末弘厳太郎の法社会学

小　谷　朋　弘

1．はじめに

事典によれば(1)、末弘厳太郎は「当時優勢であったドイツ流概念法学を批判し、社会生活の中に存在する法を重視しなければならないことを説き法社会学の先駆者となり、また、新しい判例研究の方法論を提唱し、あるいはまた日本の労働法学の開拓者となった。」異論のないところである。末弘によって創始されたわが国の法社会学は、その後、戒能通孝、川島武宜らによって受け継がれ、発展を遂げる。わが国の法社会学研究の歴史的展開を検討すれば、こうした継承発展の系譜が浮かび上がる(2)。

末弘の法社会学は、時期的には大正後期を中心に展開されたものであり、すでにその役割は終えているかにみえる。しかし、今日の法社会学をみても、たしかに川島の経験科学的法社会学が中心とはいえ(3)、多くの法学者の法社会学的思考に通底するものは、末弘以来の法社会学にほかならない。(4)

では、末弘法社会学とはいかなるものか。実態調査研究であるとか、現実に則した立法や解釈であるとか、あるいは社会問題への取り組みであるとか、個々の法学者の問題関心によって部分的な抽出が行われる。それは、残念ながら、末弘自身によって法社会学の体系化が行われておらず、かれの法社会学の考え方あるいは理論の特質がかならずしも明瞭でないことによる。したがって、末弘の法社会学を理解するためにはかれの様々な法社会学的営為の中に踏み込んでいく必要がある。

この小論では、今日においてもなお多くの法学者を惹きつけている(とみられる)末弘法社会学を取り上げ、その考え方乃至は理論の特質を明らかにし、ひいては現代日本法社会学の理解に役立てたいと考える。以下では、概念法学批判、「ある法律」の探究、そして法的実践の、3つの点から末弘法社会学の特質にアプローチしたい。(5)(6)

社会分析　20　1992

注

(1) 千葉正士・清水英夫編『法思想小事典』勁草書房、1971年。

(2) このような継承の系譜はすでに戦前において形成されており、そこでは法社会学のパラダイム化もみられる。拙稿「戦前日本法社会学のパラダイム」『広島法学』(広島大学法学会)第12巻4号、1989年、125—68頁を参照。

(3) 川島法社会学は末弘から発してはいるが経験科学的性格を特徴としており、その点で末弘法社会学とは異質なものと捉えられる。

(4) 日本法社会学会の構成をみれば判るように、それは法学者全てを糾合する基礎学会あるいは親学会という性格をもっている。したがってそこではたしかに川島に導かれる経験科学的法社会学(法現象の科学的把握を志向するもの)がメインとはいえるが、かならずしも多数派ではなく、多くの法学者はまたそれとは別様の法社会学(末弘流)を志向しているように見受けられる

(5) 末弘法学の研究としてもっとも有為なものは、磯村哲『社会法学の展開と構造』日本評論社、1975年である。そこでは末弘法学の思想構造が詳細に明らかにされている。

(6) なお、以下の引用では、原則として新字体を用いることをお断りしておきたい。

2．概念法学批判

末弘の法社会学への志向は、大正10年(1921)に著された『物権法(上)』の「自序」(1)に端的に示されている。それによれば、法律学は2つの部門から構成される。「あるべき法律を説く部分」と「ある法律を説く部分」である。前者が、法典の上での法律を対象にする従来の法律学部門、後者が、社会生活の上に生起する法を対象にする法社会学的な法律学部門である。末弘は、「あるべき法律」を説くにしても、まず「ある法律」を探究することが重要であると考える。

> それ(ある法律)を度外視して十年一日の如く「法典」と「外国法律書」とのみに没頭して「概念」の精確さと「論理」の一貫とを誇らむとする。其学者にして若し無限の想像力を有するに於いては「甲説」「乙説」「第三説」「折衷説」…は愚か無限のヴァリエーションを発見し得るだろう。乍併ヴァリエーションを作り得て之を誇らむとするが如きは畢竟朝顔を作る隠居の趣味と相去ること遠からざるものである。世の中の人は何とかして現在実際に行はれつつある唯一の「ある法律」を知らむことを希望している。彼等にとってはヴァリエーションは何よりもの禁物である。「法の不確実」それが世の中にとって一番迷惑なものである。吾々は何とかして自分の想像力だけを頼りにして矢鱈に学説のヴァリエーションを作りたくない。何とかしてすなほに「ある法律」をありのままに求めてありのままに説明したいのである(2)。

末弘においては、「法典」や「外国法律書」による法学説の提示は、現実から遊離した無意味な学的作業にすぎない。求められるものは何よりも確実な「ある法律」であった。とはいえ、「ある法律」はそのまま「あるべき法律」に置き換えられるものではない。「ある法律」をもとに概念の洗い直しが行われ、そこから「あるべき法律」が創られる。

> 「あるべき法律」を説くに付いても、「ある法律」をすなほに研究して、其所に新しきデータを得た上、之に基いて在来の「概念」を審査することなく、或は外来－乃至は在来－の概念を其まま無批判に受け入れ、或は自分の想像力だけから独断的に小刀細工を以て「概念」に小変更を加へ、又は之が巧みな組合せを試みるだけでは学問上遂に何等の権威をも成し得る訳がない。「事実」に依って「概念」を洗へ、そうして其洗はれた活きた新しい「概念」の上に「あるべき法律」を築かねばならぬ。然らざる限り其築く所のものは遂に砂上の楼閣たるに過ぎない(3)。

現実から遊離した観念的法律あるいは空疎な法律を排し、現実に基礎を置いた「あるべき法律」を創り出そうとする、以上のような末弘の考え方こそ、当時支配的であった観念的法律学すなわち概念法学に対立する新しい考え方にほかならない。概念法学の呼称は、周知のように、R.イェーリングの造語にはじまるが、それは19世紀半ばヨーロッパの大陸法系諸国で、国家法あるいは法典を対象にその法概念の精緻化を課題とした法学の総称である。概念法学の理論的特徴は、典型的には3段論法にみられるように、厳格な形式論理的操作であって、その過程からは政治的・経済的・道徳的といった法外の諸要素は一切排除されている。その結果、概念法学は、現実から遊離した法的判断に傾き、また多様な問題に対する適切な判断を欠き、変動する社会情勢の下で、その欠陥を露呈せざるをえなかった。

