

「法社会学論争」の教訓（十九）

——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（その二・完）——

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>『勞働法研究』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 その当時の一般的動向

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
- (c) 「法解釈方法論・判例論」
- (d) 「契約法論・信義則論」
- (e) 「所有権論・権利論」

（以上、龍谷法学54巻3号）

(f) 「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」

- ① 序論
- ② 牧野英一の「法律の社会化」
- ③ 橋本文雄『社会法と市民法』の概略
- ④ 牧野は橋本の『社会法と市民法』をいかに受けとめたか

(g) 若干の整理

- ① 我妻栄による牧野民法学（一般条項論、特に公序良俗論・信義則論）の継承
- ② 菊池勇夫による牧野「社会法」論の継承
- ③ 内田貴による牧野「信義則論」・「制度的契約論」の継承
- ④ 牧野の法学理論と「法社会学論争」——ひとつの視点

（以上、本号）

③ 「市民法学」の継続とその変容

[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

〔口〕 牧野英一（続き）

(f) 「法律の社会化」＝「市民法から社会法へ」

① 序論

牧野英一は、封建制社会から近代市民社会への変革について、その進歩的性格を一応是認する。たとえば、次のように言っている。すなわち、「経済人」とか「自由人」に象徴される近代的な「人間」は、「文芸復興と宗教改革とローマ法の継受とが近世社会に持ち込んだ観念である」、それは「封建制度から解放された近代人であった」、「中世人は、王権の圧抑の下に、又団体の拘束のために、その手足を十分に伸ばすの機会を得なかった。それが（フランス革命による）人権宣言以後、全く新らしい地位におかれて近代人となったのである。」¹（括弧内・引用者）。とはいえ牧野によれば、「近代」は、あくまで「擬制的構成」としての経済人、近代人の概念を生

1 牧野「法律における抽象の人間と具体的人間」同『法律学の課題としての神』（有斐閣、1938年）167-168頁。

み出したに過ぎず、その基本的精神は「利己主義」に置かれるべきものであった²。個人主義的自由主義の落とし子である「利己主義」こそは、所有権の濫用、契約自由の濫用をもたらす根源であった。それゆえ、牧野にとって19世紀から20世紀にかけての「法律の発展」は、「法律の社会化」とともに実現されるべきものとして認識されるほかなかったのである³。そのような観点から、彼は、橋本文雄（1902-1934年）の「社会法論」⁴に注目する⁵。その際、牧野は、彼自身の「法律の社会化」論に引き寄せて橋本の論文を読み解こうとする⁶。それゆえ、牧野自身の「法律の社会化」を概括するところから本稿を起こすことにしたい。

② 牧野英一の「法律の社会化」

まず、牧野の師・穂積陳重（1855-1926年）が「法律と社会の調和」を提

2 牧野「法律における抽象的人間と具体的人間」同『法律学の課題としての神』（前注1）169-170頁。

3 牧野「法律における抽象的人間と具体的人間」同『法律学の課題としての神』（前注1）175頁。

4 牧野が取り上げているのは、橋本「法の体系中に於ける社会法の地位——市民法と社会法の対照について」（東北大学・法学1巻6号、8号、10号、12号、同2巻2号、1932年）である。これは、その後、補訂の上、一書にまとめ上げられた。橋本文雄『社会法と市民法』（岩波書店、1934年）が、それである。筆者は、「法社会学論争」の教訓」の続編で橋本の社会法理論を独自に考察する予定でいる。したがって、ここでは牧野の「市民法から社会法へ」の理解に資する範囲で橋本の著作に言及するにとどめる。

5 牧野「市民法から社会法への転回——大戦後における法律の進化現象として」同『法律における倫理と技術』（有斐閣、1934年）314頁以下。なお「大戦後」とは、第一次世界大戦後の意である。

6 そのことは、牧野が「わたくしは、わたくしの立場において橋本教授の論述をいかに理解したかを明かにしたい」、「三十年来すでにわたくしの論じつつあるところ（「法律の社会化」）が、わが親愛なる読者に依つて、多少の回想を惜しまれないであらうと、且つ信じ、且つ希望するに止（とど）めたい」（括弧内・引用者）と述べていることから明らかである。牧野「市民法から社会法への転回——大戦後における法律の進化現象として」同『法律における倫理と技術』（前注5）315頁。

唱し⁷、牧野がそれに深く学んだことが想起される必要がある。おそらく、1878年生まれの牧野は、その学生時代から卒業の時期にかけて、すでに1886年の陳重「法律進化主義」や1902年の陳重「法律と社会の調和」などを読んでいたのではないか⁸。この点、最初に指摘しておきたいことだが、本稿の観点からしても「法律の社会化」や「法律と社会の調和」・「法律進化主義」が、それ自体として否定的に解されるべきであるなどとは考えない。むしろ、それは必要なことであるに違いない。にもかかわらず、それは、常に「なにゆえに」、「いかなる形で」、「何を目指して」という問いとともに検証されること、それをこそ要求するであろう。このことについては、のちほど改めて論ずることにする。ここでは、なにより牧野の「法律の社会化」の実態を整理しておくことが肝心である。彼は、1918年の著書⁹と1925年の著書¹⁰で、およそ以下のように論じている。まず1918年の論文で、牧野は、「法律の社会化」を「法律の道德化」とパラレルに捉え

7 穂積陳重「法律と社会の調和」(1902年)同『遺文集・第二冊』(岩波書店、1932年)504頁。なお、彼の社会化の観点につき、陳重「法律進化主義」(1886年)『遺文集・第一冊』(岩波書店、1932年)449頁も参照。

8 ちなみに、牧野は終生、穂積陳重以外を「先生とは呼ばなかった」とされる。白羽祐三『刑法学者 牧野英一の民法論』(中央大学出版部、2003年)15頁。その牧野が、陳重の「社会主義と法律」をテーマにした大学院演習に参加したのは、陳重の「法律と社会の調和」が出た1902年であった。その演習の概要については、白羽・前掲書16-17頁を参照。なお、その演習での成果が、牧野「社会主義と法律」というテーマで法学協会雑誌21巻1号(1903年)72頁以下に出ている。この点、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓(二)」龍谷法学50巻1号(2017年)261頁注269、266頁注277を参照。

9 牧野「法律の社会化——現代法律の基礎観念としての『公の秩序、善良の風俗』」同『現代の文化と法律』(有斐閣、1918年)1頁以下。筆者が直接参照したのは、その四版(有斐閣、1921年)である。以下の引用は、牧野『現代の文化と法律・第四版』として行う。なお、この論文については、前注8の拙稿269頁以下でも一定の考察を試みたところである。

10 牧野「具体的妥当性——法律の社会化といふ思想の適用として」同『法律に於ける具体的妥当性』(有斐閣、1925年)1頁以下。なお、この論文については、前注8の拙稿297頁以下で若干の検討を加えている。

る。その際のキーワードこそ「公の秩序、善良の風俗」であった。やや、長い引用になるが、牧野の言うところを聞いてみよう。——「法律が、斯の如き新傾向（民事責任の客観化と刑事責任の主観化に基づく両者の分化などを指す）に於て進化しつゝあることが、最近の現象である。斯の如き新理想に向て発展せしめざるべからずとすることが、最近の主張である。法律自身の語を以て謂はば『公の秩序、善良の風俗』といふことが其の進化の標的、其の発展の理想であると謂ひ得るのである。称して個人と社会との調和と為すも不可なし。又称して権利と義務との合一と為すも不可なし。或は之を以て法律の道德化 *Ethisierung des Rechts* と称することも出来やう。吾人は、斯の如き点に新しい意義に於ける正義の觀念を看取し、個人を社会に同化せしめんとする此の現象を称して法律の社会化 *Socialisation du droit* と称するのである。」¹¹ ——この引用文で示される「法律の進化」あるいは「個人と社会との調和」の觀點が、牧野の師である穂積陳重の思想を継承したものであることは明らかである。また、「個人を社会に同化せしめん」とする思想こそは、陳重の弟・穂積八束（1860-1912年）にも相通ずる傾向であった¹²。牧野は、「個人」にも、またその「自由」ないし「権利」にも留意するのであるが、あくまで「天賦人權」としてのそれには強く反発し、むしろ「各人の権利は各自の発展の程度に従ひ、社会よりの要求及び社会に対する要求を適当に調節すべき点に依て分配せられねばならぬと思ふ。」とする¹³。それゆえ法の下における「権利」あるいは「所有権」の平等も、牧野的に社会化された意味での「公平」なるものへ

11 牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）79頁。

12 たとえば八束は、次のようにいう。——「社会は人の合同生存なるか故に、個人を社会に同化せしむるは、其生存発達に最須要なる条件たり。同化とは、個人は社会の分子たることを自覚し、社会全体の永遠の目的の爲には現在一時の私益を顧ずして貢献するの公同心の啓発なり。」（カタカナをひらがなに改めた。句読点も引用者によるものである。）穂積八束「法ノ社会的作用」（1903年）同『穂積八束博士論文集』（有斐閣、1943年増補改訂版）582頁。

13 牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）75頁。

と容易に変質せられる¹⁴。おのずと企業[・]の[・]権[・]利[・]は、その「公益」的な性質を踏まえるなら、農民や一般住民の権利よりも強く保護されること当然とする。たとえば、著名な大阪アルカリ事件（大判大正5年12月22日民録22輯2474頁）に関して、牧野いわく。「本件は、企業の性質と農民の損害とを対照して考へた上、その損害が社会の通念上、果して農民に於て『認容』し得るものであらうか、という点から之を論ぜねばならぬ。固より、化学工業の事業は公益上許容されねばなるまい。しかし、其の事業は当然に四隣の農民の損害を惹起して居るのである、されば、化学工業会社が其の事業の公益的理由を楯として主張し得べき利益の収入は、其の事業の結果たる農民の損害を控除してのみ許さるべきものでなければならぬのではあるまいか。」¹⁵——この文章に示された牧野の発想は、いわゆる「許された危険」あるいは「適法行為による不法行為」（＝「無過失責任」論）であり¹⁶、それを基礎とする「利益衡量論」そのものである。

このように、法律の社会化を、生（ナマ）の社会的現実への適合如何を本位として把握し、そこにおいて「公益」を重視し、「社会連帯」を図り、あるいは「公の秩序、善良の風俗」ないし「信義誠実の原則」・「権利濫用の法理」に基づいて「具体的妥当性」を確保するというのが、牧野の「法

