

4 戦前の慣行調査が「法整備支援」に 問いかけるもの⁽¹⁾

——台湾旧慣調査・満州旧慣調査・華北農村慣行調査——

石 田 眞

- I はじめに—本稿の課題
- II 法整備支援論の課題と戦前の慣行調査
- III 華北農村慣行調査以前の慣行調査—台湾旧慣調査と満州旧慣調査
- IV 華北農村慣行調査
- V むすび—戦前の慣行調査の教訓

I はじめに—本稿の課題

本稿は、1939（昭和14）年から1944（昭和19）年にかけて実施された華北農村慣行調査を中心に、台湾旧慣調査、満州旧慣調査などの戦前の慣行調査の若干を検討することによって、それらが現在のアジア諸国に対する「法整備支援」に何を問いかけているのかを明らかにすることを課題としている。本稿では、戦前の慣行調査として、とりわけ華北農村慣行調査の性格を浮き彫りにするため、同調査との対比で台湾旧慣調査と満州旧慣調査を取り上げることとする⁽²⁾。

II 法整備支援論の課題と戦前の慣行調査

本稿の課題が以上のようなものであるとすると、まず問題となるのは、戦前のアジア諸地域を対象とする慣行調査がいかなる意味で現在の法整備支援

と一定の連関をもって議論されうるかを確定することである。なぜなら、法整備支援はすぐれて現在の法的現象であるからである。

1 法整備支援とは何か

ところで、〈法整備支援とは何か〉という問いは、それ自体が一つの問題である。というのは、法整備支援の実際は多様であり、そこには、個人、団体、大学、国家機関など様々な主体が関わっているからである⁽³⁾。法整備支援の全体像をとらえるためには、そうした多層的な法整備支援の実際に分け入って検討を加えなければならないが、そのことは、本稿の課題ではない。本稿においては、現在行われている法整備支援とは何かを理解する上で、その財政的・人的規模からいって、政府開発援助（ODA）としての法整備支援が決定的に重要であるという認識から出発したい⁽⁴⁾。したがって、以下、法整備支援という場合には、ODA としての法整備支援を指すことにするが、そうすると、次の問題は、ODA としての法整備支援とは何かということになる。それについては、ODA としての法整備支援の推進主体の一つである国際協力事業団（現「独立法人国際協力機構」JICA）の次のような暫定的な定義が参考になる。すなわち「法整備支援とは、開発途上国が行う法整備のための努力を支援することであり、具体的な法案作成のみならず、法律の執行・運用に資するための諸制度の整備人材育成に関する支援を含むものである」⁽⁵⁾。実際にはその他に、法整備後の法の実施状況についての法社会学的調査も行われており⁽⁶⁾、それらも含め、法整備支援とは、「知的支援」⁽⁷⁾の一環として位置づけられている。つまり、法整備支援とは、発展途上国や体制移行国⁽⁸⁾の法整備、具体的には、①法案の作成、②法律の執行・運用のための諸制度の整備、③人材の育成、および④法整備支援の開始前の対象国の社会状況あるいは法整備後の法の社会的効果の法社会学的調査などを中心的な内容とする「援助」であり、わが国の国策として推進され、あるいは推進されようとしているもの、ということができる⁽⁹⁾。

2 法整備支援論の課題

以上が ODA としての法整備支援であるが、こうした法整備支援も現代の法現象の一つであるとする、法整備支援を一個の法現象として対象化し、それを研究の対象とすることは可能である。そして、かかる〈法現象としての法整備支援〉を対象とする研究領域を「法整備支援論」と名付けるとすると、そこには幾つかの研究課題があるように思われる。

第一の課題は、「法の継受と移植の理論」という角度から法整備支援の実際を検討することである。法整備支援は、程度の差はありつつも、日本法の移植という側面と同時に、受け手国の側における日本法の受容という側面をもつ。法整備支援を行う先進国における基本的な法概念と受け手国におけるそれとの異同に関する研究は法整備支援論の重要な研究課題であろう⁽¹⁰⁾。

第二の課題は、法整備支援の対象国（地域）の「法と社会の理解」という角度から法整備支援の実際を検討することである⁽¹¹⁾。法整備支援の内容に、対象国における法の社会的効果に関する法社会学的調査が含まれていることはすでに述べたが、そのことは、法整備支援を通じて対象国の社会において法が果たす役割を検証することであると同時に、対象国における法のあり方を通じてその社会を理解することでもある。対象国（地域）の「法と社会の理解」の水準が法整備支援によってどの程度前進したのかを検証することは法整備支援論の重要な課題である。

第三の課題は、法整備支援を対象化し、その政治過程や実践的性格を検討することである。この課題は、かかる政治過程や実践的性格が「法の継受と移植の理論」（第一の課題）や対象国（地域）の「法と社会の理解」（第二の課題）とどのような関連をもち、それらの検討にどのような制約や限界を画することになるのか明らかにすることである。これも法整備支援論の重要な課題であろう。

3 法整備支援論からみた戦前の慣行調査研究の課題

では、以上述べたような現在の法整備支援論の課題からみて、なぜ戦前の

慣行調査を振り返ることが重要なのであろうか。それは、戦前の慣行調査が、(1) 戦前の日本におけるアジアの植民地・占領地の経営・統治のためという政治的・実践的性格をもち、(2) そこでは日本法の移植のあり方が議論され、同時に(3) 法を通じて対象国(地域)の社会を理解するという法社会学の方法が模索されたからである。つまり、戦前の慣行調査が現在の法整備支援に何を問いかけているのかを検討するためには、(1) 戦前の慣行調査の実践的・政治的性格を明らかにしつつ、(2) それらが「法の移植」論にどのような問題を提起したかを検討し、(3) 法を通じて社会を理解する法社会学理論がなぜどのような過程を経て形成されたかを明らかにすることを意味している。以下のささやかな検討において、(1) については、戦前の慣行調査の政治過程を明らかにし、(2) については、台湾旧慣調査・満州旧慣調査を華北農村慣行調査と対比で検討し、(3) については、華北農村慣行調査における末弘巖太郎が先行の上記旧慣調査を批判して到達した「生ける法」論を基礎とした法社会学理論とは何であったのかを明らかにし、最後にそそうした検討を総括して、戦前の慣行調査が現在の法整備支援に何を問いかけているのかを提示してみたいと思っている。

