

「法社会学論争」の教訓（十三）

——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

(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、龍谷法学53巻1号）

4. エールリッヒ「法社会学」の基本的性格

- a) 生ける法と実用的法概念
- b) 慣習法
- c) 裁判規範
- d) 法解釈学の方法

5. 若干の整理

（以上、本号）

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〕 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

〔補論〕末弘「法社会学」とエールリッヒ「法社会学」との関係(続き)

4. エールリッヒ「法社会学」の基本的性格

ここでは、まずエールリッヒ(1862-1922年)の『法社会学の基礎づけ』(Grundlegung der Soziologie des Rechts)¹を主な素材に、彼の「法社会学」の基本的性格を素描する²。

1 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, Unveränderter Nachdruck 1967. 邦訳として、エールリッヒ(河上倫逸=M. フーブリヒト〔共訳〕)『法社会学の基礎理論』(1984年)がある。本稿はそれを参照しつつ、多くの箇所独自に訳出している。よって引用は基本的に原書のみで行う。——たとえばVolkは、上記訳書ではサヴィニー、プフタの場合に「民族」と訳出されているところ、本稿では「フォルク」とした。またRechtseinrichtungenも「法制度」ではなく、「法的諸制度」とした。あるいは、Rechtssatzについては、単に「法規」としたり、あるいは「法規(広義)」とか「法規ないし法規則」・「法的原則」などと訳し分けている(エールリッヒによるRechtssatzの用法については、Ehrlich, a. a. O., S. 138 ff.)。なお、エールリッヒの「経歴と業績」を概観するものとして、さしあたり平野義太郎「エールリッヒ(二)」法律時報10巻2号(1938年)27頁以下、磯村哲「エールリッヒ」木村龜二(編)『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)『近代・近世ヨーロッパの法学者たち』(2008年)379頁以下を参照。

2 エールリッヒの法社会学については、磯村哲「エールリッヒ法社会学の体系的構造」『社会法学の展開と構造』(1975年)161頁以下に優れた研究がある。本稿の考察もこれに負うところが大きい。

a) 生ける法と実用的法概念

エールリッヒは、徹底的に国家的法観を斥け、法の源泉を「社会」に求めた。よって彼は「法発展の力点」(der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung)を、立法・法学・司法ではなく、端的に「社会それ自身」(Gesellschaft selbst)に置いたのである³。その際、いわゆる「生ける法」⁴(das lebende Recht) = 「社会的法規範」は、「組織形態であるところの法規範」(die Rechtsnormen, die Organisationsformen sind)とされ、「裁判規範」(die Entscheidungsnormen)と区別された⁵。こうして

3 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), Vorrede. この点、彼の次の一文を参照。——「近代の社会科学即ちゾチオロジーは法を以て社会の機能だと見る。社会科学は法規を単に法規として研究するに満足しないで法全体を社会との関連に於て観察し又法規を社会関係の内に組入れ様とする。それには社会組織の全体に渉る成る可く精確な智識を要する。」エールリッヒ（高柳賢三・訳）「法律社会学」法学協会雑誌40巻1号（1922年）1頁以下、特に38頁。なお、平野義太郎「エールリッヒ（一）」法律時報10巻1号（1938年）27頁以下、特に30頁も参照。

4 エールリッヒにおける「生ける法」の位置づけについては、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注2）189頁以下参照。なおエールリッヒは、その著書のいたるところで「生ける法」という用語を使っている。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 65-66, S. 100, S. 393 ff. passim. そして、同時にこれは「生ける法の探求」という観点からの、彼の「法社会学の方法」におけるキーワードであった。この点、「法」の本質論における国家的裁可（Sanktionierung）の基準性をめぐっては、周知の論議があるところ（これは「法社会学論争」における争点の一つでもあった）、エールリッヒが「生ける法」の論証を通じ、前国家的な観点から「人間の行動を事実上支配し、社会を秩序づけ組織化している規範」（磯村・前掲書235頁）を発見したことの意義は大きい。これは、彼の「社会秩序による法の制約」(Bedingtheit des Rechts durch die Gesellschaftsordnung, Ehrlich, a. a. O., S. 384)の意義と限界を問うことでもある。

5 Ehrlich, Grundlegung (Fn.1), S. 18. その箇所でエールリッヒは、すでに1903年の講演録『自由なる法発見と自由法学』で「組織形態」と「裁判規範」の区別を初めて主張した、と述べている。たとえば、石川真人・訳「エールリッヒ『自由なる法発見と自由法学』」北大法学39巻1号（1988年）153頁以下、特に164頁。なおエールリッヒは、上記講演録で、その「区別」を、「裁判規範と組織形態の分裂」(Zwiespalt zwischen Entscheidungsnorm und Organisationsform)と言いつけている。Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903, ders., Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenfor-

組織された社会及びその内部で秩序づけられた諸団体（市町村＝ゲマインデ、宗教団体、政党団体、農業・手工業・工業上の諸団体、職業組合など）の存在が、「生ける法」にその根拠を与えた⁶。「生ける法」は、第一次的に「純粋な認識のため」の「事実を取り扱う法」によって把握され、考察されるべきものであった⁷。対するに、とりわけ19世紀後半のドイツ「実用法学」＝「実用的理論」は、もっぱら「裁判官の法適用」（die richterliche Rechtsanwendung）に奉仕するものとされた⁸。その「法適用」は、そのまま「制定法の適用」であった⁹。よってそのような支配的傾向の下では、国家の制定法とその立法者意思が決定的意味をもつのであり、「国家外の法に関する関心は全く見られない」¹⁰。エールリッヒによれば、このような支配的法律学（実用的法学理論）の傾向は、少なくともサヴィニー¹¹（Savigny）やプフタ¹²（Puchta）の歴史法学とその立場を異にするものであった。

↘ schung und zur Freirechtslehre, 1967, S. 170 ff., bes. S.179.

6 そのような観点からエールリッヒは、社会ないし団体の「内部秩序」のあり様について氏族社会以来の歴史的考察をしている。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 20 ff.

7 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 1.

8 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 5. それゆえ、エールリッヒが「実用法学」（praktische Jurisprudenz）という場合、それはいわゆる概念法学的側面を併せもっている。

9 エールリッヒは、裁判官の実務のみならず、法学者たちによる「研究、著作、教育」もまた、「制定法以外の法を全く知らない」という。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 9.

10 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S.13.

11 サヴィニー(1779-1861)については、さしあたり世良晃四郎「サヴィニー」木村（編）・前掲書『近代法思想史の人々』（前注1）44頁以下。なお、シュレーダー（笹倉秀夫・訳）「サヴィニーの専門家教説（Spezialistendogma）」と「社会学的」法学」同（石部雅亮・編訳）『ドイツ近現代法学への歩み』（2017年）197頁以下も参照。

12 プフタ(1798-1846)については、たとえば松尾弘「ゲオルグ・フリードリッヒ・プフタ」勝田＝山内（編著）・前掲書『近世・近代ヨーロッパの法学者たち』（前注1）309頁以下。さらに、シュレーダー・前掲「『社会学的』法学」（前注11）199頁以下も参照。

すなわち、サヴィニーやプフタによって「国家」の「外」での法の「創出」が認められ、「予感的」にはあれ「純粋に認識にのみ奉仕する法学という思想」（Gedanken einer bloß der Erkenntnis dienenden Rechtswissenschaft）が肯定されたにもかかわらず、ドイツの支配的傾向はそれを無視するものであった¹³。なかでも歴史法学のエビゴネンたちは、「人間の精神の偉大な業績」であるところの「慣習法に関するサヴィニーやプフタの理論」を理解せず、これをやり過ごした¹⁴。その結果、19世紀後半の支配的な「実用法学」（die praktische Jurisprudenz）は、「社会的に現象するもの」（die gesellschaftliche Erscheinung）としての「法」（ないし「慣習法」）を把握しえなかった¹⁵。その把握を可能にするためには、「法律学は法社会学の成果を基礎としてせねばならぬ」¹⁶。そして、このように「法社会学の成果」を通じて把握された「法」は——「慣習法」を含めたところの——「実体法」を形成するのであり、それは——「法規」ないし「法規則」（Rechtssätze）という形を纏うことがなくとも——すでに「訴訟法」以前にあったのである¹⁷。それではエールリッヒは「慣習法」をいかに捉えたであろうか。次に、この問題を考察してみよう。

13 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 12.

14 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 13.

15 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 19. その箇所でエールリッヒは、「実用法学」に対立するものとしての「本来の法学」（die eigentliche Rechtswissenschaft）を、「理論的社会学」ないしゾチオロギーの一部、つまりは「法の社会学」（die Soziologie des Rechts）と規定している。

16 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 163-164.

