

## 穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学

——岡松参太郎・牧野英一・鳩山秀夫・穂積重遠・我妻栄への  
流れを中心に<sup>1</sup>——

川 角 由 和

### <目 次>

1. 本稿の基本的視座——民法学の「歴史性」・「学説史」に関する諸問題
  - (1) 序論・第二次大戦後の一つの歴史観——鶴見俊輔の場合
    - 〔a〕 鶴見俊輔の問題意識
    - 〔b〕 鶴見俊輔の三つの視点
  - (2) 戦後の我妻栄と末弘厳太郎の歴史観
    - 〔a〕 我妻栄の場合
    - 〔b〕 末弘厳太郎の場合
  - (3) 大正デモクラシー期の民法学説史及び歴史一般への方法的視点
    - 〔a〕 戒能通孝の場合
    - 〔b〕 丸山眞男の場合
  
2. 穂積陳重「法典調査会」・「法律進化論」・「社会力論」・「陳重の「二つの顔」論」を基軸として
  - (1) 序論——穂積陳重の略歴と<法思想>概観
    - 〔a〕 陳重の略歴
    - 〔b〕 陳重の<法思想>概観
  - (2) 陳重「法思想」の各論的考察
    - 〔a〕 「法典調査会」・民法典草案提案者としての陳重
    - 〔b〕 陳重「法律進化論」

---

1 本稿は、2018年5月23日に龍谷大学法学会研究会で筆者が報告したものを加筆・訂正した上で、新たに脚注及び〔補論〕を付したものである。いちいちお名前を挙げることはしないが、研究会に出席された方々からは大変有益なご意見やご質問をいただいた。御礼を申し上げる。なお、報告では「ですます調」で語ったが、本稿では「である調」に改めている。

- [c] 陳重「社會力論」の二重性
- [d] 陳重の「二つの顔」論

### 3. 大正デモクラシー期の民法学

- (1) 序論
- (2) 岡松参太郎
  - [a] 穂積陳重と岡松参太郎
  - [b] 岡松参太郎の基本思想
  - [c] 岡松『無過失損害責任論』の評価
- (3) 牧野英一
  - [a] 穂積陳重と牧野英一
  - [b] 「近代民法」批判及び「民事責任・刑事責任の二元論」と牧野英一・末弘巖太郎
  - [c] 「法の社會化」・「具體的妥當性」・「一般條項法學」・「判例法學」——牧野英一の「轉回」
  - [d] 牧野英一の「權利解體論」と末弘巖太郎の「權利論」の共通性
- (4) 鳩山秀夫
  - [a] 鳩山と牧野・末弘
  - [b] 鳩山による社会「学」的民法理論の展開
- (5) 穂積重遠
  - [a] 親（陳重）譲りの「社會力」論と道德の法に対する優位
  - [b] 戦後の象徴天皇制における「君民一體論」
  - [c] 判例法主義（＝裁判官法論）と「三權分立」否定論
  - [d] ロシア革命＝「社會主義革命」への嫉悪と偏見
- (6) 我妻栄
  - [a] 鳩山秀夫・牧野英一・末弘巖太郎・末川博と我妻栄——我妻「相關關係理論」の確立とその現在的影響
  - [b] 「ダンツ「裁判官の解釋的作用」」と我妻栄
  - [c] 「私法の方法論」と我妻栄

### 4. 結語

[補論] 本稿考察への一つの補遺

## 1. 本稿の基本的視座——民法学の「歴史性」・「学説史」に関する諸問題

### (1) 序論・第二次大戦後の一つの歴史観——鶴見俊輔の場合

#### 〔a〕 鶴見俊輔の問題意識

第二次世界大戦（アジア太平洋戦争）終結後、鶴見俊輔（1922-2015年）は、  
 <戦前思想を抱きかかえながら、戦後思想を自己内在的に検証する視座><sup>2</sup>の重要性を指摘した<sup>3</sup>。鶴見は、それをどのように「論証」したのだろうか。鶴見は、三つほど、その手がかりとなる視点を呈示している。以下では、その「論証」の手法を整理しておきたい。

#### 〔b〕 鶴見俊輔の三つの視点

①まず鶴見は、1945年8月1日から同年9月28日までの日本の新聞記事の論調を、およそ次のように紹介している<sup>4</sup>。——「一億総玉砕。決死奉公の誠を尽くせ」（8月1日）、「廿四時間爆撃に備えよう。戦場死守の責任」（8月3日）、「特攻精神の昂揚」（8月8日）、「民族の名誉保持へ。国民も困

2 この< >内の文章は、2018年3月2日に開催された龍谷大学犯罪学研究センター主催の公開研究会で、立命館大学法学部・本田稔教授による鶴見俊輔論（久野＝鶴見・後掲書〔後注3〕参照）を、筆者なりに言い換えたものである。この本田教授の報告テーマは「ヘルムート・オルトナーのナチス研究について——「現前する過去、記憶する義務」」であり、筆者の本論稿は、それに触発されて生み出されたものでもある。その動機づけを与えてくださった本田教授に、この場を借りて心からの謝意を表す。

3 久野収＝鶴見俊輔『現代日本の思想——その五つの渦』（1956年、岩波新書）184頁以下（鶴見執筆箇所）。なお、上記久野＝鶴見の著書副題として記された「五つの渦」とは、①「日本の観念論」（白樺派）、②「日本の唯物論」（日本共産党の思想）、③「日本のプラグマティズム」（生活綴り方運動）、④「日本の超国家主義」（昭和維新の思想）、⑤「日本の実存主義」（戦後の世相）を指す。④以外は、すべて鶴見が執筆している。久野＝鶴見・前掲書215頁（久野執筆「あとがき」）参照。

4 久野＝鶴見・前掲書（前注3）185-188頁。なお、鶴見は『毎日新聞』の記事に依拠している（久野＝鶴見・前掲書188頁）。

難を克服せよ」(8月11日)、「悠久の大義に生きん」(8月12日)、「私心去り  
 国体護持へ」(8月13日)、「聖戦の目的を完遂」(8月14日)、「貫き通せ国体  
 護持」(8月15日)、「大御心に絶対随従」(8月19日)、「過去問わず、男らし  
 く再起」(8月27日)、「天皇陛下、マ元帥を御訪問、モーニング召さる」(9  
 月28日)。——上記1ヶ月余の論調変化を捉え、鶴見は「日本の世論が新聞  
 の見だしによってゆすぶられたふりはばは、明治元年から昭和20年までの  
 八十年間の日本国家の歴史のふりはばに相当する」と述べている<sup>5</sup>(傍点・  
 引用者)。そして彼は、「国粋主義者」頭山秀三(1907-1952年)によって「一億  
 総懺悔」論と無矛盾的に評価されたところの「[「聖戦」の旗であった天皇]  
 によるマッカーサー訪問を、当時マスコミの「二重の国是」として描き出  
 す<sup>6</sup>。これは、国民に「真実」を報道すべき主体たるマスコミの歴史的責  
 任を鋭く剔抉するものである。言い換えれば鶴見は、わが国マスコミの「自  
 分の思想に対する責任」を厳しく問うている。つまりは「きのうまでの思  
 想や基本的範疇を弊履のごとくすてて、すこしも痛痒を感じない、といっ  
 た態度」<sup>7</sup>を根底的に批判している。②第二に鶴見は、その視点をマスコミ  
 批判から転じ、「戦後の社会科学、人文科学、歴史、哲学は、戦時から戦  
 後にかけての思想および感覚の断絶を、正面からとりあげることがなかつ  
 た」と述べる<sup>8</sup>(傍点・引用者)。ここには、戦前と戦後で断絶すべきであつ  
 た「思想および感覚」と、現に断絶したそれとの両方が映し出されている。  
 こうして鶴見は、戦後の「社会科学、人文科学、歴史、哲学」が、その「断  
 絶」を「正面からとりあげることがなかつた」と批判するのであるが、も  
 しかすると、その<批判>は、わが国の「法学」とりわけ「民法学」につ  
 いても、およそそのまま妥当するのではないか。③第三に鶴見は、「日本

5 久野=鶴見・前掲書(前注3)188頁。

6 久野=鶴見・前掲書(前注3)189頁。

7 丸山眞男「幕末における視座の変革——佐久間象山の場合」同「丸山眞男集・  
 第九巻」(1996年)203頁以下、特に226頁(原論文初出は1965年)。

8 久野=鶴見・前掲書(前注3)208頁。

がふたたび戦前の秩序の中にずりおちてしまわない」ために「今後は時代の所産としてではなく、時代をつくる力として活動すること」を望みたい、とわれわれに訴えかけている<sup>9</sup>（傍点・引用者）。その「われわれ」には、むろん現在の民法学者も含まれよう。そのような視点から、本講演は「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」を問題にしようとしている。その問題設定の意味を、やや具体的に解きほぐしたい。そのため、終戦直後の我妻栄（1897-1973年）及び末弘厳太郎（1888-1951年）の発言＝歴史観を少しく辿り直しておきたいと思う。

## （2）戦後の我妻栄と末弘厳太郎の歴史観

### 〔a〕我妻栄の場合

終戦後、第1回目の日本私法学会総会で初代理事長・我妻栄は、以下のように私法学会の会員に呼びかけた。——「明治・大正の二代、数十年にわたる多数の先輩の不断的努力によって、その分野を法理論的に解明する仕事を一応完了したわが私法学は、昭和の時代に入って、さらに進んで、或いは法哲学的基礎づけを求め、或いは社会学的・経済学的基盤を築くことによって、その視野を拡大し、その思索を深めようとした。そして、この新たに萌した学問的諸傾向によって、わが国の私法学の水準はさらに一層躍進を約束されたかに見えたが、不幸戦争の勃発によって停頓の運命に陥ろうとした。しかるにいまや、事情は一変した。私法の分野においても、われらの先輩のおそらくは夢想さえしなかったような法令がつぎつぎに現れてくる。しかもその基盤たる社会的・経済的事情は、根底から変革されようとしている。そして、それはわれわれ私法学者に対し、諸先輩の尊い遺

9 久野＝鶴見・前掲書（前注3）211頁参照。実は、鶴見は「戦後派の実存主義者たち」（前掲書211頁）に訴えかけているのだが、本稿ではあえて「われわれに訴えかけている」と読みかえている。久野＝鶴見の前掲書が刊行された1956年の社会事情・社会思想が、鶴見の訴えの対象を「戦後派の実存主義者たち」に限定せしめた、というのがその理由である。ただし、その「理由」の内容については、ここでは立ち入らない。

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発展さすべきことを要請してやまない<sup>10</sup>（傍点・引用者）。ここでは、我妻におけるわが国民法学の「連続」と「不連続」の両側面が、およそ無媒介的に描き出されている。そしてこのうち、末尾の「戦前に現われた諸傾向」と「穂積陳重」の法思想及び「大正デモクラシー期の民法学」とは、その実質においてほぼオーバーラップする。加えて我妻の「戦前に現われた諸傾向をさらに一層発展さすべき」であるという「認識」をどう位置づけるべきであるのか。戦後日本の民法学において、この我妻の「認識」がまともに<検証>された事実が一度でもあるだろうか。われわれにとって、検証すべき課題の一つと言ってよからう<sup>11</sup>。それでは、末弘徹太郎はどうか。

#### 〔b〕末弘徹太郎の場合

末弘は、戦後東大法学部教授としての地位を、占領軍からの教職追放命令によって奪われた<sup>12</sup>。しかしながら彼は、中央労働委員会で会長など重職を歴任し、さらにわが国「法社会学」の開拓に尽力した<sup>13</sup>。そのような中、

10 我妻「『日本私法学会』の設立と『私法』の創刊」。『私法』1号巻頭（1949年）、同『民法と五十年』（1967年）207頁（亀甲括弧内及び傍点・報告者）。なお、日本私法学会の創立は、1948年のことである。

11 この我妻「認識」に関連して、最近、内田貴「法学の誕生——近代日本にとって「法」とは何であったか」（2018年）359頁は、「第二次世界大戦直後の日本の法学者は、過去が否定されたことにより空いた穴を埋めるために、最新の西洋法理論を輸入することが使命となった」（傍点・引用者）という観点を示す。戦後わが国で「否定された」ところの「過去」とは一体何であったのだろうか。これ自体、残された課題の一つである。

12 戦前及び戦中の「日本法理研究会」（1940年〔昭和15年〕設立）での活動の責めを問われた、とされる。和仁陽「末弘徹太郎——日本民法学史の自作自演者」法学教室178号（1995年）73頁。なお和仁は、教職追放令直後の1946年9月に東大退官と記すが、日本法理研究会との関係には触れていない。日本法理研究会での末弘の活動の詳細については、白羽祐三「『日本法理研究会』の研究」（1998年）143頁以下、149頁以下及び279頁以下を参照。やや異なった視点からのものとして、我妻「大学教授の進むべき道——末弘教授の退職について」同・前掲書（前注10）292頁以下がある。

13 潮見俊隆「末弘徹太郎」潮見俊隆＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）

末弘は、直腸ガンに冒され手術後の長い療養生活に入った<sup>14</sup>。その時期、日本法社会学会の会員に向けて発したメッセージが、以下に引用するものである。——「皆様の協力によつてこの分野〔法社会学〕の研究が段々と深まり又拡がつてゆくことを蔭ながら喜んでいるのでありますが、その間に多少気になつてならないことは、法社会学の目的、従つて任務というような中心的問題について必ずしも人々の意見が一致せず、そのために大事な力が末梢的な論争のために無駄に費されている気味があることです。法社会学の目的は、今更いうまでもなく、法学の科学化にあります。(中略)ですから、今日この学〔法社会学〕に志すものにとつて最も大事なことは法学の歴史を研究して、法学が科学化して立ち後れた原因を探求すると同時に、この遅れを取り戻す具体的の方策を考えることだと私は考えています。その意味で、私は同志の方々がもつと法学の歴史に注意を払つて頂きたい(中略)、更に一步を進めて法学全体のルネッサンス以後における発達の歴史を研究することが是非とも必要だと考えます」<sup>15</sup>(傍点及び亀甲括弧内・引用者)。以上に関連して、次の文章も参照に値する。——「学説史の研究がもっともっと為されねばならないように思う。(中略)法学の世界には今尚「神」が現われて来る。少くとも「神」の近代的後継者である「国家」が神の如き権威を以て現われて来る。そして権威の価値判断が後退を余儀なくせしめられている。法社会学が自然科学と同じような意味で法に関する真の科学でなければならぬとすれば、国家の権威を以てしても如何ともし難い法に関する自然法則が法社会学の研究を通じて見出さるべきであ

、335頁以下、特に361頁以下及び平野義太郎「社会学者・末弘敬太郎」法律時報23巻11号(1951年)2頁以下、特に12頁以下を参照。

14 その手術及び療養生活のすさまじさは、末弘「断腸の記——癌の早期発見の必要について」(遺稿)同「断腸前後」(1951年)47頁以下が描き出すところである。

15 末弘「私の法社会学」(遺稿)同・前掲書(前注14)33-34頁。なお、日本法社会学会は1947年の創立である。

ると信じている私には、こうした権威万能の法思想に徹底的の批判を加えない限り、法の科学研究の価値はいつまでたっても十分に認識されるに至らないと思われてならない」<sup>16</sup>（傍点・引用者）。この点、「〔末弘法学においては〕国民と社会から遊離・超越した官僚主義的構造に対し、国民の国家意思形成への参与を通して（権力への自由）国民の社会的要求を保障する国民の国家たらしめる（〔末弘〕博士の用語でいえば「法律の世界」を「人間の世界」に近づける）制度的表現として、議会制・陪審制の歴史的意義が評価されるのである」<sup>17</sup>（丸括弧内・原書。傍点及び亀甲括弧内・引用者）とする磯村哲（1914-1997年）の末弘評価も、併せて記憶されておいてよいだろう。私たちは、以上の我妻の呼びかけと末弘の訴えをどのように受けとめたいのだろうか。筆者は、少なくとも、両者が同じことを言っているようには思われない。両者の戦前・戦中の学的営為はそれぞれ深く吟味され、再検討されるべきものを含むだろう<sup>18</sup>。だが、その戦後の「歴史観」・

16 末弘「傍観者の言葉——創刊の辞」『法社会学』1号巻頭（1948年）。藤田勇＝江守五夫（編）『文献研究・日本の法社会学（法社会学論争）』（1969年）所収253-254頁を参照。

17 磯村哲『社会法学の展開と構造』（1975年）75頁。

18 この点に関連して、我妻栄による「ナチス民法学」への次のようなノスタルジックな回想が想起されて然るべきであろう。「資本主義の変遷と私法の関係を終生の研究課題とし、その第一次的成果ともいふべき「近代法における債権の優越的地位」を発表して以来、それを補正して研究を完成したいと念願していた私は、ナチスの私法の中からも、それについてのなんらかの示唆をえようとしたのであった。（中略）今日、当時の論稿を再録することについては、私の迷妄がまだに醒めないと思う人があろうと思う。しかし、ナチスの私法は、どのような立場から研究しても、健康な栄養剤とはなりえないものかどうか、それは読者の批判をまつ他はない」（傍点・引用者）。我妻『民法研究Ⅰ・私法一般』（1966年）「はしがき」4頁。他方で、末弘巖太郎が終戦直前に書いたものは、彼を深く敬愛する清水誠（1930-2011年）ですら「末弘の文章のうちで最低のものと思う」と嘆かした。清水「末弘巖太郎著作集刊行の夢」法律時報73巻1号（2001年）81頁以下、特に85頁参照。これに関連して、広渡清吾「複雑系としての末弘巖太郎——時勢のなかのポートレート」『末弘巖太郎・法律時評・時評・法律時評集（上）——法律時報創刊から太平洋戦争前夜1929-』

「学説史」への思いはかなり異なっているように見える。その違いは、おそらく大正デモクラシー期の民法学の位置づけ方、それ自体の相違としても浮かび上がってくるに違いない。その検証は、なお詳細な研究を要するだろう。以下では、補足的に筆者が依拠する大正デモクラシー期の民法学説史に対する見方、そして広く歴史一般に関する見方を提示しておこう。

### (3) 大正デモクラシー期の民法学説史及び歴史一般に対する方法的視点

#### [a] 戒能通孝の場合

終戦後、戒能通孝(1908-1975年)は、大正デモクラシー期のわが国「法学」について、サヴィニーを切り口に以下のように述べている。——「彼(サヴィニー)はこの思想、つまり上からの革命思想を基本として模範的な市民的理性法の体系を一つこしらえ、それによって古い封建的な意識を法の世界から清算しようとしたようでした。ところが(明治期以降)日本でドイツ法学を輸入したとき、サヴィニーのような純粹の法学教授ですら、なおお持っていた自由主義を輸入する意識がなくて、ただ彼の法律講義の体系をそのまま持ってきただけでした。日本人の輸入したドイツ法学には、この意味でまだ平野(義太郎)先生などのいわれる官僚自由主義もありませんでした。それが大正10年頃初めて、まだ附焼刃かもしれないけれども、それに対する批判が起った。そういう意味で大正10年代というものをみていきたいのです。大正10年前後といえ、日本の資本主義の興隆期の一つの頂点です」<sup>19)</sup>(傍点及び括弧内・引用者)。ここで戒能のいう「それに対する

、1941] (2018年) 483頁以下、特に489-491頁の陰影に富む末弘論が、併せて参照されるべきである。ともあれ、以上の我妻及び末弘の姿を私たちは如何に受けとめるべきであろうか。できることなら筆者(川角)は、当時の学者の立場に身をおきつつ、なおあるべき「普遍性」とは何か、探りあてたく思う。そして、そこから得られたものを、今の自分自身にしかと突きつけるべきであると考え。この論点につき、本稿後注31に対応する本文を、本稿〔補論〕と共に参照していただければ嬉しい。

19 日本評論社〔編〕「日本の法学」(1950年) 132-133頁(戒能発言)。ちなみに「官僚自由主義」は戒能独特の表現である。いわゆる「官僚法学」につき、平野ノ

批判が起こった」というのは、サヴィニー的な「官僚自由主義」<sup>20</sup>及び反「官

義太郎「官俵法学（法体制確立期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史（3）——資本主義と法の発展』（1958年）215頁以下参照。平野は、特に同論文221頁で「官俵法学の自由主義派」は後に「天皇機関説」によって「現人神式の天皇神権説を批判する」と述べる（戒能の「官僚自由主義」というのは、平野の「官俵法学の自由主義派」の思想を指している）。さらに平野は、227頁で穂積八東による「ブルジョア自由主義民法にたいする攻撃」を詳しく論じている。八東による「『国家主義』の民法」とも述べ、批判する（平野228頁）。さらに平野は、「民法理論における官俵法学」の表れを「法人擬制説」にみてとって梅謙次郎を批判する（平野239頁）。なお、平野の「法人擬制説」批判は、彼のゲルマン法学重視思考と無縁ではない。平野のギールケ的法人实在説については、平野『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想（増補新版）』（1970年）63頁以下参照（なお原書初出は1924年〔大正13年〕）。とりわけ同書72頁では、「实在説の約された希望を期待したごとく（中略）〔明治民法典〕施行後数年たちまちにして擬制説は事実上判例により覆されたのである（明治39・10・3民録12輯1167頁）」（亀甲括弧内・引用者）と述べている。これに対し、われわれはフランス革命の「個人主義」を受けて打ち出されたフランス民法典における「法人」等の「中間団体」の原則的否認（個人を基軸に「国家」と「家族」以外に「団体」なるものの存在を否定する原則的態度。たとえば我妻榮『新訂民法総論・民法講義Ⅰ』（1965年）118頁参照）を如何に評価し直すべきであるのか。わが国では、すでに忘却されたように思われる「法人本質論」（さしあたりサヴィニーの「法人擬制説」・イェーリングの「法人擬制説」・ギールケの「法人实在説」）を新しい視点で再評価する余地は果たしてないのか（その意味で、福地俊雄『法人法の理論』（1998年）で示されたサヴィニー「法人擬制説」、イェーリング「法人否認説」さらにはギールケ「法人实在説」に関する根本的な問題提起がさらに継承されていくべきであると考え）。そのような学的営みの上に立って、戦後わが国で登場した「八幡製鉄政治献金事件大法院判決」（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）の「法人实在説」を、その根底から批判・克服する可能性が出てくるに違いない。これも残された課題の一つである。ちなみに陳重も、独特な「社会力」ともども「團體力」を重視していた。穂積『法律進化論第一冊』（後注46）1頁。おそらく陳重の「團體力」は、その「社会＝有機體」論（穂積・前掲書『法律進化論』3頁）と照らし合わせれば、ギールケ流の「法人实在説」ときわめて親和的であるように思われる。ともあれ、平野（義）の「官俵法学」批判の一つの帰結であった彼の「法人实在説」が、現代版「官俵法学」の所産とく二重写し」となって現象化するところに、わが国「民主主義法学」の困難と混乱の「要因」が隠れ潜んでいるのかも知れない。

20 たとえば戒能通孝は、サヴィニーを指して「彼はまさにその点では進歩的立場にいる官僚であり、シュタイン、ハルデンベルグ改革の支持者であった」

僚主義」の双方の傾向の出現を指すのだろう。それでは具体的に、「大正10年頃」の「官僚自由主義」的傾向と反「官僚主義」的傾向とは、何を指すのだろうか。これ自体、一個の問題である<sup>21</sup>。いずれにせよ、「官僚自由主義」が法の原則重視・ルール尊重、つまりは「法治主義」である限り、それは結局、わが国では末弘法学流の「反」官僚主義的傾向を帯びざるをえなかった、と思われる。そのことを筆者なりに言い換えれば、こうである。すなわち「法」は、Rechtとして、言うまでもなく「法律」（国家的制定法）たるGesetzと対比されるべき存在であり、同時に国家=制定法以前に存在するVolk（「人」が共同体の一員でありつつ、あくまで「個人」であり、「民衆」はもっぱらその集合体として位置づけられうところのVolk）に固有な「法」である。つまりは「人民の、人民による、人民のための法」というサヴィニー流の観点がそこに生きついている。これは、サヴィニー(1779-1861年)

---

と述べている。戒能「サヴィニー」同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（1977年。原論文初出は1953年）223頁以下、特に252頁。

21 本稿で筆者（川角）は、「官僚自由主義」について、さしあたり美濃部達吉（1873-1948年）の「天皇機関説」が行政官僚的に受けとめられた場合の思考形態を指して、その発現と捉えておく。なお対するに、反「官僚主義」的傾向は、留学から帰国後の末弘法学の登場を念頭に置いている。この点、すぐあとでやや立ち入って論ずる。ちなみに、本稿が着眼するのは、明治民法典の立役者の一人「穂積陳重」と「大正デモクラシー」であり、かつ「陳重」と「大正デモクラシー期の民法学」の両方である。むろん本稿の重点は、おのずと後者に置かれざるをえない。この点、前者の問題に関連し、たとえば明治期自由民権運動と「大正デモクラシー期の思想」との重層構造的な関連性につき、坂野潤治「明治デモクラシー」（2005年、岩波新書）213-214頁の指摘を参照。さらに大正デモクラシー期に突き進んだ「近代化」（先ほど戒能通孝が「日本の資本主義の興隆期の一つの頂点」〔本稿前注19に対応する本文参照〕という性格規定でもって示した「傾向」からはじき出されたところの、「民衆」の抵抗精神の錯綜した表現形態としての「土俗」的精神への回帰を考察する、鹿野政直『大正デモクラシーの底流——“土俗”的精神への回帰』（1973年、NHKブックス）23-26頁。併せて、当時の「労働問題の展開」に基本的視座を求める安田浩「大正デモクラシーの歴史的位置——まえがきにかえて」同『大正デモクラシー史論——大衆民主主義への転形と展開』（1994年）7頁以下を、同書261-263頁の記述ともども参照。

自身の「国家」観とも深く関連する。なぜならサヴィニーは「人民の中にあって、人民により、人民のために存在する国家」という観点を正面から語っていたからである („Im Widerspruch mit dieser Ansicht (=die Ansicht über die Staaten als die organische Gestalt) also müssen wir wiederholt behaupten, daß der Staat ursprünglich und naturgemäß *in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk* entsteht.“ [なお括弧内及びビイタリック・引用者])<sup>22</sup>。このようなサヴィニー独特の積極的な「法」観 (Rechtsanschauung) があって初めて、国家以前の、あるいは国家なしでの「慣習法論」(Gewohnheitsrechtslehre) が語られえたのではないか<sup>23</sup>。それゆえサヴィニーにあって、Volkはなるほど「民族」でありつつも、戒能が言うように同時に「人民」でありえたのではないか<sup>24</sup>。このようなサヴィニーの「法」観は、その後エールリッヒ (1862-1922年) によって継

22 F. K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 29.

23 Savigny, System, Bd. 1 (Fn. 22), S. 34-38. なおサヴィニーの「慣習法論」については、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136-140頁及び155-161頁の指摘が注目されるべきである。

24 このサヴィニーのVolk観について、戒能通孝は、サヴィニーのそれがリンカーン (1809-1865年) よりも23年も前に主張されたことに着目している、そして、このサヴィニーのテーゼが、サヴィニーの名前と結合することによっては有名にならなかった点に「サヴィニーの限界性」(彼のある種の「保守性」) を見てとっている。戒能通孝「サヴィニー」同『著作集Ⅲ・法社会学』(1977年) 223頁以下、特に245-246頁を参照。いずれにせよ、そのような「国家」以前に存在する「人民」(Volk) と、その「人民による、人民のための国家」という観点において、戒能はサヴィニーのリンカーンに対する先行性と同時に、サヴィニーの先導者としてのジョン・ロック (1632-1704年) の存在にも注目している。戒能・前掲論文245頁参照。——ちなみに陳重も、上記サヴィニーの見解に注目し、それを引用する。陳重「法律進化主義」(1886年 [明治19年]) 同『遺文集・第一冊』475頁参照。その箇所では陳重は、Volkを「人民」ないし「國民」といい、Volksgeistを「民意」と言っている。この点に照らし、陳重によるサヴィニー読解の正確性と「健全性」が示される (このような点にこそ、私たちは陳重の思想の「進歩的性格」を認めるべきであろう)。ただし陳重にあって、このような「進歩的性格」が「国家」とか「國體」とか、あるいは「皇祖皇宗」に起

承され、発展せられたところの「生ける法」(das lebende Recht) = 「法社会学」(Rechtssoziologie) と内在的な関連性をもつ<sup>25</sup>。そして、おそらくそれが「裁判官法的」思考形態と対峙する「法」内在的批判と繋がりをもつべきことになるのである。なぜなら、人民・民衆の中から生み出される法(ただし、あくまで「国家制定法」と異なり、市民法秩序の内部での「慣習法」の「法」たる資格性が「市民」の法的確信の度合いによって裁可されるべきところの「法」=Recht)は、必ずしも「裁判官法」(Richterrecht)として生み出

---

源をもつ「家」ないし「戸主権」の優位によって、すぐさま溶解され、あるいは後景に押しやられるところに、その独特な、しかも大きな特徴(=「限界」)がある、と言わなければならない。これらの点は、本稿全体の考察において留意されている。このことについてだけ、特にここで指摘しておきたい。——ところで、河上倫逸『ドイツ市民思想と法理論——歴史法学とその時代』(1978年)453頁注52は、戒能「サヴィニー」論におけるVolk = 「人民」という理解に対し、強い異論を唱える。すなわちサヴィニーのVolkは、リンカーン流の「人民」でなく、あくまでサヴィニー固有の有機体的「民族」にほかならない、とするのである。なるほどサヴィニーは、その「様々な国家論」(Abweichende Meinungen über den Staat)の箇所でも——おそらくフランス革命後の歴史的混乱、たとえば1830年7月革命による市民的「王政」の出現などを念頭に置きつつ——「社会契約」の限界性の突破口を現存する「国家」による庇護の内に求めた。Vgl. Savigny, System Bd. 1 (Fn. 22), S. 32. そこには、なるほどハラー(1768-1854年)の『国家学の復興』(„Restauration der Staatswissenschaft“)があった。Savigny, a. a. O., S. Fn. (a). ところが、そのような「社会契約の限界性」も、サヴィニーにあっては決して全面否定ではなかった。「病弊か、それとも治療薬か」(die Krankheit oder das Heilmittel)、両者のうち何れがより懸念されるのか(welches von beiden bedenklicher ist)、それは断言しがたい(ist es schwer zu sagen)と述べているからである。Savigny, Bd. 1. ibid. たしかにサヴィニーは、諸個人が目下現前する国家の中でのみ自己を保持しようという「保守的」な見解に辿り着く。Savigny, Bd. 1, S. 31. にもかかわらず、彼において、「理想的民族」(das ideale Volk)はあくまで「諸個人」からなるという思想は捨てられていなかった („[Das Volk ist] das auf bestimmte Weise geregelte Zusammenleben mehrerer Menschen“, Savigny, Bd. 1, S. 18. 亀甲括弧内・引用者)。それゆえ、戒能通孝の歴史的視点からすれば、サヴィニーにおけるVolkは、あくまで「人民」でありえ、また、そうあるべき存在であったのである。

25 この点につき、磯村・前掲書(前注17)173-174頁の記述が参照されるべきである。

されるものではないからである<sup>26</sup>。なぜなら「裁判官」の法的判断の前に、すでに「生ける法」そのものが存在するからである。逆に「裁判官法」が国家官僚的に、権威的に機能するとき、民衆の中に生きづく「法」は、それとの対抗なくして存立しえないと思われるからである（このような観点から、末弘巖太郎の「判例法理論」、さらには彼の「民法解釈方法論」が再検討されてよいと思われる。ただし、この点の考察は龍谷法学51巻3号及び4号掲載予定の拙稿〔末弘法学論その2・その3〕に譲るほかない）。ともあれ、こうしてかようなく発想>を出発点とする限り、たとえば、すでにサヴィニーは、その「人民の、人民による、人民のための法」への志向において末弘巖太郎の「市民」的法学理論と実質的に接近する<sup>27</sup>。かつまたエールリッヒの「法社会

