

# ア ジ ア 法 の 3 類 型

—— 固有法, 移入法, 発展法 ——

安 田 信 之

はじめに

- I 基本的枠組み
- II 固有法体制
- III 西欧法の導入（移入法）と二元構造の成立
- IV 発展法
- V アジア法の3法理  
おわりに

はじめに

アジア法ないし発展途上国法の全体像の認識に  
関しては、その可能性はおろか必要性について  
すら、わが国においては、いまだ十分に議論がな  
されているとはいえない。その原因の一つは、わ  
が国においては、これらの諸国の法制度に対する  
関心は、次第に高まりつつあるとはいえ、かぎら  
れており、研究の蓄積も浅く、したがって、この  
ような大きなフレーム・ワークを設定する段階に  
ない、ということであろう(注1)。

また、外国においても、60年代において一世を  
風靡した「法と発展」(law and development) 運動  
における基本的な枠組みである「近代法」(modern  
law)と「伝統法」(traditional law)という概念が批  
判に曝されて以来(注2)、発展途上国法研究の方向  
は、「多元的法体制論」(legal pluralism)にせよ、  
「法的文化論」(legal culture)の立場にせよ、全体  
的に国別分析の道を歩んでおり、相対化の方向に  
あることが指摘されよう(注3)。

しかし、アジア諸国の研究者の間では、最近、  
以上の欧米における研究に対する反省の上に立ち  
ながら、その総合化ないし全体的な枠組みの設定  
のための動きもみられる(注4)。本稿は、3カ年継  
続して行っているアセアン諸国、韓国、香港およ  
びインドに関する法制度および経済関係法の現段  
階における調査成果をふまえて、この問題に対す  
る筆者の考えを整理したものである(注5)。

(注1) アジアを含む発展途上国法の研究は近年深  
まりつつあるとはいえ、1966年に下山教授が提起され  
た問題提起に答えうる状況にも達していないといいう  
る。下山瑛二「外国法研究の課題と方法」(『法律時  
報』第38巻第2号 1966年)10ページ。なお研究史に  
関しては、堀部政男「アジア法研究の現状と問題点」  
(『アジア経済』第10巻第6・7号 1969年6月)229~  
242ページ、堀部政男・安田信之「アジア法」(『アジ  
ア経済』第19巻第3号 1978年3月)110~120ページ、  
および千葉正士「アジア法の研究動向」(『法律時報』  
第53巻第6号 1981年)146~147ページ、また研究状  
況全般の問題点については、金沢良雄・桜井雅夫編  
『わが国における国際経済協力関係法の調査研究状況』  
アジア経済研究所 1977年参照。

(注2) その総体的な批判については“Traditional  
vs. Modern Legal Systems,” *Law & Development*,  
1978/79 がある。

(注3) 千葉 前掲論文。

(注4) この動きは、千葉 前掲論文のほか、ビシェ  
ツ・マオラノン「シンガポール『法学教育会議』」(『法  
律時報』第53巻第8号 1981年)151~153ページおよ  
びニーラン・ティルチュルヴァム著、千葉正士・大塚  
滋訳「第2回“法学教育と発展”地域会議報告書より」

(『アジア経済』1982年度中に掲載予定)など参照。

(注5) 1979年度「アジア諸国の商事法制度」調査委員会(主査, 山崎利男)(その成果は山崎・安田編『アジア諸国の法制度』アジア経済研究所 1980年として公表されている), 1980年度「アジア諸国の商事・経済法」調査委員会(主査, 安田信之)(対象国の商事・経済法とサーベイし, その成果は近刊の予定)および1981年度「アジア諸国の企業と法」調査委員会(主査, 安田信之)(前2委員会の成果のうえにたつて, アジア法の研究方法を検討している)。本稿は最後の委員会に対する問題提起ペーパーとして位置づけられ, その議論のためのデータとしては, 前2委員会の成果を使用させて頂いている。なお本稿の骨子は, 今年5月神奈川大学で開催された「日本法社会学会年次総会」で報告したものである。その草案の段階で, 今年度調査委員会の専門員である谷川久成慶大学教授およびアジア経済研究所調査研究部主任調査研究員大内穂氏から, さらに第1次稿の段階で同研究所理事萩原宜之氏および経済協力調査室主任調査研究員安藤勝美氏から, 貴重なコメントを頂いている。記して感謝したい。

## I 基本的枠組み

まず, 上記のような設定に対しては, 発展途上国法はおろかアジア法という概念すら不明確であるという批判がなされるであろう。確かに, 法は, 少なくともある国の法として存在しているのであり, しかも比較法という法系論からしても, 現在のところこれを超えた「アジア法」という独自の法系は認められていないからである(注1)。むしろコモンロー, 大陸法, イスラム法, ヒンドゥ法, 中国法さらに社会主義法という世界の主要法系に属する法と各国の固有の法という複数の法体系が, 交錯し, 混交している状態にあるというのが, アジア諸国の法の共通した特色といえるのである。このことは, アジア法の全体像の認識に際しては, 単に法系論ないしそこから派生する継受論だけでは不十分であるということを示している。そしてここにわれわれの出発点がある。

ところで複数の法体系が同時に交錯しているという認識は, 「多元的法体制論」の基本的認識でもある(注2)。それゆえ, われわれはこの複数の法体系の中味の問題に移らねばならない。諸国の法体制は, 一般に基底部には固有の法ないし法意識, 第2層にはイスラム, ヒンドゥ, 仏教や儒教という東洋法, さらに植民地化ないし近代化の過程で導入された西欧近代法という3層構造を呈していることが指摘されよう。そこで, 議論の展開を容易にするために, 前2者を「固有法」(indigenous law), 後者を「移入法」(received law)に区分したい。厳密に言えば, インドと中国以外の国においては東洋法は移入法に分類されねばならない。しかしこれらの法は現在では固有の法と深く結びついており, 西欧近代法に対比するとき, これを固有法に含めることは, 問題がないばかりでなく, 必要でさえあると考える(注3)。

さてこの「固有法」と「移入法」という区分に関しては, さらに以下の限定ないし補足的検討が加えられなければならない。

一つは, この区分は, 「国家法」(state law)ないし「公式法」(formal law)と, その反対概念である「非国家法」ないし「非公式法」というような, 国家によるサンクションの有無を規準とするものではない, ということである。多くの諸国において, 植民地下に導入された移入法が, 独立後国家法として認定された結果, 移入法が国家法であるということはいうるにしても, 国家法とは移入法であるということとはできないのである。この事実は, この枠組みの限界を示すものであるけれども, 議論の混乱を避けるために, 是非とも確認しておかねばならない(注4)。この区分の規準は, おのおのの法体系に内在する性質ないし価値に関するものである。このことがわれわれが東洋法を固

第1表 アジア諸国の固有法と移入法

国名 (独立年)	固有法			旧宗主国 (支配年)	移入法	言語 (法律言語)
	原基	1層	2層			
フィリピン (1946)	土着慣行 (アニミズム)	南部でイスラム教		スペイン (1521—1898) アメリカ (1898—1946)	スペイン法 アメリカ法	フィリピン語, 英語 (英語)
インドネシア (1945)	同上	インド文化 アダット	イスラム教	オランダ (1848—1945)	オランダ法	インドネシア語 (インドネシア語)
マレーシア (1957)	同上	インド文化 アダット	イスラム教 中国慣習	イギリス (1874—1957)	イギリス法	マレーシア語, 英語, 中国語, タミール語 (英語, マレーシア語)
シンガポール (1965)	同上	アダット インド文化, 中国慣習	イスラム教	イギリス (1819—1963)	イギリス法	中国語, マレー語, 英語, タミール語 (英語)
タイ	同上	インド文化	上座部仏教	なし	主として イギリス法 フランス法	タイ語 (タイ語)
インド (1947)	インド文化	イスラム教		イギリス (1765—1947)	イギリス法	ヒンディ, 英語 (英語)
韓国 (1945)	土着慣行	中国儒教		日本 (1910—1945)	日本法	韓国語 (韓国語)
香港	中国慣習			イギリス (1842—)	イギリス法	英語, 中国語 (英語)

(出所) 山崎・安田編『アジア諸国の法制度』アジア経済研究所 1980年 344ページおよび石井米雄「東南アジアの歴史と文化」(『市村真一編『東南アジアを考える』創文社 1973年)などから作成。

(注) 言語については、『アジア動向年報 1979年』(アジア経済研究所 1979年)を参照した。法律言語については、主要法令・判令集に使用されている言語を掲げた。

有法に分類した理由なのである。

もう一つは、この区分と、「伝統法」と「近代法」という従来の発展途上国法研究の枠組みとの関係に関するものである。この枠組みの淵源は、おそらくサー・ヘンリー・メーンの「身分」(status)と「契約」(contract)の区分と前者から後者への発展という歴史観にまで遡ることができる<sup>(注5)</sup>。この単線的進化論は、植民地支配のイデオロギーとして発展し、この理念にもとづいて、西欧近代法の植民地への移植およびその他の諸国への強制が行なわれたことは、よく知られている<sup>(注6)</sup>。

