

物権的妨害排除請求権・再論（7）

——根本尚徳（著）『差止請求権の理論』（2011年）の
ご指摘に答える——

川 角 由 和

〈目 次〉

第1章 序論

第2章 根本尚徳教授の見解・概論

- (1) はじめに
- (2) 第1章「差止請求権の発生根拠に関する諸説の分析」
- (3) 第2章「ピッカーの物権的請求権理論に関する分析」
- (4) 第3章「ドイツにおける妨害排除義務の帰責根拠をめぐる議論の分析」
- (5) 第4章「我が国の物権的請求権理論に関する分析および違法侵害説の解
釈論的基礎付け」

第3章 根本教授の私見へのご指摘と回答

- ①「根拠の未解明」というご批判について
- ②「川島博士、於保博士による主張と川角教授の理由付けとが実質的に両
立可能であること」というご批判について
- ③ 根本教授の最終的な「立場」の確認

（以上、龍谷法学50巻1号）

第4章 根本教授によるピッカー説及び原島説の位置づけとそれへの批判

- (1) ピッカー説について
 - ①「市民法秩序」とこれに基づく（その下位概念としての）「財貨帰属秩
序」の具体化としての「物権」及びそれに対応する（物権内在的な）
「物権的請求権」
 - ② 法による「割当て機能」の所産としての「主観的法的地位」のための
ネガトリア的保護請求権の限定的拡張（無原則的な「あらゆる法益侵
害」へのネガトリア的保護請求権の否定）
〔補論1〕妨害者による妨害物の「所有権放棄」に関するピッカー教授の
見解と私見
〔補論2〕ピッカー教授による「物権的請求権」への懐疑論の実体
- (2) 原島説について

- ① 民事違法論の新たな位置づけの所産としての「権利論」・「物権的請求権論」
- ② 原島説における「法秩序論」の評価：「法秩序」に対する客観的違法判断に基づくリアクションとしての「差止請求権論」（「相關関係的」利益衡量の全面否定）

（以上、龍谷法学50巻2号）

〔補論1〕澤井裕教授及び吉村良一教授による「原島説」批判への反批判的評注

〔補論2〕山本敬三教授による原島「権利論・秩序論」批判に対する反批判的覚え書き及び大塚直教授による「秩序論」批判に関する若干の考察

（以上、龍谷法学50巻3号）

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除請求権論（差止請求権論）の展望

- ① 「日照妨害」に関する態度決定の問題

〔補論1〕五十嵐敬喜教授の「日照権」論について

〔補論2〕妨害「予防」請求権に関する補説——最近の最高裁「クロレラ・チラシ事件」判決によせて

（以上、龍谷法学51巻1号）

- ② 「国立景観訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について

（i）第1審判決・第2審判決・最高裁判決の概要と若干のコメント

（ii）学説の対応と若干のコメント

〔ア〕第1審・東京地裁判決について

〔イ〕第2審・東京高裁判決について

（以上、龍谷法学51巻2号）

- ② 「国立景観訴訟」（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について（その2）

（ii）学説の対応と若干のコメント（続き）

〔ウ〕最高裁判決について

（iii）私見の呈示

（以上、龍谷法学51巻3号）

〔補論〕阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」をいかに読み、どのように考えるか。

- (1) 前提論——「公法」と「私法」

- ① 序

- ② ローマ法における「公法」と「私法」
 - ③ 中世＝封建制のもとでの「公法」と「私法」
 - ④ 近代法における「公法」と「私法」
 - ⑤ わが国における「公法」と「私法」
 - (2) 阿部説における「公法」と「私法」
 - ① 阿部説概論
 - ② その特異性
 - (3) 阿部説における不法行為要件論——「違法論」及び「受忍限度論」
 - ① 阿部説における不法行為一元論への視座固定
 - ② 阿部説における「受忍限度論」の理解の仕方
 - (4) 阿部説における「損害賠償請求権」と「差止請求権」
 - ① 阿部説概論
 - ② 阿部説の一面性と特異性
 - (5) 結語——ふたたび「公法」と「私法」の関係をめぐって（「市民法学的公法」論への接近＝試論）
 - ① 「市民法学的公法」論の意義
 - ② 「市民法学的公法」と「私法」・「市民法」との関係
- （以上、本号）
- ③ 「ピッカー教授の見解がわが国でいかなる意味をもちうるか」という疑問に答えるという課題
 - ④ 「行為請求権説」的「物権的請求権」論を肯定する今日の諸論稿の「評価」に関する問題
- （以上、次号）
- ⑤ 差止請求権に関する「立法構想」へのコメント
- 第6章 結語

第5章 残された幾つかの課題——わが国物権的妨害排除請求権論（差止請求権論）の展望（続き）

- ② 国立景観訴訟（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）について（その2・続き）

〔補論〕阿部泰隆「景観権は私法的（司法的）に形成されるか（上）（下）」¹をいかに読み、どのように考えるか。

(1) 前提論——「公法」と「私法」

① 序

< i > この阿部教授の論稿（以下これを、適宜「阿部論文」と呼ぶ）は、いかにも挑戦的であり、かつ挑発的である。なにしろ、この阿部論文は、本件第一審・東京地裁判決の結論（「一部撤去請求」認容）を覆すべく、本件「控訴」にあたって控訴人＝被告（「明和地所」）側の「意見書」として書かれたものだからである²。したがって、おのずと挑戦的であり、挑発的である。とはいえ、同時に阿部論文の内容は、きわめて粗雑である。いかに「粗雑」であるか。これについては後ほど< 検証 >する。ところで、結果的に本件控訴審判決（2004年10月27日東京高裁判決）は、ほぼ丸ごとこの阿部「意見書」を受け容れ、被告の控訴を是認した。いわゆる「逆転判決」である。そして本件最高裁判決（2006年3月30日）は、この控訴審判決の「結論」をおよそ無批判に追認し、かつまたこれに追随した。しかも最高裁は、それに輪をかけ徹底的に我妻「相關關係の違法論」³を洗練せしめるやり方でもって追認し、追随した⁴。この点、最高裁が、あいも変わらず「相關關係的違法論」（ないし「受忍限度論」）という曖昧模糊とした基準でもって判断を下したことは、法的判断基準の明確性をこよなく愛する阿部教授にとっては、おそらく気に食わぬことであつたに違いない。だが、阿部教授はその結論には大いに満足されたように思われる。それはなぜか。

1 自治研究81巻2号（2005年）3頁以下（これを阿部・前掲「上」として引用する）。さらに自治研究81巻3号（2005年）3頁以下（これを阿部・前掲「下」として引用する）。

2 「二〇〇三年一月二五日づけ」の「意見書」と書かれている。阿部・前掲「上」（前注1）4頁をみよ。つまりはこの阿部論稿は、2002年12月18日の本件第一審・東京地裁判決の内容（「判決理由」）を批判するために書かれた。阿部「上」3-4頁にかけて、その趣旨の記述がある。

3 我妻榮『事務管理・不當利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）120頁以下。

4 拙稿・川角「物権的妨害排除請求権・再論（5）」龍谷法学51巻2号（2018年）173頁以下、特に206頁以下を参照。

まずは、そのことを、阿部論文の書き出し部分から裏づけてみよう。

< ii > すでに本稿前編で詳しく紹介したように、2002年12月18日の本件第一審判決は、原告勝訴の判決（不法行為責任の特例たる「原状回復」義務に対応するものとしての本件マンションの「一部撤去請求」認容判決）を打ち出した⁵。阿部教授によれば、その原告勝訴の「根拠」は、「マンションの近隣住民の土地所有権から派生する景観権」⁶であったとされている（ゴチック・引用者）。われわれは、この「書き出し部分」から阿部論文のいかがわしさ及び粗雑さを感じとらないわけにはいかない。なぜなら、本件第一審判決で東京地裁は、本件「景観利益」を「抽象的」な「景観権」としては、

5 抽稿・前掲「再論（5）」（前注4）179頁以下。

6 阿部・前掲「上」（前注1）3頁。この「景観権」という＜権利構成＞が、阿部論文「上」・「下」の至るところで顔を出す。この点、なかでも阿部「上」9-21頁をみよ。ただし、阿部・前掲「下」（前注1）3頁ゴチック見出しの箇所では「景観利益」と書かれている。おそらく「受忍限度論」の融通無碍さを踏まえて、「お雑煮」的にそう書いたのであろう。ちなみに、受忍限度論への「お雑煮理論」というレッテル貼りにつき、阿部「下」5頁参照。その限りで、阿部論文が正鵠を得ていること確かなのだから、阿部論文と「受忍限度論」との関係は、実に滑稽きわまりない。とはいえ、お気に入りの「景観権」というフレーズは、阿部「下」9-16頁で勇ましく復活する。さらに阿部「下」16-19頁では、「景観権の形成は行政法規で」とくるのだから、恐れ入る。ついでながら阿部「上」・「下」の土台をなしているのは、阿部「民法と行政法における違法性と救済手段の違いと統一の必要性——建築紛争を中心として——」都市住宅法学38号（2002年夏季号）41-46頁である。これは、2002年12月18日の本件第一審判決の直前に書かれたものだが、そこでも「景観権」・「景観権裁判」などのフレーズが登場する（特に41-42頁）。ただしこれは、一般論として「景観権」を論じた限りで一応許容範囲内にある（ちなみに阿部教授は——近代市民法上の「権利」論を明確に定義づけながら、ドイツやわが国でみられる諸利益のなし崩し的「権利構成」への警鐘を打ち鳴らし、もって我妻「相関関係論」・「受忍限度論」を徹底批判した——原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号〔1976年〕54頁以下を知らないでいるらしい。だから平気で「景観利益」を「景観権」と言うのであろう）。いずれにせよ、本件第一審判決をもって「景観権」を肯定したものと解する阿部「上」・「下」のスタンスがあくまで不当たること、言うまでもない。

「直ちに法律上の権利」とは「認められない」⁷と判示していたからである（ゴチック及び傍点・引用者）。だから東京地裁は、本件に特殊な一定事実の詳細な認定のもと、「景観利益」であれば「法的保護に値す（る）」とした上で、本件被告（「明和地所」）の行為が「不法行為に該当すると解すべき」だと言ったのである⁸（括弧内・引用者）。その法学理論的な意味での「権利構成」と「利益構成」との質的な差異こそは、ここで決定的な意義をもつ。阿部論文は、それを平然と無視し、粗雑にも「景観権」を「根拠」として原告勝訴判決を下したところの東京地裁判決に対し「重大な疑問を持つ」などと書いている⁹。呆れてものがいえないとは、このことを指して言うのだろう。まずは「重大な疑問」がもたれて然るべきものは、阿部論文の内容そのものである。そしてさらに、少なくとも学問的・理論的な意味で＜糾弾＞されるべき者たちは、この「粗雑」きわまりない阿部論文にいつも安直に追従・迎合した本件控訴審の裁判官たちであり、加えてこの控訴審判決をほぼそのまま受け容れ・追認した最高裁の裁判官たちである。これらの者に対してこそ、その法的判断能力そのものに文字通り「重大な疑問」が投げかけられるべきである（その点、少なくとも時間的にいえば、この阿部論文公表後、阿部氏本人が当該論文そのものを＜自己批判＞した上で、＜改説＞すること位は、おそらく阿部氏にとっても十分に可能なことであったように思われる）。ところが、それ、つまりは上記「重大な疑問」に関わる

7 民集60巻3号364頁をみよ。この頁の記述は、いわゆる「判決理由」＝「当裁判所の判断」の主要なる箇所の一部である。この肝心な部分を読まずして——あるいは粗読したにもかかわらず——本件東京地裁判決を正面から「批判」し、もって本件被告側控訴理由のための「意見書」を書く勇気のある者が、仮に＜法学者＞の名に値するのだとすれば、その阿部説を批判する筆者（川角）などは、さしづめ、かの＜法学者＞すらたりえない、ということになるに違いない。要するに本稿の、この＜補論＞は、もはや「死せる犬」（der „tote Hund”）が書いた駄文と言うべきことになろう。

8 民集60巻3号365頁をみよ。ここで書かれていることも東京地裁の「判決理由」の一部である。

9 阿部・前掲「上」（前注1）3-4頁。

事柄を、阿部論文は、見事なまでに逆さまに描き出している¹⁰。

<iii> ともあれ、いまだ阿部論文のモチーフを確認しておこう。阿部教授はこう書いている。すなわち「景観権は、日照権、眺望権と異なって、私法＝司法で形成できるものではなく、行政法規により形成すべきもの」である¹¹（ゴチック及び傍点・引用者）。なるほど、＜民法学の世界＞で「景観権侵害」は、一般に「人格権の問題」とされ、「本判決」（東京地裁判決を指す）では「受忍限度論などにより利益の比較衡量判断」が行われているかも知れない、とする¹²。しかしながら阿部論文は——「問題」は「この衡量のしかたにもある」としつつ——「本判決」が「法規範として強制できない行政指導や景観条例」に従わなかったことをもって「被告の不利に考慮」し、よって「国立市が適法に建築規制する手段を有するのにこれを行行使することを怠った」ことを「軽視」した、という。それは、まさしく「法治国家違反的な重大な瑕疵」をもつ¹³、とする。にもかかわらず、本件東京地裁判決が「完成したマンションの取り壊し」¹⁴を命じたことは、「私法上の景観権を前提とするもの」であるから「論理的にも成り立たない」¹⁵（ゴチック及び傍点・引用者）。だから、本件東京地裁判決が「糾弾」されなければならない。これが、およそ阿部論文のモチーフであった。

<iv> この点——すでに指摘したように——阿部論文が本件東京地裁

10 とはいえ、本稿で筆者（川角）は、本件第一審判決（東京地裁判決）が正しい、と言っているわけではない。本稿・前掲「再論（5）」（前注4）183頁以下を参照。この点、綿密に本稿の全体を読まれた方には十分お分りの筈であるが、なお留意されて然るべきことである。

11 阿部・前掲「上」（前注1）4頁。

12 阿部・前掲「上」（前注1）4頁。

13 阿部・前掲「上」（前注1）4頁。

14 阿部・前掲「上」（前注1）4頁。厳密には、「一部撤去」というべきである。にもかかわらず阿部論文では、あたかも「全部撤去」の命令が下されたかのようを書いてある。この点、留意されたい。

15 阿部・前掲「上」（前注1）4頁。

の「景観利益」論を大胆にも無視して、よって「景観権」を<前提>とする以上、阿部論文は、それが「論理的」であるか否かの問題以前に、すでに理論的に<自己破綻>している（言い換えれば、阿部論文は、その書き出しから「論文」としての体をなしていない）。にもかかわらず、勇敢にも阿部論文がさがりつこうとする論点こそ、「公法と私法の役割分担」にかかわる根本問題であった¹⁶。その論旨は、およそ本件控訴審判決ならびに最高裁判決と同様な「公法優先主義」であり、かつまた「行政法規第一主義」の<序列主義>そのものであった。かかる「公法優先」論を徹底的に尊重する態度こそ、阿部論文のいう意味での「法治国家」としてのあるべき姿だとされる¹⁷。だから、きわめて安直に「私法上の景観権は成立しない」と結論づけられたりもするのである¹⁸。その阿部論文の批判的解剖図は、以下で描く。その前に、さしあたり歴史的に「公法と私法の関係」を確かめておきたい。本稿では、まずそのことから論ずる¹⁹。

16 阿部・前掲「上」（前注1）4-9頁参照。

17 それでは一体、あるべき「法治主義」とはなにか。阿部論文では、およそ制定法規ないし条例の法的拘束力の承認、それへの判断主体（裁判官など、広く国民・市民を含む）の服従こそ、あるべき「法治主義」として描き出されているようにみえる。すなわち阿部説では、一応民主的手続きなどの用語は存在してはいるが、肝心なものは、あくまで立法化された「既成事実」そのものである。

18 阿部・前掲「上」（前注1）9-15頁参照。言うまでもなく、ここで筆者（川角）は、「景観利益」が<権利構成>される必然性があるのかという理論的問題と、本文の記述とは、一応切り離して論じている。もしも、これをごちゃまぜ（つまりは「お雑煮」）にして本稿のスタンスを誤解する者がいるとすれば、その者らが本稿の「主張」を理解することなど、永久にありえない、というべきことになるだろう。

19 本稿のような「公法と私法の関係」に関する世界史的考察が、現実にはわが国でどのように行われてきたのか。筆者には、いまだその姿は見えてこない。少なくとも管見の限り、そうである。これは、ひとえに筆者の不勉強のいたす結果であろうが、ここではその不備をお詫びしつつ、必然的に本「補論」の「世界史的考察」が単なるスケッチ風の試論＝私論にとどまることを指摘しておかなければならない。専門家の方から——なかでも阿部泰隆教授を初めとした行政法ないし公法専攻の方から——ご教示を賜ることができれば幸いである。

② ローマ法における「公法」と「私法」

< i > 周知のように、ひとくちに「ローマ法」と言っても、それは一千年以上の歴史を有する²⁰。ところで「古代ローマ」自体、ギリシャ都市共同体文明の存在を< 前提 >としたところの、神話的な起源から始まっている（紀元前2000年頃以降の神話期。そしてその後、かなりくだって紀元前753年「ローマ市」創建とされる）²¹。そののちローマ共同体は、ローマ王（農民王）をいただくのどかな農村共同体となり（紀元前600年頃まで）²²、やがて——むろん農村共同体を残存せしめつつであったが——ローマ都市市民の共同体的「国家」へと変貌を遂げる（ローマ商人王の時期。紀元前509年）。およそこれが、かのポエニ戦争前夜のローマの姿であり、紀元前509年の「共和政府樹立」及びカルタゴとの条約締結を経て< 元老院政治 > = 「貴族的な共和制」が本格化するに至る²³。ただし、いまだそこでは、「貨幣経済」は発展しきれていない²⁴。その状況に大きな転換をもたらしたのが、紀元前264年から241年まで（ほぼ）「四半世紀」続いた「第一次ポエニ戦争」であった²⁵。すなわち、金属産業が盛んなカルタゴを支配下においたローマは、「共和制」から「帝政」への歴史的な変貌のプロセスを大きく一歩あゆみ始める。それを可能にしたのは、およそ金属 = 貨幣経済の普及、

20 原田慶吉『ローマ法・改訂』（1955年）1頁以下の「ローマ法制史序説」の内容くらいは、阿部教授もご存じであるに違いない。ただ、その前の著者（原田）「はしがき」をみると、原田教授は「有斐閣全書」向けに「三〇〇頁の範囲」で「ローマ法」の執筆を引き受けたところ、ローマ法の「一應の発展史と私法の解説」に「重点」を置かざるをえず、よって「公法史は初から断念してしまった」と書かれている。だから、以下本稿では、おもにマックス・カーザー（Max Kaser）のローマ法教科書に頼るほかない。この点、了とされたい。

21 I・モンタネッリ（藤沢道郎・訳）『ローマの歴史』（1979年）13-14頁。なお同書400-404頁の「年表」も参照した。

22 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』（前注20）32頁以下。

23 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』（前注20）95頁以下。

24 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』（前注20）98頁。その当時、交換手段は「主として家畜だった」とされる。

25 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』（前注20）113-117頁。

及びそれと並行した商人資本の本格化であり、同時にローマ都市共同体内部で生成した貴族 (patricius) を基盤とする一種の「軍人崇拜」＝「個人崇拜」への傾向であったように思われる。その後、紀元前218年から同201年の「第二次ポエニ戦争」で勝利したローマは「地中海世界」全体を支配下に収め、「海上の支配権」・「莫大な富」さらに膨大な数の「戦争奴隷」を手にした²⁶。かくて、かのスパルタクス (Spartacus) の反乱²⁷ (奴隷解放戦争) など幾多の＜内乱＞を経て、カエサル (シーザー) が「終身独裁官」(dictator) に就任したのが、紀元前44年である²⁸。これがローマ帝政形成の実質的な起点となる。その後紀元前27年、元老院からのオクタヴィアヌスへの「全権委任」により「ローマ帝政」が確立。そののち紀元212年、ローマ全自由民に「市民権」が付与されるに至った²⁹。その後、もっぱら帝政独裁維持のため303年にキリスト教禁令。ところが、その禁令の維持そのものがもはや「危うい」とみたローマ帝政は、313年のミラノ勅令 (Edictum Mediolanense) によりローマ市民に信教の自由を付与し、キリスト教が＜公認＞された³⁰。その後ローマ帝国は、爛熟と頹廃・享楽

26 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』(前注20) 133頁以下及び161頁以下。なお、併せて弓削達『地中海世界とローマ帝国』(1977年)の全体を参照。

27 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』(前注20) 192-193頁及び弓削・前掲『地中海世界とローマ帝国』(前注26) 295頁以下、さらに弓削『ローマ帝国とキリスト教』(1989年) 118-119頁を参照。弓削は、前掲『地中海世界』で、スパルタクスの反乱(紀元前73-71年)を、ローマ的な「農業の奴隷制的構造」と関連づけ(295頁)、さらにそれを「奴隷の、奴隷所有者(奴隷所有者であるローマ市民共同体)に対する階級闘争であった」と規定している(297頁)。

28 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』(前注20) 198頁以下。

29 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』(前注20) 401頁の年表を参照。

30 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』(前注20) 360-366頁。加えて、弓削・前掲『ローマ帝国とキリスト教』(前注27)の全体像も参照。ちなみに、原始キリスト教からローマ帝政禁令下のキリスト教、さらには帝国公認後のキリスト教及び中世・近世初期のキリスト教への＜歴史的推移＞を主題に展開されたのが、若きヘーゲルの「神学」であり、彼の「キリスト教批判」つまりはその「既成性」(Positivität)に対する批判であった。ヘーゲルは、民衆が教会権力か

そして悪徳と浪費・奢侈の極致に達し、内部的に崩壊していった³¹。なお、

「らキリスト教を既成的権威として押し付けられ、抑圧され、ひたすら「彼岸」のみこいねがう姿を、もっぱら「神学批判」という形でもって、さらにはカントの擬制的な「神」論（「道徳的主観主義」）批判をも媒介に、具体的に描き出している。したがってその限りで、この時期、いまだ若きヘーゲルに本格的な「哲学研究」への道は拓かれていなかった。以上につき、G・ルカーチ（生松敬三＝元浜清海・訳）『若きヘーゲル（上）』（1987年。ドイツ語原書初出は1948年）49-95頁参照。Siehe auch G. Lukács, Der junge Hegel, 1948, Bd. 1, Suhrkamp, 1973, S. 34-75. ともあれ、この「若きヘーゲル」の認識によれば、ローマ帝政公認のち国家権力と合体・融合したキリスト教＝教会権力は、その後長く世界的なスケールで無数の民衆に信仰＝服従を誓わせる「権威」と化し、もってその「既成性」のベールをより厚く身に纏うことになる。そのヘーゲルが、かかる「既成」化＝「権威」化への対抗的な歴史的存在とみなしたのはローマ帝国形成前の「ギリシャ古代都市共同体」であり、かつまたその「共同体」をもに形成しつつ、かつ精神的自由を謳歌する「個人」の主体的自律化という＜思考モデル＞であった。その後のローマ共同体は、独自の「帝政」を生み出したが、なおそれはあくまでローマ的な「共同体」、ないしその構成員としての「市民」（自由民）と「奴隷」（「物」たる非自由民）を必然的所与として抱え込んでいた。ちなみに、周知のように、ギリシャ市民共同体においても「奴隷制」は存在した（たとえば、伊藤貞夫『古代ギリシアの歴史：ポリスの興隆と衰退』（2004年）273頁以下を参照）。——そのギリシャ的共同体をヘーゲルが、あまりに「理想化」し、なかば「形式化」せしめているというのが、ルカーチによる「若きヘーゲル」評価の出発点であった。この点、ルカーチの上記参照箇所がしっかり読みこまれる必要がある。ともあれ、上記のローマ的共同体の＜特殊性＞にこそ、ローマ法的な「公法と私法の関係」の特殊な根源がある、というのが筆者（川角）の構想である。そして、おそらくそれは、ポエニ戦争後に大量の戦争奴隷を使役することでもって＜展開＞したところの「ローマ的大土地所有制」（ラティフンディウムlatifundium）の性格規定とも関連することかも知れない。この点、必要な限りでのちほど言及する。いずれにせよ、ローマ法ないし西洋法制史の専門家の先生方から、厳しい叱咤と共に丁寧なご教示いただくことを強く願う。ことがらの本質は「法史学と法解釈学」（„Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik”）の関係性という、＜普遍的＞でありながら、かつまた同時に＜個別具体的＞な問題へと、＜特殊＞な形で収斂していくことになるに違いないからである。この点、さしあたりエドアルト・ピッカー（川角・訳）「法解釈学と法史学」龍谷法学38巻3号（2005年）133頁以下、特に142頁以下を参照。Siehe auch E. Picker, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201（2001）, S. 763-859.

31 モンタネッリ・前掲『ローマの歴史』（前注20）は、ローマ帝国の滅亡原因につき一般に「キリスト教と蛮族侵入」があげられるところ（391頁）、モンタネッ

紀元395年のローマ帝国の「東西分裂」以後の姿は、ここでは割愛する³²。

< ii > ともあれ、およそそのような史的展開とともに——かつまたその内部で——ローマ法的な「公法と私法の関係」が特殊に形成された、と考える。その起動因は、もっぱらローマ的な＜奴隷制度＞の下で繁栄した「ローマ市民共同体」における「市民」と「国家」との相互関係の問題に収斂されていくべきことからである。言い換えれば、ローマ国家 (*res publica*)、そしてその法的反射形態である「ローマ公法」(*jus publicum*) は、上記の意味での「市民」(*civis Romanus*) = 「国民」(*populus*) のために存在しえた。だからマックス・カーザーは、そもそも「公の」という形容詞たる“*publicus*”が「国民」(*populus*) に由来するのだというのである³³。しかも同時にその「国民」は、財産 (*bonus = Guten*)、なかでも「物」たる奴隷 (*servus = Sklaven*) を支配する「市民」ないし「市民共同体」の

り自身は「キリスト教」の影響を消極視し、むしろ「蛮族侵入」の強度、なかでも「ローマ軍」の「ゲルマン民族化」の影響を重視している (391-392頁)。なお「どこの世界でも、支配は暴虐となり、平和は抑圧となり、課税は強奪となる」という弓削達 (1924-2006年) の認識 (弓削『ローマはなぜ滅んだか』[1989年] 227頁) を、「あらゆる大帝国のならいで、ローマ帝国も、外敵にうちめされたのではなく、内患に倒れた」とするモンタネッリ・前掲『ローマの歴史』391頁の指摘とリンクさせる必要があろう。ちなみに、弓削・前掲『なぜ滅んだか』228頁は、弓削自身の歴史的な警告を「今の日本」の姿と二重写しに捉えている。

32 ちなみに、モンテスキューは、彼の『ローマ盛衰原因論』(*Considération sur les causes de la grandeur des Romains et de la décadence*, 1734) の中で、なにゆえ西ローマ帝国が先に滅び、東ローマ帝国が長命を保ったか。にもかかわらず東ローマ帝国の固有な弱点はどこにあったか、を考察している。田中治男 = 栗田伸子による上記同名の翻訳 (1989年) が岩波文庫に収められているので、それを参照されたい (特に、岩波文庫版211-270頁)。

33 マックス・カーザー (柴田光蔵・訳) 『ローマ私法概説』(1979年。Kurz Lehrbuch, 1977の翻訳) 44頁参照。Vgl. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, Erster Schnitt, Zweite, neubearbeitete Auflage, 1971, S. 194-195. なお後者は、前者 Kurz Lehrbuchの素材となったものであり、二巻合わせて1500頁に及ぶ大作である。ちなみに、本稿でカーザーに触れる場合、そのドイツ語やラテン語の表記は、上記の「前者」及び「後者」両方に依拠している。

ことであった。かくてローマ的国家は、国民の財産権（ないし「奴隷所有権」）を保護する法的責務を負った。その事態を権威的に、かつ法的に言い換えたものが「公法」である。同時に、当時の「市民」は、おのずと個人の姿をとったり、または家族共同体の姿をとったり、さらには「市民共同体」の形姿をまとして「私的」財産権（奴隷支配権）の法的＜主体＞となった。そしてこの場合、「私の」という形容詞“*privatus*”は、そもそも「個々の」という形容詞たる“*privus*”の派生語であるところ、その「個々」自体、一個の自然人（「自由人」）を指すのか、それとも「家族」（*familia*）を指すのか、きわめて曖昧であった³⁴。かくして「公法と私法という表現は、ローマでは、まだ、法素材全体を二つの大きな領域へと区分しようとするものではない（*keine streng durchgeführte systematische Einteilung des gesamten Rechtsstoffs in zwei Hauptgebiete*）」³⁵と規定され

34 カーザー・前掲『ローマ私法概説』（前注33）44-45頁参照。Vgl. Kaser, Kurz Lehrbuch (Fn. 33), S. 44. なお、その箇所でカーザーは「ローマ私法」の主体を指し、それを「個人」および「その家族」という紛らわしい形で記述している。だがそれは、むしろカーザー一個人に帰せられるべきことではなく、ローマ私法の実態がそもそも「紛らわしいもの」であったから、である。Vgl. auch Kaser, Das Römische Privatrecht (Fn. 33), S. 195. ついでながら戒能通孝（1908-1975年）は、*familia*を歴史的に規定し、それが「その最初目的」を「〔結（ゆ）ひ〕的な経済団体」の形成に置いたのであり、かつまた「其の起原に於て領主的なものでもあったがゆえに*familia*とは「隷民団体」として現象した、と述べる。戒能「土地法研究への覚書」（1941年〔昭和16年〕）同『戒能通孝著作集Ⅳ・所有権』（1977年）128-129頁。そこでラテン語の辞書を引くと、*familia*には「家・家族」という意味以外に「（一家の）奉公人・奴僕」なども意味したと書かれている。田中秀央（編）『増訂新版 羅和辞典』（1966年）244頁。この場合の「奉公人・奴僕」は、当然に複数形＝「団体的」でありえらう。

35 カーザー・前掲『ローマ私法概説』（前注33）44頁参照。なお引き続き文章でカーザーは、「それどころか、それら（公法及び私法という概念）」は、「体系的な分離」の対象となることはなく、ただ単に漠然とした形で「国家結合（国民 *populus*）と家結合（家族 *familia*）の間に存在した古い対立に遡る」、と描写している。カーザー・前掲書（翻訳版）44-45頁。Vgl. auch Kaser, Kurz Lehrbuch, 15. Aufl., 1989, 527.

