

「法社会学論争」の教訓（七）

——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
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫
 - 〔ハ〕 牧野英一 (以上、龍谷法学50巻1号)
 - 〔ニ〕 末川博
 - 〔ホ〕 我妻栄 (以上、龍谷法学50巻2号)

[ヘ] 穂積重遠 (以上、龍谷法学50巻3号)

[ト] 中島玉吉 (以上、龍谷法学50巻4号)

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)

[イ] 岡村司 (以上、龍谷法学51巻1号)

[ロ] 末弘敬太郎

(a) 末弘敬太郎の略譜と末弘民法学の特徴

< i > 末弘敬太郎の略譜

< ii > 末弘民法学の特徴

(b) 若き末弘敬太郎の民法学

< i > 多才と好奇心——「刑法」と「民事訴訟法」そして「民法」

[α] 「責任能力ト斟酌」

[β] 「確定判決ト良俗違反」

[γ] 「過失無キ不法行爲」

< ii > 「成文法ノ解釋ト不文法」——末弘「慣習法」論の芽生え

[α] 序論

[β] キス「成文法ノ解釋ト不文法」の内容——「概念法学」
でもなく「自由法学」でもなく

[γ] 末弘はキス「成文法ノ解釋ト不文法」をいかに受けとめ
たか——エールリッヒ「法社会学」への導きの糸

< iii > 「第三者の債権侵害」論(債権の不可侵性論)と「債権
の排他性批判」論

[α] 「第三者の債権侵害」論(債権の不可侵性論)

(あ) 「權利義務ノ觀念竝ニ其關係」

(い) 「權利ノ不可侵性ノ意義」

(う) 「違法(Rechtswidrigkeit)ノ觀念」

[β] 「債権の排他性批判」論

(あ) 「債権の排他性」= 賃借権一般の「物権化」への批判

(い) 登記ある不動産賃借権は「物権」か

[γ] 末弘が訴えたかったこと

< iv > 「債権各論」の特徴

[α] 序論——末弘「債権各論」の持ち味

(あ) 「自序」から窺えること

(い) 「目次編成」から窺えること

[β] 末弘の「契約法基礎理論」

(あ) 序論——「契約の觀念」・「對價關係」・「雙務契約」・「有
償契約」

(い)「財産ノ移転ヲ以テ目的トスル契約」の歴史的概観——
原初的「贈与」・「交換」から近代法的な「売買」さら
に「贈与」への展開

(う)「契約解除論」——法定解除と告知の区別

〔γ〕末弘の「不法行為要件論」

(あ)「民事責任ト刑事責任」——末弘における民事過失論の
＜転換＞

(い) 末弘「権利論」の意義——「債権侵害論」との連結

(う)「権利濫用論」と「公序良俗論」との結合

〔δ〕末弘の「不法行為効果論」

(あ) 不法行為に基づく「侵害豫防請求権・不作為請求権」
の否定と独自の「物権的請求権」論

(い)「損害賠償ノ方法」及び「損害賠償ノ範囲」

(以上、本号)

(c) 末弘民法学の＜転換＞と「法社会学」そして「市民法学」

< i > 帰国直後の末弘民法学——『物権法』と並行した前提的
作業

〔α〕「民法改造の根本問題」

〔β〕「所有権思想變革の提唱」

〔γ〕「住宅問題と新借家法案」

< ii > 『物権法』の特徴 (以上、次号)

< iii > 『嘘の効用』は何を語ったか

< iv > 『農村法律問題』の意義

< v > 『労働法研究』の内容と影響

〔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

〔イ〕我妻栄

〔ロ〕牧野英一

〔ハ〕その他この当時の「信義則論」の展開

〔ニ〕穂積重遠

〔ホ〕中川善之助

③「市民法学」の継続とその変容（「市民法から社会法へ」）

〔イ〕末川博

〔ロ〕 末弘厳太郎

〔ハ〕 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔イ〕 加古祐二郎

〔ロ〕 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）をめぐる
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）

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

③ その時期の「市民法学」（ないし市民法論）〔続き〕

〔ロ〕 末弘厳太郎

(a) 末弘巖太郎の略譜と末弘民法学の特徴

ここで筆者は、「市民法学者」末弘巖太郎（1888-1951年）について語る。ただし、本稿では、自覚的に＜民法学＞と＜市民法学＞を区別しているので、とりわけここでは、もっぱら「民法学者」としての若き末弘巖太郎の法学論を語ることになる。とはいえ、末弘の民法学は、その出発点からして裾野が広大であり、かつ「多面的」である。また彼の——特に欧米留学から帰国後の——民法学は、その内懷から法社会学的側面をもち、かつ徹底して市民法学的であった。同時に、民法学を内部から「解体」せしめる要素も併せ持っていた。おのずと、その評価には困難がつきまとう。また末弘民法学を語ることは、本稿の基軸たる「法社会学論争」を先取りの語ることでもある。課題は困難だが、できる限り、末弘の著作に寄り添って慎重な「評価」を試みたい。急ぐことは避けたい。そこで本稿（本号）では、主に、末弘が欧米留学前に書いた著作を中心に考察する。留学から帰国後の著作については、本稿続編（次号以降）で論ずることにする。それゆえ本稿では、末弘はいまだ「市民法学者」としては登場しない。続編（次号以降）で描く「市民法学者」末弘巖太郎の、準備段階ないし助走段階に若干の光をあてるにすぎない。とはいえ、留学前の若き末弘巖太郎を「論ずる」本稿は、おそらく帰国後の末弘＜転換＞論に関する再考を要求するかも知れない。言い換えれば、末弘法学の＜連続＞と＜不連続＞の重層構造を明らかにすることに繋がるかも知れない。そのような期待も込めながら、本稿に臨みたい。ともあれ、まずは末弘の略譜を辿ろう。

< i > 末弘巖太郎の略譜¹

末弘巖太郎は、1888年（明治21年）山口県²に生まれた。裁判官・末弘巖

1 末弘の略譜については、さしあたり潮見俊隆「末弘巖太郎」潮見俊隆＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）335頁以下、和仁陽「末弘巖太郎——日本民法学史の自作自演者」法学教室178号（1995年）72-73頁を参照。

2 出生地「大分県」と記しているものもある。上田正昭＝永原慶二＝藤原彰＝津田秀夫＝藤井松一（監修）『コンサイス日本人人事典・改訂新版』（1995年）ノ

石 (1857-1922年)³ の長男であった⁴。その後、東京開成中学、第一高等学校を経て、東京帝国大学法学部に入学した⁵。そして彼は「大学在学中の三年間、民法の川名兼四郎⁶の講義をきき、明治45年(1912)東大卒業後も、

、660頁。

3 父・巖石は「明治初年の司法省法学校でボアソナードのもとにフランス法学を学び、民法典編纂の功労者である梅謙次郎らと同窓であり、名裁判官としてのちに大審院部長となった」とされる。潮見(俊)・前掲「末弘巖太郎」(前注1)335頁。なお、前掲書「日本人名事典」660頁では、巖石は大分県出身で、高知・盛岡・山口の裁判所に勤務したのち、大審院刑事部長になった、とある。もしかすると長男・巖太郎は、巖石が山口勤務中に、そこで生まれたのではないか。水野紀子「末弘巖太郎先生略年譜・主要著作目録」法律時報60巻11号(1988年)111頁でも「山口県に出生」とある。ともあれ、巖太郎への父・巖石の影響力は、かなり大きかったようである。潮見(俊)も「わたしのきいた(末弘の)講義のなかでも、しらすしらすのうちに父巖石から法律思考を訓練され、裁判官の心理構造についても教えられることがすくなくなかったことを語っていた」と述懐している。潮見(俊)・前掲同頁。この事実は、本稿及び続編でも大きな意味をもつことになる。この点、本稿後注4も参照。

4 裁判官であった父巖石の巖太郎への影響は計り知れない。その影響は、末弘民法学・法社会学の一貫したバックボーンをなすと言っているのかもしれない。——「乱暴な言い方をすれば、凡そ或ることが裁判所で問題になっているときには、表面、解釈といいながら既に解釈の領域を越えて立法的な段階に達している。だから普通教科書に書いてあるようなことは実際裁判官が裁判するときにはほとんど役に立たない。私の親父は、四十年くらい裁判官をやった経験から、毎晩よくいっておったのですが、凡そ問題があったときに、本を読んで未だ曾て回答を得たことがないというのです。つまり裁判所で或る事が問題となるようなときは、最早通俗に考えてるような解釈からは答は出てこないというのです」。日本評論社(編)「日本の法学」(1950年)134頁(末弘発言)。このような末弘「判例法」論と穂積重遠の「判例法」論との関連異同ないし対比も重要である。本稿続編で立ち入りたい。

5 潮見(俊)・前掲「末弘巖太郎」(前注1)335頁参照。なお1908年(明治41年)7月1日に一高卒業とあるから、同年9月あるいは10月に東京帝国大学法学部に入学したものと思われる。この点、水野紀子「末弘巖太郎先生略年譜」(前注3)111頁参照。

6 川名兼四郎(1875-1914年)については、末弘巖太郎の論稿にその学風・人柄が描き出されている。末弘「嗚呼川名兼四郎先生」法学協会雑誌32巻12号(1914年〔大正3年〕)1-8頁、同「民法學生成時代の回顧——特に川名兼四郎教授について」『東京帝國大學學術大観——法学部・経済学部』(1942年〔昭和17年〕

ひきつづき川名の指導をうけて民法学の研究に従事することになった」⁷。そして師・川名が40歳の若さで死去した年、1914年（大正3年）に東京帝国大学法学部助教授として就任した⁸。ちなみに、同年12月に鳩山秀夫（1884-1946年）⁹がヨーロッパ留学を終えて帰国しており、翌1915年（大正4年）には石坂音四郎（1877-1917年）¹⁰が京都帝国大学法学部から教授として東大法学部に招かれている。さらにその翌年、1916年（大正5年）、穂積重遠（1883-1951年）¹¹が欧米留学から帰国した。このような中で、末弘は「民法学界に新進の助教授として登場」し、「鳩山、穂積とともに若い民法学者トリオを形成することになった」¹²。その後、末弘は大著『債権各論』（1918年〔大正7年〕）を仕上げた直後¹³、1918年（大正7年）から1920年（大正9年）まで、欧米留学を経験した。なかでもアメリカ・シカゴ大学で「ケース・メソッド」を体験したこと、また合衆国憲法判例研究を通じて「労働法、社会立法」に接したことが、彼に大きな衝撃を与えた¹⁴。またフランスで

ゝ年）115頁以下を参照。

7 潮見（俊）・前掲「末弘敬太郎」（前注1）336頁。なお、平野義太郎「社会科
学者・末弘敬太郎」法律時報23巻11号（1951年）3頁によれば、川名兼四郎が
早く世を去ったので、末弘ひとりが川名の「学問上の門下」であったとされる。

8 和仁・前掲「末弘敬太郎」（前注1）72頁参照。

9 鳩山秀夫については、本稿前編でやや詳しく触れた。龍谷法学50巻1号（2017
年）202頁以下参照。

10 石坂音四郎については、さしあたり石田喜久夫「石坂音四郎——日本民法学
の山脈における最高峯」法学教室181号（1995年）98-99頁参照。

11 穂積重遠については、本稿前編で若干立ち入った。龍谷法学50巻3号（2018年）
310頁以下参照。

12 潮見（俊）・前掲「末弘敬太郎」（前注1）337頁。

13 より正確に言えば、末弘は『債権各論』（1918年）の最終原稿を、最初の渡航
地アメリカにわたる途上、船中で書きあげ、ハワイから日本に送付したとされる。
潮見（俊）・前掲「末弘敬太郎」（前注1）338頁。なお、筆者が直接参照した末
弘『債権各論』につき、本稿後注29を参照。

14 潮見（俊）・前掲「末弘敬太郎」（前注1）338-341頁及び平野・前掲「社会科
学者」（前注7）5頁参照。

の労働運動の見聞、スイスでのオイゲン・エールリッヒ (1862-1922年)¹⁵ との出会いなど豊富な体験を積んだ¹⁶。帰国後1921年 (大正10年) に教授に昇格¹⁷。ドイツ流の概念法学的解釈論を痛烈に批判し、「生ける法」・「判例法」の重要性を強調した¹⁸。その実践のため末弘は、1921年 (大正10年)、東大法学部に「民法判例研究会」を組織した¹⁹。また、1923年 (大正12年) 9月1日の関東大震災の体験を踏まえ、末弘は穂積重遠と共に東大セツルメントを創設し、その運営にあたった²⁰。そこで労働者らの実態に触れ、アメリカやフランスでの労働運動の観察をも生かして、1926年 (大正15年)、末弘は『労働法研究』を上梓した (これが戦後、末弘の実践的活動の理論的基盤となる²¹)。その後、1933年 (昭和8年) には法学部長に就任²²。1940年 (昭和15年) から中国・華北農村慣行調査の中心的な役割を担った²³。この頃、末弘は「日本法理研究会」 (1940年〔昭和15年〕設立) に参加したようである²⁴。そして戦後、末弘は「末弘労働法学」の立場から、著作活動及び講

15 エールリッヒについては、さしあたり磯村哲「エールリッヒ」木村龜二 (編著) 『近代法思想史の人々』 (1968年) 80頁以下参照。

16 末弘とエールリッヒの出会いとその意義について、潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 341-342頁及び平野・前掲「社会学者」 (前注7) 5-6頁参照。

17 和仁・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 73頁参照。

18 すでに周知のことである。潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 343頁及び和仁・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 73頁参照。

19 平野・前掲「社会学者」 (前注7) 8頁及び潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 345頁参照。末弘厳太郎と穂積重遠が中心となり、これに我妻栄 (1897-1973年)、田中誠二 (1898-1994年)、中川善之助 (1897-1975年)、平野義太郎 (1897-1980年)、東季彦 (1880-1979年) の7名で組織された。その後、田中耕太郎 (1890-1974年)、菊井維大 (1899-1991年) らが加わって、研究会の名称も「民法判例研究会」となった。ちなみに潮見 (俊) の記述は、ほぼそのまま平野の記述に依拠している。

20 潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 356-358頁参照。

21 潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 364頁以下参照。

22 潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 358頁参照。

23 平野・前掲「社会学者」 (前注7) 12頁及び潮見 (俊)・前掲「末弘厳太郎」 (前注1) 358-361頁参照。

24 白羽祐三「『日本法理研究会』の分析」 (1998年) 153-154頁参照。白羽によ

演活動・労働三法の立法活動・中労委の会長代理または会長として労働争議の仲裁等に奮迅した²⁵。この末弘の獅子奮迅は「連合軍」アメリカ占領下の活動であるしかなかったものであり、アメリカ・リアリズム法学の洗礼を受けた末弘も、占領管理政策の一環として次々に打ち出されてくる戦後立法には手を焼いた面もあった、とされる²⁶。1950年9月直腸ガンの診断を受けて手術、そして長期の入院。一事小康を得て退院したが、翌1951年7月に再発し9月11日に逝去した。62歳であった²⁷。

＜ⅱ＞ 末弘民法学の特徴

ほんらい個別作品を逐一吟味した上で、末弘民法学の特徴を浮かび上がらせることが望ましいこと、言うまでもない。しかしながら、一応ここで若干の特徴点を指摘しておくことが、個別の作品を解析する上でも有用であるように思われる。留学前の末弘巖太郎の代表作は、むろん大著『債権

れば、末弘の直接的な入会のきっかけは、日本法理研究会で副会長の役割を演ずる小野清一郎（1891-1986年）の勧めもあったものの、それ以上に末弘自身が司法官（元司法大臣）・塩野季彦（1880-1949年）の思想に共鳴し、「輸入法学」を打破して世界的見地から日本法固有の存在意義を積極的に認識し、「国民感情」を尊重し、「法と道義との一体化」を目ざす立場から、より内発的に日本法理研究会に入会したことに着目すべきである、とされている。ちなみに末川博（1892-1977年）は、『物権法』以来の末弘が「法の内に日本的な要素を求めるという態度」を持っていたのであり、それが「戦争中の先生の言動のどこかに現れることにもなって、日本法理研究会などからんで誤解を受けられる因をなしたのではあるまいか」と述べている。末川「末弘博士と日本の法学・序説」前掲・法律時報（前注7）13頁以下、特に15頁参照。ともあれ、末弘と日本法理研究会との関係も無視し去ることはできない。本稿統編で戦前・戦中の末川の態度ともども考察したい。

25 潮見（俊）・前掲「末弘巖太郎」（前注1）363-364頁及び和仁・前掲「末弘巖太郎」（前注1）73頁参照。

26 平野・前掲「社会学者」（前注7）38頁参照。当時末弘は、アメリカから言われれば「唯々諾々」としてアメリカ流の「法律万能主義」に拘束され、かえって「日本の法制と法学が後戻り」するのではないかと危惧していたらしい。

27 末弘巖太郎『断腸前後』（1951年）47頁以下に、大手術の経過と壮絶な闘病生活の様相が描き出されている。なお、潮見（俊）・前掲「末弘巖太郎」（前注1）365頁も参照。

各論」(1918年〔大正7年〕)である。ただ、すでに学生時代からその才幹が認められていたようであり、「法科大學々生」の肩書きで幾つかの翻訳文・論文を書いている。いずれもドイツ法学の研究成果を遺憾なく發揮した優れた論稿であるが、すでに「適法行為による「不法行為」ないし「許された危険」に繋がる「不法行為無過失責任論」を展開していた点には注意を要する。さらに学部卒業後は、「成文法ノ解釋ト不文法」の翻訳(抄譯)を通じて、その後の末弘民法学の骨格を形成する「解釈方法論」・「法源論」(「慣習法論」・「判例法論」)の萌芽を垣間見せている。さらに「第三者の債権侵害論」・「債権の排他性論」を考究し、「権利不可侵性論」を構築した。「物権的請求権理論」の解体に向けた論旨が展開され始めるのも、すでにこの頃のことである。加えて、ドイツ流概念法学の結晶体とも称される『債権各論』²⁸の中においても、「債権の不可侵性」・「第三者の債権侵

28 和仁・前掲「末弘厳太郎」(前注1)72頁によれば、末弘『債権各論』(前注13)につき「多少当時流行の『概念遊戯』のお相伴をした」という引用文がある(ただし出典は示されていない)。ちなみに、平野・前掲「社會科學者」(前注7)3頁は、「分析法學」という用語を留学前の末弘に特有な「概念法學」の意味で使用している。末弘の源流に川名の「概念法學」があったことを前提に、「精緻な分析法學をうち越えて」という項目でその趣旨のことを記している。いわゆる「分析法學」は、オースティン(1790-1859年)に源流をもつわけであって、著名な「主権者命令説」という側面をもつ(主権者が「個人」であれ「集団」であれ、誰であってもかまわないとする)。同時に、オースティンは単なる「分析的論理」一辺倒ではなく、歴史的な脈、現実社会生活の重視、実定法の動的展開を視野に収めた「理論法学」の開祖でもあった。高柳賢三「オースティン」・前掲書『近代法思想史の人々』(前注15)117頁参照。ついでながら、オースティンが「ベンサムの実利主義(Utilitarianism)」を受容したこと、さらにオースティンの「周密・精細」な講義を最後まで受講する学生は僅少であったところ、その一人がジョン・スチュアート・ミル(1806-1873年)であったこと、オースティンの難解な遺稿「法理学講義」(Lectures on Jurisprudenz)を、千辛万苦の末「校正」し出版にまでこぎつけたのが、愛妻サラ(1793-1867年)の尽力であったことなどにつき、穂積陳重「ジョン・オースチン夫人サラ」同『法窓夜話』(1980年・岩波文庫)231-245頁参照。ともあれ、平野義太郎が「概念法学」と同列的に「分析法學」という規定を用いたのはなぜか。謎のまま残しておくしかない。

害」が説かれ²⁹、さらに概念法学に終始しない「結果の穏当」などバランス感覚が示されているともされる³⁰。こうして、留学前の末弘民法学は、むしろ帰国後の末弘民法学の準備段階・助走段階であったとみることもできるのではないか。その意味で、従来から説かれてきた帰国後の末弘民法学の＜転換＞には、もしかする一定の留保が必要であるかも知れない³¹。にもかかわらず、本稿では一応「末弘法学の方法論的な転換」を承認している³²（＜転換＞というより、むしろ＜更なる展開＞、あるいは＜助走路線の徹底化ないしその拡大＞と言う方が適切かも知れないのだが…）。ともあれ、そのようなく転換＞をへて、末弘徹太郎の民法学は大正デモクラシー期の代表的「市民法学」でありえたのであり、同時に「社会法学」の結晶体として開

29 筆者は末弘『債権各論』の第7版（1922年〔大正11年〕）を参照した。債権の不可侵性及び第三者の債権侵害に基づく不法行為については、同書1031-1036頁を参照。後ほど本稿でも触れる。

30 和仁・前掲「末弘徹太郎」（前注1）72頁参照。

31 我妻栄「民法学における想出と回顧」前掲・法律時報（前注7）17頁以下、特に19頁は、末弘の＜転換＞が、従来の概念法学的傾向一般への批判のみならず、「先生自身に対する反撥」であり「脱皮の悩み」でもあったのであり、さらに「先生の主張は、従来の法律学の否定ではなく発展であると見るべきだ」（傍点・引用者）と言っている（なお、この論文は我妻『民法と五十年』〔1967年〕159頁以下にも収められている）。また川島武宣「法学理論——社会的法律学と法社会学」前掲・法律時報（前注7）33頁以下、特に38頁は留学前の末弘法学について、すでに「概念論理的にだけでなく機能的に考察するという興味をもっておられた。アメリカへ留学された先生がアメリカ的な理論を受け入れて「肉体化」するだけの受容性を、先生はすでに洋行前にもっておられたと推測して誤りないのではないであろうか」（傍点・引用者）と述べている。

32 ＜転換＞のポイントは、単なる抽象的条文の理解の単なる精緻さ・論理整合性からの脱却であり、社会の現実生活の中で具体的に「生ける法」を見出す方法的視点（「法源論」）及び裁判官の法創造的作用の徹底的重視論にあった。この点、前掲書『日本の法学』（前注4）51頁（末弘発言）及び我妻・前掲「民法学における想出」（前注31）同頁（ただし、そこで我妻が紹介する末弘は、現実生活と遊離したドイツの注釈書や教科書が役に立たないと罵倒しているだけであって、「精密な法学理論」の必要性・重要性は、これを末弘自身認めていた、と書いている。我妻・前掲18頁及び前掲書『日本の法学』71頁〔末弘発言〕参照）。併せて川島・前掲「法学理論」（前注31）35頁も参照。

花した³³。「市民法から社会法へ」というスローガンは、戦前から戦後にかけて一つのグランドセオリーを意味したところ、末弘法学は、それ自体そのグランドセオリーの存在意義を根本的に問いかけるものであった³⁴。

さしあたり、以上のことを確認しておいて、次に「若き末弘厳太郎の民法

33 磯村哲（1914-1997年）が、「市民法学」を主題として書き綴った論稿で、末弘法学論を、とくに＜社会法学＞として構想しようとしたのはなぜか。この点、磯村「市民法学」（下）鶴岡信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明（編）『講座・日本近代法発達史（10）——資本主義と法の発展』（1961年）171頁以下では、すでに「社会法学の展開と構造」という枠づけのもとで「末弘法学の体系化への試論」が展開されている。そして以下のように述べられている。——「ここでいう「社会法学」は、法実証主義・国家的権力の法律観・概念法学的方法に対抗して、法を主として社会の所産・機能として把握し、したがって法と社会の関係（法の歴史的社会的被制約性）の認識を法学の不可欠の理論的前提とする法学的立場を意味する」（前掲書『日本近代法発達史（10）』171頁）。なお、この「社会法学」というタームは、磯村論文では「法学史の分析の道具」として「構成」した「型概念」とされる（傍点・原論文）。それゆえ実用法学においては「社会学的法学」（傍点・引用者）がふさわしいとされ、「社会法学」と厳密な区別が図られている。磯村・前掲「市民法学（下）」173頁注1参照。なお、実用法的な意味で「社会法学」と記されていた原論文（磯村「市民法学〔上〕」上記『日本近代法発達史（7）』（1959年）120-121頁）の記述は、その後、磯村『社会法学の展開と構造』（1975年）32-33頁では「社会学的法学」と書き直されている（この意味での「社会学的法学」のトレーガーとして「末弘・平野・我妻教授」の名が並記されている。磯村・前掲書同頁）。ちなみに磯村哲によれば、末弘「社会法学」は、その「法源論」を通じて「市民法学」的課題（「国家権力の法的コントロールと民衆の生存権的諸権利の確立」）を達成しようとする「巨大な「法学理論」——「大正デモクラシー思想」的法学的諸問題の凝集点であるとともに同時にわがくに社会法学の典型理論——として結実していった、とされる（磯村・前掲「市民法学〔上〕」120頁及び同「市民法学〔下〕」172頁。さらに磯村・前掲書『社会法学の展開』32頁及び63頁参照）。磯村哲による「市民法学」における「社会法学」の位置づけは、さしあたり以上のような整理で対応できよう。磯村哲の業績の評価自体、困難を極める。本稿では、末弘法学論との関係で、必要に応じ磯村哲の著作に言及するにとどめる。

