

# 比較社会思想史研究(三)

——穂積陳重と法律進化論——

古賀 勝次郎

## 目次

はじめに

(一) 生涯と著作

(二) 陳重における伝統と進歩

(三) 陳重の方法論

四 陳重と法律進化論

(i) 法律進化論の位置

(ii) 文化発展論と生物進化論

(iii) 法律進化論の内容

(iv) 陳重の先駆的業績

v 陳重と八束

## はじめに

R・H・マイニアは、穂積八束の法思想を論じた著書『西洋法思想の継受』(Japanese Tradition and Western Law: Emperor, State, and Law in the Thought of Hozumi Yatsuka, 1970)の「日本語版への序文」の中で次のように述べている。「私は、その後の研究の結果、現在では、日本の伝統思想対西洋法思想という図式を穂積八束にあてはめることがはたして適当なのかどうかと、これに疑念さえ覚えている。少なくとも、この図式は国学の世界に育った穂積よりも、儒学の教育を受けた西周の方にうまくあてはまる、と言えるのではないかと思<sup>(1)</sup>っている。「このマイニアの疑問は、八束より兄陳重になると愈々真実性を帯びることになる。八束は、国学と同じくらい儒教(水戸学)の影響を受けたが、陳重の場合、国学の影響の方がはるかに強かったと思われるからである。マイニアの穂積八束論は、極めて優れており、それなりの評価を下さねばならない。だが、彼自身の言葉を藉りて言えば、それは、J・エスカラ、J・ニーダム、B・シュウォーツ等の「西洋人学者の中国論を日本に転用」したものだ。難点は実にそこにあるのであって、それ故に、「日本思想と西洋法思想を隔てる深淵の存在」が明らかになったのではあるまいか。

明治以前、日本思想の伝統を形成していたのは、国学、儒教、仏教であったが、江戸時代、現実の社会で、最も影響力をもっていたのは、言う迄もなく、儒教であった。だが、中国と日本の近代化の過程を振り返って見ると、そこに大きな隔たりのあることに気づかずにはおれない。例えば、中国も日本も、近代西洋から、「進化論」(the theory of evolution)を同じように輸入したにも拘らず、中国では伝統思想と鋭く対立したの<sup>(2)</sup>に対し、日本では、殆ど抵抗

がなかった。日本においては、進化論は、西洋以上にと言ってよい程、抵抗なく受け容れられたのであった。西洋では、進化論は、キリスト教(神学)と激しく相い争ったのである。しかも、《evolution》という概念は、西洋近代の特徴を最もよく表示するものである。であれば、我々の関心は、日本思想と近代西洋思想の相違ではなく、寧ろ両者の類似性に向うべきではあるまいか。つまり、日本の近代化は、儒教だけでなく、国学も含めて考える必要があるのではないか、ということである。とりわけ、穂積陳重を論ずる場合、そうでなくてはならないであろう。国学にあつて儒教にあまり見られない「生成」なるカテゴリーこそ、西洋近代の《evolution》に連結し得たものではなかつたか、というのが本稿の重要な仮説である。本稿の狙いの一つは、日本の近代が、近代以前と連続したものであることを、穂積陳重の法思想を取り挙げることによって、明らかにすることにある。

#### (一) 生涯と著作

穂積陳重の思想を理解する場合、第八束と同じく、その家系及び幼年時代の環境を知る必要がある。

高橋作衛の八束伝にいう、「穂積氏ハ饒速日命ニ出ツ、神武天皇東征ノ時、命帰順ノ誠ヲ致セルコト史ニ徴シテ明ナリ、饒速日命五世ノ孫伊香色雄命、崇神天皇ニ仕ヘテ補翼ノ力ヲ致ス、命ノ子大水口宿禰ハ乃チ穂積朝臣ノ祖先ナリ。」<sup>(3)</sup>と。このように、穂積家の家系が、わが国の「神々」に連なっていたことは、陳重、八束にとって、生涯、非常な誇りであつたし、また、彼らの思想に大きな思想を与えていたと思われる。更に、穂積家の祖先の中には、源義経のために寛を鎌倉に訴え、後に衣川の柵に戦死した鈴木三郎重家という忠臣もいる。また、重家十七世の孫に、伊

