

學界展望

經濟法と民法

—經濟法研究の一つの態度—

吾妻光俊

わが國ではじめて經濟法が問題として學界に取り上げられたのは既に久しい以前のことであるが(孫田博士勞働法總論(大正十三年)一四三頁)その後はやゝ斷續して論及されるに止まつてゐた。しかるに支那事變の前後から國民經濟が急角度に國家の統制の下に吸収されるに及んで、この領域はいちどるしくヴィヴィッドに法學界の意識に上るやうになつた。かかる狀態の下に經濟法をテーマとする研究は次第に多きを加へ、學會の創設となり(日本經濟法、學會の創立)、また國家も研究の助成に乗りだして來てゐる(學術振興會に於ける經濟統制、立法に關する委員會の創設)。

かくして經濟法が學界の全般的な關心を呼ぶにつれて、おのづから研究の態度も多角的にならうとしてゐる。從來専ら取り上げられてゐたのは經濟法の基本精神なり、その體系だての問題であつたのが、現在ではそれに加へて個別的な研究が次第にその數を増して來てゐる。いまや經濟生活の各分野の統制立法の研究や統制罰則の實證的研究など

がわれわれの注目をひきつゝあるのである。

このやうな個別研究の進出は経済法の研究が法律學にとつて切實な問題となりつゝある證左でもあるが、ともかく一般的な研究と個別的な研究とが互ひに手をたづさへて進むやうになつたことは経済法のやうな新しい領域の研究態度として歓迎すべきであると思ふ。

だがしかし、わが國では經濟の國家的な統制が本格的に行はれるやうになつてからなほ日が淺いために——その基本的な方向はおのづから定まつて居り、その指導精神として説かるゝところもほど軌を一にしてゐるものゝ——個々の領域に對する立法上の措置はもとより、全體的な組織化もまだその緒にたばかりであつて、一定の確定的な段階に到達したとはいひ切れぬものがある。従つて經濟法の研究に當つても、一般的體系的な問題と具體的個別的な問題とを矛盾なく、またその相互を充分に關聯せしめつゝ理解し研究することはかなり困難である。そしてこの困難は經濟法の研究を行ふたれしもが感じてゐるのではなからうかと思ふ。

わたくしはこの小論の中で右のやうな困難を眼中に置きながら、經濟法の研究に際して特に問題とすべき點を——民法と經濟法との關係を主眼として——あるひは回顧的にあるひは展望的に考へて見ようと思ふ。

一

75

元來わが國に於ける經濟法の研究は第一次世界大戰後のドイツ學界の傾向に刺戟を受けたものであるが、わたくしも嘗て觸れたやうに（獨逸に於ける經濟法學說の）「獨逸」法律時報一巻八號の、ドイツに於てもその當時から經濟法の指導精神なり、その概念規定なり

について各人各説であつて遂に統一的な見解に達することなく、最近に至つてヘーデマンの如きはかくの如き一般論を抛棄してゐる。わが経済法理論もまたその理解の方向なり、その到達せる概念規定なりを吟味するとき、ドイツのそれに劣らない多様性を示し、歸一するところを知らざる状態にある。あるひは企業法にその核心を求め、あるひはこれを共同経済の法とし、あるひはまた資本主義の獨占段階以後の現象として歴史的な説明を加へ、あるひは卒直に統制経済の法とする等見解は全く區々なのである。

このやうなもろ／＼の見解はそのいづれもが全面的な優越を誇り得ないにしても、それ／＼の角度から経済法の理解に貢献し、またその方向を暗示するものである。たゞこのやうな見解の分裂に接するとき、経済法の研究の出発点を靜かに反省して見ることによつて多少とも將來の研究態度に示唆を與へ得ないだらうか、といふのがわたくしの問題とするところなのである。

おもふに経済法の提唱が行はれた最も現實的な出發點としては經濟の國家的なしかも統一的な規整を目的とする夥しい數のいはゆる統制法規が出現し、これら法規の目標とするところなりその性格なりが從來經濟活動を専らその規範の對象としてゐた私法とは異なり、従つて私法の體系中にこれを包攝し得ざるに至つたことを擧ぐべきであらう。この點は第一次大戰前後のドイツに於て經濟法の提唱がはじまつた時期に於ても、またわが國で最近それが問題となりつゝある場合にも同様である。従つてわたくしはまづ私法とこれら統制法規の關聯を法律學の觀點から分析し、かつ綜合的に理解することが經濟法研究の出發點だと考へる。

さてしかし經濟法と私法との關聯を出發點として經濟法の問題を吟味すべしといふやうなわたくしの所論はほとん

ど自明の事柄に過ぎないであらう。現に經濟法の問題を取り扱つたもので、經濟法と私法、あるひは經濟法と公私法の關聯を意識せず、これに言及しないものはほとんどないといつてもよい。經濟法が公私法の兩要素をその中に混交するものであり、ひいては公私法の峻別を不可能ならしめてゐることなど、通説ともいふべき程度に一般に承認されてゐるところであり、また經濟法の中に私所有權なり契約自由なりの觀念が現實の制約を受けつゝあることも明白な事實とされてゐる。たゞわたくしは從來の所論の中にこれらの問題がどの程度に探究されてゐるかを回顧して見るのも將來への研究態度を定めるために無意義でなからうと思ふのである。