26 この問題は、いわゆる「法源論」と一体不可分な側面をもつ。「法源論」における「裁判官法」の批判的位置づけについては、さしあたり児玉寛「覚書・ローマ慣習法論」大阪市立大学法学雑誌38巻3=4号（1992年）137頁以下、特に156-158頁の考察が重要な意味をもつ。なかでも、その箇所で紹介されるフルーメの見解、すなわち「裁判官は、法を『発見する（findet）』のであって、『発明する（erfindet）』ではありません」というテーゼはきわめて切実な意味をもつ。なぜならわが国では、すでに大正デモクラシー期の民法学において、容易に「裁判官・判例による法創造的機能」なるものが積極的に承認され、もって「三権分立」をも軽視するという傾向が通用していたからである（この点、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（四）」龍谷法学50巻3号〔2018年〕369-370頁を参照）。しかも、この法創造的機能を営む「裁判官法」は、わが国の<現代法現象>として、なお存続し、かつまた強化されようとしていると思われるからである（ただし、この点の論証は本稿「法社会学論争」の教訓」の続編に委ねられる）。

27 たとえば末弘は、「サヴィニーのように、（日本の）法律家はフォルクス ガイスト、即ち国民精神を代表するものだというような意気ごみがありませんね」、「あの議論（国民精神の代表者としての法律家という主張）がサヴィニーの議論の中では、だいたい議論なのです」という形でサヴィニー法学の積極性を承認している（傍点・原書。括弧内・引用者）。前掲書『日本の法学』（前注19）179頁（末弘発言）。むしろ、より内在的なサヴィニーと末弘法学の関係づけも、それ自体として大きな課題である。今後筆者（川角）は、そのような課題意識をもって、磯村哲の前掲書『社会学の展開と構造』（前注17）を読み解いていきたいと思う。ちなみに、同書の第一編「市民法学」で末弘巖太郎が重点的に論じられ（62-117頁）、第二編「啓蒙期自然法理論の現代的意義——自然法学・歴史メ

学」それ自体——「法規」が、立法者によって明示的にてあれ、もしくは黙示的にてあれ、あくまで民衆の中に生きづく「法」を基盤に形成されたものである限り、それを踏まえて解釈されるべしという——「歴史的解釈」(die historische Auslegung)の方法を採用する点で、エールリッヒはなおサヴィニーの延長線上に位置するのである<sup>28</sup>。

ところで戒能は、以下のようにも言っている。——「日本の大正10年前後の法学らしいものが起ったということも自省的に起ったということではなくして、輸入的に、なんかヨーロッパの流行だからそれをとり入れる、偶然にもたくさん大学ができて多数の人々がヨーロッパに行ったというようなことと非常に関係しておりませんか」<sup>29</sup> (傍点・引用者)。その戒能の論旨

、法学・概念法学的法律実証主義・社会法学」でサヴィニーが取り上げられ(133-136頁及び154-157頁)、さらに第三編「エールリッヒ法社会学の体系的構造」が集中的にエールリッヒを考察している(191-333頁)。このことは、磯村哲における市民法学の構想として、けっして偶発的なものではない、と考えられる。

- 28 エールリッヒは、サヴィニー法学の「社会学的」法理論(die „soziologische“ Rechtstheorie)としての側面を受け継ぎ、発展させた、とも言われる。Jan Schröder, Savigny, in: Kleinheyer=Schröder, Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 4. Auflage, 1996, S. 352 ff. bes. S. 358. 併せて、小林孝輔〔監訳〕『ドイツ法学者事典』〔1983年〕247頁も参照。なお、後期エールリッヒにおける「歴史的解釈」(historische Auslegung)の提唱(「法規解釈の方法として法規の歴史的意味内容〔立法者の意図〕の探求を目的とする」〔亀甲括弧内・原書〕という主張)については、磯村哲・前掲書(前注17)312-313頁参照。その箇所で磯村は、エールリッヒによる「かような歴史的解釈は、法規の歴史科学的認識作業、すなわち科学的・「社会学」的解釈(wissenschaftliche, „soziologische“ Rechtsauslegung)であり、純粋な科学として把握されていることは注意されなければならない」(括弧内及び傍点・原書)と述べる。その上で磯村哲は——エールリッヒによれば——司法(Rechtspflege)に資すべき実用法学も、法規が立法者を通じて法的紛争の解決指針(Weisung)を示している限り「歴史的解釈」に従うべきである旨、指摘している。磯村・前掲書(前注17)312頁参照。
- 29 前掲書『日本の法学』(前注19)158頁(戒能発言)。ちなみに、1897年(明治30年)6月に京都帝国大学の設置に伴い、それまで単に「帝国大学」と呼ばれてきた東京大学が「東京帝国大学」と改称。その後、東北大学(1907年〔明治40年〕)、九州大学(1911年〔明治44年〕)、北海道大学(1918年〔大正7年〕)、大阪大学(1931年〔昭和6年〕)、名古屋大学(1939年〔昭和14年〕)という順

は、直接的なものではないにせよ、「ドイツ法学はだめだ」<sup>30</sup>と叫んだ末弘敬太郎にも向けられている。末弘が、アメリカにおけるリアリズム法学と併せてエールリッヒをわが国に「輸入」した、その仕方（「方法論」）を問題にしている。言い換えれば、末弘がそのドイツ法学批判によって、ドイツ法学自体に内在する自由主義的側面、なかでもサヴィニー法学の積極的意義をも切り捨てる〈側面〉を持つことをも指摘している（すでに示したように末弘自身は、かなり深くサヴィニーを読み込んでいるのだが。本稿前注27参照）。その意味で戒能通孝は、事実上、彼の師・末弘敬太郎の業績をもかなり相対化していた、と思われる。だから戦後戒能は、「法社会学」のあり方に関して次のように言うのである。——「法律社会学は今の日本の状態では決して進歩の方向にいかないで、反動の方向にいく可能性がないではありません。例えば民法的な例をとってみますと、単純な社会学的調査の結果、家族制度というようなものが日本にまだ残っている、だから、家族制度を認めた旧民法（明治民法典の親族・相続編）は正しいという結論を引き出すために法社会学がもち出されることもありうるのです。また天皇崇拜という観念がまだ残ってるんだから旧憲法（「大日本帝国憲法」）の方が正しいというようになると、非常に旧憲法型の議論を引出す材料に使われます。法社会学は、無批判にしておくと、そういうものに利用される一面の方が多いんじゃないかと思うのです。だから法社会学のテーマは法社会学的な法規範とは何かを決定することから研究を初めなければ非常に危険なものになるおそれがないとは申せません。私は一應の意味ですが、市民社会において通用する法のみが法社会学のいう法だと理解しているのですが、これに外れている現実の法的生活を、いかにして市民的な方向に引

---

ㄨで帝国大学が設立された。戒能のいう「大正10年前後」には、すでに東京、京都、東北、九州、北海道に「帝国大学」が設置されていたことになる。

30 留学から帰国後の末弘によるドイツ法学批判、特にその概念法学批判は周知のことに属する。引用文については、前掲書「日本の法学」（前注19）54頁（我妻発言）を参照。

ばってくるかということが、法律社会学の一番大きな問題だと思っています」<sup>31</sup>（傍点及び括弧内・引用者）。これに末弘は敏感に反応し、次のように言っている。すなわち「慣行だから必ず後進的だと考えるのは間違いで、慣行の方が進歩的な場合もあります。（中略）碌に慣行調査もしないで、家族制度を否定した法律を作っても、生きた法律として家族制度はなかなかなくなる。ない。（中略）要するに、慣行調査それ自身と調査の結果を如何に利用するか、の法政策上の問題とは別問題で、慣行調査それ自身から法政策上の結論を導き出そうというのが無理だと思います」<sup>32</sup>（傍点・引用者）。こうし

31 前掲書『日本の法学』（前注19）130-131頁（戒能発言）。

32 前掲書『日本の法学』（前注19）131-132頁（末弘発言）。この点、戒能が法社会学的研究の出発点としての法社会学に関する「法規範」を問題としているのに対して、末弘は「慣行調査結果の利用の仕方」としての「法政策」の問題に、やや論点をずらしているような印象を受ける。ちなみに、川島武宜（1909-1992年）は、戦後精力的に家族制度に関する慣行調査を行った著名な民法学者であり、法社会学者であった（特に東北地方の農村に足を運んだようである）。その「結果」として、確かに川島は農村の家族間で「戸主権」ないし「家父長権力」が「絶対性を示すものではない」と書いている。川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』（1957年）8頁（同「家族と法」『川島武宜著作集第11巻』（1986年）所収125頁）。これを最近、内田・前掲書（前注11）402頁注117は、「戸主権が上級武士層の家父長権をモデル」としており、「一般民衆の現実の家族生活においては、家父長権はそのような絶対的なものではなかった」というふうに述べ、川島武宜の上記記述を引用している。ところが、この川島の記述は、当該頁の注13で彼自身が語っているように、貧民階層で広く行われていた「人身売買」（娘の身売り）に関する自己の東北農村での現地調査をもとに「人身売買」をもって「必ずしも常に彼らの家族集団における家父長権力の絶対性を示すものではない」（傍点・引用者）として、実定法制度上の「家父長権力」と現実社会でのその影響力のズレを法社会学的手法で明らかにしようとした点に、深く留意しておく必要がある。言い換えれば川島は、「人身売買」が——親が泣く泣く娘を売らざるをえない窮境を前提に——娘の、親や兄弟姉妹を思う気持ちを踏まえ、なかば「同意」の上で「人身売買」が行われていた実態を描き出している。したがって川島は、戸主権者ないし家父長が子の結婚に同意を与えないような場合には、親の同意をかいくぐるため、「かけおち」の慣行が多く存在していたことに言及している。川島・前掲『イデオロギー』9頁、同・前掲『著作集』126頁。しかも川島は、それに続けて、さらに以下のように言っている。——「要するに、明治民法の家族法は、現実の家族秩序をそのまま維持することを目

て末弘は、「慣行調査」それ自体の重要性を主張し、それをいかに利用するかという「法政策上の問題」と切り離して自説を根拠づける。この末弘の見解を如何に読み解いていくか。戒能通孝の見解とどのように関連づけていくか。これは筆者にとって、なお残された課題の一つである（さしあたり、拙稿「法社会学論争」の教訓（7）（8）（9）」龍谷法学51巻2号〔本号〕及び3号・4号掲載予定の末弘法学論を参照されたい）。この戒能による「法律社会学」論とその歴史的立場づけ方に連関して、以下の丸山眞男の見解にも留意しておくべきだろう。

#### 〔b〕丸山眞男の場合

戦後、丸山眞男（1914-1996年）は、幅広い画期的な歴史的方法に関する基本的視点を提示した。すなわち彼は、「われわれ」にとって100年ほど前の「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」を、歴史的・学説史的に捉える場合にも要求されるべき根本的視座を提供している。丸山は、以下のように述べる。——「百年もまえに生きた思想家を今日の時点で学ぶためには、まず第一に、現在われわれが到達している知識、あるいは現在使っていることは、さらにそれが前提としている価値基準、そういったものをいったんかっこの中に入れて、できるだけ、その当時の状況に、つまりその当時のことばの使い方に、その当時の価値基準に、われわれ自身を置いてみる、という想像上の操作が必要」であり、さらに「歴史的過去は、直接に現在化されるのではなくて、どこまでも過去を媒介として現在化され

---

ゝ的とするのではなくて、むしろそれを、より権威主義的に變容すること。そうして、それをとおして絶対主義的「臣民」のパーソナリティをつくるための訓練機関をつくること、を目的としていたと認められる」（川島『イデオロギー』10頁、同『著作集』126-127頁。なお引用は『イデオロギー』に従った）。その際、川島は、「教育勅語」などの「家族道徳の教育」との関係性も重視し、そのような「法的社会統制」（戸主権の法的機能を媒介とした家父長権制度）は「相當程度の成功をおさめたものと思われる」と書く（川島『イデオロギー』4頁及び10頁、同『著作集』121頁及び127頁）。なお、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（六）」龍谷法学51巻1号（2018年）注247も参照。

(る)。思想家が当時のことばと、当時の価値基準で語ったことを、彼が当面していた問題は何であったか、という観点からあらためて捉えなおし、それを、当時の歴史的状況との関連において、今日の、あるいは明日の時代に読みかえることによって、われわれは、その思想家の当面した問題をわれわれの問題として主体的に受けとめることができる<sup>33</sup> (傍点・原書。括弧内・引用者)。ここには丸山の「歴史」の捉え方に関する研ぎ澄まされた方法的リアリズムが看取される。それは、たとえば陸羯南(1857-1907年)の「日本主義」を「真の意味でのインデペンデント(「非・依拠的」な思想)」と規定しつつ(括弧内・引用者)、彼(陸)の思想の「混乱と妥協」を「神秘的な全体主義」への契機としての「国民観念の超歴史性」のうちに看取る。そのことも、以上の「方法的リアリズム」を如実に物語っている<sup>34</sup>。

本稿で、筆者は、できるかぎり上記戒能通孝と丸山眞男の視点を活かす

33 丸山眞男・前掲論文(前注7)206-208頁。なお、丸山の「佐久間象山論」につき、笹倉秀夫「丸山眞男論ノート」(1988年)145-149頁も参照した。

34 丸山「陸羯南——人と思想」(1947年)同「丸山眞男集・第三卷」(1995年)93頁以下、特に102-103頁を参照。丸山は、日本国憲法が公布された翌年、1947年2月に、この「陸羯南」論を公表している。「陸」は、あるべきナショナリズムへの追慕、さらには「自由主義」をも内在させながらも(丸山・前掲論文95-99頁参照)、結局「混乱と妥協」のうちにその生涯を終えた。その「陸」の思想への反省的リアクションとして、丸山は、公布されたばかりの「日本国憲法」をにらみ据え、「ヨリ高度な自由を獲得するために、よほどの覚悟をもって、これまでに数倍する峻をのりこえて進まなければならぬ」と私たちに訴えかけている。このような丸山の「陸羯南」論は、明治期の日本が「国際社会のなかからではなくして、むしろそのなかへ引き入れられる」ことによって「近代国民国家としてのスタートを切った」という「パラドックス」を剔抉し、その克服を方法的課題とするところの「近代日本思想史における国家理性の問題」(「丸山眞男集・第四卷」〔1995年。初出は1949年1月〕7頁)ともども、精確に、かつ深く読み込まれるべき作品である。ちなみに丸山は、福沢諭吉(1835-1901年)の初期の作品に依拠して、福沢における「法の優位のイデー」、さらには「個人主義と国家主義、国家主義と国際主義」の「見事なバランス」を描き出している。丸山・前掲「近代日本思想史」23-24頁参照。上記、丸山における「陸羯南」論と「福沢諭吉」論との関連づけの仕方に関わる〈方法論〉は、私たちにとってなお残された「主体的課題」と言うべきものであろう。

立場から、「穂積陳重と大正デモクラシー期」というテーマを追求してみたい。穂積陳重の法思想はわが民法典の形成に直接多大な影響を与え、かつ彼の法思想の奥深さは大正デモクラシー期の民法学のあり方を深く規定したように思われるからである。まずは「穂積陳重」から語ろう。

## 2. 穂積陳重「法典調査會」・「法律進化論」・「社會力論」・「陳重の「二つの顔」論」を基軸として

### (1) 序論——穂積陳重の略歴と〈法思想〉概観

#### 〔a〕 陳重の略歴

穂積陳重(1855-1926年)は、四国伊予、宇和島で藩士穂積重樹(1812-1881年)<sup>35</sup>の次男として出生した<sup>36</sup>。その後、長男重穎<sup>37</sup>が穂積家の家督を相続したこともあって、13歳の陳重は、1868年(慶應四年〔明治元年〕)、同じ藩士入江家に養子として入った<sup>38</sup>。跡継ぎのいない入江家の「家」存続のため、「婿養子」に入ったわけである。その際、養父入江佐吉の姪にあたる「さい」

---

35 穂積重行「穂積重樹のこと——幕末の宇和島」同(編)『穂積歌子日記(明治23-39年)・明治一法学者の周辺(1989年)』所収78頁以下(この日記集には、編者重行の註記・補遺等が付されている。この「穂積重樹のこと」も、その「補遺」の一つである)。なおこの「重樹」論によれば、陳重が生まれた幕末、その父・重樹(重舒)が当時宇和島藩の第一隊鉄砲頭となり、彼の後輩入江佐吉(のちの陳重の養父)が第二隊鉄砲頭となったことなどが記されている(前掲書80頁参照)。なお陳重の父「重樹」については、その改名の経緯も含め、重行『明治一法学者の出發——穂積陳重をめぐる』(1988年)33頁以下及び45頁及び内田・前掲書(前注11)35-36頁を参照。

36 松尾敬一「穂積陳重」潮見俊隆=利谷信義(編)『日本の法学者』(1975年)55頁及び内田・前掲書(前注11)33頁。

37 重行「穂積重穎のこと」・前掲書『歌子日記』(前注35)所収206頁以下及び同『明治一法学者』(前注35)43-46頁参照。

38 中島敬一『宇和島藩士、大銃司令 入江佐吉と周辺の人々』(1993年)112頁以下参照。陳重が入江家に養子に入ったのは、陳重の実家と入江家が「二軒隣り」で「親しく付き合い」があったことが、その背景として記されている(中島・

(陳重より5歳年下)との結婚が予定されていた、とされる<sup>39</sup>。その2年後、1870年(明治3年)陳重は、大学南校貢進生として上京し、さらに1874年(明治7年)開成学校(のちの東京大学の前身)に始めて設置された英吉利法学科に入学した<sup>40</sup>。陳重19歳の頃のことである。1876年(明治9年)、陳重は文部省選抜留学生としてイギリスに渡り、キングスカレッジ、ミドルテンブルに入学。この間サー・ヘンリー・メイン(1822-1888年)と直接交流し、大きな影響を受けた<sup>41</sup>。その後ドイツにおける比較法学の水準の高さに惹かれ、ドイツへの「転国の願書」を文部省に提出し、許可を受けた。陳重において、ベルリン大学での「幅広い法理学と民法、そして立法論が彼の関心の焦点をなしていた」とされる<sup>42</sup>。長い留学ののち、陳重が帰国した

、前掲書112頁)。さらに同書113-114頁では、「従来から養子となるには、家禄の少ない家から家禄の多い家に養子になるのが当然で、同じ鉄砲頭である二組内の大銃司令である入江家に養子となったのは、当時の事情としては、当然のことであったと思われます」、「陳重も二男である以上入江家の大銃指南・司令の職があればこそ入江家に養子となったのも当然のことと思われます」と記されている。また同書114-115頁で「陳重は入江家に養子に入るまでは、「邑次郎」と名乗っていましたが、入江家に入ってから養父(正確には「さい」との結婚後に「養父となるはずの」人物)である「入江さい」の父「入江陳成」の「陳」の一字と「穂積重樹」(陳重の実父の名)の「重」をとり「陳重」と名乗るようになりました」(括弧内・引用者)とある。そのように、陳重と「入江さい」との因縁には、きわめて独特なものがあった。

39 内田・前掲書(前注11)67頁。ちなみに、許嫁「さい」は陳重が留学に旅立つとき16歳であり、すでに当時女性の婚姻適齢期にあった。「さい」は、小坂安太郎との離婚後、浅岡是知と再婚し「はる」女を生むが、この「はる」が前掲書「入江佐吉」(前注38)の著者・中島敬一の母親となる。中島・前掲書174頁参照。

40 松尾・前掲論文(前注36)55-56頁。

41 松尾・前掲論文(前注36)57頁及び内田・前掲書(前注11)82頁参照。

42 重行「明治10年代におけるドイツ法学の受容——東京大学法学部と穂積陳重」家永三郎(編)『明治国家の法と思想』(1966年)556頁及び松尾・前掲論文(前注36)57頁。なお当時の官費留学生にとって「転国の願書」は容易には認められていなかったらしい。にもかかわらず、陳重にはドイツ「転国」が裁可された。ドイツ国法学の権威とされ、当時東京大学法理文学部総理の地位にあった加藤弘之(1836-1916年)の推挙がきいたとされる。この点、内田・前掲書(前注)

のは1881年(明治14年)6月である。陳重26歳、許嫁「さい」21歳のときであった。「さい」が、いかに心から陳重の帰国を待ちわびていたか、強く推測される。同時に、陳重帰国後の「さい」の喜びと新婚生活への期待も脳裏に浮かぶ。ところが陳重は、翌7月渋沢栄一(1840-1931年)の長女歌子(1863-1932年)との縁談を承け、同年11月入江家との養子縁組を解消した<sup>43</sup>。同時に陳重は、東京大学法学部に勤務を開始し、同年8月法学部

、11) 57-58頁参照。

43 内田・前掲書(前注11)67頁参照。ところで歌子は、陳重との縁談に際して、陳重の知人(山遊丈夫)から「いやもう、穂積君ならば、一点の非もない人格者で、何の心配も要りませぬ」という話を聞かされ「嬉しさ暨えやうもな(い)」表情につつまれたとされる(括弧内・引用者)。蘆谷重常『穂積歌子』(1995年)89頁。要するに、陳重に許嫁「さい」がいたことなど、歌子には知らされていなかったのである。これに関連し、内田・前掲書68頁は、陳重と歌子との縁談につき「主君の伊達宗城の意向も働いたのではないかとし、「そのため入江家も円満な縁組解消を受け容れざるを得なかったのではないかと」という趣旨の重行(陳重の孫)の記述を紹介している(たとえば重行・前掲書『明治一法学者』〔前注35〕293頁参照)。その上で内田・前掲書同頁は、「陳重との結婚の夢が潰えた「さい」のその後は、必ずしも幸福なものではなかったようにも見える」と記す。他方、21歳まで陳重の帰国を待ち続けた許嫁「さい」の悲しみは如何ばかりであったろう。この点、「養家の(陳重と「さい」との婚姻への)期待は大きく、「帰朝を待って早速にも」と心組みをしていたに相違ない(括弧内・引用者)という重行・前掲書『明治一法学者』292頁の記述は、そのまま「さい」の「心組み」に通じるものがある。ちなみに中島・前掲書『入江佐吉と周辺の人々』(前注38)113頁には、「陳重帰国(26歳)と同時に、早々に「さい」との結婚話が進められました」とある。だから「さい」と陳重の婚姻は目前にさしかかっていたのである(この点、中島・前掲書119頁以下によれば、陳重と歌子との縁談は旧藩主「伊達宗城」の側近「西園寺公成」の「口聞き」があったからであり、それゆえ「たとえ意にそえぬことでも引き下がるのが当時の事情としては当然」〔中島・前掲書120頁〕とされている)。なお陳重の歌子との結婚後、「さい」は、他男(小坂安太郎)と結婚し「銀吉」(1887年〔明治20年〕2月17日出生)らを育む。ただし数年後(1890年〔明治23年〕11月22日)に離婚している(中島・前掲書173頁参照)。責任感の強い陳重は、離婚後自宅を訪れた「さい」の願いを容れ、入江家の跡取り「銀吉」を引き取って実業界に出るまで世話をしたという。重行・前掲書『歌子日記』(前注35)8頁(重行の註記)及び内田・前掲書同頁参照。なるほど、それ自体は一種の「美談」であるようにみえる。しかし、そもそも「さい」が離婚に至った原因につき、彼女が当メ

講師となったあと、翌年1882年（明治15年）2月には教授兼法学部長となった<sup>44</sup>。のち彼は、1890年旧民法（ポアソナード民法）公布を受けて施行延期派の一員として活躍し、旧民法延期法案可決後は「法典調査会」で民法典修正案起草委員として名を馳せた。こうして、陳重が梅謙次郎（1860-1910年）・富井政章（1858-1935年）とともに起草した明治民法典が施行されたのは、1898年（明治31年）7月のことであった。以下では、明治民法典施行前後の陳重の「法思想」を、可能な限り簡潔に概観しておきたい。その上で、幾つかの論点（「法典調査会」・「法律進化論」・「社会力論」・「陳重の「二つの顔」論」）につき、個別的に立ち入ることにしたく思う。

#### 〔b〕 陳重の〈法思想〉概観

、時女性の婚姻適齢期上限とも言える「21歳」まで陳重を待ち続けたという「事実」が関わっていなかったかどうか。深く考えさせられる（中島・前掲書126頁は、「20歳」で結婚した歌子が「適令期のギリギリにあった」と記す）。なお重行は、陳重が入江家の跡取り（「婿養子」）となったものの、「同家でくらしただけではない」とし、「養家との関係はうすい」という。前掲書「歌子日記」8頁。さらに重行・前掲書「明治一法学者」292頁は、入江家との養子縁組後、陳重が「宇和島時代においても（中略）実家で生活していた形跡がきわめて濃い」とも記す。この点で陳重の心変わりにも首肯すべき面がないわけではない（ただし重行は、その祖父思いからか、許嫁「さい」と陳重の交際の有無、その濃淡には全く触れていない。対するに中島・前掲書173頁は、「傷心のさい」の姿を具体的に描き出している）。ともあれ重行は、陳重の「帰国直後渋沢家との話」がおこり、陳重が「思いもよらない好条件」に心動かされて離縁を決意し「旧姓に復した」こと。そしてこのことは、「入江家としてはきわめて不本意なことであつたろう」と述べている（重行「明治一法学者」292頁及び前掲書「歌子日記」8頁〔重行註記〕及び中島・前掲書125頁参照。中島は「極端な表現をすれば「とんびに油あげをさらわれた」のたとえ通り」と記す）。ちなみに、陳重の妻「歌子」の日記には「入江より手紙来る。今年三度目なり」（1890年〔明治23年〕1月11日）とあり、その五日後「入江さい来る」（同年1月16日）と、きわめて素っ気ない。前掲書「歌子日記」8-9頁参照。この点重行は、年初に「三度」も入江「さい」から手紙がきたこと自体、「ただごとではない」とかなり微妙な表現をしている。『歌子日記』8頁（重行の註記）及び中島・前掲書125頁も参照。

44 松尾・前掲論文（前注36）57頁及び重行・前掲書「明治一法学者」（前注35）261頁参照。

< i >メインと陳重

若き陳重は、イギリス留学で直接交流したメインの『古代史』(1861年)に深く感銘し、そこから多大な影響を受けた<sup>45</sup>。メインの思想は、陳重「法思想」の源流であった。なかでもメインの「法律と社會とを調和させる」観点と、その「調和」を「作因」するところの三要素としての「法律的擬制、衡平、立法」は、生涯陳重を刻印してやまなかった<sup>46</sup>。また、メインの「歴史法学」の立場から展開される自然法学批判とその延長線上にくる彼(メイン)の「フランス革命」への非難も、ほぼ等しく陳重の共有するところであった<sup>47</sup>。

45 松尾・前掲論文(前注36)57頁は、陳重が「直接サー・ヘンリー・メインから大きな影響を受けた」と記す。なお陳重は、メインの肖像を日本まで持ち帰った、と述べている。陳重「[サー・ヘンリー・メイン]氏の小傳」同『穂積陳重遺文集・第二冊』(1932年〔昭和7年〕。原文初出は1888年〔明治21年〕)18頁を参照。陳重は、留学時代からメインの『古代法』に心酔していたようである。前掲論稿21頁で陳重は、「余、氏(メイン)の著書『(古代法)』を閲すること數十、夜半人定まるの後ち、孤燈の下、浄机の上、心靜に巻を繕き、讀む事未だ數行ならずして、忽ち我を忘れて之を朗讀するに至る」(括弧内・引用者)と回想している。

46 メイン(小泉鐵・訳)『メイン古代法律』(1926年〔大正15年〕)24頁(2009年の信山社復刻版参照)。Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, 3rd ed. 1866, Second printing 2003 with a new introduction by Dante J. Scala, p. 24-25. ちなみに、上記訳文の「法律と社會とを調和させる」にあたる原文は、“Law is brought into harmony with society”である。陳重『法律進化論第一冊・原形論前篇』(1924年〔大正13年〕)180頁は、上記メインの記述をそのまま援用している。ただし陳重は「廣き意義に於ける自然法の觀念は、常に超越的基本法發見の對象と爲り社會と法律とを調和する原動力と爲つた」とも述べている。前掲書『法律進化論第一冊』204頁。

47 メイン・前掲『古代法律』(前注46)88-89頁。Maine, *Ancient Law* (N. 46), p. 90-91. メインは、「自然狀態の假定の上に立脚した」フランスの哲学(なかでもルソー〔1712-1778年〕の思想)が、フランス革命によってもたらされた多大な失望(the grosser disappointments of which the first French Revolution was fertile)に繋がったという。これに関連して、内田力蔵「メーン」木村龜二(編)『近代法思想史の人々』(1968年)127頁以下、特に133頁は、「メーンの政治的な保守性」を指摘している。この点、陳重も以下のように述べ、メインとほぼノ

< ii > 陳重<法思想>の哲学的位置づけ

これは「哲学」専攻ではない筆者にとって、きわめて困難な課題である。とはいえ、陳重<法思想>の底流に彼なりの「哲学」が置かれている以上、避けて通ることもできない。若干のことを指摘しておきたいと思う。陳重は、わが国で初めて「法理学」の講座を開設した学者である。その際、陳重は講座名を「法哲学」にするか「法理学」にするか、迷ったらしい。当初、東京大学の前身であった大学南校の規則には「法科理論」とあったところ(1870年〔明治3年〕)、その後「東京開成学校に法学科が設けられた時」(1874年〔明治7年〕)には、これが「法論」に改められた。陳重は、「法科理論」については「あまり悪い名稱では無い」としつつ、「法論」に関しては「佛家に「法談」と云ふ言葉」があって「少し抹香臭い」と感じ、かつ「學名としては「論」の字が気に入らなから、これを「法理學」と改めた」という<sup>48</sup>。そのとき陳重は、「Rechtsphilosophieを邦訳して「法律哲學」としようかとも思つた」が、「哲學というと、世間には往々いわゆる形而上學(メタフィジックス)に限られているように思っている者もあるから、如何なる學派の人が此學科を受持つても差支えない名稱を選んで、法理學としたのである」<sup>49</sup>と記している。「法理學」——これは、なるほど配慮の

、同様な「保守性」を示す。——「「フランス」革命論者は、歴史を無視し、個人意思の全能力を過信し、一舉して現存國家を廢して自然状態に立歸りて、新たに自由、平等、親愛の理想的國家を造り出すことを企圖した者であつて、當時自然法説及び其主要構成成分を爲した社會契約説が此大事件の基礎的思想であつた」(傍点・原書)。陳重『神權説と民約説』(1928年〔昭和3年〕)239頁。陳重自身、メインにならってか、同じく「ルソー」を強く批判している。陳重・前掲書『神權説』239-240頁参照。なお、メインの保守的性格と陳重との共通性については、内田・前掲書(前注11)97-98頁にも指摘がある。両者が、いずれも「フランス革命」に批判的であるのは、注目に値する。ついでながら、フランス革命のもつ歴史的・政治的性格と、その後の「矛盾關係」については、竹原良文(編)『フランス革命と近代政治思想の転回』(1973年)所収の諸論稿を参照。

48 陳重『法窓夜話』(1980年、岩波文庫)174頁参照(原書初出は1916年〔大正5年〕)。

49 陳重・前掲書『夜話』(前注48)174-175頁。なお陳重の原文では、「メタフィゾ

行き届いた名称であると思われる。同時に、その「名称」は陳重の「哲學」観における限界の一端も示しているように思われる。当時、周知のように、すでに実質的に形而上学を克服したヘーゲル（1770-1831年）の哲学＝「論理学」<sup>50</sup>もあったし、マルクス（1818-1883年）の「論理学」（『資本論第1巻』〔1867年〕<sup>51</sup>）も出ていた。ヘーゲルもマルクスも、フランス革命の進歩的な歴史的な性格を高く評価した<sup>52</sup>。また、ヘーゲルの先達カント（1724-1804年）

