



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツ経済法学説史略考 ー第二次大戦終了前までの学説を素材としてー
Author(s)	丹宗, 昭信; TANSO, Akinobu
Citation	北大法学論集, 19(2), 1-40
Issue Date	1968-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16102
Type	departmental bulletin paper
File Information	19(2)_p1-40.pdf



ドイツ経済法学説史略考

——第二次大戦終了前までの学説を素材として——

丹 宗 昭 信

(目 次)

はしがき

第一節 私法的観点からアプローチした経済法学説

第一項 方法的観点到重点をおいた学説

第二項 企業者法説ないし企業法説

第二節 行政法的観点からアプローチした経済法学説

第三節 社会法的観点からアプローチした経済法学説

結 び

は し が き

(一) 経済法学説の学説史的検討に際しては、経済法概念が、隣接法域たる民・商法、行政法、労働法とは異なる独自

の対象及び対象範囲を把え、併せてそれを規律する独自の指導原理によつて体系化されているものであることが、その作業の基礎的前提となつていなければならないであろう。若しその基礎的前提がなければ、学説史の検討は、ただか各時代の学説の単なる羅列に終止し、各学説がいかなる学説の流れに属し、又各学説がどのような問題を解決し、どのような問題を未解決のままに残してきたかを明らかにすることもできないであろう。ドイツ経済法学説の学説史的検討においても、右の一般原則は妥当する。しかし、他の法分科における程経済法についての概念規定が、一義的な明確さをもつて学会の共有財産となりえていないところでは、経済法の概念規定の幅の広さに比例して、学説史の取扱い方の視角も多様となることは避け難いところである。その意味で本稿は、学説史的検討の一試論にすぎないのである。

ところで各学説の学説史的把握に際しては、先づ各学説の把えた経済法学説の内容が正しく理解されなければならないことはいうまでもないことである。そのためには、経済法概念の重要な内容を構成するものとして、各学説の把えた固有の対象、それを規律する独自の指導原理並びにそれによつて統括される対象範囲等を明らかにすることが、最少限度要請される作業であると考えられる。しかし本稿では、各学説の把えた経済法概念の中、主として対象及び指導原理を中心に(多少対象範囲についても考慮はするが)検討を進めて行きたいと思う(詳細な対象範囲の問題は別稿で考察したい)。かように学説構成諸要素の中の二要素のみを主として取り出して検討し、それをもつて学説そのものを代表せしめ、学説史の中に位置づけることはいささか正鵠を失することもあると思うが、小稿をもつて学説史の記述を行なう場合には、かような冒険も或る程度止むをえない。というのは、右の二つの学説構成要素のみを基にした学説史でも、経済法理論の系譜、各学説の各系譜への位置づけ、各系譜の学説に含まれる法律上の主要な問題点、各系譜の学説の長短等々を或る程度明らかにすることが出来るように思われるし、そしてそのことは、今後経済法理論を構築し発展させる上に

それなりに意義あるものと考えられるからである。これまでわが国で試みられてきたドイツ経済法の学説ないし学説史的検討は、一部のものを除いては、ヘーデマンの経済法学説分類に依拠したものか、或は単なる学説の紹介羅列にすぎないものが多く、今日における経済法理論構成の問題視角からアプローチしたものは少なかつたように思われる。¹⁾

(二) ドイツでは第一次大戦頃から、法律学の中に既存の民・商法や行政法理論で律し切れない生活現象²⁾「エトバラス」が現われてきた。その「エトバラス」の正体を追つてそれを法律学的認識の面にもたらそうとしたのが、後述する幾多の経済法学説であつた。独自の対象とそれを支配する独自の原理を探究し、それを経済法学として新しい学問体系に構成しようとする試みは、第一次大戦以後盛んに行なわれてきたところであるが、第二次大戦後の今日においてもなお引続き多くの経済法研究者によつて試みられているところである。³⁾ しかも今日なお一義的に明確な経済法概念が確立されるに至っていないとはいふ難い。第二次大戦後の学説を見ても、ある経済法学者は、経済法を「市場経済の価格操作による規制のための法規を中心とするもの」(Böhm)と規定し、⁴⁾ 他の経済法学者は、ゴールドシュニットの説を継承して、経済法を「拘束力ある組織経済或は団体の法」(G. Eitel)と規定する。⁵⁾ また他の経済法学者は、経済法を「個人と共同体、自由と拘束との抵触を調整するための法」(E. R. Hubert)とし、その調節機能として経済統制法或は経済行政法に重点をおく等々、^{6) 7)} 経済法の規定とその対象ないし対象範囲の差異はまさに各人各様である。

ドイツ経済法の多様さに反して、日本ではむしろ独禁法を中核とする経済法概念は、今日多くの経済法学者によつて概ね承認された学説であるといえよう。⁸⁾ もちろん独禁法を中心に経済法を構成する場合でも、その重点の置き方は学者によりかなりの相違があるし、独禁法をどのように評価するかにより、その経済法体系への位置づけが異らざるをえないことも当然で、その意味での経済法学説の多様さはなお存在する。しかも今日持株会社の復活論や富士・

八幡両製鉄会社の合併をめぐつて、独禁法の骨抜き攻勢が財界側から激しく加えられている。最近問題になつてゐる富士・八幡両製鉄会社の合併のような大型合併が、独禁法の制限を突破した場合には、独禁法理論を中核とした経済法理論も、後退を余儀なくされざるをえないであろう。これ等の問題の詳細は別稿で取り上げることとし、本稿では第二次大戦終了までのドイツの経済法学説の検討を通して、第一次大戦以後法現象の中に新たに登場してきた「エトヴァスに」対して、ドイツの経済法学者達が、どのようにアプローチしていつたかを考察することにより、今日の経済法理論形成のためにかなる点を学びうるかを考えてみたいと思ふ。しかれば、ドイツの経済法学説を迎へることは、どのような意味で今日の経済法理論の構成或は展開のために必要であり、かつ有益であるのか。第一の点は経済法学説史の中で、ワイマールの経済法学説が最も多彩であり、かつ多彩な学説の中にすぐれた経済法の原形なり理論が示されているためであり、したがつて経済法学説史の上でも最も重要な地位を占めるためである。第二点は、昭和一二・三年以降日本で唱えられた経済法ないし経済統制法理論はその多くが、直接間接にはあるが、ドイツ経済法理論の影響をかなり強く受けていると考へられるためである。いいかえれば、日本の経済法学説史を迎へる場合でも、少くともワイマール期の経済法学説の検討は、必要不可欠な課題であると考えられるからである。

(三) 私はかつて、経済法を「市場支配を国家的に規制する法」と規定した⁽⁹⁾。そこにいう市場とは、独禁法にいう一定の取引分野即ち有効な競争が行なわれるための場であつて、かような競争市場を支配しようとするものを国家的に規制する法が経済法であると規定した。有効な競争を制限する市場支配形態としては、私的独占、コンツェルン、カルテル、不公正な取引方法等があげられるが、かような市場支配を抑制するいわゆる独占禁止政策は、第二次大戦後アメリカから取り入れた経済政策原理であつて、敗戦前の日本やドイツでは、私的独占やカルテルは、国家的に助長されこそすれ、違法なものとして禁止の対象とされるという法意識は存在しなかつたのである。戦後独禁法の導入によ

る経済民主主義思想によつて、法価値観の転換（少くとも建前上は）がなされたのである。ところがそれは、今日国際競争力の強化という名目に籍口して富士・八幡兩製鉄会社の合併や持株会社復活論によつて再度転換（復元）されようとしている。それらの当否はここではおくとして、市場支配を助長するにせよ違法の対象とするにせよ私的独占やコンツェルン、カルテル等の生活事実が、伝統的な民・商法や行政法理論ではもはや把ええなくなつたものであつて、それ故にこそ日本やドイツで、経済法理論として新しい法理論の構成が試みられてきたのであり、またアメリカで反トラスト法として独自の法理論が発展せしめられてきたのである。敗戦を契機に、独禁政策を取り入れた日本や西ドイツの経済政策原理は、敗戦前のそれに対し、正に一八〇度の転回をとげたものであるが、しかし敗戦前の経済法も戦後のそれも、主として私的独占やコンツェルン、カルテル等を対象としていたという意味では、両者は単にその規制原理（政策）を異にしているにすぎないのである。¹⁰（規制原理が、国民の法意識の中に自立的に発生してきたが、或は動かし難い程までに確立しえていない場合には、独禁法は常に改廢の脅威にさらされざるをえないのである。）右にのべたような私の経済法理論にたつて、敗戦までのドイツの経済法学説を検討していくわけであるが、本稿は独禁法原理を知らなかつた時代の学説を対象とするので、勢い既成の民・商法や行政法理論で律し切れない「エトパス」が、経済法としてどのように認識され理論構成されてきたかという点が考察の中心におかれることにならざるをえない。かような観点からドイツ経済法の学説史を辿る場合、ワイマール時代、一九三〇年以降にナチス原理でおおわれた時代及び敗戦後の時代の三期に分けて考察するのが適當であると思う。というのは、表見上は余り差異のないように見える各時代の経済法の学説も、仔細に考察すれば、各時期の経済政策上の原理的差異が微妙に反映して、その理論構成上も多かれ少かれ差異を示してきているからである。しかし本稿では、ナチスが崩壊するまでの間の経済法学説を考察の対象とし、第二次大戦後の経済法学説の検討は別稿にゆづることとする。ところで学説史の記述方法としては、ワイマール期の経済法学説とナチス期の経済法学説に分つてフ

オローする方が良いかとも考えたが、本稿は、各学説の長短を考察し、現代経済法理論を構築展開するための基礎固めとすることを主要な目的とするので、考察の方法としては、時間の系列の中における学説の変化やその時代的特色を描くよりは、学者の属した各法分科(ここでは主として民法・商法、行政法、社会法)の観点にたつて構築された(と思われる)経済法概念の性格とその限界を明らかにすることに重点をおく方法をとりたいと考えた。その意味で、私法的観点にたつた経済法学説(全く私法的観点にたつたなら経済法概念は必要ないので、ここでいう「私法的」ということは私法に近いという意味に解して貰いたい。他も同じ)、社会法的観点にたつた経済法学説、行政法的観点にたつた経済法学説の三つに分つて考察してみたいと思う。^①右の三つの観点にたつて経済法学説の分類を試みる場合は、次の利点^②があげられる。すなわち、従来ドイツ経済法学説の紹介ないし検討の殆んどは、蒐集説、対象説、方法論説、世界観説といつた分類(ヘンデ)に依拠して、そこではたかだか学説羅列がなされる以上に積極的に経済法理論構築のための「何か」^③が導き出されるといふことは殆んどみられなかつた。これに対して、右の三つの観点に分つて各学説を検討する場合には、各観点にたつての経済法の理論構成の特色とその限界、各観点が重点をおく法律上の問題点等が明らかになり、したがって新しく構成されるべき経済法の方向と法律上の問題点が漠然ながら示されるように思われる。独自の法分科としての経済法学の方向としては、それが民・商法、行政法、労働法の何れとも異なる独自の対象と法原理を有し、何れの法分科にも還元解消されえない固有の分科であることの論証がなされるべきであろう。ドイツ経済法学説の検討は、各学説がどこまでその目標に近づいていたかを明らかにしていく作業になるわけである。そのような視角から明らかにされた学説を、学説史の系譜(つまり統)の中に位置づけてみようというのが本稿の視角である。