34 この「市民法から社会法へ」というスローガンに対する「評価」は、一大考察を必要とする。ここで安易なことを述べることは避けざるをえない。ただ一つ、以下の戒能通孝（1908-1975年）の指摘のみ書きとどめておきたい。——「「社会法」こそは国民生活の福祉を図る祝福された観念である」というような「立場をとるものに橋本文雄『社会法と市民法』がある。橋本氏のいう「社会法」」

学」を描き出すことにしたい。

(b) 若き末弘厳太郎の民法学

< i > 多才と好奇心——「刑法」と「民事訴訟法」そして「民法」

末弘厳太郎は、学生時代に三本の論稿を活字にしている。いずれも法学協会雑誌に掲載された³⁵。①「責任能力ト酩酊」³⁶、②「確定判決と良俗違反」³⁷、③「過失無キ不法行爲」³⁸が、それである。このうち①は、刑法上の「責任能力」を主眼としている。そして②は、「民事訴訟法と民法」の関係を論じている（ただし①と②は、「抄譯」ということだから、ほぼ逐語体の翻訳文であって、「論文」ではない）。対するに③は、純然たる民法上の問題に焦点が当てられている。しかも確固たる「論文」であって、末弘の処女論

ゝは牧野博士の「信義誠実」と内容的には同じでありながら、しかも「社会法」という名をつけることによって「社会的」な外観を附加している。私は同氏のいう「市民法」にも「社会法」にも同感できるところが甚だ乏しいことを、残念ながら告白しなければならない。戒能「市民法と社会法」同「戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学」（1977年）153頁（原論文初出は1958年）。橋本文雄（1902-1934年）の「社会法」の実体を牧野英一（1878-1970年）の「信義誠実」と「同じ」とする戒能通孝の着眼の鋭さには感服させられる。言うまでもないことであるが、戒能通孝は末弘厳太郎の「秘蔵弟子」であった。たとえば山田晟「助手時代の戒能さん」戒能通孝著作集・月報2（1977年3月）1頁参照。なお、牧野英一については、すでに本稿前編で触れた（龍谷法学50巻1号〔2017年〕261頁以下）。橋本文雄の業績については、本稿続編で考察する予定である。ともあれ、戒能通孝にとって、恩師・末弘厳太郎における「市民法」と「社会法」とが、いかに受けとめられるべき存在であったのか。これ自体、なお一個の問題として残っている。

35 単なる推測であるが、恩師・川名兼四郎による強い推薦があったと共に、特に末弘の処女作品ともいうべき①「責任能力ト酩酊」については——その内容が刑法の基礎理論に関わるものであるだけに——牧野英一による推挙があったことも否定できない。末弘厳太郎と牧野英一との関係如何は、本稿でも重視すべきファクターとなる。さらに②「確定判決ト良俗違反」については、仁井田益太郎（1868-1945年）の推挙もあったであろう。

36 法学協会雑誌29巻3号（1911年〔明治44年〕）99頁以下。

37 法学協会雑誌29巻5号（1911年〔明治44年〕）95頁以下

38 法学協会雑誌30巻7号（1912年〔明治45年〕）117頁以下。

文と言すべきものでもある。ところで、刑法及び民事訴訟法に関する①及び②の論稿をみるだけでも、すでに末弘の「多才」と「好奇心」³⁹が如実に示されている。そして①・②は、いずれも、末弘がすでにその学生時代、いかにドイツ法に精通していたかを窺い知ることができる点でも意義をも

39 末弘敬太郎の「好奇心」の強さ・深さは、つとに知られる。我妻栄（1987-1973年）が、その一端を次のように語っている。——「確かに（末弘）先生のは最高級の好奇心だった。少しむずかしい言葉でいってみると、つまり型にはまって安んじていないという氣持じゃないでしょうか。（中略）すぐその型を破っていく。自分から始終型をつくっては破り、つくっては破りしてゆかれたのが先生の学問的態度であり、学風であると思われまゝ。一番終わりに「自分のしゃべったことさえその場で批判する」といっておられるのは、自分が一たび体系を立てると、その体系と容れないものがあるとしても、それにどうしても執着があっていろいろ無理をやったり弁護したりしたくなるのが普通ですが、先生にはそういうことはちっともない。自分の型にさえ自分で安住し得ないという氣持、それを先生自身が好奇心が強いといっておられるのだとすれば、最高級の好奇心という意味で、私は全面的賛成したいという氣がするのです」（括弧内・引用者）。〔座談会〕「人間・末弘敬太郎を語る」法律時報23巻11号（1951年）66頁以下、特に69頁（我妻発言）。ここで我妻が「一番終わりに」というのは、上記〔座談会〕冒頭66頁の「カット説明」で末弘の「日記」が掲げられており、その最後に出てくる一文であることを指す。なお末弘は、学生時代に川名兼四郎及び鳩山秀夫（1910年に東大法学部助教授）の民法学を学んだが、持ち前の好奇心から、それ以外の科目でも秀才ぶりを発揮していたにちがいない。なかでも牧野刑法学への打ち込み方が深かったように推測される。ちなみにこの〔座談会〕は、末弘敬太郎の遺稿たる日記（1951年4月12日）の「私の信条」を素材にして、実施されたものである。その日記には「孤独性」・「好奇心が強い」・「贅沢でない」・「勝負事が嫌い」・「人に寛容」・「芝居気がない」・「無神論的」・「記憶力と読書」などが挙げられている（前掲〔座談会〕66頁）。この点、末弘「断腸前後」（前注24）1-8頁にも「私の信条」という一文が掲げられているが、内容的に上記「カット説明」で出てくるものとは違うようである。ちなみに末弘は、その「断腸前後」で「私は学者仲間には珍しいほど記憶力が悪い。悪いというよりは或は寧ろ異常だと言った方がいいかもしれない」と書いている（末弘・前掲書8頁）。これに対し上記〔座談会〕では、末弘の「記憶力」のすばらしさが語られている。末弘は、「エルトマンを暗記」としてと自分で述べるくらい記憶力がよかったらしい（前掲〔座談会〕71頁・戒能発言参照）。鍵は末弘のこまめな「カード作り」にあったようである（末弘・前掲書8頁及び前掲〔座談会〕71頁・三藤発言参照）。

つ。まずは、この二つの「抄譯」の内容を少し解きほぐすことから始めたい。

〔a〕「責任能力ト酌量」

おそらく牧野英一の刑法講義に触発されたのであろうか⁴⁰。末弘は、刑法上の責任能力（現行刑法39条以下）に関する本テーマ（「責任能力ト酌量」）を取り上げた理由につき、以下のように述べている。すなわち、「責任無能力者ノ範圍ヲ如何ニ定ムヘキカトカ、又酌量者ノ犯罪ハ法律上如何ニ取扱ハルヘキモノテアルカトイフ様ナ問題ハ、刑法學上並ニ刑事政策上重要ナル問題ノ一ニ属シ、今日ト雖モ之ニ關シテハ大ニ議論ノ存スルトコロテアルカラ、コノ種ノ論說ヲ抄譯スルノモ決シテ無益ナ業テハナカラウト思フ」⁴¹と（説点・引用者）。その末弘が紹介するフランク講演録によれば、刑

40 牧野英一は、本稿前編・龍谷法学50巻1号（2017年）267頁で指摘したように、1907年（明治40年）10月に東大法学部助教授となっている。その翌年に、末弘が東大法学部に入学しているわけであるから、末弘は、若き助教授・牧野英一の刑法学をじっくり堪能したものと推測される。なお、和仁・前掲「末弘厳太郎」（前注1）73頁が、末弘法学に与えた牧野英一の広範な影響を示唆している。

41 末弘「責任能力ト酌量」（前注36）100頁。この「抄譯」は、1911年（明治44年）3月刊行である。この点、水野「末弘主要著作目録」（前注4）111頁参照。その前年1910年（明治43年）から牧野英一はヨーロッパ留学に旅立っているが、その直前まで、末弘は牧野の意気軒昂たる刑法講義を受講したように思われる。この末弘の「抄譯」は、多分に牧野の影響を感じさせるものである。たとえば、牧野英一「責任及悪性（刑事責任ノ基本ニ關スル研究）後編」法学協會雑誌25巻12号（1907年〔明治40年〕）1795頁以下、特に1806頁では、刑法上の責任能力が「近時ノ我學界ニ實際の問題」となっており、よって「更ニ議論スルノ機會ヲ得ント欲スル」という意気込みが示されている。この「意気込み」が入学後の末弘厳太郎に強く伝わったに違いない。ちなみに末弘は、その前年5月1日ドイツ・ストゥットガルトで開催された法医学大会の講演録（テュービンゲン大学ラインハルト・フランクによるもの。Blätter für Gefängniskunde Bd. 44 Heft 2）を翻訳している。ちなみに、この時期ドイツでは刑法改正草案が度々出ていたらしい（前述のフランク講演も当時ドイツの新しい刑法改正草案を対象にしたものである。末弘・前掲同頁参照）。これにつき、当時のドイツ刑法上の「責任能力」改正議論を含め、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明（共著）『レヴィジョン刑法3（構成要件・違法性・責任）』（2009年）275頁参照（浅田担当箇所）。

法上の「責任能力」の理解について、「心理學的方法・生物學的方法・混合的方法」の三つの見方があるところ、ドイツ刑法は「混合的方法」を採用している、とされる⁴²。ところがフランクによれば、「責任能力」の理解においては、「意思自由ノ問題」ないし「自由ナル意思決定」の意義が根底的に問われざるをえない。これにつき「醫學者ハ通例生物學的方法ヲ採リ反之裁判官ハ心理學的方法ヲ採ルノ傾向ヲ有シテ居ル」がゆえに、いずれも「混合的方法」に親しむことができない⁴³。そこで意思自由のモディファイが要求されることになる。ここでフランクは、どちらかという「主観主義」的な理解を示している。すなわちフランクは、「意思自由」の喪失基準を「社會上ノ倫理的觀念」及び「防止的觀念」に求め、その限りで客観的な「責任能力」論を「主観主義」ないし「社會的責任」の方向で修正しようとしているようである⁴⁴。その際、末弘は次のフランクの言説に深く共鳴したのではないか。フランク説いわく。——「意思ノ自由ナル状態ト然ラサル状態トノ間ニハ何等截然タル境界アルコトナク、唯漸ク追テ一方ヨリ他方ニ移リ變ルトイフ様ナ有様テアルコトハ、近世科學ノ証明ス

42 末弘「責任能力ト醜酌」（前注36）102頁参照。この点、わが刑法39条の「責任能力」についても「混合的方法」の採用が語られている。中山＝浅田＝松宮・前掲書（前注41）270頁参照（浅田担当箇所）。

43 末弘「責任能力ト醜酌」（前注36）104頁参照。

44 末弘「責任能力ト醜酌」（前注36）106頁参照。ただしフランクは、刑法上の方法論的立場を明示していない。「主観主義」に近いというのは、もっぱら筆者（川角）の評価による。ちなみに牧野英一の「主観主義」は、「応報刑主義」＝「賠償刑主義」に対する「目的刑主義」であって、この趣旨は「刑罰ニヨリテ法益侵害ノ原因タル犯罪ヲ豫防ス」ということであり、「刑罰」は「犯罪ニ對スル社會的防衛ヲ目的」とし、かつ「社會的防衛の方法のうちで、犯罪人の意思に影響を及ぼさとするもの」とされている。牧野「責任及惡性（刑事責任ノ基本ニ關スル研究）前編」法学協會雜誌25卷1号（1907年〔明治40年〕）27頁以下、特に30頁及び同「刑事學の新思潮と新刑法（増訂10版）」（1930年〔昭和5年〕）175頁参照（原書初版は1919年〔大正8年〕）。これに関連して、フランクは「刑罰ハスヘテノ社會的犯罪ノ治療剤テアルカラ醜酌者モ亦之ニヨツテ治療スヘキ」とする態度を「間違ツタ考ニ基イテ居ル」と批判している。末弘「責任能力ト醜酌」122頁。

ルトコロテアル」]⁴⁵（説点・引用者）。そのような流動的「意思自由」を問題にすれば、おのずと「限定責任能力者」（わが国刑法39条2項の「心神耗弱者」に相当）の問題が生ずるに違いない⁴⁶。その上で「限定責任能力者」の「刑罰軽減」を——裁判官に対して——「義務的（obligatorisch）」なものとするか、それとも「裁判官への一任的」なものとするか、問題となる⁴⁷。この点、フランクによれば「法律ヲ以テ義務的ニ規定スル」見解が支持されているようである⁴⁸。他方で、精神病者や酩酊者の犯罪については、通常の裁判所ではなく「禁治産裁判所」（Entmündigungsgericht）が管轄すべきであると説かれている⁴⁹。そして「近年飲酒防止ニ關シテ大ニ興ツテ力ア

45 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）107頁。このような「近世科学」の観点こそは、その後末弘による「社会秩序の力学的構造」論、すなわち「在来の秩序と日に日に生成発展して已まない新しい社会形成力との接触面に不連続線的渦流の形で発生し動きつつあるものこそ法的慣行性の実相に外ならない」とする方法的視座と「接触」する。末弘「法律と慣習」同『民法雑記帳（上）〔第2版〕』（1980年）293-294頁参照（原論文初出は1943年〔昭和18年〕である。原文には「日本法理探求の方法に關する一考察」という副題が付されていたが、第2版では削除されている）。

46 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）107-109頁参照。

47 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）112頁参照。この点、浅田和茂によれば「義務的責任軽減」が「必要的軽減」とされ、「裁判官への一任的責任軽減」が「裁量的軽減」とされている。そしてドイツでは「必要的軽減にするか裁量的軽減にするか」が「問題」にされてきたところ、その成り行きは「行ったり来たり」したが、現行ドイツ刑法では「裁量的軽減」が維持されている、という。中山＝浅田＝松宮・前掲書（前注41）276頁参照（浅田担当箇所）。

48 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）113頁参照。その理由は、裁判官に「刑罰軽減」を任せてしまうと裁判官毎に判断が異なってしまう、よって「當ヲ得サルモノト云ハサルヲ得ナイ」からだ、とされている。末弘同頁。

49 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）115頁参照。フランクは、精神病者や酩酊者の犯罪が「公共ノ安寧」に関わることを承認しながら、刑事処分ないし保安処分的な方向ではなく「後見的」な方向での解決を志向している。そして「形式上之（酩酊者）ヲ禁治産ニ處スル」（括弧内・引用者）ことを前提に、その者を「飲酒癖治療院引渡」あるいは「監置」する可能性を模索している。末弘「責任能力ト酩酊」124-125頁参照。末弘も、おそらくこの方向性を支持するのではないだろうか（末弘の「抄譯」では、末弘自身のスタンスは示されていない）。μ

ルモノハ決シテ法律テハナクテ私人ノ會合又ハ運動テアル」⁵⁰と主張される。ちなみにフランクは、酩酊者につき、いわゆる「原因において自由な行為」論⁵¹を採用している（フランク説で、このタームが明示的に使われている

ゝなお、「禁治産裁判所」は、現行ドイツ法上「後見裁判所」（Vormundschaftsgericht）となっている。ド民1821条、1822条参照。

50 末弘「責任能力と酩酊」（前注36）122頁。

51 「原因において自由な行為」論については、犯罪＝実行行為時基準説との関係で見解が動いている（さしあたり、安田拓人「原因において自由な行為」西田典之＝山口厚（編）『刑法の争点〔第3版〕』（2000年）84頁）。すなわち、たとえば飲酒という「原因行為」そのものを実行行為の一部と捉えるか（未遂犯の成立要件である「実行行為」と「責任」の同時存在の原則を維持する＝形式的「同時存在の原則」維持説に立つか）、それとも「原因行為」に非難可能性を認めることができる場合には実行行為時にそれがなくても「可罰性」があると捉えるか（「行為」を広義に捉えて「責任」との同時存在を肯定する＝「同時存在の原則」実質化説に立つか）、対立がある。さらに過失犯として処罰するか、故意犯として処罰するかについても見解が分かれている。そして、この故意犯の場合には「二重の故意」、すなわち飲酒をして犯罪行為を犯す意思（「故意」）のみならず、加えて飲酒時に「心神喪失の状態で行行を犯す意思」（二重の「故意」）をも必要とするかなど、対立がある。より詳しくは、中山＝浅田＝松宮・前掲書（前注41）293-299頁参照（松宮担当箇所）。この「二重の故意」については、わが国の刑法学上、今なお見解が分かれているようである（中山＝浅田＝松宮・前掲書303頁〔松宮発言〕参照）。刑法学の通説的見解は、この「二重の故意」説には批判的である。たとえば中山研一『新版・口述刑法総論（補訂版）』（2006年）206頁、高橋則夫『刑法総論・第3版』（2016年）357頁など。以上の点につき、本学法学部・金尚均教授（刑法）から懇切なご教示を賜った。記して感謝の意を表したい。ちなみに、わが国民法上の通説も、上記「二重」性を問題にして——広く「故意・過失」についてであるが——およそ刑法上の通説的見解と軌を一にしている。すなわち、飲酒をして犯罪を実行しようとする点で「故意・過失」があれば足りる、とする立場を採用している。我妻榮「事務管理・不常利得・不法行為」（1937年〔昭和12年〕）120頁、幾代通「不法行為」（1977年）53頁、四宮和夫「不法行為」（1985年）381頁などを参照。なお幾代と四宮は、民法713条ただし書「故意又は過失によつて一時的にその状態（責任弁識能力喪失状態）を招いたとき」（括弧内・引用者）の責任阻却行為を「原因において自由な行為」（actio libera in causa）と明示している（幾代・四宮前掲書同頁参照）。これに対し、「原因において自由な行為」を明示しない学説も多い。我妻・前掲教科書同頁、内田貴「民法Ⅱ〔第3版〕債権各論」（2011年）398頁、吉村良一「不法行為法・第5版」（2017年）81頁、橋本佳幸「§709BⅣ」窪田充見（編）『新メ

わけではないが）。すなわち「酩酊ニ際シ既ニ度ヲ過シツ、アルコトラ自覺シナカラ尚飲酒スルモノニ對シテハ彼レカ酩酊中ニナシタル不行跡ヲ以テ彼レノ過失ナリトスルコトカ出来ル」⁵²という。

以上、ドイツ刑法上のフランク「責任能力」論の「抄譯」を基軸として、学生時代の末弘厳太郎に影響を与えたであろう牧野英一の見解を織り交ぜて考察した。以下では、「民事訴訟法と民法」に関わる「確定判決ト良俗違反」に目を転じたい。

〔β〕「確定判決ト良俗違反」

末弘厳太郎が東京帝国大学法学部に入学した年、1908年（明治41年）7月に仁井田益太郎（生没年につき本稿前注35参照）が京都帝大法学部から東京帝大法学部に移籍し、民事訴訟法の講座を担当している⁵³。末弘は、おそらくこの仁井田の民事訴訟法講義を聴いたように思われる。ただし、仁井田が末弘に与えたであろう学問的影響は、ここでは安易な推測を許さない⁵⁴。ともあれ、多才で好奇心あふれる末弘は、民事訴訟法もよく学び、

ㄨ 注釈民法（15）債権（8）§§697-711」（2017年）274-275頁（責任能力を709条の独立した要件としては扱わず、「責任阻却事由」として713条の解説に委ねている）など。

52 末弘「責任能力ト酩酊」（前注36）118頁。

53 仁井田益太郎については、末川博＝我妻栄「対談：日本の法学者を語る・3」法学セミナー178（1970年）109頁に簡単な略歴が記されている。さらに向井健「仁井田益太郎」法学セミナー320号（1981年）1頁及び七戸克彦「現行民法典を創った人びと（30・完）」法学セミナー682号（2011年）52頁を参照。末川＝我妻の前掲対談（同頁）では、仁井田につき「大学の秀才をウナギ屋なんかに連れて行って一緒に飲むことが好きだ。（中略）それでいろいろおもしろい話を聞かされたものだ」（我妻発言）とある。また対談「略歴」では、「民訴は学生を退屈させないために、講義の間に面白い世間話をして学生を笑わせたようで、家に遊びにくる学生が多かった」との逸話が記されている（前掲対談同頁・最下段）。秀才・末弘も「ウナギ屋」でおもしろい話を聞かされ、あるいは仁井田の自宅を訪れたことがあるかもしれない。ちなみに、七戸・前掲同頁では、仁井田の民訴「講義」そのものは「さっぱり面白くなかった。何も覚えていない」という我妻栄（1897-1973年）の回想が記されている。

54 仁井田の民訴「講義」そのものは「面白くなかった」という我妻の回想は、

よく理解したであろう。その成果の一端が、本「抄譯」に示されているように思われる。以下、本「抄譯」の要点のみ摘示しておきたい。

ここで末弘は、Rudolf Dalberg, Rechtskräftiges Urteil und Verstoss gegen die guten Sitten, Buschs Zeitschrift Bp 40, Heft 185 ff. を「抄譯」している⁵⁵。ここでダルベルクは、1908年までの多くのRG判決⁵⁶を素材に、学説の状況を整理し、自説を展開している。周知のように、既判力⁵⁷は確定判決の主要な効力である（その他、確定判決は執行力〔民事執行法に基づく給付義務の現実化〕・形成力〔たとえば離婚判決による離婚の現実化〕を生み出す）。そして既判力によって、当該主文に掲げられた事項に関して、それ

、前注53で示した通りであるが、その注で依拠した七戸によれば、中川善之助の回想として、仁井田の民訴「試験」は教科書持ち込みであって、索引が付いていたから学生が索引ばかり引いて解答していた、とされる（七戸・前掲「現行民法典」〔前注53〕52頁）。より正確には、学生が試験対策として「索引を早く引くことを練習」していた旨が紹介されている。ともあれ、少なくともドイツ法に精通した仁井田が、ドイツ民事訴訟法に関して末弘になんらかの影響を与えたであろうことは推測してよいだろう。しかし、それ以上に末弘が、具体的に仁井田から何をどう学んだか。それ自体は、確認し得ていない。

55 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）95頁は、Dalbergを「ダールベルヒ」と記しているが、本稿では「ダルベルク」と表記する。

56 いずれも年月日不詳であるが、合計10のRG判決を取り上げている。さらに控訴院判決も幾つか参照している。末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）96-103頁参照。

57 「既判力」（res judicata, Rechtskraft）それ自体、議論があること周知のところである。現行民訴114条は、「確定判決は、主文に包含するものに限り、既判力を有する」と規定する。既判力を有する確定判決は、裁判所及び当事者を拘束する。それと抵触する訴訟行為が否定されることになる。なお、いわゆる「既判力本質論」に関し、主に「実体法説」と「訴訟法説」の対立が説かれている。さしあたり、高橋宏志「判決の効力」中野貞一郎＝松浦馨＝鈴木正裕（編）『新民事訴訟法講義（第2版補訂2版）』（2008年）452頁以下（ちなみに高橋〔宏〕説は、既判力本質論にこだわる必要性には懐疑的である。その上で、あえて「本質論」として「考えるとすれば」と断った上で、既判力の〔訴訟当事者間における〕相対性及び職権調査事項性に照らし「訴訟法説の方が難点が少なく分がある」とする。高橋・前掲453頁）。

と矛盾・抵触する訴訟行為・訴訟活動が禁じられる⁵⁸。よって法的安定性が担保される。ならば、確定判決に反する訴訟提起は当然に否定されるか。本「抄譯」はそれを問題にする。ダルベルク論文の基調は「明瞭ナル法規ト論理」(klares Gesetz und Logik)の尊重であり、「自由ナル解釋ヲナスハ到底法ヲ解釋適用スル者ノ權限ニアラサルナリ」という点に置かれる⁵⁹。そのような観点からダルベルクは、当時のRG判決の態度を批判的に捉えている。そして概括的に、RGが「自由解釋ノ方法ニヨリ法律本来ノ主旨ニ違反スル判決ヲ爲セリ」と指摘する⁶⁰。それでは、どの点が「自由解釋」であり、どの点が「法律本来ノ主旨ニ違反」しているのか。ここでは問題の所在をより明瞭にするため、ダルベルクが取り上げたRG判決の幾つかを拾い上げてみよう。——たとえば刑事判決であるが、①RGは、前訴の確定判決でもって執行命令を得て、相手方の動産を差し押さえ、これを売却しようとした被告人を「恐喝未遂」とする判決を出した(RG〔刑事〕34卷279頁)。その理由は、確定判決によって執行命令を得たからといって「刑罰拋除ノ原因トスニ足ラス」、かつまたドイツ民法826条の「故意による良俗違反」規定は「確定判決ニヨリテ定マレル請求權ニ對シテモ尚之ヲ適用スルヲ妨ケサルモノ」であるからだ、とされる⁶¹。次に民事判決として、以下のようなものがある。②原告X(債権者)が暴利行為に基づく訴えを提起したところ、訴状到達後「輕率ニモ」被告Yが何等の連絡もなしに海外旅行に出かけた。Xは、それを奇貨として裁判所に「公示送達」をなさしめたうえ「確定闕席判決」を得て、Y帰国後判決に基づく執行を行った。