14 牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）74-75頁では、「個人の権利は正義に依て定めらるべきであると考へるよりも、寧ろ個人の利益が實際的に公平に定められねばならぬと考へるのである」と記されている（傍点・原著）。

15 牧野「具体的妥当性」同『法律に於ける具体的妥当性』（前注10）28頁。

16 これは、末弘厳太郎や我妻栄、平野義太郎にも見られた傾向である。なお、「許された危険」・「適法行為による不法行為」の思想は、民事違法一元論に特有な「違法段階説」を帰結する。したがって、損害賠償＝金銭賠償は認められることがあっても、それ以上の違法性がなければ差止めは認められないという今日的な「受忍限度論」に繋がっていく。この点、原島重義「わが国における権利論の推移」（1976年）同『市民法の理論』（創文社、2011年）445頁以下、449頁以下、472頁以下を参照。

律の社会化」の実体であった¹⁷。それゆえ、牧野にあっては、独特な形で「市民法から社会法へ」の流れが肯定されていくのも必然的であった。それでは、牧野的な「市民法から社会法へ」への転回の、どこが、どのように独特であるのか。それを念頭に置きながら、牧野の橋本論文への立ち位置を確かめてみよう。

③ 橋本文雄『社会法と市民法』の概略

すでに述べたことでもあるが、牧野は、その「市民法から社会法への転回」（前注5）において、1932年の橋本文雄「法の体系中に於ける社会法の地位」（前注4）を、比較的詳しく引用している。この論文は、その後若干の補訂を加えられ一冊のモノグラフィーとして公刊された¹⁸。以下では、牧野の「市民法から社会法へ」のスタンスを確認する前提として、橋本のモノグラフィーの内容を、できる限り簡潔に要約することにする（橋本の社会法論について詳しくは、本稿続編で考察することを予定している。以下の整理が、その道案内として資するであろうことを念じたい。）。

橋本の立論の概要を示せば、次のようである。

i) まず橋本は、次のような認識を示す。すなわち、「伝統的な市民法の体系および性格が、いかにして新たな社会法域または社会法系の形

17 牧野「具体的妥当性」同『法律に於ける具体的妥当性』（前注10）67-68頁の記述などを参照。

18 すでに前注4においても示したことだが、橋本『社会法と市民法』がそれであった。これが刊行されたのが1934年3月であり、その年9月16日、橋本は病をえて死去した（享年33歳であった）。この経緯については、恒藤恭「編輯者 序」橋本文雄『社会法の研究』（岩波書店、1935年）に記されているところを参照されたい。ちなみに橋本は、京都帝大経済学部を卒業後、同大学院に進み、経済学部副手を嘱託されたのであるが、その後、経済論叢27巻1号・2号（1928年）に「経済法の概念」を掲載したところ、その折に恒藤恭に師事したらしい。橋本『社会法と市民法』の「序」5-6頁。なお、橋本の経歴・業績などにつき、詳しくは、本稿の続編で紹介する予定である（なかでも、橋本とはほぼ同年配で、同じく恒藤恭の門をくぐった加古祐二郎〔1905-1937年〕との関連づけとその対比が重要な意味をもつ。）。

成・分化を誘発するにいたれるかを見定め(る)」ことをその獲得目標として掲げつつ、ラードブルフに従って19世紀の「個人主義的法理の時代」にあって、「全私法の開拓者の任務」が「商法」に求められるべきであるとともに、20世紀の「社会法の時代」には「労働法」こそ、その指導原理としての役割を担うべきものと解される必要がある、とする¹⁹。

ii) ところで、橋本によれば、近代市民法上、ローマ法の現代化を企図したサヴィニーからヴィントシャイトへ、さらにドイツ民法典への展開において、財産法優位(ないし債権法優位)の観点が浮かび上がることに留意すべきである。それこそは「近代的な歴史的 성격の一断面の理論的な表現」にほかならない²⁰。

iii) 同時に、橋本の認識によれば、市民法の内部において「自然権的・個人主義的私権本位の法律意識」(つまりは裁判の前に実体的に権利があるという意識)が、すでに「経済生活の異常なる転型」に基づき懐疑の対象となるに及んで、従来私法に付属されてきた訴訟法こそは、その位置を逆転し、

19 橋本『社会法と市民法』(前注4)14-15頁。なお、橋本が引用するラードブルフの文献は、G. Radbruch, Einführung in die Rechtswissenschaft, 7. und 8. Auflage, 1929, S. 91である。橋本『社会法と市民法』巻末参考文献3頁を参照。ちなみに、19世紀型個人主義的私法の内部で「商私法」優位の認識が語られ、民法の上に商法が位置づけられ、20世紀型社会法の時代に民法の上に労働法が指導原理として立つという発想は、牧野英一が大いに共感したところであった。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』(前注5)323-324頁。ちなみに「民法の上に商法」を置くという発想は、牧野の自由法論を批判する田中耕太郎も共有するところである。たとえば、田中「『民法の商化』と商法の自主性——現代に於ける商法発達の基調」『法学協会五十周年記念論文集・第二部』(法学協会、1933年)405頁以下、特に452頁以下。その箇所では、当時勃興してきた「経済法」(Wirtschaftsrecht)を意識しながら、そこに顕現される行政法的な要素もまた「商法の独自性」を破壊するものではなく、むしろ商法こそが、「経済法の諸法制の中核」となるべきであり、よって行政法を含む「公法」も商法による規定的な影響を受ける、と主張する(田中によれば、これこそ「公法の商化」と言うべきものだと言われる。田中・前掲論文459頁を、406頁の「目次」の文言と突き合わせて参照されたい。)

20 橋本『社会法と市民法』(前注4)28-35頁。

「私法を訴訟法に吸収せしめる」という意味での「一元主義」へと転換すべきである、とされる²¹。

iv) 他方で、従来民法の特別法として位置づけられてきた商法もその位置を逆転すべきことになる。すなわち、「資本主義の高度化」に伴って「債権の優越的地位」が承認される段階に至れば、民法の物権に優越しそれを支配するところの「債権」そのものが重視されるべきことになり、おのずと「民法債権法の商法への吸収」及び「民法の商化」が必然化する、という²²。またその場合、「企業自体の観念 Idee des Unternehmens selbst」にも留意すべきである、とする²³。

v) なお、橋本が「近代市民社会そのものの成立」を論ずるにあたって、ジョン・ロックの思想に注目していることに留意したい。彼は、ロックにおける人間労働の成果としての所有権、所有権を保護するための市民社会のメカニズム（ことに議会立法に基づく市民の生命、身体、自由の保障のメカニズム）を正しく指摘する²⁴。それを法制度的に表現したものが、19世紀型の

21 橋本『社会法と市民法』（前注4）42頁。その際、橋本は、J. Binder, Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch, 1927, S. 13. の観点を援用する。橋本『社会法と市民法』巻末参考文献6-7頁を参照。

22 橋本『社会法と市民法』（前注4）55-56頁。言うまでもなく、橋本が「債権の優越的地位」を語る場合、我妻栄の「近代法における債権の優越的地位」（1927-1929年）を所与の前提としている。橋本『社会法と市民法』巻末参考文献8頁を参照。なお、我妻の「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）所収において若干の考察を試みた。

23 橋本『社会法と市民法』（前注4）57頁。

24 橋本『社会法と市民法』（前注4）65-68頁。橋本が取り上げるロックの著作は、言うまでもなくTwo Treatises of Government, 1690である。橋本『社会法と市民法』巻末参考文献9頁を参照。ただし橋本は、行政権をつかさどる国家が社会契約に違反した場合の市民の抵抗権・革命権には触れていない。また、彼が近代法における「私法」と「公法」の二元論を、「市民社会の法」＝「私法」と「国家」＝「公法」の二元論として図式的に把握し、ロックに見られた「市民国家」としての側面を捨象する点にも注意が必要である。橋本・前掲書93-94頁の注を参照。とまれ、このように橋本が「市民国家」の側面を無視し、「市民法」メ

フランス民法及びドイツ民法第一草案であり、これとの対比で20世紀型の民法に属するのが1900年施行のドイツ民法（BGB）であり、あるいは「スイス市民法」である、とする²⁵。この場合、橋本にとって、19世紀型民法＝「市民法の純粹型」、これに対するに20世紀型民法＝「社会法型」と二元論的に位置づけられていることがその前提的認識としてある、という点をしっかり押さえておく必要があろう²⁶。

vi) なるほど橋本は、「近代市民法」が「その合理的イデオロギー」を通じ、「市民社会関係そのものの普遍化に貢献した」ところの「その促進的機能」を看過すべきではない、という²⁷。この点の認識は手堅いものを感じさせる。しかしながら、我妻栄と同様に「資本主義」の段階的發展に対応する私法の変遷²⁸を直接的に展望する橋本は、次のように述べて「近代市民法の転向」なるものを、およそ無批判的に描き出す。いわく。「資本主義のその後における異常なる展開または高度化は、必然的に初期資本主義的精神の法理的表現としての近代市民法の転向をうながし、法律生活における顕著なる転向を将来（ママ）せしめずには措かなかつた。それは民法についていへば物権法から債権法への重点の変移、または十九世紀民法から二十世紀民法への転向であり、市民法の体系においては、その指導的地位の、民法から商法への推移を示し、やがて労働法および経済法・ま

ゝをただ「ブッキラボー」に「市民社会の法」と定義する姿勢を酷評するものとして、戒能「市民法と社会法」（1958年）同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（日本評論社、1977年）144頁がある。

25 橋本『社会法と市民法』（前注4）89-90頁。

26 このことは、わが国明治民法典に関する橋本の記述から窺えることである。なぜならドイツ民法第一草案を継受した1896年施行の日本民法は、元来19世紀型とされるところ、「慣習法および判例法の形成により」すでに「社会法理を内含有してゐる」と記しているからである。橋本『社会法と市民法』（前注4）90-91頁注を参照。

