

「法社会学論争」の教訓（十八）

——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・
ひとつの素描——

——昭和初期：牧野英一の民法学（その一）——

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」
(以上、龍谷法学51巻3号)
- 〔補論〕末弘厳太郎の「入會權」論に関する一つの考察
(以上、龍谷法学51巻4号)
- <iv>『農村法律問題』の意義
(以上、龍谷法学52巻2号)
- <v>『労働法研究』の内容と影響
- <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
(以上、龍谷法学53巻1号、2号)
- [ハ] 〔大正デモクラシー期民法学の補論〕平野義太郎
(以上、龍谷法学53巻3号、4号)
- (2) 昭和初期
- ① その当時の一般動向
- ② その当時の民法学の状況
- [イ] 我妻栄
- (a) 「資本主義生産組織における所有權の作用——資本主義と私法の研究への一寄與としてのカルネルの所論」
(以上、龍谷法学54巻1号)

- (b) 「近代法における債権の優越的地位」
- (c) 若干の覚書

（以上、龍谷法学54巻2号）

[口] 牧野英一

- (a) 序論
- (b) 「自由法」論と「条理」論
 - ① 牧野英一の「自由法」論＝「条理」論と末弘巖太郎の「自由法」論
 - ② 末弘巖太郎の「擬制」論と法解釈学における「変動の法則」
 - ③ 牧野による末弘に対する批判とその意味
- (c) 「法解釈方法論・判例論」
 - ① 「自由法」論的な「進化的解釈」の提唱
 - ② 「進化的解釈」と法解釈論との結合＝「客観説」の導出
- (d) 「契約法論・信義則論」
 - ① 信義則による契約の支配・契約の公法化（国家統制法優位の契約論）
 - ② 「任意的契約法から強行的契約法へ」及び「法律行為の解釈」
 - ③ 「条例句」 と「普通取引条款」
 - ④ ラレンツとシュトールのナチス的契約論への牧野の態度（二つの „Vertrag und Unrecht“ について）
- (e) 「所有権論・権利論」
 - ① 権利と「信義則」との関係
 - ② 「個人的所有権」から「社会的所有権」へ
 - ③ 「制度論的所有権」について

（以上、本号）

- (f) 「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」
- (g) 若干の整理

③ 「市民法学の継統とその変容」

[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

(2) 昭和初期

② その当時の民法学の状況（続き）

〔口〕 牧野英一

(a) 序論

すでに大正デモクラシーの時期、牧野英一（1878-1970年）の法学は、ほぼ全面的に開花していた。そのうち、民法にかかわる彼の問題意識を総括すれば、それは、一般条項の活用に基づく民法の「自由法論」的な改造であり、そのような観点からの「法律の社会化」の徹底的な推進であった¹。

1 明治期から大正デモクラシー期の牧野民法学の業績と評価については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（二）」龍谷法学50巻1号（2017年）216頁以下にかなり詳しく論じたところを参照。なお、牧野英一自身の回顧として、牧野「わたくしの著述」牧野英一先生還暦祝賀論文集『法律における思想と理論』（有斐閣、1938年）509頁以下、特に519頁以下が、自己の「自由法論」、「法律の社会化」論について語っている。ところで、牧野法学の特色の一つは、刑事責任と民事責任とを牧野流に分化させることにあった。すなわち、彼が刑法学において従来の客観説を主観説で置き換えたように、彼の民法論は逆に従来の主観説を

それは基本的に昭和初期においても変わらない。むしろ、より一層の展開＝「転回」と、独自の深化とを遂げるに至った、と言うべきことになろう。本稿の観点からすれば、それによって、少なくとも、わが国民法理論は、深刻な形で空洞化を被ったとも言える。

とまれ以下では、昭和初期における牧野英一の民法理論を考察する。それは、満州事変の前年1930年から、1937年日中戦争をへて、1940年大政翼賛会の翌年、対米開戦が行われた1941年にまで及ぶ範囲を、その射程として有する。その牧野の基本的テーゼを、1930年の『法律における価値の論理』（有斐閣）「はしがき」から概括するなら、次のようになるだろう。すなわち、法的な「論理」は、ローマ法が「書かれた理性」（scripta ratio）として形容されるがごとく、なるほど法の発達になくてはならぬものだが、しかし論理のみで法を語ることはできない。むしろ、「道理」こそが肝心である、という。同時に「論理」も「道理」も、牧野にとっては「神秘」であり、この「神秘」にこそ社会規範及び「法律生活」の起動因がある。近世・近代の「神権」も、また「民約」も、「神秘」のたまものであった。なるほど後者（「民約」）は、近代的な権利を生み出すに与かって寄与したが、それが「醇化」される方向においては否定的に把握されなければならず、その先に「社会連帯」が登場すべきである、とする。同時に、法律の「論理」に固着すれば法の「高次の醇化」が妨げられる。そのような固着

ㄨ 客観説で置き換えようとしたものである。よって、所有権は「所有者がいかに社会的な責務を果たさねばならぬか」を基準に、また法律行為は「当事者が選んだその社会的関係において、各自が信義則を全うすべきものとして成立するもの」として理解された。牧野・前掲書528頁。要するに、所有権論において個人的な権利を社会的義務に置き換え、法律行為論＝契約論において当事者の意思を信義則で覆われた社会的関係に還元するという発想が、それである。ちなみに牧野の「自由法論」は、刑法に関しても開花した。それが集約的に現れているのが、彼の刑法における信義則論の導入及び「罪刑法定主義」への否定的なスタンスである。たとえば、牧野『刑法の三十年』（有斐閣、1938年）117頁。この点につき、中山研一「牧野博士の刑法思想」同『刑法の基本思想』（成文堂、2003年）1頁以下、15頁以下、特に25頁も参照。

化（牧野は「伝統の思想に膠着」することと言い換えている）から法を解放して、「高次の醇化」を可能にするもの、それこそ「自由法論」にほかならない、という。言い換えれば、法の「論理」とは「非合理的なもの」²との関連でこそ、その「社会価値」の発揚を促すのであり、むしろ、かかる「非合理的論理」にこそ「価値」の源泉を見出すべきである、という³。

この、いかにも牧野らしいテーゼのもとに、昭和初期の彼の立論が展開されていく。それをテーマごと示せば以下のようである。——(b)「自由法論・条理論」、(c)「法解釈方法論及び判例論」、(d)「契約法論・信義則論」、(e)「所有権論・権利論」、(f)「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」。

本稿ではこれら六つのテーマを上記の順に考察する。もとより、それぞれ膨大なテーマである。表面をなぞることしかできそうもないが、チャレンジしてみよう（なお本稿では、(e)の「所有権論・権利論」までを考察する。(f)は次号に委ねる。）。

(b) 「自由法」論と「条理」論

① 牧野英一の「自由法」論＝「条理」論と末弘厳太郎の「自由法」論

2 牧野における「非合理的なもの」は、きわめておおらかな形で「神秘」的なものや彼に独特な「自由法論」と共鳴しながら移ろい、さまよっていくという性質をもつものであった。そして、その全体が一般条項論（道理・条理を含む）のうちに収斂する。それは、懷疑主義や不可知論を内在する牧野の思考形態を、一般条項本位の裁判官による総合判断論で覆い包むもの（「合理化」するもの）であった。この点、牧野はもっぱら1920年代以降のフランス法学の動向から「非合理的なもの」を肯定的に嗅ぎ取っているのだが、それを支える哲学的な「非合理主義」は、むしろヨーロッパの規模で当時の思想世界を席卷し、その後のファシズムの温床となったように思われる。これにつき、さしあたりG. ルカーチ『理性の破壊（上）（下）』（白水社、1987年。原著初版は1954年）の全体が参照されてよいだろう。

3 上記一連の引用文を含め、牧野『法律における価値の論理』（有斐閣、1930年）「はしがき」2－9頁を参照。なお本稿では、原著の引用にあたって、原則として旧漢字を現代漢字に改めている。

牧野英一は、主にフランス法における自由法論に注目する。サレイユ（1855-1912）及びジェニー（1861-1959）の見解がそれである⁴。フランス法のみならずドイツ法にも堪能な牧野ではあるが、それにしては不思議なことに、エールリッヒ（1862-1922）に関する言及はほとんどない⁵。だから、おのずと末弘巖太郎（1888-1951年）の自由法論とはその趣きを異にする。末弘の自由法論は、その作品において「自由法」という言葉が多用されてはいないにもかかわらず、エールリッヒの慣習法・法曹法・学問法を基礎にしたところの、社会学的で歴史的な法解釈学による洗練を受けたものである（本稿前編・龍谷法学53巻1号193頁以下、同2号119頁以下〔いずれも2020年〕を参照）。そして、その末弘こそは、法解釈学における牧野英一的な「自由法論」の伸縮自在を真っ向から批判した第一人者であった⁶。それに牧

4 牧野は、わが国のフランス自由法論研究の嚆矢をなすものとして、中田薫「仏蘭西ニ於ケル自由法説」法学協会雑誌31巻1号40頁以下、同「仏蘭西ニ於ケル自由法説・承前」法学協会雑誌31巻2号70頁以下（いずれも1913年）を挙げている。牧野「自由法論の先駆としてのプフノアール」同『民法の基本問題』（有斐閣、1924年）280頁以下、特に283頁注4。ところで、中田は、ジェニー（Gény）、サレイユ（Saleille）、さらにモルネー（Mornet）を順に考察したのち、自説として「法ノ歴史ハ成法ト社会トノ生存競争（である）」（括弧内・引用者）との観点から、すでに徳川期の裁判心得書に自由法学と同様のことが記されている、と記す（それゆえ、「歴史ハ真ニ「永久ノ再始」ナリ」と述べる。）。中田「仏蘭西ニ於ケル自由法説・承前」95頁、及び98-100頁参照。

5 牧野「自由法論における社会学的方法——田中博士の『法律学』（二）」同『法律における価値の論理』（前注3）384頁注1に、「エールリッヒ」の名が「カントロヴィッツ」や「フックス」などとともに挙がっている。これは、ドイツ語圏の自由法論者の名前を「社会学的方法」との関連で列挙したに過ぎず、管見の限り牧野が「エールリッヒ」について立ち入って論じた形跡はない。

6 末弘巖太郎「嘘の効用」（1922年）同・末弘著作集IV『嘘の効用・第2版』（日本評論社、1980年）3頁以下、特に35頁。その箇所末弘は、もとより自由法論を全面否定するのではないが、しかし牧野的な自由法論を指して「単なる——ゴムのごとくに——「伸縮する尺度」を求めているかぎり、それはただ「過去」を破壊する効果がある」にすぎない、と批判する。これに対し、末弘の自由法論とは、もっぱら概念法学的な法の完結性を批判することを前提に、社会の現実をリアリズム法学の見地から、しかも定型的思考の力をも借りつつ裁

