

外国法の影響とはなにか

——影響論解明への一つの試み——

水 田 義 雄

一、問題の所在——本稿の目的・範囲——

二、一つの問題提起——影響と継受——

三、一つの解明への試み

——移入・受容・摂取（継受）・土着化——

四、影響についての若干の問題

——問題意識と解明への方向——

五、小 結 論

——われわれにとって外国法文化とはなにかの問題——

○ ○ ○ ○ ○

一、問題の所在——本稿の目的・範囲——

外国法の影響とはなにか、とは一体どういうことを問題にしようとするので（もしくは、すべきで）あるか。（註一）それ

外国法の影響とはなにか

はどのような外国法の影響が、どのように及ぼされたのであるか——影響関係の存在事実、もしくは存在形式——を問おうとするのであるか（事実探究的研究）、（註二）（註三）またはそれらがどのような原因に基づき、どのような経過を辿って達成されたか——影響関係の原因、経過の立証——を問題にしようとするのであるか（原因探究的研究）、それともまた、すでに存在が明らかとなった影響に関する事実が、どのような性格、もしくは意味合いをもつのであるか——影響関係の性格、もしくは本質に関する問題——を問おうとするのであるか（性格論的研究）。（註四）

その他そこにはいろいろの問題が出てくることであろう。し

かしなによりも先ず、影響とは一体どういうことをいうのであるか、いわば、影響の定義、概念規定——それはただちに、影響があったといひ得るためには、どのような事実を立証しなければならぬかの問題にも関連して来るのであるが——が先ず問わるべきではなかったか。

思うに、時代の進運と共に法は變動するであらう。その變動に外国法文化的要素が加わつた場合と、加わらない場合があるだろう。外国法の影響とは、その前者の場合の外国法文化とわが国法文化との接触、交渉等の關係を問題にするに他ならないと考えられる（この点、後に詳述）のであるが、その場合、いかなる接触、交渉があり、またいかなる両法文化間の關係が生じた場合、影響があった（もしくは無かつた）となすべきであるのであらうか。

類似的法律文化がある、もしくはあつたからといって、直ちにそれが、外国法文化的要素が加わつた場合——すなわち影響があつた場合——であるとするのは出来まい。古代諸法相互間に「往々相互の接触交渉借用依拠の問題なくして、類似的法律現象が起り得ている」のは、「一定の文化的社会的經濟的条

件のもと」によく起り得るところなのであつて、「單純な類似現象よりして法律の継受や影響を唱へても、それは單純な想像説に止まる」ことがあり得るのである。そこで、こういった場合の「史的関連の事實は極めて厳密に論証せらるべき」であることが指摘され、主張されている所以なのであるが（註五）、その場合厳密に論証せらるべき史的関連事實とは具体的に、いかなる事項、事實についていわれるのであらうか。こういった問題は、つまりは影響をどのように理解するか、もしくは捉えるか（その定義、概念規定の問題）に関連すると考えられる。そこでいま、先ず影響とはなにか、その捉え方、考え方について考察をめぐらして見たい。これが本稿での問題なのである。したがって取扱ひの範圍も自から限定せられることとなるであらう。つまり、いま述べたような問題意識から、またいま述べたようなテーマに焦点を合せて専らことを論じて見たいと考えるのである。

（註一） 早稲田大学比較法研究所は、「わが国の近代化に及ぼした外国法の影響」というテーマの下に、すでに昭和三十九年以來、ひさしく共同研究を行つてきた。その「近代

化」——どのような法の変動があったか、またその原因はなんであったか等々——に關しては、他の多くの研究者による研究成果が發表されている。参照せられたい。本稿はこの共同研究の一端を担つて、「外国法の影響について」と題して行つた報告の記録である。(本稿本文の部分がこれに當る。附註は、この報告の所説を補ういみで、後からつけた。なお本文の部分だけでも本報告の意圖は了解し得られるようにと心掛けた。)

なおこの共同研究に當つてのわたくしの従來の研究成果は、一応、「西欧法事始」(昭和四十二
年成文堂)に發表しておいた。本稿ではその欠を補い、また足らざる点を補足し、もつて外国法影響の問題についての一般的理解に役立つようにと執筆した。従つて、読者は本稿を、これとの関連において読まれることを希望したい。また本稿中、これと関連をもつことがらについては、その都度、同書の関連箇所を指摘しておいた。(以下、単に同書を「事始」と略記し、
その頁数を挙げることにし度い。)

(註二) わが國における対外国法關係に關する研究(それは、従來、多く、影響とか継受とかいう表題を掲げて現われている)は、先ず、事實探究的研究から始められ、現在もなお、そのような面に多くの関心が払われているといつていいであらう。ごく最近になつて原因探究的、また性格論的

外国法の影響とはなにか

な研究も若干現われたが(詳細後述)これらはその數も量もあまり多いとは言えない。

ところでわれわれはこのような諸研究の成果を踏んまえて、またそれから先へと進まねばならないのであるから、具体的に従來どのような研究があり、また成果が發表されているかについては常に關心を払わねばならないと考えられる。つぎに、従來の諸研究、諸成果に一瞥を与える所以である。(もとより一瞥であつて、網羅的たるを期していない。また網羅する如きは不可能に近いといえるだろう。それに影響、継受の表題を掲げず、しかも實質的にこの問題に触れている論稿、研究も多いのであるから。)

一、外国法の影響に關する研究は先ず外国法專攻學者、とくにフランス法專攻學者によつて熱心に追及された。これはフランス法とわが國法(とくに民法)との深い因縁にもよるものであつた。その主なものとして次のような論稿を挙げる事が出来る。(例示記載は年代順)

一九〇四(明治三七)年

ルイ・ブリデル 仏國民法ノ歐米ニ及ホシタル影響

井上正一 仏國民法ノ我國ニ及ホシタル影響

(仏蘭西民法典百年記念論集所収)

一九三四(昭和九)年

外国法の影響とはなにか

二〇

Sugiyama, N., L'Influence du Droit Civil Français sur le Droit Japonais. 17 Revue de l'Université de Lyon, 103, et dans.

一九五四（昭和二九）年

Ismoto, M., L'Influence du Code Civil français sur le droit civil japonais, Revue Internationale de Droit Comparé, Ann. 6 (1954), 744.

一九六一（昭和三六）年

野田良之 明治初年におけるフランス法の研究（野田氏にはこの外、多くの研究論稿がある。）

一九六五（昭和四〇）年

星野英一 日本民法典に与えたフランス民法の影響
他に

兼子 一 日本民事訴訟法に対する仏蘭西法の影響

（杉山教授還暦祝賀論文集所収）

（なお兼子氏には「民事訴訟法の制定——テッヒョー草案を中心として——（東京帝国大学学術大観法学部の部所収）」もある。）

西 賢 フランス民法典のチリとアルゼンチンに及ぼした影響

（比較法研究九・一〇合併号所収）等々。

二、ドイツ法分野 英米法分野から次のような寄与があった。（この場合、影響関係を取り上げる問題意識はフランス法分野からの場合と異なっていたのだろうか）

一九一三（大正二）年

穂積陳重 独逸法学の日本に及ぼせる影響

（望月小太郎編「独逸の現勢」所収）

Grünfeld, Lorenz von Stein und Japan, 100 Jahrbüchen für Nationalökonomie und Statistik (1913), 1354.

Meyer, Der Einfluss Deutschlands auf des japanische Recht, 19 Deutsche Juristen Zeitung(1914), 1067.

一九四〇（昭和一五年）

Rente, H. H., Der Einfluss des abendländischen Rechts auf die rechts-gestaltung in Japan und China. Bonn.

一九五九（昭和三四年）

Röhl, W., Fremde Einflüsse im modern japanischen Recht, Frankfurt (1959)

一九六六（昭和四一）年

穂積重行 明治一〇年代におけるドイツ法学の受容

—東京大学法学部と穂積陳重—

(家永三郎編「明治国家の法と思想」所収)

一九二六(大正一五)年

Takayanagi, K., Reception and Influence of
Occidental Legal Ideas in Japan, Institute of Pa-
cific Relations, Japanese Council (1926).

一九五一(昭和二六)年

日本における外国法の継受

(法律時報二三卷十一号、法律タイムズ四
巻十号所収)

一九五五(昭和三十)年

Contact of the Common Law with the Civil Law
in Japan.

4 Amer. Journ. of Comp. L. (1950) 等々。

(註三) わが国の法体系形成に當って及ぼされた外国法の影響
については、各法分野についての歴史をすこし詳細に訊ね
ると必ず何らかの形で触れられざるを得ない。それ程、影
響が大きかったといつていいのであった。いかなる影響が
あったか(影響についての事実探究的研究について)は、
各法分野での歴史的研究をたずねる他はないのであるが、
ここに全体的にまとめた記述の例として、高柳真三「法

外国法の影響とはなにか

典の成立」(開国百年記念明治文化史論集(一九五二年)
所収)による概観を掲げておくことにしよう。これから
先、外国法の影響の問題を更に深く訊ねる場合の一つの足
掛りにはなると考えられるからである。

同論文によると、明治年間制定のわが国主要法と西欧法
との関係(年代順)には次の如きがあった。

一、明治六年 改定律令 フランス法(但し僅少)

二、明治九年 代言人規則 フランス法

三、明治十年 司法省達「契約書解釈心得」フランス法

四、明治十三年 旧刑法公布(施行は十五年。フランス

法。但し一八一〇年刑法典。なお仮出獄制につい
てはドイツ法)

五、明治十三年 治罪法公布(施行は十五年。但し一八

〇八年フランス法)

六、明治十五年 為替手形約束手形条例(フランス法)

七、明治二十三年 刑事訴訟法公布(施行同年。但し一

八七七年ドイツ刑事訴訟法)

八、明治二十三年 裁判所構成法公布(施行同年。但し

一八七七年ドイツ帝国裁判所構成法)

九、明治二十三年 民事訴訟法公布(施行は二十四年。

但し一八七七年ドイツ法)

