

## 経済秩序と経済法

- 一 経済法の成立
- 二 集権型経済法の経緯と破綻
- 三 混合型経済の無原則
- 四 私的自治の秩序構想の座礁
- 五 自由防衛の法秩序

経済は秩序を必要とする。経済法は経済を秩序づける。秩序は正義に適ったものでなければならぬ。経済の秩序構想を一九一八年ワイマール憲法第一五一一条一項は次のように宣言した。「経済生活の秩序は、すべての人の人たるに値する生活を保障するとともに、正義の諸原則に適合することを要する。個人の経済上の自由はこの限界内で保障される」と。経済の秩序構想を実定法の上で

これ以上巧みに表現することは難しい。ここに表明された秩序構想は、一九三八年の国家総動員法の秩序構想とは全く異質のものである。

経済を秩序づける構想は、しかし、経済法をまたなければならぬわけではない。市民法を貫く私的自治の原則に既に（一九世紀）秩序構想はあった。しかし後に明らかにされるようにこの構想は座礁し難破してしまった。けれども我々の経済法を自由防衛の法秩序の一環として構想する限り、市民法の秩序構想は承継されなければならない。以上がこの小稿で取扱う問題意識と結論の一端である。なお小稿は一橋論叢一九八七年四月号（九七巻四号）に新入生向け「学問への招待」の論稿として用意されたものである。

久保 欣 哉

## 一 経済法の成立

一 経済法の呼び名を与えられる法現象ならびにこれを考察対象とする経済法学の登場は、ようやく今世紀前半（一〇年代、三〇年代）のことに属する。それ故、経済法の意義、独立の法分科領域の可能性について、議論はなお流動的である。それにも拘わらずこの小稿では私見の一端を申し述べてみたい。なぜか。経済に秩序を与える現実の政策は混合経済（体制）の呼び名が与えられる。混合型経済の下では、政策の策定・実施のイニシアチブが国および官僚の手中に歯止めなく集中化する傾向がみられる。この傾向は我々の標榜する自由社会の核心を射抜くことになるかもしれない。我々は自由防衛の視点が経済に秩序を与える構想の中で規範価値に結晶し、実現されなければならないと考える。それはすぐれて今日のかつ焦眉の検討課題である。

さて、私は経済法を経済Ⅱ経済行為をその対象とし、これを有意に調整し秩序づける法分科領域である、と考える。元来用語「経済法」をもって語られる法現象は一定の歴史的背景をもち、その文脈の中に登場した。しか

も特定の目的をもって。不幸なことにその目的は戦争であった。けれども経済法の意義を把握するとともにその型を類別するには、所期の目的が何か明らかにされていることを必要とする。またその目的に向け何を規律の対象とし、どのような手法で誰がイニシアチブをとって経済を秩序づけるかが問われる。もっとも経済法とはを問う諸見解のうちには、経済法といわれる法現象が帯有する在来の各法分科領域と異なる性格を指摘するものが相当に多い。しかし独立の法分科領域の成立の可能性は、性格や研究方法の特色を指摘することによって遂に拓けない。いずれの法分科領域も独自の対象を持つことによって他の領域から境界づけられるのである。あたかも商法が「企業」を対象とすることによって民法からの相対的自主性を主張しうるがごとくに。経済法についてこのことを示そう。

二 経済法現象の帯有する独自の性格や研究方法の特色を指摘する見解は、意識して独立の法分科としての経済法の成立の可能性を最初から断念しているか、その可能性を説くことに成功していない。これらの見解のこのような結果は、商法学における商的色彩説（田中耕太郎）

や法律行為の集団取引の法説（ヘック）の帰結と同様である。幾つかをみよう。

世界観説の呼び名を与えられる見解（ヘーデマン）は、最初から独自の法分科領域としての経済法の成立を断念している。この見解は経済性（Wirtschaftlichkeit）が今世紀の現実の生活のすみずみにまで浸透し法素材もまた同様であるとす。ここに「経済性」は、十八世紀の思潮的基盤が「自然」に求められたのと対比されて、今世紀の音色（Tonung）であると位置づけられる。そうであれば二十世紀のすべての法領域はこの音色を帶有することとなり、したがってその論理上すべての法は「経済的な」法、すなわち経済法たらざるを得なくなる。しかしこのような帰結が不当であることは言うまでもない。却ってこの見解はこのような論理的帰結が極めて不当であることを自覚するが故に、経済法を独自の法分科領域とは認めないのである。

経済法現象の研究方法における特徴を強調する見解（ガイラー、ルンプ）はどうか。方法論説の呼び名が与えられる。この見解によれば「経済的な法」すなわち経済法は、一層の法律事実の探究ないし（および）事物自

