

要説・世界の法思想



日本評論社

要説・世界の法思想

千葉正士

日本評論社

1986年4月15日 第1版第1刷発行

要説・世界の法思想

著 者 ち は ま じ
 千 葉 正 士

発行者 大 石 進

発行所 東京都新宿区須賀町14
 株式 日本評論社
 会社
 電話・東京341-6161(代)
 振替・東京0=16 番 7160

印 刷 港北出版印刷株式会社

検印省略 製 本 松 岳 社

Printed in Japan © 千葉正士 1986年
ISBN4-535-01019-6 C3332

は し が き

本書を、私は三つの意図をもって書いた。

一は、法学部新入生のための講義、基礎法学概論のテキストとして使用することである。この科目は新しくもありまた広範囲にもわたるから、その講義内容には幾様ものやり方が考えられる。現在有意義で私に可能なやり方として、現代世界に併存する主要な法と法思想を比較的に概説する方法を、私はとることにしたのである。

二は、現代世界の主要な法思想を概観することである。過去一〇年ほど力を注いできた法人類学研究の結果得られたものを、その完成は私自身にはできないであろうと予想するので、未完成でも中間的に記しておくことが、学界の発展のために有意義だろうと考えたからである。

三は、西欧法思想を批判的に再評価することである。法思想と言えば、西欧法思想があたかも唯一であるかのように扱ってきたのが、わが国のみならず世界の法学界の大勢であった。しかし今や、世界における法文化の多元性が不動のものと認められてきた。この点から、西欧法思想の

普遍性とともにその特殊性をも認識することが求められている。この要請にこたえる試みをしたかったのである。

三つの意図は、いずれも、広く深い研究を必要とするものであって、本来は、このような小著ではその一つだけでも実現することがむづかしい。その上、私自身の研究もまだ途中で、特に右の第二の意図は専門外とする領域にわたるのでその研究はまだ十分ではない。その理由で、この小著には、むしろ無謀の感もあるくらい私自身が躊躇する心を持っていた。しかし、私が何かを残すとすれば、学界にとっても私にとっても、今の時期がその時だという気持ちもあった。未熟の点は若い学者方に今後乗り越えてほしいと思う願望をもって、書いた次第である。

本書の記述中には、過去数年間に私が他の機会に享受できた研究費による研究成果の一部が役立つっているので、これに対してあらためて感謝の意を表したい。それは、一九七一年度の庭野平和財団（個人研究）、一九七二年度の三島海雲記念財団（個人研究）、および一九七二、七三両年度の文部省科学研究費海外学術調査（共同研究）の補助金である。

私は、以前にこの双書の一冊として『法思想史要説』を書いたが、のちに、本来はそれに「西欧」の形容詞をつけるべきであったことに気づいたので、これを絶版にした（本書一一―一三頁）。私は、以後、その改版を書く責任を感じていたので、本書がこの責任を果たすものであればうれ

しいと思っている。そして日本評論社の川崎猛彦氏の理解と担当の横井忠夫氏の協力を多とする次第である。

一九八六年一月

千葉正士

双書・BULについて

一九一一年発足したオックスフォード大学プレスのHUL (Home University Library) は、今日まで二〇〇点以上の双書を発行し、その学問的・社会的貢献はきわめて大きいものがあります。本双書BUL (Basic University Library) は、右のHULのよき前例と経験に学びながら、なお日本の大学教育の特徴を十分に考慮したものであります。内容的には、スタンダードな教科書の格調を狙いながら、しかも単に一大学のテキストにとどまらず、よりひろく、一般学生・社会人の専門教養書として十分役立つものにした、と考えております。法律関係で、既刊はつぎのとおりです。

- | | | | |
|--------------------------------|-------|---------------------------|-------|
| ・法哲学入門 | 長尾 龍一 | ・刑事訴訟法 | 庭山 英雄 |
| ・要説・世界の法思想 | 千葉 正士 | ・刑事政策 | 藤木 英雄 |
| ・法と言語 | 碧海 純一 | ・民事訴訟法の基礎理論 | 伊東 乾 |
| ・新版アメリカ法入門 | 伊藤 正己 | ・労働法の基礎理論 | 片岡 昇 |
| ・憲法 | 木下 毅 | ・労働法 | 青木 宗也 |
| ・行政法 <small>〔新版〕</small> | 小林 孝輔 | ・経済法 <small>〔新訂版〕</small> | 正田 彬 |
| ・租税法の基礎理論 <small>〔補訂版〕</small> | 和田 英夫 | ・国際法 <small>〔三訂版〕</small> | 宮崎 繁樹 |
| ・物権法 | 新井 隆一 | ・政治学 | 横越 英一 |
| ・有価証券法の基礎理論 | 石田喜久夫 | ・行政学 | 足立 忠夫 |
| ・刑法の基礎理論 | 小橋 一郎 | ・教育法入門 | 永井 憲一 |
| ・刑事訴訟法の基礎理論 | 莊子 邦雄 | | 今橋 盛勝 |
| | 平野 龍一 | | |

本双書は、今後、重版の機会に、判型(B6判)および装幀を本書のように改めてゆきます。

目次

はしがき

序論 法思想論の現代的課題……………一

一 戦後における法思想論の展開 1

二 法思想論の問題点 8

三 現代における法思想比較の課題 14

四 比較法思想の分析的道具概念 21

第一編 西欧法思想の西欧性

序章 西欧法思想の特徴と歴史……………二九

第一章 西欧法思想の源流……………三六

一 ギリシア哲学 38

二 ローマ法 44

三 キリスト教 51

第二章 西欧法思想の成立 五六

一 キリスト教的普遍ヨーロッパ社会の形成 59

二 教皇改革と普遍西欧法思想の誕生 65

三 現実の多元的法体制 73

四 西欧法思想における普遍と多元 81

第三章 西欧法思想の展開 八七

一 宗教改革における西欧法思想 88

二 絶対主義における西欧法思想 96

三 近代市民法思想の成立 102

四 キリスト教的西欧法思想の普遍性と多元性 113

第四章 西欧法思想の相対化 一二〇

一 近代西欧法思想の内在的批判 121

二 二〇世紀における西欧法の変容 127

三 多元的法体制における西欧法 135

第二編 非西欧法文化の法思想

序 一四三

第一章 ユダヤ法思想 一四六

一 ユダヤ人の社会と歴史 148

二 ユダヤ人の法と法思想 153

三 ユダヤ法思想の特徴と意義 161

第二章 イスラム法思想 一六六

一 イスラム人とイスラム社会 168

二 イスラムの法と法思想 176

三 イスラム法思想の特徴と意義 184

第三章 ヒンドゥー法思想と仏教法思想 一九二

一 インド文化と法思想 191

二 ヒンドゥー法思想 198

三 仏教法思想 206

第四章 中国法思想 二二六

一 中国法思想の問題性 216

二 旧中国の法思想 222

三	新中国の法思想	229
---	---------	-----

第五章	日本法思想	二三八
-----	-------	-----

一	日本法思想論の發展と課題	238
---	--------------	-----

二	西欧法繼受以前の法思想	243
---	-------------	-----

三	西欧法繼受以後の法思想	251
---	-------------	-----

第六章	固有法思想	二六四
-----	-------	-----

一	固有法の意義と問題	264
---	-----------	-----

二	固有法と固有法思想	269
---	-----------	-----

三	固有法思想の特徴と意義	279
---	-------------	-----

結論	諸法思想の比較的特徴	二八五
----	------------	-----

一	比較法思想論の方法的課題	285
---	--------------	-----

二	現代世界諸法思想の比較的特徴	289
---	----------------	-----

参考文献一覧	三〇一
--------	-----

人名索引・事項索引	卷末
-----------	----

序論 法思想論の現代的課題

一 戦後における法思想論の展開

1 わが国戦後の法学は大きく変わった。それは、言うまでもなく、その対象であるわが国実定法体系の変革に伴うものであったが、その変革は、単に旧法令を新法令にとりかえたというだけのものではなく、実定法の全体にわたる原理・理論ないし哲学・思想のそれとも言うべきであった。そのことにより、基礎法学ないし理論法学といわれる法学の一般部門は、みずから新たに発展させる任務を負うことになり、そしてこの任務を果たすべく活動してきた。

この活動の成果を歴史的に評価することは、別の、むしろのちの機会にまたねばならないが、その実績はいろいろの形であらわれている。たとえば、社会科学をこころざす新しい領域として、法社会学が成立した。戦前からも基礎法学関連領域であった法制史は、一般歴史学との交流により法史学の方に向かった。同様に、外国法は、各国ごとの個別的研究よりも比較法学を志

向することになった。そして法哲学は、戦前の形而上学的ないし純理論的な問題意識を、実践的諸問題と法思想の問題に拡大した。日本法哲学会が編集した『法哲学講座』が、全八巻のうち三巻を「現代実定法の基本問題」に、そして四巻を「法思想の歴史的展開」にさいたこと（一九五六―六二）に、それが象徴される。しかも、法思想を一個の独立テーマとして追求しようという問題意識は、法哲学の領域だけに限られたのではなく、むしろ基礎法学の全体に共通のものである。

2 わが国戦後の基礎法学に共通のこの問題意識を最も雄弁に物語る事實は、法思想史が新しい領域として確立されたことである。もともと、法思想的な問題意識は、戦前にもなかったわけではないが、法律思想史とか現代法律思想などの名で少数の学者が散発的に表明した程度にとどまっていた（高柳一九二七、小野一九二九、船田一九四三、田中一九四二―四五、等）。しかし、終戦後まもなくの間は、法思想史の名で示されるテーマが法哲学界最大の関心事になった。それは、思想史学待望の当時一般の思潮（講座近代思想史一九五九―六一、中村一九六〇、武田一九六一、参照）によるものでもあったが、法の変革という法学独自の理由によるところが大きかった。その具体的な内容は、まず西欧の法理論史をあらためて学びなおすものであった。宮沢他一九五〇と日本

法哲学会一九五一はこれを代表するものであり、尾高一九五〇はその意義を確認するものであった。以後、西欧法思想を対象とする思想史的研究は進み、通史ないし概説書と時代・国ないし学者とでこの特殊研究が蓄積された（その業績の個々については、巻末参照文献一覧のほか、松尾一九六三、八木一九六八、恒藤一九七七、三島一九八〇等、参照）。これらの蓄積とともに、法思想史は、これを専門あるいは準専門とする研究者を産み、多数の大学で講義科目として採用され、そして法哲学からほぼ独立の観を呈するにいたった。

＊ 厳密には法思想史学と言うべきであるが、慣用として学の語を省くことが多い。さきに言及した法制史や外国法・比較法なども同様で、このような例は法学には少なくない。

法思想に対する法哲学者の関心は、歴史的なものだけに限られなかった。現代世界の問題を追求する諸法思想、または現代的意義における過去の諸法思想が、現在の関心から検討しなおされることも多くなった（矢崎一九六七、木村一九六八、現代法哲学一九八三、矢崎「八木一九八一、大橋他一九八五、等」）。法思想が固有の法哲学の対象としてもとらえられたのである。では、法思想がいかなる概念で、またいかなる意味で法哲学の問題であるかと問うと、その解答はまだなされていない（例として矢崎一九七三）けれども、法哲学自体がその対象に狭義の法をこえて法思想までも含むほど問題領域を拡張したことは否定できない。