III 華北農村慣行調査以前の慣行調査

—台湾旧慣調査と満州旧慣調査

戦前の慣行調査としては、朝鮮旧慣調査、安南旧慣調査などがあるが、その規模においても、学問的成果という点でも、台湾旧慣調査、満州旧慣調査、そして華北農村慣行調査がその中心に位置することは間違いのないであろう。本稿では、主要な対象である華北農村慣行調査の検討に必要な限りで、台湾旧調査や満州旧慣調査の政治的・実践的性格およびそこにおける「法の移植」論の特徴について概観しておくことにする。

1 台湾旧慣調査

台湾旧慣調査とは、わが国の領台の5年後、1900(明治33)年に開始さ

れ、1922（大正11）年に最終報告を出すまでの約20年間にわたって行われた植民地調査である。『台湾私法』、『清国行政法』、『台湾番族慣習研究』という三つの膨大な成果を上げたこの調査の企画者は、台湾の初代民政長官となった後藤新平であった。後藤は、みずから「宜シク十分ノ調査ヲ待チテ、然ル後一定ノ政策ヲ立テンコトヲ要ス」⁽¹²⁾と述べているように、植民地経営のためという明確な問題意識をもって、旧慣調査の必要性を強調していた⁽¹³⁾。そして、その際の前提となる認識としては二つのことがあり、一つは、台湾は中国法系に属し、二百年以上にわたり相当程度に発達した文化を有しているので、台湾統治上、これを無視して日本式の立法その他の法施策を実施することはできないという認識であり、もう一つは、植民地立法を行い、行政を実施に移すためには、台湾における法的慣行（＝旧慣）を調査し、それを十分に知らなければならないという認識であった。このように、法的慣行を旧慣と規定することのうちに、近代法的な概念によって台湾の固有法を分析しようとするこの法の移植にかかる慣行調査の性格が示されているが、その問題をひとまず置いて調査の実践的・政治的性格をみると、それは、植民地立法および行政にとって必要な法的資料を蒐集することによって円滑な植民地統治を行うことであった。

さて、後藤新平の命を受けて実際に慣行調査の指導にあたったのは、京都帝国大学教授、岡松参太郎⁽¹⁴⁾であった。岡松がこの調査に関与したのは、1899（明治32）年から、1907（明治40）年までであった。その後彼は、京都帝国大学教授のまま満鉄理事に就任しており、調査結果をまとめた『台湾私法』が刊行されるのは、満鉄理事在任中の1911（明治44）年であった。では、調査にあたった岡松自身は台湾旧慣調査の目的をどのように考えていたのであろうか。『台湾私法』の「叙言」によると、次のようなことであった。「一ハ以テ台湾旧慣ノ實際ヲ查明シ行政及司法上目前ノ需要ニ応シ施設ノ資料ヲ供スルヲ目的トスルト雖モ一ハ以テ支那法制ノ根本的研究ヲ遂ゲ学理的編述ヲ了シ以テ他日台湾立法ノ基礎ヲ作ルヲ目的トス從テ之カ調査方針モ亦啻ニ台湾全島ノ旧慣制度ヲ闡明スルノミヲ以テ足レリトセス其根拠淵源ニ遡リ支那本土ノ制法ノ一斑ヲ示シ南清一帯ノ慣習ノ大体ヲ明ニスルコトヲ期セ

サル可ラス⁽¹⁵⁾」。

つまり、岡松は、この調査が植民地台湾における立法・行政のための基礎資料を作るという政策目的に奉仕するものであることを認識していたが、他方、それを「支那本土ノ制法」の研究という広い視野からの「学理的」研究として行おうとしていたのである。ただし、以上のような目的のもと、岡松がいかなる方針で調査に臨んだのかは、必ずしも明らかではない。後の研究もふまえ、「法の移植」論から台湾旧慣調査の特徴を推察すると⁽¹⁶⁾、ほぼ次のようなことが指摘できる。

第一に、実際の調査方針は、後藤が提示した台湾における立法および行政上の統治要求にきわめて正確に対応するものであった。出来上がった『台湾私法』の編別構成は、「基本的にパンデクテン方式」によるものであったが、台湾統治上とくに必要とされた土地関係—不動産法と、身分関係—戸籍などを冒頭におき、その意味では、本来のパンデクテン方式を「いちじるしく変型」していた⁽¹⁷⁾。

第二に、分析整理の方法は、近代法的概念を基礎とし、それらと実際の慣行がどのような関係に立つのかの検討を主眼とするものであった。このことは、編別構成が、「変型」であれ、パンデクテン方式をとったことに端的に示されている。また、台湾における現実の法的慣行を「旧慣」と称したことは、西洋近代法の目で現地の慣行をみることであった。もともと西欧の法体系とは異質の台湾の固有法を台湾私法として近代法的に再構成すること自体の当否が問われなければならないところであるが、岡松にそのような問題関心はなかった。この点を後に末弘巖太郎が鋭く批判することになるが、台湾旧慣調査は、日本法による植民地統治という実践的・政治的性格に規定され、「法の移植」論としては、西欧近代法の台湾への慎重な注入という様相をもっていた。

2 満州旧慣調査

台湾旧慣調査に続く、アジア地域を対象とした大規模な法的慣行調査は、満州旧慣調査であった。この調査は、満鉄調査部の事業として行われた。

ところで、満鉄調査部⁽¹⁸⁾という調査機関が満鉄の中に出現するのは、1907（明治40）年4月のことである。満鉄、すなわち南満州鉄道株式会社の創立が1906（明治39）年であるから、調査部は満鉄の創立と踵を接してつくられたことになる。この調査部の創立を押し進めたのは、かつての台湾民政長官であり、初代の満鉄総裁となった後藤新平であった。後藤は、先の台湾旧慣調査が台湾の植民地統治に大いに役立ったことから、満州においても、旧慣調査を含む、一般経済調査の重要性を力説し、調査部を本社の五つの部の一つとして創設したのである。この新設された調査部の部長には、後藤の台湾時代、彼の下で台湾旧慣調査の実施にあたった岡松参太郎が招かれた⁽¹⁹⁾。しかし、当時なお台湾旧慣調査は継続中であり、岡松自身は、満鉄業務とともに台湾旧慣調査の仕事も続けていた。