然性の探究を要請するとし、したがって社会学的方法が必要である、とする。けれどもいうところの社会学的方法による探究作業がいかなる段階に達したなら、「経済的な」法すなわち経済法を他の法領域から境界づけ分離することができのかを、この見解は明らかにしない。またいうところの社会学的方法は、比較法とともに、かつ比較法の方法としても、法学一般の共有財であり、経済法研究の固有の方法ではない。

独自の法分科領域としての経済法の成立の可能性を探究する態度を積極的に（？）放棄する見解（ヌスパウム）には蒐集説の呼び名が与えられる。この見解によれば、従来の法分科領域に收容することの出来ないはみ出しものとしての法現象の收容所として、経済法が用意されるにすぎない。それ故この見解に積極的な評価を与えることは出来ない。

あるいは「経済的な」法の特色を自由と拘束のせめぎ合い、衝突に求めるとしても（フーパー）、かかる状況は法一般にみられることであって、これをもって経済法固有の特色とはなし得ない。それ故この特色の指摘によって総ての法領域のうちから経済法の領域を切り取るこ

とは出来ないし、そうすることは不当でもある。

三 経済法は「経済」を対象として他の法分科領域に対し境界づけられる。ここに経済とは、人にとって必然かつ必要な行為であり、生存のために有限の財をもって無限の欲望を充足する行為である。それ故、対象「経済」は「経済行為」と表現してもよい。ところで経済法もまた規範的社会構成機能をもつのであるから、対象「経済」に即して、経済法は経済Ⅱ経済行為を有意に調整し秩序づける法である、と述べることになる。すなわち、経済法は無数に展り開けられる経済行為を有意に調整し秩序づける機能をもつ。経済法を経済秩序の法ないし経済政策の法とする見解(吉永栄助)は、経済法のこの機能に特に着目するものであろう。

問題となるのは「有意に」の意義である。「有意に」は経済法の機能を通じて実現されることが予定されている目的に規定されて判断される価値概念である。さらにこの目的の実現手法、イニシアチブの担い手の組合せから経済法の型(規範概念としての経済体制)が類別されることになる。

「有意に」を規定する経済法の目的は、我々の歴史的

経験から汲み上げて類型化することが出来る。差し当り戦争遂行、経済的危機の克服、経済的効率の向上、自由人権の擁護の四つを挙げておく。実現目的のいずれが選択されるかは、政策的価値判断と直面する状況に規定される。

四 戦争遂行を目的とする経済法は高権(国家・官僚)がイニシアチブを握り、経済統制の手法が採用されて集権型経済法の姿をとる。記述概念としての中央管理経済がこれに照応する。われわれはこの型の経済法の経験をもっている。集権型経済法の対極に自由人権防衛を目的として分権型経済法が登場する。それは市民法における私的自治の秩序構想を基礎に据えるものであり、記述概念としての市場取引経済がこれに照応する。

右両者間において、経済的危機の克服、経済的効率の向上を目的とする経済法は、集権型に徹したのから分権型を基本とするものまで、色彩明度表の推移を示す。記述概念混合型経済がこれに照応する。

ここで是非とも注意を喚起しておかねばならないことは、目的、手法、イニシアチブの担い手は無原則、無制限の組合せを許さないということである。集権型経済法

は目的自由人權の擁護、私的自治の手法、私人のイニシアチブと組合せることが出来ない。分権型経済法は目的戦争遂行、経済統制、高権のイニシアチブと組合せることが出来ない。これに対して目的経済的危機の克服、経済的効率の向上は、観念的には集権型の場合の手法、イニシアチブとも、分権型の場合のそれとも組合せることが可能である。しかし所期の目的実現にとり集権型が分権型より適切かどうかは疑わしい。その活力の源泉を個々人の自由に求める自由社会が安易かつ無原則に集権型経済法に傾斜するならば、自由社会の核心は射抜かれることになる。明瞭な規範価値基準を持たない混合型経済にこの危険は潜んでいる。

## 二 集権型経済法の経験と破綻

一 経済法現象発生の契機となったのは、不幸なことに第一次世界大戦の勃発であった。それ故、経済法は戦争遂行を目的として集権型経済法としてまず登場した。一九一四年八月一四日ドイツ第二帝国の議會は一挙に一六の戦時経済法を成立させた。その最重要法授權法は連邦參議院に無制限な立法権を与えた。「およそ一八五〇年

から一九一四年まで、ドイツには経済法はなかった」とする表現（リンク）の背景がここにみられる。けれども目的戦争遂行を可能にする機能をもつ集権型経済法を第二帝国は遂に手にすることが出来なかった。相次ぐ法令は場当りの緊急避難措置の集積にすぎなかった。過剰な命令、布告、財の管理、価格統制、官庁・組織の新設、刑罰法規など、国家・官僚によって創り出された諸措置によってドイツ経済は結局統制の迷路に陥込んだのであった（リットナー）。これが我々の有する集権的強制分配秩序の最初の経験であり、その帰結統制の迷路は我々の汲み取るべき教訓である。