27 橋本『社会法と市民法』（前注4）93頁及び103頁。

28 我妻『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、1953年）の「序」2頁を参照。

たは社会法の型成を誘発するにいたりしものである。」²⁹——本稿の観点からすれば、ここに橋本の基本認識が凝縮されている³⁰。

vii) そのような観点から、橋本は、「近代市民法の転向」のもつ今一つ別の内面的な傾向として、「所有権絶対の原則より制限的所有権の法理、契約自由の原則より契約拘束（強制）の法理への転向」をみてとる³¹（括弧内・引用者）。加えて、その「転向」を可能にした根拠について、彼は、「公序良俗法理、権利濫用の法理の強調」にあるべきものとする³²。このような橋本の態度表明こそは、その後、戒能通孝（1908-1975年）が牧野英一的な「社会法」の立場と同一であるとして、厳しく批判したところであった³³。

viii) ともあれ、橋本によれば、1848年以降第一次世界大戦までの社会政策的立法の時代（社会法の「生育期」）をへて、1919年ワイマール憲法の時代以降、社会法の「成立期」に至るものとして展望される³⁴。そこで彼は、「労働法」及び「経済法」の展開に着目しつつ、以下のように述べる。——「その法理的構造の厳密性とその規模の広大なる」点において、「市民法」が「社会法」に対し「強靱なる抵抗」を示すことは容易に予見しうところであり、よって「社会法」が「全法律生活」において「基本的・主導的な地位を確立するにいたること」は、なお「比較的永き期間の後のことであらう」、とはいえ市民法からの転向の帰結として展望される「社会法」

29 橋本『社会法と市民法』（前注4）131頁。なお、同書137頁以下も同旨。

30 この点は、改めて牧野が多大な共感を示したところのものである。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注5）332-333頁を参照。

31 橋本『社会法と市民法』（前注4）157頁。

32 橋本『社会法と市民法』（前注4）157頁。

33 戒能「市民法と社会法」同『戒能通孝著作集Ⅶ・法社会学』（前注24）153頁。それゆえ、戒能とは逆に牧野は、公序良俗的・権利濫用的な橋本の「社会法論」（市民法からの転向論）を高く評価するのである。牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注5）334-335頁。

34 橋本『社会法と市民法』（前注4）184頁。

の確立を促す「社会的規範意識」は、すでに「全面的に法律生活において、実定法的な形態をとつて、市民法理批判の戦を開始し、その発展的転向として、みづからの新法理を確保し、その体系的な地位を獲得するにいたつたのは、まことに（第一次）世界大戦後、わけでも最近時のことに属する。」³⁵。——ここには、歴史認識としても、法理論的認識としても、絶えず揺れ動く橋本文雄の姿が二重写しとなって浮かび上がる。果たして、資本主義の発達に即応的な私法の変遷を直ちに「市民法から社会法へ」の傾向の中に読み取っていいのだろうか。市民法は、市民のための市民国家の法（生ける法としての市民社会の法を前提とする国家法）であるとする限り³⁶、市民法はそれ自体として社会的諸立法（労働法、経済法、社会保障法など）の基礎法として機能するのであり、その地盤の上に初めて「社会法」を語ることができるし、また、そのような「社会法」の展開によって改めて「市民法」それ自体が一般法として「その内容を豊かにする」という関係性をこそ見出すべきではないだろうか³⁷。

ix) にもかかわらず橋本は、あくまで「市民法から社会法へ」の確固たる信奉者であった³⁸。同時にまた、我妻的な「債権の優越的地位」という

35 橋本『社会法と市民法』（前注4）235頁。

36 この点、前注24に掲げた戒能の見解を参照。むろん、このことは、われわれが市民法の基礎に経済的下部構造の規定的な拘束力が存することを承認することと矛盾するものではない。この点につき参考になるものとして、戒能通孝「法律社会学」（1948年）同『著作集Ⅶ・法社会学』（前注24）6頁の指摘が重要である。

37 たとえば、原島重義（1997年）「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」同『市民法の理論』（前注16）187頁以下、特に201頁及び222-223頁を参照。

38 橋本『社会法と市民法』（前注4）263頁以下。なお、橋本は「身分法」における「社会国家的な団体思想への転移」として、「親権」に対する「国家的制約」や、「養子法」のもとでの「養子のための社会的保護」、あるいは「家族的親族的扶養制度から社会国家的救護制度へ」の転換を提唱している。橋本・前掲書274頁。これらのことについては——その「社会国家的な団体思想」それ自体の問題性を別とする限りで——基本的に支持されてよいことであるように思われる。

テーゼ³⁹も、一貫して彼の厚く信ずるところであった⁴⁰。こうして、彼は、現代的に発展した資本主義に即応するものとして「社会法」が登場したのであり、つまりは「近代社会の法が市民の法」であったのに対し、「現代社会の法」こそは「現代社会人の法」＝「現代社会法」として対比されるべきことになる、という⁴¹。その際、橋本によれば、両者の相違は、「人間」の「型」の相違として把握されるべきであり、階級論的に捉えるべきではない、とされることにも留意しておこう⁴²。

x) 結局のところ、橋本の社会法論の究極的目的は、ある意味において牧野的な「連帯性」にたどり着く。すなわち言う。「(社会法の見地は) 個々人を団体の、経営の、究極においては全経済および社会態の組成員たるものとして観察し、且つ有らゆる社会的心意、すくなくとも吾吾(ママ)が連帯性 Solidarität と名づけるより拡充された利害関係を考量するのであ

39 この点に関連し、我妻の「債権の優越的地位」の帰結としての「所有権の睡眠論」に対応する言葉として、橋本は「物権法の弛緩」という表現を採用している。橋本『社会法と市民法』（前注4）347頁。ちなみに、我妻の「所有権の睡眠論」については、同『近代法における債権の優越的地位』（前注28）298頁を参照（我妻は、その219頁で「所有権概念の分解」についても言及している。）。

40 橋本『社会法と市民法』（前注4）265頁。

41 橋本『社会法と市民法』（前注4）327頁。ちなみにその際、橋本が、ゾンバルトに従って「近代資本主義」と「現代資本主義」を、その際立った対照のうちに捉えることにも注意しておきたい。橋本・前掲書329頁以下。彼は、W. Sombart, Die Wandlungen des Kapitalismus—Vortrag, gehalten auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik zu Zürich am 13. September 1928を参照している。

42 橋本『社会法と市民法』（前注4）335-336頁。もっとも、橋本は階級論的な観点を全面的に否定するわけではない。その際、橋本は、市民法＝市民階級の法、社会法＝労働階級の法とするにあたって、「理想的型」（イデアルティーピッシュ）な観点との調和を追求しようとする。この点につき、彼は、師・恒藤恭にならって「型的思考」を重視するようである。ちなみに、恒藤の「型的思考」については、「型による認識」（1928年）同『型による認識』（勁草書房、1950年）3頁以下を参照。

る。」⁴³（傍点・原著。括弧内・引用者）。

以上のような橋本の見解が、牧野によってどのように受けとめられたか。次にそれをみておこう。

④ 牧野は橋本の『社会法と市民法』をいかに受けとめたか

i) 本稿で筆者は、すでに、牧野に特有な「法律の社会化」の内容を概観した（上記②の項を参照）。その「法律の社会化」の思想を、牧野は、自己の自由法論で統括し、翻って「市民法から社会法へ」の傾向を必然的なものとして是認する⁴⁴。むしろ牧野にあつては、彼の「自由法論」こそは「社会法」の観点をすでに先取りしていたことになる⁴⁵。ところで、牧野の「自由法論」は、イエーリングの「目的論」的見地をサレイユが継承したものと位置づけた上で、サレイユが「正義から衡平へ」という進化論的観点のもとで「民法の運用における信義則の高調」を決定視したことに、その理論的な淵源をもつ⁴⁶。その特徴をスローガン的に列挙すれば、それは、進化的、動態的、あるいは私法・公法の融合論的、さらには公序良俗・信義誠実・権利濫用などの「一般条項」本位型の思考形態を包括したものである。約言すれば、「市民法から社会法へ」の傾向は、「個人法から社会法へ」の傾向ともども、「法治国より文化国へ」の思潮と同一のもの

43 橋本『社会法と市民法』（前注4）344頁。なお橋本は、その347頁で「法の体系性」そのものの「動性と弛緩性」を語るが、これも牧野英一好みの観点であった。たとえば、牧野「法律学における動的思考」同『法律学の課題としての神』（前注1）188頁以下を参照。

44 牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注5）333頁。

45 牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注5）347頁で、牧野は次のように言っている。すなわち「われわれの自由法論は、橋本教授の説かれるやうな（市民法から社会法への）転化現象を、すでに久しく、主張し来つていたのである。さうして、その現象に就いて合理的なものを看取し、それを論理的に展開しようとするのである。」（括弧内・引用者）と。

46 牧野「法律における進化性及び普遍性」同『法律学の課題としての神』（前注1）55頁以下、特に90-91頁。

である、とされるに至るのである⁴⁷。またそのような立場は、19世紀型の自由競争原理のもとでの〈個人主義的な法律〉と、20世紀型の高度資本主義のもとでの〈社会協同体的な法律〉との対比という二項対立的なシェーマを必然的に喚起するものであった⁴⁸。

ii) このようにして、牧野においては、彼の年来の主張である「自由法論」が、実質的に「社会法」の役割を兼ねていたのであり、その意味で牧野は橋本の『社会法と市民法』のうちに彼にとって重要な援軍を発見するのである。とはいえ、その評価は若干微妙な陰影を帯びている。なぜなら、橋本が「自由法論」そのものについて、これを積極的に肯定することをしていないからである。そこで牧野いわく。「わたくしは、社会法の体系的地位をしかく論ぜられる橋本教授が、実はわたくしと立場を異にせられるのではないことを信じたい。——わたくしの多年唱導している自由法論は、社会法の体系的地位を反省するところにも亦主張されるのである。この反省は、やがて『法律の社会化』といふ考へ方を、論理的に、更にとほく且つひろく、展開するところに成立するものであるのである。——わたくしは、田中（耕太郎）教授が民法の商化を論じて、やはり、その持論たる自由法否定論をくり返されるらしく見受けられるのに対し、橋本教授が、おなじ問題を取扱ふことに因つて、自由法論のために重要な文献を寄与されるに至つたことを、おもしろく打ちながめねばならぬのである。」⁴⁹（括弧内・引用者）。

ここには、自己の「自由法論」と「法律の社会化」とに確固たる自負を

47 たとえば、牧野「労働法、経済法、企業法及び社会法」同『法律学の課題としての神』（前注1）221頁の観点を参照。ここで、牧野のいう「文化国」とは、要するに近代を超克したところの自由法論が制御する国家、そして、そのうちに私法も公法も融合して統制法本位の社会が実現する国家を指す。

