

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 26 年 5 月 23 日現在

機関番号：10101

研究種目：挑戦的萌芽研究

研究期間：2011～2013

課題番号：23652152

研究課題名(和文)近代日本における西洋法学継受の東アジア史的意義：岡松参太郎と台湾旧慣調査の新研究

研究課題名(英文)Eastern-Asian Context of Reception of the Western Jurisprudence in Modern Japan: New Research on Santaro Okamatsu and Investigation of Old Customs in Taiwan

研究代表者

田口 正樹 (TAGUCHI, Masaki)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：20206931

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 2,400,000円、(間接経費) 720,000円

研究成果の概要(和文)：民法学者岡松参太郎(1871-1921)は、1896-1899年のヨーロッパ留学中にとりわけドイツの大学(ベルリンおよびハレ)で勉学したが、特定の学説や分野に限定されず、19世紀ドイツ法学の一般的性格を深く理解する機会を持った。彼が主導した台湾旧慣調査は、台湾の旧慣をドイツ法学の概念で記述するものであったが、その基礎には、中国法系を軽視しローマ法系を高く評価する近代日本の法系論、人民の代表としての法学者が法形成を担うという19世紀ドイツ歴史法学の基本姿勢、国家法を中心とする非西洋的法観念が存在しており、全体として複合的な性格を示したのであった。

研究成果の概要(英文)：While civil lawyer Santaro Okamatsu (1871-1921) stayed in Europe from 1896 to 1899, he studied especially at German universities, Berlin and Halle. He had a chance through this study to understand profoundly the main characters of German jurisprudence in the 19th century, beyond certain limited thesis or research fields. The investigation of old customs in Taiwan, which Okamatsu led, described them in terms of German jurisprudence. This project was based on the comparative legal theory of modern Japan, which neglected Chinese law and respected Roman law, the general conviction of historical school of German jurisprudence in the 19th century, to represent people and lead the evolution of law, and the traditional Asian view of law, that was oriented to state law. In this sense the research on old customs in Taiwan and engagements of Okamatsu revealed a complex nature.

研究分野：人文学

科研費の分科・細目：史学・史学一般

キーワード：岡松参太郎 ドイツ法学 台湾 旧慣調査 東アジア 慣習法 法学者 民法

## 1. 研究開始当初の背景

明治以後の近代日本における西洋法・西洋法学摂取に関しては従来から多くの研究がなされてきたが、近年、日本の西洋文化摂取一般を東アジア的文脈でとらえ直そうとする新しい研究動向が見られる。これにより、従来看過されていた、東アジア諸国・諸地域（日本・中国・朝鮮・台湾・満州など）間の影響関係と相互作用に注意が払われるようになってきた。

こうした新しい動向も背景に、東アジアにおける研究者間の国際交流も盛んになってきているが、申請者自身も、研究分担者として参加した基盤研究 S「〈法のクレオール〉と主体的法形成の研究」の枠内で 2007 年 9 月に札幌で開催されたワークショップにおいて、台湾の研究者と、日本と台湾におけるドイツ法史研究の現状と課題について意見を交わし、2008 年 5 月には台湾の政治大学に招かれて、みずからのドイツ法史研究の一端を報告するとともに（田口正樹「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」『北大法学論集』59 巻 4 号（2008 年）、中国語版は田口正樹（李玉璽訳）「近代初期德意志警察條令與刑事司法」『政大法学評論』122 期（2009 年））、東アジアにおけるドイツ法史研究の意義と課題について議論する機会を得た。また、2008 年 9 月にドイツのパッサウ大学で開かれたドイツ法制史学会において東アジア各国における西洋法、特にドイツ法継受の歴史と現況について報告と議論がなされた際にも、韓国・中国の研究者たちと議論する機会を得た。

東アジアの研究者たちとのこうした議論の中で、東アジアの近代法史には西洋法史研究の立場から新たな光を当てうる問題が多くあることが明らかになったのである。

## 2. 研究の目的

以上のような背景をふまえて、本研究は、明治中期から大正期に活躍した法学者岡松参太郎と彼が主導した台湾旧慣調査を具体的素材として検討することを通じて、近代日本のドイツ法・ドイツ法学摂取が当時の東アジア世界において有した意味を明らかにしようとした。その際、特に慣習と植民地法政策に関する考え方に注目して、岡松が影響を受けた可能性のあるドイツの法学説や政策論との比較を行って異同を解明し、それを通じて、岡松参太郎と台湾旧慣調査の意義を再評価することをこころみた。

