

「法社会学論争」の教訓（三）

——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 - 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 - 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - (4) 明治日本民法典の成立 (以上、龍谷法学49巻4号)
 - 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - ① その時期の一般的動向
 - 〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向
 - ② その時期の民法学の状況
 - 〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学
 - 〔イ〕 岡松参太郎
 - (a) 序論
 - (b) 『無過失損害賠償責任論』
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫
 - (a) 序論
 - (b) 「財産法改正問題概論」
 - (c) 「債権法に於ける信義誠實の原則」

[ハ] 牧野英一

(a) 序論

(b) 「法律の社會化」

(c) 「具體的妥當性」

(d) 「復興的精神」

(e) 「權利の觀念の轉回」 (以上、龍谷法学50卷1号)

[ニ] 末川博

(a) 序論

(b) 「イェーリングの占有意思論」

(c) 「雇傭契約發展の史的考察」

(d) 「公序良俗の概念」

(e) 「イェーリングを中心とした土地所有權の限界に関する研究」

(f) 「權利濫用禁止の理論的考察」

[ホ] 我妻栄

(a) 序論

(b) 「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」

(c) 「私法の方法論に關する一考察」 (以上、本号)

[ヘ] 穂積重遠

[ト] 中島玉吉

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)

[イ] 岡村司

[ロ] 末弘厳太郎

[ハ] 〔補論その1〕平野義太郎

[ニ] 〔補論その2〕美濃部達吉

(2) 昭和初期

① その当時の一般的動向

② その当時の民法学の状況

〔i〕 我妻栄

〔ii〕 牧野英一

〔iii〕 その他この当時の「信義則論」の展開

〔iv〕 穂積重遠

〔v〕 中川善之助

③ 「市民法学」の継統とその変容(「市民法から社会法へ」)

〔i〕 末川博

〔ii〕 末弘厳太郎

〔iii〕 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔i〕 加古祐二郎

〔ii〕 平野義太郎

⑤ 補論——天皇機関説事件

4. 昭和の天皇制ファシズム期

- (1) その時期の一般的動向
- (2) 「日本法理研究会」の発足
- (3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動
- (4) 〔補論〕マルクス主義法学の状況

5. 小括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景
2. 論争の端緒
3. 論争の内容
4. 論争の特異性
5. 論争の「教訓」
6. 小括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）
2. 「法解釈学の方法」に関する論争
3. 「判例研究の方法」に関する論争
4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現在的到達点
5. 補論——「民法改正」（債権法を中心とした改正）をめぐって
6. 小括

五 結語——残された課題等を中心に

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

(1) 大正デモクラシーの時期

〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学（続き）

以下では、「大正デモクラシー」期におけるわが国「財産法」論の続きとして、若き末川博¹（1892-1977年）、そして若き我妻榮（1897-1973年）

1 本稿でも、従来通り、氏名には敬称を付さないことにする。また、亡くノ

の民法学について、若干の考察を試みる。まずは末川博の「財産法」論の特徴点を探ってみよう。

〔二〕 末川博

(a) 序論

末川博は、出身地の山口県・岩国中学を卒業後、1910年（明治43年）、京都の第三高等学校（三高）第一部丙類（ドイツ語専攻）に入学。その2年後、1912年（大正1年）12月以降は、まさしく「第一次護憲運動」のさなかであった。当時末川は、京都市で開催された尾崎行雄（1858-1954年）の演説会にも参加したという²。またイエーリングの『権利のための闘争』（1872年）を原書で熟読したのも三高時代であった³。その後末川は、1914年（大正3年）に京都帝国法科大学法律学科に入学した⁴。在学中に「高

くなった方については、可能な限り生没年を記した。

2 兼清正徳『末川博・学問と人生』（1997年）25頁以下、特に40頁参照。その折、末川が尾崎の演説に感動してデモ行進まで参加したところ、「サーベルをがちゃつかせた警官隊に追いまくられて丸太橋から吉田まで逃げ帰ったりして初めて政治というものに現実的な関心を持った」とされる（兼清・前掲書40頁）。なお、第一次護憲運動及び尾崎行雄のことは、本稿「その当時の一般的な動向」の項で述べておいた。本稿前編（二）・龍谷法学50巻1号（2017年）注23及びそれに対応する本文を参照。ちなみに、末川自身その自叙伝『彼の歩んだ道』（1965年）140-141頁で、上記兼清が示した事実を裏付ける記述をしている（以下では、末川『歩んだ道』として引用する）。なお、その自叙伝で末川が「彼」と言っているのは、むしろ末川自身のことを指す。末川は「自己」を「多少でも客観化したものにしたい」と考え、「彼」という表記を用いた旨、述べている。末川『歩んだ道』の「まえがき」iを参照。

3 このことは、兼清・前掲書（前注2）41頁以下に記述があるほか、末川自身が『権利侵害と権利濫用』（前注242）767頁の著者「あとがき」及び末川「歩んだ道」（前注2）162頁で述べている。のちほど本稿で指摘するように、イエーリング（1818-1892年）による影響は、若き末川民法学に著しい傾向の一つであった。なおイエーリングについては、さしあたり戒能通孝「イエーリンク」木村龜二（編著）『近代法思想史の人々』（1968年）53頁以下参照。

4 末川が法科を選択したのは、特にこれといった理由はなく、当時の「法科万能」という単なるムード的なものと共に、「法律を勉強することには社会的な意義がある」とも考えていたからである、とされる。兼清・前掲書（前注2）ノ

文試験」に合格し、卒業後農商務省に就職が決まりかけたが、同時に京大から「大学院特別研究生」としての採用決定の通知をもらい、結局末川は研究者としての途を選択した⁵。指導教官は中島玉吉（1875-1960年）であり、中島のもとで末川は、まずは債権法の研究を志した（筆者のみたところ、末川は、債権法の中でもまず不法行為と「権利濫用」との関係に関心を抱き、それ以降「占有論」・「雇用契約論」・「公序良俗論」・「イミッシオン論」そして「権利濫用論」そのもの、さらには「権利侵害論」〔不法行為「違法論」〕へと研究の幅が広がっていったようである）。中島は、末川に対して、全くの自由放任で

ㄨ43-44頁参照。また末川自身は、「高等学校のころにドイツ語の勉強にもなろうかと思うて読んだイェーリングの『権利のための闘争』(Der Kampf ums Recht)による刺激があるといえるかも知れない」とも言っている。末川『権利侵害と権利濫用』(1970年)著者「あとがき」(同書767頁)参照。なお末川『歩んだ道』(前注2)162頁では、彼がイェーリングの『権利のための闘争』を読んで、「法律学もやりようによっては面白いだろうというような漠然たる関心をかき立てられた」との記述がある。また、末川の学生時代は、学者の人間的側面に関する影響を岡村司(1867-1922年)から受けた、とされる。兼清・前掲書47頁。ちなみに、岡村司は京都帝大講師・助教授そして教授まで務めたが、その後家族法に関する地方講演の内容を理由に文部大臣から譴責処分を受け、ちょうど末川が京都帝大に入学した年(1914年)に病気を理由に依願退職している(その後嘱託講師として講義を続行。併せて弁護士を開業)。末川が岡村の講義(親族・相続法)を受けたのは、岡村が退職後、嘱託講師になってからである。岡村の学風は、京都帝大助教授時代のフランス留学の影響を受けてか、フランス革命に感激し、さらにはマルクス＝エンゲルスの社会主義思想にも共感を示し、「時の国家権力なにするものぞ」という気風であった、とされる。熊谷開作「岡村司」潮見俊隆＝利谷信義(編)『日本の法学者』(1975年)115頁以下参照(京都帝大を辞職した理由を聞かれた岡村は、「朕の官吏養成の手伝いはできない」と答えたという。熊谷・前掲128頁)。岡村司については本稿続編で改めて取り上げる。他方、末川が、学者の学問的姿勢とその思索態度として影響を受けたのは、佐々木惣一(1878-1965年)と竹田省(1880-1954年)だという。兼清・前掲書同頁。

5 兼清・前掲書(前注2)50頁以下参照。高文試験で末川は、憲法専攻の笈克彦(1872-1961年)から「臣民とは何か」、「絶対とは何か」と質問されて「質問の趣旨がわかりません」と答えたという。憲法の成績は散々だったらしいが、経済学が抜群で合格したとされる。

あった、とされる⁶。末川は、1919年（大正8年）に京都帝大法学部講師となり、この年に結婚した（妻の姉が河上肇〔1879-1946年〕に嫁いでいるので、末川と河上は義兄弟となった）⁷。その後1922年（大正11年）7月下旬から、欧米に留学。特にアメリカで大いに学び、自由を満喫し、さらにロンドンに立ち寄った。その後、ヨーロッパ諸国を旅行した⁸。帰国後、その翌年1925年（大正14年）、京都帝大法学部教授となる。その講義は、イェーリングの「ローマ法を通じてローマ法の上に」をもじって「民法典を通じて民法典の上に」をモットーとし、若々しい情熱溢れる講義で学生たちを魅了したらしい。その際、末川は概念法学や解釈法学には批判的であり、かつまた個人主義的な権利観にも反発を感じていた、とされる⁹。当時、末川は「進歩的法学」として社会科学的な方法論にあこがれを抱いていたようである¹⁰。

6 兼清・前掲書（前注2）54頁。末川が図書館にいくと、そこですでに京都帝大を辞めて満鐵理事になっていた岡松参太郎（本稿前編〔二〕で触れた）と出会った、という。このとき岡松は、民法総則のコンメンタールを書いている途中であった。当時、岡松は「未成年者や妻の行為能力」について書いているところであり、末川があと何年くらいかかりますかと聞くと、「まあ200年くらいかかるじゃろうな」と答え、末川を驚かせたという。その他、末川の研究生生活の側面としては、先輩に滝川幸辰（1891-1962年）、恒藤恭（1888-1967年）らがい、共に「法律研究会」を組織し、後にはこれに栗生武夫（1890-1942年）らが加わった、とされる。兼清・前掲書55頁参照。

7 兼清・前掲書（前注2）58頁。末川は、ときどき河上宅を訪れては河上から「経済や政治の話聞いた」とされる。兼清・前掲書（前注2）59頁。なお、周知のように河上肇は、京都帝大経済学部教授としてマルクス経済学を研究し、その成果の一部を『貧乏物語』（1917年）として公刊した。かつまた彼は、社会的な実践活動家でもあった。河上は終戦直後に世を去ったが、その直前に至るまでの末川博との交友については、兼清・前掲書129-132頁を参照。

8 兼清・前掲書（前注2）60頁以下に詳しい。特に、末川『歩んだ道』（前注2）207-208頁では、アメリカ・ハーバード大学でのパウンド（1870-1964年）との出会いをはじめ、アメリカでの留學生活が生き生きと綴られている。

9 兼清・前掲書（前注2）71-72頁参照。なお、末川の近代自由主義的権利思想への反感めいたものについては、末川『歩んだ道』（前注2）206頁にも示されている。

10 兼清・前掲書（前注2）73頁参照。

しかしその実作をみるかぎり、若き末川博は「権利濫用論」や「公序良俗論」などの一般条項的規範の探求を重点的に試みていたように思われる。またその理論的関心は、微妙に揺れ動いている。要するに——良かれ悪しかれ——当時の末川には、いまだ体系志向がなかった、と言ってよい。あとで見る我妻栄が、明瞭に「私法の方法論」に研究の方向性を定めていたのに比べると、むしろ末川の持ち味はイエーリング研究（ないしギールケ研究）によって触発された「歴史的方法・比較法的方法」に限られていたように思われる。そしてそれが、先ほど指摘したところの、若き末川博によるわが国民法学「解釈論」としての「一般条項」論的研究と結びついていく起動因ともなった、と考える。その限りにおいて、本稿前編（龍谷法学50巻1号〔2017年〕）で検討した牧野英一の影響が、末川民法学のうちにも、かなり色濃く滲み出ている¹¹。

以下では、大正デモクラシー期における末川民法学の断面図を描いておくことにする（なお初期末川の「権利濫用論」については、本稿前編〔龍谷法学50巻1号注242で比較的詳しく紹介し、検討を加えたのでここでは省く。それ以外の中から筆者が任意に抽出した4つの論文を考察する。ただし、出版年順の検討〔歴史的叙述方法〕を心がけたので、取り上げるテーマは様々である）。

(b) 「イエーリングの占有意思論」¹²

11 そのことが、本稿で若き末川の民法論をもって、いまだ「市民法学」たりえていなかったという筆者（川角）の判断（僭越で、甚だ主観的な判断）に繋がっていったのである。その筆者の判断によれば、末川の「市民法的」性格は、昭和初期になってやや表面化し、1930年（昭和5年）の『権利侵害論』でようやく本格化したように思われる。そして1933年（昭和8年）4月以降の京大滝川事件でリベラリスト末川博の闘争本能に火がついたようである。とはいえ末川も、その後の昭和ファシズム期には、かなり苦勞したのではないか。ちなみに、兼清・前掲書（前注2）132頁は、マルクシスト河上肇との対比で、末川のことを「リベラリスト」と呼んでいる。この「リベラリスト」の含義は、微妙な点を併せ持つ。この点、本稿後述及び本稿続編の記述を参照。

12 末川博『末川博法律論文集Ⅳ——物権・親族・相続』（1970年。原論文初出は1918年〔大正7年〕）60頁以下（なお、この論文は末川『民法に於ける特殊問

末川博の見解それ自体をみる前に、まず「占有論」に関する一定の前提問題を確認しておきたい。古くローマ法から「所有」(dominium)と「占有」(possessio)は、一応区別されてきた¹³。しかしながら——大雑把に言うことが許されるならば——とりわけ19世紀初頭からの近代法形成の下で、所有権が「法的な所有権原」(title)として「観念化」したのに対して、占有はもっぱら「物への事実上の支配」として捉えられ、それ(「占

ゝ題の研究・第一巻(第三版)』[1925年]60頁以下にも収録されている)。以下、引用にあたっては、末川「占有論」と略称する。なお、先述した末川の略歴からすれば、この論文は、末川が京都帝大法学部講師となる前、かつまた結婚する前年の作品ということになる。したがって、この「占有論」は、末川の大学院在学中の著作である。その意味で末川は学問的にかなり早熟であり、この末川「占有論」は、その後の片鱗を見せつける作品であるとも言える。ただし、末川「占有論」は一個の「論説」というよりも「紹介」に近い。末川自身、この作品を「抄訳の片碎を点綴」したもの、と言っている。末川「占有論」60頁の「著者はしがき」に相当する出だし文を参照。

- 13 ここでは、さしあたりゲルマン法的ゲヴェーレ(Gewere)制度によって規定されたゲルマン法的「所有」・「占有」関係論を視野の外に置く。ローマ法に關しても、一応の考察にとどめておくしかない。要するここでは、単に歴史的・沿革的のみならず、まずは「占有訴権」(民法197-201条)との関係で「占有」と「占有権」を対比する(一般に後者にのみ「占有訴権」による保護が与えられる)。そのため、さらにその前提としての「占有」と「所有」との区別を確認する必要に迫られる。その限りで、ローマ法にまで遡って簡潔な考察を試みようとするだけである(言うまでもなく「所有〔権〕」についてのみ、いわゆる「物権的請求権」〔ローマ法固有のものとしては、rei vindicatioのみ。これに対して、actio negatoriaは「役権否認の訴」として所有権保護とは別の沿革をもつ])。水辺芳郎「占有制度」星野英一(代表編集)『民法講座2・物権(1)』(1984年)265頁以下、特に266頁参照。なお actio negatoria のローマ法上の独自性(actio negatoria 自体の発生過程とその「役権否認の訴」としての確立)については、拙稿・川角由和「ローマ法における所有権保護訴権の「形成」とその意義——actio negatoria を中心とした「覚書」的考察」松井宏興=岡本詔治=牛尾洋也(編)『借地借家法の新展開』(2004年)231頁以下、特に234-254頁参照(ちなみに、この著作の表題〔『借地借家法の新展開』〕からすれば、筆者の論文は少し的が外れているようである。しかし筆者の拙稿は、この著作が特に「甲斐道太郎先生」の「喜寿」記念論文集としての性格を併せ持ち、広く甲斐民法学から影響を受けた者に対しても執筆依頼があったことによる。この著作の編者「はしがき」iv参照)。

有」] が法的に保護されるという意味での典型的な「占有訴権」でもって保護される限りにおいて、「占有権」への転化をとげ、もって近代法的次元での「所有」と「占有」との新たな対比・対照化が成立した（たとえば民法202条における「本権の訴」と「占有の訴」との厳格な区別において象徴化されるものが、それである）¹⁴。1804年のフランス民法典では、占有（posses-

14 さしあたり、川島武宜「所有権の「現実性」——「観念的」所有権との対比において」『川島武宜著作集第七巻・所有権』（1981年）316頁以下参照。特に次の記述に注意したい。——「観念的所有権は物権的請求権によって守られる」。さらに「所有権は、単なる客観的違法状態の存在の場合に、——すなわち不法行為におけるように主観的違法状態の存在は要件となるのではなく——天下万人に対する無数の物権的請求権によって保障されているのである（いわゆる所有権の絶対性）。すなわち、所有権は、このような物権的請求権によって、観念的たると同時に絶対的な権利なのである。〔これに対して〕民法は占有訴権の制度を規定する。占有訴権（中略）は、物支配事実の侵害そのものを独立に保護する点において、権原そのものを独立に保護することを目的とする物権的請求権と対立するものであることは、ここにのべるまでもない周知のことである。しかるに、所有権そのものにもとづく物権的請求権は実定法上この占有訴権から厳格に峻別されているのであり（民法202条）、その結果、所有権の観念性はきわめて純粋なものとして存在せしめられているのである。このような占有訴権制度は、所有権の観念性をいわば裏面から確保しているのである」（傍点・丸括弧ともに原書。〔 〕内のみ引用者）。川島・前掲論文326-327頁。ここには、川島武宜（1909-1992年）のきわめて鋭敏な進歩的感覚・歴史把握及び論理性と理論性が如実に反映している。とりわけ川島が、物権的請求権を占有訴権から「厳格に峻別」すべきことを主張していることは重要である。すなわち——川島の「「観念的」所有権」論の当否は別としても——あくまで川島が、その法的性質の違いに照らして「所有権」（物権）それ自体と「占有」（占有権）とを「峻別」しようとしている点は、注目に値する。これに対して、たとえば末川博『物権法』（1956年）34頁は、「経過的な支配状態を保護する占有権についてさえ」占有訴権が認められていることとの連続線上において、「より強力な支配力を内容とする所有権」につき物権的請求権を認める必要があること、「当然の事理」と断じている。——とはいえ同時に、川島が「物権」を定義して「時には、物権は無数に潜在的に存在するところの物権的請求権の総体である、とも観念される（絶対性）」と言っていることには、注意を要する（川島「所有権法の理論」前掲・著作集第七巻94頁参照）。この川島の記述は、たしかに断定的とはいえない（「とも観念される」という表現に、一応注意しておく必要がある）。しかしながら川島「物権論」が、ヴィントシャイト（1817-1892年）の影響を受

sion) は主に時効 (prescription) と同じ箇所に統合され、その2228条 (現行2255条) で一応占有の定義規定が置かれた¹⁵。それによれば「占有は、ある者がみずから保有する物又は行使する権利又はその者の名で物を保有し、若しくは権利を行使する他人によって保有する物又は権利の保持又は享受である」とされた¹⁶。ここには、「占有」が、ある程度意思モメントから解放され、客観化されながら、いわゆる自主占有と他主占有の双

々けていることは確かである。拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係 (一)」九大法学50号 (1985年) 61頁以下、特に89頁以下 (ヴィントシャイト) 及び109頁以下 (川島武宜) を参照。

15 フランス民法では、このように占有の定義規定が時効 (現行法では取得時効) と関連づけられて規定されており、さらに占有はそれ以外の箇所にも分散して規定されている。要するにドイツ民法典や日本民法典のように独立した位置づけが与えられていない、とされる。稲本洋之助「前注 §§ 180-205」川島武宜 = 川井健 (編)『新版注釈民法 (7) 物権 (2) 占有権・所有権・用益物権』(2007年) 2頁参照。ちなみに、このようなフランス民法典と異なり、わが国旧民法はその財産編第一部物権第四章に「占有」に関する独立した項目を設けた。ボアソナードは、フランス民法典における占有規定の分散性を批判・克服しようとした、とされる。ただし、その占有に関する定義規定たる旧民法財産編479条では、「占有ニ法定、自然及ヒ容假ノ三種アリ」とされただけであった (ここで言われる「法定の占有」が自主占有にあたり、「容假の占有」が他主占有にあたる、とされる [「自然の占有」とは「所持」を指すのであろう。末川「占有論」・同・前掲書 [前注12] 69頁参照]。この点では、旧民法上の「占有」規定もフランス民法典の占有定義規定とそれほど変わらない)。以上につき、稲本・前掲「前注」2-3頁参照。

16 法務大臣官房司法法制調査部編 (稲本洋之助 [翻訳代表])『フランス民法典——物権・債権関係』(1982年) 364頁以下、特に366頁参照。その後2008年民法改正で現行2255条に占有の定義規定が移し替えられた (取得時効規定と統合された)。Art. 2255 La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. Dalloz, Code Civil, 2009, p. 2334. なおフランスでは、2016年に債務法の大改正が行われた。そのため、条文配置もかなり多くの変更をこうむったようである (この点、荻野奈緒 = 馬場圭太 = 齋藤由起 = 山城一真 [共訳]「フランス債務法改正オールドナンス (2016年2月10日のオールドナンス第131号) による民法典の改正」同志社法学69巻1号 [2017年] 279頁以下参照)。筆者が調べた限りでは、「占有」に関する2255条は、今もそのまま維持されている。Dalloz, Code Civil, 2017, p. 2570.

方が同時に定義化されているようにみえる。日本民法典180条の「占有権は、自己のためにする意思をもって物を所持することによって取得する」と比べると、フランス民法典上の「占有」規定は若干分かりづらい（わが国における「占有」は、文言上は「自己のためにする意思をもって物を所持する」という意味での「占有意思」を要件としている¹⁷⁾）。これに対して、1900年のドイツ民法854条1項は、より端的である。すなわち「物の占有は、その物に関する事実上の支配力の獲得によって取得される」¹⁸⁾。いわゆる客観的占有論の立場であり、基本的にイエーリング¹⁹⁾が主張してきた見解である²⁰⁾。若き末川は、このようにドイツ民法典に結実したイエーリングの「占有論」を跡づけようとしたのである。

まず末川は、論文の焦点を次のように規定している。すなわち「占有と

17 ただし規定上の「自己のためにする意思」は、解釈論上「所持による事実上の利益を自己に帰せしめようとする意思」と緩やかに解され、「その有無の判定は、所持を生じせしめた原因（中略）の性質によって純粹に客観的・抽象的に行うものとするのが通説である」とされる（いわゆる占有の客観化）。稲本・前掲 § 180・川島＝川井（編）・前掲書（前注15）12-13頁参照（そこでは、末弘・厳太郎、我妻栄＝有泉亨、末川博の物権法教科書が参照指示されている）。

18 § 854 (1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

19 R. v. Jhering, Besitzwille, 1889.

20 その他、たとえばベッカーの見解も、イエーリングの主張を推し進めたものである、とされる（要するに、その客観的占有説＝「純客観説」は、占有をもって、「所持があれば足りる」とし、「占有意思を無用とした」のである。水辺・前掲論文「占有制度」〔前注13〕267頁）。E. I. Bekker, Zum Reform des Besitzrechts, 1891, Jherings-Jahrbücher Bd. 30. これに対して、サヴィニーやヴィントシャイト、デルンブルクの見解は、意思說的占有論（サヴィニー「所有者意思説」、ヴィントシャイト「支配者意思説」、デルンブルク「自己のためにする意思説」）とされた。すなわち、これら意思說的占有論には、共通して、心素＝占有意思〔animus〕と体素＝所持〔corpus〕の二元的構成があるとされ、その「意思」的側面が強調される。F. C. v. Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl. 1865; B. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 1, 1862, § 149; H. Dernburg, Pandekten, Bd. 1, 1884, S. 392. 以上につき、水辺・前掲論文「占有制度」〔前注13〕267頁以下、270頁注2以下参照。

所持とはいかなる標準に依りて之を区別すべきや、是予が將に本書に於て攻究せんとする論題なり」と²¹。末川は、サヴィニー以来の占有意思説（主観説）が通説的地位を占めている事実（末川は明示していないが、わが民法180条もその立場（占有意思説）を形式上継承しているようである^{21-a}）を承認しながらも、法理論的にはそれが不当であることを示そうとし、苦心惨憺のすえ「占有＝客観説」の立場に至った、とする²²。その際、「訴訟手続上」及び「立法上」の観察点が留意されるべきであるとして、まず前者の検討から始めている²³。末川の見解は、イエーリング説に依拠しつつ、かなり「理詰め」である。すなわち通説的見解（意思説＝主観説）に立つ限り、自己の占有を主張する者は「所有意思」（*animus domini*. わが国民民法典上は「自己のためにする意思」）を主張・立証しなければならず、訴訟手続上きわめて不利な立場に置かれざるをえない、とする²⁴。その上で「実体法上の結果」について考察を進めている。その際に末川は、占有移転の一形式としての「占有改定」（民法183条）に触れて、こう言っている。——「斯くの如くに（占有改定により、占有者の意思のみにかかる「引渡し」としての占有移転を認めたことによって）占有なりや所持なりやは、全然、物の支配者の意思の内容に依りて決定せらるゝものとなりせば、物の支配者は、

21 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）60頁。

21-a 立法提案者穂積陳重の説明によれば、使用借人・受寄者のみならず、盗人にも「占有」が認められるべきであり、それは「公益」に適うこととされていた。ただし、ドイツ法的な「客観説を採用しない理由については、格別の説明はなされていない」とされる。この点、水辺・前掲論文「占有制度」（前注13）267-268頁を参照。

22 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）60-61頁参照。

23 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）61頁参照。

24 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）62-63頁参照。その際末川は、通説も「抽象的典型的意思」によって問題を克服しようとしてきた、とも言っている。しかしこれは、末川によって「（通説の）論者は意思の内容に関する抽象的な區別を指示し、之を個々の場合につきて適用すべしと裁判官に強ひて、恬然顧みる所無きものの如し」と批判される（括弧内・引用者）。末川「占有論」・前掲書63頁。

朝三暮四、其の意思を自由に改廃変更して、或いは占有者となり或いは所持者となるを得べし。是実に占有関係を以て当事者の気紛れに転がす毬の如くなさんとするものにして、客観的法規の代りに、当事者の放縦なる意思を換置し、法的秩序の代りに、変幻窮り無き不統一を認容し、以て占有制度を根底より覆没して顧みざるものなり、と言わざるを得ず」²⁵（括弧内・引用者）。こうして通説の「占有意思説（主観説）」は「実体法上」も破綻せざるをえない、という²⁶。そこで改めて末川は、訴訟手続上の問題、なかんずく「挙証責任」の問題に立ち返って自説を開陳している。すなわち言う。——「予の説（イエーリングの見解）に従へば、占有は、一定の与えられた関係なり。その関係たるや、例外的に、法規が所持なりとなせることを、相手方に依りて立証せられざる限り、常に占有として存在する所なり。故に占有者なりと主張する当事者は、具体的意思説に従へば意思に関し、抽象的意思説に従へば原因に関して、立証をなさざるべからず、と雖も、予の説に従へば、占有者は其の主張する占有の理由に付きてすら

25 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）64頁。この末川の見解は、「占有改定」における「占有意思説」の難点を指摘したものであり、その限りで正当な意味を持つものである。ただし、すでにここに「個人意思」よりも、端的に「客観的法規」、つまりは「法的秩序」を優先させる姿勢も垣間見せていることに注意しておきたい。このような末川の姿勢は、その後の『権利侵害論』（1930年〔昭和5年〕。1970年の『権利侵害と権利濫用』に収録）においても基本的に貫かれているというのが、筆者の見方である（にもかかわらず、筆者〔川角〕は、末川『権利侵害論』をもって「市民法学」に位置づけた。その理由と補足条件については、本稿統編を参照されたい）。

26 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）64頁参照。なお末川は、通説が採用する「抽象的意思説」を指して次のように言っている。——「抽象的意思説は、実は、一つの仮面を被れるものにして、意思（animus）の代りに、占有取得の原因（causa possessionis）を置きて、尚ほ恬然として其体裁を主観説に借れるに過ぎざるなり。故に、此の説は其の仮面を脱せしめて、之を原因説と呼ぶこと寧ろ妥当ならむ。従つて此の説に従ふ時は、實質上（中略）占有の要素としての animus domini の如きは、全く顧慮せらるゝこと無きに至るべし」。末川「占有論」・同・前掲書65-66頁。

之を明らかにすることを要せざるなり」²⁷。それを言い換えて、末川はこうも言っている。すなわち「法律が特に例外的に（単なる）所持ありとなさざる限り、物の事実上の支配ある所、常に占有ありとなすべし。原則を主張する者は、例外の無きことを立証するの責無し。羅馬法上占有論の実際における適用に当りても亦然り」²⁸。

それでは、末川説（イエーリング説）において「占有」と「所持」はどのように区別されるのか。ここに至って、挙証責任問題に関する若干の混乱が、末川説に生じているように思われる。占有＝客観説によれば、占有は心素（意思モメント）と体素（所持モメント）との単純な「附合」（寄せ合わせ）ではなく、「体素は心素の実現なりといふべし」とされる。すなわち客観的占有論の立場からするならば「所持」（体素）あるところ常に「占有利益」に関する意思モメント（心素）が伴わざるをえない、とする（ここでは「心素」が「体素」に従属・吸収されるのである）²⁹。そして占有と所持は、ともに「心素」と「体素」を具備し、「占有意思は両者につきて全然同一価値を有す」という³⁰。従って客観説によれば、占有と所持を区別する必要性は原則として存在しない（原則いずれも「占有」である）。ただ法律が、ある一定の場合にのみ独立して「所持」を認定することがあるにすぎない。たとえば「家族制度に基づく所持」（夫＝父親が主として「占有者」であるときに、妻や子供が「占有補助者」として「所持」のみを有する場合）、あ

27 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）66頁。末川によれば、通説も自己の立証責任上の問題点を自覚しており、占有意思の「推定」論を持ち出しているけれども、それは結局「自ら坑を穿ちて自ら陥り、更に抗中路を求めて焦燥する」の有様と同じである、と批判する。末川・前掲書67頁。要するに、客観説（イエーリング説）によれば、「占有者」は自己の所持をもってその「占有」を主張することができ、それを覆すための「立証」を相手方が成功しない限り、「占有（権）」の主張をなしうるのである。

28 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）67頁。

29 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）69頁参照。

30 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）69頁。

るいは契約に基づく場合、すなわち「賃借人、使用借主、受寄者等についてその例を見る」という³¹。要するに末川によれば、通説たる主観説は、所持から出発し、それに意思モメントを加えて「占有」を観念する。これに対して客観説は、占有から出発して、例外的に所持が適切な場面を削り落とす（所持の独自化）³²。ともあれ、この末川「客観説」＝イエーリング的「客観的占有論」は、かなり当時の「占有学説」に影響を与えたものと思われる³³。その点での末川「占有論」の貢献は無視できない³⁴。これ

31 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）72頁。前者（「占有補助者」の「所持」）は正しいが、後者（賃借人、使用借主、受寄者等）について「所持」しか認めないのはおかしいのではないか。「他主占有」について末川がどう考えていたのか、不明である。それは、末川が「所持の観念を法規の反射作用」として、漠然と把握していたからではないか、と思われる。この点に関する本格的な検討は、別稿を要するだろう。

32 末川「占有論」・同・前掲書（前注12）70頁参照。

33 そのことは、本稿前注17で示した通り、通説内部での解釈論上の「占有の客観化」に端的に表されている。なお、すでに石坂音四郎「占有意思論」（1910年〔明治43年〕）同『民法研究第一巻』（1911年〔明治44年〕）503頁以下（筆者未見）は、立法論としてドイツ民法＝イエーリング流の「客観説」を主張していた、とされる。辻伸行「石坂音四郎の民法学とドイツ民法理論の導入——ドイツ民法理論導入全盛期の民法学の一断面」水本浩＝平井一雄（編）『日本民法学史・通史』（1997年）105頁以下、特に145頁参照。

34 さしあたり、水辺・前掲論文「占有制度」（前注13）279頁及び281頁注1以下の諸注記、及び我妻榮＝有泉亨『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（1983年）464頁（その頁の割注で、末川「占有論」・同・前掲書〔前注12〕を明示的に指示している。また末川『占有と所有』（1962年）7頁の立場を「通説」とする）、さらに稲本・前掲§180・川島＝川井（編）・前掲書（前注15）12-13頁の割注でも、末川説を末弘説・我妻説と並べて、わが国「通説」へ結実したものとして引用している（ただし、そこで「通説」として引用されているのは、末川『物権法』（1956年）188頁以下であって、稲本が本稿で問題にする末川「占有論」を読んだ形跡は、必ずしも判明とはしない）等を参照。以上のわが国通説的「占有」理解を踏まえる限り、「占有の客観的把握」「占有意思の軽視」などにつき、本稿で取り上げた末川「占有論」による大きな影響が窺える。その後、末川「占有論」を基本的に継承したものとして、占有＝「客観説」がある。これは、占有の客観化を図りながら、「所持意思」としての意思的側面は維持する見解である。さしあたり、その代表的論者として、田中整爾『占有論の研究』（1978年）➤

162-163頁参照。さらに、その客観説をより徹底した占有＝「純客観説」の代表格は、川島武宜『所有権法の理論』・同・『著作集第七巻』（前注14）124頁以下、特に151頁である。そこで川島は、通説の占有「客観説」を受けて、それをより徹底する立場から「民法の占有の「構成」の歴史的性質にかんがみ、解釈上 animus（意思＝心素）を無視してしまってよいのではないかと考えている」（丸括弧内・引用者）と述べている。ちなみに、ここで川島が「占有の「構成」の歴史的性質」というのは、「近代法」の等質な人格による物への「占有」の客観的把握の歴史的必然性を指している（たとえば、「泥棒」による「占有」であっても、彼が万人と対等な権利能力を持つ以上〔＝持つからこそ〕、その占有も「占有訴権」によって保護されているのであり、よって占有＝「純客観説」の方が論理整合的である、とする旨の発想がある）。上記・川島『所有権法の理論』125頁及び150-151頁の論旨を併せて参照されたい。これに対し、「客観説」の立場から反論するのが田中〔整〕・前掲書『占有論』162-163頁である。その趣旨は、主として、所持「意思」自体の客観化を図ること（「意思の発露」としての「所持」理解）でもって、なお「意思」的要素の維持を説くところにある。さらに、より実際の問題としては、民法186条の「本権推定の効力」のための説明概念として、川島流の占有＝「純客観説」における「説明不足」が挙げられている。ついでながら、ごく最近の教科書・松岡久和『物権法』（2017年）259頁は、物権的妨害排除義務との関連で、「純客観説」を以下のように批判している。——「純客観説では、隣地から岩石が崩落し自己所有の土地にある場合の土地の所有者（岩石は知らない間に客観的にはその支配圏内に入っている）に占有の効果（とくに妨害除去義務）を課すことになりかねず、妥当でない」（括弧内・原書）。なお松岡同頁は、「純客観説」の「代表的なもの」として、鈴木禄彌『物権法講義（第5版）』（2007年）108-109頁を挙げている。「純客観説」のプライオリティーは、鈴木（禄）よりも川島にあると思われるので、その限りで、松岡説に対し「要請したいこと」がないわけではない（現に松岡は、川島『所有権法の理論（新版）』（1987年。初版1949年）を参照文献として掲げている〔ゴチックは筆者・川角〕。この点、松岡・前掲教科書Ⅷを参照。これに対し、鈴木〔禄〕『物権法講義』は、1964年初版刊行である。しかも鈴木〔禄〕前掲・同箇所は、「所持」そのものを「一つの社会的関係」として捉え、かつ「そこには広い意味での意思は働いている」（傍点・引用者）と述べている。その点では、むしろ上記田中〔整〕説に近い。また、「純客観説」というターム自体、鈴木〔禄〕説には見当たらない。とはいえ、いずれにせよ、この松岡の指摘が——とりわけ「物権的妨害排除請求権」のあり方との関連性を含めて——きわめて重要であることに違いはない。ところで、それはさておき末川¹⁷の戦後の上記教科書『物権法』の立場は、少なくとも「占有論」において通説的地位を占めた（この点、本注でもすでに触れた）。この末川『物権法』に関する優れた「書評」として、磯村哲「書評 末川博著『物権法』」法律時報29巻3号（1957年〔昭和

は、若き末川民法学の「金字塔」といえる論文である。ただし、そこから末川の「市民法学」的観点が直接窺い知れるわけではない。むしろ、より単純に、イエーリング（1818-1892年）の「占有論」に末川が感激した様子が示されているにすぎない、とも言える。なぜなら——すでに指摘したように——末川は、基本的に「個人主義的な権利観に反発を感じていた」とされていること（本稿前注9とそれに対応する本文参照）、さらにはイエーリングの『権利のための闘争』（1872年）から強い影響を受けていたこと（本稿前注3とそれに対応する本文参照）などから、彼が後期イエーリング「目的的法学＝社会・利益本位的法学」にも魅力を感じ、このイエーリン

（和32年）124-128頁がある。この書評で、磯村は、その末川『物権法』の全体を考察しえないことをきちんと断っている（ただし、磯村が、いかにその末川教科書の全体を「読み抜いた」かは、その「書評」自体が物語っている）。その上で、磯村はまず、末川の本書を貫く基本的発想を「広い意味における社会学的法律学」（125頁）と規定している。そして「書評」の重点を末川「不動産物権変動論」（物権行為独自性〔無因性〕承認説）の「評価」に凝縮している。その際、末川の「物権変動論」にかかる発想が、たとえば有償双務契約における「同時履行の抗弁権」に関してなお有意義性を持ちながらも、所有権移転時期論との関係で捉え直される必要があること、それとの関連性の上で「第三者による債権侵害」のケースにつき、*jus ad rem* の近代法的研究の必要性を説き、その点での末川理論の不徹底性を批判している（磯村126-127頁）。その「書評」の末尾で、磯村は「占有意思・代理占有論における示唆深い構成」等々については、「遂に紹介しえぬまま紙数がつきてしまった」と述べる（磯村127-128頁）。この磯村哲「書評」の優れた点は、その考察の対象の全体を読み抜いた上でその書評内容の限定を理由付きで弁明したこと。さらに、末川・物権法教科書で最重要と思われる不動産物権変動論をドイツ・フランス法との比較法的考察にも載せつつ、末川理論の「法思想」の根源にまで掘り下げた「研究」を試みたこと、であろう。ちなみに、近頃の「書評」の中には、書評の検討対象となった著作の、その全体をまともに読み抜くことすらせず、必要な「限定」も明示しないまま、半ば一方的な「批判」を加えていると思われる「書評」が存在するようである。仮に書評者が、その考察対象である著作の内容をまともに理解できないまま、「書評」を書いたのであれば、書評者の「書評」自体が、改めて「書評」の対象とされるべきことになろう。近いうちに、そのような試みができれば嬉しく思う。ここでは「書評」の例示的なあり方として、上記「磯村哲・書評」の存在意義につき、付言するにとどめておく。

グ最晩年の著作『占有意思論』(Der Besitzwille, 1889)を、感動をもって読んだであろうことは、比較的容易に推察できるように思われる。このような意味で、末川民法学の、「個人本位」というよりは、むしろ「社会本位」(ある意味で「国家制定法本位」にも単純に転化するところのそれ)ともいべき側面が、この「占有論」に現れているという見方もできると思われる(たとえば「所持の成立する所以は、主観的意思是客観的法規に屈せざるべからざるがためなり。(中略)所持の観念は法規の反射作用に外ならざるなり」という論旨にそれが窺われるのではないか。末川「占有論」・同・前掲書〔前注12〕72頁。ちなみにイエーリングが、『権利のための闘争』において、その「権利の主張」を「国家共同体に対する義務」〔傍点・原書〕と位置づけていたことにつき、村上淳一の翻訳書〔岩波文庫。1982年〕49頁及び79頁以下。特に85頁の次の記述＝「権利者は自分の権利を守ることによって同時に法律を守り、法律を守ることによって同時に国家共同体の不可欠の秩序を守るのだ」〔傍点・原書〕の論旨は、末川の民法学〔彼の「占有論」も含めて〕にも、またその「市民法学」的「権利侵害論」〔1930年・昭和5年〕においても、色濃く貫徹されていたように思われる〔末川「権利侵害論」については、本稿続編でやや詳しく検討する予定である〕)。

(c) 「雇傭契約發展の史的考察」³⁵

この末川博の論文は、注35に記した通り、オットー・フォン・ギールケ³⁶

35 この論文の正式題名は「雇傭契約發展の史的考察——ギールケ『雇傭契約の起源』に就て」(1921年〔大正10年〕)である。末川博『民法に於ける特殊問題の研究・第二卷(第2版)』(1927年〔昭和2年〕)所収453頁以下。本稿での引用は、末川「雇傭契約論」として行う。なお、上記論文は1921年(大正10年)であるから、末川が京都帝大法学部講師となってから2年後、海外留学1年前の論文である。

36 ギールケについては、それに関する紹介・論文・著書等数多い。さしあたり、石本雅夫「ギールケ」日本評論社版『法律思想家評伝』(1950年)159頁以下、久保正幡「ギールケ」木村(編著)・前掲書『近代法思想史の人々』(前注3)61頁以下、戒能通孝「ギールケ(『ドイツ団体法』)」『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』(1977年)255頁以下、比較的最近のものとして遠藤泰弘「ギールケ政治思想の再評価」創文502号(2007年)11頁以下、及び屋敷二郎「オットー・ギエ

の著作『雇傭契約の起源』（Die Wurzeln des Dienstvertrages, Festschrift für Heinrich Brunner, 1914）³⁷の紹介を兼ねたものである。まず予備知識の確認を兼ねて、我妻榮の雇傭契約論³⁸を簡潔に整理しておこう。「雇傭は、勞務ないし勞働それ自體を利用することを目的とする」（傍点・原書）、すなわち勞働者（勞務者）は使用者（雇主）による指揮命令のもとで一定の勞働力を提供（給付）し、使用者がそれに対して対価（賃金）を支払う旨を内容とする諾成・双務・有償の契約である（民法623条）³⁹。そして「雇傭契約」（勞働契約）では、「特定の仕事を完成することが契約の内容とされるのではなく（請負との差）、またその仕事が統一した事務として契約の内容とされるのでもない（委任との差）。その結果、勞務者の勞働を適宜に配置・按排し一定の目的を達成させることは、その勞働を利用する者（使用者）の権限とされ、そこに使用者の指揮命令の権限を生

ゝルケ」勝田有恒＝山内進（編著）『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーティアヌスからカール・シュミットまで』（2008年）349頁以下参照。

37 この「雇傭契約の起源」で、ギールケはゲルマンの「雇傭契約」の起源を、債務法との対比における「人法」（Personenrecht）に根差すところの「忠勤契約」（Treudienstvertrag）のうちに見出している。この点については、平野義太郎『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想（再版）』（1926年〔大正15年〕。初版は1924年〔大正13年〕）238頁以下（平野は、その著書で上記末川「ギールケ雇傭契約論」を参照している。平野・前掲238頁注6。なお、この平野の大著は本稿続編でも取り上げる）及び村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』（1980年）170頁以下参照。ちなみに筆者も、近時エドゥアルト・ピッカーの論文（E. Picker, Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens, Ein Lehrstück zur Privatautonomie am Beispiel Otto von Gierke, Gedächtnisschrift für Brigitte Knobe-Keuk, im Zusammenwirken mit W. Flume, und H. H. Jakobs, E. Picker, J. Wilhelm, hrsg. W. Schön, 1997, S. 879 ff.）に触発されて、ギールケ「雇傭契約の起源」を原文で読み、その輪郭の一端を描き出したことがある。拙稿・川角由和「オットー・フォン・ギールケの法思想と「私法の社会化」——ひとつの批判的「覚え書き」」龍谷法学34巻4号（2002年）68頁以下、特に106頁以下参照。

