

西ドイツ競争制限禁止法と経済学上の概念

—ボド・ベルナーの所説を中心として—

今野裕之

独占禁止法の運用において、法律学と経済学との協力が必要なことは既に異論のないところであろう。しかし、両者の相互関係に対する意識的な検討は必ずしも十分にはなされていないように思われる。とりわけ、この点に関するわが国での議論がアメリカの諸学説にのみ依拠しているのは、わが独占禁止法の法的・思想的基礎がアメリカの反トラスト法にある以上やむをえないとはいえ、もの足りなさを禁じえない。

ところで、西ドイツにおいては、一九七六年に、右テーマに関する論文集が公刊されている。これは、西ドイツにおいても、現在までのところ、法律学と経済学がいかなる関係に立つかということの解明が十分にはなされていないことを示すとともに、他方、このテーマに関する関心の高さを示すものといえよう。

周知の如く、西ドイツの競争制限禁止法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) も、わが独占禁止法と同様、第二次世界大戦後の占領下においてアメリカの反トラスト法の思想の影響を受けて制定されたものである。

そこで、本稿においては、右論文集の中から、ボド・ベルナーの論稿を取り上げて検討を加えることにより、西

ドイツにおける右テーマに関する議論の一端を紹介することにした。⁽⁴⁾

- (1) わが国における従来の研究成果として次のものがある。丹宗昭信「独占禁止法における競争概念の検討」北大法学論集(北海道大)二二巻一号(一九七一年)一頁以下、根岸哲「独占禁止法運用における経済学利用の効用と限界」序説」経済法一五号(一九七二年)二〇頁以下、同「独占禁止法運用と経済学——『独占禁止法運用における経済学利用の効用と限界』序説」(小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』(一九七六年)六五頁以下所収)、同「独占禁止法——法学と経済学」現代経済二四号(一九七六年)一五四頁以下、実方謙二「新シャーマン法と有効競争の理論——反トラスト法における経済的基準について」商学討究(小樽商科大)一四巻四号(一九六四年)九三頁以下(同『経済規制と競争政策』(一九八三年)二二五頁以下再録)、同「反トラスト法と有効競争の理論——反トラスト法における経済的基準——」公正取引一八八号(一九六六年)四頁以下、一八九号(一九六六年)九頁以下(同『経済規制と競争政策』(一九八三年)二四八頁以下再録)、等。なお、右に掲げた小西唯雄編『競争促進政策と寡占体制』(一九七六年)は、独占禁止法に関する法律学者と経済学者の共同研究の成果をまとめたものであり、同じく右に掲げた現代経済二四号(一九七六年)は法(学)と経済(学)の相互関係に関する特集を組んでおり、いずれも本稿のテーマに関する研究の必要性を示すものとして注目される。

(2) Wettbewerbordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Gunther Hartmann, (1976).

(3) Bodo Börner, Wirtschaftswissenschaftliche Begriffe im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen?, in: Wettbewerbordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft, Festschrift für Gunther Hartmann, 77ff. (1976). (以下、単に「Börner」の引用する。)

(4) ヘルナーの発表した経済法に関する論稿は現在までで既に次の三巻の論文集にまとめられている。

Bodo Börner, Studien zum deutschen und europäischen Wirtschaftsrecht, Bd. 1, (1973), Bd. 2, (1977), Bd. 3, (1982).

註(3)所掲の論稿はこの第二巻四七三頁以下に再録されている。なお、本稿での引用は、註(3)所掲のものによる箇所をまず示し、次に右論文集による箇所を括弧内に示す。

二

西ドイツ競争制限禁止法は、経済学上の用語を多く用いる。すなわち、市場、市場関係、市場参入、市場占拠率、市場支配、競争、価格、取引段階、生産、取引、需要変化、売行減退、全体経済、合理化、専門化、等である。今日までのところ、これら経済学上の概念が、法律中に見い出される同一の用語の概念といかなる関係に立つかという点についての解明は、西ドイツにおいても完全にはなされていない。むしろ、経済学上の概念は、それ自体議論の余地があり、それ故、それは競争制限禁止法にとって何の意味も持ちえないということが言われている⁽⁶⁾。