さらにこの区分は、「伝統社会」と「近代社会」および前者から後者への発展という「近代化論」

と密接に関係している。この視点は、1960年代のアメリカの法と発展運動の基本的な共通認識であったといえよう<sup>(注7)</sup>。すなわち、この運動の基本的な前提は、第1に、「伝統社会」にある発展途上国の発展目標は、欧米諸国をモデルとして抽象した「近代社会」への移行であり、第2に、この目標の達成のためには、「近代社会」の法たる「近代法」が積極的な役割を果たすことができ、かつ果さねばならず、第3に、この「近代化」の過程で「伝統法」は、近代法に再編されるか死滅するというものであった。この前提にたちながら、一方では、法が近代化にどのような役割を演じうるかという研究とともに、欧米の法制度をこれらの

国に積極的に導入するという実践が行なわれたのである(注8)。この構図は基本的に植民地化のイデオロギーと共通するものである。この運動は、1970年代半から急速に退潮し、現在では、「アジア諸国を含め非西欧社会の法がそれぞれ持つ文化の中で観察・分析されねばならない」という方向に移りつつある(注9)。

われわれは、この法と発展運動の失敗の経験から学ばねばならない。とはいえ、法が「それぞれの持つ文化の中で」無限に個別化ないし相対化されてしまう可能性を防ぐためには、その観察・分析のための何らかの枠組みを設定することが不可欠である。それゆえ、本稿では、しばらく「固有法」と「移入法」という枠組みを維持したい。この枠組みは上述のような「伝統法」と「近代法」の区分に暗黙裡に認められている歴史の発展段階の重視とそこから導かれる後者の前者に対する優越性という前提を払拭できると考えるからである。

したがって次の作業は、第1にこの両法体系を歴史的なスクリーンにとおすことにより、これらに内在する普遍的な性質ないし価値を抽出することである。その結果として独立後に数多く制定されている後述の「発展法」がこのいずれとも異なるものであることが明らかにされよう。そして最後にこれらの3類型の法をおのおのの原理を軸にして再構成して、アジア法認識の枠組みとして提案したいと考える(注10)。

(注1) 堀部 前掲論文。なお本稿でアジア法とは、インド以東の諸地域にある社会主義国以外の諸国の法を念頭においている。

(注2) これについては、M. B. Hooker による *Legal Pluralism, An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975 および *A Concise Legal History of South-East Asia*, Oxford, Clarendon Press, 1978 がある。両書

の紹介と検討については、千葉正士「東南アジア法の理解を求めて——M・B・フーカー著『多元的法体制論』および『東南アジア法小史』——」(『アジア経済』第21巻第2号 1980年) 90~97ページ参照。

(注3) 東南アジアにおけるイスラム、ヒンドゥーおよび中国法の混交の問題は、フーカーが前記の文献において、文化的借用(cultural borrowing)の問題として検討している。Hooker, *A Concise Legal.....*, pp. 95-119.

(注4) この限界とは、法の国家的契機を無視ないし軽視することにより、これを社会規範一般に解消してしまうことである。しかし固有法がアジア法全体の中で不可欠な存在であることを認める以上、これは止むを得ないと考える。

(注5) Maine, Henry, *Ancient Law*, Dent (London), Everyman's Library, 1972, pp. 99-100.

メーンについては、阿南成一「歴史法学(イギリス)」(尾高・峯村・加藤編『法哲学講座第4巻』有斐閣1957年) 159~171ページのほか、わが国のメーン研究の第一人者である内田力蔵教授が、多くの研究を発表されている。本稿に関連しては、「サー・ヘンリー・メーンとイギリス法の『法典化』(一)(二)」(『社会科学研究』第16巻第2号 1964年) 1~45ページおよび(第20巻第2号 1969年) 1~48ページならびに「インドにおけるイギリス法導入とメーン(I)(II)」(『社会科学研究』第20巻第3・4合併号 1969年) 1~73ページおよび(第21巻第1号 1969年) 56~109ページをとくに参照されたい。なお、先のフーカーも身分と契約という語により、固有法と移入法を対比させているが、そこには進化論的視点はみられない。Hooker, *A Concise Legal.....*, pp. 13-14. なお、千葉「東南アジア法……」94ページ参照。

(注6) インドへのイギリス法の移入については、内田力蔵「19世紀のはじめにおけるインドの法律についてのマコーレーの記述」(AA地域総合連絡組織『季報』10号) 21~31ページに当時のイギリス人の使命観をみることができる。日本とタイにおいて西欧諸国が不平等条約撤廃の条件として法制度の西欧化を要求したことはよく知られている。日本に関しては、とりあえず、小山博也「条約改正(法体制準備期)」(『講座 日本近代法発達史』第2巻 勁草書房 1958年) 179~231ページ、タイに関しては香川孝三「日本法と東南アジア法のかかわりあいについての予備的考察」

『富大経済論集』第26巻第2号 1981年) 215~222ページ、飯島明子「タイにおける領事裁判権をめぐる——保護民問題の所在——」(『東南アジア研究』第14巻第1号 1976年) 71~98ページ参照。

(注7) この法と発展については、*Law and Development: The Future of Law and Development, Report of Research Advisory Committee on Law and Development of International Legal Center*, NY, International Legal Center, 1974参照。この翻訳として『法と発展——法と発展研究の将来(仮訳)』アジア経済研究所所内資料 1980年(非売品)、紹介として千葉正士「『法と発展』の問題」(『法律時報』第48巻第12号 1976年)122~123ページがある。この運動の推進者たちによる自己批判としては、Trubek, D. M. & M. Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States," *Wisconsin Law Review* (1974), pp. 1062-1102. なお、この萌芽はすでに Trubek, D. M., "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development," *Yale Law Journal*, Vol. 82, No. 1 (1972), pp. 1-50にみられる。さらに Merryman, J. H., "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, 1977, pp. 457-491; Burg, E. M., "Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of Scholars in Self-Estrangement," *American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, 1977, pp. 492-530 があり、前者は文献リストが掲げてあり便利である。また、「はじめに」の(注2)および(注4)の文献も参照。

(注8) 法学教師の派遣や発展途上国からの法律専攻の留学生の受入れが広範に行なわれた。Merryman, *op. cit.*, pp. 457-459.

(注9) 千葉「アジア法……」146~147ページ。

(注10) 本稿ではとりあえず、「法体系」という語を、法の独自のいわば観念体系として考え、「法秩序」をそれが社会において現実に機能している状態と捉え、「法体制」を両者を統一した全体概念と規定している。これについては、千葉正士「法と文化XI、法の3元構造」(『法律時報』第50巻第5号 1977年) 70~71ページ。および恒藤恭『法の精神』岩波書店 1979

年 43~71ページ参照。

## II 固有法体制

固有法とは、これまで述べてきたところから理解されるように、アジア諸国において、近代西欧諸国家との接触が開始される以前から存在する法ないし法慣習であり、ヒンドゥ、イスラム、仏教および儒教の法という東洋法を含む広範な概念である。したがってその淵源を求めるとすれば、植民地化される以前のこれらの諸国の法体制にまで遡ることが必要である。しかし、その全面的な検討は筆者の能力をはるかに超える課題である。ましてインドや中国という東洋大帝国と東南アジアの諸地域を同一のレベルで把えることは不可能なように見える。とはいえ固有法の問題を考える場合に、これを避けてとおるわけにはいかない。いくつかの研究を眺めてみると、国家ないし王権から村落ないしその首長までの間に存在するいわば「国家秩序」と、村落内部の関係を律する「村落秩序」などの複数の法秩序の存在を認めるという共通項が見出される。

この視点の原型はいうまでもなくマルクスのいう「アジア的共同体論」の中に遡ることができる。これによるとアジア社会の停滞的な性格を説明するものとして、「(1)公共事業が中央政府の仕事だということ。(2)中央政府と並んで全国が、わずかばかりの比較的大きな都市を別とすれば、村落に分解されていて、これらの村落は完全に区分された組織をもっていて、それ自身で一つの小世界を形成していた」(注1)とされるのである。アジア的共同体論については、最近小谷汪之氏が精力的な批判を展開しておられる(注2)。しかし、氏の批判点は、それがアジアないしインド社会を太古から不変の停滞的な社会として把えることに対す

るものであって、氏も、一方では租税ないし貢納の徴収とその再分配を軸とする「国家秩序」が、他方では、広範に自治を認められた村落において、その内部の生産関係や生活秩序を規律する「村落秩序」が存在したという点については、否定されないであろう(注3)。

