

「法社会学論争」の教訓（十一）
——市民法学（ないし市民法論）の〈戦前〉と〈戦後〉・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

一 はじめに——本稿の目的とその限界

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

1. 明治期自由民権運動

(1) 自由民権運動前史

(2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉

2. 明治期日本民法典の成立

(1) その時期の一般的動向

(2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期

(3) いわゆる「民法論争」

(4) 明治日本民法典の成立

（以上、龍谷法学49巻4号）

3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期

(1) 大正デモクラシーの時期

① その時期の一般的動向

〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）

〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向

② その時期の民法学の状況

〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価

〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学

〔イ〕 岡松参太郎

〔ロ〕 鳩山秀夫

〔ハ〕 牧野英一

（以上、龍谷法学50巻1号）

[ニ] 末川博

[ホ] 我妻栄

(以上、龍谷法学50巻2号)

[ヘ] 穂積重遠

(以上、龍谷法学50巻3号)

[ト] 中島玉吉

(以上、龍谷法学50巻4号)

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)

[イ] 岡村司

(以上、龍谷法学51巻1号)

[ロ] 末弘厳太郎

(a) 末弘厳太郎の略譜と末弘民法学の特徴

(b) 若き末弘厳太郎の民法学

(以上、龍谷法学51巻2号)

(c) 末弘民法学の〈転換〉と「法社会学」そして「市民法学」

< i > 帰国直後の末弘民法学——『物権法』と並行した前提的作業

< ii > 『物権法』の特徴(前編)

(以上、龍谷法学51巻3号)

< ii > 『物権法』の特徴(後編)

〔補論〕末弘厳太郎の「入會權」論に関する一つの考察

< iii > 『嘘の効用』は何を語ったか

(以上、龍谷法学51巻4号)

< iv > 『農村法律問題』の意義

(1) 『農村法律問題』の「序」——末弘「入會權」論との関係

(2) 『農村法律問題』の概観

a) 「序章」

b) 「第一章 部落有林野と農村生活」

c) 「第二章 永小作の法律関係」

d) 「第三章 小作問題と小作法」

(以上、龍谷法学52巻2号)

< v > 『労働法研究』の内容と影響

(1) 『労働法研究』の「序」——末弘「民法改造の根本問題」
との関係

(2) 『労働法研究』の概観

a) 「自序」

b) 「労働組合(法)」論

c)「労働協約」論

d)「就業規則」論

< vi > 末弘法学に関する中間的な整理

(以上、本号)

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係

〔ハ〕〔補論その1〕平野義太郎

〔ニ〕〔補論その2〕美濃部達吉

(2) 昭和初期

① その当時の一般的動向

② その当時の民法学の状況

〔イ〕 我妻栄

〔ロ〕 牧野英一

〔ハ〕 その他この当時の「信義則論」の展開

〔ニ〕 穂積重遠

〔ホ〕 中川善之助

③「市民法学」の継続とその変容（「市民法から社会法へ」）

〔イ〕 末川博

〔ロ〕 末弘厳太郎

〔ハ〕 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔イ〕 加古祐二郎

〔ロ〕 平野義太郎

4. 昭和の天皇制ファシズム期

(1) その時期の一般的動向

(2)「日本法理研究会」の発足

(3)「市民法学」の崩壊と再生の胎動

5. 小括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景

2. 論争の端緒

3. 論争の内容

4. 論争の特異性

5. 論争の「教訓」

6. 小括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）

2. 「法解釈学の方法」に関する論争
3. 「判例研究の方法」に関する論争
4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現在的到達点
5. 小括

五 結語——残された課題等を中心に

〔ii〕大正デモクラシー期の民法学

〔ロ〕末弘厳太郎（続き）

< v > 『労働法研究』の内容と影響

（1）『労働法研究』の「序」——末弘「民法改造の根本問題」との関係

末弘厳太郎の『労働法研究』は、彼の『農村法律問題』（1924年11月）を追いかけるかのように、その2年後1926年10月に刊行された。おそるべき研究の早さである。ただし、その下地はすでに出来ていた。欧米留学時の経験¹及び留学帰国後1921年（大正10年）4月の末弘「民法改造の根本問題（下）」（法学志林23巻4号）において、すでに「労働と民法」が論じられていたからである²。この「民法改造」論において末弘は——『農村法

1 末弘のアメリカ留学時、シカゴ大学でのケースメソッドへの関心と傾注はよく知られている。その際、アメリカ憲法判例が主たる研究素材となったが、その多くは労働法、社会立法に関する憲法判例であった。潮見俊隆「末弘厳太郎」潮見（俊）＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）335頁以下、特に339頁参照。そのアメリカン・ケースメソッドの末弘への衝撃はきわめて大きかった。たとえば、川島武宜（1909-1992年）は、これを「末弘法学のコペルニクス的な転回」と呼んでいる。川島「末弘厳太郎先生の法学理論」『川島武宜著作集・第一巻』（1982年）330頁以下、特に334頁。さらに加えて末弘は、アメリカでの経験を踏まえ、渡欧したフランスでも労働問題にかかわった。すなわちパリで、第一次世界大戦終結後の講和会議「労働部門」において事務的作業の「手伝い」をしたという。潮見（俊）・前掲論文340頁。なお「座談会・日本法学の回顧と展望」『日本の法学』（1950年）101頁（末弘発言）も参照。

2 末弘「民法改造の根本問題」のなかの「労働と民法」については、本稿前編＝龍谷法学51巻3号（2019年）340頁以下で若干の考察を試みている。なお、ここでは末弘の戦前第41版『嘘の効用』（1925年）所収の頁数で引用する。ちなみに、戦後戒能通孝「あとがき」が付された『末弘著作集Ⅳ』の第2版『嘘の効用』（1980年）には収録されていない。

律問題』の場合と同様に——形式的な「契約自由」からの脱却を主張していた³。かのフランス革命のもたらした個人主義＝「契約の自由」は、個人的所有権や過失責任主義ともども「批判」され「克服」されるべき対象であった⁴。なぜなら「経済的劣敗者」たる労働者が「経済的優者」たる資本家と「契約」しても、「契約自由」＝「自由競争」の名のもと賃金・労働時間・労働諸条件などの悪条件下において「合意」を強いられるに至るからである。経済的実力の較差。これが裸のまま通用する法制度が、末弘解するところの「契約自由」であった。労働者には「自由」の形式＝強制しか与えられなかった。これすなわち「契約自由」自体の自己崩壊であり、労働者の「ドン底」を意味した⁵。対するに欧米では、すでに「労働組合法」・「労働協約」・「就業規則」が整備されつつあった⁶。にもかかわらずわが国では、あってなきがごとき「工場法」（1911年〔明治44年〕）があるのみであった⁷。わが国では、いわゆる就業規則的な工場内規・会社内規はあっても、「労働組合法」及び「労働協約」はなかった。労働者は低賃金での長時間労働を強いられた。婦人も児童も働かされた。そのよう

3 末弘「民法改造の根本問題」同『嘘の効用』（前注2）207頁以下参照。

4 末弘「民法改造の根本問題」同『嘘の効用』（前注2）207頁及び同「改造問題と明治時代の省察」（1923年〔大正12年〕）同『嘘の効用』86頁以下、同『嘘の効用・第2版』（前注2）69頁以下参照（なお本稿では、戦後の『末弘著作集』第2版をもって「第2版」として引用する。以下同じ）。そこでは、「現代人の既得権」としての「自由」が1789年フランス人権宣言以来の「自由」をその根拠としてもつとする一方、末弘の目は「現実」における弱肉強食の「自由」へのその変貌ないし変質へと直結される。それは、なるほどわが国戦前の形式的で貧弱な「自由」への鋭い告発を意味した。しかし同時にそれは、「自由」そのものの内在的な価値の追求とそれを通じた限界の析出という点で、わが国法学者の目を濁らせたようにも思われる。

5 末弘「民法改造の根本問題」同『嘘の効用』（前注2）207頁参照。

6 末弘「民法改造の根本問題」同『嘘の効用』（前注2）210頁参照。

7 「工場法」の内容については、その制定過程のなまぬるさ及び「工場主」の「情義」・「徳義」本位の家族主義的立法精神、さらには深夜就労規制の杜撰などを指摘する川口由彦『日本近代法制史・第2版』（2014年）475頁以下を参照。

なわが国「労働問題」の一つの頂点が、第一次大戦後の資本主義隆盛期に訪れる⁸。それはちょうど末弘の留学帰国時と重なる。当時、すでに労働組合法の立法提案の声も上がっていたところ、末弘によればそれらはほぼすべて「上すべり」であり「空理的」であった。欧米労働法の「直譯的」なものも見られた⁹。ところが今ようやく、わが国で「政府當局者」も「資本家」も「労働運動の実勢と功過とについて正しき具體的理解をもち初めた」¹⁰。かつまた「労働運動者」も「現實の體驗と思辯とによつて戻るべき所まで戻つて來た」¹¹。だから末弘は「漸くすべてが具體的」となり、その「足」は「確實に大地の上に立ち初めた」という¹²。そのような気構えで構成された末弘『労働法研究』の内容はいかなるものか。それを次にみていきたい。

(2)『労働法研究』の概観

a)「労働組合(法)」論

末弘は、まず労働組合立法につき「今や之を議し得べき時期は熟したり」と規定する¹³。ところが、結論的にいえば、周知のように戦前の労働

8 末弘『労働法研究』(1926年〔大正15年〕)4-5頁参照。

9 末弘『労働法研究』(前注8)4頁参照。

10 末弘『労働法研究』(前注8)7頁参照。

11 末弘『労働法研究』(前注8)7頁参照。なお、ここで「労働運動(者)」が「戻る」べきところまで「戻つてきた」というのは、労働運動の主体面の成長を言うのだろうが、同時に政府当局の1922年11月「社會局」設置と無関係とは思われない。この「社會局」が、治安警察法17条による刑罰にもかかわらず抑えがたい潮流となっていた労働(組合)運動を「健全化」する目的をもっていたことは、末弘の『労働法研究』に臨む態度をそれなりに方向づけたのではないか。なお、「社會局」の設置とその意義につき、矢野達雄『近代日本の労働法と国家』(1993年)98-99頁参照。

