

《論 說》

民法学の方法

——末弘民法学までの素描——

後 藤 卷 則

一 はじめに

本稿は、「民法学の方法」を検討課題とするが、この課題の下でいかなる問題を取り上げるべきであらうか。民法学の方法に関し、これまで多く論じられてきたのは、民法「解釈」の方法であり、第二次大戦後の法解釈論から利益衡量論を経て、最近の「議論」のアプローチへと至る論争も、主として民法解釈の方法をめぐるものであった。^①これに対して、民法学の方法については、まとまった論稿はあまりなく、このテーマの下にいかなる問題を取り上げるべきかは、必ずしも明らかでない。しかし、一方で、これまでわが国の民法学者が行ってきた仕事から見て、現行法の解釈が民法学を中心であることは確かであり、民法解釈の方法が、民法学の方法の中心をなすことは

認めてよいであろう⁽³⁾。また、他方で、個々の論者の民法解釈方法論は、それが提示された当時のわが国の法律学の性格、対象、研究方法などと密接に結びついていると考えられる。そこで、本稿では、「民法学の方法」として取り上げるべき対象自体にはあまりこだわらずに⁽⁴⁾、民法解釈の方法や、法律学の性格、対象、研究方法などについて、わが民法学史の各時期を代表する学者がどのように論じてきたかを検討することにした。具体的には、①性法の時代とその衰退期、②明治民法成立期、③ドイツ的解釈法学全盛期、④自由法と第一次大戦後の新思潮期に分けて各論者の論稿を検討し、それによって、④の時期までのわが国の民法解釈の方法ないし民法学の方法に特徴的な傾向を探ることに努めたい⁽⁵⁾。これにより、民法解釈や民法学の方法に関する第二次大戦後の華々しい論争が、それ以前のわが国の民法解釈の方法ないし民法学の方法の性格や特徴とどの点でつながり、それに何をつけ加えたかを検討することが可能になると思われるが、これについては別稿で扱うことにし(本稿では注の中で若干のコメントを付する⁽⁶⁾)、本稿では、右の④の時期までの状況を取り上げることとする。

〔注〕

- (1) この論争については、瀬川信久「民法の解釈」民法講座別巻1「平成二」一頁以下参照。
- (2) これを指摘するものとして、星野英一「戦後の民法解釈方法論研究ノート」民法論集第五巻(昭和六一)三頁、北川善太郎・日本法学の歴史と理論(昭和四三)三九六頁参照。
- (3) 民法学の内容としては、現行法の解釈の他に、沿革的・比較法的考察、判例研究なども含まれる。すでに古く、我妻栄・物権法(昭和七)の序は、「現行法の解釈」と「真の解釈のためになすべきこと」とを分け、後者として沿革的・比較法的考察、判例研究、法規の社会的作用の研究などをあげている(星野・前掲六頁がこれを指摘している)。
- (4) 星野・前掲五頁も、民法学の方法を論ずるに当たって、広く「対象」の問題も「技法」の問題も含んだ「学問の内容や進め方」を問題としている。

(5) 本稿で引用する文献については、短い引用は除き、原則として原文の片仮名を平仮名に直し、句読点、濁点を付した。読みやすさを考慮したためであり、ご寛容をお願いしたい。

(6) これを考察するためには、近代以後の西欧の法思想・法解釈理論がわが国の民法学方法論に与えた影響を検討する必要がある。とりわけ、歴史法学派→概念法学→自由法運動→利益法学へと至る一九世紀から第一次大戦前後までのドイツの法解釈理論の展開は、わが国において今日でも議論される法の解釈をめぐる主要な争点をほとんどすべて含んでおり、わが国の法解釈学にかつて圧倒的な影響を与えたのも、この時期のドイツの法解釈理論であると言われている（亀本洋「法解釈の理論」大橋智之輔Ⅱ三島淑臣Ⅱ田中成明編・法哲学綱要（平成二）二二九頁）。また、一般的には、西欧法思想・法解釈理論がわが国の民法学方法論に与えた影響は極めて大きいと考えられるが、その中であって、西欧では盛んに議論され、進展した法思想・法解釈理論がわが国ではほとんど紹介されず、方法論としての摂取があまり見られないものがある（利益法学や新自然法論など）。さらに、わが国に強い影響を与えた法思想・法解釈理論であっても、それが方法論上の摂取にとどまり、具体的な解釈論への展開が見られないという傾向がある（明治三〇年代から大正初期にかけての自由法論の摂取にはこの傾向が著しい）。それ故、わが国の民法学方法論における西欧法思想・法解釈理論との対応関係、あるいは、わが国における法思想・法解釈理論上の欠落部分を探ることにより、わが国の民法学方法論の特徴を把握することが可能となるのではないだろうか。従来、わが国では、右に指摘したような第一次大戦前後頃までの西欧法思想・法解釈理論の検討は、主として法哲学者の手によってなされており、その民法学方法論との接続はあまり意識的には検討されていない（貴重な例外の一つとして、磯村哲・社会法学の展開と構造（昭和五〇）をあげることができよう）。本稿では、不十分なものであるが、この点につき注の形で若干のコメントを付することにした。

(7) 従来、民法解釈の方法ないし民法学の方法については、第二次大戦後の法解釈論争を起点として論じられることが多く、この時期に関する文献の夥しさに比して（文献については、瀬川・前掲論文参照）、それに至るまでの時期に関する検討は少ない（最近の貴重な研究として、星野英一「日本民法学史（1）」（4）法学教室八〇一一号、同「日本民法典の出发点—民法典の起草者たち—」星野・前掲民法論集一四五頁以下、同「日本の民法解釈学」星野・前掲民法論集二一五頁以下、瀬川信久「梅・富井の民法解釈方法論と法思想」北大法学論集四一巻五・六号（平成三）三九三頁以下などがある。）しかし、明治初期からのわが国の民法解釈の方法ないし民法学の方法の性格や特徴を探ることは、法解釈論争以降の学説

の状況を正しく把握するための基礎となるものであろう。

(8) 本稿五の(3)の注(1)参照。

二 性法の時代とその衰退期

明治の初期は性法(自然法)の時代であった。この時期、神田孝平(猛格)訳『性法畧』(明治四年)は、西周、津田真一郎(真道)が一八六二(文久二)年、オランダに留学し、ライデン大学教授シモン・フィセリングの性法学を筆記し、神田が和訳したもので、自然法思想を紹介しており、また、中江兆民『民訳論卷之一』(明治七)、後に『民約論訳解』(明治一五年)が現れた。それらに示された自然状態・天然の性という考え方が、封建的諸制度の対立物として意識され、自由民権運動の基礎付けとなり(日本評論社編集局編・日本の法学―回顧と展望―〔昭和二五〕八頁)、同時に、フランス民法典の継受の思想的基礎となった(向井健「民法典の編纂」福島正夫編・日本近代法制の形成下巻〔昭和五七〕三二二頁)。

この時期に著されたボアソナード『性法論』(明治一〇)(ボワソナード講義・井上操筆記『性法講義』〔明治一四〕は、その校訂増補版)や、江木衷『法律解釈学』(明治一九)、同『法理学講義』(明治一八)は、法学方法論に関係している。江木『法律解釈学』は、モンテスキューやサヴィニーの言を引用しており、また、『法理学講義』は、オースティンの分析法学の線上に立ちながら、一九世紀末、分析法学の学問的地位を高めるのに大きく貢献したホランドの「ジュリスプルーデンス」を江木が訳しつつ講述したものである(矢崎光圀・法哲学〔昭和五〇〕一二八頁、加藤新平・法哲学概論〔昭和五一〕二二頁以下)。また、この時期に民事裁判の基準を示すものとして発

せられた明治八年太政官布告第一〇三号第三条が、性法思想の影響を受けたものであることも重要である。

こうした状況の後、自由民権運動の敗北、帝国憲法発布（明治三十二年）が続き、明治二〇年代以降は、「国賦人權論」、進化論が支配的になる。この時期には、まず加藤弘之の思想的転換が重要である。加藤は、東京大学総理となった明治一〇年頃から、すでに天賦人權論をはなれて「進化論」に接近しつつあった。そして彼が天賦人權論者として不動の地位を築いた『真政大意』（明治三）、『国体新論』（明治七年）の絶版届出を行い、これが内務省達に公示されたのが明治一四年一月二二日であり、これを自ら「謬見妄説」とした。さらに、明治一五年、『人権新説』を公刊して、進化論の立場から天賦人權説を徹底的に批判するに至った。加藤が旧著を「謬見妄説」としたのは、近代科学の発達と実証的研究の成果は、哲学・政治等の分野においても自然科学的知識の応用を必要とするに至ったという自覚によるものであった（穂積重行「明治一〇年代におけるドイツ法学の受容―東京大学法学部と穂積陳重―」家永三郎編・明治国家の法と思想〔昭和四一〕五一―八〇頁）。これらを背景にして、右に見た江木の主張が大きく後退する。江木は、旧民法の実施をめぐるいわゆる民法典論争において、穂積八束らとともに延期派を結成するが、その『法典実施延期意見』（法学新報一四号〔明治二五〕）によって、この時期の江木の思想を知ることができる。

以下で、これらの状況を、ボアソナード『性法論』、江木衷『法律解釈学』、明治八年太政官布告第一〇三号第三条、江木・穂積ら『法典実施延期意見』の順に検討することにしよう。