二 集権的強制分配秩序の轍を、第三帝国もまた、ふむこととなる。一九三三年ヒトラーは政権を掌握するや、再軍備と外国への侵略を目標に、経済の集権的管理の途を推進する。経済の主人にして管理者たる国家（ヘーデマン）の登場である。すなわち、その政権掌握とともに、ライヒ経済大臣に私人の経済行為に自由に介入する権限を付与する強制カルテル法が登場した（一九三三年以降）。農業、食糧経済への統制介入の法の登場も一九三三年である。翌三四年「ドイツ経済の有機的組織化準備

法」が目指したところは、ライヒ経済大臣への経済諸団体に対する強制介入権限の付与である。団体の創設、結合、定款変更、指導者の選任・解任などが高権の手に委ねられたのである。またドイツ経済は厳格な為替管理によって外国市場と切斷された。しかし高権による統制措置にも拘わらず、価格、賃銀の上昇は続き、一九三六年價格凍結令、一九三八年賃銀凍結令が用意されなければならなかった。第二次世界大戦の勃発とともに統制は日常生活上の物資、戦争遂行上の物資に広く及び、再びドイツ経済は、統制の迷路に陥る(リットナー)。強制分配秩序は正義に適った分配の基準を常に見出すことができない。恣意と情実の介入は不可避であり、高権に対する不信、不平を助長し、遂に市民相互間の信頼関係も失われる。

この時期、わが国も一九三八年国家総動員法(一九四一年改正)を戦時経済の基本法として、ナチ式経済組織の構想を導入した。国家総動員法の特徴は「政府ハ戦時ニ際シ国家総動員上必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ物資ノ生産、修理、配給、譲渡其ノ他ノ処分、使用、消費、所持及移動ニ関スル必要ナル命令ヲ為スコトヲ

得」(同法八条)という形式に読みとり得る(この形式の法条が三条以下に列挙されている)。強制分配秩序が高権に対する不信、不平を生み、市民相互間の信頼関係を毀したことは我々の原体験である(参照、有沢広巳監修・昭和経済史、日本経済新聞社一九七六年「第二編混乱の戦時経済」、国家総動員法につき、末川博編著・国防経済法体制、有斐閣一九四二年、金沢良雄・経済法の史的考察、有斐閣一九八五年)。

三 いずれの戦時統制経済法も集権型経済法も統制の迷路の教訓を残した。このことは無数の経済行為を目的に適合して有意に調整し秩序づける役割を国家・官僚が全面的に担うことは不可能であることを示す。本来高権といえども経済法則に逆った施策を長期に亘って維持することは至難の技であり、経済生活のすみずみまで過不足なく目的に適合した計画を立案し、誤りなく実施する能力は持ち合せない。そもそも計画の立案には無数のニーズの序列化を要するところ、何がニーズであり、その優劣後の順位はどのようであるかにつき誤りなき判断を下すことは不可能である。情実と不正の介入は避け難い。ここから更なるそしてより基本的に重要な教訓が導か

れる。例えば国家総動員法第二十條は「政府ハ戦時ニ際

自由にあるからである。

### 三 混合型經濟の無原則

シ国家総動員上必要アルトキハ勅令ノ定ムル所ニ依リ新聞紙其ノ他ノ出版物ノ掲載ニ付制限又ハ禁止ヲ爲スコトヲ得(第一項)政府ハ前項ノ制限又ハ禁止ニ違反シタル新聞紙其ノ他ノ出版物ニシテ国家総動員上支障アルモノ

一 戦争經濟の苦い自由抑圧の経験にもかかわらず、集権型經濟法の手法はしばしば現実の政策に採用される。

ノ発売及頒布ヲ禁止シ之ヲ差押フルコトヲ得此ノ場合ニ於テハ併セテ其ノ原版ヲ差押フルコトヲ得(第二項)」

著しく集権型に傾斜した手法が採用される傾向は強い。戦争は願望としてあってはならないことであるが今後も

と定めたのである。ここに何が読みとられなければならないか。国家・官僚への統制権限の集中の意味するところは市民の自由の制限・剝奪・否定である。それ故戦争遂行を目的として集権型經濟法の手段しか残されていない状況は悲劇である。その程度において戦争經濟の悲劇に及ばないとしても、經濟的危機の克服、經濟的効率の向上を目的として集権型に著しく傾斜した手法がとられるなら同様の可能性がある。まして準戦時体制を喧伝してなされる經濟政策は、挙国一致をスローガンに、戦時とまったく同じ様相で市民の自由を抑圧する。それ故平時においても、例えば高権に強制カルテルの形成を命ずる権限を安易に付与するようなことは厳しく戒められるべきである。けだし社会の活力の源泉は市民の享受する

絶対に戦争に直面しないという保障はない。いやむしろ國際紛争解決の手段として軍事力を考える人は依然多いのが現実である。ひとたび戦争が勃発するや集権型經濟法は不可避となる。戦争よりはるかに高い確率で經濟的

