

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（二）

福 島 正 夫

は し が き

I 世界文化史上の法継受の現象とその意義

（一） 世界史における法の継受

（二） 文化現象としての法の継受

（三） 法の継受の政治的契機

II 社会Ⅱ経済の近代化におよぼす法的作用

（一） 西欧ブルジョア社会における法と社会Ⅱ経済との関係

（二） 後進的社会と先進的法

（以上本号）

III 日本における近代法継受の問題点

は し が き

比較法研究所の研究会で私はかつて「旧民法（商法）における慣行と慣行の問題」と題して報告したが、その後、中村吉三郎、杉山晴康両研究員の「法の継受に関する諸問題」についての珍らしい対談形式による報告がなされた。

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（一）

また研究所の年末講演会では、立教大学大木雅夫教授の「トルコにおけるスウィス法典の継受について」報告があった。これらあと二つの報告は、内容充実し多くの重要論点をふくんでいた。しかるに、両方の司会に当った私の不手際と時間の制限とによって、それらの論点を整理し問題を十分明らかにして、肝要の点に関する報告者の真意をつきとめること、参加者の活発な議論をよびおこすことがあまりできず、討論を大いにみのりあるものとしえなかったことは、まことに心残りである。

また、私自身の報告も、その前半部分において、ボアソナードの近代法継受に関する見解をめぐり両報告と関連する点をもっていたが、そこに重点をおかずばやけていた。

いまま年の瀬に立ちふりかえると、いろいろの思出が浮ぶ。日本比較法学会も、一昨年の大会は、共通課題が「法の継受」をふくむ日本法と外国法の問題、昨年の大会では社会主義法部会で私は関連する報告をした（社会主義法におけるブルジョア旧法継承の諸条件と問題点）。そして右の諸報告である。

何かそこにおのずからつながりがあると思わざるをえない。これらを想起しつつ少々自身の考え方を整理してみた。印象と記憶がレーテの川に流れ去らぬ前に。私の報告原稿は風にとび去った。いま思いを新たに筆をとる。多少とも討論材料になればと念じつつ。（一九六七年十二月末）

I 世界文化史上の法継受の現象とその意義

（一）世界史における法の継受

法の継受 (Rezeption, adoption, réception) ということは、いろいろ定義の仕方もあろうが、ここでは全体的に、またはある特定部門について、一つの国の法、もしくは同一類型に属する諸国法の共通的な法内容が、他の国に体系的にとり入れられ、その国の法の内容を構成することとして、理解する。この定義にしたがうならば、法の継受という現象は、世界史上その例にとばしくない。

そのなかでもっとも有名なのはローマ法の継受で、単に法の継受といえはこれをさすものとさえ西欧法学界ではうけとられていた。⁽¹⁾それは周知のように、一五ないし一六世紀、ドイツにローマ法が輸入継受され、ドイツ帝国裁判所の普通法 (gemeines Recht) となったことである。いうまでもなくこのローマ法は原始ないし本来のローマ法ではなく、一二ないし一四世紀イタリアの註釈学派により理論的精練をへた、あるいは合理的な態度により抽象化され原則化された、現代的ローマ法 (gegenwärtiges, römisches Recht) である (船田亨二・ローマ法)。

中世から近代への西欧法 (とくに大陸法) におよぼしたローマ法の影響作用は真に偉大なものであった。ルードルフ・イエリングが「ローマ法の本質」 (Geist des römischen Rechts auf der verschiedenen Stufen seiner Entwicklung) 第一巻 (一八五二年) の冒頭に掲げた次の名文句は有名である。「三たびローマは世界にその掟を命じ三たび諸民族を統一に結合した。最初はローマ民族がその活力充実の状態にあったとき国家の統一に結合し、二度目はローマ民族がすでに没落したのち教会の統合に統一し、三度目はローマ法継受の結果として中世において法の統一に結合した。最初は武器の力による外面的な強制をもって。他の二回は精神の力をもって」。すなわち帝国のローマ、教会のローマによる西方世界 (全世界ではない) の統一がなされたのちに、法のローマがこれを統一したこと

をいう。この統一とは、被統一の客体からいえば、大規模な法の継受にほかならない。

ローマ法のもった影響力の広範さ深大さはイエリニングの表現のとおりであって、それを度外視してブルジョア近代法を語ることはできない。最近には、比較法学者はソビエト法その他社会主義国法にさえローマ法の理論的継承性をいう。法の継受をローマ法のそれにかぎることは、もとより西欧的偏見にほかならず、世界史的にみればこの現象は他にいくらかも例がある。とはいえ近代法全般におよぼしたローマ法の作用は比類を絶する。それはたとえば洋服が他の民族衣裳を圧倒して全世界に普及したごとくである。

法の継受をより広義にとり、継承あるいは影響作用という意味まで包括させて、他の例を検討しよう。日本の神代よりずっと前のことである。バビロニア第一王朝第六代目のハンムラビ王（在位西紀前一八二九—一七六六年）が石柱に楔形文字で刻んだ法典（いわゆるハンムラビ法典）を公布した。これは世界最古の法典として知られる。三、〇〇〇行、二八二条の法文をふくみ、民法、刑法、商法、訴訟法にわたり、その内容はかなり進歩したものであって、取引法規定では原始ローマ法にも比すべきものをもつ（原田慶吉・楔形文字法の研究）。ところが、近年粘土板文書の研究が進められるにしたがって、バビロン王国以前のシュメール人の文化と法制度が次第に明らかにされ、その結果ハンムラビ法典もこの先行文化の法から摂取し集大成していることが確認されるに至ったのである。²⁾

目を東洋に転じよう。いわゆるオリエンタリストのほか西欧法学者はほとんど注意しないことだが、中国（中華帝国）の法が周辺諸国の法におよぼした深大な影響は、まさにイエリニングがローマ法についていったと同様で、実に目をみはるべきである。一九六五年ウィーンの第一二回国際歴史学会議において、仁井田陞博士は「隋唐の法律とその