野は敏感に反応した。本稿では、まず牧野による末弘批判の論稿⁷を手がかりとして、彼の「自由法論」の実態に幾ばくか迫りたく思う。牧野の「自由法論」は、実に広々としたものであり、しかもある意味では内容空虚である。彼の論稿に出てくる「自由法論」的要素をキャッチフレーズごとに例示すれば、まずなにより「法源」としての「条理」がそれであり⁸、「社会現象」と法との「調和」また然り⁹、「概念の相対化」もそうであろう¹⁰。あるいは、「進化的解釈」ないし「信義則」の活用もそうである¹¹。さらに「公序良俗」も牧野がその「自由法論」において好んで依拠するタームであった¹²。これらはいずれも、牧野法学をいづる空漠たる概念装置である。ところで、牧野英一による末弘批判においては、「擬制」を

ㄨ 判官の法創造的作用を肯定する点に求められるべきものである。この点につき、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』（東京大学出版会、2007年）98-99頁の観点を参照。

7 牧野「擬制の歴史的性質と理論的性質——末弘博士の「嘘の効用」」同『法律における価値の論理』（前注3）109頁以下。本稿では、この論文を、牧野「末弘博士の「嘘の効用」」として引用する。

8 牧野「法源としての条理の価値」同『民法の基本問題』（前注4）224-225頁。

9 牧野「自由法論の先駆としてのプーフノール」同『民法の基本問題』（前注4）287頁。

10 牧野「自由法論における社会学的方法」同『法律における価値の論理』（前注5）375頁。むろん、概念の「絶対化」が最善であるなどは考えない。その「相対化」も必要だろう。しかるに牧野にあっては、およそ絶対的に「概念の相対化」が支持され、それが一人歩きしてみえる点に特徴がある。その場合の牧野の思考形態は、彼の「一般条項論」を通じて常に形式的な同一性を語ることのできる類のものである。

11 牧野「サレイユの進化的解釈論」同『民法の基本問題』（前注4）300頁以下、特に308頁（進化的解釈について）、牧野「刑法及び株式会社法の改正」同『科学的自由探求と進化的解釈』（有斐閣、1937年）37頁（信義則について）。

12 牧野「民法第九十条の適用に就いて」、「民法第九十五条と民法第九十条」、「民法第九十条と法律行為の動機」同『民法の基本問題』（前注4）順に441頁以下、463頁以下、498頁以下。ちなみに、牧野が本格的に「公序良俗」を基軸としてまとめ上げた最初の論文は、「法律の社会化——現代法律の基礎概念としての『公の秩序、善良の風俗』」同『現代の文化と法律』（有斐閣、1921年）1頁以下であろう。

「条理の一形式」とみて「条理」の解釈論上の合理的な組み入れが図られようとする点に第一の特色がある¹³。牧野は慧眼にもサヴィニーやイエーリングの「擬制」論に留意しつつ¹⁴、さらにジェニーに注目するのであるが¹⁵、いつの間にか「わたしはこれを次のやうにいひかへて見たい」として「条理」が出てくるのである¹⁶。そして「擬制」は、「その内容が条理なるが故に許容される」という、ある種の同義反復が登場する¹⁷。したがって、「条理」それ自体が伸縮自在であれば、「擬制」もまた、当然に伸縮自在なものにならざるをえない。

② 末弘巖太郎の「擬制」論と法解釈学における「変動の法則」

他方、末弘の場合、「擬制」(Rechtsfiktion)は、本来法の依って立つ社会的基盤が変化すれば適宜に法改正が実施されるべきところ、人間の「不合理性」あるいは「不完全性」から、それが必ずしも実施されないことにより生ずる法と現実とのズレを矯正するための思考の手段であった¹⁸。したがって、おのずと「法治主義」の枠内での、「公平」を旨とする「法」の「創造」が追求されてゆくのである。その具体的な帰結が、裁判における「人間」的要素を踏まえた「変動の法則」の提唱であった。生身の人間がやむなく裁判に持ち込む事件、それにかかる事実は千差万別であることは言うまでもなく、よって不確定的要素〔x〕を不可避に伴う。そうすると、既知の確定的事実〔a+b+c+d〕に〔x〕を加えた方程式〔(a+b+c+d+x) = X〕が想定される必要が出てくる。そして、〔x〕が不確定であ

13 牧野「末弘博士の「嘘の効用」」(前注7)154頁。

14 牧野「末弘博士の「嘘の効用」」(前注7)113-114頁(サヴィニー)、117頁以下(イエーリング)。

15 牧野「末弘博士の「嘘の効用」」(前注7)143頁以下。

16 牧野「末弘博士の「嘘の効用」」(前注7)154頁。

17 牧野「末弘博士の「嘘の効用」」(前注7)154頁。

18 末弘「嘘の効用」(1922年)同・末弘著作集Ⅳ『嘘の効用・第2版』(日本評論社、1980年)26頁。その法と現実のズレを矯正するため「見て見ぬふり」すること、「嘘」を「嘘」として許容することが挙げられている。

る以上、その方程式の解＝〔X〕も常に不確定である¹⁹。これが、末弘にとって「活きた法律」＝「一定の法則をもって伸縮する尺度としての法」であった²⁰。それゆえにこそ、裁判官による法の創造（判決規範の個別的定立）は必然でありながら、同時にその法の創造は、あくまで「法」のもとに客観的に定礎されるところのもの、すなわち「尺度としての法」（＝「普遍」）に基づくものであった。そのための思考の合理的な媒介として「擬制」が設定されたとみるべきであろう。すなわち、個別事件に関する合理的判断を、末弘解するところの法源（制定法・慣習法・判例法・学問法）のもとで——そのような客観的な制約のもとで——裁判官が創造的に構築するものこそ、あるべき法解釈＝「判決」のあり方にほかならない、とされる。だからこそ、末弘は、「条理」はそのものとして法源たりえないことを強調するのである²¹。こうして末弘にとって、牧野の「条理」に基づく「擬制論」、ないし「一定の尺度」をもたない伸縮自在な「自由法論」は、むしろ「裁判官の専制を許容するもの」にほかならなかった²²。この点、今少し末弘の言葉を辿り、補足しておこう。彼はこう言っている。——「やたらに「自由法」を主張して結局その目的を達した暁に、再び「自由」と「公平」との保障を探し求めるようでは何にもなりません。われわれの求めるところは「自由」や「公平」の保障を保持しつつ、しかも「杓子定規」におちいらないもの、換言すれば「保障せられたる実質的公平」にあるのです。」²³——この、「保障せられたる実質的公平」を担保するもの。それこそ、かの「変動の法則」であり、裁判における「一定の尺

19 末弘「嘘の効用」（前注18）36-38頁。

20 末弘「嘘の効用」（前注18）39頁。

21 末弘「法源としての条理」（1942年）同・末弘著作集Ⅱ『民法雑記帳（上）・第2版』（日本評論社、1980年）41頁以下、特に46頁。

22 末弘「嘘の効用」（前注18）33頁。その箇所末弘は、「嘘の効用」で牧野を名指しして批判するのではないが、「むなしき「理想」を説き「公の秩序、善良の風俗」を云為する者」という表現で牧野の「自由法論」を批判している。

23 末弘「嘘の効用」（前注18）33頁。

度」としての「法」を前提にした「人間の発見」であった。こうして裁判官は、その事件事実の中で「人間」を具体的に再現しつつ、「規則的に伸縮する尺度」としての「法」を創造する責務を負うのである²⁴。そこには法と社会ないし法と人間との間での思考の合理主義的な往復運動があった、と言えよう²⁵。そして、そのような合理主義的な法的思考形態を身にまとうものこそ、末弘解するところの「自由法」＝法の創造にはかならなかった、と言うべきであろう。

③ 牧野による末弘に対する批判とその意味

これに対し、末弘を批判する牧野は次のようにいう。——「わたくし共の自由法学は、『公の秩序、善良の風俗』を概念的な所有権の上に据え、『信義誠実の原則』を形式的な契約自由の上に位せしめて、それを論理的に——すなはち科学的に——構成しようとするのである。その論理的構成は、単純な形式論理に依るのみをもつて完うすることができないので、必しも容易なことではない。しかし自由法論はかくの如き論理的構成に依つて法律の妥当性を明かにしようとするのであるし、しかる限りにおいては、『社会の「公平保障」の要求』を大に考慮しようとしてゐるのである。わたくしは、少くともわたくしの主張してゐる自由法論——（末弘）博士はわたくしをもつて自由法論の代表者としてゐられるから敢ていふが——は、博士の嘲けられるが如き趣旨のものでないことをことわつておかねばならぬ。」²⁶（括弧内・引用者）。

ここで、「公序良俗」が概念的な「所有権」の上に立つのはなぜか、な

24 末弘「嘘の効用」（前注18）35頁。

25 ここで詳論はできかねるが、法解釈学理論における事実と法規との二つの客観的制約のもとで展開される末弘の「三つ巴」・「一切一時」という法解釈学的な観点（末弘・末弘著作集Ⅰ『法学入門・第2版』〔日本評論社、1980年。初出は1934年〕110頁、117-118頁）のうちに、彼の「法と社会、ないし法と人間との間の思考の往復運動」が集約されている、と考える。

26 牧野「末弘博士の「嘘の効用」（前注7）176-177頁。

にゆえ「信義則」が形式的な「契約自由」の上に立つのか。これは、実は一大問題であるが²⁷、要するに、牧野が、「法の社会化」と「自由法論」とを一般条項を介し不可分一体のものとして把握したこと、また法の論理性を言いながら、およそ社会的要素の法への直接的な持ち込みだけを語っていたこと、そしてなにより「一般条項」を通じて判断者の主観的願望の客観的な読み込みがそのまま肯定されていたこと（いわゆる法解釈における利益衡量論的な「客観説」の先行形態）を指摘することができよう²⁸。言い換えれば、これは法解釈学方法論に還帰すべき問題である。したがって上記の考察は、おのずと次なるテーマ「法解釈方法論・判例論」にわれわれを導き入れる。

(c) 「法解釈方法論・判例論」

① 「自由法」論的な「進化的解釈」の提唱

この問題を考察するにあたり、フランスにおける自由法学的な「法解釈方法論」を一瞥しておくのが有益であろう。注釈学派から自由法論への扉

27 これに関して、すでに筆者は、牧野英一に関する論稿で彼の「公序良俗」論、「信義則」論を批判的に考察したことがある。前注1の拙稿を参照されたい。

28 牧野は、なるほど「裁判官が単に自己の主観的な社会理想に基づいて裁判すべきでないこと固よりいふまでもなきところである」と述べている。牧野「自由法論における社会学的方法」（前注10）397頁。にもかかわらず、その箇所では、彼は、「法律の目的は『平均人を少しでも社会理想に近づかしめむとする』のに在る。法律の解釈乃至適用の目的も亦之に外ならざるべきである。それで、社会理想の背景なくしては如何なる意味においても法律の解釈を全うすることができない。ただ、裁判官は、その社会理想を構成するに方つて、『客観的保障』を全うせねばならぬ。かくして、社会学的方法が高調されるのである。わたくしは、『社会法学』が法律の解釈に対しても重要な主張を持つべきは当然のことであると考へる。」（牧野397-398頁）というのであるから、裁判官への「客観的保障」の要請もまた「社会理想」＝「社会学的方法」＝「社会法学」という言葉によって改めて内容空疎なものに転化しうるのである（裁判官のもとでの「客観的保障」の遂行が、あくまで牧野的な「社会理想を構成する」ことを前提に説かれている点に注意すべきである。）。

