

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（二）

福 島 正 夫

は し が き

I 世界文化史上の法継受の現象とその意義

（一）世界史における法の継受

（二）文化現象としての法の継受

（三）法の継受の政治的契機

II 社会Ⅱ経済の近代化におよぼす法の作用

（一）西欧ブルジョア社会における法と社会Ⅱ経済との関係

（二）後進的社会と先進的法

（以上前号）

III 日本における近代法継受の問題点

（一）西欧近代法の継受と日本の固有法文化

（以上本号）

III 日本における近代法継受の問題点

法の継受の諸問題を、世界文化史上の現象として、また近代的社会Ⅱ経済の形成発展との関連において、若干考察

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化（二）

してきた。本章では、このような一般的考察を前提として、日本でのこの問題に関する具体的検討に入りたいと思う。すなわち、近代日本の形成の過程で、西欧近代法が維新当初から継受されたことを、以上にとられた方法を用いて、具体的な分析をこころみようとする。

(一) 西欧近代法の継受と日本固有の法文化との関係

一

われわれは、一般に法の継受をまず第一に世界文化史上の重要な事件として検討した。これはいわば比較法史的な方法によったもので、とくにヨゼフ・コーラーにしたがって法の一般的な歴史 (allgemeine Rechtsgeschichte) を構想し、その流れのなかで鳥瞰図的に素描しようとしたものである。すなわちある国の法が、文化の状況をことにする他の国に体系的にとり入れられることとしてみている。まずこの視点からながめよう。

大づかみな観察によれば、法の継受が広範な規模にわたりかつ全面的になされたのは、史上三つを数えることができる。七世紀以降、中国法の周辺諸国への継受、一五・六世紀、ローマ法のドイツ諸国への継受、ならびに一九世紀、フランス法の欧洲・アジア・米洲諸国への継受である。このほか二〇世紀なかごろの、ソ連社会主義法の人民主義諸国への影響をこれに附加することもできよう。

このような法の継受の原因条件は次節にみることにし、文化的見地からすれば、ある国の進歩した法の文化が、これよりもおくれた法の文化をもつ国によって採用され、そこに流れこむ現象として観察される。両者は多かれ少なかれその一般文化の質をことにする。それを土台として、法の文化もちがってくる。⁽¹⁾

西欧法と日本法との関係は、法の文化としてはたがいによく異質のものとして扱われる。「東は東、西は西」(キップリング)というように常識的なこの異質性については、とくに法思想ならびに法意識のあり方において、具体的な考察を要する。本節ではこの点とくに注意をむけたい。

ところで、安政開国(一八五四年)によって西欧の文物、そのなかでも政治法律の制度が東洋の島国に知識として流れ入ったのは必然であるといわねばならない。この流入は、直接には一部洋学者のきわめて限定された範囲とはいえず、すでに尊王攘夷の時期にはじまっている。文久元年(一八六一年)加藤弘蔵(弘之)は西欧の政治制度を問答体で紹介した「隣草」を著し、翌二年には幕府派遣のオランダ留学生が長崎を出発してそのなかに西周助(周)や津田真一郎(真道)の姿があった。この両名はライデン大学でフィッセルングの政治経済諸学の教をうけ、慶応元年(一八六五年)帰国後、泰西国法論等の講義筆記を訳出刊した。それらは新しい日本に大きな影響を与えるものとなったのである。さらに同三年栗本錦雲は幕府の駐仏公使としてパリに赴任、翌四年(明治元年)には幕府が倒れて帰国するが、その間の見聞を叙述し明治二年に出版した「曉窓追録」のなかで、フランス法がとりわけすぐれていること、フランス法の諸国への継受の状況を左のようにのべているのは、注目に値しよう。「字漏生伊太利荷蘭は班牙等旁近ノ数大国皆此書ニ頼リ各其自国ノ律書ヲ改定シ遂ニ英国ノ律書ハ『ナポレオンコード』ニ依リ定メサルヲ不得ト云ニ至レリ」⁽⁴⁾。一九世紀中のフランス法継受という大勢をみた錦雲は、仏法典邦訳の必要を痛感し、これに着手したのである。そして、明治新政府では、江藤新平のもとでフランス民法の導入が計画される。さきにオランダ法で外国の制度に目をひらいた日本は、⁽⁵⁾たちまちその母法たるフランス法に転ずるに至る。そして、フランス法継受の世界的大

勢に順応しようことになる。

文化の問題として、何よりもまず、ことがあげられる。フランス民法（ナポレオン法典）のほん訳は大変な仕事であつた。訳語の困難は西欧文化の移入全般に共通する事柄であるが、なかでも抽象性をもつ西欧法の概念は特別にやっかいである。その考え方自体が日本に存在せず、全く新規の事柄に属するため、適当な訳語の案出が容易でない。栗本錦雲も「其書一種ノ語辭、所謂官府文字ノ類ニシテ師ヲ得テ問質スルニ非レハ徹底明暢ニ至ラサル処アリ」とのべているが、前記の津田、西、加藤をはじめ、とくに江藤の命によりフランス諸法はん訳の業に従事した箕作麟祥の苦心は、今日われわれが想像することさえ困難であらう。⁽⁶⁾

穂積陳重博士は「法憲夜話」第四八話でのべている。「現時用ひて居る法理学の用語は、多くは其源を西洋の学語に発して居つて、固有の邦語又は漢語に基づいたものは極めて少いから、洋学の渡来以後、之を翻訳して我國の学語を鑄造するには、西学輸入の率先者たる諸先輩の骨折は中々大したものであつた。……就中泰西法学の輸入及び法学語の翻訳鑄造に付ては、吾人は津田真道、西周、加藤弘之、箕作麟祥の四先生に負ふ所が最も多い」。この学語鑄造の字に注意すべく、また同博士によれば、「明治二十年の頃に至つて始めて用語も大体定まり、不完全ながら諸科目ともに邦語を以て講義をすることが出来るようになった」（以上傍点は原文）。このように、法学を「ナショナルライズ」するのに法律用語を定めるのが前提条件になるが、それまでに先輩の定めた学語では不足でもあり、また不適当なものもあつたので、一六年頃から穂積博士は他の諸法学者と申合せて「法律学語の選定会」をもようし、毎週一回以上集会していたという。法の諸部門の訳語にしても、穂積博士によれば、憲法、民法、国際法、国際私法などのうち、

一応訳されてそのまま定着したのは民法の語だけであつて、その他はみな転々と変化し試行錯誤の末ようやく一つにおちついたといふことである。⁽⁷⁾

これを杉田玄白の蘭学事始と比べてみよう。「先人の労苦真に察すべきなり」と福沢諭吉がのべ、神田孝平らとともによむごとにあい擁して涙を流したという、日本近代科学の先駆者のこの手記は感動すべき文献であるが、維新後の洋学輸入の労苦は、それとは質をことにしながら、やはり大きなものである。

根本の問題は、司法卿大木喬任がいったという、「泰西の法律を我国に輸入するには、訳語を作るの困難あるのみならず、其作つた訳語は、素と彼に有つて我に無い事物を指す」という点にある（同書第四七話）。西欧に存在する法概念、法的思维がもともと日本にない。その反対に、日本的な法概念、法的思维も西欧にはなく、おたがいに容易に理解されないであろう。概念、思维のちがい、それは要するに文化のちがいである。そこで、大木はついに一策を案じ、どうせ訳語を作っても新語だから、いっそ新字を作りこれに原音を発せしめ原語と同視させては、として委員に命じ研究させ、数年ののち明治一六年「法律語彙」という千頁余の大冊を刊行した。穂積博士によれば「本邦法律史上無類の奇書」である。西夏文字にもにたこの新字製作は、法の継受の過程における一挿話といえよう。⁽⁸⁾

注(1) ここに「法の文化」ということは、文化人類学や社会心理学で想定されているものを基礎とする。文化の一部として社会組織、言語があり、社会組織の技術としての法の文化を考へることができよう。法の継受という観点からするとき、この広義の技術という見方も大切であるとともに、法的思维ということをその根柢において考へなければならぬ。マリノフスキ
I・文化論および碧海純一・法と社会（中公新書）を参照。なお、最近、クラサーフチコフ、社会主義的法文化の基本的様

相と意義、ソビエト国家と法一九六八年六号。

(2) 幕末における西欧法思想、法知識のわが国への移入・受容については、水田義雄教授の「西欧法事始(昭和四二年)」に詳しい。

(3) 栗本鋤雲は、はじめ医官であったが、のち士籍に列し箱館奉行組頭となり、在勤中仏人通記メリメ・デ・カシオンからフランスの諸制度をきき、これを録取したのが匏庵十種である。その後外国奉行となり兵庫開港を談判した。慶応三年五月仏国行を命ぜられ、八月到着した。

