

## 「民商法二元論と資本主義私法」論の漂着点

—実定法の哲学・私法哲学を目差して—

鷹 巢 信 孝

- 1 はじめに
- 2 学問の道を選んで見たものの—法律学への興味喪失と経済学への関心—
- 3 企業=個別資本説に出会うまで
- 4 私の法学方法論—本質・実体・現象形態—
- 5 むすび

### 1 はじめに

1 佐賀大学の教員として皆さんの前で講義をするのは、今回が最後になりました。

そこで、本日は佐賀大学における、私の34年間の足跡を振り返ることで、教師生活に終止符を打ちたいと考えております。

2 本日の講義のタイトルですが、「民商法二元論と資本主義私法」というのは、私が佐賀大学に赴任した年に、佐賀大学経済論集4巻1号(1971年)に初めて書かせて頂いた論文のタイトルです。

この論文の内容を要約しますと、次のようなものです。皆さんが入学された1年前期の「法務管理コース入門」や私の講義の冒頭において話しましたように、明治維新後、主としてフランスやドイツの法制度を模範とし、これらの国を参考にして新しい制度を作ることにした明治政府は、民事関係の裁判規範を、フランスやドイツと同じように民法典と商法典とに分けて制定し、法科大学や法学部における研究・教育は民法講座と商法講座に分かれて行われて来ました。「民商法二元論」というのは、このようなシステムを支えてい

る考え方を指しています。

これに対して、「資本主義私法」というのは、民法と商法は、程度の差があるにせよ、いずれも商品交換の法であるとともに資本(企業)の形成・活動に関する法でもあるのだから、民法と商法の区別の方を重視して、民法は民法学者が研究し、商法は商法学者が研究するというように研究領域を区別するのではなく、民法と商法の関連性を重視して、両者を一元的に研究する必要があるという考えを述べたものであります。

ということは、後者は私の個人的な研究方針というか、研究目標を示していることになります。このような研究方針が、どのように実行されたのか、このような研究目標が、どの程度、達成されたのか、その試行錯誤の跡を振り返って見ようということで、「漂着点」という表現を使っているわけです。

3 そして、「実定法の哲学・私法哲学を目差して」というサブ・タイトルは、私が目差した法律学は法解釈学という伝統的な法律学、つまり裁判所で適用される法律の解釈を目的とした実用法学ではなく、民法や商法という実定法(国家制定法や判例法)の根底に横たわっている原理・私法を貫いている論理を発見するという、客観的な認識を目的とする理論法学であるということを示しています。

わが国では、「哲学」というと、カントがどうの、ヘーゲルがどうのと論じたり、日常生活とは関係がない、というよりは日常生活の役にも立たない、何となく小難しいこと、素人には訳のわからないことを論じる学問のように受け止められています。

しかし、私は「哲学」というのは自分が懐いた疑問について、「なぜ」「どうして」「一体全体どうなっているの」と、とことん納得が行くまで問い続けて行き、その到達したところを一定の方法の下に体系的に整理する営みのことだと考えています。カントがどうの、ヘーゲルがどうの、と論じるのは「哲学」学や「哲学」史であって、「哲学」そのもの、「哲学をすること」とは別の分野だと考えています。

このような考え方は、私一人が勝手に考えているわけではなく、いわゆる「哲学者」といわれる人の中にも、同じような考え方をし、実践している例が

見られます(注1)。

(注1) 例えば、中島義道・哲学の教科書[講談社・1995年]、同・哲学の道場[筑摩書房・1998年]、永井 均・く子ども>のための哲学[講談社・1996年]、竹田青嗣・哲学ってなんだ-自分と社会を知る-[岩波書店・2002年]、池田晶子・14歳からの哲学-考えるための教科書-[トランスビュー・2003年]、西 研=佐藤幹夫・哲学は何の役に立つのか[洋泉社・2004年]、佐藤雅彦・ブチ哲学[中央公論社・2004年]、竹田青嗣=西 研・よみがえれ哲学[日本放送出版協会・2004年]。

4 疑問を懐いたら、とことん考えるという営みは、それだけの時間がないと行うことが出来ない作業です。社会に出たら、なかなか、そのような時間を作れないでしょうし、常識に従わなければ生きて行き難いので、世間の常識に合わせて行くようになり、当たり前とされていることに対して疑問を懐くことさえしなくなるかも知れません。若々しい感性を持ち、考える時間を持っている学生時代こそ、「哲学」をするのに適している期間ですから、皆さんも是非、とことん考え抜く経験をして頂きたいと思います。

さて、本日の最終講義の目的は、他の学者先生には「当り前のこと」「今さら、考えるまでもないこと」とされていることでも(注2)、私には理解できなかったこと、納得できなかったことを、自分が納得できるまで「なぜ」「どうして」「一体全体どうなっているの」と考え続けることにより、「実定法の哲学」「私法哲学」を私なりに営むことが出来たのかどうか、どのような問題について、どのような方法を用いて、どの程度の営みをしたのかを振り返るとともに、定年後の宿題として、どのような問題の解明をやり残しているのかを整理しようというわけであります。

(注2) 例えば、「所有権とは、どのような権利か」ということは、法律家にとって常識であり、盗人に対して「盗んだ物を返せ」という物権的請求権を行使できるのは自明のこととされている(拙著・所有権と占有権-物権法の基礎理論-[成文堂・2003年] 1頁・52頁。初出・佐賀大学経済論集20巻4号[1987年]、35巻2号[2002年])。しかし、所有権と物権的請求権との関係や、所有権と占有権の区別・連関性は明らかではないと私には思われたので、前記の拙著では、このような疑問について、とことん考えたものである。