るに至る³⁶。要するに、歴史的にみれば「公法と私法の関係」は、かくてはなはだ内容的に漠然としており、両者は互いに融合し、相互に反応し合う存在でしかなかった。それでは、その後「中世＝封建制」の歴史的過程のもとで、「公法と私法の関係」とは、果たしてどうであったか。

③ 中世＝封建制のもとでの「公法」と「私法」

< i > この課題は、筆者（川角）の最も苦手とするところのものの一つに属する³⁷。したがってここでは、文字通り「素描」＝「点描」しかなしえない。要するところ、中世＝封建制のもとでの「公法」と「私法」との関係も、それ自体としてまた、「中世的共同体」なるもの（それ自体、広大で長期にわたる共同社会的存在であり、かつまた身分制度及び宗教的権威によって内容的に< 空疎化・漠然化 >せしめられたもの）に規定されつつ、よって必然的に「公的なもの」と「私的なもの」が相互に溶け合っていた、と考

36 ちなみにカーザーは、1971年の原書（前注33）195頁で、こう言っている。すなわち、「とはいえ、ローマ人たちがこのような区別（客観法＝「公法」と主観法＝「私法」という区別）を理論的にやり抜いたわけではなく、むしろわれわれが今日いうところのもの（「公法」と「私法」との区別）は、ローマ人たちにおいてはそもそも、その感覚からして徹底的に弱いものであった」と（括弧内・引用者）。加えてカーザーは、ローマ的「公法」と「私法」との< 二分論 >（Zweiteilung）は、「技術的に未熟」であり（untechnisch）、かつまた「多義的な」もの（mehrdeutig）であったとも、述べる。Vgl. Kaser, Das Römische Privatrecht (Fn. 33), S. 195 und S. 197. 上記、本稿の引用文は筆者（川角）の「意識」であるから、念のため、原書該当箇所を挙げておく。——„Doch haben die Römer diesen Unterschied theoretisch nicht durchgebildet und überhaupt schwächer empfunden als wir Heutigen.“ なお、„diesen Unterschied“の意味内容をより正確に知りたければ、上記ドイツ語原文を直接参照されたい。

37 この点、単に筆者が個人的に「苦手」としているだけにとどまらない。この本質は広く「封建制社会の法的構造」そのものに関わるのであり、それゆえおのずと「中世公法史全体の叙述」に迫られ、しかもそれを正確に対象化するためには「ドイツ・フランス・イギリス等の単に一国だけの中世史に通じているだけでは足（りない）」のであって「少なくともイタリア」を含めた「ヨーロッパ全体」についての「封建制社会を概観する能力」を持ち合わせていなければならないからである。この点につき、世良晃四郎『封建制社会の法的構造』（1977年）4頁を参照。

えてよい³⁸。言い換えれば、中世＝封建制のもとでは、そもそも「国家」と「社会」が＜未分化＞のままであり、よって権力関係が「国家」と「国民」との直線的なく縦軸＞のみでは形成されず、常に両者の＜融合＞が有機的に産出された³⁹。つまりそれは、文字通り「国家と社会との融合」であり、かつまた「社会と直接生産者（農奴・隸農）との＜融合＞」、つまりは階級的身分差別を＜前提＞としたところの、「直接的な生産対象」たる物的「土地」を媒介としたところの＜人的融合＞が生み出されていった⁴⁰。国王ないし貴族領主（及び「家父長」）は、おそらく、その土地（領

38 この点、そもそも一般に「公法」が「国家と国民との間を規律」し、あるいは「国家内部の組織的規範」とするものであるとされるところ、中世ではおそらく「国家」なるものを如何に位置づけるか、それ自体として議論が分かれる。さしあたり世良・前掲『封建制社会の法的構造』（前注37）19-21頁を参照。

39 世良・前掲『封建制社会の法的構造』（前注37）21頁の観点を参照。

40 これを世良・前掲『封建制社会の法的構造』（前注37）21頁は、「封建制社会においては国制（Verfassung）全体が個人（または団体）と個人（または団体）とのつながりによって構成されていた」と表現している。これはかなり微妙な記述である。世良教授によれば、「個人（または団体）と個人（または団体）」との「つながり」でもって「国制」（Verfassung）が形成された、として把握されているから、である。ここで「個人」とは何を指すか。「団体」とは何を指すか。根本的に問題となるだろう。国王「個人」の場合もあれば、封建領主＝貴族＝地主「個人」の場合もあれば、農奴・隸農「個人」でもあるように解される（その場合、中世的商人や工業主は、基本的に都市自治体に属するところの、いわゆるBürgerであったと言ってもよかろう）。このように、そもそも「個人」という概念的ターム自体が重層的に、かつまた多面的に現象化するところにも、中世＝封建制のもとでの「公法と私法の関係」の独自性がある。その際、「団体」についてもまた、公的団体と私的団体（いわゆる「社団」・「財団」なるものを含む）のみならず、むしろ両者の＜重疊的諸形態＞があったという点、留意すべきである。Vgl. F. K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 2, 1840, S. 246-274. なぜなら、すでに示したように「公」的権力の担い手たる「国王」も、「封建領主＝貴族」も、「公」のみならず「私」であり、同時にその＜融合体＞であったからである。よって、いわゆる「有機体的国家概念」なるものが語られたりもする。たとえば、村上淳一『ゲルマン法史における自由と誠実』（1980年）133-145頁のギールケ「有機体的国家観」に関する分析を参照。ギールケにおける「ヘルシャフト的要素とゲノッセンシャフト的要素の終局的融和（Versöhnung）」が指摘され（村上136頁）、あるいは「ゲノッセメ

「ヘルシャフト」自体の「国家的性質」にかかるギールケによる積極的承認（村上145頁）が、指摘されている。なお、ギールケにおける「ゲノッセンシャフトとヘルシャフト」の関係については、村上・前掲146-160頁が詳しい。そこでは、ギールケの団体理論において「人的＝家父長的」なヘルシャフトが「土地所有」を媒介に「領主制」（グルンドヘルシャフト）へと展開し、さらには「ヘルシャフトそのものの性格」それ自体が「物的＝家産制的（patrimonial）」なるものへと転化すること、つまりは公的な権威的支配性と私的権利行使可能性（譲渡、相続、分割）との＜融合化現象＞が描き出されているのである。この点、特に、村上・前掲158頁を参照。ともあれ、このように中世＝封建制のもとでの「家」＝「家父長的支配」＝妻の夫への服属を＜前提＞とした「家産制的国家」（わが国で言えば、明治期「近代国家」支配主体＝国家的「家長制」としての天皇制国家）が、「公法」・「私法」の＜融合＞のもとで法的裁可（「権威」）を行使するに至った。この点、19世紀ほぼ中頃のサヴィニーが、「家族（Familie）」を「客観的にみれば不完全で服属的な個人」（die „für sich unvollständige Individualität”）を諸々の形態でもって補完（Ergänzungen）するものであると規定したこと、かつまた彼が「家族」そのものを「広汎な自然的関連（großer Naturzusammenhang）のもとで根拠づけられた生活形態（Lebensform）」と呼んだこと、想起されてよい。Vgl. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S.349-350. このサヴィニーの基本構想によれば、中世＝封建制下の「家族（Familie）」を想定する限り、おそらくそれ自体「客観的にみれば従属的な個々の家族」であり、「家父長」が支配することでもって「家族」が＜補完＞され、かつまたその家父長を「公的支配者」が服属せしめることにより当該「国家的支配性＝国家的存立」をも「補完」（Ergänzungen）した、と言っただろう。したがって、そのような中世＝封建制的な「家」ないし「家族」こそ、「広汎な自然的関連のもとで根拠づけられた生活形態」そのものであったと言えよう。つまりは「広汎な自然的関連」が、その中世共同体的＝ゲルマン社会的なレベルで受けとめられる場合、その「生活形態」としての「家族」は、「家父長権」の存在を＜前提＞として、中世＝封建制的な社会権威・宗教権威の＜統合体＞としての「国家」＝「公法」へと連結されえたからである。そこには、もっぱら「個」＝「私」＝「家・家族・家父長権」＝「共同体的社会構成份」（「隷民団体」）＝「身分制的・封建制的国家」が融合的に、かつ不可分に存在した。したがってサヴィニーの家族法思想は、「中世＝封建制」ないしプロイセン専制的なものから、文字通り「近代＝現代」的なものへの家族制度発展の過渡期に属する、と言えよう。ちなみに戒能通孝は、familia 概念が、「家・家族」と同時に「家に属する奴隷」を意味し、それをひくかたちで familia は「隷民團體」（Hofgenossenschaft, familia）をも指すようになった、と記す（戒能『法律社會學の諸問題』〔1943年〕51-52頁）。この点、本稿前注34も参照。ともあれ、このように「家族」（Familie）の語義は奥深いのであるから、上記サヴィニーのメ

地)）及び農奴⁴¹の支配を「公的」に主張し、かつまた同時に、「私的」にわがものとしてその労働の「果実」を享受したのである。言い換えれば、彼ら身分制度下の「支配者」たちは、無数の農奴からその人的労働を直接的かつ経済法則外在的なく強制によって「搾取」(ausbeuten)したのである⁴²。だから、おのずとそこには「公的なもの」と「私的なもの」が＜融合＞し、支配者の公的かつ私的な「所有」が蔓延したに違いない。同時に必然的に、その「公=私法」的な帰結として、農奴のため「私有財産」が付与されることは結果的にはありえなかったであろう⁴³（もちろん、ごく基本的な「衣食」の素材は農奴の私的所有であったろうが、住＝「家」までそうであったかどうか。今はつまびらかにしない）。要するに、封建制の

ㄨ 見解を読み解くときも、一応そのことを念頭におく必要があるだろう。

41 一般に奴隷が「物」であったのに対し、農奴は一応「人＝農民」扱いされながらも、身分制度的に「土地」と「領主」に服属・隷従していた、とされる。この点、さしあたり『新編 社会科学辞典』（1989年）365頁を参照。ちなみに「農奴」は、もっぱら領主の直接支配地での肉体労働＝「賦役」を課されたのに比し、「隷農」は生産物地代ないし貨幣地代を課され、「賦役」から免除されていた点で一応区別されている。一般に、歴史的には「農奴制」から「隷農制」への推移が承認されているところである（前掲『社会科学辞典』同頁）。なお、世良・前掲『封建制社会の法的構造』（前注37）13頁は、「古代奴隷制社会」と「近代資本制社会」の＜中間＞にある時代全体をもって「農奴制（または隷農制）的封建社会」として把握することが「可能」と記す。それは、たとえばイギリスでは17世紀に「清算」されたところのものであるのに対し、フランスでは18世紀末の「フランス革命」まで存続し、さらにドイツでは19世紀初頭の「農民解放」(Bauernbefreiung)まで存続した、とする。世良・前掲同頁。

42 前掲『社会科学辞典』（前注41）365頁。

43 だから、中世＝封建制のもとでは、固有特殊な形で「農民戦争」とか「農民一揆」とか「土一揆」などの紛争が、社会的規模で発生したのである。さしあたり、フリードリッヒ・エンゲルス『ドイツ農民戦争』（1953年国民文庫。ドイツ語版原書は1850年）を参照。ちなみに、エンゲルスはフランス革命とパリ・コミュンが与えた世界史的影響と、そのもとでの世界的な「労働運動」のもつ世界史的なく階級闘争の歴史的位置づけを踏まえ、『ドイツ農民戦争』きわめて具体的に描き出している。その至る箇所です「ユンカー支配」の現状分析ともども、ドイツ農民戦争の精神的基盤を所与化した「立役者」たるマルティン・ルターとトーマス・ミュンツァーが繰り返し顔を出す。

もとでの権威的「支配者」は、「公的なもの」を媒介にしつつ、いわば剥き出しの「私的所有」を享受した。そのような「所有制度＝財産制度」こそ、やがてその後せいぜいのところ耕作農民の「下級所有権」(Untereigentum)を許容せしめつつも、あくまで支配者(国王ないし貴族領主)の「上級所有権」(Obereigentum)を「公」的に権威化(Autorisierung)せしめたものへと＜転化＞したに違いない⁴⁴。これに加え、さらに中世キリ

44 それに関連づけて、ゲルマン法的なゲヴェーレ(Gewere)が「同一土地」に関する「主人のEigengewere」と「従者のLehnsgewere」を制度化したことを想起すべきである。言い換えれば、ゲルマン共同体的封建制度下のGewereそのものが、そもそも「所有権」Eigentumの上位にあった、とされるのである。Vgl. Dirk Olzen, Die geschichtliche Entwicklung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs, JuS 1984, S. 324 ff., bes. S.332. この点を踏まえるなら、おそらくゲルマン法的「総有」(Gesamteigentum)もまた、かのGewereの拘束を受けていたのかも知れない。つまりは、「下級所有権」のひとつの転形＝典型として「総有」なるものが存在したと言えないだろうか。だとすると、「総有」的に存在する「下級所有権」の主体たる村落共同体構成員は、文字通り共同の形で、あるいは個々的に使用・収益を行い、その処分(あくまでも「下級所有権」たる「総有」の処分)については、例外的に全員一致の原則が採用された、とも言えよう。それは、もっぱらGewereという大きな袋の中の「処分」であったのではないか(この点、ゲルマン的共同体を大家族制度との関係で把握し、かつまた「村」をして「領主的なfamilia」から「村民のためのDorfgemeinde」たらしめることによって、ゲルマン的権力体のもつ「公の権威」がそれ自体として「其の(familia→Dorfgemeindeへの移行の)中に(自己を)確保する」と書く戒能・前掲『法律社會學の諸問題』〔前注40〕62頁の指摘が意味をもつだろう〔丸括弧内・引用者〕)。他方で、ゲルマン法的「所有」と真っ向から対立するはずのローマ法(「普通法」)それ自体が、すでにゲルマン法に通底する「分割所有権」(das geteilte Eigentum vom Ober-Untereigentum)という制度を採用したとされる事実は、いかにも有意義な歴史的アイロニーに属しよう。さしあたり、カール・クレッシェル「『ゲルマン的』所有権概念説について」(1977年)・同(石川武＝監訳)『ゲルマン法の虚像と実像——ドイツ法史の新しい道』(1989年)267頁以下、特に271-272頁を参照。そこでクレッシェルは、グロサトーレン(中世ローマ法の「註釈学派」)によるローマ法的な「分割所有権」論の特殊性につき紹介している。要するに、本来ローマ法的「所有権概念」それ自体——すなわち個人(ローマ市民)への直接的な「包括的支配権」(dominium)を承認する地点まで＜到達＞したところの、その概念自体において——その後の中世＝封建制ないし古ゲルマン制度への歴史的＜展開＞の帰結として皮肉にもかのメ

スト教「カトリック教会権力」が強力に介在していたのであるから、一体何をもって「公的なる」ものと「私的なるもの」を区別しうるのか、かな

↘ dominiumがそのものとして「上」と「下」に解体され、身分制度的・共同体的変貌を遂げたあげくローマ法的所有権自体のメタモルフォーゼとしての、「主人」のもつ「上級所有権」ないしdominium directumと、「封臣や永小作農」のもつ「下級所有権」ないしdominium inferiusとの＜分裂＞を生じたことが、「紹介」されている。要するにクレッシェルによれば、「こうして」ローマ法を「道具立て」としつつ、「中世の重疊的土地関係」が把握されるに至った、とされる。クレッシェル・前掲書272頁。仮に、この「重疊的土地関係」の「法＝権利」的ヴァリエーションとして「下級所有権」の一つの特殊形態たる「総有」（Gesamteigentum）がありえたのだとすれば、それはおのずから「歴史被規定的な存在」として歴史的に具体化された形で認識されるはずである。ならば中世＝封建制的「総有」制度下で育まれてきた共同体構成員（村落の諸住民）の「総有」的権利は、それ自体として、なお独自に法源論的な基盤をもちうるかも知れない。その限りで当時の「総有」は、少なくとも中世ヨーロッパにおいて、なお普遍的存在であったと言ってよいだろう。しかるに、同時にその「総有」は、それが個々の＜村落共同体＞（と合体した構成員）による個別的「総有」として把握される場合、当該「総有」こそは個々の（ある場合には「家族」そのものとしても登場するところの）共同体構成員の生存権＝＜生死の鍵＞を握るべき存在であったろう。だとするなら、その「総有」は個別具体的に、かつ「法的」に判断された上で積極的に保護の対象として位置づけられうるものであり、単に形式的な「近代化」の名のもとに容易に＜解体の対象＞となるべきではないだろう。その「総有」の特殊日本の形態が「入会権」ではないか、と筆者は考える。この点、拙稿「法社会学論争の教訓（九）」龍谷法学本号所収の〔補論〕「末弘厳太郎の「入会権」論に関する一つの考察」の項目を参照。ついでながらクレッシェルは、ルンデ（J. F. Runde）の形式主義的な「都市住民（貴族も含む）の完全所有権」と「農民保有地」の非完全性との＜対置論＞を皮肉を込めつつ批判している。クレッシェル・前掲書286-287頁を参照。加えて、ゲルマン法的な「義務づけられた所有権概念」を主張するオットー・フォン・ギールケ（O. v. Gierke）に対しても、クレッシェルの舌鋒はきわめて鋭い。なぜならギールケが、およそ「我田引水」的に「所有権」と「他物権＝制限物権」とを融合・混同せしめ、そのときどきの「権力者」の使い勝手のよい「所有権論」なるものを作出し、提供したからである。クレッシェル・前掲書269-270頁及び302-304頁をみよ。だからこそクレッシェルは、ギールケ的所有権概念論が、かの第三帝国の時期、「ヒトラー時代の新しい所有権概念」としての「国家社会主義（ナチズム）の共同体思想」に呼応する「所有権論」たりえたと、厳しい文体でもって＜告発＞している。クレッシェル・前掲書309-312頁を参照。

り難しい⁴⁵。したがって、ここでは、マックス・ウェーバー (Max Weber) の、次のやや長い評言を借りてお茶を濁すしかない。

< ii > 以下ウェーバーを引く。——「公法の領域と私法の領域の限界の画定は、今日においてもなお、あらゆる点で一義的に明確というわけではない。過去においては〔つまりは「中世＝封建制」的共同体のもとでは〕、両者の限界は、今日よりはるかに不明確であった。区別の可能性が端的に欠如しているということもあった。すなわち、あらゆる法と管轄権 (ツーステンディヒカイトン [Zuständigkeiten]) とが、とりわけあらゆる命令権力もまた、ひとしく人的な特権 (国家元首の場合には多くは「大権」“Prärogative”と呼ばれる) としての性質をもっているような場合が、そうである。そのような場合には、一定の事項について裁判をおこなうとか、誰かを軍役に召集するとか、彼からその他の点で服従を要求するとかする権能は、たとえば一定の土地を利用する権能とまったく同様に、一つの「既得の」主観的権利なのであり、時としては、それと全く同様に、法律行為——譲渡や相続——の対象とされる。この場合には、政治権力は、法的にみて、アンシュタルト的な構造をもたず、主観的 [= 私的] な命令権能のさまざまな保有者や要求者たちの間の具体的な利益社会関係 (フュアゲゼルシャフトンゲン) や妥協によって、表現されることになる。この場合には、政治的な命令権力は、家父長 (ハウスファーター) や荘園領主 (グルントヘル) や体僕領主 (ライプヘル) の命令権力と本質的な相違はないものとみなされる——「家産制」(パトリモニアリスムス [Patrimoniarismus]) の状態がこれである。(中略) そのかぎりでは、われわれのいう「公」法に当たるものは、すべて、法的にみれば、私法上の請求権とまったく同様に、

45 この点、とりあえず「暗黒の中世」のもとでの「西洋封建制社会」(「共同体」の実態、「カトリック教会」の社会的機能、さらに「ルネッサンス」・「宗教改革」・「商品経済の発達」などを考察対象とする、秀村欣二(編)『ヨーロッパの成立』(1960年) 152-185頁及び木村尚三郎(編)『封建社会の崩壊』(改訂新版1971年)の全体を参照。

具体的な権力保有者の主観的権利なのである」⁴⁶（丸括弧内・原書。亀甲括弧及び傍点・引用者）。

ここでウェーバーのいう「主観的権利」とは、いわゆる「私有財産権」＝「私的所有権」とほぼ同義であると言えよう。その上でウェーバーは、中世＝封建制のもとでの「公法と私法との関係」を、広い視野から具体的かつ明確に描き出し、よってその＜公法優位的でありながら、なおかつ「私的」に収斂するところの融合関係＞を論証している。つまりは、見事なまでに首尾一貫した「公法＝私法」の融合が、それであった。今のところ筆者（川角）には、これに付け加えるべき言葉はみつからない。ともあれ、先を急ごう。

④ 近代法における「公法」と「私法」

< i > 結論的に言えば、「公法と私法」の「体系構成」は、「近世に入ってはじめて法素材全体の最も重要な区別となった」⁴⁷。この点、本稿

46 M. ウェーバー（世良晃四郎・訳）『法社会学』（1974年）69頁。なお、ウェーバーの原書は、『遺稿集 経済と社会』（Wirtschaft und Gesellschaft）の第5版（1972年）である。世良は、これを翻訳している（訳者「凡例」1頁。なお翻訳文3-535頁）。

47 カーザー・前掲『ローマ私法概説』（前注33）45頁。Vgl. Kaser, Kurz Lehrbuch (Fn.33), 1989, S. 27-28. なお、近代法上の＜公法・私法関係＞の概念的な＜起点＞を「純粹公法と純粹私法」の「分化」に求める、磯村哲「近代法に於ける公・私法の分化について——中世法への対比を中心とするスケッチ」私法第一巻（1949年）57頁の観点も、マックス・ウェーバーを媒介にしつつ、上記引用文で示したカーザーの立脚点と通底する。ちなみに、「近代」（Moderne Zeit）と「近世」（Neuzeit）との違いは歴史学では厳密に区別されている。通常「中世」のあとに「近世」が到来し、そのあと「近代」へと繋がる。だから、いわゆる「絶対主義」（Absolutismus）ないし「絶対王政」（Absolute Monarchy）は、「一般的には、近世初頭のヨーロッパ諸国にみられる政治形態をさす」（傍点・引用者）とされる。今井宏「絶対主義」・木村尚三郎（編）前掲書（前注45）110頁を参照。なおカーザーが使う„Neuzeit”の語義としては、広義の「近代」も含むものと解する。たとえば、小学館『独和大辞典』（コンパクト版。1990年）1549頁は、„Neuzeit”につき「（古代・中世に対する）近代（ふつう16世紀から現代まで）」と記す。

にとって決定的に重要な意味をもつ。ここでは、上記引用文中の「近世」(die Neuzeit)を、さしあたり「近代」(die moderne Zeit)と読み変えていいだろう(この点、前注44も参照)。それでは「近代法」において、なぜ「はじめて」、「公法と私法」の「区別」が体系構成的に<重要>となったのか。その起動因は、何であつたろうか。この問題性は、おそらく限らない困難をわれわれに突きつけるに違いない。以下では、それを筆者なりに摘記しておく。ここでは、その考察素材として——主にマックス・ウェーバーに依拠しつつ書かれた——磯村哲「社會法の性格——近代民法と社會法」⁴⁸を対象に論じたい(それは同時に、本稿にとって「反面教師」としての側面をも、もちうる)。

< ii > 磯村論文の基本的視点は、文字通り「社會法の性格」規定に置かれている。つまりは、「社會法」が、端的に「近代法特に近代民法に對する「抗議」・「修正」たるの意味を擔つてゐる」という観点から「近代民法の構造・性格を瞭かならしめる必要がある」というモチーフが示されている⁴⁹。その点に留意しながら、本稿は磯村哲の最充実期の出発点を飾つた上記「磯村論文」の内容を整理しておく。それを通じて本稿は、「近代法における「公法」と「私法」の実態をやや明らかにしようと考える。磯村はいう。「社會法の構造・性格」を「明瞭」にするためには、その<前提論>として、「對比的」な「近代民法の構造と性格の法的特質」が解明されなければならない⁵⁰。まず「近代民法の法的特質」の第一は、その「純粹な「私法」としての性格」に求められる必要がある⁵¹(傍点・

48 哲学研究31卷3冊・360号(1947年)48頁以下及び哲学研究31卷9冊・366号(1947年)28頁以下。それぞれ順に、磯村・前掲「社會法の性格(上)」及び磯村・前掲「社會法の性格(下)」として引用する。ちなみに磯村の論文には、後者について「承前」という記載がされているだけである。「上」・「下」の表記は、筆者(川角)が便宜上付記したにすぎない。

49 磯村・前掲「社會法の性格(上)」(前注48)48頁。

50 磯村・前掲「社會法の性格(上)」(前注48)48頁。

51 磯村・前掲「社會法の性格(上)」(前注48)48頁。

原論文)。しかして「一見自明」な「純粹」私法的性格は、必ずしも自生的なものであるわけではなく、むしろその主たる形成原因として「公法・私法の分化」に注意が払われるべきである⁵²。そして、この「公法・私法の分化」それ自体、「近代法にとって特に性格的」なものであった⁵³（傍点・原論文）。それは如何なる「性格」であるのか。約言すればこうである。「近代以前」、つまりは中世＝封建制のもとで「私法」は「純粹な私人間の法」としては「展開」しえなかった⁵⁴（傍点・原論文）。むしろ、いわゆる「私法」は、当時「公法的エレメントによつて拘束」せられ、「人法（Personenrecht）・財産法のすべての制度（就中土地法・相續法）」は「社會的精神」（sozialer Geist）によって「貫かれ」ていた⁵⁵。同時に「公法」もまた、それ自体として「私法的エレメント」が＜浸透＞しており、「公法」＝「個人法」としての「面」を「具へてゐる」⁵⁶。すなわち中世＝封建制のもとでの「公法」では、「すべての権限、就中命令権力は個人的特權（persönliches Privileg）の意味」をもち、よつて「政治的權力」も「法的」には「Anstalt的構造」をもちえなかった⁵⁷。つまり当時の中世＝封建制的な「公法」は、あくまで近代法的な意味での「公共組織性」（Anstalt）たりえなかったのであり、むしろ「家父・地主・Leibherr」と本質的に同様な「世襲的權利」（patrimoniales Recht）を「法」的に体现したものにほかならない。したがって「近代の意味に於ける公法」に対応するところがあるとしても、それは「私權」と同様な「權力把持者（Ge-

