

## 「民法理論の古典的体系とその限界」に関する一考察 ——原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連——

川 角 由 和

### 〈目 次〉

1. はじめに
2. 「民法規範の抽象的性格について」=1963年「綱領論文」の位置づけ
3. 「民法理論の古典的体系とその限界」=1973年「体系論文」の概要
4. 「なぜ、いまサヴィニーか」=1988年「サヴィニー論文」への展開
5. 結語——「古典」の系列と「思想」の系列との関連、末弘法学との繋がり

### 1. はじめに

原島重義先生は筆者の恩師である。先生は1925年にお生まれになり、2013年に亡くなられた。享年88であった。不肖の弟子に過ぎない筆者が先生の学問的生活の根本を定礎した「民法理論の古典的体系とその限界」（1973年論文）の意義を論じようとするのはなぜだろうか。二つの理由がある。一つは、この1973年論文が先生の「なぜ、いまサヴィニーか」（1988年論文）によって如何に継承され、またどこがどのように変化したのか、その変化の意味とはどのようなものか、出来るだけ詳しく確かめたいと考えるからである。筆者の見解によれば、そのことを確認するための着眼点は、「古典」の系列と「思想」の系列との関連如何にあるように思われる<sup>1</sup>。さらにその二は、近年筆者が手がけた末弘厳太郎の法学理論と

原島民法学との繋がりを少しく掘り下げて考えてみたいと思うからである。そのうち、末弘法学との関連については、本稿末尾の「結語」で言及する。なお、上記目次からもすでに明らかであるが、本稿では、1963年の「民法規範の抽象的性格について」を1963年「綱領論文」と呼び、1973年の「民法理論の古典的体系とその限界」を1973年「体系論文」と呼ぶ。さらに1988年の「なぜ、いまサヴィニーか」を1988年「サヴィニー論文」と呼称する。

以下では、まず、原島先生ご自身が「綱領論文」(Programmschrift)<sup>2</sup>と呼ばれる「民法規範の抽象的性格について」を取り上げる。それによって、1973年「体系論文」にかかる考察の「前提」がえられるであろう。なお、以下で取り上げる先生の論文は、決して網羅的な仕方で紹介され、検討されるわけではない。筆者の関心と能力の許す範囲で考察されるにとどまる。また小見出しは、基本的に先生の論文の小見出しに従ったが、一部そうでない箇所もある。これは、本稿の内容との整合性を重視した結果として施される暫定的な措置に過ぎない。

---

1 原島先生は、2011年に同時刊行された『市民法の理論』と『民法学における思想の問題』（いずれも創文社）の「はしがき」で「古典」の系列と「思想」の系列の相互関係について触れておられる。本稿では、適宜それを参照しつつ、筆者なりの見解を付記するものである。なお、本稿では上記二つの著作から数多くの引用を行う。前者を「第一著書」とし、後者を「第二著書」として引用する。

2 先生が1963年論文を「綱領論文」と呼ばれるのは、ヘーゲルの1807年『精神現象学』を意識されてのことである。『精神現象学』がその後のヘーゲル哲学の展開とその存在意義を方向づけたように、先生の1963年論文（「民法規範の抽象的性格について」）もその後の原島民法学の展開とその存在意義を方向づけたのである。その他、1814年のサヴィニー「立法と法学に対する我々の時代の使命」、1903年のエールリッヒ「自由な法発見と自由法学」も「綱領論文」として位置づけられる。原島『法的判断とは何か——民法の基礎理論』（創文社、2002年）109頁、137頁、293頁、295頁。

## 2. 「民法規範の抽象的性格について」=1963年「綱領論文」の位置づけ

原島先生は、1954年に「手形裏書の社会関係——有価証券理論に関する一つの覚え書」を九州大学法学部助手論文<sup>3</sup>として提出されたあと、1963年「綱領論文」を完成されるまで、ドイツ無因性論およびわが国不動産物権変動論に関する論文を数多く公表された<sup>4</sup>。そのような比較法学上・法史学上・法解釈学上の研究蓄積を踏まえて1963年「綱領論文」が生み出される。この「綱領論文」は、いわば「思想」の系列の代表的作品と言い換えることができるものであるが、しかしながら、先生は「思想」の問題にことを終始させるわけではない<sup>5</sup>。

---

3 1954年の「手形裏書の社会関係——有価証券理論に関する一つの覚え書」は、公表されないままであった。それが公表されたのは1988年の久留米法学3号であった（なお題名は2011年第二著書刊行時に「手形裏書の社会関係——統一的有価証券法成立の可能性を探る」とされた。）。ちなみに、長らく公表されなかった経緯について、第二著書163頁の「追記」を参照。

4 ドイツ無因性論の研究として、原島重義「『無因性』概念の系譜について——『無因性』概念の研究その1」九州大学法学部30周年記念『法と政治の研究』（有斐閣、1957年）451頁以下、同「『無因性』確立の意義について——『無因性』概念の研究その2」法政研究24巻1号（1957年）71頁以下、同「『無因性』概念の一考察——サヴィニー、パールの理論的系譜の側面から」私法18号（1957年）32頁以下がある。他方、不動産物権変動論に関する研究として、原島重義「遺産分割と登記」中川善之助教授還暦記念『家族法大系Ⅶ 相続2』（有斐閣、1960年）29頁以下、同「登記法改正と不動産の現況確認」法政研究27巻2-4合併号（1961年）43頁以下、同「債権契約と物権契約」『契約法大系Ⅱ 贈与・売買』（有斐閣、1962年）102頁以下がある。なお、先生の博士論文は『『無因性』概念の研究——ドイツ普通法学におけるWillensdogmaの分析を基軸として』であるが、先生はこれを1962年に国立国会図書館に収納され、自費出版として2010年に刊行された。

5 原島先生の「民法規範の抽象的性格について」は、先生の第二著書である『民法学における思想の問題』冒頭に収録されていることからすれば、「思想」の系列を代表する作品であることは言うまでもない。ただ、先生の作品は、「思想」の系列が扱われる場合も常に実用法学の諸問題（公害差止め問題や約款問題）

- ①「実定法規範に内在する「抽象的性格」」——とまれ、ここで先生が問題にされる民法規範の「抽象性」とは何であろうか。たとえば、「公序良俗・公共の福祉・信義誠実・権利濫用」などの一般条項の解釈の場合に代表されるような「抽象性」が、第一次的な直接的「抽象性」を意味するとするなら、他方で「われわれはなお、法解釈をするとき、つねに実定法と社会的素材との連関回復を繰り返さざるをえない、という意味で抽象的なのである」という意味での二次的な媒介的・特殊的「抽象性」が存在する<sup>6</sup>。この場合には「実定法規範の抽象化の根源そのものをつきとめる作業が必要」<sup>7</sup>であるがゆえに、法解釈をするにあたって、つねに経済学や経済史、哲学や哲学史、政治学や政治史などに目配りされた「法の社会科学的研究」が要求されざるをえない<sup>8</sup>。このように「抽象性」の二重構造——民法規範のそれ自体の抽象性と社会的諸連

---

ゝなど)が念頭に置かれている。そして、その実用法学の原型を形作ったものがサヴィニーに代表される「古典」の系列であるからには、「思想」の系列と「古典」の系列も常に内面的に関連づけられるのである。

6 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)7頁。たとえば、それ自体抽象的な「法の下での平等」は、その形式的平等のラインにとどまる場合には、第一次的抽象性として把握される。ところが、形式的平等を生み出した資本主義生産関係における商品の物神的性格という根源に視点を求めるとき、第一次的抽象性から第二次的抽象性へと思考が深まる。なるほど、形式的平等も常に実質的平等と関連づけられて初めて、その歴史的役割と限界が見えてくるのであるが、先生の場合には、単に実質的平等の優位を唱えて形式的平等を批判するのではない。むしろ、資本主義生産関係それ自体が生み出した形式的平等を資本家やその代理人が無視したり、尊重しない態度を批判するのである。こうして、形式的平等は実質的平等によって補完され、補強されるべき存在となる。

7 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)7頁。傍点は原著。

8 原島「民法規範の抽象的性格について」(前注1、第二著書)6頁。そのような「法の社会科学的研究」にあたって、法の社会法則の追求と法解釈学的作業との二元論が登場する。原島先生は両者の独自性をそれぞれ踏まえつつ、しかも両者を統合する科学的な法解釈学理論の構築を目指そうとする。

関から民法規範が隔離されたところで生じるところの抽象性——を確認された先生は、この論文の獲得目標として次のように述べる。すなわち「ここでは、「抽象性」の根源そのものに眼を据えて、民法規範の歴史的展開に「抽象性」の深まりを、その「抽象性」の意味の変化を見ることに集中しよう、と思う。そして、このことにより、法解釈に従事するときにも見失なわないような、財産法全体と社会との連関を手繰り寄せるいとぐちを得たい、と思う。」<sup>9</sup>。これは、現代市民法を近代市民法それ自体の姿態変換＝メタモルフォーゼとして捉え、その近代市民法の積極面（市民的自由、市民的合理性）が「公共」＝国や公共企業によって崩壊せしめられる側面を具体的に告発し、もって近代市民法が固有に備えもつ健全な規範形態をそれに対置しようとするものである。ここには、個別テーマにかかる法解釈学的作業ではえることの困難な、法全体（近代民法の総体）と社会総過程とを結合するトータルな視点が要求される。

- ②「封建・近代・独占と「抽象的性格」」——ところが従来、わが国の有力な論者からは、やや異なった観点が示されてきた。たとえば、渡辺洋三教授は、封建との対抗関係のうちでは積極的な意義を担いえた「市民法体系」（たとえば「所有権の自由」）は、現代においてはその「抽象性」のゆえに、むしろ「そっくり独占の支配の主要な法的支柱」となりえた、という<sup>10</sup>。しかしながら、原島先生の観点からすれば、渡辺テーゼは、「市民法体系」そのものの丸ごとの消極的な把握に導くものにほかならない<sup>11</sup>。それはまた「市民法の抽象的性格と独占の支配との結びつき」そのものにおいて、前者を「理念」、後者を「現実」として、それ自体形式主義的な「二元論」で説明しようとするものにほかならない<sup>12</sup>。