「ジックス」という言葉は「形而上学」のルビとして付されている。

50 ヘーゲル【小論理学】（1817年）及び【大論理学】（1812-1816年）の両方を指す。いずれも岩波書店【ヘーゲル全集】に収められている（前者は第1巻、後者は第6巻ab・第7巻・第8巻）。

51 マルクスは、独立した文献として「論理学」を書き残さなかったが、「『資本論』という論理学を残した」（傍点・原書）とされる。レーニン（松村一人・訳）【哲学ノート・下巻】（1975年、岩波文庫）131-132頁参照（なお、レーニンのこの作品は、1930年に初めて『遺稿集』として公刊された。後掲【上巻】「訳者まえがき」参照）。ちなみに、マルクス【資本論】第二版後記を読むと、こう書いている。——「ヘーゲルの弁証法の神秘的な側面を私は三〇年ほどまえに、それがまだ流行していたときに、批判した。ところが、私が【資本論】の第一巻の仕上げをしていたちょうどそのときに、いまドイツの知識階級のあいだで大きな口をきいている不愉快で不遜で無能な亞流が、ヘーゲルを、ちょうどレッシングの時代に勇敢なモーゼス・メンデルスゾーンがスピノザを取り扱ったように、すなわち「死んだ犬」として、取り扱っていい気になっているのである。それだからこそ、私は自分があの偉大な思想家の弟子（Schüler jenes großen Denkers）であることを率直に認め、また価値論に関する章のあちこちでは彼に特有な表現様式に媚を呈しさえしたのである」（ロンドン、1873年1月24日）。大月書店版・全集23巻第1分冊22-23頁。Vgl. Karl Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie Ersterband, 1867, S. 27, Dietz Verlag. 後年、レーニンはロシア革命の直前、スイス亡命中、ヘーゲル「論理学」の研究に没頭した。そしてこう書いた。「アフォリズム——ヘーゲルの【論理学】の全体をよく研究し理解しなければ、マルクスの【資本論】、特にその第一章を理解することはできない。だから、マルクス主義者のうち誰も、半世紀もたつのに、マルクスを理解しなかったのだ！！」（傍点・原書）。レーニン（松村一人・訳）【哲学ノート・上巻】（1975年、岩波文庫）155頁。ちなみにスイス亡命中のレーニンの姿については、笹本駿二『スイスを愛した人々』（1988年、岩波新書）89頁以下、とりわけ94頁以下が、それを生き生きと描き出している。

52 さしあたり、ヘーゲルのフランス革命評価につき、クーノ・フィッシャー（玉ノ

によるフランス革命の思想的指導者ルソーへの「傾倒」については、カント自身が「『美と崇高の感情性に関する観察』への覚え書き」(1842年)の中で度々言及しているところである。たとえば、そこでカントは、「人間の崇高」に関してそれまで偏見にとらわれて自分を「ルソーが正道に戻してくれた」と感謝し、さらに「ルソーの主要な意図は、教育が自由な仕方 でなされ、また自由な人間をつくるということにある」と述べ、かつまた「ルソーの教育は市民社会が再び栄えるのを助ける唯一の手段である」<sup>53</sup>と称賛している。カントの「フランス革命」論については、一応このカントによるルソー評価を踏まえる必要があるだろう(これは、本稿後注58の記述と併せて参照されるべきことである)。要するに、当時(フランス革命の前)形式論的に墮落していた「形而上学」に対して、ある種根本的な懐疑の目を向けたカントも、その後継者ヘーゲルも、さらにマルクスも、あくまで「フランス革命」それ自体の人類史的・世界史的な意義を正当に評価していた

〵 井茂＝磯江景孜・訳)『ヘーゲルの生涯(新装版)』(1987年。原書初出は1897年)15-16頁(テュービンゲン時代の若きヘーゲルが、ショリングらと共にフランス革命に感激し、それにちなんで「自由の樹」を植えたとされる〔特に16頁〕)、さらにルカーチ(生松敬三＝元浜晴海・訳)『若きヘーゲル(上)』同著作集10(1987年。原書初出は1948年)を参照。またマルクスについては、彼の『聖家族』(1844年)大月書店版・全集第2巻123頁以下(フランス革命は「すべての古い世態(ママ)の理念をこえでるところの理念を生みだした」〔全集124頁〕、フランス革命の年1789年は、「革命の契機の一つが、いまやそれが社会的意味をもつという自覚をゆたかにして、勝利をえた」〔全集129-130頁〕。なお傍点・原書)という記述を参照、さらにフランソワ・フュレ(今村仁司＝今村真介・訳)『マルクスとフランス革命』(2008年。原書初出1986年)5頁以下も参照(フュレは、青年マルクスにとって「フランス革命は普遍的な輝き」によって受けとめられていた、と記している〔同書6頁〕)。いずれにせよ、ヘーゲル及びマルクス両者ともに、フランス革命の達成点＝「限界」に関するリアリズム、さらにその後のフランス特有の歴史的展開を受けて微妙な陰影を示しはするが、あくまでもフランス革命自体の積極的な意義を決して過小に評価しなかった。

53 カント全集18巻(2002年)186-186頁及び246-250頁。さらに、カントのフランス革命への「注視」につき、伊藤宏一「政治哲学としてのカントの平和論——政治への道徳の架橋」浜田義文(編)『カント読本』(1989年)272頁以下も参照。

のである。陳重は、以上の意味における「形而上学」（メタフィジック）克服の成果ないし到達点を正当に理解した上で「哲学」（Philosophie）を語っているだろうか。陳重の「哲学」それ自体がメタフィジックに縛り付けられていた可能性は、あながち否定できないように思われる。ちなみに、周知のようにフランス革命は、「自由」（Liberté）・「平等」（Égalité）・「友愛」（Fraternité）を、その旗印とした。これは、身分制度の軛から解放された「個人」の法的・政治的な承認を、その思想的前提としている。その「フランス革命」において、「個人」がいかにつえられたか。この「個人」の評価問題は、「個人主義のゆきすぎ」を語る陳重<sup>54</sup>を論評する際のキーワー

54 たとえば、陳重「佛蘭西民法の將來」（1904年〔明治37年〕）同「遺文集・第三冊」（1934年〔昭和9年〕）15-16頁は、フランス民法典が「自然法の理論に據り、純然たる個人主義」を採用したため、「革命の人権説は個人の権利を極端に尊重」した、という（傍点・原書）。だからフランス民法典では「法人の規定を置かず」、その後「第二共和制」に至り「社會主義」の影響を受けて「團體を認むるの主義」を採るに至った、と述べる。陳重によれば、これは「個人主義の法典と社會の現状」との「大なる距離」を縮めるための立法措置であった、とされる。その他、本稿で後述するところを参照。なお内田・前掲書（前注11）90頁も、「二〇世紀になってまもなく」の「個人主義の行き過ぎ」という側面を重視する。また同書101頁及び204頁では「行きすぎた個人主義への反省」が、203頁では「極端な個人主義の弊害」が語られている。さらに同書334頁では、穂積八東（1860-1912年）の「極端ナル自由主義ノ結果ハ社會ノ富原ヲ加ヘタルト同時ニ多數ノ貧民族ヲ増シ平等主義ノ名ノ下ニ貴賤ノ階級ハ社會ヲ分裂セリ」（八東「法ノ社會的効用」〔1895年・明治28年〕『穂積八東博士論文集』〔1913年・大正2年〕339頁）という「現状認識」が、どちらかというとき肯定的に描き出されている。ちなみに、八東は「立法者ハ單ニ個人ノ自由權利ノミヲ本位ト爲サス社會ノ生存ニ注思スルコトヲ要ス」と述べる（前掲論文341頁）。ここで言われる「社會ノ生存」が、「凡テノ立法問題ハ須ラク自覺的直接ニ國權ノ制裁ヲ以テ法ノ體質ヲ此社會的生存ノ條件ニ適合セシムルコトヲ斷行スヘキナリ」（八東「法ノ社會的作用」〔1903年・明治36年〕前掲書635頁）とされる場合の、「社會的生存ノ條件」へと繋がることに留意したい。八東にとって「個人」は、あくまで「社會ニ同化スル」という意味で「團體的生存ヲ維持ス」とされるべき存在であった（前掲書634頁参照）。ここで八東が、同時に「社會」も「個人ニ同化」すると述べ、もって「法ハ此合同生存ノ和調ノ條件ナリ」（前掲書同頁）と言うのは、メインそして陳重の「法律と社會との調和」論と実質的に呼応する。そして、

ドでもある。ただし、あらかじめここで注意すべきは、「帝国憲法」公布(1889年〔明治22年〕2月11日)前の陳重とその後の陳重との、ある種の<葛藤>ないしく<対立構造>の存在可能性である。本稿で詳論はできないが、「帝国憲法」公布前の陳重は、個人の「自由」・「権利」をかなり肯定的に描き出している(にもかかわらず、すでに「帝国憲法」後に通ずる陳重なりの「首尾一貫性」も示している)<sup>55</sup>。これに比し、その後は個人の「自由」・「権利」のゆきすぎを直截に非難し、「法律と社會との調和」という観点を重視し、さらに「國家主義」・「歴史國體」・「皇室制度」の賛美、その下での天皇家の分家としての各「家」の「團體性」とそれへの家族員(個人)の融合と従属、それゆへの「戸主権」の尊重を前面に打ち出すに至った<sup>56</sup>。その上で陳重は、自らの「法思想」を「社會と法律とを調和する原動力」として

、その「呼応」は、内田貴教授の思想にも通貫しているように思われる。

55 たとえば「抑も人民各個が自ら行ふべき権利を有し自ら行ふべき方法を有する事件に至るまで、國家其警察權を以て之れに干渉することあらば、大に國民生活力の自由發動を妨げ、爲めに人民生活力の適理發達を害するに至らん」と述べる、陳重「警察學講義」(1883年〔明治16年〕)同「遺文集・第一冊」(1932年〔昭和7年〕)205頁以下、特に216頁、さらに「權利本位論、義務本位論の兩説」に関する「論争」を判決して「法律は義務本位の法より權利本位の法に進むべきものなり」と斷言するを躊躇せざるなり」とする、陳重「權利の感想」(1888年〔明治21年〕)同「遺文集・第二冊」(前注44)33頁以下、特に43頁など。ただし、1876年(明治9年)の陳重「泰西讒謗律の解」前掲「遺文集・第一冊」75頁は、わが國讒謗律の出版・言論彈圧の機能を「名譽保護律の趣旨を學問上から説かん」(同書82-83頁)としつつ、その帰結はかなり妥協的である。陳重は、当時の1875年(明治8年)太政官布告の讒謗律が「自由民權論の盛に勃興した事実を前提に、「政府は言論の過激を阻がなが爲め、讒謗律を定めた」ことを記しているからである。このように「帝国憲法」の前と後とで「葛藤」はあったものの、なお陳重<法思想>にみられる首尾一貫性については、これを否定するわけにはゆかないようである。

56 たとえば陳重「英佛獨法律思想の基礎」(1889年〔明治22年〕11月)同「遺文集・第二冊」(前注45)165頁、陳重・前掲論文「佛蘭西民法の將來」(前注50)同頁、陳重「禮と法」(1906年〔明治39年〕)同「遺文集・第三冊」(前注54)214頁、陳重「祭祀と政治法律との關係」(1919年〔大正8年〕)同「遺文集・第一冊」(前注55)57頁などの記述を参照。

の「自然法」と位置づける<sup>57</sup>。これは、もはや伝統的な——「個人」の普遍的性格を追求する<sup>58</sup>——「自然法論」ではない。いわば「新自然法論」

57 陳重・前掲書『法律進化論第一冊』（前注46）204頁。なお、この『法律進化論第一冊』は、前注46で示した通り、1924年（大正13年）に刊行されている。その25年前、1889年（明治22年）に陳重は、「法律學は現時既に一大革命の時期に達したり。吾人は最早自然法なる空理の上に法學の樓閣を築く能はざるなり」（傍点・引用者）と述べていた。陳重「法律學の革命」同『遺文集・第二冊』（前注45）83頁。要するに当初、陳重はメインと同様に自然法批判の立場を公然と宣言していたわけである。それがなにゆえ、25年後『法律進化論第一冊』で自然法の肯定へと変移したのか。本稿では詳しく論証できない。ただし陳重は、さしあたり「法律と社會の調和」の調整弁として「自然法」の意義を再評価しようとした可能性がある。ちなみに陳重は、「自然法を排斥した」ところのベンサム、オースティン、ミル等の立場を総称して「功利派」と位置づけた上で、「素より幸福の最高實現を以て法律の目的とする者であるから、自然法の名稱こそ無けれ、之に代るべき理想法は存在していた」（傍点・引用者）と述べる。さらにポロックによる「合理性」を挿入した自然法の「道理の法」（Law of Reason）への転形を指して、「新自然法派」としての位置づけを与えているようである（この場合にベンサム等の「理想法」をも、新自然法に組み入れうるようなあいまいな書き方をしている点、留意しておくべきである）。陳重・前掲書『法律進化論第一冊』206-207頁（207頁の頭注も参照）。

58 たとえば、カントは次のように記している。——「個としての人間は、彼の理性を使用する場合に、もっぱら自分自身だけを考慮する（中略）、自然はその目的を類としての人間すなわち人類に合わせているのである。（中略）それだから個体としての人間には、彼の蒙る一切の害悪と、彼の犯す一切の道徳的悪を彼自身の責任に帰する理由がある。しかしまたそれと同時に、全体〔類〕の一員としては、自然のかかる計らいに示された知慧と合目的性とを讃嘆し称賛する理由をもつのである。高名なJ・J・ルソーの主張する諸説は、互いに矛盾するかに見え、また実際にもしばしば誤解されているが、しかし上に述べたような説明の仕方をもってすれば、よく理性と一致させることができるのである」（亀甲括弧内・原書）。カント「人類の歴史の憶測的起源」同（篠田英雄・訳）『啓蒙とは何か』（1950年、岩波文庫）53頁以下、特に65頁（原論文初出は1786年。なお「訳者後記」同書189頁も参照）。ちなみに「ルソーの諸説」とは、『人類不平等起源論』（1755年）、『エミール』（1762年）、『社会契約論』（1762年）等を指す（カント前掲書66頁参照）。むろん「個としての人間」の前には、論理的に「個」という普遍的なものが存在する。これ自体、哲学ないし哲学史の課題である。さしあたり、アリストテレス（前384-322年）からライブニッツ（1646-1716年）に至る「個」の展開史につき、中川純男＝田子山和歌子＝金子義彦（編）『西メ

とでも称すべきものである<sup>59</sup>。それは、結局のところ、いわゆる「自由法運動」の積極的な受容に辿り着くべきものであった<sup>60</sup>。加えて陳重の「法思想」は、その固有の「進化論」に基づき「明治維新当時の国是の発展、「五箇条の御誓文」の趣旨の発展として映っている」のであり、その認識は「五箇条の誓文、帝国憲法という枠組みの中に共存し得たのである」（本稿後注61参照）。かくて「穂積は、第一次大戦後の国際主義、そして大正デモクラシー期を、維新当時の国是の発展として肯定的にとらえる」（傍点・原書）とされる点にも留意しておくべきだろう<sup>61</sup>。これは哲学とともに歴史認識

、洋思想における「個」の概念」（2011年）11-369頁を参照。

- 59 陳重・前掲書『法律進化論第一冊』（前注46）207頁及び内田・前掲書（前注11）235頁以下を参照。
- 60 陳重・前掲書『法律進化論第一冊』（前注46）219頁以下参照。その際に陳重は、もっぱら愛弟子・牧野英一の「自由法論」に依拠しており、牧野のそれを「精緻なる點に於て白眉」と賞賛している。陳重・前掲書『法律進化論』220頁。なお陳重は、同書216頁でフランソワ・ジェニー（1861-1959年）の「科学的法探求」説を「スイス」民法第1条「自由法發見公認の規定」と並べて肯定的に位置づけている。これは、陳重・前掲論文「佛蘭西民法の將來」（前注54）31頁で「然れども「ジェニー」の説は果たして實行せらるべきものなりや。氏の説は、法典の存在と兩立することを得べきか。余惟へらく、若し氏の説にして實行せられんか、佛蘭西民法は（中略）必らず國法の二重存在を生ずるに至らん」（傍点・原書）と消極的であったことに照らし、事実上の「改説」がなされたことを意味している。なおこの点、筆者の理解と内田・前掲書（前注11）218頁との微妙なニュアンスの違いにも留意されたい。
- 61 松尾・前掲論文（前注36）66-67頁及び同「穂積陳重の法理学」神戸法学雑誌17巻3号（1967年）1頁以下、特に43-44頁を参照。その際、松尾敬一（1925-1975年）は、当時1923年（大正12年）4月18日公布の陪審法にたいする陳重の見方、すなわち「我帝國憲法の基礎は、維新の始に於て、明治大帝が群臣を率ゐて天神地祇を祭り、大政の方針を天地神明に誓はれたる五ヶ條の御誓文に存するものであります。此五ヶ條の御誓文は、丁度「フランス」の人権宣言の同國憲法に於けるが如く、米國の獨立宣言の合衆國に於けるが如く、我憲法の基礎でありまして、其「萬機公論に決すべし」との大誓は、發して自治制の設立となりました。而して陪審法は此の五ヶ條の御誓文中少くとも四ヶ條に通じるものであり、「萬機公論に決すべし」「上下心を一にして盛に經綸を行ふべし」の二大誓の聖旨を併せて、之を司法部に實現するものであります」（傍点・原書）。陳重「信託法及び陪審法の制定に就て」（1923年〔大正12年4月17日〕）同「遺メ

に関わる問題である<sup>62</sup>。ともあれ上記のことを踏まえ、以下では陳重の「法思想」を各論的に考察してみたい。

## (2) 陳重「法思想」の各論的考察

### 〔a〕「法典調査會」・民法草案提案者としての陳重

< i >梅謙次郎、富井政章と穂積陳重 = 「三人の立法提案者」

周知のように、旧民法（ボアソナード民法）は、1890年（明治23年）に一旦「元老院」<sup>63</sup>によって制定・公布されたが、著名な「法典論争」の影響を受け施行延期となった。その後1893年（明治26年）に「法典調査會」

---

、文集・第四冊（1934年〔昭和9年〕）383頁以下、特に386頁に注目している。要するに松尾は、陳重の陪審制支持論が当時の大正デモクラシー期の社会改良主義と「臣民」の人権擁護という立脚点にたちながらも、なおその根本的精神が明治天皇によって群臣を前に宣言された「五ヶ條の御誓文」に帰着せざるをえなかった点をするどく剔抉している。つまり松尾は、陳重の西洋的「普遍性」に内在的に付随するところの、特殊わが国に適合的な調和的・妥協的性格があったことを忘却してはならない、と言っている。

62 この点に関連し、「人々は君主、政治家、民衆に向って、歴史の経験から教訓を汲むべきだと説く。けれども、経験と歴史の教えるところこそまさに、人民や政府が曾て歴史から何ものをも學ばなかったということであり、また歴史からひっぱり出されるような教訓に従って行動したこともなかったということなのである」という一文は、今なお現在の意義をもつように思われる。ヘーゲル（武市健人・訳）『歴史哲学・上巻』ヘーゲル全集10（1954年）28頁。Vgl. Hegel, Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, 1838, Suhrkamp, 1986, S. 17. なお原書は、ヘーゲルの「歴史哲学講義」を、弟子エドゥアルト・ガンズ（Eduard Gans, 1797-1839）が1838年に編集刊行したものである。

63 元老院は、当時の立法機関である。1875年（明治8年）4月14日に設置され、1890年10月20日廃止された。なお「帝国議會」は同年11月に発足。同月25日に第一通常議會在召集された。旧民法は、1890年4月21日に財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編が元老院で議決・公布され、同年10月7日に人事編と相続に関する財産取得編の一部が同じく元老院により議決され公布された。元老院については、さしあたり益田みゆき「左院・元老院」石尾芳久＝井ヶ田良治＝山中永之佑（編）『日本近代法120講』（1992年）28-29頁。元老院による旧民法議決・公布につき、川口由彦『日本近代法制史（第2版）』（2014年）338頁、帝国議會につき、井ヶ田良治＝山中永之佑＝石川一三夫（共著）『日本近代法史』（1982年）95-98頁（山中）及び川口・前掲書288-294頁を参照。

が設置され、上記3名が「修正草案提案者」となった<sup>64</sup>。延期派の陳重・富井のみならず、断行派の梅が選ばれたのは、条約改正期限との関係で、延期派・断行派の「妥協」が余儀なくされたからである、とされる<sup>65</sup>。なかでも陳重は、当時東京開成学校総理・東京大学初代総理であり、かつドイツ国法学に造詣の深い加藤弘之（1836-1916年）の推挙で、1881年（明治14年）6月留学から帰国後、直ちに東大教授・法学部長となった。その後、1893年（明治26年）、陳重は、その自然法批判及びドイツでの留学経験を買われ、明治民法典草案起草委員となっている<sup>66</sup>。以下では、法典調査会での起草委員としての陳重の姿を垣間見よう。ここでは二点ほどに絞る。

#### < ii > 「法典調査会」における陳重の立場

##### ①所有権及び物権的請求権に対する態度

周知のように現行民法206条は、「所有者は、法令の範囲内において、自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利を有する」と定める。これは1896年（明治29年）公布の民法典（施行は1898年）以来、現代語化等の形式的変更を除けば一言一句変更されず現在に至っている。ちなみに206条は、所有権の一般規定であり、民法典第2編物権・第3章所有権・第1節「所有権の限界」の冒頭規定である<sup>67</sup>。これを提案説明したのは梅謙次郎であるが、提案そのものは起草委員三名の合意でなされるべきもの

64 旧民法（ボアソナード民法）・「法典論争」・旧民法施行延期・法典調査会設置の経過と、その詳細については、小柳春一郎「民法典の誕生」広中俊雄＝星野英一（編）『民法典の百年Ⅰ・全般的観察』（1998年）3-21頁を参照。

65 仁井田益太郎＝穂積重遠＝平野義太郎「仁井田博士に民法典編纂事情を聴く座談会」『法律時報』10巻7号（1938年〔昭和13年〕）16頁参照。

66 白羽祐三『民法起草者 穂積陳重論』（1995年）88頁及び93頁を参照。

67 近代民法上、所有権の一般規定が「所有権制限」の冒頭規定であることは、それ自体立法論上大きな問題を孕むものと考えられる。拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（一）——市民法学（ないし市民法論）の<戦前>と<戦後>・ひとつの素描『龍谷法学』49巻4号（2017年）5頁以下、特に101-102頁参照。その箇所では筆者は、ドイツやフランスの「民法典」の所有権規定の扱い方とわが国のそれとがかなり異質である点を指摘している。

である、とされていた<sup>68</sup>。だから陳重は、「法令ニヨル所有權制限」も、「所有權制限」冒頭規定としての位置づけについても「合意」したものと推測される（梅は、起草者間に異論があった様子はなんら伝えていない<sup>69</sup>）。なお、陳重を含む提案者三名は、所有權保護請求權（物權的請求權）の「見送り」についても合意した、と思われる<sup>70</sup>。このような、いわば陳重の「物權的請求權」に対する無自覚さが、わが国不法行為規定のあり方にも微妙な影を投げ落とすに至ったように思われる。以下では、その点をやや掘り下げておきたい。

## ②不法行為規定・提案者としての陳重——現行709条論

< a > 陳重は、旧民法財産編370条1項「過失又ハ懈怠ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ其賠償ヲ爲ス責ニ任ス」を修正するにあたり、提案説明者として「709条」（法典調査会では「719條」）に三つの要点があること

68 この点、小柳・前掲論文（前注64）16頁参照。

69 法務大臣官房司法法制調査部（監修）『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録（一）』（1983年復刻版、以下「速記録（一）」として引用する）739頁以下参照。なお、1894年〔明治27年〕6月8日第19回法典調査会の速記録。ちなみに陳重は、梅と富井との三者で「イツモ學説ノ根本ヤ何カニ付テ極必要ナコトニ付テハ相談シマスガサウデナケレバ相談シナイノデアリマス」と述べている。同上『法典調査会民法議事速記録（五）』（1984年復刻版）416頁。以下「速記録（五）」として引用する。なお、この引用箇所に関する法典調査会は第122回目のものであり、1895年（明治28年）10月9日に開催された。

70 「速記録（一）」（前注69）744頁。その箇所では梅は、所有權等の「本權」の訴につき、いちいち「物權的請求權」的なもの（「本權ノ訴」）を規定することは、「寔ニ煩ハシイカラシテ省クコトニシマシタ」と説明している。筆者は、そのような梅謙次郎の態度を批判し「なにゆえ立法者たちは、少なくともこの点に関して、敬愛するドイツ法の範に倣おうとしなかったのであろうか。ドイツの立法者たちがそうしたように、諸々の権利の中でも<所有權>保護の特別な位置づけを自覚して、まずはともあれ「所有權に基づく請求權」として規律し、それを必要に応じて他の物權（用益權、動産質權など）に準用するという方策をとらなかったのは、なぜであろうか」と述べたことがある。拙稿・川角「近代的所有權の基本的性格と物權的請求權との関係（二・完）」九大法学51号（1986年）27頁以下、特に30頁。

を指摘している<sup>71</sup>。まず第一に「故意又ハ過失」という文言によって、いわゆる「過失責任主義」の採用を再確認したこと（旧民法には「過失」の中に「故意」も含む趣旨であったとし、よって同じく「過失」を意味する「懈怠」という文言ともども「故意又ハ過失」とした旨、説明している<sup>72</sup>）。第二に「権利侵害」要件を新たに追加したこと（その意義・内容については以下で詳述する）。第三に「損害」を要件としたこと（709条が損害賠償請求権を根拠づける規定である以上、当然のことであるが、陳重は、旧民法が「財産上ノ損害ニ限ツテアル」のに対して、本条では「元ヨリ損害ト申シマスレバ有形無形等ニ含ミマスル積リデアリマス」と述べている<sup>73</sup>）。以下では、新たに追加された「権利侵害」要件をめぐる陳重の態度を考察する。

<β>まず陳重は、「権利侵害」につき、その意義を広く捉える。すなわち「第二ノ要素ハ権利侵害デアリマス」と述べた上で、「此點ハ是迄ノ諸國ノ規定ニ於キマシテ至ツテ漠然ト書イテアリマスケレドモ併シナガラ歸シマスル所ハ皆権利侵害、其人ノ生命トカ財産トカ或ハ名譽デアリマスルトカ何カ不法ノ權利ト認メタモノノ侵害デナケレバ（不法行為に基づく）債權ヲ生ゼシメナイト云フコトニハ何レノ國ノ規定モ歸スルヤウデアリマス」<sup>74</sup>（傍点及び括弧内・引用者）。まず前提論として指摘しておきたい

71 「速記録（五）」（前注69）297頁参照。なお、これは1895年〔明治28年〕10月2日第119回法典調査会の速記録である。要するに「故意・過失と損害は旧民法から承けたものであり、権利侵害は新たに加えたものであった」。瀬川信久「民法七〇九条（不法行為の一般的成立要件）」広中＝星野（編）『民法典の百年Ⅲ・個別的観察（2）債権編』（1998年）560頁。

72 「速記録（五）」（前注69）297頁参照。なお「過失」の意義につき、陳重は同じ箇所以下のように述べている。すなわち「其目的ヲ直接ニ羈束致シマシテ其爲スヘキコトヲ爲サヌトカ或ハ爲シ得ベカラザル事ヲ爲ストカ又ハ爲スベキ事ヲ爲スニ當ツテ其方法ガ當ヲ得ナイトカサウ云フ風ノ場合ヲ總テ過失ト致シマシタ」。この点、瀬川・前掲論文（前注71）561頁及び錦織成史「違法性と過失」星野英一（編）『民法講座6事務管理・不当利得・不法行為』（1985年）135頁を参照。

73 「速記録（五）」（前注69）299頁参照。

74 「速記録（五）」（前注69）298頁。

のは、ここで陳重が「何カ不法ノ權利ト認メタモノノ侵害デナケレバ（不法行為に基づく）債權ヲ生ゼシメナイ」（傍点及び括弧内・引用者）と述べていたことである。ここで言われる「不法」は、不法行為の一般的成立要件としての「権利侵害」にかかる文言である。上記引用文は話し言葉を文章化したものであって、若干分かりづらいが、要するに「權利ト認メタモノノ不法ナ侵害」が不法行為債權（不法行為に基づく損害賠償請求権）を根拠づけると言っているに違いない。「不法行為」という結論＝「効果」は、陳重の言う「三ツノ要點」、すなわち「過失責任主義」・「権利侵害」・「損害」がすべて充足されて始めて根拠づけられるはずである。その前に、ほんらい「不法行為」としての「不法」は語り得ない。語り得るとすれば、それは論理矛盾である。だとすれば、ここの「権利侵害」に関して出てくる「不法」というタームは、本来「違法」と称すべきものであったろう。したがって、陳重は「権利」そのものを生命・名誉等を含め広く把握<sup>75</sup>した上で、加えて「違法性」があるべきことを黙示的に承認していた、と言うべきである（ところが、あとでも示すように「故意過失」と区別された意味における「違法性」の概念は、起草過程から何らかがわれない」という見解が、わが国では絶大なる「有力説」なのである）。要するに陳重は、「第一」の要素としての「故意又ハ過失」と明確に区別された「第二ノ要素」としての「権利侵害」に関し、実質的に上記の「違法性」（つまりは「故意過失」と区別された意味における「違法性」）を、実質的に語っていたのである。そのことは、以下の事実が一層雄弁に裏づけることになろう。

<γ>はたして陳重は「違法性」を語らなかつたか。上記で筆者は、陳重が違法性を実質的に「語った」と結論づけた。そのことをさらに裏付けているのは、次の文章である。「権利侵害」につき、陳重は言う。——①「譬へバ片足人ノ地面ニ踏ミ込ダント云フヤウナ風ノコトガ或ハ所有者ノ感覺

75 ちなみに陳重は、第三者の「債權」侵害も含める旨、答弁している。「速記録（五）」（前注69）304頁参照。

ヲ大變害スルトカ或ハ夫レガ先例ト爲ツテ夫レガ爲メニ他ノ人モ片足踏ミ込シテ(中略)其境ヲ屢々人ニ通行サレテ遂ニ境ガナクナツテ損害ヲ蒙ル(中略)サウ云フヤウナコトガ兎ニ角權利侵害ト云フモノヲ發生スルト云フコトガ證明セラレマスルナラバ此不法行爲ニ依リ訴ヲ起スコトガ出来ルト云フコト丈ケノ範圍ニ致シテ置キマスレバ充分實際上ノ需要ニ適スルモノデアロウト思ヒマス」<sup>76</sup>。あるいは陳重が、不法行為責任成立「前」の要件として②「不法ノ權利ト認メタモノノ侵害」<sup>77</sup>とか③「他人カラ不法ニシテ且ツ急迫ナル攻撃ヲ受ケテ」<sup>78</sup>、という場合の「不法」の意味画定が問題となろう。

<δ>上記引用箇所①では、要するに他人の土地の第三者による無断通行が例示されている。だから、そのケースで——不法行為責任とは全く別個に——物権的妨害排除請求権が行使されうること、誰も否定しえないように思われる。この場合ドイツでは、物権的妨害排除責任の成立要件としての「行為の違法」(Die Rechtswidrigkeit der Handlung als Voraussetzung der *negatorischen* Haftung) が語られている(イタリック・引用者)<sup>79</sup>。い