現行法の思想に対する関心は、法哲学者だけから示されたものではなかった。むしろ実定法学者が、戦後における法の変革が新旧両制度の理念・原理からその歴史的・社会的基礎への反省を迫ったことにより、法思想の問題に直面した。かくてその問題意識は、新制度の法思想的意義を確かめ、また旧制度の法思想的批判を行なうために、法哲学者のそれと共通し、さらに日本近代法史をテーマとする法史学者の関心を吸収し、関係学者の共同作業の形で日本近代法思想史の研究を促進した（文献については、第二編第五章で示す）。

新旧両制度にわたってわが国実定法体系の法思想を問題とした実定法学者の関心は、解釈学的というよりも法社会学的であった。すなわち、新興の法社会学がわが国実定法の社会的基礎を探究ったとき対象として把握したものは、固有の社会学の意味において存在する事象というよりも、それと実定法とを媒介する社会構造およびその観念形態であった。これは、社会法則とも、「生ける法」とも、あるいは法意識・法観念などとも呼ばれたが、法思想もまたその一つの表現であった。前述の日本近代法思想史はもちろん現代法の法思想的研究を推進した一つの力が、この法社会学であった（日本法社会学会一九七九参照）。法社会学も、法思想の研究を意図したのである。

3 右の意味における法思想は、文言に表現された現行の法制度と法学理論を支持あるいは時

に批判する社会的思想、一言で言えば法律に関する思想という意味であった。だが法社会学は、それだけにとどまらず、民衆が日常生活において法というものに対してとっている態度ないし抱いている考え方を問題とし、これを主に法意識の語で表現してきた。その問題テーマは、戦後の封建遺制から、その後の憲法意識の問題、そして比較的最近では日本の法観念の特徴へと情況に応じて移り変わっており、また法意識の語の概念もまだ確定するにはいたっていない。しかし、その語の概念が問題とされるときには、法思想が、法知識・法観念・法感覚その他の類語とともに、その一つの内容とされてきた（法社会学一九八三―八五、利谷一九八五、参照）。法思想は、この意味においても実質的に法社会学の重要テーマをなしている。

この法社会学的な法意識論において、日本人のそれを検討する基準とされてきたのは、一貫して近代西欧法におけるモデル概念であった。この基準は、日本の法意識の性質を認識するために、たしかに一つの有効な基準であろう。しかし、それは一つの理念型であるから、これを現実の日本の法意識と直接に比較することは方法論上の誤謬である。にもかかわらず、その誤った比較論があたかも真実の比較論であるかのように行なわれていた。比較法、法学をこころざす者は、ややおくれたがこのことに気づき、わが国と西欧諸国との間で現実のレベルにおける法意識の比較を始め（ジュリスト一九八二、一九八三、日仏法学会一九八二、等）、さらにひるがえって日本におけ

る法と法観念の特徴を考察した(Noda, 1976: 稲子一九八一、大木一九八三、柴田一九八三、等)。この問題意識も、多くは法意識、また時には法文化と呼ばれるが、法社会学における場合と同様に、法思想とも重なる。ここにも、法思想論が実質的に展開されているのである。

最近の法文化論は一步進んだ段階に入りつつある。この法文化論は、まだ一つの学問領域をなすほどのものではないが、わが国では一九八〇年前後から新しく注目されるようになった学際的テーマである(千葉一九七七、II、一九八五、参照)。その学際性は、単に基礎法学内の諸領域間だけではなく、むしろ、大きく言えば法学と人類学、そして具体的に言えば文化の多様性に応じて他の多くの社会科学との間にもあるから、法文化の概念は法思想よりはずっと広い。しかし法思想も、法文化の一局面であることには疑いが無い(矢崎一九八一、三頁参照)。

4 以上の事実を大勢として見ると、基礎法学をなす主な四領域、法哲学・法社会学・法史学・比較法学のすべてにわたって、法思想が共通の総合テーマとして成立したことがわかる。しかも、これに匹敵するほどのものはほかにはない。では、法思想とはいかなる問題なのか、またその研究すなわち法思想論はいかにあるべきか。この問題を検討することは、最終的な解答はただちには得られないとしても、この問題の正確な理解のために、そして基礎法学が社会から託さ