38 我妻『債権各論・中巻二〔民法講義V3〕』（1962年〔昭和37年〕）531頁以下。

39 我妻・前掲教科書（前注38）532頁及び540頁参照。

ずる。そしてこの點が雇傭の重要な特色となる」⁴⁰（括弧内・原書）。さらに我妻は、ローマ法上の雇傭にも触れ、これが「賃貸借」の形式を借りて出来上がっていたこと（いわゆる下級労務・不自由労務の場合。これに対して上級労務・自由労務のケースは「委任」として取り扱われた）、その際とくに「奴隷」（物）の賃貸借が「原型」とされたことから、我妻はローマ法上の「雇傭はいわば物權法的に構成されたというべきである」（傍点・引用者）と述べている⁴¹。そのあとの箇所では我妻は、雇傭契約において「近代法における個人の自由な人格の尊重という思想を見出すことができる。そして、その限りにおいて法律思想の進歩といわねばならない」としつつ、「資本主義の發達とともに、法律思想はさらに進歩を重ねなければならないことになった」という⁴²。その際、とりわけ我妻は、次の点に着目している。——「使用者と勞務者の間の經濟的な力が懸絶すること（それは主として勞務の目的を達するために必要な物的設備・機械・器具・資本の所有が使用者に帰属することから生ずる）と、契約内容が画一的・定型的なものとなること（それは主として、近代企業が多数の勞務者を雇傭して整然たる規律の下に事業を經營しなければならないことに基づく）とは、相應じて、おのずから、使用者の指揮命令の機能が専ら使用者の利益に適するように行使されることとなり、勞務者の人格を不當に拘束するようになった。言葉を換えていえば〔中略〕近代法の理想は、兩當事者の經濟的、社會的地位の不均衡のため

40 我妻・前掲教科書（前注38）532-533頁。

41 我妻・前掲教科書（前注38）533頁。我妻は、奴隷の雇傭をもって、一種の奴隷売買による一時的奴隷所有權の取得とでも考えていたのであろうか。だから、「雇傭」を「物權法的」に構成されていた、と見るのであろうか。あとでも指摘するように、「自由人」の雇傭契約も存在したので、この我妻理解には一定の留保が必要であるかもしれない。

42 我妻・前掲教科書（前注38）533頁。この発想は、戦前の初期我妻法学から戦後に至るまで首尾一貫して流れてきたものである。特に若き我妻法学を代表する「近代法における債權の優越的地位」に関しては、本稿続編で一定の考察を予定している。

に、使用者と勞務者の個別的契約によつては、その目的を達しえなくなった」⁴³（丸括弧内・原書）。そのため、ヨーロッパ先進国では、特に第一次世界大戦後以降、労働組合の組織化が進み、それに対応する法整備も図られるようになったが、その点で日本「近代」の立ち後れは、きわめて深刻なものであった旨、指摘している⁴⁴。以上の我妻による整理を一応の前提にして、末川の論文に立ち入ろう。

末川は、まずローマ法上の「雇傭契約」に着目している。ローマ法では、*locatio conductio* のもとに、三種の契約が統合されていた。すなわち *locatio conductio rei* としての賃貸借契約、*locatio conductio operarum* としての雇傭契約、さらに *locatio conductio operis* としての請負契約が、それであった⁴⁵。ローマ法上の雇傭（雇用）は、先ほどの我妻の指摘にも

43 我妻・前掲教科書（前注38）534頁。こうして我妻は、近代法的雇傭契約（いわゆる「従属労働論」から把握されるところのもの）のもつ矛盾解決を、「社会法的規制」としての「労働組合法」・「労働協約制度」等につづべき姿勢を強く打ち出している。これに対し、たとえば幾代通「序説——雇傭・請負・委任・寄託」幾代通＝広中俊雄（編）『新版注釈民法（16）債権（7）雇傭・請負・委任・寄託 §§ 623～666』（1989年）12頁は、「雇傭契約におけるとはちがった意味での労働契約における従属性という概念を立てることは、実用法学上はどれほどの実益があるものであろうか」と「疑問」を呈し、かなり冷めた見方を示している（ちなみに幾代は、明らかに労働法上の議論を踏まえた上で、立論している）。今日、わが国「労働契約法」2条の定義規定が、実質的に民法623条の単なる「言い換え」になっていることは、様々な意味で示唆深い。

44 我妻・前掲教科書（前注38）535頁以下参照。我妻は、ヨーロッパ諸国における労働組合法や労働協約の法制度化などを挙げている。以上の我妻の認識は、基本的に正しいと思われる。ただし大正末期に導入された「労働争議調停法」などに関する我妻の説明（「画期的法律」と評価している）には、一定の留保が必要である。なお「労働争議調停法」に関しては本稿前編（二）で少し触れた。龍谷法学50巻1号（2017年）注44を参照。

45 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）454頁。ちなみに *locatio* とは、「陳列する」とか「提供する」という語源から転じて「賃貸」の意味をもった。さらに *conductio* の動詞形は *conducere* であり「連れ出す」とか「引き連れる」という語源から、やはり「賃貸借」の意味も持った（なお *locator* は一般に「貸主」であり、*conductor* は「借主」であるが、雇用の場合には、*locator* ➡

あったように「奴隷の雇傭」として始まった。厳密に言うならば、雇主は「奴隷」を「物」として「賃借」し、その「物」の果実として奴隷の労務を利用することになる（対価を支払う相手は奴隷の所有者である）⁴⁶。これに対して自由人（liber）は、比較的にローマ法的「雇用」の労務者となることは少なかった。ただし、自由人が労務者となって「雇用契約」（*locatio conductio operarum*）を締結した場合には、「労務そのものの賃借」が観念されたであろう、とする⁴⁷。このようなローマ法的「雇用契約」を、ドイツ普通法もフランス民法典（1779条、1780条）も継承した。これに対して、プロイセン一般ラント法（869条以下「行為に関する契約」の一種としての「雇用」）、オーストリア一般民法典（1151以下「賃借契約」）、さら

ゝは「労務の提供者（貸主）」である労務者を指し、*conductor* は「労務の受取人（借主）」たる雇主を指す点に注意を要する）。ちなみに *rei* は「物」のことであり、*locatio conductio rei* は、動産や不動産の賃貸（文字通りの「賃賃借」）を指した。これに対して、*operarum* は *opera*（労働、働き、さらに労働者等のこと）の変化形（複数属格）である（ちなみに *opera* の語源とされる *opus* には「作品」の意味もあり、たとえば *opera musicale* [音楽的作品] という表現が用いられる。そこから今日の「歌劇＝オペラ」が定着したらしい）。ともあれ、*locatio conductio operarum* は労務の賃貸＝「雇傭」（雇用）を指す。なお *operis* は、*opus*（作業、技術、作品、建築等の意）の変化形（単数属格）であり、よって *locatio conductio operis* は建築作業等の賃貸＝「請負」を意味した。以上につき、末川・前掲書454-455頁、柴田光蔵『ローマ法ラテン語用語辞典』（1976年）、田中秀央（編）『羅和辞典（増訂新版）』（1966年）などを参照（特にラテン語に貧しい筆者のことゆえ、思わぬ間違いがあるかもしれない。ご寛容と共に忌憚のないご批判を賜ることができれば幸いである）。

46 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）456頁参照。

47 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）457頁参照。その場合の自由人の労務の内容は、やはり下級労務・不自由労務であった。これに対して、高級労務・知能的労務・専門技術的労務（たとえば教師、医者、弁護士、測量士、仲立人、産婆など）は *nudum pactum*（合意そのもの。「単なる合意」）若しくは委任契約（*mandatum*）によったであろうという。末川・前掲書同頁。なお、雇用契約・請負契約の沿革史（とりわけローマ法上のそれ）については、幾代通「序説——雇傭・請負・委任・寄託」幾代通＝広中俊雄（編）『新版注釈民法（16）』（前注43）3-4頁も参照。そこで幾代は、「ローマ法その他の歴史的状況については」と限定した上で、末川「雇傭契約論」の参照指示をしている。

にドイツ民法（611条以下。特に611条2項は、明文で「雇用契約の客体はあらゆる種類の労務でありうる」と規定している[Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein.]）及びスイス債務法は、ローマ法的な規律を脱却して独立した「雇用契約」規定をもつに至った⁴⁸。要するに末川は、「近時諸國の立法が羅馬法の考へ方を棄てゝ、勞務に上下高卑の區別があることを認めず、雇傭を獨立の契約として之に關する統一的の規定を設けるに至つたのは何の不思議もないと言はねばならぬ」⁴⁹という。それでは、このような「雇傭契約」の変遷は、ローマ法から近代法への推移・発展の内に捉えられるべきものであるのか、それともむしろ古きドイツ・ゲルマン法の復活・再生であるのか。このような問いかけをしつつ、末川はギールケが後者の道を選択したとして、その攻究を試みる⁵⁰。末川のギールケ紹介によれば、ローマ法上の「雇傭」は「勞務を單に物的にのみ觀察して居つた」とされる⁵¹。そしてギールケが、ドイツ封建制度下の「主君と臣下との間に人的の——身分上の——關係を生ぜしめることを目的として認

48 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）457-458頁参照。なお、わが国旧民法では財産取得編第十二章「雇傭及仕事請負ノ契約」の項目で、一応独立した雇傭規定（260-266条）が置かれていた（「使用人、番頭、手代、職工其他ノ雇傭人」〔260条〕と「医師、辯護士及ヒ學校教師ハ雇傭人ト為ラス」〔266条〕との區別が一つの特徴点であり、さらに「雇傭」とは別に、「習業契約」〔267-274条〕が置かれているのも特徴点の一つである）。仁井田益太郎（解題）『舊民法』（1943年）149頁以下参照。その後、1896年の明治民法典では、教師、医者や弁護士等も含め、広く雇傭契約の当事者（勞務者）となりうることを前提に、現行の623条以下の規定が置かれた。梅謙次郎『民法要義卷之三債權篇』（1897年〔明治30年〕）672頁以下を参照。

49 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）459頁。

50 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）459頁以下参照。

51 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）460頁。ローマ法上の雇傭契約の主たる対象であった「奴隸」が「物」扱いされていた限りでは、本文の指摘は正当であるが、それが一般化されうるか否か、末川論文からは明らかではない。なお、ここで末川が言う「物的」という表現と前注41の我妻による「雇傭」の「物権法的」把握との関連性は、一個の問題たりうる。

められて居つた」ところの「忠勤契約」（主従契約 Treudienstvertrag）こそがドイツの雇傭契約の形態としてふさわしいと主張することを、紹介する（末川「雇傭契約論」〔前注35〕460頁）。末川は、ギールケの「封建制雇傭法制」への復帰路線を批判しない。むしろ暖かいまなざしで、それを把握しようとする。そして「翻つて我國に於ける雇傭の實際を觀るに、最近急激な速度で廣い範圍に於いて認められるに至つた工場労働の供給契約の場合を除外して考ふれば、勞務の供給を目的とする契約はたゞ勞務者の勞務と使用者の報酬とを物的に交換することだけを内容とするものではなくて、勞務者と使用者との間に身分法上の關係——主従といつたやうな人的の關係——を生ぜしめるのを普通とする」⁵²（傍点・引用者）と述べる。末川は、家庭内労働者（当時の女中、下女等が念頭に置かれていられる）、農業上商業上の労働者（番頭や手代など。これらは旧民法でも純然たる雇傭契約の当事者であった）を、單なる民法上の雇用關係（債權債務關係）にとどまらない人的＝身分的な關係の当事者として觀ることが妥当だという。だからこそ、「雇傭契約」というよりは「雇傭の構成分子を包含する混合契約（混成契約）」（傍点・引用者）と觀るべきではないか、ともいう⁵³。ともあれ末川が次のように述べていたことは、しっかり留意しておきたいと考える。——「最近まで封建制度の下に支配されて居つた我國の法律生活

52 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）460-461頁及び500-501頁も同旨。この箇所では末川が、ギールケをまねてか、盛んに「身分法上の關係」と言っている。それはもっぱら「親族法上の契約」を指す。この点については、本稿後注56参照。

53 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）461頁参照。その箇所では末川は、「混合契約」であると断定しているわけではない（「混合契約〔混成契約〕と觀るべきであるかは、姑く之を問はぬことゝするも」と微妙な言い回しをしている）。しかし、少なくとも雇傭契約とそれ（混合契約）との「二様の効果」を生ずることは、「之を否定することができぬ」と言っている。ちなみに末川は、何と何との「混合契約」であるのかを明らかにしていない。「人的＝身分的な契約」（一体何を指すのか？ 主従契約的なもの？）と「雇傭」との「混合契約」とみるのが一番素直なようであるが、この点末川は留保しているようである。

の實質に思ひをめぐらせ之と對比して考ふれば、ギールケが雇傭の起源を古く獨逸の封建的社會組織の下に涵養せられた忠勤契約に求めて雇傭に因つて生ずる身分法的關係の由来を明にして居る點は特に興味が深いやうに考へられる」⁵⁴（傍点・引用者）。ここまで来ると、末川の、少なくとも当時の「現状追認的」姿勢は、かなり明らかになってくる。ともあれ、このような立場から末川によって注目されたものが、先に示したゲルマン的

54 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）461頁。ここで末川は「最近まで封建制度の下に支配されて居つた我國の法律生活」と述べている。その半分は正しい。しかし当時日本では、なお「半封建的な諸制度」そのものが、強く残存していたのではなかつたろうか。たとえば寄生地主による小作支配や徒弟制度、さらには工場労働者ですら半ば「奴隸的」な搾取の対象でしかなかつた事実（細井和喜蔵の「女工哀史」に関する記述は、その一例〔本稿前編・龍谷法学50巻1号注6参照〕であろう。さらに昭和初期・小林多喜二の作品『蟹工船』（1929年〔昭和4年〕）は、現場労働者の過酷な「地獄的」労働環境を描き出し、あまりにも有名である。戦後、現代日本でも長時間残業による過労死や自殺に関する問題はあとをたたない〔ただ働きの強制残業であれば、そこには有償性も、双務性も、さらには諾成性すらないのかもしれない〕。また非正規雇用労働者の急増（低廉な時間給による労働力の買い取りと絶えざる失業＝首切りへの恐怖）は目を覆うばかりの惨状を呈している、と言わなければならない。ともあれ、そうだとするならば、むしろ当時の「近代法的個人主義」を非難する前に、この「半封建的な諸制度」を実質的に近代化し、個人としての「人格化」をはかることこそ先決問題ではなかつたであろうか。末川の目には、当時日本の「封建遺制」はすでに過去のものであつて、現在は個人主義的な（あるいは、その意味で「ローマ法」的な）「雇傭契約」がまかり通っているがゆえに、労働者の長時間労働・危険な労働環境や低賃金による貧困が存在したかのような書きぶりである（末川は、「封建遺制」＝身分的労働関係は「家内労働」等で残存するとは言っている）。しかし、向かうべき方向は、むしろ逆ではないだろうか。すなわち、まずは当時の「半封建的な諸制度」を廃止し、徹底した近代化（個人の「人格化」・個人の平等・個人所有権の尊重・個人契約の実質的自由の確保〔契約における相互の自由意思の形成尊重・経済的格差や身分関係等に基づく契約内容の一方的決定の排除〕）を図ることこそが、優先して実施されるべきではないだろうか。当時の「雇傭契約」でも、それが出发点であるように思われる（先に示したように現代日本の「雇用契約」・「労働契約」でも、同様の問題は、なお残っている）。にもかかわらず、この論文で末川は、ギールケ流の封建的な「忠勤契約」（主従契約）に立ち返れ、と言うのであつた。

「忠勤契約」の法的性質であった。ギールケによれば、なるほど「忠勤契約」において勞務者たる「臣」は、人格を捧げ尽くすものではないがゆえに、その点で「奴隸」と異なり、「忠勤契約」そのものは、あくまで「雙務契約たる性質を有し、主と臣と両者の側に權利と義務を發生せしめた」。しかし、あくまでも「忠勤契約は身分法上の契約であつて債務契約ではない」（傍点・引用者）とされる⁵⁵。そしてかかる「忠勤契約」の本質的内容において、「臣」は、生涯主人に忠誠を誓い忠実に勤務する義務（身分的に拘束する紐帶）を負っているのであるから「此の點に於ては、親族法上の契約に似て居る」とする⁵⁶。その際、無視してならないのは、ギール

55 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）463頁参照。

56 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）463-464頁参照。ここで末川は「親族法上の契約」と言っているが、具体的に何を指すのであろうか。婚姻上の「夫婦財産契約」（現行民法755条以下）のようなものであろうか。婚姻契約（あるいは内縁契約）を指すのか、それとも養子縁組契約を指すのであろうか。あるいは旧「家制度」下の「家長（戸主）への服従契約」なるものを想定しているのであらうか。そのような「服従契約」では、家長への服従義務はあっても、それは事実上のものであり、果たして「契約」でありえたのだろうか。よくわからない。末川は、「忠勤契約」の成立によって「主君の爲には die Munt を生じ、主君は之によつて命令及び懲戒の權力を得ると共に保護と代表の任に當るべきことゝなる」と言っている（末川・前掲書464頁。なお Munt は家父長がもつ Gewalt と同義とされる）。このことからすると、「親族法上の契約」とは、親権者の「權利・義務」をその内容として想定しているようである。しかし「親権」は「親族法上の契約」を根拠とするのだろうか。ちなみに、一般に「親権」は、法律上当然に親（現行法上は父母）に与えられる權利・義務と解すべきものとされている。これは、梅謙次郎『民法要義卷之四・親族編』（1899年〔明治32年〕）342頁以下をみても、基本的には同様である（梅によれば、立法者は、親権と戸主権との衝突とか、あるいは親権と家族制との調和に苦心したようである）。ともあれ、以上の点に関連して、次の末川の見解を見逃すわけにはいかにように思われる。——「第十七世紀の中葉に當り、史上空前の新思想として、法學界の一角に烽火を擧げて、爾後暫時欧大陸の思想界を風靡した自然法の學說に於て、親権に關する最も純理的な天賦の普遍不易な準則だと考へられて居つたもの、實質が、實はゲルマン人の心裡に潜在する父祖傳來の親権に關する思想の顯現に外ならなかつた、といふが如きは、獨逸固有の思想がいかによく獨逸國民の腦裡に保有せられ來つたかを雄辯に語るものであろう。ノ

ケ＝末川が、当事者間の「信義」、つまりは主君と臣下との双務的な「信義」を強調していることである⁵⁷。その後、この原初的「忠勤契約」は物権法的な封地契約と債務法的な「雇傭契約」に分化していったとされるのであるが、依然として「忠勤契約の身分法的の内包は保持せられて居た」

ㄨ、（中略）我國固有の法制史上に於て『我國固有の親権』が如何に進化し發達し來つたものであるか、私は之を知らぬけれども、人若し、『日本民法の規定する親権』は、如何にして進化し發展し來つたものであるか、と問ふならば、上に紹介した獨逸に於ける親権進化の沿革（「ゲルマン固有法上の Munt〔家父のもつ支配権・保護権・代理権の総称〕」が、「本質的上團體的であり且つ子の利益保護を旨とするといふ意味に於て利他的である」という制度的觀念の BGB への展開）を以て、その問いの一半に答ふことが出来るのではあるまいかと思ふ」（括弧内・引用者）。末川「親権の進化——特に獨逸法及び羅馬法に於ける史的概観」・同『民法に於ける特殊問題の研究・第一卷（第三版）』（1926年〔大正15年〕）308頁以下、特に364頁及び365-367頁（原論文初出は、1922年〔大正11年〕）。要するに、ここで末川は、一世を風靡した「自然法」的親権論の中に内部貫徹してゲルマン的・団体的親権概念が浸透した結果として、現行の（当時の）ドイツ民法上の「親権」（権利・義務を共に内在せしめたもの）が結実したこと。そして、わが国固有の「親権」概念も、このゲルマン的ドイツ民法の沿革の上に展開したものであること、を強調している。この点、かの穂積八束（1860-1912年）による神がかり的な天皇制的「家」制度に基づく「親権」觀念から、末川が距離を置いていたことは、なによりも一つの僥倖であった、と喜ぶべきことかも知れない。ちなみに、八束は、彼自身の「家」觀念及び「親権」概念について、およそ次のように述べている。すなわち、まず「家」觀念を以下のように説明する。——「我千古ノ國體ハ家制ニ則ル。家ハ大ニスレハ國ヲ成シ國ヲ小ニスレハ家ヲ成ス。（中略）吾人臣民カ萬世一系ノ皇位ニ歸服スルハ吾人ノ祖先ノ祖先タル民族ノ同始祖ノ威靈ニ歸服スルナリ。之ヲ我カ民族ノ確信ニ基ク建國ノ大本ト為ス」（傍点・引用者）。ここで明らかに八束は、わが国「家」の起源を「天皇家」に置いている。そしてかくなる「家」制度こそ「建國ノ大本ト為ス」と断言する。それでは八束の「親権」觀念はどうか。八束は、こう言っている。——「戸主ハ祖先ニ對スル天職トシテ祖先ノ子孫ヲ保護スルノ任務ヲ有シ、家族ハ祖先ノ威靈ニ對スル服従トシテ戸主ニ服ス。是レ（中略）單ニ親子ノ相對的權利義務ノ觀念ヲ以テ成立スル欧州近世法ノ所謂親権ナル者ト全ク性質ノ異ナル原因タリ」。穂積八束「『家』ノ法理的觀念」上杉愼吉（編）『穂積八束博士論文集』（1913年）430頁以下、特に433-435頁参照（原論文初出は1898年〔明治31年〕）。

57 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）464-465頁。

と述べる⁵⁸。他方で末川（＝ギールケ）は、ドイツ雇傭契約法の起源のもう一つの源流を、「奴僕契約（奉公人契約）」（Gesindevertrag）のうちにもみている。これは13世紀以降の歴史を有するものであり、債務契約としての実体を備え、一定の雇用期間終了後は契約関係が解消されるが、更新は可能とされた。この点で、近代雇傭契約法の萌芽がみられた。しかしながら、「奴僕契約」においては、あくまで契約期間存続中は「最古の忠勤契約と同じやうに勞務者を主人の家庭的共同生活に加入せしめていたのであるから、此の契約は親族法上の特徴を有する關係を生ぜしめた」という⁵⁹。こうして奴僕（奉公人）契約も「他人の権力（Munt）に身を委ねる古い忠勤契約と同様な効果を發生せしめた」とされる⁶⁰。さらに他方、都市においては奴僕（奉公人）契約と相並んで「職業上の勞働契約」も発達していった⁶¹。また一方で軍事上の勤勞契約は實質的に「忠勤契約」の効果と共通する側面を強く持ち、他方で都市の有給吏員にかかる雇傭契約では「純然たる雇傭契約の性質を有する契約が締結された」とする⁶²。そ

58 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）467頁参照。また末川は、同様の法現象がイギリス雇傭契約法上の master と servant との關係にも見られ、それは同時に婚姻・親子・後見などと共に rights in private relations の範疇に属するものとして「債務法の範囲外に於て取扱はれて居た」とする（傍点・引用者）。末川469頁参照。なお、イギリス雇傭契約法における「主従法」の生成と展開・崩壊の諸過程（崩壊時の1875年「使用者・労働者法」、「団結法」改革等）については、石田眞『近代雇用契約法の形成』（1994年）253頁以下が詳細である。

59 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）470-471頁参照。要するに、奴僕（奉公人）は「家権（Hausgewalt）に服して服従恭謙の義務を負ひ主人の利益を促進し其損害を防止し忠実に立働かなければならぬ」とされる。

60 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）472頁。

61 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）472頁参照。同種の「労働契約」が、海員、鉱山労働者、商業使用人などを当事者とする契約で成立したとも言っている。末川472-473頁参照。

62 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）473頁参照。しかしながら末川は、「純然たる雇傭契約である」有給吏員の場合にあっても、なお「当事者相互の間に主と従と（Herr und Diener）の關係を生ずることは其本質的の要素とせられて居た」という。

のような形で「忠勤契約」を軸としてドイツ「雇傭契約」の諸形態をみるならば、「忠勤契約」としての強さがあつたり、その弱さがあつたり、一種錯綜しながらドイツ雇傭法に受け継がれていった、とされる。ところがドイツ普通法期（大体16世紀から18世紀の時期〔さらにその内部で前期と後期に分けられる〕）において、ローマ法上の *locato conductio operarum* が移入され、普通法期の学者はもっぱらこれを採用した。ところが末川によれば、「それは唯獨逸固有の法律制度を表面上丈け塗飾し得たに過ぎない」とされる⁶³。そして末川は、ヴィントシャイト的な第一草案がギールケの批判により修正されて、現行ドイツ民法617条、618条に結実した点を高く評価している。すなわち、上記雇傭規定においては、労務者が雇主の「家庭的共同体のうちに包括されている」（in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen）場合には、雇主による「病氣看護の義務」（617条）とか、「居住空間、睡眠空間、労働時間や、休憩時間等様々なことに関する保護措置義務」（618条2項）が規定されるに至った⁶⁴。また末川は、19世

63 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）477頁参照。したがって末川は、普通法期におけるローマ法の承継によっても、実質的にはゲルマン古法に起源をもつ「忠勤契約」が通用していたとするギールケの見解を踏襲する。

64 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）480頁参照。ちなみにドイツ民法618条1項は、いわゆる「安全配慮義務」を詳しく規定している。「使用者は、彼が（被用者による）労務遂行のためにあてがうべき作業室、設備あるいは器具を、被用者がその生命及び健康に対する危険から保護されるように設置しかつ保持しなければならない。そして使用者は、その指示・監督のもとで行われべき（被用者の）労務給付を、その労務給付の性質がそれを許す限りで、被用者が生命及び健康に対する危険から保護されるよう、然るべき規律を与えなければならない」（括弧内・引用者）。このドイツ法的「安全配慮義務」を、市民法的「雇傭契約」上の付随義務とみるか、それともギールケの後見的「配慮義務」とみるか、という問題については、さしあたり留保せざるをえない。なお、筆者（川角）の手もとにある文献として、高橋眞『安全配慮義務の研究』（1992年）7頁以下、25頁以下、特に63頁以下でのギールケ及びメンガーによる第一草案批判を参照。さらに白羽祐三『安全配慮義務法理とその背景』（1994年）6頁以下も参照。ちなみに、ギールケとメンガーの立論は自ずとその基盤を異にしている。ギールケは、ゲルマニストであり、当時現存していた「僕メ

紀においては同時に「契約自由の原則を投げ棄て、雇傭契約の有する組織的作用と身分法上の意義を力強く主張する労働法を制定するに至り、更に一歩進んで自由なる組合的團體が勞務契約を協定する力を其掌中に収めて重要な範圍に於て職業上の共同法規を定め得る傾向を認めやうとするに至つたのである」と位置づけている（傍点・引用者）⁶⁵。そしてその際、末川にあって肝心な意義をもちうるのは、「今日の雇傭契約」において「身分法上の成分はいくらでも展開の余地があることを率直に認め」ることであり、そのために依拠すべき法制度は、まさしく「ゲルマンの根本思想である」とされたことである⁶⁶。なるほど「現今の立法は此の（ゲルマン的な）主従の称呼を避けて居るけれども、なほ實質は（ゲルマン的主従觀念が）法規の内に残つて居る」とも言っている⁶⁷（括弧内・引用者）。つまりは、ドイツ的＝ゲルマン的雇傭契約においては「人を支配する権力を興へる所の主の權利（Herrenrecht）」が眼目となるべきであつて、よつて「勞務の供給と離るべからざる人格を拘束する権力の存在が認められる」ことになる（傍点・引用者）、という⁶⁸。その結果、いわゆる「安全配慮義務」（ドイツ民法618条1項。本稿前注64参照）もまた、勞務者が「其人格の一部を使用者に捧ぐるものである」から、このような奉仕の反射としての「人的の保護」を求めうるため

「婢制度」を前提とした上での封建遺制的な「家庭協同体」論に立脚していた。

これに対し、メンガーは「僕婢制度」を廃棄して「現代労働者階級の保護を志向」したところの「社会主義的」な立脚点に立つものであった。白羽・前掲書11頁参照。この点、高橋・前掲書73頁も、ほぼ同旨を述べる。

65 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）482頁。民法上の「契約自由の原則」と「労働法」との関係は、今日なお議論の余地のあるところである。この点、本稿統編で一定の考察を試みる予定である。ともあれここでは、末川が「契約自由の原則を投げ棄て」た結果、「労働法」の制定に至つた、と考えていた点のみ確認しておけば、十分である。

66 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）482-482頁参照。

67 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）485頁。

68 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）485頁参照。ここでいわれる「人格を拘束する権力の存在」の中には、使用者の「指揮・命令」とは異質なものが混入していると思われてならない。

の規定である、とする⁶⁹。したがって末川の結論はこうである。——「而して雇傭契約は今日なほ人的の忠順義務を生ずるものであって（中略）法律又は契約によつて特別なる定めが為されて居なくとも勞務者に付ては一般的なる契約上の信義が雇傭上の忠順といふ人的の内容をもつて現はれて居る」⁷⁰（傍点・引用者）。さらにまた末川は、付言して、近時の「雇傭契約」はそれに対する公法的規制によって実質化されている、ともいう⁷¹。その上で、ふたたび「契約自由の原則」に対する制限を強調している（「契約自由の原則の制限——到底数へ盡すことはできぬ程多数である制限」と言っ

69 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）490頁参照。

70 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）491頁。

71 末川「雇傭契約論」・同・前掲書（前注35）492-493頁参照。ここで末川は、労働組合法や労働基準法などによる公法的規制（所轄官庁の監督的規制や刑事罰によるサンクション）を問題にしている。たとえば、次の文章にそれが端的に表現されている。すなわち「雇傭契約の内容は屢々公法から由来して居るのであって、それが最も顕著なるは労働者保護立法の範囲に於て之を見る」という。末川・前掲書493頁。とはいえ、ドイツ法ではともかく、日本法では当時労働組合法も労働基準法も存在していなかった。せいぜい工場法に貧弱な規定をみるか、労働争議調停法による「温情的」な解決を待つかしかなかった。本稿前編（2）・龍谷法学50巻1号注28（工場法について）、注44（労働争議調停法について）を参照。したがって、末川の「公法」的雇傭契約論は——その理論的妥当性は措くとして——少なくとも当時の（戦前の）日本ではほとんど通用力をもつものではなかった、と言うべきであろう（本稿前編（2）注44で示したように、調停後の事後的紛争処理に警視總監が介入するようなことはあったかもしれないが）。なお末川は、いわゆる「公法・私法」二元論に関わる問題については、ある程度は自覚的であったようである。末川・前掲書494頁の「公法と私法との限界を定めることが六ヶ敷い場合は少なくない」という記述を参照。ついでながら末川は、いわゆる「労働協約」（「私的團體の規約」としての自治的法規及び「團體的基礎の上に立つ賃率契約」という）にも言及している（ただし、そのほとんどは当時のドイツ営業条例の紹介にとどまっている）。末川・前掲書494-496頁参照。ちなみに、この論文末尾で末川は、「（ギールケが）今後雇傭に就ては公法が益々私法の範域を蠶食するに至るべき傾向の顕著となるべきことを挙示して」いることをもって、これは「我國の現状に就て観るも（中略）これ等の點に關する氏（ギールケ）の所説も亦考訂に値するであらう」と結んでいる。末川「雇傭契約論」・同・前掲書501-502頁参照。

ている)⁷²。こうして、結局のところ末川は、ローマ法上の「雇傭」(locatio conductio operarum)が奴隷の賃貸借を原型とし、もって労務を「物」扱いし、「雇用」をして純然たる財産法上の行為とみたのに対して、ゲルマン古法に由来する「忠勤契約」は労務を「人格の流露」として捉え、よって「雇傭契約」をして「身分法的内容を有する特種の債務契約」とした、と述べている⁷³。そのような観点から末川は、ローマ法上の個人主義的な「雇傭契約」が、ゲルマン法によって超克された結果、「今日の雇傭契約は忠勤(主従)契約から社会的——團體的——秩序の基底たるべき社会法的の機能を受け継いで居る」とする⁷⁴。

以上われわれは、この論文で、当時の末川なりの「雇傭契約」に対する一種の危機意識の鋭さをみてとることができる(すなわち、末川は「雇傭契約」を社会的アスペクトのうちに捉え、かつ「主・従」の「緊張関係」を直視しようとしていたように思われる)。それと共に、末川の「歴史認識」に関する種の甘さ。かつまた、そこから導き出されるところの「雇傭契約」のあ

72 末川「雇傭契約論」・同・前掲書(前注35)493頁参照。ここで末川が強調するように、「公法的」雇傭契約の下では、「契約自由」の直線的「制限」が必然的なのであろうか。筆者は、残念ながら労働法の知識を持ち合わせていない。しかし少なくとも、個々の組合員による「労働組合」を媒介にした集团的「私的自治」(その帰結の一つとしての「労働協約」[現行労働組合法15条以下参照])を語ることは、単なる言葉の遊びではないと考える(少数組合員や組合非加入者に関する問題は暫く措く)。この点を含め、いわゆる社会法(労働法、社会保障法、経済法)と民法上の「契約自由の原則」ないし「私的自治」との関係についても、本稿統編で検討できれば、と考えている。

73 末川「雇傭契約論」・同・前掲書(前注35)497頁参照。

74 末川「雇傭契約論」・同・前掲書(前注35)497-498頁。なお末川は、すでに本稿の引用で示したように当時急増しつつあった大工業制のもとの労働者の「雇傭契約」を除いて、ギールケ流の「忠臣契約」を適用する旨、指摘していた。すると大工業制のもとの労働者は、ローマ法的=個人主義的「雇傭契約」(要するに現行の「雇用契約」)で処理されれば済む、と考えていたのであろうか。また末川は、当時のわが国「工場法」のあり方を、どのように見ていたのであろうか。それらの疑問は、末川論文を最後まで読んでも、ついに解けることはなかった。

るべき姿をギールケ流の「身分法上の関係（親族法上の契約）」本位の「忠臣契約」（主従契約）のうちにみてとった必然性も、看取できるのである。その要約をここで繰り返す必要はないだろう。ともあれ、この末川「ギールケ「雇傭契約論」」のうちには、もしかすると現在にも通底する「雇用契約」及び「労働契約」に関する法的諸問題が、なお隠れ潜んでいるかも知れない⁷⁵。そのような問題について——必要かつ可能な限りにおいて——本稿続編で一定の考察の機会が与えられれば、と願っている。ともあれ次に、末川博の「公序良俗論」に目を転じよう。

(d) 「公序良俗の概念」⁷⁶

75 ちなみに、当時プロレタリア文学勃興期における「雇傭契約の家内奴隸的な性格」を描写する、次の杉浦明平（1913-2001年）の文章は、末川「雇傭契約論」との対比で興味深い。——「プロレタリア文学を読んだものには、労働者が社長のぜいたくな私邸で使役されるシーンはおなじみ深いはずだ（中略）一般の会社ないし官廳において部下が課長の私用や道楽の謡曲、麻雀のお相手をつとめさせられることを當然のことどころか若干の誇りと感じる一方に、上役の方でもときおり「身銭きって」部下をねぎらわねば顔が立たぬと感じるのも、雇傭関係を家内奴隸的なもの親方・子方関係とと思っているからであろう。それが軍隊で初年兵が部隊長の家庭に使役され「奥さんの腰巻の洗濯まで」させられるべき運命を準備したのであった」。杉浦明平「日本社会の封建制と文学」『岩波講座文学2・日本社会と文学』（1953年）18頁。末川が上記のギールケ「雇傭契約論」を著したのが1921年（大正10年）であるから、プロレタリア文学自体はまだ成立していなかった。しかしながら、杉浦が活写した「雇傭契約の家内奴隸的性格」自体は、すでに明治期を通じて、さらに大正デモクラシー期においても、はたまた1945年8月15日の「敗戦宣言」までも首尾一貫して、わが国「戦前」社会において、きわめて一般的な「現象形態」として存在していた、と言ってよいように思われる（もしかすると、現在ですら、わが国の職場関係においてなお、上記杉浦が剔抉した「家内奴隸的性格」の残滓、あるいは、なかでも国家公務員の職場環境において「上司・上役」、はたまた人事権を握る「内閣府」、さらには「安部ファミリー」への「忖度」に基づく歪みきった「雇用形態・雇用現象」がまかり通っているのかもしれない）。ともあれ、同時にこの点（戦前のわが国「雇傭契約」に基づく「家内奴隸的性格」）に関する末川「雇用契約論」自体の脇の甘さも、現代「雇用契約」の非合理主義的側面の残滓＝現代的「再生」という観点から、改めて見直されてよいだろう。

76 この論文の正式な題名は「公序良俗の概念——民法90条について」である。➤

まず末川によれば、「公序良俗」の捉え方について二つの相対立する考えがある、とされる⁷⁷。その一つは、いわば「個別独立的制度論」であって、「公序良俗」を他の民法上のもろもろの個別制度（法人制度・代理制度・時効制度・所有権制度・占有制度・債務不履行制度・契約制度・事務管理制度・不当利得制度・不法行為制度等々）と同じ平面で捉え、それらと同様の一つの法制度とみる見解である。これに対して、もう一つ別の考え方は、「公序良俗」規範をもって民法上の諸制度の上に立つより高次の制度として捉えようとする見解である。この立場からすれば「公序良俗」概念は「さらに一段高い概念（Oberbegriff）」である、と解される（末川は、その典型的代表者としてシュタムラー『正法論』⁷⁸を挙げている）。ただし末

↘末川博『権利侵害と権利濫用』（1970年。原論文初出は1922年〔大正11年〕5月）582頁以下。本稿では、以下「公序良俗」と略して引用する。なお、先に末川の略歴で示したように、大正11年7月下旬に末川はアメリカに向けて旅立っている。この論文は、その直前（5月）に公表されたものである。

77 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）582-583頁参照。なお、日本でもドイツでも、「公序良俗」規範（ドイツの場合は「公序」文言はなく、「良俗」規範のみ。ドイツ民法138条）の位置づけは「一般条項」的であり、つまりは「さらに一段高い概念（Oberbegriff）」として位置づけられている、と考えてよい。それにつき、日本ではそれほど批判的に考察されることはないようだが、ドイツでは、メディクスなどによって「良俗」＝「健全な国民感情」＝「ナチズムの世界観」という観点から、批判がされているという。この点、林幸司「ドイツ法における良俗論と日本法の公序良俗」伊藤進＝椿寿夫（編）『公序良俗違反の研究・民法における総合的検討』（1995年）124頁以下、特に128頁参照。とりわけ、林による公序良俗規範の「ブラックホール化の問題」の指摘及び「公序良俗」規範の裁判官への「白紙委任化」に対する警告は、重要である。林・前掲論文134頁以下参照。ちなみに、フランスの「公序良俗」論（及び判例分析）では、同国でのファシズム化がなかったことにもよるのか、「一般条項」に対する意識（危機意識めいたもの）は、あまりないようである。後藤巻則「フランス法における公序良俗論とわが国への示唆」伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書152頁以下、難波譲治「フランスの判例における公序良俗」伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書165頁以下参照。

78 Rudolf Stammler, Die Lehre von dem richtigen Rechte, 1902. このシュタムラー『正法論』につき、末川は該当頁を示すことなく引用している。末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）583頁。筆者（川角）が直接参照したシュタム

川は、本論文では「法哲学」上の考察を試みるものではないから、上記の二つの対立する見解には直接立ち入ることなく——ただそのような対立する見解があることを念頭に置きつつ——もっぱらわが国90条の「公序良俗」規範に関する自分なりの検討を試みたい、と述べている⁷⁹。まず民法90条そのものは、私人間の「法律行為」(Rechtsgeschäft)の法的効力を左右する規定である。つまり一定の法律行為（たとえば「契約」）に対して法律が想定する範囲内のものであるかどうかという観点から、法律上の「認許」(sanction)を付与する規定である。この「認許」が付与されない「法律行為」は、「公序良俗」に違反する行為として「無効」となる。その際、末川自身が構想する全体法秩序の基本体系があった。それを末川自身から聞こう。——「個々の法律的規範は、各々孤立しては、その社会的機能を達成しうるものではない。その社会その国家に行われつつあるすべての法律的規範が、必然的な交互作用(Wechselwirkung)のもとにおいて、全般的意義における一個の体系を構成する部分として、現れるときにのみ、それは完全にその使命とする社会的機能を達成し得るのである。かくのごとく、法律は一つの体系をなしていると観ることが必要であるが、このように観るためには、われわれは、そこに、その部分たる個々の法律的規範相互ならびにその部分と体系たる全体とを有機的(組織的)に連絡統一す

ムラー『正法論』は、1926年「新版」の1964年完全復刻版である。それによると、シュタムラーは「良俗」(そこには倫理的・道德的意味あいが含まれている)というタームを、「社会的」(sozial)なるものと一応区別して用いている。Vgl. Stammler, a.a.O., 1926, Neubearbeitete Auflage, S. 68-69. これに対して、末川は、本稿でのちほど確認するように、「公序良俗」概念＝「高次の法制度」を「社会」との関係において直線的に捉えようとしていた。なおシュタムラー(1856-1938年)については、さしあたり峯村光郎「シュタムラー」木村龜二(編著)・前掲書(前注3)71頁以下参照。ちなみに末川は、上記シュタムラーの見解を含め、主に次のハインの著作『民法に即してみた契約違反への誘導』に依拠している。W. Hein, Die Verleitung zum Vertragsbruch nach bürgerlichem Recht, 1906.