58 その根拠については、現在4つほど学説が分かれている。①「制度的効力説」、②制度的効力と手続保障との「二元構成説」、③「手続保障・自己責任説」(失権効説)、④「多元説」などが説かれている。高橋「判決の効力」・前掲書(前注57)453-454頁参照(高橋説は②を採るようである)。

59 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)95頁。

60 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)96頁。

61 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)102-103頁。

これに対しYは、債権不存在の確認の訴えを提起し、執行停止のための「假處分」を得た。Xはその「假處分」の取消を求めたが、RGは、およそ以下のように述べて上告棄却。すなわちYの「(新訴訟の)主張ハ決シテ正鵠ヲ得タルモノニアラス(中略。原審は)Xノ訴訟上ノ行爲ヲ以テ新ナル暴利行爲ナリトシ之ニヨリテ假處分ノ理由アルコトヲ認ムト雖モ本院ハカヽル暴利行爲ノ存在ヲ認ムルコト能ハス。唯獨乙民法第八二六條ノ適用ヲ受クヘキ詐欺ニ基ク暴利行爲ノ存在ヲ認メント欲スルモノナリ」⁶²(RG61卷359頁。句読点及び括弧内・引用者)。さらにダルベルクは、以下の判決も取り上げている。すなわち、③原告Xは「偽誓」によって勝訴判決を得て、それが確定した。再審申立期間経過後、Xの悪意の承継人が被告Yに判決主文で示された金額を請求して支払を受けたところ、Yは「新ナル訴ヲ提起」して支払った金銭の不当利得返還請求をなした⁶³。RGは「既ニ判決ヲ確定セル以上ハ獨乙民法第八二六條ニ基キテ取戻ヲ主張スルコトヲ得ス」としながら、「故意ニヨリ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之(不法行為請求権)ニヨリテ生シタル損害ヲ賠償スルコトヲ要ス」(括弧内・引用者)と判示した⁶⁴。併せて「確定判決ヲ執行スルニヨリテ損害ヲ蒙リタル者ハ再審ニ關スル訴訟法上ノ規定ニ拘ハラス獨乙民法第八二六條ニ基キテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ルナリ」⁶⁵と念を押している。

まず①に対して、ダルベルクは「明ニ判決ノ既判力ヲ害スルモノナリ」と述べる。そして「若シコノ原則ニシテ正當ナリトセハ、敗訴ノ當事者カ不當認定ヲ理由トシテ新ナル訴ヲ提起シタル場合ニハ、裁判所ハ常ニ之ニ對シ保護ヲ與ヘサルヘカラサルノ結果」を招来する(句読点・引用者)と続ける⁶⁶。しかもRGは、不当にド民826条を適用しているとし、「既ニ判決

62 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)98-99頁。

63 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)98頁。

64 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)98頁。

65 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)98頁。

66 末弘「確定判決ト良俗違反」(前注37)107頁参照。

ノ確定シタル以上ハ以後之（ド民826条の適用）ヲ爲スコトラ得サルナリ」と批判する⁶⁷（括弧内・引用者）。また②に対しては、（Yが「新訴訟」で主張しなかったド民826条の「故意による良俗違反」を持ち出して、それを認めるならば）「既ニ其前提ニ於テ既判力ノ存在ヲ否認スルコトラ許ス」ものであると批判する。さらに、そのようなR Gの態度を「明ナル循環論法」であると非難している⁶⁸。以上①と②が、判決の既判力を否認したものであるのに対し、③は「既判力ヲ認メツ、尚ソノ判決ノ執行ヲ禁止セントスルモノ」⁶⁹とされた。③においても、Yは「新ナル訴」= 不当利得返還の訴えを提起したのであるが、R Gは、これをド民826条の適用によって事実上認めたことになる。ダルベルクは、Yの「新ナル訴」の提起には直接触れずに、R Gが「既判力」と「執行力」を不当に区別した、と批判する。言い換えれば、R Gは一方で「既判力」を肯定しながら、他方「執行力」を否定したわけであるから「元来判決ト執行力トハ相關聯シテ分離スヘカラサルモノ」であるにもかかわらず、「既判力」と「執行力」を区別し、その上で後者を否定したことは、結局「判決自身ニ於テ何等カノ不法分子ヲ包含セルナリ」と指摘する⁷⁰。そして上記の区別によって、ド民826条の「故意による良俗違反」不法行為の判断が許容され「裁判官カ自ラ認メテ正當ナリトシタル權利ノ行使カ善良ノ風俗ニ違反ス」と判断されたと指摘する⁷¹。これは、結局のところ「既判力」までもが否認されたことを意味するのではないか。よって「其矛盾セルヤ明白ナリ」と断ずる⁷²。こうしてダルベルクはR Gが不用意に826条の「故意による良俗違反」を持ち出し

67 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）108頁。

68 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）110頁。

69 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）110頁。

70 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）110-111頁。

71 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）110頁。

72 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）110頁。

たと、繰り返し指摘している⁷³。末弘の「抄譯」で明示されているわけではないものの、ダルベルクは、R Gが当事者の主張と異なる理由（ド民826条の「故意による良俗違反」）を——適切な釈明権行使もしないまま——専横的に認めた点を問題にしているように思われる。そのことは、ダルベルク自身の所説において示されているようである。すなわち、ダルベルクはみずからの見解を、およそ以下のように呈示する。まず彼の所説は、ド民826条の判断を重視しつつ、「善良ノ風俗ハ尚一層尊重スヘキモノ」とする点に力点が置かれる。つまりド民826条の適用を、それ自体否定するのではなく、その適用の仕方を問題にするように思われる⁷⁴。他方彼の考察視点は、解釈論上、「再審手続」の問題とは、その次元を異にする。すなわち、再審手続では、再審原因に適合する限りで「前判決ノ結果ヲ除却スヘキ判決」（「前判決無効の訴」）を求めると同時に「同一ノ問題ニ付キ更ニ新ナル判決」（*iudicium rescissorium*, 「原状回復の訴」）を求めることになる。これに対して、ダルベルクは「第八二六條ノ訴ニアリテハ唯前判決（の確定）ニヨリテ生シタル損害ヲ填補スルメ之（前判決）ヲ除却スヘキ判決ヲ求ムルニスキス」⁷⁵ という（括弧内及び傍点・引用者）。かくして「一度其除却判決アリタル後ニ於テ当事者カ如何ナル處置ヲナスヘキカハ全ク別項問題」

73 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）111頁の記述も参照。

74 確定判決の敗訴者が、再審手続期間徒過後、「新ナル訴」によりド民826条の「故意による良俗違反」に基づく不法行為損害賠償の訴えを申し立てていないときに、敗訴者の訴え（たとえば不当利得返還の訴え）を不法行為損害賠償の訴えに変更させる旨の釈明権の行使は、なお十分ありうところである（たとえば、わが国の判例として最判昭和45年6月11日民集24巻6号516頁）。これに関してダルベルクは、R Gが「頗吾人ノ法的感覺ニ適合スヘキ判斷ヲ與ヘ得ル」ものと述べ、結論としてド民826条の適用自体を承認しつつ、R Gが「其理由ヲ示スニ當リ理論ノ頗ル不備ナルモノアルヲ思ハシムル」と述べるにとどまる。末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）123頁。それゆえか——のちほど本稿本文で紹介するように——最終的に立法論的解決に委ねようとしたと思われる。

75 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）120頁。

であり、「再審ノ訴ト第八二六條ノ訴トハ全ク異別」である⁷⁶。ただしド民826条の適用は「最後ノ救済手段」であるから、再審手続の利用が可能である場合には、再審手続の方が優先されるべきである、と述べる⁷⁷。こうしてダルベルクは、「最後ノ救済手段」としてド民826条の「故意による良俗違反」の主張を当事者に認めるべきことを主張する。ただ訴訟手続上、再審手続が可能である限り、それを優先させることを提唱しつつ、立法論上の改革案を提示している。すなわち「現行法上ノ再審規定」に関して「原状回復ノ訴」を提起しうる期間を「相當ニ延長スルコト」、さらに再審原因に「訴訟當事者ノ一方カ故意ヲ以テスル良俗違反ノ行為ニヨリ勝訴ノ判決ヲ得ルトキ」を追加することが、それである⁷⁸。

以上が、末弘によるダルベルク「抄譯」の概要である。残念なことに末弘自身の見解は示されていない。ただ、現在も「既判力の不正取得」（*Erschleichung der Rechtskraft*）ないし「確定判決の濫用」（*Urteilsmissbrauch*）は、ドイツで学説・判例上の大きな問題となっている⁷⁹。わが国でも、この問題は「学説上、かねてよりさかんに争われ、現在まで定説とみるべきものがない」⁸⁰とされてきた。この点に照らせば、「抄譯」とはい

76 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）120頁参照。

77 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）121頁参照。

78 末弘「確定判決ト良俗違反」（前注37）124頁。

79 Vgl. Palandt-BGB Kommentar, 63. Auflage, 2004, S. 1272-1273 (Sprau) zu § 826; Jauernig-BGB Kommentar, 17. Auflage, 2018, S. 1565-1566 (Teichmann) zu § 826.

80 中野貞一郎「確定判決に基づく強制執行と不法行為の成否」同「判例問題研究・強制執行法」（1975年。原論文初出は1970年）94頁。民法上の議論として、我妻榮「事務管理・不当利得・不法行為」（1937年〔昭和12年〕）145頁参照。我妻同書146頁注33では、大審院判決では判例変更により積極説（不法行為責任肯定説）となったことが示され、他方、学説では「反対少からず」とされる。ただし戦後、たとえば四宮・前掲書「不法行為」（前注51）327頁は「執行請求権の濫用」として積極説をとるようである。なお中野・前掲論文95頁では、わが国民事訴訟法学説の傾向として「消極説が多分に優勢」とされる。さらにドイツの法状況につき、中野同頁で、戦前の判例・学説が積極説で固まってきたところ、戦

え、「この問題」を学生時代に取り上げた末弘の着眼点は見事と言うほかない。ただ、末弘がこれを取り上げた理由も、末弘自身の見解も示されていない。その点で、物足りなさは確かに残る。本稿も、これ以上立ち入る余裕をもたない⁸¹。とはいえ、少なくとも若き末弘の「多才」と「好奇心」

、後学説では「消極説が圧倒的多数」と紹介されているのは興味深い。本文で紹介したダルベルクの「立法改革案」が実現していないのも、戦後ドイツにおける民事訴訟法学説の動向と無関係ではあるまい。Vgl. Prütting=Gehrlein, ZPO Kommentar, 4. Auflage, 2012, S. 1481 ff. (Meller-Hannig) zu §§ 578-580. ちなみに、わが国判例としては、積極説をとった①最判昭和44年7月8日民集23巻8号1407頁（訴え取り下げの和解成立後にそれと矛盾する欺罔的な訴訟行為の結果えられた「確定判決」を「本来あり得べからざる」ものとし、それに基づく強制執行に対する不法行為損害賠償請求を認容したもの〔破棄差戻し〕）、逆に消極説をとった②最判平成22年4月13日裁判所時報1505号12頁（虚偽の事実を主張して裁判所を欺罔するなどの不正な行為を行い、その結果本来あり得べからざる内容の確定判決を取得するなどの特別の事情がある場合に限りて不法行為損害賠償請求が許されるとした〔破棄自判〕）の二つを挙げておく。①に関する判例研究として、加波真一『民事訴訟法判例百選（第5版）』（2015年）182頁以下、②につき越山和広『私法判例リマックス42号』（2011年）118頁以下を参照。さらに学説・判例の状況をコンパクトにまとめ、不法行為損害賠償請求など「再審以外の救済方法を、既判力の縮減を理由に、厳格な要件の下で」のみ認めようとする、本間靖規「判決の不当取得」新堂幸司〔監修〕『実務民事訴訟講座（第3期）第6巻』（2013年）219頁以下、特に242頁も参照。

81 すでに本稿前注57で指摘したように、「既判力本質論」は「実体法説」と「訴訟法説」の観点から論じられてきたものであり、今日「訴訟法説」が有力とされる。これについては、本間・前掲論文「判決の不当取得」（前注80）219頁も、「訴訟法説」が通説であるとする。さらには本質論不要説も根強いところである（本稿前注57参照）。ただし、高橋（宏）・前掲教科書（前注57）及び本間・前掲論文241頁で論じられている「既判力の正当化根拠としての手続保障・自己責任」の観点は無視しえない。「既判力の正当化根拠」は——おそらく民事訴訟における「私的自治」論を介して——「既判力本質論」にも影響を与えるべきものであるように思われる。民事訴訟における「私的自治」を、「再審」制度の評価と併せて「既判力」と如何にリンクさせるか、今後の課題としたい。さしあたり「確定判決の理由中の判断に既判力を認める」とされるサヴィニー理論の評価をめぐって、「古典」の「個別問題」への対応に関する歴史的被制約性とその「思考方法」の普遍的な意味の＜相互関係＞を問題とする、児玉寛「サヴィニーの既判力論についての覚書」法政研究59巻3＝4合併号（1992年）287頁以下、特に314頁参照（この児玉論文は、手続保障・自己責任論の第三の波を主導した故・メ

は、これをやや具体的に示しえたのではないか。ともあれ以下では、③「過失無キ不法行為」に目を移そう。これは「抄譯」ではなく、歴然とした「論文」である。これにより、若き民法研究者・末弘徹太郎の真面目が示されることになる。

〔γ〕「過失無キ不法行為」

末弘の本論文における形式上の完成度は高い。しかも明確に被害者救済を念頭に置いて論じている。末弘は、学生時代にこのような高水準の作品を書いていたのである。ただし形式上の「完成度」が高く、「高水準」であることが、直ちにその内容の「評価」を規定するわけではない。なぜなら、ここで示された末弘徹太郎の「思想」は、ほぼそのまま、その後の「適法行為による「不法行為」⁸²に繋がっていったからである。その意味するものはなにか。以下、順を追って論じてみたい。

まずは、いかに「完成度」が高く、「高水準」であるか。ひと言で言えば、岡松参太郎『無過失損害賠償責任』（1916年〔大正5年〕）⁸³が登場する以前に、ほぼその問題意識に匹敵する論稿を学生・末弘徹太郎が書き上げたからである、というに尽きる⁸⁴。末弘は、20頁ほどの分量で、要領よくドイツと日本の関連文献を紹介し、自説を展開している。彼がドイツの文献で目を付けたものは、ほぼすべてその後岡松参太郎が参照したものばかりである⁸⁵。

ㄨ 井上正三〔九州大学名誉教授〕に捧げられたものである。

82 末弘『民法雑記帳（下）〔第2版〕』（1980年）250頁以下（原論文初出は1933年〔昭和8年〕）。

83 岡松『無過失損害賠償責任』については、すでに本稿前編・龍谷法学50巻1号186頁以下で考察を試みている。

84 ただし岡松は、無過失責任出現の必然性も承認しながら、なお「過失責任主義」を維持した。本稿前編・龍谷法学50巻1号190-191頁及び注86を参照。より詳しくは、岡松『無過失損害賠償責任』21頁以下参照。これに対し末弘は、徹底して無過失責任に重点を移そうとしている。

85 たとえば学者の名前だけ挙げると、こうである。登場順に列挙する。Dernburg, Oertmann, Rümelin, Croissant, Binding, Müller-Erzbach, Ubbelohde, Mataja, Gesterding, Leoning, Merkel, Brunner, Liszt. このうち、岡松『無過

とはいえ、その「内容」は牧野英一の民事責任・刑事責任対比論⁸⁶の引き写しでもある。ここでも色濃く牧野による影響が看取される。なるほど、当時の「北米合衆国ニ於ケル水力電氣用貯水堰堤ノ破壊」⁸⁷に着眼したのは末弘のオリジナリティである。しかしながら、「過失ナキ不法行為」の「劃一的根拠」を「民事刑事責任ノ分化ニ求メン」とする態度は、牧野英一の受け売りである⁸⁸。さらに言えば、「過失ナキ不法行為」は、極論すると「過失責任主義」の解体であったが、牧野は「違法性」論をも解体して「適法行為による不法行為」を提唱したところ、それもまた末弘はそのまま継承した⁸⁹。「受け売り」そのものがわるいとは思わない⁹⁰。しかしながら、大阪アルカリ事件判決（大判大正5年12月25日民録22輯2474頁）の評価に関してすら、末弘は牧野の評価をほぼ無批判に受け入れている。すなわち、いわゆる法律における「進化主義」⁹¹と「調和主義」⁹²がそれである。末弘は、

「失損害賠償責任」「人名索引」では、これ以外の多数の学者名も列挙されているが（Jhering, Windscheid, Gierkeなど）、Croissant, Gesterding, Brunnerの名はない。

86 さしあたり、牧野「民事責任と刑事責任との分化を論じて刑法の基礎觀念に及ぶ」同・前掲書『刑事法學の新潮流』（前注44）297頁以下参照。

87 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）117頁。

88 牧野「民事責任の基礎としての過失の觀念」法学協會雜誌23卷8号（1905年〔明治38年〕）1143頁以下の基本スタンスもそうである。なかでも同論文1144頁参照。そこでは、刑事責任との対比で民事責任が「損害の單純なる填補を目的とするもの」であるがゆえに、「過失の客觀化」が必然であり、「損害の原因」（原因責任）、「危険なる事業」（危険責任）そのものに着眼すべきことが主張されている。その上で、「過失」と「權利侵害」との統合が説かれ、さらに權利侵害が「損害」の発生を意味しうるとされることによって、709条の要件全体の融合化＝一元化が図られている。牧野・前掲論文「過失の觀念」1153頁参照。

89 ただし本論文＝②論文ではなく、本稿前注82に対応する本文で示した「適法行為による「不法行為」」・末弘前掲書253-255頁においてであった。

90 筆者も繰り返し原島重義（1925-2013年）の見解を「受け売り」している。ただ批判的指摘もしている。拙稿・川角「物權的妨害排除請求權・再論（3）」龍谷法学50巻3号（2018年）579-580頁注137参照。

91 牧野英一における「進化主義」は、彼の社会像及び国家像との「調和主義」的な「進化主義」であった。だから「家父長的な干渉主義」と「天皇制国家」

こう言っている。——「社會ノ進化ハ漸ク両者（民事責任と刑事責任）ノ分化ヲ要スルニ至リ、遂ニ最近ニ於ケル刑法學ノ發達ハ刑事責任ヲ以テ民事責任ト全然獨立無關係ノモノナリト觀念スルニ至レリ（中略）新派主觀主義ノ主張スル所ニヨレハ刑罰ハ不法行為ニヨリテ生シタル社會上ノ不安ヲ排除シ（中略）犯人ノ非社會性ノ如何ニ鑑ミ專ラ其主觀ヲ標準トシテ之ヲ定ム可キナリ」。これに對して「民事責任ハ不法行為ニ因リテ生シタル過去ノ損害ヲ填補シ以テ社會ノ水平ヲ恢復スル事ヲ其本體トスル（のであるから）行為者ノ主觀狀態ノ如何ヲ顧ル事ナク全然客觀的ニ被害ノ大小ヲ測定シ之ヲ標準トシテ賠償額ヲ定ム可キ也」⁹³（括弧内及び傍点・引用者）。さら

ゝ主義」さらには牧野流の「社会主義」が三つどもえ同居しながら「進化」すべきものとされた。牧野による「罪刑法定主義」の否定的評価も、そのような「進化主義」の観点から根拠づけられていった（「罪刑法定主義」に代わって、刑法解釈論上の「社會の必要」・「吾人の共同生活を保全するに付ての必要」及び「刑法の解釋」と「社會の必要」との調和が高唱される。牧野・前掲書『刑事學の新思潮』（前注44）42-43頁）。上記につき、所一彦「牧野英一」前掲書『日本の法学者』（前注1）257頁以下、特に269-270頁も参照。

92 このような「調和主義」は、牧野『法律に於ける矛盾と調和・第5版』（1924年〔大正13年〕）に顕著であった。末弘は、「不法行為ト故意過失トノ關係」が「密接不可離」ではなく、むしろ相互に切り離された上で「調和」の対象となるべきものであること。すなわち、「無過失責任主義」なかでも「原因主義」一本槍でなく、場合によっては「正義公平ノ觀念ニ基キテ主觀的要素ノ加味調合ヲ變更シ之ヲ以テ法ト時代トノ調和ヲ完ウスルノ必要アル」ものと述べている。末弘「過失無キ不法行為」（前注38）133頁。

93 この引用文に続けて末弘は、「牧野學士刑事學ノ新思潮ト新刑法一六五頁」及び「牧野學士前掲一六二頁」を挙げている。末弘「過失無キ不法行為」（前注38）128-129頁。なお牧野『刑事學の新潮流と新刑法』は1909年〔明治42年〕の初出だから、当時牧野は「學士」であった。「牧野英一博士「主要著作年表」」書齋の窓189号（1970年）「牧野英一先生を偲ぶ」49頁参照。ついでながら、牧野・前掲書『刑事法學の新潮流』（前注44）162頁以下の記述は、末弘が参照したものと同様には一致しない（筆者が参照したものが1933年の増訂10版であり、「書き改め」がされているからであろう。同書「はしがき」2頁参照）。ただし牧野・前掲書165頁以下は、たしかに「主觀主義」の立場から刑事責任と民事責任を對比している。そして対比の具体例として「精神病者」を取り上げている。刑事責任としては、結果的に「精神病者」は責任能力が否定されうのに対して、ノ

には「時代ノ變遷ニ應シ其時々ノ正義公平ノ觀念ニ基キテ主観的要素ノ加味調合ヲ變更シ之ヲ以テ法ト時代ノ調和ヲ完ウスルノ必要」がある、という。以上において、不法行為における「進化主義」と「調和主義」が語られている。ともあれ、このように民事責任としての不法行為責任の「客観主義化」を図るならば、必然的に民法709条の「過失責任主義」は背景に退くべきものに違いない。それゆえ末弘は、「余ノ理論ヲ以テスレハ民法七〇九条ノ明文アリト雖モ、之決シテ不法行為ノ本質ヲ定ムルモノニアラス」⁹⁴とされる（傍点・引用者）。したがってまた、末弘は、709条の過失責任主義が不法行為成立の「必須ノ要件」とされてきたのは、「従来ノ通説」が「法文ノ外形ニ拘束セラレ事物本来ノ性質ヲ見サル」がゆえであったからだ、と断じている⁹⁵。その際、重要な役割を演ずるのが「裁判官ノ判斷」（richterliche Ermessen）であった⁹⁶（語義通りに訳せば、「裁判官ノ裁量」であろう）。この点、末弘は「裁判官ノ判斷」に寄りかかれれば、「裁判官一個ノ主観ニヨリ法ヲ區々ニスルノ恐レアリ」⁹⁷と慎重な指摘をしているが、「自由法學派（Freirechtsschule）ノ勃興ヲ見ルト同時ニ他方ニ於テハ立法上裁判官裁量ノ範圍ヲ擴大ス可シトノ主張ヲ聴クニ至レリ」と述べ、上記「裁判官裁量主義」を「自由主義」と称して、以上の一種の「裁判官法」を合理化している⁹⁸。そして、このような末弘の視点からすれば、民法

ゝ民事責任の客観主義からは、本来「精神病者」も不法行為責任能力を負うべきである、という結論が引き出される。牧野・前掲書171頁及び同「精神病者ト民事責任」法学志林7巻8号（1905年〔明治38年〕）23頁以下、特に26-27頁参照。ちなみに末弘・前掲「適法行為による「不法行為」」・同『雜記帳（下）』（前注81）253頁及び255頁では、牧野「法律に於ける進化と進歩」（1925年〔大正14年〕）189頁以下に依拠している。

94 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）130頁。

95 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）131頁参照。

96 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）133頁。

97 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）133頁。

98 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）134頁。ただし、留学から帰国後の「裁判官法」へのスタンスには独特の「変化」も見受けられる。この点、本稿続ノ

717条「土地工作物責任」が「過失ナキ不法行為」を認めていることこそ、「不法行為本来ノ性質ニ基クモノ」とされるに至る⁹⁹（傍点・引用者）。

あらためて確認しておきたい。なるほど、末弘の本論文において「被害者救済」という問題意識は明確であった¹⁰⁰。しかしながら、末弘は709条の不法行為一般規定（過失責任主義、権利侵害）をもって「不法行為ノ本質」を規定するものとはせず、むしろ717条の土地工作物責任の規定（広義の「無過失責任規定」）を「不法行為本来ノ性質ニ基クモノ」と位置づけた。このことは——すでに指摘したように——円熟期の末弘民法学にそのまま受け継がれ、やがて物権的請求権の解体論を帰結することになる¹⁰¹。また上記①と③では、当時学生時代の末弘巖太郎が牧野英一から受けた理論的な影響も確認できたように思う。その後、末弘が牧野から如何に学び、独り立ちしていったか。これについても、本稿では可能な限り追求していきたい。