(4) 明治文化全集第十六卷外国文化篇。匏庵十種卷之二。鋤雲は、子路の賢、孔子の聖のほか夢想もできぬと思われたのに、「法帝」ナポレオンの政令はそれに類し、驚嘆欽羨にたえない。この法典は「其輕重賞罰輕トモ確然判然ト世間ニ公布シ、天人皆知リ姦ヲ容ル可キノ地ナシ。故ニ吏トナリテ上ニ在リ令ヲ奉スル者、民トナリテ下ニアリ令ヲ受ル者、共ニ此律ニ因リテ断定シ断定セラレ更ニ一語不服ノ者ナシ。遂ニ知愚賢不肖ヲシテ自ラ省ミ自ラ屈シテ健訟強訴ヲナサハラシムルニ至レリ」といって、「由らしむべし、知らしむべからず」の御定書などとなる法の公布により、官民ともに法の支配をうけることを説く。また、原告とも「聞ニ其情事ヲ陳スル殆ント平常談話ノ如」き審理の実情をのべて、裁判官たちが「彼此ノ詞ニ抛リ旁ラ保証人(証人のこと—福島)ノ言ニ照シ其情実ヲ繹ネ、定メテ「ナポレオンコード」何条ノ律ニ從ヒ其曲直ヲ利シテ某々ノ科ニ処セリト。是レ特ニ声ト色トヲ大ニシテ強ヒテ人ヲ圧伏スルト、遷延濡滯久シテ不決トノ弊ナキノミナラス、殆ト情ナキ者其辞ヲ尽スヲ不得ノ場合ニ庶幾スト謂フ可シ」と、日本の場合とを対比している。さらに、裁判公開、傍聴の制度について、法廷は、「路人交寂ヲ不論、聴者堵ノ如ク、頭領(裁判長—福島)裁許公平ニシテ人意ニ適スレハ皆手ヲ拍テ喝采シ、即晚新聞紙ニ上セテ都府ニ充布シ、不公平ナルモ亦然セリ」とのべ、民衆の裁判批判にふれる。

(5) オランダ法を邦訳紹介したのはとくに神田孝平であるが(和蘭政典、明治元年、和蘭州法、和蘭邑法、各明治五年)、明治八年ないし一年の愛媛、神奈川、山口、愛知、福島等諸県の初期町村会規則では、当選した町村会議員が「其清廉ト勉

強」を証するため議會または選舉人に対して宣誓する制度を、神田訳和蘭邑法の規定の直輸入の形で、とり入れている。福島、徳田・明治初年の町村会、明治史料研究連絡会編・地租改正と地方自治制二六七頁。これはオランダ法制のわが国法制への具体的な影響の実例である。

- (6) 「法学ノ幼稚ナリシ当時ニ於テ翻訳ニ従事サレタ箕作先生ノ苦心ハ実ニ察スルニ余リアリデアル特ニ法律上ノ用語ニ適当ナル訳語ヲ下タスノ極メテ困難ヲ感セラレタノハ無理カラヌコトデ原語ヲ其儘ニ用ヒテ敢テ訳ヲ付セラレザルモノモ間々アリ「プリスクリプション」即チ今日時効ト訳スル用語ノ如キハ其一例デアル」。井上正一・仏民法ノ我國ニ及ホシタル影響、仏蘭西民法百年記念論集五六頁以下。

- (7) 前掲第五〇話以下。Constitution, Verfassung は、安政四年上海出版の漢書では「世守成規」、慶応二年の福沢の西洋事情では「律例」、同四年加藤弘之の著では「国憲」、同年津田真道の泰西国法論では「根本律法」または「国制」、「朝綱」、明治八年井上毅は「建国法」とした。憲法の訳は同六年箕作麟祥を創始者とする。国際法の訳語も同年の箕作訳にはじまる。それまで「万国公法」の訳が一般に行なわれ、明治七年東京開成学校では「列国交際法」とし、一四年の東京大学学科改正で「国際法」を採用した。国際私法も、「公法私権」、「万国私権通法」、「列国庶民私法」、「列国交際私法」などと訳され、右一四年のとき国際私法と改めた。

- (8) 法律語彙初稿、司法省蔵版、明治一六年一二月印行、活版一一三〇頁。法律語をa b cの順に配置しこれに訳語または新字を附し、本義、釈解、参照をもそえたもの。東京教育大学文学部穂積文庫に所蔵。

二

上述のように、ある法概念を異国の文字に移す表現方法の技術的困難もさることながら、さかのぼってその根源たる法の継受と社会―経済の近代化 (二)

る法概念そのもの、つまり法についての根本的な考え方に、ほりさげて検討を進める必要がある。法の文化としては、これこそ正面の問題ではなからうか。そして基本的には日本と西欧との間に明らかな差異の存することは争われないが、部分的には日本にも近代的思惟の萌芽のあること、維新後はその法的思惟に急速な変化を生じたことを、みおとしてはならない。

さて、近代的な法の考え方のなかでも一番根源的なものは、権利—義務の対応する觀念、ことに権利觀念である。むろん前近代的社会でも、権利觀念が全くないということは、少なくとも私法的取引においては、ありえない。しかし、権利觀念ないし権利意識が鮮明に存在しそれが市民の社会的行動における重要な立場となっているのが市民社会の特徴であるのに対し、近代以前の社会にあつては、それらはあるにしても身分的あるいは共同体的な紐帯につつまれて明確に外面にあらわれてこない。この意味で、義理人情の世の中といわれたわけで、それは個人の主体性の浮び出た権利義務の社会ではなかった。⁽⁹⁾これは金銭打算に徹する商人社会ではかなりおもむきをことにする点があるといえ、⁽¹⁰⁾「都市の空氣は自由にする」といった西欧的自由都市を、日本ではうみ出していない。城下都市では、豪商もその家憲・家訓の第一に封建領主の法令を順守することをおいたのである(宮本又次・近世商人意識の研究)。

日本の法文化は個人の権利の意識からはなれている。そこでそれを基礎とした西欧法のうけ入れに問題が生ぜざるをえない。その事例の最初は、明治政府最初の法典編さん事業である。明治三年九月江藤新平が太政官制度局に民法會議を設け、箕作麟祥に仏民法をほん訳させてこれをもとに民法の審議を進めようとした。この民法編さん会で箕作がドロア・シヴィルを民権と訳したところ、これに対して会員から疑問と批判が集中した。それは「民に権ありとは

如何なる義ぞ」というのであつて、箕作はこれに対し口をきわめて弁明したけれども、議論はますます沸騰して容易に治まらない。江藤会長はこれを仲裁し、「活さず殺さず姑く之を置け、他日必ず之を活用するの時あらん」といい、ようやく議事を進めることができたという（的野半介・江藤南白下巻）。この江藤が後日自由民権の旗をあげたのも奇縁であるが、問題は、全員の元武士たちが当時の知識階級として人民間の関係における「権」をどうしても理解できなかつたことにある。箕作の説明と会員の討論の内容がしられていないので、想像をたくましくすると、「権」は「いきおい」とか力とかの意味と解され、会員は庶民にそれがあるべきはずはないと強く主張したのであらう。洋学者たる箕作は、そういう「権」ではなく市民（町人）間の関係であると力説したが、うけ入れられない。そもそも彼らは、刑法は十分理解できたが、民法を理解する素質がなかつたのではない。穂積陳重博士によれば、「我国に於ては、古来人民に権利があるなどと云ふことは夢にも見るがなかつた事であるから、此新熟語に接した会員等は容易に此新思想を理解しかね」た（法窓夜話第六二話）。だが、もし商人たちに民法の説明があつたとすれば、どうだったらうか。いずれにせよ、東西の法的思维の差異をはつきり物語るエピソードとせねばならぬ。

「維新ノ当時ニ於テ我国人民ノ私法的權利ノ觀念ニ乏シカッタノハ勿論、法律ニ従事スルヲ職務トシタル者ト雖モ如何ニ私法的權利ノ觀念ニ乏シカッタ」とかということにつき、大審院判事井上正一博士はのべている。「明治五年司法省カラ当時ノ裁判官ニ『聴訟ノ儀ハ人民ノ權利ヲ伸シムル為メニ其曲直ヲ断スルノ設ニ候得ハ最モ懇切篤論シテ能ク其情ヲ尽サシムヘキ処右事務ヲ断獄ト混同シ訴訟原告人ニ箠杖ヲ加ヘ候向モ有之哉ニ相聞ヘ甚以無謂次第ニ付自今右様之儀無之様厚注意可致事』ト令達シ、又明治九年ニモ尚ホ『従前民事呼出ノ上拘留致候義モ有之哉ニ候処右ハ

不都合ノ儀ニ有之候自分不相成候事』ト令達スルノ必要ガアツタト云フ一事ニヨツテモ其一班ヲ推知スルコトガ出来ル……當時ハ民事事件ニ於テ箠杖ヲ加ヘルトカ又ハ拘留スルトカ云フヨウナコトガアツテモソノ為別ニ物議ガ起リ大騒動トナツタト云フコトモナカツタ……即チ人民ニ權利思想ガ欠乏シテ居ツタ証拠デアル。元來裁判官ガ左様ナ乱暴ナ所為ヲ為シタルノハ実ニ驚キ入ツタルコトデアツテ、是ハ取モ直サズ當時ノ裁判官ガ如何ニ法律思想ヲ有タナカツタカラモ証拠ダツルノデアル」⁽¹⁰⁾。

