

「法社会学論争」の教訓（十二）
——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

一 はじめに——本稿の目的とその限界

二「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

1. 明治期自由民権運動

(1) 自由民権運動前史

(2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉

2. 明治期日本民法典の成立

(1) その時期の一般的動向

(2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期

(3) いわゆる「民法典論争」

(4) 明治日本民法典の成立

（以上、龍谷法学49巻4号）

3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期

(1) 大正デモクラシーの時期

① その時期の一般的動向

〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）

〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向

② その時期の民法学の状況

〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価

〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学

〔イ〕 岡松参太郎

〔ロ〕 鳩山秀夫

〔ハ〕 牧野英一

（以上、龍谷法学50巻1号）

[ニ] 末川博

[ホ] 我妻栄

(以上、龍谷法学50巻2号)

[ヘ] 穂積重遠

(以上、龍谷法学50巻3号)

[ト] 中島玉吉

(以上、龍谷法学50巻4号)

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)

[イ] 岡村司

(以上、龍谷法学51巻1号)

[ロ] 末弘厳太郎

(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——『物權法』と並行した前提的作業

< ii > 『物權法』の特徴(前編)

(以上、龍谷法学51巻3号)

< ii > 『物權法』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

(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

< vi > 末弘法学に関する中間的な整理

(以上、龍谷法学52巻3号)

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係

1. 序——考察の限定

2. 戒能通孝の問題提起

3. 末弘「法社会学」の基本的性格

（以上、本号）

4. エールリッヒ「法社会学」の基本的性格

5. 若干の整理

④〔大正デモクラシー期民法学・市民法学の補論〕平野義太郎

(2) 昭和初期

① その時期の一般的動向

② 昭和初期民法学の特徴

〔イ〕 我妻栄

〔ロ〕 牧野英一

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〕 末弘敏太郎

〔ハ〕 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

〔イ〕 平野義太郎

〔ロ〕 加古祐二郎

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

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

② その時期の「市民法学」（ないし市民法論）

〔ロ〕末弘厳太郎（続き）

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係

1. 序——考察の限定

本稿は、これまで大正デモクラシー期に典型的な「民法学」ないし「市民法学」を、岡松参太郎、牧野英一、鳩山秀夫、穂積重遠そして末弘厳太郎など主要な論者ごと個別具体的に挙げてきた。それは、戦後わが国の民法学ないし市民法学の展開を、終戦直後の「法社会学論争」を基軸として批判的に検討するための準備的作業の一コマであった。「法社会学論争」そのものは本稿続編で立ち入ることになるが、ここでは、その前段として末弘厳太郎（1888-1951年）の「法社会学」をオイゲン・エールリッヒ（1862-1922年）の「法社会学」との関連で整理しておきたい。なぜなら、わが国「法社会学」の開拓者が末弘その人であり、彼の「法社会学」が農村問題・労働問題及び判例研究の方法など多面的で具体的なテーマ、ないし法学基礎理論にそくして展開されながら、終戦直後の「法社会学論争」においては末弘の「法社会学」それ自体への立ち入った考察及び評価は、ほとんどなされないままであったからである。当時それは、結果的に脇に寄せられ、末弘の体調不良など諸事情あいまって、彼は「傍観者」の立場にとどまった¹。また、エールリッヒと末弘の「法社会学」を相互にく対象

1 末弘厳太郎の「法社会学論争」へのスタンスについては、末弘「傍観者の言葉」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）253-254頁。末弘の中労委会長就任などの諸事情については、潮見俊隆「末弘厳太郎」潮見＝利谷信義（編著）『日本の法学者』（1975年。法学セミナー増刊号への収録は1974年）335頁以下、特に363頁以下。その後の直腸がん罹患など当時の体調不良については、末弘『断腸前後』（1951年）47頁以下を参照。

化>して本格的な考察がされることも、ほぼなかったように思われる。本稿は文字通り「補論」的な考察にとどまるものだが、大正デモクラシー期「末弘法学論」の検討を一応終えたこの時点で、戦後の「法社会学論争」の教訓をより効果的に得るため、<末弘とエールリッヒとの関係>を軸に、ある程度の「素材づくり」をしておきたいと考える。それは同時に、本稿で今後も継続されるであろう戦前のわが国民法（「市民法」）に関する「学説史」の考察を、内容的にながしか方向づけるものとなろう。

なお、本稿で特に留意されるのは、「法社会学論争」で取り上げられた「市民法的規範」論と「法社会学」との関係づけの仕方の問題である。ここでは、無限に広がりうると思われる考察の重点をその問題の一点に絞り込みたい²。まずは「法社会学論争」の舞台で主役の一人であった戒能通孝（1908-1975年）の問題提起を確認する。それは、同時に本稿の課題意識を提示することでもある。それを受けて、末弘及びエールリッヒの「法社会学」の特徴をそれぞれ概観する。それを媒介に両者の「法解釈学方法」の異同関連、及び戒能の問題提起との関係など、若干の考察を試みるこ

2 「法社会学論争」のその他の争点（「行為規範か裁判規範か」・「客観的法秩序論」の評価、「法の科学性」・「法の階級性」の位置づけなど）については、藤田＝江守（編）前掲書（前注1）293頁以下の「解説」が分かりやすい。渡辺洋三『法社会学と法解釈学』（1959年）384-385頁も参照。ただし前者（藤田＝江守）では「市民法規範」に関する戒能の見解に立ち入っていない。後者（渡辺）も「市民法原理」（の貫徹と修正）に関する記述はあるが（渡辺393頁以下）、戒能「市民法規範」論に触れるわけではない（労働法学の立場からの戒能論として、佐藤昭夫『労働法学の方法・歴史の認識と法の理解』（1998年）37頁以下が本稿の観点に近い）。なお戒能は、「法社会学」を指して自覚的に「法律社会学」と呼んでいる。それは戒能が、「社会学」の単なる一部として「法社会学」を捉える立場を極力排除し、あくまで「法社会学」を「法」に関する社会科学として位置づけようとしたからである。戒能「法律社会学」（1948年）藤田＝江守（編）前掲書28頁下段-29頁上段及び同『著作集Ⅶ・法社会学』（1977年）7頁参照。ただし本稿では、現在の用語法を考慮して基本的に「法社会学」という語を用いることにする。例外的に、引用文中で「法律社会学」という表記にしたがうにとどめる。

にしたい。

2. 戒能通孝の問題提起

「法社会学論争」のさなか、1949年1月17日、戒能の問題提起が行われた³。それを、その前後に公表された戒能の他の文献もまじえて要約的に整理すれば、こうである。

(i) 本来、わが国「法社会学」の出発点は、「人民の生活を豊にする法」の「実践」にあり、「社会的な事実」の考察は常にその観点からなされるべきである⁴。よって、なまの直接的な社会的事実の調査をもって「法社会学」とする傾向は克服されなければならない。そのような観点において「法社会学」は、一個の「社会科学」である必要がある⁵。ところ

3 「研究討論會・法社会学學前進のために」民主主義科学者協會法律部會『法社会学の諸問題』(1950年)72頁以下。その戒能の問題提起は、その後、論文「法社会学」と前記討論会の発言部分に分け、藤田=江守(編)前掲書(前注1)25頁以下(「法律社会学」)、及び196頁以下(戒能発言)として収められている。前者については、戒能・前掲書『著作集Ⅶ・法社会学』(前注2)3頁以下も参照。ここでの引用は、主に藤田=江守(編)前掲書から行う。その際、「戒能発言・藤田=江守(編)前掲書(前注1)」、ないし「戒能「法律社会学」藤田=江守(編)前掲書(前注1)」として引用する。

4 戒能発言・藤田=江守(編)前掲書(前注1)198頁上段。なお、戒能「法律社会学における合法性と正当性」(1950年)・藤田=江守(編)前掲書(前注1)137頁では、「法社会学」を「市民を代表する法律学」と規定している(戒能・前掲書『著作集Ⅶ』(前注2)18頁も参照)。戒能の場合、「人民」は民衆ないし市民、あるいは国民とほぼ同義語として用いられている。この点戒能は、たとえばサヴィニーが用いたフォルク(Volk)を「人民」ないし「民衆」と解し、「革命的フランス人」が好んだ「国民」(nation)とは違うという。戒能は、Volkを「民族」と訳す考え方には明らかに反対なのである。また彼は——人民と国民を一応区別しながら——特に「アン・ウント・フュア・ジッヒ」な「人民」を指して「国民」と言い換える立場を採用している。戒能通孝「サヴィニー」(1953年)・同前掲書『著作集Ⅶ』(前注2)223頁以下、特に246頁、252頁参照。

