

# 法の二分説

——經濟法の一考察——

常盤敏太

## 目次

- 一 はしがき
- 二 法の二分説
- 三 經濟法誕生の内生的活力
  - (イ) 國家的立場
  - (ロ) 經濟的立場
  - (ハ) 諸外國の場合
  - (ニ) わが邦の場合
- 四 經濟法に關する學說
- 五 公法私法經濟法の比較考察
  - (イ) 三法の主體
  - (ロ) 三法の客體
  - (ハ) 三法の目的
  - (ニ) 三法の指導原理
  - (ホ) 三法の一般原則
- 六 むすび

## 一 はしがき

近代國家は、われわれの持つ社會の現段階としては、その高さ及びその完全さの綜合において、最たるものとせられてゐる。しかも、われわれの生活に法秩序を與へる限りに於いての現代國家の役割は特に大きな意義を持

つてゐる。現代國家はこの意味で法治國家である。形式的に法治國家とは立憲主義による立法と司法とが政治權力の作用を法的に規制してゐることであるのであり、且つその内容は近代法の整備によつて國家機構を法規的に明瞭ならしめ、國家活動が法的根據を以て行はれるといふにあるのではあるが、近代法といひ法的根據といはれる現代の法律觀念は二十世紀に入つてから大變革を致してゐるのである。<sup>\*</sup>ヒットラー獨裁下におけるナチドイツが法治國家と自稱するに見ても明らかであらう。<sup>\*\*</sup>とまれ、國家における法秩序の維持が現代國家の存立目的と一致するものであり、したがつて、國家的統一を以て形式的に法的統一であると推論し得る實際的基礎は動かすべからざるものである。<sup>\*\*\*</sup>要するに法治國がその國の秩序を維持するには一として法律によらぬことのなきは言を俟たない。ただ、近代法治國においては一國の力は凡て個人に在り國家はこれによつて秩序維持をなせば足りたのである。換言すれば、個人主義の下においては國家の權力行使の方法としての法律は僅かに人民の自由と平等を害せないことを以て足りてゐたといへやう。しかし、現代の民族全體主義の國家觀においては、個人と國家とは對立乃至上下の關係にあるのではなくて、全く個人の力の全部が國家を支へる力へ役立たしめられてゐるのである。されば、個人間に行はれる種々の榮枯盛衰も國家として傍觀し得ないこととなつた。榮盛を工夫し枯衰を免かれるの方策が全體として立てられなければならぬ。これを經濟上の問題について觀ても、個人の富榮と破滅との間に國家は利害關係を持たず、何れからか必要な租税を徵收するを以て、足れりとしてゐた筈であるが、今日では然らず、されば、國家も經濟法則を研究して、自他共にひたすら富榮の道を進ましめ、以て自らを強大とせねばならぬこととなつたのである。

\* 栗生博士『法の變動』參照。

### 法の三分説

\*\* Otto Koellreuter, Der nationale Rechtsstaat, 1932; Derselbe, Grundriss der allgemeinen Staatslehre, 1933, S. 106 ff.

\*\*\* 菊池教授『近代法と經濟との關係』牧野教授還曆祝賀法理論集六二〇頁以下參照。

しかうして、二十世紀當初における近代法よりの現代法への轉換なる觀念は、形式的には私法の公法化、實質的には個人主義の團體主義化、權利絕對性の社會化、自由主義の統制主義化といふ形で表現せられて來たに過ぎない。<sup>\*</sup>この限りにおいては傳統の法觀念を固守せんとする強い傾向を見るのであつて、公法と私法との外に新分野を認むべき迄には至つてゐない。かくて、この公・私法の間領域を獨立に認むべきか否かは懸つて社會法又は經濟法研究者の任務にあるのである。<sup>\*\*</sup>

\* これについては、わが邦のみにても無数の文獻を擧げることが出来る。例へば、牧野英一博士。『現代の文化と法律』大正六年、『民法の基本問題』全四卷、殊に第四卷、『法律に於ける具體的妥當性』、石田文次郎博士『財産法に於ける動的理論』昭和三年、『法の發展過程に關する一公式』法論第三三卷第一號、末川博士『權利侵言論』昭和五年、穗積重遠博士『民法總論』昭和六年、我妻教授『債權法』、『民法總則』(民法講義)、木村教授『法の社會化』岩波法律辭典昭和十一年等である。

\*\* これを特別法として論ずる限では橋本博士『社會法と市民法』昭和九年、『社會法の研究』昭和十年、菊池教授『近代法と經濟との關係』前掲、峯村教授『戰時國家の經濟法』昭和十二年、田中教授『恐慌期に於ける經濟法』法時四卷八號、黑板教授『經濟法の基礎的考察』早法一三卷、北村教授『經濟法の理念』國經五四卷四號、黒田教授『現時における經濟法の意義』民商四卷五號等である。ドイツにおける文獻は Klausung, Wirtschaftsrecht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, 1931 に詳しい。尙、その他の文獻については本小論文の能くするところでない故、詳細は菊池教授、前掲六一三頁以下參照。

## 二 法の二分説

法の領域を公法と私法とに二大別することはローマ法にその起源を有するとせられてゐる。<sup>\*</sup>しかし、この區別は法律の天才ローマ人において初めて當時概念せられ得たのであつて、後に中世における教會法では個人に如何なる意義もなく、公法と私法との區別は教會の一色的支配の下にその意義を没し、ゲルマンの世界ではローマ人の形式尊重や教會の絶對支配の代りに極端な分立主義で法的規範が用意せられた爲に公法私法の區別の認むべきものなかつたことは各學者の認むる定説といつてよからう。<sup>\*\*</sup>近代の公法と私法の區別は、全く、近世國家における政治的社會と市民的社會との分離にあたり、往昔のローマ的形式が採用せられたのにあるといふことが出來よう。

\* 公私法區別についての最初の文書はユヌチニアヌス帝欽定羅馬法學提要にウルピアヌスの謂ふところとして『法の研究に二科あり公法及び私法是なり。公法とは羅馬の立國制度に關するものを謂ひ、私法とは個人の利盛に關するものを謂ふ』(末松博士譯註二頁)に在るとせられてゐる。