（一）ボアソナード『性法論』

この書物で、ボアソナードは、法典整備の必要性や立法技術を説くとともに、フランス民法典の条文をあげつつ実定法の一般的な諸原則を自然法の具体化としてかなり実体法的に説いているが（野田良之「日本における外国法

の摂取」岩波講座現代法14外国法と日本法〔昭和四一〕二〇三頁)、全体を貫くバック・ボーンは彼の自然法思想である(向井健「ボアソナードの自然法論」法律時報四五巻七号〔昭和四八〕一二三頁)。性法を学ぶことの意義につき、ボアソナードは、「西洋諸国に於いては十分に具備する法文ありと雖ども猶ほ性法を学ぶべきを得ず。是れ特に制定せし成文法を学びて其の是非得失を検閲する為めのみならず又た其の遺漏を充たし其の文義を解明し及び法意を斟酌し得て之を実施せんが為めなり」(司法省蔵版・性法講義〔復刻版・昭和六一〕四四頁とし、「法の不言の場合に於ては裁判官は道理に照らし至正に従ふて此の遺漏を充足し又た法文の曖昧なるときは同上の仕方にて立法官の意を明確せざる可からざる」と言う。そして、「性法は法律の本源なるに依て法文の分明ならざる場合に於いては裁判官は必ず此の本源に遡りて真理を尋ねざる可からず」とする(同・四五〜四六頁)。ここに、成文法の是非得失を論じ、その意味内容を明らかにする理論として性法論が説かれている。これによって、成文法は絶対ではあり得ず、これは是非得失、意味内容をめぐって理論的対立の可能性があることが示された(熊谷開作「日本における法解釈学の一つの主流」恒藤古希記念・法解釈の理論〔昭和三五〕八頁)。

ここに示された法規の欠缺、不明、不十分の場合の性法による補充という発想は、その後の自由法運動を先取りしている。すなわち、二〇世紀になると、このような自然法は「自由法」の意味に理解され、実定法の法規に対する全面的帰依を批判し、克服するための理論的支柱とされるに至る。カントロヴツ⁽²⁾(一八七七〜一九四〇)が自由法を「二〇世紀の自然法」だと述べたのはその端的な表現であり、ボアソナードの自然法論はそれ自体のなかでやがてきたるべき自由法へと転化されるべきものを含んでいたのである(矢崎・前掲一六四頁参照)。

(2) 江木衷『法律解釈学』

この書物の中で、江木は、学理解釈を尊重すべきことを説き、立法過程や裁判過程に学理が反映することを強く

期待している。すなわち、「法理に由りて定まる解釈とは、或は疑義の生ずる時に際して学術上の理論に由りて解釈し或は法律家の予め下せる注解を云ふ。是れ眞に解釈の本性に適したるものにして解釈の原理方法如何を学ぶも亦此の種の解釈に外ならざるのみならず立法上の解釈なり裁判上の解釈なり解釈の作用に至りては幾分か学理を離るることを得ざるなり」（明治二十年版三七～三八頁）と言う。また、「学理上の解釈は法律上他人を拘束するの効力なし……故に解釈は法律上其の功なしと雖ども其の公平にして真理に適するや立法官若くは法官の屢々之を採用し暗に解釈の模範たるの用に至りては其の勢力実は大なりとす」（四六頁）と言う。そして、ローマにおける学説の法源としての意味を説明しながら、「今日に至りては法理学家の諸説に法律の効力を附与する法律なしと雖ども立法官又は法官にして自由に学理を収用するの大なるは羅馬に劣る事なかるべし」と説いている（四七頁）。

また、法解釈の方法として、「法律条例を解釈するには必ずしも一種の方法を固守することを為さず。其の目的精神等に由り或は条文を拡張し或は之れを制限し或は之れを形容する等の方法に由るべし」としており（一六三頁）、解釈の自由をかなり広く認めている（ただし、刑事に関する法律については、「可成其の意義を狭縮」すべきことを説いている）。とりわけ、「救済を目的とし又は自由権利等を附与する法律条例は可成寛大の解釈を施し其の意義を拡張して救済の目的を完くし自由権利等を得有する場合多からしむることを要す」とし、続けて、「リール氏曰く法律は人民の自由安全を得べき方法に解釈し国家の権利の為には可成不利なるを宜しとす。如何となれば権力は権力なり権力は自ら能く己を護るの方あるべきものなればなり」と説いている（一六四～一六五頁）点が注目される。さらに、「意味の不明若しくは曖昧なるものは慣習に由り之を解釈することを得」としている（一八九頁）。

江木は、法理による解釈の立法過程・裁判過程に対する対立・独立を強く自覚しており、司法権の独立をも主張

していた。つまり、広い意味での法発見の自由を認めていた(小林直樹「水本浩編・現代日本の法思想」〔昭和五一〕五九頁〔丸山英気〕)。

もっとも、制定法の欠缺の場合については厳格であり、「法律の発言せざる意義に効力を附すべからず。解釈は必らず其の抛るべき法文あるを要す」として(二五一頁)、裁判官に法律の欠缺補充を認めない。裁判官に補充権を与えれば、「法官をして立法の作用を為さしむるなり」と説いている(一五二頁)。

(3) 明治八年太政官布告第一〇三号第三条

布告第一〇三号第三条は、「民事の裁判に成文の法律なきものは習慣に依り習慣なきものは条理を推考して裁判すべし」と規定しているが、ここにいる「条理」の内容については、従来、日本古来の法源ならびに司法に関する伝統に立脚したものだとする見解(杉山直次郎「明治八年布告第一〇三号栽培事務心得と私法法源」法源と解釈〔昭和三二〕一七頁等)とフランスの自然法論を基礎としたという見解(野田良之「日本における外国法の摂取」岩波講座現代法一四外国法と日本法〔昭和四一〕一九九頁等)とが対立していた。³⁾しかし、昭和五三年に法政大学から刊行された『ボアソナード答問録』によれば、ボアソナードは、司法省からの質問に対して、布告第一〇三号第三条とはほぼ同じ内容の回答をしており(同書二二頁以下参照)、布告第一〇三号第三条がボアソナードのこの回答に基づいて立法されたことはほとんど間違いないであろう。⁴⁾そうだとすれば、ここでもわが国の明治初期の民事裁判に対する自然法の影響を見て取ることができよう。もっとも、「条理」とは、すなわちフランス法であったという図式を過大評価することは危険とする指摘もあり(大久保泰甫・ボワソナード〔昭和五二〕七二〜七三頁)、明治初期の民事事件の判断基準については、なお検討の余地がある(最近の注目すべき研究として、村上博「明治初期の裁判基準―二松学舎創立者・三島中州の『手控』を手掛かりに―」日本文科大学商経学会誌一一巻一号

〔平成四〕九五頁以下がある。〕

（４）江木衷、穂積八束ら『法典実施延期意見』

ここでの江木の主張は、すでに見た『法律解釈学』における主張との違いが際立っている。すなわち、「司法権の実行上一も学問上の定義を適用するの必要なし。唯推理の結果を以て事実にあてれば即ち可なり。法典を以て判事に法理を教ゆるの具と為すべからず」として、学理解釈が否定されている。また、土地家屋の賃借、賃貸借の譲渡等、旧民法において慣習に一任された規定につき、「慣習を調査して編纂すること本分の責務」としており、庶民の慣習を承認する態度に反対するに至っている（法学新報一四号〔明治二五〕三四頁）。

〔注〕

（１）オースティン（一七九〇～一八五九）は、ペンタム門下であるとともに、ドイツに留学してサヴィニー（一七七九～一八六一）やティボー（一七七二～一八四〇）と交友があり、ローマ法ないしドイツ普通法学に親しんだ（団藤重光・法学入門〔昭和四八〕二六六頁）。穂積重行は、イギリスにおいてスペンサーやダーウインの影響を強く受けたが、イギリスでオースティンの中にドイツ法学の影響を認め、これが、ドイツ転学の理由の一つとなった（穂積重行・前掲五四七頁）。また、オースティンは、自然法を排斥する法実証主義の立場から法の基礎づけを主権者の命令に求めたが（団藤・前掲二六七頁）、このような法の捉え方は、富井政章に影響を与えており、富井は、オースティンの法の定義を引用しつつ、これを修正して自己の定義を与えている。さらに、オースティンは、分析法学の開拓者であり、「厳密な意味での法」（Ⅱ実定法）は主権者の命令であるとする彼の考えに基づき、主権の概念についての詳しい論及を先行させているが、その本来の研究課題は、実定法体系のうちに含まれている種々の原理、概念の分析であった（加藤・前掲二二頁）。イギリスでは、一九世紀の後半、メイン（一八二二～一八八八）によってオースティンの分析法学（オースティンの理論に「分析法学」という名を与えたのはメインである）に対して鋭い批判が加えられ、いわゆる歴史法学が形成された。メインの主張の骨子は、法の正しい学問的把握は、単に、成熟した法体系の内部構造の論理的分析によってなされるものではない

く、むしろ、単純な原初的な法形態を分析し、そこから現代法への進化発展を迎えるという歴史的方法（あるいは歴史の比較的的方法）によらねばならない、ということにあった（加藤・前掲二二頁）。メインの所説は、穂積陳重に多大な影響を与えており、末弘厳太郎は、「日本では、穂積陳重先生の法理学が主としてメインの影響を受けたもので、もしもあれがその後発展していれば、法理学と法史学若しくは比較法学とがもっと密接な関係をもって今日に及んだと思うのですが、不幸にしてそういう発展はみられなかった」と述べている（前掲日本の法学一二七―一二八頁）。もっとも、穂積の法律進化論につき、『進化論』なる言い方に幻惑されて、これをイギリス法理学の範囲でのみ論じようとする向きもあるが、一九世紀末のイギリス法理学それ自体がドイツ歴史法学の強い影響下にあったことを忘れてはならない」とする指摘がある（堅田剛「牧野英一の法理学―法律進化論から自由法論へ」獨協法学三八号〔平成六〕五五頁）。

