



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	対照報告 社会変動期の日本民法学 一鳩山秀夫と末弘巖太郎
Author(s)	吉田, 克己; YOSHIDA, Katsumi
Citation	北大法学論集, 52(5), 261-300
Issue Date	2002-01-11
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15112
Type	departmental bulletin paper
File Information	52(5)_p261-300.pdf



社会変動期の日本民法学——鳩山秀夫と末弘嚴太郎

吉田 克己

はじめに

レミイ教授の「ベル・エポック期のフランス民法学——プラニオル」と題する報告に対する対照報告を行うことが私に与えられた課題である。この課題を遂行するに際してまずもって問題になるのは、何を対照として取り上げるかである。一応、二つの可能性がある。一つは、レミイ報告において扱われた時期、すなわち一九世紀末から二〇世紀初頭の世紀転換期に焦点を当て、この時期の日本民法学を取り上げることである。これは、ほぼ日本民法典編纂からその直後の時期に当たり、この方針を採用する場合には、具体的には民法起草者である梅謙次郎や富井政章を取り上げてプ

ラニオルとの対比を行うことになろう。もう一つは、プラニオルが直面した課題に焦点を当て、日本において同様の課題と向かい合った民法学者を取り上げるといふ考え方である。レミイ報告にいう「ベル・エポック期」は、フランスの社会システムが大きく変容を開始し、フランス私法学が「転換点」を迎えた時期である。⁽¹⁾ プラニオルは、サレイユやジェニイとともに、しかしこの二人とは異なる仕方、社会変動に対応した民法学の新たなパラダイムを作るべく格闘した民法学者である。このような実質に着目して、具体的に取り上げるべき日本の民法学者を選択するというのが、第二の考え方であるわけである。

本報告で採用したのは、この第二の考え方である。フランスのベル・エポック期は、「社会問題に苦悩するブルジョワジー」が覇権を握り、「社会法のプログラム」がさまざまな立法の制定というかたちで結実してきた時代である。⁽²⁾ これに対応する時代を日本に求めるならば、大正中期、一九二〇年頃からの時代を挙げるべきであろう。第一次世界大戦を経たこの時期には、日本においても、一方で社会法理念という民法典に対する対抗理念が登場し、他方で実定法レベルにおいても変化が生じてくるからである。借地の領域においては、最も早くから立法の展開が見られ、すでに一九〇九年には、日露戦争後の都市部の地価高騰を背景とした地震売買に対応するために「建物保護二関スル法律」が制定されていた。また、より一般的な借地立法を求める運動もこの頃から展開され、これが一九二一年の借地法および借家法の制定に結びつく。⁽³⁾ 一九二三年の関東大震災が借地借家関係を始めとする法理論に与えたインパクトも忘れてはならない。小作の領域においては、第一次世界大戦を契機に、小作争議が激増するなど地主小作関係の緊張関係が強まり、一九二〇年（小作制度調査委員会の設置）から政府の小作立法事業が本格的に展開する。⁽⁴⁾ さらに、労働立法の領域では、一九一一年に工場法が制定される。もっとも、この立法は、治安警察法（一九〇〇年）に基づく徹底的な弾圧によって労働運動が壊滅状態にあるなか慈恵的に制定されたものであって、内容的に不十分であっただけでなく、その実施も一

九一六年まで延ばされることになる。この領域での動きが本格化するのには、やはり第一次世界大戦後の時期に入ってからであり、結局実現はしなかったが、労働組合法案など多くの労働立法案が公表されるようになるのである。⁽⁵⁾

これらの新たな状況に対して、日本民法学はどのように対応したのであるか。かかる観点からこの時期の民法学者を取り上げようとする場合、直ちに思い浮かぶのは、末弘嚴太郎（一八八八年～一九五一年）である。末弘は、右の動向に示される対抗的法理念を正面から取り入れて、民法学のパラダイム転換を図ったからである。末弘によって、日本民法学は大きな転回を経験することになった。しかし、末弘民法学は、批判的潮流としてきわめて大きな意味を持ったとはいえず、これが日本民法学の主流になったと評価するわけにはいかない。主流として、対抗的法理念を踏まえつつ、既存の民法学パラダイムの修正を図ったのは、鳩山秀夫（一八八四年～一九四六年）であった。本報告においては、この二人を取り上げて、プラニオルに見られるフランス民法学との対比を意識しつつ、社会変動期の日本民法学の特徴を析出していきたい。

I 主流としての鳩山民法学——信義則を通じた法の柔軟化

1 法典との距離

(1) 社会変動期の民法学がまずもって直面するのは、それまでの社会構造を前提とした法典の存在である。社会変動期には、社会が新たに提起する問題に対して法典に示される規範体系が十分な解決を与えることができなくなる。そこで、法典と社会との間に生じたこの乖離にどのように対応するかが、この時期の民法学の基本的課題となるのである。

実際、フランスにおいて、世紀末の社会変動期における民法学の第一の課題は、ナポレオン法典の法源としての地位を相対化することであった。レミイ報告のいう「脱法典化」である。この課題を方法論の次元で自覚的に追求したのが、サレイユやジェニイなどの科学学派に他ならない。これに対して、プラニオルは、方法論をそれとして展開したわけではなかったが、実作のなかでこの「脱法典化」を成し遂げた。ただし、プラニオルの場合には、「脱法典化」が自覚的に課題とされたわけではない。プラニオルは、「法の欠缺を認める基準やそれを補充する方法を明確にしないで、ただ、現実に法の欠缺があることを認め、それを補充した⁽⁶⁾」のである。そこで見出されるのは、「密やかな脱法典化」であった。

日本において「脱法典化」を自覚的に追求したのは、鳩山よりやや上の世代に属する牧野英一（一八七八年～一九七〇年）である。牧野は、刑法学の領域ではいわゆる新派刑法理論と教育刑論を主張しつつ、民法学の領域ではサレイユおよびジェニイ——とりわけサレイユ——に依拠した自由法論を精力的に展開した⁽⁷⁾。牧野の主張はまた、「脱法典化」とどまらず、国家制定法一般の相対化（脱国家制定法）、さらには法的なるもの自体の排斥（脱法化）にまで至る。

鳩山の場合には、牧野のような法典との自覚的な対決は見られない。しかし、鳩山にとっても、法典がそれ自体として依拠すべき価値であるという発想は稀薄であった。その点は、社会経済的な諸問題への対処を明確に意識しつつ「信義誠実の原則」を強調するに至った後期鳩山法学についてはもとより、資本主義的取引秩序のあり方を念頭に置きつつ「静的安全と動的安全との調節」を追求した初期の鳩山法学⁽⁸⁾についてもいえることである。鳩山は、この初期の論文において、「法律の目的」⁽⁹⁾に関して正義と利益の二つを挙げつつ、基本的には利益説に立つ。「法律は畢竟社会の爲めに存する其一制度」に過ぎない⁽⁹⁾というのがその理由である。そして、静的安全と動的安全のいずれを志向するかも、いずれが社会生活の便宜に適するかという観点から判断すべきものとされ⁽¹⁰⁾、結局、その当時の日本については、「社会の発達

を計り、個人及び団体の活動を奨励する」という観点から、「静的安全の基礎を危うくせざる範囲内に於て動的安全の保護を図る」という動的な安全重視の基本的方向が選択されるのである。⁽¹¹⁾ここに見られるように、利益重視の功利主義的発想と法律道具主義が鳩山の基本的発想であり、そこには、いかなる意味においても「法典信仰」は見出されない。鳩山においても、明示的なたちではないにせよ、「脱法典化」の上にその解釈論の体系が築かれているのである。

(2)とところで、「脱法典化」に基礎を置く解釈論体系は、プラニオルの場合には、ナポレオン法典を「書かれた理性」として依拠すべき価値と考えた一九世紀注釈学派との対抗と断絶の上に築き上げられたものであった。これに対して、鳩山の場合には、事情は異なる。鳩山民法学における「脱法典化」の基礎にある法律道具主義的発想は、鳩山に固有のものではなくて、むしろ日本民法学の特徴ともいえるものだったからである。たとえば、民法起草者梅謙次郎において、法律は、「人類ノ依ルベキ道デアル、併シソレハ人類ガ社会ノ分子トシテ依ラナケレバナラヌ、若シソレニ依ラナケレバ社会ノ維持ガ出来ヌトイウ所ノ道」であつて、「畢竟法律ノ目的ハ社会ノ維持ト云フコト」なのである。⁽¹²⁾また、もう一人の民法起草者富井政章の場合にも、法律は、「畢竟国を治むるの一道具」でしかない。国に法律がないと社会の結合は紛糾して虎獅豺狼の集まりになってしまう。この結果、外に対しては国家の独立を維持することができなくなり、内にあつては労働する者がいなくなり秩序が乱れて騒擾が絶えないという状態になる。これでは社会の進歩を期することができない、というわけである。⁽¹³⁾ここには、「法律、法律解釈は、社会生活ないし国家の繁栄・発展のためのものである」という法律観ないし「国家が法律制度等を通じて（社会の進歩・発展のために）指導すべきだ」という、国家主導型の社会体制観⁽¹⁴⁾が見出される。鳩山民法学の基本的発想は、このような先行者の発想との連続線上に捉えられるべきものであった。

以上のような法律道具主義は、一面では制定法尊重主義と結びつく。制定法が社会維持ないし社会進歩の観点から積

極的に評価されるとすれば、制定法を尊重すべきことは当然のこととなるからである。その点は、「自然法論者」梅謙次郎においても同様であつた。⁽¹⁵⁾ すなわち、梅によれば、人間は社会を組んで生活するのが「人道」であり「道徳」である。そうであるなら、その社会を支配すべき法律がなければならぬ。ところで、その法律が制定法ではなくて理想法にすぎないと、人によつて判断が異なることになる。その結果、ある行為が場合によつて違法、場合によつて合法ということになり、安んじて社会を組むことができない。そこで制定法が必要となる。そして、一旦できた制定法は、それが改められるまでは理想に適つたものとみなしてそれに従つていかなばならない。そうしなければ、「依ルベキ標準が無い、ソレデナケレバ社会ノ維持ガ矢張り出来ヌ」ということになるからである。このようにして、悪法でも従わなければならぬ、という結論が導かれる。⁽¹⁶⁾

