法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（三）

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の作用

- (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（以上第四卷第一号）
- ### III 日本における近代法継受の問題点
- (一) 西欧近代法の継受と日本の固有法文化（第四卷第二号）
 - (二) 日本における西欧近代法継受の政治的諸契機

一 序 説

- 二 維新後の原基的法継受とその政治的要因
- 三 その後の法継受（以上本号）
- (三) 法の継受と日本の社会Ⅱ経済へのその根つき（定着）

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（三）

(四) 法の継受と近代化の問題

一 序 説

法は政治の手段であり、法の継受は政策にもとづく。権力が自国の伝統の法、土着の法でない他国の法、異質の法を自国のものとして受容し、その法思想をとり入れ、その法体系にならって法典法律を制定し、その法によって裁判、行政を行なうのは、必ずそれを必要とする特別の政治的理由がなければならぬ。すでにわれわれはⅠの(三)で、これを日本の古代国家における中国の隋唐法律の継受、ドイツにおけるローマ法の継受、ラテン系諸国におけるフランス民法(ナポレオン法典)の継受につき、きわめてラフな素描をこころみた。では、日本における西欧近代法の継受について、その政治的契機(要因)は何であつたか。本節は、その具体的な検討を課題とする。

ここで、法の継受の意味につき次の三点をあらかじめ確認しておきたい。Ⅰの(一)で、私は、法の継受を、ローマ法の継受にかぎらぬのはもちろん、法の攝取、受容とされるものをもふくめて相当広義にとることをのべておいた。これについて、本節所述との関連で注意したい点は、第一に、継受の関係を法典の制定だけでなく、単行法律にもみとめ、さらに法典なり法律なりの一部についてもみとめることである。明治民法で、前三編と後二編とを区別して考えねばならないことは、この例にもなる。

第二には、法の継受を立法(とくに法典編纂)の継受に限定することなく、ひろく法思想、法理論の継受、法の適用(とくに裁判所における)にもおよぼして、理解することである。さらに、これと関係があるが、第三に、継受を

単に一回かぎりの出来事あるいは事件としてみるのではなく、法典なら法典の成立に至る経過全体をふくめこれを過程として観察し、さらにその後の施行状況をも包括してみてゆきたいと考える。

もつとも、最後の点につき、維新後の日本をドイツにおけるローマ法の継受に直接類比するのは、少なくとも明治前期については、むりである。ローマ法の継受は何世紀にもわたり、継受国は長年の法思想、法理論をもって訓練され、さらにそれが法実務と結合してウイヤーッカーのいう「現代的慣用」(Usus modernus)をつくり出していった。⁽¹⁾ そのなかで、真に現代社会に適合しうる法が形成されてゆくのである。ところが、日本の開国後における異国の法の継受は、すでに先進国ででき上っているもの(完成品)の輸入で、それらの法思想も法制度も一度に急流さながら流れこんできた。そして、これをうけ入れる地盤の土着の法は、ゲルマン固有法に対するローマ法以上に、全く異質のものであった。⁽²⁾ しかし、全体として、かつ広義にいえば、「現代的慣用」が日本でも全くなかったわけではない。明治前期に法体制がいちおうちたてられてのちは、それはかなり発展してくる。

さて、以上の意味で用いられる法の継受は、維新以後、ただ一回だけではない。この一世紀のあいだに、いくたびかこれを見とめることができる。そのもつとも典型的、かつ規定的なものは、一八八〇年(明治一三年)から一八九〇年(明治二三年)に至る諸法典の公布であって、つまり明治前期の法継受である。しかし、これだけではない。法の継受は、これほど大規模のものではないにせよ、その後もいくたびかなされている。このようなものを継受としてとらえるのは必ずしも一般ではなく、単に外国法の影響とするのがむしろ普通でもあろうが、上述の意味での術語使用により、私は本稿でこれをも継受としてとりあつかうこととする。

明治前期の法継受は、その後の法継受とは、次の点で性質をことにする。絶対主義的政権の成立と西欧近代法の条
理や技術の採用によって、幕藩体制のもとでの諸法が形式上完全に失効したのは、維新後まもなくのころであった。⁽³⁾
そして、この法継受を土台に明治の法体制はうちたてられた。もちろんこれがため日本の法がすべて完全に西欧化し
たというのではむろんない。あるいはたんにそれらの一部分だけが西欧化したとすべきかもしれない。少なくとも量
的にはそうであろう。しかし、全体におよぼしたこの一部分の質的作用は非常に大きい。封建の国家と社会に由来す
る法の諸原理が継承され利用されている領域についても、西欧法制度、思想の影響による変容はやはりみのがせない
のである。⁽⁴⁾ 明治絶対主義政権が幕藩権力に代つてうちたてられた過程の底にも、その作用がみられ、そしてこの時の
法継受とその集大成によつてきずかれた法体制がその後日本の法の発展する土台をなしている。⁽⁵⁾ これは否定できない
事実である。

これらの意味で、私は、明治前期の法継受を原基的法継受とよびたいと思う。原基的とは、原始的かつ基本的、す
なわちその後の法継受が何らかの意味で必ずこれにより規定されているからである。日本の全法体制は、これにより
新旧法原理の交錯合成としてうちたてられた。その後の法継受はどういう性質のものであろうか。維新開国に当つ
て、日本は先進諸国からの文化的技術的たちおくれを自覚しそれを急迫する志向をもつたが、その目標自身も停止し
ていることはありえず、年に月に進歩発展してゆく。これらの国の社会Ⅱ経済的發展に應じて、その法も当然にvari
發展する。日本は、経済的にいえば、無比の急テンポで成長した。西欧諸国の要した期間を大幅に短縮して、原基的
法継受を本源的蓄積期のうちに終つたかと思えば、その後一〇年ほどではやくも産業資本の確立をみるに至る。さら

に、これにおどろく間もあらず、独占資本の段階に進入して、列国との距離はみるみる小さくなった。この急速な追いつきは、法の面にも反映する。ところで、ヘーデマンが独逸・仏蘭の四国について「一九世紀における私法の発達」の概観を實証的、分析的に描いているように、西歐諸国の法も、それぞれの個性をもって、進展してゆく。これらをみのがすことなく、日本は早速参酌し、受容する。ヘーデマンの労作に英米法が欠けているのは、世界的な観点からは決定的な欠陥であろうが、日本はもちろんそれらへの留意もおこたらなかった。

独占資本化、大量的生産流通の時期には、早期自由主義經濟に適合したローマ法原則（現代的慣用もふくめて）は、修正を要求される。これがゲルマン固有法の原理の利用であつて、大陸諸国では何ら継受ではなく、自己の制度の發展にはかならないものも、西歐法の範型として日本にもちきたされるかぎり、それは真正正銘の法継受である。資本主義の高度化あるいは独占化の状況に対処するには、日本はなおも西歐からの法継受を必要とした。

しかし、原基的法継受後の継受は、前者とは性質をことにし、新たに土台をきき、旧体制を全部一新するようなものではなく、部分的な外国法の攝取受容に止まる。原基的法継受による土台に立つて、その修正發展をなすことは、当然作られる法の体裁や内容についてすでに制約をうけることを意味する。一般的には、条約改正当時のような火急な法創造を要する状況が存在せず、慎重に外国法諸資料からの取捨選択がなされる。

かようにして、その後の法継受は、その一つ一つをとつてみれば、がいして小規模である。しかし、それは法体制發展の線にそつてなされるので、積み重なつて重大な意義を發揮する。いったん作られた制度はさらにそれ自身が發展の基礎となる。はじめの継受は、日本近代法体制の創造の基点としての意味をもつ。

その後の法継受のうちでも、太平洋戦争敗戦後、占領軍権力のもとでなされたものは、特段の性質をおびる。このとき日本は間接統治の対象となり、GHQの諸政策の遂行は至上命令にもとづくものとして義務的であった。非軍事化、民主化の政策にそつて新立法がなされ、それは、本稿の観点からすれば大きな興味をひきおこすことであるが、従来日本に支配的であつた欧州大陸法とくにドイツ法の影響をアメリカ法のそれによつておきかえる結果をもたらしたのである。これは日本近代法史を通じもつとも顕著な法現象の一つといえる。しかし、それとても、いままでの法体制、法思想その他を残らず一掃したのでは決してない。この点は注意しておきたい。

ともかく、戦前戦後を通じ、それぞれのばあいには欧米の法が流れこみ、その影響作用をみずして日本の法のあり方を考えることはできない。ある意味で日本はそれら諸国法のふきだまりであつたともいえる。つまり日本にいろいろの法がもちこまれ、有形無形に合成されたのである。とはいへ、そのなかに日本的なもの、つまり日本の権力の本質、性格に応じ、日本社会の状況に即したものは、存在する。むしろこれこそが継受における主体的な立場、流入法の取捨選択の基準を作るものであり、その探究をおこたつてはならない。

本稿は、しかし、とくに法継受の側面から考察する。そして、この節では、日本で何がそれをもたらしたかという政治的要因を検討しようとする。政治的といつても、政策に属するかぎり経済の問題も当然これに包含され、むしろそのなかでもとくに重要視されねばならない。しかし、法成立の要因としてではなく、法が与えた作用のあらわれとして経済をみることは、本稿Ⅲ(三)の課題である。

右の目的にそつて、どのように考察を進めるべきか。まず、政治的要因は、明治前期の原基的法継受において、も

つとも鮮明な形でみ出されるであろう。まさに日本の全法体制が、幕藩封建制のそれから絶対主義的権力のそれへの、全体的なくみかえを完了するときに当たったからである。そこで、われわれは、ここに重点をおき、やや詳細に諸角度から検討を加えることとする。

この原基的法継受が一八九〇年に終了してから今日まで、すでに長い年月が流れた。日本法の変化発展はその間実にめざましいものがあつたといえよう。このなかで果した欧米法の継受の役割作用も、総体としてみれば、きわめて大きなものである。それらは一般に包括的な性質のものでなく、局部的、かつ修正的ではあつたが、なかにはきわめて重要なものもある。日本は法の素材を西欧諸国に求めて法の発展をはかる努力を始終おこたらなかつたのである。この問題は複雑多岐にわたり、資料にもとづく具体的な検討を本稿でする用意はなく、今後の課題となるが、さし当ってここではいくつかの目立つたものを取り上げて簡単に考察し、それらにある問題点を指摘するに止めたい。

法継受の問題を考へるとき痛感されるのは、ここだけのことではないかもしれないがとくにいちじるしくあらわれているものとして、日本の後進国性がある。ここに思い出されるのは、「歐洲とアメリカは……日ごとに生み出される新しい観念の自由な交換という機会」をもち、それは相互に法の発展をもたらしたという、ジャパン・ウィークリー無署名論文の指摘であるが（本稿Ⅲ（一）五）、両大陸間における法技術の交流発展という対等な関係は、西欧アメリカと日本との間においてはいつまでもできなかった。ところが、逆に、中華民国に対しては、日本は法において指導性を示した。⁽⁸⁾これもまた政治的な問題として考察すべき事柄である。

最後にのべておきたいのは、法の継受における社会の意義役割、とくに継受の主体としてのそれである。法継受の

主体は、もちろん第一義的に国家権力であり、立法も司法も、もっぱらこれによる。とはいえ、長きにわたる継受の過程では、国家の立法の前に異国の法が思想として、「現代的慣用」として社会に入りこみ、また社会への適応として立法に変容を与え、その施行に作用するのみでなく、立法に対する発言権をもつこともある。法思想史の問題も、法継受には十分留意すべきものがある。この意味からすれば、継受は本来社会にはじまって社会に終る。

そこで、権力は、第二義的主体たる社会をつねに考慮にいられて、継受というその法政策を実施せねばならない。⁽⁹⁾ただしこの社会も決して一様のものではなく、諸階級階層によって区別されるばかりでなく、それとは別に、表面の移りゆく領域と底の動きがたい民族的、伝統的な領域とがあることに、留意を要する。⁽¹⁰⁾これに対応し法の分野にもいろいろあって、軽やかに動きうる法と動きがたい土着法、その底の伝統が社会の奥深くひそむものがある。後者からする拒絶反応にあえば、権力による法継受においても「受容と拒否」の曲折が生ずるのである。この法政策はさらにひろい政治の一環であって、思想、教育、文化等々の諸政策もこれと緊密に関連している。