9 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）7-8頁。傍点  
は原著。

10 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）11頁。

11 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）11-12頁。

12 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）12頁。ただし、

さらに市民法の「客観的ルール性」、すなわち法の「物神性」の現実的基盤が現代法では崩壊したにもかかわらず、かえってそれを無批判に「固定化」する傾向が強いと批判し、独占段階の法学の独自性を強調する伊藤道保教授の所説も、大要、先の渡辺説と同様である<sup>13</sup>。原島先生によれば、伊藤説にいう「物神性」は、市民法の「客観的ルール性」の姿態を借りて独占の支配がまかり通るという「矛盾」を指すことになるのであるが、それよりは、むしろ「法律家をして「法＝近代法の超歴史的・形而上学的な固定化のイデオロギー」を清算することを困難ならしめるもの、このような民法を基礎法とする実定法の存在性格こそが物神性ではないだろうか」と指摘される<sup>14</sup>。先生は、そのような物神性理解を基軸にして「[抽象的性格] そのものの推移」を次のように解明する。

- ③ 「[抽象的性格] そのものの推移」——すなわち先生によれば、「民法規範の抽象的性格」は、端的に、「近代市民法が資本主義法として根源的に規定されるところの、ルカーチによって具体的社会関係の物象化 (Verdinglichung)、あるいは、マルクスに遡って、人間疎隔ないし疎外 (Entfremdung)、さらには、ヘーゲルによって人間労働の外在化 (Entäußerung)、非現実化 (Entwirklichung) とよばれて来たものの中に求めなければならないだろう。」<sup>15</sup>とされる。このような「物象化」現象の問題性は、「法の下の平等」ないし「所有権の等質性」という価値基準——それ自体「物象化」現象を生み出した資本主義社会が本来自己のために要請したところのもの——を、みずから掘り崩すという側面において立ち現れる。すなわち、本来市民がその現実的生活の内部で生み出した紛争解決のための基礎的規範である民法（第一次的な抽象性を担う民法

ゝ 先生が「形式主義的「二元論」」という文言を用いられているわけではない。

13 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）13頁以下。

14 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）15頁。傍点は原著。

15 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）19頁。

典上の諸規範）が、その第二次的な「抽象性」のレベルにおいて（民法規範を社会的諸連関から切り離して現象化する抽象性において）、市民と直接的に対立し、市民の生活基盤を脅かすことがある。たとえば、水力発電会社が市民の土地の地下に無断でトンネルを掘削した事件（大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁）、また鉄道会社が市民の土地を無断で埋め立てて線路敷設を強行した事件（大判昭和13年10月26日民集17巻2057頁）において、市民の原状回復の請求は「社会通念上不能ニ属ス」として棄却された<sup>16</sup>。これは一種の「権利濫用法理」の濫用であり、既成事実の作出に最優先の価値を置くところの「具体的利益衡量」＝「裸の利益衡量」の極端な帰結であった。こうして、「不法な行為でも、一たん既成事実をつくってしまうと、逆に、侵害を受けた所有権者が受忍を要求される。（中略）ここで判断の規準はなまのまの「事実性」（Faktizität）」そのものである。」<sup>17</sup>。要するに、ここで示されているのは、「侵害行為」が「強い公共性」を帯びたものである場合（電力会社や鉄道会社が侵害者である場合）に、侵害者の所有権を被侵害者の所有権よりも「優越するもの」として直接的に肯定し、もって「所有権の階層秩序」を「法的に追認」する姿勢にはかならない<sup>18</sup>。

このように、資本主義社会の法としての「民法」の建前——それ自体「抽象性」を帯びるものとしての建前たる「所有権の等質性」が、現代

16 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）23頁。この「社会通念上不能ニ属ス」という判断は、昭和13年大判のものだが、昭和11年大判の判断も実質上は同様である。

17 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）24頁。傍点は原著。

18 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）23頁。傍点は原著。なお、我妻栄『事務管理・不当利得・不法行為』（日本評論社、1937年）129-130頁注7は、大判昭和11年7月10日民集15巻1481頁のケースを取り上げて、これを「所有権侵害の違法性も相対的な価値判断なることを示すもの」と述べ、大審院判決を合理化している。またそこでは今日の「受忍限度論」の基礎（「侵害行為の態容」如何によって違法性の有無を判断する見解）が記されている。

社会において、その「等質性」を直接的に否定するところの「所有権の階層秩序」<sup>19</sup>として介入するとき、民法規範の抽象性はさらに二重性を帯びつつ現出する。そのような二重性によって、民法規範はますます「社会的素材・実体からの疎隔を強める」<sup>20</sup>。それゆえ、民法の解釈において必要な観点は、問題となっている民法規範を自覚的に「社会総過程」との関連において捉え、たとえば「所有権の等質性」を生み出した近代市民法の規範体系との関係を具体的かつ歴史的に問い直すことを要求する<sup>21</sup>。そして、この規範体系こそは「古典的体系」の一つの表現形態としての「法の下での平等」を基盤とするところの、「所有権の等質性」そのものである。そうであるならば、「具体的利益衡量」、そのメタモルフォーゼとしての「裸の利益衡量論」を生み落としたわが国民法学との対比において、理論重視・体系重視のドイツ民法学を素材に「古典」の系列に焦点が当てられていくのも必然の成り行きであったと言える<sup>22</sup>。それが1973年「体系論文」に結実した。以下では、1973年「体

19 ちなみに「所有権の階層秩序」というヒエラルヒー的観点は、「法の下での平等」という民法規範の「合理的法則性」のための根拠を崩壊せしめるものである。先生は、この問題を重視し、1968年の「民法における「公共の福祉」概念」（前注1，第一著書）233頁以下、特に253頁、257頁以下でより具体的に、かつ批判的に論じられた。

20 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）24頁。このような民法規範と社会的素材との「疎隔」をそのまま直接的に肯定し、もっぱら利益衡量によって合理化する姿勢のもとでは、「資本制社会における主体の静観的態度」（原島・前掲論文・21頁。傍点は原著。）は固定されたまま、支配的なイデオロギーのうちに組み込まれていくであろう。

21 原島「民法規範の抽象的性格について」（前注1，第二著書）25頁。したがって、社会的現実重視というスローガンが「なまのまの「事実性」」しか表現せず、しかもそれを理由なしに肯定する場合、「新たな立法」あるいは「新たな「解釈」」によって「実定法がますます事実に着目するほど、内包的にますます空虚に、外延的にますます拡大していく。」。原島・前掲論文・同頁。傍点は原著。

22 原島先生は、「とりあえず」ご自分の専門領域に属するドイツ民法学に即して「古典的民法」の理論と体系を描き出そうとされる。それゆえ、フランス法やメ

系論文」に至る先生の研究の軌跡を簡潔にたどった上で、1973年「体系論文」の概要を提示する。

### 3. 「民法理論の古典的体系とその限界」＝1973年「体系論文」の概要

原島先生は、1963年「綱領論文」を書かれたのち、不動産物権変動に関する論文を引き続き作品化された<sup>23</sup>。そしてさらに、「古典」の系列に属するものとして「軍事基地用地の「賃貸借」と民法規範——とくに最高裁「板付」判決を中心として」(1966年)<sup>24</sup>、「民法における「公共の福祉」概念」(1968年)<sup>25</sup>、「思想」の系列に属するものとして「所有秩序と商品交換過程の法」(1967年)<sup>26</sup>、「民法学における思想の問題」(1968年)<sup>27</sup>などを著わされた。これらの論文を介して、先生は、およそ以下のような見解を提示された。すなわち、わが国で所有権の「社会的」制限が「所有権の階層秩序」を追認する場合にも拡張された結果として、「法は二重の意味で虚偽性を帯びる」に至る。すなわち第一に「所有権の等質性」の理由な

---

、英米法にも「古典的民法」が存在したことを否定されるわけではない。むしろ、それぞれの法領域の研究者からそれぞれの「古典的民法」のサンプルが出されることを希望されている。原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)7頁の趣旨を参照。

23 原島「登記の対抗力に関する判例研究序説——とくに相続登記の場合を素材として」法政研究30巻3号17頁(1963年)17頁以下、同「対抗問題」の位置づけ——「第三者の範囲」と「変動原因の範囲」との関連の側面から」法政研究33巻3-6合併号(1967年)43頁以下。なお、先生は、1967年、有斐閣から出された『注釈民法(6)』に、「対抗の意義、登記がなければ対抗しえない物権変動」の箇所を執筆しておられる。

24 前注1、第一著書298頁以下。

25 前注1、第一著書233頁以下。

26 前注1、第二著書30頁以下。

27 前注1、第二著書60頁以下。

き崩壊として。第二にその結果として、鉄道会社や電力会社の所有権、つまりは「公共」的所有権に対する市民による妨害排除請求権の行使の不許として。ここでは、「所有権の等質性」それ自体の基本的性格とともに、「所有権の階層秩序」のもつ虚偽の性格が同時に解明されなければならない<sup>28</sup>。そのうち前者の場合は、万人に等しく妨害排除請求権が承認されるという意味において、なお古典的市民法の健全性によって裏づけられたものである。これに対し、後者の場合＝「所有権の階層秩序」は、力づくでの既成事実の作出を、裁判所が社会的に見て価値のより大きいものと判断し、よって感覚的に市民の権利主張を斥けた点に問題がある。前者の価値基準（普遍的価値基準）と後者の価値基準（特殊的価値基準）との二重構造をどのように捉えたらよいのか<sup>29</sup>。このような、いわば複眼的思考が1973年の「体系論文」の基礎となっている。その内容とはこうである。

- ①「問題の提起」——概念法学批判の場合が一般にそうであるように、「民法学がその対象を法規範の演繹的な体系としてとらえることをすでに断念した」としても、なお「民法学もすべての学問と同じように、無数の個別的な法命題を、たんなる事実として、その内的な関連を追求することなく、ただ列挙するということにとどまることはできないはず」である<sup>30</sup>。つまりは、「解釈論上・立法論上の諸問題に対応」するにあ

28 所有権の等質性は、「法の下での平等」の一帰結として所有権の実質的な階級的な存在性格を覆い隠す側面をもつ。それは一種の虚偽の性格の現われである。しかしながら「所有権の階層秩序化」は、所有権の等質性が担った市民法的側面を丸ごと捨て去り、現実重視のスローガンのもとに裸の利益衡量を肯定する。それに対して、市民法は抵抗の武器であり、その一つが「所有権の等質性」である。それは資本制社会において闘う独立した主体形成のための価値原理でもある。

29 これは、「所有権の等質性」＝「正規の法」(regelmäßiges Recht)と「所有権の階層化」＝「変則的法」(anomalisches Recht)との対立として把握することができよう。なお「正規の法」と「変則的法」は、のちほど言及するところを参照。

