

法  
研  
8

現代法と法社会学

渡辺洋三



法社会学研究 8

---

# 現代法と法社会学

渡辺洋三 著

---

東京大学出版会

### 著者略歴

1921年11月21日生れる。

1947年 東京大学法学部卒業。

現 在 東京大学教授(社会科学研究所)

### 主要著書

農業水利権の研究(1954年, 東京大学出版会)

法社会学と法解釈学(1959年, 岩波書店)

土地, 建物の法律制度(上)(中)(1960年, 1962年,  
東京大学出版会)

憲法と現代法学(1963年, 岩波書店)

現代国家と行政権(1972年, 東京大学出版会)

入会と法(1972年, 東京大学出版会)

農業と法(1972年, 東京大学出版会)

財産と法(1973年, 東京大学出版会)

家族と法(1973年, 東京大学出版会)

憲法と法社会学(1974年, 東京大学出版会)

法社会学の課題(1974年, 東京大学出版会)

現代法の構造(1975年, 岩波書店)

土地と財産権(1977年, 岩波書店)

### 現住所

東京都品川区北品川5-16-22

### 現代法と法社会学

---

1981年10月15日 初版

[検印廃止]

著者 わたなべようぞう  
渡辺洋三◎

発行所 財団法人 東京大学出版会

代表者 江村 稔

113 東京都文京区本郷7-3-1 東大構内

電話 (811) 8814・振替東京 6-59964

印刷所 大日本法令印刷株式会社

製本所 牧製本印刷株式会社

---

3332-34330-5149

## は し が き

すでに『法社会学研究』七巻を出版して以来、七年を経過した。本書は、この間に執筆した現代法に関する論文のうち、『現代法の構造』（岩波書店）に収録した以外のものを若干えらんで収録した。この二冊の書物によって、これまでの私の現代法論のあらましを、読者は理解することができるであろう。

現代法について、私が関心をいだいたのは一九五〇年代の後半頃からのことであるから、もう二〇年以上になる。その間に、岩波講座『現代法』の企画があり、また主として民科法律部会に所属する若手研究者の研究や論争も積み重ねられ、私が関心をもった初期の頃にくらべれば、学界の理論水準もかなり向上した。それにもかかわらず、論点が多岐にわたり、研究対象となる個別分野もいちじるしく拡大されているので、全体としてまとまった現代法論がいまだ構築されているとは言いがたい。その歴史把握についても、理論認識についても、また各論の分野における具体実証的研究についても、現代法研究は緒にいたばかりであるといえよう。

本書に収録した諸論文も、『現代法の構造』所収の諸論文と同様、前述の学界の動向を視野に入れながら、私なりの現代法の見取り図を少しずつでも描いてゆく過程において、考えたところをまとめたものである。第一部は歴史的なものであり、第二部は理論的なものであるが、いずれも試論的なものであり、かならずしも十分に吟味されたものではない。今後の研究課題についてのみちすじをつける程度のものであるともいえる。特殊に日本的な現代法の、現代法たる所以と特殊日本的たる所以とを総合し、戦前にさかのぼり、また一九八〇年代を見とおして理論的に展開す

ることは、私の念願でもあるが、日暮れてみち遠いという感じがしないでもない。

私も今年は還暦を迎え、来年は、東京大学社会科学研究所を定年退官になる予定である。本書も、東大現役中に公刊される専門書としては最後のものとなるであろう。そういう記念の意味をもこめて、内容的には中途半端なものであるが、研究所在任中における私の仕事にいくぎりつけるために公刊することにした。おもえば、二五年有糸、社会科学研究所は、私にとって研究をすすめる上で最良の場所であった。私が、いくらかでも学界に貢献しうる仕事ができたとすれば、それは、ひとえに本研究所のおかげである、というほかない。まもなく退官ということになると、そのことを、あらためてしみじみと感ぜざるをえない。この機会に、私をたえずはげまし、あるいは批判し、あるいは支えて下さった本研究所の同僚所員および事務系職員みなさんに、心から感謝の意を捧げたい。

またあまり売れそうもないこの種の書物の出版を今までも引き受けて下さったうえ、今回また喜んで引き受けていただいたことに対し、東京大学出版会に深く感謝する。とくに菅野さんには、何かにつけ、大変お世話になった。