このことは、當時の司法制度と密接な関連をもつ。裁判は直接に統治の権力の作用であつた。治者の權威はここに發揮される。權利と司法とはきりはなせない。井上博士はつづけていう。「當時ノ司法制度モ甚ダ幼稚デアツテ地方官ガ民事及ヒ刑事ノ裁判權ヲ兼有シテ居ツタ。初メテ行政ト司法トノ別ヲ立テムトシタルノハ実ニ明治五年デアアルガ、同九年マデハ實際地方官即チ行政官ニシテ尚ホ裁判官ヲ兼ネタ者ガ有ツタヨウナ有様デアツタ」。

權利の觀念の確立において、裁判制度はもつとも重要である。これらの裁判官は、ほとんどすべてが旧武士の出身であり、また明治政府は士民の区分をいまや官民の別に移そうとしている。右のような「乱暴」な狀況があつたのもあやしむにたりない。

そこで、次に、當時の日本の法学とくに固有法の學問について、そのあり方を一外國人法學者の目を通じて検討しよう。ジョン・ヘンリー・ウィグモアは明治二年日本固有法（私法）研究の目的で來朝した二六歳の米人法學者で、多くの大學教授や司法省の役人にあい、また法学協會を通じて各地方の旧制土地制度の調査をも企画した。⁽¹¹⁾ 日本アジア協會 (Asiatic Society of Japan) の援助をえて、彼はその研究成果を「旧日本における私法研究資料」として

刊行したのである。その第一巻の冒頭に、彼は日本アジア協会理事会に対する報告書を掲げ、きわめて率直に來朝時の所感をのべる。⁽¹²⁾

「三年前はじめて日本にきたとき、私は自分の専門的興味から、日本の法―外国の工場で製作されたばかりの新たに輸入された法典ではなくて固有の法、人民の法―この東方のユニークな文明のなかに成長した正義の觀念を代表するもの―について若干の知識をえる機会をもつことを期待した。もしそれがことばの完全な意味における文明であれば―そしてここに住む者にして誰がそれをうたがうるか―法的權利ならびに義務についてのある觀念、人と人との間の正義についてのある考え方がなければならぬ。そして、文学があれば高く尊重されるこの民族において、それは書物として保存されないはずはあるまい、と。こう人は考えたわけである。私の期待はほとんど完全な失望に帰した……」。

「二つの若干奇異な事実が、法令ならびに文献としてはより少ない判例における慣習記録の探索をみのり少ないものとしてゐる。一方では、妥協や仲裁、私的和解に対する民衆の強烈な志向―人民それ自身の自然的な性格である―もにたえず政府により培養される―が圧倒的大多数の紛争をして法廷外のものとさせ、また民事的權利と義務の法令による規制の必要を消滅させる。他方では、教養ある階級が下層の諸階級―農民、職人および商人の二、三千万人に達する人口、彼らは国民の六分の五を構成する―に対する輕侮は、これら下なる者どもに対する觀察の記録をば期待できる最後のものとするに至らせてゐる」。

「年輩の学者で最良の二人は、封建法典と古代法について豊富な印象を私に与えてくれたが、私の希望するような

資料については沈黙した。若手の学者にあっては、資料搜索はより絶望的だった。おそらく、一般の日本法学生にとっては、その想起する最後のものが彼の祖国に固有である法觀念であろう。ある有名な若年の法律学講師が昨年春のべたように、法学生はそれを『笑うべき代物』として、投げすてるのであり、これについて関心をかきたてることが不可能である」。

「最大の日本法学者（古い世界に属する）の一人は、政府により一、二年前に刊行され彼の教授する大学には知られている資料集（全国民事慣例類集をいう——福島）のことを知らなかった。皇帝の勅令や封建法典の研究では彼は重要な役割をもったが、婚姻・養子・相続・抵当・小作・寄託・仲立・有価証券等に関する人民の慣習法は、彼にとつては法学の部門をなすものではなかった」（以上、傍点——福島）。

要するに、ウイグモアは、第一に、高い精神文化をもつ日本においては、法的權利ならびに義務、人と人との間の正義についての考え方が発展し、文献として保存されているはずだとの予想が完全にうらぎられた、とのべる。この予想と現実とのそご、これがまさに東西文化の型のちがいを示す。第二に、日本の權威ある法学者について、また日本の若い法学生について、語る。前者は、太政官符とか律令制とか徳川幕府法とかの研究は学問的事項とみとめこれに従事したが、人民間の私法に関する自然に形成され発展してきた慣習法は、学問外とみなした。後者もまた日本の固有法を学ぶに値しないものとした。これらは、伝統的な支配的教養階層が庶民間の事柄について絶大な輕侮感を抱いていることをあらわす。若い層でも、西欧法学は熱心に学ぶが、祖国の法は問題外とする。その志向は西欧心酔的である。第三に、日本では民事紛争がその圧倒的部分において法廷外で処理解決される。これは、調停、仲裁、和

解であつて、民衆にもその強い性向があるが、政府もこれを培養し奨励する。このことが、明確な権利義務概念の成長をさまたげ、事を常識と妥協で片づけるようにさせ、そのことから立法的規制をも減少させるようになる。これまたしかに一つの觀察である。しかし、ウイグモアは同時にすぐれた慣行私法の發展を確認しているのであるから、このことは法規範についての文献資料（とくに立法に関する）の稀少をいうためのものである。

この第一の点では、ウイグモアは、日本における権利・義務の法觀念が確立していないことを指摘する。それは上
述明治三年のエピソードを裏づける。また、第二点で、日本支配層の庶民の生活慣行に対する無関心、あるいは輕侮の念が觀察されているが、民法會議における会員の空氣一般もこうしたものであつたのであろう。第三点も重要な意義があり、第一点と関連し、むしろその根拠となつて⁽¹³⁾いる。

ウイグモアのこの觀察は、一種の比較文化論として重要視しなければならない。日本の伝統的な法思惟がその他の固有文化の高い發展に対してパラドクシカルな、全くアンバランスな狀況として、彼の目には映じた。これとほとんど同じような印象を、ウイグモアより四〇年近く年長であり、十数年前に日本にきて、みずから多くの日本の法学者を教育養成したフランス人法学者ボアソナードも、語っている。「事柄は奇妙であり、かつまことになさけない。『芸術』では、ひろくしられたその歴史とそれぞれの流派をきづいた有名な巨匠をもつこの国が、『法律』では、歴史家をもたず、若い法学者はその祖先もなければ国民的模範もたない。法解釈の著作もなければ法学文献もない。あるのはただたまたま収集された慣習、地方的規則と裁判例……」⁽¹⁴⁾

このことは、また、当時の日本人がみずからみとめるところでもある。民事慣例類集（明治一〇年刊）の序にい

う。「本邦古ヨリ民事ノ法律書ナシ。夫レ法律書ナシト雖モ豈民間慣行スル所ノ成例ナカラシヤ。其成例或ハ旧時ノ政令ニ因リ或ハ各地ノ人情ニ出テ一定ナラスト雖モ、之ヲ要スルニ人民慣行シテ安ニスル所ノ者ハ、亦自然ノ道理アリテ其間ニ存スル「アレハナリ」と。ところが、注意しなければならないのは、右にいう「民事の法律書」である。上述第二の点に関することになるが、人民間の私法に属するものが日本では全くネグレクトされ、それがまさに西欧では、法学の女王とされる民法学に関するものである。旧幕時期でも、地方ちかたの統治に関する地方書類といふのは、大石久敬の地方凡例録をはじめとしていくつかあった。それらは、検地、検見をはじめとして、土地制度、宗門人別帳、運上など諸雑税その他にわたり、したがって私法にふれるものもなかにふくまれていた。けれども、それらの一書たる「牧民金鑑」の名にあらわれたように、その趣旨は地方行政に必要な法制知識を供しようとするにある。だから、明治に入つて、地方凡例録のごとき書を政府において行政上の用に供するため編さんしようといふ企図も出たほどである。⁽¹⁵⁾

ウイグモアやボアソナードにより率直に語られ、またすべての来日外人法学者により強く感じられたように、日本の法文化は、西欧のものとは、非常に異質なものをもち、その特徴は日本の文化で法のもつ価値が、西欧文化におけるそれと比べて、いちじるしく低く評価されていることにある。東洋を通じてそうであるという比較文化論が、エスカラの「支那法」においてのべられている。「地中海の精神はアングロサクソン、ゲルマン、スラヴなど諸国の法に息をふきこんでいる。そこでは法は神聖なものとして尊敬される。これに対して東洋では法律に劣った地位しか与えなかった」（内田智雄訳）。ここに「地中海の精神」とは、ギリシャ、ローマの古典古代の文化をいう。そして、仁井

田陸博士もこの点につき大体は同意する。「中国乃至東洋社会ではギリシャ・ローマ的自由をもったギリシャ・ローマ社会とは極めて対蹠的に法及び裁判官に対する輕蔑意識が強かった。……蘇東波は法律を讀まないことを得意としていたし、法律に従う役人は無慈悲としか思われなかった」(岩波全書、中国法制史)。この中国の有名な文人の法に対する態度と対蹠的なのは、文章の典例としてフランス民法を日々愛誦した文豪スタンダールであつた。