を開けたブッフノール（Bufnoir）の愛弟子そしてその「愛婿」が、かのサレイユ（Saleilles）であり²⁹、牧野英一はその両者から「進化的解釈」を学んだ。ブッフノールの立場は、注釈法学の形式論理主義を排して「法律を法律以外のいろいろな社会現象と調和せしめて考へようといふ」新しいものであった³⁰。これをサレイユは、独自の「進化的解釈」（*interprétation évolutive*）として展開した³¹。それを牧野はどのように受けとめたか。これがまずは肝心な意味をもつ。制定法＝成文法の「自己完結性＝閉鎖性」を打破することは、いわゆる「自由法論」の共通の旗印であった。そこで牧野は、制定法と慣習（法）との関係に関するサレイユの次の一文に注目する。

「如何なる程度まで、裁判官が、成文法の解釈上慣習の力を考慮して新しい社会上の必要に応化して行かねばならぬかは、慣習法の承認といふこととは全く別種の問題である。之は成文法の解釈の問題である。此の点から見ると、慣習は独立な法源ではなく、成文法の進化的解釈 *interprétation évolutive de la loi* の一要素となるのである。裁判官は法律の解釈に関する歴史的方法 *méthode historique d'interprétation des lois* に依つて、慣習を考慮するの義務を有する。法律を慣習に応化せしめ、慣習を法律に応化せしめ、両者をして相互に相浸透せしめねばならぬ。」³²

このように、サレイユにとって法の解釈は進化的であり、その意味で歴史的なものでなければならず、よって制定法の解釈も、また慣習（法）を、

29 牧野「自由法論の先駆としてのブッフノール」（前注9）280頁。

30 牧野「自由法論の先駆としてのブッフノール」（前注9）285-286頁。

31 牧野「サレイユの進化的解釈論」（前注11）300頁以下。なお、サレイユの「進化的解釈論」が、当時の社会進化論＝社会ダーウィニズムとどのような位置関係にあるのか。これは、別論を要する課題である。さしあたり、ルカーチ『理性の崩壊（下）』（前注2）342頁以下を参照。

32 牧野「サレイユの進化的解釈論」（前注11）308頁。牧野は、Raymond Saleilles, *Introduction à l'étude du droit civil allemande*, 1904 から引用している。筆者はサレイユの原著を参照していない。

社会的要素を担うトレーガーとして進化的・歴史的に行われる必要があった。その法的実践の場は、言うまでもなく「裁判」である。サレイユによれば、慣習法はあくまで制定法に対して補充的な機能をもつのであり、解釈者（裁判官）が制定法を「誤解」した場合に、補充的に慣習（法）が適用されるのであり、解釈者がその「誤解」を是正するところの正しい「解釈」をすれば、改めて制定法が慣習法に優先するのである³³。

② 「進化的解釈」と法解釈論との結合＝「客観説」の導出

牧野は、その場合のサレイユの「裁判」＝「判例」の観点を「学者」のそれにあてはめて、それを、「学者が其の固有の立場即ち客観的な立場に於てする」観点とパラレルに捉える³⁴。これこそ、法律解釈における「客観説」にほかならない³⁵。こうして牧野は、解釈者が自分の願望を法規に自由に読み込むこと（その論拠として「慣習（法）」を活用すること）をサレイユから学び取っていくのである。その場合、判例は過去の判例を省みつつ、しかも「判例は自由でなければならぬ」³⁶。言い換えれば、「判例が法律を

33 牧野「サレイユの進化的解釈論」（前注11）310頁。

34 牧野「サレイユの進化的解釈論」（前注11）311頁注8。

35 牧野は、裁判官が法律解釈と慣習（法）とを関連づける場合に、「其の判例は、社会が社会として承認し、支持して居る解釈である」と規定する（傍点・引用者）。牧野「法源の解釈に因る慣習法の成立」同『民法の基本問題』（前注4）175頁。これは、「社会」の名のもとに解釈者の願望を現行の法規に語らしめる解釈方法＝「客観説」にほかならない。たとえば、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同『現代法学講義』（有斐閣、1978年）91頁によれば、「現在における（解釈者にとっての）合理的・合目的なものを制定法から取り出す」という立場が「客観説」であると規定されている（括弧内・引用者）。ちなみに、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007年）238頁は、「自由法学」が「実生活に即した法を探究する立場に立つ限り」、当然のこととして「客観説の解釈観に与することになる」とする。これに対し、原島重義『法的判断とは何か』（創文社、2002年）299頁以下、特に304頁は、「後期エールリッヒの主観説」的な側面に注意を促がし、エールリッヒによる「歴史的解釈」の立場に重点を置こうとする。

36 牧野「サレイユの進化的解釈論」（前注11）312頁。牧野が「判例」の「自由」を語る場合に、彼が「条理」を援用することにも留意すべきである。たとえば、戦前、妻の行為能力の制限を規定する明治民法14条のもと、「借財」には夫の

解釈するに方つては、(法律の) 正文にも判例にも囚はれることなく、自由な立場に於いてせねばなるぬ」とする³⁷ (括弧内・引用者)。

このようにして、牧野においては、制定法の自由な解釈としての「客観説」(牧野的な「自由法論」の投影物)を介し、「法律解釈方法論」と「判例」

ゝ許可を要した(同法14条に1項1号による同法12条1項2号の準用)。これにつき、夫が長期の海外渡航で留守をしている間の妻の「借財」(金銭消費貸借契約の締結)の効力が問われた大判大正9年9月1日民録26輯1227頁は、当該契約への夫の許可を「条理」に基づいて承認したのであるが(上記民録1230頁)、これを牧野は、自己の自由法論で合理化しようとしている。いわく。「自由法論は、裁判上論理を排斥して情理を全からしめようとするのではない。情理を全からしめるが為に論理を立て直さうといふのである。」牧野「或判決の批評」同『民法の基本問題』(前注4)40頁。ちなみに、この判決は、末弘厳太郎が牧野「自由法論」と富井政章の態度とを対比するために用いたものであり(末弘「嘘の効用」〔前注18〕23頁)、これに反応した牧野が末弘の態度を「傍観」されたに止まつた」と批判したところのものである(牧野「末弘博士の「嘘の効用」」〔前注7〕172頁)。ちなみに、末弘は、上記「妻の借財」判決には立ち入っていない。推測の域を出るものではないが、末弘ならば、妻の行為能力を制限した明治民法14条それ自体の反対解釈を打ち出したのではないだろうか。たとえば末弘は、妻の姦通罪を取り上げ、「姦通罪を独り妻にのみ限る現行制には素より反対である」と述べているからである。末弘「民法改造の根本問題」(1921年)同『嘘の効用・第41版』(1925年)191頁以下、特に216頁。

37 牧野「サレイユの進化的解釈論」(前注11)312頁。なお、牧野の「判例」論を集約したものとして、同『民法の基本問題第三・法律の発達における判例の職能』(有斐閣、1930年)がある。その著書で牧野は、末弘の「民法判例研究会大正十年度」の「序」を批評して、こう言っている。——「判例研究に関する第一の問題すなはち事実として判例をしかく尊重するといふことと、裁判所は法の適用をその任務とするものであるといふこととを如何に調和して考へるかに関する判例研究会の右の宣言は、問題に対する方法的見地を、必しも尽くしてゐない。何となれば、判例が事実として法源であるといふことを挙示するだけでは、それでもなほ果してその判例の行動が法の適用といはれ得るものなるかの問ひに答へるところがないからである。要点は、法の適用すなはち法の論理的展開が、事実において法の創造であるといふことの論理的性質を如何に説くかに存するのである。さうして、わたくしは、ここに、法律の社会的規範たるの特色が成立すると解するのである。〔中略〕法律が規範たることからして、それが常に一定の理想に依つて制約されるといふこと〔中略〕その理想が法律そのもののみに因り自足的に明かにされるものではないといふこと(に注意を払うべきである)。」(括弧内・引用者)。

とが相互に結合されるところに、その特色がある。それゆえ、これは、一個の法学的思考形態として、先にみた「自由法論」における牧野のスタンスと同一の根に基づくものであった。ここには、社会的現実の批判的検討と遊離したところの、そのものとしての社会的な「自由法論」の世界があった（そのような観点から、われわれは先に（b）②でみた末弘厳太郎による牧野英一的な「自由法論」批判を想起する必要がある。）。——ともあれ、上記の牧野の法学的思考形態は、彼の「契約法論、信義則論」の内容をも奥深く規定したのである。その内実を次に探ろう。

（d）「契約法論・信義則論」

① 信義則による契約の支配・契約の公法化（国家統制法優位の契約論）

牧野にとっては、「信義則」こそ、法律学のアルファでありオメガである。すなわち「法律は、信義則にはじまり、さうして信義則にをはる」、これは「全法律にわたつて、わたくしが標語としてゐるものである」³⁸。——それゆえ、必然的に「契約」も「信義則」が支配すべきものであった。しかも、牧野の場合、「信義則」とは、これを言い換えれば時代の要請を実現するための手段である。だから、1931年の満州事変「広義国防の時代」に入り、日中戦争が開始された1937年以降「非常時」に入ったわが国において³⁹、「契約」は国家統制の手段となるべきものであった。そのような観点から牧野は、「身分から契約へ」というスローガンを「契約から法規へ」という「新命題」へと転換する⁴⁰。その「転換」は、当時の「統制思想の発達」が促した「統制の政治乃至統制の経済の下における統

38 牧野『民法の基本問題第五・契約の本質に関する若干の考察』（有斐閣、1941年）「はしがき」1頁。以下では、この著書を牧野『契約の本質』として引用する。なお、筆者は、フランス法に関する原書を直接参照していない。

39 牧野『契約の本質』（前注38）「はしがき」2頁及び4頁。

40 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）2-3頁。

制の法律」⁴¹をもって「契約」の本質とする、という彼の態度表明と不即不離なものであった。「契約」とは独立した市民が相互の意思の合致によって自主的に形成する神聖な営みの産物である⁴²。にもかかわらず、牧野英一の手にかかると「契約」も信義則を介しつつ「統制法規」の下に包摂されてしまう。すなわち言う。——「わたくしの信義則は、個人主義的自由主義の法律論が、その進化を重ねて、或新らしき主義——やはり、これは統制主義といはるべきものであらうし、又、別に団体主義といつてもしかるべきであらう〔中略〕——に到達するについての過渡的なものであるかも知れない。しかし、事物の経過における今日において、信義則を除いてのいかなる原理が私法一般——否、それは刑法についても、亦法律一般についても——の進化を説明し、且つその進歩を展望せしめるのに、より良きものであり得るであらうか。」⁴³（傍点・引用者）。

