小　島　康　裕
（こじま　やすひろ）

学位の種類　法　学　博　士

学位記番号　法　第　24　号

学位授与年月日　昭和５８年４月２０日

学位授与の要件　学位規則第５条第２項該当

学位論文題目　大企業社会の法秩序

論文審査委員　（主査）
教授　服部栄三　教授　菅原菊志
助教授　関　俊彦

論文内容の要旨

1. 本論文は、つぎの章節から成っている。

第１章　日本法学における反独占理論の問題性

第１節　伝統的「営業の自由」概念の問題性

第２節　独占放任型自由主義と支配的憲法学説

第３節　反独占法論の出発点

第２章　株式会社観の変遷と私的自治

第１節　19世紀ドイツ株式法における株式会社観の変遷とその独占形成機能

第２節　株式会社の社会化と企業会計法

第３節　ドイツ株式法における歴史的「営業の自由」

第４節　株式会社設立準則主義の虚構性と社員権説の歴史的性格

第３章　反独占法理をめぐるわが国の法律状態

第１節　支配的法学説における株式会社観

第２節　「中立的商法論」の現実的機能

第３節　戦後商法学における株式民主化論の問題性

第４節　「企業者の自由」と「営業の自由」

第４章　大企業社会における企業法理の再構成

第１節　民商法と独占禁止法

第２節　独占禁止法制の歴史的性格と「公共の福祉」

第３節　「企業の社会的責任」の法的意義

第４節　政治と企業

2. 本論文の論点は多岐にわたっているが、その中心は、現代の大企業社会の法秩序を営業の自由および反独占法理によって基礎づけ、この立場から従来の支配的商法論、経済法論、さらには憲法論の見直しを強調するところにある。ところで、この営業の自由の意義についてであるが、通説的見解はこの自由を国家からの自由として、したがってまた基本的人権として理解するが、これは正当ではなく、むしろ営業の独占ないし制限に対する自由として、したがってまた公序（公の秩序）として理解しなければならない（第１章第１節、第２章第３節）。このように、営業の自由を反独占的公序として理解すると、伝統的・支配的見解は独占を放任し、独占禁止法を敵視する憲法学説として批判されなければならない（第１章第２節、第３章第４節）。

3. 以上の基本的立場からすると、従来の支配的商法学説もまたその見直しを必要とすることになる。支配的商法学説は、商法は政治経済的に中立的な法であり、自由主義経済とも統制主義経済とも矛盾なく結びつくことができ、その意味においてそれは無色な法とも認められるとしている（中立的商法論）。しかし、これは、商法、とりわけ現行商法である昭和25年改正商法が、個別企業を超える領域においては、カルテル・コンツェルン等の企業結合ないし経済権力の集中をもたらし、また個別企業の内部領域においては、経営者支配という内部権力の集中を生んだという事実に反するのである。したがって、中立的商法論は独占放任の理論ということができる（第３章第１節・第２節）。

4. 営業の自由および反独占法理は、個々の問題の検討においても重要な役割を果している。

第一に、会社設立に関する準則主義についてである。準則主義は、法の定める手続をふめば、国家による許可ないし認可を要せずに会社を自由に設立することができるとする立法主義であり、19世紀後半に欧米において確立され、わが商法もこれを採用しているが、通説はこれを国家からの自由として捉えようとする。しかし、準則主義の採用により、会社設立の自由を通して大会社の独占をもたらし、反独占としての営業の自由が形骸化されたことがドイツの19世紀における株式法の展開について指摘しうるのである（第２章第３節・第４節）。

第二に、社員権説についてであるが、通説は、株式会社における株主の権利および義務を包含して社員権なる概念を認め、かつこれを株式会社の所有者たる地位として構成して

いる。しかし、社員権説は、このように株式会社を所有権秩序のうちに位置づけることによって、株式を債権よりも有利な投資であるとの認識を一般化せしめるとともに、資本集中および独占形成をもたらしたのである。したがって、それは、営業の自由および反独占法理と対立する独占容認の理論といわねばならない（第２章第１節・第４節）。

第三に、企業ないし会社の社会的責任についてであるが、企業が利潤追求と直接関係のない行為、たとえば学術・文化・福祉等のために寄付をする社会的行為をなすべきことが企業の社会的責任論として主張されることが多い。しかし、企業の社会的責任の本質は、このような点にあるのではなく、独占禁止法の強化の下に、反独占法理を実践するところにある（第４章第３節）。

第四に、独占禁止法の性格についてであるが、通説は、独占禁止法を私法ないし市民法たる商法と異なる原理で企業を規律する法として捉え、またこれに違反する行為も私法的には有効であるとしている。しかし、独占禁止法も商法も反独占法理を基礎とする点で共通の性質を有し、したがって独占禁止法は市民法の嫡流の嫡子にほかならないのであり、他方また、それは営業の自由ないし独占の禁止という公序に関する法であるから、これに違反する行為は私法上絶対に無効であると考えなければならないのである（第４章第１節）。

論文審査結果の要旨

以上が本論文の概要であるが、商法および独占禁止法に関する重要な基礎視点を提示したものとして、その学問的価値を高く評価しなければならない。もっとも、結論を急ぐあまりの論調が見られるところもないわけではない。たとえば、独占禁止法違反の行為は民法90条の「公序」に違反するから絶対的に無効であるとしているが、このように断言するためには、独占禁止法違反の各種の行為について絶対的無効説の帰結を吟味して、その結論の当否を判断しなければならないし、さらに不法原因給付の規定（民法７０８条）をも論文の内容に加えて、原状回復が可能かどうかを検討する必要がある。もし、本論文のように独占禁止法違反を民法90条違反と構成したことが不法原因結付にいう「不法」を構成し、そのことのゆえに原状回復が阻止され、その結果として独占禁止法違反状態が解消されないとすれば、本論文のもつ解釈論的意味はかなり減殺されるといわなければならない。また上記２ないし４で言及した学説批判に対しては、通説の立場からの反論が当然予想される。しかし、以上のような問題点が残っているとしても、本論文が通説に対して重要なアンティテーゼとしての役目を果したことは確かといえよう。そして、商法学の伝統的領域を超えて現代企業社会を広い視野から捉えている点も高く評価される。このような意味において、本論文は学界に対し相

当の寄与をしたものと認められる。

以上によって、本論文提出者は法学博士の学位を授与されるに値すると認める。