岡松と彼が主導した台湾旧慣調査に関しては、従来日本（法制）史、東洋（法制）史の視角から研究がなされてきたが、本研究はそれをドイツ法史研究の視点から捉え直そうとしたのである。更に、そうした具体的対象に関する作業を通じて、本研究は、日本人法学者によって摂取された西洋法学が、東アジアにおける日本の帝国統治という場面で

どのような役割を果たしたかという問題の一端を考察し、19 世紀後半から 20 世紀前半のコロニアルな環境における西洋法・法学の摂取と利用という世界史的現象をとらえる手がかりを得ようとしたのであった。

## 3. 研究の方法

(1) 岡松参太郎と台湾旧慣調査に関する従来の諸研究を改めて収集・検討し、研究状況を確認したうえで、早稲田大学図書館所蔵の岡松家旧蔵文書中の関連資料を精査して、岡松のヨーロッパ留学時代の行動の解明をはかった。平行して、ドイツ（ベルリンおよびハレ）でも大学文書館などで岡松に関連する史料を調査した。こうした作業を通じて、ドイツ法学と岡松の接点、およびドイツの法学者からの影響が岡松に及びえたルートを、従来知られていたよりも精密に明らかにするようつとめた。

(2) 以上の基礎作業をふまえて、一方で岡松の著作（特にヨーロッパ留学から帰国して余り時間を経ない時期のものを中心に）と旧慣調査関係史料を調査し、他方で岡松がかかわったドイツ法学に関する、ドイツと日本における諸研究を検討して、ドイツ法学と岡松との関係を具体的にたどっていった。その際には、一方で、岡松の活動舞台となった台湾の歴史と社会構造、また台湾における日本の統治政策全般について、研究文献を通じて理解を深めるとともに、他方で 19 世紀ドイツ法学の背景にある歴史的伝統（とりわけ慣習法論）をも把握するようつとめた。

(3) これらの作業と平行して、浅古弘教授（早稲田大学）ら日本の岡松研究者と、岡松文書の内容や活用方法、岡松の法学観などについて意見を交換した。また台湾で 2 回の研究報告を行って、陳惠馨（政治大学）、江玉林（政治大学）、王泰升（台湾大学）、呉豪人（輔仁大学）の各教授らと、植民地法学者としての岡松の位置づけなどを中心に議論した。

## 4. 研究成果

### (1) 岡松参太郎のヨーロッパ留学

法学者、岡松参太郎は、1871 年に生まれ、東京の帝国大学法科大学で法学を学び（1891-1894 年 英法科）、3 年間のヨーロッパ留学（1896-1899 年）の後、1899 年に新設の京都帝国大学法科大学の教授となり、主に民法の教育研究にあたった。彼のヨーロッパ留学に関して、「岡松参太郎文書」中に残る資料から、細部がかなりの程度明らかになった。岡松は、ドイツのベルリン大学に 3 学期、ハレ大学に 1 学期在学した他、フランス、ベルギー、イタリア、オーストリアなどにも滯

在した。

ドイツでは、学期を追う毎に、より主体的な参加を必要とする科目を履修しており、岡松の勉学が進展する様子がうかがわれる。また聴講状況を再構成すると、海外留学の公式の目的としてあげられた民法・国際私法関係の授業だけでなく、公法・刑法など幅広い分野を聴講したことがわかる。従来岡松との関係が注目されていたヨーゼフ・コーラーは、刑法学者フランツ・フォン・リストとともに、岡松が個人的に親しい接触を持った学者であったことが確認されたが、岡松がコーラーの講義をまとめた形で聴講した形跡は見られない。留学中の勉学を手掛かりに岡松とドイツ法学との関係を考える際には、コーラーの学説からの影響を問題にするよりも、むしろ岡松が、オットー・フォン・ギールケのようなゲルマニストや、刑法学者リストも含めた広い分野の学者との接触を通じて、当時のドイツ法学の学問的性格を深く知る機会を持ったという点を、重視するべきではないかと思われる。岡松が聴講と平行して幅広い分野の基本書や雑誌を購入していることも、それと符合する。

