

経済秩序に歴史法則はあるか？

田 中 裕 明

1. はじめに

近年、資本主義の「行き詰まり（行き過ぎた格差の発生）」、「閉塞感」、果ては「崩壊」を題材にする文献をみることが多い。⁽¹⁾ その一方で、この「閉塞感」、「崩壊」はむしろ資本主義そのものの「常態」であり、経済の歴史上、稀に好循環、好景気が現れ、それは例外的な現象であるとの指摘もある。⁽²⁾ 歴史は繰り返され、歴史から学ぶことができる等々いわれるが、それは本当であろうか。人類は同じ過ちを繰り返してきた、ともいえる。それは歴史から何も学んでいないからではないか。経済の歴史で、いわゆる「バブルの崩壊」は何度も起こった現象である。少なくとも経済の歴史からは学んだものは少ないのではないか。

本稿は、以上のように、突拍子もないところから経済秩序にとっての歴史法則の有無を探ろうとするものである。これは別のいい方をすれば、

(1) 手元にあるものとして、A. B. アトキンソン著/山形浩生/森本正史訳『21世紀の不平等』（東洋経済新報社、2015年）、B. ライシュ著/雨宮寛/今井章子訳『暴走する資本主義』（東洋経済新報社、2008年）、同『最後の資本主義』（同、2016年）、W. シュトレーク著/鈴木直訳『時間稼ぎの資本主義 いつまで危機を先送りできるか』（みすず書房、2016年）、B. ミラノヴィッチ著/立木勝訳『大不平等 エレファントカーブが予測する未来』（みすず書房、2017年）、丸山俊一+NHK『欲望の資本主義』製作班『欲望の資本主義』（東洋経済新報社、2017年）。

(2) M. レヴィンソン著/松本裕訳『例外時代 高度成長はいかに特殊であったのか』（みすず書房、2017年）。

経済法学は経済の歴史から何を学べるかを探ることでもある。

ところで経済秩序と歴史法則というと、カール・マルクスを思い浮かべるかもしれない。残念ながら筆者は、マルクスについては詳しくは知らない。マルクスについては若干の文献から、本稿ではその歴史観（歴史法則）をながめるにとどめる。

2. フランツ・ベーム (Franz Böhm) の説く「経済秩序と歴史法則」

フランツ・ベームは、1971年の論文「経済秩序と歴史法則」⁽³⁾の中で、歴史法則を利用することは、法秩序・経済秩序という基本問題についての学術的取組みにどのように影響するかという問題を論じている。その際、ベームはカール・マルクスの科学的社会主義原理を手掛かりにしている。その特殊な位置づけをベームは、次の点に見出している。すなわち、マルクスは偉大な思想家であると同時に偉大な宣伝家 (Propagandist) でもあった、というのである。マルクスは科学と哲学を、世界を説明する道具から世界を変革する道具へと作り変えることに成功しなかったにもかかわらず、もっぱらマルクスは「科学」に変貌する革命的なユートピア (revolutionäre Utopie) と呼んでいたものに属する並はずれた思考力を持っており、そしてもっぱら強力なユートピア的な情念 (utopisches Pathos) を広めたのであった。かかる宣伝家としてのマルクスを手掛かりとしてベームは、目的に資する宣伝手段と考えたのは次の四つの視点においてであった。すなわち、資本主義の避けられない崩壊の原理、市場メカニズムの鬼神化 (Dämonisierung)、すべての国家

(3) F. Böhm, Wirtschaftsordnung und Geschichtsgesetz, in: F. Böhm, Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, 1980, Baden-Baden, S. 169-193. なお、鉢野正樹「社会的市場経済とは何であるか? : フランツ・ベームの独占理論との関連において」北陸大学紀要第5号, 1981年, 47-62頁も参照。

経済秩序に歴史法則はあるか？

権力を、法治国家としての成果を放棄して、集中させるという目的の隠蔽化、そして最後に精神的上部構造の原理を考慮してであった。前三者は経済体制に固有の現象・問題であり、マルクスのオリジナルの問題ではない。すなわち、資本主義体制に景気の浮揚・停滞は不可避であり、市場メカニズムには限界があり、いつしか需要と供給のバランスが崩れ、市場メカニズムは荒振る神のごとく混沌をもたらし⁽⁴⁾。そして、独占化へとゆっくりと（場合によっては、秘密裡に）進んでいくわけである。

最後の部分がマルクスのオリジナルといってもいい発想であり、唯物史観に上部構造・下部構造が説かれている。前述のように、筆者には手に負えないテーマであるので、マルクスに関わる部分については、これ以上踏み込まない⁽⁵⁾。ベーム自身、資本主義体制の自己破壊（Selbsterfall）の理論を現実的であるとみなしており、先の論文の中ではマルクスを問題視してはいなかった。すでに1950年にベームは、旧ソ連の全盛期のころの権力構造について言及し、「中央計画経済制度は生育しない」というマルクスの命題を、同制度の非効率性とその制度に必然的に結びついている党と国家の独裁的全権を根拠として、受け入れていた⁽⁶⁾。マルクスのいう歴史法則は、市場経済的な歴史法則あるいは市場