他方、社会進歩のために法律を活用する法律道具主義からすれば、法典の規定内容が社会進歩の観点から適合的でなくなつたと判断されれば、法典から離れることはむしろ当然のことになる。すなわち、新たな社会問題の出現に対応して新たな解決が必要になる場合に、法典との対決の必要性が小さいのである。このことは、解決の妥当性という功利主義的観点以外に、法典批判の原理をあまり必要としないことを意味する。日本における自然法論不振の一因は、このようなところに求めることができよう。日本の民法学は、もともと「脱法典化」への動因を内在させていたのであり、鳩山民法学もまた、そのような系譜に属するのである。

2 反個人主義・団体志向の民法学

それでは、鳩山においては、法典はどのように評価されたのであろうか。結論的には、近代民法典は社会進歩にとつ

てすでに適合的ではなくなっているというのが鳩山の基本的発想であった。そのような発想は、とりわけ、社会変動への対応が自覚的課題になってくる後期鳩山民法学において顕著に現れる。ここでは、歴史的観点と進化論的観点を取り入れられ、《個人主義から団体主義へ》というかたちで民法の指導原理の転回が示されるとともに、近代民法典の適合性が強調されるのである。⁽¹⁷⁾後期鳩山民法学の宣言的論文「財産法改正問題概論」⁽¹⁸⁾に即してその論旨を追ってみよう。

鳩山がこの論文を書くに際して脳裏に浮かべていたのは、第一次世界大戦中に世界的に勢力を増大した——とりわけドイツの例が引かれている——社会主義運動であった。日本については、「社会状態は幸にして今日尚健全」であるとされつつも、「此健全なる社会状態を永く将来に維持せんとするならば而して個人と社会と共に適当なる発達を遂げしむべき国家の目的を達成せんとするならば其弊害と見るべき現象は漸次に之れを改良するの傾向に向はねばならぬ」⁽¹⁹⁾として、財産法の改正問題を論じようとするのである。

その上でまず強調されたのは、個人主義の克服である。鳩山によれば、個人主義は、古くはストア哲学に現れローマ法もこの原理に基づくのであるが、とりわけ高調されるようになるのは、一八世紀および一九世紀のことである。そして、この思想に基づいてフランス民法典が制定されることになる。しかし、「人権宣言及び之に基ける仏蘭西民法の基調となつた個人主義が今日に於て維持すべからざる思想であることは今叙説するまでもなからう」といふのは、「個人主義に基ける法律は到底今日の複雑なる社会に於て、大企業の勃興及び其他の原因に因つて著しく貧富の懸隔を生じたる現代の社会に於て、多数人に幸福なる生活を保障することを得ざるものとなつた」からである。個人主義に基づく富の分配は、「吾人の理想」に合致しない。社会を構成するすべての人が「同一の財産を有し身体及び精神の発達に就て同一の機会を有する」といふのは実現不能であろうが、「現在に於ける不公平、不平均を緩和して広き意味に於ける社会政策を財産制度に就て実行する」といふのは不可能ではない。⁽²⁰⁾このようにして、個人主義を克服して社会政策を展望

する財産法改正が志向されることになる。その際、「革命的傾向」が排斥されるべきことは当然である。⁽²¹⁾ 鳩山の立場はあくまで「改良主義」であり、財産制度における改良を通じて「革命的傾向」に先取りの対処するというのが、その基本的問題意識であった。

鳩山の認識によれば、「財産法近世の傾向は個人主義より団体主義に移り行くの点に存する」。これを財産権に即していえば、「個人の利益を保護することを目的として認められたる財産権は団体の利益、社会の利益を増進するが為めに認めらるるものと考へらるるに至つた」⁽²²⁾ ということになる。このような発展図式を踏まえつつ、団体主義を指導原理として今後の財産法を構成するというのが、鳩山の基本構想である。鳩山によれば、この団体主義のもとで個人が無価値になるというわけではない。しかし、鳩山の理念とする団体はきわめて強力である。次のようにいう。「団体は個人との混和ではなくコングロメレートではなく個人に依つて成立するも統一的一体として、自由に選択せられたる動機に基いて統一的なる行動を為し得るものとして個人を支配し得る存在を有するものであるから、団体自体の生活を脅威すべき現象の存在するときは、個人に対して極端なる場合には生命の抛棄をも要求し得るものである。此の如く団体の存在は個人を通じたる然も個人と併立せる存在であるから、所謂社会的利益、社会的理想の内容を定めるに於ては個人の生活、個人の性質、個人の人格を無視すべからざると共に、之れに優越したる存在を有する団体のそのものの生活、団体そのものの発達を主眼とせねばならぬのである」⁽²³⁾。

このような団体主義志向のもとで、近代民法典の大原則は、当然に相対化されることになる。契約自由の原則についていえば、個人主義のもとでは、個人意思は原則として自由であつて、その意思の内容が公益に反する場合にのみ例外的にその効力が否定されていた。しかし、団体主義のもとでは、契約自由の原則もまた、「社会全般の団体的利益を保護することを目的とするものであり、其団体的利益と保護するといふ目的を達する手段として個人の意思の自由を認め

る」ようになるのである。⁽²⁴⁾私有財産制度については、鳩山はそれを是認する旨明示するが——社会主義運動に対する対抗という問題意識がその背後にあるう——、その「唯一の理由」は、私有財産を是認することが「社会の進歩に適する」という点に求められる。⁽²⁵⁾このような発想からすれば、個人の権利の絶対性が否定されるのも、当然のことと理解することができるであろう。鳩山においては、権利は、社会団体の維持と発達とを害さない範囲において存在し、また、その範囲内で適法な行使があるのである。⁽²⁶⁾

プラニオルもまた、社会変動期にあつて社会主義運動に対峙しつつその体系を構築したが、そこで選び取られたのは、個人主義・自由主義であつた。⁽²⁷⁾これに対して、プラニオルと同様に同世代および後代の民法学に大きな影響を与えた鳩山の場合には、選び取られた価値は団体主義であつた。⁽²⁸⁾彼我の差異は大きいといわなければならない。

3 動的安全保護から信義則へ

(1) 鳩山民法学の指導理念として、「取引安全の保護」(動的安全の保護)がしばしば指摘される。⁽²⁹⁾実際、前期鳩山民法学の代表作の一つ「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」⁽³⁰⁾は、先に触れたように、「静的安全から動的安全へ」という進化論的發展図式を描きつつ、社会發展の見地から動的安全保護の重視を民法解釈の指導理念として打ち出すものであつた。また、具体的な解釈論の次元でも、民法一一七条に定める無権代理人の責任の法的性質に関する法定無過失責任説、⁽³¹⁾民法一七七条の「第三者」の範囲に関する無制限説、⁽³²⁾指名債権譲渡における債務者の異議を留めない承諾(民法四六八条一項)の法的性質に関する禁反言説など、⁽³³⁾動的安全保護を重視した例は少なくない。これらの議論は、「個人所有権と個人思想の絶対といふ近世法の大原則を、流動する社会関係の尊重といふ理想によつて修正せん

と企てたもの」であるが、この修正は、もっぱら「取引安全」という指針によって支配されているにすぎない⁽³⁴⁾ことに注意すべきである。そこで想定されている社会像という点でいえば、それは、靜態的かつ抽象的な市場社会にすぎないといつてよいであろう。

これに対して、2で示したように、団体主義志向の民法学を打ち出した時に鳩山が脳裏に浮かべていた社会は、一方で個人の自由と所有の絶対から生じる富の偏在が露わになり、他方でその解決を標榜する社会主義運動が勃興して、矛盾に満ちた独占段階の資本主義社会であった。かかる社会が提示する諸問題に民法学が立ち向かおうとする場合には、「靜的安全と動的な安全との調整」の理念だけでは不十分である。このようにして、団体主義と個別の解釈論を結び付ける理念として、後期鳩山民法学を特徴づける「信義則」が前面に押し出されてくる。

(2) 鳩山民法学において、信義誠実の原則は、近世の債権法、契約法を支配する原則であつて、契約関係は、この原理によつて規律・調整されるべきである。もつとも、信義則の優越性が、ア・プリアオリに認められるのではない。もともと、「法律及び契約に依る法律関係の確定」と「信義誠実の原則に依る個々の裁判の具体的妥当性」とは、「高低の波を作つて發達すべき運命」にある。法律と社会の「疎隔」が著しくなれば、裁判の具体的妥当性に対する社会的要求が強くなり、その結果、信義誠実の原則が広く適用されることになるが、これが行き過ぎると裁判官専権の弊害を生じて法律生活の安定性を害するに至り、反動が生じるのである。そして、かかる「發達変遷の波動」は、その当時の社会状態および社会理想によつて影響される。すなわちまず、「第十八世紀の後半より第十九世紀の中葉まで即ち仏蘭西民法とその影響を受けた法制に於ては個人の自由、個人の権利の尊重といふことが社会の理想と認められ、法律の目的とせられたのであるから、個人の契約に因つて定められた権利及び義務は嚴格に之を行使し履行することを以て法律の目的に適するものとせられたのである」。この時点では、法律による法律関係確定の考え方が前面に出ていたわけである。

しかし、「此傾向は第十九世紀の末葉以降著しき変化を受けた。その原因は種々あるがその最も重要なものは疑もなく、個人の自由、個人の意思を基本とする社会観が稍その勢を失つて社会、団体を基本とする社会観が次第に力を得來つたことである」。このような歴史認識が示された上で、「此状態に於て正義、公平、信義、誠実といふ觀念が重要な地位を占むるに至るべきことは略易き又必然なる事理である⁽³⁵⁾」という結論が導かれる。

ここでは、「法律關係の確定」と「具体的妥当性の確保」という二つの価値が相對立する契機を孕んだものとして提示される。しかし、その一方の優越性が論理的に論証されるのではない。《個人を基本とする社会観から団体を基本とする社会観へ》という歴史的発展図式を媒介にして、現代における「具体的妥当性確保」の価値の優位が帰結されるのである。この思考様式は、「靜的安全と動的安全の調整」問題において採られていたものと同一であつて、鳩山民法学の特徴ともいうことができる。ともあれ、このようにして、信義誠実の原則は、団体主義に基づいて近代法の個人主義原則を相對化し克服する原理として、後期鳩山民法学の中心的理念となつていくのである。