危機は頻繁に訪れる。対応する施策は多様であるが、分権型市場取引經濟とは異質の、国・官僚主導による競争政策の凍結、物価統制・監視、補助金による振興政策、低金利政策、租税特別政策などが浮上する。同様の手法が經濟的効率の向上を目的としても採用される。經濟成長はしばしばわれわれの社会の自己目的に高められて、これを達成することが最高原理とみなされる傾向がある。この原理を信奉する人々にとっては「人はパンのみにて

生くるに非ず」は戯言でしかあるまい。しかし経済を秩序づける手法として、私的イニシアチブに委ねられるところが漸減し、高権主導に委ねられる部分が増大する程に、手術は成功したが患者 $\parallel$ 自由社会は死んだの轍を踏む危険性は高まるであろう。自由人権のもつ重みを正解しないと、この危険性は現実化する。

二 混合型経済ないし混合経済体制が現実に行われているところであると語るとき、そこには規範的価値基準をもった秩序の内容が少しも示されず、現に行われている状態が記述されているにすぎない。われわれは用語「混合型経済」が文脈上記述概念として用いられているか規範概念として用いられているか、また用いられるべきかに注意を払う必要がある。現に行われている経済に秩序を与える政策が、集権型に徹したものでなく、自由放任型でもないという状態を記述する場合が前者である。しかし記述概念はどこまで高権がイニシアチブをとり、どのような手法で経済行為を調整し秩序づけることが許されるかにつき、一切示すところがない。高権の立入禁止区域は明らかではない。記述概念は高権への権限集中に有効な歯止めをかける規範的価値基準を持たないのである。

もしわれわれが混合型経済を規範概念として用いるならば、高権に委ねられるイニシアチブ、そのとりうる手法が、われわれの社会の法秩序の窮極の実現価値 $\parallel$ 人間の尊厳と共鳴するよう、それらを限界づけ限定づける規範的価値基準が定立されていることを要する。われわれはその優れた先例をひとつ持っている。ワイマール憲法(一九一八年)第一五一一条一項である。再びそれを引いておこう。「経済生活の秩序は、すべての人の人たるに値する生活を保障するとともに、正義の諸原則に適合することを要する。個人の経済上の自由はこの限界内で保障される。」無原則に集権型経済法へと傾斜を深める混合型経済に規範的価値基準を盛り込む作業は、帰するところ分権型経済法の秩序構想を示す作業にはかならず、法秩序総体の観点からは結局自由防衛のシステムの構想を提示することによって答えられるのである。自由防衛のシステムを構想するのであるから、その前提において、近代市民法の秩序構想、私的自治の秩序構想の分析がなされていることを要する。ただしそこには下から上に向けて秩序を形成していこうとする構想、壮大な自由防衛の構想があったからである(グロースフェルト)。



#### 四 私的自治の秩序構想の座礁

一 近代市民社会の經濟的側面である市場取引經濟、およびその法的側面である市民法には秩序構想があった。

しかも市民の自由防衛という革新的な秩序構想が。

經濟的側面市場取引經濟においては、今日樂觀にすぎたと批判され、また事実そうではあつたけれども、その主張「自由放任」は重商主義、絶対主義に対する根元的な批判を包含しつつ、經濟秩序が予定されてゐた。しかし見えざる手による予定調和は破綻したのである。市場取引經濟の側面からみたその原因はこうである。古典派の発見した經濟行為の道案内者「價格」による需要供給の自動調整の機構が有効に働くためには、道案内者「價格」が人為的に歪曲されたものでないことを要する。換言すれば、經濟行為の主体の誰か（誰も）がプライスメーカーでないことを要する。市場における競争を通じて形成された價格でなければならぬ。それ故市場取引經濟の秩序形成の核心をなすものは「競争」である。競争は動態的連続的なプロセスであり、優勝劣敗の結果、一時的な強者の出現は不可避であるが、絶えず新たなライ

バル（新規参入）の出現によって再開される、と古典派は考へた。ここに古典派の樂觀がある（エムマリーヒ）。

他方市民法の秩序構想は私的自治を支柱にする。一九世紀ドイツ私法學（Pandektenwissenschaft）によつて市民社会の自足完了的な秩序体系としての市民法が構築された。しかしその秩序構想は一九世紀末から二十世紀初頭に衰退することになる（Großfeld, Bernhard, Zivilrecht als Gestaltungsaufgabe, Heidelberg・Karlsruhe 1977 S. 12 ff.）。例えばイエリンクはその著書「權利のための闘争」のなかで述べた。市民法の目的は生活の法的秩序を確保し、永続的に維持することである、と。それ故当時經濟の領域において市民法は經濟秩序の法であつた。決して秩序から隔離され、秩序とは關係をもたないものとして孤立化された個人間の法律關係の規律のみ奉仕するものではない、と考へられていた。同時にむしろ公けの全体秩序形成を分担するものであつた。自ら自由に決し、行為することを平等に保障された法主体、その物的基礎としての私的所有權の保障、市場における取引展開の契機となる契約の自由、これらを包含する私