他方、牧野は、ジョスランの「契約法論」（Josserand, *Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats* [Revue trimestrielle de Droit civil, 1937]) に注目する⁴⁴。ジョスランの契約に関する「共通標準」（standard commun）こそ「統制主義」（dirigisme）であった⁴⁵。これを牧野は次のように言い換えている。すなわち、「契約」は、すでに「当事者の共同工作であるといふことから離れ」、「それは、もはや、平等にして自由なる当事者が、自由を盾として締結した協定でない」のであり、「それは、公権に依つて統制されてゐるもの」にはかならない⁴⁶。つまり

41 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）1-2頁。

42 戒能通孝「約款と契約——契約觀念の未成熟と約款の制度理論」（1959年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）165頁以下、特に170頁。

43 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）9頁。

44 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）3頁及び13頁以下。なお、ジョスランについては、牧野『契約の本質』156頁以下、212頁以下、同『科学的自由探求と進化的解釈』（前注11）202頁以下にも記述がある。

45 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）13頁。

46 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）13-14頁。

それは、「相互の合意といふ伝統的な形式において成立するものではなく、今日では『契約法規』 *contrat-règlement* である。〔中略〕これは『統制契約』 *contrat dirigé* と称せらるべきものである。』⁴⁷と。

このような牧野のスタンスこそ、当事者間の契約を国家的な統制経済秩序の下でコントロールされるべきものへと変容せしめるもの、つまりは「契約の公法化」にはかならなかった。すなわち、「経済的公秩序 *ordre public économique* の変動は契約的法律秩序 *ordre juridique contractuel* に変動を及ぼさねばならぬ。かくして契約は公法化されるに至るのである。』⁴⁸。

以上の「契約の公法化」は、牧野がジョスランから学び取った観点である。これは、なるほど「契約の危機」(*crise du contrat*)の反映にはかならない⁴⁹。なるほど牧野は、この危機を危機として受けて立とうとする。その姿勢はきちんと評価されるべきものであろう。しかしながら、牧野にとってその「危機」もまた「自由法論」の見地から容易に克服されるべきものであった。その際、国家的統制法の体制に適合的な契約を、条理ないし信義則を介して制度化すること。これこそが、その——いわば「自由法論」を特効薬とする——牧野的な処方箋であった。牧野いわく。「この危機に対して、われわれの自由法論は、法律学としての任務を自覚し、使命

47 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）14頁。

48 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）16頁。

49 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）16頁。ちなみに、「契約の危機」は、今なお問題にされている。たとえば、Ernst A. Kramer, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, 1974, S. 12 ff., S. 35 ff., S. 48 ff. 牧野は契約の公法化を「所有権の公法化」とパラレルに捉えるところ（牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）16頁）、クラーマーもその契約論において「主観的権利」の形式的自由主義構想からの転換（Abkehr von der formal-liberalen Konzeption des subjektiven Rechts）を論じている。Kramer, a. a. O., S. 60 ff. クラーマーは思想的に社会民主主義の立場に関心を寄せるようであるが（Kramer, S. 65-66, Fn. 230a, Fn. 231, Fn. 232）、牧野法学との関係については別途考察するほかない。

を果たさうといふのである。すなはち、統制的契約といふ觀念は、契約現象に適用せられた自由法論に外ならぬのである。』⁵⁰。——さしあたりわれわれは、「統制的契約」が「自由法論」と等置＝同一化されていることを確認しておこう。こうして、牧野においては、「契約」イコール「統制的契約」でなければならず、かつまた「統制的契約」が「自由法論」と同じであれば、必然的に「契約」イコール「自由法論」の帰結であるというシエマが成り立つ。そして、条理ないし信義則の集合体こそが「自由法論」であるからには（牧野にとって「法」そのものが信義則でもって終始すべきものとされたことにつき、前注38に対応する本文を参照）、おのずと「契約」そのものも、改めて「信義則」（ないし「条理」）による支配を受けざるをえないのである。

② 「任意的契約法から強行的契約法へ」及び「法律行為の解釈」

ところで、牧野にとって「契約」は、それ自体としてすでに「制度」である⁵¹。それゆえ牧野は、いわゆる任意法規（公序良俗規定に反しない限り当事者の特約を許容する規定のこと。民法91条を参照。債権法の諸規定に多い〔同時履行の抗弁権や危険負担など〕。も、当事者意思の探求を前提にした当事者意思の「補充規定」でなく、それ自体として直接的に「強行的契約法」へ転化すべきものである。つまりは、裁判官の判断＝「解釈」によって「任意法規」が強行的に適用されるべきことになる。その前提として、いわゆる「任意法規」は、「補充規定」であると同時に「解釈規定」である、という見地が示される⁵²。念のために言えば、その牧野的な契約解釈は、あ

50 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）16-17頁。

51 「実に、契約そのものが、その本質において既に『制度』なのである、といふべきであらう。」。牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）59頁。この制度的契約の今日的な典型は、いわゆる「定型約款」（民法538条の2以下）である。牧野は「普通取引条款」とか「附合契約」という名称を与えている。これについては、のちほど項を改めて考察する。

52 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）47-48頁。

くまで「意思表示を解釈するのではない」⁵³。むしろ、当事者の意思が「疑はしい場合」において「任意法規」が問題となるのであるから、「その上に事を推測するといふのは、裁判所に恣意を許すといふことになるものとせねばならぬ」⁵⁴。そしてこの観点は、「補充規定について」も、「全く同一」とされる⁵⁵。こうして牧野によれば、当事者の意思表示（「特約」）がないか、あるいは不明瞭な場合、「任意法規」があたかも「強行法規」であるがごとく「自己の定めたところを適用せむとする」ものと解されるに至る⁵⁶。すなわち、牧野にとって「（意思表示の）補充規定」イコール「（任意法規適用如何の）解釈規定」であるところ、すでにこのような「解釈規定」も、それ自体すでに「その本来の性質において解釈的なものではない」とされるに至る、というわけである⁵⁷。したがって、「補充規定」の辿る運命も同様であった。すなわち「補充規定も、亦、その本質において補充的なものではないのである」⁵⁸。

牧野によれば、そもそも、「法律行為の解釈」のコペルニクスの転回が必要であった。彼いわく。「曾ては、それは、法律行為に就いて当事者の意思を探求するものであるとされたのであったが、今では理論が一変した。法律行為の解釈は、その法律行為に就いて、法律関係を合理的に——すなわち、妥当に、衡平に、信義則に従つて——処理することである。」そして、その法律行為の解釈に適用される「任意法規」も「客観的な法規」⁵⁹である以上、その「解釈」も「強行法規」と同様な性質を帯びざるをえない。その際、翻って「契約」それ自体「コペルニクスの転回」を遂げるべ

53 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）49頁。

54 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）49頁。

55 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）50頁。

56 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）50頁。

57 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）54頁。

58 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）54頁。

59 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）55頁。

きことになる。牧野はこう言っている。——「契約は、単に当事者の恣意的な意思表示であるといふことから、それが、一つの『制度』であるといふことに進化を重ねてゆく契機が存立するのである。惟ふに、法律現象は、契約から制度に進化するのではなく、実に、契約そのものが、その本質において既に『制度』なのである、といふべきであらう。」⁶⁰。そして、そのような制度的契約の範囲内では、「法律行為の解釈を称して、おだやかに、当事者の意思を補充するものであるとしてもよし。」という⁶¹。このような法律行為の伸縮自在な解釈論こそ、ある意味で牧野法学の真骨頂であった。それゆえ、彼は、「法律行為が解釈に因つて合理化され社会化されるところに、法律行為の進化といふことを考へ得るわけになる。」⁶²と称する

60 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）58頁。このように牧野は「制度的契約」を確信するのであるから、いわゆる法律行為ないし契約の解釈問題も——単なる「事実問題」ではなく——「法律問題」として把握されるべきことになる。それゆえ、契約解釈にかかる問題は、最高裁（当時の大審院）への上告理由であり、法律審での審理にこそふさわしい、という。牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）77頁。ちなみに、牧野がいう「制度的契約」と、契約という（意思的要素を基軸とする）法制度を承認することとは天と地の開きがあること言うまでもない。

61 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）77頁。その引用箇所が続いて、牧野は「法律行為の解釈」を「当事者の設定した生活関係に対して法律的規範を創定するものとしてもよし」と記している。いずれにせよ、牧野の場合、制度的契約論のもとで意思的要素が——むしろそれが全面的に排除されているわけではないものの——徹底的に希釈化されていることに注意すべきである。

62 牧野「契約理論の客観化」同『契約の本質』（前注38）155頁。そのような牧野の思想は、「約束を守れ」という19世紀的な「法律的倫理観」から「すべての人を人らしく」という新たな価値基準に置き換えられるべきであり、よってそのことが「国家に依つて法律に示現」されなければならない、という見地へと向かう。牧野「契約理論の客観化」同『契約の本質』173頁。——「人が人らしく」扱われるべきこと当然であるところ、なぜそれが「約束を守れ」という法的価値基準とそぐわないのか、なぜ直接的に「国家」が統制主体として登場すべきであるのか、不明である。このような曖昧さも、牧野法学に固有な現象であると考えられる。もとより、このような「統制主義の契約理論」のもとで「国家」が「十分強き」がゆえに、むしろ「謙虚なるべき態度」を持すべきことを、彼は忘

のである。

③ 「条列文句」と「普通取引条款」

上記のように、牧野は制度的契約論の立場に立つわけであるから、あらかじめ契約書に書かれている条項（これを牧野は「常列文句」ないし「常列約款」と記す）は言うまでもなく、企業が作成した「普通取引条款」（いわゆる「約款」ないし「定型約款」）も、すでに制度であり、いわば「法」であるから、おのずと拘束力をもつ。とはいえ、前者に対する牧野の観方は、やや複雑である。