(3) もつとも、そのような總論的位置づけのラディカル性が、そのまま個別具体的な解釈論に結びついていったわけではない。鳩山民法学における信義則の具体的適用は、むしろ穩健なものといふべきである。⁽³⁶⁾多少具体的に見てみよう。

鳩山民法学において信義則がまずもつて活躍するのは、債権關係存続中とりわけ債務の履行に關してである。たとえば、種類債務において特定後の変更權が信義則を根拠に肯定され、債務者の提供した給付に些少の不足があつた場合について信義則の適用が説かれ、債務者が従たる給付をなすべきかも信義則に基づいて解決すべきことが説かれる。また、どのように給付すべきかの問題、つまり、給付の時期、履行の方法などの問題の解決についても、信義則が重要な機能を果たすべきことが強調される。⁽³⁷⁾債権者遲滞については、信義則の觀點が取り入れられることによって、従来の自説が

変更されることになる。具体的には、その効果に関して、当初の鳩山説は、債務者の責任軽減（債権者遅滞後は、債務者は軽過失の責任を負わず、単に故意または重過失についてのみ責任を負う）を認めず、また約定利息の停止も認めなかった。その論拠は、要するに、法規に規定がないということに尽きる。⁽³⁸⁾しかし、その後、直接の規定がないことは、解釈上の有力な理由ではないという見解に転じる。「蓋し債権法は信義の原則に依つて補充すべきもの」だからである。⁽³⁹⁾そして、「公平の原則又は信義誠実の原則を採用するがために法典上の根拠を必要としたことは余りに法典に囚はれた議論であつた」との反省が吐露され、⁽⁴⁰⁾従来の見解を改めて肯定説が採用されるのである。とはいえ、以上について団体主義による近代法原理の克服などを語るのには、やや大袈裟な観がある。ここでは、信義則は、形式的正義の峻厳性を緩和して「衡平 equity」を実現するために活用されていると見るほうが適切であろう。

債権関係終了後についてはどうか。ここでは、関東大震災後のいわゆる焼跡仮小屋（バラック）建築問題への対応を取り上げてみよう。大震災後、土地建物所有者あるいは借地人からの建物（店舗）賃借人が、地主や借地人による建築を待たずに自らバラックを建築して営業再開を試みるという事態が続発した。地主や借地人が建物再築に積極的ではなかったことが多かったからである。伝統的発想からすれば、この建築は、民法上違法となるはずである。実際、そのような見解は少なくなかった。しかし、復興という観点からは、これをむしろ積極的に評価することができる。このような観点に立って、借家人の建築行為を適法と見ようとする見解もまた提示された。代表的なものとして、「自由法論者」牧野英一の立論を挙げることができる。牧野は、違法説は「この度の震災災という事実を無視」したものであり、「生活関係をあまりに簡単視し、法律上の解決に於ける具体的妥当性をかへり見ない」ものであると批判し、根本的には「生存権」の観点から借家人の建築行為を適法視しようとするのである。⁽⁴¹⁾また、今回のような大災害の時にあつては、法律的解釈にのみ従うべきではなく、超法律的に、また道義、道徳に従つて適当な処置を定めるべきだとい

見解も提示された。⁽⁴²⁾

鳩山は、問題が「社会的意義において著るしく異常なる法律問題」⁽⁴³⁾にかかわることについては、右の見解と認識を同じくする。しかし、「超法律的」に問題に対処するというのは、鳩山の採る発想ではない。鳩山にとっては、「法律的判断の内容を社会的妥当ならしめ、常識的判断の結果と合一せしめる」⁽⁴⁴⁾のが追求すべき方向である。また、牧野の「生存権」論についても、それを実定法上根拠づける困難性が指摘される。借家人の居住、営業は、事実関係にすぎないのである。⁽⁴⁵⁾このようにして、問題の解決は、結局、権利濫用の次元に求められる。⁽⁴⁶⁾そして、この法理の背後にある理念として、公序良俗法理とともに、信義則が挙げられる。具体的には、バラックを建築した後の撤廃要求については相当の期間内撤廃を猶予することが信義の要求するところだというのであり、さらにこれからバラックを建築する場合についても、地主は相当の期間であればこれを許容するのが信義則の要求するところだとされた。⁽⁴⁷⁾ここに見られる信義則の具体的適用は、先に見た債権関係存続中のそれよりは積極的というべきであろう。しかし、「自由法論」の旗手牧野英一とは異なり、鳩山の主張は、実定法の枠をはみ出すことはない。鳩山民法学は、「脱法典化」の上に築かれているといえ、「脱国家制定法」には至らず、まして「脱法化」には顕著な反発を示すのである。鳩山の信義則論は、ここでも穏健である。

(4) 以上のように穏健であるとはいえ、鳩山民法学が社会変動期に直面して、信義則法理による法の柔軟化を通じて問題への対応を図ったことはたしかである。かかる対応の基本姿勢は、プラニオルのそれと比較すれば、異質といわなければならない。プラニオルの場合には、あくまで概念と体系の樹立を通じて新たな社会状況への対応が図られていた。プラニオルにおいては「利益が概念を産み出していく」⁽⁴⁸⁾のである。これとの対比でいえば、鳩山においては利益が概念を軟化させていく。このように、問題対処の基本的方向において、両者は対蹠的である。

Ⅱ 対抗潮流としての末弘民法学——反国家主義・社会優位の民法学

1 国家と国家制定法の機能限定

(1) 鳩山は、以上に検討してきたように、「法典と社会との乖離」に対して、「脱法典化」と信義則等の一般条項による法の柔軟化を志向した。末弘の場合にはこれとまったく異なる。末弘においては、社会変動期が提示する問題は、「法典と社会との乖離」ではなくて、「国家制定法と社会との乖離」であった。したがって、それへの対処の方向は、「脱法典化」ではなくて「脱国家制定法」でなければならない。かといって、末弘は、牧野のように「脱法化」を一般的に展望するわけではない。⁽⁴⁹⁾末弘にとって「法」は、民衆の権利擁護のために、積極的に評価されてしかるべきものであった。しかし、それは、国家制定法レベルで求められるのではなくて、社会のレベルに求められるべきなのである。

このように、末弘法学においては、それまでの日本民法学との対比において、社会の位置づけが根本的に転換する。梅、富井そして鳩山と連なる日本民法学の主流においては、法律は、基本的には社会進歩を実現するための道具である（法律道具主義）。これを反面からいえば、社会は、法律による操作の対象でしかない。これに対して、末弘法学においては、社会は、固有の論理を内包する自律したシステムと位置づけられ、操作の対象から法を生み出す場へと転換するのである。「設計の思想」から「自生の思想」⁽⁵⁰⁾への転換である。国家制定法による「法の独占」は否定され、社会、さらには部分社会における法の存在が肯定される（法多元主義）。労働者や小作人など民衆の運動によって形成される法も、そこで重要な位置を与えられる。かくして、末弘法学のもとで、〈国家―社会〉の連関構造に関する日本民法学のパラダイム転換が成し遂げられる。

(2) このパラダイム転換の背景には、当時の現実の国家に対する末弘の否定的評価がある。末弘は、「今日の国家思想によると、国家は吾々国民相互の利益の為に存在するものである。其の法律も裁判所も其他の官庁もすべて国民の福利擁護の為に存在するものである」と述べる。⁽⁵¹⁾これが、単に「今日の国家思想」の状況を述べたものではなく、末弘自身の国家観であることは明らかである。末弘はかかる国家を「世話役としての国家」とも表現する。「我々人間が団体生活を営む限り、そこに世話役としての国家が存在せねばならぬ。統治者としてのの、支配階級の機関としての国家は、あるいは、結局において滅び去るかもしれぬ。けれども、世話役としての国家は、永久に残るに違いない」というのである。⁽⁵²⁾ここには、国民の共同利益の擁護者としての国家があるべき国家像として提示されている。換言すれば、市民的公共性の体现者としての国家である。そして、このような「世話役としての国家」は、当然のことながら、国民の上に立つて国民を指導するというような態度を採るべきではない。⁽⁵³⁾

しかし、現実はどうか。国家賠償責任を否定する当時の考え方は、「畢竟、専制的国家、超越的国家の思想」に基づくものであって、国家が「超越せる第三者の私有物」であることを示すものである。⁽⁵⁴⁾また、明治時代の顕著な特色は、「国家があらゆる方面において国民を指導せんとした」ことに求められる。当時の国家は、「ひとり経済的物質的な方面においてのみならず、精神的の方面においてさえ国民を指導せんとし」たのであり、「しかもかなりの程度においてそれに成功した」のである。さらにいえば、「国家は道徳風俗の源泉となり、宗教さえもその手中に統一しようと企てた」のである。そして、国民はこのような傾向に抵抗を示さず、「国家とその法律は万能であり、至善であると考えた」。⁽⁵⁵⁾末弘が克服しようとしたのは、このような状況であった。克服の方向は、論理的に想定すれば二つありうる。一つは、あるべき国家すなわち市民的公共性の体现者としての国家の存在意義を強調しつつ、それを実現する方策を探ることである。もう一つは、現実の国家の問題性を強調しつつ、そのような国家の機能限定を図ることである。前者の方向が末

弘法学において見出されないわけではないが、現実には、後者の方向が末弘法学の基本戦略となる。⁽⁵⁶⁾ その中で、社会が前面に押し出されるのである。以下では、法源論に即してその点をより具体的に見てみよう。

2 法源の多元化・国家制定法の相対化と社会における法の優位

(1) 末弘法学における法源論の展開は豊富であり、その点では、ほとんどまとまった法源論を残さなかった鳩山の場合と対照的である。末弘法源論においては、もちろん結論としては、国家制定法に法源としての独占的地位を与える法律実証主義が批判され、法源の多元化が志向される。しかし、その論理は、たとえば慣習法は社会的法律規範であるがゆえに当然に法源である、といったような単純なものではない。実際、そのような説明を行う穂積重遠が、その理論の不十分性を批判されるのである。⁽⁵⁷⁾ また、判例法についても、「判例から社会的法律規範としての法が生まれる」という事実のみからその法律規範が当然に国家的にもまた妥当するという原理は決して生まれるはずがない⁽⁵⁸⁾として、その法源的価値を肯定するための理論的検討の必要性が強調される。