79 末川「公序良俗」・同・前掲書(前注76)583頁参照。

るところの根本理想が貫流していることを認めなければならない。すなわち法律の全体系は、それを貫いて流れるある根本理想が存在する場合においてのみ、考えることができるのである」⁸⁰（傍点・引用者）。こうしてすでに、その出発点からして、末川は、上記対立する二つの見解のうち後者（すなわち「高次の法概念」〔Oberbegriff〕としての「公序良俗」）の立場を選択する。したがって末川は、もろもろの法律的規範のなかには当然に「核子」が必要であり、少なくともその「核子」と言い換えられるべき「真に法に適うところのものへ（向かって）の試み（Versuch）」（括弧内・原書）が必要不可欠である、とする⁸¹。それでは、その「核子」、ないし「真に法に適うところのもの」とは何か。これに対して末川は、端的に次のように答える。すなわち「学問はすべて常識から出発する。私は、きわめて常識的に簡単に話を進めていくことができると思う。そうして議論の出発点は、おのずから人と人とを外から近づけ内から結合するところの人の社会に求められなければならない」⁸²（傍点・引用者）と。これはまた、なんと素朴な「常識論」であろうか。さらに、ここには末川による一種の現実主義的発想が、その背景にあるように思われる。だから「常識論」に逃避する。末川は、これを言い換えて、以下のようにも言っている。——「社会自身の力は、社会の内在に於てこれを構成している個人に対する関係においては、強制として現れる可能性を有するものであって、しかもそれは、社会力が集中凝固して国家権力となった現代においては、もっとも現実的な国家権力の介入ないし干渉として現れる可能性を持っているのである。われわれは、この現実的な社会自身の力による強制を、法律的強制と呼んで、これをもって法律の特質を成すものであると観ることができるであろう。だから法律を支持する力（中略）は、その所在を社会

80 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）584頁。

81 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）584頁。

82 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）585頁。

自身の内に見出しながら、しかも自ら社会自身の内に放射するものである」⁸³（傍点・引用者）。たしかに「法律を支持する力（中略）は、その所在を社会自身の内に見出しながら、しかも自ら社会自身の内に放射するものである」との理解は、エールリッヒ（E. Ehrlich, 1862-1922）の着想に近いようにも見える。さらに、なるほど末川は、法の任務として「自由な人格の発展の確立」⁸⁴とか「社会の存立と発展を保障すること」を指摘している⁸⁵。しかし、ここまでの末川の論述は、あからさまな「常識論」そのものでしかなかった。しかも「社会の存立と発展を保障することとは、法律の全体系（中略）を貫流する根本理想であると考えることができる」（傍点・引用者）と言っていることも、一種の「常識論」にはほかならない（末川「公序良俗」・前掲書〔前注76〕588頁参照。しかもこれは、きわめて抽象的な「常識論」である）。その行き着く先は何か。それは、これまた融通無碍な一般条項的「公序良俗」規範であった。少し詳しく末川から聞く

83 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）586頁。末川は、この点に「法」と「道徳」の違いを認識している。すなわち「法」は国家権力による強制力の発動をとまなうものであるのに対して、「道徳」にあつては社会的サンクションが問題となることがあるにしても、その対象はあくまで「個人の主観の内」に求められるべきであるからだ、という。末川同頁参照。ちなみに法（「法律的強制」）を「社会力」として把握する観点は、穂積陳重・重遠父子以来のわが国「通説」的見解でもある。陳重の「社会力」論については、さしあたり同『穂積陳重遺文集・第四冊』（1934年）所収397頁以下の「法律の進化」参照（原論文初出は1923年〔大正12年〕）。さらに重遠の「社会力」論については、同『法理学大綱』（1917年〔大正6年〕）106頁以下、特に131頁以下に頻出している。

84 この点に関して、末川が「社会力（ことに国家権力）の濫用（肆意）から、個人ないし社会を保護するために、社会力自体の発動し得る限界を定めることもまた必要となる」として、これを「法治国の観念」と結びつけて論じていたことは、重要である。末川「公序良俗」・同・前掲書（前注75）587頁。ここには、その後「市民法」論的立場から「権利論」ないし「権利侵害論」を研究するにいたる末川民法学の健全な側面（の萌芽）が描き出されている。ただし、このような観点が、その「公序良俗論」でいかに活かされているかは、あくまで別問題である。

85 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）587頁参照。

ならば、こうである。——「以上、私は、法律が全体として体系を成している限り、そこにはその体系を貫流する根本理想がなければならぬことを説いて、その根本理想は現在の社会の存立と発展との確保という形式でこれを把握することができるといったが、しかば、それは、わが国現行の成文法上、なんらかの形式で現れているであろうか。私は、これを『公ノ秩序又ハ善良ノ風俗』の確保という形で認めることができると思う」⁸⁶（傍点・引用者）。その上で、さらに末川は、「公序良俗」規範が民法90条のみならず、旧法例2条（現行「法の適用に関する通則法」3条）、旧法例30条（現行「法の適用に関する通則法」42条）、旧商法48条（現行会社法824条1項参照。ただし、そこでは「公益」・「不法の目的」という表現に改められている）等の立法例を挙げながら、「公序良俗」規範の「根本理想」たるゆえんを説いている⁸⁷。さらに末川は言う。すなわち「かくのごとくに、『公ノ秩序又ハ善良ノ風俗』というのは、現行の法律が全体として体系をなしているものであるという一般命題を許された与件として、それから抽出せらるべき法律の根本理想を指すものであるから、これによって、経験的に与えらるべき法律素材を法律的に量定し評価し規正する普遍妥当な形式的の基準を求めることができる」と⁸⁸。ここで末川がいう「法律の根本理想」とし

86 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）590頁。なお、この引用文中で先ほど一旦は顔を出した「自由な人格の発展」が欠落していることに留意されたい。本稿前注84とそれに対応する本文参照。ちなみに、末川が多用する「社会の存立」の「社会」を「我が国」と呼びかえれば、いわゆる立憲主義破壊の「集団的自衛権」行使の一要件たる「存立危機事態」が直ちに想起される。末川が今なお健在であったならば、日本国憲法9条の下での「集団的自衛権」行使容認法（＝「新安保体制法」）の強行採決（2015年9月17日）にどのような態度をとったであろうか。

87 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）590頁参照。なお、すでに1950年（昭和25年）の商法改正で、「公序良俗違反行為を会社解散命令の要件として明示する」ことは「されなくなった」と言われている。この点、椿寿夫「公序良俗違反の諸相——問題点のスケッチ」伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書（前注77。原論文初出は1992年）17頁以下、特に18頁参照。

88 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）591頁。

での「公序良俗」規範は、その趣旨からして、すぐれて「一般条項」的な存在であり、かつまた民法全体に浸透すべき指導原理であった。したがってわが国民法が、その133条で「不法ノ条件」といったり、708条で「不法ノ原因」というのは、「公序良俗」規範に「違反する」状態＝「不法」の文字通りの自然な発露なのであった⁸⁹（ただし末川は、あくまで「法律の内にある規準」が問題なのであって、法律外的な「道徳上の規準」が持ち込まれるべきではない、ともいっている⁹⁰）。

その上で末川は、「契約自由の原則」と「公序良俗」規範との関係を問題にして、次のように言っている。——「第90条の規定を見て、いわゆる契約自由の原則を制限するために設けられた規定であるというふうに解する論者がある。しかし、それは、冠履顛倒の見だといわなければならない。各人の自由な意思に基づいて成立した契約は、どこまでも尊重されなければならないという無制約の大原則が先在的に確立しておいて、それを制限するために、第90条のような規定が特に設けられたのであると唱える論旨の見解は、あるいは沿革的な意味はあるかも知れないが（特に第19世紀当初の個人主義の主張において契約自由の原則ができたと観るならば）、現代の法理観においてはとうてい許されるべきではあるまい。（中略）要するに、われわれは、法律の根本理想として公序良俗の大原則（言葉は不当かも知れぬが）が先在して、その大原則の内においてのみいわゆる契約自由の原則も動き得るものであると観ることができるのであって、契約自由の原則が先在して、例外的にその一角を公序良俗の原則が劃取しているのであると観

89 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）591頁参照。これに対して、椿（寿）・前掲「スケッチ」論文（前注87）・伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書（前注77）20頁は、たとえば民法132条の「不法」性が公序良俗規範といかに結びつくのか（少なくとも「直結」するものではないのではないかと述べ、この点に関する限り、末川の理解には批判的である（なお椿・前掲論文42頁注34も参照）。

90 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）591頁参照。

ることはできない」⁹¹（丸括弧内・原書。傍点・引用者）と。ここには——牧野英一（1878-1970年）のフレーズを借りるならば——「契約自由の原則」と「公序良俗」規範との関係⁹²における「コペルニクスの転

91 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）592-593頁。ここにおいてか、先ほど本稿本文で指摘したところの末川説とエールリッヒ説との外見的「類似性」すら、根本的に打ち碎かれる。末川にとっては、国家制定法たる民法の一般条項としての「公序良俗」規範が——いわば制定法概念法学主義的に——「先在」している。これに対し、エールリッヒは、あくまで民衆のあいだで生きづく「社会」に着眼し、「生ける法」としての「民衆法」の発見に努力し、「社会の合理的建設のための社会・歴史の法則性の科学的把握という啓蒙のヒューマンズの立場」に立ちえたのである（だからこそエールリッヒは、「国家的法律観に基づく概念主義的法適用」を根本的に批判し、「概念法学の官僚主義的な形式的利益衡量」そのものに敢然と挑戦を挑んだのである）。磯村哲「エールリッヒ」木村（編著）・前掲書『近代法思想史の人々』（前注3）80頁以下、特に86-88頁参照。これに対して、「常識論」として、かつ一般条項論としての「公序良俗規範」を高唱し、もって「契約自由の原則」さえも消し去ろうとする末川「公序良俗」理論が、エールリッヒと「類似性」をもつはずがない。ちなみにエールリッヒ「法社会学」の構想からするなら——個人主義思想に基づく「契約の自由」そのものの放任は許されないのであり——「公的倫理・個人の自由・社会政策・商取引における信義誠実」のために「契約の自由」を「新たに制限」することは是、とされている（ほんらい「原則」であった「契約の自由」を「新たに制限」するのであって、末川のごとく「先在」的公序良俗規範によって、初めから「契約自由」が制限されていた、とする観点とエールリッヒの観点とは根本的に対立する）。エールリッヒ『法社会学の基礎理論』（河上倫逸＝M. フーブプリヒト〔共訳〕。1984年。エールリッヒの原書初出は1913年）227頁参照。Vgl. Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 3. Aufl., 1967, Unveränderter Nachdruck der 1. Aufl., 1913, S. 195. このようなエールリッヒの態度は、むしろ端的に、たとえば労働契約に関して「契約自由の実質的回復」を図ろうとする末弘厳太郎（1888-1951年）の思想に呼応している。なお、末弘説については本稿統編で立ち入る予定である）。したがって、本稿本文で、筆者（川角）が「法律を支持する力（中略）は、その所在を社会自身の内に見出しながら、しかも自ら社会自身の内に放射するものである」との末川説を指して、エールリッヒの「着想に近いようにも見える」と言ったのは、「皮肉」を込めて言ったにすぎない。

92 この点につき、林・前掲論文「ドイツ法における良俗違反」伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書（前注77）134頁の指摘に注目したい。林はこう述べている。——「公序良俗は、それが私法の一大原則である私的自治の原則を制限するもので、

回」が示されている。しかしここにこそ、根本的な疑義が存在する。なぜなら、明治民法典も当然の前提にしたという「契約自由の原則」（そのために立法者は、法典調査会で当時の「利息制限法」をも「契約自由の原則」を理由にその廃止案を出したほどであった⁹³）を、なにゆえ、それが単に「沿革的な問題」として19世紀初頭の個人主義に由来するがゆえに、「今日の法理観」では「とうてい許されるべきではあるまい」と結論づけられるのであろうか。ここには、岡松も、鳩山も、そしてとりわけ牧野も高唱してやまなかった「個人主義から團體主義へ」、あるいは「個人主義から社会連帯主義へ」、ないし「法律の社會化」の思想観が、末川の学説にも色濃く反映していることを認めざるをえない。その点に関して興味深い事実は、末川

ゝある以上、少なくとも、この原則に匹敵するほどの強行法的性格をもつ「規範」でなければならないはずである。ならば、その（公序良俗の）規範がどのような内容のものかは当然明確にされなければならないだろうし、また、それが既存の法秩序・社会秩序のどの部分から導き出されたのか、あるいは、新たに創造されたものなのか、ということも、できれば明らかにされるべきであろう。ここで言われる「私的自治の原則」を「契約自由の原則」と置き換えてもそれほど問題は生じないと思われる。ともあれ筆者は、林の着眼点に教えられるところが多かった。

- 93 その立法者の「利息制限法」廃止案は、結局否決された。この点については、本稿前編（龍谷法学49巻4号）注272とそれに対応する本文参照。要するに立法者の考えた「契約自由」は裸の自由であって、法内在的に制約原理をもつ近代法的な「契約自由」とは天と地との差があったのである。筆者とやや視点は異なるが、白羽祐三「契約の自由と契約法学——大正デモクラシーの時期を中心として」同『現代契約法の理論』（1982年）19頁以下は、大正デモクラシー期の契約法学が（市民法的課題としての）「契約自由の原則」を掲げながらも、その実質化の要請が実現しないまま、他方で「工場法」のあり方を含め、社会法的課題としての労働契約問題（雇用問題）が問われざるを得なかった矛盾を鋭く描き出している（建物保護法〔1911年〔明治44年〕〕にかかる「契約自由」の「市民法的課題」と「社会法的課題」の二重性・複合性も同様である）。このような「契約自由の原則」の実質化のための法的努力（市民法的課題実現の要請とその「限界」の解明、及び同時にそれが「社会法的課題」としても登場せざるを得なかったという「矛盾」の考察）、これを抜きに「契約自由の原則」の先在性を、「現代の法理観」においては「とうてい許されるべきものではあるまい」とする末川の「法感覚」には根本的な問題性が潜んでいるように思われる。

がこの「コペルニクス的転回」において、牧野英一から示唆を受けたということである。直接、末川に聞こう。すなわち末川は「(公序良俗規範の一般条項化ないし高次の法制度化については)わが国においてはすでに牧野博士がつとにこの傾向を採って法律と道德との接近合一を力説しておられ(中略)、最近この傾向は、だんだん重んぜられてきたようである」(括弧内及び傍点・引用者)と述べている⁹⁴。このように「公序良俗」規範優位の考

94 末川「公序良俗」・同・前掲書(前注76)594頁。そこで末川は、本稿前編(二)で取り上げた「法律の社會化」を含む牧野英一の論文集『現代の文化と法律』(1917年〔大正6年〕)を参照指示している。ところが不思議なことに、大村敦志『公序良俗と契約正義』(1995年)23頁では、末川の所説を引用したあと「このような考え方(末川の「公序良俗」規範への「契約自由の原則」の従属化)は、後に牧野英一博士によって精力的に展開され、支配的見解となる」という(括弧内及び傍点ともに引用者)。しかし、末川は先に牧野英一に学び、その著作を参照指示しているのである。大村の理解は、逆なのである。なるほど確かに牧野は、その後も精力的に「公序良俗論」や「信義則論」を展開している(ちなみに、牧野は、ほぼ同じ事を何度も別の論文や著作物の中で繰り返している)。その点で、果たして大村が、末川論文と牧野の「公序良俗論」との先後関係(ある意味でのプライオリティ)を、どのように考えていたのか。この大村の理解は、少なくとも「学説史」把握の点で問題があるものとする。この点、山本敬三『公序良俗論の再構成』(2000年)は、末川の「公序良俗論」を「根本理念説」と名付け、その源流(山本〔敬〕の言葉では「萌芽」)を鳩山秀夫『法律行為乃至時効』(1912年〔明治45年〕)及び牧野英一「法律の社會化」『現代の文化と法律』(1918年〔大正7年〕)1頁以下、特に36頁以下のうちに見て取っている。その点で山本(敬)説は、一応学説史上のプライオリティー問題を克服している。ただ、少なくとも牧野「法律の社會化」における公序良俗観念の位置づけを、単に「萌芽」として位置づけておいてよいものか、問題であるように思う。なぜなら、なるほど牧野は——この点、末川が批判するように(本稿後注95参照)——公序良俗を中間概念=媒介概念として「法律と道德」の「融合」(「接近合一」)を図っていた(牧野・前掲書5-6頁)。それゆえ、牧野「公序良俗論」は道德規範との未分化状態に置かれていたが、それでも、その「公序良俗」観念は「法律の社會化」論文の全体を貫徹するキーワードであったのであり、「公序良俗」概念を全面的に展開せしめていたからである。そのこととの関連で、「公の秩序、善良の風俗」といふことを基礎として「法の社會化」といふことを考へて見たい」という一文(牧野・前掲書1頁冒頭の文章)は、かなり印象的である。牧野は、こうして契約自由の根幹である「合意」(当事者の「發意」)の適法性根拠を「公序良俗」に求めただけではない(牧野・前掲

え方を、末川は端的に牧野英一から学び取っているのである⁹⁵。なお末川は、「公序良俗」違反無効の適用範囲についてこう述べている。——「法律行為は、当事者及びその周囲の主観的な事情を離れて、客観的にそれ自体が公序良俗に反する不法性を帯びている場合に限ってのみ、第90条によって無効とせられるのである」（傍点・引用者）として、公序良俗違反無効とはならない幾つかの事例を挙げている⁹⁶。それでは、法律行為が公

書37頁）。さらに「権利の濫用」も、「権利の行使が公の秩序、善良の風俗に反する場合に於ては、それは最早権利の適当なる行使ではないのであるから、當然不法行為である」としている（牧野・前掲書49頁）。牧野の「公序良俗論」は、その骨格においてほぼ末川の「公序良俗」＝「根本理念説」を先取りしていた、と思われる。だからこそ牧野は、上記論文で「法律自身の語を以て謂はば『公の秩序、善良の風俗』といふことが其の進化の標的、其の發展の理想であると謂い得るのである。（中略）吾人は、斯くの如き點に新しい意義に於ける正義の觀念を看取し、個人を社會に同化せしめんとする此の現象を称して法律の社會化 Socialisation du droit と称するのである」（傍点・引用者）と結んでいる（牧野・前掲書79頁）。末川は、契約自由に関してのみならず、明らかに権利濫用に関しても牧野「公序良俗論」を、ほぼそのまま受け継いでいる（筆者〔川角〕が末川「公序良俗」論を読んだ限りでは、むしろ、全面的に末川は、牧野「公序良俗論」を受け売りしている。しかも、末川を理解によれば「契約自由」も「権利濫用」も、常にその高次的概念としての「公序良俗」規範による制約＝コントロールを受けるべき存在なのである）。その意味で、牧野「公序良俗論」は末川にとって単なる「萌芽」であつたのではなく、文字通りのお手本＝範型（Muster）にほかならなかつた（その点で、少なくとも山本〔敬〕の学説史的理解には、なお問題が残るように思われる）。なお牧野「法律の社會化」については、本稿前編（龍谷法学50巻1号）で、すでにその輪郭を描いておいた。ちなみに牧野英一には、欧米留学から帰国直後に東大で行つた「帰朝最初の開講の辞」として「現代法律の基礎觀念としての『公の秩序善良の風俗』」（1913年〔大正2年〕）がある。「牧野英一博士『主要著作年表』」『書齋の窓』189号（1970年）49頁参照（そこでは、上記講演録が「論文」として公表された旨の記載がある。ただし、その出典は示されておらず、筆者は今のところ未見である）。

95 ただし末川は、牧野の道德規範優位の考え方についてはついていけなかつたようである。その限りで末川は、牧野の見解を批判している。末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）594頁参照。

96 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）599頁参照。たとえば詐欺又は強迫による法律行為も、「客観的不法」が認定されない限りは、90条の適用によって「無効」とはならない等々。ともあれ末川が、公序良俗違反による法律行為のメ

不適法判断の帰結としての無効ではなく、「客観的不法性」判断の帰結としての無効であるとしている点に注目しておきたい。ちなみに、ドイツでヴェルナー・フルーメの教科書を紐解くと、法律行為の良俗違反性を「規制(Regelung)」としての法律行為自体の「客観的」評価から導き出しているのであるが、決して「不法性」(Unerlaubtheit)から根拠づけようとはしない。それはフルーメが、良俗違反の法律行為の無効を、あくまで「法律行為に基づく責任」(Haftung aufgrund von dem Rechtsgeschäft als Regelung)として把握するからである、と思われる。なおこの点に関して、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義(編)『近代私法学の形成と現代法理論』[1988年]119頁以下、特に177-178頁は、フルーメが「法律行為とは eine rechtliche Regelung である」と述べ、よって「法的に重要な容態」とは明確に区別していること。したがって、フルーメによる「法定責任の二重化」もまた「それぞれの責任の基礎にある本質的差異という法源論によって裏付けられている」ことを、的確に論証している(ちなみに「法定責任の二重化」とは、錯誤取消しの場合の信頼利益賠償責任〔ドイツ民法119条、122条1項参照〕と「契約締結上の過失責任」に基づく賠償責任〔ドイツ民法311条2項、280条参照〕を指すと思われる。ただし児玉論文作成時点は、ドイツ民法の現代化改正〔2000年〕の前であり、当時は「原始的不能」規定が存在し、かつ「契約締結上の過失責任」規定は不存在であった点に注意しなければならない。児玉論文では「錯誤取消」による賠償責任は「法律行為上の形成の補完としての制定法上の法律効果」〔傍点・原書〕とされ、他方「契約締結上の過失責任」に基づく賠償責任は「ある容態の法的評価に基づく法律効果」〔傍点・原書〕とされていた)。ともあれ、そのような eine rechtliche Regelung として「法律行為」を把握するフルーメが、法律行為規定たるドイツ民138条と不法行為規定たる826条とを明確に対照化している点も決して見逃すことができない、と思われる。Vgl. W. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Unveränderte Auflage, 1992, S. 363ff. bes. S. 368. これに対して、わが国ではドイツ民法138条の「良俗違反規定」と826条の「良俗違反規定」とが厳密に区別されないまま、並列的に(同性質のものとして)位置づけられる傾向があるように思われる。たとえば「138条と並んで、ドイツ民法は、「善良の風俗に反する方法により故意に他人に損害を与えた者はその損害を賠償する義務を負う」として(826条)、良俗違反行為と不法行為責任との関係をも明らかにしている」(傍点・引用者)とする、鹿野業穂子「ドイツ判例における良俗違反」伊藤進＝椿寿夫(編)・前掲書(前注77)138頁なども、おそらくそうであろう。すなわち、末川のように「客観的不法性」を良俗違反の中心的メルクマールとする限り、不法行為責任としての「良俗違反性」もそれと重なること必然的であり、ただ、それに「故意」による損害惹起という主観的モメントを要件として付加したものがドイツ民法826条である、という「素朴」な理

序良俗違反無効となるのは、いかなる場合であるのか。それを末川は、自分なりに「分類化」している。その「分類化」は、末川「公序良俗」論が出された翌年の我妻栄論文⁹⁷とほとんど同様の「類型論」であったように思われる（むろん相違点もあった⁹⁸）。とりわけ末川が、労働争議にかかる

ゝ解に陥ってしまいかねないのである。ただし、この点に関する立ち入った検討は、別の機会に譲ろうと思う。ここでは、「公序良俗違反無効」の根拠が、必ずしも末川の言うような意味での「客観的不法」に求められるわけではないこと（むしろ「法律行為」そのものに責任の根拠を求めるべきとする有力な見解があること）を確認しておけば足りる。

97 我妻栄「判例より見たる「公の秩序善良の風俗」」同『民法研究Ⅱ・総則』（1966年。原論文初出は1923年〔大正12年〕）123頁以下参照。

98 我妻論文と末川論文との間には、細かい差異がある。なにより我妻論文は緻密な判例研究に裏付けられているで、末川論文と趣を異にする（そのこと自体は、論文が書かれた目的・性格によって自ずと違いが出て来ること当然であるから、特に問題にすべきことではない）。ちなみに「人倫に反するもの」の中で我妻は、「内縁」に関する大正4年の「婚姻予約有効判決」（大連判大正4年1月26日民録21輯49頁。本稿前編〔龍谷法学50巻1号〕で「牧野英一」の「具體的妥当性」の箇所 で取り上げた判例）により、内縁の公序良俗違反性は否定されている趣旨を説いている（我妻・前掲論文「判例より見たる」〔前注97〕126頁以下）。これに対して、末川は大正4年判決に触れることなく「婚姻や養子縁組などの予約」を基本的に「公序良俗違反」としている（末川は、内縁関係自体には立ち入っていない。ただし「婚姻予約無効」という末川の論旨は、その契約が強制的履行可能性を持たない点に着目したものであるにすぎない）。末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）604頁。末川論文は、それ以外にも「戸主権」の内容を拘束する契約の無効を当然の如く例示したり、妻に対する「父権」の行使を制約する旨の契約の公序良俗違反無効を説いたりして、かなり当時の家族法制に関する妥協的態度を示している。末川「公序良俗」・同・前掲書604頁参照。ただし我妻も、詳細な判例分析を踏まえながらも、家族が戸主と契約した分家契約を公序良俗違反無効と解した大判明治44年10月16日民録17輯580頁を、養子縁組、転籍及びこれらへの戸主の同意の事例ともども、「而して——これらの身分上の行為を訴求しえないという前提の下では——正当であろうと思う」としている。この点での、当時の末川と我妻の見方はほぼ一致している。とはいえ、たとえば戸主による「廃家」契約に関する戸主の「自由」を優先し、よって「良俗違反性」を積極的に認めようとする下級審裁判例のあり方には、我妻なりの「警告」が発せられていて、興味を引く。つまり我妻は、たとえば戸主権を念頭に置いて「私は（中略）進んでこの解決は現時のわが国の家族制度として、社会の倫理思想の支持を受けているかどうかを疑わんとする」➤

契約（労働者相互間の、あるいは労働者と雇主との間の「同盟罷工・団体交渉（特に賃率契約）・「工場閉鎖」・「同盟解雇」等にかかる契約）の効力に触れ、「かかる手段は、今日の経済生活における重要な闘争手段として許容される範囲においては、これに関する契約が必ずしも公序良俗に反する事項を目的

ゝ（傍点・原書）と述べているから、である。我妻・前掲論文149頁参照。なお我妻が、公序良俗違反無効の一類型として「妾・私通・姦通等」を挙げているのは注目値する、と言わなければならない（我妻・前掲論文124頁。大判明治30年12月4日民録3輯11卷15頁参照）。すでにみたように、明治維新以来長く「蓄妾」・「置妾」の制度（「妻妾制度」ともいう）があり——明治初期刑法ではその親族定義規定に「妾」があったが、1880年（明治13年）刑法改正で「妾」という文言は削除された——この点に関するわが国民法典立法者の態度は曖昧であった（妾の存続を前提にしたような発言もあった〔本稿前編龍谷法学49巻4号注244参照〕。なお明治期「妻妾制度」については、熊谷開作『日本の近代化と「家」制度』〔1987年〕159頁以下参照。熊谷は「三一年民法で、結局、嫡母庶子関係を親子関係に準ずるものとして規定したこと（第728条）は、妾制度の重要な一面を存置したものであった。それは、「家」の承継者をえるために妻以外の女性のうんだ子も尊重しなければならないという妾制度の重要な一面の存置にはかならなかった」と指摘している。熊谷・前掲書168頁〔なお、上記引用文中に出てくる「嫡母庶子関係」とは、父が妾に生ませた「庶子」を妻が「嫡出子」と同様に扱う関係を指す、と考える〕）。ちなみに梅謙次郎『民法要義卷之一・総則編』（1896年〔明治29年〕）169頁以下の民法90条に関する註釈では、「終生婚セサル」契約とか「猥褻ノ行為」は「善良ノ風俗ニ反シ」、かつ間接に「公ノ秩序ヲ害スル」ものとして無効とされる。しかしながら「妾関係」について、梅は、なんら触れていない（ちなみに梅は、「公ノ秩序又ハ善良風俗」という文言には反対であったと言う。梅によれば「假令善良ノ風俗ニ反スルモ若シ毫モ公ノ秩序ヲ害スルコトナクハ法律ハ之ニ干渉スヘキ謂ハレナシ」とされる。つまり梅は「公序違反」本位主義なのである。この点、滝沢昌彦「日本の学説における公序良俗」伊藤進＝椿寿夫（編）・前掲書〔前注77〕180頁以下、特に183-184頁は、この梅の見解を的確に紹介している）。ともあれ、我妻が指摘するように、すでに明治30年の大審院判決が妾関係の存続を目的とした契約〔違約の場合には金員を贈与する契約〕を公序良俗に反するものとして「峻厳なる態度を示した」（我妻・前掲124頁）ことに照らせば、それ以降は、おそらく学説でも同様の判断がされていたものと推測できる（筆者はこの点の詳しい検討をしていない）。ちなみに末川「公序良俗」論においても、「妾関係を生ぜしむべきむねの契約」は90条に反して無効、とされている。末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）604頁。

とするものだとはいえないであろうが、しかしそれが特に今日の法律制度の下において個人に与えられている経済的なし文化的な生活を脅威するに至るならば、不法だと考えらるべきであるから、これに関する契約は、あるいは無効だと解すべきことがあり得るかも知れない」⁹⁹（傍点・引用者）と言っているのは、はなはだ曖昧模糊・中途半端であるような気がしてならない。特にその際、末川がわざわざ「治安警察法」の参照指示をしているのはなぜか（その出典については、本稿後注100で指示している箇所を参照）。言い換えれば、末川がこの「治安警察法」の参照指示に、いかなる意味を込めていたのか、大いに疑問としなければならない、と思われるのである¹⁰⁰。以上、本稿は末川「公序良俗」論を批判的に検討した。残された課題も多いが、その検討は今後委ねることにして、次なるテーマの考察に移ることにしたい。

99 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）607頁。

100 末川「公序良俗」・同・前掲書（前注76）607頁左から7行目割注を参照。なお治安警察法は、たとえばその10条で「集会ニ於ケル講談論議」が「安寧秩序ヲ紊シ若ハ風ヲ害スルノ虞アリト認ムル場合」（要するに「公序良俗」に反する場合）には、「警察官ハ其ノ人の講談論議ヲ中止スルコトヲ得」と規定し、その17条では「労務ノ条件又ハ報酬ニ関シ協同ノ行動ヲ為スヘキ団結ニ加入セシメ」た場合には、その違反者に対して「一月以上六月以下ノ重禁固ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ付加ス」（同30条）と規定している。この「治安警察法」をどのような意味で末川が参照指示したのか、率直に言ってよくわからない（なお、この「治安警察法」は、その後の「治安維持法」ともども、市民の内心・良心の自由に国家権力が直接的・強行的・暴力的に干渉するものであった。最近、強行採決され「公布」された、いわゆる「共謀罪」法なるものは、それらの今日的バージョンにはかならない）。ちなみに、上のような末川の態度と異なり、我妻は、「営業の自由の制限」に関する箇所、同業者間での「一定の営業又は販売をなさずとする契約」及び「同業者間の規約」さらには「職工ノ誘因争奪」防止に関する労務者と営業主との契約に関してのみ、その「公序良俗違反性」を問題にするにすぎない（「公序良俗規範」を、いわゆる「競業禁止義務」ないし「第三者による債権侵害」の問題として捉えるのみである）。したがって我妻は、少なくとも労働争議（の不作為等）に関する「契約」の公序良俗違反性には触れていない。我妻・前掲論文「判例より見たる」（前注97）141頁以下参照。

(e) 「イエーリングを中心とした土地所有権の限界に関する研究」¹⁰¹

ここで筆者（川角）は、この末川論文の全面的検討を避ける。もっぱらドイツ・イミッシオン法理に関するイエーリングの見解¹⁰²を末川が紹介した部分を中心に、考察するにとどめる。そのことを通じて「末川民法学」の一面に触れよう、と思う。

それでは末川が、イミッシオン法理に関するイエーリング理論に着眼したのはなぜか。まずは、そこから入ろう。末川によれば、（ウエーレンベルヒやヘッセに見られるような）ドイツ後期普通法における単なるローマ法

101 本稿では、末川博『末川博法律論文集Ⅳ－物権・親族・相続』（1970年）196頁以下を参照した（それ以外にも末川『民法に於ける特殊問題の研究・第一巻（第三版）』（1925年）224頁以下に収録されている）。以下では、末川「土地所有権の限界」として引用する（原論文初出は、1925年〔大正14年〕3月・4月である）。

102 ドイツ・イミッシオン法理におけるイエーリング理論の評価については、すでに末川は、1919年（大正8年）の「信玄公旗掛松大審院判決」を契機に出された「権利の濫用に関する一考察——煤煙の隣地に及ぼす影響と権利行使の範囲」（1919年）同『権利侵害と権利濫用』（前注76）118頁以下、特に121-123頁で触れていた。本稿「イエーリングを中心とした土地所有権の限界に関する研究」は、上記1919年論文をより詳細に論ずるものである（イエーリング理論を、当時のドイツ後期普通法期ウエーレンベルヒ及びヘッセの学説と対比している）。Vgl. R. v. Jhering, Zur Lehre von der Beeinschränkungen des Grundeigentümers im Interesse des Nachbarn, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. 6. 1863, S. 81-130; W. Werenberg, Ueber die Collision der Rechte verschiedener Grundeigentümer, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. 6. 1863, S. 1-80; Chr. A. Hesse, Zur Lehre von den nachbarrechtlichen Verhältnissen der Grundeigentümer, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts, Bd. 6. 1863, S. 377-441. このように1863年の、いわゆるイエーリング年報の第6巻では、集中的にイミッシオン法理に関する諸論稿が掲載されている。さしあたり山中充「ドイツ民法におけるイミッシオン規定の成立（1）（2・完）——ドイツ・イミッシオン法の形成・発展および機能・その一」民商法雑誌71巻1号（1974年）25頁以下、民商法雑誌71巻2号（1974年）78頁以下参照（この山中充「論文」は、ローマ法からドイツ後期普通法期への展開さらにドイツ民法第一草案から現行 BGB906条までの学説・判例・立法の検討につき、詳細である）。

源研究ではなく、イエーリング説において、むしろ「ローマ法がこの問題を解決せんとして採っていたところの立法上の理想」が「探求」され、しかもその際に、「発見的な方法を探ること」の必要性が訴えられていたことに、末川は強く惹かれたらしい¹⁰³。そしてイエーリングによれば、土地所有権がその「上下」に及ぶ理由を「先占」(Aneignung)によって「擬制的」に説明しようとするウーレンベルヒの見解¹⁰⁴は批判されるべきであり、その結果として、土地所有権者は「積極的には所有者が(「先占」によることなく、土地上の)空間を自己のために利用することを得、消極的には他人の侵害を排除することを得る」という両方面が、この権利(土地所有権)において現われていれば足りる(括弧内及び傍点・引用者)と述べていること、を紹介している¹⁰⁵。その限りで、まずはイエーリング

103 末川「土地所有権の限界」(前注100) 196-197頁参照。

104 ウーレンベルヒ(前注102)は、空気(Luft)を公共的な存在(「公共物」res communis)として位置づける。その上で、土地所有権者が一定の先占(Aneignung)をしたと認定される限りで、「空気」もまた土地所有権者に帰属する、と説く。すなわち、土地に建物を建てれば、当該土地所有権者は、その合理的範囲内で「空気」も所有する。さらにとてつもなく高い鉄塔を建設すれば、その範囲内で「空気」をも所有する、と述べる。かつまた「地下」についても「先占」あり、とする。末川「土地所有権の限界」199-200頁参照。

105 末川「土地所有権の限界」(前注101) 201-202頁参照。なお、上記引用文中「消極的には他人の侵害を排除することを得る」のイエーリング原文は、“negative, daß er (=der Eigentümer) Eingriffe Anderer zurückweisen darf”となっている。Jhering (Fn. 102), S. 87. なお、この箇所ではイエーリングは、「土地所有権」と「動産所有権」の違いに触れている。前者において「所有権」の「外延」が広げられているのに対し、後者では、それが「制限」されている(むしろ、限定ないし「特定」と言うべきか)。末川「土地所有権の限界」201頁。念のためイエーリング原文の冒頭部分のみ掲げておく。——“Vergleicht man jedoch die Gestalt, die dieser Begriff (des Eigentums) bei der einen und andern Art (wie die Eigentum der beweglichen- und unbeweglichen Sachen) angenommen hat, so ergibt sich sowohl in *extensiver* als *intensiver* Beziehung nicht unerhebliche Abweichungen.” (Jhering (Fn. 102), S. 84. イタリック強調は原書。括弧内の挿入〔des 以下と wie 以下の二箇所〕・引用者)。ここで明らかにイエーリングは、土地所有権と動産所有権が、「外延」的にも「内包」的メ

ゝにも相当な違いを生み出している旨、主張している。ちなみに、以下の記述は、以上のイエーリング所有権論（土地所有権と動産所有権の相違論）に基づく筆者の推測である。すなわち、このようなイエーリングの見解によれば、おそらく土地所有権は、その「外延」の広がり利益において——隣人との関係においてのみならず——たえず「公共の利益」とも衝突すべき宿命を背負っている。したがってイエーリングによれば、結局のところ、土地所有権者は、「国家的利益」のためであるならば、土地の一部（あるいは、その全部すら）を国家に差し出す（「強制収用を甘受する」）ことが要求されることになる、と思われる。この点に関連して、以下の戒能通孝（1908-1975年）の指摘は重要である。やや長い引用になるが、重要と思われるのでそのまま引いておく。——「ドイツ法学の内部にあって、最初に有力ないわゆる社会的所有権説の主張者になったイエーリンクの『法における目的』（1877年）が、「土地収用制度の真実の意味を、所有権に対する外からの干渉だとか、所有権観念にとって異質的なものだという見解は、誤解に導くだけである。そのような見解は、所有権を個人の立場だけからしかみない人の頭に浮かぶものである。だがこの見解は、所有権に関しても、契約に関しても、同様に誤っている。唯一の正しい見解は、ことを社会的にみることである。そうすれば土地収用（Expropriation）は異常なものでも、所有権の観念に背反するものでもなく、反対に所有権観念にとって絶対的に必要なものであることがわかるはずである。土地収用は社会の利益と個人の利益の調節という解決機能を含んでいる。所有権は、これあるが故に永続できる実際の制度になっている。収用制度がなかったら、所有権は社会から呪われたものになるだろう」といい、旧中小資産家階級の工場制工業とその基本的諸施設への（土地収用制度による強制的効力への）全面的服従を説いていることだけは、いかに注意しても注意しすぎないことを、指摘したいと信じているのである。私はイエーリンクによるこの社会的所有権説が、ギールケによっていかにしていわゆるゲルマン法のなかに取り入れられたかも、またフランスに実質上輸出され、レオン・デュギーの社会連帯論にどう結びついたかに関しても、ここでは立ち入らないことにする。（中略）だがいかに言葉として「公共の福祉」という美しい言葉を使うにしても、それによって誰が直接の第一次的利得者になるか、わけても公衆全体が直接の第一次的利得者になることを証明しなければ、「公共の福祉」ほどあやしげな言葉のないことは、まさに自明の事理である。「権利濫用」もしくは「権利には内在的な制限が本質上存在し、その内在的制限を越えて権利行使をすることは、権利の濫用である」という考え方は、このようにして決して文字通りの意味での「公共の福祉」を目ざすものではありえなかった」（括弧内・引用者）。戒能通孝「『権利濫用』と『公共の福祉』」法律時報30巻10号（1958年）4頁以下、特に6-7頁参照（この論文は『戒能通孝著作集』には収められていない）。さらに、vgl. Jhering, Der Zweck im Recht, 3. Auflage, 1893-1898, S. 466 ff. bes. S. 526-527. そこでイエーリングも

理論において——上記引用箇所の特記部分で示されているように——「イミッショーン原則違法＝差止め排除」の観点が示されていたことは、きわめて重要である。かくしてイエーリングによれば「空間の自由について（土地）所有者の有する実際上の利益は、空気と光と雨とが奪われることなく、好むがままに高く建築することが妨げられることなく、かつ有毒な臭気や過度の煤煙・塵埃等によってその空間が汚されて居住が不可能にせられることがない、という点にのみ存している」¹⁰⁶（括弧内及び特記・引用者）。ここで、さしあたり注意しておくべき点が、二つある。それは第

ゝは、「社会的所有権」（gesellschaftliches Eigentum）あるいは「国民的所有権」（Volkseigentum）の一般的優位性を説いている（466頁以下）。その上で、土地所有権の、国家的「収用」＝「公用徴収」（Expropriation）への服従を説く（526頁以下）。ところが、他方でイエーリングは、1878年の論文で「動産所有権」の不当利得法上の保護については、それを rei vindicatio の債務法的自己貫徹として、今日の「侵害不当利得」（Eingriffskondiktion）における「割当て内容説」（die Lehre vom Zuweisungsgehalt）の源流的見解を主張している（要するに、動産所有権保護の債務法的貫徹を通じたところの rei vindicatio の「再生」を主張する）。詳しくは、拙稿・川角「不当利得法における所有権保護の限界——ヴィントシャイトとイエーリングの対立」龍谷法学49巻2号（2016年）1頁以下、特に12頁以下及び26頁以下参照（そこでは、関連するイエーリングの論文出典〔1878年のイエーリング年報〕も指示している）。ちなみに、イエーリング『法における目的』初版が1877年であるから、ほぼ同時期に「不動産所有権の収用制度への服従」と「動産所有権の不当利得法上の保護貫徹（客観的価値賠償請求権への転化）」を、それぞれ論じていたことになる。まるで「二重人格者」をみるかのようなものである。

- 106 末川「土地所有権の限界」（前注101）202頁。ここの記述も重要である。イエーリングの原文を掲げておく。“Das *praktische* Interesse des Eigenthümers an der Freiheit seines Luftraums besteht nur darin, daß ihm nicht Luft, Licht und Regen entzogen, daß er nicht gehindert wird, so hoch zu bauen, wie er Luft hat, daß ihm nicht durch Anfüllung seines Luftraums mit verpestenden Gerüchen, übermäßigem Rauch, Staub u. s. w. der Aufenthalt auf dem Grundstück unmöglich gemacht wird.” Jhering (Fn. 102), S. 90.（イタリック・原書。ゴチック・引用者）。ただし上記引用文は、あくまでイエーリングが、所有地での権利者による建築物の高さの許容度に関して述べている部分であることを付記しておく。

一に、イエーリングが、現在いわゆる「消極的イミッション」と位置づけられている「通風利益」・「日照利益」を保護法益として明確に位置づけていること。第二に、いわゆる「積極的イミッション」にあたる煤煙・塵埃・臭気等の侵入につき、それを「有毒な」とか「過度の」とか述べることによって、いわゆる「本質的な妨害」(eine wesentliche Beinträchtigung)の存在を「要件化」していたこと、である。すなわちイエーリングは、一方で「他人の侵害を排除することを得る」(er (=der Eigentümer) Eingriffe Anderer zurückweisen darf)として、積極的イミッションたる煤煙・塵埃・騒音・振動・音響・臭気等の合意なき不適法侵入自体が認定されれば、妨害排除請求権 (der negatorische Beseitigungsanspruch, actio negatoria) が承認されるかのような書きぶりを示しながら、すぐさま「有害な」(verpestende) 臭気とか、「過度の」(übermäßige) 煤煙・塵埃などと述べ、一種の受忍限度論的違法判断をしている。あとでも指摘するように、現在ドイツの判例・通説は、一応「イミッション」(干渉作用)の事実=実体があれば、原告適格を認めるのであり¹⁰⁷、「有害でないこと」・「過度な侵入でないこと」については、被告の「抗弁」事由として位置づけられているにすぎない。こうしてイエーリングは、実質的に、当時のドイツ産業革命の主体であった鉱工業・鉄道等のイミッション原則違法=差止め排除の要件設定を一步後退させていたことになる。すなわちこのイエーリング説によれば、原告の側で「有害な」・「過度な」イミッションの実在証明、つまりは「本質的な妨害」の主張・立証責任を「請求原因」レベルで要求することになる。ともあれ、イエーリングは、土地所有権の相隣関係的特性を考慮してか、「動産所有権」と「土地所有権」の違いを改めて強調する。そして、後者(土地所有権)において「所有権

107 Vgl. Meisner=Hodes, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern) und in West-Berlin, 1970, § 38 V; E. Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 110 Fn. 268 am Ende.