外国法の影響とはなにか

一一

十、明治二十三年 旧民法公布（施行は二十六年とされたが、二十五年法律八号により施行は二十九年末日迄延期される。フランス法）

十一、明治二十三年 商法典公布（施行は二十四年の予定であったが民法典論争の影響で施行延期となる。ドイツ法）

十二、明治二十六年 商法典中、会社法・手形法・破産法のみ施行。

十三、明治二十九年 民法典中、総則・物権・債権編公布（施行は三十一年）

十四、明治三十一年 民法典中、親族・相続編公布（同年施行。これで民法典全編施行。ドイツ法）

十五、明治三十二年 商法典全編施行。

なお同論文は次の様な参考書を掲げている。小早川欣吾「明治法制史」公法之部（昭和一九） 池田寅次郎「法典編纂」岩波講座日本史（昭和一九） 団藤重光「司法制度の確立」国家学会雑誌五八・二（昭和一九） 小林好信「明治維新と刑法の撰定」法学論叢四八・二（昭和一九） 同「新律綱領並に改定律例の歴史的使命」法学論叢五〇・五、六（昭和一九） 尾佐竹猛「裁判所構成法制定の由来」法律時報一一・一一（昭和一九） 宮沢俊義・中川善

之助「法律史」（昭和一九） 細川亀市「明治初期の刑事訴訟法制の発達」法学志林四一・六（昭和一九） 手塚豊・伊藤乾「明治十三年の元老院訴訟法案」法学研究二二・二、三（昭和二四） 高柳真三「明治家族法史」法律学体系（昭和二六） 星野通「明治民法編纂史研究」（昭和一八） 同「民法典論争史」（昭和一九） 石井良助「民法典の編纂」国家学会雑誌五八・二（昭和一九） 志田鉀太郎「日本商法典の編纂とその改正」（昭和八）

なお、石井良助「明治前期の立法に及ぼした外国法の影響」（明治文化全集第十三巻法律篇所収）、利谷信義「外国法の継受——近代日本の場合」（法学セミナー一九六四年三月号所収）参照。

わたくしはいまわが国法体系形成に当たっての影響についてだけ高柳氏の概観を掲げて「一瞥」した。その法体系形成の後にもなお影響関係は延々と続くのである。

一体、影響関係と一概にいつても、それが形成期におけると、成熟期、発展期におけると各異った態度を示し、もしくは性格を持つのではなかったか。（このことに関して穂積陳重氏の次の文言は甚だ示唆に富む。曰く「我邦の如く数千年孤立して居った国民が、俄然異種の文化に接触した場合には、種々の突飛な試験を為て見て、前の失敗は後

の鑑戒と爲り、後ち始めて順当なる進歩を爲すに至るのは己むを得ぬ事である。現に民法編纂の沿革から云つても、初めは江藤氏の敷衍、民法で、中ごろ大木伯等の模倣、民法となり、終に現行の参酌民法と爲つたのである。」(法窓夜話 二二頁)(傍点水田)

影響關係の事実探究的研究についてだけでも、もつと多と多くの研究文献がこれに続くわけなのである。

(註四) 一体、外国(法)文化に対しては、互いに相対立する二た通りの見方、考え方があると考えられる。一つは外国(法)文化の合理性、普遍性に着眼する、もしくは重点をおく。(文化伝播説の如きも之である。)これは外国法専攻学者に強く見られる。いま一つは、外国(法)文化を受け入れるわが国側の事情、環境に着眼、もしくはこれに重点をおく。(文化的發展段階説の如きもこれである。)この後者の見解がわが国法制史学者、または一般の法学者(外国法専攻に非らざる)の側から、また時期的にはヨーロッパ大戦後、とくに第二次大戦を契機に強く打ち出されて來ていることは興味が深い。一九四八(昭和二三)年、當時の法学者大家をすぐつての座談会「日本法学の回顧と展望」(法律時報二〇卷二二号。後に日本評論社編集)(局編、日本の法学・座談会・昭和三五年所収)では、はっきりと外国法影響に対する批判的、反省的見解が打ち出されたのである。

外国法の影響とはなにか

った。その後の対外国法關係についての研究は、こういった二つの対立する見方、考え方を瀟過して進められているのであり、そういった研究諸成果が、一九六〇(昭和三五)年前後、法学セミナー連載講座での各外国法専攻学者分担作業の形でまとめられ、それが更に、一九六六(昭和四一)年、岩波講座 現代法一四(外国法と日本法)に現在の外国法専攻学者の諸研究(フランス法・野田、ドイツ法・奥田、イギリス法・伊藤、アメリカ法・田中、他に沢木・五十嵐・法の継受、比較法学と日本の法学等々)となつて発表せられている。これが現在、わが国法学界の一つの頂点をなしていると思得るのである。(なおこれらの点については「事始」一七頁に触れておいた。参照せられたい。)

(註五) 括弧内文言は、久保正幡・片岡輝夫「原田慶吉著『楔形文字法の研究』(一九四九年)と比較法制史」(比較法雜誌第一卷第一号、一九五一年第一季所掲)よりの引用。なお本文と同趣旨を田中耕太郎氏は Crevea, in Leonhardts Stimmen des Auslandes ss. 49, 50 を引用し、主張して居られる。(同氏、世界法の理論・Ⅲ六〇四頁参照。)

二、一つの問題提起——影響と継受——

わたくしはいま影響に定義、概念規定を与えようとするので

あるが、それより前になお次のような諸点に考慮を廻らす必要があると考えられる。なぜなら、わたくしはたんに影響だけを、またその文字的な意味だけを問題にしようとしているのではないし、また対外国法文化関係の問題として影響を考えようとしていること既述の如くであるからである。

(i) 対外国法文化関係に関連して用いられる言葉はたくさんある。つまり影響には多くの類同概念が存する。たとえば、移入、受容、摂取、継受等が法文化に関連して多く用いられるのであるが、これらは、一体、互いにどういう関係にあるのであろうか。(註六) 互いに区別付けられ、もしくは段階付けられるというのであろうか。とくに影響と継受は比較的多くの場合に法律学文献に用いられ、場合によっては殆んど同意義的にすら用いられるのであるが(註七) これは一体どのように理解されるべきであろうか。対外国法文化関係に関する多くの(種別的、段階別的)事実、もしくは事態があるとしたら、先ずそれら全体を、続いてその中のある種類もしくは段階を示す概念、用語があつて然るべきであろう。またその場合、どのような概念、用語を用いることが適当であるかも問題となつて来るので

ある。いまわたくしは多くの類同概念、用語の中、とくに影響と継受に焦点を合せつゝいま述べたような諸問題に考察を加えて見たい。このことは、種々な類同概念全体の中で、影響をどう考えるか、捉えるかの問題でもあると考えられるからである。

(ii) 一国(または一民族——以下これに倣う)の法文化が他の国(または民族)の文化と接触、交渉をもつにいたつた事例は古来、その数少しとしない。(註八) しかしこういつた多くの事例に關しての研究は従来個々の各国法律史研究に委ねられ、それも万遍なく隅々まで、または全体が総合的に把握され研究が行われたというわけには行かなかつた。但し次に述べる二つの場合には研究が大に行われ、学問的成果も著るしく挙げている。いまわれわれは、外国法文化との接触、交渉(対外国法文化関係における接触、交渉Ⅱ影響——詳細後述)の問題について所論を進めようとするのであるから、過去における多くの成果、その遺産は(少くともそれがわれわれの所論に關連をもつ限りにおいては)大いに關心を持ち、またその成果を汲まねばならぬと考えられる。

二つの場合とは次の如くである。一はヨーロッパ諸国へのローマ法の全般的または一部の影響、とくにそのドイツ法制史上の問題——中世末から近世初頭にかけてのゲルマン法とローマ法との交渉の長い歴史的過程の中で、ローマ法がいかに受け容れられたかの問題——についてであった。これはローマ法がドイツに帝国法としてとり入れられた点に焦点を合せて、継受 Reception の題名の下に、ドイツ法制史家を中心に歴史的研究が積みまれ、その成果も大いに挙げたのであった。(註九) こういった一連の研究の結果、明らかとなった対外国法文化関係についての所論は、いま同じく対外国法文化関係の問題を追求しようとするわれわれに大きな光、強き導きを与えるに違いないと考えられるのである。

二は十九世紀以降、ヨーロッパ先進国(フランス、のちにドイツ、スイス等)の法文化が世界的に伝播し、流布せられるにいたった(影響を及ぼした)ことに関してであった。その影響は法典を中心に、また甚はだ強力に行われたことに特色があった。

影響は大別して三つのグループ、(イ)ヨーロッパ(西欧基督

外国法の影響とはなにか

教文化圏)諸国への影響(たとえば近代ヨーロッパ大陸諸国へのナポレオン民法法典の影響)(ロ)ヨーロッパ諸国が征服、もしくは植民地をひらいた国々(これは後に多く独立したのであるが)への影響(たとえば中南米諸国、インド等々)(ハ)征服、植民地開設等によらずして、しかもヨーロッパと異質的文化を有していた国々への西欧諸国法の影響(たとえば明治以降における日本、またすこし時期的に遅れてはいるが中華民国に及ぼした西欧諸国法の影響、トルコ(一九二六年)へのスイス法の影響等々)に分けることが出来よう。

この影響関係の研究はまずフランス等母国法側学者によっても行われたが(註十)、のち、日本、トルコ等子国法側の学者によっても行われるに至った。(註十一) こういった諸研究の進展の間に、対外国法文化関係における接触、交渉(＝影響)自体に関する研究(それは多くの場合、継受 reception という名のもとに取扱われて)も現われてきている。(註十二)