たとえば、当時、東京では借地契約について三年あるいは五年を期限とする条項が契約書に印刷されることが多かった。期限が到来すれば、借地人はその建てた建築物を収去するか、もしくは地主の要求する新たな高額賃料による契約更新に応ずるか、迫られた。もとより地主が第三者に当該土地を譲渡した場合、この第三者との関係では1909年（明治42年）公布の「建物保護法」による一定の保護が図られたわけだが、借地契約の当事者間では上記のようなケースが通用していた。そこで借地人保護のため1921年（大正10年）に「借地法」が制定されたのである（契約期間の定めを置く場合について、堅固建物につき30年、その他の建物につき20年という「片面的強行規定」〔借地法2条〕が設けられた⁶³）。この点、牧野は「借地法」がないとして上記期間三年ないし五年の「常列文句」（「常列約款」）があればどうか、と問題を立てる。そして、牧野自身すでに答えを出している、とする。すなわちいわく、「建物を築造することが土地の利用として最も合理的で、さうして、その築造された建物を三年乃至五年にして収去することが国家経済上忍ぶべからざることであるとするならば、地主はその主張（建物収去・立退きの請求または高額賃料での更新の請求）を為すについて、社会の公

ゝれないのであるが…。牧野『契約の本質』174頁を参照。

63 我妻栄『債権各論・中巻一（民法講義Ⅴ2）』（岩波書店、1957年）486-487頁を参照。

益を考慮するところがなければなるまい。」と⁶⁴。「借地法」の精神が借地人保護であることは言うまでもなく、その背景に借家紛争（争議）が多発したことは周知のことである。当時、単なる形式的な契約自由では借地人の保護が図られないことも事実であり、その点で牧野の主張には「具体的妥当性」がありそうにも見える。しかしながら、そもそも地主の利益を一方的に保護するための「常例文句」（「常例約款」）に法的拘束力を認める牧野の見解こそ問題あり、とすべきではないだろうか。そのような印刷文字に法的拘束力を認めた上で「社会連帯」・「信義誠実の原則」を振り回されても⁶⁵、それほど説得力をもつとは思われない。にもかかわらず、牧野によれば、借地問題に関しても「信義則の論理はしかくむしろ簡単」であり、「一方において生活に対する実証的な考察に依り、他方において国家的社会的な規範の見地を採る」ことにより妥当に処理されるべし、とされる⁶⁶。本稿の観点からすれば、このような思考形態は、牧野による制度的契約論の必然的な帰結にほかならない。それゆえ、同様のことは「普通取引条款」＝「約款」についても妥当するのであり、むしろ一層増幅された形で現象化するに至るのである。

「普通取引条款」について牧野のいうところを聞こう。——「普通取引条款は企業者の周囲に無数の相手方を集合せしめる。その内容が一定の継続性を具備するに於ては、相互に無関係なる相手方を社团的組織に結合せしむる。そこに、自由と拘束、個人主義と団体主義との調和点が存在する。そこに、契約より制度への進展がある。」。これは牧野の文章ではない。牧野が反自由法論者として批判⁶⁷した自然法論者・田中耕太郎（1890-1974

64 牧野『法律に於ける具体的妥当性』（有斐閣、1925年）67頁。

65 牧野『法律に於ける具体的妥当性』（前注64）67頁。その箇所では、契約のみならず、所有権もまた、「社会連帯」の関係において「社会に奉仕する手段」として、それゆえ「信義誠実の原則」の対象となる、という。

66 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）84頁。

67 前注5で掲げた牧野「自由法論における社会学的方法——田中博士の『法

年)の文章である⁶⁸。むろん、上記引用文の限りで、牧野はライバル田中と握手するのである。それでは、両者の違いは何か。牧野によれば、「契約より制度への進展」という田中耕太郎の認識は甘いのであり、「普通取引条款」をして「真にいはゆる制度的な意義を発揮せしめ」ることこそ肝心であり、すでに「現行法を超越する法」として、「常に」、それ(約款)を「適当」な「処理」の対象として「自由法論」的に把握すべきである、とされる⁶⁹。田中によれば「約款」は「商法上の定型化」の問題にとどまるところ、牧野の自由法論的な約款論によれば「全法律」にわたって制度的な契約への改造が図られるべきであり、よって一般的な「契約締結の強制への展開」が構築されなければならぬ、という⁷⁰。以上のような観点から、牧野は、米谷隆三(1899-1958年)の約款論に注目している。

米谷によれば、フランスの「附合契約」とかドイツの「普通取引条款」などにみられる制度的な契約は、単なる「定型的」な性質を越えて「法の世界を展開し、法規範としてその重点を移行してゐる」ところのものである⁷¹。その際にカギを握るのは、「企業法」という観点であった。約款は「企業社会の自成法として生成」したものであり、「企業を担ひ手とする外

「律学」(二)」同『法律における価値の論理』(前注3)366頁以下を参照。

68 田中耕太郎「商法上の法律関係の定型化(四・完)」法学協会雑誌55巻7号(1937年)1頁以下、特に47頁。ちなみに、田中のいう「定型化」とはもっぱら契約の制度化、つまりは「普通取引条款」=約款を指して用いられている。

69 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』(前注38)114頁。なお、現代的な内田貴「制度的契約」と牧野との関係については、本稿続編で一定の考察を試みる予定である。さしあたり後注94を参照。

70 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』(前注38)115頁。

71 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』(前注38)117頁。米谷の約款論は、その『約款法の理論』(有斐閣、1954年)に集約されている。しかし、ここでは基本的に牧野の論稿に即して引用箇所を指示するにとどめる。ちなみに米谷隆三(1899-1958年)の前記著作は、商法学者・西原寛一(1899-1976年)ともども、牧野英一に捧げられたものである。米谷『約款法の理論』扉書きを参照。

部的自成法として存在する」ものであるから、商法上の法源（商法1条2項）にかかわらず、それ以前にすでに「法」として存在すべきものである。それゆえ、米谷をその同志とする牧野によれば、「法規」としての約款があらかじめ通用力を持ち、それに基づいて、「その形式上一種法律行為として成立してゐる」ところに「新らしき法律現象」としての「特色」がある、とされるのである⁷²。こうして約款は、すでに「法規」であり、当事者間の意思的な拘束根拠なくして妥当すべき「存在」であった。「法律行為」は、そこでは単なる「形式」（＝抜け殻）としてのみ登場する（この点、前注72で示したところも参照）。したがってそこでは、「契約の不自由」こそが普遍妥当性をもつに至る⁷³。この点、みずからの「自由法論」の源泉をゲルマン法ないしギールケ（1841-1921）に求める牧野⁷⁴は、自己の「中世主義の現代化」に同意する米谷を持ち上げつつ、次のようにいう。すなわち、「中世主義は、現代にとつて、一方に愛すべき模範を示す」ものであるが、「単純なる復古主義は『怖るべきもの』でもあらう」、だから約款こそはあくまでも「新しい法律行為論の出発点」とされる必要があったのである⁷⁵。その「新しい法律行為論」とは何か。牧野いわく。「大企業は、その経営において、企業者と顧客圏との間に成立する一種の協団体

72 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）118頁。この引用文によっても示されているように、牧野が「法律行為」をもっぱらその「形式」のみによって捉えていることにも注意を払う必要がある。

73 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）119頁。その箇所牧野は、米谷的な約款論を支持した上で、約款を立法と並ぶ「統制の他の一つの方法」として捉えている。こうして「従来の法治主義における放任主義に代へて文化主義に依る統制を原理とせねばならぬことになる」という。牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』121頁を参照。

74 たとえば、牧野によれば、一般的には「自由法論者として算へられて居ない」ギールケについても、その「自由法的な立場」は「著しい」とされる。牧野「ギールケ教授の永逝を耳にして——人の人たる所以としての結合の本質」同『法律に於ける具体的妥当性』（前注64）509頁以下、特に525頁。

75 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）122-123頁。

を成立せしめつつあるのである。この新らしい協同体においては、自由競争がではなくして、社会連帯の原理が支配するべきである。換言すれば、大企業における自由競争の成果が、その極点においてコペルニクスの転回を為さねばならぬことになったのである。それが普通取引条款に見受ける本質と考へらるべきであらう。それは、契約から進化して、今、組合法になりつつあるのである。⁷⁶——あるいはいわく。「国家は、かく、その新らしき法律において新らしき技術を發展せしめつつ、その文化的賢さを進めねばならぬ。しかし、その経過において、われわれは、法律の運用上、概括的条款（約款）が一種の微妙なる作用を営むことを考へねばならぬ。公序良俗の原則がそれである。信義誠実の原則がそれである。これは、当事者の意思を超えて、社会的客観的に契約を処理することになるのである。かような概括的条款は、法律技術としては全きを得たものでない。しかし、見方に依つては現代における法律技術であるともいはねばならぬものである。〔中略〕それは契約の社会化であり、又国家化である。〔中略〕（契約に

76 牧野「契約における自由と統制」同『契約の本質』（前注38）140頁。この、「大企業における自由競争の成果」とは、カルテルやトラストなど独占資本主義の諸帰結そのものに違いあるまい（牧野は必ずしもそのようには断定していないのであるが…）。いずれにせよ牧野においては、かかる企業の結合形態をもって組合法的、つまりは牧野的な団体主義的な法という意味での「契約のコペルニクスの転回」が企図されていくのであった。そのような「組合法」のうちにわれわれの契約も服属し、それに吸収されていくべき存在とされたのである。そのことも、牧野的な「転回」の帰結であろう。ちなみに、このような戦前の一般的な傾向を指して我妻栄は、それを「近代法における債権の優越的地位」と呼んだ。しかもそれは、金銭債権の優越を介して「国家の統制」（ないし「国家的統制の理想」）のもとに実現されていくべきものとして構想されたのである。我妻『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年。初出は1929年から1931年）327頁。加えて我妻は、「個々の純私法上の問題における指導原理も、この根本的態度（すなわち、「優越的地位を占めた債権に対する指導原理」に基づく態度）に関連せしめてのみこれを決すべきものであると、私は信ずる。」という（我妻・前掲書同頁。括弧内・引用者）。その方向性は——本稿の観点によれば——牧野英一のそれと基本的に異なるものではない。

おける) 中世主義は、高度資本主義に対する規整として、今、考へなほされつつあるところなのである。」⁷⁷。

④ ラレンツとシュトールのナチス的契約論への牧野の態度

(二つの „Vertrag und Unrecht“ について)

上記の「協団体」的、あるいは「国家」的な契約論は、牧野をしてナチス的な契約へと導いた。牧野が着目するのは、ナチスが全権を掌握してのち、1936年に刊行されたカール・ラレンツ (K. Larenz) とハインリッヒ・シュトール (H. Stoll) の二つの „Vertrag und Unrecht“ である⁷⁸。ほぼ同時期にヴォルフガング・ジーベルト (W. Siebert) が „Die allgemei-

