

民法規範の抽象的性格について

原島, 重義
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1432>

出版情報 : 法政研究. 29 (1/3), pp.21-42, 1963-02-28. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

民法規範の抽象的性格について

原 島 重 義

- 一 実定法規範に内在する「抽象的性格」
- 二 封建・近代・独占と「抽象的性格」
- 三 「抽象的性格」そのものの推移

一 実定法規範に内在する「抽象的性格」

一 こんにち法解釈学に従事する場合であっても、法制度や法規範のもつ社会的意味やその変化について論じない者はいない。しかし、たとえば、公序良俗・公共の福祉・信義誠実・権利濫用などのいわゆる一般条項の解釈の場合にとくに顕著にあらわれるように、社会的意味を明らかにするといっても、判例を素材にして当該法規範が適用せらるべき紛争の型、そこで衝突している生活利益の具体的な型を分析・整理して、いずれの利益を優先させるべきかを論ずること、すなわち具体的利益衡量以上に出ない場合が多い。ここでは、解釈・適用すべき法規範の内容は一義的に決められぬこと、換言すれば、当該法規範はいろいろな社会的意味をもちうること、したがって規範命題それじたいは抽象的・形式的なものにすぎない、という共通の体験的確認がある。しかしそれ以上に、当該法規範の多様な適用事例のうち、どの場合がもっとも社会的に重要な意味をもつかという評価と位置づけは、たいてい残されたま

まになつてゐる、といつていいだらう。^(三) 同様に、法規範の變化が論ぜられる場合、たとえば通常、市民法上の三大原則とされる所有權絶対・契約自由・過失責任が、社会の發展とともにこうむる變化を所有權の社会的制限・契約自由の制限・無過失責任としてとらえる場合、これらの言葉それじたいは、それぞれに、態様においても社会的意味においても新しくかつ多様な變化をとげた法規範を、たんに一つのかたちに要約したにすぎず、きわめて内容の乏しいものであることを認めない訳にはゆかない。^(三)

二 右のことは、法解釈をなすに当つては、法規範命題そのものの形式的・抽象的な性格とつねに抵抗して、逆の方向へ、つまり社会的事実・社会的素材へと接近する姿勢を自覺的にとらざるをえない、ということの意味するにとどまらない。個々の法制度や法規範は、実定法体系としての諸規範命題の法形式的・論理的連関の中においてではなく、社会そのものの中における位置と役割によつてはじめて内的・必然的連関をもつものとして把握されることを意味してゐるように思われる。法の社会科学研究とか、法社会学と法解釈学の架橋とかいわれることのうちにも、暗黙のうちに、私のいう法の社会的意味、つまり、法現象を貫く客観的な社会法則をひきだすことと、紛争を解決するために解釈・適用せらるべき法規範を実定法の中に見出すこととは、まったく別の作業であるという二元論が了解されているようである。^(四) たしかに、一定の法規範は現実には多様な、場合によつては矛盾した社会的意味においてさえ機能する。しかし、法解釈学にあつては、法規範そのものをこのような社会的矛盾の表現と見て、その矛盾そのものの内的構造・法則を引き出すことをほんらいの任務とするわけではない。なぜなら、一定の法規範が具体的・社会的にはそのような意味をもって機能したとしても、実定法規範を解釈・適用すれば論理的に矛盾のないものであるとして構成し説明することが解釈学の立場だからである。こうして、法社会学と法解釈学とが安易に結合されると、法解釈論のなかに社会的実態をとり入れ、かつこれを踏まえることがそのまま法社会学的研究であると誤解されたり、さ

らにまた、解釈学の課題と直接関係せず、解釈に役立たない固有の意味での法社会学的研究の必要性が、じゅうぶん認められないような事態も生ずる、と警告されることさえある。^(五)

三 以上のように、もし、実定法規範の社会的意味を明らかにする上での法解釈学の限界（したがってまた、法解釈学^{（自性の）}、ということが確認されるとするならば、そのことは当然に、法解釈学者の態度・方法のいかんにかかわらず、実定法の中に、法解釈に従事する者をして社会的実体からの疎隔 *Entfremdung* を余儀なくせしめるものが客観的に存在する、ということを確認することになるだろう。このような実定法規範そのものの抽象的性格は、法規範が具体的紛争を解決するためにはつねにその解釈による具体的規範の発見を必要とする、という意味で抽象的なのではない。^(六) 実定法の法形式的構成物の中にある論理体系を明らかにしたとしても、法現象を貫く社会法則を把握したことではなく、われわれはなお、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。したがって、このような実定法と社会的素材との連関を根本的に回復せんがためには、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であろう。私がここにあって民法規範の抽象的性格、という言葉をつかうのも、こんにちすでに常識化しているといつてよいところの、民法を基礎法とする財産法をもって「商品交換者間の形式的平等の抽象的、劃一的規範体系」とみる性格規定を利用し、かつそれをより具体的に検討したいがためである。このようにして、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への連関を手繰るいとぐちを得たいと思う。もちろん本稿は、私の能力と加うるにスペースの制限によって、論点も論証もごく限られたまま多くの覚え書にしかすぎない。しかし、還暦にさいして青山道夫教授に捧げるにあたり、教授の学問がつねに人間と社会に対するあつい顧慮によって貫かれていることを想いつつ、この機会にともかくも書きとめてみたい。

(一) したがって、一般条項に関するさいきんの解釈学的考察は、当該規範の内容を統一的・一義的に決定することは不可能であ

ることを明確に意識して、これを機能的観点から分類して、それぞれの類型のもつ意味を検討し、その適用上の限界を明らかにしようとする。たとえば、権利濫用論に関して、幾代通「『権利濫用』について」（法政論集一卷二号）・鈴木祿弥「財産法における『権利濫用』理論の機能」（法律時報三〇卷一〇号）、信義則につき、好美清光「信義則の機能について」（一橋論叢四七卷二号）など参照。しかし、このような傾向は、なにも一般条項に限ったことではなく、解釈論一般についていえることである。当該規範の具体的適用場面における利益衡量の型を分類することはできても、衡量の背後にある価値基準をすべて統一的に体系化することは、社会、社会、社会、社会との民法規範の関連をとり扱うことであって、すでに現在の法解釈学の領域をこえなければ不可能である。

