

エルンスト・ヨアヒム・メストメッカー 「権力、法および経済体制 (Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung)」 を読む（1）

田 中 裕 明

1. はじめに

ドイツ経済法を研究する者にとって、ハンブルクのマックスプランク研究所名誉教授のエルンスト・ヨアヒム・メストメッカー教授の著書、論文等の研鑽は必須であるといってよかろう。筆者も大学院の時から何点か同教授の文献を渉猟してきた。正直、同教授の文章は内容も文体も難解で閉口し続けてきた。

本稿は、今から半世紀も前に公表された „Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung“*（ZHR 137, 1973, S. 97 ff.）を私的に訳しながら、同教授の前半期におけるドイツ経済法についての考えや、姿勢等について考察することを目的とする。ここで前半期といったのは、同教授は、アダム・スミスを軸とした古典派経済学に

* この論文は、メストメッカー教授が1972年9月5日ボンで行った社会政策学会100周年記念講演の再録である。同教授は、2024年4月22日、お亡くなりになった。謹んでお悔やみ申し上げる次第である。同教授とは、1993年12月ドイツ・ミュンスター市で開催された、B. グロスフェルト教授の還暦をお祝いするシンポジウムでご一緒させていただいた。あいにくご挨拶することもできなかったが、お目にかかる機会をいただけたことが、私にとっては大きな喜びであった。なお、Wirtschaftsverfassung を文脈によって、「経済体制」、「経済体制法」と訳したり、同様に Verfassung を、「憲法」、「体制」、「構成」と訳したりしていることをご寛恕いただきたい。

基づく（その批判を含む）思考方法であったと思われたのであるが、2000年代に入ってから、それまでとは打って変わり、インドの経済学者アマルティア・セン（Amartya Sen）の思索に触れる論考が目立ってきたからである。いわば、同教授の後半期は（大袈裟かもしれないが）「東洋思想」に軸足を置き始めたのかもしれない。それで、筆者としては、その転換期に入る前の思考基盤を確認⁽¹⁾したく、同論文の翻訳に取り組んだ次第である。

（試訳） 「権力、法および経済体制」

人類の最も大きな問題、それは自然が人類に求めざるを得ない解決策であり、法の支配を行う市民社会の確立である。この問題は、同時に最も困難な問題であり、人類が最後に解決する問題でもある。

カント『普遍史の構想』1784年

Ⅰ. 新たな啓蒙

新たな啓蒙の光を広めるという主張は、社会科学における進歩や学術的な思考様式を保証するものとされている。その主張は、自己理解が啓蒙の弁証法にあるのか、体制論の社会学的啓蒙にあるのか、満たされない啓蒙にあるのか、啓蒙された市場経済にあるのかにかかわらず、主張される。しかし、迷信がその陰の王座を築いている躁病的な観念は、もはやシラーがその時代に感じていた^(原注1)ような、宗教の中にも、理解できない自然の力の中にも、社会的地位やギル

(1) メストメッカー教授の論文には翻訳集が出されている（上柳克郎・河本一郎監訳『法秩序と経済体制』（商事法務研究会、1980年）、早川勝訳『市場経済秩序における法の課題』（法律文化社、1997年）、同『EUの法秩序と経済秩序』（法律文化社、2011年））。本稿で取り上げる論文は上柳・河本前掲書の「監訳者はしがき」では、「翻訳上の理由により…断念した」とあり、それもあって今回浅学菲才を顧みず、訳出に取り組んだ次第である。誤訳・誤解は全面的に筆者の責任である。なお、アマルティア・センに言及する論文として、E. J. Mestmäcker, 50 Jahre GWB, WuW 1, 2008, 6ff.; ders., Ein Forum im Kampf um die richtige Ordnung des Wettbewerbs, WuW 6, 2017, 302ff. また、アマルティア・センの思想を知る手掛かりとして、ローレンス・ハミルトン著、神鳥裕子訳『アマルティア・センの思想』（みすず書房、2021年）がある。

（原注1） F. Schiller, Briefe über die ästhetische Erziehung des Menschen, hrsg. v. W.

