

## 体制移行国にとっての西欧近現代法

阿曾 正浩

### はじめに

社会主義から資本主義へと体制移行を遂げつつある国々では、いま自国の近代の経験を掘り起こす動きが盛んになっている。ここには、社会主義時代を断罪し、その反動として、その前の時代である近代を甘美な記憶とともに蘇らせようという思想的傾向も含まれている。それは、ルネサンス期の一部の人文主義者が中世を暗黒の時代とみなし、古典古代の復興を唱えたことに似ているかもしれない。近代は、社会主義時代にはブルジョア的な時代として非難され、体制転換期には改革の拠り所として賞賛されるという具合に、その毀誉褒貶は激しく、時代の波に翻弄されている。しかし、このような政治的風潮とは関わりなく、歴史家たちの手によって近代を再検証する営みが続けられている。本稿は、こうした成果に学びながら、体制移行国にとっての西欧近現代法の意味を少しばかり考えてみようというささやかな試みである。

### 1 近代

#### (1) 近代と時間

近代(modern)という語は、今日では、古代および中世に続く歴史の一時代を指し示す言葉として、すなわち、ルネサンスおよび宗教改革に始まり、絶対主義からフランス革命を経て現在に至る時代の総称として、使われている。ところが、神寶秀夫氏によると、この語の語源は、西暦5世紀末に造られた後期ラテン語の一つである *modernus* にまで遡ることができるという。古代の西欧人にとって「近代」とは、単に当時にとっての「現代」を意味する価値中立的な概念にすぎなかった。その後、この語は、西欧中世においてはキリスト教的な中世そのものを意味するものとして用いられ、さらに今日的な意味での近代に至ると、論者によりこの語に付加される価値は異なるが、いずれも新しい種類の時代を意味するようになった<sup>(1)</sup>。したがって、近代とは、古代的用法を除けば、西欧人がそれぞれの時代の新しさを正当化するための自己認識の概念として用いられてきたと理解してよいであろう。

ところが、近代はいつ終わったのかあるいは終わるのかという近代の射程に関しては、いくつかの見解がある。人類史上初の総力戦となった第一次世界大戦を画期として、これ以降を現代と称して近代と区分する近現代史論(ポプズボーム)、20世紀の後半について近代は終焉したとする

ポスト・モダン論（リオタール）、あるいは近代は未だ完了していないとする未完のプロジェクト論（ハーバーマス）などがある。歴史学で有力な第一の説の場合、近代と現代との関係は、やや複雑なものとなる。現代も近代の刻印を受けている点は変わらないが、同時にそれとは異なる独自の要素も帯びており、時には両者の対立にこそ注目する見解もある。近代と現代との関係の理解の違いによって、「近代経験」の理解の仕方も変わってくることになるだろう。

### (2) 近代と空間

近代が時間的に特定の時代を指すことに異論はないにしても、空間的に特殊なものか普遍的なものかをめぐっては、見解の相違がある。西欧において自生的に現れてきたかのように見える近代という時代とその所産は、西欧固有のものかそれとも非西欧にとっても受容可能な普遍的なものかという問題である<sup>2)</sup>。この問題の理解の仕方如何によって、近代化に対する考え方も異なってくるであろう。

### (3) 近代と体制

さらに、近代と体制の関係も問題である。西欧近代は、その後資本主義体制を生み出したが、同時に資本主義を批判する社会主義の思想と運動も産み落とした。体制としての社会主義は西欧ではなく、東欧やアジアなどで実現され、20世紀は、資本主義と社会主義との体制の優位性をめぐる対決の時代となった。それでは、親である近代にとって、社会主義とは放蕩息子／娘のような存在だったのだろうか。社会主義体制の下での「近代化」という問題設定は可能なのか、それとも社会主義体制の崩壊後初めて近代化は可能となるのか。ここでも、近代の理解が改めて問題となる。