達政宗に仕えて武名の高かった鈴木源兵衛という者がいた。源兵衛は後、政宗の長子秀宗の師伝になり、秀宗が宇和島に分封せられた時、伴って宇和島に到った。世禄二百五十石物頭格であった。

さて、陳重の祖父重磨は、本居大平の門人で、藩中唯一人の国学者であった。重磨は、著述も多く、『言語之重弥木栄』、『靈の真柱の弁』、『書記歌八重塩土』などを著わしている。また、重磨は教育熱心で、そのため、自ら、『三楠実録』その他、忠臣孝子の伝記を手写し家に遺した。陳重の父重樹もまた、藩校教授で、晩年、国学の家塾を開き、子弟の教育にあたった。母綱子も子女の教育に熱心な人で、修業のため、陳重、八束を、山内老墓の学僕とし、帰宅を許さなかったといわれるほどである。山内老墓は、陳重、八束に大きな影響を与えたと思われるが、平田鉄胤の門人といわれている。<sup>(4)</sup>このように、幼年時代の陳重は、国学の色彩の極めて濃い環境の下に育ったことがわかる。彼の著作の中に、本居宣長などの文章が屢々出てくるのも、幼年時代受けた国学の影響であったと思われる。それは、弟八束にもいえるが、しかしその影響の仕方は、後述するごとくかなり異なっていた。

穂積陳重は、重樹の次男として安政二（一八五五）年七月に生まれた。陳重は、父重樹、山内老墓の教えを受け、また、藩校名倫館に学んだ。当時彼が学んだものとしては、漢学、国学、筆道、水泳術、剣道、柔道、馬術、兵学、算術、英語などであった。<sup>(5)</sup>明治三（一八七〇）年、貢進生として上京し、翌年一月東京大学の前身である大学南校に入學した。明治八年「齋家必携」という訳書を出す。明治九年六月イギリス留学の途に上る。陳重の著わした「英行紀事」によると、「滿五年間英国ニ留学シテ法律学ヲ修ム可キノ命ヲ蒙」ったからである。<sup>(6)</sup>陳重は、横浜出港後、船中にて、早くも色々な場面、東西文明の異質性を経験する。例えば、七月二日には、次のような記事が書かれている。「……余入船以来洋人ノ俗ヲ認ムルニ三個ノ要点ヲ見出シタリ一ハ則チ女權ノ盛ナルナリ……其二ハ親子ノ相隔

絶スルナリ……其三ハ夫婦ノ殊ニ親睦ナルナリ夫婦ノ親睦ハ喜ミス可ク女子ノ倨傲ニシテ男子ヲ使役スルハ怜レム可ク親子相隔ルハ実ニ可驚矣。<sup>(7)</sup>

明治九年十月、陳重は、ロンドン大学キングス・カレッジ入学、同年十一月ミドル・テンブルに入学した。以後、陳重は、約二年半、イギリスで勉強する訳だが、その間、思想、法学の上で、さまざまな影響を受けた。先ず何より、当時、イギリスをはじめ、世界の思想界を揺るがそうとしていた、ダーウィン、スペンサーなどの「進化論」の影響である。「進化論」の影響がいかに大きかったかは、イギリス留学中、既に、生涯の研究テーマとして「法律進化」を選んでいたことからも知られる。<sup>(8)</sup> また、陳重は、J・ペンサムの立法論に関心を示したり、J・オースチンの分析法学、H・S・メインなどの影響を受けた。陳重は、メインの死に際した時、「サー・ヘンリー・メイン氏の小伝」という一文を草したが、その中に次のごとき箇所がある。「英国に於ては、オースチン派の分析法学独り勢力を専らにせしが、メイン氏の歴史学派起るに及びて、英国の法理学稍々完きを得るに至れり。オースチン氏の分析法学は解剖学の如く、メイン氏の沿革法理学は生理学に似たり。解剖、生理相伴うて始めて人体の理を究むるを得べく、分析法学、沿革法理学互に相扶けて始めて法理を明らかならしむるを得べし。……メイン氏の著書は、特に立論の卓抜なるのみならず、又文章の奇絶なるを以て称せらる。……余氏の著書を閲すること数十、夜半人定まるの後ち、孤燈の下、浄机の上、心静に巻を繙き、読むこと未だ数行ならずして、忽ち我を忘れて之を朗読するに至る。<sup>(9)</sup>」