またわたくしが私法と經濟法の關聯を出發點とすべしといつたのは決して他の諸法域と經濟法との關聯を等閑視することを意味するものではない。現に經濟法が從來の法體系全般に對して何等かの新しい觀點を取り出しつゝあることは一般に承認されてゐる事柄であり、また現實にも經濟法は行政法、刑法等各法域にそれ／＼新しい問題を投じてゐるのであつて、各方面から經濟法の研究に向つて協同することは最も望ましきことと考へてゐる。たゞ本稿は同じく經濟生活に關する法規としての性格を有する私法と經濟法との關聯に重點が置かるべきこと、従つてこの方面の研究が特に緊急なことを指摘せんとするに止まる。

本稿は専ら民法と經濟法との關聯に主眼を置く。商法は經濟法に最も密接する領域であつて、またそれだけ經濟法の研究に當つて商法との關聯を吟味することの必要が痛切なのであるが、わたくしは専門領域としての民法と經濟法との關聯に論述を限らうと思ふ。

法體系の中に於て經濟法の地位を定め、既存の法體系との關聯を確定することが異常の困難を伴ひ、その結果學說も無數の對立を示すことは繰り返して述べて來たところであるが、まづ近時の統制立法の側からこの困難のよつて來るところを考へて見ようと思ふ。

(一)經濟統制の——殊に戰時に於ける——強化は無數の統制立法を出現せしめつゝあるが、その立法の對象とするところは國民經濟の全領域に互る廣汎なものであり、かつ各個の立法は時を異にして公布施行され、またその目標を分ちつゝ個別的な進路をたどるがために、これらを綜合的に理解することは甚だしく困難である。もとより國家總動員法の如き基本法は存在するも、それは専ら外郭法たるに止まり、また最近には國民經濟の全面的組織化を目標とする重要産業團體令の公布を見たるもこれまた極めて概括的な立法に止まり、その内容の擴充は今後の問題であつて、それらに經濟法の中心的地位を認めることは可能であつても少なくとも法律學の見地から經濟法の性格を決定するためにはこれらのみに依存してことを斷じ得ないのである。

(二)右に述べたやうなほとんど見通しを許さぬ無數の立法の出現は同時にそれらの立法が緊急なる戰時經濟の要求に伴つて流動することによつて、その捕捉の困難を倍加するものである。換言すれば統制立法はその範圍なり内容なりの多様性に於てのみならず、その流動性に於て法律學的な理解を困難ならしむるのである。ある領域について今日その統制立法と理解したものが明日すでに他の統制立法によつて置きかへられ、その指導精神もおのづから變更され

るといつた事例は經濟法の研究に當つてわれ／＼の常に經驗するところである。

さてかくの如く氾濫し流動する立法を前に法學者がとるべき進路は大體に於て次ぎの二つに區別することが出來やうかと思ふ。

(一)その一はかくの如き無数の立法を整序し配列し何等かの體系に構成するといふことである。この仕事は實際の要求にも應ずるものであつて近時その數を増しつゝあるが、一見するよりも遙かに困難な仕事である。各種の統制立法が互ひに關聯しあつてゐるために配列上生ずる困難もあり、また前記の如くその範圍がほとんど無限であり、しかも擴張し流動することによる系統化の困難もあることはいふまでもない。しかしより基本的な困難は、このやうな立法の配列がやゝもすれば立法の羅列とその一應の解説の程度を出でないものとなる點と、もしそれに何等かの實質的な統一性を與へんとするときは専ら經濟政策的な解説に終つて法學的な研究の範圍を逸脱し、おのづから經濟學の領域からの解明に遜色を示す點である。もとよりかゝる困難な事情の存することによつてこの種の地味な努力の無價値を結論すべきではなく、この領域での研究が専ら法律的な見地から法規の法律的構造を探究し、その立法政策的意義を解明するといふ態度を失はざる場合には、經濟法の理解を深むるのみか將來の統一的立法への地盤を供することゝもなり、ひいては經濟的な研究に對して資するところもあらうかと考へられる。しかしこの種の研究は法律學にとつてはそれ自身あくまで準備的なものであつて、一面には經濟法理論の建設を滑らかにする役目を持つに止まり、また他面次ぎに述べる理論的研究を伴はずしては充分な成果を期待し得ないのである。

(二)その二はより基本的な理論的研究の分野であるが、こゝでは研究の態度は統制立法の無数の發現形態それ自體

に着眼するよりは、振り返つて既存の法體系との關聯を問ひ、その中におのづから新しき法體系の性格を明らかにせんとするものである。従来の經濟法に關する理論が多かれ少なかれ既存體系との關係に重點を置くことは前述したが、そこにはおのづから次ぎに述べる二箇の研究態度が考へられ、また實際に存在したと考へられる。

(1) まづ従来の法體系そのものに對して經濟法が全體として持つ關聯が問題とされ、經濟法が果して獨立の法體系を構成するか、また獨立の法體系として成立する場合にその指導原理なり支配領域なりはいかなるものなのかを問はれる。これをわたくしは經濟法の體系的研究と呼ぶこととしよう。

(2) 右の問題と關聯を持ちつゝ従来の法體系そのものではなく、その中に含まれる制度なり概念なりが新しい統制立法の内部に於ていかに修正され、いかに轉換せしめられつゝあるかの問題を吟味する態度である。これをわたくしは經濟法の個別的研究と呼ぶこととしよう。

