

民法から經濟法へ

— 末川博士『民法及び統制法の諸問題』 —

常盤敏太

明治以來われわれは長い間契約は自由であるといふことに少しも疑を持たずに過して來た。この契約自由の大原則の下に法律殊に私法はその解釋が續けられたことであつた。しかるに、

契約理論に信義誠實が構想せられるに及びその必然の結果として個人主義的思想を超克、團體主義的思想への展開（石田博士『債權契約の新基調』八四頁）がなされると共に個人主義的思想と共に契約自由の原則も何等かの疑義をその中に包懷することとはなつたのである。われわれは之を石田博士の『契約の基礎理論』一卷に窺ふことが出來よう。石田博士の契約論が深き

哲學的理論的考察に根ざしてゐるに反し、ここに紹介せんとする末川博士『民法及び統制法の諸問題』は戰時下に至る迄の現實の社會相に鋭きメスをつき込んで契約の自由を論じ、契約の無効を考へられ、これらの社會的問題を基礎とせられて、現在の統制法上における契約理論を研討せられてゐるのである。若し讀者がこの二著を併せて熟讀するならば現代契約の研究の完璧を期することが出來よう。更に牧野博士の現代法律思潮ともいふべき『民法の基本問題』四卷と『非常時立法の發展』とを参照するならば一層興趣盡きぬものがあらう。

さもあらばあれ、著者が契約理論を單なる理論として取り扱ふことなく現實の生活現象に則して觀察して行かんとすることには著者の哲學がある。さうして、この著者の哲學乃至世界觀は現代人の生活感情にびつたり合致しその故に世の人々に高く評價せられ歡迎せられてゐるのである。

殊に、著者が『政治と經濟と法律と』、斯ういつたやうなものに分けて考へ、そしてそのそれぞれに特有の領域を認めて、そこ

に各々独自の生活が營まれてゐるかの如き意味を與へる。』(はしがき一頁)ことに不滿を表明せられ、『政治や經濟の法律への交渉が現實の姿をあらはにすることが頗る多くなつてゐる。それを吾々はあらゆる方面で強化される統制法において容易に

知ることが出来るであらう』(同上二頁)とせられる觀察は正しい。かくて著者の謂はれる如く『法律の理解は現實の實踐的なものの理解と相俟つて爲されねばならぬといふことが、いよいよ強く感ぜられる』(同上二頁)のである。さればといつて法律上の理論内容が實踐的な現實の制約を受けるとは反對に、事實に方向を指示してゐることも争はれない。それは法律が實踐的なものの現はれとしての判例を豫期してゐるばかりでもあるまい。經濟論が兎角、循環的な堂々巡りに終つてゐるのに反し法律は具體的の事案を何とか處理し或は處理する指針を與へねばならぬからであらう。わたくしは法律、經濟、政治が別々の専門に委ねられ各自純粹に探究を試みようとする如き志向は誤りであると思ふ。

嘗つて法律萬能を思はしめ、今又經濟論汪溢にして、各々その所産を商品化してゐることはその一半が學者の罪でないと言することは出来まい。比較的問題ではあるが法律家は現實

の經驗的な生活現象に深い理解を持つべきであると同時に經濟家は極めて要請的に事象の現はれを知り實踐的に希望するところを現はすものでなければならぬ。

## 二

本書は『なにぶんにも……個別的な問題に關するところが多いのだから、實踐的なものの現はれとしての判例を見ることが多いといふ以上に、別段これといつて示し得る何ものもないことを愧しく思ふ』と謙遜せられるのであるが、却つてこれこそ法律家に許された最も正しい方法ではあるまいか。

なほ『民法及び統制法の諸問題』なる書名に對して、特に統制法の顯名の如何かを疑はれるのである。成る程、數の上で三十一項目中その一割にも足らぬ三項目では統制法といふのも如何かと疑はれる向もないことではあるまい。しかし、統制法の銘を打つた項目こそ三項目に過ぎないが、著者が民法關係殊に契約について検討せられる無効の問題こそは實踐的な統制法に於いては處分の問題と共に最も重要な双壁をなしてゐるといふことが出来よう。されば民法に於て顯現した諸々の無効の場々は正に統制法の内容としてその無効の原因乃至條件を與へる

ものである。否、民法における無効の研究が十全に行はれた後でなければ統制法におけるそれを遺憾なく解決し得ないとは断じてよいのではあるまいか。わたくしの考へでは、讀者は統制法を研究せんとすれば、理論の問題として經濟法の本質及び領域を研討することとその組織及び行爲を觀念することの双璧と共に、現實に副した解決點として處分及び無効の双璧が偏跛なく研究されねばならぬものと思ふ。