これが先覚、先進者達の遺産なのであり、われわれはあるいはこれに導かれ、あるいはこの伝統を継承しつつ前進しなければならぬのである。

ところでこういった考察の後に与えらるべき影響の概念はどのようなものであろうか、これがまさにわれわれの当面の課題でなければならぬのである。

(註六) 対外国(法)文化の問題に関連して多くの類同概念が用いられている。たとえば、渡来、伝播、移植、移入、模倣、借用、受容、摂取、継受、変容等々これである。(外国法文献——いま英文のものをしても(独・仏にも勿論、対応語がある)——にも、adoption, influence, transplantation, assimilation, imitation, introduction, penetration, reception 等々多くの類同概念が現われて来るのである。)しかしこのような類同概念、用語の混乱、錯雑の中にも一応の秩序があり得ないわけではない。こういった用語、概念は、(i) こちら側から見た場合、(ii) あちら側から見た場合、(iii) 特定の対象事項、事態についての関係から、それも(iv) いろいろの程度、種類、段階の相違を示す場合等を区別し得るからである。(たとえば(i)の場合、渡来、東漸、西漸、伝達、伝播、伝来等。(ii)の場合、輸入、移入、移植、採用、吸収、模倣、借用、流用、受容、摂取、継受、継承(伝統、潮流の波及、暗示、刺戟等の使用例もある。)また(iv)の場合、移入、受容、摂取、融合、

同化、定着、土着化、変容等々の相異が考えられる。)

われわれはこれら凡てを包摂する全体的な概念を、また事態もしくは段階、種類からくる相異を示す適当な用語、概念を構成しなければならぬ。またそのような一つの試みを本稿では提示しようとしているのである。

(註七) 一般に影響とはなにかについて解説を加えた論稿は見当らない。これは影響という言葉が常識的に一応理解し易い故であらうか。但し継受に関しては多くの定義、解説があること後に掲げる如くである。

なお影響と継受の使用例については本稿註二並びに註八参照。(reception and influence と並記した標題を掲げたものもあった。)

この点特に問題となるのはイギリス法とローマ法との関係(その発展、展開の中でローマ法文化がどのようにに接触、交渉をもったか)についてであった。イギリス法はローマ法を継受しなかった(いかにその生活関係が変化してもローマ法継受という形をとらず、従来の固有法を巧みにみずからの姿に変える——この場合、ローマ法からの影響は大なり小なり受けつつ——ことよって新たな状態に適合した。つまり「イギリスにとって、ローマ法は気高い白髪の老人であった。老人が(イギリスの)扉を叩くとき、

人々はうやうやしく彼を招び入れ、その話には敬虔な態度で耳を傾ける。そして老人をうやうやしく送り出したのであった」(Koschaker, *Europa und das Römische*)と見得られるからである。池澤 F. W. Maitland, *English Law and the Renaissance*. 1901. Scrutton, *Roman Law Influences in Chancery, Church, Courts, Admiralty and Law Merchant, Select Essays in Anglo-American Legal History*, vol. 1 1907, pp. 212 et seq. Burdick, *Principles of Roman Law and their Relation to Modern Law*. 1938. 等参照。この点は拙著「英国比較法研究」(昭和三十五年)、「英法学序説」(昭和四十四年)にも若干触れておいたがなお本稿と関連していずれ更に深く論じて見たいと考えている。

(註八) たとえば地中海沿岸諸国の法、とくにギリシヤ法のローマへの影響、多数のアフリカ民族へのイスラム法の影響等々。またわが日本に關しても七世紀における中国大陸法、一九世紀後半のヨーロッパ大陸法、また第二次世界大戦後の英米法の影響等々がある。その中、とくに西欧諸国法の明治以降の日本の近代化に及ぼした大きな影響に着眼してわが比較法研究所は共同研究を進めてゐるのである。またわたくしはこれを「近代において外国法体系がその文

外国法の影響とはなにか

化的背景を異にする国に受容せられるにいたつた条件ならびに状況の考察」というテーマの下に研究を続けているわけである。(拙著「事始」一一二頁参照)

(註九) 継受 Reception とは語は、特に説明のない限り、一般に中世ヨーロッパ、とくにまたドイツの場合を想起させる程 (Reception by Wm Seagle. 一九三四年版 *Ency. of Soc. Sci.* vol xiii 一五三頁参照)。ヘーゲルの継受は重視せられつゝ、従つてその歴史的研究はいろいろの意味で大きなウエイトを占むところである。

一般にはドイツ法制史の中に取扱われているが、なお十九世紀後半から二十世紀初頭にかけて展開した所謂「継受原因論争」として次の様な著作があつた。

Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* III 1834

Stobbe, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen* I 1860
Cöing, Helmut, *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main. Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*. 1939

Hohenlohe, *Die wahre Gründe der sogenannte Rezeption. Historisch-politisches Bulletin*. 1916
Stintzing, Ulrich Zapius. *Ein Beitrag zur Geschichte*

- der Rechtswissenschaft im Zeitalter der Reformen. 1857
- Arnold, Studien zur deutschen Kulturgeschichte. 1882
- Modderman, Die Rezeption des römischen Rechts, übers. u. mit Zusätzen hrg. von Schulz. 1875
- Franklin, Beiträge zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. 1863
- Schmitt, Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland. 1868
- Sohm, Die Deutsche Rechtsentwicklung und die Kodifikationfrage. Grünhuts Zeitschrift I 1874
- Duhn, Deutsche rechtliche Arbeiten "Zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Lübeck und Hamburg. 1877
- Laband, Über die Bedeutung der Rezeption des Römischen Rechts für das Deutsche Staatsrecht. Ein akademische Rede. 1886
- Below, Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland. 1905
- わが国にも次の様なすぐれた諸論稿がある。
- 久保正幡 ゲルマン法史におけるローマ法の継受(西洋
- 法制史研究 一九五三年 三五五頁以下)
- 三戸 寿 ドイツにおけるローマ法継受の原因—原因論争の回顧と批判—・ドイツにおけるローマカノン民事訴訟法継受の歴史的 성격(以上 近世法成立史序説昭和二十三年所収)
- 勝田有恒 Rezeptionの素描(一橋大学法学研究四)・フリードリッヒバルプロッサといわゆる「ローマ法の理論的継受」(法学研究六)・十九世紀末に至る普通法論的 Rezeption 論(一橋論叢四九卷三号)・Rezeption 論・視角の展開(一橋論叢五〇卷六号)
- 上山安敏 ドイツにおける法律家層の形成過程—「教授法」成立の序説として—(京大法学論叢六九卷三、五、六号)
- 鈴木祿弥 フランツ・ヴィアッカー「ドイツにおけるヨーロッパ的法学の継受」(一一四)(国家学会雑誌七〇卷一〇号、七二卷三、五、六号)等々。
- (註十) 一九〇四(明治三十七)年はフランス民法典百年記念の年にあたった。フランス本国で記念論集が刊行されたが、その第二巻は *Le Code Civil à l'étranger* にあてられた。また一九五四(昭和二十九)年は、フランス民法典百五十周年にあたった。フランス本国で、同じく記念論集

が刊行せられたが、その第二部は *Le Code Civil et les systèmes étrangers* である。フランス法の諸外国への影響は、いかにその関心の的であったのである。(拙著「欧米諸国の比較法研究所」早稲田大学比較法研究所紀要(一九六二年)二〇、九〇頁参照。) またこれに対するつわが国学者の影響に関する諸論稿(西田稿註二参照)も現われたのであった。

(註十一) 一九五五年、フランクフルトの外国法の影響研究を目的にイスタンブールに比較法会議が開催された。またこの研究には Zweigert, Neumayer, René David, Yntema, Hazard, Hamson, Rheinsteim 等直接参画した。また、同書に Kubali, H. N., Ayiter, F., Timur, A., Velidedeoglu 等非西欧国学者も参画した。そのほかに、西田稿「やゝ不正確なところの如き」を挙げ得よう。

Ferit Ayiter, The interpretation of a national system of laws received from abroad. *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* (以下 *Annales* と略記) t. 5. pp. 41 et seq. (なお Ayiter には Das Rezeptionsproblem im Zeichen der kulturhistorischen Perspektive "Europa und das Römische Recht" und unter besonderer Berücksichtigung

der Rezeption westeuropäischer Gesetzbücher in der modernen Türkei. *Studi in Memoria di P. Koschaker* vol. II. 1954. がある。)

Rheinsteim, M. Types of Reception. *Annales* t. 5 p. 31.

Lipstein, K. The reception of western law in Turkey —The purposes and the result of the meeting of the international Assn. of legal Science held in Istanbul in Sept. 1955. *Annales*. t. 5 226-8.

René David, Reflexions sur le colloque d'Istanbul. *Annales*. t. 5 p. 240

Imre Zajtay, La Réception des droit étrangers et le droit comparé. *Annales*. t. 5 p. 701

K. H. Neumayer und P. Dopffel, Ein Jahrhundert türkischer Rezeptionsgeschichte. Versuch einer Würdigung. *Annles*. no. 6

Hazard, Problems of Reception in the U. S., *Annales* t. 5 p. 217

Balent Davrán, Bericht über die Aenderungen in türkischen Z. B. G. gegenüber dem Schweizerischen, verbunden mit einigen Bemerkungen über den

外国法の影響とはなにか

三〇

der Rezeption. *Annales* t. 5, pp 131 et seq.
Timur, The place of Islamic law in Turkish law reform. *Annales*. t. 5. pp 75 et seq.