的自治の原則が市民法の秩序構想を支える。市民法は私的自治の原則を通して、自由、平等の理念によって方向づけられる自由な経済秩序の形成という政策課題を担っていたのである。しかし先に触れたように一九世紀の終

りから二十世紀の初頭にかけて、市民法の秩序構想は衰退する。それは市民法の外からの諸勢力の力学に基づくとともに市民法内部からの秩序構想の自己解体を原因とする。公法の勢力の増大と、秩序維持の役割を責任をまますます国家が引受けるようになっていったことは前者に該当しよう。これに対して秩序構想の自己解体は、市民法のわたくし化へむけての非政策化、中立化によって生じた。個別取引主体間の利益調整に市民法の役割が限定され、全体秩序の形成とは無関係の法領域とされ、私法の呼び名の下に、全体秩序形成の担い手としての公法に對置されるに至ったとき、市民法は自己解体の途を辿ることとなった。例えば株式会社（会社）法は、巨大な経済力の不滅の担い手としての株式会社全体の秩序に対するインパクトを最早や認識しなくなった。またドイツ民法典第一三八条の規定がその第一草案第一〇六条にあった良俗違反、公序違反の法律行為を無効とするとの定め（日

本民法九〇条相当）のうち、公序違反を承継しなかった結末が、公序を危殆に曝すかも知れない契約を適切に規律しないこととなって現われた。このことを契約による競争制限の効力の問題で示そう。

二 契約の自由は公序である営業の自由に優越するか。これを肯定することは契約による公序の制限を容認することに帰する。契約の自由はその内容の自由も意味するが、内容として競争制限を合意することが適法とされるならば、「競争」は維持され続けると考えた市場取引経済の秩序構想はまさにその核心を射抜かれたことになる。競争が排除され、価格が人為的に決定されるや、当該価格は需要供給の自動調整機能を失うことになる。ライヒ最高裁判所はザクセン木工場カルテル事件（一八九七年）においてカルテルを一般的に許容するに至りこれがドイツ経済をくまなくカルテル化する途を開いた。こうしてドイツはカルテル王国となった。この判決は、本来公序であって、それ故私人の自由に処分することが許されない「営業の自由」を私人の自由な処分に委ねることを認めたものである。カルテルノ是非をめぐる論争は第一次大戦の直前まで続くが、ようやく一九一二年卓越し

たカルテル批判、カルテルが市民法の秩序機能侵害であるとする批判が現われた (Kestner, Fritze, Der Organisationszwang, Berlin 1912)。その批判は今日も適切である。ケストナーは三つの危険をカルテルにみた。国家のライバルとしてのカルテル、カルテル構成員の自由な意思決定の強制的排除、市民法秩序への深刻かつ危険な干渉、これらである (a. a. O., S. 283 ff.)。これらの危険のうち第三点についてケストナーはおおよそ次のよう述べる。——私法秩序の拠って立つところの契約の自由の前提は、競争を排除することによって排除される。相互に非従属的にして独立して対峙する人格が取引当事者として登場することを承認するところに、契約の自由は立脚するのである。この制度はカルテルによって創り出される従属性によって核心を射抜かれる。民法典は、契約の自由の核心ないし前提がこのように排除されることに中立的な態度をとるものではない。民法典はこのような展開を予見しなかったという理由で、明瞭にこれに反対する立場をとらなかつたにすぎない。契約の自由は、競争の結果としての顧客選択の自由によって保障されると信じた。競争の代わりに他の制度を装置するならば、現

行法秩序・経済秩序を不変のまま維持することは出来ない。自由競争は、新しい様式が到来すると一時しのぎにネジを抜いて、他のもので置き換えられるような、国民経済の美しい装飾ではない。そうではなくて、その単なる撤去または移動だけで全体の建物がぐらついてしまう、国民経済および今日の私法規律の礎石なのである。競争が除去されるや、契約の自由を適切に用いる可能性は衰える。契約の自由と競争はある程度まで不可分である。それらのうち一方が切り取られても、他方が生き続けるような同根からの分枝に非ずして、むしろ同一の樹木の二本の根である。すなわちその一本が切り取られるや、樹木は通例繁茂することが出来ず、かつこうして他の根もその発展力を失う。結局、競争制限の広汎に亘る許容は、法秩序に深刻極まる変更をもたらすのである、と。

三 私的自治による市民法の秩序構想は、自由に決し行爲することを平等に保障された法主体についても、またその財産的基礎をなす私的所有権の保障についても、内側から蚕食され、秩序構想の自己解体が進行する。現代における不滅の経済権力体である巨大株式会社に即して観察すれば、この自己解体の事態はただちに明らかにす