(二) たとえば、法律行為の効力発生要件に関する規範に例をとるならば、この規範の機能する場面は、「内容の適法」の要件については、その中の「強行規定に違反しないこと」という要件一つをとってみても、およそ民法上のありとあらゆる強行規定に関連して問題を生ずる。したがって、この規範の社会的意味を総括するには、たとえば、物権法定主義、利息制限法、借地・借家法、家族法などの強行規定のそれぞれの社会的な機能の評価とその総合を必要とする。また、「内容の社会的妥当性」という要件（民法九〇条の公序良俗）についていうならば、同じくまた、たとえば、婚姻・親子関係、贓物故買・談合行為、暴利行為、芸娼妓ないし売春契約、営業自由の制限行為、賭博行為などの広汎な分野にわたって問題になる。そのうちの暴利行為一つを取ってみても、この場合の民法九〇条の社会的意味を明らかにするには、ある程度わが国での前期的な高利貸資本の消長と役割とを認識し評価することが、これを測定するための前提として要求されるだろう。このような前提を充たした上で、当該規範が具体的に機能する各事例・各分野の相互関連を総合的に・構造的に捉えることは、現在の法解釈学の枠をはるかに超えている。

(三) 所有権の社会的制限という言葉によって、所有者の物資利用義務（ワイマール憲法一五三条・一五五条参照）や労働者の企業経営参加権（同一六五条参照）を内容とするワイマールのな所有権制限や、さらに敗戦前の経済統制法令による制限をも、

また、戦後の農地改革による地主的土地所有に課せられた制約をも、あるいはまた、借地権・借家権の強化による土地・家屋所有権の制限をも、要約的に表現するのが通常の事例である。しかしこの場合、所有権の社会的制限という概念の内容は、それじたい、社会的意味においていたって無内容なものとなっており、このようにいわば民法総則教科書流に要約することが、前註(一)・(二)に指摘したような法規範の社会的意味を明らかにする作業を経たもの、ということとはできない。

(四) たとえば末弘法学にあっては、「政策学としての実用法学は社会科学としての法社会学が発見した法に関する社会法則を利用して立法や裁判の合理化をはかる」とされる。末弘厳太郎「法学とは何か」(「法学入門」)二一三頁。この点につき、磯村哲「市民法学」(下)(日本近代法学発達史10)二二八頁以下参照。このことは法源論の二元的な取扱い(法社会学的課題の対象たる法源と法の解釈学的課題の対象たる法源、あるいは裁判規準としての法源と認識資料としての法源)にもあらわれる。たとえば、舟橋諱一「民法総則」一五頁以下、川島武宜「民法I総論・物権」一七頁以下参照。

(五) 渡辺洋三「法社会学と労働法学(一)」法律時報三四卷九号五三頁参照。

(六) したがって、先に挙げた一般条項も、この意味でのみ抽象的であるのではない。このゆえにまた、私がここで問題とする民法規範の「抽象的性格」は、たとえばエールリッヒが指摘・強調したような、土着の法 *Bodenstädtiges Recht* の「解釈」*Auslegung* を裁判規範の発見・適用の方法とするローマ法や英法に対し、「法律構成」*juristische Konstruktion* という特殊な裁判規範の発見方法と内容とするドイツ普通法→ドイツ民法→日本民法の、特殊な性格を直接に問題にしようとするものでもないこと、いうまでもない。なおこの点については後述する(三三二頁、および註(三)参照)。ちなみに、エールリッヒの指摘については、*Juristische Logik*, 5. 252ff.; *Grundlegung*, S. 269ff. を参照。「法律構成」については、加藤新平「法律物神性」(「法学的世界観」所収)四三頁以下、磯村哲「エールリッヒの法社会学(下)」(法学理論篇)七四頁以下に、すぐれた紹介がある。

二 封建・近代・独占と「抽象的性格」

民法規範そのものの抽象的性格とはどのようなものであるか、これが本稿の主題である。けれども、さいきん、わが国における現実の法をいかに把握すべきかという観点から、民法の抽象的性格についての明確な自覚を促がす積極的な問題提起がなされている。その注目すべき意義についてふれておくことは、私の主張の具体的な位置をおのづから示す上で便利だと思われる。

一 渡辺洋三氏はつぎのような基本的観点から問題を提起している、と思われる。すなわち、「今日では、前市民法的秩序を公然と支持し、そのうえに立って支配を維持しようという動きは、独占の内部でも、主流的なものではないとおもわれる。むしろ、『法の支配』『私的所有権の自由』『契約の自由』『市民的自由』『法による行政』等々の諸原理をふくむ市民法体系が、そっくり、独占の支配の主要な法的支柱となりつつあるのであり、この傾向は、今後ますますいちじるしくなる見とおしがつよい」^(二) (傍点) (原島) という展望である。したがって、この点を忘れ、このような段階で近代市民法の理念を説明し・強調することは、近代市民法秩序の固定化を支配の基礎としようとしている独占の政策に對抗することができず、場合によっては利用されさえすることになる。このことは具体的にたとえば、農民家族の場合、「家」からの解放が、「資本の支配」からの解放を意味せず、むしろ近代的市民家族がそれとして新しい農業経営の単位とみなされ、自立経営育成の名のもとに、独占の支配と保護の対象におかれようとしていることにあてはまる^(三) (農業基本法) を想起せよ。同様のことは、婦人の地位に関して、婦人と資本との関係を考慮に入れず、たんに「家」制度からの解放のみを強調する場合、また、扶養に関して、市民家族と資本との関係を別個にして、近代的扶養の理念を強調して「家」的扶養の解体のみを目指す場合、などにもあてはまる^(三)。

