に立ち入って検討する(三三三⑥)。

(99) W. Möschel, Preiskontrollen (oben Ann. 7), S. 393 f.; ders. WR. (oben Ann. 81), S. 337 ff.

(100) メンシヒンは直接的目的に限定して考へるべきではない。vgl. W. Möschel, WR. (oben Ann. 81), S. 361. 中間的目的については、vgl. W. Fikentscher, WR. Bd. II (oben Ann. 60), S. 146.

(101) メンシヒンの他には、V. Emmerich, Kartellrecht. (oben Ann. 7), S. 5 ff., S. 166 f., S. 169; P. Raisch, Zum Begriff des Mißbrauchs

- (oben Ann. 49), S. 383; I. Schmidt, Zum Schutzzweck (oben Ann. 47), DB 1968, S. 1979.; Bernhard Grossfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär (1968), S. 73 ff. (zit. Aktiengesellschaft) など。この立場は、なか、連邦カナル庁、及びその長官であった R・ギンターらによつて近頃 (この点については、前注 (9) 参照)° vgl. Brkarta, Tätigkeitsbericht 1960, S. 8; 1960, S. 14.
- (9) vgl. J.F. Bauer, Mißbrauch (oben Ann. 33), S. 57 ff.; ders. Das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb", ZHR 134, S. 97; ders. Die Funktion des neuen Diskriminierungsverbots nach § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB, BB 1974, S. 1589 ff., S. 1591.
- (10) この点については、前注 (8) 掲記のフンケンチャー『競争と産業上の権利保護』二五四頁が、この説を現在の通説として示す。
- (11) この点に関する論者が多々あるが、z.B. vgl. B. Grossfeld, Aktiengesellschaft (oben Ann. 102), S. 74 f.; W. Möschel, WR. (oben Ann. 81), S. 346 ff., S. 349 f.
- GWB 第二次改正の政府提案理由書については、山口・前注 (9)・『法学と政治学の現代的展開』三五四頁参照。
- (9) 前注 (9) 参照。 dazu ferner vgl. W. Möschel, WR. (oben Ann. 81), S. 339 u. Ann. 44 dort.
- (10) W. Fikentscher, Wettbewerb (oben Ann. 84), S. 207 ff.; ders. WR. Bd. II (oben Ann. 60), S. 142 ff.
- (11) z.B. vgl. Müller-Henneberg, in: GK (oben Ann. 80), S. 66 f. (同所) 他コンメンタールも挙げてあるが、未見である。) ferner ders. Die Begriffe Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung im Kartellrecht, WuW 1968, S. 659 ff., S. 669 f.; E. Steindorf, Zweckmäßigkeit (oben Ann. 86), S. 10 ff.
- (12) BGH Besch. vom 16. 3. 1954 BGHZ 13, 33 (36 f.) (但し、本件は、イギリス占領地区のカラメル排除法——前注 6 参照——に関する事案である。) dazu vgl. Bartholomeyczik, in: GK (oben Ann. 80), § 22 Ann. 34; W. Fikentscher, Wettbewerb (oben Ann. 84), S. 230 u. Ann. 45, 46 dort.
- (13) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl. (1973), S. 66 f. kritisch dazu vgl. E.-J. Westmäcker, R. u. ökon. Gesetz (oben Ann. 43), S. 299 前掲邦訳一三三頁。
- (14) Martin Bullinger, Staatsaufsicht in der Wirtschaft, VVDStRL Heft 22 (1965), S. 293 ff.; Hans Peter Ipsen, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage (1976), S. 27 ff.; Rupert Scholz, Kartellrechtliche Preiskontrolle als Verfassungsfrage, ZHR 141, S. 520 ff. (zit. Preiskontrolle). 但し、フリンガーは、本文で述べた通り、GWB 上の規制を「経済統制」に当てるべきが、H. P. Ipsen は GWB 二二条に基づく濫用規制による価格コントロールに限ってではあるが、これを「経済統制」と「国家監督」の中間的形態と位置づけ (違憲論を導く) ことを批判した R・シヨルツは「国家監督」に当るとして合憲論をとる。この価格濫用規制については、舟田・前注 (12)・『現代契約法大系』第四卷一四二頁以下、および同所掲の諸文献参照。それ以後のわが国における研究として、岸井大太郎「西ドイツ競争

制限防止法における『価格濫用』規制「経済法学会年報七号一五四頁以下がある。

(112) なお、シユラー・ハネブルク(前注(108))は、K・ブラシユテットも制度保護説に立つとする。しかし、そこで挙げられている論文は、論点B(三二(4)参照)で取り上げた権利保護の有無に関して、しかも、GWB一条に限って論じたものである。vgl. K. Ballerstedt, Kartellverbot und Einzelvertrag, JZ 1956, S. 267 ff., S. 271. もっとも、ブラシユテットは、措置法に関連した論文の中で、GWB一条(カルテル一般禁止を定める。)における「禁止は、秩序をつくるものではない。すなわち、カルテル禁止は、多くの者が信じているように、それ自身一つの秩序的価値(Ordnungswert)を担っているものではない。……ヴェルディンガーが指摘するように、政府提案理由書から、経済政策上の目的適合性の観点から、濫用(規制主義——舟田)を斥け、禁止原則を採ることを決定した」ということは明らかである。」と述べている。vgl. ders. Über wirtschaftliche Magnahmengesetze, in: Fests. z. 70. Geburtstag von W. Schmidt-Rimpler (1957), S. 369 ff., S. 397. (zit. Magnahmengesetze) しかし、その後の論稿では、歴史的に見て、「自由主義は単なる有用性の価値に方向づけられていたのではなく、高い倫理的理念、秩序理念をもっていた」しかし、伝統的な自由主義におけるような、市民層にとつてのみの自由、しかも、自然的な、前法的な(vorrechtlich)な経済的自由ではなく(労働者にとつてはこれは形式的な自由にすぎない)。「経済法上の規制」の下では、「市場における自由」(Marktfreiheit)の法的内容はむしろ豊かにされるのであり、GWB上の濫用規制も、この意味で、自由の制限ではない性格のものと誤当してはならないと説く。vgl. ders. Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III, 1. Halbbd. hrsg. v. K.A. Betermann/H.C. Nipperdey/U. Scheuner (1958), S. 1 ff., S. 14, S. 72 ff. (zit. WVR.) 本論文については、舟田『経済制度』論と経済法理論』経済法二〇号一九頁注を参照。従って、ブラシユテットにおいては、後出(三二(2)(ii))の「法としての法律」と「措置としての法律」との区別(「経済法」と「経済政策」との区別)を前提に、「自由」概念の再構成が試みられているのであり、従って、制度保護説でなく、むしろ個人保護説の系列(本文の②個人保護説における後半の叙述を参照)に入ると考えられる。

2 論争の再検討——「競争の自由」と「制度」

(1) 本節の課題

右に概観したGWBの法目的(保護対象)論争は、西ドイツ法学特有の公法・私法二元論ともからんで錯綜を極めていているが、そこでは(あるいは、それから派生して)、多くの重要な法理論的諸問題、殊に、法と政策の関係、法学と経済学の相互交錯、憲法(殊に、経済的基本権の保障)・民法(殊に、契約の自由、および不法行為の要件とし

ての権利侵害または保護法律違反)・経済法(GWBおよび各種の経済規制法)という三者間の関係、等々をめぐる議論が多面的に行なわれた。

本稿のテーマである取引上の力の濫用に対する規制の理論的把握にとって、これらの諸点はいずれも重要な関連性を有しているが、本節(三二)では、個人保護説・制度保護説の各々のキー概念である「競争の自由」および「制度」を中心に再検討することにしよう。この作業によって、濫用規制にも新しい理論的基礎を提示することができるとは思われる。

本節(三二)は、叙述の都合上、本号掲載分と次号掲載分とに分けるので、ここで前以って、本節における検討の結論を概説しておく。

現代の資本主義経済の下においては、国家は、様々の政策目的達成のために、経済に干渉を加える。GWB等の独占禁止諸法もその一つであるが、その法的性格を単に政策を担う法律として済ませることでは不十分である。諸々の法律は、全体の法秩序の中に整合的に位置づけられなくてはならず、法秩序の目的は一定の価値秩序ないし法的正義を実現することにあるから、GWBも、どのような法的価値ないし正義を目的としているかを解明しなければならない(三二②)。

右の問題を、取引における力の濫用に対する規制の法的性格という本稿のテーマにひきつけて見てみると、この濫用規制をはじめとするGWB上の諸規定は、近代市民法における「形式的契約の自由」・価値中立主義・意思主義的構成を廃棄または修正して、実質概念としての「契約的正義」を実現する(あるいは担保する)規制・法的枠組み・法秩序の形成へ向かう動きの中に位置づけられる(三二③)。

GWBやその他の諸々の国家的干渉は、ケインズ主義的な金融・財政政策の場合等を除き、通常は、契約の自由の制限という形態をとる。その際の法価値的観点からの法秩序に関する理論づけとしては、取引において経済

力を不当な行使を抑制し、両当事者の力の均衡を図ることによって、各経済主体の實質的自由あるいは両当事者間の適正な利益配分を確保するという方向と、国民経済全体の成果を最適・最良なものとするという方向とに分けられる。そして、GWB法目的論争における権利保護説は、前者のうちの實質的自由志向に、そして制度保護説は後者の全体成果志向に親近性を有している(三二(4))。