著者の發表せられる『統制經濟の法的表現集中化』(一四二頁以下)國家總動員法の改正と民商法(一五八頁)及び『統制法規違反行爲の效力に關する一疑惑』(一五八頁以下)についてはそれ自身の重要性和興味からいつて本紹介の目的に餘るほどのものがあるが、それは讀者に移讓することとして、わたくしはこの三篇が本書に於て持つ意義を述べるに止めよう。それはこの三篇の取扱ふ内容は本書のレジューメであり且つ方向であるといふことである。わたくしには經濟法上の未解決の問題の示唆を多く與へられたことである。しかし、わたくしにも或る部分に於て遺存らしきものがない譯ではない。唯、わたくしの淺才菲學の爲に未だ代案を出し得る迄に至つてゐないのである。評者として洵に足らぬ責任を感じてゐるのであるが寛恕を願は

ねばならぬ。

とまれ、前にも述べたやうに、著者の最も力を入れられてゐることは全巻を通じて契約とその法律行爲の效果殊に無効の問題である。さうして法律上の無効についての省察(五〇頁以下)は公私法といはず最近の經濟法といはず、法律全體を通じて如何に有意義の示唆を與へてゐることであらうか、著者の省察は正に全法律學徒の三省すべき點でなければならぬ。

しかし、何分本書は論文集のことであるから一々の詳細なる點を列擧することは不可能である。唯、以下わたくしに特に興味を引いた點につき讀後感を綴りつつ紹介の責を果し度と思ふ。

### 三

抑々、私法の心髓は取引にあり、取引は契約に依つて爲される。私法家が好んで契約の研究に掌執するも故あることである。著者は法律界における契約の起源をロゴスにとられる。かくて、『言葉によつて人を拘束し言葉によつて人と人との連繫を作り出す。そして、過去の言葉は現在に生き、現在の言葉は將來に生きる。即ち言葉は過去を現在に價值あらしめ、また將來をも現

在に價值あらしめる。契約はまさに斯かる言葉によつて爲される』(三頁以下)と。人間の生活が文化と共に細かく詳かく分化し繁忙を極め難多となるに伴ひ、言葉はいよいよ複雑化して行く。契約の内容も様相も之に正比例して多岐多端となつて來るのである。ここに典型契約の運命が盛られてゐるのである。人はともすれば形式化された概念に捕はれる傾がある。之を重要視するの結果は實質的な生活と乖離して事物の眞相をつかむことはむづかしくなる。一度は事物を把握した典型契約の概念が生活の眞相への障壁を構へることとなるのである。そこで、近代民法は典型契約の規定をもつに拘らず『私法自治ないし契約自由の原則の下に當る者はどういふ方式を以てどういふ内容の契約をしてもよろしいといふ考へ方を基調とする』(七頁八頁)のである。當事者の眞意に合する契約の効果が探究されるのは本則とすると信じられて來たのである。

しかるに、世は資本主義經濟の高度化と共に企業經營は大規模となり、銀行、保險、運送倉庫等々業者は普通契約條款又は業務約款を準備して、相手方もこの普通の定型に従ふの外ないことと成つたのである。これによつて取引の簡易化合理化迅速化等が期せられるのである。しかうして『國家的の立場から

普通契約條款の決定に干渉する如きことは、原則的には、認められてゐない。……この點ではなほ契約自由の原則の一面がはたらいてゐるとも觀ることができる』(一〇頁一一頁)のであらうが、それは業者の側における、専ら取引の客觀的な簡易・合理・迅速を目的とする行動によるの他なく、極めてアムビギヤスなものたるを失はぬ。

ところが、公益に反せない限り放任せられる普通契約條款の目的を取引の簡易化・合理化・迅速化の方面から客觀的に定型化する代りに『國防目的達成ノ爲』或は『國民經濟ノ運行ヲ確得スル爲』なる目的を以てした場合に果して契約といふことが出来るであらうか。著者は『戰時經濟體制に即應しました斯かる新な體制を整備し強化する爲めに高調され實施されてゐる統制がいかに契約に影響するかを考へると、從來の契約に關する見方では説明のつかぬやうなことが起る』(一一頁)とせられるのである。若し契約の本質に自由が鎮座しますとすれば、之は最早契約ではあり得ないであらう。契約の目的や効果は全く國家に於て豫定せられてゐるからである。