ところで、右のような基本的展望を欠如してたんに近代的市民法の理念を強調するという傾向は、どこから生ずるのか。渡辺氏はこう指摘する。「そもそも、市民法体系というものは、抽象的、形式的、觀念の体系であって、それ自体が具体的社会關係の表象であるわけではない」^(三)（傍点）（原島）。「しかし、人はしばしば、それ自体社会的に無内容な市民法のことばを、それがあたかも社会的実体をもつものであるかのごとくに錯覚していた」^(四)からである。^(四)（傍点）（原島）そしてこの錯覚は、「前市民法的秩序との対決のうえに有効な市民法的諸理念を重要視した結果、その理念が現実の世界に存在する実体を表象するものであるかのように考える」^(五)傾向として生じた。^(五)「そのため今日、その理念が、現実には、独占の支配を支えていることに、あまり大きな注意を向けなかった」という結果をもたらした。^(六)（傍点）

このように、市民法体系の抽象的性格と「市民法体系が、そっくり独占の支配の主要な法的支柱となりつつある」現実との関連を指摘した点で、渡辺氏の問題提起はきわめて重要なものを含んでいると思う。しかし、社会的実体をもたない、抽象的な市民法「のことば（理念）」が、なぜ現実には独占の支配を支えるものとなるのか、ここで市民法の抽象的性格とされるのはどのようなことか、が明らかにされる必要がある。この点につき渡辺氏が述べるところは、大略次のようなことであろう。すなわち、「所有権の自由」を例にとれば、前市民法的所有権秩序との対抗概念という意味では、われわれは、それについての共通のイメージをもっていたし、そのかぎりにおいて、一つの実体的秩序でありえた。しかし、現在、「所有権の自由」は、労使双方の具体的生活利益にとってもつ意味が正反対である以上、それについての具体的イメージも正反対である。「所有権の自由」についての共通のイメージを探すこと自体がそもそも無意味である。したがって、このように共通の社会的内容をもち、たない、「所有権の自由」ということば（理念）を、ことばとしてとりだしてみても、それは右の意味で「抽象的」であるがゆえに、現実の社会では、資本の支配に対抗し、否定するための特定の、具体的イメージを表現し、特定の、具体的な社会關係を展望する道具概念としては

有効性をもちえない、ということになる。^(七)つまりここで市民法の「抽象的性格」については、市民法の理念を道具概念としての有効性からみて、市民法は抽象的性格のものであるがゆえに、有効性をもちえない、と消極的にしか述べられていない。換言すれば、なぜ「市民法体系が」抽象的であるにもかかわらず、むしろ抽象的であるがゆえに、「そっくり独占の支配の主要な法的支柱となるか」、ということ、つまり、市民法の抽象的性格と独占の支配の結びつきそのものの、とくにその論理的構造の側面から積極的に述べられているわけではない。

二 つぎに伊藤道保氏も、独占段階における資本主義法の把握にあたって古典的市民法をどうみるか、という渡辺氏とほとんど同様の問題意識のもとに立っている。そこには、私のいう市民法の抽象的性格について注意を促がすものがある。^(八)大略つぎのように理解することができよう。すなわち、近代市民法の基本原理は、商品交換秩序における自由・平等・独立なる法主体者間の交替可能性を前提として成立した客観的ルール^(九)〔紛争当事者の恣意によって左右されない客観的ルール^(九)〕にある、とした場合、この原理が今日のわが国の現実の中でもつ存在意義については、根本的な疑問がある。これが伊藤氏の問題提起の中心をなしていると思われる。

これに関連する具体的な指摘を要約してみよう。まず第一に、この原理を公私の法律関係にわたってこれを規律する「客観的ルールとしての法」(法の支配)として説くことは、現在すでに、「客観的ルールとしての法」ということの意味が個々の法律関係によって、一義的に捉えられないばかりでなく、互いに矛盾してさえ現われるという事実の意味を看過するものであり、幻想にすぎない。^(一〇)第二に、たとえば新憲法を歴史的に規定された資本主義法として見る場合(解釈論の平面で、新憲法の諸規定を足掛りとして、民主主義的^(一一)な解釈論理を展開するという実践的な場面ではなく)、これを「すべての市民が、すくなくとも出発点においてはともに認めなければならぬ共通のルール」と性格規定するとすれば、そこには、修正市民法体系を、近代的市民法の名のもとに古典的民法と同一範疇でとらえるという歴史観の欠如がある。^(一二)また第三に、経済法あるいは社会法につ

いても、これは、独占段階における資本主義法の実質的に主要な部分を構成する法として、古典的市民法の客観的ルール性を換骨奪胎してしまっていると見るべきである（（一）基本的生産関係における、所有権・契約の自由に対する・官僚行政権力による全面的支配）（二）同様に、第四に、

社会法の具体的内容がどこまで労働者にとって有利なものとなり得るかは労使間の力関係によって決まる、とされる場合のいわゆる力関係理論にも、古典的市民法理論の非歴史的な適用がみられる。「客観的ルールたるべき法それ自体の中に、なまの力関係が現われるという矛盾、そして、そこでは法とはたんに対立者間の闘争の手段にすぎないという事、ここに、法の客観的ルール性——その物神性の現実的基盤の崩壊の歴史的必然性を認めざるを得ないのではないだろうか」（三）さらにまた第五に、わが国に残存する封建的、社会関係に対する評価にあたっては、単純な近代化という立場からの教説は意味がない。わが国では封建的な社会関係が権力に媒介されて直接的に独占資本主義的な経済および権力構造と結びつき、そこでは、すでに近代法の原理を超えた客観的基盤の中に封建性が構造的に組み込まれ、その不可欠な前提条件として積極的に再構成されているということ、の評価が基本的に重要である。（四）