満州旧慣調査は、岡松調査部長の指導の下、台湾旧慣調査の関係者や天海謙三郎のような若手の調査員によって遂行された⁽²⁰⁾。ただし、調査の実践的・政治的性格は、台湾旧慣調査の場合のように、植民地立法制定のために法的慣行全般を究明するというものではなく、満鉄という特殊会社の満州における権益の保護になった。したがって、調査の規模は、台湾旧慣調査に比べて格段に小さいものであった⁽²¹⁾。

この調査の結果は、『満州旧慣調査報告』と題して、1913（大正2）年から15年間にわたって刊行された。満鉄自身の必要、とくに铁路用地、付属地の買収の必要から、主に土地法関係のものが刊行されたが、天海によると、既刊分でも予定の三分の二に満たなかったそうである⁽²²⁾。元もとの計画では、『台湾私法』のような体系化をめざしたようであるが、当初の計画が未完に終わったため、全体として体系化をなすにはいたらなかった。また、分析視角も、『台湾私法』を基礎としたため、近代的な法概念によって満州の法的慣行をみるという台湾旧慣調査と同様の特徴を持っていた⁽²³⁾。

3 小 括

以上の二つの慣行調査を、①その政治的・実践的性格と②「法の移植」論の二つの視角からまとめてみると、次ぎのようなことがいえる。

第一に、調査の政治的・実践的性格は、台湾旧慣調査が典型的であるが、円滑な植民地の統治のために、植民地立法および行政にとって必要な資料を収集することであった。とくにその際の「円滑な」統治とは、基本的には日本法による統治のことを意味したと推測される。

第二に、「法の移植」論からみた慣行調査の性格は、調査の政治的・実践的性格に規定されていたといえる。調査の方法は、近代法的な概念を基礎に、それらと台湾や満州の慣行がどのような関係にたつか明らかにしようとしたものであった。両調査とも、現実の法的慣行を「旧慣」と称したことは、近代法（当時の日本法）の目で現地の慣行をみることであった同時に、とくに台湾においては、日本法による統治を宣言するものであったのである。

IV 華北農村慣行調査

華北農村慣行調査は、戦前の慣行調査のなかで、多くの法学者が動員されたという意味でも、学問的に豊富な内容をもつものであったという意味でも、特質すべき調査・研究であった。この調査結果をまとめて戦後刊行された『中国農村慣行調査』全6巻は、貴重な資料として内外の研究者の注目を集め、また、重要な研究対象ともなっている⁽²⁴⁾。

1 華北農村慣行調査の政治過程と実践的性格

華北農村慣行調査は、東亜研究所が主体となり、満鉄調査部が現地協力するかたちで進められた「支那慣行調査」の一部であった。以下まず調査を担った二つの主体にそくして、調査にいたる政治過程について簡単に述べておきたい。

(1) 東亜研究所と華北農村慣行調査

調査の一方の母体となった東亜研究所とは、1938（昭和13）年に、企画院⁽²⁵⁾傘下の財団法人として設立された大規模な調査機関である。時の総理

大臣（近衛文麿）を研究所の代表（総裁）にあおぎ、日中戦争後の総力戦体制における「国策」の「科学的根拠」を「究明」することをその使命としていた⁽²⁶⁾。

東亜研究所は、1939年10月、第六調査委員会を発足させて「支那慣行調査」に乗り出すことになるが、その契機となったのは以下の三つのことである。第一に、もともと「支那慣行調査」については、東亜研究所が創立当初から、その計画をもっていたのであるが、第二に、当時学界にも同慣行調査を望む声があり、日本学術振興会⁽²⁷⁾第一常置委員会は、1939（昭和14）年2月、委員長山田三良の名で、近衛学術振興会会長宛に「支那の法的慣行調査を目的とする総合的研究機関設置に関する決議」を提出し、また、山田三良・松本蒸治・末弘巖太郎の三名は、連名で、平沼前総理および柳川興亜院総務長官宛に「右総合機関の設置」の上申書を提出していた。そして、第三に、最終的には、こうした学界からの要望が興亜院⁽²⁸⁾（日中戦争中に対中国政策を一元的に処理するために軍部の主張によって内閣に設置された機関）を動かし、興亜院からの要請を受けて東亜研究所が「支那慣行調査」のための第六調査委員会を設置することになったのである⁽²⁹⁾。このような経過からわかることは、東亜研究所の「支那慣行調査」は、日中戦争開始後の対中国政策という「国策」を、その最前線で遂行するために時の政府・軍部によって企画された植民地・占領地支配政策そのものであったこと、また、末弘巖太郎は当初からその政策に深く関与していたということである。

調査の具体的な方法としては、法的慣行調査については、主として東京帝国大学関係の法学者を中心に第六調査委員会内の学術部委員会があたることにし、経済慣行調査については、京都帝国大学経済学部別に別の委員会を作って、そこがあたることにした。こうして、法的慣行調査は、学術部委員会の委員長山田三良の下、第一部土地法を末弘巖太郎、第二部商事金融を田中耕太郎、第三部家族および村落を末弘巖太郎、第四部都市・土地を山田三良・我妻栄をそれぞれ責任者として出発した。このような経過と編成からみると、華北農村慣行調査とは、東亜研究所第六調査委員会が実施することになった「支那慣行調査」のうち、法的慣行調査を担当した学術部委員会の第一

部と第三部の仕事であることがわかる。また、このような華北農村慣行調査を実際に遂行する学術部委員会の陣容は、末弘巖太郎の下、平野義太郎、仁井田陞、福島正夫、戒能通孝、磯田進、徳田良治などであった。