48 たとえば、牧野「法律学の課題としての神」同『法律学の課題としての神』（前注1）43頁以下の観点を参照。

49 牧野「市民法から社会法への転回」同『法律における倫理と技術』（前注5）349頁。

もつ牧野の姿が端的に描き出されている。確かにそれは、当時、多くの若き研究者を惹きつけてやまない魅力をもっていた⁵⁰。しかしながら、同時に、民法学理論として根本的な問題性をもつものでもあった。以下では、牧野民法学の「負の遺産」に光をあて、それをテーゼ風に整理しておきたい。それはまた、本稿の主題である「法社会学論争の教訓」の前提を語る作業を意味しよう。

(g) 若干の整理

以下では、昭和初期の牧野法学を概括するため、その後の法学理論に対する牧野の影響という観点から、若干のことを述べてみよう。本稿では、さしあたり我妻栄、菊池勇夫、内田貴の学説を素材に論じることにする。それを受ける形で、なかでも「法社会学論争」との関連を考慮しつつ、筆者なりに牧野法学の性格を規定して本稿を結びたい。

① 我妻栄による牧野民法学（一般条項論、特に公序良俗論・信義則論）の継承

我妻栄（1897-1973年）にとって、牧野英一は以下の引用文で示されるような重要な存在であった。やや長い文章になるが、意義深く思われるので引用しておこう。——「私の専攻の民法で（牧野）先生のご教示を受けたことは、いまさらくり返す必要もないかもしれない。一生の記念となった「近代法における債権の優越的地位」は、先生の真似をして債権法の開講の辞をやろうとしたことが動機となって生まれ、先生の教導と激励によって法学志林に書き続けたものである。ヘーデマンの「十九世紀における私法の発達」から多くの滋養分を吸収したのも先生のお陰である。その

50 たとえば、我妻栄は、当時の教授連が「山上御殿」で昼食をとっていたのに対し、儉約家の牧野が手弁当で助手連中と一緒に昼食をとることを常とし、そこに我妻や蜷山政道、風早八十二、田中誠二、菊池勇夫、横田喜三郎が集ったと回想している。我妻「牧野英一先生の想い出」（1970年）同『民法と五十年・その二』（有斐閣、1976年）390頁以下、特に393頁。

一節の抄訳は法学志林に掲載して頂いたが、これまた牧野氏の「鶉の真似をする鳥」であった。——自分の書いた論文について、先生に〔中略〕褒められたことを〔中略〕書くと〔それは〕「中央法律新報」（一卷四号）に書いた「判例に現はれたる借家問題と借家法案」である。卒業したての助手時代、判例理論を吟味しながら、当時論議されていた借家法案は、決して民法の伝統的理論に唐突な変更を加えるものではなく、判例によって築き上げられたものに僅かな一歩の前進を加えればよいものだとすることを述べたものだ。先生は、君のものはなかなかよい。「失礼ながら牧野式だね」といわれた。よほど嬉しかったとみえてこの言葉まで記憶している。〔中略〕先生の自由法論も、刑法に関しては、何といっても「罪刑法定主義」という枠がある。“Pegasus im Joche”の憾みがないでもない。ところが民法にはその枠がない。軛をはずされた天馬よろしく、先生は縦横に解釈技術を発揮された。その「公序良俗」の武器の切れ味は正に「天衣無縫」のおもむきがあった。「民法の基本問題」は私にとっての金科玉条であった。民法講義債権各論上の「契約と信義則」の項は、先生から過分のお褒めを頂いたが、先生に示唆され先生に教示されたことの整理以上に出でないといっても過言ではない。⁵¹（亀甲括弧内・引用者。なお、改行部分はダーシュで表記した。）。

以上の引用文は、牧野が逝去した直後に書かれたものであるから、一定の誇張があることは否めない。とはいえ、そこから分かることがいくつかある。それは、（ア）戦前の「借家法案」につき、我妻が伝統的な民法理論との関連を意識しつつも、特に「判例」によって具体的な内容がすでに形成されてきた点に即して上記法案の内容もまた規定されるべきであるという姿勢を示したことにつき、牧野が強い共感を示したということ、

51 我妻「牧野英一先生の思い出」同『民法と五十年・その二』（前注50）395-397頁。とはいえ、戦後の家族法の改正作業では、牧野の言動に当惑した様子も示されている。我妻・前掲書397-399頁。

(イ)「公序良俗」など「一般条項」論を内容とする牧野の『民法の基本問題』が、我妻にとって「金科玉条」であったということ、(ウ)我妻の民法教科書における「契約と信義則」が、牧野理論をモデルとして構築されたこと、の三点であると言ってよかろう。以下では、これら三点について若干の検討を加えておく。

(ア) 我妻栄における牧野的な条理論の採用

まず(ア)について述べよう。我妻は1921年(大正10年)に公布された借家法の法案について論じる。その際、特にその1条1項の規定、つまり民法605条の登記がなくても引渡しがあれば賃借人は建物の第三取得者(買受人など)の権利主張に対抗できるとの規定(「建物ノ賃貸借ハ其ノ登記ナキモ建物ノ引渡アリタルトキハ爾後其ノ建物ニ付物権ヲ取得シタル者ニ対シ其ノ効力ヲ生ス」)に関連する判例を詳細に考察する。その場合、我妻の考察観点は、借家法という当時の新しい立法に際会した学者のとるべき態度として、「判例」の展開により民法の規定と新法＝借家法との間の「橋渡し」が行われ、その新法への「転換」を「極めて円滑ならしむる為に」、判例が「微妙な働(き)」をしている実態をこそ直視すべきである、というものであった⁵²。そして、その場合の我妻の基本姿勢は、判例の「微妙なる」動向を「自由法学」の成果として受けとめる牧野英一の態度と呼応するものであった。すなわち我妻によれば、判例は、新しい借家法案に先立ち、民法605条の登記のない建物賃借人保護のため、賃貸人と第三取得者(買受人など)との間での賃貸人としての地位の承継があったという構成を採用していた、という経緯があった(大判大正6年12月19日民録23輯2155頁、大判大正9年9月4日民録26輯1240頁など)⁵³。ところが、このような法律構成が妥

52 我妻栄「判例に現れたる借家問題と借家法案(上)」中央法律新報第4号(1921年)6頁。筆者は、これを中央法律新報第1巻(上)・第一年第一分冊、社会問題資料研究会(編)、1972年、116頁で確認した。なお、この論文は、我妻『民法研究XI・補巻(1)』(有斐閣、1979年)1頁以下にも収録されている。

53 なお、近時「改正」された民法では「不動産の賃貸人たる地位の承継」に

当するのは、賃貸人と第三取得者との間でその地位の承継に関する明示または黙示の合意がある場合に限られるのであるから、「当事者間に何等地位の承継の意思なきこと明なる場合、更に進んでは当事者が明に地位の承継を排除して居る場合に之を如何に解すべきか」（傍点・原著）が、「最も重要な点」となってくる⁵⁴。このように、賃貸人たる地位の承継がないとされる場合に、我妻が依拠するのは牧野英一的な「条理」論であった。それにつき、我妻は、当時の神戸区裁判所の判決（大正9年1月28日法律新聞1664号）によって示された判断を重視する。すなわち神戸区裁判所は、以下のようにいう。——「短日月間に相当家屋を賃借又は買ひ受くるの困難なる事顕著なる当神戸市に於ては反証の存せざる限り賃貸人は人類としての同情心よりして自己と賃借人との間に存せし賃貸借関係が譲受人と賃借人との間に存続することを可能ならしむべき手段方法を講じたるものと推測すべきもの（である）。」⁵⁵（傍点・我妻・括弧内・引用者）。

我妻は、このような裁判所の判断を牧野の「条理」論⁵⁶と結びつける。すなわち、賃貸人たる地位の承継は、賃貸人と承継人（賃貸不動産の新所有者）との間の合意＝契約によって効力を生ずる。それゆえ、このような契約の有無は、「事実問題」であるから、「事実審」たる神戸区裁判所が「人類の同情心より」見て、当該「契約」の存在事実を認定したかのような判

ゝ関する規定が新設された（605条の2）。これは——我妻の論稿当時の法状況とは異なり——民法605条の対抗力のみならず、借地借家法10条及び31条による対抗力の存在を前提として、「不動産の賃貸人たる地位の承継」の要件と効果を規定するものである。さしあたり松岡久和＝中田邦博（編）『新・コンメンタール民法（財産法）・第2版』（日本評論社、2020年）1026頁以下（川角担当）を参照。

54 我妻栄「判例に現れたる借家問題と借家法案（上）」（前注52）7頁。同・中央法律新報第1巻（前注52）117頁。我妻『民法研究XI』7頁。

55 我妻栄「判例に現れたる借家問題と借家法案（上）」（前注52）7頁。同・中央法律新報第1巻（前注52）117頁。我妻『民法研究XI』7頁。

56 牧野「条理」論については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十八）・牧野英一（その1）」龍谷法学54巻3号（2021年）所収・（b）「自由法」論と「条理」論の箇所を参照。

断をしたことは「一見不当の様である」としつつ、我妻は、かかる判断を「極めて面白いこと」とし、大判大正9年9月1日民録26輯1230頁（当時「行為無能力者」とされていた妻の借財につき「夫の許可ありたるものと認むべきは条理上当然」とした判決）に関し、牧野英一がその「条理」論で当該判決を高く評価したことと自己の立場とを直接に結びつける⁵⁷。その場合に我妻は、自己の「社会的理想論」を、牧野の「条理」論とほぼ同様なものと位置づけ、それを、借家人保護のための法的判断の基礎として据えつける。同時に我妻は、次のように、「擬制」の観点をその「法的判断」と結合する。すなわち、「貸主が地位の承継をなしたるや否やは飽くまでも一つの事実であるにも拘らず、吾等の社会観念——社会理想の要求する範囲に於て之をなしたものと推測することは確に一つの擬制である。然しこの擬制は一面に於て地位の承継契約の外衣を着け、一面に於て「反証なき限り」なる裕（ゆとり）を残して居る所に法律進歩の階梯に於ける安全弁を備へて居るのである、（それゆえ、もとより）「譲受人は前主の地位を常に承継せねばならない」となすは理想であらう。然し「承継契約は之を許す」と云ふ出发点から此の理想に達する迄には必ずこの擬制の階段を踏まねばならないのである。」⁵⁸（傍点・原著。括弧内・引用者）とする。——これは、賃貸人たる地位の承継につき合意＝契約がない場合に、「社会理想」の観点から、その合意＝契約があったものと「擬制」することを認めようとするものである。これは、牧野の自由法論的な「擬制」論⁵⁹と同じである。伸縮自在な自由法論的「条理」が我妻的な「社会理想」という「外衣」をま