5 戒能「法律社会学」・藤田=江守(編)前掲書(前注1)26頁下段では、法社会学を「市民法の科学」であり、同時に「市民法——及び市民法学の現実形態を批判するための科学」だとする。戒能・前掲書『著作集Ⅶ』(前注2)4頁ノ

が、戦前の「法社会学」ではそうならなかった。そうならなかった事実を「反省」し、「法社会学」のみならず広く「法学」そのものを単なる「社会学」から切り離して「法の社会科学」として把握すべきである⁶。

（ii）「法社会学」が「法の社会科学という意味で理解」される場合、まず「市民社会というものの要求しておところの法の論理的体系はなんであるか」。これが「理論的に確定」されなければならない⁷。言い換えれば「市民社会で通用する法のみが法社会学の法」である⁸。

（iii）翻って「日本の社会」は「果たして、市民社会の要求している法の体系に即応するところの法的性格」を「是認」し「実行」しているか。仮にわが国の社会が「完全に市民社会の原則に合致」しているならば、「市民的制定法の解釈学」が「同時に法社会学として成立する」⁹。対する

ゝも参照。言い換えれば、法社会学は「市民法」の基礎科学であり、「市民法」的な民法解釈学はその応用科学ということになる。

6 戒能発言・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）198頁上段及び下段。なお、戦前「社会科学」は危険思想としてタブー視されていた。だから戒能は「法の社会科学という言葉避け、法律社会学という言葉を使いました」と回顧している。また戒能は「法学が社会科学でなければならない」こと当然のところ、「法学を社会科学化しようとする努力は以前には殆どなかったのではないか」とも指摘している。戒能発言・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）197頁上段。ただし戦前、戒能通孝『法律社会学の諸問題』（1943年）の「序に代へて」8頁では、「法律社会学による法律学の社会科学化」という観点が示されている。

7 戒能発言・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）199頁下段。

8 日本評論社（編）『日本の法学』（1950年）131頁（戒能発言）。なおこの戒能発言は、1948年の座談会「日本法学の回顧と展望」でなされたものである。

9 戒能発言・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）200頁上段。なおすでに戦前、戒能は、いわゆる「概念法学」を「法典主義的法律学」と呼びつつ、それ自体なお「抽象的な市民社会の法現象に関する学問」たりうると考えていた。戒能・前掲書『法律社会学の諸問題』（前注6）「序に代へて」10頁。ただ戒能は、「法典主義的法律学」がそれとして自己完結すべきでないと警告することを忘れてはいない。上記引用箇所では「論理そのものが社会的実体の産物」であるから、法学も社会との相互的往復連関を維持すべきであり、よって初めて「法典主義的法律学」を含めた形での「具体的な法現象一般に関する学問」としての「法律社会学」が成り立ちうる、という。

に「市民的原則に違った生活内容」が「そこにある」ならば、「いかなる手段によって誰がそれを克服するか」という問題が別途「提起される」ことになる¹⁰。

(iv) 法律学ないし法社会学で「社会」及び「社会学」という場合、それは「市民社会」とその「学」(「市民社会を理解する学」)を指すものとして「概念」化される必要がある。すなわち「法社会学」でいう「社会学」においては、「市民社会の分析、論理的体系化、或はそこにくるまでの市民社会の成長史の分析」が重要であって、それらが「社会学の本当のテーマ」ではないのか¹¹。

(v) その際「法社会学」は、「社会契約説」にその基礎を「おかねばならない」。すなわち「社会契約」、つまりは「社会生活の中に法規範として成立するもの」を、もっぱら「人民の同意もしくは承認」に根拠づける見解こそ「法社会学」の基礎として「受け入れられる」必要がある。そうでない限り「この種の学問は成立しない」¹²。

(vi) よって「法社会学」の「研究に従事しようとするそのこと」は、「事実において日本国憲法を積極的に支持するという立場に立っていないなければならない」。すなわち「法社会学」の立場に立つというためには、「民主主義、少くとも日本国憲法に具体化された民主主義の勝利を信じ、それを擁護しようというだけの確信が必要である」¹³。

10 戒能発言・藤田＝江守(編)前掲書(前注1)200頁上段。

11 戒能発言・藤田＝江守(編)前掲書(前注1)201頁下段。

12 戒能「法律社会学における合法性と正当性」(前注4)・藤田＝江守(編)前掲書(前注1)137下段-138頁上段及び同『著作集Ⅶ』(前注2)19頁。なお末弘説の基盤の一つを形成したパウンドが、モンテスキューを通じて「社会契約」を論じ、肯定的に評価していたことは注目に値する。パウンド(細野武雄・訳)『法社会学』(1959年)8頁参照。

13 戒能「法律社会学における合法性と正当性」(前注4)・藤田＝江守(編)前掲書(前注1)139上段及び同『著作集Ⅶ』(前注2)20頁。ここで注意すべきであるのは、戒能の積極的な日本国憲法擁護の姿勢が「社会契約説」の重視と不即不離の關係に置かれていることである。だから戒能は、「法社会学」は「市ノ

以上が「法社会学論争」当時の戒能の主要な問題意識であり、問題提起であった。その結論として「法律社会学の対象は、法的イデオロギーの成立過程、その論理的構造、下部構造への反作用過程を明かにすること」に置かれた¹⁴。そして「そのかぎり法律社会学はブルジョアの科学」¹⁵であり、「保守的な学である」とされたのである¹⁶。むしろ戒能は、「法社会学」における「ある法」ないし「なまの事実」の存在及びその重要性を否定しない。ただ戒能は、「法社会学」を「簡単に「慣行調査」に結びつけ」ることによって、かえってそれが「概念的法律学」の「侍女」にとどまったり¹⁷、あるいは「奇妙な「社会哲学」」¹⁸に墮しうる負の側面を指摘するにすぎない。要するに戒能は、市民社会における市民法の規範構造と、

ゝ民革命の成果をそのまま原理的に承認しなければならない」と指摘するのである。戒能・前掲「法律社会学における合法性と正当性」・藤田＝江守（編）前掲書137頁上段及び同『著作集Ⅶ』（前注2）18頁。それゆえ、本稿で留意される「市民法の規範論」もまた、市民革命の成果としてかちとられた個人の自由、所有の自由、契約の自由など「市民的自由」の基本的規範群を、その「価値」的側面において内在的に考察の対象とする、方法的な立場を指して用いられている。

14 戒能「法律社会学」・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）27頁下段及び同『著作集Ⅶ』（前注2）6頁。なお、戒能がいう「法的イデオロギーの成立過程」とは、広く「法的上部構造」の相対的に独自でトータルな歴史的過程を意味すると言えよう。それゆえ、それに引き続いて戒能は、「下部構造への反作用過程を明かにすること」（戒能・前掲同頁）を、法社会学の対象＝課題として位置づけるのである。

15 戒能は、「市民」と「ブルジョア」という用語を巧みに使い分けている。「市民」には進取的・自律的・主体的要素が含まれ、「ブルジョア」には守旧的・保身的・他律的な要素が含まれているようである。たとえば、個々の資本家が利益追求本位であれば、利益が彼の意思を決定するという意味で彼は「他律的」であり、つまりは「物神崇拜的」とであるということになる。

16 戒能「法律社会学」・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）27頁下段及び同『著作集Ⅶ』（前注2）6頁。

17 戒能「法律社会学」・藤田＝江守（編）前掲書（前注1）28頁上段及び同『著作集Ⅶ』（前注2）6頁。

18 戒能「末弘厳太郎」・戒能前掲書『著作集Ⅶ』（前注2）274頁。

現実に「ある法」の二重性を同時に承認している。そして、その二重性を——「社会契約」など市民の主体性・自律性・自己支配性に関する媒介概念及び市民社会の組織化に関する媒介概念の解明を通じて——より深く「社会科学」の目で捉えようとするのである。

こうして戒能によれば、「市民社会」が近代的な資本主義的生産関係を「土台」（下部構造）とする場合、それをそれとして承認しながら、上部構造の一つたる市民社会の法＝市民法の内容を具体的に解明することが「法社会学」の出発点であり、むしろその＜前提＞というべきことになる。戒能が「市民社会で通用する法のみが法社会学の法」だと言う場合、それは、少なくとも以上のこととの関連で理解される必要がある。そしてその場合、戒能が重視する「社会契約」もそれ自体「市民社会で通用する法」であることに留意すべきである。だからこそ、「社会契約」の規範論理を「媒介」にして市民法的規範論がその内容を研ぎ澄まし、新たに自己を獲得していくことも可能となるように思われる¹⁹。末弘厳太郎の場合、それはい