これに対し、ヘルナーは、経済学は統一的な概念にまとまっている、あるいは、一つの概念が複数の概念から選択されているとの仮定に基づいて以下の考察を進める。ヘルナーによれば、これによって、経済学上の一つの明瞭に理解された概念と競争制限禁止法上の同一の用語を前にすることができ、経済学上の概念を競争制限禁止法に引用することはどの程度まで正しいかが問われうる⁽⁶⁾とする。

- (15) R. Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerb und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Wirtschaftsforschung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm, 213f. (1965); S. Klaus, Die bisherige Rechtsprechung zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Zehn Jahre Bundeskartellamt, 250 (1968).
 なお、ヘルナーは、前者の論議を Festschrift Böhm 1975 年用いようとする (Börner, 77, FN 1 (473, FN 2) 以下) 表記の如く、Festschrift Böhm 1965 の誤記であると考へる。
- (16) Börner, 77f. (473f.).

三

経済学上の概念を競争制限禁止法に引用することはどの程度まで正しいか。この答えは「概念」の概念から既に

明らかになるとして、ベルナーは、次の如く、まず概念形成の一般的問題から考察を始める。⁽⁷⁾

「概念」とは何か。カント以来、「概念」の上位名辭として「表象」が言われる。表象の下に、カントは、意識のすべての変化を理解した。あらゆる表象は、直観か概念かのいずれかである。直観では、一つの、具体的な対象のみがすべて、その固有性とともに人の五感によって表象される（空間と時間を基礎として）。概念においては、悟性を用いて、複数の対象が表象される（範疇を基礎として）。その際、概念は、複数の対象の固有性の若干のもののみを、より正確に言えば、複数の対象がすべて共通に有する固有性のみを伴う。このことは、およそ対象はどのよう⁽⁸⁾に思考されるかということが明らかにされるならば、一層明瞭となる。すなわち、われわれは、その異なる固有性の総和によって対象を思考あるいは定義している。それ故、あらゆる対象は、幾多の固有性の確定された束として理解される。

一つではなく、複数の対象が問題となる場合には、それらの対象が、同一の固有性を有するのではなく、異なる固有性を有するということによって、複数の対象の存在が確定される。換言すれば、異なる固有性が発見されない場合には、多数の対象が存在するのではなく、一つの同じ対象が存在するのである。⁽⁹⁾

このように、多数の対象は、ある対象に他の対象とは異なる固有性が発見されることによって確定される。それから、これら多数の対象は、いくつかの対象に共通である固有性が発見されることによって、あらためてまとめられる。この共通の固有性が、多数の対象をあらためて一つの単位、すなわち概念の単位にまとめるのである。⁽¹⁰⁾

概念を形成するためには、それ故、まず複数の対象のそれぞれについてその固有性の束が確定されねばならない。それから次に、異なる固有性の束から、いくつかの束の中にある一つあるいはいくつかの固有性が選び出される。その場合、それらに共通の若干の固有性を見定め、そして他のすべての固有性——それらはこれらの対象に共通であるかもしれないし、そうでないかもしれないが——を無視するという方法で、複数の対象を包摂する概念が

獲得されるのである。⁽¹²⁾

ベルナーは、以上を総括し、概念の形成とその効用について、ショーペンハウアーの所説を引用して、次のように言う。⁽¹³⁾

概念の形成にあたっては、したがって、抽象力が具体的な直観をその要素に分解する。その際、直観はその直観性を失う。「たとえば、水をその要素に分解すると、それが流動性と可視性を失うように。なぜなら、このように分離された（抽象された）あらゆる固有性はそれ自体単独で十分に思考されうるが、しかし、だからといって、それはそれ自体単独で直観されることはないからである。概念の形成は、一般に、ついで残りものをそれ自体単独で思考しうるように、直観的に与えられたもののうち多くのものを捨て去るということによって行なわれる。したがって、概念とは、直観されるよりも少ないものを思考することである。さまざまの直観の対象を見て、そのうちの異なるものが捨て去られ、それでもなおすべてにわたって同じものが残っているならば、それは種の類である。それ故、あらゆる類の概念は、その下にあるあらゆる種の概念である。もっとも、それは、すべての種に属さないものを全部取り除いたうえでのことであるが。ところで、あらゆる可能な概念は、類と考えられうる。したがって、概念は、常に普遍的なものであり、そして、かかるものとして非直観的なものである。⁽¹³⁾」