(2) 満鉄調査部と華北農村慣行調査

東亜研究所に対応し、現地において実際の調査を担ったのは、満鉄調査部北支経済調査所であった。満鉄調査部についてはすでに述べたが⁽³⁰⁾、同調査部は、その後調査課と名称を変え、いわゆる「満州事変」勃発後の1932（昭和7）年1月に、その調査課も、新たな満州支配のための総合調査機関を必要とした関東軍の要請にもとづいて、總裁直属の経済調査会に改組された。この経済調査会は、1935（昭和10）年以降、日本の華北侵略に対応して、その調査範囲を華北一帯に拡大し、その活動は、国策的性格を強めていった。その後、経済調査会は、1938（昭和13）年に調査部と改称され、さらに翌39（昭和14）年の機構改革によって、いわゆる大調査部が成立することになる。満鉄調査部が、東亜研究所からの依頼を受けて「支那慣行調査」に取り組むようになるのは、この調査部から大調査部への機構改革がなされる1938（昭和13）年から1939（昭和14）年にかけてのことであった。

このように、満鉄調査部が慣行調査に取り組む直接的な契機となったのは、東亜研究所からの現地調査の依頼であったが、満鉄調査部側でも、慣行調査の必要性が叫ばれる事情が存在した。それは、1937（昭和12）年の日中戦争の勃発とその後の拡大によるわが国の華北地域に対する軍事支配の伸張である。とくに、多くの日本人が同地区に新たに植民者として流入し、わが国の資本の活動が活発化したことによって、日中両国人間に様々な紛争を惹起したことは、満鉄調査部の一部の調査員による慣行調査の企画へと導いた⁽³¹⁾。しかも、こうした満鉄調査部の企画は、当時の興亜院に一定の影響を与えたと考えられる。というのは、当時の興亜院・東亜研究所担当官は満鉄経済調査会第五部から転出した赤塚正朝であり、事実、赤塚調査官は、興亜院の企画意図を、満鉄調査部の慣行調査必要論と呼応するかのよう、次のように述べていたからである。「東研ニ依頼シタノハ対支政策ニ資スル為

テアッテ法律的トカ経済的トカ分レルモノテハナイ。日本人ノ進出スルニ付テ摩擦ヲ少ナクスル為支那側ノ遣り方ヲ知ッテ置ク必要カアリソノ為ニ慣行ソノモノヲ調査スルノテアル」⁽³²⁾。

満鉄重役会が「支那慣行調査計画」を決裁したのは、1940（昭和15）年4月、実際に調査が始動したのは、北支経済調査所内に慣行調査班が設けられ、そこに主任杉之原舜一ほか必要な調査員の配置を完了した同年の夏以降であった。

（3）末弘厳太郎と華北農村慣行調査

以上のような政治過程を経て開始される華北農村慣行調査の指揮をとったのは東京帝国大学教授、末弘厳太郎であった。すでにみたように、末弘は、1939（昭和14）年の初頭、山田三良、松本蒸治とともに、「支那慣行調査」のための総合的研究機関の設置を呼びかけていた。東亜研究所第六調査委員会は、こうした働きかけを一つのきっかけとして設立されたものと考えられるが、末弘自身は、山田三良等との呼びかけより以前、東亜研究所が設立された直後の1938（昭和13）年10月号の『法律時報』誌上に、「支那に於ける法的慣行調査の必要」と題する一文を寄せていた⁽³³⁾。これは、われわれが目にするのできる最も早い時期の慣行調査への「呼びかけ文」である。末弘は、そこで次のような興味深い主張をおこなっている。

第一に、末弘は、中国における法的慣行調査の必要性を、いわゆる「支那事変」（日中戦争）勃発以後の政治的文脈に明確に位置づけて主張していた。

末弘は、次のように主張した。①「我国が今後如何なる形で支那の政治に関係してゆくかは今から適確に之を予測し難い」が、「其関係は部分的に今日既に初まっている」のであるから、「それ等の関係を円滑ならしめる為めに今日から用意されねばならない事柄は多い」し「吾々法律家の目から見ても是非共必要なりと考えられることは一日も速に支那民衆の間に行はれつつある法的慣行を精細に調査することである」。その上で、②「之（法的慣行）を尊重し之を利用しつつ彼等との関係を調節してゆくことこそ最も重要な用意であり」、「凡そ人を知らずして政治を行はんとする位無謀なことはあり得

ない」。さらに、③「仮に百歩を譲って、此種の調査が政治的には何等の価値をもたないと仮定しても、従来大に調査すべくして十分調査され得なかった支那民衆の間に行はるる法的慣行を此際大規模に調査することは学術的に大いに意義のあること」である。

ここでは、中国における法的慣行調査の学術的意義に先だって、その政治的意義が強調されていることに注意する必要がある。末弘自身は、「支那事変」以降の占領地統治に資するという明確な政治的意図をもってこの調査を提唱したのである。

第二に、末弘は、以上のような政治的意義をもった中国における法的慣行調査の必要を、学問的には、彼自身の「法律社会学的眼光を以て」基礎づけていた。

すなわち、「法律社会学的眼光を以て現実の社会関係を子細に観察して見ると、政治的意義に於ける法と社会との関係は寧ろ著しく観念的であって、現実の社会的法律は別に其社会独自の法的慣行に依って与えられている事例を随所に見出すのであって、其法的慣行こそエールッリヒが法律社会学の研究対象なりとする『生きた法』に外ならない」のであり、したがって、「かくの如き法的慣行が政治的意義に於ける法と離れて独自の存在し、そうして当該社会に具体的規律を与へるものとして重要な価値をもつ」ことになる。この点は、「政治力が十分民衆の間に透徹していない国々に於いて特に顕著」であり、中国もその例外でない。つまり、「中華民国には既に前々から法典があり、裁判所の設備又亦一応整って居けれども、法典の規定する所が民衆の間に浸透している程度は今尚我国などとは全く比較にならない程低いのであって、現実社会の規律としては法的慣行が遙かに強い力を以て民衆の間に行われている」のであり、中国を知るためには、まさにそうした法的慣行調査が必要となる。

ここにはすでに、「法律社会学」という用語が登場しており、調査事業への具体的ななかかわりのなかで熟して行く末弘の法社会学理論の萌芽が示されていることに注目しておく必要がある。末弘は、同じ『法律時報』誌上で、調査の政治的意義を強調するからこそ、「支那民衆の間に行われている生き