次に最近東南アジアを中心に積極的な議論を展開されておられる矢野暢氏も、異った立場からではあるが、「分節社会」という用語をもって、その地理的・環境的な要素に加えて、「国王とそれに縁続きでつながる王族、そしてそれにつながる家産官僚、そして首都以外に住む大多数の農民層という三つの層は、お互いのあいだをつなぐ流動性を欠くままに分節化し……、それぞれの分節が独自の文化的宇宙を形成する……」(傍点筆者)と説かれている(注4)。

さらに最近東南アジアの法制度について精力的な研究を進めているフーカーは、近著において、東洋成文法の特徴として、(1)使用される言語のあいまいさ、(2)法の非様式性、(3)宗教的・倫理的性質、とともに、(4)一般に公法(public law)に関するものであり、私法に関する規定は存在しないと指摘している(注5)。また別の個所で、西政法と(東南)アジア法をメーンのいう契約と身分という伝統的な概念で区分し、その身分体系(status system)の特徴の一つとして、「法の施行はより広い政治・国家秩序の一部であり、……主権や支配者の大権(たとえば貢納)が問題となった場合にのみ意味をもつ。……私法に関する事項はほとんど律されていない……」と述べている(注6)。それでは、私法に関する事項はどこに存在していたのだろうか。かれが東南アジアのテキストについて検討しているように、婚姻、相続や養子に関する規範はイスラムやヒンドゥ教の教義と密接に関係す

るものであり、宗教規範の一部として公法したがって国家秩序の一部に組みこまれていた。しかし上述したようにその施行は、基本的には村落の自治に委ねられたと考えてよい。このことについては、かれがアジア法の重要な法源として口伝法(oral law)について言及しているところからも理解できる。ここでもわれわれは、東南アジアにおいても、国家と村落の間に存在する法と村落の内部にある法と2種の法が併存していたとみることができる。

この二元構造は、インドや東南アジアばかりでなく、中国、朝鮮や日本という極東諸国の法体制の特徴でもあることが指摘されている(注7)。

そこで、西欧国家が進出してくる直前のアジアの諸国家の法体制を要約すると次のように述べることができよう。それは少なくとも2種の法秩序から構成されていた。一つは「国家秩序」でありこれは、基本的には村落からの余剰の吸収とその再分配を軸とするものである。もう一つは、「村落秩序」というべきものである。これは、極端な言い方をすれば、国家を構成する村落の数だけ存在するものである。それは、村落内部の生産関係(典型的には土地の利用関係)を規律するとともに、その構成員の生活原理を形作っていたといえよう。この二つの秩序は、ヒンドゥ、イスラム、仏教、儒教という宗教的政治規範によって1個の統一体として存在していた。

ところでこのおのおのの秩序を支える原理は何であろうか。国家秩序については、上に述べたところから、宗教規範や慣習により制約があるとはいえ、国家ないし王が村落から一方的に剰余を収奪するという点に表現されているように、命令と服従という関係が基軸である。これを支える原理を「統制原理」と名づけておこう。

これに対して、「村落秩序」は、非常に多様な要素からなっている。そこにおける階層分化が進行するにつれて、自ずからその構成員の間に支配・服従の関係も存在するにいたるであろうし、そしてこれは国家秩序における統制原理と類似のものといえよう。また村落内外における商業の発展は、生産物の交換という現象を生ぜしめたであろう。そこでは後に詳しくみるように、われわれが移入法の基本原理とみる「市場原理」も独自の法体系として自立する動きを示すであろう。しかし、西欧社会と接触する以前においては、少なくともこれらの諸原理は従属的ないし例外的であったと考えられる。そこでは、カースト制その他の身分関係により秩序が構成され、それを構成する人々の行為を律する規範が、後に「属人法」(personal law)と称されるように、親子や血縁という人間の直接的・無媒介的な関係に拠っているという点において、その基本原理を「共同体原理」と呼ぶことができる(注8)。そしてそれを支える基本的な生産関係は、問題があるにせよ、主要な生産手段たる土地の共同所有ないしこれに近い関係とっておこう。

以上のように考えれば、この2秩序の併存は別にアジア社会にかぎられたものではなく、おそらく前資本制社会に共通にみられる現象であろう(注9)。問題は、この両秩序が解体され、西欧社会にみられるように「市場原理」を軸とする「近代法」に自生的に再編されるのではなく、全く異質の伝統を有する西欧近代法が、一方的に導入されたところにある。

(注1) 「マルクスのエンゲルス宛『手紙』」(1853年6月14日付)、『マルクス・エンゲルス全集』第28巻大月書店版)220~221ページ。なお、これを基礎として植民地期のインドネシアの土地制度を研究したもの

に、江守五夫「英蘭両国のインドネシア支配とアダット法——植民地支配のイデオロギーとしての国家最高地主説の展開」(仁井田追悼論集『アジアの革命と法』勁草書房 1966年)83~101ページがある。

(注2) 小谷汪之『マルクスとインド』青木書店1979年。なお、同『『アジア的共同体』概念の成立根拠』(『思想』1981年7月号)13~32ページ。

(注3) このような秩序の純粹のモデルは、確かに氏の批判される「農村共同体」すなわち、土地の共有にみられるとはいへ、国家から自立した村落秩序の存在は、洋の東西を問わず、前資本制社会の特色でもあるからである。なお松井透「ムガル支配期の土地制度と権力構造」(松井・山崎編『インド史における土地制度と権力構造』東大出版会 1969年)188~195ページ参照。

(注4) 矢野暢「小型家産制国家の理論」(『中央公論』1979年3月号)181ページ。なお同「政治的生態史観のすすめ」(『中央公論』1981年8月号)も参照。インドネシアの固有体制については、岸幸一・馬淵東一編著『インドネシアの社会構造』アジア経済研究所1969年所収の諸論文を参照。

(注5) Hooker, *A Concise Legal.....*, pp. 1-3.

(注6) *Ibid.*, pp. 12-13.

(注7) 中国に関しては、仁井田陸「補章第1村落法」(『中国法制史』増補版 岩波書店 1952年)365~383ページ参照。韓国(朝鮮)に関しては、島田正郎『東洋法史』明好社 1970年 166ページ。日本についても、武家法と町人法の区別が存在したこと、村落においてはさまざまな共同体規制が国家秩序とは別に存在していたことはよく知られている。

(注8) とりあえず、ここでは「統制原理」「共同体原理」および「市場原理」は、ポランニーのいう「再分配」(redistribution)、「互酬」(reciprocity)および「交換」(exchange)の3分論(カール・ポランニー著、玉野井芳郎・粟本慎一郎訳『人間の経済(1)』[岩波現代選書]1980年 88~102ページ)、岩田昌征『社会主義経済システム 現代・計画・市場』新評論 1975年 5~15ページ、ならびに中村尚司『共同体の経済構造』新評論 1975年、および同『地域と共同体』春秋社1980年から多くの示唆を得たことを指摘しておく。

(注9) 仁井田 前掲書 56ページ。

### III 西欧法の導入(移入法)と 二元構造の成立

#### 1. 西欧法の導入過程

アジアの諸地域に対して、16世紀以降、最初はスペインとポルトガルが、続いてオランダ、イギリスおよびフランスが相次いで進出し、18世紀から19世紀にかけて、これらの地域の植民地化が進行した。この過程で西欧法の移入が行なわれた。

この移入の過程は、一方では植民地支配国の法制度、法伝統、政治システム、植民地統治理念やその国の経済構造、他方では植民地化された地域の経済的・社会的・文化的成熟度やその本国に対する政治的・経済的役割、さらには植民地化された時期やその当時の世界状況などによりかなりの多様性がみられる<sup>(注1)</sup>。

しかしある程度の共通性は指摘しうるであろう。すなわち植民地支配体制が確立するまでは、西欧法は、基本的には西欧人間における紛争のみに適用され、アジア人間の争いはその慣行に委ねられた。統治制度が確立されるにつれて、本国のモデルにしたがった裁判所が設置された。その管轄権は次第に拡大され、この裁判所を通じての西欧法の導入が行なわれる。イギリス植民地においてこれはもっとも積極的に行なわれた。たとえばインドではイギリス法による大幅な法典化が行なわれている。これに対してオランダの植民地であったインドネシアでは、最後までインドネシア人とそれ以外の人間に対して異った裁判所と異った法が維持された。しかしこの場合でも適用される法原則を通じて本国法が導入されたことが指摘されている<sup>(注2)</sup>。これらの地域への西欧法の導入過程を要約して述べれば、以下のとおりとなる<sup>(注3)</sup>。