周辺アジア諸国に及ぼした影響」について報告した（仁井田・中国の法と社会と歴史に収載）。（博士は、日本古法と中国唐代法の比較をその学問的船出としたから、この最後の報告によりその生涯を中国法の影響の探究に献げたことになる）。博士の詳細な研究をここに紹介できないので、中国法制史（岩波全書）によって、その要約的説明を引用しておく。まず、唐代法の影響である。

「わが大宝養老律令が唐律令格式などの影響の下に成ったのはいうまでもない。高麗は唐が滅亡してから百年後に国を建て、宋・元・明の興亡の間存続したから影響を与えたのは唐代法に限らなかったが、高麗史によって高麗が用いた律（律令）の編名と条文を見ると、唐律令と符合するものが多く、その戸令、賦役令、公式令……は今は滅んだ唐令の復旧の資料ともなる。黎氏安南の刑律（洪徳律）は、現在ヴェトナム法典の中で最大のものであり、その法典は唐代より遙に後世（一五世紀）に成った……しかし唐の法律の影響の面影を伝えている」。

さらに博士は、その後の中国の法（それ自体が唐代法から継承する点がきわめて多い）の影響についていう。「明清律をはじめ唐代後の法律もまた、日本朝鮮およびヴェトナム法への影響が少くなかった。日本では影響は諸藩法及び明治初期の新律綱領（明治三年）改定律例（明治六年）にも及んだ」。そして、博士は注意する。「勿論、日本の神祇令が唐の祠令を参考にしながら内容を異にし、安南の遺言相続法が中国法に比べて特色を示している類のことは少くない」。のちにふれるが、これは法の継受についての重要点の一つである。十分留意しなければならない。

時代を下り、目を一九世紀以降に移す。この頃法の継受は壮大な姿をとって世界史に登場する。同世紀の開幕早々、フランス大革命を産婆役として、いわゆる中間法（革命法）をさががけとしつつ、ナポレオン法典が生れ出た。フラ

ンス民法は典型的な近代市民社会の法である。そして、おどろくべく広範に継受され影響した。イタリア、スペイン、ポルトガル、ベルギー、ルクセンブルグ、オランダの西欧へ、ブラジル、ペルーその他中南米諸国へ、バルカン地方へ、エジプトへ。さらに北米合衆国でもルイジアナへ。東方では日本へ。といった具合である。そして、ドイツ領の一部へもコードシヴィルの効力がおよんだのである。それは「法典化された理性」とさえ称された。

さらに、アングロサクソンのコモンローの継受も、他の世界的現象を構成する。それは、英国の植民地征服が歩を進めるとともに、一七世紀から一九世紀、アジア、北アメリカ、大洋州に拡散していった。これもスケールの大きい法継受である。

以上、近世の法継受の範囲は、ローマ法や唐代法の場合とは規模をことにする。それは真の意味でグローバルといえよう。⁽³⁾地理上の大発見で地球が丸いことが証明された結果、ローマ世界もインド世界も中華世界も、一つの全体に統合した。交通の発達は大陸間取引を新段階にのせた。

しかし、こうはなくても、従来の西欧中心の物の考え方が客観的なグローバル性に変るものではなく、そしてこの西欧学者の伝統的思考態度を東洋など後進資本主義国の学者が継承する。法学の分野でもこの現象はあざやかにみられる。とくに、日本とか旧中国とかでは、その西欧的法文化の摂受の早さとともに、独自の考え方の発展を阻害するようになった。⁽⁴⁾こうした思考の被制約性が近代化の観念形成にもおよぶことに注意せねばならない。

ところでグローバルという物質的、地理的な関係は世界市場と結びついた世界資本主義の観念の前提をなす。このことをマルクスは指摘している。「ブルジョア社会の真の課題は、すくなくともその一般的な輪廓としては、世界市

場、およびこれを基礎とする生産組織を確立することである。地球が丸いために、この過程は、カリフォルニアとオーストリアの植民地化と、中国および日本の開国をもつて終らねばならない」（一八五八年一〇月八日付マルクスのエンゲルスあて手紙）。明治維新の十年前に書かれた含蓄のふかいこのことは、経済のみでなく、その集会的表現である政治、したがって法にも関する。とくに日本の近代法に。

「世界市場およびこれを基礎とする生産組織を確立すること」は、当然それに対応する法制度の整備を要求することになるであろう。それは資本主義法体系であり、諸国に設備されなければならない。その起点に当たったのがフランス法であった。これゆえにそれはグローバルな作用の役割を果すこととなった。

十月革命によって社会主義経済体制を根本的に変革した社会主義国家が生れた。この種の国家はソビエトロシアにはじまるが、第二次世界戦争のち東欧やアジアに、さらに中米に、社会主義国が一〇あまりも生れた。これらにおいてはソ連法の影響がみられ、国によってはきわめて顕著である。社会主義法間の比較法も考えるべき時期にきている（ジーフスのソビエト国家と法一九六四年第三号論文）が、ここにも法継承の現象をみるのできるのである。

（二）文化現象としての法の継受

以上きわめてラフながら法の継受が世界史上いくたびか行なわれた事象であることをみた。そのような事象はまた、文化現象として観察しうるものであって、この視点から次に若干検討してみよう。ここで文化とは、広義にはすべて霊長類（ホモサピエンス）としての人間のいとなむ事柄である。言語も宗教も技術もすべてふくまれる。生活様式もそうである。これを法に即していえば、法の文化となる。つまり、文化人類学上の意味で文化として取扱いたい。

このように民族学的な面から比較法学を扱ったのは、「何でもやコーラー」といわれた博学ヨゼフ・コーラーであつて、彼はこれにより、文化現象としての法一般の実態的、理論的な認識を志向したのであつた。⁽⁶⁾しかしその評価については区々であるが。また、マクス・ウェーバーも、その「宗教社会学」、「家産制と封建制」等々において法および法思想の問題を東洋のものにまで、今日でもしばしば引合に出されるほど、するどく深く追及している。彼の理論は、その根柢において、文化の型をおいたことを、注意すべきである。

