

ドイツ経済法の発展：カルテル規制の法を中心として

丹宗，昭信

<https://doi.org/10.15017/1340>

出版情報：法政研究. 25 (2/4), pp.53-76, 1959-03-05. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ドイツ経済法の発展

カルテル規制の法を中心として

丹 宗 昭 信

は し が き

- 一、普通法裁判所によるカルテル規制 (カルテル 自由)
- 二、カルテル裁判所によるカルテル規制 (カルテル 監督)
- 三、カルテルに対する行政的規制 (カルテル 統制)
- 四、カルテル庁によるカルテル規制 (カルテル 禁止)

は し が き

(一) // 経済法(学)の独自性^(二)と題する論文において、私は、経済法を『市場「統制」を規制する法』として規定した(『経済法』経済法学会誌No.112)。そこでは、経済法の規制対象である社会経済的実体(統一的実体概念)の特殊性を説明することが、とりもなおさず経済法(学)の独自性を確保し、市民法に対する経済法の特徴を明らかにするゆえんであると考えた。しかしそこでは、私の経済法理論の基礎的端初的範疇を論究したに止まり、具体的歴史的な法を素材にして、私の理論の妥当性を検証するまでには至らなかった。したがって本稿では、経済法を『市場「統制」

を規制する法』と規定する私の命題を、具体的な法の分析に基いていささか検討してみたいと思う。

ところで、右の命題の検証のためにドイツ経済法の発展を辿るわけであるが、その場合、何故特にドイツにおけるカルテル（市場「統制」の一形態）規制の法を考察の対象に選んだかの理由について二・三述べておきたい。まず第一の理由（カルテルに対象を限定した理由）は、二十世紀独占段階における市場「統制」は、ドイツ（や日本）では、カルテルの形態において最も典型的にかつ強力に行われてきた（市場「統制」は、カルテルによってのみでなく、トラスト・コンツェルン・組合等の形態によっても行われてきたが、二十世紀のドイツではカルテルによる「統制」が市場「統制」の中心をなしてきた）からである。つまり、ドイツ経済法の最も重要な部分であるカルテル（に対する公的規制の）法に考察の対象を限定することにより、本稿の論旨を最も明確に示しうるのではないかと考えたからである。第二の理由（ドイツのカルテル法を対象に選んだ理由）は、経済法を『市場「統制」を規制する法』と規定する場合、経済法の構造とその特色とを特徴的に把えるためには、市場「統制」現象の中で最も重要な部分であると共に、可及的に典型的な「統制」現象を呈しかつ歴史的連続性をもって発展してきたものであることが必要である。しかるに、ドイツのカルテル規制に関する法は、十九世紀末の法より今日の競争制限禁止法（西独・一九五七年）に至るまで、かなり明確な歴史的連続性をもって展開されてきているのである——国家のカルテル政策の変化を反映しながら——。かような意味で、ドイツのカルテル規制の法は、経済法の理論化のための恰好の素材と考えられた次第である。第三の理由（カルテル規制の法の歴史に重点をおいた理由）は、(1)ドイツにおけるカルテル規制の法が、いかなる歴史的変遷を経て今日の競争制限禁止法に接続していったかを明らかにすることにより、競争制限禁止法のドイツ経済法史における位置づけを試みたかったからである。より具体的に言えば、日本では私的独占禁止法と（戦時）経済統制法（と称せられるもの）とは全く別異の法として扱われ、同じ経済法の分野に属するものとは考えられない傾向が強い。(三)ドイツでも（競争制限禁止法とナチの

ビルトシャフトレンクゲスレヒト
 経済統制法との関係は)果してそうであろうか? 否! のようである。何故か? この点を明らかにするた

めには、これらの法の規制する社会経済的実体の共通性に着目し、^(三)同じカルテル規制の法として(カルテル助長とカルテル禁止の方向の差異はあれ)同じ歴史の発展線上に乗せることによって、始めて両者を経済法(学)の内容として統一的に把えることが可能なることを理解すればよいであろう。つまり、両者を別異なるものと考えるよりは、むしろ積極的に同じカルテル規制の法として統一的に把える方が、両者の関連構造やその歴史性を一層よく理解しうることに
 り、ひいて今日の複雑多岐な経済関係諸法規をも体系的に整序しうることになると考えられるからである。さらに(2)両者をカルテル規制の法として同じ発展線上において考察することにより、経済法の指導原理の二つの側面(公共性の原理と経済的弱者保護という社会法的原理)が最も明瞭な形で把握されうるのである。^(四)以上のような理由から、私は「ドイツ経済法の発展」というテーマで、ドイツにおけるカルテル規制の法の歴史を跡づけてみることにした次第である。

(二)「ドイツ経済法の発展」を辿るに際し、私はカルテルを規制する公的機関(以下カルテル規制主体と呼ぶ)の変化に着目して論述してゆきたいと思う。カルテル規制主体の変化は次のように図式化することができる。普通法裁判所による規制(十九世紀末より)→カルテル裁判所による規制(一九二三年より)→行政的規制(一九三〇年頃より)→カルテル庁(行政委員会)による規制(敗戦直後は占領軍による規制があった)と。

ところで、このカルテル規制主体の変化は、当然に国家のカルテル政策の変化に対応することが予像されうる。
 E・フーバーは、国家のカルテル政策を、カルテル自由(Kartellfreiheit)、カルテル監督(Kartellaufsicht)、カルテル統制(Kartelllenkung)、カルテル禁止(Kartellverbot)の四つの基本形態に分つ。^(五)ところでこの四つの基本形態は、右にのべたカルテル規制主体の四つの形態とどのように照応しているか? この点についての簡単な考察をもって、本稿の大綱を示すのに代えたいと思う。