\*\* Dnistjanskij, Die Stellung des Wirtschaftsrecht in Rechtssystem, Arch. f. d. civ. Prax, Bd. 137, 1933, S. 23 參照。

しかるに、公法と私法との區別に關する學說の數は夥多を致し、公法學者の探究するところによればその數十七を下らないとせられてゐる。<sup>\*</sup>恐らく、僅少の差異を以てすればこれを説く者の數即ち無數の異説となすことが出來よう。これを一々詳細に検討することは、その價值少しとせないのであるが、本小論文のよくするところではない。そこで、本論に必要な限りの私見を述べて、論を進めることの寛恕が願はれるのである。ただ、ここに問題となるのはさし

あたり、公法と私法との區別が否定せらるべきであるかも知れないことである。その一は前述の如く區別に關し無數の學說或は標準が存在することはその區別の法律學上不可能或は無意義を意味するにあらずやといふことであり、その二は法治國の法を公法と私法とに分類することは統一社會たる國家の維持する法秩序として意義のないことになるのではないかといふことである。國家が社會成員の全體に對して均等に作用する性質として平等性、一般性、安定性を保障する限り、在來私法と謂はれるものも多く公法たる裁判規範に外ならぬとも謂ふことが出來よう。しかし、第一の問題は如何にその區別が困難であるかを示す丈けであつて、却つてその現實は法形式、法内容、或は社會生活夫自身が如何に多數の公私法區別の理由を有するかを示すに止まり、直ちに不可能或は無用を結論出來ない。<sup>\*\*\*</sup>第二の場合、公私法の統一的領域においても、われわれの生活關係自身の中に公私法の區別を生ぜしむる現實の存在を否定することは出來ないであらう。<sup>\*\*\*</sup>されば公法私法の區別は、單なる廢れた傳説とか形式ではなくて、ローマの昔に思ひ比べて現代われわれの生活に立國制度に關するものと個民の利益に關するものとが如何なる形において存在するかを反省せしめつつあるのである。

\* 美濃部博士『公法と私法』、渡邊宗太郎教授『公法私法の區別を否認する見解に就て』法論一一卷五號三一頁、宮澤俊義教授『公法・私法の區別に關する論議について』國雜四九卷九號。

\*\* われわれの社會生活があるが儘に放置してその中に統一的理論乃至構造を觀察せざれば即ち止む。若し、本質構造乃至指導原理の類型を求めんとすればその要請に基いて區別がなされねばならぬ。しかうして、その區別された結果所屬不明のもの存在するは、凡る場合免れないことである。例へば三權分立主義或は三務合體主義(Hedemann, Die Dreiteilung der Aufgaben, Bilden, Leiten, Zuteilen; Ak. f. D. R., Juli 1974, Hft. 2, S. 614.)と云ふ、在來の私法内における民法商法

の區別といひ（田中耕太郎博士『民法の商化と商法の自主性』商法研究二卷八四頁以下、末弘嚴太郎博士『民法の獨自性』法時七卷六號、『民法の商化と民法の將來』法時七卷一二號）、更に、遙かの古典に見るプラトンの精神三分説についても同じことが觀取せられる。ヘーデマンに謂はしむれば『交流三分説を、與へられた太さとして受取らねばならぬ。かくの如き發生しつづつある全體の不確定性は肢體の内生的活力によつて除かれねばならぬ。……この他の三分説も亦それが人工的に餘りに生命なき抽象に形成せられ終らぬ限りは常に相互に交流し合つてゐたのである』と。

\*\*\* 菊池教授、前掲六二四頁以下參照。

さて、しからは、近代法における公法と私法との區別はいかに把握せられたのであらうか。前述の如くその數は無數であるが、わたくしは先哲の探究に温へ、且つ、新らしき肢體たる經濟法の内生的活力を豫知しつづつ、公私法の對立的本質を、主體、客體、目的、指導原理、及び限界から觀察して見度いのである。さうして、本小論が經濟法確立の一考察たる點から、經濟法の對立をもこれによつて同時に本論四節において論ずることの便宜が許され度い。<sup>\*</sup>

\* 同様な意圖の下に公法私法の區別を論述せられるものに、菊池教授、前掲六二四頁以下六二六頁がある。『第一に公法を政治的組織統制の法において見、私法を經濟的自由取引の法において見る。第二に、公法においては上下の支配從屬の關係が貫かれ、私法においては當事者の自律衡平の關係が原則となる。第三に公法の體系的統一は行政的に行はれ、私法のそれは裁判に行はれる。第一の標準は法定立の社會基礎であり、第二の標準は法關係の特色であり、第三の標準は法執行の技術的なものである』とせられる。しかし、經濟が政治から放任せられない近代經濟の發展による社會經濟事情の變化した事實を基礎とした場合にはこの標準によることを得ないとせられてゐる。

### 三 經濟法誕生の内生的活力

## (イ) 國家的立場

自由主義國家は國家による經濟統制を全然行はない。換言すれば、經濟を直接に規律することなく、これを個人に全任し、その個人の意思活動として認めたと過ぎないのである。従つて、經濟は、ここでは、凡て個人主義的觀點から考量せられるのである。<sup>\*</sup> 個々の國民は意思發表自由の權利、結社及び集會自由の權利を有するが如く、經濟的活動自由の權利を有してゐるのである。これが法律としては取引の自由、營業の自由、契約の自由として經濟法體系の代りに民法及び商法の中に放任せられてゐた所以である。この場合、個々民の生活關係が直接の對象としてクローズアップしてゐる爲に經濟的生活關係としては把握せられないのである。されば、個人の本體たる意思に従つて、その欲する如く經濟することが可能であり、國家は國民の行爲が不道德不正の域に亘るとき初めてそれに干渉するのである。自由主義國家が國家的經濟組織に考へ及ばないことは當然の結果である。なるほど、個々の經濟活動に對して、自由經濟は魅力感を與へないのではないが、又それだけ過去の經驗は常に、實際自由主義の全盛期においてすら、國家意思の經濟への徹底的無干渉は、經濟にとつて必ずしも全般的には有益でなかつたことを教へてゐるのである。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 9. 安平教授『統制經濟刑法犯の特質』昭和十四年。