52 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）48-49頁。

53 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。

54 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。

55 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。

56 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。

57 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。ちなみに Anstalt とは、公共的性格をになう組織体のことであり、ウェーバー的にそれを典型化すれば、すなわち「国家」そのものを指す。この点、M. ウェーバー（世良晃四郎・訳）『法社会学』（1974年）15頁注8及び205頁を参照。

walthaber) の権利 (subjektives Recht)」の対象としてであった⁵⁸。だから、当然のごとく当時の法状態においては、「公・私法の分化の社会的基礎を缺いてゐる」と言わなければならぬ⁵⁹。この点、上記の磯村論文の発想が、いかにマックス・ウェーバーのそれと共通するか。誠に如実に示されている(ウェーバーの所説については、本稿前注46に対応する「引用文」を改めて参照されたい)⁶⁰。他方で、磯村論文はオイゲン・エールリッヒの「社会

58 磯村・前掲「社会法の性格(上)」(前注48)49頁。

59 磯村・前掲「社会法の性格(上)」(前注48)49頁。

60 現に磯村・前掲「社会法の性格(上)」(前注48)51頁注1は、Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, S. 387 ff. を参考文献として摘記している。ところが磯村は、その注でウェーバーよりも先にギールケ (Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 1, S. 28 ff.) を登場せしめる。このこと注意を要する。ちなみに、磯村・前掲「社会法の性格(上)」49頁下段では、明らかにギールケが肯定的に描き出されている。併せて、磯村・前掲(上)51頁注4、及び磯村「公・私法の分化」私法(前注47)65-67頁及び68頁注3と注7も参照。ただしそこ(磯村『社会法の性格(上)』51頁注4)では、磯村がギールケ的な意味での「社会法」よりも「や、廣義」で「社会法」なるタームを使用する旨の「断り書き」がついている。しかしただ、それだけである。要するに、ここで磯村は、ギールケ路線のある側面(とりわけ多元的・有機的なゲルマン共同体社会の積極評価論)を基本的に支持している。この点、その歴史認識=近代法認識において磯村と基本的共通性を示す戒能通孝が、ギールケ(ひいては中田薫)の所説(ゲルマン的「總有」)に関する中田の「基本理解」を徹底的に批判し抜いていたこと、興味深い。さしあたり、戒能によるギールケ批判につき、たとえば①「近代的所有権」理解がきわめて形式的・外形的であること(戒能・前掲『法律社会学』[前注40末尾]25-26頁)、②歴史的基本資料の調査とその理解がかなり不備・不十分であること(戒能・前掲『法律社会学』38-39頁)、③いわゆる「自由マルク」(氏族=Sippe由来のゲルマン的共同体の一種)を安直にゲルマン的「總有」(Gesamteigentum)と直結させ同一視し、もって「總有」制度全体を根本的に平板化せしめていること(戒能・前掲『法律社会学』46頁及び58-59頁)など、を参照されたい。かくて戒能のギールケへの<批判的態度>は、きわめて具体的であり、かつまた立体的である(なお、戒能による中田薫批判については戒能『入會の研究』(1958年再刊)26頁以下複数箇所、明快に展開されている。詳しくは、拙稿『法社会学論争の教訓(九)』龍谷法学本号所収の〔補論〕を参照)。ともあれ、なにゆえ戒能と磯村のギールケ評価がここで異なるのか。残された一個の重要問題であること変わらない。なお、その後1960年前後「末弘市民法学」を論じた磯村は、ようやくギールケ批判へと舵を転じたようである。磯村『社

法」的近代民法理解をも肯定的に描き出す。つまり、「個人法としての近代民法は、契約を通しての社會の成立を豫想してゐるのであり、さような社會の法として、それは本質的に「社會」法なのである」⁶¹（傍点・原論文）という。この点、注意を要するのは、磯村が「個人法」という場合、もっぱらギールケ的意味での「個人法」と「国家法」との形式的對比論を受け容れている、ということである。すなわち「純粹私法」としての近代民法は、一面に於て「國家法」（staatliches Recht）としての性格をもつとともに、他面に於て「個人法」（Individualrecht）——ギールケ的な意味に於ける——としての特質を具へてゐる」⁶²と明言する。その上で、上記エーリッヒの「社會法」的近代法モデルへと論旨を連結せしめている。したがって、われわれは、磯村言うところの「社會法」がギールケとエーリッヒとにおいて無矛盾的に、かつまた非対立的に描き出されているかのような「錯覚」におちいる。つまり「個人法」対「国家法」の對比を承認した上で、「契約」を媒介に諸個人が「社會」を形成すること無視しないがゆえに、個人法であると同時に国家法であるところの「近代民法」

ㄨ 会法学の展開と構造』（1975年）71頁及び80-81頁注20を参照。ただし、磯村の書き方は読みようによっては、末弘がギールケ国家論（有機体説）を批判しているから、自分もそれを支持するのだという消極的なものとも言える（磯村・前掲書78頁参照）。だから、ギールケ評価が磯村・前掲書80-81頁注20では、かなりの＜陰影＞を醸し出すのである。言い換えれば、これは、なにゆえ磯村がギールケを徹底的・具体的に批判した戒能『入會の研究』ないし戒能『法律社會學の諸問題』と正面から取り組んでいないのか、という重大な問題に＜連結＞してこよう。しかもこの点、かの川島武宜（1909-1992年）も磯村哲と同じく、マックス・ウェーバー及びエーリッヒに依拠しながら、かつまた同時にギールケを肯定的に把握した点で、川島と磯村の両者は重要なく共通性＞で括られるべきことになるから、おもしろい。両者ともに、ギールケを徹底批判する戒能との＜知的格闘＞を回避している。ただし、今はこれをそのものとして論じない。

61 磯村・前掲「社會法の性格（上）」50頁。この点、磯村は明らかにEugen Ehrlich, Grundlagen des Soziologie des Rechts, S. 34 ff. に依拠している。磯村・前掲「上」51頁注3。

62 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）49頁。

が、少なくとも「本質的」には——いわば直線的に——「社会」法たるべきことになる。ところが面白いことに、磯村が参照を指示しているエールリッヒの原書『法社会学の基礎づけ』（„Grundlegung“）を読むと、エールリッヒは、明らかにギールケを批判した上で、自己の一般論的「社会法」（ein Sozialrecht）を以下のように描き出している。すなわち、こう言っている。——「ギールケが、個人法としての私法（それは彼にあっては「まったく余計 ganz übrig」なものとされるのであるが）を、国家の法（das Recht des Staates）に対立するものとして、つまりは公的団体及び私法的団体（die öffentliche und privatrechtliche Körperschaften）に対抗するものとして位置づけている。しかしながらこのような〔ギールケ流の〕対比論は成り立たない（Dieser Gegensatz besteht jedoch nicht）。〔なぜなら、そもそも〕個人法なるものは存在しないのであり、法たるものはすべて社会法なのであるから（Es gibt kein Individualrecht, jedes Recht ist ein Sozialrecht.）」⁶³（丸括弧内の和文は、原書を引用者が意識した箇所。亀甲括弧内・引用者）

< iii > こうして眺めてみると、磯村論文が、マックス・ウェーバーに依拠しつつも、どちらかと言えばむしろ平板に「公・私法の分化、「国家法」的性格、「個人法」的性格・一般性＝形式合理性⁶⁴を論じているか。よく分かる。なるほど、磯村は、これらの諸モメントを、それぞれ「決し

63 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, Unveränderter Nachdruck 1967, S. 34. この点、「個人法」と「市民法」とは必ずしも同一視されないものであって、よってエールリッヒに独自の慣習「法的」「生ける法」としての「社会法」という発想が、そのものとしてさらに深く掘り下げられるべきである。だから、その限りでこれをサヴィニー的に言い換えれば、「私法」を抱え込んだ市民法的「社会法」こそが、その< 前提的論理 > としてある、ということになる。これにつき、Kleinheyer=Schröder (Hrsg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., 1996 の Ehrlich と Savigny との項目（いずれも J. Schröder 担当）が、より深く、かつ正確に読み込まれるべきである。

64 磯村・前掲「社会法の性格（上）」（前注48）50頁。

て断片的なものではな（い）」のであり、それは「近代國家と近代市民社會（その生産關係たる近代資本主義經濟）の、それぞれの社會的構造と兩者の特殊な關聯性そのものに外ならぬ」⁶⁵として、やはりマックス・ウェーバーの觀點を押し出していること⁶⁶、一応留意すべきである。たしかにそれは、それなりの積極的な意味合いをもつ。しかしながら、磯村が近代法的な「公法と私法の關係」をきちんと把握して立論しているかと言えば、疑問符がつく。なぜなら、そもそも磯村は、およそ「契約」（おそらく「社会契約」を指すのだろう）を諸個人と「社會」ないし「國家」との間の問題としてのみ捉えているからである⁶⁷。その箇所（前注67に対応する頁）で、磯村は、近代的國家そのものと「個人」＝＜市民＞との關係を直接視野に収めようとしないうまま、極論するなら一種の近代的有機体的國家論とでもいうべき觀點を呈示している。その限りで「國家法人說」を支持するのだろう⁶⁸。だから「唯一の政治團體としての國家への個人の直接的歸属性」が「成立する」と書いている⁶⁹（傍点・原論文。ゴチック・引用者）。それゆえおのずと、磯村の「近代法」的な「公法と私法の關係」も、いわば直接的なく形式性＞を帯びざるをえない。言い換えるならば、磯村がいかに

65 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）50頁。

66 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）58頁注1。

67 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）50頁参照。たとえば、その頁（50頁）で磯村は、いわゆる「法人」問題を挙げながら、あくまで「（近代民法的な意味での）唯一の政治團體としての國家への個人の直接歸属性の成立」を承認している。

68 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）50頁参照。だからこそ、かなりギルケ的な一文、すなわち「社會法が個人法に對立すると同時に國家法に對立する一面を具へる」（傍点・原論文）などという形式論的な結論が引き出されてくるのである。磯村・前掲「下」（前注48）54頁。なお、「一面」というタームに傍点が付されている点で「留保」すべきことも出てくるが、磯村論文全体のトーンとしては基本的に「市民法から社会法へ」の流れを一応は認るものと思われる。

69 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）50頁。この点、すでに前注67で触れた。

「社会契約」を＜社會＞そのものの内に閉じ込めているか。よく分かる。だから近代世界では「社會形成の原理は契約」であり、「契約こそは、「民法的」社會に於ける社會存在の原型であり、社會的結合體がそこより理解さるべき基礎的存在なのである」⁷⁰とされる。ここで明らかにされるのは、かの「契約」が「社会契約」である限り、個人＝市民と「社会」＝「社會的結合體」を仲介するものとして「社会契約」的な「契約」が語られている、ということである。市民が「社会契約」を通じて、「政府」＝「為政者の集合體」を「信任」し、よって「信託關係」を媒介に＜市民政府＞を創出したという観点ではない。対するに、すでにわれわれは、ジョン・ロックの「政治社会＝契約」論＝「社会契約」論を知っている。この「社会契約」論は、1690年刊行の『市民政府論』の基本的骨格をなす＜キー概念＞である。まさか、これを読まずに、磯村が1947年の「社會法の性格」を論ずるわけではないと思われる。

＜iv＞ ロックによれば、およそこうである。——〔a〕「所有權」（das Eigentum）の実体的基盤は人間の労働（Arbeit）にあるのだから、「所有權の重大な基礎は、人間の本質に深く根差している」（lag die große Grundlage des Eigentums tief im Wesen des Menschen）⁷¹〔イタリック・

70 磯村・前掲「社會法の性格（上）」（前注48）50頁。その箇所では、法人（juristische Person）の法技術」を介して「民法に於ける團體（法人）」が「國家法に於ける權利主體」として「現れる」、という（傍点・原論文）。「國家法」としての「民法」を問題とする限り、法人も形式論理的に「權利主體」となるというのだから、磯村説が「法人實在説」を採用するのか、という問題ともリンクしえよう。なお、磯村はその頁で「民法に於ける團體は、「實在的な」Genossenschaftではなく、契約的・擬制的な基本性格をもつ」とも言っている。近代的「法人」が「實在的な」Genossenschaftではないとしても、そしてさらに「契約的・擬制的」とは言っても、なお「法人實在説」を肯定する可能性を残している。だから「法人」は、「國家法」レベルでの「權利主體」とされたのである。磯村法人論がいかなるものでありえたか。管見の限りでは知るよしがない。

71 ジョン・ロック（鶴飼信成・訳）『市民政府論』（岩波文庫1968年。原書初出は1690年）49頁。Vgl. J. Locke, Zwei Abhandlungen über die Regierung, ♂

原書。亀甲括弧内・引用者。以下同様〕。〔 β 〕その市民の人格労働的に形成された「所有権」を、「自分の事件に関する審判者」たる市民すべて（jeder ist sein Richter in eigener Sache）が自ら、他者による侵害から「所有権」を守り抜くため、市民的な意思の結合体としての「市民社会」の「目的」（das Ziel der bürgerlichen Gesellschaft）が措定されることになる⁷²。その際に問題となるのが「権力」＝政治権力（die politische Gewalt）のあり方であり、それがいかに「市民労働」を尊重するかが＜肝心＞である。だから、〔 γ 〕政治権力を内在化した「政治社会」（die politische Gesellschaft）こそは、市民の、他の諸々の市民との「同意」（die Übereinkunft mit anderen）を唯一の根拠として形成されなければならない⁷³。言い換えれば、〔 δ 〕その政治社会における市民は、「契約に即して言えば、むしろみな平等」（nach Übereinkunft vielmehr alle gleich）であり、同時に「契約によって」市民みずからその上に「支配者を定立」する（sie = [die Bürger] setzen durch dieselbe Übereinkunft Herrscher über sich ein）。かかる「相互的合意（das gegenseitige Einverständnis）」こそ、市民の自由なる意思的行為の帰結であり、いわば真の意味での「社会契約」である⁷⁴。翻って言えば、〔 ε 〕「人々（市民）が国家として結合し、政府のもとに服する大きな、そして主要な目的は、その（市民の）所有の維持にある（ゴチック・引用者）」（Das groß und hauptsächlichliche Ziel, weshalb Menschen sich zu einem Staatwesen zusammenschließen und sich unter eine Regierung stellen, ist also die Erhaltung ihres Eigentums.）。要するに、

↘ Hrsg. von Walter Euchner, Suhrkamp, S. 227.

72 ロック・前掲『市民政府論』（前注71）91頁。Vgl. Locke, Zwei Abhandlungen (Fn. 71), S. 255.

73 ロック・前掲『市民政府論』（前注71）100頁。Vgl. Locke, Zwei Abhandlungen (Fn. 71), S. 260.

74 ロック・前掲『市民政府論』（前注71）106頁。Vgl. Locke, Zwei Abhandlungen (Fn. 71), S. 264.

〔と〕「人民こそ、審判者となるべきである」(*Das Volk soll Richter sein.*)。つまりは、政府の高官・官僚たちは市民の信託を受けて初めてその地位にあるわけだから、彼らが市民の信託に背く行為をおこなったものと看做されれば、即刻、その公的地位から追放されて然るべきであり、市民にはその追放権が付与され、かつその権限が保持されねばならない (*die Macht behalten muß, ihn [= den Politiker] aus seinen Ämtern zu entfernen, wenn er sich in seinem Vertrauen getäuscht sieht.*)⁷⁵。

< v > このようなロック的価値基準こそ、わが日本国憲法「前文」の内容を決定的に拘束し、かつ根拠づけているのではないか⁷⁶。だとするなら、おのずとロックの「市民政府論」的価値基準（「市民法的価値基準」）

75 ロック・前掲『市民政府論』（前注71）241頁。Vgl. Locke, *Zwei Abhandlungen* (Fn. 71), S. 353. 言うまでもないことであるが、そのような観点からロックは、市民のその政府に対する「抵抗権」、さらには「革命権」行使の可能性を承認している。ロックが『市民政府論』の末尾で市民みずからが「そのよいと信ずるところにしたがって、その政府の新しい形態を定める」(*das Volk hat ein Recht, eine neue Form der Regierung zu errichten, wie es ihm gut scheint*) ことを肯定する限りで、そう理解すべきものである。ロック・前掲『市民政府論』244頁。Vgl. Locke, *Zwei Abhandlungen*, S. 354.

76 たとえば「前文」によればこうである。——「そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する」。そして、これこそ「人類普遍の原理」だと言っている。最後に「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ」と記す。この「人類普遍の原理」に背き、「崇高な理想と目的」の達成を妨げている政治家や学者なるものがあるとすれば、われわれは彼らの故意又は過失の有無にかかわらず、<妨害排除請求権>ないし<追放権>を行使してよいし、むしろ行使すべきであろう。ことがらの本質は、われわれ自身の問題に終始するのではなく、「全世界の国民」（「前文」）の権利と自由（「平和的生存権」を含むそれ）にかかわる問題であり、かつまたわれわれの「子や孫など」の「将来」にかかわる問題であるのだから。なおこの点、憲法97条によれば、「われわれ」がその「基本的人権」をまもることは、それが「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」だからであり、かつまた「現在及び将来の国民」に「侵すことのできない永久の権利」として付与されているからだ、と規定されている。このこと、本稿主張の有力な傍証となるだろう。

から引き出されるべきものは、上記磯村論文がいうような意味での「個人」対「社会」に埋没したがごとき「社会契約」ではないであろう。ましていわんや、阿部論文がいうような「行政法規第一主義＝公法優先主義」⁷⁷ではないであろう。むしろ「逆」なのではないか。その点を踏まえつつ、わが国学説における「公法と私法の関係」をみよう。

⑤ わが国における「公法」と「私法」

< i > わが国「公法と私法の関係」論は、戦前「帝國憲法」のもと、極度に歪曲され、哀れにも卑小化せしめられ、結局「墮落」してしまった。なるほど局所的に「健全な考え」も示された。とはいえ、それすらすべて、「帝國憲法」下の、あるいは「治安警察法」及び「治安維持法」下での< 国家権力 >の手で無残にも押しつぶされた。その有様を以下で概観する。なお、その際に留意されたいことは、戦前に「墮落」しきったものの現代的な「あだ花」が、かの阿部泰隆教授の「公法・私法関係」論にほかならない、ということである。それを端的に< 論証 >すること。それだけがここでの「目的」である。その点、留意してほしい。言い換えれば、その「目的」のための準備作業としての位置づけだけが、ここで< 付与 >されるにすぎない。だから、おのずと簡潔な描写をなすにとどまる。

< ii > 戦前及び戦時中の「公法・私法関係」論はどうであったか。まずこれから見ていこう。「典型的な論点」のみ抽出する。まずは穂積八東(1860-1912年)の「公法」概念論からみよう。彼は、かなり合理主義的精神のもと「公法・私法」の< 二元論 >を是認する⁷⁸。その上で公法＝「権力

77 阿部・前掲「上」4-5頁及び「下」17-19頁などを参照（いずれも本稿前注1所掲の論文）。

78 穂積八東「公法の特質」(1904年〔明治37年〕1月)・同『穂積八東博士論文集』(1913年〔大正2年〕)655頁以下を参照。以下で引用するのは、すべて上記『論文集』からである。ここでは、論題を付しつつ、八東・前掲『論文集』として引用する。なお、八東はドイツ公法学の泰斗パウル・ラーバント(1838-1918)の影響を色濃く受けている。この点、八東「権力ノ分立」(1908年)前掲書『八東論文集』866頁で、彼は、ラーバントを「恩師ナリ」と記している。ラーバ

説」を主張する。その際、八東が「権力トハ關係的ノ觀念」⁷⁹というから、いかにもおもしろい⁸⁰。しかも八東は、「權力ハ意志ナリ」としつつ、「國

メントについては、さしあたり名和田是彦「ドイツ近代公法学の基本的性格に関する一考察——近代社会における「個と普遍」——」森際康友＝桂木隆夫（編著）『人間的秩序——法における個と普遍』（1987年）146頁以下、特に152頁以下を参照。

79 八東「公法の特質」・前掲『論文集』（前注78）658頁。

80 このように、権威的な法律学者が好んで「關係的」ななにかというの、ある意味で＜普遍的＞なる現象なのかも知れない。戦前も、早くから「關係的所有權論」が説かれていた（すでに、八東自身「権力トハ關係的ノ觀念」であると言っていた〔傍点・引用者〕。八東「公法の特質」・前掲同頁）。ところが、現在もなお、「相關の權利」論なるものが、かなり有力に主張されていること、驚きに値する。たとえば、基本権的・決定権的權利論という装いのもとで展開されるところの「相關の權利」論として、山本敬三「基本権の保護と不法行為法の役割」広中俊雄責任編集『民法研究5』（2008年）77頁以下、特に130頁をみよ。そこでは、あからさまに大塚直の見解や大村敦志の見解との＜連続性＞が語られている。この点、拙稿・前編（3）龍谷法学51巻3号（2018年）541頁注76を参照。他方、「關係的契約理論」については、内田貴の一連の著作『契約の再生』（1990年）及び同『契約の時代——日本社会と契約法』（2000年）、さらに同『制度的契約論——民営化と契約』（2010年）が、その＜三部作＞としてトータルに読み解かれなければならない。ここでは、一定の留保を余儀なくされるものの、筆者（川角）の目からみれば、内田の「プロセス的契約」論も「制度的契約」論も、その実体は、あくまで＜その同根的起源＞たる「關係的契約」論の発想そのものに置かれていた。つまり内田は、最初の著作で、日本的な共同体（構成員）の直観たる共感が、信義則を媒介に裁判官の判断を通じて具体化されるべきだ、という。だからこそ、牧野英一らの戦前の＜法思想＞への限らないノスタルジアが披露されるわけである。それを言い換えたものが、およそ「プロセス的契約」であり、さらには「規制緩和＝民営化」の波に乗りつつ行政法とのクロスロードとして描き出されたところの、限りなく關係論的な「制度的契約」論であった。この内田貴の理論＝思想が、最近、穂積陳重・八東の兄弟の業績をもって『法学の誕生』（2018年）を論証するものとして＜結実＞せしめられたこと、誠に喜ばしいことである。換言すれば、内田貴こそは八東の思想の忠実な現代的継承者にほかならない。そして仮に、八東がわが国戦前法学の「亡霊」（der Geist eines Verstorbenen）と化しているのだとすれば、内田こそは——よってその「同類」たる山本敬三、さらにはその＜連続線＞上にある大村敦志や大塚直らもそうであるが——八東を実質的に受け継ぐところの、かの「亡霊」の現代的な再生バージョンに相当する、と言うべきことになろう。要す

家」とは「意志ニ強弱上下ノ効力ヲ分ツ社會的組織其物ヲ指シテ」いうのである、と記す⁸¹。すなわち、この「強弱上下」の最強かつ最上位にあるのが、八束流の「意志」的な「權力」を具現化したところの「國家」たるべきことになる⁸²。かかる「權力」、つまりは「國家的意志」を法制的に裏づけるものこそ＜公法＞、というべきことになる。だから八束は、「國家」から「權力」を抜き去れば、あたかも私法上の「一大公益法人」へと転落する旨、述べている⁸³。その上で、八束はかかる「明白ナル條理ヲ直言スル」ため、「權力ノ存否ハ法律上ノ關係ヲ解決スルニ於テ適用ノ原則ヲ異ニスル」のであり、だからこそ「公法私法ノ區別ヲ主張スル」のだと言っている。ただし、最強・最上位の「意志」的「權力」装置としての「國家」は、あくまで八束にあっては「天皇」と一体不可分たるべきものであった。よって八束は、「天皇ハ即チ國家ナリ」⁸⁴と断定したのである。ところで＜公法＞が「權力關係」を体现するのに対し、＜私法＞は「平等關係」を体现している⁸⁵。これは、一見したところ西洋的・普遍的「合理主義」の帰結であるようにみえる。ところがすぐさま八束は、こう言い放つ。やや長いが、重要な意味をもつので、そのまま引用しておく。——「我固有法ノ家ハ確ニ權力團體ナリキ。現今ノ成法ニ於テモ、尚之ヲ權力團體

ゝるに、あの戦前の「亡霊」が関係の権利論ないし関係の意思理論＝関係の契約論という形で＜復活＞しつつあるのである。さしあたり、内田貴と穂積八束及びその兄・陳重との繋がりにつき、拙稿「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」龍谷法学51巻2号（2018年）307頁以下及び341頁以下を参照。

81 八束「公法の特質」・前掲『論文集』（前注78）658-659頁参照。

82 八束「公法の特質」・前掲『論文集』（前注78）659頁。だから八束は、その頁で公法的にみれば「意志」の「不平等」は当たり前であり、それなくして「權力ナシ」、よって「國家ナシ」という（対するに私法関係では、一応「平等」だと言っている。八束・前掲661頁）。このような「使い分け」は、いかにも官僚主義的であり、御都合主義的である。

83 八束「公法の特質」・前掲『論文集』（前注78）661頁。

84 八束「帝國憲法ノ法理」・前掲『論文集』（前注78）18頁。

85 八束「公法ノ特質」・前掲『論文集』（前注78）661-662頁。

ト看做スヘキカ、又ハ戸主ト云ヒ親ト云フ特權ノ身分ニ伴フテ特別ナル個々ノ權利アリ、家族ト云ヒ子ト云フ特殊ノ身分ニ伴フテ特別ナル個々ノ義務アルノ外概括的ナル權力服從ノ關係ハ存在セサルモノト看做スヘキカ。〔中略〕我國有法ノ家ニ付テ見レハ、家長ト家族トノ關係ハ權力關係ニシテ、對等ナル個人相互ノ關係ヲ規律スルモノト更ニ相異ナルノ法原則ニテ支配セラリシコトハ、疑ヲ容レス。家父ト家族トノ法律關係ハ寧ロ君臣ノ（統治）關係ニ類似スル法ノ原則ニテ支配セラレタリ。私法ト云ハンヨリハ寧ロ公法的ト云フ何ノ奇怪ナルコトカアル」⁸⁶（丸括弧内・原書。句読点及びゴチック・引用者）。——ここには見事なる公法・私法融合論が説かれている。文字通りの「公法優越的融合論」である⁸⁷。なにしろ「帝國憲法」で

86 八東「公法ノ特質」・前掲『論文集』（前注78）662-663頁。

87 ちなみに八東「三權ノ分立」・前掲『論文集』（前注78）865頁以下をみると、八東は一方でモンテスキューの「三權分立」論を支持し、他方で自分のドイツでの師たるラーバントが「三權分立」を消極視・度外視していたと嘆いている（八東・前掲865-866頁）。この点、なるほど八東の合理主義的精神が一応のところは発揮されている。ところで、その結論として八東は、「我カ立憲制ノ精神ハ所謂三權分立ノ主義ニ在リ。三權分立トハ大權立法權司法權ノ分立シテ混同セサルコトヲ謂ヘルナリ。必スシモ三權ノ絶對ナル分立ヲ期スルニ非ス」（句読点・引用者）と言う。八東・前掲885頁。ここで「絶對ナル分立」が八東によって明確に否定されている点、注意しておく必要がある。なぜなら、「相對的ナル分立」については、これを、八東が支持していることになるからである（ただし「相對的分立」というタームを八東が明示的に使っているわけではない。論理上「絶對」に対するに「相對」がありえるだろう、というにすぎない）。だとするなら「相對的分立」の実体とはなにか。八東は、この点多くを語っていない。推測するに、ここでも所謂「關係的ナル」分立論が説かれたように思われる。すなわち形式上、行政權＝「大權」と立法權・司法權が分かれていることは、「帝國憲法」4条・11条の「天皇大權」（統治權・統帥權）及び33条以下の「帝國議會」、さらに57条以下の「司法」の箇所をみれば誰にでも分かるように作られている。ところが、「帝國憲法」5条及び37条によれば、「帝國議會」は単に「法律」制定の「協賛」をするのみであって、「立法權」を行うのは「天皇」であると明記されている（5条）。また「司法權」は、あくまで「天皇ノ名」に於いて「法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」とあるにすぎない（57条）。ということは、實質上「三權」すべて「天皇大權」に帰一していくはずである。この平明簡易な＜実体＞を、八東がほとんどともに語っていないのはどういうわけだろう。なお、八東・ノ