、編を参照されたい。

99 末弘「過失無キ不法行為」（前注38）134頁。

100 そのような「被害者救済」の観点から、末弘は717条1項の「瑕疵」の立証責任を「転換」せしめて「占有者ニ移ス」べきことを主張したのである。末弘「過失無キ不法行為」（前注38）137頁。現在、717条1項に関して「瑕疵」の立証責任は原則「被害者」＝原告にあるところ、「瑕疵」の事実上の推定」に注意すべきとする有力説が存在することに鑑みれば（たとえば四宮・前掲書「不法行為」〔前注51〕739頁参照）、こと717条1項の解釈論に関する限り、末弘の鋭敏な法感覚は、なお現在の意義をもつものと言わざるをえない。

101 末弘「物権的請求権理論の再検討」同『民法雑記帳（上）』（前注45）210頁以下では、「すべての権利侵害に対する救済手段」として「妨害排除」と「原状回復」を包括し、その許容可能性を「衡平法的見地から考究」すること。そして、その前提として「物権的請求権理論そのものを根本的に捨て（る）」ことが提唱されている（末弘・前掲書212頁参照。括弧内・引用者）。なお、この末弘論文の初出は1939年（昭和14年）である。ちなみに、このような末弘理論は彼の門下生・舟橋諒一（1900-1996年）の「違法侵害説」へと連結していった。舟橋理論では「物権的請求権理論という亡霊」という理解のもとで師・末弘の「物権的請求権」の解体論が、より徹底化されている。以上につき、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）364頁以下及び487頁注244で触れている。

それは、おそらく末弘の「法社会学」的傾向と「社会法学」(本稿前注33で指摘したところのもの)と牧野の一般条項法学的「法律の社会化」の関連性・対立性を呈示する作業に繋がるであろう。それによって末弘「市民法学」の独自の性格も明らかになるかもしれない。ともあれ、それらの作業は、もっぱら本稿続編(次号)で試みられるべきことである。ことを急がず、以下では学部卒業後の末弘の論稿に立ち入っておく。

< ii > 「成文法ノ解釋ト不文法」¹⁰²——末弘「慣習法」論の芽生え

〔a〕序論

末弘は、おそらく裁判官であった父・巖石の影響を色濃く受けていたのだろう¹⁰³。卒業後(1912年〔明治45年〕7月)、初の論稿として「成文法ノ解釋ト不文法」をテーマにした翻訳を活字化している(1913年〔大正2年〕3月)。これは、イエーリング年報58巻413頁以下に掲載された Geza Kiss, Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht を「抄譯」したものである。末弘は、この「抄譯」の執筆動機について、キス論文が「近時吾國ニ於テモ盛ニ議論セラレテ居ル法律解釋ノ問題」¹⁰⁴ニ關シ比較的目新シイ研究ヲ爲

102 法学協会雑誌31巻3号(1913年〔大正2年〕)129頁以下。

103 この点、本稿前注4を参照。なお川島・前掲「法学理論」(前注31)38頁も、留学前の末弘民法学のアメリカ法学「受容性」の根拠を、末弘の「父君たる巖石氏の裁判官法学の影響」ではないかと「大胆な推測」を試みている。

104 末弘は明示していないが、おそらく石坂音四郎(1877-1917年)の見解を踏まえているものと推測される。石坂には、たとえば「獨逸近時ニ於ケル私法學界ノ趨向」という論文がある。石坂『民法研究・第一巻』(1911年〔明治44年〕)97頁以下所収(原論文初出は1908年〔明治41年〕)。これは、ドイツ民法典(BGB)制定後わずか8年の時点の論文であるが、立法直後の「注釈的傾向」の必然性・普遍性を指摘しながら、その当時の顕著な傾向として、以下の三点を挙げている。すなわち、①民法典の「統一的理解」の傾向、②民法典から出てその上に向かう「向上的研究」の傾向、③「近世ノ社會的生活ヨリ生セル新ナル材料」に依拠して「從來ノ範域ヲ超越」しようとする「進取的研究」の傾向、がそれである(石坂・前掲書99-100頁参照)。ここで詳論できないが、石坂が上記③に着眼していた事実は重要である。なかでも石坂は、当時の「社會法(Soziales Recht)」・「社會立法」・「勞働協約(賃率契約)論」等の動向を重視し、

シタ」¹⁰⁵からである、と述べている。それでは、キス論文のどこがどういうふう「目新シイ」のか。早速、この「抄譯」の概要を整理してみよう。

〔β〕キス「成文法ノ解釋ト不文法」の内容——「概念法学」でもなく「自由法学」でもなく

キス論文のモチーフは、「裁判官」がいかに成文法（制定法）に拘束されるか、同時にいかに裁判官による「法ノ自由發見」が認められるか、という当時の問題提起を受けとめ、妥当適切な「法律ノ適用方法」を考察する点にあった¹⁰⁶。そして制定法上の明文規定であってもそれを支える社会的基盤が存在するかどうか自体を問題とすべしというエールリッヒの所説¹⁰⁷を例示し、「成文法本位主義（Prinzip der Gesetzestreue）ヲ動サン

ゝていた（石坂・前掲書105-106頁）。ただし、石坂が当時のドイツの諸傾向をいかに彼自身の実作と結びつけていたかは問題である。なお石坂民法学につき、辻伸行「石坂青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頁以下も参照。特に石坂による「裁判官の立法的作用」の否定（判例の法源性の否定）につき、辻・前掲122頁。各国立法の個性重視＝「法律のローカルカラー」の承認につき、辻・前掲126頁参照。また、石坂の社会的觀察方法が個々の解釈論の「実作」に十分な反映をみなかった点については、辻・前掲166頁を参照。

105 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）129頁。ちなみにキスは、ハンガリー・ナギヴアラード法科大学の教授である。末弘・前掲同頁参照。

106 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）130頁。

107 Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Vortrag in der juristischen Gesellschaft in Wien am 4. März 1903, S. 27. 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）130頁参照。ちなみに筆者が直接参照したのは、E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Soziologie und Jurisprudenz, 1906. Neudruckausgabe in einem Buch, 1973, S. 27. である。キスが引用している部分は、“Das Recht ist eben nicht ein starres Dogma, sondern eine lebendige Kraft; *daraus, dass ein Gesetz erlassen worden ist, ergibt sich noch nicht, dass es gilt*, und aus der Absicht, die der Gesetzgeber dabei hatte, folgt noch nicht, wie es gilt.”のうち、イタリック体の箇所だけである。したがって末弘の「抄譯」を読んでも、若干エールリッヒの意図が伝わりにくい。そこで参考までに、上記箇所を訳しておけば、以下のようである。——「法は、硬直したドグマではなく、まさしく生ける力である。制定法が公布されたとメ

ト欲スル此革命的運動ハ自ラ傲語シテ法律學ノ自由戦 (Befreiungskampf) ト稱シテ居ル」ところ、その中には「二個ノ考(え)方」が結合している、と述べる¹⁰⁸ (括弧内・引用者)。その一は、「誤解サレタル成文法本位主義ニ拘泥」して「文字法學」に墮落しようとしている従来の通説に対し、「敢然之ヲ攻撃打破セントスル考テアル」¹⁰⁹。キスはこの考えを「頗ル正當」とし、「誤解サレタル成文法本位主義」(傍点・引用者)の改革を目ざそうとする¹¹⁰。これに対し、その二は「成文法ノ効力ヲ否定シ裁判官ノ権限ヲ變更セントスル考(え)」であって、キスは「之ヲ正當視スルコトカ出来ナイ」と批判する¹¹¹ (括弧内・引用者)。かくして、いわゆる「自由法運動」なるものは「一長一短ヲ有スルモノ」であり、「文字法學」への墮落を押しとどめるのが「自由法運動ノ特権」とみる極端な動向への抵抗の必然性を示す¹¹²。要するに、問題の核心は「法律適用ノ創設力ノ理論的可能ヲ説明スルノ點ニ存スル」のであり、つまりは「裁判ノ法律創設力」を重視しつつ「其本質ヲ精細ニ研究」することにあるのであって、その行き着くところ「法律〔=法体系〕ノ不文的要素 (ungeschriebene Elemente des Rechtssys-

ゝいうことから、直ちにそれが妥当していることが帰結されるわけではない。そして、立法者が制定時に有していた意図から、制定法がいかに妥当するのか、直ちに明らかとなるわけでもない」(傍点部分がキスの引用箇所である)。なお、石川真人(訳)「エールリッヒ「自由な法発見と自由法学」」北大法学論集39巻1号(1987年)153頁以下、特に179頁も参照。

108 末弘・前掲「成文法ノ解釋」(前注102)130頁。ただしエールリッヒ自身が、「法律學ノ自由戦」と言っているわけではない。

109 末弘・前掲「成文法ノ解釋」(前注102)131頁。

110 末弘・前掲「成文法ノ解釋」(前注102)130頁及び157頁参照。キスは、あくまで「文字法學」を批判し、書かれざる不文的「慣習」を重視するが、なお「慣習ハ成文法ノ明示又ハ黙示ノ依頼ニヨツテ成文法ノ間接内容ヲ組織シテ居ルモノ」とする。だからキスは、慣習の適用も「實ハ成文法自身ノ適用ナリ」とするのである(末弘・前掲「成文法ノ解釋」157頁)。したがってキス自身、「成文法本位主義」を否定し去ろうとするものではない。

111 末弘・前掲「成文法ノ解釋」(前注102)131頁。

112 末弘・前掲「成文法ノ解釋」(前注102)131頁参照。

tems)」（亀甲括弧内・引用者）の存在確認とその位置づけという問題に逢着する¹¹³。キスによれば、この問題は「従来ノ民法學者ノ一般ニ顧ナカツタ」ところ、ようやく最近に至って注目を浴びるようになってきた。このように注目されるに至った「法律適用ノ創設力」は、「法源ノ理論」（Theorie der Rechtsquellen）と「密接ナル關係」を有する¹¹⁴。これを歴史的にみれば、すでにアリストテレスに遡る、という。すなわちアリストテレスによれば、「實定法ハ成文法又ハ不文法ナリ」とされ、「不文法トハ正當ナル解釋ニヨリ成文法ヨリ導キ出サレタルモノヲ云フ」とされる¹¹⁵。そしてローマ法の解釈態度も、上記アリストテレスと同様であったにもかかわらず、「羅馬帝政末期ノ専制主義」以降、注釈学派・寺院法派等によって、本来健全であった「羅馬法學」が「墮落」せしめられていった、という¹¹⁶。

キスによれば、この「墮落」を克服したのはジェニー¹¹⁷の「法律欠缺論並ニ自由法論」であった¹¹⁸。それをシュタムラー¹¹⁹やダンツ¹²⁰が承継したという。なるほど極端な自由法運動及びシュタムラーの見解は「主観的」側面を有していたが、対するにダンツは「取引慣習」に鑑みて客観的に「信義誠実」を重視するがゆえに「法夫レ自身ヲ眞ニ適用スルモノ」と

113 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）132頁。

114 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）132頁。

115 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）135頁。ちなみにキスは、アリストテレス『倫理學』（Nikomachische Ethik）から引用している。

116 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）139頁以下。

117 ジェニー（François Géný, 1861-1959）については、野田良之「ジェニー」・前掲書『近代法思想史の人々』（前注15）34頁以下参照。

118 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）143頁以下。キスは、このようなジェニーの方法を「羅馬的解釋法復興ノ企圖」と位置づけている（末弘・前掲「成文法ノ解釋」143頁）。

119 シュタムラー（Rudolf Stammler, 1856-1938）については、峯村光郎「シュタムラー」・前掲書『近代法思想史の人々』（前注15）71頁以下参照。

120 ダンツ（Erich Danz, 1850-1914）については、我妻「ダンツの「裁判官の解釋的作用」」にそくして、本稿前編・龍谷法学50巻2号（2017年）199頁以下で少し立ち入った考察を試みている。

して高く評価されている¹²¹。ともあれ、「創設力アル成文法解釋ハ主トシテ欠缺補充ニヨツテ爲サル」ものである（キスにとって「成文法」を離れて欠缺補充はありえない¹²²）。これに二種あって、一つは「狭義ノ欠缺」の補充であり、もう一つは「法文ノ不補充部分」に関する問題である¹²³。前者では、「裁判官ハ其事件ノ為メニ抽象的法規ヲ設定」することによって「欠缺」を補充する。いわば「之ニヨツテ新法ヲ作ル」。ただしこれは「裁判官法」であって「成文法」ではないから「当該ノ事件ニツイテノミ適用アル」のであり、かつまたこの場合の「欠缺補充」はあくまでも「成文法ノ精神」に反してはならない、という¹²⁴。この場合、裁判官は誠実に「成文法ノ精神」を汲み取り、その上で「目的적觀察法」をもって対応すべきである、とされる¹²⁵。対するに後者は、「立法者自身ニ於テ之ヲ欲シタル欠缺」、つまりは「故意ノ欠缺」の場合に属する。この場合も、さらに二種に分かれる。他の「法源」への「明示的ノ依頼」がある場合と「默示的ニ依頼シテ居ル場合」がそれである。このうち明示的依頼は、もっぱらドイツ民法上の「取引慣習ノ要求」に基づく「誠實ノ原則」であって、裁判官の創設力といえども、これに「絶對的ニ拘束」されなければならない¹²⁶。これに対し、後者では「成文法自身カラ直ニ之ヲ知ルコトカ出来ナイ」のであるから創設力は「裁判官ニヨツテ初メテ發見サレ」るべきものであるが、とはいえこの場合も「裁判官ハ主觀的任意ニヨツテ」創設力を発見す

121 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）149-150頁参照。

122 欠缺の対象は法規＝条文であるが、欠缺補充は成文法たる「法」を通じてなされる。わが国現行法で言えば、民法92条の「事実たる慣習」、相隣規定上の「慣習」（民法219条3項、228条）、祭祀承継に関する「慣習」（897条1項）の他に法の適用に関する通則法3条の「慣習法」も、それ自体としては「書かれた法」としての「成文法」に属すると言える。

123 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）150-151頁参照。

124 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）151頁参照。

125 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）151頁参照。

126 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）152頁参照。

ることは許されないものであり、「必スヤ常ニ客観的標準ノ基礎ノ上ニ之ヲ爲スコトヲ要スル」という¹²⁷。それでは、その「客観的標準」とは何か。キスいわく。「其内容ハ他ノ科學や社（會）學生活ヤ一般ノ慣習ヲ基礎トシテ定メラル」（括弧内・引用者）ものであり、「成文法ノ間接内容ヲ組成スル」ものにほかならない¹²⁸。かくして、この場合も「裁判官ハ客観的ニ定メ得ヘキ」ところの「間接内容ニ拘束サレテ居ル」。それは、果たしていかなる局面で問題となるのか。キスによれば——おそらく信義則や良俗觀念など——成文法自身が一定の「価値觀念（Wertbegriff）」を使用して「法規ノ弾力性」が承認されるべき場合に限られる¹²⁹。裁判官は、このような「一般条項」（Generalklausel）を活用する場合でも制定法（成文法）に内在する、あるいはその「前提」となっている「価値觀念」との接合性を見出して、法的に判断する責務を負っているわけである。その場合「民衆の慣習」（Volksgewohnheit）がすでに存在していて、それを発見し、それに基づく判断を行うことも裁判官に要求されているところ、常に当該「慣習」が存在するとは限らない。だとすれば、その場合、結局裁判官は「欠缺補充的成文法解釋」をせざるをえず、先ほど示したように制定法の「価値觀念」を媒介にして、その「解釋」が求められることになる¹³⁰。なるほど「欠缺補充」の場面では裁判官の創設力が直接問題となるのであるから、その限りで、それは「裁判官法」（Richterrecht）である。ところが、「欠缺補充」が「慣習」を通じて行われる場合、「一般慣習ハ成文法ノ間接内容ヲ成スモノニスキナイ」のであるから、「其法適用ハ矢張成文法ノ適用タルニスキナイ其（慣習の）法規タル性質ハ裁判官カ之ヲ適用シタ場合ニ初メテ發生スルノテアツテ其迄ハ（慣習は）實質上ノ法源トシテ存在スル

127 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）153頁参照。

128 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）153頁。なお、末弘原文の「社學生活」は、明らかに「社會生活」の誤記であると思われる。

129 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）153頁参照。

130 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）154頁参照。

ニス・キナイ」¹³¹（括弧内及び傍点・引用者）。この場合、あくまで裁判官の判断がなされるまでは、「慣習」はいまだ「法規」ではない。それでは「裁判官ハ何故ニ法規ナラサル慣習ヲ適用スルコトヲ要スルノテアルカ」。その理由は、「慣習ハ成文法ノ明示又ハ黙示ノ依頼ニヨツテ成文法ノ間接内容ヲ組織シテ居ルモノナルカ故ニ其適用ハ實ハ成文法自身ノ適用ナリト認めラル、カラテアル」¹³²（傍点・引用者）。こうしてキスは、慣習の存在を承認し肯定しながら、裁判官の判断で慣習が適用されるとき、その慣習は「成文法」の一部（「間接内容」）をなす、と言う。言い換えれば「慣習」は、裁判官の判断があるまでは顕在化せず、潜在化したまま「事実上ノ法源」として「存在」するにすぎない。これがキスの最終結論であった。

〔γ〕末弘はキス「成文法ノ解釋ト不文法」をいかに受けとめたか——

エールリッヒ「法社会学」への導きの糸

上記、キスの論旨そのものは、それほど分かりやすいとはいえない。裁判官が法（律）に従って裁判をなすべきである以上、なるほどその「判断」は、あくまでも「法規」に準拠して行われなければならない。ところが「慣習」それ自体は、いまだ「法規」とは言えない。それでは、裁判官は、なにゆえに「法規ナラサル慣習」を適用することができるか。その理由は、「慣習ハ成文法ノ明示又ハ黙示ノ依頼ニヨツテ成文法ノ間接内容ヲ組織シテ居ルモノナルカ故ニ」と説明される（傍点・引用者）。しかしながら、そこで言われる「成文法ノ明示又ハ黙示ノ依頼」とは、具体的には何を指すのか。さらに、その「依頼」によって「慣習」が「成文法ノ間接内容ヲ組織」しているとは、どういうことか。おそらく末弘も、このようなことに疑問を感じたのではないか。この点、「慣習」がいわゆる「慣習法」として承認されているのであれば、それ自体立派な「法規」（「法源」）でもあるから問題ない。そうでない場合にこそ、問題が生ずる。むしろ「事実上ノ法源」

131 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）157頁。

132 末弘・前掲「成文法ノ解釋」（前注102）157頁。

としての「慣習」こそ、問題となるのではないか。たとえば「事実たる慣習」の場合にはどうか。わが国民法92条の「事実たる慣習」が「任意法規」と異なる場合に「法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは」、当該「事実たる慣習」は当事者間では「法規」に準じた効力をもつ。これは、キスのいう成文法が明示的に「慣習」を「成文法ノ間接内容ヲ組織」しているものとする一例であろう。そして、この「事実たる慣習」は、その後の末弘の「生ける法」の構想と関わりをもつかも知れない。これに関連して、末弘のいう「生ける法」が「法」である限り「慣習法」を指していると理解するのが素直だろうが、それでいいのか。問題は残る。たとえば、「法」として発見されるべき「慣習」＝「事實上ノ法源」こそ、「生ける法」(lebendes Recht)であって、いちおう「事実たる慣習」もまた「法」でありうると言えよう（この点、本稿続編で考察する¹³³）。ともあれ、キス「抄譯」を受けて出来上がった末弘の構想は、

133 ちなみに、末弘は1943年（昭和18年）に「事実たる慣習」を論じている（同『民法雑記帳〔上〕・第2版』〔前注45〕54頁以下）。一般に「慣習法」（法例2条、法の適用に関する通則法3条。その他、民法217条、219条、228条等の「慣習」を含む）と「事実たる慣習」（民法92条）は区別され、後者は「法」そのものではなく、法律行為（契約）の解釈基準として位置づけられる（末弘は、鳩山秀夫や穂積重遠の民法教科書を参照指示している。末弘「事実たる慣習」・前掲書54頁）。これに対して末弘は、「地代値上げの慣行に関する大審院判例の変遷」を指摘して、「實際上社会に存在する具体的慣習が二者いずれなりやを判別することは必ずしも容易でない」（末弘・前掲書55頁）と述べ、「表面上事実たる慣習であるといわれているものの、実質的には任意法規たる性質を有する慣習法が、反対の意思表示なきがぎり当然に適用されるのと同じの結果を認むるに至っている」（末弘・前掲書57頁）と論じている。要するに、わが民法92条によれば「法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められる場合」に「事実たる慣習」が法律行為（契約＝取引）の内容となるところ、末弘は、わが92条に対応するドイツ民法157条の「立言方法」に着目して、「現に当事者の知らざる取引慣行」も「意思の推測」ないし「意思の補充」によって法律行為の内容となる、という立場を提唱している。末弘・前掲書65-66頁参照。末弘は、その意味において、大審院判例の立場を承認する（末弘・前掲書66頁）。なお大判大正3年10月27日民録20輯818頁は当時の東京市内における借地賃料メ

民衆の現実の社会生活の中から「ある法」を発見し、その「ある法」を生きた動態で把握することによって「生ける法」の妥当力を考察するのが裁判官の役割であり、そのようなプロセスを踏んだ判決にだけ「判例法」的法規創設力が生み出される、というものであったように思われる。この点——本稿続編（次号）で示すべきことだが——末弘は穂積重遠と異なり、あくまで三権分立の理念的意義を尊重し、立法権の役割を肯定的・積極的に把握した上で——にもかかわらず広く——「判例法」を捉えていたのではないだろうか¹³⁴。

ともあれ、キスが呈示する「あるべき成文法本位主義」の枠内での「裁判官法」という位置づけは、おそらく末弘にとっては物足りなかったに違いない。しかしキスの論文は決して単なる批判の対象ではなかった。それ

、値上げの慣行を「反対ノ意思ヲ表示セサル限り之ニ依ルノ意思ヲ有スルモノト推定スル」として民法92条の適用を認め（前掲「民録」821頁）、大判大正5年1月21日民録22輯25頁は、期限の定めなき借家契約につき大阪市内での家主による解約告知自由の慣習を、「当事者ノ意思ノ補充」としての「事実タル慣習」によって肯定した（前掲「民録」27頁）。さらに大判昭和13年8月1日民集17巻1585頁は、宮城県内における借地賃料増減請求の慣習を当時の借地法12条と類比しうる「慣習法」と認定している（前掲「民集」1589頁。なお当時係争地は、借地法施行区域外にあった）。ちなみに、来栖三郎「いわゆる事実たる慣習と法たる慣習」同「来栖三郎著作集Ⅰ（法律家・法の解釈・財産法）」（2004年。原論文初出は1975年）255頁以下、特に265頁は——特に上記末弘論文に言及することなく——「民法92条の慣習」を「それ自体は、法例2条の慣習と同様に、法たる慣習」である、とする。そして「民法92条」は、法令中の「任意法規」と異なる慣習がある場合の特則である、とみる。任意法規（たとえば617条）と異なる慣習がある場合にのみ「当事者が之に依る意思を有せるものと認むべき場合に限って適用するとしただけと考える」と記している（来栖・前掲書265頁）。なお上記末弘＝来栖説への一つの実質的な懐疑論として、児玉寛「慣習論」内田貴＝大村敦志（編）『民法の争点』（2007年）63-64頁の記述も参照されたい。

134 本稿前編・龍谷法学50巻3号（2017年）358-362頁で確認したように、穂積重遠は、「三権分立」否定論を前提としたところの純然たる「判例法」・「裁判官法」肯定主義の立場であった。これに対し、末弘敬太郎は「判例法主義」ないし「裁判官法」そのものとは若干距離を置いていたのではないか。これは今現在の筆者の推測である。その当否については、本稿続編で検証する。

をいかに発展的に克服し、新たに脱皮させていくか。末弘は、キス論文を読んでこのような問題関心をもったのではないか。当時末弘は、いまだエールリッヒの『法社会学の基礎づけ』（Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913.）を手にしていなかったはずである。1913年（大正2年）3月にキス「成文法ノ解釋ト不文法」を翻訳した末弘は、ほぼ同時期に刊行されたと思われるエールリッヒ『法社会学の基礎づけ』¹³⁵を、その後、むさぼるように読んだのではないか¹³⁶。いずれにせよ末弘は、キスの論文を「抄譯」することによって「法源論」を問題にし、制定法以外に裁判官が「慣習」に依拠した裁判をおこない、もって判例に基づく創設力を発揮し、「裁判官法」と称される機能を担うことに確信めいたものを持ったはずである。その確信をもとに、末弘はエールリッヒ『法社会学の基礎づけ』を熟読したのではないか。その意味で、末弘のこの「抄譯」（キス「成文法ノ解釋ト不文法」）は、末弘によるエールリッヒ「法社会学」研究への導きの糸であり、文字通り末弘自身の「法社会学理論」の幕開けでもあった、と言えよう。ここでは以上の点の確認にとどめ、やや先を急ぎたい。