過去、自由主義時代において資本主義の隆盛はその分業化を愈々尖鋭化し、凡ゆる産業經濟の工業化が更に躍進的となるにつれ、輸出とそれより惹起する世界市場裡の闘争への逼迫が加はり、しかも國家内においての個民間の競争の狀態が尖鋭化するに従ひ、共同への強制はつり、企業者達は私的聯合團體の形成をますます強ひられるやうになつたのである。しかしながら、この進展及び逼迫に際しても、亦、自由主義國家は何等行動せず單にカルテル・トラ

スト規則の創成に二三統制的處分の決定を爲したに過ぎなかつたのである。

しかるに、第一次歐洲大戰後各國殊にドイツは自國の更生には凡ゆる意味において國家が經濟を直接支配するの必要を感じ、個民に放任し間接にこれを支配又は統制するに過ぎなかつた關係を改めるに至つた。各國もこれに倣ふの必要を痛感したことはない。産業の幾年かの振興計畫によつて國家經濟が考へられることとなつたのは周知の事實である。かくて、國家は、今迄の政治的生活關係を統制する爲の公法及び個民的生活關係を規律する爲の私法の外に直接的經濟統制を自らの手中に收めることをその任務としたのである。\*\*\*

かくなると、國家は今迄とは打つて變つて、ここに、包括的經濟組織を組成し、他方廣汎な範圍に互つて共同的經濟秩序を實施せねばならなくなつたのである。

\*經濟 Wirtschaft としよ言葉のドイツにもひる頻繁なる使用にしよの沿革は Hedemann, Wirtschaftsrecht, 1 Name und Herkunft Hwb. d. Rv. Inaug. v. Stier-Somlo & Elster, 1929, Bd. 6 S. 930ff. に詳しく。尙、峯村教授、前掲三〇頁以下、橋本博士、前掲四頁以下参照。

\*\* Dr. Schacht, in seiner Rede vor der Wirtschaftskammer für Westfalen und Lippe am 8. Juli 1936, Reichsanzeiger v. 9. 7. 1936, Nr. 137.

### (ロ) 經濟的立場

49  
これを經濟の方面から觀察すると、數世紀以前に法律界において自然法のみがひとり法律學なりとせられた夢が實證的歴史的研究によつて醒まされたやうに、理論經濟學界においても漸く一大變革が起り來つたのである。經濟學が

經濟現象を自然法則的に把握する限りでは一定限度の均衡が保たれ、國家乃至社會的狀勢變化の多少緩急はその經濟的要請にさしたる變化を認め得ない筈である。しかるに、これとは正に反對に經濟的要請が國家乃至社會を動かしてゐるのである。これは現實の經濟が經濟學の理論に近づきつつあるのではない。今日尙經濟學が、嘗つて自然法のみが法學であるとせられた數百年前の程度であり得ないことは當然であるが、經濟に對する國家的社會的要請を理論外とし、その役割を輕視するにおいては、この種經濟學は法律學において自然法が法の夢法の理想と化したと同様の運命に陥らねばならぬ。自然法の歴史に照應して見れば、今迄の所謂理論經濟學はたかだか經濟の傾向を示したのに過ぎないのであつて、現實國家の統制を受けない條件の下に實驗室で組成すれば兎に角、到底われわれの時代の社會科學ではあり得ない。事實、今迄の經濟學理論では現在の經濟狀態を説明することは到底出來ないのである。ここにおいて國家的經濟秩序を對象とした新理論を構成するのでなければ、經濟を取扱ふ現代文化科學といふことは出來なくなつた。今日これを綜合規制するものが實質的經濟法に外ならぬ。嘗つて、政治と同様に法律から摘出され獨立成長し遂に一科をなした經濟學は再び法律學と共にのみその生存を續け得ることを覺つたのである。

かくのごとく經濟法における法律との不可分を實證しつつあるその經濟を對象とするにあらざれば今日の經濟學ではないのであるが、この經濟學乃至經濟法學の完全度こそ、今日の國家の文化程度を示すものに外ならないのである。翻つて、我國には世界と歩調を共にした經濟事實の進展はあるが、現在の經濟狀態に對し經濟學者や金融學者の多くは落伍してゐるのではあるまいか。何となれば彼等は舊套にならずで國家の下に包括組織化せられた一次程高い經濟原則を把握することが出來ないからである。これを組織し説明すべき經濟理論が不完全であり貧困であるからである。

その主なる組織は、世界の現状において、國家が何時戰爭勃發するも之に對應するだけの軍需品の用意に關し、戰時においては之が十全なる補給であることを第一義とする。かくて、そこには國家の經濟上の課題として少くとも、(一)軍需産業の充實 (二)物資需給の適合 (三)物價の維持 (四)爲替相場の維持 (五)インフレーション防止といふことが考へられるのである。これなくしては今後の國家は存續し得ないと迄いふことが出来ると思ふ。過去には特例とされた戰時經濟は今日の國家及び國民にとつては實は毎日の問題なのである。

#### (ハ) 諸外國の場合

この種經濟法の最も計畫的に完備してゐるドイツについては餘りに有名であつて、その法令をここに述ぶることは十數倍の紙面を以てしてもこれをよくするところでない。<sup>\*</sup>自由主義の本家である英國が第一次大戰後昔日の自由主義經濟をすてて種々なる統制を行つてゐることも同一の理由で割愛させて頂き度い。時に人民戰線政府等共產主義的經濟を有したフランスはその後如何になつたか。國家が經濟統制を行はない限り國力を衰亡せしめることは明らかであると、世界が認め、フランス自身も亦最も強く之を認め、傳統のイデオロギイを拋棄せざるを得なくなつたのである。これはヒトラー獨總統の野心がフランスにおける人民戰線政府の經濟上の失敗に正比例して増長したのでも明らかである。人民戰線政府の治下においてフランスは國力を喪失し、生産機構は労働者の怠業によつて停止状態に置かれ、國家は衰亡の一路を辿らんとした。然も四圍の國際情勢は日に險惡となりフランスの晏如たるを許さざるものあり、特にイタリアがフランスの弱り目につけ込んで爲した對佛要求(ニース、チュニジア、デブチ等に關する要求)により漸くフランスの朝野は目が醒め全國に熾烈なる愛國運動の擡頭となり、グラヂェ内閣は人民戰線政策を一擲して強