76 「速記録(五)」(前注69) 299頁。

77 「速記録(五)」(前注69) 298頁。

78 「速記録(五)」(前注69) 409頁。

79 Vgl. Eduard Picker, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972, S. 173 ff.; Karl-Heinz Gursky, Zur neueren Diskussion um § 1004 BGB, JR 1989, 397-398.; Matthias Katzenstein, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB, AcP 211, 2011, S. 76-77.; Jan Wilhelm, Sachenrecht, 5. Auflage, 2016, S.645. ちなみに以上のドイツ有力説の立場は、いずれも——それぞれ独特な言い回しをしながらも——権利重畳ないし権利篡奪に典型化される客観的な現在の「不適法干渉」(die objektiv gegenwärtige „unrechtmäßige Einwirkung“)を現実化しているところの行為の「違法性」(Rechtswidrigkeit oder Widerrechtlichkeit der Handlung als Voraussetzung der negatorischen Haftung)を問題にする。したがってそれ自体、おのずと不法行為損害賠償請求権の要件としての行為の「違法性」とは厳格に区別されるべきものである。ちなみに、わが国末弘敬太郎及び舟橋諒一の「違法侵害論」は、物権的妨害排除請求権の要件に不法行為上の「相関関係説」(我妻説)を導入している点で、理論的に大

わんや陳重は「権利侵害ト云フモノヲ發生スルト云フコトガ證明セラレマスルナラバ此不法行爲ニ依リ訴ヲ起スコトガ出来ル」とまで言っている(上記引用文①を参照)。だとすれば陳重は、権利侵害イコール「違法」と言っていることになるはずである<sup>80</sup>。また引用箇所②では、要するに陳重は「権利ト認メラレタモノ」に対する「不法」な「侵害」を問題にしている。引用箇所③の「不法」も、同じように捉えることが可能である。ここで言われる「不法」は「権利」に対する侵害ないし攻撃を指すのであるから、不法行為の一般的成立要件としての、つまりは不法行為責任成立前の「不法」を言っている。この「不法」をすでに成立した「不法行為」ないし「不法行為責任」の「不法」と混同すべきではあるまい。穂積はどういうわけか終始「違法」という言葉を使わないで、曖昧に「不法」概念を用いているが、上記「不法」が実質的に「違法」を意味することは明らかである。ところが戦後わが国の有力説は、「故意過失」と区別された意味における「違法性」の概念は、起草過程から何らうかがわれない<sup>81</sup>と、ほぼ断定的なのである。

<ε>この点、上記わが国「有力説」と比べると、陳重の方が比較法的

---

ゝきな混乱をきたしている(さしあたり拙稿・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]363-378頁参照)。最近、この混乱に拍車をかけているのが根本尚徳「差止請求権の理論」(2011年)101頁及び422-425頁の「主観的違法要素」論である(これに関する一つの批判的考察として、拙稿・前掲論文482-487頁参照)。

80 この点、前田達明「不法行為帰責論」(1978年)196頁及び203頁注3も、「不法」行為というタームそれ自体が「違法性」を充足する行為として立法者が「前提」としていた旨、指摘している。このような前田説の発想は、その「違法性一元論」に連結する。これに対し、本稿で筆者(川角)は、不法行為そのものの「不法」と「不法ナ権利侵害」が語られる場合の「不法」とを区別して、特に後者を「違法」(Rechtswidrigkeit)と呼ぼうとしている。この発想は——我妻楽的な相関関係論的「民事違法一元論」を克服して——差止め違法をも統合したところの「民事違法」の二元論を導くべきものであると考える。

81 平井宜雄「損害賠償法の理論」(1971年)361頁。

な意味でより「普遍的」精神を発揮しているように思われる<sup>82</sup>（陳重は、「法典調査会」で、繰り返し「権利侵害」と「損害」の区別の必要性を訴えている<sup>83</sup>）。しかしながら、陳重は、ドイツ民法第一草案を読んだと言いながら<sup>84</sup>、その「理由書」で「絶対権には、疑いなく所有権と物に関するその他の物権が属する」のであり、不法行為責任と別個に「所有権請求権」（*Eigentumsanspruch*）が認められる旨、明記されている<sup>85</sup>にもかかわらず、陳重がそれを考慮した跡は全くみられない。おそらく、陳重のドイツ第一草案理解は、陳重付きの補助委員・仁保亀松（1968-1943年）<sup>86</sup>の翻訳資料に

82 ちなみに最近、笹倉秀夫「法解釈論と法の基礎研究：平井宜雄『損害賠償法の理論』考」同『法への根源的視座』（2017年。原論文初出は2010年）171頁以下は、「これまで民法学ではあまり問題とされてこなかった」平井『損害賠償法の理論』における理論的欠陥、すなわち外国学説の「恣意的な切り取り」（同書172頁注128）及びドイツ学説理解の「種々の混乱」（同書184頁）、ドイツ判決理解の「季節的・歴史的特性」の不顧慮（同書193頁）、さらに日独「違法性論」の共通性からの「皮相」な「切り離し」（同書216頁及び246頁）、その帰結としての平井的「過失一元論」の提唱（同書230頁以下及び246頁）などへの批判において、かなり痛烈である。筆者（川角）は、このような平井的「違法性論」と比べれば陳重の方が、その比較法的観点においてより「普遍的」と言っているにすぎない。

83 「速記録（五）」（前注69）313-314頁及び317頁などを参照。

84 「速記録（五）」（前注69）302頁参照。

85 „In den absoluten Rechten gehören zweifellos das Eigethum und die anderen Rechte an Sachen. Vorbehalten bleiben jedoch die besonderen Vorschriften über den *Eigentumsanspruch*, für welchen die Folgen der an sich rechtswidrigen Vorenthaltung einer fremden Sache besonders bestimmt werden.“ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1888, S. 728（イタリック・引用者）。これは、ドイツ民法第一草案理由書「不法行為」の冒頭規定（704条。現行下民823条1項）に関する一節である点に留意されたい。

86 ちなみに、仁井田益太郎（1868-1945年）が富井の、そして松波仁一郎（1868-1945年）が梅の補助委員をつとめた。「民法起草の補助委員たりし仁保、仁井田、松波、山田の諸氏は、皆獨逸に留學した」とは陳重の記すところである。陳重「獨逸法學の日本に及ぼせる影響」（1913年〔大正2年〕）同『遺文集・第三冊』（前注53）622頁。

依拠したものと推測される。この点、仁保自身が不法行為法において物権的請求権は無関係と考え、翻訳を省いた可能性もある。その他、法典調査会での陳重の活動には触れるべき点は少なくない<sup>87</sup>。ここでは、以上の点のみ確認して先を急ごう。

### 〔b〕 陳重『法律進化論』

それでは次に、陳重の大著『法律進化論』とは、どのようなものであったか。まず末弘厳太郎による陳重評価をみておこう。彼は次のように言う。——「日本では穂積陳重先生の法理学が主としてメインの影響を受けたもので、もしもあれがその後発展していれば、法理学と法史学若しくは比較法学とがもっと密接な関係をもって今日に及んだと思うのですが、不幸にしてそういう発展はみられなかった。もっともメイン自身にしても法学者の後継者としてはヴィノグラドフ（1854-1925年）一人を作っただけで（すが）〔以下略〕」<sup>88</sup>（括弧内及び生没年・引用者）。

#### < i > 陳重『法律進化論』序説

すでに示したように、1876年（明治9年）イギリスに留学した陳重は、直接メインと接し、大きな影響を受け、『法律進化論』を手がけた。陳重の『法律進化論』自体は、未完の大著である（第1冊:原形論 前篇、第2冊:原形論 後篇、第3冊:原質論 前篇、第4冊:復讐と法律）。これは、ほんらい「二部六巻12冊という大きな構想をもつものであったが、生前には、第一部上巻

---

87 その他、法典調査会における陳重の役割は大きいものがあつた。その中で、たとえば現行民法405条（元本組み入れによる法定重利）に関し、陳重が明らかに「高利貸し保護」の立場をとったことについては、『日本近代立法資料叢書3・法典調査会民法議事速記録（三）』（1984年復刻版）26頁及び前掲・拙稿「『法社会学論争』の教訓（一）」（前注67）106頁以下、法典調査会における陳重の「相対的離婚原因論」の主張につき、前掲・拙稿「『法社会学論争』の教訓（四）」（前注26）442-447頁参照。その他、明治民法草案の「隠居制度」に関する陳重の論旨につき、内田・前掲書（前注11）174頁以下及び198頁以下を参照。

88 前掲書『日本の法学』（前注19）127-128頁。

にあたる部分のみが公刊され」るにとどまった<sup>89</sup>。陳重没後、息・穂積重遠（1883-1951年）が引き続き公刊の努力をしたものの、あくまで「その構想の全体を覆うものではなかった」<sup>90</sup>。その概論として、陳重「法律進化主義」<sup>91</sup>（1886年〔明治19年〕）及び同「法律の進化」<sup>92</sup>（1923年〔大正12年〕）がある（ただし、前者の「法律進化主義」自体、なお未完である）。以下では、本稿なりの観点からそれらの要点のみ示しておく。

## < ii > 陳重「法律進化論」の主な内容

以下、陳重「進化論」の内容と特徴を記しておきたい。

①まず陳重は言う。すなわち「法律は人類政治社會の現象なり」、「人類は自然物の一なり」、ゆえに「法律は、必ず物理的諸學科、生物的諸學科の進歩に伴隨」する。またのみならず「法理學真正の進歩」は、必然的に「心理學、人類學、社會學等の進歩」の後から生ずるものである<sup>93</sup>。その上で陳重は、人類法思想の進化論的諸段階に視野を移し、たとえば、トーマス・ホブズ（1588-1678年）及びジョン・ロック（1632-1704年）、ジャン・ジャック・ルソー（1712-1778年）らによる社会契約説（「民約主義」）は「民制主義第一派」と位置づけられうるのであり、この社会契約説は神学的社会論（「造化主義」）・王権的社会論（「君制主義」）と「等しく、全く社會の進

89 松尾・前掲論文（前注36）55頁以下、特に65頁。

90 松尾・前掲論文（前注36）66頁。

91 陳重「遺文集・第一冊」（前注54）448頁以下。

92 陳重「遺文集・第四冊」（前注60）397頁以下。これは陳重がレコードに吹き込んだものを編者・重遠が起こしたものである（同書399頁参照）。

93 陳重「法律進化主義」（前注91）449頁及び同「法律進化論第一冊」（前注46）7頁を参照。なお陳重は、この観点をいろいろな論文で披露している。たとえば「法學の革命を促すものは何ぞや。曰く物理的諸學科、生物學、人類學、社會學等の進歩是なり。（中略）法學も必ず其影響を受くべき者たるや必せり」及び「法律學は社會學の一部なり、社會學は生物学の一部なり」（傍点・原書）という記述にそれが表されている。以上、陳重「法律學の革命」（1889年〔明治22年〕）同「遺文集・第二冊」（前注45）83頁、85頁を参照。他にもたくさんあるが、ここでは割愛する。

化の爲に誘導せられたる學説」と述べる<sup>94</sup>。さらに陳重は、「民意」= Volksgeistを重視するサヴィニーを、「民制主義第二派」の「首唱者」としてジョン・オースティンの「君制主義」（「分析法理學」）と対比している<sup>95</sup>。ともあれ陳重は、社会契約説（「民約主義」）を「民制主義第一派」と位置づけ、その限りで正当な評価を下しながら、それを神政的社会論（「造化主義」）・王権的社会論（「君制主義」）と「等しく、全く社會の進化の爲に誘導せられたる學説」とく並列化せしめ、＜調和＞させている点は、決して忘れ去ることができない。要するに、陳重の「法律進化論」は、その調停的・妥協的性格によって深く刻印されているのである。この陳重「進化論」は、たしかにその「社會」ないし「社會力」の観点に照らし「日本における「法社会学」の最初の自覚的展開」<sup>96</sup>であったろう。しかしながら、それは同時に「日本の法体制の確立過程において、その私法的側面を支えた理論であった」<sup>97</sup>という側面をもつ。こうして、大正デモクラシー期民法学における「法律の社會化」・「法律と社會との調和」、さらには「個人主義から團體主義へ」・「社會連帯思想の重視」・「妥協的社会改良主義の唱道」、そのための「一般條項法学」・「裁判官法」へのおびたしい傾斜は、ことごとく穂積陳重の＜法思想＞をその源流としていたと言わざるをえない（この点、本稿後述を参照）。さらに、以上との関連で次の陳重の主張にも留意すべきである。

94 陳重「法律進化主義」（前注91）473頁。なお陳重は、ホッブズとロックの共通性（自然状態の承認とそれを克服するための社会契約の承認）と根本的相違（ホッブズの君主主権論とロックの人民主権論）を的確に指摘している。同論文469頁参照。ちなみに陳重「法律進化論第一冊」（前注46）211頁では、ホッブズにのみ言及し、主権者命令説において彼とオースティン（1790-1859年）とは共通する旨、説いていて、ロックには触れていない。

95 陳重「法律進化主義」（前注91）477頁参照。この点、陳重「法律進化論第一冊」（前注46）205-206頁もほぼ同様である。

96 利谷信義「戦前の法社会学」川島武宜（編）「法社会学講座2・法社会学の現状」（1972年）187頁。

97 利谷・前掲論文（前注96）187頁。

②当時欧米で勃興しつつあった社会主義思想を意識してか、陳重は言う。すなわち「佛國に於ては大革命の未だ其端を發せざるに先立ち、社會主義の萌芽は既に人民の腦裏に胚胎せり。「ルーソー」(中略)等の學説は皆社會主義に屬し、大革命も「テイン」が之を「社會主義革命」なりと稱せし如く(以下略)」<sup>98</sup>と。なるほどフランス革命は大革命であったが、それを「社會主義革命」とする説をそのまま紹介し、ルソーの思想をも「社會主義に屬し」という陳重の記述は、理解に苦しむ<sup>99</sup>。おそらくこのような「社會主義」理解のもとで、陳重の「社會主義」をテーマとする法理学演習が実施されたものと考えられる<sup>100</sup>。

③陳重は繰り返し、「法律は社會力的一種である。法律學は社會學の一種である」<sup>101</sup>と言っている。だから「私は今の日本の有様に於きましては、

98 陳重・前掲論文「佛蘭西民法の將來」同『遺文集・第三冊』(前注54)16頁。

99 この陳重のフランス革命論に関連して「穂積(陳重)は、学問的ののみならず政治的言動においてきわめて慎重な学者であり、政治的立場をあまり明らかにしていない。しかし(中略)その反フランス革命的態度はかなり明瞭であり、これがその初期の反自然法論の根底にあったと見てよいであろう」という指摘に留意したい。星野英一「日本民法学の出発点——民法典の起草者たち」(1978年〔昭和53年〕)・同『民法論集第五卷』(1986年)147頁以下、特に158頁。さらに利谷・前掲論文(前注96)191頁もほぼ同旨。

100 1902年(明治35年)の法理学演習で、陳重は「社会主義と法律」を統一テーマとしたようである。この点、白羽・前掲書(前注66)22-23頁参照。牧野英一(1878-1970年)や上杉慎吉(1878-1929年)など、後年の錚々たる学者が受講生として参加している。筆者(川角)も牧野の「社會主義論」=「社會主義と法律」(法学協会雑誌21巻1号〔1903年・明治36年〕72頁以下)を熟読した。牧野が「佛革命のそれ、十九世紀のそれ」を「社會主義」と記述しているのは、いかにも恩師思いの牧野らしい(牧野・前掲73頁)。より詳しくは、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓(二)龍谷法学50巻1号(2017年)266頁注277を参照。

101 たとえば、陳重「法律と社會の調和」(1902年〔明治35年〕)同・前掲書『遺文集・第二冊』(前注45)503頁以下、特に510頁及び同「佛蘭西民法の將來」同『遺文集・第三冊』(前注54)11頁、さらに陳重「法律進化論第一冊」(前注46)1-2頁及び204頁もみよ。なお同書3頁には「社會は有機體」である、と述べられている。それはある意味で真実だが、陳重の「有機體」は、何でもありの融通無碍な性格をもつ。あえて繰り返せば、文字通り「法律と社會の調和」

法律と社會の調和がまだ十分に成立つて居らぬ。従つて、法律と社會の調和を計るのが今日の急務であると考へます」<sup>102</sup>という理解に繋がる。筆者(川角)によれば、この「調和」の観点こそ、明治民法典の立法方針と深く関わるのである。すなわち、「明治民法典」こそは、旧民法(ポアソナード民法)の「個人主義」的側面を「帝國憲法」の「臣民」概念の価値基準と「調和」させ、さらに親族編を独立化し「家族制度」・「家イデオロギー」・「戸主権制度」と「調和」せしめたものであったように思われる<sup>103</sup>。果たしてこのこと、否定されうのだろうか。

④さらに陳重は言う。「法律は社會力である」。よつて「法律は、古今に互り萬國に通じて社會力であるが、只文化の上進するに従つて人民が之を自覺するに至るものである。故に、苟も我々社會員たる人民が、法は社會力であつて、自分等のものであると云ふ事を知れば、之を犯すことは出来ぬ筈である。之を犯す者は自己の存在を滅却するものである」<sup>104</sup>(傍点・原書)。むろん、この記述自体に問題があるわけではない。にもかかわらず、陳重の「遵法論」は、当時の労働者によるストライキの排撃とか「家制度」の押しつけなどを合理化する側面をも持っていた。このような点に留意しながら、次項の陳重「社會力論」の二重性に考察を移すことにしたい。

### 〔c〕 陳重「社會力論」の二重性

陳重は、「法律の進化」を「社會力」をキーワードに普遍的に論じる<sup>105</sup>。

であり、調停的・妥協的性格を担うべきものであった。この観点が大正デモクラシー期の民法学を強く規定し、自己貫徹していくのである。

102 陳重・前掲論文「法律と社會の調和」(前注101) 504頁。

103 利谷・前掲論文(前注96) 192-193頁は、陳重「法律進化論」が彼の「法典論」(1890年〔明治23年〕)ともども、明治民法典のあり方を規定した旨、述べている。

104 陳重「法律の進化」(1923年〔大正12年〕) 同・前掲書「遺文集・第四冊」(前注61) 399頁。

105 たとえば陳重は、公権力を担う「社會的權力者は、畢竟社會力の機關たるに過ぎぬものであ(る)」という認識を示している。陳重「法律進化論第一冊」(前注46) 170頁。その後の美濃部達吉(1873-1948年)の「天皇機關説」を彷彿とさせるものである。さらに陳重は、「[アメリカ]「スウイス」等の民衆政體のメ

その一方で、容易に当時の天皇制国家適合的かつ迎合的なく法思想を展開している。陳重における「普遍性」と「特殊性」ないし「個別性」の関係<sup>106</sup>は、きわめて深刻な問題を含む。以下では、陳重の、「普遍性」と容

、國に於ては、立法上國民發案權 (initiative) 及國民議決權 (referendum) をも認むるに至つたのであるから、或る文化國に於ては、殆んど法律は社會心の直接發現であると云ふことが出来る」のであり、かくて「總人民は始めて直接に法の主體と爲る」とも言う。陳重・前掲『法律進化論第一冊』175頁 (傍点・原書)。これは、陳重による健全な西洋法的「普遍性」理解の一つの発露ともいべき文章である。ところが、すでに示したように、たとえばこのアメリカ合衆国の「民衆政體」が、その「獨立宣言」を基礎とするのと同様に、わが国「帝國憲法」は「五ヶ條の御誓文」を基礎とする、というように一種なし崩し的な合理化がいとも安易に図られていくのである。この点、本稿前注61も参照されたい。

106 たとえば陳重は、『法律進化論第一冊』(前注46) 4-5頁で「地域、人種、民族その他の標準」に局限されない「一般的對象」としての「普汎的法律進化論」及び「法現象」の「一定の普遍性」を説き、併せて「法現象の動勢」を「人種、民族、地域、法系」等に即してみれば、これらは皆「特殊の法律進化論である」という (傍点・原書)。ここで陳重は、一般論として「普遍性」と「特殊性」の違いを一応正しく指摘している。しかしながらそれは、あくまで「形式論理的區別」にとどまる。言い換えれば、陳重は「形式的普遍」ないし「抽象的普遍性」としてだけ、きわめて常識論的な形で「普遍性」を捉えているにすぎない。とはいえ、筆者 (川角) に「普遍性」と「特殊性」(ないし個別性) との関連を正しく論ずる能力はない。ただ次の文章をより深く味わいたいと思うだけである。すなわち「普遍は全く自分自身としての區別されたものに對する自分の關係 (フェアハルテン) であつて、この區別されたものの中で普遍は自分自身に復歸しているのである („zu sich selbst zurückgekehrt ist")」(傍点・原書。括弧内・引用者。ただしフェアハルテンは「關係」に付された原文ルビ)。ヘーゲル (武市健人・訳) 『大論理学 (下巻)』ヘーゲル全集 8 (1961年) 42頁 (ヘーゲルの原書初出は1816年)。Hegel, Wissenschaft der Logik, II, Suhrkamp, 1986, S. 277。これによれば、あるべき「普遍性」は、常に「個別」なものを貫いて「特殊」に自己を貫徹する (「個別」も「特殊」も、ともに「普遍」それ自体を抱きかかえている)。それによって「普遍性」は自分自身を鍛え、かつ自らをより豊かなものにする。仮に近代ヨーロッパ的「市民法」に普遍性があるとすれば、その普遍性は日本という「個別」・「特殊」な存在の中で自己を貫くのである。なかでも「夫婦同權」をめぐって——歴史的展開においてはかなり錯綜したものの——近代的家族 (family, famille, Familie) の「普遍性」もまた、わが国家族制度としての「普遍性」を明治期においても自己主張できたはずである (わが

易に矛盾・対立する「特殊性」につき、若干のことを例証しておきたい。

① 陳重は、当時の警察官の前に、およそこう言っている。「群集は感受性を鋭敏にする」、よって「群集の奇象」がみられる。だから「諸君は警察の経験上、必ず此「多数の奇象」あることを御認めになつて居るであらう（中略）。同盟罷業、一揆、變亂、革命、其他の騷擾等之より起る（中略）」<sup>107</sup>。これは、陳重流の「改良主義」・「漸進主義」に繋がる<sup>108</sup>。「群集」は、国民として普遍的でありながら、なお特殊性をもつ。その特殊性に警察官は警戒を怠ってはならない。陳重はそう言っている。だから「自由民権運動」に対しても、おのずと批判的なのである<sup>109</sup>。ここには、日本社会

---

ゝ国では終戦後の家族法改正ののち、現在、ようやくそれが具体化しつつあるところだと考える）。この点、陳重＝八東的な家族制観念を「普遍的」なものとして位置づけることができるのか否か。これが今、深刻に問われている。なお、筆者（川角）の見方と異なる内田・前掲書（前注11）337頁は、「八東」が「家制度」を「西洋古代にも存在した普遍性のある制度である」と「強調する」、という。そして「この点は陳重の主張と重なる」と述べる。歴史的に「西洋古代」にも「家制度」があったから「普遍性」をもつというこの論理は、果たして説得的だろうか。「西洋古代」にも「奴隸制」があったから、奴隸制度も今なお「普遍性」をもつ、というに等しいのではないか。「普遍性」は、おのずと事物の共時的な相互的連関構造を示す側面とともに、事物の時間的・歴史的発展という側面の二重性を帯びる。この二つの側面は、内在的に分かちがたく結びついている。だとするなら「個人」の覚醒、その「平等」、女性の解放、男女平等＝夫婦同権、諸個人の「自由」・「友愛＝諸個人の相互尊重」、そして「権利保護」（特に所有権保護）などの価値基準は、少なくとも歴史的に吟味された上で、それらの「普遍性」の有無が確かめられて然るべきである、と言えよう。このような思考プロセスの内には、当然のことながら「家族」の「普遍性」の有無も含まれよう。内田・前掲書でいう「普遍性」の実体は果たして何だろうか。この点、本稿後述〔補論〕「本稿考察への一つの補遺」も参照されたい。

107 陳重「模倣性と豫防警察」（1903年〔明治36年〕）同「遺文集・第四冊」（前注61）631-632頁参照。

108 陳重の「改良主義ないし漸進主義」につき、利谷・前掲論文（前注96）190頁参照。

109 この点、利谷・前掲論文（前注96）191頁が、はっきり指摘している。陳重には官僚主義批判と自由民権運動批判とが——自覚的にか無自覚的にか——みごとに「同居」していたのである。

の進化を「普遍」の側面と「特殊・個別」の側面から捉えつつも、どちらかと言えば安直に後者に前者を吸収させ、あるいは服従せしめる、という独特な思考態度が看取される。

② 以上のことと密接な関連性をもつことであるが、陳重は「近頃流行するストライキ」を、「薄志弱行者の行為なり」として、「中に一二人の悪者ありて他を誘導すれば直に附和雷同して騒擾を醸す」と述べている<sup>110</sup>。陳重の違法論からすれば、人民は人民がみずから作り上げた「立法」たる「治安警察法」（1900年〔明治33年〕）に自主的に従うべきである、ということになる。かくして、これがわが国に普遍的な「民衆政體」の特殊な法現象にほかならない、とされるに至る。

③ 加えて陳重は、以下のようにいう。すなわち「祖先祭祀は家、社會及び國家の起源なり」<sup>111</sup>（傍点・原書）。そして「祖先祭祀が國家の基礎たるは、例へば我皇國に於て、國家の構成分の最小單位たる個人は各家に属して其家祖を祭り單位團體たる各家は遠祖神たる氏神を崇敬し、全國民は畏くも皇室を「おほやけ」と仰ぎ奉り、日本全國民が恰も一大家族として皇祖皇宗を尊敬せり」<sup>112</sup>と述べる。さらには「我皇國の國體が萬國に卓越する所以も此に存し、皇室の統一力は之に依つて倍々強く、國民の團結力も之に依つて愈々鞏く、國家隆昌の基も、實に此の皇祖皇宗の祭祀と國民の祭祀との合一に依りて統一されたる國民の團結力に因るものなり」<sup>113</sup>（傍点・原書。傍点、は引用者）。このうち「我皇國の國體が萬國に卓越する所以」（傍点、は引用者）を説く陳重の姿こそ、アジア人やアフリカ人を劣等民族

110 陳重「宇和島中学校に於ける講演」（1922年〔大正11年〕同『遺文集・第二冊』（前注45）351頁。

111 陳重「祭祀と政治法律との關係」（1919年〔大正8年〕同『遺文集・第一冊』（前注55）45頁。

112 陳重・前掲「祭祀と政治法律」（前注111）57頁。なお陳重『祖先祭祀と日本法律』（1922年〔大正11年〕）110頁以下及び125頁以下も、ほぼ同旨を説いている（同書初版は1917年〔大正6年〕）。

113 陳重・前掲「祭祀と政治法律」（前注111）57頁。

として植民地支配をするため列強諸国による合理化思想とされた「社会ダーウィニズム」<sup>114</sup>と相通ずるのではないか。これはまた、その後わが国で展開せられた「八紘一字」の思想<sup>115</sup>とも呼応しうるように思われる。

114 「社会ダーウィニズム」については、さしあたり北垣徹「社会ダーウィニズムという思想」現代思想37巻5号（2009年）175頁以下、またアメリカにおけるサムナー（1840-1910年）の「戦争論」（後藤昭次・訳）『社会進化論』（1975年）所収49頁以下を参照。ちなみにサムナーは、「平和は普遍的なものであるのか。そう信ずるべき理由はない」といって戦争の必然性を説いている（前掲書74頁）。このサムナーの「戦争論」自体は講演録であるが、他のエッセー等とともに1911年に公刊された。さらに、わが国明治期における「社会進化論」の導入については、村上淳一「加藤弘之と社会進化論」石井榮郎＝樋口範雄（編）『外から見た日本法』（1995年）415頁以下、特に421頁以下を参照。特に「晩年」の加藤弘之（1836-1916年）が、「『自己の利己』の『国家の利己』へのシフトを要求する国体論者に変貌した」という村上淳一（1933-2017年）の指摘に注目しておきたい。村上・前掲論文427頁参照。加えて古賀勝次郎「比較社会思想史研究（三）——穂積陳重と法律進化論」早稲田社会科学研究30号（1985年）1頁以下、特に20頁は、陳重「法律進化論」の「目的論的なもの」が「スペンサーへの親近を誘った」とし、陳重と「社会ダーウィニズム」との共通性を指摘する（ただ古賀論文は、「後進国に置かれた者としては、当然のことともいえる」として陳重の立場を擁護している）。対するに、ダーウィンとスペンサーを同列化した上で、陳重が「スペンサーの影響を強く受けている」ことを肯定するのが、内田・前掲書（前注11）213頁のスタンスである。ちなみに、ダーウィンがその進化論において「対象」をもつばら「経験的事実の次元」で捉え「非目的論的」であったのに対し、スペンサーの「社会ダーウィニズム」が「規範的な『天理』」に転換される」ところの「目的論的」なものであるとして<区別>するのは、古賀・前掲論文20頁である。だから古賀は、上記のように陳重における「目的論的なもの」が「スペンサーへの親近を誘った」というのである。なお、基本的に陳重「法律進化論」を高く評価する立場から書かれたこの古賀論文の位置づけについては、本稿後注230も参照。

115 「八紘一字」については、さしあたり島田裕巳『八紘一字——日本全体を突き動かした宗教思想の正体』（2015年）を参照。「八紘一字」という言葉は、「すべての衆生が成仏できることを約束する「一乗」の考え方」との関連で宗教的な「庶民性」を歴史的に帯びつつ（島田・前掲書136頁）、しかしながら明治以降「日清・日露戦争を正当化するスローガン」としての役割を果たし（島田30-31頁）、さらに「国体（＝天皇中心の政治体制）」を支える思想的基盤を形成した」（島田32-33頁）。そして昭和の天皇制ファシズム期の入り口では、「国民精神総動員」のための資料として内閣・内務省・文部省によって「日本精神メ

〔d〕 陳重の「二つの顔」論

< i >問題の提起

なぜ陳重にあって、「法律進化論」と「神がかり的天皇制國體論」、及びこれを下支えする「家」制度論が併存しえたか。これにつき福島正夫(1906-1989年)は、以下のように言っている。——「私はこれを陳重における二つの顔としてみたい。その一つは、ロンドン留学時代に生まれ終生つらぬいた法律進化説の学問体系、その一つはいかなる形成と発展の過程があったのか明らかにしえないが、祖先祭祀と家制の信念である」。そして後者の点において、「陳重と八東、この法学者兄弟の接点が存したとしなければならぬ。陳重は、たとえば小野梓とは、質的にことなるといわねばならぬ。それと同時に、陳重の内容にある二つの要素（二つの顔実体）はどのようにして共存しえたか、はたして矛盾はそこになかったか、問題は複雑である」<sup>116</sup>（括弧内・原書）。この福島正夫の問題提起をどう受けとめたらいいのだろうか。以下では、二つの異なった受けとめ方を示そう。

< ii >内田貴『法学の誕生』のスタンス

この福島氏の「二つの顔」論に対して、最近、内田貴・前掲書（前注11）は、以下のようにいう。——「（陳重と八東）二人の法学には根本的相違が見られるとはいえ、西洋法学の受容という観点から見れば、彼らの学問的スタンスには驚くほど共通点がある。そして、彼らが西洋法学の土俵で正当化しようとした日本の伝統を遡れば、結局、日本的な家族観、国家観へと行

---

、の発揚——八紘一字の精神」（1932年〔昭和12年〕11月10日）が刊行されるに至る。『国民精神總動員資料 第四輯』（1937-1938年）所収。島田・前掲書25-26頁参照。ちなみに、島田・前掲書は、2015年3月16日国会での自民党・三原じゅん子議員の「八紘一字という家族主義これは世界に誇るべき日本のお国柄だ」という発言に触発されて書かれている（島田・前掲書「はしがき」6頁参照）。だから島田は、「八紘一字」という思想が、なお現在のな問題であると強く警告するのである。島田・前掲書232-234頁参照。