経済に対する国家的干渉は、上述の法価値的観点のみならず、経済の実態ないし「経済秩序」と整合的な内容と形態において行なわれる必要がある。近代市民法は、人格・私的所有権・契約を基本的カテゴリーとし、これは商品交換関係から成る経済秩序をもとに構成されたものであり、この商品交換関係を支えるところの市場における競争秩序および資本制的生産関係は、近代市民法の世界では直接的には明示されていない。これに対し、現代資本主義経済の下では、競争秩序の適正化という課題を法秩序が明示的に引き受けることにより、實質的な契約的正義の実現・担保が図られ、このことは取引秩序を規制する私法秩序にも浸透すべきこととなる。しかし他方で、これと並んで、個別的な利益配分の調整および全体成果志向に基づく干渉も、広く深く法秩序の中に食い入っている(三二(5))。

以上をふまえて、GWBの法目的論争に立ち帰ってみれば、個人保護説・制度保護説の各々のキー概念である「競争の自由」・「制度」の理論的意義づけとその実定法上の法的意味を、更に精密に検討する必要がある。「競争の自由」は、近代市民法における「形式的契約の自由」を「實質的契約の自由」に単に置き換えたところに成立するものではなく、また、實質概念としての「契約的正義」を直接に法秩序に持ち込むことも疑問である。他方で、制度保護説は、競争政策とその他の経済政策との関係という政策レベルの説明としてであれば格別、法秩序の中でのGWBの位置づけという観点からは、GWBによる規制と個人の権利・自由との間の関係についての理論づけを欠いている(三二(6))。

「競争の自由」は、私的所有権等の近代市民法上の権利とは異なり、本質的に「秩序的性格」を有する。この点については、W・フイケンチャーの、①「持っていること(Haben)」の保護と②「獲得できること(Erwerben können)」の保護の区別とが有益であり、「競争の自由」は、後者(②)に該当する積極的自由として把握され、GWBはこの意味での「競争の自由」を保護することを目的とすると考えられる(三二(7))。

この「競争の自由」を実定法上の法概念として更に精緻化するためには、個々の法規にそつた検討が必要であると同時に、その実際の適用に当っては、対象たる経済の個別的状态を一定の方法によつて把握する必要がある。この状況把握のためには、経済学における需要・供給の関係から成る価格メカニズムという抽象化の方法ではなく、また、当該行為(取引)に関わる市場・産業に対する、当該行為の競争制限的または競争促進的作用を衡量・判断するという方法のみでもなく、当該行為あるいは当該市場・産業に関連している「制度」(Institution)の中で、各経済主体の「競争の自由」が具体的にどのようなように機能し、また機能すべきものとされているかという視点から見る必要がある(三二(8))。

(2) 法秩序における価値

(i) GWBの目的についての上述の整理・検討は、「法と政策」の関係という一般的問題を考え直すことを要請していると思われる。GWBという法律およびその運用は、国家の社会政策・経済政策(この両者の意味については、三二(6)を参照)の具体化であるには違いない。しかし、GWBの法目的が制度保護にあるのか個人保護にあるのかという問題は、GWBによる規制の法理論的根拠づけを問うているのである。

この問題を考える前提として、国家による経済領域に対する政策的介入(以下、「干渉」Interventionという。)と法秩序との関係一般について考えておく必要がある。

(ii) ここで、後の行論にも関わることであるので「干渉」の意味を前以つて確認しておこう。この「干渉」とい

う概念は、第一次大戦後に数多く成立した経済統制を中心に抱え、古い自由主義と社会主義（ないし社会化）のいずれでもない経済システムを干渉主義（Interventionismus）と呼ぶことから用いられたものである。⁽¹¹³⁾ しかして、戦後のGWBの登場を契機として、GWBは干渉に含まれるか（多くの行政法学者のとする立場）、それともそれは「経済秩序」に関する法として、「経済運行」に対する干渉と区別するか（オルドー自由主義の立場。なお、W・オイケン の提唱になる「経済秩序」と「経済運行」の関係については、後述三二(5)(ii)参照。以下、叙述の便宜上、各々に関わる法を、「経済秩序法」および「経済規制法」と呼ぶことにする。）が議論された。

行政法学的観点からは、前者の説が有力であり、その代表例として、U・シヨイナーによれば、「国家の経済領域への干渉は、国家の経済政策の形成、および、それによる経済に関する国家法の形成を示している。それは、古い自由主義的な学説の意味でのたんに警察的に監視する秩序ではならず、経済運行の積極的な統制・誘導（Lenkung） および影響を与えること（Beeinflussung）を追求する」。この意味における国家干渉は、「純粹に警察的な動機や、国庫的性格を持たない限り、経済への国家的影響措置（Einflussnahmen）の総体を含む」⁽¹¹⁴⁾。従って、この「干渉」からは、例えば食品衛生法のような伝統的に営業警察（Gewerkepolizei）と呼ばれる場合を中心として、その他、交通安全等のために営業規制がなされる等、一般に「警察」（Polizei）のカテゴリーに当る場合、および、国家が私的経済主体としての立場で活動する「国庫」のカテゴリーに当る場合が除かれる。他方で、ここでは、秩序と運行というオルドー自由主義の用語が用いられてはいるが、この秩序は右の警察の目的たる秩序維持を指すようであり、経済運行に対する干渉には前述の「経済秩序法」たるGWBも含まれている。

本稿での用語法としては、第一に、取引における力の濫用という問題が広範囲にわたるために、民法・商法も、経済秩序の諸原則（例えば、契約の自由）を提示しており、更に、部分的には具体的な経済運行をも規制する（例えば、善良な風俗に反するとして、暴利行為を無効とする等）ので、理論的には、これらも国家干渉に含めるべき

であるが、これは通常用語法とは異なり、誤解を招くおそれがあるので、ここでは便宜上、民法・商法は、国家の経済「干渉」に含めないこととする。第二に、GWBのような経済秩序法も、また、価格規制等の経済運行に介入する経済規制法も、ともに「干渉」に含める。ただし、前述の「警察」や「国庫」に当たる場合は当然除かれる(以上については、後注(119)の図を参照)。

(iii) 国家による政策の立案・決定・実施は、様々の過程と形態によって行なわれ得るが、この干渉が法と関わる限りで、法治国家の原理の下では、国家は、例えば、「公共の福祉」なり、「資源の最適配分」なり、社会的弱者保護なりの政策目的を大義名分として掲げることのみによって、全くフリーハンドで個別実定法を制定したり、行政活動を行うことが許されるものではない。

すなわち、まず第一に、国家の立法・行政活動は憲法上の諸規定、殊に国民の経済的基本権(営業の自由、生存権、勤労権、財産権の保障等)を違法に侵害するものであってはならない。また同じく法の段階的構造の要請から、すべての行政活動は、その上位に位置する法律の規定に違反するものであってはならない(いわゆる「法律による行政の原理」)。これは、法秩序における狭義の実定法上の体系性の要請であり、従って、個々の実定法規の規範的効力については、この段階的構造に反する行為——例えば、ある法律上の規定に反する行政行為——は、無効あるいは取り消し得べき瑕疵ある行為となる。

ここから、カルテル一般禁止を規定するGWB一条は、ボン基本法二条一項(「人格の自由な発展を目的とする権利」)から導かれる「契約の自由」を侵害するものであって違憲である、とする議論(例えば、E・R・フーバー⁽¹¹⁵⁾)、あるいは、GWB二二条による価格濫用規制が、基本法二条一項・同二二条一項の保障する一般的行為の自由の「本質的内容」(同一九条二項)を侵害する場合は違憲である、との主張(H・P・イプゼン⁽¹¹⁶⁾)が出てくることになる。

ここでは、これらの違憲論争に直接ふれることはしないが、そこでの議論の一部は後述(三2⑥)の「契約の自由」

と「競争の自由」という自由概念にも関わる限りでふれることとする。

(iv) 第二に、法は、単に憲法、法律、命令等が相互に関係なく散在していて、それらの間に右述のタテの段階的序列関係があるだけではなく、法理念・法的価値を実現するために、一つの法秩序(Rechtsordnung)として存在しているものである。すなわち、法秩序は、正義(Recht; Gerechtigkeit)を現実の世界に実現すべきものとして、価値秩序(Wertordnung)としての性格を本質としている⁽¹¹⁷⁾。法秩序の下で、人々の営為ないし人々の関係は一定の価値評価(Wertungen)を受け、それらが全体として価値秩序の中に整序されていると考えられる。こうして初めて、国家は、裸の暴力装置ではなく、また形式的意義における実定法を支配の道具とするのではなく、正義を実現すべき法治国家(Rechtsstaat)としてその合法的支配(M・ヴェーバー)を妥当せしめることが可能となる⁽¹¹⁸⁾。

従って、独占禁止法・GWB等の経済秩序法や公益事業に係わる諸法等の経済を直接規制する経済規制法(以下、これらを「経済法」と総称する⁽¹¹⁹⁾)も、経済政策のたんなる道具とみなしたり、「それらを政治的(または政策的politisch)な法」として性格づけて事足りるとすることは許されないのである⁽¹²⁰⁾。