19 「社会契約」は、市民憲法（なかなずく市民法的立憲主義）・市民行政法・市民刑法という、「市民」と「国家」（「市民国家」との縦の関係（＝「公法」関係）を、市民社会の内部において基礎的に規定するものである。これとの対比で、本稿が着目する「市民法的諸規範」は、市民法としての「民法」における「市民と市民」の横の関係（あるいは「市民」と物＝財産との法的関係＝「私法」関係）を「社会契約」と同一の価値基準のもとで規定する（商法上の商人ないし会社法人も「市民法」的な「人格」において再構成されることになる）。ここでは、労働に基づく生産及び労働に基づく所有という最も基礎的なカテゴリー（「個人の「自然的自由」とそれを保障するための「政治的自律」及び市民法的な「立憲主義」が、広義の市民法的諸規範（社会契約を含めたそれ）の基底を形づくっている。その意味でたとえば、ジョン・ロックの「立憲主義思想」を「リベラルな民主主義憲法学」を構想するための「古典」として再評価する見解（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〕225頁以下、特に231頁）は、本稿の意味での（広義の）市民法的諸規範の性格規定にとっても重要な意味をもつ。なお、ロックの「市民社会」及び「社会契約」の概念については、松下圭一『市民政治理論の形成』（1959年）41頁以下、56頁以下を参照。

かように把握されていただろうか。

3. 末弘「法社会学」の基本的性格

(1) 序

すでに本稿前編でも指摘したように、末弘厳太郎は裁判官・末弘厳石（1858-1922年）の子として生まれ育った²⁰。そして、その本格的な研究生活に入ると同時に、民法のみならず民事訴訟法及び刑法、さらには法学の基礎理論（なかでも法解釈学の方法と「不文法」論＝「慣習法」論との関係）に関心を抱いた²¹。そして末弘は、欧米留学中にエールリッヒの「法社会学」に出会った²²。この点、少し説明を要する。すなわち、ヨーロッパより先にアメリカ留学を体験した末弘は、シカゴ大学でロスコー・パウンド（1870-1964年）の法社会学を知り、パウンドの作品を介してさらにエールリッヒの法社会学を知ったのである²³（その後スイスでの、末弘とエールリッヒとの出

20 拙稿・川角「「法社会学論争」の教訓（七）」龍谷法学51巻2号（2018年）47-48頁を、その脚注で示された文献ともども参照。なお、裁判官であった父・厳石の影響の大きさについては、末弘厳太郎「講義「法社会学」」六本佳平＝吉田勇一（編）『末弘厳太郎と日本の法社会学』（2007年）34-35頁及び48-49頁に詳しい。

21 拙稿・前掲論文（前注20）74頁以下を参照。そこで筆者は、Geza Kiss, *Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht*に関する末弘の「抄譯」を紹介している。

22 たとえば、潮見（俊）・前掲論文「末弘厳太郎」・前掲書『日本の法学者』（前注1）335頁以下、特に343頁参照。エールリッヒについては、さしあたり磯村哲「エールリッヒ」木村龜二（編著）『近代法思想史の人々』（1968年）80頁以下、上田理恵子「オイゲン・エールリッヒ」勝田有恒＝山内進（編著）『近世・近代ヨーロッパの法学者たち——グラーツィアヌスからカール・シュミットまで』（2008年）379頁以下。

23 末弘「講義「法社会学」」六本＝吉田（編）『末弘厳太郎と日本の法社会学』（前注20）19-20頁。ちなみに末弘の「講義」は、1949年2月から3月にかけて行われたものである。当時末弘は、GHQから教職追放処分を受け、かつまた中労委で会長職に就いていた。それらの複合的要因があり、末弘は東大を辞職していた。それゆえ上記「講義」も、「政治経済研究所」など学外で行われたものである。この点、吉田勇一「末弘講義「法社会学」の成立経緯と講義内容」・前掲書

会いは有名である²⁴⁾。エールリッヒは、パウンドと並んで帰国後の末弘に大きな影響を与えた²⁵⁾。エールリッヒの名はむろん著名だが、末弘法学と内面的に関連づけた論稿は意外に少ない。とはいえ「法解釈学の方法」という観点からの関連づけは、磯村哲（1914-1997年）の著作²⁶⁾に簡潔な形で指示されているし、また瀬川信久の近時の論文²⁷⁾でも、末弘とエールリッヒとの関係に留意されている。ここでは、本稿なりの立場から末弘とエールリッヒの関係を論ずる前提として、まず末弘「法社会学」の基礎的な成り立ちと構造を整理しておくことにする。なおその場合、必要に応じて末弘の「法解釈学」論についても言及する。

↘ 135頁以下、特に138頁及び石田眞「末弘法学の軌跡」・前掲書161頁以下、特に175頁を参照。なお、本稿で末弘の上記講義を引用する場合、末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）として表記する。

24 末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）25-26頁に、そのときの様子が描かれている。末弘は、エールリッヒの主要著作を「一応読んで」いたのでエールリッヒにいろいろと質問し、彼を喜ばせたところ、逆にエールリッヒから日本における「三圃式農業」の有無とその理由を聞かれた末弘が、答えに窮したというエピソードが残されている。末弘・前掲「講義「法社会学」」26頁。

25 末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）29-30頁では、エールリッヒとパウンドは「必読」とされている。末弘は、モンテスキュー（1689-1755年）を基点にマックス・ヴェーバー（1864-1920年）なども読んだが（末弘・前掲62頁以下、77頁以下、85頁以下）、なかでもエールリッヒとパウンドの影響は抜きこんでいる。ただし後述するように、パウンドの影響は全面的であるが、エールリッヒに対しては消極的な姿勢も示す。なお、モンテスキュー、パウンドについては、それぞれ宮沢俊義「モンテスキュー」、末延三次「パウンド」木村・前掲『近代法思想史の人々』（前注22）10頁以下、164頁以下。ヴェーバーにつき、たとえば青井秀夫『マックス・ヴェーバー（基督教的ヒューマニズムと現代）』（1951年、岩波新書）及び今野元『マックス・ヴェーバー（主体的人間の悲喜劇）』（2020年、岩波新書）を、その付録（略年譜）ともども参照。

26 磯村哲『社会法学の展開と構造』（1975年）92-95頁（広く「規範創造」の方法に関する記述）及び114-115頁（「生きた法」の国家法に対する位置関係に関する記述）。

27 瀬川信久「末弘厳太郎の民法解釈と法理論」・六本＝吉田（勇）前掲書（前注20）184頁以下、特に222-223頁が、末弘との関連でエールリッヒ「成文法と生きた法律」に言及している。

（2）末弘「法社会学」の成り立ちと基本構造

a) 成り立ち

末弘は、アメリカ留学中に徹底した判例研究＝ケースメソッドを経験した²⁸。同時にパウンドの社会学的法学に親しみ、法学的リアリズム＝「現実主義法学」によって訓練された²⁹。また上記で確認したように、パウンドを通じエルリッヒ「法社会学」の研究を本格的に開始したのである。末弘の「法社会学」は、これらの諸要素の複合体として成り立っている。その際に「鍵」を握るのが、「リアリズム法学」的な社会諸事実の認識の「方法」であった。いかにして錯綜した社会的諸事実を選び分け、それを法学的考察の素材として練り上げるか。そのような問題意識が、末弘を社会的な「事実」の法学的探求に向かわせた。なかでも判例研究は、法学者が「事実」を知る最高の「ラボラトリー」であった³⁰。さらに末弘の「ローカルカラー」論を通じて、現場主義＝「ある法」＝「生ける法」を重視する立場が鮮明に宣言された³¹。こうして「概念法学」的思考³²が批

28 潮見・前掲「末弘敬太郎」（前注1）338-339頁（違憲判断を中心とした憲法判例の研究。その多くは「労働法、社会立法」と関係していたという）。なお、末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）13頁以下も参照。

29 ここでいう法学的リアリズムないし現実主義法学とは、主に1920年代以降アメリカを席卷した「一つの知的運動」のことである。カードゾーやパウンド、さらにジェローム・フランクなどによって代表されている。たとえば、早川武夫『アメリカ法学の展開：自然法学から行動法学まで』（1975年）22頁以下、中山竜一『二十世紀の法思想』（2000年）63頁以下参照。なお、パウンド（細野・訳）・前掲書『法社会学』（前注12）41頁以下では、生物学的・進化論的・社会心理学的な諸要素及び「行動主義」・「機能主義」が、アメリカの「現実主義」と関連づけられている。なお細野の翻訳では「リアリズム」という用語は使われていない。これに代わる用語として、たとえば「懐疑的現実主義」という訳出が出てくる。パウンド・前掲書50頁。

