



Title	日本法と外国法：法継受論（1）
Author(s)	木下, 毅; KINOSHITA, Tsuyoshi
Citation	北大法学論集, 46(2), 204-174
Issue Date	1995-09-04
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15609
Type	departmental bulletin paper
File Information	46(2)_p204-174.pdf



日本法と外国法：法継受論(1)

木 下 毅

- 第1章 問題の所在
- 第2章 日本固有法の元形（原型・古層・執拗低音）（以上本号）
- 第3章 外国法の継受
 - 第1節 中国法の影響
 - 第2節 大陸法の摂取
 - 第3節 アメリカ法の継受
- 第4章 日本法と外国法

第1章 問題の所在

1. スイスの比較法学者 Adolf F. Schnitzer は、Vergleichende Rechtslehre（比較法論）の中で、外国法（foreign law; fremdes Recht; droit étranger）の継受に関し、個々の法規範ないし法制度を受容する場合（部分的継受）と多かれ少なかれ法を全体として受容する場合（包括的継受 = *Rezeption en bloc*）とを区別して、後者を特に「法の継受」と概念規定している。彼は、このような概念規定に即しながら、継受の事例を列挙しているが、そのうちで最も重要なのは、「中世から近世にかけてのドイツにおけるローマ法の継受」と「近代の（日本を含めた）アジア・アフリカ諸国におけるヨーロッパ法の継受」であるとする⁽¹⁾。特に「ローマ法の継受」（*Rezeption*）は、ルネサンス（*Renaissance*）、宗教改革（*Reformation*）と並んで、世界史における主要な近代化運動の一つに数

えられ、3 Rと呼ばれてきた⁽²⁾。わが国の場合は、さらに古代の「唐の律令法制の継受」および第2次大戦後の「アメリカ法の継受」を付け加えることができよう。このような法の継受の事例は、歴史上重要な意義を持っているものが少なくない。その意味において、法の歴史は、法の継受の歴史であるといっても過言ではなからう⁽³⁾。

「法の継受」(reception, Rezeption, réception) というものが、事実行われるものとすれば、なぜそれが行われるのか、その場合、誰(法の担い手—Juristenstand)がいかなる形で法を継受するのか、さらに、それ以前の根本的問題として、そもそも法について継受が可能であるのか、といった点が問題となる。あるいは、条文、法典または法制度の継受ということは起こりえても、法の継受ということは起こりえない、といわれることもある。このことは、何を意味するのであろうか。ともあれ、比較法が複数の異なる法の比較を研究課題とする以上、それらの間に継受すなわち母法・子法の関係があれば、両者の関係が問題となるこというまでもない。したがって、法の継受の理論的研究は、単にその出発点において、比較法学の形成と時期を同じくしたのみならず、その後も主として比較法学者によって担われることになった⁽⁴⁾。

Giorgio Del Vecchio は、この問題について、人間には人類的 *identita* すなわち人間精神の根本的同一性ないし普遍的な人間性というものがあるからこそ、法の継受が可能であると説く。この問題を通じて人間性の省察に導かれるとともに、法とは何かということを改めて考えさせられることにもなる。このように、法の継受の問題は、法の歴史から見ても理論から見ても、きわめて重要な問題である。この問題は、法の歴史性と普遍性というものの見方の対立にも関係してくる、と思われる⁽⁵⁾。

2. では、法がX文化圏からY文化圏に伝播した場合、どのような現象が生じるであろうか。文化人類学的発想によれば、ドイツ、フランスなどの大陸法系諸国では、この現象を *acculturation* (異文化との接触により生じる文化変容) として捉えようとする。その点からいえば、「法の継受」という表現は、法が変容しないで移転するような誤解を生じさせかねない。というのは、法というものは、物のように移転可能なものではないからである。別言すれば、法は、その国の文化に密着した産物

であり、その生活を規律している人間の考え方、感じ方ないし行動の仕方は、当然法の全体に行き亘っている。したがって、法というものは、技術のメカニズムとして取り出すことは可能であっても、他の文化圏に移植されたときには、すでに違った機能ないし役割を持つようになるのが通例である。それ故、比較法学が法の継受を問題とする場合は、acculturationの視座から考察することが要求されることになろう⁽⁶⁾。

Karl Popperによれば、文化というものは、本来的にそれなくしては独自の文化として自己を保持することのできない構造的枠組を持っている。彼のいわゆる「文化的枠組」は、思考、感情ないし行動についてのいくつかの重要なカテゴリを構成する内的構造体であって、それがその文化集団の構成員の「ものの考え方、感じ方ないし行動の仕方」をあらかじめ決定する⁽⁷⁾。

法というものも、その国の文化と密接不可離の関係にあり、その下で生活している人間の「ものの考え方、感じ方、行動の仕方」＝「メンタリテイ」(mentality; mentalité)を反映したものである。そこでは、いかなる性格を持った人々が、どのような法の考え方をしているのか。法をその一部とする文化全体の性格、法が実際に機能している姿、法文化を支えている人々のメンタリテイの相違、メンタリテイの担い手である国民の性格を反映した法の観念、こういったそれぞれの法文化の特徴として現れてくるものをこそ、比較の対象としなければならない⁽⁸⁾。

法文化の差異をもたらすものがメンタリテイ(ナショナル・キャラクター; 国民性といってもよい)であるとすると、メンタリテイに差異をもたらす原因として、いかなる要因を想定することができるであろうか。野田良之によれば、人間生活を取り巻くエコロジカルな環境条件などの外部的要因と人間の性格を形成している内部的要因とが考えられる、という。前者の「外部的要因」としては、人間の歴史を遡った段階で見られる「狩猟・漁撈・採集型」、農耕に不適な乾燥したステップ地帯で形成されてきた非定着的な「遊牧民型」、多雨・温暖で植物の繁茂に適した地域で形成されてきた定着的な「農耕民型」が、想定される⁽⁹⁾。これに対し、後者の「内部的要因」としては、文化集団の性格を問題とする。R. Le Senneによれば、性格というものは一個人については一生不変であり、変化するのは人格の他の後天的要素である、という。そして、この

性格が生得的であるとすれば、それは遺伝によるというべきである。遺伝によるとすれば、遺伝子はきわめて安定度の高いものであるから、性格型は長期にわたって不変である、ということになる¹⁰⁾。G. Bouthoul もいう。「メンタリテイの特徴は、その極度の安定性にある」と。それ故、「メンタリテイは、個人をその集団に結びつける最も耐久力ある紐帯である」といえよう¹¹⁾。

法の伝播は、スイス民法をトルコ民法典として用いる場合のように、物の移転に近い現象を呈することもなくはない。しかし、法の継受は、X 法文化圏において形成された法体系ないし法制度を、物品を輸入するように Y 法文化圏にそれをそのまま受け容れるのではなく、程度の差こそあれ、そこには受け容れる Y 側の主体的な働き掛けを必然的に伴うものであること、前述の通りである。その意味では「摂取」という語の方が、このような主体性を示すにはより適切であるといえよう。外国法の摂取は、それだけの孤立した現象ではなく、「人類文化の交流の一部分現象」として捉えるべきものである¹²⁾。H. Mitteis は、中世ローマ法の継受について、次のようにいう。「われわれは今日ではもはや、アルプスを越えて入りこんできたローマ法の個々の制度が何であったかということをまず第一に問題とするわけではない。われわれはむしろ、精神の変化、Kulturübertragung を全体として問題にするのであり、法の継受は、単に高度に印象深い実例をこれに提供するにすぎない」¹³⁾と。このように法の継受という現象は、「外国の法的思考財」の輸入であり、その法的思考財とは、「一国一民族の法文化」であるから、輸入とはいってもそれは異文化間の対立であり、「参入統合」の現象として把握されざるをえない。この意味において法の継受は、いわゆる「文化変動理論」の最も典型的な一局面といえるであろう¹⁴⁾。異文化間の対立とは、Popper のいわゆる「文化的枠組」の対立、対峙ないし衝突に他ならない。

イスラーム学者井筒俊彦は、この点に関し、イスラームを文化的枠組として捉えた上で、次のようにいう。「異文化の激突から起こりうる危機は疑いもなく大きい。しかし、同時に、それはまた文化的創造性の源泉でもありうる」。事実、「それまであかの他人だった2つの異文化が、何かの原因で突然遭遇し、対立し、激烈な争いの関係に入った場合、そこに醸しだされる異常な緊張のうちに、少なくとも2つのうちの一方が

新しい文化価値を創造的に生み出すことに成功した例を、人類の歴史上われわれはいくつも知っております。アジア文化に遭遇した古代ギリシャ文化は、ポップー自身も言っていますように、その顕著な一例ですが、シルク・ロードを通じての古代中国文化とインド文化の関係もそうですし、われわれにもっと身近なところでは、明治維新以来、驚嘆すべき情熱で西洋文化を摂取してわがものとしてきた日本文化の歩みも、まさにその好例です。(中略) イスラーム文化もまた、地中海文化、イラン文化、インド文化、アフリカ文化等との文化粹組の接触の、創造的エネルギーの働きの所産にほかならないのであります」と¹⁵⁾。

この複数の伝統的文化価値体系が激突することにより引き起こされる「創造的対決」、「地平融合」ないし「異文化間の対話」は、わが国固有の法文化に外国の法文化を継受した場合にも生じてきたであろうが、それはいかなる形をとってきたであろうか。