総じて、近代をめぐっては、解放の契機を重視する説と抑圧の契機を重視する説があり、「解放としての近代」と「抑圧としての近代」という対照的な近代像が対立している。

## 2 近代化

近代化をめぐっては、これまでもさまざまな議論がなされてきた。ここでは、近代化の選択肢および西欧的近代の所産に対する非西欧の側の受容態度という二つの観点から、近代化論の理念型を抽出し、その類型化を試みてみたい。

表 近代化論の四類型<sup>3)</sup>

近代化論の類型	近代化の道	西欧的近代の受容	非西欧・非近代の位置づけ
西欧文化論	単線的	全面的に受容不可能	無-近代 (a - modern)
近代化論	単線的	全面的に受容可能	未-近代 (pre - modern)
選択的近代化論	複線的	部分的に受容可能	偏-近代 (mal - modern)
複数の近代論	複線的	受容の必要なし	異-近代 (hetero - modern)

西欧文化論は、例えばM・ヴェーバーが『宗教社会学論集』の緒言において、近代法体系を含む近代的な文化項目を列挙し、それらはすべて西洋人の作り出したものであると述べていたことを手がかりに、近代化は西欧においてのみ可能であると解釈したうえで、文化の違いから非西欧諸国には近代化は不可能であると断定する悲観論である。次の近代化論は、近代化＝西欧化と解釈する点では西欧文化論と同じであるが、非西欧諸国はいまだ近代化の途上にあるだけで、いずれ近代化を達成するのは可能であると想定する楽観論である。これらに対して、選択的近代化論は、非西欧諸国が西欧的な近代化を全面的に達成することはありえないが、その一部は受容可能であり、その上で形成された非西欧社会も別の近代社会と考える議論である。ただし、それは西欧的近代からすると、偏差的な所産とみなされる。これらの議論に共通しているのは、明示的にせよ暗黙裏にせよ、西欧的近代社会を非西欧社会よりも価値的に上位に置くことである。これに対して、複数の近代論は、西欧型近代社会は歴史的には普遍ではない特殊な一事例にすぎず、別の類型の近代社会と価値的に等価であるとする、徹底した相対化論である。したがって、非西欧型社会が西欧型近代を受容することは、必ずしも必要ないことになる。

このように近代化論を整理してみると、西欧文化論や近代化論を今日なお唱える論者などないと考えられるかもしれない。しかし、体制移行国で当初有力だった議論は、欧米、特にアメリカをモデルにした社会改革論であり、ここには近代化論的発想が強くあったことは否定できないであろう。その後改革が行き詰まると、今度はその反動として、一部の国を除いてロシア・東欧諸国には市場化や民主化は不可能であるとする西欧文化論的な議論が台頭してきたのもまた事実である。

他方で、より現実的と思われるかもしれない選択的近代化論にも問題はあつた。それは、非西欧諸国が西欧から近代的な所産を受容する際、その一部だけを受容するということがそもそも可能なのかという問題である。例えば、ソ連崩壊後10年が過ぎても、ロシアの刑事裁判は、依然としてソ連時代と同様に、糾問主義的な手続きを保持し続けているようである<sup>(4)</sup>。この事態を変えるべく、EU法を、すなわちその実態は西欧法を模範にした当事者主義的な手続きを規定した新刑事訴訟法典が制定された。しかし、直ちにこれが実行されるとは考えがたい。新法典は採択したが、その運用の実態は旧態依然ということはおおいにありうる。この場合、法規範を実効性あるものにするには、制度の中心的な担い手である法曹の法イデオロギーを転換させるだけでなく、この制度を社会に受け入れさせるために法文化を変容させることも必要になるはずである。したがって、西欧的な法規範は受容するが、法文化については伝統を保持するなどということはできない相談なのである。それにもかかわらず、法規範と法文化の受容にずれが生じるのは、近代的なものを受容する側が、自国の文化に依じて取捨選択的に法規範だけを受け入れて法文化を拒絶したからではなく、単に意図せざる結果が生じるからにすぎない。ここで、先ほどありそうにもないと切り捨てた二つの議論が再び頭をもたげてくる。法規範と法文化の受容にずれが生じるのは、近代化論の指摘するように、両者の受容の難易度に違いがあるために必然的に生じるタイム・ラグにすぎないのか、それとも西欧文化論の指摘するように、文化を受容するなどということはほとんど不可能に近いほど困難なことなのかという問題である。選択的近代化論は、西欧文化論と近代化論という両極端な議論の中庸に位置する議論であるだけに、両者からの批判にさらされること