30 たとえば、末弘『物権法・上巻（第四版）』（1922年）「自序」5頁を参照。末弘は「ラボラトリー」には「判例」のほか、「新聞雑誌」の完備が必要だという。

31 末弘・前掲『物権法』（前注30）「自序」6頁。

32 末弘は「概念法学」的思考を全面否定するわけではない（その「自己完結性」への批判については本稿後注33参照）。むしろ「概念法学」は、それを「論理メ

判され³³、法を常に社会的事実との関連において捉えることの不可欠性が強調された。その際、すでに当時有力であった「法律の社會化」傾向³⁴が末弘の「リアリズム」と結合され、その動的形態において「法律の社會化」がより具体的に把握されるに至った。すなわち、生きた社会的諸現実の中に「法」を見出そうとする末弘に独特な「法社会学」の扉が開かれた。いわゆる末弘法学の「転換」と指称されるものが、それに結実していく。その成果の一つは東京大学での「民法判例研究会」の組織化であり、それは大審院をも動かした³⁵。

ゝ的なドイツ法学」ないし「ドイツ流の解釈方法」と置き換える限りで、末弘法学の前提をなすものであった。この点、『日本の法学』（前注8）71頁（末弘発言）を参照。その重要な成果が末弘『債權各論』（1918年）であり、その論理学的解釈論の蓄積と社会学的法律学との結合の上に、彼の『物權法（上・下）』（1921年）が開花した、と言えよう。

33 末弘は、当時ドイツ概念法学の自己完結的・閉鎖的性格及びイギリス「分析法学派」の「自給自足的な体系」を問題視している。たとえば末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）42頁、67頁参照。それゆえ彼は、アメリカのケースメソッドの影響を受けて「大ゲサにいうと、ドイツの解釈法学とお別れをする決心をした訳です」というのである。『日本の法学』（前注8）51頁（末弘発言）。なお当時（留学からの帰国後）、末弘が直面し、それと対抗しようとしたわが国「概念法学」がもつ特質については、磯村・前掲書『社会法学の展開と構造』（前注26）69-70頁及び瀬川信久「民法の解釈」星野英一（代表編集）『民法講座・別巻1』（1990年）3-4頁を参照。

34 この「法律の社會化」傾向は、すでに牧野英一（1878-1970年）に顕著であり、鳩山秀夫（1884-1946年）もその影響を受けた（本稿前編・龍谷法学50巻1号〔2017年〕269頁以下〔牧野〕、209頁以下〔鳩山〕）。牧野の回顧によれば、鳩山は牧野の「同志」であった。『日本の法学』（前注8）56頁（牧野発言）。そのような基盤のもと、末弘も「法律の社會化」傾向を是認する。ただし、その後末弘は牧野の「自由法論」を指し、それが「民法論の中に出て来る」場合に「非常に法社会学的ではない」と批判的である。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）126頁。

35 拙稿・龍谷法学51巻3号（2018年）374頁以下を脚注ともども参照。なお大審院への影響とは、従来の「民事判決録」（民録）から「民事判例集」（民集）への衣替えが行われ、大審院が「事実を書くようになった」ことを指す。たとえば、末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）27頁参照。他方、東大民法判例研究会のその後の帰趨については、末弘の次の指摘を挙げておきたい。——「判例」

b) 基本思想

以下では、末弘徹太郎の「法社会学」の構造を概観しておく。まずその基盤となった思想面の特徴について触れよう。帰国後の末弘は、「自由主義経済思想」³⁶、「自由主義個人主義」³⁷、「資本主義原理」³⁸への正面からの

ㄨ 研究会もだんだんやっているうちに、やはり事実を見ない、事実を見ないようなのは、法律社会学的でないと思っておりますが、それでは法というものの真相は、永久につかめないという感じをも持つのであります。」末弘・前掲「講義「法社会学」」同頁（なお、判例研究会について「あまり成功していなかった」という点については、末弘・前掲「講義」99頁を参照）。

36 末弘『物権法・下巻（第一分冊）』（1923年〔大正12年〕）668頁参照（「入會權」の社会的意義に関する記述）。なお末弘「改造問題と明治時代の省察」同『嘘の効用』（1923年〔大正12年〕）86頁、同『嘘の効用・第2版』（1980年）69頁にも「自由主義経済思想」が「アダム・スミス」の名とともに出てくる。

37 末弘『農村法律問題』（1924年〔大正13年〕）5頁。その後末弘は「個人主義的な権利本位の法律學」を批判する立場から、「全體主義的の社會思想」の社会全体への浸透の必要性及び「社會本位義務本位」の優位性を説くに至る。末弘『法學入門』（1934年〔昭和9年〕）8-9頁及び同『法学入門・第2版』（1980年）10頁。なおその箇所では、末弘は、「誤られたる個人主義思想」を特に批判しており、「本來の精神」に基づく個人主義思想と一応区別している。だが「全體主義的の社會思想」と個人主義思想「本來の精神」との関係は不明なままである。末弘・前掲箇所参照。この点に関連して、瀬川・前掲「末弘徹太郎の民法解釈と法理論」・六本＝吉田（勇）前掲書（前注20）193頁は、「末弘の提示する法原理では個人主義的な価値が一貫して希薄である」と注意を促す。なお本稿で末弘『第2版』として引用する場合、それは、戦後戒能通孝「あとがき」が付されたものの第2版（1980年・末弘著作集Ⅰ～Ⅴ）である。以下同様。

38 末弘『民法の獨自性』（1935年〔昭和10年〕）同『民法雜記帳』（1940年〔昭和15年〕）4頁。同『民法雜記帳（上）・第2版』（1980年）12頁。加えて、末弘「温情主義」の没落（1929年〔昭和4年〕）同『役人學三則・第2版』（1980年）78-79頁は、「反動的思想の持主」による「封建的温情」の美化論を批判するにあたって、同時に「資本主義それ自体」の甚だしい「非人格的傾向」を指摘する。これが、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）67頁及び112頁で指摘される末弘の「啓蒙的ヒューマニズム」、ないし「科学的ヒューマニズム」に繋がってくる。それは主要部分において正当であろう。ただし末弘の資本主義批判は、常に「資本主義法」としての近代市民法の形式性及びその問題性への直接的批判であり、ほぼそれに尽きる。

反抗者³⁹であった。彼は広範にその弊害を指摘し、それに対する強い抵抗を示した。そして、それが社会政策的な折衷的方向性と結びついた。末弘によれば、たとえば一方でフランス革命の成果としてもたらされた「自由競争」は、「契約自由」の原則と相俟って弱肉強食及び「賃銀奴隷」を生み出すのみであった。それゆえ19世紀以降「自由主義」は退潮の時代に入った⁴⁰。にもかかわらず「明治時代」、わが国ではなお国家的「劃一主義」⁴¹とともに「自由主義」が席卷した⁴²。それによって数多くの社会的弱者（農民、労働者、内縁の妻など）が出現し、社会問題となった。しかるに他方、その解決を「社會化」の「行き過ぎ論」というべき「共產主義」に委ねるわけにはゆかない⁴³。むしろ中間的・折衷的な道がよい。つまりは生存権的保護ないし社会政策的保護が図られる必要がある⁴⁴。その

39 末弘・前掲「民法の獨自性」（前注38）4頁は、民法上の「人」が社会的事実としては「複雑な「人間」」として登場するがゆえに、「權利濫用」「公序良俗」「信義誠實」などの一般条項が「價值を發揮」するのであって、「これこそ資本主義原理に反抗して人々の人間的要求を認容せんとする民法的原理に外ならない」と記す。末弘の先輩・牧野英一の「法律の社會化」・「一般條項論」とほぼ同様のスタンスである。なおその後、末弘「法律關係と道義則」（1945年）同『民法雑誌（上）・第2版』（前注38）72頁では、「道義則」（「信義誠實その他の道義則」）が「生きた法」の中心として描き出されている。

40 末弘「改造問題と明治時代の省察」同『嘘の効用』（1923年〔大正12年〕）51頁以下、特に86頁。同『嘘の効用・第2版』（1980年）69頁以下参照。

41 末弘・前掲「明治時代の省察」同『嘘の効用』（前注40）62頁以下。同『嘘の効用・第2版』（前注40）70頁参照。

42 末弘・前掲「明治時代の省察」同『嘘の効用』（前注40）88頁。同『嘘の効用・第2版』（前注40）70頁参照。

43 末弘「民法改造の根本問題（上）」（1921年〔大正10年〕）法学志林23巻3月号111頁。ここで末弘が「共產主義」という場合、いわゆる空想的社會主義を念頭に置いているのか、それとも無政府主義的ないし一揆的な形態を指すのか、あるいはマルクス＝エンゲルスの科学的社會主義を指すのか、それほど明瞭ではない。なお末弘は、留学から帰国後初めて「マルクシズム」について「一通りの勉強をした」と述べている。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）29頁。