明治十二年四月、陳重はドイツに渡り、ベルリン大学に入った。何故、ドイツに行ったかについては、「独逸国へ転学ノ願書」に詳しいが、要するに比較法理学を学ぶためであった。即ち、当時のドイツは、「最モ比較法理ニ精シ」<sup>(10)</sup>く、且つ、「日耳曼連邦各法ヲ異ニスルヲ以テ、比較法理ヲ学ブニハ……独乙国ニ及ブノ地アルコトナシ」というこ

とであった。ベルリン大学では、法理学、民法、立法論などを学んだ。また、ドイツ歴史法学派の始祖C・ザヴィニ  
ーの影響を受けた。

約五年間に亘る実り多い英独留学から帰朝したのは、明治十四（一八八一）年六月であった。陳重は直ちに東京大  
学法学部講師に任ぜられ、翌年二月には、二十六歳という若さで、教授、法学部長となった。はじめのうちは、留学  
中得た新知識、英法の私犯論、刑法、刑事手続法、海商法など、を講義したが、明治十九（一八八六）年頃から、法  
理学を講ずるようになった。また陳重は、それまで外国語でなされていた法律学の講義を、日本語で行なった最初の  
人物であった。<sup>(11)</sup> 帰朝後、陳重が先ず手を付けたのは、家族制度の研究である。その一部は明治二十三（一八九〇）年  
の『法典論』に引き継がれる。しかし、この『法典論』は、明治二十二（一八八九）年から始まる所謂「法典論争」  
における延期派を理論的に支持するために著わされたものといわれている。しかし、この『法典論』は、そうした論  
争とは別に、現在でも高い評価が与えられている。例えば、小野清一郎は、「今日に至るまでわが日本の法学におけ  
る重要文献であるばかりでなく、世界的水準において高く評価されるべき立法学である。」<sup>(12)</sup>とまで言っている。また、  
翌年には、『隠居論』を刊行した。この書物は、大正五（一九一六）年、大增補され再版されたが、「隠居制度の一般  
的研究としては古今を通じて唯一の名著」（富井政章）<sup>(13)</sup>といわれる。

また、陳重は、国際的にも活躍した。その中で特筆されるべきものは、二つの国際会議での報告である。その一つ  
は、明治三十二（一八九九）年、ローマで開かれた第十二回東洋学者会議での「祖先祭祀ト日本法律」（“Ancestor-  
Worship and Japanese Law”）である。この報告は、その後丸善から出版され、また、独訳、邦訳も出た。これは、  
陳重の思想を理解する上で後述するごとく恰好のものといえる。その二は、明治三十六（一九〇三）年、アメリカの

セントルイスで開かれた万国学芸大会での「比較法学研究の資料としての日本新民法典」(“The New Japanese Civil Code, as material for the Study of Comparative Jurisprudence”)という報告である。これも、後、丸善から出版され、イタリア語訳も出た。前者が、日本の社会習俗を、人類学的、法律学的に解明したものに對し、後者は、比較法学的問題關心から、日本民法典、特にその家族法の部分を分析したものである。

その後の陳重は、ひたすら「法律進化」の研究に向かうのだが、そのために費すべき時間はあまりに少なかった。明治四十五(一九一二)年、陳重は五十五歳で東京大学を去った。大正五(一九一六)年には、枢密顧問官に、大正六(一九一七)年には、帝国学士院長となった。大正八年には、臨時法制審議会の総裁になり、第一次世界大戦中から起っていた社会変化に對して法制上の改正を行なったのであるが、ここでも陳重の功績は大きかった。更に大正十四(一九二五)年三月、枢密院副議長、同年十月には、議長に任ぜられた。だが、翌年四月はじめ、病氣に罹り、『法律進化論』第三冊の原稿を手にしながら世を去った。こうして、『法律進化論』は、いまだ半ばに達せずして未完に了った。