裏づけられ、＜裁可＞されたところの「神格天皇」が日本という「國」全体の家長＝家父であったのであり、さらにその「國家」的な家父たる「天皇」が個々の家の家父＝「戸主」を支配していたからである。このような縦軸の「権威的・「公」的要素」によって、「私法」は常に脅かされ、かつまたそれに屈服せしめられていたのである。たとえば、民法206条の絶対的な「所有権」からして、絶対的な——天皇「勅令」を含めたところの——「法令」によって、絶対的に拘束されていたのだから⁸⁸。

ㄨ 前掲877頁で彼は、帝國憲法5条は「立法權ノ成立」を指しており、同法37条は「法律ノ成立」を指すのだから辻褄が合うと弁明する。だから八東は、帝國憲法5条と37条が法律上「二重重複セス」して合理的にできているのだから、そこに「矛盾」はなく、よって「予ハ此ノ意義ニ於テ之ヲ解ス」と言っている。これは、果たしてまともな「弁明」になっているだろうか。単なる言い逃れにほかならないのではないか。当時超一流の公法学者から、このようなでたらけな「詭弁」を弄されるのであれば、国民＝「臣民」は到底これに納得しがたいであろう。かくて八東の「弁明」は、苦し紛れの「官僚的答弁」＝「付度的記述」と言われても仕方がない。——ちなみに今日、阿部泰隆の論文においては明らかに「行政法規第一主義」であるところ、それは一応「私法との関係」でそうである、と説明されている。阿部・前掲「下」（前注1）16-19頁。この点、阿部論文がそもそも「三権分立」につき積極的にこれを語っているわけではない。われわれは一応、この事実に着目しておかなければならない（だから、その限りで断定的なことは言えないと思う）。とはいえ阿部論文では、「法治国家」という言葉は出てくる（阿部「下」18頁）ものの、しかし、ここで阿部論文のいう「法治」国家とは、およそ「行政法規によって統治される国家」を意味するのには違いない。阿部「上」・「下」をトータルに理解する限り、そういうことになる筈である。だとするなら、「天皇大權」を「立法權」・「司法權」の上に置いた八東と、阿部泰隆のスタンスとは実質上同じもの、と言うべきことになるだろう。よって、ここにも「亡霊」八東の現代的再生バージョン（「亡霊」の現代的復活版）が存在する、というべきことになるのではないか。

88 それゆえ八東は、民法206条「所有権」に関する「法典調査會」において、こう言ったのである。——「今日ノ行政制度ニ於テ、行政官ノ官制ト云フモノハ、天皇ノ大權トシテ定メル。夫故ニ行政官ニ權限ヲ與ヘルト云フコトハ勅令ニ依テ與ヘルノデル。然ウスルト警視總監ハ斯ウシロトカ、内務大臣ハ斯ウシロトカ云フコトハ官制デアリマス。其官制ハ憲法上何ウシテモ勅令デナケレバ定メラレマセヌ」（句読点及びゴチック・引用者）。だから八東は、「法律上の制限」ではなく、現行法の文言通りの「法令」による所有権制限でなければならぬ、

<iii> この八東「公法論」が出た同じ年、美濃部達吉（1873-1948年）がこれに噛みついた⁸⁹。要するに、美濃部の眼目こそは、八東のように「公法＝権力関係」・「私法＝平等関係」という図式に異議をはさみ、「一面に於て公法と私法とをを区別する標準を明にすると共に、一面に於て両者が如何に密接に相関聯するか」⁹⁰ということに焦点を当てようとしたのである。

と頑強に主張したのである。なぜ頑強であったか。それは磯部四郎らの穏健派が「法律による制限」を粘り強く主張していたからである。結局、八東から「天皇ノ大権」と「勅令」を持ち出されて、穏健派もうつむき、沈黙するほかなかった。第19回法典調査會議事速記録（1894年〔明治27年〕6月8日）商事法務版『日本近代立法叢書1・法典調査会民法議事速記録一』（1983年）755頁をみよ。ちなみに、かの民法典論争で八東と対立した梅謙次郎（1860-1910年）も「所有權ト云フモノハ本來制限ガアルト同時ニ自由モ制限ガアルモノト信ジテ居リマス」と述べ、八東に同調している（商事法務版756頁）。ともあれ、八東も梅もなんとギールケの発想に染まっていることか、驚かされる。この点、いわば梅がギールケに相当し、むしろ八東は、ギールケ以上にファナティック（神がかり）であったと言うべきであろう。

89 美濃部達吉「穂積先生の「公法の特質」を読む」法政新誌8巻2号（1937年〔昭和12年〕2月）14頁以下参照。

90 美濃部『公法と私法』（1941年四版。初版初出は1935年〔昭和10年〕）著者の「序」を参照。なお美濃部達吉の『公法と私法』については、拙稿続編「法社会学論争の教訓（十二）」龍谷法学52巻3号で論ずる予定である。ここでは深入りをしない。ただ以下の点、留意されたい。すなわち美濃部は、明らかに戦前「帝國憲法」下の＜行政裁判所＞の存在を、当時の「公法」のあり方と緊密に連携せしめている。たとえば、美濃部・前掲『公法と私法』著者「序」2-3頁参照。要するに、すでに当時「行政裁判所」なるものがあったわけであるから、「公法」問題か否かは、当時、テクニカルに言えば「裁判管轄」を左右する決定的事項であった。ところで、ほぼ八東流の思考形態を今日なお実質的に継承しようとしているのは、わが阿部泰隆教授にとどまらない。藤田宙靖教授（元最高裁判事）もそうである。なかでも、藤田「行政法理論体系の成立とその論理構造——穂積八東博士の公法概念を中心として」（1972年）同『行政法学の思考形式（増補版）』（2003年）所収38頁以下は、「行政裁判制度」の实在を所与の＜前提＞とし、その「行政法理論体系」を八東の思考形式を借りて根拠だてようとしている。これは、藤田「裁判規範と行為規範——高柳教授の行政法学の理論構造に関する疑問」・前掲書19頁以下が、やや激しく高柳説を批判する必然性をも裏づける。なお、この藤田説が批判の対象とする高柳説の引用内容それ自体は、あくまで啓発的である。なぜなら、そこでは高柳説が、実質上明確にジョン・ロックメ

これに強く反論するのが、八束「「公法ノ特質」ニ付美濃部博士ノ駁論ニ答フ」⁹¹であった。もはや本稿では、この八束・美濃部論争に詳しく立ち入る余裕をもたない。ひとこと付言するなら、八束が「公法＝権力関係」とし、対するに「私法＝平等関係」と位置づけたにもかかわらず、美濃部が「私法＝権利関係」と誤解したとして、八束は激しく非難・論駁している。まずはこのことに留意して然るべきである⁹²。しかしながらこの点、すでに述べたように、八束のいう「権利」論それ自体、あくまでも「関係的ナル觀念」にほかならなかった。つまりは実体的な「権利」は、そこにはなかった。だから、権力者の都合がよいように「関係」的権利なるものが、どうしても解されるように、きわめて融通無碍にできている。これが八束流のごまかしの手口であった。それが、いかに「融通無碍」であるか。八束自身に聞こう。彼はこう言っている。——「要スルニ權利トハ、法ノ保護ニ依リ意志ヲ以テ主張スルコトヲ得ル利益ナリト解ス」べきであり、よって「權利ハ對等者間ニ於テモ非對等者間ニ於テモ共ニ存在」する。だから「權力關係ト權利關係トハ互ニ相排斥スルモノニモ非ス」、かつまた「同一ナルモノニモ非ス」。結局のところ、「二者別種ノ關係ナルコト明白ナラン」⁹³（傍点・引用者）。——これは、なんとまア「融通無碍」なる関係的「権力」論であり、関係的「権利」論であることか。八束は、要するにヴィントシャイト的「意思説」とイェーリング的「利益説」を無内容に＜融合＞せしめ、もって「権利関係」を「非對等者間」では「権力関係」に高めたかと思えば、すぐさま「對等者間」では「権利関係」そのものに

、的「市民国家」論＝「市民政府論」を敷衍していることが描き出されているからである。藤田・前掲書21-22頁及び22頁注1参照。ただし、ここでは「裁判規範と行為規範」それ自体の問題には一切立ち入らない。

91 八束・前掲『論文集』（前注78）679頁以下。これは美濃部による批判論文の翌月1937年3月に公表されている。

92 八束「「公法ノ特質」ニ付美濃部博士ノ駁論ニ答フ」・前掲『論文集』（前注78）680-688頁参照。

93 八束・前掲「公法ノ特質」・同『論文集』（前注78）666頁をみよ。

舞い戻ることになる^{93-a}。だから、その限りで、ごく形式的に、その結論として「二者別種ノ關係ナルコト明白ナラン」とされたのである。仮に、上記八束の論説が論理整合的であるとすれば、要するに彼は「權力關係」と「權利關係」を＜明白＞に區別するのだから、美濃部のような理解を導き出すのは当然であった。ところが八束としては、「予」は単純なる「二元論」を採用しているのではなく——「非對等者」と「對等者」との間で一応線引きはしつつも——「權力」と「權利」とはあくまで＜關係＞なるタームによって一体不可分・不即不離・相互補完的なもの、つまりは「權力關係ト權利關係トハ互ニ相排斥スルモノニ非ス」と解されるべきであるから、美濃部の「駁論」は不当きわまりない、ということになるらしい。美濃部の「權利」論の解明は、別稿で試みるほかないが⁹⁴、上記八束のあ

93-a この「すぐさま」なる＜変容＞は、八束の兄・陳重も＜共有＞していた。この点、拙稿・川角「穂積陳重と大正デモクラシー期の民法学」龍谷法学51巻2号（2018年）301-302頁注101を参照。

94 美濃部達吉の「權利」論については、別稿・川角「法社会学の教訓」続編で考察する予定である。筆者（川角）のみるところ、美濃部は徹底的に法実証主義の立場に立っており、かつまた徹底して論理的である。すなわち、美濃部にあって「公法と私法の區別」は、もっぱら実定法たる「國家法」のレベルで論じられるべきものである（「実定法」とは、一般に制定法のことをいうのであろうが、必ずしも「生ける法」＝「慣習法」の実定性まで否定するものではあるまい）。かくして「公法は本來の國家法即ち直接に第一次的に國家法たるもの」であり、対するに「私法は本來は他の社會の法であり唯國家が其の保護監督の任に在るがゆえに第二次的に國家法たるもの」であることのうちに、「公法と私法」とを＜區別＞する「根據が存する」と言っている。美濃部・前掲『公法と私法』（前注90）21頁。ここで、さしあたり美濃部のいう「第一次的」・「第二次的」という序列化を度外視して言えば、美濃部の思考方法は、上記本文で指摘したジョン・ロックの「思想」と共鳴する。すなわち「國家法」としての「公法」は、本来「爲政者」を縛る法としてあり（「立憲主義」）、その「爲政者」の行政権＝政治権力の源泉は「市民の同意」＝社会契約にある。よって行政権＝政治権力は、もっぱら市民の＜労働＞の成果としての「所有権」（ないし「生存権」）を尊重する（美濃部の用語法によれば「保護監督」する）ことを、その使命（Beruf）とすべきである。仮に「爲政者」が、日本国憲法13条などを弄んで「国民の生存及び幸福・自由」のためと称し、国民＝市民の「平和的生存権」を脅かすメ

まりにも関係論的な「権力」論及び「権利」論は、文字通り学問的な＜ご都合主義＞の見事な結晶体であったように思う。なお戦前には、八束ののち「公法は實は行政に特有なる法を意味し、私法は行政に特有ならざる法の一つとして之に對しめられてゐる」⁹⁵（傍点・引用者）というような——実質上かの「行政法規第一主義」に連なるところの——調停的・協見的見解が説かれたりする。しかし本稿では以下、はしょって、いきなり戦後わが国での「公法と私法の関係」をめぐる学説に目を転ずるほかない。

<iv> 美濃部達吉の弟子・田中二郎（1906-1982年）は、戦後1955年に

ゝことがあれば、当然かつ必然的に国民＝市民の「所有権」をも侵害することになるに違いない。この場合ジョン・ロックは、あくまで「人民が審判者」であり、よってかかる「爲政者」に「抵抗」すべきであり、その「抵抗」を「爲政者」が無視すれば国民＝市民は「革命権」をも行使して、かかる「爲政者」からなる「内閣」（die Regierung）を「解体」（auflösen）することができると言っている。むしろロックの観点からすれば、われわれ国民＝市民は、かかる政治権力を「解体せしめるべく」行動を起こすべきなのであろう。念のためここでは、ロックのドイツ語翻訳版から引用しておく。„das Volk hat ein Recht, als höchste Gewalt zu handeln und die Legislative von nun an selbst auszuüben; oder aber eine neue Form der Regierung zu errichten, bzw. die Regierung unter der alten Form in neue Hände zu legen, wie es [= das Volk] ihm gut scheint.“ J. Locke, Zwei Abhandlungen (Fn. 71), S. 354.（上記イタリック及び亀甲括弧内・引用者。なお、鶴飼信成の翻訳書244頁もみよ）。ロックの原文からすれば、おそらく「解体せしめるべき」とは即断できないとしても、人民＝市民の総体がその所有権（＝「生存権」）を政府・内閣から侵害されている以上、「政治権力の新たな形態を創設する」ための権利を市民がもつというのであるから、その限りで結局同じことに帰しよう（権利はその主体から行使され、あるいは「闘争」によって闘い取られなければならぬものなのであるから）。この点、1935年（昭和10年）2月25日、かの天皇機関説事件で美濃部が「一身上の弁明」をしたあと、彼の著作『公法と私法』が同年11月20日に公刊されたことを思えば、美濃部にジョン・ロックなみの＜主張＞を求めるのは、あまりにも酷なことであるに違いない。しかるに、あくまで美濃部の理想は、もしかしたらジョン・ロック『市民政府論』の思想と触れあい、かつそれに根差していたと言えるかも知れない。ちなみに、ロックの「政府解体論」につき、愛敬浩二『近代立憲主義思想の原像——ジョン・ロック政治思想と現代憲法学』（2003年）157頁以下を参照。その159頁では、「抵抗権＝政府解体論」とも規定されている。

95 柳瀬良幹『行政法に於ける公法と私法』（1943年〔昭和18年〕）27頁。

『公法と私法』初版を公刊した。ただ、ここで取り上げる田中「公法と私法——我が國に於ける學說發展の一斷面」⁹⁶は、1942年（昭和17年）に公表されているので、純然たる戦後の作品とは言い難い。その点を留保した上で、その内容（田中説）につき素描するなら、こう言えよう。すなわち田中二郎は、その「公法と私法」で、そのテーマに関するわが国第一人者として、まず「八東」を語り⁹⁷、次にその對抗馬として「美濃部」について語っている⁹⁸。この点、「八東」と「美濃部」の所説概要につき、すでに本稿で示したところであるから、ここで繰り返すことはしない。要するに田中説では、「公法と私法」の関係にかんして「尚多くの不明瞭な點」が「残されて居る」とされつつ⁹⁹、その原因を「方法的無反省」ないし「方法的混淆」に求める宮澤俊義（1889-1976年）の見解¹⁰⁰が紹介されている¹⁰¹。とはいえ、結局田中説は「社會法、勞働法、經濟法等の新法域」が「もともと私法の領域」に属すものであるにもかかわらず、「その個人的見地に據る私法的構成」では「最早その問題の解決を見出し難い」として、もっぱら「團體の見地よりする私法の改造」を説くのみであった¹⁰²。結局のところ田中説は、わざわざ引用した宮澤俊義の所説（本稿前注100）から、およそ何ひとつ学びとろうとはしなかった。そこには、戦前から、ほほわが国法学者の頭を縛り付けてやまない「市民法から社會法へ」・「個人主義

96 『東京帝國大學學術大觀（法學部・經濟學部）』（1942年）所収66頁以下。

97 田中二郎『公法と私法』（1955年初版）4頁以下。

98 田中・前掲『公法と私法』（前注97）6頁以下。

99 田中・前掲『公法と私法』（前注97）3頁参照。

100 宮澤俊義「公法・私法の區別に關する論議について——方法的反省の必要」国家学会雑誌49卷9号（1935年〔昭和10年〕）16頁以下、特に26頁を参照。ここで宮澤論文が佐々木惣一『改訂日本行政法総論』（1922年〔大正11年〕）を引いて「公法・私法の區別」を「技術的」に、しかし嚴格に捉える見解を肯定的に示す点、無視できない。宮澤・前掲32頁及び34頁注1を参照。

101 田中・前掲『公法と私法』（前注97）3頁参照。なお田中説における宮澤説の受けとめ方については、田中・前掲11-12頁に示されている。

102 田中・前掲『公法と私法』（前注97）9頁参照。

から團體主義へ」の思考だけがあった¹⁰³。それゆえ、田中説では——あたかも磯村哲「社會法の性格」（本稿前注48以下とそれに対応する本文を参照）と二人三脚でもするかのように——「社會變容」に応じた「社會法」の<優位>が語られるにすぎない。かくして田中はこう主張する。すなわち「かかる考へ方」=もっぱら「社會法」という「在来の公法原理と私法原理との對立を止揚し、新しく國家的・團體的見地に立つ特殊な法原則」¹⁰⁴に基づき、「自由主義的資本主義的法治國家理念に代つて支配的となつた社會民主主義的理想乃至協同體的國家理念に仕へる考へ方」¹⁰⁵（傍点・引用者）の決定的な重要性だけが、およそ「方法的無反省」のうちに、平板に説かれていく。これはなんとおおらかな世界観であろうか¹⁰⁶。その際、田中二郎の念頭にあったものは「戰時國防體制の整備」であり、「國民生

103 この点、論ずべきことは多い。すでに牧野英一・鳩山秀夫・我妻榮にこの傾向が典型的にみられた。拙稿「法社会学論争の教訓（二）（三）」龍谷法学50巻1号（2017年）・同2号（2017年）所収の該当箇所を参照。今後、その続編で昭和戦前の有様を描き出す予定である。

104 田中・前掲『公法と私法』（前注97）10頁。

105 田中・前掲『公法と私法』（前注97）10頁。

106 ちなみに、田中・前掲『公法と私法』（前注97）3頁では、以下のように書かれている。すなわち、「公法と私法との二元的對立」は、「一定の社會構造の基盤の上に生れ（る）」。¹⁰⁷したがって「公法と私法の關係」は、「そこでの政治的・經濟的・社會的基盤を反映する」。それを「個人」（「各人」）の「理解」なり「意欲」なりが、さらに「反映」し、よって學説を規定する。だから諸學説の間に「差異」が生ずるのも「避け難い」。なるほどこれは、一面で「真理」をついている。だが「ごく当たり前のことを言う」限りでの<真理>にとどまる。おそらく加古祐二郎（1905-1937年）が、一年後輩にあたるその田中二郎の姿をみたら、「おもえも近代法の形態性をラフに、ただ表面的・形式的に認識し、もって<市民法から社會法へ>の流れを安直に肯定する、かのイデオログたちと同類か」と嘆き悲しむに違いない。この点、加古祐二郎（恒藤恭・沼田稲次郎〔編〕）『近代法の基礎構造』（1964年）所収、「社会定型としての法的主体に就て」（同書63頁以下）、「近代法の形態性に就て——法の本質把握への一通路として」（同書137頁以下）及び「法的主体より見たる社会法」（同書281頁以下）などが参照されるべきである。

活の全面的統制」であった¹⁰⁷。そして結局のところ、田中は、「我が實定制度」における「公法と私法」の「複雑な關係」を指摘し、「原則」発見の重大性を説きつつ——その「原則」の何たるかについてはほとんど語らないまま——「原則と例外との交錯關係」を「総合的に正しく把握」することが、今後の「法律學徒の重大な使命の一つ」と述べ、稿を閉じている¹⁰⁸。ところで、その田中二郎の門下生・塩野宏は、1989年の『公法と私法』で、およそ以下のように述べる。すなわち「本稿¹⁰⁹の対象とする學說史的時代区分の前後における實定法制の変遷」は、もっぱら「中間的法領域の登場」、つまりは「公法・私法の二分論で處理することの適切でない分野の存在を認識せしめた」と。これこそは、單なる田中二郎説の言い換えにはかならない。ほぼ瓜二つである。よってこれは、同じ田中二郎の門をくぐった高柳信一（1921-2004年）の「公法私法一元論」（市民法學的「公法」論）とは本質上全く相容れがたい。高柳信一は、プロイセン法からドイツ公法への歴史的変遷を念頭に、主にジョン・ロックと通底する「市民政府論」を構想しつつ、「公法と私法の關係」を論理的に考察している¹¹⁰。ただ、ここでは高柳説に立ち入ることはしない。高柳説につい

107 田中・前掲『公法と私法』（前注97）10頁参照。

108 田中・前掲『公法と私法』（前注97）14-15頁参照。

109 ここで「本稿」とは、塩野宏「公法・私法概念の展開く昭和初期より日本国憲法制定前」（1976年）を指す。塩野『公法と私法』（1989年）所収56頁以下を参照。

110 高柳信一『近代プロイセン國家成立史序説：その中央集權化過程における領主制と等族制とについて』（1954年）。さらに、ドイツ「公法」のみならずフランス「公法」及びイギリス「公法」の歴史的形成過程の分析を含んだものとして、高柳「行政法の一般理論・序説1——行政法とは何か（1）」法学セミナー184号（1971年。なお下記191号まで同年）66頁以下、同（2）法セ185号99頁以下、同（3）法セ188号71頁以下、同（4）法セ189号61頁以下、同（5）法セ190号65頁以下、同（6）法セ191号70頁以下、同（7）法セ197号（1972年）46頁以下、がある。なお、高柳行政法学の性格規定の一例として、広渡清吾「潮見・高柳・渡辺法学の検討——戦後民主主義法学の担い手たち」社会科学研究32巻1号（1980年）112頁以下、特に116頁以下をみよ。

ては、本稿の末尾でやや集中的に考察する。ともあれ、話を前に進めよう。問題の核心は、あくまで阿部泰隆の所説の＜評価＞にある。

（2）阿部説における「公法」と「私法」

① 阿部説概論

すでに本稿で幾度か指摘したように、阿部論文の基本線は「行政法規第一主義」にあった。おのずと「公法＝行政法優位」の立論方式を採用するのであり、およそ「三権分立」などどこ吹く風であった。その「法治主義」も、いわば八束流の＜行政法規第一主義＞の言い換えであった。それでは、その阿部説における「私法」とはなにか。この点を基軸に、以下では阿部説の「特異性」を暴き立ててみよう。

② その特異性

本稿で問題にする「阿部論文」は、2005年公表であったから、おそらく2004年の民法現代語化に伴う709条「法律上保護される利益」の導入をすでに知っていたはずである。しかるに、本件東京地裁判決を批判するために書かれた阿部論文が、東京地裁判決の「景観利益」論を無視して「景観権」を認めた判決と歪曲している事実についても、すでに本稿で指摘したところである。2004年改正の「法律上保護される利益」を阿部泰隆が知っているはずであるだけに、一層悪質である。それはともかく、阿部論文によれば、「国家の法体系」は「憲法」のもとで「私法」と「行政法」、さらに「刑事法」の「三つに分かれる」。もはや司法試験科目ともなった「行政法」は、むしろ「六法の半分分捕る行政法」にほかならない¹¹¹（傍点・引用者）。よって「まるで私法だけで法を形成することができる」といった「錯覚」に陥るべきではない、と警告する¹¹²。その上で、「私法＝司法による権利形成の限界」を説く。その言わんと欲するところは、こうであ

111 阿部・前掲「上」（前注1）5頁参照。

112 阿部・前掲「上」（前注1）5頁参照。

る。——「民事法は、個々人の間の権利義務の相対的な解決を、民主的に任命されていない裁判官に行わしめるものであるから、おのずからその役割は、個人間の紛争に限られる。裁判はまた、当事者間にしか効力を及ぼさない。しかも、新たな権利を創造することにより、同時に他人の財産権を制限する場合には、それが権利濫用なり相隣関係による制限にとどまればともかく、それを超える一般的な意味をもつものであれば、財産権の内容を定めることになるから、憲法29条2項により、法律（及び条例）によって一般的に定めるべきである。私法＝司法による権利の創造は、このような点を考慮して抑制的に行われるべきである」¹¹³（括弧内・原論文。傍点・引用者）。ここにあるのは、典型的な制定法規実証主義であり、しかも行政法規第一主義的な「実証主義」である。かの末弘厳太郎（1888-1951年）が激しく非難した「概念主義法学」¹¹⁴とは、このような阿部論文の思考方法を指しているに違いない。民法206条によれば所有権は「法令」による制限に服する（筆者〔川角〕は、わが国が「法治主義国家」を標榜する以上、「法令」による制限ではなく、あくまで「法律」による制限に変えるべきだと考えているが、今はそれを問わない）。なるほど、「権利濫用」（民法1条3項）及び「相隣関係による制限」（民法209条以下）は、一応「法令」による制限である。しかるに、「法律上保護される利益」による保護が与えられるべき場合、「同時に他人の財産権を制限」していると認められれば、直ちに709条の「保護」は抑制されるべきことになるのだろうか。あるいは709条の不法行為損害賠償責任の一步手前で保護されるべき「利益の侵害」への差止

113 阿部・前掲「上」（前注1）6-7頁。

114 この点、特に欧米留学から帰国後、1920年（大正9年）以降の「末弘法学」に特徴的なことであった。これを、末弘法学による「法律実証主義・国家権力的法律観・概念法学的方法」への＜対抗＞として描き出す磯村哲「社会法学の展開と構造——末弘法学の体系的構造」・同『社会法学の展開と構造』（前注60のなかば以降）62頁以下が、さしあたり参照されるべきだろう。筆者（川角）もやや独自の観点から、留学帰国後の末弘法学論を考察した。拙稿・「法社会学論争の教訓（八）」龍谷法学51巻3号（2019年）所収317頁以下を参照。

請求権的な保護も「他人の財産権を制限する」限りで、「抑制的に行われるべき」であるのだろうか。たとえば、Aが、交差点で見ず知らずのBを脇見運転ではね飛ばし、重傷を負わしめ、かつまた自賠責保険給付でカバーできない「損害」を与えたでしょう。この場合にA-B間で裁判沙汰になったとき、おそらく裁判官は、Bを勝訴せしめ、Aが有している「責任財産」に強制執行をかけることをも許容することだろう。Aにとっては「財産権の制限」にほかならない。阿部論文によると、これが日本国憲法29条2項の「公共の福祉」問題へと＜転化＞するらしい。仮に民事特別法でもってAが「免責」される例外的な枠組みが設定されれば別であろうが、わが国立法者（あの3分の2以上の議席をもつお偉方など）がそのような馬鹿げたことをするとは思われない。だとすると憲法29条2項が直接問題となる余地は、上記ケースではそもそも存在しない。他方、上記Bは、Aが脇見運転して衝突しそうになったとき、それが実際にできるかどうかは別として、Aに対して「ぶつかってくるな」と手前で差止請求権を行使し、自己の生命及び身体への＜保護＞を事前に請求できるはずである。この場合、Aに「過失」があろうとなかろうと、またBに「損害」があろうとなかろうと、Bの＜実体権＞（Substanzrecht）を守るための手段としてBに固有に帰属する＜保護権＞（Schutzrecht）の行使が問題となる。いわゆる「差止請求権」（妨害排除請求権・妨害予防請求権）の裁判外での実体的行使にかかる問題にほかならない。

それでは、本稿で肝心の「景観利益」については、どうか。阿部論文は、この「景観利益」をことごとく、かの「景観権」でもってすり替えているから、きわめて不明瞭であり、騙されやすい。そこで、ここは一步引いて＜慎重＞に考えてみよう。そもそも本件「国立景観訴訟」のごとく、一定地域の住民によって、その長年にわたる自己規制と「節制・努力」（本件地域住民間の相互的なそれ）の積み重ねをもって創造せられたところの「都市景観」（本件「景観利益」）が、一マンション業者（「明和地所」）の参入

