

〔論 説〕

日本近代法論序説 ―― 日本近代法の歴史と法文化 ――

山 中 永之佑

はじめに

本稿は、明治以降形成されてきた日本近代法の形成、展開の歴史を体制的・構造的に考察し、それを概括することを目的とするものである。しかし、公私法の全分野にわたって述べることは、能力的にも、紙幅の制約上からも難かしいので、叙述は、日本近代法の歴史の体制的・構造的把握に必要な最少限の範囲にとどまるものであることをはじめにおことわりしておきたい。

時期区分の視点

戦前の日本国家を、帝国主義国家であると規定することには大方の異論はないであろう。

本稿は、このような視角から、日本近代国家は、ブルジョア民主主義国家として成立せず、帝国主義国家として成立したという観点に立って、戦前日本の日本近代法の歴史を概観しようとするものである。

周知のように、我が国は、独立の資本主義国となることができた最後の国であった。一般に後進資本主義国は、先進資本主義国により、自然な発展のめちをゆがめられざるをえない。ことに、我が国は、他の先進資本主義国が帝国主義段階に入り、その圧力下という国際環境の中で近代国家＝資本主義国家としてのめちを歩み出さなければならなかったことにより、国家的独立と急速な資本主義の育成による帝国主義化とを同時に達成するという近代国家形成→成立へのめちを歩んだのである（山中永之佑『日本近代国家の形成と官僚制』弘文堂、一九七四年、一九七七年、四頁～六頁、同『日本近代国家と地方統治―政策と法―』敬文堂、一九九四年、一八〇頁～一八二頁）。そのためには、強大な集中権力を持った国家を構築し、それによって欧米先進資本主義国から高度の生産技術・生産力の導入するとともに、それに見合う生産関係をつくり出さなければならなかった。

概括すれば、後述するような「殖産興業」、「富国強兵」に関する政策・法とヨーロッパ法の継受を中核とする単行法の制定、法典編纂事業が、その具体的なあらわれといえよう。その結果、我が国は、資本

主義が急速に発達し、条約改正を経て、関税自主権を回復して国家的独立を達成し、帝国主義国家として列強の一員となった。そのための法構造すなわち、対外戦争の危機感につねに包みこまれている帝国主義国家の特徴である軍事優先を法的に確定する文¹⁾政府・官僚と、軍部という二元化した国家権力の法構造がいちおう成立するのは、明治四〇年代初頭であると考えられるのである(後述六頁〜七頁参照)。

以下に論述される本稿の時期区分もまた、上述したような視点からなされたものである。

第一章 日本近代国家の基本的法構造の成立

明治維新と日本近代法形成へのみち

日本の近代法の形成を考えるためには、明治維新からその考察をはじめなければならない。明治維新によって、日本は、近代化²⁾資本主義化へのみちを歩み出しはしたが、一八五三(嘉永六)年の米国艦隊の来航にはじまり、一八五八(安政五)年、日本の国家主権が侵害されるような通商条約³⁾不平等条約が米・蘭・露・英・仏と結ばれることによって実現された日本の開国は、国内において植民地化の危機感を生み出した。この危機感は、日本国民の不平等条約改正要求となつて、日本近代化を推進するエネルギーとなった。

他方、開国による外圧の影響は、幕府諸藩の権力機構に動揺をもたらし、「世直し」をめざす民衆の闘いの中で支配層内部の分裂・抗争が激化し、幕藩体制は倒壊し、維新政権が誕生する。

内外の危機がとりまく中で成立した維新政権にとって最大の課題は、日本を先進近代国家と対等な国にするため国家権力を統一、強化する

ことと、そのために国家の財政的・経済的基礎を確立することであつた。いわゆる「富国強兵」政策である。

一八七二(明治四)年、廃藩置県前後から相ついで実施される身分制廃止(平民の苗字許可・賤称廃止・婚姻の身分的制約の廃止・妻からの離婚請求の承認等)、移転・職業の自由、田畑永代売買の解禁、貨幣制度の統一、学制の発布、徴兵令、殖産興業(官営軍事工業の創出と輸入防止・輸出振興のための民間産業の保護育成)、地租改正(地租の統一金納化と土地私有権の公認)と秩禄処分などは、この「富国強兵」政策とそれを実施するための諸法が具体化されたものであった。

地租改正は農民家族に対する検地帳による規則関係をはずし、秩禄処分は武士家族に対する知行俸禄による規則関係をはずして、個々の家族、個々の人間とした。このように幕藩体制下の規制関係からはずされた家族や個人を、政府は、四民平等政策のもと、戸籍制度によって戸⁴⁾「家」の枠内でとらえて統治の対象とし、それに右にあげたような政策や法を実施、推進していったのである。この戸籍制度はまた民法の「家」制度をつくり出す基礎となった(山中永之佑『日本近代国家の形成と「家」制度』日本評論社、一九八八年、二七頁以下)。

これらの政策と法は、封建的、身分的諸拘束を廃止する限りにおいては、開明的、進歩的な要素を持っていたが、同時に江戸時代以来、民衆の中に育ってきた村の法慣行や民俗的慣習・行事を否定し、江戸時代と変らない高率の租税を民衆から徴収するばかりか、重要な民衆の労働力を軍隊に取り立てるものであった。と同時に、旧支配階級である士族層からは、彼らの諸特権と俸禄を奪うものであった。この政策と法は、政府の主導のもとに、明治初期の地方制度である区制↓大区・小区制を通じて強行的にすすめられた。⁵⁾

この結果、政府は、民衆と士族層からさまざまな抵抗をうけるに至る。地租改正反対一揆、徴兵令反対一揆、主導者層を士族層から豪農商層へと移行しつつ、展開される自由民権運動、西南戦争に代表される士族反乱がそれである。一八七七（明治一〇）年の西南戦争終結以後、政府に対する主な敵対者は、自由民権運動を中核とする民衆の抵抗運動となった。