た法律を事実について科学的に研究すること」が重要であるという趣旨のことを述べていた⁽³⁴⁾。末弘にあっては、中国社会の現実的把握という政策目的と、中国における「生ける法」（「法的慣行」）の研究という「法律社会学」的主張とは表裏一体であったといつてよい。

第三に、末弘は、かかる調査の必要を説いただけでなく、調査遂行のための組織について、具体的な提案をおこなっていた。

すなわち、「調査成績の良否は一に調査機関の人的構成如何と調査方法の適否如何とにかかっている」として、「何よりも先ず法的慣行が政治的意義に於ける法とは別に現実の社会的規律として存在することを認識し得べき法学者特に法律社会学の素養のある法学者を動員せねばならない」としていた。そして、このような調査機関を実際に組織できるのは、「学術振興会の如き、又最近特に設立された東亜研究所の如き機関」であるとして、そこが「一日も速に此種事業の重要性を認識して此種調査機関の組織に着手せんことを切に希望してやまない」と結んでいた。

この末弘の調査への「呼びかけ」がどの程度影響力をもったかは不明である。しかし、驚くべきことは、結果的に、華北農村慣行調査がほぼ末弘の「呼びかけ」の線で実現することである。すなわち、東亜研究所は、末弘等の呼びかけの後、慣行調査を遂行するために第六調査委員会を設置し、また、農村の法的慣行調査に関する限り、末弘を指導者として、当時の「法律社会学の素養ある法学者」（戒能通孝、福島正夫、磯田進、平野義太郎、仁井田陞、杉之原舜一など）を「動員」し、末弘自身の「法律社会学的眼光」にもとづく調査方法によって実際の調査を実現することになるのである。

このように、華北農村慣行調査開始への政治過程の中で、調査目標と方法を練り上げたのは末弘巖太郎であったのであり、末弘の調査理論が華北農村慣行調査の「法の移植」論からみた、台湾旧慣調査や満州旧慣調査とは異なる独特の性格を形作ることになる。

2 「法の移植」論からみた華北農村慣行調査

末弘は、第六調査委員会が正式に発足する前の1939（昭和14）年の春から

夏にかけて、台湾旧慣調査にかかわる『台湾私法』や『清国行政法』、満州旧慣調査報告等の先行調査文献や当時の中国の実態調査報告や経済関係、法律関係の諸文献を読破し、慣行調査への準備をすすめていたといわれている⁽³⁵⁾。末弘は、こうした準備の上で、調査方針を練ることになるが、かかる調査方針をはじめて体系的に表現したのが、「調査の根本方針に関する覚書」であるといわれている⁽³⁶⁾。

この「覚書」は全4項目からなる簡潔なものであるが、「法の移植」論の観点から重要なのは、「覚書」第3項である。そこで、末弘は次のように述べていた。すなわち、「調査研究の結果得られたものを系統的にまとめ上げてゆくに付いては、概念構成を明確にする必要あるところ勿論なるも、軽々しく欧州法学系統の概念構成に捉はれることは最も慎むべきことである。又、調査の結果得られた特殊の事情を強いて既成の概念体系の中に押し込むことも極力之を避けねばならぬ。本調査は法律制定の準備事業として之を行ふにあらずして、支那社会の真相を理解する目的を以て行はるるものであるから、無理に事を分類せんとするより寧ろ常時事の本体を捉へることに注意を向けるべきである。」⁽³⁷⁾

このように、末弘は、慣行調査にあたって、「軽々しく欧州法学系統の概念構成に捉はれること」を厳しく戒めているが、この点は、末弘が台湾旧慣調査に加えた最大の批判点であった。そして、その意味するところは、「法の移植」論からいえば、調査の目的が、台湾旧慣調査のような「法律制定の準備事業として之を行ふにあらず」と述べているように、日本法の移植による統治をめざした調査ではなかったとういことであった。では、調査の目的は何であったのか。それは、「覚書」第1項にあるように、「支那の社会が如何なる社会規範に従って組織されているのか、如何なる社会規範に従って規律せれつつ社会生活の諸関係が構成され、又、動きつつあるかを精確に摘出する」ことであった。つまり、末弘にとっての調査の目的とは、日本法の移植のための条件の析出ではなく、法的慣行を含めた社会規範を摘出することによって統治対象の社会を理解することであったのである。

3 「法と社会の理解」からみた華北農村慣行調査

では、法を通じて社会を理解するという末弘の調査論とはどのようなものであったのだろうか。後に彼の法社会学理論に結実する調査方針は、「調査方針等に関する打合事項」⁽³⁸⁾にみることができる。この文書は、調査の目的・対象・方法の三つの部分に分かれている。

(1) 調査の目的について

調査の目的は、「支那社会に行われている慣行を明らかにするに依って其社会の特質を生けるがままに描き出すこと」(18頁)である。したがって、すでに「法の移植」論との関係で紹介したように、「立法乃至行政の参考資料を得ること」が目的ではない。ただし、「社会の特質」に迫るといっても、その方法は多様でありうるので、ここでは、「社会学者の社会調査」との差異を明らかにすることによって、末弘の独自性を強調している。すなわち、彼によれば、「吾々に課せられた任務は法的慣行の調査にあるから」「社会学者の社会調査」のように、「単に社会関係の構成形成を究明するを以て満足する」わけではないとする(18頁)。はたして、「社会学者の社会調査」がこのようなものか、「構成形成」とは何かなど不明確なところもあるが、いずれにせよ、末弘が言いたかったのは、「寧ろ社会関係を規律し成り立たしめている法的慣行即ち法規範を明らかにするに依って其实質的組織と動的機構とを明らかにすることに力める」(18頁)ところにあった。

なお、末弘は、以上の叙述でもわかりにくいと思ったのか、それに続けて、家族組織の例をあげ、目的からくる調査の特質を次のように述べている。すなわち、「例えば、家族構成の実態を調査するについても、単に家族の構成員数居住状況其他外形的構成にのみ着眼することなく、寧ろ主として家族内部に行はるる規律乃至権威の関係、扶養の関係等に関する人々の規範意識が如何なるものであるかに留意すべきであって、ここにこそ法的慣行の調査を通して中国社会の特質を知らんとする本調査の特徴が存在するのである。」(18頁)。ここには、社会を構成する様々な集団内の人と人の関係がどの