になる。

こうしてみると、複数の近代論が最も妥当なように見えてくるかもしれない。しかし、西欧型近代社会の価値からすると人権抑圧的としか評価できないような非西欧型社会の慣行を前にしたとき、これも別の近代であるとしてはたして容認すべきであろうか。西欧型社会を無前提により発展した社会とみなして価値的に上位に位置づけることが問題なのは当然としても、すべての価値は等価で優劣などつけられないという価値相対主義に固執するのも、また別の問題を招来することになる。複数の近代論には、常にこの難問が付きまとうことになる。

### 3 近代法

近代法についても、これまでさまざまな議論が積み重ねられてきた。その最近の成果として、法制史学会が1999年に創立50周年を記念して開催したシンポジウム「近代法の再定位－比較法史的試み」をあげることができる。ここでは、西川洋一氏の総括的報告に依拠して、近代法というしばしば自明のごとく用いられる概念の複雑な歴史的位相を浮き彫りにしてみたい<sup>6)</sup>。

#### (1) 古典的近代法の形成

近代法の形成に関する最近の研究は、前近代との連続の局面にその焦点の一つがあるようである。このことは、前近代を対象にした各論的報告の一部でも強調されていた。西川氏も、「近代を準備した近世社会、近世法の特徴といわれる多くの要素は、すでに中世中期、少なくとも中世後期以来、君主政・貴族政・民主政というような支配形式の差を越えて、様々な支配団体の中で徐々に形成されてきたものであった」(230頁)と指摘する。そして、「ヨーロッパ中世社会において形成された諸要素が近代にまで及ぶ歴史発展に対してどのような意味を持ったのかを考えることは、一つの重要な課題、すくなくとも『近代』を評価するための不可欠の観点となろう」(230頁)と問題を提起する。

#### (2) 古典的近代法の特徴

次に、19世紀前半のドイツ法とフランス法に関する最近の研究成果に基づいて、「ヨーロッパ近代法」の歴史的な性格を明らかにしている。第一は、家父長制的構造の存続である。ナポレオン法典を始め「古典的な近代私法が家父長制的構造を引き継いで」(234頁)おり、「ヨーロッパの古典的私法において実質的な倫理が長い間様々な面で影響を及ぼし続けた」(234頁)ことを指摘する。第二は、国家と社会の未分離である。「より自由主義的なスタンスをとる者も、経済と文化は国家活動の正当な領域として承認していた」(235頁)が、家族は国家が介入すべきではない一つの神聖な領域と考えられていたため、「一九世紀前半の自由主義的な国家モデルは、先に述べたように家父長制的に規定された家族構造を維持する方向に働くことになる」(236頁)のである。第三は、私法の国家主義的性格である。最近のナポレオン法典研究によると、それが「エタティスティッシュで重商主義的な刻印を受けた立法」(236頁)であり、「自由主義的な性格は全くなかったにもかかわらず、一九世紀の政治的経済的自由主義のもと、全く異なった方向で解釈されてきたものである」(237頁)と指摘している。近代法の原理とされるcivilな法理も、家父長制的社

会構造によって担われた客観的な「理性」として近代世界に受け継がれたのであり、社会の内部でその理性が実現されないときには、依然として後見的な性格を払拭していない主権的国家によって実現さるべきものであったとする。したがって、私法は、「一面的に自律の法でもなければ強制の法でもない」として、これを「近代私法」の持つ二面性と関連づけている(237~238頁)。以上から得られる西欧近代法像は、進歩的な法でも、資本主義的な法でもなく、中世的伝統を保持した近代法である。