政府は、このような自由民権運動を中核として展開される民衆の抵抗運動に照準をあて、それへの対応体系として、国家統治機構と法体制を構築していったのである。

その対応体系として成立したのが、一八七八（明治一一）年の三新法（郡区町村編制法・府県会規則・地方税規則）を地方支配の中軸として構築された、いわゆる三新法体制であった。この体制は、体制維持のイデオロギーを民衆の中に育てるための小学校教育における天皇制教育の確立、いわゆる「治教権の独立」へ向けての教育制度の整備、内務省・内務官僚制と刑法など治安立法の整備をともなう行政警察・政治警察に重点を置く警察制度の整備、いわゆる「統帥権の独立」の契機となった参謀本部の独立を中核とする軍制（軍隊）の整備、軍隊と警察を結ぶ憲兵制度の創設等によって、いっそうその内実を強固なものとするようにはかられた（山中永之佑『日本近代国家の形成と官僚制』弘文堂、一九七四年、一九七七年、一五頁～一五九頁）。

このような三新法体制の構築にもかかわらず、自由民権運動を中核とする民衆の反政府運動は、北海道開拓使官有物払下事件を契機として、いっそうの高揚を示すに至った。運動の高揚は、当時の財政危機とあいまって政府を危機に追い込んだ。政府は、総額一四〇〇万円あまりを投資した北海道開拓使の官営事業をわずか三九万円（無利息三

〇年払い）で薩摩出身の政商に払い下げようとしていることを自派の新聞にもらし、民権派の新聞に政府を攻撃させて、事件のきっかけをつくった参議大隈重信と大隈系官僚を政権から追放し、天皇に一〇年後の国会開設を約束する詔勅を出させて危機を打開する（明治一四年政変）とともに支配体制の建てなおしをはかった（山中・前掲『日本近代国家の形成と官僚制』、一六〇頁～一九二頁）。

政府は、明治一四年政変以前から既に農商務省を設置して殖産興業政策の転換と支配体制の再編、強化をはかっていたが、政変によって大隈と大隈系官僚を追放するや、一八八一（明治一四）年一〇月、太政官中に強力な職務権限を持つ参事院を設置したのである。この参事院は、太政官の中核として諸政策の立案、調整、統合を行い、政策の統一的な展開をはかることにより政策決定を主導すると同時に、権力諸機関（元老院その他の諸官省）に対する統制および国家諸機関の職務権限—なかでも行政官（機関）と司法官（機関）の権限争い—の調整などを行って、国家諸機関内部の統一をはかる役割を持っていた。したがって重要な政策と法は、実質的には参事院において立案され、決定されたといっても過言ではないのである（山中・前掲『日本近代国家の形成と官僚制』一九二頁～二五一頁）。

農商務省、参事院の設置とともに重要なのは、内務省が内政機関、抑圧機関として整備、強化されたことである。この整備、強化によって、内務省は、政策・法の立案、決定過程において参事院が占めた位置を政策・法の実施過程において占めるに至る。内務省は、参事院において、実質上、立案、決定された重要な政策と法、なかでも地方統治に関する政策と法を主導的に実施していった。すなわち、内務省は、自己の軍隊である警察を駆使して、軍隊、憲兵とともに自由民権運動

を中核とする反政府運動を弾圧する尖兵として働きつつ、地方統治に關する政策と法を強力に推進していったのである（山中・前掲『日本近代國家の形成と官僚制』二五二頁～二六九頁）。

他方、政府は、このようにして強化してきた統治機構をスムーズに動かせる官僚と官僚制の整備も行うため、一八八二（明治一五）年七月、「行政官吏服務規律」を達して官紀の肅正をはかり、あわせて官僚登用制度の整備をはかった（山中・前掲『日本近代國家の形成と官僚制』二七七頁～二八八頁）。

こうして、整備、強化された中央・地方の統治機構と官僚制によって、政府は、自由民権運動を中核とする反政府運動を弾圧しながら、一八八五（明治一八）年一二月には内閣制度を発足させて、中央國家權力機構のいっそうの整備、強化を行い、その下で憲法をはじめ各種法制度を整備して、大日本帝國憲法を中軸とする天皇制支配体制を構築する「地固め」作業をすすめていったのである（山中・前掲『日本近代國家の形成と官僚制』二八八頁～三二五頁）。

このような作業を可能にした基礎条件をつくったのは、松方デフレ財政政策であった。この政策によって、農民層の階層分化は急速に進行し、自由民権運動の指導者であった豪農商層の或る者は、寄生地主となって農民大衆と対立し、或る者は、没落して、よりいっそうの没落を回避するため自家の財産、経営の維持に全力を注がなければならなくなり、民権運動から後退するという事態が出現させたからである。こうして、松方デフレ政策は、自由民権運動の存在基盤を解体させる役割も果たしたのである。

帝國憲法を法的枠組みの基本とする天皇制支配の法構造

松方デフレ政策による農民層の階層分化の進行は、一八八七（明治二〇）年前後に地主制を成立させた。

このような基礎条件の変化を基底として、三新法が改められ、「明治一七年の改正」が実施される。これは、一八八八（明治二一）年公布の市制・町村制の先駆ともいふべき地方制度であった。中央では、翌一八八五（明治一八）年二月、内閣制度が創設される。一八八六（明治一九）年には、この内閣制度に即応する各省官制通則・地方官制など諸官制の整備がはじめられるとともに、帝國大學令（一八八六年）、文官試験試補及見習規則（一八八七年）など内閣制度を支える官僚群の生産、再生産の装置もつくられた。

こうして一八八九（明治二二）年には、大日本帝國憲法が發布され、市制・町村制が施行され、貴族院令・衆議院議員選挙法が公布されとともに内閣制度が改められ、内閣官制が制定された。翌一八九〇（明治二三）年には、郡制、府県制が公布され、貴族院多額納税者議員選挙（六月一日）と第一回衆議院議員選挙（七月一日）が実施された。

市制・町村制などの地方制度、貴族院令、衆議院議員選挙法によって、松方デフレ政策によって生成されてきた地主層は、貴族院・衆議院―府県会―郡会―（市）町村会という系列で組織され、等級選挙制にみられるように土地所有面積の大小を基準として編成された（大島美津子「地方制度（法体制確立期）」鶴岡信成他編『講座日本近代法発達史8』勁草書房、一九五九年、二七頁）。しかも、このような系列組織の中軸を政府（内務大臣）―府県知事―郡長―町村長（市では内務大臣―府県知事―市長）を通ずる行政官僚制支配が貫徹していたのである。