イギリスがインドにおいて一応の支配権を確立したのは、東インド会社がベンガル等のディワーニー(徴税権)を取得した1765年であるといつてよい。1793年のコーンウォーリスの改革によって、英領植民地の司法機構は東インド会社に委ねられ、イギリスをモデルに再編された<sup>(注4)</sup>。もっとも当初は、これらの裁判所は、コモンローの原則にしたがって、イギリス人(西欧人)にはイギリス法、現地の人間にはその服する法(ヒンドゥ法、イスラム法)を適用していた。しかし、現地人に適用される法は地域によって異なり、その確定が困難であり、法として適用するには欠陥が多く、またイギリス人の伝統や道徳観に反するものが多かったところから、裁判官は、「正義・衡平および良心」の名のもとにイギリス法を積極的に導入した。この裁判所を通じてのイギリス法の導入は、当時の裁判官の資質により、また地域によりかなりの相違があり、それにより混乱が生じた<sup>(注5)</sup>。1833年のインド統治法が、かぎられた範囲ではあるとはいえ参事会に立法権を与え、それに法律委員(Law Member)を加えたのは、このような事情からである。この結果、イギリス法の原則にしたがったインド法の「法典化」(codification)が開始された。マコーレー、メーンやスティーブンなどの努力により、大反乱直後から各種の法典が編纂されはじめ、19世紀末までに、刑法、刑事訴訟法、および契約法、民事訴訟法、特定救済法、不動産譲渡法などのほとんどの商事取引法が法典化された<sup>(注6)</sup>。他方、親族・相続法などは、宗教と関係し、その法典化はなされなかったが、普通裁判所の管轄とされた結果、アングロ・ヒンドゥ法やアングロ・モハメッド法という特異なコモンロー体系が成立している<sup>(注7)</sup>。

海峽植民地(シンガポール、ペナン、マラッカ)や



マレー連邦州（英領マレー）という東南アジア植民地も基本的には、インドと同一の歴史を辿った<sup>(注8)</sup>。もっとも海峡植民地では、イギリスの東南アジアの貿易・商業の中心地というところから、イギリス法が本国から直接かつ全面的に導入されるという傾向が強かった。これに対してマレー連邦州の植民地化は1874～1895年と遅く、かつ間接統治であることに加えて、シンガポールに較べて商業化が遅れていたところから、イギリス法の導入もかぎられており、その場合でもインドで法典化された法律をそのまま採用するというケースが多かった<sup>(注9)</sup>。

インドネシアでは、人種を基礎として法を適用するという原則が堅持された。すなわち西欧人およびそれに類する者にはオランダ法ないしそれを起源とする法が、中国人等の東洋人にはその属する法が、さらに原住民にはその居住地のアダット法が適用され、また別個の裁判所が設置されている。その結果その法の抵触を解決するために複雑な人際法が発展した。しかし20世紀に入ってから刑事および商事に関してオランダを起源とする法律が制定され、これらはインドネシアの全居住者に適用された<sup>(注10)</sup>。

フィリピンでは、スペイン法が早期にかつ全面的に導入されたこと、キリスト教による教化が成功したことから、スペイン法と20世紀に導入されたアメリカ法との混交が問題とされている。それでも南部におけるイスラム法の問題とともに、固有の法意識の残存が指摘されている<sup>(注11)</sup>。

インドシナへのフランス法の導入は地域により現地慣行の重視からフランス法の全面的導入までかなりの多様性が認められるが、いずれの場合もフランス法の優越性が承認されている<sup>(注12)</sup>。

中国、日本およびタイは独立国であったが、そ

の近代化の過程で西欧法を導入している。これらについては、すべての国が法典編纂という方法を採用しており、その導入が選択的になしえたこと、いずれも刑事、商事・取引それに統治機構の分野が中心であり、親族・相続の分野では固有法が残存していること、が指摘されよう<sup>(注13)</sup>。

韓国については、日本を経由して西欧法が導入されている<sup>(注14)</sup>。

## 2. 二元構造の成立

ところで、移入された西欧近代法の特徴は何であろうか。この問題については、わが国においても「近代法」ないし「資本主義法」の研究として数多くの成果が発表されている<sup>(注15)</sup>。そこで述べられていることは、国により特殊性が存在するとはいえ、それが各国の資本主義の生成と発展に密接に関係しているということである。それは第1に、所有権や契約という法概念をもって、本来商品たりえなかった土地と人間労働を商品化し、近代資本主義生産関係を創出した。第2に、これは、資本の回転や増殖という産業資本の自律的な運動を反映しながら、それに制度的基盤を提供している。さらに第3にこのような経済構造の上にこそ法の支配、法治国家さらに近代民主主義という統治理念の実現が可能であったといえよう。それゆえ、そこでの基本原理は、人間労働の商品化ということに象徴されているように、「自由な市場」と「市場の自由」という組合わせにみられる「市場原理」であるということが出来る。ここで強調されねばならないことは、大陸諸国において公法と私法の分離にみられるような問題があるにせよ、この市場原理が西欧近代法の全体系の基軸原理となっているということである<sup>(注16)</sup>。

ところで、この西欧近代法は、すでにその導入過程からうかがうことができるように、アジア諸

国に全体系として移植されたわけではないということに注意しなければならない。これをいわゆる公法と私法の分野に分けて整理すると以下のようになる。

植民地化される以前のこれらの国家では、租税の徴収を軸とする「国家秩序」が存在したことはすでに述べた。植民地化とは、植民地支配国が、征服、割譲や保護国化などにより、旧体制の支配者から統治権を奪取することである。当初新しい植民地権力は旧体制の「国家秩序」を温存し、この脈管を通じて富を本国へ送りこんだ(重商主義段階)。しかし本国での産業資本主義段階への移行が進行するにつれて植民地の統治機構も再編される。この度合については各国により相違があるとはいえ、本国にとっての植民地の存在理由は本国製品の販売市場と原料資源の確保が中心となるからである。この再編のモデルは本国の統治機構であることはいうまでもない。そこで行政機構や司法機構さらに徴税に対して本国法が移入される。しかしこれは植民地という特殊性から著しく奇形化されたものであった(註17)。第1に植民地体制が他民族の一方的な支配であるということから、本国政府を代表する総督を中心とする植民地支配者は、常に専制的権力を保留していた(註18)。第2にこのもう一つの帰結として、周辺部(地方)においては、固有の行政システムを利用せざるを得なかった(註19)。したがって本国の公法体系が比較的原型を保ちえたのは、その間にあるかぎられた都市においてだけであったといえよう。

この結果、かつての国家秩序は解体されるか(英領インド)、宗教的ないし儀礼的な存在に形骸化された(インド藩王国, 英領マレー)。もっとも、その核ともいべき国家意識は、もう一つの秩序たる村落秩序の中に閉じこめられた。そしてこれ

は、しばしば復古主義運動として噴出しながら、植民地権力との対決を通じて、次第に近代的ナショナリズムに醸成されるのである(註20)。ここでは旧体制が崩壊した結果、その法体制を構成した2秩序のうち、村落秩序だけが、後述するように移入法の侵蝕をうけながらも、「固有法」として生きのびることに注意したい。

次に私法部門のうち親族や相続の分野に関しては、宗教や固有の法意識と密接に関係するので、本来的に固有法に属するというべきであって、この分野に西歐法が導入されないことは、むしろ当然というべきであろう。

これに対して商事・取引法の分野は、第1にすでにみたように西歐近代法の最も中軸的な法であり、それゆえ最も完全な展開を見せているのである。第2にこれに対してアジア社会ではこれらの諸法はいまだ「国家秩序」や「村落秩序」の中に組みこまれていたにすぎず独自の存在としての発展を遂げていなかった。さらに第3に植民地支配の目的が本国製品の販売市場と原料の確保にあるとすれば、この法分野はその流通の過程の制度化には不可欠な存在であった。以上の理由から、この分野には、西歐法が全面的に導入された。しかし、問題は、これが植民地における全経済分野を掌握しえたわけではないということにある。確かに植民地支配に関係する部分すなわち製品の搬入と原料の搬出という流通過程、さらに輸出用エンクレーブたるプランテーションなどについては、これらは支配的となりえた。しかし植民地の地理的にも人口的にも大部分を占める農村における土地をめぐる生産関係を改編することはできなかった。

西歐先進諸国においては、土地と労働の商品化という飛躍によって資本主義的生産関係を打ちた

ることができたことについてはすでに述べた。しかしドイツや日本のような後進資本主義国家にあっては、すでにこれらの商品化と資本主義的生産関係の樹立は自動的にリンクせず、その結合のために意識的な努力——すなわち工業化政策が行なわれなければならなかった。

しかし植民地においては、この条件は存在しない。そこでは植民地経済は、本国の製品市場と原料供給地として、その経済システムの中に従属的に組みこまれているのである。このような体制にあっては、それに従属化しつづけるという政策はとられても、その経済構造を自立的に再編するという契機は存在しない。むしろ本国の圧倒的な経済力を背景にして、一方では商品の流通過程や輸出用エンクレーブを完全に市場化し、他方では大部分を占める村落の生産関係を放置ないし温存するのである。その結果植民地の経済構造はますますモノカルチャー化し、本国経済に従属するという悪循環のプロセスを辿った<sup>(注21)</sup>。

この結果、植民地においては、本国経済に直接リンクする部門における「移入法」（市場原理にもとづく）と、親族や相続および村落における土地をめぐる生産関係において強固に残存する「固有法」という二元構造が固定化されたのである。そしてこの二元構造は、近代工業・プランテーション・流通部門という近代部門と伝統的農業部門という「経済的二重構造」、都市と農村という「地理的・社会的二重構造」さらに西欧語と固有語に象徴される「文化的二重構造」に対応しているのである<sup>(注22)</sup>。

(注1) 世界の工場たる地位を占めたイギリスと商業資本的な色彩の強かったオランダやスペインの間にはその植民地統治に明確な相違がみられるし、同じイギリスの植民地でも、本国の工業の発展に一貫して奉仕しつづけたインドと19世紀末の資本主義の新たな展

開期に一次産品生産基地と位置づけられた英領マレーの間では、その植民地支配構造にかなりの隔りがある。

(注2) Hooker, *A Concise Legal.....*, p. 193.