いま専ら基本的な理論的研究の分野に着眼して論ずるならば、ここでは既存の法體系との關聯を意識し、いはゞその發展と修正乃至轉換に即して經濟法の問題を考察することを主眼とするものであるから、既存法體系の側から問題を吟味してゆくのが恐らく正當な態度ではなからうかと考へる。ただそこで特に警戒すべきは、およそ新しい法域の出現が要求さるゝのは既存の法體系が硬化して、社會生活の實體に即せざるに至つた證左であり、かゝる状態の下にやゝもすれば法規の形式的な表現に拘束されがちな法律學の弱味は既存の法體系なり法概念なりを形式論理的に理解し、新らしき社會的現實を捉ふるに充分な法律的手段を缺くことであらう。しかしこの危険を恐るゝのあまり逆に既存の法體系なり法理論なりから飛躍して、轉換期に行はれがちな標語をとらへて一面的に新らしい法體系乃至は法

理論の形成を高唱することは同様に——あるひはより以上に——警戒されてしかるべきだと考へる。従つて問題はわれ／＼が既存の法體系の成立以後、その徐々に蒙りつゝある變貌を残るところなく捉へてその全面的な轉換——もしそれが要求されるならば——への必然的な要求をこの發展の中に洞察することにあるのであつて、既存法體系を無視することにあるのではない。反つてあまりに急激かつ飛躍的に既存法體系を捨て去らうとする立場が成文法以外に法を認めない法實證主義の結果であり、また概念法學の所産である事例すら見るのである。これこそ經濟法の如く政治・經濟との密接な聯關が特に強く意識さるべき法域の研究にふさはしくない態度といふべきであらう。

以上の點に留意しつゝわたくしは經濟法の體系的の研究と個別的研究とが民法との關聯に於ていかに處理されて來たかに眼を轉ずることゝした。

三

まづ經濟法の體系的の研究に眼を注ぐとき、こゝでは公私法の區別と經濟法との關係が専ら取り上げられてゐる。經濟法が公私法の區別に影響を與ふるものでないと説く立場も存するが(美濃部博士「經濟法に付いての」學界の大勢は經濟法の出現によつて公私法の區別が漸く抹殺されつゝあると見るか、少なくとも公私法の區別に編入されざる第三の法域として經濟法を觀察するかに傾いてゐる。いまその個々の内容に立ち入り得ないが、特に私法との關聯について最も綜合的にかつ立ち入つて論ぜらるゝのは菊池教授の所説である(例へば同教授「近代法と經濟の發展」)。教授は一方經濟法に關する(牧野博士選譯「實法理論集六〇七頁」)。教授は一方經濟法に關する——主としてドイツの——學說の發展を吟味されつゝ、私法と經濟法との關係を論じ、進んで經濟法の觀念を明らか

にせんと試みらるゝのであるが、わたくしは問題のありかを明らかにするためにその要點にふれつゝ考察を進めてゆきたいと思ふ。

菊池教授は前掲論文の冒頭に「私はこの小稿において、まづ近代經濟において法と經濟との關係が問題化した端緒を探り、次に經濟關係の法が私法として現はれてからいはいゆる經濟法的現象に變遷したゆえんを尋ねさらに民法及び商法が資本主義經濟の發展に對應して持つた歴史の意義を吟味し、なほ經濟法が資本主義經濟において有する限界を勞働法との關係について論及しようと思ふ」と説かれる。つまり教授は近代經濟と近代法との相關關係に着眼されつゝ私法から經濟法への發展を説かれるのであるが、その論證され、かつ到達される結論を要約するときには

(1) まづ法と經濟との關係そのものは歴史的にいつれの時代にも思考し得るが、その關係が特に意識されたのは經濟が政治的拘束から解放されて独自の分野を形成した近代經濟に於てであり、更に經濟法なる特殊な法域が問題化したのは資本主義が獨占化した時期に於てであると説明される。

(2) 次ぎに近世の法治國家の思想に基き公私法の分裂が行はれたが獨占企業が支配的となるに及んで國家が獨占體に對して統制立法を制定するに至り、こゝに公私法滲透の現象を生じた事情が、ドイツの經濟法學説をひきつゝ論證される。

(3) 續いて民商法の關聯を問ひ、結局民法を獨立生産者間の市場取引關係としての單純商品交換を前提する經濟の法、商法を資本主義に於ける經濟の法とされ、民法の論理的體系としての統一的な性格と商法の經濟生活に即する構造とを對照し、かつ民法の商化現象の限界を問ふて資本主義の發展段階に對應する私法の性格を明らかにし、遂にそ

れが統制經濟の法たる經濟法へ移行するとされるのである。この第三の點については私の要約が教授の所論の要點を逸することなきやう、左に教授みづから要約さるゝところをそのまま引用しよう。「之を要するに近代經濟の法たる民法・商法・經濟法は、いづれも十九世紀中葉以後明らかに支配的となつた資本主義に對應する法規たる點においては本質的區別を持たないものである。しかし法形態を立法技術的に見るならば、民法・商法が私法的であるのに對し、すでに述べたやうに經濟法は「私法の公法化」現象として或ひは公・私法の滲透形態として區別される。又民法と商法との間にも、前者が形式的民法典において法概念の論理的體系となつてゐるのに對し、後者は形式的商法典を有することを問題外としてもそれが經濟制度に密着した實用的體系となつてゐる點で、民商兩法の統一を妨げる限界がある。さらにこれら三者の區別につき、民法の論理的體系は商品交換一般の抽象的法形態について行はれるがゆゑに、その固有の特質を商品交換一般の原型たる獨立生産者社會の商品交換經濟に對應する點において認め、商法の實用的體系は發展する資本主義制度の立法化として行はれるが故に、その固有の特質を資本主義の發展期たる自由主義經濟に對應する點において認め、經濟法は資本主義に對し政策的に拘束統制する立法を對象とするがゆゑにその固有の特質を最近の獨占段階に現はれた統制經濟に對應する點において認めるならば、おのおのの固有の特質の間には明らかに原理的・本質的對立が存するのである。」