こうして地主・ブルジョア層は、支配階級として、その支配の制度

的保障が与えられたのである。

しかし、地主層による支配、とくにその重要な表象である衆議院も、他の国家機関と同様に、相対的な地位しか与えられていなかった点は注意されなければならない。というのは、衆議院は、経済的支配階級の利害を直接に反映する可能性を持つ点において、従来の政府・官僚などの統治集団とは、異質な存在であったからである。政府・官僚などが目ざした天皇主権の確立のためには、議会ばかりではなく、全国家機関を相対化し、それらの間を調整し、最終的な政治的統合を行う仕組みが設定されていなければならない。したがって、従来の統治集団にとっては、彼らと異質である議会、とくに衆議院が統治集団の中に入ることを阻止し、彼らが権力を保持しながら、天皇の所で最終的に政治的統合を行う組織を実現しなければならなかったのである（利谷信義「明治憲法体制と天皇―大正政変前後を中心として―」法学新報、八三卷・一〇・一一・一二号、一九七七年、六九頁）。

ことに一八八九（明治二二）年の頃は、天皇制国家権力が、ブルジョアジーとともにその支柱にしようとした大地主・寄生地主のうち、その経営が安定していたのは、主に五〇町歩以上の大地主であった。選挙民の多数を占める中小地主の地租への関心を無視できない民党議員の動向が、第一回帝国議会衆議院において「民力休養」に代表される地租軽減要求Ⅱ地下引下げ運動となり、政府の軍拡路線とも対立することになったのである。そのような動きは、また民権諸派の反政府統一運動である大同団結運動の基盤となっていた（遠山茂樹『日本近代史Ⅰ』岩波書店、一九七五年、一六三頁―一七四頁参照）。

当時の地主層の一定部分は、大地主・寄生地主として、ブルジョアジーとともに天皇制国家権力の支柱となり、小農民や一般農民と基本

的には対立する階層に属する人々、あるいは、そのような階層へと成長していく過程にある人々へと、上昇、転化してきていたとはいえ、それ以外の人々は、まだ階級的、政治的には小作人や一般農民のエンルギーを、地価引下げ運動に、またその政治的解決のための大同団結運動に取りこみつつ、政府と対立するといった性格を、まだ保持しづづけていたのである（猪飼隆明「第一回帝国議会選挙と人民の斗争」史料、五七巻一号、一九七四年、一二四頁）。

このような歴史的條件が、政府・官僚などの統治集団をして議会のみならず、全国家機関を相対化し、彼らが権力を保持しながら、全体として天皇を頂点とする政治的統合を実現する組織づくりを行わせたのである。一八八五（明治一八）年の内閣職権が、内閣総理大臣を内閣首班として行政各部を統督する権限を与えたのに対し、大日本帝国憲法が、国務大臣をして各個に天皇を輔弼させるものとしたのは、そのあらわれであった。一八八九（明治二二）年の内閣官制の制定は、内閣制度に、この点との整合性を持たせる意味もあったのである（利谷・前掲「明治憲法体制と天皇」六九頁）。

こうして、最終的な決定権を天皇に集中することによって全国家機関を相対化することができ、したがってまた議会の地位を相対化することができたのである。そして、天皇の最終的な決定権の内容は、政府・官僚などの統治集団によって実質的に決定することができたのである。このことによって統治集団は、その独自性を確保したのである（利谷・前掲「明治憲法体制と天皇」六九頁）。

しかし、統治集団もまた、経済的支配階級との関係やその他の要因から、それ自身内部の、および経済的支配階級との間の複雑な内部対立、矛盾を有している。その調整のためには、決定の権限をさらに上

に、上にと、持っていかなければならない。それは結局、頂点にある天皇に到達し、そこで調整、統合されることになる。けれども、そのことによって、統治集団と経済的支配階級との間の対立および統治集団内部の対立がなくなるわけではない。最終決定者としての天皇の地位と天皇によって公にされた意思が磐石の重みを持つだけに、天皇の意思の形成過程とその公表をめぐる対立・抗争は、ますます激しくなる傾向を持っているのである (利谷・前掲「明治憲法体制と天皇」六九頁)。

帝国憲法が、一方において天皇の不可侵性を規定するとともに、天皇の諮問機関として枢密顧問の制度を設けたのは、このような対立・抗争を、この制度によって調整、緩和しようとする考えにもとづくものであったといえよう。と同時に政府・官僚らは、主権者としての天皇の地位の絶対性と権威を、歴史的にも思想的にも位置づけ、それを教育を通じて「臣民」(国民)の中に浸透、徹底させようとつとめたのである (利谷・前掲「明治憲法体制と天皇」六九頁～七〇頁)。

こうして天皇を「機軸」とする国家統治機構を通じて政府・官僚の独自性が保障されたのである (利谷・前掲「明治憲法体制と天皇」六九頁～七〇頁)。政府・官僚は、このように独自性を保持しながら、既述したように、貴族院・衆議院―府県会―郡会―(市)・町村会という系列組織の中軸を政府(内務大臣)―府県知事―郡長―町村長(市では内務大臣―府県知事―市長)を通ずる行政官僚制支配を貫徹させ、その地方支配の体制を確保しようとはかったのである。

一八八八(明治二二)年の帝国憲法を法的枠組みの基本として構築された天皇制支配の体制は、およそ以上のような法構造を持つものであった。

日本近代国家の基本的法構造の成立

こうして天皇制国家体制は、その支配の中軸となる法制度を整備したのである。しかし、当時にあつては、近代法＝資本主義法の中核となるべき民法・商法は公布されたものの、法典論争の結果、施行延期となつた(ただし、産業界の要請もあって、商法のうち会社法、手形法、破産法は、一八九三年七月に施行される)。けれども、何よりも注意すべきことは、既述したところからも明らかのように、当時はブルジョアジーはもちろん、地主階級も政治的支配階級として成立したといえるような状況にはなかつたことである。それは日清戦後経営を通じて行われた日本資本主義確立の基礎の構築とともに政治的支配階級として日清戦後の一九〇〇年前後に成立する。ほぼ時を同じくして民・商法も制定公布される(明治三年七月民法施行、明治三年六月商法施行)。

しかし、この時期においても、日本近代国家の法的構造の特徴である統帥権独立の制度的確定にもとづく権力の法的構造の三元化は、未だ完全には実現されてはいない。それは、日露戦後の一九〇七(明治四〇)年二月の内閣官制の改定、同年九月の軍令の制定によって実現される(山中永之佑「内閣制度の形成と展開」日本行政学会編『年報行政研究21内閣制度の研究』ぎょうせい、一九八七年、七六頁以下、同「明治四〇年内閣官制の改定と軍令」杉山晴康編『裁判と法の歴史的展開』敬文堂、一九九二年、四二頁以下、同・前掲『日本近代国家と地方統治』一四八頁以下)。この軍令の制定によって統帥権の独立が法的に確定し、軍部の国家機構内の位置も法的根拠を与えることになるのである。文＝政府・官僚と、軍部という国家権力の法的構造の三元化の実現である。