57 我妻栄「判例に現れたる借家問題と借家法案（上）」（前注52）7頁。同・中央法律新報第1巻（前注52）117頁。我妻『民法研究XI』7頁。

58 我妻栄「判例に現れたる借家問題と借家法案（上）」（前注52）7-8頁。同・中央法律新報第1巻（前注52）117-118頁。我妻『民法研究XI』7-8頁。

59 牧野の「擬制」論については、末弘厳太郎との対比で問題とされるべきことであろう。この点、本稿前編・龍谷法学54巻3号（前注56）68-70頁を参照。

とったに過ぎない⁶⁰。したがって、この我妻論文を指し「牧野式だね」と評した牧野英一の言葉は、もっぱら上記の意味において深い含蓄がある、と考える。

（イ）公序良俗論における牧野の我妻への影響

次に（イ）については、こう言えるのではないか。すなわち、牧野英一がその「法律の社会化」において決定的に重視した「公序良俗」など「一般条項」論は、我妻の具体的な判例分析を通じて継承され、さらに展開されたのではないか。言い換えれば、一見類型論的にみえる我妻の「公序良俗」に関する判例分析も、我妻が「金科玉条」とした牧野の「一般条項」

60 これに対しては、むしろ、建物の賃貸借契約においてその旨の登記（民法605条）がなくとも、賃借人への「引渡し」があり、それに基づく占有を賃借人が「使用・収益」（民法601条）の目的で継続している以上、その賃借人は当該占有をもって対抗力を取得するという解釈論を構築する方がより合理的な法的判断に資するように思われる（その解釈論が借地借家法31条〔旧借家法1条〕で立法化されたと考えることもできよう。）。この点、末弘巖太郎「住宅問題と新借家法案（二・完）」法学協会雑誌39巻2号（1921年）55頁以下、特に70頁以下は、「賃借権の設定がbargain and sale即ち土地使用権売買の形式に依り且つ其代金支払はれたとき」は、「Statute of Uses 1536に依つて」、たとえ「事実上の占有開始なしと雖も物権の保護を受けた」こと（イギリス法の例）、あるいはプロイセン一般ラント法以来今日のBGB（566条）に至るまで承認されてきた「売買は賃貸借を破らず」（Kauf bricht nicht Miete）の法的価値判断（ドイツ法の例）を挙げて、仮に「新借家法案」の1条（引渡しによる借家人への対抗力付与）がなくとも、借家人＝建物賃借人が譲受人（新所有者）に対抗できる理論的な可能性を説いたことが、牧野＝我妻説と明瞭に対比されるべきであろう。すなわち、末弘説においては、建物「占有」のもつ生活利益・居住利益や営業利益という意味での社会法的観点はあっても、我妻のような「社会理想」そのものを強調する観点とは決定的に異なるものがある、と考える。ちなみに、山中康雄「物権の本質」愛知大学十五周年記念論文集（法律編）法経論集37＝38合併号（1961年）15頁は、「もともと、右（不動産の）賃借権に妨害排除請求権」があると述べる（括弧内・引用者）。これは、賃借建物の不法占拠者への妨害排除請求権を承認することのみならず、少なくとも「引渡し」＝「占有開始」以降の建物賃借権には「対抗力」を承認するものと解することができよう。この点、拙稿・川角「近代的所有権の基本的性格と物権の請求権との関係（二・完）」九大法学51号（1986年）27頁以下、特に84頁注2も参照。

論的な思考方法に強く規定されていたのではないか。そのことは、以下の我妻の文章に凝縮されているように思われる。

「公序良俗に反する行為が無効であることは、ローマ法以来、すべての法制の認めるところであるが、個人意思の絶対を尊重する法制の下においては、個人意思を制限する例外としての地位を与えられたに過ぎない。旧民法が「当事者ハ合意ヲ以テ普通法ノ規定ニ依ラザルコトヲ得。(中略)但公ノ秩序及ビ善良ノ風俗ニ触ルルコトヲ得ズ」と定めたのはその一例である。しかるに、現在においては、すべての法律関係は、公序良俗によって支配されるべきであり、公序良俗は、法律の全体系を支配する理念と考えられる。すなわち、権利の行使と義務の履行が信義誠実の原則に従うべしというのも、自力救済の限界が定められるのも、法律行為の解釈について条理が作用するのも、結局においては、公の秩序・善良の風俗という理念の具体的な適用に他ならない。かようにして、第九〇条は、個人意思の自治に対する例外的制限を規定したのではなく、法律の全体系を支配する理念がたまたまその片鱗をここに示したに過ぎない、と考えられるようになっている。」⁶¹（原文中の括弧内を省略した。引用文中の傍点及び括弧内は引用者による。）

ここには、明らかに、「個人意思の絶対」を「法律の全体系を支配する理念」たるべきところの「公序良俗」規範の支配下に置くべきであるという思考が看取される。しかも、その後の我妻によれば、そもそも「近世の個人主義的法思想」そのものが、「富の偏在による社会事情の変化」のも

61 我妻栄『新訂民法総則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店、1965年）270-271頁。なお、我妻の個別論文として、「判例より見たる「公の秩序善良の風俗」」（1923年）同『民法研究Ⅱ・総則』（有斐閣、1966年）121頁以下がある。我妻の教科書で出てくる公序良俗判例の整理も、ほぼこの論文でその基礎が築かれている。この点、椿久美子「我妻類型とその現代的変容」椿寿夫＝伊藤進（編）『公序良俗違反の研究・民法における総合的検討』（日本評論社、1995年）89-90頁にはほぼ同旨。なお、同論文94頁における牧野説の我妻説への影響に関する指摘も参照。

と「私権の社会性・公共性」の「確認」によって、それ自体として批判・克服されるべき存在へと転化するとされたことを忘れるべきではない⁶²。これは、すでに牧野英一が「十九世紀から二十世紀にかけて」の「個人の覚醒」から「社会の覚醒」への転換を承認し⁶³、その上で現代における「公序良俗」規範を「契約自由」の「例外規定」とするのではなく⁶⁴、むしろその発想を逆転せしめて、「公序良俗」による全法系の支配⁶⁵及び「法律の道德化 Ethisierung des Rechts」⁶⁶を企図したことと軌を一にするものである。こうして、我妻による公序良俗判例の整理（一種の類型論的な把握）が長く通説化したという事実⁶⁷は、翻って牧野英一の公序良俗論がそのものとしてわが民法法学に規定的な影響を行使した証（あかし）と言うべきことになろう⁶⁸。

62 我妻『新訂民法総則』（前注61）33頁。この箇所では、我妻のライトモチーフである「資本主義の発展」に呼応するところの——いわば即自的（an sich）で、かつ直接的な（unmittelbar）——民法学「発展」の道筋が示されている、と考える。

63 牧野英一「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（第四版）』（前注9）23頁。それゆえ、同書24頁で牧野は「最早個人主義は許されない」と断じている。

64 牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）36頁。

65 牧野は、「公序良俗」規範をもって、法律行為ないし契約の効力、あるいはその解釈問題に限局するのではなく、さらに権利の義務化、所有権の制限、権利濫用論、不法行為論（原因責任論）へとその射程距離を拡張しようとする。牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）32頁以下、47頁以下、50頁以下など。

66 牧野「法律の社会化」同『現代の文化と法律』（前注9）79頁。その際に牧野は、「個人と社会との調和」を持ち出す。その牧野の考察観点において、「個人」は、常に「社会」（それは当時の天皇制国家と容易に融合可能な存在であった）に従属する立場から「調和」の客体とされていたことに留意する必要がある。

67 たとえば、「昭和40年代までの体系書には、我妻説の影響が濃厚であった」とするものとして、森田修「第90条〔公序良俗違反の法律行為〕」川島武宜＝平井宜雄（編）『新版注釈民法（3）総則（3）法律行為（1）』（有斐閣、2003年）102頁。なお、山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣、2000年）11頁も参照。

68 ちなみに、末川博は、1922年の論文で「公序良俗」を「契約自由」の例外

(ウ) 信義則論における牧野の我妻への影響

さらに(ウ)につき、以下のことを指摘しておくべきであろう。すなわち、我妻は、その民法教科書で「契約と信義誠実の原則」を論じ、契約の準備的段階、契約の締結行為(契約締結上の過失)、契約の存続中、さらに契約の終了後における信義則の機能を、それぞれ判例に即して考察した⁶⁹。その際に我妻は、そのような契約諸過程における信義則論構築の先行文献として、鳩山秀夫の信義則論とならんで牧野英一の信義則論を挙げている⁷⁰。むしろ、契約の諸段階に応じて信義則の類型的考察を施すことは、

ゝ規範であるとする見解につき批判し、公序良俗を「法律の全体系を貫流する根本理想の一顕現」と位置づけた。しかしそれは、牧野英一の見解を下敷きにしたものと言うべきものであった。末川「公序良俗の概念——民法第九〇条について」同『権利侵害と権利濫用』(岩波書店、1970年)582頁以下、特に594頁を参照(その箇所では末川は牧野の公序良俗論を高く評価しつつ、その道德論的な側面を批判する。)。その意味で、我妻説と同様に末川説をもその根底において規定しているのは、それに先行する牧野の「公序良俗論」であった。そのような観点からすれば、「このような考え方(末川説、我妻説)は、後に牧野英一博士によって精力的に展開され、支配的な見解となる」とする大村敦志『公序良俗と契約正義』(有斐閣、1995年)23頁の記述(括弧内及び傍点・引用者)は、学説史の評価に照らし一考の余地あり、と言いうるのかも知れない。

69 我妻栄『債権各論上巻(民法講義V1)』(岩波書店、1954年)33頁以下。この教科書に登場する順序としては、契約の存続中の信義則の機能(33頁以下)、契約の終了後のそれ(35頁以下)、契約の締結時のそれ(38頁以下)、契約の準備的段階のそれ(41頁以下)という配列になっている。

70 我妻栄『債権各論上巻』(前注69)33頁。言うまでもなく、鳩山秀夫は我妻の師であり、その信義則論は、鳩山の数あるモノグラフィーのうち代表作の一つに属するものである。鳩山「債権法に於ける信義誠実の原則」(1924年)同『債権法における信義誠実の原則』(有斐閣、1955年)251頁以下。これと並ぶ形で牧野英一の信義則論(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〕及び同『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〕)が取り上げられたことの意義は決して小さくはない。なお、牧野の信義則論においては、どちらかといえば契約の存続中のそれに重点が置かれている。債務者の履行行為、債権者の誠実義務・受領義務・協力義務などがそれである。牧野・前掲『民法の基本問題 第四』123頁以下、158頁以下を参照。ただし、後者の『民法の基本問題 第五』489頁以下では、「契約の締結」、「契約の申込み」などに際しての、いわば契約の「前」に関する信義則も