わが国においてこのような概念法学が支配的になったのは、明治期にドイツ法体系の導入によって近代的法制度の確立が図られたことによる。大日本帝国憲法をはじめとして、民法、商法、民事訴訟法、さらには刑法や刑事訴訟法に至るまでドイツ法をモデルとして法典の編纂が行われたのである。そして、とりわけ注目すべきは、これらの法典整備作業がほぼ完了した19世紀末以降、わが国の法学者がドイツ法学の圧倒的な影響の下に、それぞれの分野において体系的な学説の確立に努めたことである。これによって、「概念法学」という法学方法論がわが国の法学界を支配するに至ったのである(4)。

末弘が提示した「あるべき法律」の基礎あるいは土台としての「ある法律」の研

究は、このような意味で、当時の支配的な概念法学に対する真正面からの挑戦であった。しかし、概念法学に対する批判は末弘を嚆矢とするものではない。それはすでに、世界的潮流として渦巻いていた。概念法学の母国ドイツにおいては、すでに19世紀中葉、J.H.キルヒマンによって、「立法者が3つの言葉を訂正すれば全文庫は反古となる(5)」という言葉に示されるように、法律学の非科学性に対する手厳しい批判が寄せられていた。この批判は大きな広がりをみせなかったが、法律学に対する懐疑の眼を養うには十分なものであった。こうして19世紀末から20世紀初頭にかけて、概念法学に対する広範な批判が提起された。いわゆる自由法運動である。自由法運動の思想は、要約していえば、国家法から独立した、いわば自然法に比定される「自由法」の復権とそれにもとづく国家法の欠缺の充塡、そして裁判官の法創造的機能の容認である(6)。このような自由法運動の視点は、概念法学の国家法万能主義を根底から揺さぶるものであった。

たしかに概念法学は、法外の諸要素を考慮せず形式的論理操作を貫徹することによって、裁判官の自由裁量を抑え、法的安定性をもたらす。そしてこのような法的安定性のもとにはじめて経済行為の予測性あるいは計算可能性が保証され、資本主義経済の発展が促進される。この意味で、概念法学は初期資本主義社会に適合的な法学であった。しかし、19世紀から20世紀初頭にかけて資本主義がさらに進展するにつれ、さまざまな社会的矛盾が露呈するとともに、概念法学はその使命を終わらざるをえなくなった。しかもこのような法学の傾向は、世界的潮流として、ヨーロッパのみならず判例法の国アメリカにおいてもみられ、機械的法律学(アメリカ流概念法学)に対するプラグマティズムの立場からの批判(7)などが現れている。

末弘の法社会学への志向はちょうど、このような世界的な法学の転機と重なるものである。その意味で、大正7年(1918)から9年(1920)にかけての、アメリカ、スイス、フランス、そしてイタリーへの留学は、末弘の法学研究の一大転機、もっといえばわが国における法社会学の生成の重要な契機をもたらしたものである。実際、末弘は、この留学でO.W.ホームズ、R.パウンド、E.エールリッヒらの新しい思潮に触れ、法社会学への志向を深めたとみられる。帰朝後相次いで出された『物権法(上)』『農村法律問題』『労働法研究』は、法社会学3部作といえるものだが、まさに欧米の法社会学的考え方を基軸にして書かれたものであった。

しかし、末弘法社会学のモデルをどこに求めるかは難しい問題である。諸著作には、イェーリングをはじめホームズ、パウンドなど新思潮の多様な影響がみてとられる。だが、理論構成から判断すれば、やはりE.エールリッヒである。改めていうまでもなく、エールリッヒの主著『法社会学の基礎理論(8)』は、「法社会学」と銘打

った最初の書物であると同時に、国家制定法に対して人々の日常生活を現実に規定するいわゆる「生ける法」の重要性を指摘し、国家法－生ける法の対抗関係の分析を軸とした法社会学を構想したものである。先に述べた末弘の「ある法律」と「あるべき法律」という、法の2つのカテゴリーと両者の関係づけは、このようなエールリッヒの考え方と重なるものである(9)(10)。

以上のように、末弘の法社会学は、世界的な法学の新思潮と共鳴するような形で、当時の支配的な法学であった概念法学を超克するために構想されたものである。その意味でそれはあくまで法学方法論としての性格をもつものである点を銘記しておかなければならない。しかも、末弘法社会学が克服しようとした概念法学の問題性は、わが国においては単に資本主義の進展にともなう社会問題の深刻化といった問題だけにとどまらず、文化的背景を異にする外国法の継受といった問題、さらにはドイツ法体系の導入による天皇制を基軸にした国家主義体制の強化といった問題にまで及んでおり、複雑な様相を呈している。末弘の新しい法学方法論が、あとでみるように、特殊な性格をもつのはこのような問題性を反映した結果といえる。

注

(1) 末弘厳太郎『物権法(上)』有斐閣、1921年、1－7頁。

(2) 同上書、5頁。

(3) 同上書、5頁。

(4) 碧海純一・伊藤正巳・村上淳一編『法学史』東京大学出版会、1983年、119－20頁。

(5) Jurius Hermann von Kirchimann, Die Wertlosigkeit die Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848. 田村五郎訳「法律学無価値論」『概念法学への挑戦』有信堂、1958年、28頁。

(6) 自由法運動の法思想史的意味については、平野敏彦「自由法運動」長尾竜一・田中成明編『現代法哲学2』東京大学出版会、1983年、237－72頁が参考になる。

(7) 例えば、周知の、O.Wホームズの「法の生命は論理ではなく、経験である」との批判的言明、あるいはR.パウンドの「社会工学」の主張など。

(8) E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913. 河上倫逸・M.フーブリヒト訳『法社会学の基礎理論』みすず書房、1984年。