硬政策に邁進、人民戦線派の思想を弾壓したのであるが、その最初から、しかも最も力を入れて爲したことは全国的に瀰漫した労働罷業を勇敢に停止し、進んで経済行政の獨裁權を掌握し、専ら國內經濟の建直しに努力したことに外ならなかつた。<sup>※</sup>これはフランスにも國家の經濟統制が始まつたことを示すものであり、經濟法の萌芽が出現して來たことをもの語つてゐる。これフランスの所謂非常時であつて、前にも一言した如く、非常時局乃至戰爭が國家と經濟の關係を必至として、經濟法の存在をあぶり出したことを立證してゐるのである。

この間におけるフランス藏相レイノーの行つた經濟建直し案を概言すれば要約次の如くである。

先づ四十時間労働制と給料附休暇制を事實上廢止し、反對に労働を強化増大することによつて生産を擴充し又生産増加に對する課税の増徴によつて國防を強化せんとした。他方政府は英米佛三國通貨協定の維持を聲明して、外國資本の國內流入を促進するに成功し、その結果漸次人民戦線政府の失敗を取戻して、やがて立派に國力を恢復し遂に再び昔日の富めるフランスの顔を取返した。かくて今日のフランスは昨日のフランスとは見違へる様な姿を呈するに至つた。その時歐洲大戰が開始されフランスは戰爭に入つたのである、否戰爭にはいつたといふ點は國力の恢復がフランスをして戰爭に入ることを可能ならしめたといふ方が適切である。

戰爭勃發直前の八月におけるフランスの産業指數は一〇〇に達してゐた。その十ヶ月前迄は同指數は八十三であつた。かくして十一年前の一九二八年ポアンカレ内閣が財政再建を斷行した時の指數にフランスは復活し得た譯である。又失業者の數は最近六年間を通じての最少數たる三十萬よりも更に減少する有様であつた。

かくて大戰となり、一切のフランスの國內機構は戰時體制下に置かれることとなつたのであるが、就中經濟はその

例に漏れず戦時經濟が施行され、ドイツがこの數年來實行し來つたと同様の統制經濟が行はれることとなつた。

戦争開始と共に、フランス政府は爲替管理を實現し、金の流出を防止し、その豊富な金塊によつてフランスの絶對的に必要とする大量の軍需品を米國より購入することが出來たのである。更に、不當利得の取締を嚴重に勵行し、物價を統制し、消費を節約し、物價の不當値上げを嚴罰に處する等、要するにドイツ經濟をそのまゝ行ひ、又給料を戦争開始當時のものに据置き、以て悪性インフレーションを防止した、又食料については月曜と金曜を肉なし日と定め火曜はバタなし日として食料節約を勵行してゐる。

フランスは原則として食料については自給自足のできる國であるから、食料價格の騰貴は餘り見られず、僅に外國品にのみ多少の値上りが發見されるのみで一般物價は殆ど不動の状態である。レイノー藏相の議會に於ける演説に見るも、政府の方針は

(一)物價の維持 (二)外國爲替相場の維持 (三)インフレーション防止

にあることは明かであらう。フランス全國の財力の増加は十ヶ月以前に比して、金の保有量の三分ノ一を増加した一事を見てもこれを知ることが出來よう。例へば一九三八年十一月のフランス銀行の金保有量は二四五〇トンであつたが一九三九年九月には三二〇〇トンに達してゐる。株式取引所は總動員のため一日休止したばかりであつた。<sup>\*\*\*</sup>

\*これについては經濟法各論ともいふべき特別法の研究に譲りたい。わたくしはこの意圖の下に嘗つて『ドイツ外國爲替管理法』一論、四卷二號一頁以下を論じたことがある。

\*\*及び\*\*\* 東京朝日新聞、昭和十五年初頭のフランス報導参照。

## (三) わが邦の場合

わが邦においても、これと異るところはない。このことは滿洲事變以後即ち非常時開始以來の傾向である。しかるに、わが邦では軍隊が餘りに強大で他國の追隨を許さず、又歐洲の如く列強も近接してゐないので暢然りと安心して過して來たためにこの間の用意に缺くところあり、國民の覺悟も眞劍でなく、わが國民性獨特のそのときには何とかならう、その時々とその時々風の吹くといつた考へ方は經濟學者の金科玉條「自動調節性」依存と相俟つて經濟を國家的に包括組織化することを怠り、各方面に國家的經濟秩序を實施するのが迅速でなかつたのである。それで、先進國といふかドイツの如く先例の國あるに拘らず、泥棒現はれざるが故に法令も整はず、今日未だ經濟法は完備されてゐないのみならず、殊に、物價統制の實施に見るが如き亂脈さでは、使用出來得べき在來の捕繩すらこれを用ひ得ぬ有様に陥つてゐるのである。

今日の國際狀勢、殊にわが邦の如き處理すべき支那事變を抱へてゐる國家において、有利なる解決を齎らし得るや否やは、全く國家的經濟秩序の確乎不動たるか否かに繫つてゐるといつても過言ではないのである。國內でその國家經濟秩序がぐらついてゐる有様では外で事變を有利に導くことが出來ないのはいふ迄もあるまい。經濟法の完備こそ急務といふべきであるが、事實その經濟法は泥棒を見て繩をなふ如くでは出來ないことも、今度のよき經驗といはねばならぬ。わが國民性の如く無計畫でその時々にかなるといつた考へはこの際改められねばならぬ。しかも、今日の統制經濟の行ひ難い弱點と國民の非難は統制ばかりあつて内容である計畫がないことである。經濟法によつて一大飛躍をなした統制、秩序罰の一連は勿論國家的にも法律的にも必要であるが、實行性ある經濟法たる爲には、そ

の中に十分研討せられた目的があり計畫がなければならぬ。思ひ當りの統制ではいかなる重き秩序罰があつても、それは經濟のない經濟法、執行の出来ない統制經濟といふの外はない。<sup>\*</sup>