ドや出生の特権の支配の中にも、政府の検閲の中にも感じられない。それは何よりもまず、自分が共有しない知識論であり、反映されない認識上の関心であり、抑圧を助長する誤った意識であり、あるいは迷信とみなされる無政府状態を助長する国家の機能に対する洞察の欠如である。政治家と立法者の科学としての政治経済学の偉大な伝統の記憶と、自由の科学としての法学の伝統の記憶は、宗教をめぐる学問的戦争で減じる恐れがある。私の考察は、このような状況下で、社会経済の領域における権力と法について、社会科学の間でどのような理解を得ることができるのかという問題に向けられている。問題となっているのは、社会科学の研究対象としての法ではなく、社会を構成する要素としての法である。

古典的なイギリス経済学は、ドイツ観念論の哲学体系に経験的な参照条件を提供し、それは現在に至るまで、自由、権力、権威に関する我々の理解に影響を与えている。実証主義が実践的行動に対して科学的認識に内在する法則を根本的にもてあそべばもてあそぶほど、社会科学が方法論的に否認され、政治的な意味合いを持つようになった。社会的行動を主題とする科学は、権力と自由の対立項を無視することはできない。したがって、政治理論と実践は、市民的自由の行使から生じる対立をどのように区切り、解決するかによって区別することができる。一方、紛争の原因や、その解決に向けた最終的な目標に関する意見には、常に政治神学やイデオロギーの特徴がある。人間が生まれながらにして平等か不平等か、善か悪か、攻撃的か平和的か、といったアンソロポロジーに基づく意見も同様である：国家を樹立するという問題は、それがどんなに厳しく聞こえるかもしれないが、悪魔の国であっても（彼らが理性の力を持っていれば）解決することができる。したがって、経済システムが人間の利己主義と利潤への欲望に基づいており、それによって道徳が損なわれているというのは、経済システムに対する反論としては不十分である。利他的な動機に

Henckmann, 1967, 29.

(原注 2) A. Smith, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, ed. A. P. Lerner, 1937, 397. アダム・スミス/山岡洋訳『国富論 下』(日本経済新聞出版, 2014年), 3 頁。

(原注 3) F. C. v. Savigny, *System des geutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, Bd. I, 55.

(原注 4) I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, Akademie-Ausgabe, Bd. 8, 343, 366.

基づく行為が、どのような経済システムと最も調和しやすいかをここで決める必要はない。しかし、経験上、最も大きく異なる経済システムにおいては、利己心が非常に優勢であるため、経済行為はこの仮説でより容易に説明できる。社会主義経済における会計価格は、競争条件下における市場価格と同じ客観的性格を持つというオスカー・ランゲの言葉を、他にどうすれば理解できる(原注5)だろう。

ほとんど例外なく、社会的対立の原因を取り除くという目標、あるいはすでに取り除いたという主張は、現在あるいは将来の幸福の約束と結びついている。国家や社会が主張する、他者を幸福にする方法を知っているという主張は、権力を持つ者に特別な良心を与えるが、不幸にも人生の目的について他の考えを持つ者は、最悪の苦境に立たされる。市民となった臣民と、まだ解放の自覚を獲得していない市民的主体との間にどんなに大きな隔たりがあろうとも、国家理性と社会的に保証された真の自覚との間の実際的な差は、ほんのわずかなものでしかない。

II. 法に対する政治と経済の支配

自然の自由のシステムとしての古典的なイギリス経済学から発せられる魅力は、さまざまな理由から、法や国家からの独立という経済領域の本質的な性質を誤って理解させる結果となった。社会科学が専門化する過程で、法律学と経済学の目標、対象、方法は必然的に差別化されることになった。しかし、理論モデルの具体的な純粋性を達成しようとする努力は、両者ともに、エレガントな理論の構築における喜びを増大させ、その一方で、両分野に共通する社会的条件との関係は、実り豊かであると考えられる探求の路線から、頭から追い出されてしまった。他の分野でも異なる意見があることを理解すると、疑問が生じた場合、法学者は日常的な経験と判断力に頼り、経済学者は仮説とモデルに頼りようになる。この自給自足の政治的意義は過小評価されるべきではない。それは、市場経済体制に最も執拗に反対する人々が、その批判において市場経済体制の自律的な性格を利用できるようになるための先行条件である。経済自由主義に対する急進的な批判は、同時に法の支配に対する批判でもあった。ア

(原注5) O. Lange, On the Economic Theory of Socialism IV, Review of Economic Studies, 1936, p. 60 et seq.