(9) エールリッヒの基本的視座は、正確には国家法―法曹法―生ける法の3層構造であるが、大きくは国家法―生ける法と捉えてもよい。しかも末弘においては、後でみるように、裁判による法の定立も視野に入っているから、実質的には3層構造的視点とみてもよかろう。

(10) 高柳賢三の要請を受けて、エールリッヒが日本の法学者のために寄稿した“Gesets und lebendes Rechts”(鳩山和夫訳「成文法と生きた法律」『法学協会雑誌』第38巻12号、1920年)が『法律時報』

に再録された際に、末弘は冒頭に再録の趣旨を記している。そこには末弘のエールリッヒ理論に対する強い傾斜がみてとられる。

3．「ある法律」の探究

概念法学の国家法至上主義に抗して「ある法律」あるいは「生ける法」の存在意義を強調する新たな立場は、具体的方法として、「ある法律」の探究に向かう。末弘においてはそれは、判例の研究と慣行調査の２つの方向で展開される。

大正10年(1921)、末弘は、東大民法研究室内に判例研究会を開催した。末弘の外に、我妻栄、平野義太郎、穂積重遠など錚々たる顔触れが集まった。研究会の成果を記した「民法判例研究録」の序には(1)、判例研究に対する態度が鮮明にされている。それによると、「研究の目的は具体的法律を知らむとするにある」とされ、そのために「裁判所の『創造』的性質」を重視するとある。つまり、末弘の認識では、立法府のつくり出した法だけが法ではなく、裁判所もまた法を創造する。換言すれば、立法府は法の外囲をつくり、裁判所はその内容をつくる、のである。このような裁判所あるいは裁判官の役割重視の視点はまさに、硬直した概念法学に対する自由法論などの批判にみられたものであった。

判例研究に対する末弘の意義づけは、具体的には「判例の法源性と判例の研究」に示されている。末弘によれば、大正中期頃までのいわゆる判例批評は、判例を先例として法となるものとしての批判ではなく、きわめて抽象的な批判に終わっている。それに対して今日(大正後期)の学者は、判例法を肯定する立場から出発しており、その意味で一歩前進している。だが、大正後期の学者にしても、なぜ判例から法が生まれるか、といった問題にまで踏み込むものではないとされる(2)。こうして末弘は、判例とは何か、また判例法が法律的拘束力をもつとはいかなる意味か、について明らかにする。

> およそ裁判官がある具体的の一事件につき裁判をする場合には、その事件に適用せらるべき法規範を脳裡にえがきながらそれを適用するのである。そして法規範を脳裡にえがくということは、必然もし別に当該事件と「同実質の事件」あらば、その法規範をその事件にも適用して差支えないという意識をともなうことを意味するから、裁判官みずから主観的には当該事件を裁断することだけを考えているとしても、客観的に観察すると、そこにかならず他の「同質の事件」にも適用しうべき法規範の伏在しているのをみいだしうる…。(3)

末弘によれば、判例の実質的本体は、裁判所が当該事件の実質を類型的にとらえ、それと類型を同じくする他の事件に適用することも可能と考えて、当該事件を裁断するために創造した法規範ということになる。周知のように、当時の通説は法の完全無欠性の立場をとっており、したがって、裁判官は既存の法を発見するにすぎず決して法を創ることはない。こうした通説に対して末弘は、事件は千差万様であり、すべての事件に適用される法規範が前もって用意されているはずはなく、かならずある程度までは法規範の創造を必要とすると考える(4)。とはいえ、判例が法となるためには、判例もアドホックであっていいわけはない。やはりそこには、他に「同実質の事件」があればそれにも適用可能とする判断が必要とされるのである。またそれによってはじめて、先例として拘束力がもたれるのである。(5)

判例についてのこのような末弘の考え方は、「同実質の事件」に対して同じ法的判断が下される可能性に判例の「法源性」をみようとするものであり、それは判決の予測を導き出すものとなる。したがって末弘の判例研究は、かれ自身認めるように実用法学の大きな課題を果たすものといえる。しかし、このような判例の法源性を確認する作業は、国家制定法に対抗する「生ける法」の地位を確認することにもつながっている点に注意しなければならない(6)。しかも判例研究は、後述するように、日本法理の探究において重要な役割が与えられており、そこでは判例は、日本独自の社会的文化的伝統を顕現するものとして、継受された西欧法のいわば対抗的地位を担わされているのである。このようにみると結局、末弘の判例研究は、裁判による現実に対応した法の定立という意味だけでなく、「生ける法」の復権や日本独自の法の現実化という重要な意味を担うものだといえる。

さて、「ある法律」の探究として判例研究以上に注目されるものが、いわゆる慣行調査である。法社会学の最初の著作である『物権法(上)』においては、「ある法律」を探る方法として、判例とともに新聞雑誌記事が指摘されるにとどまる。しかし慣行調査の必要性は十分認識されており、『農村法律問題』や『労働法研究』においては、農民や労働者階級の実態が理論展開の土台になっている。だが、慣行調査が方法論として明確化されるのは、中国農村の慣行調査をへて日本法理探究の方法を確立する作業においてである。

中国農村慣行調査は(7)、昭和14年(1939)10月にはじめられ、昭和19年(1944) 3月に終結をみた。調査機関は、理論を担当する東亜研究所(日本)と調査を担当する南満州鉄道株式会社調査部(華北)から構成された。理論部のリーダーが、ほかならぬ末弘であった。調査の目的は、日中戦争下を反映してやはり中国の「占領統治」にあった。しかし末弘らの認識ではあくまで目的は、立法や行政のための参考資料を