右の判例法に関する引用からも示唆されるように、末弘の議論においては、社会的法律規範の発生の問題と、国家がそれを法源として認めるかの問題とが峻別されている。ここに末弘法源論の核心がある。末弘によれば、国家が認めると否とにかかわらず、国家の領土内には大小幾多の社会が錯雑して存在し、それぞれについて特異の法律秩序が存在する(部分社会論)。社会における法の存在の承認である。しかし、これが当然に国家的にも妥当して法源性を獲得するわけではない。それは、「国家的法律秩序とは別個の法律秩序に属するもの」だからである。⁽⁵⁹⁾ しかし、国家は、異別の法律秩序に属する法律規範を政策的配慮から特に国家的に借用妥当させる旨を規定することがある(たとえば法例二

条⁽⁶⁰⁾。このような政策判断を媒介として初めて、社会における法が法源的価値を有することになるのである。このようにして、法源には、「解釈法学の対象たる法律秩序において当然に法的妥当性を主張しうべき法律規範」（解釈法学上の法）と「解釈法学が奉仕する政治的政策的要求によって法源的価値を付与せられるもの」との二種類があり、両者は区別すべきという把握が導かれる⁽⁶¹⁾。

この法源論は、理論上当然の法源を国家制定法に限定するわけであるから、慣習法の当然の法源性を認める当時の支配的見解よりも国家にシフトした理論のように見えるかもしれない。しかし、実際には逆である⁽⁶²⁾。末弘法源論は、第一に、国家制定法とは別の法律秩序に属する社会の法の存在とその国家制定法との対比での独自性を強調する。社会の法は、国家の制定によって発生したものである、国家によってその権威を保障されているものでもない。それは、時には、国家の禁圧的態度にもかかわらず社会的権威を主張するのである⁽⁶³⁾。このようにして、社会の法の自律性が確保される。それは、「脱国家制定法」のためには必要不可欠の手續であった。第二に、社会の法は、慣習法に限定されることなく、「政治的政策的要求」を媒介として法源としての価値を獲得することができる。ここで想定されている社会的法律規範は、「定款・内規・就業規則・労働協約」など多様である⁽⁶⁴⁾。このようにして、社会の自治規範が広く法源たる資格を認められていくのである。さらに注意すべきは、これらが法源性を認められるためには政治的政策的要求を媒介とすることであっても、この政策判断が将来のある時点で裁量的になされるといっわけではないことである。これらの社会規範の法源性は、法例二条の「類推」というかたちで、既存の法体系のなかですでに認められている。これが、末弘の見解であった⁽⁶⁵⁾。このようにして、一見したところと異なり、国家制定法以外の社会規範についても、結論としては広く法源性が認められていくのである。

(2) このように多元的な法源の存在を認める場合には、その相互間、とりわけ法源としての国家制定法と法源とし

ての社会的法律規範との緊張関係が問題となる。この優先関係を考える上で大きな役割を果たすのは、法の欠缺論である。この論点に関する末弘の見解は明確である。要するに、「そもそも法規はすべて一定の事項に適用せらるべきことを予定して定立されている」のであるから、一定の法規を具体的事項に適用すべきや否やが問題になった場合には、その法規と当該事項とを対照して厳密にその法規の妥当範囲を検定する必要がある」ということである。従来の解釈法学は、裁判その他の法的判断の規準を直接既存の法規に求めるほうが便宜であるため、法規の妥当範囲をなるべくひろく考へる傾向にある。たしかに、法規適用については多少のゆとりがありうるが、そのゆとりを許しうる範囲にはおのずから限度があり、「それを越えてみだりに当該法規の妥当範囲をひろく考へるのは誤りである」⁽⁶⁶⁾。

法規の妥当範囲を限定し法の欠缺を広く認めることによって、国家制定法の地位が相対化し、代わって慣習法を始めとする社会規範の役割が浮上し、また判例による法形成の場が拡大する。それは、国家と国家制定法の機能限定という末弘法学の基本的発想の現れであると同時に、社会変動に対する対応の意味を持つものでもあった。

末弘によれば、一八世紀に起こった個人主義の哲学と経済学と法律学とは、各個人の利己心を利用することによって生産が増強し、その結果社会全体が幸福になると考へた。しかし、生産力の向上を基礎とした文明の向上は同時に平等思想を發達させ、民衆の平等要求の結果、需要は増加するにもかかわらず、生産は減少することになった。かくして、個人主義本意の思想は転回を迫られる。このようにして、所有権の社会化、法の社会化が説かれることになるのである。⁽⁶⁷⁾

個人主義本位の思想の転換、法の社会化という把握は、鳩山のそれと基本的に同様であるが、民衆の平等要求という民衆運動に媒介されて新たな法が要請されるようになるという把握は、末弘に独自のものである。

かかる社会変動に対処するには、国家制定法を変更して社会の要請に合わせるといふ方向もありうる。鳩山の「財産法改正問題概論」は、まさにこの方向を提示するものであった。末弘がこれを否定するわけではない。しかし、これは

現在の議會では実現が難しいというのが末弘の診断であり、全体としてブルジョワ・デモクラシーに対する評価が低い末弘法学においては、この方向には大きな期待がかけられていない。また、そもそも末弘法学は、国家と国家制定法を否定的に評価することも想起されよう。となると、判例による法形成に社会変動への対応の期待がかかることになるが、これについては、項を改めて検討しよう。さらに末弘法学に特徴的なのは、借地借家関係や小作関係など民衆の社会運動を媒介として新たな法が形成されつつあると見られる領域において、調停制度の活用が称揚されることである。

裁判は、いうまでもなく国家制定法の適用によつて結論を導く。ところで、借地借家関係や小作関係については、民衆の社会運動を媒介として社会的規範が形成されている。そして、これと裁判規範たる国家制定法とは、著しく乖離してきている。調停によつてこそ、このような社会的規範に基づく——国家制定法による解決と比較すれば地主・家主の多少の譲歩を伴つた——解決が可能になる。⁽⁷⁰⁾末弘は、このように調停重視論を展開する。この議論の背景としては、次の二点を指摘すべきである。第一は、いわば戦術的配慮である。末弘の認識によれば、国家制定法は、資本家や地主の利害に即して編成されている。したがつて、この適用を排斥して、民衆運動の結果形成された社会規範に基づく解決を図ることは、借地人や借家人の利益になるのである。第二は、いわば理論的背景である。末弘によれば、労働争議や小作争議のような「階級的実力的闘争」は、そもそも法律的裁判によつて解決を与えるのに適さない事柄である。「社会的に実力あるものが其実力に眼醒めて実力相応の社会的地位を要求し、実力によつて其要求を貫徹すべく努力するとき、之に原因して起るべき闘争は唯実力的闘争のみが之を解決しうる」⁽⁷¹⁾からである。

このように、借地借家争議や小作争議、そして労働争議は、ミクロコスモスとして国家から干渉されない法形成の場となる。調停による解決は、かかるミクロコスモスにおいて形成された社会の法に基づく紛争解決という意味を持つ。その限りでは、調停は、国家制定法を排除して社会の法を適用する場であつて（脱国家制定法）、法的解決自体を排除

する場ではない。末弘法学においては、このようにして社会の法による国家制定法の機能限定さらには排斥が図られるのである。それはまた、社会変動期に近代法パラダイムに対して提起されてくる対抗的法原理を正面から取り入れる民法学の登場を意味した。⁽⁷²⁾

しかし、調停は、原理的には法による解決を保障するものではなく、そこには権利義務関係の解体への動因も孕んでいる。この方向が現実化する場合には、それが意味するのは法なるものの解体Ⅱ「脱法化」である。⁽⁷³⁾この方向を避けようと思えば、国家制定法の実質的内容を裁判を通じて社会の法に即して変えていくことが考えられるが、そのような発想のないことが、末弘法学の特徴である。

3 判例による法形成…「正義」と「公平」との緊張関係

法源における国家制定法の地位を相対化し、法源を多元的に把握していく場合、判例が重要になることは、あらためていうまでもない。実際、末弘法学において判例論の占める意味は大きい。そこでとりわけ注目されるのは、相反するようにも見える二つの理念が提示されていることである。「正義」と「公平」である。この二つの理念は、論者によっては並列されほとんど同義に用いられることもあるが、末弘の場合はそうではない。両者の間には、ある種の緊張関係が存在するのである。⁽⁷⁴⁾それは、これまで見てきた末弘の国家観、社会観と密接な関係があるように思われる。⁽⁷⁵⁾

(1) 末弘によれば、裁判官の仕事は、与えられた具体的事件に対して、単に具体的に妥当な解決を与えることではない。「裁判官は与えられた具体的社会関係の性質を決定した上、之を規律すべき法律規範を創造し、其一適用として判断を与ふべきである。……若しも他に全く同一の事件ありと仮定せばそれに対しても亦全然同一の判断を与ふべきこ

とを予期しつつ判断を与へることを要するのであつて、それが正に法律的判断としての裁判の特色であり、仲裁と區別せらるべき要点である⁽⁷⁶⁾。要するに、裁判官はまずもつて定型的社会關係を想定した規範を創造すべきであり、それを具体的事件に適用して解決を導くべきである。この論理は、末弘判例論の特徴といつてよい。この理解の下で、裁判官の活動と立法者の活動とは、本質的には同一の性質を持つことになる⁽⁷⁷⁾。

判例の法源性もまた、裁判官の法形成活動の右のような性格から導かれる。すなわち、ある裁判において規範Aが創造されたとすると、後の別の裁判で規範Bを創造する際には、既存の成文法規の遵守、法規全体の調和、司法全体の調和の観点から、規範Aも尊重すべきことになるのである。そして、裁判官が創造した法が何であるかを確定することによつて、——それに将来の裁判が拘束されるが故に、——将来の裁判における解決を予見することができるようになる⁽⁷⁸⁾。同じように「予見」を語つても、川島法学的予見とは明確に異なることに留意すべきである⁽⁷⁹⁾。

このようにして、裁判官の法解釈(法形成)のあり方が示されるとともに、そのようにして裁判所が現実形成した「ある法」の探求という、判例研究の目的が示されることになるのである。