44 末弘・前掲「民法改造の根本問題（上）」（前注43）101頁以下及び「（下）」（同）

際に要求される民法の立場は何か。その徹底的な「社會化」が必要である。すなわち民法の「社會化」の「精神」が、「一般人」にも「裁判官」にも浸透すべきである。併せて「立法に依る強制」が必要である。なぜなら「社會化」の基礎は「人人の社會奉仕に在る」からである⁴⁵。ここで「人人」は、いわゆる弱者たる民衆を指すと考えられる。かかる民衆を主体とする「社會化」の思想が、末弘を本格的な「法社会学」の研究へといざなった。これは、必ずしも従来の「法律の社會化」（前注34参照）にはなかった画期的な視座設定であった。しかしながら、同時に末弘の「法社会学」には固有の問題が潜んでいたと思われる。以下では、これを基本的論点ごとやや具体的に考察しよう。

c) 法源論ないし「生ける法」

上記「社會化」の精神は、リアリスト末弘において「法源論」と連結した。すなわち彼は、国家のみならず、それ以外の「各種小社會」のなかで独自に「行はれている法律」を無条件に承認する⁴⁶。それゆえ、たとえば「就業規則」も「國家に對して救済を求むると否とに關係なく、工場内に於ては其規則が規則として、一種の社會的規範として行はれ強行される」⁴⁷。だから、それは「工場社會における——社會的規範としての法である」⁴⁸。言い換えれば「國家の権力を基礎に置いてゐるかどうか」を

ㄨ (1921年〔大正10年〕) 法学志林23巻4月号93頁以下の端々に、生存權的な保護及び社会施策的保護の立場が説かれる。

45 末弘「民法改造の根本問題（上）」（前注43）112-113頁。その際末弘は、同時に「所有權の社會的意義」を問題にしている。

46 末弘・前掲『法學入門』（前注37）64頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）49頁。

47 末弘『勞働法研究』（1926年〔大正15年〕）396頁。

48 末弘・前掲『勞働法研究』（前注47）398頁。この意味において末弘は、「法例第二條」（現行・法の適用に関する通則法3条）を「慣習法」の根拠規定とはしない。すでに「法」としてある「社會的規範」が裁判上「法例第二條」を「通し」、当事者がそれを「援用」するためであって、「社會的規範」は自己を維持した

「標準」に「法律なりや否や」が決まるのではない⁴⁹。末弘は、それをテーゼ化してこう言っている。——「法律はすべて其行はるべき社會の存在を前提とする。又社會が存する以上其所には必ず或る統制力が行はれてゐる。そうして其統制力が當該社會に行はるべきものとして遵守を強要してゐる規範である以上、其社會が國家であると否とに關係なくすべて法律」である⁵⁰。その上で末弘は、「法」ないし「法律」の法源論的類型化⁵¹を図る。すなわち、「國家の法律」として①「主權者」ないし「君主」の命令によるものと、②「國內有力者の協定によつて成立するもの」の二種があり、他方「國家以外の社會」では③「社會的事實的權力者の命令」による場合があり、また④「社會構成員」等の「協定」による場合もあれば、さらに⑤「社會生活の一般慣行から法律が生まれる」場合もある、という⁵²。ここに見られる末弘の観点は、「行為規範」と「裁判規範」との広

ゝままであり、それが直ちに「国家法」に成り変わるものではないという。末弘・前掲『労働法研究』402-403頁及び同（戒能通孝改訂）『民法講話・上巻』（1954年）46-47頁。

49 末弘・前掲『法學入門』（前注37）56頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）44頁。

50 末弘・前掲『法學入門』（前注37）64-65頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）49-50頁。このような観点から、末弘は民法92条の「事実たる慣習」を社会的な統制力の対象として（広義の）「法律」に含める。だから当事者が「事実たる慣習」を知ろうが知るまいが、当該慣習は法律行為解釈の基準となる。その限りで当事者が「事実たる慣習」に従う「意思」を持っていたか否かは、副次的な要件であるにとどまる。末弘「事実たる慣習」（1943年）同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）54頁以下。

51 磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）93頁は、この「類型化」ないし「類型論考察」（typologische Betrachtung）を、末弘法学における＜概念法学的方法＞への対抗という文脈で把握している。戒能通孝が末弘『物権法（上）』最大の力作と称した不動産物権変動論（1960年の末弘『物権法』戒能「まえがき」9頁参照）も、この「類型化」の産物であった。なお末弘が「事実から型を見出す」と言う場合、その「型」とは「法律規範によって規律せらるべき型」であるとされる。末弘・前掲『講義「法社会学」』（前注20）45頁。この「型」的観点、ないし「定型」的観点については後ほど再び触れる。

52 末弘・前掲『法學入門』（前注37）63頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）

範な多元論的把握⁵³であり、その限りで「國家」の相対化⁵⁴を図るものであった⁵⁵。こうして「生ける法」の多重的構造が承認された。これはいわば認識論レベルの「法源論」であった（この点本稿後注68参照）。そのようなスタンスを、末弘はエールリッヒの「生ける法」から学んだ⁵⁶。

d) 判例法

末弘によれば「判例」も法源であるとされる。なるほど帰国当初、末弘は「判例を度外視して現行法の何たるかを知ること」ができないとし、

ㄨ 37) 48-49頁。なお末弘は「博徒仲間」や「村八分」を規則化した村の内部で「法律」が成り立つことを承認する。すなわち裁判になった場合にのみ、公序良俗違反を規律する民法90条の適用によって「國家的援助を與ふるに値しないと言ふ價值判斷が下され」るだけであって、「如何に國家と雖も社會的に存在するものを存在しないとは言ひ得ない」とし、社会的規範＝「法」の立場を主張する。末弘・前掲『法學入門』86-87頁及び同『法学入門・第2版』66-67頁参照。なお「村八分」の規則については、その「違法性」の有無ないし程度が決め手であるとしている。『法學入門』91頁及び同『法学入門・第2版』69頁。

53 末弘・前掲『民法講話・上巻』（前注48）7頁以下が、その「多元論的把握」の観点を敷衍している。これにつき、瀬川・前掲「末弘厳太郎の民法解釈と法理論」（前注37末尾）・六本＝吉田（勇）前掲書（前注20）216頁参照。

54 末弘・前掲『法學入門』（前注37）105頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）49頁。なお磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）73頁は、末弘が「国民の利益のための道具的存在としての国家」を構想し、「「家産官僚主義」的な制度的精神構造に対決した」と位置づけている。よって「国家」も当然に「法治主義」ないし「立憲主義」に服することになる。したがって末弘によれば、当時の「帝國憲法」下の日本国家は「立憲君主國」であった、とされる。末弘・前掲『法學入門』61頁及び同『法学入門・第2版』47頁。

55 「その限りで」という留保を付すのは、末弘が「解釈法学」の局面で「國家的に妥當するか」という点に「法源性」の根拠を見出すからである。本稿後注68に対応する本文参照。

56 末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）118頁。ただし末弘は、エールリッヒが「生ける法」と「慣行」を同一視すると批判してもいる。末弘・前掲「講義「法社会学」」52頁。対するに末弘は、「生ける法」の「不連続線」的な力学構造による動的多面的な把握を提唱する（末弘・講義53頁）。なお末弘「法律と慣習——日本法理探求の方法に關する一考察」法律時報15巻11号2頁以下、同『民法雑誌帳（上）・第2版』（前注38）292頁以下参照。

「判例が法源となるや否やの問題を論争すべき時は既に過ぎた」と述べている⁵⁷。一見したところ判例の「法源性」をそのまま認めたようにも思える文章である。ところが、同時に末弘は——「判例」による「法律創造力」⁵⁸を広く承認しつつ——「判決に因つて法律が出来る」とことと「裁判所が法律を作る」とこととを混同すべきではない、としていたのである⁵⁹。判例の機能上の所産は前者（「出来る法」）であり、後者（「作る法」）は「立法」の課題である⁶⁰。その後、この立場に変化が生じたように思われるのだが⁶¹、ここでは、末弘の判例研究の方法に即して検討してみよう。——「判例研究」によってこそ、「本統に活きた法律が解る」⁶²。この点、末弘は、判例に現れた事実が「実際の活きた複雑した社會的事實」であって、法律がその事実に「當てはめられつゝ活々と活躍」⁶³するがゆえに、判例研究は「本統の活きた法律」の理解へと導く、とする。個々の裁判ごとに事実が異なるのであるから、おのずと裁判官の法的判断は「創造的機能」を営む⁶⁴。言い換えれば、これは、国家的司法権の担い手（＝裁判官）に