ることが出来る。

第一に、私的自治における法主体は自由に決し、自由に行爲しうることを平等に保障されているためまえにもかかわらず、株式会社における意思決定は株主総会における資本多数決を介して支配資本の意思が貫徹する仕組みになっている。会社の内部構造上互換性の原理が働かなくなっている場合、すなわち支配株主（支配資本）と無機能株主（少数派）のそれぞれの地位が固定化したところでは、支配資本は報復を恐れることがまったくないままに、少数派と会社に結集した財産（経済力）を永続して自己の意思の下に服せしめうる。このような事態は、法人格によって独立の存在とされた個別株式会社の内部分構造としてみた場合にとどまらず、複数会社間に親子関係のある場合（コンツェルン）の子会社の内部構造として観察した場合にもみられる。

第二に、既に右にも指摘したように、支配資本の意思が会社の意思として貫徹することを可能にするシステムが、会社に結集した全経済力が資本資本に掌握される途を開く。元来株主の議決権は所有権における支配権能の変形物である、という説明が行われることがあるが、こ

こで支配資本が会社に結集した全経済力を支配することは、自らの所有を超えた支配を意味する。換言すれば私的所有権における排他的支配の保障以上の現象が生じていることを意味する。ここでもコンツェルンの場合にはその頂上会社（親会社）が、経済的一体としてのコンツェルンに結集した全経済力を支配する。

第三に、もしいわゆる経営者支配という事態が現に存するとすれば、株式会社企業的所有者⇨出資者の地位を前提としない支配、すなわち所有なき支配が存することとなる。

第四にいわゆる「花見酒」に素朴ではあるが事柄の本質が見事に描き出されている株式の相互保有現象が複数会社間で行われた場合には、所有を超えた支配、所有なき支配にもうひとつ別の意味が加えられる。相互保有株式は実質的な出資の裏付けを欠き、相互保有が繰り返されるごとに実体資本の裏付けは一層稀薄化する。甲会社の保有する相手方乙会社の株式による乙会社株主総会での議決権行使は、甲会社経営者が乙会社経営者と協力関係を取結ぶことによつてなされる。乙会社の保有する甲会社株式についても事態は同様に進行する。いづれにせ

よその議決権は実質的な出資のない株式に由来するから、二重の意味で所有なき支配が進行するといえる。

もっとも以上のところを所有権に基づく排他的支配を逸脱するものでないと説明することは出来ないわけではない。会社に結集する全経済力は、法人である会社のものであるから、法人に即してみれば、少しも所有をこえる支配は生じていない、と。この説明は形式的法論理としてはすきのないものである。けれども以上述べたような事態の存在すること、またそこに内在する問題と、それがわれわれの秩序にとってもつところの意味を一切顧みないのであれば、それが無意識の結果であれば怠慢の悖りを、もし意識的であれば、その立場で、実定法上の、例えば議決権の濫用防止の工夫、少数株主の保護などどう説明するかが問われることとなろう。またこの形式的法論理を前提としても、以上の内部関係を含みつつ巨大株式会社は法人として対外的に独立のかつ不滅の取引主体として登場するのであり、そこに結集された経済力は、相手方に対する優越的な交渉能力、市場支配能力の裏付けとなる。こうして巨大経済権力体は市民法の秩序構想と緊張関係にたつことになる。そもそも所有の客体

を排他的に支配することの保障が、実はその保障を介した、他の取引主体（相手方）の支配に連なることは、立法者の充分認識するところではなかったのであろう。こうして自由平等の確保のための政策的システム——フランス革命によってその刻印を打ちこまれたシステム——である市民法は、自らに課された使命に應えることが出来なくなった。のみならず、ルートヴィヒ・ライザーが「私法の将来」で述べるように、経済権力の保持者の手の中なる法技術的に洗練されて操ることの出来る道具に、市民法は墮落したのである (zit. nach Grosfeld, a. a. O., S. 16)。

## 五 自由防衛の法秩序

一 元来自由平等は、市民社会の法秩序の窮極価値「人間の尊厳」の内実をなす。市民法における秩序構想の支柱、自由にして平等なる法主体は、政治権力に対する自由平等の保障の要請の市民法への投影にほかならない。自由人権はそれ故政治権力に対して保障されれば足りるものではない。それはむしろまず同胞市民からの侵害に曝されているのである。自由平等の保障は政治権力に対

する関係だけでなく、同胞市民に対する関係でも実現されていなければならない。しかも私的経済権力は常に自ら政治権力となるか、支配的影響力を政治権力に対して保持しようとするのであるから、自由平等の保障はまず市民相互の領域においてははじめられなければならない (Großfeld, Bernhard, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968, S. 50)。