以上の判例論・法解釈方法論を貫いて強調されるのは、「同実質の事件」に同様の法的判断を与えるという要請、すなわち公平の要請である。末弘法学において公平の要請が果たす役割は大きい。それは、一面では国家制定法による法形成と裁判所による法形成との役割分担において前者の優先という帰結を導く。一般的には国家制定法の機能限定が追求されながらも、公平の確保にかかわつてはその意義が積極的に評価されるのである。裁判所は全知全能ではなく、人間によつて構成されるのであるから、不公平の結果が出ないように、杓子定規との批判があつても、裁判所の自由判断を拘束すべき各種の制限を法令の中に設けるべきというのがその理由である⁽⁸⁰⁾。それはまた、解決の実質的妥当性を求めて裁判官の裁量の余地を広く認める傾向に対する警戒となつて現れる。末弘が自由法論に対して批判的であるのは、そ⁽⁸¹⁾

のような基本的姿勢に由来する。

裁判所は、いうまでもなく国家機構の一環をなす。しかし、他方で、それは、他の国家機関からの独立性を保ち——あるいは保つべきであり——、他の国家機関よりは権力性が稀薄である。この両面のいずれに着目するかで、裁判所による法形成に対する基本的見方が異なってくるであろう。後者に着目する場合には、裁判所による自由な法形成にさほどの抵抗感はなくなる。その方向はまた、社会規範を裁判所を通じて実定法秩序に組み込むためにも機能しうるであろう。しかし、裁判所の前者の性格に着目するならば、裁判所による法形成をどのようにコントロールするかに関心を注がざるをえなくなるのである。「公平」の理念の強調が意味するのは、裁判官の自由判断のコントロールである。この観点からいえば、末弘法学の基底には、裁判所の国家権力性の認識があるといつてよい。

(2)とところで、公平の理念は、同種の事件についての同種の解決という形式合理性を確保するものにすぎず、具体的事件における解決の具体的妥当性という実質合理性を保証するものではない。それは、裁判を通じて「あるべき法」の形成を促す理念でもない。それはまた、社会の要請を裁判を通じて実定法に取り込んでいく論理を提供するものでもない。しかし、末弘法学は、ここで列举した、公平の理念からは落ちてしまうような方向も、無視はしない。それらもまた、末弘法学が追求すべき課題とされているのである。

たとえば、末弘は、裁判所が権利濫用法理の活用によって法の社会化を進めるべきことを積極的に肯定する。その前提にあるのは、これまでの個人主義本位の所有権理論では、社会全体の福祉と調和しなくなっているという社会認識である。⁽⁸²⁾また、末弘の著名な「嘘の効用」論は、「社会」と「法令」⁽⁸³⁾との間に乖離が生じた場合に、両者を調和させるものとしてのフィクション（擬制）の機能を論じたものである。その際に「嘘」を活用して両者の調和を図ることを期待されているのは、当然に裁判所である。これらにおいては、裁判所による積極的法形成が追求される。ここでの裁判所

観は、(1)の方向の前提となつていたそれとは異なるものといふべきである。

さらに、末弘によれば、法律学の目的は、一般的には「よい法律」「正しい法律」を作り「よい裁判」「正しい裁判」を行うことである。それでは、正しい法律とは何か。一つは正義の要求に合致してゐることであり、いま一つは公平の要求に合致してゐることである。⁽⁸⁴⁾公平とともに正義が援用されている点が注目される。それでは、この正義は、どのようにして基礎づけられるのか。一般にいわれる「権威、歴史、哲学」ということではなく、より社会科学的名もので法の基礎づけができないかというのが、末弘の基本的発想であつた。そのためには、社会的事実に関するデータが十分に集まる必要がある。法律の歴史に関する学問、人種学、民族学、比較法学などにより事実を集め、そのデータを基礎として原理原則を見出すことができるであらう(科学主義⁽⁸⁵⁾)。

ここでの基本的観点は、法Ⅱ正義を社会から汲み上げることである。そのための手段として科学である法律社会学が位置づけられる。このようにして、裁判による法形成についても、公平の確保という(1)の方向では稀薄であつた社会との連結が回復されるのである。

4 主体としての個人の不徹底

(1)それでは、最後に、以上のような特徴を認められる末弘法学において、個人はどのような位置を占めるのだろうか。まず確認しうることは、個人の人格の確立は、末弘法学の最も基本的な問題意識であつたことである。たとえば、小作人に関していえば、現在は小作権の法律的基础が薄弱であるが、それは小作人の人格が不完全なことを意味する。言い換えれば、地主に対する小作人の隷属と屈辱を意味するのである。完全な人格者、完全な自由人となるために

は、他人の好意のみを前提として生存する者であつてはならない。そのためには、生存の基礎を確立することが必要である。⁽⁸⁶⁾末弘は、このように、個人の人格確立の観点から小作権確立を位置づける。これは、きわめて先進的な考え方といわなければならない。

末弘はまた、いわゆる温情主義に対して批判的である。その背後には、一つには、資本主義的経済組織の発展は、必然的に温情主義の没落を伴うという発展図式があるが、⁽⁸⁷⁾根本的には、「封建的隷属者となしつつこれに温情を垂れんとする、所謂『温情主義』」⁽⁸⁸⁾に対する否定的評価がある。仮に温情が通用するとすれば、それは当事者相互の平等なる人格承認の上に立脚したものでなければならないのである。

(2) 問題は、このような人格を確立するにはどのような戦略を採るべきか、である。ここで団体が登場する。末弘は、労働者や小作人が自己の利害を擁護する道筋として、団体行動を重視した。国家制定法が保障する契約の自由は、強者にとつてのみの自由であつて、弱者にとつて強制である。この状態を改善するためには、二つの方向がありうる。一つは労働者の団結であつて、そのようにして当事者双方の実力が平均する時、実質的な契約自由が行われうる。他の一は国家介入であつて、労働者の団結が充分に発達していない国では、自由な契約によつて相当な労働条件を確保することができないので、労働立法による最低賃金や労働時間の規制が必要になるのである。⁽⁸⁹⁾そして、この二つの方向のうちでは、前者の団結による実質的契約自由の回復が評価される。⁽⁹⁰⁾なお、以上は、労働者に関する叙述であるが、小作人に関しても、末弘の把握は基本的に同様である。そこでは、国家制定法による規律は中央集権主義として排斥され、地主を中心としあるいは一地方を限つての「団体的・自治的協約立法」に高い評価が与えられる。⁽⁹¹⁾このような団体を主体とする民衆運動によつて、社会において法が形成されるのである。

団結を通じての個人の利益擁護という戦略は、当時の歴史的文脈の下で大きな意義を持っていた。しかし、他方で、

団体は、個人との関係で常のその擁護者として立ち現れるわけではなく、その抑圧者として立ち現れる可能性もある。そのような事態を想定するならば、「個人を抑圧する団体」を制御するために国家（法）を活用するという発想がありうる。その場合には、団体による個人の利益擁護だけではなく、個人に対する国家制定法上の権利付与が重要な意味を持つてくることになる。しかし、末弘法学においては、そのような発想は見出されない。末弘法学において重視されるのは、あくまで団体Ⅱ社会なのである。

(3) かかる特徴の背後に、これまで繰り返し指摘している末弘法学における反国家、反国家制定法の姿勢があることは間違いない。末弘法学においては、社会に対する過剰な信頼と裏腹に、国家制定法に対する過剰な不信が見出されるのである。また、もう一点、末弘においても、鳩山と同様に、個人主義本位から社会性重視へという歴史の発展図式が存在することを指摘しておこう。

前述のように、末弘によれば、一八世紀に起こった個人主義の哲学、経済学と法学は、各人の利己心を利用することによって生産の増大が可能になり、社会の幸福が得られると考えた。そして、実際に生産は増加し、文明が向上した。この結果、平等思想が発達し、その必然の結果として需要の増加と生産の減少が生じた。この現象は、特に今回の世界大戦（第一次世界大戦）によって大規模に現れ出ている。需要は激増したのに物資が一般に不足しているということになれば、「今までの個人主義本位の物権法を以て社会全般の需要を充たし社会の安寧を維持出来ないのは当然である」とすれば、「社会の安寧秩序を維持し人類全部をして幸福に生活することを得しむる為めには、従来の個人主義本位の物権法を根本的に改造する必要がある⁽⁹²⁾」。

このような歴史理解が、団体優位の発想と親和的なことは明らかである。もちろん、末弘の団体主義は、鳩山の団体主義と同一ではない。鳩山における団体主義は、個人主義に対するやや抽象的な対抗理念であったのに対して、末弘の

それは、小作人組合や労働組合といった社会的現実を踏まえたものであったからである。しかし、それでも、個人主義に対する否定的評価という点では、両者には共通するものがある。それは、全体として、この二人をプラニオルから分ける点でもあった。

Ⅲ まとめに代えて——比較へ

以上、社会変動に対する民法学の対応という観点から、日本の社会変動期を代表する二人の民法学者、鳩山秀夫と末弘嚴太郎を取り上げてその法思想の特徴を検討してきた。最後に、すでに多少の点には触れてきたが、改めてプラニオルとの比較の観点から、いずれも問題提起の域を出ないが、まとめに代えて何点かを指摘しておきたい。

1 方法Ⅰ…概念の位置

これら三人の民法学者は、いずれも《法律と社会の乖離》に直面して、民法学の新たなパラダイムを確立しようとする努力をした。これらのうち、末弘が選び取った基本的方向は、国家制定法に代わって社会の法を前面に押し出そうとするものであり（脱国家制定法）、他の二人とは基本的発想を異にする。これに対して、プラニオルと鳩山は、この点では伝統的発想の枠内に立ち、基本的には国家制定法を重視する共通の発想に立ちながら（ただし、判例に対する態度はプラニオルのほうが開かれている）、社会変動（新たな利益の出現）に対応しようとした。しかし、その対応の仕方は、大きく異なる。概念の位置が異なるのである。

プラニオルが対峙したのは、注釈学派であった。注釈学派のもとでは、法典への忠誠が特徴である。社会変動に対応するためには、まずもって法典の相対化⁹²「脱法典化」が必要である。そのためには、注釈学派のパラダイムを転換する必要がある。これを、ドイツ法学（とりわけイエーリング）とドイツ民法典に学びながら、概念の厳密性確保と体系樹立という方向で成し遂げようとしたのがプラニオルであった。その際に、社会の現実には十分に考慮された。すでに触れたように、プラニオルにおいては、「利益から概念が産まれる」のである。これに対して、社会変動期の日本民法学が対峙したのは、ドイツ流の概念法学であった。そこでの概念は、輸入法学に由来するものであり（学説継受）、日本の社会の現実（利益）から遮断されていた。それゆえ、社会変動に対応するためには、この社会から切断された概念を相対化する必要があった。後期鳩山法学が目指したのは、これである。このようにして、信義則の強調による柔軟な法学が志向される。