(I) (普通法裁判所によるカルテル規制とカルテル自由)——司法裁判所は、(主として契約に基く)私人間の紛争解決を本来的任務とするものである故、カルテル協定が有効か無効か、カルテル協定に基く市場「統制」が「公共の利益」に反するか否か等々の問題に關して、普通法裁判所は当初民法上の契約問題の規制という限度でしか介入しなかつた。そして民法上の契約問題としてのみ判断する限り、契約の自由、結合の自由(或は營業の自由)という民法上の原理に基いて形成されたカルテル協定に対して、裁判所が違法の判断を下しえなかつたのも当然であつたらう。這般の事情は、大審院が一八九七年、例の有名なカルテル判決^(六)(RGZ 38. 155)において、僅かの制限を附するのみでカルテル自由の原則を確認したことからもうかがわれる。そしてこのカルテル自由の原則は、一九二三年のカルテル令(Kartell Vo)に至るまで続いたのである。ところで、普通法裁判所がなしたかようなカルテル規制の法の法的性格は、私法的性格のものであつたと言えよう。^(七)

(II) (カルテル裁判所によるカルテル規制とカルテル監督)——カルテル協定の生み出す市場「統制」は、必ず一般大衆の生活に反映し、早晚カルテル協定の公共性が問題とされざるをえなかつた。しかも、カルテルによる市場「統制」の複雑性・変動性・技術性等々のため、經濟に素人の司法裁判所では、カルテル規制の困難性が痛感せられるに及んで、カルテル規制は普通法裁判所からカルテル裁判所へ移管された。一層正確に言うならば、一九二三年經濟的優越的地位の濫用に対する命令(Vo. gegen Misbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen)によつて、經濟的に優越せる地位の濫用を予防する目的で、カルテル監督^{アウフジヒト}が始められ、そのための特別の制度としてカルテル裁判所が設けられた。^(九)カルテル裁判所は經濟大臣及び國經濟裁判所の一部としての特別裁判所であり、半ば行政機關的の性格を帯びた裁判所であつた。^(一〇)カルテル監督^{アウフジヒト}は、かようにカルテルが自由に形成されるか、國家の組織強制^{Organisationzwang}(Organisationszwang)によつて創造されるところに存在した。^(一一)かようなカルテル監督^{アウフジヒト}は、カルテル自由^{フライハイ}の濫用

を取締る目的で行われたもので、カルテル自由フライハイの原則の部分的修正と解しえよう。

(Ⅲ) (カルテルに対する行政的規制とカルテル統制)レンクンゲ —— 一九二九年の恐慌に始まる深刻な経済不況に直面して、ドイツの独占資本家は、独力で経済危機を乗り切ることの困難さを感じ、国家の行政的保護(カルテル統制)レンクンゲを要請するに至った。(二二) 独占資本と国家権力との特殊な癒着がナチスの政権獲得の時期であった点からも、ナチスのカルテル統制レンクンゲの性格がうかがわれえよう。これまでカルテル自由フライハイの原則の下に、独占力を擅まましてきた独占資本家達は、いわゆるカルテル統制レンクンゲの経済政策を通して、(二三) つまり強制カルテル(国家によるカルテルの助長)によって自己の利潤の保証をはかったのである。ここでは、国家の経済市場規制の任務は、国家の規制の下におかれたカルテルに対する援助にありと考えられた。かようなカルテル規制(カルテル助長)は、ナチス行政の目的でもあり経済支配の手段でもあった。(二四) (経済に指導者原理が導入されたのもこの時期である)。したがって、この時期の経済法は、高度に行政的性格を帯びたものとなっており、フーバーがこれを経済行政法として把えようとしたのも十分に首肯されうるところである。

(Ⅳ) (カルテル庁によるカルテル規制とカルテル禁止)ヘルボート —— ナチスの崩壊後、西ドイツでは、占領軍によりカルテル禁止の政策が採られ、アメリカの反トラスト法理が導入された。ポツダム協定第十二条に基くカルテル防止法(Dekartellierungsgesetz. 947)によって、ドイツの独占的経済組織は解体された。(一五) その後十年を経た一九五七年に始めて、ポツダム協定第十二条の趣旨をうけて、競争制限禁止法が西ドイツ国内法として制定されたのであるが、中には既にカルテル容認のための幾多の適用除外規定が含まれていることは注目に価する。この法律は、同法第三章(四四条—五十条)に規定されたカルテル庁(行政委員会の性格をもつ)によって運営されることになっているが、本法が果して社会法的性格をもつものと言えるかどうかは疑わしい。しかし、一応そこでは消費者保護の原則(三条三

項(2)が謳われているので、社会法的性格をも内含したものと解したい。

以上簡単に、カルテル規制主体の四つの変化と、フーバーのいうカルテル政策の四つの基本形態との大凡その対応関係を明らかにしたが、カルテル規制主体の変化は、更に経済法の法的性格へも反映して、経済法を、経済私法的性格より経済行政法的性格のものへ、更に社会法的性格をも帯びたものへと変化せしめてきたことに気附いた。次に、具体的な法の分析に基づいて、これらの諸点を一層詳細に考察してみたいと思う。

(一) 「統制」と統制との概念上の差異については殊に留意して欲しいと思う。「統制」概念については、拙稿「経済法(学)の独自性」(経済法学会誌No.1、一九五八年十一月十八頁)を参照いただけると幸いである。統制概念については金沢教授「西ドイツにおける経済統制法」(法学会論集六卷三頁以下)を参照されるとよい。

(二) 私的独占禁止法と戦時統制経済法とを同じカルテル理論で捉えようとする人をまだ私は知らない。又戦後、独占禁止法が商法に含まれるか、経済法(学)としては経済統制法が考えられた)に含まれるか等と論議された点を考えられるとよい。

(三) 丹宗昭信「経済法(学)の独自性」経済法学会誌「経済法」No.1一九五八年(商事法務発行)十六―十七頁。

(四) 丹宗・前掲論文十九頁。

(五) E. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Aufl., Bd. I, 1953. SS. 314—331.

(六) derselbe, a. a. O. S. 316 f. (十) derselbe, a. a. O. S. 12.

(八) Robson, Justice and Administrative Law, p. 33. 丹宗・「公法と私法」法哲講座八卷二〇九―二一〇頁。

(九) J. W. Hedemann, Wirtschaftsrecht. Ein Grundriss, 1933. SS. 76. 77.