〔註〕

(一) 日本でもこれまで経済法学説の学説史的検討をなしていると思われる論文は幾つかあるが、著者独自の経済法理論にたつて諸学説批判的に取扱つたものの代表としては、福光家慶「経済法の概念」〔神戸法学雑誌三卷二号(一九五三年十月)三卷三号(同

年十二月)掲載」をあげることができる。福光論文と共に、学説史的といえるかどうか疑問であるが、第二次大戦後の学説を扱ったものとしては金子昆「経済法概念の成立と発展」——第二次大戦後西ドイツの学説を中心として——(法学研究三九卷十二号掲載)がある。敗戦前には橋文雄教授、黒板駿策氏、吉永栄助教授、北村五良教授等のドイツ経済法学説を紹介導入したものがあつたが、何れも学説史的扱いということではできないように思う。

(2) 「経済法」という語を始めて法律上用いたしたのは、ヘーデマンによれば、リヒアルト・カーン(Richard Kahn)であつたといふ(Hedemann *Wirtschaftsrecht, im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*)。一九一八年カーンが、「戦争経済の法律概念」という論文のサブ・タイトルとして「戦時経済法の基礎づけの試み」(Ein Versuch der Grundlegung des Kriegswirtschaftsrechts)として用いたところから始まつたといわれる。ところで、この「経済法」なる観念は、第一次大戦後急激に普及し、殊に一九二〇年から一九二五年に至る五年間は、正にその絶頂であつて、いやしくも法律家にして経済法を口にせぬ学者は時代おくれとされたという。かくて「プロイセン州の大学においては、民法商法労働法の講義と並んで経済法の講義が行われ、またプロイセン州、チュリンゲン州等の法律試験令は経済法をその一課目に加えるに至つた」(黒板駿策「経済法の基礎的考察」早稲田法学十三卷二—三頁参照)因みに一九二〇年代において、経済法論議に参加した者には、ヌスbaum、カスケル、ゴールドシュニッツ、ヘーデマン、ウエストホフ、ニツパダイ、ルンプフ、ジンツハイマー等があつた。

(3) 経済法概念の多義性は、ドイツにおける経済法学説が経済法学者の数だけあることからもうかがわれる。とヘーデマンが述べた(L. W. Hedemann: *Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939, SS. 14—15*)が、今日も状況は全く変わらなう。E. Huber: *Wirtschaftsverwaltungsrecht. 2 Aufl., Bd I 1953, SS 7—12* 日本でも同じ。

(4) F. Böhm, *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, 1950, S. 16.*

(5) G. Erler, *Grundprobleme des Internationalen Wirtschaftsrechts.* 金沢教授が東大の大学院ゼミナールで使用されプリント(五頁)によつた。

(6) E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I (1953) S. 89.*

(7) Eichler, *Wirtschaftsrecht, 1950, S. 21.*

(8) 近年次第に独禁法の経済法の中における中心的地位が認められてきたことは、次にあげる著書論文を参照されると明らかであらう。金沢良雄・経済法(ダイヤモンド社昭三六・六)一五、四五頁以下、今村成和・独占禁止法(有斐閣法律学全集52昭三六・

(八) 九、一〇頁、田中誠二「経済法概論」(千倉書房昭三七・五)二二頁以下、正田彬・経済法(日本評論社昭三八・八)、三津田松吉・経済法概論(昭三八・九)、丹宗昭信「経済法(学)の独自性」経済法一号(経済法学会誌昭三三)二二頁等々。勿論独禁法の評価の仕方と、経済法理論のたて方により、その扱い方にはいろいろ相違がある。その点については、今村成和「経済法について」北大法学論集十八巻二号(昭四二年)は参考とならう。

(9) 丹宗前掲論文一八頁。

(10) かような見解にたつて昭和三三年の経済法学会で私の試論を発表した。その後、田中誠二、金沢良雄、今村成和、正田彬の諸教授から、直接問接の御批判をいただいた。しかし私自身は、それを余り崩す必要を感じていないので、本稿でもそのまま踏襲した。しかし私自身未解決の問題もあって、それらの諸批判に対しては未だに回答をひきのばしている。「現代経済法理論の検討」という形で、敗戦後の日本の経済法学説の検討を考えているので、その中で上述した諸先生方の御批判に答えたいと思っている次第である。

(11) かような観点にたつて、敗戦迄の日本の経済(統制)法学説を学説史的に検討したが、学説百年史「経済法」(ジュリスト四〇〇号掲載の論説)である。本稿は、数年前に書かれたものであるが、いろいろ都合で発表がおくられていた。ジュリスト四〇〇号掲載の学説史「経済法」の一部といささか重複しているのは、本来本稿が前に発表されるべきものであるのに後れたためである。尚、ジュリスト四〇〇号では、ワイマール経済法学説とナチス経済法学説の社会経済的背景の差異にいささか触れて、両期の経済法学説の性格的差異にもいささか言及しておいたつもりである(日本の経済(統制)法との対比のために)。本稿では、そのような手法は避けたので、本稿と併せ参照いただくと、各学説のもつ社会経済的意義は一層明らかになると共に、ジュリスト四〇〇号で簡略にしか述べなかつたドイツの経済法学説が、本稿によって多少はより明確になっているであらうと思つている。

(12) この三分法は、ドイツの経済法の学説史的検討におけるよりは、むしろ日本の経済法の学説史的検討に、より有効な方法である。というのは、戦時中の日本の経済法ないし経済統制法についての論説は、法哲学者から憲法学者、行政法学者、私法学者、社会法学者(?)に至る凡ての法分野の学者によって盛んに論じられたところで、それを整理して理解するためには、かような三分法による類型化が最もよく、その傾向を示しうるようにならなければならないからである。尤もこの三分法では、刑事法的観点からの経済(統制)法論は故意に省略されている。何故なら、刑事法的観点からの経済(統制)法理論は、経済法解釈論上は重要な問題を提供するのであるが、経済法理論の体系的構築上においては、余り重要な意味をもつようには考えられないからである。

〔補註〕

題名をドイツ経済法学説史略考としたにも拘らず、学説の年代的順位に必ずしも余り拘束されなかったし、またワイマール経済法学説とナチス経済法学説との学説史的な区別にも余りウエイトを置いて説かなかつたのは、註(2)で述べたような、ドイツや日本の経済法学説の傾向を知り、そこにおける長所と欠陥を知ることにより、いかに経済法理論を構築するかということが主要な問題意識であったからである。したがって、言葉の正しい意味での学説史を書くためには、別の構成に改められねばならないと考えている。

尚、ドイツの学説史略考としたにも拘らず、時折日本の学説の問題に言及したのも、専ら註(2)において述べた私の問題意識からで、題名に純粹にそつたものでない点もお断りしておきたいと思う。結局本稿は、学説の歴史と法律学的観点の問題を同時にもりこもうとしたので、一兎をも得ない結果になってしまったかも知れない。しかし第二次大戦後の学説をこれと同じ手法で整理すれば、学説史の感じは出てくるのではないかと思つている。

第一節 私法的観点からアプローチした経済法学説

本節では、方法的観点からアプローチした学説と企業者法説ないし企業法説に分つて考察したい。

第一項 方法的観点に重点をおいた経済法学説

蒐集説(Sammeltheorie)——この説は、第一次大戦時及び大戦後に現われた危機の経済法規の全体をもつて経済法とする見解で、ヌスbaum(A. Nussbaum)がこの説の主唱者である。彼は、その著『新ドイツ経済法』(Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht. 1922)——「世界大戦勃発以来の私法及び隣接法域の発展に関する体系的展望」(Eine systematische Übersicht über die Entwicklung des Privatrechts und der benachbarten Rechtsgebiete seit Ausbruch des Weltkriegs)という副題を伴つた——において、「直接個人の生活を規制対象とする法規(民・商法)に対して、国

民經濟に直接影響することを目的とする規範が經濟法的なものであるが、かかる經濟法的なものとは凡ゆる法の領域に存在する。したがつて、經濟法なるものが理論的に必要であるかどうか甚だ疑わしい」と自問しながら、「戦争は經濟的課題を広汎に國家の權力に移譲し、圧倒的に個人の經濟的自由の制限をもたらした。……すでに広義における社會化(Sozialisierung)は静まつたが、しかし戦争の残した經濟的課題は、今後も法の基盤の上に新しい層を沈澱せしめ行くであろう」とのべ、かような經濟構造の変化のもたらした新しい無数の法規と、戦時經濟以来の新しい經濟關係法規とを蒐集して、これらを「經濟法」という集合概念(Kollektivbegriff)の下に一括総稱した。彼の『新ドイツ經濟法』は、貨幣及び資本流通、商品取引及び供給契約、公經濟の拡大、土地法、労働法、債務者保護及び權利保護の六章に分つて新しい經濟關係法規を整理する。その中で彼が最も関心を寄せたのは、公法行為による私的債務關係の根拠づけとその変更であつた。殊に公法と私法との無数の混合現象を見るに及んで、彼は伝統的なドイツ法学の主流であつた概念法学の無力さを痛感せずにはいられた。そこで彼は——ヘーデマンも指摘するように——何よりもまず、「法律事実の探究」(Die Rechtsatsachenforschung)がかような新しい經濟現象の解明のためには必要であると考えた。この「法律事実の探究」とは、十九世紀末から二〇世紀にかけての急激な社會經濟的變動に対応しきれなくなつた概念法学の形式論理主義を克服し、生きた法律学を確立して新しい時代の要請に副わんとするものであつた。その最も真剣な提唱者であつたヌスバウムは、『法律事実の探究』(Die Rechtsatsachenforschung; Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, 1914)という彼の有名な著書において、「およそ法学の革新は、単に哲学との内面的結合によつてのみ行なわれるものではない。殊に新カント派流の極度に方法的な思惟のみをもつてしては、新しい法学の研究は不可能といわねばならない。現にドイツにおいても、眞の新しい法学研究の方向は、こうした觀念的哲學的基礎のみによらんとする法学者よりも、むしろ司法行政や法学教育の体験を通じて現実に対決している実務家

によつてなし遂げられつつある」と説き、真に時代の要請に合致した新しい法学の創設は、かような素材としての新しい法律事実の総合的体系的の研究なくしては不可能である、と考えたのである。