それ自体として有意義であり、積極的な意義をもちうることである⁷¹。むしろ、ここで注目すべきであるのは、一般論レベルで我妻が、信義則を、単に債権法の支配的原理とするのみならず、「広くすべての権利と義務とに及ぶべきもの」とすることであり⁷²、しかもその際に債権・債務関係をもって「一個の協同体」として把握することである⁷³。なるほど我妻は、信義則など一般条項の適用につき「客観的に正しい基準を与えること」の重要性を説き、その理由として「わが国では、近代社会の基本理念である個人の自主性になお不徹底なものがある」からだと指摘する⁷⁴。しかしながら、同時にわれわれは、我妻が次のように自説を開陳することに留意すべきであると考ええる。すなわち、「個人の財産権は、次第に社会的統制に服し、個人の契約の自由は、次第に団体的契約ないしは団体的規制によって排斥され、その結果、個人を中心とする私法関係が、次第に、個人から団体ないし組織に移ろうとしていることは、否定すべからざる事実である」ところ、「かような事実によって、現代法の進むべき方向」は、結局、「社会関係の団体を中心とする合理的規律にあるのではなかろうかと推測される。」⁷⁵。——このようなスタンスこそ、我妻の「資本主義の発達に伴う私法の変遷」⁷⁶というライトモチーフによって規定されたものであり、

ゝも論じられている。

71 ちなみに、一般条項に属する「信義則」の機能を類型論的に捉え、具体化・細分化する試みについては、好美清光「信義則の機能について」一橋論叢47巻2号（1962年）73頁以下、特に78頁以下、磯村哲「シカーネ禁止より客観的利益衡量への発展——ドイツにおける「226条・826条から242条への展開」の意義」末川先生古稀記念『権利の濫用上』（有斐閣、1962年）60頁以下、特に71頁以下、広中俊雄『新版民法綱要第一巻 総論』（創文社、2006年）139頁以下、原島重義「信義則論ノート」同『市民法の理論』（前注16）265頁以下を参照。

72 我妻『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店、1964年）15頁。

73 我妻『新訂債権総論』（前注72）7頁及び16頁。

74 我妻『新訂民法総則』（前注61）40-41頁。

75 我妻『新訂民法総則』（前注61）47頁。

76 我妻『近代法における債権の優越的地位』（前注28）序1頁及び4頁。

戦前戦後を通じて彼に独特なものであった⁷⁷。筆者のみるところ、そこには我妻の師・鳩山秀夫の影響のみならず⁷⁸、牧野英一の「法律の社会化」の思想とそれを指導する原理とするところの「一般条項論」（公序良俗、信義則、権利濫用など）の規定的な影響があった⁷⁹。牧野が我妻の「信義則」論を「褒め」、それを我妻が「先生に示唆され先生に教示されたことの整理以上に出でない」と言うのも、単なる我妻の謙遜を超えた両者のエールの交換をみる思いがするのである。こうして我妻が、なかでも財産法学においてわが国の通説的見解を築き上げた背景に牧野英一の民法＝財産法に関する思想の重大な影響があったことは想像以上に決定的な意味をもつ。そのような牧野の傾向は、我妻の民法学においてのみならず、当時の社会法＝経済法論にも貫徹し、さらに現代民法学をも方向性づけた。そこで次に、菊池勇夫の社会法＝経済法論に触れておこう。

② 菊池勇夫による牧野「社会法」論の継承

菊池勇夫（1898-1975年）は、前注50で登場した人物の一人である。我妻栄と同年代であり、東京帝国大学を卒業したあと、九州大学教授となった。労働法及び経済法・社会法の専門家として名をはせた。すでに前注50からも推測されるように、菊池は牧野英一から有形無形の影響を受けたのであった。すでに本稿前編（龍谷法学53巻3号所収）で示したことだが、牧野の見解は「市民法から社会法へ」の流れを直接的に肯定し、よってその法

77 我妻の「資本主義の発達に伴う私法の変遷」を基軸とした「近代法における債権の優越的地位」に関する批判的考察として、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頁以下を参照。

78 鳩山「財産法改正問題概論」（1920-1921年）同『債権法における信義誠実の原則』（前注70）219頁以下。鳩山は、民法＝財産法の「団体主義」的改造を主張する。鳩山・前掲書233頁及び235頁。なお、その論文で鳩山が牧野英一に言及し、その歴史認識・社会認識に関して「全く同意見である」とすることも関心を引く。鳩山・前掲書243頁。

79 牧野の公序良俗論、信義則論、権利濫用論については、拙稿・川角「『法社会学論争』の教訓（十八）」龍谷法学54巻3号（2021年）所収で検討したところを参照。

理論において市民法的要素を除去し、社会法的要素の支配を正面から説くものであった。言い換えれば、牧野の歴史認識としては、18世紀の自由主義に対応する個人主義（それに基づく市民法）が19世紀以降衰退し、20世紀において克服され、取って替わるに団体主義ないし協同体本位の統制法体制（つまりは牧野的な社会法の体制）が支配的な傾向となった、と言うべきことになる（いわば資本主義の発達に呼応する法発展の二元化、あるいは二つの段階論的な図式化の構想）。そして、同時にそのことは、公序良俗ないし信義則が主導する一般条項主義的な「法律の社会化」を意味したし、伸縮自在な自由法論の優位をも帰結した。

ところで、ここで本稿が取り上げる菊池の論文「経済法の序論的考察——近代法と経済との関係」は、牧野英一の還暦を記念するために捧げられたものである⁸⁰。またそれは、戦後、菊池自身の論文集に収められた⁸¹。その中で菊池は、近代法以降における経済法の位置づけを当時の統制経済立法を素材に解明しようとする。その際に菊池は、「経済法をもたらしに至った近代法と経済との関係」は、「牧野英一先生が多年主張せられる自由法論に関して密接に触れるところある」ものとして位置づけている⁸²。むしろ菊池は経済法を専門とするわけであるから、牧野英一の記述と比べて引用文献も詳細であり、論述も手堅くできている。とはいえ、その基調はやはり牧野的な要素をもつものであった。ここでは、菊池の社会法＝経済法論における牧野的な要素を抽出してみよう。

先ほど本稿は、牧野が18世紀の自由主義に対応する個人主義＝「市民法」と、19世紀以降、なかでも20世紀における団体主義的な統制法体制＝「社会法」との二元化を提唱した、と述べた。それは、「個人主義から団体

80 牧野英一還暦記念祝賀『法理論集』（有斐閣、1938年）609頁以下。

81 菊池『社会法の基本問題』（有斐閣、1968年）193頁以下。本稿で菊池の論文「経済法の序論的考察」は、この『社会法の基本問題』から引用する。

82 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）198頁。

主義へ」、あるいは「市民法から社会法へ」という直線的な法の発展系列を形式的に説明する思考装置としての二元論と言い換えてもよいだろう。

菊池勇夫もこのような牧野的二元論を承認する。その際に菊池はヘーデマン(Hedemann)の見解を援用しているが⁸³、そのヘーデマンこそは我妻が牧野に感化されて「鵜の真似をする鳥」の如く愛読したものであった⁸⁴。

菊池はヘーデマンに依拠しつつ、「経済法として特殊な法領域を問題化したのは最近の独占資本主義の段階において認められるところである」と述べ⁸⁵、ことに20世紀における経済法の勃興を、18世紀近代国家の「アナキー的」な「自由・放任」の経済体制からの質的転換のうちに見て取る⁸⁶。その質的転換を裏づけるキーワードこそ、「独占経済」のもとでの私企業における「団体的組織統制」のスローガンであった⁸⁷。その際、菊

83 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）199-200頁。

菊池は、Hedemann, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922に依拠している。

84 我妻「牧野英一先生の想い出」同『民法と五十年・その二』（前注50）395頁。

我妻栄は、Hedemann, Die Fortschritte des Zivilrechts im 19. Jahrhundert. 3. Bände. 1910-1935の一節を法学志林に抄訳している。我妻「ヘーデマンの「土地法の進化」」法学志林33巻9号（1931年）、同「ヘーデマン著「形式的土地法の進化」」法学協会雑誌53巻10号（1935年）、いずれも、我妻の『民法研究Ⅲ・物権』（有斐閣、1966年）に収められている（前者は1頁以下、後者は29頁以下）。なお、ヘーデマン『19世紀における民法の進歩』全三巻の概要については、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）3頁以下を参照（同書では、ヘーデマンを基軸に「一般条項論」、「社会化」Sozialisierungの問題、増額評価をめぐる問題、裁判官の法令審査権、自由法論の位置づけ、ヴァイマル共和制下の法学とその後のナチス法学との関連など論じられている。）。

85 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）200頁。

86 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）202頁以下。

87 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）205頁。このような「団体的組織統制」は、私企業の場合、カルテルやトラスト、コンツェルンなど独占資本主義に固有な形態性を伴うこというまでもない。牧野の場合、これが団体主義・協同体主義・統制主義・公法優位主義などの諸観念の複合体として把握され、他方、我妻においてはかの「債権の優越的地位」というライトモチーフの中で具体化される点で特殊性を帯びるが、その方向性はあくマ

池は、18世紀における私法と公法の「分化」から、19世紀以降、とりわけ20世紀の私法と公法の融合＝「私法の公法化現象」への転換に着目している⁸⁸。すなわち、独占資本主義段階の「公・私法の区別」を「単に形式的に否認する」だけではなく、むしろ「現実の法形態においていわば公・私法の混合または浸透を生じた」ことこそが重要であり、「経済法の研究」は「このような新たな法形態を対象として起った」のである、とする⁸⁹。そして、その認識の形成にあたり、菊池が率直に牧野英一からの影響ないし感化を語っていることも無視することはできないであろう⁹⁰。ともあれ、われわれは、牧野においても、また菊池においても——そしてまた我妻においても——18世紀「自由競争段階の法」と20世紀「独占資本主義段階の法」との形式的かつ機械的な二元論がそこに明瞭に看取されることを指摘せざるをえない。それは同時に、資本主義の発達に呼応する法の展開を、もっぱらその「社会化」のうちに把握し、市民法を置き去りにして経済法