「諸概念のうちに含まれる内容は、それらの概念が抽象されてきた諸表象の内容よりも少ないというまさにそのことによつて、概念は表象よりも扱い易く、また、概念の表象に対する関係は、高等算術の公式の、かかるものがそれから引き出されそしてそれを代表している思考操作に対する関係、あるいは対数のその数に対する関係にほぼ等しい。概念は、それがそこから抽出されてきた多くの表象の、まさに必要とされる部分しか含んでいない。すなわち、それらの表象そのものを空想によつてありありと描き出そうとするならば、いわば非本質的なものの重みに引きずられざるをえず、そのことによつて混乱させられるであろうが、しかし、今や、概念の利用により、これら

すべての表象の、その時々々の目的に必要とされる部分や関係のみが思考されるのである。それ故、概念の使用は、
不用な荷物を投げ捨てることに、あるいはまた……エキスをもって処置することにしたとえられる。¹⁴⁾

さらに固有性を分離することによって、下位の規則の概念から上位の規則の概念を獲得する場合も同様である。

すなわち、「抽象の段階を高く昇れば昇るほど、ますます多くのものが捨て去られ、思考されるものはますます少
なくなる。」⁽¹⁹⁾

(7) Börner, 78 (474).

(8) Börner, 78 (474f.).

(9) Börner, 78 (475).

(10) Börner, 79 (475).

(11) Börner, 79 (475f.).

(12) Börner, 79f. (476f.).

(13) A. Schopenhauer, Über die vierfache Wurzel des Satzes von zureichendem Grunde, in: Werke, Bd. 3, 121

(Hrsg. von von Löhneysen 1968).

(14) A. Schopenhauer (FN 13), 124.

(15) A. Schopenhauer (FN 13), 122.

四

問題は、いかなる基準によって直観という固有性の束から概念を構成するに至るべき固有性が選び出されるの
か、であるとして、ヘルナーは考察を続ける。

ヘルナーによれば、この答えは、ショーペンハウアーが次のように言って与えている。すなわち、ショーペン
ハウアーは、抽象を、「比較されるものであり、そしてそれ故、あちこちに投げかけられるものである認識をより容

易に扱うために「不用の荷物を捨て去ること、⁽¹⁶⁾と云う。したがって、概念形成のためにそれを構成する固有性を選択するには、すなわち、本質的な特徴と偶有の特徴との区別のためには、どこで、そして何のために、何が扱われようとしているのかということが問題となる」とベルナーは言う。本質的なものと非本質的なものとの区別を条件づける選択原理は、個々の科学の立場に応じて変わる。それ故、概念を形成する特徴の選択のためには、概念の形成にあたって求められている目的が本質的に問題となる。この選択が、初めて、直観と概念の間に、そして、小概念と大概念の間に橋をかける。カントは、それを判断力、より正確に言えば、反省的判断力と呼ぶ。それは、与えられた特殊から普遍を見出す能力である。この意味において、思考は複製ではなく、实在物の創造である。ベルナーによれば、それ故、本来的に与えられている概念というものはなく、あるのは、人間によって一定の目的のために作り出された概念だけである。この意味において、目的づけられた概念のみが存するのである。⁽¹⁷⁾

(16) A. Schopenhauer, *Die Welt als Wille und Vorstellung*, Bd. 2, Kap. 6, in: *Werke*, Bd. 2, 87 (Ursg. von von Löhneysen 1968).

(17) Börner, 80f. (47f.).