ところで彼のいう「法律事実」の大部分は、国民経済分野のうちから選ばれた素材なのであるが、しかし必ずしも国民経済理論と法学理論との素材的結合を必要としない。新しい法律現象を正当に理解するための「法律事実」は、単なる経済的思惟の所産であつてはならず、経済的・政治的・社会的・心理的諸事実を法律学的観点から再検討したあくまでも「法的事実」でなければならぬ。しかれば、この「法律事実の探究」を新しい法学の研究及び教育の實際に応用するとすればどうなるのか。(1)これによつて従来の法学が取扱わなかつたような法素材を新しい見地からみなおすことができる。(2)従来形式的整合性のみをこととした概念法学の空虚空論に代つて、法学を一層実用的ならしめうる。(3)国内の統一法典(民・商法典)の理解のみならず国内各地の特殊法形態をも取扱うことができる。(4)法生活の内容として単に成文法規のみならず、事実上の慣行や慣習法をも重要視することとなる……等の特徴があげられる。かような意義をもつヌスバウムの「法律事実の探究」の強い提唱は、新しく出現した経済関係法規の研究のための一つの方法論を提唱したものであつたとみることができよう。確かに新しい法分科の創設は、既成法律学の原理と限界づけをもつては到底処理しえない新しい法的事象を蒐集し、その中から新たな統一原理(ないし統概念)を抽出するといふ手続を経て初めて達成されうるものである。新しい法分科としての経済法もこのような学問的操作の例外ではありえない。しかしながら、ヌスバウムの「法的事実の探究」は、前述のように、既成法律学の形式論理主義に対する方法的抗議ではありえても、新しい法分科を成立せしめるための綜合化の原理ではありえなかつた。何故なら、彼は経済法を独立の法分科として認めようとしたのではなく、伝統的な概念法学に対して、法規のみを出発点とせず生活事實を出発点とする観察方法が、公法・私法の混合せる新しい経済法的現象の探究には絶対に必要であると考へたにす

ぎなかつたからである。つまり彼は、経済法を一個の理論的な法概念或は独自の法領域として構成しようとする意図は持つていなかつたのである。⁽⁸⁾ そのことがヌスパウムをして、「経済法的なものは凡ゆる法の領域に存在する故、新たに経済法という觀念が理論的に必要であるかどうか甚だ疑わしい」と反問せしめたのである。しかしながらヌスパウムといえども、ただ単に経済法規の蒐集に終始したわけではなく、やはりある程度の理論的体系づけを念頭において蒐集作業を試みたのであり、したがつて、「法律事実の探究」者としての彼の立場は、結局経済法を経済法的研究方法とみなす立場と解釈されよう。かくて経済法を経済関係法規の蒐集或は経済法的研究方法となす本説の立場では経済法の統一概念の探究の試みも、また他の法分科に対する経済法独自の対象範囲の確定の試みも、論理必然的にはなされるに至らなかつたことも当然であろう。ともあれ、伝統的な概念法学の形式論理主義に対抗して、「法律事実の探究」を基調とした新しい法律学的考察方法を提唱したことは、経済法学の樹立のための方法論上の礎石を置いたものとして、その意義は高く評価されるべきである。

世界観説 (Weltanschauliche Theorie) —— 経済法の独立法分科性を否定したヘーデマン (J. W. Hedemann) の世界観説は、ドイツ経済法史上余りにも有名である。ヘーデマンは、『ドイツ経済法』(Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939) において、「ドイツ経済法上における経済法の本質ないし概念規定を三つに分つ。第一は蒐集説(前述したヌスパウムが代表)、第二は対象説 (Gegenständliche Theorie) —— 後述するカスケル等の説がこれに入れられる、第三は世界観説 (ヘーデマン) である。しからばヘーデマンの世界観説は、いかなる内容の法を経済法として把えようとしたのであろうか。⁽⁹⁾」ヘーデマンはいふ。「現代は凡ゆる分野において、経済性 (Wirtschaftlichkeit) が滲透している時代であり、古い学問領域の限界が “Wirtschaftlichkeit” の圧迫の下に動揺している時代である。」⁽¹⁰⁾ それは「あたかも一七・八世紀の頃、当時勃興せる自然科学の結果として凡てのものが自然化され、自然宗教、自然哲学と並んで自然法が唱導され、自

然法こそ当時の精神的基調或は時代精神とされたように、「Wirtschaftlichkeit」もまた現代生活の基調をなすに至つたのである。この「Wirtschaftlichkeit」は、まさに今世紀の一切を規定する一つの相であり、近代法的思惟の特性であり、さらに一般的にいえば、法の凡ての分野を染めぬく一つの音調(Tönung)である。⁽¹²⁾ 経済法は、かような時代精神のしるしとしての「Wirtschaftlichkeit」を時代思潮(Zeistromung)の標徴として受けとるべきものである。そしてかような「Wirtschaftlichkeit」の滲透の法律学にもたらした「新しい転換は、従来の論理主義、概念構成主義、典拠引用主義等を基調とした観念的論議を徹底的に排撃して、凡てを實際的成果より割り出して考え、論理の一貫性よりも目的性を、典拠の正当性よりも実益の大なる結論をとらねばならぬとする考え方であつた。」ヘーデマンは、これを利益法学の時期とみなしているのであるが、他方この「目的性」と「有用性」との強調が、或種の利己主義的・經驗主義的動向を法律学に導入したこと、及び「時代の一般的標徴としての素材第一主義をもたらしたことを指摘し、経済が王座を占める時代たる以上当然のことと認められる」という。かくて、世界観説のいう経済法は、かような時代精神の表現としての「Wirtschaftlichkeit」の法的に表現されたものと規定される。かような経済法は、戦争と革命にその根源をもつたとはいへ、その後も必然的な時代的現象として、独自の経済裁判所を伴つて国民の前に現われてきたのである。⁽¹³⁾

しからば、世界観説のいう経済法は、独立の法分科をなすものであり、独自の対象領域をもつものであるのか？ヘーデマンは、*「経済法綱要」*(Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922)において、親族法、相続法、国家法、教会法、国際法と並んで経済法という独自の法分科を認めることは誤りである」と明確な口調で否定しているし、また⁽¹⁴⁾ *「ドイツ経済法」*(一九三七^{年出版})においても、「過去の経済法の本質規定或は概念規定は、細心の研究にも拘らず、何れも完結性をもつた規定には到達しなかつたのである。」そしてナチス時代においてヘーデマンは、「これらの経済法の独自性に

ついでの規定に関する諸学説は今日では必要でない。今日^(一九三九年頃)では、講義用の概念の限界づけを断念し、冷静さを保持しながら、大胆かつ自由に素材に接近することが必要である」とのべて、経済法の独自性の否定はおろか、著者自身がかつて採つた世界観さえも放棄するのである⁽¹⁶⁾。しかし、だからといって彼は、経済法の体系化を全く否定し去つたわけではない。曰く「大学における学説の講義は、経済法の素材領域についての講義に際して、素材の選択や秩序づけを多種多様ならしめる。もしも人が、困難な素材を実際に支配しようと欲するならば、何らかの体系は不可欠である⁽¹⁷⁾」として、自らは経済活動の源泉としての人間の本性に基づく二つの生活原動力——一は自己から出発して団体の構成に向うそれ、他は団体から出発して自己に帰るそれ——を出発点とすべしと説いて、ゴールドシュニツトのような職能团的構成 (ständische Gliederung) にこの体系の基礎を求め、これを排除している。この点についてアイヒラー (H. Eichler) が、ヘーデマンの世界観説は、「法体系的観点については少くとも理解しうるものではあるが、ただその力点は “disziplinmäßige Abgrenzung” によりも、むしろ “symptomatische Charakterisierung” におかれたにすぎない。」と評しているのは全く正当である (この点、一九三九年のドイツ経済法々々においても、果してヘーデマンが “Wirtschaftlichkeit” と同じ symptomatische Charakterisierung のみを強調することによつて、経済法を体系化しようと考へたかどうか疑問である)。ともあれ、ヘーデマンが、経済法の既成法学に対する独立法分科性を主張すべき統一概念或は disziplinmäßige Abgrenzung を、真面目な研究対象とするに至らなかつたのは、“Wirtschaftlichkeit” という時代精神や人間の本性に基づく生活原動力⁽¹⁸⁾ (「経済性」の延長と考へる) というような一種の世界観によつて体系化しようとした点に起因しているといえよう。要するに世界観説は、経済法をもつて、世界観に基づく法規の蒐集及びその体系づけにすぎないとするものであり、しかも経済法に独立の法分科性を認めぬ点よりしても、結局彼のいう経済法とは、経済関係法規の便宜的な総括的名称ないしは経済法的研究方法に附与された方法論的名称にすぎなかつた

といえよう。そしてこの説にもまた、ヌスバウムの蒐集説に対して向けられたと同じ批判が妥当するのである。素材の自由にして大胆な接近は、社会学的研究方法として、ヌスバウムの「法律事実の探究」に通ずる面をもつているし、また独自の法分科性を否定する点において、両者は、經濟法を単に特定經濟關係法規の蒐集整理にすぎないとする共通の宿命に陥つているのである。しからばヘーデマンが、かような帰結に到達した原因はどこにあつたのであろうか。思うにそれは、彼が「經濟性」や「人間の本性」という漠然たる觀念を經濟法構成の中心に据えて、現実の經濟諸法の中から統一的実体概念を見出しえなかつた点に、最も重大な欠陥があつたといえるように思う。しかも彼は自ら主張する社会学的研究方法を無視して、「Wirtschaftlichkeit」という漠然たる觀念を中心として經濟法を体系化しようとした点において、二重の矛盾に陥つていたのである。要するにヘーデマンの世界觀説は、彼の著書「ドイツ經濟法」の壮大な体系とその体系の包括性・周密性にも拘らず、經濟法の独自性の確保のための理論としては消極的な意義しかもちえなかつたのである。方法的把握を試みた學説として位置づけざるをえなかつたゆえんである。

- (1) A. Nussbaum, Das Neue Deutsche Wirtschaftsrecht. 1922. S. 6.
- (2) derselbe, a. a. o. S. 2.
- (3) Eichler, Wirtschaftsrecht. 1950. S. 13.
- (4) Nussbaum, a. a. o. Inhaltverzeichnis.
- (5) derselbe, a. a. o. S. 2.
- (6) Nussbaum, Die Rechtsratsachenforschung: Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht. 1914. S. 20. 經濟法の研究にとつては、法律事實の探究が必要であることは、Hedemann, Goldschmidt, Westhoff 等も強調している。經濟法の社会学的研究方法については、吉永栄助「經濟諸秩序と經濟法」法学研究(五)(東京商科大学研究年報)一二七頁以下。
- (7) 菊地春雄・經濟法入門(昭和十八年)四六頁参照。

- (8) 菊地春雄・前掲書七六頁参照。
- (9) J. W. Hedemann, Deutsches Wirtschaftsrecht, 1934, S. 14.
- (10) クーネマンの経済法に関する著述としては「経済法綱要 (Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922)」、「経済法とは何ぞや」(Was ist Wirtschaftsrecht, 1927) (法律週報一号所載)、「法分科及び教科目としての経済法」(Wirtschaftsrecht als Rechtsdisziplin und Lehrfach, 1927) (法律週報十三号所載)、「マイン大審議と経済法 (Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929)」、「マイン経済法 (Deutsches Wirtschaftsrecht, 1939) 等があるが、本稿では「経済法綱要」と「マイン経済法」を中心として彼の見解を要約した。一七年間における著者の学説の変化を十分に与ええていないかもしれない。
- (11) Hedemann, Grundzüge, S. 20.
- (12) derselbe, a. a. o. SS. 9, 10. ハーデマンは、「今日我々は、経済哲学、経済政策、経済史、経済地理、経済官庁等をもつ、かゝる独自の経済関係会議をもつ」といった風に「経済」という時代思潮に貫かれている (a. a. o. S. 10)。また「今日経済性というものは、高度の緊張、比類のない不安、現象の流動、最大効果の標語及び最大利用の理念によって特徴づけられる。……かような経済性という特徴によつて、法が影響されるのは当然であり、かくて固有の法体系は自らその渦中にまきこまれ、その絶対性を喪失するに至つたのである」(a. a. o. SS. 7—12) とする。
- (13) 菊地春雄・前掲書八一頁参照。
- (14) derselbe, a. a. o. S. 10.
- (15) derselbe, a. a. o. S. 10, 同題 Ⅲ Deutsches Wirtschaftsrecht, S. 15.
- (16) derselbe, Deutsches W. R. SS. 10—15.
- (17) derselbe, a. a. o. S. 15.
- (18) derselbe, a. a. o. S. 15.
- (19) Eichel, Wirtschaftsrecht, 1950, S. 18.
- (20) Hedemann, Deutsches W. R. SS. 14, 15, Grundzüge, SS. 9—11.

