

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（四・完）

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（第四卷一号）
- III 日本における近代法継受の問題

- (一) 西欧近代法の継受と日本の固有法文化（第四卷二号）
- (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（第六卷第一号）

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（四・完）

（三）法の継受と日本の社会—経済へのその根つき（定着）

一 継受法の根つき

二 中央政府と地方制度

三 資本主義経済に関連する法（銀行法および商法の一部）

（四）法の継受と日本近代化の関係

一 日本近代化のとりえ方と文化変容

二 立憲国家のよそおいと「カリスマ」的天皇の利用（詔勅）

三 会社制度の普及発展と財閥の「家」的性格

四 日本社会の保守性と継受民法の作用

むすび（以上本号）

（三）法の継受と日本の社会経済へのその根つき

一 継受法の根つき

はじめにみたように、日本は、長い鎖国の状況から脱して先進列強諸国との交際に入り、ややもすればおびやかされようとする民族独立の危機に面しつつ、一刻も早く列国と並立する軍備・経済をうちたてようとした。この両方面でのたちおくれを克服するため、先進国から各種の技術を導入し、物産を繁殖し、他方人民を封建領民から天皇制絶対主義国家の忠良な臣民に改造せねばならぬ。これは暴力・威迫だけではとうてい不可能である。¹⁾外国の事物、状況を識得した政府は、諸方面にわたり欧米にならった法体制を編成することが列国並立の重要な手段となることを痛感

した。かくて行なわれたのが、大規模な法の継受である。それは古いものをうちこわし、いちおう整備した新体制をきずくとともに「国体」を確立する。この新編成は、統治機構における憲法制定を頂点とし、各種の方面で段階を経て、ほぼ明治二二、三年で完了した。民法、商法の両法典は、議會論争により遷延したが、經濟運営にもっとも重要な会社、手形、破産等の旧商法諸規定は二六年に実施された。このあたりをもって、上にのべた原基的法継受の終結とすべきであらう。

われわれがいままでみてきたのは、とくに私法の面を中心としたが、それだけでは不十分である。以下きわめて概略ながら公法をもふくめて日本の法体系全体にわたり、日本社会、日本經濟への法継受の意義、なかんずくその日本の土壤への「根づき」ということを、検討してみたいと思う。すなわち、権力の統治方法をも、とくに人民に直接關係をもつものを主にして、論述する。

法の継受には、最初に多少のべたように、いろいろのタイプがあるが、日本のばあいには、後進国が自発的な意志で自国の独立と發展のために先進国の制度を選択導入するものである。それは維新権力が政策の手段としてなし、これをきわめて重視する。権力の、性格は絶対主義、作用は資本主義というのが、日本であった。絶対主義的権力がその性格を維持しつつ、明治憲法体制を作ったが、憲法以前から盛んに各種の經濟、社会に関する法令を制定した。それらのなかには多くの欧米法が模範として採用されており、これは法の面での移植 (transplantation) ということができる。日本土着の法 (多くは慣習法、不文法) の地盤にそれとは全く異質な制度が入ってくる。それが日本の社会に根をおろし、つまり適應して、社会—經濟の發展に十分な役割を演ずることを法の「根づき」とよぶ。これは比較

法上重大な問題と考える。継受法がある国ではかなりよく根づき、他の国ではほとんど根づかないというような国際比較も行なわれる。⁽³⁾

しかし、飛騨白川村の大牧ダムで水没した部落にあった五百年の老桜がある専門家が堰堤上に移植し、みごとに成功して翌春花を咲かせたという奇蹟は、法の世界ではまず起らない。これは次節にみる近代化の問題とも関連して、社会自体の発展を基礎とする事柄であり、星霜を重ねても容易には達成しえない。とくにブルジョア民主革命をへていない日本では、継受された法の領域、種別によって、またその適用される人民の階級、階層によって、それぞれ大小の差があることは当然である。

この点もとくに注意を要する事柄と思う。つまり継受法の根づきについて、すべてを一律無差別に取り扱うわけにゆかず、各局面で区別しなければならない。たとえば左のような区別をあげられよう。

地域——都市と農村、都市のなかでも開港場をはじめ外国人との関係の多い方面と旧城下町などで旧習の根づよいところとの差。職業——近代的工商業と旧慣の勢力の強い手工業、請負制度や商業（中、小のタイプ）、農業。階級階層——官僚層とくに上級と一般人民、資本家と労働者、地主・富農と万事旧習になずむ部落農民（地主・自作・小作）。知識水準——書籍、新聞、雑誌などを読む層と文盲層、その他。

さらに、「根づき」の問題は、文化人類学で一九三〇年代いらい行なわれる「文化変容」(acculturation)の問題と深い関連をもつと思われる。⁽³⁾文化変容とは「こととなる文化伝統をもつ社会間の接触によって芸術、習慣および集会に生ずる変化の過程」と定義され、またその変化の様相が論じられる。⁽⁴⁾ギリシャの若い法学者バパクリストスは、法社

会学的現象としての法の継受を、一つには渉外的現象とし、また一つには法的な文化変容の現象とみている。「外国法制を他の社会環境に導入することは、土着の法秩序を他の法により置きかえる過程を開始する」⁽⁵⁾。この法秩序は、社会文化全体の一要素であり、それらの全体との関係で考えられなければならない。法社会学的な研究は、このことを度外視しては成立たないことは注意すべきである。

「根づき」については、法の主要領域につき具体的に論ずべきであるが、本稿ではどういつくせないので、公法、私法のそれぞれ一つに限定したい。

(1) 明治三年政府が商社設立につきこの方法をとったことはⅢ(二)(ロ)、第六卷一号一八頁参照。

(2) 日本のばあい、法の継受は本来統治作用の一つで、権力がその政策の手段としてなすものであることは念頭におかねばならぬ。これは北米やオーストラリアに移住英人が本国(英国)法をもちこんだのとはもちろん、有名なローマ法継受とも異なる。後者については、Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1947, S. 113 以下を参照。また征服した植民地に征服国の法を適用するのは継受とみるにおいて妥当でない(日本の朝鮮・台湾、西欧列強のアジア・アフリカ植民地)。この点はラインスタインの説にしたがう。しかし、彼のように部分的な「法の移植」を継受にふくめないとするのは、本稿の立場ではなく、それを広義に理解することは前述したところである。Cf. Max Rheinstein, *Types of reception, Annuaire de la faculté de droit d'Istanbul*, 1956, p. 3, et seq.

(3) 文化触変、文化移入、文化受容の訳もあるが、いちおうこの訳語をとる。

(4) 文化変容には、ことなる変化をもつ社会が相互接触によって、その一方または双方が文化の変化をひき起すものであるが、それが武力征服によるときと、借用、修正によるばあいとがある。法の継受は後者に属する。それと土着法文化との関係は適応、反ばつその他各種のばあいにより複雑な様相を呈する。

- (5) A. C. Papachristos, *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridiques*, 1975, p. 1.
二 中央政府と地方制度

以下、各方面における継受された法とその根づきの問題を考察する最初に中央地方の国家機構について取りあげよう。まず中央政府である。もともと「庄屋仕立」といわれた幕府の制度も、開港後幕末のぎりぎりまでにせまっては若干の改革を行ない、またその推進を企図したけれども、⁽¹⁾維新政権となつては、それはとうてい不十分なこととは明らかとなる。さりとて「王政復古」の建前から、また当時の一般的状況から、徹底した西欧化を実行できるものではない。民主主義政体や公議思想についての知識はすでに幕府留学生たちによって伝えられてはいた。これを多少ともとり入れながら、尊王の名分をたてる妥協方法が新政府にとって苦心の存したところである。

そこで、最初にできたのが、王朝復古の形式のもとに、いく分西欧の公議制を加味する慶応四年七月の三職分課の制であつた。これは、五箇条御誓文を筆頭におく政体書により定立された。政体書起草者の福岡孝弟^{たかちか}によれば、その起稿に当りもつとも参考したのは、「北米合衆国ノ制度ヲ漢訳シタ『聯合史略』トイフ書物」で、⁽²⁾彼はまた、「政体書ニ抛ル官制ハ北米合衆国ノ如ク三権ノ分立ヲ以テ根底ト為スモノデアル。……然ルニ之等ノ改革ハ予期ヲ距ルコトガ甚ダ遠カツタ……」ため、二年七月に至るまでの改正を次々と生み出したとする。

しかし、真の実質的改革は、明治四年七月の廃藩置県直後になされたもので、基本的にはこの太政官制度が多少の改正をへつつ明治一八年まで行なわれた。すなわち、太政大臣、左右両大臣、参議から成る正院と、左院、右院（八元老院、大審院に替えられる）、諸省とによって構成された。これが維新後の主要な時期を占めている。一八年

末になって、ようやく近代的内閣制度に移行した。⁽³⁾これは大正・昭和を通じ今日に至るものである。太政官など復古形式をよそおいながら行政能率の向上をはかるために、実質上できるだけ西欧の制度をとってきたが、憲法発布も近づき、ついに形式上の偽装をかなぐりすてるのはなかった。

中央政府機構の変革は行政能率の向上には重大な意味をもつが、直接に人民にかかわるものとしては部局の増大により官の介入が増し煩雑さを加えたことである。明治八年、一四年の勅詔から憲法起草がはじまり、内閣制に移行後二年余で欽定憲法が公布された。そして二三年に第一回帝国議会が開かれたが、きわめて局限された国会であった。次節でこれにふれる。

権力の地方統治は末端機構で直接人民に接する。そこに幕藩体制の治政とは継承もあれば変革もなされた。そのいとぐちが廃藩置県前の戸籍法であったことは、注目に値する。その原型は区で、一千戸を基準とし、区に戸長をおくものとした。⁽⁴⁾区は旧来の町村を廃し、これにおきかえるものを作って新政の出发点たらしめようとしたのである。このこと自体が外国法の導入によって構想されたとは考えられない。むしろ最初は絶対主義権力が、廃藩置県前、全国の人口調べを統一した方式で行なう手段としたものとするのが素直なみ方であろう。ところが、結果としてはそれが一般的な末端統治方式となった。