得ることではなく、中国の民衆が如何なる慣行の下に社会生活を営んでいるか、言い換えれば、中国社会に行われている慣行を明らかにすることによって、中国社会の特質を生けるがままに描き出すこと、であった(8)。このようにして当初末弘らは、10年間を1期として2期、3期と続く長期的視野の下に、中国農村社会の根本的究明を目指した。しかし日中戦争の進展にともなって、結局、戦局に役立つものだけが強要されてゆき、ついには戦局の急迫化とともに慣行調査事業は打ち切られるに至った。

短命に終わりかつさまざまな制約のあった中国慣行調査ではあったが、末弘法社会学にとってはきわめて重要な意味をもつものであった。それは何よりも、理論部を担当した末弘によって、調査方針あるいは調査方法論が明示されたことである。

末弘によれば、法的慣行は、本来固定不動の形において存在するものではなくて、現実の生活とともに流動的に生きているものにほかならない。すなわち、「伝統的にして従って固定的傾向をもつ在来の秩序と日に日に生成して已まない新しい社会形成力との接触面に不連続線的渦流の形で発生し動きつつあるものこそ法的慣行存在の実相に外ならないのである。(9)」このような認識のもとに末弘は、中国社会において社会諸関係を現実に規律している法的慣行を「動きつつあるがままに如実に捉へること(10)」を提案する。

末弘によって示された法的慣行の存在形態は、後に「社会秩序の力学的構造」として理論化されるが、このような法的慣行の把握は何よりも、国家制定法に対する慣行の独自性を強調しようとするものであった。すなわち、当時の国家法万能の法理論にあっては、慣行あるいは慣習法は法としての地位を認められないか、認められても2次的なものにすぎない。そうした状況の中で末弘は、慣行を伝統的な固有の法として、国家法と対等の地位に引き上げようと考えたのである。それは何故か。それは、国家法がしばしば現実の社会規範を過小評価し抑圧してきたからにほかならない。だが末弘の考えでは、現実社会に基礎を置かない法律は決して有効性を保障されることはない。すなわち、「解釈法学的ドグマは政府が一定の命令を制定すると社会現実の法規範までが当然それによって変更されて制定法令が当然社会的に法規範としての実効性をもつに至るやうに考へているけれども、現実は全くそれと異なる(11)」のである。

中国農村慣行調査でえられたこのような方法論は、その後日本法理の探究方法をめぐる議論の中で整理され明確化される。その意味で、昭和18年(1943)の「法律と慣習—日本法理探究の方法に関する一考察」は重要な論文である。末弘はそこで、日本法理の探究方法に関する諸説を一面的として斥け、「慣行調査に依る方法」を主

張している。その理由として末弘は、物理探鉱法やプリズムによる星の組成分析を例にして次のように述べている。「一定の物に一定の力を加えると一定の抵抗がある。従ってその抵抗を測定するに依ってその物の性質を探知し得る事は周知の事実である。(12)」

末弘が慣行を物理的「抵抗」になぞらえたのは、先に触れた中国農村慣行調査を通じて、いわゆる「社会秩序の力学的構造」なる構想に到達したからであった。それは「実在の社会秩序は静止不動の形に於いて存在するものにあらずして、各種社会力の力学的な相克持ち合いに依って成り立っている(13)」とする、動態的な社会秩序観にほかならないが、このような秩序観の下にはじめて、国家制定法に対する法的慣行の作用・反作用が視野に捉えられることになる。

しかし、何故このような視点が、とりわけわが国独自の法理の探究に必要であるのか。理解の鍵は、わが国の社会的文化的特殊性すなわち明治以降の西欧化にある。末弘によれば、明治維新以降欧米の文化が輸入され、それとともにそれに特有の経済法則、社会法則が流入した。そして不可抗力の力でもってわが国を支配し、さらに明治政府はそれにならって諸種の制度機構を樹立した。とすれば、この新しい社会法則あるいは新制度に対してわが国固有の伝統力が果たしてどの程度まで抵抗しえたか、その抵抗の実情を精確に測定すれば、それによってわが国固有の伝統力が何であるかが探知され、ひいては日本社会に妥当する法の特質を知ることができる(14)。要するに、末弘の考えは、移入された西欧文物とわが国固有の伝統との対立・葛藤に視点を据えることによって、日本社会の特質さらには日本社会に妥当する法の特質を把握しようとするものといえる。

そのための具体的方法として、末弘は、判例の研究と民間における慣行調査を挙げている。欧米の法学教育を受け欧米流の法令を運用する裁判官といえども自ずからわが国独自の法理念や法技術に導かれるのではないか、と末弘は考える。したがって「我国の社会に固有なる伝統の力と日本人としての裁判官とが欧米風の法制と法学に対して不知不識の裡に如何に抵抗したかを知るに依って、吾々は日本法理の基礎たるべき日本的特質を科学的に測定し得る(15)」ことになる。また末弘は、慣行調査によって、法律が実際にどの程度までおこなわれているかを知ろうとする。それがひいては国家的規律に対する抵抗力を明らかにし、日本社会の特質や法理を鮮明にすると考えるからである。「かかる習俗を科学的に調査すれば、それを通して身分的規律(身分法)に関し我国の社会が如何に国家の法的規律に抵抗するかを知り得る譯であり、之に依って我国社会の特質、従ってこの社会に適合する法原理と法技術とを見出し得る(16)」とする。こうして末弘は、つぎのように結論づける。すなわ

ち、「判例なり民間の法的慣行なりを組織的に調査研究すれば、必ずや明治此方我国の法制並に法学を圧倒的に支配している西洋風の法理念並に法技術に対して我国の人及び社会が如何に抵抗したかを知ることが出来、これを通して自ら凡そ法に関して日本的な特色を明かにし得る(17)」と。