17 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 29. 言い換えれば「法規範」（Rechtsnorm）は、「法規」ないし「法的原則」（Rechtssätze）と区別されるべきであり、かつ前者が後者に先行する。なぜなら「法規範」が「法規」の外で、あらかじめ「組織の内部秩序」を決定づけているからである。

b) 慣習法

エールリッヒの慣習法論は、ローマ法の歴史的研究から開始される。そもそもそれは、「法」とは何かという問題意識を踏まえたものであった。エールリッヒによれば、国家に由来する法が *ius publicum* であるのに対し、非国家的な法はおよそ *ius privatum* の範疇で捉えられた¹⁸。そして、このうち「非国家的な法源に基づいている法」が「ローマの慣習法」であり、それが裁判手続（*Gerichtsverfahren*）において機能する場合に「ローマの法曹法」となった¹⁹。それは同時に「市民法 *ius civile*」であつたし、「法曹法」を通じて「法律学」（*jurisprudentia*, *Jurisprudenz*）をも代表していたのである²⁰。そのようにして「慣習法」は、広くローマ市民法の骨格を形成した²¹。キケロ（*Cicero*）によれば、制定法（*leges*）もまた「慣習法の制定化されたもの *leges de iure civili*」とされた²²。こうし

18 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 352. なお、エールリッヒの「慣習法」及び「法源理論」については、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注2）175頁以下も参照。

19 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 353.

20 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 355. こうして、法曹法（*Juristenrecht*）においては、裁判規範の形成を基軸とした裁判官と法学者の協働があつたところ、その協働の基礎には民衆の意識があつたのであり、それゆえ民衆による慣習は裁判規範を通じて「慣習法」に高まりローマ的な「市民法」となりえたのである（その限りで、法曹法は裁判官法及び学説法と相補的關係に立つ）。なお法曹法と国家法の対立的側面について、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注2）218頁参照。この点、近代国家において裁判官が司法官僚化し、裁判官法を通じた法外在的な権威主義化のためのトレーガーとなりうることの問題性は、別途検討されるべきである。

21 古典期ローマ法では、文字通り「ローマ市民」の慣習法が問題となったが、古典期以降は「諸々のフォルクの構成員」も広く「ローマ市民」となった。それに応じて、そもそも慣習法（*ius civile*）とは異なる別のフォルクの慣習（*consuetudo*）であっても、「長期にわたる慣習は認められるべきである」（*quae longa consuetudine comprobata sunt*）という観点から明示的に拘束力が付与された（*ausdrücklich für verbindlich*）。Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 357.

22 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn.1), S. 353. なお、エールリッヒとキケロについては、石川真人「事実問題と法（律）問題——エールリッヒとキケロ」日本法

て慣習法は制定法の前にありながら、司法＝裁判を介して「法曹法」となり、あるいは立法行為を通じ「制定法」となる²³。

「サヴィニー・プフタ」の慣習法論²⁴は——多少の相違点を無視するなら——上記ローマ慣習法論²⁵を当時のドイツ法（後期普通法）に応用したものであった。エールリッヒによれば、「サヴィニー・プフタ」の独自性は「発展という観念」（die Vorstellung der Entwicklung）を「法源論」に導入し、「フォルクの全歴史と法発展との関連を明確に認識した」（den Zusammenhang der Rechtsentwicklung mit der ganzen Geschichte des Volkes klar erkannt haben）という点にある²⁶。彼らにとって肝心なことは「法の発展が、（フォルクの）法意識の中で直接的に生起する」という観点であった²⁷。それゆえフォルクの「慣習」（die Gewohnheit）は——いわば「地表に現れた若芽」（der Trieb, der an die Oberfläche dringt）

ゝ、社会学会（編）「法の解釈と法社会学」法社会学45号（1993年）229頁以下がある。

23 このようにローマ慣習法は、市民によって形成される法（ius civile）であることが前提となっており、それが司法ないし立法を媒介に「法」＝「法源」となる。そのような観点から、エールリッヒは「慣習法」を「慣行」（mores）や「慣習」（consuetudo）と区別している。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 356. なお、石川真人「法曹法の歴史的基礎づけ——エールリッヒの法源論」北大法学論集41巻3号1頁以下、4号1以下（いずれも1991年）を参照。

24 エールリッヒは、「サヴィニーがプフタによって確立された慣習法の理論の真の創始者」としながら（Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 360.）、基本的に両者の見解を同一視している。たとえば、「特に慣習法の分野」では「サヴィニーとプフタは、二人を完全に一体のものとして（ganz wohl als Einheit）取り扱うことができる」という。Ehrlich, Grundlegung S. 357-358. よって、本稿の以下の記述では、慣習法論に限定して「サヴィニー・プフタ」という表記を用いる。

25 ローマ慣習法論については、児玉寛「覚書・ローマ慣習法論——法源理論再考・第一」大阪市立大学法学雑誌38巻3＝4号（1992年）137頁以下が、戦前・戦後のドイツの代表的学説を踏まえ、ローマ慣習法論と現代ドイツ民法学におけるそれとの連続性を考察している。

26 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 358. このサヴィニー及びプフタにおける「法の発展」観念の「法源理論」への導入については、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注2）183-184頁参照。

27 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 358.

であって——それが直ちに「法を創る」のではなく、単に法をしてそれ（「慣習」）を認識せしめるに過ぎない（sie [= Gewohnheit] läßt es [= Recht] nur erkennen）²⁸。こうして「サヴィニー・プフタ」は、慣習法の「法源」を「フォルクの一般的な法的確信」（die allgemeine Rechtsüberzeugung des Volkes）に求めた²⁹。このように、フォルクの法意識に服属する形で「制定法」、「法曹法」さらに「学識法」³⁰ という個別の＜法源＞が把握された³¹。たとえば法源の典型とされる「制定法」も、あくまで「フォルクの法」（Volksrecht）を明確化するためにのみ奉仕するものとされ、よって制定法は「フォルクの法の機関」（das Organ des Volksrechts）として位置づけられるに至る³²。その根底にあったのは、上記の「発展思想」（Entwicklungsgedanken）であり、「サヴィニー・プフタ」

28 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 358-359.

29 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 359.

30 「サヴィニー・プフタ」にとっては、「法律学」（die juristische Wissenschaft）も法源（「第三の法源」）とされている。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 360. ただし法律学が「国民的法意識」（das nationale Rechtsbewußtsein）を表現していることを、その条件としている。

31 「サヴィニー・プフタ」は、第一次的な法源としてフォルクの法意識ないしフォルクの精神を捉え、制定法、法曹法、学問法をそれに従属するものと位置づける。よって「慣習法」の法源が「フォルクの一般的な法的確信」であるとされる限り、それは第一次的法源に準じたものとなる。それゆえ「制定法」も、その大部分は「ずっと以前から民族の中で妥当してきた慣習の表現」（Ausdruck eines längst unter dem Volke vorhandenen Herkommens）とされる。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 361. さらに「制定法と法曹法とはフォルクの確信という同一の苗から生じてきた芽」という記述も参考にされてよい。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 360.

32 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 359. そのようなサヴィニー・プフタ的「制定法」論の延長線上に、「制定法」はなお社会のうちに立脚しており、よって「制定法」は国家そのものから由来する「国家法」とは異なるというエールリッヒに独自の見解が登場する。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 110. この点、すでに1903年の講演録で同じことが主張されている。石川（訳）・前掲「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」（前注5）164-165頁。Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 180.

は、それを法学に、つまりは法の社会的理論に導入することに成功したのである³³。こうして、歴史法学派を代表する「サヴィニー・プフタ」がその「慣習法論」によって、「社会の中で法を創造する力」（die rechtserzeugenden Kräfte in der Gesellschaft）の重要性を明らかにしたことに最大の注目が払われなければならない³⁴。

上記のように、エールリッヒは「サヴィニー・プフタ」の「慣習法論」を高く評価しながら、およそ以下の点を批判している。すなわち①「サヴィニー＝プフタ」は、その「慣習法論」において「行為規範」が第一次的に存在し、「裁判規範」は第二次的な存在であるという理解を可能にした。とはいえ、この両者の関係を「サヴィニー・プフタ」が明確に把握していたわけではない³⁵。加えて、②「サヴィニー・プフタ」による「慣習法」の実例把握における一面性（行為規範的例示への偏向）、③法的な諸制度³⁶（Rechtseinrichtungen）と「法規」ないし「法命題」（Rechtssätze）との区別の不明確さ³⁷、及び④フォルクの法意識から形成される法規

33 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 361.

34 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 361.

35 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 365. この点、エールリッヒは「法曹法」の場合には第一次的に「裁判規範」が問題とされることが多いし、その傾向は「制定法」にも見られる、とする。Ehrlich, Grundlegung, a. a. O., S.