右の点に関し、K・バラシユテット(K. Ballerstedt)は、法治国家の概念がナチス下で無力であったことをふまえて、経済秩序に関する法(Recht)と法律(Gesetz)との関係につき、経済統制(Wirtschaftslenkung)が全く非政治的であることはあり得ないが、経済統制の根拠となり、それを担う法律を、政治的(政策的)な道具とみなすこと(politische Instrument)は、法規(Rechtssatz)と措置(Maßnahme)の区別を看過することに連なる、と批判する⁽¹²¹⁾。「法は、正当(gerecht)であろうと欲し、それは、たんなる合目的(zweckmäßig)以上のものである」(G・ダム)⁽¹²²⁾。いかなる経済政策上の法規制(前述の用語によれば国家的干渉)も、それが追求する目的が、倫理的秩序(Sittenordnung)ないし法秩序と調和する限りにおいて、法としての内実(Rechtsgehalt)すなわち法としての正当化(Rechtfertigung)を得る。

このことの具体的含意は、すべての国家的干渉に関する法は、その法目的が全体的法秩序に内在する価値秩序と調和する必要がある、ということである。すなわち、法の形式論理的考察のみでなく、右の意味での目的論的な (teleologisch) 概念構成および思考が重要であり、法秩序における価値ないし法理念と、当該干渉を基礎づける法律およびそこに含まれる諸規定の特殊な目的とが、意置深く関連づけられていなければならない。⁽¹²³⁾ しかして、GWBの法目的に関する上述の議論も、今日の経済社会における法秩序の中でのGWBおよび同法中の諸規制の位置づけを、統一的な価値秩序における法理念の実現という観点から目的論的に明らかにするために示唆的な論点を与えている、と考えられる。具体的には、この点は、個人保護説における保護の対象 (GWBの定立する基本的法価値) たる個人の「競争の自由」、あるいはより広く「経済的行為の自由」、あるいは、制度保護説における保護の対象たる全体経済の利益、良好な経済的成果、効率性、等々の経済政策的目的を、全体の法秩序の中で、どのように位置づけるかの問題である。

ただし、本稿の問題関心の射程距離は、法哲学上の法価値論・法目的論・正義論にまでは及ばないのであり、あくまでも実定法に即し、かつ、現実との交錯の中における価値の実現という観点からの考察にとどまる。この点から、前述の目的論的思考 (teleologisches Denken)、すなわち、法規範・法制度の機能がいかなる目的のために行使されるべきものであるか、諸目的の相互の連関はどうか、そして、その相互連関は、実際の機能相互の連関の中で合理的に、かつ実効性をもって実現し得べきものか、を考察することが重要であると思われる。この意味での目的論的思考は、L・ライザー、H・クローンシュタイン、およびオルドー自由主義の系譜に連なる法学者 (K・H・ビーデンコッフ、メストメッカー等) に共通してみられる方法であり、⁽¹²⁴⁾ また、今日のわれわれ日本の法学研究者にとつて、右に述べた限りでの目的論的思考は、少くとも本稿のような問題関心に基づく研究の場合には、ほとんど異議なく受け入れられ得るものであり、以下の検討もこの方法に拠りながら行なわれる。

(3) 契約的正義と経済力の規制

(i) 上述の法秩序における価値の存在構造という問題を、本稿の関心対象である経済上の取引における力の濫用に対する規制にひきつけてみた場合、契約的正義 (Vertragsgerechtigkeit)⁽¹²⁵⁾ が、今日の法秩序の中でどのような形で実現されるべきものか、という問題として提示される。

近代市民法においては、当事者間の力の格差を考慮に入れずに、すべての者に平等に保障されるものとしての「形式的契約の自由」は、個人の人格としての承認、その意思 (の合致) による法律関係の自由な形成という基本的思想に基づくものであることはいうまでもない。従って、契約の諸類型のうち、双務的商品交換契約 (殊に売買契約) を中心として考えた場合、そこにおける「実質的な契約的正義」 (materielle Vertragsgerechtigkeit) は、中世における「公正な価格」 (iustum pretium) の直接的要請と異なり、暴利行為 (BGB 一三八条二項) に当るような極端な不均衡が認められるケースは別として、原則として、各々の交換的価値に対して価値中立的立場の下で、各自の意思形成を確保することによって実現されるとされたのである。この、「意図するところのものは正しいものとみなす」という意思主義的立場の実質的根拠として、すべての者の福祉 (配分的正義)、および各人にとっての交換的正義が、自由競争システムによって同時に自動的に達成されるというオプティミズム、あるいは、経済の自己法則性による予定調和への信頼があったことも周知の通りである。

(ii) 第一次大戦後の現代資本主義経済の下で、一方で、競争の機能障害と市場参与者間の力の格差の顕在化、他方で、ブルジョアジー以外の社会的弱者の権利主張の昂揚、という状況の変化は、右の契約的正義についての擬制を社会的に維持することを不可能にする。⁽¹²⁶⁾

企業組織が有する私的経済力の存在と、これをめぐる問題は、もともと民法の古典的体系の外にある。しかし、私法体系の有する可塑性 (Elastizität) の故に、部分的には、実態に即した対応が試みられる。殊に、ドイツの裁判

所は、今世紀初頭より、BGB一三八条一項・八二六条(良俗違反)、そして後には同二四二条(信義誠実の原則)に基づいて、「独占濫用」(Monopolmissbrauch)の法理を展開することによって、実質的な契約的正義の直接的実現という観点を再び法秩序の中に導入するようになった。さらに、独占企業以外の企業が用いる約款による不当な契約条件等に関しても、例えばL・ライザー(L. Raiser)は、独占的地位を有してはいないが、「顧客の無関心や法的経験不足に乗じた企業は、経済力を濫用した企業よりも保護に値するとも言えるのか」として、独占濫用理論を放棄して、不当な約款にみられる企業の自由の良俗違反的濫用を一般的に規制すべきことを主張した。一九七六年、半世紀以上に亘る判例の発展を承け、様々の議論の後に成立した「普通契約約款の規制に関する法律」は、このL・ライザーの問題提起に大きな影響を受けているといわれる⁽¹²⁸⁾。また、不正競争防止法(UWG)に基づいて、裁判所が、不当販売、宣伝目的の贈与(Werbegeschenke)等に対して、経済力の濫用規制と性格づけられる判決を下し始めるのは一九三〇年代以降であり、同様に、濫用規制の性格を認めることができる景品規制、割引規制等に関する特別法が制定されるのも此頃からである⁽¹²⁹⁾。

その後の第二次大戦後の契約的正義を廻る動きとしては、民法理論において私的自治ないし契約の自由を再検討する試みが現われていることは、わが国でも紹介・研究されている通りであるが、現実の判例なり立法レベルの対応としては、前述の約款規制法の制定やその他の消費者保護のための若干の立法および判例法の形成が行なわれている⁽¹³⁰⁾。これらについての包括的な概観をする能力はわたしにはないが、C・キルヒナーの次のような指摘は正鵠を得ているように思われる⁽¹³¹⁾。

ドイツ民法(BGB)は、「取引当事者間の関係の安定性とその経済的な力の均衡とを前提としており、また、経済システムと政治システムが相互に独立して機能する、という考え方から出発しているので、両システム間の相互作用を考慮に入れていない。BGBの根底にあるこれらの思想が非現実的であることが明らかになれば

なる程、その欠陥は、政治システムおよび経済システムを合理的に取扱おうとする際に、問題を惹きおこした」。しかし、戦後、長期間にわたって経済的繁栄が続いたので、「経済的正義——すなわち、法律用語を使えば、衡平——の問題は、経済成長率が高く、それゆえ、毎年の経済的余剰の分配が争いの対象にすぎなかった時代には、明確な形では登場して来なかった。それゆえ、五〇年代および六〇年代初期の西ドイツにおいては、法的枠組みがよく機能したゆえに経済がうまく動いたのではなく、法的枠組みには欠陥があったにも拘らず経済はうまく動いたのだ」。

六〇年代後期の未曾有の不況、SPD政権の成立等の転換期(前述、二₃(1))における「機能性ある競争」論の登場とそれに対する好意的反応は、従前のオルドー自由主義的な「競争の自由」保護では、経済社会の諸矛盾あるいは法的枠組みの機能障害を解決し得ない、という一般的思想と関わっている。もっとも、GWBを廻る状況に限って言えば、一方で、オルドー自由主義の第二世代(メストメッカー、W・メッシュェル等)の主導の下で、GWBを、カルテル禁止中心から、競争妨害規制および企業集中規制へと拡大し、バランスのとれた独禁法制、およびそれと適合的な一般的私法秩序を形成する方向と、他方で、UWGを、狭義の「公正な競争の保護」(der Schutz des lautereren Wettbewerbs)にとどまらず、GWBと共通する業績競争(Leistungswettbewerb)の実現のための競争法として把え直そうとする方向とが、具体的イシューごとに複雑に交錯しているように思われる(この点については、後に濫用規制に関して立ち入って検討する)。

(iii) 右に簡単にスケッチした契約ないし取引についての新しい法的対応の中で、古典的な意思主義的構成を修正し、実質的な契約的正義の実現に向かう多様な法理論および規制の試みが展開されつつある。実質的な契約的正義の実現を問題にすることは、契約の内容的な正当性の保障(Richtigkeitsgewähr)を何に求めるかを問い直すことでもある。これらに関しては、既に多くの研究があるが、後に(三₂(6)等)本稿の課題に必要な限りでふれることとし