< iii > 「第三者の債権侵害」論（債権の不可侵性論）と「債権の排他性批判」論

〔a〕「第三者の債権侵害」論（債権の不可侵性論）

上記のキス「成文法ノ解釋ト不文法」を翻訳した翌年、1914年（大正3年）に末弘は、あらためて純然たる民法解釈論に立ち戻っている。テーマは「第

135 エールリッヒ『法社会学の基礎づけ』の著者「序言」の日付は、1912年12月25日（於：パリ）である。Vgl. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Vorrede. この点、エールリッヒ（河上倫逸＝フーブリヒト〔共訳〕）『法社会学の基礎理論』（1984年）「はじめに」も参照。それゆえ、エールリッヒの同書初版が刊行されたのは1913年春頃と推測される。だとするなら、本文で述べたように、このグルントレーグの刊行と末弘のキス「抄譯」が出たのとは、その時期をほぼ同じくする。

136 潮見（俊）・前掲「末弘嚴太郎」（前注1）342頁では、末弘が留学前に「すでにエールリッヒの『法社会学の基礎理論』を読んでいた」旨の記述がある。

三者ノ債權侵害ハ不法行為トナルカ（前編・後編）」¹³⁷である。すでに末弘は、この論文の直前に「占有權ノ侵害ト不法行為」¹³⁸を書いており——学生時代の「過失無キ不法行為」ともども（本稿前注38とそれに対応する本文を参照）——不法行為法に対する並々ならぬ意欲を示していた¹³⁹。同時に

137 法曹記事24巻3号47頁以下及び法曹記事24巻5号27頁以下（いずれも1914年〔大正3年〕）。なお末弘論文は、正式に「前編・後編」とは記しておらず、単に後者5号で「承前」とあるのみだが、本稿では便宜上「前編・後編」と分けて引用する。なお、この末弘論文登場以前の明治民法典立法段階（第1期）及び石坂音四郎・川名兼四郎及び松本烝治（第2期）の「債權侵害論」については、吉田邦彦『債權侵害論再考』（1991年）12-50頁参照。吉田（邦）は、およそ第1期は、イギリス法の影響を受けて第三者の「債權侵害」による不法行為成立論（「肯定説」）が優勢であったのに対比して、第2期のドイツ法優位主義のもとで逆流（「否定説」）が生じたとしている（吉田（邦）は、松本説を例外扱いし、高く評価している。吉田（邦）・前掲書44頁参照）。ともあれ、その逆流に「反駁」し、「その後の債權侵害論の成否をめぐる議論で肯定説が通説化する嚆矢」となったものこそ、この末弘論文であった、とする。吉田（邦）・前掲書51頁参照。本稿の立場は、吉田（邦）が徹底的に批判するドイツ流の発想を支持し、末弘説を批判するものである。結果的に吉田（邦）説にも距離を置くことになるが、その論証はここでの課題ではない。後日に譲りたい。

138 法学志林16巻2号（1914年〔大正3年〕）81頁以下。

139 末弘は、その「占有權ノ侵害ト不法行為」（前注138）83頁で、占有訴権規定（民法198条以下）における「損害賠償」が、「假ノ權利」たる「占有權」に独自のものであって、709条の不法行為責任と厳密に区別すべきであることを力説している。その結果、占有訴権上の「損害賠償請求」と不法行為法上の「損害賠償請求」の「二個ノ請求權ノ競合」も強く否定されるに至る（末弘・前掲84頁）。なお、その後の末弘『債權各論』（前注29）1020-1021頁では、占有訴権が「占有權ニ基ク物上請求權」であるから、占有訴権上の「損害賠償」の発生原因としては相手方の「故意過失」が不要であるとしつつ、「賠償請求權」としては不法行為上の「損害賠償請求權」と法的性質を同じくする、と述べる。その上で、占有訴権上の「賠償請求權」は不法行為「賠償請求權」の特則であるから1年の行使期間制限を受け、かつ競合＝両立はありえないのであって、常に占有訴権上の「賠償請求權」が優先されるべきである、と述べている（1年経過後は「最早別ニ通常ノ不法行為ヲ理由トシテ賠償請求ヲ為シ得ベキモノニアラズ」ともいう）。なお現在、占有訴権上の「損害賠償」は、端的に「不法行為による損害賠償請求權である」と説明されている。さしあたり橋本佳幸「§709BⅣ」『新注釈民法（15）』（前注51）307頁参照。その根拠として、大判大正13年5月22日民集3巻224頁（これを「前者」と呼ぶ）及び大判昭和9年10月19日民集13巻ノ

＜債権ノ法的性質＞についても多大な関心を寄せていた。本論文は、そのことを如実に物語っている。当時、債権は債権債務の当事者間で成り立つ「相対権」であるから、債権の準占有者への弁済（民法478条）ないし受取証書持参人による債権取り立て（同480条。2017年改正後は478条）による場合以外は、債権侵害を理由として不法行為損害賠償請求は認められてい

ゝ1940頁（これを「後者」と呼ぶ）があげられているが、いずれも売買契約・賃貸借契約を媒介にした「占有をなしうる権利」ないし「占有をなすべき権利」が問題となっている。末弘が想定している「占有権」そのものと「占有をなすべき権利」（あるいは「占有をなしうる権利」）とを同一視してよいのか、問題として残りそうである（末弘自身は、そもそもそのような占有の「類型化」を問題にしていないのであるが）。なお、四宮・前掲教科書（前注51）317頁注1では、「近時の学説は、判例の立場に批判的である」とし、「本権なき単なる占有者は、使用収益を害されたことによる損害の賠償を請求することができない」と述べている（加藤一郎、幾代通、前田達明らの教科書を例示している）。四宮説によれば、「本権のある占有者」（所有者・賃借人など）は、不法行為に基づく「損害賠償請求」ができるが、そうでない純然型の「占有者・占有権者」はその善意を要件に果実收取権（189条1項）ないしその果実收取権の喪失に代わる損害賠償請求しかできないことになろう。ちなみに、松岡久和『物権法』（2017年）276頁は、占有訴権上の「損害賠償請求権」は、本来「不法行為」を根拠とすべきものであり（この点、上記橋本説も同様）、ただその行使期間が占有訴権上「1年の期間制限」に服するにすぎない（この点に限っては末弘説と同じ）とした上で、両請求権の「両立または選択可能」を認める（この点、明らかに末弘説と異なる。なお、橋本説では記述なし）。それでは、上記前者の大審院判例で問題となった「占有をなしうる権利」の場合はどうか（その事案では、鑑札書替えを要する「小丸船」の二重譲渡ケースで、対抗力を持たないが引渡しを受け「占有」中の第一売買の買主が占有奪取者〔原権利者〕に対し損害賠償請求に及んだ〔大正13年大審院判決・請求認容〕）。たとえば、（登録済みの）中古自動車の二重売買に関して、対抗力を持たない第一売買の買主が引渡しを受け「占有」しているときに、対抗力ある第二買主が「自力救済」として中古自動車を奪取した場合はどうか。四宮説では、第一買主の「善意」を要件に使用利益について「果実收取権」のみ認めるべきことになるのであろうか。なお「占有をなすべき権利」は、「本権」と同一視できるから「賃借人」に損害賠償請求権を認めた後者（昭和9年大審院判決）は、四宮説でも肯定されよう。ともあれ、末弘の占有権侵害「損害賠償請求権」論が、現在もなお、一定の影響をもつことだけは確かなことであるように思われる。

かった¹⁴⁰。これを末弘は、「債權ノ本質如何」という観点から問題にする¹⁴¹。そのような問題意識を踏まえ、末弘は「債權ノ本質」を論ずる前提として、以下の三点を検討している。すなわち、＜あ＞「權利義務ノ觀念竝ニ其關係」、＜い＞「權利ノ不可侵性ノ意義」、＜う＞「違法 (Rechtswidrigkeit) ノ觀念」が、それである。文字通り、基礎理論的なことがらであるが、末弘の「債權ノ本質」論を正確に把握するため、これを避けて通るわけにはいかない。以下、簡潔にフォローしておきたい。

(あ)「權利義務ノ觀念竝ニ其關係」

ここで末弘は、この「權利義務ノ觀念竝ニ其關係」論の奥行きをの深さを考慮して、もっぱら「自己ノ正當ト信スル結論ヲ述フル」と断っている¹⁴²。その際、末弘は「支配權」(物權・知的財産權)と「請求權」(債權・親族法上の權限)を対比的に問題にする¹⁴³。支配權は単に対物的に理解されるべきものであり、そこに第三者の義務的要素は存在しない。とはいえ、末弘は支配權の「内容」に目を向けるわけでもない。むしろ「支配權」と同様に「請求權」にも不可侵性が承認されるべきことに重点が置かれる。すなわ

140 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害 (前編)」(前注137) 51頁参照。なお同頁注5では、川名兼四郎による1910年(明治43年)度の民法講義が挙げられている。

141 末弘・前掲「第三者の債權侵害 (前編)」(前注137) 52頁。同頁注7で末弘は、債權侵害の「侵害」が、違法判断の手前の概念である点、注意を喚起している。すなわち債權「侵害」は、もっぱら Verletzung そのものの段階の事態を指すのであって、これを Widerrechtliche Verletzung と混同すべきではない、と言う。この末弘の視点は重要である。

142 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害 (前編)」(前注137) 53頁参照。

143 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害 (前編)」(前注137) 55頁参照。55-56頁注2では、支配權(物權)が「不特定ノ人ニ對スル無数ノ不作為請求權ノ集合」すなわち「禁止權」(Verbotungsrecht)とするヴィントシャイト説を批判し、對するに禁止權は「支配權の方面ヲ保持スルカ為メニ存スル」という川名兼四郎説を支持している。末弘は、イエーリングの見解を取り上げてはいないが、川名の発想はイエーリング説に近い。このことは注目に値する。他方、末弘は「請求權」(Anspruch)にも「不可侵性」を認めるべしとする。その意味で「排他性」と「不可侵性」の区別を強調している。末弘・前掲論文57頁注3参照。

ち言う。——「不可侵性ハ單ニ一般ニ權利ノ侵害ヲ禁止セラレルノ結果存在スル一般人ノ不可侵義務ニシテ獨リ支配權ニツキテノミ存スルモノニアラス。從ヒテ之ヲ支配權ノ必要ノ要素ナリト認ムルハ當ラス」¹⁴⁴。これをどう読み解いたらいいだろうか。すでに末弘は、支配權につき「不特定人への無数の不作為請求權の集合」＝「禁止權」という理解を採らないことを明言していた（本稿前注143参照）。これに対して「不可侵性」は、「支配權」に限らず「請求權」にも承認される旨を説いている。これを整合的に理解しようとするれば、おそらく以下になるだろう。すなわち「支配權」は対物的排他的支配そのものを指示しているところ、それに終始すべきものであって、不特定の第三者に不作為義務を課しているわけではない。とはいえ、第三者からすれば、彼にはあくまで他者の「支配權」に干渉することまで許容されてはいない。これが「不可侵性」の意味するところであろう。だとするなら末弘の論理からすれば、「請求權」（債權）は、一定の相手方（債務者）に一定の作為・不作為を求める点で「相對權」であるが、第三者に対しては自ずと「不可侵性」をもつ。なぜなら、AとBとが自主的に設定した法的拘束関係である「債權」に、第三者Cが外から干渉する権限はないからである。かくて「債權」に不可侵性が認められるべきか。この点につき、以下（い）の項目を見ることにしよう。

（い）「權利ノ不可侵性ノ意義」

ここで末弘は、債權も絶対權（支配權）と同様に「不可侵性」をもつことを強調する。そして彼は、ドイツの通説的見解によれば、仮に絶対權が不特定第三者に対する不作為請求權の集合であるとすれば、その不作為請求權に違反する第三者は民法709条の賠償義務を負担すると同時に415条の債務不履行責任を負うはずだ、という。つまりは、不作為請求權に随伴する不作為債務を侵害した（＝不履行に陥った）わけであるから、債務不履行

144 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）59頁。

責任が肯定されるはずだ、とする¹⁴⁵。そして、そのコロラリーにおいて「物上請求権ハ其財産権的請求権タルノ點ニ於テ毫モ債權ト區別スヘキトコロアラス」と述べている（これは末弘の自説でもある）¹⁴⁶。ともあれ、上記ドイツの通説的見解（当時末弘が「通説」として理解したところの学説）は、権利の「内容」（禁止権的側面）に着眼しているが、末弘はそれに反対して言う。すなわち「單ニ法律カ權利ノ完全ナル効果ヲ確保センカ為メニ一般第三者ニ不可侵ヲ命シタルモノニシテ權利ノ内容ト直接ノ關係ナキモノト解スルノ頗ル當ヲ得タルモノナルコトヲ確信ス」¹⁴⁷（傍点・引用者）。ここで末弘は、すでに権利一般の「不可侵性」を説いている。それでは、物権の「絶対性」と「不可侵性」との関係はどうか。これに関し末弘は、まず「一物一権主義」と「排他性」の関係を承認している。一物に「二個以上」の物権は存在しえないのであり、それを担保しているのが物権の「排他性」（Ausschliesslichkeit）である、という¹⁴⁸。これに異論はないだろう。問題は、その先にある。つまり末弘は、「物権ニ排他性アリトノ理由ヲ以テ直ニ物権ノ不可侵性ヲ推論セントスルハ明カニ不當ナリ」¹⁴⁹とする（傍点・原文）。それはなぜか。まず第一に「排他性」と「不可侵性」を結びつけるのは、学者の「空想」であり、不当な「混同」である¹⁵⁰。第二に「不可侵性ヲ以テ獨リ物権其他所謂絶対權ニノミ限局スルノ理毫モ存在スルコトナシ」¹⁵¹と解すべきだとするから、である。それはなぜか。やや長文にわ

145 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）62頁。

146 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）64頁注3。なお「物権的請求権」は「債權である」という考え方につき、留学から帰国後の末弘『物權法』（1921年〔大正10年〕）54頁でも、そのまま維持されている。この点、本稿続編でも言及する。

147 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）66頁。

148 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）68頁。

149 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）68-69頁。

150 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）69頁参照。

151 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）70頁。

たり、引用箇所も複数にわたるが、きわめて肝心な点であるので、末弘の立論をそのまま引用しておく。——「債権者カ債務者ニ對シ一定ノ作為不作爲ヲ請求シテ一定ノ利益ヲ享受セントスルニ當リ若シ第三者來リテ之ヲ妨ケ其享受行爲ヲシテ不能若クハ困難ナラシメタリトセハ夫ハ即チ債權ノ侵害ニシテ法カ物權ニ付キテ不可侵性ヲ認ムルト同一ノ理由ニ基キ其侵害ヲ禁止シ之ヲ不法トスルハ寧ロ當然ノ事理ノミ。蓋シ債權カ債務者ノ債務履行ニ因リテ一定ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスルノ點ハ物權カ直接ニ物ヲ支配スルコトニヨリテ一定ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスルト何等異ナルトコロアラズ。兩者ノ差異ハ單ニ一方ハ物ノ支配ヲ内容トシ他方ハ給付ヲ請求スルコトヲ内容トスルノ點ニ存スルノミ。而カモ兩者共ニ之ニヨリテ一定ノ利益ヲ權利者ニ確保セントスルノ目的ヲ有スルノ點ニ於テハ毫モ差異ナキナリ。果シテ然ラハ物權ニ付キテ不可侵性ヲ設ケテソノ權利存在ノ實果ヲ確保セル法律ハ又同様ノ理由ヲ以テ債權ニ付キテモ不可侵性ヲ設ケヘキノ理ナリ。吾人ハ到底之ヲ區別スヘキ何等ノ理由ヲモ發見スルコトヲ能ハサルナリ」¹⁵²。かつまた「獨リ物權ニノミ不可侵性ヲ認メ而カモ債權ニ付キテハ之ヲ否認ス可シトスルノ理由毫モ存在セサルコトヲ確信スル」¹⁵³。さらに「權利ハ苟モ他人ニヨリテ侵害セラレ得ヘキモノタル以上常ニ必ズ不可侵性ヲ伴フ」¹⁵⁴（以上、傍点・原文、による傍点及びゴチック・引用者）。

上記末弘引用文のうちに、末弘論文の眼目が明瞭に示されている。同時に理論的な問題性も浮かび上がってくる。ここが一番肝心の箇所である、と考える。以下、若干の私見を差し挟んでおきたい。以上の引用文によれば、末弘は「債權カ債務者ノ債務履行ニ因リテ一定ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスル」ことと「物權カ直接ニ物ヲ支配スルコトニヨリテ一定

152 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）71頁。

153 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（前編）」（前注137）70頁。

154 末弘・前掲「第三者ノ債權侵害（後編）」（前注137）27頁。

ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスル」こととを同一視する。まずはこの点に注意しておく必要がある。末弘は「利益享受」のうちに権利としての通有性を認める。つまり物権も債権も「利益享受」につき同一性をもつ、と指摘する。この点、末弘が「兩者ノ差異ハ單ニ一方ハ物ノ支配ヲ内容トシ他方ハ給付ヲ請求スルコトヲ内容トスルノ點ニ存スルノミ」と言っているのは、一方では正しいが、他方では誤っている。なぜか。物権と債権「兩者ノ差異」は、「一方ハ物ノ支配ヲ内容トシ他方ハ給付ヲ請求スルコトヲ内容トスルノ點」において、むしろ決定的な差異を意味するからである。兩者の差異が「ノミ」にすぎないとするのは、末弘の独断（個人的な「確信」）にほかならない。さらに「而カモ兩者共ニ之ニヨリテ一定ノ利益ヲ權利者ニ確保セントスルノ目的ヲ有スルノ點ニ於テハ毫モ差異ナキナリ」という。この論旨には一種のトリックが隠されている。なぜなら、債権に基づく利益（一般に給付利益〔債務者の作為・不作為にかかる利益〕）は、あくまで債務者の「履行行為」によって実現されるものにほかならないから、である¹⁵⁵。

155 この点につき、念のため比較法的考察を補足するなら以下のようなのである。すなわち、第三者の債権侵害を理由とする「不法行為責任」は、ドイツ民法上823条1項の「その他の権利」に「債権」が含まれないこと判例・通説であるところ、なお保護法規違反を根拠としたり（823条2項）、あるいは故意による良俗違反（826条）でカバーされることを考慮すれば、本稿後注160で指摘する例外的諸事例がほぼ包括されることになる。他方、フランス民法では「より包括的な」フォート（faute）要件を踏まえて債権侵害にかかる「不法行為責任」が承認されており、単なる「過失責任」と異なる点に留意が必要である。さらに英米法（とくにイギリス法）では、「知りながら（knowingly）なされた法律上の権利侵害（a violation of legal right）が訴訟原因」であるとの立場から、「故意」による第三者の債権侵害が「不法行為責任」を理由づけるということをもって「英法上の確立された原則」である、とされる。以上、好美清光「債権に基づく妨害排除についての考察」一橋大学法学研究2（1959年）165頁以下、特に193-212頁参照（ただし好美論文は、イギリス法の把握につき第三者の契約侵害原則「不法行為」であり、例外的に「免責事由の抗弁」〔defence of justification〕の余地があるにすぎない、というスタンスを示す。好美・前掲212-213頁。これは、上記「英法上の確立された原則」の理解の仕方によるニュアンスの違い、と解すべきものであるように思われる）。さらに吉田（邦）・前掲書（前注137）155ノ

物権の典型たる所有権が、その帰属性を承認される限りで、所有対象物に関する「使用・収益・処分」（民法206条）の利益を享受することに問題はない。これと債権を同一視できるか。末弘は「債権カ債務者ノ債務履行ニ因リテ一定ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスルノ點ハ物権カ直接ニ物ヲ支配スルコトニヨリテ一定ノ利益ヲ享受セシムルコトヲ目的トスルト何等異ナルトコロアラス」というが、それは正当か。末弘も述べているように、「債権」によって、債権者は「債務者ノ債務履行ニ因リテ」初めて「一定ノ利益」の享受を帰結しうる。したがって、その「一定ノ利益」の享受を侵害するのは、まずは第一次的に債務者による債務不履行である。それでは、進んでそのような「債務者ノ債務履行」を第三者が故意・過失によって侵害し、さらに「実害」¹⁵⁶（損害）を生ずれば、第三者の債権侵害＝不可侵性侵害を理由に不法行為が成立するか。この点、「債務者」と「第三者」それぞれについて、末弘の「不可侵性」論には問題がありそうである。まず債務者の側からみよう。この場合末弘によれば、当該「債務履行」に反しても、つまり債務不履行損害賠償責任（民法415条）に服しても、債務者はなお適法に自己の利益を追求することができる。そのことと「不可侵性」との関係が、まずは問題となるはずである。これは債権者・債務者相互間の「相対的問題」である。債権者は、自己の債権にかかる利益を確保するため「不可侵性」を理由に妨害排除請求権ないし差止請求権を債務者に対して行為しうる（現行法上、民事保全法の「仮処分」の活用によっても、それは十分に可能である。たとえば「不動産の登記請求権を保全するための処分禁止の仮処分」につき民保53条。末弘の時代では、戦前の旧民訴法755条以下、特に同法758条3項を参照〔1916年・大正5年『帝国六法全書』民事訴訟法編239-240頁〕）。とこ

、頁以下では、イギリス法、フランス法、ドイツ法、アメリカ法の順に詳細な考察がなされている。ただし、すでに断ったように（本稿前注137）、吉田（邦）説への立ち入った評価は別稿に譲るしかない。

156 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）60頁参照。

ろが、債権者が、その債権保全措置をとっていない場合に問題が顕在化する。いわゆる「二重売買」のケースがその典型である。このケースは、同時に「第三者」側の問題を考えることでもある。たとえばAが、その所有する土地甲を1000万円でBに売る旨の売買契約を締結したところ（代金支払いと登記移転・引渡し履行期は2週間後であった、とする）、第三者Cもかねてより甲の所有権取得を希望しており、銀行融資にかけずり回っていた、とする。A-B間の売買契約締結から一週間後、いまだAからBへの登記名義の移転がなされていない段階で（しかも民事保全法53条・戦前旧民訴758条3項の「仮処分」もなされてない状況で）、Cが1500万円で甲を買いたいとAに申し入れた。対するにAは、「残念ですなァ。すでに一週間前にBさんに売る契約を締結したんですよ。登記の移転はまだなんですがね」と答えたので、Cは代金をさらに300万円上積みして「1800万円出しますから、なんとか売ってくれませんか」と懇願した。そこでAは、Bに損害賠償金を支払ってもなお利益が残ると判断して、Cとの売買に応じ、Cへの登記名義の移転を完了した。この場合、債権者Bは債務者Aに対し債務不履行損害賠償請求権を行使しうること、当然である。しかしながら、それを越えて、第三者Cの不法行為責任を問うことができるだろうか。否であろう¹⁵⁷。

さらに他方、「第三者」の側からみるとどうか。この点、たとえば「他

157 Cが「背信的悪意者」なら別だろうが、そうでないかぎり、「悪意」であってもBはCの不法行為責任を問うことはできない。このこと、確たる判例の立場でもある。最判昭和30年5月31日民集9巻6号774頁参照。ちなみに末弘自身、物権の「一物一権主義」と異なり、債権には同一物の給付につき複数の債権が適法に存在しうることを根拠に、次のように述べる。——「後ノ債権ノ行使ニヨリテ其物ノ所有權ヲ取得シ以テ其登記若クハ引渡ヲ了スルモ其之ニヨリテ生スル前者ノ債権ノ侵害ハ違法ナラサルナリ」。末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）66頁。だから、末弘の同論文（後編）43頁が、一般論的に「二重譲渡」による「履行不能」を債権侵害の一例として注記した箇所（同頁注12）で、特に「奇貨トシテ」という限定句を用いていることは重要である。

人物売買」（民法560条以下）の「他人」が「第三者」として登場することが考えられる。売主Aが買主Bとの間で「他人」Cの土地乙を売る契約を締結したところ、Cが「先祖伝来の土地であり、しかも現に居住しているから決して売らない」と頑として売却を拒否し、Bの債権実現が不能になった場合、Bの債権はなるほど「侵害」されたことになるであろうが、第三者Cによる債権侵害を法的に責めることができるだろうか。これも否であろう¹⁵⁸。ところが末弘は、すでに権利一般の「不可侵性」を承認し、法律による「一般的不可侵命令」を肯定するから、「権利ハ必ス此一般的不可侵命令ノ保護ヲ受クヘキモノ」であり、これは「余ノ権利ノ不可侵性ニ關スル斷案」であるから、結局「絶対權相對權ノ區別」についても、これを「否定セサルヲ得ス」とする¹⁵⁹（傍点・原文）。これは理論的に行き過ぎではないか。原則として第三者の「債権侵害」は——たとえ第三者に過失があったとしても不法行為責任を根拠づけず、例外的に一定のケースに限局して——しかも第三者の「故意」を要件に、債権侵害に基づく不法行為を承認すれば足りよう¹⁶⁰。