12 末弘『労働法研究』(前注8)7頁参照。

13 末弘『労働法研究』(前注8)9頁。なお末弘の労働組合(法)論につき、石田眞「末弘労働法論ノート——「形成期」末弘労働法学の一断面」早稲田法学64巻4号(1989年)1頁以下、特に13頁以下参照。

組合立法¹⁴ は——その利害当事者の対立・妥協など紆余曲折ののち——労働組織自体が「國家」に奉仕する方向を向き、頓挫してしまった¹⁵。だから、その意味では末弘の現状評価にはやや楽観的な側面もあった。同時に末弘の労働組合法へのアプローチがより具体化しえたことも事実である。その前提には、むろん上記の「民法改造の根本問題」もあったし、『農村

14 大正デモクラシー末期の労働組合法案については、末弘『労働法研究』（前注8）141頁以下を参照。なお、その後末弘は、「労働組合法案」が「労働組合取締法案」になったと非難している。末弘・前掲書245頁以下。ちなみに末弘がイギリスとフランスの労働組合法を比較している箇所はおもしろい。なぜならイギリス1871年法が、いわば社会実在的団体容認主義であるのに対し、フランス1884年法が徹底した＜法定主義＞であると批判しているからである。すなわちフランス市民革命の所産たる「価値基準」によれば、個人と家族及び国家以外の「中間団体」が原則排除されつつ、例外的に、特に「政府の許可」を得たものに限って労働組合が承認されていた点を非難する。この末弘の姿勢は、要するに反フランス革命的である点で首尾一貫している。同時に末弘は、わが国労働組合が国家＝政府当局の監督下に置かれることを警戒してもいる。末弘・前掲書154頁参照。なおフランスでは、1920年法では一定の規制緩和が図られた。その際「官公吏」に「組合権」を付与するか議論されたが、結局見送られた旨、記されている。末弘・前掲書284-285頁参照。

15 1938年（昭和13年）各府県「特高警察」の指導のもと工場ごとに「産業報告連盟」が結成され、1940年には「大日本産業報国会」が組織された。これは労働運動「組織」の戦時体制バージョンであった。それらは1942年、大政翼賛会に吸収された。それゆえ、労働組合立法化への動きなどは吹き飛んだ。この点、犬丸義一＝中村新太郎『日本近代史3』（1971年）348-349頁参照。なお安田浩『大正デモクラシー史論——大衆民主主義体制への転形と限界』（1994年）219頁以下では、大正デモクラシー期労働運動の内部にすでに「ファシズム」へと旋回した要素があったとされる。加えて、同書262-263頁で安田は「産業報国会体制」の確立をもって「国家総動員法にもとづく労務統制の実施」と規定しながら、「日本主義的労働運動」も「社会民主主義的労働運動」も、いずれも最終的には「総力戦体制に吸収されていった」という。また伊藤孝夫『大正デモクラシー期の法と社会』（2000年）191頁は、大正デモクラシー期労働立法の成果に注目しつつも、その後の「労資一体」のスローガンの下での「戦時労働政策」及び「産業報国運動」へと収斂していったことを指摘する。このような動向のもとでの末弘法学の実態解明は今後の課題である。さしあたり石田眞「末弘法学論——戦前・戦中における末弘厳太郎の軌跡」法律時報60巻11号（1988年）56頁以下、特に59頁以下を参照。

法律問題』での法社会学的な経験知もあった。また当時、治安維持法と引き換えの、男子限定のものであれ「普通選挙制」¹⁶が実施されたことも、末弘の労働組合法への構想に刺激を与えたに違いない。

それでは、末弘によってその機が熟したとされるところの「労働組合法」のあり方についてはどうか。これについては、まず末弘によって重点的に「立法論」そのものが語られている点、注目に値する。そして末弘は、その「立法論」を学者がなすべき「立法學」と言い換えている。すなわちそれは、「經濟産業」・「社會問題思想」の理解を背景にもつべき「法律學」の任務としての「立法學」である¹⁷。だから、単なる章句法条にかかる「立法技師」の仕事と「立法學」ないし「立法論」とは厳密に区別されなければならない¹⁸。かくて「立法者」は、上記「立法學」の成果を踏まえ労働組合法化＝「立法論」に臨む必要がある。その際末弘によれば、さらに「立法者」が留意すべき点として、「今吾國」の「資本主義經濟組織」に「必至」の産物としての「労働組合」が、同時に「無産労働者のよ

16 大正デモクラシー期を象徴する「普通選挙制」の成果と問題点については周知のことに属する。その全体像として、松尾尊兌『大正デモクラシー』（2001年）237頁以下及び安田・前掲書『大正デモクラシー史論』（前注15）45頁以下。さらに犬丸＝中村・前掲書『日本近代史3』（前注15）126頁以下を参照。なお、1922年2月の「過激社會運動取締法案」への末弘のスタンスは一読に値する。彼はこう言っている。——「法案のいわゆる「無政府主義、共產主義」とは何であるか」、「立案者みずからはこれらの名辞に対して明確な説明を与えうだろうか」、「これを運用すべき判検事ないしは警察官、ことに下級警察官のごとき、はたしてこれを理解しうだけの能力があるだろうか」。末弘「過激社會運動取締法案批判」『嘘の効用・第2版』（前注2）168頁参照。ちなみに1925年「治安維持法」への批判的態度は、末弘『労働法研究』（前注8）246頁に記されている。さらに「治安維持法」に関する末弘の終戦直後の批判については、末弘『日本労働組合運動史』（1949年）73-74頁を参照。

17 末弘『労働法研究』（前注8）10-11頁参照。石田眞・前掲「ノート」（前注13）18以下も末弘の「立法學」論に注目している。

18 末弘『労働法研究』（前注8）10頁参照。この「立法技師」を言い換えて、末弘はそれを「誤られたる概念法學」への「膠着」の帰結とも言っている。末弘・前掲書12頁。

りよく活きむとする本能」の「必然的所産」として「社會」に「生まれ出た」ことを自覚すべきだと述べている¹⁹。ところでかかる「立法」、なかんずく「労働組合立法」は国家による「助成手段」として位置づけられているところ、末弘はそれを巡って生ずる「法律的障害」と「事實的障害」の二種にも注意すべきである、という。すなわち前者は「團體交渉」を禁止・制限している「治安警察法其他各種の現行刑罰法令」を指す。対するに後者は、前者（「法律的障害」）によって「團體交渉」の「忌避」及び組合加入者を対象とした「雇入拒絶」など労働者が不利益を被っている事実そのものをいう²⁰。それでは、それらの「障害」を克服して獲得される労働組合立法は、いかに制定されるべきか。まずなにより考究されるべきことは、「労働組合發生の社會的必然性」についてである²¹。言い換えれば「契約自由の原則」と「労働契約」の關係如何である。

以下ではこの論題に絞って末弘の見解を考察する。本稿前編（『農村法律問題』）でも指摘したように、末弘巖太郎は——その先達・牧野英一（1878-1970年）もそうであったが²²——「契約自由」を、あくまでその形式において捉える²³。なるほど末弘は、いちおう近代社會を「社會契約」の論理で把握している²⁴。すなわち、封建制社會を打ちこわした近代社會

19 末弘『労働法研究』（前注8）16-17頁参照。

20 末弘『労働法研究』（前注8）18頁参照。

21 末弘『労働法研究』（前注8）23頁。

22 牧野英一の社会国家依存的「自由」論につき、本稿前編＝龍谷法学50巻2号（2017年）292頁参照。そこでは社会における平等な諸個人の存在という規範的所与自体が否定され、「多数」からなる「有機體」が強調される。よって必然的に「天賦人權」は論外視される。牧野『現代の文化と法律・第4版』（1921年〔大正10年〕）74-76頁も参照。ちなみに「天賦人權」を嫌う牧野の「同志」は鳩山秀夫であった。拙稿・龍谷法学50巻2号235頁注201に参考文献ともども指摘している。

23 末弘『労働法研究』（前注8）30頁参照。

24 末弘『労働法研究』（前注8）26頁。しかし、その箇所でも末弘は、ホッブズもロックもルソーも挙げていない。

において、自分を拘束するのは自律した個人であり、その個人が他者と契約を取り結べば、個人はその自ら決めたところのものに拘束される²⁵。そこには「自己の運命」を「自ら選び」うる個人の形成という思考図式＝「形式」があった。ところが少なくとも「労働契約」では訳が異なる。労働者には「選擇の自由」も「契約條件」形成の自由もない²⁶。あるのは「契約自由なる空名」だけである²⁷。言い換えれば「契約自由の原則は平等者相互間に於てのみ正しく成立し得る」²⁸。だから、そもそも不平等な者（資本家と労働者）を「平等」と捉えることはほど大な不均衡はない²⁹。「身分より契約へ」（From status to contract）という「社會的變遷」は再度「契約より身分へ」というルートを指し示すに至る³⁰。これが末弘の「契約自由」に関する基本認識であった。それではかかる形式的「契約自由」は排除されるべきか。そうではないところに末弘の末弘らしさが現れる。言い換えれば、それは末弘の懷（ふところ）の奥深さであり、同時にミステリアスなまでの彼の「矛盾性」であつたろう³¹。末弘いわく。――

25 末弘『労働法研究』（前注8）26-27頁。

26 末弘『労働法研究』（前注8）30頁。その箇所では末弘は、労働者に向けられているのは「強制」と「他律」であると述べている。同書39頁では「自由の名の下に唯強制のみがある」とも記す。

27 末弘『労働法研究』（前注8）30頁。末弘は同書32-33頁で「労働契約」を「売買契約」と突き比べている。後者では「賣らず又買はず」の駆け引き＝「自由」がきくが、前者では労働者はみずからの労働（力）を売らざるをえない。労働は自己及びその扶養家族の生命活動の基盤である。したがって、労働者にとって「其労働を賣り得ざることの爲めに蒙むる損害は直ちに彼の生命の問題である」とする。

28 末弘『労働法研究』（前注8）30頁。

29 末弘『労働法研究』（前注8）31頁参照。末弘はアントン・メンガー（1841-1906年）の以下の文章を引用している。“dass es keine grössere Ungleichheit gibt, als das Ungleiche gleich zu behandeln.” ただし、末弘は出典を示していない。