(価値的かつ実体的に創造されたところの「並木の高さ20メートル」)¹¹⁵をかなりオーバーする高層マンションの建築・所有)によって、現に客観的に「破壊」されているのである。したがって本件原告らは、本件「景観利益」破壊の一步手前で「差止請求権」を行使せざるをえなかったわけである(第一審継続中に本件マンションが完成したため、原告らは高さ20メートルを越える部分についてだけの「一部撤去請求」に訴えを変更した)。ここでは一応最高裁が、「客観的価値」と承認せざるをえなかった「景観利益」が、もっぱら実体的に「法律上保護される利益」として新たに形成されている。それを最終的に、法的に是認するか否定するかは、むしろ裁判官・裁判所(「司法」)が決めることである。しかしながら、それ(本件「景観利益」)はすでに、＜実体的な内容を利益＞をその対象として裁判をする「司法」の前に実在してい

115 この点、すでに本稿前編で指摘したことだが、「並木20メートルの高さ」という目安は、本件地域住民らが自己の建物も含めて長年にわたり自主的規制の対象としてきたものであって、客観的に「誰が見ても調和がとれて、しかもイチョウ並木で揃っていて美しいな」と思うような＜価値＞、つまりは広義の「使用価値」(ないし「享受価値」)である(したがって当然のことながら、たんに「交換価値」を指すのではない)。だからこそ、そこに目を付けた不動産業者がその道のプロとして、金儲けのためなら聞く耳を持たないといわんばかりに当該「土地」を購入した上で本件マンションを強行建築し、その地域の「美しさ」に惹かれたと思われる多くの顧客に売りつけたわけである。ちなみに、本件「景観利益」は、厳密な意味での経済学的な「付加価値」それ自体とも異なる。ところで、このように客観的な、誰も「美しいなと思う」ことを指して、単なる「主観的な」「美的」な判断に左右されるものであるから「法律上保護される利益」にはあたらないと考えた者こそ、「司法」の担当者＝本件控訴審の裁判官たちであった。言うなれば、本件では、もっぱら「被告」(明和地所)のために、つまりは被告の利益保護(＝「財産権保護」)のため、「私法＝司法」(裁判官＝裁判所)が価値的創造行為(被告のための新たな「権利創設行為」)を行ったことになる。これこそ、まさしく阿部泰隆教授が一番お嫌いな「私法＝司法」による「権利の創造」であったに違いない。しかも、その控訴審向けの阿部論文「追認」劇を、最高裁の裁判官たちが我妻「相関関係の違法論」(＝「受忍限度論」)でもってやり逃げたというのであるから、これはすでに、＜学問の世界＞の「話」をとくに通り過ぎている。つまりは、とんだ＜茶番劇＞をみせつけられたとでもいうべきことになる。

る（これをも否定しようとする者は、いわゆる「不可知論」にたつか、おなじみの「水掛け論」に終始する者だけであろう）。したがって、問題となるのは、端的に、裁判官・裁判所（「司法」）の判断対象として実在する＜実体的利益＞の「内容」（*der Inhalt*）そのものの評価如何、ということになるはずである。他方で、その＜実体的利益＞は、行政法規の前に——むしろ当該行政法規（景観条例等を含む）の有無を問わずに——すでにその「一步手前」で、私法的に承認され、「保護」されるべき「法的価値」（*実体的利益*）として、＜実在＞している¹¹⁶。だから、この場合も最終的に法的な決着をつけるのは、なるほど裁判官であり、裁判所（「司法」）である（その意味で、阿部論文で頻出する「私法＝司法」のテーゼは全く成り立たないのだが、ここではその論点に深入りしない¹¹⁷）。こうして、いずれにせよ、その際の、その

116 この論点の基盤は、単なる「自然法」的な立場と異なるので、くれぐれも注意されたい。いわゆる「自然法」というより、むしろ、かのジョン・ロック的な思想基盤（本稿前注71以下とそれに対応する本文を参照）に裏づけられたところの「客観的普遍性」（歴史的検証にも耐え抜き、社会・経済・政治的要請にも適合しうる＜普遍性＞。つまりは、「個別」的に承認され、その個別の具有する「特殊性」を貫し、なおかつ「普遍的なるもの」）の法的で、かつ「実体的な表現形態」とでもいうべきものを指す。だがこの点、筆者は「留保」を付するほかない。さしあたり、筆者（川角）の別稿「法社会学論争の教訓」の続編が参考になれば、それでよい、と思う。ちなみに、この司法「前」の、つまりは „*präjudiziell*” な差止的・妨害排除的「保護」の前提として＜実体的権利・実体的利益＞ないしく割当て的主観的地位＞があるとする最近のドイツ有力説として、さしあたり以下のものを参照。Eduard Picker, Das Verhältnis von § 823 Abs. 2 zu Abs. 1 BGB im System von Rechtszuweisung und Rechtsschutz, Festschrift für E. Schilken, 2015 S. 85 ff.; ders., Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz oder Zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung, Festschrift für C-W. Canaris, 2017, S. 579 ff.; dazu noch etwa Jan Wilhelm, Sachenrecht, Part 1, 5. Auflage, 2016, S. 643 ff.

117 言うまでもなく「私法」が民法や商法（あるいは民事訴訟法）について言われる場合、およそ主要には「立法権」の発動の所産としての、「制定法」たる民法典・商法典などを、その＜法源＞とする。それ以外には、いわゆる「慣習法」（「生ける法」）も＜法源＞である。「条理」も一応＜法源＞たりえようか。しかしながら「判例」は、その事実上の拘束力はともかく、あくまで＜法源＞た

新しい＜実体的利益＞（たとえば本件「景観利益」など）に関する法的な創造行為如何は、結局は「裁判官」・「裁判所」（＝「司法」）の法的判断次第ということになる。だが、あくまで裁判官の、その「法的判断」は、彼の＜良心＞と一体不可分である（憲法76条3項）。それでは、その裁判官の＜良心＞はいかにして担保されうるか。それは、けっして行政法規のみが担保するのではない（行政法規が真に民主的ルールと手続で適正に「立法化」され、もって裁判官の＜良心＞が、より実効的に担保されるのであれば、それはベターなことであろうが、それが決定的であるというわけではない¹¹⁸⁾。対するに、筆者（川角）の観点からすれば、むしろ、国民の＜良心＞が日本国憲法「前文」の精神（「価値基準」）とトータルな形で合体し、もってそれが裁判官たちの胸に伝わり、かつその胸に鳴り響いて初めて、裁判官の＜良心＞が「担保」されうる、と考える（この点、特に本稿後注120も参照）。それを、かの末弘厳太郎の言葉を借りて言い換えれば、法学的「ラボラトリー」¹¹⁹⁾での＜知的格闘＞を媒介に法学者及び国民・市民・人民の＜良心＞を鍛え上

りえない。この点、周知の議論があるところ、少なくとも本稿ないし別稿で筆者は、いわゆる「判例法主義」なるものを徹底的に暴き立て、批判した（この点、少なくとも筆者は、その別稿「法社会学論争の教訓」前編の穂積重遠・末弘厳太郎の項目で詳論したつもりである）。だから、およそ「私法＝司法」などというタームを不用意に使うべきではない、と考える。もし阿部論文が、今後も「私法＝司法」というタームを使いたいのであれば、「判例」もまた＜法源＞たることの証明、つまりは「判例法主義」の法学的「論証」を、その＜前提＞とすべきである。

118 むしろ行政法規は、たとえば「建築基準法1条」が明示するように「建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、もつて公共の福祉の増進に資することを目的とする」（傍点・引用者）と規定する。この点、わが最高裁判決でも「たとえ、いくら加害者が行政法規を遵守したからといっても、それをもって私法上の責任（不法行為責任）から免れるものではない」という趣旨の＜判例＞が形成されている。たとえば、最判昭和46年4月23日民集25巻3号351頁を参照。

119 末弘の「ラボラトリー」論については、拙稿「法社会学論争の教訓（八）」龍谷法学51巻3号（2019年）所収397頁以下を参照。

げ、よって裁判官たちに真摯な「反省」を迫ることによって＜担保＞して
いかにざるをえない、と言うべきことになる¹²⁰。それを、単なる＜水掛け

120 ここで筆者（川角）は、末弘の「ラボラトリー」論（本稿前注119）を、より
広い社会運動的・市民の社会連携的思考営為の＜媒介＞として位置づけている。
憲法76条3項の裁判官の「良心」が、単に裁判官の個人的主観に終始するもの
でないこと、言うまでもない。なお、手島孝『憲法』（1974年）268頁では、憲
法76条3項がいう裁判官の「良心」とは「主観的な思想・信条でなく、裁判官
としての良心を意味する」とした上で、最大判昭和23年11月17日刑集2巻12号
1565頁をあげる。ちなみに、この昭和23年最大判は76条3項にいう「良心」とは、
裁判官が「有形無形の外部の壓迫乃至誘惑に屈しない」こと。よって同時に「自
己内心の良識と道徳観に従うという意味である」と述べた。このような閉鎖的
な「道徳主観的」な「良心」論を警戒して、上記手島『憲法』同頁は、ただオー
ム返し的に「良心」を語っても「特別の意味はな（い）」とし、かつまた、だか
らこそむしろ、「裁判官の独立性」と「憲法及び法律にのみ拘束され」という規
範文言の方に力点を置くべきだ、と言っている。筆者（川角）は、上記昭和23
年最大判のような「閉鎖的」かつ「道徳主観的」な「良心」論は、すでに最大
判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁でもって、実質的な＜判例変更＞があっ
たものとする。だが、今はこの点に立ち入らない。とりあえず、笹田栄司「裁
判員制度の合憲性——最高裁平成23年11月16日大法廷判決」『平成24年度重要判
例解説』（2013年）10-11頁及び同「司法権の所属と裁判官の職権の独立（憲法
76条）」芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎（編）『新基本法コンメンタール・憲法』
（2015年）406頁を参照。ちなみに戦後、小学校高学年及び中学生を対象に書か
れた佐藤功『憲法と君たち』（1955年）57頁以下は、「人民の、人民による、人
民のための憲法」の意義につき、13世紀イギリス「マグナ・カルタ」や18世紀
末の「フランス革命」を挙げつつ、リンカーンのゲティスバーグでの、かの演
説の趣旨を分かりやすく説き明かす。さらに同書69頁以下では、「人間の成長に
つれて憲法も成長するものだ」と主張されている。要するに裁判官こそは、な
により「日本国憲法」を「尊重し、擁護する義務」を負うところの「義務主体」
である（憲法99条）。だとするなら、上記小中学生を相手に書かれた佐藤功の「言
葉」を言い換える限りで、およそ以下になるだろう。すなわち「人間（国
民＝市民＝人民）の成長につれて、憲法も、かつまた裁判官たちも、つまりは
憲法を尊重し、擁護すべきところの彼らも成長するものだ」と。おそらくこの
佐藤の思考の内には、「国民＝市民＝人民」の＜良心＞に、しっかり向き合い、
寄り添う裁判官像が描かれていたに違いない。にもかかわらず、阿部論文レベ
ルの「美的・主観的」な景觀権「観」しかもたず、だから「成長もせず」、よっ
て小中学生以下の能力しかもたないような「裁判官」ばかりだとするなら、わ
が国「司法」は、この先いかにやせ細り衰退・死滅していくのであろうか。✕

論だ」と言いたい者には、そう言わせておけばよい。ちなみに「景観権」を「景観利益」と読みかえるという条件付きのことであるが、以下の阿部論文の指摘は一応考慮に値する。すなわち阿部論文では、「日照権・眺望権」は、その主体及び範囲の「明確性」・「予測可能性」を備え、かつまた「相隣関係性」をもつ点で肯定されうるのに対し、あくまで「私法上の景観権は成立しない」とされる¹²¹。そして、その理由として「景観阻害は、隣接居住者に限っても、四方八方に及ぶし、さらには、広く近隣住民にも及ぶから、その範囲は不明確である。そして、景観阻害の程度は主観的で、とても計測できない。したがって景観権は、きわめて不明確とならざるをえない。もともと景観に関しては、財産権の行使をめぐる、多数の人の利害が対立するが、この種の景観権が認められると、景観を侵害するとされる者の財産権が突然制限され、法的安定性、予測可能性が大きく害される。膨大な投資を紙切れとし、これにかかわった者から膨大な財産を剥奪する」¹²² からだ、という。よって阿部論文によれば、「こうした景観権は財産権の制限につながる」ので「基本的に法律（「行政法規」）」によるべきだとして、憲法29条2項が再び持ち出される¹²³。上記阿部論文は、およそ「一般論」として「景観権」を論じている。だから、その限りでは「景観権」というタームを用いてもいいのだろう。しかしながら阿部論文は、その冒頭から本件東京地裁判決の「理由」（＝「景観利益」論）を、あくまで「景観権」であると強弁するのだから、その「一般論」もあやしい限りである。そもそも上記阿部論文は、「環境権」をあえて「権利構成

ゝそして、その＜責任＞の一端は——むろん低級な裁判官たちがその「責任」を負うべきこと当然のことながら——その「低級さ」をさらに鼓舞し支援する、かのていたらくな「行政法学者」や「民法学者」たちにもある、と言うべきことになろう（むろん筆者〔川角〕も、その「ていたらく」の一員であるのだが…）。

121 阿部・前掲「上」（前注1）9-10頁参照。

122 阿部・前掲「上」（前注1）10頁。

123 阿部・前掲「上」（前注1）10-11頁参照。

する必要はない」とした1976年原島重義教授の論文¹²⁴を頭から無視して書かれたものであるらしい¹²⁵。原島説によれば、環境はおよそ「万人共通の資産」であるから、権利構成にはなじまず、もっぱら生命・身体・健康・自由などの「人格利益」と同様に、「環境保全秩序」によって保護されるべき「利益」にはかならない¹²⁶。この原島説に従うなら、（阿部説いうところの）「景観権」についても同様に捉えるべきことになろう（この点、原島教授は明言していないが、当該地域に特殊な「景観保全秩序」を、広義の「環境保全秩序」の一部、しかも個別具体的に「把握」さるべき一部として理解されるに違いない）。ともあれ阿部論文の文脈によれば、だからこそ「学説」も「私法上の景観権」を「根拠づける」のは「無理」と認識している、というふうに繋がるはずである。ところが阿部論文では、上記原島説が全く考慮されていないがゆえに、必然的に「論理」の＜一大飛躍＞が、そこにある。そもそも近代市民法の「体系」を形づくったカール・フォン・サヴィニーの「権利論」¹²⁷によれば、おのずと上記原島説のような見解が出てく

124 原島重義「わが国における権利論の推移」法の科学4号（1976年）54-100頁・同『市民法の理論』（2011年）445-522頁。

125 要するに行政法学者にとっての民法理論というのは、いわゆる「判例・通説」なるものを知っておれば、それでいいのであろう。それによって、どうしても「裁判官」なるものたちを手のひらの上で転がすことができるのだから、少数有力説たる「原島説」など理解する必要はないし、そもそもその存在すら知らないで通用するものであるらしい。むろん、そういう手合いは、行政法学者だけでなく、およそ民法学者（それも「一流」とされる人々）においてゴロゴロ存在しているのであるから、実におもしろい（なお、筆者〔川角〕がその「一流」のラインから遠く外れること、言うまでもない）。

126 原島・前掲「権利論の推移」法の科学4号98-99頁（同『市民法の理論』517-520頁）に、はっきりと記述されている（いずれも前注124）。

127 原島「権利論の存立と変質・放棄」（1975年）・同『市民法の理論』（前注124）419-423頁の注3以下、特に注6及び同「なぜ、いまサヴィニーか」原島（編）『近代私法学の形成と現代法理論』（1988年）5-10頁で簡潔に＜サヴィニーの構想＞が描き出されている。なお児玉寛「サヴィニーの古典的民法理論」法政研究50巻3＝4号（1984年）67頁以下、ならびに同「古典的私的自治論の法源論的基礎」・原島（編）前掲所収119頁以下、特に127頁以下及び160頁も併せて、

るに違いない。この場合には、「景観権」をあえて「権利構成」する必要はない。「環境権」を権利構成せず、「環境保全秩序」を構想¹²⁸したのと同様、端的に「景観保全秩序違反」を理由として差止請求権（本件「一部撤去請求権」）が根拠づけられ、かつ肯定されたはずである。ところが、近時わが国の民法学説それ自体が、すでにサヴィニー及び原島教授の＜構想＞をほぼ全面的に無視している。その「無視」している現状を、そのまま阿部論文が＜前提＞としているのである。だから当然の如く「論理」の＜飛躍＞に繋がる。それでは、その＜論理飛躍＞の中味やいかん。——阿部論文は「要するに、公法的規制が先行しなければ、私法的な権利としての景観権は認知されないのである」¹²⁹と結論づけている（ゴチック・引用者）。

ㄨ 参照。

128 この点、原島説において「環境保全秩序」に客観的に違反するか否かだけが問われていることにつき、それが、およそ市民法上の「競争秩序」とパラレルに——つまりは「営業権」なるものを前提とすることなく——構想されていること、くれぐれも留意されたい。原島・前掲「権利論の推移」法の科学4号60頁及び98-99頁（同『市民法の理論』454頁及び518-519頁）を参照（いずれも前注124）。なお、この原島説が投げかける基本的論点に関して、「学ぶ気があれば、学ぶことができよう」という、かの偉大な思想家の「遺言」を想起すべきである。レーニン「戦闘的唯物論の意義について」（1922年）・同（栗田賢三〔訳〕）『カール・マルクス』（岩波文庫。1971年）283頁以下、特に297頁参照。ちなみにこれは、「権力」を「奪取することはできた」が、しかし、いまだ「その用い方を知らない」ロシアの労働者階級全体に向けられたレーニンの啓蒙思想的な「遺言」である。ところで他方、レーニンの政治的な「遺言」といえば、それは、かの「スターリン批判＝書記長解任宣言」であった。この点、和田春樹『レーニン』（2017年）96-100頁を参照。要するに、われわれは、あくまで「時代の子」であり、この「時代」を形づくった先達（「偉大な思想家たち」）たちの＜精神＞をいかに汲み取るか。そのための＜方法＞が問われざるをえない（それを「単なる水掛け論にすぎない」といってあざ笑う者たちは、ただ好き勝手にそうしておけばよい）。いずれにせよ、上記の＜方法＞は、おそらく本稿で集中砲火を浴びせかけた阿部論文の、あの「干からびた」行政法規第一主義的な「公法論」とも、かつまたそれに本質的に規定されたところの阿部「違法論」ないし「違法段階説」とも、全く無縁（*total völlig fremd*）なものであるに違いない。

129 阿部・前掲「上」（前注1）13頁。

さしあたり、この阿部教授の文章を借りて彼の「論文」がいかに「非論理的」（＝＜論理飛躍的＞）にできているか、解析してみよう。なるほど、権利としての「景観権」は、「公法的規制が先行」しない限り、「私法的な権利」としては認知されないかも知れない。それでは、本件のような「景観利益」（阿部論文が一貫して「景観権」と言い張るところのもの）についてまで、そう言うべきであるのか。この点、阿部論文は全く触れていない。先ほど指摘したように、サヴィニー及び原島教授の＜構想＞によれば、いわゆる「地域的景観保全秩序」が客観的に形成され、かつまた現在の「認知」されうる限り¹³⁰、それに対する客観的な不適法干渉作用¹³¹＝侵襲（＝

130 この点、周知のように本件東京地裁判決は——あくまで「景観権」としてではなく——「景観利益」としてならば「認知される」と判示した。民集60巻3号364-365頁をみよ。なお、筆者の理解によれば、この「地域的景観保全秩序」が＜法規範＞として認知されれば言うことはないが、少なくともすでに＜事実認定＞のレベルで「認知」されれば足りる話である、と考える。このような「認知」が積み重なって、よって＜法源＞たる「生ける法」ないし「慣習法」が法制度的に形成されるのである。この点、民法92条が「慣習法」と異なるところの「事実たる慣習」につき一定の法的拘束力を与えることを想起されたい。この点、戦前から議論のあるところだが、さしあたり児玉寛「慣習論」内田貴＝大村敦志（編）『民法の争点』（2007年）63-64頁を参照するだけで足りよう。そこでは、「慣習法」と「事実たる慣習」を厳密に区別しないで平然とするわが国の＜傾向＞が、すでに末弘厳太郎の所説「事実たる慣習」（1943年）にあったと、はっきり書いてある。児玉64頁左段をみよ。なお、児玉論文ではより慎重に、上記＜平然さ＞の「遠因」として、という趣旨のことが書かれているが、いずれにせよ児玉論文が筆者（川角）とおよそ同じ思想基盤の上に立っていることに違いはない。

131 この「不適法性」（Unrechtsmäßigkeit）を充たす「干渉作用」（Einwirkung）が客観的に認定される場合とは、一般にその不適法性の「阻却事由」を欠く場合に当たる。ここでは一応、現在の状態の不適法性に関する「責任阻却事由」と、いわゆる「違法性阻却事由」とは概念的に別ものである。ただし、不可抗力・自然力による「干渉作用」（たとえば2011年3月の大地震に伴う大津波のケースなど）では、事実上あい重なり合うこともあろう。ついでながら、法人「東京電力」の原発損害賠償責任は不法行為法的特別法の問題であるから、当然「違法性阻却事由」が別個に取り扱われるべきであることになる。なお、放射線等の将来的差止め＝妨害排除・予防請求権については、すでに不可抗力の原因

Übergriff. これは「侵害」〔Eingriff〕よりその射程が広い）があれば——「被告」の故意又は過失及び「原告」のもとでの損害発生の有無にかかわらず——直ちに差止請求権（妨害排除請求権＝Negatorischer Beseitigungsanspruch）の発動をみる（これを本件東京地裁判決は、アブノーマルな「不法行為・原状回復」のルートで認めた）。だから「公法的規制が先行しなくても、あくまで私法的な<利益>として<景観利益>は認知されうる」のである。これを阿部論文は、肝心かなめの本件東京地裁判決の内容に即して論じることをしていない。これをひとは、果たして「学術論文」というのだろうか。裁判官が、これを「意見書」として肯定できるのであろうか。仮にそのような「肯定」がまかり通るならば、およそ「法的判断」及び「良心」（憲法76条3項）など吹き飛んで、いわゆる「裁判官法」（Richterrecht）なるものの跳梁跋扈を招来するに違いない。かくて裁判官をはじめ、学者も弁護士も、さらに広く国民・人民も、この「裁判官法」という「美的・主観的陶醉」によって支配・拘束される、というわけである。この点、阿部論文によって「私法」において不明瞭・不安定さをもたらす根源が、もっぱら「受忍限度論」にあるとされているところ¹³²、筆者（川角）の目からみるなら、その「受忍限度論」自体、「裁判官」の「総合的利益衡量判

、が現代的に消滅している限りで、「東電」の現在の不適法性の<責任阻却事由>に関する「抗弁」はもはや成り立たない（東電は、現在なしうる全ての「責任」＝妨害排除責任・予防責任を果たすべきである）。対するに、「いずれまた大地震・大津波がくるにちがいない」などというレベルの諦観論の問題は——それを「諦観」の対象とすべきであるのか否かを含め——すでに法的問題から社会的国家的政策判断（政治家＝為政者の<理性>の有無にかかわる問題）に転化しているがゆえに、ここでは全く意味をなさない。いずれにせよ、これら「責任阻却事由」は、もっぱら被告の「抗弁」として提起されるべきものであるから、おのずとその主張・立証責任も「被告」にある、と言うべきである。

- 132 「受忍限度論」について阿部論文は、「この種の利益衡量論は、お雑煮理論（ブイヤベース理論、ごった煮理論、ちゃんこ鍋理論）というべきである」としつつ、「もう少し原理原則がほしい」と注文を付けている。阿部・前掲「下」（前注1）5頁。「もう少し原理原則」があったら「受忍限度論」でも大いに歓迎、ということだろうか。

断」に「お任せ」の＜裁判官法＞そのものの言い換えであった。この「目」が曇っていないとするなら、「受忍限度論」も「阿部論文」も、同じく＜裁判官法＞なるものを肯定する点で、結局「同じ穴の貉（むじな）」に帰一するに違いない。それでは、その「受忍限度論」が阿部論文で如何に論じられているか。次に考察するテーマは、これである。

（3）阿部説における不法行為要件論——「違法論」及び「受忍限度論」

① 阿部説における不法行為一元論への視座固定

すでに紹介した原島説によれば、従来わが判例・通説は、およそ「民事違法」を、もっぱらく不法行為「違法」一元論的に把握してきた¹³³。この点、阿部論文の視点は、その＜不法行為「違法」一元論＞に終始している。そして、「受忍限度論」を「利益衡量論」として一応正しく捉えながら、なぜか「利益衡量論」の親玉たる我妻「相関関係的違法論」を正面から取り上げていない。よっておのずと、これを「批判」的に論ずることをしていない¹³⁴。阿部論文において、我妻「相関関係的違法論」が、そ

133 原島・前掲「権利論の推移」法の科学4号93頁（同『市民法の理論』510頁）を参照（いずれも前注124）。なお、この原島教授の民事違法論が「受忍限度論・批判」と一体不可分であって、よっておのずと——不法行為請求権と異質な、独自の「妨害排除請求権論」＝「差止請求権論」を承認することによって——「民事違法二元論」の構想へと繋がること、言うまでもない（原島説における「受忍限度論・批判」については、さしあたり同「権利論の推移」法の科学57-59頁・『市民法の理論』449-453頁参照）。この点、拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（日本評論社。2019年2月）の全体を併せて参照されたい。

134 阿部・前掲「下」（前注1）3-8頁の本文及び同19頁以下の注記を参照。この点、「都市住宅学会2003年度論説学会賞」を受賞したと自画自賛されている阿部・前掲「都市住宅学38号論説」（前注6のなか頃）にも、およそ我妻説そのものは顔を出さないようである（なお阿部教授の「自画自賛」については、阿部・前掲「上」（前注1）22頁注1を参照）。要するに、我妻説などは潮見佳男の不法行為教科書や大塚直の法学協会雑誌論説をみれば済むということであろうか。この点、阿部・前掲「下」19頁注23をみよ。ただし、正確にはこの阿部注23に対応する本文では、あとで本稿が批判的に検証するところの「違法段階説」（「賠

もそもお雑煮風の、ブイヤベース的理論であるのか否か、全く論外に置かれている。行政法学者である限り、我妻「違法論」など古くさいものはどうでもいい、ということであろうか。それとも我妻「違法論」は「お雑煮」や「ブイヤベース」と、その性質が違うということなのか。どこが、どのように違うのか。まったく語っていない。よって、阿部論文による民事「違法」の捉え方自体、かなり大雑把に出来上がっている（この点、本稿前注134で、ほぼ同じことを、やや個別具体的に論じているので参照されたい）。ともあれ、阿部論文の「受忍限度論・批判」の内容にやや立ち入っておこう。

② 阿部説における「受忍限度論」の理解の仕方

まず繰り返し指摘するわけであるが、阿部論文にとって民法上の「受忍限度論」とは、つまりは「この種の利益衡量論」は、なんでもありの「お雑煮理論」にはかならなかった。だから裁判官にとって、あるいは裁判官ごとに判断が分かれる「不明瞭」きわまりないものであった。それゆえ「私法による法形成に賛成する者は、それが可能なのはどのような要件の

ゞ償は認めるが、差止めは認めない」という判例理論）が示された箇所である。しかるに、この「違法段階説」もまた、我妻榮『事務管理・不當利得・不法行為』（1937年〔昭和12年〕）にその根源があった。我妻・前掲教科書198頁（いわゆる「許された危険」論＝「現代企業の不可避の危険」論と有機的連結関係に立つ見解）をみよ。この点についても、すでに原島説が、我妻違法論に固有で特殊な欠陥として厳しく批判していたところである。原島・前掲「権利論の推移」法の科学4号78-79頁（同『市民法の理論』484-485頁）を参照（いずれも前注124）。なお、原島教授は、慎重に末弘「許された危険論」と我妻「相関関係説」との内在的関連性に言及している（原島説における末弘批判として、前掲・法の科学77-78頁・同『市民法の理論』482-484頁を参照）。その意味では「原島説が、我妻違法論に固有で特殊な欠陥として厳しく批判していた」という本稿の書き方自体、一定の留保が必要である。要するに、民事違法一元論及び「許された危険論」に関する、牧野英一から末弘厳太郎・我妻榮への継承関係が、上記原島説で見事に論証されている。だから、その意味において本稿で筆者は、上記原島説の単なる＜受け売り＞をしているにすぎない。