つまり、所有権者は「なぜ」所有物を自由に使用・収益・処分できるのか。「なぜ」盗人に

対して「盗んだ物を返せ」といえるのか。この問題について「所有権があるからだ」と答えたのでは、「問をもって問に答える」にすぎず、何ら解答になっていないのである。

## 2 学問の道を選んで見たものの

### -法律学への興味喪失と経済学への関心-

1 一口に「法律学」といっても、法哲学や法史学・法社会学・比較法学・法政策学・法人類学など、さまざまな分野がありますが、実定法の研究といえば、そのほとんどは法解釈学です。

法解釈学というのは、実定法の条文が、主として裁判の場で適用されることを前提に、その条文にどのような意味を与えるのがよいか、しかも同じ法律の他の条文や、他の関連した法規範の条文との間で整合性をつけて、矛盾のない体系を作るには、どのように解釈すればよいか、ということに主眼を置いた法律学のことです。

法学部の学生にとって、法律学といえば法解釈学のことだと思えるというか、法解釈学以外のことは考えないくらいに、法律学=法解釈学というのが常識になっているといえます。勿論、法学部の学生は、法解釈学以外の法律学があることは知っているでしょうが、それらは法律学の特殊な分野であり、特殊な科目であって、実定法に関する法律学としては法解釈しか習っていないといっても過言ではありません。

2 私の学生時代は60年安保改訂問題で学生運動が盛り上っており、大学の外では三池争議で労働組合や革新政党も非常に活気がありました。今から考えると、隔世の感がありますが、そのような時代状況の中で、私達も天下国家について論じ合ったり、人生について論じ合ったり、未熟ながらも充実した青春時代を送りました。

とはいっても、法律学に関する学習や議論は、刑法や刑事政策のように哲学的な論点に触れざるをえないものもありますが、民法や商法などは、どうしても実定法の解釈問題が中心になります。

私には、ある条文を「なぜ」教科書に書かれているように解釈するのか、解

釈しなければならないのか、その論理必然性を理解することができないことばかりでした。さらに、別の教科書を読んで見ると別の解釈が展開されており、法律学(法解釈学)は学問といえるのかどうかということさえ分からなくなりました。

法律学(法解釈学)は客観的な認識を目的とした理論的な学問ではなく、紛争の妥当な解決を目的とした政治的な実践の一種であり、実用的な学問なのだということを理解できるようになったのは、かなり後のことです。

3 法解釈の正しさ、法解釈の客観性を計る基準は何なのか、そもそも、そういう基準があるのだろうかという疑問に悩んでいるうちに、将来の進路を選択しなければならない時期に差し掛かりました。私は子供の頃から両親に「他の人とは違った発想をする」とか、「日本人離れをした考え方をする」とか、「普通のサラリーマンには向いていない」などといわれていましたし、20歳の時に事故で身体に障害をもつことになりましたので、とりあえず司法試験でも受けてみようと考えて、その準備を始めました。しかし、二人の方から、法律実務家になるよりも、研究者の道を歩く方が向いていると勧められました。

1人は、大学の教養部で文具店を開いていた近藤さんというオバサンです。「あなたは、大人のドロドロした世界で他人の争いごとの解決に手を貸す仕事をするよりも、純粋な若者を相手にする仕事の方が向いていると思うから、大学院に進んだ方がいい」というのが、この方のアドバイスでした。

もう1人は、司法試験の答案練習会で指導をして下さっていた大学の先輩の判事補さんです。この方には「君の答案を見ていると、実務家よりも学者の方が向いている」と、大学院に進むことを勧められました。

その当時は、実務家と学者の違いが分かりませんでしたので、この方たちのアドバイスの意味を十分に理解することは出来ませんでした。その意味を理解することが出来たのは、それから20年も経ってからのことです。

今から20年ほど前、佐賀地方裁判所・佐賀地方検察庁・佐賀県弁護士会・佐賀大学の4者で、年に4回ほど、法律学の研究会を開いておりました。佐賀大学が当番になったとき、昭和56年の商法改正で、237条ノ2として追加される

「総会検査役」について私が報告をしたことがあります(注3)。その研究会が終った後、一人の判事さんから「今日は、この研究会に参加して、本当に勉強になりました。私は前任地において商法294条の検査役の選任に携わったことがあります、当面の問題についてだけしか考えが及ばなかったのに対して、大学の先生は、もっと広く深く考察されるのですね」と、お礼を述べて帰られました。この経験で、学者と実務家はどう違うのか、実務家と違って、学者は何をなすべきかを悟ることが出来ました(注4)。それと同時に、20年前の2人の方のアドバイスを思い出した次第です。

(注3) この報告は、拙稿「総会検査役」として、蓮井良憲先生還暦記念・改正会社法の研究[法律文化社・1984年]175頁以下に集録。

(注4) 本節に述べたことについては、拙稿「『役に立つ講義』って、どんな講義? -所有権に関する法律問題を例にして-」佐賀大学経済論集30巻1=2合併号(1997年)243頁・258頁を参照されたい。

4 大学院というところは何をしたらいいのか、学者はどのような仕事をするのか、何も知らないまま、大学院に進もうかという気にはなりました。しかし、20歳の時に怪我をするまではスポーツに明け暮れて、机に着いているよりも、身体を動かしている方が好きだった自分が学者になれるのかどうか、真剣に悩みました。

ゼミの舟橋諄一先生のところに相談に行きましたが、先生は「間もなく定年を迎えるので、君が博士課程を終えた後まで面倒を見て上げられないから、他の先生に相談して下さい」ということで、民法(財産法)を専攻することは諦めました。それで、民法を基礎にしている商法だったら、民法の研究も出来るであろうと考えて、大学院では商法を学ぶことにしました。

大学院に進んだ頃は法人論に関心をもっていましたし、このテーマであれば営利法人である会社を対象とする商法と、公益法人を対象とする民法を関連させて研究できるのではないかと考えていました。