注(9) 川島武宜・権利の体系(同氏「近代社会と法」に所収)において、義理の場合、義務に対して権利が対応せず、それを生み出す協同体では「多かれ少かれ対等的社会な関係における利益の主張、というものは許されない」と指摘されているのは、重要である。なお、私は、ここに名着ないし面子の意識もはたらく、これが、A. H. Smith が“Chinese Characteristics”, 1892で記述したように、人間の行為の型をつよく決定していることを忘れてはならないと思う。

(10) 井上正一・仏民法ノ我国ニ及ホシタル影響、法理研究会編・仏蘭西民法百年記念論集。聴訟は民事、断獄は刑事の詞訟をいう。両者はいちおう区別されていたけれども、このように混同した取扱いがあつた。

実例をあげよう。明治六年三谷三九郎(江戸の三谷組)が東京商社を相手どり司法省裁判所に違約金請求を出訴し、代言人兒玉某が出廷したが、裁判所はさらに原告本人に呼出状を出し、その不出頭によつて令状を發し三九郎を拘留した。そこで兒玉代言人は人身保護の上願書というものを作成し福沢諭吉の添書をえて東京府知事大久保一翁に提出した。大久保知事はこれを受理し上願の趣を司法卿および太政大臣に伺出で、その結果三九郎は釈放された。裁判所に対する人権の保護を行政府に訴えたという珍妙きわまる事件である。奥平昌洪・日本弁護士史。しかし、この種の事例は明治九年まであつたことは、上引の法令によつて明らかである。

(11) ウイグモアは、明治二四年六月、法学協会雑誌第九卷八号に日本の制度慣行に対する調査項目を掲げ、これについて各地法の継受と社会||經濟の近代化(二)

の有識者が日本阿細亜協会のために調査報告を寄せるよう希望した。これを増島六一郎が取り次いでいる。その項目は、「土地調査ニ関シ調査ヲ要スル諸点」と題し、概要左のごときすこぶる詳細かつ体系的質問で、英国土地制度の観点から日本の旧制度をみようとした点に、興味ぶかいものをもつ。

第一、兵役ノ負担アル土地

七項目に分れ、武士の土地所領に関するものである。「藩臣ノ領地ヲ有スル者ハ兵馬ノ助ヲ為スヲ以テ其藩主ニ事ヘシヤ又ハ米石ヲ上納セシヤ、此藩ニ於テ通常武士ハ土地ヲ所領セシヤ又ハ知行扶持ヲ受ケシヤ、若シ土地ヲ領セシナラハ其藩主ニ對シ其土地ニ関シ如何ナル勤方アリシヤ」等々。

第二、兵役ノ性質ヲ帶ヒサル負担アル土地一般ニ關スル事柄 (二項)、地主ニ關スル權利 (二項)、借地、地主及小作人ニ關スル事柄 (一二項)、水呑 (二項)、土地所有特權ノ方法 (一項)、寺社領、寄附地ニ關スル事 (三項)、隱居地、土地ヨリ生スル物産若クハ利益ニ關スル權利 (三項)、公用ノ土地 (一項)、共同所有共同耕作 (八項)、地役、土地ニ屬スル負担等 (四項)。

第三 土地所有權ノ移轉ニ關スル事柄

売買 (七項)、質入 (九項)、相続 (一〇項)、時効 (一項)。

第四 租税

藩税 (六項)、材税、雜語。

第五 書類其他記録ニ關スル事柄

(12) J. H. Wignmore, *Materials for the Study of Private Law in Old Japan, Part One—Introduction, 1892.* 本書は全

一〇巻として計画された彼の著の発刊された四巻のうち最後に出たもので、理事会への報告のほか、序論として、「旧日本

の行政ならびに商事制度についての予備的研究」を掲げ、後者は一封建制度、二地方行政、三宗教組織、四司法行政、五賦税、六商家、七ギルド八、運輸、九貨幣・銀行・有価証券、一〇米穀取引に区分される。

(13) 川島・前掲論文で日本型調停についてふれる。またこれは中国の調停和解でもみられる。仁井田・中国法制史を参照。

(14) *Emile Gustave Boissonade, Les anciennes coutumes du Japon et le nouveau code civil*, (原載は *Revue Française du Japon*, Nos 24, 1892 et suiv.), *Extrait*, p. 17. ボアソナードのこの論文は、ウイグモアの著作および後述ジャン・ウィークリー・メイルの連載論文と関連がある。福島・旧民法と慣行の問題(星野通教授退職記念、法史学と法学の諸問題所収)を参照。

(15) 福島・地租改正の研究一五五頁。明治五年九月大蔵省で地方官会同の開催を企画し、ここで地方行政に関する種々の要務を公議討論して地方凡例録のような地方官勤仕録を編成する予定であった。実際にはそれは作られていない。

(16) 序でながら、ウイグモアによると、彼以前に外国人による次の日本法史研究があった。タリング(Taring)による大宝令土地規定の英訳、ロングフォード(Longford)による古刑法典(新政府により明治四、五年に改訂されたもの)英訳、ミハエリス博士(Dr. Michaelis)による日本刑法(主として古代法)についての論文、養子および婚姻に関する一二の論文と家康の百法律といわれる半政治的、半法律的な文書の三つの独訳。以上いずれも日本アジア協会によるもの。

このほか、オットー・ルードルフ(Otto Rudorff)は「徳川時代の法行政」(*Legal Administration under the Tokugawa*) および「徳川法令集」(*Collection of Tokugawa Laws*)、ワイヘルト博士(Dr. H. Weipert)の「日本の家族相続法」(*Japanese Family and Succession Law*) についての論文があった。ウイグモアはとくにルードルフの研究に、「日本の国民的発展の最良の成果を代表する時期である徳川期の私法について、最初の体系的な論文であり最初の原典資料集」と賞讃したが、ただ「徳川法令集」が刑法に偏していることおよび法令以外の資料をとり扱わないのを遺憾としている。ウイ

グモア・前掲書第一冊二—三頁。

三

日本の法文化におけるこの特質を比較法的な観点から論究したのは、穂積陳重博士である。博士はとくにそれを権利観念の欠如の問題としてとり上げている。一九〇四年九月米国セントルイスで万国学芸大会が開かれ、その比較法部会に博士は招待され、日本新民法典をめぐる講演したなかで、博士は次のようにのべる。⁽¹⁷⁾

「権利の観念はもともと西欧法学の輸入されるまで日本には存在しなかった。多くの西欧の著者は、法は権利と同時期のものであり、法と権利とは同じ観念をことなる観点から表現したものにすぎないものとしている。いくたりかの人々はさらに進んで、権利は法に先行し、後者はただ前者の保障または保護のためにのみ存在するものと、いい切るに至っている。けれども、日本においては、権利の観念は、日本が中国法系に属するかぎり、存在することがなかった。たしかに義務や債務 (duty or obligation) の観念はあった。しかし、権利の観念もなければ、これに当ることばも、日本語あるいは中国語中になかったのである」。

博士はこのようにのべた上、さらに日本において権利に近い観念もしくはこれの他の考え方による表現を求める。

「日本語においてこれ(権利)にもっとも接近したものといえ、おそらく「分」であろう。それは「分け前」(share)もしくは「部分」(portion)を意味する。このことばは人が社会でもち、またそれを社会が彼のものとして黙認することを期待するところの分け前または部分を表現するために、しばしば用いられている。けれども、このことばは、その意味において全く明確ではなく、かつもっともしばしばその正反対の意味に用いられる。すなわち人

の義務、もしくは往々にしてその人がそれをこえてはならないところの一部分もしくは限度を表現する」。

それゆえ、権利という西欧の法概念を日本にみちびき入れるについては、特殊な困難があり、次のような方法でこれを鑄造せねばならなかった。

「故津田博士（真道）は、将軍政府によってライデン大学で法律を学ぶためオランダに派遣されたのであったが、彼は帰国後「泰西国法論」と題する書を明治維新の年、一八六八年に刊行した。この書において、彼は、right に対して「権利」という新語を使用している。それは「権」すなわち“power”と「利」すなわち“interest”とを結合して鑄造したものである。それ以来このことは right の觀念を表示するものとして一般に容認されるに至った」。

かくて、博士は法の一般的な歴史的発展の過程を権利の觀念のもつ意義に即して、左のように論証し歸結する。「エイヴベリー卿は、その著「文明の起原について」（第八章）において、下層階級は「法の觀念はしっているに拘らず、権利の觀念が欠けている」とのべ、サー・ヘンリー・メインは、ローマの法律家のなかでは、“jus”はふつう“a right”を意味したのではなくて“law”を意味し、そしてローマ人は「彼らのすばらしい制度を法的権利の觀念の援助なくしてぎざぎざ上げた」という。私は、法の進化の一般法則として次のことを定立できると考える。すなわち、法は、義務の法則であつたものから権利の法則に成長した。初期の法は、義務を課したが、権利を与えなかった。けれども、時の経過するにともない、人は、他人に課された義務にもとづいてある人に生じたところの利益は、その義務それ自身よりも重要なものであることを自覚しはじめた。そこで、最初は第二義的な觀念たるにすぎず、義務の反射以上の何物でもなかった権利は、法の第一次的な対象としてみとめられるようになってきたのである。権利の