3. René David は、「比較民法原論」(Traité élémentaire de droit civil comparé (1950))において、現代世界の法を、西洋法(droit occidental)系、ソヴィエト法系、イスラーム法系、ヒンドゥー法系およびシナ法系の5つの法系に分類し、日本法をシナ法系に位置づけた¹⁶⁾。その後彼は、この法系分類を一部修正し、その第2版ともいべき「現代の主要な法系」(Les grands systèmes de droit contemporains (1964))において、現代世界の法を(1)ローマ・ゲルマン法族〔大陸法族〕、(2)コモン・ロー法族〔英米法族〕、(3)社会主義法族および(4)宗教的・伝統的法族に分類し、日本法を第4の分類の一つである極東法に位置づけている。しかし彼は、同じ著作の中で日本法に関し、「ローマ・ゲルマン法族〔大陸法族〕の一員であることが、依然として日本の法律を性格づけている」とも論じている¹⁷⁾。

他方、ドイツの比較法学者 K. Zweigert も、愛弟子 H. Kötz と共著の形で公にした「法比較入門」(Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts) (1971)において、世界の法体系を、ロマン法圏、ドイツ法圏、スカンジナビア法圏、コモン・ロー法圏、社会主義法圏、極東法圏、イスラーム法圏、ヒンドゥー法圏に分類し、日本法を「極東法」の中に位置づけながらも、「果たして今日の日本は、近

代的日本法をもはや極東法圏にではなくてヨーロッパの淵源にまで遡る法圏に帰属させることが、そろそろ合理的であると思えるような発展段階にきているのではないか、と疑ってよい」とする⁽¹⁸⁾。

さらに、ルーマニア出身の比較法学者で Zweigert の論敵でもある L. Constantinesco は、「比較法における『様式理論』の様式について」(Über den Stil der “Stiltheorie” in der Rechtsvergleichung) と題する論文において、Zweigert & Kötz の様式理論が日本法を極東法圏に位置づけた点を批判して次のようにいう。「大多数の著者が、日本法は今日では、むしろヨーロッパ大陸法圏に属するとしているにもかかわらず、Zweigert & Kötz の場合、日本法もまたこの極東法圏に属していると考えている」と⁽¹⁹⁾。

以上の諸見解は、主として日本の実定法ないし現行法体系を念頭に置いた見解であり、ヨーロッパの代表的比較法学者の日本法に対する理解の程度を示すものとして興味深いものがある。この点に関し、わが国の代表的比較法学者である野田良之は、「わが国の現行法体系は、いわばフランス法とドイツ法を両親としてその間に生まれた子だと言ってよい。そのかぎりでは、ルネ・ダヴィド教授の分類に従えば、日本法は、ロオマ・ゲルマン法族 (famille romano-germanique) [大陸法系] に属している。このことは構造を問題とするかぎり異論の余地はない」という⁽²⁰⁾。

これらの比較法学者の中、前二者に共通していることは、日本法を極東法族ないし極東法圏に属させつつ、現代ではローマ・ゲルマン法族ないし大陸法圏にまで進化・発展していると示唆し、後二者は、日本法は大陸法に属すると論じている点である。法の機能を問題とする場合はいうに及ばず、法の構造を問題とする場合であっても、果してそういえるであろうか。日本法の極東法族論ないし大陸法圏論の問題性は、アジアの法文化に無関心であった日本人比較法研究者の学問的怠慢の総決算の〈つけ〉でもあろう⁽²¹⁾。

わが国の現行法体系は、第2次大戦後、アメリカの占領政策の影響を受け、特に憲法を中心とする公法の領域においてアメリカ法の影響を強く受けるに至る。したがって、構造を問題とする場合であっても、日本法を「ローマ・ゲルマン法族」すなわち「大陸法圏」に分類すること自体、問題なしとしない。仮に構造論的には正しいとしても、機能の点か

ら眺めた場合、果たして簡単に日本法がこの法族の一員だといえるであろうか。

この論点を考える上で、晩年の René David の「法の機能」に関する所説は示唆に富む。彼は、「社会における諸関係の調整装置としての法の機能」という問題を採り上げ、法の果たす機能ないし役割が「西洋法」と「極東法」との間では著しく異なっていることを指摘する。曰く。「フランス、イングランド、ドイツ、イタリアおよびアメリカ合衆国においては、社会は、可能な限り包括的に法に支配されていることが望ましいとされる。これが、法治国家 (Rechtsstaat) というドイツ的理念であり、法の支配 (rule of law) というイギリス的理念である。法は、正義のシンボルであり、市民は、法の優位 (supremacy) を確保するために、闘争することが要請されている」。これに対して、「極東においては、伝統的哲学は法 (the law) というものを『野蛮人』を陶冶する目的にのみ有効な急場しのぎの処理方法と見る。誠実な市民は、法を問題としない。彼は、法に関心を寄せることなく、伝来の道德、礼儀作法および仁義の準則に従って生活しており、こうした準則はその者がある特定の共同体に属しているという意識 (sense) によって課せられる」。上に述べた「正義の理念を表す法」と「可能な限り用いられないことが期待されている法」という2種類の法を比較することは、きわめて困難である。法の機能に関するこの発想の基本的差異は、実務的レベルではきわめて重大な結果を引き起こす。すなわち、「近代の西洋法思想に基本的な主観的権利 (subjective rights) という発想および客観的法〔法準則〕 (règle droit) の理念でさえもが、極東においては排斥されている」。換言すれば、「極東およびアフリカ黒人社会では、原理としての法の観念を排斥する」のである。これらの国の人々にとっても、ある種の事案において判決を言い渡し、社会で通用している準則に従わなかった者にある解決を施すことは、必要やむをえないこととされる。しかし、「サンクションを科す判決を下すことは、正常なこととはみなされていない」。ましてそのことが、人間関係における望ましい解決手段として提唱される価値はない。「紛争と犯罪とは、社会という『からだ』の正常な機能を阻害する病理的現象とみなされる。これらの事故は、事故として処理されるべきであり、権威主義的解決を必要としない。紛争は、一度起こってしまえば、

解決されなければならないのではなく、調停手続により『解消され』なければならないのである。いかなる状況においても重要なことは、調和(harmony)を回復することなのである。というのは、「人と人との調和は、宇宙の調和とリンクしており、この世の人々が自然的秩序に従って平和裡に生活することが望まれるなら、確保されなければならないものである。訴訟の終わりには、勝利者も敗北者もあってはならないのである。ある解決が押しつけられるとすれば、それは実際には有効に機能するものではありえない」と。そして、結論として次のようにいう。「極東およびアフリカ黒人社会の平和と調停の理念は、西洋およびイスラームの思想を支配してきた法の支配の理念とは対照的である。アフリカおよび極東の包容的で寛大なヴィジョンは、最前面に個人の権利・利益ではなく、両者の義務と必要度とをみて、両者に解決を受け入れさせる多くの要因を考慮に入れる。この解決のメリットは、その『法的』性質にあるのではなく、その『公正な』性質にある。正義は、すでに生じた事件が十分にかつ最終的に清算され、平和と調和が回復されることを要請する」と²²⁾。

4. L. Constantinescoによれば、「法の観念」(Auffassung vom Recht) ないし「法の役割」(Rolle des Rechts) は他の一切の基準の性質や作用を規定するものであり、過渡的現象というにはあまりにも安定的であって、必ずしも社会経済的变化に伴って動くとはいえない独自の秩序の在り方を示す、とする²³⁾。

わが国では、野田の立場がこれに近い、といえよう。彼は、次のようにいう。「法の観念の相違は法体系を異ならしめる上で決して小さくない要因だということここでもう一度強調しておきたい。そしてこの法観念を支えている一国民のメンタリテイというものの特色は、究極的にはおそらく遺伝子によって担われているものであり、遺伝子は極めて安定度の高いものであることを思うと、メンタリテイ、ひいては法観念もまたその本質においては極めて変化しにくい(変化しないということとは違うことを強調しておきたい)ということに思い至らざるを得ない。だから、ある国民が外国法を大量に摂取した場合、いかにその摂取が忠実に行われたとしても、それはやがてその国民の無意識の深層の中で、

そのメンタリテイにふさわしく同化され、変形されざるを得ない」と²⁴⁾。

野田によれば、このメンタリテイの相違を生じさせる環境条件などの外部的要因および文化集団の性格といった内部的要因をも考慮の中に入れて日本法を考察した場合、「われわれは、それがロオマ・ゲルマン法族〔大陸法圏〕に属するとは簡単にはいえない」、ということになる²⁵⁾。この野田の Renè David 批判は、Zweigert, Constantinesco に対しても、そのまま当てはまるであろう。

これに対し、法観念ないし法意識を「超歴史的・固定的なもの」〔文化のパターン〕として捉えず、むしろ「政治的・経済的・社会的諸状況」、なかでも裁判制度の不備など、「それぞれの時と場所における具体的状況によって」変化しうることを強調する学説も見られる。さらに、法観念ないし法意識を、歴史的社会の土壌に育まれた「歴史的形成物」として捉え、国制史の変動との関連において追究すべし、とする学説も見られる²⁶⁾。