(一〇) derselbe, a. a. O. S. 76. (十一) E. Huber, a. a. O. S. 321.

(一二) J. W. Hedemann, a. a. O. SS. 37—40.

(一三) E. Huber, a. a. O. S. 328.

(一四) J. W. Hedemann, a. a. O. SS. 166. 236.

一、普通裁判所によるカルテル規制（カルテル自由）フライハイト

(一) 「凡ての資本家を活気づけるところの出来るだけ高い利潤への主観的努力は、しかし客観的結果として、あらゆる資本に対する平等の平均利潤率をもたらす傾向を生む。」^(一) ところで、資本主義の高度化により、固定資本の規模が拡大し、そのため経済変動への適応性を欠くに至り、かたて加えて、販路の競争が激甚になると利潤率低下の傾向が生ずる。この傾向は資本の十分に強いところでは、それ（利潤率低下の傾向）を克服する反対傾向をよび起す。この反対傾向はやがて自由競争の止揚にみちびき、したがって利潤率の不平等を永続的に形成する傾向にみちびく。^(二) この利潤率の不平等を永続的に形成するための経済的手段として、カルテル・トラスト・コンツェルン等の自治的「統制」手段が見出され、十九世紀末より盛んに用いられるに至った。この段階では、企業は「国家の力、法の力を頼りえなかった」ので、自らの経済行為自体によって経済の変動に対処せねばならず、したがって当然自衛の本能として団結及び自律への道を選んだのである。経済的自由主義より経済的「統制」主義（独占資本主義）への移行における第一段階は、かくて経済の組織化的傾向を基本特徴としたのである。^(三)

(二) カルテルの司法的規制（カルテル自由）フライハイト —— 右のような経済情勢の中で、カルテルは、契約自由と結合の自由に基づいて自由に結成され、自由な私法上の法律制度のおとし子として発生してきた。カルテルによる市場「統制」が純粹に自治的に行われる限り、それは単に私法上の契約関係の産物に外ならない。^(四) しかし、カルテルやトラストが市場を独占的に支配することによって、社会に直接的な影響を及ぼすに至ると、カルテル協定自体の効力が問題とされるに至った。カルテル自由の原則を宣言した一八九七年二月四日の大審院のカルテル（による市場）「統制」に関する

る決判は余りにも有名である。この判決の宣言したカルテル自由の原則は、一九二三年のカルテル令に至るまで、カルテル規制の原則とされたのである。カルテル「統制」は、既成の（私）法秩序に対して次の二つの形において問題の解決を迫った。(1)カルテル協定は国家により拘束力あるものと認められるべきか。したがって、国家はその貫徹^{インサイダー}内部的組織強制（innere Organisationszwang）に助力すべきか。(2)カルテルが外部に対し実力を行使し、或は拡大せんと企てる処置^{アウトサイダー}いわゆる外部的組織強制は法律上許容されるか、の二点についてである。

第一点、カルテル協定の内部的組織強制が有効か否かについては、市民法上の契約自由の原則に照らせば当然に有効と解せられるであろう。しかし大審院^{ライヒスゲリヒト}の判決の法的根拠は、一八六九年の營業条令（Gew O）第一条に規定された營業自由の原則に違反するか否かという点に求められた。^{（六）}すなわち大審院^{ライヒスゲリヒト}は、カルテル協定が独占的地位の不道德的な利用とならぬ限り有効であると判断したのである。^{（七）}

この一八九七年の判決に類似した例として、次のケースも当時の裁判所の態度を示すものとして興味深い。

或混合企業がシンジケート炭礦を購入したが、やがてシンジケートと争いをひき起すに至った。最初の購入者である“Eisen-und Stahlwerk Hoesh”及びグループは、購入炭礦をシンジケートの諸制限（生産制限と賦課金義務等）から解放せんとした。訴訟問題となり、一九〇一年二月十九日の大審院判決でシンジケートの勝訴が確定した。勝訴確定以前にシンジケートは讓歩して、混合企業に現行の供給契約の履行後には、自己需要を充足する権利を認めていた。しかし“Eisen und Stahlwerk Hoesh”及びグループは、依然としてシンジケートの賦課金義務と、恐慌以来著しくなった生産制限、つまりカルテルの内部的拘束には服さねばならなかった。^{（八）}この判決は、企業の所有權讓渡後においてもカルテルの内部的組織強制が認められた一例である。

かようなカルテルの内部的拘束力を、カルテル自由の原則の下に認めた判決に対し、市民法上の契約自由の原則は、競争を可能にするための前提としてのみ与えられるべきであり、したがって、カルテル契約の自由は、最も重要な營

業自由の原則に違反することを理由に無効とすべきであった、と批判する説もある。^(九)

第二点、一八九七年の判決において、非加盟者に対する経済的競争処置（アウトサイダー 外部的組織強制）は、相手方の破滅とならぬ限り許されると大審院は判決した。^{ライヒスゲリヒト}この点は契約自由の問題というよりはむしろ営業自由の問題である。営業条令（Gew O）第一条のいう営業自由は競争の自由を意味するとはいえ、それは整序された競争であるべきであり、純然たる一般公衆への寄与力の発揮をもって顧客を求めるとの競争自由の原則であり、狂暴な経済力をもって競争者を攻撃し破滅せしめるための営業（競争）の自由ではないのである。^(一〇)しかるに大審院は、この点についてもカルテル自由の原則を認めたのである。この点についてフーバーは次のように批判する。一八九七年二月四日のカルテル自由の原則を宣告した大審院判決が、^{ライヒスゲリヒト}営業条令第一条の誤った解釈に基くものであるか否かの解答は、同令第一条にいう営業自由の保障は、自由を制限する国家の干渉に対してのみ向けられるものか、それとも国家の権力でない社会的権力による自由の制限措置（*freiheitsbeschränkende Maßnahme nichtstaatlichen sozialer Gewalten*）に対しても亦向けられるものか否かという点の解釈のいかにかかっている。そして一八六九年の営業条令の立法者は、十九世紀の自由の保障は国家による自由の侵害に対してのみ与えられる性格のものであると考え、自由の濫用に対して自由を擁護することが必然的であるという考量をもっていなかった。一八九七年大審院が、^{ライヒスゲリヒト}営業条令第一条から、法律上一般的なカルテル禁止の理論を導き出すべきか否かという問題の前に立たされたとき、情況は一八六九年のそれと根本的に変っていたにも拘らずそれを看過して判決した点に、この判決は、カルテル制度の問題性とその判決の社会的に及ぼす影響とを認識しなかったという非難を免がれない、と。^(一一)