よう。その前に、次款では、古典的な契約的正義が実定法上修正される具体的な形態——ただし、法秩序における価値という点から——を整理しておこう。

(4) 契約自由の制限のための価値的観点

(i) 近代市民法における前述の「形式的契約の自由」概念は、個々の契約が双方の意思に基づいて成立することにより、両当事者間の契約的正義と社会のすべての成員の福祉が同時に達成されると想定されていた。前述のような現代資本主義経済および現代政治状況の下で、右の想定の実現性が誰の目にも明らかになり、社会の成員の正義の意識に支えられなくなると、右述の自由の形式的概念の個別的な修正が、解釈または個別立法という方法によって遂行される。その修正の法価値的理論づけとしては、取引において優越的な地位にある者の力の不当な行使を抑制し、あるいは、取引に先立って、または取引のなされた後で、両当事者の力の均衡を図ることによって、各経済主体の実質的自由あるいは適正と思われる両者間の利益配分を確保しようとする方向と、形式的自由の行使による経済的成果、すなわち、各経済主体間の利益の配分を修正して、国民経済全体の経済的成果を最良なものにするようとする方向とに分けられる。ここでは、便宜上、前二者を、実質的自由志向および個別的成果志向、後者を全体成果志向と呼ぶことにしよう。

なお、右の前二者の区別に関し、各経済主体の自由の行使の結果としての利益配分状態も、取引両当事者にとって各々の経済的成果 (Ergebnis; performance)と呼ぶことができる。しかし、例えば、経済的強者による暴利行為の禁止等の法規制は、相手方たる経済的弱者の実質的自由の侵害に対してなされるものか (実質的自由志向)、それとも相手方が本来享受すべき利益の侵害に対してなされるものか (個別的成果志向)か。これは、当該行為の違法性の根拠を問うていたのであって、構成要件としては、法の明文上あるいは解釈上、どちらが挙げられることもあり得よう。

例えば、わが民法九〇条が範としたドイツ民法一三八条二項（暴利行為）の要件としては、次のように説かれてゐる。

(I) 主観的要件——(a)相手方（被暴利者ともいわれる）が窮迫状態にあり、または、軽率、無経験であったことと（被暴利者側の主観的要件）および(b)暴利者が被暴利者の窮迫、軽率または無経験に乗じたこと（Ausbeutung——わかりやすくいえば、つけ入ったこと、つけこんだこと）（暴利者側の主観的要件）、(II)客観的要件——暴利者側の給付と、これに対して約束または供与された被暴利者側の財産的利益（反対給付）との間に著しい（目立った auffällig）不均衡が存する」と。⁽¹³³⁾

右は要件であるが、違法性の評価については、「いくら暴利であらうと巨利であろうとそれ自身はとがむべきでないが、窮状に乗じたといふ点に暴利者の不道徳性を認め不道徳の故を以てその行為を無効となすのである。此点他国法（ドイツ法系以外の立法例のこと——米倉明氏注）と区別される」と説かれてゐる。⁽¹³⁴⁾ もっとも、ドイツ民法一三八条については、右の引用論文以降の判例・学説の発展からこのように「不道徳」という純粹に倫理的評価を問題とすることでよいか、わたくしには判断する能力はない。⁽¹³⁵⁾ しかし、右に説かれてゐる限りでは、前述の違法性の根拠の問いに関して、利益の侵害それ自体ではなく、「動機の不法」、あるいは、取引成立までの過程に対する法的評価が根拠となるということはいえよう。⁽¹³⁶⁾ それから先に進んで、これは純粹に倫理秩序違反の問題だとするか、「契約の自由」なり「自己決定」なりの法概念の再構成によって、実質的自由の侵害というべきか、という問題が残されてゐるわけである。

以上は、暴利行為規制の性格についての検討であるが、その他の諸規制が、実質的自由志向と個別的成果志向のいずれに当るかは、各々の規制に即して考えるべきものであらう。

暴利行為の規制の他に、前二者の実質的自由志向または個別的成果志向に該当する例としては、権利濫用、信義

誠実あるいは公序良俗等の民法の一般条項、あるいは、労働法や借地・借家法等の個別立法による規制を、また後者の全体成果志向の例としては、特定の商品の価格高騰抑制あるいはインフレ抑制のための個別的価格規制法や、強制カルテル法を典型とする、公益条項による規制を挙げることができよう。

なお、容易に連想され得るように、GWBについての法目的論争における権利保護説は実質的自由志向に、制度保護説の多くの論者は全体成果志向に親近性を有している。

(ii) さらに、右の二つの志向の具体例をGWB上の規定に探してみると、全体成果志向が明文上現われている例として、特別カルテル(Sonderkartell)を許容する同法八条と、企業集中(Zusammenschluss. 合併その他の手段による事業者間のいわゆるかたい結合を指す。)を公益上の理由によって許容する二四条三項をあげることができる。⁽¹³⁷⁾ 両条とも、当該カルテルまたは企業集中によって生ずる競争制限よりも、それによってもたらされる「全体経済及び公共の利益(dis Gesamtwirtschaft und das Gemeinwohl)」(八条)、「全体経済上の利益」(gesamtwirtschaftlicher Vorteil)・「一般の利益(Interesse der Allgemeinheit)」(二四条三項)の方が優越していると認められることが、実体法上の要件となっており、これは、競争制限を認めることによりもたらされる(負の)成果と全体経済的成果の比較考量によって判断されることを意味している。このように、経済成果を生ナヤのまま法律上の要件として明示すること、GWBの体系の中で例外的であり、これが安易に運用されるときは、GWBの目的とするカルテル規制・集中規制を形骸化するおそれがあるために、厳密な手続的要件の下に、極めて特殊な事例に対してのみ発動される仕組みとなっている。

その他のGWB上の諸規制は、一般に、当該行為の市場における競争への影響(対市場効果)あるいは関係者(取引の相手方・競争者・第三者)の自由の侵害を要件としていると解されている。言い換えれば、当該行為が関係者あるいは全体経済に対してもたらすすべての影響(経済成果)を判断することまでは要求されていない。⁽¹³⁸⁾ なお、こ

のことは、アメリカの反トラスト法における「合理の原則」(rule of reason)も同様であつて、この原則は、私的独占 (monopolization)、排他条件付取引 (exclusive dealing arrangement) などの一定の行為類型については、当該行為が市場に与える具体的な反競争的效果の有無により、ケイス・バイ・ケイスにその当・不当の判断を行う、ということを意味しているのであつて、それ以上の広い経済的效果まで考慮することは要求されていない⁽¹³⁹⁾。

もつとも、問題はかように単純ではないのであつて、個々の規定の具体的解釈ないし運用の場面では、ある行為のもたらす反競争的效果とより広い経済成果とが混交するおそれが生じることも少なくない。例えば、集中規制に關しては、ECでも日本でも、企業の国際競争力を高める等の経済成果の予測を考慮すべきであるとの議論が根強いが、GWB二四条一項は、市場支配的地位を形成・強化する集中の禁止につき、「但し、集中が競争条件の改善をもたらし、かつ、この改善が市場支配の弊害 (Nachteil) よりも大きいことを当該事業者が証明した場合を除く」と限定している。もつとも、これは「競争条件の改善」に限るのであつて、市場構造に係る事実でなければならぬと解されているが、実際の運用の場面ではその判断は微妙であろう。

また、例えば、GWB三条は、一定の要件を備えるリベート・カルテル (Rabattkartell) を、カルテル一般禁止 (同一条) の適用除外として許容しているが、「その契約又は決議が生産もしくは流通又は消費者に対する適切な供給に対して明らかに有害な影響 (schädliche Wirkung) を与えるとき」には、カルテル庁は当該リベート・カルテルを否認すべきことが定められている。ここでは、当該カルテルの経済成果それ自体を判断することが求められているのである。

(iii) しかし、右のリベート・カルテルについては、この適用除外規定それ自体に対する批判が強いこと、及び、相当厳しい要件が定められていること、等の事情と別に、本稿の観点からは、これに加えて、許容されたリベート・カルテルに対しても、濫用規制がかかることになつていないことに留意する必要がある。すなわち、リベート・カル

テルを含む諸種の適用除外カルテル(GWB二条・三条・五条・五a条・五b条)に対して、「適用除外によって与えられた市場における地位を濫用するとき」は、当該濫用行為の中止、当該カルテルの変更等の措置がとられる仕組みになっているのである(GWB一二条)。

適用除外カルテルと同様に、GWB九九条以下の定める運輸業・農林業・銀行業・保険業・エネルギー事業・水道事業等々の特殊な業種に対する適用除外も、様々な制限要件と並んで、濫用規制に服することになっている(GWB一〇四条一項一号・一〇二条四項・一〇三条五項一号⁽¹⁴⁾)。この他、垂直的な価格・取引条件の拘束の禁止(一五条)、および、拘束条件・排他条件付取引・販売拘束・結合取引(一八条)は、規定の文言上は、行為者の取引の相手方の自由の制限等の要件があげられているが、理論上は、濫用規制の一種と捉える見解が有力である⁽¹⁴⁾。

これらのGWB上の濫用規制が、前述の実質的自由志向・個別的成果志向、あるいは全体成果志向のいずれに当るものか、あるいはその他の別種の性格づけが妥当なのかは、各々の規定の解釈論の基礎となるものであり、また、本稿のテーマにとって中心的な問題でもあることはいうまでもない。