(4) 近時、需要と供給のバランスは情報の非対称性・偏在によってもたらされる。拙稿「ビッグデータと競争法」公正取引1817号、2018年、47頁以下参照。

(5) さしあたりマルクスについては、古典的文献になるかもしれないが、ヨーゼフ・シュンペーター著/大野一訳『資本主義，社会主義，民主主義 I』（日経BP，2016年）第1章参照。

(6) F. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung*, 1950, Tübingen, S. 45-46. ベームは続けて次のように述べている。「中央当局による経済指揮を用いる人の中では、自由の秩序を鼓舞することを可能にする唯一の手段が国の軍による完全占領であるように見え、それはこの場合、外からの戦争である。しかしそれでも私が信じたいのは、ここでもなお他に方途があるということ、つまり、中央当局による指揮統制がまだ及んでいない世界の部分で、経済的な自由秩序を洗練しようという試みである。とりわけこの試みは、あらゆる手段を尽くして経済的な権力の形成を解消しようとし

経済的なプロパガンダとは、何ら対立することはないものと思われる。むしろ重要なのは計画経済についての予測で、同経済は、分業経済をそれが成功するとの見込みで一致して舵取りをすることができず、その制度と結び付いた政治的約束を果たすことができる状態にはもはやない、という予測である。

では、ベームが「経済秩序と歴史法則」を取り上げた理由は何か。それは、ベーム自身の国家社会主義の経験⁽⁷⁾を通じて強くなり、しかも当初から中心となって解明を要する問題の検討のためである。すなわち、すでに到達点に達した見識が、法的に整理され、経済的に成功をおさめ、社会的に味わった自由という条件の中で忘れ去られ、まったく無視すらされ、このことに呼応した学界からの断固とした抵抗も計画すらされることもなかったという問題である。

ドイツ歴史学派の経済学者は、いかなる問題も歴史を過去にさかのぼる形で探求する。この点、同じ歴史学派の伝統に立つマルクスも共通する。さらに、歴史学派の伝統をひくドイツ・オルドー学派も同じであった。⁽⁸⁾ベームもオルドー学派の一員であり、第2次大戦後のドイツ経済の建て直し策の一つであるドイツ競争制限禁止法の起草⁽⁹⁾に携わった。その

たり、あるいは抑制しようとしたりして、この自由秩序をねばり強く実現することによって、その巨大な社会的、政治的および経済的優越を立証しようとしているが、その一方で、中央当局による指揮統制を以て国民経済を補助し、一般大衆の生活水準を高めようともしている。それは、かかるそれぞれの向上を以て、中央当局による統制の課題が何百、何千と複製され、被支配者の支配者の統制術への要求が増大するからである」(a.a.O.)。

(7) その一端を記す文献として、エルンスト＝ヨアヒム・メストメツカー／早川勝訳「経済体制の構成要素—イエナにおけるフランツ・ヴェーム—」『市場経済秩序における法の課題』(法律文化社、1997年)118頁以下参照。

(8) 鉢野前掲論文5頁。

(9) ベーム草案の基本構想については、高橋岩和『ドイツ競争制限禁止法の成立と構造』(三省堂、1997年)225頁以下参照。

経済秩序に歴史法則はあるか？

アプローチも歴史学派のそれに倣うものであった。ベームはナチス時代の統制からの解放を目指し、歴史をさかのぼることで「あるべき経済秩序」を構築しようとしていた。そしてそれを、経済の基本法である競争制限禁止法に具体化しようとしたのであった。

つまりベームは、戦後復興の経済秩序のイメージを、自身のよって立つべき研究のスタンスに基づき作り上げ、それを競争制限禁止法に投影しようとしたのであった。これがベームにとっての理由であった、とみられる。

もっとも、かかる姿勢に立つ一方でベームが指摘したのは、法律学も経済学も共に、「アルキメデスの視点」⁽¹⁰⁾を見失ってしまったという、原因分析である。これは、ヴァルター・オイケンの考えにも連なり、それぞれ固有の学問における歴史主義や、そこから導き出される相対主義（とりわけ法律学におけるそれ）と、最後にマルクスに影響された宿命論からの脱却を図ろうとするものでもあった。これは、歴史学派であっても、つねに進展を図ろうとする姿勢の一端であろう。まさに「温故知新」である。