注(一) *Usus modernus pandectarum* (ローマ法の現代的慣用)で、「今日の慣行」ともいわれた。ウィーアッカーは次のようにのべる。「同化(Assimilation)がなければ、継受の法素材と学問的思維様式とが活潑に発展することも、ドイツ現行法についての学問の成立も不可能だったろう。実務は理論に反作用し、法学的仕事はローマ法と接して精密度をまし、かつ自由にふるまうようになった」。鈴木椽哉訳・近世私法史二二二頁。ウィーアッカーは、一九六七年の新版において、この「現代的慣用」をとくに強調拡充し、それをもってローマ法の継受における独自の時期とし(序言参照)、第三部「現代的慣用と実務的継受の終結」(そのなかに第一二章現代的慣用、第一三章現代的慣用の個々の法学者、第一四章継受と現代的慣用)についての収支決算の三章をふくむ)を設け、記述している。

(2) 私は、本稿Ⅲ(一)で、ポアンナードやウィグモアら外国民法学者の目に映じた日本の法学、法理論をそのまま紹介した。これは一面的な取扱方であった。彼ら(とくに私法学者)の理解しえない日本独自の法理論、法体制思想があつて、維新直後の時期には、それと輸入法、法思想との対立相剋があつたこと、前者もそれとして一つの完全な体系をなし発展をとげたものであつたこと、をみおとしてはならない。それが新時代に不照応であることは、別問題である。拙稿「明治初年における西欧法の継受と日本の法および法学」(仁井田陞博士追弔論文集第三卷所収)を参照。

(3) 一八六八年一月(慶応三年一月)布告で、將軍大政奉還、朝廷万機親裁については、「徳川祖先ノ制度美事良法ハ其儘被差置御変更無之候」とし、御定書百箇条も維新政府の法院でしばらく適用されていた。明治二年六月の民部省布達は「追テ永世ノ御制法御確定相成迄旧法ニ寄り裁判可致」と命じている。刑事においては、明治三年の新律綱領、六年の改定律例、民事においては、明治五年地券発行とそれにともなる諸法律の發布後、徳川政府の法令は明治政府の法院における適用をやめたとと思われる。

(4) たとえば、一八七一年(明治四年)の戸籍法においても、四民平等の新原理が入ってきており、一八六八年の政体書では三権分立の思想がみえる等々、いくたの例をみる。

(5) 法典論争により全体的に作り直されることになってドイツ民法型に転換したとされる明治民法も、結局はフランス民法型のポアンナード民法を土台として、これに所要の修正を加えたものである。このことは法典調査規程原案第一条に「法典ノ調査ハ既成法典ヲ基礎トス」としている法典調査の方針にみえる(福島編・明治民法の制定と穂積文書一一一頁)。なお、具体的には、星野英一・日本民法に与えたフランス民法の影響(一)、日仏法学第三号。

(6) J. W. Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert, I (Die Neuordnung des Verkehrslebens), II (Die Entwicklung des Bodenrechts), 1 und 2 Hälfte (materielles und formelles Bodenrecht).

(7) この点につき、ウィーアッカーの最近の論文は興味をかい。F. Wieacker, *Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution*, *Juristen-jahrbuch*, Bd. 9, 1968/69. 産業革命で生れた、新しい經濟社会にとつてもっとも重要な個別的な法領域では、ドイツ私法に由来する制度の發展が多くみられる。これは、ドイツについては、固有法の流れであるが、もしそれが日本に輸入、採用されると、やはり法の継受としてみなさないわけにはゆかないであろう。

(8) 本稿 I (二) 参照。日本におけるシュタインやポアンソナード、ロエスレルの役割を、清国に対して伊藤博文や岡田朝太郎博士らが果たした。日本のカイライイ国家満洲国(ここでは皇大神宮の分廟までなされた)では六法が日本人法学者により編さんされたが、これは法の継受というにも値しないであろう。

(9) 社会が継受の主体たることは、ローマ法継受についても、政治的地盤の問題がある。

(10) 簡単にいえば、都市社会(明治初年においてはとくに開港場)と農村社会である。ブスケが明治五年の民法会議で、江藤司法卿と相続制度につき論議したとき、最後に「村邑」と「町家」とで制度をことにすべきを主張したのも(本書三一頁注(11)参照)、つまりは性格上の両社会の差異による。また、民法典論争に当って、一論者により、「明治ノ革新制度人情風俗ヲ一変シタリ。法律上ノ慣習独リ其影響ヲ免ルヲ得ス。特ニ明治七八年来漸次著シク変化シタリ。而シテ新成ノ慣習ハ仏國ノ成法ニ近キモノ七八ニシテ英米ノ不文法ニ類スルモノ二三ナルベシ」といわれているのは(飯田宏作・我國法律上ノ慣習ニ就テ、法治協會雜誌第一号)、たしかに開港場などではあてはまるが、農村はもとより城下町にさえおよんだかどうか。

二 維新後の原基的法継受とその政治的要因

維新直後にはじまり一八九〇年(明治二三年)に一段落する西欧近代法の大がかりな継受は、同時に日本近代法体

制の最初の建設であった。明治維新の政治変革を起動力とし、非集権的な幕藩権力機構がうちたおされて、強度に中央集権的な新しい権力が成立しその陣容を整備する。この権力は内外の情勢に促進され、政治・経済・社会の全般に改革を行なうが、法もまた古い幕藩の制度から西欧法の影響をうけたものに、短い過渡期において急激に作り改められる。こうした法形成の全過程を通じ、次第にきずかれてゆく法体制が、あだかも政治的変革の所産ないし結果のように目にうつりながら、実はそれが維新政権の政治のとくに有力な道具、いわば変革の挺子として作用したものであることを、みないわけにはゆかない。政治と法との間のこのような関係は、つねに考察の軸にすえる必要がある。

封建的統治階級の母胎から生まれ、絶対主義的政権をうちたてた維新政府は、攘夷から開国へ、復古から開明進取への政策の飛躍的換転に当り、二つの切迫した課題に当面した。第一は、全土にわたる中央集権化の徹底達成、第二は列強との和親とならんで国の独立の保持である。対内対外のこの両課題は、相互に関連して、国のたちおくれを急速に克服し先進諸国に伍する地位に進みたいという要求を提示する。「文明開化」とは、いわゆる近代化の当時における表現にほかならぬ。のちにみるように、「列国併立」という言葉は、しばしば政府の基本方針として、のべられている。幕末以来、インドや清国等の植民地化、半植民地化を深刻な先例としてみてきた極東のこの島国では、民族的危機感はきわめて切実であった。

絶対主義政権は、その政治のため法を万能視しないまでも、最重要の用具とみなす。中央集権化事業それ自体にも法は必要であつたし、集権的機構は、中央の法律法令を末端人民に下達し徹底させる伝導管としてはたらかねばならない。「家」制度の上に立つピラミッド状の行政系統はまさにこの目的に奉仕した。それは戸籍法により封建的原理

を継承利用しつつ、かえって全体としては幕藩封建制と異質な官僚機構をうちたてたのである。⁽¹⁾

さて、維新政権による法の継受は、どのような政治的判断と考慮にもとづいてなされたのか。Iでみた日本の古代國家の中国法継受につき、仁井田陞博士のなした概括をふたたび引用しよう。「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。それは日本での新經濟体制をふまえた統一國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」。卓越した法史学者の明察、達見といえよう。ここにいわれたところは、一つの定式として、一九世紀後半にも通用する。以下、項をわけて、明治前期における原基的法継受の政治的要因を検討する。

(イ) 直接的統治政策

仁井田博士のテーゼにしたがい、まず統一國家の政治的要請という点から入ろう。古代も維新時も、その要請自体は共通するが、律令法体制の導入と、西欧近代法のそれとは、その性格が全くちがう。前者では法体制全体が直接に統治の構造をとるのに対し、後者では、法は公法と私法に、それぞれの領域ではさらにその内部で多岐に分化発展して、私的自治の原則に立つ個人の活動を規制するものが大きな分野を占めている。前者のような包括的継受は不可能な時代である。

そこで、直接的統治の法としても、各種各様の法—それらは上下に層をなし、また水平的にはそれぞれの領域に分れる—が必要となる。総括すれば、権力が被統治の國民を自己の支配に確実に服従させ、反対者および秩序破壊者の抵抗を抑圧する機構ならびに方法を規制する公法である。これらは、新しい生産様式の発展の土台となる私的自治のた

めの市民間の法、私法と対立し、旧体制では存在しなかつた国家法上の分化がはじめてここにはっきり出てくる。

さて、公法制度の確立では、とりあえず強力な中央集権体制をうちたてるため、中央政府組織法が第一に必要な。「王政復古」、「神武創業ノ始ニ原」くと国粹を号しながら、政体書には「五箇条誓文」が目的としてふくまれ、ここでは「広く知識ヲ世界ニ求メ」よ、と新奇をいつている。律令制官職名の名は古いが、その形式をとつたのは幕藩官職制の打破が主眼をなし、その内容をなす原理は新しくなっている。またそうならざるをえない。すでに幕府の倒壊直前における行政改革が、その絶対主義への傾斜の法的反映であつた。⁽²⁾政体書制定の当事者たる福岡孝弟は、その制定綱領において「和漢西洋古今ヲ参酌シ」、西洋としては、福沢諭吉の「西洋事情」と「北米合衆国ノ制度ヲ漢訳シタ『聯邦史略』トイフ書物ヲ参考シタ」といつている⁽³⁾（福岡孝弟・五箇条御誓文ト政体書ノ由来ニ就テ、国家学会編・明治憲政經濟史論所収）。公議政体とか三権分立とかの新法思想は、すでに維新前、幕府官僚によつて紹介され、それによる立案もなされていた。

廃藩置県後の地方制度、府県官職制その他も、また西欧の制度を参酌したと思われる。府県制定にかかる初期の町村会規則（明治八、九年）に、神田孝平訳「和蘭邑法」中の文言がそのまま引用されていることは、ささやかながらもその一例証にあげられよう。⁽³⁾維新史家が三大改革とよぶ学制、徴兵令、地租改正も権力の統一集中に奉仕するが、前者はとくに西欧制度の移植である。たとえば、一八七二年太政官布告学制の公布につき、これは今までに全くなかつたことであるので、欧米先進国の制度、特に学校を統轄するためにこれらの国がつくつてゐる教育法規を学制の立案に當つて参照した。オランダ、フランスの教育法規は特にその条文が全訳されて学制の篇章を起草する際の参考にされた。⁽⁴⁾徴兵制もまた、旧制を根本的に変革しその原理を西欧にとつた。

「刑法治罪法ハ治国具中最モ緊要ナル一大器ナリ」。(5)これは一般の原理であるが、独裁専制の権力においては、なおいっそう切実に目に映ずるであろう。「戊申己巳ノ際各藩封建異治ノ余弊ヲ承ケ法律統一スル所ナシ。乃刑部ニ勅シテ刑法ヲ選定シ以テ人民ノ耳目ヲ一ニス」るところがあつた。(6)一八六八年の仮刑律、一八七一年一月(明治三年二月)頒布の新律綱領、一八七三年六月布告の改定律例はこれである。両法は中国法の影響をうけること深く、とくに「新律綱領ハ恰モ明律ノ写本タルノ觀アリ。改定律例ハ逐条的編纂ノ体裁ニ倣ヒ懲役刑ヲ採用シタル等幾分カ歐洲風ノ思想ニ則ル所アリト雖モ尚ホ其大部分ハ支那法系ノ思想ニ從ヘルモノ」で、類推を許し不応為の罪をみとめるなどがあつた(泉二新熊、改訂増補日本刑法論)。(7)けれども、元老院議員細川潤次郎によれば、後者は「其精神專ラ歐洲法律ノ主義ニ抛リ大ニ新律綱領ヲ刪正セ」るものと説明されている。