（う）「違法（Rechtswidrigkeit）ノ觀念」

とまれ、こうして末弘は、権利一般の「不可侵性」を承認することの必

158 川名兼四郎『債権総論』（1904年〔明治37年〕）5頁が、明確に「他人物売買」を例示し、すでに上記本文と同旨を説いている。

159 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（前編）」（前注137）80頁参照。

160 すでに指摘した債権の準占有者への弁済や受取証書持参人への弁済など「債権帰属」のケース、「二重売買」（二重譲渡）のケースに加え、労働者の引き抜き行為、債権侵害を目的とした債務者の誘拐・監禁、債務者と第三者の債権侵害にかかる「共謀・加担・教唆」等が含まれよう。それらは、「原則」に対する「例外」の諸事例としての位置づけが可能である。それゆえ末弘説を指して、「このような見解が第三者による債権侵害があるとされる種々の場合の違法性等の検討を促すことになり、結果的に、否定説とそれほど差異のない結果をもたらすようになったのは留意されるべきであろう」（傍点・引用者）という評価も出てくるのである。新見育文「第三者による債権侵害」星野英一（編）『民法講座4・債権総論』（1985年）477頁以下、特に487頁注22を参照。

然的帰結として、「債権」の「不可侵性」をも一般的に承認する。その際、債権侵害としての「権利侵害」と「違法」とは「全然別個ノ觀念ニシテ毫モ混同ヲ許サス」と述べる¹⁶¹（傍点・原文）。それでは、末弘の解するところの「違法」如何。末弘によれば「違法トハ法ノ命令禁止ニ違背スル（Verstoss gegen ein Rechtsgebot oder -verbot）ヲ云フ」¹⁶²とされる（傍点・原文）。そもそも「法」は、「命令的法規（禁止的法規ヲ包含ス）ト許與的法規」の二種類に大別される、とする¹⁶³。これは、文字通り一種の法律（法規）実証主義的（gesetzes-positivistisch）な「違法」論であり、「權利論」である¹⁶⁴。いずれにせよ末弘は、「権利侵害」と「違法」を概念的に区別するのであるから、「債権侵害」の場合の違法も「債権侵害」それ自体から引き出されるものではなく、「違法トハ畢竟義務ヲ履行セサル（Pflichtwidrigkeit）ノ云ヒナリト解スル」¹⁶⁵とされる（傍点・原文）。なぜなら——すぐあとで指摘するように——末弘によれば、第三者は債権を侵害しないという意味での「不可侵義務」を履行すべきである、からである。ただし、あくまで末弘説において、「違法」は「客観的ノ觀念」であって、「故意過失」のような「主観的觀念ト混同スヘカラサルコト」（傍点・原文）に、特に注意を促している点は、たしかに重要である¹⁶⁶。

ともあれ、概念上「権利侵害」と「違法」とは区別されるべきものであるところ、末弘にとっても「權利ノ侵害ハ特別ノ違法性阻却事由存在セサル限り常ニ違法ナラサル可ラス」¹⁶⁷とされている（傍点・原文）。なぜなら

161 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）27頁参照。

162 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）27頁。

163 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）28頁参照。

164 この点、末川博の「権利侵害論」同「権利侵害と権利濫用」（1970年）263頁以下（原書初出は1930年〔昭和5年〕）も、末弘とはほぼ同様な法律実証主義的「權利論」（許容法規論と命令的法規・禁止的法規の対比論）の立場であった。

165 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）28頁。

166 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）31頁参照。

167 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）32頁。

「違法トハ畢竟義務ヲ履行セサル」ことを言うのであるが、これは、債務者の「債務不履行」を指すだけではなく、第三者の「不可侵義務の不履行」をも含むべきものであるから、である。すなわち一般に「不可侵義務ヲ行ハサルモノニシテ法ノ禁止ニ違背スル」という意味での「違法」とは、第三者の債権侵害においては「債権ニシテ若シ第三者ニヨリテ侵害セラレ得ルモノナリトセハ債権ノ侵害亦之ヲ違法ナリト云ハサル可ラサル」¹⁶⁸ ことに帰着する、という（傍点・原文）。なるほど上記（い）の引用文が示すように、「債権者カ債務者ニ對シ一定ノ作為不作為ヲ請求シテ一定ノ利益ヲ享受セントスルニ當リ若シ第三者来リテ之ヲ妨ケ其享受行為ヲシテ不能若クハ困難ナラシメタリトセハ」、その場合は第三者に「債権侵害」が承認されるだろう。しかしながらそれは、あくまで債権者が債務者に「請求」して、「一定ノ利益ヲ享受セントスル」場合の話である。たとえば、先ほどの「二重売買」のケースでは、履行期が到来した時に第三者Cが、債権者Bの身柄を拘束して登記所に出向けないようにした上で、債務者Aと二番目の売買契約に関する話をつけたような場合に限られる（そのような場合には、Cが民法177条の「背信的悪意者」として認定されること、言うまでもないことである）。

そうでないかぎり、債権者Bは、債権者としての一般的な「信用危険」ないし「契約危険」に服する。すなわちBは、債務者Aとの売買契約において「履行期」に関する合意（特約）をしているのであるから、すでにその点で、Bは、Aとの間での「信用」（Kreditfähigkeit oder Gläubigkeit）につき、自主的に自己の法的関係を形成していることになる（念のためながら、筆者〔川角〕が時折強調する「契約の神聖」〔die Heiligkeit des Vertrages〕は、

168 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）32頁。なおその後、末弘「雙務契約ト履行不能（二）」法学協会雑誌34巻4号（1916年〔大正5年〕）47頁以下、特に88頁注82にも同旨が説かれている（「債権」を含めて、およそ権利一般の不可侵性＝侵害禁止を主張する）。

契約当事者間で、契約の自主的・自律的な形成が担保されている局面で初めて問題となる。また同時に「契約」である以上、そのような「自主性・自律性」が当事者双方の間で担保されていなければならない。したがって、それにかかる法的リスクは、もっぱら債権者Bが負担すべきことである（その際、違約金の特約〔民法420条〕をするか、保証人〔民法446条〕を要求するか。あるいは、さらに念入りに登記請求権に関する仮処分〔民事保全法53条〕を申請しておくかなど、すべてBの自主的判断に委ねられるべきことがらである）。この肝心な点を、末弘は、直視していない。

その他、末弘は「債権侵害」にかかる問題を具体的に例示している。それをいちいち論評する必要はない、と考える。すでに上記のことによって、末弘の基本的問題意識とその思考過程を辿ることができたからである。そのことにつき、必要と思われる事柄については、改めてこの項の末尾で確認する。ここでは、念のため幾つかの具体例につき末弘の「債権侵害論」を検証しておくにとどめたい。まず債権の帰属が侵害される場合（債権の準占有者に対する弁済や表見的受取証書持参人による債権取り立て）について、債権侵害が承認されるべきことは、末弘理論を待たずともすでに確認されてきたことである¹⁶⁹。それでは、「第三者カ給付ノ物體若クハ債務者ノ身體ヲ害シテ履行ヲ不能ナラシメタル場合」に、「其債権ヲ消滅セシメタル」ことを理由に「債権侵害ナリ」¹⁷⁰と断定する末弘の立論に、問題はないだろうか。第三者が当該「債権」侵害を目的に——つまりは「故意」に——給付物や債権者の身体を害する場合、「債権侵害」が肯定されることはその通りである。しかしながら末弘のように、一般論として広くこれを承認することができるだろうか。たとえば、第三者が、そもそも当該「債権」

169 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（前編）」（前注137）51頁及び同・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）34頁注3で、末弘自身が認めるところである。なお、吉田（邦）・前掲書（前注137）37頁（石坂説）及び42-43頁（川名説）も参照。

170 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）36頁参照。

の存在すら知らずに給付物や債権者の身体に害を与え（たとえば交差点での突発的な交通事故のケース）、結果的に債権の実現が妨げられる場合がありうる。しかし、それをわざわざ「債権侵害」として構成すべきなのであろうか。第三者の行為自体に過失があったとしても、給付物への侵害として——債権者（買主）ではなく——給付物の所有者（売主）が第三者に不法行為損害賠償請求権を行使すれば済むことである¹⁷¹。第三者の過失行為による「債権者」の身体への加害のケースも、基本的に同様であろう¹⁷²。第三者が債権者の債権の実現妨害のため故意に「債権者」の身体への加害行為をした場合に限って、第三者の「債権侵害」が認められるにすぎない。したがって「身体損害」以外に、「債権」の給付利益喪失についても第三者が不法行為損害賠償責任を負うことがありうる。そうではなく——すでに例示したように——交差点での偶発的な衝突事故につき過失ある第三者が「債権者」の身体を害して、その結果たまたま「債権」が侵害され、もって仮に履行不能を帰結したとしても、その「不能」に関して「債権侵害」

171 第三者の過失によって——引渡し前に——給付目的物が滅失した場合、種類物なら債務者はなお調達義務を負う（その滅失分の損害については、債務者が、その「物」の所有者として第三者に不法行為損害賠償請求権を行使する）。かりに「特定物」であれば、その給付不能は債権者と債務者の間では「危険負担」の問題として処理される（2017年改正民法536条1項）。この場合、債権者（買主）は「反対給付」（代金の支払い）を免れる（「履行拒絶権構成」。潮見佳男『民法〔債権関係〕改正法の概要』〔2017年〕248頁参照）。結局この場合も、債務者が過失ある第三者に対して不法行為損害賠償請求権を行使することになる。このケースで、たとえ債権者の転売利益の喪失があったとしても、その損害は、第三者に「故意」がない限り、対第三者関係では債権者は不法行為損害賠償請求できない、と考える（債権者の取引上のリスク負担に属する）。なお改正民法567条1項は、目的物引渡し後の危険移転に関するものであり、上記の問題とは直接関わりをもたない。

172 ただし雇用契約上、「債権者」（労働者）が第三者の不法行為によって死亡し、「債務者」（使用者）が労働基準法79条に基づく「遺族補償」を行った場合、民法422条によって使用者は死亡労働者の遺族に代位して第三者に不法行為損害賠償請求権を行使することができる。最判昭和36年1月24日民集15巻1号35頁。

を理由に不法行為責任を負ういわれはどこにもない。第三者は、交通事故の有責加害者として「債権者」の身体損害を賠償すれば足りる。かくして第三者が、「債権」の不実現による取引不能がもたらす「逸失利益」まで賠償責任を負う法的根拠は——原則的には——出てこない。かてて加えて末弘は、「給付ノ物體タル物ニ付キ（第三者が）債務者ト法律行為ヲ爲シ以テ債務ノ履行ヲ不能ナラシメタル場合」¹⁷³（括弧内・引用者）を挙げるが、末弘自身指摘するように、第三者が債権者のもとでの「対抗要件」不備を「奇貨」¹⁷⁴として債権者の債権を不能に陥れた場合にのみ、「債権侵害」が承認されるに過ぎない。要するに第三者が「背信的悪意者」であるというレアケースにおいてだけ、例外的に「債権侵害」が問題となるに過ぎないのである。そうすると、末弘の言う一般理論としての「第三者の債権侵害」論の法的基盤はほぼ欠落する。

要するに「物権」のみならず、「債権」にもその通有性として一般的に對第三者効的な「不可侵性」を認めるべしという、末弘の発想それ自体に無理があったと言わざるをえない¹⁷⁵。その発想は、「債権」を「物権」と同列視することに成功しなかったというにとどまらない。むしろ、「物権」（なかでも所有権）の「不可侵性」そのものを脆弱化せしめる効果すらもたらした、と言わざるをえない。

〔β〕「債権の排他性批判」論

（あ）「債権の排他性」＝貸借権一般の「物権化」への批判

上記「第三者の債権侵害論」を仕上げた末弘は、早速東大法学部助教授となった（1914年〔大正3年〕7月）。そして彼は、その翌年1915年（大正4年）、

173 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）43頁。

174 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（後編）」（前注137）43頁注12。

175 この点、好美・前掲論文（前注155）245頁は、「所詮、末弘博士の理論は、わが不法行為法の規定の下で第三者による債権侵害の不法行為責任を肯定するための過渡的役割を果たしたことで消え去るべきものであった」とする。

「債権ノ排他性ニ就テ（一）（二・完）」¹⁷⁶を上梓した。上記「第三者の債権侵害論」で「排他性ト不可侵性トヲ混同スルハ大ニ非ナリ」¹⁷⁷と主張していた末弘は、その「債権排他性論」でも同様の立場を貫き、もって岡村玄治（1883-1966年）の「債権ニ排他性アリ」との議論を批判している¹⁷⁸。要するに末弘によれば、債権に「不可侵性」は承認されるべきであるが、「排他性」まで認めることは不当である、とされる¹⁷⁹。この点、岡村（玄）は、なかでも登記ある不動産賃借権の排他性（民法605条参照）を推及して、一般の賃借権すなわち「動産ノ賃借権又ハ登記ナキ不動産」にも「排他性」を認めようとしたところ、これに対して、末弘は賃借権についても、あくまで「債権」としての特質を消し去るべきではない、と批判している¹⁸⁰。このような末弘の見解は、それ自体まっとうであって、異論の余地はない¹⁸¹。ただし末弘は、債権に「不可侵性」を認め、かつまた「物権ノ本質」を「権利ノ絶対性」に認める従来の通説を批判する点では、岡村（玄）の

176 法学志林17巻10号1頁以下、法学志林17巻12号1頁以下（いずれも1915年〔大正4年〕）。

177 末弘・前掲「第三者ノ債権侵害（前編）」（前注137）69頁。

178 末弘「債権ノ排他性（一）」（前注176）9頁以下。

179 末弘は、岡村（玄）が物権における「一物一権主義」（Dominium plarium in solidum esse non potest.）を債権にも適用することを特に非難している。末弘「債権ノ排他性（一）」（前注176）15頁。

180 末弘「債権ノ排他性（一）」（前注176）17-18頁。

181 末弘「債権ノ排他性（二・完）」（前注176）23頁が、岡村（玄）の研究には「沿革」的要素も、「民法ノ他ノ部分トノ對比的」要素も、「權利其物ノ性質ノ研究」も「欠イテ居ル」とするのは正当である。この点、岡村（玄）「民法第177條ニ所謂第三者ノ意義ヲ論シ債権ノ不可侵性排他性ニ及フ（承前・完）」法学志林17巻7号（1915年〔大正4年〕）4頁以下の記述も参照。なお岡村（玄）は、登記されざる不動産賃借権一般について「排他性」＝「対抗力」を認める立場から、1908年（明治42年）の建物保護法も「必要ハナカリシモノ」と述べる。岡村（玄）・前掲論文14頁以下、特に23頁参照。ちなみに、岡村（玄）への批判及び「賣買ハ賃借ヲ破ル」（Kauf bricht Miete）というローマ法主義から「賣買ハ賃借ヲ破ラス」（Kauf bricht nicht Miete）とする近代諸立法・諸学説への目配りは、末弘論文において詳細であり、確かなものである。末弘・前掲17-22頁参照。

所説とその立場を共通にする。それゆえその限りで、賃借権一般に広く「排他性」を認めようとする岡村（玄）に対し、末弘は「私トシテ大ニ同情ヲ持ツ」と述べている¹⁸²。さらに賃借権一般につき、賃借人が「物」の「使用・収益権」をもつ点に鑑みれば、通常の債権と異なるところの賃借権の特殊性（「権利ノ実質的方面」）を「軽視」してきた従来の通説を批判する点でも、末弘は「岡村氏ト其見ヲ一ニスル」との評価を与えている¹⁸³。ちなみに賃借人が賃貸人から目的物の引渡しを受けていれば、その後の第三者による目的物奪取を「占有回収訴権」（民法200条）による期限付きの返還請求権でもって対処できるわけであるが、さらに末弘は——明示的に「債権者代位権（423条）の転用」を論じているわけではないものの——賃借人が、より広く「賃貸人ノ有スル支配権ノ内容ノ一部タル使用収益ノ権能ヲ自己ノ利益ノ爲ニ代り行フ」¹⁸⁴（傍点・引用者）ことができる旨の記述をしている。この点には、注目しておく必要がありそうである¹⁸⁵。

（い）登記ある不動産賃借権は「物権」か

なお、末弘は、その「債権排他性論」の末尾で、登記ある不動産賃借権（605条）が「物権」であるかにつき、論じている。結論は「否」である。なぜなら末弘は、不動産賃借権に登記を認め、対第三者効力を承認してい

182 末弘「賃権ノ排他性（二・完）」（前注176）24頁参照。

183 末弘「賃権ノ排他性（二・完）」（前注176）28頁参照。とはいえ岡村（玄）が賃借権を「直ニ物上支配権ヲ有スル物権」と同じだとするのは、「餘リニ早計」と批判している。末弘・前掲同頁参照。

184 末弘「賃権ノ排他性（二・完）」（前注176）29頁以下、特に30頁を参照。

185 不動産賃借権者による「債権者代位権の転用」は、大判大正9年11月11日民録26輯1701頁（特に1704頁）で初めて認められた（明確に「（不動産）賃借権ヲ保全セントスル場合ハ債務者ノ資力ノ有無ニ拘ハラサル」旨を述べている〔括弧内・引用者〕）。この点、たとえば我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（1964年）164頁、平井一雄「債権者代位権」星野（編）・前掲書（前注160）134頁及び136頁注21参照（ただし平井論文では、上記大審院判決の日付が誤っている）。この点に照らし、末弘の1915年（大正4年）論文の記述は無視することができない、と考える。

るのは、債権の「不可侵性」の特則にすぎない、とみるからである¹⁸⁶。だから末弘は「私ノ考ニ從ヘバ」、かかる第三者に対する不動産賃借権の「対抗力」は、「(債権の) 不可侵性ノ問題ニ關聯」するのみであって、「排他性ノ問題ニ關聯シテ關係スルコト絶對ニ之ナ(し)」と主張するのである¹⁸⁷（括弧内・引用者）。その論理的帰結として、末弘は「登記シタル不動産賃借権モ亦物權デナイト主張シタイ」¹⁸⁸と述べている。そのことは、末弘の立論が従来各国の立法例、さらにはわが国通説と同様に、「賣買ハ賃貸借ヲ破ラス」(Kauf bricht nicht Miete) という効果を導き出すのであり、「羅馬主義ニ於ケルガ如キ殘虐ナル結果」を回避できるゆえんである、と結論づけている¹⁸⁹。

186 末弘「債権ノ排他性（二・完）」（前注176）33-34頁参照。

187 末弘「債権ノ排他性（二・完）」（前注176）33頁参照。

188 末弘「債権ノ排他性（二・完）」（前注176）34頁。

189 末弘「債権ノ排他性（二・完）」（前注176）34頁参照。ちなみに判例上、専用漁業権の賃借権に対抗力を認めた①大判大正10年10月15日民録27輯1788頁、②河川敷及び堤防の占有権に対抗力を認めた大判大正11年5月4日民集1巻235頁、③大判大正12年4月14日民集2巻237頁などがあり、一般に第三者による債権侵害を理由に妨害排除請求を認めたものとされる。これが戦後いったん最高裁判例で否定され、第三者債権侵害否定の原則論が確立した（最判昭和28年12月14日民集7巻12号1401頁、最判昭和29年7月20日民集8巻7号1408頁）。それとほぼ同時期、最高裁は民法605条以外の論拠をもって不動産賃借権の対抗力を認めた。最判昭和28年12月18日民集7巻12号1515頁（土地賃借権が「物権の効力を有し」ている、と述べている。その限りで、末弘が批判した岡村〔玄〕の所説が復活したとも言える）、最判昭和30年4月5日民集9巻4号431頁（昭和28年最判を踏襲）。なお、2017年改正民法605条の4も参照。ついでながら、上記判例の受けとめ方につき、付言しておきたい。まず①判決は、まず一般論として「権利者カ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨害クルモノアルトキハ其妨害ヲ排除スルコトヲ得ルハ權利ノ性質上固ヨリ当然ニシテ其權利カ物權ナルト債権ナルトニヨリテ其適用ヲ異ニスヘキ理由ナシ」（傍点・引用者）と述べ、その上で本件原告Xが「専用漁業権ヲA組合ヨリ賃借シ同漁業ヲ爲シ来リタルニY等ハ何等ノ權利ナキニ拘ラスXカ漁業ヲ爲スニ際シ之ヲ妨害スルヲ以テ其妨害ヲ禁止スル爲メ仮処分ノ申立ヲ爲スト云フニ在リ」として原審が「其申立ニ基

〔γ〕末弘が訴えたかったこと

ところで上記二つの論文で、末弘が訴えたかったことは何であろうか。

まず第一論文「第三者の債権侵害論」＝「債権不可侵性論」において、末弘は債権＝不可侵性論に基づく第三者の不法行為責任を一般的に承認した。さらに彼の第二論文「債権排他性批判論」では「登記ある不動産賃借権」にのみ、対第三者対抗力が「債権の不可侵性」から導出されることを指摘

ゝキ右妨害禁止ノ仮処分決定ヲ爲シタルコト明瞭」であり、かつ「正当ナリト認ムヘク」と判示した。ここで注目すべきは、賃貸借の目的とされた専用漁業権をXが「自己ノ爲メ」に「行使」しようとした際に、Yによる妨害が行われたことである。この点、債権であっても、債権者が債権を行使する際に、それを妨害すれば、妨害排除請求権が認められることは当然である、と考える。たとえば不動産の二重売買の事例で、第一買主が売主に代金を支払って、それと引き換えに引渡し・登記の移転を求めようとして債権を行使しようとする際、第二買主がその代金の支払いを妨害する行為、あるいは不動産の引渡し・移転登記そのものを妨害する行為は、妨害排除請求権を根拠づける。この場合、第一買主は売買契約に基づく債権侵害としてのみならず、登記がなくても民法176条に基づく物権変動の当事者として自己の所有権に基づく妨害排除請求権（物権的妨害排除請求権）として行使することすら、可能であると考えられる。このように①判決が、単なる「債権侵害」ではなく、「権利者カ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキ」という枠付けの上で「専用漁業権」の賃借権の債権保護を図った点に、充分留意する必要がある。すなわち「権利者カ自己ノ爲メニ權利ヲ行使スルニ際シ之ヲ妨クルモノアルトキ」という枠付けの範囲内では、物権のみならず債権も等しく保護されるのである。ちなみに②判決は、特に「債権」を問題としないで、「対世的性質ヲ有スルモノハ唯タ物権ニノミ限ルモノニ非ス本件ノ占用権モ亦一種ノ財産権トシテ対世的性質ヲ有スルモノ」という理由で「之ヲ侵害シタル第三者ニ対シ侵害ヲ排除スルニ適当ナル行為ヲ求ムルコトヲ得ヘキモノ」と判示している。この②判決では、地方自治体の許可を得た公物たる河川敷の「占用権」は物権でも債権でもないとしている。つまり、この「占用権」は物権たる「占有権」でもなければ、債権たる「賃借権」でもない。言い換えれば「地方行政庁ノ許可ノ範囲内ニ於テ私益ノ爲メヲ占有使用スルコトヲ得ル權利ニシテ一種ノ財産権タル私法上ノ權利ニ属スルモノ」という意味で特殊な財産権である。しかも原告は、当該「占用権」に基づき「該地上ニ木造瓦葺平家住家建坪十坪ヲ所有シ」ていたわけであるから、現に私権たる「占用権」を行使してもいたのである。以上のような「権利行使」の側面を度外視し、末弘が一般に債権の「不可侵性」を認めた判決と捉えていたとすれば、その「判例研究の方法」自体に問題があったことになろう。

した。この点、すでに1909年（明治42年）に建物保護法が制定されており、土地の賃借人が土地上に「登記シタル建物」を有する場合には、これをもって「第三者ニ對抗スルコトヲ得」とされている。その限りで、特に土地賃借権者の債権の「不可侵性」を論ずる意味は存在しなかった、とも言う。しかしながら、建物賃貸借については、当時いまだ「借家法」（1921年〔大正10年〕）による保護（建物引渡しによる対抗力）は与えられていなかったことに留意すべきである。この点、建物賃貸借契約における「登記」の可能性が土地賃貸借の場合と比べてもなお小さいことを踏まえるなら、その限りで、末弘の債権＝不可侵性論が存在意義をもったかも知れない。しかしながら、本論文を含め当時の末弘は、「不動産賃借権」に「登記」による保護を認めるという枠内で議論したにすぎない。おそらく末弘は、自己の債権＝不可侵性論で建物賃貸借の場合も説明できると考えたように思われる。その一般論的な債権＝不可侵性論と「不動産賃借権の物権化傾向」とは、どのような関係に立つのか¹⁹⁰。末弘の一般理論でいけば、建物賃貸借の場合も賃借人には、その債権＝「賃借権」に「不可侵性」が承認されるべきことになる。それでは、引渡しがあろうがなかろうが、債権の不可侵性によって妨害排除請求権をも認めるべし、ということになるのだろうか¹⁹¹。おそらくそうであろう。この点、末弘の債権保護を含めた権利保護のための一般的思想は、そのものとして確かに近代的であり、むしろ