では、日本法は、世界の法系・法文化圏・法族の中で、いかなる位置を与えられるべきなのであろうか。歴史的・文化価値を担う日本法は、法文化論的にいえば、「西洋化された法」ではあっても、「西洋法」ではない。このような日本法の生きた姿を正しく伝えることが、今後の日本の比較法学者に課された重要な任務である²⁷⁾。

まず、いえることは、「比較法の考察の対象をいかに広げていっても、法解釈学的ないし法規中心の見方から脱却しないかぎり、この問題は解決されない」ということである。日本の「生ける法」(lebendes Recht)を捉えるためには、「実定法」ないし「書かれた法」から一歩離れて、より広い比較法文化論的視座に立たねばならない²⁸⁾。

他方、EU法の発展に伴うイギリス法のヨーロッパ法化により、伝統的な「大陸法」と「英米法」という枠組みが発展的に解消し、今や「ヨーロッパ法文化圏」と「アメリカ法文化圏」がこれに代替するかの観を呈しつつある。そして、これらに「極東法文化圏」を加えたものが、今や世界の三大経済圏に対応する主要な法文化圏となりつつあるように思われる²⁹⁾。

かかるグローバルな潮流を踏まえて、世界の法系・法文化圏・法族における日本法の地位を法文化論的に考察することが、本稿に課せられた

主たる目的である。そのためには、近代および現代のわが国の法と法学の元形（原型・古層・執拗低音）および歴史的前提を探ることが、その出発点になろう。わが国の法と法学の近代化にさいしては、もっぱら西洋の法と法学を摂取する方法をとり、「土着の制度を発展させた側面は非常に限られている」。しかし、「法についてのものの考え方（法観念・法意識）」に関する限り、「前近代と近代とはけっして断絶していない」。換言すれば、西洋の法と法学を継受するさいには、「意識的にせよ無意識的にせよ、伝統的な〔法観念ないし〕法意識がそこに介在することは避けられなかった」。和魂洋才といわれる所以である⁸⁰⁾。

日本法の法文化的背景を考察するに当たっては、以上の法観念ないし法意識といった精神的・心理的・文化的要因と政治的・経済的・社会的諸状況を止揚的に捉え、「精神構造を含んだ意味での社会構造」をそれぞれの国家ないし社会について明らかにしていく必要がある。そこで第2章では、このような意味での法文化論的視座から、わが国の固有法の元形に探りを入れるとともに、第3章で、わが国の法と法学の歴史的前提について考察することとしたい⁸¹⁾。

第2章 日本固有法の元形（原型・古層・執拗低音）

1. 一民族社会の法は、法文化的起源において、固有法的なものと同質的な法文化から継受したものとに区別することができよう。ある特定の法文化には、その固有の発展を遂げるために、歴史的環境に対応し、伝統的固有法をある程度修正しつつも、基本的にはそれを維持しようとする潜在力のごときものがある、といわれる。民族の自己防衛ないし自己保護の本能とでもいうべきものが、それにあたる。いかなる国家であっても、ある特定の法文化を形成する上で、法文化の文化的同一性を基礎づける固有法の元形（原型・古層・執拗低音）が存在するとされるが、それは、法の観念ないし法の役割の異同という形で現れることが少なくない⁸²⁾。この元形は、「アイデンティティ法原理」と呼ばれることもある⁸²⁾。文化的要素としての法観念ないし法意識は変化しにくく、伝統と近代とが共働した日本の近代化のパターンからして、日本的法観念ないし法意識はさまざまな適応形態を示す可能性がある、という指摘もなされてい

る。本稿では、六本佳平の提唱に従い、「法観念」=「法（体制）自体についての理解の仕方（法とはいかなるものであると考えるか、いかなる機能を持つべきものかと考えるか）ないし態度（法体制ないしそれが果たすべき役割についての好悪や価値評価等）」、「法意識」=「現行実定法規範の内容についての知識、ないしそれに対する態度（好悪、価値判断、解釈等）」の意味に用いることにしたい³³。

では、そもそもわが国に、土着の固有法、日本的（「日本人の」ではない）法観念ないし法意識というようなものが存在していたのであろうか？ 日本の固有法の原型、古層ないし執拗な持続低音（basso ostinato）にあたるようなものが存在していたとすれば、それはどのような「形」（かた）をとっていたのであろうか？「大陸文化の洗礼を受けない前の日本人の〔法観念ないし〕法意識³⁴」は、どのようなものであったのであろうか？ 近時、日本人の「法観念」「法意識」ないし「法に関係する無意識的（意識下的）心理状態³⁵」、「アメーバー性日本の法意識³⁶」といった「近代法学が切り捨ててきたもの」を拾うことの必要性が、問題として提起されつつある。このような日本的法観念ないし法意識の特徴を捉えるためには、その基礎をなしている日本的な発想形態、内発的思考様式ないし日本人の行動様式、その背景にある日本人の意識構造、さらには「日本文化のアーキタイプ（かくれた形）」「日本文化の無意識の深層」ないし「集団的無意識の基層」といったものを究明する必要がある³⁷。この種の問題を考える場合に、「しばしば、儒教や仏教や、それらと「習合」して発達した神道や、あるいは江戸時代の国学などが伝統思想と呼ばれて、明治以後におびただしく流入したヨーロッパ思想と対比される。この2つのジャンルを区別すること自体は間違ではないし、意味もある。けれども、伝統と非伝統というカテゴリーで両者をわかつのは重大な誤解に導くおそれがある」といえよう³⁸。

2. このような日本文化のプロトタイプ、集団的無意識の基層ないし日本的なメンタリテイを形成してきた要因としては、大別して、地理的・風土的環境条件等の外部的要因と文化集団に支配的な性格といった内部的要因とが考えられること、前述のとおりである。

まず、前者の外部的要因から見ていこう。日本の歴史が書かれた時代

以降、わが国は、異民族による大規模な征服を経験していない。この事實は、日本列島の地理的条件と関係しており、日本文化の伝統的要素の持続性ないし連続性を説明する一つの歴史的背景になるであろう。事実、日本の文化には、伝統的な古い層の文化が、外来の、あるいは国内で創造された、新しい層の文化の展開により消滅することなく、重層的に共生している場合が多い⁽³⁹⁾。

丸山真男によれば、日本は、「かつてのミクロネシア群島、メラネシア諸島たるべくあまりに中国大陸に近く、朝鮮の運命を辿るべくあまりに中国から遠いという位置にある。……そびえたつ『世界文化』から不断に刺激を受けながら、それに併呑されない、そういう地理的位置」にある。「私は朝鮮型を洪水型といい、日本を雨漏り型という……。洪水型は、高度な文明の圧力に壁を流されて同じ文化圏に入ってしまう。ところが、逆にミクロネシア群島になると、文化の中心部から『無縁』もしくはそれに近くなる。日本は、ポツポツ天井から雨漏りがしてくるので、併呑もされず、無縁にもならないで、これに『自主的』に対応し、改造措置を講じる余裕をもつことになる。これが、まさに『よそ』から入って来る文化に対して非常に敏感で好奇心が強いという側面と、それから逆に『うち』の自己同一性というものを頑強に維持するという、日本文化の二重の側面の『原因』ではないにしても、すくなくともそれと非常に関係のある地政治学的要因なので」ある。「(むろんこういう『型』は大体の傾向に着目して区別するので、歴史的現実をくまなく説明するものではない)」と⁽⁴⁰⁾。

このように日本は、地理的に他民族が完全に征服できるほど大陸に近接していないが、さりとて外来文化の伝播を遮断するほど離れているわけでもない。日本列島の東側は太平洋で、それ以東、文化の伝播は遮断されている。そのため、文化は西側から入ってきて、東側へは出ていかない。したがって、日本は「文化の吹き溜まり」となり、そこにはあらゆる文化が堆積してくる。換言すれば、大陸の文化は、日本の文化に完全に吸収されるだけで、日本の固有文化との衝突は生じない⁽⁴¹⁾。そこには、A. Toynbee のいう文明と文明のエンカウンタ (encounter) という現象は見られない。大陸の文化は、征服的に入ってくるのではなく、それ以前の文化に吸収されるだけであるから、過去の種々の思想が堆積し、沈

澱化してくる。このようにわが国は、征服されることがなかったため、好きな文化だけを吸収することができた。日本文化が数千年にわたって固有の発展のリズムを乱されず、しかもつねに適度の刺激を与えられつつ育ってきた理由は、この地理的位置と無関係ではない。日本人が大陸文化を吸収するのに積極的であったことは、このような地理的条件からも説明することができよう⁽⁴²⁾。

しかも、日本列島に住みついた人間集団は複数の起源をもつ集団の複合であった、と想定されるが、かなり早い時期から平和裡に共生し、つとに同族意識を持っていたようである。このことは、日本語が語彙において多元的起源を思わせる要素を持ちながら、その構造においては早くから一元的であったことから推測されよう。このことから、日本の社会は、非常に長い間一個の本質的に同質な生の共同体として存続してきた、といえるであろう。日本人の思考のホモジェニイテイは、このことから説明することができよう⁽⁴³⁾。

他方、日本人の外来文化に対する寛容は、日本の「風土」とも無関係ではない。法の風土的被制約性の思想は、Montesquieu に始まる⁽⁴⁴⁾。和辻哲郎の「風土」によれば、「人間の存在は歴史的・風土的なる特殊構造を持っている。この特殊性は「風土の有限性」による風土的類型によって顕著に示される。もとよりこの風土は歴史的風土であるゆえに、風土の類型は同時に歴史の類型である」とされ、モンスーン地帯、砂漠、牧場の3類型に分類される。この考え方の特徴は、温度と乾湿度を指標とする環境論的ないし生態学的観点に依拠している点にある。モンスーン地帯の典型は、インドおよび東南アジアである。バラモン教および仏教は、ここから生まれた。砂漠は、ユダヤ教およびキリスト教を生んだ。牧場の典型は、地中海地域であるが、ギリシャおよびローマの古典文化はここで生まれてきた、という。和辻は、さらに続けて、「自分はモンスーン地域における人間の存在の仕方を「モンスーンの」と名づけた。我々の国民もその特殊な存在の仕方においてはまさにモンスーンの的である。すなわち受容的・忍従的である」と⁽⁴⁵⁾。

「百姓囊」を敷衍発展させたイザヤ・ベンダサンも、「(日本の気候)環境は、直接に日本人に影響を与えただけでなく、稲作を通じて、間接にも徹底的な影響を日本人に与え、同時に徹底的な訓練を全日本人には

どこした。いわばこの環境は全日本人の『鬼の大松』だった」と指摘している。「日本の稲作は（場所にもよるが）気候の点で少しく無理があるから、否応なし、待ったなしの緻密な計画のもとに手ぎわよくやらねばならない。三月に苗代、梅雨期に田植え、台風前の結実、秋の快晴にとり入れといったスケジュールは崩せない。遊牧民的基準から言えば、まるで秒きざみである。（中略）何しろ刈り入れ日時はきまっていて動かせない。すべてここから逆算しなければならない。『一日をおこたるときは一月の凶』であるから、遅れは死にもの狂いで取りかえさなければならない。一日ちがいで一方が収穫百パーセント、一方がゼロになることは、台風をひかえての取り入れでは少しも不思議ではない。これがまた『ノロマ』は無能、やる気がないのは罪悪で、そして『なせばなる』の哲学を生む。中世の日本では人口の85パーセントが農民だったというから、国民のほぼ全員が、一千数百年にわたってこういう訓練をうけつづけて来たわけである。従って、一定期日を定めて、そこから逆算し、いわゆる秒刻みのスケジュールで事を運ぶ点では、全世界広しといえども日本人の右に出るものはいない。真珠湾の攻撃であれ、オリンピックや万国博の開催であれ、また戦後のさまざまの会社の復興であれ、まさにキャンペーン型稲作の現代版の行き方である」〔キャンペーン型稲作〕。しかしながら、「このキャンペーン型稲作は、もう一つの決定的な特徴を日本人に与えた。『天の時、地の利、人の和』はまさにこの特徴を表している。かつては、全日本人の85パーセントが、ある時期（天の時）になると一斉に同行動を起した（人の和）。田植えの時には全日本人が田植えをしなければならない。ゴーイング・マイ・ウェイなどどうそぶいていれば、確実に餓死するか他人様のごやっかいにならねばならぬ」（隣百姓心理）ことになる〔和の精神〕⁴⁶。このような農村共同体の生活様式が根底から変革されることなしに存続してきたという事実、日本的メンタリテイないし日本文化の伝統的要素を広く持続させてきた基盤があった、といえようか。

一般的にいえば、環境の条件のもとに形成されるメンタリテイは、現実にはきわめて多種多様であるが、これらをイデアル・タイプに分ければ、1万年位前まで人類共通のメンタリテイとして存在していたと推測される「狩猟・漁撈・採集型メンタリテイ」、主として西洋社会にみ

られる遊牧民的・非定着的・動的性格をもつ「遊牧民型メンタリテイ」、主として東洋社会にみられる農耕民的・定着的・静的性格をもつ「農耕民的メンタリテイ」という3つの基本型に分かれる、といわれる⁴⁷⁾。

無主物先占に見られ、漁業民的なかに承継されて現存していると想定される「狩猟・漁撈・採集型メンタリテイ」は、旧石器時代にあつては人類全体についてほぼ同様であつたと推測されるが、新石器時代に入ると、牧畜と農耕が始まり、人類のメンタリテイの基本的な差異として、「作る」メンタリテイと「成る」メンタリテイとが、形成されることとなつた、といわれる。「遊牧民型メンタリテイ」と「農耕民型メンタリテイ」とが、それである⁴⁸⁾。

植物の繁茂に適しない乾燥したステップ地帯や草原地帯では、家畜の群れを引きつれ、水や草を追って移動する人間の遊牧生活が見られた。遊牧は、一定の土地に定着する要素を欠き、意識的に意思的集団を構成しないかぎり集団は形成されず、また形成されたとしても遠心力が機能して、自然に放置すれば自らバラバラに瓦解ないし解体する運命にある。したがって、社会というものは人間の意思的行為を媒介として人為的に「作る」ものだという意識が生まれ、これを維持するためには外部からの枠づけ、すなわち、契約観念ないし規範意識が形成されてくる。中央アジア、南ロシアの高原にみられる牧畜主導型の社会は、その典型例である。そこでは、水平構造が基本をなし、権力の構造は拡散的で夜警国家的となる傾向が強く、個人と個人との関係を規律する裁判規範としての私法が優越するようになり、当事者対立構造に立脚する裁判手続が一般化する。個人の個人に対する対立・抗争を基調とする社会では、自ずと自力救済的となる。悪条件の自然環境にあつては、苛酷な自然との対決を余儀なくされ、すべての物は「作る」ことによって、真の存在に達するという「作為」思想を生み出す。また、牧畜を主とする社会においては、自己の財産と他人の財産との区別がきわめて厳密になされ、個々の財産に対する所有者意識が生み出されることになる。ここでは、平和も闘争を通じて作られねばならない。遊牧民型メンタリテイの下に形成された訴訟は、訴訟をも一つの闘争とみる。古代ギリシャの訴訟観に典型的にみられるアゴンの訴訟観によれば、闘争は、「社会構成の原動力」であり、闘争そのものは「社会の生理現象」として肯認される。そこで

は、闘争をフェアにする手続とルールとが要求される。これが法である。この闘争的社会観の故に、ルールを遵守した「フェアな闘争」という観念が生まれる。このような法観念は「権利のための闘争」(Kampf ums Recht)、すなわち、「権利＝法の目標は平和であり、そのための手段は闘争である」(Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf)として、今日でも生きている。それ故、この法は当初から訴訟的であり、私法的であった。この世界では、天の思想が生まれ、男性神を中心とする一神教の神観念が形成されてきた、といわれる⁽⁴⁹⁾。

これに対し、農耕は温暖多湿で地味の肥沃なモンスーン地帯を中心に営まれ、そこには人々が定着し、人為的構成を加えないでも、地縁的共同体であるムラが自然発生的に形成されてくる。作物は、自然の条件に反する人為的操作を加えないかぎり、自ら成長する。かかる傾向は、照葉樹林地帯に囲まれた中国中南部の農耕社会に典型的に見られる。このような風土においては、自然を自然として受容し、これに依拠して生活するというライフ・スタイルを生み出す。そこでは、自然と対抗して独立的ないし意思的な行動をとる必要もなくなる。その結果、個人は、共同体の中に埋没することになる。ここでは、社会も「成る」ものであり、自然に委ねてもものの成るがままに生きることが可能となる。農耕民の共同体においては、遊牧民にみられるような契約観念ないし規範意識は存在していない。集団、協力関係は、自らにして生まれ、紛争は平和を攪乱するものとして否定される。農耕民型の訴訟観においては、紛争は社会の病理現象であり悪であるから、なんとしてもこれを抑止し、除去すべきものとされる。それ故、専制的構造をもつ権力が不可欠となり、平和攪乱者を矯正し、排除するために、法の中心に刑法がおかれることになる。このような農耕社会では、垂直構造が基本をなし、公法の系列ないし律令の体系が主流をなすようになる。この世界では、母なる大地を基盤として、物を成らしめる自然の諸力が神格化され、原始母神的な多神教が生まれる。老荘思想(無為、道の観念)は、このような農耕民型メンタリティをかなり純粋な形で表現している、といわれる⁽⁵⁰⁾。

以上を要するに、遊牧民的・非定着型のメンタリティは、ゲゼルシャフト的・都市的な「作る」文化のメンタリティであるのに対し、農耕民的・定着型のメンタリティは、ゲマインシャフト的・ムラ的な「成る」

文化のメンタリテイである、ということになる。日本人のメンタリテイないし日本の法文化は、一般的傾向としては後者に近いといえよう。

次に、日本文化のアーキタイプス、集団的無意識の基層ないし日本人のメンタリテイを内部的要因である「文化集団に支配的な性格」について分析するとどうなるであろうか。René Le Senne によって体系化された性格学によれば、人間の性格は、感情性 (Émotivité)、行動性 (Activité)、反響 (Retentissement) という3つの基準によって分類されるという。前二者の有無および後者の反応の遅速を3つずつ組み合わせると、8つの性格型が構成される。これらの性格型で日本人に最も多いのが *nerveux* 型 (南方系)、次に多いのが *sentimental* 型 (北方系) であるが、比較的少数とはいえ無視しえないものに *colérique* 型 (騎馬民族系) がある、といわれる。この3つに共通の要素は、*émotif* であるから、日本人の最大公約数的なメンタリテイは、強度に感情型ということになる。日本人のムード的行動様式といわれるものも、この性格に基因するところが大きい、といえよう。この指摘は、日本人の性格を「合理的思考よりは、イラショナルな、そして、理性的というよりはエモーショナルな性格」として捉える堀一郎の見解とも符合する⁵¹⁾。

ところで、日本人のメンタリテイの深層に潜在する日本の文化の元形、より特定的には日本の法文化の元形 (原型、古層ないし執拗な持続低音) と想定されてきたものは、一つのドクトリンとして存在しているわけではないから、具体的に元形を取り出してくる方法としては「消去法」しかない。ここでいう「執拗低音」(大衆の意識の深層)とは、儒教、仏教、西洋思想等の外からのインパクトとの接触を通じて生まれた主旋律 (体系、世界観ないしドグマを持っているのが通例) と区別される固有の伝統的な文化的発想を意味し、それは、古代から現在に至まで一貫して存在する、という。したがって、外来の文化・思想を微妙に変化させ、これに変容を与えるものこそ、「日本的なもの」ということになる。それ故、はっきり表現された「主旋律」が「外国の原型」とどのように異なるかということ进行分析すれば、その差異を生み出した「執拗低音」を推測することができることになろう⁵²⁾。

3. 日本の文化の水脈を辿っていくと、そのほぼ最深層に想定される

縄文の世界が現出する。磨製石器と土器をもつ縄文文化は、新石器文化に属し、一般に約1万年ないし8千年前から始まる「自然社会」（農業社会、工業社会と区別された）の日本的形態である、といわれる。縄文時代は、旧石器時代に引き続き、狩猟・漁撈・採集を中心とする時代であった。無構造の伝統の元形としての固有信仰（日本の民族宗教は、中世になってから、「神道」という名で仏教や儒教と対立する思想体系であるかのごとく主張されるようになった）は、通説のように弥生文化あたりに発するのではなく、「その根を深く縄文文化におろしているのではないか」⁶³⁾、という注目すべき仮説も主張されている。では、縄文文化の担い手（日本人の祖型）は、いかなる人々であったろうか。稲作技術が到来する前の日本の文化については、考古学、民族学等の研究成果にもかかわらず、必ずしも十分な研究が進められているとはいいがたいが、近時、日本文化の元形を東アジア全体の視野の中で考察しようとする生態学(ecology)的・文化人類学的アプローチが注目されるに至っている⁶⁴⁾。

縄文文化以前の日本の原始文化を、ヒマラヤから中国南部・東部、朝鮮半島南部を経て日本本州西南部に至る照葉樹林地帯に共通して見られる「照葉樹林文化」の一環として捉えようとする学説は、その一つである⁶⁵⁾。日本の固有信仰は、その根を深く縄文文化に下ろしており、照葉樹林文化の面影を留めているといわれる東南アジア山地民の信仰と類似性を有するとする文化人類学者の指摘も見られる⁶⁶⁾。アニミズム、自然崇拜等の諸観念に基づいて「呪術的な儀礼」が行われていたと推測される原始神道の祭祀遺跡には、山岳、岩石、水に拠る例が多く、岩石の祭祀遺跡も、多く山岳と関連している、とする指摘がみられる⁶⁷⁾。

この縄文文化の遺産は、紀元前4ないし3世紀に水稻栽培が定着した西日本（照葉樹林地帯—東日本の落葉広葉樹林地帯に対する）を中心に、イネ・青銅器に象徴される弥生文化以降の農耕的文化の中で、イネづくりのための「農耕儀礼」として、姿を変えつつ生き続けたに違いないし、弥生時代以降の文化は、今日の文化の中でいくらかの変形を被りながらも、現にさまざまな姿で生き続けている（たとえば、神主による新幹線の開通式、原子力研究所の地鎮祭等）⁶⁸⁾。日本の農耕社会は、イネの水田耕作を主体としていたため、灌漑に便利な山裾、山あいに定着して集落が発達し、これらの地縁的血縁的小集団が、農耕儀礼の担い手となった、

と想定されている。原始神道の基本的性格は、この段階で成立し、3世紀後半に始まる古墳時代へと受け継がれていく⁶⁹。このような文化人類学、栽培植物学、植物生態学、考古学、民族学、比較神話学などを基礎とする近時の学説、なかでも、照葉樹林文化は東アジア文化の源流であり、日本文化の深層を形成してきたとする仮説には、傾聴に値するものがあるろう⁶⁰。

栽培植物学者・中尾佐助は、その著「栽培植物と農耕の起源」において、世界における農耕文化の原型を、東南アジア起源のイモ類を主とする「根栽農耕文化」、アフリカないしインドのサバンナ地帯起源の雑穀類を主とする「サヴァンナ農耕文化」、西アジアから地中海沿岸にかけての冬雨地帯起源のムギ類を主とする「地中海農耕文化」、および、南北アメリカ起源の「新大陸農耕文化」の4つのカテゴリに分類し、さらに熱帯に成立した根栽農耕文化の温帯適応型として「照葉樹林文化」を設定することができるとした⁶¹。しかし、最近、照葉樹林文化を根栽農耕文化の北方展開型とみる考えを逆転し、根栽農耕文化を照葉樹林文化の南方展開型とみる仮説を提起するに至っている。彼は、南シナの雲南省あたりを中心として、西はインドのアッサムから東は中国の湖南省に及ぶ照葉樹林農耕文化センターともいべき半月形の地域を「東亜半月弧」と命名し⁶²、照葉樹林文化のクライマックスを「焼畑の雑穀栽培」を中心とする文化に求め、稲作以前の日本の原始文化を照葉樹林文化の一環として捉えようとした⁶³。彼によれば、「照葉樹林文化はきわめて山岳的な性格をもち、本来の形態は山棲みの生活である」が、照葉樹林文化の日本型としての縄文文化も、山岳的な性格を濃厚にもっていた、という。その点、平野的な水稻農耕を前提とする次期の弥生文化とは、対照的である⁶⁴。縄文文化は、基本的には狩猟・漁撈・採集経済を基調とする文化であったが、その後半期に農耕文化へのさざまな移行形態を示し、末期にあらわれた雑穀栽培を媒介として、やがて弥生時代の水稻農耕文化へと転化していく⁶⁵。

では、この照葉樹林文化の日本的形態といわれる縄文文化（農耕以前の狩猟・漁撈・採集的文化）、これに続く弥生文化（農耕社会的文化）の中で生成されてきた日本の文化と社会の特質は、何に求めることができるであろうか。前者の系譜に属するものとしては、神人合一信仰、シ

ジャーナリズム、天皇制的価値意識、後者のそれとしては、家族主義的共同体観に立った集団主義、ムラの原理などが、指摘されてきたが、これらに共通しているのは「非合理的な、日本特有の特殊主義的、閉鎖的性格」である、といえよう⁶⁶。わが国では、宗教改革を伴わずに近代化、市民革命（明治維新）が行われた結果、現代の日本社会のなかに非常に広汎な古層を残存させる結果となった、とする指摘がみられる⁶⁷。

日本人の世界観の歴史的な変遷は、多くの外来文化・思想の浸透によってよりも、むしろ、具体的な感情生活ないし無意識の深層に働くところの土着の世界観の執拗な持続と、そのために繰り返された外来の文化の「日本化」によって特徴づけられる、といわれる⁶⁸。では、この執拗な持続性にみられる日本の社会・文化の深層に内包された内的構造として、いかなる要因を想定することができるであろうか。加藤周一の想定要因によれば、「集団主義」（家とムラ、少数意見の不在、上下関係と水平関係、集団相互の競争と集団内部の能力主義、集団の無責任体制）、与えられた現実を容認する「現世主義」（文化・世界観の此岸性と世俗化、実用的技術主義、享楽主義、美的装飾主義、形而上学の体系・超越的価値の不存在）、「現在主義」（部分尊重主義、「明日は明日の風が吹く」「昔は昔、今は今」哲学、絵巻物の世界、「成る」メンタリテイ、過去によって現在が拘束されるということが非常に少ない）、および、集団内部の調整装置としての「義理・人情」（独特の象徴体系）（日本社会の一方には、内面化されない外在的準則の体系に従って機能している「外面的な形式主義」—複雑な儀式の体系（贈答形式、ハンコ）および名目主義—と、他方では、客観的規範として外在化されることのない内面的な感性を高い価値とみなす「極端な主観主義」—動機・気持・心尊重主義—とが緊張関係にある）などがそれである、という。これらに、世界の文明国の中ではまったく例外的ともいえるほどの「思考のホモジェニテイ」（等質性—腹芸、以心伝心、肝胆相照らす—、義理は等質的な社会の「共感」の文化を前提にしなければ成立しない、といわれる）、「規範観念の欠如」（成行き主義、あるがまま、惟神の道）などが、付け加えられることが多い⁶⁹。

この照葉樹林文化の日本的形態といわれる縄文文化、これに続く弥生文化の中で生成されてきた日本固有法の元形（原型・古層・持続低音）

として、いかなる法観念を想定することができるであろうか。日本的な法観念の一つに、「つみ」と「けがれ」を区別せず、これらは「はらえ」によって消滅するとする発想がある、といわれる⁷⁰。また有力な一説によれば、「理非を論ぜず」「折衷の理」「等価主義」「相互主義」といった土着の固有法的発想も、中国の律令制が撰取される以前から存在していたとされる⁷¹。本居宣長の古事記伝によれば、未来を含む一切の「歴史の理」は「神代」に凝縮されている、という⁷²。そこに歴史意識ないし文化のパターンの元形（記紀神話の冒頭の叙述から抽出した発想様式）が存在するといわれる。川島武宣の「日本人の法意識」は、「理がない」ことを否定的に評価するのに対し、石母田正などは、それも一つの理ではなかろうかと積極的に評価する⁷³。