自由」がそのまま認められれば「（所有者は）その所有地に工場を建てて、激甚な振動や音響や有毒ガス、強烈な灼熱などを発散して、隣地に人が住むことを不可能ならしめ（ることがある）」として、そうなれば相隣者間の「紛争癖」（Streitsucht）を生み出すだけであり、かつまた「永久的な相隣者間のいさかい状態（Kriegsfuß）」を惹起することにつながるであろう、としている¹⁰⁸（括弧内・引用者）。そこにはイエーリングによる、やや一面的な「土地所有権」論がある。しかしながら、そのような「紛争癖」・「永久的な相隣者間のいさかい状態」を阻止するためにこそ、紛争当事者の「自力救済の禁止」、さらには「イミッシオン原則禁止＝差止め排除」の法理が活用されるべきはずであった（当該紛争処理が裁判上「イミッシオン原則禁止＝差止め排除」の線で固まれば、お互い「干渉し合わない」エチケットも、かつまたその旨の相隣的倫理も強化されるはずである。その限りで、おそらく無用な「いさかい状態」は解消するであろう。そしてそのような「相隣者間の倫理的・自律的紛争解決」を粉砕するものがあるとすれば、それは「資本」による一方的な「公害」・「環境破壊」としてのイミッシオンだけであろう）。なお、上記のイエーリングの発想は、今日わが国でも流布する「（相隣的）社会共同生活の場では、お互い受忍し合うことが前提である」¹⁰⁹という——筆

108 末川「土地所有権の限界」（前注101）203頁。なお、上記本文注108に対応する二箇所の（ ）内のドイツ語は、Jhering (Fn. 102), S. 90 を参照して、筆者（川角）が挿入したものである。

109 たとえば、澤井裕『公害差止の法理』（1976年）92頁（「社会生活を送る以上、ある程度の騒音・煤煙・臭気等生活妨害が領域外に及ぶことは不可避であり、相互受忍は差止・賠償のいずれにおいても必要である」）、あるいは広中俊雄『債権各論講義（第6版）』（1994年）459頁（「人間はその社会生活において多かれ少なかれ不快な影響を及ぼしあうことを避けられず、その意味で（中略）社会生活における他者との相互的影響によって妨害される蓋然性を蔵したもの」）、および同『新版民法綱要』（2006年）19頁の論旨を併せて参照されたい。ここで説かれる「相互受忍」とか「相互的影響」という「問題」が、「相隣的道德・相隣社会的エチケット」の問題として処理されるべきことなのか、それとも「法的処理」になじむべき事柄として考慮される必要があるのかは、なお論じられてよい問題である、と考える。筆者（川角）は、基本的に前者の発想から出発している。

者（川角）の原則論からすれば（「法」と「道德=社会的エチケット」との関係を見誤ったという意味で）「ねじ曲がった」——考え方であったように思われる¹¹⁰。ちなみに末川によれば、上記イエーリング「イミッシオン論」と同じイエーリング年報に書かれたヘッセ（Hesse）の「イミッシオン論」につき、次のように紹介されている。——「人の健康は、それ自体としては物権の客体の内に属すべきではない。（中略）自由人の健康と生命とは、ローマ人にとっては、それを私法の範囲に入れるには、あまりに高く考えられていた。（中略）隣人の健康を害する有毒なガスを放散するような土地所有者の行為と施設とは、警察力の支配を受けたのである。全コルプス・ユーリスを通じて、negatoria, cautio damni infecti, interdictum quod aut vi clam, lex Aquilia などを取り扱っている箇所のどこにも、上のような行為（隣人の健康・生命に有害な放散行為）について規定しているのを見出すことはできぬ」¹¹¹（括弧内・引用者）。これを受けて、

110 その背景として、イエーリングに独特の社会的=国家的な「目的法学」の立場からの、土地所有権に関する「強制収用」（Expropriation）優位の発想も、大きく影響していたのではないだろうか（この点、本稿前注105参照）。ただし時期的には、イエーリングの「イミッシオン論」（1863年）の方が、彼の後期の大作『法における目的』（1877年）よりも15年ほど早い。一応、このことに留意しておかなければならない。ただし、その『法における目的』第1巻序文（Vorrede）のなかで、イエーリングは、はっきりと「その前半部をここに公けにする本書（『法における目的』第1巻）は、1865年にその初版を刊行したところの「ローマ法の精神」（Der Geist des römischen Rechts）の最終版（第3巻第1部）の「継承者」（eine Ausläuferin）」であり、「なるほどそこ（『ローマ法の精神』最終版）で、自分（イエーリング）は、主観的な意味での権利を、支配的見解と異なった意味での「利益」（Interesse）に置いた」（括弧内・引用者）。しかしながら、その「利益」の概念こそは、「私」をして必然的に「目的」（Zweck）へと導き、「主観的権利」を「客観的権利=法」に置き換えるべく強制したのである旨、述べている。Vgl. Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. 1, 3. Aufl., Vorrede vii. そうだとすると、1863年のイエーリング「イミッシオン論」において、すでに「土地相隣関係」の場での「社会的」（現実的「生活」本位）ないし「国家的」目的優位の思想が芽生えていたと推測することも、あながち的外れではない、と言えそうである。

111 末川「土地所有権の限界」（前注101）206-207頁。

末川は、ヘッセが「相隣関係に生ずる問題の範囲を所有権の客体たる物に
関する場合に局限し（た）」と言っている¹¹²。まず、ここで重視すべきこ
とは、ヘッセが「隣人の健康・生命を侵害する放散行為＝イミッシオー
ン」を私法上の権利（＝物権）保護より「高い」ものと位置づける点で、
サヴィニーと同じ見解に立ちながらも、しかしその「生命・健康への侵
害」保護を——ローマ法と同様に——「刑法上」ないしは「警察上」の保
護に委ねようとする点で、あくまでサヴィニーと異なる見解を示していた
こと、である¹¹³。ちなみに末川自身は、「加害」隣人の特殊な「害意」＝

112 末川「土地所有権の限界」（前注101）207頁。

113 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 336.
さらに、原島重義「権利論の存立と変質・放棄」・同『市民法の理論』（2011年）
415頁以下、特に421頁注6も参照（なお、原論文初出は1975年）。サヴィニーは
「権利」（所有権を典型とする「主観的権利」〔das subjektive Recht〕及び債権
等）よりも人格（生命・身体・健康等）を、ヨリ「高次」なものとして位置づ
け、かつ私法上の保護を当然に受けるものと考えていた（たとえばサヴィニー
は、名誉侵害の場合の「請求権」付与を明示している。Savigny, a. a. O., S.
336-337）。これに関連して、イエーリングが「ローマ法から」学びながら
「ローマ法を越えて」、社会的＝国家的目的法学を志向していたとする仮定が成
り立つ限りで、イミッシオンによる侵害の場合の「生命・身体・健康等」の
人格救済を、イエーリングが「私法の領域」において、どのように位置づけよ
うとしたか。これは一個の問題であると思われる（本稿前注111に対応する本文
引用箇所です示したように、ヘッセは「生命・健康」の人格的保護を明らかに
「警察力の支配」の対象としていた点に留意されたい）。ちなみに、イエーリン
グにとって「権利のための闘争」（der Kampf ums Recht）とは、すなわち
「人格そのものに挑戦する無礼な不法、権利を無視し人格を侮辱するような仕方
での権利侵害に対して抵抗すること」であり、それはその人格者自身に対する
「義務」（Pflicht des Berechtigten gegen sich selber）である、とされる。同時
に、それはまた「自己を倫理的存在として保存せよという命令（ein Gebot der
moralischen Selbsterhaltung）に従うことにほかならない」がゆえに、「権利の
ための闘争」は、「国家共同体に対する義務」（Pflicht gegen das Gemeinwesen）
でもあった。Vgl. Jhering, Der Kampf ums Recht, 1872, S. 16-17. イエーリン
グ（村上淳一・訳）『権利のための闘争』（岩波文庫）49頁参照。その限りで、
イエーリングは、「権利」の源を「人格」（Persönlichkeit）のうちに求めながら、
同時にその人格を「倫理的存在」のレベルでのみ捉え、かつまた「権利のため
の闘争」を「国家共同体に対する義務」として把握していたことになる。そ

シカーネ (Schikane) の有無を、「権利濫用」判断と同様に、このイミッシオン事案でも重視するようである¹¹⁴。ところが、この点、イエーリングは「シカーネ禁止」を重視しない。すなわちイエーリングによれば、次のような見解が示される。——「侵害（隣地に及ぼされる影響）が法律上許さるべきものであるか否かは、ただ客観的な標準に従ってのみ量定せられることができる。（中略）私〔イエーリング〕は、Schikane の禁止は、ローマ法の淵源に照らしても正当であるとは考えないし、また立法上も役に立つものとは考えていない。Schikane の禁止を定立することの誤謬は、客観的な対立に主観的な表現を与えるという点にある。疆界内において家を建てまたは塀を作る場合のように、所有者の行為がその作用においてまったく所有圏内に限られている場合には、よしそのために光線や眺望が奪われ旅宿の価値が下落するというような損害が、隣人に加えられることがあるにしても、それは常に許さるべきである。この場合に所有者が他の地点において同様な建築をすることができたかどうか、また当該の地点を

↓こから果たして健全なイミッシオン論が語られうるのか否か。以下では、その点にも留意しながら、末川博によるイエーリング「イミッシオン論」をみてゆくことになろう。

- 114 末川「土地所有権の限界」（前注101）209-210頁参照。なお末川は、本稿で問題とする「土地所有権の限界」論を書いた2ヶ月後、1925年（大正14年）6月に「ローマ法における権利行使に関する原則とシカーネ（若しくは権利濫用）の禁止」・同『権利侵害と権利濫用』（前注76）155頁以下を書いている。要するに、末川は、きわめてナイーブな動機でもって、シカーネ禁止を「権利濫用論」の一環として論じている。そのローマ法分析の詳細さには、たしかに感嘆させられる（「詳細さ」と「正確さ」は、自ずと区別されるべきものである。ただし、末川の「正確さ」に関する検証は、後日の機会に留保せざるをえない。いずれにせよ末川は、ローマ法源も詳しく渉猟しているが、その典拠は、もっぱらシカーネ禁止と「権利濫用」に関するドイツ語文献に依拠しているのみである。末川・上記「シカーネ論」179頁注1参照）。ともあれ、上記末川「シカーネ論」の主題そのものは、シカーネ禁止論と「権利濫用」論に局限されており、その意味であくまで「素朴」である。かつまた、その限りで、誰もが論じたいくなるテーマでもある。

選んだのはただ隣人に損害を与えるという意思のみに基づくのであるかどうかは、というような問題は、なんら意義をもっていない¹¹⁵。隣人がもしこれに対して保障を得んとするならば、隣の地面を買うか地役権を設定すればいい。これに反して、煤煙や悪臭などを発生するような行為すなわち隣地に作用を及ぼす行為は、厳格に解すれば、隣人の権利圏内に対する侵害を包含するものであって、法津は無条件にはこれを許さない。ただ普通日常の生活の必要（die Bedürfnis des gewöhnlichen Lebens）がこれを要求するという条件のもとにおいてのみ、これを許すのである。私見によれば、かかる考察のもとに置かるべき行為にあっては、所有者がいかなる目的で行為をしたかについて問責せらるべき理由はなく、その行為はそれ自体の内に適法なりとせらるべき弁証をもっているのである〔sie (=die Handlungen) tragen ihre Rechtfertigung in sich selber〕¹¹⁶（亀甲括弧内

115 イェーリングは、その主題設定によって、ときどき極端な、言い換えれば「誤解」を招きうる表現をすることがある。この箇所の引用本文中の文章も、そうである。そして、そのような「誤解」の余地は、イェーリングの論説それ自体の中にすら、存在する。たとえば、本注に対応する引用文では、隣人が「光線」を奪われても、彼は（消極的）イミッシオンを理由に「日照妨害」を阻止できないかのように記述されている。しかしながら、すでに紹介した箇所（本稿前注106とそれに対応する本文参照）では、あからさまに「日照利益」の保護を謳っている。ともあれ、イェーリングの「イミッシオン論」における主題は、あくまで相隣者間の所有権保護の限界に限定されていた。だから、イェーリングは、さしあたり不法行為損害賠償責任の問題を棚上げしているだけである、と考えれば一応つじつまは合う。なぜなら、所有者が隣人への「加害の意図」をもって、つまりは故意に隣人の財産（権利ないし保護法益）に損害を与えれば、所有者が「不法行為責任」を負うべきこと、イェーリングにとっても自明のことであったからである。Dazu siehe auch Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 4-5 und S. 21 ff. sowie S. 40 ff. その「帰責論」の中でイェーリングは、現在の不法行為「違法論」に関して（に「対しても」）、実に意義深い考察をしている。だが、ここでそれに立ち入ることは控える。

116 末川「土地所有権の限界」（前注101）210-211頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 103-104. イェーリングによれば、シカーネ禁止が妥当性をもつのは、「隣人の所有権圏内に対してただ単に間接の侵害をもたらすものではあるが、行為者」

及び傍点・引用者)。この末川によるイエーリング紹介部分は、われわれに微妙な判断を要求する。イエーリングによれば、隣地支配圏内への「煤煙や悪臭などを発生するような行為」を「法律は無条件にはこれを許さない」。だとすると法律は、「条件つき」でこれを許容する。それでは、その条件とはなにか。この点、イエーリングは「普通日常の生活の必要がこれを要求するという条件のもとにおいてのみ、これを許す」とする。ならば、その「普通日常の生活の必要がこれを要求する」という事実は、裁判上、被告たる隣人（イミッシオーンの発生源所有者）が「抗弁」として提起す

ゝ（土地所有権者）の側において、なんら合理的な利益によってそれをなすことが必要だとせられない行為である」（括弧内・引用者）とされている。末川「土地所有権の限界」211頁。Vgl. Jhering (fn. 102), S. 105. これは、行為者（侵害者）側たる隣人の、いわゆる信義則上の「継続的な固有利益の欠缺」（Fehlen eines dauerhaften Eigeninteresses）のケースに相当しうる。原島重義「信義則論ノート」・同・前掲書（前注113）265頁以下、特に275頁参照（この論文は「書き下ろし」なので、原論文初出は2011年となる）。いずれにせよ、イエーリングにとって、たとえシカーネ禁止が認められる場合であっても、信義則の客観的把握がなされ、その結果「信義則違反」が認定されれば足りる。よって、行為者の特殊な「害意」（主観的事情）を問題にする必要はない。イエーリング自身、たとえ行為の動機（das Motiv）に「シカーネの意図」（die Absicht der Schikane）が認められるとしても、それはイミッシオーン問題にとっては「単に付加的なモメントにすぎず、けっして本質的のモメントではない」（doch nur ein begleitendes, nicht das wesentliche Moment ist）と述べている。Jhering (Fn. 102), S. 105. この点に関連して、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展——ドイツにおける「226条・826条から242条への展開」の意義」末川先生古稀記念『権利の濫用（上）』（1962年）60頁以下の記述は、誠に意義深い。なかでも上記磯村論文83頁は、信義則上の「継続的な固有利益の欠缺」を dolo agit（彼は悪意で訴えを提起する）の原則に依拠するものとして、上記原島「信義則論ノート」とほぼ同じ観点を呈示している（ここで注意すべき点は、「継続的な固有利益の欠缺」が認定される限りで、訴訟上行為者の「動機」レベルでの「悪意」の有無にかかわらず、「彼は悪意で訴えを提起する」者として取り扱われる、ということである）。ちなみに、プライオリティーの問題としては、磯村論文の方が原島論文よりも明らかに時間的に先行している。これに関連し、原島「民法における「公共の福祉」概念」・同・前掲書（前注113。原論文初出は1968年）233頁以下、特に241-243頁では、詳細に磯村・前掲論文を分析・検討している点を付記しておく。

べきものであると、イエーリングは考えたに違いない。すなわち、同意なきイミッシオン（不可量物〔砂片・煤煙・塵埃・ガス・蒸気・温熱等の有体物に限らない。騒音・音響・悪臭等を広く含む〕の不適法侵襲）は、それ自体違法で直ちに物権的妨害排除請求権（actio negatoria）の発動をみる¹¹⁷。これが原則である（現行ドイツ民法906条1項の立場）。ただ、「普通日常の生活の必要がこれを要求する」という事実の立証（言い換えれば、当該イミッシオンに互換可能性（いわゆる「お互い様」）があつて、いまだ「本質的な妨害」が生じていないことの立証）を、被告が「抗弁」として有効に提起しえた場合にだけ、上記物権的妨害排除請求権の発動が阻止されるに過ぎない（その場合、なお原告が「本質的な妨害」を「再抗弁」として主張・立証しえたならば、被告は、さらに「場所的慣行性」とか「経済的期待可能性」などにつき「再々抗弁」に成功しない限り、原告の妨害排除請求権が発動される）。ところが、イエーリングは、その「原則論」を貫徹しなかつた。なぜか。イエーリング「イミッシオン論」の背景には、末川が言うところの「近世、土地の集約的利用が製造工業の勃興とともにさかんに行われ、相隣的生活関係が都市文明の発展につれていよいよ複雑となった」¹¹⁸という事情が存在した¹¹⁹。この「事情」は——前注119で指摘したように——ドイツ型「産業

117 1863年のイエーリング・イミッシオン論以前には、イミッシオンを石片・煤煙・塵埃・蒸気等の「有体物」に限定し——それらのみを差止め排除の対象にし——、対するに「視覚、聴覚、嗅覚などの感覚が不快に刺激される」という意味での「不適法侵襲」をイミッシオン原則禁止から除外する見解も説かれたことがある。Spangenberg, Einige Bemerkungen über das Nachbarrecht, AcP 6, 1826, S. 265 ff. 中山充「ドイツ民法におけるイミッシオン規定の成立（1）——ドイツ・イミッシオン法の形成・発展および機能——」民商法雑誌71巻1号（1974年）25頁以下、特に27-28頁参照。Vgl. auch Jhering (Fn. 102), S. 121 Fn. 25.

118 末川「土地所有権の限界」（前注101）218-219頁。

119 当時のドイツ産業革命を中心とする社会経済的背景については、さしあたり、以下の文献記述を参照。まず、その前提論として「ドイツ産業革命の準備期は、イギリスで本格的な産業革命が開始された時点、およそ（18世紀の）80年代の中葉に（紡績・織維工業の興隆・蒸気機関車の導入等の指標によって）はメ

革命」と、それに伴う「鉄道」や「工業資本」の大規模拡大によって現実化され、展開された。かかる鉄道資本・工業資本によってもたらされる

ゝじまった」(傍点及び括弧内・引用者)。ハンス・モテック(大島隆雄[訳])『ドイツ産業革命』(1968年。原書初出は1959年)17頁。さらに「東ドイツのGutsherrschaft——賦役農民による領主の本領直接経営——の土壤の上で行われた(1807-10年の)シュタイン=ハルデンベルクの「改革」を起点とする19世紀前半のドイツ「農民解放」Bauernbefreiungが、自由で独立した農民を打ち出すことなく、却って地主はこの解放を通じてその土地を著しく拡大し、その経済を改善し、その地位を強化して Junker 体制を整備してゆく方向に結果した」(括弧内・引用者)という認識が重要である。この点、高橋幸八郎『近代化の比較史的研究』(1983年)80-81頁参照。このシュタイン=ハルデンベルクから「開明派官僚」による「上」からの「改革」は、「農民解放」(農民の職業選択自由・土地取引の自由など)のみならず、「営業の自由」・「国内関税の廃止」をもたらした。木谷勤=望田幸男(編)『ドイツ近代史・18世紀から現代まで』(1992年)35-36頁を参照。こうして一気にドイツ型資本主義→「産業革命」のルートが敷かれていった(当時は、未だドイツ「統一」はならず、プロイセンを軸とするラント「諸邦」鼎立状態であった点に注意すべきである。したがって「近代」ドイツにおける諸変革は、プロイセンを中心とした王権の専制支配体制下での「行政官僚」主導型「改革」であり、市民社会的=市民法的諸原理が浸透する余地は、基本的には存在していなかった。この点、石部雅亮「ドイツ革命と法・フランス革命期の人権(基本権)構想」長谷川正安=渡辺洋三=藤田勇(編)『講座・革命と法 第1巻・市民革命と法』(1989年)220-221頁参照)。ともあれ、「ポナパルト的フランスによるドイツへの民族的圧力」等によってドイツ産業革命の準備期は、かなり「長引く」ものになった(モテック・前掲書20頁)。その後、ようやく1840年代あたりから「株式会社形態設立」の動きが「交通産業」資本、なかんずく(国家育成的)「鉄道」資本によって促進された(モテック・前掲書39-40頁)。そして1850年代における民間資本による「投資熱」の活性化によって、ドイツ型産業革命は、「重工業」を頂点とした「工業株式会社ブーム」に席卷されるに至った(モテック・前掲書54-55頁。そこでモテックは、「工業株式会社ブーム」と同時に「大創業者利得、腐敗、詐欺の時代」が現出された、とも言っている)。さらにイエーリングが、1863年にその「イミッシオン論」を展開した時期、いわゆる1860年代「ドイツ産業革命」は、(資本集中の主要な役割を演じた)銀行資本(金融資本)の勃興、及びそれにあと押しされたところの経済的「工業好況」に沸き立った(モテック・前掲書56-58頁)。このような時期、1863年にイエーリング年報は、Jhering, Werenberg, Hesse らの「イミッシオン論」を特集掲載したのであった(本稿前注102参照)。

「イミッション」を前に、当時、大多数の民法学者たちは「立ちすくんだ」。その典型が、ウェーレンベルグでありヘッセであった。彼らは、工業資本によるイミッションを「直接侵入型」（導管や煙突の傾きによる不可量物の有体的侵襲）に限って「差止め可」とし、広く「間接侵入型」（煤煙、塵埃、振動、音響、悪臭等を含む）につき「差止め不可」（＝イミッション適法）という——結果的にドイツ「産業革命」適応型の——論旨を展開した¹²⁰。これに対してイエーリングは、やや「独自の道」を歩んだ。しかしながら、その道程もかなり危うかった。なぜなら——すでに示したように——イエーリングは、イミッションの相互的侵入の可能性を前提に（その意味で牧歌的な「相隣関係」を念頭に置いて）、いわば「社会共同生活における生活利益享受への間接侵襲（イミッション）の相互受忍」から出発したから、である（しかも、法的な意味での「相互受忍」から出発している）。なるほど「有害でもなく煩わしくもない間接の侵害（影響）を、隣人が忍容しなければならないことは、いうまでもない」¹²¹のかもしれない。しかしながら、これは——実質的には——文字通り牧歌的な相隣関係における「道徳的・倫理的・社会的エチケット」の問題をいうに過ぎない。隣近所同士では、たとえば一時的な夫婦げんか・家族間トラブルによる「大声」騒音が生じることはあるだろう。もしくは、個人的に嫌いな料理の臭いが隣からただよってくることもあるかもしれない。家庭用の風呂装置から煤煙や音響がもたらされることもあるだろう。さらには、隣家の改築工事によって一定期間「工事による騒音・振動」に悩まされることもありうる。かてて加えて、隣が魚屋であったり、チーズ専門店であったりすれば、いやな臭いもするだろうし、手作りの靴屋であれば不快な音も聞こえてくるだろう¹²²。しかし、だからといって隣人は——彼自身が煤

120 末川「土地所有権の限界」（前注101）225-227頁参照。

121 末川「土地所有権の限界」（前注101）220頁。

122 ちなみにイエーリングは、イミッションに関するローマ法源の研究成果を

として、「日常の生活に伴うイミッシオン」は「相互受忍」の対象であるが、これに対して「特別な営業の執行に伴うイミッシオン」のためには「地役権」の設定が必要であり、それがない限り「差止め排除」の対象となるものとしていた。末川「土地所有権の限界」（前注101）223頁参照。Vgl. auch Jhering (Fn. 102) S. 122-123. なお末川は、„Betrieb eines besondern Geschäft“を「特別な営業の執行」と訳している。「執行」よりは、むしろ「操業」ないし「稼動」の方が通りがよい。ちなみに、イエーリングはイミッシオンの「煩わしさ」（Lästigkeit）の問題を、当時の「全ゆる学説の最も憂慮すべき問題」として把握していた。Jhering (Fn. 102), S. 121. ただし、何を基準として「日常の生活」と「特別な営業」を区別するのか、イエーリングの所説においても必ずしも明らかではない。おそらく土地利用に関する「場所的慣行性」ないしは当該営業行為の種類とそれに伴うイミッシオンの度合い（たとえば「皮剥業」による悪臭は、容易に妨害排除の対象たりうる、とする。Jhering (Fn. 102), S. 127.）等を判断基準とするものであると考えられる。たとえば、住宅地内で新たに「チーズ製造業」を営む場合は、「特別な営業」であって、その営業から発せられるイミッシオン（たとえば悪臭）は「差止め排除」の対象となるが、逆に食品製造業地帯に移り住んだ住民はそのイミッシオンを「受忍」すべきである、とするように思われる。したがって、住宅街であっても、すでに住民が生計のため「魚屋」を営んだり、「靴屋」を営んでいる場合、それらから発せられるイミッシオン（悪臭とか騒音など）は「相互受忍」の対象であり、よって「差止め排除」の対象とはならない。これをイエーリングは、その出発点において「法的処理」上の問題として論じる。これに対して筆者（川角）は、上記のような環境下でのイミッシオン（魚屋からの悪臭や靴屋の騒音）は、まずは「相隣的道德・相隣社会的エチケット」の問題であると把握する。同時に、仮にそれが「法的処理」上の問題（仮に裁判沙汰になったとした場合の問題）としては、あくまで当該悪臭・騒音等の「干渉作用の実在」に関する主張・立証があれば、まずは「差止め排除」のルートが開かれるのであり、それに対して被告が当該イミッシオンの「非本質性」を「抗弁」として提起するだけだ、と考える。いわゆる「濫訴」問題は、民事訴訟上の「権利濫用」レベルで対処すれば足りるのであり、そのトラブルの大半は「相隣的道德・相隣社会的エチケット」の範囲で解決可能である、と考えている。にもかかわらず、たとえば所有権行使自由や営業の自由を盾に、工業資本が汚濁物質を排水したり、汚染物質を煙突から排出する場合、あるいは商業資本が高層マンションを一方的に建てるような場合に——たとえそれが建築基準法上の基準を充足する建築行為であったとしても——付近住民による「煤煙・水質汚濁・騒音・日照妨害・景観利益侵害」等を理由にした「差止め排除請求」（一部差止め請求を含む）が主張され、かつそれが認容されるべきことは、言うまでもない、と考えている。ただしこの問題につき、ここでは、これ以上立ち入らない。筆者の別稿

煙・騒音・音響・振動・悪臭等の発生源になりうるという「相互的互換性」があるところ——通常は、おそらくこれを「法的問題」にしたりはすまい。ましていわんや、いきなり「裁判所に訴え出る」ような行動をとることはない（ただし「法的レベル」に置き換えれば、その限りで上記煤煙・騒音・音響・振動・悪臭等のイミッシオン〔間接的干涉作用〕は、一応原告の「請求原因事実」となりうる。ただし、それに対して被告は、比較的容易に当該妨害の「非本質性」の「抗弁」を提起しうるというに過ぎない）。ともあれ、このレベルの問題は、もっぱら「相隣的道德・相隣社会的エチケット」の問題として終始すべき事柄であると思われる。だからこそ、ドイツ民法906条や営業法26条（現行ドイツ連邦イミッシオン保護法14条）は、もっぱら工業資本によるイミッシオンを念頭に置いて立法化されたのではないか。しかも、現行ドイツ民法906条は、「市民法」上の一般規定としての位置づけを与えられつつ（その意味でなお、牧歌的な相隣関係にも適用される余地を残しつつ）、イミッシオン原則違法＝即差止め排除のルールを、その「出発点」とした（現行ドイツ民法906条1項1文参照。その文的理解によれば「イミッシオン原則違法＝即差止め排除」を論理的に帰結せざるをえない。なお1900年の旧906条が、基本的にイエーリング・イミッシオン論のレベルにとどまっていたことは、後述のところを参照）。とはいえ、同時にドイツ民法は、主に産業資本・工業資本によるイミッシオン「保護」のために、「場所的慣行性」とか「経済的期待不可能性」などの妥協的な「逃げ道」を「抗弁」事由として用意した（現行ドイツ民法906条2項）¹²³。さらに後者（営業法及びその現代版たる連邦イミッシオン保護法）では、なるほど行政当局が許可した工場施設からのイミッシオンにつき原則差止め不可とした。しかしながら、その「前提」

ㄨ、（拙稿・川角「物権的妨害排除請求権・再論（1）」（龍谷法学50巻1号〔2017年〕及びその続編）を参照されたい。

123 原島重義「権利論の推移」・同・前掲書（前注113）515-516頁は、このようなドイツ民法906条（特に2項）の妥協性・不徹底性を鋭く摘発している。

として比較的厳格な事前規制（住民参加手続を含む）・詳細な申請手続（許可手続）・例外的な「許可取消し」の規範設定を施した。それによって、なお「市民法」上の原則を維持しようとする一面も、併せ有している¹²⁴。

124 原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注113）は、さしあたりドイツ営業法26条を念頭に置いて、本文で述べたことを裏付けている。なおドイツ連邦イミッシオン保護法が制定されたのは1974年3月であり、原島「権利論の推移」が「法の科学」4号に掲載されたのは1976年5月であった。本来ならば、原島「権利論の推移」はドイツ連邦イミッシオン保護法14条を参照しておくべきであったと思われる（ただし、原島 の原稿執筆時点がいつか、必ずしも判明しない。執筆時、なおドイツ連邦イミッシオン保護法は周知の法律ではなかったかも知れない。いずれにせよ営業法26条も連邦イミッシオン保護法14条も、ほぼ同じことを規定している）。上記ドイツ連邦イミッシオン保護法につき、コッホ「イミシオン防止法」ハンス＝ヨアヒム・コッホ（編）・岡田正則（監訳）『ドイツ環境法』（2012年）183-281頁の詳細な記述は有益である。さらに中山充「今世紀におけるドイツ・イミシオン法の発展（3・完）——ドイツ・イミシオン法の形成・発展および機能」民商法雑誌74巻6号（1976年）36頁以下、特に59頁以下も参照。Siehe auch H. D. Jarass, BimSchG, Bundes-Immissionsschutzgesetz, Kommentar, 10. Aufl., 2013; Dieter Seller, Immissionsschutzrecht und Industrieanlagen, Zulassung-Abwehr-Kontrolle nach BimSchG, 2. Aufl., 1988, S. 103 ff. und S. 198 ff. これに対して、大塚直「環境訴訟における保護法益の主観性と公共性・序説」法律時報82巻11号（2010年）116頁、特に126頁は、「ドイツ法（イミッシオン防止法14条）やフランス法におけるように、行政庁が許可をした施設については民事訴訟による差止は許されない」ことだけを「帰結」しようとする。筆者（川角）は、フランス法における行政庁の許可システムの実態を語る資格をもたないが、少なくともドイツ連邦イミッシオン保護法14条の理解に関する大塚直の上記態度は、単なる「結論」ありきの、内容的にきわめて貧弱な記述にとどまっている、と言わざるをえない。大塚は、かなり多く箇所 で原島「権利論の推移」を引用しているが、原島による「営業法26条」（現行ドイツ連邦イミッシオン保護法14条）に関する指摘は、ほとんど目に入らなかつたらしい。原島は、実質的に、現行ドイツ連邦イミッシオン保護法14条について、なるほどそれは「ドイツ民法906条をこえる受忍義務を課している」（行政庁の許可を受けた施設は差止め不可となりうる——引用者）ことを認める。しかしながら、「その前提」として、「つねに事前のチェック」があり、その上で初めて「許可の付与、または許容をする、というたてまえをとっている」とし、もってわが国「「適法行為による不法行為」の理論より、例外規定として、はるかに具体的である」（傍点・原書）とはっきり述べている。原島「権利論の推移」516頁。大塚による原島「権利論の推移」

ともあれ、イエーリングは、本来「相隣的道德・相隣社会的エチケット」の問題として処理されるべき事柄と、法的処理になじむべき事柄を「混同」していたように思われる。だからイエーリングは、イミッシオン（煤煙・塵埃・騒音・振動・音響・悪臭等の不可量物不適法侵襲）の問題を、「人的および物的な感受性」（*Persönlichkeit und sachliche Empfindlichkeit oder Empfänglichkeit*）の問題に、容易にすり替えたのである¹²⁵。彼が、ウェーレンベルグやヘッセよりも広く「間接的侵害」の差止め保護の可能性を承認する限りで、確かにイエーリングは「一歩前進」を示した。だが、それもかなり妥協的であった。彼によれば「間接的侵害」、すなわち上記イミッシオン（煤煙・塵埃・騒音・振動・音響・悪臭等の不可量物不適法侵襲）は、原告が、その「有害さ」・「煩わしさ」を主張・立証しえた場合に限り、当該イミッシオンが差し止められるにすぎない¹²⁶。それゆえイエーリングは、「有害性と煩わしさとの概念が支持せらるべきものだとするならば、この両概念は絶対的（absolut）に定められることを要するであろうか」と疑問を投げかけ、「それはあまりにも広い結論である」とし、かつまた「これらの概念〔「有害さ」とか「煩わしさ」という概念〕は、その性質上相対的（関係的）な概念（relative

の読み方の怪しさが、ここにも露呈している（それ以外の大塚による原島説理解の「怪しさ」について、筆者・川角は、別稿「物権的妨害排除請求権・再論（1）」龍谷法学50巻1号以下〔2017年〕及びその続編で明示する予定である）。こうしてみると、根本尚徳の原島説理解も、たしかに「怪しげ」だが（前掲・拙稿「物権的妨害排除請求権・再論（1）」龍谷法学50巻1号〇〇頁参照）、その根本説を批判（「酷評」）する大塚自身の原島説理解も、かなり「怪しい」ようである。

125 末川「土地所有権の限界」（前注101）220頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 113 und S. 117.

126 末川「土地所有権の限界」（前注101）220頁参照。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 113. その箇所でイエーリングは、「有害でもなく煩わしくもない間接的侵害（影響）を、隣人が忍受しなければならないことは、いうまでもない」（括弧内・原書）と述べていた。したがって、論理上、イエーリングがイミッシオン侵害を受けた隣人（原告）の側に「有害さ」・「煩わしさ」についての証明責任を課していたこと、明瞭である。

Begriffe)であって、行為そのものの性質ではな〔い〕」(亀甲括弧内・引用者)と結論づける¹²⁷。これは、一見したところ、我妻「相關關係の違法判断」をイミッシオン論に持ち込むかのような記述ぶりである。ただしイエーリングは、たとえ「相対的・相關的違法判断」をする場合でも、さすがに「侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・程度」を無媒介的に「比較衡量」することはしない。さしあたりイエーリングは、イミッシオンによる被侵害者の「不利益」ないし「感受性許容」の度合いを客観的に問題にしているのである(その意味で、イエーリングの「利益衡量」は、基本的には被害(者)本位に組み立てられている——ただし、それと矛盾するかのような記述もしている〔後述参照〕)。それゆえ、イエーリングは、「法律は、普通で正常なるもの(Was gewöhnlich und regelmässig ist)に従つてのみ、規準を作る」というのである¹²⁸。このような考察態度をさらに推し

127 末川「土地所有権の限界」(前注101)220-221頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 114. そこでイエーリングは、「いかに有害であつて忍ぶべからざる行為でも、これをある事情のもと——例えば高山の頂上、平原の真中——においてすれば、この性質(有害で忍ぶべからざるものだという性質)を除くことができぬようなものは、世の中にあり得ないであろう」と述べている。これは、いかにもイエーリングらしい弁明である。そこには一種のトリックすらある。「高山の頂上、平原の真中」は、そもそも「相隣関係」とは無関係な話である。しかも現在の視点からみるならば、そのイミッシオン放散が「高山の頂上、平原の真中」で行われたとしても、「有害物質を放散すること」は、わが国「自然環境保全法」(1972年〔昭和47年〕)17条13号・16号及び22条の趣旨により——「環境大臣の指定」が要件ではあるものの——原則的に「禁止」されている。なお、わが国「環境保護法」(1993年〔平成5年〕)8条1項も参照。こうして今日では、一応は国内環境保全さらには地球環境保全にまで立ち入って、「保護規制」が行われている。この点で、上記イエーリングの「高山の頂上・平原の真中」論は、時代的にも、また法規範的にも大きく制約されたものであった。

128 末川「土地所有権の限界」(前注101)221頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 115. そこでイエーリングは、人については「一般的な人的感受性」を、また物については「土地の普通なる利用という標準(der Maßstab der gewöhnlichen Benutzung des Grund und Bodens)」を基本としなければならぬ(傍点・引用者)とも述べている。ついでながら、イエーリングが„das Recht“と記しているにもかかわらず、末川がこれを常に「法律」と訳していることは、当時のメ

進めていくならば、イミッシォーンの不適法侵襲（影響＝干渉作用）の事実さえ原告が立証すれば、まずは物権的妨害排除請求権（差止請求権）が認められるはずである（例外的に、当該イミッシォーンが「受忍限度の範囲内」であって「許容」されるとする「抗弁」事由を被告が立証できた場合にだけ、当該差止めが否定されうるにすぎない）。現にイエーリングは、次のように言っている。——「こうして客観的な見方を確立することによって、純然たる個別的偶発的かつ具体的なものの圏内における影響（作用）の適法なりや否やの争いは、避けられて、（中略）したがって問題は裁判官にとってきわめて簡易にせられるのである。特に当事者たる者にとって大きな利益は、具体的に有害なことの立証をしないで済むということである」¹²⁹（丸括弧内・原書。傍点及び亀甲括弧内・引用者）。このような立論こそは、現行ドイツ民法906条1項に基づく「イミッシォーン原則違法＝即差止め排除」の発想そのものであった。ところが、同時にイエーリングは、「このような客観的標準の確立」は、「隣地が住宅であるか耕作地であるかというような隣地の具体的な状況の考量を少しも排するものではない」（傍点・引用者）という¹³⁰。要するにイエーリングは、イミッシォーン原則差止めのルール内部に、すぐさま「場所的慣行性」判断を持ち込むのである。これは、現行ドイツ民法906条1項の判断と同条2項の判断を「融合」せしめる「調和」的発想である。ここに至ってイエーリングの「妥協的態度」がはっきりする。「原則論」が例外規範によって「超克」せられるのである。末川は、このようなイエーリングの態度を批判しようとしない。むしろ、当然の如くに受け入れようとする¹³¹。その際、末川は

↘末川の「法観」を示すものとして興味深い。

129 末川「土地所有権の限界」（前注101）221-222頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 115-116.

130 末川「土地所有権の限界」（前注101）222頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 116.

131 末川「土地所有権の限界」（前注101）222-223頁の記述を参照。そこで、いか
に末川がイエーリングの妥協的態度に対して無批判的であるかが、よく示さ

「隣人の身体にとって健康上有害な作用を及ぼすような行為や施設は、法律上禁ぜられねばならぬ、これを警察処分によりのみ委ね置くことはできない」（傍点・引用者）というイエーリングの見解を肯定的に紹介している¹³²。ここでイエーリングの主張することは、イミッシオン（不適法干渉作用）そのものの「違法判断」ではなく、あくまで「健康上有害な作用」の「違法判断」であった。ここにはイエーリング説の「混乱」ぶりが、ふたたび示されることになる。一方では原則的に「イミッシオン原則差止め排除」を説き、他方では例外的に——「日常生活に伴うもの」、すなわち「通常の利用に伴う行為」という枠組みのもとで——「健康上有害な作用」だけを差止め排除のための「要件」としている（その上でさらに、「場所的慣行性」の有無の判断をも同時に差し挟んでいる）¹³³。その限りで、なるほどイエーリングは、原則差し止め・例外「受忍」の重層構造を採用しているようにもみえる。しかしながらイエーリングによれば、イミッシオンを発する土地所有権者は、その行為が「通常の利用」である限り、隣人の差止請求権から免れるのであるから、彼は明らかに現行ド民906条2項の例外規範よりも広い一般的「免責規範」を設定している（現行ド民906条2項における差止めからの「免責要件」は——繰り返し指摘したように——「場所慣行的な利用」[eine ortsübliche Benutzung]あるいは「経済的期待不可能性」[eine wirtschaftliche Unzumutbarkeit der betreffenden Maßnahmen]のいずれかであって、単なる「利用の通常性」[eine Regelmäßigkeit der Benutzung]ではない）。いずれにせよ、イエーリングは、以下のように述べて自己の立

ゝれている。

132 末川「土地所有権の限界」（前注101）223頁参照。

133 末川「土地所有権の限界」（前注101）224-225頁参照。ちなみに、イエーリングによれば、「激しい音響や耐え難い臭気を発散するような工場の（新規の）設置」（傍点及び括弧内・引用者）は「受忍」の対象外であるが、「もし町が拡ってかかる工場に近寄ってきたらどうであろう」、「工場は壊されねばならぬであろうか」と問われる（その限りで、明らかにイエーリングは「場所的慣行性」を考慮している）。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 127.

場を擁護している。——「所有者（イミッシオーンの発生地所有者）の側からいえば、権利は日常の生存と普通の生業経済とを可能とならしめるように確立せられていなければならぬ。また隣人（イミッシオーンの侵害を受けた者）の側からいえば、かかる生業に伴って自己の権利圏内に及ぼされる影響は、通常忍容すべき程度を超えない」¹³⁴（括弧内及び傍点・引用者）。さらに、こうも言っている。——「ひっきょう問題は、何が日常生活において必要でありかつ普通であるか、ということに帰着する。多くの場合は学理的な原理（ein theoretisches Princip）をまっとう決定されるべきではなくて、むしろ原理は、生活（das Leben）がすでにこれを決定している」¹³⁵（傍点・引用者）。このイエーリングの発想は、その後1877年刊行の『法における目的』（Der Zweck im Recht）の所説（なかんずく「社会的所有権説」）を、1863年の時点で先取りするものであった¹³⁶。こ

134 末川「土地所有権の限界」（前注101）223頁。Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 123. イェーリングは、上記引用文に続けて、「各人はその干渉作用と自ら行使するものと相殺ししなければならない」（„Jeder hat sie [=die Einwirkungen] zu compensiren mit denen, die er selber ausübt.“）と述べている。そのような観点から、イエーリングは「法的受忍義務」を根拠づけている。

135 末川「土地所有権の限界」（前注101）224頁。ここで末川が「紹介」するイエーリングの観点、すなわち学理的な原理が「生活」を規定するのではなく、逆に「生活」そのものが学理的原理を規定するという観点こそ、容易にイミッシオーン「違法性判断」に「場所的慣行性」という基準を「連結」させていったのではないかと推測できる。ただし、末川のイエーリング説引用の仕方は、やや乱暴である。末川は上記本文のイエーリング説を「128頁」であるかのように記述しているが、実際には「126頁」である。Vgl. Jhering (F. 102), S. 126. なお、この点につき、秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係（一）——ドイツ相隣法の考察」早稲田法学74巻4号（1999年）259頁以下、特に423-424頁注82の着眼点は優れている。ただし秋山は、イエーリング・イミッシオーン論における「土地利用規律化」の観点が「共同体（具体的にはおそらく都市）」に即して「随所に見られる」と述べ（括弧内・原論文）、少なくともその限りでイエーリング・イミッシオーン論の価値を前向きに捉えようとしている（秋山・前掲論文336頁）。

136 イェーリング『法における目的』第1巻における国家の強制収用（Expropriation）に従属すべきものとしての「社会的所有権」（das gesellschafliche

において、イエーリングは、「学理的な原理」を、あたかも概念主義法学と同様に批判している。しかしながら、「法学」(Rechtswissenschaft)にとって、まず要求されるべきことは、「学理的な原理」そのものである。むしろ「生活」を無視せず、かつ同時に「学理的な原理」を探究することが重要不可欠である。その際、当該「生活」がいきなり「相対的利益衡量」の直接的対象にされてはならない。言い換えれば、ドイツ型「産業革命」の「要請」と市民的「生活」の「要請」とが、単純な形で「比較衡量」されるべきではない。にもかかわらずイエーリングは、ドイツ型「産業革命」適合的「イミッシオン論」を構築する道を選択した。その帰結が、イエーリング的「生活」優先型の「通常の利用に伴う行為」としての「イミッシオン」許容論であった。その意味でイエーリングは、いわゆる「生活」問題を当時のドイツ型「産業革命」に従属させる観点から位置づけている、と思われる。このイエーリングの発想は、産業の発展なしには「われわれの生活は成り立たない」という意味での「直結主義」であり、産業の発展が人の生命や健康あるいは環境利用秩序と如何に調整されるべきか、という価値判断＝法的判断を避けて通る観点にはかならなかった。その際イエーリングは、——なるほど産業の発展・経済の発展も重要だが——しかし、あくまで市民の「生命・健康等」の基本的保護法益を護ること、さらには「環境利用秩序」を遵守することが第一義の意味をもつことを、基本的に「無視」した。だからこそイエーリングにおいては、「通常の限度を超えた仕方ですら人を煩わす」(傍点・引用者)ところのイミッシオン「行為」だけが、差止め排除の「対象」となるのである¹³⁷。このイエーリングの考察態度は、一種の「受忍限度論的違法判断」そのものである。しかも「被害本位」の違法判断から、いつの間にか「イミッシオン」という「行為」をする側の「行為の態様」(＝侵害行為の態様)に関

\ Eigentum) の構想については、本稿前注105を参照。

137 末川「土地所有権の限界」(前注101) 225頁参照。

する「受忍限度論」へと変質している。言い換えれば、こうである。イエーリングは、「人的および物的な感受性」の問題として、かつその限りで「被害本位」にイミッシオン「違法」判断をする立場を、すでに表明していた¹³⁸。にもかかわらずイエーリングは、あっさりと「通常の限度を超えた仕方では人を煩わす」ところの「加害行為」（侵害〔行為〕の態様、ないし「侵害結果」〔Eingriffserfolg〕）に、その違法判断の焦点を「すり替え」ている¹³⁹。しかも、末川は、これを見事に見逃している（あるいは無批判的に肯定している）¹⁴⁰。それゆえ末川は、イミッシオン論に関するイエーリングの見解（広く「通常の利用に伴うイミッシオン」を適法視し、同時にそれを補強するため「場所的慣行性」をも考慮しようとする見解）を、当時の「通説」として扱うのみならず、ドイツ民法旧906条にこれが受け継がれたものとして積極的に解している¹⁴¹。なるほどこれは——その後ドイツ民法第一草案や第二草案・第三草案さらには旧906条でイエーリング説が実質上採用されたという意味において¹⁴²——確かに当たっている。しかし、現行

138 本稿前注128とそれに対応する本文の一段上の文章を参照。

139 イェーリングの原文を引けば、こうである。“Niemand braucht mittelbar Eingriffe von Seiten seiner Nachbarn zu dulden, welche entweder der Person oder Sache *schaden* oder die Person in einer das *gewöhnliche Maß* der Ertäglichen überschreitenden Weise belästigen.” Vgl. Jhering (Fn. 102), S. 128.