ようなものであり、それがいかなる規範あるいは規範意識によって支えられているのかを明らかにすることによって、その社会の特質に迫ろうとする末弘の考え方が明確に示されていた。

(2) 調査の対象について

以上のように、末弘の調査の目的が「支那社会に行われている慣行を明らかにする」ことであるとすると、調査の対象は、「中国に於ける社会諸関係を現実に規律し成立たしめている」(18頁)すべての規範ということなる。しかし、このように言う、調査対象は余りに漠然とするので、末弘は、調査対象を確定するにあたっての留意点を次のように述べている。

第一に、調査対象は、法的規範一般ではなく、「現在の中国社会に実効性をもっている法規範」(19頁)である。問題は、何をもって「実効性をもっている」ということができるのかであるが、制定法に関する「歴代諸朝の制定法に源を発しつつ而かも現に紳士階級の力を通じて社会的に実効性をもっている法規範は法的慣行の調査上看逃すべからず重要物であると考えねばならない」(20頁)という記述や、「判例の研究を通じて社会的に実効性を有する法的慣行を見出しうるのは勿論であるが、例えば一定のことが判例として確立していても、単にそれが裁判所に於いてはかくかくに取扱はれていると言ふだけのことであって現実的法律として社会に何等影響を及ぼしていない場合には、直に之を法的慣行の根拠として重視すべきではない」(20頁)という記述は、末弘が実効性のメルクマールを現実の機能にみていたことがわかる。

しかし、このように、現実の機能で調査対象たる法規範をしぼって行く考え方に対しては、当然、法的規範と他の社会規範の区別をあいまいにするという批判が加えられる可能性があった。末弘は、こうした批判を予測して、「法規範とその他の社会的規範との関係に付いて考究を要する問題」という一項をおこし、そこで、法規範と「徳義的・儀礼的・宗教的等各種の規範」との区別の困難性と不必要性を説いたうえで、次のように述べていた。「特に中国社会に於いては、宗教其他の規範が現実社会関係を規律し成立せしむ

るに付き極めて強い力をもっているから、絶えず其点に留意して調査に当る必要があると思ふ。吾々から見れば迷信と考えられるようなものであってもそれが社会的規律要素として実効性をもっている限り、調査の外に逸脱せしめてはならないと思ふ」（19頁）。このように、「迷信」であっても、それが「社会的規律要素をもつて実効性をもっている限り」調査対象となるのであって、その意味で、調査対象たる法規範にはなお広汎な内容が包含される可能性があった。

第二に、調査対象確定の理論問題として、法規範の実効性をどのようにして測るのか、また、そのための方法とは何かという問題があった。この点についても、末弘は、「法的慣行は如何なる態様に於いて存在するのかの問題」という一項をおこし、そこで、有名な「不連続線の渦流」論を展開することとなる。次のようにいう。

「法的慣行は所謂『生きた法律』に相当するものであるから、元来固定不動の形に於いて存在するものではなくして、現実の生活と共に流動的に生きているものである。伝統的に従って固定的傾向をもつ在来の秩序と日に日に生成して已まない新しい社会形成力との接触面に不連続線の渦流の形で発生し動きつつあるものこそ法的慣行存在の実相に外ならないのである。殊に現在の中国に於けるが如く、一面に於いて遠い過去に由来する伝統的要素が依然として力強く残って居り、而かも他面に於いて政治的、経済的其他各種の原因から日々起生しつつある革新的要素が力強く働いて居る場合に付いては、其処に発生する渦流の広さ及び動きも相当大きいものと考えねばならないから、それを記述的に捉へるについても不絶其点に留意し、伝統的なものと革新的なものとの相争ふ様を書きつつ、実相を動きのままに書き出すことに全力を尽くす必要がある。死滅しつつある法的慣行、起生しつつある法的慣行、それ等をその動きつつある方向に留意しながら書きだすことが吾々にとって最も重要な任務であると言わなければならない」（19頁）。

（3） 調査の方法について

最後に末弘は、調査の方法について「特に重要なりと考へられる事柄を列

記」しているが、その中でも、本調査の目的は「法的慣行を資料として中国社会を書き出すこと」であって、「立法資料を得る為」ではないのであるから、なるべく「既成の法的概念」にとらわれてはならないという点に注意を促している。「既成の法的概念を以てすると補足し難い事例に直面したならば、事実を事実としてそのまま記述すべきである。強いて概念構成を為さんとし、それが為め反って事の真相を逸するが如きことがあってはならない」と明確に述べ、具体例として、次のような問題にふれていた。「例えば、一定の慣行的永佃が分割所有権であるかどうかと言ふやうなことを判断するについては、先ず分割所有権とは何かと言うこと、分割所有権なりや否やを判別する規準如何等を十分に検討してかかる必要があるから、資料蒐集に当っては寧ろ事実を事実として如実に捉へ記述する用意が望ましく、軽々しく概念的断定を下すことは大いに慎まねばならぬと思ふ」(21頁)。

このようにして、日本法の移植のための「立法資料を得」ることを目的とした調査ではなく、法的慣行を通じて当該社会を認識するという末弘の「法と社会の理解」の調査の方法が確立することになる。

V むすび——戦前の慣行調査の教訓

以上、戦前の慣行調査について、華北農村調査を中心に、先行の台湾旧慣調査や満州旧慣調査との比較を交えながら、それぞれの①政治的・実践的性格からみた問題、②「法の移植」論からみた問題、③「法と社会の理解」からみた問題を検討してきた。最後に、戦前の慣行調査は現在の「法整備支援」に何を問いかけているのかという角度から「まとめ」を行っておきたい。

戦前の慣行調査の一つの到達点である華北農村慣行調査の意義は、いうまでもなく、その生み出した学問的成果そのものであるといつてよい。調査結果の一部を纏めた『中国農村慣行調査』全6巻は、中国法研究の宝庫であるといわれている。問題は、なぜこのような成果が可能になったのかであるが、それは、この調査が、政治的・実践的性格としては、台湾旧慣調査、満