五

次いで、ベルナーは、以上の理を、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念の關係に適用して、次のように言う。すなわち、経済学上の概念が競争制限禁止法上の概念と同じ目的のために形成されている場合にのみ、前者は後者にその十全なる利用を求めうる、⁽¹⁸⁾と。

そこで、一方、経済学の目的およびその概念と、他方、競争制限禁止法の目的およびその概念との間の相違が問題となる。

ベルナーによれば、主要な相違は次の点にある。すなわち、経済学は、ただ概念と一般的法則を獲得することをめざすのに対し、競争制限禁止法は、もちろん一般的な概念と法則性に基づいてはいるが、しかし、それに止まらず、その概念を個々の人間に適用しようとする。カントの用語で言えば、競争制限禁止法は、経済学と同じく直観から概念に昇るだけでなく、さらに、経済学と異なりその概念から再び直観に降りねばならない。概念の形成のためには反省的判断力が必要であつたが、概念の直観への適用のためには規定的判断力が必要である。競争制限禁止法と経済学は、双方とも、概念形成という同種の歩みをする。しかし、包摂という第二の歩みをするのは、競争制限禁止法だけである。経済学にはこれがない。この意味で、ベルナーは、経済学の方法を一段と言ひ、競争制限禁止法の方法を二段と言ひ。そして、たとえ経済学が第二の段階を企図するとしても、それは法律上の手続規定によつて定められているのではないから、法の第二の段階とは異なる、とする。⁽¹⁹⁾

ベルナーはこれに注釈を加えて、さらに次に言う。すなわち、経済学は、その合目的観点から獲得された大概念によつて再び小概念を形成し、そしてそれは、この方法で理論的法則性を確立する。そのために、経済学も、法の適用とまったく同様に規定的判断力を必要とする。この点では、両者の間に何の相違もない。しかし、経済学における規定的判断力の使用と法の適用におけるそれとの間には次の相違が存する。それは、経済学は概念の領域に止まる、ということである。経済学は、決して再び、直観に、すなわち、個別的な事態への概念の適用に下らない。まさにこのことを法の適用は常に行なうのである。⁽²⁰⁾

確かに、経済学は、その概念と命題を個別的な事態に後に適用するとの目的をもつて立てることが出来る。しかし、これをしてはならないのである。それにもかかわらずこれをしようとする場合、それがどのように個々になされねばならないかは経済学には閉ざされている。⁽²¹⁾

このことは、法の適用との根本的な相違を意味する。なぜなら、経済学は概念の形成にそれ自体を限定する以

上、それは可能性の領域に止まるからである。これと区別されるべきは、現実性の領域である。これを認識することは、悟性的概念によっては不可能なのであって、感性的直観によってのみ可能なのである。⁽²³⁾

もっとも、「経済学者は、その競争モデルおよび独占モデルのための諸標準を、市場での経済的事象の世界への直観的感情移入に基づいて獲得しなければならず、さらに言うならば、すなわち、この場合には、論理的な演繹的思考の冷静なる合理性に立ち返り、それにしがみつくことが経済学者に許されず、経済学者は、経済史的な分析によって長年にわたって磨かれたその鋭敏な感覚に頼らねばならない」ということが言われる。⁽²³⁾しかし、ベルナーは、このことは競争制限禁止法にとっては取るに足りないことであり、これらの事情からは、競争制限禁止法の適用にあたって法律家が経済学者の直観に従うべきであるということとは結論されえない、とする。⁽²⁴⁾

ベルナーによれば、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念には、いま一つの相違がある。すなわち、経済学は、その概念を、通例、現実の事態においては絶対にあるいはめったに出会うことのない多くの仮定の下に形成する、ということである。この場合、経済学の目的は、ただ、その仮定の下に起こる行動を解明することなのである。完全競争に関する仮定は、このことについてのよく知られた例である。したがって、完全競争の概念は、競争制限禁止法の競争概念とは異なる目的のために形成されたものである。⁽²⁵⁾