116 福島「兄弟穂積博士と家族制度」（1979年〔昭和54年〕）同『著作集・第2巻（家族）』（1996年）335頁以下、特に391頁。

き着く。この源流において、彼らの思想は分かちがたく重なっている」<sup>117</sup>。だから「陳重は決して「二つの顔」を持った学者には見えないはずである」<sup>118</sup>（括弧内・引用者）。この内田・前掲書の立論には、その前提として、幾重にもわたる網の目を張り巡らせた思考が存在する。それをトータルに分析・総合して批判する試みは容易なことではない。今のところ、筆者（川角）は次のように考える。繰り返しになる点も含むが、仮説的に若干のことを論じておく。

### ＜iii＞筆者（川角）の仮説

陳重の法律進化論では、「法現象」の「普遍的進化」の側面と「特殊的進化」の側面が、およそ形式的・抽象的に把握されている。したがって陳重は、欧米の普遍的「個人主義」・「自由主義」・「民主主義」を、一応は承認し評価しながら、たやすく日本型の特殊な「國體」・「神格天皇」を基軸とした「帝國憲法」の価値基準（そのお手本=サンプルとしての「五ヶ條の御誓文」の積極的評価）、それと不可分に結びついた「家」イデオロギー=「家制度」・「戸主権制度」の肯定が説かれていった。筆者（川角）も、結論として内田・前掲書と同様に陳重の「一つの顔」を承認する。しかしながら、その「一つの顔」は、先の「普遍的進化」と「特殊的進化」の両側面が陳重という「個体」において統合された帰結にほかならない。繰り返そう。陳重において、一方では西洋的・普遍的「個人主義」及び「自由主義」が受け容れられつつも、それはあくまで「特殊」=日本（「個」）的な国家体制（「國體」）=神格天皇制に從属すべきものであった。いわば、その媒介項として「家」=「戸主」が重視された。かくして陳重にあって、上記「普遍」・「特殊」・「個別」はきわめて形式化され、かつ非合理主義的に「合理化」され、「統合」されていった。そこにあったのは陳重の「一つの顔」である。こうして「法律進化論」（本稿前注46）の陳重も「祭祀と政治法律

117 内田・前掲書（前注11）358頁。

118 内田・前掲書（前注11）358頁。

との関係」(本稿前注111)の陳重も、同じ陳重であった。かくて、おそらく筆者の「一つの顔」論は、内田・前掲書の「一つの顔」論と正反対の方向を向いているように思われる。そして、このような陳重の「一つの顔」論は、改めて陳重の法思想の根底的な考察を媒介に改めて明瞭に浮かび上がってくるだろう。それは、本稿考察の〈全体〉を通じて論証されるべき課題にほかならない(この点、後述の本稿〔補論〕も併せて参照されたい)。ともあれ、筆者が描き出そうとする陳重の「一つの顔」こそ、おそらく「大正デモクラシー期の民法学」が、これをほぼそのまま無批判に受け入れ、展開せしめた〈知的源泉〉であったように思われる。それゆえ「大正デモクラシー期の民法学」を深く刻印した「個人主義から團體主義へ」・「社會連帶主義」のスローガンと、陳重の〈法思想〉はきわめて調和的でありえたと考える。この点、陳重において、そもそも西洋的「個人主義」がいかに関与し受けとめられたのか。なお課題として残るだろう<sup>119</sup>。以下では、上記の

119 この西洋的「個人主義」の評価という観点に照らし、ほぼ同時代を生きた——陳重より12歳ほど若いもの——夏目漱石(1867-1916年)との関連で、漱石の思想と陳重の思想とを突き比べてみたい。漱石は「私の個人主義」(1915年〔大正4年〕)というテーマのもと、学習院大学の学生に向かい、大要以下のように述べた。「たとえば西洋人がこれは立派な詩だとか、口調が大変よいとか言っても、それは西洋人の見るところで、私の参考にならんことはないにしても、私にそう思えなければ、到底受け売りをすべきではないのです。私が独立した一個の日本人であって、決して英国人の奴婢でない以上はこれくらいの見識は国民の一員として具えていなければならない」。これを前提に漱石は「自己本位」の立場を打ち出す。その「自己本位を立証」するため、漱石は「科学的な研究やら哲学的な思索に耽り出したのであります」という。そして「貴方(あなた)がたのもって生まれた個性がそこ〔社会や世間〕に打(ぶ)つかって始めて腰がすわる」のであり、「権力とはさっきお話しした自分の個性を他人の頭の上に無理矢理に圧(お)しつける道具」にほかならない、と述べる(丸括弧内・ルビいづれも原文。亀甲括弧内・引用者)。その上で「自分の幸福のために自分の個性を發展していくと同時に、その自由をひとにも与えなければ濟まんことだと私は信じて疑わない」(傍点・引用者)と主張する。そして、以下のように訴えかける。「ある人は今の日本はどうしても國家主義でなければ立ちいかないように言いふらし、またそう考えています。しかも個人主義なるものを蹂

ような問題意識をもって「大正デモクラシー期の民法学」を概観しよう。それを通じて、陳重の「一つの顔」をさらに立体化してみよう。

### 3. 大正デモクラシー期の民法学

#### (1) 序論

まず上記、陳重「法学」の核心をキーワード的に述べるなら、その重点は「社会力」及び「法律の進化」及び「法律と社会との調和」にあった、

、闕しなければ国家が亡びるようなことを唱道するものも少なくありません。けれどもそんな馬鹿げたはずは決してありようがないのです。事実私どもは国家主義でもあり、世界主義でもあり、同時に個人主義でもあるのです。〔夏目漱石 I〕文藝春秋社・現代日本文学館（1966年）481頁以下、特に488-489頁及び492-493頁、498頁参照。さらに、三好行雄（編）『漱石文明論集』（2005年、ワイド版岩波文庫）98頁以下も参照。ちなみに、上記引用文末尾のように、漱石が「私どもは国家主義でもあり、世界主義でもあり、個人主義でもある」と述べる時、この漱石の「顔」は一見陳重の「顔」でもあるように見える。しかしながら決してそうではない。なぜなら、ここで漱石は、ジョン・ロックの『市民政府論』（1690年。原書初出1690年）の思想とカントの「世界主義」（カント〔宇都宮芳明・訳〕『永遠平和のために』（1985年、岩波文庫）47頁以下の「世界市民法」の観点〔原書初出1795年〕を自己内在的に統合させているからである。すなわち漱石にとって「国家主義」は、当時の日本においても、諸個人の、諸個人による、諸個人のための「国家」としてあるべきであり、同時に「世界主義」（カントのいう「世界市民法」）をも同時に包括すべき存在であったからである。そこには、思考の出発点として倫理的に自立した「個人」があった。またそこには、「永遠平和」を希求する「世界市民法」と呼応する「世界主義」があった。漱石が「国家主義」というタームでいう「国家」は、その「個人」と「世界」とを連結する一つの組織体（しかも、あくまで個人からなる組織体）にほかならなかった。——「国家的道徳というものは個人的道徳に比べると、ずっと段の低いもののように見える」（漱石・前掲書500頁）との一文が、それを雄弁に物語っているのではないか。なお上記と関連して、漱石における「軍国主義」（「国家主義」と「個人主義」）の緊張関係を語る、小森陽一「世界文学としての夏目漱石」フェリス学院大学日本文学国際会議実行委員会（編）『世界文学としての夏目漱石』（2017年）所収1-3頁も参照（括弧内・引用者）。いずれにせよ、陳重の「個人主義」と漱石の「個人主義」とは、その理解の質が決定的に異なっているように思われる。

と言えよう。まず、このことが確認されておくべきだろう。それを前提に、岡松参太郎（1871-1921年）及び牧野英一（1878-1970年）が陳重の直系の弟子筋にあたり、鳩山秀夫（1884-1946年）が牧野英一から「自由法學」への志向において「同志」と呼ばれ<sup>120</sup>、鳩山秀夫の愛弟子・我妻栄（1897-1973年）が牧野英一との関連で「（牧野民法学が）私にとつての金科玉条」であったと述べていたこと<sup>121</sup>を、さしあたり指摘しておこう。さらに穂積重遠（1883-1951年）が、若い時代から父・陳重の影響下で「法＝社會力論」を精力的に展開していたことを付加しておきたい<sup>122</sup>。以上のことが、総論的に確認されておく必要があるだろう。その上で、以下、各論的に若干のことがらにつき触れておきたい。なお以下の「各論」は、すでに筆者が拙稿<sup>123</sup>で論じたことを前提としている。本稿ではその要点のみ記す。詳しくは前注123摘記の拙稿を参照していただきたい。

## （2）岡松参太郎

### 〔a〕穂積陳重と岡松参太郎

岡松参太郎<sup>124</sup>は、陳重直系の愛弟子のひとりである（一般に、陳重の一

120 前掲書「日本の法学」（前注19）56頁（牧野発言）参照。

121 我妻「牧野英一先生の想い出」書齋の窓189号（1970年）14頁参照。

122 たとえば重遠「法理学大綱」（1917年〔大正6年〕）は、大変な力作であるが、その内容はほとんど陳重「法思想」の引き写しに等しいものである。

123 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（二）」（前注99）182頁以下（岡松参太郎）、261頁以下（牧野英一）、202頁以下（鳩山秀夫）及び同「法社会学論争」の教訓（四）」（前注26）310頁以下（穂積重遠）、同「法社会学論争」の教訓（三）」龍谷法学50巻2号（2017年）198頁以下（我妻栄）。以下本稿では、詳細に参照頁を付すことをしなすが、それをあえて指示した箇所も幾つかある。

124 岡松については、和仁陽「岡松参太郎——比較法と学理との未完の綜合」法学教室183号（1995年）78頁以下、清水誠「市民法学者・岡松参太郎のこと」法律時報73巻2号（2001年）84頁以下を参照。なお岡松自身、当初「註釈民法理由（全三巻）」（1896-1897年）及び「法律行為論」（1914年）の評価を通じて、いわゆる概念法学的注釈の学派に属する学者と考えられていた。本稿は、その後の彼の「無過失損害賠償責任論」（1916年）において、概念的な徹底的緻密さを維持しながらも、同時に社会経済的利益衡量・比較衡量のスタンスに移行ノ

番弟子は土方寧〔1859-1939年〕であるとされている<sup>125</sup>）。たとえば、岡松『無過失損害賠償責任論』（1916年〔大正5年〕）の扉書きに「謹て此著を 恩師 陳重穂積先生 に呈す」とあることから、端的にそれが示される。すでに本稿では、1902年（明治35年）陳重の「法理學演習」が「社會主義と法律」を統一テーマに実施されたことにつき言及したが、その当時、すでに岡松は京都帝大法学部教授であった。いずれにせよ、「恩師」陳重の「法思想」が岡松の思想になんらかの影響を与えたことに、違いはない。

#### 〔b〕岡松参太郎の基本思想

岡松は、精緻なドイツ法学者であり、フランス法にも通じていた。その意味で、岡松は陳重によって切り拓かれた〈比較法学〉の実践者であった。またその思考方法も手堅く、過失責任を原則として維持しながら、無過失損害賠償責任の範囲を妥当な範囲で拡張するという手法を採用している。岡松が台湾へ慣行調査に出向く旅客船で、工場災害で不具となった労働者から企業事故の悲惨さを聴かされたのが、この大著の執筆動機でもあったとされる<sup>126</sup>。ここに、概念法学と共に「社会的」民法学への傾向の萌芽をみせる独特な岡松民法学のモチーフを見て取ることができる。それは、おそらく比較法学の精緻化と制定法実証主義の結合とともに、そこに社会経済的な利益の比較衡量をも導入しようとする岡松参太郎の**基本思想**へと結実すべきものであったろう。

---

ゝする岡松の姿を摘示することになろう。ちなみに、わが国「明治民法典」制定以降のドイツ法学流の概念法学的注釈学派、なかでも川名兼四郎（1875-1914年）及び石坂音四郎（1877-1917年）の評価については、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（二）（前注99）175-182頁を、その脚注で示される関連文献ともども参照されたい。

125 この点、白羽・前掲書（前注66）129頁を参照。

126 新川正美「晩年の牧野先生の憶い出」書齋の窓189号（1970年）48頁参照。新川は、岡松参太郎から牧野英一が直接聴いた話を、牧野から伝聞的に聴き取っている。岡松と牧野は、いずれも陳重の弟子であり、岡松が牧野の兄弟子にあたる。両者とも陳重の優秀な愛弟子であった。

## 〔c〕岡松『無過失損害賠償責任論』の評価

岡松にとって、過失主義に基づく過失判断の構造は、基本的に「予見義務違反」構成をとっており、そこに直線的・無媒介的に「相関関係の過失判断」（今でいうなら「過失一元論」ないし「新受忍限度論」的な発想）が入り込む余地はなかった。その点で岡松は、なお古典的・市民法的過失論の健全性を維持していた。ところがこと、「結果責任論」になると、予見義務がありかつ故意があるような炭鉱開掘のケースであっても、結果責任として金銭賠償をしさえすれば「開掘」（坑道掘削）に着手し、それを継続しても適法であるという判断が示されている<sup>127</sup>。また、これは、実質的に——のちほど指摘するところの——牧野英一・末弘巖太郎の「適法行為による「不法行為」」ないし「適法行為による「損害賠償」」と同じスタンスであって、しかもその結果責任的判断における経済的利益衡量・公益性重視という観点に照らせば、鳩山秀夫・我妻栄とほぼ同様な相関関係的利益衡量もなされていた。したがって、その「無過失損害賠償責任論」における岡松の立場は、その後の牧野・末弘・鳩山・我妻の諸学説を先取りするという側面を含め、きわめて複雑な矛盾の要素の複合体であったように思われる<sup>128</sup>。この点、上記陳重の「法律と社会の調和」ないし「社会力」・「團體力」<sup>129</sup>という観点と決して無関係であるとは言えない。

## (3) 牧野英一

## 〔a〕穂積陳重と牧野英一

すでに指摘したように、「社会主義」に対する独特なスタンスが陳重と

127 岡松『無過失損害賠償責任論』（1953年）43頁（原書初出は1916年〔大正5年〕）。

なお、前掲・拙稿「法社会学論争の教訓（二）」（前注99）193-194頁も参照。

128 拙稿・前掲「法社会学論争の教訓（二）」（前注99）201頁参照。なぜなら、純然たる個人的保護法益（ないし権利）に対する客観的侵害としての「結果責任」において、「経済的利益衡量・公益性重視」の法的判断が介入すべき必然性は基本的でない、と言ってよいからである。

129 「團體力」という表現は、陳重『法律進化論第一冊』（前注46）1頁に見られる。

牧野英一<sup>130</sup>の思想を等しく規定していた。なかでもフランス革命を「社会主義」によるものとするのは、両者に固有な共通点であった<sup>131</sup>。さらに「法律の進化と調和」というナマの社会観・社会的現実主義・「個人主義か

130 牧野については、所一彦「牧野英一」前掲書「日本の法学者」(前注36)257頁以下参照。なお牧野英一は著名な刑法学者であって、「社会防衛」・「国家防衛」の観点から「厳重な鎮圧法は周到な社会政策を予定する」として1922年(大正11年)「過激社会運動取締法案」(のちの「治安維持法」につながる法案)に理解を示した。いわゆる主観主義的な教育刑法ないし進化論的・目的論的刑法の提唱者である。所・前掲論文263頁及び271頁以下、さらに中山研一「刑法の基本思想・増補版」(2003年)1-25頁も参照。この点、民法専攻の筆者(川角)は専門外であるが、陳重の「刑法進化主義」(1887年[明治20年])同「遺文集・第一冊」(前注55)511頁、特に527頁以下の「脅嚇主義」が牧野の刑法思想になんらかの影響を与えたのではないかと推測される。ちなみに陳重は、その「刑法進化主義」で、「豫防主義」・「矯正主義」・「防衛主義」への刑法の「進化」を予測しながら、これに実質的に触れないまま未完で稿を終えている。ただし「脅嚇主義」には比較的好意的であり、対するにフォイエルバッハ(Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833)の自由主義的刑法論を「制心主義」=「心意強制の説」=「無形の脅嚇主義」と位置づけつつ、これを強く非難している(陳重「刑法進化主義」530-531頁及び533頁参照)。このような陳重によるフォイエルバッハ刑法論それ自体の主観主義的な読み込みにもそもそも問題があったのかもしれない。なお、フォイエルバッハ「刑法学」につき、それをルソー、カント、ヘーゲルの思想との関連で論じる、莊子邦雄「近代刑法思想史研究」(1994年)4頁以下及び41頁以下、90頁以下、117頁以下、137頁以下を参照。さらに中山・前掲書80頁以下、特に90頁は、瀧川幸辰(1891-1962年)の刑法思想に触れつつ、瀧川がフォイエルバッハ「心理強制主義」を「罪刑法定主義にもとづく法治国思想との関連で高く評価」したという側面がある、としている。これは、いわば瀧川刑法学によるフォイエルバッハ「心理強制主義」の客観主義的再構成であった、と言ってもよいのではないかと推測される。上記陳重による主観主義的なフォイエルバッハ理解と明瞭に対比されるべきであろう。なお、瀧川の客観主義的刑法理論については、中山・前掲書93頁以下及び小田中聡樹「瀧川幸辰」前掲書「日本の法学者」(前注36)383頁以下、特に392-394頁を参照。

131 むろんルソーの思想のみならず、サン・シモン(1760-1825年)やジョゼフ・フーリエ(1768-1830年)らの「空想的社会主義」(ユートピア社会論)がフランス革命に影響をもちえたことまで否定しようとは思わない。この点、エンゲルス(大内兵衛・訳)「空想より科学へ・社会主義の発展」(1966年、岩波文庫)31-32頁、特に39-43頁参照(原書は1883年)。だからといって、フランス革命をもって「社会主義」と等置するのは適切ではなからう。

ら團體主義へ」の積極的取り込みという観点の採用、そのための一般条項論の展開（「公序良俗」・「信義則」・「権利濫用」・「具体的妥当性」）、さらに「自由法」論への傾斜、家制度＝家族主義の肯定などの諸側面での、牧野法学における陳重の強い影響を看取することができる。なお陳重の「自由法論」については、本稿ですでにその概略を示した<sup>132</sup>。そこで陳重自身、弟子の牧野の「自由法論」に関する論文を数多く引用している。そして陳重は、牧野の論文を「白眉」と賞賛していたのである<sup>133</sup>。このような、いわば「自然法」からの進化論的帰結としての「自由法論」賛美は、陳重と牧野との共同作業の必然的所産とも言うるものであったろう<sup>134</sup>。しかも陳重は、「自由法學説」こそ、「法の社會的順應作用を完うせんとするものである」とまで言い切っている<sup>135</sup>。このような観点から、大正デモクラシー期の民法学における「自由法運動」の積極的提唱は、それ自体当時の歴史的制約の産物であった「制定法」（民法典）からの法的判断の自由な離脱、さらには「裁判官法」的な判例の法創造的機能の直線的承認を肯定していったのである。

〔b〕「近代民法」批判及び「民事責任・刑事責任の二元論」と牧野英一・末弘巖太郎

牧野英一にあって、フランス革命を受けた同国「民法典」に典型化される「近代民法」は、「個人主義」の現れとして直線的に批判される。法は

132 陳重・前掲書「法律進化論第一冊」（前注46）217頁以下参照。

133 陳重・前掲書「法律進化論第一冊」（前注46）220頁。

134 陳重の自由法論を内在的に伴うところの自然法的観点を、内田・前掲書（前注11）235頁以下は陳重の「新自然法論」として描き出し、彼の「自由法論」と連結させている。特に内田・前掲書238頁を参照。なお、牧野英一も自然法論と自由法論とを彼なりに連結させていた。たとえば次の一文を参照。——「われわれの自由法論は、一方には、法律の理想的構成、即ち自然法の思想と、他方には、歴史的構成、即ち歴史派の學説とから、生まれ来たわけになることを覺らざるを得ないのである」。牧野「法源の本質——富井先生の民法原論を讀みて」同「民法の基本問題」（1924年〔大正13年〕）5頁。

135 陳重・前掲書「法律進化論第一冊」（前注46）221頁。

社会から生み出されたものであるから「社會化」されなければならない、という。同時に「近代民法」は、「近代刑法」のあるべき「主観主義」との対比において、「客観主義」にのっとるべきであるから、民事責任 = 不法行為責任もまた「客観化」されるべきであり、よって主観的な「刑法」との二元論が承認されるべきである、という。これこそ、牧野流の無過失損害賠償法的不法行為責任論の言い換えであった。だから牧野は、「適法行為による不法行為」も認めた<sup>136</sup>。これは、末弘厳太郎の「適法行為による不法行為」論<sup>137</sup>の<前提>であった。よって必然的に、末弘も牧野にならって、牧野流の「民事責任・刑事責任の二元論」を積極的に承認したのである<sup>138</sup>。ただし、末弘自身の「近代民法」へのスタンスは、その概念

136 以上につき、拙稿・前掲「法社会学論争」の教訓(二) (前注100) 283頁以下を参照。加えて、牧野の「適法行為による不法行為」論につき、中山充「公害の賠償と差止に関する法的構成の変遷」磯村哲先生還暦記念論文集「市民法学の形成と展開 (下)」(1980年) 219頁以下、特に233-235頁の指摘が重要である。なお中山・前掲論文246頁注1では、原島「権利論の推移」(本稿後注137)に「負うところが大きい」と記されている。

137 末弘「適法行為による「不法行為」」(1933年〔昭和8年〕)同『民法雑記帳 (下)・第2版」(1980年) 250頁以下参照。そこで末弘は、牧野と我妻の見解を「適法行為に賠償責任を認めるべきことを主張している点」において実質的に「同様」であるとし、これを支持している。末弘・前掲書253頁及び255頁参照。このような「適法行為による「不法行為」」は、「許されたる危険」の発想と共通したものである。末弘・前掲書256頁参照。対するに、原島重義「わが国における権利論の推移」(1976年)同『市民法の理論」(2011年)所収485-486頁は、これを加害主体の公益性の大小によって、たとえば営業「免許」の有無によって違法性の存在・不存在を決めようとする態度にほかならず(「有」であれば「法律上許されたる一定の行為」となる〔末弘・前掲書256頁〕)、言い換えれば「権利の上下関係」を直線的に承認するもの、と指摘している。その意味で原島論文は、牧野 = 我妻 = 末弘説を「法と民主主義にかかわる基本問題」を投げかけるもの、と批判する(傍点・原書)。なお、末弘の「適法行為による「不法行為」」論につき、中山・前掲論文(前注136) 230-233頁も参照。

138 末弘「過失無キ不法行為」法学協会雑誌30巻7号(1912年〔明治45年〕) 117頁以下、特に127-128頁は、牧野「刑事學ノ新思潮ト新刑法」(1911年〔明治44年〕)に従って「民事責任・刑事責任の二元論」を採用する旨、明言している。なお、筆者(川角)が参照した牧野の著書は、その「増補第10版」 = 「刑事學の新メ

法学的法律実証主義批判を通じて「生ける法」を基軸とした法社会学的「民法」を生みだし、さらに反権威主義的＝反官僚主義的民法の方向性を志向している。その意味で末弘民法学は「市民法学」としての側面をもちえた<sup>139</sup>。にもかかわらず、近代的「権利論」、とくに「物権的請求権論」に対する末弘の解体主義的傾向は、大きな矛盾を孕んだものとして展開されていく（この点、本稿後述のところを含め、筆者の別稿「法社会学論争」の教訓（七）（八）龍谷法学51巻2号〔本号〕及び3号掲載〔予定〕ともども参照されたい）。いずれにせよ、末弘の「物権的請求権」解体論は、個人的「権利」の解体を主張した牧野民法学と強く呼応するものであった（牧野の「権利」解体論については、龍谷法学50巻1号330頁以下を参照）。

〔c〕「法の社會化」・「具體的妥當性」・「一般條項法學」・「判例法學」  
 ——牧野英一の「轉回」

ともあれ、こうして牧野の民法学は、「法の社會化」・「具體的妥當性」・「一般條項法學」・「判例法學」の線で「轉回」してゆく。これは陳重法学の継承・展開そのものであった。それゆえ、たとえば「婚姻豫約有効事件」（大連判大正4年1月26日民録21輯49頁）についても、牧野は、公序良俗・社会の通念・信義則という「一般條項論」の適用という立場から、それを支持している。さらに「信玄公旗掛松事件」（大判大正8年3月3日民録25輯356頁）についても、「權利濫用」という「一般條項法學」の立場から、その合理化が図られている。この信玄公旗掛松事件は、当時の「国鉄」（鉄道院）がその蒸気機関車の煤煙によって沿道の松樹を枯死させたことをめぐる損害賠償請求事件であった。これは、煤煙侵入にかかる「侵害」を問題とすべきであるという意味では、本来ドイツのイミッシオン規定に対応する法的解決が図られてもよいものであった。ところが、そのようなイミッシオン規定自体、わが国では欠缺しており（そもそもその前提となる

、思潮と新刑法』（1930年〔昭和5年〕）である。

139 磯村哲・前掲書「社会法学の展開と構造」（前注17）62頁以下参照。

べき物権的妨害排除請求権の規定すら欠缺している)、その結果、もっぱら「損害賠償請求権事件」として争われたものである、と言える。この事件を牧野は、極端に「権利濫用」の問題としてのみ取り扱った。それが、末川「権利濫用論」の立場を深く規定し、さらに戦後「板付基地事件最高裁判決」(最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁)へと展開するに至る<sup>140</sup>。

〔d〕 牧野英一の「権利解體論」と末弘巖太郎の「権利論」の共通性

要するに、上記の牧野＝末弘的な「適法行為による「不法行為」論は、その後我妻栄の相關關係論的違法論及び戦後の受忍限度論の先行形態として規定的な影響力を行使した。それとの関連で、牧野英一は強く「権利論の解體」を叫んだ<sup>141</sup>。それと呼応するかのように、末弘巖太郎も「物権的請求権」の解體論<sup>142</sup>を主張した。そのような権利解體論の上に、今日の

140 原島重義「軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範——特に最高裁「板付」判決を中心として」及び同「所有権の濫用——最高裁板付基地事件判決再論」、同「市民法の理論」(前注137)298頁以下及び339頁以下を参照。対するに、たとえば大村敦志「不法行為判例に学ぶ——社会と法の接点」(2011年)63-64頁は、「宇奈月から板付へ」という見出しのもとで宇奈月事件判決(大判昭和10年10月5日民集14巻1965頁)と板付基地事件判決とを一直線上で捉えようとしている。この点、すでに我妻榮「事務管理・不當利得・不法行為」(1937年〔昭和12年〕)144頁以下及び146頁注30は、「権利濫用」という観念を「近時の社会本位の思想の特色」ととし、「信玄公旗掛松事件判決」も「この傾向を示す」ところの一例とする。さらに我妻・前掲書145頁注29では、牧野及び末川の「権利濫用論」が「看過し得ない貴重なもの」と高く評価されている。その延長線上に今日の大村敦志「権利濫用論」がある。

141 牧野「権利の観念の轉回——鳩山博士の日本債権法新版を讀む」同「具體的妥當性」(1922年〔大正11年〕)290頁以下。拙稿・前掲「『法社会学論争』の教訓(二)」(前注100)330頁以下も参照。

142 末弘「物権的請求権理論の再検討」(1939年〔昭和14年〕)同「民法雜記帳(上)・第2版」(1980年)210頁以下。末弘は「物権的請求権理論そのものを捨てて」、「すべての権利侵害に対する救済手段としていかなる条件のもとで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、と言っている(末弘・前掲書212頁)。それでは末弘にあって、その「条件」とは何か。「具体的事実について利益較量をなした上、社会的観念を標準として事の許否を決せんとする」態度、つまりは「一般不法行為に対する救済方法」との「類推」

わが国「民事違法一元論」がある<sup>143</sup>。

(4) 鳩山秀夫

〔a〕 鳩山と牧野・末弘

ここでは、末弘帰国後の鳩山秀夫<sup>144</sup>のスタンスに絞って言及しておく。周知のように末弘による「ドイツ法はだめだ」という主張は、鳩山に強烈な衝撃を与えた。これに関して、たとえば鳩山の愛弟子我妻栄は、次のように回想している。——「鳩山先生を一番苦しめたものは、末弘先生が留学から帰えられて「ドイツ法学はだめだ」と声を大に叫ばれたことですよ。先生は、あの叫びを聞いて、自分の倦怠を破ろうと随分苦悩されました。あの当時私は卒業して先生のお宅に居候をしておりましたが、先生がどうにかして方向轉換をしようとあせっておられたことをよく記憶しております。夜おそく少し酔われた先生と手をとって泣いたことなどもあるのですよ」<sup>145</sup>。こうして鳩山は、その後「社会学的民法学」への道をあゆむ。その道は、牧野英一の「自由法論」の指し示す方向を向いていた。だから牧野は、「鳩山君は自由法論者といわれることを好まなかったようであるが、わたくしは鳩山君を自分の同志と考えていた」<sup>146</sup>と言うのである。この点、筆者（川角）の理解によれば、鳩山の社会「学」的民法理論<sup>147</sup>は、もっぱ

ゝでもって対処する態度、これであった（末弘・前掲書214-215頁参照）。このような末弘の物権的請求権解体論は、先ほどの「適法行為による「不法行為」論と表裏一体であって、彼の門下生・舟橋諒一（1900-1996年）の「違法侵害論」及び今日の根本尚徳「違法侵害論」の先駆けでもあった。この点、前掲・拙稿「物権的妨害排除請求権・再論（1）」（前注79）347頁以下、特に362-378頁及び471-487頁を参照。

143 この事実をわが国で初めて「論証」したのは、原島・前掲論文「権利論の推移」（前注137）445-522頁であった。

144 鳩山については、鈴木祿彌「鳩山秀夫」前掲書『日本の法学者』（前注36）289頁以下参照。

145 前掲書『日本の法学』（前注19）54頁（我妻発言）。

146 前掲書『日本の法学』（前注19）56頁（牧野発言）。

147 ここで鳩山民法学を規定するにあたり、社会「学」的民法理論として「学」にカギ括弧を付した点、ひと言断っておきたい。鳩山秀夫によれば、「法律のメ

ら「社会改良主義的民法学」と規定されるべきものであった。その内容はどうか。以下、それにつき概説しよう。

〔b〕 鳩山による社会「学」的民法理論の展開

鳩山秀夫の「社会改良主義的民法学」は、ほぼ「個人主義から團體主義へ」の道と同じものであった。鳩山は、およそ以下のように主張している。すなわち「個人主義に基ける契約自由の原則が漸次変遷して、總ての私法的制度と同じく契約自由の原則もまた社會全般の利益を保護することを目的とするものであり、其團體的利益を保護するといふ目的を達する手段として個人の意思の自由を認むるものなりといふ團體主義に基けるもの」であり、すなわち「第一次的には「團體的利益」実現という「目的」が図られるべき」であって「契約自由＝個人意思の自由」はその「團體的利益」を実現するための二次的な「手段」にすぎないもの、とされるに至った<sup>148</sup>（傍点・引用者）。ここには、明らかに「個人主義から團體主義へ」と

---

、目的」は「心理學、社會學、歴史學等種々の補助科學」の助けを得て明らかになるとされ（拙稿「法社会学論争」の教訓〔二〕〔前注100〕210頁）、さらに「法律と社會の調和」の観点が高唱されている（拙稿・前掲233頁）。これは、もっぱら陳重「法律進化論」のオウム返し（二番煎じ）にほかならない。なるほど鳩山は「社會學」を意識しており、イェーリング、エールリッヒやパウンドを読んだという趣旨の引用をしてはいるが（鳩山「債権法における信義誠實の原則」〔1955年〕16頁注11、12及び26頁注1）、筆者（川角）の見るところ鳩山が「社會學」を身につけたとまで言える論拠が示されていない。この点、鳩山は、その「社會學」理解につき、きわめて表面的なレベルにとどまっていると言ってよい（これは、拙稿・前掲207-245頁の記述によって「論証」されたものと考えている）。まさしく、そのような鳩山民法学における「社会性」の限界を克服しようとしたのが、末弘帰國後の我妻榮であった。それゆえ、川島武宜（1909-1992年）は、我妻「私法の方法論」を指して「鳩山民法学嫡流」の法学でありながら、それでいてなお社会学・経済学等の成果を我妻なりに採り入れた「先駆的論文」と高く評価しているのである（この点、本稿後注176とそれに対応する本文も参照）。ただ、鳩山に「社會學」的側面が皆無かと言えば、そうとも断言できない。そこで本稿では、鳩山の社会「学」的民法論と規定した。