経済体制論を提起したベームが取り組んだ次の問題は、経済体制と政治体制の関係をめぐるものであった。両者に共通の課題は、「権力の抑制と統制」であった。その際、経済体制には独自の意義が付与される。すなわち、経済体制の問題をめぐる議論については、「法的意味における私的権力は存在してはいけない」という原則が存在していたのである。

両者の関係をめぐる論争ははまだ決着をみたとはいえず、市場経済的経済秩序における主観的な自由権の役割についての問題が残されている。⁽¹¹⁾

(10) ハンナ・アレント/志水速雄訳『人間の条件』（ちくま学芸文庫、1994年）、25頁。

(11) ここでは問題の指摘にとどめておく。ご寛恕願いたい。

3. 経済秩序と国家体制—ヘーゲル「法の哲学」を手掛かりに—

ベームは、古典派国民経済学理論を法律に移して、自由交換経済を経済体制として証明することを課題とした。⁽¹²⁾それは、法的秩序としての市場経済を設定するためであった。かかる経済体制の最も重要な制度は、公共の利益において保護されるべき法制度としての競争である。そしてそれがめざすのは、競争制限を阻止し独占化を阻止する、この経済体制の法的基礎としての私法秩序の保障である。このように捉えることで、経済的自由と公益に資する経済制度の力量（Leistungsfähigkeit）とが一致させられるのである。

もっとも、この種の思想に対しては、経済は国家に対してその真の国家性とは矛盾する形で定式化されるかもしれない、とのドイツにみられる根本的な批判も示されているところである。この批判の原因は、ヘーゲルの法理論および国家理論の中に求めることができる。⁽¹³⁾すなわち、この経済体制論は、ヘーゲルの「市民社会論」および法理論における国家の役割とは相容れない対立が認められるからである。

以下、ヘーゲルの「法の哲学」を手掛かりにして、その論ずるところを概観する。⁽¹⁴⁾

まず、この対立が当てはまるのは、自由交換経済体制の不可欠な要素としての私法についての体制法上の、すなわち憲法上の理解についてで

(12) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書118頁参照。

ベームの経済体制論については、さらに vgl. F. Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, 1933, Baden-Baden.

筆者の手元にあるのは、2010年の復刻版である。以下の引用頁は復刻版による。なお、同書の概要について、舟田正之「ドイツ『経済制度』理論誌（5）」国家學會雑誌第89巻第11・12号、1976年、64頁以下参照。

(13) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書123頁および124頁以下参照。

(14) 以下、ヘーゲルの「法の哲学」からの引用は、ヘーゲル／藤野渉・赤沢正敏訳『法の哲学Ⅱ』（中公クラシックス、2001年）による。

経済秩序に歴史法則はあるか？

ある。かかる考察に対する最初のアプローチは、近代憲法理論の祖であるモンテスキューにおいてみられた。

モンテスキューは、体制に対する関係での市民の自由と市民相互間に関する自由とを区別する。ここにいる体制に対する関係での自由は、組織原理および制度相互関係に関する問題である。すなわち、権力分立の問題である。また、市民関係における自由は、社会関係および市民法に係る問題でもある。⁽¹⁵⁾ヘーゲルはモンテスキューとの関わりの中から、様々な国家形態の有する特殊性の「遠心力」、すなわち「市民社会の力」を結集させる能力（Fähigkeit）⁽¹⁶⁾を考慮に入れて考察している。

市民社会についての考察につき、ヘーゲルは、古典派国民経済学の理論を法理論の中に取り込む際に、⁽¹⁷⁾欲求の体系と市民社会論を以て行っている。ヘーゲルによれば、社会は欲求の分業的充足から初めて発生する、

(15) ヘーゲルは、モンテスキューとの論争を通じて、自身の法理論と社会理論の基本的考え方を定式化した。その論争のポイントは、次のとおりである。モンテスキューの「法の精神」は、権力の暴走をいかにして防ぐかという問題意識のもとに、個人の人権や個人の自由を保護するべく、「権力分立（三権分立）」を主張したのに対し、ヘーゲルが「法の哲学」で主張したのは、「市民社会」においては、個人の自由や所有権が暴走するのを国家によって防ぎ、国家においてこそ、個人の自由や個人の尊厳が最大限に生かされる、と説いている。さらにマルクスの「ヘーゲル法哲学批判序説」では、ヘーゲルの国家は、宗教が人間の自己疎外の結果生み出されたように、国家も人間の自己疎外の結果として生み出されたものであり、むしろ国家は個人の自由や尊厳を抑圧する装置にすぎない、と主張する。モンテスキュー、ヘーゲルそしてマルクスの共通点・相違点を知る上で有益な文献として、ルイ・アルチュセール／西川長夫訳『政治と歴史：モンテスキュー・ヘーゲルとマルクス』（紀伊国屋書店、2004年）参照。また、モンテスキューの「権力分立論」については、清宮四郎『権力分立制の研究』（有斐閣、1983年）34頁以下参照。