30 末弘『労働法研究』（前注8）39頁参照。

31 この点、末弘がみずからの「信條」として自己批判的であり、ほぼ常にその自己批判的性格を合理化できていたこと、本稿で幾度か指摘した。ここでも「自分のしゃべったことさえその場で批判する」という彼の「信條」を挙げてお

「契約の自由はそのまゝでよろしい。それはそれより外に仕方がないのである」³²。なぜなら「今日の資本主義経済組織は畢竟契約自由の原則を必須の条件としてのみ成り立ち得る」からである³³。むしろ経済的実力者自身が為政者になったり、その代理人的人物が統治者になるのだから、「國家的」な「社会政策」ないし「労働者保護法」に頼っているには到底不十分である³⁴。国家・政府はあてにならない。つまり肝心なことは「国力により法律によつて契約の自由を制限して貫ふことではない」³⁵。契約自由の原則はそのままに労働者の実力を資本家の実力と＜対等化＞すること。これが重要である。それではいかにして労働者の実力を強化するか。「労働者の団結」、「労働組合の組織」、これによって「資本家に対立することが其唯一の方法である」³⁶。このような観点において末弘の思考は鋭く研ぎ澄まされている。さらに末弘の眼力が生きているのは、一つの資本企業内の労働者の団結にとどまらず、同じ業種における複数の労働者の団結に目を向けていることである³⁷。かてて加えて末弘は、「一単位の労働市場」においてすでに必然化する「労働者」同士の「競争」にも目を向ける。その「競争」は、「資本主義経済組織の発達」、とりわけ機械制生産体制のもたらす「単純労働」の普及によって「年少者婦女」をも労働市場に引き込むことにより、一層激化する³⁸。労働者同士で競争すれば、結局低賃金長時間労働に拍車をかけることになろう。だからこそ労働者の「団結」がも

ゝく。「〔座談会〕人間・末弘嚴太郎を語る」法律時報23巻11号（1951年）66頁の「カット説明」を参照。これはむしろ末弘の誠実さと合理主義及び徹底した批判的性格を物語るものである。同時にそれが、かなり容易に反対物（＝非合理的性格）に転化する可能性も包蔵していたように思う。

32 末弘『労働法研究』（前注8）43頁。

33 末弘『労働法研究』（前注8）43頁参照。

34 末弘『労働法研究』（前注8）40-41頁参照。

35 末弘『労働法研究』（前注8）43頁。

36 末弘『労働法研究』（前注8）44頁参照。

37 末弘『労働法研究』（前注8）46頁参照。

38 末弘『労働法研究』（前注8）47頁参照。

のをいう。「賣り控へ」(ストライキ)をする労働者のために当該「労働市場」全体の労働者が「團結」して生活費の支援ができれば、その「連帯關係」の力で資本家と対峙できるだろう。そのように労働組合が「労働者共助」のための団体となることによって初めて「眞に公正なる労働契約」が締結されうるに違いない³⁹。このように末弘の「契約自由の原則と労働契約」論は、最終的に契約自由原則の維持という思考線上での労働者の「團結」、ひいては「労働組合」の組織化による労使間の「對等的交渉」⁴⁰の実現をそのターゲットにしている。結論的にこれは、当時にあつてきわめて斬新な主張であつた。むしろ、リアリスト末弘にとって幾分「理想論」に近いのかも知れない⁴¹。加えてまた、当初は「契約自由」が備えもつ形式性への批判に集中していた末弘が、後半部で「今日の資本主義經濟組織は畢竟契約自由の原則を必須の條件としてのみ成り立ち得る」と述べ「契約自由」の維持論に轉換していることも特徴点の一つと言えよう⁴²。ただし、これは、資本主義と契約自由を直結させる点で、ある種の經濟還元主義と

39 末弘『労働法研究』(前注8)49-50頁及び54頁参照。なお末弘は、欧米諸国の発達した労働組合が労働者相互の「共済的事業」を営んでいる事実注目している。末弘・前掲書51-52頁参照。おそらく、末弘のこの「共済」ないし「共助」的な観点は、当時わが国でも芽生え始めた「消費組合運動」と、「労働組合運動」との接点をも生み出したようである。対象範囲は前者の方が消費者=生活者向けであるから、むしろ広い。ただし、その經驗的・知的源泉として「労働組合運動」における「共済事業」の構想があつたのは確かであるように思われる。この点、山本 秋「責任編集者」末弘巖太郎先生」末弘『農村法律問題・復刊』(1977年)付録「月報」9頁参照。なお山本は、元の日本評論社・社員で争議にも参加。解雇されたのちも末弘「責任編集」の『法律時報』編集に従事した。同時に「消費組合運動」(今日の生活協同組合運動)にも取り組んだという。同・月報6頁以下を参照。

40 末弘『労働法研究』(前注8)54頁。

41 末弘が『農村法律問題』の小作法論の箇所でも「理想論」を語っていた点、想起されてよい。たとえば本稿前編・龍谷法学52巻2号注86に対応する本文を参照。

42 末弘『労働法研究』(前注8)43頁以下及び50頁も参照。

も言いうる理由づけである⁴³。しかし他方、契約自由への国家介入的制限の「限界」を説く箇所では末弘に独特なりアリズムが窺える。そして彼は、契約自由の「形式」がもたらす弊害を見据えながら、その契約自由を労働者の「團結」で補充するという考察態度を示す。すなわちそれは、契約自由の「形式」に対抗する実質化を志向するものである⁴⁴。実質化の媒介項が労働者の「團結」であり、「労働組合」への組織化⁴⁵であったと言える。ここで注意を要するのは、末弘にとって「契約自由」そのものはあく

43 たとえば「契約自由」を歴史的に把握し、17世紀・18世紀啓蒙期自然法上の「社会契約説」を「私法上の概念」として再構成する場合に、「個人主義的」でありながら同時に「契約正義」を内在化せしめた「契約自由」の規範モデルを構想することが可能となろう。石部雅亮「契約自由と契約正義（一）——「莫大損害」（*laesio enormis*）の歴史を中心に」大阪市立大学・法学雑誌30巻3＝4号（1984年）307頁以下、特に319頁。このような「契約自由」の歴史的探求という視点は、末弘にあっては皆無であった。だから「社会契約」も形式的に捉えられたし、さらに自由主義一般・個人主義一般を社会的に「弊害」をもたらす根源として切り捨てる側面を末弘法学は抱え込んだのである。

44 「契約自由」の実質化を労働者の「團結」で担保するという観点は、当時のわが国の実態を踏まえた末弘の着眼点の鋭さを物語るものである。この点、石田眞・前掲「ノート」（前注13）23頁は、末弘の「契約自由」の形式的把握が「ブルジョア・デモクラシーに対する懷疑」に根差すものであり、末弘においては「労働組合という社会的な力への期待」によってその懷疑が「埋め（られた）」とする。他方末弘によれば、形式的に機能する「契約自由」は、使用者の「経済的優越」を利用した「契約自由の利益」の「壟断」をも帰結するとされる。労働組合員の「雇入れ拒絶」はその一例であるという。末弘『労働法研究』（前注8）106-107頁。

45 ちなみに、その組織化＝「團結」そのものに視点が固定される限りで、いわゆる「組合主義」との関係も生じうる。およそ「組合主義」は團結を経済条件闘争に方向づける。たとえばイギリス労働運動の出発点が、「身分・封建制」からの解放でなく「契約条件の改善という純粹に経済的な立場」を採用しえたのは——歴史的に「市民的」革命が先行した——イギリス型の團結権の、産業革命期における表出形態たる「組合主義」の成果であった。戒能通孝「イギリスにおける團結権」末弘博士還暦記念論文集『團結権の研究』（1950年）3頁以下、29頁参照。なお戒能・前掲論文9頁は、「イギリスの團結権」と「東洋の團結権」を対比する。前者が「組合主義もしくは経済主義」を基軸に発展したのに対し、後者は必然的に「政治主義」に奔るべく「運命」づけられた、と述べる。

までも＜形式＞の内に終始していたということである。

そうすると改めて近代的「契約自由」がそもそも「形式性」だけによって刻印されるべきものか、問題となるだろう。なるほど末弘のいう契約自由の「実質化」は、それ自体有意義であるし、説得力をもつ。特に当時の議論としてそうである。ところで、その契約自由の「実質化」とは、契約自由に「内在的」なものか「外在的」なものか、さらに問題となりえよう。これは「形式」と「内容」の相互的往復連関の評価にも関わる問題である⁴⁶。末弘において「形式」に対するところの「内容」と「実質化」との関係はどのように捉えられていたであろうか。もしかすると末弘は、契約自由の「形式」に対する「実質化」を契約自由外在的に捉えていたのではないか。対するに契約自由の「内容」は、常に「形式」と内在的に一体不可分である。たとえ結論として、その「内在的な一体不可分性」が労働者の「團結」であり、「労働組合」への組織化という点で「実質化」と共通性をもつとしても、なおそうである⁴⁷。むしろ当時、末弘がそこまで深く

46 よく知られているように、ヘーゲルは「形式」(Form)と「内容」(Inhalt)についても深い洞察を示した。すなわち「形式は内容にたいして外的なものであると同時に、内容は形式を自分自身のうちに持っている」。だから「形式には二通り」あって、一方では「内容」と無関係な「外的な現存在」にとどまるものもあれば、他方「自己へ反省したものとしては」それ自体「内容」をなす。それゆえ、両者は相互に転化し合う(Umschlagen ineinander)のである。ヘーゲル(松村一人・訳)『小論理学(下)』(1978年・改版)60頁(傍点・原書)。だとすれば近代的「契約自由」の「形式」も、それに固有の「内容」をもちうると言えよう。そして末弘の「契約自由」=形式論が、ヘーゲルによって批判された「外的な現存在」に限りなく接近していることも見えてこよう。