なお、ドイツ滞在中の岡松が繰り返しドイツ外への巡歴を試み、また比較法関係の学会に入会して日本帰国後も接触を保ったことも注目される。

## (2) 台湾旧慣の一般的評価

台湾旧慣調査事業は、台湾総督児玉源太郎のもとで、総督府ナンバー2のポストである民政長官に就任した後藤新平によって企画された。1901年に後藤を会長として臨時台湾旧慣調査会が発足し、当初、公私法制に関する旧慣を調査する第1部と農工商経済に関する旧慣を調査する第2部が置かれ、1909年には旧慣に基づく法案を起草・審議する第3部が追加された。岡松は、早くも1899年に旧慣調査の仕事を受託され、1901年の調査会設置とともに、京都帝国大学教授のまま前述の第1部部長を兼任し、第1部の中でも私法分野の旧慣調査の責任者として活動した。第3部が追加された後は、第3部長をも兼任した。第1部私法分野の調査事業の集大成として、1910-1911年に『臨時台湾旧慣調査会第1部調査第3回報告書台湾私法』(全13冊)が公表された。

この『台湾私法』では、台湾の旧慣が西洋法学、特にドイツ法学の用語・概念・体系によって叙述されており、この点は批判的に評価されることがしばしばである。しかし台湾旧慣調査がこのような性格を帯びたことは、もちろん岡松自身によっても十分に意識されており、当時の世界の法の趨勢に関する彼の認識に基づいていた。岡松によれば、現在の日本法はローマ法理を採用してその法律組織の根本としており、日本の人民もまたローマ法の観念を法律思想の根柢としている

のであるから、日本統治下の台湾の法制度をもローマ法理で説明するのは避けられないことなのであった。

こうした認識の背後には、彼が東京大学で教えを受けた穂積陳重の学説の影響を受けた、世界の法についての分類論とそれぞれの法の現状と将来に関する見方があった。法の分類論については、岡松は、世界の法系を大きく廃絶法系と現行法系に分け、前者にペルシア、エジプト、フェニキア、ユダヤ、ギリシアの法系を数えているが、後者については、穂積の区分を受容したうえで、それらのうち、インド、中国、イスラムの法系については、現在その勢力は極めて微々たるもので、我々の研究の資料となるのは、残る2者、つまりローマ法系とイギリス法系だけであると述べる。非西洋法系に対する評価は非常に低いのであるが、中国法系については、中国法系は道徳の要素が著しい点の特徴で、道徳と法律をはっきりと区別せず、法は道徳を補足するものとされている、したがってこの法系の勢力は中国の儒教の消長と比例するのであって、今日においてはその勢力が拡張する望みはない、と見なしている。

これに対して岡松は、やはり穂積と見方を同じくして、西洋の2法系のうち、ローマ法系の意義を高く評価する。彼は、ローマ法が近代世界においてますます勢力を拡張しつつあると見なすが、その原因として、ローマ法の長所をいくつか数え上げる。用語が精確、原則が豊富、規定が周到、論理が詳密であって、要するに規則が論理的であること、また規則の体裁が整っていること、などが挙げられるが、最後に私法(特に債権法)が発達していることが指摘される。『台湾私法』編纂にあたっては、ローマ法が重視されたのは、こうした認識に基づいていたと考えられる。

## (3) ドイツ法学の受容

ローマ法系に属する大陸ヨーロッパ諸国の法の中でも、岡松に強い影響を与えたのはドイツの法と法学であった。岡松によれば、ドイツには元来固有の慣習法があったが、15世紀以来ローマ法が継受され、その結果ドイツ固有法は圧倒されて、ドイツ法の大部分はローマ法によって占められることになった。そしてローマ法系の諸国の中では、いやイギリス法系まで含めても、現在の世界で最も法学が発達しているのはドイツであり、ドイツ法学は世界の最先端なのであった。

民法の個別具体的な解釈論のレベルで岡松がドイツ法学の強い影響を受けたことは、従来からよく知られているが、およそ法学と法学者が果たすべき役割というレベルで岡松がドイツ法学から被った影響もまた、重要であると考えられる。19世紀ドイツのいわゆる歴史法学派が、この点について大変特徴のある見解を持っていたことは、よく知られている。歴史法学派の創始者であるサヴィニー