同胞市民相互の間でどういう状況が確保されていれば自由平等は実現されているといえるだろうか。市民社会における業績主義は、能力と可能性の最善を尽くしてなされる企業努力に対して正当な所得の配分を保障する思想であり、業績の提供を通じてなす自己の権力範囲の拡大はこの思想に適ったものである。しかし同時にここに自由平等に対する危険が潜んでいる。けれどももし機械的平等を主張するならばそれが自由人権を否定する結果となるであろう。こうして自由と平等とは緊張関係に立っているのである。一方の他方に対する価値的優越性を強調しても緊張関係は解決されない。両者が恒常的にせめぎ合っているところに社会の動態が表現されている。け

れどもせめぎ合いを放置するならば平等は廃絶される。しかも支配・服従という結果が招来されるのであるから、平等の廃絶は自由の否定をも意味する。

かくして我々は板ばさみの状態に置かれる。すなわち、一方私的経済権力の許容される限界は厳しく狭く設定されておらなければならない、他方において業績主義によって形成された権力的地位を保障しその社会的要請に沿った権力行使を可能ならしめるため、その許容される限界は十分弾力的に緩かに設定されておらなければならないというジレンマである。このジレンマを解決する途はひとつある。誰もが権力的地位につきうるといふ機会が誰にも平等に与えられていることである (機会の均等)。権力的地位は終局的に固定化されてはならず、絶えず回帰の可能性が存しなければならぬ。それ故機会の均等の原則は展開されて互換性の原理となる。この原理の実現の可能性がある限り、自由平等はともかくも原則的に保障されており、このとき私的経済権力は大き過ぎることもなく、集権的権力として君臨し固定化するに至ることも阻止できる。

以上のところを別の観点から表現すれば、自由平等の

確保のために要請されることは、誰もが権力的地位を指して権力闘争に参加することが保障されていること、誰もが権力闘争に曝されていることである。したがっていかなる権力の担い手も一種の治外法権をもつことは許されない。しかも権力闘争はむき出しの物理的力によるものであってはならない。権力闘争は業績の提出により勝敗の決せられる規律ある闘争であることを要する。これこそ「競争」の原理そのものである。しからは「競争」は契約の自由をもっても制限し得ない自由社会の秩序価値であるとともに、私的経済権力体もその秩序価値に従うことを要する。こうして業績闘争 $\parallel$ 競争が権力制御機能、権力破砕機能を担うのである(エムマーリッヒの用語では *machtzerstörende oder machtnutralisierende Wirkung des Wettbewerbs*)。

二 我々の社会の法秩序は、その窮極価値として人間の尊厳を掲げ、その内実をなす自由平等の実現を指すのであるから、我々は競争の回復維持を実現しなければならぬ。これが前段の帰結である。その際既に含意されているように、競争を単に経済的効率の向上という社会的要請に應えるだけのものと理解してはならない。単な

る経済工学的プロジェクトとして競争を最高の生産性獲得のための手段に貶しめてはならない。そもそも経済的効率の向上は最高の法命題たり得ない。法は経済的繁栄のためにあるのではない。ワイマール憲法第一五一条一項がここでまた想起されるべきである。したがって私的経済権力体の存在あるいはその権力行使を許容するか否かは、国民経済上それが利益をもたらすか否かの観点で決せられてはならない。それが自由にとって持っている意味が決定的に重要である(疑わしきときは自由のために—*In dubio pro libertate*)。

かくして我々の経済法は、「競争」の回復維持のシステムを装置したものであることを要する。それは集権型経済法とは対極に位置する。集権型経済法は強烈な秩序意思を表明する。けれどもそれはわれわれの法秩序の窮極価値人間の尊厳を否定する異質のものであり、集権型経済法の下では奴隸の福祉と命令服従がその実態の総てである。我々の経済法は私人のイニシアチブを基本とし、したがって市場取引経済の既に持っていた秩序構想、市民法が持っていた秩序構想を承継し、その弱い点ないし欠陥を補うことによって構想される。古典派は、「競争」

は維持され続けると考えたが、それは樂觀にすぎた。市民法の秩序構想の衰退とともに契約の自由による競争制限が可能とされ、また業績闘争の結果として優勝劣敗より生じた権力的地位は固定化し、却って業績闘争の可能性を排除するに至った。こうした事態の認識のうえにたつて、契約自由の原則の生命のみなもとである「競争」(ケストナー)、経済権力体が業績闘争に対し治外法権を持つことのないようにするための競争(グロースフェルト)の回復維持が法秩序の最重要課題のひとつとなる。

この役割を担う特別法が反トラスト法(独占禁止法)である。それ故この実定法規範がわれわれの経済法の中核をなす。ここでは国家・官僚の役割は「競争」の回復維持に限界づけられる。すなわち本来市場取引経済および市民法の持っていた秩序構想を下から支える役割のみが振り当てられる。

三 問題となるのは、競争の回復維持を反トラスト法という特別法に委ねるだけで足りるかである。足りない。なぜか。第一に反トラスト法の運用は、明瞭な反競争的行為に対する事後的介入是正に傾きやすく、他方競争回避の意図・行動、および権力的地位への憧憬は社会の動