(16) ヘーゲル／藤野・赤沢訳前掲書293頁以下「第273節」参照。

(17) ヘーゲル／藤野・赤沢訳前掲書104頁以下「第189節」。なお、尼寺義弘「ヘーゲル『法の哲学』の「欲求の体系」の経済分析」阪南論集 社会科学編第34巻第3号、1999年、139頁、142頁以下参照。

とされる。欲求と手段について第192節にはこうある。「欲求と手段とは、実在的現存在 (reelles Dasein) としては他人に対する存在となる。欲求と手段の充足は他人の欲求と労働によって制約されており、この制約は自他において相互的であるからである。」⁽¹⁸⁾

かかる欲求と手段の充足の制約・相互性を踏まえて、ヘーゲルは続けて、市民社会が「何ら妨げのない活動 (Wirksamkeit)」の中に見出されるならば、市民社会は他人の側の、耐えられない貧困の上に富の蓄積をもたらすことになる (第244節)。かくして市民社会は、それ自身のダイナミズム (Eigendynamik) を通じて、おのれ自身を越えて外へと駆り立てられていくのである (第246節)、とする。

市民社会について、さらにヘーゲルは述べる。すなわち、市民社会は、富、資本そして技能を当然に分配するのではなく、むしろそこには偶然と恣意の余地を残している (第200節)。同じことが当てはまるのが、それ自体適法な所有権の私的利用と他の私法制度の私的利用についてである。それゆえ、市民社会およびその法は強制および悟性 (Not-und Verstandesstaat) 国家を越えるものではない (第232節)。かかる国家では、個人は四方八方へと広がり展開させる権利を有するが、それは「根拠であり、特殊性の必然的な形態であり、特殊性に対する力であり、その最終目標であることを示す普遍性に対立する」権利である (第184節)。そうして普遍の法 (Das Recht der Allgemeinheit) がいつしか、ヘーゲルがポリツァイ (Polizei) と称する内なる国家行政機能の中に現れ、政治的国家による普遍性が主張される。⁽¹⁹⁾

(18) ヘーゲル/藤野・赤沢訳前掲書111頁。この「実在的現存在」とは、「物」としてのあり方のことをいう (ヘーゲル/藤野・赤沢訳前掲書112頁)。

(19) かかる「普遍、特殊、個人」の展開について、尼寺前掲139-140頁参照。また、ヘーゲル/藤野・赤沢訳前掲書92頁以下「第184節」も参照。なお、ポリツァイ概念について、ヨハン・ホイマンの著書を手掛かりに歴史的に詳細に探究する文献として、松本尚子『ホイマン「ドイツ・ポリツァイ法事始」と近世末期ドイツの諸国家学』(有斐閣、2016年)参照。

経済秩序に歴史法則はあるか？

ヘーゲルがみる近代国家の実質的な強さと深さはどこにあるのか。ヘーゲルは主体性の原理を、個人の特性を極端にまで整備完成させ、同時にその原理を実体的な統一性に帰せしめ、統一性を原理自体の中に維持させている点にみている（第260節）。市民社会のように、私権の領域や私的な福祉領域の承認には、国家の高権の一般的な留保がついている。確かに、国家に対して市民が果たさなければならない義務には、それに相応する権利もある（第261節、第255節）。しかしヘーゲルが詳細に述べているのは、権利と義務はその内容に従って相応するものではない、ということである。⁽²⁰⁾ 私法および欲求の体系においては理性が現れるが、まさにそれは編成（Formiering）が国家権力によりアクセス可能となり必要とされる悟性の判断様式にすぎないのである。したがって、国家に対して押し通すことができる主観的法（＝権利）は存在しないとされるのである。

かかるヘーゲルの言説を基にして明らかにされることは、フランツ・ベームによって定式化された法理論、あるいは体制論における自由交換経済体制の思想を整理することが、なぜヘーゲルに倣ってはほとんど不可能だったのかということである。その理由は、私法が「欲求の体系」の偶然性⁽²¹⁾と恣意性に関与することに求められる。したがって、それは私法上、相当程度拘束された利益を、個別に識別可能であり分類できる状況に限定することに結びつくのである。それに対し、公共の利益は、その性質によって、国家によってのみ、すなわち法律あるいは行政によってのみ、これを行使することができるのである。国家の本質的な意味が置かれているのはまさに、国家が支障なく活動できていることの中に市民社会を描く制約の中においてである。

その一方で経済体制の理念（Idee）においては、国家は経済の自律性

(20) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書126頁参照。

(21) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書130頁およびヘーゲル／藤野・赤沢訳前掲書105頁「第189節」も参照。