以上のように、末弘においては、判例研究と慣行調査の2つの方向で「ある法律」の探究が積極的に行われるが、とくに注目されるのはこうした「ある法律」の性格づけである。すなわち、末弘においてとりわけ重要視されている法的慣行は、国家制定法に対置すべき「法」の拠点であり、また異文化の法すなわち継受法に対抗する独自の法としての拠点であり、さらに強圧的権力的な国家法に対する「抵抗」の拠点でもある。こうした慣行の性格づけこそ、わが国における概念法学の問題性の集約的表現とみることができる。しかもまた判例研究にしても、先述したように、実用法学の立場から「判決予測」を最大の課題とはしているものの、日本法理研究にみられるように、やはりそれは国家法至上主義に対する異議申し立てであり、また「日本的なるもの」の復権の足場でもある。このように、末弘においては、判例や慣行といった「ある法律」の探究は、単なる事実の発掘を越える、思想的戦略的意味を担ったものであることを見逃してはならない。

注

(1) 「民法判例研究録(1)」『法学協会雑誌』(法学協会・東京大学法学部) 第39巻9号、1921年、170－83頁。

(2) 末弘厳太郎「判例の法源性と判例の研究」『民法雑記帳(上)』日本評論社、1940年、22－3頁。

(3) 同上書、28頁。

(4) 同上書、49頁。

(5) この点で、末弘は「重要なるは理論の一貫にあらずしてむしろ事件の実質的取扱い方の一貫である」という。末弘、同上書、33頁。

(6) 当時の多数説の代表である穂積説は、同趣旨の判決がしばしば繰り返されることによって慣習法が発生するという。これに対して、末弘は、繰り返された判例から慣習法が生まれることと判例それ自身が法源性をもつかどうかは全く別問題とする。つまり、同趣旨の判決が繰り返されることによって法源力が強くなることはたしかであるが、このような法源力の強弱と法源性の存否とは別問題。このような末弘の見解にも、法的慣行の独自性を強調する態度が窺われる。末弘、同上書、23－7頁。

(7) この調査の成果は、次のものにまとめられている。中国農村慣行調査刊行会編『中国農村慣行調査』(全6巻)岩波書店、1952年。

(8) 同上書(第1巻)、18頁。
(9) 同上書(第1巻)、19頁。
(10) 同上書(第1巻)、19頁。
(11) 同上書(第1巻)、20頁。
(12) 末弘厳太郎「法律と慣習ー日本法理探究の方法に関する一考察」『法律時報』第15巻11号、1943年、3頁。
(13) 同上書、2ー3頁。
(14) 同上書、3頁。
(15) 同上書、3頁。
(16) 同上書、4頁。
(17) 同上書、4頁。

4.法的実践

末弘においては、いまみたように、「ある法律」の研究方法が明確にされるとともにその探究が意欲的にすすめられていった。末弘が、このような「ある法律」の探究を通して意図したことは一体何か。それは、「ある法律」をもとに「あるべき法律」すなわち日本の社会に妥当する法律、もっといえば人々のための法律を創り出すことにほかならなかった。さらに正確に言えば、法制化による社会問題の解決である。これがいわゆる法的実践である。

末弘法社会学の展開期は、一方では、わが国の資本主義の急激な展開によって体制の内部的矛盾が激化し「半封建的」官僚国家権力および地主・ブルジョア階級の支配力に対する労働者・農民階級を中軸とする民衆の対抗関係が前面化した時期であり(1)、他方で、大正デモクラシーの民主主義的風潮が広がる中で市民的権利の擁護が叫ばれていた時期でもあった。このような時代的背景をもとに、末弘の法社会学は、市民の権利擁護を課題とするいわゆる市民法学として、とりわけ法的実践を重視するものになったといえる。『物権法(上)』に続いて出された『農村法律問題』と『労働法研究』は、当時の被抑圧階級であった農民と労働者の問題に対する末弘の法的実践の成果である。

周知のように、入会の研究は、法社会学史上の金字塔と評される戒能通孝の『入会の研究』以来、わが国の法社会学の主要な研究領域を構成してきた。『農村法律問題』の1つの柱はこの入会問題であり、それはまた戒能の研究を方向づけたものとしても知られる。入会問題に対する末弘の基本的立場は、「部落有林野と農村生活」のはじめの部分に明らかである。

農村の生活殊に其の貧民の生活にとっては、林野其他から採取される天然資源は極めて重要の価値を有する。否、時には絶対的に必要である。此故に彼等をして農村の生活を断念せしめるか、又は少なくとも彼等をして純然たる賃金労働者として貨幣経済を営むに至らしむるだけの覚悟があらば格別、然らざる限り学者や政治家が空に考へた理論を当てはめて彼等から実物採取の権利を奪ひ去ることは農村維持の為め極めて危険である(2)。

末弘によれば、入会権は、農村の「貧民階級」の生活にとって絶対に必要なものであり、その意味で生存権的なものである。したがって、このような観点に立たない空理空論は、いたずらに入会農民の生活を脅かすばかりか、日本の農村あるいは農業の衰退をもたらす結果ともなりかねない。

空理空論として末弘が斥けるものは、いわゆる「共有」説であり、支持するものは「総有」説である。両説とも多数の人が物の所有者である点では同じであるが、前者が個人主義的であるのに対して、後者は団体主義的である。簡単にいえば、「共有」では、多数人が各々の権利(持分)を有しながら共同するのに対して、「総有」では、多数人が一体として権利の持主となり、協働して全体の福利を増進させる。末弘は、歴史的沿源にまで考察を加えて、このような入会権の総有的性格を明らかにしている。だが、明治民法の個人主義的法思想の下では、団体法的法思想である総有説は簡単に受け容れられるはずはない。にもかかわらず、否、それだからこそ生活実態に則した法理論の必要性を、末弘はあくまで訴える。すなわち、「私は世の公有林野整理問題を考へる人々、之が実施に当たる人々に言ひたい。諸君は自己流の個人主義的法律思想を以て事を裁いてはならぬ。諸君は自己の脳中に『法律』を探してはならぬ。諸君自らの眼を以て現実を直視して自ら事実を考へねばならぬ。然らずして漫りに他人の『生活』の根底を破壊せむとするが如きは甚だしき罪悪である。(3)」