近代的法学訓練をうけた日本最初の学者の一人として、穂積陳重をあげることができる。英国に留学してハーバード・スペンサーの近代哲学の深い思想的影響に接した彼は、「五大法系」とか「法律進化論」とかによって、結局は法の文化的観点に立ったものと思われ⁽⁵⁾る。

近頃では、ウィーアッカーが、「継受は歴史全体の一の基本概念であり、すなわち人類文化の存続の基礎となつているかの文化史的交換の一の場合である。継受なる概念は人類の歴史の——または少くとも、人類の大きな文化圏の——連続性に……もとづいている」という見解をとっている。そして「法の継受は、文明化的交換の一の特別な場合である」とし、明らかにこれを文化現象とする（近世私法史、鈴木禄哉訳）。

ところで、法の継受を文化現象としてみれば、それは一国、一民族の法文化が他国、他民族に移行拡散することであつて、そこに何らかの法則性をみとめられるであらう。各種の問題点が考えられるのであるが、一二の思ひつくことをあげる。

第一に、一般的には、法文化においても、高い文化水準のものが低い文化水準の方向に移転するものである。ただ

し、水準の高低を測る基準が何か、がまず問題となる。なぜなら法の文化は他の文化とことなつて政治と密着しているからである。しかし、法はもともと技術的要素をそのなかにふくみ、たとえば支配のために社会秩序を円滑に維持する技術、秩序侵犯者を有効にかつ合目的に制裁する技術、商取引が順調にかつ迅速に行なわれるよう市場を規制する技術等々、としてみられる。もちろん、これらが統治支配のため合目的でありうるためには、その時代と土地の情勢に適合することを要し、一律にこれをいうことはできない。この点を考慮した上で、より合理的なものが法の文化として高水準であり、その域に達しないものが低水準といえよう。そして後者が前者に接してこれを模倣し採用するに至ることは、相当の蓋然性をもつ。この意味の文化法則が法の継受継承の現象に作用している。

第二に、文化現象としての法の継受、継承は、外来文化対固有文化の力関係としてみられる。すなわち、固有な伝統的な法の文化がより優秀（高水準）な文化に圧倒されることである。ところが、外来対固有の力関係において、固有なもの、伝統的なものは、一般につねに抵抗する。この抵抗が破れたとき、外来文化の継承が行なわれる。

ところで文化一般についていえば、その各部門によつて抵抗の大小は差がまことにいちじしい。たとえば民族の言語は容易に移ることがないし、伝統的儀礼や祭祀もそうである。法はこれに比べるとより大きい遷移性をもつ。

ところが、これもその内容に立入ると、法の各部門について決して一樣たりえないのである。仁井田博士は、上述の国際歴史学会報告の緒言において、左のように注意している。「しかし、東アジア諸国は、中国法の前に自己の固有法を投げすててまで屈伏したのではなかった。ことに、親族法相続法の部面での継受は貫徹されなかったが、完全には貫徹されなかった点が目立つ」。博士はこのべて、「このような受容と拒否の曲折」を報告の中心課題にすえた

のである（中国の法と社会と歴史）。

同じようなことはいくらでもみられる。新しい例をあげると、帝政ロシア領中央アジア、すなわち西トルキスタン地方は一〇月革命後ソビエトロシア婚姻家族法典の適用をうけることとなった。この地域は従来イスラーム法の支配のもとにあったので、社会主義的婚姻法は完全に異質の法であり、これを広義にいえば、法の継受としても差支えない事柄である。そして、その結果はどうか。非常にはげしい抵抗が起り、花咲くオアシスに花よりも赤い血は大量に流された（福島・イスラーム家族からソビエト家族へ、青山道夫教授還暦記念家族の法社会学）。

どうして家族に関する固有法の抵抗がかくもつよいか。日本でも、民法典論争はとくに人事編をめぐって展開された。文化人類学の教えるように、人類社会の基底構成単位はもともと動きがたい性質を有する。したがってそれを規制する法の文化も、法創造（立法）において、また法の施行において、その原質に制約されざるをえない。

以上のほか、法継受を文化現象としてみるときの一般的な問題はいくつかあろうと思う。しかし、人類文化のなかで、法は特殊の性質をもつことを忘れてはならない。すなわちそれは、習俗的規律とはことなり、国家権力による強制力をもつ規範であって、しかもこの権力は政治的なものであることである。したがって、法文化の継受、遷移（translatio）は、どうしても政治とはなれては、完全な考察をすることができない。

（三） 法継受の政治的契機

史的唯物論による法の本質認識は、法が支配階級の統治用具であって、正義、真理等の理念はその用に供する手段にすぎず、普遍性をみとめない。民族の伝統的なもの、慣行さらに固有法についても、この観点がとらぬかれる。

これには異論もあろう。しかしこの基本テーゼには賛成しなくとも、個々の法継受が、単に高水準文化、文化的にすぐれた価値をになうものもつ征服力等々によってのみ行なわれるとは、つまり国家権力の主導的作用を度外視しうるとは、誰も考えないであろう。法継受のあるところ、そこには必ず具体的契機があるべきであり、そしてそれは政治的なものにほかならぬ。つまり、それは一つの国家権力が他の権力の法を一定の政治的判断、考慮にもとづいて採用することを意味する。したがってそこには何らかの政治的契機がなければならぬ。

日本の古代国家（石井良助博士は特有の時代区分により上世と称する）で中国の隋唐の法律が継受された。その契機について仁井田博士は左のようにのべる。「日本では隋唐律令の継受以前から諸文化とともに中国法は絶え間なく受けつがれてきたと思うが、ある時期において大幅に立法過程を通じて中国法が受容された。それは日本での新経済体制をふまえた統一国家の政治的要請があり、それが中国法とくに隋唐法の継受をうながしたものと思われる」。さらに、「朝鮮でもベトナム（黎朝）でも、中国法の継受には多かれ少なかれ同種の要因があったと思う」（中国法制史研究、法と慣習・道徳五頁以下）。石井博士も、上世前期に中央集権的官僚国家が樹立され、大化の改新で唐にならったかかる国家体制の基本形態が成立し、近江令、天武律令を前進させて改新詔の理想をいちおう達成したものとして大宝律令を説明し、大体は同旨である（日本法制史概説）。

