



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz
Author(s)	和田, 健夫; WADA, Tateo
Citation	北大法学論集, 28(4)29(1), 39-62
Issue Date	1978-08-17
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16252
Type	departmental bulletin paper
File Information	28(4)29(1)_p39-62.pdf



Wolfgang Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz

—— Die Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen
in der Rechtsordnung, 1958 —— (紹介)

和田 健 夫

紹介にあたって

ここに紹介するのは、W・フイケンチャー著「競争と工業所有権—競争制限法の法秩序における位置づけ」(一九五八年)である。

本書が出版された前年の一九五七年は、西ドイツにおいて、競

争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen :

GWB) が、長い論争の末、ようやく日の目をみた年である。

たしかに、でき上った法律は、政府原案とはかなりかけはなれ

たものであった。しかし、カルテルの母国といわれ、長い間カルテルを当然のこととして認めてきたドイツが、戦後一転して、しかも自らの手で、自由競争擁護、カルテル禁止の思想にすらぬかれた法律を通過させたことは画期的なできごとというべきであった。

それだけにそのことがドイツ法学界に与えた影響はかなり大きかったはずである。占領軍によるいわゆるカルテル解体法 (Cartellierungsgesetze) のもとで、はやくからアメリカ反トラスト

法の研究が進められ、反独占、反カルテルの精神がドイツに紹介されて来たといえ、現実には制定されたこの法律は、やはりドイツの伝統的法律学にとっては異質なものであったというべきであろう。そこで当然、ドイツの法律学は一つの課題を背負わざるを得なくなる。その新しい法律は、現在の法秩序のなかにどのよう位置づけられるべきなのかという課題である。

同様の問題は、ドイツとよく似た戦後の歴史をもつ我が国にもあてはまる。それゆえに、まさにこの問題と取り組んだ本書を、ドイツにおける一試論として紹介することは今日においてもなお大いに意義あるものと思われる。著者はもともと民法学者であるが、若くしてアメリカに留学し、アメリカ法の素養を身につけたこともあって、反トラスト法の理論にも造詣が深く、経済理論の競争法への導入が随所にみられる。このことが、彼の著作を今日我々が読んでもなお裨益されることの多いゆえんである。

また、叙述にあたって著者は、過去の学説・判例の流れを入念に整理・検討し、競争法の観点からこれを概観しつつ現在の問題への接近を試みているので、競争制限禁止法の制定時やそれ以前の法状況を知るうえでも、本書は極めて有益である。

(一) 競争法における構造変化

—問題の提起—

一、不正競争法は、一九〇九年の成立以来、絶えざる発展を遂げてきたにもかかわらず、その根本においては、つまり不正競争行為の一般的禁止においては修正をうけなかった。したがって、不正競争法の側からは、競争法に構造変化をもたらすような要因は存在しなかったといつてよい。ただ、競争法のもう一方の構成部分である競争制限法（主としてカルテル法）は変遷を繰り返し、競争法に構造変化をもたらすに至っている。

まず一九二三年のカルテル令 (Kartellverordmung) がある。同令と不正競争法との関係については、たしかに一部の学者が取り上げはしたものの、充分な考察がなされなかった。それはひとつに、カルテル令が経済上の優越的地位の濫用を規制する法であったことによる。経済上の優越的地位の濫用にも、不正競争行為にも、競争制限という効果をもたらす側面があることには、当時のドイツの法律学は明確には気がつかなかったのである。

また、不正競争法が不法行為法の分野から発展してきた法であるのに対し、カルテル令は経済政策的考慮を前提としていたこと

も、兩法を結びつけることの障害となっていたように思われる。

一九三〇年のカルテル緊急令 (Kartellnotverordnung) のもとでは、競争法の基本的な問題について改めて検討する機会があったにもかかわらず、ひきつづく計画経済、戦時経済の時代がそれを不可能にしてしまった。

やがて第二次世界大戦後に至って、カルテル法と不正競争法の関係の問題は、新たな様相を呈することとなった。なかでもそれに大きな影響を与えたのはフライブルグ学派である。

彼らの主張は次のようなものであった。無制限な自由主義は、独占や、競争制限のための結合を生み、やがて自己自身を崩壊させるであろう。経済的自由を守り、さらにこれを促進するためには、独占や結合と闘わなければならない。そしてその任務は国家が負うべきである (いわゆる OROO 自由主義)。

フライブルグ学派が現代競争法に与えた影響は次の三点である。

(i) フライブルグ学派は、経済力の濫用の規制は、力それ自体のゆえになされるのではなく、競争の維持にその本来の目的があることを明らかにした。その結果、競争の維持が法の目的となりうるということが確認されるとともに、競争法の法益の問題に新たな議論

が持ち込まれた。

(ii) 一九二三年のカルテル令制定以来、法律学の関心はもっぱらカルテル概念に集中していた。議論の中心は、常に「カルテルが存在するかどうか」であった。フライブルグ学派は、このようなカルテル概念への偏向は是正すべきであること、最も重要な課題は競争制限を阻止することであることを示した。

(iii) さらにフライブルグ学派は、競争法の新しい問題、すなわち競争法と経済政策の關係に多くの示唆を与えた。ここからたとえば、カルテル法は政策的な法であるのに対し、不正競争法は非政策的—中立的な法であるという命題の定立が可能か、あるいは、兩法を一つにまとめた統一的な競争法が考えられないかという問題が生じた。

戦後の一九四七年、占領軍政府により制定されたいわゆるカルテル解体法 (De Kartellierungsgesetz) は、主に占領国の一つであるアメリカの指導のもとに作成されたもので、自由競争の維持というアメリカ的理念に貫かれていた。しかし、敗戦、占領という歴史的、外的要因のみがドイツにおけるカルテル解体法の継受を可能にしたわけではない。フライブルグ学派の影響のもとに当時ドイツに生まれていた自由競争擁護の思想も同法継受の思想的

基盤となったのである。このような状況下で、アメリカ反トラスト法の比較的研究が次々と現われた。それにより、現代競争法の諸問題は、ますますその解明を必要とされるに至っている。

二、法律の有効性の根拠、および国民生活の指針としてのドイツ憲法の発展が競争法に与えた影響もみのがすことができない。

一九一九年のワイマール憲法は、一方で、所有権の自由、契約の自由、著作権、特許権の保護をみとめながら、他方で、社会化、土地改革などにみられる公共経済的思想を大幅にそのプログラム規定のなかにとり入れていた。このような公共の福祉の強調は、経済的活動の自由の濫用、所有権概念の優位、経済力の濫用等の規制を可能にしていた。したがって、経済力の濫用を規制する一九二三年のカルテル令が、ワイマール憲法上合憲であったのと同じく、競争制限的協定を原則的に禁止することも憲法上許されたはずである。