190 この点、留学から帰国直後の論文、末弘「住宅問題と新借家法案（一）（二・完）」法学協会雑誌39巻2号1頁以下、法学協会雑誌39巻3号55頁以下（いずれも1921年〔大正10年〕）が考察される必要がある。これは本稿続編（次号）の課題である。

191 おそらく末弘の「債権不可侵性」論の延長線上に、1920年（大正9年）留学から帰国後の「所有権思想變革の提唱」法律新聞1781号（1921年〔大正10年〕）が導かれ、さらに「物権に局限せず、ひろくすべての権利侵害」に妨害排除・原状回復を認めるべしとする末弘の物権的請求権解体論（「物権的請求権理論の再検討」1939年〔昭和14年〕・同『民法雑誌（上）』第2版）〔前注45〕212頁）が必然化していったのではないか。この点、本稿前注101も参照。なお上記「法律新聞」の末弘論稿については、本稿続編（次号）で検討する。

「近代の超克」的側面すらもつ（末弘による物権的請求権解体論がそれを物語る
と解するのが、筆者〔川角〕のスタンスである。この点、本稿統編で触れる）。同時
に末弘は、「羅馬主義」の「残酷ナル結果」を回避し、不動産賃借権（借
地人・借家人）の保護を提唱した（本稿前注189に対応する本文を参照）。ここに
は、留学から帰国後に明確に示される民衆・市民の権利保護・勤労者・労働者・小作人の生存権保護を目的化した彼の「市民法学」的要素の萌芽が
示されている。末弘は、当時の——俗に「概念法学的」などと言われる——
一手堅い学問的路線（沿革重視、民法体系のバランス重視、権利及び法規性質論
重視）の内部で、すでにその後明瞭に形姿化される社会法学的「市民法
学」¹⁹²の芽を育もうとしていたのではないか。これこそ、上記二つの論文
で末弘が訴えかけようとしたことであるように思われる。そしてそこに、
すでに末弘法学の「光」と「影」が潜んでいた、とも言えそうである。そ
のような問題意識をもって、留学「前」の末弘巖太郎をいま少し立体的に
理解しておきたい。以下で試みられるのは、留学直前に書かれた末弘の大
著『債権各論』に関する若干の解剖学を試みである。

<iv> 「債権各論」の特徴

〔a〕序論——末弘『債権各論』の持ち味

この『債権各論』（1918年〔大正7年〕）は、末弘巖太郎30歳の頃の作品で
ある。その「自序」と「目次編成」に即して、末弘『債権各論』の持ち味
とでも言うべきものを摘示しておきたい。

（あ）「自序」から窺えること

末弘は「自序」その一で、『債権各論』を刊行したのち「民法序論、民
法総則、物権法、債権総論、親族法、相続法ヲ著シテ民法全部ニ關スル系
統的解説ヲ完成センコトヲ期ス」と、自己の抱負を語っている。その後、
末弘は『物権法』（1921年〔大正10年〕）、『債権法総論下巻・附担保物権法大

192 末弘の「市民法学」が同時に社会法学と規定される点につき、本稿前注33を
参照。

審院判例・大正15年度帝國大學講義』（1926年〔大正15年〕）、『債權総論』（1936年〔昭和11年〕）を出版している（2番目の『債權法総論下巻・帝國大學講義』は非売品であるが、龍谷大学図書館に所蔵されている。『債權法総論上巻』も存在するはずであるが、調査が及ばなかった）。結局『民法序論』と『民法総則』及び『親族法・相続法』が出ないままであった。なかでも「民法序論ハ私法ノ根本法理ヲ記述スルコトヲ目的」とするものであるから、最初に刊行されるべきものであるが、「之ガ公刊ハ恐ラクハ民法全部ニ關スル詳細ノ研究ヲ終ヘタルノ後ニアルベシ」と言っている。なぜなら末弘は、「歸納的研究ニ依ラズシテ濫ニ原理ヲ説クハ著者ノ最モ危険トスル所ナレバナリ」とするからである。演繹の方法は末弘の肌にならず、あくまで具体的なものの考察を通じて抽象的原理を導き出す「歸納的方法」が性に合っていたのであろう。これは、留学後の末弘による判例研究を通じた民法学の構築方法と繋がりをもち、さらに「自序」その三では、「著者ノ本書ヲ記述スルニ當リテ最モ意ヲ用ヒタルハ我國從來ノ判例並ニ學說殊ニ單行論文ノ網羅ト批判トニ努メタルコト是レナリ。蓋シ外國法ノ解釋論ヲ以テ直ニ我法規ニ臨ミ稍モスレバ外國學者ノ名ヲ貴ビテ我國同胞ノ研究ヲ蔑視スルハ」世々ニシテ其弊ヲ見ル所著者ノ最モ遺憾トスル所ナレバナリ」と述べている。ここでは、先にも示した「判例研究」の重要性が再度示されている。と共に「我國同胞ノ研究」を尊重する立場＝一種の「ローカルカラー」の重視が明示されている。いずれも末弘が留学から帰国後に強く主張し、実践したことがらである。それが、すでに末弘『債權各論』の基本的スタンスであったことは、重要であるように思われる。

（い）「目次編成」から窺えること

末弘は、『債權各論』の記述をほぼ民法の配列順に行っている。その点ではきわめてオーソドックスである。注目に値するのは、13の典型契約を基軸にそれ以外の契約を追加しつつ「類型化」していることである。まず「財産ノ移轉ヲ目的トスル契約」として「贈與」・「賣買」（「特殊ノ売買」を

含む)・「交換」を括り出す¹⁹³。そして「物ノ使用ヲ目的トスル契約」として「消費貸借」・「使用貸借」・「賃貸借」がまとめて考察されている¹⁹⁴。さらに「労務供給ヲ目的トスル契約」として「雇傭」・「請負」・「委任」(ここに「懸賞契約」も含めている)を類型化している¹⁹⁵。かてて加えて、「物ノ保管ヲ目的トスル契約」として「寄託」・「消費寄託」が包括されている¹⁹⁶。最後に「共同業務ヲ目的トスル契約」として「組合」が論じられており¹⁹⁷、「終身定期金契約」¹⁹⁸と「和解」¹⁹⁹はそれぞれ別個に考察される。このような典型契約の「類型化」は、当時きわめて珍しい手法であった。斬新きわまりない。戦後の代表的な契約法教科書である我妻栄『債権各論・中巻一(民法講義V₁)』(1954年)、同『債権各論・中巻二(民法講義V₂)』(1962年)さらに来栖三郎『契約法』(1974年)においても、なお条文配列順の記述であって、「類型化」は具体的には志向されていない。わずかに広中俊雄『債権各論講義・第4版』(1972年)が、ほぼ末弘と同内容での典型契約の「類型化」を展開しているにすぎない²⁰⁰。そのような意味で、末弘の典型契約

193 末弘『債権各論』(前注13)293頁以下。ちなみに売買契約の項で、末弘は、特殊の売買として以下のものを挙げている。「継続的供給契約」(360頁以下)、「割賦拂約款附賣買」(363頁以下)、「豫約出版契約」(367頁以下)、「試味賣買」(368頁以下)、「見本賣買」(369頁以下)。

194 末弘『債権各論』(前注13)483頁以下。ちなみに、賃貸借契約の「対外的効力」に関して、末弘は1909年(明治42年)の「建物保護法」に着目している(602頁以下)。

195 末弘『債権各論』(前注13)653頁以下。なお「雇傭契約」との関係で、1911年(明治44年)公布・1916年(大正5年)施行の「工場法」にも言及がある(663頁以下、674頁)。さらに「労働協約」(Tarifvertrag)にも触れている(664頁)。また「身元保証契約」(「身元引受契約」)に関する詳述(665-672頁)は注目に値する。

196 末弘『債権各論』(前注13)778頁以下。

197 末弘『債権各論』(前注13)810頁以下。

198 末弘『債権各論』(前注13)860頁以下。

199 末弘『債権各論』(前注13)876頁以下。

200 最新の広中『債権各論講義・第6版』(1994年)に即して言えば、「財産権の移転を目的とする契約」(贈与・売買・交換)23頁以下、「物の利用を目的とす

「類型化」の試みは、磯村哲によって、末弘法学に独特な「定型的社会関係」論及び「類型論的考察方法」として理論的に定式化されたものと関連性をもとう²⁰¹。その意味において、素朴な形態ではあれ、この末弘『債権各論』の典型契約「類型化」は、磯村哲が剔抉したところの「定型的社会関係」を踏まえた「類型論的考察方法」の典型的な先取りの形態であった、とも言えよう。こうしてみるならば、留学前の末弘厳太郎と留学後の末弘厳太郎との＜転換＞もさることながら、むしろ＜連続＞と＜不連続＞の錯綜をいかに末弘法学内在的に検証するか、という課題としても、これを無視することはできない（この点は、すでに本稿冒頭で指摘した筆者〔川角〕の基本モチーフでもある）。以下では、そのような問題意識を織りまぜながら、1000頁を超える末弘『債権各論』の特徴を描き出してみたい。むろん、それは網羅的に行われうるものではない。筆者の問題関心に引き寄せながら、以下の3点に絞って考察を試みるにすぎない。すなわち〔β〕末弘の「契約法基礎理論」、〔γ〕末弘の「不法行為要件論」、〔δ〕末弘の「不法行為効果論」の3点が、それである。

〔β〕末弘の「契約法基礎理論」

（あ）序論——「契約の観念」・「對價關係」・「雙務契約」・「有償契約」

末弘は、『債権各論』で、いわゆる「債権契約」（der Schuldvertrag）を論ずると、わざわざ宣言している²⁰²。それはなぜか。一般にヨーロッパ各国の契約も「債権契約」であるところ、ドイツでは特にサヴィニーが「物権契約」（der dingliche Vertrag）の範疇を析出することに成功し、それをヴィントシャイトが抽象的にカテゴリー化したことによって「債権契約」及び「物権契約」の上位概念として一般的な「契約観念」が展開した

ゝする契約」（消費貸借・使用貸借・賃貸借）101頁以下、「勞務の利用を目的とする契約」（雇傭・請負・委任・寄託）243頁以下、「その他の契約」（組合・終身定期金・和解）303頁以下、となっている。

201 磯村哲『社会法学の展開』（前注33）93頁などを参照。

202 末弘『債権各論』（前注13）11頁参照。

事実を踏まえているからである²⁰³。

さらに末弘は、「雙務契約」と「有償契約」につき、いずれも「對價關係」を基軸に論じる。ただし、末弘にあって「對價」とは「契約ヲ締結スル當事者ノ主觀ニ於テ一方ノ給付ガ他方ノ給付ニ對シテ反對價物 (Gegenwert)」と解されるものを指す (これにつき「必ズシモ二者ガ同一價值ヲ有スルコトヲ必要トスルモノニアラス」〔傍点・引用者〕と述べている)²⁰⁴。この点、現在では對價關係は、資本制經濟における「商品交換」の論理で客觀的に把握された上で、「契約自由の原則」による——契約形成過程を通じた——當事者意思の貫徹が語られることが多い²⁰⁵。これとの対比で言えば、末弘はよりストレートに「當事者ノ主觀」に重点を置く。したがって「雙務契約」とは、そのような意味での「對價」モメントを前提として「當事者ノ凡テヲシテ互ニ對價タル關係ニ立テル債務ヲ負擔セシメル契約」²⁰⁶とされる。かつまた「有償契約」も、「當事者ノ一方ガ給付ヲ為スコト相手方ガ給付ヲ為スコトガ互ニ法律上ノ原因タル關係ニ立ツ (形式的要素) ト同時ニ、當事者ノ意思ニ從ヒテ互ニ反對價物タル經濟的關係ニ立テルコト (實

203 末弘『債權各論』(前注13) 10頁参照。

204 末弘『債權各論』(前注213) 23頁注1参照。なお、末弘「雙務契約ト履行不能(一)」法学協會雜誌34卷3号(1916年〔大正5年〕)1頁以下、特に9頁は、「給付不能」が「契約ノ無効ヲ來スヘキヤ否ヤ」を、もっぱら「成法上ノ問題」として把握すべきであって「論理上ノ問題ニアラス」とする。さらに同論文10頁では、「給付不能カ契約ヲ無効トスヘキヤ否ヤノ解釋問題」を單純な「條理上當然ノ結果ナリ」という「形式的觀察」でもって解決するのではなく、「法律ノ精神並ニ個々ノ規定」を重視すべし、と主張している。その上で、結論として履行不能=無効論を採用しつつ、原始的不能と後発的不能の違い、全部不能と一部不能の相違などを詳論する(同論文11-12頁。ちなみに13頁では「原始的不能概念」に異議を提起しているが、本稿では立ち入らない)。要するに、双務契約論における當事者意思(主觀的モメント)への視点に加えて、「法律ノ精神」に基づく客觀的・体系的問題解決への志向、規範的解釈の採用などを、末弘「雙務契約論」の特色として指摘できるように思われる。

205 たとえば広中俊雄『債權各論講義・第6版』(1994年)5-6頁参照。

206 末弘『債權各論』(前注13) 23-24頁。

質的要素)」²⁰⁷（括弧内・原書）をいう、とされる。「對價」性自体に関しては、あくまで「當事者ノ主観」に重きが置かれるが、明らかに「反對價物」に相当する経済的関係が欠ける場合、たとえば負担付き贈与の場合の「贈與ト負擔」の間には「對價關係」を肯定することはできない、とする²⁰⁸。當事者の主観を重視して契約の法的性質を決定づけようとするのが、あくまでも末弘の基本スタンスである。とはいえそれは、なおその「主観」を内部貫徹する「客観的」存在として経済的「對價關係」を同時に視野に収める必要がある、ということに収斂するようである。

（い）「財産ノ移轉ヲ以テ目的トスル契約」の歴史的概観——原初的「贈与」・「交換」から近代法的な「売買」さらに「贈与」への展開

ここで末弘は、その『債權各論』で例外的とも言いうる歴史的・経済的考察方法を試みている。その際、末弘はイエーリングの『法における目的』（Zweck im Recht）を素材にする。すなわち「財産ノ移轉ヲ以テ目的トスル契約」を「社會經濟ノ發達」という観点からみると、「取引ノ制度未ダ充分ニ發達セザル原始ノ時代」にあつては「一個ノ契約ヲ以テ相互的ニ給付ヲ交換スル」制度が確立していなかったがゆえに、その「平和的取引」の形態において「當事者ノ一方ハ他方モ亦給付ヲ爲スベキコトヲ豫期シ單ニ之ヲ動機トシテ先ズ自己ノ給付ヲ爲シ、他方ハ又此給付ヲ受ケタルニ依リ自己モ亦之ヲ動機トシテ給付ヲ爲ス」ことによって「契約」の原初的形態が生み出されていった、という²⁰⁹。社会的過程の実質から見れば、広義の「交換契約」と言いうるものであるが、一方當事者の「契約ノ法律的形式」にのみ着眼すれば、一種の「贈答的交換」²¹⁰というべき原初的「贈與」

207 末弘『債權各論』（前注13）26頁。

208 末弘『債權各論』（前注13）26頁注12参照。

209 契約の起源に関する同様の指摘については、広中俊雄『契約とその法的保護・広中俊雄著作集1』（1992年）18頁以下参照（原書初出は1974年。その原論文初出は1953-1954年）。

210 広中・前掲書『債權各論講義』（前注205）27頁。「共同体内における財貨流メ

が先行していた、という²¹¹。それと同時に、あるいはその後、純然たる「物物交換」も行われたが、交換を媒介する「金銭」（貨幣）の普及によって「賣買」が普及し、契約の代表格となっていた²¹²。他方、「通常ノ贈與ガ獨立ノ法律制度トシテ發達セルハ遙カ賣買ニ後レタルモノニシテ、例ヘバ羅馬法上贈與ニ獨立ノ法律的形式ヲ與ヘタルハ Justinianus皇帝ニシテ其以前ニ於ケル贈與ハ僅カニ賣買ノ形式ニ依リテ行ハレタルニ過ギザリキ」²¹³とされる。そして末弘は、イエーリングに依拠して、このようなプロセスが、ローマ法のみならず「廣ク其他ノ諸國ニモ存在シタ」と述べている²¹⁴。ともあれ、簡略な記述ではあれ、末弘が「財産ノ移轉ヲ以テ目的トスル契約」の歴史的概観を経済的發展との対応関係を自覚して展開していた点は、注目に値すると思われる（ただし末弘は、ローマ法的売買と近代法的売買との対比にまでは及んでいない）。以上の点、若き末弘法学の志の深さと視野の広さを物語るものである、と言えよう。

（う）「契約解除論」——法定解除と告知の区別

末弘は、法定解除（Rücktritt）と告知（Kündigung）を明確に区別している²¹⁵。いずれも契約関係の解消を効果として生ぜしめるものであると

ゝ通のための一つの重要なメカニズム」として「贈答的交換」が性格づけられている。なお広中・前掲書（前注209）18頁も参照。そこでは「交換的贈答の慣行」が語られている。

211 末弘『債権各論』（前注13）294頁参照。

212 末弘『債権各論』（前注13）295頁参照。

213 末弘『債権各論』（前注13）295頁。Jhering, Zweck im Recht 4. Aufl., S. 124. bes. 216, 232.

214 末弘『債権各論』（前注13）295頁。Jhering, Zweck, S. 216を引いて、Justinianus皇帝のもとでの独自の「贈與」の法的承認はキリスト教の影響である点に注目している。末弘『債権各論』296頁注5参照。

215 当時、すでに民法541条以下の法定解除と継続的契約関係における告知との違いは、学説上一般的に承認されていた。たとえば石坂音四郎『日本民法第三編・債権六卷』（1916年〔大正5年〕）2359-2369頁に、「告知」に関する詳細な記述がある（契約解除の項目の末尾に付加されている）。

ころ、前者は遡及効をもつ（「其本質トシテ常ニ遡及カヲ有ス」）のに対し、後者は将来の効力のみをもつ（「将来ニ對シテ継続的契約關係ヲ消滅セシムル」）という点で違いがある²¹⁶。この点、末弘は継続的契約關係として賃貸借契約、使用貸借契約、雇用契約、委任契約、組合契約などに注目している²¹⁷。ただし末弘は、継続的契約關係においても「告知」と共に「法定解除」の競合的適用を認めている（「第541條乃至543條ノ諸規定ニ因リテモ發生スベシ」）²¹⁸。この点、その後末弘が「借地人・借家人・小作農等」を法的に保護する立場から説を改め、彼の弟子筋にあたる戒能通孝（1908-1975年）及び川島武宜（1909-1992年）の见解を容れた点に留意しておく必要がある²¹⁹。要するに、末弘は継続的契約關係において「告知」の優先適用を認めるに至ったのである（単なる一回的賃料不払いによる解除を否定した）²²⁰。すなわち、その後「川島＝戒能＝末弘説」と言われるものの形成が、これである²²¹。とはいえ、

216 末弘『債權各論』（前注13）236頁参照。

217 末弘『債權各論』（前注13）236-237頁注33参照。末弘は「請負」を継続的關係に欠けるという立場から「告知」ではなく「通常ノ解除」としている。この点、石坂は民法642条と621条・631条との共通性を指摘して、請負契約にも「告知」の適用ありと解している。石坂・前掲書（前注215）掲記の箇所を参照。

218 末弘『債權各論』（前注13）237頁参照。

219 末弘「継続的契約と民法第541条」同・前掲書『民法雑記帳（下）』（前注82）49頁以下、特に50頁及び52頁（戒能説の受容）、51頁（川島説の受容）を参照。この末弘論文は、当初「雇傭と民法第541條」という表題であった（法律時報11巻8号〔1939年〔昭和14年〕79頁〕）。その後、1940年（昭和15年）の『民法雑記帳』161頁以来、戦後の（下）第二版（前注82）においては改題されて、「継続的契約と民法第541条」となっている（その内容は——形式上の修正を除けば——いずれも全く同じである）。なお末弘は、戒能説につき戒能通孝『借地借家法』新法学全集第37回配本収録（筆者参照しえず）、川島説につき川島『判例民事法』（1932年〔昭和7年〕）408頁の参照を指示している。

220 末弘「継続的契約と民法541条」同・前掲書『民法雑記帳（下）』（前注82）52-53頁参照。そこで末弘は、「継続的契約關係の本質を先入的偏見なしに考えてみる」という観点を強調している（53頁）。

221 たとえば広中俊雄「契約の解除について」同『民事法の諸問題・広中俊雄著作集4』（1994年）111頁参照（原論文初出は1963年）。

1918年（大正7年）の『債権各論』において、そのための助走の跡を確認することはかなり難しい。留学から帰国後、末弘による借家法案論（1921年〔大正10年〕）、『農村法律問題』（1924年〔大正13年〕）及び『労働法研究』（1926年〔大正15年〕）等の蓄積を待って、ようやく到達する〈学問的地平〉であった、と言うべきであろう。

〔γ〕末弘の「不法行為要件論」

（あ）「民事責任と刑事責任」——末弘における民事過失論の〈転換〉

まず末弘は、「民事責任と刑事責任」の関係を指摘する。なかでも「最近刑法學ノ新學派ハ刑罰ノ目的主義ヲ力説シテ民刑兩責任ノ全然異別ノ根本精神ニ基キ各獨特ノ職能ヲ有スルコトヲ主張スルニ至レリ」、「刑罰ノ基礎ハ社會防衛ニシテ、損害賠償ノ根柢ハ損害填補ニ在ル」と述べる点²²²は、牧野英一の影響をなお色濃くとどめている。ただし、なにゆえか末弘は牧野の著作を引用していない。「民刑兩責任ノ共助作用」²²³を肯定するに至ったからであろうか。むしろ末弘は、「過失責任主義」と「結果責任主義」の対比を岡松参太郎（1871-1921年）²²⁴に依拠して論じている。第一に、過失責任主義の原則化の論拠を以下のように示す。すなわち、「民刑兩責任ノ共助作用」という切り口からすれば、不法行為責任においても過去の損害の填補以外に損害発生防止という観点を重視すべきことになるが、その場合「社會通常ノ状態」を想定して「通常人ノ注意」、言い換えれば「善良ナル管理者ノ注意」を標準とすることが適切である²²⁵。さらに一般に「結果責任」（無過失責任）を導入すれば、「損害ノ危険」をおそれて「社會ノ

222 末弘『債権各論』（前注13）1001頁参照。

223 末弘『債権各論』（前注13）1001頁。

224 岡松『無過失損害賠償責任論』（1916年〔大正5年〕）28頁以下、60頁以下などに基きゲルマン法的「結果責任」論を展開している。岡松の所説については、本稿前編・龍谷法学50巻1号（2017年）186頁以下参照。

225 末弘『債権各論』（前注13）1004-1005頁参照。なお、末弘は「過失」を「結果予見義務違反」としても捉えている。末弘『債権各論』1068-1069頁。結果回避義務違反については論じていない。

健全分子ノ活動力」まで阻害することになる。かつまた他方で、結果的に「無過失責任」を負わされるのであれば、怠惰な者はいくら注意を払っても同じことだとして「放縦ニ陥ルベク」、もって「損害豫防ノ目的ヲ達スルコトヲ得ズ」²²⁶ということになる。こうして、不法行為責任においては一般論として「過失責任主義の原則」が承認されざるをえない。とはいえ、使用者責任（民法715条）や土地工作物責任（717条）など「實際ノ必要ニ基キテ個々の」結果責任を取り込むべきことは、やはり不可避である。とすれば、過失責任主義か結果責任主義かの二者選択で臨み、いずれかの「統一的主義」を掲げることは「到底不可能ナルベシ」²²⁷ということになろう。かくて末弘は、先に本稿で示したように、学生時代の論文で主張していたような「過失無キ不法行為」を認めることこそ「不法行為本来ノ性質ニ基クモノ」とする姿勢（無過失責任本質論のスタンス）²²⁸からの転換を余儀なくされる。したがって、ここ（末弘『債権各論』）では、「過失責任主義」と「結果責任主義」（無過失責任主義）との便宜的な使い分けが図られるに至るのである²²⁹。このような「使い分け」の観点から、末弘は従来の学説が不法行為責任を「過失責任主義」一辺倒で説明してきたと強く非難している²³⁰。

226 末弘『債権各論』（前注13）1005頁。

227 末弘『債権各論』（前注13）1006頁。

228 本稿前注99に対応する本文参照。

229 末弘は、この点についても岡松参太郎（岡松・前掲書〔前注224〕22頁以下）にならって、過失責任主義と結果責任主義に関する「統一的解説ヲ不可能ナリ」とする立場にたつ。牧野英一などがこれを読めば、おそらく末弘が場当たりの思いつきの見解を活字にした、などと非難したであろうか。いずれにせよ、末弘は、一旦「活字」にした見解を実質的に改めているのであるから、かつて「過失無キ不法行為」で主張したことにつき「改説」した旨の記述を求められても、仕方ないのかもしれない。