エルンスト・ヨアヒム・メストメッカー「権力、法および……

（原注6）
ダム・スミスが自由な経済システムの基礎として正確な正義の運営を前提とした自己理解（Selbstverständlichkeit）が、そのアンチテーゼ、すなわち、法に対する政治または経済の支配に変わったのである。このことは、カール・シュミットとカール・マルクスのような対照的な法の支配の批評家の例によって証明できる。ハインリッヒ・ハイネは、権力という華麗な衣服に身を包んだドイツ（原注7）の国家哲学者たちを目にし、カール・シュミットは、権力の中に形式に関わりなく、敵味方の関係である政治の形式を認めた：生産が完全に匿名化され、株式会社やその他の企業体のベールが特定の人物への帰属を不可能にした時点で、資本家以外の何者でもない者の私有財産は、不可解な付属物として脇に追いやられなければならない。経済がこのように政治的になると、それは小ブルジョア法から手を引き、自ら敵味方の関係を定義する（原注8）。（原注9）カール・マルクスは、権力の悪魔が不可逆的に法に屈服するとは考えなかった。それどころか、彼は、（原注10）労働者から最も自明な保護権を奪うために、（原注11）尊大な人権の目録が乱用され、法の精神が財産の精神に還元されることに憤慨した。

しかし、マルクスでさえ、生産力が十分に発達し、労働者階級が解放されるまで、社会主義の仕事をする資本主義の見えざる手なしにはしなかった。権力と政治的領域が法からの自由として美学化されようと、競争が大義名分化されようと、私法は経済システムと同一視される。この識別の目的は、このようなシステムの中で経済力を統制する可能性を理論的にさえ排除することである。市場経済システムと私法の政治的中立性あるいは自然的自律性という考え（原注12）方は、ヘーゲルがその法哲学の中でしばしば警告している「抽象化の誤り」。

（原注6） A. Smith, op. cit., p. 651. アダム・スミス/山岡洋訳前掲書260頁。

（原注7） H. Heine, Die romantische Schule, Sämtliche Werke, hrsg. v. E Elster, Bd. V, 229.

（原注8） C. Schmitt, Römischer Katholizismus und politische Form, Der katholische Gedanke, Bd. XII, 1925, 25.

（原注9） C. Schmitt, Staatsethik und pluralistischer Staat, Kant-Studien, Bd. 35, 28 ff.; derselbe, Der Begriff des Politischen, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Korollarien 1963.

（原注10） K. Marx, Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie, Bd. I, MEW Bd. 23, 320.

（原注11） A. a. O., 643.

（原注12） G. W. F. Hegel, Rechtsphilosophie, §126.

すなわち、私法は私的福祉、すなわち経済領域と同様、公共の利益とは相容れないものであると主張することに帰結する。この間違いは、右翼と左翼のヘーゲル主義者が共有している。経済力は、一方の派閥にとっては、国家の支配を問題視するときでさえ、政治的領域の不可抗力を確認するものであり、他方の派閥にとっては、経済体制は、いかなる場合にも、法律、国家、政治を自らの下に包摂するものである。このことは、一見矛盾しているように見えるかもしれないが、なぜ集中と独占の弁明者たちが、これらの理論をあたかも硬貨であるかのように人々に広めたのかを説明している。大企業、業界団体、労働組合の政治的・社会的関連性は、誰も異議を唱えないが、その政治的・社会的な力ゆえに、法的・経済的システムの文脈から排除する根拠とされる。公益は、企業を制度として定型化することで、私法や競争による統制を排除する正当な理由となる。この目的のために採用された手段は、競争システムにおける権力統制の有効性を示す重要な指標となるように私には思われる。大企業のイデオロギーに用意された私有財産の否定は、対等な共同決定によって内部から、あるいは社会的な力によって外部からこれらの企業をコントロールするために、別の側面から取り上げられる。新聞社も、財団や公的機関という法的形態で、生産手段の社会化のための思考モデルを開発するために、所有権政策の観点から中立化されるべきである。社会的あるいは政治的に関連した問題だからといって、経済秩序の構造原理を放棄する政治共同体は、自らこの秩序を放棄しているのである。この声明は、既存の法秩序や経済秩序の基盤を常に批判的に見直す必要性や可能性に反対するものではない。また、ノーヴェ (Nove) 氏やツィンマーマン (Zimmermann) 氏が強く主張した、組織的・構造的な特殊性を持つ企業を経済分析に含めるという要求と矛盾することも望んでいない。しかし、後期資本主義においては、企業は政治的にのみ統制されうるが、経済的・法的には統制されないと主張することによって、企業を自律化しようとする試みを拒否しなければならない。