これらの観点をいつそう発展させて、石尾芳久教授はさらに説明する。長い間の分裂状態を克服した隋・唐の専制国家は、家産的国家の一典型ともみなすべき統一的、組織的国家を形成していたのであり、ここに隋唐国家の法が周辺諸民族により積極的に継受される必然的な理由が存する。日本律令制の形成ということは、かかる中国法継受と関

連するところの家庭的支配——家庭的國家の確立を意味する（仁井田博士追悼論文集第一卷前近代アジアの法と社会一七五頁）。ここにはマクス・ウェーバーの家産制國家の觀念が導入されていると思われるが、國家という政治的契機を基底におくことは明らかである。

ローマ法の継受については、政治的契機は複雑である。コーシャカーの説もウィーアッカーの論もあるが、後者によると、左のとおりである。継受について、ローマ理念と人文主義という精神的動因は、「政治的意志によって要求された政治的變革に歓迎されたかぎりにおいて協力したにすぎない。實際的継受は、もろもろのラント君主や都市参事会によって担当された」。ドイツのほか、これと同様の「國制上の力すなわち合理化および集權化への一つの君主の意志が作用したところでは」（フランス、スペイン、オランダ）、ローマ法の採用となった（近世私法史）。ほかにいろいろ原因があるけれども、根本のものはやはりそうした政治的契機である。

次に、フランス民法の継受、そのもつ広大な影響作用は何によるかの問題である。ナポレオン法典が國民的法統一の思想を刺戟したとウィーアッカーは指摘しているけれども、実は政治的統一こそこの法典編纂の目的であった（石崎政一郎・フランスにおける民法典編纂過程の素描、江川英文編・フランス民法の百五十年（上））。さればこそ、近世における民族國家の興起という政治状況に面して、ラテン系諸民族の國家が前後して成長しつつあるブルジョア的な社会Ⅱ經濟要素に適合形成されたフランス民法の摂受を行なったということは、おどろくにあたらない事實である。

同様のことは、ある程度は社会主義法についてもいえる。しかし、これにおいては民族自立というだけではなく、社会主義的改造變革において、先進國の法的經驗が当然後進社会主義國に参照、採択（批判的に、かつそれぞれの具

体的歴史的諸条件に即して）されるのは必然である。

(1) 沢木敬郎・法の継受、現代法、外国法と日本法一一五頁参照。岩波法律学小辞典（旧版）でも、継受とは、最も厳格な意味においてはドイツにおいて外国法たるローマ法を採用したことであるが、広義には一般に外国法の採用のことを指す、とのべている。われわれはいまこうした古い継受觀念にとらわれる必要をもたない。また、ウィーアッカーは、法の継受を、「外来の（たとえば他の国民のまたは過去の）法秩序の主要なまた本質的な構成部分が一の民族によって―しかもこの民族が他の民族によってばく滅または征服されてしまうことなしに―採用されること」と定義している。つまり、文化をうけ入れる民族の連続性の破壊されないことを前提とする。この見方はより広いが、しかし、植民地化の場合を継受から除外している。

(2) 粘土版文書については、少し古い本であるがキエラ・粘土に書かれた歴史（岩波新書）を参照。なお、これによってハンムラビ法典の研究は、コーシャカーや原田慶吉教授以後かなり大きな発展がなされ、その修正が必要となり、前代からの継承と後代におよぼした影響の問題もいっそう明確を加えている。

(3) グローバルの globe は球体の意。これに対して world（独 Welt）の語原は、古英語では weorold じ、これは weor（man）+old（age）の複合語であった。したがって歴史的な世界をさすもののである。

(4) 歴史学で、西欧中心は研究視角と評価に影響する。たとえば中世の科学に重大な作用をもったイスラーム世界が不当に軽視されていることなど。飯塚浩二教授は「西洋史と東洋史の間」その他でこれを強く指摘する。

(5) ヨゼフ・コーレル・法の一般的な歴史（小野清一郎訳）および小野博士の訳者序文。日本法学者でコーラーの民族学的研究方法から直接深い影響をうけたのは岡松参太郎博士であって、台湾蕃族慣習研究を博士は行なったが、同書序言でコーラーの弟子たることをみずからのべている。

(6) 穂積陳重は、ロンドン留学当時、ダーウィン、スペンサー、ハックスレーの影響をうけ法律進化論の研究を生涯の課題とする法の継受と社会＝経済の近代化（一）

ることを決意し(故穂積男爵追悼録、学士会月報第四五八号の桜井錠二追憶)、また帰朝後最初の講義に法律五大族、刑法進化論などを行なった。彼は日本法制史についても立入った研究をしていた。御成敗式目や五人組資料の収集は有名である。

(7) これについては、ルツシェ、キルヒマイヤーの「刑罰と社会構造」(司法資料)がきわめて興味深い。刑事行政の歴史において、各時代で全くちがった刑罰制度が行なわれる。中世初領では贖金と罰金、後期では次第に身体的刑罰と死刑の苛酷な刑となり、重商主義の時代となるやガレー船苦役および流刑が生じ、それから監獄拘禁の制となる。この変遷は、それぞれの時期に、支配階級にとって、それらが好適な形態であったからである。