廃藩置県後、新県の編合がなされ、「海内ヲ挙ケテ三府七十二県、郡県ノ制始テ定」まったが（太政官修史館編・明治史要）、このとき制定された府県官制（同年一〇月）、県治条例（同年一月）もまた日本の法令で西欧法の継受ではない。区の区の制はやがて大区小区（それぞれに区長、および戸長をおく）に発展した。その戸長は戸籍の調べから地租改

正、さらに政府の法令を一般人民に周知徹底させる機関となった。

府県町村の制度については、明治二年七月の三新法（郡区町村編制法、府県令規則、地方税規則）の公布、それにもとづく府県官職制の制定があり、大区小区は廃止され、町村が復活した。これらとその後改革にも外国法の影響はみられない。ただ八年以前の町村会に多少の継受が地方官の発意でなされたことは前にのべた。それが、根づいた程度は判明にできないが、相当に行なわれたものと推定できると思う。⁽⁵⁾

はつきりと外国法を継受した地方制度は、明治憲法を前にして明治二年四月公布された市制町村制、同二三年五月公布された府県制および郡制である。これらの三大法は、内務大臣山県有朋が、ドイツ人アルベルト・モッセに起草させたもので、⁽⁹⁾日本の地方統治の状況、維新らしいの制度発展の沿革などを深く研究し、それを考慮に入れて書いたのではないことは、織田萬博士の指摘するところである。⁽⁷⁾しかも内務省では同一七年五月大書記官村田保が当時の山県内務卿におそらく上司の命をうけて起草した「町村法草案」を提出している。それは「本邦古今ノ法規慣例ヲ考究シ并ニ歐洲各國ノ法令ヲ蒐集シ之ヲ取舍折衷シ」したとのべるように明治以後の制度に近く、当時の現実にながりによく照応している。⁽⁸⁾しかるに山県はこれを放棄して、モッセを招致した。後者は明治二〇年「地方制度編纂綱領」を草し、府県、郡市、町村に参事会を設け、郡会には大地主議員をおく、きわめて地主的な、かつ中央集権的色彩の強い制度を作ったのである。これに対して在京府県知事総代高崎五六は府県参事会の取止めその他改正意見を上申したが、容れられていない。⁽⁶⁾

山県有朋は、なぜこのようなプロシヤ型地方制度を導人したかについて、その理由を弁明している。「抑々予カ我

カ法律案ノ起草ヲ歐洲人タルモツセ氏ニ命ジタルハ、我邦從來ノ五人組、庄屋、名主、総代、年寄ヲ設ケタル制度ノ中ニ於テモ自治ノ精神固ヨリ存スト離トモ、明治二十年トモナリテ、欧米列國トノ間ニ処スヘキ當時ナレバ、他ノ制度トノ調和ヲ図ル為メ、勢ヒ法案ノ形式ニ於テ歐洲ノ制度ヲ参照スルノ必要殊ニ切ナルモノ在リ。随ヒテ自治法案ノ如キモ、我國古來ノ自治ニ関スル精神ヲ基礎トシテ、明文上自治法規ノ完備他ニ優リタル独逸ノ自治制度ニ則リ、其ノ形体ニ準シテ我國自治法案ヲ起草セシムルノ最モ確實ナル功程ヲ進ムヘキ方法ナリシヲ以テナリ」(傍点筆者)。

この地方制度は實際どのように「根づき」したか。山県が憲法および条約改正との關係をなかば告白し、織田博士が學問上公然糾弾したように、まるで現実と合致しない異國の制度をとり入れるのは容易なことではなかつた。まず、直面したのは、町村制施行直前に「百艱を排して」町村合併を断行したことであり、一般に大合併といわれる。これは明治一七年の連合戸長役場の管轄によつたとされるが、村はその結果一三、三四七と以前に比べ五分の一以下となつた。しかし旧村(部落)財産とくに入会の林野は部落(旧村)の保有をみるとめざるをえない。山県はのちに痛恨して「町村併合処分ト共ニ町村有財産ノ統一ヲ遂行スルヲ得サリシコトハ今ニ尚ホ余ノ遺憾トスル所ナリ」とのべている。⁽¹¹⁾

次に、新地方自治制の実施はどうであつたか。従来の制度慣行を変更したのは、郡を自治体とし、府県、郡市会に参事会を設けて強力な権限を与え、府県会は郡会市会による間接選挙、郡・市・町村会は地主、資本家優位の等級制挙制をとつたこと等である、郡制については施行後一〇年余で廃止案が出、大正一〇年に実現した。府県会の複選制と郡会の大地主互選制はすでに明治三二年に廃止された。⁽¹²⁾ また明治四四年に市制町村制の全文改正がなされた。大正一〇年の改正では郡制廃止のほか、市制町村制において重要な改正がなされた。市町村公民すなわち市町村会の選挙

資格者たる最低税額（直接国税二円以上）の廃止（単に直接市、町村税の納税者）、市会の三級選挙制を二級に、町村会では廃止した。⁽¹³⁾これにより有権者五割を増加したという。さらに大正一五年には普通選挙制となった。

人民にもっとも関係の密接な市制町村制は、その施行の当初から多くの問題をひきおとした。最初は前述の部落有財産の処理であり、その他さまざまな混乱が起った。⁽¹⁴⁾しかし政府はこれを強行しつつ、その不備の認識や人民感情との疎隔により、次第にその改正を行なった。プロシヤの制度を無批判的に継受し、天下りに上から人民におしつけた地方自治制は、山県やモッセの考えたように、自己のものとして人民に定着することはない。それには当然変容が生ずる。町村長は新方式で選任されたけれども在来の町村共同体の指導者としての意識でえらばれ、少数になった町村会の議員は特別の名誉職として選出された。⁽¹⁴⁾部落（旧村）意識は、山県が嘆いたように全く消滅の気配を示さなかった。このようなものとして、年とともに人々はこれに順応していったというべきであらう。

（１）「庄屋仕立」とは、大農の家族構造のように領主機構が公政治と家政とを混こうし「家」方式で作られていたことをいう。幕閣の改革は、維新直前、慶応三年六月、国内、会計、外国、陸軍、海軍の各事務総裁をおき、老中の月番制を廃止するによつてなされた。維新政府も当初の政体書案はこれをひきつぐものであった。

（２）福岡孝弟・五箇条御誓文ト政体書ノ由来ニ就イテ、国家学会編・明治憲政經濟史論、大正八年、四四頁。

（３）内閣制採用の趣旨が「万機親裁専ラ統一簡捷」を期するにあることは、太政大臣三条実美の奏議に、またそのさいの詔勅にのべられる。その原型は欧米各国に求めたものである。

（４）福島正夫・日本資本主義と「家」制度、一九六七年、七五頁。

(5) 明治初期の町村会は制度として外来的要素がふくまれたことはたしかであるが、日本古来の町村寄合を継承する意味もあつて民意に合致し、明治八年七月の第一回地方官会議では、議題としてとりあげられている。明治一年の三新法以後は全国に普及した。

(6) モッセはグナイストの弟子であり、伊藤博文も彼から憲法の講義を聞いている。伊東巳代治・莫設氏講義筆記がある。

(7) 織田萬博士は、「立法者その人の智識も頗る貧弱で……技術も甚だあぶなつかしいものであつた」と酷評し、例として、「郡制を制定して郡を地方自治体の一つとしたことは、立法者の調査研究が如何に杜撰であつたかを証明する一実例」とする。これは「全く普魯西国の制度を生呑にしたのであつて、我が邦の実情には適合せざる悪立法であつた。就中郡会の構成要素として町村選出議員と大地主議員との対立を認めたことなどは、徒らに技巧を弄して母法と辻褃を合はせたのであつて、寧ろ滑稽の感なきを得なかつた。外国の制度に比較すれば、我が郡は仏国の郡に近いものであつて、只国の行政区劃たるに止まり、沿革上地方自治体として成立した事實はなく、又我邦には普魯西国と異つて府県と市町村との間の中級自治体を作る必要はないのであつた」。「要するに我が地方自治制度は、主として立憲制度の実施に伴い地方行政を確立する必要に逼られてその制定を急いだものと見て差支なく、随つて郡制の如き間違つた立法は別として、市町村制その物にも立法上の欠漏はいくらも含まれてゐた。」織田・地方自治の回顧と希望、東京市政調査会編・自治制発布五十周年記念論文集、昭和十三年、三五頁以下。

(8) 村田「町村法案」は一二章二二〇条から成り、「町村ハ法律上ニ於テ人ト看做スヘキノ權利ヲ有シ」の語があり、第三章五人組、第四章町村吏並ニ総代人（戸長、用掛、筆生、総代人の四款）、第六章町村連合会、第七章町村費など、当時の制度を継承する点が多い。大森佳一編・自治民政資料、昭和一五年に所収。

(9) これら諸資料もすべて前掲書に収載される。なお、モッセは「地方制度編纂綱領」の前に、その原案として、「地方官政法の継受と社会」經濟の近代化（四・完）

及共同行政組織ノ綱領」を提出している。

- (10) 徴兵制及自治制確立ノ沿革、国家学会編・前掲書四〇一頁以下。織田博士も、その動機と趣旨については、ほぼ同旨をのべている。

- (11) 同上四二五頁。これがため明治四三年の内務、農商務両省次官通牒による「部落有林野整統一」事業がはじめられた。しかもそれは十分な実効を収めず、昭和一四年に廃止された。

- (12) 水野練太郎・自治施行五十年の回顧と地方自治の諸問題、東京市政調査会編・前掲書一七頁以下。

- (13) 大正一〇年の第四四議会で床次竹二郎内相の説明によれば、町村で一級選挙者一名は二級の六人に、また市で一級選挙者は三級の五〇人、もつともはなはだしきは千余人に当る。大体において等級別選挙は廃止して可なりと考えるが、漸進的にやりたい、とする。

- (14) 地方自治制の地方町村における施行当初の実際については、豊科町誌（同編纂会編、昭和三〇年）第三編第一章（森岡清美、有賀喜左衛門両氏執筆）が詳しく記述しており、参考になる。

三 資本主義經濟に關連する法（銀行法および商法の一部）

富国強兵、殖産興業を国是としたのが、魂は絶対主義、機能は資本主義の維新政権である。この権力はそもそものはじめから各種近代産業の指導啓蒙に力を注ぎ、その範を先進の欧米列強に求め、技術とともに企業管理もこれにならった。この面での旧習の打破、新法の普及のために法律制度が重要視され、したがって諸般にわたる外国法の継受がきわめて早くからなされたのも自然の帰結といえよう。

不十分ながら上にみたように、この目的で政府は欧米から専門家を招請し、留学生を派遣し、さらには政府高官を

を取調のため海外に渡航させ、多数の外国書を取りよせ翻訳して公刊(官版)するなど、百方手段を講じた。これは立法に資するためであるが、同時に人民への啓蒙をも目的とした。伝統的な旧弊になずむ家業的経営から飛躍して、近代的、資本主義的な経営にのりかえるのは、大変な事である。この方面で政府の払った努力は実に大きく、またこの新路線にそいえた否かで、旧富商の将来の運命も左右されたのであった。⁽¹⁾

ところで、資本主義育成のための法継受であるが、それは広範な分野にわたり、本稿ですべてをとりあげることはいできない。その継受の仕方と「根づき」との関係で、注目すべき点の二、三を示すこととしたい。

第一に、明治政府は企業振興の原資たる資本形成に意を用い、明治五年一月の国立銀行条例を、大蔵少輔、伊藤博文が渡米し、同国で南北戦争後の措置として行なわれたナショナルバンクの制度を研究しこれにもとづき案を具して建白したものを基礎として制定したことは、前にのべた。当時、これに対し英国の銀行制度を主張するものもあったが、伊藤案が勝った。⁽²⁾しかし、条例の結果は不成功で、これにより第一ないし第五の数銀行が創立されたに止まり、その業績も不振であった。その後明治九年八月、条例は全文改正され、基本は同じとはいえ内容上重要な変更をなし、とくに同年の金禄公債発行条例によって華士族の秩禄が公債化され、それが銀行資本に移行したことも、その促進条件である。明治一二年には全国立銀行数は一五三に達した。この制度は十分に機能したこととなる。

ついで、日本銀行である。不換紙幣整理の事業と関連して、その設立は松方正義を中心とするが、法の継受の面からみればこれもまた外国の制度によっている。『明治財政史』によれば、「特ニ範ヲ白耳義中央銀行ノ組織ニ採リ兼ネテ我国ノ現状ニ鑑ミテ」起草したもので、⁽³⁾日本銀行条例は明治一五年六月公布された。

また、国立銀行でなく普通私立銀行については、明治一七年大蔵省の設立認可準則があるのみであったが、二三年四月商法公布の後「銀行条例」の制定を政府に建議し、八月同条例が公布されている。簡単なものだが、米のナショナルバンク・アクトの影響が少しくみえるという。この前後に、同省は「日本興業銀行条例」を上申したが、それはのちの日本勸業銀行法（明治二九年）の原案で、プロイセンのランドシャフト、フランスのクレディ・フォンシエを模範としたものである。⁽⁵⁾その他の特殊銀行については説明を省略する。

国立銀行の制度は日本銀行の創立という政府方針の転換により重大な影響をうけ、その条例も改正されて銀行券発行の権を失い、国立銀行はついに明治三二年をもって全部廃止された。そしてその大部分のものは私立銀行に転じたのである。

私立銀行の最初は明治九年の三井銀行であり、以後漸増して明治二三年には二一七行に達した。ところが同年日本最初の資本主義恐慌が生じ、ロエスレル起草の商法が公布されるとともに、政府は金融機関監督の急務を感じ、急拠銀行条例（最初の案では普通私立銀行条例）を制定公布した。⁽⁶⁾わずか一カ条のきわめて簡単なものである。おそらくは大蔵省当局の構想によるものであろうが、その背後に西欧諸国の商業銀行制度の知識にもとづく配慮があったのはうたがない。同条例は、商法と同様、その施行を延期され、明治二六年に施行された。かようにして、わが国の銀行制度は時期により各国のものをとり入れたのである。そして「明治初期我国に外国式銀行制度を移植するに当って、政府要人の間に地方分権制度を採るべしとする意見と、中央集権制度を採るべしとする意見とが対立存在していたが、初期に於て優勢であった前者が、漸次後者に席を譲るに至った」ことが指摘されている。⁽⁷⁾

その頃の状況では、全国に群小の銀行が生まれ、そのなかに十五銀行や三井銀行のような国立、私立の巨大銀行がそびえたっていた。これは銀行条例により銀行類似会社が私立銀行に改組させられたのが少なくないためであった。ところで、こうして施行されたばかりの銀行条例が果して経済界全体に根づくことができたのかといえ、必ずしもそうとはいえない。数多くの群小「銀行」は、実質は金融業者、高利貸であり、条例によって銀行にならされたり、あるいはなったりしたのである。⁽⁸⁾

しかし、この銀行条例施行の年から三年間に銀行数は約二倍になり、小銀行の濫設が生じた。⁽⁹⁾そこで政府は方針を転じて英国式の大銀行主義をとり、銀行合同を促進することとした。ところが、当時施行の旧商法には会社合併の規定がなかったので、明治二九年四月銀行合併法が制定され、銀行に合併の手続を簡易にしたのである。しかも、同法がすぐ効力を生じ銀行数が減少したかといえ、そうではなく、明治三四年（合併の規定を設けた明治商法施行後）までふえつづけ、同年の大恐慌により翌三五年から減少に転じたことをみれば、⁽¹⁰⁾その作用は疑問たらざるをえない。以上を大観すれば、銀行制度はもとは外国のものの継受であるが、日本経済の発展に照応して次第に根づいていったものとみるのが妥当であろう。

第二に会社法、手形法についてみたい。日本の伝統制度としては、上にみたように手形の法的慣行は早くから各地とくに大坂江戸間に盛んに行なわれていたが、貨幣制度の改革により維新後廃滅した。前にのべたとおり、それは西欧の法と比べ、裏書制度を欠く以外、劣るものではなかった。会社制度は封建日本の知らないところである。資本形成の方策として政府はこれを盛んに啓蒙普及した。この両制度はどのようになったか。

手形制度はとくに関西で需要が強く、早くも明治一三年に大坂商法會議所は手形条例の制定を大坂府知事に建議している。これにつづいて東京でも国立第一銀行が音頭をとって他の銀行と歩調を合せ翌一四年七月大藏省に手形法制定を願ひ出た。さらに上述した明治一五年公布の日本銀行条例では、中央銀行たる同銀行の業務中当然ながら「手形再割引」のことがあり、したがってその基礎となる手形制度を設ける必要を生ずる。そこで、当時ロエスレルにより起草中の商法典から関係の部分抽出して単行法とすることとした。かくて同年一二月公布されたのが為替手形約束手形条例である。

ところが、このドイツ商法から出た近代的な制度が、実業界からあればど熱烈な要望が出ながら、公布当初商業社会でさっぱり行なわれなかったのは、一見ふしぎな現象である。政府の側で積極的に手形書式を告示したりその他啓蒙普及の措置を講じて、効果はあがらない。その根本原因は、まだ商業信用が確立せず、商工業者が銀行で手形割引の方法に親しむに至らなかったことに求められる。だから銀行の方でも商業手形の取扱いよりも抵当貸のような金貸しの業務を主としていた。しかし、これもしばらくのことであつた。明治二三年の恐慌から手形取引は躍進し、その後も着実に伸びていった。移植された手形制度はかくて首尾よく根づいたのである。⁽¹¹⁾

次に会社制度をみよう。これに関する知識は封建日本にはなかった。組合式の企業はないでもなかったけれども、株式（株主の責任は有限、証券は自由譲渡性をもつ）により多数の人から資金を集め、企業の経営は株主の選出する機関によりなされる会社は存在しない。この制度を普及するために政府はいくたの方法を講じている。

会社法規として制定されたのは、上述の国立銀行は条例、同成規がはじめである。改正前の成規は、法令という

よりもむしろ教科書風であつた。明治九年と一年の米商會所條例、株式取引所條例も、それぞれの部門における株式會社組織を定めている。しかし、會社制度一般としては法的規制が存在しない結果、奇妙な狀況が生ずる。會社と稱するものは、企業の勃興にともない雨後の筍のようにできてきた。⁽¹²⁾ところが、その法的な性格が不明瞭であるために、經濟秩序が確立せず、政府の啓蒙と奨励はかえつて經濟の混亂を産んだ。會社の知識は予想以上にひろまり全國にゆきわたつたが、會社法制はまだ移植されず、したがつて継受法の根づきの問題自体も起らないという變則の狀況である。明治七年四月、政府は會社の設立に當つて「追々一般ノ會社條例制定相成候迄此社則ヲ以テ相對營業不苦」という會社設立を府県が准允する指令形式を定め、會社條例の制定されることを予定したが、それはついに成らなかつた。「有限責任」という制度は元來詐欺手段に使用されやすい性質をもつ。西歐でも會社制度はもとと免許會社からはじまり、ぜんじ許可主義、準則主義と發展してきた。有限責任の會社をたて詐欺倒産をする弊害は何も東南アジアの華僑資本にかぎらない。ドイツでもイエリングが一八八四年（明治一七年）の『法における目的』で、株式會社が私的所有權におよぼす損害は火事、洪水、地震、戦争等の災害にまさるとも劣らないと極言している。⁽¹³⁾