第二項 企業者法説及び企業法説

蒐集説や世界観説が、独自の法分科性を主張しうべき統一の実体概念を有しなかつたために、経済法の独立法分科性を否定せざるをえなかつたのに対し、本項でのべる「企業者法説」ないし企業法説は、各々経済法を「企業者」ないし「企業」に関する法として規定した。そこでは、「企業者」ないし「企業」が統一の実体概念として経済法の中核をなすものとされ、これによつて経済法の独立法分科性が主張されたのであるが、それらの諸説は、果して経済法固有の対象を把握し、統一的な指導原理を確定しえたであらうか。

企業者法説 (Wirtschaftsrecht als Recht des Unternehmers)——(一)カスケル (Kaskel) やハウスマン (Hausmann) が本説の主張者である。(一)カスケルは、ゴールドミュニツト、ヘーデマン、ドニストリヤンスキー等と殆んど同じ時代に、同じ段階の経済現象(ワイマールのカルテル法)を対象としながら、経済法を経済的企業者の法として把握した。どのような理論が彼を企業者法説に導いたであらうか。

カスケルは、独自の法分科は、何れの法分科にも属さない多数の法規の単なる寄せ集めによつて成り立つものではなく、一個の中心的統一概念によつて内面的論理的統一性を保持しなければならぬ。独自の法分科を成り立たしめる根拠ないし中心概念を考へる場合、素材をもつてするか人をもつてするかが常に問題となる所である、といふ。彼によれば、刑法・行政法・訴訟法などは前者すなわち素材を根拠とした法分科であり、商法・労働法は商人或は被僱者の特別法として人を根拠とした法分科である。経済法の場合には、素材をもつて根拠づけることをえず、人によつて経済法概念を定立すべきこととなる。しかれば、いかなる人を経済法の中心概念とすべきか。彼はいう。経済法は任

説
論
意の一般人相互間の外部的行為を規制するものではなくして、もつぱら経済的企業者 (wirtschaftlicher Unternehmer) にのみ妥当する特別法である。経済法が経済的企業者の特別法であるとするならば、経済的企業者の総ての法律關係が経済法によつて規律されるのか、或は一部の法律關係のみが規律されるかが問題となる。カスケルは、経済法は経済的企業者の法律關係の一部のみを規制対象とすると考える。第一に経済法は、経済的企業者の婚姻や相続のような身分法上の問題までは規制しえない。第二に、経済的企業者が消費者に対して、売買契約、請負契約、賃貸借契約等を通して形成する法律關係は、民法や商法によつて規制される(これらの契約内容が、資本主義の高度化に伴い、いかに大幅に修正され)。第三に、経済的企業者とその被備者たる労働者との法律關係も経済法には入らない。被備者の特別法たる労働法が独自の法分科として存在しているから。かくて、経済的企業者が経済法によつて規制をうけるものとして残るのは、もつぱら企業管理ないし経済的企業の遂行より生ずる關係のみということになる。

以上を要約すると、企業者法説にいう経済法とは、「経済的企業者の経済的企業遂行活動より生ずる法律上の地位を規制する特別法」ということになる。ところで果してこの説によつて、民・商法とは異なる経済法の性格規定や対象規定が明確になされたといえるであろうか。

(二) (批判) (1) カスケルは、被備者の特別法たる労働法に対立せしめる意味で、経済的企業者の法律上の地位を規制する特別法規範の総体として経済法を規定したけれども、既成の法分科たる民・商法や行政法に対し、新しい法分科性を主張しうる中心觀念としては、甚だ粗雑であるといわざるをえない。何故なら、従来経済的企業者は人、或は商人としてすでに民・商法によつて規律されてきたところであり、それとは別に、経済的企業者に特有な法として新しい経済法を樹立してまで規律されるべき経済的企業者の特別な企業活動類型が必ずしも明らかでないからである。しかもカスケルは、経済法を経済的企業者の法として規定しながら、別に商法は商人の法としてその存続を認めてい

る。経済的企業者と商人との区別、つまり経済法と商法との区別がそこでは明確でないのである。殊に、クラウゼ(Krause)⁽⁷⁾や西原教授のように、商法を企業法として把え、経済法をも企業法の一部とする有力な見解が存在する時、商法と経済法との関連なり区別なりを明確にすることは、経済法の独立法分科性の主張にとつては最も重要な点であろう。それだけに商人の法⁽⁸⁾商法と経済的企業者の法⁽⁹⁾経済法との限界づけの不明確さは、本説の致命的欠陥といわざるをえないであろう。

(2) アイヒラーもいうように、法主体としての「企業者」概念自体からは、多くの私法的性格のものが予想されて、国民経済過程の中に現われる市場支配の国家的規制のような全体的・国家的コントロールの問題が、果して法理論的にも一貫したものとして包摂されうるかどうか疑わしい⁽¹⁰⁾。殊に、戦時経済統制期にみられる統制行政のような国家の直接的な市場支配への介入行為は、経済的企業者の企業遂行に関する特別法という規定からは、除外されることにならざるをえないであろう。

(3) カスケルによれば、経済法は経済的企業者という特定階層の人々を規制する法の全体であるが、今日の経済法は、企業家階層という特定の階層のみの規制に止まらないことは周知の通りである。例えば協同組合法における組合のようなものの規制や特許取得者の如き個人も経済法の規制対象に取り入れられる。

特に、企業自体(Unternehmen an sich)の思想や企業の客観化現象が指摘され、商法が商人の法から物化し客観化した企業の法に転化したと説かれる今日、経済法を経済的企業者の法とすることは、かような商法の一般的趨勢にも反するものと思われる。以上企業者法説の欠陥を指摘し、企業者法説が経済法の統一体系的化のための理論としては採用しえないゆえんを明らかにした。次に企業法説について考察してみよう。

企業法説(Wirtschaftsrecht als Recht des Unternehmens)——経済法を「企業の法」とする見解をとる者にはW・

説
フウク (Walter Hug) やクラウゼ (Krause) 等がいる。この説の主張者は、大体において、経済法を企業法たる商法の発展したものとし、商法と経済法との融合統一を説く。したがって経済法を企業法に吸収するという意味において、経済法の独立法分科性を否定する見解ともいえるが、他面また企業法の一部分として、従来の商法に対し経済法の独自性を認めるという意味において、経済法の独立法分科性を肯定する見解ともいえよう。

〔I〕 W・フウクの説——フウクはいう。蒐集説や世界観説は、経済法にその体系的把握を不可能にする概念的拡がり (eine begriffliche Weite) を与え、さらに、従来の法体系の中においては処理しえない一定の規範複合が生じるといふ事実を看過した。したがって、経済法にとつては一定の法域を特色づける対象理論のみが正当であると⁽¹¹⁾。彼の企業法説の理論構成の概略は次の如くである。法の任務は、一定の外的事態を秩序づけることにあるから、法的意味における経済 (die Wirtschaft im Rechtssinne) の概念は、経済的な活動を対象として⁽¹²⁾もつところの外的な生活対象 (äußere Lebensverhältnisse) と結合されねばならない。ところで、経済法が規制する外的生活対象は、資本主義経済における営利経済企業とその企業活動の総体の把握でなければならぬ。すなわち経済法は、法秩序全体の中において営利的な企業の形成と存続と活動を規制する任務を有する⁽¹³⁾。この任務はまた私法の体系の下にある商法にも属している。しかし、商法はすでに以前に、狭義における Handelsgewerbe の枠を打破つて、その統一的对象として企業 (Unternehmen) を出現させた。そして企業の法たる商法は、新しい公法的な規範関係を附加されることによつて、経済法へと発展したと考える。かくてフウクは、経済法を営利企業とその活動を規制する法規の全体 (公法法規を含む) として理解すべきであるとし、「この法域の対象的な限界づけとその構成は、伝統的な商法の個々の構成要素と公的種類の新しい規範や制度とが結合することから生ずる⁽¹⁴⁾」という。さらに彼は、商法の経済法への発展によつて、株式会社 (Handelsgesellschaften) や組合 (Genossenschaften) の法は経済組織法へと拡大され、商行為法は経済取引法と

なり、商物権法 (Handelssachenrecht) は經濟物権法となつた。そして労働法もまた企業法に入れられるに至つた、と主張した。

かようなフウクの説は、經濟法を企業法として理解する見解として甚だ興味深いが、經濟法の獨立法分科性の考察のための素材としては適當でない。經濟法の獨立法分科性を論ずる場合の難点の一つである商法と經濟法との關係、或は商法と經濟法とを企業法として統一する場合の論理、或はまた企業法内における經濟法の位置づけ等々の説明が欠けているからである。これらの点を一層明らかにした學說として（ドイツの經濟法學說ではないので必ずしも適當ではないが）、西原教授の企業法説を簡単に紹介して、ドイツの企業法説の補足をしておきたいと思う。

〔II〕 西原教授の説——企業法について論ずる場合——商法の観点からであれ經濟法の観点からであれ——西原教授の見解を顧みることとなしはすまじくないであらう。教授は、商人法であつた商法は、資本主義經濟の發展と共に企業の法として發展してきた。がさらに、独占經濟の進行と大戰の勃発とにより、自由主義的資本主義制度は行詰りをきたし、漸く國家の權力による經濟の指導調整が行なわれるに至つて、民・商法の体系の外で、いわゆる經濟法として一括される經濟立法が行なわれるに至つた。これらの經濟法は國民經濟全体ないし企業の公共性の高調と共に出現してきた。かような企業の法としての商法と經濟法とは同じ發展線上にあるものとして、対象を全く異にするものではなく、また規制原理を異にするものでもない、と説かれる。(1) 「兩法は対象を異にするものではない」といふのは、クラウジンクも正当に指摘したように、現在においても經濟の基本は依然として私的營利企業であり、商品生産及び流通の資本主義的機構から離脱してゐるものではなく、したがつて商法も經濟法も共に企業の法であることに変わりはないが、ただ商法は古い企業法であり、經濟法は經濟の新しい發展に即応した新しい企業法であるにすぎない、という意味である。(2) 「兩法共に規制原理を異にするものではない」といふ点については、次のように説かれる。經濟法と商法とは一見別々の法域を形作り、兩法は「到底融和し難い原理の上になつてゐる」ようにみえるが、何故か。それは、社會の「生活變遷が急激であつて、しかもその自覺を伴う場合には、一方においては法的安定感の過度の動搖防止のため、他方においては従来の法体系そのものの早急な改造に対する理論的または技術的準備不足のため、新たに定立された法は従来の法体系の外におき、實質的に従来の法体系内に存する法律狀態に影響せし