<sup>\*</sup> 法律學には立法の學と解釋の學とが分けられるが、一度法律が制定せられると、文理的に解釋せられる傾向がある。しかもそれが法律の安定性として偏重せられ勝である。これを打破したのは牧野博士の自由法學である。博士の法律學叢書數十卷はこの爲に續けられてゐるといつてもよい。この學派によつて法律は化石を免がれて現代に生きてゐるのである。經濟學者が、若し、金科玉條たる經濟の自動的調節性の概念を振り廻し、その原則を以て傍觀してゐるならば、わが邦經濟の實際は如何になるものだらうか。しかもかくの如き經濟學者の原則には概念法學者の判決ほどの強制力もない。

ここにおいて非常時下、支那事變處理の爲として制定された國家總動員法に基く經濟法乃至經濟統制法なるが故に臨時などと主張する法律學者の無遠慮無計畫さも證明されてゐるのである。實際、その緩急の度合に従つて經濟法或は經濟統制法には段階もあらうが、それはドイツの如く日頃から計畫的に經濟力を保護して置くその計畫の中に組み入れられたものである。法律に定めた計畫に基いて素材が全部自動的に調査せられる組織が出来てゐなければ、少數のその道に無經驗な官僚や無智な物價調査委員或はその決定委員が集つても、これらを育成する迄に必要な統制處分は手遅れとなり時期に遅れた有害物となつて仕舞ふのである。固陋な經濟學者の主張する經濟原理が生きた國家社會の進運に閑をつぶさせ、素人相應に骨を折つて作つたといへ手遅れになつた政策の爲物笑ひはまだしも國民を困らせ國力を殺いだ例は特擧に違がない。事實、今事變においては相當周章狼狽し法令など數々出したことであるが、これは急ごしらへの爲法律専門家たる裁判所及び檢事局でもにはかに適用の出来かね一見法の體をなさぬ、

時に前後或は相互に矛盾したのも少なくないのである。願はくは官僚の事なかれ主義に墮して、自己の任期中大過なく過すことに努めず、國家百年の經濟に必要な限り常設的包括的經濟組織に迄作り上げる法制確立への積極的力を希望せねばならぬ。しからざれば、よし今度の事變が何らかの形で有利に片附くとも歐米列強との接衝は益々近づきつつあることであるから、又次にわれわれ及びわれわれの子孫が困窮せねばならぬのである。平時よりの經濟法整備の如何が事變に際し國家の存立を危くするか否かを決することは他國の例に見るも疑ないところである。

さあれ、事變發生後二年有半今日迄發せられた多くの法令にその要請と努力の跡を見たのであるから、その中最近のもののみにもこれを四つの部門に分つて次に掲げその夥多と困難とを察知し、以て經濟法の如何に廣汎の範圍に互らなければならぬかを知る一助となしたいと思ふ。<sup>\*</sup>

\* 現行の總企劃的全體系については菊池教授『戰時經濟統制法の特質とその體系』法政研究九卷二號一八五頁以下參照。

(イ) 物資配給關係の法令

- 昭一四、七、二六 總動員業務事業主計畫令(勅四九三)
- 同 八、一 家兎屠殺制限規則(農三七)
- 同 五 原料甘藷配給統制規則(農三八)
- 同 七、二七 製鐵配給制限規則(商四〇)
- 同 八、二三 酪農業調製法施行令(勅六〇一)
- 同 八、八 皮革原料タル水産動物ノ販賣制限ニ關スル件(農三九)
- 同 八、一六 石炭販賣取締規則(商四三)

同	九、五	纖維製品製造制限規則（商四六）
同	九、一六	輕金屬製造事業法施行令（勅六五二）
同	九、三〇	米穀配給統制法一部施行ニ關スル件（勅六七八）
昭一四、九、二七		用材生産統制規則（農四五）
同	二三	銑鐵鑄物製造設備制限規則（商五五）
同	二三	石油配給統制規則（商五六）
同	二五	機械設備制限規則（商五七）
同		鑄鋼配給統制規則（商五九）
同	一〇、二五	米穀搗精等制限（勅七八九）
同		制限規則（農六四）
同	一一、六	米穀ノ配給統制に關スル應急措置ニ關スル件（農六二）
同	一一、八	木造建物建築統制規則（農六七）
（ロ）産業統制關係の法令		
昭一四、八、三〇		總動員試驗研究令（勅六二三）
同		同上施行細則（閣一二）
同	一〇、一八	軍需品工場事業場検査令（勅七〇七）
同	一九	同上施行細則（陸五三）
同	一八	電力調整令（勅七〇八）
同	一九	同上施行細則（遞四六）

## 法の三分説

## 一 橋論叢 第五卷 第三號

昭一四、一〇、二九 造船事業法施行令(勅八〇〇)

## (八) 人的資源關係の法令

昭一四、七、八 國民徵用令(國家總動員法第四條)(勅四五二)

同 一三 同上施行細則(厚一七)

同 一一、二一 船舶運航技能者養成令(勅七八〇)

同 二八 勞働動態調査規則(厚三八)

## (三) 物價維持關係の法令

昭一四、八、一二 毛糸販賣價格取締規則中改正(商四二)

同 九、六 農林水產物及農林水產業用品販賣價格取締規則(農四二)

同 一〇、一八 價格等統制令(勅七〇三)

同 一九 同 施行規則(關一三)

同 一八 地代家賃統制令(勅七〇四)

同 一九 同 施行規則(厚三三)

## (ホ) インフレーション防止關係の法令

昭一四、一〇、一八 賃金臨時措置令(勅七〇五)

同 一九 同 施行規則(厚三四)

同 一八 會社職員給與臨時措置令(勅七〇六)

同 一九 同 施行規則(關一四)

同 船員給料臨時措置規則(遞四七)

昭一四、一二、二 會社利益配當及資金融通令中改正ノ件（勅八一）

(ハ) 外國爲替相場の維持

昭一四、八、一九 重要輸出品取締法施行規則改正（商四四）

同 九、二〇 關東州滿洲國及中華民國向輸出調整ニ關スル件（商五三）

同 一〇、三〇 小麥等輸出許可規則（農六五）

同 一一、二〇 臨時輸出入許可規則中改正（商七〇）

#### 四 經濟法に關する學說

ともあれ世界大戰前は經濟法なる言葉は知られてゐなかつた。戰爭中にそれは個々の場所に出現した。今日では完全に行はれてゐる。

しかし、この新出現者の本質についての意見は、恰も、凡ゆる新現象について通常の習の如くに甚だしくまちまちである。或るものの中には一の分科を見且つその場合他の分科に對しての限界性を明瞭に又は暗黙に豫定してゐるのである。換言すれば、一定の素材數が經濟法の框の中にもたらされ、且つこの素材量は反對に他の諸分科には入屬しないと考へてゐる。更に十分に表現すれば、各個法條について云はれ得ることは、それが經濟法に屬するか或は例へば行政法又は商法に屬するかである。限界不明瞭や時折の限界論争によつてかれこれと攪亂せられ得ようが、少くともそれは理想狀態とでもいひ得ようか\*。

59 \* Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 1.