以上に見てきた伊藤氏の主張は、つぎのことに集約されているとみてよいだろう。「このこと〔客観的ルールとして説くこと〕の背後には、意識すると否とに拘わらず、法律家の観念の中に法、近代法の超歴史的・形而上学的な固定化のイデオロギーがなお十分に清算されないで残っていることの問題があるのではないだろうか。……今日の法の問題は、具体的には古典的市民法と対照して、独占段階における資本主義法の歴史的特徴を明らかにした上で、そこにおける、いわゆる近代法の物神性（その客観的基礎たる古典的市民法の客観的ルール性）の崩壊の歴史的、法的、法則を明らかにすることにあるのではないだろうか」（五）（傍点）（原島）このように伊藤氏もまた、先に見た渡辺氏と同様に、古典的市民法理論の非歴史的適用に対して根本的な疑問を呈出している。そしてとくにここでは、市民法の変化の過程そのものを、その基本的原理たる「客観的ルール性」に即して具体的に検討することによって、「近代法の物神性の崩壊過程」と

規定した点に意義がある。しかし、「客観的ルール性」が現実に妥当しなくなったという指摘は正しいとしても、「物神性の崩壊」とはいったいどのような意味であろうか。「物神性 Fetischismus を社会的実体からの疎隔 Entfremdung・具体的社会関係の物化 Verdinglichung と解するとすれば、独占段階の資本主義法は「物神性の崩壊」によって(すなわち疎隔・物)、社会的実体を正しく反映し、具体的社会関係をあらさまに表現するようになるというのであろうか。もちろん、そうではないだろう。ただ、ここにはもう一つ、近代市民法の物神性と「客観的ルール性」との関連が明確になされていないように思われる。伊藤氏も指摘されるように、現実に、市民法の「客観的ルール性」はもはや妥当しなくなっているにもかかわらず、しかもなお「客観的ルール」としての法」という幻想を不断に生み出し、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。私が前述一で問題提起をしたのも、まさにこのような意味での民法規範の抽象的、性格であった。

- (一) 渡辺洋三「現代の法と法学の課題」法学セミナー一九六一年三月号四頁上段。以下かならずしもいちいち頁数を示さない。
- (二) つまり、近代的扶養を理念として強調することは、独占の支配におかれ、そのぎせいとなって、親子夫婦の同居を余儀なくされ、老後に頼るべき何もものもなく、蓄積すべき財貨もない庶民に最も打撃を与えることではなかった。前掲七頁下段参照。

(三) 渡辺・前掲四頁上段。

(四)・(五)・(六) 同五頁上段。

(七) 同四頁中、下段。

(八) 伊藤道保「渡辺洋三著『法というものの考え方』」『書評』法社会学の諸相一八八頁以下所収。

(九) 伊藤・前掲一九〇頁下段。

(一〇) 伊藤・前掲一九一頁。すなわち、「客観的ルール」たる意味は、売買にあっては、商品交換秩序における当事者相互の立場の交替可能性を前提として成立する客観的ルール性であり、地主・小作間では、このような交替可能性はなく、経済的弱者の権利主張根拠を意味し、国家と市民間では、権力者の行動の客観的準則となる、というように、個々の法律関係によって異なる。ちなみに、民法の「抽象的性格」についての発想の上では、渡辺氏前掲論文と、私と、伊藤氏の間にも多少のちがいがある。渡辺氏の場合、たとえば、「所有権の自由」という同一の市民法理念（ことば）が、これを受取る者の階層の異なるにしがたがって、ちがった具体的イメージを持たれ、異った社会的内容となる（＝抽象的）、という発想。私の場合は、法解釈に従事する者にとって、一つの、実定法規範の社会的意味をとらえることは困難になっているがこの困難ならしめる実定法規範の存在性格を抽象的だとみる。

(一一) 伊藤・前掲一九二頁。

(一二) 同一九二頁。

(一三) 同一九二頁。

(一四) 同一九二、一九三頁。

(一五) 同一九一頁。

三 「抽象的性格」そのものの推移

一 以上の考察により、「民法規範の抽象的性格」につきあらためて問題提起がなされるのは、民法ないし財産法が独占段階での資本主義法としていかなる基本的特徴を具えるに至ったか、というすぐれて現在の問題に理論上の関連をもつからだ、といえよう。しかもそれはまったく新しい意味をもつことが確認されてよい。それはこうである。

今日では、民法を基礎法とする財産法（古典的市民法）をもって、「商品交換者間の形式的平等の抽象的劃一的規

範体系」とする性格規定は常識化している。しかも、そこに盛られる内容は各人によってまちまちであり、かつ正確である、といわざるをえない。本稿の主題に関連させて例示してみよう。

そこで、まず第一には、この規定を手掛りに、資本主義の発展に伴う法の推移過程をとらえる場合、たとえば「形式的平等」に対する「実質的平等」の原理による修正の過程（これはまた、PersonからのMenschの回復、自由権に対する生存権の原理による修正、市民法の社会法化などの過程とみられる）というシェーマが成り立つこともちろんである。しかしそれによっては、強大になりまさる資本支配の法的支柱の性格は、消極的に、たとえば私的所有権の形式的規制（＝恣意的な自由）に対する実質的修正・制限の不徹底としてしかとらえようがない。ここには、市民法の「抽象性」・「形式性」を固定化して、「具体性」・「実質性」と機械的に対置する以上、たしかに比較対照的に変化の一側面を記述することはできても、「そっくり独占の支配の主要な法的支柱となりつつある」市民法そのものの総体的な推移をその基本的特徴においてとらえることはできないだろう。