36 なお、河上＝フープリヒト・訳（前注1）は、その449頁及び457頁などで、Rechtseinrichtungenを「法制度」と訳している。この点、Rechtsinstitutとの関係で問題を生じるかも知れない。たとえば、児玉寛「サヴィニーの＜法制度論＞——理論と実践の架橋」村上淳一（編）『法律家の歴史的素養』（2003年）29頁以下。なお、後注37も参照。

37 ただしサヴィニーの立場に即して言えば——その「法制度」をRechtsinstitutと捉える限り——それが「普遍としての法」に含まれている点を重視する児玉・前掲「サヴィニーの＜法制度論＞」（前注36）からの批判が想定されよう。特に43頁を参照。その箇所では児玉論文は、サヴィニーのVolksrecht理解を基点に、一方で「生活関係に含まれる法関係」を学問の媒介によって「法制度」へと構成する視点と、他方で「生活関係として現れた事案を法制度を媒介にして法関係へと分節化」する作業＝「法適用」への視点との、法制度のもつ二重の機能を析出しようとする。

が「裁判所によって承認され適用された法へ転入していく事実」の考察方法の弱さ（「発展思想」の不貫徹）、あるいは⑤「本来的な法創造をなすための法律方法論」の未形成などを批判している³⁸。エールリッヒによれば、「サヴィニー・プフタ」の骨格を継承しながら、上記の批判点を克服したのがゲルマニストのベーゼラー³⁹（Beseler）であった。エールリッヒは、ベーゼラーにおいて「フォルクの法」が「民衆法」と等置されることを踏まえ、ベーゼラーの見解を以下のように要約する。すなわち、もはや「民衆法と法曹法に関する理論を確立することで満足せず」、さらに直接的に「自然科学のやり方に倣って」、「観察という方法」によって「民衆法に関する知識を得ることができるような方法を探求する」という仕方で、ベーゼラーは「サヴィニーやプフタをはるかに凌駕した」のである、と⁴⁰。こうしてエールリッヒは、ベーゼラーの方法を高く評価しつつ、その延長線上にフランスの社会学的法学の第一人者ジェニー⁴¹（Gény）の見解＝「自由な科学的探求」の方法を位置づける⁴²。かくしてエールリッヒの

38 それぞれにつき以下の箇所を参照。Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 365-366, S. 368 und S. 369, S. 372. ただし、このようなエールリッヒによる「サヴィニー・プフタ」への批判の仕方については、その正当性如何が別途考察される必要がある。

39 ベーゼラー(1809-1888)については、矢崎光圀「ゲオルク・ベーゼラー」クラインハイヤー＝シュレーダー(編)小林孝輔(監訳)『ドイツ法学者事典』(1983年)22頁以下。Gerd Kleinheyer＝Jan Schröder (Hrsg.), *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Auflage, 1996, S. 52 ff (Schröder).

40 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 375. ただし、この点シュレーダー・前掲「社会学的」法学」同・前掲書(前注11)211頁注47の留保を参照。シュレーダーは、サヴィニー及びプフタにおいて——「観察」(Beobachtung)というタームを用いたか否かにかかわらず——すでに「観察による法の探求」が行われていたという。

41 ジェニー(1861-1959)については、野田良之「ジェニー」木村(編)・前掲『近代法思想史の人々』(前注11)34頁以下。

42 Ehrlich, *Grundlegung* (Fn. 1), S. 379, 河上＝フーブリヒト・訳(前注1)463頁。後者の翻訳では「自由な学問研究 (libre recherche scientifique)」とされているが、ここでは「自由な科学的探求」と訳した。たとえば野田・前掲「ジェー

「慣習法論」は、社会学的法学（die soziologische Rechtswissenschaft）の立場から、広義の慣習法と狭義のそれとを対比的に位置づけるに至る。すなわち慣習法論が広義に解される場合、たとえば①「国家から独立して社会に成立する法的諸制度」や、②「著述家・教師・裁判官としての法曹の活動を通じて成立した法命題ないし法規」等が慣習法に含まれるかどうか検討されるべきことになる⁴³。しかしながら、結論としてエールリッヒは、そのような広義の慣習法理解を否定する⁴⁴。むしろ、狭義の「慣習法」論が社会学的法学に適合するという。それはどういう場合か。エールリッヒは「法曹法」を基準にして、こう言っている。すなわち、「法曹法」生成期の独特な不安定さから免れ、裁判官にとってその法曹法の準則（eine Regel des Juristenrechts）から外れることができないという一般的な認識が賦与されるに至った場合、初めて「慣習法」が承認される、と⁴⁵。この場合、裁判官が依拠する法曹法の準則は「裁判規範」として位置づけられる。同時にエールリッヒは、「慣習」（「生ける法」）を「法」（「国家法」）として裁可する権限（末弘的に言い換えれば「国家的妥当性」にかかる判断）を裁判官に柔軟に与える観点から、自由法学的なアプローチを採用したように思われる。ともあれ、エールリッヒは、この「裁判規範」をどう捉えたのだろうか。

c) 裁判規範

エールリッヒにとって「裁判所が国家の機関としてではなく社会の機関

ゝニー」（前注41）40頁参照。

43 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 379-380.

44 その理由としてエールリッヒは、①②がそれぞれ「全く異なった学問分野」に属しており、それらを混同することになるからだという。ただし、それ以上立ち入っていない。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 380.

45 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 380. その箇所ではエールリッヒは、典型例として「制定法に反する判決が継続性をもつこと」（die ständige Rechtsprechung gegen das Gesetz）を挙げている。

として成立した」⁴⁶ ように、裁判規範も社会的な「諸団体の内部秩序」(die innere Ordnung in den Verbänden) によって規定されるものであった⁴⁷。そもそも「国家」それ自体が「社会の機関」であった⁴⁸。しかるに他方、現在の裁判規範において国家的・高権的要素を無視することはできない。すなわち「現にわれわれの社会では誰もがまずは国家に所属」しており、さらに「さまざまな共同体」を含め「全ての組織は国家の支配下に置かれている」からである⁴⁹。とはいえ、すべての紛争が制定法規で処理されるわけではない。「国家の裁判所においても、なお法外的な規範が大きな役割を演じている」ということに変わりない⁵⁰。こうして「法外的」な、つまりは社会内部で独自に形成される「生ける法」が、転じて裁判規範となることがある⁵¹。こうしてエールリッヒは、認識レベルで裁判規範

46 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 97.

47 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 98.

48 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 120. このことを、エールリッヒは「社会なしの国家は存在しない」と言い換えている (Grundlegung, S. 123)。だから彼は、「制定法」が国家と無関係に社会の中で生ずることがあるという (本稿前注32参照)。たとえば、制定法の原初的形態を「契約」ないし「誓約」に求めることができる、とする (Grundlegung, S. 118)。それゆえか、エールリッヒがモンテスキューを「社会的な力」ないし「人間の意思」という文脈で評価する箇所では、彼は「社会契約説」的な国家論 (いわゆる 立憲主義国家) を論ずる (Grundlegung, S. 123)。とはいえ、エールリッヒが「国家」を「社会の機関」として普遍化する際に、あくまでコントの「一般的合意」ないしスペンサーの「社会的合意」を前提としているため (Grundlegung, S. 120)、「社会契約」(特にロックやルソー的なそれ) は、きわめて希釈化された形でしか登場しない。この点、後ほど改めて言及する (後注68参照)。ちなみに、川島武宜「法社会学における法の存在構造」(1949年) 同『川島武宜著作集第一巻・法社会学1』(1982年) 114頁以下、特に126頁は、エールリッヒの「市民社会」=「団体」論を批判する。併せて、大津享「法社会学における「国家と法」——オイゲン・エールリッヒを出発とした一試論」東京都立大学法学会雑誌31巻1号 (1990年) 35頁以下も参照。

49 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 102.

50 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 103.

51 エールリッヒによれば、「慣習法」そのものと異なる取引慣行 (Verkehrsgesbrauch) やユーザンス (Usance) が、誠意・信義誠実と相俟って「生ける社

を「組織規範」としての「生ける法」と区別しながら（本稿前注5に対応する本文参照）、同時に「生ける法」を裁判規範の「源泉」として捉えることによって両者の関連づけを図っている。それは、エールリッヒによる法発見＝法創造の根拠となるものでもあった⁵²。あくまで基点は「生ける法」にあり、それを裁判官が「法曹法の準則」とみなす限りで、それは裁判規範に転化しえたと言えよう。この点、エールリッヒは、いわゆる第一次的な「行為規範」もまた、「裁判所」が「それによって判断を下すための人間の行為の規則になる」というのであるから⁵³、その限りで彼は「行為規範」の「裁判規範」への転化を承認している。それでは、かかる裁判規範論を踏まえたエールリッヒの法解釈学方法論はどうであったか。以下では、彼の『法律的論理』⁵⁴を素材に考察してみたい。

d) 法解釈学の方法

エールリッヒは、「法解釈学の方法」を「法律的論理」というキーワードで把握する際、特に歴史的考察方法の重要性を指摘している。すなわち

「社会的な法の源泉」(eine Quelle des lebenden gesellschaftlichen Rechts)となるのであり、それは「裁判規範」ないし「法規」の「新しい源」(neue Quelle)ともなるとされる。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 324.