もとでかを明確に示すべきである」¹³⁵ という。その「立証責任」を私法的「法形成」論者が示さない限り、「景觀」に関しては「公法的規制が原則である」から、「単純な受忍限度論によってルールをつくるべきではない」とする¹³⁶。その上で、なぜか阿部論文は「被害回避の可能性の考慮」へと、その考察を移している¹³⁷。ここで阿部論文は、「被害回避」という文言をかなりラフに使っている。被害者の「被害回避」であるのか、加害者の「被害回避」であるのか分かりづらい。しかも文章が短い。余計に分かりづらい。書いた本人には分かっている、読み手にはすぐに届かない。いきなりその冒頭から、「被害回避の可能性は、受忍限度論の考慮事項になっている」¹³⁸ などと書かれているからである。そこで頭の悪い筆者（川角）は、繰り返し当該箇所を読む。すると明らかに、阿部論文が「加害者の被害回避」について論じていることが判明する。なるほど本件東京地裁判決は、それ自体としてわけのわからない不法行為責任構成によって「一部撤去請求」を認めたところ、にもかかわらず「被告」＝加害者（「明和地所」）の「被害回避」について詳しく論じている。その箇所を、念のため引用しておく（この点、阿部論文ではなんらの注記もなく、きわめて不鮮明に書かれている。阿部論文の成熟度が高級すぎるからなのか、あるいは具体的に判決文を引用すると都合が悪かったからなのか、それはすぐあとで明らかになる）。すなわち、本件東京地裁判決は、以下のように述べている。——なるほど原告らの「一部撤去請求」を認めれば、被告（明和地所）は「約53億円の損失」を「被ることが認められる」¹³⁹。しかしながら、「これらの損害は、結局、被告明和地所が本件土地上に高層建築物を建てることにより本件景觀を侵害することを十分に認識しながら、あえて建築を強行したことに

135 阿部・前掲「下」（前注1）5頁。

136 阿部・前掲「下」（前注1）5頁参照。

137 阿部・前掲「下」（前注1）6頁参照。

138 阿部・前掲「下」（前注1）6頁。

139 民集60巻3号396頁。

よって発生したものであり、そもそもの経営判断に誤りがあったというべきである。また、被告（明和地所）が多額な投資をしてなかば一方的により高層で巨大な建築物を作り、それゆえ景観を大きく破壊しながら、逆に撤去するとした場合に算定される被告の損害の大きさをもって原告らの請求を妨げる事情とするのは不合理である。したがって、本件において、受忍限度の検討要素として被告明和地所の損害の程度を考慮すべきではない¹⁴⁰（括弧内及び傍点・引用者）。この点、ドイツ民法では妨害排除請求権につき、損害賠償責任＝「原状回復」責任の例外としての「金銭賠償」規定（ド民251条2項）の適用があるかの否か、争われている¹⁴¹。要するに、被告「明和地所」がみずから「一部撤去」（＝「妨害排除」）すると「約53億円」もの「不釣り合いな支出」（die unverhältnismäßige Aufwendungen）を強制されるので、自己の手による「一部撤去」ではなく、たとえば「30億円で撤去してくれる業者がいるので、自分は30億円の金銭賠償しかしない」という被告の主張＝「抗弁」が認められるかどうか、という問題にはかならない。けっして「賠償費用の多額さ」を理由に全部「免責」するなどという馬鹿げた議論をしているわけではない。ところが、わが国では、物権的妨害排除請求権（ド民1004条）に相当する条文を立法者が意図的に置かなかつたがため、不法行為法的民事違法論（＝我妻「違法論」）の帰結として、「受忍限度論」なるものが蔓延り、その受忍限度判断の「検討要素」として加害者の「被害回避可能性」なるものが考慮されるに至ったというにすぎない。つまりは、ドイツ法の視点からすれば、あまりにも滑稽で、馬鹿げた議論が「受忍限度論」に基づく法的判断として、日本では当たり前のこととして行われていることを意味する。本件東京地

140 民集60巻3号396-397頁。

141 和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求の制限——BGB251条2項の適用範囲をめぐって」立命館法学225＝226合併号（1992年）27頁以下及び拙著・川角『物権的妨害排除請求権の史的展開と到達点』（2019年）の第五章全体を熟読されたい。

裁の裁判官は、その＜馬鹿げた議論＞にお付き合いしながら、本件被告明和地所の主張があまりにも自己本位的＝利己的（*selfish, egoistisch*）であるがゆえに、しかもプロの不動産業者として「あるまじき主張」（*incivili-ter agere* oder *dolo agit*）にはかならないため¹⁴²、例外的に「受忍限度判断」の「検討要素」とはしなかったというにすぎない。要するに、本件東京地裁判決は、本来「馬鹿げた」ところの「受忍限度論的判断」からしても、被告明和地所の主張がそれに輪をかけて「馬鹿げ」ており、「ご都合主義」的であるからこそ、その主張を例外的に＜排斥＞したにすぎないのである。これを阿部論文は、ただ東京高裁＝控訴審の受けを良くするためにのみ、文字通りの「抽象論」でもって強弁しつつ、いわゆるお得意の「財産権保護論」をもって被告明和地所の「肩」を持ち上げようとしている。そこには、美的でかつ具体的な——*schön und gegenständlich*——東京地裁判決への「反論」など全く存在しない¹⁴³。それゆえ最早、いくら阿部論文が「行政指導違反」を「受忍限度」で考慮するすべきではない¹⁴⁴、などと言ったところで、それは全く意味をなさない¹⁴⁵。

142 磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展」末川先生古稀記念『権利の濫用・上』（1962年）60頁以下、特に83-84頁、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1962年）73頁以下、特に85-86頁、原島重義「信義則論ノート」同『市民法の理論』（2011年）265頁以下、特に275-278頁を参照。

143 阿部・前掲「下」（前注1）6頁冒頭から8行目までの「短い記述」を参照せよ。その8行程度を読むだけで、阿部泰隆教授が、いかに「高級」な頭脳を持ち主であるか。あるいは、彼がいかに「誠実」きわまらない学者であるのか、あるいはそうではないのか。よく分かる。要するに、近頃わが国では、„sozusagen der Betrüger“を指して、一流の有能な „der erstklassige und tüchtige Professor“とでも呼ぶらしい。

144 阿部・前掲「下」（前注1）6-8頁参照。

145 行政指導違反が認定されても、それを「受忍限度論」が考慮外とするのなら、少なくともその限りで、「受忍限度論」は、阿部論文にとって、おそらく「原理原則」をわきまえた「受忍限度論」として歓迎されるのであろう。この点、本稿前注132もみよ。

(4) 阿部説における「損害賠償請求権」と「差止請求権」

① 阿部説概論

阿部論文のスタンスは、基本的に「違法段階説」支持である。だから、まずは不法行為「損害賠償請求権」は認められるとしても、「差止請求権」までは不可とされる¹⁴⁶。ただし、その文脈はやや陰影に富んでいて、かつ複雑怪奇である。以下では、それを考察の対象とする。

② 阿部説の一面性と特異性

なぜ阿部論文が「陰影」といみ、「複雑怪奇」であるのか。ここでも、おなじみの「景観権」が出てくる。そこからして、すでにユーモラスである。とはいえ、同時に笑って見過ごすことの許されない内容が、そこに記されている。やや詳しく見ていきたい。まず阿部論文「五 市の怠慢と原状回復（撤去）請求の無根拠性」の冒頭部分をみる。こう書いてある。――「仮に景観権侵害といえても、その効果として、賠償だけではないか、事前差止め、さらには本件の場合のような撤去までもが許されるかどうかという問題がある」¹⁴⁷（ゴチック・引用者）という。すでにその書きぶりからして「違法段階説」的である。この「違法段階説」が「受忍限度論」とワンセットであり、相思相愛のカップルであること¹⁴⁸を、阿部論文は、

146 阿部・前掲「下」（前注1）8-10頁参照。

147 阿部・前掲「下」（前注1）8頁。

148 加藤一郎『不法行為〔増補版〕』（1974年）37-40頁をみると、端的な形では「違法段階説」というタームこそ出てこないものの、「権利の生成過程」にそくして「まず不法行為による損害賠償を認め、そのあと「次第にそれ（権利）が生長して権利としての積極的な主張が認められる」ことがある、というふう

に記している（加藤37頁）。ここで加藤（一）説は、一応「権利」の意義をただしく踏まえようとしている。だから「権利」と＜認知＞されれば「権利としての積極的な主張」、つまりは妨害排除請求権であつたり、あるいは差止請求権が認められうる、という趣旨なのであろう（この点、記述的には不明確だが…）。とはいえ加藤説は、まずは「不法行為責任」しか出てきえないというのであるから、実質「違法段階説」を唱えていることに帰着する。さらに「適法行為による不法行為」という全く意味不明な、きわめて曖昧模糊とした＜概念＞を、牧野英一、末弘厳太郎、我妻榮ら豪華キャストの名を連ねて、これを全面的に「肯定」

無頓着にもどうやら気づかないでいるらしい。だから「受忍限度論」に対しては、表面上「お雑煮理論」とか「ブイヤベース理論」などとかいって一見手厳しそうにみえるのだが、そのお似合いのカップルであるところの「違法段階説」については、実に、きわめて甘いのである。これほど「非論理的な主張」を、筆者（川角）は「論文」とか「講演」とかで、見たことも聞いたこともない。仮にこのような発言を学生が「公開討論会」で主張したり、あるいは「卒業論文」で記述したりすれば、指導教員は必ずや厳格にチェックするに違いない。要するに、阿部論文は、その「学生なみ」のレベルの駄作なのである。ともあれ、さらにあとを辿ろう。阿部教授はこうも言っている。——「なお、不法行為に対しては、法律に特例がある場合のほかは、物権や人格権に基づく差止めが許されている。淡路意見書は、不法行為についても差止めという方法があることを示しているが、それが本件で妥当することの論証はしていない」¹⁴⁹（傍点・引用者）。——「淡路意見書」で「不法行為についても差止めという方法があることを示している」こと。それは、おそらくその通りであろう。しかし阿部説によれば、「淡路意見書」において「差止めという方法」が「本件で妥当することの論証はしていない」と断定することが果たして学問的に正しい姿勢

ゝしている（加藤39-40頁注5）。そこでは——加藤流にやや具体的で多面的な考察もされているようだが——要するところ、公害企業も立派な法人格をもち、さらに行政上の営業許可も取得していれば当然に、およそ金さえ支払えばヘドロも煤煙も垂れ流すこと「適法だ」とされるわけである。これを、阿部論文はさしたる論証もなしに、ごく自然に受け容れている。なお、大塚直「加藤一郎先生の不法行為理論と実践」ジュリスト1380号（2009年）44頁以下、特に50頁を参照。そこでは加藤説が、いわゆる「公害法学」の分野で「違法段階説の原型となる見解」を示したと書かれている。加藤説によれば、仮に「権利侵害」が認定されても、不法行為責任はともかく、「妨害排除請求権がある」とか、「不法な侵害に対してはその排除が認められなければならない」とかいうことは「理論的にはありえない」というように、やや誇らしげに紹介されている（大塚50頁右段をみよ）。

149 阿部・前掲「下」（前注1）8-9頁。

であるのかどうか。筆者は知らない。それはそれでよい（この点、阿部論文は「淡路意見書」のどの文章を指して「論証はしていない」と結論づけているのか、全く論証していない。だから、さしあたりどうでもいいことである、ということにしておくしかない）。問題はその前の文章である。阿部論文は、はっきりと明確に「不法行為に対しては、法律に特例がある場合のほかは、物権や人格権に基づく差止めが許されている」と述べている。いわゆる「差止請求権の不法行為的構成」である。これが、いかなる「法規」上の、つまりは明文のルールとして「私法」において定められているか。ここで阿部論文は、明確に阿部論文自体の趣旨をねじ曲げている。いわゆる形式的・機械的な「自己否定」という手合いのものである。阿部論文の論旨は、首尾一貫して「行政法規」は明確であり、対するに「私法」＝「受忍限度論」は不明確だから、＜公法優先主義＞、つまりは「行政法規第一主義」こそが優位性をもつことを主張してきたはずである。にもかかわらず「不法行為に対しては、法律に特例がある場合のほかは、物権や人格権に基づく差止めが許されている」と断定的に書いている。それどころか阿部説は、かの「お雑煮理論」を無造作に受け入れ、それを、つまり「受忍限度」論を、許容してきたわが国「不法行為」論に基づく「物権や人格権」（に基づく差止が）許されていると、平然と書き記す。一体「不法行為」から、いかなる「法規上の根拠」をもって「不法行為的」なく差止め＞が根拠づけられうる、というのであろうか。到底理解しがたいことである。その場合の「法規上の根拠」とは何か。まさか「不法行為」規定それ自体のことを指すのであろうか。「不法行為規定」（民法709条）のどこを見ても、不法行為が差止めの法的根拠を与えるという趣旨のことはなにひとつ書かれていない。阿部論文は、その合理的なる「法規上の根拠」を全く示していない。開いた口がふさがらないとは、まさにこのことを指しているのであろう。そこの「法学部生」でも知っているように、不法行為責任の原則的効果は「金銭賠償」である（民法722条1項が同法417条の準用を明記している）。言

い換えれば、当事者間で「別段の意思表示」、すなわち「特約」がない限り、不法行為責任の効果は「金銭賠償」なのである（民法417条に、はっきりそう書いてある）。それが、どうして「不法行為に対しては、法律に特例がある場合のほかは、物権や人格権に基づく差止めが許されている」というふうになるのだろうか。その法的根拠や如何。阿部論文はこれに全く答えていない。学生の「卒論」でもこのようなことを書き連ねるなら、たぶん落第＝不合格となるに違いない。もしかすると、阿部論文は、「淡路意見書」で書かれていると思われること＝「差止請求権の不法行為的構成」を安易に継承したのであろうか。また、それと似たことを大塚直の論説や潮見佳男の不法行為教科書で書かれているらしいと解して¹⁵⁰（その「理解」自体は、おそらく正しいと思われる）、「法規の裏づけがないこと」、むしろそれどころか「反制定法的解釈」の帰結を実質的に披露したのであろうか。しかもそもそも、「不法行為に対して」の「対して」を、「不法行為」とはく異なって＜と善意に解したとしても、「物権侵害」・「人格権侵害」についてすら——いちおう判例上の裏づけがあるとはいえ——あくまでも差止めに関してはそのための＜法規上の根拠＞は、どこにも存在していない。だったら、なぜ、「法規の裏づけがないこと」あるいは「反制定法的解釈」を行うことにつき、その「理由」を明示しないのか。ところで、実は、阿部論文が檜玉に挙げている本件東京地裁判決の「一部撤去請求」理由が、まさしく「反制定法的解釈」の所産なのであった。阿部論文が被告（「明和地所」）の「控訴」のために「意見書」を書くのなら、その点こそ、第一審判決の欠陥＝問題点として強く指摘しておくべきであつたろう。それどころか——笑うべきことなのだが——第一審判決を徹底批判する目的

150 阿部・前掲「下」（前注1）9頁及び19頁の注23で、「違法段階説」肯定に関する潮見説や大塚説の引用がされている。しかも阿部「下」9-10頁は、「板付空港事件」（最判40年3月9日民集19巻2号233頁）を取り上げ、これを「権利濫用」判決の代表例とすることによって、それを違法段階説と直結せしめようとするしている。

で書かれたはずの阿部論文こそ、本件東京地裁判決＝第一審判決と同じ誤りを繰り返していることになる（なぜなら「不法行為」に基づく「差止め」の効果は、一般に「原状回復」を許容するのであるから）。要するに「くそも味噌も」、あたかもお雑煮風に「ごちゃ混ぜ」にしている、というわけだ。その＜茶番劇＞を、阿部論文は自作自演している。それを潮見佳男及び大塚直らが、（さらには、おそらく淡路剛久も）後方から「理論的」に支援しているように見える。いわゆる「学問的な馴れ合い」とは、かかる事態を指して言うのだろう。そのくせ、阿部論文は、これまたお気に入りの「法治国家論」をもちだす¹⁵¹。かかる阿部「法治国家論」（＝「行政法規第一主義」の公法的国家論）の観点から引き出されてくる彼の「違法段階説」のあり方（つまりは、＜景観侵害＞のよってもたらす私法上の効果論としての請求権設定の仕方）にこそ、阿部論文に固有な「一面性と特異性」がある。そこで改めて上記阿部論文の「法治国家論」、言い換えれば「公法と私法の関係」に関する理解の仕方をトータルな観点から批判することをもって、本〔補論〕を締めくくりたい。その際のキーワードは、もっぱら「市民法学的公法」論とは何か、である。

（5）結語——ふたたび「公法」と「私法」の関係をめぐって（「市民法学的公法」論への接近の試み）

① 「市民法学的公法」論の意義

〈1〉序論

おそらく——「景観権」批判・「受忍限度論」批判以外の——阿部論文のもう一つ別の側面は、彼の「法治国家論」、つまりは「公法優先主義」＝「行政法規第一主義」の「公法」論に対する＜法理論的評価＞に収斂され

151 阿部・前掲「下」（前注1）18-19頁をみよ。そこでは「法治国家の考え方」が高唱され、よって「日本中で、行政法規によるまちづくりという正道に進む」べきことが説かれている。

るだろう。これは、文字通りの「基本的問題」であり、同時に戦前以来の歴史的な「難問」＝アボリアに属する。これを本〔補論〕で十分に展開するわけにはゆかない。単なる「〔市民法学的公法〕論への接近の試み」にすぎないが、あえてこれに挑戦してみたく思う。そうすると、もしかしたらそれは実は「難問」というより、逆にきわめて「素朴な問題」に帰着するかも知れない。

というわけは、こうである。先に示した明治期の穂積八束も、美濃部達吉も、さらには田中二郎や塩野宏もおよそジョン・ロック『市民政府論』を知らなかったように思われる。問題は、おそらくそこに尽きるのではない。ただ、おそらく美濃部達吉はジョン・ロックを読み、それを応用しようとしたかも知れない。ところが、およそ1911年（明治44年）以降、美濃部達吉と上杉慎吉との間で「天皇機関説論争」が開始され、その帰結として、その「論争」が1935年（昭和10年）に「天皇機関説事件」へと転回し、すぐさま同年の美濃部「一身上の弁明」に至るや、美濃部にとっては、もはやジョン・ロックどころではなくなったに違いない。美濃部達吉ですら、こうであったから、その凡庸な弟子たる田中二郎も、さらには田中の弟子である塩野もまともにジョン・ロックを理解しなかったように思われる。だから筆者（川角）の目からすれば、かの「難問」もごく「素朴な問題」に転化するはずである。要は、ジョン・ロックの思想＝「市民政府論」を特殊・個別な法学理論としていかに継承し、洗練せしめるかに尽きる。かくして、端的にいうなら、近代法＝市民法は、理論家であり、かつ論理学者でもある法学研究者の立場からは、あくまでそのものとして、かつまた客観的に、自己「市民法」を「市民法学」理論として具体化していかなければならない。その客観的な「具体化」を通じて、「市民」は、あらためて「法」＝「権利」＝「正義」（Recht）の＜実体＞を普遍的に確認し、それをみずから獲得し直さなければならない（これこそが、要するに、フェティシスティッシュに語られる「法」の抽象的性格の具体的に自己還帰＞

Das Zurück zu Selbst=主体性の回復そのものであり、その「回復」は、それによって実現され、担保された「主体」による＜変革事業＞を媒介にしたところの、実体的諸個人の「市民」としての抽象化された姿の具体的な、かつ現実的なく自己克服＞＝＜自己実現＞ Selbstüberwindung=Selbstverwirklichung を意味する。それが、結果的にいわゆる〇〇主義的な社会なのかどうか。そのような＜言葉の規定＞は、ここでは、それ自体どうでもいいことである）。

〈2〉展開

だとすれば、「法」の存在根拠は、少なくとも市民の、その人格的自己主張たる「労働」そのものにあり、その「労働」の成果たる「所有」ないし「所有権」を正義（権利＝法）として＜尊重＞し、＜保護＞することに置かれなければならない（いわゆる純粋型の「市民法」的な性質）。その場合、市民は、むろん単に「法」に依拠すればいいというわけではない。自発的かつ理性的に——ということは市民相互間に成り立つ主体的コミュニケーション行為を媒介（Vermittlung）にして——市民間でその「相互的契約」たる「社会契約」を締結しそれを実体化し実行化し、立法者を選任し、かつまた行政担当者＝為政者（その集合体・組織としての「政府」）を自己の責任において＜信任＞しなければならない。そこにあるのは、いわゆる「信託」（das Vertrauen oder der Kredit）である。この受託の＜内容＞を「政府」は、その法的責務として、つまりは「社会契約」に基づく国権の最高機関たる国会を媒介に、進んで「立法化」せしめ、それを「執行」し、もってそれを市民のために最大限活用しなければならない（日本国憲法73条）。同時に市民が自生的に生み出したルール＝「生ける法」（das lebende Recht）をも、「司法」的に吸い上げなければならない¹⁵²。そのように

152 それ（「生ける法」）は、さしあたり司法権の担当者である裁判官によって、「慣習法」として認知され、もって法制度的存在として承認されるべき対象である（その対象の具体化のための作業とは、いわゆる「ある法」の発見という＜知的営為＞を指すのだろう。＜知的格闘＞といってもよい。いずれにせよ、それ〔「法の発見」〕が、いわゆる＜法の創造＞といかなる関係に立つか。それは、今後

して「市民」の＜労働＞＝生産活動とその成果たる「所有権」の法的保護が文字通り＜相互連携＞しつつ、＜担保＞される（versichern lassen）。行政担当者（為政者）も、かつまた——その憲法上の選任手続（憲法6条2項）については依然問題が残されているとはいえ——司法担当者（裁判官）も、究極的には市民の＜労働＞を尊重し、保護すべき「信託」をうけている（すでに、かなり空洞化したとはいえ、そのための法規範的拘束力の根拠として、たとえば憲法79条2項〔最高裁判事の国民審査権〕がある）。だから、その市民の信任を裏切るようなことを彼ら（その長を初めとした国務大臣や裁判官たち）がすれば、即刻「解任」される。それは市民の抵抗権・革命権行使の帰結としての＜政府解体＞ die Auflösung der Regierungを意味しよう。そしてそこには、一定の近代的な「論理学」が息づいている。なかでも、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」・「特殊」・「個別」との相互関連性の＜論理学＞が重視される必要がある。その意味で、かのヘーゲルの見解に改めて留意しておくべきだろう。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＝自己の存在的主張としての「労働」）、これがそれだけで完成されたものが「市民的社会」である（bürgerliche Gesell-

ゝの課題の一つとなろう）。そして「慣習法」は、場合によっては、それ自体として、むしろ——わが国「仮登記担保法」のように——立法化されてもいいだろう。要するに「慣習法」は、たとえそれが立法化されようがされまいが、なお立派に「慣習法」たりうるのである。そして仮に、それは「慣習法」をめぐる紛争が生じたとしても、あくまで裁判官がまともでさえあれば、訴訟上「慣習法」の実在如何はおよそ問題にする必要のないことになりえよう。なぜならその場合、「事実認定」それ自体が問題となるにすぎないのであって、当該「慣習法」の存否いかにについては、これをまともな裁判官が判断すれば、すでに足りようからである。この点、基本的な論点につき、見玉・前掲「慣習論」（前注130）63頁以下を深く読み込む必要がある。それで足りない場合、見玉・前掲「古典的私的自治論の法源論的基礎」（前注127）に進めば——そしてそれを正しく理解しさえすれば——おそらく十分であろう。

schaftである)ところ、これを通じて普遍(社会、法、法律、政治)に連結されることになる。(2)個人の意志、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(たとえば所有権の実体的承認と保護)、また社会、法、等々に達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が達成された実在、媒介、および存立を保ちかつ維持する。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って、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」¹⁵³(傍点・原書。ゴチック・引用者)。このヘーゲルにおいて、見事に近代的な意味での「普遍」・「特殊」・「個別」の<相互関連性>が社会的スケールで描き出されている¹⁵⁴。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」、したがって「市民法学的公法」固有の法的確信をも見出すべきであるように思われる。しかも、実は、この観点は、ヘーゲルにおいて、その『法の哲学』(„Grundlinien der Philosophie des Rechts“, 1820)でも論理学的に首尾一貫して存在していた。なぜなら「欲望の体系」(das System der Bedürfnisse)として描き出される

153 ヘーゲル(松村一人・訳)『小論理学(下)』(岩波文庫。1978年)191-192頁及びヘーゲル全集1(真下=宮本・訳)『小論理学』(岩波全集版。1996年)469-470頁参照。Vgl. Hegel, Die Wissenschaft der Logik, 1830, S. 356. 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、常に分かちがたく相互に関連づけられている(その関連の仕方をどう理解するかは、読み手のセンスの問題にほかならないところ、そもそもわが国でまともにヘーゲル『論理学』を身につけた法学者がいに少ないか。これこそ驚くべきことであり、かつまた悲しむべきことである)。ともあれ、上記(「普遍」・「特殊」・「個別」の連携)につき、ヘーゲル・前掲『小論理学(下)』(岩波文庫)162-170頁及び同・前掲『小論理学』(全集1)441-449頁を参照。Vgl. Hegel, a. a. O., S. 334-341.