47 「契約の自由はそのまゝでよろしい。それはそれより外に仕方がないのである」(本稿前注32)という末弘の認識には二つの側面がみてとれる。一方でそれは、「契約自由」それ自体の法規範的把握のための可能性を与えた。他方末弘は、その可能性に立ちどまったままであり、むしろ労働法学上の「契約自由」は、末弘によってあくまで消極的な形でしか位置づけられなかった。すなわち「契約自由」は個別労働契約における裸の「従属性」の表現であり、それに対抗するのが「集団主義」の帰結としての「労働組合」であった。この点、戦後わが国労働法理論の特質としての「集団主義」(それは労働者の使用者に対する上

語っているわけではない。

ともあれ、ここでわれわれは、契約自由を頭から忌避し、契約自由によって労働者が「ドン底」に陥るとしていた「民法改造の根本問題」よりも、『労働法研究』における末弘の視点の方が、労働組合の立法化を見据えつつ、その戦略的な柔軟さと奥行きを一層具備するに至ったと確認しておくことができよう。かくして、このように労働組合ができるのであれば、労働者は、労働組合を法的主体⁴⁸として資本家ないし経営者と「契約」を締結することが可能になる⁴⁹。雇傭契約が個別労働者と雇主＝資本家との

ゝ記の「従属性」を前提にする）の根は、すでに末弘にあったと言ってよからう。なお、このような①「従属性」及び②「集団主義」を、③生存権に対するところの「自由」という価値の「相対的な軽視」、④「市民法と労働法の異質性の強調」ともども戦後労働法理論の特質と位置づけるものとして、西谷敏『労働法における個人と集団』（1992年）3頁参照。

48 戦前は、結局のところ「労働組合法」は成立しないままであった。だから末弘は「労働組合」を「人格なき社團」と規定する。末弘『労働法研究』（前注8）130頁以下及び同『日本労働組合運動史』（前注16）参照。その際、末弘の視点は、およそ以下の三点に置かれた。すなわち①「將來」的に法人格問題は「労働組合立法」によって対処されるべきであること。その場合当然に現行法として、②労働組合を「刑罰」の対象とするがごとき法制度を廃止すべきこと。さらに、③労働組合をして、その立法的な「法人化」如何を問わず——むしろ「立法前」に——「一般の社團」と同様に広く「私権」をあてがう「保護」的方法を、「裁判所其他國家機關」が「確立」すべきであること。末弘・前掲書138-139頁及び石田・前掲「ノート」（前注13）30頁参照。このような末弘の問題提起それ自体、当時としては大胆であり、積極的な意義をもった。しかるに、それゆえか末弘にあって労働組合と組合員との「契約関係」という視点は弱かった。対するに近時、労働組合としての組織のうちになお「労働者の自己決定」の要素ないし契機を貫くための＜価値基準の設定＞を重視しようとする傾向が見出される。西谷・前掲書『労働法における個人と集団』（前注47）93頁以下を参照。

49 このように末弘は、労働組合への「團結」を通じ、初めて「契約の自由」が実質化されるとみていた。だから、やはり個別的労働契約への「契約自由」の貫徹という視点は弱い。あくまで末弘は「契約自由」に＜懷疑＞の目を向けていたのである。この点、沼田稻次郎「労働法（法体制再編期）」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史・5』（1958年）273頁及び沼田説を下敷きにする石田眞・前掲「ノート」（前注13）39頁の末弘評価は、私見と趣をやや異にする。

「契約」であるのに比すれば、賃金を始めとした主要な労働条件を団体交渉などの場で労使が合意する包括的な「契約」は、すでに「労働組合」という労働者の団体を前提としている点でその契約当事者に関する主体的特殊性をもつ⁵⁰。いわゆる「賃率契約」⁵¹ ないし「労働協約」⁵² (Tarifvertrag) がそれである。雇傭にかかる個別契約との対比で「集合契約」⁵³ ということもある。以下では末弘「労働協約」論の骨格を略述してみよう。

b) 「労働協約」論

戦前成立こそしなかったものの、1925年（大正14年）労働組合法案中に

50 ちなみに、現行の労働組合法によれば、「労働協約」は「労働組合と使用者又はその団体」との間において成立する（労組法14条）。非組合員に対しても「労働協約」の効力が及ぶことがある（労組法17条）。

51 「賃率契約」という標題の下で労働協約を論じたのは、石坂音四郎（1877-1917年）が最初であろう。石坂「賃率契約」（1910年〔明治43年〕）同『民法研究・第一巻（訂正再版）』（1918年〔大正2年〕）447頁以下参照。そこで石坂は「労働組合」という文言を使っていない。「労働者」ないし「多数ノ労働者」と「多数ノ企業者」との労働条件にかかる「契約」を指して「賃率契約」を論じている。その際石坂は、「社会生活ノ変遷」を重視する「社会法学」の登場に着目しており、その成果として「賃率契約」が生まれたとみる。こうして石坂も、社会の現実を彼なりの「リアリズム」によって把握している。

52 なお、わが国で初めて「労働協約」というタームを用いた人物は、経済学及び経済史学専攻の福田徳三（1874-1930年）である。福田自身そう言っている。福田『生存権の社会政策』（1980年。講談社学術文庫）143頁。この点、沼田・前掲「労働法」鶴飼＝福島＝川島＝辻（編）『日本近代法発達史』（前注49）209頁以下、特に288頁注18も参照。ところで実は、末弘自身、かなり福田徳三の論稿を読んでおり、その上で「労働協約」という用語を使っている。末弘が引用する福田論文は以下の三篇である。「労働権労働全収権及労働協約」、「労働協約一斑」（獨逸に於ける労働協約、英國に於ける労働協約）、「賃銀協約の新趨勢・労働契約より労働協約へ」。末弘『労働法研究』（前注8）297-298頁。この点、福田自身1918年（大正7年）の著作で「協約労働制度」論につき「私は數年前二三の論文で公にして紹介致して置きました」と書いている。福田徳三『労働経済講話』（1918年）1086頁。

53 たとえば岡村司（1867-1922年）の「労働契約論」で論じられた「集合契約」がその代表格である。本稿前編＝龍谷法学51巻1号（2018年）314頁以下を参照。

「労働協約」に関する条文（第12条）も掲げられた。末弘は、それを契機にわが国においても「労働協約法」に関する議論が様々に展開したという⁵⁴。ところで現行労働組合法16条では、労働協約における「労働条件その他の労働者の待遇に関する基準」に関する「強行的効果」が置かれているところ、上記法案（第12条）は労使間の単なる「雇傭条件」に関する「契約」をもって「労働協約」としていた⁵⁵。「雇傭条件」と「労働条件」は多分に重なるであろうが、「労働者の待遇」についてはどうか。この点上記法案における「雇傭条件」には直ちに「労働者の待遇」までは含まれないように思われる⁵⁶。政府立法当局者の案は、その内容として初めから狭隘であったからである。ところで末弘によれば「労働協約は資本主義経済組織の生み出した社会自然の産物」⁵⁷にほかならない。このように把握される「社会自然の産物」と「国家的立法」との関係はどうか。労働協約が「社会自然の産物」ならば、その法源的価値が承認される限り、立法の有無にかかわらずそれが認められてよいだろう。しかもその「社会自然の産物」に慣習法同然の効力が認められるのであれば——「労使結合の関係」が「集団的大量的現象」として把握され「標準的」な規範性質を帯びることは避けがたいのであるから⁵⁸——賃金についてであれ、労働時間についてであれ、労働条件に関する「労働協約」は「資本の立場のみから」定められるところの現実的傾向に抵抗すべきものであったろう⁵⁹。だから

54 末弘『労働法研究』（前注8）297頁参照。

55 末弘『労働法研究』（前注8）297頁参照。

56 労働組合法案・立案当局の「要綱」では、労働協約に関する規定を「是認」はするが、しかし「規定の内容に付てはなほ研究を重ねて別に立法すること」とあった。末弘『労働法研究』（前注8）215頁参照。労働協約の合意対象を狭める研究は歓迎する趣旨であるように読める。だとするなら、「雇傭条件」とは別に「労働者の待遇」までは含まないということなのであろう。

57 末弘『労働法研究』（前注8）301頁。

58 末弘『労働法研究』（前注8）303頁。

59 末弘『労働法研究』（前注8）303-304頁。なお末弘は、賃金及び労働時間以外に、労働者とその家族が「人間らしき生活」をする「保障」を挙げている。↗

当時の末弘の認識によれば、国家的法律に「労働協約」を委ねることはよろしくない。むしろ「直接利害関係を有する労使兩當事者をして之を個々に協議決定せしめる方が遙かに適當であ（る）」⁶⁰。ただし当然のことながら、国家的法律とは別に上記のような「労使兩當事者」の「協議決定」に委ねるということは、少なくとも労働者が「團結」すること、つまりは「労働組合」が結成されていることを、その前提とする⁶¹。だとするなら、いまだ労働組合法すら存在せず、治安維持法におびえる労働者側にとって資本の力は、冷酷な「團體交渉拒否」として現れ出るだろう。対するにストライキで闘えばお互い「精力」を浪費する。平和的処方箋が望ましい。むしろ資本家が上記「社會自然の產物」としての「労働協約」をみずから進んで活かして欲しい⁶²。このように末弘は、幾分堂々巡りの気配を示しつつ、国家的法律に頼ることも、あるいは資本家の善意に期待することも、労働者の実力闘争に依拠することも拒否する。それでは末弘がさがりつい

ゝ現行労働組合法16条の「労働者の待遇」に相当する最低限度のラインを示したものとえよう。

60 末弘『労働法研究』（前注8）305頁。

61 末弘『労働法研究』（前注8）305頁参照。このような「社會的自然」たる労働協約の母胎は「團體」としての「労働組合」である。その「團體」における「個人」をいかに位置づけるか。問題となるところ、末弘の視点はそこまで及んでいない。言い換えれば「團體」自体がすでに社会的に「ある」のであり、むしろ「個人」に優位して「團體」が存在するという見地から労働協約を基礎づけているように思われる。この点、すでにギールケにおいて末弘と同様の見解、すなわち「一つの法的存在者としての團體人の存在を直ちにみとめようとする」傾向があるとされている点は興味深い。かかるギールケに対する批判として、石本雅男「私法學的發展段階に於ける團體法の原理の意義」『京大訣別記念・法學論文集』（1933年〔昭和8年〕）63頁以下、特に84頁を参照。石本論文は、周到にも市民法原理を基盤化しつつ、それと「調和」しようところの「團體法の原理」を構想している。つまりは「社會法」＝「團體法」の、市民法原理に特殊内在的な展開可能性を模索しようとする。その上で「労働協約」は、「構成員（労働者）を内含する協約當事者團體相互の協約關係」として一個の「集合契約」たる性質をもつ、という。石本・前掲論文82-83頁参照。