57 末弘「民法判例研究会・判例民法大正十年度」（1923年刊行）の「序」1頁。

58 末弘・前掲「大正十年度・序」（前注57）3-4頁など。

59 末弘「民法判例研究会・判例民法大正十一年度」（1924年刊行）の「序」4頁。すでに末弘・前掲「大正十年度・序」（前注57）4頁にも同旨。

60 それゆえ末弘は「三權分立主義の眞義」を説くのである。末弘・前掲「大正十一年度・序」（前注59）4頁。

61 たとえば、瀬川・前掲「末弘厳太郎の民法解釈と法理論」・六本＝吉田（勇）前掲書（前注20）207頁注26が、末弘「判例法」形成の段階論的な問題を提起している。

62 末弘・前掲『法學入門』（前注37）46頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）37頁。なお、末弘における「判例研究の方法論」については、川島武宜「末弘厳太郎先生の法学理論」（1962年）・同『川島武宜著作集第一巻・法社会学1』（1982年）330頁以下、特に347頁以下参照。

63 末弘・前掲『法學入門』（前注37）45-46頁及び同『法学入門・第2版』（前注37）37頁。

64 末弘・前掲「大正十年度・序」（前注57）3-4頁。そこでは、たとえば「裁判所の『創造』的性質を否認すること」は「無謀な企に外ならぬ」とされる。なお、「法欠缺」の不可避性と裁判官の法創造的機能の承認については、末弘・

よる法創造的活動の承認である。だから、末弘によって描かれた裁判官像はかなり辛辣であったが⁶⁵。同時に彼は、あくまで裁判官の判断を通じて法の「創造的機能」が発揮されるべきことを一貫して維持した⁶⁶。

e) 法解釈学の方法

ところで、末弘の判例理論は彼の法解釈学方法論と結びつく。その結合の仕方が独特である。すなわち末弘の「解釈法学」は、なるほど社会的法規範＝「法律社會學的に見て法的性質を有する」法規範（たとえば「慣習法」）が先行的に存在することを承認する⁶⁷。これに対し、法解釈学上その「法源たる価値」は、常に「國家的に妥當するか」⁶⁸に置かれた⁶⁹。し

ゝ前掲「講義「法社会学」」（前注20）99頁を参照。

65 たとえば末弘「司法官と社会思想」（1927年〔昭和2年〕）同『役人学三則・第2版』（1980年）16頁以下、特に40頁を参照。そこでは社会大衆と共にする「司法官」への「注意深い監視」の必要性が指摘されている。

66 末弘にとって裁判官、特に大審院のそれは、常に判決を通じ「具體的法律の創造者としての職分」を「充分に發揮」することが期待された。末弘は、その「職分」を大審院が現実には「發揮」していないと批判するのであるが、それは上記の「期待」と表裏一体であった。末弘・前掲「大正十年度・序」（前注57）7頁。

67 末弘「解釋法学に於ける法源論について」（1933年〔昭和8年〕）同『民法雜記帳』（前注38）279頁註二及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）260頁註二。

68 この「國家的に妥當するか」という観点は、『慣習法』と『法例第二條』との関わりに即して末弘・前掲「解釋法学に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』（前注38）283頁註五及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）262頁註四及び263頁註五に出てくる。末弘において、このような国家的妥当性如何を基軸とした「解釋法学」における「法源論」は、先に示した社会的諸規範の認識論レベルでの「法源論」と区別されている。かくて末弘は、法源論それ自体の＜二元化＞を図ろうとするのである。このような末弘「法源論」の二元的把握につき、磯村・前掲「社会法学の展開と構造」（前注26）108頁以下も参照。

69 この場合、末弘は「法律規範の妥當關係を論理的に構成すること」、つまりは「純粹法学の立場から出發しなければならない」という立場から、「所謂社會法學的な不理論」を批判する。末弘・前掲「解釋法学に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』281頁（前注38）及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注

かもその国家的妥当性如何は、それぞれの国家ごとの「政治的事情」に応じて「各國」がそれぞれ「政策的且自主的に定め得る事情（事柄）」⁷⁰として把握された⁷¹。たとえば「就業規則」はすでに社会的規範であり、かつまた労働政策上の政治的判断を踏まえるなら「工場における法律規範」であって「國家も亦此等のものを法律規範として取り扱はねばならない」⁷²こと「當然」とする⁷³。「法例第二條」（現行「法の適用に関する通則法」3条）が、その対象を法律＝国家制定法と同一の効力をもつものとしての「慣習法」の成立如何に絞っているにもかかわらず、「就業規則」など広く「社会的規範」の国家的レベルでの法的効力を承認しうるか。承認するとして、それをどう根拠づけるか。

ㄨ 38) 262頁。その銚先は、主に穂積重遠（1883-1951年）の見解に向けられている。たとえば末弘『民法雑記帳』281頁註四及び282頁註五を参照。この点、末弘は重遠流の「社會法學」を批判するのであって、かつそれにとどまる。「社會法」ないし「社會法學」そのものを批判するのではない。

70 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）294頁註八及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）271頁註八。なお前者で使われていた「事情」という表記は、後者では「事柄」とされている。

71 その結果、末弘は解釈法学それ自体の「法源性」を、その内部で二種類に分類する。一つは制定法や「法例第二條」によって裁可された「當然」に「法的妥当性」をもつところの「法律規範」であり、今一つは解釈法学が「奉仕」する「政治の政策的要求」（その法的反射としての司法政策上の「類推」）によって「法源的價值」を付与されるものである。末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）303頁及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）278頁。

72 このような末弘の構想が——民法92条の「事実たる慣習」の適用を通じて（本稿前注50参照）——戦後就業規則に関する「秋北バス事件判決」（最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3459頁）に連結することになる。この点、本稿前編・龍谷法学52巻3号（2020年）170-171頁註89で触れた。

73 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）295-296頁及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）272-273頁。この箇所、末弘は就業規則を「契約法理」で把握することの非を唱えている。なお末弘は、いわゆる付従契約（contrat d'adhésion）を「フィクション」であり、「筋の通らないもの」であって「契約でもなんでもないものを契約だと言っている」と批判する。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）46頁。

末弘にとって、その際に鍵を握るのが「類推」という観点であった。それを末弘は、「司法政策上の類推」という観点から捉えている。すなわち「類推」は、「それ自體決して法の適用ではない」⁷⁴。だが、法律解釈のレベルでは「同様のことに對しては同様の法律的取扱を與ふべきである」という「公平」⁷⁵の要素が保持されるべきである⁷⁶。よって末弘によれば、「慣習法の國家的取扱」に関して「法例第二條」をもつわが国では、「慣習法以外の社會的法律規範の取扱」（「定款・内規・就業規則・労働協約」など）についても——たとえそれが「慣習法でなくとも」——なお「同様の態度」、つまりは「法例第二條」の「類推」（「類推適用」）⁷⁷によって、その國家的

74 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』（前注38）296頁及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）273頁。なお磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）101頁以下も参照。

75 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』（前注38）297頁及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）273頁。その箇所では末弘は、「類推」の根拠を「正義」よりむしろ「公平」に求めるべきであると言っている。このように「公平」と「正義」を対立的に捉えることは、末弘の一貫した立場であった。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）47頁を、同書124-125頁ともども参照。また「公平」を通じた「型」の作出という構想については、末弘・前掲「講義「法社会学」」125頁。ついでながら、瀬川・前掲「民法の解釈」（前注33末尾）5頁は、末弘的な「公平」の観点を、彼の「法の合理的發展」の重視、及びその帰結として要請される「形式的」な判断準則（傍点・原書）として規定している。なお、末弘における「公平」観念の変化については、瀬川・前掲論文10頁注7に詳しい。

76 末弘は、「公平」という価値基準を、事実（判決の基礎となった「事実」）そのものがもつ「定型性」の観点から評価するのであるが（前注75参照）、他方で「条理」とか「権利濫用」・「公序良俗」・「信義誠実」などの一般条項の法解釈への直接的な持ち込みには批判的である。前者について、末弘「法源としての条理」同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）41頁以下、特に45-47頁及び同・前掲「講義「法社会学」」123頁。後者について、前掲書『日本の法学』（前注8）71頁（末弘発言）を参照。

77 こうして末弘は、国家制定法と同一の効力をもつ慣習法のための「類推」（類推適用）の根拠を、「司法政策」に求める。だから一般に「社会の法を採用するかしないかは、国家法の政策の問題」とされる。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）120頁。