このように三元化した国家権力の地方統治機構の末端(市・町村)を法的に構成したもののこそ、地方改良運動の中軸としての一九一一

(明治四四)年の市制・町村制にほかならない。

日露戦争に勝利することによって、極東の小国日本は、帝國主義列強の一員となった。そのことは、日本に帝國主義国家としての経済力と国民の強力な国家意識を養い「挙国一致」の体制をとることを要請する。しかし、日露戦後の現実には、日露戦争の戦費のための重税徴収などの諸政策がもたらした一般国民のいっそうの疲弊と窮乏という状態にあった。農村には小作争議が、都市には労働争議が続出した。日本が帝國主義国家として要請される「課題」と、それがよって立つ基礎の「現実」とのへだたりに前にして、天皇制国家権力は、軍部の地位の強化など、権力中枢を帝國主義権力として強化するとともに市町村および市町村住民＝一般国民を「課題」を担うことができるようなものに仕立て上げることを要請される(宮地正人『日露戦後政治史の研究』東京大学出版会、一九七三年、三頁～一八頁)。

このような要請に応じる政策・法の具体化が、軍令の制定、内閣官制の改定、一九二一(明治四四)年市制・町村制を中軸として展開された諸法制、諸政策およびそれらを遂行する基盤をつくることをめざした地方改良運動、部落有財産統一政策であった。この市制・町村制は、一八八八(明治二一)年市制・町村制の全面改正であり、その後、全面改正されることなく、戦前日本の地方統治機構の末端(市・町村)の基本的な法構造を規定したのである。一九二一(明治四四)年には、関税自主権も、完全に回復され、国家的独立は完全に達成されるに至る。この時期に、日本資本主義は、独占段階へと移行する。

上述したところから、日本近代天皇制国家は、日清戦後経営を通じて日本資本主義確立の基礎を構築し、地主・ブルジョアジーも政治的支配階級として成立し、民・商法も施行されたものの、天皇制権力の

絶対主義的性格と日本資本主義の特殊性(後進資本主義として帝國主義

列強の圧力下という国際環境の中で特殊な発達をしたこと——前述一頁参照)のゆえに、近代ブルジョア民主主義国家として、その法的基盤構造を成立させることができず、日露戦争およびその戦後経営を通じて、日本資本主義の独占段階への移行＝帝國主義的転化を完成させることにより、帝國主義国家として、その基本的法構造をいちおう成立させたということができよう³⁾。地方制度が、地方統治を規定するものとして、その法的構造の重要な一環をなすものであったことは、いうまでもない。その地方制度の中核となったのは、帝國主義国家に要請される「挙国一致」体制をつくり上げるために、従来の府県↓郡↓町村↓住民といったいわば点と線の行政系列を通ずる、地方「名望」家による住民支配方式から転換した住民支配の方式であった。それは、地方「名望」家支配を規定し、保障した従来の行政系列の整備、強化をともないつつ、かつ整備、強化された行政系列を中軸とし、戸主会(家長会)などの諸種の行政補助組織を通じて、一般町村住民をも動員して、全政策・法の集中的貫徹をはかろうとする、いわば全面的・包括的な住民支配の方式であり、住民＝國民統合をめざしたものであった(山中永之佑『近代日本の地方制度と名望家』弘文堂、一九九〇年、三二九頁同・前掲『日本近代国家と地方統治』一四六頁～一四七頁、三三五頁、三六九頁、三九四頁～三九五頁)。

このような國民統合政策と法の展開にもかかわらず、小作争議、労働争議は、おさまらなかつた。これらの民衆運動を背景に、陸軍二個師団増設問題を契機として、都市中間層の主導する「閥族打破・憲政擁護」運動が、全国的に高まり、一九二三(大正二)年二月、数万の民衆が議會を包囲する中で桂内閣が倒壊するに至る(大正政変)。

こうした状況の中で、一九一四（大正七）年夏、第一次世界大戦が勃発する。政府は、右のような内政の行きづまりを打開する好機とみて参戦する。

第二章 日本近代国家の法構造の変容

普選・治安維持法体制の形成

日清・日露戦争に続き第一次世界大戦は、日本経済に未曾有の好況をもたらした。日本資本主義の経済構造を段階的に変容させる契機ともなった。日本資本主義の飛躍的な発展を基礎に、ブルジョアジーが国家権力内部における勢力を増大させる一方では、労働運動・農民運動が規模を拡大し、組織化されるなど成長して、ブルジョアジーと労働者、地主と小作人の対立が激化した。一九一八（大正七）には富山県下での蜂起を発端として米騒動が起こり全国の主要都市に波及する。これをきっかけに労働運動は、いっそう激しさを増した。この労働運動は、いわゆる大正デモクラシーの基盤となり、先に指摘したように一九〇七（明治四〇）年代初頭に構築された日本近代国家の法構造¹¹に国家機構・法体制を動揺させた。政府・官僚と軍部などの統治集団は、動揺した法構造¹²に国家機構・法体制の再編、強化をはかる。

既に一九一三（大正二）年には、軍部大臣任官者の予備役・後備役への拡大が行われていたが、一九一九（大正八）年には、朝鮮、台湾の「総督府官制」が、従来、武官に限られていた総督に文官でもなれるように改められ、一九二三（大正九）年には「文官任用令」が改正されて、高級官僚の自由任用、詮衡任用の範囲が拡大され、一九二三（大正二）年には「陪審法」が制定されるなど、国家機構の再編、強