(2) カントロピッツについては、加藤・前掲二七〇、二九一、三四五、五四一頁参照。

(3) この対立につき、石田穰・民法学の基礎〔昭和五一〕一八四頁以下参照。

(4) ただし、布告第三条は制定の経緯が明らかでなく、また、ボアソナードへの質問者が現実には誰なのか、質問者と布告第三条の起草者が同一人なのかも明らかでない。さらに、ボアソナードの回答が一八七五年六月二日、布告第三条が発せられたのは同年六月八日であり、両者の日付があまりにも接近している。それ故、布告第三条がボアソナードの回答に基づいて立法されたことまではできないであろう。この問題につき、野田良之「明治八年太政官布告第一〇三号第三条の『条理』についての雑感」法学協会百周年記念論文集第一巻〔昭和五八〕二四三頁以下参照。

三 明治民法成立期

(1) 穂積陳重

加藤弘之が『人權新説』を刊行した明治一五年、穂積はイギリスにおいて、スペンサー（一八二〇―一九〇三）やダーウィン（一八〇九―一八八二）の影響を強く受けながら、法律学に対する自己の立場を形成しつつあった。

穂積が日本にいたときにはまだ進化論の影響を受けておらず、むしろ天賦人權論をとっていた（穂積陳重遺文集第一冊〔昭和七〕七五頁参照）。

穂積は、法律進化論の主唱者として名高いが、その考察方法は、法学を隣接諸科学と近接させようとする総合的なものであり、法についての多面的な研究が注目される。穂積は、一般法史学、法理学、比較法学、民族法学、法人類学、法社会学、立法学の先駆者として評価されている（松尾敬一「穂積陳重」潮見俊隆Ⅱ利谷信義編・日本の法学者〔昭和五〇〕七〇～七一頁）。

I 進化主義

ダーウィンおよびスペンサーの進化論は、自然科学だけでなく社会科学、したがって法学にも大きな影響を及ぼした。穂積の法律進化論は、自然淘汰の思想を法系にあてはめ、すぐれた法系が適者として生存することによって法が進化するという基本構想によるものであった。穂積は、世界に現存する法系として印度法族、支那法族、回々法族、英国法族、羅馬法族の五大法族をあげ（のちにはゲルマン法系、スラヴ法系を加えて七大法族として論じている）、その法族間に優勝劣敗を見る。その中で第一に亡滅の予想されるのは支那法族であり、そこには日本も含まれている。劣国で進取改良の道を構じなければ、そして優国の長を採ることがなければ、「優勝劣敗の大則により、竟に衰亡するに至るべし」と言う（遺文集第一冊三〇〇、三三二頁）。日本が劣者の位置にあることを自覚した上で、いかにして劣敗を免れるかが考察されたのであり（松尾敬一「穂積陳重の法理学」神戸法学雑誌一七卷三号〔昭和四二〕四頁）、優者の文物の積極的摂取を説いて、当時の西洋法継受という課題を根拠づけた（小林Ⅱ水本編・前掲五四頁〔松尾敬一〕）。

穂積は、「今より後は必ず法理学の研究に一大変動を生じ、進化主義の法理学勢力を専らにするに至るべし」（遺

文集第一冊六一三頁)、「将来の法律学は進化主義の法律学なり、自然法主義の法律学は最早臨終に程近く」(遺文集第二冊〔昭和七〕八六頁)、「法律を彙類分別するの前に、先づ一事の記憶せざる可からざる者あり。曰く、法律は開化に伴うて進むの一事はれなり」(遺文集第一冊二九八頁)などと言う。そして、適者生存の立場から種々の法現象(監獄、刑罰権、自殺、責任の基礎、正当防衛等)を説明した(松尾・前掲神戸法学雑誌一七卷三号二頁)。

II 科学主義

穂積は、「我輩が用ふる材料は、総て生理学、生物学、人類学、社会学、心理学、其他理学的の材料にして、創造的空理、空論、独断定教等は一切之を斥けて用ひざる者とす」(遺文集第二冊六四頁)とし、「法律学は現時既に一大革命の時期に達したり……然らば法学の革命を促すものは何ぞや、曰く物理的諸学科、生物学、人類学、社会学等の進歩是なり」(遺文集第二冊八三頁)と言う。また、「私は人理の学問も自然科学であらうと思ふ。自然科学であらねばならぬと考へる。……其研究方法も能ふだけ謂はゆる自然科学と同一でなければ、真の進歩を見ることは出来ぬと信ずる。……総じて人事の学問は、生理学、実験心理学、統計学、其他の謂はゆる自然科学の進歩を前提として、真正の進歩を為すべきものであります」(遺文集第四冊〔昭和九〕五〇一―五〇二頁)、あるいは「深く法律の学理を推究せんと欲せば、生理学、心理学の如き個人的諸学科、道德宗教に関する諸学科、統計学、経済学、政治学、博言学等の如き社会諸学科、地質学、气象学、動物学、植物学の如き社会の環境に関する諸学科の原理を資料とし、且是等の諸学科と同一の研究法に拠りて法律現象を観察せざるべからず」(遺文集第二冊二七八頁)と言う。

III 歴史法学・比較法学

穂積は、歴史法学の^①視点を取り入れつつあるドイツ法学に注目した(遺文集第一冊四七四―四七六頁、穂積重

行・前掲五四七頁）。穂積は法律進化主義・科学主義の立場に立つが、実際に穂積がとる方法は、沿革的方法・比較的方法であり（松尾・前掲神戸法学雑誌六頁）、「法律思想は已に各其国歴史に起因するを以て、其国体に関するや亦甚深し。……一国の法律は即ち万国の法律なりと思惟し、我国体に適せざる法理を移植せば、其弊害や將に測るべからざらんとす」と言う（遺文集第二冊一六六頁）。穂積の比較法理、沿岸法理の考察は、法律の進化を基調として法系論として展開された。そして、この法系論とともに各国法学の比較にしばしば論及した（松尾・前掲神戸法学雑誌六頁）。法学の研究方法として、穂積は、「吾人法律家は、法律の原理を究むるに当たり、自然法の空想に基づかず、正理主義の独断教に依らず、古今東西の法律の事実を蒐集彙類し、其事実に通すべき普遍現象を見出すを以て其本務と為さざるべからざるなり」と言う（遺文集第二冊八七頁）。

また、穂積は、法を神意・君意あるいは主権者の意志に出るものとなす「他主主義」と、「其起源を人民の意志に採り、人民自ら制定せるもの」となす「自主主義」とに分ち、後者が特に近世の歴史的所産であることを強調している。

IV 自然法に対する態度

穂積は、自然法否定論者であった。しかし、明治末から大正にかけての論稿では、自由法論を法律進化の歴史のうちに芽生え、かつ進化したものとして捉え、自然法的觀念の法律進化に果たす機能の重要性を認めるに至っている。当時台頭しつつあった自由法論ないし新自然法論が進化論の射程の中に包摂されたのである（松尾・前掲神戸法学雑誌三四頁、星野・前掲一五五頁以下）。すなわち、穂積は、「前世紀の末年に於て法律進化の一転機たる思想が学説として公表せられ、現世紀の初年に於て、立法的に公認せらるるに至った。それは一八九九年の『フランソア・ジェニー』の『解釈の方法及私法の淵源』に於て首唱せられたる『科学的自由探究』説と、一九〇七年の『ス

ウィス』民法第一条の自由発見公認の規定である」と述べ（法律進化論第一冊〔大正一三〕二二五頁）、「理想法と現実法との対立の有無は、実に東西両洋に於ける法律進化の運命を決した分岐点である」とし（法律進化論第一冊二二二頁）、インド、支那ではともに超越的基本法は存しないのに対して、「西洋に於ては法律改善の目的と為るべき超越的基本法の觀念存在し、東洋に於ては古來之を欠いて居ったのが、東西法進化の現象を殊にするの一大原因と為ったのである」と言う（法律進化論第一冊二三三頁）。そして、「法の原動力と為る理想は、……『法の法』（Leges legum）とも称すべく、又基本法とも称すべきものであって、進歩的社会に在つては理想法たる觀念は古今将来に通じて恒久に存在するものである」と述べて（法律進化論第一冊一九七―一九八頁）、自然法の法律進化に果たす影響を重視するに至った。

V 制定法に対する態度

穂積は、歴史法学・比較法学的方法に依拠しながら、法律を、社会の進化との関係、すなわち国家制定法に止まらず、あらゆる社会規範の発展との関係において追求しようとした。「法律ノ進度」と「社会ノ進度」との「適応」というのが穂積の実戦的課題であり、「法とは国家の命令なり」という単純な立場を捨て、多様な社会規範の複合的發展の中に法を位置づけようとした（穂積重行・前掲五三九―五四二頁）。

〔注〕

- (1) ドイツにおいて法解釈の理論を初めて自覚的に展開したのは、サヴィニーによって一九世紀初頭に確立された歴史法学派だと言つてよい。サヴィニーは、法は言語と同じく、民族の共同の確信（民族精神）によって自然に生成發展し、有機的な（生物のような）統一をなしており、そうした發展の最高段階においては法が学問的な方向をとり、民族を代表する法曹によって担われるのであり、法律学の使命は、そのような法の歴史的・体系的研究にあるとする（大橋二三島二田