なほ教授は經濟法と勞働法との關聯に言及されるが、經濟法と民法との關係を出發點に置く本稿はさしめたりこれに觸れない。

右に要約した菊池教授の所論は近代私法と經濟法との關係を近代經濟の進展に即して周密かつ銳利に觀察されたも

のであつて、經濟法を研究する者に對してもろゝの指針を與へるものであることは説くまでもあるまい。殊に經濟法發生の地盤を資本主義の獨占期に求めてその研究の歴史的な限界を畫されること、これと對比して民法を資本主義への過渡期たる獨立生産者間の商品交換經濟に對應し、商法を資本主義經濟に對應するものと理解されることは民法並びに經濟法の地盤を經濟機構發展の夫々の段階に求めらるゝものであつて經濟法研究の視野を明確ならしむるものといふべきであらう。

教授の所説の大綱については私としてはいさゝかの異論をも有するものではない。いな、それのみか教授の所説によつてわれゝは經濟法研究の歴史的な範圍を明瞭に示されて經濟法の理解と研究とに確固たる地盤を與へらるゝに止まらず、翻つて民商法の研究についてもその社會經濟的な地盤を明瞭に窺ふことによつて得るところ尠少なからざるものがある。ただ民法と經濟法との關聯について次ぎの諸點を補充しかつ若干の吟味を加ふることが可能ではないかと考へる。

(1) 菊池教授が「自由經濟から統制經濟へ」といふやうな粗雑な觀點から私法から經濟法への移向を説かるゝことなく、私法をその經濟的地盤の上に理解されつゝしかもまづその法律的構造を吟味され、進んで最近の經濟機構の地盤の上にこれまた經濟法の法的性格を明らかにされるといふ態度を示されるのは、統制經濟そのものではなくして經濟法を研究する態度として範とすべきであらうと思ふ。即ち經濟法の既存法體系に對する特異性を取り出し、その獨立の法體系たることを論證するためには——その地盤たる社會經濟ではなく——現在の社會經濟の法的機構そのものを捉へることが問題だからである。このやうな所論は一面からは當然の事理をこと新らしく取り上げるといふ非難を

免れないであらうし、また他面には法學的方法と經濟學的方法の峻別を説くものとして排斥さるゝかも知れぬ。しかし第一の非難に對してはわたくしは從來の經濟法の研究に於てやゝもすれば自由經濟から統制經濟へといふやうな見地——これは經濟學の見地からも單純に説き得る問題ではなく、あくまで實證的・具體的な吟味を必要とするものであらうと推測されるが——を單純に法律學の領域に應用して法體系の轉換が説かるゝことが絶無ではないといふ事例を擧げてそれに答へよう。かゝる素朴な方法の混交が行なはれるかぎりわたくしが法的機構そのものを捉ふべしと主張することも必ずしも無益ではなからうかと思ふ。第二の問題はよりデリケートな問題であるが、經濟學乃至社會學的方法が法律學の研究に對して有する補助的な重要性はこれを承認し、經濟的なものと法律的なものとの不可分の關係が殊に經濟法の研究に當つて強く認識さるべきことは否定しないが、法を實質的な經濟生活の單純なる反映としての抽象的な社會生活の型式と認むる態度を採用せざるかぎり、經濟的觀點は法律學の研究にとつて決定的ではあり得ないと思ふ。この意味で私はあくまで法律學の見地から經濟法の性格乃至經濟法と既存法體系との關係を問ふべきだと主張したい。

(2) もし右に述べたわたくしの態度にして正當ならば經濟法の研究に當つて法學者が進むべき道もおのづから明らかであらうと思ふ。いま民法と經濟法との關係に主眼を置いて論ずるならば、民法典を成立せしめ、またその中におのづから含まるゝ——經濟的乃至社會的意識ではなく——法律意識なり法律觀念なりが數多の統制法規を發生せしめつゝある現下の——これまた經濟意識ではなく——法意識なり法律觀念なりといかなる關係に立つか、果して後者が前者に包攝し得ざる新らしき性格を帯ぶるものなりや、もししかりとするも前者と併存することが可能なのか、また