ところで、維新の立法者は、「素リ綱領律例ヲ以テ刑事立法ノ事業ヲ完ウシタリト思考シタルニ非ス。是ヲ過渡期ノ立法トシ更ニ進ンデ完備セル法典ヲ制定スルノ意」があつた。とくに安政条約による領事裁判の存在のため日本が独立国の体面を損じ、その理由が「法典ノ不備民権保障ノ欠缺ニ在ルヲ以テ」、鋭意刑法典の編さんに従事し、司法卿大木喬任はポアソナードに委嘱して法案を起草させ、一八一〇年のフランス刑法を母法とした刑法が元老院の議をへて一八八〇年七月公布されたのである。(8)この刑法により罪刑法定主義は確立され(第二条)、「士庶人ノ別ニ依リ刑罰ノ差別ヲ設ケタル旧制ヲ全廢シ」、その他全般にいちじるしい改善をみたのであつた。そして、この刑法と同時に治罪法も制定され、これらが西欧諸国には好評を博した反面、元老院など国内では反対の氣運を招いたことも注意すべきである。(9)

王政復古後数年のうちに維新政権のうちたてた統治に関する法律を右に一べつした。権力の集中、反抗者の抑圧、政府の法令命令の下部末端への徹底など統治の緊切な要具としてはたらくそれらはすべて、新情勢のもとに、多かれ少なかれ西欧の制度を参酌したものであった。外国法の摂取が、条約改正という外庄による要求とは別に、内政上の必要からも必須であったことを、とくに銘記しておきたい。上にあげたほかに、種々の行政取締の刑罰法令、なかならず一八七五年六月の讒謗律や新聞条例などについて継受との関係上検討を要するものがあり、奥平康弘氏の詳細な研究などは多く学ぶべきもの⁽¹⁰⁾と考える。

(ロ) 殖産興業政策

資本制生産方法の導入とその急速な育成発展を内容とする経済政策が、殖産興業政策である。このことが維新政権の歴史的課題として、この政策は、世界史上例をみないほど強力に遂行され、その手段として法は創造された作用した。このさい、伝統の日本社会にはない新しい産業形態、資本の組織を、政府は欧米から導入してこれを普及せねばならなかった。したがって、殖産興業政策は、西欧近代法継受のもっとも有力な原動力の一つとなった。この法の分野は、産業法、金融法、私法（民法、商法）である。

殖産興業政策は、金融、農工商と多岐に展開し、それぞれの面で立法がなされる。維新直後には、資本形成にとくに重点がおかれ、金融機関の整備に力がいれられた。一八七二年二月の国立銀行条例は、伊藤博文の建議にもとづき、米国の National Bank Act（一八六一年以降の南北戦争によって生じたインフレーションの整理、増発公債の価格維持を目的としてたてられた制度）を模範として制定された（加藤俊彦・銀行法、講座）。また一八七三年七月の最

初の鉱業法たる日本坑法は、スペイン鉱業法やオーストラリア鉱業法を模範として作られたとされる（石村善助・鉱業
法、講座日本近
代法発）。これらの母法はいずれも、一八六〇年代後期で、当時としては大変新しい。

この種の例は数多く、いちいちここにあげられない。殖産興業政策が西欧近代法の受容に重要な関連をもつことについては、私法の一般法である民法について、その編さんに情熱をかたむけた司法卿江藤新平の思惟態度をみたい。

彼はすでに太政官制度局に中録として勤務していた時代から箕作麟祥にフランス民法を訳させ、成るにしたがつて審議したといわれるが、一八七二年司法卿となるや早速民法会議を開催し、お雇外人ブスケを講師として民法草案の審議討論をしている。ブスケはフランス人の法学者だから、フランスの制度、ナポレオン法典の立場で均分相続を主張し、「封建変シテ郡県トナレトモ家法ハ封建也。家ヲ郡県ノ如ク分チ衆子ニ財産ヲ分配スベシ」といい、江藤はこれに反対した。しかし理由は後世のような淳風美俗論ではなかった。「家ヲ分ケ郡県ニスレハ財産分レテ家産少分ニナル。一体国ノ富強ヲ成シ得難シ。故ニ人ニ家財ヲ分タス代々相続スルヲ善トス」。ブスケはさらに反論する。「併シ分ツノ利方ハ、万金ヲ一人シテ持学問スレハ一人ハ智者ニモナルヘシ。ナレトモ之ヲ千人ニ分テハ九百九十九人モ智者ヲ生ス。是レ国ノ大益ナリ。且万金ヲ千金ニ分ツト雖トモ其家追々万金ノ富ヲ保ツ者モ出来ル。尤大商ハ会社ヲ結フノ法アリ」。ここでは資本蓄積の經濟政策論で江藤とブスケの論戦が展開した。江藤は、「国ノ富強」、「国ノ為メ大關係」といって、国益論から発している。⁽¹⁾これが殖産興業の本義であり、この思想が彼には終始つらぬかれていた。

後進国における急速な資本形成方法として江藤式の考え方も理由がないとはいえない。殖産興業政策は富商を啓蒙かつ保護していわゆる政商とし、産業資本に発展させる策をとるが、それがのちの財閥の原型で、このとくに強調さ

れた「家」の機構が、日本資本主義を特色づける一つになったのである。⁽¹²⁾

江藤の民法制定事業がどこにその政策的根源をもつか、をもっともよく示すのは、一八七三年（明治六年）一月に提出したその辞表である。かねて「各国と併立の叡慮を奉戴し」、自分は司法長官として日夜考慮したが、「併立の元は国の富強に在り、富強の元は国民の安堵に在り、安堵の元は国民の位置を正すに在り」と気づいた。この「国民の位置を正す」とは、「婚姻出産死去の法」、「動産不動産貸借売買共同の法」を敵にし、「相続贈遺の法」、「私有仮有共有の法」を定めることである。これらがなされたならば、「民心安堵、財用流通、民始て政府を信ずる深く、民始て其権利を保全し各永遠の目的を立、高大の事業を企つるに至る」。西欧諸国ではそれらがそなわって「商会、工会、農会の業盛に行はれ、商事農事工事一人一個の業も永年の目的を立て且贗造偽作混雑の患少なく、二重書入等の事無之」、わが国はこれに反する。ゆえに「各国の民庶年に富むの勢ありて我國の貧民日に多く富民日に減ずるの勢ある」という、対照をもたらししている^(野半介・江藤南白、下、六頁以下)。

江藤が「列国并立—国の富強—国民の権利義務の明確化」という立法政策上の思惟過程をたどったのは、注意すべきである。この国民を市民とよびかえてもよからう。市民の権利がはつきりせねば、その経済活動の發展、ひいては富強の増大は期しがたい、と彼はくりかえし強調する。本稿Ⅲ（一）二で、武士出身の立法官僚が「民権」の意義を理解しかねたことをみたが、それとは雲泥の差である。これは彼が開明専制の政治家であったのとは矛盾しない。

商法はどうか。当時このことばは商業の意味に使われ（商法大意、商法会議所）、商律というのがいまの商法に当たった。商業を振起するには商律が必要だとする認識は一般的にはあったが、具体的に商法典を制定しようとする動き

は維新当初にはみえていない。外国貿易の従事者は別として、日本の国内市場がぜんじ形成されても全体としての商業社会では伝統の支配がおつよかつたため、この状況のもとで一挙に完整の商法典をもちたいという考え方はまだ出てこなかったと思われる。したがって、政府が商法関係の立法を企画するにしても、会社、手形、破産など、個別の制度である。その主管官庁も、はじめは司法省ではなくて、産業を所轄する大蔵省、ついで内務省、農商務省の設置（一八八一年四月）後は同省であった。

さきにふれたように、資本の欠乏を焦眉の問題とみた政府は、会社制度の紹介普及にとくに大きな努力を払った。

一八七〇年東京商社の設立に当り、富商たちが設立をしぶると、「各国と併立の御趣意」にそむき進歩をさまたげるものであるから蝦夷の地へ追放すると、大蔵省から警告強要されている（東京商社願書、日本金融史資料第二卷一三六頁）。これはまだ立法以

前、強制的啓蒙勸奨の時代である。しかし、会社条例を作る気持は政府にあって、その後一八七六年（明治九年）ごろ内務省は会社条例を起草上申し、その趣旨として「会社ノ業タルヤ同志協力資本ヲ合併シ締盟結約シ農工商ノ事業ヲシテ旺盛振起セシムル所以ナリ」としている（内務省第一回年報）。

同年九月、大木喬任司法卿は「法律起草之儀ニ付申稟」を提出したが、そのなかで、商法も掛を設けて取調に着手したとのべている。⁽¹³⁾このときには、前にのべたように、司法省は刑法をはじめ、一般的な諸法典編さんの業にとりくみはじめた。

殖産興業は、維新後の最重要国策の一つをなし、この政策達成のため政府は全幅の努力を払い、法もその重要な手段の一つであった。けれども、たちおくれた日本の経済社会に対し、法の強制力だけに依存して目的を達するわけに

はゆかず、金融の援助や官業払下（資金のすべては農地地租の負担）などが実質的な方策となり、人の行為を規制する法の形成は、民度とにらみ合わせて、徐々に進められたようである。

（ハ） 外交政策（条約改正交渉）

以上明治初年の法継受とこれをもたらした政治的要因をたずねたが、ここでの政策は対内的である。ところが、急速な西欧法の継受を強く促進する動因として、開国以来列強に対する外交交渉の問題があり、原基的法継受の具体的経過などの諸問題は、この対外的要因をよそにしては理解できない。法典編さんと関連させつつ、次にこれをみよう。

「大君」と称する旧幕政権が列国ととりむすんだ税権、法権における不平等条約の是正は、維新政権の肩に重荷としてかぶさった。重荷の内容たる条約内容の不正さを幕府も世人もほとんど意識していなかったのは、いまの目からみては奇怪というほかない。⁽¹⁴⁾ 一八五五年（安政四年）の日米修好通商条約、一八六六年（慶応二年）の改税約書が、日本にとっていかばかり大きな侮辱と損失かを政府がさとするには、政権変換後、数ヶ月を要しなかった。さいわいに、右の安政条約第一三条は、一八七二年七月四日（明治五年五月二六日）以後、双方とも一カ年の予告をもって本条に対し修正をなすため協議できるとしている。そこで政府は、この期日の接近にともない、改正の準備に着手した。一八七一年八月（明治四年七月一日）、廃藩置県発令の当日）右大臣岩倉具視を外務卿に任じ、一〇月（旧九月）三条太政大臣から岩倉に対して欧米列国と協議すべき条約要因に関する件を諮問する。左のとおりである。

「列国各々対等の権利を有して相互に凌辱侵犯せざることは列国公法の規定するところなるに、我國に於ては常に対等の権利を失ひ凌辱侵犯せられ比例互格の道理の行はれ居らず。従来条約に於ては外国政府及各国在留公使は日

本を目して猶東洋一種の国体政俗と認めて別派の処置慣手の談判等を為し、我国律の推及すべき事も之を彼に推及する能はず、我權利に帰すべき事も之を我に帰する能はず、我規制に従はしむべき事も之を彼に従はしむる能はず、我税法に依らしむべき事も之を彼に依らしむる能はず……………

依て右国権を回復し、制度法律駁雜なるを改め、勉て民権を復することに従事し、政令一途の法律同轍に至り、正に列国と並肩するの基礎を立んとす。宜く従前の条約を改正し独立不羈の体裁を定むべく、従前の条約を改正せんと欲せば列国公法に拠る我国律、民律、貿易律、刑法律、税法等公法と相反するもの悉く变革改正せざるべからず⁽¹⁵⁾。

そして、特使の「海外派遣の序を以て欧亜諸国最盛の国体、諸法律、諸規則等実務に処して妨げなきやを親見し、我国民に施設なる方略を調査すべし」と命ずる。

岩倉大使一行（副使参議木戸孝允、大藏卿大久保利通、工部大輔伊藤博文、外務少輔山口尚芳）は同年一月横浜を出帆し、まずアメリカにおもむき、七ヵ月滯米交渉して成果をえず、ついで英国に渡り、さらにフランス、オランダ、ドイツ、ロシア、デンマーク、スウェーデンと各国を歴訪し、一八七三年（明治六年）九月、一年一〇ヵ月の旅行を終り帰国した。全体として、治外法権の撤廃や関税自主権の要求など、安政条約の改訂は列国によりかえりみられるべき状況ではなかった。しかも、列国は、さらに進んで治外法権存続のまま内地旅行の自由、内地開放を求め、日本側がこれを峻拒する有様であった。