中編・前掲法哲学綱要二二九～二三〇頁（亀本洋）。サヴィニーは、歴史的方法と体系的方法を要求したが、サヴィニーの後継者とされるプフタ（一七九八～一八四六）になると民族精神は法以外の要素として法学から排斥され、体系重視の論理主義に陥った（団藤・前掲二六三頁）。その結果、ドイツ法学の精緻な形式論理的側面のみが、概念法学・解釈法学としてわが国に受容されるに至る。なお、ドイツの歴史法学の実際は、歴史から論理へ、換言すれば、本来の歴史法学から概念法学へと変質したのに対して、メインの提唱したイギリスの歴史法学は、分析法学のあとを受けて、ドイツとは逆にいわば論理から歴史に目を転じたものと指摘されている（堅田剛「穂積陳重の歴史法学——進化論から文法論へ——」獨協法学三五号「平成四」二六頁）。穂積陳重とドイツ歴史法学派の關係については、堅田・同二三頁以下参照。

- (2) ただし、穂積の進化主義、科学主義に対しては、次のような指摘があることに注意する必要がある。すなわち、穂積は「物理化学ノ類」と「法律ノ学」との間に方法論上本質的な差があることをはっきりと認識していた。穂積が、ダーウィニズムの法律ないし社会への適用をなんらかの意味において意図していたことは明らかである。しかし同時に、彼自身この適用の間に方法論的な難関のあることを自覚していたことも明らかである。ダーウィニズムの立場の端的な表現である「生存競争」「適者生存」「自然淘汰」等の概念を、少なくともその論理の主軸、法律進化の法則ないし基本的動因としては使用してはいないのであって、要するに、「法律進化論」は、彼にとってあくまで「法律」進化論であった。彼がダーウィニズムから得たものは、極言すれば、「法律も進化する」の一事なのであって、その進化が生物学上の進化論の応用または類推によって説明しうる、あるいは体系化しうるということではなかったのである。そのための方法として彼がとったものは、歴史法学であり、比較法学であった（穂積重行・前掲五三八～五三九頁）。また、穂積の法律進化論は、内実は進化論ではなく、すぐれて法の歴史的・比較的研究であったとする指摘もある（堅田剛「穂積陳重の法思想——立法と法学の使命について——」獨協法学三七号「平成五」三一頁）。
- (3) 穂積は、「自主主義」を更に分かつて、「民制主義」と「進化主義」に大別し、それぞれの展開をあつづけている（遺文集第一冊四四八～四七七頁）。しかし、この論文は、「民制主義」をもって中断され、「進化主義」については詳述せずに終わっている（穂積重行・前掲五四六頁）。

(2) 富井政章

I 科学主義

富井は、自然科学と精神科学（人類の精神的現象を究明する科学）を分け、精神科学のうちには心理学の如きと社会的現象即ち社会を組織し共同生活を営むより生ずる諸般の現象を究明する社会的科学があるとし、法律学は歴史学、経済学、政治学等とともにこの部類に属するとしている（富井政章・民法原論第一巻総論「大正十一年合冊版復刻版昭和六〇」一三頁）。したがって、法学を科学としている点では穂積と同様であるが、法学を精神科学としている点で、「法学も自然科学の一部」とする穂積と異なっている（星野・前掲一六五頁）。

II 自然法に対する態度

富井は、「自然法説は畢竟創造に起因せる断定にして実験上の根拠を缺くものと謂ふべし」とし（同・六頁）、また、フランスにおける法学研究について論ずる際に、「偶々法理論といへば非常に空なもので例の自然法であります。即ち独断の見に基いた先天的断定であつて人間社会の複雑なる現象より帰納して究明せられた原則でない」（富井・「法学ノ研究ニ就テ」法律大家論文集（民法之部）上巻「明治四三」八一頁）としており、反自然法論の立場に立っている。もっとも、初期の富井は自然法論者であり、「法律将来の盛衰は主として性法学の究明及其普及如何に在る」とまで言っていた（法学綱論上巻「明治二〇」五〇頁）。富井の自然法論者から反自然法論者への転身は、直接には穂積の影響によるものようであるが（これにつき、星野・前掲一六七頁参照）、明治初期からの自然法論の隆盛と衰退に対応しているようにも思われ、興味深いところである。

また、富井は、自由法論に批判的である。まず、自由法を「歴史法学派の論理万能主義に対する反動」として捉える。「自由発見」によって「理想法」が見出されるのであるが、それは、「従来の自然法論が唱へたる如き人性に基ける絶対法を指すに非ずして変化極りなき社会生活に適應することを主張し時と所とに依りて其原則を異にすることあるものと為す」ものである。しかし、其所謂理想法なるものは名称の如何を問わず畢竟各自の脳裡に映する

主観的理想に外ならず斯の如き理想法は客観的には或る之あらんも實際問題としては裁判官其人に依りて所見を異にし其結果裁判一途に出でずして公平を缺き世人一般に適従する所を知るに由なるべし」としている（富井・原論三六〇三八頁）。

なお、富井は、歴史法学派につき、「法律の本質を以て国民の総意なりとし歴史以外に其淵源を認めざる点に於ては未だ正鵠を得たるものと謂ふべからず。蓋法律は上来説明する如く国家的共同生活の規則にして統一の力に依り存立せるものとす」（同・七頁）としており、歴史法学派に対しても批判的である。

Ⅲ 制定法に対する態度

富井は、法律を、「畢竟統一の政治的団体を形成する人類共同生活の秩序（準則）にして統一の力に依り保持せらるるものを謂ふ」（富井・前掲八頁）と定義している。また、「法律とは権力に依りて強行せらるる人間外部関係の規則と曰ふも可なり」（同・九頁）としている。富井は、穂積と比べて制定法を強調するという傾向をもっている（星野・前掲一六六頁）。

Ⅳ 法解釈の方法

富井は、法律の解釈には強制的解釈と学理的解釈があるとし、前者は、立法者が自らある法律の意義を確定することをいい、後者は、裁判官または学者その他の一個人が任意の考究によってなす解釈をいうとする（富井・前掲九一頁）。そして、学理的解釈の方法には文理的解釈と論理的解釈があるとする（同・九二頁）。論理的解釈とは、推理的作用によって法律の本義を究明することといい、「其解釈せんとする法律の系統及び各部の關係に考え又其法律に關係ある他の法律の規定、立法の理由其他立法当時の状況等苟も法律の精神を明にするに足るべき事項は総て之を參攷することを得べし」と言う（同・九四頁）。また、論理的解釈は法文の意義が不明であるかまたは適用

すべき法文がない場合、すなわち厳格なる文理的解釈法によることができない場合に限って用いるべきであるとする論者もいるがこれは誤りで、各場合の事情に従って両解釈を併用すべきであるとする(同・九六頁)。さらに、論理的解釈の一つとして、「類推論法」、すなわち「或事項につき規定せる条文あるとき原因の同一なるに基き之を類似の場合に応用すること」を認め、これが、法律に規定なき場合において其補充の方法として従来最も汎く行はるるものであるという(同・九七頁)。

富井は、適用すべき法規を欠く場合については多くを論じていない。そもそも、「近時の編纂に係る法典は大に其構造を改め凡百の事態に応用することを得べき弾力性を具備するに至れり。従て解釈によりて其規定の不備を補充すること能はざる場合少く」(同・一〇〇頁)、また、法律の改正を行うことも容易であるから、適用すべき法規を欠く場合は少ない、と考えている。その上で、なお適用すべき法規を欠く場合が「絶無と断定すべからず」とし、この場合には、慣習法により、慣習法もないときは明治八年第一〇三号布告に基づき「条理」によって裁判をする外ないとする(同・一〇一頁)。しかし、ここで条理は、重要なものと捉えられてはいない。すなわち、条理とは裁判官が当該事件を裁断するにつき最も公平と認める主観的標準をいうのみで、「条理其ものは独立の法源に非ずして法律に定めたる裁判の補充的準拠たるに過ぎず。故に此限定せられたる範囲内に於いても自然法説又は自由法とは大に觀念を異にするものとす」と述べている(同・三九頁)。

(3) 梅謙次郎

I 自然法に対する態度

梅は自然法論者である。このことは、梅による法律の定義に現れている。梅は、「法律とは人類が社会の一分子として由らざるべからざる道を謂ふ」と定義し、「此の定義は近來我國に於て一般に行はれて居る定義とはまるで

違ふのです。我国に於ては非性法説が流行って居る、然るに私の定義は性法の存在を認めて居る者である。それで定義がまるで違ふのです」と言う（梅謙次郎・民法総則「復刊叢書法律学篇3」〔平成二〕四頁）。そして、梅は、自然法が時と所によって異なるものであることを認めて、「私杯の信する所では性法のあると云ふことは認めるけれどもそれが万古不易であると云ふことは少し語弊がある。大原則は万古不易であるけれども其適用に至っては時と処とに依って異なるのである。法律と云ふものは社会を支配すべきものである。今私の申した定義にも人類が社会の一分子として由らざるべからざる道であると云ふから社会と云ふものを基礎として居る。それであるから社会の有様に依って適用すべき法律が是非変らなければならぬ」と言う（同・六〇七頁）。