(註十二) 影響、継受プロペーに関する研究論稿にも次の如きが現われていることに特に注意を払わねばならぬ。

Reception by Wm Seagle *Ency. of Soc. Sci.* vol. XIII
p 153 (1934)

Kocourek, Factors in the Reception of Laws. *Studi in Memoria di Aldo Albertoni* t. III. 233-260 (1938)

Schwarz, La réception et l'assimilation des droit étrangers. *Recueil Lambert*, t. II, 581-590 (1938)

(Rezeption und Assimilation ausländischer Recht. in: *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, 1960)

Koschaker, P. *Europa und das Römische Recht*. (1947) (*Neu-und unveränderte Aufl.*, 1958)

なおわが国にも次の如き研究論稿がある。

沢木敬郎 法の継受(立教法学三号、昭和三十六年)
(現代法「外国法と日本法」昭和四十一年)

大木雅夫 トルコにおける外国法の継受(立教法学十一号、昭和四十四年)

ソ連におけるブルジョワ法の継受(立教法学九号・一九六七年)

福島正夫 法の継受Ⅱ経済の近代化(一)(比較法学四卷一、二号、昭和四十三年)

三、一の解明への試み

——移入・受容・摂取(継受)・土着化——

実は影響とか継受とかいう語を用いる場合もう一つ考慮を廻らしておくべき問題があると考えられる。それは、一体、いかなる時点から、またいかなる範囲、もしくは種類の事態についてこれを論じようとするのであるかに関してである。なぜなら、影響もしくは継受は、こういった問題、対象を理解、説明するものとして用いられるのであるし、またそれに応わしい用語として用いられるべきだからである。

一、ところでいまわれわれは「日本の近代化に及ぼした外国法の影響」を論じようとするのであるから、そこでは時点は現在から、また極めて長期に亘る法体系の形成、発展に関する事柄を取扱うこととなる。

それは日本という国の近代的な法体系全体が次第に形成さ

れ、成熟し、發展して現在にまで至っている事について、どのような外国法文化的要素が役立ったか、もしくは関係があったかという事を問うに外ならない。外国法文化との関係は、單なる思想に関する場合から、法典的継受に於ける様なその成果の極めて顯在的な場合に至るまでいろいろな形で現われるであろう。そのあらゆる場合を通して、それがわが国法文化の形成、發展にいかなる寄与、貢獻を与えたか（もしくは与えなかったか）を問題としているのである。

次にこれに関してのいくつかの論点について解説を補っておきたい。

(i) 外国法の影響とは、実は外国法が外国法自体としてどのような関係をもつかの問題、つまりは外国法規範の移動もしくは受容等の問題ではなくして、外国法文化がわが国法文化とどのような関係を持つか、もしくは持ったかを問うに外ならない。換言すれば、外国法文化的要素とわが国法文化との交渉、関連についての相対的な関係の問題なのである。既に相対的な関係の問題である以上、それはこちら側とあちら側両者の、しかもその交渉、関連に関する極めて複雑な展開を示すのである。

外国法の影響とはなにか

(ii) ところでわが国法文化は現在の法体系にまで進展したのであった。外国法文化的要素はこの過程の中で関係をもって来るのであった。この事から、影響関係を問題とする場合、次の二点に留意する必要がある。

(i) 影響関係を論じようとする場合、単に民法典、商法典、刑法典等々の部分的取扱いに終止するのではなく、一体としての（国家）法秩序全体について考慮をめぐらさねばならぬのである。否、単に、一部分、一制度のみを取扱う場合でも、それは全体系における部分、有機的関連を持つ全体の中の個々の制度、部分である事を念頭に置かねばならぬのである。

(ii) 外国法文化は先ず個人による知識習得という形で入ってくる（移入）。その様な知識が翻訳、翻案、講演等によって一般的に流布、布及せられるに至る（受容）。これが更に何らか公的機関によって制度的に——たとえば法律または判決の中にとり入れられて——摂取されるに至る（その最も顕著に現われている場合を継受と呼ぶのである）。しかし、事態はここで終らないで、その摂取せられた要素が、自国での他の諸事情、諸条件によって変容、もしくは消化せられて来る（土着化）。

これを日本の法体系の生成、発展について見ても、西欧法知識がわが国に移入され始めたのは、わが国法体系形成の始まる明治維新（一八六七年）より以前、つまり幕末時代からであった。諸法典が一応整ったのが一八九六年頃であったし、その後も長い期間に亘るその適応化、変容化の時期が続いたわけである。従ってそれは極めて長い、また極めて複雑な事象の流れの中に起った現象としてこれを捉えねばならぬ事となるのである。

(iii) 結局、われわれはわが国法体系への外国法文化からの寄与、貢献を問わんとするのであるが、その外国法的要素が移入され、受容され、摂取、継受され、変容化される全過程において捉えようとする。そこでは、われわれは、一つの事件、孤立した部分として影響現象を考へるのではなく、總体的、体系的全体の中で、またその生成、発展の過程の中で捉えようとするのである。（註十三）

二、このような問題、対象を理解、説明するものとしてわたくしは影響、継受の用語を用いた。そこで両者の関係に関するわたくしの見解をここに述べておく必要があるであらう。

影響（註十四）とは、外国法文化との接触の結果（これと相因因果関係に立ちつつ）、わが国での特定対象事項についての把握なり、理解なりに変化が現われる事を言うのであって、その把握なり理解なりは必ずしも外国法文化と同一、もしくは類似性を帯びるに至る場合のみとは限らない。（例えば移入の段階にあって、その外国法知識がわが国法知識を刺戟し、反省せしめ（必ずしも外国法文化と同一性を来たさずとも）自己の知識を改めるに至る如きも一種の影響なのである。また同一性、類似性が現われた場合は勿論影響——しかも強い影響——があったのである。）

この点を影響関係成立の要件と言う観点からいまい少しく説明して見よう。

一体、二事象間に影響関係があると言ひ得る為めには(a)、二事象間に接触、交渉、つまり関係があった事、(b)、接触、交渉のあった以後に、その接触、交渉故の変化が生じた事が必要である。これが影響関係成立の最少限の要件である。しかしこの外に、(c)、二事象間に文化的高度性の差異が存したこと、(d)、二事象間接触、交渉故に結果に於ける類似性、相似性がもたら

されることもあり得るのであるが、これは影響関係の態様、様式を決定するには大いに関係があるが、(つまり、その影響関係は濃度が濃い、もしくは必然性が高い等の性格を持つ事となるのであるが)、これを伴わない影響関係もあり得るのである。

継受(註十五)は(前述の様に)公的機関による摂取なのであるから、つまり意思的もしくは意識的行為に基づく制度的表現(法律または判決にとり入れられる)と言う意味で、影響関係中、最も顕在的であるとなし得るのである。これを前述の影響関係に関する諸条件で言えば、継受の場合には、(a)(b)の要件は勿論のこと、(c)(d)の条件を具備している事が多い。特に(d)、結果的類似性の多寡は継受の激しさ、徹底さに関係するのである。

これが先に、継受は影響関係中、最も顕在的であるとなした所以なのである。同時にまた継受は影響関係中最も把え易い研究対象であると為し得るのである。(註十六)

すでに、事態、段階にして長期にわたり、また多面的相異を示すことを説いた。また事態、経過の態様、段階を示すに応わしい概念、用語を用うべきことをも説いた。わたくしが、移

外国法の影響とはなにか

入・受容・摂取(継受)・土着化の別を説き、またこれら全体をとらえて影響(Ⅱ外国法文化との接触、交渉)となした所以もここにあるのであった。(註十七)

(註十三) 継受・影響等の問題は比較法、比較法制史のみならず広く一般法学にとっても基本的な重要問題であるに拘らず、その理論的研究はそれ程なされていない。元来、その研究は先ず、個々の事例の研究(原因、対象たる法文化素材、その過程、結果等の現象的研究——これについては比較的多くの研究が発表されてきている——)の蓄積をまつて、帰納的に、継受・影響についての一般的理論(諸現象を相互に比較し、そこから一般原則を導き出そうとするような——この理論的研究はきわめて乏しい——)の研究へと導かるべきであらう。(註二、三、四参照)しかし、なににしても先ず、継受・影響(それは多く継受なる名の下に研究されて来た。したがって以下、本稿に継受なる言葉で現われてくる記述も、継受・影響に関するものとして理解すべき場合が多いのであるが)の定義、概念規定が与えられねばならぬであらう。しかし、この先決的重要事の研究がこれまた必ずしも満足すべき状態にあるとはなし得ない。(そこには自らその然るべき理由が無かったわけではないこと後に述べる如くなのであるが)。

論者、あるいは継受問題を取扱うに当って「歴史的、理論的な問題究明のため必要な素材を整へ、提供するという趣旨で、歴史的事実についていささか考察をめぐらす」(久保正幡、ゲルマン法史上におけるローマ法の継受、前掲三六〇頁)と苦衷を述べ、あるいはまた「法の継受という概念を定義することは現在の時点ではあまり有意義であるとは思われない。それはきわめて複雑多様な法現象の一つであり、また資料の不足などからいっても、継受についての一般的な概念規定はいまのところさけるべきであろう。ただ継受の現象を種々の類似のものから区別してその外延確定にあたり生ずる問題点を整理し、継受の若干の重要なタイプを抽出する作業は意味がある。この点から先ず、何が継受され得るかを考え、ついで、種々の継受のタイプをとり出す上に基準となるモメントを検討してみたい」(北川善太郎 日本法学の歴史と理論(一九六八年)一五頁)とされるのは、実はこの問題がいかに複雑、多様性を帯び、その定義付けに困難があるかを物語っているに外ならない。(もつとも久保、北川両氏とも、ここに引用した文章に続いて素晴らしい研究成果を展開して居られるのであるが。)

しからば一体いかなる点にその困難性の原因が胚胎する

か、またその解決へのメドは何処にあるであろうか。本稿はこれら解明への一つの試みを提示する目的で執筆したのであった。

(註十四) 用語、概念の多様性、複雑性はただちにその混乱性、錯雑性を意味するとは限らない。その多様、複雑なる中に各自の地位付け、限定付けが可能であるからである。

またその様な地位付け、限定付けは多くの学者が意図し努力して来たところである。たとえば、三浦周行 続日本法制史の時代区分には

.....

第二期中古時代(第一外国法模倣時代)

前期 律令時代(支那法採用時代)

後期 格式時代(慣習法発達時代)

.....