州旧慣調査と同様、植民地（占領地）調査の系譜を引きながら、なお、植民地（占領地）統治のための立法ないし行政の参考資料をうるという安易な「法の移植」論を拒否し、中国社会そのものを法的慣行の側面から捉えるという「法と社会の理解」に徹底したからであろう。戦前の慣行調査から現在の法整備支援に引き継ぐ教訓があるとすれば、それはまず、華北農村慣行調査のかかる「ねらい」であり、そして、かかる「ねらい」を具体化した調査の「方法」であろう。では、その「方法」とは何か。それは、末弘が、中国社会を法的慣行の側面からありのままにつかむために、①西欧近代法的概念による分析を極力避け、「生ける法」分析に徹底したということであり、②その「生ける法」の内容を「伝統的要素」と「革新的要素」の対抗の中で動的に把握しようとしたことである。このような末弘の方法が、現代の「法整備支援」にどこまで有効であるのかについては慎重な検討が必要であるが、「法整備支援」の学問戦略の一つの出発点を提供していることだけは確かであろう。

以上は、現在の「法整備支援」が戦前の慣行調査、とりわけ華北農村慣行調査の積極面から引き継ぐべき教訓であるが、他方、それら戦前の慣行調査の否定的な側面からも引き継ぐべき教訓がある。それは、戦前の慣行調査は、すべて植民地（占領地）調査であり、したがって、国策から自由ではなかった。問題は、国策から自由ではない植民地（占領地）調査の限界とは何かであるが、それは、末弘の方法をもってしても、法的慣行の側面からありのままの中国社会を描き出すことは出来なかったということである。サーベルを背後に持った調査では、調査者が「中国社会に無限の愛情を感じこの社会の実態を学術的に究明しようとする熱意と学問的良心がある学者」⁽³⁹⁾であったとしても、中国の民衆は彼等に真実を吐露しなかった。とくに、「伝統的」な法的慣行は取り出せても、「革新的」な法的慣行は結局のところ取り出せなかったといわれている⁽⁴⁰⁾。したがって、「生ける法」を「伝統的要素」と「革新的要素」の対抗の中で捉えようとした末弘の方法はそれとして貫徹しなかったといっていよい。かくして、戦前の慣行調査が問いかけるものは単純なことであるように思われる。すなわち、いかに卓抜して精緻な方

法をもってしても支配や統治のための慣行調査は、対象国（地域）の「法と社会」の「真相」を明らかにすることはできないということである。法整備支援に求められているのは、国策から自由な学問戦略を徹底して追及し、対象国（地域）の法と社会の理解を一步でも二歩でも進めることであろう。

- (1) 本稿は、これまで私が行ってきた戦前の慣行調査研究を、早稲田大学比較法研究所での報告にあたって、「『法整備支援』に問かけるもの」という視角からまとめたものである。したがって、別の角度から書いたものではあるが、戦前の慣行調査に関する以下の二つの拙稿と重複する部分があることをお断りしておきたい。石田眞「戦前・日本における『アジア法』研究の一断面」『名古屋大学・法政論集』第132号（1990年）35頁以下、同「植民地支配と日本の法社会学」『比較法学』第36巻1号（2002年）頁以下。
- (2) 戦前の慣行調査としては、台湾旧慣調査や華北農村慣行調査の他に、朝鮮、安南といった地域を対象とした慣行調査も存在した。したがって、戦前の慣行調査という場合には、それらを全体として総括し、それが現在の法整備支援に何を問いかけているのかを検討しなければならないのであるが、現在の筆者にはそれをなすための準備がない。そのため、本稿では、戦前の慣行調査としては、その全てではなく、台湾旧慣調査、満州旧慣調査、華北農村慣行調査に限定して検討を行っている。
- (3) 法整備支援の多様な形態を、その実施主体に着目して整理したものとして、鮎京正訓「『法整備支援』とは何か？それをどう考えるか——『近代日本の範』と今日の課題」『社会体制と法』創刊号（2000年）17頁—18頁。
- (4) 法整備支援の多様な形態の中でも、ODAとしての法整備支援を強調するものとして、鮎京・前掲論文・注（3）18頁、三ヶ月章「アジア諸国の法整備支援に対する支援と協力—法学者による若干の感想と展望」『法律のひろば』2001年10月号44頁—45頁がある。
- (5) JICA アジア第1部インドシナ課「ODAによる法整備分野の援助戦略について」（ディスカッション・ペーパー、2001年）4頁。
- (6) ベトナムでは、民法典が施行された後、それがどのように社会に影響を与えたのか、また与えなかったのかの法社会学的な実態調査が行われたという。その点に関しては、森島昭夫「『法整備支援』と日本の法律学」『比較法研究』第62号（2001年）129頁。
- (7) 「知的支援」とは、「一国の制度や政策の形成に関する支援」のことである。『ODA白書』1997年版、上巻、107頁。