なお本書は、東京大学社会科学研究所研究叢書第51冊として出版される。

一九八一年九月

渡辺洋三

渡辺洋三著 憲法問題の考え方

UP選書  
九〇〇円

改憲論、安保体制、ポポロ事件判決、小察判決等々の具体的問題を素材にして、憲法問題をいかに理解すべきかという「考え方」に重点をおき、一法律学者として市民に訴える。

渡辺洋三著 民主主義と憲法

UP選書  
九〇〇円

七〇年安保、大学の自治、司法独立。——多様の潮流があり、価値観の対立が深まる現代社会の政治・経済・思想の全分野にわたる深部の動きをどう受けとめ、憲法の平和・民主主義・人権理念をいかに守るか。

渡辺洋三著 憲法と国民生活

UP選書  
九〇〇円

今日の日本の憲法状況を、規範と現実の乖離の最も著しい法分野ととらえつつ、憲法の戦後三〇年を理論的に振り返るとともに、現代市民生活と憲法とのかわりを実践的に、かつ平易に説く。

広中俊雄著 法と裁判

UP選書  
九〇〇円

裁判とはどのようなものか。裁判の意味・制度、事実の認定、法の解釈・適用・誤判の問題等を考察し、また裁判官・検察官・警察官などの機能と役割を具体的に、市民生活とのつながりにおいて明らかにする。

奥平康弘著 同時代への発言上・下 各三八〇〇頁  
各一八〇〇円

——憲法学徒として

戦後民主主義の清新な息吹きの中で憲法学の途を歩んだ著者が、安保体制下の、現実の、政治・社会・文化を見据え、国家権力の発動のあり方を糾問し、わたしたちにとっての「同時代」を問う警世の書。

渡辺洋三著 土地・建物の法律制度上・中 上五四〇〇円  
中五二〇〇円

—民法と特別法

近代的土地所有権の基本形態を示す民法が、次第に不動産関係の特別法において、変化して行く過程を、歴史的比較法的に実証し、さらに現段階の問題を解明。長く品切れとなっていたが読者の要望に応え重版。

渡辺洋三著 農業水利権の研究 復刊学術書  
六五〇〇円

農民の私的農業経営にとって不可欠の農業水利権につき、全国実態分析をもとに、第一次大戦以後、工業水利権が、徐々に農業慣行水利権を圧迫し、独占資本の水支配が強化されていくプロセスを解明する。

渡辺洋三編著 林野入会と村落構造 A5三五〇〇円  
三六〇〇円

明治以来、農民の抵抗を排しつつ進められた入会権否認政策のもと、入会権は変化解体をつづけるが、その過程はきわめて複雑である。本書は、山中湖村調査をもとに、北富士入会の歴史と実態を解明する。

原田純孝著 近代土地賃貸借法の研究 A5五〇〇〇円  
四四〇〇円

近代民法の典型といわれ賃貸借権の「債権的構成」をとったフランス民法の農地賃貸借に関する研究。ナポレオン法典の農地賃貸借規定の形成過程とその特殊な近代的特質を具体的に、歴史的に分析する。

広中俊雄著 法社会学論集 A5三六〇〇円  
三六〇〇円

法的サンクショーン、紛争解決制度の現代的状況、法意識・法過程、権力の不法とその抑制、法の解釈……等、現代法社会学の核心テーマを鋭く抉り注目を浴びた諸論稿をまとめた。