は前者を排除しこれを變形して新らしき法秩序を形成するものなりや等が問題の焦點をなすべきであらう。

(3) 右の如き見地の下に民法との關聯に於てわたくしはいゆる經濟法の體系的研究に眼を注ぐとき、まづ問題とせらるべきは、民法典を中核とする近代法的な民法體系が、その制定以後いかなる問題に逢着し、また社會經濟の變轉に伴つてその周邊にいかなる新らしき法形態を發展せしめつゝあるか、またかゝる新らしき法形態が逆に民法典を中核とする體系の支持を果して可能ならしむるやにある。換言すれば民法の法源の問題がまづ吟味さるべきであると思ふ。菊池教授は民法とその特別法としての商法との關聯を問題とされるのであり、商法典が獨立の法典として民法の外に——同じ經濟生活の規範たる性質を持ちながら——成立する根據を問はれるのであるが(その結論に對するわたくしの見解は暫くおく)わたくしは更に進んで民法の各種の特別法から經濟の自治的立法たる各種の團體規約乃至約款等にまで視野を擴大して、民法の法源の全面に互つて吟味を加へることが必要ではないかを憶測する。また菊池教授は民商法の間にてその兩法體系の滲透に限界のあることを示さるのであるが、民法乃至商法と經濟法との關係については——わたくしの不敏が見落してゐないかを恐れるが——民法體系(乃至は商法體系)と經濟法體系との滲透乃至は相克の關係(こゝには公法との滲透關係も他面に問題となるのであり、かつ經濟法に於て公私法の滲透が説かるゝのは從來の法體系の觀點からは一面に於て統制法を媒介とする公私法の滲透であると同時に他面統制法そのものと私法なり公法なりとの滲透關係であるといふ二面性が考へられるのであるが)に果して限界ありやの問題には直接タッチして居られない。しかしわたくしはこの問題を吟味することこそ經濟法の體系的研究の中心問題ではなからうかと考へてゐる。殊に經濟法に於ける公私法の滲透の主張が單に經濟法の中に公私法の兩要素が包含されること

を問題とするに止まらず、進んで公私法の區別を基礎とする既存の法體系に對する轉換を問題とする一般的風潮の下にあつては、經濟法を中心として一面は私法體系に對する關係を他面公法體系に對する關係を上述の如き態度の下に具體的に吟味してはじめてその立場の當否に對する判斷が可能となると信するのである。

(4) 經濟法の體系的研究に當つて看過することを得ぬ問題として従來の私法體系を支へる指導原理とさるゝ契約自由乃至私的所有權の絶對の原則がある。殊に自由經濟から統制經濟への移向といふ觀念をやゝ素朴的に前提する態度は契約自由乃至絶對的所有權の制限乃至修正といふやうな觀點を經濟法の重要なモメントとして取り上げてゐる。しかしわたくしの見るところでは民法乃至經濟法の問題を體系的に取り扱ふ場合にかゝる觀念を中心に置くことは警戒を要する。何となればかゝる原則は往々にして近代法を背ふ政治經濟の政策的原理であつて嚴密な意味での法原理ではないからである。もとよりわれわれが近代法を解釋しこれを適用するにあつては、かゝる政策的原理を考慮することを必然とする。しかしかゝる原理を社會生活の現實に即してしかも法的に理解するためには、一定の歴史的事態の下にかゝる指導原理が實定法の上に、また根源に於ては國民の法意識の中にいかなる法形態乃至概念としてあらはれてゐるかに着眼すべきであり、従つてかゝる原理を眞の法原理として理解するためには所有權乃至契約が法律上の形態としていかなる意味と内容とを與へられてゐるか、あるひは進んでいかに社會生活を形成するといふ役割を擔當するものであるかを具體的に吟味すべきであると思ふ。これを民法體系に即していふならば所有權なり契約なりの觀念が民法體系の中にいかなる地位を占めてゐるかの問題が問はるべきである。いま經濟法と民法との關係について果して經濟法體系が民法體系に對してこれを解體して新らしき法秩序を形成するものなりやを問題とするに當つては、わ

れくの經濟生活に關してその一般法たる性格を維持して來た民法體系を支へる契約・所有權等が經濟生活の法的形成乃至秩序づけの基本概念たる性格を失ふか否かと問題の中心であり、もしそれらが基本概念たるの性格を失ふときは民法典も同時にその構成原理を失つて解體するの外ないと考へられる。而してかゝる判斷は所有權乃至契約の制限といふやうな標語を中心としてなく、あくまで社會經濟の現實の中にこれらの基本的な民法概念が營む作用を具體的に捉へることによつて決せらるべきだと考へられる。そして同時にわれくは現在かゝる基本觀念に代つていかなる法律原理が社會經濟を形成するかを探究解明すべきこととなるのである。

(5) 右に述べた民法の法源の問題にせよ、その基本的法原理の問題にせよ、その結論はいかやうともあれ、その中心に置くべき研究態度は果して近代的民法體系の成立以後に於ける新らしき社會經濟の發展とこれを支持する法體系乃至基本的法原理、殊に最近の社會經濟とその要求の下に出現したいはゆる經濟法の體系及びその原理が、民法體系乃至その基本的法原理の支持を不可能ならしむるか、これを別の面から表現すれば、民法體系乃至民法の基本的法原理の維持が現時の社會經濟の法的構成に適合せざるに至り、その充分な法律的把握を妨げあるひはその正當なる法的規整の桎梏となりつゝあるかに向けらるべきであると思ふ。しかもかゝる判斷をなすに當つて民法の法源の問題に關しても、また民法の基本的法原理乃至はその構造の問題についても、自由經濟から統制經濟へといふやうな唐突な轉換の觀點に於てなく、民法體系成立以後の歴史的な從つて漸次的な法體系發展の具體的な研究に俟つべきであるといふのが私の主張である。

(6) 右の所論に於てわたくしは恐らくあまりに民法體系の轉換を前提して論じて來たかも知れぬ。しかしわたくし

は専ら最近の經濟法研究の風潮に即してことを論じて來たのに過ぎないのであつて——わが國最近の政治經濟の轉換に應じて恐らくは法秩序乃至法意識の轉換が何等かの形に於て行はるべきことは豫想し得るところであるが——現實の研究態度としては既に繰返し述べて來た如くあくまで既存の法體系の側から實證的に歩を進むべきものと信じてゐるのである。