を手掛かりに規定することのできる規準 (Maßstäbe) にしばられる。それゆえフランツ・ベームは、私法制度の公法的機能に言及する。すなわち、ベームはここでは市場経済秩序の厚生最大化作用を引き合いに出している。ベームによれば、市場経済秩序は国家の秩序要求に同権として対立させられるのである。経済生活について立法者あるいは体制提供者がこれを決定できるかどうかは、目新しいものではなく、根拠を必要とするものではなかった。これは自明のこととされたのであった。自由交換経済は独自の経済秩序であり、ドイツ国会 (当時の北ドイツ連邦議会) が営業令 (Gewerbeordnung) (1869年北ドイツ連邦営業令) 1条に営業の自由を導入することで、むしろ、この種の経済秩序を決めたという⁽²²⁾ことの方が目新しかった。

先に挙げたヘーゲルのポリツァイと呼ぶ内部的な国家行政は、政治的国家とは区別されるべきものである。この内部的な国家行政の義務は、より高度な指揮として、自らにしかもその実在的現存性を負っている市民社会からはみ出す関係者への配慮をすることである。その理由は、「ひとの生きかたの状況が等しくなく、富と貧困の対立は競争から不可⁽²³⁾避に生じるからである。」ちなみに、この「生存配慮義務」なる概念は、⁽²⁴⁾国法学者エルンスト・フォルストホーフが体系化した。同じ国法学者の

(22) Vgl. F. Böhm, a.a.O. (FN 12), S. 137.

(23) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書130－131頁およびヘーゲル／藤野・赤沢訳前掲書103頁「第188節」も参照。

(24) E. フォルストホーフによれば、この概念をもって、あらゆる国家活動が、決定されたものについて正当化され、その活動は、個人では支配することができない産業リスクを国家による保護の下に置くことになる。E. フォルストホーフの「生存配慮の理論」について参考となる有益な論考として、角松生史『『現存在』への『事前の配慮』—E. フォルストホーフ“Daseinsvorsorge”論の一側面—』『金子宏先生古希祝賀 公法学の法と政策 下巻』(有斐閣, 2000年) 265頁以下, 同「E. フォルストホーフ“Daseinsvorsorge”論における『行政』と『指導』』『塩野宏先生古稀記念行政法の発展と変革 上巻』(有斐閣, 2001年) 193頁以下。

経済秩序に歴史法則はあるか？

エルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデは、要約的に、この概念の中に、国家社会主義の時代に継続して展開した、重要な経済法の概念を見て取っている。⁽²⁵⁾ここで問題とすべきは、行政学および行政法の次元で定着した、経済的な失敗に、そのつど国家により正当であるとされた手段を助けとして、特別に (ad hoc) 対抗する全権を国家に認める原理である。これは見方を変えれば、ヴァルター・オイケンによる、いわゆる「点的な介入 (punktuelle Interventionen)」を法理論上認めようという試みということになる。一般論として、国家による介入を留保する目的は、ドイツ基本法とはそもそも相容れないはずである。それにもかかわらず、かかる措置が無意味とならないのは、「生存配慮の理論」の故である。例えば放送の自由に関するドイツ連邦憲法裁判所の、いわゆる放送判決の中で、公共放送と民間放送の二元体制における公共放送の役割を表現している「基本的供給 (Grundversorgung)」概念について、同裁判所は1986年11月の「第4次放送判決 (BVerfGE 73,118)」で初めて言及した。この「基本的供給」とは、ドイツ連邦共和国における民主的秩序と文化的生活のために放送が果たす本質的機能の実現を意味するとされるが、⁽²⁶⁾ここでいう「基本的供給」という概念は、「生存配慮」という社会国家的な概念が放送サービスに適用されたものともいわれる。⁽²⁷⁾そして、この適用を具体化するのが、ドイツ基本法87f条である。

4. 公序、公法制度としての競争

統制経済法も含めて経済を秩序づけるのは、経済法である。しかし、

(25) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 24.3.1995, S. 39. ここでいう「経済法」はナチス時代のそれであるので、「統制経済法」である。

(26) 西土彰一郎「ドイツにおける公共放送論の新展開」情報通信政策研究第1巻第1号, 2017年, 37-38頁。

(27) 石川明「ドイツにおける『公共放送像』」関西学院大学社会学部紀要第89号, 2001年, 124頁。

自由な経済を秩序づけるのは、競争を軸とした経済法である。まさに、⁽²⁸⁾「競争と自由とは分かち難く結びつく」のである。

この公序、公法制度としての競争に関して、F. ベームの説く競争の制度化および競争保護についての論評にクヌート・ヴォルフガング・ネルのそれがある。⁽²⁹⁾その論評の中心にあるのは、一方の側の競争を助けとして獲得される経済的および社会的生産性 (Produktivität) と、他方の側の経済的自由権により保護される個々人の自治権 (Selbstbestimmung) との間の緊張関係 (Spannungsverhältnis) である。ネルはこの両者間の対比を明確に示し、競争の制度化の中に見て取っているのは、制度思想史の中の画期的な出来事であり、⁽³⁰⁾しかし同時に、法思想の軽視 (Abwertung) であった。⁽³¹⁾ネルいわく、「制度化により変化するのは、制度の利益において保護されるべき法益における経済の自由であり、客観的秩序要素に対する主観的自由権である。」⁽³²⁾