「形式的契約の自由」が、今日の諸実定法において、右に見たような様々な価値的観点から制限されていることをふまえるとすると、その理論的把握は、極めてラフに言えば、「契約の自由」ないし「私的自治」の再編成を通じて、右の制限を本来の自由の内在的制約として捉えるか、それとも、近代民法とは異質な、諸々の経済政策に基づき、一定の成果(個別的成果または全体成果)を達成するための法規制として捉えるか、という二つの方向に分けられることになる。そして、GWBの法目的に関する個人保護説と制度保護説をめぐる論議も、また、GWB二条の濫用規制の性格に関する論議も、右の二つの方向との関係で考えることができると思われる。

叙述の都合上、前者の自由の再構成については後(三二(6)・(7))に回し、次款では、後者の経済政策道具(Instrument)論に関して検討しておくこととする。

(5) 法秩序と経済の関係

(i) 本節の冒頭(二(1)(ii))に述べたように、国家が経済に対し政策的に干渉する場合、法理念・法的価値を内包する法秩序と意義深く調和し関係づけられねばならない。しかし同時に、それは、干渉の客体たる経済の実態ないし法則性を無視して一方的に押し付けるものであってはならない。この後者の点は、通常、「国家と経済秩序」、あるいは、「法秩序と経済秩序」(国家の政策的干渉が、右述の前者の法秩序との調和という要請をクリアーした後の段階の問題であるから、このように表現し得る。)の問題として論じられている事柄である。これに加え、本稿では、「国家と社会的制度(Institutionen)」あるいは「法秩序と社会的制度」という問題を取り上げる必要があると考える(この点については、三二(8)で述べる予定である)。

まず、国家の政策的干渉と経済秩序との間の関係について。国家が法的規制という形態によって経済に干渉しようとする場合、それは、一般の行政法、殊に権力説Ⅱ従属説に立つ「侵害行政」法が典型的に想定するような、規制対象(権力の服従者)に対する一方的操作ではあり得ない。干渉の対象たる経済は、諸々の力・財あるいは要素が互いに影響を与えつつ動いている事象(Vorgänge od. Geschehenabläufe)であり、かつそれ自身の固有の法則性を有する統一的秩序(Ⅱ「経済秩序」)であるために、国家はそれに影響を与え得る一つの要素にすぎないことに留意する必要がある⁽¹⁴⁾。

もつとも、国家の経済への介入が、価格、生産数量、あるいは市場支配力などの経済事象であるとしても、具体的な規制は、直接的には、その経済事象を個別具体的に形成する経済主体間の関係(例えば、売買契約における個別的価格)を対象とし、それを通して間接的に市場における経済事象(例えば、市場価格)を規制するという形をとる。「経済活動」にあらわれてくる人間と人間の相互交渉関係、いわゆる経済活動における主体的な側面が、法の規制の直接の対象となつてあらわれてくるのであって、法は、かかる経済的な活動における人間の社会関係を規

制することを中心にして成り立っていないながら、結果として、人と物の関係を規制するという効果をもたらすことになる。⁽¹⁴³⁾

この規制の直接的な対象が、経済主体間の関係、あるいは経済主体の行為にあるという点では一般の行政法の場合同じであるために、伝統的な公法学（特に行政法）者の眼からは、カルテル法も、行政法の伝統的な一部門である警察（Polizei）に含まれ（例えば、フォルストホフについて、前述——三1(7)③参照。）、あるいは経済行政法（Wirtschaftsverwaltungsrecht）として括れば十分と見える。⁽¹⁴⁴⁾

しかし、経済は、前述のように、固有の動態と客観的法則性を有する経済秩序として存在しているのであり、それへの国家的干渉も、この経済秩序にとっては数多くの与件（Daten）の一つとして機能するにとどまる。⁽¹⁴⁵⁾ 従って、法主体間の法律関係を中心に法論理が組み立てられる行政法学にとっては、経済秩序がそれ自体としては考察の対象から外れることにも十分な理由があるとしても、法が現実に生成し機能する実態をも把えようとする経済法学的研究にあつては、⁽¹⁴⁶⁾ 干渉を単に国家の側から見て、一定の経済政策のおよび法的目的による法的規制として把えるにとどまらず、干渉が現実の経済秩序の中でどのように機能するかを検討する必要がある。

歴史的な経験に徴しても、国家による経済的干渉が、対象たる経済秩序の実態を十分顧慮しないまま、一定の経済システムを作ろうとしたり、経済の諸要素——例えば、一定の財の価格、生産数量等々——を一定の方向——例えば、最高価格規制、数量制限等——に定めようとしても、実効性は期待し難く、また、仮に当該規制対象それ自体は規制に服せしめ得るとしても、当該規制のしわ寄せが別の点に出ることが多い。⁽¹⁴⁷⁾ その具体的弊害例は、わが国の戦中・戦後の各種経済統制に容易に見い出すことができる。

ただし、逆に、経済の実態なり自己法則性なりを「聖域」に見たてて、それへの干渉を無益あるいは有害と判断するのも極論に過ぎ、社会的正義の実現を目的とする人間の積極的営為を貶める「経済自然主義」に導くもので

あると思われる⁽¹⁴⁸⁾。オールドー自由主義のいわば競争万能論に対する批判の多くが、この点にふれているが、ここでは K・バラシユテットを引用しておくにとどめる。

彼は、「経済制度法」(Wirtschaftsverfassungsrecht) (前出、三二(5)参照。)を論じた論文の中で、「経済制度」(Wirtschaftsverfassung)を、「企業、労働諸力、そして家計を相互に結びつける経済共同体 (Wirtschaftsgemeinschaft)」、すなわち、国家的または超国家的共同体の内部に存在し、社会的需要充足への関与に基礎づけられ、市場によって媒介される経済共同体の基本秩序 (Grundordnung)」と定義した上で、そこにおける法と経済の関係について次のように述べる。

「経済制度は、経済的法則性の客観的構造の中に埋め込まれている。しかし、この法則性は、法的な、すなわち、経済的有用性 (Nützlichkeit) を志向するのではなく、正義を志向して経済共同体に関与することへの評価を排除するものではない。」⁽¹⁴⁹⁾

(ii) 右は、経済に対する個別的な国家干渉と経済秩序との関係に限って述べたものであるが、全体的な法秩序と経済秩序との関係についても必要最小限度でふれておく必要がある。この両秩序の相互関係、あるいはより広く「法と経済」の関係という問題に対しては、古くから様々な議論が重ねられてきたが、本稿では、前にもふれたように (三二(2)(1)、W・オイケンの提示した「経済秩序」と「経済運行」の区別を前提に、ひとまず以下のように理解しておく。⁽¹⁵⁰⁾

行為主体としての人間の経済的行為が、何らかの「経済秩序」の枠内において成りたち、経済生活が一定の仕方
で秩序づけられていることはいうまでもない。この経済秩序は、歴史的な時期と場所で様々な内容と形態をとり、
その枠内で具体的にそのときどきの日常的経済過程が運行していくことになる。すなわち、経済秩序は、一つの個
別的な、事実的概念であるが、人間の社会生活は、当然ながら、その他の諸要素 (オイケンの用語によれば、「与

件「Daten」——宗教、文化、自然、技術知識、社会的・法的秩序ないし組織、社会的権力ないし政治についての状態等々——によっても規定されており、それらの諸要素間の関係は、歴史的な時と所で様々である。

しかして、自由資本主義段階の経済社会における経済秩序と法秩序との間の関係を、この経済秩序の基礎的關係たる商品交換關係の規範的構成という観点から見れば、①行為主体・権利主体としての人格（自然人および法人）、②私的所有権、③契約の自由、という三つの基本的カテゴリーが、「意思の自由」の展開として関連づけられていることが特徴的である。⁽¹⁰⁾しかし、現実の経済秩序は、抽象的な商品交換關係によってのみ成立しているのでは無くない。すなわち、商品交換關係を支える市場における競争秩序、および商品交換關係の背後にある資本制的生産の諸關係が、右述の三つのカテゴリーから成る規範的構成を現実には規定しているのであるが、近代市民法の世界では、これらは直接的には明示されていない。すなわち、競争秩序は、法的には、市場に参与する人格による「契約の自由」の行使の集合として、そして、資本制的生産は、「所有権がその私的性質を起点として行う運動」としてのみ立ち現われる。これは、社会の具体的存在としての自然人・法人が、法的には「人格」としてのみ現われることと同様である。⁽¹¹⁾

このように、近代市民法秩序にとって、競争秩序および資本制的生産關係は、自由で平等な人格の間での商品交換關係として把えられる限りで法の世界に現われるにとどまり、それ以外の実体的部分は、非法的世界において、経済それ自体の自律的運行によって調整されるとみなされる（自律的な「経済秩序」の成立）。この意味で、市民法秩序、殊に契約自由の原則と、市場経済秩序とは、実体的な構成としては、不可分に結びついていたといえよう（前出、一1(2)参照）。

(iii) 右述のような近代資本主義社会における法秩序と経済秩序との間の關係は、現代資本主義社会の下での国家の経済に対する干渉の増大・深化によって、どのような変化を被ることになるのだろうか。この点は、上掲の人

格、契約の自由、私的所有権のすべてについて考えなければならぬのであるが、以下では、本稿のテーマに最も深く関連する契約の自由と競争秩序の関係に絞って考えていくこととする。