さて、『農村法律問題』のもう1つの柱は、小作問題である。周知のように、戦前の農村社会を大きく規定していたものが地主＝小作制度である。一方には大規模な農地の所有者、他方にはその農地を借りて耕作・経営する小作農、このような両者の関係によって農村社会が維持されていた。だが資本主義の進展とともに、両者の関係は紛糾を増していった。これがいわゆる小作争議である。小作争議は、小作料の減免・改訂、あるいは小作契約の解除などをめぐる地主と小作の間の争いであり、その意味で経済闘争にほかならない。しかし小作争議の問題性は、それが単なる経済闘争にとどまらず、農村社会の最底辺に押さえ込まれた小作農の人権闘争という

性格をもっていた点にある。

小作争議は、第一次大戦以降激化し、大正6年(1917)には85件であったものが、大正10年(1921)には1,680件、さらに昭和元年(1926)には2,751件と激増している(4)。このような状況をうけて政府は、小作農保護のために、大正9年(1920)農商務省に小作制度調査委員会を設け、小作法の制定を図った。しかし結局は、地主層の激しい反対に遭って成案をみることはできなかった。そしてその代わりに出来上がったものが大正13年(1924)の小作調停法である。だが小作調停も、調停委員の選任が裁判所に委ねられており、しかも小作側の代表者の参加が保証されていなかったために、小作農にとっては満足のゆくものではなかった。

『農村法律問題』では、「永小作の法律関係」「小作問題と小作法」「小作争議と小作調停法」の、3章170頁にわたって小作問題が論じられている。中でとくに重要なのは、小作立法にかんする2番目の論文である。ここには小作問題に対する末弘のスタンスが、次のように述べられている。

> (法律をもって小作人の権利を確立することは)いざと云ふ際、悪い地主、冷酷な地主の現はれた場合に小作人を保護せむとするものたるに過ぎない。平素唯地主の好意のみに依倚し何ら特に保護せられたる法律的地歩を有せざる小作人は、日夕只管に地主の好意を失はざらむことを努めねばならぬ。其所自ら威圧と屈従とが生まれるのは当然である。伝習的に事実上の威力を備へて居た地主にとってはそれは確かに都合のいいことに違ひない。けれども口に温情を説き淳風を唱へる人々が、強いて対手を法律的に劣勢なる地位に止め置き、之に依って事実上の威力を己の手中に保持せむとする其の態度は明らかに卑劣であり不道徳である。対手を奴隷とし牛馬として之に温情を垂れむとするのである。それは決して道徳的ではない。完全なる人格を要求する小作人の堪え得べき所ではない。

みられるように、末弘は、地主＝小作関係が支配と服従の関係となっている原因を小作権の法律的基礎の弱さに求める。しかしまた同時にそうした権利化を妨げる根本的要因として、小作人の人格を無視し伝統の上にあぐらをかいている地主層の態度を問題とする。このようにして末弘にとって小作問題の真の解決は、伝統的権威によって維持されてきた地主＝小作の非民主的関係を法制化によって民主的関係に転換すること以外にはなかった。

ところで、先に触れたように、小作問題の解決は結局小作立法ではなく小作調停法の成立で終わるが、こうした調停法的解決に対する末弘の態度はとくに注目されるものである。

争議は結局これ自身が目的ではない。若しも多少とも有利に解決するものであれば、一日も速やかに解決せねばならぬものである。此故に真に小作人と其の家族との幸福を思ふものあらば、又国家食料の将来を憂ふるものあらば、調停制度の新設そのものに向って絶対的の反対を唱ふべき理由は少しもない。

小作人はよろしく大に調停制度を利用し、一方に於いては之に依って其の地位の漸進的改善を企て、他方に於いては調停制度夫れ自身の改良に向って其力を致すべきである。さうして更に進んでは地主譲歩の第二段たる小作法の制定に向って其力を致すべきである(6)。

末弘は、争議の根本的な解決のためには調停にとどまることなく第二段階として小作立法を展望してはいる。しかし当面は、地主側の譲歩の第一歩である調停を積極的に利用することを勧める。それは、地主＝小作の階級的対立を越えた「家族」の安寧と、国民的視点からの農業(食料)問題の解決から要請されているのである。このように、小作問題に対するスタンスには、漸進主義的あるいは改良主義的思想が端的に現れており、これが末弘法社会学のいわば基調とみられる。

一方、農村における小作争議の頻発と並行して、都市社会においても、大正８年(1919)の石川島造船所や東京砲兵工廠にみられるように、劣悪な労働環境におかれた工場労働者による労働争議が頻発した。このような都市社会における社会的弱者の権利擁護を課題としたものが『労働法研究』といえる。

労働者が、労働条件の維持・改善およびその他の経済的地位の向上を図るために団結する権利を、普通、団結権という。力関係では資本家に劣る労働者にとって、それはまさに生存権的基本権という性格をもっている。そのため現憲法28条は、勤労者の団結権並びに団体交渉権と団体行動権(その中心は争議権)をあわせて労働基本権として保障している。

しかしながら、戦前においては、このような生存権的基本権である団結権は法制化されていない。それどころか明治33年(1900)には、治安警察法によって団結権否認政策が確立されていた。

だが、第一次大戦後の労働組合運動の復活によって各地で労働争議が頻発すると、政府も昭和元年(1926)についに、治安警察法の組合活動取締規定を削除するとともに労働争議調停法を成立させて、争議行為の調整を図ったのであった。とはいえ、労働争議の調停も、小作調停と同じように、資本家サイドに立った治安的観点からしばしば抑圧的となり、結局労働者の権利擁護は不十分に終わった。こうして団結権の法制的保障は、戦後の労働組合法ならびに日本国憲法をまたねばならなかった。

このような戦前の団結権をめぐる動きの中で、末弘は、その法制化つまり労働組

合立法に向けて論陣を張ったのであった。『労働法研究』に収められている論文の中では、労働組合法の立法論を試みた「労働組合法論」が重要である。そこでは労働組合の社会的意義をはじめ、労働組合に対する現行法の取り扱い、労働組合法の制定にともなう法律的諸問題が論じられている。