では、「理非を論ぜず」「折衷の理」（折中、中分）「等価の原則」（喧嘩両成敗、目には目・歯には歯、血の復讐）ないし「相互主義」（恩と義理との相互的見返関係）は、いかなる社会を土台にしていたのであろうか？ 石母田正によれば、それは未開社会の原則である、という。それは、ミクロネシア、メラネシアといった太平洋諸島や東南アジアなどにおいてもみられる、という⁷⁴。東南アジアの文化と日本文化を比較すると、衣・食・住などの基礎的部分には、いちじるしい類似点が多く見られる」とする文化人類学者の指摘もある⁷⁵。これら2つの稲作文化圏に見られる前論理的（prélogique）な未開人のメンタリテイ（mentarité primitive）は、その一つであろう。Lucien Lévy-Bruhl のいう未開人のメンタリテイは、日本人のそれに大変近い、といわれる⁷⁶。このように、日本文化の基礎的部分はいちじるしく南方的である、とする説が有力である。しかも、基礎文化のパターンは容易なことでは変化しがたい、といわれる。

この日本人のメンタリテイを反映していると想定される日本的な「法観念」としては、法を厳格に適用することに対するアレルギー反応（日本人は法が嫌い—甘えの構造—法の適用に手ごころを加える）、「権利のための闘争」という法観念（権利感覚、正義観念）の欠如、二者択一（Entweder-Oder）的な「裁判観念」の不存在（黒白を明らかにすることを回避しようとする喧嘩両成敗の思考、水に流して互いに和解、協同体的関係を破壊しないような仕方）で「丸く収める」仲裁的調停、三方一

両損の大岡裁き)などを指摘されることが多い⁷⁷⁾。さらにわが国の現代の「法意識」の中に固有法的なものを拾うとすれば、法律の規定の「規範性」そのものないし「規定内容」の不確定性(「改悛の情」による起訴猶予ないし執行猶予、行政指導、法三章、一般条項規定の多用と目的論的解釈)、「権利・義務」の非確定性・非限定性(義理規範—恩と義理との相互的見返の関係)、事実状態の規範的内容に対する優越(占有の所有権に対する優越)、契約内容の不確定性・不定量性(契約における誠意解決条項—別途協議条項)、「社会通念」の多用、過失相殺的判決、一部認容的判決、調停が民事訴訟解決の「法律上の制度」として訴訟と並んで立法化されているという事実などは、Bruhlのいう未開人のメンタリテイないし基礎文化のパターンの事例ということができようか。このような持続低音を執拗に存続させてきた条件は、日本の民族的等質性にある、と推測される⁷⁸⁾。

4. このように日本人は、一般的にはかなり純粋な農耕民型のメンタリテイを有する、といえようか。日本民族学を開拓した柳田国男は、縄文文化の段階を記紀神話に出てくる国つ神(先住民)の時期、弥生文化以降の段階を天つ神(外来民)の時期とし、「稲作こそは日本文化の基盤である」という視座から稲作を中心とした単一文化を想定し、それを中心に据えて日本のベーシック・カルチャの姿を追究してきた⁷⁹⁾。これに対し、近時、文化人類学的視座に立って、日本文化を構成する外来文化の層は複数想定されるとして、漁撈文化、狩猟・採集文化、陸稲文化などの可能性を示唆する説⁸⁰⁾、さらに、日本人のなかに遊牧民型のメンタリテイも存在していたという説などが⁸¹⁾、有力に主張されている。江上波夫説によれば、記紀神話に出てくる国つ神は「魏志倭人伝」などに出てくる倭人とみられる原住民(土着勢力)で、もともと稲作を中心とする弥生文化を日本にもたらした南方系(原住地は、中・南シナから東南アジア地帯—照葉樹林地帯と重なる?)の民族であり、天つ神は天皇族で、北方系の騎馬民族であり、前者の土着勢力は後者の騎馬民族によって征服された、とされる⁸²⁾。国家を建設した外来の征服者である騎馬民族(遊牧民型)のメンタリテイは、「大和朝廷を成立させて日本の上層統治階級を形成した人人の担っていたメンタリテイであり、この人

人の数は相対的には小さいが、社会的な影響力は当初は甚大であった」と想定されている。「騎馬民族の後裔が武士階級として、かなりまとまって後世の上層統治階級を形成していたと仮定すれば、このメンタリテイは徳川期までは依然有力な社会的影響力を持ちつづけたと言ってよいのではないか」という指摘もなされている。文化人類学・先史学・民族学（APE）的にいえば、日本人のメンタリテイの支配的な型は農耕民型であるが、狩猟・漁撈・採集型も漁民を通じて、遊牧民型もおそらく北方系の騎馬民族を通じて、少数派として存在するに至った、と推測される⁶³⁾。

わが国の古代社会では、紛争を解決するために用いられた規範は「宣り」とよばれていた。したがって、「のり」が「法」に相当する古語であった、といわれる⁶⁴⁾。大和国家が成立したころは、法制はいまだ整備されておらず、法と宗教とは未分離の状態にあった。法と宗教とが分離し、成文法ができあがったのは、中国の法体系を受容してからのことと推測されている。7世紀初頭の推古天皇による冠位十二階の制定（603）および聖徳太子による憲法十七条の制定（604）は、そのはしりといえようか。その意味からも冠位十二階の制定は、古代（不文固有法時代）と中代（上世＝律令時代＝シナ法継受時代、中世＝式目時代＝固有法復活時代、近世＝触書時代＝固有法発展時代）とを分ける時期として、重要な法史的意味を持っている、といわれる⁶⁵⁾。

聖徳太子による十七条憲法は、律令の全面的継受の思想的前提をなすものであった。それは、もともと国家の役人として政務にあたる者＝官吏に対する心構え（心得＝訓戒）であって、「和の精神」を基本とし、儒教、仏教の思想を調和して、君臣の道、諸人の則るべき道を示したものである。「和を以て貴しとなし、忤うこと無きを宗とせよ」という発想は、遊牧民型に対立する農耕民型の法観念を想起させるに十分である。法は社会にとって必要悪以上のものではなく、紛争を発生させないことが社会の理想である、とする考え方がそれである。国王に相当する者が、「正しさ」を理想としたのでなくて「和合」を理想としたというところに、農耕民型の日本的な法観念を見出すことができよう。当初から、遊牧をもってその経済を支えてきたヨーロッパ法文化圏では、生起する問題の解決に「正しさ」こそが要求され、正しさを求めて最後まで「権利のための闘争」を行うのと対照的である⁶⁶⁾。

歴史的にみると、日本の固有法は、3度外国法の大きな影響を受けてきた。すなわち、7世紀には、中国大陸から当時の隋唐の法制度を採り入れて「律令制度」を整備し、次いで明治維新以降は、1858年に調印した不平等条約（日米修好通商条約）の撤廃という政治的目的を達成するために、フランス、ドイツを中心とする「ヨーロッパ大陸法」を全面的に摂取して、近代的法制度の基礎とし、さらに第2次大戦後、「アメリカ法」をヨーロッパ大陸法を基礎とする法制の上に継受するに至った。しかし、これらの外国法の摂取ないし継受も、程度の差こそあれ、受容する側（日本の伝統社会）の主体的関与を必然的に伴うものであったといえよう。

そこで第3章では、摂取ないし継受された外国法とわが国の非法的な伝統社会を反映した固有法との関係（ずれ）に留意しながら、日本法の歴史的前提について考察することとしたい。大化改新以降、中国の律令制度に倣って定められた律令の体系と人々の現実の生活との間には、ずれがあったといわれる。また、明治維新以降、西欧の近代国家の法典に倣って編纂された明治の近代法典の体系と現実の国民生活との間にも、大きなずれがあった。さらに、第2次大戦後、日本国憲法によって象徴されるアメリカ法的政治体制と市民生活との間にも、ずれは依然として存在している。

これらの「書かれた法」と社会行動の次元における「生ける法」との間にあるずれは、具体的にはどのようなものであったか。そのずれは、その後どのように日本の変容を受けてきたか。そして、現在、そのずれはどのように変化し、あるいは解消しつつあるのか。別言すれば、わが国のような「伝統的な社会秩序とは異質的な内容をもつ法律を、外国——特に、先進資本主義社会——から継受した場合に、それらの法律が果たす社会統制の機能は何か。それらの法律と当該の社会との間にどのような相互作用が成立し、それらの法律と当該の社会との間にどのような相互調整の過程が進行するか」⁽⁸⁷⁾。第3章では、このような視座から、これらの外国法が、今日、法規範のみならず法機能の面においても、どの程度土着化し、あるいは逆に日本の変容を受けてきたかを、国制史的に考察することとしたい⁽⁸⁸⁾。