52 エールリッヒの「法創造」論について、シュレーダー・前掲「『社会学』的法学」(前注11) 231頁注129を参照。そこでシュレーダーは、エールリッヒがあらゆる法発見を必然的に法創造的なものとする立場から、団体の内部秩序によれば裁判規範の承認が否定されるにもかかわらず、なお裁判官がその内部秩序を越えて裁判規範を発見する場合に限り法創造を肯定する立場へとスタンスを変えた、と言っている。シュレーダーは、Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 102の参照を指示する。このようにエールリッヒにあっては、裁判官による「法創造」も限定的ならば、それと一体的な裁判官の「自由な法発見」も限定的である。後者については本稿で後述のところ(d)の⑨⑩)を参照。

53 Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S. 7.

54 Ehrlich, Die juristische Logik, 1918, Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1925, Reprint 1966. その翻訳として、エールリッヒ（河上＝フーブヒト・訳）『法律的論理』（1987年）がある。

「法律的論理は歴史的発展の弁証法（Dialektik der geschichtlichen Entwicklung）の産物」であり、「自己の全歴史を現代の法律学の中に持ち込み」、よって「歴史を生ける現在の部分となしている」（Die juristische Logik ...machen sie [=die Geschichte] so zu einem Stück der lebendigen Gegenwart）⁵⁵。同時に、あくまでエールリッヒは「国家的法観」（die staatliche Rechtsauffassung）を批判し、それに対する社会の優位を主張するのであるから⁵⁶、彼の「法解釈学の方法」も社会学的法学の歴史的把握のうちに求められるべきことになる⁵⁷。その基本的な構造を整理すれば、こう言えよう。

①「国家的法観」は絶対主義（Absolutismus）において絶頂期を迎え、裁判官は国家の「行政官吏」（Verwaltungsbeamter）と化し、いわば国

55 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 5. この点、「弁証法」の捉え方はともかく、また引用のあるなしにかかわらず、エールリッヒがサヴィニーの観点を応用していること明らかである。たとえばシュレーダーは、サヴィニーの「最初の「社会学的」法理論」をエールリッヒが初めて十分に理解した上で評価した、と述べている。クラインハイヤー＝シュレーダー（編）・前掲書（前注39）247頁。Kleinheyer = Schröder, Deutsche und europäische Juristen (Fn. 39), S. 358 (Schröder). この「「社会学的」法理論」の基礎には、過去と現在の歴史性に関するサヴィニーの天才的洞察があった。Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, Vorrede XIV-XV. ちなみに、シュレーダー・前掲「サヴィニーの専門家教説（Spezialistendogma）」と「社会学的」法学」同・前掲書（前注11）217頁は、「歴史法学派と自由法運動」との「緊密な関係」を指摘し、それがサヴィニーとエールリッヒにおいて「もっとも鮮明」に現れるとする。

56 エールリッヒによれば、サヴィニーやプフタの歴史法学がいう「folk」とか「国民」という言葉も「国家との対抗関係における社会」と同義とされる。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 84.

57 その際エールリッヒは、「歴史」（たとえばローマ法から普通法へと至る訴権法の拘束の歴史）を、「われわれ自身の時代の要求」と関連づけるべきであり、よって単に「法史」のためにではなく「現代の法律学を認識するために寄与すべきもの」として位置づける。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 6. この点、本稿前注55のサヴィニーの観点も参照。

家制定法の代言人として「墮落」（Verkommenheit）するに至った⁵⁸。つまり「法規への拘束性」⁵⁹が「（国家）制定法への拘束性」へと転化し、同時に裁判官をして「国家目的に奉仕させる手段」となさしめた（「裁判官の官僚化」）⁶⁰。その萌芽は、すでにローマの訴権法体系にあったのであり、それを継承した近代制定法をもつ国々でも同様の傾向が見られる⁶¹。なお本稿は、この場合の「法規」ないし「国家制定法」を「第一次的裁判規範」と呼ぶことにする。

②これに対し、むしろサヴィニーやプフタは、「法」を「国民社会の歴

58 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 89-90. このような「国家的法観」へのエールリッヒの批判的態度については、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』（前注2）259頁以下も参照。なお、エールリッヒの「行政官史」批判は一種の「官僚主義」批判に通じるものであり、そのことは末弘巖太郎の強い共感を呼びおこすものであったと思われる。この点、さしあたり末弘「役人学三則」（1931年）『末弘著作集Ⅴ・役人学三則』（1980年）5頁以下の観点を参照。

59 エールリッヒによれば「法規」ないし「法的原則」（Rechtssatz）とは、「言語によって表現された、裁判官にとって法的拘束力を有する法規範」（eine in Worte gefaßte, für den Richter verbindliche Rechtsnorm）であるとされる。なるほどそれは、「法律的論理」の国家意思への還元をその帰結としてもつ。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 3. だがそれは、たとえばローマ法上の法律訴訟手続の「法規」がそうであるように、裁判官に自由な利益衡量（freie Interessenabwägung）をも許容する。Ehrlich, Logik, S. 10. その箇所ではエールリッヒは、「法律訴訟手続においても、自由に発見された裁判官の判決は、時代の流れに従って法規という形をとる法曹法となっていく」という。

60 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 91. なおエールリッヒは、「裁判官の官僚化」（Verbeamtung des Richterstandes）をイギリス市民革命による「官僚制国家の萌芽」のうちに求め、その完成を「フランス大革命」による「絶対主義の仕事の完成」に見て取る。Ehrlich, Logik, S. 93-94. なお裁判官の官僚化を批判する点で、末弘も同様であった（前注58参照）。ただし「法解釈学」における「国家目的」の評価の仕方が末弘とエールリッヒとで同じであったかどうか、問題として残る。

61 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 171. その箇所ではエールリッヒは、特にドイツやオーストリアにおいて「絶対主義的傾向」が続き、むしろ「高度化した国家的法観」（die gesteigerte staatliche Rechtsauffassung）に達したと述べる。

史的発展から生じて来たもの」とし⁶²、立法者意思の歴史的解釈を通じて「ドグマーティッシュな法律学は法の歴史と一致する」とみた⁶³。エールリッヒによれば、サヴィニーやプフタにみられる歴史的・社会的考察方法⁶⁴を再び国家的法観のうちに閉じ込めたのは、その弟子たちであった⁶⁵。

③さらにサヴィニーやプフタの「立法者意思」を越えて、自由主義的法観（die liberale Rechtsauffassung）の立場から「制定法を社会的諸力の所産」として捉え、よって立法者意思を「社会的全体意思」（der gesellschaftliche Gesamtwille）と読みかえる可能性が出てくる⁶⁶。そのような観点から「立法資料」（die Materialien des Gesetzes）も「制定法を生み出した社会の状態」（Zustand der Gesellschaft, aus der das Gesetz hervorgegangen ist）を解明するために活用されるのであり、むしろそれにとどまらず「社会的全体意思（der gesellschaftliche Gesamtwille）を明らかにするその他すべての資料も、解釈のため利用される」という理解が可能となる⁶⁷。

④ただし、そのように想定された自由主義的法観に基づく「社会的全体意思」も、その国家性（Staatlichkeit）に即して言えば一個の「擬制」

62 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 84.

63 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 96-97. エールリッヒによれば、サヴィニーやプフタにおいて学問的には国家的法観が克服されようとしていたにもかかわらず、内面的には(innerlich)国家的法観にとらわれたままであったとされる。したがってエールリッヒは、国家的法観への拘束の限度で立法者意思の歴史的探求が行われたとして、サヴィニー・プフタを批判している。本注前掲箇所及びLogik, S. 160も参照。

64 この点、サヴィニーについてはすでに触れた。本稿前注55参照。プフタについては、たとえばペーター・ランダウ（笹倉秀夫・訳）「プフタとアリストテレス——歴史法学派の哲学的基礎および私法学者としてのプフタの方法について」大阪市立大学法学雑誌39巻2号（1993年）99頁以下、特に118頁が、プフタ法学における社会的実証主義及び自由主義的評価基準の採用に言及している。

65 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 84.

66 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 106.

67 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 107.