140 この点に関連して、本稿統編で考察する末川「権利侵害論」の基本的スタンスが、改めて問われることになる。そして、おそらく本稿統編における筆者（川角）の考察は、末川「権利侵害論」の批判的考察を通じて、わが国不法行為「違法論」そのものの問題性の批判的考察に及ぶことになろう（ただし、その批判的考察は、さしあたり「付随的」に行われるにすぎない。本格的考察は、別稿を待つしかない）。なお、そのような末川「権利侵害論」批判にもかかわらず、それを当時の「市民法論」に位置づけた理由も、本稿統編で示す予定である。

141 末川「土地所有権の限界」（前注101）227-228頁参照。

142 この点、中山充「ドイツ民法におけるイミッシオン規定の成立（2・完）——ドイツ・イミッシオン法の形成・発展および機能 その一」民商法雑誌71巻2号（1974年）260頁以下、大塚直「生活妨害の差止に関する基礎的考察（6）——物権的妨害排除請求と不法行為に基づく請求との交錯」法学協会雑誌104巻9号（1987年）1頁以下及び14頁以下、特に23-24頁、拙稿・川角「ヨメ

◀ホウ物権法草案以降におけるネガトリア請求権規定（1004条）形成史の探求——イミッショーン規定（906条）との関連性を顧慮した覚え書き」石部雅亮（編）『ドイツ民法典の編纂と法学』（1999年）419頁以下、特に441-450頁参照。ちなみに、「イミッショーン自由（原則受忍）」を肯定的に受けとめる大塚・前掲論文「生活妨害の差止（6）」28頁は、次のように言っている。——「第一草案において、イミッショーン自由の原則が採用されたことは、特に重要である。フォン・サヴィニー（v. Savigny）やフォン・イエーリングらの古典的権利論全盛の時代にイミッショーンに関して原則的に差止が命ぜられると必ずしも考えられていなかったことが明らかにされたといえよう」。——この大塚の記述には、かなり問題がある。そもそも、1888年の第一草案を1840年のサヴィニー「古典的権利論」に無造作に引きつけて理解し、両者の位置づけをあたかも同時期のものとして把握しようとする大塚の歴史感覚は、根本的に不当であると考え（しかも1861年に世を去ったサヴィニーは、1874年から開始された第一草案の審議とは全く無関係である）。さらに、もし、大塚が古典期市民法上のサヴィニー権利論の「構造」が、依然としてフォン・イエーリングと「共通する」と考えているとすれば、それ自体大変な思い違いである。サヴィニー段階では、荒削りであったとしても、なお健全な「古典的権利論」を維持しえた。Vgl. F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1. 1840, S. 333-336. なるほど1840年、サヴィニーが、リベラルな観点から個人の意思による自由領域の法的確保としての権利（das subjektive Recht）ないし所有権（Eigentum）を語るのみであり、イミッショーン論にまで踏み込んだ記述をしていないことは確かである。その分サヴィニーは、当時の（いまだ開始段階にあった）ドイツ型「産業革命」による社会的要請を強く受けずに済んだ。また1861年に死去したサヴィニーは、当然のことながら、1862年のプロイセンにおけるビスマルク宰相の登場を知らないままであった（このビスマルク宰相就任の時期につき、木谷＝望田〔編〕・前掲書『ドイツ近代史』〔前注119〕47頁）。これに対して、1863年に「イミッショーン」を論じたイエーリングは、1862年のプロイセン宰相ビスマルクの登場に感激したようである。その後、彼は、1870年の普仏戦争における「ドイツの軍事的勝利に熱狂」し、「熱烈なナショナリスト」となり、「ビスマルクの崇拜者」になった（平田公夫「ルードルフ・フォン・イエーリング」勝田＝山内〔編著〕・前掲書『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』〔前注36〕336頁以下、特に341頁）。かつまた、他方で1860年代のドイツは、「産業革命」の真只中にあった（本稿前注119参照）。この当時、時代感覚と社会感覚に鋭敏なイエーリングは、すでに「目的法学」ないし「社会的所有権論」への確実な一歩を踏み出していた（そのような「時代感覚・社会感覚の鋭敏さ」があるからこそ、われわれはイエーリングの著作に「鼓舞」され、「勇気」づけられもするのだろう。戒能通孝「イエーリング」木村〔編〕・前掲書〔前注3〕53-54頁参照。とはいえ、当の戒能通孝自身がイエーリング「社ノ

民法906条の規範構造に照らせば、結果的に当たっていない側面も有している。なぜなら、現行ドイツ906条は、イミッショーン原則違法＝差止め排除の立場を、その文言上ははっきりと示しているからである¹⁴³。むしろ、ドイツ

「会的所有権説」にいかほど「怪しさ」を感じ取っていたかについては、本稿前注105参照）。ともあれ、その帰結が、1863年イエーリング・イミッショーン論に象徴的に現れていたのである（「法原理」ではなく、「生活」本位型のイエーリングの法思考に、ここで再度注目しておくべきである。本稿前注135とそれに対応する本文参照）。そのようなサヴィニー権利論とイエーリング権利論の根本的違いの側面を「無視」して、安易に——然るべく要求されるところの「論証」なくして——両者を「古典的権利論」として「一括」するような大塚の記述方法は、きわめて問題である。そのような態度は、不適切であり、かつまた不当である、と考える（たとえ大塚がフランス民法の専門家であり、ドイツ民法についてはそれほどではないとしても、学術論文で断定的に記述した以上、その記述内容については、その著者が「学問的リスク」として責任を負担すべきこと、当然である。なおイエーリングの権利論〔『権利のための闘争』〕の特質としての「国家共同体的権利闘争義務論」につき、本稿前注113も参照）。ただし動産所有権については、たしかにイエーリングは「古典的権利論」を展開せしめた側面も、併せ持つ（本稿前注105参照。そこで筆者は、後期イエーリング「権利論」に内在する理論的矛盾を指摘した上で、イエーリングの学説を指し、「まるで「二重人格者」をみるかのようである」と記した）。

- 143 なるほど1900年1月1日施行のドイツ民法典旧906条は、その文言形式においてイエーリング・イミッショーン論の構想と共通する。この点、神戸秀彦「相隣共同体関係論と西ドイツ・イミッショーン法の展開（1）」東京立大学法学会雑誌26巻1号（1985年）573頁以下、特に578-579頁参照。すなわち、このドイツ旧906条は、なるほど一方で「イミッショーン原則禁止（差止め）」を前提とする、と解されてはいた（たとえば、この「原則禁止」の立場が「第二草案」以来の、ほぼ一貫した立法者の態度であったと解するのは、秋山・前掲論文〔前注135〕412-413頁注2である）。これに対し、旧906条では、その規定文言上「場所的慣行性」が広く、かつ一般的に考慮される体裁をとっていたことから、むしろこの旧906条は「イミッショーン原則自由」を実質化していたのではないかと受けとめられる可能性をも蔵していた、と思われる。たとえば、旧906条を、もっぱら「工業保護目的」規定として捉える立場から、同条を「イミッショーン原則自由」的に位置づける見解がある（大塚・前掲論文〔6〕〔前注142〕28-29頁の論旨をトータルに参照されたい。大塚は、詳細に1800年代のドイツ普通法期の裁判例をも渉猟しており〔大塚25頁及び32頁注61、注63参照〕、その帰結として「裁判所の判断も、従来の農業重視の方針から工業重視の方向へと転換される」と述べている〔大塚28頁〕）。ところが、戦後のドイツ経済の復興

906条2項において——すでに繰り返し指摘した通り——被告の「抗弁」事由としての「場所的慣行性」や「経済的期待不可能性」等を取り込んでゐることは事実である。とはいえ、「請求原因事実」と「抗弁事由」との差異は——いわゆる「要件事実論」なるものを云々する以前に¹⁴⁴——すでに

↓を受ける形で「大気汚染」問題が深刻化した。社会民主党（SPD）による「大気汚染」問題に関する法的措置を求める提案、民法学者等の改革提案、超党派議員連盟によって提起された改革草案等にあと押しされる形で、旧ド民906条は、いわば大改正され、現行906条1項・2項・3項となった。神戸「相隣共同体関係論と西ドイツ・イミッシオン法理（2・完）」東京都立大学法学会雑誌27巻1号（1986年）345頁以下、特に346-354頁、及び中山充「今世紀におけるドイツ・イミッシオン法の発展（2）——ドイツ・イミッシオン法の形成・発展および機能 その二」民商法雑誌74巻4号（1976年）55頁以下、特に65頁以下、70-71頁及び73頁を参照。この点、大塚・前掲論文〔6〕（前注142）39頁以下も、旧906条の大改正と現行906条への展開を論じている。私見によれば、上記ド民906条大改正の「核心」は、現行906条1項によるイミッシオン原則差止め排除の法理の確立と、「本質的妨害」の下での例外要件たる「場所的慣行性」・「経済的期待不可能性」の「抗弁」レベルへの格下げであった、と考える。その際、「本質的妨害」発生に関する結果回避義務が「経済的期待不可能性」という形で「違法性」判断のうちに明確に位置づけられたことを持つ意味は、大きい（これは、わが国「大阪アルカリ事件大審院判決」〔大判大正5年12月22日民録22輯2474頁〕のスタンス〔結果回避義務を「過失判断」に取り込む態度〕に根本的な反省を迫るものである）。なおわが国不法行為「過失論」・「違法論」については、近いうちに別稿で論じる予定である。この点に関して、大塚・前掲論文〔6〕54-55頁は、「経済的期待不可能性」要件につき、「ドイツではあくまで違法性の問題とされているが——、実は、加害者の無過失のなものが差止受忍の要件とされたことを意味する、といえよう」として、明らかに筆者（川角）の理解と異なる方向性を志向しようとする。ただしこの点、大塚は「尤も、これは、差止の要件として過失的なものが必要であるということではな（い）」と断っている。大塚・前掲論文〔6〕55頁参照。以上の点につき、本稿後注147で改めて論じている。その注も留意されたい。

- 144 イミッシオン論（なかでも「公害差止論」）に関して、わが国「要件事実論」なるものが、いかに「受忍限度論」的・「違法段階説」的発想に縛りつけられ、かつまた裁判実務迎合的なもの（最高裁判例適応症候群的なもの）に陥っているかを示唆する例として、大塚直「損害賠償と差止め」鎌田薫＝加藤新太郎＝須藤典明＝中田裕康＝三木浩一＝大村敦志（編著）『民事法Ⅲ・債権各論〔第2版〕』（2010年）350頁以下、特に354頁の記述を参照。そこで大塚は、「公害」の「差止め」を、「人格権の侵害」を理由に「認められる可能性が高（い）」ノ

法的に決定的な違いとして現象化する¹⁴⁵。したがって本稿では、そのよ

ゝとした上で、「判例及び従来の多数説によれば、差止めについても損害賠償についても受忍限度を超えることが必要とされる」とし、「違法性段階説」の評価については「ファクターの相違」と逃げを打つ（大塚の発想によれば、加害企業の公共性の有無などの「ファクター」が、ケースバイケースで判断される。これは実質的に「受忍限度論」の単なる言い換えにすぎない）。こうして、大塚のいう「人格権侵害」構成が、いかに判例実務追随型の「受忍限度論」的な歪曲を被ったものであるかが、如実に示されるに至る。なおこの大塚論文が収められた『民事法』という書物自体——従来の「旧司法試験」的な「論点暗記」型学修の弊を打ち破ろうとしながら——「理論的な視点と実務的な視点の両側面からの検証」の必要性を説き、「新しい」法科大学院教育に向けた「要件事実論」的思考を重視しようとするものである。同書「編者一同・はしがき」、及び随所にみられる「要件事実」に関する記述を参照。むろん筆者〔川角〕は——当然のことながら——「要件事実論」的発想を全面否定する意図など、持ち合わせてはいない。この点、誤解なきよう願う。上記『民事法』の有益な成果を願いながらも、なおかつ、いわゆる「要件事実論」論的発想が併せ持つマイナス面（裁判実務追隨的思考）も無視しえない、と考えるにすぎない。かてて加えて、大塚直＝後藤巻則＝山野目章夫（編著）『要件事実論と民法学のとの対話』（2005年）の「編者・はしがき」には、「民法学」と「要件事実論」との間における「意見や情報の密接な交換があるべきである」という指摘がある。これについても、筆者（川角）は正当なものとして評価すべきであると考え。ただし、その際には、民法学の立場から、法解釈方法論レベルでの、ありうべき比較法的研究の成果も当然「要件事実論」に組み入れていくことが要求されるに違いない。そのとき、基本的に既存の判例実務理論を前提とした「要件事実論」がいかなる歩み寄りをみせるのか。それとも「意見や情報の密接な交換」が事実上行われたにもかかわらず、結局「民法学」は「要件事実論」の下僕に過ぎない地位に甘んじることになるのか、心配である。ちなみに、筆者は現行ドイツ民法906条1項のイミッシオン原則差止めと同条2項の例外「受忍」の重層的規範構造は、わが国「公害差止論」においても規範のないし理論的に十分妥当性をもつ、と考えている。それゆえ「公害問題」・「環境問題」に関する「要件事実論」においても、それが有効活用されるべきであると考え（ただし、文言的な「直輸入」は避けねばならない。あくまで現行ドイツ民法906条の有する「規範的価値判断」を、わが国「市民法」レベルで理論的に吟味し、妥当性をもつ範囲で採用する、という趣旨である。——念のため）。

145 繰り返しになるが、イエーリングは、その出発点として、「相隣関係」における「法的な相互受忍」の発想から考察を開始した（本稿前注109とそれに対応する本文参照）。それを前提に、イエーリングは「人的および物的な感受性」を基準に、原則イミッシオン違法＝差止めの規範設定を行った。その上で彼は、

うな立法上の編成過程を踏まえた上で、基本的に末川がイエーリングの学説に従っていたこと。かつまた、かなり無批判的にイエーリング・イミッシオン論を「紹介」することにとどまっていたことを確認すれば、足りる（ちなみに、注146でも触れているように、末川自身は、「イミッシオン原則適法」かつ「権利濫用論」の枠組みによる例外的「違法」という構成を採用している）¹⁴⁶。本稿では、以上をもって、末川によるイエーリング・イミッシ

ゝ改めて広く一般的に「通常の利用」に伴うイミッシオンの「適法性」判断を取り入れている。これは、明らかに現行ドイツ・イミッシオン規定（ド民906条1項）と異なる違法判断に基づくものである。なぜなら、現行ド民906条1項の「非本質的妨害」（eine unwesentliche Beeinträchtigung）の有無は、あくまでも被害者側の事情を問題にしているのに対して、「通常の利用」は妨害者側の問題にはかならないからである。

- 146 なお、末川ないしイエーリングのイミッシオン論につき、たとえば山中充「前掲論文（1）」（前注117）42頁は、イエーリング・イミッシオン論の特質として、「イエーリングの見解」が「イミッシオンの効果のみを重視した」という注目すべき観点を示している。ここでイエーリングが、イミッシオンの「効果のみ」を重視したこととは——本稿ですでに指摘したように——彼がイミッシオンによる被害者の被った「感受性侵害」（煩わしさ〔Lästigkeit〕）あるいは「通常の生活に伴うイミッシオンか否かの振り分け」を決定的に重要視し、よって結果的に「受忍限度論」的発想を先取りしたことを指す、と考える（イエーリング自身「受忍すべき通常を越えた仕方」〔in einer das gewöhnliche Maß des Erträglichen überschreitenden Weise〕）に着眼している。末川「土地所有権の限界」〔前注101〕225頁参照。Vgl. auch Jhering (Fn. 102), S. 128. むろん、イエーリングがわが国「受忍限度論」・「違法段階説」的発想を、そのまま採用するわけでは決してない。——むろん、このこと（イエーリングによる「受忍限度論」的発想の先取りに関する評価問題）は、イエーリングが「動産所有権」については、純然たる個人的所有権論擁護の代表者であり、今日の「侵害不当利得論」における「割当て内容説」の元祖的存在であったこと。及び同時に、彼の「帰責論」（Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867）の評価如何が不可欠であること。以上の点に照らし、イエーリング・イミッシオン論の位置づけに関して、なお「留保」すべきことが数多い。この点、近いうちに別稿で論じることできれば、と願っている。その他、末川のイミッシオン論については——末川がイエーリング・イミッシオン論に深く学びながらも——結局「イミッシオン原則適法」及び「権利濫用論」の枠組みによる例外的「違法」、という構成を採用していたことは、繰り返し指摘されなければならない。しかも末川初期のイミッシオー

オン論の考察を、ひとまず終える¹⁴⁷。以下では、末川の「権利濫用」

ン論＝権利濫用論では、牧野英一流の「公序良俗論」の活用すら図られていた。たとえば、1919年信玄公旗掛松事件「大審院判決」（大正8年3月3日民録25輯356頁）にちなんで活字化された、末川「権利の濫用に関する一考察——煤煙の隣地に及ぼす影響と権利行使の範囲」同『権利侵害と権利濫用』（前注76。原論文初出は1919年）118頁以下、130頁以下、特に134頁参照。こうして結果的に、末川のイミッシオン論はその行き着くところ結局「権利濫用論」そのものであり、信玄公旗掛松事件「大審院判決」への「翼賛理論」に帰着したのである。この点、神戸秀彦「公害差止の法的構成の史的変遷に関する一考察（1）——損害賠償との関連において」東京都立大学法学会雑誌29巻2号（1988年）79頁以下、特に110-111頁も参照。ちなみに、この神戸論文は、ほぼ原島「権利論の推移」・同・前掲書（前注112）467頁以下の主張に呼応して書かれたものである。これは、原島理論の正当性を「裏書き」するものとして貴重な業績である、と考える。ただし、そこでは必ずしも澤井裕『公害差止の法理』（前注109）との「対決」がなされていない（仮に神戸が、原島理論を下敷きにしたのであれば、違法侵害説的な澤井「複合構造説」＝それに基づく「公害差止の法理」は、むしろ批判・克服されるべき対象であったはずである）。それどころか神戸は、澤井「複合構造説」をもって「体系上はやや問題がある」としながら、結局のところ「現在の段階では、このような考え方の採用はやむをえないであろう」としている。神戸・前掲論文（4・完）法学会雑誌31巻2号（1990年）121頁以下、特に129頁。これは、妥協的な結論である。惜しまれる。

- 147 以下では、末川のイミッシオン論及びイエーリング・イミッシオン論の総括を兼ねて、大塚直のドイツ・イミッシオン論に触れておく（大塚・前掲論文「生活妨害の差止に関する基礎的考察〔6〕」〔本稿前注142〕14-109頁）。なぜなら大塚は、その論稿で、イエーリング・イミッシオン論が「その後のイミッシオン法の発展に大きな影響を与えた」として、部分草案（Teilentwurf von Johow）・ド民第一草案・第二草案・第三草案そして旧ド民906条への流れを、このイエーリング説による「拘束」下のもとにあったものとして、描ききっているからである（ちなみに、大塚によるイエーリング「古典的権利論」の位置づけに関する批判として、本稿前注142参照）。この大塚によるイミッシオン研究は、実に詳細で奥深い。その研究視座はきわめて「具体的」であり、その思考方法はすこぶる「柔軟」である。文字通り「実用法学」としての「民法学」の名に値すべき業績であると考ええる。それゆえ、むしろ学ぶべき点も多い。にもかかわらず、大塚の視点は、もっぱら現行ド民906条のイミッシオン差止め抑制のための「例外規範」に向けて設定されていた。そもそも大塚は、「イミッシオン自由（原則受忍）とイミッシオン禁止（原則差止め）のどちらが原則であるかは、かなり問題とされたが、この議論は理念的な面が強い」（括弧内及び傍点・引用者）と規定している（大塚・前掲「生活

「妨害の差止」〔6〕25頁〕。しかしながら、イミッシオーンの被侵害者が、訴訟上「原告」として訴状に「請求原因事実」を記載する場合に、「イミッシオーン自由（原則受忍）とイミッシオーン禁止（原則差止め）のどちらが原則であるか」は、決定的に大きな差異をもたらす。なぜなら、イミッシオーン禁止（原則差止め）である限り（繰り返すように現行ド民906条1項の文言規定は、その「文理解釈」上、「イミッシオーン禁止（原則差止め）」としか理解できない）、原告は「合意なき不可量物の不適法侵襲（＝イミッシオーン）」に関する事実の存在証明でもって、原則差止めの法効果を得ることができる（現在のドイツ学説・判例では、「干渉作用」〔Einwirkung〕の立証があれば、まずは原告によるイミッシオーン差止めが承認される。この点につき、本稿前注107に対応する本文を参照。なお、拙稿・川角「物権的妨害排除請求権・再論（1）」龍谷法学50巻1号〔2017年〕所収の続編でも論ずる予定である）。それに対して、仮に「イミッシオーン自由（原則受忍）」ならば、原告は「受忍限度を超える事実」についてまで「請求原因事実」を書かなければならない（その旨の立証責任を「原告」が負担する）。にもかかわらず、大塚は、その問題を「理念的な面が強い」と切って捨てる。ともあれ大塚は、もっぱら「例外規範」としてのイミッシオーン「受忍」の重視を、さしあたり「経済的期待不可能性」（現行ド民906条2項1文）要件のうちに見て取ろうとする。たとえば大塚・前掲論文（6）40-42頁は、現行ド民906条2項の「経済的期待不可能性」につき、「「経済上期待できる措置」によって防止できるときは、イミッシオーンを差止めうる」とする理解を一応示しながら、以下のように述べている。——「尤も、その種の事例において一般的に適切と考えられる措置をとっている限り、操業停止はもちろん、その措置が長期的にみてその企業が収益をあげられなくなるほど多額の費用を要する場合は（差止め排除から）除外されると解されている。相当であり、必要であり、かつ、損害と均衡を失しない措置に限られているのである」（括弧内・引用者）。この大塚の指摘は、「経済的期待不可能性」要件の理解に関してそれなりに説得力をもつことだが、「その種の事例において一般的に適切と考えられる措置」とは何か。明示的な説明はない。さらに、その箇所で大塚は、差止め抑制のための「例外規範」適用に基づく「適正金銭補償」（*ein angemessener Ausgleich in Geld*）にも着目し、それを詳細に論じている（要するに大塚は、イミッシオーン「受忍」を前提に、その後始末の方に目を向けようとしている。なお、旧906条には「金銭補償」規定はなかった。この点、神戸・前掲論文「相隣共同体関係論」〔前注143〕578-579頁も参照）。ちなみに、大塚・前掲論文（6）54-55頁は、「経済的期待不可能性」要件につき、次のようにも言っている。すなわち「経済的に新たに期待可能な防止措置をもってしても防止できないときには差止を請求しえないと規定された」（現行ド民906条2項1文）は、「ドイツではあくまで違法性の問題とされているが——、実は、加害者の無過失的なものが差止受忍の要件とされたことを意味する、ノ

ゝといえよう」（傍点・引用者）と（この点については、本稿前注143で、すでに指摘した）。そして、そのための参考文献として澤井裕『公害の私法的研究』（1969年）68頁注2を挙げ、澤井説も「その趣旨か」と述べている（大塚・前掲論文〔6〕55頁及び62頁注196）。しかしながら澤井（前掲書『私法的研究』68頁注2）は、「防止措置の設置の有無が、有責と区別された意味での違法性の中に組み込まれていることが注目される」（傍点・引用者）とはっきり述べているのであるから、大塚の読み込みは、結果的に不当な「深読み」（実質的な「誤解」）にほかならない。しかも「無過失的なもの」という表現でもって、大塚は、イミッシオン「違法論」の中に結果的に「過失の有無」を読み込もうとしている。なるほど、大塚は「（ドイツ・イミッシオン）差し止めの要件として過失的なものが必要であるということではなく」（括弧内・引用者）と一応断っているが、その含意するところは、明らかにイミッシオン「違法性」の「過失」への歪曲である。だから大塚は、実質判断として「新受忍限度論」ないし「過失一元論」的発想を示すのである。ちなみに大塚「生活妨害の差止」〔8〕法学協会雑誌107巻4号（1990年）15頁は、いわゆる積極的侵害「権利説」・消極的侵害「不法行為説」の「二元説」の立場から、「新受忍限度論は採用しないが——、この「過失」及び「利益侵害」の要件において、受忍限度を越えるか否かが実質的には判断される」（傍点・引用者）とする。仮に、大塚の「二元説」の立場から、（「一元説」的な）「新受忍限度論」を承認してしまえば、その立論は直ちに破綻するに違いない。いずれにせよ、ドイツ・イミッシオンの「違法性（＝差止め）」判断について、「過失的なもの」は必要でない（大塚自身・前掲論文〔6〕55頁では、「過失的なもの」は「必要でない」と明示している。この点についても、上記本注及び本稿前注143で触れた）。だとすれば、「過失的なもの」を、わざわざ書く必要はなかったはずである（大塚がイミッシオン「違法性判断」について、「過失的なもの」を無理矢理「含意」させようとする〔大塚・前掲論文〔6〕55頁4行目参照〕がゆえに、わざわざ書いたにすぎない、と思われる）。ついでながら、大塚は「わが国においても、ドイツ法にならって差止と原状回復を峻別しようとする見解がみられる」として、それを「原島教授、沢井教授らの見解である」と規定する（大塚・前掲論文〔6〕67頁及び68頁注216）。この記述も、やや粗雑であるように思われる。原島説が厳密に「差止と原状回復」を区別することは、なるほどその通りである（原島「権利論の推移」・同・前掲書〔前注113〕460-461頁及び493頁以下参照）。しかし澤井（沢井）説は、「差止と原状回復（中略）の峻別を前提して議論を進める」と言いながら（澤井『公害差止の法理』〔前注109〕111頁）、すぐさま「差止と原状回復請求が競合する対象」（傍点・引用者）につき、論じている（澤井『公害差止』112頁参照）。たとえば、被告所有地から崩落し「放置された崩土」とか、被告企業から排出された「残留有害物質」などがそうである、とされる（澤井・同頁参照）。この意味で澤井説は——原島説と異なり——「差止と原

↘状回復を必ずしも「峻別」していない。それゆえ、上記大塚による「原島説・澤井説」の同列視的表現は不適切である。ちなみに、原島説は、澤井説が挙げる「崩土」や「残留有害物質」の事例を正面から問題とはしていない。この場合、おそらく「崩土」については付合（民法242条）の有無がまず問われ、分離可能ならば付合せず、その限りで妨害排除請求権（広義の差止請求権）の行使が認められるだろう（それに対し、相手方が「所有権放棄」をしたときは、当該「放棄行為」に基づく被告の不法行為責任のみが問われる）。他方、「残留有害物質」は——いわば不法に投棄された「廃棄物」あるいは「ダイオキシソ類」等の汚染物質の取り扱いと同様に——民法上もっぱら不法行為責任の対象となるべきもの、と考える（広義の警察的・行政的対応に関する問題は、さしあたり考察の範囲から除外する。たとえば「産業廃棄物」は、行政立法的な廃棄物処理法上の「排出者責任」でもって対処されているようだが、民法上の処理としては、もっぱら「不法行為責任」として把握すべきものであろう）。そのような民法上の不法行為責任としての観点からは、かかる（それ自体不許容的な）有害物質の排出行為を行った企業の過失（結果予見義務違反）は、比較的容易に認定されるべきものとする（「有害物質」の排出行為自体の事実認定があれば、排出企業の「過失」が認定され、さらに「故意」まで推定されてよいだろう。なお、被告企業の「過失」の立証責任は、たしかに原告にあるのだが、本稿で筆者が言いたいことは、被告による「有害物質の排出行為」を原告が主張・立証できれば、原則直ちに「過失あり」と判断すべきである、ということに尽きる〔この点、「市民法的」な「故意・過失」要件のあるべき規範形態を示唆する、清水誠「ある公害判決——新渇水俣病判決について」同『時代に挑む法律学——市民法学の試み』〔1992年。原論文初出は1971年〕289頁以下、特に297頁の観点を参照。なお民法709条の「過失」判断基準論について、筆者〔川角〕は、近いうち〔2年ほど後〕に別稿で論じる予定である〕。ともあれ、わが民法においては、上記「残留有害物質」によって被害を被った原告は、被告の不法行為責任を追及し、金銭賠償を得た上で、みずから当該「有害物質」を除去してもいいし、その賠償金でもって第三者に「代替執行」をさせてもよい（不法行為責任と異質な「物権的妨害排除請求権」によって、原状回復請求＝結果除去請求まで認めるべきではない。それ〔一種の無過失「原状回復請求権」〕を承認するためには、当事者間で「特約」〔民法722条1項で準用される417条の「別段の意思表示」〕を締結するか、あるいは立法的に「特別法」の制定を待つ以外に方法はない、と考える〔これは、もっぱら「市民法的不法行為論なし市民法的「立法」の成熟度に関する問題にほかならない〕。ちなみに、被告が敗訴判決を受けたにもかかわらず、金銭賠償義務（「与える債務」）を任意に履行しない場合には、「金銭執行」＝直接履行の強制（民法414条1項・民執143条以下）が実行される。例外的に、原告・被告間で金銭賠償に代わる「原状回復特約」をしたところ、被告が任意にそれを履行しない場合には——当該履

論に考察の重点を移したい。

(f) 「権利濫用禁止の理論的考察」¹⁴⁸

この論文で末川は、およそ「権利濫用禁止」を「権利行使が権利主体を中心として考えらるゝ法律適用の主観的側面」において捉えようとする¹⁴⁹。したがってその前提として、末川は、必然的に「権利とはなにか」、さらに「法とはなにか」という根本的問題にも触れようとする。そこでまず末川は、従来の「権利論」について、以下のように論じている。——「権利は法律によつて保護せられた利益であるとか法律によつて与へられた意志力若くは意志支配であるとか法律上の力であるとかいふやうな色々の定義は権利の実質を把握する上に於てそれ（ぞれ）玩味せらるべき深い意味を有するものには相違ないけれども、其の多くは法律的概念に属すべからざる要素をとり入れて居るものであるといへる。即ち其れは法律が何を保護して居るか又は何を承認して居るかといふやうな点を教示するには十分であるかも知れないが、『如何にして』保護又は承認が為されうるかといふ形式的な方面は之を等閑に附して居るものだといへるであろう。ところが権利濫用の法律考察を為すに當つて、先づ必要なのは権利の内容即ち保

、行行為は被告の意思的行為（「為す債務」）に関わるという意味で直接履行の強制になじまないから——民法414条2項・民執171条の「代替執行」が行われることになろう。さしあたり林屋礼二＝中島弘雅「第414条（履行の強制）」遠藤浩〔編〕『基本法コンメンタール（第4版）債権総論』（2005年）45頁以下参照。——以上は、原島説（主としてフリッツ・パウアー説に依拠した所説）とエドゥアルト・ピッカーの所説とを組み合わせた筆者（川角）自身の見解である。その他、大塚説については、上記以外にも様々に論ずべきことが多い。将来、機会をみつけて総合的に検討したい、と考える（なお、筆者の別稿「物権的妨害排除請求権・再論（1）」〔龍谷法学50巻1号〕及びその続編で、ある程度、その課題に挑むつもりである）。

148 末川の、この論文は、同『権利侵害と権利濫用』（前注76）138頁以下に収められている。原論文初出は、1925年（大正14年）11月である。要するに、この論文は上記末川「土地所有権の限界」（前注101）が書かれたのち、半年ほど経って公開された論説である。以下では、末川「権利濫用禁止」として引用する。

149 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）139頁参照。

「保護せられるものではなくて権利の形式即ち保護其のものである」^{149-a}（傍点及び括弧内・引用者）。ここに、1925年（大正14年）当時の、末川の「権利」観が如実に表現されている。末川は、この文章をなんの引用もなく、書いている。そこでは、およそ——ドイツ民法の「概説書」は読んだ形跡はあるようだが——サヴィニーの権利論もイエーリングの権利論も、さらにはヴィントシャイトの権利論も、当時の末川の視野には入っていない¹⁵⁰。だから末川は、当然の如くにイエーリングによる「実質権」（Substanzrecht）としての「権利内容（権利の実体）」と「保護権」（Schutzrecht）としての「排除請求権（権利の外皮）」との統合としての「権利論」も、無視している。そしてほとんど「論証」なくして、上記の「其の多くは法律的概念に属すべからざる要素をとり入れて居る」と断じ、「即ち其れは（中略）『如何にして』保護又は承認が為されうるかといふ形式的な方面は之を等閑に附して居るものだ」と批判する。さらに——そのような不当な「断定主義」に基づいて——末川は「権利濫用の法律的考察を為すに当つて、先づ必要なのは権利の内容即ち保護せられるものではなくて権利の形式即ち保護其のものである」と立論する。そもそもこの出発点からして、末川の「権利濫用論」は、実にいかがわしい。学問的に信用に値する論述になりきっていない。「権利」に関する実体判断を抜きに、果たして「権利濫用の法律的考察を為すに当つて、先づ必要なのは（中略）権利の形式即ち保護其のものである」（傍点・引用者）と断ずることができるのだろうか。ともあれ末川は、以上の（ある意味で空洞化された）「権利論」を前提に、以下のように述べる。——「権利濫用の禁止は孤立

149-a 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）140頁。

150 末川はサヴィニーの権利論を1927年（昭和2年）に、イエーリングの権利論を1928年（昭和3年）に書いている。末川・前掲書（前注76）22頁以下及び35頁以下。ちなみに、ヴィントシャイトの権利論については、ようやく1930年（昭和5年）に至って「法規意思的」権利論として言及があるのみである。末川・前掲書（前注76）423頁参照。

的に独自の存在価値を有するものとしての権利又は其の行使であると主張せられる行為を対象として考へられることのできる性質のものではなくて、必然的に法律との関聯に於て現はれるものとしての権利又は其の行使であると主張せられる行為を対象とすべきである」¹⁵¹。ここで、おそらく末川は、「権利濫用の禁止」を、もっぱら「制定法的権利」との「関連」での権利・その「権利行使」たる「行為」を問題にすべきであると言っている、と思われる（それゆえ、どちらかと言えば自然法的なニュアンスのこもった「孤立的に独自の存在価値を有するものとしての権利又は其の行使であると主張せられる行為を対象として考へられることのできる性質のものではなく」（傍点・引用者）と言うのであろう）。その限りで、末川はなるほど一応もつともらしいことを述べている。われわれ民法学者は、たしかに「制定法上の権利」を問題にし、そこから「権利濫用」を論すべきである。ただし、その際、改めて「権利」と「法」の関係が問われるはずである（ドイツ語の Recht が「権利」と「法」の二義的意味を担っていることは、周知のことに属する）。しかしながら、末川は「個別的現象としての権利は法律を前提として認められて居る」、したがって「法律は觀念上権利に先存するもの」（傍点・引用者）と述べる¹⁵²。これは、明らかに制定法本位的「権利論」であり、いわば「国家的」権利論である（さらに言えば「制定法概念主義的権利論」でもある）。だから末川は、「権利の実質」について語ることがあっても、あくまでそれは「保護」に従属するものであった。それゆえ末川は「法律的概念としての権利に於ては盛らるべき——保護せらるべき——内容よりも寧ろ盛るべき——保護する——容器（「請求権」）の方が重要な意味を有する」¹⁵³と述べている（傍点及び括弧内・引用者）。こうして末川は——

151 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）140頁。

152 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）140頁参照。

153 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）141頁。なお末川は、その後の「イエーリングの権利論」においても、彼の「権利利益説」を、意思的要素と不分明に捉える立場を示し、「イエーリングがその急進的な——或意味においてメ

「法規」の客観的側面（「法」）と主観的側面（「権利」）との対比を一応視野に入れつつも¹⁵⁴——あくまで「権利」を「法律要件の具体的な充実」にすぎないものとし、その「充実」は「潜勢的状态」であって「権利の行使」によって初めて「現実化」される、とする¹⁵⁵（これは一種のローマ訴権法的思考にほかならない）。結局のところ末川は、「主観的に観れば権利の行使と呼べる、ものが客観的に観れば法律の適用の一場合に属する」（傍点・引用者）としたのである¹⁵⁶。この末川の立論方式は、実質的に「権利」を軽視し、その「現実化過程」としての権利「行使」（＝「行為」）を重視する見解に繋がる（結果的に「権利濫用」され、よって侵害されるところの——相手方の——「権利」をも「軽視」することになる）。ともあれ、以下では末川の「法の考え方」を略述しておこう。すでに確認したように、末川は「主観的に観れば権利の行使と呼べる、ものが客観的に観れば法律の適用の一場合に属する」（傍点・引用者）と述べた。したがって、必然的にそもそも「法」とは何かが問題とされざるをえなかった。そこで末川は、

「闘争性に富んだ——性格からとすればその時々において一方に偏した考へを過度に力説した弊を語るもの」と批判している。末川・前掲書（前注76）42頁以下、特に44頁。イエーリングが「土地所有権」と「動産所有権」の理解につき、いわば「二重人格者」的相違をみせることは、すでに本稿でも指摘した（本稿前注105参照）。その意味で、末川の上記指摘は、ある程度正鵠を得ている（しかしながら末川が、イエーリング権利論の「実体」から、事実上、目をそらしている点で、やはり不適切な記述とも言える）。いずれにせよ、イエーリングが『ローマ法の精神・第三卷』（1865年）で示した「実質権」と「保護権」の＜統合＞としての「権利論」そのものは、その不滅の生命力を、今なお有するものであることに、違いはない（Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 1865, 10. Unveränderte Auflage, 1993, S. 339）。その一端は、拙稿・川角「物権の妨害排除請求権・再論（1）」龍谷法学50巻1号（2017年）注74及びその続編で具体的に開示される。

154 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）141-142頁。

155 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）142頁。

156 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）142頁。

もっぱら「法律規範」という用語のもとで、「法」を次のように捉えている。すなわち「法律規範」は、第一に「法前の事実の評価」としての「事実規範」があり、第二に「其れ自体が法律規範」たる——「法律規範に付ての法律規範」としての——「適用規範」（国家制定法）がある、という¹⁵⁷。この捉え方自体に問題はない。とはいえ、あくまで末川は、「適用規範（国家制定法）は事実規範の上に立って居る」¹⁵⁸とする（括弧内・引用者）。これは、明らかに国家的法観を示すものであり、制定法本位的「法律実証主義的立場」に立つもの、と言ってよい。それゆえ末川は、「裁判に於て法律が適用せられる場合に付ていへば裁判所は適用規範（国家制定法）に従つて法律上正当づけられ得る範囲に於ては事実規範に反することもできるのであるが、適用規範に反することは如何なる事情の下に於ても許されない」¹⁵⁹（傍点・引用者）と述べている。それでは、かかる末川の「法の考え方」からすれば、「権利濫用」とはどのようなものか。それは①「権利濫用が問題となるには必ず権利の行使だと主張せられる権利者の行為（その限りでの「適法行為」）があることを要する」（括弧内・引用者）のであるから、まず行為者の有する「権利」に関する「事実規範」が問題とされるべきことになる。その上で、②当該「行為が権利の行使として許さるべきではないと断定」すべき判断を、必要とする（裁判上、その旨の立証責任は被害者たる「原告」が負担する——引用者）。こうして初めて③「権利濫用——権利の行使として主張されるべきではないと断定せられる行

157 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）144頁。

158 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）144頁。

159 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）144頁。この論旨は、いわゆる「反制定法的解釈」を全く否認するということに帰着するであろう。なお現在における「反制定法的解釈」の許容性とその機能につき、磯村哲「法解釈方法の諸問題」同（編著）『現代法学講義』（1978年）104-105頁及び広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（1997年）95頁以下。さらに中村哲也「民法上の法形成と民主主義的国家形態」広中俊雄（編）『民法研究・第6号』（2010年）1頁以下、特に89頁以下を参照。

為——は禁止せられ得る」とする¹⁶⁰。この末川の思考方法は、不法行為責任の問題として捉える限り¹⁶¹、一種の「適法行為に基づく不法行為」論と共通する側面をもつ（ただし厳密には「適法行為に基づく不法行為」論が、ある種の「相関関係的違法判断」＝「受忍限度論」を媒介にしたところの——「許された危険」論をも前提とした——「無過失責任」論であるのに対して、末川「権利濫用論」はあくまで過失責任主義を維持している点で、重要な差異は存在する¹⁶²）。

ともあれ末川は、上記「権利濫用」を、もっぱら「成法」たる「権威」的国家制定法上の「適用規範」の「適用」の結果として判断しようとする¹⁶³。したがって、その意味で「権利濫用」は、「道徳」と区別された「法」の意思的判断として帰結される。その限りで末川は、「シカーネ禁

160 上記①②③につき、末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）144-145頁。

161 ただし、この末川「権利濫用禁止」論自体は、不法行為責任のみならず広く一般的に「権利濫用」そのものを問題としている。にもかかわらず、信玄公旗掛松事件「大審院判決」を機縁として書かれた末川の「権利濫用論」（本稿前注146参照）は、すでに「権利濫用」に基づく不法行為責任上の「違法性」（末川自身の表現を借りれば「公の秩序又は善良に反すと認めらるゝに至る〔こと〕」）が認定されることになる（末川・前掲書〔前注76〕136頁参照）。そしてまずは、権利濫用によって「之が停止を請求」することができるし、かつ「不法行為の要件具備するとき」は「損害の賠償を請求する」ことができる、とされる（末川・前掲書同頁）。そのような観点から、末川は、信玄公旗掛松事件「大審院判決」を、「頗る当を得たるものなりと云はざるべからず」と評したのであった（末川・前掲書137頁）。

162 それゆえ、「適法行為に基づく不法行為」の有力な提唱者である末弘厳太郎（1888-1951年）は、その論文「適法行為による「不法行為」」同『民法雑記帳（下）第2版』（1980年。原論文初出は1933年〔昭和8年〕）250頁以下において、牧野英一（1878-1970年）・我妻榮（1897-1973年）に依拠した上で、当該論旨（「許された危険」論的「違法論」）を展開し、（過失責任主義の枠を維持するところの）「権利濫用論」自体を「もはや役に立たない」と断じているのである（末弘・前掲書258頁）。なお、原島重義「わが国における権利論の推移」・同・前掲書（前注113）445頁以下、特に482-483頁も参照。

163 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）146頁。念のために原文を引用すれば、「権利濫用」の成否につき「常に権利に関する事実規範と相並んで成法としての権威を主張しうるものであることを要する」と記述されている。

止」及び「信義誠実の原則・衡平の観念・公序良俗」を「道德」的に運用しようとする見解とは距離を置いている¹⁶⁴。そして末川は、「権利濫用」の法的判断にあたって「目的論的解釈」の採用を主張し、こう言っている。——「吾々は成法に付ての目的論的な観方から出発しなければならないと思ふ。而して其の為には法律の理念の下に於て想定せられる法律の世界が何等の矛盾も対立も包含して居ない所の調和せられた完全な統一体を成して居ると観られ得ることを前提とするのである。（中略）法律の理念はあらゆる現実的な法律者の上に君臨して居るのであって、其れは決して現実の世界に降臨し来ることはないのであるから（中略）法律の理念の下に想定せられる世界へ向かつての不断的努力乃至試みがあると思ふ」¹⁶⁵（傍点・引用者）。こうして末川は、それ自体きわめて素朴な「概念主義的法律」観に立ちつつ、その「目的論的解釈」を「不断的努力乃至試み」と言い換えている。その発想自体は、これを一応是とすべきものであろう。しかしこれが、法的な「目的論的解釈」と言えるか、は別論である（前注165の「ちなみ」以下を参照）。末川のいう「不断的努力乃至試み」の中味は一体何か。その「努力乃至試み」の主体は誰であるのか。その内容は必ずしも判然とはしない。ただし末川は「立法者が斯かる努力乃至試みを撰取すべき誠意を欠いて居るといふこともあり得る」¹⁶⁶（傍点・引用者）と言っている¹⁶⁷。だとすると、おそらく「不断的努力乃至

164 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）146-147頁参照。

165 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）148頁。ちなみに、「目的論的解釈」は、いわゆる「客観説」と結合して——その「客観説」自体「概念法学的方法」と対立すべきものであるところ——「解釈者」をして「現在において最も合目的なものを選択」（傍点・原書）せしめるものである。磯村（哲）・前掲論文（前注159）91頁参照。

166 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）149頁。

167 末川は、立法者が「斯かる努力乃至試みを撰取すべき誠意を欠いて居る」ということもありうる、という。が、具体的例示をしているわけではない。単なる「可能性」をいうのみである。この点、「権利」ないし「権利濫用」、さらには先に見た「イミッシオン論」に深くコミットする末川においては、当

試み」の主体は、立法者・裁判官・民法学者を広く含めているのであろう。そして、その内容として「経験的な目的」を挙げ、「成法の経験的目的も亦此の任務を果すための社会的機能の傾向に於て求めらるべきものかと思ふ」¹⁶⁸（傍点・引用者）という。さらに「法律は其の社会的機能の傾向に反して適用されることを許さない」¹⁶⁹と断言してもいる。こうして、①かかる「法律」のもとでの「権利」も、「其の社会的機能に反して行使することを許されないといふ命題」が現れ出る、とする。すなわち、②「権利濫用禁止の格率は法律の内に於て与へられる」という¹⁷⁰。この末川の立論方法自体、同義反復の弊を免れない（なぜなら、末川にとって「法律」〔＝「成法」〕の「権威」〔言い換えれば「君臨」するところの「法律の理念」〕に基づく判断の結果、「権利濫用」と認定されるのであるから、上記引用文の「権利濫用禁止の格率は法律の内に於て与えられる」〔傍点・引用者〕ことは、「同義反復」にほかならないと言えるからである）。ともあれ、ここに至っても末川は、その「目的論的解釈」・「不断の努力乃至試み」・「法律の社会的機能の傾向」の内容を明らかにしない。そこで、やむなく末川は、「法源論」的な拠り所を求めようとする。「条理」あるいは「事物当然の性質」、さらに「慣習法」が、それである¹⁷¹。それらを言い換える形で、末川はこう言っている。すなわち「法律の——適用の前提として為される——解釈に付て目的論的な立場からのみ是認せられ得る所の類推とか拡張、縮小、更正など、呼ばれるもの」が「古くから」・「広く」許容されてきたのであり——「こゝに謂ふやうな適用規範を慣習法だといふのは或は当を得て居ないと

、然「物権的請求権」規定及び「イミッシオン」規定の立法者意思に基づく法規欠缺を例示すべきであつたように思われる。このことに照らせば、すでに末川自身、「斯かる努力乃至試みを撰取すべき誠意を欠いて居る」ところの「主体」と言われても仕方あるまい。

168 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）149頁。

169 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）150頁。

170 ①②ともに、末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）150頁。

171 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）150-151頁参照。

も考へられる」と断りながら——「斯かる適用規範が成文として顕現して居ないといふやうな理由だけで其の実定性を否認することの無謀なるはいふを俟たない」と述べる¹⁷²。また、次のようにも言っている。——「こゝに法律の目的従つて法律の社会的機能の傾向に従はねばならぬといふのは単に客観的に形式的な方向を教示するにとゞまつて質料的な内容を与へて居るものではない。質料的な内容は（中略）経験的に制約せられた其の時其の団体に於ける社会生活の具体的な材料に帰つて吾々の社会的経験律によつて之を求めねばならない」¹⁷³（傍点・引用者）。ここで末川は、自己の「目的論的解釈」が、いかに無内容なものであるかを率直に告白している。その態度はいさぎよい。ところが、その「反省」の上に立って末川は、「質料的な内容」に着眼しつつ、「経験的に制約せられた其の時其の団体に於ける社会生活の具体的な材料に帰つて吾々の社会的経験律によつて之を求めねばならない」¹⁷⁴として、再び抽象的な「同義反復の弊」を繰り返している。ここで「其の時」とは、何時のことを指すのか（なんらかのある時点、「現時点」を含めたその「時々」を指すのであれば、その限りであくまで無内容である）。かつまた「其の団体」とは、何を指すのか（どうやら末川は、日本的「国家共同体」なるものを念頭に置いているようである。この点、後述するところを参照）。ともあれ、末川が「質料的な内容」を論ずるにあたっても、あくまで抽象的な同義反復の弊が繰り返されることには、十分注意しておく必要がある。たとえば、次の一文がそれである。——「法律の目的従つて其の社会的機能の傾向に付て質料的な観察をしようとするならば、結局吾々の経験的な社会生活に於て与へられる材料を認識基本としなければならない。（中略）吾々はどうしても具体的な生活現象に於けるディテールに帰つて行かねばならない。（中略）だから法律の——個々