しかし、わたくしはここに經濟法の概念に關する學說を詳論することを許されない。全く、他の研究に譲ることとしたい。<sup>\*</sup>しかうして、假りにこれを菊池教授の分類に従へば、約次の如くなる。<sup>\*\*</sup>

- (イ) 世界觀的理論とするもの……ヘーデマン<sup>\*\*\*</sup>
- (ロ) 法學研究の特殊方法とするもの……ガイラー、ウエストホフ
- (ハ) 經濟關係のすべての法とするもの……ウエストホフ、ルムプ
- (ニ) 危機の經濟に關する法とするもの……ヌスバウム
- (ホ) 經濟的企業者に關する法とするもの……カスケル
- (ヘ) 組織化經濟に固有の法とするもの……ゴールドシュミット
- (ト) 社會的組織化共同經濟に固有の法とするもの……ドニストリヤンスキー<sup>\*\*\*</sup>

\* Klausning, Wirtschaftsrecht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, I, Bd. 1931, Hedemann, Wirtschaftsrecht, Hwb. d. Rw. Brag. v. Stier-Somlo & Elster, 1929, Bd. 6, S. 932ff. わが邦では橋本、黑板、田中、北村、菊池、峯村諸教授の前掲文献参照。

\*\* 菊池教授、前掲、六一四―五頁参照。多少拙意を挟んだ點は寛恕を乞はねばならぬ。

\*\*\* ヘーデマン自身が前掲中に自ら分類したものである。

\*\*\*\* ドニストリヤンスキーはその經濟法確立につきゴールドシュミットの主張よりも強く、且つ公法私法との併立を思考の基礎とするものであるから、別に拙意を以て附加したのである。

經濟法の確立については今日最早疑ふべき豫地なきが如くであるが、その概念にはしかく定説を見ないのみならず、經濟法が特別の法域を占むるものなりや否やについては各々有力な肯定否定の兩説が對立してゐる。わが邦最初の經

濟法紹介者孫田秀春博士は社會をトレーガーとする社會法の一部として經濟法を認められ、峯村教授はヘーデマンの説に近く否定に傾かれ、橋本博士は公法私法を分つ意義の漸く失はれんとする所に國家經濟なるものを把へ來つてこれを肯定せられ、黑板教授はゴールドシュミットに近く經濟政策を主眼として組織化經濟を經濟法の分野とせられる如くである。

\* 孫田博士『勞働法』一七頁。

\*\* 峯村教授、前掲、九四頁參照。

\*\*\* 橋本博士、前掲、二二—三頁。

\*\*\*\* 黑板教授、前掲、四四頁。

しかし、これらを通觀するとき、經濟法に公法と私法と併立して獨自の領域を認むべきは今日既に免かれざる傾向となつてゐるのではあるまいか。世界觀的理論に過ぎずとなしこれを否定するヘーデマンをも、前に示した如く一九二九年には肯定説を『少くともそれは理想狀態とでもいひ得ようか』と謂はしめてゐるのである。さうして、ヘーデマンの固執する自然法の例示は彼のドグマを展開してゐるに過ぎぬと判斷しても過言ではあるまい。

\* Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 1. 尙次の如く語を續けてゐる『寧ろ、所謂經濟法の中で單にわれわれの時代の確定せんとする（或は少くとも或る確定せんとする）性質が出現せしめられるといふことから出發したものである。さうして實際それは他の時代に對立してである。これは嚴密には現代は「經濟的」な時代であり他の時代は「經濟的」ではなかつたといふことを意味してゐる。それ故に今日の法律も亦「經濟」的である。しかるに十九或は十八又はその他何れの世紀の法律もこの特色を缺いてゐた』と。ここまで論じ來れば在來の公法や私法が今日も經濟的であるといふ概念

的なことから實證的に經濟的なものが生む原則の公法或は私法の原則と異なるものを認めざるを得ないし、従つて、そこに經濟法の公法私法と對立して存在することを否定出来ないのではあるまいか。

## 五 公法私法經濟法の比較考察

上に經濟法の發生する基礎並に學說につき略述したのであるが、わたくしは、ここに、經濟法固有の本質を公法私法のそれと對立して光線（電磁光）的に把握することが出来るかと確信する。左に私見を展開して見度いと思ふ。

今日、物理學上、光線は波動であつて同時に物質であるとせられてゐる。<sup>\*</sup>換言すれば、光線が、波動の現象と物質の現象とを同時にとり得ることは物理學者によつて實驗的に證明せられてゐるのである。これを現代の國家並に法について見ると、國家は光源であり、時代の生活要請は加へらるべきエネルギーその他の原因力である。國家は時代の生活要請の強さ大さによつて國家意思たる法を發出する。この法は法秩序であると同時に國民生活の種種相それ自體であるのである。今、假りに光源にエネルギーを加ふれば熱の少ない時は波長の長い熱線を副射するに過ぎないが、加へらるべきエネルギーが増大するにつれ光線を副射するに至る。更に増大すれば遂に多量の化學線（紫外線）を副射するに至る。専らエネルギーその他の原因力の程度により出現が約束せられてゐるのである。法律においても同様である。國家はその存在する限りに於いて政治的生活關係を物質とする公法を發出する。更に、同時又は遂次に時代の生活要請は個人的生活關係を物質とする私法を發生せしむるに至るのである。しかるに現代の生活要請は遂に多くの共同經濟的生活關係を物質とする或る法現象を發出せしむる迄に至つてゐる。これを經濟法と謂ふのである。へー