ここから、さらに、二つの問いが提示されよう。

第一の問いは、対峙したものの違いにかかわる。日本では、法典編纂から精々二〇年しか経ていないにもかかわらず、社会変動期にはすでに法典注釈の時代は過去のものとなっていた。フランスと比較した場合には、日本における注釈の時代の短さと注釈学の不振が目立つ⁹³。これは何に由来するのか。さまざまな要因がありうるが、一つ考えられるのは、法典の社会における位置の違いである。フランスにおいては、ナポレオン法典は書かれた理性であり、社会の基本法（*Constitution civile*）であり、その権威は絶大であった。これに対して、日本民法典は、条約改正との関連は措くとしても、基本的には社会発展の道具として制定された。このような観点からすれば、社会が変化していけば法典の改正は当然のことになる⁹⁴。法典の権威は最初から小さいのである。

第二の問いは、方法の違いにかかわる。プラニオルと鳩山の概念に対するスタンスの違いは、まずもって対峙したも

のの違いに関係するであろう。これが先に述べたことである。しかし、改めて考えてみると、後期鳩山民法学のように社会から切断された概念法学に対峙する場合であっても、概念の柔軟化ではなくて概念の組替えという方向で問題への対処を図ることもありえたはずである。それがどうしてそうならなかったのか。ここでは、鳩山個人の対応の姿勢というより、概念の柔軟化がその後の民法学の主流になっていったことの理由が問題になる。これは、逆にいえば、フランスではどうしてサレイユやジェニイの方法が主流にならなかったのか、という問いでもある。

2 方法Ⅱ…法律学における科学をめぐる

方法に関するもう一つの問題は、法律学における科学にかかわる。ここでは、今度はプラニオルと末弘との比較が問題になる。

末弘法学における科学は、「正しき法」を探求するために社会科学を活用するという文脈で問題になった。そこで問題になっているのは、「社会科学的方法による法の基礎づけ」、「正しさの基礎づけ」であり、要するに、規範論と結合した科学である。末弘は、そのような観点から、法史学、比較法学などの基礎法学に大きな期待をかけた。末弘がこれらの学問における認識からどのように「正しき法」を引き出そうとしているかについては、十分な展開がない。ただ、サヴィニーを中心とする歴史法学を引きつつ、この学派が「人の経験あるいは諸制度の発達のその間に展開してくる理念の実現」を見ようとしている旨を述べているのは、示唆的である。⁽⁹⁵⁾

これに対して、プラニオルの場合には、法の科学は、あくまで実証主義的に捉えられる。認識の学としての法律学である。そこで要求されるのは、「現在または過去に個別的形態において存在する法」を収集することである。「法の科

学』の任務は常に变化する事実の単なる認識にすぎない」のであつて、そこには規範的なものが混入する余地はない。プラニオルにとっては、法の科学は、法の根拠にも法の目的にもかかわらないのである。⁽⁹⁶⁾ 末弘との違いは大きい。

この差異は、法律学における科学の捉え方を超えて、法学者が法形成に関与することをどう考えるかというより広い論点に結びつく。末弘の場合には、法学者の法形成への関与は当然のこととして前提されている。これは、末弘の特徴というわけではなく、日本民法学一般に共通して見出される前提であろう。これに対して、プラニオルのように法の科学の任務を捉える場合には、法学者の法形成への関与は、当然には肯定されない。むしろ、原理的には否定の方向を向くであろう（もちろん、法の科学と切断されるかたちで、規範論⁽⁹⁷⁾法の形成に法学者がかかわることはありうるが）。報告者の印象では、プラニオルによって提示されたこの法律学の任務の捉え方は、今日のフランスにおいて支配的な考え方になっており、日仏の法律学の大きな差異を構成しているように思われる。なにゆえ、フランスにおいては、「法の科学」の任務が認識に限定されるのか。なにゆえ、法学者による法形成機能が強調されないのか。逆にいえば、なにゆえ日本においては法学者の法形成への関与がほぼ当然のことと理解されているのか。これらは、検討に値する論点だと思われる。

3 基本的価値

最後に、民法学が依拠すべき基本的価値に関して触れよう。プラニオルにおいて、依拠すべき基本的価値は、レミイ報告が明らかにしたところによれば、個人主義であり、自由主義であった。これに対して、日本の場合にはまったく異なる。鳩山においては、「個人主義から団体主義へ」という発展図式が描かれつつ、社会進歩の観点から、団体主義が

依拠すべき基本的価値として選び取られた。末弘の場合には、基本的には国家の抑制が目指されたが、それに代わって前面に出るのは、個人ではなかった。そこで追求されたのは、社会優位の民法学だったのである。ここでは、むしろ「伝統私法学の個人主義的法把握の限界を暴露する」ことが問題になっていた。⁽⁹⁸⁾そして、末弘の場合にも、鳩山と同様に、その発想の背景には「個人本位から社会性重視へ」という発展図式があった。

思考様式をまったく異にする鳩山と末弘が、この点では共通の発想を示す点は興味深い。改めて考えてみると、個人主義に基礎を置く民法学は、戦前の日本においては稀有の存在である。鳩山、末弘以前についていえば、社会進歩を理念とする法律道具主義的民法学のもとでは、個人主義志向は望むべくもなかった。また、その後の概念法学は、そのような理念と切斷されたところでその体系を組み立てていた。そして、鳩山、末弘以降は、昭和恐慌から戦時体制への移行に伴い、個人主義・自由主義は、国家の弾圧の対象になる危険すらあった。このような状況のもとで、個人主義を民法学が基本的価値として選び取ることは難しい。わずかな例外的存在は、戒能通孝の民法学であろうか。まして個人主義に立脚する民法学が主流を形成するなど考えられないというべきであろう。これに対して、プラニオルの民法学は、フランス民法学に絶大な影響を及ぼしていく。この点でも、彼我的差異は大きいといわなければならない。

(1) 報告者の分析枠組みで表現すれば、この時期は、「近代市民社会」から「現代市民社会」への転換期にあたる。吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、一九九九年）一一二～一一三頁、一三一頁以下参照。

(2) レミイ報告(二)～(四)参照。

(3) 建物保護法から借地法、借家法までの立法史については、渡辺洋三『土地・建物の法律制度(上)』（東京大学出版会、一九六〇年）一六七頁以下、山田卓生「借地法の生成と展開(一)」『社会科学研究一八巻二号（一九六六年）一七五頁以下

など参照。

(4) 政府の小作立法事業の動向については、広中俊雄『農地立法史・上巻』（創文社、一九七七年）が詳細な研究である。

(5) 以上については、さしあたり、横井芳弘『労働運動と労働法の展開』小川政亮・蓼沼謙一編『岩波講座・現代法10現代法と労働』（岩波書店、一九六五年）九五～九八頁参照。

(6) 本シンポジウムの討論におけるレミイ発言。本誌三一九頁参照。

(7) 多くの文献があるが、サレイユおよびジェニイ理論の紹介と自由法論の展開という観点からは、牧野英一『民法の基本問題』（有斐閣、一九二四年）、同『民法の基本問題第二編』（有斐閣、一九二五年）、同『科学的自由探求と進化的解釈——民法の基本問題外編第四』（有斐閣、一九三七年）などが特に参照されるべき文献である。なお、牧野の自由法論とサレイユおよびジェニイのそれとの異同は、十分な検討が必要な論点である。ここで詳論することはできないが、両者の間には基本的なところでの性格の違いがあるというべきである。本文に記す牧野の「脱法化」志向は、その差異を端的に表現するものであろう。

(8) 「法律生活の静的安全及び動的安全の調節を論ず」（初出一九一五年）『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、一九五五年）所収。

(9) 前掲注（8）一二頁。

(10) 前掲注（8）二七頁。

(11) 前掲注（8）二九頁。

(12) 梅謙次郎『民法総則』（信山社、一九九〇年（一九〇四年版の復刻））四七頁、九一頁。このように把握する場合には、法律の目的と政治の目的との間に果たして差異があるのが問題にならう。実際、梅のもとでは、両者は基本的に同一のものとして把握される。両者の違いは、「範囲ノ広狭」にすぎなくなるのである。梅・同上四七頁。ここには、法に固有の思考様式である正義観念が見出されない。

(13) 富井政章『法律学に関する説』法協五九号（一八八九年）六一五頁以下参照。

(14) 瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一巻五〇六号（一九九一年）四〇一頁、四〇三頁。

(15) 梅・前掲注（12）四二頁以下。なお、本文のまとめは、吉田克己「二人の自然法学者——ポワソナードと梅謙次郎」法

時七一巻三号（一九九九年）七九頁で行ったものを踏襲するものである。

(16) その結果、民法典が成立した以上、性法を適用すべき場合は少ないことになる梅・前掲注(12) 三三二頁。梅は、自然法論者を自称したが、そこでの自然法は、さほどの現実的意義を持たない。このような制定法に対する梅の態度は、自然法論にとって、「少なくとも、妥協、はつきりいえば自殺的な議論である」。星野英一「日本民法学の出発点」『民法論集第五巻』（有斐閣、一九八六年）一七八頁。

(17) なお、念のため付言すれば、以上のように団体主義志向が後期鳩山民法学において顕著になるということは、前期においてそのような傾向が見られないということではない。前期においても、鳩山は明確に団体主義志向を示している。たとえば、後に再び触れるが、典型的には一九一一年に公表された「工業会社の営業行為に基く損害賠償請求権と不作為の請求権」『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、一九五五年）所収を参照。

(18) 「財産法改正問題概論」（初出一九二〇年、一九二二年）『債権法における信義誠実の原則』（有斐閣、一九五五年）所収。

(19) 前掲注(18) 二二五～二六頁。

(20) 前掲注(18) 二二七～三〇頁。

(21) 前掲注(18) 二三〇頁。

(22) 以上について、前掲注(18) 二二七頁。

(23) 前掲注(18) 二四四頁。また、次のようにもいう。「社会に於ける諸種の制度は総て皆——其最も基本的なる国家の権力も——団体が少くとも或る場合には個人に優越したる存在を有し、其団体の維持及び発達の為めそれ等の制度を認むることが必要若くは有益なりということに其是認せらるべき理由を有するもの」である。前掲注(18) 二四二頁。