=法的効力が承認されるべきだ、とされるに至るのである⁷⁸⁾。

f) ふたたび判例法について

上記の場合と同様に、「判例法」の「解釈法學上」の「法源たる価値」如何も、それが「國家的に妥當するか」によって左右される⁷⁹⁾。その際末弘は、「判例法の法源性」も「類推」の原理」によって説明されるべきである、という⁸⁰⁾。ただし、ここでは「法例二條」の「類推」は行われたい。実質的に「判例」は、その他の社会的規範とはその性質を異にするからである。むしろ、その「類推」の根拠は、判例における事実の「具體的社會關係」の定型性に置かれる⁸¹⁾。個別の判例で登場する事実は、むろん種々

78 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」(前注67)同『民法雜記帳』(前注38)297頁及び同『民法雜記帳(上)・第2版』(前注38)273頁。末弘は、「類推」を言い換えて「借用的妥當」と記している(『民法雜記帳』298頁)。なお、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』(前注26)103頁も参照。ただし末弘は、民法92条の「事実たる慣習」を社会的規範=広義の「法律」としつつ、特に法律行為解釈のための基準とされたものと断っている(本稿前注50参照)。つまり末弘は、92条の「事実たる慣習」を、「法例第二條」(現行・法の適用に関する通則法3条)によって慣習法として裁可されたものと一応区別している。そのように区別しながら、あくまで「慣習という同一の範疇」で括っているわけである。この点、たとえば末弘・前掲「講義「法社会学」」(前注20)120頁では、「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」と記されている。かかる「同一化」を、「慣習法論史」の観点から批判するものとして、児玉寛「慣習論」内田貴=大村敦志(編)『民法の争点』(2007年)64頁参照。

79 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」(前注67)同『民法雜記帳』(前注38)282-283頁註5及び同『民法雜記帳(上)・第2版』(前注38)263頁註5。なお、末弘における「判例の法源性」理解については、川島・前掲論文「末弘厳太郎先生の法学理論」(前注62)341頁以下も参照。

80 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」(前注67)同『民法雜記帳』(前注38)298頁及び同『民法雜記帳(上)・第2版』(前注38)275頁。

81 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」(前注67)同『民法雜記帳』(前注38)299頁及び同『民法雜記帳(上)・第2版』(前注38)275頁。ちなみに、末弘『民法雜記帳』286頁及び『第2版』266頁では「一定の典型的社會關係」というタームが、そして同「法律解釋に於ける理論と政策」(1930年〔昭和5年〕)同『民法雜考』(1932年)23頁では「定型社會關係」というタームが用いられ、

様々であり、異別の＜個体＞である。だからその限りで「判例」は、その都度「法律規範」を「当該事件にのみ適用」されるべきものとして「創造」する⁸²。その際に「種類を同じうする他の社会関係」（定型的社会関係）につき裁判を行う場合には、先行する判例が「類推」され、よってその結果として「判例法」が形成される。これは「司法政策」上、「法的安全の保持」が要請するところのものにほかならない。それゆえ、その場合「法例第二條」などの「實定法的根拠」がなくても「解釋法学上當然の原理」として、社会的定型性をもつ事案への「類推」が承認される⁸³。なお末弘は、彼の説く「判例法」に関して、次の諸原則が想定されるという⁸⁴。すなわち①「判例法」は「司法政策」上の「法的安全の保持」を目的とす

ゝている。このような末弘の「定型」的思考は、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）93頁が指摘する「類型論的考察」と相通じるものである（この点、本稿前注51も参照）。磯村によれば、この類型的考察はそれ自体「社会学的考察」の帰結であり、それが「国家法規の類型論的確定」に際して「歴史的方法」と連結するとき、「法の欠缺」を充填するための「規範創造」が獲得される。それは同時に、末弘とエールリッヒとの「歴史的解释」における共通性の析出という課題を投げかけるものでもある。この点、磯村は、末弘の「法的伝統」の重視（末弘「労働法の解釈と法的伝統」年報労働法Ⅰ〔1951年〕1頁以下）を、彼の「歴史的解释」と結びつけている。磯村・前掲書94-95頁参照。ただし、戦前・戦中の末弘に限って言えば、この点、慎重な判断を要すると考える。本稿続編で検討を予定している。

82 末弘・前掲「解釋法学に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）298-299頁及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）275頁。

83 末弘・前掲「解釋法学に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）299頁及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）275頁。なお「類推」が、いわゆる「法律解釈」ではなく「法律規範創造」である点を指摘するのは、瀬川・前掲「民法の解釈」（前注33末尾）8頁である。その場合、類推による欠缺補充が「法」に内在的な価値の「評価的作業」に相当するものであるかどうか、改めて問われるだろう（これを肯定する場合には、類推は広義の「法の解釈」に組み込まれる）。磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同（編）『現代法学講義』（1978年）85頁以下、特に103-104頁、広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』（1997年）40頁以下及び80-81頁を参照。

84 末弘・前掲「解釋法学に於ける法源論」（前注67）同『民法雑記帳』（前注38）300頁及び同『民法雑記帳（上）・第2版』（前注38）276頁。

るところ、当該政策上「法的正義の要求」に従うことがより「合目的的なり」と考えられる場合には、それが優先する。また②「一回の判決も判例法を創成するに足りる」。さらに③「下級裁判所」の判決であっても「判例法」たりうる。この点、①については司法政策上の「合目的性」の判断基準が、②については「一回の判決」の「判例法」性が、③については「下級裁判所」判決の「法源性」が、それぞれ一般的テーゼとして語られるのみであって、そのための具体的な手がかりは示されていない⁸⁵。また、末弘の「判例法」主義が「法律に依る裁判」の原則や「三権分立」の原理に反するのではないか、という問題への回答も依然残されたままである⁸⁶。この点、末弘の構想からすれば、「判例法」の位置づけは——そもそも

85 特に③の「下級裁判所」判決の「判例法」性については、末弘はあくまで「大審院」判決の「法的安全の保持」という観点から、「(大審院が)判例法の全般的動きに注目する責任」を負う、という文脈で論じている。末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」(前注67)同『民法雜記帳』(前注38)300-301頁及び同『民法雜記帳(上)・第2版』(前注38)276-277頁。その際に末弘は、当時の「裁判所構成法第四十九條」(現行裁判所法10条)を援用している。つまり大審院判決のみがその範囲で「先例拘束性」をもつにすぎない。それゆえ、「下級裁判所」判決がそれ自体として、先例拘束的性格(当時の「裁判所構成法第四十九條」及び現行裁判所法10条の枠内で承認されるべきもの)を直ちには保持しえない。このことは末弘も承認するところである。たとえば末弘は、前掲頁で「上級裁判所」(特に「大審院」)が「下級審判決」を「破毀」しうべき権限をもつこと当然としながら、それが単なる学理的な批判にとどまることを指して「大審院の最も愼まねばならない事柄」として挙げるにすぎないからである。したがって「下級裁判所」判決の「判例法性」は、いわば「言葉のあや」と言えよう。なお、①の例外的「正義」優越論＝裁判官の任務としての「客觀的に存在する正しい法」の認識論、及び②の「一回の判決」の「判例法性」については、末弘「判例の法源性と判例の研究」(1941年〔昭和16年〕)同『民法雜記帳(上)・第2版』31-33頁に同様の指摘がある。対するに、そこでは③「下級裁判所」判決の判例法性には言及がない。

86 瀬川・前掲「民法の解釈」(前注33末尾)5-6頁が、末弘の文脈に即してその回答のための指針を与えている。とはいえ瀬川論文は、「その根拠は説明していない」と留保も示している(「法律規範」が、その想定する「定型的社会關係」に即して裁判官を「羈束する」という場合の「根拠」を問うている)。

「法律規範」が元来「一定の典型的社會關係」を想定しており、それ自体「社會」の内部から「生ける法」として産出されるべきものであったように⁸⁷、それゆえ慣習法は「法例第二條」の適用を通じて、そしてそれ以外の社会慣行はその「類推」を通じて国家的「法律規範」（法源）となりえたように⁸⁸——「判例法」も、当該判決の「具體的社會關係」の事実認定を踏まえたところの、社会的定型性をもつ先行判決の「類推」という思考作業によって初めて、「國家的に妥當するか」の当否が決められた⁸⁹。こうして、「解釋法學」上の「法源の問題」を理解する鍵は、「解釋法學がすべていづれかの國の政治に奉仕することを目的とする實用科學」⁹⁰であることの承認如何に求められたわけである⁹¹。かくてその後、末弘法学にお

87 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』（前注38）286頁及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）266頁。また、末弘の「事實そのものに固有する客觀性が裁判官の認定作用に限界を與へる」という觀點（『法學入門』（前注37）136頁・同旨『法学入門・第2版』（前注37）102頁）は、「事實そのものに固有する客觀性」、言い換えれば社会において「生ける法」として通用している事実を裁判官がその責務として「発見」すべきことを意味している。