態としていたる所に存在する。すなわち同胞市民による自由平等侵害の脅威は常に存在する。かかる事態に特別法としての反トラスト法は必ずしも迅速的確に対応し得ない。

第二に特別法としての反トラスト法に競争の回復維持を委ねるや、同法のみがその役割を担うものとされて、法の各分科領域間の相互の關係、換言すれば法秩序の形成へ向けての有機的関連性が見失われることになる。結果はこれだけにとどまらない。相互間の有機的関連性を見失うときは、法の分科領域間で対抗力が働き、特別法としての反トラスト法の効果が減殺されあるいは中和化される危険が生ずる。我々の業績主義をとりこんだ法秩序にとっては、権力的地位およびその権力行使の許容限界を決定することが極めて困難な課題であるだけに、このような状況は憂うべきものといわなければならない。

このような憂うべき事態を回避しうるただひとつの途は、すべての法分科領域が我々の社会の法秩序の窮極価値に首尾一貫して向けられ、立法および裁判所による事件の解決が競争の回復維持に留意してなされることである。換言すれば自由防衛が目指されていることを要する。



しからは私法もまた、往時の市民法が明確な秩序構想を持って、自由防衛という法秩序の一環としてその役割を担わなければならない。全体の秩序から切り離されてとらえられたという意味で孤立化された私人の相互間の法律関係における利益調整、巷間いわゆる個別当事者間の利益調整が私法に振り当てられた使命であるとするのが、現時の一般的風潮である。

しかしこのように位置づけられた私法の現実機能は、同胞市民による自由平等侵害の道具として用いられ、あるいは私的經濟權力形成の手だてとして用いられるところに、読みとられなければならない。これらの事態は自由防衛の法秩序を内部から崩壊せしめるものである。それ故私法はこのような事態を実現しようとする同胞市民に奉仕することのないように充分警戒しなければならぬのである。私法が余計な役割——自由防衛という役割——を背負わされて煩わされることを避けて、純粹個人的・形式的にその姿を整え、政策価値・秩序価値から中立であるという態度をとるために、自由防衛の秩序構想を特別法に委ねることは誤りである。このことは株式会社法の政策的中立性を説く従来の支配的見解を批判的に

吟味する作業（グロースフェルト）によってただちに明らかになる。

株式会社法の組織法的性格の一面的強調による政策中立観にも拘わらず、株式会社法は前述のように（四—三）株式会社の内部構造上の支配従属現象を許容してきた。また私的經濟權力体の急速な形成を可能にしたのも株式会社制度である。更に株式会社法の政策的中立性という表現を借りつつ、その実線り返し線り返しなされる株式会社法の改正は、結局支配資本側の要望を飽くことなく採用して来たのである。それは閉ざされた目による立法である。しかも目は立法者において閉ざされているにすぎず、当該規範を自己固有の利益に利用せんと欲する人々においてではない。株式会社法も自由防衛の法秩序の構成部分であるという位置づけの下では、すべての株式会社法の諸原則、規制は、自由防衛を目標とした政策上の総合決定に対応しなければならない。自由防衛は「競争」の回復維持を実現することによるのであるから、株式会社法も「競争」の積極的実現手段として理解され、用いられることが要請されるのである。

四 かくて自由防衛の法秩序にあっては、經濟法とその

中核をなす反トラスト法に経済秩序形成の役割を振り当てれば足りるというものではない。既にイエリンクは、私法の窮極の目的は、取引社会の秩序を確保し、維持することではなければならない、と述べた。同様の見地においてオット・フォン・ギールケは「私法の社会的使命」において、公法と私法の峻別を批判している。すなわち——かかる峻別は、全体のために個が、個のために全体が存することを看過するからである。法秩序は目的の一致を忘れてはならず、法秩序がまず個別の利益を配慮する私法においても公共の福祉が要求され、まず全体を見渡す公法においても、個々人の正当な要求は適えられなければならない。私法上の権能は、個人自らのために付与されるにとどまらず、同時に彼はそれを社会の福祉の

ために文化的手段として利用しなければならぬ。と  
(zit. nach Grobfeld, Aktiengesellschaft, S. 196)。

我々は現代における法の諸問題に鋭い関心を払い積極的にそれと取組む気概と態度を必要とする。と同時に十九世紀ドイツ私法学における碩学たちの説いた市民法の秩序構想を畏敬をもって顧なければならぬ。

\* 小稿は、冒頭にも指摘したように、新入生向け「学問への招待」の論稿のひとつとして書かれた。注記は省略し、最小限本文中に組込んである。既発表の拙稿「自由社会の経済法—分権型経済法の基本構想」田中誠二先生米寿記念論文集「現代商事法の重要問題」一九八四年経済法学会研究会所収において述べたところを一応ベースにしている。

(一橋大学教授)