77 牧野「契約理論の客観化」同『契約の本質』（前注38）175-177頁。牧野は、このような認識に照らして、「中世主義」を嫌悪するジョスランを批判する（177頁）。要するに、「契約の公法化」、すなわち契約における「統制主義」の貫徹は、「中世主義」への賛否如何にかかわらず肯定されるべきだというのが牧野の立脚点であった、と言うべきことになろう。ちなみに、牧野的な「中世主義」は、近代の合理性を深く懷疑するところに成り立っているところ、この「中世主義」の、いわば「新しき中世」への宗教哲学的な問いかけが、戦前わが国「近代の超克」の現実的課題と結合していたことにも注意する必要がある。たとえば、「新しき時代の課題」としての、「新しき秩序」への主体的変容のための内面的課題としての「新しき中世」への視座転換を提唱するものとして、吉満義彦「近代超克の神学的根拠——如何にして近代人は神を見出すか」著者代表：河上徹太郎『近代の超克——知的協力会議』（創元社、1943年）64頁以下、特に83頁を参照。なお、これは河上徹太郎＝竹内好（他）『近代の超克』（富山房、1979年）59頁以下に再録されている。

78 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』（前注38）194頁以下。ラレンツとシュトールの契約論につき、谷口知平「シュトールとラレンツ「契約及び不法」」法律時報9巻11号（1937年）26頁以下に紹介があり、牧野もそれを参照している（牧野195頁）。この谷口論文は、同『民法論・第三巻』（有斐閣、1990年）442頁以下に収録されている。なお、ラレンツ及びシュトールの原著につき筆者が直接参照したのは、龍谷大学図書館所蔵の、Karl Larenz, Vertrag und Unrecht, Erster Teil: Vertrag und Vertragsbruch, 1936; Heinrich Stoll, Vertrag und Unrecht, 1. Halbband, 1936, dieselbes, 2. Halbband, 1936 である。ラレンツ、シュトールの学風については、広渡清吾『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学』（日本評論社、1986年）巻末「人名索引・人物略伝」30-31頁、54頁を参照。

ne Entwicklung des Vertragsbegriffs“, 1937 を説き、「ドイツ民族の全体的組織的生活秩序」(ganzheitliche und gegliederte Lebensordnung des deutschen Volkes)に基づく「新らしきドイツの契約理論」を提唱した⁷⁹。牧野は、このジーベルトの作品に即して「契約概念の変遷と還元」という観点を想起しようとしたのである⁸⁰。要するに牧野は、ジーベルトに触発されて19世紀型の „Rechtsverkehr“ (財貨の取引関係) から 20世紀的な „personenrechtliches Rechtsverhältnis“ (身分法的な法関係) への「変遷」と、そのような民族協同体適合的な人格秩序への契約の「還元」を提唱するのであった(「構成員はその協同体のために奉仕するの關係に立つのであり、その協同体は新たに創造せられたる有機的単一体として自己の固有なる秩序を保有するものである」とする。)⁸¹。その脈絡において、牧野は、ラレンツとシュトールの契約論を位置づける。

まずラレンツからみよう。その基本的な発想は、ジーベルトと同じであり、またハインリッヒ・シュトールとも合致する。ラレンツの契約論の特色は、「契約を民族的秩序の形成原理」⁸²として捉え、かつまた「契約」を「相対化」して構想する点にある。その「相対化」とは、なるほど契約は直接的には当事者による契約の締結行為から始まるのであるが、その効力は「民族の生活原理及び正義意思と適合する範囲においてのみ」承認されるに過ぎない⁸³。言い換えれば、ラレンツは「契約から、契約強制を経て、

79 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 181頁、185頁。ジーベルトの論文はベルリンの「外国法及び国際私法カイザー・ウィルヘルム研究所」の「第二回国際比較法会議」(1930年)への報告書に収められたものであり、その報告書が1937年に公開された。牧野・前掲書178頁。ジーベルトについては、我妻栄「ナチスの契約理論」(後注83) 395頁以下が言及する。なお、広渡『法律からの自由と逃避』(前注78) 巻末「人名索引・人物略伝」49頁も参照。

80 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 183頁以下及び189頁以下。

81 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 190-192頁。

82 Larenz, Vertrag und Unrecht (Fn. 78), S. 31 ff.

83 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 195頁。ラレンツ

契約関係が法的に内容の決定を受けるまでの各種の態様を称して…『法律行為的及び契約的決定の可能の範囲の相対性』Relativität des Umfangs der rechtsgeschäftlichen und vertraglichen Bestimmungsmöglichkeit と いふ語をもつて表示し、個人的な決定と民族的な秩序との一致といふことに依つて、すべてを統一的に理解すべきものとしてゐる。』⁸⁴。——したがって牧野は、ラレンツがその契約論において牧野好みの契約プロセスの「相対性」を前提としつつ、信義則や権利濫用の法理に依拠し、それを展開せしめようとすることに賞賛の言葉を贈るのである⁸⁵。

ところで、ラレンツとシュトールとの違いは「契約の自由」への評価如何にあった。ラレンツは「その論述において「契約の自由」といふことを全然捨てることにした」のに対し⁸⁶、シュトールはこれを維持する⁸⁷。谷口知平（1906-1989年）の記述を借りれば、シュトールは、なお「私的自

ゝ ツについては、我妻「ナチスの契約理論」（1942年）同『民法研究Ⅰ・私法一般』（有斐閣、1966年）405頁以下も参照。

84 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』（前注38）197頁。なお、牧野における「協同体」思想は、ラレンツにおける「民族的國家思想」と通底する。このような、ラレンツの法思想的側面については、ラレンツ（大西芳雄＝伊藤満・訳）『現代ドイツ法哲学』（有斐閣、1942年。原著は1935年の第2版）186頁以下を参照。

85 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』（前注38）197-198頁。その箇所では、ラレンツが契約の「補充的解釈」において「信義則」を適用し、「法律行為に依る形成の濫用」という観点において「権利の濫用」を活用すべし、とすることに注目している。

86 ラレンツの「契約自由」への制限論（これを牧野は契約自由の放棄と言っている）は、ジーベルトとほぼ共通する。この点、我妻「ナチスの契約理論」同『民法研究Ⅰ』（前注83）408-409頁を参照。

87 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』（前注38）198頁。なお牧野は、ラレンツとシュトールの相違点として、いわゆる「公序良俗」の理解の仕方の違いを挙げている。ラレンツによれば、それは、「民族の良心」であり、「民族の本質に適合」するもの、言い換えれば「真実なる国民精神」とされるのに対し、シュトールによれば「全法律行為の倫理的な性格を明かにするもの」として位置づけられる。牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』200-201頁。シュトールについては、我妻「ナチスの契約理論」（前注83）411頁以下を参照。

治」(Privatautonomie)を顧慮する。その上で彼は、これをナチス的な「共同社会思想」と、そのもとでの「人格主義」とに繋留しようとするのである⁸⁸。それは、牧野の理解によれば、次のように言い換えられる。すなわち、シュトールにおいて「私的自治」は、「自由主義」のもとでのそれから「国民社会主義」のもとでのそれへとその性質を変容したのであり、「協同体観念」が「契約の当事者に対し、民族協同体への結合と隷属を要求する」からには、場合によっては「当事者の意思に反対しても『合理的な契約の目的』を明かにし、公益に反する契約を適当に形成する(形成しなす)ことに因つて、これを協同体の要求に適合しめる(べき)ことになる」⁸⁹(括弧内・引用者)。要するに、シュトールのもとでは「私的自治」という言葉は維持されつつも⁹⁰、「それ自体が自己目的ではなく、一に、協同体に奉仕すべく正しき用ひ方に従はねばならぬ」とされる⁹¹。

いずれにせよ、ここでは、個人的自由をその価値基準とする法律行為論ないし契約論は、もはやその姿を失う。こうして、ナチス的な契約観こそ、わが国昭和ファシズム期の統制経済的な契約理論に力を与え、かつまた当時のわが国契約法論を広く席卷するものであった。牧野の契約論とはほぼ同時期に、わが国でナチス的な契約理論の影響が幅広く看取されるようにな

88 谷口「シュトールとラレンツ「契約及び不法」」(前注78) 28頁。それゆえシュトールにおいては、「契約の自由」も維持されるところ(Stoll, Vertrag und Unrecht (Fn. 78), S. 6 und 14.)、それまた「共同社会目的を実現するための一つ的手段に過ぎない」とされるのである(谷口・前掲同頁)。ともあれ谷口論文は、思弁的なラレンツよりもシュトールの方が読みやすく論理的であるとして、その一読を薦めている(谷口29頁)。

89 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 198-199頁。

90 それゆえシュトールは、私的自治に基づく「形成の自由」(Gestaltungsfreiheit)を承認する。牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 200頁。Stoll, Vertrag und Unrecht (Fn. 78), S. 14.

91 牧野「契約概念の変遷と還元」同『契約の本質』(前注38) 200頁。Stoll, Vertrag und Unrecht (Fn. 78), S. 6.

り⁹²、併せて信義則論そのものが大合唱されていった事実⁹³が、それを雄弁に物語っている。しかも、これは、「信義則」の重視、さらに「制度的

92 ナチスの契約論に関しては、吾妻光俊「労働秩序と契約概念の後退」同『ナチス民法学の精神』（岩波書店、1942年）145頁以下、我妻「ナチスの契約理論」（前注83）389頁以下がある。吾妻光俊（1903-1973年）は、ナチスの労働政策（＝「共同経営体」論）を踏まえつつ、労働契約から労働関係（就労関係）への転換を肯定的に捉えた上で、「技術的な意味で契約なる観念を支持すること」の可能性を説く（吾妻219頁）。他方、我妻栄（1897-1973年）は、すでに契約論以外に幾つかのナチス法論（私法原理、所有権論など）を書いており、基本的にナチズムの偏狭な民族精神論、及びユダヤ人迫害を批判的に描き出す点に特色がある（たとえば我妻「ナチスの私法原理とその立法」〔1934年〕・前掲書238-239頁）。とはいえ契約論としては、我妻は、ジーベルト、ラレンツ、シュートルらの契約論を素材に、これらの契約論を肯定的に受けとめ、よってナチス的な見解を基本的に受け入れようとする。なにより我妻にとって、個人意思的な「契約」が「人類のすべての生活関係の創造者なりと僭称する誤謬を是正する」ことが、その前提としてあった（我妻・前掲書454頁）ことが規定的な意味をもった。その上で、彼は、ナチスの契約理論における、「契約」をもって「民族協同体秩序の一部」とする態度の「正当性」を「是認しなければならない」とするのである（我妻・前掲書同頁。ただし、「民族協同体」というタームは「人種法則的法律学」の「臭味」をもつから、「国家協同体」と「なすを至当とする」という。）。