労働組合立法の社会的意義は何か。末弘によれば、元来契約自由の原則は平等者相互間においてのみ正しく成立しうるものである。ところが、現今の自由主義経済社会の下では、資本家と労働者の関係は対等平等ではなく、資本家の力の前には、「契約条件の如何を問ふ暇さへもなく其労働を売るべく余儀なくされるのである。(7)」このように契約自由の下に呻吟する労働者に対する救済運動の１つが、社会立法である。工場法制定、労働時間の制限などである。しかし社会立法は、労資関係を調整する第三者である政府が「真に公平な立場」であることをまってはじめて有効となる。だが、「事実に於いて資本家の支持にのみ依頼して居る彼等(政治家・政党)は到底其の政策(社会政策)を実現し実施し得るの力と勇気とをもち得ないのである(8)。」そこでもう１つの労働者救済運動の展開が意味をもってくる。これが自助行動としての労働組合運動である。このように末弘によれば、契約の自由の下に実質的な力に劣る労働者が、自らの力で真に対等平等な地位を獲得する不可欠の手段が、労働組合であり労働組合法なのである。まとめとして末弘の言を引いておこう。

> 契約自由の原則の下に於いて、其自由が独り資本家をのみ利して労働者の利益となることなきは何故なるか？　それは彼等相互の実力に隔段の差等があるからである。契約の自由は当事者双方の平等なることを前提としてのみ成り立ち得る。不平等者間の契約自由は唯強者の為めの自由であって、弱者に対する圧迫に過ぎない。此故に契約自由の下に於ける労働契約をして真に公正のものたらしめる為には当事者双方の取引能力を平等ならしめ、両者の間に実力の均衡を作ることが必要である。而してそれが為には労働者も又資本家と同様力強きものにならねばならぬ。相手方が資本の独占者として、独占者の力をふるふ以上、労働者も又労働の独占者として独占者の力をふるはねばならぬ。かくして本来互に結合するによりてのみ生産をなし遂げ得べき労資の二要素が互いに平等者として対等に協定するとき、其所に初めて真の労働契約があり契約の自由が存在する。労働組合の組織と其社会的職能とは実に此点に存在する(9)。

労働組合法は結局、小作法と同様に法制化をみず、労働争議調停法の制定にとどまった。しかし、ここでも末弘は、むやみな実力闘争が当事者の無用な損失や犠牲をもたらすとともに、また「一般公衆に対して直接間接の損失を与へるもの(10)」として、調停法の意義を評価している。また上記の引用にも、労資の協調を重視する姿勢がみられる。このように末弘においては、自力救済とはいいながらも体制変革

的過激な手段は容認されておらず、結局、体制内での改良主義的立場を特色としている。

ところで、以上のような法的実践との関連で見逃しえないものが、いわゆる帝大セツルメントである(11)。セツルメント(Settlement)は、社会福祉事業のなかでは「隣保事業」と訳されるが、そのわが国での端緒が、末弘による帝大セツルメントである。

大正12年(1923)の関東大震災に際し、末弘は、穂積重遠とともに学生を動員して罹災者救護活動(学生救護団・震災情報局)を展開した。そして同年10月、任務を果たして解散したとき、末弘は、短期ながらも充実した活動を省みて、漱石の「第一義的生活」を体験したと語った。一方、学生の一部にも、臨時の活動組織をさらに恒常的なものにしたいと考えるものもいた。こうして、震災援助金品の残余と学生が集めた資金をもとに、大正13年(1924) 6月、江東区柳島に、建物を造り学生が定住する、ユニヴァーシティ・セツルメントが誕生した。

セツルメントは、昭和13年(1938)に解散するまで約14年間活動したが、この活動を方向づけたものが、末弘によって示された有名な設立趣意書である(12)。そこにはセツルメントの指導原理として、1つには、大学の拡張、2つには、社会調査が示されている。「大学の拡張」は、社会の知識独占者である教授と学生は、貧しいために知識から分離されている労働者のために知識を分与する義務があることを説くもので、このような大学拡張論に末弘の、社会的弱者の権利擁護の姿勢を明確にみることができる。実際、末弘は、セツルメントの諸活動の中で、とりわけ労働者教育を大学拡張の主要な手段として位置づけ、率先して労働法制や農村法律問題などを講じている。

もう1つの「社会調査」は、末弘の、空理空論すなわち概念法学的思考を排し、現実に密着した問題の把握・解明や解決への志向、換言すれば科学的精神を現すものといえる。つまり、セツルメントが社会的弱者のための大学拡張を最大の課題とするかぎり、まず必要不可欠のことは社会的弱者の置かれている問題状況の事実的把握である。この意味で、社会調査は、大学拡張論の方法的基礎として位置づけることができる。セツルメントには社会学科の学生も多く参加していたこともあって、各種の調査が精力的に行われた。

労働者教育や社会調査と並んで重要な役割を担った活動が「法律相談」である。これは末弘を顧問として開設されたが、当時東京中の評判となり、借地借家問題をはじめ労働事件、家事事件など多様な問題がもちこまれた。末弘によれば、法律相談の目的は3つある。1つは、法律の知識なき民衆に知識を分与し困難を救うこと、

2つは、相談を通じて法の生きた姿を知りその矛盾欠陥をつかむこと、3つは、学生が事実の分析整理と法律適用の実地演習をすること、である(13)。ここには、市民の権利擁護を法的実践によって果たそうとする、末弘法社会学の特徴が最も象徴的に示されているといえよう。