によれば、法とは民族の法的確信のうちにある、言語と同じように有機的に発展するものであり、民族の歴史の初期の段階では、人民の法意識と直接結びついているが（人民法）、しかし民族の歴史の展開とともにそうした初期の段階は過ぎ去り、代わって法学者が法発展の担い手となる。人民自身ではなく、人民の法意識を代表する法学者が、法を発展させる（法曹法）。歴史法学派のこうした見方を徹底したプフタのような学者は、法学者の学説に法源としての地位を認めようとした（学問法）。そこまで徹底した学者は確かに少数であったが、それでも19世紀末に至るまで、ドイツの法学者たちは、法学に非常に広い活動の余地を認めていた。

19世紀後半に活躍したイエーリングは、法についてサヴィニーやプフタとはかなり違った見方をするようになっていたが、その彼も、法学者が、法の体系から論理的手法によって、それまで知られておらず法規中に現れてもいなかったような新たな法命題を引き出すことは可能であるし、それこそまさに法学という学問の活動に他ならないと考えていた。いくつかの法命題や法制度から、共通の要素を抽出して概念を形成し、そこから今度は逆に新しい法命題を導き出す、法律構成と呼ばれる作業である。法学者が法発展を担うというサヴィニーの基本構想は、このような形で19世紀末に至るまで維持されており、岡松はドイツ滞在中に、法学と法学者に関するこうした構想から深い影響を受けたと思われる。

そうした影響をよく示しているのは、1901年に岡松が、当時準備されていた刑法改正に関して公表した意見である。そこで重要なのは、岡松が、政府が改正草案を事前に公表することなくいきなり法案として帝国議会に提出しようとしているのはおかしい、という手続的批判を行っていることである。岡松は次のように批判する。政府は草案を国民の前に堂々と示すべきである。あるいは政府は草案を公表したところで、世上それが解するような学識ある者もおらず、草案に対する価値ある批評が出てくるようなこともなく、国民は草案に対して異議を差し挟む価値もないと思っているのかもしれないが、決してそんなことはない。我が国4千万の同胞の中に一人の法学者もいない、などということはあるはずがない。政府の委員以外に刑法を解する人間がいないと考えているのなら、それは早計というもので、そもそも我が国民を侮辱するものである…。人民と法学者についての歴史法学派の理論が受容されているのは明らかであろう。岡松がいう国民とは、実質的には国民を代表する法学者に他ならないのである。

台湾旧慣調査を考えるうえで、こうした法学者の役割のレベルで岡松がドイツ法学から受けた影響は、十分な注意に値するものであろう。法学者こそが法発展を担うという基

本姿勢は、台湾の旧慣を法学者が法学的概念と体系によって整理し叙述することを自然なものとした。そしてその場合の概念や体系は、とりわけローマ法に淵源を持ち、当時世界最高の水準にあったドイツの法学者が練り上げたものでなければならなかったのである。もちろん、日本の植民地統治下の台湾は、19世紀ドイツとは大きく異なる環境ではあったのだが。

#### (4) 慣習法と『台湾私法』

このように、岡松は19世紀ドイツの法学から深いレベルで影響を受け取ったが、他方で岡松および『台湾私法』とドイツ法学との間には、基本的な点でのずれもまた存在した。

19世紀ドイツの歴史法学派が慣習法を重視したことも、よく知られている。これは先に述べた歴史法学派の法の本質についての見方と対応する。サヴィニーらの見解によれば、慣習法こそが法の本体である。確かに制定された法律も法源として認められるが、法律の内容は立法者が自由に定めうるものではなく、慣習法に沿ったものであることが期待される。機能の点でも法律は、既に存在する人民法や法曹法を補足する役割を果たすべきである…。18世紀の法学が、法律を主要な実定法源と見なし、慣習法をも立法者による黙示の命令に基づくと説明する傾向にあったのに対して、歴史法学派の理論は、法律と慣習法の関係を逆転させるものであった。もちろん歴史法学派においても慣習法と、法として認められない習慣とは区別されるが、区別の基準はやはり人民の法的確信であると考えられた。サヴィニーやプフタは、実際に繰り返される慣行もまた、そうした確信を認識するための手段にすぎないと論じたのであった。