93 この時期の信義則論を指導したものは、言うまでもなく牧野その人であったが、それ以外に、すでに1924年、鳩山秀夫（1884-1946年）が「債権法における信義誠実の原則」を著したことに留意すべきである（鳩山『債権法における信義誠実の原則』〔有斐閣、1955年〕251頁以下。なお鳩山信義則論につき、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（二）」龍谷法学50巻1号（2017年）202頁以下、特に245頁以下を参照）。また、1926年に勝本正晃（1895-1993年）が大著『民法に於ける事情変更の原則』（有斐閣）を刊行した。その著書で勝本は、信用制度と契約との関係を重視し、信用経済制度が未発達な段階でこそ「契約は守られるべし」（pacta sunt servanda）の観点が生きたが、「完全なる信用経済の社会」が出現すれば「事情変更の原則」が「独立の規範として明白に意識せらるゝに至る」とする（勝本992頁及び994頁参照）。その後、昭和期に入って、いわば怒涛の如く信義則論が溢れ出る。単行本だけ拾っても「統制原理としての信義誠実」を論ずる林信雄『転形期の私法理論——信義誠実の原則に関する一研究』（厳松堂書店、1938年）、それを判例に即して論証しようとする同『判例に現はれたる信義誠実の原則』（厳松堂書店、1940年）、さらに「団体主義的法源理論」の立場から信義誠実の原則を強調する石田文次郎『契約の基礎理論』（有斐閣、1940年）78頁以下、175頁以下などを挙げることができる。

契約」への変容という点で今日的にも反復的に現象化するほど根深い同化傾向をもつものであった⁹⁴。

(e) 「所有権論・権利論」

牧野にとって、上記「契約の公法化」（前注48に対応する本文を参照）及び「契約の制度化」（前注69に対応する本文を参照）の精神は、所有権にも妥当することであり、よって、その「公法化」ないし「制度化」は必然であった⁹⁵。それを牧野は、1936年刊行の『民法の基本問題第四・信義則に関する若干の考察』（有斐閣）の中で明らかにした（それゆえ、彼の所有権もまた、「信義則」によって支配されるべきものとなる。）。ここでは、その著作をもとに、昭和初期牧野の「所有権論・権利論」の基本的性格を解明することにする。

① 権利と「信義則」との関係

まず、権利と「信義則」との関係からみていこう。権利の内容（使用・収益・処分。あるいは第三者からの侵害に対する絶対的保護の平等性）と、権利行使の態様とが区別されるべきこと、言うまでもない。牧野は、この区別をしないまま、ローマ法にいわれる「何人も自身の権利を行使する場合には悪意で行動するものとはみなされない」（*Nemo videtur dolo facere, qui suo jure utitur.*）という態度のもつ「十九世紀」的な「個人主義」・「概念法学」的性質を批判することから、その論を開始する⁹⁶。ちなみにローマ

94 さしあたり、内田貴『契約の時代』（岩波書店、2000年）注42（巻末の「注」専用箇所39-40頁）、同『制度的契約論——民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）57頁以下、111頁以下、大村敦志「債権法改正の「契約・契約法」観」同『民法のかたちを描く——民法学の法理論』（東京大学出版会、2020年）192頁以下、特に209-210頁などを参照。

95 この点を明示するのは、牧野「契約における公法と私法との交錯」同『契約の本質』（前注38）209頁である。

96 牧野「信義則と権利一般」同『民法の基本問題第四・信義則に関する若干の考察』（有斐閣、1936年）322-323頁。この書を、以下では、『民法の基本問題第四』として引用する。なお本稿では、上記本文中のラテン法文につき柴田光ノ

法において、「自己の権利」を行使する場合であっても、それが他者に対する不法行為の要件を充足する限り、権利者がその他者に不法行為責任を負うことに疑いの余地はない⁹⁷。この点、牧野はもっぱら権利行使の態様にだけ目を向けるのであるから、おのずと信義則の、権利論における特殊な展開としての「権利濫用」の法理に着目するに至る。それゆえ「権利の濫用といふことは、要するに、権利者が信義誠実の原則に依つて行動せねばならぬといふことを意味するのである。」というわけである⁹⁸。こうして、きわめて素朴な形で権利論における「権利濫用」と「信義則」との接続が図られる。その上で、牧野は1934年公布の「不正競争防止法」に着目し、これを「われわれの自由なる行動が信義誠実の原則に依つて統制されねばならぬことを示すものである。」と位置づける⁹⁹。ここで牧野は、「自由と所有権」の問題を漠然と取り上げ、所有権の制限が「法令」による「形式的な制限」（民法206条）に依拠することなく所有権内在的に導出されるべきこと、したがって、すでに「おのづから」、「所有権が社会的制度たるにふさわしいはば謙虚な内容を持つてゐる」ことを自覚すべきである、という¹⁰⁰。それゆえ「所有権」は、民法206条から理解されるべきではなく、むしろ、「高次の原理」を体現したものとしての「相隣関係」から理解されるべきものだ、とする¹⁰¹。これに関し、権利が単なるアトムの存在ではなく、常に他者の権利の存在を踏まえて法的な性格規定が付与され

ㄨ 蔵『ローマ法ラテン語用語辞典』（玄文社、1976年）183頁を参照した関係上、牧野の原著での表現とやや異なっているが、趣旨は同様である。この点、あらかじめお断りしておく。

97 M. Kaser, Das Römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, Zweite, neuarbeitete Auflage, 1971, S. 609 ff.; R. v. Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867, S. 6, S. 21 ff. 原田慶吉『ローマ法・改訂』（有斐閣、1955年）219頁以下。

98 牧野「信義則と権利一般」同『民法の基本問題第四』（前注96）330頁。

99 牧野「信義則と権利一般」同『民法の基本問題第四』（前注96）333頁。

100 牧野「信義則と権利一般」同『民法の基本問題第四』（前注96）334頁。

101 牧野「信義則と権利一般」同『民法の基本問題第四』（前注96）334-335頁。

るべきことは、すでにサヴィニーの説くところであった¹⁰²。本稿注102で示したように、サヴィニーが所有権を典型とする権利＝主観的権利を、個人的な「自由」との関係で普遍的に規定し、しかもその専恣的な行使を制約し限界づけていることはきわめて明らかである。サヴィニーは、いわゆる「相隣関係」の法理とも無関係に、一般理論の平面でそれを描き出すことに成功している。ところが、すでに権利の「解体」を主張していた牧野¹⁰³は、このようなサヴィニー的な個人的な権利論に目を向けることはない。もっぱら「社会的な権利論」、ないし「社会的所有権論」だけが推奨されていくのであった。

② 「個人的所有権」から「社会的所有権」へ

102 F. C. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 331-333. サヴィニーはこう言っている。——「人は外的世界のただなかに存立する。そして、人にとって、このような環境のなかでの最も重要な要素は、その性質と規定によって彼にとって重要なものと同様であるところの（第三者との）接触である。さて、このような接触において相互に自由な本質的存在が、その展開において相互に促進的に、妨げ合うのではなく成立するはずだと考える場合、このような自由な存在（＝人）は、その内部で諸個人すべての現存在（Dasein）と現実性（Wirksamkeit）とが一つの確実に自由な空間をわがものとするところの、ある不可視の限界を承認することによって初めて可能な存在となる。かかる限界及びその限界を通じて、このような自由な空間を規定する準則（Regel）こそが「法」（das Recht）である。（中略）他人の自由によって（ある人の）自由が妨害されるなら、それをわれわれは不法（Unrecht）と呼ぶ。なぜなら、そのような妨害こそは、人の発展を阻止する作用をもつものであり、したがってそれは一個の災いとして拒絶されるべきものだからである。」「今や獲得された観点からすれば、われわれの目には、あらゆる個別的な法関係（Rechtsverhältnis）が人と人との関係として現象するのであり、その法関係は法準則（Rechtsregel）によって規定される。しかも、法準則によるこのような規定は、個人の意思があらゆる他人の意思から独立して支配すべき領域を個人の意思に割り当てるということこそ存在するのである。」（括弧内・引用者）。

103 牧野「権利の觀念の転回——鳩山博士の日本債権法新版を読む」同『法律に於ける具体的妥当性』（前注64）290頁以下、特に330頁及び352頁を参照。その後者の頁では、牧野による権利の「コペルニクスの転回」が主張され、よって、公序良俗を基礎とする「責務」をその基礎とする「権利論」が提唱されている。

そこでわれわれは、牧野英一の「社会的所有権」論に目を向けるべきことになる。その場合に、牧野が依拠するのは、中田薫（1877-1967年）及び石田文次郎（1892-1979年）の所有権論ないし総有権論である¹⁰⁴。いずれもゲルマン法的所有権論に基づくものであり¹⁰⁵、そのような観点から、牧野は平野義太郎（1897-1980年）の総有論にも留意している¹⁰⁶。

他方、牧野は、アリストテレスをその源流にもつ聖トマス主義的な「所有権論」が、元来ローマ法を基礎とするものでありながら、ゲルマン法的な観点からそれがモディファイされる傾向に大きな関心を抱くのであり¹⁰⁷、そのような観点から「社会的所有権」の生成を一層鼓舞するに至

104 牧野「個人的所有権及び社会的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）355頁以下。

105 中田薫の場合には、日本法制史的な考察（特に徳川期の私有権論）に重点が置かれているが、ゲルマン法に傾く姿勢としては、その後の石田文次郎と同様である。なお、中田の見解については、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（九）」龍谷法学51巻4号（2019年）294頁以下で一定の批判的考察を試みたところを参照。

106 牧野「個人的所有権及び社会的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）355頁注4。

107 牧野「聖トマスの所有権論」同『民法の基本問題第四』（前注96）384頁以下は、「聖トマスの自然法論と所有権の観念との関係」を考察し、聖トマスの所有権論が、所有者の社会的な「責務」ないし「義務」を強調した点にこそ学ばなければならない、とする。その結果として牧野は、後世の「啓蒙時代の哲学」が聖トマスの所有権論をフランス人権宣言的な意味での「自然法」的なものとして理解した誤りを正し、むしろ聖トマスそのものに立ち返らなければならぬと主張する。かくして牧野は、「聖トマスの所有権論」が「ゲルマン法の団体的所有権とまではいひ得ない」としても、「おそらくは、ゲルマン法の総有権は聖トマスにおける自然法と一致するものではなからうか」と述べる。牧野「聖トマスの所有権論」同『民法の基本問題第四』390-391頁。要するに、聖トマスの「自然法」は、牧野によって「自由法論的な現代的な仕事に対し、新らしき光明の与えられるものある」ものとして再構築されることになる。牧野「聖トマスの所有権論」424頁。ここにあるのは、おそらく「自然法」と「自由法学」の奇妙なる同居であったろう（この発想は、牧野の師である穂積陳重〔1855-1926年〕が「新自然法」と名づけたものに近い。陳重『法律進化論第一冊』（岩波書店、1924年）207頁及び219頁以下を参照）。

る¹⁰⁸。約言すれば、それは、ギールケ的＝中田薫的な意味での「団体所有権」¹⁰⁹に帰一するところの「社会的所有権」論であった¹¹⁰。その帰結として、牧野は、「所有権の法律的な理念を、社会的に、倫理的に、止揚することができるやうになる。」と記す¹¹¹。

③ 「制度論的所有権」について

さらに牧野の思考は、そのゲルマン法ないしキリスト教思想への着眼において、中世的な価値観へと還帰してゆく。牧野いわく。「中世の団体主義は、そのゲルマン法的思想にしても、又、そのキリスト教的思想にしても、今や、中世主義として、近代の個人主義的自由主義の批判に対し重要な資料を提供しつつあるのである。」¹¹²。——このような中世主義への回帰

108 牧野「個人的所有権及び社会的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）366頁及び367頁注2。その注2で、牧野は、上田辰之助「トマス協同体思想より觀たる Potestas procurandi et dispensandi の意義」経済学論集第4巻1号所収を参照している。

109 牧野「個人的所有権及び社会的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）370-373頁。なお牧野は、中田「徳川時代に於ける村の人格」国家学会雑誌34巻8号（1920年）1頁以下（同『村及び入会の研究』〔岩波書店、1949年〕16頁以下）に依拠している。この点、戒能通孝（1908-1975年）がその「入会権」論において中田薫の見解を徹底的に批判するのは、中田が無批判にギールケ的な団体的所有権論＝総有論をわが国「入会権」論に接続するがゆえであり、また、そこに政治的要素の直接的な肯定（明治初期「市町村制」導入による入会解体路線の承認）を見出すからであった。戒能「入会権——其主体並に其効力（一）・明治初年大審院判決録を中心として」法律時報10巻9号（1938年）5頁を参照。

110 ちなみに、このような「社会的所有権」論の傾向は、末弘巖太郎においても強く看取されるものである。たとえば、末弘「民法改造の根本問題」（1921年）同『嘘の効用・第41版』（改造社、1925年）191頁以下、特に198頁以下。それゆえ、戒能通孝によれば、末弘法学における「個人的所有権」の欠落が問題として指摘されるのである。戒能「末弘巖太郎」（1960年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）266頁以下、特に275頁参照。

111 牧野「個人的所有権及び社会的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）375頁。

112 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）426頁。この点に関連して、牧野が、「所有権機能論」や「法人目的論」を取り上げ、そこにおいて「実証主義と中世主義とが互いに琢磨すべき点」が見出されるとするこゝ

（牧野は、それを「現代的に」とらえ返そうとするのだが）こそ、牧野をして「人間的なるもの」への視座の設定を要求せしめたのである。それゆえに彼は、オーリュウ(M. Hauriou)の「制度論」を継承する立場からルナール(G. Renard)によって提唱された『人間的所有権』論(Renard, *Propriété privée et propriété humaine*, 1926)に着目する¹¹³。ルナールは、カトリシズムの立場から、その「制度論」における制度(Institution)を「聖トマスの協団体」として捉える¹¹⁴。これに対し、「個人主義的自由主義の法律思想」は「法のジャコバンの観念 conception jacobine du droit」の落とし子として烙印を押される¹¹⁵。

ともあれ、牧野解するところのルナールによれば、所有権における「制度論」は、以下のような特質をもつ。第一に、制度論においては「協団体の公益 Bien commun のために個人的活動が調整され、又高次の協団体の公益のために協団体の活動が調整される」ものとして把握される。第二に制度論においては、「法の分権主義 décentralisation du droit」が強調される。したがって制度論においては、第三に「法の相対主義」の立場から公益の確保が重視される。こうして第四に、制度論は法制度ごとの相対的な

ゝ とも留意すべきである。牧野「制度論的所有権」429-430頁注3を参照。その基調として牧野は、上田論文（前注108）を参照しつつ、デュルケーム的な「有機的連帯主義」ないし「社会連帯主義」と、トマス主義的な「協団体倫理」との共通性を指摘する（牧野・前掲書395頁も参照）。ちなみに、牧野の「制度論的所有権」として、牧野「人間的所有権と人間的刑罰」同『国家的・法律的・人間的』（有斐閣、1943年）134頁以下にも、同じ趣旨（中世主義と団体主義に基づく制度論的所有権）が説かれている。

113 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）427頁注2及び428-429頁を参照。

114 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）430頁。

115 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）431頁。ルナールは、ジャコバンの立場を指して「文芸復興の子、ヒューマンイズムのそれ、プロテスタンティズムのそれ、ルソーのそれ、1789年のそれ、個人主義のそれ」として批判する。牧野「制度論的所有権」432頁注1。

法律論を要求するがゆえに「累進的内容の自然法 *droit naturel à contenu progressif*」を帰結する（このような「相対主義」的な観点を通じて、改めて「法の分権主義」へと帰属する。）。また、その五として、制度論において重要な要素は「秩序と正義」の尊重であり、そのようなスタンスから個人利益を超えた「公益」の確保が要請される。よってその六として、制度論において「法律」は「強制」ではなく「指導」(orientation)¹¹⁶を目的とするのであり、「人間の活動が公益を目標として交互滲入」することをその「主眼」とする。かくてその七として、「制度論的観念」によれば、「所有権」は、「個人的所有権であると同時に、社会的任務 *fonction sociale* であり、所有者は公益の役員 (*fonctionnaire du Bien commun*) である。」¹¹⁷とされる。——要するに、「公益」の尊重、そのための「相対主義」・「人間主義」の導入にこそ、ルナールの「制度論」の根本的特質がある。また、「所有権」が単なる「社会的所有権」というにとどまらず、「公益」遂行のための「社会的任務」として把握されるに至ることに注目する必要がある¹¹⁸。

それでは、牧野は、以上の「制度」に基づく所有権、つまりは「制度論的所有権」をどのように展開せしめていくのだろうか。その様相を、以下

116 牧野「人間の所有権と人間の刑罰」同『国家的・法律的・人間的』（前注112）151頁では、「指南車」・「案内者」と言い換えている。

117 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）432-435頁。なお、牧野は10点にわたり制度論の特質を論じているが、ここでは任意に7点にわたって整理し、示している。

118 牧野は、そのこと（所有権＝社会的任務）を、前掲「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）436頁で再び強調する。そして同436-437頁注1で彼は、ルナールの見解が、「神父ガルシヤ」の著書『聖トマスにおける所有権の社会的使命の原理』（P. Garcia, *De principiis functionis sociales proprietatis privatae apud div. Thomas Aquinatem*, 1924）に依拠するものであることを示す。ちなみに「制度的契約論」＝約款論の提唱者である米谷隆三も「ネオ・トミスト的制度理論」の信奉者であり、ネオ・トミズムに関する論文も書いている。米谷『約款法の理論』（前注71）序の1頁、及びその本文637頁以下を参照。

に素描しておこう。まず、牧野は、所有権が「公益」に奉仕するためにあるとする目的論的な観点から、たとえ所有権が個人的権利としての側面をもつとしても、それはあくまで「世界の全『秩序』の反影として成立するものだ」ということを強調する¹¹⁹。そして、その「世界」なるものが、社会のみならず自然をも包括する限りで、「制度論的所有権」のいう「人間的所有権」は、同時に「自然的所有権」でもある。それは、ひとえに「神の摂理」に服属すべきものである。そのような観点から、所有者には、いわば「宇宙圏」の「役員」としての地位が与えられる、とする¹²⁰。他方、「所有権の基礎」も、「先占」や「労働」に置かれるべきではなく、むしろ「『秩序に対する適合』 *conformité à l'Ordre*」に求められるべきである¹²¹。要するに、所有権は個人主義的自由を基本とするのではなく、「秩序」をこそ、その基本とすべきものであるとされた¹²²。ちなみに、この「秩序」的所有権は、その秩序の形成主体（＝国家）からすれば、統制の客体として位置づけられるべきものである。したがって牧野は、別の論稿で、そのような所有権への統制を指し、これを「社会的コントロール」と言い換えている¹²³。この所有権への「社会的コントロール」は、社会との調和において動的に、かつ具体的妥当性をもって実施されるべきものである。それこそは、言うならば「自由法論」の課題そのものであった。こうして、牧野の「制度論的所有権」は、いわば必然的に「中世主義といふ回顧的思惟と、自由法論といふ展望的な立場」との折衷（牧野の言葉によれば、「微妙」なる「結合」）へと辿り着くのである¹²⁴。

119 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）438頁。

120 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）439頁。

121 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）443頁。

122 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）446頁。

123 牧野「人そのもの、物そのもの及び社会そのもの」同『法律における倫理と技術』（有斐閣、1934年）139頁以下、特に190-191頁。

124 牧野「制度論的所有権」同『民法の基本問題第四』（前注96）452頁。

そして以上のことは、我妻栄の「所有権論」と牧野英一の「制度的所有権論」とが、その思考形態について共通性をもつことに注意を向ける必要があることを、われわれに教えるのではないか。すなわち我妻によれば、「ナチス所有権論」の「根柢」に横たわる「協同体理論」から、その「人種法則的法律観」に基づく「神秘的な、信仰にかくれた、非合理性」を「濾過」し、これ（「協同体理論」）をもって「現実在即した批判的な指導原理とせよ」と唱導されているからである。その上で、我妻は、自己の所有権に対するスタンスが牧野の「制度的所有権論」と「軌を一にするものがある」という趣旨のことを明示するに至るのである¹²⁵。

こうしてわれわれにとっては、牧野法学と我妻法学との間で一種独特な結合関係が存在することに留意すべきことが要求されてくるに違いない¹²⁶。

とまれ、以上のことを踏まえ、次号では牧野英一の「法律の社会化」を、

125 我妻栄「ナチスの所有権論」（1938年）同『民法研究Ⅰ』（前注83）337頁以下、特に386-387頁。この我妻の立場は、ナチス法学のもつ「人種法則的法律観」の「神秘性」・「非合理性」を批判することにおいて当時勇気のいることであったし、それ自体健全な態度表明であったことにつき疑いの余地はない。この点、たとえば、原島重義「民法学における思想の問題」（1968年）同『民法学における思想の問題』（創文社、2011年）61頁を参照。とはいえ我妻は、「私は、ナチスの私法の中からも、それ（「近代法における債権の優越的地位」）についての示唆をえようとしたのであった」、「ナチスの私法は、どのような立場から研究しても、健康な栄養剤とはなりえないものかどうか」という趣旨の文章も残している（我妻・前掲書「はしがき」4頁）。だとすれば、我妻の「ナチス法学」に対する態度が、民法学における「協同体」的要素、及び我妻的な「近代法における債権の優越的地位」との関係で、一個の法思想史上の問題を提起することだけは確かであるように思われる。なお、我妻の「近代法における債権の優越的地位」については、拙稿・川角「法社会学論争」の教訓（十七）龍谷法学54巻2号（2021年）84頁以下で批判的に論じたところを参照。

126 牧野と我妻との関係については、本稿・続編でも引き続き考察を試みる予定である。そこでは、両者の連続面がなお現代的に再生されつつあるという側面についても、ある程度明らかにされることであろう。

その「市民法から社会法へ」のスローガンともども批判的に考察し、もって本稿の主たる目的であるところの「『法社会学論争』の教訓」を具体化するための一助としたい。

（未完）