しかしひるがえって、普通法裁判所は、本来自由主義的個人主義の保障者たる性格を本質とすることを考え合わせる^{ライヒスゲリヒト}とき、大審院が市民法的な契約自由と営業自由の原則の上にたって、カルテル自由の原則を宣言したことは当然で

あったと思われる。ともあれ、一八九七年のカルテル自由の原則は、その後二十余年の間、ドイツのカルテル政策の基本原則を確定することとなったのであり、したがって、一九二三年までは、カルテル協定に対して（僅かに司法的制限が加えられたのみで）いかなる公的規制も加えられなかった。

思うに、十九世紀末以来、カルテルが普通法裁判所において問題とされるに至ったのは、単にそれが私法上の契約問題としてではなく、カルテル（市場「統制」）の及ぼす社会的影響力に関連していた限りにあって、それは市場「統制」の規制に関連するものとして、正に私のいう経済法の端初的な形態であったと解しうる（カルテルによる市場「統制」の司法的規制に関しては、一八九七年の判決の外に数個の判決がある（RGZ. 51. 369. 54. 418）が、ニエワンスの差はあれ、何れもカルテル自由の原則を認めたものである^(二二二)。市場「統制」自体が、司法的に規制されたという意味では、この時代の経済法を私法的性格の経済法と称しうるであろう（フーバーが、ドイツでは経済法は経済私法に端を發するとい^(二二三)うのはこの点をさすものと解される^(二二四)）。

二、カルテル裁判所によるカルテル規制（カルテル^{アウフジヒト}監督）

第一次大戦後のク社会化法クによる強制シンジケート等が例外的に現われたとは言え、カルテル自由の原則は、十九世紀末以来一九二三年の特別法たる経済的優越的地位の濫用に対する命令（略称カルテル令）に至るまで、原則として保持された^(二二四)。このカルテル令によって始めてカルテル自由の原則が破られ、カルテル^{アウフジヒト}監督がカルテル裁判^{ゲリヒト}所による準司法的規制として行われるに至った（ヘーデマンは、カルテル裁判所は司法と行政の中間を彷彿していたという）。カルテル^{アウフジヒト}監督が、カルテル自由の原則の濫用に対する公共性の観点からの修正であったことは、はしがきでのべた如くである。ところで、このカルテル^{アウフジヒト}監督の最も重要な手段はカルテル解体（Auflösung）であった。カルテル解体

は強制解体 (Zwangsauflösung) か解約告知 (Kündigung) によって行われた。^(一五)

(1) 強制解体の権限は、本来カルテル裁判所に属した。カルテル裁判所は、経済大臣の申立に基いて強制解体を決定せねばならなかった(カルテル令四条一項、七条)。解体の根拠は、カルテルが全体経済 (Gesamtwirtschaft) 或は公共の福祉を危険ならしめる場合とすることである。すなわち、カルテルが財貨の生産や販売を国民経済上認められない方法で強制したとき、価格を釣上げたとき、或はカルテルが経済的自由を隔絶 (Spere) や異った価格の設定によって不当に侵害したとき、等々にカルテル解体の事由が存在するものと看做された(四条二項)。ライヒ政府は、商品生産や流通経済が侵害されたり、或は経済的取引自由が国民経済上正当に認められない方法で制限された場合には、カルテル解体を命令する権限が与えられた(一条)。この解体に対する権限は、実質上一九三三年七月十五日附の法律の發布までは、カルテル裁判所が権限を有し、経済大臣は直接解体の権限を有しなかった。いかえると、一九三三年七月十五日附の法律で、カルテル解体の権限がカルテル裁判所から経済大臣の手に移されるまでは、ライヒの行政権はカルテルに対して直接干渉する権限を有せず、^(一六)したがってカルテル自由の原則が、カルテル裁判所による監督^{アウフジヒト}という形で制限されていたとは言え、なお存続していたのである。

(2) カルテルの解約告知は、経済大臣が特定のカルテルに参加している企業に、いつでもカルテル契約を脱退する権利を認めた場合に許された(四条二項)。それに加えてカルテル構成員の凡ては、重要な理由 (wichtige Grund) ある場合にはいつでも、カルテル契約を脱退しうるとの私法上の規定がある (vgl. RGZ. 113. 327)。争いある場合には、カルテル裁判所がこれを決定する(八条)ことになっており、他方、カルテルはその「統制」力の行使につき国家の予防的規制に服せしめられた(九条)(このカルテル令八条、九条が、この段階の市場「統制」規制において最も重要な意義をもっていたといわれる。^(一七))。カルテル裁判所がカルテルに認可を与えた場合には、隔絶 (Spere) や隔絶類似の不利益

(sperrähnliche Nachteil) 処置を行うことが許された(十條)。しかしその処置が全体の利益に有害か或は課せられる者に不公正である場合には拒絶されねばならなかった。この場合の隔絶とは、構成員やアウトサイダーに対する組織的強制のみでなく、購買者に対する措置も含むと理解されるべきである(BGZ. 125. 166)。隔絶類似の不利益とは、カルテルによって惹起された損害をいう。^(一八)カルテル令違反に対しては、カルテル裁判所は責任ある市場「統制」団体に對して(gegen den verantwortlichen marktregelnden Verband)、秩序罰を裁判所の自由な判断において科することができた(カルテル監督のための有効な手段)。^(一九)