Ⅱ 社会Ⅱ経済の近代化におよぼす法の作用

(一) ブルジョア(市民)社会における法と社会Ⅱ経済との関係―西欧のばあい

「社会あるところ法あり」とか、法は少なくとも論理的には経済に先行し、法は形式をなし経済は内容をなすとかいった見方と、史的唯物論にもとづく法の見方とあって、対立するが、前者は史的発展の面からの検討には全く役立たない。法は経済の土台の上に上部建築をなし、基本的、決定的な作用は経済がもつが、法も有力な反作用をおよぼすとするのが、より事実合っている。法と経済の具体的な照応は大なり小なりのズレをもつが、その関係を克明に検討し、法則性を探究するのが、現実に即した問題提起である。

ここでは西欧ブルジョア(市民)社会をまずとり上げてみよう。そこでは多かれ少なかれブルジョア革命をへており、資本制経済が大なり小なり発展をなした。これに対して法はいろいろの形態をとりつつ、それぞれの経済に照応

して機能している。

一八八八年（明治二十一年）エンゲルスはフオイエルバッハ論を公開した。そのなかで、彼は西歐諸国の私法をひとわたりみわたして、それと経済との関係を次のようにのべている。

「私法は、根本において、個人間の、支えられた事情のもとでは正常な、現存の経済的諸関係を認可するものにすぎない……。しかしこれが行なわれる形式は非常にさまざまでありうる。たとえばイギリスで行なわれたように、その国民的発展の仕方全体にふさわしく、古い封建的な法律の諸形式の大部分を保存しながら、それらにブルジョア的内容を与えることもできるし、それどころか封建的な名目を直接ブルジョアの意味にすりかえることもできる。しかし、また、西ヨーロッパ大陸で行なわれたように、商品生産社会の最初の世界法、すなわち単純商品生産者のすべての根本的な法律関係（買手と売り手、債権者と債務者、契約、債務等々）を比類なく精密に完成しているローマ法を基礎におくこともできる。その際、まだ小ブルジョア的で半封建的な社会に役立たせるために、簡単に裁判上の運用によって、それをそうした社会の状態にまでひき下げることもできるし（*gemeines Recht*）、あるいはまた啓蒙的と自称する道学者的な法律学者たちの助をかりて、それに手を加えてこうした社会に適合する特別の法典に作り上げることもできる。このような事情のもとで作られたこうした法典は、法律的に拙劣なものである（プロイセンの *Landrecht*）。しかしまた、ブルジョア的な大革命が行なわれたあとなら、まさにこのローマ法にもとづいて、フランスの *Code civil* のようなブルジョア社会の典型的な法典を作り上げることでもできる。このようなわけで、ブルジョア的な諸法規は社会の経済生活の諸条件を法律という形式で表現したものにすぎないとしても、このことは事情次第

でよくもわるくも行なわれうるのである」（岩波文庫）。

これは統一ドイツ民法典（BGB）の制定（一八九六年）前のことである。日本では旧民法の草案（ボアソナードによる）の審議最中であつた。エンゲルスは西欧諸国の法の種々な形式とその社会Ⅱ経済的な実質作用との関係を論評している。上引の文を解説ふえんしてみよう。

まずイギリス法については、とくにその不動産法にみるように、古い封建的な法律の諸形式の大部分が保存されている。しかしそれがブルジョア的な社会Ⅱ経済の実質内容にそぐわず、大いにこれを阻害していたかといえれば決してそうではない。これによつてもブルジョア的内容、意味は十分与えられるし、これにすりかえることもできるのである。このような土地法のもとで英国の土地関係は資本主義に適合的なものとなり、借地農業は発展した。二〇世紀のはじめ農地のわずか一〇％が自作地だったといわれる。制度上国王が所有権をもち、人民の権利は保有権にすぎないとしても、それは別段経済学上の土地所有たることにさまたげをなさず十分にその意味にすりかえられている。

大陸法では、ローマ法が全体の基礎をなす。これはエンゲルスにより「商品生産社会の最初の世界法」であり、「単純商品生産者のすべての根本的な法律関係（原初的な法概念—福島）を比類なく精密に完成している」と性格づけられる。ここで注意すべきことは、それが決してカズイスティックな、古来の始原的なローマ市民法（*ius civile*）ではなく、諸民族に共通な万民法（*ius gentium*）であり、その後の発展を加えてユスチニアヌスの法典（*Corpus iuris civilis*）（五三三—五六五年）に集大成されたのち、十二世紀ないし十五世紀の註釈学派（*Glossatoren, Kommentatoren*）によつて加工精練された近世法学の所産なのである。この場合、法の素材はイタリア、フランスのみならず、

西欧、中欧の法世界（そこでの条例法 Statutsrecht）や慣習法（Coutumes）にもおよんだ。それによって次第に發展してゆく都市經濟に適合する法概念、法技術を創造發展させていったのである。⁽¹⁾もしかようなものではなかったならば、ローマ法は近代法の母胎となることができなかつたであらう。

次に、そのローマ法をもととして西欧各国私法の形成である。これには、(1)法典のまだ形成されないもの、(2)法典は形成されたがその不完全なもの、(3)ブルジョア社会の典型的な法典を形成したもの、と三つに区分できる。

(1)に属するものとしては、法典化以前のドイツ諸法等である。ここではローマ法を継受によって帝國裁判所で適用し、これを普通法とよぶ。その社会はまだブルジョア的に發展したものではなく、小ブルジョア的、半封建的である。したがって、適用に當つてそれに応ずるように引下げねばならない。(2)は、例としてフリードリッヒ大王により一七九四年に公布されたプロイセンの一般ラント法 (Allgemeines Landrecht, ALR.) をあげ、簡潔に「法律的に拙劣なもの」とエンゲルスに評されている。これは私法のほかに、憲法的、行政法的な規定をもふくむ龐大な法典で、その国家体制は近代以前の啓蒙專制絶対主義の官僚国家である。(3)は、ナポレオン法典をさし、これが近代法典の模範型をなす。すなわち大きなブルジョア革命を経由したものである。そして、圧倒的な影響力をもったのはすなわちこれであつた。⁽²⁾