次いで、梅は、歴史派は、比較的新しい学説で、今日ではドイツで勢力があり、日本ではドイツの学派が一番勢力があるから、歴史派の人が多いとしている。梅によると、歴史派は、法律は歴史の産物であり、歴史が自ら生み出すもので、一定の理想を頭に描いて抽象的法律を作ろうと思ってもそういうことはできるものではないから、法律と名付くべきものは、制定法すなわち主権者が直接または間接に定めたものであり、他に法律と称すべきものはないと説くが、自分はこの学派に服することができない、として、その理由を三つあげる。第一に、歴史によって法律が変わってゆくとはいいいながら、万古不易ノ大原則というものがある（例えば、人を殺すことは原則としてどこの法律でも禁じている）と言う。第二に、歴史派の言う如く法律に理想はない、ただ歴史上の必要から自然と生じているものであるというならば、法律の改良、法律の進歩ということとはなくなってしまう（今日普通人が「野蠻法」と言う法律が段々改良せられて今日の文明の法律となったのであり、段々進歩して今日の域に至ったのである。其事は、歴史派の学者と雖も皆認める）と言う。第三に、歴史派によると、制定法の外に法律なしというが、そうすると制定法には足らぬことが毎度ある。法律に悪い規定があるのは珍しくないがそれは仕方がないとして

も、まるで気の付かないことがあると言う(同・九〇二頁)。

そして、歴史派の人はよく法律は主権者の命令であると言うが、この命令という言葉は狭すぎ、成文法については多くはこう言えるが、慣習法についてはこう言えない、としている(同・二六頁)。

なお、梅の著作の中には、穂積や富井と異なり、法学が科学であるといった論述は見られない。梅は、次のように述べている。「学問の研究、就中法律の如き社会の学問は歴史上の事実に基づいて研究しなければ正確なることを得ない。……歴史上の事実に基づいて立てた理屈は根拠があつて堅いのです。……人類の進んで行つた跡を見てさうしてやはり同じ方向に進ものであると想像するより外仕方はない。それが即ち進化であると言はなければならぬ。故に、研究の方法としては歴史派は確かに多数の理想派より進んで居る。それは私も認める。ただ、其方法と目的とを誤つたものと思う。歴史に依つて理想を探るのが本当の研究であるのに到頭方法に限局せられてしまつて目的はないことになる。是が即ち歴史派の誤である。方法としては歴史派に依らなければならぬ。それに依つて理想を見出さなければならぬ。」(同・二四〇二五頁)。

II 制定法に対する態度

梅は、「現在の規定が性法に合わないから之に依らなくても宜いと云ふやうなことは決して言つてはならぬ……若し制定法が存して居るならば是が其性法に副うて居るものと見なさねばならぬ」として、制定法が存在する限り、それを尊重すべきことを説いている。その理由として、梅は、「畢竟法律の目的は社会の維持と云ふことである、社会と云ふものは若し各自の意見に依つて権利義務を定むると云ふことであつたらば安寧、秩序を保つて行くことができない」と言う(同・九〇〇九二頁)。梅の自然法は、制定法の否定・限定にながらないで、かえつて制定法尊重を根拠づけている(瀬川・前掲北大法学論集四〇四頁)。また、梅は、ジェ

ニの自由法論がフランスでは支持されているとしつつ、フランス民法典はすでに百年の星霜を経たものであつて不完全の程度は我民法典より甚だしいから、フランスに適合する解釈を我国の解釈法とすることはできないと言う（梅謙次郎「法律の解釈」太陽九卷二号「明治三六」五八、六〇頁）。

Ⅲ 法解釈の方法

梅は、文理解釈と論理解釈について論じており、文理解釈の範囲は存外狭いのであつて、文理解釈よりも論理解釈の範囲が広いと言う。そして、論理解釈は、同一の法律中の他の規定との関連、他の法律の規定との関連、立法者の精神、立法された「時代の必要」を参考にして行ふべきものとする（梅・民法総則三〇六―三〇七頁）。また、梅は、条理による解釈、すなわち「斯くなくては道理に合わぬ」という解釈を考えていた（梅・同三〇八頁）。そして、フランスにおいては今日は最も自由な解釈が行われているが、ドイツにおいては動もすると字句に拘泥した解釈が行われているとした上、わが国で行われている解釈は、ドイツに較べても遙に字句に拘泥しているとし、字句の解釈としては多少当たらぬ嫌いのある場合と雖も、成るべく社会上、経済上の結果の良好なるよう法文を解しなければならぬとする（同・三〇五、三〇八頁）。また、このような解釈は、大体においてヴィントシャイト、デルンブリヒ等の意見と同じであるとしている（梅・前掲太陽六二頁）。

〔注〕

（１） もっとも、梅においても富井と同様、条理には重要な意味は与えられておらず、梅による多数の判例批評の中で、法律の欠缺を認めて条理によっているものはないという（瀬川・前掲北大法学論集四一七頁）。

四 ドイツの解釈学全盛期

政治権力が絶対主義的天皇制の強力な担い手として、官僚・裁判官の育成を企図した、一八八七年（明治二〇年）頃以降にあっては、ドイツ法学に基づく法学教育が精力的になされることになった。ことに大日本帝国憲法の制定は、ドイツ法学に対して決定的意味を与えることになった。日本では、ドイツ流の概念法学的なものが主流になってきたために、英米流のプラグマティズムに立脚するもの、従って判例や慣習に重きをおく実証的なものが軽視された（前掲日本の法学一五頁）。

（1）石坂音四郎

I 自由法論、利益法学の紹介

石坂は、ドイツの利益法学および自由法論を紹介し、また、ドイツ以外における「新学派」としてオーストリアのエールリヒ、フランスのジェニーに触れている（改纂民法研究上巻「大正八」一〇〇～一〇八頁）。そして、歴史法学派は自然法学派を撲滅したと称しているが、自然法学派の思想は脈々として伏在して絶える所なく再び現れてきているとしている（同・一〇九頁）。全体としてこの傾向に好意的であるが（同・七五、九五頁）、「自由法派は論理解釈、類推適用を排斥し裁判官の主観的判断に依らんとするものなるが故に支梧杆格し画一を失ひ法律の安固を保つを得ざるに至るべし」としており、自由法学の主張には批判的である（同・七五頁）。

II 法解釈の方法

石坂は、わが国では文理解釈を偏重しているとして、論理解釈を重視する（同・七〇頁）。そして、自由法学派

は論理解釈、類推適用を排斥し、「法律の安固を保つ」ことができないのに対して、論理解釈、類推適用はその根拠を法律に置くが故に一般的標準たりうとする（同・七五頁）。論理解釈をなすに当たっては、①法律の目的に従って法律を解釈すること、②裁判官に広く自由裁量の余地を与えること、③取引上の慣習を重んずること、④広く実生活を知ること、が必要であるとしている（同七六―七八頁）。

また、石坂は、「一巻の法典が複雑多端なる社会現象を網羅し盡すは不能」として、法律の不備は免れないとし（同・七九頁）、この場合には、スイス民法一条の規定と同じく、裁判官は自ら立法者として作るべき規則に従って判決すべきであるとする（同・八二頁）。もっとも、裁判官はその判決により法律の補充的作用をなすにすぎず、立法作用をおこなうものではないとする。そして、その判決が裁判所の慣行となり慣習法となったとき、はじめて法律となるにすぎないと言う（同・八二頁）。

Ⅲ 日本法学の独立の主張

「法律は自然現象と異なり普遍的なるを得ざる」とし、「サヴィニー氏が云へるが如く法律は歴史的に発達せるものなるが故に人種、宗教、風俗を異にした文化の程度を異にし経済状態を異にする各国が法律を異にするは免れざる所なり」、「各国法律を異にするが故に法律学も亦各国異ならざるを得ず」とする（石坂「日本法学ノ独立」（法学新報二三卷一号「大正二」六八―六九頁）。故に、「外国法の解釈たる学説は我国法の解釈としては直接に何等の価値なし。唯外国法の学説は我国法の解釈の為に唯参考として価値あるに過ぎず」と言う（同・七三頁）。そして、わが国では外国法の学説を以て直ちにわが国法の解釈に供し、法律学の独立を認めざるものの如き風潮なしとせずとし、これまでは外国法を継受する時代の現象としてやむを得なかったが、しかし、「今や日本法学独立の時期に達せり。学者は須く日本法学の独立に努力することを要す」と言う（同・七三―七四頁）。

IV 法律学の性質・対象

石坂の法律学の捉え方は狭い。まず、法律学は法律、すなわち成法（成文法、慣習法）を研究の対象とするものであり、成法以外に法律なく自然法は認められないとする。また、法律学は法律そのものを研究の対象とするものであって法律的現象を研究の対象とするものではないと言う（石坂・改纂民法研究上巻一一頁）。そして、法律学は法律解釈学であり、法律の内容もしくは意義を明らかにする学問であるとする（同・一三頁）。また、法律学は規範を以てその対象とする規範科学であり、法律学の対象は実在するから法律学は経験科学であると言う（同・一五～一七頁）。

もっとも、後には、法律解釈のために法律現象そのものを直接に対象とする必要があることを認め、立法学や法律の社会学的研究の必要性に言及している（同・六七頁）。しかし、これは、それらの研究が法律解釈に資するという見地から述べられたものであり、法律学そのものは狭く考えていたままでのようである（星野英一「日本民法学史（1）」法学教室〔昭和五六〕四二頁）。