このような計画の下に、イギリスの会社法史や経済史、とりわけ大塚久雄博士の『株式会社発生史論』や『西洋経済史』、さらにはマックス・ヴェーバー論

などを読んでいる中に(注5)、経済学の面白さを教えられ、経済学に関心を持つようになりました。

(注5) 大塚博士の代表的な業績は、大塚久雄著作集・全10巻 [岩波書店・1969～1970年] に集録されている。

5 経済学の祖といわれているアダム・スミスは重商主義政策に批判的であり、特許主義に基づく株式会社制度に反対しただけでなく、有限責任という特典を伴う株式会社という企業形態を利用することを、一定の場合に例外的に認めるべきだと説いていたことを知り、高島善哉博士のアダム・スミスに関する著書を読みました。

最初に手にしたのは、『アダム・スミスの市民社会体系』[日本評論社・1947年]ですが(注6)、この本を読んで「目から鱗が落ちる」ような体験をしました。

というのは、それまでは、スミスといえば『国富論』という本の中で分業について説き、あるいは自由放任(レッセ・フェール)を主張した経済学者であるという程度の、常識的で表面的なことしか知りませんでした。高島博士の著書によって、『国富論』を書く前は、修辞学や法学・政治学、さらには社会哲学の講義をしていた(注7)スミスが、「なぜ」「何のために」経済学の研究をしたのかということ、そして社会を知るためには経済・政治・法の全体的な繋がりを掴む必要があることを教えられたからです。この体験によって、法律学(法解釈学)の視野が狭く、表面的な捉え方をしているように思えて、魅力のないものに見えて来ました。

さらに、社会科学における理論と実践の峻別や理論と歴史研究・現状分析の区別・連関性を強調される宇野弘蔵博士の『経済学方法論』[東京大学出版会・1962年]や『経済原論』[岩波書店・1964年]、『資本論の経済学』[岩波書店・1969年]、『経済政策論 改訂版』[弘文堂・1971年]などの著書(注8)を読み進むにつれて、法律学への関心は薄れる反面、経済学や哲学の方へ関心が移って行きました(注9)。

そして、法律学への興味喪失に拍車をかけたのは、法社会学論争・判例研究

の方法論争と合わせて、戦後法律学の三大論争(注10)の一つとされる法解釈論争(注11)に発端を与えられた来栖三郎博士が、法の解釈は主観的な価値判断が入らざるをえない政治的な実践活動であるが故に、責任をもった誠意ある主張でなければならないという見解を述べられている(注12)のを読んで、納得すると同時に、法解釈学への興味を完全に失ってしまいました。というのは、法解釈学は他の学問と同じ意味における学問ではないことが明確になったからです。

(注6) 本書は二本の補論を加えた同名の新版が岩波書店より1974年に出されている。

(注7) スミスの法学・政治学の講義録の翻訳として、高島善哉=水田 洋訳・アダム・スミス グラスゴウ大学講義[日本評論社・1957年]、スミスの社会哲学の翻訳として、米沢富美男訳・道徳情操論上・下[未来社・1969年・1970年]参照。なお、水田 洋=松原慶子訳・アダム・スミス修辭学・文学講義 [名古屋大学出版会・2004年]。

(注8) 宇野博士の主要な業績は、宇野弘蔵著作集全10巻[岩波書店・1973～1974年]に収録されている。

(注9) 私が、その著書・論文から最も多くのことを学んだ川島博士にも、法律学に関心を持てなかった時代があったことにつき、川島武宜・ある法学者の軌跡[有斐閣・1978年]3頁以下。なお、本書から学んだことの中で、私が肝に銘じたのは123頁以下の「論文のスタイル」の部分と、360頁以下の「学者と生活態度」の部分である。若い研究者に、是非、熟読玩味されることを勧めたい。

(注10) この三大論争については、潮見俊隆編・戦後の法学[日本評論社・1968年]35頁以下、長谷川正安・法学論争史 [学陽書房・1976年] 参照。

(注11) 法解釈学論争については、潮見編・前掲(注10)70頁以下、長谷川・前掲(注10)81頁以下、碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」碧海編・法学における理論と実践[学陽書房・1975年]135頁以下。

(注12) 来栖三郎「法律家」末川先生還暦記念・民事法の諸問題[有斐閣・1953年]250頁以下、同「法の解釈と法律家」私法11号(1954年)20頁以下。

6 このような疑問や悩みを抱え、法解釈学とは違う実定法の研究方法は無いものかと考えながら、我妻 栄『近代法における債権の優越的地位』[有斐閣・1953年]や川島武宜『所有権法の理論』[岩波書店・1949年]、同『法社会学上』[岩波書店・1958年]、同『科学としての法律学』[弘文堂新社・1964年]など(注13)を読む中に、その当時は、社会科学のモデルと考えられていた経済学(マ



ルクス経済学)に学ぶことにより、法解釈学とは異なった実定法の研究がありうるのではないかと、思うようになりました。

そして、H・ケルゼンの『純粹法学』(注14)や、J・オースチンの『法理学』(注15)、さらには尾高朝雄博士の『法哲学』(注16)を読む中に、実定法の哲学・私法哲学の構築を目差して、民法と商法とを一元的に研究する必要があるのではないか、という漠然とした目標だけは立てることが出来ました。

(注13) 川島博士の主要な業績は、川島武宜著作集全11巻[岩波書店・1981～1986年]に収録されている。

(注14) ケルゼンの法学については、横田喜三郎・純粹法学[勁草書房・1957年](純粹法学論集 I [有斐閣・1976年]に収録)、碧海純一「純粹法学」尾高朝雄編・法哲学講座第4巻[有斐閣・1957年]、鶴飼信成=長尾龍一編・ハンス・ケルゼン[東京大学出版会・1974年]参照。