化が行われた。

中央政府内部においては、この時期に天皇制国家の支配的上層部を構成したふるい勢力と新しい勢力との統一と一致を意図して臨時的な国家機関が設置された。その国家機関は、天皇および既存の「天皇の顧問」である元老・枢密院の政治的統合機能の後退を政党領袖を加えることによって「臨時的」に補充しようとした臨時外交調査会、内閣総理大臣の監督のもとに統帥と国務との統一をはかることを意図して設置された防務会議・軍需局↓国勢院（これらの機関は恒常的なものとして設置されたが、一九二三年に廃止されて臨時的なものに終る）、経済官僚と政党、財閥勢力によって構成された経済調査会、臨時財政経済調査会、内務・司法・文部官僚と政党・財界勢力が一堂に会した臨時教育会議や臨時法制審議会などである。これらの機関は、全体として、系統的に新旧のほとんどすべての支配的勢力の統一の場として機能した（利谷信義・本間重紀「天皇制国家機構・法体制の再編——一九一〇—二〇年代における一断面」原秀三郎・峰岸節夫・佐々木潤之介・中村正則『大系日本国家史5近代Ⅱ』東京大学出版会、一九七六年、二五八頁—二五九頁）。

また一九二二（大正一一）年の「借地借家調停法」、一九二四（大正一三）年の「小作調停法」、一九二六（大正一五）年の「商事調停法」、「労働争議調停法」も法体制の再編、強化の一翼を担った。調停法の主な目的は、農民・労働者に対する「有和」「協調」政策であった。これらの調停法は、はじめ借地借家、小作、労働の三つの関係を包括する制度として構想されたことにもみられるように相互に関連している。しかし現実には解決が求められているのは「争議」であった。既述したように「争議」は、第一次世界大戦後、激発していたが、後述する普通選挙制の実施による選挙権の拡大によって労働者、農民の権利意

識は、いっそう高まり「争議」が拡大、発展する可能性も十分に予測された。事実「争議」件数も増大していった。

「小作調停法」(一九二四年)、「労働争議調停法」(一九二六年)は、このような「争議」(紛争)に対する対策として、動揺する支配体制を安定させるために制定されたのである。しかも、調停制度は国家の関与する制度である点から考えると、調停制度は、「争議」(紛争)を単に「丸く納める」だけでなく、紛争当事者双方、ことに労働者・農民(借家人)の側の法的主体性を弱化させ、彼らを国家政策による操作の対象とする機能を果たすものといわなければならない。この裏付けとして、調停制度には特設の小作官・調停官その他の国家機関が介入したことも挙げることができよう(本間・利谷・前掲「天皇制国家機構・法体制の再編」二六二頁)。

このように調停制度は、従来の社会、経済的関係の動揺から生ずる紛争に対して、国家機関の後見的介入のもとで、法的解決ではなく「互譲」による解決をめざすことにより社会経済的関係の安定をはかり、日本近代国家の法構造＝国家機構・法体制の再編、強化に重要な役割を果たしたのである。一九一九(大正八)年設置の臨時法制審議会が、民法・刑法を「日本古来の醇風美俗」に適合するよう再改正することを審議したのも、この方向に沿うものであった。

普選・治安維持法体制の成立

上述のような日本近代国家の法構造＝国家機構・法体制の再編、強化策の中軸となったのが、一九二五(大正一四)年の「衆議院議員選挙法」の改正(普通選挙法)と「治安維持法」であった。

普通選挙法は、加藤高明首相が、同年二月、第五〇回帝国議会衆議

院において「広ク国民ヲシテ国家ノ義務ヲ負担セシメ、周ネク国民ヲシテ政治上ノ責任ニ参加セシメ、以テ国運発展ノ衝ニ膺ラシムル」ためと述べたように、国民統合をはかるために地方改良運動に続いて一九一九(大正八)年民力涵養運動を展開して大した成果をあげることができなかった政府が、既述したような労働者、農民の運動を基盤として起こってきた大正デモクラシー運動に突き上げられて、国民を国家にひきつけ、その統合をはかるためにとった不可避の政策であった。

この点では、一九二六(大正一五)年五月の「自作農創設維持補助規則」も看過できない。この規則は、一九一八(大正七)年の米騒動以後、激しくなった農業危機への根本対策として提起された。その特徴は、地主的土地所有を前提としながらも、土地所有者としての自作農を、小地主としてではなく直接耕作者である中堅自作農として創設しようとしたところにあった。この自作農創設は、以後、政府の対農民政策の中核となり、戦後、農地改革の先駆ともなった。

普選法は、(府県会)市町村会議員の選挙法改正も結果した。公民権の拡大は、既に一九二二(大正一〇)年に行われ、公民権資格が地租・直接国税納入から直接市町村税納入に改められ、町村では等級選挙制が原則として廃止され、市では三級選挙制が二級選挙制になっていたが、一九二六(大正一五)年には、普通選挙制が採用されることになり、市やとくに必要ある町村に認められていた等級選挙制も廃止された。と同時に市村住民の統合のかねめとしての市町村長権限の拡大、強化も行われ、住民＝国民統合機能の強化がはかられた。同年には、政府(内務省)の地方支配の拠点であった郡役所、郡長制も廃止される。

ついで、一九二九(昭和四)年の市制・町村制改正では、さらに市

町村長権限とともに府県知事の権限も拡大、強化され、市町村における住民＝国民統合を中央に結びつける機構も整備、強化された。

しかし、普選法は、治安立法である「治安維持法」を同時に成立させることなしには実現不可能であった。同法は、国体の変革と私有財産制度の否認を目的とする結社の組織・加入を処罰するものであるが、現実には広く表現の自由を徹底的に取り締るものとして機能した。

第一次世界大戦後の労働・農民運動の成長は、社会主義運動を強化した。そのことによって、この時期以降の治安対策は、従来のものとは異なる性格を帯びるようになった。「治安維持法」は、それを表象するものであるが、一九二六（大正一五）年、労働者・農民の団結権などを禁止していた「治安警察法」第一七条が廃止されたことも注目されなければならない。それらは、先の「小作調停法」、「労働争議調停法」とともに、労働・農民運動を政府の認める合法的な枠内にとどめて、その体制内化をはかる一方、体制内化することのできなかった労働・農民運動を弾圧しようとするものであった（山中永之佑「普選・治安維持法の制定と地方制度の改正（二・完）」阪大法學、四一巻・一号、一九九一年、一〇八頁以下）。

また同年の「暴力行為等処罰法」も治安立法の重要な一環であった。さらに普選実施の年である一九二八（昭和三）年には、治安維持法の罰則が緊急勅令によって死刑を含むものに改められたことも注意されなければならない。他方、治安立法の矛盾をカヴァーする社会立法として、一九一六（大正五）年から、女子と年少者の労働時間制限、就業制限を中心とする「工場法」（一九一一年）が施行された。ついで国際労働機関（ILO）の影響をうけて、一九二二（大正一〇）年に「職業紹介法」、一九三三（大正二二）年に「工場労働者最低年齢法」、「船