第四期明治時代(第二外国法模倣時代)

前期 欧米法採用時代

後期 法典修正時代(傍点水田)

なる表現が用いられている。

また「外国法と日本法」現代法14(昭41)にも多くのこの点についての考慮・努力の跡が読みとれる。とくに野田・奥田論文は、継受のほかに摂取という語を用い、立法

的摂取、法学的摂取、自覚的摂取なる別を説いている。
（なお「法学継受（法学的摂取）」p. 228 「ドイツ法学の忠実な摂取（全体的受容）」p. 229 なる表現もある。）またとくに摂取なる用語を用いた理由として「八法の継受Vが決してある文化圏のでき上った法体系（又は法制度）を品物を輸入するように、他の法文化圏にそのまま移し入れることを意味するものではなく、程度の差はあるにせよ、そこには受け入れる側の主体的な干与が必然に伴なうものだということ強調する意味」で、八継受Vという語より八摂取Vという語の方がこのような主体性を示すため一層適切である、としている。

また次の様な事例もある。明治二年、早くも出版法制が現われた。（同年二月八日「新聞紙ノ出版ヲ許シ学校ヲシテ管理セシム」、同年五月十三日「書籍准刻事務ヲ学校ニ属シ出版条例ヲ定ム」）これについて「外国法制の摂取・継承の契機があったかどうか」の問題に対し、奥平氏（奥平康弘 日本出版警察法制の歴史的研究序説・2 法律時報三九卷六号）はこれを疑わしいとなし、その理由として次の如く述べている。「一、法制の摂取・継承という言葉の意味内容にもよるが、少なくともある程度の法曹家的訓練を経ていなければならない。しかし、兩条例制定者のいずれ

外国法の影響とはなにか

もが、この時点ではその要件を充たしてはいない。第二、摂取・継承があったといえるためには、兩条例の内容が散発的ではなくて、ともかく一定の体系をもっていずれかの国の法規と照応していなければならない。しかし兩条例においてこれを見ることはできない」「兩条例は、西歐文物としての新聞紙・圖書の出版事業に一定の知識のあるものならば——法的知識をかならずしも媒介とせず——作製しうる内容と程度のものであり、そして、参画者らはわが既存法制を前提として、その新知識を投入したものと考える」とする。ここでは影響関係における主体性、照応性の問題が考慮せられているのである。多様、複雑の中に、統一性もしくは体系性を見出そうとする学的努力が試みられているのである。

なお Schwarz (前掲 s. 581 ff) が継受 *Rezeption* と同化 *Assimilation* を異なる二段階として区別すべきを強調していること、また Wiacker (*Privatrechtsgeschichte*, s. 63) が *Rezeption* と *Aufnahme* を同じ意味に用い、より広い意味で *Übernahme* (受容) を用いていることについては、わが学界にもすでに紹介せられた如くである。（北川善太郎 日本法学の歴史と理論二二頁、鈴木祿弥訳 一二二頁参照。）

(註十五) 継受・影響(外国法文化との接触、交渉)の問題は、多く継受という名のもとに研究されてきたのであったが、これに関連して次の二つの点に考慮を廻らす必要があると考えられる。

(i) 継受という語が一般的に用いられるに至ったについて二つのパターンがあったことについて。

一は、中世末から近世初頭にかけての、ヨーロッパ諸国でのローマ法文化との接触、交渉、とくにそれがドイツで決定的な形で現われたという事実(ローマ法は一体として、一四九五年の帝室裁判所条例 Reichskammergerichtsordnung 以来、ドイツ全土に対し、特別の法令、慣習なき場合に適用さるべき普通法 *gemeines Recht* となった)に焦点を合せた用い方であった。(Rezeption なる語は、ゲルマン法ないしドイツ法制史研究開祖として有名な Hermann Conring, *De origine iuris Germanici*, 1643 が始めて用いたりという。久保・西洋法制史研究 二七五頁。またドイツ法制史研究におけるローマ法継受論は詳細を極めたのであった。本稿既出註八参照。)

ここから、継受といえはローマ法継受、それもドイツでの継受が連想、もしくは結び付けて考えられることの(Seagle, *Ency. Soc. Sci.* vol. XIII 153) 歴史的因縁が考

えられないわけではないのである。

二は、中世から近世への推移について、ヨーロッパ諸国に吹き流れた大きな文化的潮流として捉えられた。それが文芸の面に Renaissance として現われ、宗教の面にあっては Reformation として論じられた。また法律文化の面にあってはこれを Rezeption として捉え、その時代推移に及ぼした大きな功績、役割が強調せられた。所謂 3R の運動なるものであった。この場合の Rezeption は、勿論、既述(i)の意味での Rezeption が基礎となるのではあったが、しかしそれより遙かに広く、また深い面からことが取り扱われたのであった。それは Renaissance の場合と同様、包括的且つ全ヨーロッパ的であり、且つまた長期にわたる(ドイツにおける Rezeption についても略々一三五〇——一六五〇年の三世紀にも亘る多面的且つ複雑な現象であった)概念であった。いわば、法文化、觀念の変化、法生活の学問化、近代化としても考察が加えられるのであった。(Renaissance, Humanismus なる語が用いられたのは漸く十九世紀になってからであるという。渡辺一夫「フランスルネサンス断章——Guillaume Budéの項——」一〇頁。なお F. J. C. Hearnshaw, *Renaissance and Reformation*. *Encyclopedia of the Social Science*. vol. 1

pp. 84-102 参照。)

われわれがいま同じく継受 reception を捉え、もしくは考えようとする場合、ここでいう取り扱いの相違というものを考えねばならぬであろう。つまりは、それを狭義的パターンによって捉えるか、広義的パターンによって捉えるかの相違が出てくると考えられるからである。

(ii) それはきわめて複雑な、また多面的な様相、段階を内包することについて。

元来、継受 (外国法文化との接触、交渉の問題——それが多く継受という名のもとに研究されていること既述の如くなのであるが。——) については、「いかなる国 (もしくは民族) の、いかなる時代の法文化が (継受の対象、客体)、何人もしくは何国によって (継受の荷担者、主体)、どの程度、またはどのような具合に (継受の種類、態様)、またそれが結局どのようなになった (もしくははなる) のであるか (継受の持続、効果)」等が問われることとなるのであるが、その現われ方がいろいろであるため、また各その相異を現わすため極めて多くの表現が用いられてきた。(継受の定義、概念規定が多様性を示すのはこの為めなのである。) 各その様相、段階の相異を示す概念、用語として次の様な多種、多様な表現が用いられるのであった。たとえばドイツ法制史上「Früh-, Vor-, Haupt-, Nach-, reception なる区

外国法の影響とはなにか

別が与えられてゐる。theoretische reception, praktische reception なる用語も用いられる。その他 teiltrereption (particular reception) に対し totalreception (general reception) なる概念もある。また reception in complexu (im ganz) もしくは blanko-übernahme eines Rechts-ganzen なる表現も与えられた。またドイツ以外の国々の場合を説明しようとして gradual reception, supplementary reception なる表現が与えられたこともあった。しかし事態をもっと複雑にしたのは、その同じ reception という語が、近代における西欧文明諸国 (フランス、ドイツ、スイス等) 法文化との接触、交渉によるいろいろな国の法の変動の場合にも用いられたことであつた。それは多く、継受なる名の下に、またそういった捉え方、考え方の下に、研究せられたこと既述の如くなのであるが、(本稿既出註九、十参照。) ここでも事態、態様の多様性を示す多くの事例、段階が取扱われて来たのであった。そこでは先ず何より (継受) した国々に於ける国家法の統一、西欧化、従来法制の整備、明確化、新しい法秩序に対する要請等があつた事が指摘された。そこでの (継受) は多く、法的継受であり、また撰択的継受である事も明かにされた。また継受には同質法的継受と異質法的継受の別があ

り、日本、シナ、中近東諸国での継受は这其中、後者に属することも指摘されるに至った。またかつて西欧諸国の植民地であったり、またヨーロッパに地理的に近い中近東諸国に就ては、その様な事情にない日本、シナとまた異なる面のある事も明らかにせられた。(Doppelrezeption, freiwilige Rezeption, gewungene rezeption 等の表現が用いられたのは、こういった事態に対応してであった。)

しかしローマ法継受論と近代的西欧法継受に関する研究を通して、継受概念を統一的に解明する必要があるのだし、それに何よりも継受と影響の関係についての検討が未だ充分に為されていない。これらを統一的、科学的に把握するための努力が要求される所以なのである。

(註十六) 継受を説くに当って、(一) 前述所謂、狭義的パターンにならって規定することも一つの方法であるだろう。継受概念を定めるいくつかの焦点、メルクマールについて狭義的に考えるという方法である。焦点にはいくつかが挙げられ得よう。第一が主体(国家、民族等)について、第二が意識的である(強制の場合を除く)こと、第三が客体(客観的に把握可能な法文化的素材—法典、草案等々—)について、第四が照応性(法秩序の主要なまたは本質的な構成部分たること)についてである。これらは継受の顕現

性、高度段階性(一連のプロセスの比較的高度の段階にいたって現われるということ)、把握可能性等に関連するのである。わたくしが、継受を何らかの公的機関によって、意識的に、また制度的に摂取されることとなしたのは、こういった焦点を考えたが故なのである。またヴィアッカー「近世私法史」(鈴木謙訳、昭和三十六年)が継受を「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は本質的な構成部分が一つの民族によって——しかもこの「受入れる側の」民族が他の民族によって撲滅または征服されてしまふことなしに——採用されること」(同書二三頁)となし、もしくはまた田中(耕)「世界法の理論」が「継受国が一応外国法の内容を批判しその国の事情が一定の内容を有する法を殊に要求するものと認め意識的に採用すること」(同三五九三頁)としている如きも、このパターンに属するものと考えられるのである。

(二) しかし、一応この様な概念規定が与えられても、そこに終止することなく、さらに広く深く事象を観察し、論述を加える必要があること本文既述の如くなのであるが、この場合にもなお継受の名の下に取扱う——継受を広義的パターンにならって捉えようとする——こと、これは従来からの伝統的ともいふべき慣用語的重みがあった(本稿註十五

の二参照)——ところから問題が起つてくるのであった。

前掲、田中「世界法の理論」はなおそれが「一国の優良なる法技術が他国に輸入せられる」または「自然的及び人為的国境を超え一国の法文化が他国に採用せられる(または少なくとも影響を及ぼす」等「人類相互間の文化交流の重要な一局面」(括弧内文言は同書五九二、六〇三頁より引用)たることを説きつ