める方策をとることが稀ではない」が、経済法の民・商法に対する関係も正にその例である。「そしてこの種の立法の動機が、自由経済の弊害の矯正にある当然の結果として、その目標は各個の企業に超越する全体的計画調整におかれ、その実現の手段として多様な国家権力が背景となされた。したがって、かかる志向と態度とを伝統的な商法のそれらと対比させ、そこに一つの法域を設定しようとすることは発展史的にみても理由のないことではない。」⁽¹⁸⁾かような理由から、一見両法は法域を異にし法原理を異にする融和し難い法体系であるようにみえるが、実はそうでない。何故なら、本来私人間の利益調整の法とされた商法においても、「商法自体の社会化的発展——例えば商法における経済的強者の勢力濫用の阻止や一般公衆保護の精神の如き——が存在するし、また国民経済全体ないし企業の公共性から生れた筈の経済法も、個別資本たる企業の存続と調和を基盤とするものであるから、商法と経済法とを原理的に全く異質のものとするのは不当である」と。結局、商法自体の社会化的発展によって「経済法の標榜する原理の独自性は自然に褪色し、両者はやがて一大綜合化をみるべき」ものである。この限りにおいて、経済法は商法の内在的發展を待機する過渡的性格の法であると解されるのである。と。

経済法を後述する組織経済の法として把えながら、商法が拡大発展して経済法と融合すると説くものにクラウジンク (Klausning) ⁽²⁰⁾がある。しかし彼は経済法を組織経済の法と規定し、企業法として経済法を把え、商法・経済法の融合を説く立場とは異なるので、企業法説として経済法理論を展開された西原教授の学説をもつて補足したわけである。⁽²¹⁾

(一) (批判) 商法と経済法との融合を説く企業法説は、左の二点について批判することが必要かつ十分であろう。(1) 商法と経済法とは規制原理を異にするものではない。(2) 両法は同じ企業の発展線上にあるものとして対象を全く異にするものではない、という点である。まず第一点(両法は規制原理を異にするものではないという点)から、経済法は自由主義経済の行詰りに対し、国民経済全体或は企業の公共性の観点から生れてきたものであるとされる。そして「商法もまた單純に私益を保護調整するのみではなくて、それは根本にはやはり国民経済全体の立場から基礎づけられねばならない。ただし、個人の利益はそれ自体としては価値を有するものではなく、結局においてそれが全体に貢献しうるためにその限度で承認されるに過ぎないからである。企業についてもその営利性に着目し、それが商法の基盤とせられたが、企業の営利性も

また全体の利益に適合し、かつこれを促進しうるためにその限度において許容されるにすぎなく、結局は企業の公共性に包摂せられるべきものである。かかる国民経済全体の要請ないし企業の公共性の高調という点に、商法及び経済法の両者を合一的に把握する理論的基礎がえられる」と考²³える。かように融合説は、「企業の公共性」に両法融合の原理的根拠を求め、両法は規制原理を異にするものではないと結論する。しかしながら果して、「企業の公共性」を両法の規制原理と看做し、これによつて必然的に商法と経済（統制）法とが合一するという結論が導き出されるであらうか。鈴木（竹）教授もいわれるように、「経済（統制）法においては国民経済全体の要請ないし企業の公共性が法形成の直接の原因をなすのに対し、商法においては各経済主体に容認された私益の調整が法形成の直接の要因をなし、しかしてそれが、国民経済全体の要請に合致することを要求するに止まるものとすれば、両者を同一の平面において把握することはしかく簡単に肯定されえない」²³し、さらにまた法理論的にも、両法の安易な合一は導き出されえないように思われる。

資本の展開過程（G—W—G）において、自由主義経済が、自由競争と矛盾する市場支配を醸成してきたので、その矛盾を調節するために、市場支配現象に対して国家が規制（は助長或は禁止）するに至つて初めて経済法が現われたことは、序論において述べたところである。自由主義経済機構そのものを構成している民・商法（形式的自由を原）において、いかに公共性的側面が強調されるにせよ、市場支配を規制する経済法（実質的自由の保証のため）と商法とが規制原理を同じうとはいへないし、また「企業の公共性」を媒介として、両法が融合すると考²⁴えることも妥当ではないであらう（確かに「企業の公共性」という意味で、両法がリンクする面のあることは認めるが、両法が融合するとは考ええない）。

次に、第二点（両法は新しい企業法と旧い企業法としての発展段階の差異はあるにしても、同じ公共性の原理の上に立ち、同じ発展線上にあるものとして、その対象を異にするものではない）²⁴という点について。私的所有権の上にたつ資本主義経済構造が

変らない限り、資本主義経済活動の最も基本的法形態である企業の形態なり機能なりが、経済発展の段階に応じて多少の差異は生じても、基本的には同じ展開線上にあることは当然である。しかしそれは、企業のいかなる側面を法的規制の対象として把握するかということとは、全く別個の視角の問題であつて、異つた側面を規制する法は、異つた法分科を形作りうるものである。フウクや西原教授と同じく、商法と経済法とは同じ企業に関する法であることは承認することにやぶさかでないが、民・商法は、資本主義経済機構を構成している基礎法として、いわゆる市民法的自由(法主体の形式
的自由・平等)を媒介として資本の流通過程を保証している法であるのに対して、経済法は、市民法的自由をてことして展開される企業活動に不可避に伴う市場支配(広義の独占や不
公正取引問題)現象を規制する法として発生してきたもので、商法とは異つた側面を規制対象としていることは容易に理解されうるところであろう。かように法が企業の異つた側面を規制対象とし、異つた指導原理に支配されている場合には、両法はむしろ異つた法分科として形作られるべきであろう。

企業法説の立場からの経済法理論の欠陥は、結局企業という経済的対象の同一性に着目する余り、同じ企業を規制する法律学的対象把握の方法にも異なる観点と異なる規制原理のあることを看過した点にあるといえるよう。ただ対象と指導原理の両面より経済法の独自性を確定する作業を、方法的自覚をもつて試みた説として、西原教授の企業法説としての経済法理論は、経済法学説史上高く評価されるべき学説である。

(一) Kaskel, Begriff und Bestandteile des Wirtschaftsrechts. 1921., Gegenstand und Systematischen Aufbau des Wirtschaftsrechts als Rechtsdisziplin und Lehrfach. JW. 1926. があるが、何れも入手出来ず、先人の紹介等によつた。その意味で、この説の部分、は右二著を読む機会をうれば書き改めたいと思つている。参照した著書としては、峯村光郎・経済法(昭二八)一九頁、菊池春雄・前掲書六三頁、福光家慶「経済法の概念」神戸法学三卷三三九頁、Eichler a. a. O. S. 15, Haussmann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. 1938. がある。

(二) 菊池春雄・前掲書六三頁引用、峯村・前掲書一九頁、福光・前掲論文二二九頁。

- (3) 福光家慶・前掲論文二三九頁、菊池春雄・前掲書六三頁。
- (4) 峯村光郎・前掲書四六頁参照、菊池春雄・前掲書六三頁参照。
- (5) 峯村・前掲書二十頁参照。
- (6) H. Goldschmidt, a. a. o. S. 14.
- (7) Krause, Kaufmannsrecht und Unternehmensrecht, bei Zeitschrift für das gesamt Handelsrecht und Konkurrenzrecht. Bd. 105 1—2 Hef. SS. 69—132. 法律上「商人」と「企業者」を分離して考えるか統一するべきものとするかについて考察する。
- (8) 西原教授は、商法総論において「經濟法をもつて經濟的企業者の企業經營に関する特別法とするカスケルの所説を考えるに、商法の中心概念を企業におく現時の一般的理解よりすれば、經濟法は結局商法と一致するか、また少くともその拡充に外ならぬものとなる。しかし彼は商法を商人の特別法と解したため、この結論に達しなかつたといわれる（日本商法総論一卷六五頁）。
- (9) カスケル自身は、商法の本質を現時の有力説のように企業においてみず、商人という特定人物の特別法とみるから、經濟法の独立による商法の解消は考えない。そして彼自身は、商人の法と企業者の法とを区別することにより、兩法を別異なものと考ええる。例えば、契約については、一般的基礎を民・商法の上におき、ただ企業經營につき、經濟的企業者としての特性に基づく特別規定に關してのみ經濟法が問題となると考える。かような經濟法に屬するものとしては、營業法の全体、不正競争防止法、外國貿易法、カルテル法、商工會議所法、各種社会化法等をあげており、全体的には公法的色彩のものが強いといわれる。
- (10) Eichel, a. a. o. S. 17.
- (11) W. Hug, Die problematik des Wirtschaftsrechts. 1939. S. 21.
- (12) derselbe, a. a. o. S. 20 ff.
- (13) derselbe, a. a. o. S. 21.
- (14) derselbe, a. a. o. S. 23.
- (15) derselbe, a. a. o. SS. 22. 33.
- (16) 西原寛一・日本商法論六七、六八頁参照。
- (17) 西原・前掲書六八頁。
- (18) 西原・前掲書六九頁、西原・「企業」法哲学講座八卷二十頁。

(19) 西原・「企業」法哲講座八卷二十頁参照。

(20) F. Klasing, a. a. o. SS. 15. 21. ……クラウジックは、「……例えば戦時経済に関する諸法、カリ経済、石炭経済、鉄道経済に関する諸法等の如きは、在来の民法・商法・行政法等の法律分科の概念及び用語をもっては、必ずしもこれを把握し分類しざるが故に、これに適當な体系的地位を与える必要を生じたのである。」この場合、それらを独立の新しい法分科としての経済法として取扱うか、又は拡張して商法として取扱うか問題である。その場合経済法を独立の法分科たらしめようとすれば、必然的にこれを組織経済の法に限定せざるをえないことはゴールドシュミット等の著述によっても知り得るところである。そして自由主義経済生活、特に商人的企業家の法たる「商法」は、一見これと矛盾せる経済法といかなる関係にたつか。彼は組織経済の法としての経済法は、拡大された商法に融合化さるべきものとする。そして「古い」経済法としての商法と「新な」経済法とが単一の法律分科に融合すべきものとし、この全領域に対して経済法なる上位名称を要求しうるのであるとする。

(21) 大隅健一郎・「企業法の動向」民商法雑誌一五卷三号二一七頁以下、同・株式会社法変遷論(昭二八)その他法学論双中の論文参照。米谷隆三「企業法より経済法へ」法学研究(東京商大研究年報一九四一年)。