(2) 両氏については、詳細は不明である。Prof. ではなく Herr と記しているので、少なくとも大学教授ではないと思われる。

Ⅲ. 非私的な私法 (Das nicht private Privatrecht)⁽³⁾

市場経済における分権化的経済計画の主体である家計、企業、労働組合は、その計画を私法の範囲内かつ手段によって実現する。したがって、市場経済制度と私法秩序との間の構造的な対応関係は、経済体制の基礎として維持されなければならない。^(原注13) 私法は、自由な市民間に紛争が生じた場合に、その紛争を解決するために不可欠な手続である。しかし、古典的な民法が、分業に基づき、分散的に管理される経済と構造的に類似していることを、形式と内容、あるいは手段と目的の関係に還元してはならない。しかし、この考え方は、科学的にも政治的にも重大な意味をもつ、国家学における法学と経済学の統一を確立しようとしたローレンツ・フォン・シュタインの偉大な試みの基礎となった：「もし私が法を見つけないのであれば、それを生み出す者のコンセプトの中にそれを求めなければならない。法的定義とは、このように通常の意味での定義ではなく、…経済的なものである。」^(原注14) このように、法学と経済学の学際性が強調されればされるほど、とくに経済との関係において、法の機能の独立性を説明し、主張することが決定的になる。法律は経済規制の文脈 (wirtschaftliche Regelzusammenhänge) を参照し、そこから規範の内容の重要な要素を引き出す。これらの要素の選択、相互の関係、自由な行為の承認または行為を制限する必要性は、立法と規範の解釈によって決定されなければならない。競争制限に関する法の基本的な体系的・実践的意義は、マルクスがこのシステムの拮抗的、戦闘的、暴力的性格の証明とみなすこの文脈の中で、経済的自治と法的自治の間の緊張という実施の関係を主題化しているという事実にある。

アメリカでは、経済的自由と政治的自由の間の構成的関係に対する歴史的・政治的な警戒心が、政治的民主主義に必要な附属物としての反トラスト法の発展を可能にした。ヨーロッパ経済共同体では、伝統的なカルテル法の領域をは

(3) 原文にあるように nicht privat なので、私法分野ではあるが、公的要素もあるという意味であると解されるので、「非私的な」と訳させていただいた。

(原注13) Vgl. F. Böhm, Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, ORDO XVII 1966.

(原注14) L. von Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, 1876, 224.

るかに超えた、歪みのない競争制度が共同体の憲法上の基盤のひとつとなっている。この考え方は、ヴァルター・オイケンとフランツ・ベームによって初めて確立された、経済秩序の法的形成可能性（die rechtliche Gestaltbarkeit der Wirtschaftsordnung）に関する洞察が政治的にもたらした最も重要な効果であろう。

方法論的には、競争を制限から保護する法が考慮されることになるが、その法というのは、第三者の選択肢を保障し、行動の自由を制限し、企業の独立した計画を調整するのに適している限りにおいて認められる独自の法である。しかし、経済全体としてのつながり（Bezug）は、しばしば想定されているように、効果的な競争モデルに基づいて当局より、企業の価格政策行動を制御することによって確立されるものではない。競争の制限は、競争の可能な機能を示しているのである。そのため、これまで知られていなかった競争関係が、競争制限のある契約において初めて明らかになることも多いのである。これは、競争が発見のプロセスであることを裏付けるものである。しばしば繰り返される競争の内容に関する定義の要求は、規範的に担保されたる競争の様々な機能を認識していない。経済体制法の可能性にとってのこれらの機能の基本的な重要性は、法の第一の任務である権力の統制を、分散的ではあるが、企業行動の全体的な経済的規制と両立させるという事実にある。このように経済体制法の課題は解決されたわけではないが、その方法論的特殊性において説明される。（つまり）法と経済に共通する問題を認識することだけが重要なのではないのである。法規範・体制法規範に適合した経済政策の解決策を策定することも同様に重要である。

一方、私法と公法の原理的な分離は、重要な点でミクロ経済学とマクロ経済学の分離に匹敵する結果をもたらした。公共の福祉を直接実現するために、社会と国家、ミクロ構造と経済全体のつながりがないがしろにされているという事実^(原注15)に、私はその比較可能性を見出す。資金、需要、投資が政治的な雲に覆われた地域に嵐を巻き起こし、経済のファンダメンタルズ（ökonomische Grundelemente）の構造を変えてしまう危険性があることを示す多くの兆候がある。それは、マルクスが政治について主張したのとまったく同様である。

（原注15） K. Marx, a. a. O., 379.