(注3) 西欧法のアジア諸国への導入のプロセスは、山崎・安田編 前掲書で概観されている。東南アジアについては、フーカーの同上書が便利である。

(注4) 植民地下のインドの裁判所制度の発展については、拙稿「インドの下位裁判所制度(1)」(『アジア経済』第18巻第5号 1977年) 2~21ページ。

(注5) Ilbert, C., *The Government of India*, Oxford, Clarendon Press, 1907, pp. 338-339. 本稿第1節(注5)(注6)の内田論文を参照。

(注6) この法典化の問題は、わが国において最も研究が進んでいる分野である。内田 同上論文のほか、水田義雄『法の変動と理論』成文堂 1976年 115~234ページ、楠本美隆「19世紀インドにおける法典化の一断面」(『比較法学』第6巻第1号 1970年) 79~109ページ参照。なお Jain, M. P., *Outlines of Indian Legal History*, 3rd ed., Bombay, Tripathi, 1972, pp. 498-577 も便利である。

(注7) これは植民地下における固有法の国家法化の一つの例といえる。Hooker, *Legal Pluralism.....*, pp. 58-70, 95-101 参照。

(注8) これらの地域へのイギリス法の導入については、Hooker, *A Concise Legal.....*, pp. 123-152; Sheridan, L. A., *Malaya and Singapore, The Borneo Territories: The Development of their Law and Constitutions*, London, Stevens & Sons Ltd., 1961, pp. 14-44 などがある。また萩原宜之「マレーシアの社会と法」(『法社会学講座』岩波書店 第10巻) 209~225ページ参照。

(注9) たとえば、契約法やパートナーシップ法はマレーシアではヌグリ・スンビラン州やベラク州でインド法典をそのまま立法化し(1899年)、これが現行法に引き継がれている。これに対し海峡植民地ではイギリス法が直接に採用され、今日でもシンガポールはこの分野に独自の立法を有していない。Sheridan, *op. cit.*, pp. 260-263, 415-418 参照。

(注10) 詳しくは Hooker, *A Concise Legal.....*, pp. 187-213 参照。

(注11) 詳しくは *Ibid.*, pp. 214-238 参照。

(注12) 詳しくは *Ibid.*, pp. 153-186 参照。

(注13) 日本では、英仏独の法制のうち後2者が採用されたことは周知の事実であり、タイでも複数の国の法典が参照されている。中国については、本稿Ⅱ節(注7)中の文献のほか、島田正郎『清末における近代的法典の編纂』創文社 1980年がある。

(注14) 韓国法に関しては、金容圭「韓国」(『法社会学講座』第10巻) 226~246ページ参照。

(注15) まず第1に川島武宜『所有権法の理論』岩波書店 1949年をあげるべきであろう。また『現代法と経済』岩波講座現代法第7巻；高柳信一・藤田勇編『資本主義法の形成と展開』全3巻 東大出版会所収の諸論文のほか、営業の自由をめぐる岡田与好『独占と営業の自由』木鐸社 1975年、および『社会科学の方法』第4巻第6号 1971年 所収の諸論文参照。最近、西洋法制史の側から、村上淳一『近代法の形成』岩波書店 1979年が発表されている。マックス・ウェーバーの近代法と資本主義社会の理解に関しては、世良晃志郎「現代社会と法」(『法社会学講座』第10巻) 13~36ページ、およびTrubek, D. M., "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism," *Wisconsin Law Review*, No. 3, 1972, pp. 720-750 がある。

(注16) 西欧近代法を市場原理によって特徴づけることは極端すぎるかも知れない。一方ではキリスト教の問題があるからである。しかし婚姻の契約性の強調にみるごとく、固有法の領域がこの原理によって侵蝕されていることは否定できない。同様のことはいわゆる公法領域についてもいえる。市場システムと議会主義や法の支配などの民主主義統治モデルとの関連性については、実方謙二「法と自由——市場機構と市民法」(平井宜雄編著『社会科学への招待——法律学』日本評論社 1979年) 90~106ページ参照。

(注17) インドのランド・セトルメントの「戯画」性については、小谷 前掲書 190~197ページ。インドネシアについては、江守 前掲論文参照。

(注18) インドでは1935年インド統治法43, 44条の総督の非常立法権、東南アジアでも、台湾総督府編『南洋年鑑』(第3回版 昭和12年)によれば、独立国であるタイとその途上にあったフィリピン、保護国である英領マレーを除き、本國ないし植民地政府が非常大権を有している。

(注19) インドのムンシフ(munsif)やパンチャヤト(panchayat)、マレーシアのプングル(penghulu)やムキム(mukim)、フィリピンのバランガイ(balangai)

にみるように、固有語が末端の行政機関や行政区に使用されていることはこれを象徴している。

(注20) この事情を生き生きと伝えてくれるものとして、長崎暢子『インドの大反乱1857年』中央公論社 1981年がある。

(注21) 大塚久雄「後進資本主義とその諸類型」(同編『後進資本主義の展開過程』アジア経済研究所 1973年) 1~28ページ参照。

(注22) G・ドルトン著、大田稀喜・栗本慎一郎訳『経済体制の理論』サイマル出版会 1980年 202ページ参照。

## IV 発展法

### 1. 発展法の生成

第2次大戦後、ほとんどのアジア諸国は、政治的独立を達成した。社会主義ないし独自の社会・経済システムをめざした諸国(中国、北朝鮮、北ベトナム、ビルマ)を除き、多くの諸国は、植民地下において導入された「移入法体系」をほぼそのまま国家法として認定した。たとえば1950年に制定されたインド憲法第372条は、「本憲法のその他の規定の制約内において、本憲法の施行日の直前にインド領内において効力をもっていたすべての法は、その立法府によって変更、廃止もしくは修正されるまで、インド領内において効力を有する」と定めている(注1)。

もっとも独立後のナショナリズムの高揚とともに、固有法体系の見返しと近代化の作業も行なわれ、いくつかの諸国において、家族法の法典化が行なわれている(注2)。また土地をめぐる生産関係の改編も土地改革を通じて行なわれている。

ところでこれらの諸国家は、独立当初議会制民主主義や政党制という西欧民主主義理念にもとづいて国家形成を試みた。しかしこの試みは、当初から独立直後の政治的混乱や冷戦体制の強化の中で挫折し、その統治システムは次第に変質した

(注3)。

この変質の経過を概括すると、当初は戒厳令や非常事態という臨時措置により、やがて憲法体制自体の変更によって、議会の活動や政治的諸自由という西欧的諸原理に対して大幅な制限を課するというプロセスを経ている。そして今日では権威主義体制や強権体制という名称で示されるように、西欧型の統治構造とは異なった独自の統治システムを形成するにいたっている。この体制にあっては軍部ないし一部のエリートが行政権を支配しており、その政治的不安定さの除去を謳いながら国民の政治的自由を奪っている。議会は存在する場合でも行政に対する翼賛組織以上のものでなく、裁判所も有効なチェック機能を果たしていない(注4)。

ところでこれらの政治不安の基底部には植民地下において進行しつつあった二重社会・経済機構の矛盾が顕在化し、耐え難い状況に達していたことがあることを忘れてはならない。そうである以上これらの強権的な政権にあっては、その改編に何らかの方策を講ぜざるを得ない。ここからこの経済・社会構造の変革をめざして、膨大な量の立法や政策が打ち出されている(注5)。これらの立法は各国の社会・経済状況によりかなり異なるものであるとはいえ、すでに述べた「移入法」や「固有法」領域に対する全面的な介入であるという点については共通する(注6)。

たとえば、契約・売買および信用に関する諸法は、移入法体系の中核というべきものであり、母法との継受関係が最も明確にみられる(注7)。これらの法律は、財および資金の自由な移動を保障するものである。しかしすでにみたようにこの自由な市場という原理こそが植民地の経済構造を歪めたといえる。したがって、独立後これらの諸国は

それに積極的に介入するのである。第1に外貨取得源である一次産品に関しては、買上げ、価格制限、緩衝在庫の設定などの市場への介入により価格の安定が図られている。第2に外貨節約のために一般に強力な輸出入規制が行なわれている。第3に国民経済にとって重要な物資については価格統制が行なわれ、そうでなくともいつでも行なうことが明示されている。

信用に関しても、第1に村落ないし中小企業における暴利を制限する立法が行なわれている。第2に国家による金融機関の設置やその民間金融機関に対する統制により、一方では弱者への金融の道を開き、他方では大規模な工業化のために、国内および外国の資金を政策的に運用することが行なわれている。さらにこれと密接に関係するものとして外国為替管理や外国投資の規制があげられよう(注8)。

会社法や労働法という主として工業セクターの生産関係に関する法律は、西欧諸国でも19世紀末から20世紀にかけて急速な展開をみせた。この意味でこれらの法律は純然たる西欧近代法とはいえないかも知れない。さらにいくつかの例外を除き、植民地化においては工業セクターの発展が阻害された結果、植民地においてはこれらの法律は重要な課題とはなりえなかった。独立後これらの諸国はかつての支配国の法律をモデルにしてこれらの法制度を整備した。しかし時とともにそれは西欧型モデルとは異なった方向を歩んでいるように思われる。会社法についてはとくにその信用・資本の面での規制が行なわれ、また公企業の存在が無視しえないものとなっている(注9)。労働法についても労使の自主的解決という西欧モデルから政労使という三者協議制への移行が指摘されている(注10)。

また最近いくつかの諸国で、独占禁止法、消費者保護法や環境法が制定されている。これらの諸国においては、これらの立法は多くの場合多国籍企業の一環としてなされており、また先進国のそれに較べて政府の統制色が強いことが指摘されよう。

最後に移入法原理によっては改編することができなかった土地をめぐる生産関係に対しては、土地改革法の制定によりその改革が企てられている。これについては、国により異なるとはいえ、前近代的慣行(固有法)と密接に関係している大土地所有ないし寄生地主制を解体し、自作農を創設することをめざしていると要約しえよう。したがって、これらの法律は固有法の変革という役割をも担っているといえるのである(注11)。

これらの法律群は、移入法と固有法とも異なった性質を有している。この検討は次項で行なうものとして、これらが常にその経済・社会の発展を希求するものであるという点に注目して、とりあえず「発展法」と名づけておきたい(注12)。

## 2. 発展法の概念

発展法の内容は、各国のおかれた状況やその発展目標によってかなりの多様性を有していることはいうまでもない。しかしこれらは以下の共通項をもってくることができよう。

第1に、これらの法律は、発展という目的ないし価値の達成のための枠組みないし手段を提供するものである。発展が政策目標であり、その達成が政策によって行なわれるものである以上、この法律は政策担当者にまたはこれをおして一般国民に対する指示・命令という性質を帯びている。この点において、この法律は基本的に「公法」的な性質を有するということができる。

第2に、上に述べたところからそれは当然に「委

任立法」である。法律中にその目的達成のための行政行為をすべて掲げることは、立法技術上不可能であり、政策担当者たる行政機関に対して広範な裁量権を与えざるを得ないからである。

第3に、多くの場合、この法律の適用すなわちこれにもとづく行政機関の行為に対しては、裁判所の管轄権が排除または制限され、これに対する不服は行政機関自体または特別の行政裁判所により処理される傾向を有している(注13)。いうまでもなく、これは、西欧近代法すなわち移入法の原則に対する重大な挑戦である。

上記の基本的特徴は、強権体制下における治安立法と共通する側面を有する。むしろ発展法と治安立法は現象的には混交して現われている場合も多いといえよう。これらは、ともに二重経済・社会構造という現実に対処するものであり、治安立法はそこから生ずる政治的不安定性を抑止し、発展法はその解消をめざして、国民の社会・経済活動を制御することをめざしているからである(注14)。いずれも、国家が国民の生活に対して一定の行為を命ずる(またはこれを禁止する)という点において、これを支える基本原理を「統制」と考えることができよう。

この統制を基軸とする発展法の位置をより明確にするためには、次の二つの法体系を比較検討する必要がある。一つは、いわゆる「現代法体系」である。福祉国家論、国家の私経済への介入、公共の福祉の強調さらに委任立法などの問題は、今や先進国全体に共通する問題である。これらを表現する法体系をとりあえず「現代法」と名づけておこう(注15)。現象面では、これらは発展法と著しい類似性を有する。しかし現代法は、市場原理を軸とする近代法が全法体制を覆っていることを前提としている。そしてこの原理が全面展開した

結果として生じた矛盾すなわち経済力の集中や独占の発生とそこから生ずる政治的・社会的問題を解決するために、いわばその原理を修正することをめざすものである。そこでは、市場原理を基軸とするものであって、これを支えるために統制原理が導入されているにすぎない<sup>(注16)</sup>。これに対して、発展法は、経済・社会の二重構造の解消をめざすものである。それは、すでに市場原理が全経済構造を支配することができず、この原理はその二重構造を深刻化させるだけであるということを前提としているのである。それゆえ発展法は市場原理そのものを否定する契機を内包しているといえる。この相違は、最近諸国で制定されている独占法制の中にその例をみることができる。そこでは先進諸国にみられるような自由競争の確保が問題なのではなくて、独占企業をその国の経済発展の目標にしたがっていかに誘導・統制するのが課題なのである<sup>(注17)</sup>。

もう一つは、わが国において、明治期においてみられた殖産興業という工業化プロセスを支えた「近代化立法」との関係である。すでに述べたように、後進資本主義諸国にあっては、土地や労働の商品化と資本主義的生産関係を結合するための努力がなされなければならなかった。わが国においてはこのために、一方では地租改正を行ない、他方では国営工場の設置やさまざまな奨励策がなされたのである。これらの政策を支える立法を近代化立法と呼称しよう<sup>(注18)</sup>。これは発展法と類似する側面をもつ。しかしその相違点は明らかであろう。近代化立法は資本主義的生産関係の確立をめざすものであり、これが確立されると同時にその使命を終える<sup>(注19)</sup>。これに対して、発展法はくりかえすようにすでに存在する二重経済構造といういわば歪められた資本主義的生産関係の存在を

前提としているのである。したがってこの法体系は常に市場原理に対する否定要因として存在しつづけるのである。

以上発展法の概念を移入法ないしそれに関係する法体系との関係において検討してきた。最後に固有法との関係で整理すると以下のとおりである。すでにみたとおり固有法は独立後法典化が進んでいるとはいえ、それは「国家」とは異なった空間に存在するものである。この点で国家の存在を前提とする発展法および移入法とは基本的に異なるものである。

(注1) 内田力蔵「わが国におけるインド法研究の現状と課題」(『比較法研究』第28巻 1967年)93ページより引用。マレーシアやシンガポールにおいては、法の欠缺のある場合にはおのおのCivil Law Actによりイギリス法が適用される旨定められている(山崎・安田編 前掲書 187ページおよび241ページ)。インドネシアに関しては、1945年憲法第2条(この解釈についてはスカルノ体制下において疑問が生じ、1963年には最高裁判所は1848年に制定された民法典の法的効力を否定する決定を行なっているが、現実には同法が参照されている、といわれる。同71~72ページ)。

(注2) これについては、山崎利男「1955~56年のヒンドゥー法改正の歴史的意義」(仁井田追悼論集『アジアの革命と法』勁草書房 1966年)105~125ページ。黒木三郎「インド」(川島他編『法社会学講座』第10巻)206~208ページ。アジア諸国の家族法の理論的考察については、黒木三郎『婚姻法の近代化——アジアの現代家族法——』勁草書房 1966年。なお宮崎孝治郎編『新比較婚姻法』第1, 5, 6巻 勁草書房 1960, 65, 69年も参照。

(注3) 南・東南アジアでは印パ分離とそれに続く紛争、インドネシア独立戦争、マラヤ共産党の武装闘争、インドネシアでの対蘭独立戦争、フィリピンのフクバラハップの武装闘争さらに新中国の誕生や朝鮮戦争にみるように、この時期(1940~50年代)のアジアは、戦乱状態にあったといえる。

(注4) インドの統治構造の変質については、大内純編『インド憲法の基本問題』アジア経済研究所 1978年、同編『危機管理国家体制』アジア経済研究所

1980年、および下山瑛二「インド憲法体制の現状」(『法律時報』第51巻第2号 1979年) 34~40ページ参照。アジア全体についての簡単な鳥瞰については、山崎・安田編 前掲書 345~349ページ参照。

(注5) これらの法の洪水はアジアばかりでなく発展途上国全体の特徴でもある。Allot, Antony, *The Limits of Law*, London, Butterworth, pp. v-vi.