(22) 西原・前掲書六七頁以下、同旨大隅健一郎「企業法の動向」民商法雑誌一五三号二二二頁。

(23) 鈴木竹雄「経済統制法と商法」国家学会雑誌五七卷一号八〇頁引用、同「経済の変遷と経済」杉山遷曆記念論文集五頁以下、同「現代商法の基礎理論」日本国家学体系二二九頁、二四〇頁参照。

(24) 西原・前掲書六六頁、六七頁参照。

第二節 行政法観点からアプローチした経済法学説

本説で考察する経済行政法ないし経済統制法説は、経済法理論としてよりもむしろ行政法理論の一環として構成されるものであり、それを経済学説史の中に位置づけることには異論もあることと思う。しかし、敗戦前におけるわが国の経済統制法説⁽¹⁾ (ここでは主として美濃⁽²⁾) は、いわゆる経済法の対象把握と法理論の展開において——行政法的側面からであれ——、敗戦前の経済法理論の最高水準に達していたといえるであろう。その意味でも——美濃部・田中兩博

士は、当時の経済法概念及び理論の曖昧さにあきたらず、経済法概念を否定されたけれども——経済統制法説を経済法学説史の中から除外するわけにはゆかない。

それと同時に、敗戦後（昭和三〇年代においてであるが）わが国では、経済法理論が経済統制法理論（広義の）にとつて代つたのに対し、西ドイツでは、むしろ第二次大戦後経済法を経済統制法（Wirtschaftslenkungsrecht）として行政作用法的観点から把握しようとする傾向が顕著に現われていたようである。例えば、フーバーの「経済行政法」を始めとして、ハマンの「法治国家と経済統制」、アイヒラーの「経済法」、マウンツの「経済法」、ジグルの「経済行政法入門」等は何れもそのような傾向を示していた（純粋に行政法として把えようとするか経済法の）。経済法をかような経済行政法ないし経済統制法として把えようとする立場は、ワイマール時代の経済法学説には殆んど見出されなかつた現象である。ナチス時代に入り、わずかにフーバーの「経済行政法」（一九三二年）がその方向を志向していたにすぎないといえよう。フーバー自身がいつているように、ドイツでは「経済法は最初その法形式においては私法であつたし、又今日もなお私法であるが、これと並んで経済行政法が発展してきた」のである。かような経済行政法を素材として、フーバーは経済行政法理論を構成する。本説は、敗戦後の経済統制法理論の初期的形態として、また経済統制法的観点からの経済法学説としても、省略しえないところであらう。ところでフーバーのいう経済行政法とは、「経済的企業者の国家、他の諸企業、所屬財貨、被備者に対する関係を規制する法である」とされる。フーバーの見解は、ゴールドミニミットのいう「組織経済に関する法」という狭い対象を把えるのではなく、「経済的企業者の法律上の地位を規制する特殊法規範の総体である」とするカスケルの経済法概念に近い。経済法の中に労働法をも包含せしめる点で両者の説は異つている。フーバーは、経済に対する国家の権力的干渉の法形式の分析に力を注ぎ、団結形成、公法上の権利義務の形成、私法上の権利及び法律関係の形成に分つて説明する。この段階では、経済統制概念は採用しなかつ

たようであるが、第二次大戦後唱えられた経済統制法 (Wirtschaftslenkungsrecht) の内容と実質的に大きな差異はなかつたように思われる。⁽¹⁾

ともあれ経済法の統一概念としての統制概念は、第二次大戦後アイヒラー等によつて提唱されたところであるが、⁽²⁾統制概念の内容把握において、経済法の独自性を確定しうるような内容把握はなされておらず、フリーバーやハマン等の統制概念の域を出ていないものといえよう。⁽³⁾したがつて、戦後の説ではあるが、フリーバーの統制 (Wirtschaftslenkung) 概念を説明して、行政法的観点からの経済 (統制) 法学説の内容を補足しておきたいと思う。

フリーバーは、Wirtschaftslenkung 概念を明らかに行政法学の対象としてのみ理解する。フリーバーの規定を引用してみよう。経済統制とは、「公的行政が、私的経済活動及び私的経済所有権を原則的に認めたと上で法律上の権限に基き、高権的あるいは非高権的行為により需要充足の目的で……経済的財貨の生産・販売並びに消費に対して、直接間接に干渉する措置の体系である」と。⁽⁴⁾彼の規定では、経済統制とは私的所有権と契約自由の原則の上になつた資本主義経済に対し、国家が、経済社会の安定的運営と需要充足のため、生産・販売・消費活動を国家的に規制する措置の体系といふことになる。かように「行政措置の体系」という点のみが強く打出されて、生産・販売・消費等の経済活動の中でいかなる経済活動が、経済法固有の規制対象として、民・商法や固有の行政法の規制対象と異なるかについての認識は殆んどなされていず、したがつて独自の指導原理の認識も現われるべくもないのである。⁽⁵⁾フリーバーのように経済行政法として特殊化されるかという問題は存在するのである。かようなフリーバーの経済統制法理論に対比すると、敗戦前に唱えられた美濃部・田中両博士の経済統制法理論は、その対象認識において、フリーバーのそれよりはるかに高い理論的水準に達していたといつてよい。田中博士は、経済統制法における統制方式を自治的統制、自治的統制の国家的補強と国家の権力的統制とに分たれる。⁽⁶⁾自治的統制の国家的補強とは、カルテルや組合による共同行為の国家的助長であり、国家の権力的統制とは、物資や

物価等に対する国家の直接的規制や国家の特殊企業形態による市場規制を意味していた。かように本説は、カルテルや組合の共同行為の国家的助長や特殊公企業による市場支配等を、経済統制法の独自の対象として明瞭に把えていたのである。しかもかような種々の形態での市場支配の助長が、国家の権力作用をバツクとして行なわれたという意味でも、行政法理論の最も妥当する領域であつたことは当然である。その限りで、統制法規の羅列に終つた多くの経済統制法理論に較べて、美濃部・田中説は、対象論的にも法理論的にも高い水準にありえたことが肯かれうるのである。一九三〇年代におけるフリーバーの経済行政法理論には、対象論的にはみるべきものはなかつたが、経済に対する国家の権力的干渉行為の法形態の体系構成においては、すぐれた分析を示していたといえよう。しかし私の経済法理論からみた場合、経済法の背景に横たわる法律問題についての行政作用法の側面からの分析としてはすぐれていたとしても、経済法の基本構造の把握においては、組織経済法説や社会法説の右に出るものではありえなかつたのであつる。その意味で、フリーバーの行政法的観点にたつた経済統制法理論は、経済法学説史上への位置づけとしては、必ずしも高い評価を与えることは出来ないであらう(第二次大戦後のフリーバーの経済統制法理論をもつて、一九三〇年代の彼の経済行政法の内容を補足したのは、いささか当をえない点もあるかと思うが、行政法的観点からの経済法学へのアプローチの問題点を示すために、あえて右のような操作も加えた次第である。)

(1) わが国の経済(統制)法理論には種々の観点からのアプローチがあつた。私法的観点からのものとしては、未川、我妻、津曲、吾妻、高田、川島博士等の業績があり、行政法的観点からのものとしては、佐々木、美濃部、田中、杉村、原の諸博士の業績があげられるし、また社会法・経済法の観点からのものとしては、菊池、北村、峯村博士等の業績がある。第二次大戦後の西ドイツの経済統制法(Wirtschaftslenkungsrecht)が殆んど行政法的側面からのアプローチとして考えられているのと著るしい対照をなすといえよう。

(2) 経済統制法をカルテル、協同組合、トラスト等の独占体として始めて分析したのは、法律学的には、美濃部達吉「統制経

済の法律形態」国家学会雑誌五二卷十二号四頁以下、それをうけつぎ一層詳細な理論展開をした田中二郎「経済統制法」国家学会雑誌五三卷十号であったと思われる。美濃部博士と殆んど時を同じくして出された、菊池勇夫・経済統制法（昭一四・一・新法全集）も経済統制法の独占経済的性格（カルテル、コンツェルン、トラスト、同業組合）を明瞭に打出していたのである。美濃部・田中説は、カルテル、トラスト、組合等の統制（支配）の法的形態の分析においてすぐれていた。また経済統制法を単なる行政法理論（警察理論）とは異なる特殊な法理論として、対象たる経済の実体の特殊性の分析から導き出してきた美濃部博士の理論は特にすぐれていたといふべきである。

(3) E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1954, Bd. I, II, 1954. これは二冊にわたる大部のもので資料的には極めて有益である。ここにフーバーは、経済統制法を自由と拘束、個人と共同体間の衝突を調整するための法として扱っている。

(4) A. Hamann, *Rechtsstaat und Wirtschaftlenkung*, 1953, *Wirtschaftlenkung und Grundgesetz*, 1951, *Entschädigung bei Wirtschaftlenkungsmaßnahmen*, 1952. 等かなり徹底して経済統制の立場から説いている。

(5) Eichler, *Wirtschaftsrecht*, 1950. ここにあげた人の中でも最も行政法的でないといえよう。

(6) J. Maunz, *Wirtschaftsrecht*, 1955, *Die Verwaltung*, Heft 27. マウンズは、経済法を私経済法と公経済法に分けて、それを *Regelung* と *Lenkung* の区別を説く。

(7) R. Sigl, *Einführung in die Wirtschaftsverwaltung*, 1956. シグルは、行政を *hoheitliche Verwaltung* と *fiskalische Verwaltung* に分ち、*経済行政法* は、*fiskalische Verwaltung* 的なものとして理解しようとしているようである。

(8) フーバーの一九三七年版、「*経済行政法*」は見ることができなかった。須具修一『フウバー「*経済行政法*」法学論双三二巻二号の紹介にまつた（二五九頁参照）。

(9) E. R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bd. I, (1953), S. 12.

(10) 須具修一・フーバー前掲紹介二五九頁参照。

(11) この点、一九三七年版を読むことが出来ず、須具教授の紹介によつての印象であるので、私の理解が正しいかどうか疑わしいことを断りしておく。

(12) H. Eichler, a. a. o. S. 21.

(13) derselbe, a. a. o. S. 24.