〔注〕

（1）小林直樹教授は、石坂の後、利益法学が志向した方法論や方向は、わが国でも例えば、末弘・穂積（重遠）・我妻の諸博士を始めとする法解釈学の研究者たちによって実際に展開されてきたとしつつ、しかし、利益法学の学説は、十分な紹介も批判も、従って十分な消化もされずに見過ごされてきたと言う（小林直樹「利益法学—現代法思想の—断面の分析—」（法哲学講座（第四巻）〔昭和三三〕二五九～二六〇頁）。この小林教授の指摘の後の論稿として、好美清光「西ドイツ民法における理論と実際の—動向—概念法学克服の—側面—」一橋論叢五四巻三号〔昭和四〇〕三九七頁以下がある。

（2）富井・前掲民法原論一二頁は、次のように言う。「一説に『法律学は成法を対象とする科学なるが故に其研究の方法は

解釈以外に之を求むべからず。故に法律学は法律解釈学に外ならず」と曰ふ（石坂氏『法律学の性質』民法研究三卷一頁以下）。此研究は法学の領分より自然法及び立法論等を除外せんとする点に於ては正当なるも法学を以て専ら一国法律の意義を定むる学問なりとするは狭隘に失する如し。蓋法理学、法制史、比較法学等は單に解釈を目的とするものに非ず。而も法学の範圍に属すること疑を存せざるなり。民法典の起草者の一人である富井とその後のドイツ的解釈学全盛期の学者である石坂との法律学の捉え方の違いが興味深い。

五 自由法と第一次大戦後の新思潮期

（1） 牧野英一

フランスでは、一八九九年にジェニの『解釈の方法及私法の淵源』が、一九〇二年にサレイユの「自然法と歴史派」が現れ、牧野はすでに明治三〇年代にこれらを法律学の主観的新思潮として紹介した（牧野「法律学の主観的新思潮」法協二卷八号〔明治三六〕一二八四頁以下）。牧野の自由法論は、ドイツにおける自由法論の影響というよりジェニの科学的自由探究とサレイユの進化的解釈によっている（牧野・科学的自由探究と進化的解釈〔昭和一二〕一六八頁以下、牧野還暦記念・法律における思想と論理〔昭和一二〕九頁）。牧野は、穂積から比較法学による法律の進化、富井から独仏の比較による法の理解、梅から自然法と法律の解釈を学び、これらを自然法の進化として理解し、独仏法の比較によって考えることにしたという¹。

I 概念法学批判

牧野によると、法の解釈に関する伝統的方法の欠点は、成文法を万能視すること、および法律的構成にあまりに重きを置くことである。法律的構成とは、「法律の適用の基礎として、自明なりとせられる一定の概念を予定し、

此の概念から専ら演繹的に各種の結論を描き出す」ものであり、この方法が概念法学といわれるものである（牧野・法律における実証的と理想的〔大正一四〕二九一頁～二九二頁³⁾）。牧野は、このような方法は、独断的なものであると批判する。従来は法律学をとすれば数学のようなものだと考えたが、法律の発展を考え、法律と社会との順応関係を考え、法律現象について進化を考えると、法律上の概念を普遍的なものとするのは許されないと言う（同・二九九頁）。

II 制定法に対する態度

牧野によると、成文法は人間の作ったものであるから、必然的に不完全であり、法律生活の要求するすべての解決を与えるものではない（同二八四～二八五頁）。本来不完全なものたるにすぎない成文法に対して完全性を認むべきではなく、成文法の不完全なことを如実に看取して、それを補足すべき方法を発見すべきであるとする（同・三四二頁）。そのためには、従来は法律を法律からのみながめたが、法律を一つの立法として見ないで、一つの科学として見るべきであるとし、社会学的方法の必要性を説いている（同・二九〇頁）。

III 問題性

牧野と同時代の学者には自由法論に否定的な者が多い³⁾。これに対し、牧野は、自由法論をわが国に積極的に導入しようとし、自由法論の立場から、「解釈の進歩には限界がない」と言っている（牧野・法理学第一卷〔昭和二四〕三四〇頁）。実際、牧野の法律解釈論は、「今や、法学は、従来の権利本位の法律論を捨てて、新たに、其の反対命題たる『公の秩序善良の風俗』の思想の上に法律の全体系を改造しつつある」とするところまで行っている（牧野・法律における具体的妥当性〔大正一四〕三四九頁）。このような牧野の自由法論に対しては、学理的基礎を欠いている（田中耕太郎・法律哲学論集第一卷〔昭和一七〕二七二頁）とか、外国の新しい動きとして紹介された

のみで、方法論上の議論にとどまっている（小林＝水本編・前掲現代日本の法思想六六頁〔丸山英氣〕）とする否定的な見方が多い。牧野の後、わが国では、ドイツにおけるような自由法論の発展的展開^④は見られない。

〔注〕

（１） 牧野・法律との五〇年〔昭和三〇〕二九、三四頁。穂積・富井・梅（とりわけ穂積）の牧野への影響について、堅田・前掲獨協法学三八号三九頁以下参照。

（２） これは、ドイツにおいて一般的に説かれている概念法学の捉え方（三島・前掲三二六頁参照）と同じである。サヴィニーは、法律学、法の解釈に対して歴史的方法と体系的方法を要求したが、サヴィニーの後継者とされるプフタになると、体系的方法に重点が移り、論理的整合性を至上とする論理主義に陥った。パンデクテン法学の代表者であるヴィントシャイト（一八一七―一八九二）は、このような方法論を一貫し、立法の際に考慮されるような倫理的・政治・経済的要素をいっさい法理論から排除するに至った。このようにして一九世紀半ばからドイツ法学全般を支配した傾向は、イエーリング（一八一八―一八九二）により概念法学と命名された。また、フランスでは、フランス民法典が公布された一八〇四年から一九世紀の終わりまでドイツの概念法学にかなり類似した注釈学派の時代が続いた。この学派は、成文法ことに法律を絶対視し条文の厳格な解釈を旨とした。概念法学が、当時の学界を風靡したのは、ヨーロッパ大陸における初期資本主義の発達に呼応して、法的安定性、打算可能性を要請する市民法的原理に合致したからである（団藤・前掲二七〇頁）。しかし、その後の社会的要請の変化に伴い、概念法学はややもすると反動の意味をもつようになって来る。概念法学的傾向に対する批判としては、早い時期にキルヒマン（一八〇二―一八八四）のものがある。彼は、一八四七年に、「法学の科学としての無価値性について」を書いて、ドイツのパンデクテン法学を念頭に置きながら、法学の現実遊離と非科学性を痛切に批判し、民衆の中に生きて働いているところの「人々によって現実化されている法」（「自然の法」）の社会科学の把握こそ法学の基本使命とした（こうした法学の積極的方向づけは、エールリッヒを中心とする法社会学派によって引継がれることになる。三島・前掲三三二頁）。また、イエーリングは、初期には概念法学の信奉者であったが、後期においては、その訓古学的なローマ法研究の態度や法を単に没目的に生成するにすぎないと見る見解にあきたら

ず、『ローマ法 of 精神』によってローマ法の発展の中から社会的合理性を見出すことを企て、これが、『法における目的』となって彼の目的法学として結実する(団藤・前掲二五三頁)。イエーリングは、法の成立発展において決定的な要因をなすものは、何らか崇高な法理念とか理性的思弁の働きなどではなく、一定の社会的実質的目的への奉仕という、現実的・功利的動機であることを強調している(加藤・前掲二五一頁)。

牧野の概念法学批判は、法律現象について進化を考へるという観点に立つものであり、ドイツ法におけるような法の社会科学的把握あるいは法の実質的目的といった観点は希薄である。

- (3) 富井・梅・石坂についてはすでに指摘した。その他に、三階信三「独逸ニ於ケル自由法説ニ付テ」法協三〇巻一二号「明治四五」一頁以下、上杉慎吉「自由法説非ナリ」法協三一巻一号「大正二」七五頁以下など。これに対して、中田薫「佛蘭西ニ於ケル自由法説」法協三一巻一号四〇頁以下、三二巻二号「大正二」七〇頁以下は、自由法論に好意的である。なお、前掲日本の法学五七・六〇頁で、牧野自身が当時の状況を語っている。

- (4) 概念法学的思考や注釈学派的方法を実質的に克服する試みは、ドイツ(およびオーストリア)ではイエーリングの「目的法学」を突破口に、主として自由法運動ないし自由法学(及びそこから産み出された法社会学派や利益法学派)によって、フランスではいわゆる「科学学派」の作業によって遂行された(三島淑臣・法思想史「新版」(平成五)三三二頁)。サレイユ(一八五二―一九一二)やジュニー(一八六一―一九五六)は、制定法中心の法観念に反発して、法が柔軟かつ弾力的な実在、しかも社会的事実関係そのものの中に生きて働く実在として存在することを強調した。そして、制定法形式論的操作によってではなく、社会的事実関係の「科学的自由探究」(ここで自由とは、制定法規的拘束からの解放を意味する)を通じて初めて人は弾力的な生ける法に致達しようと考えた(三島・前掲三三四頁)。また、彼らは、法学的思考における法理想の重要性を強調し、自然法を人類進化的思想と結びつけた進歩的なかつ現実が生きた法理想として捉えることによって、現実的な性格をもった、しかも歴史的に相対的な自然法の理論を展開した(三島・前掲三四七頁)。サレイユが一九〇二年に説いた「進化的自然法」は、社会の歴史的な進化の中に自然法の客観的実現を見い出そうとするものである(団藤・前掲二二六頁)。自由法運動は、フランスの場合を含めて、概念法学的・制定法中心的法実証主義の病弊に対する攻撃に熱中するあまり、他方の極端に陥りがちであり、自己の立場の理論化という点では弱さを持っていた(三島・前掲三三四頁)。