(7) わたくしは前記(6)の中で民法を支へる基本的な法原理に言及した。しかるに所有權とか契約とかの民法の中心的法原理乃至法概念に觸れるときは、既に經濟法の體系的研究の分野から經濟法の個別的研究の分野に移向することとなる。眼を轉じてこの方面に於ける學界の大勢を窺つて見よう。

四

民法上のもろ／＼の制度なり概念なりが經濟法の擡頭に伴つてどのやうな修正を蒙り、またいかにその轉換を要求されてゐるかの問題は、民法學の側から見ても切實な問題であらうと思ふ。しかし——わたくしの眼の及ぶ範圍では——體系的な研究に比してこの方面の研究は少ないやうに思はれる。尤も統制法が契約の觀念に對してどのやうな修正を要求するかについては、特に統制法違反の契約の效力の問題を通して觀察され、また所有權概念の統制法による轉換の唱道されるあり、更にまた統制法に於ける團體形態（殊に營團）の特異性の如きは民法の法人概念と關聯して可成り立ち入つて論ぜられてゐるのであるが（川島助教授「營團について」法律時報一三三）、しかし全體的に見てこの種の個別的研究の數は民法の領域に於て必ずしも多きを誇り得ないのである。

右の如き事態は恐らく民法は——例へば商法に比して——經濟統制法から遠い一般的・抽象的な法體系であること、従つてまたそれだけ——統制法と商法との關聯に比して——兩者間の關係を捕捉するに困難な事情によるものと思はれる。しかしまた一面には従來の民法學が民法典成立當時から今日に至る社會經濟の進展に即してその理論を吟味し、また新らしく形成する努力を怠つて來た證左と見られぬでもない。もちろん民法學は——ドイツ民法學の強き影響の下に——民法典を中心とする法解釋の面に絶大の努力を傾注し、またそれだけ法律學に對して多大の貢獻をなして來たことは否定し得ない事實である。しかしその反面解釋論の面を跛行的に發達せしめ、社會生活の現實の中に民法的な法原理の實證と形成とを求める點に於て遺憾がなかつたとはいへぬ。現にわが國民法學の文獻に於ける民法教科書の壓倒的な數量はこれを實證してゐるものと考へられる。一言にしていへば社會學的方法の貧困が識者によつて痛感されながらも、民法學研究の實際に於てこの弊を脱却し得なかつたところに、かゝる社會學的乃至經濟的な方法が最も強く要求さるゝ經濟法に對する無力が表明されたものと考へられる。現にドイツに於ても經濟法の問題が經濟的世界觀の所産とされ（ヘーデマン）また經濟法的乃至社會學的方法とされた（ガイラー、ジンツハイマー等）ことは法律學の方法の貧困に對する實感を伴つて唱道されたものであると考へる。

しかしまたわたくしはこの問題を個々の民法學者の研究態度といふやうな主觀的な面の問題とのみ考へるものではない。他面われゝは民法典を中心に置く近代民法にあつては、民法學が民法典を中心に置きつゝ發展することはある程度必然であつて、もしかゝる態度を以て社會經濟の進展に伴ふ民法原理の追及が不可能となるならばその原因の一半は民法典を中心とする近代民法の構造乃至はそれを代表する民法典そのものゝ構造の中に民法學の健全なる發展

を妨ぐべき「法機構の凝結」が行はれたことに求めらるべきことも想像し得るからである。

民法學の側からの經濟法研究の不足が民法學研究の方法の不足に基くか、民法體系そのもの構造に原因を求め得るかといふやうな問題はそのいづれに判断されるにもせよ、民法學に課せられた任務は、民法上のものゝ法の概念の修正を單に近時の統制法の側から吟味することのみに盡くるのではなく、それらの概念をその地盤たる社會經濟の歴史的發展に即し、しかしその法的構造に着眼して出來得るかぎり具體的に吟味することにある。そしてかくの如き操作の中にわれわれは溯つて民法體系の構造が支持さるべきかいなかの一般的な問題に正確に答へ得るであらうし、また新興の經濟法的現象の意味と動向とを正しく判断することにならう。

しかるに民法上の法概念の側からかゝる問題を吟味するといふ研究は——既に述べたやうに——寥々たる有様である。反つて統制經濟がなほ人々の意識に上らなかつた十數年前、我妻教授が〔「近世法に於ける債權の優越的地位」法學志林二九卷六號
五卷三號乃至五號等〕資本主義經濟の發展に即して民法上の法概念の機能を周密に分析されたのがほとんどこの領域に関する唯一の手がかりである。従つて經濟法と民法との關係に関する上記の研究の進むべき道は教授の研究に接着して、しかも新らしき社會經濟に即する研究を繼續することにあるといつても過言ではなからうかと思ふ。この意味で川島助教授が前掲論稿に於て營團なる統制法の下に於ける新らしき團體形態をとり上げられ、これを法人理論乃至所有權理論（企業所有權を中心として）の發展に即しつゝ、そのいはゞ必然的・歴史的な發展の歸結として理解され、しかし結局従前の法人概念によつて包攝し得ざる特質を指摘さるゝのは——同論稿は極めて短篇ながら——この方向に向つて努力さるゝものとして、その鋭い分析とともに最も注目に値ひするものがあり、ある意味では我妻教授によつて

開拓された研究態度を經濟法研究の上に承繼し、展開せしめらるゝものといふべきであらうか。

以上わたくしは民法上の基本概念の側から經濟法を研究するに當つて要求さるべき態度を——極めて荒けづりながら——論じて來た。従つて研究態度それ自體についてわたくしの附加すべきことはないのであるが、ただ最後に以上を要約し、かつ敷衍しながら民法理論の側からの經濟法の研究について問題とさるべき點を述べて見ようと思ふ。もとより基本的な論議はいま私の企圖するところではない。