（Fiktion）にとどまるものとされる点、留意すべきである⁶⁸。対するに「あるがままの事態」（das was ist）を直視する必要がある。エールリッヒによれば、そのようにして初めて社会と個人の相互関係を科学的に把握することが可能となり⁶⁹、よって単なる「法律的論理」から社会と個人を嵌め込んだ「法律学の論理」（Logik der Jurisprudenz）へと展開することが可能となる⁷⁰。エールリッヒの法解釈学の方法にとって、その鍵を握るのが「法律学は法創造を通じて裁判規範へと至る」（Sie [= die Jurisprudenz] gelangt zur Entscheidungsnorm durch Rechtsschöpfung）という観点であった⁷¹。なお本稿は、この「法創造」を通じて獲得される裁

68 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 150-151. このようにエールリッヒは、自由主義的法観が「社会的全体意思」を生み出すとしつつ、それを「擬制」と位置づける（「擬制された社会の意思」）。彼の言う「社会的全体意思」それ自体はあくまで漠然としているが、いわゆる「社会契約」もそれに含まれるはずである。エールリッヒは、わずかにベッカリーア（1738-1794）の刑法学との関連で「社会契約」（contratto sociale）に言及しているが、その内容に立ち入ることをしていない。Ehrlich, Logik, S. 103. エールリッヒにおける「社会契約」につき、前注48も参照。ちなみに、ベッカリーア刑法学における「国家の契約的根拠づけ」（die ver-tragsmäßige Begründung des Staates）の観点については、Kleinheyer = Schröder, Deutsche und europäische Juristen (Fn. 39), S. 466. を参照。

69 エールリッヒは「個人」（Einzelne）を単に消極視するのではない。ただ、それを常に社会と関連づけようとするにすぎない。すなわち「個人は常に社会の一部であり、彼は社会によって形成され、また再び社会に対して反作用を及ぼす存在（である）」とされる。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S.156. 同様の趣旨は、「個人主義と団体主義思想」（Individualismus und Gemeinschaftsgedanke）の相互関係について、前掲書『法社会学の基礎づけ』でも説かれている。たとえば団体主義的な社会正義（der soziale Gerechtigkeit）を問題にする箇所では、エールリッヒは、それが個人主義的正義を排除するのではなく、むしろ個人主義的正義を遂行する（erfüllt）、という理解を示す。Ehrlich, Grundlegung (Fn. 1), S.193.

70 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 155-156.

71 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 155. なおエールリッヒの「法創造」論につき、本稿前注52を参照。それは、「裁判規範」を制定法ではなく、所与の社会的内部秩序へ還元しようとするエールリッヒの見解（本稿前注31, 32）と不可分一体であった。

判規範を「第二次的裁判規範」と呼ぶことにする。

⑤その際、「自由な法の追求」(die freie Rechtsverfolgung)が、常に「訴権法に拘束されている法」との対立として把握される必要がある⁷²。エールリッヒの言う訴権法的思考、つまり国家的制定法が裁判規範を含む実体法としてそのまま妥当するのは、制定法規が特定の侵害から個人等の「利益」(Interesse)を保護する場合に限られる⁷³。したがって、その場合には「保護に値する利益」(ein schutzwürdiges Interesse)を保護するための「法規」がすでに存在するわけであるから、裁判官は、まず事実のみを確定し、それを幾つかの概念のうちに把握し、それを法規の概念に従属させるだけでよい(Er [=Der Richter] hat nur Tatsachen festzustellen, sie in Begriffe zu fassen, und den Begriffen des Rechtssatzes zu unterordnen.)⁷⁴。エールリッヒは、このような解釈方法を指して「導出的論理の原則」(Grundsätze der ableitenden Logik)と呼んでいる⁷⁵。

⑥これに対し、「将来の発展によって初めて利益の対立が明らかとなる法分野」を立法者が個別立法によりあらかじめ全面的に規制することはで

72 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 207. その箇所ではエールリッヒは、ドイツ民法典第一草案批判でギールケがみせたような「ドイツ法とローマ法との対立」が問題ではなく、むしろ「訴権法への拘束」と「自由な法発見」との対立を強調すべきであったと言っている。

73 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 186-187. たとえば原状回復、損害賠償、不当利得などが例示されている。なおエールリッヒは、プフタ、ヴィントシャイトがそうであったように「原状回復」ないし「損害賠償」を、直接 actio negatoria = 物権的妨害排除請求権の内容に組み入れている。たとえば, Ehrlich, Grundleitung (Fn. 1), S.175.

74 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 195. 要するに、このような利益保護のための法規が存在する場合、エールリッヒは概念法学的手法で足りるという結論を導いている。エールリッヒに言わせれば、概念法学の欠陥は、「法的関係への法規制がそれと関わっている利益」(das Interesse, worauf die rechtliche Regelung des Rechtsverhältnisse sich bezieht)を十分に顧慮していないことにある。Ehrlich, Logik, S. 197.

75 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 207.

きないのであり⁷⁶、また仮に「一般条項」的な立法を図る場合であっても、それはむしろ「立法者の真の意図に従って制限的に解釈されるべきである」(nach der wahren Absicht des Gesetzgebers einschränkend auslegen muß)⁷⁷。むしろ、立法者が将来的に発生する社会的な紛争解決をすべて想定して制定法を定立するわけではない⁷⁸。かくして必然的に「法における欠缺」(„Lücke im Recht“)が生ずる。それは法規の適切性の欠如を指すのではなく、あくまで法規それ自体が欠けていることを問題としている(es handelt sich um das Fehlen eines Rechtssatzes)⁷⁹。エールリッヒによれば、このような法ないし法規の欠缺が意識されるのは、「社会的矛盾の発生」及び「諸々の社会的変化」によって「裁判所や立法の介入」が要求されるときである⁸⁰。

⑦ところで、社会の中で「法的諸制度」(Rechtseinrichtungen)は「法

76 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 215.

77 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 215.

78 エールリッヒは、一方で「将来的に彼ら（立法者や裁判官・法律家）が取り扱うであろうような社会的制度や社会的利益対立をも取り込む」形で法概念の体系化が図られる必要があるとしつつ、他方、制定法があらかじめ包括的にそれらを規律し尽くすことは不可能という。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 261-262.

79 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 215. そのような観点から、エールリッヒはツィーテルマン (Zitelmann) のいう「不真正欠缺」(„unechte Lücke“)を批判している。なおツィーテルマン (1852-1923年)については、Kleinheyer = Schröder, Deutsche und europäische Juristen (Fn. 39), S. 521.

80 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 216. その箇所ではエールリッヒは、労働法 (労働者法 = Arbeiterrecht) やカルテル法及びトラスト法の出現とその変化に注目している。なおエールリッヒによれば、このような「法ないし法規の欠缺」は、後で指摘するように「類推」によって補充される。対するに「甚だしく不都合な結果」(höchst unerfreulichen Ergebnissen)が回避されるべき場合に限って、裁判官の独自の利益衡量 (=「自由な法発見」)が、この「類推」を越え、さらに「契約自由」や「所有権の絶対的保護」など一般的諸原則への拘束からも免れて可能なものとされる (本稿後注88)。したがってエールリッヒは、社会変動一般の場合 (「類推」可) と「甚だしく不都合な結果」が生じうる場合 (「類推」不可) とで区別している。

秩序」(Rechtsordnung)を形成しており、「法秩序」が「法規」(Rechtsatz)——制定法上のそれであれ、慣習法や法曹法上のそれであれ——を通じて裁判官により評価されるべきところのものを付与するのであるから、問題となるのは、そのような「法規」が「今日の法の中で検出されうるかどうか」(ob ein solcher Rechtssatz im heutigen Rechte nachweisbar ist)ということになる⁸¹。

⑧そのような検出手続において重要な役割を果たすのが「類推」(Analogie)という手法である。それは「等しきものを等しく取り扱う」ことを任務とする「法律学の補助手段」(Hilfsmittel der Jurisprudenz)としての役割を果たす⁸²。その際、裁判官は個別の利益対立において、「立法者によって指示された方法」(der vom Gesetzgeber angeordneten Wege)があれば、それを通じて「類推に基づく決定」(die Entscheidung nach Analogie)を彼自身の創造的な発見的行為として行う⁸³。

81 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 219.