員最低年齢法」などが制定された。

こういった普選・治安維持法体制の中で、日本資本主義において未発達な重化学工業を発展させる助成立法である「染料医薬品製造奨励法」（一九二五年）、「製鉄業奨励法」（一九一七年）、「軍用自動車補助法」（一九一八年）などのほか、第一次世界大戦後、連続した経済恐慌に對し資本救済をはかる「日本銀行特別融資及損失保障法」（一九二七年）、「糸価安定融資補償法」（一九二九年）、また独占を促進し、銀行合併による大資本化をはかる「銀行法」（一九二七年）、カルテルによる産業資本の独占を助長する「重要産業ノ統制ニ関スル法律」（一九三一年）、第一次世界大戦によって拡大した民間企業を軍事目的に沿って方向づけ、組織化する役割を持つ「軍需工業動員法」（一九一八年）など多数の産業立法が制定された。これらの産業立法は、後述する経済法の先駆であり、戦時法体制を準備するものであった。このようにして政府は、資本の論理を媒介として、ますます経済過程への介入を深めていったのである。

第三章 準戦時法体制から戦時法体制へ

ファシズム法の形成

一九二九（昭和四）年以来、世界大恐慌が、日本を直撃した。大恐慌の中で窮乏に追いつめられた労働者・農民の闘いは激化し、革命化していった。

政府は、大量失業者の救済のために、一九二九（昭和四）年、「救護法」（一九三三年施行）を制定し、また農村住民の統合対策として、一九三二（昭和七）年、農山漁村経済更生運動を展開するが、大した効

果を挙げることはできなかった。従来の普選・治安維持法体制では対応できなくなったのである。

政府・官僚と軍部は、このような国内の矛盾をカバーするため、中国に対する侵略政策を推進した。軍部の発言権が強化され、一九三六（昭和一一）年には、軍部大臣現役武官制が復活され、「帝国国防方針」の改訂も行われた。以後、政府レベルで、戦争準備に国の政策・法が追従するような体制、すなわち準戦時法体制が成立する、ファシズム法の形成である。この過程で、法は規範体系性を失い、政治に直接奉仕するものとなって、国民の基本的な人権を圧殺する経過をたどるに至るのである。

ファシズム法の成立

こういった流れの中で、一九三八（昭和一三）年には、一九一七（大正七）の「軍需工業動員法」を廃して「国家総動員法」が制定される。同法は、ファシズム法体制成立の画期的メルクマールとされているものである（渡辺洋三「日本ファシズム法体制・総論」東京大学社会科学研究所『ファシズム期の国家と社会』⁴ 戦時日本の法体制 東京大学出版会、一九七九年、三八頁）。

「国家総動員法」は、準戦時、戦時に国防目的を達成するため、人的・物的資源を全面的に行政権の統制運用に委ねる広範な授權法であり、一九三七（昭和一二）年の「臨時資金調整法」、「輸出入品等臨時措置法」と一体となって、既存の経済統制法のすべてを吸収、統合して、勅令による経済統制法体系を構築した。

その結果、ファシズム法の形成過程において、既に実質上優位となっていた議会に対する政府と軍部の権限は、法制度的にも確定し、

議会のコントロールの余地はなくなった。ファシズムの執行権力には、議会だけではなく、枢密院や重臣等の制約もつけず、全権限が集中された。このような大幅な授權法はまた近代的意味における法治主義の全面的な解体を意味するものである。これが「国家総動員法」の基本的な構造であり、性格であった（渡辺・前掲「日本ファシズム法体制・総論」三八頁～三九頁）。

集権を強化するため、既に設置されていた、一九三五（昭和一〇）年の内閣審議会、一九三七（昭和一二）年の企画院、大本営に加えて、一九四〇（昭和一五）年には内閣情報局、一九四一（昭和一七）年、大東亜省、一九四三（昭和一八）年、軍需省などの行政機関が設けられた。これらのうち内閣審議会は、首相、蔵相を会長・副会長として一五名の委員で構成された内閣の最高諮問機関で、委員に三井の池田成彬と三菱の各務謙吉が就任していた。財閥の指導者が、国策審議機関に公然と参加したのは、これが最初であった。

また集権強化に直結する地域社会の統合については、一九三八（昭和一三）年の「農村自治改正要綱」を起点として、農林省、内務省内の対立が内務省寄りの形で調整され、部落会、町内会を国民統合の最末端の組織とする方向で、政府の方針が定まり、一九三九（昭和一四）年の「部落会町内会整備充実ニ関スル件」、一九四〇（昭和一五）年の「部落会町内会等整備ニ関スル訓令」などの行政的措置がすすめられ、一九四三（昭和一八）年には、府県制、市制・町村制改正等によって理事機関権限の拡大、強化と町内会、部落会の法制化が行われ、町内会、部落会を国民統合の基礎単位とする中央への集権化の徹底がはかられた（渡辺・前掲「日本ファシズム法体制・総論」四二頁～四三頁）。

国民統合と直接関連する農村の秩序維持については、さらに一九三

八（昭和二三）年の「農地調整法」が注目されなければならない。同法は、小作人の耕作権の保障についていくつかの規定を設けていた。その限りでは、同法は、大正期の小作法案の伝統をうけついではいないが、その基本的性格は、戦時における地主と小作人の対立を否認し、農村の「平和」を回復する農民統合をめざして強制調停が導入されるなど、大正期の小作法案とその性質を異にするものであった。この期の農業立法の特徴は、小作争議を強権的に処理し、農村の「平和」と農民統合を基礎とする体制を前提として、戦争遂行に不可欠な食糧の自給自足、そのための増産と統制政策を担保することにあった（渡辺・前掲「日本ファシズム法体制・総論」四〇頁）。

戦時体制下において主に工業生産力を担う都市労働者に関係する立法についても、既に軍事的色彩が濃くなってきていたものの、ともかくも社会立法としての性格があった従来の労働者保護立法よりも、この時期以降は、国家総動員の一環としての労働力動員が中心となり、労働立法の考え方も、戦時経済に必要な人的資源確保のための労働統制法へと転換する。労働者の人権保障という観点は完全になくなり、労働力は、動物や天然資源と同様に単なる資源としてとらえられた。契約の自由は大幅に制限され、遂には契約の自由そのものが否定されるに至るのである（渡辺・前掲「日本ファシズム法体制・総論」四一頁、五〇頁）。