ところで、制度の要素として自由権が制度の運命に関与することがある。すなわち、国家が支配から自由な (herrschaftsfrei) 競争秩序に対する決定を取り消すとき、経済的自由権はその中身を失うのである。⁽³³⁾また、私法はもはや実体を具象化するのではなく、むしろ機能のみを現わし、しかもそれは支配から自由な競争秩序を直接促進する機能である。経済主体は、それが私法の担い手であるか競争者であるかは別として、結局は支配から自由な秩序と協調 (Kooperation) の駒 (Spielstein) でしかないのである。⁽³⁴⁾

(28) 久保欣哉『独占禁止法通論』(三嶺書房, 1994年)はしがき。このメッセージは、恩師・故久保欣哉先生の経済法研究を貫く「通奏低音」である。

(29) Knut Wolfgang Nörr, Die Leiden des Privatrechts, 1994, Tübingen, S. 101ff.

(30) Vgl. F. Böhm, a.a.O. (FN 12), S. 140.

(31) K. W. Nörr, a.a.O., S. 124.

(32) K. W. Nörr, a.a.O., S. 116.

(33) A.a.O.

経済秩序に歴史法則はあるか？

ドイツの独占禁止法である競争制限禁止法制定以来、同法の目的は「競争の自由」の保護であるか、「制度としての競争」の保護であるかという対立、議論が展開される中、ネルが注視したのは、ベーム流の命題であった。すなわち、「競争秩序の中で個人の正義が実現されるが、それは経済的闘争のルールが遵守される⁽³⁵⁾ときである。」

一般に、この問題は制度理論のそれとして、法理論のそれとして、⁽³⁶⁾として最終的には道徳哲学の問題として把握されることになる。

ところで制度としての競争であれ、自由権としての競争であれ、その担い手として位置づけられる経済主体については、どのように把握されるのか。ベームが重視した法原則は、「正当に競争している個人は、その人の振舞いの他者の経済的運命への影響についての責任がそれぞれ、その他者が競争相手であったり、市場の相手であったり、最終的には経済全体であったりしても、免除される。」というものであった。すなわち、行為主体の能力・業績 (Leistung) に適ったものである限り、その結果にはなんら責任を問われることはないとするものである。ベームはいわゆる業績競争 (Leistungswettbewerb) ⁽³⁷⁾を念頭に置いていた。業績競争の考えのもとでは、競争者はその競争行動の経済全体への効果につ

(34) K. W. Nörr, a.a.O., S. 117.

(35) K. W. Nörr, a.a.O., S. 110.

(36) ネルは、「制度」の機能の一つである「責任免除 (負担免除)」が制度思想の「不運 (Elend)」であるかどうかという問題を意識している。「制度」機能について考察する素材として、岡谷英明「アーノルド・ゲーレン『制度の哲学』の教育学的意義」教育哲学研究72号、1995年、16頁以下参照。アーノルド・ゲーレンは、社会的制度の意義を、「直観を信じる気質 (instinktverlassenes Wesen)」の人にとっての支柱および外へ向けての拠り所であるとしている。この理論では、法は現実には、規律に服させる力、もっぱらそれのみと解される。欠陥だらけの人が教示される負担免除を、当該制度が自由の代償 (Preis) のためのみに提供するのである。もっともこの範疇のままでは、ここでいう法は、制度としての競争および競争における取引にのっての現行のルールに近いとはいえない。

(37) Vgl. F. Böhm, a.a.O. (FN 12), S. 207ff.

いての責任を負わないという命題は、競争に基づく作用が、第三者なのかあるいは国民経済なのか、いずれへの競争行動に由来するのか、競争行動自体がまったく知ることができないという必然的な結果なのである。したがってベームは、支配から自由な競争の社会秩序を見越して対応しているとみられる。まさに競争は個人に、それを助けとして、自ら有し、また有することができるより多くの知識を利用する権限が与えられる手段に属するものといえる。

自由権を以て競争を機能的に拘束することに認められる意義があるとなれば、それは、私法の助けを以て市場力を生じさせる、あるいは既に生じている独占力を行使する市場参加者に通用するルールについてである。そのルールは、ベームがしばしば述べているところを要約すると、「権力を有する者は、自由を享受してはならない」というものである。経済を秩序あるものにするための、(有力な)行為主体に求められる「あるべき」姿勢であるといえよう。かかる事態を許すことは、支配力の濫用を招来することになる。