## 5 家族と法

家族制度をとりまく戦後の社会状況の変化を示しつつ、研究の軌跡も、旧家族制度批判から近代家族・現代家族の分析へ進む。

〔目次〕Ⅰ 現代家族法研究序説 Ⅱ 家族と法 Ⅲ 「家」の解体とその復活 Ⅳ 農地相続の諸問題 Ⅴ 農民家族と農業法人

## 6 憲法と法社会学

法規範と現実との乖離を典型的に示す戦後日本の特殊な憲法状況をとり上げ、憲法問題の動向と憲法学・護憲運動の理論的実践的課題を追究。

〔目次〕Ⅰ 保安体制と法律学 Ⅱ 憲法学批判序説 Ⅲ 日本近代化と憲法 Ⅳ 安保条約と憲法 Ⅴ 教育と憲法 (補) 新しく法律学を学ぶ人のために

## 7 法社会学の課題

法社会学の一般理論体系の構築をめざし、基礎理論・方法論・歴史的背景・法律学諸分野との関連・今後の課題に至るまでを詳論する理論篇。

〔目次〕Ⅰ 法社会学序説 Ⅱ 戦後法社会学の回顧と展望 Ⅲ 法社会学と労働法学 Ⅳ 法律学と法社会学 (補) バウンド「法による社会統制」

## 8 現代法と法社会学

一九六〇年頃を画期とする日本社会の構造的転換より生ずる新たな法現象を統一的にいかにかに把握するか。「現代法」の歴史・理論・構造を説く。

〔目次〕Ⅰ 日本ファシズム法体制・総論 Ⅱ 戦後現代法 Ⅲ 現代法理論 Ⅳ 法社会学理論史——人と業績 (補) 私の研究史ノート



法社会学研究

価 A5判三〇〇〇〜三七〇〇頁  
二〇〇〇〜二八〇〇円

1 現代国家と行政権

高度成長政策と相まっつての戦後行政権の強化・拡大現象とそれを支える行政権優越の思想を鋭く批判・警告する。

〔目次〕 I 行政権の優越性と国民の権利 II 法治主義と行政権 III 現代福祉国家の法学的検討 IV 河川水利行政と河川法 V 警察と法

2 入会と法

明治の収奪的林野政策以来の入会権の歴史・性格・理論・実態・裁判等を分析し、生ける法と国家法の相互関係を究明。〔目次〕 I 解体する入会権 II 下戻処分における法律的問題 III 入会権の実態と性格 IV 村落と国家法 V 慣習法と国家法 VI 入会権と裁判 VII 入会林野近代化法

3 農業と法

明治の農業法の総合的分析および戦後の農地改革・農業基本法・農地法改正等の批判的分析を通じ、日本農政の問題点を追究する。

〔目次〕 I 明治期農業関係法 II 前近代的土地所有と農地改革（封建的土地所有についての考察他） III 農業基本法と農地法改正

4 財産と法

現代法研究の重要な一環として、資本主義財産権の理論的・歴史的考察を中心に、財産法と財産権に関する諸論稿を収録。

〔目次〕 I 資本主義財産権の歴史の考察 II 不動産登記制度 III 住宅問題と法 IV 温泉権・地下水利用権（補）都市の土地問題と土地法制

目次

I	日本ファシズム法体制・総論	1
II	戦後現代法	71
III	現代法理論	103
IV	法社会学理論史	205
	——人と業績——	
補論	私の研究史ノート	284

I  
日本ファシズム法体制・総論

一 日本近・現代法史上の理論的位置づけ

1 崩壊説

2 形成説

3 小括

二 時期区分

1 四つの時期の分類

2 法学上の時期区分についての特質

3 年表の項目の整理

三 ファシズム法の展開

1 前史および第一期

2 第二期

3 第三期

4 第四期

四 若干の理論的整理

付表 法律年表

## 一 日本近・現代法史上の理論的位置づけ

最初に、日本の近・現代法史の上で、ファシズム期が、どのような特徴をもつ時期として理解されていたかについて、従来の研究史を検討することにする。

### 1 崩壊説

戦前の近・現代法史の時期区分について、法律学でこれまで支配的に通用していたのは、『講座・日本近代法発達史』（勁草書房）が採用した時期区分である。これによると、第一期（明治元年—十二年、一八六八年—一八八八年）が法体制準備期、第二期（明治十二年—大正三年、一八八九年—一九一四年）が法体制確立期、第三期（大正四年—昭和六年、一九一五年—一九三二年）が法体制再編期、そして第四期（昭和七年—敗戦、一九三三年—一九四五年）が法体制崩壊期とされている。すなわちファシズム期は、法体制崩壊期と位置づけられている。すなわち、ここでは、明治初期に準備され、明治憲法の下で確立した日本近代法体制が、大正期に一定の再編を受けた上で、ファシズム期に崩壊する、という認識が前提になっている。言いかえれば、戦前の法史を、日本近代法の形成から崩壊に至る歴史として一貫してとらえるという観点が、この時期区分の基礎に横たわっている。

辻清明は、この崩壊期の特色を、法律の面から次の四つに整理している<sup>(1)</sup>。第一が国家総動員法に典型的にみられるごとく、私法に対する公法の優位が確立すること、第二が治安法の政治的優位がとくに顕著になること、第三が

明治憲法自体に反する制度を強行せざるをえないほど絶望的な形態をとること、第四がナチと異なり、政治的統合と倫理的・宗教的統合とが分離している日本天皇制の矛盾が明瞭にあらわれたこと、以上の四点である。これらの諸点は、この講座が出版された当時の編集者・執筆者の、ほぼ共通の認識であったといえるであろう。