### (3) 古典的近代法の変容

まず、「古典的近代法には未だ見られなかった自由主義的な法構造が実現されるようになるのが、フランスにおいてもドイツにおいても一九世紀後半であり、しかも一九世紀末にはそれが早くも変質し始めることは、一般に認められていると言って良いであろう」(239頁)と指摘している。この変質とは、官僚的統制においては、行政法的な規律領域の拡大として、あるいは非官僚制的なArrangementにおいては、伝統的には公法的な領域への私法的な原理の浸透、さらには法的な道具によらない国家的活動の増大という形で、法的に表現されることになるという(240頁)。

一方、各論報告者の一人である水林彪氏は、「国制史論的西欧近代法像は『資本主義法としての近代法』論が近代法を一面的に資本主義に引きつけて理解したのとは対蹠的に、近代法を中世的伝統の側に引きつけすぎている傾向は否めない<sup>(6)</sup>」と評価している。そのうえで、別の論稿において、西欧近現代法と体制の問題を論じている。それによると、近代法の形成期を17世紀末に、近代法の典型(盛期)をナポレオン諸法典の体系に求めることができるとしたうえで、近代法は、もはや中世封建制ではないがまだ資本主義ではない独自の経済的社会構成(市民的オイコス=単純商品流通と商業資本主義の二重構造)を基礎として理解する必要があると主張する。そして、権威主義的な基調の近代法から資本主義的な現代法への移行として、三つの画期を設定している。第一は、19世紀中葉から後期にかけての近代法の資本主義的な変容の過渡期であり、第二は、19世紀末から20世紀初頭の現代法の創出期であり、第三は、第二次大戦直後から今日までの現代法の確立期である<sup>(7)</sup>。

以上の議論から、西欧近現代法史像を次のように描くことができるであろう。17世紀末から形成が始まった古典的近代法は、中世的伝統を保持した権威主義的構造を持ち続け、19世紀後半にようやくその自由主義的構造が実現されるが、19世紀末にはすでに変容を遂げ始め、国家介入主義的な現代法に移行することになる。古典的近代法はおおよそ資本主義法とは性格規定することができず、資本主義法体系の成立は近代法の現代的変容を待たねばならなかった。ただし、この近現代法象の素材として念頭に置かれているのは、大陸法であり、英米法でないことには留意が必要かもしれない。

## 4 体制移行国と近現代法

このような歴史的経路をたどることになる西欧の近代法を継受して、次いで社会主義の道を歩み始め、20世紀末に再び体制転換を迎えることになった国々にとって、西欧の近現代法はどのような意味を持つのであろうか。ここでは課題を考える際の若干の視点について、簡単に触れてお

きたい。

### (1) 近代化における法の継受

まず、法の継受国が近代化の過程で西欧から法を継受する際、その法が先の西欧近現代法の発展段階区分によるところのどの段階の法にあたるのか、すなわち権威主義的な古典的近代法なのか、自由主義的な近代法なのか、国家介入主義的な現代法なのかという区別に留意する必要がある。これは、一般的には継受した時期に規定されると予想されるが、もしこの予想に反していた場合はその理由には特に注目すべきであろう。次に、法を継受する際、相手国（単数と複数の場合がある）の法典をほとんどそのまま翻訳する場合もあるかもしれないが、相手国にもない制度を創設する場合もあるであろう。これには二つの可能性が考えられる。一つは、相手国の「改革派」が自国でさえも制度化できなかった先進的な「未完のプロジェクト」を継受国で実現しようとする場合、もう一つは、継受国の「保守派」が自国の固有の伝統を守ろうとする場合である。このような各国の近代法経験が社会主義法の成立に際してどのような影響を与えたのかが、次の検討課題になる。

### (2) 社会主義化における旧法の廃棄／存続

現在の体制移行国が社会主義へ移行したのは、西欧における現代法の創出期（ロシア・モンゴル）から確立期（その他）であった。その際、旧法を廃棄するか存続させるかは国によって異なっていた。2002年度「社会体制と法」研究会研究総会の報告で改めて明らかになったことは、「六法全書」を廃棄した中国と、1975年まで民法典（BGB）を選択的にはあるが継続適用していた東ドイツとの鮮やかな対照である。この違いは何に由来するのであろうか。直ちに思い浮かぶのは、革命前の社会における旧法の定着度の相違ということだが、それではこの定着度の相違を決定づける要因は何なのかという次の疑問が浮かんでくる。また、近代化の指標とされる、機械化、工業化、都市化、核家族化、公教育の普及などを念頭に置くと、社会主義時代の「近代化」についても議論することはできる<sup>9)</sup>。この社会主義時代の「近代化」の達成度が体制転換の過程にどのような影響を与えるのかが、次の課題となる。

### (3) 資本主義化における現代法の継受

西欧における現代法の確立後、グローバリゼーションが進行する下で体制移行の過程に入った旧社会主義国では、さまざまな困難に直面している。ここには、非西欧後発社会の「伝播的」近代化との共通性が見られる。その一例として、ロシアの司法改革を素材に、「体制移行過程における西政法原理の逆説的機能」について触れておきたい<sup>9)</sup>。

ロシアでは、多くの体制移行国と同様に、検事監督制度が批判の対象になっている。これは、裁判所を含む国家機関、企業、社会団体、市民に対して検察官が適法性の監督を行い、違法行為には異議申立を行うという制度である。ロシアの検事監督制度は、18世紀初頭のピョートル一世の近代化改革において創設され、1864年の司法改革で一端廃止されたが、革命と内戦を経たネップ期に復活した。社会主義時代に定着したこの制度は、ソ連崩壊により廃止されると思われたが、

プーチン政権の下では逆に強化されている。こうしてみると、ロシアの検事監督制度は、政治的イデオロギーに関係なく、中央権力が地方権力を統制しながら「上からの改革」を進めていこうとする政治的に不安定な時期に、中央国家の秩序を維持する機関として、つまり地方統制の梃子として繰り返し甦るようである。この検事監督制度に対して、欧州議会は、1996年のロシアの加盟に際して批判し、1998年には加盟後の義務履行状況調査委員会の報告において、検察制度の改革が進んでいないことを批判している。ところが、同じ報告書の中で、改革過程にあるロシアの状況を考慮すれば、検察庁から行政機関に対する監督の機能を奪うことは時期尚早かもしれないとも指摘している<sup>(10)</sup>。西欧は、ロシアのこの独特の制度の有効性を、少なくとも当面は容認しているようである。また、ロシアの言論の自由を調査している「グラスノスチ擁護財団」の2000年報告書によると、警察官や裁判官の違法行為を検察官が、とくに州レベルの上級の検察官が、検事監督の権限を行使して是正している事例が紹介されている。すなわち、ロシアでは、検事監督制度が人権擁護の役割を果たしている場合があるのである<sup>(11)</sup>。

他方で、西欧法の原理の具体化が、ロシアでは問題を引き起こす例もある。ソ連崩壊後、裁判官の独立が単なる名目ではなく実質を伴ってきたため、地方裁判所による法適用実務が多様化してきた。ところが、そのため、地方裁判官の中には、地元の権力者や有力者におもねった判決を出す者も現れてきた。また、裁判官の独立をより強固にするための身分保障の一環として、裁判官の終身制を導入したところ、その身分に安住したのか、職権を濫用し、賄賂を取る裁判官が増大した。このため、2001年には、再び定年制に戻された<sup>(12)</sup>。

このように、ロシアでは、西欧法の原理を実体化しようとする、それがかえって問題を引き起こし（裁判官の独立）、逆に、西欧から批判されるような制度が人権擁護に積極的な役割を果たす場合がある（検事監督制度）という、矛盾した現象が見られる。これは、職能集団の高い専門性と自律性、地方自治、市民社会の自律などの概念が絵空事ではなく、それなりに機能しているような社会で生み出された制度を、上からの垂直的な権力の強制なしには秩序が保てないような社会に直輸入した場合、逆説的に機能することがある、ということを示しているのかもしれない。この点に関する他の体制移行国との比較は、法文化を考える際の重要な論点の一つになるであろう。