このような見方、特に慣習法の要件として人民の法的確信だけを考える学説は、19世紀前半においても歴史法学派の中にすら反対者を持ったし、19世紀後半には慣行を重視する論者が増えていく。しかし、19世紀末まで大多数の学者は慣習法の法的効力を国家権力からは独立させて基礎付けており、国家による許可を慣習法の要件とする許可説は少数説にとどまった。

一方、旧慣調査事業の成果として成立した『台湾私法』は、二つの点で、歴史法学派の慣習法とは大きく異なる内容を含んでいた。第一にそれは、清国時代の各種の法規、すなわち律、会典、例、示諭といった成文の法律と行政命令を含むものであった。台湾総督府が制定した律令で一定の場合に法的効力を認められた旧慣は、そうした成文法源をも含んでいたからである。もちろん、慣習法もまた旧慣として収集の対象になったが、その際に慣習法を認識する手段として重要視されたのは、清代の県誌・庁誌などの官庁文書と民間の契約書類であった。このような慣習法

調査の手段から見ても、慣習法はむしろ成文の法律に引き付けて理解されている。

しかし第二に、『台湾私法』には、法としての効力を持たない慣習、つまり厳密には律令のいう旧慣にあたらぬ慣習もまた収録されている。旧慣調査にあたっては、法としての効力のある慣習（＝慣習法）とただの慣行とを区別することは困難であり、それゆえ一時の特例とは区別される慣習であれば、慣習法とは認められなくても当事者の意思表示を補充する効力はある（日本民法 92 条）ので、そうした慣習も収録したとされているのである。この第二の点は、これまで余り指摘されてこなかったが、『台湾私法』の性格を考えるうえで重要と思われる。慣習法と単なる習慣を区別することは、歴史法学派以前も含めて、西洋における慣習法論の最大の論点であった。岡松も、そうした議論の歴史と当時も盛んに論じられていた慣習法論とを当然認識していたはずであるが、にもかかわらず『台湾私法』でこの点がなし崩しになっていることは注目に値する。

収録範囲から見た『台湾私法』のこのような二つの特徴は、西洋との比較では東アジアの法観念が国家法を中心とする傾向が強かったという事情から説明できるのではないと思われる。第二の特徴も、国家の法律とは別の法源を認める伝統が弱いために、法として効力を認めるものとそうでないものとの線引きを行えなかった結果と見ることができよう。この点では、その西洋法学（ドイツ法学）的な外観にもかかわらず、『台湾私法』は非西洋的であったとも言えるのである。

#### (5) 台湾旧慣調査の複合的性格

以上のような検討は、全体として、近代日本の法系論、19 世紀ドイツ法学の基本姿勢、法についての非西洋的な観念が結びついた複合的な性格を浮かび上がらせる。そのような意味で、台湾旧慣調査とその結果をまとめた『台湾私法』は、東アジアの法文化と西洋法が近代世界において出会ったことを示す記念碑なのであった。

#### 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 1 件)

1. 田口正樹、「岡松参太郎のヨーロッパ留学」『北大法学論集』64 卷 2 号 (2013 年) 61-92 頁、査読無

[学会発表] (計 2 件)

1. 田口正樹、「岡松参太郎と日本統治下台湾の旧慣調査」、政大法哲学與社會哲學論壇 XLI (台湾・國立政治大學)、2014

年 2 月 18 日

2. Masaki TAGUCHI、「Santaro Okamatsu in Europe (岡松参太郎在欧洲)」、政大法哲学與社會哲學論壇 XX (台湾・國立政治大學)、2011 年 11 月 25 日

[図書] (計 0 件)

[産業財産権]

○出願状況 (計 0 件)

○取得状況 (計 0 件)

[その他]

ホームページ等

[http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/52998/1/HLR64-2\\_008.pdf](http://eprints.lib.hokudai.ac.jp/dspace/bitstream/2115/52998/1/HLR64-2_008.pdf)

#### 6. 研究組織

(1)研究代表者

田口 正樹 (TAGUCHI, Masaki)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：20206931

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし