

ヨーロッパにおける法の継受の観点から ——滝沢報告へのコメント

笹倉秀夫

滝沢氏の報告「比較法学からみた日本法のアイデンティティ」（以下、滝沢報告と言う）は、日本の法形成の歴史・法文化に関連させて、日本における法の継受の特徴を明らかにした。本コメントは、これをめぐって、〈滝沢報告が提起した諸論点は、ヨーロッパの法継受に関してはどう位置づけられるか〉を考察しようとするものである。滝沢報告のうちでは、とくに「5 特徴その4：上からの改革」および「6 特徴その5：生ける法の並存」に関係する。

滝沢報告は、日本における〈上からの法継受〉を強調した。しかし、私見によれば、法の継受ないし法革新は、日本に限らずだいたいの場合、多かれ少なかれ〈上からの法継受・法革新〉として始まる。ヨーロッパでも同じである。違うのは、ヨーロッパの場合、市民社会（本稿では〈国家介入から比較的自由な経済・社会生活の世界〉という意味でこの語を使う）の形成・発達にともなって、市民生活を支持する法学・法実務が強まり、その結果、法がやがて〈市民社会の法〉となっていったのに対して、日本の場合は、これが未だ完全には実現しておらず、課題として残っている点である。以下、このことを確認する作業を行う。

1 古代ローマ法の継受

11世紀に古代ローマ法がイタリアに継受されたとき、その出発点を規定したのは、法王と神聖ローマ皇帝との思惑であった。法王は、カノン法の強化のためにも、また東方正教会の文化——ラヴェンナに拠点をもっていた——に対抗するためにも、ボローニャでの法学教育を奨励した。神聖ローマ帝国皇帝は、皇帝権強化にとって皇帝法である古代ローマ法が好都合だと判断したので、同様にボローニャでの法学教育を奨励した。ボローニャは1116年に自治都市となったが、そこで教えた

法学者たちは、皇帝支持の立場を鮮明にしたのであって、当初は皇帝権の浸透に軍配が上がったのである。また、イタリア各都市の権力者やアルプス以北の諸地方の支配者たちにとっても、ポローニャで法学を学んだ若者たちを使うことが、施政上で重要であった。ここでの法継受は、国家のイニシアティブによって組織的に始まったわけではないので、近代的な意味での〈上からの継受〉とは言えないが、以上の点では、当初は〈上からの〉の要素もかなり強かったのである。

古代ローマ法の継受は、しかしその後のイタリア自治都市の発展にともない、〈下から〉の様相を強めていく。すなわち、法学者たちが、やがて自治都市での市民の生活を支える立場から、法の理論化を進めだしたからである。とくに、コメントトレンに属す法学者たちは、継受された古代ローマ法だけでなく、地方の慣習法を評価しその学問的整備に努力もした。かれらに先立って、注釈学派に属す人々が、各地に招かれ、その地方の慣習法の編纂に寄与もした。たとえば、イギリスに招かれたヴァカリウスは、人民の法としての慣習法の意義を説いたし、1150年頃にスペインのバルセロナで慣習法の編纂によってできた『ウサトヘス』(Usatges)も、ポローニャから来た法学者によるものであった(今野国雄『西洋中世世界の発展』, 岩波全書, 1979年, 193頁以下)。こうした動きは、1220年頃からのヨーロッパ各地での慣習法編纂を励ました。その成果が、1220年頃の『ザクセン・シュピーゲル』, 1274・75頃の『シュヴァーベン・シュピーゲル』, 1280年頃の『ボーヴェジ慣習法』などである。

このように市民生活の充実ともなって、それと結びつく方向に法学が市民化し、その結果、継受法の市民化、〈下からの法の継受〉が進展するのである。

2 近世ドイツにおける古代ローマ法の継受

中世後期、ドイツにローマ法が継受されるときには、当初は領主・領邦君主のイニシアティブが大きかった。かれらは、①ローマ法が君主による上からの統合を原理にする法であると見ていたし、②それが農民や都市の法慣習・自治法を破って領主的利益を貫徹させる上で有効であると判断した(農民のアルメンテヤ狩猟・漁撈権などを一物一件主義のローマ法によって破る法実務がその典型である)。③また、かれらが「紀律化」を進める上でも、法と法実務の近代化が重要な役割を担った。こうした事情の下で、イタリアに送られた青年たちが帰国して法曹として珍重された。領邦君主は、やがて法曹を独自に養成するべく領邦内に大学法学部を創設するように

もなった。

しかし、法学者のなかには次第に市民社会と結びつく傾向が見られるようになる。すでにフライブルクのツァージウスは、中世的な権威を排して合理的な法学の形成をめざしたが、実務感覚もすぐれており、1520年に、フライブルクの都市法をローマ法的要素と固有法的要素とをともに尊重しながら改訂し直す作業を成しとげた。なかでも注目すべきは、コンリングである。かれが「ロータル伝説」を虚偽であるとしたことによって、継受ローマ法の権威は落ち、神聖ローマ帝国では、各地方に固有の法がまず妥当し、ローマ法は普通法として補充的に——固有法に欠缺や欠陥がある場合にのみ——妥当する」という原則が定着しだした。ローマ法のこの相対化によって、ドイツ固有法の要素をも加味し、実用志向を強めた「パンデクテンの現代的適用」への道が開かれたのである。

3 イギリスの法継受

コモン・ローの形成は、厳密な意味では法継受とは言えない。しかし、コモン・ローの形成は、征服王朝による新施策であるのだから、(上からの継受)の要素がないことはない。すなわち、ノルマンディ公ウィリアムによる征服のあと、ヘンリー2世は、中央集権化政策の一環としての司法改革によってコモン・ロー法制の基礎を築いた。王は、国王裁判所を強化し、その判決を一般法として上から強制していった。これは封建的な部分権力(領主や自治団体)の裁判権を崩すものであったが、貴族たちは、マグナ・カルタに見られるように、中央集権化そのものには反対せず、王の支配下で一定の特権・自由を確保する立場を取った。じっさい、コモン・ローは、やがてこうした貴族たちの権利擁護に有利なものとなっていった。

近世が近づくころ、チューダー朝のヘンリー7世およびヘンリー8世は、絶対主義的専制国家の建設に努め、その一環として星室裁判所を設置したりローマ法を継受しようとしたりして、コモン・ローの自立化に歯止めをかけようとした。しかし17世紀以降、ピューリタン革命に代表されるように、議会を中心にして王権に対抗する諸勢力が力をつけた。エドモンド・コークらは、王権に対抗するよりどころとして、マグナ・カルタやコモン・ローを「善き旧き法・権利」として持ち出した。同時に、この頃、コモン・ローの法曹たちが自己改革を進めていた。なかでもバリスターが、そしてその後にソリシターが成長し、二つの法曹が形成されたことが重要であった。かれらは、職業的な自治をもち、独自に法曹養成を行い、ジェントル

マンとして社会的地位をも高めた。こうして、王権の法とは別個の法曹法（判例法）としてのコモン・ローがさらに蓄積されていき、それらが、やがて成長してきた新しいイギリスの市民的・経済的生活を支えるようになった（以上については、J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 2. ed. 1979. 小山貞夫『イングランド法の形成と近代的変容』, 創文社, 1983年)。ここでも〈上からの〉法革新が、時の経過のなかで、市民社会の成長にともなって法曹の市民社会化をもたらし、〈下からの〉法革新になっていったのである。

4 19世紀の法

19世紀の始まりの時期にヨーロッパの各地で近代法が編纂された。プロイセンの一般ラント法、オーストリアの一般民法典、フランスの民法などがそうである。この現象は、継受そのものではなかったが、市民社会に上から（国家権力によって）法が持ち込まれた点では、事情は似ている（フランス革命戦争で占領されたドイツ地域には、フランス民法典が強制されたが、これは〈上からの近代法の継受〉そのものであると言える）。

ドイツの場合は、ティボー・サヴィニー論争でサヴィニーが勝った結果、〈法典編纂は、法曹が時間をかけて市民社会のなかでの法の定着を進め、それを法学に結晶化させることによって法典化していく〉かたちを採るべきだという方向が選ばれ、じっさい、19世紀の歴史はその方向で進展した。そのさい、19世紀ドイツ私法学は、概念法学と呼ばれる学問主義的な傾向をかなり強めたが、同時に実務との結びつきも *Aktensendung* や法学教育などをつうじて強めた。大学の法学者も、教養市民層として、近代化していく市民社会に結びつく体質もっていた。

それでも、私法学がそうした下からの声に十分に応えるようになるためには、さらに時間がかかり、19世紀の終わり近くまで待たなければならなかった。ドイツ市民法学の徹底には、第一にはギールケらによる「ゲルマン法」運動の提唱、第二にはエールリヒらの「自由法」運動ないし「生ける法」尊重への問題提起が、必要だったのである。

フランスは、近代法典としてナポレオン法典が着目されるが、じっさいにはそれほど〈下からの〉市民法が生きた社会ではなかった。革命後しばらく、法学は権力に従属させられ註釈学派というかたちでしか展開できず、その学問的独立には、ジェニーやサレイユの登場まで、かなりの時間がかかった。フランスでは市民社会も

また、自治を奪われ団体規制などを受けるなど官権の支配下に置かれた。加えて1830年、48年、70年の一連の人民蜂起が激しい弾圧にあったように、権力による暴力的な市民社会抑圧も強かった（革命により国家化した「市民社会」が、下からの新しい市民社会を抑圧した）。それゆえ法学と市民社会の結びつきによる新しい〈下からの〉市民法学・市民社会の法の形成には、かなり時間がかかったのである。

このように継受はたいてい〈上から〉行われるものである。それが、時間の経過とともに、その継受法が市民の経済・社会活動を促し、市民社会を形成させ、しかも法学がこの市民社会と結びつくことによって（市民法学の形成）、〈下からの法継受〉が本格化していくのである。しかしそれが起こるには、ときには相当の長い年月が必要である。先に見た事例と比較すると、日本の場合、明治の法継受からでもまだ、やっと100年が経過したばかりであり、〈本番は、これから〉ということかもしれない。20年や30年のスパンではなく、地球規模のタイム・スパンで考える必要があるのである。

しかしそれでも、日本の場合、この100年を見ると、今に至るまで継受が〈下から〉の契機を著しく欠いていることは、一つの特徴として挙げられよう。継受後に市民社会形成が順調には進まなかったのである。その原因は、①官憲主導の近代化に終始し、企業がそれに寄生したことたことにあり、②国家の近代化や経済活動の促進のために、「家」制度やボス支配、権威主義的な官僚制など古い制度が利用されたこと、③寄生地主制や家父長主義的な企業経営などが温存され、他方、新しい市民社会原理にもとづく運動や労働運動などが規制されて来たことなどにある。④法学の世界も権威主義的な要素・権力追隨の傾向が持続している。

明治の法継受が最初の「市民」的な要素の成長を経験したのは、大正デモクラシーの時期であった。1920年代の末弘巖太郎の市民法学の登場が最も注目される。しかしこの場合にも日本は、1930年代に入るや軍国主義・ファシズム化を強め、それゆえ、日本法学において市民法学が一般化するには、1945年以降の新しい時代を待たなければならなかった。その後、この新しい法学のなかで育った人々が弁護士として、継受法の市民社会との結びつきをかなり強めさせた。さまざまな裁判闘争も活性化した。しかし、司法部門の権威主義・形式主義は依然として強く、とりわけ、1970年代以降の司法反動化によって、司法の反市民社会的傾向が強まった。法学における実務追隨、市民との隔絶も、戦後法学の第三世代に再び強まっている。

こうした点で、日本における〈下からの〉法生活の形成は、なお課題として残されている。

滝沢報告が提示した、日本の法生活に見られる非西欧的な諸側面は、たしかに国民性（日本的風土）の影響が作用している結果であるとも言えるが、しかし他方では、〈上からの継受〉が〈下からの継受〉にまだ至っていない、それは今後に残された課題であるという点にも、深く関係しているのだと言えるのではなからうか。