一九四九年のボン基本法は、たしかに、ワイマール憲法よりも自由主義的傾向が強く現れている。しかし、自由に対する社会的拘束も基本法の重要な理念であることに注意しなければならぬ。たとえば、基本法二条一項、一四条二項、七四条一六号などがそうである。

三、また近年増大しつつあるといわれる国家の経済領域への介入も、競争法に影響を及ぼしていることは明らかである。なぜなら、独占やカルテルと闘うことを目指す制度のもとでは、国家は必要な限り、もちろん無制限にはないが、介入の方向をとることになるからである。

四、以上のような、競争法がここ数十年間に受けてきた諸影響の結果として、我々は次の二つの問題を提起することができ

る。

まず第一に一般的競争法の解明、すなわち不正競争法と競争制限法の関係についての考察である。第二に、一般的競争法と工業所有権法の関係についての考察である。不正競争法と工業所有権法の関係については従来かなり議論されてきたが、詳細な点については解明されていない部分が多い。さらに競争制限法の出現によって、同法と工業所有権法の関係という新たな問題が生じている(以上、本文第一章)。

(二) 概念と評価

提起された問題の解決にかかる前に、競争法において重要と思われる諸概念をとり上げて検討を加え、次にその評価を試みる。

その最終的なねらいは、一般的競争法、すなわち不正競争法と競争制限法の上位に、(一般的)競争法という概念を定立することに
ある。

一、競争の概念 競争の法的概念は、不正競争法と競争制限法において、それぞれ別個に発展してきた。二つの競争概念は相互に他を考慮しなかった。学説もこの二つの競争概念をみとめている。

不正競争法の競争概念は、不正競争禁止法(UWG)一条の規定から導かれる。同条は次のように規定されている。「業務上の取引において、競争の目的で善良の風俗に反する行為をする者に対しては、不作為および損害賠償を請求することができる。」

ここで「行為(Handlung)」という概念は、民法上の不法行為概念と同じである。そしてこの行為は、「競争の目的で」という要件と結びついている。この点についてライヒ裁判所は、「業務上の取引における行為によって、自己の販売を増進し、あるいは他人を妨害し、もしくは同業者の犠牲において自己の顧客層の拡大を図る場合には、その行為は競争の目的を果たしているといえる。」と述べている。

裁判所は正当にも、競争が、限定的にのみ処分可能な、つまり

多数の競争者のうちの限られた者しか獲得できない商品や役務に
関するものである、という経済的競争の根本原則を正しく把握し、それを不正競争法の競争概念の基礎に置いているのである。

これに対し、「業務上の取引」、「顧客」および「営業」などのメ
ルクマールは、競争の概念にとって特に重要な意味をもたない。

ただし、ライヒ裁判所による競争概念は次のような欠点をも
つ。(i)販売を対象としている限りで、買手間競争が考慮されて
いない。(ii)競争するためには競争者が相互に独立して行動するこ
とが必要だが、この点が裁判所の定義では不明確である。(iii)競争
の手段を示すことを放棄しており、自己の販売の増進や他人の販
売の妨害がどのようにしてなされるかが明らかでない。

競争制限法における競争概念は別の道を歩んだ。古いカルテル
法の文献は競争概念について全く議論していない。一九三三年に
F・ベームがカルテル法に経済理論的基礎を与えることを試みて
以来、はじめて競争概念が法的な考察の対象となった。彼は古典
的国民経済学の立場から、競争とは、競争者が市場に対し何ら影
響力をもたないことであると定義した。

この完全競争的なベームの競争概念は、基本的には、多くの人
々の支持を受けた。競争制限禁止法(GWB)の草案にもその影

料 響のあとがみられる。同法の草案についての政府理由書は、市場

資 では本質的には左右できないほどの多数でなければならぬと述

べている。

しかしながら、これまで多くの人々に受け容れられてきた競争制限法における競争概念には、重大な欠陥があると思われる。それは何よりも、ことばの通常の意味に合致しない。なぜなら、もし競争者たちが、相互に影響を与えていなければ、彼らは自分たちが競争関係にあることを否定するだろうからである。むしろ競争は、競争者が自己の行動を通じて他の競争者の行動に影響を与えるところに存在するのである。経済学では、これは「少数者間の独占的競争」、あるいは、「異質的寡占」と呼ばれている。

GWBは特定の競争概念を支持していない。したがって、現実には合致する「少数者間の独占的競争」という経済学上の概念を考察の基礎とすることが許されるだろう。

かくして、競争制限法の法的な競争概念は次のように定義される。「経済的成果において、客観的に相互に影響しあっている売り手、あるいは買い手（つまり競争者）が、できる限り有利な取引条件を約束することによって、第三者（顧客）と取引を締結し

ようと自主的に努力すること」と。

そこで、不正競争法の競争概念に立ち返ってみるならば、両法における競争概念は、根本において異なることが明らかである。ライイ裁判所は、同業者の犠牲の上に自己の顧客層を拡大することに行為の競争的性格をみとめたが、これは先に述べた「少数者間の独占的競争」という市場形態に他ならない。

すべての競争者は市場影響力をもつ。顧客による選択は、ある競争者に販売のチャンスを与えるが、他の競争者からはそれを奪う。この点が顧慮されていれば、不正競争法の競争概念の欠点は決定的なものとはならない。重要なことは、不正競争法と競争制限法が同じ競争概念を用いているということである。ここに、統一的な競争法の想定を可能にする根拠の一つがある。

二、競争制限の概念

競争制限は競争概念の単なる否定である。競争制限の概念を過去の文献に求めることは不可能である。

競争概念すら論議しなかった二〇年代の文献はもちろんのこと、F・ベームですら、独占を完全競争の否定と理解はしていたものの、競争制限の概念は知らなかった。F・ベームの競争概念を支持した学者も、競争制限の概念にまでには立ち入らなかつた。

競争制限の概念の定義は、競争の概念から出発しなければなら

ない。繰り返しになるが、競争とは、経済成果において相互に影響しあう競争者が、できる限り有利な取引条件を約束することによって顧客と取引引きを結ぼうと自主的に努力することであった。この定義には、競争の目的と手段が含まれている。競争の目的とは、可能な限り有利な取引条件を提供すること、すなわち、その時々々の最もすぐれた技術的、経済的状况にしたがった商品や役務を大衆に提供することである。競争の手段とは、顧客と取引を結ぼうとする競争者の自主的努力である。