(注15) オースチンの法理学については、八木鉄男「分析法学-特に、オースティン理論について-」前掲(注14)法哲学講座(4)、同・分析法学の研究[成文堂・1977年]参照。なお、八木鉄男・分析法学と現代[成文堂・1989年]。

(注16) 尾高朝雄・改訂 法哲学概論[学生社・1953年]367頁。なお、尾高朝雄=久留都茂子・法学概論(第3版)[有斐閣・1984年]292頁。

### 3 企業=個別資本説に出会うまで

1 このような紆余曲折を経て、伝統的な法解釈学とは違った、実定法の哲学・私法哲学を構築しようという一応の目標だけは立てました。そして、この目標を達成するためには、法学部に就職するよりも、経済学部就職した方が研究し易いのではないかと考えました。

というのは、私は経済学に学びながら、民法と商法を一元的に取扱おうというわけですが、駆け出しの若輩が民法と商法の区分別を無視して、しかも伝統的な法解釈学とは異なった研究を行いたいと思っても、法学部に就職したのでは民法講座と商法講座のいずれに対しても気兼ねして、自己規制をしてしまうのではないかと、ということが一番おそれたからです。

その点、経済学部であれば、そのような気遣いをする必要はないであろうし、何よりも経済学の専門家の話を聴くことが出来、経済学の成果を吸収し

ようという私の計画を実現できるであろうと期待したわけです。

先ほど触れました経済論集4巻1号の論文には、 $W-G-W'$ だの、 $G-W-G'$ といったマルクス経済学(資本論)の用語が出て来るのは、まさに経済学の影響を受けた結果を示しています。

2 これまで、法律学者、とりわけ民法学者やマルクス主義法学者がマルクス経済学から学んで法理論を作るとき、『資本論』の第1巻の第1篇「商品と貨幣」第2章「交換過程」を参考にして、商品は自ら市場に出かけることが出来ないで、人が商品の手足になって交換を行うのだという趣旨の論述を根拠に据えて、近代法・市民法の理論体系を構築しようとして来ました。

しかし、このような方法では、商品所有権を掴まえることは出来ても、資本や企業を掴まえることは出来ず、資本とは所有権と契約が結びついたものであるという程度の表面的な捉え方をするに止まるか(注17)、企業については経済学の説明を借用することしか出来ません(注18)。つまり、民法を商品交換の法として説明することは出来ても、企業の法・資本の法とされている商法を把握することは出来ません。しかも、民法は単なる商品の法・単純商品交換の法に止まるものではなく、労働力をも商品として取扱うことによって資本の法になっています。と同時に、賃労働者を含めて、あらゆる人が商品の担手=商品所有者として、形式的に平等な権利能力を認められ、権利主体=法的人格者とされているのです。

ここに、資本主義の資本主義たる所以があり、(労働力)商品による商品生産が行われることによって社会の経済関係が商品形態で覆い尽くされるという歴史的特性を帯びるとともに、法的には全ての人を形式的に自由で平等な存在として取扱い、各人の具体性・特殊性を捨象してしまうところに、近代法の抽象性とか虚偽性といわれる根源があります。

(注17) 川島武宜・所有権法の理論[岩波書店・1949年]324頁以下、331頁以下。なお、我妻栄「資本主義」民法研究第1巻[有斐閣・1966年]168頁(初出・末弘厳太郎=田中耕太郎編・法律学辞典第2巻[岩波書店・1935年])、同「私有財産制度」前掲・民法研究I 179頁(初出・前掲・法律学辞典II)、同「権利の上の所有権という概念について」民法研究第3巻[有斐閣・

1966年]166頁(初出・法学協会雑誌54巻3号・4号・5号[1936年])。

なお、拙著・前掲(注2)所有権と占有権257頁以下。

(注18) 拙稿「法律学から見た『企業』の内部構造-株式会社の法的構造(二)」佐賀大学経済論集12巻3号(1980年)3頁以下・60頁。

なお、拙稿「商的色彩論と商法=企業法論-商法の自主性・独自性を問う目的・意義・方法-」本誌47頁以下。

3 したがって、近代法・市民法が単に商品の法であるに止まらず、資本の法でもあるということを明らかにし、民法と商法を一元的に把握するために、マルクス経済学に学ぶとすれば、『資本論』の第1巻だけではなく、第2巻第1篇の「資本の諸変態とその循環」をも参考にする必要があるのではないかと私は考えていました。

『資本論』第2巻第1篇では、企業=個別資本は貨幣という姿や生産過程という姿、そして生産過程を経て製造され売りに出される商品という姿を順番に、しかも継続的に繰り返すという趣旨のことが述べられていますが、この部分にこそ貨幣や労働力という特殊な商品、そして生産者にとっては使用価値はなく、交換価値を体現しているにすぎないが、生産者以外の者にとっては使用価値を持つ商品が、個別資本=企業の具体的な姿であることが示されているからです。

経済論集4巻1号88頁では、『資本論』第2巻第1篇に学んだことを要約していました。にも拘わらず、この論文を書いた段階では、この部分にこそ企業の法的構造を分析するための重要なヒントがあること、さらには私の法学方法論を見い出すヒントがあることに気が付いていませんでした。

というのは、この論文では民法(学)に対する商法(学)の独自性・自主性を主張されている田中耕太郎博士や西原寛一博士の見解、さらには民法を商品の法とし、商法を資本の法とするマルクス主義法学者の見解を批判し、民法と商法の両者を商品の法であるとともに資本の法として一元的に把握すべきであるということに問題意識が向いているに止まり、民法と商法とを一元的に把握する方法論の方には問題意識が向いていなかったのです。