デマンは『各個の材料が特にその光、即ち、経済法的光線の中で明らかに現はされる……』<sup>\*\*\*</sup>といつてゐるが、各個の材料が見へるのではなくて、實は、その光線自體を感じてゐるに過ぎない。むしろ、國家がその光線を出さなければ材料が見えないことからすればそれは材料ではなくて光線を見てゐるのである。光線は單に波ではなくて、物質としても認識せらるべきである。恰も経済法は法でもあり経済でもあるのである。これは又経済法が單獨に在來の法でも経済でもない固有の経済法であることを意味してゐる。これに反し自然法といふのは國家から出たのではない空想に過ぎず、遂にその空想の如き生活即ち波長の光線は存在しないことが明瞭とせられたのであつて、経済法を、今日、國家の法律として現實に感じてゐる如く、自然法を實證的に觀た人はない。若しありとすればそれは國家を離れた錯覺か、たかだか理想であつたに過ぎない。<sup>\*\*\*</sup>ヘーデマンの屢々引用する自然法の例示は當らざるものと謂はねばならぬ。

\* 物質・波動・量子何れとするも光線には波と物質の兩現象を認め得るとせられてゐる。杉浦義勝博士「光學」一六頁參照。

\*\* Hedemann, aa O, S. 3

\*\*\* 自然法は法自身ではなくて法の理想とせられてゐることについては今更詳述する必要はあるまい。

かくて、わたくしは法の三領域に關し各獨立固有の存在と分野を有することを、その主體・客體・目的・指導原理並にその限界について述べなければならぬ。

### (イ) 三法の主體

公法私法経済法は齊しく國家より發せられる法律であるけれども、光源たる國家を發出すると同時に一應その法の主體性を異にすることが認められる。即ち國家が國家として存在するとき、最初は國家を主體とする立國制度に關す

るものを發出するは當然であらう。これが公法である。さうして、これは國家の存在する限り續いて放射せらるべき要請の下に立つ。かくて公法に國家が主體性要素として存することは勿論である。しかるに、國家が個民の生活要請にまで熱せられるときここに私法を發出する。この限りでは個民が中心となり主體となつてゐることは説明を要しないであらう。ただ、例外として國家や共同社會がその個民性を以て立つ場合があり得る。法が公法と私法とのみに分けられたときは國家と個人の外に主體の中間的存在をその性質に従つて公法人と私法人としたのであるが、これとて劃然と區別し得たのではない。しかし、國家にその下級の主體たる公法人を認むると同時に個民にその上級の私法人を認むることは必要である。さて然らば經濟法の主體は何であらうか。これは前述せる共同社會にこれを認むるのである。これが多く法人或は法人としての組合とせられてゐることは現實の問題であるが、その法人性は必ずしも必要ではない。法律における主體たるには自然人或は法人たるを要すとなす舊來の法思想に従つても尙權利能力なき社團の存在はこれを免れなかつたことである。經濟法における共同社會の主體性は民法上の組合或は單なる申合せによる結合の場合すら認められる。それは疑もなく經濟法においてはそんな形で主體たることになるのである。

### (ロ) 三法の客體

しからば客體は如何にといふに、公法は政治的生活關係であり、私法は個民的生活關係であり、さうして、經濟法は共同經濟的生活關係をその客體としてゐる。齊しく、經濟的性質の利益であつても、それは經濟によつて制約せられるものではなくて、それが主體との間に作り出す關係が個民について存在するか共同社會の中に存するか或は國家全體の爲に存するかの在り方如何によつて決せらるべきものであることは法律學において生活は法律關係を通じ觀察

せられる點から無理なく理解せられると思ふ。これから結論せられ得ることは經濟的なもの全部が經濟法の内容乃至客體でないことである。われわれ個民が店で物を買ひ、物を消費する生活はこの個民たる點において法律の對象となるものであつて、個人的或は家庭的の生活關係と何ら異るところがなく、これをわたくしは個民的生活關係といひ度いのである。即ち私法として把握せらるべきもので、在來の民法の中にその領域を見るのである。例へば物權論や債權論の如く多くの經濟的なものを對象とする法規はあつても、それはたまたま個民が財物について或る個民的生活關係を現出するに過ぎないので恰も自己個人の問題や親族上の問題にたづさはると少しも異るところがない。その主眼とするところは個民を如何に保護するか個民にはいかなることが許されてゐるかに盡きるのである。これに反し、今迄私法に入れられてゐた商法の領域は殆んどこれを擧げて新經濟法に譲らねばならぬのではあるまいか。ここでは最早個民は問題でなく商的色彩をもつ商人が同種の人達と一括せられて問題となる。寧ろ、營業が問題となり商事會社が問題となり企業が論ぜられるのである。即ち、共同經濟を中心としてその生活關係が見られるのである。況んやこの外の最近の特別法による組合、統制會社、産業會社の問題や物價の問題、金融の問題、外國貿易、外國爲替の問題が全く共同經濟的に觀察せられてゐることは勿論である。これらは全く經濟法の領域と見ることが出來よう。更にかくの如くして、政治的生活關係を以て公法なりとすることも出來ると思ふのである。勿論この法律の三分法を既成の法律に當嵌めて觀察すると割り切れないものも存在することも止むを得ない。蓋し、世に公法と私法とのみが分たれた時代においても、公法中に私法規定の一二を見、或は私法中に公法規定の存在するのは通常のことに屬してゐたからである。されば假りに商法中に民法規定或は廣義の私法規定の一二が存在してゐても、商法を經濟法典と斷

する妨げとはならないであらう。われわれの日常有する太陽からの放射線を赤外線（熱線）光線、紫外線（化學線）と分つてもこの三者は混然と放射せられしかもこれを波長の順に整列しても熱線、光線、化學線の境界はそれだけの順次なる波長を有する放射線で埋つてゐるのであつて、この部分が多少人工的に分けられるとしてもその特徴に従つて三分せられたことには十分なる科學上の理由があるのである。いかに滿蒙國境が争はれてもこれによつて直ちに滿洲國全體或は外蒙古共和國全體は何れもその存在を失はるべきでないのと同工異曲である。