ゝまで同一である。ちなみに、菊池が我妻の「近代法における債権の優越的地位」を高く評価することについては、菊池・前掲書212-213頁注3を参照。その際に菊池は、「個人の自由平等およびその所有の神聖不可侵」が、「形而上学的自然法思想にもとづくことは学説史上周知の説である」と述べた上で、詳細に我妻の所説を引用する。要するに、菊池にとって我妻は牧野とならんで不可欠な存在であった。それは、我妻自身が牧野をその法的思考の重要なモデルとしたことの、「学説史上」明らかな投影であった。

88 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）206頁。

89 菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）206頁。

90 菊池は、「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）206頁の注10で、リペール（Ripert）の論文 *L'ordre économique et la liberté contractuelle*（「経済的秩序と契約の自由」）に出てくる「公・私法」論を自説の根拠とするのであるが、そのリペールの論文をすでに牧野が取り上げていることにつき紹介している（牧野『科学的自由探求と進化的解釈』〔有斐閣、1937年〕202頁及び209頁以下）。その牧野はといえば、リペールの論文から、みずからの「法律の社会化」及び「自由法論」を論証しようとしたのである（牧野213-214頁）。菊池は、この「法律の社会化」を「民法の社会化」の基礎的範疇として捉える。その場合にも彼が牧野の法思想に留意することについては、菊池・前掲書218頁注6を参照。

ないし社会法をもってそれに代替すればよしとする傾向、あるいは「従来の市民法的原理が自然発生的に社会法的原理に推移」⁹¹ することをもって必然視する傾向を生み出す思考方法上の根源であった⁹²。よく知られていることであるが、加古祐二郎（1905-1937年）は、すでに戦前、そのような思考形態を指して「法的楽観主義」と呼んだ⁹³。そのような「法的楽観主義」こそは、統制法主義に典型的な政策の法化をもたらす起動因であった⁹⁴。

③ 内田貴による牧野「信義則論」・「制度的契約論」の継承

最後に、近時、民法＝債権法「改正」の立役者となった内田貴における牧野英一の影響を素描しておこう⁹⁵。内田は、まずその代表的理論、すな

91 加古祐二郎「社会定型としての法的主体に就て」（1933年）同『近代法の基礎構造』（日本評論社、1964年）63頁以下、特に111頁。言うまでもないことであるが、加古はそのような図式的推移論をラディカルに批判するのである。

92 これに対するアンチテーゼとして、たとえば原島重義「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」（1997年）同『市民法の理論』（前注16）187頁以下、特に214頁以下を参照。その箇所、不正競争防止法や独占禁止法違反行為の民事法的差止めが環境利用秩序違反行為（環境侵害ないし公害）の差止めとパラレルなものとして捉えられていること（原島220頁以下）は、ことのほか示唆深い。

93 加古「社会定型としての法的主体に就て」同『近代法の基礎構造』（前注91）111頁。なお、加古「社会法の限界性」（1934年）大橋智之輔＝名和田是彦＝福井厚＝藤田勇＝村田淳（編）『昭和精神史の一断面・法哲学者加古祐二郎とその日記』（法政大学出版局、1991年）85頁以下、特に103頁は、「社会法」を「市民法秩序の内的矛盾に基づいて生れた新法形に過ぎない」ものであり、「従って近代法と社会法との関係を、中世封建法と近代法との間の質的差異と同一視するような意味で特質付けることはできない」とする。社会法を市民法の基盤のもとで、その「内的矛盾」＝自己内発的展開として捉えていることが重要である。

94 たとえば、菊池「経済法の序論的考察」同『社会法の基本問題』（前注81）224-225頁は、「経済における社会政策には労働法」が、そして「経済政策には経済法」が、それぞれ対応すると述べる。もとより「政策の法化」それ自体が問題であるというわけではない。本稿は、菊池が論文を書いた当時の統制立法体制下の「政策の法化」に対象を限定しつつ、しかも実体的な市民法の歴史的位置づけを踏まえ問題を提起するに過ぎない。

95 ここでの「素描」は、文字通り質的・量的な限界を意味する。したがって、

わち「関係的契約理論」⁹⁶のさらなる構築を目指した著作⁹⁷において、およそ以下のようにいう。——① いわゆる「ポスト・モダン」⁹⁸を志向する関係的契約理論が批判の対象とする「古典的な契約像」が「契約法のモデル」となりえたのはなぜか。それは、「個人の意思を極端なまでに重んずる意思主義」、ないし「個人主義的な自由主義（リベラリズム）」という「思想」に依拠したがゆえである⁹⁹。その意味で、「今日の契約法をめぐる混沌は、契約という法制度の死というより、古典的な契約像を支えていた

ゝ関係性のみならず、プロセス重視、継続性重視、「納得」重視の内田契約法学・内田解釈法学の全貌に及ぶものではない。牧野理論との接点に局限して論ずるにすぎない。なお、内田理論において重視される契約締結上の過失、ないし継続的契約関係に関する判例及び裁判例の批判的検討として、拙稿・川角「現代民法学における《関係的契約理論》の存在意義（四・完）——内田貴教授の所説に対するひとつの批判的評注」島大法学39巻2号（1995年）51頁以下、特に55-98頁を参照。

96 内田『契約の再生』（弘文堂、1990年）145頁以下、223頁以下、253頁以下。これには、石田喜久夫「内田貴 著『契約の再生』」法律時報64巻6号（1992年）100頁以下のほか、柏木昇・書評（NBL475号34頁以下）などが好意的な評価を与えている。筆者も、可能な限り内田理論をそのトータルな形成過程のなかで考察することを通じ、特にその関係的契約理論の意義を確認する機会をもった。拙稿・川角「現代民法学における《関係的契約理論》の存在意義（一）——内田貴教授の所説に対するひとつの批判的評注」島大法学37巻4号（1994年）95頁以下、特に101-141頁。

97 内田『契約の時代——日本社会と契約法』（岩波書店、2000年）。

98 内田『契約の時代』（前注97）53頁。

99 内田『契約の時代』（前注97）27-28頁。もっとも、この点の評価については別論を要する。さしあたり、サヴィニー（1779-1861）の古典的契約理論が、カント的な、自立し、かつ自律的な諸個人の承認を前提として（諸個人の意思自由を承認するのだから、その自由はおのずと無制約的なものではありえない）、さらにそのサヴィニーが、彼の現代的な後継者（Nachfolger）というべきヴェルナー・フルーメの私的自治論（自己決定・自己責任の統合理論）を生み出した事実のみ指摘しておきたい。原島重義『法的判断とは何か』（創文社、2002年）18-19頁を、同書219頁と併せて参照されたい。なお、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義（編）『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会、1988年）119頁以下、特に131頁以下の指摘も重要である（そこでは、サヴィニーの私的自治論における「社会的意味の法的投影」が考察されている。）。

契約思想の破綻を意味していると言ふべきだろう。]¹⁰⁰——したがって、
 ②「古典的な契約モデルの破綻をカバーし、契約法を死から救う新たな契約像」を体現したものこそ「関係的契約理論」であり、それは「古典的な契約像」の対極に位置づけられるべきものである¹⁰¹。要するに「意思」

100 内田『契約の時代』（前注97）28頁。

101 内田『契約の時代』（前注97）29-30頁。ところで、「関係的契約理論」の提唱にあたって、内田理論は、もっぱらマクニール（I. Macneil [1929-2010]）に依拠する。この点、マクニールが、現実の契約のうち「ある種の契約」は「関係的契約の原理に大きく支配されている」と主張し、よって「古典的な契約」を全面的に排除しない（あくまで「両極の契約モデル」とする。内田30頁及び37頁）のに対し、内田理論において、裁判官がその裁量的判断において依拠する幾つかの規範＝関係的諸規範が「契約法の領域で現実増えている」という認識を通じ（内田38頁）、「関係的契約」につき、その価値序列上の優位化が図られているという点に注意すべきである（なお、内田説が関係的契約理論を「西洋か東洋か」という枠組を超えた「普遍的な性質を持っている」ものと規定することにも留意する必要がある。内田39頁）。なお、マクニールの「関係的契約理論」につき、筆者は、イアン・マクニール（デヴィッド・キャンベル〔編〕、池下幹彦・東繁彦〔共訳〕『関係的契約理論——イアン・マクニール撰集』（日本評論社、2015年）、Ian, R. Macneil, *Contracts—Exchange, Transactions and Relations, Cases and Materials*, Second Edition, 1978. を参照した。後者の原書は、1300頁以上の大部のものだから、ここでその論評は控えるべきであるが、われわれが目すべきことは、契約関係、継続的契約関係などを例として契約が語られる場合であっても、さらに契約締結の時間的前後において契約を取り巻く諸関係とのかかわりが語られる場合であっても、マクニールにおいて、基本的にその場合の「関係」は、当事者の意思的要素を全面的に排除したものとしては想定されておらず、ましてや契約締結時における意思的モメントの機能を否定し去るものではない、ということである（「合意」agreementを「過程」process だと言い換える場合であっても、マクニールは契約当事者の意思を排除するわけではない。Macneil, p. 621-622）。それゆえにこそ、前者の翻訳書の末尾に出てくる質疑応答では、マクニールは、古典的契約法を「包括的關係的法理学」の「一部」として捉えつつ、同時にその「古典的理論」を「重要なもの」と位置づけることを惜しまないのである（翻訳書296頁）。したがってこれは、マクニールが、「古典的契約法」に「死」の断定を下し切っていないことの証左と言えるのではないか。マクニールやそれを信奉する内田説が、契約におけるわれわれ人間の「意思」的モメントをどのように捉えているのか。今はそれを措くとしても、次の点是指摘されてよいであろう。すなわち、契約に関する合意の契機を重視する「古典的契約法」の内部においてすら、同時に、当事者意思以

にではなく、「関係」なканずく「社会関係」によって契約は生成し、展開してゆく、と考える必要がある¹⁰²。——そしてまた、そのような内田説における認識は、③「戦前の信義則論」（特に石田文次郎〔1892-1979年〕によるそれ）の背景において「自由主義の行き過ぎによる社会的な矛盾の顕在化という、それ自体は正当な問題意識が存在した」とされ、その連続線上に牧野英一の信義則論が位置づけられる¹⁰³。その際、内田貴によれば、牧野英一の信義則論は次のように受けとめられることになる。すなわち、「法律は信義則にはじまり、さうして、信義則に終わる」と「喝破した」ものこそ、牧野「信義則論」であり、それが鳩山秀夫（1884-1946年）の信義則論とも共鳴し（つまりは同じ傾向をもち）、よってわが国における「団体