88 本稿前注77とそれに対応する本文を参照。

89 本稿前注81とそれに対応する本文を参照。

90 この点で末弘の「實用法學」論は、伝統的な法解釈学の枠内にあった。たとえば磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）113頁注14が、そのことを指摘している。ただし末弘は、「過去の事件が法律上いかに取り扱われたかを知るによって、将来の事件がいかに取り扱われるべきかを知る。これこそ実用法学最大の任務」とも言っている。末弘「判例の法源性と判例の研究」（前注85）同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）40頁。この後者の觀點が、川島武宜（1909-1992年）の「裁判の予見可能性」論によって継承され、展開されることになる。たとえば川島「判例研究の方法」（1964年）同『川島武宜著作集五巻・法律学1』（1982年）128頁以下、特に133頁。この点、本稿後注97も参照。

91 末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」（前注67）同『民法雜記帳』（前注38）289頁及び同『民法雜記帳（上）・第2版』（前注38）268頁。この点、末弘が「國家と新附領土占領地等に於ける在來の法規との關係」を取り上げるのも、「政策的の問題」及び「政治的事情」を「解釋法學」の一種の決定因子とみるからである。末弘・前掲「解釋法學に於ける法源論」同『民法雜記帳』293頁本文と293-294頁註八及び同『第2版』270頁と271頁註八を参照。このような末弘ノ

ける法の「社會學」と法の「解釋學」的方法が同時並行的に完成をみるに至る⁹²。それは相互拘束的存在でありながら、あくまで前者が後者の基礎となる関係にあった。この点、「法の解釈」を「裁判」と等置しうる限りで、末弘の「法社会学」は、以下のように収斂することになろう。

g) 末弘「法社会学」の帰結——「法解釈学」との関連

末弘によれば、その帰結とはこうである。すなわち「法社会学は、法に関する社会法則の発見を目的とする科学」である。それは、自然科学における「物理学や化学」などの基礎科学（理論科学）が「工学」等の応用科学（実用科学）の前提をなすのと同様に基本的であり、同時にその独自性をもつ。こうして「立法や裁判」は、「法社会学」によって認識されたところの「社会法則」を応用する。その「法の社会法則」は——法解釈学の場合と異なって——「如何に強い政治の力を以てしても逆うことができない」ものとして「あり得べき」であり、またそのように「発見」されるべきものである⁹³。こうして、一方で末弘の「法社会学」は、社会の現実を法的に映し出すスクリーンであり、よって法学者及び裁判官には現実を見るリアリストとしての目が強く要求される⁹⁴。また、その限りでその視野

ゝの構想が戦後の「法社会学論争」で、いわば暗黙のうちに批判されることになった。ただしこれに関する考察は、本稿統編の課題である。

92 たとえば末弘「法律と慣習」法律時報15巻11号（前注56）2頁及び同『民法雑誌（上）・第2版』（前注38）293頁の「社會秩序の力學的構造」論が、その典型である。

93 末弘「私の法社会学」（1951年）同『断腸前後』（前注1）31-32頁を、彼の「傍観者の言葉」（前注1）254頁と併せ参照。なお末弘・前掲「講義「法社会学」（前注20）112頁以下も同旨。

94 この意味でパウンドによる「リアリズム」ないし「現実主義」の観点が重要な役割を演じる。たとえば、パウンド『法社会学』（前注12）50-51頁参照。そこで彼は、リュウエリンの「懷疑的現実主義」の延長線上に登場する「摩擦と不統一」の観点を肯定的に紹介している。この「リアリズム」ないし「現実主義」は、末弘の＜法学的プラグマティズム＞を踏まえる形で、その後、川島武宜

から、一応政治的・政策的要素が切り離され、もって「法学の科学化」が図られなければならない⁹⁵。他方、「法解釈学」は「法学の科学化」の上に立ち、独自の機能をになう。すなわちそれは、常に「法社会学」の成果を応用し、実用化するという課題を背負う。だが、同時に「法解釈学」は、「慣習法」の国家制定法的な裁可基準としての解釈問題を超越、より一般的な形で固有に政治的・政策的要素によって拘束される⁹⁶。つまり、その場合の拘束関係は、法解釈学の国家的妥当性の表現でもあった。また、そのような国家的妥当性の要請を担保しつつ、裁判が社会定型に行われるとき、それは裁判の「予見可能性」をも担保する⁹⁷。この国家的妥当性の

ㄨ (1909-1992) によって法の「経験科学的研究」（「裁判における判断」と「経験科学の構成概念たる“decision-making process”との連結）として継承された。さしあたり、川島・前掲「末弘厳太郎先生の法学理論」（前注62）330頁以下、特に356頁以下、及び同「法律学と法社会学——相互反撥と相互受容」（1972年）・同『川島武宜著作集第六巻・法律学2』（1982年）232頁以下、特に238頁以下を参照。

95 末弘は、法社会学の「目的」をもっぱら「法学の科学化」に置いている。その「科学化」を確保するための思考枠組みは、およそ以下のようである。①ルネッサンス以降の「個人単位の人間社会」は「法の科学化」の出発点であったが、それは「素朴な仮説」にとどまった。②その「仮説」には「客観的事実に基くデータ」による「修正」が施されるべきところ、それがなされないまま「[国家]が[神]に代わって法の権威に基礎付けをする役目」を引き受けるに至った。③こうして「法の問題が権威主義的に考えられる」ように「逆戻り」をした。つまり「一旦初まった法学の科学化」は「中断」された。④明治以後の日本は、この「逆戻り」した「権威主義の法思想」をそのまま「継受」し、「国家」の代わりに「天皇=神」を置き換えた。したがって「法学」が「権威主義に捉われて科学化しないのは当然」であった。末弘「私の法社会学」（前注93）同『断腸前後』（前注1）3536頁。

96 前注90に出てくる引用文参照。そこで示される「國の政治に奉仕することを目的とする實用科學」としての「解釋法學」の意義とその実体が改めて問われよう。なお、戦後末弘は、「國の政治に奉仕する」という法解釈学に固有な観点を、「立法学」の機能へと移し替えたように思われる。そして、「法解釈学」そのものの機能としては、「法の社会統制力（social control）」の方に比重を置いたと考える。末弘・前掲「講義「法社会学」」（前注20）126-127頁。

97 なお、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注26）113-114頁注4は、ノ

要求が裁判官の判断ないし「判例法」を通じて実現していくとき、あるいはそれが裁判の「予見可能性」の要求と接合するとき、いかなる法解釈学方法論を帰結することになるのか。果たしてそれに問題はないのか。あるとしてその理由は何か⁹⁸。これは、今なお残された課題であり続けているように思われる⁹⁹。

ともあれ、この末弘厳太郎の「法社会学」に大きな影響を与えたエールリッヒの学説はどうであったか。次号ではそれを考察する。

(未完)

ㄨ 末弘の「実用法学観」を「全体としては伝統的法律学の立場」に立つとした上で（本稿前注90も参照）、「極力その構造の合理化・科学化をはかる」ものと捉えている。その限りで「予見的法律学」の位置づけは相対的に低いものとされる。なお、「予見的法律学」ないし「将来の裁判を予見する判例研究」に関する末弘の川島「判例研究の方法」（前注90）への影響については、瀬川・前掲「民法の解釈」（前注33末尾）38-39頁を参照。

98 たとえば、いわゆる予見法学（それに基づく経験主義的裁判論）への批判として、甲斐道太郎「民事判例研究の意義と方法」同『新版・法の解釈と実践』（1980年）145頁以下、特に157頁、及び原島重義「『経験科学』的判例研究方法論の問題点」（同「軍事基地用地の『賃貸借』と民法規範」〔1966年〕）・同『市民法の理論』（2011年）300頁以下及び307頁がある。そこでは、経験的裁判論＝予見法学による「裁判」に対する批判の欠如（甲斐）、あるいは「便宜主義的・目的技術的な裁判」への抵抗力・免疫力の欠如（原島）が指摘されている。この問題は、末弘から川島へと至る法的思考の流れを、我妻から今日の利益衡（考）量論への流れをも踏まえつつ、いかに評価するかという論点ともども、今後引き続き検討されるべき課題である。

99 この点、最近の平井宜雄「議論」論の考察をも踏まえて展開されている瀬川・前掲「民法の解釈」（前注33末尾）99頁は、次のように問題を提起している。すなわち「今後、法解釈の方法の検討は、いかなる法解釈のいかなる側面・作業過程を論じているかに、まず十分注意するものでなければならない。それによって、方法論の課題、歴史観、法価値論の問題を、事柄に即して検討することができるように思われる。」と。本稿でも十分に留意すべき観点である。