以上要するに、カルテル協定の拘束力を認めるか否か、カルテルの競争処置を許容するか否かの二つの問題は、このカルテル令によれば、前者(カルテル協定の拘束力)は肯定され、後者(カルテル競争処置)は、カルテル裁判所の認可を条件として許容されたのである。カルテル監督の時期においては、カルテルに對し、カルテル裁判所による規制とライヒの經濟大臣による行政的規制とが同時に行われたのである(今日の日本の公正取引委員会と通産省の権限争いを見るとよい)。かくてカルテル自由の原則は、最初カルテル令によるカルテル監督の形で制限されたが、その後は漸次行政権による介入によって蚕食されていったのである。^(二〇)この段階におけるカルテル裁判所によるカルテル規制を準司法的規制と呼ぶことができよう。

- (一) ヒルハーディング著林要訳・金融資本論二九四頁引用。
- (二) ヒルハーディング著林要訳・前掲書三〇六頁引用。
- (三) H. Goldschmidt, Reichswirtschaftsrecht, 1923. SS. 8. 9. 菊池春雄・經濟法入門(昭一八)五頁。
- (四) E. Huber, a. a. O. S. 12. 田中二郎・行政法講義下卷八八頁参照。
- (五) グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・「經濟法」國家学体系第六卷五七頁引用。

- (六) E. Huber, a. a. O. (Bd. I) SS. 317. 318. GewO S. 1 に規定された営業自由の原則に違反する故に法律違反であると
 いうこと、それ故にカルテル自由と営業自由の原則とは矛盾するという反対が唱えられた。
- (七) E. Huber, a. a. O. SS. 316. 317. グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五七頁。
- (八) Haymann, Die gemischte Werke in Deutschen Großseisengewerbe. 1904. SS. 110—111.
- (九) グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五七、五八頁参照。
- (一〇) グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五八頁参照。
- (一一) E. Huber, a. a. O. SS. 317—319.
- (一二) derselbe, a. a. O. S. 320. (一三) derselbe, a. a. O. S. 12.
- (一四) J. W. Hedemann, a. a. O. S. 76. E. Huber, a. a. O. S. 322. グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五九頁参照。
- (一五) E. Huber, a. a. O. S. 324.
- (一六) derselbe, a. a. O. S. 325. グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五九頁。
- (一七) グロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五九頁引用。
- (一八) E. Huber, a. a. O. S. 325. (一九) derselbe, a. a. O. S. 328.
- (二〇) derselbe, a. a. O. S. 323.

三、カルテルに対する行政的規制（カルテル^{レッキング}統制^{アウフジヒト}）

(一) 一九三〇年頃までは、カルテル^{アウフジヒト}監督^{ライヒ}の権限は、一部は国^{ライヒ}経済大臣の手にあつたが、大部分は独立のカルテル^{レッキング}裁判所の掌中^二にあつたことは、前項^二で述べたとおりである。しかるに、一九三〇年七月二六日附の大統領命令

(Vo. des Präs., RGBl. I 311)、いわゆるカルテル緊急令 (Kartell-Notverordnung) は、国家 (行政権) のカルテル監督権を一層強化した^(三) (このカルテル緊急令は、当時のドイツが司法国家より行政国家へと推移して行く過渡的性格を示した好例である^(三))。それは、カルテル協定——価格協定に限られたが——を無効とする権限 (同令一条一項 a) を、カルテル裁判所から^{ライヒ}国経済大臣へ移管したのである。なおその外国家の監督権は、「政府に好ましくならぬ国内のカルテル協定が存する商品に対し輸入税を廃止し、或は引下げる権利が与えられる」(二条) ことによっても強化された。かような傾向はナチス体制の確立と共に一層拍車をかけられ、一九三二年六月十四日附の大統領命令 (Vo. des Präs., RGBl. I 285) によつて、更に第九条 a 項 b 項が拡大された。なお更に一九三三年七月十五日附のカルテル改正法 (Gesetz vom 15. juli. 1933. RGBl. I 497) によつて、この傾向は極点にまで押し進められた^(四)。すなわち、「カルテルの無効を宣告する権能は、一般的に——カルテル緊急令による価格カルテルに限らないで——経済大臣に移管された」(四条一号) のである。この法律により、カルテル裁判所の権限は殆んど剝奪され、カルテル裁判所は実質的には形骸的存在と化して去つたのである。他方、ナチスの民族社会主義国家は、その行政権を益々拡大し、ついに一九三八年二月二五日附の法律 (RGBl. I 216) によつて、カルテル裁判所を全廃し、カルテル裁判所に与えられた権能を、右に述べた過程を経て^(五) ライヒの経済裁判所に、後にはライヒの行政裁判所に吸収して行つたのである。かくて、カルテル自由^{フライハイム}の原則は、カルテル^{アウフシヒト}監督の時期を経て、カルテル^{レンクング}統制に止揚されていった。ここではカルテルは、専ら国家の経済政策の一環として行政権の判断によつて左右されるに至つた。このことは、資本主義の基本原則であつた公正競争の原理が、一九二九年の不況以来完全に踏みにじられ、独占資本相互間のカルテル化を、ナチスが国家権力のバック・アップの下に強力に助長してゆく過程——つまりドイツのファシズムの進行過程——を示しているものである。

(二) カルテル裁判所の後退・廃止——^{ライヒ}国経済大臣のカルテル規制権限の強化という表裏の問題を、カルテル緊急令、

大統領命令、一九三三年のカルテル改正法等を通して考察してきたが、これらとは別に、この時期になると、カルテルフライハイの原則に対する行政的干渉の強化は、第一次大戦後に出された「社会化法」の中においてさえも、制度の変更、改廃を通して次第に顕著に現われてきた。

ワイマール憲法の社会化条項 (Sozialisierungsklausel) といわれた第一五六条は、三段階の社会化の態様を規定した (第一は、国家補償による公有化、第二は国家又は公共団体の企業管理への参与による社会化、第三は強制シンジケートによる社会化)。当時政政の座にあったドイツ社会民主党のとった社会化の方法は、第三の態様つまり強制シンジケートによる社会化の方法であった (これが独占資本と社会民主党との間の闇取引であったことは政治史を参照されたい)。強制シンジケートの規制は、企業結合による市場「統制」規制に関する問題として、私のいう経済法の対象であるので、問題になる主な点を拾って、その中でナチスの行政権がいかに強化されていたかを考察することにする。