右の問題に対するオルドー自由主義の解答および処方箋は、少なくとも原理的には極めて単純明快である。すなわち、前述の「経済制度」概念(三1(5)参照)を前提として、ドイツでは前世紀中葉の「営業の自由」の法的承認によって、旧来の「拘束の原理」に基づく支配秩序(中央指導経済)から、「競争秩序」に基づく「支配から自由な社会秩序」(流通経済ないし市場経済)への転換がなされた。この時に、ドイツの「経済制度」は、右の二種類の経済システムのうちの後者(「市場経済」)に決定されたのである。この意識的に設定された経済秩序に対応する法秩序、就中、私法秩序が、この経済制度を基礎に形成されたのであり、その規範的要素として、経済的自由と業績競争(Leistungswettbewerb)が指摘される。一般に、人間の共同生活における諸々の秩序は相互依存の関係にあり、このことは右の例に見た法秩序と経済秩序との関係についても同様である。しかしながら、ドイツのその後の歴史的展開は、この競争原理に基づく経済制度から離れ、殊に契約の自由は、カルテル契約を通して競争を排除するために用いられるようになる。従って、今日再び、市場経済という経済システムに適合する法秩序を形成しなければならず、そうして初めて、競争原理の貫徹する自由な経済秩序が生まれることになるのである。⁽¹⁵⁾

右に見たオルドー自由主義による、法秩序と経済秩序との間の「相互依存」論に対して、様々な角度からの批判がなされている。そのうち、理論的批判については、かつて詳細に検討したことがあるが(前注153参照)、これとは別に、歴史的諸事実を一定の観点・方法の下に整理し、体系的に認識するという意味での歴史認識の問題として、前世紀における「営業の自由」の法的承認は、競争原理に基づく経済制度の設定、および、それに対応する法秩序の形成までを含んだものと把え得るか否かについては、議論の余地がある⁽¹⁶⁾。わが国でも、オルドー自由主義と同

様の歴史認識に立つ岡田与好氏の所説について、様々な議論がなされたものと記憶に新しいところである。

右の歴史認識の問題に対して、本稿は前述のように、オルドー自由主義の歴史認識とは異なっており、近代市民法においては、市場における競争秩序それ自体は、法秩序の内容となることはなく、商品交換関係をめぐる人格相互間の私的所有権・契約の自由の諸関係という規範的構成が基本的であるとひとまず考えたわけである。一九世紀中葉に形成された経済秩序と法秩序が、現実には、オルドー自由主義が説くような市場経済システムおよびそれに適合的な法秩序であったか否かを精確に考察・判断する能力はわたくしにはないが、差し当り、当時の経済社会の仕組みを抽象化した近代市民社会および近代市民法の把握としては、右述のような、人格・私的所有権・契約の自由を基本のカテゴリーとし、競争秩序を法外的実態とする把握方に従っておこう。

(iv) 右に見たオルドー自由主義における法秩序と経済秩序との間の相互依存関係論に対しては、抽象的な相互依存論のレベルでは異議なく支持すべきものと考えられる。

これを分説すれば、①近代法体系の下で、競争的経済秩序が法内在的に規定されていたと考えるか(オルドー自由主義)、それとも、それは法外的実態としてその自律的運動に委ねられていたとするか(本稿の立場)はともかくとして、競争秩序に適合的な法秩序(殊に私法秩序)が形成されるべきであったにも拘らず、秩序への考慮が看過されて「形式的契約の自由」のみが一人歩きすることによって、反競争的な経済秩序への変化が容認・助長され、このことは逆に法秩序にはね返って、公序良俗等の一般条項や借地法等の特別法による部分的対応がなされる。しかし、経済への国家的干渉が更に深化・拡大するに伴って、契約的正義の実質的正当性が危機に陥ったこと(前述、三二(3))、そして、②第二次大戦後の経済・社会の状況の下では、競争秩序は、インプリシットな条件にとどまらず、何らかの形で法秩序の中に明示的に取り入れられざるを得なくなっているということ、また、③そこで成立した独占禁止諸法(西ドイツではGWBおよびUWG)を、他の私法・公法と関連させつつ、全体の法秩序とし

て、現代の経済秩序——殊に、その部分秩序としての競争秩序——に適合的に形成することが要請されていること、そして最後に、④現代経済の下でも、各人の経済的自由の行使が、適正な競争秩序の機能という媒介を経て、すべての者の利益ないし配分的正義を実現するという近代市民法および自由資本主義経済システムの基本的仕組みが原則としては依然として妥当すべきこと、というオルドー自由主義の基礎的立場は説得的であり、現代における取引に係る濫用規制の問題も、ここから出発し、かつ常にここに立ち帰るべき支点であると思われる。

けだし、現代資本主義の下でも、経済主体に関する法的人格・私的所有権・(形式的)契約の自由が、法秩序における基本的カテゴリーであり、同様に、経済主体の自由な経済的活動が競争を媒介として市場的均衡に連なるというメカニズムが経済秩序の基本的仕組みであることには変わりないのである。既に国家的干渉の増大・深化、形式的契約の自由の機能変化、私的経済力の伸長、等々についてふれてきたところを前提とする限り、右述の近代市民法秩序と経済秩序との関係が、現在でも基本的には維持されていると見るべきであろう。むしろ逆に、第二次大戦前および戦中期に、ドイツや日本で説かれていたように、「統制経済の段階に這入るに及んで、……法律は自由なる法律秩序から拘束せられた法律秩序に転化し、自由競争を保障可能ならしめた法律秩序から、統制のための法律秩序へと発展し……た。……この統制経済……は、資本主義経済の矛盾を止揚する任務を負うことは明らかである。」(峯村光郎氏)との所説は、「経済統制法が、近代法のいかなる矛盾をいかにして克服したのか(あるいはしないのか)」という点についての根拠をほとんど示し得ていない」(本間重紀氏)し、また、統制経済の実態認識としても妥当な見方とはいえないと考えられる⁽¹⁵⁾。

(v) しかし、右述の私人の特殊的利益Ⅱ私益と普遍的利益Ⅱ公益との間を媒介する競争の機能が、現代経済の下では、機能障害に陥り、また、その機能に対する社会各層の信頼(正統性の意識)が部分的なものでしかないことが明らかになっているという事態に対して、オルドー自由主義の説く法秩序・経済秩序の相互依存論は、十分説得

的な説明および処分箋を与えているとは言い難いと考えられる。たしかに、オルドー自由主義も、「人間的秩序と人間の一切の問題が、総じて経済秩序政策のみによって克服されうる、などと言っているわけではない」として(156)いるのであり、経済秩序の中で経過する個々の経済運行に対する干渉(「経済規制」)を全く否定するものではないようにも見える。しかし、他方で、「諸形態の国家的計画——是、経済過程の国家的計画・統制——非」^{ナラン}とのW・オイケン⁽¹⁵⁷⁾の定式も広く人口に膾炙しており、具体的にどのような経済政策が要請ないし許容されるのかは、戦後の議論の展開の中でも十分明らかにされていないといえよう。

右に見たオルドー自由主義の経済規制に対する抑制的態度の基礎には、経済秩序政策を貫徹することが、競争的な経済秩序と自由主義的かつ民主的な法秩序の相互依存関係にとって肝要であること、および、公益の名をもってする干渉が特定層の私的利益を實質的に優遇するという性格を必然性に帯びることによって、「社会における権力分立」(メストメッカー)を侵し、国家が私的利益を担う団体から独立して存在するという意味での国家の中立性・民主主義の原則を崩すおそれがあるという考慮がある⁽¹⁵⁸⁾。

右の考慮それ自体は説得的な内容と思われるが、それにも拘らず、第一に、本項(Ⅴ)冒頭に挙げたように、競争が多く市場・産業において部分的にせよ機能障害に陥っており、しかも、GWB等による競争維持・促進政策の強化によっても、右の事態は容易に克服され得るとは考えられない。もっとも、この点は、GWB等やわが国の独禁法に関して、殊に、企業分割規制の創設の可否⁽¹⁵⁹⁾、および、濫用規制に対する評価をめぐって議論が分かれているところである。

また、第二に、前述(三2(4))のように、現代の政治社会においては、私的利益とは異質なものとしての全体経済的利益ないし成果を、国家的干渉その他の方法によって実現しようとする場合が増えている、この全体経済的利益が、オルドー自由主義の非難するように、實質的には特定の私的利益と重なり、国家の中立性という看板を利用し

た、隠れた利益再分配という実体をもつことがあるのも事実であろう。しかし、私的利益の追求が、競争機能を媒介として全体経済的利益をもたらすというルートとは別に、社会の共同生活を維持・発展させるための、公論に基づいて社会的承認を受ける全体経済的利益というカテゴリーそれ自体の正当性を否定することはできないと思われる⁽¹⁰⁾。問題は、むしろその先にあるのであって、後者のタイプの全体経済的利益を、法秩序と経済秩序の相互依存関係という観点から、個別具体的なケースの実態に即し、より立ち入って整理・検討すること、および、その社会的承認の民主的手続ないし過程を法秩序の中に組み込むこと、が法学にとって重要な課題であろう。本稿の検討対象である濫用規制に関しても、全体経済的利益を根拠として、一定の経済力の行使を規制するという法律制度が考えられるので、その限りで、後に立ち戻って考察することとしよう。

(10) この点については、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二七一頁以下参照。統制(Lenkung)概念については、金沢良雄『経済法』(法律学全集・新版・昭五五)七頁以下、三九頁以下参照。