實際、政府は實業界すなわち民間からのあまたの建議や請願により、さらには農商務省からの要求もあつて、「商社法」を手形條例にならない商法草案から一部ひきぬき起草し、元老院の議をへて明治一九年七月可決上奏の手續をへたがしかしそれは法律として公布されな⁽¹⁴⁾い。ついに明治二六年七月の旧商法中一部施行によつてはじめて法的規制が會社についてなされ、それは法の継受のうちでもとくに重大な意義をもつものであつた。

なぜ敏速に、ときには過早に法継受を斷行する政府が、會社法についてのみはかくもふんぎりがつかなかつたの

か。それは条約改正交渉の要件の一つである法典整備のためとされる。しかし、それならば、なぜ明治一五年の爲替手形約束手形条例の例をふまなかったのかという疑問も生ずるが、商社法案の元老院通過時期が井上条約改正交渉の時とぶつかったのが運のつきで、つまり外交が内政を圧し、法の継承をさまたげたのである。ではさらに、いま少しく早く立法にかかるべきだったとも考えられ、ここにはなお問題をのこす。

さて、会社の法制度はドイツ法を範とし、しかも設立の免許主義をとるなど保守的な方向をとったものであった。その施行の結果は、会社登記件数をみても、大体規制が行なわれ、継受法の一定の根づきを示していると思われる。⁽¹⁵⁾

さらにその根づきを裏づけるものとしては、上述の実業界からの会社法要望のほか、前記の法施行後、会社の合併規定を欠くこと、免許主義の反対など制度改正要求が民間から強く起ってきたことをあげられる。⁽¹⁶⁾ このうち合併規定の制度は、上述のような政府の銀行合同の方針から銀行合併法が早く制定されたが、会社法については、法典調査会による明治商法典の成立をまたねばならなかった。

日清、日露、さらには第一次世界大戦をへて、日本の経済は好況、不況をくりかえしながら、経済発展の水準は全体として急テンポの上昇をつづけた。株式会社をはじめ、会社制度が日本の経済界一般に完全に根づいたことは、統計数字をあげて説明する必要があるまい。

(1) 三井の三野村理左衛門、住友の広瀬幸平のような機をみるに敏な大番頭のいた富商は、明治の変革期で財閥にのしあがり、鴻池のように保守的な方針をつづけた商家はいちじるしくたちおくれた。

(2) 加藤俊彦・本邦銀行史論、一九五八年、二三頁以下。イングラント銀行を模範とする中央銀行案は吉田清成の提出したも

ので、両者のはげしい対立のうちに、井上馨の裁断で伊藤案に決した。

- (3) ベルギーを模範とした選択の理由は、規模も勢威も英仏両銀行が最大なのは論がないが、ベルギーのは創立が最近であり、前二者の経験を深く参照しているからだ、とする。加藤、前掲書五九頁の資料。

- (4) 土屋喬雄・地方銀行史、昭和三十六年、七四頁。

- (5) 日本勸業銀行史、昭和二十八年、九七頁以下。

- (6) 加藤・前掲書一二五頁。

- (7) 金融研究会・我国に於ける銀行合同の大勢、昭和九年、九頁。

- (8) それまでの銀行類似会社が銀行条例施行により私立銀行になったのが少なくない。土屋・前掲書八五頁以下にその実例をあげている。しかも官からの指示によりそうしたのがある。たとえば、いまの駿河銀行は、明治二八年秋根方銀行として設立されたが、その前は貯蓄組合で資蓄会といった。その中心人物の岡野氏の談によれば、同年に警察署から巡査がきて銀行条例が施行になったからぜひ銀行にせよといわれ、当惑した。銀行など何にも知らず、郡役所・県庁・大蔵省等へ通い、自分で帳面も作り株主をこしらえた。それまで商法も、銀行条例もみたことがなかった。このとき組合員には反対者もあった。小規模の例では某家の離れ間を借り銀行をたてたものがあつた。滝沢直七・稿本日本金融史論、大正元年、参照。

- (9) 明治二六年末と比較し、二九年末の銀行数は五四五から一〇〇五、本行一〇〇に対する支店・出張所数は三〇から四二、一行当り公称資本金数は六・三万円から一四・二万円になった。明治三四年には最高数の二、三八五行に達した。銀行条例も、また大蔵省の内規にも、資本金の制限がなかったのである。明治三四年の大蔵大臣内訓で、株式組織五〇万円、個人組織二五万円を基準としている。金融研究会・前掲書一二頁、一四頁、二五頁。

- (10) 同上一九頁以下。しかし本格的な合同は第一次大戦を経由したのち(反動恐慌後)になされる。

（11） 福島正夫・財産法、法体制準備期、講座日本近代法発達史1、一九五八年、九二頁。

（12） 伊牟田敏充・近代信用制度の形成と株式会社の普及（講座日本資本主義発達史論Ⅰ昭和四三年所収）一七九頁以下。明治一〇年代前半には種々雑多の会社企業が成立されたが、これらは松方デフレの過程で、「興業意見」が指摘するように、多くがつぶれた。紙幣整理が終り都市の景気が回復してきた明治二〇年はじめから、近代的産業部門（鉄道、海運、電灯、紡績）等に株式会社形態のものが普及していった。

（13） Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht, Bd I, 1884, S. 223. 彼はことに一八七三年の恐慌を引証する。

（14） 以上につき、註（11）の拙稿八二頁以下。なおここには有限責任の問題も重要である。明治一七年の農商務省「興業意見」には、会社解散のさい責任の範囲について訴訟を生じていることをのべているが、裁判上必ずしも有限責任がみとめられないこともあったと推定される。

（15） 福島正夫・明治二六年の旧商法中会社法の施行―その経過と意義―、早稲田法学第五一卷一・二合併号、昭和五十一年。

なお、伊牟田氏前掲論文は、旧商法一部施行後の会社のうち約五〇％を株式会社が占めると指摘するが、数からいえば註（11）の拙稿にみたとおりに、合資会社数が一般に株式会社数をはるかに上まわっている（もちろん資本金は後者が格段に多い）。このことは、在来の会社ががいて小規模であり、株式形態では信用をつなげないので、合資形態がえられたのではないかと考える。

（16） 福島正夫・日本資本主義の発達と私法、法律時報第二五巻、一九五三年、一〇号、七七頁。

（四） 法の継受と日本近代化の関係

法の継受とそれが日本社会、日本経済にどの程度根づいたかについては、不十分ながら上に説明した。それはまこ

とに一部分にすぎず、注目すべき多くが欠けているが、ここでは全体を網羅する余裕がない。ところで、国際政治学者スカラピーノはいった。「日本の政治に対する外国の影響は、もともと明確に制度 (institutions) にみられるし、土着的な (indigenous) 影響はもともと明確に行動 (behavior) にみられる。これは当然である。制度上の要求と機能上の受容力との継続するたかいは、外来的要素との不完全な綜合をシンボライズすることによって、今日の日本の政治を特徴づける⁽¹⁾」。この言葉は政治学だけでなく、比較法学的にも日本にあてはまるであろう。

それでは、この不調和は日本の近代化にいかように作用するか。すなわち、日本における外国法の継受はどのような特殊日本の方式をとり、かつどの程度日本を近代化したか。本稿最終の重要課題はこの点にある。

(1) Ward and Rustow (ed), *Political Modernisation in Japan and Turkey*, 1968, p.89.

一 日本近代化のとらえ方と文化変容

はじめに本稿でとる「近代化」の意義あるいは基準内容をのべなければならない。この問題は戦後とくに一九六〇年いらいしばしば論じられるテーマとなった。これにつきいくたの見方があるが、それを論じるのは本稿の目的ではない⁽¹⁾。さきに井上清氏が、次の二つをあげ、近代化として前者が表見的、後者が基本的なものとしている。

(一)「機械制大工業と世界貿易と鉄道・汽船・電信・電話等の機械化された交通通信体系をもつ資本主義経済、単一不可分の独立した民族国家、国民皆兵の理念を基礎とし、その時代のもっとも強力な武器で装備され、よく組織され訓練された常備軍、それらの経済と軍備を維持し発達させるための科学技術、このような社会と国家を能率的に運営させるための法と制度の体系、そして全国民にたいする初等教育、西洋の近代において最初に確立された文明の側

面」の実現。

(二)「封建的な生産関係の一掃、封建的な専制政治からの人民の解放、人民主権と人民の市民的および政治的自由の確立、社会関係における家父長制的家族制度およびそのイデオロギーからの個人の解放と個人の尊厳の制度的・思想的確立」。要するに「資本主義の生産関係とその全上部構造を作り上げること」⁽²⁾。

右の二つの指標のうち(一)は、日本が維新らしい急速に達成してきたもので、アジアをはじめ諸国と比べて、その速度においては比をみない。しかし(二)は、ほとんど実現できなかったものである。むしろそれをさまたげる要素が近代日本の政治に強くみられるのであった。(一)において井上氏は法と制度の体系を掲げているが、そのおかれた地位は本稿でとりきった方法に符号する。

幕藩封建体制の日本で、割拠の政治および不文法、先例旧規優先の法体系を欧米の法の導入によりとりかえることは何よりも必要であった。したがってそれらは迅速に着手、実行され、かつつづけられた。しかし、政治の本質、したがって継受した先進諸国の法のもつ機能は、導入された法の本国におけるそれとは質をことにする。真の意味での民主主義は根づかないし、また根づかせる努力もせず、権力はむしろそうさせないようにしてきた。

以上の点で、井上氏の示した近代化の基準は本稿のとった方法と一致するので、ここではこれをとる。そして、維新らしい法の継受が日本の社会経済の近代化にどの程度貢献したか、そしてそれが不備だったとすれば、その具体的な過程はどうか、を以下に考察したい。