ベルナーは、以上から、次のことが明らかになるとする。すなわち、競争制限禁止法と経済学は、同一の目的のためにその概念を形成するのではなく、却ってそこには根本的な相違が存する。否定的に言うならば、この相違は、経済学の概念を無雑作に競争制限禁止法に引用することを禁ずる。⁽²⁶⁾かかる引用は、経済学上の概念の形成に際して求められた目的が競争制限禁止法の目的と同じであるということが確定された後に初めて可能である。⁽²⁷⁾

そこで、ベルナーは、経済学上の概念の分析が問題である、とする。そして、経済学上の特定の概念の形成に際して求められた目的は、その未だ果たしていない使命を明示するべきである、とする。特に、価値判断が外からは

認識しえないままに概念形成に入り込んでいる場合には、その使命は扱いにくくなる。それ故、「利益法学」が「利益経済学」と対照されねばならない、とベルナーは言う。その時初めて、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念の關係は確固不動のものとなる、と。⁽²⁸⁾

ベルナーによれば、経済学上の概念と競争制限禁止法上の概念が同じ目的のために形成されていない場合には、経済学も使用している法典用語はどのよう⁽²⁹⁾に解釈されるべきかということについて、特に、経済学によって経済学の領域のために獲得された内容をどの程度まで引用すべき義務があるのかということについて、法律家は、法律によつて彼にあらかじめ与えられている目的に従つて自らの立場で決定しなければならない。⁽²⁹⁾

- (81) Börner, 81 (479).
- (61) Börner, 82 (479f.).
- (20) Börner, 82f. (480).
- (12) Börner, 83 (480).
- (22) Börner, 83 (480f.).
- (23) Vgl. O. Sandrock, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 27 (1968).
- (24) Börner, 84f. (483).
- (25) Börner, 84 (482).
- (26) Börner, 83 (481).
- (27) Börner, 85 (483).
- (28) Börner, 85f. (484).
- (29) Börner, 81f. (479).

ところで、ベルナーは、競争制限禁止法の目的と経済学の目的の相違にもかかわらず、法律家は、当然、競争制限禁止法の解釈に着手する前に、経済学の成果を知っておくべきである、とする。これは、競争制限禁止法への経済学上の概念の引用とは別のことである。この点で、ベルナーは、法律学と経済学との緊密なる共同作業を求めるコーイングの主張は是認される、⁽³⁶⁾と言う。すなわち、経済学が特定の状況の詳細を記述的に明示する限りでは、コーイングの主張に従うことが必要である、⁽³⁷⁾と。立法者が法規範をもって規整しようとした利益衝突を認識することは法律家にとり助けとなるから、法律家は、この場合には、経済学の成果を知っておかねばならない。この意味において、法律学と経済学の認識方法の並行適用⁽³⁸⁾あるいは協力が言われる。これに対し、ベルナーは、両者の並行適用ではなく、相前後する段階適用を唱える。すなわち、法律家は、まず第一に、経済学も手段として当該事項の専門的知識を獲得し、しかる後、法規範を解釈しようのである、⁽³⁹⁾と。

- (36) Vgl. H. Coing, Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, n. F., Bd. 33, 1ff. (Hrsg. L. Raiser et al. 1964).
- (37) Börner, 85 (483).
- (38) Vgl. E. Mestmacker, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, n. F., Bd. 33, 105 (Hrsg. L. Raiser et al. 1964).
- (39) Vgl. Ulmer, Grundbegriffe des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 135 (1971), 561.
- (40) Börner, 85 (483).

以上、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念との関係に関するポド・ベルナーの所説を紹介した。これに若干の検討を加えて結びとしたい。

まず、ベルナーは、「経済学上の概念はそれ自体議論の余地があり、それ故、それは競争制限禁止法にとって何の意味も持ちえない」との見解に対し、経済学は統一的概念にまとまっている、あるいは、一つの概念が複数の概念から選択されているとの仮定に基づいて、競争制限禁止法の解釈、運用における経済学利用の可能性と限界を解明しようとする。これは正当である。確かに経済学は科学として完成してもいないし、限界もある。しかし、これは他のすべての科学についても同様なのであって、このことから経済学を無視あるいは排除しようとすることは、他のすべての科学の意義を認めないのと同じように愚かなことであろう。問題は、その限界を十分に認識することなく、経済理論に過度の期待をすることである。