五

(一) 民法と經濟法との關聯を専ら體系的な方面から問題とする一般的研究にあつては問題が當然に現行法秩序の全體系と關聯を持つのであつて、元來民法のみに視野を限局することは許されぬ。しかしわたくしは出發點として民法の側から問題を觀察し、近代國家に於ける法治國の思想あるひは三權分立の主義等に直接觸るゝことを避ける。

(1) 民法の法源論にあつては國家法と並んで國家に淵源せざる慣習法乃至は經濟の自主的立法等の法源性を認むる方向に進んで來てゐる。いま經濟法との關聯に重點を置けば最も注目に値ひするものは經濟の自主的立法の承認への趨勢であつた。この勢ひは一面から見れば國家法に唯一の法源を認むる近代法（わが法制が慣習法に補充的效力を認めることは衆知の事實であるが、この慣習法の效力承認は國家法に基くのであり、こゝに近代法の立場は破綻を示さざるものといへよう）の立場に矛盾する如く見ゆるのであるが、かゝる自主的立法も常に國家的私法秩序を前提し、その基礎に立つて、たゞ特別の經濟生活の分野に特殊な秩序を形成するものであるから、これに法源性を認むること

は民法典が一般的私法秩序を代表するといふ立場を破壊することがなかつたと考へられる（この點は菊池教授前掲六三三頁以下が民法と商法との關係につき論ぜられる點にも示されてゐる）。換言すればかゝる經濟の自主的立法の法源性はあくまで民法典の法源性に依存するものであつた。たゞかゝる自主的立法に促進さるゝ資本主義經濟の組織化は漸次あらゆる經濟領域に及び、従つてそこに行はるゝ秩序即ち法は民法體系乃至民法原理に依存する形式をとりながら現實に於ては民法典の原理に包攝し得ざる獨自の統一的法原理を發展せしめつゝ結局民法典の一般法としての性格を（少くともその經濟生活に關する面に於ては）單に名義上のものとする勢を示したのである。即ち民法典は三權分立の思想を背景に持つ國家の統一の立法たる資格に於て、また偶々その法原理の有する一般的抽象的性格に於て基本的法源たるの資格を支持しつゝあつたともいひ得るであらう。もちろんかくの如き趨勢はこれを近代法の發展の一般的傾向とは稱し得るものゝ、一國の政治經濟の歴史的な段階に應じてあくまで實證的に考察さるべき問題であること、従つてまた各國夫々の特殊性を顧慮すべきことはいふまでもない。

しかるにいま近時の統制法をその法源としての性格から觀察するときは、統制法は特に戰時經濟の要求から經濟を國家的に統制せんとするものであるから、經濟の自主的立法はひとまづ否定されてすべては國家法乃至國家法に直接淵源する法規によつて規整されんとしてゐる。従つて經濟法の法源はすべてが國家法の形態をとるものである。たゞ民法典制定の當時に於ける國家法萬能の思想とこの事態とを比較するに民法典がその背後に存する個人自治の思想の故に専ら一般的原理によつて自由なる經濟活動の基礎を提供せんとするに反し、戰時經濟の要求は經濟活動の強制的な秩序づけを目標とするために、統制法の態度はあくまで現實的・具體的な秩序を目標とし、従つて各種の法規は無

限の多様性を示すと同時に、かゝる具體的な秩序づけを可能ならしむるために國家法から委任さるゝ立法の各種の段階が発生するに至つてゐるのであり、また嘗ては自主的な法秩序を形成しつゝあつた經濟團體も、國家的立法の権限をある範圍で委讓さるゝに至らんとしてゐる。比喩を用ふるならば民法の平面的な法形態に對して統制法は立體的な構造をとるのである。なほこの立法の立體性と並んで同時に考察さるべきものに司法並びに行政の立體的構造への問題があるのであるが、この點にはいま立ち入ることを避ける。

(2) 右に述べた法源の異なる發現形態に着眼することは——民法も經濟法も共に國民經濟の法的整序を目的とするものであるから——民法體系の一般法たる性格にどのやうな影響を及ぼすか、殊に民法の一般法たる性格を支持すべきか、分解すべきかを判断する上に最も基本的な問題ではなからうかと考へてゐる。即ち經濟の自治的立法が具體的個別的な性格を持ちながら民法體系の統一性を破壊し得ざりし事情は、それがあくまで民法體系の基礎の上にまた民法の基本概念を支持しつゝ、たゞ特別の生活領域に於てこれを具體的に形成するに止まるにあり、かつ國家法に法源の基本的形態を認める近代法の原理がそこにあくまで支持せられたことにあつた。しかるに統制法は國家法の見地から、經濟生活の全面に向つて、しかも具體的な觀點からこれを規整せんとするものであるから、そこには民法體系との間に必然的に一般原理としての優位を争ふことになる。即ち民法の一般的平面的な構造と統制法の具體的・立體的な構造との間にはこれを妥協せしむべき原理を發見し難いのである(例へば民法と商法との關係にもある程度に民法と經濟法との關係に比すべき點もあるが、商法はそれ自身あくまで商の法たるを立前として經濟生活の全面を對象とせず、従つて民法典の存立をこの點に於て脅かし得ざるものであり、また商法の原理は具體的な經濟生活に密接する