第一次大戦後の社会化法の主なものには、石炭業規制法 (G. über die Regelung der Kohlenwirtschaft, vom 23. März. 1919. RGBL. I 449.) カリ業規制法 (G. zur Regelung der Kaliwirtschaft, vom 24. April. 1919. RGBL. I 413.) 鉄鋼業

規制令 (Vo. zur Regelung der Eisenwirtschaft, vom 1. April. 1920. RGBL. I 435.) 硫酸業規制令 (Vo. über die Regelung der Schwefelsäurewirtschaft, vom 31. März. 1920. RGBL. I 113.) 等がある。^(六) 彼らは何れも個々の点におい

てはかなり相違していたが、概括してこれらの諸法に共通していた点は、何れも市場「統制」機関としてのシンジケートの創設法であったこと、及びそれらの事業の運営は、何れも委員会 (制度) [例・石炭委員会 (石炭業規制)、カリ委員会 (カリ業規制法) 一条、施行規定三一条、五一条)、鉄鋼業団体という自治体 (鉄鋼業規制令) 一条、四一条、五一条)、硫酸委員会 (硫酸業規制法) 一条以下] によって自治的な運営が行われたこと等である。これらのシンジケートの運営機関としての委員会は、販売「統制」、価格「統制」、輸出市場「統制」、カリ市場「統制」、売却条件の規制等いわゆる各種の市場「統制」 (カルテル協定) をその業務

としたのである（各種の市場「統制」という経済行為をなすと共に、かつ自らを規制するための立法権をも併せ有したものと
委員会制度が採用された。いいかえると、これらは私法上の市場「統制」の主体であると共に、市場「統制」を規制する高権的権限
を有する公法上の法人でもあった^(七)）。

ところで、カルテル自由^{「ライハイト」} ↓ カルテル監督^{「アウフジヒト」} ↓ カルテル統制^{「レンクンゲ」} というように、市場経済（殊にカルテル）に対する
行政権の介入が強化拡大されてくると共に、社会化法の仮面を被った強制シンジケートもそのままにはすまされえな
くなった。まず石炭業規制法では、一九三三年四月二一日附の石炭業規定の変更に関する法律（G. über Änder-
ung der kohlenwirtschaftlichen Bestimmungen）によって、石炭委員会の構成が変更され（二条）、石炭市場「統制」
に対する国家的規制の権限を増大したが^(八)、更に、一九三四年九月二八日附の褐炭業における経済的義務共同体設立
令（Vo. über Errichtung wirtschaftlicher Pflichtgemeinschaft in der Braunkohlenwirtschaft）により、石炭強制シ
ンジケートは、ワイマール憲法第一五六条の規定する第二段階の社会化の形態（国又は公共団体の企業管理への参与によ
る公・私混合企業形態）に切りかえられた^(九)。

カリ業においても一九三三年四月二一日附のカリ業規定変更法（G. über Änderung der kaliwirtschaftlichen
Bestimmungen）及び同年十二月十八日附のカリ業法（Kaliwirtschaftsgesetz, RGBl. II 1027.）によつて「ライヒのカ
リ委員会を廃止し、その任務をカリ審査局に移して、カリ審査局をシンジケートの運営機関とし、ライヒの経済大臣
の同意をえてその局長を指名することとした。そして審査局の業務の指揮、決定権を有する審査局長は、^{ライヒ} 国経済大臣
に責任を負うことになった（十七条）。新法による右のような機構の変更は、^{ライヒ} 国経済大臣の権限を著しく強化し（四
四、四六、四七条）、経済に対する指導者原理を具現した好例であった^(一〇)。

かような傾向は、電気事業やガス事業〔動力事業法（Energiewirtschaftsgesetz, 1935. RGBl. I 1451）〕等においても

現われ、^{ライヒ}国経済大臣は、供給の一般条件と電気・ガス料金を経済的に定める権限を与えられた（同法七条）のである。かような行政権によるカルテル規制（助長）権の強化は、当時の国防目的と企業者保護の目的のためになされたのであった。

ナチスによる経済の拘束体制の恒久化への要求は、^{（一）}「社会化法」と称せられた強制シンジケート法の強化ないし改造によって一部達成されたが、それらは何れも、各個別立法によってカルテルを保護助長するものにすぎなかった。しかるに、一九三三年七月十五日附の強制カルテル法（G. über die Errichtung von Zwangskartelle, RGBl. I 488）は、カルテル団体創設のための統一的根拠を創造した。^{（二）}強制カルテル法が規定している^{（三）}結合のための一般的授權^{（四）}（die allgemeine Ermächtigung zum Zusammenschluss）は、これまでの個別的な団体政策からカルテル問題に対する積極的統一的立場への転換を意味している。これはカルテル「統制」の規制が、カルテル裁判所からライヒの行政府に移行し強化されたと同様に、カルテル「統制」の規制においても、特別法による個別的な、しかも初期の消極的な市場「統制」規制から、強制カルテル法による経済大臣の無制限な権限による規制へと変っていったことを示している。この点を強制カルテル設立法の規定に依りながら、若干補足してみる。一九三三年の強制カルテル設立法により、経済大臣は市場「統制」（カルテル）の目的のために、企業者を強制的に結合し、或は既存のカルテルに非加盟者を加入せしめる権能を与えられた（同法一条）。この法によるカルテルの定款及び業務執行（Geschäftsführung）は、経済大臣の無制限の監督及び干渉権能に服した（二条三項）。^{（五）}割当率競争の手段としての Kapazitätsbauen の危険に鑑み、法が同時に経済大臣にカルテル設立禁止の権能をも賦与した（五条）。強制カルテル法が経済大臣に与えた右のような権能の大きさは、ナチスならではの感が深い（因に、一九三三年から一九三五年までに、本法により設立された強制カルテルの数は十五を越えている）。^{（六）}