172 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）151頁。

173 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）151頁。

174 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）151頁。

の法規や其の体系（法系）や法律全体に付てのそれぞれの——社会的機能の傾向即ち其の経験的意味に於ての目的は時間的に且つ団体的に制約された慣行に従つて判定せられ得るといふことができる」¹⁷⁵。ここに至つて、末川自身の1925年（大正14年）当時の「法意識」を垣間見ることができる。かかる現実的な「社会的機能の傾向」を、そのディテールにおいて把握することにより、「形式化せられた法規に欠乏して居る所の弾力性又は伸縮力は補充せられて其の社会的機能を完全に果し得る」¹⁷⁶（傍点・引用者）。これを、末川の「法意識」論に即して言い換えれば、以下のようなになる。——「個人の利益よりも社会全般の利益を重んずる慣行のある社会に於ては個人の利益を中心として考へられる権利行使は此の慣行に基礎を有する適用規範によつて制限を受けざるを得ない（中略）。即ち其の社会に於ける慣行が個人よりも社会を重んずる度合いを増すに従つて所謂権利濫用の禁止せらるべき範域は益々拡大せられるものと観ることができ」¹⁷⁷（傍点・引用者）。末川によれば、このような観点から「権利濫用の禁止」が学説・判例等において「喧しく論議されるに至った」のは、「最近の事」に属する¹⁷⁸。そして、「其れは言ふまでもなく十八九世紀を通じて行はれた私権本位の法典編纂に結び付いた法律の解釈及び適用上の形式主義に対する反動」と見るべきところ、その根本的理由は「『個人よりも社会を』といふ意味に於ての慣行が法律の社会的機能の傾向に於て重要視せられること、なつたからである」と述べている¹⁷⁹。これは、本稿

175 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）152頁。

176 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）153頁。

177 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）153頁。

178 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）154頁参照。

179 末川「権利濫用禁止」・同・前掲書（前注76）154頁参照。それに引き続いて末川は、ドイツ民法のシカーネ規定（ド民226条）、スイス民法2条2項の「権利濫用の禁止」規定、さらにはロシア民法1条の「私権」の「社会的経済的目的」への服従論を、当時のドイツ・ワイマール憲法153条ともども「最も当を得たもの」として賞賛している（末川・154頁）。当時は、ロシア民法に言及す

前編で確認したところの岡松参太郎・鳩山秀夫・牧野英一の見解、さらには本稿で後述する我妻栄の見解、すなわち「個人から社会へ」・「社会連帯の法思想」と全く同じ性質のものである。わが国「権利濫用論」の系譜が、このような独特な「社会本位思想」の上に構築されたことは十分に記憶されておいてよいことである。その延長線上に、電力会社が無断で私人の土地の地下に発電用水路トンネルを掘っても土地所有者の妨害排除請求は「最早不能ニ帰シ」とする判例（大判昭和11年7月7日民集15巻1481頁）が登場し、さらには鉄道会社が私人の土地所有権を侵害して鐵道線路敷を開設しても、当該私人の「妨害排除・原状回復請求」は「社会通念上不能ニ帰ス」とする判例（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）が、登場するに至る¹⁸⁰。こうして確固不動たるわが国「権利濫用論」が、最高裁板付基地判決（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）として、戦後も適用するに至ったのである¹⁸¹。上記末川「権利濫用論」は、その記念す

ゝるだけで「進歩的」と受けとめられていたようである（そして、その傾向は「戦後」も、ほぼそのまま存続した）。

180 原島重義「事実上の土地収用——妨害排除請求権の濫用」伊藤正己＝甲斐道太郎（編）『現代における権利とはなにか・権利の濫用をめぐって』（1972年）78頁、特に82頁参照。

181 この最高裁板付基地判決では、戦後アメリカ占領軍の空軍基地提供目的で私人（原告）の土地を賃借した国（被告）が、占領状態終了後＝「賃貸借契約期間満了後」に、私人（原告）から当該土地の「明渡し請求」を受け、争った事件である。最高裁は、私人（原告）による請求を「私権の本質である社会性、公共性を無視し、過大な請求をなすものとして、認容しがたい」とのべ、私人（原告）の上告を棄却した。詳しくは、原島「軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範——とくに最高裁「板付」判決を中心として」・同・前掲書（前注113）298頁以下、及び同「所有権の濫用——最高裁板付基地事件判決再論」・同・前掲書（前注113）339頁以下の批判的考察を参照。これに対し、現在のわが国「通説」の見解は、このような最高裁「板付基地判決」をもって、「権利濫用法理の典型的な適用場面」と解している。さしあたり、大村敦志『不法行為判例に学ぶ・社会と法の接点』（2011年）64頁及び内田貴『民法Ⅰ〔第4版〕総則・物権総論』（2008年）489頁参照。ただし、内田貴＝山田誠一＝大村敦志＝森田宏樹（共著）『民法判例集——総則・物権〔第2版〕』（2014年）7頁（内田貴・担

べき「先駆け」であった¹⁸²。

▼当部分)で、内田は、「権利濫用の原則が濫用されて正当な権利行使が妨げられる恐れがある」とし、最高裁板付基地判決をして「政治性の大きな著名事件であるが、そのような恐れをも感じさせる」とも述べている(それ自体は正当な記述である)。だとすると、この内田の「権利濫用論」に関する方向性は、一体どっちを向いているのであろうか。前掲・内田教科書『民法Ⅰ』と内田『民法判例集』の記述を突き比べる限り、内田貴の「権利濫用論」は、あたかも「正反対」のようにも読める。実に不可解なことである(内田は、2014年民法判例集の「最近の見解」でもって、2008年教科書の記述を「変更」ないし「修正」したのであろうか。近い将来「債務法改正」を受けて出版されるであろう、内田教科書『民法Ⅰ』〔第5版〕の記述に注目したい)。ちなみに筆者(川角)は、上記とほぼ同様のことを、すでに拙稿・川角「物権的妨害排除請求権・再論(1)」龍谷法学50巻1号(2017年)注167で指摘している(この点、念のため付記しておく)。

182 なお、戦後末川自身、この最高裁板付基地事件判決につき興味溢れる判例批評を出している。末川「所有権に基づく土地明渡請求が権利の濫用とされた事例」民商法雑誌53巻4号(1966年)123頁以下が、それである。そこで末川は、上記最高裁板付基地判決につき、およそ次のように言っている。——「本件事案のような場合に権利の濫用という範疇を持ち込むことには無理があるうえに、判示(本件原告の明渡請求を「私権の本質である社会性、公共性を無視し、過当な請求をなすもの」として、認容しがたい」と結論づけた箇所を指す——引用者)のように解すると、権利の濫用という言葉が濫用されることになつて、せっかく戦後民主化という線にそうてなされた民法第1条の改正が無意味になってしまうおそれがあるのではないかと思う。(中略)換言すれば、強大なものの(国)の違法は弱小なものの適法を違法ならしめる、といっていることにもなるようである。(中略)自分の所有地を不法に占拠されている者がその不法占拠者に対して明渡を請求するということ自体は、今日の権利思想のもとでは、一般に許容されている適法なことであるといわねばならない。したがつて、このことを権利の濫用として違法だと非難するには、たとえば宇奈月温泉事件判決におけるように、わざわざ僅少の土地を買収してその土地所有権に対する侵害を口実に妨害排除を求める形で巨額の代金をゆすり取ろうとするといったような何人がみても正当な権利の行使とはいへぬ要素がなければなるまい。(中略)権威に対して弱い事大主義とか、おかみのなさることには屈服してあきらめるといふか、とにかく長いものには巻かれるという卑屈な習性が今日もおおく一般民衆を支配しているために、本件事案の場合にも(最高裁の判断が通用するかのような「外見」が存在するがゆえに——引用者)土地の明渡を求め得ないこととなつても、著しく予期に反するものではない筈であるように見えるところがあつたかも知れない。(中略)権利の社会性、公共性というような一

応はきれいに美しく響く言葉が、戦前に使われた減私奉公とか公益優先とかいうような言葉と同じような方向で、強者（国）の権利が大きく濫用されることを肯認してこれを適法化するために使用されることになれば、せつかく戦後に進められてきた民主化もやがて後退せしめられて、正しい意味での法秩序は破壊されてしまうであろう。（中略）若い研究者諸君が、ここに提起されている課題と積極的に取り組んで、正しく法を生かすために前進されることを希うや、切である」（末川・前掲「判批」130-140頁。括弧内・引用者）。なるほど、ここには戦後民主主義法学をリードした末川博の「市民法」的思想が如実に発露している。とりわけ現在、大村敦志ら一流の民法学者が、「宇奈月から板付へ」との見出しのもと、「権利濫用」を——いわば平板かつ安直に——論じている限りにおいて（大村・前掲書『不法行為判例に学ぶ』〔前注181〕63-64頁参照）、上記末川の「切なる希い」は、一層の切迫感をもってわれわれの胸に突き刺さるに違いない。しかし、だとするならば、末川自身の戦前の「権利濫用論」自体、末川によって「自己批判」されるべき「要素」を、果たして持っていなかったのだろうか。現に「宇奈月から板付へ」という「権利濫用」論の直線的理解を示す大村が、その直前の箇所です「公序良俗」論的「権利濫用」論の代表者として末川の論文（本稿前編〔二〕注368で取り上げた論稿）を詳細に引用していることに、末川「権利濫用」論の現代的意義が如実に表現されている。大村・前掲書『不法行為判例に学ぶ』63頁。誠に皮肉な現象であると言わざるをえない。なるほど、末川自身の「自己批判」は、内面的にはあったかもしれない。しかし、それは根本的な脆弱性をもっていたように思われる。なぜなら末川は、この「判批」の中で、以下のようにも言っているからである。——「これ（本件「板付基地判決」の如き事案の処理）についてどのような法的扱いをしたらよいか。（中略）私の考えを端的にいえば、（原告の）請求の正当なことは認めて、そのうえで一定の条件のもとに相手方（国）の土地利用を忍容すべしとするのがよいかと思う。だから、本判決の試みたような利害の比較衡量を基準として、もし大きな損害が生ずるのを防止するために小さな利益の正当な主張を抑える必要があるというのであれば、忍容の義務（Duldungspflicht）ともいうべきものを認めることによって、違法な権利の濫用という非難を加えることをやめたらどうであろうか」（末川・前掲「判批」139頁。括弧内・引用者。ドイツ語引用部分の括弧のみ原書）。これは、いかにも末川らしい「バランス論」の帰結である。そこに見事に、戦前の末川「権利濫用論」・「イミッシェーション論」が生き残っている証拠を見て取ることができる（要するに末川は、原告と被告の利害大小の「比較衡量」を肯定する。その上で、「一定の条件」付きで原告に「忍容義務」を課すべき場面がある、と言っている。ここで「一定の条件」とは何か。末川は何も語っていない。ちなみに、本件「板付基地判決」に即して言えば、末川は、あくまで被告（国）主張の「大きな損害」自体を否定しているのだから（末川・前掲「判批」133頁参照）、末川自身、本件「板付基地判決」の法

〔ホ〕 我妻栄

(a) 序論

我妻栄（1897-1973年）¹⁸³は、山形県米沢市で出生。1917年（大正6年）6月、一高を首席で卒業した。同年7月東京帝大法科大学入学。1919年（大正8年）10月、高等試験行政科合格。その頃、鳩山秀夫（1884-1946年）の依頼により鳩山の著書『債権各論』の校正を手伝い、毎月10円の支給を受けた。1920年（大正9年）に同大学法学部法律科「独逸法兼修」を卒業後、特選給費奨学生に選定された。翌1921年（大正10年）3月末、東京帝国大学助手となる。その翌年1922年（大正11年）に同大学助教授。1923年（大正12年）6月以降、欧米留学（まずアメリカに渡り、鳩山秀夫の忠告で、その後イギリス・ドイツに移った、とされる¹⁸⁴）。1925年（大正14年）

ゝ的判断として原告の「忍容義務」を積極的に引き出す意図をもっていたわけではなさそうである。それゆえ、「忍容義務」を課すための「一定の条件」について、具体的に論ずる必要性を認めなかっただけである、とも考えられる。いずれにせよ、末川が上記「一定の条件」のもとでの「忍容義務」を想定していた事実に留意しておけば足りよう。

183 我妻栄の経歴と業績一覧については、我妻洋＝唄孝一（編）『我妻栄先生の人と足跡——年齢別業績経歴一覧表』（1993年）3頁以下を、主に参照した。本文中の我妻の略歴は、ほぼその記述に従っている（なお、ジュリスト1974年臨時増刊「特集 我妻法学の足跡」154頁以下においても、唄孝一による我妻栄の「略歴・主要著作」が掲載されている。さらに同ジュリスト中、「人間・我妻栄を語る〔座談会〕」のうち、我妻の少年期・青年期・学生時代さらに「教師として」・「研究者として」の記述も参照〔前掲ジュリスト48-61頁〕）。ちなみに、我妻は、戦後自民党総裁・内閣総理大臣となった岸信介（1896-1987年）と一高以来、東京帝大法学部で同級生であり、共に学びあったこと。そして、みずからは師鳩山秀夫の弟子として研究者の道を志したが、上杉慎吉の弟子であった岸は「彼の覇気と才能」のゆえに「政界」を志ざしたことなど、書き記している。我妻「想い出の中の岸信介君」同『民法と五十年（その二）』（1976年。原文初出は1956年）328頁以下参照。なお、その後の我妻による岸「評価」については本稿後注302を参照。

184 我妻洋＝唄孝一（編）『我妻栄先生の人と足跡』（前注183）11頁参照。特にドイツでは、「カント、ヘーゲルから新カント派、新ヘーゲル派の著書、マルクス、エンゲルスなどの社会主義理論、修正社会主義派、ウィーン学派などに関するメ

12月に帰国した。文字通り鳩山秀夫の愛弟子であり¹⁸⁵、同時に牧野英一・末弘厳太郎ら当時一流の研究者の影響を受けて育った。1927年（昭和2年）東京帝大法学部教授となる。わが国民法学の「第一人者」であり、同時に「日本の法学界の偉大な指導者」¹⁸⁶であった。ここではもっぱら大正デモクラシー期の彼の業績、すなわち若き我妻民法学を象徴する二つの論文（「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」と「私法の方法論に關する一考察」）を取り上げる（その後の我妻の代表作「近代法における債権の優越的地位」は、本稿続編で考察する）。

(b) 「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」

まず1923年（大正12年）の我妻「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」¹⁸⁷からみていこう。これは、我妻栄の助手論文として作成されたものである（我妻はこれをみずから「未完成」の作品である、と言っている¹⁸⁸）。ここで

ゝるものを購入。マックス・アドラーの著書及びマックス・ウェーバーの『経済と社会』などを熟読した」とされ、さらに「スイス、フランスにも在留した」と言われている。我妻洋＝唄孝一（編）・前掲書11頁参照。なお、この点、本稿後注231でも繰り返している。ひと言お断りしておく。

185 「(1926年〔大正15年〕に) 鳩山が(東京帝大から) 去った大きな原因の一つは、君(我妻を指す) ができたから安心しちゃったんだよ。僕はとめたんだがね」(括弧内・引用者) という穂積重遠の発言が、そのことの一端を物語っている。日本評論社(編)『日本の法学』(1950年) 54頁。

186 田中二郎「序」、特集「我妻法学の足跡」ジュリスト臨時増刊1974年6月21日号9頁。

187 我妻「ダンツの「裁判官の解釈的作用」」・同『民法研究Ⅰ・私法一般』(1966年) 53頁以下(以下では我妻「ダンツ」として引用する)。なお、戦後のダンツ研究については、磯村保「ドイツにおける法律行為解釈論(1)」神戸法学雑誌27巻3号(1977年) 281頁以下、特に295-299頁参照。さらに水本浩「民法学の転回と新展開——大正10年～昭和20年の民法学史」水本浩＝平井一雄(編)『日本民法学史・通史』(1997年) 191-195頁に我妻「ダンツ論」が検討されている。ちなみに、この若き我妻の作品については、筆者もかつて簡潔に触れたことがある。拙稿・川角「現代民法学における《関係の契約理論》の存在意義(一)」島大法学37巻4号(1994年)、95頁以下、特に160-161頁参照。

188 我妻「ダンツ」(前注187) 3頁。その箇所では我妻は、「未完成」であることの理由を述べていない。ただ、実際に当該論文の目次と〔追記〕を見ると、そ

我妻は、1897年に公刊されたダンツの著作中おもに『法律行為解釈論』(Erich Dnaz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, Zugleich ein Beitrag zur Rechts- und Tatfrage)を取り上げている¹⁸⁹。まず、我妻自身のダンツ紹介を次に要約しておきたい。それを通じて我妻自身の「法律行為解釈論」の基本的スタンスと、その法的意義を確認したく思う。最初に我妻は、当時一般的な理解とされていた「一つの事件が世の中に発生すると自然に客観的に権利義務が発生するものであって、裁判官は後日裁判をなすに当ってこれを闡明するものである」との理解を、ダンツが徹底的に破壊し、これに代えて「裁判官は裁判に当って新しく具体的の立法をなすものであると考える」点に、最大の注目を払っている(傍点・引用者)¹⁹⁰。それを

ゝの理由が分かる。すなわち我妻の当初の構想では、前編にあたる「法律行為の解釈」に引き続いて、後編として「法律の解釈」及び「裁判官の解釈に依る法律の変遷」が書かれる予定であった。ところが、前編をまとめた時点で、欧米留学のため、やむなく論文作成を中断したのである。後編は書かれないうまま、留学からの帰国後1926年(大正15年・昭和元年)「私法の方法論に關する一考察——裁判を中心とする考察方法の提唱」(法学協會雑誌44巻6号、7号、10号)に引き継がれた。この「私法の方法論」については後ほど若干の考察を試みる。

189 我妻によれば、その後ダンツ(1850-1914年)は、『非法律家の知識と裁判』(Laienverstand und Rechtsprechung, 1898)を著し、さらに『国民思想および法規に基づく裁判』(Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz, Ein Beitrag zur Lehre vom Gewohnheitsrecht und zur Gesetzesauslegung, 1909)、そして『裁判官法』(Richterrecht, 1912)という論文及び単行本を公表している。我妻によれば、これらの著作を通じて、ダンツは、オーストリアのエールリヒ(1862-1922)やフランスのジェニー(1861-1958年)と並んで「法律解釈の新学説の建設者」として認められるに至った、とされる。我妻「ダンツ」(前注187)54頁参照。なおダンツは、大学教授であるとともに裁判官(裁判所評議員 Oberlandesgerichtsrat)でもあった。我妻「ダンツ」56頁注3参照。なお、筆者(川角)が直接参照しえたダンツ原書(1897年初版)の表紙には、「Dr. Erich Danz, ord. Professor der Rechte und Oberlandesgerichtsrat zu Jena.」と示されている。ちなみに、我妻はダンツの1906年第二版に依拠して、その「ダンツ論」を展開している。我妻「ダンツ」56頁注5にその旨、明記されている。

190 我妻「ダンツ」(前注187)55頁参照。なお、この点は「裁判官による法のメ
(龍法'17)50-2, 200(820)

前提に、我妻は、ダンツ「法律行為解釈論」の中身に立ち入っていく。まずダンツは「法律万能主義」を強く非難し、「この点に対する攻撃をもって彼の立論の出発点とする」ことが強調されている¹⁹¹。ダンツによれば、裁判官が判決を与える際には「人類の意思表示の意味を具体的事件に即して決定しなければならない」のであり、言い換えれば「裁判官の裁判をなすの活動は、私人又は立法者の意思表示の解釈に集中するものといわねばならない」とされる¹⁹²。そして我妻のダンツ理解によれば、ダンツは「私人」の意思表示について、当該「私人」の心理的要素が重視されるべきではなく「意思表示の意味は彼〔ダンツ〕のいわゆる正常な人 Normalmenschen・理解ある人 verständige Menschen を標準とした客観的の意味（objektive Bedeutung）でなければならない」（亀甲括弧内・引用者）とされる。我妻は、これをダンツの「第一の主張」と位置づける¹⁹³。その際、ダンツは意思表示の当事者たる「私人」の意思は——言葉であれ書面であれ——その「正常人」、「理解ある人」からなる「言語共同体」の慣用において「客観的に定まる」（傍点・原著者）、とする点に特に留意している¹⁹⁴。これとの対比において、ダンツは意思表示の解釈を

「創造」をこえて、ダンツが「裁判官の立法的機能」まで認めようとしていたことに十分留意される必要がある。水本・前掲論文「民法学の転回」（前注187）194頁は、「未弘の裁判官による法創造論」と「我妻・ダンツ論文」の位置づけの再検討の必要性を説いている。

191 我妻「ダンツ」（前注187）56頁。ちなみに我妻は、いきなりダンツの „Auslegung“ 論そのものを取り上げををしていない。本注を含め、本稿後注197に対応する箇所に至るまでは、主にダンツ晩年の二作品に依っている。Danz, Einführung in die Rechtsprechung, Anleitung für junge Juristen, 1912; ders., Richterrecht, 1912.

192 我妻「ダンツ」（前注187）61-62頁。つまりダンツによれば、契約に基づく「意思表示」については「私人」の意思表示が、そして不当利得や不法行為など「法定債権債務関係」については明文規定を通じたところの「立法者の意思表示」が要求される、とする。

193 我妻「ダンツ」（前注187）64頁。

194 我妻「ダンツ」（前注187）64頁。

「法規」そのものから始めるといふ態度を批判する（一種の概念法学的「意思解釈論」への批判）¹⁹⁵。次にダンツは、「私人」の意思表示について「言葉の意味は具体的事情に即してのみ決せられるという彼の第二の主張に達する」、とされる¹⁹⁶。その際我妻は、次のようなダンツの四つの観点に注目している。その一として、裁判は三段論法による概念法学的論理によって行われるべきではなく、具体的事実についての具体的法則 Richterrechtssatz を作ることによって、はじめてなしうる、という主張。第二に、時勢の変遷に伴って法文の意味が変化することを承認するべきである、との主張。さらに第三に、法律行為の解釈においては、あらゆる具体的事情を明らかにしなければならない、という主張。そして第四に、裁判官は社会の一員（Volksgenossen）として、その非法律家的知識（Laienverstand）をもって具体的事情を評価すべきものであって、法律家の抽象的論理と概念とは意思表示の意味の解釈のためには、全然それを回避すべきものである、という主張が、それである¹⁹⁷。その上で我妻は、特にダンツ「法律行為の解釈」に説き及んでいる。そこでダンツは、あくまでも表意者の心裡の意思（der innere Wille）の探求としての「法律行為の解釈」を断固として拒否する。とはいえダンツは、「千差万別な各取引に特有な条件を無視していわゆる客観的合理的解釈を主張するのではない」とされ、「当事者の特別の合意」・「特別な意思疎通」はあくまでもこれを尊重する、とされる¹⁹⁸。さらに注目しておく必要があるのは、ダン

195 我妻「ダンツ」（前注187）65-66頁。その箇所で、ダンツは「動物」（Tier）という文字（言語）が意思表示（契約）で使われる場合、当事者によって、あるいは「獅子」が表象されることもあれば、「二十日鼠」が表象されることもあるという「例」を引いて、「抽象的文字の排列である法規の意味を先ず決定して、この下に具体的事件を排列して判決を抽出しようとすることの根本的に誤謬なること」を批判している、とされる。

196 我妻「ダンツ」（前注187）66頁。

197 我妻「ダンツ」（前注187）66-67頁。

198 我妻「ダンツ」（前注187）69頁。ただし我妻によれば、ダンツはこの点にノ

ツが「誤れる表示は妨げにならず」（falsa demonstratio non nocet）という伝統的な解釈方法を採用している、とされる点である。この「誤れる表示は妨げにならず」という原則は、たとえば売主Aが目的物たる甲地を指さして買主Bに誤って「乙地」と表示し、よって「乙地」の売買契約書が作成され登記されたとしても、「乙地」という表示は法的には無意味であって、A—B間の売買契約はあくまでも「甲地の売買」として成立したものである。この点に関して我妻は、次のようにダンツの見解を紹介している。すなわち「行為の前或いは行為の際の合意が効力ありというのはいわゆる“falsa demonstratio non nocet”の原則、即ち『為されたる表示（Erklärung）が取引慣習上から見て一定の意思表示を構成するものと認められる場合においても、当事者が、その表示が取引慣習上の用例に基づいて発生する効果とは異なった効果の発生することを合意した場合には、

ゝついて「証拠方法によって決すべきことであって、解釈ではない」という（磯村〔保〕・前掲論文〔前注187〕296頁及び300頁注8も参照）。これに対して原島重義（1925-2013年）は、当事者の真意の探求があくまで契約解釈の第一段階であるとする。原島重義「契約の拘束力——約款を手がかりに」原島・前掲書『市民法の理論』（前注113。原論文の初出は1983年）625頁以下、特に646-647頁参照。すなわち原島は、「当事者の真意」の確定は事実問題であって法律問題ではないとしつつ、あくまでそれは契約の「解釈」の第一段階であり、しかもその場合の「真意」は「もろもろの事情から、実際の、両当事者間で合致した意思を確認すること」であって、「表示を絶対視することはできない」ともいう。しかもダンツ＝我妻が「心裡」（der innere Wille）として「真意」を心理主義的に理解していたものを、原島はすでに「契約」そのものの中に置き換えて、いわば「真意」自体の契約類型的な意味での「客観化」を志向している。要するところ、当事者の真意を孤立させて「心裡」とし、しかもその真意をもっぱら心理学主義的にみた上で、それを批判するというダンツ＝我妻の「方法論」は、それ自体が、その出発点から孕んでいたひとつの「自己矛盾」であった、と言っているのかも知れない。この点については、さらに後述のところでも言及する。さしあたり、本稿後注202を参照。

199 原島「契約の拘束力」・同・前掲書（前注113）646頁参照。

その合意せられたる——取引慣習とは異なる——効果が発生する』という原則の適用である (Auslegung, S. 58)」²⁰⁰。ここでダンツのいう「為されたる意思表示」が、上記設例の「乙地の売買」にあたるわけである。そしてダンツは、この「乙地」の売買がたとえ「取引慣習」に適合していたとしても、契約当事者の「合意」である「甲地の売買」が「取引慣習」に優先して効力をもつ、とするのである²⁰¹。ただしあくまでダンツにとって

200 我妻「ダンツ」(前注187) 70-71頁。なおダンツは、契約当事者の一方が、契約文言の通常の意味とは異なる意義をもつ旨主張し、他方がそれに反駁して訴訟に及んだ場合に、強調されるべきことは、その争いの対象となっている契約文言が、当該の法律行為においてまさしく(両当事者によって)主張された意味を (gerade den behaupteten Sinn in dem Rechtsgeschäft) 表象するはずであったところの「一つの明示的合意」(eine ausdrückliche Vereinbarung) の探求に向けられるべきである、とする。そしてその際、裁判官 (Richter) は、その「明示的合意」の存否につき結局訴訟当事者が争うことをやめた限りで、「弁論主義」(Verhandlungsmaxime) の枠内で紛争を処理すれば足りる、という旨のことを述べている。Vgl. Danz, Auslegung, erste Auflage, S. 61. [イタリック・原書]。——ダンツにとっては、契約当事者間で「契約文言」につき争いがある以上、それは、訴訟上裁判官の「解釈」問題であるはずだが、上記の場合には、結果的・実質的に「弁論主義の枠内における事実認定上の問題」として把握されているようである。ただし、我妻によれば、ダンツ「解釈論」の1897年初版と1906年第二版とは——1900年の BGB 施行を受けて——「内容が大いに変更している」とされる (我妻「ダンツ」58頁注5)。よって、留保すべきことがないわけではない。とはいえ我妻が——ダンツの立場を評して——「当事者の特別の合意、特別な意思疎通」をダンツが「尊重」する場合であっても、それは「証拠方法」として尊重されるだけであり、「解釈」としてではない、と述べていることに照らせば (我妻「ダンツ」69頁参照)、上記の本稿の理解は、それほど外的を外しているわけではないように思われる。

201 原島「契約の拘束力」・同・前掲書 (前注113) 645頁は、この falsa demonstratio non nocet 原則の普遍性を指摘して「これは、いわゆる表示主義をどんなに徹底しても認めないわけにはゆきません」と述べ、この文に注を付して「我妻采「ダンツの『裁判官の解釈的作用』」『民法研究 I』70頁」として引用している (ただし磯村 [保]・前掲論文 [前注186] 300頁注5は、falsa demonstratio non nocet 原則の命題の内容につき、「これが今日一義的に確定しているかは疑問である」とする)。なおダンツが、「取引慣習」・「取引慣行」を常に法律行為の解釈の標準とするのは、彼の客観的表示主義の立場からの必然的帰結であろう (この点につき、我妻・前掲論文「ダンツ」[前注187] 119頁以下参照)。ノ

は、上記「合意」の確定は「事実問題」であり、裁判官の価値的評価とは無関係であるから、「解釈」問題ではないとされる²⁰²。これに引き続き我妻は、ダンツの「効果意思」論を検討している。一般に法律行為における「効果意思」とは、表意者の一定の法的な効果発生に向けられた意思（たとえばこの家を500万円で買おうという買主の意思）のことであるが、ダンツはこの「効果意思」を「純粹に経済的又は社会的なものとする」という²⁰³。なるほど、実際にダンツが列挙する具体例（レストランでの食事のケース、整った家屋を賃借するケース、雨が降って友人から傘を借りるケース）をみると、当事者の「心裡」（＝内心的効果意思）は、確かに経済的又は社会的意思に向けられている、と言い得る。なぜなら、たとえばレストランで食事を

ゝこれに対して原島は、「取引慣行」を、契約解釈の第二段階としての「規範的解釈」及び契約解釈の第三段階としての「補完的解釈」の場面で問題にしている。原島「契約の拘束力」・同・前掲書648頁参照。ところがダンツは、原島説における「契約解釈の第一段階」においてすでに取引慣行（取引慣習）を持ち出している。これは法律行為における「意思」自体が本質的に「取引慣行」と不可分であるとするダンツの見解に基づくものであり、のちに本文で示すところの「効果意思」を「経済的又は社会的なもの」とするダンツの見解ともパラレルな考え方である。

202 我妻「ダンツ」（前注187）71-72頁参照。さらに本稿前注200も参照。これに対して原島は、「事実問題」であっても、争いがあり裁判になった以上、裁判官は当該「事実」を「解釈」しないわけにはいかない、という（上記本文の設例では、たとえばAが甲地を目的物としてBに指差したときに、誤って「乙地」と言ったことについての第三者の証言の有無を問題とせざるをえない、という）。原島「契約の拘束力」・同・前掲書（前注113）647頁参照。原島は、これを「事実認定」と区別して「契約解釈の第一段階」とするのである。この点に関連して、ダンツが「解釈は意味を判断することであって事実を確定することではない」（我妻・前掲論文「ダンツ」73頁）というのは、その限りで——つまり解釈と事実認定を区別する限りで——原島の理解と合致する。ちなみに我妻自身、ダンツの「事実問題」と「解釈」の区別の曖昧さを問題にしている点にも、注意しておいてよいだろう。すなわち我妻は、ダンツが事実問題として取り上げる「明瞭な合意の存在」もまた、諸事情の法的評価に関する裁判官の解釈的作用を経て結論付けられるべきことを示唆しているから、である。我妻「ダンツ」76頁参照。

203 我妻「ダンツ」（前注187）79頁。

する場合には、注文者（顧客）は食べたいもの（メニュー）があるかどうか、さらにそれがどのような価格で提供されているか、かつまたそれを支払うお金を用意しているかを考えて、最終的に「これを注文する」という「効果意思」を形成する（そして顧客は、食べ終わったら価格表通りの代金を支払って終わるのであり、法的紛争が起きた場合のことをいちいち念頭に置いて食事をするわけではない）。これに対し、いざ紛争になったときに初めて、この一連のプロセスが法的効果意思として問題となるに過ぎない。そして仮に、この紛争が「訴訟」になった場合に、裁判官は、この段階に至って初めて、注文者に「これを注文する。かつまた価格表通りの代金を支払う」という「効果意思」があったか、それともなかったか、ということを諸々の事情を踏まえて判断＝「解釈」するのである。従って、ダンツの言う「効果意思」＝「経済的又は社会的意^思」とする考えは、市民の生活関係の平面では一応その通り妥当する。だが、それが一旦訴訟＝裁判になると、裁判官はその「経済的又は社会的意^思」を法的「効果意^思」として再編成せざるをえないだけの話である。その限りでダンツの「効果意^思」論は、きわめて「自明」なことを述べたものにすぎない。問題は、その場合に、裁判官が法規の三段論法的当て嵌め（一種の概念法学的操作）に頼るのではなく、非法律家的＝素人的な市民的「常識」を踏まえ、かつまた事実関係の詳細な事実認定をした上で、当該「効果意^思」の内容をいかに判断＝「解釈」するか、にかかっている。その場合、当事者の個人的な「効果意^思」（契約の場合には相手方との間で相対的に形成される相互的「効果意^思」として現象する）における意^思モ^メン^トを無視することはできない（たとえば上記レストランでの食事のケースで言えば、注文者〔顧客〕が何を食べたいと考えていたか、それに対してレストランがいかなる内容の価格表を顧客に提示していたかなど、当事者の「意^思モ^メン^ト」として当然に問われるべき「事実問題」である）。したがってダンツのように、「経済的又は社会的な効果意^思」を法的レベルでいきなり第一次的なものとして位置付けることには、いわば「論理の飛

躍」がある（言い換えれば、当該「効果意思」の有無に関する判断は、法的場面〔特に裁判〕では、もっぱら契約解釈にかかる「法的判断」の問題に転化するはずである）。そこでは、「事実問題」としての「経済的又は社会的な効果意思」なるものに向けられた当事者の「意思（真意）」（たとえばレストランで顧客が「これを注文しよう」という「意思」と、店が「これをいくらで提供しよう」というメニューに表示された「意思」）の解釈が、まず「法的判断」として意義をもつ。ところがダンツは、当事者個人の「効果意思」（彼はあくまで「心裡」〔der innere Wille〕として把握している）の意思的ないしは合意的側面には留意せず、むしろ「表示」に重点を置き、それを評価するために「社会思想という客観的要素」（傍点・原書）に依拠しようとしている²⁰⁴。

ところでダンツは、それに続いて「意思と表示の不一致の問題」としての「心裡留保」・「虚偽表示」・「錯誤」につき、論を進めている。そのうち、まず「心裡留保」（ド民116条）は「表示主義者の本城である」とされる²⁰⁵。表意者が本心と異なる意思の「表示」をした結果として、表意者が後になって「自分の心裡の意思は異なるものであった」と主張しても許されないのは、表示主義上当然の結果にほかならないからである、とする²⁰⁶。さらにダンツによれば、「虚偽表示」規定（ド民117条1項）につい

204 我妻「ダンツ」（前注187）81頁。ついでながらダンツによれば、「私的自治」（Privatautonomie）もまた、「表示」本位に捉えられている。たとえば「私的自治」とは、「私人が、取引観念によって法律効果発生的手段とするに足ると認められる表示手段（Erklärungsmittel）を用いたときはその効果が発生するという力を与えたに過ぎない」、と説かれているからである。我妻「ダンツ」82頁。ここには「自己決定」を前提とする「自己責任」からなる「私的自治」の「市民法的性格」は、ほぼ全く骨抜きにされている。すなわちダンツにあっては当事者の「表示手段」に法が与える効力として「私的自治」が把握されるに過ぎない。そこには市民が「自分で決めた」ことへの法的評価観点が、ほとんど脱落している。

205 我妻「ダンツ」（前注187）82頁。

206 我妻「ダンツ」（前注187）82頁。これは、当該「表示」のなされた相手方

ても、通謀の相手方が本心でないことを知った上で仮装の「表示」をしたことの効果（相手が知っているから無効）が生ずる規定に過ぎない、とみる。したがって、ダンツの立場からするならば、そもそも心裡留保も虚偽表示も、いずれも明文で規定する必要がなかった、と結論づけられている、とされる²⁰⁷。これに対して「錯誤」（ド民119条）は、一般に意思主義の立場から説明されるのであるが、これに対してダンツによれば、第一草案における錯誤「無効」から現行ドイツ民法における錯誤「取消し」への転換に十分な注意が払われるべきである、とされる（つまり、取り消されるまでは、あくまで法律行為は有効に存在している点に注目すべきである、とする）。このダンツによる立論の過程を簡略化していえば、こうである。すなわち、まず錯誤者の意思表示の解釈（ダンツによれば表示の意味内容の解釈と真意との不一致の有無）が行われなければならない、よって「法律行為の解釈は常に錯誤の問題に先立つ」とされる²⁰⁸。ともあれ、ダンツ「法律行為の解

ゝの「信頼保護」の観点から「心裡留保」規定の法的存在意義を説明するわが国通説の立場（たとえば、内田貢『民法I〔第4版〕総則・物権総論』（2008年）48頁）と呼応する。これに対して、本心と異なっていることを知った上で、「自己決定」に基づき敢えて本心と異なる意思表示をしたことの「自己責任」に関する規定こそ、「心裡留保」であるとする見解が対立している。原島「契約の拘束力」・同・前掲書（前注113）665頁参照。ここで、仮に原島説の「私的自治＝自己決定・自己責任」的な「心裡留保」論を、いわゆる「意思主義」のカテゴリーに含めるとするならば、「意思主義の意思表示概念」（内田・前掲教科書同頁）からしても「心裡留保」による意思表示は、なお「有効」なのである。

207 我妻「ダンツ」（前注187）83頁参照。

208 我妻「ダンツ」（前注187）84頁。ただし、このダンツの錯誤に関する立論はわかりづらい。我妻もダンツが「無効」と「取消し」の問題を持ち出したことで、かえってダンツの主張が不鮮明になった旨の記述をしている。我妻・前掲論文「ダンツ」85頁参照。要するにダンツは、「錯誤」の場面では、その「表示主義」を徹底することはできなかったのではないと思われる。そのことは、磯村哲「現代ドイツ錯誤論前史」同『錯誤論考』（1997年。原論文の初出は1975年）149頁でも示唆されている。すなわち磯村哲（1914-1997年）は、「性質錯誤には性質の表示に関する錯誤と事実的性質錯誤の二つの場合が考えられる」とした上で、「ダンツは、（ドイツ民法）119条2項の性質錯誤規定の適用をもつて

積」論の要点は——我妻が整理した文章を借りる限りで——「私人がその間の取引のために自ら作成する法律行為というノルムに欠缺があつて当事者同士では如何ともなしえなくなつて裁判所に持ち出した場合（即ち争ひあるとき）に、裁判官が証拠によって当該事情のすべてを確定した後、ノルマル・メンシェンを標準としてこれを評価しその欠缺を補充し当事者の目的を遂行せしめる作用である」（傍点・原書）ということになる²⁰⁹。

「ばら前者に限定した」（括弧内・引用者）とする。さらに磯村は、「（後者のうち売主が買主の主張する性質を具備せる対象を給付すべき義務を契約上負う場合は担保責任に委ねられる。したがって性質錯誤と担保責任は適用領域が異なる）」という括弧内の文章に注を付して、Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, 2. Aufl. 1906, S. 29 ff. を引用している。このことからすれば、ダンツはドイツ民法119条1項の「表示上の錯誤」（「表示の陳述の際にその表示内容に関して錯誤に陥っていた者、あるいはそもそもこのような内容の表示を陳述する意思をもたなかった者は、彼が当該事情を知っていたならば、あるいは彼が当該ケースを合理的に評価できていたならば、その意思表示をしなかったであろうと想定される場合には、その表示を取り消すことができる。」）における「真意と表示の不一致」としての錯誤理解（いわゆる「意思主義の錯誤理解」）を否定できなかったように思われる。その上でダンツは、119条2項の性状錯誤（「取引上本質的とみなされるところの人や物の性状に関する錯誤もまた、表示の内容に関する錯誤として妥当する。」）を、「性質の表示に関する錯誤」に限定して適用したものと解される。そしてその前提には、ダンツもまた、119条2項の「取引上本質的」、つまりは当該「契約類型」に照らして本質的とみなされる「性状錯誤」（性質錯誤）を、やはり119条1項における「真意と表示の不一致」として理解せざるをえなかったように、思われるのである。なお「法律行為の解釈」と「契約類型」（Vertragstypus）との関係を最も先鋭な形で理論化したのは、W. Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Rechtsgeschäft, Vierte, unveränderte Auflage, 1992, S. 291 ff. bes. S. 315. である。フルーメ（1908-2009年）は、次のように言っている。——「契約類型と異なる特別な規制を「欲する」者は、その特別な規制が契約表示の中で一義的な形において表現されていることについても配慮すべきである。そうでない場合、その（契約の）解釈は原則として契約類型の意味に即して行われる」（傍点及び括弧内・引用者）。念のためフルーメの原文を掲げておく。——“Wer eine dem Vertragstypus entgegenstehende besondere Regelung „will“, muß dafür sorgen, daß sie auch eindeutig in der Vertragserklärung zu Ausdruck kommt. Sonst erfolgt grundsätzlich die Auslegung im Sinne des Vertragstypus.”