その他生前の著作としては、『法窓夜話』、『五人組制度論』、『諱に関する疑』などがある。『法窓夜話』は、陳重の「著書中最も……歓迎を受け」たものである。また、『諱に関する疑』は後、『実名敬避俗研究』として再版されたが、「經驗主義的正攻法を最も如実に示すもの」として、今日でも高く評価されている。陳重の著作の大半は、死後、長男の重遠の手によって出版された。『法律進化論第三冊』、『神権説と民約説』、『祭祀及礼と法律』、『慣習と法律』、『復讐と法律』、『穂積陳重遺文集』全四冊、『続法窓夜話』などはすべて、重遠が父の遺稿を整理し刊行したものである。また、『穂積陳重八束進講録』は、重遠と八束の長男重威によって刊行されたものである。

## (二) 陳重における伝統と進歩

穂積陳重の思想および法律理論を理解する場合、特に注意されねばならない点がいくつかあると思う。一つは、陳重の「二つの顔」といわれている問題で、彼が幼時期に受けた伝統思想と近代西洋の進歩思想が彼においてどのように位置づけられていたか、という点である。第二の点としては、陳重の受け入れた「進化論」そのものが、西洋において複雑な歴史と内容をもっていたということ、従って、陳重の法律進化論を論ずる場合、西洋における「進化論」の整理をしておく必要がある、ということである。その他にもいろいろあるが——それらはその時々<sup>(14)</sup>に指摘することにして——、先ず第一の点から見ることしよう。

陳重の「二つの顔」を指摘するのは、福島正夫であるが、福島は、それについて次のように述べている。<sup>(14)</sup>一つの顔は、「ロンドン留学時代に生まれ終生つらぬいた法律進化説の学問体系」であり、いま一つの顔は、「いかなる形成と展開の過程があったのか明らかにしえないが、祖先祭祀と家制の信念」である。そして福島は、この二つの顔が陳重において、「どのようなようにして共存しえたか、はたして矛盾はそこになかったか、問題は複雑である。」と述べている。確かに、この二つの顔を直接結びつけるような議論を、陳重の著作の中に見い出すことは困難なようだ。しかし、私は、勿論、推測の域を出るものではないが、二つの顔は、陳重において、決して矛盾し合うものではなく、共存し得るものであったと考える。私の推測は、この二つの顔を結びつけているのは、彼が幼年時代受けた——そして生涯彼の心から離れることのなかった——国学の「生成」のカテゴリーではなかったか、ということである。

穂積陳重は、『祖先祭祀と日本法律』（穂積巖夫訳）の中で、我が国の祖先祭祀という習俗が、外来思想、即ち、儒教、仏教、西洋文明などの影響を強く受けたにも拘らず、今日まで存続していることについて次のように書いている。祖先祭祀の「習俗たる、其濫觴する処遠く茫邈たる太古に存し、建国以降、幾多政治上及び社会上の大変革を経過せしにも拘らず、数百の世代を経て、今日まで存続し来れるものなり。支那文明の輸入は、此習俗の發達を助長したり。これ支那の倫理、法律、及び諸制度が、亦齊しく祖先祭祀の教義に基けるものなるを以てなり、仏教は由来此主義に基けるものに非ざるのみならず、却つて之に反対なるものなりと雖も、而も遂には根柢牢固なる此国民的信念に屈讓するの止むを得ざるに抵り、賢くも此民族的慣習に適應同化せり。而して最後に輸入せられたる西洋文明は、過去四十年間に於て、社会上、政治上、無数の偉大なる革新を齎したるにも拘らず、此習俗を変更すべき何等の勢力をも有せざりしなり。」