(11) Ulrich Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11 (1954), S. 7.; Hans H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb (1968), S. 43 (zit. Die Teilnahme). その他文献は、舟田・前注(23)・国家学会雑誌八八巻七・八号四三八頁以下注(3)を参照。

(12) E.R. Huber, Die Verfassungsproblematik eines Kartellverbots (1955). dazu vgl. W. Fikentscher, Wettbewerb (oben Anm. 81), S. 77 ff. 前掲邦訳七〇頁以下。更に、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻九・一〇号五九〇頁、および同五九二頁注(1)所掲の文献参照。

(13) H. P. イプゼンとR. ショルトとの間の違憲論争については、前注(11)参照。

(14) vgl. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 4. Aufl. (1979), S. 128 ff.; W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Bd. III (1976), S. 405 ff. (zit. Methoden d. R.) 「価値秩序」については、Siehe, insbesondere, Heinrich Kronstein, Rechtsauslegung im wertgebundenen Recht, in: Recht und wirtschaftliche Macht, Ausgewählte Schriften von H. Kronstein (1962), S. 69 ff. この点については、クロンシュタインの説については、K. Larenz, ebenda, S. 130; W. Fikentscher, ebenda, S. 418 f. および、福岡博之「西ドイツ私法学における『ネオ・リベラリズムの影響』」(『東京経済大学会誌八七号六七頁以下、七六頁以下、同「会社法と競争秩序——クロンシュタインとメストメッカーの所説」・前注(78)・『会社法学の新傾向とその評価』二〇一頁以下、二一七頁以下が

ふれている。

なお、西ドイツ法学、就中、私法学における有力な方法論は、右掲のラーレンツに見られるように、利益法学から価値法学 (Wertungs-jurisprudenz) へと移つてゐるものである。vgl. W. Fikentscher, Methoden d. R. (ebenda), S. 406 ff., insbes. S. 415 f. (同じくは、H. ヴェンスターマン Westermann 等の代表的論者ととも) 右掲のクロンシュタインも共通するところがあると述べられてゐる。) auch Bernd Rebe, Privatrecht und Wirtschaftsordnung (1978), S. 69 ff. (zit. Privatrecht) 本文で、法秩序における価値ないし価値秩序は、価値法学の強調する点であるが、本稿は価値法学あるいはそれに属するとされる法学者の方法論に従うものではない。この点については、右掲のフイケンチャーの批判、村上淳一「ドイツ法学」・碧海純一・伊藤正己・村上編『法学史』(昭五二)一七二頁以下の批判を参照。本稿では、私法学の方法論については、川島武宜氏等の古典的業績は別として、近年の研究として、原島重義「民法理論の古典的体系とその限界——ひとつの覚え書き——」・山中還歴記念『近代法と現代法』(昭四八)一一九頁以下、一六〇頁以下に啓発されたところが多い。

他方で、戦後の公法学において、「価値秩序」「価値システム」概念は、C. シュミット等の「旧傾向」に対するR. スメント等の「新傾向」において採用され、殊に、ボン基本法上の基本権規定を「価値秩序」として把える見解が説得的に主張されてゐる。vgl. insbes. Peter Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, 2. Aufl. (1972), S. 6 ff., S. 31 ff. u. passim. わが国でもこの点にふれた研究は多いが、特に、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号七六頁以下、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向」(一)一(五)自治研究五四巻七号一—一號、殊に五四巻八号九五頁以下、藤田宙靖『行政法学の思考形式』(昭五三)六五頁以下、八九頁以下等を参照。

(118) ドイツにおける近代国家と資本主義社会の成立は、「国家と社会の二元的構造」という独特の形態をとり、両者の間の関係は、単なる支配・権力の契機のみならず、「法秩序」の形式という契機によつても媒介されるものであった。舟田・前注(23)・国家学会雑誌八八巻七・八号四五—頁以下参照。

なお、後者の契機(本文における「合法的支配」)については、近年のJ・ハバースマス等とN・ルーマンの「正統化」論争の中で理論的深化がみられる。これについては、さしあたり、星野智「現代における危機と正統化」思想七三〇号二三八頁以下を参照。

(119) 「経済法」を、「経済秩序法」(独占禁止法を中心とする。)と「経済規制法」とから成るものとして体系づけるべきことについては、舟田「現代経済法の体系」・丹宗昭信・厚谷襄児編『現代経済法入門』(昭五六)六九頁以下参照。

なお、前出(三二)(i)の国家的「干渉」と、右の「経済法」との関係は、次のように整理される。



右図の中央の点線(……)より上は、経済に作用する国家的活動のすべてを指すので、例えば、財政・金融政策のように、直ちには法と関

わらない場合も含む。しかし、他方で、干渉は国家による積極的作用という側面に着目した概念であるので、経済社会の中から生成する法は、経済法には当るが、干渉には含まれない。

更に、本文中のバラシユネットの所説で用いられている「経済統制」は、右の「干渉」とほぼ同義のようであるが、直接的には、第二次大戦後の諸ラントにおける営業規制諸立法が挙げられている。

- (120) 以上については、かつて主として国家と法に関するヘルマン・ヘラー等の所説に拠りながら考察を加えたことがある。舟田・前注(23)・国家学会雑誌八八巻七・八号四四二頁以下、四六三頁以下参照。auch vgl. Jürgen Backhaus, Öffentliche Unternehmen (1977), S. 182 f.
- (121) Kurt Ballerstedt, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, AöR 74, S. 129 ff., S. 147 ff. (zit. RS. u. WL.).

「法規」と「措置」の区別については、vgl. K. Ballerstedt, Maßnahmegesetze (oben Anm. 112), S. 369 ff.; ders. WVR. (oben Anm. 112), S. 34 f. und Anm. 94 dort. わが国および西ドイツの行政法学の通説は、「法規」は「国民の権利義務に變動をおよぼす一般の規律」を意味するとする(森田寛二「法規と法律の支配」『法学四〇巻一四四五頁以下、藤田宙靖『行政法Ⅰ(総論)』(昭五五)四七頁、同「行政と法」・雄川一郎ほか編『現代行政法大系Ⅰ』(昭五八)三二頁以下等参照)。しかし、本文の文脈からも明らかのように、この「法規」は、「法」(Recht)としての性格を有し、それ自身の内に意味なしい価値(Richtigkeit)を有しているのに対し、「措置」は、それ自身にとっては何の目的からも価値内容(Zweckmäßigkeit)を受け取る、という対比が可能である。従ってむしろ、「法」と「措置」(Rechtsgesetz)と「措置」と「法律」(Maßnahmegesetz)とを表現した方が妥当である。 dazu vgl. K. Ballerstedt, WVR. (oben Anm. 112), S. 34 ff. 同所に、この点についての行政法学上の文献が掲げられてあり、わが国でも、小山正善「西ドイツにおける措置法(Maßnahmegesetz)論争の概観」阪大法学一一五号四五頁以下、一二〇号七三頁以下による研究がある。

なお、本稿の問心からは、E・ホップマンが右の区別を取り上げ、GWBによる規制は、右掲の前者(Rechtsgesetzen)に限るべきであると主張していることが注目される。 vgl. E. Hoppmann, Volkswirtschaftliche und wirtschaftspolitische Bedeutung des Kartell- und Monopolrechts, in: E. Hoppmann/E.-J. Westmäcker, Normenzwecke und Systemfunktionen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen (1974), S. 15 ff.

- (122) Georg Dahm, Deutsches Recht (1944), S. 86 f. zit. bei K. Ballerstedt, RS. u. WL. (oben Anm. 121), S. 150. W・リヒナーは、本文で取り上げたバラシユネットの所説を肯定的に引用し、「バラシユネットの法としての法律(Rechtsgesetz)もまた、その経済的な合目的性を無視して定めることはできない」といふことと矛盾を否定するものではない。認めなければならぬのは、法としての法律の場合には、合目的性と統制の効果が前面に出るのではなく、正しい持続的な秩序を作るといふ意思が中心となる、とリヒナーは説く。 vgl. Wolfgang Rüfner, Formen Öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967), S. 135 Anm. 50. 同く、E・ノルムスホフも、「古典的」法律と措置法とを区別し、前者によって創られる「秩序」は、単に目的のための手段であるのではなく、それ固有の価値をもつ」

のであって、「おき出しの利害によって規定されるのではなく」と説き、以後の論争を惹起することになる。vgl. E. Forsthoff, Über ma-
Bnahmengesetze, in: ders. Rechtsstat im Wandel (1964), S. 78 ff., 83 ff. 小山・前注(121)・阪大法学一五号五七頁。

(123) vgl. K. Larenz, Methodenlehre (oben Anm. 117), S. 112.