62 末弘『労働法研究』（前注8）306-307頁。

たものは何か。そこに末弘流の「学者の責任」論が出てくる。末弘はこう言っている。まずなにより「従来の法律學及び法律學者を支配して居る理論」が古くさい。そのような旧式法律學を「新らしき社會の需要」に適合せしめるべきである。そのような法律學の「改造」なくして「(真)の社會革新」はない（丸括弧内・引用者）。かかる「改造」に踏み切る決断こそ「法律學者の任務」である⁶³。ところで「社會」それ自体、およそ法律とずれている。むしろ法律が「社會」に追いつかない。そこに「不調和」が生ずる。そのような「社會と法律との不調和問題」を如何に切り捌くか。今こそ学者は、「國家」主導的な法律觀＝制定法主義から脱却すべきである。少なくとも労働問題に関し、学者は労働協約の「社會的性質」を「研究」すべきであり、よって「労働協約法」を「社會自然の産物」の実体にふさわしく法的に構成すべきである⁶⁴。その際、社会規範と国家規範とが適切に区別されなければならない。同時に社会規範の「法化」が図られる必要がある。すなわち「社會」においては、国家制定法のみならず、「社會」みずからが創出する「社會的規範」がある。すなわち「社會は常に自治的立法の機能を有する」⁶⁵。たとえば「工場社會」では「就業規則」が

63 末弘『労働法研究』（前注8）309-310頁。

64 末弘『労働法研究』（前注8）310-311頁。

65 末弘『労働法研究』（前注8）312頁。なお末弘が「法化」というタームを使っているわけではない。末弘の論旨は「社會的規範」が直ちに「自治的立法」の機能を有すると読めるが、あらゆる社会的規範に「法」的機能を認めるわけではないだろう。その場合、やはり「法源論」と結合する媒介項として「法化」のプロセスを要するものと考ええる。この点、本文で指摘するように、末弘はかなりラフに「社會的規範」＝「自治的立法」という概念定式を用いている。それゆえか、末弘の労働協約論は「自治的立法」とされながら、結局のところ通常の契約＝合意形成のプロセスが重視される。その上で「法例第二條」（現行「法の適用に関する通則法」3条）のハードル、つまりは「法律ト同一ノ効力」を認めるべきか否かの判断が付加されることになる。末弘・前掲書337頁参照。よって「自治的立法」なるものは、理論上あつてなきがごとき状態に陥る。なお「就業規則・労働協約等」の社会規範に「国家的妥当性」を付与され「慣習法」となる場合、末弘は「法例第二條」の「類推適用」を提唱している。この点、ノ

「規範であり法律である」。また同業者間の慣行もそうであり、あるいは複
 数人の間の「有力（者）の命令」もそうであり、町村の「自治的規則」も
 そうである⁶⁶。末弘によれば、それらはすべて「社会自らの力によつて自
 治的に社会に実施せら」れている⁶⁷。これは、ある意味で極端な社会学的
 「法観」（Rechtsanschauung）と通底する。この点、同業者間の慣行はと
 もかく、「有力者の命令」も社会の有する自治的立法として、さらに国家
 法的には「法例第二条」の「類推」による「慣習法」化したものとして取
 り扱われるのであれば⁶⁸、社会的な力関係の現実主義的な「肯定」だけが
 一人歩きしかねない。

ところで、かかる末弘法学の合理的な存在根拠は何か。労働協約も就業
 規則も同じく自治的立法と言えるのか。事実たる慣行そのものが直ちに法
 的効力をもつのか。この点、末弘は、一方で国家制定法により「社会的規
 範」が「消滅乃至変更」される場合もあれば、他方「国家」が「社会的規
 範」を「整理し典型化」して「国家規範」に組み込む場合もあるという⁶⁹。

、本稿後注68参照。

66 末弘『労働法研究』（前注8）312-313頁。このような、末弘による就業規則
 の社会規範的な「法化」が、「工場社会」の現実主義的な把握を通じて合理化さ
 れている点、留意する必要がある。規範的に資本金・経営者と対等なはずの個々
 の労働者が、それ自体当然に「工場社会」のうちに埋没しかねないからである。

67 末弘『労働法研究』（前注8）314-315頁。その「社会力」概念は、穂積陳重・
 重遠父子以来連綿と末弘にも受け継がれているように見えるからおもしろい。
 末弘は陳重や重遠の天皇制国家肯定論には触れていないが、「社会」をみる眼が
 戦前の末弘法学においてどうであったか。一考の余地があるかもしれない。

68 たとえば、末弘「解釋法学に於ける法源論について」（1933年〔昭和8年〕）
 同『民法雑誌』（1940年）297頁及び『民法雑誌（上）・第2版』（1980年）
 274頁は、「就業規則・労働協約等」が国家的に妥当する根拠につき、「社会永年
 の慣行」のみならず「権力者の命令」あるいは「社会に於ける有力者の協定」
 など「苟も社会立法として權威を有するもの」が「慣習法」になるとする。そ
 してその場合、その社会法的な諸々の「權威」に「法例第二条」を「類推適用」
 し、よつて「慣習法」と「同様の取扱い」を与えるべしとする。

69 末弘『労働法研究』（前注8）316-317頁。加えて末弘は、「慣習法」の立法化
 及び裁判例の「判例化」をもつて社会的規範の国家法への転化を論ずる（そノ

加えて末弘は、国家がその機関、特に「裁判所の援助」によって「社会的規範」の法的効力を承認する場合もある、という（前注69所掲箇所参照）。いかにも末弘らしい論旨である。同時に、そのような末弘らしさは、彼に独特な法的リアリズムの評価とあいまって様々に問題を投げかける。そしてその問題の一端は、次の「就業規則」論において具体的に示されることになる。

c) 「就業規則」論

すでにみたように、末弘において「就業規則」は「工場社会」での自治的立法であり、社会的規範であった。対するに「就業規則」を契約的に把握する見解もあるが⁷⁰、それは集団的・大量的な労働者を相手にする実情に照らし合理性を欠く。言い換えれば当事者間で「個々の承諾を得ることは事実上不可能」である⁷¹。この点につき末弘は、申込＝承諾の契約構成が可能だとしても、それは「承諾の名」のもとに就業規則を労働者に「強制」するものにほかならないと非難している⁷²。とはいえ、末弘のように「就業規則」を自治的立法と解しても、「自治」の名のもとで労働者が就業規則を「強制」される実態に変わりはないように思われる。ともあれ末弘にとって、「就業規則」はやはりそれを課される労働者に酷なものが多い。言うならば就業規則は、「工場主」が労働者の瑕疵をあげて彼から罰金を徴収する根拠に化している。しかもその根拠たる就業規則を「工場主」が

ゝの限りで「判例法」も社会的規範として裁判より前に先行していることになる）。末弘が「国家規範」と言う場合、「国家制定法」よりも外延が広い。末弘・前掲書317-318頁。なお末弘の「慣習法」論については、本稿後編（龍谷法学53巻1号・2020年刊行予定）でやや立ち入って論ずる。

70 たとえば岡村司（前注50）の就業規則論（「工場規則」論）がそうであった。龍谷法学51巻1号（2018年）308頁以下。この岡村の見解は徹底した契約説であって、それを約款説的に捉えるべきではない。

71 末弘『労働法研究』（前注8）321頁。

72 末弘『労働法研究』（前注8）321頁。

一方的に作成する。労働者保護のためになんとかしなくてはならぬ⁷³。これが末弘「就業規則」論のモチーフであった。末弘にとって、就業規則それ自体はすでに「自治的立法」であった。工場には規律がなくはならない。工場が合理的に稼働しないからである。だからすでに法と化した就業規則を適用する場合、ことに罰則規定を適用する場合には、せいぜい「善良の風俗に反するものとして」当該罰則規定を無効とするほかなかった⁷⁴。このように、いわば既成事実として「就業規則」を法化せしめる末弘は、同時に次のようなジレンマに直面した。すなわち「一工場内の就業規則」が労働者に「何等の相談」もなく「工場主の獨斷」によってご都合主義的にできあがっているのだから、なかでも罰則・制裁規定の適用に関しては労働者の不満が噴き出す⁷⁵。よって労働争議すら招きかねない。どうすればよいか。すでに述べたように、末弘にとって就業規則それ自体は、すでに「法」として通用している。裁判闘争に委ねるのも気に食わぬ。もっと直截な方法はないか。——「何とかして國家が之に干渉し監督せねばならない」⁷⁶。國家に就業規則の制定内容に干渉せしめよう。近時諸外国の立法例を見てもそれが窺える⁷⁷。だが諸外国の立法例で特徴的であるのは、罰則・制裁規定への限定的な国家的干渉・監督であるということだ。ところで諸外国の学説では、就業規則を「契約」的に理解するものが多い。これは末弘の「自治的立法」説に反する。だとするとここは、改めて就業

73 末弘『労働法研究』（前注8）373-374頁を参照。

74 末弘『労働法研究』（前注8）385-386頁。

75 末弘『労働法研究』（前注8）391頁。

76 末弘『労働法研究』（前注8）391頁。基本的に「反国家的」とされる末弘にあって國家による干渉・監督がなにゆえ肯定されることになるのか。いわゆる國家の後見的監督作用の位置づけにかかる問題である。なお「反国家的」であり「社会本位」という末弘の側面はすでに磯村哲が描き出している。また「社会本位」それ自体の問題性を含め、吉田克己「末弘・川島・戒能の市民社会論」『市民社会と法社会学』法社会学85号（2019年）（2019年）20-22頁参照。

77 末弘『労働法研究』（前注8）392頁。

規則そのものの法律的性質を確かめておくべきことになる。およそこのような形で末弘の就業規則に向けられた思考が流れてゆく。本稿前編でみた岡村司が、就業規則を欧米の立法例を参考にしながら個別的な「契約」に近づけるための知恵を絞ろうとしていたこと⁷⁸と対比すれば、末弘厳太郎の就業規則論はかなり現実主義的であり妥協的であるように思われる。その末弘「就業規則」論を、彼の基本認識と解釈論に即して緋けばこうである。

〔a〕基本認識——労働者は通常「工場主」が一方的に作成するところの「就業規則」の「適用」を「すべて當然」に受ける。その際労働者が「入社に當つて規則の内容を知つて居たか」及び「其内容に同意したか」は「全く問題にされない」。就業規則が「強行」されて不利益を被る労働者は「國家」＝「裁判所」に救済を申し立てることができるものの、裁判所の態度「如何」に「關係なく」、就業規則は「工場の統制力」たりうる。そのようにして就業規則は、当該「工場内」においては「一種の社會的規範」である⁷⁹。さらに「國家」は、行政的に「干涉監督」をなしうるところ、「工場主」がそれに応じないことが多い。そうである以上、かかる「干涉監督」も意味をなさない。要するに「國家」の司法的・行政的

78 本稿前編・龍谷法学51巻1号（2018年）309頁以下を参照。岡村は、就業規則に関する「契約説」と「法規範説」を踏まえながら、前者の要素を可能な限り組み入れようとしている。たとえば、規則制定時の意見聴取や変更時の同意、さらには個別契約締結時の開示（掲示板によるものでもよい）。このような岡村の論旨によれば、就業規則は、労働組合（岡村は「職工組合」という）が存在していれば、その限りで就業規則全体に関する事前・爾後の承認も検討されるべきことになろう。わが国現行の労働基準法92条で就業規則は、当該事業場に適用される労働協約に服属し、他方労働契約法7条以下では就業規則の内容的「合理性」及び手続上の「周知性」が重視されている。このように岡村の「契約説」は——現行法制及び判例の不徹底性や妥協主義を別論としても——今日なお息づいている。さしあたり就業規則にかかる学説・判例の整理として、唐津博『労働契約と就業規則の法理』（2010年）113頁以下及び275頁以下参照。

79 末弘『労働法研究』（前注8）395-398頁参照。

介入如何にかかわらず、就業規則は、あくまで法的な通用力をもつ⁸⁰。それは「工場内の社会的規範」であり、「工場社会」の「社会的規範」としての「法」である⁸¹。だから「就業規則」は、国家的「法規」＝「立法」上の根拠をもつか否かを問わない。おのずと「法」たりうるのである⁸²。すでにそれは「生ける法」＝「社会的規範」としての「法」である。——そのような認識を踏まえて末弘は、以下のような解釈論を、「立法的議論」⁸³として展開する。

〔b〕 解釈論

末弘の「就業規則」解釈論は、工場内の「社会的規範」を「法例第二

80 末弘『労働法研究』（前注8）397頁。

81 末弘『労働法研究』（前注8）397-398頁。

82 末弘『労働法研究』（前注8）397頁。末弘は、就業規則が「法規として事実上行はるゝや否やの問題」は、国家による干渉監督ないし「態度待遇」と「全く無関係」である、という。社会的規範としての就業規則を、あくまで国家制定法とは別個の独自の「法」とする趣旨であろう。なおエールリッヒは、労働者が新規の「組合」（der soeben gegründete Gewerkverein）に自主加入（「Beitreten」）した場合、その労働組合の決議に彼が従うことの通用力を「国家の裁判所や他の官庁で有効とされる法」（das Recht, das vor den staatlichen Gerichten und anderen Behörden gilt）と別枠で承認しようという姿勢を示す。こうしてエールリッヒは、あらかじめ就業規則の拘束力が当該労働者に及ぶ「合理性」が担保されているケースを論じている。すなわちその「合理性」とは、少なくとも「労働組合」が結成されていること、その労働組合に労働者が任意参加したこと、労働組合による就業規則の拘束力に関する決議があることである。Vgl. E. Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Unveränderter Nachdruck der 1. Auflage 1913, S. 53.

83 末弘『労働法研究』（前注8）394頁。このように「立法的議論」をする契約思想を棄て（末弘393頁）、よって改めて「契約から身分Statusへ」の「新原則」を展開すること（末弘394頁）に置かれた。なお、そこで説かれる「身分」とは、事実として労働者が「當該工場の職工たる身分を獲得（した）」という制度的側面を指す。そこには労働者の意思による「契約」の「自律的形成」とか「労働条件」に関する合意形成とか、その主体的関与＝私的自治的自己決定の側面は徹底的に排除されている。だから末弘が就業規則を「自治的法律」という場合の「自治」の主体は「工場」そのものであり、あるいは「工場主」であった。だから就業規則への労働者の「服従」が前面に押し出されてくるのである（末弘

條」を通じて裁可される〈慣習法〉として位置づけることに定礎された⁸⁴。対するに従来の通説は「契約説」である。末弘は——フランス法的な「付従契約」論⁸⁵も視野に入れつつ——契約説を批判する。その批判点として末弘は、およそ以下のことを指摘している。すなわち、就業規則をその内容とする「契約」の実態がそもそも社会現実として認知されえない。就業規則にかかる「契約」の実態がない。にもかかわらず裁判で就業規則作成者にSanctionを付与して「強行」することなど無謀である。そのような「無理」は、Seinを無視してSollenを一人歩きさせることになる。実態をみよ。就業規則は柔軟に変更されるべきところ、そこに「契約」的契機を持ち込めば「臨機應變」が欠落する⁸⁶。むしろそこでは就業規則がそれ自

ゝ弘394頁)。

84 末弘『労働法研究』（前注8）402-403頁参照。

85 末弘『労働法研究』（前注8）399頁注1参照。その注記で末弘は、牧野英一のフランス法的「法律行為論」を参照指示している。なお末弘・前掲書405-407頁以下では、Contrat d'adhésion論による「契約」を、端的に「テクニク」として描き出す。結論として就業規則の拘束力をそのまま承認する点で「付従契約」は肯定されるのであるが、労働者の「承認を擬制する」点で問題あり、と批判される。なお末弘は、就業規則を「汽車電車」の運送契約及び「保険」契約の定型性と同一視している。末弘・前掲書405頁。加えて現行法上、労働基準法93条が最低労働条件にかかる「就業規則の強行的直律的効力」を認めている点に照らせば、就業規則の法規範性は否定しえないが、少なくとも「最低労働条件」にかかる就業規則そのものの「内容コントロール」の余地まで排除されるべきではない。それを取引慣行＝「事実たる慣習」の存在を前提に「定型契約」説＝約款説的に把握すれば、やはり就業規則の法規範的効力（強行的直律的効力）が直接的に承認されるべきことになろう。その点で「定型契約説」は法規範説の別働隊たりうる。ただし菅野和夫『労働法。第6版』（2003年）119頁は「定型契約説」をとりつつも、「労基法の基本原則」を踏まえる立場から契約的要素の維持を図る（その限りで「就業規則を一般的に法規範とみることは「適切とは思われない」という）。

86 末弘『労働法研究』（前注8）407頁参照。だから末弘によれば就業規則は、その内容を労働者によって知られる必要はないことになる。末弘・前掲書404頁及び406頁もみよ。この延長線上に「就業規則」それ自体の不利益変更及び労働条件の不利益変更の問題が登場する。この点、末弘は就業規則が事実上「社會的規範」たるのであれば、それはすでに「法」であると考えている。ところ〆

体として動き、そして「ある」のである。よって就業規則をみる場合、ひとはそれを社会的規範として通用力あらしめる「法源」に目を向けるべきである。その鍵は、あくまで「法例第二条」のいう「慣習乃至慣習法」である⁸⁷。なお末弘は、労働者不知のまま就業規則に拘束力=Sanctionを与えることは「裁判所」としても「慎んで然るべき」ところ、あくまでそれは「政策の問題」であり、かつまた「価値判断の問題」である、とする⁸⁸。対するに就業規則は、それ自体「政策」や「価値判断」とは別個の、それ以前にすでに存在する「法」なのである。したがって、ドイツのように就業規則に関する立法がなされていても「就業規則は未だ尚純粹の國家的規範になつて居るのではない」⁸⁹のであり、むしろ「工場社會」の「社會的

で「法例第二条」の「慣習」は、同時に「慣習法」でもあるから、論理上民法92条の「事実たる慣習」もそれに含まれることになる。現に、末弘は「慣習法というものの中に慣習法と事実たる慣習の区別はない」と言っている。末弘「講義「法律社会学」」六本佳平=吉田勇（編）『末弘厳太郎と日本の法社会学』（2007年）120頁。かくて事実として「取引慣行」の存在が認定されるのであれば、「事実たる慣習」もまた「当事者の知らざること明らか」であるにかかわらず——したがって民法92条の文言（「当事者意思」）に反してもなお——法律行為解釈上「顧慮」されることになる。末弘「事実たる慣習」『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳（上）・第2版』（1980年）54頁以下、特に66-67頁。対するに、兄玉寛「慣習論」内田貴=大村敦志（編）『民法の争点』（2007年）64頁を参照。

87 末弘『労働法研究』（前注8）402-403頁参照。

88 末弘『労働法研究』（前注8）410頁参照。その箇所では末弘は、就業規則の拘束力如何につき、「それは恰も専制君主の専權的立法に因る法律と立憲治下に於ける法律とが概念上法律たるの點に於て何等の差異なきと同一である」と言う。これは一種の「法律実証主義」的な「生ける法」論であろう。逆に、「生ける法」ないし「社會的規範」本位的な「法実証主義」とも言える。その帰結は、おそらく理論的な意味での積極性のみならず、同時に一定の消極性を併せもつだろう。本稿次注で揭示する「秋北バス事件」がそのサンプルとなりえよう。

89 末弘『労働法研究』（前注8）412頁。ところで本稿前注85の末弘的な「事実たる慣習」=「慣習法」論に立てば、すでに「法例第二条」によって就業規則が法的拘束力をもつし、他方それを民法92条で説明することも可能となる。この点、「秋北バス事件」最大判昭和43年12月25日民集22卷13号3459頁をもって末弘説の適用とするのが、浜田富士郎『就業規則法の研究』（1994年）99-100頁の立場である。なお、唐津・前掲書（本稿前注78）264頁が浜田説を批判的に取

規範」として独自に——「立法」とは別個に——「法」たりうる存在なのである⁹⁰。

最後に一点のみ指摘しておきたい。それは末弘の就業規則論における「工場主」概念に関わる問題である。すなわち「工場主」が就業規則の作成主体であると考えた場合、「工場主」とは誰を指すのだろうか⁹¹。言うまでもなくそれは、会社法人（「株式会社」など）でもありえたり、また個人でもありえたり、あるいは「家族」（「同族」）でもありえたりだろう。末弘は大正末期、当時の就業規則「作成主体」を、およそ「工場社会」に典型的な大工業経営資本として把握したように思われる。そのような観点の下、末弘は、集団の大量的な雇用契約現象において就業規則の「社会的規範」性を承認したと言えよう。とはいえ、大規模工業資本の作成する就業規則であれば常に「社会的規範」性をもつと断定することはできない。

り上げている。さらに、就業規則を「個別契約」が特殊に当該規則へと特化したところの「法的効力」の規範的表出と説明しつつ、実体的に「契約説」へと接近せしめようとする、西谷敏『労働法・第2版』（2013年）161頁注36も参照。

90 末弘『労働法研究』（前注8）413頁参照。

91 末弘の「工場主」概念は、かなりアバウトであるように思われる。末弘は、本文で示すように当時勃興してきた機械制大工業・重化学工業の会社法人を「工場主」としているようである。だが、当時、個人経営及び家族経営（家族＝「家団」的経営）もあったはずであり、かつまたそれらが比較的多数の労働者を雇用していた事実是否定できないであろう。それらの諸場合を含め、「工場主」の作成する就業規則がすでに一般的に「社会的規範」性をもちえたと言えるのか。問題として残る。大規模な会社法人の就業規則を含め、それを法規範＝「社会的規範」としてよいのか問われると思う。この点、末弘の団体法論のあり方も問題となるかも知れない。たとえば末弘「法人学説について」『民法雑記帳（上）・第2版』（前注86）99頁以下（末弘は団体实在論の立場からサヴィニーの見解を「理論的不徹底」と規定する）。他方で末弘「家団」論につき、彼の「家団と家と世帯」（1944年）『末弘著作集Ⅲ・民法雑記帳（下）・第2版』（1980年）200頁以下、特に207-208頁などを参照。要するに末弘は、家と家団を「家族的結合」として一括しながらも、「家」をもって祖先祭祀を中心とした「無形の思想的結合」とし、対するに「家団」を居住もしくは家計を同じくする「有形の生活共同体」と規定する。

それどころか、就業規則の作成主体が会社法人であれば、なんらかの形で就業規則は国家的監督作用によって影響を受けてよい。仮にその国家が<市民社会>に定礎された「市民国家」であるとしたなら、市民法適合的な就業規則になるように——つまりは、あたかも市民と市民との意思結合的かつ個別的な就業ルールが集团的に「合意」されたかのような形で担保されるべく——市民国家の介入・干渉・監督が想定されることになろう⁹²。逆に、末弘の時期のように市民的要素が希薄な国家であれば、その「工場主」の裸の優位性によって就業規則に基づく労働条件は、おのずと労働者に不利益をもたらす。末弘は、結論的には「付従契約」＝「定型的契約」の効果同様に就業規則の拘束力を原則肯定しているわけだから、労働条件の不利益如何よりも就業規則それ自体の既成的な「社會的規範」性（すでに社会的に「ある」こと）をそのまま重視していたことになる。「社會」を見つめる方法のあり方が複眼的に問われるべきことになろう。そしてその視点は、「個人」や「家族」が「工場主」である場合にも同様に問題になりうるだろう。就業規則を「契約」に近づけるために最大の努力を惜しまなかった岡村司（本稿前注78）の見解が改めて想起されてよい。

以上で大正デモクラシー期の末弘法学論に関する考察を終える。以下では、末弘法学論についての「若干の考察」＝中間的な整理を試みて本稿を閉じることにしたい。

92 ここで本稿は、「市民社会的」な就業規則を、あたかも「約款規制」において——「約款」そのものが「法規範」たりえないとする限りで——個別契約締結時の約款への取入れ要件（Einbeziehungstatbestand）の実態評価と事後的な司法的＝裁判的介入による「内容コントロール」（Inhaltskontrolle）によって私的自治の貫徹＝契約自由の回復が構想されるのとパラレルに捉えようとしている。すなわち、「取入れ要件」を充足することが約款拘束の「前提」となるのであり、そのテストを経た上で「内容コントロール」へと繋留するのである。原島重義「約款と「市民法」論」（1984年）同『市民法の理論』（2011年）678頁以下、特に695-696頁参照。

<vi>末弘法学に関する中間的な整理

大正デモクラシー期の、留学前から帰国後にかけての末弘厳太郎の「法学理論」をトータルに総括することは容易なことではない。なぜなら末弘の——『債権各論』から『物権法』に至る——『民法学』、さらに『農村法律問題』・『労働法研究』は、前人未踏の「いばらの道」を、かきわけ、かきわけして形成されたものというべきだからである⁹³。そこには緻密な学説・判例研究もあれば、考察の迷いもあり、大胆な決断もあったに違いない。末弘の信条である「好奇心」の強さ⁹⁴も、おそらくその「いばらの道」における研究と迷いの度合いを深めたであろう。さらに末弘の自己批判的才能も、それらに拍車をかけたように思われる。以下、単なる中間的整理にとどまるが、大正デモクラシー期末弘法学論を中心に若干のことを指摘しておく。

①末弘法学の「社会」への密着度は、彼の留学前よりも、はるかに留学帰国後深まりを見せている。とはいえ留学前、早くから裁判における「生ける法」的な観点、ないし「成文法と不文法」のコントラスト、裁判官の法創造的機能については、すでにかかなりの関心を示していた。それが「肥やし」となって留学の成果を一層際立たせたと見えよう⁹⁵。

②「社会力」に関する穂積陳重と重遠父子と末弘法学との関係は微妙である。前者父子は、「社会」に留意しようとしながら「社会」そのものを希釈化し、抽象化し、観念化せしめたように思われる（だから「家」制度

93 たとえば末弘の講義を受けた山本 秋の回顧によれば、末弘の学風が彼自身の言葉によって次のように綴られている。——「鳩山（秀夫）先生は梅（謙次郎）先生などが地均しされた上を舗装して立派なコンクリート道路をつくられた。しかし私（末弘）はそうした学風ではなく、茨をかき分け、かき分けして道のないところに道を拓いて行くことに興味を感ずる」。山本・前掲「責任編集者」末弘厳太郎先生」（前注39）6頁（括弧内・引用者）。

94 「〔座談会〕人間・末弘厳太郎を語る」（前注31）66頁の「カット説明」を参照。

95 本稿前編＝龍谷法学51巻2号（2018年）43頁以下、特に75頁以下参照。

及び「國體」思想と「社會力」とが容易に同化しえた)⁹⁶。対するに末弘は、国家制定法それ自体の規範的性格とその外での「社會」の現実を鋭利に解剖しようとした。だから末弘は、重遠の観念的三権分立批判の上に立つ「判例法」主義には乗らなかった。むしろ——三権分立を維持しつつ——「出来る法」(判例「法」)と「作る法」(立法)との対比を明確にしえた⁹⁷。末弘は天皇制国家体制の下での「社會」をありのまま肯定しようとしたが、そこに忍び寄る「國體」思想、それを支える国家官僚主義的思想(「役人根性」)については、これを強く批判した(この点、あとで指摘するように「昭和ファシズム期」に国家への姿勢につき、いわゆる「根本的転換」があった)。

③とはいえ、当時の国家体制に被規定的な法制度の壁は厚かった。小作法も労働組合法も出来あがらないままであった。そのような中、なお末弘

96 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)259頁以下、特に302頁以下及び323頁以下参照。

97 ただし、終戦直後の末弘のスタンスはやや微妙である。すなわち彼は、「法」ないし「法規」に欠缺(Lücken)があることは「当たり前」だから、それを充填するため「裁判官自ら」が「法を創らなければならない」「創るべきだ」と述べている。これは、ロスコー・パウンド(1870-1964年)の見解を<前提>としたものである。だから末弘は、ある判例が「一つの型」として把握される場合に、それが「一つの法源」として把握されると言う。これは、英米法の判例法主義の下では制度的に妥当性をもちうる。それゆえ末弘は、日本でのあり方については一歩退き、「判例研究」に限定してパウンドの見解に留意すべきだ、と言っている。末弘「講義「法社会学」」六本=吉田(編)・前掲書『末弘厳太郎と日本の法社会学』(前注86)98-99頁。この点、「法の妥当する社会関係」の型を重視し、「判例は事実を離れてほとんど問題にならない」とする末弘の態度(末弘・前掲「講義」99頁)が判例の法形成作用を「出来る法」に限定する趣旨なのか、「作る法」にまで踏み込む趣旨か、それほど明瞭とは言えない。ちなみに「民法判例研究会・判例民法大正十年度」の「序」4頁で末弘は、「法源」の階層的二重性を肯定している。すなわち、第一次的法源を「議会立法」に置き、第二次的法源を判例「法」に求めている。「法源」の射程を伸ばしつつ、相互に区別し、かつ序列化している。このようなスタンスがその後変化したのかどうか。これについても、更に問われるべきこととなろう。

はあきらめずその法的思考を深め、国家と対峙した。同時に「社会」と「国家」の助力に頼りもした。末弘の就業規則論にその一つの典型が示されている（この点、本稿でやや立ち入って考察した）。

④ところで留学後の末弘は、その視野を「資本主義経済組織」の問題性に振り向けた。それは、およそ二つの機能を果たしたように思われる。すなわちわが国が「資本主義経済組織」をその基礎にもつ以上、自由主義ないし自由競争及び「契約自由」の貫徹は自明であった。だから入会権も沿革的・理論的に考察する立場から「解体」されるべきであった。同時に、総有の入会地利用によって生きる農民の「生存権」的保護は法政策的に実施されるべきことになる⁹⁸。他方で「資本主義経済組織」は国家権力と手を握っている。実利本位・権力主義・官僚主義の弊害が生ずる。だから「社会」がそれに対する抵抗組織としての機能をもつ必要がある。「生ける法」・「社会規範」を社会のうちに認識・発見・創造する営みは「国家」と合体した「資本主義経済組織」への対抗の試みである。こうして末弘のリアリズムも、おのずと上記「二つの機能」において煌めきもすれば、濁りもする。

⑤さらに末弘的「社会」モデルの中で、「個人」がいかに位置づけられたか。改めて彼の「自由主義・自由競争」批判との関係で問題となる。言い換えれば、形式的な「契約自由」の意義如何という問題である（これは本稿の主要論点の一つであった）。この点も含め、今後、末弘法学における「社会的所有権論」及び「就業規則論」の問題性など、根底的に問い直される必要がある。

⑥なるほど国家制定法実証主義批判、権力主義批判、官僚主義批判、民

98 末弘「入会権」については、本稿前編＝龍谷法学51巻4号（2019年）289頁以下、特に294頁注179を参照。末弘の視点は、中田薫（1877-1967年）の法制史の立場を支持し、理論的に「入会権」の解体を是認した上で入会地における「細民の生活需要」保護を法政策的に取り込むことに置かれた。

衆の生存権保護という点で、末弘法学は大正デモクラシー期法学の「凝集点」であった⁹⁹。そこに末弘の才能は躍動した。そしてそれは、常に「現実」の上に立つべき法曹（特に裁判官）をして厳しい自己批判を要求した¹⁰⁰。ただし、それが市民社会論及び市民法論の中で育つことはなかったように思われる¹⁰¹。むしろ末弘は、社会的あるいは「社会法」的なリズムを通じてのみ「市民法学」的でありえた。むしろ社会的に透視される「市民法学」は、それ自体として健全でありえた。ところが同時に末弘のリアリズムは、文字通り社会現実主義的であり、かつまた団体主義的であった。おのずと、そのデモクラシー論も個人を超越した「民衆」ないし「弱者」という集団の対象概念を基軸として推し進められた。だからその「集団の対象概念」は、常に受け身的な保護客体と一体不可分なものであった¹⁰²。その場合、末弘法学において主体的に自律し、自己の決定に責任をもつ規範的な市民像はかなり漠然たるものであった。むしろ、それを可能とする「市民社会論」に向けられる視点も弱かった。かくして結局、末弘は、社会的な妥協点＝調和点の尊重に行きついた。それは末弘法学に、なかでも彼の法解釈学においてネガティブな形での拘束的影響も与え

99 この点、磯村哲『社会法学の展開と構造』（1975年）117頁の総括的論旨を参照。

100 その意味で末弘は、常に「過去の人」であることはできなかったし、彼の著書から得られるものは「相変わらず現在の知識」であった。戒能通孝「評論家としての業績」法律時報23巻11号（1951年）39頁以下、特に48頁。

101 吉田（克）・前掲「末弘・川島・戒能の市民社会論」（前注76）21-22頁の指摘を参照。吉田論文は、末弘法学において「普遍的なものへのコミットメントが乏しい」、「抽象度の低い即自的なものに止まっている」、「市民社会的発想が弱い」と規定している。

102 保護対象を「民衆」ないし「弱者」として、およそ集団的・集合的に把握する末弘の思考態度は——彼がそれを「労働者・農民」あるいは「内縁の妻」と言い換える場合にも同様に言えることだが——留学から帰国後の末弘において首尾一貫した基本姿勢であった。その首尾一貫性は、少なくとも彼の「民法改造の根本問題」から「入會權」ないし『農村法律問題』さらに『労働法研究』への展開の内にはっきり見てとれるように思う。そこにも末弘に独特な「光」と「影」があった。

た¹⁰³。たとえば彼の権利「不可侵性論」が妨害排除請求権論にリンクされるとき、一方で絶対権侵害以外であっても妨害排除請求権が承認されるという方向性においてより開かれた積極性をもちつつ、物権ないし所有権の保護を直線的に「債権」と同列化するという消極的で異質的な思考形態を許容してしまった。それは、その後末弘法学における物権的妨害排除請求権の〈解体論〉も招来することになる¹⁰⁴。

⑦よって同時に末弘の、いわば「社会法的」不法行為法論は、企業の権利侵害的行為を「許されたる危険」論及び「適法行為による不法行為」論によって合理化するという傾向をもたらしした。それは我妻的相関関係的違法論ないし利益衡量的違法論（民事違法一元論）の「別働隊」となった。言い換えれば末弘の民事違法論では、権利の社会的作用重視論からする個人権の側面の排除¹⁰⁵、及び権利侵害の原則論軽視という側面がみられた。その点で、末弘は牧野英一を継承し、末川・我妻の「違法論」を準備し補完した¹⁰⁶。

⑧ところで末弘は、その社会法的傾向においてエールリッヒ的でありながら、同時に、実質的にギールケも受容した¹⁰⁷。エールリッヒがサヴィ

103 ただし、末弘『物権法・上巻』（1921年〔大正10年〕）における「不動産物権変動論」は別格である。この点、本稿前編（九）・龍谷法学51巻4号（2019年）254頁以下を参照。

104 末弘の権利不可侵性論及び物権的妨害排除請求権「解体論」については、拙稿・川角「物権的妨害排除請求権・再論（1）」龍谷法学50巻1号（2017年）347頁以下、特に362頁以下を参照。なお物権的請求権が末弘では「債権」と同列視されたことも、それがその後の川島武宜の「責任説」の呼び水となったことと合わせて留意されるべきことである。末弘の「物権的請求権」＝「債権」論については、本稿前編＝龍谷法学51巻3号（2019年）407-408頁参照。

105 この点、末弘法学において「個人主義的な価値が一貫して希薄」と指摘するのは、瀬川信久「末弘厳太郎の民法解釈と法理論」六本＝吉田（編）・前掲書『末弘厳太郎と日本の法社会学』（前注86）183頁以下、特に193頁である。

106 この論点については、原島重義「わが国における権利論の推移」（1976年）同『市民法の理論』（2011年）445頁以下、特に481-484頁の指摘が先駆的である。

107 末弘のギールケとの関わりは複線的であって、社会的思考、団体的思考、ノ

ニーの「展開」¹⁰⁸であり、ギールケと対立する側面¹⁰⁹をもつとしたなら、末弘法学におけるエールリッヒ「受容」の仕方＝方法が問われよう。これは、そもそも末弘にとってエールリッヒとはいかなる存在でありえたか、という問題でもある。

⑨すでに指摘したように、末弘巖太郎にあって「資本主義経済組織」は、わが国に独特な形で「國家」と結びつき、互いに依存し寄り添っていた（上記④も参照）。それを対外的にみれば、すでにそれは「帝国主義」的性質を帯びていた。これは、当時の国家的な独占資本主義を内在させた日本的な「帝国主義」であった。やがてそれは戦前・戦中の「昭和ファシズム」に吸収されていく。このような「帝国主義」的及び「昭和ファシズム」的側面が、末弘にとってどう認識され把握されていただろうか。その後の末弘・中国農村慣行調査や彼の「日本法理研究」と、それがいかに関わるか。この問題は、戦前末弘法学における「社会・経済・国家」の相互関係をトータルな形で、かつ根底的に問いかけるものとなろう。そのような「問いかけ」はまた、同時にわが国大正デモクラシー期「市民法学」の積極面と消極面の双方を理論的に解明する作業を要求するに違いない。そ

ゝ生存権的思考に即して末弘はギールケを受容する。ただし「国家論」に関する対立もあったとされる。磯村哲・前掲書（前注99）71頁参照。なお拙稿・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）318-319頁に同旨を展開している。

108 サヴィニーをエールリッヒ「社会学的」法理論の創設者（Begründer einer „soziologischen“ Rechtstheorie）とみなすものとして、J. Schröder, Friedrich Carl von Savigny, Kleinheyer=Schröder（Hrsg.）, Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten, 4. Aufl., 1996, S. 358.

109 エールリッヒとギールケの関係だけでも別稿を要する。ちなみに、ギールケは「私法」を語りながら、徹底して「公法」優位の立場から「私法の社会化」（die Sozialisierung des Privatrechts）を目指す。拙稿・川角「オットー・フォン・ギールケの法思想と「私法の社会化」」龍谷法学34巻4号（2002年）68頁以下、特に82頁及び84頁を参照。対するにエールリッヒは、「私法」に内在し、かつ現象的に先行する「社会的要素」をより明確に重視していたと考える。この点、本稿続編（龍谷法学53巻1号所収予定）を参照。

して、さらにそれは、末弘自身のデモクラシー理解のあり方を歴史的に検証する課題と重なり合うだろう¹¹⁰。そのような戦前「市民法学」の二重性を直視した歴史的・問題意識が、果たして戦後わが国の「法社会学論争」の中にあっただろうか。あったとして、その「ありよう」はどうであったか。これも今後本稿で論じられるべき課題となろう¹¹¹。

以上のような中間的考察を踏まえ、本稿続編（龍谷法学53巻1号）では、末弘「法社会学」とエルリッヒ「法社会学」の關係に焦点をあてつつ、もって「法社会学論争」を教訓化するための準備作業の一助としたい。

（未完）

110 最近、長谷川貴陽史「末弘巖太郎におけるデモクラシー概念の変質」論究ジュリスト30号・2019年夏号159頁以下、特に162頁以下は、なかでも1930年代以降の末弘の変質（彼の「言説の顕著な変化」ないし「デモクラシー理解の変質」）に注目している。

111 末弘法学における留学前後の「転換」のみならず、昭和戦時体制とその前後とで「転換」が語られることがある。その際、戦後の末弘の立場は「再転換」と位置づけられたりもする。石田眞・前掲「末弘法学論」（前注15）56頁以下、特に59頁以下及び石田眞・前掲「ノート」（前注13）1-2頁。これに関連して、昭和ファシズム期の末弘法学を「根本的転換」ないし「転向」とみる論者もいる。前者につき渡辺治「時代の概観と革新的法律学の課題・総論」法律時報60巻11号（1988年）48頁以下、特に51頁。後者につき鶴見俊輔『転向研究』（鶴見俊輔集4。1991年）285頁。この末弘法学の「転換」問題については、引き続き本稿続編で考察する。