209 我妻「ダンツ」（前注187）87頁参照。ちなみに、水本浩（1920-1999年）は、

この点、我妻の評価によれば、「解釈はかくの如く裁判官の活動によって新たなものを創造するのであって、当事者の法律行為そのものが当然かか
る内容となっているというのではない」²¹⁰（傍点・原書）。つまり、この
意味で我妻は、「当事者の法律行為」そのものの創設の内容を、その解釈
の「主体」たる裁判官が補充的に確認（発見）し、かつまたその欠缺を充
填するという見解を示す。したがって必然的に我妻は、次のダンツの所説、
すなわち「解釈法規は裁判官にのみ適用せられるもので民訴の規定に酷似
する」（傍点・原書）というダンツの見解を肯定するのである²¹¹。ただし
ダンツが、上記のように、法律行為を当事者が自主的に創設する趣旨で法
律行為＝ノルムと解していたとされうる限りでは、ダンツは、「私的自治」
をそれなりに理解していたとも考えられる²¹²。その意味でダンツは、当
事者個人の「心裡」の尊重を批判し、それに代わる「表示主義」を提唱し
た点では「取引安全」重視の社会的民法理論に接近しつつも、実質的な意
味においては、いわゆる「意思主義」とも共通するところの、それなりに

↘その前掲論文「民法学の転回」（前注187）195頁で、我妻「ダンツ論」が「ノル
マル・メンシェンの立場で法律行為を判断すべきであると協（ママ）調して
いる点」を捉えて、戦後「日本民法学界をにぎわした利益衡量論（価値判断論）
とつながりをもつか否かを検討する課題が残されている」と指摘している。

210 我妻「ダンツ」（前注187）88頁。

211 我妻「ダンツ」（前注187）89頁。しかし、これは「適法に形成された合意は、
それを行った者に対しては、法律に代わる」（Le conventions légalement
formées tiennent lieu de loi à ceux qui le ont faites）とするフランス民法（旧）
1134条1項（現行1103条。ただし、Le conventions が現行規定では Les
contrats に置きかえられている）の立場と決定的に異なる。またこれは、当時
のドイツ民事訴訟法における当事者主義のあり方にも関わる問題である。

212 なお我妻は、ダンツが「法律行為＝ノルム」と解する点については、かなり
懐疑的である。我妻「ダンツ」（前注187）89頁注1参照。ちなみに、ダンツは
その「解釈論」初版では、法律行為を法規（Gesetz）と匹敵しうる（vrer-
gleichbar）と位置づけ、フランス民法（旧）1134条を参照指示していた。
Danz, Auslegung, erste Auflage, S. 10. 我妻は、ダンツのこの初版の立論をし
て「生々した議論を硬直ならしめる恐れがある」と批判的である。我妻「ダン
ツ」同頁注1参照。

合理的な「法律行為の解釈」論を展開していたものと評価しうる²¹³。

ところで我妻は、ダンツの「黙示の意思表示論」にも注目している。なぜなら、特にここに「意思表示の意味および当該事情の地位に関する彼（ダンツ）の考え」（括弧内・引用者）が明瞭に浮かび上がってくるからである、とする²¹⁴。当時（20世紀開始の前後）のドイツでは、「黙示の意思表示」につき、二つの側面が指摘されていた。その第一は、当事者による明示の意思表示がなくても、（言語共同体の一員としての）当事者を巡る一定の状態（Situation）ないし事情（Milieu）そのものが、彼の「意思」を明瞭に「話す」ことがある、という側面である。ダンツによれば「この場合にこの当該事情は黙示の意思表示を包含するといわれる」（傍点・原書）とされる²¹⁵。ここでは「黙示の意思表示」が「当該事情」のうちに包括されている。他方、第二に——ダンツに従えば——人々は、およそ欠缺なしに法律行為（なにか「契約」）をなすことができない、とされる。だとするならば、法律行為（契約）の内容に欠缺があって紛争が生じた場合には、裁判官は、まず任意法規を補充的に適用するのであるところ、そのような法規がない場合には「取引慣習に従って（〔ドイツ〕民法242条）自ら裁判官法を創造しこれによって補充するの外はない。この後の場合に於ても人々はこれを「黙示の意思表示」による効果というので

213 このことは——本稿ですでに述べたように——ダンツが *falsa demonstratio non nocet* の原則を、「解釈」としてではなく、事実認定上の「証拠手段」としてではあるが、「承認」していたこと。さらにダンツは、「一方当事者が、相手当事者が意思表示に附与した意味を——客観的に認識可能でなかったにもかかわらず——知っていた場合には、取引上通常の意味ではなく、相手当事者の附与した意味で妥当することを肯定する」（傍点・引用者）とされていることなどから、明らかである。この点、磯村保・前掲論文「ドイツにおける法律行為解釈論」（前注187）296-297頁及び300-301頁注8～注15を併せて参照。磯村保は、このようなダンツの「立場」をもって「“取引上通常の意味”から著しく隔たるものであることは否定し得ない」と述べている（磯村保・上記注15参照）。

214 我妻「ダンツ」（前注187）95頁。

215 我妻「ダンツ」（前注187）95-96頁。

ある」²¹⁶（傍点・原書。亀甲括弧内・引用者）。これは当時の「黙示の意思表示」論に関するドイツの一般的理解であり、とりわけ後者の場合には「黙示の意思表示」の「擬制」が——「ドイツの大審院においても」——広く行われている、と言っている²¹⁷。それでは、ダンツ自身の立場はどうであつたろうか。ダンツは——すでに指摘したように——客観主義的「意思表示論」の立場にたつことによって、「意思表示」そのものを広く解する。その結果ダンツは、「黙示の意思表示」の「擬制」をも否定して、一般的に「黙示の意思表示」そのものの成立を肯定する。すなわち我妻のダンツ理解によれば、「黙示の意思表示とは当該事情の有する客観的意義であつてこれ実に意思表示の意味に外ならないことになる」（傍点・原書）、

216 我妻「ダンツ」（前注187）96頁。

217 我妻「ダンツ」（前注187）96-97頁。これに対して、サヴィニーは「黙示の意思表示」・「単なる沈黙」・「擬制された表示」の三者を厳格に区別する立場に立っていた、とされる。原島「契約の拘束力」・同・前掲書（前注113）625頁以下、特に652頁以下参照。Vgl. F. K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 242-257. サヴィニーによれば、第一の「黙示の意思表示」とは、たとえば相続人が相続財産を管理している場合に、これを処分すれば「相続の意思あり」という「黙示の意思表示」がなされたものと解される（わが民法912条の「法定単純承認」のケースに当たる）。第二の「単なる沈黙」は、相手方の申込みに対してイエスともノーとも言わない場合を指す。サヴィニーは、たとえ相手方がその申込みの文書に「二週間以内にご返事がない場合には、申し込みを承諾したものと致します」と書いていても、それに拘束されるいわれはどこにもないという。要するに、申込者が一方的に「積極的・明示的な異議を要求する権利はない」とされる（原島・前掲書653頁）。さらに第三の「擬制された表示」は、第一の場合と厳密に区別され、「そこに意思が事実として推定され、そこに意思がある」ところの「黙示の意思表示」とは全く異なる、とされる（原島・前掲書同頁）。サヴィニーによれば、ローマ法上「住居や農場の賃貸借の場合に、当事者が黙っていても、賃料債権につき住居に持ち込まれた家財道具やその農場の農作物に質権が生ずる」とされるところ、これを「黙示の質権設定」と解するローマ法の表現は、あたかも「黙示の意思表示」を認めているようで誤解を招きやすい、と批判される（原島・前掲書同頁）。サヴィニーは、このケースを指して「擬制された表示」としての「質権の成立」という（わが民法上は、不動産賃貸借における債務者所有動産への先取特権に当たる〔日本民法312条以下〕。原島・前掲書653-654頁）。

とされる²¹⁸。さらにダンツによれば、「黙示の意思表示の意味は一定の事実に対して取引慣習の付与する効果なりと見る」²¹⁹とも言われる。こうしてダンツは、その「黙示の意思表示論」においても、首尾一貫して意思表示論そのものの「客観化」を図るのである²²⁰。

218 我妻「ダンツ」(前注187) 97頁。

219 我妻「ダンツ」(前注187) 100頁。

220 我妻の理解によれば、ダンツは「信義誠実の原則」についても「客観化」を図っているとされる(我妻「ダンツ」[前注187] 137頁)。すなわち「信義誠実の原則」を問題とすると、相手方のいかなる信頼が保護されるのか。「主観的な信頼」か、それとも「客観的な信頼」かが問われざるをえない。これにつきダンツは次のように言う、とされる。たとえば「表示上の錯誤」に関するドイツ民法119条1項では「解釈の結果と(表意者の)心裡の意思が齟齬するときは取消することができる旨を規定している」(括弧内・引用者)ところ、これは——客観的表示主義者たるダンツにとっても——もっぱら「意思主義」的理解を基礎とする規定であることを認めざるを得ない。それがゆえに、そこに「(一方当事者の)主観的な信頼」を持ち込むことはできない。なぜなら、「一方当事者」が取引の相手方である場合、その「主観的な信頼」を保護すれば、錯誤取消の余地が消滅してしまう。しかしこれは「(表示に関する)解釈の結果と心裡の意思と齟齬するときは取消することが出来る」と規定するドイツ民法119条と矛盾してしまうからである。したがって「解釈の保護すべき信頼は一般人の客観的な信頼だと考えねばならない (Auslegung, S. 143-144)」。こうして我妻によれば、ダンツは、その「一般人の客観的な信頼保護」を「取引慣行」と重ね合わせる(我妻・前掲論文「ダンツ」同頁)。つまりは「信義誠実の原則」と「取引慣行」との合体化(同一化)を図るのである(その限りで、相手方の「取引安全」よりも「一般人の客観的な信頼」保護に資する「取引慣行」の方が重視されている、とも言えよう)。我妻・前掲論文「ダンツ」139頁参照。ちなみに我妻によれば、当時ドイツで「信義誠実の原則」研究の第一人者とされていたのは、シュタムラー(1856-1938年)であった。そしてダンツも、「いわゆるノルマル・メンシェンの標準においてほとんどシュタムラーと同一の点に達する」とされる(我妻・前掲論文「ダンツ」140頁)。その際、我妻の評価によれば、「信義誠実の原則」に関し両者の相違点があるとするなら、シュタムラーが「法律秩序の最高目的(das oberste Ziel)」を目指して「法律秩序ある共同生活の一般且つ最終目的からのみ具体的適用に達する」と論じ、もって「取引慣行」をその「具体的適用」の「一材料」に格下げしている点に、その相違点があるとされる(我妻「ダンツ」141頁参照)。Siehe auch Stammler (Fn. 78), S. 322-323. なお、この点に関して、シュタムラーが「信義誠実」の原則を、「方向づけすべき具体的な素材」(das zu richtende Material)と常に結びつけて理解しようとメ

このようなダンツの「意思表示論」あるいは「法律行為解釈論」を、我妻はどのように受けとめたのであろうか。まずもって我妻は、ダンツの登場によってようやく本格的に「意思」本位からの脱却が実現した、と評価する（ダンツによる意思表示の「客観化」）²²¹。それではダンツをして、そのような「客観化」へと突き動かした「原動力」は何であったか。我妻によれば、当時の「団体主義乃至社会連帯主義的思想の発達」こそが、その「原動力」であった、とされる²²²。その際我妻は、「法規」のみならず

ゝしていた（Stammler, S. 322）、という点にも注目しておきたい。

221 我妻「ダンツ」（前注187）145頁以下、特に148頁参照。ちなみに、このようなダンツの「客観説」的立場に対しては、すでにドイツで根本的な批判がなされている。たとえば磯村（保）・前掲「法律行為解釈論」（前注187）299頁及び301頁注30参照。すなわちダンツが、①契約当事者間で一義的に契約内容につき合意が認定される場合にはそれによるところと、他方、②そうでない場合には当事者の主観的理解を何ら考慮することなく直線的に「取引慣行」によるところの「客観的解釈」を志向するという一種の飛躍的構想（あるいは「相手方に知られた取引上通常の意味とは異なる表示者の言語習慣を顧慮する」というダンツ説の首尾一貫性の欠如）において、ダンツ「二元論」（上記①②）への原理的批判をもたらしている、とする（ただし傍点部分は、筆者〔川角〕が入れたもの）。加えて磯村（保）は、ダンツの見解に従う限り「統一的な解釈方法の定立はなし得なかった」とされ、その文章の末尾に注を付して「（ダンツが）個別的行为類型の特殊性を顧慮する限りで、一般的統一的解釈原則の探求はすでに放棄されていたともいえる」と述べている（磯村〔保〕・前掲論文299頁及び302頁注32）。

222 我妻「ダンツ」（前注187）147頁。我妻は、その他の例として「法人論、損害賠償論、団体契約論、財産権の本質論、ことごとくその現われ」といつている（我妻・前掲論文「ダンツ」148頁）。損害賠償論については、本稿でも先にみた岡村参太郎『無過失損害賠償責任論』ないし牧野英一による「公序良俗」本位の「適法行為に基づく損害賠償」（＝無過失賠償責任論）及び損害の「公平なる配分」思想が我妻の念頭にあったろう。また、「財産権の本質論」については——これもすでに触れた——鳩山秀夫「財産法改正問題概論」が思い起こされたことであろう。その他「法人論」はわが国学説における法人実在説への転回が、その基盤を形成した、と言えよう（我妻自身この立場に立つ。我妻榮『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（1965年）126頁〔我妻は自らの「法人実在説」を指して「社会的有機体と呼ぶことが適切であるかも知れない」と言っている〕。なお上記「団体契約論」とは、主に「労働契約（雇用契約）」のことを言うようである（我妻「ダンツ」149頁参照）。

「慣行・条理・規則等」の「客観的規範」を重視し、「すべての法律効果は専らこの客観的規範に従って発生する。意思表示の意味が慣行や条理によって定まるとは畢竟このことを示すのではあるまいか」²²³（傍点・引用者）という（むろん我妻は、当時の社会問題でもあった「土地家屋の利用関係」や「労働雇用関係」の適切な解決にも注意を向けているのではあるが²²⁴）。ともあれ、最終的に我妻の構想しているところを引用すれば、こうである。すなわち「個人の意思の地位はもう少し明らかにせられなければならない。団体生活が何処まで発展しても個人の意思の範囲は何処かに残されねばならない。問題は畢竟団体と個人との比較考量の上、各時代に各法律関係の種類に応じて相対的に決定せられるべきものである」²²⁵（傍点・原書。ゴチック・引用者）。そのような観点から我妻は、「（ダンツが）すべての主張を「意思表示」で一貫することに対しては大いなる疑問を抱かざるをえない」²²⁶（括弧内及び傍点・引用者）と述べ、さらに「ダンツの「意思表示は客観的の内容を持つ」という主張は、その理想を明らかにすることによって、一面において意思表示の種類によって客観的内容に広狭のあることを認め、更に一面心裡の意思が法律効果を全減せしめることと協調を保たしめ、もって「社会生活における法律行為において個人の意思は一個の因素をなすものと考え、一定の理想の下にこれに対して大小種々の地位を

223 我妻「ダンツ」（前注187）148頁。我妻によれば、「この考えはフランス学者がいわゆる *contrat d'adhésion*（付合契約＝付従契約）について明らかにした思想に近い」（括弧内・引用者）とされる。そして、かかる特殊な契約に限らず、およそ契約一般（「その他すべての意思表示」）について同様の客観化が図られるべきではないか、と主張している（我妻・前掲論文「ダンツ」同頁）。

224 我妻「ダンツ」（前注187）149頁参照。

225 我妻「ダンツ」（前注187）151頁。この観点から我妻は、ダンツの見解（特にその「錯誤論」）が「如何なる範囲までを客観的内容を定むべきかの問題」と共に「この同一の理想」、すなわち「団体と個人との比較考量の上で相対的に決定される」べきであるとする「理想」の下に考察されなければならない、と問題提起している。

226 我妻「ダンツ」（前注187）151頁。

認め、時にその効果を全滅せしめるべきもの」と考える所まで押し進むべきではなかろうか」(ゴチック及び傍点・引用者)という²²⁷。そして、その方向でのダンツ理論のさらなる発展の可能性を指摘する²²⁸。要するところ、我妻は、上記の「団体主義乃至社会連帯主義の発達」に基づく「個人の意思」あるいは「個人の権利」の、各法律関係の種類に応じたところの「比較考量」ないしは「相対的判断」が肝心であるとする²²⁹。ともあれ。この我妻「ダンツ」論は、その師鳩山秀夫の思想「転換」(「表示主義」的取引安全の思想の重視とともに「個人から団体へ」という民法思想への「転換」)

227 我妻「ダンツ」(前注187) 152頁。ここで我妻によって「社会生活における法律行為」という表現でもって「団体主義乃至社会連帯主義」の思想の萌芽が示され、「個人の意思」が「一個の因素」として、(いわば格下げされて)位置付けられようとしている点に注意が必要である。こうして「一個の因素」たる「個人の意思」は、時と場合に応じて「大小種々の地位」が付与され、時には「その効果を全滅」させる(「無効」にする)べきものと考えられるべき場合もあれば、また時には *contrat d'adhésion* (「付従契約」)の承認によって、意思的要素を無視することもできることになる。その際の決め手は、「大小種々の地位」が付与された「個人の意思」そのものの社会的利益衡量(「団体と個人」との「比較考量」であり「相関判断」)であった。

228 我妻「ダンツ」(前注187) 152頁参照。そこで我妻は、「私はダンツが無意識に予定する理想を明らかにすると共に、その理論を右の点(本稿前注227とそれに対応する本文〔特にゴチック部分〕を指す)に向かって展開せしめるべきではなかろうかと考える」(括弧内・引用者)という。

229 ちなみに、我妻によるこのような「比較考量的」判断論は、その後の我妻不法行為法理論における「相関関係的」違法論においても、内面的かつ必然的に貫徹していくように思われる。特に我妻は、公害企業の行為の違法性判断につき次のように述べている。——「違法性の問題は單に企業の絶對的許否のみを謂ふべきではなく、「損害を填補せずしては許されぬ」という判断もなすべきなりと考へる。而して(中略)その企業の有する社會性、害毒の種類・程度、四周の状況等により、損害を填補せざるが違法なりと判断される場合もあり得べきものと思ふ」(傍点・引用者)。我妻榮『事務管理・不当利得・不法行為』(1988年復刻版、原書初出は1937年〔昭和12年〕105頁)。これこそは、我妻流の「適法行為による損害賠償」の思想そのものであった。なぜなら、企業による「害毒」等の他人所有領域への不適法干渉作用そのものを「違法」とみるのではなく、単に「損害賠償」をしないことが「違法」とされているからである。

を受けて、その直後の留学の成果を生かしつつ「私法の方法論に関する一考察」につなげ、さらに「近代法における債権の優越的地位」によって、より洗練されるに至った。その意味で、この我妻「ダンツ論」は、我妻流の資本主義適合的＝社会「連帯」的民法理論の扉を開けようとする若き時期の記念碑的作品であった²³⁰。そのことを確認した上で、筆者（川角）は、次に、1926年（大正15年・昭和元年）に出された「私法の方法論に関する一考察」²³¹へと、考察の視点を移すことにする。

230 戦後、すでに我妻民法学の大道を歩んでいた我妻自身の回顧によれば、「この未完成の論文を書いた当時のダンツの理論についての理解と不満とは、「裁判中心の考察方法」と銘打った「私法の方法論」の底の方に、以外にも強く横たわっていることを発見する。私の民法学者としての40年に余る道程の出発点に、この論文（「ダンツ論」）は大きな意義をもって存在していることを今さらながら痛感せざるをえない」（括弧内・引用者）と述べられている。我妻「ダンツ」（前注187）154頁〔追記〕参照。

231 我妻榮『近代法における債権の優越的地位』（1953年、原論文初出は1929-1931年〔昭和4～6年〕）所収477頁以下。本稿では、以下この論文を上記『債権の優越』から我妻「方法論」として注記・引用する。ちなみに我妻は、1923年（大正12年）の5月までには「ダンツ論」を法学協会雑誌に公表していたようである。同年6月1日には文部省留学生として2年間の欧米留学へと旅立っている。まずアメリカ留学からはじめ、シカゴ大学ではコモンズ『資本主義の法的基礎』やパウンド『法制史の解釈』などを熟読したとされる。その後、師鳩山から「そろそろヨーロッパに移れ」との親書を受け取り、イギリス（ロンドン）そしてドイツ（ベルリン）で研鑽を続けるとともに、関東大震災の影響で大損害を受けていた東京帝大図書館再建のために図書購入に尽力した（その時には、カント〔1724-1804年〕、ヘーゲル〔1770-1831年〕から新カント派、新ヘーゲル派さらにはマルクス〔1818-1883年〕・エンゲルス〔1820-1895年〕、そしてウイーン学派に至る大量の図書を購入したとされる）。またドイツでは、マックス・アドラー〔1873-1937年〕やマックス・ウェーバー〔1864-1920年〕を熟読したとされる（上記につき、本稿前注184も参照）。そして1925年（大正14年）12月8日帰国。その翌年1926年（大正15年・昭和元年）に「私法の方法論に関する一考察」を公表している（なお、大正天皇の死去が同年12月25日であるから、我妻「私法の方法論」は、文字通り「大正デモクラシー」期民法学のエンディングを飾るにふさわしい作品と言える）。以上、若き我妻榮の年譜については、我妻洋＝唄孝一（編）『我妻榮先生の人と足跡』（前注183）7-11頁参照。

(c) 「私法の方法論に關する一考察」²³²

まず我妻は、その論文の「序言」において「現代私法學者の悩み」から説き起こす。すなわち、ドイツ民法を典型とする「近代法」は「この法律の論理的合理化の傾向と相呼應して、抽象的論理的法律體系、即ち、總ての法律規定を純論理的に分析綜合し、法律をして抽象的法規の缺陷も矛盾もなき統一體たる體系を構成せしめることに見事に成功した」。しかしながら「近時社會事情が著しき變遷を遂げた結果（中略）現時の新しい倫理觀念に矛盾するやうな結果を生ずることが多い」²³³（傍点・引用者）。そして我妻は、この「新しい倫理觀念との矛盾」に苦しんだあげくわが国私法學者が見いだそうとした新たな道が二つあるとして、以下のように述べる。すなわち「一つは、新たな現象を妥當に規律する理想的指導原理を、何等かの意味において法の本質から演繹し、やがて既成の法律體系を新しい理想原理の上に構成し直さんとする途をとる者であり、二は、實際社會に争はれる事件について既存の法律の適用を仔細に検討し、箇々の場合に對して妥當な解決を得ることを努め、やがてさらに一般な指導原理に到達せんとする途を進む者である」²³⁴（傍点・引用者）。我妻によれば、新カント派の法律學者はおよそ前者の道を歩み、判例研究に基礎を置く実証研

232 この我妻「方法論」については、瀬川信久「民法の解釈」星野英一（編集代表）『民法講座・別巻1』（1990年）1頁以下、特に12-17頁に詳しい。なお、この瀬川論文（以下、瀬川「民法の解釈」として引用する）は、その考察の出発点を末弘厳太郎の「方法論」に求め、その上で我妻「方法論」を手際よく整理する（末弘「方法論」については、本稿統編でやや立ち入るところを参照）。さらに、末弘「方法論」と我妻「方法論」との「比較」（共通性と相違点の析出）をも試みている（瀬川「民法の解釈」17-18頁）。本稿の考察も、瀬川「民法の解釈」に負うところが多い。さらに、水本・前掲論文「民法学の転回」（前注187）195-200頁でも、我妻「方法論」がとりあげられている。ちなみに筆者も、この我妻の作品について、かつて若干の考察を試みたことがある。拙稿・川角「現代民法学における《關係的契約理論》の存在意義（1）」（前注187）191頁以下。

233 我妻「方法論」（前注231）477頁。この点につき、瀬川「民法の解釈」（前注232）12頁も参照。

234 我妻「方法論」（前注231）478頁。

究派は後者の道を歩む、とされる²³⁵。その上で我妻は、およそ両者の調和点を探るようである。すなわち「最も我々の注意を惹くものは、法律を出来上つた抽象的な法則としてのみ取扱わず、いはゆる生きた社會的事件に對する適用の點において研究せんとする立場である」という²³⁶（傍点・引用者）。その発想自体は、むしろ啓発的である。その際、我妻が留意している点は、わが国民法典の形成過程における特殊性であった。それは、どのような「特殊性」であったか。これにつき我妻は、自身の独自の観点をも取り入れながら、次のように言っている。——「わが國の民法は、一種の政治的理由に促され、その制定が急がれたため、主として外國の立法に倣ひ、わが國古來の慣行を仔細に吟味してこれを取り入れる余裕がなかつた。その結果として、古來の慣行によつて進展する生活關係と、これを無視している法典と、この法典に準據して生活關係を處理する裁判との三者の間に錯雜した關係を生じている。従つて、我々は、法典の中に収められた法規の論理的分析のみを企ててゐる間は、ある種的生活關係については、決してその眞相に觸れることが出来ない」²³⁷（傍点・引用者）。それでは、その問題をどのように解決したらいいのか。かつまた、そもそも

235 我妻「方法論」（前注231）478頁。この点につき、本稿前注234で指摘した箇所を含め、瀬川「民法の解釈」（前注232）14頁参照。

236 我妻「方法論」（前注231）479頁。ここで我妻がいう「いはゆる生きた社會的事件に對する適用」とする発想は、末弘巖太郎を意識してのものであること、言うまでもない。なお、瀬川「民法の解釈」（前注232）18頁は、「末弘は法源としての社会規範の研究を重視したのに対し、我妻は、社会現象の実有的研究を、具体的指導理念の意味内容を明らかにするものとして重視した。これらの差異は、末弘の自由主義的な思想と我妻の指導者としての強い責任倫理とに由来するのであろうか」と述べている（傍点・原書）。

237 我妻「方法論」（前注231）479頁。ただし、ここで我妻は「わが國古來の慣行」について、具体的には何も触れていない。なお「わが國の民法は、一種の政治的理由に促され、その制定が急がれたため、主として外國の立法に倣ひ」の箇所については、「不平等条約改正」問題と「上からの「近代化」」の二つの側面にそくして、本稿前編（龍谷法学49巻4号〔2017年〕26頁以下）で比較的に詳しく論じておいた。

「ある種の生活関係については、決してその真相に觸れることが出来ない」とされるところの「ある種の生活関係」とは、一体何を指すのか。この点につき、我妻の念頭にあったものは、個々の事件を巡る「生活関係の実證的研究」の必要性であり、それによって「従来の論理的體系に代わるものを打ち立て」ようとする方法的態度の重要性であった。しかし我妻は、さらに自問して次のように言う。すなわち「右の実證的研究そのもの」は、なんら「ジャスティファイ」されておらず、結局「全人格的な判断」に依拠せざるをえないものであるところ、さらに当該「全人格的な判断」そのものが「ジャスティファイ」されなければならない、という困惑に陥る²³⁸。ここにおいて「法律の純論理的體系の研究によつてあきたらず」、しかもこれを是正するに上記「二つの途」のいずれにおいても安住の地を見いだすことが出来ないでいるのが、「現在の法律學徒の多くの者に通有の悩み」の原因である、とする²³⁹。このような困惑・苦悩を打開する道、それは、我妻にとっては「裁判中心の考察方法」を探求する道へと導かれるほかなかった（この点、先にみた我妻「ダンツ」論の続編として、我妻「方法論」が書かれた事実に、十分留意しておく必要があると思われる。本稿前注188も参照）。すなわち「かくて私は、自らの立場における、自らの要求によつて、社會における一定の生活関係を法律的に處理すること、即ち最も廣い意味における裁判を以て法律の中心的職能となし、ここを出発點として、現時法律學の根本問題とせられる法律価値の問題や、法律と他の社會現象との關係や、いわゆる法律の解釋の問題等に向つて、その考察を進めたいと考へる」とする²⁴⁰。

238 我妻「方法論」（前注231）480頁参照。

239 我妻「方法論」（前注231）481頁参照。

240 我妻「方法論」（前注231）483頁。要するに、我妻は、彼独自の「裁判中心の考察方法」を「出発點」として置き、それを展開せしめることによって、本文上記で提起されていた「ジャスティファイ」の途を断念したのである。この点、瀬川「民法の解釈」（前注232）15頁も参照。

以上を前提に、我妻は「裁判中心の考察方法」の検討に移る。ところで我妻のテーマは「私法の方法論」についてであったが、そもそも「私法」とは何か。「私法と公法との関係」をどう考えるか。これは我妻にとっても重要な問題であった。この点、我妻に聞けば、次のように解されている。——「従来の指導原理においては（中略）身分関係と財産、乃至生産消費の関係は、原則として個人意思の自治に委ねられるものであるという大原則が予定せられておつた」。ところが「近時財産關係殊に生産と分配の關係において、國家が意識的にこれに關與し、積極的作用を営むに至つては、身分關係並びに財産關係を通貫する一つの指導原理なるものは、もはや存在しない」（傍点・引用者）。よって「單に公法私法を觀念上區別せんとすることは、現在においては、もはやさしたる意義あるものではないと考へる」（傍点・引用者）とされる²⁴¹。その上で我妻は、ここで問題の「私法」をもって、「廣く一般の身分關係並びに財産關係を指示せんとするだけ」（傍点・引用者）である、とする²⁴²。そこで改めて我妻は、「裁判

241 我妻「方法論」（前注231）485頁参照。ここで我妻は、さらに続けて「この生活關係における指導原理が個人意思の絶対から他の何ものにか移らんとする點にこそ、重要な研究問題として新たに攻究せねばならない」と言っている。「個人の意思自由」を「絶対化」した上で、それに代わるべき指導原理とは何か。我妻の念頭にあったのは、すでに述べたところの「團體本位乃至社會連帶主義」の原理であり、個人の意思は、「何處にか残されねばならない」かもしれないが（我妻「ダンツ」〔前注187〕151頁参照）、それはあくまで「一つの因素」にすぎないとされる。この我妻民法学の立脚点が、戦前・戦後を通じてどのように「変遷」したか（あるいは首尾一貫せられたか）は、本稿にとっても重要な課題として位置づけられることになる。

242 我妻「方法論」（前注231）485頁参照。このように若き我妻民法学において、「私法」は、實質上、それよりも優越した国家的「公法」によって融合せしめられるべき存在であった。戦後、1949年第1回（あるいは第2回）「日本私法學會總會報告」として、磯村哲（1914-1997年）が「近代法における公・私法の分化について——中世法との對比を中心とするスケッチ」を試みたことは、その点できわめて印象的な出来事であった（「私法」第1巻57頁以下参照）。当時、日本私法学会「会長」の要職に就いていた我妻栄は、この磯村報告をどのように受けとめたであろうか。ちなみに我妻は、上記「私法」第1巻の巻頭で「日ノ

中心の考察方法」の検討に立ち戻る。さしあたり「裁判」（ないし判例）と「立法」との関係が問題となる。この点につき我妻は、「裁判中心の考察方法」といっても「立法」を無視するものではなく、あくまで「立法」は裁判ないし解釈の上位に立つ。したがって「ここに「裁判を中心とする」というのは、立法を軽視する意味でないのみならず、却つて裁判の重要な根據として妥當なる立法を要求する努力をも包含した意味なのである」という²⁴³。ここで我妻は、いわゆる「判例の法形成的作用」とも関わる論点を幅広く提示している（おそらく我妻は、判例そのものの立法への影響をはじめ、その他立法に関する学説の展開²⁴⁴や弁護士等を含めた国民的な立法

「本私法學會」の設立と「私法」の創刊」と題したメッセージを書き記している。なお、この我妻メッセージは、我妻『民法と五十年——古稀を記念して』〔1967年〕207-210頁にも収められている。以下の引用では、「私法」第1巻の頁数にしたがった。ところで、そのメッセージは「いまや、わが國の私法學は、一大躍進をなすべき時期に際している」という力強い一文から始まっている。そして明治・大正・昭和戦前の「私法學の水準」の高さを自負した上で、わが国私法學が「不幸戦争の勃發によつて停頓の運命に陥いろうとした」と述べる。かつまた「諸先輩の尊い偉業に一段の進展を加える」とともに「戦前に現われた諸傾向をさらに一層發展さすべきこと」を今後の課題として力説する（我妻「私法」2頁）。その際、我妻は、われわれ私法学会会員が「互いに論議し批判することなしに「私法學に對する今日の要請に答えることはできない」とも言う（我妻「私法」3頁）。尤もな指摘である。その際、相互批判が必要であること言うまでもない。むしろ「自己批判」も必要であろう。果たして、わが国戦前「民法學」の「自己批判」は、どのように行われたであろうか。終戦直後の「法社会学論争」は、それに答えるものであっただろうか。さらに「法解釈学論争」・「判例研究論争」においてはどうかであったか。それら「三つの論争」の「実態」を理論的に突きつめることも、本稿の「存在意義」の根底をなす。続編で論じる予定である。

243 我妻「方法論」（前注231）487頁。なお我妻のいう「裁判」は、「法律・學説のそれ自身としての作用」を無視したものでない。と同時に「和解や調停を排斥した狭い意味でない」ことも「勿論」である、とされる。我妻・前掲論文「方法論」同頁。

244 末弘嚴太郎「立法學に関する多少の考察——労働組合立法に関連して」同『末弘著作集Ⅲ・民法雜記帳（下）〔第2版〕』（1980年、原論文初出は1945年）228頁以下参照。そこで末弘は、立法を官僚任せにしてはならないこと、法学ノ

運動の影響などを含めて「判例の立法的作用」を敷衍しているものと思われる。無論、いわゆる「判例」そのものの法源性に関する問題²⁴⁵は別途検討を要する）。

さらに、引き続き我妻は「法律の実現すべき理想の問題」の考察に歩を進めている。このような「理想」などという、いわば「法哲学」的ないし「法理学」的問題が、どのように「私法の方法論」と関わりをもつのか。そのような関心を持って以下、本稿もその考察の歩みを進めたい。すでに我妻は、その「序言」において、自らのモチーフの中に「私法（民法）」がいかにして「新しい倫理観念」に対応できるか、を問題にしていた²⁴⁶。そのような「倫理」本位的思考方法の帰結として、「法律における理想の探求」が登場することは、半ば当然のことであるかもしれない。そして我

ゝ者自身が解釈法学の枠を踏み出て立法運動に参画すべきであること、そのためにこそ基礎法学と実用法学との適切な連携が必要であることなど、を指摘している。おそらく、若き我妻は、末弘から「小作立法」・「労働立法」に関わる「民事立法論」の影響を強く受けていたのではないだろうか。ちなみに、末弘は1922年（大正11年）から1926年（大正15年）にかけて、「小作立法」・「労働立法」に関する論稿を雑誌「改造」等で公表している（今のところ筆者は未見）。この点、水野紀子「末弘厳太郎先生略年表・主要著作目録」法律時報60巻11号（1988年）110頁参照。なお戦後、わが国でも民事立法論の蓄積は数多い（平井宜雄『法政策学：法制度設計の理論と技法（第2版）』（1995年）、大森政輔＝鎌田薫〔編〕『法学講義』（2006年）など）。ただし、今はさしあたり上記末弘の論考を引用するにとどめざるをえない。

245 川島武宜「判例の法源性——判例の「拘束力」」川島『科学としての法律学（新版）』（1964年）183頁以下（これは『川島武宜著作集第五巻・法律学1』（1982年）に収められている）、及び末弘厳太郎「判例の法源性と判例の研究」同『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳（上）（第2版）』（1980年。原論文の初出は1941年〔昭和16年〕）29頁以下参照。この問題は——本文でも指摘したように——別途考察を必要とする。本稿統編で必要に応じて触れる予定である。

246 本稿前注233に対応する本文参照。それ以外にも「倫理」という文言がかなり多用されている。我妻「方法論」（前注231）478頁の「我々の倫理観念」、491頁の「倫理哲学と交渉を有する」、493頁の「倫理の法則」・「倫理学の本質」、501頁の「倫理哲学」、529頁の「階級倫理」・「階級を超越した倫理の存在」、546頁の「倫理的命題の如き實質的合理性」、547頁の「特殊の事件における倫理的要求」、557頁の「倫理的判断」など。

妻は、「裁判を中心として法律の價值論」（傍点・引用者）を解明することが、「私法の方法論」にとって必要不可欠である趣旨を述べている²⁴⁷。その際、留意されるべき三つの観点を挙げる。すなわち「規律すべき生活關係の範圍」、「その規律の形式」、「実現すべき理想」の三点が、それである²⁴⁸。しかし、これら一見漠然とした観点を具体化することは、我妻にとっても至難の業であった。そこで我妻は、とりあえず当時の「法律哲學」の主流であった新カント学派（「批判的法律哲學」）の見解を批判的に問題にしようとする。その矛先は、主にシュタムラーに向けられた。なかんずく、シュタムラーにおいて「普遍妥當なる法律價值」の典型命題とされる「自由に意思する人間の共同生活（Die Gemeinschaft freiwollender Menschen）」は、我妻によれば、結局単なる「抽象的命題」を掲げただけで、これを援用する者の「恣意」を許してしまう、と批判される²⁴⁹。したがって我妻は、「各々の法律關係において、その指導原理となるもつと具體的な標準を明らかにしなければならない」と強調するのである²⁵⁰。それでは、その「もつと具體的な標準」は、どのように見いだされるか。ここに至って我妻は、ロスコー・パウンド（1870-1964年）の見解²⁵¹に依拠する²⁵²。

247 我妻「方法論」（前注231）492頁参照。

248 我妻「方法論」（前注231）492頁参照。

249 我妻「方法論」（前注231）493頁参照。

250 我妻「方法論」（前注231）493頁参照。

251 Roscoe Pound, *Interpretation of Legal History*, 1923. 筆者（川角）は、直接パウンドの原書を参照しえていない。ところで、このパウンドの著作は、文字通り訳せば『法制史の解釈』となりそうだが、これをわが国で最初に翻訳した高柳賢三（1887-1967年）に従うと、『法律史観』となる。高柳（訳）『パウンド法律史観』（1931年〔昭和6年〕）参照。平野義太郎（1897-1980年）は、この高柳の訳名を皮肉って、当時の「わが国の法学における無史観」を批判した。平野「観念論法学の批判」同『法の変革の理論』（1962年。原書初出は1933年）157頁参照。

252 我妻「方法論」（前注231）497頁及び502頁注1参照。なお我妻は、この「方法論」に関する論文を書いた同じ年（1926年〔大正15年〕）、*Jahrbuch für Soziologie*の創刊号（1925年）に掲載されたロスコー・パウンド（1870-1964年）の『

すなわち、「關心事たるは、現代の社會生活における社會統制（social control）」であって、そこにおいては、もっぱら法律とそれ以外の社会的現象としての「藝術、宗教、道德、慣行等の統制」との関係如何が問われる²⁵³。そこで法律の独自性を探求しようとするなら、「法律を一箇の社會制度としてその有すべき作用（function）を中心として攻究すること」が肝心な意味をもつ、とする²⁵⁴。それを踏まえて我妻は、「裁判を中心とする立場」に立つときに不可欠な態度は、「現代の社會に争われる具體的の事件につき、相争ふ多くのファクターを仔細に吟味し、これを法律的に處理することの影響を深く考察すること」である、とする²⁵⁵（傍点・引用者）。これをより具体的に考察するならば、以下のようになる。すなわち

ㄨドイツ語論文“*Soziologische Jurisprudenz in Amerika*”を紹介する論稿を著している。我妻榮「アメリカにおける社会学的法律学」が、それである。我妻『民法研究Ⅰ・私法一般』（1966年）所収183頁以下参照。このように我妻の新カント学派批判、なかなしくシュタムラー批判は、我妻のパウンドへの傾斜を帰結した（なおパウンドについては、さしあたり末延三次「パウンド」木村〔編著〕・前掲書『近代法思想史』（前注3）164頁以下を参照）。それは、もっぱらアメリカ・リアリズム法学による「裁判中心の考察方法」を導き出した。これに対して、ほぼ同時期に新カント学派に打ち込み、シュタムラー（1856-1938年）の学説を深く考察したのが、恒藤恭『（補訂）批判的法律哲学の研究』（1924年〔大正13年〕）であった。そこで恒藤は、シュタムラーの所説を深く、かつ繰り返し論じ、彼に対する批判者たちの観点に耳を傾けながらも、基本的にシュタムラーを擁護している（特にそれは、ピンダーによるシュタムラー批判への反論によく示されている。恒藤・前掲書427-432頁参照）。その後、恒藤は、ヨセフ・カルナーの著作に啓発され、さらにマルクス主義の文献を読んで「シュタムラーの唯物史観批判には行き届かない点があることを知り」、自己の研究の「軌道修正」を図った、とされる。広川禎秀『恒藤恭の思想史的研究——戦後民主主義・平和主義を準備した思想』（2004年）119頁参照。以上の点で、我妻と恒藤における「シュタムラー克服」の方向性にかなりの相違点があることが伺える。興味ある歴史的事実というべきである（なお、シュタムラーについては、峯村光郎「シュタムラー」木村〔編著〕前掲書71頁以下参照）。

253 我妻「方法論」（前注231）497頁。

254 我妻「方法論」（前注231）497頁。

255 我妻「方法論」（前注231）498頁。その箇所で我妻は、「その研究は具體的なべく、また現實的でなければならない」と警告している。

我妻によれば、「私法關係を支持する三大支柱たる契約の自由、過失責任、及び私有財産権絶対の原則は、もはや、一般的の指導原理たる價值を有せず、各種の法律關係において、修正せられざるを得なくなつてゐる」との基本認識が示される²⁵⁶。とはいえ、以下の我妻による冷静かつ理性的な観点には十分に留意しておきたい、と考える。我妻は次のように言う。少し長いがそのまま引用しておこう。——「けれども、この點に關しても、私の特に主張したいことは、この指導原理（「個人意思の絶対」に代わるべき指導原理）を示すに當つて、單に契約關係の合理化、損害賠償の具體的衡平、または財産権の社會的作用の重視等の抽象的原理を掲げただけでは、裁判中心の立場における法律の價值論として充分なものではないといふことである。蓋し、思ふに、「個人意思の絶対」といふ原理は、各種の法律關係を、その場合の具體的な内容を有する個人意思に基づいて決定せよといふことであるから、その命題の抽象的なものにも拘らず、その内容において極めて具體的な基準を示すものである。然るに、我々がこの原理に代はるものとして「正義」「衡平」「社會的作用」といふやうな命題を掲げた場合には（中略）具體的指針としては、前者（「個人意思の絶対」）に代はる何ものをも與へないのである。換言すれば、「個人意思の絶対」といふ命題は、抽象的原理たると同時に裁判における具體的指針たり得るのに反し、これに代はるものとして近時の法律哲學の與へる原理は、普遍妥當性を有し得る場合にも、何ら具體的指針を示さざる點において、我々に對し、「個人意思の絶対」といふ原理のやうに確然たる標準を與へることが出来ない」²⁵⁷（傍点・原書。括弧内・引用者）。ただしさらに注意すべきは、我妻の批判が、もっぱら具體的妥當性を重視する「法律哲學」に向けられていることである。我妻の批判は、必ずしも従来の民法學自体に對する批判とか反省を迫るものでない。したがって、その結果として我妻の

256 我妻「方法論」（前注231）500頁。

257 我妻「方法論」（前注231）500-501頁。

「裁判中心の考察方法」の基準は、およそその恩師鳩山秀夫の路線の上で、それを「展開」させたものとなっている。その内容を概略的に示せば、こうである。すなわち我妻は、「能ふ限り具體的な指導原理を探求すべし」と主張するのであるが、その「具體的」の中身とは、要するに「何れの場合にも、相争ふ総てのファクターを仔細に観察し、顧慮せらるべきあらゆる要素——即ち、経済的弱者の侵害せらるる各種の利益、各個人の静的並びに動的の安全、社會における法律秩序の安定、現代社會の風習、慣行、信條、一國産業の興廃等々——を、（中略）悉く検討し、（中略）箇々の事件の具體的判断に對して準備を示すことに努めなければならない」²⁵⁸とされている。ここにはすでに、その後我妻不法行為論で特徴的な役割を演ずる「相関関係」的考察態度の萌芽が、はっきりと示されている。たとえば「経済的弱者の侵害せらるる各種の利益」も「相関関係」的違法論の下で「一國産業の興廃」との関係では違法とはならず²⁵⁹、また個人の権利も「静的並びに動的の安全」の「相関関係的」判断の下では「動的安全」が重視され、その結果として権利を奪われることになるかもしれないのである。なお筆者（川角）は、ここで我妻の基本的な態度につき、性急な断定をしようとしているのではない。あくまでも我妻の文脈を客観的に辿っていけ

258 我妻「方法論」（前注231）501頁参照。これに関し、瀬川「民法の解釈」（前注232）13頁は、「このような問題設定」（「裁判官による法創造」作用における「現行法規の論理体系」と「具体的事案に対する価値判断」との二分化と、その関連づけに関する「問題設定」）は、法体系の論理的整合性のほかに、法律の目的や結果の妥当性をも考慮しようとしていた鳩山らの民法学と、実際上は大きく違っていなかった」（括弧内・引用者）と指摘している。

259 我妻自身、かの「大阪アルカリ事件判決」（大判大正5年12月22日民録22輯2474頁。——大審院が被告に「結果回避義務違反」に基づく過失なしとして被告の損害賠償責任を免責した判決）を、「企業の有する社會性」などの総合的・相関関係的判断枠組みのもとで、その師鳩山秀夫ともども、結論として支持していることを想起されたい。我妻・前掲教科書『事務管理・不当利得・不法行為』（前注229）105頁参照。ただし、我妻が「損害を填補せざることが違法なりと判断せられる場合」（つまりは我妻流の相関関係「違法」論の一帰結）を承認しようとしている点に、一応注意しておきたい。

ばそうなりうるのではないかという推定的判断の領域にとどまっている²⁶⁰。

ともあれさらに考察を進めよう。次の重点項目として、我妻は「社会現象の法律を中心とする研究の問題」について、検討している²⁶¹。まず我妻にとっては、「法律の処理する生活関係」としての一個の「事件」も「社会現象」であり、「法律現象」もまた一個の「社会現象」である。そして、その各々が社会における他の因子（たとえば「社会の経済的、心理的、生理的、技術的、地理的、その他無数のファクター」）との「因果乃至相関関係」判断の中で把握されるべきものとされる²⁶²。とりわけ我妻は、「社会過程において重要な作用を有する経済関係と、法律との交渉如何」（傍点・原書）の問題を、俎上に乗せる²⁶³。そして当時、ドイツでもわが国でも重視されつつあった「マルクス派の學説」に基づく「法と経済」との関係を、解き明かそうとする。我妻にとっても、「マルクス派の學説」によれば、「国家」・「法律」をはじめ「政治」・「哲学」・「宗教」・「芸術」等の社

260 ちなみに我妻自身、その「相関関係」的判断を「裁判中心の考察方法」の標準とすることについては、「私の要求が達せられて、その標準が具體的になればなる程、他方からの崩壊も速やかになり、結局、標準としての価値なきに至る恐れがあるかもしれない」と留保していることが参考になろう。我妻「方法論」（前注231）502頁。その際我妻は、当該頁の末尾でパウンドの見解を援用しているのであるが、パウンドが「相対的なプラグマティズムの態度を以て満足せんとするところに、私（我妻）は大なる共鳴を感じる」（傍点・括弧内ともに引用者）と述べている点も、示唆深い。我妻「方法論」504頁注7参照。その際我妻は、パウンド「社会学的法学」において唱導されている „an engineering interpretation” の観点に注目している。同時に我妻は、アメリカ社会学の雄と称されたスモール（A. W. Small）の「Human process の実証的研究」に基づく価値判断論にも留意している。我妻「方法論」504頁注6。以上の点につき、瀬川「民法の解釈」（前注232）15頁及び20頁注41参照。