そこで、自由な法探究、法発見が単なる主観的恣意や「感情法学」に堕さないために何らかの客観的尺度が不可欠となり、この尺度を社会の中で現に人々の生活を規律している「生ける法」（エールリッヒ）に求め、その社会科学的探究を志す法社会学派（エールリッヒ、カントロヴィッツ）や、法の核心を利益保護に見出し、利益衡量の中に法解釈的方法的統一を求めようとする利益法学派（ヘック、シュタンペンなど）が形成されてくる（三島・前掲三三三頁）。エールリッヒの理論形成の出発点は、当時支配的であった概念法学的法律実証主義、そこにおいて特徴的な制定法規の無欠缺性の想定と、これに照応する一切の法的事件の既存の制定法規への論理的包摂という裁判観の批判であり、また、このような批判に対応する裁判官の創造的活動の積極的承認と、かかる裁判観を基礎とする法律学（実用法学）の方法論としての自由法学の構想である。こうした自由法学の主張がそれに科学的基礎を与える法社会学の発想に導いたのであり、エールリッヒにおいては、自由法学と法社会学は不可欠の形で結合している（磯村・前掲二九七頁）。このようなドイツ法の動向は、わが国で自由法論の発展的展開が見られないのと対照的である。

（2）穂積重遠

I 法社会学導入の先駆者

穂積重遠は、『法理学大綱』（大正六）で、外国の法社会学をはじめ組織的に紹介した。法理学の分派として、分析派、哲学派、歴史派、比較法学派とならぶものとして社会学派を登場させ、これを高く評価した。社会学派は、「法律が社会法則たり法律が社会現象たることに注目して、社会学的方法を以て法律を研究すべきことを主張す」るものという（八一頁）。

II 法解釈の方法

重遠の法律解釈の方法を示すものとしては、大連判大正四年一月二六日を扱った「婚姻予約有効判決ノ真意義」（法学志林一九卷九号〔大正六〕一頁以下）が注目される。ここで、重遠は、「慣習上は認められた方式に依って事実上の婚姻生活に入った男女の一方が婚姻届を為すことを拒絶した」という事案に対して、「正確に云わば婚姻予約

の問題とは云い得ない」とし、これは、「民法が従来の実婚主義を棄てて形式婚主義を採った結果として民法施行後に出現し来った新現象であって、民法制定当時此点に付ては多く考慮せられ」ず、これについて法規の欠缺を認めることができるという。そして、この場合、「裁判官は法規補充の権能を有する」とする。その手段として、「其当時の社会通念たる『道理』に拠る」ことになる。問題は、大審院が、「婚姻予約論に仮託した」点にあり、むしろ法規の欠缺を正面から主張すべきであつたとする。これは、重遠がドイツで学んだ自由法論をイギリスで学んだ判例法論で再構成したものと見ることができものである（利谷信義「穂積重遠」潮見利谷編・前掲日本の法学者三二一頁）、裁判所の法創造機能を正面から認めた末弘嚴太郎の主張の一手手前にあると言えよう。

（3） 末弘嚴太郎

I 裁判官の法創造

末弘は、大正七年から三年間欧米に留学し、帰国するや、横のものを縦にする時代は過ぎたとし、法律には、各国それぞれのローカル・カラーがなければならず、各国の実生活を探ることによってそれをとらえなければ、その国の法学の名に値するものは成立しないと力説した（物権法上巻「大正一〇」の自序）。大正一〇年、民法判例研究会を創設したが、その判例研究の方法は、旧来のドイツ法学的解釈法学のように実定法規から論理的に解釈を抽出するのではなく、個々の判例に現れた裁判規範を、その前提となっている事実関係との相關関係において認識しながら、これと実定法規とを矛盾のない体系に構成しようとするものであった（小林水本・前掲現代日本の法思想一〇一頁「向井健」）。末弘は、裁判所の法創造機能を正面から認め、「時には法令に明文があるに拘わらず、裁判所は社会的需要に迫られつつ、これと異なる裁判を下さなければならぬことがある」とまで明言するに至った（『判例民法』大正一〇年度序文）。

末弘は、裁判官の法創造を認めることの必要性について、次のように説いている。「今までの法律解釈理論では裁判官の創造作用を全然否定してゐた。しかも實際上創造的活動をしてゐる事実を否定し得ない為に、已むを得ず法律完全の仮説を設けて、実は裁判官の創造したものについてもそれは法律の中に初めから規定されてゐた、それを裁判官が発見したにすぎないと言ふような説明をしていたのだ。……しかし、裁判官が創造的作用を営むことが事実であるならば、事実は事実として之を認めつつ、解釈理論を樹ててゆきたい」（末弘・法学入門〔昭和九〕一五五―一五六頁）。そして、「法律的判断とは、「与へられたる社会関係を規律すべき法律規範を発見し、其規範の適用として与へられたる社会関係に関する問題に対して解答を与へること」であると言う（末弘・民法雑考〔昭和七〕一七頁）。

II 法創造のあり方

法創造のあり方につき、末弘は、法律がどのような定型的社会関係を想定しているかを確定し、それとの相関関係においてその法律規範の内容を決定することが必要であるとしている（同・二四―二五頁）。一定の規範は一定の社会関係を規律するものとして元来与えられただけの規範内容を有するにすぎない。規範内容の不精確な拡大を計ることは法律解釈を不精確にする最大の原因であり、それ故に、法律解釈は先ず規範内容の精確な限定から初まらねばならない。すなわち、「法の欠缺」の発見から開始されねばならないとする（同・二五頁）。

そして、当該事件がこの定型的社会関係に該当するときはその法律の内容に従つて判断するが、該当しないとき、すなわち「法の欠缺」が発見されたときには、規範を創造することができるとしている（同・二九頁）。しかし、それは、「事物の性質に適する」ものでなければならぬ（同・二九頁）。また、裁判ないし法解釈の「公平」の要求に應ずるために、「他の法規範との均整の顧慮による拘束」に服さなければならぬとしている（同・三二

（三四頁）。

このように、末弘は、制定法の適用を、それが本来予定した社会関係に限定することによって、その拘束力を限定した（瀬川・前掲民法講座一七頁）。これは、制定法を重視した富井や梅において欠けていた視点であることはもちろんのこと、利益法学や自由法論を意識した石坂や、自由法論を積極的に展開した牧野においても理論化が欠けていた部分であり、末弘に至って初めて明確に論じられたものである（末弘の法解釈方法論については、瀬川・前掲民法講座三〇一二頁、磯村・前掲九〇一一一六頁参照）。

〔注〕

（1） ここで、「制定法の拘束力」という観点を中心に、末弘後の我妻榮と来栖三郎に簡単に触れておく（本注の論述については、瀬川・前掲民法講座一二頁以下に多くを負う）。

（a） 我妻は、「私法の方法論に関する一考察」（法協四四卷六、七、一〇号〔大正二五〕）により、法律の中心的機能を裁判とみて裁判中心の考察方法を提唱した。この立場によれば、現行法の体系と具体的価値判断との結合が不可欠であり、①法律の実現すべき理想の問題、②社会現象の法律を中心とする研究の問題、③法律的構成の技術問題の三つの問題が生ずるとした。このうち、②については、特に法律と経済との相互関係を対象に、所有権論・債権論・企業論の三部からなる「資本主義の発達に伴う私法の変遷」というテーマと取り組み、「近代法における債権の優越的地位」（法学志林二九卷六、七、九、一〇号、三〇卷三、五、六、一〇、一一号、三一卷二、三、四、六、一〇号〔昭和二四〕、著書としては、昭和二八）が生まれた（小林川水本編・前掲現代日本の法思想一八六頁〔西原道雄〕）。我妻は、裁判官の法創造は、法律的判断がよるべき基準ないし準則は何かという問題にすぎないとし、その基準となるものを、「現行法規の論理的体系」とそれ以外のもの―「具体的事案に対する価値判断」―とに分けた。そして、この二つのジレンマを解決するために、法律的判断の過程を、判断を形成する「事実上の心理的過程」と三段論法による法律適用（現行法の抽象的一般的な法律規則を大前提とし、判断せらるべき具体的事件を小前提とし、論理的に帰結せられたものとしての構成を与へられ

ること（一）とに分け、前者が判断をつくり、後者はそれに法律的判断としての衣装を着せるとした。そして、三段論法の大前提である法規、概念については、一定の時代と社会においてもついていた具体的内容と合理性を分析し、新しい社会状態に則してその内容を改造すべきことを説いた（瀬川・前掲民法講座一二〇―一三頁）。こうして、我妻は、法律的三段論法を、実質的判断に後から着せる衣と考えることによって、制定法の拘束力を限定した（我妻民法学の初期の状況、とりわけ方法論の確立過程につき、水本浩「我妻民法学の発足―方法論の確立―」獨協大学法学部創設二五周年記念論文集〔平成四〕八三頁以下参照）。

(b) 来栖の主張は、大要、次のようにまとめることができる（来栖の法解釈方法論については、瀬川・前掲民法講座二二―三三頁参照）。

① 法解釈の主観性―「従来の法解釈論は、法源論が中心で、法規の欠缺の場合によるべき客観的基準を見出さんと務めた。そして或いは法規の欠缺は条理、自然法もしくは生ける法によって充足されると考えた。……しかし、……のこりくまなく人間生活を規定している客観的法秩序なぞあるものではない」（来栖「法の解釈適用と法の遵守（一）」法協六八巻五号〔昭和二五〕三四頁）、「そういう観念の仕方は一の形而上学であり、また自分の主観を客観の名において主張しようとする、つまり權威を借りて主張しようとする一の權威主義ではないだろうか」と言う（来栖「法の解釈と法律家」私法一一号〔昭和二九〕二〇頁）。