次に、ベルナーは、概念形成の一般的問題の解明から、経済学上の概念を競争制限禁止法に引用することの是非を考察する。ベルナーのこの視点が初めて、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念との相違を厳密に論証する。経済学上の概念のより厳密な分析を求めて、ベルナーは言う。経済学における特定の概念の形成に際して求められた目的は、その未だ果たしていない使命を明示するべきである。特に、価値判断が外からは認識しえないままに概念形成に入り込んでいる場合には、その使命は扱いくくなる。それ故、「利益法学」が「利益経済学」と対照されねばならない。その時初めて、競争制限禁止法上の概念と経済学上の概念の関係が確固不動のものとなされ、と。この指摘は重要である。こうした厳密な分析の作業が従来欠けていた。これを経済学上の諸概念についてなすことが今後の課題である。

わが国においても、例えば、「競争」概念について独占禁止法上のものと経済学上のものとの間で動揺が見られ、また、一般に、独占禁止法上の概念を可能な限り経済学上の概念に近づける必要も言われる時、ベルナーの右の指摘は傾聴に値する。

さらに、ベルナーは、競争制限禁止法の目的と経済学上の目的との相違にもかかわらず、両者の協働、特にその段階適用を不可欠とする。この主張は正しい。なぜなら、競争制限禁止法にかかわる競争、市場支配などは、本来、経済の実態的問題であり、その法律的判断は経済の枠内で行なわれるべきものだからである。この意味で、それは常に経済理論に照らした実態分析が必要とされる。これなしにはその本質を捉えることはできないであろう。

もっとも、競争制限禁止法上の問題に対して、経済理論や経済モデルが完全に答えを与えようと期待してはならない。なぜなら、ベルナーも指摘するように、経済理論には多くの非現実的な仮定があるので、経済モデルの適用は、しばしば特定の自己完結的な世界に限定されるから、たとえ、経済モデルが、問題の本質を捉え、必要不可欠な関連変数を検討するための枠組を与え、適切な示唆を与えてくれるとしても、それは現実そのものではないし、そこから何らかの判断や政策的帰結を導き出すにはあまりにも大きなギャップがあるからである。⁽³⁵⁾

(35) 上野裕也「自由市場機構と政府の規制介入(一)——競争システムの概念と問題点——」東洋経済四四二七号(近経シリーズ六五号)(一九八三年)六頁以下参照。

(こんの・ひろゆき) 本学助教

（一）

（二）

（三）

（四）

（五）

（六）

（七）

（八）

（九）

（十）

（十一）

（十二）

（十三）

（十四）

（十五）

（十六）

（十七）

（十八）

（十九）

（二十）

（二十一）

（二十二）

（二十三）

（二十四）

（二十五）

（二十六）

（二十七）

（二十八）

（二十九）

（三十）

（三十一）

（三十二）

（三十三）

（三十四）

（三十五）

（三十六）

（三十七）

（三十八）

（三十九）

（四十）

（四十一）

（四十二）

（四十三）

（四十四）

（四十五）

（四十六）

（四十七）

（四十八）

（四十九）

（五十）

（五十一）

（五十二）

（五十三）

（五十四）

（五十五）

（五十六）

（五十七）

（五十八）

（五十九）

（六十）

（六十一）

（六十二）

（六十三）

（六十四）

（六十五）

（六十六）

（六十七）

（六十八）

（六十九）

（七十）

（七十一）

（七十二）

（七十三）

（七十四）

（七十五）

（七十六）

（七十七）

（七十八）

（七十九）

（八十）

（八十一）

（八十二）

（八十三）

（八十四）

（八十五）

（八十六）

（八十七）

（八十八）

（八十九）

（九十）

（九十一）

（九十二）

（九十三）

（九十四）

（九十五）

（九十六）

（九十七）

（九十八）

（九十九）

（一百）