つ、他の態様、種類の継受にも論及しているのである。また前掲ヴィアッカーは、次の如き注目すべき提言を行つてゐるのである。同氏はまず——「中世後期の上部イタリアの法律学は、ドイツの大部分において採用されたが、この採用は、ドイツ法における法の見方と裁判所制度との激しい変化によつて、下準備され、かつかかる変化を随伴しつつ、行われた……この過程は、久しい以前から、「ローマ法の継受」と称されている」事実を指摘し、(同訳書一頁)、しかしこのような「ローマ法の継受」というきまり文句が果して妥当であるかに省察を加え、これを「危険かつ不正確なきまり文句」であるから、「これに代えるに、継受の対象は何であつたか、という一層はつきりした問題」におきかえて考察を加えねばならないとする。また「したがつて、「継受」なるものは、ある素材的な異質物の採用という形ではなくて、一つの発展過程という形で、すなわち、ドイ

ツ法の在り方およびその専門的担い手の学問化——これに伴うすべての結果をふくめて——として捉えた方が、より良くこれを理解することができる。」(同二四一五頁)としてゐるのである。

継受の概念規定の困難さを示すいま一つの事例を挙げておこう。本共同研究に常に指導的役割を果して居られる福島正夫教授は、継受を「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」(比較法研究四巻一三頁)とされる。こ

こでは継受についての主体、客体、照応性のみならず、土着化もしくは定着化の点にまで考慮が払われているのである。しかし同時に、氏は「いろいろ定義の仕方もあるが、」より広義にとり、継承あるいは影響作用という意味までを包括させて「考察を廻らさなければならぬ」(同書四頁)として「法の継受＝経済の近代化」を論じて居られるのである。これらは、同じく狭義的、広義的両パターンによる把握の間の調整の問題に答えようとしてゐるに他ならないと考えられる。ここにも、継受に関する問題点の自覚と、その解決への努力が読みとれるのである。

(註十七) わが国でも最近、継受現象に焦点を合わせた研究が

現われて来た。(本稿前掲註十一参照) これは既にいく度か述べたように継受現象が影響関係中最も捉え易いという事、またわが国の法典編纂に際して西欧法典の「殆んどひき写しの」継受 *reception en bloc* が行われた、つまりは継受がわが国、法学研究に大きなウェイトを占めている事等にも由来するのであつて、もとよりこういった研究の発達は大いに望まれるところである。しかし、他面に於て、継受だけが影響関係の全部ではないのであるし、また継受以外の影響関係の段階的發展の中に継受現象も起つて來得たのであるから、継受以外の影響関係にもまた研究を進めなければならぬのである。否、そういった諸現象の發展、展開の中に把えてこそ、継受の本質的把握も可能であると考えられるのである。

しかし、もっと問題になるのは、継受が行われた以後、その受け入れられた外国法文化的要素がわが国側での条件、事情に応じて、変容もしくは消化されて來るといふ点についてである。その継受せられたものを、どの様に解釈し、適用するかについてのわが国側での事情、対応についても考えなければならぬし、またその結局の落着までにはなお多くの時間と多くの努力に待たねばならぬのである。こういった、わが国に於ける消化、土着化の問題がまた大

きな研究課題となるからである。

こう言つた凡ゆる段階、態様を可能な限り網羅しようとして影響現象という広い概念を考え、その研究の中に継受についての研究(それは勿論、影響関係研究中で大きなウェイトを占めるであろう)を包摂しようとする。またこれらを總的に理解しようとして凡ゆる影響現象に内在する關係概念に焦点を合せようとしているのである。(もっとも最近における学説(たとえば沢木敬郎・法の継受・外国法と日本法所収)では、継受の前段階——継受の背景と原因、外国法の導入過程——狹義の継受現象、継受の結果——外国法の同化、に分けて継受問題を取扱つてゐる。この場合、わたくしが外国法文化との接触、交渉を考え、その研究の中に継受を段階付け、位置付ける場合と範圍は大体、重なり合うであろう。)しかし問題は用語、概念であるよりは、対象、事柄についての考え方、捉え方にあるのではなかつたか。わたくしは、この問題を *acculturation* ——互いに相異なる文化が接触し、その結果、一方または双方の文化に變化が生じた場合、これを文化変容 *acculturation* と名付け得よう。わが国近代化に當つても極めて鮮明な *acculturation* が起つたのである——の問題として捉え、そこに起る固有文化、外来文化間の關係としてことを

論じて見ようとする、後に続いて説こうとする如くなのであるから、このような問題意識からも、両文化間の関係の推移を、移入、受容、摂取（継受）、土着化の各段階に分けて見ていくこと、またその全体を影響として考えることを適當であると考えるのである。

なお影響については既に拙著「事始」に次の様に触れておいた。参照せられたい。影響の意義、種類、一六、五五、五九、一五四、二〇〇頁注三。影響関係成立の要件、立証、一一一—一二、一一三頁注五。一九頁。影響関係の総合性、全体性、二二四—二二六頁。影響実現の諸条件、一四八—九頁。

四、影響についての若干の問題

——問題意識と解明への方角——

ところで、われわれは一体、なぜ（わが国の近代化に及ぼした）外国法の影響を問題とするのか。これを取扱う問題意識について、ここに少しく説明しておく必要があるだろう。

次にこれに関するいくつかの問題点とその解明への方角を提示しておき度いと考えてるのである。

(一) わが国法体系の生成、発展に外国法文化からの影響が大

外国法の影響とはなにか

きかったこと、また一般に外国法に対する関心度が高かったことについては既に述べた。ところで何故このような関心度の高さが生じたのであつたらうか。それは単に法律家、法学者達の思い付き、性向に過ぎなかつたのであろうか。それともそこにはその必要性、必然性があつたとせらるべきであらうか。また、必要、必然であつたとして、それは一体、いかなる理由に基いていたのであつたらうか。

こういった問題は、外国法の影響のあり方、評価に関連する。つまりそれは賞讃され、勸奨せらるべきであるか、もしくはは非難せらるべきであるか、いわば批判の標準を与えてくれると考えられるのである。

(i) ところでこの問題に関連してわれわれが是非考えておかねばならぬことがある。それは J. H. Wigmore (1863-1943) による次のような問題提起についてである。Wigmore は一八八九年から一八九二年にかけて日本に滞在し、その間に徳川時代の法律慣習を研究し、「裁判官が先例によって事件をさばいたというのは、イギリスと日本だけ」であり、「徳川時代の最高裁判所の裁判官の知識水準が、それらの人と同時代のイギリ

スの裁判官の知識水準にくらべ劣っていない」ことを発見し、徳川時代の法と正義（それは法律学とは限らない）を高く評価した。その他、徳川時代の法律、慣習、評定所の民事判例等多くの資料を英訳して公刊したのであった。この場合、Wignote は日本が継受した西欧法上の制度、規則、原則等と、日本の旧慣中におけるそれらとの関係を問うているのである。もしくはまた西欧法を理解し、受容し得る程に発達していた日本側での諸事情を立証しようとしたに外ならないのである。（註十八）

つまり、この主張の中には、日本における固有法の発達をも含めて、いろいろな継受を可能ならしめるような諸条件の成熟を見ようとするのであって、まさにわれわれが着目し、解明しなければならぬ点であったのである。いま説明を補足することによって、問題の所在を一層明瞭ならしめねばならない。

(ii) 幕末すでに西欧法に関心をもつに至っていく人々の先覚者があった。彼等はなぜこのような関心をもち始めたのであろうか。それは先ず西欧法が優秀であることを見てとったからには違いないが、その優秀さは、当時の日本の固有法（江戸時代の法律）の不充分さを思い廻らした時一層際立ったものとして

感じられたに相違ないのである。当時の日本は数多くの藩に分けられ、その上に徳川幕府が存立したのであったが、各藩単位に法域が分裂せられ、相互軋触の虞れもあった。また幕府の中央集権的な権力は限定的であり従って統一的立法権は微弱であった。法律についての知識も一般には普及しておらず、また学問的体系性をも持たなかった。

しかし乍ら他方、江戸時代にも経済的、社会的発達は見られ、貨幣経済の発展、自由交換形式を生み出す方向への要望も次第に強くなってきたのであった。またこのような状態に適応するための法律も作られたし、また慣習法が成立した部面もあった。若干の点では西欧法に匹敵し得る程の法理を生み出したこともなかったわけではない。つまり新しい状態に適応し、独自の発展を遂げた部面もあったのである。（註十九）

ところでこの部分的、あるいは局地的な時代適応の法発達をどのように評価するかに関し二つの対立する見解が成り立ち得る。

一は、それが変化した経済的もしくは社会的諸事情に対応して生み出された功績は当然認めるとしても、その創造性には限

界があった、なににしても、改革、変動は底流的であり、また部分的であって、到底、一切の問題を適宜に解決する如きは不可能であつたとする。この点、やがて新たな法秩序、わけても精緻な債権法、商事法、訴訟法等の出現に対する翹望が強く現われると、結局は長い歴史と多くの試練を受けて育った精巧な西欧法からの影響が強く必要とせられるにいたる。つまり固有法を地盤とする新たな法の誕生は望むべくもなく、かくてその連続的發展は断ち切られ、西欧法への飛躍が試みられることとなるとするのである。

二は、この固有法の發展に高い評価を与える。つまりこの經濟的もしくは社会的發展に対応して生み出された法の変動は、あるいは西欧法継受への道を開いたとする。あるいはこういつた固有法發展の総決算として西欧法継受を考えようとする。ここでは、幕府時代の法の停滞的な状態よりは、新しい秩序に適應する能力に対し高い評価が与えられるのである。Wigmoreの立場、前掲諸事蹟は、まさにこういつた問題意識に駆られたのである。(なお前掲、ドイツで十九世紀中葉から二十世紀初頭にかけて行われたローマ法継受に関する原因論争では、その

外国法の影響とはなにか

固有法に対し高い評価を与えようとする説が強く現われている。——これらの説と Wigmore 理論の關係は学説史上著はだ興味ある問題である。)(註二十)

(iii) 徳川時代の法についての Wigmore 理論をとる、とらなはいはまここで問題としていない。わたくしがここで特に言いたいのは、Wigmore には一つの問題提起がある。方法の提示があるという点についてである。またそこでは、旧い法制度と新しい法制度とのつながり、関連について考えようとしているのであって、こういつた点にわれわれも着目し、解明して行かねばならないと考えるのである。