観念におけるこのような変化は、日本においては、最近四〇年の間に起った……」（傍点―福島）

ここには、博士特有の法系論および法律進化論が浮き出ている。すなわち、日本をふくめた中国法系の特色としてそうであつたこと、一般に義務本位の法思想から権利本位のそれに進化するのが歴史法則であることが、博士のいわんとするところである。その当否はともかくとして、客観的法と主観的法（権利）とを対応させて考える近代市民法の理論に日本の固有法が全くそわないのは、博士の指摘のごとく重要な問題点といわねばならない。ここではつねに刑罰法令が法の基本形態をなし、民事法令がないわけではないにせよ、それは刑法体系のなかに埋没して、自己の独自の存在、いわゆる権利の体系を主張しない。それゆえ、ウイグモアのいうように、人民間の自然に形成された私法的諸關係が学者によつてきわめてネグレクトされるようになる。また、法に対する本根的考え方の差についてのちにグラネや仁井田博士の強調した点を、穂積博士は権利義務關係の明確な指示によりすでに明治年代に指摘した。

けれども、同博士が近代市民社会での権利に当るものとして「分」をあげたことの当否は、問題があろう。もしそれが法史上、隠居分とか後見分とかいったもの、または得分といったものを念頭におき、つまり法的な利益をさしていったものだとなれば、それは、内容からして権利とほとんど変りがない。むしろそういう觀念のあることは、旧社会における権利觀念存在の肯定根拠となる。これに比べると、川島教授のいう「義理」の觀念の方が、はるかに博士の意図にそう⁽¹⁸⁾。ところが、「分」にはもう一つの意味がある。明治憲法制定の會議において、公法上の観点からではあるが、明らかに権利觀念を否定する意味でこの語が使用されたことがある（清水伸・帝国憲法制定會議）。特筆すべき事柄と思われるので、紹介しよう。

憲法第二章臣民權利義務。この原案に対して明治二十二年六月樞密院本會議の第一審會議第二読会における文部大臣森有礼の修正案が出た。彼は權利義務を改めて「分際」とすべきことを主張する。英語では何とうか、という井上毅書記官長の質問に対して、彼は「分際トハ『レスボンシビリティー』即チ責任ナリ。分際ノ際ノ字ニ嫌ヒアレハ、分ノミニテ可ナリ」と答えた。彼のいうのは、臣民は天皇に対して權利とはいえず、分際あるのみだとのことである。これは議長伊藤博文から立憲思想の趣旨に反するとして論駁された。彼はかついう。「分ノ字ハ支那、日本ニ於テ頻ニ唱ヘル所ナレトモ……臣民ノ分トシテ財産ヲ有シ言論集会ノ自由ヲ有ストハ言ヒ難シ」。森の主張に賛成者はなかったが、この「國民を家僕となす封建的思想」は穂積八束、上杉慎吉らの憲法學者にうけつがれたのである。⁽¹⁹⁾この分際の意味での「分」は、穂積陳重博士のいうように、まさに權利の反對物であつた。そして、そこには社會における身分・地位という考え方も、おのずからふくまれている。同博士は、右のエピソードをしつてかしらずにか、日本（および中國法系）の法的思維の特徴として、この「分」をもつてきたのである。

注(17) N. Hozumi, *The New Japanese Civil Code — As Material for the Study of Comparative Jurisprudence*, Tokyo, Osaka & Kyoto, 1920. 本書は一九〇四年九月ルイジアナ購買博覽會の機會に會議が催され、これに招待された穂積陳重博士の講演を刊行したものである。同書は日本で刊行されたが、當時同報告のイタリー訳がミラノで出ている。引用箇所は第九章「權利の概念の導入」であるが、本書は、法典化の原因、法典化の目的、比較法學の方法論、六大法系など一般問題を論じ、日本における中國文化および法の継受、維新後の西歐文化および法の継受におよび、さらに新民法典における婦人の法的地位、外國人の地位から家と親族、戸主權と親權、戸籍、養子、相続などを説明している。穂積博士は、明治一四年留學から帰國した頃は、東京大學で「五大法系」につき講義していたが、このときは「六大法系」となつた。

- (18) 川島・前掲論文。なお、そこでローマの学者キケロの語をひいていわれるように、「各人に彼のもの (cuique) を与える」という正義の觀念に、分け前という「分」があてはまらないものでもないが、しかし根本的なちがいは、「法律關係の主体がそれぞれ相互に独立に対抗しあっていること」に存するのである。

- (19) たとえば上杉慎吉・憲法述義をみよ。憲法第二章の説明において、いかに簡略で力のこもっていないことか。人民の基本権尊重の意識の一かからもそこにはみえない。

四

ウイグモアは、日本の法学者についてふれ、ボアソナードも法律家についてのべる。旧日本の時期と維新後とでは比較にならぬほどそれは著大な変化をとげたものであるが、法の文化という見地からでもまたみのがせない問題といわねばならない。そこで、社会における法律職、法学者の社会的地位をふくめて、西欧とこれを比較対照してみよう。ウィーアカーによれば、中世ドイツの聖職者はカノン法とローマ法にわたり法学を修めなければならず、すでに一三世紀以来フランスとイタリーで法学を学んでいたが、一五世紀にはドイツの大学でも教えるようになってきた。そして、それにルネッサンスの人文主義の影響が加わってきたのである。法律家の社会的地位も階層があつて、博士号を獲得した *Volljurist*（一人前の法律家）は高い社会的名望をもち、諸侯の顧問となった。それに至らない者は *Halbstudierte*（半途修学者）とよばれ、その威信は低いとはいっても、都市書記・裁判所書記・代言人および鑑定家等として、「今日ならば一人前の法律家が普通に充てられるような地位に就いて、大きな活動分野を見出した」（鈴木禄哉訳・近世私法史第八章）。法律家身分がことに庶民層で不評を買っていたにせよ、彼らの社会的勢力は相

当なものであり、そして皇帝法は高い声望をもっていたのである。

さればこそ、中世ドイツの大学では、法学が、哲学・医学・神学とならんで学部を構成していた。⁽²⁰⁾法にはいくつもの流派があった。これは、日本のその他の学問や芸術におけると同様であつて、ボアソナードの不審をよび起した点となつたのである。では日本ではどうか。

いわゆる法律家を幕藩時期に求めるとすれば、奉行職もしくは奉行所で勤務する者、裁判および民政の事務に従事する者をあげるべきであろう。奉行は立法に参与し、法案を起草もした。⁽²¹⁾しかし、上述のように実定法に関する知識は学問とも教養とも決して考えられてはいない。旧幕期にももとより訴訟はあり、訴訟の方式が形成され、当事者の便宜をはかるため公事宿と公事師とがあつた。しかるに彼らの社会的地位は低く、むしろ必要悪とさえ考えられていた。⁽²²⁾上記の栗本鋤雲は、フランスの「弁護士」制度を次のようにのべている。「訴訟ノ媒ヲナス者アリ、我国公事師ナル者ニ似テ大ニ異ナリ、能ク律書ヲ諳シ正直ニシテ人情ニ通スル者ヲ撰ミ、官ヨリ俸金ヲ給シテ、凡ソ鄙野ノ人、言語ニ訥ナル者必ス此媒者ニ謀リ然後出セシム。媒者能ク其情実ヲ悉シテ訟フ可キノ理アレハ助テ訟ヘシメ、其理ナケレハ論シテ止メシム」云々とその公平で信望あることを賞讃する（晩窓追録）。公事師と対比しての言である。そして、維新後に至り、代言人は公けにみとめられたけれども、三百代言などの称のあるように、世人からは煙たがられ、官僚からはべつ視され、⁽²³⁾さらに政府からは建訴濫訟の源として警戒され、⁽²⁴⁾その社会的地位の向上は容易な事柄ではなかつたのであつた。

それでは、法学教育はどうであつたろうか。もちろんそのようなものが正式にみとめられてはおらず、奉行職など

それぞれの職務においていわば家業として法の知識を伝習したのみである。律令など古法制の知識は、皇漢学の片隅にあつて保存されてはいた。日本でも、奈良朝時代から平安朝初期には律令学が盛んであつて、多くの学者が出、沢山の流派があつたという（石井良助・日本法制史概説）。中世法でも法曹至要抄が出ている。しかるに近世法になると、すでにのべたように、法律の学問というものがなくなつてしまふ。

維新後、この状況が一変するのであるが、しかし、それは次のような有様においてであつた。土方寧博士は明治一四、五年の当時についていう。「私が学生時分には、法学部の授業の大部分は外国の教師が英米法を授業することになつて居りました、我国の法律に付ての授業は、僅に国学者漢学者等の諸講師に付て旧法の一部の授業を受けたに止つて居つたのであります。例へば令義解、法曹至要抄、貞永式目、徳川百ヶ条の如き何れも旧法。現行法としては新律綱領、改定律令の如き民律^{（明九）}の変形したもの等の授業を受けたただけである^{（25）}」。そして、これら日本古代法の權威に對しウイグモアは旧藩時期の庶民間の法資料につき質問したところ、パンを求めて石を与えられたこと、上述の次第である。

以上の状況は、前項でみた権利觀念の欠如の問題と決して無關係ではない。むしろ緊密にそれと関連している。もちろん律令制時代に権利觀念が發展したわけではなく、法の継受にともなう中国からの学問の輸入として法学がさかえた。しかし、その法学は一種の秘伝であつて、生活とのつながりがなく、実践性を欠いている。中世武家法、固有法の發展をみるにおよび、それがすたれた。維新後にはふたたび法の継受がなされ、これにともない今度は西欧からの法学の輸入として、右のような仕方では法学教育が行なわれたが、この場合、西欧法の学習に非常に力が注がれたと

ともに、日本固有法も学ばれることとなった。それは王政復古という政治的動因がつよくはたらいたためと思われ、当時は律令法の研究が盛んで令義解も争って買われたという話もある。法学の教育もこの復古調の一つとして日本古代法に重点をおいている。その反面として、旧幕期庶民間に實際行なわれた法、生きた法というのは、ほとんど無視され、ウィグモアをおどろきあきれせされる結果を招いたのである。

それでは、日本の学者によってネグレクトされた日本固有の私法はとり上げる価値のないものであったか。

注(20) ああ、これでおれは哲学も、

法学も医学も、

また要らんことに神学までも、

容易ならぬ苦勞をしてどん底まで研究してみた(ファウスト第一部、相良守峰訳)。

このファウストの有名な独白は中世ドイツの大学教育を示したもの。なお「ファウスト」第一部には大学教育および法についての事柄がメフィストフェレスの言としてのべられているが、これは、ゲーテの青年時代の体験をあらわしたものといわれる。木村謹治・「若きゲーテ」の研究。

(21) たとえば、延享元年(一七四四年)評定所諸奉行(大岡越前守ら)は田畑永代売買の禁令と罰則を撤回する立法意見を將軍に提出している。徳川禁令考後聚第二帙。

(22) 滝川政次郎・日本弁護士前史公事宿の研究、早稲田大学比較法研究所紀要第八号および同・二条陣屋の研究・同紀要第二十一号において、その実情が詳しく紹介されている。「公事宿の主人又は下代となつて、奉行所に差添として出頭するに、相当の法律知識を要したが、彼等は何によってそれを学び取つたであろうか。当時においては、法律を教える学校はな

法の継受と社会Ⅱ経済の近代化(二)

いから、公事宿の召使は、商家の丁稚小僧が自然にその商賈を習い覚えるように、実習によって習得したものであろう。下代となるには、組合が出入の奉行所の承認を得なければならなかったと思うが、勿論資格試験のようなものはなかったと思う。馬越家に伝わっていた訴訟書類の雛形のようなものは、どこの家にも備えつけられていたであらうが、これはいわゆる公事宿の虎の巻で、大切にされたものと思われる。

公事宿は、かように相当専門の知識を要する職業であったから、公事宿の主人、下代ともなれば相当の収入を得られたものと思う。従って彼等の中には、いわゆる「人の喧嘩で蔵を建て」た者もいたであらうが、その社会的地位は一般に低く、従って彼等の心情は概して卑屈であつたらしい。

そして、公事宿制度の弊害として、役人への贈賄、訴訟を故意に長びかせ長逗留させる、公事訴訟人の失費を多からしめること等があげられる。

なお、滝川博士は、自由と正義第二卷(昭和二七年)各号に、公事師や代言人などについて多数の論稿を掲げている。

(23)

滝川政次郎・三百代言、自由と正義第二卷第六号。三百の語原には諸説があるが、要するに少額の報酬で働いたためのべつ称である。当時「お前代言妾は芸者、同じ稼業の口ぐるま」という流行唄があつたという。

奥平昌洪・日本弁護士史によれば、初期の代言人の地位は低く、かつ官尊民卑俗をなし官吏の代言人をみることに僕隸をみるごとく廷丁が代言人を訟廷によび入れるとき大声して氏名をよびすてにした。明治九年二月代言人規則を公布、各府県で免許の試験をすることになり、四月東京府庁での試験では、「新吉原三業組合規則を心得居るか、何規則は何年何月何号の布達なりや、明治六年太政官第三百号の布告如何などの問題あるを見て」、受験者は「此の如き問題を以て試験せんとするは出願人を馬鹿にするものなりと検査掛を罵倒」したので、掛は狼狽、検査は中止、再検査となった。

(24)

「自今各地裁判所ノ景況ヲ聞見スルニ濫訴健訟ノ風習漸ク盛ニシテ法廷ハ俗ニ三百代言人ト称スル無頼漢ノ教育所タル看

ヲ免レズ。此輩巧ニ良民ヲ教唆シテ妄リニ訴訟ヲ構起セシム」(渡辺清、元老院會議筆記第四二四号事件、明治一七年一月)。「大政維新以前ニハ地方官皆裁判官ヲ兼ね而シテ絶テ健訟濫訴ノ弊習ヲ見ス奥羽薩隅地方ノ如キハ全ク民事ノ訴訟ヲ起セルコト無シト聞ク。然ルニ今日此ノ如ク訴訟ノ繁多ナルヲ致スハ、人民ノ智識ノ長進セルニ非スシテ是皆代言人ノ教唆ニ由ルノミ」(津田真道、同上)。啓蒙学者津田の如きがこのときにはかくも右傾していたのである。

(25) 学士会月報第四五八号穂積男爵追悼号。なお、岡野敬次郎伝によれば、明治一五年「日本古代法」は、令義解―小中村清矩、御成敗式目―徳川百ヶ条―大沢清臣、法曹至要抄―木村正辞、日本制度通―田中稻成の諸教授が担当した。

五

法の文化は、決してこれを一般的、抽象的な法の理論に限定させてはならない。名称はいかにもあれ、実定法の制度が整備し合理的であれば、その社会、国家の法の文化は高度のものとして評価すべきである。この場合、何が合理的かといえば、商品交換なり土地の取引なり、各種の法律行為を、円滑に、むだなく、迅速かつ確実にさせるような法的技術をそなえた制度は、そのようにみてよいであろう。そして、この合理性への追求は、とくに商事制度において明らかにみられる。商慣習はたえず高い質の法文化を創造する。

日本固有法としての私法が種々の面で高い発展を示していたことについては、ウイグモアが精力的な研究をこころみたところであるが、ジャパン・ウィークリー・メールの明治二五年一〇月から一二月にわたる無署名の連載論文「新民法典と日本の旧慣」(New Codes and Old Customs of Japan, Japan Weekly Mail Oct. 29—Dec 17, 1892)は、この問題を比較法的に要領よく叙述し、当時の外国民法学者の着眼点の日本のそれとのちがいを示している。こ

の論文は、もともと旧民法に対する旧慣違反の非難が理由なきことを論証する目的のものであって、ウイグモアの著をその主たる依拠としているが、筆者は広範な比較法および比較法史的知識を有する人らしく、日本の慣習をそのような観点から論じて、自己の意見を展開し、非常に興味深い⁽²⁶⁾ふれている事項は多岐にわたるが、ここでは不動産登記制度と商事制度なканずく手形ならびに船荷証券の二つをとりあげて紹介しよう。

不動産登記制度について。「登記制度の樹立において日本が全ヨーロッパに先行したと、安全にはいうことができないかも知れない。家康の時代（一六〇〇年）以前に登記制度がよく組織されていたかどうか、まだ分らないので。けれども、すべての土地取引を通じてこの制度が徹底旅行されることについて、文明国のうち日本ほどそれが長く行なわれたものはないことは、たしかである。英国では、サクソンの shire-register は、ノルマン統治のもとに消滅し、ドゥームスデイ・ブック (Doomsday Book) は公示の過渡的努力であつたが長つづきはしなかつた。ドイツでは、中世初期以来土地登記はなく（ハンブルグ、リュエックおよびブレーメンのような二三の商業都市をのぞき）、一七八三年のプロイセン抵当登記条例に至るのであり、一般的な土地登記は今世紀（一九世紀）に入つてのことである。フランスでは、所有権の移転は（中世の封建制以来）大革命まで登記されなかつた。ローマ法の精神はいかなるところでもこの制度にとつては不利をきたした。日本のように、民間に土地登記の觀念が土地の権利の一要素となるまでに深刻に浸透している国民は、他にこれを見出すことができない。一般の日本人にとって、登記の欠缺は考えうべからざる事物であり、彼の氣持が、すべての土地取引に登記が必然的に伴うことを全く自然なものとして理解することは、あだかも敬虔なカトリック信者がその宗教儀式に入る際聖水容器に向うがごとくであつた」。日本の学生に

英国に登記制度がなく、そのため多くの混乱が英米法のもとで生じているといくら説明しても、彼らは微笑するのみで、それを全く非現実の事柄の空想に属するとしていた。

商事制度について。「小切手、為替手形、船荷証券になると、われわれは、これら制度の発明において、日本はイタリアとさえその優先権を争うものであることを発見する。小切手は、イタリアをのぞくヨーロッパでは、一七世紀末あるいは一八世紀はじめに至る前に存在したことを証明しえない。英国では、実に一七六〇年までそれは存在しなかった。日本では、銀行家が小切手（振出手形）を使用することを、すでに一六五〇年にみる。……人々はこれら日本旧体制の銀行において『保証手形』のことを聞かないというかもしれない。しかしそれはあった。裏書はこの手形においてわれわれのものにおけるごとく必要であった。不渡り小切手は債務の支払として無価値であった。もっとも人をおどろかさす類似性は、資金なくして振り出された、もしくはその他虚偽の小切手を他の銀行からうけとった銀行は、支払をうけるためそれを振出銀行に一二時まで返還しなければならぬとする規則であった」。