さて、これらの諸法典が、実は前世紀の八、九十年代において日本民法典の原材料だったのである。低評価をうけたプロイセン法典に代つて、ドイツ民法典は起草中であつた。エンゲルスの右の論文のち、このBGBが公布施行されて、フランス民法の栄光はやや色あせた感があつた。それは法典の体系としても、規定の精密度、技術の洗練さ

においても、ナポレオン法典をはるかにこえる。日本の法典調査会は、ここで早速馬をのりかえることを行なう。

だが、これと同時に、BGBには民法典施行法が附随したことを忘れてはならない。日本ではこれは全く研究の域外におかれていたようであるが、実はここにドイツ国家の社会的後進性が端的に露呈されているのである。如実に徹底したブルジョア革命をへていない国家の法たるゆえんを示す。そしてドイツ帝国の統一も決して真の統一ではない。ラントがげんとして存在する。それと日本の府県とは完全に異質である。

ドイツ民法施行法は二一八条、そのうち第三部第五十五条ないし第一五二条が「民法典のラント法に対する関係」を規定する。その大部分は、ラント法による特殊規定ないし特殊権利が民法典に拘わらず効力を存続する（*unberührt bleiben*）とする。それはまことに種々さまざまである。Regalien（王権的用益権）もあれば特獵權もある。独占權（*Monopolrecht*）もあれば森林共同体に関する規定もある。つまり封建的起原の物權が民法典で直ちに統一廢止されない。フランス民法とは大きなちがいである。

これと比べて同じ頃制定された日本民法施行法は簡明であり、「慣習上物權ト認メタル權利ニシテ民法施行前ニ發生シタルモノト雖モ其施行ノ後ハ民法其他ノ法律ニ定ムルモノニ非レハ物權タル効力ヲ有セス」とわりきって規定している。維新政權の土地政策は一地一主の原則に徹し、まさにこうしたものであった。

ここでは、ドイツ社会のブルジョアの發展の不全が法律の面に反映していることをみなければならぬ。なお、前掲プロイセンのALLRのうち警察法規は、一九三〇年まで施行されていた。ドイツではラントの法律の研究の重要なことを思う。

ところで、エンゲルスは上引個所の前に、法の本質問題にふれてのべている。「国家すなわち政治的秩序は従属的な要素であり、市民社会すなわち経済的諸関係の領域が決定的な要素である。……市民社会のあらゆる要求も——どの階級が支配しているかにかかわりなく——法律の形をとって一般的な効力をうるためには、国家の意志を通過しなければならぬ。これは事柄の形式的な面であって……問題は、この単に形式的な意志がどんな内容をもっているか、どこからこの内容がくるのか、なぜまさにこれが意欲されて別のものが意欲されないのか、ということである。このことをしらべてみると、われわれは、近代の歴史において国家の意志は、全体としてみて、市民社会の要求の変化によって、どの階級が優勢かによって、そして結局は生産諸力と交換関係の発展によって、決定されることをみ出すのである」。

これは、法が国家意志的存在であることを指摘している。この観点は、後述の、後進国の法が近代化するときまた社会主義法が経済（農業、工業、商業）の社会主義的改造を行なうてゆくときの法の場合には、よりいっそう重大なものとなる。

簡単にいえば、大体の傾向として、ブルジョア社会では社会Ⅱ経済の発展に法が追隨する。すでに封建的社会体制の後期（政治的には絶対王政）に、部分的に資本主義的諸関係が生れ出て、これを法で規制し確認する必要がある。会社、海商などの法制がかくて設けられる（たとえばフランスでは、一六七三年以来商事および取引についての勅令、海事に関する勅令その他のものが出ている）。ブルジョア階級が勝利し、政権の座につくや、積極的に封建制下の阻害要因たるものをとりのぞき（革命の度合による。フランスでは完全かつ一挙に、ドイツ、オーストリーでは不完全

かつ徐々に）、ブルジョア的社會Ⅱ經濟に法規制を適合させるべく種々の法創造活動を行なう。しかし、それは別段先行的なものではなく、既成の諸關係に法技術を適用させたにすぎない。これはフランス民法、商法の制定過程にきわだつてよくあらわれている。⁽³⁾

エンゲルスの上述説明は、社会經濟の順調な發展を示したブルジョア社会に関するものである。それ以外のものには言及されていない。

（二）後進的社會と先進的社會

グローバルにみると、一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけて地上の大部分は後進的社會であり、一部のみが先進的社會であつた。先進的諸國家はおくれた國家（あるいは國家をなすに至らない諸民族）を支配し制圧していた。これは古い植民地主義であり、さきにみた法の継受のなかにはこれに関連するものもあつた。第二次世界戦争以後は、後進諸民族が國家主權をえて新興國となつてゐるが、先進國の植民地主義は、形式上獨立をみとめるばかりで、實質上政治的、經濟的にこれら國家に従屬をしいる新植民地主義に変化し、そこに南北問題の政策課題を提起してゐる。

さて、このたちおくれを一挙にとりかえそうとおくれた諸國があせり努力したが、この一世紀あまりの歴史であつた。そのための奮闘の手段が立法にみられる。それをもっとも端的にあらわすのが、二〇世紀初頭の中華帝國における有名な「變法自強」運動の語である。すなわち法律制度を變革することによって国力を強めようとする。ここには、日本が明治維新後世界をおどろかせる急激な發展をとげ、ことに日清、日露の戦争に勝利したことをみて、當時の清朝國家の国内改良派が大きな刺激をうけたことが、直接の動機となつたのである。それは成功するはずがなく、

みごとに失敗した。これは失敗の著例であるが、日本の場合はいちおう成果をあげているし、また同種のころみはトルコ帝国その他でもあったのである。この点についての問題を以下に考えてみよう。