これによって、わが国で外国法文化からの影響が強かったことの必要性、必然性に関する問題に一つの解決へのメドが与えられると考えるからなのである。

(二) ところで文化影響の問題についてもう一つ考えておかなければならない問題がある。それは影響、被影響西文化の体質、伝統に関連するのである。一体、西欧の法、法思想は西欧社会における社会的条件、思想的伝統に深い関連をもっている。これと体質的に著るしく異つた社会的条件、思想的伝統に

立つわが国に、西欧の法、法思想が移入され、受容せられる場合にどういふ現象が起ってくるかについての問題なのである。つまり日本における外国法文化影響の問題は、白地の素地に他国法文化が入ってくるというような単純な形で起ってきたのではない。既に存在する一定程度の文化（それは西欧文化と著しく異質的な、またそれ自ら伝統的、歴史的重みをすらもっていた）の上に新しい文化が入って来たのであるから、そこには抵抗、妥協、融合、排斥等さまざまな関係が展開することとなるのであった。すでに新しい文化が入ってくることで自体にすら著しい困難があった時代があったのである。

既存（法）文化と新来（法）文化との関係は、単にその移入、受容、継受等々に障碍があった、もしくは支障となった場合のみとは限らないであろう。既存（法）文化が（いかに異質的であり、または不充足であったとしても）とにかく存在し、その存在したこと故に（その程度まで法文化が発達していたが故に）その移入、受容、継受等が可能とせられ、もしくは容易化せられた場合すらあり得るのであった。こういった諸問題についての考察を前述のようないろいろの段階について見てい

ねばならないと考えるのである。（註二十一）

ここで一つの事例を挙げて説明を補足しておきたい。――「真に消化しつくされた影響は形としては指摘し難い。獅子の肉はその食べた羊の肉よりなると言つて、獅子の肉を分析して見ても羊の肉は出てこない。しかし獅子の肉が羊の肉と無関係ではない。こういうものの研究は外形的な研究に固執しているかぎり不可能である。」――

ここでわたくしは、わが国法体系を獅子に、またいろいろな外国法文化を羊の肉にたとえた。所詮はわが国法体系の生成、発展の中に、食べられ、呑み込まれた（もしくは吐き出され、不消化に終つた）外国法文化の消化、吸収までを見ていこうとする。この場合、獅子と羊の肉の關係をもつと凡ゆる面から研究しなければならないと考えるのである。（註二十二）

いづれにしても、旧文化、もしくはわが国文化の底辺にある諸文化と、外来文化とのつながり、もしくは關係はもつと研究せらるべきであろう。そのような研究を通して、影響もしくは継受の必然性、または不必然性についてのよき理解が得られようからである。影響の効果、もしくは外来文化の本来の意味で

の活用は、そういったいろいろの研究を待つて益々可能となり得ると考えられるからである。

(註十八) Wigmore は、来日(一九^八年)当時、すでに十九世紀末葉の西欧での法史学、比較法学に精通し、常日頃「Joseph Kohler (ベルリン) だの Rudolph Darette (ベルリ) だのと手紙のやりとりをしていた」程であった。当時、日本には西欧法一辺倒の法典化が進行中であった。しかし、その日本に「自らの旧土着的制度に関心を払おうとするものが殆ど無かった」ことが Wigmore には「いたく不思議に考えられ」た。そこで、日本旧制度の研究にとりかかり、これを日本アジア協会 Asiatic Society of Japan の他に寄稿したのであった。当時のこの研究を回顧して Wigmore はいう。「日本には素晴らしい可能性が秘められていた。」そこでは「ヨーロッパ」での発達と比べて遜色のないような commendation だの benefices だのの制度が封建制度下に発達し得ていた。」このことはつまり「それぞれの法体系における法觀念の発達に相似性、類似性が見出し得られることを示しているのである。これはまた、Gustave Tarde の『模倣』^{めじふ}は『伝播』^{でんぱ}の觀念では説明がつかない。わずかに Del Vecchio による普遍的、内面的法觀念の発展の原理がこういった事実の可能性を説

外国法の影響とはなにか

明するのである」とした。(括弧内文言は Wigmore, Jottings on Comparative Legal Ideas and Institutions, 6 Tulane L. Rev.)
48 (1931) より引用。

なお Wigmore が日本滞在中、旧制度、旧慣行に大きな関心を示したのは、先に述べたドイツにおけるローマ法継受原因論争(本稿前述註八参照)が、漸くその盛り上がりを見せ、土着法、固有法の重要視すべきことを明らかにしつつあったさ中、もしくはその直後であったことを想起する必要があるだろう。これ、本文で学説史的研究の必要があるとなした所以なのである。

(註十九) 徳川時代に近代的法、法意識の萌芽を訊ねようとする場合、幕府側の、また成文法の面よりは、寧ろ、被治者階級側の、また慣習法的側面に注目する必要があるだろう。そのような問題意識から推進された研究、論著も若干存在する。たとえば前田正治「日本近世村の研究(昭和二十五年有斐閣)」、日本近世農村の法意識(法と政治一巻三、四号)、『日本庶民団体法史覚書(法と政治一〇巻三号)』、村制裁を通じて見たる我国近世村法の自主性(法学論叢五二巻五、六号)。また J. H. Wigmore, Law and Justice in Tokugawa Japan, being materials for the History of Japanese Law. Tokyo 1941, 43 頁、全国民事慣例類集(明治十年版、十三年版)に因っている。所掲慣習中には、

封建制度的なものが主なのであるが、中には「近世法の特徴と見らるべき多くの要素を包蔵」（風早八十二、明治文化全集版 法律篇解題二二～二九頁参照）せる規範もまた見出し得ることが指摘されているのである。しかし概して、「明治の政治家、教育家は、維新の功業を誇り、明治の昭代を謳歌せんがため江戸時代の社会の欠陥のみを挙げ、これをあしざまに述べたものであるが、その影響」がいろいろな江戸時代の制度、思想の研究、著書にも現われる危険性があること、また江戸時代についてことを論じようとすれば「江戸時代全般の法制史、社会史に通じ、」また「江戸時代の司法制度を裁く方の側」からのみでなく、「裁かれる方の側」に立つても眺める必要があること、滝川政次郎氏（日本弁護士前史）「公事宿の研究」「緒言」参照）の指摘、警告して居られる如くなのである。

旧来、既存の法、法思想、特にこれと新来、外来の文化との関連を、わたくしが特に研究することの必要性を強調する所以である。

なおこの点に関連して、「封建制下の社会で土地登記の制度や手形や船荷証券制度その他、慣習法による日本私法の発展はいちじるしいものがあり、外人法学者の注目をひいた」ことを詳細に分析、論究した福島正夫氏の研究（法

の継受と社会Ⅱ経済の近代化（二）比較法学第四卷二号）は特に参照すべきである。

（註二十）「江戸二百五十五年の太平の間においても潜在的ではあったが、また緩慢でもあったが、兎に角わが国も近代化の過程がとられていた。それは、世界史上最も堅固な封建制といわれる徳川幕府治下に、独特な潜在的近代形成を続けたのであり、また文化の担い手の階層の拡大や交替、その他寺小屋や私塾の普及の形でやはり潜在的に進行していった。」しかし「維新という決定的な社会革命の形を与えるのに、日本はまだ国外からの強烈な刺激を必要としたのである。これが即ち日本を形成する「第二の文化不連続線」にはかならない」ことが主張されている。（大江精三「世界の中の日本」文化不連続性一三一頁）こういった点を法、法思想について訊ねる意味で連続性という言葉を使わたくしは用いた。

元来歴史的連続性には二重の意味がある。文化の担い手の連続性と、受継がるべき対象たる文化素材の連続性である。この後者は特に比較法学上の一つの大きな問題である法系論に関連があるのである。

なお勝田有恒「Receptionの素描」前掲一一五頁以下、吉野悟「最近のドイツ法史家という法文化の連続（Konfi-

must) に「いつ」法学雑誌一四卷一号(昭四二)一〇九頁以下参照。

(註二十一) 明治以来の西欧文化受容の仕方を批判して「それぞれの地盤に生れ出た有機的全体として生命もあり、値打もあるものを、当面の必要から判断して都合のよい部分だけを抜き出して来て、日本文化のうちに織りまぜた」点がよく指摘される。日本の文化が、あるいは雑居文化と呼ばれ、またその受容の仕方が転写的であるとされる所以なのであろう。法律の部面でも多くの人々によってこの点が指摘された。たとえば「新憲法は英米法の継受であるということから直ちにその他の英米法理論や事実まで日本にも当嵌ると考えることのまちがい」が指摘されたり(柳瀬良幹「法治行政と法の支配、法律時報二四卷九号」)また、「わが国の近代法制整備への道程においては、たんなる「法典継受」のみにとどまらず、その法典の背後にあつてそれを支えてきた大きな思潮の流れが流入し撰取されてくる。ただし上からの改革の強かったこの時代にあつて、「思想継受」に先行する「法典継受」によって真の意味の思想継受は背後に遠のいていったと考えられようし、外国思想が、どの程度日本において理解されたかに疑問を發する史家の存在は、それだけの理由をもっているのである。」(山中俊夫

外国法の影響とはなにか

明治初期刑事思想研究 同志社法学一〇四号三三頁)と主張される如きものであった。

また「外国の法理論の導入にあたり、「既成の商品」であるかの如く理論をうけ入れ、既存の法体系との適合性・調和をあまり顧慮せず、従前の積み重ねを、かんたんに新しいもので置換しようとする姿勢は、現在でも、まったく絶無というるだろうか」(北川善太郎「日本法学の歴史と理論 二九頁註⑤」)ともせられているのである。

なお北川氏が同一問題意識から「日本民法学の歴史と理論」を体系的、論理的に著述せられたこと、またこの問題意識の裏返しとして、外国法研究論(たとえば、下山瑛二「外国法研究の課題と方法」望月礼二郎「外国法研究における機能的方法」共に法律時報三八卷一二号所収参照)があることをここに指摘しておきたい。