148 鳩山「財産法改正問題概論」（1920年〔大正9年〕）同「債権法における信義誠實の原則」（1955年）所収222頁以下。拙稿・前掲「法社会学論争」の教訓

いうパラダイムの転換がみてとれる。さらに所有権についても、鳩山は個人的所有権観念から所有権の社会化（socialization）への転換を肯定する。すなわち「個人的所有権を認むるの理由も社会的理由に之を求めざるべからざることは明（らか）である」<sup>149</sup>という（括弧内・引用者）。加えて鳩山は、次のようにも言っている。すなわち「團體自身の生活を脅威すべき現象の存在するときは、個人に對して極端なる場合には其生命の放棄をも要求し得るものである。（中略）個人の性質、個人の人格を無視すべからざると共に、これに優越したる存在を有する團體そのものの生活、團體そのものの發達を主眼とせねばならぬ」<sup>150</sup>（傍点・引用者）。これこそは、ナマの社会観・社会的現実主義・「妥協的」社会改良主義、そして「個人主義から團體主義へ」の積極的取り込み以外の何物でもない。さらに鳩山は、権利侵害＝「法規違反」論の採用（権利解体思想の萌芽）及び「民法の進化と調和」という観点の暗黙の承認（陳重の法思想と牧野の法思想の＜混成＞ないしく統合＞）さらに「天賦人權思想」への徹底的反感<sup>151</sup>を示した。なかでも鳩山

∨（二）（前注99）235頁参照。なお吉田克己「社会変動期の日本民法学——鳩山秀夫と末弘嚴太郎」北大法学論集52巻5号（2002年）261頁以下、特に263頁以下の指摘は重要である。

149 鳩山・前掲「財産法改正」（前注148）242-243頁参照。

150 鳩山・前掲「財産法改正」（前注148）244頁。

151 鳩山「工業會社の營業行為に基く損害賠償請求權と不作為の請求權」（1911年〔明治44年〕）同「債權法における信義誠實の原則」（前注147）所収432頁参照。その箇所では鳩山は、「個人天賦の自由を認知するに非ず」とする観点と「公平なる利益の分配」を、論理的に「接合」せしめようとしている。ちなみに、その論文で鳩山は、明らかに愛弟子・我妻榮流の「相關關係論」的思考形態の萌芽を示す。こう言っている。——「例へば工業會社の社會に齎すべき利益頗る大にして隣地所有者の被るべき損害些小なる場合に於て其工場を廢止せしむるが如きは勿論適當の處分と謂ふべからず、又縱令損害莫大なりとするも其損害を防止するに足るべき設備を爲し得るに拘らず強ひて之を廢止せしむるが如き亦固より適當の方法にあらず、要は侵害行為の性質と侵害せらるる權利の性質とを比較して合理的判斷を下すのみ」。鳩山・前掲論文「工業會社の營業行為」442頁。なお、不法行為と差止めに関する鳩山説につき、中山・前掲論文（前注135）223-224頁参照。これに関連して、有害煤煙被害のケースであることをメ

不法行為論は、その後、我妻不法行為法学における「公平なる利益の分配」及びその具体化としての「相関関係的利益衡量論」という発想の内に結実していったと思われる<sup>152</sup>。ちなみに「不法行為ノ本體ハ法規ニ違反スル行為ナルニアリ」とし「權利ヲ侵害スルハ法規ニ違反スルモノニシテ民法ガ權利侵害ヲ要素トシタルハ其違法ナルコトヲ理由トシタルモノナルコト明ナル」がゆえに「我民法謂フ所ノ不法行為モ亦常ニ法規ニ違反スル行為ナリト言ハザルベカラズ」とする大学湯事件判決（大判大正14年11月28日民集4巻670頁）は、明らかに鳩山秀夫『増訂・日本債権法各論（下巻）』（1924年〔大正13年〕843-844頁の「法規違反論」に従っている。そして、鳩山がこの「法規違反」=「違法」という場合、その<前提論>たる「権利侵害」

、重視するならば、ほんらいイミッション事案として、まずは差止請求権が認められて然るべきであった「大阪アルカリ事件判決」（大判大正5年12月22日民録22輯247頁）を、想起すべきであろう。そこで大審院は、煤煙防止設備の設置状況が「相当」であると認定されれば「過失なし」と述べ、被害者の不法行為損害賠償請求を斥けた。鳩山説は、このようなわが国判例・通説の状況を先取りし、先導するものであった。ちなみに末弘巖太郎は、このアルカリ事件につき、被告に「故意」があったとした上で、「此の問題は寧ろ当該行為の違法性即ち其行為が権利濫用となるや否やを標準として決せらるべきもの」（傍点・引用者）とする。つまり末弘は、この「アルカリ事件判決」に関しても「信玄公旗掛松事件判決」（大正8年3月3日民録25輯356頁）の権利濫用論が「標準」とされるべきである、と言う。だから、結局当該の権利行使が「適當ナル範圍ヲ超越シ失當ナル方法」でなされたか否かだけが問題となり、かつまた「善良ノ風俗公ノ秩序」に反するや否やが「標準」となる。末弘『物権法（上）・第4版』（1922年〔大正11年〕347-348頁（原書初出は1921年）。これは、侵害行為の態様と被侵害利益の程度を相関判断して違法性の有無を決する我妻説と大同小異である。この点、中山・前掲論文222頁において、当時の「権利濫用論」と「行為の違法性論」とが「完全に一致する」という旨の、的確な指摘がなされている。

152 ただし「損害の公平なる分担」という発想自体は、すでに牧野英一によって明示されていた。牧野・前掲論文「権利の觀念の転回」（前注141）328頁参照。牧野民法学を「金科玉条」としていた我妻栄（我妻「牧野英一先生の想い出」書齋の窓189号〔1970年〕14頁）が、それをほぼそのまま継承したのである。この意味で、我妻による鳩山不法行為論の継承は、上記のような牧野によるプリズムを通して、鳩山の「法規違反」判断の具体化としての我妻相関関係的利益衡量論の内に結晶化していったように思われるのである。

論が、その「権利」を「生命、身體、自由、名譽等」を含め広義に捉える点で（鳩山・前掲書860頁以下参照）、陳重の「権利侵害」論（前注74に対応する本文参照）の単なる言い直しであることに大きな注意が払われなければならない。

## （5）穂積重遠

### 〔a〕陳重と重遠

穂積重遠<sup>153</sup>は、その父親（陳重）譲りの「社會力」論と道德の法に対する優位という点において基本的に陳重「法律進化論」を継承した<sup>154</sup>。要するに、個人が容易に「社會＝國家」に融け込み、「團體」の従属的な「構成員」（団体による統制の客体）にされていく法的「傾向」が是認されていくのである。およそ重遠は、その範囲内での「男女平等」論を展開したように思われる。だから重遠は、「夫婦対等」には消極的であったし、内縁の法的保護にもネガティブであった。言い換えれば、重遠は徹底した「法律婚」優先主義者であって、その立場から内縁の早期解消、そのための「内縁の妻」保護への忌避感を示していた<sup>155</sup>。

153 重遠については、利谷信義「穂積重遠」前掲書『日本の法学者』（前注36）301頁以下及び大村敦志「穂積重遠——社会教育と社会事業とを両翼として」（2013年）参照。

154 陳重は、「法律の道德と互に關係し、互に相維持して離る可らざる」と述べる点で、まったく重遠と同じである。陳重「法律道德の關係區別」（1882年〔明治15年〕）同『遺文集・第一冊』（前注55）163頁以下、特に170頁。ただ、究極的にいずれを尊重すべきか、という問題については「法律」が「道德」に優先し、よって「悪法」に対しても「耐忍以て改良の方法を企て」るべきであり、かつまた「百折撓まず以て其目的を達することこそ眞の國民の義務を盡す者と言う可きなり」とする。つまりは「悪法も法なり」の立場である。陳重・前掲「法律道德」172-174頁参照。その点で、「法の上に道德がある」とする重遠とは異なる。重遠の見解については、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）332-334頁注49を参照。

155 この点、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）353-356頁注90及び注91を参照。加えて、重遠は1917年（大正6年）の『親族法大意』75頁では明らかに「夫権」優位の「夫婦不对等」論の立場を支持していた。すなわ

### 〔b〕重遠の「君民一体論」

戦後重遠は、日本国憲法1条の象徴天皇制においても「君民一体論」が貫かれているというスタンスであった。すなわち「帝国憲法」下の神権天皇制も、戦後憲法下の「象徴天皇制」も「国民の確信」に基盤をもつところの「君民一体論」そのものの現れであり、よって万世一系連綿として存続する皇室への国民的敬慕を尊重すべし、という<sup>156</sup>。この点で、重遠の立場と、小野梓（1852-1886年）による立憲主義的な「君民同治論」（天皇と国民とが対等の立場で憲法を尊重して統治にあたるべし、とする見解）との、決定的な違いが示されるに至る<sup>157</sup>。

### 〔c〕重遠の判例法主義

重遠は、歴史的沿革論からする判例法主義（＝裁判官法論）を採用し（その理由として彼は、立法よりも「裁判」による法創造が歴史上先行していたから、とする）、その帰結として「三権分立」の徹底的な否定論へと至る<sup>158</sup>。これは、日本国憲法の下での「三権分立」制度における判例の法創造的機能をいかに理解し、位置づけるかという基本問題にかかわる<sup>159</sup>。

### 〔d〕重遠のロシア離婚制度論

さらに重遠は、イギリス・フランスの離婚制度変遷論のみならず、ロシ

---

ゝわち、その箇所で重遠は、「男女ノ平等ト夫妻ノ平等トハ自ラ別問題」であるとし、「妻ノ行為無能力」を肯定している。ただ、それを「総則編無能力者ノ部ニ規定セルコトニ對シテハ批難アリ得ベシ」とは言っているが。そして、大判大正15年7月20日刑集5巻318頁（いわゆる「夫の貞操義務判決」）を受け、「この點に於て」大審院判決により「夫婦平等」が宣言された、と述べる（「この點」とは、貞操義務についての「夫婦平等」を指すにとどまることに注意すべきである）。重遠『親族法大意・改訂版』（1941年〔昭和16年〕）70頁参照。なお、この改訂版でも「夫権」の優位それ自体は、なお肯定的に記述されている。重遠・前掲書「大意」27-28頁参照。

156 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）333頁注49参照。

157 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）334頁注49の続きを参照。

158 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）359-362頁及び本稿前注26を参照。

159 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）（前注26）374頁参照。

ア革命後のロシア離婚制度論にも深い関心を示した<sup>160</sup>。その際に重遠は、ロシア革命＝「社会主義革命」への嫌悪と偏見を強く示している。すなわち重遠は、ロシア社会主義革命をもっぱら「所謂過激主義」（ないし「所謂過激派」）の武装蜂起とみている<sup>161</sup>。なかでも重遠は、革命ロシアにおける「婦人国有論」の噂話に興味（「好奇心」）を掻き立てられた、と述べる<sup>162</sup>。これは、およそ重遠の興味本位の立場と社会主義への偏見との融合の所産にほかならない、と言えよう<sup>163</sup>。

## （6）我妻栄

### 〔a〕 鳩山秀夫・牧野英一・末弘巖太郎・末川博と我妻栄——我妻「相關關係理論」の確立とその現在の影響

我妻栄<sup>164</sup>は、周知のように鳩山秀夫の愛弟子であった。そして同時に彼は、牧野英一の民法学を「金科玉条」とした（本稿前注152参照）。また末弘巖太郎は、我妻の「反面教師」であった（本稿前注145に対応する引用文を参照）。我妻は、末弘の「社会法学」的観点を克服するために独自の社会学的民法学を展開せしめた（後述〔c〕「私法の方法論」の箇所を参照）。さらに、不法行為「違法論」において末川博（1892-1977年）<sup>165</sup>は、我妻「相

160 重遠の「イギリス・フランス・ロシアの離婚制度」論につき、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（4）」（前注26）377-425頁参照。

161 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）」（前注26）413-417頁参照。

162 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）」（前注26）418頁参照。

163 重遠の「興味本位」（「好奇心」本位）の観点については、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（四）」（前注26）413頁及び418頁を参照。なお筆者（川角）は、重遠の「社会主義への偏見」を論証するため、アウグスト・ペーベル（1840-1913年）の『婦人論』を取り上げている。拙稿・前掲418-422頁参照。むろん社会主義をいかに捉えるかは、基本的に「思想・表現の自由」に関わることであって、個人ごとに違いがあるのは当然のことである。ただし、学術論文でその記述内容につき問題があれば、それを批判的に論ずることも、「思想・表現の自由」に属する事柄であろう。

164 我妻については、我妻学＝唄孝一（編）『我妻栄先生の人と軌跡』（1993年）が最も詳しい。

165 大正デモクラシー期の末川博の民法学については、さしあたり拙稿・川角ノ

關關係的違法論」の「先達者」であり「同志」であった。ちなみに、我妻は、「大学湯事件判決」につき、以下のように述べている。すなわち「権利侵害」を「違法性」に轉化せしめた點に於てのみならず、その「違法性」は「法規違反」に限らず、「公序良俗違反」をも含むことを認める點に於て眞に劃期的なり」と<sup>166</sup>。これは、我妻「違法論」による鳩山説と牧野説の融合にほかならない。ただし、「大学湯事件判決」において大審院が「公序良俗違反」と明示するわけではない。大審院によれば、「悪結果」は、これを「能フ限り除去セサルヘカラス」とされ、そのために「広汎ナル抽象的規定」として機能する制度が「不法行為法規定」である、とされている。その上で大審院は「其ノ侵害セラレタルハ何權ナリヤトノ穿鑿ニ腐心シ」、もって「不法行為ノ救済ヲ局限スルカ如キハ思ハサルモ亦甚シ」と言っている。さらに事案の特殊性を踏まえ「第三者ノ詐術ニ因リ賣却ハ不能ニ歸シ爲ニ所有者ハ其ノ得ヘカリシ利益ヲ喪失シタル場合ト何ノ擇フトコロカル」と指摘する。これらを「綜合考察」して、我妻は——とりわけ本件被告（湯屋営業のために本件建物を買取った新たな湯屋所有者）の行為は、その「所有權の行使」にほかならず、そこに「法規違反」はないのであるから——大審院が「不法行為」を認定したことは、事実上「公序良俗違反」を認定しているに等しい、という<sup>167</sup>。その意味で我妻は、大学湯事件判決を「眞に劃期的なり」と称賛している<sup>168</sup>。さらに我妻は、再度「大学湯事件判決」を取り上げ、「被侵害利益としての當該老舗の獨立の權利性を吟味することと、その侵害行為の公序良俗違反性を検討するこ

、「法社会学論争」の教訓（三）」龍谷法学50巻2号（2017年）108頁以下参照。  
なかでも彼の不法行為違法論（ないし「權利濫用論」）については、拙稿・前掲152頁以下及び185頁以下を、龍谷法学50巻1号（前注67）305-307頁注368ともども参照されたい。

166 我妻・前掲書「不法行為」（前注140）123頁。

167 我妻・前掲書「不法行為」（前注140）125頁参照。

168 我妻・前掲書「不法行為」（前注140）同頁。ちなみに本件につき、我妻・前掲書122頁は「誠に劃期的判決と讃へられる價值がある」とも言っている。

ととの相關に於て、違法性の最後の判断に到達すべきである」と述べる<sup>169</sup>。ここで広義に用いられている「公序良俗違反性」が「社会的相当性」などと言ひ換えられるとき、それは、およそ陳重＝牧野ラインの「法と社會との調和」と共鳴するのではないか。ともあれ、こうして現在もなお、わが国最高裁判決で命脈を保つところの公序良俗違反を含めた我妻的な「相關關係の違法判断論」が、歴然として機能し続けている。たとえば「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであったり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められると解するのが相当である」とする、いわゆる「国立景観訴訟判決」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁、特に961頁）が想起される必要があろう（この「国立景観訴訟判決」については、龍谷法学51巻2号〔本号〕の拙稿「研究ノート」を参照されたい）。

〔b〕「ダンツ「裁判官の解釋的作用」」と我妻栄

すでに若き我妻は、東大民法判例研究会（1921年〔大正10年〕設立）で、「判例」及び「裁判官」の機能に対する並々ならぬ関心を育まれていた。末弘を「反面教師」とする我妻は、独自の判例理論・裁判官論に興味をもったに違いない。その結果、彼の処女論文のテーマとして選ばれたものが「ダンツ「裁判官の解釋的作用」」（1923年〔大正12年〕）であった。我妻は、法律行為の解釈にあたって訴訟上「裁判官」が「新しく具体的の立法をなすもの」（傍点・引用者）とするダンツの姿勢にいたく共感を示している<sup>170</sup>。さらにダンツが、「法規」そのものから解釈を始めるという概念法学的手法を批判し、裁判官自身が社会の一員として素人の知識と目をもって具体

169 我妻・前掲書「不法行為」（前注140）134頁。

170 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）200頁参照。

的事情を評価すべきであるとする姿勢にも共感している<sup>171</sup>。その結果、当事者の内的意思よりも「表示」に向けた「客観的」な解釈が総合的利益衡量によって行われるべきことになる<sup>172</sup>。これは恩師・鳩山秀夫が示した客観的な「表示主義」（取引安全の重視）の立場と通底する考え方でもあった。こうして、結局我妻は、ダンツによる意思表示の「客観的把握」の先に、「団体主義乃至社会連帯主義の発達」に基づく「個人的意思」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「比較衡量」ないしは「相対的判断」を必須のものと位置づける<sup>173</sup>。ここに我妻的な社会経済的利益衡量が差し挟まれる。こうして、この我妻「ダンツ論」は、我妻流のわが国資本主義適合的＝社会「連帯」的民法理論の扉を開けようとする若き時代の記念碑的作品となったのである<sup>174</sup>。

#### 〔c〕「私法の方法論」と我妻栄

上記「ダンツ論」を仕上げた我妻は、欧米留学を経験する。そこで我妻は、当時欧米での社会学的法学理論（パウンド）、法社会学的研究の成果（エールリッヒやマックス・ヴェーバー）さらに社会主義思想（マルクス及びエンゲルス）、かつまた社会主義的民法理論（カール・レンナー）などの業績に深く学んだらしい<sup>175</sup>。それを帰国後に、上記「ダンツ論」と内在的に呼応させつつまとめ上げたものが「私法の方法論に関する一考察」であった。これは「反面教師」末弘の社会法学的民法理論を乗り越えんがため、必死の努力の成果として打ち出された我妻法学の記念碑的労作であった。とはいえ、それは結局、鳩山民法学「嫡流」としての我妻による鳩山の「継承」と「発展」という枠組みでもって把握されるべきものでもあった<sup>176</sup>。また、社会

171 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）202頁参照。

172 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）207頁参照。

173 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）216頁参照。

174 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）217頁参照。

175 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）（前注165）217頁及び注231参照。

176 これを指摘したのは川島武宜であり（本稿前注147）であり、その慧眼ぶり

主義思想に関心を寄せる我妻が河上肇（1879-1946年）<sup>177</sup>を読んだことも指摘しておくべきであろう。ただし我妻は、法的政治的上部構造の経済的下部構造への被規定性を承認しつつ、なお上部構造の相互的な連携関係を「相関関係」として把握する河上の用語を——河上の深刻な「知的格闘」それ自体からは必ずしも深く学びとろうとはせずに——そのままその文字面を我妻違法論＝「相関関係論」を援用したふしがあるようにも思われる<sup>178</sup>。さらに我妻「私法方法論」に類出する「具體的妥當性」や「法律と社會との調和」などの観点にも留意すべきである。これらは、およそすでに牧野英一が提唱していた観点であり、それ自体その「源流」の底に陳重の〈法思想〉そのものが横たわっていた。こうしてみると、陳重の「大正デモクラシー期の民法学」への影響は直接・間接にきわめて大きいものがある、と言わなければならない。そして、それは今なお、現在の民法学の「思想」をも奥深く規定していると言えるのではないか。

ともあれ、以上の考察を踏まえ、筆者（川角）が今後の課題として取り

---

ゝには驚かされる。川島論文の出典を含め、詳しくは前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）」（前注165）243-244頁注301を参照。

177 河上肇「唯物史観と因果關係」社會問題研究第55冊（1924年〔大正13年〕）1頁以下、特に15頁における「相関關係」のタームの用い方に留意される必要がある。当時河上は、ブハーリン（1888-1938年）の因果關係の唯物史観（一種の「経済的土台」への還元論）を批判した。そして、いわゆる上部構造の相対的独自性を理論化するために使ったタームが「相関關係」であった。この点、前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）」（前注165）233-234頁注277を参照。なお河上肇については、古田光「河上肇」（2007年）1-280頁及び小林榮三「不屈の知性——宮本百合子・市川正一・野呂栄太郎・河上肇」（2001年）195-224頁が、その全体像及び歴史的価値を描き出している。

178 前掲・拙稿「法社会学論争」の教訓（三）」（前注165）233-234頁注277参照。なお、すでに指摘したように「相関關係論」的思考形態は、岡松参太郎（本稿前注127に対応する本文参照）にあったし、我妻の師・鳩山秀夫にも、さらに反面教師・末弘厳太郎にもあった（本稿前注142も参照）。なお我妻「違法論」＝「相関關係説」の戦後の受容と展開、すなわち「受忍限度論」さらには「新受忍限度論」への〈推移〉につき、中山・前掲論文（前注136）240-244頁参照。

組もうとしていることを列挙しておく。以下、アットランダムに示したい。たとえば、①大正デモクラシー期の「市民法学」の続編・末弘厳太郎、平野義太郎などを論じきらなければならない<sup>179</sup>。できれば、それに美濃部達吉の「市民法的公法学」への視点を加味したい。さらに、②昭和期へと至る末弘民法学の解剖図＝「生ける法」としての末弘法社会学の展開の軌跡を正確に確認したい。併せて、③戦前「昭和期」民法学の辿った道としての我妻「近代法における債権の優越的地位」から「事務管理・不当利得・不法行為」への展開とその評価、さらには④信義則の研究を基軸とする「日本的民法学」の展開と「日本法理研究会」への流れを検証する予定である。そのような反省的考察は、おそらく⑤戦後「法社会学論争の教訓」とその後の論争＝「法解釈学論争」さらには「判例研究方法論争」の、一定の批判的分析を要求するに違いない。そこから汲み取られるべき「教訓」が明らかになれば、おそらく⑥戦後、川島武宜の<転換>、つまりは市民法学から経験法学への「展開」の意義も、やや正確に理解されるべきこととなるろう。それとの関連で、⑦加藤一郎・星野英一の利益衡（考）量論、さらには平井宜雄の民法学方法論などの実体も明らかにされる必要がある。また⑧戦後流行した「市民法から社会法へ」というテーゼについても、反省的かつ批判的に再検討されるべきであろう。さらに個別具体的には、⑨我妻的民事違法一元論批判の上に立って、「民事違法二元論」が提唱され、

---

179 これまで、筆者は、「大正デモクラシー期の民法学」として岡松参太郎、牧野英一、鳩山秀夫、穂積重遠、末川博、我妻栄、中島玉吉の業績を考察してきた。なお「岡村司」については、最近、龍谷法学51巻1号（2018年）で論じた。引き続き、末弘厳太郎、平野義太郎等の考察が求められる（若き末弘の姿については、龍谷法学本号所収を参照）。なお、本稿の考察は「穂積陳重」と大正デモクラシー期の民法学」をテーマとしつつ、主に「穂積陳重」に新たな光をあてたつもりである。本稿で取り上げた岡松参太郎、牧野英一、鳩山秀夫、穂積重遠、我妻栄の業績は、すでに考察した論稿の「要約」にすぎない（それもかなり簡略化したものである）。詳しくは、龍谷法学50巻1号、同2号、同3号、同4号所収論文の参照を願いたい。

差止め「違法」と不法行為「違法」との関係が、より厳密に解明されなければならない。あるいは、⑩内田貴『制度的契約論』及び『法学の誕生』の系譜やその批判的解剖図が一層明確に描き出される必要も出てこよう。同時に筆者にとっては、⑪藤田勇『法と経済の一般理論』の深化ないし発展的克服も欠かせない。こうして筆者なりの⑫「市民社会・社会契約・市民法の再構成及び統合」の試みが、その具体的な形姿性をまとうべきことになる。これらの作業を通じて、⑬2017年改正民法への幾つかの「評価」も試みたく思う。以上は、筆者が可能な限り追求したいと考える今後の課題の予定的な提示である。以下では、一応本稿のまとめに移ることにしたい。内田貴教授による陳重・八東論を素材に、本稿の「結語」を論じよう。

#### 4. 結語

##### (1) 序論

本稿を締めくくるにあたって、改めて内田・前掲書の陳重・八東に関する記述に注目しておきたいと思う。内田教授は穂積八東の評価を先行させ、その上で八東を陳重と重ね合わせるという手法をとる。すなわち八東の思考原理は、「ラーバントのように法学的な思索によって構成されたものではなく、歴史的に形成されてきた固有法から抽出された国体という政治原理」であって、それに「規範的な力を認めるという考え方は、まさに歴史法学（歴史主義）」であり、「一つの民族の歴史の中にこのような原理を見出すのはドイツロマン主義ともつながる」<sup>180</sup>。よって「これもまた西洋的思考の中にあり、非西洋的で異様な独自思想ではない」<sup>181</sup>。こうして見れば、「日本の家制度の普遍性をいう八東の主張は、陳重となんら異なら

180 内田・前掲書（前注11）338頁。

181 内田・前掲書（前注11）338頁。

ない」<sup>182</sup>。ただし「家族国家観に基づく国体と国民の福利の増進を結びつける八東の議論」は、「陳重なら、おそらく、社会力による進化が国民の福利増進に資する方向での国体の変容をもたらすと説明するだろう」<sup>183</sup>。—一ここには、内田教授ならではの柔軟で、かつ論理的な思考の一つの帰結が見事に示されている。むろん本小稿で、現代法学方法論とも接続する上記内田教授の見解を全面的に考察する余裕はない。以下、若干のことを論じておくにとどめる。

## (2) 穂積八東の思考原理の検討

なるほど、八東の思考原理が「ラーバントのように法学的な思索によって構成されたものではなく、歴史的に形成されてきた固有法から抽出された国体という政治原理」として捉えられるのは、その通りであるように思われる。そして「歴史的に形成されてきた固有法から抽出された国体」という把握方法は、おそらく八東における一種の「普遍性」を立証するものであろう。したがって論理的には、八東の国体論もまた「普遍性」をもつことになろう。その場合、内田教授が「固有法」という以上、そこで語られる「歴史」とはわが国の「歴史」そのものにほかならない。果たして、八東「国体論」にどのような「普遍性」があるのだろうか。直接八東にきこう。彼はこういつている。すなわち、「國體ノ基礎」は「祖先教」にある<sup>184</sup>。「祖先ノ靈ヲ崇拜」することは「他ノ文明諸國」にもあったが、それが必ずしも「建國ノ基礎」とはならず、あるいは「祖先教ノ影響早く既に往時ニ其趾ヲ絶チシカ如シ」<sup>185</sup>。にもかかわらず「我國ハ尚今日ニ至リ

182 内田・前掲書（前注11）338頁。

183 内田・前掲書（前注11）338-339頁。

184 八東「家制及國體」（1892年〔明治25年〕）前掲書『穂積八東博士論文集』（前注54）274頁。さらに八東「國體ノ異説ト人心ノ傾向」（1912年〔大正1年〕）同『論文集』956頁以下も参照。

185 八東・前掲「家制及國體」（前注184）同頁。

テ之ヲ建國ノ基礎トスルコト外國ニ異ナル所以」である<sup>186</sup>。つまりは「法制」＝「國體」の「源」は、あくまでも「家」あるいは「家族ノ關係ニ存スル」とされる<sup>187</sup>。その認識自体は正当でありうる。しかし「國體」の「源」あるいは「起源」と、「國體」形成の原動力とは自ずと区別されて然るべきものであろう。本稿で「国家論」そのものに深く言及することはできないが、およそ以下のように言うことはできよう。すでに本稿前注187でも指摘したように、八東のいう「國家」ないし「國體」の歴史的形成過程及

186 八東・前掲「家制及國體」（前注184）同頁。

187 八東・前掲「家制及國體」（前注184）同275-276頁。ここで八東は、賢明にもモルガン（1818-1881年）に注目している（八東275頁）。すでにエンゲルス（1820-1895年）も、モルガンに影響を受けつつ著名な『家族、私有財産および國家の起源』（1884年）を書いた。そこでエンゲルスは、「母権制の転覆は女性の世界史的な敗北であった」という有名な言葉に続けて、「近代の家族」が「奴隸制（servitus）だけでなく、農奴制をも萌芽としてふくんでいる」のであり、「近代家族」それ自体の中に、つまりはその男性による女性支配のうちに、「のちに社会とその國家とのなかで広く発展してゆく諸対立のすべてを、縮図として含んでいる」（傍点いずれも原書）というマルクスの見解（「古代社会ノート」合同出版の翻訳書51頁）に注目している。全集21巻62-63頁参照。女性の男性への従属が、「集團婚から発生する母権制家族」と「近代世界の個別家族」との間の過渡的段階として「家父長制世帯共同体」が形成され、その集合体としての部族間戦争等を通じて「奴隸制」が生み出された。奴隸制度を基礎として、人類生命の前提である経済活動＝生産活動の起点としての「農耕」のための労役が利用された。その、余剰的富の獲得を巡る権力闘争が始まった。その帰結が「國家」であった。そのような意味での「臣民」をしまりあげる「巨大な複雑な一機械」としての「ローマ國家」について、エンゲルス・前掲論文149頁を参照。上記エンゲルスの視点は、「近代」が個人の自由と平等を旗印としながら、男性のための自由＝夫婦不平等（妻の行為能力制限）を平然と肯定してきた<自己矛盾>を深く抉り出している。ここには、近代の「普遍性」を貫貫する歴史的な「特殊性」が個別的に描き出されている（いちいち触れないが、イギリス、フランス、ドイツそして日本等での夫婦平等の確立時期の個別性・特異性に注目すべきであろう）。そのような意味を込めて、エンゲルスは「比較法学」の「重要な一進歩」に言及するのである。エンゲルス・前掲論文63頁参照。ただしエンゲルスが、「比較法制史」に言及するのではない点に、くれぐれも留意されたい。この「比較」と「歴史」との相互関係については、本稿後述〔補論〕で触れる。

び論理的形成原理においては、男女不平等（男性による女性への権力的支配）と不可分な「家父長制的家族制度」（長男子単独支配型の家制度）と、その集合体からなる部族間の闘争の所産としての「奴隷制度」が存在した。その「奴隷」を農耕等に使役することから余剰な富が形成され、それをめぐる——もっぱら男性による——権力闘争が生じた。その結果、権威的組織体（エンゲルスの言葉によれば「巨大な複雑な一機械」。本稿前注187参照）としての「国家」が生じた、と言ってよからう。「國體」は、その「国家」の日本的な言い換えにほかならない。なるほど八東の思考には、固有の「祖先祭祀」的家制度論と「國體」論はあったものの、それを乗り越える歴史的視点・経済構造的視点はほぼ欠落していたように思われる。だから八東は、至極平板に次のように言うのである。——「歐洲ノ歴史ヲ讀ンテ其經歷ヲ見ルトキハ各國ノ成立ハ唯社會變遷ノ一現象ト云フニ過キスシテ別ニ一定ノ國體ヲ崇敬スヘキ理由ナキナリ、然ルニ我國ノ彼レニ異ナル所ハ唯ニ萬世一系ノ不易ノ君主ヲ戴クト云フノミナラス、祖先教ヲ以テ社會ノ秩序ヲ正フシ祖先ヲ崇拜スルノ教ハ即民族ノ宗家タル皇室ヲ奉戴シテ一國一社會ヲ團結スルト云フノ歴史ニ稀ナルノ法則ヲ數千年間ノ下ニ維持シ得タリト云フ點ニ在リ」<sup>188</sup>（傍点・原書）。この八東の思想が、仮に「歴史的に形成されてきた固有法から抽出された国体という政治原理」<sup>189</sup>と言えるとしても、それは決して「普遍性」を備えたものとは言い難い。たとえ八東のそれを、「日本的」な「普遍性」と言ったところで、説得力ある説明になっているとは思われない。それは、「特殊」・「個別」的な日本的「國體」論を、あくまで「普遍」的と強弁するに等しいように思われる。