82 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 225. なお「等しきものを等しく取り扱う」という場合、拡張解釈と類推解釈との違いが問題となる。その際、エールリッヒが注目するのは立法者の意思ないし意図である。たとえば蒸気機関車に関する責任について、立法者が電気機関車も含める意図をもちつつ、しかし単に「蒸気機関車」と規定する立法を行う場合には、「電気機関車」についても当該立法の適用が「拡張」される。これに対し、立法者が「蒸気機関車」に限定して立法化を図った場合に、なお電気機関車に当該法規が適用されるとするなら、それは「類推解釈」の帰結である。Ehrlich, Logik, S. 227-228. ちなみに、このような「法発見」としての法ないし法規の「法体系」にそくした検出手続を裁判官による「法創造」と言い換えることが妥当する限りで、エールリッヒの「類推」は末弘厳太郎の「類推」(末弘「解釈法学における法源論について」[1933年]『末弘著作集Ⅱ・民法雑記帳(上)・第2版』[1980年]273頁参照)と共通する。

83 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 229. その箇所ではエールリッヒは、裁判官が、立法者の価値判断(ein Werturteil des Gesetzgebers)に着想を得ながら、なお裁判官独自の価値判断に基づいて——法規なくして(ohne Rechtssatz)——形成される裁判規範が活用されることがある、と述べている。エールリッヒによれば、たとえば立法者は、いわゆる黙示の意思表示の存在を排除しないが、個別事案におけるその確定は訴訟上裁判官の判断に委ねられざるをえない。Ehrlich, 〃

⑨その際、結果的に裁判官の「自由」な法創造が承認されることになる。しかし、その自由も手放しではない。とりわけ近代法において——その評価に疑義がありうるとしても⁸⁴——「個人の自由」・「契約の自由」・「所有権不可侵の原則」などという一般的諸原則（allgemeine Grundsätze）が「どの程度まで妥当しているのか」という点につき「個々の事案」に即して「歴史的解釈」（die historische Auslegung）が施されなければならない⁸⁵。すなわち歴史的探求＝歴史的解釈では、「個々の事案において」（im einzelnen Falle）、上記の一般的諸原則が「ある一定の利益衡量」や「保護許与」（Schutzgewährung）をどの程度まで包含しているか、よってその諸原則がどの程度まで「法命題」＝「法的原则」（Rechtssätze）に転化しているかが問われる⁸⁶。

⑩裁判官の「自由」は、少なくとも上記の歴史的解釈のもとで制約される。そしてそのような歴史的解釈は、「類推」の場合には個別の制定法規に即して、また、さらに広く上記「一般的諸原則」の妥当範囲の確定に即して施されるべきものである。しかもそれは、「立法」作業との緊密な相

↘ Logik, S. 230.

84 エールリッヒ自身、たとえば「契約自由」について、単に「企業家」の利益に資するものと批判する。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 238. なおエールリッヒは、「契約自由」批判に即して展開されたパウンドの見解を高く評価している。Ehrlich, Logik, S. 303.

85 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 238. エールリッヒによれば、裁判官が「一般的諸原則」の適用が可能かどうかを「独自の利益衡量」（eine selbständige Interessenabwägung）によって確定し、その適用が不可である場合に自由な法発見が可能となるとされる。なお、少なくともエールリッヒは、上記「一般的諸原則」を「封建制の残滓、ツンフト制度の弊害、絶対主義の濫用」に対抗するものであるとして、評価もしている。Ehrlich, a. a. O., S. 238.

86 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 239. こうして、「契約自由」・「所有権不可侵」などの「一般的諸原則」それ自体が、直接的に裁判規範＝法規規範となるわけではない。そのためには、一定の評価の作業を要する。これがエールリッヒの立場である。この点、原島重義「約款と契約自由」同『市民法の理論』（2011年）563頁及び564-565頁注1の観点を参照。

互連携の下で実施されなければならない。言い換えれば、一方で立法者自身、その立法の基礎となる「社会政策や経済政策」を理解し、それを立法に取り入れるよう努めるべきであり、他方、同時に裁判官は立法者の「言わんとしたことを知るため」、「彼〔＝立法者〕の心のうちにまで入り込んでそれになじみ、それを感じ取らねばならない」(Um zu wissen, was sein Urheber [= der Verfasser des Rechtssatzes] sagen wollte, muß man sich in seine Seele hineinleben und hineinfühlen.)⁸⁷。このようにして初めて裁判官は、「制定法の単なる適用者」(ein bloßen Anwender des Gesetzes)という地位から免れ⁸⁸、よって制定法規の「類推」解釈を施し、さらに——場合によっては(特に「甚だしく不都合な結果」が生ずる場合〔前注88〕には)——法規から離れた「自由な法発見」をなしうるのである⁸⁹。

87 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 311. なお、石川(訳)・前掲「エールリッヒ『自由な法発見と自由法学』」(前注5)183頁及びEhrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Fn. 5), S. 196. では、裁判官が「社会的諸過程の本質を見抜く鋭い目と現代の様々な要請を敏感に感じ取る心をもつこと」と共に「法の中にある歴史的に生成したものと絶えず接触を保つこと」(eine stetige Fühlung mit dem geschichtlich Gewordenen im Rechte)の不可欠性が指摘されている。このことは、裁判官のみならず広く法曹さらに法学者にとって妥当すること、言うまでもない。

88 Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 311-312. エールリッヒは、「甚だしく不都合な結果」(höchst unerfreulichen Ergebnissen)に導くべきではないと判断される場合には、類推(Analogie)や構成(Konstruktion)などの従来の枠を越えて裁判官が独自の利益衡量をなしうる、とする。そして、その場合の裁判官の活動は立法者の活動と本質的に同様なもの(wesengleich)という。Ehrlich, Logik, S. 312

89 わが国では「自由法学派」の立場として、裁判官が「利益衡量による実質的妥当性」に基づく「結論」をまず求め、次にその「結論」を「法規等によって理論構成」という見解が有力に紹介され、肯定的に主張されている。要するに「結論」が先にあって、そのあと理由づけのための規範的理論構成が行われる。たとえば、加藤一郎『民法における論理と利益衡量』(1974年)32頁を参照(その先行者として、我妻栄「私法の方法論に關する一考察」[1926年]・同「近代法における債權の優越的地位」[1953年]475頁以下、特に554頁がある)。なお加藤は、その前の頁で「法規による理論構成は、結論を生み出すためでは

以上が、エールリッヒの「法社会学」と、そこから導かれる「法解釈学」の構想である。エールリッヒの「自由な法発見」が文字面のごとく自由なものでなく、いかなる制約原理に支えられていたかという点も、やや明らかとなったように思う。とりわけ、エールリッヒのいう裁判官の「自由な法発見」とは、立法（法規）＝「第一次的裁判規範」の基礎にある政策的要素を洞察しながら個別の社会変動に基づく需要（「生ける法」の必要性）に応じて発見された「第二次的裁判規範」への例外的拘束を認めるものである。その限りでエールリッヒは、例外的に法規から離れた「自由」な裁判を許容する。これは、裁判のみならず法解釈学の方法（「法律的論理」）として妥当すべきことである。だとするなら、法解釈学における政治的要素への奉仕＝国家的妥当性の優位を直接的に承認する末弘のスタンス（末弘・前掲「解釈法学における法源性について」前掲書〔前注82〕264頁及び268頁を参照）と、エールリッヒのスタンスとは、大きく乖離する可能性を秘めている、と言うべきことになろう。

なく、それを理由づけるためである」と記す（加藤・前掲書31頁）。この点、少なくともエールリッヒの「自由法学」は、それとは一定の距離があると言うべきことになろう。現に彼は、事案の決定をまず正義の名のもとで行い、そのあとその決定の「理由づけ」（Begründung）を「法源法文」（Quellenstellen）に即して行うというやり方を「陰性社会学的決定」（die kryptosozilogischen Entscheidungen）と呼ぶフックスの見解に依拠しつつ、そのようなやり方を批判的に位置づけている。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 296 und S. 303（フックスについては、Kleinheyer=Schröder, Deutsche und europäische Juristen (Fn. 39), S. 138 ff. (Schröder)）。——なるほど私法上、個別事案の個性に着目する限り裁判官による法規解釈の前に「利益衡量」が先行することがありうるし、よって「当該事案」の法規への包摂の可否が裁判官によって判断されることがあることを、エールリッヒも承認する。しかしながら彼は、「結論」が先で「理由づけ」があとだとは言わない。むしろ「どの法規によって当該事案が判断されるべきか」（nach welchem Rechtssatz der Fall zu beurteilen sei）を重視する。すなわち「国家的法観」の形式論理を批判しつつ、あくまで「適切な法的原則の探求」（das Suchen nach einem passenden Rechtssatz）に留意するのである。その上で、初めて「結論」が導き出される。Ehrlich, Logik, S. 297.