上述したように一八七六年（明治九年）一月の政始に大木喬任司法卿が「新法ヲ設クル上奏」をなし、江藤司法卿時代には民法一本であったのが、このときから全面的法典化の時代に入ったのは、この情勢と関連する。翌一八七七

年ハートリー阿片密輸入事件が起り、領事裁判の弊害と法権回復の切要をさらに痛感させた。⁽¹⁶⁾

しかし、この当時、寺島宗則外務卿の交渉はまだ税権回復に重きをおいていた。一八七九年(明治十二年)九月井上馨が外務卿に任ぜられてから、むしろ法権回復の方が主力をおかれる問題となつて、法典編さん問題は急に脚光をあびた。同年ポアソナードに民法起草が命じられ、翌一八八〇年にはポアソナード起草の刑法と治罪法が公布され、また元老院に民法編纂局をおき大木司法卿が総裁に任じられた。商法については、会社組合条例審査局がやはり元老院におかれ(総裁山口尚芳)、一八八一年参事院に商法編纂局が設けられた(委員長鶴田皓)。そして、以後数年にわたり、あまたの外国人法学者が招へいされて渡日し、各種法典の起草に当る。まさにこの頃こそは、西欧近代法の日本への流入における高潮の時期であつたとすべきである。列強に対する外交関係としてみれば、現実に条約改正の前提として諸法典の編さんが日程に上つたのは、一八八二年(明治十五年)一月にはじまる条約改正予議会(The *con-joint preliminary negotiation*)で、いわゆる井上条約改正交渉である。この会議で列国公使は治外法権撤廃の日本提案に反対し、「日本に於ては重要法制は未だ編纂されたものがないから外国人は如何なる日本の法律に服従して宜いのか不明である。又仮りに法規を泰西諸国の夫れに倣うて之を編纂公布するとしても、日本に於ける裁判所の組織不完全であるばかりでなく、裁判官には到底之を運用して適当な判決を下し得るものがない」とのべ、交渉ははかどらず、いくたの経緯をへて、条約改正の本会議はようやく一八八七年(明治十九年)五月開催された。これにおいて、英独合案裁判管轄条約案として列国の同意をえ、まさに実現しようとしたのが、左のものである(括弧内は英文条約の文言を参考に附記する)。

第一条 帝国日本政府ハ本条約批准後二箇年以内ニ全国ヲ外国人ニ開キ而シテ本条約若クハ爾後訂立スヘキ条約中本条ト相反スル事項ヲ包含スルニ非ルヨリハ諸事ニ付外国人ヲ内国人同様ニ置クコトヲ訂約ス

第二条 帝国日本政府ハ第一条ニ掲クル期限内ニ於テ泰西ノ主義 (Western principles) ニ從ヒ且ツ本条約ノ條款ニ拠リ帝国裁判所ノ章程ヲ制定シ並ニ左記法典ノ編制ヲ実施ス可キコトヲ約ス

法典 (These codes are—)

一、刑法 (Criminal law)

二、治罪法 (Criminal procedure)

三、民法 (Civil law)

四、商法、海上法及ヒ為替手形ニ関スル法律 (Commerce, Shipping, and the Laws of Bills of Exchange)

五、訴訟法 (Civil procedure)

六、第四項ニ掲クル事件ノ訴訟法 (Procedure in the questions contained under No. 4)

七、身代限法 (Bankruptcy Laws)

警察ニ関スル現行ノ法律規則ハ可成丈之ヲ輯録スヘシ

第三条 帝国日本政府ハ第一条ニ定メタル期限前即チ本条約批准後十八ヶ月ヨリ晚カラサル前ニ於テ第二条ニ掲クル裁判所ノ章程及ヒ諸法典ノ英訳文ヲ……政府ニ送付シ (Remit) 又帝国日本政府ニ於テ右等ノ法典ヲ變更セントスルコトアラハ其之ヲ実施スル六箇月前ニ右同様之ヲ……政府ニ通知スルコトヲ約ス⁽¹⁷⁾

つまり、日本政府は列国の国民（とくに商人）に日本の内地雜居を許し、このことおよび裁判所制度、刑、民、商

の諸法とその訴訟法典を完備することを条件として、列国は治外法権の撤廃に応諾する。その条件にはなお次のものが加わる。外国人が原告又は被告たる「事件に關し百円以上の民事訴訟並に重罪輕罪に相当すべき犯罪に付ては直ちに控訴院に告訴し得べく、又之を取扱ふ控訴院及之が上訴を受くる大審院の裁判廷に於ては其の担任判事及陪審判事の過半数は外国籍のものをもつて充當すべく、公用語として日本語の外英國語を許し且つ堪能なる通訳を置くべきこと」。ただし、これらの制度の拘束期間は一七年とする。⁽¹⁸⁾ 鹿鳴館外交の所産たるこの案に満足して、天皇はとくに英独公使に謁見をたまわり、優あくな勅語と勲章授与があつたことである。

井上外相は、これに應じて同年八月外務省に法律取調委員会を設置し、みづからその委員長となつた（委員は西園寺公望公使、三好退蔵司法次官、ボアソナード、カークウッド、ルドルフ、のち陸奥宗光を副委員長とし、委員に箕作麟祥、ロessler、モッセ、ベルヒマンを追加）。司法省の民法編纂局と商法編纂委員会の事業はこれに統合された。しかし、条約案の主権侵害的、屈辱的な性格は、官民両方面にはげしい論議をまきおこさないのでおかなかつた。政府部内自体に、また法律取調委員たるボアソナードから、強硬な反対が起つた。民間における反対運動も白熱化した。谷農相は憤慨して辞表を提出、ついに井上外相も屈して条約改正を中止、辞職し（一八八七年九月）、いわゆる井上条約改正交渉に終止符をうったのである。

そこで、法律取調委員会は、その名称のまま司法省に移管させ、山田顕義法相がその委員長となる。ただしこのさし、⁽¹⁹⁾「右編纂事業は之が為め停頓せしむべきものに非ず、依然外交上及内政上に於て急速施行すべきもの」と決議されてゐる（条約改正経過概要）。

以上の経過は、開国後の日本が列国に対し国際法上平等の地位を承認させるには、刑、民、商、訴訟の諸法典を西歐的に近代化することが条件となり、これがために政府は苦闘してきたことを示す。その後井上に代った大隈重信の外交交渉は、井上案に対する批判にかんがみ、刑法、治罪法、民法、商法（商事に関する訴訟手続をふくむ）の五重要法典を条約実施の日から二年内に編纂發布し、その英訳文を發布後一ヵ年半内に頒布することを言明したが、これら法典が泰西主義にしたがうこと、英訳文頒布八ヵ月前にあらかじめ外国政府に通知しその査閲をえることを約せず、また外国人法官の任用は大審院に限定するものとした。このときは、一八八五年（明治二年）中の諸法典公布を予定していた。

この大隈条約改正案は、井上案に比べればるかに改善されていたが、なお外国人法官採用につき憲法違反、国権侵害との批判の声高く、民間の攻撃のみでなく政府部内にも反対が起り、大隈は暴漢の狙撃をうけ負傷し、ついで辭職した。そして、条約改正は、のちの陸奥宗光の外交交渉において、日清戦争の直前、一八九四年（明治二七年）七月一六日の日英通商航海条約調印として、実を結ぶ。これは諸法典が公布されて四年後のことであった。

(三) 原基的法継受の完成とその政治的要因

法典編纂事業が「外交上及内政上に於て急速施行すべきもの」とする法典取調委員会の決議は、いいえて妙である。ひとり法典化といわず、一般に法律法令の整備は、統治の政策として、殖産興業の經濟政策として、国内的に必要であり、同時に条約改正のための外交政策として対外的に要求された。これらの法典法律は、泰西原則にそい、またはこれを撰取利用するものである。

明治一〇年代後半における殖産興業政策の立法問題として、一八八四年（明治一七年）末、農商務省の作成した「興業意見」をみよう。ここには、当時松方紙幣整理によるデフレの恐慌状況にあったことも反映されるが、「殖産興業ノ方法ハ、単ニ資本ヲ要スルモノアリト雖モ、法律規則ノ力最モ効アルコトヲ弁別セサル可ラス」といい、農商工業者を「勤勉ナラシメ、富実ナラシメ、公共ノ思想ニ富マシメ、愛國ノ情ニ溢レシメ、智識ヲ開達ナラシムヘキモ、皆法律規則ノ支配シ得ヘキ範圍内タラサルヲ得ス」と力説する。かくて、発票保倉条例、会社条例、商人身代限規則、問屋条例等々の立法要求が掲げられる⁽¹⁹⁾。これら多くはその素材として外国制度の取調べをする。そのことは、法律題名の用語の新奇さにもあらわれている。

さきにみたように、明治一〇年代後半における各種法典の外国人法学者による起草のいっせい進行とわが国における西欧法流入の高潮は、また、各種の国内的国際的な要因による急迫な法継受となり、その結果ほとんどその型について無選択な法継受をもたらした。そのときモデルとして主要なものは、仏・独の法である。諸法典の起草に当たった外国人法学者をあげてみれば、この事情は明らかである。

ボアソナード (Boissonade, Gustave Emile)……グルノーブル、パリ両大学助教授（教授資格者）

刑法、治罪法（起草一八七三年以降、公布一八八〇年）

民法（起草一八七九年以降、公布一八九〇年）

ロースレル (Roessler, Karl Friedrich)……ロストック大学国家学教授

商法（起草一八八一年以降、公布一八九〇年）

テヒョー (Tschow, Hermann) ……プロイセン官廷顧問

民事訴訟法 (一八八四年以降、公布一八九〇年)

ルドルフ (Rudolf, Carl) ……ドイツ公法学者

裁判所構成法 (起草一八八五年以降、公布一八九〇年)

モッセ (Mosse, Albert) ……ヘルリン市裁判所判事

地方自治制 (起草一八八六年以降、公布一八八八年)

以上のように、刑法、治罪法、民法はフランス人法学者により、商法、民事訴訟法、裁判所構成法はドイツ人法学者により、それぞれ起草され、それらは起草者の国籍により、あるいはフランス法、あるいはドイツ (プロシア) 法を模範として、行なわれた。これらの人選には相当程度の偶然性がともない、それが結局継受のモデルを規定することとなった。

諸法典とちがって最初から日本側のみで起草し、外国法学者からはただ意見を徴するのみに止めたのは、憲法である。フランスで五法とよび、憲法をそれにふくめないのは、理由がある。それは国家の基本法としてその性格が他と全くことなるからである。日本では、とくに、権力の性格上、憲法の起草には慎重をきわめた。もちろん憲法の制定により日本はアジア最初の「立憲国」となるわけであった。⁽²⁰⁾

はじめて憲法を制定するならば、当然西欧諸国の憲法制度を参酌しないわけにはゆかない。一八七六年九月「我カ建国ノ体ニ基キ広ク海外各国ノ成法ヲ斟酌シテ国憲ヲ定メ」る勅語が元老院に下附されている。この言葉は玩味す

べきである。四年余の調査をへて同院は日本国憲法を天皇に奉呈したが、それはあまりにも広範に諸国憲法を参照したため、採択をえなかった。ついで一八八一年（明治一四年）の政変となり、伊藤博文に起草が委託され、このとき、岩倉具視の作成した「大綱領」が憲法制定の基本原則となった。伊藤は、国体をもつとも重視し、共和国はもちらん英国のごとき立憲君主制も拒否して、もっぱらプロイセンやオーストリーのような絶対主義の性格を温存するものゝを典範とする。ここでは西欧法の摂取において高度に選択的な態度がとられることとなる。しかし、かの明治憲法といえども、全く継受なくしてはそもそも憲法たりえない。最少限度の継受必要事項があり、国会制度や「臣民権義務」の規定などは、それに属する。伊藤はこれらをもつて「臣民ニ民権ト政権ヲ与エル事ヲ示ス」といった。