154 少なくとも「太陽系」(das Sonnensystem)と「国家」(der Staat)とをパラレルに捉える観点は、「宇宙論」的なカントを受け継いだヘーゲルならではのものである(Hegel, Logik, S. 356)。ちなみにヘーゲル『論理学』の全体を注意深く読めば、ヘーゲルがカントのどこをどのように批判し、どこをいかにように感激しながら受けとめ、カントを展開=発展せしめているか。よく分かる。

「市民社会」（die bürgerliche Gesellschaft）の中で、すでにはっきりとヘーゲルは、次のように言っているからである。すなわち彼は、上記「市民社会」のうちに、明確に人間労働のあり方＝本来的性格（die Art der Arbeit）を把握し、その「欲求の充足」のために、まさしく「労働が前提」となるのであり、よって「市民社会」は市民たる「人間から出発」し、かつまた「人間の活動を媒介にして」、その「洞察力、知性を頼りとすべき」であるから、結局「人間」は、「自分こそが主役だと考える」べきことになる。そこにこそ「人間としての名誉がある」という¹⁵⁵。その限りで、ヘーゲルの見地は際限なくジョン・ロック『市民政府論』と内面的に連結する。ただし、カール・マルクス¹⁵⁶ が的確に批判したように、結局ヘーゲルは「市民国家」を「共同体の理念の現実化」（die Wirklichkeit der sittlichen Idee）として抽象化し、矮小化せしめてしまう。同時に

155 さしあたり長谷川宏（訳）『ヘーゲル法哲学講義』（作品社。2000年）386頁参照。Siehe auch Hegel, Vorlesungen über Rechtsphilosophie, 1818-1831, S. 472 ff., bes. S. 497.; „Darin hat der Mensch seine Ehre, daß er sich vorstellt daß er es ist der die Hauptsache ist.“

156 マルクス（真下信一〔訳〕）「ヘーゲル法哲学批判序論」・同『ヘーゲル法哲学批判序論（他）』（国民文庫。1970年）329頁以下参照。なお、マルクスによるドイツ「歴史法学派批判」の趣旨は、およそロマネストンとゲルマニストンを同一視したところで成り立っているように思われる。むろん、マルクスにとってジョン・ロックもブルジョアジーのための思想家であったわけであるから、かのサヴィニーもそれとはほぼ同列視していたであろうこと、疑いない。ただし、日本語で「ブルジョアジー」とされるのと、原語で“das Bürgertum”とされていることには相当の語感上の開きがある。この点、注意すべきことである。ちなみに、J. Locke, Zwei Abhandlungen (Fn. 71) のドイツ語版編者W. Euchnerの「序説」（Einleitung, S. 10）によれば、マルクスにとってはロックこそ「市民階級の立役者」（ein Mann des Bürgertums）であったと記されている。なおマルクスは、『資本論』で確かにロックの「利子・貨幣価値論」（Some considerations of the consequences of the lowering of interest, and raising the value of money, 1692）については、これを引用しているが（Marx, Das Kapital, Bd. 1, 1867, Dietzverlag 1980, S. 49 ff., passim）、対するに、ロック『市民政府論』をマルクスが引用した形跡を、筆者は、今のところ確認しえていない。

「現実の国家」を<絶対化> (Verabsolutierung) せしめる。だから「市民」も、その「人間労働」も、「市民社会」も当時のドイツ的な専制国家> (マルクスによれば、ドイツ版「アンシャン・レジーム」たるべきもの) に呑み込まれてしまう¹⁵⁷。しかも、かの「現実的なものこそ理性であり理念」たるところの「現実的な国家」(ヘーゲルにとっては「プロイセン国家」) そのものに吸収されてしまう。そこが、まさしくヘーゲルの限界であり、欠陥でもあった¹⁵⁸。

157 マルクス・前掲「ヘーゲル法哲学批判序論」(前注156) 335-336頁及び341頁、345頁参照。

158 ヘーゲルの限界＝欠陥を正しく認識しながら、その『論理学』のもつ健全さ、さらにはそこから導き出される人間思考の積極性、澁刺さまでを忘却したら、レーニンが批判したところの、かの「マルクス主義者」ばかりになってしまうだろう(レーニン『哲学ノート(上)』岩波文庫155頁参照)。そして、その限りにおいて、『資本論』の思想も精神も哲学もやがて死滅してしまうに違いない。ここにも、まさしくヘーゲルの論理学的思考がそのまま妥当しているから、実に教訓的である。その意味において、マルクスの次の言葉を、われわれはじっくり噛みしめなければなるまい。——「ドイツ人は爾余の諸国民がやったことを政治において考えた。ドイツは爾余の諸国民の理論的良心であった」(傍点・原書)。マルクス・前掲「ヘーゲル法哲学批判序論」(前注156) 341頁。かつまた「ドイツ人の解放は人間の解放である。この解放の頭脳は哲学、心臓はプロレタリアートである」マルクス・前掲351頁。——ここで出てくる「ドイツ人」を「ヘーゲル」と読みかえても、十分に意味が通ずるのではないか。この意味でマルクスこそは真のヘーゲル理解者であった。そしてこの意味で、レーニンこそはマルクスの真の弟子であった。そのマルクスの<前提>に、かのヘーゲルが存在した。そしてヘーゲルの手前で、カントとアダム・スミスが登場し、その登場を促した者こそ、ジョン・ロックであった。だから、そういう世界的な「偉大な思想家たち」から立体的に学ぶことなくして、「公法と私法の関係」もわかりっこないのである。それゆえ、「市民法学」の背教者・阿部泰隆こそは、安直かつ平板な「公法優先主義」＝「行政法規第一主義」を唱えて憚らなかったのである。したがって彼は、民事「違法」を不法行為違法に<一元化>せしめ、「私法」には「受忍限度論」しか存在しないかのような、重大なる<錯覚>に陥ったのである。これを、理論的・学問的に<打ち砕き>、人間＝市民そのものを社会的なく解放>へと接近せしめること。その<接近>のあり方につき、ラデカリスティックではなく、あくまで「ラディカル」に努力すること。これこそ、本稿で筆者が訴えたかったことがらにほかならない。

〈3〉展望

ともあれ、上記の本稿理解を〈前提〉とすることによって、われわれの「市民法学的公法」論が初めて導き出される。それは、文字通り〈市民社会¹⁵⁹の法〉＝〈市民法〉、しかも〈近代〉市民法上の「公法」論である。

159 本稿の観点からすれば、ヘーゲル「市民社会論」を、ヘーゲル自身の「論理学」によって洗練せしめ、少なくともそれをジョン・ロックと歴史内在的に〈連携〉させなければならない、と思われる。そしてマルクスのヘーゲル批判を、ヘーゲルの「頭脳」それ自体でもって正面から受けとめ、一個の〈法学理論〉へと昇華せしめるべきである（aufheben lassen muß）。だから、かのゲーテの箴言になれば、われわれが病的なるロマンティズムに洗脳されることなく、かつまた健全で健康な「思想」を〈市民社会論〉に即して抱きあげようとするなら、その限りで、ゲーテが「古代ギリシャ人」に立ち戻れといったように（エッカーマン『ゲーテとの対話〔下〕』岩波文庫129頁参照）、わたしたちは今こそマルクスの「心臓」をもってヘーゲル自身の〈頭脳〉に、つまりは「ヘーゲル論理学」にこそ立ち戻れ、と言わなければならない、と考える。仮にそうでなければ、なぜ、かのレーニンが、あたかも〈ヘーゲル主義者〉であるかのごとく「ヘーゲル論理学に学べ」と叫んだのか、全く訳が分からないままになってしまうからである。あのレーニン『哲学ノート』の草稿が書かれて、すでに100年以上たつのに、誰ひとりレーニンすら理解しなかったことになってしまうだろう。なんともったいないことであろうか。この点、わが国一流の「市民法学者」広渡清吾の近作「市民社会論の法学的意義——「民法学の方法」としての市民社会論」戒能通厚＝樹澤能生（編）『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』（2008年）58頁以下が、もっぱら広中俊雄『新版民法綱要・第一巻』（2006年）の「基本的諸秩序論」に拘束され（広渡62頁以下。なおこの点、吉田克己『現代市民社会と民法学』（1999年）244-252頁の「生活利益秩序論」も、上記広渡論文とほぼ同じレベルにたっている）、かつまた、およそ「一般理論」的で、かつ図式的・概念的とも言える藤田勇『法と経済の一般理論』（1974年）をもって「マルクス主義法学の理論をもっとも明確に提示した著作」と位置づけている（広渡73頁）ことは、筆者（川角）にとってはやや物足りない。いわんや、川島武宜・四宮和夫と加古祐二郎の思想が「通奏低音」をなすと書いていること（広渡72-73頁）は、そのトータルな認識において納得がいかない。筆者がみるところ、加古祐二郎は明らかにヘーゲル「論理学」になじんでいるし、それなりにマルクス『資本論』の精神でもって独自に「近代法の形態性」を論証している。ところが、川島や四宮は、どちらかと言えば機械主義的な「形而上学」（乃至いわゆる機械的唯物論、あるいはニュートン力学）によって〈規定されている〉のであるから、「通奏低音」など、およそありえない（さしあたり、川島『ある法学者の軌跡』（1978年）169頁をみよ）。さらに、広渡71頁の高柳公法学の評価についても、

今後さらに再検討してみたいと思う。ところで、広渡75頁以下で、本稿の「市民法学的公法」論とも繋がる「市民社会一元論」が展開されている点、きわめて啓発的である。かつまた、戒能通孝とカール・マルクスの思想を＜連結＞せしめていることも、大変有意義である（広渡79頁）。とはいえ「古い唯物論の立場は市民社会であり、新しい唯物論の立場は人間の社会もしくは社会的人類である」というマルクスの定式（「フォイエルバッハに関するテーゼ」の第10定式）をそのまま紹介しているようにみえるのはどういうわけだろう（広渡79頁を参照）。このマルクス「テーゼ」の第10定式は、少なくともその前に置かれた第9定式との論理的な＜関連性＞を通じて体系的に読み解かれる必要がある。だとすると、マルクスは、明らかにフォイエルバッハの思想を「観照的唯物論」、つまりは「感性を実践的活動として把握することをしない唯物論」と規定した上で、その拠って立つ社会像を「市民社会」として定式化している。これは、きわめて＜論理的な論述スタイル＞であり、よってそのマルクスの姿は、むしろヘーゲル「市民社会」の「感性」と通奏低音をなす（ヘーゲル「市民社会論」につき、本稿前注154ないし156に対応する本文を参照）。だからこそ、「青年ヘーゲル主義左派」を経由したマルクスによれば、「古い」唯物論の立場（おそらくはニュートン力学やフォイエルバッハの「唯物論」などの立場）は、直線的に「市民社会」であり、対するに新しい「唯物論」（つまりは、ヘーゲルの思想によって媒介され、洗練された「唯物論」）に基づく「社会」こそ、「人間の社会」に呼応する「市民社会」であるに違いない（要するに、ここでは「政治的解放」にとどまらない「人間的解放」への視点を＜前提＞としつつ、なお「市民法」と「学」とする態度が要求されるのである）。なお、マルクス＝エンゲルス全集所収の「フォイエルバッハにかんするテーゼ」全集3巻592頁以下、特に594頁では、上記＜傍点＞が付されている（この点で、全集の翻訳はマルクスの「フォイエルバッハ」手稿とは若干異なるとの指摘もある。ただしここでは全集の翻訳に従っておく）。すなわち、「古い」唯物論がもつばら「市民社会そのものに＜無媒介的＞にしがみついたのに対し、ヘーゲルの論理学及び法哲学の「思想」を＜媒介＞としたマルクス「市民社会」論（„Theorie“）は、徹底的ラディカルに「人間的」なる社会、つまりは「類的」に社会化されたところのそれであったことになる。この点、端的に言い換えれば——おそらく広渡論文も理解しているものと思われるのだが——古い市民社会が、そのまま形式的に新しい市民社会に＜変化＞するのではない。見た目は古いままでありながら、その「市民社会」は、あくまでヘーゲルの＜頭脳＞とマルクスの＜心臓＞とを結びつけたところで初めて、その自己の内臓から挙げて自己全体を再生せしめるのである。——繰り返す。ここで「その「市民社会」」とは、マルクスの＜心臓＞でもってヘーゲルの＜頭脳＞を徹底的に「ausbeuten」した結果として産み落とされるべきところの、「人類的なスケール」での、そのものとしての思想的財産（das gedankliche Vermögen als solches）にほかならない（周知のようにVermögenの語義は、die Fä-

↘ *higheit, etwas Bestimmtes zu tun* ないしは *der gesamte Besitz als materieller Wert* と奥深く関わっている）。さらに、加えていうならば上記「本稿」流の *Auslegungsmethode* に従えば、マルクスの最終テーゼ「第11定式」も、その相貌をやや特殊なものとして＜自己主張＞してくるであろう。すなわち「哲学者たちは世界をたださまざまに解釈してきただけである。しかし肝腎なのはそれを変えることである」（全集3巻594頁。傍点・原書）。この点、筆者の理解によれば、ここでマルクスが「哲学者」と言っているのは、フォイエルバッハを中心としたところの、ライプニッツやニュートンを含めた「古い」唯物論の哲学者であり、さらにデカルトやモーゼス・メンデルスゾーンなどの観念論哲学者のことを指すに違いない。対するに、かの「解釈」をしていただだけの「哲学者」のうちに、マルクスが、さらにジョン・ロック、ルソー、カント、ヘーゲルをも含めていたかどうか、筆者は知らない。なるほど彼らは、おもに「学者」であり（ルソーについては留保すべきだが）、机上の講壇主義者であったかも知れない。しかしながら彼らは、あくまで世界を変えようとした（その点では、ライプニッツやニュートン、さらにデカルトもそうであったと言うべきことになろう。アリストテレスも、おそらくそうであろう。加えてマルクスは、「デモクリトス」さらには「エピクロス」も含めよと言うかも知れない）。ともあれ、マルクスが「世界」を＜変える＞という場合、おそらく彼の頭にはヘーゲルが常に存在していたに違いない。言い換えれば、まさしく「理論的良心」の担い手であった＜ドイツ＞そのものを代表するところの、文字通りその *Vertreter* としてのヘーゲル、つまりは、その＜頭脳＞たる「ヘーゲル哲学」のもつ知的な力強さ＝知的格闘力を借り、よって変革事業のための＜心臓＞たるプレタリアートがその団結心と洞察力及び自己犠牲の＜主体的精神＞の上になつて、広汎な農民・知識人・教育者ら、あるいは良心的で合理主義・理性主義的な *Kapitalist* たちとも力を合わせ＜統一＞し、もって「世界を変える」ことこそ＜肝腎＞である、とマルクスは言いたかったように思われる。だからマルクスの上記第10定式は、その前後の定式との体系的・論理整合性を踏まえつつ、正しく *Auslegung* されなければならない（いわゆる「文理解釈」プラス「体系的解釈・論理的解釈」のレベルのものが、正しく「実践」されれば、最早それでよい。笹倉秀夫『法学講義』（2014年）81頁及び88頁を参照）。だから、そのような *Auslegung* なしに、生命力に溢れ、かつ健全・健康でしかも明るく聡明な「実践力」（*die voll lebendige, gesunde und aufklärende* Tatkräftigkeit）など、けっしてうまれっこない。だから、かの *Auslegung* をただ単に＜ヘーゲルの＞だとかいって毛嫌いはかりしていると、いつまでたっても「日本国憲法」（なかでも「前文」）の価値は生かされず、結局世の中は変わらないままにいるだろう。それどころか最早、日本型「ファシズム」（アメリカファースト主義に屈服し、へつらいながら、その上「改憲」までして特殊日本的な美的感覚＝「愛国心」を押し付け、もって日本人から理性を喪失せしめる、かの権力的なく全体主義）の一步手前

そこでのパブリックなるものは¹⁶⁰内在的に、緊密にシヴィルなるものと結びついており、むしろシヴィルこそがパブリックなるものを<規定>するのである¹⁶⁰。要するに「市民法」（その形態としての「私法」）が「公

ゝまで来ているのではないか。その原因をつくったのは、安倍晋三やその「お友達」の政治家・資本家・学者あるいは「付度官僚」はもちろんのこと、さらにレーニンのアフォリズムも無視しヘーゲルを遠ざけ、挙げ句の果ては——論者の主観は別として——結果的・実質的にマルクスを弄び、マルクスをも形骸化せしめてきたところの、わが国「科学的社会主義者たち」にもあった、と言うべきことになる。対するに、日頃地道に署名活動等で汗を流す地方や下町の「市民」たちこそ、おそらくヘーゲル及びマルクスの思想を<実践>しているのではないか。筆者が期待を繋ぎとめるのは、そのような人々の無償の自己犠牲である。だからこそ筆者は、自分自身に、そして自らの貧弱な身体と頭脳に固く強い鞭を自分で打たなければならないと、深く自覚するのである。

- 160 水林彪「近代憲法の本源的性格——société civileの基本法としての1789年人権宣言・1791年憲法」戒能通厚＝棚澤能生（編）・前掲書（前注159）21頁以下の全体像を参照。ただし、ヘーゲルが近代の国家と社会（市民社会）を、その「二元論」として「定式化し直した」という記述には少々ひっかかる。むしろ<抵抗>を覚える。この点、なお留保せざるをえないが、ヘーゲルの<思考内面>では少なくとも彼の論理学的な「国家」（普遍）と「市民社会」（特殊）と「市民」（個別）の思想——しかもそれら「三者」は決して硬化した固定的なものではない——に基づくところの国家と社会の「一元論」ないし「統合論」があった、と思う。ヘーゲルは、さしあたりその『法の哲学』で、ただ単に、結果的に、現象面として「国家」を「社会」の上に立たしめたにすぎない、と考える。だからマルクスは、かの「ヘーゲル法哲学批判序論」（前注156）において、マルクス自身の熱き<心臓>と深き<頭脳>とをもって、ヘーゲルの「現象」を「本質」へと<逆転>せしめ、かつ<転換>せしめたのである。この点、マルクスの「ヘーゲル法哲学批判序論」それ自体、ヘーゲルの思想そのものの<写し絵>であったとすら言える点、深く留意すべきである（要するに「弟子」マルクスは、「偉大なるヘーゲル先生よ」あと一歩飛躍せよ・脱皮せよ、と言いたかったに違いない）。かくて、ともあれマルクスは、ヘーゲルの「観念論」＝「神秘性」を、ヘーゲル自身の「頭脳」を<媒介>に実体化＝本質化することに成功した。ヘーゲルの論理学をまともに読みさえすれば、きっとそういうことになるはずである。この点、ぜひともご教示を乞う。ちなみに水林「近代民法の本源的性格——全法体系の根本法としてのCode civil」広中俊雄（責任編集）『民法研究5』（2008年）1頁以下、特に64-69頁におけるわが国主流民法学の「公法私法二元論」（我妻栄＝星野英一＝内田貴）の系譜論は、きわめて明快であり、同時に啓発的である。とはいえ、その手前出てくる「民法典の資本主義法化」（59頁）の趣メ

法」を規制・拘束するのであって、決してその逆たりえない。だから、すでに論理的に、われわれの（阿部泰隆説も含めたところの）近代市民法的「公法」論は、「市民法学的公法」論へと収斂し、立体的に結晶化するに違いない。それを、わが国で初めて論証した学者は、おそらく高柳信一（1921-2004年）教授ではないか。たとえば最近、人見剛は高柳『行政法理論の再構成』（1985年）を素材に、高柳説があくまで「近代市民社会の基礎法である市民法を基底に据え」ており、その上で「近代公法」を独自に構築しようとしたところの「希有な行政法学者であった」、とする¹⁶¹（傍点・引用者）。そして、かかる基本認識のもとで「高柳説」において「衆目」一致するところの「市民法的公法論」の意義如何を検討しようとする。高柳「公法理論」がなにゆえ「市民法学」的でありえたのか。まずは、その「理由」の内面的要素を明らかにしてみよう。以下では、その点につき若干の考察を試みる。

② 「市民法学的公法」と「私法」・「市民法」との関係

< i > 序

高柳信一教授の処女作（「博士論文」）『近代プロイセン国家成立史序説』が刊行されたのは1954年のことであった（本稿前注110も参照）。これは、わ

ㄨ 旨はそれほど明快とはいえない。さらに、あたかも「市民法から社会法へ」のスローガンを彷彿とさせるところの、「socialな法原理」の「民法典」外在化＝「社会法化」がごく形式的に＜事実認識＞の問題として論じられているのは、どういうわけだろう。筆者の単なる粗読のせいかな。それとも、端的に＜規範認識＞のレベルにおいて、水林論文（2008年）が原島・後掲「民法規範の抽象的性格について」（本稿後注163）と＜知的格闘＞をしていない結果からなのか。今ひとつつかからない。これについてもご教示願えれば幸いである。なお原島「抽象的性格」の内容については、本稿後注163以下の各注記に対応する本文をそれぞれ参照されたい。

161 人見剛「市民法的公法学——高柳信一の行政法理論に関する一考察」水林彪＝吉田克己（編）『市民社会と市民法——civilの思想と制度』（2018年）517頁以下、特に518-519頁を参照。なお、高柳信一『行政法理論の再構成』（1985年）407頁及び463頁も参照した。

が国西洋法制史学者のみならず、専門の歴史研究家からも高い評価を受け、もって「古典的名作」と称される完成度の高い作品である¹⁶²。ともあれ、ここでむしろ筆者が注目するのは、それから9年後、1963年に原島重義「民法規範の抽象的性格について」¹⁶³が書かれ、さらに1968年に同「民法学における思想の問題」¹⁶⁴が公表されたという＜事実＞である。原島教授の前者の論文では「高柳信一」の名は出てこないが、後者では高柳信一「行政事件訴訟の特質の再検討」¹⁶⁵が、行政行為の「公定力」なるものの法的性格規定及び特殊な「行政事件」の存在に関する現在の社会的機能的评价（「批判」）との関連で＜援用＞されている¹⁶⁶。民法学者・原島重義（1925-2013年）の「公法学」への目配りは、かく正確であり、かつ厳密である。ともあれ、ここで筆者が力点を置くのは、原島・前論文「抽象的性格」と高柳説との内面的連結関係如何である。なぜ民法規範は、かくも「抽象的」であるのか。およそ「法」たるものは（私法のみならず公法も）、一般条項的に仕上がっているものを含め、およそ「抽象的」であり、「形式的」・「劃一的」である。この点、「日本国憲法」の幾つかの条文を除けば、基本的に「法」たるものすべて難解この上ない。その当たり前のことを原島論文はなぜ「問う」のか。そこから解きほぐしていかなければならない。当時「法」ないし「法律」は抽象的であるがゆえに、その「外延」が広く、近代市民法はやがて＜社会法＞へと変容し、現代的な独占資本主

162 人見・前掲「市民的公法学」（前注161）545-546頁注23を参照。本稿でいう「古典的名作」という位置づけは、たとえば、歴史学者・堀米庸三による、高柳処女作に対する「古典的研究」に立脚したところの、「透徹した総合」という評価を踏まえている（この文脈自体、人見論文に依拠している点、お断りしておく）。

163 原島重義『民法学における思想の問題』（2011年）所収5-29頁。

164 原島・前掲『思想の問題』（前注163）所収60-76頁。

165 高柳・同名論文『日本弁護士連合会・昭和40年度特別研修叢書』（1966年）所収。なお、これはその後、高柳・前掲書『行政法理論の再構成』（前注161）475頁以下に収録されている。

166 原島「思想の問題」・前掲『思想の問題』（前注163）65頁及び67頁注6。

義の法としても通用する。だから、諸悪の根源はまずもって「近代市民法」そのものにあるという趣旨の見解がしごく平然と主張されていた¹⁶⁷。そして、そこで「近代市民法」の所与の＜前提＞とされるのは、「近代市民社会の成立」が「近代国家権力の誕生」と「盾の両面」であり、それゆえ「政治権力」が「国家によって独占」され、よって「政治権力と個人との間」をつないでいたところの「もろもろの公的支配力」の原則的な「消滅」を帰結する、という発想であった¹⁶⁸。これはまあ何という「形而上学的」な国家論であろうか（この点、「若きヘーゲル」にいわせれば、まるで「既成性」〔die “*Positivität*”〕を帯びた「神学的」・「権威的」国家論にほかならないであろう¹⁶⁹）。かくして、政治権力の主体は、直線的・無媒介的に「国家」そのものである、とされた。そこでは、ジョン・ロックの『市民政府論』も、ヘーゲルの「市民社会的」国家論も問題ではなかった。もっぱらマルクスの「用語法」に似た言葉が、およそなんの脈絡もなしに「一人歩き」していただけである（だから、マルクスの視点からすれば、渡辺・前掲書〔前注166〕のスタンスなど「古びた」機械的唯物論そのものであり、どうかすれば「観念論的形而上学」の単なる憲法「学」的言い換えなどと、痛烈なく皮肉＞を言われたかも知れない）。この点、なるほど原島「抽象的性格」も、ことさらジョン・ロックやヘーゲルを問題にするわけではない。しかしながら、その骨格を形成しているのは、まさしくジョン・ロックであり、そこからヘーゲ

167 たとえば、渡辺洋三『法というものの考え方』（岩波新書。1959年）105頁以下をみよ。渡辺洋三（1921-2006年）の社会・政治・経済的視点は確かだと言っても、それゆえ法学理論も確かだということにはけっしてならない。この点、一応渡辺教授は「法とか法治主義とかいうもの」を「憲法的視点からとりあげた場合」のことを問題にしているが（渡辺・前掲書「まえがき」iii頁）、しかしながら、仮にその「憲法的視点」がまともなものであったとしても、その「市民法」理解までまともだということにもならない。原島論文「抽象的性格」は、端的に、そのことを問題にしている。

168 渡辺・前掲書（前注167）19頁参照。

169 G. ルカーチ（生松敬三＝元浜晴海〔訳〕）『若きヘーゲル（上）』（1987年。原書は1948年）の76-185頁が、注意深く、かつ丹念に読み込まれる必要がある。

ル、そして——あくまで、かのヘーゲルを＜媒介＞にしたところの——マルクスへといたる近代思想そのものの＜発展＞のプロセスであった。そのわけは、こうである。

＜ii＞ 高柳「市民的公法論」の＜思想的前提＞——原島「民法規範の抽象的性格について」

ここでは、高柳「市民的公法論」の＜思想的前提＞として上記原島論文を措定する。時間的にいえば高柳処女作のあとに原島「綱領論文」たる「抽象的性格」が出されている。だが、本稿考察では、この原島「綱領論文」を高柳「公法論」と内在的に関連づけ、もって本稿考察の＜仕方＞として、高柳「市民法学的公法論」の＜前提＞に原島論文を置く。そのことをまず理解してもらう必要がある。

さて、およそ上記原島「抽象的性格」では、こう説かれている。すなわち（α）「法現象を貫く客観的な社会法則をひきだす」と（β）「紛争を解決するために解釈・適用されるべき法規範を実定法の中に見出す」ことが一体不可分に＜統合＞されなければならない、と¹⁷⁰。だから原島論文は、前者（α）を、たとえば「基礎法学」（法哲学や法思想史・法制史さらには「法社会学」など）そのものの課題として割り切り、対するに実用法学としての「民法学」の対象は（β）を指すにすぎないという「二元論」をきっぱり批判する。この点、いきなり原島論文は、大変欲張りな「法学方法論」を展開している。しかるに原島「法学」では、上記（α）と（β）は、おのずと＜統合＞されるべきものであった。だから、それを「まったく別の作業」として、平然と「二元論」を説くわが国通説的見解が批判されている¹⁷¹。これに原島論文は、正面から待ったをかけようとした。む

170 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）6頁参照。なお（α）と（β）の表示は、引用者による。

171 原島「抽象的性格」同上頁。なお、本来、かの末弘巖太郎の法学理論こそは（α）と（β）、つまりは「法社会学」と実用法学としての「民法学」を＜結合＞させようとしたのであり、その意味で、末弘法学はその起点＝基点に位置する。ノ

ただし、末弘法学は、エールリッヒの「法社会学」（それはサヴィニーの構想の展開であった）を、それとしてまともに「継承する」ことがなく、もっぱら「判例研究方法」に自己の方法を矮小化せしめた。よって実用法学としての「民法」は、「判例研究方法」に奉仕すべく、もっぱら法の創造の対象にされてしまった。これが、今のところの末弘法学に関する筆者の見立てである。これを川島武宜（1909-1992年）は、経験法学的＝記号論理的側面において『科学としての法律学』（1955年）へと繋げようとした。そこにあるのは、渡辺洋三・前掲書のスタンスとはほぼ同様に近代市民法でない「法律学」そのものへの不信であった（川島が末弘の実質的「弟子」の一人であったこと、さらに、渡辺洋三が川島武宜の弟子であったことは、よく知られている）。だから、特に川島法学では、末弘受け売りのアメリカ的リアリズム法学なるものが、そのまま「援用」され、もっぱら裁判官の法的判断をいかに記号論理的に予測可能なものに仕上げるか。およそ、それだけが問われていった（川島法学では、マックス・ウェーバーまで担ぎ出されているから、実はその思考形態につき、なお理論的に重大な問題が潜むのだが、今はこれを問わない）。要するに、そこ（末弘・川島・渡辺の思考）には、いわば「物自体」（Ding an sich）の存在は認めるが、それを人間の頭脳が認識しきることなどありえない、というカント的な懐疑論＝不可知論があったように思う。その意味で、翻ってカントもまた「リアリスト」であった。しかるに末弘も、川島も、さらに渡辺も、かのヘーゲルに繋がったカントの別のもう一つ重大な側面＝「客観的普遍性」論に気づかず、もっぱらアメリカのリアリズム法学それ自体の内に身を埋没せしめた（ただ渡辺だけは、いわゆる「マルクス主義法学」と「法社会学」との架橋にこだわった）。だから、結果的に「法社会学と法解釈学の架橋」（原島「抽象的性格」6頁。傍点・引用者）というスローガン自体、いつの間にか忘れ去られていった。それどころか、むしろ忘れ去ってチマチマとした判例研究なるものを数多くこなす方がベターだと、みんな思い込むようになってきた。その帰結の一端を示すものが、いわゆる利益衡量（考量）法学の大流行であった。ほぼすべての者が、それによって洗脳された。だから、今や「判例法主義」なるものを通り越して、すでに「裁判官法」（Richterrecht）が支配する時代へと移り変わろうとしているのである。かくてほぼ同時に、＜国民主権＞を体現したはずの立法権＝「国会」の権能が形骸化されてしまった。そして、その行き着く先に、かの「公法優先主義」＝「行政法規第一主義」の阿部泰隆やその影響を受けた公法学者らが輩出した。もって彼らは、およそ「行政国家の法理」を立ち上げ、他方「裁判官法」の跳梁跋扈をみて、結局「三権分立」も「立憲主義」も、ないがしろにされた。そして、ただ無批判にその流れを「肯定」するものが司法試験合格者となり、研修所を経て「法曹」となっていくべき時代となったように思う。ちなみに現在、法科大学院では、一応「理論と実務の架橋」がスローガンとして掲げられている、とされる（筆者も「龍谷ロースクール」の時代に、それに振り回された手合メ