FOOTNOTES

- (1) 1 A. Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* 44, 58-68 (1945, 2d ed. 1961). ローマ法の継受に関する英米の文献としては、P. Vinogradoff, *Roman Law in Mediaeval Europe* (1909) が先駆的業績といえようか。Foreign lawにあたる Fremdes Recht は、必ずしも外国法 (Ausländisches Recht) ではなく、自国法ないし自州法とは異なる法の意味に使われることが多いことに注意。
- 仁井田陸、東アジア諸国の「固有法」と「継受法」、9思想106 (1963) によれば、「東西の歴史のなかで、法の継受といえば、ビルマその他東南アジア諸国法史上のインド法の継受、アジア、アフリカ諸国法史上におけるイスラム法の継受、ゲルマン法史上のローマ法の継受、および東アジア諸国法史上の中国法の継受などであり、それぞれ歴史上の大事件であった」という。
- (2) F. Maitland, *English Law and the Renaissance* (1901), in *Selected Historical Essays of F. W. Maitland* 135, 139 (1957); F. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* 24 (1953) ("that triad of the three R's").
- (3) 久保正幡「法の継受について」14現代法しおり1 (1966).
- (4) M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* 457f (1956); P. Koschaker, *Europa und das römische Recht* 170-78 (1953); M. Rheinstein, *The Common Law and the Civil Law: An Elementary Comparison*, 22 *Rev. Jur. U. Puerto Rico* 90 (1952/53). 北川善太郎、日本法学の歴史と理論14-20 (1968); 沢木敬郎、法の継受、14現代法113, 119 (1966).
- (5) Giorgio Del Vecchio, *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato* — 野田良之訳「比較普遍法学の理念について」野田良之、法における歴史と理念189 (1951). 著者は、法学研究における経験的方法と先験的方法との連関を問題とし、法の根底にあるとされる人類的 identity というものは、単なる抽象的観念に止まらずして、実証的な比較法学の研究を通じて具体的に把握されなければならない、とする。さらに Vecchio, *Le basi del diritto comparato e i principi generali del diritto* (1962) — 野田良之訳「比較法の基礎と法の一般原理」81法協215 (1965).
- (6) G. Gurvitch, *Eléments de sociologie juridique* (1940), *Sociology of Law* 227-39 (1947); 菅野昭正「「翻訳」— 異文化の受容・変容・再創造」46 東京大学公開講座、異文化への理解265, 269-71 (1988); 久保、前掲 (注3), 1-2.
- (7) K. Popper, *The Open Society and Its Enemies* (1945); *do*, *The Poverty*

- of Historicism (1957); *do*, Objective Knowledge: An Evolutionary Approach (1972); N. Koertge, *Beyond Cultural Relativism*, in G. Currie & A. Musgrave ed., *Popper and the Human Sciences* 121 (1985).
- (8) 野田良之「日本人の性格とその法観念」140みすず2-4 (1971).ここでは、「法に関係する意識だけではなく、むしろ法に関係する無意識的(意識下の)心理状態も含む」。川島武宣、日本人の法意識7 (1967)。
- (9) 石田英一郎「二つの世界観—日本と西欧の文明史的な位置づけの試み—」3全集40 (1970);野田、前掲(注8), 5-14 は、国民性の内因的要素と外因的要素に分けて考察する。
- (10) 野田、前掲(注8), 5-14 は、国民性の内因的要素と外因的要素に分けて考察する。R. Le Senne, *Traité de caractérologie* 9-13 (1945)。「ル・センヌ [の性格型] は、オランダの心理学者ヘイマンス (G. Heymans) とヴィルスマ (E. Wirsma) のかなり大規模な性格調査に基礎を置く性格型の分類を踏襲して、これを理論的に精緻化したものであるこの学派は性格を次の3つの基準によって分類する。すなわち、感情性 (émotivité)・行動性 (activité)・反響 (retentissement)。感情性にあっては平均よりも感情が激しく働く性格を感情的 (émotif-E)、平均より感情を動かすことが少ない性格を非感情的 (non-émotif-nE) と言う。行動性とは激しく活動する性格ということではなく、明確な目的をもって動くことであり、それが平均より強い性格を行動的 (actif-A) 平均より弱いものを非行動的 (non-actif-nA) と言う。反響というのは外部の刺激に対して反応する心のなかの印象が長く残留するかそうでないかの区別で、丁度鐘の音の反響が長く余韻を残すかどうかに比せられる。反響が短くて心が即時に反応する場合を primaire-P、反響が長くて、印象を長く心のなかに温め、心の反応に時間がかかる場合を secondaire-S という。この6要素を3つずつ組み合わせると次の8個の性格型が得られる: EnAP-Nerveux, EnAS-Sentimental, EAP-Colérique, EAS-Passionné, nEAP-Sanguin, nEAS-Flegmatique, nEnAP-Amorphe, nEnAS-Apathique。」「メンタリティの基本型のうち遊牧民型は、性格型としては actif なもの4つ」と、「農耕民型は、non-actif な4つの性格型」と結合する可能性が大きく、狩猟・漁撈・採集型は、両者の中間形態で性格型はかなり不明確で捉えにくい、という。野田良之「比較法文化論の一つの試み」早大比較法研究所編、比較法と外国法19, 31-32 (引用), 23-30 (1978)。
- (11) G. Bouthoul, *Les mentalités* 31-32, 11-15 (5th ed. 1971)。日本の法意識ないし法観念についても、それは「過渡現象というにはあまりにも安定的であり」、必ずしも「社会経済的变化につれて動いていくという、そうした一次元的なものさしではどうにも捉えきれない独自の秩序のあり方

- を示しているのではないか」という疑問が提起され(棚瀬孝雄、法意識研究のモデル、36法社会学14, 17 (1984))、「文化的要素としての法意識は変わりにくいと考えられるし、日本の近代化における伝統と近代との共働という一般的パターンからみても、そこには根本的変化を伴わない、さまざまな適応形態が生ずる可能性を無視できない」とする(六本佳平、「『日本人の法意識』研究概観—法観念を中心として」35法社会学14, 20-21 (1983);同、民事紛争の法的解決(1969))。
- (12) 野田良之「日本における外国法の摂取」14現代法161 (1966)。物の移転に近い外観を呈する法の継受の場合であっても、法の機能は違っていることが多く、翻訳を伴う場合には、その段階ですでに法の変質が生じている、といえよう。
- (13) M. Mitteis, *Die Rechtsidee in der Geschichte: Gesammelte Abhandlungen und Vorträge* 553-54 (1957) (野田訳)。
- (14) 大木雅夫「トルコにおける外国法の継受」11立教法学55, 59 (1969)。
- (15) 井筒俊彦、イスラーム文化——その根柢にあるもの——14-15 (1991)。
- (16) R. David, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950)。
- (17) R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains* §56 (1964)。
- (18) I. K. Zweigert & H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* S. 76 (1971 rev. ed. 1984) (大木訳112)。
- (19) Léontin-Jean Constantinesco, *Über den Stil der „Stiltheorie“ in der Rechtsvergleichung*, in 78 *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft* S. 168 (1979) (真田・後藤訳127)。
- (20) 野田良之「日本における比較法の発展と現状(2)」90法協14 (1973)。
- (21) 真田芳憲「基礎法学と比較法」日本比較法研究所編、比較法の方法と今日的課題3 (1990)。
- (22) R. David, *The Different Conceptions of the Law*, 2 *International Encyclopedia of Law: The Legal System of the World, Their Comparison and Unification* 3-5 (1975)。
- (23) I. Constantinesco, *Rechtsvergleichung* S. 266 (1971); 六本、前掲(注11)、15。
- (24) 野田、前掲(注20)、14-15。
- (25) *Id.*
- (26) 佐々木吉男、民事調停の研究(1967); 熊谷開作、近代日本の法学と法意識(1991); 大木雅夫、日本人の法観念—西洋的法観念との比較—243 (1983); John Owen Haley, 「裁判嫌いの神話」902判例時報14 (1978), 907判例時報13 (1979); 石井紫郎「中世の法と国制に関する覚書」日本人の国家生活73, 77 (1986); 水林彪「『日本の法意識』の歴史的基礎」

- 35法社会学34,35 (1983).
- (27) 野田、前掲(注12), 181.
- (28) 野田、前掲(注21), 14-15.
- (29) E. g., J. Schwarze, *Europäisches Verwaltungsrecht* (1988).
- (30) C. Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748); A. Feuerbach, *Idee und Notwendigkeit einer Universaljurisprudenz* (1853) は、その先駆的業績といえよう。わが国では、野田、前掲(注10)、19, 40-41 (1978); 石井、*日本近代法史講義* (1972), 前掲(注26), 231-32.
- (31) 村上淳一、「権利のための闘争」を読む274 (1983)。
- (32) 野田良之「比較法の基礎としての法の「元型」を尋ねて」18学習院大学法学部研究年報1 (1983); 丸山真男「原型・古層・執拗低音」武田清子編、*日本文化のかくれた形* 91 (1991); 丸山真男、*日本政治思想史研究*195 (1952) における「自然」と「作為」の概念設定は、日本の文化の深層に潜在する元形(原型・古層・執拗低音)を究明しようとする問題意識に連なる、といえようか。「元型」という文言は、固定的イメージを与えるため、ここでは「元形」という表現を意識的に用いることにした。千葉正士「アイデンティティ法原理」*法文化のフロンティア*192 (1991)。
- (33) 六本、前掲(注15)。
- (34) 石井紫郎「日本—明治以前」9法社会学講座(「歴史・文化と法」1) 259 (1973)。
- (35) 川島、前掲(注8), 7。
- (36) 千葉正士「アメーバ性日本の法意識」*法文化のフロンティア*115 (1991)。
- (37) 武田清子「まえがき—日本文化のかくれた形—」武田清子編、*日本文化のかくれた形*4 (1991)。
- (38) 丸山真男、*日本の思想* 8 (1961)。
- (39) 丸山、前掲(注32), 124; 家永三郎、*日本文化史* 32 (2d ed.1982)。
- (40) 丸山、前掲(注32), 139-40。
- (41) 野田、前掲(注20), 45(「日本人のメンタリテはおそらく、日本の地理的・歴史的環境の所産であろう。……大陸からは容易に侵略され難いだけに適当に隔てられるとともに、完全に孤立することなく、大陸から外来文化の影響を適度に受けられるという位置にあったことが、日本文化が数千年にわたって固有にリズムを乱されず、しかも常に適度の刺激を与えられつつ育ってきた理由である。」)。
- (42) A. Toynbee, *Civilization on Trial* 150, 186-87, 213 (1948)-深瀬基寛訳、*試練に立つ文明* (1952); 丸山、前掲(注32), 124。
- (43) 野田、前掲(注20), 45。
- (44) Montesquieu, *supra* note 30。