以上、カルテル裁判所の廃止とそのカルテル監督権の行政裁判所への吸収、強制シンジケートの強化とそれへの指導者原理の導入、強制カルテル法による経済大臣のカルテルに対する無制限の干渉権等々、カルテルに対する一連の行政権の強化の例を考察してきた。かような数々の驚くべき行政権の強化を前にして、フーバーが経済法を「經濟行政法」(一九三三年出版)として把えようとしたのも強ち無理からぬことであつたと思われる。

四、カルテル庁によるカルテル規制(カルテル禁止)ヘルボート

(一) ナチスはカルテル思想を経済的指導に利用せんとし、カルテルに対し積極的態度をとつたのであるが、しかし他面又、カルテルが全体的福祉(独占資本の福祉)といふべきかも知れぬ)の根拠から無条件に必要な場合は、それを競争の利益のために抑圧する態度に出た。(二四)しかし決定的な抑圧はカルテル禁止は、第二次大戦後アメリカの反トラストの法思想が占領軍によって導入された以後のことである。

アメリカの反トラスト法(二五)理(トラスト禁止政策)を導入された西ドイツでは、独占や取引制限の規制の問題は、原則としてカルテル禁止の形で、つまり反カルテル理論として展開された。(二六)ドイツのカルテル理論は、純粹に一國の経済

(政策)理論としてではなく、占領政策の一環として現われたもので、高度に政治的色彩を帯びていたのである。すなわち、ナチスが、カルテルやコンツェルンを彼の経済的独裁体制の執行団体(Leistungsverband)として利用したという経験が、一九四五年以後のカルテル政策において、カルテルを追放せしめる結果となつたのである。自由の敵に対してはいかなる自由も存しない(Keine Freiheit für die Feind der Freiheit)といふスローガンの下に、復興された自由な取引経済は、自由の敵であるカルテルやコンツェルンによる市場「統制」からいかに保障されるべきか(二七)という命題として提出された。そして laissez-faire laissez aller の政策の下では、自由な経済秩序が予定調和的

に展開されるという古典的自由主義の信条を放棄し、むしろ一定の条件 (Bedingungskonstellationen) の恢復のためには国家の強制政策が必要であり、その下でのみ自由な経済秩序は維持されうるといふ考え (Neo-Liberalismus) に変わった。つまり非自由な方法をもって (mit nichtliberalen Methoden) 自由な秩序 (freiheitliche Ordnung) を維持しようとするのが、ドイツにおける反カルテル理論 (カルテル禁止政策) の根拠であり、一九五七年の競争制限禁止法成立の理論的根拠であったといえよう (フーバーは、カルテル禁止や独占規制のような市場「統制」の規制措置は、経済社会を真の自由に導くものではなくて、Als-Ob-Freiheit に導くものであるといふ)^(二八)。政治的意図が隠されていたにせよ、西ドイツの競争制限禁止法によってたつ反カルテル理論の社会経済的理論は、右にのべたようなものとならざるをえないであろう。ところで、敗戦から競争制限禁止法成立までの西ドイツのカルテル禁止政策はどのように実施されたか。

(二) (I) カルテル防止法 (Dekartellierungsgesetz) —— 第二次大戦後占領軍によって採られたカルテルやコンツェルンに対する解体措置は、ポツダム協定第十二条に基くものであった。この第十二条 (ドイツ経済は可及的速かに分散されるべきである。したがって特にカルテル・トラストやその他の独占体が有しているような経済力の過度の集中は排除されるべきである) が、一九五七年の競争制限禁止法成立までの西ドイツ経済法の最も重要な法源をなしていたのである。第十二条の、カルテル防止 (Dekartellierung) や集中の排除 (Dekonzentration) の規定は、西ドイツの組織経済を破壊し、かつ西ドイツ経済の国際的競争能力を制限するために、独占企業の市場「統制」力を排除しようとするのが、当面の狙いであったことは間違いない。そのため、協定第十二条の実施は、地区司令官に委ねられ、カルテル制度に関する限りは、最初西独地区において、まず戦争末期まで存在した中央組織的カルテルの解体に限定された。その後一九四七年に初めて西独地区において、やはり協定第十二条に基く一般的カルテル禁止命令が英米の軍政府〔法律五六号 (アメリカ

カ地区)、七八号(イギリス地区)〕によって出され、カルテルやコンツェルンの解体が進められた。^(二二)一九四九年十月二十三日附のペテルスベルグ協定(Petersberg Abkommen)は、西ドイツの法律によって——勿論占領軍の出したカルテル防止法(alliertes Dekartellierungsrecht)の原則に従わなければならない——カルテル防止法を制定することを連邦共和国の機関に授権した。^(二三)その後八年、一九五七年に至って漸くこの授権に基いて西ドイツの競争制限禁止法が成立したのである。かくて、ポツダム協定第十二条は戦後十余年を経て漸く西ドイツの国内法として成文化されたのである。

(II) 古いカルテル法の廃棄——ところで、戦後反トラスト法理に基いて占領軍により定立されたカルテル防止法が、ドイツの古いカルテル関係の諸法律と抵触したのは当然である。そのため、軍政府の法律五六号・七八号の第六条の一般条項によって、連合軍のカルテル防止のための規定と矛盾するドイツの古いカルテル法規は凡て廃棄する旨規定された。それに該当するものには、一九二三年のカルテル令(Kartell Vo)¹、一九三〇年のカルテル緊急令(Kartell Not Vo)²、一九三三年の強制カルテル法(Zwangskartellrecht)³、一九三三年のライヒ食糧団法の第一条、及びその他の強制結合のための法律・命令・指令等々がある。なおその外に、カルテル法や強制カルテル法の枠を越えて、競争法や価格規制法が廃棄されるか否かは、個々の場合の注意深い検討を必要とする。ただ原則的には、競争法や価格法の領域において、拘束力ある規範を発すべき西ドイツ立法者の権限は、カルテル防止法によって制限されていない。^(二四)というる。なお競争制限禁止法も第七章(経過規定及び終結規定)において、古いドイツのカルテル諸法は凡て一九五八年一月一日以降その効力を失う旨規定している(一〇九条)。