230 末弘は、師・川名兼四郎の『債権法要論』（1915年〔大正4年〕）715頁（717条の土地工作物責任における所有権者の無過失責任を「不法行為ヨリ生スルモノニアラス」とする見解）やドイツのEnneccerusが「不法行為類似の責任」（deliktsähnliche Haftung）などとする考え方を、強く非難する。末弘『債権各論』（前注13）1007頁及び同頁注2参照。

(い) 末弘「権利論」の意義——「債権侵害論」との連結

末弘は、権利侵害要件との関連で、そもそも「権利」とは何かを論ずる。彼によれば「権利ノ目的ハ利益ナリ」²³¹とされる。ただし、「法律ニ依リテ保護セラレタル利益」が「権利」であると解すべきではない、という²³²。「法律」が「此利益ヲ保護スル手段トシテ権利ヲ附與スル」(傍点・引用者)にすぎない、とする²³³。つまり「権利ノ本體ハ實ニ其手段タルノ點ニ存スル」(傍点・引用者)と述べる(実体的な「権利」を手段に格下げしている)²³⁴。こうして末弘は、つまるところ「権利」を「請求権」(Anspruch)ないし「訴権」(Klagerecht)の意味で把握している。しかも「権利ノ本體」自体、「手段タルノ點ニ存スル」とまで言い切っている。したがって「権利ノ目的ハ利益ナリ」というのは、やや不正確であって、むしろ「権利ノ目的ハ利益ノ保護ナリ」というべきであろう。それゆえか末弘は、「権利ノ本體ハ利益享受ヲ完全ナラシムルガ爲メ法律ノ與フル保護ナリ」²³⁵という。たとえばイエーリングの「権利利益説」によれば、権利の「核」(Kern)のうちに「享受されるべき利益」が「実質権」(Substanzrecht)としてあり、それを保護するためにその「外皮」(Schale)として保護権(Schutzrecht=Schutzanspruch)が存在する²³⁶。それを踏まえるなら、末弘は「権

231 末弘『債権各論』(前注13)1012頁。

232 末弘『債権各論』(前注13)1012頁。

233 末弘『債権各論』(前注13)1012頁。

234 末弘『債権各論』(前注13)1012頁。

235 末弘『債権各論』(前注13)1013頁。

236 Rudolf von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Teil 3, 10. Unveränderte Auflage, 1993, S. 339. なお原書の初出は、1865年である。末川博「イエーリングの権利論」同『権利侵害と権利濫用』(1970年。原論文初出は1928年〔昭和3年〕)35頁以下、特に41頁以下も参照。なお末弘『物権法・上巻』(1921年〔大正10年〕)20頁では、給付請求権たる債権と物支配権たる物権を含め「苟も権利たる以上凡て絶対性を有す」という立場から、「権利の中核をなす内容」と同時に「不可侵義務」としての「権利の外圍」あって「はじめて権利がある」という注目すべき記述がノ

利ノ本體ハ利益享受ヲ完全ナラシムルガ爲メ法律ノ與フル保護ナリ」とするわけであるから、権利の「保護権」としての手段的側面のみをみている、と言わなければならない（ただし本稿前注236も参照されたい）。なるほど末弘は、ヴィントシャイト的に、権利（所有権）を「万人に対して向けられた不作為請求権の束」²³⁷とみるわけではない。しかしながら、権利＝不可侵性という発想それ自体は、ヴィントシャイトに近い。少なくとも、この末弘「権利論」は、「法律実証主義的権利論」に属するとすら、言えそうである。ちなみに末弘は、権利の種類に言及しているが、現に「権利」の中に「請求権」を入れ込んでいる。そして「財産的請求権」＝債権という構成のもとで、債権＝「請求権」を、709条の権利侵害の対象に組み入れる²³⁸。その上で末弘は、詳しく「債権侵害」が不法行為となるかどうかにつき検討している。この点、末弘の立場はすでに本稿で確認したように「債権の不可侵性」の立場から、第三者の債権侵害による不法行為責任を一般論として承認しようとするものである。末弘『債権各論』でも、それが繰

ゝある。イエーリングの見解と外観上類似しているが、イエーリングでは「妨害排除請求権」として位置づけられている権利の外皮＝保護権が「不可侵義務」として把握されている点に、末弘説の独自性がある。そして、その後末弘「妨害排除請求権の問題」同・前掲書『民法雑記帳（上）』（前注45）217頁（原論文初出は1935年〔昭和10年〕）は、「妨害排除・差し止命令等の請求権はひとり物権にのみ限らず、すべての権利に対する保護手段として認められるべき理論的可能性がある」として、重要な問題提起をするに至る。ただし末弘は、「これを認むるについての法律要件は権利の種類、権利の目的物、侵害の種類態様、侵害の結果被害者のこうむるべき被害の程度態様、妨害排除を実現するため加害者に要求せらるる犠牲の程度等に応じていろいろに定めらるべきものであって、従来わが国通説になっている物権的請求権理論において認められているような要件をもって一律的にすべての場合に臨むべきではない」とする。こうして、いわゆる「不可侵性論」の＜展開＞としての「違法侵害論」（相関関係論の導入による物権的請求権の解体路線）が示されるに至る。この点、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362頁以下も参照。

237 Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Bd. 9. Aufl. 1906, S. 167 und S. 187 f.

238 末弘『債権各論』（前注13）1027頁参照。

り返されている²³⁹。すなわち「不可侵性ハ獨リ物權其他支配權ノ特性ニアラズシテ寧ロ凡テノ權利ノ通性ナリト解セザルベカラズ。從ヒテ現行法上債權亦不可侵性ヲ有シ之ガ侵害ハ違法ニシテ同時ニ其他ノ不法行爲要件ヲ具備スル限り常ニ不法行爲ヲ成立セシメルモノナリ」²⁴⁰（傍点・引用者）とする。末弘の「債權の不可侵性論」に対しては、すでに本稿で検討した批判的分析を参照されたい。

（う）「權利濫用論」と「公序良俗論」との結合

末弘は、權利の濫用を違法²⁴¹とするのであるが、「民法ノ解釋トシテハ公序良俗ニ反スル權利行使ヲ意味スルモノナリト解スルヲ正當トス」（傍点・引用者）と述べる²⁴²。なぜなら末弘は、「公序良俗ノ違反ハ法律ノ一般

239 1918年（大正7年）『債權各論』（前注13）ののち、1921年（大正10年）『物權法』（前注236）14-15頁では「不可侵性」ないし「絶対性」という範疇で物權と債權（およそ「權利」一般）の共通性を承認している。さらに、1935年（昭和10年）「妨害排除請求權の問題」同・『民法雜記帳（上）』（前注45）216頁及び1936年（昭和11年）『債權總論』18頁注1も、同旨である。いやしくも「權利」という以上、何人もこれを侵害してはならないという点で、「不可侵性」と「絶対性」が同時に承認されている。この点は、末弘民法学において終始一貫変わらぬ態度であった、と言える。末弘の判例理解の問題性を含め、本稿続編（次号）で改めて論ずる。なお、末弘「不可侵性論」から「違法侵害説」への展開につき、本稿前注236参照。

240 末弘『債權各論』（前注13）1035-1036頁。

241 末弘の「違法」概念は、すでに本稿でも考察したが、ここ『債權各論』（前注13）1049頁でも、ほぼ同様に「法ノ命令禁止ニ違背スル」ことをもって「違法」（Rechtswidrigkeit）である、としている。

242 末弘『債權各論』（前注13）1051頁注6。そこで末弘が、松本烝治「煤煙ニ因ル相隣者間ノ權利侵害」法学志林15巻8号（1912年〔大正元年〕）78頁以下と併せて牧野英一「權利ノ濫用」法学協會雜誌22巻6号（1904年〔明治37年〕）850頁以下を参照していることに注目しておきたい。なかでも牧野の公序良俗論との不可分一体的「權利濫用論」と末弘「權利濫用論」との結びつきは重要である。その後、末川博（1892-1977年）の「權利の濫用に関する一考察」同『權利侵害と權利濫用』（1970年）131頁（原論文初出は1919年〔大正8年〕）では、大正8年3月3日の信玄公旗掛松事件・大審院判決（民録25輯356頁）を肯定的に評価しているが、その際に末弘・巖太郎と牧野英一とに依拠していることも見逃せない。

ニ禁止スル所ニシテ權利モ亦其範圍内ニ於テノミ行使ヲ許サレタルモノト解スルヲ正當トスベケレバ也²⁴³と理解するからである。のちに末弘は、「適法行為による「不法行為」の観点から「権利濫用の法理はもはや役に立たない」と批判するに至る²⁴⁴。なお、末弘の「一般条項論」には一定の注意を要する。たとえば1935年（昭和10年）には、「資本主義原理に反抗して人々の人間的要素を認容せんとする民法的原理」として「権利濫用の法理・公序良俗の法理・信義誠実の原則等が民法の世界に於て特にその価値を発揮する」²⁴⁵と述べていた。ところが、終戦直後には「事細かに説明すべき事柄を、「権利濫用」とか「公序良俗」とか「信義則」とかいうような抽象的な原則で簡単に説明してしまおうとする傾向がある」²⁴⁶、「日本の（解釈学）は一面、類推だとか反対解釈とかいっているかと思うと、他面では、公序良俗だとか信義誠実だとかいうようなことで簡単に片づけてしまう」²⁴⁷（括弧内・引用者）と言っている。それぞれ「一般条項」が語られている局面は異なるが、そもそも「一般条項」への傾斜度において変化があるのか否か。あるとすればいかなる理由によるのか。一個の問題と言えよう。

〔δ〕末弘の「不法行為効果論」

（あ）不法行為に基づく「侵害豫防請求権・不作為請求権」の否定と独自の「物權的請求権」論

243 末弘「債權各論」（前注13）1051頁注6。「権利濫用」もそれ自体一般条項なら、「公序良俗」も「一般条項」である（後者は基本的に法律行為の社会的許容性判断にかかる規範であるが、牧野も末弘もより広く「一般条項」的に解していることは明白である）。それがここでは、両者が一体化して公序良俗違反的「権利濫用」として機能している点に留意される必要がある。

244 末弘「適法行為による「不法行為」」同・前掲書『民法雑記帳（下）』（前注82）258頁参照。

245 末弘「民法の独自性」同・前掲書『民法雑記帳（上）』（前注45）13頁。

246 前掲書『日本の法学』（前注4）71頁（末弘発言）。1948年9月・10月の座談会。

247 前掲書『日本の法学』（前注4）202頁（末弘発言）。1949年2月の座談会。

末弘は、不法行為の効果として「損害賠償請求権」を取り上げ、それには反対の規定なき限り「債権総則ノ規定」は「不法行為上ノ債権ニモ適用アルコト勿論ナリ」という²⁴⁸。それゆえ民法722条1項は、「債権総則ノ規定」たる417条を準用するという理解に通じる。よって「財産損害」をはじめ、「非財産的損害」についても、その不法行為責任の内容は原則「金錢賠償」(Geldersatz)ということになる²⁴⁹。それでは不法行為の効果として「侵害豫防請求権・不作爲請求権」が生ずるか。「噴煙・降灰ノ如キ繼續的性質」のものが問題となるとき、「此種ノ場合ニ不法行為夫レ自身ノ効果トシテ侵害豫防ノ請求権即チ不作爲請求権ヲ認ムベキヤ否ヤニ關シテ議論頗ル多シ」としつつ、「何等ノ規定ナキ我國ノ解釈トシテハ不法行為夫レ自身ノ効果トシテ此種ノ請求権發生スルコトヲ認ムルヲ得ズ」として、不法行為に基づく「侵害豫防請求権・不作爲請求権」を否定する²⁵⁰。この末弘の態度はきわめて健全であると考ええる。末弘説では「何等ノ規定」もないから否定するという消極的なものであるが、「噴煙・降灰ノ如キ繼續的性質」の侵害は、それ自体イミッションも問題であるから、過去に生じた損害の賠償とは全く別個に「物権的妨害排除請求権」によって処理されるべき問題である。それゆえ、末弘は『債権各論』としては異例なことに、わざわざ物権的請求権を取り上げ、なかでも妨害排除請求権・予防請求権による対処可能性を論じている。ただし物権的請求権それ自体「何等ノ規定」もないわけであるから、当時の水準としては困難を生じざ

248 末弘『債権各論』(前注13) 1101頁参照。ただし、不法行為損害賠償請求権につき、民法416条の適用があるか。末弘は、その後この点に関して「改説」した。すなわち、損害賠償の範囲に関する416条につき、それを債務不履行にのみ妥当する「特殊の内容」をもつとして、原理的に不法行為責任と切り離している。末弘「不法行為と第四一六条」・同『民法雑誌(下)』(前注82) 183-185頁参照(原論文初出は1935年〔昭和10年〕)。

249 末弘『債権各論』(前注13) 1106-1107頁参照。

250 末弘『債権各論』(前注13) 1102頁。

るをえなかった²⁵¹。この点、末弘は「占有訴権ニ關スル規定ノ類推」によって「物權的請求權」を根拠づけている。いずれにせよ、物權的請求權については消極的な肯定の姿勢である。このことが留学帰国後の末弘「物權的請求權」理論に影響を与えたかも知れない²⁵²。しかし、これは本稿統編（次号）の課題である。

（い）「損害賠償ノ方法」及び「損害賠償ノ範囲」

以上のように不法行為の効果は、原則「金銭賠償」（Geldersatz）であって——いわゆる継続的不法行為の場合であったとしても——不法行為独自の効果として「侵害豫防請求權・不作爲請求權」が認められるわけではない。それでは、「自然的原状回復」（Naturalherstellung）についてはどうか。この点についても末弘は——すでに指摘したように——反対の規定なき限り「債權総則ノ規定」が「不法行為上ノ債權ニモ適用アル」という立場か

251 わが国立法者が物權的請求權の明文化を見送った理由については、本稿前編で指摘した。龍谷法学49巻4号（2017年）102-103頁注266。なお、川名兼四郎は、そのような法規欠缺のため「物權的請求權」を「否定スル人カアル富井先生ハ其一人テアリマス」と述べ（川名「請求權」法学協会雑誌28巻〔1910年〕804頁）、また石坂音四郎は「占有權ヲ除キテハ物權ハ不作爲ノ訴ニ依リテ保護セラルル所ナク（中略）權利侵害ノ豫防ニ關スル我國法ノ規定ハ頗ル不完全ナリ」と述べていた（石坂「一般的不作為ノ訴」同『改纂民法研究上巻』〔1923年〕165頁）。ちなみに富井政章は、「占有權ノ伴フ物權」について「追求効」を認め、これを「物上請求權」と称しているが、占有訴権との違いが不分明であることに加え、妨害排除請求權・予防請求に関する記述を欠いている。富井『民法原論・第2巻（物權）上』（1910年）29頁参照。

252 末弘『物權法・上巻』（1921年〔大正10年〕）38頁参照。そこで末弘は、「物權の特質は寧ろ支配權たるの點に存するだと考へて居る」と述べる。このような末弘の「支配權」的発想が、彼独特の權利「不可侵性理論」を下敷きにして、妨害費用負担問題に関する「忍容請求權」論（ただしこの立場を末弘が明示的に支持しているわけでない）、さらにそれを基礎にした川島「責任説」（「物權的請求權に於ける「支配權」と「責任」の分化〔一〕〔二〕〔三・完〕」〔1937年〕）に連結していくのだと思われる。この点、本稿統編で検討する。なお筆者は近時、川島「責任説」につき、若干のことを考察した。拙稿・川角「物權的妨害排除請求權・再論（1）」龍谷法学50巻1号（2017年）347頁以下、特に446-470頁参照。

ら、「自然的原状回復ヲ請求シ得ザルコト尚債務不履行上ノ損害賠償ニ同じ」とする²⁵³。例外は、名誉毀損の場合の「名誉ヲ回復スルニ適當ナル處分」である（民法723条）。この点、末弘は特に「謝罪廣告」を例示している²⁵⁴。他方、「損害賠償ノ範圍」につき、末弘は「完全賠償義務」を原則にする。すなわち言う。——「不法行為上ノ損害賠償ノ範圍ハ不法行為ヲ原因トシテ事實審ニ於ケル最後ノ口頭辯論ノ終結マデニ發生シタル損害ノ全部ニ及ブモノトス」²⁵⁵。よって「侵害セラレタル權利ノ價格ガ其間ニ變動セルトキハ變動中ニ於ケル最高ノ價額ヲ賠償セザルベカラズ」²⁵⁶（傍点・引用者）という²⁵⁷。このように「完全賠償義務」を前提に、末弘は、民法416条の「類推適用」説を採用する²⁵⁸。すなわち709条の「之ニ因リテ生ジタル損害」の解釈において「通常生ズベキ損害ヲ包含スルコトニ付テハ何等ノ疑ナク」、また「特別ノ事情ニ因リテ生ジタル損害ニ付テハ」——「其特別ノ事情ガ當事者ニ依リテ豫見セラレ又ハ豫見スルコトヲ得ベカリシモ

253 末弘『債權各論』（前注13）1106頁参照。むろん、当事者の特約による「自然的原状回復」を含む「特別ナル賠償方法」は、当然に認められる。末弘『債權各論』1108頁。

254 末弘『債權各論』（前注13）1108頁参照。

255 末弘『債權各論』（前注13）1108頁。

256 末弘『債權各論』（前注13）1108頁。

257 末弘は、その論旨を裏付ける大審院判決として、大判大正5年11月17日刑録22輯1777頁（詐欺同未遂並附帯私訴ノ件）を挙げている。末弘『債權各論』（前注13）1108頁注8参照。それによれば「不法行為ニ依リテ侵害セラレタル財産權ノ価額該行為後ニ至リ昂騰シタル場合ニ於テハ、被害者ハ民法第七百九条ニ因リ、損害賠償トシテ最高価額並ニ之ニ対スル最高価額ニ達シタル時以後賠償済ニ至ル迄ノ期間ニ於ケル法定利率ニ依ル損害額ノ賠償ヲ請求シ得ヘキハ本院判例ノ趣意ニ照シ明ナリ」。これはその後、著名な「富貴丸事件判決」（大連判大正15年5月22日民集5巻386頁）によって変更され、今日に至っている。「富貴丸事件判決」については文献が多い。さしあたり、本判決の今日的位置づけとそれに批判的な学説の状況につき、水野謙「損害賠償の範囲に関する基本原則——大連判大正15・5・22民集5巻386頁」法学教室208号（1997年）37頁以下参照。

258 この点、その後末弘が「改説」したことにつき、本稿前注248を参照。

ノナルコトヲ必要トスルヤ否ヤ頗ル疑アリト雖モ」——「特ニ異別ニ解スベキ理由ナキ限り余輩ハ尚ホ第四一六條ヲ類推シテ之（「当事者の予見可能性」）ヲ必要トスルモノト解スルヲ正當ナリト信ズ」²⁵⁹ という。ちなみに不法行為請求権と債務不履行請求権との「請求権競合」に関して、末弘は伝統的な「単純競合説」に立つ。ただし彼は、物権的請求権との「競合」をも認める。しかも、さしたる理由も示さないままである²⁶⁰。この不法行為請求権と物権的請求権との「競合」許容の姿勢は、その後の末弘「物権的請求権理論」との関係で大きな影を投げ落とすものであった²⁶¹。

ともあれ本稿は——幾多の不備が残るとはいえ——留学前の末弘厳太郎を少しく立体的に描写できたように思う。ごく概括的に言えば、この時期、若き末弘はその「多才と好奇心」から始まり、成文法と不文法の関係に関心を寄せ、さらに債権侵害論から『債権各論』²⁶²へと飛躍した。なかでも彼の歴史的・沿革論的関心及び慣習法・判例法・裁判（官）の機能に関する問題意識は、すでに留学「前」の時点で留学「後」の末弘「市民法

259 末弘『債権各論』（前注13）1109頁。

260 末弘『債権各論』（前注13）1116頁参照。不法行為の短期消滅時効（724条）に鑑みて、「物上請求権ヲ行使シ得ル等ノ實益アリ」とするのみである。要するに、末弘が「物上請求権」＝物権的請求権の効果として「自然的原状回復」をも肯定していたのではないか、という根本的な疑問が生ずる。

261 その後——1940年（昭和15年）7月設立の「日本法理研究会」に入会する直前の時期——末弘厳太郎は、「すべての権利侵害に対する救済手段」として「妨害排除ないし原状回復の請求」を許すべきかを、「衡平法的見地から考究」すべし、と解するに至った。末弘「物権的請求権理論の再検討」同・前掲書『民法雑記帳（上）』（前注45）212頁参照（原論文初出は1939年〔昭和14年〕）。この点、改めて本稿続編でも言及する。

262 なお吉田克己は、留学から帰国後の末弘法学の「継承・発展」という前提的立場にたった座談会「末弘法学と現代・21世紀の法学を展望する」法律時報70巻12号「特集・法律時報七〇年と末弘法学と民主主義法学」（1998年）33頁以下、特に46頁で、留学前のこの末弘『債権各論』に触れ、「もっと評価されているのではないか」と述べている。この吉田（克）発言自体、もっと注目されてよいと考える。

学」を理論的に準備したように思われる。他方で「債権侵害論」を基軸とする「權利不可侵性論」は、首尾一貫して末弘民法学の特色であった。これが、その後の「適法行為による「不法行為」論あるいは「物権的請求権解体論」にいかにかに接合していったか。さらには、それと同時に、権威的官僚主義的法学への根本的批判²⁶³、小作人・借家人・労働者保護のための「法社会学」的労作への結実及び判例研究の方法論・「生ける法」論の構築を含めた巨大な末弘「市民法学」がいかにして形成されたか。本稿続編（次号）では、この点に焦点を当てて、帰国後の末弘巖太郎²⁶⁴をさらに形象化

263 このような「権威的官僚主義的法学への根本的批判」は、本稿後編（次号）で確認するように、戦前の「末弘法学」の最も大きな特色であった。このような基本的な問題意識の＜共有＞を抜きに、末弘の「法社会学」、いわんや彼の「市民法学」を語ることはできない。しかし、そのような末弘法学すら、その後「天皇制ファシズム期」、時代の激流に呑み込まれていく。法学者が、自分の立ち位置を歴史の中に身を置いて、反省的に確認していくことの難しさを痛感する。その際、末弘が創刊した法律時報70周年の記念号（前注262）「座談会」での、清水誠（1930-2011年）が述べた危機意識は、一人でも多くの民法学者に＜共有＞されるべきものであるように思われる。清水は、こう述べている。——「いちばん新しい状況は、法律学者のなかの大部分が政府側に取り込まれつつあるということです。そういう状況に危機感を感じているんです。研究会、調査、審議会というものに入ってしまうとわれわれの主張とぜんぜん違ってきちゃうんです」。「〔座談会〕民主主義法学と法律時報七〇年」（渡辺洋三・長谷川正安・片岡昇・室井力・清水誠）前掲・法律時報60頁以下、特に75頁参照。この清水誠の発言は、「根拠当権制度」導入問題など、民事立法改革に深く、しかも批判的に対峙してきた当事者の発言として、正面からきちんと受けとめられるべきものである。

264 わが国では、基本的に留学前の末弘民法学が「概念法学」的傾向の上に立ち、留学を経て帰国後の末弘民法学が「概念法学」打破の基本線で法社会学及び市民法学の樹立に向かった、とされる。本稿前注1で挙げた潮見〔俊〕及び和仁の文献もまた、基本的にそうである。本稿も、むしろそれ自体を否定するわけではない。ただ、末弘法学の＜転換＞の内にある連続と不連続をやや実証的に解剖してみたい、というにすぎない。ともあれ——学説の中には——「末弘法学の軌跡と特質」を、もっぱら帰国後の末弘巖太郎に焦点を当てて描き出す論稿が、かなり多い。たとえば、石田眞の上記「」内と同名の論文（法律時報70巻12号〔前注262〕13-19頁）を参照。この点、石田眞は、末弘法学の「第一期」を「末弘自身が留学から帰国した1920年（大正9年）から、1929年（昭和4年）の「法ノ

してみたい。

（未完）

『法律時報』の創刊を経て、1936年（昭和11年）にいたる時期である」としている。ちなみに、吉田克己「末弘民法学とその継承・発展」・前掲法律時報20-26頁、広渡清吾「末弘法学から学びつつ、現代の法律学を考える・法律学論としての末弘法学の継承と発展」・前掲法律時報27-32頁も——それぞれ含蓄深い指摘をしながら——末弘法学「史」観のその前提的視点において、ほぼ上記石田眞論文と共通する立場を示す。そもそも、磯村哲の末弘法学論（前注33）からして、基本的にそうであった。この点、筆者（川角）は——上記先行の諸文献に改めて深く学びながらも——少しく本稿独自の観点から末弘「市民法学」に光をあて直す試みに挑戦してみたく思う。すでに指摘したように、これは、本稿続編（次号）以降の課題である。