4 民法は民法学者が研究し、商法は商法学者が研究するというように、民

法と商法を別々に研究するのではなく、民法と商法を資本主義私法として一元的に把握すべきであると主張してはみたものの、両者を一元的に把握するためには、どのような方法を使えばよいのか、そもそも何のために、何を解明するために民法と商法を一元化して把握するのかということについて、具体的な問題意識は持ち合せていませんでした。

今にして思えば、民法と商法を一元的に研究する必要性は、既に川島博士(注19)や富山博士(注20)によって主張されていましたが、私は、それを、受け売りしただけにすぎなかったようです。

シベリアのバイカル湖を東から囲むブリヤート共和国には、「他人の知恵では遠くまでいけない」という、モンゴル系遊牧民の諺があるそうですが(注21)、学問の世界においても自分の内面から出た疑問を、どうしても解明したいという内発的な欲求に基づいて、自分の問題意識を明確にしていけない限り、他人の問題提起を受け売りするだけでは、なかなか先へ進めないものです。

しかも、従来の法律学、即ち法解釈学とは違った法律学を作りたいのであれば、それなりに新しい道具、つまり方法論が必要になります。しかし、そのような方法論も持たないまま、いわば無手勝流で新しい問題に立ち向かうとしていたわけです。今から考えると、「若気の至り」というほかはありません。

(注19) 川島武宜・民法総則[有斐閣・1965年]14頁。

(注20) 富山康吉「現代商法学の課題と方法」現代商法学の課題[成文堂・1975年]1頁以下(初出・ジュリスト増刊・基礎法学シリーズII[1970年])。

(注21) 北村孝一「ことわざ be 辞典 他人の知恵では……」朝日新聞2002年8月24日・土曜版。

5 従来の伝統的な法律学である法解釈学とは違った、法現象の客観的な認識を目差した理論法学を構築したいと願いながら、そのための方法論を見つけ出すために、試行錯誤・暗中模索というか悪戦苦闘を続けることになりました。

哲学、とりわけ認識論や論理学の文献、そして経済学では金融論や経営学・

会計学の文献を読み漁りました。その当時の学生は、私の研究室の書棚を見て、「何が専門なのですか」と尋ねたり、ちゃっかりした学生は定期試験の度に私が購入していた経済学の本を借りに来たり、経済学の質問をしに来る始末でした。

経済学の文献の中でも、川合一郎博士の『資本と信用-金融経済論序説-』[有斐閣・1954年]は、富山博士も引用されていた(注22)こともあったためか、私なりの方法論を作り出すヒントがあるのではないかと考えて、何度も読み返しました。

そして、川合博士が手形や小切手・銀行券について論じられている、前掲書の第2篇「信用と貨幣-資本と貨幣-」の部分は、手形の裏書を債権譲渡と解している田中耕太郎博士以後の通説を批判する上で参考になると考え、川合説を根底に据えながら「信用制度と法理論」というサブ・タイトルをつけた手形・小切手に関する論文を三本ほど書いてみました(注23)。

しかし、自分なりに納得の行く方法論が見つからなかっただけでなく、金融論(商業信用論)を参考にするだけでは、手形や小切手の法理論は作れないことが分かりました。つまり、これらの論文は半ば失敗作になってしまいました。

というのは、手形の裏書を債権譲渡と解する通説では、裏書の資格授与的効力や担保的効力、さらには人的抗弁の切断、そして善意取得について理論的に説明することは出来ず、手形の流通保護・善意の第三者保護という政策を持ち出さなければならないので、このような通説を支持しえないとする私の考えは現在でも変わりませんが、債権譲渡を逆転させた債務引受けという発想によっても、善意取得の説明が出来ないのです。

この部分は「有価証券とは、どのような証券か」という問題、つまり債権を「紙きれ」という有体物に化体させて、物権の法理(所有権と占有権の法理)を使って流通させる、債権の物権化という問題を解明しなければ説けないことが、占有権の研究を通して分かりました(注24)。

「有価証券とは、どのような証券か」という問題は、「債権とは、どのような権利か」という問題や「貨幣の法理」と関連させて、是非とも解明したいと思って資料を集めているところですが、定年後の宿題になってしまいました。

- (注22) 富山康吉「株式と資本所有の論理構造-株式債権論の検討と批判-」現代資本主義と法の理論〔法律文化社・1969年〕99頁注3(初出・民商法雑誌39巻4=5=6合併号[1959年])、同「所有と経営の論理矛盾とその発展-私的所有の発展形態としての株式会社とその法理-」前掲書128頁注1(初出・立命館法学29=30号合併号[1959年])。
- (注23) 拙稿「手形の裏書-信用制度と法理論(-)」佐賀大学経済論集8巻3号(1976年)65頁以下、同「手形の割引-信用制度と法理論(-)」佐賀大学9巻1=2=3合併号(1977年)309頁以下、同「手形・小切手・銀行券-信用制度と法理論(-)」佐賀10巻2号(1977年)41頁以下。
- (注24) 拙著・前掲(注2)所有権と占有権232頁以下(初出・佐賀34巻2号[2001年])。

6 商業信用論を参考にした手形法理論の構築に失敗した後、次に試みたのは資本信用論を参考にした株式会社法理論を作ることでした。つまり、川合博士の『資本と信用』第四篇「信用と資本集中-株式会社-」を参考にして、株式会社に取組むことにしました。

「株式会社の法的構造」というサブ・タイトルを付けた一連の研究の第一作目は、株式会社という特殊な企業形態は、どのような過程を経て出来上ったのかという問題を扱いました(注25)。これは、経済学者、例えば経済史の大塚久雄博士、金融論の川合一郎博士、経営学の馬場克三博士のいずれも、個人企業-合名会社-合資会社-株式会社という発展過程を述べておられることに疑問を懐いたことに端を発しているのですが、私にとって幸いだったことは、この論文を書いたときに、馬場克三博士の個別資本説(注26)に巡り会えたことです。