5. 若干の整理

最後に若干の整理を試みる。その際、あらかじめ留保しておくべきことがある。それは、本稿における末弘とエールリッヒの「法社会学」論それ自体、必ずしも網羅的なものではなく、筆者が重要と考える点に限定して整理されたにとどまることである。さらにこの「若干の整理」も、ごく簡潔になされるにすぎないということである（脚注も限定して付した）。その補充の多くは、本稿続編に委ねられる。

以下では、アトランダムに若干の整理を試みたい。

①まず確認されておくべきは、末弘とエールリッヒの共通性である。いずれも国家的法観を拒否し、法の源泉を社会に求めた⁹⁰。そして「法社会学」を理論法学として、実用法学たる「法解釈学」と区別し、前者を後者の基礎に据えた。そのような先後関係の承認を通じ、両者はむしろ緊密な形で相互に関連づけられた。いずれも実用法学の概念主義＝「自己完結性」を批判し、法社会学を媒介とする実用法学の「科学化」を主張する。

90 本稿は、あくまで両者の一応の共通点として、「社会にある法」としての「生ける法の探求」という方法的視点を概括的に抽出するにとどまっている。ただし末弘は、エールリッヒよりもテーマごとに力点を置きどころを変えて、「生ける法」を把握し、かつ動的に対象化している。たとえば、東大民法判例研究会「序文」では「判例法」による「生ける法」の発見ないし創造が強調され、あるいは国家規範としての裁判規範との対比で社会における法規範（行為規範）としての「生ける法」が説かれ、またその後の中国華北部の慣行調査にあたっては「法的慣行」として、「不連続線的渦流の形で発生し動きつつある」ものとしての「生ける法」が論じられている（末弘「法律と慣習」前掲書〔前注82〕294頁）。それは、末弘による法社会学的研究の時間的發展系列に対応しているようにも見える。たとえば、そのような観点から末弘とエールリッヒの「生ける法」理解の共通性と相違点を指摘するものとして、六本佳平「戦後法社会学における「生ける法」理論」石井紫郎（編）『日本近代法史講義』（1972年）241頁以下、特に243-248頁を参照。なお末弘は、エールリッヒが「生きた法」と「慣行」を同一視する点、及びその観点が「何となく静止した状態」であり、「国家法」・「法曹法」と切り離されている点を批判している。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）52頁及び91頁。

そのこと自体、法学の社会的でない社会科学化の端緒を切り開くものとして画期的なものであった。

②エールリッヒは、その「法社会学」において——「団体主義」との関連においてはであるが——なお「個人主義」を積極的に取り込む傾向を示す。対して末弘は、もっぱら個人主義の「弊害」を強調する⁹¹。とりわけ個人の自由は、所有権の絶対性及び契約の自由をもたらず根源として消極視された。

③エールリッヒは「一般的諸原則」として「個人の自由」、「契約の自由」、「所有権不可侵の原則」⁹²を承認し、それを法解釈の素材として取り込むことを肯定する。これに対して末弘は、かかる「一般的諸原則」に対

91 末弘における「個人主義」の希薄さにつき、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（前注90）183頁以下、特に193頁を参照。なお、末弘のデモクラシー観の変遷とその背景を辿る最近の論稿として、長谷川貴陽史「末弘厳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頁以下がある。

92 「所有権不可侵の原則」に関連して、以下の戒能通孝の指摘に留意したい。すなわち戒能は、ローマ的な古代都市国家における大規模奴隷所有者の「大土地所有」が要請したのは、実質的には「所有者の極めて一部に与えられた特殊の確保」でありながら、にもかかわらずそれを「国家権力のみによる所有権の保障制」という一般的な法形態につくろいあげた、という。そのような観点から戒能は、国家法レベルでの「抽象的絶対的権利」としての「所有権」概念の成立を「大土地所有」の出現と関係づけたエールリッヒの所説（Grundlegung〔Fn. 1〕, S. 309）を「極めて妥当な見解」と評価している。戒能「土地法への覚書」同「戒能通孝著作集Ⅳ・所有権」（1977年）112頁以下、特に118頁。要するに、「所有権」の一般的抽象的原理は、その社会経済的矛盾を覆い隠すベールとしての機能を営むが、それ自体その歴史的発展のうちに規範論理的に捉えられるべきものである。したがって、戒能にあって近代的所有権は、あたかもローマ法的所有権の場合と同様に、上記の社会経済的矛盾（近代的所有権の場合には、主要な生産手段の私的所有を通じた搾取関係）を覆い隠す機能をもちつつも、しかもなお「近代個人」と「近代国家」の成立を媒介とした「近代社会」そのものが要求するところの「自由」原理（「市民的自由主義」）の法的結晶体でありえた。戒能・前掲論文・同前掲書113頁（「市民的自由主義」については、同「財産法に於ける二三の問題」・同前掲書7-8頁）。

し忌避的な態度を示す。むしろ法解釈学においては、ストレートな形で「政治的要素」の顧慮ないし「政治への奉仕」という価値判断を押し出す⁹³。したがって末弘は、その法源論において制定法等の国家的法源と裁判による裁可を通じた社会的規範の法源化との二重構造（あるいは「社会的法規範」という第一次的法源と、それが裁判によって国家的妥当性を付与されたところの第二次的法源との「二重構造」）⁹⁴を主張する。対するにエールリッヒは、国家制定法・社会的諸規範の法曹法化さらに上記「一般的諸原則」の法的原则への転化＝法規化の三つを、その法源論に取り込んだと考える。

④エールリッヒのいう「自由法学」は、その「歴史的解釈」によって拘束される⁹⁵。対するに末弘において「歴史的解釈」という観点はかなり弱い⁹⁶。また、末弘の解釈理論では、直接的にその社会定型性に即して「事

93 これに対し、エールリッヒにおいて実用法学が「奉仕」すべきであるのは、「司法」(Rechtspflege)であり(磯村・前掲『社会法学の展開と構造』(前注2)312頁)、その意味で間接的に国家への奉仕を意味するが、「政治に奉仕すること」を直接目的とするわけではない。こうしてエールリッヒの場合、「社会政策や経済政策」を考慮すべき直接的な当事者は「立法者」であり、これに対して「裁判官」は事案適合的にその立法者意思を汲み取るべき立場に立つことになる。この点、前注87に対応する本文を参照。

94 戦後末弘は、「法源としての力の上下関係がある」という言い方をしている。末弘・前掲「講義「法律社会学」」(前注90)119頁。

95 この点、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』(前注2)312頁も参照。

96 なお、磯村・前掲『社会法学の展開と構造』(前注2)94頁が末弘の「歴史的方法」を指摘する場合、もっぱら末弘の言う意味での「法的伝統」に依拠している(末弘「労働法の解釈と法的伝統」日本労働法学会・労働法1〔1951年〕1頁以下)。対するに、本来「歴史的解釈」という場合、それは立法者の意図を含め、解釈の対象を社会的・歴史的関連の下で、しかも過去を常に現在との関係で読み解く方法を指すところ(前注55に対応する本文を参照)、末弘が、少なくともエールリッヒ的な「歴史的解釈」を積極的に援用したという形跡はみられない。ただし、戦後の末弘・前掲「労働法の解釈と法的伝統」5頁では、「事實の忠實な観察と精確な分析」とあわせて「各國の法制や理論の背景をなしてゐる社會的・經濟的・政治的事實を理解すると同時に、各國の法制が實施された結果を正確に調査研究すること」の必要性が指摘されている。この点については、戦後の末弘によるエールリッヒ評価(末弘・前掲「講義「法律社会学」」)

実」の評価及び「事実からの法創造」が問題となる⁹⁷。

⑤ エールリッヒの法社会学は、ローマ法及びその後の歴史的研究の方法という観点（特に「慣習法」の評価）に即して、サヴィニーやプフタによって開拓された「歴史法学派」の積極面を継承している。その上で、なおそこに残る国家的法観——それはサヴィニーやプフタの弟子＝後継者らによって「国家制定法主義」という形で徹底化された——を批判する⁹⁸。これに対し末弘は、およそサヴィニー批判という観点からパウンドの見解を高く評価するのであって、サヴィニーの積極面を批判的に継承するという観点が弱い（ただし、サヴィニーのフォルクス ガイストがもつ法律家の国民代表的機能については別である）⁹⁹。

⑥ 「社会契約」の評価については、エールリッヒ及び末弘いずれも消極的であった。末弘においてはほぼ全くといっていいほど視野の外に置かれ

〔前注90〕87-90頁）と連結させることを通じ、末弘における新たな「歴史的解釈」方法の可能性を探究するための糸口となりうるのではないかと考える。後注103も参照。

97 たとえば、末弘・前掲「講義「法律社会学」」（前注90）18頁。末弘によれば、「事実」はその社会定型性に即して「類推」の対象ともなる。この点、すでに指摘した。本稿前編・龍谷法学53巻1号（2020年）所収参照。

98 サヴィニーを典型とする歴史法学派のエールリッヒによる継承・展開及び批判的克服について、磯村・前掲「エールリッヒ」木村（編）・前掲『近代法思想史の人々』（前注1）85頁以下を参照。