IV. 民主主義と市場経済

私法がその概念的、経済的、政治的孤立から解き放たれるのと同じ程度に、別の誤解が広まっている。それは、政治的構成が私法制度や経済的構成に限定されるべきだという考え方である。ここで言及するまでもなく、「規範の囲いの中で仕事をする (in normativen Gehäusen ihr Wesen treiben)」単なる「法の支配の研究者 (Rechtsstaatslehrer)」とは一線を画すことに自己理解を見出そうとする研究者の考え方は、彼らのものである。^(原注16)

他方、経済体制法を実証しようとする試みは、ホルスト・エームケによって、国家と社会の分離を永続させるものであり、政治共同体の自由民主主義的基本秩序としての憲法の政治的中心を見逃していると主張している。^(原注17) 憲法上の観点からは、経済的に重要な基本的権利と立法者の権限との関係が問題となる。経済的には、秩序政策と裁量的な経済政策の関係の問題である。政治的には、国家と社会の間の緊迫した関係を、民主的に正当化された政治共同体の包括的な責任において解決できるかどうかが問われる。国家と社会の分離が、民主主義先進国における重要な構造的問題を隠していることは間違いなく事実である。ドイツの伝統では、「市民社会」は国家の自律的で独立した地位を疑う理由にはならなかった。それどころか、「市民社会」は国家の最も重要な正当化理由となった。ローレンツ・フォン・シュタインが第一次産業化の絶頂期に述べたように、国家の任務は、経済的・社会的利益が特権に変わるのを防ぐことである。「それができるためには、国家はあらゆる階級の絶対的な上位に立たなければならない。なぜなら、あらゆる階級が国家権力に対して自己主張するや、あらゆる不自由が生じるからである」。^{(原注18)(4)} しかしこれでは、議会制民主主義の国家がいかにして独立・中立であり得るかという疑問には答えられない。市民的自由から生じる経済的・社会的不平等が国家権力の構成に影響を及ぼすからである。⁽⁵⁾

(原注16) E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, 46.

(原注17) H. Ehmke, Wirtschaft und Verfassung. Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, 1961, 55.

(原注18) A. a. O., 215.

(4) ここでは、一般農奴制を想定しているようである。

「民主主義において、議会のさまざまなグループは、自ら決定した利益の代表者とはどう違うのだろうか。社会的な利害の対立を調整し、公共の利益に優先させる、信頼できる懸命な政治家は、多くの場合存在しない。さらに彼らは通常、公共の福祉に関する考慮事項、つまり間接的かつ遠隔的な考慮事項に基づいて、ある集団の明白かつ直接的な利益を無視することはできないであろう。」私がカール・マルクスの言葉を引用したのは、民主主義における経済権力の政治的コントロールの不可能性を説明するためではなく、1787年の「連邦主義者」においてジェームズ・マディソンが試みた、法の支配と議会制民主主義が想定すべき条件の分析を説明するためである。^(原注19) 民主国家が利益団体から独立することはありえないのである；純粋な法治国家の理論が前提とするような中立的な立法者は存在しえないのである。行政は、大陸ヨーロッパの権力分立論が要求するような政治的中立性を持っていないのである。そのため、政治共同体による決定を指摘しても、経済体制の問題は解決できないのである。むしろ、議会制民主主義の最も困難な課題は、社会における権力関係を、いかなる集団も自らの利益を絶対的な公益として押し通すことができないように調整することである。このような状況下における国家と社会の関係は、権力分立という物質的な課題を示す。それは、立法、行政、司法の組織的な分離と同じくらい重要な意味を持つ。

政治共同体が経済に対して自己主張する可能性は、政治的な影響力を持つ集団の存在、国家の経済への積極的な関与、そして国家による社会設計への政治的な要求によって疑問視されている。権力分立に代わって提案された代替案が、二つの基本的なパターンに帰着することは驚くことではない。すなわち、ガルブレイスが事実上すでに達成されたと主張する経済と社会における国家の廃止、あるいは経済プロセスと主要な経済単位を国家の管理下に置くことを要求するものである。^(原注20) その結果生じる実際的な問題は、東西の接近という説で覆い隠されている部分もある。また、経済を引き継いだ新しい社会も組織化が必要だという点が見過ごされている部分もある。一方、強力な国家を支持する

(5) この場合、選挙プロセスへの影響が考えられる。

(原注19) S. K. Padover (Ed.), *The Complete Madison. His basic writings*, reprint New York 1971, 53.

(原注20) J. K. Galbraith, *The New Industrial State*, 1967; deutsche Fassung 1970.

エルンスト・ヨアヒム・メストメッカー「権力，法および……

人々は，国有化によって国家の経済への依存を最終的に確定してしまうことを忘れていたのだ。

経済体制の基盤としての社会における権力分立は，機能的分化という原則によってのみ可能となる。機能的分化の最も重要な手段は，法である。

(未完)