ゝ外の要素、たとえば契約意思の補充規定として「危険負担」・「同時履行の抗弁権」等が契約解釈の当然の対象になったこと、さらに「関係」の一部に属する「取引慣行」も契約解釈内在的に取り込まれていたことなどの諸事実が、具体的に想起される必要があろう。言い換えれば、一方で当事者の意思合致なき契約はおよそ考えられないところ、他方、契約紛争が起これば当事者が個別に合意したことではなくても、契約の拘束力にかかる問題として、意思モメントと共に、それ以外の規範的・事実的モメント（上記の「危険負担」、「同時履行の抗弁権」、「取引慣行」など。すなわち、それ自体、一定の社会関係の認識をへてわれわれの先達＝古典期の契約法理論を構築した人々によって導出されたもの）が、契約解釈において問題となること当然であったという事実こそ、深く留意すべきであろう。たとえば、原島重義「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに」（1983年）同『市民法の理論』（前注16）625頁以下。ついでながら、原島・前掲『法的判断とは何か』（前注99）16-20頁は、特に内田説に言及し、それが「『古典』という仮想敵」をこしらえあげる一方、その古典的契約理論の何たるかについての初歩的な理解の仕方に基づいた問題を抱えているのではないかと（つまりは、古典的契約理論イコール全面的な意思還元主義という一個のドグマの上に立っているのではないかと）述べ、根本的な疑問を投げかけている。

102 内田『契約の時代』（前注97）31頁、33頁など。

103 内田『契約の時代』（前注97）75頁。なるほど内田・前掲書70頁は、「1930～40年頃の日本の学説」が、「信義則」を「全法律秩序を支配する原理として理念化」していたことに関して、牧野英一の信義則論を取り上げており、「やや理念先行的な印象を免れなかった」とする。それ自体は正当な指摘である。とはいえ、牧野「信義則論」に対する内田説の評価がきわめて高いことについては、本文で示すとおり首尾一貫したものがある。

主義的傾向」を推し進める起動因となった¹⁰⁴、と。同時にわれわれは、④このような内田理論による牧野「信義則論」への共感が、我妻的なナチス的「協同体」思想への内田説に独特な密着感¹⁰⁵をへて、やがては牧野の「制度的契約」への評価と一体不可分のものとなっていくことに注目しなければならない¹⁰⁶。そして本稿の観点からすれば、このような牧野的な「制度的契約論」の思想¹⁰⁷こそが、「改正」民法における制度論的な「定型約款」の導入（民法548条の2以下）を帰結した、と言わざるをえないのである¹⁰⁸。

104 内田『契約の時代』（前注97）注の39-40頁を参照。なお、内田『契約の時代』では、本文の頁と注の頁が別に分けられている。

105 内田『契約の時代』（前注97）73頁及び注の41頁。

106 内田『制度的契約論——民営化と契約』（羽鳥書店、2010年）57頁以下。その58頁では、「フランスのオーリウやルナルらの影響を受けて、米谷隆三（1954年の米谷『約款法の理論』〔有斐閣〕）らが制度理論を提唱した」とあり、「〔制度的契約〕の用語は、それらの論者の著作に現れている」とする。この内田『制度的契約論』では、本文でも注でも牧野英一の名前が直接出てくるわけではない。とはいえ、ここでも内田説が、本稿で指摘した牧野「制度的契約論」を踏まえ、それを継承しようとしていることは否定することのできない事実であると考ええる。なぜなら、牧野こそは、オーリウ及びルナルから学びつつ、米谷の制度的契約論及びそこから定礎される約款論を積極的に支持していたその筋の第一人者だからである。拙稿・前編「〔法社会学論争〕の教訓（十八）——昭和初期：牧野英一の民法学（その一）」龍谷法学54巻3号（2021年）84頁以下を参照。

107 牧野自身は「信義則」にせよ、「公序良俗」にせよ、あるいは「制度的契約」にせよ、それをいわば「一人歩き」させ、それを、社会法的な認識レベルにおいて「法律の社会化」路線と直結させる点に特徴がある。したがって、基本的に牧野は、それら包括的規範概念（「一般条項」）を直接「関係」ないし「社会関係」に基礎づけるわけではない。それに比べると、内田理論において、「関係」ないし「社会関係」という規範ファクター（内田説でいわれる「内在的法規範」）が裁判官の裁量的判断対象へと昇華されていく思考過程には幾分独自のものがある。にもかかわらず、あくまで一般条項（特に信義則）を基軸としてその解釈学が展開される点、同時にまた法現実（法に投射される社会的な諸現実）及び裁判過程の直接的肯定の上にその法学理論が構築されている点では、両者は、あくまで同じ思考形態の上に立つ。

108 たとえば、内田『改正民法のはなし』（民事法務協会、2020年）45頁は、明らかに「定型約款」に関する「制度論的アプローチ」の側面を語っている。な

④ 牧野の法学理論と「法社会学論争」——ひとつの視点

以上本稿は、その前編（龍谷法学54巻3号64頁以下）ともども、昭和初期の牧野英一の民法学について考察した。そしてそれが、当時の我妻栄にいかに関与したか、さらにいかに我妻理論を教導したかについても指摘した（併せて菊池勇夫の社会法論・経済法論への影響についても指摘した。）。かてて加えて、今日、「改正」民法をリードした内田貴の見解と牧野法学とが奥深く通底することも指摘した。ところで、「法社会学論争」が激しく展開された1949-1950年当時、少なくとも我妻栄の学説は、それ自体すでにわが国民法学の通説を形成するものであった¹⁰⁹。そしてそれは、磯

ゝるほどそれは、全面的に牧野英一の「制度的契約論」に乗るわけではないかも知れない。にもかかわらず、「定型約款」が「制度理論」と関連づけられている点では、あくまで牧野的な思考になじむものと言わなければなるまい。

109 ちなみに、内田関係の契約論が注目を浴びるのは1990年刊行の『契約の再生』（弘文堂）以降のことである。この頃は、我妻法学を継承した利益衡量法学（ことに星野英一の利益考量論）が一世を風靡しており、それに平井宜雄の「議論」論が補完的に加わって、東大法学部の民法解釈学のあり方としてほぼ万全の体制が整った時期にあたる。そして、そのような到達点の上に内田関係の契約論が形成された、という見方も十分成り立ちえよう。その意味で、「関係」的思考そのものについて、牧野英一がその重要な端緒を形づくり（牧野による「契約から関係へ」の視点につき、同『民法の基本問題 第五 契約の本質に関する若干の考察』〔前注70〕74頁）、それを我妻栄の相関関係の利益衡量論がよりトータルな形で継承し、さらに星野英一の全面的な「利益考量論」へとバトンが手渡されたと見ることができるところ、彼ら（牧野・我妻・星野）が切り開いた路線（要するに「諸関係の相対的な総合判断」論）の忠実な後継理論こそ、内田貴の「関係の契約論」であり、その独自の契約理論を解釈学的に包み込むための要石（かなめいし）として「正当化」モメントの強調があった、と規定することができるだろう。本稿の観点からすれば、内田説における「正当化」の論理は、「納得」の合理性を論証しようとするものであるところ、要するにその「納得」とは「共同体の道徳的直観」と言い換えられるものであるわけだから、それは再び社会的な、つまりは共同体的な諸々の「関係」そのものに還元されていくのである。内田『契約の時代』〔前注97〕152-154頁。なお内田説は、同時に「社会関係に埋め込まれた（embedded）ものとしての個人の「了解」の契機を「尊重」する〔『契約の時代』155-156頁〕というのだが、むしろ、個人が社会に「埋め込まれる」場合のその仕方こそ、根本的に問われるべきであろう。この点、

村哲が言うように、末弘厳太郎と匹敵しうる「社会学的法学」に属するという側面をもった¹¹⁰。

ところで、かの「法社会学論争」では、末弘や我妻の学説は、まともに議論の対象とされることがなかった。本稿の観点によれば、末弘以上に、この我妻法学こそ、「法社会学論争」の対象として具体的に設定されるべきであったと考える。なかでも、その我妻に独自で段階論的な「社会学的法学」（18世紀の自由主義が個人主義の弊害をもたらしたとして克服されるその先に、19世紀後半以降、とりわけ20世紀の独占資本主義に対応する私法の「発展」をみるべしと説く「社会学的法学」）、さらにまた彼の「近代法における債権の優越的地位」こそ、法制的上部構造のあり方をめぐって深く論じられる必要があった、と考える。しかも、その我妻の思想を指導したものこそ牧野英一の民法学＝「自由法論」、ないし彼の一般条項本位の「社会学的法学」であった。その意味で、牧野法学もまた「法社会学論争」のターゲットとして選定されるべきこと当然であったように思われる。しかしながら、現実にはそうはならなかった。それがなにゆえであったのか。もとより、「法社会学論争」そのものについては、本稿続編で深く対象化されるべきことだが、その「なにゆえ」につき答えを見出すことも、「法社会学論争」から引き出すべき一つの「教訓」、しかも必要不可欠な「教訓」であるに違いない¹¹¹。

(未完)

ㄨ 前注12で示した社会と個人との関係づけに関する穂積八東の観点も参考になるように思われる。

110 磯村『社会法学の展開と構造』（日本評論社、1975年）32-33頁は、末弘厳太郎及び平野義太郎と並べる形で、我妻栄をわが国「社会学的法学」の中に組み入れている。その際、磯村が牧野の自由法論もそれとパラレルなものと位置づけていることも併せて指摘しておく必要があろう。

111 本稿の観点によれば、いわゆるマルクス主義法学が、末弘厳太郎及び美濃部達吉の法学理論と相並べて牧野英一の法学理論（「自由法論」）を「マルクス主義法学の土台」となったものとして位置づけた事実（たとえば、長谷川正安メ

↘ = 藤田勇〔編〕『文献研究・マルクス主義法学〔戦前〕』（日本評論社、1972年）407頁の文献解題）のうちにこそ、本稿本文で示唆した「教訓」の一つが秘められていると言えよう。この点、大島和夫『日本の法学とマルクス主義——21世紀の社会編成理論の構築をめざして』（法律文化社、2019年）6頁も参照（もっとも、この著作が上記問題性にどれほど学説内在的なアプローチを試みようとしているかは、別問題である。）。