30 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)5-6頁。

たって「大局的に理論化・体系化する作業」が要求される<sup>31</sup>。もとより、「理論化・体系化の作業」といっても、「急速かつ複雑な展開をとげた法秩序の中で、はたして、かつてのように民法理論がその中心的な地位を回復しうるかどうかわからない。」、また「その中で民法をあらたに位置づけることじたい困難な作業であろう。」<sup>32</sup>。しかしながら「少なくとも、もしも古典的な民法像が色あせ、その基本概念の機能が衰えたとすれば、それはどの点に現われ、どのような理由によるのか、を明らかにしてゆくことはできよう。」<sup>33</sup>。こうして、1973年「体系論文」では「もろもろの個別的問題とその解決が民法の古典的体系とどのように関連をもつのか」、それを解明することが獲得目標とされる<sup>34</sup>。それでは1973年「体系論文」が構想する「古典的体系」はどのように把握されていくのか。

- ②「古典的体系の素描」—— 先生は、まず「民法学の古典的体系」を「一九世紀のパンデクテン法学」、なかでも「サヴィニーの「現代ローマ法体系」に求めること」、そしてその「社会像ないし思考様式の源」を「ドイツ古典哲学（とくにカント、ヘーゲル）に、さらにさかのぼって啓蒙期自然法思想」（ヴォルフ、ライプニッツ、デカルト）」の内に確認すること

31 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）5頁。

32 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）6頁。

33 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）6頁。ちなみに、「イデオロギー」という観念形態を自覚的に「虚偽意識」として捉える場合に、先に取り上げた、先生の「民法規範の抽象的性格について」という論文とこの1973年論文との内面的な繋がりが見えてくる。イデオロギーの「虚偽的性格」を認めることは資本制社会の根源的矛盾を明らかにするための作業を意味するのであるから、「民法のイデオロギー的性格を認めることは、決して民法学者のベシミズムやニヒリズムの理由とはならない」のであり、「むしろ、民法のイデオロギー的性格を明らかにするためにも、その前提として、民法を法的な観念形態・概念装置の次元で、体系化・理論化されたかたちでとらえておく必要があろう。」原島・前掲論文・同頁。

34 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）7頁。

から出発する<sup>35</sup>。ここで私たちは、「民法学の古典的体系」としてサヴィニーの「現代ローマ法体系」が重視され、それを支えるドイツ古典哲学としてカント、ヘーゲルの思想が取り上げられていることに注目しておくべきであろう。とはいえ、カントを起点に、カントからヘーゲルへ、さらにカントからサヴィニーへ、そしてまたヘーゲルからサヴィニーへの思考の複線的な系列が自覚的に展開されているわけではない<sup>36</sup>。とまれ、「民法学の古典的体系」の根底にあって、その「全体を支える基本的な価値」は、「ドイツ古典哲学でいうところの、個人人格の自律的な展開を可能にする自由であった。」<sup>37</sup>。そして「この自由を端的に現わすものが私的自治の原則（das Prinzip der Privatautonomie）」である<sup>38</sup>。たとえば、「主観的権利（subjektives Recht）」、なかでも「所有権」は「個々の人格が支配する自由領域（Freiheitssphäre）を保証するものであるから、体系上もっとも重要な意味をもつ。」<sup>39</sup>。そしてこのような「所有権」ないし「主観的権利」の主体＝「にない手」の自由な人格的意思力（Willensmacht）の形成作用の帰結として「法律行為」が成立し、その効果の帰結として「法律関係」が創出され、あるいは変更される<sup>40</sup>。対するに、このような、ある権利主体の自由領域を「自己の責に帰すべき行為によって侵害した者」には、その行為が「不法行為」（unerlaubte Handlung）にあたるがゆえに「損害賠償義務」が課

35 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

36 そのような複線的な系譜理解が展開されるのは、2002年の原島『法的判断とは何か』（前注2、末尾）148頁以下、206頁以下においてであった。

37 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

38 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。私的自治の一つの現象形態が「自己決定・自己責任」の原則である。原島理論において自由は常に責任を伴うのであるが、自己責任を問うためには、自己決定を実質化する基盤づくりが必要となる。このことは約款論においても展開される論点である。

39 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8頁。

40 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）8-9頁。

せられる<sup>41</sup>。このように「法律行為と不法行為が法律関係を形成してゆくほんらいの原因となる」ものと想定する場合、事務管理や不当利得などは「準契約」(Quasi-Kontrakte)として「いわば困惑した末の解決(Verlegenheitslösung)とみなされる。」<sup>42</sup>。

ところで「私法上の主体は主観的権利のにない手たりうる地位を意味する」のであり、それは「歴史的な規定を脱ぎすてた自由のにない手、自律的な人格として、すべての人に平等に認められた。」<sup>43</sup>。これは自然人を第一義的な権利能力者とみて中間団体を排し、もって主要に自然人からなる市民社会を国家と対置せしめる「啓蒙主義の社会モデル」と合致する<sup>44</sup>。その結果、古典的法人概念は積極的な法の関与の帰結として生み出されたものではなく、消極的に「組織体も自然人と並んで権利能力をもちうる、ということの意味するにとどまる」ものとされる<sup>45</sup>。——要するに「ここに要約した古典的体系は、近代市民社会の方向づけ(Orientierung)をする明確な思想によって支えられている。これが、ふつう、自由主義(Liberalismus)・個人主義(Individualismus)といわれるものである。加えて、法律的構成がこの思想によって貫かれている、という意味で、きわめて特徴的であり、また体系的でもある。このような体系は今日原則としてそのまま維持されている。それは、この体系の中に、私法が互いに独立し、自己の決定に基づいて行動する市民の法である、ということの表現が見られるから」である<sup>46</sup>。それでは、こ

41 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

42 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

43 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。

44 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。それゆえ個人を超えた人の結合体は家族だけということになる。原島・前掲論文・同頁。

45 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)9頁。これは、法人の本質論に関わる問題提起に繋がる。古典的な法人概念からすれば、いわゆる法人実在説は無縁な存在であろう。

46 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)10頁。傍点ノ

のような市民法的古典的体系について、その「限界」が、どの点に、なにゆえ生じてきたのか。次に先生が注目するのは「限界の意味」である。

- ③「限界の意味」——先生は「古典的体系のもつ「限界」」を「法律の欠缺」をめぐる議論と関連づけて、その意味を確認する<sup>47</sup>。その際、このような「古典的体系」を中核として形成された「ドイツ民法典」を「対象」として「限界」の意味づけが図られていく<sup>48</sup>。先生は、それを三点に整理する。第一に、「民法典の中に規定があり、したがって法律の欠缺といえない場合であっても、なお古典的体系の限界を示す事例は数多い」として、いわゆる「黙示の意思表示」(stillschweigende Willenserklärung)によって解釈論上の処理が施される場合を例示する<sup>49</sup>。第二に、「衡平判決」(Billigkeitsentscheidung)と呼ばれる数多くの判決が示すように「法律の解釈において古典的体系とこれに体系的になじまない法命題との区別がなされないとすると、法律の欠缺の確定はいっそう困難となる。」<sup>50</sup>。すなわち、法学者や裁判官の「規範適合」の姿勢から「個別事件適合」への姿勢の比重移動は、法律にしたがった法の発見(Rechtsfindung secundum legem)か、法律の傍らでの法の発見(Rechtsfindung praeter legem)か、法律に反する法の発見(Rechtsfindung contra legem)かの区別を見えにくいものになっている<sup>51</sup>。しかしながら第三に、そのように「古典的体系の価値基準や構成が他の独自の

---

ㄨは原著。

47 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)11頁。傍点は原著。

48 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)11頁。

49 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。その理由を、先生は「法律の解釈上で困難な問題は、しばしば古典的体系からはみ出し、体系になじまない(systemfremd)法命題に関して生ずるからである。」と指摘する。原島・前掲論文同頁。傍点は原著。

50 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。

51 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)13頁。

(古典的体系になじまない) 法命題の価値基準や構成によって補完され修正される」という側面があること確かだとしても、なおそれは民法理論の古典的体系をただ批判・克服の対象と見るべきことを意味しない<sup>52</sup>。すなわち「その歴史的な制約性を脱ぎすて、それじたいが実体化された主観的権利や法律行為の基本的な法概念も、じつは、古典理論によって立つ一定の社会像との関係で、相対的・歴史的に限定された意味をもつものであるということが顧みられるに至る。」<sup>53</sup>。こうして、「ここでは、古典的体系とその体系になじまぬ法命題の限界線を確認する、ということにとどまらず、今日の変化した社会・経済的關係の下での、古典理論そのものの歴史的意味の限定ないし機能限定、さらには現在においてなおもつその積極的な意味の確認という問題を自覚することになる。」<sup>54</sup>。その様相を、先生は主観的権利論、法律行為論に即してより具体的に説明する。

- ④「主観的権利論の限界」——まず主観的権利論の限界というテーマからみていく。言うまでもないことであるが、主観的権利 (subjektives Recht) は絶対権 (所有権など) と相対権 (債権など) の両方を含む。そのうち債権は、それが契約に基づく債権である限り、(債務不履行によって損害が発生した場合には) もっぱら契約当事者間で損害賠償責任が生ずる。これが原則である。ところが、たとえばAがBを間接代理人 (問屋) として選任し、Bが自己の名でCと契約関係を結んだところ、Cの契約違反行為によってAに損害が生じたとき、Cは第三者Aに対して損害賠償責任を負うことになるのであるが、その際にB-C間の契約を考慮して

---

52 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。括弧内・引用者。

53 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。

54 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書) 14頁。傍点は原著。

Bが自己の名でCにAへの損害賠償給付を請求することが認められる<sup>55</sup>。この場合に先生は、権利ないし法律関係の「人格関連」(Personenbezogenheit)から「機能継承」(Funktionsnachfolge)へという「性格変化」の可能性に関する問題提起に着目する<sup>56</sup>。

この「性格変化」は主観的権利論の「限界」を示唆するものであるが、先生は、さらに主観的権利論の古典的意義の現代的再生ともいえるべき現象に注目する。それは、いわゆる「営業権」(設営され、稼働している営業に対する権利、das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb)ないし「企業権」(das Recht am Unternehmen)の主観的権利適合性に関する問題である。ドイツ民法の条文に即して言い換えれば、企業の名誉が侵害され、それによって企業利益が侵害された場合に、営業権の権利性が承認されるならばドイツ民法823条1項の「その他の権利」(sonstiges Recht)の侵害として、企業に割り当てられた収益の損害賠償が認められそうである。主観的権利の中核にあるものこそ「割当内容」(Zuweisungsgehalt)である、と言うべきだからである<sup>57</sup>。しかしながら、営業の利益保護＝「企業の保護」とは、「違法行為による経営の流れ(Wirtschaftsablauf)に対する妨害、特に商品仕入れ・販売などのいわゆる給付競争(Leistungswettbewerb)の妨害をしりぞけることにある。」<sup>58</sup>。それゆえ、このような妨害の排除請求の条文上の根拠は、妨害者による特定の行為態様からの保護を許容するドイツ民法823条2項(保護法規違反の場合の不法行為責任)に求められるべきであり、主観的