ものではあつても具體的經濟活動の規整を出發點とするといふに止まり、法體系自體としてはあくまで平面的な構成をとるものであるから、この點でも民法との基本的な對立は存しない。

(3) 右に述べた點はある意味で經濟法に於ける公私法の滲透とも稱せらるべきであるが、専ら法源論の面からいふならば、國家法と社會經濟の自治的・慣習的法源との併列ではなく、國家法が社會經濟の中に滲透して獨自の立體的な法形成の原理を發展せしむるところ、謂はゞ公法の經濟生活への滲透の中に經濟法の既存法體系に對する特異性が見出さるべきものであらうと思ふ。たゞこゝでも統制法の特異性はあくまで統制法の進展の段階に應じて實證的に觀察さるべく飛躍的な論理に陥るの弊を避くべきことは再言を要せざるところであらう。

(二) 右の一般的な研究はそれ自身完結的なものではなく、むしろより切實な問題は民法體系を構成する個々の法概念乃至法型態が經濟法の發展に至るまでの歴史的な沿革の中にいかに變貌しつゝあるかに存する。かゝる問題は法典のいかなる基本概念を中心に置いて考察するかを問はず、いづれも大なる研究題目であり、従つて百の推測よりも一の實證的研究が期待さるゝのである。従つてわたくしもこゝでは推測的な言辭をさけて將來の研究に期したいと思ふが、たゞ本稿を結ぶ前に二三の言葉を附加しよう。

(1) 體系的研究の面から推測するも統制法の各經濟分野を主眼とする具體的立體的乃至は形成的な態度は民法の一般的平面的乃至は補正的な態度を修正するに止まらず、進んで同様の性格を帯ぶる民法概念に影響を及ぼすべきことを推測せしむる。しかし特に注目すべきは民法體系の態度は私的所有權なり契約なりの概念を定立し、かつこれを地盤として提供することによつて、この地盤の上に自由なる經濟生活の形成を期待するものであるのに對し、統制法は

かゝる自治的に形成された秩序に對して強度の國家的な形成力を加ふることを立前とするものであるから、われ／＼は——當然のことながら——統制法規に直接表現される所有權なり契約なりの制約自身に着眼するばかりでなく、進んで經濟秩序を構成する法原理の全體的な觀察に基き、またその歴史的な發展に即して、全體的な見地から研究の歩を進むべきことである。従つてわれ／＼は所有權とか契約とか乃至は法人とかの個々の法律概念を取り上げてそれらを孤立的に理解することによつては、これらの概念を複雑に組み合わせることによつて成立せる近時の經濟機構の法原理を統一的に理解し得ず、ひいては統制法の理解を妨げらるゝこととなる。換言すれば從來の私法概念相互の關聯と社會經濟機構を構成するに當つてそれらの法概念が擔當した役割とを充分に認識すべきこととなるのである。わたしが我妻教授の前掲論文に經濟法研究の手が／＼を求むべしとしたのも、そこにかくの如き研究態度が實踐されてゐるが故である。

(2) しからば右の如き態度の下に常に民法概念の相互的關聯の見地からのみ民法から經濟法への法理論の推移を觀察すべきであり、所有權、契約、人（法人を含めての）等の夫々の個別的な研究から出發すべきではないのであらうか。わたくしはむしろ研究の出發點はあくまで具體的な各個の法概念に求むべきだと考へてゐる。何となればその各々を社會經濟との關聯に於て、また社會經濟を整序する法律的機能に着眼して追求してゆくと、おのづから他の基本的法概念との關聯が明らかとされ、ひいては民法體系の全面的な價值判斷に達し得ると信ずるからである。いまその各個について結論めいたことを述ぶるのは避けるが、ただ終りに左の點に言及して本稿を閉ぢようと思ふ。

(3) 資本主義經濟の發展は經濟的には各種の企業をその構成因子となすに至つてゐる。しかしこの事實は單に經濟

的にのみ觀察すべきではなく、法律的には企業が民法典の所有權並びに契約原理による社會經濟の規整の一つの到達點なることを認識すべきである。換言するならば企業の有機的な現實性は所有權並びに契約の複合的な法原理に支持されてゐるのである。こゝに經濟法の研究に於ける企業概念の重要性があり、經濟法を以て企業法なりとする立場の合理的基礎がある。しかるに企業はその現實の形態に於ては、既に民法の所有權概念、契約概念乃至は物の概念を以ては包攝し得ざる獨自の性格を示すに至つてゐる。企業に於けるいはゆる所有と經營との分裂は——たとへそれが株式會社の形態にあつては株主總會の最高意思決定の原理により終局的に統合さるゝものではあつても——所有權概念そのものを分裂せしむる傾向をたどり、また企業の有機的全體性の觀念は物の觀念を以てこれを律し得ず、最後に獨占企業の發展は諸種の業務約款の發生と相俟つて契約概念を空虚ならしめる。いま統制法が企業を中心に經濟の國家的規整をくはだつる事態に接するとき、その統制の内容と意味とを吟味し、民法の基本的法概念の運命を尋ねることは民法と經濟法との關聯をうかがふに絶好の研究對象ではなからうかと考へられる。たゞ私はその反面に於て經濟的的人的構成の原理として特に労働法原理に注目すべきものがあり、こゝに民法理論の轉換をうかゞふべき（殊に契約原理の轉換）分野を見出すのであり、従つて研究としては企業のそれに劣らざる重要性を認めるのであるが、いまその詳細に觸るゝ機會ではない。