一九四〇（昭和一五）年には、総力戦体制の構築をめざして行われた新体制運動の推進団体として、全政党が解体され、大政翼賛会が成立する。こうして政党政治は否定され、議会はその本来の機能を失うに至ったのである。一九四一（昭和一六）年、太平洋戦争に入ると、東條英機内閣において、首相の東條は、内相・陸相・参謀総長を兼任

する独裁的地位に就き、さらに一九四三（昭和一八）年の「戦時行政特例法」、「戦時行政職権特例」によって強大な権力を掌握する。また巨額の戦費調達のため、一九四一（昭和一六）年には「酒税等増徴等ニ関スル件」などによる増税・新税の設定が行われるとともに、翌一九四二（昭和一七）年には「大東亜戦争ニ関スル臨時軍事費支弁ノ為公債発行ニ関スル件」などによる膨大な公債発行と通貨の増発が行われた。

上述のような国家総動員法を中軸とする戦時法体制の一環として治安立法も強化された。治安維持法に加え、既に一九三六（昭和一一）年には「思想犯保護観察法」、「不穩文書臨時取締法」、一九三七（昭和一二）年には「軍機保護法」改正が行われていたが、一九四一（昭和一六）年に入ると「国防保安法」が制定され、「刑法」改正（安寧秩序ニ対スル罪）など新設、「治安維持法」の全面改正（予防拘禁制度）など新設が行われた。さらに一九四二（昭和一七）年には「裁判所構成法戦時特例」、「戦時刑事特別法」によって戦時司法体系の整備、確立がはかられた。

以上にみてきたように戦時法体制の下では、すべてが戦争目的に従属させられ、議会制度や国民の権利など憲法上の諸原則が、すべて否定され、憲法そのものが、国民から隔離された「無憲法状況」が出現したのである。これが日本近代法の歴史の帰結であった。敗戦後の日本は、この「無憲法状況」から戦後改革をはじめなければならなかったのである（渡辺洋三・長谷川正安・片岡昇・清水誠編『現代日本法史』岩波書店、一九七六年、一四頁）。

むすびにかえて⁽⁸⁾

以上、本稿は、日本近代法の歴史の体制的、構造的把握に心がけながら、日本近代法の形成、展開の歴史を概観してきた。最後に、上述してきたような日本近代法の歴史的展開によって形成されてきた戦前日本の法文化の重要な特徴といわれている「日本人の法嫌い」、「日本人の裁判嫌い」について簡単に述べ、本稿のむすびにかえたい。

戦前日本の法文化

日本近代法の歴史は、政府・官僚、軍部などの主導のもとに、民衆の自由や権利を守るための闘いを抑圧しつつ展開されてきた。そのために国民の側に、戦前日本において、いわゆる「おかみ」がつくった法には勝てないという意識が生み出された。戦前日本の法文化の中核は、そのような意識が機軸となってつくり上げられてきたものと考えられる。それは現在、変化しつつあるとはいえ、伝統的、歴史的な日本法文化として現代にまでうけつがれている。それは、また戦前日本において、個人が主体となつて、個人の自由や権利を守るという意識を欠除する（正しくは欠除させられる）結果となつてあらわれた。

上述のことは、自由民権運動が高揚を示す一八八二（明治一五）年までは、多かった訴訟件数が、自由民権運動が弾圧され、大日本帝国憲法を法的枠組みの基本とする中央権力機構の中核となる内閣制度が創設される一八八五（明治一八）年以降は激減するという事実（熊谷開作『近代日本の法学と法意識』法律文化社、一九九一年、一一一頁～一二二頁）からも実証されよう。

このような事実は、自由民権期には存在していた日本人の権利意識が、明治政府の国家機構が整備されるにしたがつて、しだいに失われていったことを示している。このことはまた、我が国に「法の優位」という考え方を生み出さなかった大きな原因となったように思われる。近代欧米国家の憲法は、国家権力をコントロールする法であったが、大日本帝国憲法は、国民の権利を保障するために国家権力をコントロールする法というよりも、主権者である天皇¹¹「おかみ」の命令を守らせる憲法であったからである。欧米国家には、国王や君主の上に法があり、権力者もこれに服さなければならないという考え方があったが、我が国では、法は、主権者である天皇が、維持しようとする秩序を正当化することに、その基本が置かれていた。法は天皇の命令であり、この命令に服従することが「法治主義」であった。渡辺洋三氏は、これを「天皇制法治主義」と呼んでおられる（渡辺洋三『法と社会の昭和史』岩波書店、一九八八年、三三頁）。こうして、法よりも権力¹²「おかみ」が優位するという考え方が生み出されたのである。

したがって、法は「おかみ」¹³天皇の命令を国民（臣民）に守らせるためのものであり、国民を守るものではないという意識が、被支配者層である民衆の中に生まれたのも当然であった。「日本人の法嫌い」といわれる日本法文化は、こうして生まれたものといえよう。しかもそれは実際の機能としては、どちらかといえば、国民の中でも、法によって守られ、「おかみ」とその利害を共にした戦前日本の統治集団（政府・官僚・軍部）や地主・ブルジョアジーなど支配者層に属する人々よりも、法によって守られなかった被支配者層¹⁴民衆の側に、とくに強くあらわれた現象であったと考えられる。「おかみ」¹⁵支配者層の側も、またそのような民衆の法意識を助長する政策をとってきた。

既述したように、明治初年には、開明的、進歩的な要素を持った法が制定された。また、戦時法体制期に入って「無憲法状況」があらわれるまでは、法の中にも、たとえば普選法のように、政府が国民統合をめざして制定した立法とはいえ、労農運動に支えられた大正デモクラシー運動によって促され、民衆の権利を守る要素が含まれた立法もあり、そのような運動が契機となって民衆の権利を守る要素を持った一九二一年（大正一〇）年、「借家法」のような社会政策的、社会保障的な立法も制定された。そのような立法は、場合によっては、現実には機能しない方が、「おかみ」⁹ 支配者層にとって都合がよいこともあった。