(24) 前掲注(18) 二三三頁。

(25) 前掲注(18) 二四五頁。より具体的な例として、開墾による所有権の下付、払下などが挙げられる。ここでの個人所有権の承認は、特定の個人を利用するためではなく、開墾を奨励して生産を増加するという公益上の理由に基づくのである。

前掲注(18) 二二二頁。

(26) 参照、前掲注(17) 四三二頁～四三三頁。「権利の行使も唯適當の範囲内に於いてのみ権利の行使となるものにして、其適當の範囲を超ゆる場合換言すれば善良の風俗に反するものと認めるべき場合には既に権利の行使に非ず即ち権利行為に

は非ずして転じて不法行為となる」(四三二頁)。「団体の利益即ち団体自身の維持発達の要件に背馳せざる範囲内に於てのみ個人の自由、個人の権利を認むる之進歩したる二十世紀の法律観念」である(四三二頁)。「我民法に於ても個人の権利を以て絶対と為すべきにあらず、社会団体の維持と発達とを害せざる範囲に於て即ち善良の風俗に反せざる範囲に於てのみ権利の存在あり其適法なる行使あり」(四三三頁)。「良俗に反するや否やは之れ国民一般の観念を以て決すべき所」である(四三四頁)。かかる違法論を今日の受忍限度論の原型と捉え、ドイツの古典的権利論からの偏倚を見る見解として、原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学四号(一九七六年)六八頁がある。

(27) レミイ報告(四)、「二〇」、「二四」以下参照。

(28) 鳩山の同世代および後代に対する影響力は、主としてはドイツ流の精緻な解釈論を特徴とする前期の仕事によるものといふべきかもしれない。しかし、その場合でも、鳩山の団体主義は我妻に流れ込み、我妻を通じて強い影響力を及ぼしている。あるいは、団体主義的発想については、個々の有力な民法学者の影響を語るよりも、日本民法学に通奏低音のように見出される特徴として語るべきであろうか。なお、初期の我妻における団体主義志向をよく示すものとして、一九三〇年に公刊された『民法総則』(岩波書店)への「序」がある。次のようにいふ。「現代の民法は個人主義民法だと称せらるる。……然し、近時に於ける資本主義の爛熟は個人主義に對立する団体主義の理想を醸成した。而してこの理想は民法理論の裡に導入せられてその根本理論を多くの方面から修正しつつある。その傾向はやがて現代の民法の全理論的構成を全然新たなる理想の下に改造せしめねば熄まないものであらうとさへ思はるる。……右の事情は、我々に対して法規の中に予定せられた理想を無批判に受け容れてただその論理的解釈に専念するをもつて足らず、常に法規乃至制度の社会的作用を理解しこれを新たなる理想から批判し、もつて右の理想を能ふかぎり民法解釈の上に実現することに努力することを要求する」。この団体主義には、鳩山の影響を見るのが自然である。

(29) たとえば、鈴木祿彌「鳩山秀夫」潮見俊隆Ⅱ利谷信義編『日本の法学者』(法学セミナー臨時増刊、日本評論社、一九七四年)二九四頁など。

(30) 前掲注(8)。

(31) 鳩山によれば、代理制度は、法律関係の迅速滑脱化という近世の取引社会の要請に応える制度である。そして、この代理制度に内在する取引安全の危殆化に対処するために、法律が表見代理制度と並んで設けたのが、無権代理人の責任なの

である。このような理解から、無権代理人の責任は、相手方の信頼を要件として、無権代理人の過失を要することなく認められる。「無権代理人の責任を論ず」(初出一九一一年)『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九五五年)三三三頁以下、『注釈民法全書第二巻・法律行為乃至時効』(厳松堂書店、合本一九一二年)三六五～三六六頁。この見解が、それまでの過失責任説に代わって、今日まで続く圧倒的な通説を形成してきたわけであるが、最近、佐久間毅「代理取引の法的保護」(有斐閣、二〇〇一年)三〇四頁以下によるきわめて鋭い批判が提示されるに至った。

(32) 民法一七七条の「第三者」の範囲に関しては、大審院連合部の明治四一(一九〇八)年二月一五日判決(民録一四輯一二七六頁)が制限説を打ち出していた。鳩山の見解は、これと真つ向から対立するものであった。無制限説の理由として、主要には次の点が説かれる。すなわち、不動産登記制度の理想は不動産に関する一切の法律関係を登記簿によって明瞭ならしむるところにあるが、日本民法は公信主義を採用せず、この理想からの距離は大きい。しかし、法律の文言および登記制度の許す範囲内においてこの理想に最も近い解釈を採用すべきである。とすれば、法の認めない制限を設けて自縄自縛しこの理想から遠ざかるのは妥当ではない、というのである。「不動産物権の得喪変更に関する公信主義及び公示主義を論ず」(初出一九一五年)『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九五五年)所収。とりわけ五七～五八頁参照。この見解は、判例に受け入れられず、学説上も少数説にとどまった。学説については、舟橋諄一「徳本鎮編『新版注釈民法6』(有斐閣、一九九七年)五六四頁以下(吉原節夫)参照。なお、鳩山は、債権譲渡についても、同様に「第三者」の範囲について無制限説を採用している。『増訂改版・日本債権法(総論)』(岩波書店、一九一六年。改版一九二五年)三五三～三五五頁。

(33) 鳩山は、この問題に関する無因的債務承認説(石坂音二郎)、抗弁権放棄説(判例)を批判して自己の禁反言説を打ち出すわけであるが、その狙いは、譲受人の信頼を保護するために、「承諾が何レノ意思ニ出デタルカラ問ハズ」に抗弁事由の切断を認める点にあった。前掲注(32)『増訂改版・日本債権法(総論)』三六〇～三六一頁。なお、この問題に関する鳩山説について通常用いられる「公信説」ではなく「禁反言説」という呼び方を用いたのは、池田真朗『債権譲渡の研究(増補版)』(弘文堂、一九九七年)三三三～三三五頁の指摘に従うものである。

(34) 我妻栄「民法に於ける『信義則』理念の進展——鳩山教授の理論を中心として」(初出一九四二年)鳩山秀夫『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九五五年)四四六頁。

- (35) 以上、「債権法に於ける信義誠実の原則」(初出一九二四年)『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、一九五五年)二五三―二五五頁。
- (36) 我妻は、後期鳩山民法学の「転回」が一八〇度のもではなく、常に中庸を失わなかったとする。その故に、鳩山の学説は、転回の後においても判例の進歩に大きな影響を与えることができたわけであるが、反面では、それは、「急転する社会を指導する法律論として力弱きを感じしめる点でもあつた」。我妻・前掲注(34)四四九頁。
- (37) 以上、前掲注(35)二六五頁―二七四頁。
- (38) 「債権者ノ遲滞」法協三四卷(一九一六年)二〇〇八―二〇一二頁。
- (39) 前掲注(35)二八二頁。この改説に伴い、「債権者ノ遲滞」論文が『民法研究第三卷(債権総論)』(岩波書店、一九二六年)に収録されるに際して、該当部分が修正された。現在、論文集『債権法における信義誠実の原則』において見ることが出来るのは、この修正後の論文である。
- (40) 前掲注(35)二八四頁。
- (41) 牧野英一「焼け跡の仮小屋問題」牧野英一・花岡敏夫・鳩山秀夫・寺田四郎『災後の法律問題』(牛久書店、一九二三年)四頁、六頁以下参照。なお、結論は同様であるが、非常時における「緊急権」によって借家人の建築行為を根拠づけようとするものとして、真野毅「震災と法律問題」(清水書店、一九二三年)一五頁がある。
- (42) 鳩山秀夫「大災後の私法問題」牧野英一ほか前掲注(41)六一頁に紹介されている岩田博士、今村所長の見解。
- (43) 前掲注(42)六〇頁。
- (44) 前掲注(42)六一頁。
- (45) 前掲注(42)六八頁。
- (46) 前掲注(42)六九頁以下。
- (47) 前掲注(35)二九九頁―三〇〇頁。そして、おそらくはこのような発想の延長上に、継続的契約の一般論として、「組織的法律関係に付ては所謂前生(Vorleben)と後生(Nachleben)とを認むべきである」との注目すべき主張が提示される。つまり、継続的契約の終了原因が発生した場合でも、突然にすべての関係が断絶してしまふわけではなく、当然後始末をすべきというわけである。そして、このような観点から、事務管理に関して管理継続義務を定めた民法七〇条を継続的

契約終了の場合に類推適用すべきことが説かれる。前掲注(35)二九六頁～二九七頁。

(48) レミイ報告(七)参照。

(49) なお、磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社、一九七五年)は、末弘法学を「わがくに社会法学の典型理論」と性格づけつつ、牧野理論をその先駆と位置づける(六三頁。また、三二頁、三三頁注(5)参照)。たしかに、社会志向などの点での両者の共通性を否定することはできない。また、末弘自身、牧野を穂積(重遠)とともに、「法律と実生活との著しき乖離」の調整に努めた理論的先駆者とし、その実践的先駆者である自らの民法判例研究会と並べて日本民法学史に位置づけている。「我妻教授の『民法総則』」法時二巻七号(一九三〇年)七一頁。しかし、本文に記した点からすれば、むしろ両者の異質性を強調すべきものと考ええる。とはいえ、一定の問題領域においては、末弘にも「脱法化」的契機を見出すことが可能であることについて、注(73)および対応する本文参照。

(50) これらの用語は、広渡清吾「日本社会の法化と戦後法学」社会科学研究四九巻二号(一九九七年)五一頁から借りたものである。

(51) 「不当勾留と国家の賠償責任」(初出一九二四年)『法窓閑話』(改造社、一九二五年)一八七頁(川島武宜編『嘘の効用下』(富山房、一九九四年)にも収録。一四九～一五〇頁)。