188 八東・前掲「家制及國體」（前注184）285頁。なお八東・前掲論文「國體ノ異説」（前注182）964-965頁では、「此ノ度ノ二三學者ノ異説」において「若シヤ政黨ノ味方トシテ皇位主權否認論ナトヲヤラレテハ、政黨ハ實ニ難有迷惑ノ極テアル」、「曖昧複雑難解ナル獨逸風ノ君主機關説ナトヲ假ル必要ハ更ニナイノテアル」などと述べている。

189 内田・前掲書（前注11）338頁。

(3) 八束「國體」論における「歴史主義」の思想的位置づけ及びサヴィニー「歴史法学」と「ロマン主義」との関連性

それでは、上記八束の「國體」論が、「固有法から抽出された」ものであるとして、それに「規範的な力を認めるという考え方は、まさに歴史法学（歴史主義）」であり、「一つの民族の歴史の中にこのような原理を見出すのはドイツロマン主義ともつながる」という内田教授の見立てはどうか。なるほど、たとえばサヴィニーの「歴史法学」が、その言うところの「有機的」(organisch)とか「民族精神」(Volksgeist)及び「民族の有機的現象」(die organische Erscheinung des Volks)、あるいは「歴史的に生成されたものが「必然的」であり、それ自体の内において理性的である」(das historistische Gewordene sei „notwendig“ und in sich vernünftig)という言葉<sup>190</sup>によって、シェリング(1775-1854年)の「ロマン主義的・観念論的哲学」(die romantische-idealistische Philosophie)との関連性が想定されたりする<sup>191</sup>。なるほど、そのような「想定」の可能性は排除され

190 Savigny, System, Bd. 1 (Fn. 22), S. 9 und S. 15 sowie S. 22, 24. Vgl. Jan Schröder, Savigny (Fn. 28), S. 354-355.

191 Vgl. Schröder, Savigny (Fn. 28), S. 355. これとの関連で、シェリングが、ノヴァーリス(1772-1801年)、ヘルダーリン(1770-1843年)、クレメンス・ブレントナーノ(1778-1842年)らの「ドイツ・ロマン主義者」と共通性をもつことも説かれている。笹倉秀夫『思想の根源的視座』(2017年)101頁参照。なお、その頁注68で笹倉教授は、ルカーチ(1885-1971年)のノヴァーリス論に注目し、ノヴァーリスの「主観主義の極端な尖鋭化、一切の社会的束縛からの離脱」が容易に「その反対物に轉化する」のであって、それは「宗教的信仰への「死の跳躍」の陶醉」となり、かつまた「中世への熱中」を通じて「封建的絶対主義の復興に同盟することの象徴となった」という視点を紹介する。ルカーチ(道家忠道=小場瀬卓三〔訳〕)『ドイツ文學小史』(1951年)69-71頁参照(原書初出は1945-1947年)。なおルカーチ「ロマン派の生の哲学について——ノヴァーリス」(1911年)同『著作集1・魂と形式』(1986年)82頁以下、特に90-91頁は、ゲーテの、いわばギリシャ主義的・共和主義的「個人主義」(ルカーチ・前掲89頁)に対し、ロマン派のそれが「わがままで、意識的で、妥協を知らない」ものであり、もって「個人主義を限界にまでおし拡げる」ことにより「究極の調和を得よう」とする、と述べる(ルカーチ・前掲91頁)。だからノヴァーリスにとつて

えない。だからといって、仮に内田教授がサヴィニーの法的思考をもって「歴史法学」(歴史主義)と規定<sup>192</sup>した上で、さらに「ドイツ・ロマン主義」との関連性を肯定するのであれば、問題は残る。なぜなら、サヴィニーの

「個人主義」と調和すべき「道徳」は「詩」(ポエジー)であり、「道徳」の究極的源泉が「国家」である以上、国家主義への郷愁的な逃避に陥りやすい。かくして「ノヴァーリス」は「芸術至上主義といったものではなく、一様の汎詩論(パンポエティスムス)」という非合理主義的思考の内に身を沈めていくのである。ルカーチ・前掲92頁参照。ルカーチが、彼の若い時代からゲーテとロマン派との「分岐点」を、「個人主義」の捉え方如何に求めていたことは注目に値する。それゆえ、その後ルカーチは、ゲーテそのものに関して偉大な業績を残し、ゲーテの「個人」と「社会」・「国家」との関係における思想的相克を経た上での「健全性」と「哲学的普遍性」、そしてそれゆえゲーテの「ロマン主義」もつ非合理主義的思想からの訣別を論証したのである。ルカーチ「ゲーテとその時代」(1934年)同「著作集4」(1986年)59-448頁。Vgl. Lukács, Goethe und seine Zeit, 1934, in: ders. Deutsche Literatur in zwei Jahrhunderten, 1964, S. 41-184. なおこの点に関連して、本稿後注200も参照されたい。

192 内田・前掲書(前注11)107頁以下は、「歴史主義の時代のドイツ法学」を論じつつ、その代表的学者としてサヴィニーを詳しく取り上げている。ただし、「歴史法学」として内田教授が指摘しているのは、サヴィニーの弟子ヤーコブ・グリム(1785-1863年)に限られている。内田・前掲書109頁。なおヤーコブ・グリムは著名なゲルマニステンであって、サヴィニーと異なり「法学」を「完全なる厳密性をもつものではない」とし、法学と歴史学・言語学との並列化を図ろうとした。堅田剛「ヤーコブ・グリムとその時代——「三月前期」の法思想」(2009年)88-89頁。その箇所では堅田剛(1950-2015年)は、グリムの立場に共感を示している。なおゲルマニステンの巨匠ギールケが、歴史法学の代表者を、サヴィニーではなく「ゲルマニストとしてのグリム」に求めたという堅田の一文の中にも、そのことが強く示唆されている。堅田剛「歴史法学研究——歴史と法と言語のトリアーデ」(1992年)248頁参照。ちなみに近時、フレデリック・C・バイザーは、サヴィニーの「歴史法学」の思想史的な多面性を踏まえながら、こう言っている。すなわち、なるほどサヴィニーは歴史と哲学の両方に偉大な重要性を付与した。とはいえ、彼の窮極の理想はあくまで「両者の統合」(their synthesis)にあった、と。F. C. Beiser, Savigny and the historical school of law, in his „The German Historicist Tradition“, Oxford, 2011, p. 232. 要するにバイザーは、サヴィニー法学における「歴史と哲学との二側面」(both the historical and philosophical sides of jurisprudence)をいかに位置づけるか、それを問おうとしている。サヴィニーを「歴史主義」の内に閉じ込め、そこで終始させるのではない。

「歴史法学」の基本スタンスは、ロマン主義にそのまま直結するものとは断定しえないからである（その際、おそらく「初期ロマン主義」と「後期ロマン主義」との対比も問題となろう。この点、本稿後注200参照）。たとえば原島重義教授によれば、この本質は、サヴィニーとカント及びヘーゲルの結びつけ方如何にあるとされる<sup>193</sup>。そして、ヘーゲル自体にロマン主義と対立する側面が認められるのであり<sup>194</sup>、さらにカントの「目的論的判断

193 原島「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義——民法研究の途上で（二）」同『民法学における思想の問題』（2011年）236頁参照。

194 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」（前注193）229頁以下参照。なおヘーゲルは、その綱領的作品『精神の現象学（下巻）』（金子武蔵・訳）岩波書店・ヘーゲル全集5巻（1979年）1159頁で、以下のように述べている。——「精神が「我々」に示したのは、それが〔フィヒテにおけるごとく〕ただ単に自己意識としてその純粋な内面性のうちにしりぞくことにとどまるものでもなければ、また〔シェリングにおけるごとく〕自己意識をただ実体のうちへと、また自己意識としてもつ区別のない状態のうちへと沈めこむことにすぎぬものでもないということであり、却って精神とは自己の次のような運動であるということ。「我々」に示したのである。即ちこのさいの自己は自分自身を外化し自分を自分の実体のうちへと沈めこめはするが、それでいて〔一方では〕主体として実体から出て自分のうちへと還帰してしまっており、こうして実体を対象とし内容とすると同時に、〔他方では〕この自己は対象性と内容とが〔自己に対してもつ〕区別（主体たる「自己」が、客観的世界を「客体」として自己から突き放し〔対象化〕せしめ、かつ同時に自己の内に同一化せしめるところの「区別」）を止揚するものである」（亀甲括弧内・原書。傍点及び丸括弧内・引用者）。ここには、ヘーゲル独特の言い回しのうちに、見事に彼の「客観的普遍性」論が示され、よって普遍（世界）と特殊（対象）・個別（自己）の「論理学」が描き出されている。そして同時にヘーゲルは、フィヒテに出発点をもちシェリングによって推し進められた「ドイツ・ロマン主義」を根底的に批判している。「綱領的作品」と言われるゆえんがそこにある。なお、フィヒテ（1762-1814年）とシェリング（1775-1854年）との「連続性」と「相互補完性」については、ハイネ（伊東勉・訳）『ドイツ古典哲学の本質』（1973年改訳版、岩波文庫）222-223頁参照（原書初出は1835年）。なおヘーゲルによる「自己意識としての純粋な内面性」及びその転形としての「内化」（Eriinerung）との対比において「外化」（Enttäuberung）がもつところの「三重性」に深く注目するのが、ルカーチ『若きヘーゲル（下）』（1987年）503-507頁である。Vgl. Lukács, Der junge Hegel, 1948, Bd. 2, Suhrkamp, 1973, S. 830-833. ルカーチはその箇所、若きヘーゲルが、①人間労働と社会との関係を媒介としたドイツ観念論哲学の「客観化」を企図メ

力」<sup>195</sup>の健全な側面を「大論理学」で継承したヘーゲル<sup>196</sup>こそ、サヴィニーが最も影響を受けたとも言いうる、とされる<sup>197</sup>。むしろ、原島教授は「サヴィニーとロマン主義の関係は今後の研究課題である」とも、慎重に断っている<sup>198</sup>。ちなみにサヴィニーが「カントよりもヘーゲルに共通するものが多い」という認識において、原島教授は、Joachim Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, 1984の立場と自己の立場が合致する、と述べている<sup>199</sup>。このリュッケルトの作品は、若きヘーゲルにおける「初期ロマン主義」(the early romantics)との共通性を示唆した上で、なおヘーゲルの「客観的普遍性」を論証しようとするものである<sup>200</sup>。こうして原島教授は、その結論として、カントの「目的

---

ゝしたこと、②マルクスによる資本主義社会における人間労働の自己疎外=「物神化」概念解明のための「準備段階」を形成したこと、③その後の「論理学」における「哲学的普遍性」の骨格をすでに形成していたこと。それら<三重構造>のうちに、ヘーゲル「外化」論の基本的特質を見て取っている。なおルカーチと若きヘーゲルについては、本稿後注243も参照。

195 カント『判断力批判(下)』(1964年、岩波文庫)10頁以下参照(原書初出は1790年)。カントは、その「目的論的判断力」を、『判断力批判』の「第二部」として詳論している。ちなみに、上記岩波文庫(下)は、その全体が「目的論的判断力」の批判・分析・弁証に捧げられている。

196 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」(前注193)238頁参照。なおヘーゲル『大論理学』については、本稿前注106の記述も参照されたい。

197 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」(前注193)227頁及び238頁参照。

198 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」(前注193)238頁参照。

199 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」(前注193)227頁参照。

200 この点、先ほど取り上げたF. C. バイザー(前注192)もリュッケルトの作品に注目する。Beiser, *Savigny and the historical school of law* (n. 192), p. 222 n. 35. そして、その箇所ではバイザーは、サヴィニーが初期ロマン主義(the early romantics)と共通性を持ちながらも、なおドイツ客観的観念論哲学と呼応する性格を有するとするリュッケルトの見解(Rückert, a. a. O., S. 232-299)を紹介している。ただしバイザーは、リュッケルトとは専門領域がはるかに異なるのでその評価が難しい、とも述べる(Beiser, *ibid.*)ともあれ、自由主義的な健全性をなお保持していた「初期ロマン主義」と、それと異質な——家父長的共同体思想と国家主義とを連結せしめる——「後期ロマン主義」との対比が肝心な

な意味をもつ。この点については、Beiser, *Enlightenment, revolution, and romanticism: the genesis of modern German political thought, 1790-1800*, Harvard University Press, 1992, p. 223-224. を参照されたい。これにつき、バイザー(杉田孝夫・訳)『啓蒙・革命・ロマン主義——近代ドイツ政治思想の起源1790-1800年』(2010年)441-442頁も参照。この点において、バイザーの認識は少なくともルカーチのそれと接近する。なおルカーチについては、本稿前注191及び前注194を参照。ちなみに、ここでバイザーのいう、ハインリッヒ・ハイネ(1797-1856年)やアルノルト・ルーゲ(1802-1880年)のロマン主義理解が「記時錯誤的(anachronistic)」ではないかという問題提起(Beiser, *Enlightenment*, p. 224. バイザー・前掲訳書443頁)は、今後に残された検証課題である。特に、そのバイザーの指摘とルカーチとの〈関係〉については別稿を要しよう。ちなみに河上・前掲書『ドイツ市民思想と法理論』(前注24)444頁は、「後進国に特有の市民思想として自己を形成した「ロマン主義」を、「カント、フーゲーに続くサヴィニー」の「国家論」レベルで結合せしめ、もって「過去から未来への不断の有機的発展という理論を踏まえた「民族国家」——しかもそれは権力的契機が捨象され、文化理念的に観念された——の主張」につながった、と述べている。それを、内田・前掲書(前注11)375頁注104は、そのまま肯定的に引用している。しかし河上・前掲書457頁注98では、「ロマン主義的国家思想」と「政治的ロマン主義」を厳密に区別しているところ、内田・前掲書にはそのような区別はない。むしろここでは、河上・前掲書それ自体の内に、上記バイザーにおけるような「初期ロマン主義」と「後期ロマン主義」との対比がないことを指摘しておけば足りよう。ちなみに、かのゲーテ(Johann Wolfgang von Goethe, 1749-1832)と「ロマン主義」との関連性も、しばしば語られるところである。たとえば、高橋義人「ゲーテとロマン主義」伊坂晋司=原田哲史『ドイツ・ロマン主義研究』(2007年)122頁以下、森淑仁「ゲーテと「造形芸術論」」伊坂晋司=森淑仁(編)『シェリングとドイツ・ロマン主義』(1997年)187頁以下及び河上・前掲書291頁参照。しかしながら、これに対しては晩年のゲーテ自身の言葉——「古典的なものは健康であり、ロマン主義的なものは病的である」(高橋・前掲論文133頁の文章を借りた)という一文が想起されて然るべきであろう。この点、ゲーテは、エッカーマン(山下肇・訳)『ゲーテとの対話(中)』(1968年、岩波文庫)68頁で、以下のように述べている。——「私(ゲーテ)は健全なもの(das Gesunde)をクラシック、病的なもの(das Kranke)をロマンティックと呼びたい。そうするとニベルンゲンもホメロスもクラシックということになる。なぜなら二つとも健康で力強いからだ。近代のたいていのものがロマンティックであるというのは、それが新しいからではなく、弱々しくて病的で虚弱だからだ。古代のものがクラシックであるのは、それが古いからではなく、力強く(stark)、新鮮で(frisch)、明るく(froh)、健康(gesund)だからだよ」。J. P. Eckermann, *Gespräche mit Goethe in dem letzten Jahren seines Lebens*,

論的判断力」の継承者ヘーゲルの「客観的普遍性」の思想と呼応する形で「サヴィニーが近代的な市民法の骨組みをつくろうとした」と明確に述べている<sup>201</sup>。また石部雅亮教授によれば、サヴィニーは「ドイツの観念論哲学の学問観の影響を受けつつ、実定法の歴史的素材に基づいて、法の全体的関連を明らかにしようとするもの」であり、その作業は「歴史的方法と体系的方法の結合」にあった、とされる<sup>202</sup>。その上で石部教授は、サヴィニーの理論的作業の重点が「ローマ法を革新すること」に置かれたと述べ、さらにその帰結は「法」とくに「私法」が「個人にとって、各人の意思に

---

1835, Hrsg. v. C. Michael unter Mitwirkung v. H. Grütters, 1999, S. 324. 加えて「初期ロマン主義の芸術理論とゲーテとのそれはその諸原理において対立している (Die Kunsttheorie der Frühromantiker und die Goethes sind in den Prinzipien einander entgegengesetzt)」(傍点及びイタリック・引用者) という印象的な書き出しからはじまる、ヴァルター・ベンヤミン (高木久雄・訳) 「初期ロマン主義の芸術理論とゲーテ (Die frühromantische Kunsttheorie und Goethe)」(1919年)、ベンヤミン著作集4 「ドイツ・ロマン主義」(1970年) 所収129頁以下のゲーテ論も参照される必要があるだろう。Walter Benjamin, *Der Begriff der Kunstkritik in der deutschen Romantik*, herausgegeben von Uwe Steiner, Suhrkamp, 2008, S. 121-131. さらにトーマス・マンも、1945年5月29日の講演で、上記ゲーテの言明(「古典的なものは健康であり、ロマン的なものは病的である」)に依拠しながら、「後期ロマン主義者ニーチェ」を素材に、独自のロマン主義批判を展開している。トーマス・マン「ドイツとドイツ人」同(青木順三・訳)「講演集・ドイツとドイツ人」(1990年、岩波文庫) 33頁以下を参照。ちなみに、同書35頁でマンは、「ヒトラーのような男の水準にまで墮落して、ドイツのロマン主義はヒステリックな蛮行となり、傲慢さと犯罪との陶酔、痙攣となって爆発しました」と述べている。この点、特に第一次世界大戦後のワイマール期、ドイツ・ロマン主義と共に歩みつつロマン主義の内部で文学的な成長を遂げてきたトーマス・マンにとって、この文章は悲痛な自己批判を内在せしめたものであった。そしてナチスドイツの無条件降伏直後の上記講演で、マンは、同じドイツ人たる文学の巨匠ゲーテのロマン主義批判を、いわば切ないばかりの「希望のよりどころ」として、ドイツとドイツ人の将来的展望の思想的な出发点に据えたのである。

201 原島・前掲「ヘーゲルとドイツ・ロマン主義」(前注193) 235頁。

202 石部「歴史法学」石部雅亮=笹倉秀夫(共著)『法の歴史と思想——法文化の根柢にあるもの』(1995年) 114頁。

内在する力の自由な発展を保障する」という点に見出される、と述べている<sup>203</sup>。

#### (4) 八東「國體論」・「家族制度論」の〈普遍性〉をめぐって

上記のような原島・石部両教授の所説に対し、内田教授はいかに反論するだろうか。仮に反論不可能であるとすれば、八東の思想＝「國體」論が「西洋的思考の中にあり、非西洋的で異端な独自思想ではない」という内田教授の結論は成り立たないであろう。加えて「日本の家制度の普遍性という八東の主張は、陳重となんら異ならない」とする内田教授のスタンスは正当だろうか。「日本の家制度」の「普遍性」とは、一体どういうことだろうか。これにつき、八東は、「家制度」が「西洋古代にも存在した普遍性のある制度であると強調する」<sup>204</sup>という内田教授の理解の仕方自体が根本的に問題にされるべきであろう。内田教授の論理でいけば「西洋古代」にも「奴隸制度」があったから、現在なお「奴隸制度」が「普遍性」をもつことになりかねない（すでに本稿前注104で指摘したことでもある）。この点に照らし、八東そして内田教授の「普遍性」理解は、あまりに形式的にすぎるように思われる。それゆえ、「家族国家観に基づく国体と国民の福利の増進を結びつける八東の議論」は、「陳重なら、おそらく、社会力による進化が国民の福利増進に資する方向での国体の変容をもたらすと説明するだろう」という内田教授の所説についても問題がないとは言えない。なるほど、内田教授も言うように、八東にあって「国民の福利」自体が頭から否定されたわけではない<sup>205</sup>。しかるに、翻って陳重によれば「社会力

203 石部・前掲「歴史法学」（前注202）114-115頁参照。

204 内田・前掲書（前注11）337頁。

205 八東によれば「個人ノ自由ト福利」は——あることはあるのだが——「個人ノ利益ト社会ノ利益ト相衝突スルトキ」は「権力ヲ以テ私益を壓制スルハ社会進化ノ常道」であり、おのずと「国民ノ福利」も「制限」されるべきである、とされる。八東「法ノ社會的作用」（1903年〔明治36年〕）・前掲書『穂積八東博士論文集』（前注54）634頁以下、特に636頁参照。

による進化が国民の福利増進に資する方向での国体の変容をもたらすと説明するだろう」(傍点・引用者)と推測することも問題性を孕むに違いない。なぜなら、そのような「陳重」評価自体、消極的に解される余地が出てくるからである。それはどういうことか。すでに指摘したように、少なくとも晩年の陳重は、「我皇國に於て、國家の構成分の最小單位である個人は各家に属して其家祖を祭り(中略)全國民は畏くも皇室を「おほやけ」と仰ぎ奉り、日本全國民が恰も一大家族として皇祖皇宗を崇敬せり」(傍点・原書)と主張していたからである(本稿前注113に対応する本文を参照)。そして、その息子・重遠は、戦後の象徴天皇制もまた「帝國憲法」下の「天皇制」ともども「國民の確信」によって支えられている点では同じであるとし、戦後の「憲法が直ちに日本の國體を変更したときめこむわけには行かない」と述べているからである<sup>206</sup>。この重遠の思想を父・陳重が規定していると考えうる限りにおいて、陳重自身「社会力による進化が国民の福利増進に資する方向での国体の変容をもたらす」(傍点・引用者)と考えていたであろうと「推測するわけには行かない」ように思われる<sup>207</sup>。併せて、内

206 重遠「法律の上に道徳がある」財団法人社會教育協會「公民教育講座第一輯・政治編」(1948年)所収17-18頁を参照。拙稿・前掲「法社会学論争」の教訓(四)」(前注126)333頁注49でも同じことを示している。

207 なお内田・前掲書(前注11)361頁は、こう言っている。——「当初、西洋法学は日本を近代化する手段であると同時に、日本の伝統を否定しないための武器として受容された。それは、普遍的と考えられた西洋の理論的枠組の中で自己の存在を主張するための、先人たちの切実な要求だった。しかし、陳重や八東たちが去って間もなく、彼らが行なった、西洋の普遍的な土俵の上での日本の伝統の正当化は、次第に西洋の土俵を無視してなされるようになる。同時に、彼らが西洋化の中で守ろうとした伝統は、異論を権力で圧殺する方向へと進んでいった。その歴史の進路は、陳重や八東が切り拓いた道の必然的な到達点だったのだろうか。それともどこかの岐路で道を誤ったのだろうか」。この内田教授の問題提起はきわめて重要である。現在の民法学者のすべてが共有すべき課題意識が示されている。同時に本稿の立場からするなら、ある程度の回答もすでに示されているように思われる(要するに、戦前の「歴史の進路」は「陳重や八東が切り拓いた道」の「必然的な到達点だった」こと、それ自体あくまでメ

田教授が陳重の「社会力」論の帰結としての陳重の天皇制論＝「君主制論」をもって「サヴィニーの民族精神あるいはルソーの一般意志を連想させる」<sup>208</sup>と性格規定することも、問題がないとはいき切れない。なぜなら——すでに指摘したように——サヴィニーのいわゆる「民族精神」(Volksgeist)において、「国家とは、原初的に、かつまたその自然的性格に基づき、人民の中であって、人民により、人民のために存在するものである」(der Staat ursprünglich und naturgemäß in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk entsteht) という認識とあくまで整合的でありえたからである<sup>209</sup>(イタリック・引用者)。ここでは、サヴィニーによって直線的に「君主制」支配の肯定論が示されているわけではない<sup>210</sup>。かつまたルソーの「一般意志」(volonté générale)についても、ルソーが「全人民という団体」の中で「社会契約」を捉え、「政治体または主権者は、その存在を社会契約の神聖さからのみ引き出す」(傍点・引用者)とされている点に深く留意すべきであろう<sup>211</sup>。そしてかかる「社会契約の神聖さ」こそは、「各構成

---

、否定しようのない事実であった、と考える)。もはやここでは、これ以上立ち入ることを避けよう。ただ、本稿末尾の〔補論〕が参照されることを望むのみである。

208 内田・前掲書(前注11)222頁。

209 本稿前注22に対応する本文中のサヴィニー原文を、前注24で示した戒能通孝のサヴィニー論ともども味読されたい。

210 むしろサヴィニーの「民族精神」は、民族を構成する「市民」の法的に画定された自由領域権利を保護する使命を担うものであるがゆえに、「公法」に優先させて「私法」を置き(System, Bd.1 (Fn. 22), S. 2)、その「私法」によって一定の自由領域が個人の意思に割当てられている(angewiesen ist)と述べ、法関係(Rechtsverhältnisse)の第一階層に属するものとして諸個人の「所有権」を位置づけ、それを規範的・体系的に描き出している(System, Bd. 1, S. 333-334)。ここにサヴィニーにおけるロマン主義的要素はない。また「君主制」を肯定するための論理とも無関係である。サヴィニーの言葉遣いの「ロマン主義」的色彩の有無と実質的・内容的な「ロマン主義」の有無とは厳密に区別されるべきであろう。なお、サヴィニー国家論と民族概念及び「個人」との関係につき、本稿前注24も参照。

211 ジャン・ジャック・ルソー(桑原武夫=前川貞次郎・訳)『社会契約論』(1954ノ

員の身体と財産を、共同の力のすべてをあげて守り保護するような、結合の一形式を見出すこと。そうしてそれによって各人が、すべての人々と結びつきながら、しかも自分自身にしか服従せず、以前と同じように自由であること」(傍点・引用者)という「根本的な問題」を、ルソーが市民による市民のための「社会契約」と一体不可分に捉えていたことの「証し」であった<sup>212</sup>。そのような、ルソー『社会契約論』における「市民」と「市民社会」・「市民国家」との関係づけにおける客観的普遍性の承認にこそ、私たちはより深く学ぶ必要があるのではないか<sup>213</sup>。したがって、サヴィニー

---

、年、岩波文庫) 33頁参照。なお、ルソー『社会契約論』(Le Contract social)の初版は、1762年刊行である。

212 ルソー・前掲書『社会契約論』(前注211) 29頁及び31頁の観点を参照。ルソーによれば、集合概念としての「人民」(Peuple)の自律的結合行為からなる国家こそ「共和国」(République)であり、その構成員を個々的にみるとき、それは「市民」(Citoyens)にほかならない。その「市民」は、常に「すべての人々と結びつきながら」、かつまた同時に「自分自身にしか服従」せず、よって初めて「自由」を享受しうる公的存在であった。そこに裸の「個人主義」はなかったはずである。ここにヘーゲルのいう「人格の原理の普遍性」(本稿後注213)と通ずるところの、他者との共感に結びつけられた「自己愛」の承認がある。これは、ルソーにおいて人為的悪としての「自尊心」への墮落とは決定的に区別されるべきものであった。たとえば桑原武夫『ルソー』(1962年、岩波新書) 69-70頁参照。

213 このようなルソーによる客観的普遍性の承認を、その後ヘーゲルはきわめて高く評価し、かの「一般的意志」を、あえて「普遍的意志」と言い換えている。ヘーゲル(松村一人・訳)『小論理学(下)』(1952年、岩波文庫) 129頁及びヘーゲル全集1(真下信一=宮本十蔵・訳)『小論理学(哲学大系1・改訳版)』(1996年) 412頁参照(なお本稿での引用は松村一人の訳に従っている)。Vgl. Hegel, Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften, I, Die Wissenschaft der Logik, Suhrkamp, 1817, S.313. 同時に、この箇所ではヘーゲルが、「形式的」かつ「抽象的」な「普遍」をはねつけ、つまりは彼にあって肯定的な「普遍」とは「特殊が独立の存在を持っている(単なる)共通なものとは違う」(括弧内・引用者)こと、言い換えれば、様々な、その意味で特殊な「対象」=個別を、単に「共通項」で括るという「形式的普遍性」を根本的に否定していること。その上でヘーゲルにとって、「真の普遍」とは「自ら特殊化するものであり、他者のうちにあるながらも、曇りのない姿で自分自身のもとにとどまっているものである」と規定していることに、最大の注意が払われるべきである。だからこそ、ヘーゲル

の「民族精神」及びルソーの「一般意志」を、容易にロマン主義と結合せしめたり、あるいは陳重の天皇制＝君主制肯定論を導くところの「社会力」概念と関連づけるのは、よほど慎重であって然るべきであるように思われる。

以上、筆者（川角）は「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」というテーマを辿ってきた。もしかすると本稿は、筆者独特の図式的な割り切りによって根本的な欠陥をもつのかもしれない<sup>214</sup>。他方、学問的になにが

---

、ゲルにあって「国家」や「法」も普遍的存在でありつつ、同時に「人格の原理は普遍性である」（das Prinzip der Persönlichkeit ist die Allgemeinheit）と規定しえたのである。松村訳128-129頁、真下＝宮本訳411-412頁参照。Vgl. Hegel, Die Wissenschaft der Logik, a. a. O., S. 312. なおヘーゲル『大論理学』においても「普遍性」理解につき同旨のことが説かれている。このことについては本稿前注106を参照。このようなヘーゲルによる「客観的普遍性」への追求は、若きヘーゲルにおけるシェリングとの決裂（der Bruch mit Schelling）、そして「世界的偉大さ」（die weltgeschitliche Größe）とも形容される彼の「哲学的客観性」（die philosophische Objektivität）の高みを希求する姿勢と不可分一体であった。ルカーチ・前掲書「若きヘーゲル（上）」（前注52）208-209頁及び「若きヘーゲル（下）」317頁以下参照。Vgl. G. Lukács, Der junge Hegel, 1948, Bd. 1, Suhrkamp, 1973, S. 179-180 und Bd. 2, S. 655 ff. なお、本稿での「普遍性」の捉え方については、後述〔補論〕「本稿考察への一つの補遺」も併せて参照されたい。

214 たとえば、明治初期の日本が「不平等条約」の下に置かれ、かくて、少なくとも「対等の国家と認められていないという不平等意識が当時の国政を動かし、西洋の法制度や法学の導入を促進したという事実」（内田・前掲書〔前注11〕138頁）は、これを無視できないであろう（なお、それと関わりを持つ陳重の国際会議の場での「プライド」表明につき、内田・前掲書197頁を参照）。その課題に、本稿が如何に答えるかということは、なお残された問題のひとつである。にもかかわらず、本稿では陳重・八束兄弟の法思想のもつ「普遍性」の特殊性をやや具体的に指摘することによって、その課題にもある程度答えたものと考えている。なるほど「開国して間もない極東の小国が、清国を打ち破ったかと思う間もなく、大国ロシアに挑んでいる」（内田・前掲書197頁）という捉え方は、一つの見識の発露であろう。だから、おそらく内田・前掲書は、陳重らの「プライド」表明を強く押し出しもするのだろう。しかし、「不平等条約」の解消の仕方にせよ、その後の西洋法「受容」の仕方にせよ、さらには「帝国憲法」体制の構築の仕方にせよ、「明治民法典」の構想と制定の仕方にせよ、もしかす