(註二十二) このヴァレリーによる人比較文学Vでの比喩については「事始」一一三、二一五頁にも説いておいた。参照せられたい。

五、小結論——われわれにとって外国法文化とは

なにかの問題——

影響(勿論、継受をも含めて)現象の性格、原因、効果等々

科学的研究、その比較法的吟味のためにも多くの資料が蒐集され、整備されねばならない。またそれらの研究成果をまとめて帰納的に外国法関係（影響）論が導かれることとなるであろう。

同じくローマ法の影響といっても、ドイツとフランスの場合とは大きく異なるのであった。また同じく西欧法の継受（法典的継受）といっても、西欧文明諸国における（同質法的継受）と東洋、もしくは中近東諸国における（異質法的継受）は異なった問題を含むのであった。

西欧文化の影響に関し、よくシナとインドと日本が比較される。その影響の態様、成果における差異が、各国における文化的、もしくは社会的背景の相違に対応して生じて来ていることが人々の興味をひくのであらう。（註二十三） わたくしは先ず日本の場合を撰ぶ。そこで行われた外国法影響に関連する事実を丹念に調べ、資料を蒐集、整備し、報告するであらう。それからシナ、インドにも及ぶこととしたい。勿論、他の国での外国法影響、継受問題についての研究には常に留意し、その成果を充分に参照する。このようにして次第に真の意味における外

国法影響論の樹立に参与したい。またこのようにして、一九五四年、The International Association of Legal Science の採択した研究テーマ “The study of the conditions and circumstances under which a foreign system of law has in modern times been received in a country having a cultural background and tradition different from that of the country in which the system was originally developed” に対する一つの回答が与えられることとなり得ると考えるのである。（註二十四）

（註二十三） 郭沫若（「沫若全集」〔華文〕上海一九三七年刊所載論文「中日之文化的交流」）は中国と日本が十九世紀末葉頃、西欧文化受容、摂取に異った途を辿ったことの原因を分析、比較して次の如くいつている。

(1) 中国は極めて広大な国であつて、各種の産物に富み、人口はあまり稠密でない。古代より人民の生活は古い生産様式によつて十分維持されてきたから、人民は新しい生産様式を急に必要と感じなかつた。したがつて、新しい生産様式にとまらなう科学および文化は容易に自足的文明のなかにはいりこみえなかつた。当時西洋の學術に対して無

関心が示されたのは、このためである。これに反して、日本の領土は狭隘で、可耕地はほとんど残っていないかった。これに加えて人口が密集していることの自覚は日本人の心を外界に向けさせ旧い生産様式のもとで行詰りの段階に達した生活を耐えがたいものとした。

(2) 中国の辺境すなわちマレイ、安南、ビルマ、朝鮮、蒙古の諸民族の生活水準は、極端に低く、したがってかれらの需要がほとんどないために、中国の生産力なんらかの刺激も蒙らなかつた。日本商品に対する中国からの需要は、日本の機械生産と工業化にとって有力な刺激となつた。

(3) 豊富で且つ古い文化は絶えず中国の上に重くのしかかつていた。中国の前資本主義文化は少くとも十三世紀の永いあいだ続き、その豊富に蓄積された伝統的文化によつて中国人は麻痺され呪縛され、自国文化の優越性以外は周囲の何ものにも目をくれない自己陶醉者となるにいたつたのに、日本人は独自の文明を有し、また中国の文化に負うところも多かつたが、結局のところ、その文化上の負担は中国におけるほど圧倒的ではなかつた。したがって日本人は古代文明の重圧に妨げられることなく前進することができた。

外国法の影響とはなにか

(4) 明朝の治下において中国文化はヨーロッパ文化と密接な関係をもつことになったが、もしそれが成長し結実する機会を与えられたのであつたならば、中国文化も近代化と国防の観点からなんらか価値あるものに進化したかも知れなかつた。しかし同じ時代に中国は満州人の侵入を契機として後退を余儀なくされた。満州朝廷は中国の支配と統治に伝統的な中国文化を全面的に利用し、ほとんど二百年にわたつて進士制度を維持した。……したがって当時における最も傑出した人物はわずかに中国の古代文化生活の註解と分類に貢献しえたにとどまり、古代の学問を超えて一歩たりとも前進することはできなかつたのである。こうして満州朝廷の蒙昧政策のおかげで、中国は頹廢し、大いに發展すべき三百年の年月をむなしく失つてしまつた。これに反し、日本における変革期にはたまたま明治天皇という傑出した統治者があり、これを補佐する西郷、大久保、木戸、伊藤のような有能達識の閣僚たちがあつた。当時、日本の指導者はヨーロッパの文化を熱心に歓迎し、自国の伝統的文化、ことに儒教的色彩を輕蔑をもつて取扱つた。」

(E. H. 白ノーマン著 大窪愚二訳 日本における近代国家の成立、四一—三頁より引用)

インドについては「西欧文化受容における諸問題」中根

千枝（講座 東洋思想 9 東洋と西洋Ⅱ 文化と文芸思潮所収）がわれわれのいまの問題に参考になる。

（註二十四）第二次世界大戦後、国際比較法学界の歩みは、ユネスコによる文化活動、比較法国際協会の創立へと大きく前進した。またその進展を通じて流れる学術的精神、追求主題の一貫性をも看取し得られるであろう。国際的理念の一つとして、諸国家間の相互理解を通じての平和ということが高唱され、比較法の面においてもこの理念の唱導があった。比較法国際機関の設置、発展もこの国際的研究計画に対し、時代精神の面から新たな基礎を準備することとなった。またその取り上げた主題の中に国家間の相互理解と認識並びに文化の普及に力を与えるという目的から、或いは「異法系間の不理解に由来する国際的緊張」の問題がとり上げられ（一九四九年）、或いはまた「異なる社会的文化的伝統の国における法体系の影響、継受に関する諸問題」が採り上げられ（一九五五年）たのであった。これは大陸法と英コモン・ローとの相互関係の問題は勿論ここ一五〇年間最も顕著な出来事の一つとして、外国法体系がその本来の発展の場たる国の伝統並びに文化的背景を異にする国々に影響・継受された事実を挙げ得るのであるから、まさに比較法学界としては採り上げらるべくして採り上げられた

適切な問題であるといっているのである。（なお詳細は水田・佐々木 比較法国際会議の系譜 比較法研究第十八号（一九五九年）所収参照。）

一九五五年、イスタンブールに世界の比較法学者が会合して、トルコ法へのスイス法の影響に関する問題が討論され、多くの成果が報告された。（前掲註十一参照。）これらはこれから先大いに検討・研究されるべきであろう。既にこれに関し「従来の多くの継受の研究がフランス等の母法国の学者によってなされていたのに対し、イスタンブール国際会議においては、法律的先進国の学者の指導下にあるとはいえ、トルコの学者の積極的参加が多数みられたことは注目」すべきであることが指摘され、また「継受を自国の法発展の中で受止め、継受国が母法と子法を比較する等の研究をとげた上で、継受一般の研究へと進んでいくべきでこの点今後継受研究の担い手は、これら継受国の中に求めらるべきではあるまいか」（沢木、前掲立教法学七七頁註（1））とされている。（こういった国際的、比較法学的潮流の中にあつて、一九六四年以来、わが早稲田大学比較法研究所は、八わが国の近代化に及ぼした外国法の影響をテーマに共同研究を続けてきたこと既述の如くなのであるが、そこではなにか問わるべきであつた——もしくはある

——のであろうか。

東（洋文化）と西（欧文化）の出会いを人々は口にする。その現在に関する限り、また少くとも法文化に関する限り西欧が圧倒的に優勢であった（もしくはある）ことを人々は認めないわけにはいかないであろう。とくに日本の場合には、自らこれを「途中まで出迎え」てまで受け入れているのである。しかしこういつた場合でも、なお固有法文化と外来法文化の関係、受け入れる側と受け入れられる側の関係は問われねばならない。そこにあるいろいろな状況と環境は追求されねばならぬのである。

問題が多面的であり、複雑であるのは、結局、われわれにとって西欧（法）文化とはなにであったか（もしくはある、あるべきか）の問題であるからと考えられる。ここでは、東と西の関係が再び新しく見直されねばならないと考えられるのである。

X X X

ここでわたくしの研究、「西欧法事始」が専ら西欧文化移入の「そもそもの始まりから明治初年に至るまでの時代」を取扱っていることについて一言しておきたい。西欧の法、法思想がわが国にもとり入れられた、というようなことは、いまや殆んど常識化している部面もあって、そのよ

外国法の影響とはなにか

うな戸籍調べをいくら詳しく詮索してみたところでそれはただものしりになるだけである、それに幕末をとり扱って、近代化とどういう関係があるのか等の疑問が起り得ようからである。

これに対して、わたくしは、わが国における近代科学の起点を幕末にもとめ、第一期 一八二三—一八四九（文政六—嘉永二）（シーボルト来朝からの二十七年間）、第二期 一八五〇—一八七四（反射爐建設からの二十二年間）、第三期 一八七二—一八八五（学制頒布からの十四年間）……としてその發達を説く論者（湯淺光朝「近代科学史の時代区分について」^{開國}明治文化史論集（昭和二十七年）所収）のあることを挙げておくべきであらうか。もしくは、わが国の近代物的考え方のめばえを、すでに明治維新以前にもとめ、これを日本の近代思想發展の「夜明け前」として説く論者（家永三郎日本人の思想の歩み九—二〇頁所収）のあることをここに援用しておくべきであらうか。

しかしなによりもわたくしは、（法）文化における東と西の出会いを問題にしようとしていること既に本文にも述べている如くであるのだから、そこに生起するいろいろな問題を先ず、ことの始まりから見ていこうとする——それに、ことの始まりには問題が端的に、また初原的な形で現

われ、捉え易い。ものを起源において理解することは、ものを本質において理解すると役立つと考えられる——に他ならない。(もっと近代的、もしくは現代的な時代、または近代化にまで、わたくしの筆はまだ進んでいないのである。) わたくしはなお、沈潜してこのような研究を続けて行きたいと考えているのである。