## おわりに

現在、体制移行国は、西欧現代法をモデルにした急速な制度改革を行っている。しかし、問題は導入した制度が機能するかどうかである。政治指導者の交替は数年で、規範レベルでの制度の変化は数十年で可能かもしれないが、新制度が慣行化されるには、慣行を支える文化的変容が必要となるため、場合によっては数百年を要するかもしれない。規範がその本来の規範力を帯びるようになり、現実を変える原動力となるのか、それとも規範が現実の波に飲み込まれ、相変わらずの慣行が続くのか、体制移行国はいま西欧法の基準に照らして試されている。

## 注

- (1) 神寶秀夫「絶対主義時代の法形態と立法目的」石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の

再定位』創文社、2001年、6頁。

- (2) ヨーロッパとアジア、西洋と東洋を対比する際、念頭に置かれているのは、実はイギリス、フランス、ドイツなど西欧であって、東欧も含めた西洋ではない場合が多い。ロシアや東欧を念頭に置くと、西洋と西欧は慎重に区別しなければならない。
- (3) この表は、矢野善郎「方法論的合理主義の可能性」橋本努・橋本直人・矢野善郎編『マックス・ヴェーバーの新世紀』未来社、2000年、282頁の「合理化論の四類型」を借用して、筆者が勝手に「近代化論の四類型」に改変したものである。矢野氏自身は、あくまでもヴェーバーの合理化ないしは合理主義概念の解釈を整理しているのであって、近代化を論じているわけではない。また、ここに示した議論は理念型であり、この議論をそのまま文字通り主張する論者が実在するというわけではない。
- (4) S. Pomorski, Justice in Siberia: a case study of a lower criminal court in the city of Krasnoyarsk. *Communist and Post-Communist Studies, Volume 34, Issue 4, December 2001*. 同様の指摘は、小森田秋夫「アムール湾の氷が解けるころ」『浦潮瓦版』（ウラジオストク日本人会）第28, 29号。http://web.iss.u-tokyo.ac.jp/~komorida/amur1.htm
- (5) 西川洋一「近代法の再定位のための七つの試みに接して」石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』創文社、2001年。この論文からの引用には、注をつけずに、本文内で頁数のみを示すことにする。
- (6) 水林彪「日本『近代法』における民事と商事」石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』創文社、2001年、187頁。
- (7) 水林彪「西欧近現代法史論の再構成」『法の科学』第26号、日本評論社、1997年。水林氏の議論のキイ概念になっているのは、civil の思想と commercial の思想であるが、この理解にたいする批判は、金山直樹「問題と考察—フランス民法という世界」石井三記・寺田浩明・西川洋一・水林彪編『近代法の再定位』創文社、2001年、256～259頁。なお、水林氏は、「日本の近現代法史は、西欧の『近代法』とは類型を異にする幕藩体制的近世法という土壌に、現代法段階に達した西欧法が移植されてきたことから開始された」（95頁）と述べている。氏の主張には、日本では西欧近代と対比しうるのは近世であり、日本には近代が欠如しているという含意があるようである。
- (8) 塩川伸明『現存した社会主義』勁草書房、1999年、293～341頁。
- (9) 阿曾正浩「中央アジア法シンポジウムに参加して」『CALE News』No.7の一部を利用している。
- (10) 上田寛「第二章 ロシアにおける検事監督制度の改革」『ロシアにおける司法制度改革の動向（平成13年度外務省委託研究報告書）』日本国際問題研究所、2002年、48頁。欧州議会加盟国の義務遵守に関する委員会報告第8127号第30項は、http://www.hrights.ru/hrights/text/b10/Chapter1.htm.
- (11) 阿曾正浩「ロシアにおける言論の自由」『ユーラシア研究』第26号。
- (12) 森下敏男「序論：現代ロシアの司法制度改革」『ロシアにおける司法制度改革の動向（平成13年度外務省委託研究報告書）』日本国際問題研究所、2002年、3頁。