(52) 「誤判賠償の根本原理」(初出一九二三年)『法窓閑話』(改造社、一九二五年)九四～九五頁(川島編・前掲注(51)『嘘の効用下』一二四～一二五頁)。

(53) 「改造問題と明治時代の省察」(初出一九二三年)川島武宜編『嘘の効用上』(富山房、一九八八年)一〇一頁以下参照。

(54) 前掲注(51)一八五頁参照。

(55) 以上、前掲注(53)一〇一頁。

(56) この点については、吉田克己「末弘民法学とその継承・発展」法時七〇巻二号(一九九八年)二二頁に、もう少し詳しい叙述がある。

(57) 「解釈法学に於ける法源論について」(初出一九三三年)『民法雑記帳(上)』(日本評論社、一九五三年)二六二頁。穂積説(これは当時の通説である)のように、慣習法が当然に国家的に妥当するとすれば、法例二条が慣習のうち一定のものみに「法律ト同一ノ効力」を認める理由がまったく理解されなくなる、と主張する。これはたしかに、きわめて説得的

な批判である。

(58) 前掲注(57) 二六三頁。

(59) 前掲注(57) 二六四―二六五頁。

(60) 前掲注(57) 二七二頁。

(61) 前掲注(57) 二七八頁。また、「法源としての学説」(初出一九三八年)前掲注(57)『民法雑記帳(上)』二八八頁も参照。

(62) 以下は、磯村・前掲注(49) 一〇九頁の卓越した分析に多くを負っている。

(63) 前掲注(57) 二六五頁参照。

(64) 前掲注(57) 二七四頁。末弘はさらに、より広く、社会の自治規範でなくても政策的立場から法源として取り扱われるものがあることを認める。学説もその一つである。学説は判例と協働して「法的原則」を創造する。そして、これが「社会の法」と「解釈法上の法」とをつなぐ機能を果たす。たとえば、「社会の内部秩序としての慣習法がただちに自働的に自然に法的原則化するのではない。裁判官ないし法学者がこの内的秩序としての法を資料として法的原則を形成し、かくして初めて解釈法学的意味における法ができあがる」のである。前掲注(61)「法源としての学説」二九〇頁。したがって、「学説の法創造機能を承認する限り、それは『社会の法』として政策的立場からの法源として取り扱われうる理論的可能性をもっている」ことになる。磯村・前掲注(49) 一〇七頁。ここでも、解釈法上の法と社会の法との峻別を基本的視角としつつ、「法源としての資格」が広く解されるわけである。また、「行政的解釈の法源性」(初出一九三九年)『民法雑記帳』(日本評論社、一九四〇年) 所収も参照。

(65) 末弘によれば、「すべて国家の法律政策においては同様のものは法律上同様に取り扱われることが目的である。それは法の性質から結果する当然の原理であって、法律政策においては司法政策はもちろん立法政策においてすらこの原理が政策的価値をもつのである」。これが「類推」であって、元来、法の權威は、規定する内容が「正義」に合致するということよりは、同様のことに対しては同様の取り扱いをするという「公平」の要素によって保持されている。このことからすれば、「類推」の価値の大きさが分かる。このように論じた上で、末弘は、国家的權威を背景とせずには社会上法としての權威を有するのが慣習法であるとすれば、社会上法としての權威を有するものは、慣習法でなくとも慣習法と同様に扱われる

が当然として、慣習法に関する法例二条は他の社会的法律規範に対しても類推適用されるべきであると主張するのである。前掲注(57) 二七三〜二七四頁。

(66) 「法源としての条理」(初出一九四二年) 前掲注(57) 『民法雑記帳(上)』四三〜四四頁。また、「法律解釈に於ける理論と政策」(初出一九三二年) 『民法雑考』(日本評論社、一九三二年) 二四〜二五頁も参照。

(67) 『物権法上』(有斐閣、一九二二年) 三〜八頁。

(68) 「法窓閑話」(初出一九二四年) 『法窓閑話』(改造社、一九二五年) 五七頁以下。

(69) たとえば「司法官と社会思想」(初出一九二七年) 『法窓雑話』(日本評論社、一九三〇年) 一二〜一三頁。また、渡辺治

「時代の概観と革新的法律学の課題・総論」法時六〇巻一〇号(一九八八年) 四九〜五〇頁参照。

(70) 『農村法律問題』(農山漁村文化協会、一九七七年) 二〇五頁。

(71) 「法律的闘争と実力的闘争」(初出一九二七年) 前掲注(69) 『法窓雑話』九七〜九八頁。

(72) 社会の法による国家制定法の統御という観点からもう一点挙げておくべきなのは、日本のローカル・カラー把握の重要性という、『物権法上』(前掲注(67))で提示された有名な主張である。ここでは、国家制定法と社会の緊張関係は、法典に体现される西欧近代の普遍的価値と日本の伝統あるいは土着の固有性との対抗という性格を帯びてくる。この点を含めて、吉田・前掲注(56)においては、法典に体现される西欧近代の普遍的価値に対する末弘法学の評価の低さとその問題性をもう少し前面に押し出した検討を行った。

(73) 実際、そのような方向を示唆するような末弘の記述もある。たとえば、前掲注(70) 二〇八〜二二四頁参照。また、座談会(戒能通厚ほか)「末弘法学と現代」法時七〇巻二二号(一九九八年) 五六頁の小林彪発言参照。

(74) 日本評論社に、末弘の講演を筆記した『法律社会学』についての講義ノートが保存されている。一九四九年または一九五〇年のものと推定されている。前掲座談会注(73)への付記(五九頁)参照。本文の「正義」と「公平」に関して、この講義ノートは貴重な資料となっている。未公表のものではあるが、以下では多少参照することにした。参照するのは、二月五日実施の第二回分で、参照箇所は、筆記原稿の何枚目かで特定する。この「講義ノート」によれば、「公平」は、「同じようなものは同じように取扱われるということによって人が満足することである(六枚目)。これに対して、「正義」は別に考えなければならぬ。物を盗った人がいざれもが同じように罰せられるというのは公平の問題だが、「物を盗つ

た者がたとえ死刑に処せられるということになると、……何か重すぎるのじゃないかと言って人が納得しない。それで一体なぜこれが法であって、権威があつて、人がこれに服さなければならぬのかということがこの法における正義の問題の基礎」である(七―九枚目)。ここに示されているように、基本的には、「公平」は形式合理性に、「正義」は実質合理性に關係する理念と考えてよい。

(75) 以下の記述は、吉田・前掲注(56)二四―二五頁をもとに、多少の加筆訂正を加えたものである。

(76) 前掲注(66)「法律解釈に於ける理論と政策」二〇―二二頁。

(77) 前掲注(76)一七頁。また、前田陽一「民法学から見た『政策と法』」『岩波講座・現代の法4法と政策』(岩波書店、一九九八年)三五頁参照。

(78) 「判例の法源性と判例の研究」(初出一九四一年)前掲注(57)『民法雑記帳(上)』三四頁以下参照。

(79) この点については、吉田克己「民法学と法解釈論——末弘法学の方法」法時七〇卷一二号(一九九八年)四二―四三頁も参照。

(80) 「淳風美俗と親族法の改正」(初出一九二五年)前掲注(68)『法窓閑話』二七三―七四頁。

(81) 「嘘の効用」(初出一九二二年)川島編・前掲注(53)『嘘の効用上』五二―五四頁。

(82) 前掲注(67)『物権法上』三―八頁。

(83) 前掲注(81)参照。なお、末弘フイクション論については、嘘とフイクションをはっきりと区別していないという観点からの石井紫郎による批判があり(『嘘の効用』と大岡裁き)『図書一九七三年四月号)、この批判は来栖三郎に受け継がれている。『法とフイクション』(東京大学出版会、一九九九年)二三頁以下(注(13))。

(84) 五十嵐清「末弘嚴太郎の最後の民法講義」札幌法学八卷二号(一九九七年)五頁。

(85) 先に引いた『法律社会学』についての講義ノート(注(74))から若干の引用を行つておく。「これらの権威、歴史、哲学というものの基礎づけに満足しないで、もっと何か社会科学的なものによって法の基礎づけができないものであろうか、法における正義——これはこうすることがよいのだ、これが正しいのだということに基づけば(ママ)できないだらうか、こういうことを考えるときに人は始めて法律社会学ということに気がついてくるのじゃないか……」(一五枚目)。「法律社会学が科学として成立する可能性は、十九世紀の中ごろ以降、法律の歴史の学問、あるいは人種学というか、民

族学というか、あるいは比較法学に関する知識、それらのものが発達してきて、各国の法律の比較、あるいは縦に法の歴史、未開民族の間の生活、こういうものに関する事実がたくさん集まってきたときに始めて法律社会学が科学として成り立つ可能性が出てきた」(二三枚目)。

(86) 前掲注(70)『農村法律問題』一一六頁。

(87) 『温情主義と労働立法』法時二巻五〇六合併号(一九三〇年)六頁。

(88) 『時事雑感』(初出一九二九年)川島編・前掲注(51)『嘘の効用下』二四一頁。

(89) 前掲注(53)一二六〜二二八頁。

(90) イギリス労働者の高い地位が、社会政策立法によるものではなく、団結による自助的手段によることを強調する。「小作人と土地所有権」(初出一九二四年)川島編・前掲注(51)『嘘の効用下』一五五〜五六頁。

(91) 前掲注(70)『農村法律問題』一一三頁。

(92) 前掲注(67)『物権法上』三〜五頁。

(93) 注釈の時代の短期性は、星野英一「日本民法学史」法教八号(一九八一年)三九頁でも指摘されている。なお、そこでは、その原因として、優秀な学者が続々とドイツに留学したことが挙げられるとともに、フランス法学派の雄である梅の早逝が決定的だったとされている。

(94) 実際、梅謙次郎は、「日本ノ社会ハ日二月ニ進ンテ行ク、其進ンテ行ク社会ヲ支配スベキ法律ガ進マナイ……ト云フコトデハ夫レハ非常ニ不都合ナ法律ニナツテ仕舞フ」として、民法典編纂の前からそれが社会進歩に応じて改正されていくべきことを主張していた。「法典ハ果シテ改良スルヲ得ザルカ」東洋学芸雑誌一五五号(一八九四年)四二九頁。

(95) 『法律社会学』についての講義ノート」(注(74))二四枚目。

(96) レミイ報告(一一五)。

(97) レミイ報告(一一六)。

(98) 和仁陽「末弘巖太郎——日本民法学史の自作自演者」法教一七八号(一九九五年)七三頁。