(III) 競争制限禁止法(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1957)——右の(II)で述べたカルテル禁止政策とそのため法律は、西ドイツにとっては、敗戦がもたらした超憲法的なものであった。真の意味でドイツのカルテル

禁止法というのは、この競争制限禁止法が最初である。既に所定の紙数を超えているので、競争制限禁止法そのものについての解説は後日に譲る外ない。ただ本稿の論旨との関連で問題になる点だけを二、三拾い書きして、本稿の結末をつけることにしたい。

(1) 今日、ドイツ経済法(学)の最も主要な内容をなす競争制限禁止法の規定は、概ねカルテルについての規制を内容としている〔法の内容・第一章競争制限(第1節カルテル契約及びカルテル決議、第2節その他の契約、第3節市場支配的企業、第4節競争制限行為及び差別行為、第5節競争規則等)、第二章規則違反、第三章官庁(第1節カルテル庁、第2節連邦カルラ庁)、第四章手続、第五章第六省略〕。これまで私は、ドイツ経済法の発展と題して、ドイツにおけるカルテル規制の法の発展を辿ってきたが、結果的には、これまでの考察は凡て競争制限禁止法の前史研究の役割を果すこととなった。そして、これまでの論述において、ドイツでは、カルテル規制の法がいかに経済法の中心部分をなしてきたか、かつ又これからもなすであろうかということが、一応理解されえたのではないかと思う。

(2) ところで、カルテル禁止の政策を行うカルテル規制の主体は何か? それは本法第三章「カルテル庁(四四―四七条)連邦カルテル庁(四八一―五〇条)」が規定しているカルテル庁であると言える。連邦カルテル庁は、審判部(Beschluss-abteilung)と訴願部(Einspruchsabteilung)より成る(四八条2項)。「審判部及び訴願部は一人の審判長、二人の陪審員の出席により成立し、審判長及び陪審員は裁判官又は高級行政官の資格をもたなければならない。審判長は原則として裁判官の資格をもたなければならない(四八条3、4項)。かような法規の構造からみて」連邦カルテル庁は一種の行政委員会的構造をもつ官庁であると言える。

(3) カルテル禁止の原則を謳った同法第一条の適用除外規定として、カルテルが(A)届出によって有効となる場合(九条2項)〔取引条件カルテル(二条)、払戻カルテル(三条)、標準化カルテル(五条)、輸出カルテル(六条2項)等々。但し三

カ月以内にカルテル庁が不認しない場合に限る」と、(B)許可される場合「構造カルテル(四条)、合理化カルテル(五条2項)：…等々」の二つが、既に規定されていることは注目に価する。カルテル禁止の原則も、多くの適用除外の規定や適用除外の特別立法によって例外が一般化するようになる(日本の現状然り)、実際上は、カルテル^{アウフジヒト}監督やカルテル^{レックツング}統制と区別できなくなるであろう。競争制限禁止法が、特別立法や適用除外規定の増加によって実質的に骨抜きにされ、かつてのナチスの戦時統制法に逆戻りしないことを願うものである。

む す び

我国の経済法(学)の分野においては、経済法の理論に関して凡そ三つの有力な学説(経済法即経済統制法と解する説、統制即行政行為として経済(統制)法を行政法の一部と解する説、企業法として経済法と商法を同視する説)があるが、これらの何れの説にも満足できず、私は経済法を『市場「統制」を規制する法』と規定する立場をとった。本稿ではドイツにおけるカルテル法の発展の歴史を考察することによって、私の規定のそれなりの妥当性を論証しようと努力したわけであるが、遺憾ながら意に満たない粗雑な論文になってしまった。幸にして、私の基本的な立場を理解して貰うことができるならば、既成の学説と私の見解との相違も自から明らかになるであろうと思う。今後も経済法(学)の確立のために努力してゆきたいと思うが、それについても、私の経済法の規定は、多くの欠陥や誤謬を包蔵しているのではないかと恐れるものである。

読者の忌憚のない御批判により、私の理論の欠陥なり誤謬なりを出発点において是正することができるならば、これにこした喜びはない。

- (一) E. Huber, a. a. O. S. 323.
- (二) derselbe, a. a. O. S. 323.
- (三) クロスマン・ドエルト著豊崎稔訳・前掲書五九頁参照。
- (四) E. Huber, a. a. O. S. 323.
- (五) derselbe, a. a. O. S. 323.
- (六) K. Münch, *Wirtschaftliche Selbstverwaltung*, 1939. S. 40 ff.
- (七) derselbe, a. a. O. SS. 42. 48.
Glum, *Selbstverwaltung der Wirtschaft*. S. 71.
E. Huber, a. a. O. (Bd 2) SS. 141—140.
- (八) 山田晟「ワイマール共和国以後における社会化の変遷」*国家学会雑誌*六九卷一号六八頁。
- (九) 山田晟・前掲論文七一頁参照。
- (一〇) 山田晟・前掲論文七三頁参照。
- (一一) K. Münch, a. a. O. S. 56.
- (一二) derselbe, a. a. O. S. 56.
- (一三) derselbe, a. a. O. SS. 60—61. 一々例挙すべきかもしれないが余白がないため省く。
- (一四) E. Huber, a. a. O. S. 332.
- (一五) 一八九〇年に *Scherman Antitrust Act.* が制定され、一九一四年には、*Clayton Act.* によって補完された。これらの制定法並びにこれに基づく判例を通して、アメリカの反トラスト法理は展開された。

- (一六) F. Hubr, a. a. O. S. 331.
- (一七) Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, S. 254.
- (一八) (一九) E. Huber, a. a. O. S. 333.
- (二〇) derselbe, a. a. O. S. 335.
- (二一) deeselve, a. a. O. S. 336.
- (二二) derselbe, a. a. O. SS. 337. 338.
- (二三) derselbe, a. a. O. SS. 338. 340.