- (14) E. R. Huber, a. a. o. Bd. II. (1953), S. 197.
 (15) 田中二郎「経済統制」国家学会雑誌五三卷十号、同・行政法講義案(下)(昭二十六年有斐閣)一三三頁参照。

第三節 社会法学的観点からアプローチした経済法学説

これに属する主要な学説としては、組織経済法説と社会法説をあげておきたいと思う。

組織経済法説 (Wirtschaftsrecht als Recht der organisierten Wirtschaft)——最初に経済法を組織経済 (die organisierte Wirtschaft) 或は拘束経済 (die gebundene Wirtschaft) の法とするゴールドシュニット (H. Goldschmidt) の⁽¹⁾説を検討してみよう。この説の支持者としては、クラウジック (F. Klasing) やエルラー (G. Eiler) 等があげられる⁽²⁾が、日本では本説の支持者は他ほどの経済法字説についてよりも多かつたようである。⁽⁴⁾

(一) ゴールドシュニットは、経済法の対象は「組織経済」であるという。彼のいう「組織経済」の概念を、彼の著書「帝国経済法」(Reichswirtschaftsrecht, 1923) から明らかにしたいと思う。

国民経済は、二つの経済原理——「規制された取引経済」(der geregelte Verkehrswirtschaft) と「共同経済」(Gemeinwirtschaft)——に分たれるが、この両者に適用される法が経済法である。「規制された取引経済」とは、「取引経済」において、独立の経済単位が通常私経済人として相互に財貨と労働給付との交換において現れるとき、この経済単位の取引が規制される場合の「経済」をいい、「共同経済」とは、「共同体が統一体として共同の財貨の生産及びその共同の帰属者相互間における財貨の分配に關して、経済の管理を掌握する時に与えられる形態である。」そして現代の経済の発展は、取引経済が益々広汎な規律に服し、かつ「共同経済」がその意味をたえず増加していることに特色がある。これがすなわち「経済の組織化であり、その実体が組織経済であり、これを規律するのが経済法である。」⁽⁶⁾し

たがつて、経済法の内容を一層正確に限定すれば、(イ)「規制された取引経済」は、それが法によつて規制される範囲内においてのみ経済法の対象となるのであつて、宗教や道徳による規律は経済法には含まれない。(ロ)経済的強者に対して経済的弱者を保護するための規制がなされるが、かような社会政策の観念の下に総括されるような規制もまた経済法には属さない。(7) (ハ)さらに経済法は、「規制された取引経済」全体を対象とするのでなく、生産の改良のために行なわれる規制のみを経済法の対象とする。要約すれば、「生産改良のために規制された取引経済及び共同経済に特有な法」が経済法ということになる。(8)

(7)「規制された取引経済」及び「共同経済」を指す。
(8)「組織経済」という名称で一括し、経済法を組織経済に特有な法と規定する。

(二) かような「組織経済に特有な法」としての経済法は、法学学の中においてどのように位置づけられるか。経済法の概念を確立するに際しては、新しい概念の樹立は、見渡し難い法の全体がこれによつてさらに紛糾を続けるような理論の遊戯であつてはならないとの原則から出発すべきである。経済法はいわば新しい経済組織の地盤の上に自ずと発生してきたものであり、それ故にこの概念は発明された(erfinden)ものではなく、発見された(entdecken)ものである。かくて彼によれば、経済法の出現は民族精神の結実を示すと同時に歴史学派の正しさを示すこよなき証左である。(9) かような特徴を有する経済法は、戦後発生した諸法規以外に従来他の法素材例えば営業法、商法及び行政法に属していたところの諸法規をも包含する。その上経済法は組織経済の拡大に照応して他の法素材の中から益々多くの法規を引出してくる。かくて古い法分科のあるものは弛みを生じて遂に破壊されるに至るであろう。反対に経済法は益々拡大されて停止するところを知らず、諸々の法素材は組織経済精神で満たされるに至るであろう。かくして経済法は、商法や行政法と同等の地位を有する新しい独立の法分科性を有する学問となつたのである。

(三) 経済法の概念規定とは直接関係ないが、彼の社会学的考察方法は、経済法を経済政策との関連で把握するゴルドシュニット独特の考え(10)を理解する上に極めて興味ある問題であるので簡単に附説しておこう。彼は組織経済と関

連して國民階級を三つに分つ。第一は指導的階級、第二は労働階級及び官吏階級(指導階級に属する少数の者を除く)、第三は中小市民階級である。⁽¹¹⁾ 第一の層は、事實上經濟を支配しうる支配階級である。その階級の権力の基礎は、事実上の財産ではなく組織における彼らの地位であつて必ずしも企業者と一致しない。⁽¹²⁾ 第二は生産分野において労働を行なうプロレタリアが大部分を占める。第三はいわゆるプチブル、中間層といわれる層で数的には多いが組織力による政治的經濟的力をもたない。⁽¹³⁾ このことを最もよく示すものがライヒの經濟會議 (Reichswirtschaftsrat) である。彼はライヒの經濟會議の構成員三二六名の選出母体を調査し、それを構成する一〇のグループを各經濟部門別に分類点検し、その結論としてこの經濟會議ひいてライヒ經濟において主導的役割を演じているのは、第一、第二の階級であると断定する。⁽¹⁴⁾ これらの國民階級の出現は組織經濟に平行して現われてきたものであるから、組織經濟の規制の法としての經濟法は、この人口階級との関連において理解されねばならないという。さらに經濟法と經濟政策との関連を次のように把える。簇生してきた各經濟組織或は集團間の均衡をはかり、經濟的弱者を保護する唯一の機關が國家である。したがつて國家の施政者は、組織經濟を承認し、組織經濟の自然的成長を保育し促進せしめるような國家の經濟政策をなさねばならず、また經濟立法をなさねばならないとする。⁽¹⁵⁾ ここに經濟法と經濟政策との關係が見事に析出されているし、或る意味では、一九二〇年代のドイツ經濟法の性格が示されているといえよう。⁽¹⁶⁾ (ワイマルの政治經濟情勢の下で、社会民主党的を物語つ)。しかしワイマル憲法が社会化を謳いながら、私所有権の基礎の上にたつた一種の強制カルテルの結成(幾多の強制カルテル法の下に)に社会化の実体をすりかえたとき、ゴールドシュニットの經濟法の構想は、正に社会民主党的の矛盾を内包した法律理論であつたのである。それはともかく、彼の經濟法理論は、果して經濟法の独立法分科性を主張しうべき対象と原理を見出しえていたであらうか？。

(四) (批判) (1) 經濟法を組織經濟の法と規定する場合、組織經濟の概念が必ずしも明確でないことは、フウク (W.

Hug)の指摘する通りである。⁽¹⁷⁾しかしゴールドシュミットの組織経済法説は、一面社会的事実の洞察力において誠に鋭いものをもつていた。殊に独占経済が、個人経済に対立する共同経済的性格を強く帯びて登場してきたことは否定できないところである。カルテル、トラスト、協同組合等々がそれである。ゴールドシュミットは「究極には経済の組織化は国家自らの種々の立法による経済の国家的組織化にまで展開する」といつているが、その立法例として挙げているのは、ワイマール体制下において、いわゆる社会化の名称をもつて呼ばれたカリ業法や石炭業法等の強制シンジケートであつた。⁽¹⁸⁾以上のように考えてくると、彼の把えた経済法の対象たる組織経済なる概念は、正に国家により保護助長された独占経済殊に一九二〇年代のワイマールの社会化現象を把えるための恰好の概念であつたことが理解されよう。フウクのいう通り、組織経済の法という漠然たる概念では、民・商法や行政法に対して明確な法分科性を主張しうる統一概念としては不充分であるが、新しい経済法学の対象をカルテル、トラスト等の市場支配現象としてかなり明確に認識していた慧眼は評価されてよいであらう。

(2) 「規制された取引経済」の中、経済上の強者に対する弱者保護のための社会政策的観点からなされるものは、経済法に属さないという見解は、今日の経済法の社会的性格とは相容れないものである。しかし独占禁止の原理を知らず、生産改良のための独占(私的独占やカルテルを含む)を経済法の主たる対象と認識した組織経済法説としては当然の結論であつたらう。

(3) 経済法の目的を「生産改良のための規制」と解し、また国家は組織経済を承認し、「組織経済」の「自然成長」を保育し促進せしめる経済政策を行なねばならず、経済立法をなさねばならない(それが)、という彼の見解の中に、国際競争力強化のために、国家は独占体制の育成助長に協力しなければならぬという今日の通産省、財界理論と共通する面をもつていたことが気付かれよう。しかしそこには競争原理に支えられた今日の経済法の指導原理を見出すこ

とはできない。「生産改良のための規制」とか組織經濟の促進ということをもつて、經濟法の目的なり原則なりとした場合、そこに民・商法や行政法から區別される經濟法固有の原則が見出されたと考へうるであらうか。ここに組織經濟法説が、今日我々が考へるような固有の經濟法理論として現われなかつた根本原因がある。というのは、本來法は私人間或は国家と私人間の行為規範(違反の場合の紛争)として、一定の行為を命じたり禁止したりする。そこに近代法の性格が最もよく現われる。ところが、組織經濟法の対象となつたようなカルテル助長法は、独占助長法として經濟行為者間の利益衝突という側面を把えたものではなく、したがっていわゆる近代法的構造と性格を殆んど持っていないのである。何れかといへば組織(經濟)法的性格のものとなつている。確かに組織經濟法説が、經濟法独自の対象として組織經濟(カルテル、トラスト、組合等を中心として意味していた)なる生活領域を見出したことは、他の諸説に比して經濟法學說史上における功績は大きかつたわけであるが、組織經濟概念の不明確性や対象範圍の不確定性、就中組織經濟を規制する法原理の曖昧さが、いわゆる反トラスト法に見られるような明確な法律學的構成を困難ならしめた最も大きな原因であつたと考へられる。

社会法説 (Sozial Recht)——(一)本説は、經濟法を社会における共同經濟の法とする見解で、ドニストリヤンスキー (Dinstrijsky) がこの説の主張者である。⁽²¹⁾ドニストリヤンスキーはいう。近代に至ると個人と国家との独自の領域の間に、新たに「社会」をそのトレーガーとする他の独自の法領域が形成されるに至つたのであり、この發展こそすでに經濟法の領域に属する、⁽²²⁾。例えば、カルテル、コンツェルン、トラスト、シンジケートといったものが出現し、それは法的には全く新たな構造をもつて現われたので、法律家はこれらの企業結合をどこに位置せしめるべきかに当惑した。がより大きな困難は現代的な労働問題の発生と共に生じた。ただし、これらの新しい法律問題は私法の中でも公法の中でも適切な解決を見出しえないことが明白であるから。「いたる処に社会が事実上その基礎に

存する民族の力によつて処理されることを要する経済を随伴して出現し、しかもそこに私法の領域も公法の領域も届かなかつたから、これらの社会と経済とのために一つの新しい法域を基礎づけることが学問の任務となり、ここに現代の経済法が生れた。²⁹⁾とところで、「この経済法の分化を見ない間は、公法と私法との確たる分類は實際上困難であつた。だがこの両法域の間に経済法を位置せしめることによつて、何ら経済法の発達を阻むことなくして公法と私法の分類が再びその確然性を回復したのである」と。以上のように、ドニストリヤンスキーは、経済法を社会をトレীগーとする法として把え、私法は個人に関する法、公法は国家権力に関する法、経済法は社会の共同経済に関する法^(第三の法域のもの)として全法体系の中に位置づけたのである。

二十世紀に入り、市民社会における活動単位が個人から集団或は団体に移動してきたことは、ダイシーもその名著「法と輿論」で指摘している通りである。政治学におけるプレッシャー・グループ(圧力団体)や社会学における小集団ないし団体の問題がこのことを最もよく示している。ゴールドシュニットの組織経済の単位としての共同(団)体の経済は、ドニストリヤンスキーの社会における共同経済と大体において同じものを志向していたといえよう。かような観点から、社会法説は組織経済法説と密接な関連をもつたものとして、わが国の経済法学者によつても同視されたり混同されたりしてきたように思われる。