この個別資本説というのは、経済学が対象とするのは総資本の運動であるのに対して、経営経済学が対象とするのは総資本を形成している個々の資本の運動であり、企業を個々の資本の運動体・存在形態として捉える理論で、『資本論』第2巻1篇を参考にしているのです。

つまり、私が佐大経済論集第4巻1号で、『資本論』のこの部分こそ民法と商法を資本主義私法として一元的に把握するヒントになるのではないかと直感的に受け止めていたことが、馬場博士の著書に出会ったことにより、理論的に展開して行く契機になったわけです。

- (注25) 拙稿「企業形態としての株式会社の形成過程-株式会社の法的構造(-)」佐賀11巻

3号(1979年)1頁以下。

(注26) 馬場克三・経営経済学[税務経理協会・1966年]。なお、水戸 公・個別資本論序説 経営学批判[森山書展・1959年]。

#### 4 私の法学方法論-本質・実体・現象形態-

1 馬場克三博士の個別資本説を参考にしながら、個別資本の存在形態である企業を法律学の観点から捉え直したのが、拙稿「法学から見た『企業』の内部構造-株式会社の法的構造(二)」佐賀12巻3号(1980年)1頁以下の論文です。

経済学や経営学の研究から学ぶといっても、私の研究対象は法現象ですから、経済現象を対象にした経済学や経営学の研究成果を、そのまま利用することは出来ません。しかし、その方法論にヒントを得て、これを応用することは可能です。それが、法現象を本質・実体・現象形態に区別した上で、これを連関づけて、その法現象の全体像を作り上げるという方法です。

とはいっても、マルクスの『資本論』や宇野弘蔵博士の『経済学方法論』『経済原論』、馬場克三博士の『経営経済学』の中に、経済現象を本質・実体・現象形態の3つの次元に分析した上で、これを総合することにより、その経済現象の全体像を把握するという方法論が具体的に述べられているわけではありません。

しかし、これらの著書を読んで、私なりに著書の内容を整理してみると、企業=個別資本の全体像を論理的に把握するためには、個別資本の目に見える姿=現象形態から、その奥へ奥へと分析して、今度は逆に最奥の部分=本質から現象形態へと総合するという方法が採られているのではないかと考えたわけです。

そして、水という自然現象を観察する場合、気体(水蒸気)や液体や固体(氷)という姿をとって現われるが(現象形態)、いずれの姿をとろうとも、その本質は $H_2O$ であり、これが気体・液体・固体という姿態変換を行うのは、気温の変化に応じて水素と酸素の分子の結合状態に緩急の違いが発生するからであり、この内部状態を水の実体と位置づけるならば、企業の捉え方も水の捉え方も共通しているのではないかと、という考えに至ったのです。

因に、本節および第3節以下で述べている内容を図示すると、次のようになります。

	本 質	実 体	現 象 形 態
個別資本	自己増殖する価値	資本家ないし経営者	貨幣資本・生産資本・商品資本
企 業	営利事業意思	営業権 〈営業活動権〉 〈営業財産権〉	個々の物権・債権・債務・知的 所有権・個別的人格権など
人	生 存 意 思	生存権 〈生生活動権〉 〈生存財産権〉	個々の物権・債権・債務・知的 所有権・個別的人格権など
所 有 権	特定物を排他的に 支配する意思	排他的支配力 (物権的請求権)	特定の物を自由に使用・収益・ 処分する権能
占 有 権	特定物を自己のため に所持する意思	事実的支配力 (占有訴権)	特定の物を支配しておく権能
水	H <sub>2</sub> O	気温の変化に伴う分子 の結合状態の変化	固体・液体・気体

2 ところで、社会現象を「本質・実体・現象形態」という三つの次元に分解した上で総合するという発想は、どこから得たのか、今では明確に記憶しておりませんが、武谷三男博士の「三段階論」にヒントを得たのではないかと思います。

理論物理学者で哲学者であられた武谷博士の「三段階論」というのは、自然認識は現象論・実体論・本質論を経て発展するという考え方で、わが国で最初にノーベル物理学賞を受賞された湯川秀樹博士の中間子理論にも影響を与えたと思われる考え方です。私も、おそらく、この「三段階論」を企業という社会現象の認識に応用したのではないかということが、武谷博士の訃報記事を見た時に脳裡に浮かびました(注27)。

自然認識の発展過程に関する右の「三段階論」を経済現象や法現象の解明に応用することは、自然科学の分野において原子核の構造や遺伝子(DNA)の構造を解明しているように、社会科学の分野においても社会現象の内部構造を分析し、理科系並みの客観的な認識をすることが出来るようになるのではないかという考えも、私の試みには含まれていました。

つまり、法解釈学のように条文の解釈者の価値判断によって左右される主観的な主張、紛争解決という政治的な実践としての提案ではなく、一定の方



法論に基づいた、検証可能な認識を行うことによって、実用法学とは異なる理論法学の途が開かれるのではないかと考えたわけです。

因に、私がこのような方法論に辿り着いたのは佐賀大学に赴任して10年近くが経っており、40歳を目前にしていました。私が最も尊敬している法律学者の我妻 栄博士は29歳の若さで方法論を確立され(注28)、それ以後は、その方法論に基づいて、他の追隨を許さないような質と量の研究を残されましたが、私自身の足跡を振り返るとき、改めて我妻博士の凄さと、自分自身の非才を思い知らされているところです。

(注27) 朝日新聞・2000年4月23日。なお、武谷博士の主要な業績は、武谷三男著作集全6巻[勁草書房・1968～1970年]に収録されている。

(注28) 我妻 栄「私法の方法論に関する一考察」近代法における債権の優越的地位[有斐閣・1953年]475頁以下、ジュリスト563号(1974年)158頁以下(初出・法学協会雑誌44巻6号・7号・10号[1926年])。この論文については、川島武宜「私法の方法論に関する一考察」について-我妻法学および今日の法律学にとっての意義について-前掲・ジュリスト563号10頁以下(川島武宜著作集第5巻[岩波書店・1982年]に収録)。