(注6) 以下の議論は、昨年度調査委員会の成果として提出された各法群についての論稿に依拠している。

(注7) アジア諸国の契約法については、谷川久編『アジア諸国の契約法』アジア経済研究所 1972年参照。

(注8) 外国投資をめぐる法制については、桜井雅夫『国際経済法研究』東洋経済新報社 1977年がある。

(注9) アジア諸国の公企業の法的諸問題に関しては、International Legal Center, *Law and Public Enterprises in Asia*, New York, Praeger Publishers, 1976 がある。産業全体の統制については、インドの Industries (Development and Regulation) Act がある。有名であるが、マレーシアの Industrial Co-ordination Act もその傾向が強い。さらに証券規制との関係では、マレーシアやインドネシアでは国営の持株機関と証券市場をリンクさせようとする動きがみられる。なお、拙稿「1970年代におけるマレーシアとシンガポールにおける会社法の発展(I)(II)」(『アジア経済』第20巻第7, 9号 1979年7, 9月)参照。

(注10) 香川孝三「アジア地域における労働法の研究動向——国際労働法社会保障学会第1回アジア会議によせて——」(『日本労働協会雑誌』第265号 1981年4月) 22~29ページ。松岡三郎「アジアにおける現代法研究序説——労働法を中心として——」(『法律論叢』別冊創立100周年記念論文集) 333~364ページ。原田輝男「工業化と労使関係の展開」(『経済評論』1980年10月号) 72~85ページも参照。

(注11) アジアの土地改革については、とりあえず滝川勉編『東南アジア農村社会構造の変動』アジア経済研究所 1980年、同編『東南アジアの農業・農民問題』亜紀書房 1971年をあげておこう。

(注12) この用語については問題があるかも知れない。むしろ「開発法」か「統制法」のいずれかの方が適しているとも考えられる。桜井氏は前掲書において

慣習法、継受法とともに「経済開発法」という語をあてられる。桜井 前掲書 36~37ページ。

(注13) 多くの諸国で労働、土地改革について特別の行政裁判所が設置されている。

(注14) 拙稿「非常事態下における第42次憲法改正——「行政国家」理念と「司法国家」理念の対立を軸として」(大内編『危機管理国家体制』) 49~54ページ参照。

(注15) この呼称は、いうまでもなく岩波講座『現代法』からきている。本稿との関係からいえば、とくに第2巻『現代法と国家』および第7巻『現代法と経済』の諸論文を参照。

(注16) 「現代国家と法」(座談会)(『現代の法理論』ジュリスト増刊 1970年) 9ページ。なお手島孝『行政国家の法理』学陽書房 1976年参照。

(注17) もっとも先進国と同一の視点が存在しないわけではない。しかしタイの場合は、この問題を政府による価格を中心とする統制によって処理し、同様にインドの場合は、経済力集中企業の拡張等について政府の許可とすることにより、これら該当する企業を政府の統制下におくことに主眼があるように思われる。

(注18) これらについては、福島正夫「財産法—法体制準備期」(『講座日本近代法発達史』第1巻 勁草書房 1958年) 3~101ページ。

(注19) この点においても、「現代法」とは異なる。金沢良雄『経済法(新版)』有斐閣法律学全集 1980年 22ページ。

## V アジア法の3法理

以上、歴史的に概観してきたこれらのアジア法はおのおの起源を異にする固有法、移入法および発展法の3類型に分類しうることを、そしてそのおのおのの法類型を支える原理として、共同体、市場および統制という3原理が抽出されることが明らかにされた、と考える。

しかし、アジア法の全体像の認識のためのフレームワークを設定するというわれわれの目的からすれば、この法類型は必ずしも有効なものとはいえない。これまでの作業過程から理解しうるよう



に、この類型は具体的な歴史からの直接的な総合ないし抽象であるにすぎないからである。これを分析のための枠組みとするためには、より機能的な概念に転換しなければならない。そこでこの3類型をその原理にしたがって再構成し、「共同体法理」、「市場法理」および「統制法理」という3法理類型を設定したいと考える。この処理により3法類型に内在していた歴史的限界が突破されるからである。

ところでこの3法理類型は、すでに原理の設定のところで明らかにしたように、ポランニーの互酬、交換および再配分、中村尚司氏の人格、価格および規格という3格論、ならびに岩田昌征氏のいう友愛、自由および平等という3分類とほぼ同一の性質を有しており、またこれらの議論から多くの示唆をうけている。あえて上記の用語を使用しなかったのは秩序の問題を前提とする法の議論においては、その含意するところに若干のずれがあると考えられたからにほかならない(註1)。

これらの議論を参照しながら、この3法理の基本原則、基本的法領域、規範の特徴、紛争処理モデルなどについて考えると以下のように要約することができよう(註2)(第2表)。

「共同体法理」とはすでにみたように人間と人間との直接的・無媒介的な関係を軸とするもので、しかも強制を契機としないものである。その経済体制モデルはおそらく原始共産制にみることができ、そこでは国家は前提とされない。基本的法領域は人と人との関係というところから家族法を考えてよいだろう。その規範としての特徴は共同体内の約束というべきものであり、そこでの紛争はその構成員により処理される(註3)。

「市場法理」は、西欧近代法にみたように資本主義体制の理念型であり、その国家モデルは法治

国家である。その基本法領域は、所有権・契約という法概念にみられるように、モノ(対価)を媒介とする人間関係という点において、私法とくに商事・取引法である。そこでの紛争処理モデルは、紛争の第三者たる専門家機関である裁判所(国家機構の一部であるが独立性を有する)が、裁判規範である法を解釈するという点にある(註4)。

「統制法理」は、現代では社会主義体制をモデルとして有しており、当然その国家モデルも社会主義国家である。基本法領域は、国家による国民への命令という点において、一般に公法に妥当する(しかしすでにみたように、西欧近代国家では、法治国家という理念にみられるようにこのレベルまで市場法理が侵蝕している)。その法の性質は当然に行わないし命令規範であり、紛争処理については国家すなわち行政主体が政策的判断にしたがってケース・バイ・ケースで決定するという傾向を有している(註5)。

次にこの3法理を操作してアジア法の現状を概観してみると以下のことがいえよう。すなわち基本的構図は、この3法理が鼎立しているということである。これは、統制法理が伸張しつつあるとはいえ市場法理が全体系を包摂している現代資本主義国家の法体制や、逆に市場法理の見直しや導入が叫ばれているとはいえ、統制法理が支配的である社会主義国家の法体制とは、対照的である(各法体制モデルについては第1図参照)。

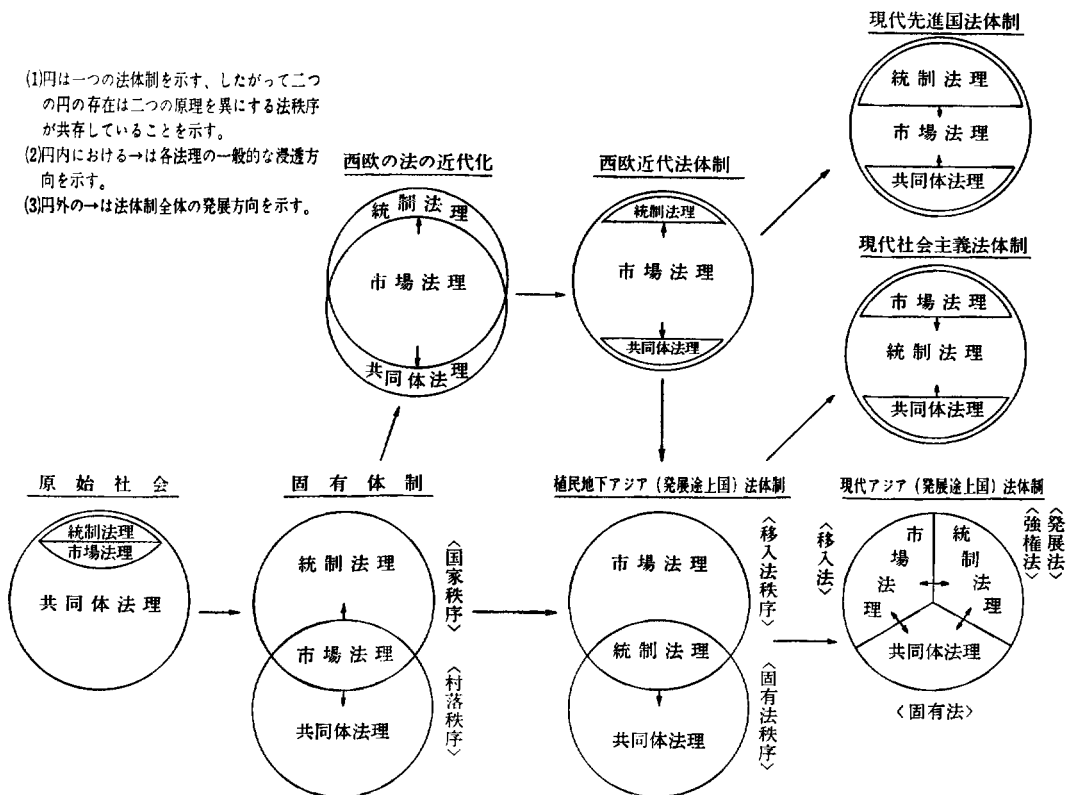
第1に共同体法理は、植民地化の結果として生じた絶え間ない商業化の波とともに導入された市場法理により侵蝕された。また独立後においては、さらに統制法理によっても侵蝕されている。しかし家族法領域ではいまでもなく、村落内においても固有法ないし慣習法として、いまだ力強い生命力を有している。しかもこれを法意識のレ