このさい、上述した文化変容 (acculturation) の問題を考慮におく必要がある。右の近代化の第二基準とはま

さに関連するからである。法の文化の面における導入類型と土着類型との関係は、日本におけるように一定の政策目的を追求してその時々外国法を借用したものでは、文化の全体でなくその一部を変化するに止まり、たとえば封建制の一掃という全般的な任務とは直接あい関しない。むしろこれに逆行するつよい力もはたらく。もっとも文化変容につき法の継受はわずかにその一部分（重要ではあるが）をなすに止まり、他の文化各方面も広範である。さらに法の継受が直接にひきおこす社会的作用もみのがしがたく、また複雑である。すべてこれらが日本人の社会意識、個人意識の内容に影響を与える。

近代化を法の継受について考えるとき、単に一つの法領域に限定するのでは不十分であり、正しい意味をとらえられない。困難とはいえ全体として検討しなければならない。つまり文化変容の一部として法の作用も総合的にみるべきであって、個々の部門に切りはなして観察したものを算術的に総和することもできない。さらに文化変容に当っては、その変化をうけいれる力とこれを阻止する力とがあいたたかう。ことに強力的征服によらない自発的な文化の接触変化においては、うけいれる側でも諸タイプの法における選択がなされ（立法者）、また各種制度の関連の利用が行なわれることもある（人民）。さらに、人民の広範な層のなかには、新しい法が容易に入ってこない部面もあることは、のちにみるとおりである。そこでは、伝統的な土着の法がつづいている（もちろんそのなかにきわめて徐々ながら変化が生じる）。この法は継受法のように成文法の明確な姿をとらず、いわば伝承的に前世代から今の世代につたえられ、しかもきわめて根強いものである。文化変容が一挙に（といっても相対的にだが）なされるのは、真の意味での社会革命であり、また一回の革命で完成するものではない。つまり継続革命を必要とする。

- (1) これについては和田春樹・近代化論（講座日本史第九巻日本史学論争、一九七一年、所収）が簡潔に問題の全容を示して便利であり参照に値すると思われる。とくに注目されるのが、一九六〇年「近代日本研究会議」が開いた日米箱根会議で、その主報告者はJ・W・ホールであった。ここにアメリカの工業化即近代化（ロストウ）の思考が強く日本に導入され、また駐日大使となったE・O・ライシャウアーも同様の論旨で積極的に登場して近代化論争が活潑化する。なお、スウィス民法のトルコへの継受とその作用の問題については、比較法国際委員会が一九五五年イスタンブール大学法学部でシンポジウムを行なったことは前にふれたが（*Annale de la faculté d' Istanbul*, 1956）、一九六二年九月にはニューヨークで「日本とトルコの政治的近代化に関する会議が日、米、トルコその他の学者で開かれている」。その結果は R. E. Word, D. A. Rustow (ed.) の前掲書にまとめられる。

- (2) 『近代化』への一つのアプローチ、思想第四七二号（一九六三年一〇月）一〇—一一頁。井上氏はライシャウアー、ロス・トウらアメリカ学者の説くブルジョアの近代化論（それは日本を脱亜論の方向で讚美する意図をもつ）を批判し、他民族侵略や植民地主義への反省が少しもないことを指摘しているが、これについても私は全く同感であり、かつきわめて重要な点と考える。

二 立憲国家のよそおいと「カリスマ」的天皇の利用（詔勅）

具体的な問題としては、最初に国家統治の基本問題、すなわちもともと日本の天皇制、それを基柱とする明治憲法と天皇の政治介入の特色についてふれたい。そのなかに、法継受とその近代化的作用の問題がふくまれる。

自由民権運動によって促進された明治二年（一八八九）年の憲法公布は、日本の対外対内の両方面に画期的な意義をもつ。対外的には、日本はアジアで最初に立憲国となった。欧州でも幕末から日本に介入した列強の一つである

ロシア帝国は一九〇六年、前年の第一革命によって欽定の基本法律を發布するまで憲法らしいものをもたなかった。⁽¹⁾そして、明治二一年の市制町村制、二三年の府県制、郡制および民法、商法、民事訴訟法、裁判所構成法の各公布は、一五年から施行された刑法、治罪法とともに、日本に近代法をそなえ、立憲君主国の体裁を整えた国家としての、形相を与えた。このことは、列強との不平等条約改正交渉にも意義なしとしない。対内的には、従来政府の頭痛の種であった自由民権運動家に対しその目的を達成しえたかの幻想を生じさせた。もっともすでに衰退した自由党は、貧農民権の活動激化と政府の弾圧におびえ、早く明治一七年秋に解党し、憲法施行後の二三年に至り議会議政党として再結党したのである。

明治憲法には、法の継受の面がみられないわけではない。逆にそれなくして憲法の制定そのものが考えられないのである。その前身たる元老院の国憲案（第三次確定案、明治一三年二月提出）では、外国憲法のうち英、仏、米のものはただその意をとり、プロシヤ、オーストリー、オランダ、ベルギー、イタリヤ、スペイン、ポルトガル諸国のはその文をとるとして⁽²⁾いた。明治憲法はもちろんこれから大きく後退したが、明治憲法の骨子たる大綱領を提出した岩倉具視のブレインであった井上毅はドイツ諸邦の憲法を模範とし、憲法取調のため渡欧した伊藤博文もプロシヤのグナイスト、オーストリーのシュタインに師事したのは、周知のところである。

かような継受はしつつも、明治憲法はそれを可及的最大限に反動化し、天皇の絶対権を保障する特殊日本的なものとした。⁽³⁾憲法たる以上「臣民の権利義務」、「帝国議会」の章はおかざるをえなかったが、前者において人民の権利は法律の範囲内に止まり、その法律のなかには憲法前の弾圧法、保安条例その他もふくまれかつ生きている。⁽⁴⁾信教の自

由さえも条件つきである。このような性質の憲法が国民に対し極度の秘密裏に起草審議され、公布されるにおよび、かつての自由民権論者が、中江兆民ら一部の人々をのぞいては、あげて祝意を表し、少しも批判の態度を示さなかったことは、⁽⁵⁾重要な問題をなすであろう（ただし、彼らはのちに民党として議會闘争にそのエネルギーを移す）。

とはいえ、帝國議會とりわけ民選の衆議院が、たとえいかに制限的なものであるにせよ、開設されるに至るのは、専制政府にとって反対党の進出によるかなりの困難を予想させた。岩倉具視らは、「立憲政体」におけるこの問題を早くおもんばかり、全国の森林を皇室有とし、その収益で陸海軍備の資に充てるよう（議會否決のばあい）建議したほどである。⁽⁶⁾この予想はまさに的中し、議會の各会期に政府与党は多数を制することができず、民党は公然政府を非難攻撃し、あるいは予算案、法律案を修正減額し否決し、天皇の信任する政府に対して弾劾決議を上奏した。

このさい、「立憲国」の政府が、かねて作り上げた天皇のカリスマ的性格を最大限に利用し、民意にそう立憲政治の実質をうしめることにつとめないはずはない。この性格は、維新の当初いらい天皇親政の名目で、詔書、⁽⁷⁾詔勅、勅語という形式で具体化され、それは神性的国家における法的規範ではないにせよ、法を補強するものであった。明治前期にその発出数はおびただしい数にのぼる。ギリシャ正教の総首長である帝政ロシアのツアーも詔書を濫発したが、その議會（一九〇五年法でロシア史上はじめてみとめられたドゥーマ）⁽⁸⁾工作には役立たなかつたのである。

日本最初の議會は明治二三年末に開かれた、民党の勢力は圧倒的であり、同年中に公布された重要法典の商法の施行延期、戸籍法案の否決を行なったが、いちおう平穩に終った。ところが、第二議會が巨額の軍艦建造費を予算に組み入れると、衆議院はこれを否決し、松方内閣はこれを解散したが、臨時総選挙で政府が猛烈な干渉を行なったに

も拘わらず大勢は変わらず、明治二六年一月の第四臨時議會で政府は建艦費および製鋼所設立費を予算にし再提出したが、衆議院の予算修正はふたたび全額削除した上、内閣弾劾の上奏案を提出した。このとき内閣は「詔勅に依りて政府、議會の和衷協同を命ぜらるゝか、將た衆議院の解散を命ぜらるゝか」につき「聖断を仰ぐ」上奏を行ない、これに對し天皇は前者をとり、「在廷ノ臣僚及帝國議會ノ各員ニ告ク」にはじまる詔勅を出して問題を解決したのである。⁽⁹⁾

さらに第五議會解散後の総選挙の結果も反政府党が多数を占め、明治二七年五月、内閣不信任の上奏案が第六議會の衆議院で可決されたが、宮相により天皇がこの奏議を採用しない旨が口頭で伝達され、直ちに解散となつた。⁽¹⁰⁾

天皇は幼にして即位し、はじめは万機を重臣にまかせていたが、このころは壮令に達してみずから政治的判断力を驅使し、欽定憲法をわがものとしてその批判を許さぬ言動があつたと伝えられる。⁽¹¹⁾ それでも政府の指導により詔勅はやはり一般人民に對する大きな力があつた。それは明治の政治において決して無視できない。明治後期における一般人民に下された重要な意義をもつ詔勅としては、同四一年の戊申詔書がある。日露戦後の經濟不況に面して勤儉節約をさとしたもので、これにもとづき府県郡の指示によつて末端町村では部落ごとに節儉令を作成した。地方制度の内容は封建的⁽¹²⁾、その形式は西欧的（プロシヤ）自治である。

このように、中央地方を通ずる統治組織で盛んに詔勅は利用された。さればこそ第一次護憲運動で大正二年一月、尾崎行雄は桂藩閥内閣を痛烈に弾劾し、「玉座を以て障壁となし詔勅を以て彈丸と」するとの有名なことばを、第三〇回議會の衆議院本會議で桂首相に向い投げつけたのである。

われわれはまた、公布憲法以外の不文憲法にも注意しなければならない。その最たるものは元老制であろう。元老

は内閣製造者であつて、天皇の勅語により選任され、憲法をはじめいかなる法律にも根拠をもたない。元老會議は明治二五年から開かれ、時には天皇の面前で行なわれた⁽¹³⁾。政治の大事を議するもので実権は内閣の上にある。しかし、年とともにこれら元老、元勳もしだいにたえてゆき、會議体としては明治期をあまりこえることはなかった⁽¹⁴⁾。しかも個人としての元老は依然その権限をふるつたのである。そのほか、内大臣という、法的には皇室令に根拠をもつ、独自の制度も、立憲制のよそおいを、實質上裏ざっている。