同様にまた、第二に、たとえば、古典的市民法は「抽象的劃一的規範体系」であるから、「わが国における現実の具体的社会関係を容れうる」として、制定法が半封建的な現実の規範関係と結合して、民法は半封建的・ブルジョア的二重支配の構造をもつ、と説明することもかなり一般化しているところである。しかしここでも、あるのは、その抽象・具体のとらえ方にみられるように、制定的市民法の「抽象的性格」については、きわめて無内容な概念設定（ことば的であれば、その包含する外延は大きい、）があるにすぎない。そして、渡辺・伊藤両氏によって適確に指摘されたようなという形式論理学的意味を少しも出ない）があるにすぎない。そして、渡辺・伊藤両氏によって適確に指摘されたように、「近代」の固定化、換言すれば、理念（＝近代）と現実（半封建）の機械的な対置によっては、半封建的社会関係と独占的支配体制との「構造的連関」が視野に入ってくることは困難となるだろう。（二）

さらに第三には、近代市民法の「形式的合理性」をもって、その「抽象的性格」を意味することもよく行なわれるところである。この概念規定はマックス・ウェーバーの影響のもとに用いられるといってよいだろう。しかし、この

「形式的合理性」とは、ウェーバーにあっては「実質的合理性」に対立する概念として、近代法の一つの型を、具体的には、大陸法なかんづくローマ法（＝普通法学）の流れをくむドイツ法を指すものであって、資本主義法一般・近代法一般の類型化を意味するものとはいえない。むしろ後者の意味をもつのは、いわゆる計算可能性 *Berechenbarkeit* の要請の実現（＝「いわば機械のように、計算されるところの法律」）、という点に求めることの方が妥当であろう。⁽¹¹⁾ しかも「形式的合理性」は一つの理念型 *Idealtypus* として、たとえば、ローマ法を拒否し、弁護士身分によって支配され、先例拘束的・経験的な法である英米法を、この型からの偏差 *Ablenkung* として比較測定するところの、仮設的な基準として設定されているとみるべきであろう。したがって、「形式的合理性」のゆえに「生活からの疎隔」 (*Lebensfremdheit*) を生ずることが問題とされる場合も、具体的には、それ自体論理的に矛盾もなく欠缺もない完結した「規範」 (*Normen*) の複合体たる法を前提として、具体的事件の決定をこのような法体系から論理的に引き出す、という特殊な方法（＝ドイツ概念法学的的方法）が問題にされているのである。そして、そこでは、計算可能な法の形成に、取引に利害関係をもつ市民層の決定的な関与が阻まれること（＝「生活か」⁽¹²⁾）が批判されるのである。この点で、かえって、先例拘束的・非形式的・経験的な英米法の優位が省みられるのである。⁽¹³⁾ 「形式的合理性」がこのような内容だとすれば、概念法学を方法的に克服したとしてもなお社会的実体からの疎隔を誘う市民法の「抽象的性格」は、もう一つ先の、すでに指摘したように、法解釈学においてより根源的な問題であるといわねばなるまい。

二 こうして、「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、具体的社会関係の物象化 *Verdinglichung*（これをあるいは、疎隔または疎外 *Entfremdung*、外在化）の中に求めなければならぬだろう。私はここでは、それから生ずるイデオロギー形態上の特色を簡単に指摘するに止める。たしかにウェーバーのいうように、近代市民法としての民法規範は、ほんらい、一定の取引行為から必然的に生ず

る法律上のもろもろの結果をできるだけ正確に予見するに役立つところの、計算の体系だといえる。^(四)たとえば、所有権や法定された物権と債権との実定法上の関連は、問題の具体的生活利益がそのどちらに属するかによって、原則的に、物権的請求権・不法行為にもとづく損害賠償請求権・排他的優先的効力などが与えられるか、それとも与えられないかを計算する基準としてのみ意味がある^(五)。そこでは、物権と債権の分化・物権法定主義確立の過程が、ブルジョア革命の過程の反映であり、ドイツでは一九世紀を通じて上からの改革の進行につれて徐々に^(一七九四年プロント法に物権法)、そして最終的には一九〇〇年のドイツ民法によってやっと達成されたこと、フランスでは一七八九年の革命によって、一挙に成就され、一八〇四年のフランス民法に反映したこと、わが国では地主・小作関係の成立・存続のために法典の上での物権法定主義と旧慣上の土地利用権^(水利権・温泉権など)の温存という二重状態を生じたこと、など、これらの歴史的・社会的過程は、法概念・法規範命題の計算体系的な相互関連したいにとっては全く無縁な^(fremd)もの・外にある^(äusserlich)ものでしかない^(五)。換言すれば、計算体系としての民法規範それじたいは、このような歴史的・社会的過程によって規定^(bestimmen)され・媒介^(vermitteln)されたものとしての法概念・法規範命題を自己の中に内在化したものではない、という意味でヘーゲルのいわゆる「直接性」^(Unmittelbarkeit)の上に立っている。たしかにまた民法規範は、生ずる可能性のある一切の社会事象に等しく拡大して、その結果を予見し、計算しうる合理的な法則性^(伊藤氏のとりあげた「ルールとしての客観性」)を内容としている。ここでの「合理性」^(Rationalität)とは、個々の事件の評価が、たとえば倫理的もしくは感情的、場合によっては政治的な、まったく具体的な評価^(家産的)に対する^(主の臣民)ではなく、没主観的・sachlichな規範が基準となって評価され、この故に法の発見の確実さ^(Sicherheit)が保障される、という意味をもつ。所有権である以上は、市民の生活に重大な影響を及ぼす大規模な生産手段・大量の生産物所有も、衣服・食料の個人的消費物資の所有も、一切を等質的なものとして取扱うことが「合理性」の社会的