#### 四

契約は言葉によつて爲される。しかし、その言葉は全く自由に使用されるときは果して何時兩當事者の意思の合致があるであらうか。人間の行爲の類型とその目的の類似とがあり、抽象された契約典型へ歩みよる當事者があるからである。無名契約といひ混合契約といふのも大きく當時の言葉に示し得る。人間行爲の類型の下に立つのである。一方で用意した普通契約條款も之に歩みよる相手方が居るからである。さすればこの形なり目的なりをわれわれの全體である國家や團體が客觀的に指示して皆が之に歩みよるとき、その歩みよる自由が考へられないであらうか。行爲の自由といつたものは人間といふ共同生活者の本質から既に制限されてゐるのである。ロコスも相手方に通ずることから初まるであらう。況んや契約が相對立する當事者の複數を必要とする限り、その間に存する自由といふのは矢張り大きな意味で定型への歩みよりではあるまいか。そこには歩みよる自由と歩みよらぬ自由の岐路があるだけであらう。

結局、『契約はすべて人の自由を拘束する』(二六頁)。著者の麗文は再び『自由を拘束する契約』の無効を鮮明に展開するのである。とまれ、締結の自由を本質とする契約にも、その内容が自由拘束にあるとき、本質的の無効と強度による無効とが分

けられる(二九頁)。

自由を拘束する契約が、裁判において争はれた事例は少くない。このことは法律學者に極めて興味深いものであるばかりでなく、一の社會現象として見るとき社會學上多くの示唆を供するであらう。そのみでなく、よく外國に流行する一般の讀物としての犯罪事件(Kriminalgeschichte)に次ぐ興味ある事件であらう。従つて犯罪と契約の無効を巡つて名裁判——例へば大岡裁判の如き——が口碑に傳へられてゐるのである。著者は、近代の法律記録たる判例に現はれてゐる事例にことよせて、自由を拘束する契約の無効が眞にいつこにあるのかを改めて探究せられるのである(三二頁以下)。

民法九〇條に所謂公序良俗違反の無効であるのは明文上疑の餘地がない。しかし、公序良俗が何であり、又何であるべきかは時代の進運と事物の眞相とを深く究明するにあらざれば、しかく、容易に言ひ切れるものではあるまい。著者が、この點に思を致されて、判例の批評をなしつつ、圓滿なる方向を指示するのは大いに聴くべきであらう。しかも、その判定は正に人をして首肯せしむるものを知るのである。唯、本論は多くの寄稿を集積せられたる關係上一論文を以つて形式的に結論を得

るには不適當と思はれる場合が多いのを感じられてか、多く示唆に止め、他の『契約總論』（昭和七年）等に譲られてゐるが故に讀者は更に著者の他の著書を参照せねばならぬ不便がないとせない。しかし、之は凡ゆる學究者に課せられた當然の勞務であらう。

## 五

世の倫理學者或は法律と道德とを何らかの形で別異する人達は、本書を一讀することによつて異つてゐるのは道德と法律ではなくて、その齎らされる結果にあるのだといふことが明らかになるであらう。法律を道德の最高限とする學者も法律を道德の最少限とする學者も、われわれの社會生活がしかく、明瞭に分けられるほど道德にしろ法律が事前に決定してゐるのでなく小前提や大前提や結果の中の各々に道德的や法律的の價值判斷が行はれると同時にその綜合及び綜合することの動作の中にも存在することを忘れてはならないであらう。民法九〇條の公序良俗違反が法律行爲の要素の中ばかりでなく、條件や時間や將又それらに依つて生成せられる經過や結果の中にも存することのあるのは既に法學者の研究済である。とまれ、道德がこれこ

れのこととは道義的であると決定してゐるのは無責任たるを失はない。若し法律家が之に忠實に順應して、行爲の結果を法律的に判定せねばならぬとすれば、それが杓子定規に終り、世の非難を受けねばならぬことの多いのを觀るであらう。法律は道德によらんとして却つて反道德的になる場合すらあるのである。

わたくしは道德を法律の外に、そして法律と別異して考へることの如何に愚であるかを知るのである。道德それ自身或は世の道德家の無責任なる言動乃至判定とは別に法律は切實にその事件を處理せなければならぬことを忘れてはならぬ。例へば『切腹』が道德的であるか否かは倫理學者や世の所謂道德家に放言させて置けばよい。寧ろ、世人は實效のある法律的な指示を以つて、國家生活の指標となさんとその判定を仰いでゐるのである。それが完全に道德と一致すべきであるのは謂ふ迄もないが法律が道德と一致するといふよりもその一致する限りにおいて道德は實踐的であり、實效をも有するのである。昔考へ今も信する一派の人々のある如く、法を道德の最少限とすることは、今日の經濟法乃至國家法の理念の下に立つ法については考へられぬことであらう。換言すれば、われわれの國民としての生活を規律する法は公法といはず私法といはず經濟法たるを問はず、