- (45) 和辻哲郎、風土 207 (1935), 8全集7, 24, 43, 62, 134 (1962).
さらに、梅棹忠夫、文明の生態史観 (1967) 参照.
- (46) 百姓囊; イザヤ・ベンダサン、日本人とユダヤ人 50-54 (1971). その論拠とするユダヤ学、聖書学等に関する記述に関しては、浅見定雄、にせユダヤ人と日本人 43-51 (1986) による批判がある.
- (47) 野田良之「近代日本法思想史・序論」野田良之・碧海純一編、近代日本法思想史6-9 (1979).
- (48) *Id.*; 野田、前掲 (注10), 29-30.
- (49) 野田、前掲 (注10), 27-28.
- (50) *Id.* at 28-29.
- (51) 野田、前掲 (注47), 13-18; 堀一郎、民間信仰史の諸問題 (1971), 6 著作集 161 (1990).
- (52) 丸山、前掲 (注32), 147, 152-54.
- (53) 上山春平編、照葉樹林文化—日本文化の深層—iv, 23f (1969); 家永、前掲 (注39), 27 (神道と呼ばれる民族宗教の本体は、呪術的な儀礼をもって唯一の内容とする).
- (54) 第2柳田国男対談集「民族学について」(1965); 上山春平・佐々木高明・中尾佐助、続・照葉樹林文化—東アジア文化の源流—5-7 (1976).
- (55) 中尾佐助、栽培植物と農耕の起源59-75 (1966).
- (56) 岩田慶治、日本文化のふるさと85 (1991).
- (57) 村上重良、国家神道 21, 15 (1970).
- (58) 上山、前掲 (注53), ii, 13-22; 家永、前掲 (注39), 27-28.
- (59) 村上、前掲 (注57), 19-20.
- (60) 上山編、前掲 (注53); 上山他、前掲 (注54).
- (61) 中尾、前掲 (注55), iv-vii, 60-75.
- (62) 上山他、前掲 (注54), 5-8, 10-14, 22-25, 32-35, 183, 201.
- (63) 中尾佐助「農業起原論」森下・吉良編、自然—生態学的研究 (1967); 中尾、前掲 (注55), 66, 136.
- (64) 中尾、前掲 (注55), 68, 136.
- (65) 上山編、前掲 (注53), 22.
- (66) 武田、前掲 (注37), 4 (日本人の発想様式ないし思考・行動の特質を問題とする); 北畠親房、神皇正統記 (1339); 本居宣長、古事記伝 (1798); 芳賀矢一、国民性十論 (1907); 長谷川如是閑、日本の性格 (1938); 西田幾太郎、日本文化の問題 (1940); 南博、日本人の心理 (1953); 土井健郎、「甘え」の構造 (1972) などは、各時代の古典的な日本人論といえよう.
Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword—Patterns of Japanese Culture* (1946)—長谷川松治訳、菊と刀—日本文化の型 (1967) によ

- れば、天皇を頂点とする権威の階層組織、恩と義理の義務、世間に対する(罪の意識と区別された)恥の意識等が、日本文化の型をなすとされる。さらに中根千枝、タテ社会の人間関係(1961)におけるタテ社会論、石田雄、日本の政治文化(1970)における「同調と競争」参照。千葉正士「法意識の類型—アフリカ・日本・西欧」同、前掲(注32), 154は、「日本の権利意識は、西欧のおよびアフリカの権利意識と比較したとき、観念としては不確定性である点に特徴を持つこと、しかしそれが「一定状況下特定の個人的関係」という文化的な機能補完概念によって補完されて、具体的な権利行動を特定する法意識として機能すること」を指摘している。佐伯彰一他、ふたつの日本〔対談集〕(1973);中村元「日本人の思惟方法」3東洋人の思惟方法(1949)(諸文化現象、ことに仏教の受容形態にあらわれた思惟方法の特徴として、「与えられた現実の容認」「人倫重視的傾向」「非合理主義的傾向」「シャーマニズム」が挙げられている);神島二郎・沢木敬郎・所一彦・淡路剛久編、日本人と法8-17(1978);神島二郎、近代日本の精神構造(1961);堀一郎、日本宗教の社会的役割(1962);同、「民間信仰史の諸問題」6著作集267(1990);同「日本のシャーマニズム」8著作集235(1982)。
- (67) 遠山茂樹、明治維新256, 270(1951)(幕藩制支配に奉仕する仏教から、天皇制支配の奴僕たる神道への切り換えが行われたにすぎない);1同、日本近代法史151(1975)。
- (68) 加藤周一「日本文学史序説」4著作集38(1979)。
- (69) 加藤周一「日本社会・文化の基本的特徴」武田編、前掲(注37), 20-44;野田、前掲(注8), 14-19。
- (70) 石母田正「歴史学と「日本人論」」8著作集308-11(1989);中沢巷一「氏族法」牧英正・藤原明久編、日本法制史21-24(1993);家永、前掲(注39), 33-34。Cf. 石井、前掲(34), 259。
- (71) 石母田、前掲(注70), 293。
- (72) 本居宣長、古事記伝(古道を説いた「直毘霊」(1771)は、その総論にあたる)(1798);田原嗣郎、本居宣長(1968)(外来思想である朱子学的世界観の古学派による日本の変容);丸山真男、歴史意識の「古層」、6歴史思想集・日本の思想3-5(1972)。
- (73) 川島、前掲(注8), 1-15;石母田、前掲(注70), 295-96(折半というのも一つの理ではなかろうか)。
- (74) 石母田、前掲(注70), 297。
- (75) 岩田、前掲(注56), 233。
- (76) Lucien Levy-Bruhl, Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures 76(1910)—山田吉彦訳、未開社会の思惟73(1935)。

- (77) 野田、前掲(注8), 20-26; 丸山、前掲(注72), 5-6; 川島、前掲(注8), 15, 34-36, 43f, 143-53; R. Jhering, *Der Kampf ums Recht* (1872) — 村上、前掲(注31), 87f. Cf., 大木、前掲(注26), 11.
- (78) 石井紫郎「近世の法と国制」前掲(注24), 236-43; 大審院昭和7年1月25日判決、刑集11巻1(1932); 団藤重光、*刑法綱要〔総論〕*421-24(1972); 成田頼明、*行政指導*、4現代法131-68(1966); 山内一夫、*行政指導の法治主義*、566ジュリスト14(1974); 最高裁昭和38年6月4日大法廷判決、民集17巻670(1963); 利谷信義、*日本の法を考える*193-203(1985); 川島、前掲(注8), 15-36, 37-48, 71-86, 89-123, 163-95; 星野英一「日本における契約法の変遷」日仏法学会編、*日本とフランスの契約観*(1982); 同「日本人の法意識 — 民法学者からの問題提起 —」37法社会学12(1985); 田中英夫、*実定法学入門*289-94(3d ed. 1974); 臨時調停制度審議会答申書、25法曹時報1111(1973).
- (79) 柳田国男、第二柳田国男対談集(1965); 定本柳田国男集第4巻(1963).
- (80) 石田英一郎・岡正男・江上波夫・八幡一郎、*日本民族の起源*(1958)、石田全集202(1972); 上田正昭、*日本神話*13(1970). さらに、井上光貞、*日本国家の起源*3(1960).
- (81) 江上波夫、*騎馬民族国家*144-45, 163, 175-76(1967); *風土記*(713)(土蜘蛛、佐伯); 本居宣長、*鈴屋答問録*91-92(岩波文庫版); 野田、前掲(注47), 10.
- (82) 江上、前掲(注81), 146, 265-66; 野田、前掲(注47), 12.
- (83) 野田、前掲(注47), 12.
- (84) 中沢巷一、前掲(注70), 18.
- (85) 石井良助、*日本法制史概要*3-5(1952).
- (86) 家永三郎、*日本道徳思想史*22-23(1954); 青柳文雄、*刑事裁判と国民性〔総括編〕*86(1979).
- (87) 川島、前掲(注8), 5.
- (88) 石井、前掲(注78), 231-32(法観念ないし法意識は、「歴史的土壌にはぐくまれる歴史的形成物」である).