ベームは、自由交換経済の経済体制から導き出される、独占的・競争制限的行為を禁止する規範を以て、その当時(＝ナチス時代)支配的で独占的闘争をはっきりと示す法の自然状態を批判していた。ここでいう自然状態は、⁽³⁸⁾独占の特権と独占的闘争の黙認に存していた。この自然状態につき、ネルは、「業績競争のルールを頼りとする力なき競争者がそ

(38) エルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川訳前掲書54頁およびエルンスト＝ヨアヒム・メストメッカー／早川勝訳「支配と法に関する欧州の基準」『EUの法秩序と経済秩序—法と経済の関係についての基本問題—』(法律文化社、2011年)7-8頁参照。また、森本茂訳「法の見ることのできる手—アダム・スミスにおける法秩序と経済体制の関係について—」上柳克郎／河本一郎監訳『メストメッカー教授論文翻訳集 法秩序と経済体制』(商事法務研究会、1980年)47頁以下も参照。本文でいう「自然状態」については、ホブスの説く「自然状態—万人の万人に対する闘争—」をイメージすればよいであろう。

経済秩序に歴史法則はあるか？

の行為の結果に責任を負わない場合には、その競争者は自然状態から解放⁽³⁹⁾されない」としている。

市場は可能な限り競争的であることが望ましい、とするのがオルドーリベラル学派の立場である。競争が公序と目される所以である。しかし、現実の市場は完全競争モデルが当てはまらない。そこで、市場があたかも完全競争が行われているかのように構成されるために、国家が競争の役割と機能を担うことになる。すなわち、国家が競争の代わりをして、市場条件等を直接、擬制的規準（Als-Ob-Maßstab）に従って決定しなければならない。⁽⁴⁰⁾ もっとも、この擬制的規準については、独占力を有する者にあたかも競争が行われているかの如く振舞うよう義務づけることは、国家による舵取りとして、競争政策上、競争法上、可能であるか、そしてそれを要求することができるか、議論されたことがある。この立場は、一度生じた独占力を適法としてしまう手法にほかならず、完全競争になぞらえた、国家による社会保障に類似した解釈を施すものである。

この擬制的規準という手法に対しては、オルドーリベラル学派の中でも対応は様々であった。中でもヴァルター・オイケンは慎重な姿勢で臨んでいた。オイケンによれば、この手法が適用されるのは、他に競合する事業者のいない（文字通りの）独占事業者に対してのみである、としていた。いわば、実質的に公益事業独占に相当するような場合である。ベームも、競争法は競争制限的行為および独占的行為を禁止するのみであり、それ以上に当該事業者に競争的に「正しい」行為を範として示すことはない、として擬制的規準には期待していなかった。そもそも競争のプロセスをシミュレーションすることはできないからである。⁽⁴¹⁾

(39) Vgl. K. W. Nörr, a.a.O., S. 118.

(40) 拙著『市場支配力の濫用と規制の法理』（嵯峨野書院、2001年）10－11頁。

(41) 吉見研次訳「競争制限に関する法の私法に対する関係について」上柳/河本監訳前掲書123頁以下、W. オイケン/大野忠男訳『経済政策原理』（勁草書房、1967年）394頁以下、とくに399頁以下参照。

公序、公法制度としての競争のほかに、経済を秩序あらしめるための経済体制の礎に属するものに何があるか。それは種々の私法制度である。すなわち、私有財産制度、財産権保護制度、善意取得者保護制度、契約自由制度、行為自由制度および商事会社制度である。ベームは、私法秩序と経済秩序における関連性の定式化を行った。オイケン⁽⁴²⁾は、これを「秩序の相互依存」と呼んだ。オイケン⁽⁴²⁾はそこでは、市場力の獲得とその行使、すなわち独占の問題を取り上げ、独占に対する特別な法規の発展の必要性を説いた。そして併せて、司法の経済政策にとっての主体的な役割についても言及した（「裁判はしばしば経済政策なのである」⁽⁴³⁾）。かかる「秩序の相互依存」により、経済政策の「誤った方向」への動きも市場経済制度への「挑戦」と解されることになる。

経済（秩序）の歴史もこの繰り返しなのかもしれない。

5. むすびにかえて

本稿の最初の問いかけにはどのように答えるべきであろうか。地理学者志賀重昂や民俗学者柳田國男らの言われる「歴史的必然性」なるもの⁽⁴⁴⁾を窺わせる経済現象を、全面的に否定する材料は見当たらなかった。しかしながら、「歴史法則」と呼べるようなものも、確たる裏付けを以て、提示することもできなかった。