このように、陳重は、我が国の祖先祭祀という習俗が、外来思想の影響を受け、それによって社会の發達が促進されたにも拘らず、なおいまだ、存続している事実を認めている。勿論、陳重は、そういう事実が、何故日本において起り得たかについて、直接は語っていない。だが、陳重の「二つの顔」を解消するには、この問題を解く必要がある。思うに、この問題を解くには、彼が幼年期受けた国学に言及する必要がある。

幼年期の陳重が、漢学、殊に朱子学に対し尊敬の念をもっていたことは、彼自身述べていることだが、しかし、彼の思想様式を規定したのは、やはり国学であつたと思われる。しかも、重要なことは、その国学は、本居宣長流のそれ、平田篤胤流のものではなかつたということである。陳重が、宣長の思想、また学者としての態度をいかに尊崇していたかは、陳重の著述の中に、宣長の文章が頻繁に引用されていることから窺える。これに対し平田篤胤の文

章は殆ど引用されていない。例えば陳重は、宣長について、「本居宣長は、我輩が本邦第一の学者として常に瞻仰するところなるのみならず、祖父以来師家として崇敬し来りたる本居家の学祖<sup>(6)</sup>」とまで言っている。しかし、宣長の思想がどのようなように陳重に影響を与えたかは必ずしも明らかではない。だがそれは、陳重が儒教思想、あるいは近代西洋思想、就中進化思想をいかに理解、解釈しているか、その仕方の中に、間接的に推測することはできるのではないかと思われる。

本居宣長の思想——「日本思想の原型」といってもよい——を構成しているのは、「自然」、「作為」、「生成」のカテゴリ<sup>(7)</sup>だが、その中で、最もウェイトの高いのが「生成」である。「世中の道理は、みな神代の趣に備は<sup>(7)</sup>」っているにも拘らず、宣長の歴史観として、「連続的」、「発展的」な歴史理解、また、《polycausal》な因果論、包容主義といった特徴が出てくるのも、そのためである。推測するに、かかる宣長の思考様式が、無意識の裡に陳重の思考様式を形成していたのではないか。中国思想と日本思想（の原型）との相違は、実に、「生成」のカテゴリの薄厚にある。即ち、中国思想においては、「生成」のカテゴリは微弱であるのに対し、日本思想においては、それが最も高いウェイトを占めている。ところが、西洋近代思想においては、「生成」のカテゴリが極めて強く出ている。近代西洋思想の一つである「進化論」が、中国と日本とで受け入れ方が異なったのもそれと関係しているように思う。つまり、中国では、「進化論」は、極めて激しい抵抗に会ったのに対し、日本では、殆ど抵抗なく受け容れられたのである。宣長的な思考様式が、無意識裡に陳重の思考様式を形成していたのではないか、というのが私の推測である。そのことを、間接的にだが、証すると思われるものとして、ここで、儒教の「礼」と、西洋における「法」の起源に関する陳重の議論を簡単に見ることにする。先ず「礼」の起源<sup>(8)</sup>について。「礼の起源を論ずる古来の学者には、或は之を自

然に帰するものが有り、或は之を人為に帰するものも有る。……礼の起原に関する自然、人為の両説は、其外觀は水炭相容れざるものの如く見えるけれども、……必竟其著目点の相異より生ずるもので……自然説は礼儀の原力を論ずるものである。人為説は礼儀の原容を説くものである。」この「礼」の起原に関する陳重の議論には、明らかに、「生成」にウェイトを置く官長流の国学の影響がある。次に、西洋における法の起原について。「法律存在の原因に関しては、三つの考がある。甲は云ふ、法は自然に存在すと。乙は云ふ、法は社会に発生すと。丙は云ふ、主権者之を作製すと。」そして、陳重にとって問題であったのは、法律は、「在るものであるが、出来るものであるか、拵えるものであるか」、即ち「存・成・作」ということであつた。<sup>(20)</sup> 詳しくは四で述べることにならうが、注意されたいのは、陳重の立場である法律進化論は、主として「成」る法から成っているということである。であれば、陳重が法律進化論へと向かうことは、それが、官長の「生成」のカテゴリの延長として考えられ得るならば、容易だった訳である。