(1) 加藤弘之は、坂垣、副島ら下野參議の民選議院設立の建白に対し、尙早として反対したが、その理由の一つとして、「魯國猶は未だ實に民撰議院を設立せず、是又其人民預政の識見未だ足らざるに由るなり。然るに我國にして魯國の未だ為さざる所を行はんとす」という。明治七年二月三日日新真事誌。

(2) 「國憲草案を進むる報告書」、清水伸・明治憲法制定史上、昭和四六年、一八〇頁。同氏は、國憲案中の規定が、「革命的な民主化とまではいえないにしても、まさに欧米の憲法政治にならない、飛躍的な近代化を企図したもの」とする。これは少しオーバーな評価であらうが、明治憲法よりは数等すぐれ、したがって有栖川宮、岩倉具視らの拒否にあつたのである。

(3) 一九〇六年の帝政ロシア基本法律はきわめて反動的なもので、明治憲法と比較するのは興味なしとしたい。基本的権利藤務の章をおき、また前年の法律で従来の國家評議會のほか民選のドゥーマをおいた。基本法律にはツァーをロシア正教會の首長とする規定もあつた。果して憲法の名に値するか否か、疑問である。

(4) 保安条例は明治二〇年一二月官報号外で公布、即日施行された勅令で彈圧法令の典型であるが、憲法公布後も有効に存続し、明治二四年一月、二五年五月には執行されている。しかし、暴圧法として非難が集中し、同三一年廃止。

(5) 帝國憲法が發布されたとき中江兆民はこれを一読して苦笑した。再建自由党は黨議案の第一に「國家に上請して憲法を点

関する事」を掲げたが、政府はこれを不認可とした。これは兆民や大井憲太郎の意見であつたが、多くの自由黨員が憲法發布に祝意を表したのは、その政治的低さを語るものである。ただし、註(9)にのべるように、国会開設後、板垣が憲法を批判したという話もあるが、彼の政治的行動はつねに一貫性を欠く。

- (6) 岩倉は明治一五年二月、「立憲政体ニ関スル奉答書」を太政大臣三条実美、左大臣熾仁親王と連署奉呈し、皇有財産を國庫と分別して設定すべきことをのべ、また同月別に彼個人として「官有財産ヲ拳ケテ悉皆皇室御領地ニ編入」する意見書を内閣に提出した。ここで彼は、人民に土地私有をみとめてから「人民参政權ノ進取ヲ論スルモノ輩出シ随テ憲法制定ノ期を促」したこと、(この語に注意)府県会にみるように官民乖離の状況に達し、「然ル後ハ民權論次第ニ激進シ天子ト雖国会ニ左右セラレ」るであらう。そこで「憲法ノ力ヲ保ツカ為メニハ其實質即チ皇室ノ財産ヲ富贍ニシテ陸海軍ノ經費等ハ悉皆皇室財産ノ歳入ヲ以テ支弁スルニ足ラシムヘシ」とのべている。岩倉公実記下巻八二三頁以下。この年一二月彼は府県会中止の有名な意見書を閣議に提出し、翌一六年七月死去した。

- (7) 日本では、詔勅は法的効力を一般に否定されるが、しかし法令全書の先頭には必ずそれが掲載される。また、明治憲法自体が告文と勅語を最初に掲げる。明治前期の私纂の法令集では、「詔勅之部」をさきに長々とおき、または詔勅入り法令集とつたっている。詔勅批判は、津田左右吉博士がなしたとして起訴されたように、不敬罪を構成した。

- (8) 一九〇五年一二月の選挙法では、地主、都市住民、労働者、農民の等級に分けられ、各等級で不平等な割合で選挙人を選び、段階をへて選挙された。ツアーは第一ドゥーマ(一九〇六年)、第二ドゥーマ(一九〇七年)を解散し、反対党黨員を懲役・流刑に処した。詔書も出したがさらに効能はなかった。ところが日本では詔勅が機能を果し、利用されている。

- (9) 春畝公追頒会編・伊藤博文伝中巻、昭和一八年、八九三頁以下。この詔勅で、天皇は六年間内廷費より三〇万円を下付、文武官僚がその俸給十分の一を納めさせることをのべている。そのため、貴族院の歳費をうける議員も同様その十分の一を

献納することを決議した。

(10) 同上九七一頁以下。

(11) 天皇は、板垣退助が日本の憲法はドイツ憲法にならつて伊藤が起草したが、四面環海の日本では英国流の憲法政治の方が適しているといったことを聞知し、これは実にけしからぬ次第、「憲法ハ何処迄モ朕ノ欽定ニシテ……衷心憲法ノ護持ヲ持テ任トセヨ」と沙汰した。同上七九八頁以下。その他種々のばあいに時局に対する政府の策を下問している。

(12) この部落節約令では申合せを作り、戸数割の等級別により、麦わら帽子の着用、時計の所持等の資格を定めたものがある。江戸時代幕藩の奢侈取締りと変らない。

(13) 前掲・伊藤博文伝中巻八二六頁以下、八四九頁以下、八六一頁以下、下巻三八一頁。

(14) 明治天皇歿後二週間の大正元年八月一三日、大正天皇は、山県有朋、大山巖、松方正義、井上馨、桂太郎の五元老および西園寺公望首相に「先帝ノ遺業ヲ継ク」勅語を下しているのは、元老會議の公式表示であり、また最後である。

三 会社制度の普及発展と財閥の「家」的性格

次にみたいのは、下部の經濟的土台におよぼす商法の作用とその經濟主体たる商人の性格との間の關係である。完全な継受法たる会社法についてこれを検討しよう。

会社制度が全く外国の制度として日本に移植せられ、それが日本の經濟社会に根づいて企業活動の発展に大きな寄与をしたことは、前節でのべたとおりうたがいをいれない。ところで、会社には、旧商法において合名、合資、株式の三種があり、明治商法（明治三二年）ではさらに株式合資の一種を加えた。その後昭和一三年になつて有限会社法が制定された。これら諸種類のうち、日本資本主義をうちたて確固たるものとする主要な企業活動は、すでに旧商法施

行の時期から株式会社形態であったことは、その性質上当然といわねばならぬ。有限責任で譲渡性をもつ株式の制度は不特定多数の投資家から遊休資金を糾合するに適し、その経営は株主総会で選出された会社役員がこれに当り、会社の雇傭する事務員によって合理的、能率的に業務を運営したからである。原則として、合名、合資、有限の諸会社は小規模企業の経営形態として用いられた。

大都市だけでなく、古い町、小さい町にまでおよんだ会社制度の普及が、日本社会全体を近代化するものであったか否かは、簡単に答えられない問題である。近代化については、さきにのべたように農業や商工業、都市と農村を区別する必要があることを前提としつつ、先進的な商工業者にかぎっても、その事業をになう主体の性格とあわせて全体的に考えなければならない。日本資本主義の特質は、この面できくに明らかにされよう。すなわち、富国とか殖産興業とかの見地では、つまりさきに近代化の基準(一)としたものでは、企業の資本形成の法的手段である外来の会社制度は、立派にその機能を果しえたが、それは近代化の基準(二)には達するものではない。これについて、日本諸産業の急速な発展にとりわけ大きい力をもったといわれる財閥資本に目をむけたい。財閥は日本に独自なもので、維新以来専制政府の特別な保護哺育のもとに成長し、その出身には旧富商からと新興のものがあり、自由競争の経済社会では考えられない性質をもつ。その資産の形成発展には絶対主義政權との緊密な関係があるため時に政商ともよばれるが、経済活動は金融、製造業(第一次、第二次)の広い範囲にわたる。しかも基本資金は一族以外の参加を排除し、そのなかだけで調達するのが根本原則である。

彼らは維新後すべて金融業務を行なった。私立銀行は、明治二七年の旧商法一部施行から数年の間株式会社銀行全

数の四四％内外を占めていたが、同族的な銀行はこれらと非常に様相をことにし、株式会社形態をとらなかった。三井は合名、安田は最初合資のうち合名の会社だが、三菱と住友は個人経営方式をとった。⁽¹⁾三菱会社銀行部というが、三菱会社は名は会社ながら実は社長個人とされている。これらは財閥の機関銀行たる性格をもつがゆえにそうなのである。

さて次に、これら財閥の経営する各種企業と、財閥本家の、それぞれの会社形態についてみよう。ここに、他の各種企業と比べて興味深いものが示され、そのちがいは財閥資本の日本的、「家」的な性格にもとづくことをはっきりあらわしている。一口にいえば、前記銀行は別として、他の諸経営においてはほとんどすべてが株式会社制をとるのに対し、財閥本家は合名または合資の会社形態なのである。これは要するにそれら財閥の本体が幕藩体制らしいの「家」制度からくるもので、財閥の経済的全活動が広範に発展し、またその本社の機能がコンツェルンあるいはコンバインであるにせよ、その社会的性格は西欧のそれとの間にいちじるしいちがいがみられる。

ここで幕藩封建体制下の「家」といったわけは、明治民法あるいはさかのぼって維新いらいの多少とも縮小修正された制度とはことなり、同族制度を江戸時代そのまま堅固に保全し、族長に全権を与え、族内の家長はその下に服属すること、財閥の全財産（諸企業）は族長の管理するいわば家産ないし族産であり、世代ごとに継承されるもので、したがって族長もその世代かぎりの管理者たるに止まること、に特徴を見出すからである。つまりより古い型の「家」である。明治民法は、近代法を継受するかぎりこのような財閥の「家」の要求を完全に満たすことができなかった。そして、江戸時代の富商はそれぞれの「家憲」、「家訓」をもっていて、時代に応じそれを修正し補充した。三井、住