この言葉は、枢密院憲法制定会議第一日に伊藤議長がのべた開会の辞のうちに見える。この演説は、草案制定に対する起草者の根本態度、すなわち権力の憲法制定趣旨を赤裸々に表明し、したがって、また、西欧諸国の制度導入についても、その政治的理由を、端的に示すものである。

「憲法政治ハ東洋諸国ニ於テ曾テ歴史ニ徴証スヘキモノナキ所ニシテ之ヲ我日本ニ施行スルハ事全ク新創タルヲ免カラス。故ニ実施ノ後、其結果国家ノ為ニ有益ナル歟、或ハ反対ニ出ル歟、予メ期スヘカラス。然リト雖モ二十年前既ニ封建政治ヲ廢シ各国ト交通ヲ開キタル以上ハ、其結果トシテ国家ノ進歩ヲ謀ルコト此レヲ舎テ他ニ經理ノ良途ナキヲ奈何セン」（清水澄・帝國憲法）
制定会議八八頁）。

つまり、幕藩封建制を廃棄して天皇制政権をうちたてた以上、多少のリスクをおかしてもいちおう西欧形式をとる立憲制によらないかぎり、権力は統治の実をあげたい、との認識に立ったのである。自由民権運動対策の意味もあ

つたろうが、政府の基本的な政策路線はここにある。これに規定されつつ、憲法起草に当り、シュタイン、グナイストやお雇い外国人ロエスレルらからは、瑣末に至るまで西欧制度の資料と意見が徴されたのであった。⁽²¹⁾

諸法典の公布は第一回帝国議会開会のすぐ前まで大車輪でなされた。⁽²²⁾ もう少しで国会が開かれるのに、なぜ「鬼の来ぬ間の洗濯を急ぐ」観あるこの挙に出たのか(三崎亀之助の衆議院演説、大)。これは、憲法の欽定とは意味がちがつて、主としては条約改正交渉上の必要にもとづいたものようである。⁽²³⁾ げんに、刑法改正案および戸籍法案は、第一回議会上に提されている。

かようにして、原基的な法継受は完了し、明治憲法を頂点とする日本の近代性を装った法体制は、きずき上げられた。それらは法論理上の体系的調和を保持しえたものではないが、統治に必要な諸要素は大体において整備した。以後の法継受は、この基礎の上に、その修正発展として進められる。

注(一) 「家」制度は、国家体制の基礎法として重要な意義をもち、それゆえに散権的な幕藩封建制から明治の強力な集権的国家機構をうちたて、中央政府から下部末端の人民まで嚴重な国家統制をなしうるための根元の制度となった。この目的に奉仕するのが、一八七一年(明治四年)の戸籍法である。それゆえ内務省の戸籍局は、たんに戸籍の問題や身分関係の事項だけでなく、府県および大区小区に関する事務(地方行財政事務)を管掌し、一八七八年(明治十一年)の三新法で大区小区が廢止されてのちはじめ、府県会の事務、地方区画の事務、区戸長職制の事務が他局に移管されたのであった。

なお、維新における中央集権が、ドイツのばあいなどと比較にならぬ短い期間でしかも徹底的に遂行されたこと、そしてそれがアジアの多くの地域では想像もしいものであることについて、民族の単一性のほか、村と「家」の構造が幕藩制下ですでに均質なものであったことが、理由としてあげられる。これについての大野盛雄氏の指摘は(隅谷三喜男編・日

本人の経済行動下二二三頁)、きわめて示唆的で、こういう文化地理学的な比較は法の考察にも役立つと思われる。

- (2) 一八六七年七月(慶応三年六月)幕府は国内事務総裁、会計総裁、外国事務総裁の制を新設し、陸軍総裁、海軍総裁を任命し、老中月番という伝統の制度を廃止した。東京大学史料編纂所編・維新史料綱要。この総裁制が維新政府の最初の時期に継承される。

- (3) これは地方官のなした立法で政府の法ではないが、当時外国から輸入した法制度の知識がいかに利用されたかを示す好例であるので、次にあげておく。神田孝平訳・和蘭邑法第三九条に「新員入会ノ初メ集会ノ席ニテ首席ノ者ノ面前ニ於テ銘々誓約ヲ行フヘシ 我政典並ニ國中諸法律ヲ遵奉シ本邑ノ利益タルヘキコトハ心力ノ所及ヲ尽シ守護補翼スヘシ 皇帝上帝冀フハ我ヲ佑クルアレ 但右誓約ノ前ニ政典第八十三条ノ式ノ如ク誓約ヲ為シテ勉勵ヲ証スヘシ」とあるが、明治八年七月神奈川県、明治十一年一月福島県の町村会規則に、いくらか修正して規定されている。福島正夫、徳田良治・明治初年の町村会、維新史料研究連絡会編・地租改正と地方自治制所収。

- (4) 海後宗臣・教育法、講座日本近代法発達史I。海後教授は、そこで、「学制は行政の方針をフランスにとり、その實際は英米その他の国々の教育制度を参照してつくったもので、簡単にフランス学制によったとのみは言えない」と指摘される。つまり外国制度の摂取において選択による合成があつたのである。

- (5) 明治一六年二月五日元老院上奏の「刑法治罪法改正ノ意見書」冒頭の文言。司法省刑事局編・旧刑法治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革、法曹会雑誌第八巻八号。

- (6) 大木喬任司法卿の明治九年一月四日「新法ヲ設クル上奏」、同上。この経過につき、元院会議筆記明治一三年三月一五日第七百七十四号議案(刑法審査修正案)で、内閣委員太政官権大書記官村田保は主要次のように趣旨説明をしている。刑法は、維新前もおおむね慣例により明文の成律なく、維新政府はここみるところあり、明治元年仮律を設け、これは明律旧幕

律を折衷しこれに時にの律議を加えて定め、新律改正までこれを用いた。明治二年春新律編さんの命あり、三年一二月新律綱領を頒布し、六年五月その不備を補い、改定律例を頒布した。

(7) 「号外第三十六号意見書ノ駁議」、法務図書館所蔵吾園叢書所収。手塚豊・元老院内における新律綱領、改定律例復活反對意見書、法学研究第三四卷一—号。

(8) 刑法編さんの経緯について、上掲村田保の説明にいう。村田は刑法編さんのため明治四年春におもむき六年一〇月帰朝して、律例改正に着手し、「校正律例」なるものを起草した。その後左院で歐洲各国の刑法を原則として刑法改正の儀を太政官に上申し、九年の政始に大木司法卿から刑法改正の上奏をなし、これに着手した。そして元老院で刑法名例案を起草したが、一〇年末太政官は元老院に刑法審査局を開設し、各国の刑法を参酌して草案を作成した。なぜ現行の律例を廢し新刑法を設けねばならないのか、そして、次の理由をあげている。「且今日ノ勢改正ヲ為ササルヲ得サル者ハ新律綱領改定律例ハ依然トシテ支那律ノ精神ニ基クモ諸ノ罰則其他治罪法ニ属スル手續ハ總テ歐洲各國ノ制ニ倣ヒ年二月ニ陸統之ヲ頒布セリ：殊ニ自今外国条約改正ノ機ニ臨ミ治外法權ノ堅塞ヲ打破センニハ各國ト同様ナル刑法又ハ治罪法民法訴訟法商法等ヲ制定セサルヲ得ス。中ニ就キ刑法ハ尤モ國ノ開化ノ度ヲ知ル者トスレハ首トシテ之ヲ改正セサル可ラサルナリ」。

(9) すでに、草案の元老院における審議において、いく多の議論を生じた。とくに、「本夫其妻ノ姦通ヲ覚知シ姦所ニ於テ直チニ姦夫又ハ姦夫ヲ殺傷シタル者ハ其罪ヲ宥恕ス」の規定の、其妻の下に「妾」を加えよという修正案(当然親屬例にも関連)が出て賛成者多く激論沸騰、結局この案は敗れた。福島編・「家」制度の研究、資料篇二、一四三頁以下。

しかし、この刑法公布ののち、元老院ではこれに反撥する空気がつよく、刑法を廢し新律綱領、改定律例に復する意見書が提出されるに至った。前注(7)論文参照。

(10) 奥平康弘・日本出版警察法制の歴史的研究序説、法律時報第三九卷四号ないし一〇号(未完)。なお注(8)の資料参照。

- (11) 民法口授、福島編・「家」制度の研究、資料篇二、四六頁以下。なお、ブスケは、この会議で自説が敗れたのちも、「村邑ニテハ産業ヲ一家中ニ管ム方然ルヘシ。町家ニテハ成丈ケ家産ヲ分ツ方然ルヘシ」と主張した。
- (12) 福島・日本資本主義と「家」制度第八章。世外井上侯傳によれば、三井家の家憲起草を井上馨がボアソナードに依頼したが、断わられ、つぎにロエスレルに頼んだところ。ドイツの大貴族に参考例あり、といったという。三井家家憲草案に対する一八九一年七月のロエスレル意見書の全文は、安岡重明・財閥形成史の研究四二四—四二九頁。三井の家産が *Gesamt-eigentum* たることを論じて興味深い。
- (13) 刑事法編纂沿革(稿本)、法務図書館所蔵。なお、司法省第二二年報(明治九年度)には、九年「五月内務省起案会社条例ノ下問(太政官より—福島)ニ対シテ上陳ス」とみえる。したがって、産業を管掌する内務省の立案も司法省に回付されたことが知られる。
- (14) 当時としては、それがやむをえないのもであった。鎖国時代と開国後とは、どれほど物の考え方のズレがあったかは、想像をこえるものがある。もちろんそれは認識不足の一語につきる。すなわち、外国品輸入の關稅定率を從価五分というような低率にしたことは(一八六六年、慶応二年の改稅約書)、当時はあまり問題とされず、治外法權のとりきめ(安政條約第六條)についても、むしろ当然とする考え方すらあった。これらは、開國交渉をうけた頃の觀念が開國後の現実と全くかけはなれたものであったことに由来する。すなわち、幕府側は、もっぱら開港地の限定、開港地開市場における一定地域の貿易自由への限定に腐心し、外国人の内地立入り(のちにいう内外人雜居)は固くこれを拒否した。關稅については、幕府はこれを「鎖國時代と同様之れを輸出入許可に對する運上と認め居り、未だ關稅により多額の財政收入を得、又産業保護を為すが如き觀念はなかつた」。條約改正關係日本外交文書別冊條約改正經過概要七〇頁。
- (15) 同上書九九頁以下。この諮問書末段に、「政体政俗」の變革改正の順序条件として左のように注意しているのも、法継受

における条件として、目をひく。「第一 我国律中、民律、貿易律、刑法律等殊に西洋各国の法律と大に殊なるを以て何れの人民も之を遵守して妨礙なからしむべき目的を定め、其異なるを除き、其同きを採り、正理に適合して謬りなからしむべきこと。第三 国東西を異にし民情亦随て均しからずと雖、其原性元より同一にして異なること有るなし。故に教諭の道を盛にし開化の帰旨を一致せしむる方法のこと」。

政体政俗がことなっているため、列国は日本に対して万国公法にもとづく対等の待遇を日本に与えないのであるから、対等の地位を確保するために政体政俗を變革しすべきものとし、そのさい右のように注意したのである。しかし、それと「開化」の内的必要とはむしろ一致する点がある。

- (16) 横浜在留の英国商人ジョン・ハートリーが安政五年日英条約附属貿易商程に違反し生阿片を輸入しようとして税関に摘発され、税関はこれを英国領事裁判所に起訴したが、同裁判所はハートリーを無罪とし、外交交渉によつても解決しなかつた。この事件の教訓は「条約中明文を設けても英国領事裁判所に於て之を曲解して無効とする以上、……今後一切の関税規則制定の權を日本に於て回復することとなつても、之を解釈する裁判權を併せて我れに回復しない限り何等実効をもたらずものでないといふ事實である」。同上書一六七頁以下。

- (17) 条約改正關係大日本外交文書第二卷四七五頁以下。なお、「泰西ノ主義」の語は、英文でも邦訳でも文脈上は裁判所構成にのみ關しているが、しかし全体の趣旨からすれば、法典の内容にまでおよぶことは明らかである。

- (18) 前掲英独合案条約書第一二条。この期間の経過により、立法と裁判權における半植民地的状況は解止する。

- (19) 興業意見、卷十一精神第三興業ニ要スル法規、卷二十八方針一。農務部では、「農政ノ秩序ヲ整フル方法」として小作条例をはじめ一六法律、商務部では「内国商業ノ秩序ヲ整フル方法」として同業組合条例をはじめ一三法律（その最後が商法律）、工務部では「工業ノ秩序ヲ整フル方法」とし専売特許条例をはじめ三法律、のそれぞれ發布を要望している。

(20) 歐洲列強は、そのころたいてい憲法をもっていたが、帝政ロシアのようにまだもたないのもあった。一八七四年(明治七年)、下野参議の板垣、江藤、後藤らは政府に民選議院の設立建白書を提出した。これに対し、初期の啓蒙学者で西政公法を日本に紹介したが、早く体制擁護派、保守派に転じた加藤弘之は、先進のロシアさえまだ国会を開いていないのに(ロシアにおけるドゥーマの開設は一九〇五年第一革命のものである)、わが国では尚早だと論駁している。自由党史。

(21) 「西哲夢物語」(伏見貞愛親王のグナイスト講義を筆記したもの、自由党の秘密出版)や、須多因氏講義筆記(海江田信義のシュタイン講義筆記)(両書とも明治文化全集憲政篇所収)は伊藤外遊後のものであるが、ことに後者は時々伊藤に報告されたとあり、その内容も日本の政治組織を念頭においてのべられている。日本天皇の立憲の決心を「他国ニ於テ曾テ其類ヲ見ザルノ美事」と称賛し、その他種々日本の問題を比較法的に論じていきわめて興味ふかい。国学院大学所蔵の梧桐文庫文書中にあるロエスレル答議資料は、憲法を中心として数百に上る。

(22) 第一回通常議会は明治二三年一月二五日召集されたが、民法人事編財産取得編後半および刑事訴訟法(治罪法の改正で題名を変えたもの)の公布は一〇月七日である。

主要法律の施行期日は、行政裁判法明治二三年一〇月一日は、裁判所構成法、刑事訴訟法同年一月一日、商法、銀行条例、民事訴訟法明治二四年一月一日、民法明治二六年一月一日(それぞれ附属法律とも)であった。

なお、これらの附属法律は外国人法学者によらず、司法当局など官庁において起草され、閣議をへて公布されている。司法省第十六事務功程報告書(明治二三年)。

(23) 「明治二十三年英国公使が青木外相に提出した条約改正対案に於ては、多大の譲歩を為したことに付青木外相も意外とする程であった。而し大隈条約改正案を葬るに成功した枢密院側の人々や、又在野国権者流は益々其の勢力を増し来たため、青木外相及山田法相は之が対策を講ずると共に、大隈外相時代よりの方針を踏襲して明治二十三年十一月二十五日の第

一回帝國議會開催前に、重要諸法案を公布することを考慮し之が準備に忙殺せられた。「青木外相が改正条約の実施及領事裁判権撤廃の爲め必要とする諸法典中明治十五年以来実施の改正刑法及治罪法は外国國際法学会等に於て最も評判よく、裁判所構成法は大限条約改正の失敗に拘らず予定の如く明治二十三年二月八日公布、其の実施期を同年十一月一日より実施し、三月十日治罪法を改めて刑事訴訟法を定め、之れを十一月一日より実施し……茲に於て諸法典に関する条約改正の準備は一切完了するに至った」(日本學術振興會編・条約改正經過概要、三二二頁三二二頁以下)。

右の従来強硬だった英国が急に予想外の譲歩をしたのは、帝政ロシアがシベリア鐵道の起工を決定したことにより、この東方經營の進出に對し、英国が日本に對して好感を獲得しようとの考慮に出たため、と、外務当局により推測されている。

三 其の後の法継受

西歐から日本への法制度・法思想・法理論の流入は、原基的法継受によつて終止したものではない。それ以後も継続し、かつますます盛んに行なわれている。欧米列強は帝國主義に入つて情勢に對応する各種各方面の法的發展をうみ出す。日本資本主義もそれに追及しつつ、日本の国内諸狀況に即して、公法私法の諸領域にわたり、既成の法体制に所要の修正と發展を加えてゆかねばならない。このばあいも、当然まず参酌されたのは西歐先進國の立法であり、學說であった。もっとも、このことは、日本の社会—經濟に對して地道な調査がなされたことを無視するものではない。このような事業は明治初年以來いくたびかなされ、調査として相當の成果をあげている。問題は、果してそれが具体的に法政策の上で活用され、眞に日本的な進歩した立法等に結実したか、どうかである。

原基的法継受とその後の法継受とは、種々の点で差異がある。まず、立法について外國人法學者に草案起草を委

囑することはなくなつた。日本での近代法知識も成長し、日本の法学者、立法官僚の能力が十分この業にたえるからである。つぎに、継受する法のモデルにつき、原基的法継受のさいには憲法にしかみられなかつた強い選択の態度が生れる。これは前述のこととも関連する。最後に、継受はがいて部分的、局部的に止まる。その結果として、継受の仕方でも従来の法制度の修正としてその制約をうけたものとなる。

以下各法領域にわたり現代まで四分の三世紀の法の動きを検討したいと思うが、紙幅の関係はもとより、筆者の微力からも、問題提起を主眼とするきわめてラフな点描に終らざるをえない。しかも、その点のえらび方も、恣意的に流れがちである。将来、各部門の研究者の立ち入った専門的研究がなされ、それらをふまえて総合的な協同考察の行なわれることに深く期待したい。この蕪雑な稿も、それへの呼び水のつもりである。

記述の便宜上、戦前と戦後とを区分し、前者を、第一次大戦の終結を界とする二つの期に分ける。基礎たる経済過程の変動発展は時折り言及するだけとする。

(イ) 明治後期から第一次大戦終結まで

一八九〇年から一九一八年に至る約三〇年は、日本は日清・日露戦争と世界大戦を経由してその経済が異常な躍進をなし、これにともなう政治と法律の進展をみた。世界資本主義もぜんじ帝国主義段階に入り、階級対立はいよいよ激化してゆく。原基的法継受から一〇年ほどで日本の産業資本は確立し、それは時を移さず独占化に向つて進んだ。

さて、最初に政府が当面したのは、さきに公布された民商の両法典の施行延期とその修正の作業である。いわゆるポアソナード民法はとくにその人事編が日本の伝統的社会秩序を破壊するとして、またロエスレル商法は現状を無視

して繁瑣な取締りを伝統の商業社会に課するとして、ともに非難をあびた。議會筋および政府部内でも、条約改正交渉における国権侵害論の余波から、反対論がつよく、ついに兩法典は作り直しとなった。これに当り、日本人法学者および法務官僚により新法典の起草と審議がなされるのであるが、そのさい継受のモデル変換が民法典ではなされたことが、注目に値する。

その前に、これと関連ある事柄として、ロエスレルが「日本民法編纂方法ニ関スル意見」を伊東巳代治に対して口述したものを紹介しておきたい。時期は一八八七年(明治二〇年)ごろと思われる。⁽¹⁾「何レノ邦國ヲ論ゼズ民法編纂ノ事タル一方ニ於テハ法學上ノ事業ニ屬シ、他ノ一方ニ於ケル政治上ノ考察ヲ要スベキ事件ナリトス」。ただし「凡ソ民法ニ網羅スル法理ノ通義ハ、星霜ヲ経ルニ随ヒ漸ク公法並政体ヲ浸潤スルノ傾向ニ趨ルハ勢ヒ免ル能ハザル所」だからである。「民主主義ニ基ク民法ハ必ズ民主主義ノ政体ヲ生ズルニ至ルベシ……君主政治又ハ貴族政治ノ主義ニ基キタル民法ハ必ズ君主政治又ハ貴族政治ヲ施スニ便ニシテ、之ヲ維持スル為ニ或ハ必須措クベカラザルモノ」でなければならぬ。「日本ハ驟々トシテ泰西開明ノ域ニ進ミ、且列國ト交渉上ノ義務ヲ荷フノ時ニ當リ、日本民法ハ泰西民法ノ原理ニ基キ之ヲ編纂スベキハ論ヲ俟タ」ないのであるが、「所謂泰西民法ナルモノハ各國均シク一轍ニ出デズ」、各大いにことなっており、そのどれをとって日本に撰取するかは大問題である、とする。そして彼は、泰西民法を大別して、フランス—ローマ民法、ドイツ民法の二種とし、このほかスラヴ民法もあるといい、かつこのドイツ法はローマ法の影響を深くうけた連邦民法をいうのではなく、おそらくドイツ固有法と、英国法をはじめ北歐諸国および北米の民法をも包括するものとする。彼は次のローマ法をぎらいらしい。「今ヲ距タル三四百年前、獨國ニ於テ自國

古来ノ法律ニ代スルニ羅馬法ヲ以テセシ時ニ当リ、……其後内乱相踵デ起リ、屢々政治上經濟上ニ独逸国民ノ衰頽ヲ來セリ。蓋シ其遠因多クハ羅馬法ノ移入ニ基セルハ亦明ナリトス。

ところで、フランス民法は、個人の平等、親族關係の疎薄、財産の不鞏固、家督保存に意を用いない、という性質、すなわち純然たる民主主義の性質をおびる。これに対しドイツ民法は反対の性質をもち、君主または貴族政体に適當である。「独逸民法ハ全体ニ於テ仏蘭西民法ヨリハ更ニ保守ノ性質ヲ帶ヒ、殊ニ農民并ニ上等社会ノ財産ニ関シテ最モ然リトス。独逸民法ハ父母ノ權力ヲ保護シ親族ノ關係ヲ敦フスルガ故ニ、封建制度ノ後ヲ継ゲ之ヲ施行スルモ一國政治上ノ基礎ヲ鞏固ニスルニ足ルモノナリ」。かようにして、彼はボアソナード民法草案がフランスニ羅馬法の主義によつたのに対して深い疑問を提起し、それを「甚ダ危険ノ恐アルモノ」と警告している。

所論の当否は別として、ここにのべられたのは、西欧法の継受における型の選択の問題である。ロエスレルはここにその保守的傾向をはつきり示している。これは、彼が三井家家憲制定に当り求められて示した意見の延長線上にある。⁽²⁾

さて、二度目の法典施行延期法の議會通過と公布後、政府は、法典調査会を内閣に設置し、穂積、富井、梅の三博士を民法の、また梅、田部、岡野の三博士を商法のそれぞれ起草委員とした。この設置直前、伊藤首相の主催でなされた私的会合の席上、穂積陳重博士は意見書を提出し、民法の修正は根本的改修なるべきこと、その体裁はペンデクテン方式を採用し、ザクセン民法の編別によることをのべ、採用された。⁽³⁾ 総則を前置し、物権、債権等に編別する方式は、その名のごとくローマ法学から出てはいるが、後期の学理發展の結果生れたものであり、ドイツのある邦の実

定法典に用いられている。これが継受の型のフランス式からドイツ式への変換の第一歩であった。一八八八年一月にドイツ帝国民法第一草案の公表をみたことは、英国のほか、ドイツにも留学しドイツ法学の洗礼をもうけた穂積(穂積重行・明治一〇年代におけるドイツ法学の受容)、稲田正次編・明治国家形成過程の研究所収)には、別して強い刺激となつたのではあるまいか。

これをはじめとして、修正民法典にはきわめて多くの外国法典が参照されたが、その中軸はいうまでもなくドイツ民法第一草案であり、第二草案(一八九五年)も多少参酌された。ポアソナードはフランス民法を母法とし、これに自己の考量を加えて草案を作り、旧民法が制定され、穂積博士らはこれを台本にドイツ民法草案の模範にのっとり作りかえをした。したがつてもとの土台が残っている部分もかなり多く、また日本の要素が加わつた点もみられる。したがつて、明治民法は二段式の法継受である。

問題は、ロエスレルの説いた型の選択における政治的方針がここに作用したかどうかであるが、ロエスレル—伊東—井上—伊藤という経路で、伊藤もポアソナード民法に批判をもつに至つたものかどうか、直接には何の資料もない。しかし、その有無に拘らず、より新しい、しかも科学的な精鍊をへた独民法草案が、民法起草者に強力な影響力をもつたことは十分考えられる。ポアソナード民法にみちていた自然法思想は、一部の例外をのぞいては、法典調査会委員たちには欠けていた。そして、明治憲法の問題が逆に浸透して公法学者の意見がつよく前面に出てきた事實は否定しがたい。⁽⁴⁾したがつて、ひろい意味では政治的方針の作用はあつたといえよう。

ロエスレル商法については、その母法は一八四三年の株式会社法と一八六一年の普通ドイツ商法、すなわちいわゆるドイツ旧商法であつたと思われるが、起草者の保守思想を反映してか、当時の母法よりも後退的な性格をもち、た

たとえば株式会社について設立免許主義をとり、会社合併の規定もない。大隅健一郎教授によれば、商業資本型の株式会社の残渣を止めたものである。制度一般の発展はどうか。「株式会社は一七世紀の初め、前期的商業資本の独占形態として生れ、政府の重商主義政策及びアンシャン・レジームの専制的精神と結びついて、その設立についてはいわゆる特殊主義が行なわれ、その組織については当時の国の政治組織を反映して多かれ少なかれ専制的色彩を示していた。そして平和的・民主的な性格をもつ産業資本の進出とそれに伴う政治的・社会的民主化と共に、特許主義から準則主義へ、専制的組織から民主的組織へと移行した」。さらに、「株式会社法発展の槓桿をなすものが株式会社存立の基盤たる経済そのものの発展にあることはいうまでもないが、同時にそれぞれの国の政治およびそれぞれの時代の社会思想もまた、株式会社法変動の重要な要因の一つをなしている」。教授は、「すべての生きた制度に内在する自己価値の発展と昂揚への衝動が果しているところの役割」を強調し、「一国において正当性を証明された法規定ないし制度が比較的容易に他国によって採用され、各国立法の交流が法発展に寄与するところが少くなかつたゆえんも、この関連において理解されうるであらう」とされる。⁽⁵⁾会社法の世界法化傾向である。

右の記述は、商法のような技術的な法も、決して政治と無関係でないことを示している。会社制度をはじめ商事諸法は国家の経済政策と密着し、その政策も専制あるいは民主主義という政治一般の体制と関連する。これは注意すべき事柄であらう。さて、日本の政策が、殖産興業から日清戦争後のいわゆる戦後経営にその標語を改めたように、産業資本の確立を迎えて、時代にたちおくれた旧商法規定は当然その改編を要求された。⁽⁶⁾そして、商法は、法典調査会の修正の結果、編別内容ともに改められ、純然たるドイツ法系の立法となり、とくに株式会社規定は、準則主義、会

社合併に関する規定など、大隅教授によればドイツ第一株式改正法 (Erste Aktiennovelle, 1870) 成立後のドイツ株式会社法に当たる、いちおう産業資本型のものとなったのである。

民商法施行のころから世界經濟は帝國主義の段階に進み、日本はこの状況に対応してその經濟政策をたてたが、その立法上の反映は、一九〇七年 (明治三八年) の財団抵当および担保附社債信託制度の採用に示される。それは兩法の領域にわたり、民法關係は工場抵当法、鉄道抵当法、鉱業抵当法の三、商法關係は担保附社債信託法である。抵当制度についてはボアソナードの民法草案は非常にすぐれ、彼は農工業金融の發展に深い配慮を示していた。しかるに法典調査会は逆にそれに対して無理解であり、明治民法をこの面で後退させた。ためにその施行直後、産業界から抵当制度改正の要求が起り、また外資導入の問題が政府部内でも論じられるようになった。これらからして、政府は財団抵当制度の創設を計画した。その素材は何であったか。鉄道抵当法についてはプロイセン鉄道抵当法を主とし、ロンドンのベアリング商会作成案を加味したものであったことが、清水誠教授の研究によって明らかにされている (清水・財団抵当法、講座日本近代法發達史⁴)。財団抵当制度は帝國主義段階で大いに活用され、制度としても多岐に發展し、民法特別法の部門としてもっとも大きなものとなった。

その後、刑法については一九〇七年 (明治四〇年) の全文改正があり、商法については一九一一年 (明治四四年) の会社法を中心とする大改正がなされた。前者は、ボアソナード刑法の改正としてすでに第一議會以来法案が提出されていたが、成立に至らず、のち法典調査会において審査を進め、全く新しい刑法典を作成した。「従来ノ經驗ト最新ノ學說トヲ應用シテ根本的ニ旧刑法ヲ改正シ世界最新ノ良立法例ヲ成スニ至レリ」と、泉二博士は説いている (改訂増補

日本刑) 法論)。後者は、商法施行後、日本資本主義の独占化移行にさいし会社法規定が不便である等の理由で経済界から修正要望が起こり、各地商業会議所、会社、銀行などから建議書があいつぎ、議会に法案の議員提出もなされた。そこで司法省内の法律取調委員会で改正法案を審議提出したものである。⁽⁸⁾一八九七年のドイツ商法典がこのとき参酌されたことはいうまでもないが、会社組織の変更や異種類の会社の合併もみとめ、広範かつ自由な合併規定となった。この商法の改正は、独占化の傾向を顕著にした資本の要求が直接に立法上反映したものととして、日本近代法史上特筆すべき事柄である。

商法改正と同年で月は少しこれに先行する工場法の制定は、あらゆる意味で日本労働法史上の画期をなすが、比較法の上でも考究に価しよう。マルクスは、資本論で、イギリスの一九世紀前半から六〇年代までの標準労働日のための闘争とその「工場立法が他の諸国におよぼした反作用」についてのべている。その一つとして一九世紀末期からのドイツ社会政策の展開がある。農商務省はドイツ營業条例(一八六九年)その他を参考として、すでに一八八七年から職工条例案の起草をはじめ、一八九一年にはその要否ならびに規定すべき必要事項を各商業会議所に諮問した。一八九八年に工場法案と改名してこれを発表し、各方面の意見をきき、原案を修正また修正、いくたの経過をへて一九一一年ようやく成立に至る。その結果は、同法産みの親たる工務局長岡実をして、西洋の工業界から見たらば全く子供だましのようなもので、或は工場法に成っていないかもしれない」と嘆じさせた(沼田稲次郎・労働法、⁵⁾。ここには、政府が法案を示して諮問する産業資本家とほとんど代弁者をもたない労働者階級との間のはげしい対立闘争があった。それこそまさに日本の政治そのものである。

政治とは階級間の闘争であり、それは具体的な階級関係によって規定される。工場法についてみれば、初期、殖産興業の時代には、江藤司法卿の民法編さん事業に示されたように、農商務省は雇主雇人間の権利義務関係を明確にし、西欧の労働保護法制を直接継受する態度を示した（興業意見ないし職工条例）。このころ政府は産業を實質的に哺育し、資本は権力にすがっていたのである。しかし綿紡業資本が自立の域に達したとき、その政治的発言も強力となり、権力の天下りの規制は不可能となる。彼らはその労働者搾取の原初的自由を主張し、西欧労働者が闘争により獲得した権利を日本に導入することに反対する。かくて開明的官僚の善良な意図も腰くだけとなり、社会法の継受は、全部ではないが、大半阻止される。もちろん、労働者の抵抗の発生は、たとえ彼女らが封建農村の家庭から出てその意識が低いとはいえ、必然的である。これに対して政府は資本家保護のためにはあらゆる措置を講じていた。

そこで、一八九〇年の集會結社法に代った一九〇〇年（明治三十三年）の治安警察法に注目せねばならぬ。原基的法継受の時期の政治的な集會、結社、示威運動の取締に加えて、同法第一七条は労働・農民運動をも嚴重に取締ることとした。ドイツに一八七八年のビスマルク社会主義者鎮圧法があるが、二〇世紀初頭の元旦、民法起草者の梅謙次郎博士は公然これに賛成しており、このことからそれと治安警察法との思想的関連を思わしめる（福島・民法起草者の法律¹、法律時報第三八卷一〇号）。ただし、同法は、全体としては、日本独特のものであろう。

第一次大戦中、日本資本主義は飛躍的な発展をとげた。日本は直接に戦禍をこうむらず対岸の火災で火事泥式にもうけたのである。それがため戦時經濟統制法規もこの時は至って少なかった。そのなかで、一九一八年の軍需工業動員法は注目に値する。その源流は参戦各国の法令と対比検討すべきである。

(ロ) 戦後反動恐慌から第二次大戦の終結まで

第一次大戦末にロシア十月革命が起こり、世界資本主義の一角がくずれて、対独休戦後、世界は深刻な不況にまみれた。いわゆる資本主義の全般的危機の第一段階である。日本もそれ以来恐慌があいつぎ、産業界は合理化が進み失業は増大する。しばし自由化と民主主義の伸長はあったが、やがて狭い国内市場しかもたない日本帝国主義は中国大陸に冒險的な領土的進出を行ない、次第に世界戦争にまきこまれてゆき、結局は太平洋戦争の敗戦につき当たる。

この間は日本の運命に非常な変動をもたらした時期であり、国内政治の関係も軍部をまきこむファシスト運動など目まぐるしく動いている。大正後期から昭和初期、政党内閣がまだはなやかであったころ、借地法、借家法、信託法、工業労働者最低年齢法、陪審法が一九二一年—二三年に制定され、一九二五年にはカルテル統制立法のさきがけとして重要輸出品工業組合法が成立する。この年また普通選挙法とだきあわせて治安維持法が成立する。後者は階級対立の激化を反映した峻厳な思想取締法、典型的な悪法で、一九二八年には死刑を規定するに至る。他方、労働者の団結権をいささかでも保障しようとする労働組合法案は、一九三一年貴族院ではばまれる。この年重要産業統制法が強力な統制命令をふくむものとして登場する。

以上のなかには、信託法、陪審法のように、全面的に外国の制度を摂取した継受的な性格の濃い新しい制度もあり、この両法はとくに臨時法制審議会に諮問されている。同会は、法律取調委員会を継承発展させたものだが、その設置の背景には、第一次大戦と十月革命による世界的な思想の動揺、それを反映して国内の労農運動激化の時期における権力の危機意識と立法によるそれへの対応策があったことは、うたがいない。わが国古来の淳風美俗に副わないとの

趣旨での民法の改正と同時に陪審制度が諮問されていることは、決して偶然の符合とはいえないであろう。⁽¹⁰⁾ 当時の首相原敬は、審議会総裁副総裁との談話で、「人民より迫られて始めて処置を取る様にては国家の為に憂ふべき事」といつている（原敬日記 第八卷）。先手をとって西欧制度をうけいれ、民主的の外観をよそおうのである。

とくに留意したのは、一九三七年から戦時期に入って、あいついで公布された治安弾圧および経済統制に関する諸法令である。同じ戦時といっても、日清、日露および第一次大戦の時期のそれとは、全くその比を絶して、日本近代法史上他に例をみない。要するにそれらは勤労者の権利と自由を最大限に抑圧する性質のもので、その法令の数多くかつ事こまかなこと、前代未聞であった。

問題は、それらとナチス諸立法との関係である。近衛文麿首相は、一九三八年第七三議会国家総動員法案衆議院委員会において、「先日もナチスの憲法を御引用になりました色々御説があったようですが、戦時のみに適用せられるところの法律は平時に適用されるナチスの法律とは本質的に異なるものであると考えて居ります」と答弁した。しかし、これもやはり「列国の国家総動員に関する法律を参酌した」とはみとめている。

ここでいうナチスの憲法とは、ワイマール体制を根底から否定した一九三三年三月の「国民および国家の困難を除くするための法律」(Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Recht)とわづか授権法(Das Ermächtigungsgesetz)をさす。ヒットラーはこれによって独裁権を確立し、国会は完全な無用物となり、政府は国政一切の執行権と立法権をあわせもった。たしかに日本の国家総動員法はこれよりはせまく、これと同一とはいえないであろう。しかし、同法は、人的物的の資源の動員、生産の基本的要素に対する強力な国家統制の権能を政府に附与し、議会をへ