しかし、崩壊説は、日本近代法史におけるファシズム期の位置づけを崩壊期と理解する点では共通であるとしても、具体的に、何がどのように崩壊するのか、という点になると、論者の見解は、かならずしも一致しているわけではない。もともと、明治憲法体制の下における日本型近代法は、後述のごとく、いろいろな側面を含んだ多元的構造から成り立っている。それゆえ、この多元的側面のうちのどの側面に焦点を合わせて「崩壊」を論じるかは、論者によって微妙な差異がある。それを整理すると、次の六つの説に分類することができるであろう。

第一説は、法と政治権力との関係に焦点を合わせて、法が権力をコントロールするという意味での特殊な法的なきみが崩壊し、法に対する政治の優位が極度に進むという現象に注目する説である。広い意味で法治主義の崩壊という意義を含んでいる。すなわち、法と裸の政治権力支配との対抗 $\parallel$ 緊張関係が消滅し、政治権力に対する法の規範的抑制的効果が失われるという点に、崩壊期の最大の特徴を見出すのがこの立場である。このような意味での法の崩壊は、同時に法律学（法律解釈学）の崩壊をも意味している。なぜならば、法律学という学問は、もともと法による拘束、そのための権力行使の基準を提供することを任務とする学問であるから、法と権力との対抗 $\parallel$ 緊張関係がほとんど全く失われるファシズム期においては、法律学の存在意義もまたいちじるしく低下するからである（と）。

第二説は、右の第一説と密接に関連する問題であるが、議会主義の崩壊という現象に注目する説である。日本型近代法たる天皇制法体系の下で、国民主義はもともと存在せず、帝国議会もまた天皇の統治を翼賛するものにすぎなかった。しかし、それにもかかわらず、原則として議会による法律をつうじて国民の権利義務を規律するという議

会主義、また議会のイニシアチブを政党がにぎり、且つ内閣を組織するという政党政治・政党内閣も大正デモクラシーを通じて出現し、さらに不完全なものながら、ともかく普通選挙も実施されるに至った。このようにして、明治憲法体制のわく内ではあれ、一步一步きずかれてきた議会主義は、この時期、とくに国家総動員法体制の下では崩壊し、広範な委任立法によって執行権力の下に完全に従属する。議会は形骸化し、有名無実化する。だから、この観点からみれば、崩壊期の崩壊とは、議会主義の崩壊であり、これはまた政党政治の崩壊をも意味する、ということになる。

第三説は、日本型近代法に含まれていた前近代的・前市民法的諸制度や諸関係の崩壊という現象に注目する説である(3)。たとえば、家族制度、地主小作制度、財閥の同族的支配など、明治憲法体制を支えてきた前近代的・前市民法的社会構造の法的装置は、再編期における大正デモクラシーを経て、解体過程に入り、ファシズム期の下で、その解体がいつそう進行し、社会的基盤を掘り崩される。このような解体現象に注目して、これを崩壊とみるならば、ここでの崩壊は、前近代的社会⇨法現象が近代化の過程をたどることを意味している。言いかえれば、この意味での崩壊説は、近代化説である。この観点に立てば、社会内部の法的関係はファシズム期をつうじて近代化を進め、それがたとえば、戦後の農地改革、家族制度改革、財閥解体等の戦後改革を準備することになる。

第四説は、第三説と全く逆に、日本型近代法に含まれていた近代市民法的諸制度や諸関係の崩壊という現象に注目する説である。日本型近代法は、西欧型近代法とは異なるにしても、資本主義の発展を支えるブルジョア法として、多かれ少なかれ近代市民法的諸側面を含んでいた。たとえば財産権の自由、人身の自由、罪刑法定主義、司法の独立および国民の司法参加、またそれらを支える個人主義・自由主義の法理など、近代市民法的諸関係は、法体制確立期から、さらに法体制再編期における天皇制のブルジョア化過程を経て、わが国でも一定の限度で開花しかかった。それは、ともかくも戦前の日本型市民社会の成立と、市民的権利義務関係の展開を意味するものであった。しかし、そ

れも、この期には全面的に崩壊する。それゆえ、ここでの崩壊とは、民法、商法、市民刑法等を基礎とする市民社会の法的装置そのものが崩壊し、市民法原理は、ファシズム法原理にとって代わられることを意味している。