なお、我妻博士の略歴と主要著書については、前掲・ジュリスト563号154頁以下参照。

3 このようにして、ようやく自分なりの方法論を見出したとはいえ、「法律学から見た『企業』の内部構造」という論文を書いている最中や、書き終えた当初は、この方法論は個人企業や合名会社・株式会社などの各種の企業形態の法的構造の分析に使うことしか念頭にありませんでした。つまり、所有権や占有権などの分析に用いることなど、全く考えていませんでした。

この方法論を用いて、民法上の組合や合名会社、さらには入会団体の内部構造の分析を行い、これらの研究成果を『企業と団体の基礎法理』[成文堂・1989年]として纏めてみて、重大な欠点に気づきました。

その欠点というのは、合手組合員による合有という共同所有形態について十分に理解するためには、合有について分析するだけでは足りず、民法249条以下の共有と対比して、合有と共有を区別・連関づけなければならないのに、共有の分析を行っていないということです。

そして、共有や合有、さらには区分所有や社團所有という共同所有や団体

所有の内部構造を分析するためには、まず何よりも単独所有の内部構造、つまり所有権の内部構造を分析しておく必要があります。

「所有権とは、どのような権利なのか」という基本問題を明らかにし、この所有権の内部構造を基準にしなければ、共同所有の諸形態・団体所有の諸形態の対比、つまり区別・関連づけを行うことは出来ないからです。

4 そこで、「本質・実体・現象形態」という方法論に即して所有権の内部構造を分析し、それに続いて共有や建物区分所有の分析を行いました(注29)、前掲の拙著・企業と団体の基礎法理の第7章において、いわゆる総有と解されている入会権や入会団体について分析していたことが、建物の区分所有権や区分所有者団体、つまり区分所有建物(マンション)管理組合の分析に役立ちました。

というのは、区分所有建物(マンション)管理組合には入会団体と共通する要素があり、現代風の入会団体といえないこともないからです。

今日では、入会権は消滅する傾向にあり、入会団体は解体してしまっています。したがって、私が入会団体を合手組合の一種と性格づければ足り、総有という概念は必要ではないし、入会団体を「権利能力なき社団」と性格づけるのは間違っているとする論文(注30)を書いたときに、「えらい骨董品のようなテーマを扱っていますなあ」と冷やかされましたが、実はマンションの共同所有・共同管理関係を分析する際に、入会権や入会団体の分析が役に立つのではないかと密かに狙いをつけていたのです。

(注29) これらの論文は、拙著・財産法における権利の構造-共有と合有-[成文堂・1996年]として纏めている。

(注30) 拙稿「合手原理と入会法理-組合企業(合名会社)の内部構造・補論(二)」佐賀19巻2号(1986年)215頁以下。この論文は「入会団体の内部構造と構成員の権利-総有概念の再検討-」と改題して、前掲の拙著・企業と団体の基礎法理[成文堂・1989年]第7章に収録している。

5 上記の研究により、共有は企業の現象形態次元における個々の物に対する共同所有形態の問題であるのに対し、合有は企業の実体次元における有機的・組織的の一体としての営業財産に対する共同支配・管理の形態であるという

違いが明らかになりました。しかし、「法律学から見た『企業』の内部構造」という、私なりの法律学を構築する出発点となった論文には、さらに解明しなければならない問題を残していました。

その残された問題というのは、「占有権とは、どのような権利か」ということを明らかにしないまま、企業の実体の静態面をなす、有機的・組織的の一体としての営業財産に対する権利、つまり営業財産権を占有権の性質を有する権利としている点です(注31)。

「占有権とは、どのような権利か」という肝心の問題について、理論的な解明を行わないまま、単に直感的・感覚的に営業財産に対する権利を認め、これを占有権の性質を有するとしたわけですが、営業財産は複数の積極財産から成るだけでなく、消極財産からも成っており、そのような財産の上に占有権的権利を認めることは一物一権主義(民85条)や物権法定主義(民175条)に反しないのかという問題にも答えておく必要があったのです。

したがって、私の企業構造論や、それを基礎にした合手組合論・合名会社論、さらには社団論・株式会社論を理論として確固たるものにするためには、「占有権とは、どのような権利か」という問題を是が非でも、解明する必要があったわけです(注32)。

(注31) 拙稿・前掲(注18)佐賀12巻3号32頁以下。

(注32) 拙著・前掲(注30)企業と団体の基礎法理4頁以下。

6 占有理論・占有権論は私法学の迷宮の一つだといわれています。しかし、迷宮であればこそ、法現象を「本質・実体・現象形態」の三つの次元に分けた上で、それを総合して、その法現象の内部構造を探り、全体像を捉えようという私の方法論が通用する可否かを試す格好の素材になります。

前掲・(注2)の拙著・所有権と占有権の第3章は、私の方法論に基づいて占有権の内部構造を論理的に解明しております。そして、企業の存在構造に照らすとき、占有権は企業の実体をなす営業財産を構成している個々の物を事実上支配・管理しているところに認められる権利であるのに対して、所有権は債権や知的所有権・債務などとともに企業の現象形態に位置するものである

ことが分かります。

つまり、占有権は所有権などの物権と同次元の権利ではないが故に、一物一権主義や物権法定主義の支配を受けることなく、複数の積極財産の上にも、さらには消極財産を含む営業財産の上にも占有権的な権利(広義の占有権や最広義の占有権)が成立しうることになります(注33)。