99 末弘・前掲「講義「法律社会学」」（前注90）63頁。その箇所で末弘は、パウンドによるサヴィニー批判が「非常におもしろい」ので「お読みになるとよい」と薦めている。なおパウンド（高柳賢三・訳）『法律史観』（1931年）28頁以下、特に36頁及び38頁参照。その箇所でパウンドは、サヴィニーの歴史法学が17世紀及び18世紀の自然法の哲学を歴史的基礎で置き換えたにすぎないとし、その国民主義 nationalismもフランス革命の単なる反動にすぎないと批判する。他方、末弘は以下のような発言をしている。——「サヴィニーのように、法律家はフォルクス ガイスト、即ち國民精神を代表するものだというような意気込みが（日本では）ありませんね。…あの議論がサヴィニーの議論の中では、だいたい議論なのです」（括弧内・引用者及び傍点・原書）。日本評論社（編）『日本の法学』（1950年）179頁。とはいえ、このサヴィニーの「だいたい議論」の中身を具体的に展開する余裕は、末弘には与えられないままであった。

ていた¹⁰⁰。またエールリッヒの場合も、「社会的全体意思」＝国家を擬制（Fiktion）としつつ、その枠内で「社会契約」を取り込む余地を残すにすぎない。しかしながら、「国家」を単なる擬制とするのではなく、「人民が審判者となるべきである」（The people shall be a judge）¹⁰¹とする規範内容によって規定されたところの市民的法治国家として実体的に位置づける場合、「社会契約」はより積極的な意義をになうはずである。そして、それを媒介にした市民法的規範論が、そのものとして「法社会学」の基礎に据えられる必要があるように思われる¹⁰²。そのような観点は末弘にはやや疎遠であったし、それほどではないとしてもエールリッヒにおいて、やはり同様であった。対するに、「社会契約」の規範論理を媒介にし、それを内部的に取り込んだ形態での市民法的規範論が担保されるとき、あるいは「社会契約」の規範論理と市民法的規範論が相互に分かちがたくリンクされるとき、「法社会学」を基礎とする「実用法学」＝法解釈学もまた独自に科学化されうるのではないか¹⁰³。

100 なお、末弘『労働法研究』（1926年）26-27頁には「社会契約」に言及があるが、かなり形式的・一般的な記述にとどまっている。拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十一）」龍谷法学52巻2号（2019年）145頁以下、特に153-154頁。この点、後注102と関連づけて理解される必要があろう。

101 Locke, The Treatises of Government, 1690, Last printed 1975, p. 241, ロック（鶴飼信成・訳）『市民政府論』（1968年）241頁及び（加藤節・訳）『完訳・統治二論』（2010年）586頁。なおエールリッヒは、ロックの『統治二論』をモンテスキューの三権分立論との関係で取り上げているが、その内容に立ち入ることはない。Ehrlich, Logik (Fn. 54), S. 102.

102 本稿前編・龍谷法学53巻1号で取り上げた戒能通孝の方法的観点を参照。ちなみに、戒能通孝「法律社会学における合法性と正当性」・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）138頁上段では、「法律社会学は社会契約によって是認されない立法を、技術的には違法であると主張すべく準備している」と記されている。かくて戒能は、「社会契約」を解釈学上の評価概念として位置づけようとするのである。

103 この点、末弘や川島のいう「科学（化）」の検証を含め、今後に留保すべきことが多い。今のところ筆者は、エールリッヒの歴史的解釈を社会契約論及び市民法的規範論（戒能が言う「法学の社会科学化」（藤田＝江守（編）・前掲書（前掲

以上の事柄は、末弘とエールリッヒの「法社会学」及びそれと「法解释学」との関係性を踏まえ、その積極面と消極面を客観的かつ内在的に把握することの大切さを示すものである¹⁰⁴。同時にそれは、本稿前編（龍谷法学53巻1号所収「論説」の冒頭）で提起した「法社会学論争」に関する戒能通孝の問題提起を受け継ぎ、これをさらに展開していくことの必要性和重要性を示すものでもある¹⁰⁵。たとえば戒能は、先に指摘したわが国「利

ゝ注102）197頁上段〔戒能発言〕）ないし「市民社会で通用する法のみが法社会学の法」であるとする観点（前掲書『日本の法学』）〔前注99〕131頁〔戒能発言〕）によって再構成する方向を辿ろうとしている。それは、おそらく磯村哲「法解释方法論の諸問題」同『現代法学講義』（1978年）94頁の意味での「歴史的解釈」の「法的伝統に即する創造」と重なるであろうし、同122頁で言われる「法適用・法解釈」に於ける「社会諸科学の成果の摂取の重要性」を踏まえたものとなろう。このことは、戦後、いわゆるマルクス主義法学の立場からも実質的に重視されてきたことである。たとえば長谷川正安「マルクス主義法学序説」『マルクス主義法学講座1』（1976年）13頁は、次のようにいう。——「法学の現代的課題を正しく解決するため、これまで日本の法学界では本格的に取り組むことの少なかった、資本主義法の古典的概念の批判的検討が必要である。…所有権、法的人格、契約の自由、罪刑法定主義等々の検討である。独占資本主義の段階では、労働者・農民・中小商工業者等広汎な国民諸階層は、独占資本が使用済として投げずてようとするブルジョア民主主義（「市民法的」民主主義——川角）の諸概念・諸制度を、自らの生存を守り、生活を向上させる武器としてきたえ直さなければならなくなっている」。——現在、市民法＝概念法学＝国家制定法主義というあまりにも狭隘な視座設定が克服されてすでに久しい。その到達点の上に、市民法の古典的体系が再評価され、かつまた市民法論がそれ自体として見直され、鍛え上げられてきつつある。本稿の目的は、「法社会学論争の教訓」をテーマに、可能なかぎり諸学説の内在的検討を通じて「市民法の見直し」（原島重義『民法学における思想の問題』〔2011年〕104頁以下）を継承し、それを一歩でも前進させることに置かれている。

104 たとえば、広渡清吾『比較法社会論研究』（2009年）5頁は、①「社会と法のありようを世界的連関において」捉え、また②「政治社会構造との連関において」探索し、さらに③「学問的に基礎づけられた政策的・実践的指針を導きだす」ものとして、積極的に末弘法学を把握し、継承しようとする（「末弘法学のトリアーデ」とされる）。

105 なお、六本・前掲「『生ける法』理論」（前注90）270頁注27は、本稿前編・龍谷法学53巻1号で確認した戒能通孝の問題提起及びその「方法論的構造」につき、「当時多少立場を異にする人びとの間にも一般的な合意が存在した」という趣

益衡量論」(前注89参照)に対する方法的な批判を、すでに「法社会学論争」のさなかで先取りしていた。すなわち戒能は、従来の解釈法学(いわゆる概念法学)が「予め得られた結論」を「合理化」し、「理屈づける技術にすぎない」という点でそれを批判しつつ、法社会学が「解釈法学のもっていたこのような弱点」に「自らをうちこむだけでなく」、「そこに自己を発展させる契機を見出していく」ならば、それは「解釈法学それ自身をもそのなかに取りこんだ、むしろ法学自体の体系として成立することができる」だろう、と展望する(傍点・引用者)。こうして戒能は、従来の「解釈法学」(=概念法学)の積極面を市民法的規範論の再構成という観点から確認し、さらに、その帰結を内部に取り込んだ重層的な「法社会学」のあり方を構想している¹⁰⁶。「法社会学」は、このような媒介的な形で「法解釈学」と連結している。むしろ、その逆も正しいのである。そして、その基底には、自ら<審判者>として社会の現実に批判的に立ち向かう人民としての「市民」が存在する¹⁰⁷。このことを確認して、この「補論」を閉じる。

ゝ旨のことを記している。その後、その「一般的な合意」がどのような方向で具体化し展開したのか。これは、なお検証されるべき課題として残されている。

106 戒能「法律社会学における合法性と正当性」藤田=江守(編)前掲書(前注102)133頁下段参照。

107 この点、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(前注102)137下段-138頁上段のスタンスは、ジョン・ロックの思想(前注101に対応する本文参照)とみごとに呼応している。むしろ市民社会は、生産手段の私有を直接的に肯定するなどの点で根本的な矛盾を抱え込んでいる。だが、その矛盾を肯定するために市民社会が要請した基本的諸原理(法的人格の平等、所有権の絶対的保護、契約自由の原則、過失責任主義など)は、その矛盾がもたらす様々な問題を市民が主体的・能動的に解決する重要な手がかりをも内包する。この意味で「市民法」は、現実の諸矛盾を法的に把握し、理論的に批判し、実践的に解決するための「価値」を具有している。これについては、前注103で紹介した長谷川論文の観点を、たとえば広渡清吾「現代日本法解釈の歴史的位相」日本法社会学会(編)・前掲「法の解釈と法社会学」(前注22)49頁以下と内面的に関連づけるための、より自覚的な作業を要するであろう。

〔追記〕 この「補論」は、前号＝龍谷法学53巻1号所収の本稿前編とあわせて、2019年度龍谷大学法学部・特別研究員としての成果の一部をなすものである。