凡て信義誠實により積極的善を要求して止まないものである。法律上の責任だからとて、必ずしも刑罰や強制執行で強制するものばかりでないことは幾多の規定・慣習にその事例之しくない。わたくしが経済法において経済倫理を主張するのも全法律における信義誠實の續きであり、今日の経済法において特に重要な地位を占めねばならなくなつたことを思ふからである。形式的に法と道德の關係を辿つて見るも、法は國家の意思であり國家は即天皇であらせられる現實のわが國體においては、國家の意思は大御心に外ならぬ。しかるに、法が道德の最少限であることは、われわれの直觀にも確信にも反するのではあるまいか。國家は最高の道德であり、道德と法律とはその顯現の面こそ異れ結局彼此別のものであり得ない。

## 六

翻つて、われわれの日常生活事實において、男女の性交は避け難い事實であると同時に、今日、民族及び國家維持の上から道德的に判斷すれば、單なる自然事實も寧ろ道德的である行爲であらう。それを若し、不道德といふ觀念に支配せられるとすれば、法律によらぬ男女の性交であるが爲ではあるまいか。法

書 評

律によらぬといへば婚姻外の性交は凡て不道德といふことにならう。しかるに再轉して法律上所謂婚姻豫約或は内縁關係では法律も道德も之を是認するのである。しかるに賣淫行爲となるところに報酬の授受が行はれて不道德ともなり無効の行爲ともなるのである。これは道德的に見て社會風教上も悪ければ、娼妓等については他人の性行の自由を拘束することにもなるので悪と見られるのであらう。しかるに、法律が一定の許可を與へ一定の地域や時間等の條件の下に行はしめると社會風教上の害悪は或る程度之を減少せしむることが出來よう。さうして、賣淫行爲も自由を拘束する契約即ち『表面藝妓ト稱スルモ其ノ實密ニ客ノ枕席ニ侍セサルヘカラサル約束』(大判昭和三・二・二四法律新聞二八四七號九頁)でない限り、自發的に或は自由に拒絶し得る約束の形、換言すれば無効を主張し得る限りでは、自由拘束による公序良俗違反を減量せしむることが出來よう(三〇一頁以下参照)。

要するに、基本が無効であらうとも、自ら約束をしながら、その當事者が、自己の利益の爲に、當該契約の無効を主張するのは尙更不道德であり公序良俗違反であるといはねばならぬ。かくの如きは尙、基本契約を有効のものとしてそれより利得を

公平に分配せしむる方が悪を重ねしむることにならないのではあるまいか。これこそ法律規定になくとも條理或は社會通念によつて決すべき事に屬しよう。それが正に公序良俗にも合し道徳的であるのである。嘗つて大審院が『娼妓營業ハ正經ノ職業ニ非』ずとしながら『既ニ公認セラレ居ルヲ以テ、苟クモ法規ニ定メタル場所及ビ條件ニ從ヒ營業スルハ法律上他ノ職業ニ從事スルモノト同視セザルヲ得ズ』(大判明三五・二・六民錄八輯二卷二一頁)となしたることより前文に不道徳としながら後文に合法行爲とせるものだとする論者があるのである。しかし、判例の趣旨は飽く迄前文の不道徳は法律も違法とするのであると同時に、それを一定の場所及び條件の下に公認するところは道徳的でもあり、公序良俗にも違反せざることではなければならぬ。蓋し、婚姻外の性交や賣淫は悪であり違法であると確定してもそれを行ふことが現實であれば、倫理學者が『悪いことですぞ』と説教して完全に之なきを期し得たことがあらうか。法律が罰金、拘留、禁錮、懲役を課し或は不義者として追放や打首に處して之を根絶し得たことがあらうか。賣淫に惡の價値判斷を下して濟してゐられる倫理學者は幸哉。しかし、これを根絶し得ないならば惡を避止する方法を考へないのは無責任とい

ふ外はない。しからは、之を避止すべく案出した一定の條件及び場所の下に於ける之が公認と之を嘗む行爲とはそれ自身は神聖なる職業と異るところはない筈である。恰も單獨行爲ではあるが、一般に放尿するのは悪いことであり違法行爲でもある。しかるに放尿が避止出来ぬ以上、便所ならば許されてもいい。しかし、誰が便所建設や之が酌取行爲を惡と判定し違法行爲といふ者があらうか。一定の場所及び條件の下にならば惡や違法を避止することも可能であるのである。さうして、その條件や場所を公認し處理する行爲は善ともなり感謝せられ、合法となり獎勵さるべきことに屬するであらう。

## 七

筆が思はず餘事に走つたけれども、この間の法律的基礎思考は本書の『藝妓の花代分配契約の違法性』(三〇一頁以下)以下多くの契約に對する大審院判例の批判の中に述べられてゐる。判例批評の批判或は紹介は拙稿の本旨でも亦先輩に對する禮でもないので割愛したいが、讀者の熟讀翫味こそ望ましいところである。それについても著者には妄評を、讀者には不十分を平謝しつつ欄筆するものである。(昭和一七・九・一)