しか積極的意味を持ちうるとしたなら、すでにそれだけで本稿の目的は達成されたものと言わなければならない。多くの未熟な点は、挙げて筆者の責任である。最後にこのことを記し、本稿を閉じる。

〔補論〕本稿考察への一つの補遺

(1) 序論——ヘーゲルにおける「普遍」・「特殊」・「個別」の論理学

本稿で筆者は、幾分「哲学」的とも言える考察を試みた。それは、すでに指摘したように、陳重の〈法思想〉に彼固有の哲学的側面があるからであった。そして、そうであるからには、それに対応して筆者なりの哲学的思考をそれに対置する必要があったからである。むろん本稿の見解それ自体は、なお多面的な論証を必要としており、その多くは今後の課題とせざるをえない。ただし「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」というテーマの哲学的な位置づけ方との関連で、以下の文章だけは「本稿考察への補遺」として書き記しておきたいと思う。まず、近代的な国家・社会・個人に関わる論理学的思考形態における「普遍性」と「特殊性」・「個別性」との関連で、ヘーゲルの見解に改めて留意しておくべきであると考えている。彼はこう言っている。——「太陽系がそうであるように、実践的なもののうちでは、例えば、国家は三つの推論からなる体系である。(1) 個(個人)はその特殊(肉体的および精神的な諸要求、これがそれだけで完成されたものが市民的社会bürgerliche Gesellschaftである)を通じて普遍(社会、法、法律、政治)に連結される。(2) 個人の意志、その活動が媒介者であって、これが社会、法、等々に即して諸要求に満足を与え、また社会、法、等々それ自体に達

---

ると陳重＝八東の路線とは異なったアプローチの方法がありえたのではないか。だからこそ、福島正夫は、その対抗軸として小野梓(1852-1886年)の〈法思想〉に注目したのではないか。この点、本稿前注116とそれに対応する本文を参照。いずれにせよ、本稿で論じ残した問題は、たしかに数多く存在する。今後それら諸課題については、可能な限り、別稿において考察したく思う。なお、後述・本稿〔補論〕の考察もある程度意味もちうるかも知れない。一説を乞う。

成と実現とを与える。(3) 普遍的なもの(国家、政府、法)が実体的な媒介項であって、そのうちで諸個人および諸個人の満足は、その充実せられた實在、媒介、および存立を持ち、かつ維持する。これら三つの規定の各々は、媒介によって他の端項と連結されることにより、まさに自分自身と連結され、自己を生産するのであって、この生産が自己保存である」<sup>215</sup>(括弧内及び傍点・原書)。このヘーゲルの記述において、見事に近代的な意味での「普遍」と「特殊」・「個別」との関連性が社会的スケールで描き出されている(少なくとも「太陽系」と「国家」をパラレルに捉える観点は、カントを受け継いだヘーゲルならではのものである)。そのヘーゲルの客観的普遍性への断固たる確信から、われわれは「市民法」固有の法的確信をも見出すべきであるように思われる。同時にヘーゲルの独特な言い回しのうちに次のジョン・ロックの観点<sup>216</sup>を繋ぎ合わせてみるのが有益であるかも知れ

215 ヘーゲル(松村・訳)『小論理学(下)』(前注213)191-192頁及びヘーゲル全集1(真下=宮本・訳)『小論理学』(前注213)469-470頁参照。Vgl. Hegel, Die Wissenschaft der Logik (Fn. 214), S.356. 参考までにヘーゲルの原文を掲げておく。“Wie das Sonnensystem, so ist z. B. im Praktischen der Staat ein System von drei Schlüssen. 1. Der *Einzelne* (die Person) schließt sich durch seine *Besonderheit* (die physischen und geistigen Bedürfnisse, was weiter für sich ausgebildet die bürgerliche Gesellschaft gibt) mit dem *Allgemeinen* (der Gesellschaft, dem Rechte, Gesetze, Regierung) zusammen; 2. ist der Wille, Tätigkeit der Individuen das Vermittelnde, welches den Bedürfnissen an der Gesellschaft, dem Rechte usf. Befriedigung, wie der Gesellschaft, dem Rechte usf. Erfüllung und Verwirklichung gibt; 3. aber ist das Allgemeine (Staat, Regierung, Recht) die substantielle Mitte, in der die Individuen und deren Befriedigung ihre erfüllte Realität, Vermittelung und Bestehen haben und erhalten.”(イタリック・原書)。言うまでもなく、ヘーゲルにあって「普遍」・「特殊」・「個別」の三者は、常に分ちがたく相互に関連づけられている。ヘーゲル・前掲書『小論理学(下)』(松村・訳)162-170頁、(真下=宮本・訳)441-449頁を参照。Vgl. Hegel, a. a. O., S. 334-341.

216 以下の引用は、ロック(鶴飼信成・訳)『市民政府論』(1968年、岩波文庫)による。John Locke, Two Treatises of Government, 1690, Introduction by Professor W. S. Carpenter, Last reprinted 1975も参照。

ない。

(2) ジョン・ロック「市民政府論」とヘーゲル論理学との〈統合〉  
の試み

まず、あらかじめロックの所論を整理しておけば、こうである。——「私のものであった労働がそれに対する私の所有権を確立したのである」<sup>217</sup>、「この（市民）社会の主要な目的は所有の維持にある」<sup>218</sup>、「契約によって彼らはみな平等であり、後に同じく契約によって彼らが自分に対する支配者を定立したのである。それ故彼らの政治社会はすべて自発的結合と、そうして自分の支配者と政府の形態とを自由に選択する相互的契約（mutual agreement）からはじまったのである」<sup>219</sup>、「人々は政府の起源と権利とを一層注意深く検討し、またその権力の踰越を制限し、乱用を防止する方法を発見することが必要であると感じた」<sup>220</sup>、「政治団体は、人民の同意（the consent of the people）以外の基礎をもつことはあり得ない」<sup>221</sup>のであり、したがって「絶対主義的王国は、どんな構造であろうと、市民的社会（civil society）の一種では決してあり得ない」<sup>222</sup>、「政府の目的は、人類の福祉にある。ところで、人民がいつも専制政治の無限界な意志にさらされているのと、もし支配者たちが、その権力行使に当って法外なものになり、その人民たちの財産の保存ではなしに、破壊のためにそれを用いる場合に

217 ロック「市民政府論」（前注216）34頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 130.

218 ロック「市民政府論」（前注216）87頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 158.

219 ロック「市民政府論」（前注216）106頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 167-168.

220 ロック「市民政府論」（前注216）116頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 173.

221 ロック「市民政府論」（前注216）178頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 206.

222 ロック「市民政府論」（前注216）176頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 206.

は、これに抵抗してもよいというのと、どちらが人類の最善の福祉にかなうだろう」<sup>223</sup>、「人民が審判者となるべきである（The people shall be judge.）。何故なら、彼（人民）の受託者もしくは代理者が正当に、また彼に与えられた信任にしたがって行動しているかどうかを審判するものは、彼に代理を委任した本人（人民）、すなわち、その者が信任にそわなかった場合、依然として彼を罷免する権力（a power to discard him）をもっている者（人民）以外の誰であろうか」<sup>224</sup>（傍点は、いずれも鶴飼・翻訳版による。ただし、括弧内・引用者）。

以上のロックの思想は、きわめて平明であって、大変分かりやすい。ただその分、いくらか単純であり、ヘーゲルのような思想の深みに欠ける。この点、われわれは、ロックとヘーゲル相互の長所を連結させ、両者を統合し、発展させていくべき「学問的責務」を負っているのではないだろうか。そのような観点からすれば、ヘーゲルが国家の「三つの要素」として挙げた事柄は、おそらく次のように言い換えられよう。すなわち、（1）個（個人）はその特殊（肉体的および精神的な諸要求）を実現するため、つまりは自己の「労働」の成果たる「所有」を守り擁護するため、市民契約＝「社会契約」によって普遍的な市民的社会（bürgerliche Gesellschaft）を創りあげた。それを通じて「市民的社会」は、同じく普遍的な市民的国家、市民的法・法律及び市民的政治に内面的に連結される。（2）個人の意思、活動（「労働」）が媒介者であって、これが社会、法、等々に即してそれらの諸要求に満足を与え、かつまた社会、法、等々そのものに達成と実現とを与える。（3）普遍的なものたる市民国家、市民政府、及び市民法が実体的な媒介項として特殊に、しかも個＝諸個人の「意思的

223 ロック『市民政府論』（前注216）229頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 233.

224 ロック『市民政府論』（前注216）241頁。Locke, Two Treatises (n. 216), p. 241.

結合」に規定されながら機能する限りにおいて、その内部で諸個人および諸個人の満足が達成される。その限りで、諸個人の实在と存立、諸個人による媒介が維持され、かつ自己保存される。しかしながら、「普遍」たる市民国家ないし市民政府が「圧政」・「専制」を市民に押しつけ、市民の労働の成果たる所有（権）を不当に侵害するに至るとき、人民はそれに「抵抗」し（いわゆる「抵抗権」）、場合によっては政府を解体し、政府を変更する「革命権」をもつ。その意味での特殊性をもつところの「市民国家」・「市民政府」が新たに、より高い次元で「普遍性」を獲得し直し、そのより高い次元で自己を実現するに至る。その場合の主体は、あくまで市民たる「私たち」である。こうして「普遍」と「特殊」・「個別」という基本的な要素について、われわれが「巨大な思想家たち」から汲み取るべき教訓は限りなく大きい。たとえば、ロックによって思想的に樹立された「労働による私的所有」が、所有者たる市民の自己抑制と自己鍛錬、さらに権力への監視を伴うところの（私的所有の）「限界」への民主的手続に依拠した批判的克服をへて——いわゆる生産手段の「社会的所有」をも乗り越えた——より新たな、より高い次元での「労働に基づく個人的所有」（人々のための公的福利に統合されうるにもかかわらず、そのような公的貢献のうちに「個人的幸福」をも自己実現するところの「個人的所有」）に転化する歴史的時代が到来しないと限らない<sup>225</sup>。そのように「巨大な思想家たち」か

225 Vgl. Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band, 1864, S. 791. Dietz Verlag Berlin, 1980. マルクス『資本論 I b』全集23巻b・995頁参照。マルクスによれば、「資本主義的生産は、一つの自然史的な必然性をもって、それ自身の否定を生み出す」。そして「この否定は、私有を再建しはしないが、しかし資本主義時代の成果を基礎とする個人的所有をつくりだす。すなわち、協業と土地の共同占有と労働そのものによって生産される生産手段の共同占有とを基礎とする個人的所有をつくりだす」（傍点・引用者）とされる。ここでマルクスが、「資本主義時代の成果を基礎」とする「個人的所有」と述べていることに、最大の注意が払われなければならない。マルクスは、実質上ジョン・ロックの理論的到達点をヘーゲルの思想によって鍛え上げた結果として、そのように言っている。レーニンが、ヘーゲルの思想（＝「論理学」）に学ぼうとせよ

ら学び得られる<教訓>を踏まえ、「市民法」を、そのもつ<普遍>の側面においてより具体的に、かつその内実を力強く鍛え上げるという課題。これは、今なお私たち民法研究者に突きつけられた切実な使命（Beruf）にほかならない。

### （3）陳重<法思想>の「法律進化論」との関連づけの仕方＝方法

#### 〔a〕陳重<法思想>の学び方

本稿でとりあげた陳重<法思想>の巨大さも、おそらく哲学や社会政治思想・経済学の「偉大な先人たち」の知的格闘によって生み出された<思想>と正しく関連づけて、初めてその真の学問的意義が再評価されることになるのではないだろうか。この点、すでに指摘したように、陳重によって、その「法律進化論」自体、社会学や政治学・経済学あるいは人類学・心理学等の成果に規定され、それを継承しながら発展していくべきものだと考えられていた点、注目に値しよう（本稿前注93に対応する本文を参照）。そのことを踏まえるなら、いよいよ上記で取り上げた「偉大な思想家たち」から深く学び取ることこそ、陳重の信念にかなった<方法>であるように思われる。その際、おそらく「歴史」と「比較」に関する方法論が深く吟味される必要があるだろう。

#### 〔β〕陳重「法律進化論」における「比較」と「歴史」の相互関係

なるほど、陳重「法律進化論」における「民族法学」・「普遍法史」の立場が、その視野を「ヨーロッパから、広く世界の国々に拡大したこと」、さらに「法解釈学の壁を破って、法学に自然科学・社会科学の方法と成果を受け容れようとしたことは評価すべきであろう」とされる<sup>226</sup>。ところが同時に、①「最近我が国でも地歩を固めつつある比較法文化論は、もはや

---

ゝずにマルクス「資本論」の意義が分かるはずがないと警告したのも（本稿前注51）、まさしく、このゆえによる。

226 石部雅亮「穂積陳重と比較法学」大木雅夫先生古稀記念「比較法学の課題と展望」（2002年）107頁以下、特に125頁参照。

歴史の一般的な発展法則の支配という前提にとらわれず、欧米中心主義をも克服して、法文化の多元性より出発しようとしているが、(陳重らのもとの)民族法学または比較法制史が犯した過ちを繰り返さないために、なにをなすべきか、先人の蓄積した業績を再検討してみることが必要であると思われる<sup>227</sup>(括弧内及び傍点・引用者)とされ、また②「穂積(陳重)の法律進化の研究は、主として、日本法の現況が世界の、とくにヨーロッパの法の発展段階のどのあたりに相当し、将来どのような方向に進むかを予測し、法改革に適切な処方箋を示すことに向けられており、それゆえ進んだヨーロッパの研究を参酌しつつ、大局的に法律進化の方向を示すという啓蒙的役割が大きい。(しかしながら)洋の東西を問わず、法的事実の収集に努め、それを基に法の進化法則を解明しようという壮大な企てを実行するには、その迫力と力量はドイツ比較法学に到底及ばなかった。もちろん当時の我が国の研究水準からすれば、それを期待することは、そもそも無理であったというべきであろう。たとえドイツ比較法学に追随したとしても、既述のように、それ自体多くの問題点を有しており、穂積の研究はやがて限界に達したであろう。『法律進化論』が未完成に終わらざるをえなかったことは、そのような事情とも関係があるのではないか<sup>228</sup>(括弧内・引用者)とも言われる。上記②の文脈中「たとえドイツ比較法学に追随したとしても、既述のように、それ自体多くの問題点を有しており」と述べられるのには、それなりの「理由」がある<sup>229</sup>。この点、陳重が主に

227 石部・前掲論文「穂積陳重」(前注226)125-126頁。

228 石部・前掲論文「穂積陳重」(前注226)126-127頁。ここで石部教授が、陳重の「『法律進化論』が未完成に終わった」とは書かずに、「未完成に終わらざるをえなかった」(傍点・引用者)と書かれていることの含意は深く、かつ大きい。それは、なにゆえか。本稿本文及び後注は、その理由を解き明かそうと試みている。

229 石部・前掲論文「穂積陳重」(前注226)126頁を参照。その際に、石部教授は、栗生武夫「西洋法制史研究の必要に就て」法学論叢6巻6号(1921年〔大正10年〕)135頁以下、特に136頁以下における「比較法制史講座廃止論」を意識してい

依拠するメイン (Maine) さらにポスト (Post)、コーラー (Kohler)<sup>230</sup> らの「比較法制史」の立場自体、その「比較」と「歴史」の連結方法について、すでに根本的な問題が指摘されていることに注目しておく必要がある<sup>231</sup>。そのようにして、陳重『法律進化論』自体をその歴史的文脈に置き

ゝる。石部・前掲論文「穂積陳重」124頁もみよ。

230 たとえば、陳重「法律學ノ一大革命」法学協會雑誌60号 (1890年 [明治23年]) 10頁を参照。なお、この陳重の記述はポストやコーラー等の「人類學民種學等」による「比較法學」及び「比較言語史學」に関するものである (法協10-11頁)。ただしそれは、その後の陳重「法律學の革命」同「遺文集・第二冊」(前注45) 83頁以下では、ほぼそっくり削除されている。なぜ「削除」されたのか、その詳細な理由は不明である。ただ、少なくとも石部教授は、その事実にも留意して陳重『法律進化論』の未完原因論を究明しようとしている。石部・前掲論文「穂積陳重」(前注226) 126-127頁参照。この点、古賀・前掲論文「穂積陳重と法律進化論」(前注114) 22-25頁は、陳重における「歴史」と「比較」を、もっぱら並列的 (=相互無矛盾的) に捉えている点で教訓的である (だからこそ、古賀論文のテーマが「比較社会思想史研究」[傍点・引用者]でありえたのだろうか)。対するに、こんにち広渡清吾「比較法社会論研究」(2009年)が「末弘法学のトリアーデ」を、①「社会のありようを世界的連関において」捉え、また②「政治経済社会構造との連関において」探索し、さらに③「学問的に基礎づけられた政策的・実践的指針を導きだす」ものとして位置づけ、もって「比較法社会学」の方向性を追求していることに留意すべきである (広渡・前掲書5-6頁参照)。かくして広渡・前掲書のスタンスは、自覚的に「比較」と「歴史」を切り離している、と考えられる。むろん、広渡法学の視点が独自に世界の「歴史」にも向けられていること、言うまでもない。この点、広渡『法システム論Ⅱ・比較法社会論——日本とドイツを中心に』(2007年) 1-215頁を参照。

231 粟生・前掲論文 (前注229) 137頁によれば、陳重が重視するメイン、ポスト、コーラーらの「比較法制史」の立場は、「其本來の職分たる歴史上の諸制度の比較及分類にさへ未だ成功してゐない」にかかわらず、「どうして他の科學の領分たる法律變化的原因に容喙する餘裕があるのか解らない」し、「制度の比較と其説明とは、本来性質の異なる作業」であるから「兩者 (制度の比較分類論と制度變化的原因論) を切り放すべき」(括弧内・引用者) だと、批判されている。さらに、粟生論文はこうも言っている。「歴史は事件の継起的記述であり、比較は差異及一致の確定である」。だから「既に比較であれば歴史たることを得ず、既に歴史であれば比較たることを得ない」のだ、と (粟生・前掲140頁)。加えて、粟生・前掲138-139頁は、およそメインらによる法律進化法則の「成立」や「適用」の説明の仕方に「根本的疑問を有つ」とも言う。この点、石部・前掲論文「穂積陳重」(前注226) 124-125頁を参照。ともあれ、この粟生論文のスタンスはメ

直し、かつまた「比較」と「歴史」の相互の関連づけの方法をより深く吟味することが求められるべきことになるのではないか。——ところで、内田貴教授は陳重の『法律進化論』を指し、我が国では「進化論主義者」「反自然法論者」「歴史法学信奉者」といったレッテルを張りやすい」と述べ、このような形で陳重『法律進化論』を解することは「ステレオタイプ化された理解」にほかならず、もって「陳重の法律進化論を単純化しすぎてはいないだろうか」と警告する<sup>232</sup>。この内田貴教授の「警告」を私たちはどう受けとめたいだろうか。もしかすると、すでにその内田説自体、「歴史」と「比較」の混同をきたしているのではないだろうか。つまり、陳重「社会力」論をもって「歴史主義の思考」と規定する内田・前掲書の記述<sup>233</sup>は、もしかすると上記のことを裏付けているのかも知れない。なぜなら——上記内田教授の記述は「歴史主義の思考」に重点が置かれているように見えながらも——栗生・前掲論文が批判した歴史の「比較・分類」と「発生原因」との探求方法の違い=対立が、陳重『法律進化論』では「法源論」(特に「原形論」=「法はいかなる形態において発生するか」というテーマと「法勢論」(発達論・継受論・統一論で「進化」=歴史を論ずる)というテーマとでもって「並列化」されているところ、内田・前掲書<sup>234</sup>は、もっぱらそれをあたかも直線的に<肯定>するかのように (als ob er es unmittelbar „positivisieren“ würde)——つまりは陳重における「比較・分類」(「信仰規範」・「習俗規範」・「徳義規範」)を対象とする「法源論」と、「法の変化(進化)」を扱う「法勢論」とが、もっぱら平行的・並立的に取り扱われるべく——書かれているからである。これを言い換えるならば、「陳重=内田」

、——やや独特な割り切り方があるとはいえ——石部教授による陳重『法律進化論』の未完原因論(石部・前掲126-127頁)に、一定の明証的な論拠を与えているように思われる。

232 内田・前掲書(前注11)214-215頁。

233 内田・前掲書(前注11)222頁。

234 内田・前掲書(前注11)211-212頁。

説的思考 = 志向においては「諸制度の比較及分類」と「法律變化（「進化」 = 「歴史」）の原因」との<同列化>と<直結化>とが、はっきりみてとれるからである。

〔γ〕 陳重『法律進化論』とフォイエルバッハの刑法思想

さらに内田貴教授は、陳重『法律進化論』を「ドイツの刑法学者フォイエルバッハ」の「普遍法史（世界法史）の構想を思わせる」として、両者を重ね合わせようとする<sup>235</sup>。しかしながら、陳重『法律進化論』がフォイエルバッハの「普遍法史（世界法史）」と如何ほど整合的であるのか。果たして、その整合性を内田教授が論証されているのか<sup>236</sup>。なお問題として残るように思われる。なぜならルソー、カント、ヘーゲルによる思想的営みとの知的格闘を経て生み出されたところの——独特の「罪刑法定主義」や「権利侵害論」を打ち立て、なかでも「国家権力による刑法の恣意的運用に強く警鐘を鳴らした」<sup>237</sup>ところの——フォイエルバッハの刑法思想は、決して「比較」と「歴史」を混在化させるような——つまりは、あるときはさしたる理由もなく「歴史」を強調したり、またあるときはさしたる理由もなく「比較」を強調したりするというような意味での<sup>238</sup>——「比

235 内田・前掲書（前注11）211-212頁参照。

236 この点、内田・前掲書（前注11）211-212頁のフォイエルバッハに関する記述は簡素に過ぎ、「普遍法史（世界法史）」の観点がそのまま論証抜きに一人歩きしているように思える。内田教授の論旨の重点は、むしろ陳重「法律進化論」の未完成とフォイエルバッハ「普遍法史（世界法史）」の未完成が、たまたま共通している>ということにとどまると言えるのではないか。なお刑法学者フォイエルバッハについて、本稿前注130も参照。

237 藤本幸二「パウル・ヨハン・アンゼラム・フォン・フォイエルバッハ」勝田有恒＝山内進（編）『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』（2008年）253頁以下、特に262-264頁参照。

238 陳重『法律進化論第一冊』（前注46）における記述スタイルはいかにも自由である。あるときはアイヌ、さらにはインド、チベット、ベルシャ、そしてヨーロッパ等の「神託裁判」を比較的に論じたかと思うと、あるときは「自然法」から「新自然法」さらには「自由法學」への展開が「進化論的」=歴史的に、気ままに書かれているからである。陳重・前掲『法律進化論』137頁以下と198頁以下ノ

較刑法史」なるものを採用したわけではなかった、と思われるからである。また陳重が試みたように、フョイエルバッハ理論の主観主義的な読み込み方が徹底して批判的に検証されるべきであるから、である<sup>239</sup>。むしろフョイエルバッハの刑法思想には、時代的制約があり、その思想的系譜に錯綜性が伴わざるをえなかったこと、確かであろう。とはいえ、フョイエルバッハにおいては、むしろルソー、カント、ヘーゲルのな「客観的普遍性の承認」への追求の傾向がより強く見られるように思われる<sup>240</sup>。ここでも、改めて「哲学的普遍性」にかかわる問題が浮き彫りにならざるをえない。そして、そのような「普遍性」の理解の仕方において、陳重と内田貴教授の〈共通性〉、つまりは「抽象的・形式的普遍性」の理論的な〈限界〉を感じとらないわけにゆかないのである。

#### (4) 小括

筆者(川角)は、上記で考察した一連のことがら、とりわけ陳重の法思想と大正デモクラシー期の民法学との内面的連関性を踏まえ、〈戦前〉と〈戦後〉の民法学そのものにしっかり寄り添いつつ、それをより具体的・内面的に〈検証〉していかなければならない、と考える。そのためにこそ、「戦前の法思想」を反省的・批判的に抱きかかえながら、「戦後の法思想」

ゝとを突き比べてみたら、それがよく分かる。

239 本稿前注130の記述を改めて参照されたい。

240 この点において、改めて莊子邦雄・前掲書「近代刑法思想史研究」(前注130)の全体像が解明される必要があるだろう。残念ながら、今の筆者にはその余裕がない。さしあたり「フョイエルバッハの等族集会、ヘーゲルのブルジョアジーの力説の底に、われわれは、少なくとも、自由のうえに基礎される国家の姿を追い求める、フョイエルバッハとヘーゲルの根本態度を見いだすことができるのではあるまいか」という、莊子・前掲書81-82頁の指摘を引用するにとどめておこう。ちなみに「等族集会」も「ブルジョアジー」(「市民」)も、共に「身分制的封建国家体制」を内部から崩壊せしめる起動因になったこと、確かである。ちなみに——周知のことだが——ここで取り上げている刑法学者フョイエルバッハの子が、マルクス・エンゲルスの著作「フョイエルバッハ」論(全集3巻3頁以下及び13-73頁、77-88頁、592-602頁)で有名なルードヴィッヒ・フョイエルバッハ(Ludwig Andreas Feuerbach, 1804-1872)である。

を主体的・自己内在的に検証し、さらに実証的に解剖していかなければならない、と自覚するのである。そうしてこそ初めて、「我々は、これからの日本の法学のあるべき姿を語ることができる」<sup>241</sup> ようになるのではないか。本稿で筆者が言いたかったことは、おそらくそのひと言に凝縮されよう<sup>242</sup>。筆者が、ロック、ルソー、カント、なかでもヘーゲルの思想（「論理学」）に言及したのも、その「ひと言」と関連する<sup>243</sup>。

241 内田・前掲書（前注11）361頁。

242 むろん、今後「論証」を待つべき点が多く残されていること、確かである。そのために筆者は、さらに拙稿「法社会学論争」の教訓（一）～（七）の続編を書き続けようとしている。この点の「留保」につき、ご了解をいただければ幸いである。

243 この「ひと言」に関連して、筆者は次のゲーテの「アフォリズム」に深く共感する。「何世紀も不変の価値、不変の名声を保ってきた作品を持つ過去の偉大な人物（große Menschen der Vorzeit）にこそ学ぶことだ。（中略）偉大な先人と交わりたいという欲求（Bedürfnis）こそ、高度の素質のある証拠なのだ。モリエールに学ぶのもいい。シェークスピアに学ぶのもいい。けれども、何よりもまず、古代ギリシャ人に、一にも二にもギリシャ人に学ぶべきだよ。エッカーマン（山下肇・訳）『ゲーテとの対話（下）』（1969年、岩波文庫）129頁。Eckermann, Gespräche mit Goethe (Fn. 200), S. 597. このゲーテの〈箴言〉は——とくに本稿〔補論〕の観点からすれば——これを、以下のように言い換えることができよう。すなわち「マルクスに学ぶのもいい。エンゲルスに学ぶのもいい。さらにレーニンから学び取ることも大事だろう。けれども、何よりもまず、ヘーゲルに、一にも二にもヘーゲルに学ぶべきだよ」と。ただ、付言するなら、ゲーテ自らはヘーゲル哲学、特にヘーゲルの「論理学的思考」には、容易についていくことができなかつたようである。前掲書『ゲーテとの対話（下）』111頁及び194-195頁（Eckermann, a. a. O., (Fn. 197), S. 582-583 und S. 648-649）に、それがはっきり示されている。とはいえゲーテは、なお「評論家」としてのヘーゲルには「絶讃」と（„sehr loben muß“）、その立場からの「ヘーゲルの判断」に称赞の声を惜しなかつた（„Hegels Urteile als Kritiker sind immer gut gewesen“）。『ゲーテとの対話（中）』69頁参照（Eckermann, a. a. O., S. 311.）。ここには、ゲーテにおける芸術・文学・自然観察に関するアナリストないし「評論家」としての資質の天才性と同時に、彼の哲学的思索の「限界性」が表わされている。ともあれ上記のように、なぜ本稿で「ヘーゲル」なのかと言え——すでに示したことであるが——マルクスも、エンゲルスも、レーニンも、みずからヘーゲルを「巨大な思想家」と呼び、彼の「弟子」（Schüler）たることに確固たる誇りと自信をもっていたからである。マルクス及びレーン

ともあれ、陳重そして大正デモクラシー期の民法学から学ぶべきことは、まだまだ数多い。今後、さらに探求 (Erforschen) されるべき課題は山ほど存在する。本稿の考察は、そのための助走段階に相当するものであり、

ㄨ ニンについては、本稿前注51の記述を再び参照されたい。加えて晩年のレーニンが、ヘーゲル「論理学」の学修をロシアの青年・若者たち、及び広くロシア人民に呼びかけ、たとえば雑誌「マルクス主義の旗のもとに」のグループは「ヘーゲル弁証法の唯物論的な友の会」というようなものにならなければならない」と主張していたことは、きわめて教訓的なことであった。レーニン「戦闘的唯物論の意義について」(1922年3月12日)同(栗田賢三・訳)「カール・マルクス」(1971年、岩波文庫)292-293頁参照。ちなみにレーニンは、1918年8月30日に女性アナキストから狙撃され重体となり、その後しばしば発作を起こした(和田春樹「レーニン」[2017年]70頁以下参照)。おそらく、上記「戦闘的唯物論の意義」は、レーニンの症状が小康状態になった短時間のうちに口述筆記されたものと推測される。レーニンの死が訪れるのは、その約2年後、1924年1月21日であった。その意味で、この「戦闘的唯物論の意義」は、レーニンの「遺言」ともいべき作品にほかならない。——なお、エンゲルスの「ヘーゲル評価」については、彼がマルクスと共に著した「ドイツ・イデオロギー」(1845-1847年)の、次の文章から理解することができよう。——「ヘーゲル体系によれば、理念、思想、概念が人間の現実的生活、彼らの実在的関係を生産し規定し支配してきた。ヘーゲル門下の反逆児たちはこれを彼(ヘーゲル)から取り(去った)」、「ヘーゲル体系の(その「門下の反逆児たち」による)腐敗過程は一大発酵状態へ展開し(た)」(傍点及び括弧内・引用者)。マルクス=エンゲルス(共著)「ドイツ・イデオロギー」全集3巻12-13頁参照。上記の引用を読むだけでも、エンゲルスの「ヘーゲル評価」はマルクスのそれと奥深く重なり合うと言ってよい。加えて、上記の「ヘーゲル評価」との関連で言えば、マルクス、エンゲルス及びレーニンの思想的継承者ルカーチほど、若きヘーゲルの<思想的格闘>と、ヘーゲル「精神現象学」(1807年)への<思想的発展>のプロセスに関心を寄せた者はいない。最近、筆者(川角)は白水社から出されているルカーチ著作集10及び11の『若きヘーゲル(上)(下)』(1987年)を再読する機会をえた。Vgl. auch Lukács, Der junge Hegel, 1948, Bd. 1 und 2, Suhrkamp, 1973. それは、ひとえに陳重「法律進化論」及び内田貴「法学の誕生」の立場と思想的に対峙し、彼らの法思想と根底的に闘い抜くがためであった。その意味で、これら陳重及び内田教授の著作は、本稿にとって優れた「反面教師」であり、かつ導きの糸であった。それでは、そのような思考過程をへて生み出された本稿考察が、果たして学問的な存在意義をもちうるか。その検証は、おそらく後世の「市民法学者」(Zivilrechtswissenschaftler)が、自主的に判断(Urteil)すべき課題(Aufgabe)、と言うほかない。

ささやかな試論的考察の「断片」(Fragment)にすぎない。

以上