(124) 目的論的思考は、後述の制度的思考 (institutionelles Denken) と連続している。vgl. K.H. Biedenkopf, Zur Diskussion über ein neues Unternehmensrecht, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, hrsg. von F. Bauer/J. Esser/F. Kübler/E. Steindorf (1974), S. 339 f. 本論文については、木内宜彦「L・ライザー七〇歳誕生日祝賀論文集『私法制度の機能の変遷』より」(下) 法学新報八三卷一・二・三号一七一頁以下の紹介がある。その他、田中誠二ほか・前注(78)・『会社法学の新傾向とその評価』所収の坂本延夫・福岡博之論文(九二頁注二一、九九頁注四、二二六頁、二二三頁以下、二二八頁等)を参照。

(125) 現代経済における実質的な「契約的正義」の法理論的把握の試みについては、星野・前注(1)・『基本法学4・契約』一頁以下の他、大村・前注(78)・民商八八巻二号五号、同・前注(84)・民商八一巻五号八二巻二号、河上正二「約款とその司法的規制」(四) 法協一〇二巻四号・六号・八号・一〇号・一二号、およびそれらに掲げられている文献を参照。以下は、主として、右の星野・大村・河上諸氏の研究のほか、原島・前注(117)・『近代法と現代法』一一九頁以下、同「約款と契約の自由」・『現代契約法大系』一卷(昭五八)三七頁以下、山本 豊「付随的契約条件における自律と正義」(一) 法学四四巻三三〇頁以下、同四号五〇六頁以下、B. Rebe, Privatrecht (oben Anm. 117), S. 4 f.; Ludwig Kaiser, Di Aufgabe des Privatrechts (1977) (zit. Aufgabe) に拠った。以下、これらからの引用注は省略する。

(126) この点については、舟田「経済法の生成と展開」・森 實・依田精一編『日本の現代法』(昭五八)一六六頁以下で簡単にふれた。

(127) L. Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935, unveränderte Neudruck 1961), S. 284.

(128) 西ドイツの約款規制法については、前注(125)に挙げた河上、原島、山本諸氏の研究のほか、高橋弘氏の一連の業績(「普通契約約款と消費者保護」) 法時四七巻一一号九九頁以下その他多数)、広瀬久和「附合契約と普通契約約款」・前注(1)・『基本法学4』三一三頁以下等を参照。

(129) 詳細は、岸井・前注(17)・法学志林八三巻一号・四号を参照。

(130) さし当り、五十嵐清「諸外国における消費者(保護)法」(三) 西ドイツ」・『消費者法講座1』(昭五九)参照。なお、ハンス・スレーオ・ヴァイヤース(村上淳一訳)「私法における配分的正義と公共的利益の諸問題」法協一〇二巻八号一一三七頁以下参照。

(131) C・キルヒナー(太田知行訳)「経済法への新しいアプローチ」法学四二巻三三〇二五八頁以下参照。

(132) Peter Ulmer, Der Begriff „Leistungswettbewerb“ und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen, GRUR 1977, S. 565. 以下は、従来の自由な(あるいは「機能性のある」)競争の保護から、UWG・GWBの共通法領域として「業績競争」の保護へと変化した、との立場に立っている。

(133) 米倉明「民法講義—法律行為(二五)」・月刊法学教室六八号三九頁。

(134) 谷口知平「比較法制上より見たる暴利契約」法学論叢二八卷三号三九七頁。

(135) この点については、L・ライザーの判例批判をめぐる議論がある。河上・前注(125)・法協一〇二卷一〇号一九〇五頁以下を参照。

(136) 実体的不利益ではなく、取引のあり方に対する法的評価が問題とされるべきであるという観点は、わが独禁法上の優越的地位の濫用に対する規制に対しても妥当すると考えられる。舟田・前注(12)・『現代契約法大系』四卷一四八頁以下参照。

(137) これらについては、鈴木・前注(7)・公正取引三三八号二頁以下、同三九二号六〇頁、江口・前注(61)・『法学と政治学の現代的展開』三五九頁以下参照。

(138) わが独禁法上の私的独占・不当な取引制限・不公正な取引方法等についても、本文のように解するのが通説である。GWBについても同様であることにつき、vgl. z. B. E. Steindorf, Zweckmäßigkeit (oben Anm. 86), S. 8; R. Scholz, Preiskontrolle (oben Anm. 111), S. 524.

(139) 松下満雄『アメリカ独占禁止法』(昭五七)一七頁参照。

(140) この点についての最近のわが国の研究として、藤原淳一郎「電気事業における独占と競争——熱電併給自家発への日独法比較——」公益事業研究三八卷一号八一頁以下がある。

(141) この点については、コンメンタール類のほか、vgl. B. Rebe, Privatrecht (oben Anm. 117), S. 198 f.

(142) vgl. K. Ballerstedt, RS. u. WL. (oben Anm. 121), AöR 74, S. 151. dazu auch H. Klein, Die Teilnahme (oben Anm. 114), S. 43 f. W・フイケンチャールも、GWBやUWGの諸規定が目ざすところは、人々の行為を越えたところにあるのであり、例えば、UWG七条以下による売りさらえ (Auskaufswesen) — 店じまぐや在庫一掃を理由とするぎまんめいによる不当低価格による販売方法) の規制は、売りさらえ行為 (Auskaufshandlung) ではなく、売りさらえのあり方 (Auskaufswesen) そのものを問題にしているのだと説く。たしかに、この種の規制も、行為の命令・禁止・許可として解することも可能であるが、こゝには私法的な考察方法のもつ限界が示されているのであって、この売りさらえの他にも例えば企業内取引現象のように、人々の行為では十分把握し難い諸現象 (Erscheinungen) それ自体を対象とするアプローチが必要なのである。vgl. W. Fikentscher, Wettbewerb (oben Anm. 84), S. 242 f. 前掲邦訳二五三頁以下。

(143) 正田彬『経済法』(新訂版・昭五四)二三頁。なお、恒藤 恭「統制経済法について(一)」公法雑誌五卷九号八二頁以下をも参照。

(144) z. B. E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. (1953), S. 17 f. 本書については、金澤良雄「紹介・フーバー『経済行政法』」法協七四卷一号六九頁以下。その後の「経済行政法」関係の文献については、もし当り、Siehe, Rolf Stober, Wirtschaftsverwaltungsrecht, I, 3. Aufl. (1984), S. 48. なお、GWB研究者の多くは、「経済行政法」概念には批判的であり、例えば、前注(34)掲記のニードライティンガーの所説はその典型である。auch vgl. J. Backhaus, Öffentliche Unternehmen (oben Anm. 120), S. 180 f.

(145) vgl. W. Eucken, Die Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Aufl. (1950), S. 133 f., S. 147. 大泉行雄訳『国民経済学の基礎』(昭三三)一八六頁、二〇四頁。

- (146) 金沢・前注(113)・『経済法』一七頁以下参照。
- (147) この点に関する文献は数多いが、オルドー自由主義の観点からの代表例として、W. Eucken, Grundsätze (oben Ann. 24), S. 140 ff. 前掲邦訳一八七頁以下を挙げておく。
- (148) この点については、舟田「電気通信事業における公共性と競争秩序」経済法学会年報七号(昭六一)五二頁以下で簡単にふれた。
- (149) K. Ballerstedt, WVR. (oben Ann. 112), S. 9 u. S. 22.
- (150) W・オイケンの所説の詳細は、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二七八頁以下参照。
- (151) 川島武宜『所有権法の理論』(昭二四)二三頁以下参照。
- (152) 川島・同前三二三頁以下参照。
- (153) 以上については、舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二七八頁以下、三〇一頁以下参照。なお、殊に私法秩序が、経済秩序に関する課題を引き受けたという点については、田中ほか・前注(78)・『会社法学の新傾向とその評価』各所(例えば、一三〇～一三七頁その他)が詳述している。
- (154) 批判的見解として、z.B. vgl. K. Ballerstedt, WVR. (oben Ann. 112), S. 14 f.
- (155) 以上については、本間重紀「戦時経済法の研究——国家的独占と経済法——」社会科学研究二六巻一号一三六頁～一四七頁参照。
- (156) W. Eucken, Grundsätze (oben Ann. 24), S. 183 f. 前掲邦訳二四七頁。
- (157) 舟田・前注(23)・国家学会雑誌九〇巻五・六号二九九頁参照。
- (158) 特にメストメッカーは、この点を繰り返し強調する。vgl. E.-J. Westmäcker, Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, in: R. u. ökon. G. (oben Ann. 43), S. 11 ff., S. 18 ff. 本論文については、西尾前注(78)・龍法一六巻四号八六一頁以下、八六三頁がふれている。auch vgl. ders. An den Grenzen der Wettbewerbspolitik, in: Wettbewerb im Wandel (oben Ann. 81), S. 60 ff.; ders. Der verwaltete Wettbewerb (1984), S. 3 ff. 前者の論文については、舟田・前注(84)・公正取引四二四号四一頁以下がふれた。
- (159) 森平明彦「西ドイツにおける企業分割の法理——W・メッシェルの所説を中心にして——」青山社会科学紀要一四巻二号六四頁以下参照。
- (160) z.B. vgl. Jürgen Hensen, Die Kartellrechtliche Mißbrauchskontrolle und das Wettbewerbsverbot des Handelsvertreter (1973), S. 45. この「インゼン」は、ネオリベラリスムス(オルドー自由主義)が、個人の福祉と全体の福祉との間の緊張関係を隠蔽しようとして「として、何故なら、全体の福祉は、私的利益の単なる集合ではなく、「超個人的全体価値」(E.E. Nawroth)なのである」と説く。「全体の福祉」「全体経済的利益」等々について、本稿では、それを濫用規制の根拠として挙げる説に関して後(四)にふれるにとどめる。この「私法・公法の各々の視点からこの問題を扱った近年のモノグラフィーを挙げておく。vgl. B. Rebe, Privatrecht (oben Ann. 117), S. 63 ff., u. passim; Peter Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem (1970).