以上のごとく、陳重の「二つの顔」は、彼が幼年期に受けた国学の「生成」のカテゴリをもつてくれば解消するというのが、勿論推測の域を出るものではないにしても、私の考えである。しかし、同じような教育を受けて育った第八束の法律論が、陳重と著しく異なつたものとなつたのは何故か、これについては六で扱うことにする。

### （三） 陳重の方法論

議論の順序からいえば、直ちに陳重の「法律進化論」に行つてよいのだが、その前に、彼の法学方法論、あるいは広く社会科学方法論と呼んでよいものを簡単に述べておこうと思う。それは、陳重の法律進化論が、いかに彼の慎重

な方法論に立って説かれているかを示したためである。

碧海純一は、明治以後の「経験主義の法思想」を扱った論文<sup>(21)</sup>の中で、「経験主義は認識上の一概念」であると断りながらも、「経験主義の法思想は主として英米の思想伝統の影響のもとに」展開されたとし、その系譜に属する最初の法学者として陳重の名を挙げている（その他に、末弘巖太郎、高柳賢三、尾高朝雄、川島武宜などの名が連ねてある）。陳重を経験主義者——勿論、広い意味であるが——とする碧海の指摘は正しいと思う。しかし、陳重の学問・研究上における経験主義的態度も、すべてこれを西洋から学んだ訳ではなかった。

既に述べたように、陳重は、幼年期より本居宣長の思想から影響を受けたばかりでなく、宣長の学問態度に対しても、深く敬意を払っていた。陳重は、宣長の『古事記伝』などから、その経験主義的な学問態度を学びとっていたに違いない。宣長が、『古事記伝』の中で、『古事記』を理解する上で、極めて重要だと思われる「神」や「命」という言葉に、「未思得ず」と注を付したことはよく知られているが、このような宣長の態度に対し、陳重は次のように評している。「神典を註解するの書にして、而も総べて其用語の意義は之を詳解するを常とせるに拘らず、其基本觀念を表する『神』及『命』の意義に至りては、『未だ思ひ得ず』と称して、其説の発表を留保するが如きは、……是れ実に宣長の超凡なる学者的性格を示すものにして、時に此基本的觀念に対しては極めて慎重なる態度を執りたるものなるが如し。翁が『旧く説ることども皆あたらす』と断言せられたるに徴するも、之に付ては潜思考究せられたるや明らかにして、……之を前に引用したる『玉勝間』中の言と対比して考ふるときは、其学者的態度、真に奥床しさの限りと謂はざる可らず。」<sup>(22)</sup>『玉勝間』中の言とは、巻の二の四六に出ている「師の説になづまざる事」のことである。

さて、宣長のこうした学問的態度に敬服していた陳重は、その後、西洋の「科学」に触れることによって、彼の学

問上の方法論は、厳格に鍛えられた。明治初期、西洋に留学した多くの知識人が先ず何より驚いたのは、実に「科学」の威力であった。特に自然科学の素晴らしい発達は、彼等の最も驚愕したところである。陳重もその一人であつて、彼の法律学研究に、自然科学的方法が少なからず見られるのもそのためであり、また、自然科学の成果もこれを重視した。陳重は、明治二十二年に發表した論文「法律学の革命」の中で次のように書いている。「法律学は現時既に一大革命の時期に達したり。……法学の革命を促すものは何ぞや、曰く物理的諸学科、生物学、人類学、社会学等の進歩是れなり。法学も亦た学問の班位に列なるを以て、学理相関連するの理に因り、苟も他の諸学科にして著しき進歩をなすときは、法学も必ず其影響を受くべき者たるや必せり。」<sup>(23)</sup>しかし、陳重は、法律学をはじめとする社会諸科学を自然科学と全く同一視した訳ではない。同じ論文中に次のようにある。「然れども社会は有機体中最も複雑なる組織を有する人類の集合体なるに依り、其現象も随つて複雑を極むるものなるは当然のことなるを以て、社会的諸学科は物理的諸学科に比すれば、其原理を看出すことも亦た甚だ困難にして、仮令之を定質的に看出すことを得るも、之を定量的に確知するは尚ほ一層困難なりとす。」<sup>(24)</sup>