な内容である（ヨア・デモクラシーの基礎でもある）。「合理性」の根拠が、一切の社会関係の商品交換関係への転化（普遍的）な商品所（ヨア・デモクラシーの基礎でもある）であるにもかかわらず、商品交換関係が個人の恣意から独立したもの・既成のもの・自然的なもの（社会的自然法）とみなされて、その転化そのものの内容的な合理性（資本主義法の成立・発展・没落の歴史・社会的過程の把握）ははじめから視野の外に置かれ、方法的に排除されるところにのみ、「法則性」が成り立つ。このような合理的法則性の上に成立する計算の体系は、ウェーバーによって市民法の純粹な亜種とされた官僚制 *Bürokratie*（官庁・軍隊・企業などの団体に共通の構造としての）と同じように、一定の目的を貫徹しようるように合理的に配分・整序され、それじたいで完結すべき部分体系であり、機械の体系である（法律学の孤）。したがって、もし、このような理解においてではなく、民法規範の「合理的体系性」を、裁判目的に奉仕するための道具としての合目的性・有用性という点にのみ解消してしまうならば、この部分体系じたいの具体的な現実の土台、いいかえれば、この合理的な部分体系の社会的総過程との関連という問題が、方法的に視野の外に押しやられてしまうことになる。

民法規範がこのようなものである以上、実定法の無批判的な解釈は、このような「合理的法則」の適用であり、機械的操作に近似して資本制社会における主体の静観的態度の一典型以外のなものでもないのも必然的であろう（概念法学ないし法実証主義の客観的な基礎）。法解釈論の中に社会的実態をもちこみ、具体的利益衡量を尊重するといっても、その「実態」なるものが歴史的・社会的過程の一契機としてとらえられず、物象化の「直接性」（マルクスのいわゆる「国民経済学的事実」）のみを分析するにとどまるとき、根本的にこのような状況の変化はないといえるだろう（八）。ときには「体系的」でないといわれ、むしろ「体系的」なものの打破にきわめて積極的であった末弘法学が、こんにち、わが国政治・社会構造の民主化の問題に法学の立場から全面的にとりくんだ、と評価されるのはまことに意義深いものがある（九）。

三 しかしながら本稿の冒頭で指摘したように、法規範の意味が一義的・明確に捉えきれなくなっていること、もし

あえて要約しようとすれば規範命題じたいの言葉の意味はまったく無内容的なものにさえなってしまうこと、もしこの事実を、固定した実定法と流動する社会の関係、としてのみ説明するならば、誤りではないにしても、何事をも語っていないにひとしい。これまで検討したところからみれば、この事實は、そのまま合理的計算の可能性がしだいに縮少して行くことを意味する（それは同時に、概念法学ないし法実証主義の客観^(一)）。前述の、物権・債権の計算的体系に即していえば、体系中の概念内容は機械中の各部分と同じように固定してはじめて計算の道具でありうるのである、ある概念内容の他の概念内容への移行は自己矛盾・論理的不合理である筈であった。しかし、このような推移はまぬがれることができない。たとえば不法行為理論において、権利侵害理論は固定的である、として弾力的・流動的な「違法性」の理論、すなわち、被侵害利益の性質と侵害行為の態様との相関関係を利益衡量する理論（したがって、理論上、所有権ないし物権侵害も必ずしも違法性なき場合があり、債権侵害が違法となることもある。大学湯事件判決の「吾人ノ法律觀念上、不法行為ニ基ク損害賠償請求權ヲ認ムルコトニ依リテ之ヲ保護スル必要アル」利益が七〇九条の「權利」であるとすするタウトロギーは^(二)）へと移り、物権的請求権についても、右の相関関係に加えてさらに、妨害の排除実現を認めることによつて生ずべき侵害者の犠牲の程度と、妨害排除を否認することによつて生ずべき被害者の不利益の程度をも相関的に考慮して、その存否が決定さるべし、とする解釈論が登場する（かくて、債権侵害も、相関関係の在り方次第では当然^(三)）。かくて従来、全然侵害の理由のない者に対する本来正当な物権的請求権が権利濫用として例外的事例の紛飾のもとに斥けられた場合（水力発電会社の無断トンネル掘さく・大判昭和一一・七・一〇民集一四一頁。鉄道会社^(四)の無断埋立・樹木伐採・線路敷設・大判昭和一一・一〇・二六民集二〇五七頁など）をも、侵害行為が強い公共性を帯びたものとして、つまり、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、區別して、一般理論上肯定される道が開く^(五)。同様に、「合理的法則性」の内容をなした商品所有権の等質性についても、所有権が區別されいけば所有権の階層秩序が法的に作り上げられて行くに従い、「合理性」は崩れ、市民法は「法則性」を失って行く。とくにわが国では独占化が、資本相互間の私法Ⅱ市民法関係として進められるだけでなく国家の手で進められた

(経済統制立法による一部の所有権に対する助成方法は、収用権の付与、免(一三)税特典、利益配当の保証、カルテル助成・監督、合併促進などさまさまある) 第一次大戦前後から重要産業統制法(昭和六年)を経て、(二二)国家総動員法(昭和二年)の成立により、所有権の等質性は明らかに否定された(総動員勅令、これから派生(二三)牒などのピラミッド型の委任立法により、企業の閉鎖・移動(二四)・合同・運営管理が直接的に行なわれた。―ファッシズム) このとき、民法の合理的法則性の根柢が完全に崩れ去った。

このように合理的計算の可能性喪失が、それを国家独占資本主義とよぶにせよ、はたまた混合二重経済とよぶにせよ、国家が経済の再生産過程において不可欠の役割を演ずる現代資本主義の基本的特徴であることを否定することはできない。そして合理的計算の行きづまりは、それが資本主義法であるかぎり、決して、民法規範が社会総過程の具体的な契機としての社会的意味を内在していない、という意味での「抽象的性格」を失なうものではなく、二重に・次乗化されて社会的素材・実体との疎隔を強めるものである。前述の権利濫用判決(昭和一年および昭和三年の大審院判決)はこの段階での民法規範の無規定性(「直接性」)をすでにきわめて顕著に示している。不法な行為でも一たん既成事実をつくった以上、所有者の受認を要求するに、原状回復は「社会経済上ノ損失尠カラサルモノ」であり、「社会観念上不能ニ属ス」とされる。(二五)