以上のように、末弘の究極の課題は、小作問題や労働者問題への取組みにみられるように、社会の底辺に押し込められ法的保護を受けず無権利的状況に置かれている貧しき人々の法的救済にほかならない。法的実践として把握されるこのような特質こそ末弘法社会学の最大の特徴といえる。また、社会的実践という意味では、たしかに小繋の裁判闘争に際して大学の職を辞し、家を売り払い、裁判に全力投球した、あの戒能通孝には及ばないにしても(14)、末弘の法的実践も、単に立法化だけにとどまらず、労働者教育や法律相談への参加にみられたように、幅広い社会的実践をその基盤としていることは確かである。このような意味で、末弘法社会学を「実践的法社会学(15)」と呼ぶことができると思われる。勿論、末弘においては「ある法律」の探究やセツルメントの社会調査活動にみられたように法の科学的認識への志向は強い。しかしそれはあくまでも法的実践の方法的基礎として位置づけられており、末弘の究極の目的はやはり社会的弱者の法的救済にある、とみられる。

注

(1) 磯村哲は、このような社会的背景の下に民主主義の展開を目指す法学を社会法学と呼び、末弘法学をその1典型と捉える。同「社会法学の展開と構造－末弘法学の体系的構造」『社会法学の展開と構造』日本評論社、1975年、65頁。

(2) 末弘厳太郎『農村法律問題』改造社、1924年、57頁。

(3) 同上書、75頁。

(4) 同上書、192頁。

(5) 同上書、117頁。

(6) 同上書、207頁。

(7) 末弘厳太郎『労働法研究』改造社、1926年、34頁。

(8) 同上書、42頁。

(9) 同上書、44－5頁。

(10) 同上書、455頁。

(11) 帝大セッルメントにかんしては、次の2つの文献が参考になる。福島正夫・川島武宜編『穂積・末弘両先生とセッルメント』(東京大学セッルメント法律相談部)、1963年。福島正夫他編『回想の東京帝大セッルメント』日本評論社、1984年。

(12) 福島正夫・川島武宜編、同上書、109－11頁。

(13) 福島正夫・川島武宜編、同上書、123頁。なお、今日の大学の法社会学研究サークルの典型的活動としてしばしば法律相談が催されるのも、このような流れをひくものとみられる。

(14) 戒能法社会学は、末弘に発し、より実践的性格をもつものだが、その象徴的行動が、小繋の裁判闘争である。戒能通孝『小繋事件』岩波書店、1964年、同『小繋裁判』日本評論社、1965年を参照。

(15) いわゆる社会学的法律学の枠を越えたものとして、このように呼びたい。

5．おわりに

末弘法社会学の理論構成はきわめてシンプルである。それは概念法学に替わる新しい法学方法論として、エールリッヒ理論をモデルに、国家制定法―生ける法の対抗関係を基軸に構成されている。しかし、対抗関係の意味づけは、多様である。それは、国家法至上主義に対する自由法の立場からの批判であるとともに社会的現実から遊離した明治以降の西欧的法制化に対する批判、さらには「半封建的」官僚国家権力に対する批判をも含みもつものであった。末弘のこのような批判の根拠はやはり、資本主義の急激な発展とともに露呈してきた社会的矛盾にある。そして法学者である末弘の眼には、とりわけ農民階級や労働者階級の無権利な状態が根本的問題として映ったのである。末弘法社会学が社会的弱者のための法制化を究極的課題とするのはこのような問題認識によるものといえる。では法制化の基礎は何か。ここに登場するのが「生ける法」あるいは「ある法律」である。政治的権威権力の抑圧にも屈することなく人々によって営々として行われる入会慣行あるいは組合活動、これらが人々の日常の行動原理しかも生存に不可欠の原理であるとすれば、このような「生ける法」こそが法制化の基礎とならなければならない。このようにして社会の中に「ある法律」が求められ、それが法の科学的認識を促すことになった。末弘理論を「実践的法社会学」と性格づけるのは、以上述べたように、それが法現象の科学的認識よりもむしろ法的実践にウエイトを置くものとみるからである。(1)

ところで、末弘理論の特質としてもう１つ理解しておかねばならない点がある。それは小作問題にしても労働者問題にしても、あくまでも体制内での解決が図られており、変革の視点はないことである。地主と小作の協働こそがわが国の農業発展にとって重要であり、労資の協調こそがわが国の産業発展にとって重要な事柄である、と末弘は考える(2)。このような漸進主義あるいは改良主義的立場のために、結局は小作法も労働組合法も成立するまでには至らなかったともいえる。マルクス主

義の立場からは、一般にこのような法社会学の保守的性格に対して批判が寄せられるが(3)、しかし当時苛酷な状況に置かれていた農民階級や労働者階級の問題に深くコミットし、それを法律家の立場から法制化によって解決しようとした末弘の法社会学的営為は、政府と資本家サイドに立った概念法学に対する大いなる挑戦として、また1つの法社会学の在り方を示すものとして、その意義を失うものではない。

注

(1) 末弘法社会学が現代の法学者を惹きつける理由は、この点にあるといえる。つまり末弘理論は、エールリッヒ理論をモデルにしているとはいえ、かれが示した国家法―生ける法の対抗関係の歴史的プロセスの科学的分析よりもむしろ、この対抗関係の下に「生ける法」の独自性を強調し、実践的にその法制化を意図しており、このような法的実践的性格が法現象の科学的分析よりも法学者の思考様式に適応しているといえる。

(2) 例えば末弘は、次のように述べている。「現在の如く国と国との間に固く経済的国境が鎖されて居る限り、そうして国と国とが依然として国際的経済競争に熱中して居る限り、此世界の中に立つ一国として国民の為に幸福なる生活を保障せむとする以上、国家産業の盛衰を無視して労働問題のことを説き得ざる素より言ふを俟たない。吾々は兎も角国家を単位として吾々国民全体が如何に幸福に活き得べきかの途を考へない譯にはゆかない。」末弘厳太郎『労働法研究』改造社、1926年、205－6頁。

(3) 法社会学のブルジョア的性格に対する批判は、戦後の「法社会学論争」に典型的にみられるものである。末弘批判の意味を理解するためには、藤田勇・江守五夫編『文献研究・日本の法社会学―法社会学論争』日本評論社、1969年を参照されたい。