(二) (批判) 経済法を社会の法とし、公法私法に对立する第三の法域とするドニストリヤンスキーの見解は「社会の法に留意して共同社会の経済の法という意に解し」、組織経済法説と類似ないし親縁関係にたつものであつたことは右に述べた通りである。確かにゴールドシュニットの「組織経済」の主たる内容がカルテルやトラスト・コンツェルン等を指していたように、ドニストリヤンスキーの「社会」もまたカルテル・トラスト・コンツェルン・シンジケート等を意味していたという点で、对象的には非常に共通したものを把えていたといえるであろう。ただ経済法を社会の法或は共同経済の法と規定す

るドニストリヤンスキーの社会法説は、社会概念についてかなりの不明確さと幅をもつていたようである。何故なら、個人と国家の間にあるものを社会という場合、今日それは一般に市民社会を意味するものとされ、ドニストリヤンスキーのようにカルテルやトラスト、コンツェルンを社会とはいわないのが普通だからである。しかも彼の社会概念には、市民社会的の意味も含まれる場合があつたように思われる。かような社会概念についての混乱があつたにせよ、組織経済法説やこの社会法説ほど民・商法や行政法の対象とは異なる経済法独自の対象を明確に把ええた学説は存在しなかつたという意味において、また経済法の对象的側面に見られる公法・私法の混合現象を明確に(非常に公式的ではあるが)把えていたという意味において、経済法學說史上大いに注目されるべき説であつたといえよう。

(1) H. Goldschmidt, Reichswirtschaftsrech. 1923. S. 12. 彼は経済法を組織経済に限定された法領域という。ゴールドシュミットの組織経済法説に言及したものは、Hedemann, Deutsches W. R., S. 14, E. Huber, Wirtschaftsrech. Bd. 1. 1953. S. 9.

(2) F. Klasing, Beiträge zum Wirtschaftsrech. 1931. SS. 3—10. クラウジキングによれば「経済法は伝統的にその理論を二つ或は三つのグループに大別できる。第一が組織された経済法であるとする立場。(1)人は経済法という名の下に、一方では経済的財貨の生産(Erzeugung)利用(Nutzung)分配(Verteilung)の近代的公的規制のみを理解し、他方では營業の自由、契約の自由、統合の自由の基盤の上に成長した Kartell, Konzern, Geschäftsbedingungen 等による利潤経済(Erwerbswirtschaft)の組織化のみを理解する。(2)或る人は、企業そのものを小集団として einbeziehen し、それと同時に商法並びに労働法によつて把えられた対象と関連づける。(3)更に或る人は経済法を経済共同体或は自治的団体の形式における産業に対する制限のための特別規範とする。それは経済法を拘束経済の法(Recht der "gebundenen" Wirtschaft)として語る理論に再び接近してゆく。」以上のように経済法を組織経済法として把える説の中にも、かなりニュアンスの違いがある。彼は(2)の立場にたつもので、ここにゴールドシュミットとの差異がある。

(3) G. Eiler, Grundprobleme (前掲プリント五頁)。「エルラーは、「ゴールドシュミットが経済法の概念の決定的な標準を拘束力ある機関の中にみ、経済法を経済的組織の法として規定したのは正当であつた」という。

(4) 岸村光郎・経済法の基本問題一〇一頁以下、同・経済法二三頁以下。教授は、経済法を統制経済または独占経済に固有な法

とされて、早くからゴールドシュニットの説に近い見解を示されていた。「経済法は統制経済法に固有な法」で、統制経済の重点は、国家行政の協力にあるのではなく、あくまで共同経済体である国民経済自体の調整および活動のうちにあり、と説かれたあたり、ゴールドシュニットと共通した点である。菊池勇夫・経済法制法(昭一四、新法学会全集)一〇頁にもこれに近い見解がみられる。

(5) H. Goldschmidt, a. a. o. S. 8.

(6) derselbe, a. a. o. SS. 9—10.

(7) derselbe, a. a. o. S. 8. 吉永栄助・前掲論文二二八頁。

(8) derselbe, a. a. o. SS. 7. 8.

(9) derselbe, a. a. o. S. 53.

(10) derselbe, a. a. o. S. 54.

(11) derselbe, a. a. o. SS. 46—50.

(12) derselbe, a. a. o. SS. 46. 47.

(13) derselbe, a. a. o. S. 54.

(14) derselbe, a. a. o. S. 54.

(15) derselbe, a. a. o. S. 47.

(16) derselbe, a. a. o. SS. 45—55.

(17) W. Hug, Die Problematik des Wirtschaftsrechts. 1939. SS. 20. 21.

(18) H. Goldschmidt, a. a. o. S. 55.

(19) ワイマル体制化における社会化法は、強制カルテル法にすぎなかったが、かような新しい法形態を前にして、一九二〇年代のドイツでは経済法が流行し、民・商法や行政法と異なる経済法をもつてそれを抱えようとした。その代表者がゴールドシュニットであったといつてよいであらう。

(20) ゴールドシュニットの「組織経済」概念の不明確なをうけたものとしては、W. Hug, a. a. o. S. 20.

(21) ドミニストリヤンスキー(S. Dnistrianskyj)が、一九三三年「Die Stellung des Wirtschaftsrechts im Rechtssystem (Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 137. 1933. SS. 1 ff.)」なる論文を発表して以来、日本では、経済法を社会の法と解する見解が流行

したといわれる。彼のいう社会の法とは、今日我々のいう社会法的原理（社会的弱者保護）に指導される社会法でなかった点混同しないことが必要である。私は前記論文を入手出来ず読むことができなかったので、社会法説はオミットしようかとも考えたが、経済法学説史上は非常に重要であるので、簡単に紹介することにした。したがって、ドニストリヤンスキーの説については、橋本文雄・社会法研究一四九頁以下によったことをおことわりしておく。

(22) 橋本文夫「ドニストリヤンスキーの法体系中における経済法の地位」社会法の研究一五六頁参照。

(23) 橋本文夫・前掲書一五七頁引用。

(14) 橋本文夫・前掲書一五八頁引用。

結 び

第二次大戦後ドイツでも競争制限法 (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 1951) が制定され、一応自由競争が経済政策の基調とされているようであるが、経済法学説の展開の仕方は、日本のそれと大分違っているようにある。それがドイツの競争制限法と日本の独禁法の性格的差異に由来するものか、或は伝統的なドイツ経済法学説の流れの上にたつもの故であるのか、今のところ私には明らかでない。

第二次大戦後の経済法学説を総合的に検討し、第二次大戦終了前の学説との関連を辿つてみれば、それらの問題への解答も与えられるのではなからうか。そのことの解明により、日本の経済法とドイツ経済法の異同もまた一層明らかにされうるものと思われる。

本稿は、そのための作業の第一段階に過ぎない。しかも一九二〇年三〇年代のドイツ経済法の文献は、必ずしも入手が容易でない。読むべき論文で読むことをえないものも多いため、敢えて本稿を書いたのは、日本の経済法学説史

を書く場合にも、また日本とドイツの戦後の経済法理論の異同を明らかにする上にも、一応それなりの見通しが必要
なためである。したがって本稿は、必要な文献が読めるまでの暫定稿であることをお断りしておきたい。

尚本稿に使用したドイツ経済法の文献は、東大の研究室時代に御指導いただいた田中二郎先生からお借りして、ノ
ートしたものである。今日程にも経済法の概念がはつきりつかめなかつた頃に読んだものであるので、読み落しや理
解不十分な点が多いかも知れないと思う。その点からも本稿は暫定稿に過ぎないものである。大方の御教示をいただ
ければ幸いである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XIX No. 2

SUMMARY OF ARTICLES

Kurze Zusammenfassung der Geschichte der deutschen Wirtschaftsrechtslehren

— Benutzend als Stoff zur Diskussion die
deutschen Wirtschaftsrechtslehren bis
zum Ende des zweiten Weltkrieges —

Akinobu TANSO

Professor für Wirtschaftsrecht
Juristische Fakultät
Hokkaido Universität

Einleitung

- 一、 Die Wirtschaftsrechtslehren, die vom privatrechtlichen Standpunkt aus aufgestellt wurden.
- 二、 Die Wirtschaftsrechtslehre, die vom Standpunkt des Wirtschaftsverwaltungsrechts aus aufgestellt wurde.
- 三、 Die Wirtschaftsrechtslehren, die vom Standpunkt des Sozialrechts aus aufgestellt wurden.

Schluß

In dieser Abhandlung beabsichtige ich die Geschichte der Wirtschaftsrechtslehren in Deutschland zu verfolgen. Hauptgegenstand dieser Abhandlung sind die Wirtschaftsrechtslehren von 1920 bis zum Ende des zweiten Weltkrieges. Die Wirtschaftsrechtslehren wurden vielmehr nach problematischer Methode als nach geschichtlicher Methode geordnet. Wenn man die Wirtschaftsrechtslehren bis heute nach problematischer Methode verfolgt,

kann man eine durchgehende Geschichte der Lehren in dieser Methode aufstellen. Ich denke, daß die deutschen Wirtschaftsrechtslehren, wenn man sie nach problematischer Methode ordnet, in drei Standpunkte geteilt werden können : in privatrechtlichen, verwaltungsrechtlichen und sozialrechtlichen Standpunkt. Jede Gruppe der Lehren, die von je einem der obengenannten Standpunkte aus geordnet wurde, hat ihren eigenen Gegenstand, ein leitendes Prinzip, ihre eigenen rechtlichen Fragen und zeigt einen grundlegenden Charakter oder eine Tendenz.

In den Wirtschaftsrechtslehren, die vom privatrechtlichen Standpunkt aus aufgestellt wurden, gibt es die Methodenlehre von J. W. Hedemann und A. Nussbaum, die Unternehmersrechtslehre von Kaskel und Hausmann und die Unternehmensrechtslehre von F. Klausning und W. Hug. Hier werden der Inhalt dieser Theorien und die rechtlichen Fragen in Kürze erklärt. Die Wirtschaftsrechtslehre von E. R. Huber ist die einzige Wirtschaftslehre, die vom verwaltungsrechtlichen Standpunkt aus gebaut wurde. In den Wirtschaftsrechtslehren, die vom sozialrechtlichen Standpunkt aus aufgestellt wurden, gibt es die Theorie des Wirtschaftsrechts als Recht der organisierten Wirtschaft von H. Goldschmidt und die Sozialrechtslehre von Dnistryänski.

Was für einen Vorteil und Nachteil hatten die verschiedenen Lehren, die in den drei, oben erwähnten Standpunkten in Ordnung gebracht wurden? Und was für Probleme soll man bei der Theorienbildung über gegenwärtiges Wirtschaftsrecht erwägen? In dieser Abhandlung beabsichtige ich die Probleme, die durch die Untersuchung der verschiedenen Lehren hervorgetreten sind, zu erklären. In kurzer Zeit beabsichtige ich zu erklären, in welchen Punkten die Wirtschaftsrechtslehren nach dem zweiten Weltkrieg die Lehren vor dem Ende des zweiten Weltkrieges übernehmen und in welchen Punkten sie sie umgestaltet haben.

Diese Abhandlung soll die erste Stufe dazu sein