### （ハ）三法の目的

法はそれ自體秩序である。しからば、公法については政治的生活秩序維持がその目的とせられ、私法については個民的生活秩序維持、經濟法については共同經濟的生活秩序維持が各々その目的とせられるといふことが出來よう。これは一應觀念的な設言ではある。公法私法はしばらく措きこれを經濟法について觀察すれば前に述べた統制經濟の發生原因ともいふべきものが直ちに共同經濟的生活秩序維持の要請をなしてゐるといふことが出來よう。即ち、經濟法の下にあつては金科玉條とせられた自動調節性は失はれて市場經濟の外部に立つ國家が自ら經濟活動を營み積極的に市場經濟に作用を及ぼすのである。又、ここに共同の經濟生活とせられるものに、直接の問題として、資本が最も重要な役割を果してゐる。しからば資本の給與即ち金融の威力を大資本集中に向つて發揮せしむる爲に技術的に條件を整備せしむる必要がある譯である。しかるに、大資本の活躍により、社會には末期資本主義の弊害に苦しまねばならぬことが起るのであり、この爲富の偏在貧富の懸隔の甚だしきこと、購買力と生産物との不均衡、その他惡徳が行は

れて、一般の需要の充足、需給の配分が亂れて來るのである。かくて、來るべき恐慌を如何にするかを考へなければならぬ。この外、國外の關係では、今日迄の外交戰及び武力戰の外に經濟戰を考へねばならなくなつた。そこで大資本集中による經濟上における大威力發揮はその弊害としての恐慌に陥らざるやうに國富の増進國防の充實國民の厚生を果さなければならぬ。實に經濟法にはこの二律背反的目的が包藏されてゐるのである。これは、在來の私法の社會化或は公法化以上のものである。今日は既に私法を修正してこれを果さしむるには餘りに共同經濟的生活關係が、個民的のそれとは懸隔し過ぎてゐる。この困難なる目的を以て經濟法が誕生した所以もここにある。

### (ニ) 三法の指導原理

目的にして上述の如くであるから、その各指導原理もこれに従つて生ずると思ふ。公法においては權力の原理を維持し、私法においては自由平等の原理が指導的であることは從來と變るところなしと信ずる。しかうして、經濟法においては前述の目的を達する爲に共同の原理が必要となるのである。この共同は自發的たると強制的たるとを問はない。又如何に強制的であつても同時に自發的たるを要することは現今の統制法がその實跡を擧げる上に如何に必要であるかを如實に示してゐる。フランス革命以後に猛威をたくましくした自由主義は經濟界においてアナキー状態を現出した。ここほどその弊害を蒙つたこと大なるはない。今日尙私法の領域においてはこれを指導原理として差支へない分野を保有してゐるのであるが、その後發達した自由經濟、自由資本主義、獨占金融資本主義は何等かの形において統制され共同することを要請されるに至つたのである。ここに生れた經濟法は又統制經濟法とも呼ばれる所以であつて、共同をその指導原理とすることは多言を要すまい。

## (ホ) 三法の一般原則

今日の獨占金融資本主義經濟時代には、平時といはず非常時といはず、アダム・スミス以後の所謂理論經濟學者が言ひ馴らした自然的な均衡など生ずべくもないのである。法律、従つて政治があつて、國家をしてその極端に走ることを防止してゐるから不均衡も破綻に終らぬだけのものであらう。それで少くとも世界大戰以後の經濟においては國家の道義を保持する爲の市民法上の公序良俗と同じ意味で、經濟法上統制の限度としての暴利禁止の一般原則が確立せられねばならぬのである。これらは公法上における公共の利益私法上における公序良俗と相並んで、結局、更に高次なる信義誠實の原則に歸せられるのである。

これを要するに共同的經濟生活には一方恐慌を惹起せざるよう、個民に對しては富の偏在、貧富の懸隔、購置生産間の不均衡、惡徳の横行、需給の過不足、配分の制限乃至犠牲を以て、他方國富の増進、國防の充實及び國民の厚生を致すために、國家としては法を以て助長し、便益を計り、營利、富の蓄積、産業の興隆に資するべき凡ゆる努力を積極的に提供せねばならぬ。この段階では初期自由經濟社會における如き無數の小企業家の無政府的競業の代りに獨占金融資本或は獨占的組合が經濟の全面に絶大な優越性を持つて現れるのであるし、又それが獎勵的に持たせられるのである。これが經濟法の積極的方面である。しかるに、凡てのものにその限界があるごとく、經濟法も、その獨占金融資本のもたらす弊害を限界としてゐる。凡そ獨占金融資本はその當然の結果として獨占利潤を意味するから上述の如き弊害が起るのである。最もラディカルに考へて獨占利潤を沒收して仕舞ふといふことになれば簡單な規則で済むが、それは獨占資本主義なるが故に成就してゐる經濟體を破壊することとなり、經濟法の最も重要な積極面を犠牲

にすることとなり何の意味の經濟法が分らなくなるのである。しかればとて、暴利禁止の原則に従ふときは獨占資本に利潤獨占をなさしむることは出来ない。殊に、獨占資本と獨占利潤の最後の負擔者である労働者及び農民との間において問題となるときここに暴利禁止の一般原則の見通すべからざる重大性が起つて來るのである。

\* 國家總動員法第十一條参照。

## 六　む　す　び

ここではわたくしは僅かに經濟法確立の骨子を述べ得たに過ぎない。その説明や理論附に足らぬことの多きを自覺しながら、ともあれ、制限せられた餘白を埋め終つたのである。この外に既成法律が公・私・經濟法の三に如何に分類せらるべきかにつき、わたくしの三分説を適用する任務が残されてゐる。經濟法に重要な關係を持つ法律行爲の效力の問題についても私法からでなく一應考へて見る必要を認める。さうして、罰に關する問題が經濟法において如何に重大な地位を占めてゐるかと思はぬではなかつた。しかし、これらは凡て近き將來に出づべき東京商科大学研究年報法學研究第五卷に譲らねばならぬ。甚だ遺憾とするものである。最後に殊に深く寛恕を請はねばならぬことは本論中三肢法の分立を論ずるにあたり、經濟乃至社會状態に對する觀察につき斯學の専門家の文獻を一々参照すべきを果し得なかつたことである。多くドグマに亘り甚だしく誤れる結論に陥ることなきを祈りつつ擱筆するものである。

(昭一五・二・一〇)