55 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)15頁。

56 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)16頁。その他、「債務関係に基づく占有権」(ドイツ民法986条1項)や「仮登記」(ドイツ民法883条以下)のもつ特殊な効力も、絶対権か相対権かという「Entweder-Oder」では処理しがたいとされる。原島・前掲論文同頁。

57 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)17頁。

58 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)19頁。

権利の「割当内容」への侵害を要件とする同条1項に求められるべきではない<sup>59</sup>。要するに、営業に割当内容ありとして「営業権」としての主観的権利構成を承認することは、「各企業に固定した活動領域を帰属させる」ことを意味することになるのであり、よって「各企業がその活動領域を不断にあらたにみずからのたたかいの中で獲得することを当然の前提とする競争秩序そのものの否定を意味する。」<sup>60</sup>。これは一見したところ主観的権利論の「限界」を語っているようであるが、自由競争の古典的秩序としての競争秩序を同じく古典的な主観的権利論と対比し、かつ体系的に関連づけた結果として出てくる結論である<sup>61</sup>。

- ⑤「法律行為論の限界」——次に法律行為論の限界について先生の見解をみていく。まず先生は、「危険負担」が、契約当事者の意思とどのように関連づけられるかを問題とする<sup>62</sup>。むしろこれは当事者意思と無関係に「法律に基づく義務」(Verpflichtung ex lege)として把握されるべきではないか。すなわち、「危険負担」は任意法規による法律行為・契約の補完であり、つまりは「法律行為の常素」(naturalia negotii)を意思的要素と切り離した上で、当事者意思を法規が直接補完するものとみる<sup>63</sup>。言い換えれば、これは「契約の解釈」に関わる問題でもある。

この「契約の解釈」について、先生は4点にわたって論点を抽出する。すなわち、第一に当事者の「給付の仕方」については、「契約で使われ

59 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)19頁。823条2項のほか、826条(故意の良俗違反に基づく不法行為)の適用も論じられている。原島・前掲論文同頁。もとより妨害排除請求権そのものの直接的な根拠条文は1004条である。

60 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)20頁。

61 このように自由競争を競争秩序の基軸に据えて、差止請求と損害賠償請求との棲み分けを図るのが原島理論の一つの特色である。たとえば、1997年の原島「競争秩序と民法——赤松美登里助教授を惜しむ」(前注1、第一著書)187頁以下、特に211頁以下。

62 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)26頁。

63 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)26-27頁。

た文言の解釈」が行われるが、その際に裁判官は、必要に応じて「文言の基礎にある契約秩序」あるいは「債務関係の社会的慣習」に対応する意味を根拠にしつつ契約文言の解釈をなす<sup>64</sup>。これは意思表示の解釈に直接関わる問題である。第二に、当事者意思とは無関係に契約内容を形成する原理が存在する。それが先にみた「法律行為の常素」である。その場合、「事物の本性」(Natur der Sache)に基づく「付随義務」(Nebenpflicht)が確認される必要がある<sup>65</sup>。第三に、裁判官は、自己の*officium iudicis* (審判人の職務)にのっとり、信義則の展開として、保護、告知、説明に関する義務、「いわゆる保護義務 (Schutzpflichten)」を具体化していく<sup>66</sup>。さらに第四に、十二表法以来認められてきた*minima non curat praetor*「法務官は些少を考慮せず」の原則<sup>67</sup>も裁判官の契約解釈を拘束するのであり、たとえば、賃料支払いに関する未履行部分がごく一部にとどまる場合には、「賃料不払いを理由とする土地明渡請求は許されない (RGZ86, 334)」<sup>68</sup>。このように先生は、契約解釈にあたっての社会的慣習、さらに信義則論<sup>69</sup>を踏まえ、法律行為ないし契約責任に関する古典的体系とその限界を探ろうとする。

- ⑥「古典的な私的自治と契約制度の現代的な理論化」——ところで、「社会的慣習」や「信義則論」が契約の解釈にとって必要視される場合に、契約制度それ自体の「有機的な機構」(Organismus)への変化＝「変

64 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)28頁。傍点は原著。

65 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)28-29頁。

66 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)29頁。

67 先生は、この「裁判官は些少を顧慮せず」という原則を活かして、裁判事件(福岡ラッキータクシー事件)への鑑定意見を書かれた。原島「債務の一部不履行と反対給付義務」(1983年)前注1、第一著書357頁以下、特に385頁。

68 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)29頁。

69 原島先生の信義則論は、その一般的適用ではなく、類型化を施した上での具体的適用が志向されている。原島「民法における「公共の福祉」概念」(前注1、第一著書)233頁以下、同「信義則論ノート」(前注1、第一著書)265頁以下。

質」を重視するのか、それとも、なお古典的な私的自治（Privatautonomie）を基盤に据えつつ契約制度の現代的な理論化（「契約概念の再構成」）を図るべきか、ドイツでは争いがある<sup>70</sup>。先生は、後者のラインに立つフルーメもしくはライザーの見解を支持される。その結論を先生の整理を借りて示せば、こうである。——「このようにして法律行為、ないし契約概念を再構成するとき、最近の法の発展における「契約自由の制限」にもかかわらず、私的自治の「危機」なるものは、当たっていないということになる。すなわちフルーメによれば、それは、私的自治の誤解、つまり、私的自治を、社会的正義の原理による制約に服す必要のない個人の優越した自主性の承認、と解することに由来するのであって、一九世紀の法律学にはこのような「自主性」（Selbstherrlichkeit）が決して無制約なものではなく、法秩序による限定の中においてのみ展開しうることは自明のことであったという。またライザーによれば、問題を生ずるのは、一九世紀初めの法律行為論、すなわち意思主義（Willensprinzip）に対してであって、法律関係の形成における自己決定、すなわち、私的自治の制限ではない、とする。」<sup>71</sup>。——ここで先生は、さらに私的自治の現代的再生という側面に注目される。それは孤立した「私的自治」ではなく、社会過程における市民の行為を動態的に把握する法概念としての「私的自治」である<sup>72</sup>。なお、「私的自治」に基づく責任（法律行為責任、契約責任）は、当事者に「自己決定」があったがゆえに引き出される「自己責任」であり、典型的な古典理論の所産である。もっとも、当事者の一方が契約締結行為を明示的に拒否して利用行為をした場合（たとえば当事者の一方が駐車場の利用料を支払わないと述べて駐車

70 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）30頁。

71 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）31-32頁。

72 古典的私的自治論とその現代的機能について、児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」原島重義（編著）『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会、1988年）119頁以下を参照。

したような場合)には、古典理論=私的自治が妥当しないとして、「事実に契約関係論」が提唱され、しかもそれが「信頼責任」で根拠づけられることがある<sup>73</sup>。このように、相手方の「信頼」を決定視して「事実」から「契約」が出てくるという<背理>をどう見るか。先生は「事実に契約関係論」を批判し、「支払いを拒む表示」は顧慮されざる「表示留保」として、つまりは「矛盾した留保は顧慮されない (Protestatio facto contraria non valet.) という法命題の適用の帰結とするフルーメ説を支持する方向性を示す<sup>74</sup>。そのフルーメの考察態度は、「信頼責任」及び「事実に契約関係論」の不当な拡張を批判するカナリスの見解とも共鳴する<sup>75</sup>。こうして、古典理論の「限界」を正当に視野に収めつつ、しかも「古典理論」を投げ捨て「事実に契約関係論」などのような「新理論」に頼るのではなく、むしろ「古典理論」の射程距離を慎重に見定めつつ対処しようとする先生の姿勢がここでも示されている。そのような先生の姿勢は、この論文の「結語」で、より明示的に語られる。次にそのことを確かめておく。

#### ⑦「結語」——二つのポイント

(1)「裁判官による法の創造 (Rechtsfortbildung) の内面的な構造」——古典理論の「限界」が法律規範の欠缺において如実に示される場合、法律規範に反する (contra legem) 法発見とともに特に問題となるのは、「法律の傍らでの法発見」 (Rechtsfindung praeter legem) である。この場合には、古典理論に基づく法律規範そのものに従うのではないが、それを視野に収めつつ、つまりはそれとの位置関係を探りつつ、裁判官による新たな法的判断が古典的法律規範の「傍ら」で実施される。この

73 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)40頁。

74 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)40頁。

75 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)40頁。なお、カナリスの「統一的な信頼責任論」への批判として、児玉・前掲「古典的私的自治論の法源論的基礎」(前注72)173頁(傍点は原著)。

ように「法」(Recht)と「法律」(Gesetz)を区別する観点からすれば、「法律の傍らでの法発見」は、「法律外的な価値判断の侵入を意味する。」<sup>76</sup>。とはいえ、この「あらたな価値観点の設定」は、「法の中での既存の価値基準との関連なしには不可能である。しかもこの既存の価値基準は、民法の中核をなす古典理論の、「自由」という基本的な価値基準を中軸として成り立つそれじたい統一的な価値基準との関連においてのみ、位置づけられ、明らかにされる、と考えられる。」<sup>77</sup>。このように現代的で、新たな法現象に直面する場合にも、なおそれ自体古典的な「自由」を基本的価値基準とする理論に立ちかえて、それ(古典的理論)との位置関係を確認しながら法の発見＝判決規範の創造的な析出を目指すというのが先生のスタンスである。それは古典的体系の限界に立ち向かおうとする場合の先生の基本スタンスと呼応する。

(2)「古典的体系の限界」の意味づけ——先生にとって、改めて「限界」の意味するところのものは何か。先生は次のように言われる。——「わたくしには、古典的理論の「限界」を問うことは、その限界の故に、古典理論をたんに否定的に評価し、これに代置しうるものを探がす、というような単純な作業ではないように思われた。このことが、民法解釈論・立法論のイデオロギー的性格を見るさいにもきわめて重要な意味をもつのではないか。」<sup>78</sup>。したがってこのことを、ドイツにおける法律行為論・契約論に即して言い換えれば、「古典的法律行為論ないし契約制度観の直線的な変質観ではなくて、これとは対照的な、法律行為ないし

76 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。傍点は原著。

77 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。傍点は原著。

78 原島「民法理論の古典的体系とその限界」(前注1、第一著書)51頁。ここで「民法解釈論・立法論のイデオロギー的性格」とは、それ自体として社会的総過程の物質的基盤から引き離して成り立ちうる民法解釈論・立法論の「観念論的性格」を指すものと考えておくことにする。

契約規定の性格論を介して古典理論へ立ち返り、あらためて法律行為ないし契約概念の再構成を試みている事実」に関心がそそがれる<sup>79</sup>。それゆえ「一見保守的と見えるものが、じつは、あらたな段階に即して、古典的なものの、もっとも積極的な側面をとり出し、継承する」という価値的判断に焦点が定められていく<sup>80</sup>。そして「それはあたかも、社会の大きな転換期に当たって、近代思想の源流たるドイツ古典哲学がくり返し取り上げられることとあい通ずるものがあるのではないか、という、わたくしなりの推測に基づくものであった。」<sup>81</sup>。——このような先生の姿勢は、1976年「わが国における権利論の推移」<sup>82</sup>、1980年「開発と差止請求」<sup>83</sup>、1983年「契約の拘束力——とくに約款を手がかりに」<sup>84</sup>、1984年「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」<sup>85</sup>などを経て、1988年「なぜ、いまサヴィニーか」でさらに研ぎ澄まされたものとなっていく。次に取り上げるのは、その「サヴィニー論文」である。

#### 4. 「なぜ、いまサヴィニーか」=1988年「サヴィニー論文」への展開

①「はじめに」——サヴィニーは、1779年に生まれ1861年に亡くなった。

ドイツ・パンデクテン法学の泰斗である。サヴィニー評価については、従来から二つの消極的な傾向があった。一つは、それを150年前の古い

79 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。傍点は原著。

80 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。

81 原島「民法理論の古典的体系とその限界」（前注1、第一著書）52頁。

82 前注1、第一著書445頁以下。

83 前注1、第一著書523頁以下。

84 前注1、第一著書625頁以下。

85 前注1、第一著書53頁以下。

学説であるとして最初から問題にしない態度である<sup>86</sup>。二つ目はそれを考慮する場合であっても、たとえば錯誤論において錯誤の認識可能性要件・重過失要件の取り込みを図った表示主義・取引安全主義の主導者としてサヴィニーを捉える態度である<sup>87</sup>。先生によれば、錯誤についての表示主義的理解をそもそもどうみるか、あるいはサヴィニーを錯誤論における表示主義の先導者とみるかどうかという問題は、現代民法学に課せられた重要な課題であり、それは、まさしくサヴィニーをいかに読み込み、理解するかにかかってくる。こうして先生は、サヴィニーを正しく読めば、表示主義的な錯誤理解ではなく、むしろ錯誤評価に関する〈契約当事者合意内容評価説〉ともいべき新たな現代的錯誤論の形成との関わりにおいて、サヴィニーの錯誤論が深く関わっていることが示される<sup>88</sup>。これこそは、「サヴィニーをとり上げることの「現代的実際の意義」」<sup>89</sup>を示す一例にほかならない。

- ②「「古典」理論への視座」——このように、サヴィニーをいかに読むかという問題は、先生によれば、論者が時代ごとの法的課題、とりわけ「現代の法的諸課題」といかに取り組むかという問題と、一体不可分の問題である。そのような観点から「現代法の見方、その課題のとり上げ方によって、サヴィニーを見る眼も違ってくるのではないだろうか。」<sup>90</sup>という観点が導かれる。この場合、サヴィニーの個人的な性格問題を越

86 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）60頁、同『法的判断とは何か』（前注2末尾）121頁。ちなみに、わが国では歴史的に古い学説を法史学の領域に追いやり、対するに民法学を現代的な実用法学の領域に専属するものとする二分論が強いように思われる。原島先生は、「現代」を、「過去」の延長線上で、その「展開」として捉えるので、おのずと民法学と法史学との統合が企図されていく。先生のサヴィニー論はその実践的な応用である。

87 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）81-82頁。

88 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）83頁。

89 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）83頁。

90 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）86頁。

えて、いかに彼が時代に規定された学者であったかを丹念にみてゆく態度が要求される。すなわち、サヴィニーも「時代の子」であり——彼の人格に固有な保守的傾向<sup>91</sup>にかかわらず——ドイツにおける市民革命の息吹とともに、同時にカントやヘーゲルの思想とともに、その学問的生活を送ることができたという側面を確認することが重要である。要するにサヴィニーの天才は、単に机上の天才ではなく、世界観上の天才<sup>92</sup>であり、法解釈学上の天才であった<sup>93</sup>。そして、サヴィニーが生きたその市民革命期＝「古典的市民法」期の法は、その後の産業革命以降における妥協や変質を被る前の段階の法として「健全で積極的なものを含んでいた」<sup>94</sup>。たとえば所有権を「ある人のある物に対する無制限で排他的な支配」<sup>95</sup>（die unbeschränkte und ausschließende Herrschaft einer Person über eine Sache<sup>96</sup>）とみる見解（純粹に理論化された個人的所

91 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）91頁及び92頁注26。

92 サヴィニーを「世界観上の天才」と呼ぶためには、一定の留保が必要であるかも知れない。とはいえ、法的な領域に限定すれば、サヴィニーこそは、その後、ようやくエールリッヒによって受け継がれた社会的な法理論建設のための開拓者的な役割を果たしたこと、確かであった。Kleinheyer = Schröder (Hg.), Deutsche und Europäische Juristen aus neuen Jahrhunderten, 6. Auflage, 2017, S. 385. またサヴィニーは、フォルク（Volk）を起点に、それを媒介にして国家（Staat）を規定した。すなわち、「国家とは原初的に、かつ自然適合的に、フォルクの中で、フォルクを通じ、フォルクのために発生するものである。」（der Staat ursprünglich und natuargemäß in einem Volk, durch das Volk, und für das Volk entsteht.）, Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 29. 戒能通孝「サヴィニー」（1953年）戒能通孝著作集Ⅶ『法社会学』（1977年）223頁以下、特に245頁。

93 サヴィニーが「世の人から尊敬を受けるのは、彼の博学なローマ法、ローマ法学史の知識ではなしに、整然たる体系の樹立者たる資格において、近代的な法律的考えかたをおしすすめたためである。」。戒能「サヴィニー」（前注92）238頁。

94 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）89頁。

95 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）89頁。

96 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd.1, 1840, S. 367. もっともサヴィニーは、所有権を必ずしも孤立した存在とみるのではなく、むしろ同ノ

有権)こそは、ローマ法以来「役権否認の訴」として狭隘化されてきた *actio negatoria* の、所有権保護請求権としての「妨害排除請求権」への一般的な展開を準備したものである<sup>97</sup>。とまれ、「こうしてサヴィニーの業績が、例えばその国際私法論がそうであったように、ドイツ的でありながらもそれを超えて広く影響を与え、この意味においても「古典的」たりえたのは、サヴィニーの業績にも、その根底に「世界市民主義 (Weltbürgertum)」とでもいうべきものがすわっているからだ、とも見ることが出来るように思われる。」<sup>98</sup>。このように、サヴィニーにおいては「古典的なもの」と「世界的なもの」とが「市民主義」で結合されている。そこにはみずからの「自己決定」に「自己責任」を負う、独立した市民によって形成される市民社会のうちに、法学者も積極的に参加してこうとする姿がある。それがより個別具体的に「私的自治論・法律行為論」でどのように受け継がれようとしているのか。それを確かめることが次の課題である。

- ③「サヴィニー理論の現代的継承」<sup>99</sup>——先生はサヴィニー継承の現代的な典型をフルーメに見て取る。とりわけ、「法律学の歴史的見解」(die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft) に関するサヴィニー

---

↘ じような所有権が相互に接触し合う事態を想定し、よって所有権の相互承認(=「所有権の等質性」)の必要性を説いている。S. 367

97 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)89頁。なお、拙著・川角『物権の妨害排除請求権の史的展開と到達点——ローマ法からドイツ民法へ』(日本評論社、2019年)の第1章を参照。なお、サヴィニーが直接、「役権否認の訴」から「妨害排除請求権」への展開を示しているわけではない。

98 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)91頁。

99 この原文見出しは「古典理論の「批判」的検討」である。たとえば、サヴィニーが動機錯誤を契約との関連で把握することをしないというフルーメの批判が指摘されている。原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)97-98頁。しかしながらここでは、そのフルーメその人が代表的なサヴィニーの「現代的継承者」とされていることを特に留意して、「サヴィニー理論の現代的継承」とした。

の立場を、フルーメは現代的に再生させようとする<sup>100</sup>。そのサヴィニーの立場とは、こうであった。——「現代を過去に結びつけるところの、そしてその認識なしにはわれわれが、現在の法状態について、単に外的な現象だけを認めるに過ぎず、その内的な本質を認識しないところの、生きた関連を認識する」<sup>101</sup> ことに現代法学の基本線を設定することが、それである。その場合、サヴィニーは、フォルク＝民族（市民社会における「市民」）を歴史形成主体＝法産出主体と見るわけであるから、初めから「法律ありき」を旨とする法律実証主義の立場とは無縁である。「法」（Recht）と「法律」（Gesetz）は、厳格に区別されなければならない。いわば「法」は民族精神＝市民の法意識によって規定されるのに対して、「法律」は形式上国家意思による裁可に従属する<sup>102</sup>。サヴィニーの「法秩序」（Rechtsordnung）もフルーメの「法秩序」も、その意味において同一である。それゆえ、いわゆる「法律行為」（Rechtsgeschäft）が法的拘束力をもつのは、上記の意味での「法秩序」への適合性が承認されるからであり、フルーメが法律行為の妥当について「法秩序」を重視するからといって、フルーメを「法律実証主義」と同一視すべきではない。これが先生の出発点である。そうすると、サヴィニーが錯誤論において「意思説（Willenstheorie）の無効ドグマ」を採用しているとしても、それを単に「概念法学の産物」とみて捨て去るべきではなく、むしろ意思表示を「自己決定の行為」（ein Akt der Selbstbestimmung）と「理解し評価する」ことによって、当事者の「契約」＝

100 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）93頁。

101 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）93頁。Savigny, a. a. O. (Fn. 96), Vorrede, S. X V. なお、訳文は原島先生の翻訳に従っている。

102 それゆえ、国家も真の「市民社会の国家」（「市民国家」）として「再生」していくことができるとするなら、法律の国家的裁可は、独自の市民法の創出行為として位置づけることが可能となろう（その場合の法律は、法の裏づけがあり、常に法に根拠をもつものとなろう。）。

「合意」の問題に関連づけることの方が重要である<sup>103</sup>。このような錯誤論における私的自治への定礎は約款（普通取引約款）の場合にも応用される。

#### ④「古典理論と現代の法現象」——約款論を中心に

なるほど約款論は現代的問題である。ドイツでは約款規制法の趣旨を踏まえたBGBの一部改正法が2002年から施行され、近時、日本民法では548条の2以下に定型約款に関する一般的規定が置かれた。ドイツの場合には、約款の「規制」に重点があり、日本の場合には約款の一般的・包括的な「妥当」に重点がある。原島先生が注目されるのは、ドイツにおける約款規制である。たとえばドイツでは、不明瞭規則（Unklarheitsregel）がBGBの305条cに置かれている。これは、理解が曖昧な不明瞭規則においては、その規則の作成者に不利に解釈すべし、というものである（作成者不利の原則ともいう。）。先生によれば、サヴィニーも、この不明瞭規則を「契約解釈の問題として詳しく論じ、この規則の根拠を、契約の表現形式を引き受ける者は疑問発生防止をその手中に握っており、また通常は、契約対象の性質や範囲をよりよく知っているからである、と述べている。」と指摘される<sup>104</sup>。こうして、「ここでは、古典理論が現代法で意味を失い、死滅したのではなく、文字通り甦ったのである。」<sup>105</sup>。このように先生においては、150年前のサヴィニー理論の積極性がまともに視野に取り込まれる。それでは、約款の内容も知らされないまま、この約款でいくと指示された消費者は、そのまま当該約款に拘束されるか。日本では「定型約款」それ自体を包括的に契約の内容とする合意があれば、あるいは定型約款準備者（企業）があらかじめそ

103 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）96頁以下。

104 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）113頁。Savigny, Obligationenrecht, Bd. 2, 1853, S.129 ff.

105 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）113頁。

の定型約款を契約の内容とする表示をおこなえば、定型約款の個別条項についても契約内容とするという合意があったものとみなされる（548条の2の1項）。これに対してドイツでは、普通取引約款の各条項そのものを明示的に示すか、あるいはその明示的指摘が不釣り合いな困難をきたす場合には、契約締結の場所に消費者の眼に見えるように掲示しておかなければ、約款は契約内容として取り込まれない（BGBの305条2項1文）<sup>106</sup>。要するに、日本では約款内容に一方的かつ包括的に拘束されるから、異議のある消費者は異議を提起する義務を負う。言い換えれば、約款に関する沈黙は、約款を全面的に承諾したことを意味する。これに対して、サヴィニーは「沈黙」を三つの類型に分ける。「黙示の意思表示」（*stillschweigende Willenserklärung*）、「たんなる沈黙」（*blosses Schweigen*）、「擬制された表示」（*fingierte Erklärung*）が、それである<sup>107</sup>。ここでは「たんなる沈黙」の法的拘束力の有無が問題となる。すなわち、約款はそもそも企業側の単なる「契約草稿」に過ぎず、それ自体として「法規範」ではありえないのであるから<sup>108</sup>、約款に対する「たんなる沈黙」から法的拘束力は出てこない。サヴィニーによれば、「他人がわたくしに契約の申込みをして、わたくしの沈黙を同意とみなす、と言ったとしても、これはわたくしを拘束しない。なぜなら、わたくしが同意をしないときは、わたくしに積極的な異議を要求する権利を彼は持たないからである。」<sup>109</sup>。ちなみに先生は、このサヴィニーの見解に触発されて「約款使用者（企業）は通常、黙っていると同意とみな

106 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）114頁。

107 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）114頁。Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 242 ff.

108 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）129頁、同「法と権利に関するひとつの試論——民法学から」（前注1、第一著書）69頁。同「約款と「市民法」論」（前注1、第一著書）687頁。

109 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）115頁。Savigny, *Bd. 3* (Fn. 107), S.248-249.

す、という表示すらしないではないか。』<sup>110</sup>と手厳しい。こうして「サヴィニーに帰ってみると市民法の変質・崩壊の様相があらわに見えてくる。』<sup>111</sup>。言い換えれば、約款論における約款の「契約への取り入れ要件」の重要性が、サヴィニーに立ちかえてみるとよく分かる<sup>112</sup>。これが先生の言われる「契約法の「復活」」である<sup>113</sup>。

⑤「古典理論の法規範性質論と現代の権利論」——「正規の法」と「変則的法」

先生によれば、サヴィニーを通じた現代的法現象への批判においてのみならず、法の一般的な捉え方そのものに関してもサヴィニーには「きわめてすぐれたものがある」とされる<sup>114</sup>。なかでも正規の法 (regelmäßiges Recht) と変則的法 (anomalisches Recht) との対比が重要である。これは、すでにティボーに由来し、サヴィニーがそれを受け継ぎ展開したという関係がある<sup>115</sup>。サヴィニーによれば、「正規の法」とは、純粋な法領域に存するところの「衡平」(aequitas)に基づく法であり、すべての関係者の平等な扱いに向けられたものであり、これに対し、「変則的法」とは、制定者の権威により特別の目的のために「外から法に割り込む便益」(die von außen in das Recht eingreifende utilitas)

110 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)115頁。

111 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)115頁。

112 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)116頁。

113 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)116頁。先生の言われるカッコつきの「復活」は、約款使用者(企業)の経済的地位の優越を前にして「裁判所という国家権力の「強制」に頼る、という矛盾」に直面する。これが約款における「契約法の「内容充実」」に転化する。原島・前掲論文・同頁(傍点は原著)。

114 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)119頁。この点については、同「法と権利に関するひとつの試論」(前注1、第一著書)53頁以下。

115 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)120-121頁。なお、同「法と権利に関するひとつの試論」(前注1、第一著書)58頁注2も同旨。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 61, Fn. (p).

を実現するためのものである<sup>116</sup>。そのうち、「正規の法」は既存の上位の法規則 (die schon vorhandene höhere Rechtsregel) のうちにその存在根拠をもつ。それゆえ、「変則的法」も、それが仮に「上位の法規則」に適合するに至り、衡平の要請を充足する場合には、「正規の法」に同化し、これへと高まることがある<sup>117</sup>。この「変則的法」は、弱者保護などの場合に、その目的的な特殊性が承認されるときにも成り立つ。しかしながら他方で、一部の者に特殊な利益や権利 (特権) を付与する場合に、それが「法の理性」 (ratio juris) に反するものであるときにもそのまま成立するとみてよいか、問題となる。たとえば、先にみた約款問題においては、合意原則と異なる要件での約款契約成立を認めるのであるから、それは「約款使用企業」に「特別の利益 (beneficium) ないし特権 (privilegium)」を付与することを目的とするところの、「変則的法」が成立していることを意味する<sup>118</sup>。そのような「変則的法」を野放し状態で放置することはできない。すなわち、「変則的法」を「正規の法」に近づけるための手立てが必要である。約款の場合、それは「契約への取入れ要件」の実現であり、いわば「契約法の「復活」」であった。

また、公害の差止めについても、「受忍限度論」が支配的であるわが国では、「損害賠償」は認められても「差止め」はそれ以上の違法性が立証されない限り受忍すべしということになっており、それ自体「変則的法」にはかならない。にもかかわらず、そのような「受忍限度論」が

116 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)121-122頁。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 64.

117 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)126-127頁。Savigny, Bd. 1 (Fn. 96), S. 64-65.

118 原島「なぜ、いまサヴィニーか」(前注1、第一著書)129頁。同様のことは民事違法論でも生じているのであり、違法即差止めの原則が、わが国では受忍限度論・違法段階説によって逆転せしめられている。これでは、公害企業に汚染物質排出の特権を与えているのと同然である。原島・前掲論文・128頁。

「正規の法」であるがごとく称されている。このようにわが国では、「変則的法」が「正規の法」であるかのような倒錯した傾向が根強い。それゆえ先生は言う。——「正規の法の歪みを正し、無視を止めて、この状態を逆転しなければ、市民ないし消費者の利益主張は法内在的に、すなわち権利とはならないだろう。」<sup>119</sup>。——この場合の「法」とは「正規の法」を指す。それゆえ、たとえばクーリングオフ規範（割賦販売法4条、特定商取引法9条）は個別の特別法（「変則的法」）に根拠をもつため、その「類推」に障害が生じる<sup>120</sup>。しかしながら、クーリングオフを「自己決定の阻害」という規準の延長線上」に置いて、つまりは詐欺・強迫などの「正規の法」とリンクさせることによって、クーリングオフを「類推」する道が開かれる。これは、いわば変則的法の正規の法への「同化」に基づく「類推」である<sup>121</sup>。

こうしてサヴィニーに立ちかえることにより、わが国における約款や公害問題などでの、いびつな「変則的法」の実体が見えてくる。言い換えればサヴィニーに立ち返ること、それは、約款や公害問題などの現代的な法現象において、如何にして「正規の法」を発見し、それを実際に活用していくかを、はっきりと指し示す。そして、明らかにこの1988年論文では古典的体系の比重がより大きくサヴィニーに置かれており、しかもサヴィニー理論の活用の奥行きがより大きく広がっていることに注目する必要がある。それは、先生が研究生生活を始めて以来、そして特に1963年「綱領論文」を仕上げられて以来、1973年「体系論文」で方向づけられた「古典的体系」を、1988年の論文でサヴィニーに即して、より

119 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）129頁。傍点は原著。

120 「正規の法」の類推は可能であるが、「変則的法」の類推は原則不可とされる。

原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）125頁。System, Bd. 1 (Fn. 96), S. 294.

121 原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）130-131頁を126-127頁ともども参照。

現代的な「実用法学」の実践的境地にまで高められた経緯を如実に提示するものである。

## 5. 結語——「古典」の系列と「思想」の系列との関連、末弘法学との繋がり

ここでは原島民法学における「古典」の系列と「思想」の系列との関連を簡潔に整理する。その上で、末弘法学と原島民法学との関係について言及する。それをもって本稿全体の「結語」とする。

- ①「古典」の系列について——原島先生は、1973年「体系論文」では、当時いまだ未分離状態にあった「古典」の系列と「思想」の系列とが、1984年の「法と権利に関するひとつの試論」及び1988年「サヴィニー論文」を経て分離・区別されるに至ったとする<sup>122</sup>。そして、そのプロセスは、「古典」の範囲を広げる傾向をもったところの1973年「体系論文」<sup>123</sup>に対して、1984年「法と権利に関するひとつの試論」及び1988年「サヴィニー論文」を通じて「古典」の範囲を「サヴィニー段階」に絞り込む思考過程の重視を意味した<sup>124</sup>。その「サヴィニー段階」の特徴は、それが「市民革命の法」に限りなく接近したということである。それは、どういうことか。先生は、民事違法における受忍限度論や企業本位の約款論を「民法の変質」と規定する<sup>125</sup>。その場合、「民法の変質」とは「民法はんらいの姿」からの「離反」を意味するところ、歴

122 原島・前注1、第一著書「はしがき」ii-iii頁。

123 1973年の「体系論文」では、サヴィニー(1779-1861年)からヴィントシャイト(1817-1892年)を経て、さらに現在の法律学者までが「「古典」の対象・範囲」になっている、とされる。原島・前注1、第一著書「はしがき」iv頁。

124 原島・前注1、第一著書「はしがき」iv頁。

125 わが国の民法学者が、仮に「民法の変化」には敏感であっても、「民法の変質」に「無頓着」であるならば、それはファシズムへの抵抗力を失うに等しいことである。原島・前注1、第二著書「はしがき」iv頁。傍点は原著。

史上、民法本来の姿を示すようになったのは、産業革命の時点ではなく、市民革命の時点であると解することが重要である<sup>126</sup>。サヴィニーはその市民革命期の代表的な民法学者であった。そのようにして、市民革命の息吹がサヴィニーの法学理論をその内面から色濃く染め上げている。先生が「わたくしのいう「サヴィニー段階」に「市民法」の旗が掲げられた」<sup>127</sup>とされるのは、まさしくそのことを指す。こうして「古典」の系列には、その基軸として「サヴィニーの民法学」（『現代ローマ法体系』）が置かれ、その外延にティボーやプフタを含めた「サヴィニー段階」が形づくられる<sup>128</sup>。こうして市民革命期の「サヴィニー段階」の法が「「古典」的法律学」となる。その「古典」的法律学においては、「市民が抽象的・形式的な法的主体になるところの、いわゆる「疎外態」にありながらも、なお、市民革命の成果として市民の自由、ないし平等を追求する側面があった」<sup>129</sup>。先生によれば、このような自由と平等を基軸とする「サヴィニー段階」の法は、「古典」の系列の法として、その「限界」に軸足を置くよりも、むしろその「展開」に重点を置く必

---

126 原島・前注1、第二著書「はしがき」iv - v頁。民法の「ほんらいの姿」は「すなわち市民法」である（原島・前掲「はしがき」iv頁。傍点は原著。）。にもかかわらず、市民法が市民革命の成果として存立しつつも、それが産業革命の時期になると、当初高く掲げられた旗がだんだん降ろされていき、妥協的になる（原島・前掲「はしがき」v頁）。

127 原島・前注1、第二著書「はしがき」v頁。この「サヴィニー段階」は、哲学ではカント、ヘーゲル、文学ではゲーテやシラー、音楽ではベートーヴェンやシューマンらを輩出している。原島「なぜ、いまサヴィニーか」（前注1、第一著書）90-91頁。同『法的判断とは何か』（前注2末尾）136頁も同旨。

128 原島・前注1、第一著書「はしがき」v頁。先生は「サヴィニー段階」にイエーリングやヴィントシャイトを包括しないとっておられる。原島・第一著書「はしがき」同頁。

129 原島・前注1、第一著書「はしがき」v頁。ここで言われる「疎外態」とは、すでに見たようにヘーゲル、マルクス、ルカーチの用語であり、「思想」の系列に属する用語である。のちほど、言及する。

要がある<sup>130</sup>。とはいえ、それは考察視点の比重の置き方の問題であり、「限界」への視点が全面的に排除されるわけではない<sup>131</sup>。要するにサヴィニーを出発点とし、それを中軸とする「サヴィニー段階」に視点を定めれば、より明瞭に現代の法現象の「古典」的法律学からの離反がみえてくるのであり、その対処方法の多くをサヴィニーがすでに用意していたことが明らかとなる。サヴィニー自身に、なお「限界」があり、それに対する批判的検討が必要であること言うまでもないとしても<sup>132</sup>、それ以上にサヴィニーから学び取るべき事柄が数多く存在するのではないか<sup>133</sup>。そのような先生のスタンスが1988年「サヴィニー論文」に結実したと言ってよからう。

- ②「思想」の系列について——先生の「思想」の系列は、「古典」の系列と区別されながら、常に相互に関連づけられる。先生は、カント、ヘーゲル、マルクス、マックス・ウェーバー、ルカーチなどを好んで読まれたが、その際に留意されたのが、物事をトータルに考える、歴史と社会を重視するということであった。そのように、先生の哲学や歴史・社会に関する問題関心・問題意識は、常に個別の法解釈学論文の基礎に据えられている<sup>134</sup>。その意味において、「古典」の系列の結晶体である『市

130 原島・前注1、第一著書「はしがき」iv-v頁。

131 1973年「体系論文」と1988年「サヴィニー論文」との違い、「これは、いずれが正しいか、という問題ではない。」と書かれていることに注意したい。原島・前注1、第一著書「はしがき」iii頁。

132 原島「なぜ、いまサヴィニーか」前注1、第一著書93頁以下に、フルーメによるサヴィニーの現代的継承とサヴィニー批判、サヴィニー理論の再構成などが示されている（サヴィニー錯誤論の意思主義的傾向を是正して、契約理論と適合するように再構成すると、瑕疵担保責任＝契約責任優位のバランスのとれた結論に至るのではないかと。原島・前掲論文97-98頁）。

133 権利侵害・法益侵害の場合の民事違法論の考え方（受忍限度論の排斥）、古典的契約理論からの現代約款論への批判、「正規の法」と「変則的法」の区別と同化など。

134 たとえば、177条の不動産物権変動の登記による対抗要件主義を「対抗問ノ

民法の理論』(前注1、第一著書)の総論的な「序説」の役割が、「思想」の系列から構成された『民法学における思想の問題』(前注1、第二著書)によって担われている、という相互関係が存在する。言い換えれば、『民法学における思想の問題』は、そのものとして、その全体が『市民法の理論』の「序説」というべき作品になっている<sup>135</sup>。こうして、「思想」の系列は常に「古典」の系列を支え、補強する。その逆もまた正しいのである。そのような観点から、「思想」の系列と「古典」の系列は実質的に統合され、合体せられる。すなわち、両者はそれぞれ自己を保存しつつ、相互に関連づけられ、支えられ、補強されることによって、より高い次元で統一される。なかでも先生にとっては、利益衡量論=利益考量論を批判することで、自己の「思想」の系列と「古典」の系列を相互に関連づけながら、原島民法学の内実をさらに鍛えて行くことをなされたように思われる<sup>136</sup>。このこととの関連で、次の文章が意味をもつ。——「利益衡量とは価値判断のことである。価値判断である以上、つねに一定の価値基準に立たねばならない。その価値基準は、法秩序全体とのつながりにおいて、つまり統一的な価値体系を前提として、その中においてはじめて正当な位置が確認され、そこから導き出されること

ㄨ 題」という媒介概念によって各論(相続と登記、遺産分割と登記、時効と登記、取消しと登記)を個別に検討し、相互に関連づけた上で、民法全体にわたる解釈論を構築しようとする姿勢を参照。しかしこの「対抗問題」という把握の仕方は、もっぱら法的対象物の「直接知」のみを視野に入れるにとどまる利益考量論の立場からは批判される。星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」(1988年)同『民法論集・第八巻』(1996年)187頁以下、特に237頁。

135 原島・前注1、第二著書「はしがき」vii-viii頁。

136 加藤一郎教授に対する批判として、「民法学における思想の問題」(1968年)前注1、第二著書60頁以下、特に67頁以下。この利益衡量論について、先生は「認識論上の不可知論(Agnosticism)の立場をとった一種のプラグマティズムといえるであろうか」と規定する。原島・前掲論文・69頁。さらに加藤教授、星野教授に対する批判として、原島『法的判断とは何か』(前注2、末尾)110頁以下。

になろう。もちろん、個別的な法解釈・法決定の結果が「妥当」であったか否かによって、経験的に価値基準が検証される。しかし、この価値基準は検証によって修正されずとも、それを統一的な価値体系における位置づけと無関係に行うことはできない。このような価値体系の認識は、つまりは、わたくしがここで取り上げた思想の問題にほかならない。」<sup>137</sup>。——ここで言われる「価値判断」とは、事実認定を基礎にし、価値基準・価値体系との関連づけを媒介とした「法的判断」＝主体的判決・主体的判断形成のことであろう。そして「価値基準」とは、「法の下の平等」、「所有権の等質性」、「私的自治」、「契約自由」、「過失責任主義」などを指すのであろう。さらに「価値体系」には、「自由」という法秩序、あるいは「デモクラシー」という法秩序、あるいは「人権」という法秩序などが含まれるのであろう。このような捉え方は、民法の古典的体系に内在的な基礎的価値原理を重疊的に映し出したものであり、それ自体民法学における一種の「方法論」と関りをもつ<sup>138</sup>。他方、同時に先生は、ご自身を、あくまで実用法学を旨とする民法解釈学者であると規定されている<sup>139</sup>。要するに、個別の解釈論的な問題を検討することが先生の一貫した課題であり、その課題の考察は常に「思想」の系列と「古典」の系列を踏まえ、両者を具体的に関連づけることを通じて実行された、ということである<sup>140</sup>。

137 原島「民法学における思想の問題」（前注135）70-71頁。傍点は原著。このように、「価値基準」を包括する「価値体系」は、いわば山中康雄教授（原島先生の師）の「客観的法秩序」に対応するように思われる。なお、山中『市民社会と民法』（日本評論社、1947年）56頁、69頁。

138 原島・前注1、第二著書「はしがき」v頁。

139 「わたしは、実用法学としての民法学を離れたつもりはない。わたしの関心はつねに、直面する紛争について、正しい判断を下すための手だてを見つける、ということに帰着した。」原島、前注1、第二著書「はしがき」xii頁。

140 先生の著書、共編著、さらに個別の諸論文以外に、判例研究だけでも21にのぼる。河内宏・大久保憲章・采女博文・児玉寛・川角由和・田中教雄（編著）『原島重義先生傘寿 市民法学の歴史的・思想的展開』（信山社、2006年）原島重

### ③末弘法学と原島民法学

原島先生の民法学の源流は、基本的に、山中法学と磯村法学そして来栖法学にある<sup>141</sup>。ここでは、その系列とは別に、末弘法学との関係について簡単に述べておきたい。末弘法学の特徴は、(1) 社会との関連で民法を捉えること(「生ける法」の民法への吸い上げ)、(2) 官僚法学を概念法学の現われとして批判すること(官僚法学批判=概念法学批判)、さらに(3) 解釈法学・判例法学の内面に類型論的視点を取り入れること(社会定型的思考の重視)にあった。それら三者は、末弘法学の内面に具体的に結実した。すなわち、社会との関連で民法を捉えることは、日々市民=「民衆」の生活事実の中で生み出される紛争事実の「生ける法」的な整序を可能にした。それは末弘法学の社会定型的類型論を介して、「似たものを似たように」という「公平」の要請に基づく類推的解釈手法を編み出した。そして末弘法学の考察視点は端的に「民衆の視点」に置かれるのであるから、官僚的利益衡量論は、官僚の立場からの目先の便宜論に終始する「概念法学」として鋭く批判された。この点、なるほど戦後の利益衡量論も、概念法学批判から出発したが、しかし利益衡量論は、基本的に、価値基準や価値体系などの客観的ファクターを媒介にして結論を出すという意味での、「理由づけのプロセス」を欠いていた<sup>142</sup>。それゆえ原島先生は、次のようにいう(先生は、末弘法学と川島法学を共通項で括って論じておられる。)。——「その概念法学批判という点では末弘法学、川島法学と、加藤法学、星野法学は同じだと言えるのです

---

↘義先生研究業績・判例研究(17)頁以下。

141 原島、前注1、第二著書第三部の表題は「三人の民法学者」となっていて、山中康雄教授、磯村哲教授、来栖三郎教授の法学理論が取り上げられている。

142 解釈の決め手は利益に関する比較考量であり、ドイツ法学的理論構成は「排除」される方がよく、「中間の論理構成」も「できるだけ少なくすることが望ましい」。星野英一「民法解釈論序説」(1968年)同『民法論集・第一巻』(1970年)11-12頁。傍点は原著。

が、中身は非常に違って来ているように思います。末弘先生の場合に概念法学批判というのは、統治上の便宜でやっていく官僚的な利益衡量というものに対抗する法律学である、と言えましょう。<sup>143</sup>——そして、末弘法学の基礎には、「思想」ないし「哲学」があった、とされる<sup>144</sup>。このように概念法学批判の仕方一つをとっても、末弘法学は原島民法学の先行者であった。

また、「自由法学」の捉え方も、両者に共通する。たとえば末弘法学では、あくまで「時代」が当該社会において現実に生み出したもの、それが法規範であるから、その意味での法規範は「生ける法」と同一物であり、そのように「生ける法」として産出される「法規範」との内的関連において「自由法学」を精確に捉えていくべきであって、要するに「自由法学」とはゴムのように伸縮自在なものであってはならない、とされる<sup>145</sup>。他方、原島法学においても、「自由法学」とは、いかなる制約原理にも服さない単なる放恣な「自由」を意味しない。すなわち、原島先生も「自由法論を、自由に法律を解釈することを提唱したと十把ひとからげに理解するのは、単純に過ぎます。」と述べつつ、「法律」はそのものとして、すでに「利益衡量の結果を体現している」と規定し、その上で「法」と「法律」を区別する<sup>146</sup>。それゆえ法規の欠缺があって、それを充填する場合

143 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）113頁。

144 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）113頁。なお、「思想」・「哲学」については、直接的には川島法学に関して言われていることだが、末弘法学に関してもそれを否定されるわけではないと思料する。

145 末弘「嘘の効用」（1922年）同『嘘の効用・第2版』（日本評論社、1980年）35頁。「「自由法運動」が単なる——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ません。」——末弘法学が希求したのは「規則的に伸縮する尺度」であり、「伸縮の法則」であった。末弘・前掲書同頁。

146 原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）112-113頁。その場合の「法律」と区別された「法」には、「慣習法」・「法曹法」・「学問法」が属し、それらは、トータルな形で、重層的に「法源」を形づくっている。原島・前掲書215頁。他方、ノ

も「法を発見して、判決の基準にする」<sup>147</sup>。この場合の「法」は、末弘法学における「高次の法律規範」と同じものと考えてよからう<sup>148</sup>。すなわち、末弘法学は次のように述べる。——「解釈者は、より高次の法律規範の存在する場合必ず之に服従するの義務あるは勿論、常に他の一般法律規範との均整を顧慮しつつ解釈を与へる必要があるのであつて、解釈者は其範囲に於てのみ「自由であり且創造的」である。」<sup>149</sup>。さらに末弘法学はいう。すなわち、「一定の社会関係」つまりは「定型的社会関係」に関して「一定の法律関係が成立してゐる場合には」、「内容上類を同じうする法律規範を創造して裁判せねばならない。」<sup>150</sup>と。これは、法律ないし裁判の基本的要請である「公平」を踏まえた「類推」(Analogie)による「法

---

↘ 末弘法学が「判例と学説は両々相俟つて法的原則を創造する。」という場合に「判例」を「法曹法」と言い換えれば、末弘法学が原島法学と共鳴し合うことが明らかとなる。末弘「法源としての学説」(1938年)同『民法雑記帳(上)・第2版』280頁以下、特に289頁。

147 原島『法的判断とは何か』(前注2末尾)113頁。

148 末弘は「高次の法律規範」として「立法」を想定しているような記述をする。末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(1931年)同『民法雑考』(日本評論社、1932年)23頁。しかしながら、「法」と「法律」を厳格に区別する立場から「高次の法規範」として法制度や法秩序を含めることは可能であると考ええる。

149 末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(前注148)32頁。解釈者の判断が、その範囲において(高次の法律規範及び一般的法律規範との関連づけを踏まえた範囲内で)「自由且創造的」であるという末弘法学のスタンスは、「三つ巴」・「一切一時」の理論においても継承されている。すなわち「裁判官の創造作用」は、第一に事実認定に関する客観性による制約を受け、第二に「解釈の対象たるべき法律そのもの」のうちに存する「動かしたい一定の客観性」(「法律立案の沿革」などを含む)による制約を受ける。この二つの限界の範囲内で、「裁判官の創造作用」、つまりは「三つ巴」で「一切一時」の判断が行われる。末弘『法学入門・第2版』(日本評論社、1980年、初版は1934年)117-118頁。このような「裁判官の創造作用」は、原島先生の「判決規範」(Entscheidungsnorm)の考え方に近い。「判決規範」(事件事実=個別と法規範=普遍との間にあって、両者を特殊な形で繋ぎとめるもの)については、原島『法的判断とは何か』(前注2末尾)80頁、98頁、244頁を参照。

150 末弘「法律解釈に於ける理論と政策」(前注148)33頁。

律規範創造」のことである。——ここで「高次の法律規範」を法制度<sup>151</sup>に置き換え、「一般法律規範」を民法典における諸条文と読み替えるならば、末弘法学も原島法学と同様に、「自由法学」（法の欠缺承認、法の創造的形成力の承認）を肯定しつつ、法創造の根拠を「高次の法規範」（法制度Rechtsinstitut、法秩序Rechtsordnung）に服属せしめ、それと均整のとれた法解釈を要請する、と言えよう。「類推」は、その応用であり、社会的事実の定型関係を顧慮しつつ、類似した事実関係には類似した法律規範を「類推」し、もって事案適合的な法的規範創造が可能となる。

この点、原島先生は「類推」に関する問題を、サヴィニーに即して論じている。すなわち、サヴィニーは「二つの類推」を構想したとされる。一つは、立法者に知られていない新たな法律関係が問題となった場合に、しかもそれがいかなる法制度（原型的法制度）にも包摂されないとき、それでもなお「このような原型となる法制度が、既知の法制度との内的類縁（innere Verwandtschaft）という法則に基づき、新たに形成される」というやり方。二つ目に、該当する既知の法制度は存在するが「法規則だけが欠けている場合」であって、その場合にはそれに対応する法制度はすでに存在するのだから、その法制度のうちに属している諸々の法規（Rechtssätze）との「内的類縁」に基づいて類推するというやり方が、それである<sup>152</sup>。このように、サヴィニーによる「内的類縁」に依拠して類推するという方法は、末弘法学のいう「似たもの」（「公平」を担保するための架橋物）としての、つまりは「内的類縁関係」にあるものとしての「法制度」の発見という作業において、両者間で一定の共通性が存在していることを

151 原島法学における「法制度」は、サヴィニーのいう「法律関係の類型Typus」としての「法制度」のことである。原島『法的判断とは何か』（前注2末尾）273頁。この意味において、「法律関係は法制度に支配される」のである。原島・前掲論文・同頁。

152 原島「なぜ、いまサヴィニーか」前注1、第一著書123頁以下、同『法的判断とは何か』（前注2末尾）280頁以下。Savigny, Bd.1 (Fn. 96), S. 291.

確証せしめるものであろう<sup>153</sup>。そしてその際、とりわけ末弘法学、原島法学において、その根底において、類型的思考、Typusに規定された思考が重視されていることにも留意しておきたい<sup>154</sup>。

原島先生は学生として東大在学中、末弘法学に魅かれ、末弘法学に強い関心を抱いた<sup>155</sup>。そして先生は、その後、民法上、数多くの点で末弘法学を乗り越える業績を創り上げた。しかるにそれは。末弘法学をはじめ、山中法学、磯村法学、来栖法学など、日本の民法学を「市民法学」として鍛え上げた偉大な先人たちの足跡を正面から継承するものであった。そして先生は、若いころからカント、ヘーゲルの哲学に親しみ、その上で、片やサヴィニー、フルーメ、エールリッヒに打ち込み、片やマルクス、ルカーチにも打ち込んだ。そのような学問遍歴が原動力となって、1963年「綱領論文」、1973年「体系論文」、1988年「サヴィニー論文」、2002年『法的判断とは何か』など、重要な作品が次々と生み出されていった。

本稿は、その一端に触れたにとどまる。

以上

---

153 とはいえ、サヴィニーの類推論と比べれば末弘の類推論は「法律関係」・「法制度」・「法秩序」による媒介が弱く、より素朴である。

154 私見によれば、法律関係のTypusとして法制度を確認し、あるいは発見する思考プロセスは、「擬制」ないし「フィクション」と関わりをもつ。それは個別・特殊（事件事実）から普遍（法規範）を見出す媒介的な思考プロセスとも関わりをもつ。本稿では立ち入ることができなかった問題である。これについては、原島「法的判断論の構想——来栖三部作によせて」（1995年）前注1、第一著書139頁以下、同「法における擬制と判断——来栖三郎先生への手紙」（書き下ろし、2011年）前注1、第二著書277頁以下。

155 原島「法律の社会的意味を考える可能性」（1977年）前注1、第二著書91-92頁。