占有権の解明によって、企業が存在構造が理論的に把握されると、これを非営利の事業体や法人でない団体(組合・社団・財団)の存在構造の分析に応用できますし、法人でない団体の構造が解明されるということは、法人という制度の基本的な機能を明らかにすることにも役立ちます(注34)。

そして、企業が存在構造の解明は法律上の「人」の存在構造の解明に応用することが出来ますし、企業の営業財産を「人」の生存財産と対比するならば、「相続とは何が承継されるのか」「包括承継とは、どのような法現象か」ということが理解し易くなります(注35)。さらに、合手組合や合名会社と共同相続とを対比することにより、「共同相続人の相続分とは、何に対する持分なのか」ということも明らかになって来ます(注36)。

(注33) 拙著・前掲(注2)所有権と占有権181頁以下。

(注34) 拙著・社団法人(株式会社)の法的構造-企業と団体の基礎法理II-[成文堂・2004年]参照。

(注35) 拙著・前掲(注2)所有権と占有権171頁以下・183頁以下。

(注36) 拙稿「共同相続財産の『二重の共有』論について」(h)(n)(f)-共有と合有・補論三(h)(n)(f)-[佐賀大学経済論集28巻4号(1995年)19頁以下・28巻5号(1996年)81頁以下・28巻6号(1996年)67頁以下。

## 5 むすび

1 法現象を「本質・実体・現象形態」の三つの次元に分解した上で、これを総合することによって、その法現象の全体像を把握するという独特の方法論を用いて、所有権論-共同所有(共有・合有・区分所有)論-占有権論-団体法(組合・社団・財団・合名会社・株式会社)論-法人論という形で、私なりの理論法学・私法哲学の体系を作って来たつもりですが、これは当初の予定の何分の一の仕

事でしかありません。

債権論や債権を物権化する有価証券論、これを基礎にした手形や小切手の法理論、さらには有価証券論の延長線上にある貨幣の法理を残したままです。しかも、株や社債のペーパーレス化現象・電子マネーによる決済が進行していることとも整合できる有価証券論や貨幣論を構築する必要があります。

2 さらに、「人権とは、どのような権利か」という問題と取り組まないことには、私の権利論は十分なものではありませんし、「国家とは、どのような団体か」を解明しないことには、私の団体法論も不十分なままです。そして、「法とは、どのような社会現象か」という問題は、法律学者として避けて通ることの出来ない重要な問題です。

これらの問題は、いずれも難しい問題ですが、定年後の、ゆったりと流れる時間と、世俗を離れた空間の中で、のんびりと、道楽としての学問を続けて行きたいと思っています。

現役中にやっておくべき仕事をやり残して定年を迎えなければならないのは残念なことですが、定年後にも取り組むべき課題があるということは、現役中に燃え尽きるよりも、幸せなことだということも出来ます。

3 佐賀大学における34年間を振り返って見て、私の非才の故に自分で立てた計画の何分の一の研究しか出来ませんでした。佐賀大学経済学部を選んだのは正確だったと思っています。

この田舎大学の、のんびりした環境の中で、通勤に無駄な時間やエネルギーを取られることもなく、世俗の雑音に煩わされることもなく、思いどおりの研究をすることが出来ました。

経済学部であるが故に、法律関係の図書が殆ど揃っていないし、議論をする相手もいないというハンディはありましたが、無い物ねだりをするのではなく、知恵を出して、逆境を逆手にとって努力を続ければ、自己実現の道は開けて来るものです。

4 ところで、人間は自己実現に向って絶えず成長して行く生きものである

とする人間観に立った上で、人間の欲求を低次のものから高次のものへと5段階に分ける仮説を提唱したアメリカの心理学者A・H・マズローは、最高(第5)層にある高次欲求として自己実現欲求を挙げています。

この自己実現欲求は自己成長や創造活動と関連した最も人間らしい欲求であるが、この欲求を完全に達成できる人は極く限られているので、自己実現を追求する志向性の有無が重要だとされています(注37)。

この仮説が実証済みのものかどうか、私には分かりませんが、この仮説に従えば、自己実現を追求する志向性を持ち、完全にとまでは行かないが、ある程度までは自己実現欲求を達成できた私は幸せ者ということになります。

(注37) 若杉弘子「欲求階層説 need-hierarchy theory」中島義明ほか編・心理学辞典[有斐閣・1999年]868頁以下。

5 私が、この大学、この学部を選んでいなかったら、今の私は存在しえなかったといっても過言ではありません。

もしも、私が他の大学の法学部に就職していたら、今のような研究が出来たかどうか分かりませんし、今のように楽しく研究できたかどうか分かりません。

私に良好な研究環境を与えて下さった佐賀大学、とりわけ経済学部の方々に感謝しながら、定年の日を迎えることが出来るのは、この上なく幸せなことでございます。皆さん、本当にありがとうございました。

世界も日本も、そして地方自治体や大学も、年々、ゆとりを失って住み難い状況に向っているように感じられてなりません。若い皆さん達が知恵と勇気を出して、一握りの「勝ち組」だけが贅沢に暮すのではなく、「勝ち組」や「負け組」のない、全ての人が安心して暮せるような社会を作り出して欲しいと願っています。

そのためには、常に社会に関心を向け、「なぜ」「どうして」と問い続け、批判精神と夢や理想と行動力を持った人であり続けて欲しいと切に願って止みません。

ただ単に「パンのための学問」をしたり、就職のために学歴を取得するので

「民商法二元論と資本主義私法」論の漂着点

はなく、「人間として、視野を広め、深め、高めるための学問」をして頂きたい。そういう学問を行うことが出来る大学であり続けることを願いながら、教壇を下りに致します。

付記 本稿は、2005年1月18日に経済学部4番教室で行う予定であったが、私の体調不良のために取り止めた最終講義の草稿に手を加えたものである。