「為替手形となると、それよりもなお古い伝統がある。ヨーロッパでは、……為替手形の導入がいついかなる場所で、また誰によりなされたかを正確につかむことは何人にもできないが、一三世紀およびそれ以後の銀行家により利用され発展させられたことは、たしかである。日本では、同じ世紀にかような証券（替^{かえ}銭）を規制する法律があり、その後の時期にはしばしばこの法を参照している。後世の名称（為替手形）は、取引の複雑性によって形成されたいくたの変種を包括している。われわれはここで詳細にわたり証拠を引用する要をみない。ただ、その原理が完全に理解されており、本日に今日におけると同一の取引にそれが応用されていることをのべれば、十分である。もっとも指

摘する価値のある事実は、為替手形が大坂と江戸との間の商取引の平衡を効果的に調整することを目的としたことである。江戸にある西方の大名は米を大坂で販売した。ところで彼らと江戸の町民は主要製品の大部分を大坂に依存した。かくて、大坂は江戸の大名に債務を払い、江戸の卸売商人は大坂の輸出業者に産物に関する債務をおった。そして、為替手形によって大量の取引は最少の経費をもって決済されたのである」。

「船荷証券は、その形式上われわれのものと全く同じではない。その眼目は荷主の船長に対する引渡の指示もしくは船積の荷受人に対する通知であつて、商社あるいは船長の受領証ではない。積荷の目録は、別の送り状ではなく、船荷証券自体に記載される。船荷証券の膳本一通は、もしできれば、陸路で荷受人に送られるが、ふつうは積荷とともに送られた。……最小の事故に対する船の責任の層化の方法は知られていなかったらしい。……しかし組合の規則はふつうの事故について定めてあつたし、海損と貨物に関する諸問題は組合規則によつて処理された」。

かようにして、筆者は日本固有の取引制度の発展をきわめて高く評価し、そこに基本的な商的制度と手段がほとんど完びきにそなわっていたことを指摘して、次のように総括する。

「前世紀の日本の商業生活が、その発展の豊富さ、その操作の複雑さ、資源の豊富さあるいは企業的重要性等において、今日の歐洲の、もしくは前世紀の歐洲の商業生活と同等かどうかを論じても、はじまらない。だが、その比較がそんなに不均等でない時点にはそう深くさかのぼる必要はないのみならず、日本の商業が、歐洲の商業がとり扱うところの基本的な商業制度および手段をほとんど例外なく所有していたことは、われわれがいたるところでみ出す事実である。歐洲とアメリカは、この二百年ほどの間、日本に対しては拒まれていたところの便宜を享受した。すなわ

ち、明らかに、両者は、日ごとに生み出される新しい觀念の自由な交換という機会をもってきた。この機会にめぐま
れなかったことが、日本をして、商業のほとんど全分野において、なやませたのである。しかし、その間、日本はこ
れらの基本的な商業觀念を占有し、……それらを維持しかつその事情のもとで可能なかぎり高いものに發展させた」。

この考察も非常に重要であろう。法の發展において、きわめて示唆に富むものをふくんでいる。

論文は、このほかにも、手附の制度におけるローマ法と日本法との類似性を説き、「ローマ法どころかフランス法
典さえも聞いたことがなく、外国人をみたこともない人たちにより語りつがれた日本の旧慣の記録をみわたして、ロ
ーマ法とは同一の諸規則のくだりが旧日本にあったことをみ出すとき、人はほとんど神秘の感情を禁じえないもの
がある」とか、旧日本で商人は思いのときに武士を相手取って出訴することができたが、この特権は、スウェーデンで
は、一八世紀のシュトルーエンゼーの改革までは存在しなかつたとか、興味ぶかい所見を数多くのべているが、こ
こには省略する。⁽²⁷⁾

このような比較法史的研究は、日本では、故原田慶吉教授の「日本民法典の史的素描」(昭和一四年—一八年、刊
行昭和二九年)までなかつた。同書は厳密で科学的な、真にすぐれた研究である。しかし、そこではかんじんの債權
法が未著手に終り、また同教授は商法典には着手にさえ至らなかつた。日本法制史学は、ドイツにおけるブルナ
ー、ギールケ、ホイスラーのごとき、日本私法のまとまつた著を生み出してない。⁽²⁸⁾

それはともかく、上にあげた日本固有法の二制度がすぐれていたことは、他の証言によっても裏づけられる。ボア
ソナードは明治一三年の講義で日本の登記法をフランスのと比べて讃嘆していた。⁽²⁹⁾また、手形制度は慣習法で為替手

形、約束手形、小切手の三種をすべてそなえ、ただ裏書譲渡の制を欠くのみであった。固有の手形法がすでにこのような高度の発達をとげていたことについて、日本の商法学者が、野津務氏の手形法変遷論（昭和二年）を唯一の例外として、ほとんど黙殺してしまったことは、後進国的な西欧法拝跪の姿勢と評されても、致し方ないであろう。⁽³⁰⁾それは、上述したウイグモアが、明治二二年に日本古法の権威に教を仰いだときの彼らの態度と、まさに軌を一にする。

ここでお注意すべきは、幕府が手形訴訟においてその迅速処理など特別の配慮を加えることより、手形所持人の権利を厚く保護したことである。⁽³¹⁾およそ実法上の権利は手続法の進んだ技術によつてはじめて確保されるのである、訴訟制度をぬきにして論じえない。これがそなわったことによつて、「大量の取引は最少の経費をもつて決済され」、しかも取引は迅速に行なわれた。

最後に、かような商事取引では、権利の観念はきわめて明確なものであったことを指摘したい。ウイグモアや穂積陳重やその他の人が指摘した日本社会における権利意識の欠如を、ここであることはできない。さらに、領主権力がこの権利の実現をその強制力によつて支えており、決して前近代中国における商工ギルド役員の調停のようなものではなく、ヨーロッパ中世の都市裁判所とも全くことなる、封建領主自体の法廷がこれを処理したのである。これは、幕藩体制の政治の評価とも関連する問題である。⁽³²⁾したがって、近代市民社会における権利とそれがそのまま同一であるかどうか、問題なしとはいえない。とはいえ、そこへ到達してゆくべきものを旧幕期の商業社会がもっていたことはいえよう。ともかくそこには権利義務と対応する商人間の平等な立場と的合理性があった。だからこそ高度の法技術を創造し駆使しえたのである。しかし、それと同時に、西鶴がいっているように、「世上に金銀の取やりには預り手

形に請判槌に何時なりとも使用次第と相定めし事さへ其約束をのばし出入りになる」のが多いが、その反面、「兩人手打て後」少しもまちがないという、人的信用のはたらきもあつたことを忘れてはならない（日本永代蔵⁽³³⁾）。

(26) この論文の筆者をボアソナードはウイグモアと誤解したようだが、明らかに別人である。前掲拙稿参照。ただ、ウイグモアの Materials を材料に使つて論述している。原資料をみるのはあまり容易でないが、私は、これおよびボアソナード前掲論文の複写を早大比較法研究所に寄贈しておいたので、関心をお持ちの方は利用されたい。

(27) これはデンマークのあやまりと思われる。Struensee (1737-72) はデンマークの政治家で、一七七一、七二年に急激な国内改革を行なつた。

(28) Heusler, Institutionen des deutschen Privatrecht, I, II, 1886, Gierke, Das Deutsche Privatrecht, I, II, III, 1895-1917 等。なお、伝統的手形法については、中田薫・徳川時代文学に見えたる私法、同・徳川時代為替手形文言に就て、法学協会雑誌第五七巻第七・八号などがいまなお主要な法制史的研究である。

(29) 明治一五年四月七日の講義。「……右ニ述ベタル日本ノ登記法若シ維新前ヨリ存スルモノナレハ欧人ハ日本ノ開明ニ驚ク可シ……歐洲人ハ日本ノ法律ニハ頭モナク又尾モナシト評スレトモ歐洲ノ法律ニモ仏国ノ登記法ノ如ク尾アリテ頭ナキモノアルハ笑フ可キナリ」。民法草案財産篇講義二人権三五九、三六一頁。しかるに、日本人法学者は、日本固有法の「開明」におどろかないのみか完全に無知でさえある。

なお、日本の地租改正は明治六年から一四年の間にはば完成したのに対し、フランスでは、土地台帳は一八〇七年の法律で制定されながら一八五〇年代に入りようやく完成し、しかもいちじるしく不完全であつた。江川英文編・フランス民法の一五〇年所収の星野英一論文「不動産物権公示制度の沿革の概観」。