かかる陳重の方法論は、その後、具体的問題に対する実証を積み重ねていく過程で、一層鍛えられる。陳重は、諸現象に対する科学的検証の結果に関して、そこに四つのレベルを認める。<sup>(25)</sup>一つは、「真然」、あるいは「必然」のレベルで、自然科学における「法則」と同じ程度の真実性をもったレベルである。社会科学においてこのレベルに達することは極めて難しい。次は、「蓋然」のレベルで、結果について「反証」するものが殆どない場合であつて、それは一応「仮定説」(hypothesis)として認められる。次が、「或然」のレベルで、結果を支持する事実が大半であるに拘らず、僅かだが、それを「反証」するものがある場合である。最後が「不然」のレベルで、科学的検証によって認め

られない場合である。このように陳重の方法論は、極めて慎重といえる。陳重の方法論を今日のK・ポパーやI・ラカトシュなどのそれと比較すれば、勿論、粗雑の謗は免れないが、しかし彼等の厳密に見える方法論といえども、つまりは、陳重の真(必)然、蓋然、或然、不然のことを論じているに過ぎないといえ、言い過ぎだらうか。陳重の実証的研究の書『実名敬避俗研究』の末尾を彼は次のように結んでいる。「必然は素より期す可らず。蓋然は或は幸にして之を希ふことを得べきか。若し然らずとするも、少なくとも或然は之を望むことを得べきか。敢て識者の教を俟つ。」<sup>(26)</sup>

#### (四) 陳重と法律進化論

以上から明らかなように、陳重の学問的態度、あるいは、社会科学方法論というべきものは、非常に慎重なものであった。そして、陳重の法律学上の立場である法律進化主義も、彼は、極めて慎重に説いたのである。周知のごとく、H・スペンサーの所謂「社会ダーウィニズム」(Social Darwinism)は、明治期の知識人によって最も熱狂的に迎えられた思想であった。陳重も、スペンサーの思想を受け入れた一人であるが、しかしその受け入れ方は、他の、例えば、加藤弘之のそれとはかなり異なるものであった。そこには、「進化論」をめぐって解釈の混乱があったと思われる。だが、このような混乱は、受け入れ国としての我が国にのみあった訳ではない。「進化論」の母国イギリスにおいても、当初から混乱があった。従って、陳重の法律進化論を正確に理解するには、先ずその前に、そのような混乱を解きほぐしておく必要がある。その場合、進化論を、「文化発展(進化)論」、「生物進化論」、「社会ダーウ

「イニズム」の三つに分けることが重要ではないかと思う。

しかしその前に、陳重が、法律進化論を、法思想史の中で、どのように位置づけていたかを、簡単に見ておこう。

### (i) 法律進化論の位置

陳重は、明治十九年の論文「法律進化主義」において、法思想史の中で、法律進化論の位置づけを行なっている。<sup>(27)</sup> それによると、それまでの法思想は、先ず、他主主義と自主主義の二つに分けられ、またそれぞれ、造化主義と君制主義、民主主義と進化主義に分けられている(造化主義は更に、神意直接現示説、神意間接現示説、万有教の三つに、君制主義も、神授君権説、族長政治説、命令主義の三つに、また、民主主義は、民約説と沿革法理学の二つに分かれる)。即ち、法律進化論は、自主主義の第二番目に位置づけられている。しかし、この分類では、自然法の位置が不明瞭で、また、各説の「進化」の順序が必ずしもハッキリしない。そこで、ここでは、先に少し触れた、法の三つの分類によって、説明することにしよう。