しかし経済の歴史を紐解くと、人類はなんと同じ歩み、誤りを繰り返してきたのか多々気づかされる場所である。そこからわれわれは何を学ぶべきであるか。

思うに、景気循環にみられるような「経済法則」については、一定の条件は付くかもしれないが、これを肯定することができよう。そして、

(42) W. オイケン/大野訳前掲書412頁以下参照。

(43) W. オイケン/大野訳前掲書415頁。

(44) 『牧口常三郎全集』（第三文明社、1976年）の付録に記された牧口の志賀訪問の際のエピソードにしばしばこのフレーズが登場している。

経済秩序に歴史法則はあるか？

この「経済法則」が歴史的事象と交差するときに、「歴史法則」なるものを想起させるのではないか。これはまったく稚拙な発想でしかないが、このように設定することで一応の説明がつくものと思われる。もちろん、マルクスの説く「歴史法則」もそのように単純なものではないことを承知している。ただ、歴史の中で繰り返し生じる経済事象の中に法則性が見出され、「経済法則」を「歴史法則」と位置付けられるようなケースも少なからずあったと受け取った次第である。

では、バームの記述（とくに「経済秩序と歴史法則」）とネルらによるその論評から何を学び取ったのか。

それは、マルクスの頃から経済秩序は国内のそれから、国境を越えたそれへと変貌しているということである。すなわち、企業の活動や市場の在り方が国際化し、競争状態がグローバルな規模になってきているのである。この傾向は今日、とりわけハイテク産業（AI事業）、IT事業に顕著にみられるところである。ここで企業以外に、「グローバル・プレイヤー」として競争に参加する者には各国政府だけでなく、EUのような地域組織も含まれる。かかる参加者は自らの企業の競争を履行させる責務を負っている。この目的を達成するために自由に使える手段は補助金であり、政府による措置である。ただいずれも、場合によっては、競争を制限することもある。⁽⁴⁵⁾

さらに近時の動きとして、グローバル化現象に加えて、市場のデジタル化も見逃してはならない。⁽⁴⁶⁾ 従来の市場概念とは異なる市場の登場に法

(45) 補助金行政によりもたらされる競争への影響についての論考として、久保欣哉「西ドイツ補助金行政と競争の自由—基本権による制御（ベルシュテットの論旨）を顧みる」『商事法の現代的課題 喜多了祐先生退官記念論文集』（中央経済社、1985年）259頁以下、同「国の援助と競争システム—ヨーロッパ共同体設立条約第92条の構造と機能」一橋論叢第95巻第2号（1986年）1頁以下参照。

(46) 第9次ドイツ競争制限禁止法改正の際に、いわゆる「デジタル化条項」が新設された（同法18条2a項、3a項、35条1a項）。

はどのように対処していくか。喫緊の課題である。この課題には「歴史法則」なるものがあるにせよ、歴史という経験則だけでは十分には対応できないであろう。EUにみられるように、「経済秩序」の基盤それ自体が変動し続けている場合には、「法則」の機械的な当てはめでは満足 of いく成果を得ることはできないものと思われる。EUはマーストリヒト条約を以て動き出したが、それはヘーゲル流の国家機能の利用として特徴づけられる。もっとも、政治的権力の増加を、ヘーゲル流の国家は市民社会に対するその支配の中に具現するように、その増加が共同体制度について、国家機能の利用と結びつくことを誰一人望む者はいない。

EU自体、現在、地殻変動の真只中にある⁽⁴⁷⁾。しばし、われわれは静観し続けるしかないであろう。しかしそれと同時に、今だからこそ歴史に学ぶことも必要であろう。「歴史の流れに、定型はない」(マルクス・ガブリエル)のだから。

〈追記〉

氏家先生には、この場をお借りしてお礼申し上げたいことがあります。母の葬儀の際に、神戸のご自宅から、足下の悪い中、会場の名古屋までお越しくくださったことです。法学部を代表して哀悼の意を述べてくださりました。氏家先生のご厚情に感謝致したく、本稿に取り組んだ次第です。もっとも、先生のご専門に近づけようと、経済法思想の展開に挑戦はしたものの、それは無謀な取り組みでした。とくに、ヘーゲルの「法の哲学」の難解さには何度も挫折しました。そのほかの、多々あるであろう誤解、誤謬につきましても、何卒、ご寛恕賜りたく存じます。

(47) ヘーゲルによれば、国家は人民の一般意志、すなわち人民の真にあるべき政治を求める意志を媒介として特殊性(主観的自由)と普遍性(客観的自由)の統一を実現する、とされる(第260節)。

(48) G. マヨーネ/庄司克宏監訳『欧州統合は行きすぎたのか 上・下』(岩波書店, 2017年), イワン・クラステフ/庄司克宏監訳『アフター・ヨーロッパ』(岩波書店, 2018年) 参照。

経済秩序に歴史法則はあるか？

氏家先生，お疲れさまでした。そして，ありがとうございました。