- (8) 「体制移行国」とは、ODA 白書によると、「社会主義体制から民主主義・市場経済体制へ移行しつつある諸国」を指し、具体的には、モンゴル、中・東欧諸国、中央アジア・コーカサス諸国、ベトナム、中国などである(『ODA 白書』1999年版、上巻、91頁)。なお、法整備支援の対象としての「体制移行国」については、鮎京正訓『「法整備支援」の実際と理論』『比較法研究』第62号(2001年)109頁—110頁を参照。
- (9) なお、ODA としての法整備支援の詳細については、鮎京・前掲論文・注(3)18頁以下、松尾弘「開発法学と法整備支援の理論化」『横浜国際経済法学』第11巻1号(2002年)59頁以下、山田美和『「法整備支援」の論理についての一考察—世界銀行と日本政府開発援助』作本直行編『アジアの経済社会発展と法』(アジア経済研究所、2002年)132頁以下を参照。
- (10) この点を指摘するものとして、戒能通厚「総論：『法整備支援』と比較法学の課題」『比較法研究』第62号(2001年)69頁—70頁。
- (11) この点を指摘するものとして、鮎京正訓「立憲主義憲法学とアジア」『法律時報』第73巻6号(2001年)78頁。
- (12) 鶴見祐輔『後藤新平』(勁草書房、1965年)第2巻、39頁。
- (13) この点、後藤は、1901(明治34)年1月の新聞紙上(東京日日新聞の1月1日号および6日号)に、「台湾経営談」と題して、台湾経営上、旧慣制度の調査が必要であるということを詳細に説いていた。これは、新聞全二面にわたる長大な論文であるが、その要旨は、福島正夫「岡松参太郎博士の台湾旧慣調査と、華北農村慣行調査における末弘巖太郎博士」『東洋文化』第25号(1958年)27頁以下に掲げられている(『福島正夫著作集』第6巻、395頁以下にも再録されている)。例えば、次のような一節がある。「若し此旧慣制度にして明かならざれば、今日此台湾の統治上、法制の確立、経済の改革を論ずるも、能く新領土に適して、成功を期することが出来ないと吾輩は信ずるのである。テ此法制の確立と云ふことと経済の改良と云ふことに付て、二点に分けて並に論じて、如何に旧慣制度の調査の必要を感じるかを明かにしようと思うのである。」なお、中村哲「植民地法」『講座日本近代法発達史』(勁草書房、1958年)第5巻200頁以下も参照。
- (14) 岡松参太郎は、『無過失損害賠償責任論』(1916年)で有名であるが、彼の人と業績全体については、牧野英一「故岡松博士の憶い出」『法学志林』第24巻2号(1922年)121頁以下、福田徳三「台湾私法の完成」『国民経済雑誌』第12巻3号(1912年)67頁以下、福島・前掲論文注(13)22頁以下を参照。
- (15) 臨時台湾旧慣調査会第一部会調査第三回報告書『台湾私法』第一巻上「叙言」1頁—2頁。
- (16) この点は、福島・前掲論文注(13)34頁以下を主に参照した。
- (17) 同上、35頁。

- (18) 満鉄調査部については、草柳大蔵『実録満鉄調査部』（上・下）（朝日新聞社、1979年）が有益である。
- (19) この間の経過については、鶴見・前掲書第2巻注（12）704頁—705頁を参照。
- (20) 旧慣調査班は、当初、宮内季子主任の下、花岡伊之助、野村潔己、原邦造、天海謙三郎、亀淵瀧長の六名で構成され、宮内主任は、台湾旧慣調査にも参加していた。原覚天『現代アジア研究成立史論』（勁草書房、1984年）480頁。
- (21) 福島・前掲論文注（13）38頁。
- (22) 「中国旧慣の調査について—天海謙三郎氏をめぐる座談会」『東洋文化』第25号（1958年）82頁—84頁。
- (23) 福島・前掲論文注（13）39頁。
- (24) 利谷信義「戦前の『法社会学』」川島武宜編『法社会学講座』第2巻（岩波書店、1972年）238頁。『中国農村慣行調査』に関する外国人の研究については、福島正夫・安藤鎮正・旗田巍「解放前中国農民の実態調査と農民経済の展開——R. H. Myers, The Chinese Peasant Economy: Agricultural Development in Hopei and Shantung, 1890-1949をめぐる」『アジア経済』第12巻10号（1971）81頁以下参照。
- (25) 1937年に創設された内閣直属の総合国策立案機関。日中戦争開始後の総動員体制の企画立案を行った。
- (26) 近衛文麿は、東亜研究所の開所式典において、次のような挨拶をおこなっている。「現下ノ支那事変ノ善後ヲ処理シ、東亜将来ノ大計ヲ確立スルコトハ我々日本国民ニ課セラレタル重大ナ使命デアリ」「一国ノ国策ハ確乎タル科学的研究ニ基礎ヲオカネバナリマセン。本研究所ノ使命ハ又正ニカカル科学的根拠ノ究明ニアルト信ジマス。」『東亜研究所報』第1号（1939年）68頁。
- (27) 1932（昭和7）年に文部省管轄の財団法人として設立された学術研究の援助奨励ための機関。現在同名の機関が存在するが、それとは別ものである。
- (28) 興亜院は1938（昭和13）年12月に設置され、総理大臣を総裁、外務・大蔵・陸軍・海軍の4大臣を副総裁とし、外交を除いて中国で処理を要する政治・経済・文化に関する政策の立案・実施、国策会社の監督等にあたることとされた。総務長官に柳川陸軍中将、政務部長に鈴木同少将が任命され、興亜院をつうじて陸軍の政策が推進された。
- (29) 東亜研究所・第六調査委員会が「支那慣行調査」に取り組むようになる経緯については、『東亜研究所報』第4号（1939年）151頁—152頁を参照。
- (30) 本稿83頁参照。
- (31) 野間清「中国慣行調査、その主観的意図と客観的現実」『愛知大学国際問題研究所紀要』第60号（1977年）4頁。
- (32) 調査部総合課『支那慣行調査打合会會諸會議議事録』（昭和14年12月11日）35頁。

- (33) 『法律時報』第10巻10号（1938年）2頁—3頁。以下の引用には、とくに頁数を記さない。
- (34) 末弘厳太郎「昭和14年を迎ふ」『法律時報』第11巻1号（1939年）3頁。
- (35) 福島正夫「中国農村調査と法社会学——とくに末弘博士の法社会学理論を中心として」『福島正夫著作集』第6巻〔比較法〕（1995年、勁草書房）355頁。
- (36) 同上・367頁—369頁。この「覚書」は、平野義太郎、福島正夫などの調査関係者にのみ回覧されたものである（367頁）。
- (37) 同上・368頁—369頁。
- (38) この「調査方針等に関する打合事項」は、「調査方針等に関する覚書」と表題を変えて、中国農村慣行調査刊行会編『中国農村慣行調査』第1巻（岩波書店、1952年）17頁以下に収められている。本文における引用頁数はこれによる。
- (39) 「解題」（平野義太郎執筆）、注（37）『中国農村慣行調査』第1巻、12頁。
- (40) 小口彦太「『中国農村慣行調査』をとおしてみた華北農民の規範意識」『比較法学』第14巻2号（1980年）3頁。

[付記]

本稿脱稿後、久保秀雄「近代法のフロンティアにおける『文化的他者』についての知（一）（二）」（『法学論叢』第153巻4号（2003年）92頁以下、同第153巻5号（2003年）101頁以下）に接した。本稿と関連するテーマを扱っている。あわせて参照されたい。