261 我妻「方法論」（前注231）505頁以下。

262 我妻「方法論」（前注231）505-507頁。このような我妻の「因果的及至相関関係」判断を、「試行錯誤を伴う漸進的社会工学」として捉えうるものとし、これを「刮目すべき」ものと位置づける見解として、瀬川「民法の解釈」（前注232）15頁参照。

263 我妻「方法論」（前注231）512頁。

会的上部構造は、本質的にその下部構造たる「生産關係乃至經濟關係」によって究極的な規定性を受けていることは、半ば自明のことであった（いわゆる「唯物史觀の學說」）²⁶⁴。そして我妻は、この「マルクス學派」をもって、それが「近時のいはゆる社會学的法律學」に影響を及ぼしたこと。さらに「從來私法の大支柱とせられた契約自由、私有財産、過失責任等の諸原則」が「現代の資本主義と密接な關係を有する」ことに鑑み、「これ等の諸原則と、經濟事情の變遷に基づく新たなる社會現象との調和」を図るためには、「資本主義經濟組織の解剖を主要な任務としたマルクス派の學說が、我等に教ふところは、決して僅少なものではあるまいと考える」と評している²⁶⁵。この点に関する我妻の態度は、きわめて教訓に富むものである。問題はその先にある。なるほど我妻は、契約自由や所有權の絶対を指して、それが歴史的には当初「慣行・慣習的なもの」（Sitte、Konvention）であったものが、次第にその後、その「母胎」たる「社會の經濟關係乃至生産關係」に規定されて「法的ルールないし法規」（Regel）に転化していった意味において（ないし「この範囲において」）、「法律關係は經濟關係に因つて發生するものである」（傍点・原書）ことを承認する²⁶⁶。しかしながら我妻は、このようにして形成された「法律上

264 我妻「方法論」（前注231）512頁。その際我妻は、マルクス『經濟学批判』（Zur Kritik der politischen Ökonomie）を注記している。我妻・前掲論文「方法論」522頁注1。ただし一般的には、より厳密に、マルクス「經濟学批判・序言」（Zur Kritik der politischen Ökonomie: Vorwort, 1859）として参照されている部分を指す。これについては、広渡清吾「經濟学批判・序言」天野和夫＝片岡昇＝長谷川正安＝藤田勇＝渡辺洋三（編）『マルクス主義法学講座第8巻・マルクス主義古典研究』（1977年）124頁以下を参照（なかでも「いわゆる「上部構造の反作用」について」及び「イデオロギーの「相対的独自性」について」を論ずる、広渡・前掲130頁以下の記述が重要である）。

265 我妻「方法論」（前注231）513頁参照。このモチーフが、その後の「近代法における債權の優越的地位」に貫通していることは、本稿続編で述べる。なお、この点については、瀬川「民法の解釈」（前注232）15頁以下でも、関心を寄せられていたことである。

266 我妻「方法論」（前注231）514頁参照。

の原則」、あるいはそれを写し取った「法典」が、「経済関係という母胎内において法律的規則の発生する過程」のみならず、逆に「母胎それ自身の進展過程に対しても、重大な影響を及ぼす」ことをも承認する²⁶⁷。そして晩年のエンゲルスの手紙を引用して、下部構造（経済関係ないし生産関係）に対する「イデオロギーの反作用」性を強調する²⁶⁸。この点で我妻は、その早い段階で「法制的上部構造」の「相対的独自性」を理解するに至っている。これは刮目すべき着眼点であり、我妻が「マルクス學派」の文献を渉獵してえられた貴重な到達点であった²⁶⁹。そして「一つの法規

267 我妻「方法論」(前注231) 514-515頁参照。特にこの点で、我妻は当時のわが国マルクス主義法学の「限界」を乗り越えようとしていた、とも言える。これは、前注264で指摘した「いわゆる「上部構造の反作用」ないし「イデオロギーの「相対的独自性」」の問題である。なお、この点に関する我妻評価の在り方及び当時のわが国マルクス主義法学自体の「限界」認識に関わる問題は、きわめて困難な課題に属する。我妻評価の問題については、後ほど可能な限り本稿及びその続編で論ずる。なお、後者の「当時のわが国マルクス主義法学自体の「限界」認識に関わる問題」については、さしあたり森英樹「日本マルクス主義法学の前提」天野=片岡=長谷川=藤田=渡辺(編)『マルクス主義法学講座第1巻・マルクス主義法学の成立と発展 [日本]』(1976年) 21頁以下参照(特に戦前のわが国マルクス主義法学のリーダーであった平野義太郎 [1897-1980年]が、この時期 [1925年頃]、おもに「新カント派法哲学」への批判に集中していたことについては、森・前掲66頁以下参照)。ちなみに平野義太郎は、助手時代に我妻榮と交友があったらしい。我妻洋=呷考一(編)『我妻榮先生の人と足跡』(前注183) 3頁参照)。なお、平野の1924年初版『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』及び1925年『法律における階級闘争』については、別途考察を要する。本稿及びその続編でも可能な限り、言及する。

268 我妻「方法論」(前注231) 520頁。我妻は、エンゲルスの手紙を、Heinrich Cunow, Die Marxistische Geschichts-, Gesellschafts- und Staatstheorie II. Bd. 1921, S. 253 の一節 Friedrich Engels' Brief über die materialistische Gesichtsauffassung から引用している。誰への手紙かは明示されていないが、著名なものとしては、1890年10月27日「コンラート・シュミットへの手紙」、1893年7月14日「フランツ・メーリングへの手紙」、1894年1月25日「W・ボルギウスへの手紙」などが挙げられる。広渡・前掲(前注264) 130頁以下参照。

269 たとえば、前注267で示したように、わが国マルクス主義法学の開拓者であった平野義太郎は、我妻「方法論」の前年に出版した『法律における階級闘争』（1925年「大正14年」）で、階級闘争の歴史をローマのそれに求め、さらに近

が確立された場合、その原因を遡っていくならば、何処にか経済的原因を発見し得ることはいふまでもないのみならず、常に最後においては、決定的に有力な原因として、経済的ファクターに行き当たるかもしれない」（傍点・原書）という²⁷⁰。と同時に我妻は、「各種の關係が、直接法律の規律を受け、直接法律の上に作用する點を有することだけは明かである」²⁷¹（傍点・原書）と述べ、さらに「従って、結局、法律を中心とする社會現象の實有的考察は、社會生活の特殊ファクター（経済的要因）のみを中心とすることなく、あらゆるファクターに亘って法律的觀點の下に考察しなければならない」²⁷²（括弧内・引用者）とも言っている。このよう

ゝ代社會の階級闘争の必然性を論じ、もって労働法ないし労働者権（団結権、団体交渉権や同盟罷業権）の確立を求めるところの、労働者階級の「階級闘争」に関する法律的諸問題を解明しようとした。しかしながら、そこでは、いまだ「法制的上部構造」としての法制度の「相対的独自性」は、語られることはなかった。平野が「法制的上部構造」の「土台」（経済的生産諸関係）に対する「相対的独自性」を指摘するようになるのは、おそらく戦後に出された平野義太郎（譯編）『マルクス主義の法理論』（1957年）「新訂版への序」3頁及び7頁、さらに本文15-22頁以下をもって、その嚆矢とするのではないだろうか。とはいえ、なおかつ平野の論旨の基調は「市民社会」批判・「市民法学」批判に偏跛している。その理由は、もっぱら平野が、マルクス「ヘーゲル法哲学批判」を「翻訳」するのみであって（たとえば平野・前掲書85頁以下及び169頁以下参照）、基本的に自分の頭で「法制的上部構造」の「相対的独自性」を——「市民社会」・「市民法学」に即して——考え抜こうとしなかったからである、と思われる。この点、本稿統編でも言及する。

270 我妻「方法論」（前注231）521頁。その際「経済的ファクター」につき、我妻によって「法律家が、社會生活に關して（中略）他の一面にある經濟關係を顧慮することを忘れず、（中略）法律的規律や概念によつて規律せられる他の一面の關係（經濟關係）を不當にゆがめることがなきやうに注意しなければならない」（傍点・引用者）とされていた点に、注目しておく必要があろう。我妻「方法論」516-517頁。なお、この点、瀬川「民法の解釈」（前注232）20頁注48も注意を喚起している。

271 我妻「方法論」（前注231）525頁。

272 我妻「方法論」（前注231）527頁。なお、我妻「方法論」526頁で示される法律の「抽象的・一般的性格論」は、「ある種の生活關係」の特殊なフィルタから生起した「法規」が他の「類似の生活關係」についても「一律に適用せられ

な見解に、基本的に異論はない。問題は、我妻が、「法律學」が程度の差こそあれ「常になんらかの理想をもつて活動した」とする点、である。かつまた、「この理想的活動を、今一箇の社會現象として、實有的考察の對象となし得ることも、明らかであらう。」とする点である²⁷³。ここでいわれる「理想」がかなり主観的なものであり、漠然とした印象を持たざるを得ないこと²⁷⁴はともかくとして、さらに注目すべきは、我妻が次のように「理想」問題を展開していることである。すなわち我妻はいう。「この法律家乃至法律學が事實上自己の理想の如く考へたものは、眞實には、支配階級の理想の反映たるに過ぎないものであろうか」²⁷⁵（傍点・原書）と。これは鋭い問題提起である。ところが、ここで我妻は、ある種觀念論的な響きを奏でつつ、結局次のように言うのであった。すなわち「若し、人間の理想的活動を悉く階級倫理に基づく行動なりとし、階級を超越した倫理の存在を否定するならば、法律家の理想的活動の如きは、當然、筈に過去において獨立の地位を失ふのみならず、現在乃至将来に對する關係においても、何等階級を離れた地位を有せざることになる。従つて、法律家が、理想を掲げて活動することによつて、この後の階級衝突を緩和乃至道德化せんとする企ての如きも亦、法律進化の上に何等獨自のファクターたり得る價值なきこととなる。けれども、かくの如き

ゝることを要求する」。これを受けて我妻「方法論」527頁は、このような「法規適用」の「矛盾なき體系としての構成作用」こそ、「近代法律の特色たるに至つた」と述べる。ここに安定的な「法曹法」（Jurisitenrecht oder Richterrecht）の成立基盤が用意される。これを、藤田勇『法と經濟の一般的理論』（1974年）312頁及び321頁注7は、かなり好意的に受けとめているようである

273 我妻「方法論」（前注231）528頁。

274 この点は、我妻自身も自覚しているところである。すなわち単に「理想」というだけでは、「倫理的判断」を行うにとどまり、決して「眞の法律的判断たることを得ない」。だからこそ「現行法を基礎とした」ところの法律的な構成上の問題、つまりは「法律的構成の技術の問題」が検討されなければならない、と述べている。我妻「方法論」（前注231）533頁。

275 我妻「方法論」（前注231）528頁。

は、極めて少数者の主張するに止まるところであつて、多くの人は、無意識的にもせよ、その活動（「法律家の理想的活動」）の効果あることを信じてゐる」²⁷⁶（傍点・原書。括弧内・引用者）と。この我妻の文章にはやや難解な箇所もあるようだが、要は「階級を超越した倫理」を「理想とせよ」ということだろう（我妻が、「法律家の理想的活動について、階級倫理に没入し盡くさない独自の立場あることを認め、その効果を考察せねばならない」ことを、「自明の理ではあるまいか」と述べていることは、そのことを裏付けるものと言えよう。我妻「方法論」529頁参照）。そして、そのような観点から階級衝突の「緩和」ないし「道德化」を図るべしとするものであつて、少なくとも「法律家の理想」が「支配階級の理想の反映である」とする見解に正面から与しているわけではない。その上で我妻は、最後に河上肇（1879-1946年）を引き合いに出して、唯物史観がその職分を達するためになすべきことは「物質的生産力と生産関係（その総和は社會の經濟組織を成す）」と、社會的組織の形態と社會意識の形態と、の間に於ける相關々係の網をば、物質的生産力と云ふ網目のところを掴んで、引き上げて見せ」ることであり、よつて「それは因果の系列を説いたものではなく、相關々係の布置を明らかにしたものである」と述べる河上の文章に注目している²⁷⁷（括弧

276 我妻「方法論」（前注231）529頁。

277 我妻「方法論」（前注231）531頁。ここで参照された河上肇の論文は、「唯物史観と因果關係」をテーマにしたもので、1924年（大正13年）9月に公表された（社會問題研究第55冊）。我妻・前掲論文「方法論」532頁注1参照。なお、河上の原論文「唯物史観と因果關係」15頁では、「相關關係」と記されており、「々」の文字は我妻によるものである。ちなみに河上は、「唯物史観」を「因果關係」的に捉える立場（たとえばブハーリンの論著）につき、きわめて批判的である（河上4頁及び18-19頁）。なぜなら「因果關係」的理解によれば、「歴史の一元的動力を、かの物質的生産力に歸せんとする傾向」、つまりは經濟還元主義的思考を生み出すだけであるから、である（河上23頁）。こうして河上の見解によれば、マルクス「唯物史観」は、そのような經濟還元主義を克服したところにこそ成り立つ。それゆゑ、「上部構造」たる法や政治等によって經濟的「土台」に反作用がもたらされるのである（河上12頁の趣旨を参照）。そのよう

内・原書。傍点・引用者)。その河上の文章が我妻の注目を引いたのは、なぜか。我妻の言うところを聞けば、こうである。——「私の説いたところは、唯物史観に追随しただけでは足らぬこと、法律の理想的努力をも一つのファクターとすること（この点において唯物史観とは大いに異なることにならう）、而してこれ等総てのファクターは「因果の系列」をなすものではなく、「相關關係の布置」と見なければならないものであることが辛うじて明らかにせられただけであつて、その如何なる網の目を引き上げることによって、その關係が最も明瞭にせられ得るか〔は不明なままである〕」²⁷⁸（傍点及び丸括弧内・原書。亀甲括弧内・引用者）。これは、「裁判中心の考察方法」において「經濟的」ファクターを無視することはできないし、法律家はなるほど「階級的立場」を問われざるをえないが、あくまで「法」は「經濟」から相對的にではあれ自立したものであり、かつ「階級を超越した倫理」を追求し、もって階級衝突の「緩和乃至道德化」を図るべき立場に立つべきなのであるから、民法学者自身もまた「法律に対する理想」をもつことが要求されざるをえない、とする我妻モチーフのひとつの現れと言える（ここで我妻が、一応適切に「法の上部構造」の「相對的独自性」を説きながら、それを「階級超越の倫理」と直結させ、さらに「階級衝突の緩和乃至道德化」と一体化せしめていることに、注意すべきである。その限りで「經濟」への視点は、むしろ「教養的知識獲得」の対象にとどまり、「法の上部構造」の「相對的独自性」もひとり歩きをして、結局「法ないし法律」の「独自性」のみがその視野に入れられてしまっているように思われる）。しかも

ゝな「相互關係」を、河上は「相關關係」というタームで把握した。我妻は、河上の「相關關係」の文字面には感動したようだが、河上の「方法的精神」に深く学ぼうとはしなかった。だからこそ、資本主義的經濟の發展（なかならず金融資本主義への変遷）に伴う「取引安全」保護＝「金錢債權」重視型の——その意味で「經濟還元主義的思考」の亜種的所産としての——「近代法における債權の優越的地位」が生み出されていったと考えられる。この点、本稿統編で改めて考察する。

278 我妻「方法論」（前注231）532頁参照。

我妻説による限り、その「理想」は、あくまで社会のあらゆるファクターとの「相関関係」において決定されるという立場の表明にほかならなかった、と言えよう（この「相関関係」的発想は、その後も引き続き我妻民法学に「通奏低音」のごとく一貫していくべきものであった）。

さて最後に、我妻は「法律的構成の技術の問題」²⁷⁹に立ち入っている。そこで我妻は、いかなる形で、自らの「方法論」を纏め上げたか。以下では、その問題を考察しておきたい。まずここで我妻は、「法律的構成の技術の問題」をもって「社会の個々の事件を、法律の理想標準に従って処理するに當つての判断を、現行法を基礎として、法律的に構成すること」と言い換えている²⁸⁰。その際、我妻が考察の重点として設定する項目は、次の四点であった。まず第一に、現行法を基礎として法律的に構成するとはいかなる意味を有するか。第二に、かかる構成がなにゆえに「法律的處理」として不可欠の要素であるのか。第三に、この要素が「裁判の他の要素たる具體的妥當性」といかなる関係をもつか。そして第四に、「この構成が如何なる方法乃至技術によってなされるか」、以上である²⁸¹。ここでは、上記第一の点を基軸に、我妻の所説を考察するにとどめる。我妻はこういつている。すなわち「法律的判断が、現行法を基礎として構成せられるとは、畢竟、その判断が、現行法の抽象的一般的な法律規則を大前提とし、判断せらるべき具體的事件を小前提とし、論理的に帰結せられたものとしての構成を與へられる」ことが重要である（傍点・原書）、と²⁸²。このような、一見したところ「概念法学的三段論法」を、我妻が容認するのはなぜか。それは次の理由による。——「各々の場合の判断の具體的な心

279 我妻「方法論」（前注231）532頁以下。なお、ここで我妻のいう「法律的構成」とは、実質的には「法律的三段論法」を、単に我妻流に言い換えたものすぎない。この点につき、瀬川「民法の解釈」（前注232）19頁注29も参照。

280 我妻「方法論」（前注231）533頁。

281 我妻「方法論」（前注231）533頁。

282 我妻「方法論」（前注231）534頁。

理過程は、判断者の、いはば全人格的な判断ともいふべき色彩」を帯びざるえない。よって法的判断としては、「(判断者=裁判官の) 何等かの心理的過程によつて (すでに) 出来上つた判断 (結論) に、この三段論法の法律適用の形式を與へること (理由づけをすること) を意味する」(傍点・原書。括弧内・引用者)。こうして、我妻にとって「三段論法の法律適用の形式を與へること」は、すぐれて法的な「技術」にほかならない²⁸³。

283 我妻「方法論」(前注231) 534頁。このように裁判中心の「法解釈の方法」を、裁判官による「全人格的な判断」に基づき、彼の「何等かの心理的過程によつて (すでに) 出来上がった判断 (結論)」のために「この三段論法の法律適用の形式を與へること (理由づけをすること)」(括弧内・引用者) とする我妻の方法的見解は、戦後の民法解釈方法論にも、大きな影響を与えた、と思われる。これに関する若干の考察は本稿統編で試みる予定である。さしあたり、星野英一(1926-2012年)の所説と我妻理論との共通点のみ指摘しておきたい。我妻のいう「理想」の探求を「利益考量・価値判断」と置き換えることができるとするならば、星野英一のいう「利益考量・価値判断については、法律家といえども、一市民として、または一人間としての資格においてする」という観点は、我妻のいう「全人格的な判断」と通ずるだろう(星野「民法解釈論序説」同『民法論集第一巻』[1970年。原論文初出は1968年] 7頁)。また星野は、「法律適用の前提としての法の解釈は、必ず、一定の利益・価値を保護し実現するという機能を持っている」(星野・前掲6頁) のであり、「一見きわめて法的な概念ないし制度であっても、それが結局はどのような効果をもたらすか、つまりどのような価値や利益をどう実現し保護するためのものであるかを徹底して追及しなければならない」(星野・前掲21頁) という。かくて「解釈の決め手になるのは、今日においてどのような価値をどのように実現し、どのような利益をどのように保護すべきかという判断である」(星野・前掲11頁) とする。その上で「学問においてのみならず、法律解釈においても体系的考慮は必要である。問題は (中略) 体系の原理はなにか、ということであり (中略) 体系化の原理は、社会関係の類型および利益状況と価値判断に求めるべきである」(星野・前掲13頁。傍点・原書、括弧内・引用者) とする。さらに、その体系化の原理の前提としての「類型化の基準」を判断する際には、「価値判断・利益考量が論理的には先行している」(星野・前掲16頁。傍点・引用者) という。こうして結局のところ、星野「利益考量」論においても、当該利益考量 (ないし価値判断) に基づくところの「結論」が先行し、それを「理由づける」ために「法規」の文理解釈・論理解釈及び「立法者意思」の探求が要請される、という理解が可能となる(星野・前掲11頁参照。ただしここで星野が「結論」の先行については必ずしも明示しておらず、解釈の「具体的な順序」として「文理解釈・論

このことを、我妻は、次のように言い換えている。——「(法律的判断の真相を究明し、その存在意義を考察するための道は) 従来判断の生成過程とせられた三段論法の形式を以て、何らかの心理的過程によつて(すでに) 事實出来上つた判断(結論)に後から着せられる衣の形式を意味するものである」²⁸⁴ (括弧内及び傍点ともに引用者)。要するに、我妻にとつ

ゝ「理解」及び「立法者意思」の探求を優先しているとも読める限りで、一定の留保が必要であるのかもしれない。とはいえ、「価値判断・利益考量が論理的には先行している」〔星野16頁〕という星野自身の指摘は、決定的な重みをもとう。ちなみに、加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同名の著書〔1974年。原論文初出は1966年〕27頁では、「素人」も是認し、かつ「素人」を説得しうるところの「仮の結論」としての「結論」の先行が承認され、その上で「利益衡量による類型化」が提唱されている。その限りで加藤〔一〕流の「利益衡量論」は、星野流「利益考量」論の先行形態であったことに違ひはない。なお、加藤〔一〕が上記頁で「具体例」として問題にする「航空機墜落による被害者」の法的保護問題については、本稿続編で検討する予定である)。——他方で星野は、別の論文でこうも言っている。すなわち「〔民法の解釈においては〕最後には、他の諸々のファクターを考量して(いわば直感的に)きめるほかなく、学者としては、考慮されるべき要素を列挙し、その軽重を論ずるほかない場合も少なくない」(星野「〔民法解釈論序説〕補論——若干の批判に答えて」前掲『論集』〔書き下ろしなので、その初出は1970年〕48頁以下、特に59頁。丸括弧内・原書。亀甲括弧内・引用者)。ちなみに星野は、我妻『民法講義』の特徴(特長)に言及して、その「直感に訴えることの巧みな構成」を例示している(星野・前掲「補論」66頁)。さらに星野は、裁判官への委任の可否について「あるていど裁判官の自由裁量(もちろん、鑑定などは必要である)に委ねるほかない」(括弧内・原書)、あるいは「裁判とは複雑な要素を持った具体的紛争の解決であるから、具体的妥当性がより重要だと考えるものであり、このさい(中略)具体的判断はいちおう裁判官に委ねるほかない」とも言っている。星野・前掲「補論」61頁以下。こうしてみていくと、たとえば「類型論」的思考方法は、たしかに星野独特のものであり(その「類型論」そのものの先行形態として加藤一郎の「利益衡量論」があったこと、すでに触れた)、なるほどそこに我妻と星野の違いを指摘することは、一応可能である。しかしながら、あくまでその基本的思考方法においては、星野は、文字通り我妻の誠実な後継者であった、と考える。

284 我妻「方法論」(前注231)536頁。なお、瀬川「民法の解釈」(前注232)13頁及び17頁も、我妻「方法論」における「後から着せられる衣の形式」に注目している。

て裁判官の「全人格的判断」に基づくところの「心理過程」のフィルターを通して先に「結論」が見いだされ、その後「法的な理由付け」としての三段論法が当該結論を包み込む「衣の形式」として利用されることになる²⁸⁵。それでは、その三段論法の前提となる「現行法」とは何か。我妻は、単に成文法規のみならず、判例、慣習、条理を総合して「現行法」と言っている²⁸⁶。そして我妻は、そのような「現行法」に基づく三段論法

285 このように「結論」を先に見いだし、その「理由づけ」を三段論法的判断で行うという我妻「方法論」の立場は、戦後わが国「利益衡量論」ないし「利益考量論」に引き継がれている（この点、本稿前注283参照）。なお、「利益衡量論」・「利益考量論」の基本的考え方とその批判については、原島重義『法的判断とは何か・民法の基礎理論』（2002年）110頁以下を参照。ちなみに、我妻「方法論」の理解については、川島武宜（1909-1992年）も——ほぼ本稿と同様な観点から——一定の注目を払っている。川島「法的構成——法律学の課題に焦点をおいて」川島・前掲著作集（5）（前注245）326頁以下参照。そこで川島は、大要次のように述べている。すなわち「我妻先生の「法律的構成」という概念は、法的判断が決定された後でその「判断に着せられる衣の形式」としての論理的構成物であった」（川島・前掲328頁。傍点・原書）。しかしながら、川島によれば「用語の歴史という観点から言うと、元来“juristische Konstruktion”ということばは、裁判をコントロールする手段として言わば裁判以前に裁判官に伝達される規範情報（裁判規範）を作成するための・論理的作業ないしその結果たる記号的構成物、を意味したのである」（川島・前掲同頁。傍点・原書）と警告を発している。要するに、川島は「裁判規範の作成」（「理由づけ」）があくまで先であり、その後初めて「裁判上の結論」が下される、とする。そして、そのことは「法社会学のみならず、法律学においても、厳格に区別されることを要する」という（川島・前掲同頁）。ただし川島は、その意味での我妻「方法論」の批判的展開をせずに、むしろ我妻「方法論」が我妻の民法学の諸著作において「具体的にどのように現れたか」に重点を置いて論じている（川島・前掲329頁）。その上で我妻「方法論」が、いかに裁判官そして弁護士に大きな影響を与えたか、を肯定的に記述している（川島・前掲330頁以下参照）。この点、「法的構成」＝「裁判規範の作成」＝「理由づけ」の先行と、裁判官の「判断」＝「結論」の後行に関する川島理論の意義及び「評価」につき、今は留保しておくしかない。本稿の続編で論ずることができれば、と願っている。

286 我妻「方法論」（前注231）536頁参照。判例や条理の「法源性」について議論のあるところ、周知のことだが、今はこれに立ち入らない。さしあたり、我妻がそれらを含めて「現行法」と言っていることに注目しておけば、足りる。

のあり方を「現代の通有性とせられるものを如實に観察」した上で、それを独自に「批判」しようという主体的目的を摘示する²⁸⁷。しかるに、そのような「批判」をするためにこそ、我妻は「裁判が論理的體系をなす法律を大前提とする三段論法の形式における適用の形を採ることは、長い人類文化の進展の結果到達したものであつて、現代の人類は、長くこの形式に訓練せられたのみならず、團體の権力に對する近代人の個人的自由は、實に、長くこの形式によつて保障せられて來た」ことを承認すべきである、とする²⁸⁸。このような我妻の方法的觀點は、そもそも形式的訓練によって、かつ「團體の権力」への對抗原理としての「近代人の個人的自由」を批判的に捉え、それに根本的な懷疑を持つ「彼」ならではのものであり、そこに一種の形式論理を超えた「合理的精神」を備えもつものとして、いわゆる「三段論法」が重要視されている²⁸⁹。ともあれ我妻にとって、か

287 我妻「方法論」（前注231）539-541頁参照。

288 我妻「方法論」（前注231）540頁。

289 この点、我妻はマックス・ウェーバーの方法論（M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922）に学んだ。我妻「方法論」（前注231）541-544頁参照。その際、我妻は「当時の現代法」は、ウェーバーのいう「形式的合理性」と「実質的合理性」の狭間で揺れ動いていたものの、あくまでも裁判の在り方を支配しているものは「形式的合理性」である、という。それは、ローマ法が具有していた「一般的形式的特質（die allgemeine formale Qualität）」を継受したものであり、それはヨーロッパ大陸の近代法的展開のなかで、ますます形式化され論理化されていった旨、指摘している（我妻「方法論」543頁参照）。なかでも、予見可能性に基づく法律的「取引安全」の觀點が重視されている（我妻「方法論」544頁参照。我妻の評価によれば、判例法主義をとる英米法においても、その傾向は同様であった旨、記述されている。我妻「方法論」545頁。）。ちなみに「イギリスのピューリタンも、ローマの平民も、19世紀のドイツの市民層も、ともにこのような体系的に法典化された法を要求した」とウェーバーが述べるとき、彼によれば、この意味での「形式的な法」自体が、すでに「体系化された・一義的な・目的合理的に創造された」ものとして把握されていることに注目しておきたい（傍点・引用者）。以上、マックス・ウェーバー（世良晃志郎〔訳〕『法社会学（「経済と社会」第2部第1章・第7章）』（1974年）384頁参照。こうしてみると、我妻は、ウェーバーの——実質的な「目的的に創造された」ところの——「合理的精神」を選び取ったことになる。そして結果的に我妻は

の三段論法の基礎を提供したところの「近代法律における論理的合理性」こそは、「法律の確實性を保障し國權に對する個人の自由を確保して來たこと」（傍点・原書）の作用的根柢であった²⁹⁰。

ところで我妻は、改めて「具體的妥當性の要求」の問題に立ち返り、次のように言っている。すなわち、「具體的妥當性の要求」を「法律の論理的構成を不可缺とする現代の裁判形式において、如何なる程度まで実現し得るか」。言い換えれば「法律的構成の要求と具體的妥當性の要求を、如何なる點に妥協せしむべきかの點」が、今や「重大な問題」となっている（傍点・原書）、と²⁹¹。これは同時に、我妻「方法論」における「裁判中心の考察方法の枢軸點に到着」したことを意味する²⁹²。ここでは就中、「法律の確實性」と「具體的妥當性」との關係が問われている。我妻にとって、法律の「純論理的取扱ひ」すなわち「確實性」は、「個人の自由を脅かさないものである、という保障を備へてゐること」を指す。その帰結として「裁判の劃一性、豫斷性」が生み出される²⁹³。しかしながら、我妻の理解に従えば、「法律の確實性」確保のために「理想」の一手段でしかなかったはずの「論理的合理性」が自己目的化され、「論理化のために論理化することに専念して、形式論理即ち法律の本質であるかの如く考へられるに至つたことが、近代法律の論理的合理性にまつはるあらゆる不

ゝは、極力「形式性」を排除し、もって「合理的精神」の實質を「裁判の法的作用」論として「結実」させようとした、と言えよう（あとで詳論するように、その〔實質的〕「合理的精神」は、我妻「方法論」において「具體的妥當性」という牧野英一流のマジックワードによって裏付けられていく）。とはいえ、果たして、それがウェーバーの「真意」に適っていたか否かは、別論を要すると思われる。

290 我妻「方法論」（前注231）545頁参照。このような我妻の「個人自由」尊重の観点から、瀬川「民法の解釈」（前注232）13頁も強調している。筆者（川角）も、これを我妻「方法論」の最も啓発的な側面であると考ええる。

291 我妻「方法論」（前注231）549頁参照。

292 我妻「方法論」（前注231）550頁参照。

293 我妻「方法論」（前注231）550-551頁参照。

正を誘致した」と批判される²⁹⁴。こうして「法律の確實性」自体、相対化せられるべきであって、量的に較量されるべき存在へと格下げられる。我妻曰く「この法律の論理的合理性を、その誤つて與へられた本質の王座からひきおろして、至當な地位に還らしめ、その地位における至當な範囲において、その存在を確保することが、結局、裁判における論理的合理性と具體的妥當性との融合點を明らかにする根本的の鍵でなければならない」²⁹⁵（傍点・引用者）。したがって「我我は、常に、當該事件の生じた時代と、内容たる法律關係とを考察することによつて、その具體的妥當なる判斷に與ふべき確實性の量を較量しなければならない」²⁹⁶（傍点・原書）。とはいえ、我妻にとっても「至當な範囲においては、形式論理の合理性は、なほ、正當且つ重大な存在意義を有する」こと、を否定するわけにはいかなかった。それゆえ、その結論は、以下のようになる。すなわち「具體的の妥當なる判斷に、正に與ふべき確實性を適當に支持するところに、法律の論理的構成の至當なる存在の線」が引かれるべきである、と。ここで我妻にとって、主役はあくまで「具體的妥當性ある判斷」であって、それを、脇役としての「法律の確實性」が「適當」な範囲内において「支持」すべきであり、そこに法律の論理的構成の存在的限界性が認識されるべきことになる。その限りで「三段論法」も一定の積極的意義を付与される²⁹⁷。我妻に従って、それをやや具体的に言い換えれば、こうであ

294 我妻「方法論」（前注231）551頁。

295 我妻「方法論」（前注231）551頁。

296 我妻「方法論」（前注231）552頁。ここで我妻は、形式論理以外の手段でもって確實性を維持しつつ、「具體的妥當性に近づく」ことが必要であるとし、「調停制度」の機能に着目している。

297 我妻「方法論」（前注231）554頁参照。この点に関連して、我妻が「確實性そのもの」も「具體的妥當性との協調」に関し、「時代や、法律關係によつて左右せられる」と述べていたことに注意しておきたい。我妻「方法論」551頁。こうして、「時代」は言うまでもなく、「法律關係」それ自体がすでに「具體妥當性」を帯びざるをえないがゆえに、我妻流の「法律關係」なるものによって「三段論法」のあり方も「具體妥當」的に規定されざるをえない、という一種のメ

る。——「我々は、総ての規定乃至概念を分析して、その一定の時代、一定の社會において與へられた具體的な内容とその合理性との間に存する關係を捕捉し、これに基づいて、新しき社會狀態の下にその内容のウムビルデン (Umbilden = 再構成) を企てねばならない。かくして、はじめて、法律體系は、その支柱となり樞軸となる規定や概念の硬化することを避け、フレキシブルなものとして進展し得るのである」²⁹⁸ (括弧内・引用者)。

こうして導き出された我妻「方法論」の最終的結論は、次のようであった。すなわち「大前提たる現行法の體系と小前提たる事實の認定とを巧みに按配して、具體的妥當な判斷を基礎づける三段論法を構成することが、結局、私の提唱する「法律的構成」の内容をなすのである。而してその按配の巧みなるだけ、それだけそこに裁判の價值の大なるものがある。私は、これをさして、法律構成の技術の巧拙といふのである」²⁹⁹。

▼「循環論法」を生み出して行くのである。ちなみに、このような我妻の「具體的妥當性」重視の観点は、1922年(大正11年)に出された牧野英一「具體的妥當性」の「方法論」レベルでの具體的展開と言ってよい、と考える(この牧野論文については、本稿前編・龍谷法学50巻1号で考察した)。なお我妻は、師鳩山秀夫は言うまでもなく、ことのほか牧野英一の學問的影響を受けて我妻民法学の道を開拓していったようである。たとえば、我妻栄「牧野英一先生の想い出」書齋の窓189号(1970年)10頁以下、特に13-14頁参照(その中に「[牧野英一先生の]「民法の基本問題」は私にとつての金科玉条であつた」[括弧内・引用者]という一文もある[我妻14頁])。

298 我妻「方法論」(前注231) 555頁。我妻によれば、このようなフレキシブルな解釈態度は、当時流行していた「自由法運動」と繋がりがあるものとされる。つまり自由法運動が依拠する「公序良俗」、「誠實信義」、「相當なる」、「妥當なる」、「濫りに」などのスローガンとの關係性である。ただし我妻は、問題の提起にとどめている。我妻・前掲558頁注1参照。この「自由法論」・「自由法学」の発想を徹底して、わが国「利益衡量論」を主導したのは、加藤一郎(1922-2008年)であった。その所説については、本稿前注283中頃の記述を参照。

299 我妻「方法論」(前注231) 556頁。ここで我妻は、三段論法の小前提たる事實そのものも、「ある程度まで動かし得る」(我妻・前掲555頁。傍点・原書)とし、その際に末弘巖太郎によって提唱された「擬制論」に注目しているが、その具體的な展開にまでには至っていない。なお我妻・前掲558頁注2参照。ちなみに、瀬川「民法の解釈」(前注232) 14頁も、このような我妻「方法論」の立場を

その「結語」において、我妻はある意味で大きな「教訓」を我々に突きつけている。すなわち「法律構成のこの強みとこの弱みとを意識し、その分に應じた作用のために努力することをせず、徒らに新たな理想に憧れんとする者は、結局法律の分野に安住し得ない者といふの外はないのである。繰返へしていふ、法律的構成を伴はざる法律論は、決して法律として實現せられる力を有するものではない」³⁰⁰（傍点・引用者）。この我妻の教訓的文章は、今なお価値ある一文となっている。私たちは、そこから汲み取るべき多くのものが与えられている、と考える。その意味で、若き我妻法学を代表するこの「方法論」は、燦然とその存在意義を自己主張しているようにみえる³⁰¹。とはいえ、なお問題はなお残る。たとえば①我妻榮が

「（「三段論法」の「按配」に左右されるところの「法律構成の技術の巧拙」という観点）を評して、「実定法を経験科学の対象たる実在と考えた石坂（音四郎）と比べると、大きな変化であった」（傍点及び括弧内・引用者）と述べている。

300 我妻「方法論」（前注231）560頁。

301 後年、我妻は自らの「方法論」論文について——多分に謙遜してのことであろうが——次のように回想している。——「現在の若い學徒諸君が讀まれたなら、わかり切ったことを、あれこれと持つて廻つて、結局入り口と同じところに出て来ただけだと感じられることと思う。しかし（中略）解釋論をもつて終生の任務としていた私にとつては、今日から見てわかり切つたようなことでも、一應これを吟味してみなければ、安住の境地に達することはできなかつたのだ。いま、私自身これを讀んでみても、稚氣愛すべきものがないでもない。私にとつては、いわば幼い日の想い出の寫眞である」。我妻・前掲書『債権の優越』（前注231）序10頁。ちなみに、川島武宜「我妻民法学」について川島・前掲著作集（前注245。この論稿は「書き下ろし」である。したがって、原論文初出は、同著作集の出版年と同じ1982年としておく）347頁以下は、我妻「方法論」に触れて、以下のように述べている。——「判例研究のための理論的基礎として、裁判における decision-making と、その結果を判決の中で正当化するための論理的手段としての「判例の理由づけ」（これを先生〔我妻〕は「法律構成」と呼ばれる）とを、当時の先端的理論であつたリアリズム法学に基づいて理論的に分化した上でそれぞれについて明確な理論を構成されたのは、我妻先生の「私法の方法論に関する一考察」であつた（中略）。隣接領域の研究には全く無関心であつた当時のわが法律学界において、先生がそのような理論を主張されるには、大へんな努力があつたに違いない。そうして、そこで説かれているところ（中略）は当時の法律学の支配的見解に反対するものであつて、当

「時においてはまことに大胆な発言であったはずであり、おそらく相当の勇気を要したと思われる。右の問題についての先生の議論は、まことに画期的な斬新なものであったのである」(亀甲括弧内・引用者)。さらに川島「『私法の方法論に関する一考察』について——我妻法学および今日の法律学にとっての意義について」同著作集(前注245)318頁以下、特に322-323頁は、以下のような興味ある指摘をしている。——「この論文〔我妻「方法論」〕が書かれた動機は、〔我妻〕先生自らも言われるように、鳩山法学の嫡流相続人としての先生の法律学の基礎づけということであり、そうして、その目標は、「法社会学の洗礼を受けた鳩山法学」——或いは「法社会学ないし社会学的法律学の挑戦に堪える鳩山法学」——の確立ということであった(このことは、私が先生から直接に聞いたところである)」(丸括弧内及び傍点・原書。亀甲括弧内・引用者。なお、川島「原論文初出は1974年『ジュリスト』563号『特集 我妻法学の軌跡』・本稿前注183〕である)。そして同論文で、川島は「(我妻先生が)『解釈論』をもって終生の任務とすることを「当時」すでに決意されていたのであり、そうしてこの決意は「東京大学に民法講座を担当する者」としての先生の自覚に深く根ざしていた」とも述べている(川島・前掲著作集324頁。傍点・原書。括弧内・引用者)。ちなみに、川島がいう「(我妻)先生自らも言われるように」との箇所は、我妻・前掲書『債権の優越』序9-10頁の記述を指す。そこで我妻は、次のように言っている。——「この論文(我妻「方法論」)は、私にとっては、一番印象が深い。(中略)卒業して民法専攻の生徒になろうと決心したときに、私は、東京大学に民法講座を擔當する者として、いかなる方法論をもつて進むべきかに、思い悩んだのであつた。鳩山(秀夫)先生の拓かれた途を安んじて進み得るなら苦悩はない。しかし(中略)解釋法律學に對して痛烈な批判の鋒を向けられた末弘嚴太郎先生の論難に接するに及んでは、立つている足許の崩れるような不安と焦燥に襲われざるを得なかつた。アメリカで社會學を學び、ドイツ、フランスで經濟學や社會主義の文獻に親しんだのもそのためであつた。(中略)解釋論そのものの裡に、これら(社會學・經濟學・社會主義等)の研究をとり入れて、そこに安住の地を見出すことはできないか。これが、當時(欧米留学帰国後)の私にとつての苦悩の中心であつた。そして、この苦悩を吟味し、反省しようとしたのが、右の論文(我妻「方法論」)である」(括弧内及び傍点・引用者)。ちなみに、我妻「方法論」と川島「方法論」との共通性について、興味深い指摘を行なっているのは、瀬川「民法の解釈」(前注232)37頁である。この瀬川「民法の解釈」34頁以下は、川島「方法論」をテーマに詳細な考察を展開している。この点、本稿続編で改めて取り上げる。さしあたり、本稿前注285参照。ちなみに、水本・前掲論文『民法学の転回』(前注187)198頁は、「我妻によって、民法学全般を対象とする、価値論的分野、社会学的分野および法律構成的分野から成る総合的方法論が完成した」として、我妻「方法論」を全面的に評価している。ただし、本稿後注302とそれに対応する本文で示しノ

好んで用いる「理想」や「具體的妥當性」という漠然とした「観念」のより具体的な解剖、あるいはすでに②我妻法学に通底していた「相関関係」的思考の評価、さらには③ある意味での我妻法学における「現実主義」（リアリズム法学＝社会学的民法学）の「光と影」の考察、さらには④我妻「方法論」と戦後の「利益衡量論」ないし「利益考量論」との内面的な連結関係、また⑤我妻によって展開された資本主義的「私法論」の方法論的批判ないし再構成の可能性など、がそれである³⁰²。筆者（川角）によ

ゝた我妻「方法論」の問題性は、水本浩（1920-1999年）にあっては、ほぼ視野の外に置かれたままである。

302 これ以外に、すでに我妻「ダンツ」論（前注187）で示されていた「個人主義から團體主義へ」への展開に関する位置づけ（これは、我妻「方法論」では、それほど強調されていなかったことである）、さらに、我妻民法学における「政治的エレメントの評価」等も問題となりえよう。なお、この点に関連して、「人間・我妻榮を語る〔座談会〕」ジュリスト臨時増刊号（前注183）48頁以下では、我妻の「憲法問題研究会」への取り組み、「啓蒙的活動」等が詳細に論じられている（上記ジュリスト69頁以下参照）。ちなみに、我妻「民主政治家の責任」同・前掲書『民法と五十年』（前注242。原論文「講演記録」の初出は1960年）292-299頁は、明らかに同級生・岸信介（この点、本稿前注183参照）を意識して書かれた論説である。そこで我妻は、「戦争責任者であった人たち」を念頭に、この「人たち」の「反省」の如何を問い、「最近のわが国の政治事情（当時の首相・岸信介による日米安保改定＝新安保条約「自然承認」を指す）を見ておきますと、これらの人たちの反省というものは、その人たち自身の主観に反して、いかに浅いものであったかを示している、という他はありません」と糾弾している（我妻295頁。なお、括弧内及び傍点・引用者）。ただし、我妻は、その「人たち自身」の「主観」は別であったとして、実質上かばい立てもしている。その点は、十分留意されるべきである。——上記の新日米安保改定「強行」を発端とする岸内閣総辞職が1960年7月であり、我妻の講演記録が雑誌「世界」に掲載されたのが、その翌月・同年8月であった。そして現在、岸信介の孫・安倍晋三が立憲主義破壊（日本国憲法99条及び9条「無視」）の集団的自衛権行使を基軸とする「新安保法体制」を敷き、北朝鮮の盲動を口実に集団的自衛権の発動として、朝鮮半島沖のアメリカ海軍の空母等に寄り添う形で、海上自衛隊艦船を展開させている。国内では、さらに「共謀罪」法案も「強行採決」した（2017年7月上旬本稿執筆時点の状況。「共謀罪法」の正式名称は、「組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律等の一部を改正する法律」である。この点、計画段階で処罰の対象となる犯罪行為の「内容の無確定性」↗

れば、上記①～⑤の諸点は、文字通り有機的に関連し合っている。かつまた「一体化」してもいる。そして、そのような①～⑤に及ぶ我妻テーゼは、今なお、わが国「現代民法学」の導きの星であるようにも思われる。この点の「検証」ないし「論証」については、本稿でも——可能な範囲に限定してではあるが——さらに引き続き注意深く考察していきたい、と考える。

(未完)

ㄨ 及びその「治安立法性のゆきすぎ」につき、さしあたり高山佳奈子『共謀罪の何が問題か』〔2017年〕45頁以下を参照）。東大・京大を始め、一流の民法学者たちが、これらに正面だって「反対」したという声を、ほとんど聞くことはない。その点に照らし、先達・我妻栄は、やはり名実ともに「立派」であったと思う）。