近代文明の光は西からさしそめ、トルコをふくむ東洋、つまりアジアとアフリカ、ラテンアメリカにはきたること団地住宅の一階に目のさすごとくおそかった。かつては強盛と栄光にかがやいた中華帝国の清王朝も、一八四〇年のアヘン戦争を起点として西欧列強の侵略をこうむり、インドのムガル帝国はそれよりさきすでに一八世紀中ごろからイギリス東インド会社の武力征服をうけている（一七五七年プッシーのたたかい）。中世におけるオスマントルコの領域は広大両大陸にわたり、イスラーム文化はさん然たるものであったが、一七世紀末には次第にその權威もち、やがて北方ロシアの重圧をうけ西欧諸国も干渉し、明らかな衰頹期に入った。これらはすべて支配の地位にあったもののたいはいと無能、人民からのかい離を示す。

さて、これら後進国化した諸国の支配層が、そのたちおくれを自覚して、自己の政權を維持強化するために上からの近代化を行なうことが、あいついで各国にみられた。その最初のもの、オスマントルコのタンジマート（一八六九年—一八七六年）である。タンジマートの改革は一八三九年のギュルハネ勅令にはじまる。これはムスリム（イスラーム教徒）と非ムスリムの法の前の平等、公開裁判と裁判をへない処刑のないことの保障、徴税制度の改革等々の原則を掲げ、その実施に必要な立法措置をとることを命じた。これは「帝国を中世的形態から解放し、近代的、ヨーロッパ的性格を与え、他方ではそれを政治的分裂からまもる」ための改革であり、直接には列強の共同干渉をふせぐ目的でもあった（護雅夫・タンズイマート、世界の歴史⁽⁴⁾）。かようにして、トルコでは、一八四〇年以来、刑法、

商法、訴訟法、海法等の面で西欧的な法典化があいついでなされたのである。しかし、約四十年にわたるタンジマートは失敗の歴史に終わった。それは決して努力が欠けたためではない。まじめな努力が払われている。しかし、根本的には政権の本質が変わらず、人民の支持をうけず、結局表面的、形式的なものに終らざるをえなかったためである。⁽⁵⁾トルコは西洋と東洋とのかけ橋であり門戸であった。したがって、もっとも直接に西欧の影響をうけ、改革もそれゆえに先行したのだけでも、それは上からの改革に終わった。トルコの地盤に移植された異質の法体制が育ちえないという結果に終わったのは、かくして必然の宿命といわざるをえない。それが育つような社会Ⅱ経済体制が、この政権のもとでは、形成されなかったためである。

このトルコの例を前にみつ、一八六八年以来、日本では維新の变革があり、一八九〇年に至りいちおう近代的法体制が確立するまで、法の面で西欧法の継受による一大改革がなされた。これは世界史的な見地でトップクラスに位するほどの、法継受の顕著な成功例を提示する。第一に、それは地理的に西欧の法がもっとも遠い極東の地にまでもたらされ、歴史的には「その土地所有の純封建的な組織とその発達した小農民経営とをもって、多くはブルジョア的偏見によって書かれた歴史書よりもはるかに忠実なヨーロッパ中世の像を示す」とマルクスによって性格づけられた（資本編第一巻第二四章、これが書かれたのはまさに維新のときである）日本で、行なわれている。第二に、それは法体制として、全面的、一掃的な改革であって、幕藩体制下の日本の法がほとんどことごとく変えられたのである。

なぜ成功したか。これは根本問題で、あらためて論ずべきことである。しかし、トルコの場合と対比してころみにのべよう。単一民族であること、政権担当者ことにその実務に当る者の一新されたこと、封建割拠的な統治組織か

ら最強の集権統治に変革することが急速かつ完全に達成しえられたこと（これはイタリアの場合にはみられるが、ドイツではできなかった）の諸理由がまずあげられる。そして、より基本的なものとしては、次の諸点がある。すなわち、後進的な封建日本において、資本主義的生産関係を受容すべき諸要素が内在的に形成されていたこと、それを土台として強力な集権的政治力が前者の発展について、阻害要因をとりのぞき適当な奨励援助を与えることにより、急速に発展させたことである。

この場合には、したがって後進国に先進的な法制度をもちこむことが偉大な意義をもち作用を発揮することができた。トルコの場合にはそれができなかった。

進んで中華帝国についてみる。古代において、日本はこの国、隋・唐王朝の法制度を体系的に継受して律令法体制を形成し、また維新の少し前にも明清律を輸入し、維新にさいしては太政官制を復活したことなどがある。しかるに、法の継受の関係は、このとき以後一変する。

中国の律令制的法体系は、基本的には清朝の滅亡に至るまでつづいた。その古さはおどろくべきものだった。⁽⁶⁾とはいえ、一九世紀末から二〇世紀に至り屈辱の歴史がつみ重なっては、清朝政府といえども安居しておれない。加えて隣の小島国日本は隆々たるいきおいである。

若き新日本にならって立憲君主制をめざし国内の改良をはかる開明専制の改革派が生れた。康有為らのこの運動を「変法維新」という。名称自体が象徴的である。彼らの保皇党（孫文の革命党に対していう）は、皇帝を説得していくたの制度改革としたが、この戊戌政変（一八九八年）は反動派のまきかえしで百日維新に終り、そのあといっそう

の反動政治となった。とはいえ時世の変化に清朝も拱手できず、やはり日本の範にならいつつ、法制度の改革に手をそめざるをえなかった。それは維新の日本を猿まねして事ごとにこっけいである。大臣を海外とくに日本に派遣し視察させ、芝離宮で皇族戴沢は伊藤博文から君主の大権を憲法に明記すべきことを忠告された。かくて「六条の誓文」を発し、十年ののち立憲政治を行なう上諭が出されている。その「憲法大綱」も明治憲法に酷似する。なお、修訂法律館を北京に設け、岡田朝太郎博士が刑法調査に当り、近代的内容をもつ新刑律が公布され、民律、商律の起草に日本法学者が当った。これはボアソナード、ロエスラー、モッセなどが活躍した日本の初期立法作業の場合と同一であった。しかしこれら法典は刑律以外公布に至っていない。⁽⁷⁾