② 法解釈の複数性―合法的な法の解釈の複数の可能性があるとし、法の解釈には、複数の可能性を確定するだけでなく、そのうちの一つを選ぶことまで含まれるが、その一つを選ぶ理由は、主として社会的経済的政治的理由とする（「討論（法の解釈）」法哲学会年報一九五四年七三頁）。

③ 市民による法解釈―裁判官のする法解釈の他に市民のする法解釈を考慮に入れた。裁判官のする法解釈に対しては、社会的勢力関係の現存状態の安定を目安として行われ、結局、社会に支配的な見解に従うという制約がある。これに対して、各市民の行う法解釈に対する制約は、解釈する市民自身に対する納得力であり、それだけである、と言う（座談会「法解釈の『科学性』」法時二六巻四号〔昭和二九〕五八頁―五九頁）。

④ 社会学的方法―法解釈が複数ありうるとしても、最低限の制約、ないし「わく」があるとし、この「わく」については、高次の法律規範による制約、他の法律規範との均整、より根本的な法的価値との適合性、現存の社会関係を前提と

すること、推論の論理性の制約をあげている(前掲座談会・法時二六巻四号五七〇五八頁)。しかし、これらの「わく」自体が解釈者の価値判断によって左右されることの強調に力点がおかれ、基本的には、法規による制約よりも現実の社会関係への適合の要請を重視している(田中成明「戦後日本の法解釈論争」田中成明編・現代理論法学入門〔平成五〕一三八頁)。そして、正しい法解釈の方法としては、「法規範を実定法の規定からの論理的演繹によってではなく、現実の社会関係の観察・分析によってその中から汲みとるべきである」とする「社会学的方法」を提唱する(来栖・前掲私法一一号二三頁)。

⑤ 制定法の拘束力の否定——制定法は法源であって法ではない。それは、慣習(法)、判例、学説、条理と並ぶ法源の一つとして考慮されるにすぎない。何が法たるべきかの確定には制定法の意味の確定は必要欠くべからざる第一歩であるが、必ずしもそれにとどまることはできず、制定法と異なるところを法として確定しなければならないことがある、と言う(来栖「法の解釈における制定法の意義——その(一)法と法源——」法協七三巻二号〔昭和三一〕一三頁〜一四頁)。

(C) 来栖と末弘・我妻との相違点として、次の点を指摘することができよう。末弘・我妻とも、制定法の拘束力を限定するが、法規の文言の解釈には客観的な限界があると考え、制定法の拘束力自体は否定しなかった。来栖は、法と法源を区別することによって、制定法に反する規範創造を正面から認め、制定法の拘束力自体を否定した(瀬川・前掲民法講座二八〜三〇頁)。末弘・我妻が、法解釈を社会統制と捉えたのに対して、来栖は、市民社会と国家を対置し、法解釈の任務は、社会の必要を国家法に反映させることだと考えた(シンポジウム「民法学の課題と方法」法時六一巻二号〔平成一〕八頁〔瀬川信久〕)。また、来栖は、裁判官のする法解釈の他に市民のする法解釈を考慮に入れた。法解釈の主観性・複数性の主張が、これに結びついている。

六 小 括

(1) 法解釈方法論

民法典制定より前の段階で、すでに注目すべき法解釈学が存在した。ポアソナードの性法論は、成文法は絶対で

あり得ず、これは是非得失、意味内容をめぐって理論的対立の可能性があることを教え、それ自体のなかに後の自由法へと転化されるものを含んでいた。また、江木衷『法律解釈学』は、立法過程や裁判過程に学理が反映することを強く期待し、法解釈のとるべき方向として、「法律は人民の自由安全を得べき方法に解釈し国家の権利の爲には可成不利なるを宜し」としていた。さらに、明治八年に、「民事の裁判に成文の法律なきものは習慣に依り習慣なきものは条理を推考して裁判すべし」という太政官布告が出ており、そこにはフランスの自然法思想の影響が見られる。しかし、明治二二年の帝国憲法制定頃から後は、右のような法解釈は後退し、自由な学理による解釈は否定された。

民法典の起草者のうちでは、富井が制定法を強調するという傾向が最も強い。穂積は「法とは国家の命令なり」という立場ではなく、多様な社会規範の複合的發展の中に法を位置づけた。梅は自然法論者であるが、梅の自然法は制定法の否定・限定につながらないで、かえって制定法尊重を根拠づけた。梅は、「現在の規定が性法に合わないから之に依らなくても宜いと云ふやうなことは決して言つてはならぬ」とし、その理由として、「法律の目的は社会の維持と云ふことである」と言う。梅においては自然法が国家目的に結びついており、国家が制定法によって社会の維持・發展をはかるといふ法律観は、富井と変わらない。また、このような国家主義的法律観は、日本を劣者と自覚し、日本社会の維持・發展という基本的な価値観を法律進化の根底に置いていると見られる穂積と共通のものと思われる。このような法律観は、「国賦人權」論、進化論という当時の一般的法思想状況を反映したものと考えられ、一面において、法解釈方法論・法学方法論として、明治初期の天賦人權論、性法論の時代よりむしろ後退していると感じられる。このような起草者たちの法律観は、それに続くドイツ的解釈学全盛期の時代と法律観と同じであり、ドイツ的解釈学全盛期の民法解釈学は、起草者のものと基本的に同じ性質のもので、その延長と思わ

れる。^①

なお、ドイツの解釈学全盛期の時代にあつて石坂が自由法論、利益法学を紹介し、また、日本法学の独立を主張しており注目されるが、石坂の早世によりその後の発展が見られず、とりわけ利益法学についてはこれを引き継ぐ研究もあまり行われずに今日に至っている。自由法論については、牧野が執拗なまでにこれを主張するが、学理的基礎を欠いたものと批判されており、自由法論から利益法学や法社会学を産んだドイツにおけるような発展的展開は、わが国では見られない。民法解釈学の飛躍的発展は、裁判官による法創造を正面から認めた末弘（大正一〇年頃）以降のことと見られる。その基盤を準備した穂積重遠の業績も忘れてはならない。

制定法の拘束力という観点から見ると、末弘は、制定法の適用を、それが本来予定した社会関係に限定することによって、その拘束力を限定した。我妻は、法律的三段論法を、実質的判断に後から着せる衣と考えることによって、制定法の拘束力を限定した。これらは、制定法を重視した富井や梅において欠けていた視点であることはもちろんのこと、利益法学や自由法論の影響を受けた石坂や牧野においても理論化が欠けていた部分である。もっとも、末弘・我妻とも、制定法の拘束力を限定するが、法規の文言の解釈には客観的な限界があると考え、制定法の拘束力自体は否定しなかった。これに対して、来栖は、制定法の拘束力自体を否定した。そこで、制定法に依拠しない法解釈の正当性が問われることになる。これが、第二次大戦後の法解釈方法論の中心的な課題になるのである。

（2） 法学の性格、対象、研究方法など

民法典の起草者たちは法律学について総合的な見方をしており、法についての多面的な研究、隣接諸科学の考慮の必要性を説いている。しかし、このような総合的な考察は後世に引き継がれず、ドイツの解釈法学全盛期を迎え

る。この時期の石坂は、法律学の対象を狭いものと捉えていた。法律学の研究方法についても、起草者たちの時代には、歴史的・比較法的方法の必要性が強調されたが、その後のドイツ的解釈法学全盛期には、もっぱらドイツ的解釈法学の直輸入がなされてゆく。なお、穂積や富井は法律学を科学としており、石坂・牧野などにも法律学を科学とする指向が見られる^③。

自然法論は梅の後にはあまり支持者がなく、西洋におけるような新自然法・自由法論の進展がない。これが、わが国で自由法論がその後の発展的展開を見せなかった理由の一つなのではないだろうか。わが国における末弘以降の法社会学の発展は、自然法の不振と何らかの關係があるように思われる（法社会学が自然法の代替物の役割を果たしたのではないか）。ここでもやはり末弘の大正一〇年頃以降の仕事が重要な位置を占めるのではないか。

〔注〕

（１） 瀬川・前掲北大法学論集四二七頁も、「法解釈の実質を見るときは、『ドイツ的概念法学』は、前の時代の梅・富井の民法学の帰結とみるべきように思われる」とする。

（２） これらは、第二次大戦後の川島武宜の科学としての法律学の主張に連なるものと思われる。川島の主張は起草者以来、わが国の民法学の底流に流れてきた指向を受け継いであるものである。星野・前掲五一頁は、第二次対戦後の川島らの科学主義が、「明治以来のわが民法学の伝統を継いでこれを一層強化している」と言う。川島については、瀬川・前掲民法講座三四頁以下、および「特集・川島法学の軌跡」ジュリスト一〇一三号〔平成四〕一〇頁以下参照。

（３） 例外について、星野・前掲二〇一頁参照。星野は、自然法論者として、田中耕太郎、山本桂一、星野英一をあげている。

〔あとがき〕 本稿は、獨協大学特別研究助成制度にもとづく共同研究「日本民法学史」における研究成果の一環として、各自が負担した項目に関する論稿である。