ろん渡辺洋三説などがいう「社会的問題の解決」という視点はそれ自体としてあくまで重要である。だが、そのような意味での学問的な「良心」だけでは、問題はなんら解決しない。むしろ「社会的素材」と「実定法」との＜連関＞を「根本的に回復」せしめようとするなら、「実定法規範の抽象化の根源そのものをつきとめる作業」に迫られることになる¹⁷²（傍点・原書）。それでは、その「根源」とは何か。真の「リアリスト」原島重義は、この場合であっても「法解釈に従事する」ための姿勢を見失うことをしない¹⁷³。さしあたり原島論文は、それ自体やや抽象的な『法の支配』『私的所有権の自由』『契約の自由』『市民的自由』『法による行政』等々の諸原理の意義を確かめようとする¹⁷⁴。そのような「諸原理」の枠が広いがゆえに、渡辺洋三説によれば、市民法こそは「独占」を許容するのであって、よって「市民法体系が、そっくり独占の主要な法的支柱となりつつある」と規定されてしまう¹⁷⁵。それはおかしい、と原島論文は主張する。いかに「おかしい」のか。そこで登場するのが、いわゆる「近代法の物神的性格」と「客観的ルール性」との関連づけの方法であった¹⁷⁶。だ

ゝいの一人であった）。

172 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）7頁。

173 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）8頁。

174 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）10頁。

175 渡辺「現代の法と法学の課題——「構造改革」論と憲法擁護」法学セミナー 1961年3月号2頁以下、特に4頁以下を参照。なお原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）11頁及び15頁注7以下もみよ。

176 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）15頁。この点、原島論文は伊藤道保「＜書評＞渡辺洋三『法というものの考え方』」日本法社会学会（編）『法社会学の諸相——広がりと深まり』（1961年）188-193頁の「近代法の物神性の崩壊過程」論も併せて問題としている。伊藤＜書評＞によれば、近代市民社会がその実態を失い、その基盤たる資本主義的生産様式が「独占資本主義」に転化する限りで、市民法が担っていた「物神性」が崩壊するという視点でもって、結局渡辺洋三説を肯定する側面をもつ。むしろ伊藤＜書評＞では、渡辺説の歴史認識において「単純な近代法の諸原理の教説」が「初めから積極的な意味をもっていなかった」というだけにとどまらず、むしろ「近代市民法原理」そのもの

から原島論文は、近代市民法の「物神的性格」を承認しながらも、「このような民法を基礎法とする実定法の存在性格こそが物神性」そのものではないか、と反問する¹⁷⁷。そしてヘーゲル、マルクス、ルカーチの思想を

ゝのが「明治以来つみ重ねられてきた前近代的独占支配権力の近代的粉飾」を「強化」せしめてきた側面を軽視しているのではないかという指摘によって、渡辺説を修正し、かえって「粉飾」しようとしている。この点、原島・前掲「抽象的性格」12-15頁の論旨を参照。

- 177 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）15頁。なお「物神性」（Fetischismus）そのものは、直接的にはマルクス『資本論・第1巻』（Das Kapital, Bd. 1, 1867, S. 85 ff. und S. 108）の「商品の物神的性格」（Festischcharakter der Ware）からきている（分かりやすく言えば、商品の直接的生産者たる労働者がその生存〔生命活動〕維持のため、自らの労働の成果たる価値的源基形態としての「商品」を、あたかも＜神＞であるがごとく外在的に崇拝し、それを得るために賃金奴隷と化するところの精神状態を指す）。そもそも、マルクスのこの見地は、その師・ヘーゲルの『精神現象学』における＜外化＞ないし＜疎外＞Entäußerung oder Entfremdungに由来する。たとえば、ヘーゲル『精神現象学（下巻）』（全集5）784頁では、客観的・普遍的実在たる「世界」が個々の人格のうちに還帰（Zurückkehren）することによって「現実性」（Realität）が＜回復＞されるところ、当該＜回復＞までのプロセスでは一旦その「現実性」は人格から離れて「疎外化」し、「疎遠化」せざるをえない、という趣旨のことが書かれている。これは、いかにもヘーゲルらしく、きわめて難解な文章である。これを「法的物神性」として本質的に規定し、さらにマルクス、ルカーチをも参照しつつ、理論化したものが、加古祐二郎「社会定型としての法的主体に就て」（1933年〔昭和8年〕）・同『近代法の基礎構造』63頁以下、86頁以下、特に97頁以下、であった。ちなみにルカーチが、上記ヘーゲル及びマルクスのタームを「物象化」（Verdinglichung）として「再」規定したことについては、ルカーチ『歴史と階級意識・著作集9』（1987年。原書は1923年）162-204頁をみよ。ともあれ、このような理論的背景をもつ「法的物神性」ないし「法律の物神性」が、かの川島武宜の手にかかれば、「法規という観念形態」たる法律（Gesetze）が法社会学的に「人と人の関係」に＜還元＞されることによって、「法律の経験科学的基礎・現実的認識の可能性」が付与されるがゆえに、＜法規の物神崇拜＞から市民が＜解放される＞、ということになるらしい。これはまた、なんという「素朴」かつ「形而上学的」な、つまりは観念論的・抽象的・形式論的な「物神性」概念であることか。驚かされる。この点、川島「法律の物神性——新入生諸君のために」（1947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）183頁以下、特に185頁を参照。このような川島流「法律物神性」論を聞かされた当時の東大法学部「新入生諸君」は、きっと歓喜

読み込んだ原島論文は、マックス・ウェーバーの「形式的合理性」論¹⁷⁸をも援用して、およそこう言っている。ただし、原島論文それ自体はかなり難解な文章である。そこで筆者（川角）なりに理解する原島法学のトータルな姿を若干噛み砕いていえば、それは、およそ以下のようになろう。——すなわち、近代市民法ないし「古典的市民法」は、「根源的」には、なるほど「資本主義法としての性格」を担いつつ、しかもそれが「独占資本主義」に移行しても、なお当該基本的性格を維持せしめ、首尾一貫せしめつつ、その「抽象性・劃一性・形式性」を保持する。だから、その考察主体たる法学研究者（さしあたり民法学者）が、その「抽象性・劃一性・形式性」の＜内容＞を確かめ、かつまた＜充填＞していくべき「責務」を、まずは主体的に担うべきことになる。しかし同時に、その際に生み出された「抽象性・劃一性・形式性」こそは、歴史的にみれば近代資本主義法そのものの先行形態であり、もっぱら＜市民革命＞によって打倒され克服されたところの中世＝封建制＝絶対主義の価値基準（身分社会的・農奴制的・隷農制的な基盤の下での、上からの「権威的」価値基準）を、その市民革命的価値基準でもって根本的に置き換えられ、かつ内容づけられたものである。まず、このことに最大の注意が払われなければならない。これを軽視・無視してはならない。だから、たとえば「所有権の絶対性」をもって、それをただちに「大資本」・「独占資本」の横暴を許す規範的な根源だ

ゝに胸を踊らせたに違いない。

178 このウェーバー流の「形式的合理性」論でゆけば、英米法体系の「非形式主義」＝「個別対応型の実質主義」＝「判例法主義」と、ドイツ法型の＜形式主義と＞の対比までは、なるほど「説明」できよう。しかしながらウェーバーは、あくまで、そのレベルにとどまっている。それがゆえに改めて、ヘーゲル、マルクス、ルカチ及び加古祐二郎の「思想」に＜還帰＞して、それらから徹底的に学びとる必要があるというのが、原島「抽象的性格」の基本的なスタンスである。この点、原島「抽象的性格」前掲『思想の問題』（前注163）18-19頁を参照。ここで明らかに、原島論文は「抽象的性格」の論理学的な解明を「形式的合理性」よりももう一つ先の＜問題＞として、つまりは「より根源的な問題」として把握している（原島「抽象的性格」19頁をみよ）。

などと解するのは不正確であり、それどころかむしろ＜誤り＞であり、＜有害＞ですらある。なぜなら、近代市民革命が固有内在的に備えもった価値基準は、単に「所有権の絶対性」が孤立して現れることを許容するのではないからである。むしろ、まさしくその等質的・平等的保護を絶対的に保障する前提として、かの「絶対性」は、たとえば＜法的人格の抽象的・形式的対等性＞と一体不可分なもの、と言うべきである。だとするならば、かの「所有権の絶対性」から引き出されてくるべきものは、所有権の「社會化」（Sozialisierung）などという、およそ無媒介的であり、かつ政策的な処方箋ないし道具的対応策ではなく、むしろ法規範的に等質な所有権の、それ自体としての原則、つまりは「絶対的な保護」を指す、と言うべきである。現に見よ。フランス革命の落とし子ともいえるナポレオン民法（code civil）が「物権的請求権」を全く知らないのに対し（なぜなら、1789年のフランス革命が、それ自体として、その「産業革命」の前に成功したがゆえに、およそ code civil 全体がローマ法のアクチオ＝訴権法体系によって拘束されたのだから）、他方で、ドイツ産業革命の、（よかれあしかれ）その精神的所産とも言うべきドイツ民法典（BGB）は、少なくとも現実的・具体的に「物権的請求権」を制度として備えもち、なかでもドイツ民法985条と1004条が、「所有権」に即して個別的にその保護を明文化していること、直視すべきである。かつまた「相隣関係」においても、ドイツ法では、フランス法（さらには日本法）と無縁かつ独自の、（むしろ本来、近代相隣関係法規制に固有なものとしてあるべきところの）「イミッシオン規定」（ド民906条）を備え、かなりの有効性をもって、機能的・具体的に対応しているのではないか（それが基になって連邦イミッシオン法〔BImSchG〕が立法化され、詳細な「営業許認可」のための手続規定も置かれている）。かくして、「抽象的・劃一的・形式的」にはあれ、市民の所有権は、少なくともドイツ法では等質に絶対的に保護されている。これが、もはや古くさい「近代市民法」の＜遺物＞だと言えるのか。そういうふうと言える国こそ、民事違法の＜

元論>しか知らない国。つまりは我妻「相関関係的違法論」とその<転形>的形態たる「受忍限度論」・「違法段階説」がはびこる国。要するに「公害天国」へと<変質>するのではないか。かくして「物権的請求権」のイロハも知らず、かつまた「差止請求権」の基本もろくにわきまえないわが法学者たちは、果たしてあの「四大公害訴訟」の惨状（被害住民の痛み・苦しみ及び「死」への恐怖）を自己の胸に刻み込んでいるのだろうか。そもそも彼らは、それを<記憶>しているのか。それ自体疑わしい。だから、「近代市民法」＝「古典的市民法」の原則論の<健全性>を甘くみてはいけな。そうでないと、「公害天国」どころの話にとどまらない。たとえば、消費者保護規定をかなり厚く置くわが国は、それでもなお、逆に「約款天国」になるかも知れないよ（かの「改正」民法548条の2以下〔「定型約款」規定〕の調停的・妥協的態度をみよ）。その点、よく注意しなさい。ちなみに独占資本主義の<ルール無視>に対しては、なるほど独禁法や不正競争防止法なるものが一応は存在する。しかしながら、これを、もっぱら「社会法」＝「経済法」として「近代市民法」に形式的・抽象的に<対立>せしめたら、混乱するよ。結局やり手の資本家・経営者たちの「ルール無視」の餌食になるよ。その「ルール無視」の実体的根拠を見失ってしまうよ。たとえば、カルテル禁止やトラスト規制は、これをやはり<近代市民法>そのものの思想的かつ規範的基盤とされた<競争秩序>とのリンケージ＝「関連づけ」のもとで、正確に理解する必要があるだろう。たとえば、独禁法24条や不正競争防止法3条、さらには知的財産権保護法（著作権法112条・特許法100条など）の「差止請求権」をみよ。これをまともに理解し、<評価>する場合、そこにいたっては、もっぱら「市民法そのものの権利保護・利益保護・秩序保護」の原則確認の問題として把握されるべき問題が横たわっているのではないか。さらにたとえば、なぜ、独禁法24条の「差止請求権」要件として「著しい損害」要件が置かれたのかね。その際、立法者は、果たして我妻流の「相関関係的違法論」や「違法段階

説」をどうみていたのかね。もしかしたら、差止めと不法行為をくごちゃ混ぜ>にはしていないだろうか。疑問である。なるほど、＜原則＞に対して、その＜例外＞的な判断枠組み、ないし＜例外＞的な解決方策が設定されることは、それ自体として、確かにありえよう。しかしながら、その＜例外＞設定自体、融通無碍に、あるいは「ご都合主義」的に認められるべきものではなからう。その＜例外規範＞は、常に、近代市民法上の＜価値基準＞を反映したところの、かの＜原則＞との関係で、＜例外的個別事案＞そのものを制御＝コントロールすべきものであろう。さらに言えば、なるほど応用的な解釈方法論（たとえば「類推適応」や「反制定法的解釈」など）をいくら駆使しても解決しえないような問題が社会的スケールで発生した場合にのみ、おそらく例外的な特別法を制定して、個別的に対応することも要求されよう。しかるに、その場合には、それこそ＜市民的合意＞の下での国民主権的「国会」での、「立法行為」（*der legislative Akt vom Zivilgesellschaft durch den Vertrag der Bürger*）が問題となるだろう。そこでは、もっぱら、市民法的な「立法行為」とその執行機関としての行政担当者＝為政者からなる「市民政府」の出番となりえよう。それを通じてこそ、初めて、「市民」ないし「市民社会」そのものの民主主義的成熟度（*der demokratische Reifenstand*）が真剣に（mit der Ernsthaftigkeit）問われるべきことになるのではないか。つまりは、その場合の「市民政府」こそは、かならずや「市民法的公法」＝市民法的行政法規の担い手（Träger=Vertreter）として、その主人公たる「市民」と正面から誠実に向き合うべきことになるだろう。

およそ上記のことが、原島重義教授がその「抽象的性格」でもって、論理的に主張されようとしたことがらであったように思う¹⁷⁹。その原島論

179 原島「抽象的性格」・前掲『思想の問題』（前注163）16-25頁をトータルに読み取る必要がある。本文では、筆者（川角）が原島法学のその後の展開（『市民法の理論』及び『民法学における思想の問題』所収〔両書ともに2011年〕のメ

文が公表されて、すでに50年以上たつのに、誰一人——おそらく原島シュレーといわれる「原島教」の信者以外では——おそらく只の一人も、この原島論文を正確に理解した者はいないのではないだろうか。つまりは、この厳然たる<事実>こそ、翻って高柳「市民的公法論」が「希有」¹⁸⁰とされるゆえんに繋がるのである。このこととの関連で、さらに、上記原島重義と思想的に深く共鳴し合う清水誠（1930-2011年）の所説が、その「市民法論」において、それを「近代市民社会の基本原理」に呼応するものと規定したこと、きわめて重要であった。すなわち清水誠教授は、「市民社会」については、これを、少なくとも「歴史的な視点」を抜きに語りえないものとした。さらに、「経済現象に関する認識」及び「実践の要素」を抜きにしては「市民法」を語りえない、とした。そして、その論理的な帰結として、清水説は、「市民法」を、「私法」のみならず「公法」にも及ぼし、よって市民法的「私法」は言うまでもなく、さらに市民法的「憲法」も、市民法的「行政法」も、したがって市民法的「公法」も、すべて<市民法>がトータルな形でそのうちに包み込むべきものとして把握していた。これは、きわめて大きな学問的教訓である¹⁸¹。これほど徹底した「公法・

、諸文献を参照）を、踏まえ、筆者なりの思い入れも込めつつ、およそ分かりやすいように原島論文を<平板化>したものである。その点、留意されたい。それゆえ、原島「抽象的性格」は1963年に書かれたものであるのだから、その後の「四大公害訴訟」とか「約款天国」とかは書かれていない。むろん<平板化>にともなう記述的かつ理論的な欠陥は、すべて筆者（川角）が背負うべきものである。

180 人見・前掲「市民法的公法学」（前注161）518-519頁の記述を再読されたい。なお戦後、高柳行政法学の「登場」を予兆せしめるものとして恒藤恭「民主主義の公法原理」尾高朝雄・恒藤恭・我妻栄・横田喜三郎・今中欠磨・鶴飼信成『民主主義の法律原理』（1949年）55頁以下がある。なかでも81頁が重要であるが、ここでは立ち入ることをしない。

181 清水誠「プロローグ——市民法論について」・同『時代に挑む法律学——市民法学の試み』（1992年）2-9頁参照。清水説によれば、労働法や経済法などの「社会法」もまた「市民法を論理的前提」として存立しており、よって「社会法」の名において「市民法」を<否定>することがあれば、それは「自己矛盾」ノ

私法」の＜一元論＞を、筆者（川角）は知らない。そしておそらく、その思想は、民法規範の「抽象的性格」を論じた原島重義の上記＜視点＞と密接に触れ合っているように思われる。ここでは、そのことを確認した上で、高柳「市民的公法論」の基本的な＜骨格＞のみ、次に辿る。

＜iii＞ 高柳「市民的公法論」の基本的な「骨格」

そもそも高柳「市民的公法論」とは、いかなるものか（以下では、これを、適宜「高柳説」と称する）。ここでは、さしあたり人見論文（本稿前注161）に即して、それを概観してみよう。まず高柳説では、川島武宜「市民社会論」を、その思考モデルとして展開される、といわれる¹⁸²。つまりは、

ゝにほかならない、と書かれている（清水8-9頁）。この清水「市民法論」は、まさしく戒能通孝「市民法論」の見事な展開であり、かつまた原島「市民法学」との兄弟星である。双子の「北極星」とも言えよう。だから、それを見失えば、きっと、その者は彼の「立ち位置」すら見失うに違いない。ちなみに戒能「市民法論」として、同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（1977年）第3部「市民社会と法」に収められた四つの論文を熟読すべきである。ちなみに戒能通孝の「公法」論として、同「行政法および行政法学に対する疑問」（1957年）戒能・前掲『法社会学』40頁以下、特に48頁以下の「告発」をみよ。そこで戒能は、「砂川事件」でのかの警察行動への評価分裂を例示して、実在の現実的な「行政法」なるものが、いかに＜分裂的・多層的＞であって「法」としての実体をすぐに見失う存在であるか、強く「告発」している。もって戒能は、「行政法はそれでもなお「法」なのか」と根本的な疑いを向けている。このこと肝に銘ずべきである。戒能の「目」は今なお生きているのだから。

182 人見・前掲「市民法的公法学」（前注161）519頁参照。なお川島武宜『民法総則』（1960年）1-11頁では、先ほどの「法律の物神性」論とはかなり異なる論旨展開が示されているようである。すなわち、そこでは「公法・私法の一元論」が封建制社会の＜公法優位の法体系＞と厳密に区別されている（川島2頁）。そして「資本制経済の法規範的構造」が詳しく展開されている（3頁以下）。ただし、この川島説は、およそ自己の『所有権法の理論』とマックス・ウェーバー『経済と社会』（Wirtschaft und Gesellschaft）の成果を借りて展開されている（川島11頁注1）。それゆえか、川島説は、戦時経済統制法下の主流であった「団体主義」を戦後も存続するところの「個人主義の複雑な形態」（川島8頁）と曖昧に記してみたり、あるいは「近代私法における峻別の論理」をもって「原理的には維持されざるを得ないであろう」（川島9頁）と、若干＜及び腰＞な記述がなされる。さらに民法の「抽象的性質」に至っては、川島説では「市民」概

「市民法」(Bürgerliches Recht)こそ、高柳説にあっても「商品交換によって媒介された市民社会の内部法として、『意思自由の原則』を基本原理とする自己完結的な規範体系」である(傍点・引用者)、として理解される¹⁸³。この点、上記原島説の「抽象的・劃一的・形式的」な近代市民法の性格規定に近い。なるほど、これはさらに川島説の「近代私法」における「峻別の論理」¹⁸⁴ともよく似ている。とはいえ、高柳説が「自己完結的な規範体系」という限りで、それは、むしろ原島説の方により通底する。すなわち高柳説は、近代市民法が「自己完結的」であることをもって、それを<閉鎖的>であるというのではない。かつまた、むろん——渡辺洋三説のように——市民法の「外延」を開放すべきだなどと主張するのでもない。それでは、近代市民法が「自己完結」的な「規範体系」であるということの意味は一体何だろうか。それは、近代市民法ないし「古典的市民法」のうちに、「資本主義法」¹⁸⁵がすでにその<根源>としてあって、しかも「抽象的・劃一的・形式的」に承認された「市民」の主体性が<健

念をもつば「商品交換の当事者」として把握し、つまりは「生産関係」そのものに「抽象化」の根源を求めることなしに、それ(「市民」の平等性)が直ちに「抽象性」でもって飾り立てられるかのような書き方が示されている(川島10頁)。その点、そのまま川島説が高柳説に移し替えられているのか。なお<問題>として残るのではないだろうか。

183 高柳・前掲『行政法理論の再構成』(前注161)85頁。人見・前掲「市民法的公法学」(前注161)519頁。

184 川島・前掲『民法総則』(前注182)9頁参照。

185 ここで「資本主義法」という場合、それが主に貨幣経済・商品交換社会レベルで捉えられ、よって「産業革命」のプロセスを知らない歴史的段階も含んでいる。すなわち、より広く前期ないし初期資本主義(基本的には「資本の本源の蓄積」の過程にすでに突入しているシステム・それが完結していない段階のシステム)をも包括している。だから、たとえばドイツのサヴィニー段階の「古典的市民法」も、少なくともすでに1807年の「土地取引の自由」及び「農民解放令」(オクトーバー・エディクト=シュタイン・ハルデンベルクの「改革」)を経た限りで、いわゆる「資本主義法」をシステムとして有するものと、位置づけている。この点、大きな留保が必要だろうが、筆者の今の能力ではこのようにしか書けない。了とされたい。

全>であり、かつ<積極性>をもって「自己完結」したところの客観的な事態を、そのものとして指している。その意味で、<自己完結>し、それ自体「抽象性」を帯びるところのものの根源そのものを「資本主義法」のうちに抱え込んでいる限り、市民法は、おのずと「抽象的・劃一的・形式的」であり、よって一方で<健全>でありながら、他方、なぜかその先が容易に見えてこない。要するに、いわゆる「目に見えない神秘」（実は、「資本」〔das Kapital〕そのものが具有する宿命的な、あるいは客観的な政治的作用）の「力」でもって、「市民」がその「社会」ないし「国家」（本来、固有意義で「市民社会」とか「市民国家」とか言われるべきところのそれ）のうちに埋没しかねない要素を、それは固有にもっている。これが「資本主義法」としての「市民法」の<抽象性>がもたらす一つの必然的な帰結である。だから、その「限界」が、常に個別具体的に問われなければならない。にもかかわらず、その近代法の資本主義的性格が「自由競争」から「独占」に至ったから、あるいは国家独占資本主義段階に突入したから、さらにはファシズム経済統制的な資本主義制度になったから、よって市民法原理が容易に「社会法」にすりかわったり、「国家法」的なもの（たとえば、かの「日本法理」でもって合理化されたようなもの）に<転化>することまで許してよいのだろうか。仮に、そのように<資本主義の展開>にひたすら即自的（an sich）に「対応すればよい」などと考えれば済むのだろうか。それだと、おそらくかの「市民」たちは、余りにも世間知らずの楽天家、ないし「風見鶏」ばかりの自己中心的な<社会>を、みずから「形成」してしまうに違いない。要するに、上記諸局面では、その<歴史的なる根源>そのものには何等の「変革」もない。その根本は、あくまで同じなのである。これを見失って、たとえば、独占資本主義に対抗すべきところの「現代法」などと唱えたところで、それは、少なくとも、民法学の「土俵」では何の足しにもならない。他方、対するに、国家制定法たる公法ないし行政法についてはどうだろう。近代市民法的「公法」をもって「現代

法」的な公法論ないし「現代法」的な行政法論に置き換えれば、それで済むのか。それは、＜理論＞と＜実践＞に照らして、いかなる意味をもつのか。まさしく、これに関して、正面から「市民法的公法論」を主張し、展開せしめるべきだというのが、高柳信一教授のスタンスであった¹⁸⁶。それに即して言えば、高柳説は、限りなく原島重義教授のスタンスと共鳴する。だから、その限りで人見論文が、以下のように言うことにも納得がゆく。すなわち人見説はこう言っている。——「極めて理念的に構成された、絶対主義の束縛を脱した近代国家において市民法と特定の関係をなして存在し、行政を拘束する法が、高柳の市民国家の行政法である」¹⁸⁷。——したがって、この意味においては、高柳説はジョン・ロック的でもある。なぜなら「市民の労働」の成果たる「所有権」を尊重し、それをまもることこそ、かの「市民政府」＝「行政」(die Regierung oder die „Verwaltung“¹⁸⁸)の本来的な＜使命＞＝Beruf にほかならないからである。ここにあつては、かの原島説的な「抽象的・劃一的・形式的」なる市民的行政法の＜健全性＞と＜積極性＞とが、見事に論証されている。かくして「行政法」は、もっぱら、主体たる市民に奉仕し、よって少なくとも市民の労働の成果＝所有権をストレートに憲法上の「基本権」＝「財産権」として公共的(public＝öffentlich)に保護すべき＜法的責務＞(die rechtliche

186 高柳・前掲『行政法理論の再構成』(前注161) 1頁以下、特に405頁以下、及び461頁以下を参照。

187 人見・前掲「市民法的公法学」(前注161) 521頁。

188 ちなみに、Verwaltungの「接頭辞」(Präfix)たる„ver“には名詞(Walten)＝「幅をきかせ意のままにすること」を逆転せしめるところの「結果」も含まれる、とされる。だから行政(Verwaltung)が、市民の、その固有な「所有権」を侵害するようなことをしでかせば、ジョン・ロックが主張するように、「行政」はすでにそのものとして＜解体＞Auflösenせしめられるべき存在へと転化したことになる。仮に高柳説が、明示的にその旨指摘していなかったとしても、彼のいう「行政を拘束する」原理(das Prinzip)には、必然的に「市民」の「市民」による「市民」のための＜抵抗権＞、ないし＜革命権＞が両者あいまって分かちがたくあつたに違いない。

Obligation) を負っている。だから、高柳説では、「行政を拘束する法」こそ、文字通りの「行政法」なのである。したがって、これはまた、おのずと清水誠説のいう市民法的「公法」そのものでもある。

対比するに、わが阿部泰隆説の「公法優先主義」＝「行政法規第一主義」のいう法治国家論＝公法論の実体や如何？ それこそ、わけの分からぬ「景観権」のオンパレードでもってその固有なる不法行為法的違法「一元論」に雁字搦めにされているのではないか。そのことと相いまって、阿部説の「差止請求権」も、それ自体、いかにも安直に、かつきわめて粗末にできあがっているのではないか。さらに、それが、「違法段階説」と合体することにより、いかに「病的」(*krankhaftig*)であり、「不健全」(*ungesund*)なものとなっているか。かつまた、その論旨全体が、いかに非理性的な「既成性」(*die unvernünftige „Positivität“*)を帯びたところの「景観権」論になりはてしているか。それゆえまた、同時に、その「景観権」論がどのように「権威主義的」(*autoritär*)に組み立てられているか。それゆえなぜ、本件「控訴審」判決が阿部「意見書」に従い、美的・主観的な——いわば、かの、「弱々しく」かつ「病的」たるところの*romantisch*な——「景観権」論（ないし「景観利益」論）に終始してしまったのか。よく分かる。

本〔補論〕は、一応上記のことを確認することをもって終わる。むろん、残された課題、さらに深く検証すべき課題は多い。しかしここでは、ただ静かにペンを置くほかない。

(未完)