このような清朝政権による法の近代化が、すぐ隣りに日本の成功例をみつ、結局不首尾に終ったことは、これまた当然といわざるをえない。これについてもトルコの場合とことなる種々の理由が検討されるが、ここには省略する。問題はもっと中心的なもの、そして共通なものを提起すべきである。端的にいえば、そもそも「変法維新」の発想それ自体が不条理の極だったのである。

中心の問題は、法の近代化と社会Ⅱ経済の近代化との関係に帰着する。両者が、多少の時期のズレはあるにせよ、結局、多かれ少なかれ照応しないかぎりには、すなわち法のみが孤立的に近代化するのでは、法は法である作用を発揮しえないで止まる。ブルジョア社会ではこの問題は起らないが、後進国では、その政策手段として先進国の法を輸入継受するから、この問題を必然的に生み出す。つまり後進社会対先進法の関係である。したがって、この場合、受容の要件が問題となる。これは、次章において日本につき具体的に考察したいと思う。

上には、三つの歴史的事例をあげたのであるが、注目すべきものはこれだけではない。トルコ、中国については、さらにその後の発展がある。

トルコでは、一九二六年、二〇世紀の民法として評判になったスウィス民法をほとんどそのままに継受した⁽⁸⁾。これはいままで手をつけられなかった（帝政末期の一九一七年家族の権利の法」草案の公布があったとはいえ）家族法の部門に大胆な改革を加えたものである⁽⁹⁾。しかし、その結果はどうか。一九五五年九月、比較法国際委員会が「トルコにおける法の継受」のテーマをもってイスタンブールにシンポジウムを開いたとき、それがトルコ農村でいかに適用されず、または修正適用されているかが明らかにされたのである。

また、中国では、国民党政權における一九二八年以降の近代化法典の編纂があった。一九三四年までに、刑法、民法、商法（手形法、海商法、会社法の三つに分れる）、民事訴訟法、刑事訴訟法および土地法の公布がなされている。民法についてはとくにスウィス民法の影響が強いことがみられる。スウィス民法はたしかにすぐれた民法典であった。しかし、それら諸法典が中国の社会Ⅱ経済にどのような作用を果したかは、多くの問題の存するところである。たとえば中国農村において、民法が公布されても土地法が公布されても、それは伝統的な農村の社会経済を少しでも近代化的方向に改変するものではなかった。これは太平洋戦争中に実施された「中国農村慣行調査」により華北地方において実証されたところである。さらに奥地の四川省では、抗日戦争の終結後、一九四七年ごろまでも、地主が田んぼにいる小作人を使って駕籠をただでかつがせるという、おどろくべき搾取慣行が存続した（福地いま・私は中国の主だった、岩波新書）。

中国農村の近代化は、中国共産党による土地革命によって歴史上はじめて行なわれたのである。この土地革命はいわゆる「解放区の法」を生み出している。そして、新中国では、「国民党の古い六法全書を廃棄し、新しい解放区の法の原則をつらぬくべし」とする建前を明らかにしている（福島・中国の人民民主権）。

このことは、後進的社会と先進的法に関する根本問題の解決のために、世界史的事例を提示したものとはいえないであろうか。しかし、これについてはさらに立ち入って論じなければならない。

- (1) この著名な例として、ウィーアッカーのあげるところによれば、占有理論から紋章法および商標法を、ローマ法源の全くちがつた範疇から上級所有権および下級所有権（直接所有権 *dominium directum*、用益所有権 *dominium utile*）を、ユスチニアヌス法源の嫁資法から親族団体的家産取戻権ないし所得共同制を發展させた。また、ユスチニアヌス法中に基盤が欠け、あるいは萌芽が存したに止まった法分野——商法、社団法、刑法などが、註釈学派によって開拓創造された（近世私法史）。
- (2) のちに、エンゲルスはシュミットあての手紙で次のようにいう。「一七九二—九六年の革命的ブルジョアジーの純粹な首尾一貫した法概念は、周知のようにナポレオン法典ですすでに多くの面で不純化されており……このことは、ナポレオン法典が全世界のあらゆる地方ですべての新法典の基礎をなす法典となることをさまたげない」。
- (3) 野田良之・フランス法概論上(1)および石崎政一郎・フランスにおける民法典編纂の過程の素描（江川英文編・フランス民法の百五十年所版）を参照。なお、フランス、ドイツ、オーストリー、スイスの西欧四国にわたる法發展の実証的、理論的研究については、J.W.Hedemann, *Fortschritt des Zivilrechts im neunzehnten Jahrhundert* が、ゆたかな資料収集によって役立つ。

- (4) タンジマートについての近時の研究については、Lewis, *The Emergence of Modern Turkey*, 1961 が非常に詳細であ

る。また同書は、ケマルによる第一次世界戦争後の改革にもふれる。

- (5) そのほか、トルコの帝国統治がいくたの異民族をかかえそれらの民族自立運動も高まったこと、法を実施する官僚の腐敗、さらにイスラームの精神にいく世紀つらぬかれた人民の生活に改革が浸透できなかったこと等、いろいろの原因理由があげられる。

- (6) 例として官吏登用試験である科擧の制度をあげよう。これは六世紀末の隋代にはじまり、一九〇四年に廃止されるまで一三〇〇年余つづいた。後代教育のたちおくれと結合して、科擧は中国の官吏能力の発展を不具化したといえよう。武科擧に至っては、弓射、舞刀、石あげと若干の学科試験であって、これは中国でさえもあまりはえなかった。宮崎市定・科擧(中公新書)。
- (7) 簡単には、福島・中国の法と政治を参照。なお、宮坂宏・清末の法典編纂(法制史学会編・法典編纂史の基本的諸問題)。
- (8) 穂積重遠博士の紹介がある。トルコ民法典、法学協会雑誌第四四卷一一号、第四五卷七―九号。
- (9) その意義について、福島・イスラーム家族からソビエト家族へ―ソ連領中央アジアにおける婦人解放と婚姻家族法の変革、青山道夫教授還暦記念家族の法社会学。