ここでは判断の基準は、まったくなまの「事実性」(Faktizität)そのものである。同様に、軍事基地のための土地収用は「駐留軍の用に供するため土地等を必要とする場合」(日本国とアメリカ合衆国との間の安全保障条約第二条に基く行政(二六)ここでは、土地収用法二条の「公共の利益となる事業」(協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法三条)という基準は、はじめから規範命題の外にある。)に可能である。また公共用地の取得に関する特別措置法(昭和三六年)による簡易な手続による土地収用も、行政上の便宜が道路・鉄道・通信・河川等の政策上の行きづまりから生じた「必

要性」に藉口している。(二六)都市計画のゆきづまりは、東京都において土地収用し、造成した土地を工場敷地として私企業に貸すことをみとめるに至っている(首都圏市術地開発区域整(二七)備法の改正、昭和三七年) ここには、いわゆる所有権の社会的制限の事例をとりあげたに止まるが、こうしていまや民法規範の「抽象的性格」は、規範命題じたいが社会的過程によって全く規定されず、全く媒介されない極端な「直接性」を、換言すれば、なまの「事実性」(その事実が生じた社会過程を(二八)歴史的に分析・把握すること、

それによって事実を証価することを、「非實際的・非現実的観念論」とよばわって、完全)に放棄し拒否したところに成り立つという意味で、「既存の」・「動かしがたい」事実)をしか表現しない、というイデオロギー形態をとる。そしてこのような形態における民法規範の「抽象的性格」は、新たな立法により、新たな解釈によって、実定法がますます「事実」に密着すればするほど、内包的にますます空虚に、外延的にますます拡大してゆく。^(一八)

(一) 封建—近代という図式的なとらえ方に対する渡辺・伊藤両氏の批判は、積極的な意義がある。日本の「みじめな」前近代を西欧の近代で断罪するとき、近代を理念化・空想化し、近代そのものの批判は視界から消え去るという非歴史的なものにおちいる。浜田義文「現代思想入門」とくに四一頁以下は丸山真男氏の業績を対象としつつこのような方法の批判を深めようとする。

(二) この点につき、ウェーバーの基本的道具的概念でありながらあいまいさが残ると思われるのは、近代資本主義の *Eigenge-setzlichkeit* をとり上げる方法論におもな理由があるのではないか。M・ウェーバー「法社会学」(小野木編訳)(上)八一頁以下、(下)三二一頁以下、三八五頁など、「一般社会経済史要論」(黒正・青山訳)上四七頁以下、下二一七頁以下参照。なおこれに関連して、法の形態としては近代的大陸法(「形式的合理性」)が、法の機能の面では前近代的であり(とくに土地所有権)、英法の場合はその逆である、とする比較法的観点がある。たとえば、甲斐道太郎「近代的所有権論の問題点」甲南論集六卷四号とくに二三頁以下がある。しかし、私は本文にのべたように解する。すなわち、「形式的合理性」を近代法一般・資本主義法一般の典型としてよりも、「実質的合理性」と並列的なものとして理解し、むしろ資本主義法の特長は「合理性」・「計算可能性」にある、と理解すべきであると考える。ウェーバーの理解として甲斐氏に近いもの、加藤新平「法律物神性」(「法学的世界観」所収)六二頁以下、私に近いと思われるもの、矢崎光圀「合理的市民法と法学的世界観」(法哲学会)「私法の理論」所収)とくに一八九頁以下参照。

(三) たとえば、ウェーバー「法社会学」(小野木編訳)(下)三三五頁以下参照。この意味での対比がつねに念頭にあったエーリッヒやウェーバーの影響をつよくうけたわが国で、さいきんの、判決予測を使命とする経験科学としての実用法学の主張

(たとえば、川島武宜「市民的実用法学とその科学性」(法学セミナー一九五八年三号とくに一〇一頁以下)も、直接にはこのような *Lebensfremdheit* の克服をめざすことを意味する、といえるだろう。なおまた、そこでいう「経験科学」とは、じつは、ことばを何らかの経験的事実のシンボルとしてのみ「有意義」*meaningful* とみるのであり、法の解釈・適用をすなわち裁判を記号操作という人間行動として捉える意味論(引論理実証主義)的色彩が濃厚であることを指摘する必要がある。たとえば川島武宜「権利濫用の意味論的考察」(末川先生古稀記念「権利の濫用」(上)所収)とくに一三〇頁参照。

(四) G・ルカーチ「物象化とプロレタリアートの意識」(平井俊彦訳「歴史と階級意識」所収)は、物象化の直接性のみを分析するにとどまる近代科学の性格を取扱って、きわめて示唆に富む。

(五) したがってたとえば、ほんらい、商品化した土地所有権を前提とせず、それとの対抗関係を知らない慣行的利用権を、物権か債権かを論ずることは法社会学上ナンセンスであり、ただ解釈論上、物権法定主義との関係でいささか無理な論理構成をせざるをえない、という事態が生まれる。これは、すでに指摘した法源論の二元性の問題に帰著する。たとえば、川島武宜「近代法の体系と旧慣による温泉権」(法学協会雑誌七六巻四号)参照。

(六) ウェーバー「法社会学」(小野木編訳)(上)八一頁以下、(下)三二二頁以下参照。

(七) Vgl. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft, 1te Aufl., 1921. S. 642ff.* また、たとえば、P・M・ブラウ「現代社会の官僚制」(阿利莫二訳)も、このようなウェーバーの「部分的」・合理的計算の体系的理念的図式の上に立つ。

(八) 私有財産が現実にてゆく物質的な過程を、一般的・抽象的公式でしかとらえず、その法則を、ヘーゲルのいわゆる運動の連関として概念的にとらえていない国民経済学的「事実」につき、K・マルクス「経済学・哲学手稿」(マル・エン選集補巻4)二九六頁以下、H・マルクーゼ「史的唯物論の基礎づけのための新史料」(良知・池田訳「初期マルクス研究」所収)とくに九頁以下参照。

(九) 磯村哲・前掲(下)七四頁以下参照。

(一〇) 相、関、関、係、の、理、論、に、つ、き、我、妻、栄「事務管理・不当利得・不法行為」〔新法学全集〕一二五頁、加藤一郎「不法行為」〔法律実全集〕三六頁以下、一〇六頁以下参照。しかし、英法では、ニューサンスのような特殊な不法行為類型を認めたことによって、「権利」に関する古典理論を保持し、「違法性」に重点を移さず、「権利侵害」を不法行為の中核として維持し、また「権利濫用」の思想をもたないことは、注目すべきである。戒能通学「権利濫用とニューサンス」法律時報二五卷二号七頁、下山暎二「イギリス法と『権利濫用』」法律時報三〇卷一号八頁以下、など参照。

(一一) 舟橋諱一「物権法」〔法律学全集〕二五頁以下、とくに三六頁参照。

(一二) 舟橋・前掲三八頁、同「所有権の濫用」(末川先生古稀記念「権利の濫用」(中)所収)二六頁以下三一頁参照。

(一三) 詳細な制度史的研究として、金沢良雄「産業法(法体制再編期)」近代法発達史4二七一頁以下参照。

(一四) 我妻栄「経済再建と統制立法」二〇頁以下参照。この段階では、表面上、所有権の私的性質(実は中小所有権者の)の否定・公法私法対立の解消、所有権の機能・義務の強調、公益の私益優先などのスローガンがはらんする。そしていままた、「企業の公共性」・「経営権」の強調がある。

(一五) しかし、もし数億円の価値をもつ設置物であっても、一般的に設置者が自己の所有物を自己の意思にもとづき取壊すならば、何人も、「かかる取壊は国民経済的私益に反するから禁ぜられている」とはいうまい。鈴木祿弥「財産法における『権利濫用』理論の機能」法律時報三〇卷一〇号二〇頁参照。このような規範は、独占段階では次のような社会的意味をもつ。すなわち、大企業・大施設はすでに法以前の段階で優越しているばかりではなく、法の中でも「権利」は小さく濫用すれば「権利濫用」になるけれども、大企業大施設によって大きく濫用されれば「権利濫用」にならない。「権利濫用」理論はじつは他の権利を助けるためにある。戒能通学「『権利濫用』と『公共の福祉』」法律時報三〇卷一〇号四頁以下、参照。

(一六) この点を実証するものとして、杉村敏正「土地収用制度について」法律時報三三卷六号四頁以下、志村清一「収用委員会運用の実態」法律時報三二卷三〇頁以下、参照。たとえば、いわゆるゴ、ホ、得、や、買、収、遅、延、という事実も、すこし具体的に検討

すれば、なんら「必要性」を裏付けるものではない。それらの事実は、土地収用法にもとづく収用がほとんど活用されていない、ということから生じている。こうして土地収用法が起業者のためにあるばかりでなく、正当な手続と正当な補償（憲法二十九条）とによって被収用土地所有権の等質的保障を確保する側面は、じゅうぶん現実化されず、媒介されないまま、きわめて安易に飛躍して特別措置法の出現へ移行した、といえよう。

(一七) さらにたとえば、宅地制度審議会は、一般の宅地確保のため、土地収用権を国や公共団体に付与することが必要であると決議している（朝日新聞十一月二三日）。こうして法規範の社会的意味は、ますます一義的に規定できないものとなっており、「必要やむをえざる事実」そのものについて、社会科学的に全面的に産業・経済構造を検討し批判せねば明らかにならない段階にある。

(一八) 私がここに規定したような、きわめて「抽象的」な法イデオロギー形態は、すでにのべた所有権の社会的制限（Ⅱいわゆる産業基盤の拡充）に限られない。たとえば、貿易自由化に伴う新産業秩序のスローガンが独占禁止法の再検討（Ⅱ所有権の階層秩序化）を主要な内容とするとき、その主張はまさにこの代表的なものである。なかでも、「独占禁止法が過当競争をもたらしている」という論理を少しく具体的に検討しても、いわゆる過当競争は、じつは、旧財閥系銀行を頂点とする系列支配体制のもとに、この系列間の投資競争に主たる原因があるとみられるのであって、右の論理は、独禁法一二条がむしろ禁止する事態（金融会社の株式所有にもとづく系列的支配）を前提として競争が行われている事実を全く無視し拒否した「必要性」の論理だといえよう。こうして、このような「必要性」に対しては、「一般に過当競争のあらわれとして把えられている事態は、むしろ独禁法の適用、あるいは規制の不十分さ、更に独禁法がゆがめられていることに起因する面が極めて多いといふべきではなからうか。」（後掲正田論文）というまったく逆の結論が当然にでる。したがって、「われわれが特に問題とするところは、過当競争の原因の探求よりも、むしろその存在の現実であり、自由競争理念の結果的な逸脱の事実である。」（両角良彦・産業協調体制論、通商産業研究一〇〇号、後掲正田氏の引用による。傍点、原島）というような態度は、まさ

しく極端な「直接性」・「事実性」の論理の典型である。このような態度から出た新産業秩序が「寡占体制を意図するものであり、寡占体制以外の競争を過当競争であるとするとするならば、まさに、論理の飛躍もはなはだしいといわねばなるまい」ときびしく批判されるのは当然である。以上の点につき、正田彬「新産業秩序論と独禁法制（一）」（法律時報三四卷一一号）とくに五七頁、五八頁参照。