ないでこれを勅令で行使できるとした、日本では未曾有の強力な授權法である。政府は当初日中戦争にはこれを発動しないと議会で誓約したにも拘らず、その舌の根もかわかぬ同年中、同法にもとづく一六の勅令はあいついで発布され、さらに一九四一年同法は改正されて政府権限の大幅な拡張をみた。同時に治安維持法は全文改正された。太平洋戦争の前夜である一九四〇年七月、第二次近衛内閣の「基本国策要綱」、九月の日独伊三国同盟条約（枢軸条約）、二月の「経済新体制要綱」と、日本軍国主義（いわゆる高度国防国家）は破滅の断崖に一路突進してゆく。

これら戦時期における治安弾圧および経済統制諸立法は、第二次大戦中の諸国なかんずくナチスドイツの立法と対比検討を必要とすると思われる。ここに最初から直接の継受があったかどうかは、しばらくこれを保留し、戦時期の末に至るほど、その影響が濃厚にみられるのはたしかのようである。一九四三年に入つての各種団体法（農業団体、水産業団体、商工経済会）、勤労奉国隊令、軍需会社法など、企業と労務の管理はなほ完全にナチスぱりとなった。その前年の改正日本銀行法もまたこの色彩がきわめて濃い¹⁾。もちろんナチスの制度を撰取するについても、これを焼き直的に模倣するのではなく、立法上は種々の屈曲と日本的合成をへていることを考慮におかねばならない。

ところで、もしナチス法制と法思想を参酌する日本の政治的要因を究明するならば、これと関連して当時における法学理論の潮流を今日において再点検する必要があるろう。経済法や労働法の学界がすぐれてナチスに対する親近性を発揮したことは、おおうことのできない事実である。「経済参謀本部」（東京産業大）の語に象徴されるように、当時発言する法学者は軍部ファシストに奉仕するものが大部分であり、立法官僚はこれらをふまえていたのである。事例はきわめて多いが、いちいちここにあげない。枢軸条約の強力な政治的作用を指摘するに止める。

(ハ) 第二次大戦後

ポツダム宣言の無条件受諾により連合国の軍門に降った日本に対して、連合軍総司令部（GHQ）はいわゆる間接統治の方式をとり、指令とメモランダム（覚書）により所要の立法を政府に命じた。この占領政策が実質的に戦後初期の立法内容を規定する。日本政府および国会に固有の意味での自主性はなかった。各立法はその草案につきいちいちGHQの審査と裁可をうけねばならなかった。しかし、このことは、ある時期あるばあいには、それら指令や覚書の趣旨が日本人民の願望にそうことがあったことを否定しない。

これゆえに、占領体制の終結（一九五二年四月の対日講和条約の発効）まで、戦後日本の立法は基本的にGHQ（実体は米国）の政策にもとづいたものであるが、この間この政策は、一九四八、九年の東西冷戦の緊迫化という国際情勢の変化により、急角度に転換した。その前期には、米国は日本の非軍事化、民主化を志向し、連合国の極東委員会、対日理事会もこの方針を支持し、米ソのはげしい対立はなかった。そして、今日まで効力をもつ多くの法律がこの時期に成立している。それらは自然の理としてアメリカ法のつよい影響のもとに制定された。後期になると、米政策はいちじるしく反共に転じ、日本を米国極東戦略の重要拠点とみなし、その軍事的経済的基地化をはかり、それは朝鮮戦争に至って頂点に達した。この政策変化にともない、前期の立法でここに至って修正されたものも少くない。⁽¹²⁾

われわれは、第一に日本国憲法に注目せねばならない。日本のいわゆる六法体制はこの憲法の制定によりただちにいちじるしい影響をうけたからである。もちろん憲法をのぞく他の五法全部にわたってではなく、新憲法の規定に直接いていしょくする部分についてである。民法では、第一ないし第三編はさし当り関係がなく、親族相続に関する第

四、五兩編は、憲法発効（一九四七年五月）と同時にその適用を修正せねばならない。同様の問題は、刑事訴訟法の一部についてもあった。すなわち、法典の改正まで、これらについては応急措置の立法がなされた。

戦後の立法における外国法（主としてアメリカ法）の影響をみると、法の種類を区別して考察する必要がある。第一種は従来日本に全くなかった新しい制度である、第二種はそのままでもあったけれども全面的に改められたもの、第三種は従来あり、部分的にのみ改められるものである。法の継受の関係は、第一、二種にきわだつて明瞭に示されるが、第三種にもみられる。

第一種は、たとえば反トラスト法である。「私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律」（一九四七年）がわが国はじめてのものであり、アメリカのシャーマン法（一八九〇年）、連邦通商委員会法（一九一四年）、クレイトン法（一九一四年）を母法として制定されたことは、よく知られている。人身保護法（一九四八年）もこれに入るであろう。労働組合法（一九四九年）もそうである。第二種は、たとえば証券取引法（一九四八年）で、これは、従来有価証券取締法などの法令があったが、それらをアメリカの統一証券取引法を継受することによつて統合したものである。さらに行政法にもいくたその例は存する。地方自治法、国家公務員法、警察法、税法、その他。第三種には、典型的なものとして、商法をあげることができよう。ここでは会社法が大改正をうけた。

これらの継受の性格であるが、それが、一般に決して単純なものではなく、反対に複雑錯綜した要素のからみあったものであることは、注意されねばならない。第一に、憲法については、これをどのように理解すべきか。その成立の過程で参酌された各種の立法源泉をつきとめることも容易ではあるまい。つまり、一八世紀末のアメリカ憲法および

同修正だけを模範とするわけにはゆかず、とくに第一次大戦後ワイマール憲法をはじめとして形成された社会国家的理念を大量に摂取せねばならない。日本憲法は第二次大戦後の憲法として最初期のものに属するが、生存権、労働権等の保障を強くうち出す基本権規定が時代の先端的要求となったのである。

第二に、英米法系の法制を大幅に継受したといわれるものでも、そう簡単に継受がなされるわけのものではない。刑事訴訟法につき団藤重光教授は次のようにいわれる。「もとより法の継受ということは容易なことではない。不文法主義を原則とする英米法の継受は立法技術的にも困難であるが、技術的な点をぬきにしても、実際に動くようなものにするためには人知れぬ苦心が必要である。かようにして、新刑事訴訟法は、大はばに英米法をとり入れながらも、大陸法系を捨ててしまったのではない。いわば二つの法系の混血児が出来上ったのである」(同氏・刑事訴訟法) (法学普及講座)

第三に、法の継受をするについて、日本の実情にあわせた一定の変容加工を前提としてはじめてできるといふことである。商法の会社法について、鈴木、石井両教授は説かれる。「改正法はアメリカ法の制度を大量に採用しているが、それをわが在来の法制および經濟の実情に調和させるための種々の変容を施しているので、アメリカ法の理論および解釈の直輸入ではもとより問題とならず、それを参考としつつも、独自の立場で立論することが必要である」。これは解釈についてのべたのだが、立法のさいも同様であろう。そしてさらにいわれる。「わが法制は従来歐洲大陸法系に属し、なかんづくドイツ法に最も多くよっていたのに対し、終戦後そのアメリカ法化が急速に進展するに至った。商事法の分野もこの例にもれず、商法典の周辺において独占禁止法や証券取引法のような純アメリカ法的新規な立法が実現したが、その勢がさらに商法典自体に及んだものが、実に今回の商法の改正である」(鈴木竹雄、石井照久・改正株式会社

法解)
説)

その他、たとえば労働法の分野にも、その成立の要因問題として、政治的に考慮すべき多くの事柄があるであろう。第一次労働組合法が敗戦後最初の民主化立法の一つであったことは、GHQの覚書と関連して注意される。

これらがどのように根づき、また運用されるかは、次節の問題である。ここでは、敗戦という大きな政治的事象により一挙に大量の法継受が行なわれたこと、それがどういう意義と作用をもつかを考察すべきである。

(1) 民法ニ付ロエスレル氏意見、伊藤博文編・秘書類纂法制関係資料上巻一一五頁以下。漢文の前文があり、それにロ氏の口述を伊東が英文で筆記したものを、昨年伊藤首相が沖繩以下三県巡閲の節船中で邦訳した、とある。梧陰先生(井上毅)にあてている。日附を欠くが、伊藤の出張は明治二〇年一月からであるところからして、一八八七年あるいはその前とみられる。したがって、この文が井上に送られたのは、翌八八年である。(2) 三一頁 注(12) 参照。

(3) 福島編・明治民法の制定と穂積文書、一六頁。その理由につき同上一一三頁以下。伊藤は憲法起草者であったほか条約改正にも枢密院議長として直接に関与し、法典問題に対しては深い関心をもった。そして、法典修正に関する私的会合も、前後二度開いたらしい。法典調査会総会速記録一ノ五四。

(4) 法典調査会では、ボアソナード民法の自然義務、動産徴収における特別立法などの諸規定は問題なく削除し(法典論争と関連)、入会権審議にみられるように公法規定の適用を大きくしようとする動きがあった。

(5) 大隅健一郎・株式会社法変遷論。同教授は株式会社を、商業資本型、産業資本型、金融資本型と経済史的に区分されている。一九三八年の改正法は第二の型の完成と第三の型への転化の過程を示し、戦後一九五〇年の改正商法が第三の型に大きく前進したものとされる。

(6) 福島・日本資本主義の発達と私法、法律時報第二五卷第一一〇号。すでに明治二七年(法施行の翌年)から会社合併規定の欠落が実業界から苦情を申立てられていた。大阪商工会議所七十五年史一〇七頁以下等参照。

(7) 日本の民法学は、ながく財団抵当など特別法による民法の領域拡大を無視していた。それを学のなかに本格的にとり入れて拡充した体系としたのは、我妻栄教授をはじめとするように思われる。

(8) 「我衆議院ハ第二十五、第二十六議會(明治四一—二年四二—四三年—福島)ニ於テ吾々ノ尊敬スルトコロノ同僚ヨリシテ、或ハ商會社法改正案ノ提出アリシガ如キ、又或ハ株式會社合併ニ関スル法案ノ通過アリシガ如キ事実モアルノデア、又之レヲ外ニ願レバ商業會議所、銀行集會所、其他民間ノ各団体カラシテ、社会ノ實際狀態ニ鑑シテ商法典改正ノ必要ヲ訴ヘタ」(高木益太郎の衆議院發言、法律新聞社編、改正商法理由)。

(9) 職工条例制定に対する自由貿易主義者の反対論として、次の法律論がある。「個人はその筋力に関し無限の所有権あり、之が使用収益処分につき凡ての自由を有す、全時間を制限して労働の売買に干渉するは、即ち個人の所有権と契約の自由を妨害するもの也」(法科大学加藤主計)。太陽第三卷八号。また經濟論として、「我國の労働者が一日十六時間乃至十八時間の過勞に服するは生活の必需より来る任意労働にして雇主の強要したるものに非ず、若し之を制限せば生活上の惨状を醸し労働の自由を害す」(時事新報記者の説)。太陽第三卷二二号。

(10) 陪審法は諮問第二号(大正八年七月)、信託法は同第三号、(大正九年六月)による。福島編—穂積陳重博士と明治大正期の立法事業。信託法はもちろん英米法に来源をもち、陪審制度については、とくにドイツのそれが参酌検討された。なお、諮問第一号(大正八年七月)は「政府ハ民法ノ規定中我邦古來ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如何」という。

(11) 日本銀行調査局特別調査室編・滿洲事変後の財政金融史五一—二頁。日銀の目的を定めた日銀法第一条はナチスの定めたライヒスバンク法前文と大同小異。またナチス流の考え方は銀行組織の改正にもつよくあらわれている。

(12) 福島・戦後日本法における近代化と反動、經濟評論一九六九年五月号。

〔本稿は、昭和四二年度文部省科学研究(機関研究)費による研究成果の一部である。〕