友はその代表例である。しかし、三菱（岩崎）とか、安田とかの新興財閥がその方式にならって明治期に入り「家憲」を制定しているのは、なんら驚異でなく、日本財閥の特質といわねばならぬ。これは財閥一族の憲法である。⁽³⁾

彼らの族長は総本家とよばれる。その下にある各「營業店」（三井・の言葉、三井銀行、三井物産、三井鉱山等はこれに属する）の経営責任者は、総本家に対して主従関係に立った。⁽⁴⁾前述のように、その支配人に英才が出たとき、維新後の変革に当って旧富商は財閥に成長できた。

ところで、この総本家は、コンツェルンあるいはコンバインを統轄するため全体を指揮する本社を作り、その会社形態として合名もしくは合資をとった。これは傘下諸会社の持株会社たる本社が外部に対して閉鎖的な資本であり、家産もしくは族産を管理するものだからである。⁽⁵⁾

日本の敗戦後 G・H・Q の民政局において財閥解体の任に当たったハドレー女史は、西欧と日本の「対照的価値体系」としてその差を次のようにのべているが、われわれの見方から興味深く、参考に掲げたい。

「西欧では一七、八世紀におけるブルジョアジーの出現まで一般的であった階層的な価値体系をくつがえしたのは、ブルジョアジーの権力であった。キリスト教の思想には民主主義的な要素があったが、生れたばかりのブルジョアジーが政治的権力の分け前を主張する手段として平等の権利という革命的な教義を提出するまでは、民主主義の思想は憲法や政治慣行のなかに織りこまれなかった。平等権利の教義はおしすすめられ、資本家は貴族や地主や教会とともに国家政策の決定に参加できるようになり、それも一時的ではなく、これらの下層のものも参加するに至った。しかし、ブルジョアジーは自己の理論を盛んに主張し、それを各種政治信条中で聖化するのに成功したのち、その結

果からのがれえなくなった（労働者や植民地化地域の人民もきんてんする―福島）。……こうして民主主義思想は、国内的にも国際的にもひろまった⁽⁶⁾」。

ハドレーは、日本が西欧的なブルジョアジーの平等権の主張が欠如していたことをのべる。その相違の理由は簡単でなく、鎖国政策だけでは、中国でブルジョア階級が日本ほどに創出されなかった理由を説明しえないとする。そしていう。「極東の価値体系は、歴史的には儒教思想としてあらわれる。儒教の世界では平等ということはない。……日本の社会には、キリスト教に匹敵するような平等主義の要素はなかった」。

そして彼女は、次に「家」の問題に論及する。「日本の初期の資本家たちは……その企業を『家』(house) という階層的な制度にもとづいて組織し、外部では目上もしくは目下、また目をかけられたものもしくはそうでないものとして、行動することを期待した」。これについては西欧でも営利企業はそんなものだという反論もあろう。「しかし、西欧の思想的発展では、企業の階層秩序は平等な人間のあいだのそれであり、みずからを平等であると信ずる人びとのあいだの九対五の問題であった。日本の大商人の家における階層秩序は大きくことなる。それは物事を目上か目下の関連で考えるように教えこまれた人びとの家父長的な階層秩序 (paternalistic hierarchy) であった⁽⁷⁾」。

かくてハドレーは、「ジョン・ロックのいないところにアダム・スミスはいない」と、公正競争が日本に欠けたことを指摘するのである。彼女が日本における大商人の「家」的組織についてはつまびらかにしないにせよ、それと西欧の権利平等思想との顕著なちがいつき指摘した点は首肯される。また、すでに幕末、渋沢栄一なども渡欧して西欧の実業界の人士が官吏や軍人に対して毫も卑屈さのない独立自主の立場をとっていることを、うらやましくも思い、

日本でもかくありたいと念願していたこともあげておきたい。⁽⁸⁾

三井を筆頭とする諸財閥は、西欧法の企業制度も、各種の西欧の科学技術もマスターして、上にみた近代化基準の(一)は十二分に達成しえた。しかしその底にある心情はきわめて古いものであった。基準の(二)にはとうてい進まず、その方向に足をふみだしてさえもないといえよう。かくて会社制度という本来民主的な企業組織も、日本経済社会では昔日の封建的な「家」の制度に利用されるということが、財閥の例によって証明されたことになるのである。

財閥はこの問題について一つの代表例、典型にすぎない。中小の企業家も程度の差こそあれ、その性格をもつ。多くの中小企業は財閥等大企業と下請その他の関係をもつて営業した。明治に入って彼らが大企業とともに新しい業種に積極的に進出したことは目ざましい発展ではあるが、その底には旧態依然たる家業の觀念が堅固に保持されているのである。この旧精神と新しい発展、ここに特殊日本的な矛盾がある。

(1) 福島正夫・銀行史上の日本私法、私法学会・私法第一〇号(一九五三年)四七頁。

(2) 機関銀行については、加藤俊彦、前掲書一二九頁。

(3) 以下につき、福島正夫・日本資本主義と「家」制度、一九六七年、第八章財閥家憲と「家」制度を参照。

(4) 大正年間のことであるが、三井総本家の八郎右衛門が箱根に静養し散歩中、三井銀行の頭取が向うから駕籠のつてきてこれに出会い、頭取は恐懼しておりたち、草履をはくいとまもなく、足袋はだしのまま最敬礼したという実話がある。

(5) 渋沢栄一は、財閥銀行の会社形態につき次のような講話をしたという。「日本の商法は三井、三菱といふが如き資本家の財産保護と、その運営による富国強兵を主眼として起草されたものである。……三井家の如き十数家の資本とその保留蓄積

から、ここに合名会社を必要としたのである。率直に言へば三菱を標的として合資会社、三井を標的として合名会社の条文が生れたのである。三井銀行八十年史、昭和三十一年、一二六頁。小林一三の話だというが、少しうがちすぎた感じもある。

- (6) Eleanor N. Hadey, *Arbitrator in Japan*, 1970, pp. 32 et seq. 同書の訳は小原敬士、有賀美智子監修・日本財閥の解体と再編成、昭和四八年、四〇頁以下。引用は邦訳書によったが、部分的に修正した。

- (7) Hadley, op. cit., pp. 34 et seq. 邦訳四二頁以下。

- (8) 渋沢栄一・維新以後ニ於ケル経済界ノ発達、国家学会編・明治憲政経済史論、大正八年、三〇四頁以下。しかし渋沢栄一は後半「論語」の熱烈な信者となった。初期の啓蒙期と老成しての儒教主義への復帰と、こうもはつきりした思想的な転換は、階層的な構成の日本社会への復帰とみるべきであろうか。

四 日本社会の保守性と継受民法の作用

最後に、全国人民に一般に関係する民法がどのような社会的作用をおよぼしたか、とくに後進的な地域、社会層について、多少の究明をこころみたい。この民法自体に継受法と土着法の混合がみられるのは、周知の事柄である。

ラフカディオ・ハーン（小泉八雲）は明治三六年（一九〇四年）に『神国日本』（正確には、日本・解明への一試論）を書いた。西洋の社会生活を身につけて来日、一三年滞在し、日本に帰化して死んだ彼の遺著となったこの書は、彼の日本に関する最高の著書であり、法の継受と日本の近代化を追求する本稿には、はるかのちに生れたハドレー以上に、貴重な教示を提供する。ここから本稿に直接関係する部分をぬき出してみたい。⁽¹⁾

「すべての階級が法の前には平等ということが布告された。新しい法典が制定された。新しい陸軍と海軍とが組織

編成された。新しい警察制度がつくられた。新しい教育制度が国費で導入された。さらに新憲法の制定が約束された。ついに一八九一年に日本最初の国会（厳密にいつて）が招集された。そのころになると社会全体の輪廓が、ヨーロッパ風の型をとって、法がつくり出せるかぎりまで、つくり出されていた。かくして国民は立派に統合完成の第三期に達していた。藩（clan）は法的には解体されてしまった。家族はもはや社会の法的な単位ではなくなった。かくして新憲法によって個人というものが認められたのである。⁽³⁾

これは日本社会の一つの近代化であり、形式的には否定すべくもない。では実質は？ハーンははっきりいう。「ひとり政治だけではなく、近代生活のほとんどすべての面は、旧社会の崩壊が根本的なものであるよりはむしろ表面的なものであるといえる証拠を、見せてくれる。解体された建物がその外観はもとの形とは似ても似つかぬ形に再結晶したが、内部はもとと同じ設計の上に建てられた。つまり實際行なわれた解体は、ただ集団（mass）の分裂を示すだけで、実質が破壊されて独立の単位となったことを示すものでない。そしてこれらの集団は、再凝集して、集団としてのみの行動をつづける。西欧的意味での個人的行動の独立はまだほとんどみとめられない⁽⁴⁾」。

そこで、各個人に対する強い圧迫があることになるが、ハーンはこれを三種に分ける。第一は権威による圧迫、第二は地域社会の強制、第三は目下の者に共通な感情である。「かくて個人は各方面で集団的意見の独裁に対決させられている」。そして、これは軍隊の育成と維持を容易にはするが、将来の国際間の産業競争より高度の精神的活力を要するには有利とはいえない、と彼は附加する。⁽⁵⁾

ハーンがこの書を出したときは、明治民法の施行後六年であった。これについて彼は、多くの変化が民法でなされ

たけれども、法の施行ですぐ一般感情や慣習が変るものでないし、また民法は「家」と戸主を残し家庭の宗教を保護している、と指摘する⁽⁶⁾。

ハーンがのべたことは、その後の經濟発展については必ずしも当たっていないが、その理由は前項でいくらか考察した。従来の慣習、個人に対する圧迫の根強さに関する彼の記述は、その正しさを否定できない。第二次大戦後の今日、すなわち六〇年後の、大都市近郊の部落でもあてはまることは、社会学者きだみの氏が体験し観察したところである⁽⁷⁾。また、民法上の契約における封建性は、法社会学者の川島武宜教授が指摘している⁽⁸⁾。