第五説は、第四説とまた異なり、日本型近代法が、再編期に、現代法的諸課題を含んで再編された、その再編現代法が崩壊するという現象に注目する説である。大正デモクラシーの下での大衆運動（米騒動を画期とする労働争議、借地・借家争議等）の本格的展開を受けて、また第一次大戦後の世界的規模における社会民主主義的改革（ワイマール、ニューディール等）の影響を受けて、わが国でも、借地人・借家人保護、労働者保護、農民保護、社会保障など一連の社会的弱者の生活を保障する社会立法が、大正期後半から昭和初期にかけて、不十分ながら登場するが、これらの社会立法も、それが実現しないうちに、あるいは定着しないうちに、不況によって後退し、さらにファシズム期に崩壊する、というのがこの説である。だから、この意味での崩壊説は、再編現代法の挫折説である。

第六説は、天皇制ファシズム権力とそれを支えていた法体制そのものの崩壊という現象に注目する説である。ファシズム法体制は、もちろん、敗戦によって連合国の外からの力で決定的に崩壊するのであるが、すでに敗戦以前の段階で、内部的に矛盾と利害対立を拡大させ、崩壊のみちをたどっていた。たとえば軍、政党、行政官僚、元老・重臣、財界、労働界など諸集団相互の対立、それぞれの集団内部の対立（陸軍と海軍の対立、内閣の不一致、財閥と非財閥の反目等）がめだち、最後の段階では、行政改革も成功せず、統制は破綻し、翼賛会や統制会も機能しなくなる。要するに、挙国一致とか官民協調は建前のみのことで、実態は、統合なき無責任体制であった。この説によれば、崩壊期における崩壊とは、このような統合なき無責任体制にはかならないファシズム法体制そのものの崩壊を意味している。

以上、ファシズム期を「法体制崩壊期」と名づけることによって、論者が何の崩壊としてこれを理解したかについて、若干の整理をこころみた。この六つの見解は、それぞれ焦点の置きどころと問題関心を異にしているとはいえ、



また相互に関連しあっているので、特定の論者が厳密に第何説に属するかという分類をすることは困難である。ただ強いて傾向をのべることを許されるならば、第一説および第二説は講座編集者・憲法研究者、第三説は民事法関係研究者、第四説は民事・刑事・行政法研究者、第五説は労働法や社会保障法などの社会法研究者、第六説は憲法・政治史研究者等の業績に、それぞれ重点の置きどころの差異を見出すことができる、ということができよう(4)。

(1) 『講座・日本近代法発達史』2 (勳草書房、一九五八年) 三三二頁。

(2) 政治論と区別される意味での法律論の役割がなくなれば、固有の意味での法律学も法律家も必要でない。私は、このファシズム期に大学生となったのであるが、その頃の法学部学生の大部分は政治学科であった。政治優位の時代には、学生も政治学科に興味をもったからである。また『講座・日本近代法発達史』の編集者は、当時、第一線の少壮研究者であったから、法と法学の崩壊を身をもって体験した人たちである。その体験が崩壊説の背骨をなしていると思われる。

(3) たとえば、『講座・日本近代法発達史』5の月報で、川島武宜は次のようにのべている。

「明治憲法的レジームは、第三期では再編成されたと言っていると思うのですが、第四期ではすでに解体の時期に入っている、と考えられる。……たとえば、あれだけの大規模な戦争をやりますと、明治以来の政府権力のない手である地主は、しだいにその権力の支柱たる地位から脱落しはじめる。明治権力のイデオロギイ的、且つ権力構造的な基礎であった家族制度は、第一次世界大戦の末期には一応再編成されたのですが、われわれのいう「崩壊期」には家族制度解体の現象がかなり顕著になつてくる。昭和十三年の人事調停法はその指標です。地主小作制の解体もこの時期に急速に進行する。」(二九六頁)

(4) 崩壊説をとる長谷川正安は最近の論文「総論・天皇制とファシズム」(『昭和の法と法学』法律時報創刊五〇周年記念、日本評論社、一九七八年)において「崩壊」の意味を次のように説明している。

「第一には、第一次大戦以後、昭和の初期までに到達した、法および法学におけるブルジョア化の成果をみとめ、第二に、その成果を否定する政治的反動の中にファシズム的なものを見とめる。このような観点からすると、「崩壊」する法体制とは、明治憲法体制一般ではなく、昭和初期の再編されつつあった明治憲法体制である。……私が「崩壊」と指摘したかったのは、敗戦による天皇制そのものの崩壊ではなく、それを準備した、天皇制のファシショ化の実態であった。」(一一―一二頁)