明治期の勸解制度や大正期の調停法は、まさに、そのような機能を果たすための政策・法であった。明治期に勸解制度が設けられた背景には、裁判規範となるような実体法が十分に整備されていないということもあったが、「おかみ」は、いたずらに訴訟をすることが「人情を失い、風俗を紊乱する」ものとみなして、勸解制度を設けたのである。

このように国民の権利を守る数少ない立法も、「おかみ」¹⁰ 支配者層の都合によって、なるべくそれが働かないように仕組まれていたのである。そのために、「おかみ」は、民衆の中に「法嫌い」、「裁判嫌い」の法意識を持つことを助長し、それが法文化となったという側面も看過されてはならない。

このような日本では、国家と国民との関係が明確な権利義務関係としてとらえられてこなかった。そこからまた同じように「おかみ」の権力ではあっても「おかみ」の国民支配そのものである行政（権）が、司法（権）に優越するという観念が生まれる。行政（権）は、原則として司法（権）のコントロールに服さないのである。そのことから法体系としては、公法と私法が分離し、公法である行政法の体系は、私

法の原理に服さない公権力の特殊な体系となった。⁽¹⁾

しかし一方、行政をコントロールできない司法においてもまた「おかみ」と利害を共にする支配者層の人々は、民衆よりも優位を確保することができた。⁽²⁾ 司法が、「おかみ」と「おかみ」と利害を共にする支配者層の人々の側に立って、民衆の側に立つことが少なかった戦前日本の司法の歴史が、そのことをよく物語っている。このような司法のあり方も、「日本人の法嫌い」、「日本人の裁判嫌い」という法文化を民衆の中に生み出していく重要な契機となったのである。

註 本稿は、山中永之佑編『日本近代法論』（法律文化社、一九九四年）

の序章として収録される予定であるが、紀要編集委員会の御諒承を得てここに掲載するものである。拙編著に、本稿を収録することを快く御承諾下さった編集委員会はじめ関係各位に厚く御礼を申し述べたい。

(1) 利谷信義氏は、日本近代国家は帝国主義国家として成立したとされるが、その体制を「改正条約発効の年である明治三十二年をとって、かりに『三十二年体制』と呼ぶ」と述べられている（利谷信義「補論 日本近代法史研究の問題点——国家・社会と法を中心として——」天野和夫・片岡昇・長谷川正安・藤田勇・渡辺洋三編『マルクス主義法学講座④ 国家・法の歴史理論』日本評論社、一九七八年、一八九頁～一九〇頁）、なお、利谷氏の「三二体制」論については、同「日本資本主義経済と法」（渡辺洋三「岩波講座現代法？現代法と経済」岩波書店、一九六六年）二二九頁以下を参照されたい。

(2) このような近代化政策と並行して、わが国は、早くも朝鮮・中国への侵略を志向することに注目しなければならない。一八七三（明治六）年には、「征韓論」に反対した大久保利通らも士族層の不満を

外に向けるため、翌一九七四（明治七）年には台湾侵略を企て、さらにその翌年には江華島事件を起こし、英国・米国の支持をとりつけて、朝鮮を軍力で威圧し、日朝修好条規の締結を強要し、朝鮮を開国させた。それは、我が国が押しつけられた安政の不平等条約をまねたものであった。

- (3) 一九一一（明治四四）年五月の商法改正もまたその一環として位置づけられる。

- (4) 小作調停法については、橋本誠一「小作調停法」（日本近代法制史研究会編・編集責任 石尾芳久・井ヶ田良治・山中永之佑『日本近代法二〇講』法律文化社、一九九二年、一九九三年）二一七頁～二一八頁が簡潔に考察している。

- (5) なお、労働争議調停法については、矢野達雄『近代日本の労働法と国家』（成文堂、一九九三年）八七頁以下、その簡潔な考察は、同『労働争議調停法』（日本近代法制史研究会・前掲注（4）『日本近代法二〇講』二一九頁～二二〇頁）を参照されたい。

- (6) 治安警察法第一七条撤廃については、伊藤孝夫「治安警察法第十七条問題（一）（二・完）」（法学論叢、一二九巻四号、五号、一九九一年）を参照されたい。

- (7) このような経済統制法に見合って一九三八（昭和二三）年には、商法の大改正が行われる。渡辺洋三氏によれば「これは、昭和初期から長い期間にわたって準備してきたことの総決算としての意味をもっているが、国家独占資本主義に適合的な現代会社法としての性格をもあわせてもっている。これにより商人法主義に一步近づき、無議決権株式、転換株式、社債、社債権者集会その他の制度が実現された。またこの改正には、ナチ会社法の影響もみられる。」とされる（渡辺洋三「日本ファシズム法体制・総論」東京大学社会科学研究所編『ファシズム期の国家と社会4戦時日本の法体制』東京大学

出版会、一九七九年、四三頁～四四頁）。

- (8) 「むすびにかえて」の叙述については、渡辺洋三『法と社会の昭和史』（岩波書店、一九八八年）二七頁～三九頁を参照した。

- (9) 借家法については、伊藤孝夫「借地法・借家法」（日本近代法制史研究会・前掲注（4）『日本近代法二〇講』二〇二頁～二〇三頁）が簡潔に考察している。

- (10) 勸解制度については、岩村等「勸解」（日本近代法制史研究会・前掲注（4）『日本近代法二〇講』七三頁～七五頁が簡潔に考察している。

- (11) それは国家無責任の原則と行政裁判所にあらわれている。ただ明治期においても、私経済作用といわれるものについては、市民は司法裁判所に訴えて損害賠償をうけることができた。

- ついで大正期には、大正デモクラシーの影響もあって、部分的には、いわゆる非権力的作用といわれるものについても、市民が司法裁判所に訴えて損害賠償をうけることができるようになった。しかし、警察その他国家権力の行使に、本来的にかかわる行政権の行使については、行政裁判所において損害賠償請求を受けつけなかった。違法な行政行為を取り消す行政裁判は、ある程度は認められたが、精神的自由に対する侵害については出訴できなかったのである（渡辺・前掲注（8）『法と社会の昭和史』三六頁～三七頁）。このことは民事上、国家無責任の原則があり、他方、行政処分の違法性をめぐる争いもブルジョアジーの利害にも関わる財産的権利を中心に組み立てられ、思想の自由、学問の自由、良心の自由、表現の自由が侵害された場合には救済措置が講じられていなかった点にもよくあらわれている（渡辺・前掲注（8）『法と社会の昭和史』三七頁）。

（平成五年一月三〇日受理）