目的は公共的なものであり、手段は私的なものである。公共的な目的は個人の福祉のためにある。逆に競争者の利益の追求は公共の福祉に役立つ。

競争制限は、競争のこの二つの要素と関連する。まず、競争者の自主的な努力（競争の手段）が排除される場合には、市場における競争者の数はより少なくなり、顧客の選択はよりせまめられる。ここでは競争は形式的方法により制限されている。すなわち、この場合の競争制限は「形式的競争制限」である。

さらに、このような形式的競争制限を通じて、可能な限り有利な取引条件を大衆に提供すること（競争の目的）が阻害される場合には、競争は実質的に制限される。これは「実質的競争制限」

である。いいかえれば「市場支配」である。

しかし、形式的競争制限が常に実質的競争制限をもたらすとは限らない。形式的競争制限に参加している事業者の数が少ないために実質的競争制限に至らない場合もあるし、逆に工業規格による製品の統一化のように、取引条件の提供を促進する効果を持つ場合もある。

三、カルテルの概念　カルテルの概念は、過去のカルテル法の文献において最も重要な概念とされ、多くの研究者により定義づけが試みられてきた。従来ほどではないにせよ、今日でも重要な概念の一つであることに変わりはない。

カルテルとは、競争者が特定の分野において相互に競争しないことを取り決めることである。前に述べた形式的競争制限と実質的競争制限の区別からすると、カルテルは形式的競争制限である。しかし、カルテルはさらに「措置による競争制限 (Wettbewerbsbeschränkungen durch Maßnahmen)」である。ここで「措置」は「行為 (Handlung)」と区別するためである。なぜなら、競争制限の状態（たとえば市場支配的地位）の利用もやはり行為には変わりないからである。この場合には、「状態による競争制限

料 (Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand)」と呼ばれる。

措置による競争制限における措置は、競争制限そのものに向けられておるのに対し、状態による競争制限は、性質上当然に、あるいは偶然に生じることが多い。したがって前者には原則的禁止主義が、後者には濫用規制主義が最もふさわしい。

措置による競争制限も、状態による競争制限も、形式的競争制限である。なぜなら措置や状態の性質からは、競争を実質的に制限するような内容は何も明らかにならないからである。

カルテル概念についてももう少し立ち入って考えてみよう。まずカルテル類似の現象がある。たとえば、計画された斉一的行動（意識的平行行為・協調的行動）、公開価格制度、プライスリーダーシップ、価格勧奨、紳士協定などである。これらがアメリカ反トラスト法やカルテル解法のもとで禁止されるためには、事業者が、一致した行動をすることについて合意していることが必要である。つまり措置による競争制限でなければならない。ただし、合意が契約にまで至る必要はないとされる。これに対し、合意がなく、結果的に行動が一致したにすぎない場合には、それは状態による競争制限である。

さらに、同じ取引段階にある事業者が共同の措置をとる場合、

我々はこれを「水平的競争制限」と呼ぶことができる。カルテルはこの一種である。これに対し、取引段階の異なる事業間での共同の措置は「垂直的競争制限」ということになる。

以上のことをふまえて、カルテル概念は次のように定義される。「多数の競争者が、経済計画の設定にあたり、独立の意思形成の除去を通じて、競争を共同して制限することを相互に義務づけあう措置による形式的競争制限」と。

四、市場支配の概念 市場支配（実質的競争制限）は、「形式的競争制限が顧客のもつ自由な選択を制限することによって、可能な限り有利な取引条件の提供を阻害する場合に存在する。」市場支配とは、競争に必要な程度を越えた市場影響力の拡大であり、単独又は複数の事業者が、他の事業者の取引活動から大幅に独立していることを意味する。

しかし、競争者の単なる市場影響力と、高度な市場影響力、あるいは市場支配とを量的に測定して区別することは経済理論上不可能である。したがって、何が市場支配にあたるかについての法的判断が必要である。これは個別具体的な事例ごとに裁判官が判断するほかはない。

一般的には次のことが言えるであろう。まず、「市場」が確定

され、次にその「支配」が認定されなければならない。市場は、商品、地域、時間の三つの要素にしたがって確定される。支配の認定の際には、単独あるいは複数の当該事業者は、自己の計画を立てるにあたり、どの程度他の事業者の行動に依拠しているかが判断されなければならない。その程度に応じて市場支配は決定されるであろう。

以上で、諸概念の説明を終え、次にその評価に移る。競争法において法的非難の対象となるのは、不正競争法の場合には不正競争であり、競争制限法の場合には市場支配である。これらが法的に許されないこと無価値判断 (Unwerturteil) は、一体どこから引き出されるのか、またそれはなぜか。

五、無価値判断の対象と基礎 (1) 市場支配の無価値判断の対象は、実質的競争制限Ⅱ競争の構成要素 (競争の目的) の否定であり、これについてはすでに説明済みである。

市場支配の無価値判断の基礎は何か。無価値判断はいかなる規範領域から引き出されるのか。

法律の領域では憲法がある。たとえば基本法二条一項は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序又は道徳律に反しない限りで、各人に人格の自由な発展を目的とする権利を基本権として認

めている。

このことは、競争との関連でいえば、個々の競争者は、他人の権利および憲法的秩序又は道徳律に反しない限りで、その市場影響力を拡大することができることを意味する。しかし同時に、顧客も、同じ限定のもとで、できるだけ多くの選択の可能性を持つことによつて、自由な発展の権利を享受できることを意味する。ところが、競争者の市場影響力が増大するにつれて、顧客の発展の自由はせばめられる。ここに、競争者の競争の自由と顧客の競争の自由の、基本権どうしの抵触が起こる。

このような基本権の抵触は他にも考えられる。たとえばカルテルは、「社団および組合」として基本法九条一項による結社の自由を享受できるが、同時に二条一項の自由な発展の権利から派生する契約の自由の保護をうける。ところが、カルテル形成という私たちでの契約の自由の行使は、カルテルが形式的競争制限なので、顧客の競争の自由を制限する。その結果、競争者の契約の自由と顧客の競争の自由との抵触が起こる。また独占が所有権の行使という形をとる限りで、所有権と競争の自由との抵触が起こる。

憲法の立場からみた市場支配の問題は、右のような基本権の抵

料 触に對し基本法がいかなる態度をとっているかということにあらる。

資

基本権が抵觸するという思想は比較的新しい。この場合問題は、對立する権利の比較衡量によつてのみ解決される。刑法などと同じく、憲法も一定の価値を信奉しており、なんらかの方法でそれが守られることを望んでいる。

原則は、憲法上保障された自由の行使が、決して憲法上保障された他人の自由を侵害してはならないことである。基本法一九条二項も、いかなる場合にも基本権の本質的内容が侵害されてはならないと規定している。

この原則にもとづけば、基本権の抵觸の問題について、次の結論を引き出すことができる。(i)競争者の競争の自由は、顧客の競争の自由がもはや存在しえなくなるほどに行使されてはならない (おおよびその逆)、(ii)競争者の契約の自由は、顧客の競争の自由がもはや存在しえなくなるほどに行使されてはならない、(iii)所有権の行使は、そのために他の競争者、もしくは顧客の競争の自由が完全に失なわれる場合には許されない。

市場支配の無価値判断について、基本法からこれ以上のことを引き出すことはできない。この意味で、基本法は一つの法的枠組

を定めているにすぎない。また、基本法は市場形態論のいうような特定の経済秩序を定めているのではない。ここでも基本法から導かれるのは経済秩序の枠組にすぎなく、立法者は、その枠内で、その時代の経済、科学、技術に合わせて個別的調整をすることができるのである。したがって、競争制限に関する具体的な法律制定は、この枠組のなかで、連邦とラントの立法府に任せられているのである。

法律の分野では、憲法のほかに市場支配の無価値判断の基礎となりうるものは存在しない。しかし法律以外の分野では、経済政策が重要な役割を果たすであろう。なぜなら、競争制限に関する法は、一国の経済政策の影響を強く受けるからである。特に最近のドイツにおいては、フライブルグ学派をはじめとして経済学者のなかに自由競争を維持し、独占や市場支配を阻止すべしという声が高まりつつあるが、市場支配の法的判断に頭をいためる法律家にとつても、それを無視することはできないであろう。

(2)不正競争の概念は、競争概念の単なる否定にすぎない競争制限とは異なり、競争概念と、「善良の風俗 (gute Sitten)」違反という市民法上の概念とが結びついたものである。不正競争法においては、競争とならんで、独立した一つの価値である善良の風俗

が保護される。したがって、不正競争に関する無価値判断の対象は、善良の風俗ということになる。しかし同時にそれは無価値判断の基礎でもある。このように、善良の風俗は不正競争のなかで二つの役割を果たしているのである。

善良の風俗が無価値判断の対象であるということは、民法の概念を競争法に導入することを意味する。その結果、この二つの善良の風俗概念の関係について、見解が対立するに至った。しかし両者を異なったものとみなすべき理由はなく、同一の概念とみるべきである。

不正競争の無価値判断が善良の風俗から引き出されるのなら、その具体的内容が明らかにされなければならない。二つの解釈が考えられる。一つは、善良の風俗を「慣習 (Sitten)」、すなわち、特定の民族にみられる没価値的な一般的習慣とみなす立場である。他の一つは、倫理的な当為という意味での「醇風美俗 (Sittlichkeit)」であるとす立場である。後者の立場が有力であり、判例や民法草案の理由書も同じ立場をとる。後者が正当である。さらに、倫理的な当為という以上、それがいかなる集団において通用しているかが問題となる。集団の範囲をどこにとるべきか。ここでも見解が対立しているが、市場の両サイドにおけるす

べての参加者（競争者と顧客）を含む集団を考えるのが妥当である。

六、無価値判断の實質的根拠——成果原則 (Leistungsprinzip)——不正競争法においては早くから、E・ウルマーやH・C・ニッパードイの研究により、「成果競争 (Leistungs Wettbewerb)」の原則が打ち出され、不正競争はこの原則に反するが故に許されないという見解が今や確立している。

この見解は正当である。成果の原則は、可能な限り、有利な取引条件を提供することによって顧客と取引を締結しようとする競争者の自主的努力、という競争の定義から必然的に導かれる。つまり、このような競争者の努力の結果、顧客は最も有利な選択をすることが可能となる。このプロセスが成果の原則に他ならない。

市場支配についてはどうか。ここでもやはり成果原則は妥当とする。市場支配が非難されるゆえんは、市場支配を可能にする強力な市場影響力から生じる利益にある。このような利益を持つ者、あるいは単独もしくは共同でそれを獲得する者は、できる限り有利な取引条件を提供することなく、取引を確保できる。彼らは、自己の成果にもとづかない、力による優位を保持する。

したがって、市場支配と不正競争に関する無価値判断は、同一

料の原則、つまり成果の原則にもとづいてゐるということができ
る。このことは、一般的競争法の想定を正当化するもう一つの根
拠である(以上、本文第二章、第三章)。

(三) 学説の発展

提起された問題の解決にあたっては、次の点を留意すべきであ
る。競争の秩序全体にあてはまる法律上の原則は存在するか。存
在するとすれば、その全体像のなかに個々の法律、つまり不正競
争法、競争制限法、工業所有権法はどのように組み入れられるの
か。

まず、学説の発展史を概観してみよう。

一、競争法に関する発展は、ドイツにおいては普通法時代に始
まった。一八六九年のライヒ営業令(Gewerbeordnung)はツ
フト強制を撤廃し、その結果、広く営業の自由が認められるに至
った。そしてこの営業の自由を通じて、競争に関しては、ライヒ
の特別法により禁止されていない限り、いかなる競争手段を用い
ることも許されるとみなされていた。

やがて、一八九六年に最初の不正競争禁止法が制定されたが、
同法は、競争における不正行為の禁止に関する一般条項をまだ持

っていないかった。したがって、不正競争法も、営業の原則的自由
を例外的に禁止する特別法でしかなかった。

このような営業の自由を工業所有権法によって制限すること
は、当初は困難なように思われた。しかし時がたつにつれ、経済
発展を実現するためには、人の技術的、精神的、および芸術的成
果を法的に保護することが必要であるという思想が強まり、工業
所有権法が次々に整備されるに至った。この作業は、ほぼ、前
世紀の終りから今世紀の初頭の間に完了した。

工業所有権法は、本来は営業の自由に対する制限として出発し
た。しかし、法律学はこのことを全く忘れて、もっぱら工業所有
権法の保護対象と本質の解明にのみ力を注いだのである。そのた
めの一般的基礎として、J・コーラーは「無体財産権」という概
念を考え出した。彼の無体財産権説に、人格権説が対立した。

工業所有権の本質をめぐる無体財産権説と人格権説のこの対立
は、個々の権利ごとに異なった様相を帯びていた。特許権、商標
権、意匠権の場合には無体財産権説が、著作権の場合には人格権
説が有力であった。

コーラーの無体財産権説は、工業所有権法の営業の自由と競争
法との関係から人々の目を遠ざけたという意味で、ドイツ学説の

方向に決定的な影響を与えた。かかる方向が転換するのをみるのは第二次大戦後である。

個別的列挙主義をとり、若干の不正競争行為を規制するに止まっていた一八九六年の不正競争禁止法は、やがて現実に適さないことがわかり、これに代えて、旧法を拡大するかたちで、一九〇九年に現行不正競争禁止法が制定された。新法は、第一条において、不正競争行為を禁止する一般条項を備えている。

新法の制定により、まず民法と不正競争禁止法との間に緊張関係が生じ、両法の関係を明らかにしなければならなくなった。しかしこの問題は今日に至るまで充分には解明されていない。ただ不正行為により侵害された場合には、民法と不正競争禁止法にもとづく請求権が競合することについては争いがない。

次に不正競争禁止法の保護法益をめぐって論争が起ったが、これも未だ決着をみていない。しかも、この議論のなかに、すでにその当時、工業所有権法に深く浸透していた無体財産権と人格権の対立が持ち込まれたのである。つまり不正競争禁止法が保護しているのは、人格権か、それとも無体財産権か、というわけである。

この論争は、それぞれの側に多くの論者が立ち、活発に展開さ

れたが、E・ウルマーやその他の少数の者はその意義を認めていない。彼は、不正競争禁止法においては、個々の競争者だけでなく、競争が公正であることによって利益をうける一般大衆や消費者も保護されるのだから、この論争は意味がないと主張した。

彼のこの指摘は非常に重要であり、競争法のその後の発展に、さらには本書で提起された問題の解決に新しい視点を与えている。我々の議論の出発点は、不正競争法と、競争に関するその他の法律との関係の追求にある。不正競争禁止法の保護法益はそこから明らかになるはずである。

二、今度は、カルテル法（競争制限法）に視点をあてて、発展を概観してみよう。同法の発展はだいたい四つの時期に分かれる。ただしこれは単なる時間的区分ではなく、学説や判例の系譜にしたがった区分であるので、時間的には一部重複する。

発展の第一期は、バイエルン最高裁判所による先例的判決が下された一八八八年から、カルテル令が制定される一九二三年までである。この時期は、裁判所が、営業の自由と善良の風俗という一般原則以外の何の手がかりも持たずに、カルテルやこれと類似の現象と取り組まなければならなかった時代である。

先例となった一八八八年の判決では、れんが業界の価格および

条件カルテルが、善良の風俗に反し、営業の自由を定めた営業令一条一項、および一〇条に違反するかどうかが争われた。裁判所は、斜陽化した産業をカルテルによって立て直すことは何ら善良の風俗に反せず、営業令のもとでは価格を協定によって定めることは可能であるし、かかる協定価格も暴利とはいえないから営業令には反しない、と判示した。

この判決は、後のライヒ裁判所の一連の判決に決定的な影響を与え、その結果、カルテル令制定に至るまで、ドイツにおいて、営業活動の制限のためのあらゆる合意や協定は広く認められることとなったのである。

この時期の学説のなかで特に重要なものは、R・リーフマン、ケストナー、およびJ・フレヒトハイムの学説である。彼らは、カルテルは企業家的政策の有効な手段として法的にも許されるべきであるという立場に立っていたが、当時すでに整備されていた工業所有権法との関係には全く注意を払わなかった。とはいえ、彼らのカルテル研究は、続く第二期におけるカルテル法学に大きな影響を及ぼしたのである。

第一期は、簡単に言えば、カルテルによる営業の自由への侵略の時代である。ここで培われたカルテルの原則的許容性の基調は

第二次大戦後まで変わることなく、典型的なカルテル国家としての基盤は、すでに第一期において造られていたのである。

第二期は、一九二三年から一九四五年までである。この時期はカルテル令のもとで学説や判例が集積された時代である。

カルテル令は、本来は、カルテルやその他の形態による経済上の優越的地位の濫用の規制を目的としていた。しかし同令は、カルテルが許可される要件を定めていたために、逆にカルテルを促進する役割を果たすことになり、やがてカルテルの一大ブームをもたらした。

かかる状況のもとにあつて、学説は、許容されるべきカルテルを発見するために、カルテルの法形態の追求に没頭した。この努力のなかから、カルテルは民法上の組合契約、あるいは組合類似の契約であるという支配的見解が確立した。しかし、当時すでに制定されていた不正競争禁止法との関係についてはほとんど論ぜられなかった。

判例についても全く同様である。カルテル令により設置されたカルテル裁判所は、支配的見解を受け入れて、組合契約および組合類似の契約だけが、カルテル令一条の適用をうけるという立場をとった。

ライヒ裁判所は、カルテル令制定以前においてすでに、カルテルの本質は組合契約であることを確認していたが、同令制定後もその見解を変更しなかった。

要するにこの時期は、カルテル法の組合法への依存の時期と呼ぶことができよう。

第三期は、一九三二年から現在まで続く。この時期には、経済危機、およびこれと結びついた新経済秩序思想と関連して、法発展に新しい動きが起こった。それは、カルテル法と不正競争法の体系的なつながりの追求である。

一九三二年に発表した著書のなかで、E・ウルマーは、カルテル法と不正競争法の体系化の問題を提起した。そこにおいて彼は、「意味のつながり (Sinnzusammenhang)」、とか、「現代競争法」とかのことを用い、カルテル法と不正競争法の上位にある競争法を想定することが可能であると考へた。しかし残念ながら、問題の設定のみに止まって、その充分な回答は与えられなかった。

この問題に積極的に取り組んだ最初の人は、R・カルマンである。彼は一九三四年に発表した著書のなかで、不正競争法は個々の競争者を保護し、カルテル法はすべての市場参加者、さらには全国民の総合経済を保護すると述べた。しかしながら、ウルマー

的な現代競争法の問題については、両法の保護対象の差が余りにも大きすぎることを理由に、否定的態度をとった。

不正競争法を「個人保護」とみなし、カルテル法を「公共の福祉の保護」とみて、両法を明確に対置させるこの新しい見解は、カルテル法が組合法に依存していた状況のもとでは、少数説に過ぎなかったが、戦後に受けつがれると、カルテル解体法のもとで、支配的見解の地位を獲得するに至る。たとえば、H・ヴェルディングは、アメリカとドイツの競争制限法の比較にもとづいて、不正競争法は競争者の個人的権利を保護するのに対し、カルテル法は市場経済制度における競争を保護することにあると述べている。一九五四年には、連邦最高裁もヴェルディングの見解を支持するに至っている。

第三期は、組合法との結びつきを弱めたカルテル法と不正競争法の対置の時代である。

第四期は、カルテル解体法の制定された一九四七年より現在までである。この時期は、ウルマーの問題（上位の競争法の設定）を基礎にして、競争制限法の出発点を、経済政策上の制度保護ではなく、憲法により保護された個人の人格の自由な発展に求めようとする何人かの学者の努力によって特徴づけられる。この流

料
れは、第三期で説明した今日の支配的見解と時間的には一部パラ

レルに展開している。

資
すでに三〇年代ごろから、不正競争法は、個々の競争者だけで

なく、一般大衆や消費者をも保護するという主張がなされていた。この傾向の最後に位置するのが、W・ヘフアーメールで、彼は、不正競争法の保護対象は、競争者の人格やその他の権利ではなく、競争が公正であることについて競争者や一般大衆がもつ利益であると述べている。ここでは、いわば不正競争法の客観化 (Objektivierung) が生じている。

これに対し、競争制限法では主観化 (Subjektivierung) が起っている。これが第四期の特徴である。主観化は二つの方向において現われた。

まず、H・C・ニッバーダイ、W・ミュラー、およびF・ベームなどは、カルテル法発展の出発点に立ち返り、競争制限法を営業の自由との関連で理解しようとする。彼らは、営業の自由は憲法上保障された基本権であり、競争制限法はこの営業の自由を保護する法であるという。基本権に對私人的効果が認められる限りで、これを競争制限法の主観化といふことができる。主観化のこの方向を、憲法との関係を考慮して、競争制限法の「憲法化

(Konstitutionalisierung)」と呼ぶ。

次に主観化は、競争制限法に反する行為によって損害をこうむった者に、民法上の損害賠償請求権が認められるか、という問題を通じて起った。この問題を肯定する者は、その理由として、競争制限法が最終的に保護するのは競争という制度ではなく、個人 (競争者、顧客) であることを挙げる。また、損害賠償請求権の問題を別にしても、競争制限法は、同法が、個人に對し競争制限的な行為を禁止している限りで、個人を保護しているという主張もなされている。主観化のこの方向を、競争制限法の「個人化 (Individualisierung)」と呼ぶことにする。

以上、今日までの学説の発展を概観した限りでは、三つの法分野の関係は未だ充分明らかにされていない。まず、競争制限法の保護対象の問題がある。しかし我々はここで、競争制限法が制度としての競争を保護しているという見解には賛成できないことを確認すべきである。それならば、逆に客観化の傾向にある不正競争法との関係はどうなるのか。さらに工業所有権法との関係は。それは次の問題である (以上、本文第四章)。

(四) 問題の解決—基礎

—人格保護の二面性—

一、法律生活における人格は、いわゆる一般的行为の自由にもとづく侵害に対し、除々にその保護領域を拡大してきた。我々は、契約法や不法行為法だけによる保護から始めて、工業所有権法、不正競争禁止法、企業権および一般的人格権等による保護に至る、この一〇〇年の時間の流れのなかに、人格保護の拡大の歴史をみる事ができる。

しかしながら、これまでの発展は、人格保護の一側面しか示していない。そこでは、既得の価値を外からの攻撃から守ることにのみ重点が置かれていた。しかるに、このような、既得の価値に対する支配の保護 (Haben の保護) とならんで、人格の自由な発展や、もろもろの価値の交換と獲得への参加の可能性の保護 (Erwerben Können の保護) も、法における人格保護の重要なもう一つの側面である。法における人格保護は、この二つの側面により構成されていることを認識すべきである (人格保護の二面性)。このことはもちろん経済的分野 \parallel 競争的分野においても妥当する。

しかしながら、この両側面は相互に一律背反的な関係にある。なぜなら、ある者の自由な発展の可能性は、他人の支配領域を犠牲にした自己の支配領域の拡大を伴うからである。ここに競争法、および同法と他の法律との関係の理解のための出発点がある。

以下においては、競争における既得財産の保護には「個別的権利の保護」、競争における発展の自由には「経済的活動の自由」ということばを用いることにする。

いわゆる一般的人格権を肯定する人々は、そのなかには当然、経済的活動の自由も含まれると考えている。しかし彼らは、経済活動の自由を、他人からの侵害を排除できる権利として理解しているようである。そうだとすれば、本質的に他人の自由な発展を制限せざるをえない競争行為はすべて権利侵害となるであろう。

そうではなく、経済活動の自由とは、他人の経済活動の自由を侵害しつつ、自ら行動できる自由なのである。要するに、従来主張されてきた一般的人格権のもとでは、人格保護のもつ二面性は十分に認識されていなかった。

人格保護の二つの内容は、基本法二条一項のなかに基本権とし

料　て盛り込まれている。同項は、各人が他人の権利を侵害しない限り、その人格の自由な発展を求める権利を有することを定めている。本来「他人の権利」と「人格の自由な発展の権利」は異なった性質をもつ。前者は、人格の及ぶ支配領域を決定する固定的な法律関係であるのに対し、後者は自由な発展の権利の枠内において、他人の自由な発展を妨害することのできる権利である。ただし、その発展が「他人の権利」を侵害することは許されないのである。

ここでの文脈から言えば、「人格の自由な発展の権利」とは「経済活動の自由」であり、「他人の権利」とは「保護された個別的权利」に他ならない。

二、以上の原則にもとづいて、問題の三つの法律がどのように位置づけられるかを次に考えてみよう。

もう一度繰り返すと、競争における人格保護は、個別的权利の保護と経済活動の保護という相互に背反する課題を通じて達成される。

個別的权利保護を果たすのが、工業所有権法であり、時には民法である。

これに対し、経済活動の自由を保護するのが一般的競争法であ

る。すなわち一般的競争法の法益は経済活動の自由である。しかし、この法益は上位の法益で、さらに二つに分かれる。つまり、競争の自由と競争の公正である。したがって一般的競争法の法益は、競争の自由と競争の公正であると言ひ換えることもできる。ただ両者は主観的権利を引き出すための根拠となる法益としては理解しにくいので、それが可能な経済的活動という上位の法益に包括されているのである。

競争の自由は主として競争制限法によって、また時には、不正競争法により保護される。競争の公正の保護はもっぱら不正競争法の役割である。

経済活動の自由は、なぜ競争の自由と競争の公正の両側面から保護されねばならないのか。

それは経済的領域における人格の自由な発展が、二つの側面から脅かされるからである。つまり、自由そのものの排除と、自由な発展のための手段の不平等な配分とによってである。自由な発展の排除は、この発展を全面的に、あるいは部分的に停止させる。競争手段の不平等な配分は、多くの人々の均衡のとれた発展に必要な平等な競争条件を阻害する。それゆえに競争の自由と、競争の公正という二つの法益を必要とするのである。

このように、不正競争法の客観化や競争制限法の憲法化、個人化は、個々人のために、経済的競争を不自由や不公正から保護する一般的競争法を生み出すに至ったのである。

三、最後に競争制限法の一般的性格について述べる。措置による競争制限や状態による競争制限、および状態による競争制限における利用行為についての説明から明らかなように、競争制限法は、法の立場からみて重要な「行為(Handlung)」が中心となる法分野である。競争制限は、法の世界においては、許されるか禁止されるかのどちらかの行為として現われ、契約や意思表示の概念とは間接的に結びつくにすぎない。不正競争法と同じく、競争制限法も不法行為法の特別領域である。

このことは、カルテル解体法についてもあてはまる。これに対し、カルテル令のもとでは、カルテル法！これも競争制限法と呼ばれたが―は契約法の一つ、とくに組合法の特別領域であると考えられていた。

競争制限禁止法(GWB)についてはどうか。同法もやはり、カルテル解体法と同じ道歩んでいる。GWB第一節(カルテル契約)、第二節(その他の契約)では、契約というところをまとめた競争制限的な行為の規制が中心で、契約の形式は背後に引き

下っている。第三節と第四節は純粹な行為の規制である。

次に、今後、企業集中が増大するにつれて重要となると思われるポイントを一つ指摘しておく。それは競争法と行政介入との関係である。

たとえば、不正競争禁止法(DWG)は、七〇九条による売りさらえの規制の場合に、GWBは事業者の結合の場合に、それぞれ行政介入を許している。これらの規定は、そのめざすところにおいて、行為の許可や禁止を越えている。なぜならDWGの目的は売りさらえ行為の規制にあるのではなく、売りさらえそのものの規制にあるからである。また、GWBにとっても、個々の結合行為の許可や取消が問題ではなく、むしろ結合した産業に対する干渉を意図しているからである。

このように、競争法のなかには、私法的理解ではアプローチできない事象があり、今後さらに増大するであろう。その場合には、競争法に公法的性格をみとめる必要が生ずるであろう(以上、本文第五章)。

(五) 問題の解決

―法律間の競合と抵触―

人格保護の二面性の理論によって描かれた、三つの法律の相互

関係をもとにして、具体的にこれらの法律が交錯する場合を検討する。それには二種類がある。すなわち、競合と抵触である。競合の場合には理論的な方法によって解決できる（重複、選択、排他、補充の、いずれかの関係）。抵触の場合には、相互に対立する法益の衡量によって解決すべきである。

人格保護の二面性理論により描かれた図式から、次のような競合と抵触の可能性が導かれる。まず競合については、(i)競争の自由と競争の公正の競合、(ii)工業所有権と競争の公正の競合、である。抵触については、(iii)競争の自由と工業所有権の抵触、(iv)競争の公正と工業所有権の抵触、(v)競争の自由と競争の公正の抵触、である。以下検討する。

(i)競争の自由と競争の公正の競合 不正競争行為が競争制限をもたらす場合、これを禁止することは競争の公正のみならず、競争の自由をも保護することを意味する。その限りで、競争の自由と、不正競争の禁止は競合する。

かかる場合の代表例を挙げるとすれば、ポイコット、差別、価格ダンピングであろう。ポイコットやダンピングは、従来は、もっぱら不正競争法によって、善良の風俗違反の観点のもとに取り扱われてきた。それによると、これらの行為は原則としてゆるさ

れ、ただその目的や手段、およびその他の状況を総合的に判断した結果、善良の風俗に反することが認められる場合にのみ禁止された。

しかし、ポイコットやダンピングは、競争制限法の観点から把握できる場合がある。ポイコットの競合、それは、本来取引を通じて得るべきはずの利益を、行為者が協力して人為的に獲得することに求められる。価格ダンピングの場合には、その行為が、競争制限のための経済上の優越的地位の利用に該当するかどうかで決まるであろう。

差別については、差別それ自体は、不正競争法も競争制限法も規制の対象とはしてこなかったが、今後は両法の観点から問題とされるべきである。ただし、それは主に競争制限法の分野に属する。

右に挙げた事例において、行為が、不正競争法と競争制限法のいずれの要件をも満たす場合には、両法は重複して適用される。

(ii)工業所有権と競争の公正の競合 不正競争行為が、工業所有権法上保護されている諸権利に対してなされる場合、かかる行為を禁止することは、結果的にこれらの権利を保護していることにもなる。ここに競合の可能性が生ずる。

この場合には、工業所有権における、標識保護（商標、商号など）と成果保護（特許、意匠、実用新案など）とに分けて考察すべきである。

標識保護の場合には、工業所有権による保護と不正競争禁止法（UWG）一六条によるそれとは重複関係に立つ。また標識に対し不正競争行為がなされる場合には、それぞれの保護法とUWG一条が重複して適用される。

成果保護の場合には事情が異なる。工業所有権法は、保護法益に沈澱している創造的、企業家的成果を所有として保護することに對し、不正競争法は、成果に対する不正競争行為を禁止することによって成果保護を達成する。したがって成果保護は、本来個々の保護法によってなされるべきであり不正競争法の介入する余地はない。ここには排他的関係が存在する。しかしながら、工業所有権法は、厳格な要件で運用されているので、当然保護されるべき成果であるのに同法の保護をうけられない場合もありうる。そのため、不正競争禁止法一条という一般条項の適用も考えられるべきである。したがって、排他性の原則に加えて、補充の原則も導入されてよい。

(iii) 競争の自由と工業所有権の抵触　ここでは、工業所有権の

競争の分野における機能との関連で二つの問題が提起される。

最初の問題は、工業所有権法は、個々の権利を保護するため、どの程度競争の自由を限定を課することができるのかということである。工業所有権法は、発明、意匠、商標などを個人が独占的に使用することを認め、他人がそれらを用いて競争することを許さない。競争法的に言えば、形式的競争制限、しかも状態による競争制限である。言いかえれば最初の問題は、この状態による競争制限をどこまでみとめるかということである。

状態による競争制限に対する制約として、まず権利の存続期間がある。これはそれぞれの保護法に定めがある。その他、もろもろの実質的な制約が存在する。たとえば、著作権の私的利用のための複写、特許権の強制ライセンス等々。これは、一般的には個々の法律が、個別具体的には裁判所が、競争の自由と権利保護の妥当性とを衡量して決定する。

工業所有権法は、権利を外からの侵害に対し保護するだけでなく、その権利を経済的に利用することを認めている。所有者はそれによって独占的地位を競争の領域に拡大することができる。経済的利用は通常、契約締結によりなされるから、この場合は措置による競争制限である。そこで第二の問題が起こる。工業所有権

料の経済的利用はどこまで許されるか。いいかえれば、措置による競争制限をいかにして規制するか、ということである。

資 ここで原則を示すに止める。一般の基準は、工業所有権の経済的利用における競争制限的拘束は、それが個々の保護法によりカバーされている限り許されるということである。

さらにこの文脈のなかで論ずべきものに、商標品についての価格拘束の問題がある。商標品の場合、顧客に対峙しているのは商標品の販売業者ではなく、商標品生産者である。かりに、販売業者が商標品について価格競争を行なったとしても、それは自己の成果にもとづく競争ではない。したがって、商標品生産者が、自己の商品について価格拘束をすることによって販売業者の自主的努力を妨げる場合、確かにこれは形式的競争制限である。しかしそれが実質的競争制限をもたらすことはありえない。なぜなら制限されるべき（成果）競争が存在しないからである。

このように工業所有権が一つの私的な市場を構成し、それが単一のあるいは複数の取引段階における競争から、成果競争としての性格を奪うような場合には、競争の自由は背後に引き下がるべきである。

(iv) 競争の公正と工業所有権の抵触 この抵触は、(iii)の競争の

自由と工業所有権との抵触に対応する。

問題は次のようになる。工業所有権法上の個別的権利を主張することが、不公正であるとの理由で許されない場合があるか。商標やその他の標識保護について問題となる。

ドイツにおいて、商標法が不正競争法の一部であると言われたのは、商標の利用は公正競争の基準と合致しなければならぬという思想が根底にあったからである。したがって、取引通用力をもった他人の未登録商標を登録したり、使用されていない貯蔵商標の持主が、同じ商標を後に登録して取引通用力を得た企業に対し自己の権利を主張することは不正競争行為となり許されない。

このように競争の公正と工業所有権の抵触の場合には、前者が優先するが、この点が、競争の自由と工業所有権の抵触の場合と異なるところである。それは、競争制限が競争の単なる否定で、評価を含まない概念であるのに対し、不正競争にはすでにそれ自体、不正という競争行為に関する評価が入っていることによる。

(v) 競争の自由と競争の公正の抵触 最後に、経済活動の自由を構成する二つの法益が抵触する限りで、その関係を探ることが必要である。問題は次のようになる。競争の自由が公正競争の要求により妨害される場合はないか。また、競争における不正行為

を、競争の自由を根拠にして正当化できるか。

最初の問題に関連して、競争規約がある。競争者が相互に、一定の競争行為を行なわないことを合意することは常に形式的競争制限である。しかしそれは決して実質的競争制限とはなり得ない。

なぜなら実質的競争制限は公正な競争の存在するところでのみ起こり得るからである。したがって、不正競争行為を規制するための契約は形式的競争制限にすぎず、これは経済理論上の、および法政策上の条理の法則 (rule of reason) の適用のもとで許されるであろう。

第二の問題に関して完全模倣を挙げることができる。工業所有権のどれにも該当しない他人の図案を盗用し利益を得ている者に對し、盗まれた者は、完全模倣を主張してその使用を止めさせ、こうむった損害の賠償を請求できるか。完全模倣者は競争の自由を主張し、盗まれた者は競争の公正を主張するであろう。問題解決の前提はやはり、公正な競争のみが自由でありうるということにある。したがってここでは競争の自由は主張できない(形式的競争制限)。なぜなら、公正ということばのなかに含まれている評価を、自由ということばも同じく含んでいるからである。

以上のように、不正競争の禁止は、形式的競争制限になること

はあっても、実質的競争制限にはならない。それゆえ、競争の自由と競争の公正が抵触する場合には、まず個別具体的に、公正競争の範囲を画定することによって問題の解決をはからなければならない(以上、本文第六章)。

むすび

本書における著者の直接の関心事は、不正競争法、競争制限法、工業所有権法という競争に関する三つの法律を相互に関連づけ体系化することにあつた。そして、それを通じて、最も若い法律である競争制限法を従来の法秩序のなかに位置づけることにあつた。

その前提として彼は、不正競争法と競争制限を包括する競争法(本書では一般的競争法、あるいは単に競争法と呼ばれた)を、競争概念と成果原則を根拠に想定する。その結果問題は、(i) 一般競争法の説明、(ii) 一般的競争法と工業所有権法との関係、として提起される。そして「競争における人格保護の二面性」という枠組を用いてこの問題の解決を試みるのである。

叙述全体を貫いているものは、一言でいえば、私法的な観点からの競争法へのアプローチである。不正競争法と競争制限法とを

料 単にならべて比較検討するのではなく、両法を競争法という上位概念でまとめようとするのは、その一つのあらわれである。この試みには興味をそえられるが、本来私法的な性格をもつ不正競争法と、それとは性格を異にする競争制限法とを、経済活動の自由の保護という同一の観点のもとにとらえることがはたして可能であらうか。また彼が、競争制限法は不法行為法の特別領域であるとか、競争の自由を個人に権利として保護するものであるとか言うとき、日本の独禁法を学ぶ者にとっては、たしかに両国の法律の体裁のちがいはあるにせよ、それだけで競争制限法の一般的性格をとらえられるであらうかという疑問が残る。著者は、競争制限法という極めて新しいタイプの法律を、従来のドイツ法学の伝統のなかに何とか取り入れようと努力するのであるが、競争の自由を維持する法となると、それはむしろ私法的な考え方と対立するものを多く持っているのではないだろうか。

しかしながら、これまでドイツにおいてバラバラにしか取り扱われてこなかった右の三つの法律を競争法の立場から体系化したという点は、その後の経済法の発展に寄与したものととして大いに評価されるべきであらう。

* 最近ドイツでは、不正競争法と競争制限法を結びつけるものとして *Leistungswettbewerb* の概念が議論されているようである(たとえば *Ulmer, P., Der Begriff "Leistungswettbewerb" und seine Bedeutung für die Anwendung von GWB und UWG-Tatbeständen*, GRUR 1977, S. 565)。このことは、たとえば、豊崎光衛『工業所有権法(新版)』(有斐閣・法律学全集)では、「寄与的競争」と訳されているが、ここでは一応「成果競争」と訳すことにした。

(付記)

本稿は、丹宗昭信教授、北海学園大学講師向田直範氏、北大学部助手碑貫俊文氏、それに私の四人で本書を読んだ際の討論にもとづいている。