第2表 3法理の基本モデル

法 理	共同体法理	市場法理	統制法理
基本原理	共同体原理 互酬〔ポランニー〕 友愛：市場＋交換＋X〔岩田〕 人格〔中村〕	市場原理 交換〔ポランニー〕 自由：市場メカニズム〔岩田〕 価格〔中村〕	統制原理 再分配〔ポランニー〕 平等：計画メカニズム〔岩田〕 規格〔中村〕
基本的法領域	共同体(集団)内における人と人との関係 ↓ 親・兄弟・仲間 ↓ 親 族 法	人—物—人 ↓ 財の流通・交換 ↓ 私法(取引法)	人と国家(権力) ↓ 命令・服従 ↓ 公 法
法規範の特徴	自治規範(約束)	裁判規範	行為(命令)規範
紛争処理方法	共同体構成員による解決(仲裁)	第三者機関(裁判所)による法の解釈	国家(行為主体)による政策的裁量
国家の機能	なし	第3者機関	行為・決定主体
国家モデル	なし	資本主義国家(法治国家)	社会主義国家

(注) [ ]内はその用語の使用者を示す。以下の文献参照のこと。ポランニー『経済と社会(I)』；岩田昌征『社会主義経済システム』；中村尚司『共同体の経済構造』。

第1図 3法理類型による法体制モデル



ベルまで引上げれば全法体系に無視しえない影響力を有しているといわねばならない(注6)。さらに最近イスラム原理主義にみることができるようにこの法理(ないし古いかたちの統制法理)を軸にして国家形成を行なおうとする動きもある(注7)。

第2に市場法理についてみよう。これは繰り返すように西欧近代法の中軸概念であり、移入法とともにアジア諸国にもたらされたといつてよい。しかしこれは植民地下においては固有法体系をつき崩すことができず、それとともに二元的な法構造を構成していた。また独立後においては、一方では強権体制にみるように公法部門で、他方では発展法にみるように私法部門において、統制法理により侵蝕されている。しかしこれが独立後も一貫して商品化を通じて共同体法理を侵蝕しつつづけているという事実も忘れてはならない。

最後に統制法理は、強権体制下の治安立法と発展法というかたちで、独立後急速に市場法理と共同体法理の法領域に浸透している。しかし少なくとも現在のところいずれをも駆逐するということまでいっていない。むしろいわゆる中進国の経験から経済領域においては市場法理を見直す例が増えているようにも思われる。またこの統制法理については、それが市場システムという濾過装置を経ていないところから、古い国家秩序の再生という現象が生じ、これが強権体制と密接に関係していることが指摘されよう。またその発展法の運用過程においてしばしば問題とされる非能率、腐敗やネポティズムの原因としてこのような固有法意識が残存していると考えられる(注8)。

このようにアジア諸国の法体制は、この三つの法理が互いに拮抗しあいながら併存しているところどころに著しい特徴を有するといえるのである。

(注1) II節(注8)中の文献を参照。なお市場と統制ないし計画とは岩田氏の文献をみるまでもなく、経済体制論の基本的分析枠組みである。「法と発展」研究者の何人かはこの枠組みを使用するが、それは「近代法」システムの中での一種の政策モデルとしてである。Trubek, "Toward a Social Theory.....," pp. 24-34; Seidman, Robert B., *The State, Law and Development*, London, Croom Helm, 1978, pp. 80-98.

(注2) なお岩田 前掲書 14ページ参照。

(注3) したがって、この法理が法として存在する場合(国家法とされているとそうでないと問わず)、基本的には国家法がその存在を容認している、という形態をとる。

(注4) ここでの法の存在様式は立法機関によると裁判所によるとを問わず、明示的な法律が存在すること、違法状態が生じた場合それにより損失をこおむった者の訴えにもとづいて、裁判所がそれを適用するという行為により、当事者の一方の正当性を認め、これにより法的均衡が達成されるということである。

(注5) そこでは法は具体的に明示されることは必ずしも必要ではない。「法は抛らしむべし、知らしむべからず」というのも統制法理の一つの存在のしかたである。命令主体の行為そのものが法なのである。したがって法と政策は未分離である。

(注6) 本稿では「法意識」の問題は意識的に避けた。これが各法理といかに関係するかの検討は将来の課題である。この問題については、千葉正士の諸論文「法意識研究の課題」、「法意識の類型比較試論」、「アメーバ性日本的法意識」(『法律時報』第49巻第11号、第12号、第13号所収 1977年)のほか、大木雅夫「西洋と極東における法観念(1)~(8)」(『法律時報』第53巻2~9号 1981年)参照。

(注7) なおニーラン・ティルチュルヴァム 前掲論文、中村『地域と共同体』57~61ページ参照。またフィリピンにおける固有法の見直しの動きについては中川剛「草の根と法の支配——フィリピンにおける法的伝統の発見」(『ジュリスト』第747号 1981年)232~237ページがある。

(注8) この視点については、矢野 前掲論文におうところが多い。

おわりに

以上アジア法をまずいわば実体概念として固有法、移入法および発展法という3類型に分類し、この検討をとおして共同体法理、市場法理および統制法理という機能的な枠組みを設定した。しかしこの枠組みはいまだ骨格だけのものであり、第1に各国ごとに各法理の特質を明きらかにし、第2にそれを複数の諸国で比較することにより各法理のサブカテゴリーを構築し、これを緻密化しなければならない。

このための作業としては、各法理について以下の方向づけが行なわれうるのであろう。共同体法理は、より法形式的に述べれば、国家とは無関係に存在し、むしろその干渉を排除するものである。したがってその法領域の確定および規範内容の調査については、人類学、社会学および地域研究の方法が重視されるべきであり、法的ドグマは解体されなければならない。

市場法理は、すでにみたように西欧近代法の中に最も見事な展開をみせるものである。したがってその法領域の確定にあたっては、いわゆる母法国家と継受国の経済・社会構造の相違が認識されなければならない。またこの法理の担い手たる裁判所をめぐる諸問題も重要であろう。その規範内容については一般に普遍性を有していると指摘されているが、他の2法理に内在する固有の法意識がどのような影響を及ぼしているかは重要な課題であろう。

統制法理は、すでにみたように強権体制や発展法という領域に最も明確にみることができる。とはいえこの分野においても常に市場法理との相克がみられるのであり(たとえば統制か市場か)、その領域の確定についてはその社会・経済さらに政治

構造の分析が不可欠であろう。また規範内容の検討に関しては、それが常に権力の問題を前提にするところから政治学、さらにとくに発展法に関係して、それが政策と密接に関係しているところから、経済開発論のとの協同が不可欠であろう。また、この内容に関しても共同体法理の場合と同様その固有の法意識——とくに固有の国家観——が重要な意味を有している。

この枠組みは上記の作業により緻密化され、かつアジア法の全体像のより完全な認識が可能となる。それとともに、この枠組みは立法政策に対する有効なモデルを提供するであろう。たとえば、法的設計を行なう場合、ある事実を基本的にどの法理をもって法的規制を行なうかは、歴史的に制約されているとはいえ政策の問題であるからである。この場合一種の動的アプローチが不可欠であろう。たとえば土地改革により市場法理を積極的に導入することは、当然共同体法理の法領域(たとえば入会権)の範囲を縮小するばかりでなくそれに属する他の法領域(たとえば相続)の内容にも変化を及ぼすであろう。またそこから生ずるさまざまな摩擦は、他の市場法理と統制法理の法領域に大きな影響を及ぼすであろう(たとえば前者の紛争処理期間たる裁判所の訴訟の増加による遅滞、これを解決するために後者の原理にたつ行政裁判所の設置)。

(アジア経済研究所経済協力調査室)