それにかかわるものは、封建性のとくに強い農村における地主・小作関係である。ここで法の継受と近代化の問題と関係する問題を多少さかのぼってみたい。明治二〇年末に農商務省農務局が作成した小作条例がある。これをつくるに至った動機は、松方紙幣整理以後デフレが深刻な不況をひきおこし、地主の小作米収得が悪化して地価の低落を生じ、その影響が財界一般におよぶに至ったため、地主の利益を保護する法例を制定せよとの声が上がったからである。このとき、先進諸国とくに英国小作地法令、プロシヤ普通法、フランス民法などが参照された。小作料滞納のとき地主の先取特権や強制執行に重点がおかれ、小作人には作離れのばあい有益費償還請求権をみとめた。これは法律にはならなかったけれども、もし制定公布されたとすれば、不平等な当事者間で小作人に不利益に作用したことはまちがいあるまい。草案中に作離れ料など多少の進歩的要素はあるにせよ、そもそも立法の本旨が西欧的法規範によるきびしい小作料取立てにあったからである。英国の借地農業者のように地主と全く対等的立場で契約する者と日本の農村社会の状況で主従に近い地位にある小作人とを同一の法規範で律することは、作用の面では格差があり、またこ

の規範で小作人を独立自主の人間にするなど、およそナンセンスな事柄である。

(1) 築島謙三・ラフカディオ・ハーンの日本観―その正しい理解への試み、一九六四年、一六九頁。本書はハーンの日本認識を知るに有益である。ちなみに、ハーンは前年、七年近くつづいた東京帝国大学の英文科講師を解職され、この年早稲田大学に招請されて講義をはじめたが、九月に心臓病で急逝した。

(2) 訳文は柏倉俊三訳・神国日本―解明への一試論(東洋文庫)、一九七六年により、原文は Japan, An Attempt at Interpretation, N. Y. 1919 を用い、筆者において若干柏倉訳を修正した点もある。

(3) 邦訳三一七頁。原文四一〇頁。これは「神道の復活」の章である。

(4) 邦訳三二九頁、原文四二六頁以下。これおよび以下の引用は「前代の遺物」の章による。

(5) 邦訳三三〇頁、原文四二八頁。

(6) 邦訳三三四頁以下、原文四二二頁以下。ハーンは、民法により法定相続人は他家に入ることができず、家族は自由に一家を創立できず、養子制度は、子なき妻を去ることを不可能とした新離婚制にかかわらず家の祭祀の継続を保障していることをのべ、その民法理解は的をついている。築島・前掲二二五頁は、この点の解説に多少正確を欠く。

(7) きだみのる・日本文化の根柢にあるもの、昭和三二年。二七頁以下にいう。「新しい法律や思想を前にしたとき部落の文化の物差しはどうするか。……部落の判断の基礎は、要するにそれが部落の生活伝統に一致するか、しないか、部落の得になるか損になるか、部落の生活を豊富にするか貧しくするかで決まる。規則をそのままのみにすることは、部落にとってはずいぶん沢のように感じられるのだ」。「伝統に一致し、部落の得になり、部落の生活を豊富にするものは親方の発言によって部落会で決めて守られる。そうでないものに就ては部落は放任したり、守らなかつたりする。部落の者は先ず第一に部落民

であり、次で日本国民である。この点は、部落は都会と全く異った事情の下にある」。きだ氏は、その反面として、部落のなかのすぐれた伝統にもふれている。ある少年が多額の金を盗み発覚したとき、親方が部落から縄付を出すことの恥辱、自己の不面目を考慮して、金の返済、少年を部落の後家に預け今後の様子をみる措置をとり、少年はその後立派な労働者となった。これは親方を中心とする部落的社会統制のよい面が出たもので、「都会では知らない人間が知らない人間を調べ刑を言渡し、知らない犯罪者たちの収容されている場所に抛りこんで、そして法とその手続きを満足させているだけである」。

これはアメリカ文化を代表とする資本主義的近代性への痛烈な皮肉である。

（８）川島武宜・契約の封建性、私法第二号、一九五〇年、八二頁以下。小作契約を例にとり、その特質として、（１）規範関係における定量性の欠如、（２）その明治以後の解体と再編成（反動的したがって非近代的）などをあげる。同氏は、その前に、思想第三〇二号、三〇三号（一九四九年八月九月）に「封建的契約とその解体」を発表し、明治一八年頃の小作契約書を分析して「小作関係に地方の恩恵と小作人の忠実義務との対抗関係」とし、大正一〇年の調査では「忠実文言ないし不埒文言はみられず」、具体的に規定された義務が比較され、封建的な力関係が解体された契約書が作成された、とみている。

マクス・ウェーバーの方法論によるかような分析は、階級、階級闘争の観点からは批判もあるうが、近代化については参考になる。この問題については、本稿ではこれ以上立ち入らない。

むすび

本稿は、「比較法学」第四巻一号で筆を起し、七年後の本号で結了するわけで、われながら怠惰をはじる次第である。その題名は「法の継受と社会Ⅱ経済の近代化」とよび、一般性をおびるが、筆者の能力により日本以外の国にわ

たり広く究明することはできず、ⅠおよびⅡにおいてごく大まかにこれにふれるだけにとどまった。したがって、この論文では、とくに「日本における近代法継受の問題点」と題するⅢ章が全体の主力をなしている。ⅠおよびⅡでも、近代以前、あるいは古代の問題にも若干ふれたが、Ⅲではもっぱら近代日本での欧米法の継受に関する諸問題を取扱ったわけである。

最初の章で私は継受をきわめて広く解し、それを終章で継承した。それは近代日本のばあいにはとくに必要であり、かつあてはまるものと考ええる。たとえば、ローマ法の継受のごときを本来のものとする考え方は、日本に適用しない。終章でとった筆者の方法は、とくに異質の法が各種の政治的理由により、その母国と全くことなつた社会に導入されたばあい、どのような作用を現実的にひき起すか、を近代社会の法現象としてみようとするとき、それを社会的なアプローチによって究明することである。ただし、社会学的というのは、経済的な作用を重要な土台とし、そこから各種の変化を社会にひき起すことを前提としている。これについては、国際的な意味での社会的適応 (social orientation) を考慮に入れるべきだと考える。世界市場の要求が国際社会における法の比較研究および相互摂取を必要ならしめているからである。⁽¹⁾

とくに、継受法の作用を考えるにあたって、移入される法と土着法との対抗関係は一般的な問題であるが、それは社会文化の面から検討されなければならない。文化論として考えるとき、社会文化の変動、すなわち文化変容 (acculturation) としてみることになる。

そこで、終章で近代日本における法継受の間を考察するさい、上述の見地を念頭にたえずおきつつ、継受法の日本

社会への『根づき』、またその性格すなわち近代化の達成の程度を、究明するにつとめたのである。筆者は、この作用の問題は比較法研究の核心をなすものと考える。単なる法の形態的比較は形骸的なものとならざるをえないからである。その作用の中心に、この『根づき』とその性格の問題が重要な位置を占めるべきである。

また、比較法学も私法を中心として発達した沿革をもちいまもそうであるが、それは個別的な問題につき比較する技術的要求にそうものであったからであろう。しかし、その国の法を全体として考察する上には、政治的な要因を度外視することはできず、公法にふれる必要があるのは当然と考える。また、そうしてこそ、社会学的なアプローチも可能となるのであるまいか。

以上について筆者としての考えをもつが、いまこの根本問題への所見を十分に展開する余裕はない。ただわが国自体の法を究明し、とくにその近代化の問題に立ち入るに当り、筆者は若干の疑問と当惑を感じて一言するに止める。それは諸学者による比較法学的な日本法の位置づけと経済学上の日本の位置づけとのきわだったちがひ、この間の不整合をどう説明すべきかである。日本は戦後三〇年をえた今日において経済大国、すでに離陸したばかりか、資本主義社会で有数の発展した、現代的な国家として取扱われている。⁽³⁾ところが、比較法学の上では、どうであろうか。本論文の初稿より少し前に出されたルネ・ダヴィドの『現代法の大体系』では、日本法は中国法とともに極東法のなかにおかれている。⁽⁴⁾しかもその極東法たるや、法の族としては「宗教的および伝統的な諸法」に属するのである。社会主義法族を設定してソ連や東欧諸国をそれに位置させながら人民中国を日本と同じ極東法に入れていることとともに、今日の日本を「宗教的・伝統的」としていることはどう理解すべきであろうか。これを「現代法」の大体系⁽⁵⁾

系とするならば、その根拠を示さなければならない。「比較法史学」ならば、私はプリミティブながら、すでに明治一四年に東大で「法の五大族」を講義し、一九〇四年のサンフランシスコ博覧会で開かれた比較法会議で法の七大族を講演した穂積陳重の説をすてがたいと思う⁽⁶⁾。

(1) Zoltán Pétri, Some aspects on the sociological approach in comparative law, Hungarian Law-Comparative Law, Budapest, 1970, pp. 75 et seq. especially pp. 78.

(2) ガッターリッジ、アルマンジョン・ノルド・ウォルフ、ルネ・ダヴィド、ツワイゲルト・ケッツ等。

(3) Ⅲ④のはじめにふれた日本の近代化の問題でアメリカ学者がのべたのは、とくにこの点からである。

(4) René David, Les grands systemes de droit contemporains, 1964, シワイゲルト・ケッツも同様。

(5) 同上書第四版(一九七一年)では、中国について内容上は豊富化され改善されたが、基本的には変わらない。

(6) Hozumi Nobushige, Lectures on the New Japanese Civil Code, as Materials for the Study of Comparative Law, Tokyo, 1915. なお、穂積博士のことは野田良之教授がすべてを指摘する。Yoshiyuki Noda, Comparative jurisprudence in Japan-its past and present, Part I, Law in Japan vol. 8, 1975, pp. 21 et seq.