(30) 志田鉦太郎・手形法(明治三二年)、松本丞治・手形法(大正七年)、田中耕太郎・手形法小切手法概論(昭和五年)、大浜信泉・手形法要義(昭和一年)、伊沢孝平・手形法小切手法(昭和二四年)らは、西欧の手形法史は Kuntze の研究に依拠して比較的に詳述しているが、日本固有法にはほとんどふれない。せいぜい中田薫博士の論文等を引用するだけである。それは現行制度が伝本の手形と関係がないからという(松本)。松波仁一郎・改正日本手形法(初版大正四年)は、「余現行手形法ノ資料ヲ得ルタメ明治二七年法典調査会ヨリ派遣セラレ三ヶ月大坂ニ滞在シ大坂ノ旧家トシテ二百年來両替商ヲ営メルモノ数家ニ就キ古今ノ手形ヲ研究シ」、そのとき集めた十数種の手形を法典調査会に提出しておいたが留学から帰国したら紛失していた、と註にかき、一頁ほど日本古来の手形法につき茫洋捕捉しがたい記述をしている。これらは商法専門家が、日本固有法を学問の対象外において、みずから省みるところなかつたことを語る。ウイグモアの痛感したことがここでも再生産されている。これも東西法文化の差ということができよう。

(31) 手形債務は一般債務と区別してその履行を嚴重に強制され、形式的意義における手形の嚴格性が行なわれた。手形不渡の訴出あれば、訴状に「三十日差の裏書」が奉行所によつてなされる。一ヵ月以内に返答書を提出し、解決させ、不払は身代限とする。手形が転々して不渡りとなつたとき、ぜんじ前者に手形を返還し、振出人は支払人に支払請求の訴を起す。奉行所は即日支払人を召喚、手鎖をなし町預けとする。現金払の代金として渡した手形が不渡りとなつたときは「中拔差の裏書」といつてさらに迅速な裁判がなされる。多額の不渡りは死刑等の嚴重な制裁をうける。野津務・手形法変遷論。

(32) 幕藩体制は世界史に類個をみない強度の統一的・集権的な封建体制であるが、それが二世紀半もつづいて、かなり商業が發展したこと、しかし商業はこの封建体制の枠内にありそれと密着したものであること、この意味で領主権力が商業取引を保護すること等が、考慮されるべきである。

(33) 中国商業もやはりこれと同じ性格をもち、取引仲間においては信用が篤く、繁瑣な契約条項を省いて慣例どおり行なわれ

た。西欧とくに英米法的な契約厳正のやり方とは対比的な面がある。

六

性質のことなる日本固有法の文化という地盤に西欧法の文化が移植される。広義には、それは維新のすぐあとからはじまる。数年にして、「明治の革新制度文物人情風俗ヲ一変シタリ。法律上ノ慣習独リ其影響ヲ免ルヲ得ズ。特ニ明治七八年以来著シク変更シタリ。而シテ新成ノ慣習ハ仏国ノ成法ニ近キモノ七八ニシテ英米ノ不文法ニ類スルモノ二三ナルヘシ」と一論文のいう状況となり、法の継受は現実の事態となった。成文法典の公布をもつまでもないのである。⁽³⁵⁾

では、この継受はいかように行なわれたか。そこには矛盾や混乱が生じなかった。かつ、また日本の法学者、法学生はどのようにこれに対応したか。

この点にふれるのが、さきにみたウイグモアやボアソナードの観察である。すなわち法学者たちはほとんど無条件に新来の法文化に渴仰随従し、ひたすらこれを学び吸収し、かつこれを活用しようとはかったのである。次節でみるように、条約改正によって近代法の急速な継受を要請された政府は、これを奨励し援助した。そのような研究学習の態度は、いきおい一切の過去をふりすて、既往の文化的地盤はないものとして専心新文化に向う態度を示した。中国でいう「一窮二白」の「白」である。深く反省することなく自己を無文化として嫌悪し、全く新たに異質の文化を摂取する勇猛心が、「その想起する最後のものが彼の祖国に固有である法観念であらう」ところの日本法学生の手紙を創出した。しかも、これは法学にかぎられたわけではない。すでに明治九年、医学者のベルツはその日記に書い

た。「現代の日本人は、自分自身の過去については、もう何も知りたくない。それどころか教養ある人たちはそれを恥じてさえいる。……これら新日本の人々にとっては常に、自己の古い文化の真に合理的なもののよりも、どんなに不合理でも新しい制度をほめてもらう方が、はるかに大きい関心事である。」（ベルツの日記第一部上）。外来文化に対する拝跪、自己固有の文化に対する卑下の念ともいえないではない。

他方、継受には、多少の混乱ないし抵抗がともなわないわけにはゆかなかった。いわゆる鹿鳴館文化に対する国粹派の批判非難といったものもある。法の文化においてこの点に関連してとりあげるべきものは、民法典論争にみられた法典批判派（民法典実施延期論）の主張のなかにみられる。その代表的なものとして、明治二五年四月、法学新報第一四号社説の法典実施延期意見をみよう。

ここで論点は多岐にわたり、さきに「民法出デテ忠孝亡ブ」を草した穂積八束の家制論はその重大な支点となっているが、われわれは、権利本位の近代的法觀念に伝統的な立場から強力な反駁がそこでなされていることに、とくに注意をむけたい。

ここで、全体としていわれることは、「民法ハ飽迄個人ヲ以テ權利ノ主体ト為セリ」ということへの反対である。親権、扶養料の請求権、このように家族法上の問題を個人の権利として構成することの不当が強調される。たとえば扶養料についていえば、それを権利としてみとめるときは、「養料ヲ受クル權利アル者ヲシテ怠惰ニ陥ラシメ、養料ノ給付ニ付キ親子兄弟等屢法廷ニ相争フニ至リ、親族間ノ德義ハ漸ク廢頽シ本邦從來親族ニ成立スル美風ハ全ク地ヲ払フニ至ルヘシ」とのべる。人事編に対する第一の反対は、このように、家族法関係における権利的構成にある。

このような根本的な立場は、財産法の批判においてもまた明らかにあらわれる。「新法典ハ社会ノ經濟ヲ攪乱ス」という、つじつまのあわない論述の章において、結局いわんとするところは、「新法典ハ全ク個人金銭的權利ノ保護ヲ主ト」することへの非難であるが、要するに私権の絶対性、契約の自由という近代法原則からの背反を示し、その個人主義を批判して、「人民共同体」の理念を説く。「人民ノ社会的共同体」がどういう内容のものかは、のべられていない。社会生活の規範は權利でなくて義理とか分際とかいうものによつて構成されるべきものとするが、しかし、その体系化はこころみられてさえないし、できるわけではないのである。

もちろん法典反対派もすべて近代法学とくに英法の洗礼をうけた人たちであり、日本固有法の具体的な研究を彼らに求めることができない。そうした体系化の不可能は彼ら自身よく知っている。彼らが弱点としてつこうとしたのはポアソナード民法の慣習無視等であつたが、彼ら自身日本の慣習私法を究明する意図なく、これを「笑うべき代物」とし、ひたすら西欧の法理をとり入れようとした。それがためそこに実証的契機は⁽³⁶⁾なく、結局それは倫常の壊乱という超法的批判におちつかねばならなかつた。けれどもみおとせない点は、この攻撃のコースが、基本的に日本的な思惟方法にそつたものであつたことである。こういう帰結が本来彼らの志向するところだったのかどうかは分らない。西欧近代法を学びつついつかその地金が出てきたのではなからうか。この疑問は、彼らだけではない。法律雜誌第八三号に掲げられた法典支持派たる法治協會の「法典実施断行意見」等においても、感じられる。「若シ諸法典ニシテ悉ク実施セラレ吾人ノ本分理義ヲ明瞭ニスルヲ得ハ風教ヲ維持シ古来ノ美風良俗ヲ保全センコトハ即チ甚タ難シト為ササル所ナリ」(傍点―福島)と、それはのべている。これは、ポアソナードのいう「正義と理性の理念」とは全

く別の次元にある觀念といわねばならない。

しかし、法典反対派の主張の根底にあるこうした伝統的な法的思惟方法を錦の御旗としておしたてつらぬきとおすることはできなかった。天皇大権を極度に強化する欽定憲法はできたけれども、そのもとで人民共同体の民法典を起草することは不可能である。法の文化において固有のもの、伝統的なものが外来のもの、西欧近代社会のものに圧倒されることは宿命的であった。産業資本確立の時期へ明治民法典にそうした法の考え方を反映させることはできない。わが国における近代法継受の政治的契機からそれは必然とされる。これについては、次節にみることにする。

注(34) 飯田宏作・我国法律上ノ慣習ニ就テ、法治協會雑誌一号。星野通・民法典編纂史研究四二七頁。日本の裁判所では仏民法の精神により裁判が行なわれていたし、開港場での外国商人との取引では、英国式の契約証書が作成された。日本の慣習が明治七、八年から一変したというのは、意義深いものがある。

(35) 「フランス民法典の日本に対する影響」というフランス民法百年記念論文集にのせたゴライ弁護士論文は、一八七〇年まで、フランス民法典は日本の法典であった、と論じてゐる。Gorai, Influence du Code Civil française sur le Japon, Le Code civil 1804-1904, Livre du centenaire, tome second.

(36) 唯一の裏証的かつ具体的な法典反対派の立法上の主張としては、詳しい入会権の規定を設けるべきだとしたことである。福島正夫編・明治民法の制定と穂積文書一二九頁。これは実務家(代言人)の法的実践経験から出たものである。

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