法の三つの分類とは、法を「在・成・作」、即ち「在る法」、「成る法」、「作る(られた)法」の三つとするものである。<sup>(28)</sup> 今日の法律用語でいえば、自然法、普通法、実定法ということになる。さて、陳重によれば、法思想史の上で最も古いのは、「法は作るものとする」考えで、しかもこの考えは今日もまだ多数の支持を得ている。だがその内容は変化している、即ち作る主体に関して考えが変わってきた。簡単にいえば、法を作る主体は、「神より君に移り、君より民に進」んだ。「法律進化主義」で使われている用語でいえば、造化主義から、君制主義へ、そして民約説へと変化した、ということになる。次に現われたものが、「法の自然存在」の考えで、これには、法は、「天地の自然に

存在」するといふもの、「人性」に基づくといふもの、「人類固有の理性」に基づくといふものなどがある。そして最後に現われたのが、「法は成長発達するものである」という考えである。これは、「民俗慣習の法を以て法の本体と爲し、或は社会進化の理法に依つて法の発生発達を説く」とするものである。ここで、前者は、メイソヤザヴィニーなどの歴史法学派の説（沿革法理学）を、後者は、スペンサーなどの説をいっている。陳重のいう法律進化主義の考えは、最後に現われたこのスペンサーなどの説である。

続いて陳重は、「以上の三つの考えは、各々真理の一面を表したものであつて、必ずしも一は是にして他は非なるものと一概に言ふことは出来ない。」と述べている。これは、あるいは、彼の初期の考えと異なるかもしれない。例えば、自然法について、彼は、「法律学の革命」の中で、「自然法主義の法律学は最早臨終に程近く、第十九世紀の過去帳に其謚号を留むべきものなり」と主張していた。しかし、自然法と普通法とは、法の起源についての学説では対立しても、普通法には自然法的要素は排除されていないので、上のようにいってもよいのかもしれない。また、陳重が、「法を作るものとする」考えを尊重したことは言う迄もない。それは、特に、当時後進国で、国民の「権利」意識が薄弱であつた日本にとつて、重要であつた。陳重は、法を作る主体が、神↓民へと変化したこと、国民の権利意識の拡大と、社会の進化とを同一視したのである。法を作るものと考え、その主体を人民とした代表的な思想家はソルローであり、民約論がその説である。<sup>29)</sup>

だが、陳重は、先の「法律進化主義」の中で、民約論と同じところに——即ち、自主主義の中の民制主義——分類されているザヴィニーなどの歴史法学派の方を高く評価する。それは既に述べたように、「民俗慣習の法」を法の本質とするもので、より詳しくいえば、「法律を発生生物と做し、人類の智識発達するに随ひ、其需要と共に自然に発生

す、こと恰も言語の如しと」<sup>(30)</sup>する説である。即ち、陳重は、法を作るものとする考えより、法を成るものとする考えの方を高く評価した訳である。しかし、陳重は、ザヴィニーなどの歴史法学派の考えだけでは満足しなかった。明治二十年に書かれた小文の中で、陳重は、「ザビニー氏出でてより以来今日に至る迄、歴史法学派は尚ほ法学の権柄を握ると雖も、今より後は必ず法理学の研究に一大變動を生じ、進化主義の法理学勢力を専らにするに至るべし。」<sup>(31)</sup>と書いている。この進化主義の法理学こそスペンサーなどのそれであった。その辺を、陳重の文章でもって、いま少し詳しく歴史的に記すと次のようになる。「晩近諸科学の進歩殊に著しく、物理学、生物学、人類学、社会科学等の発見踵を接で起り、駟馬尚ほ追ふべからざるが如し。就中ラマルク、ギョーテの諸碩学は、生物進化論の端緒を啓き、ダルウキン、ワレーズの諸氏は自然淘汰の原理を発見し、ハルバート・スペンサー氏等進化哲学を唱へしより、学問世界に一大震動を惹起し、社会的諸学科は之が爲に其面目を一新するに至れり。」<sup>(32)</sup>

### (iii) 文化発展論と生物進化論

以上から、陳重の法律進化論の位置が略々明らかになったかと思うが、その要点を箇条書きにすれば、次のようになる。一、法律進化論は、自主主義に含まれる法理論である。二、法律進化論は、法を「成る」ものとする考えから出て来たもので、しかもそれは法の起源に関して同じ立場にある歴史法学派の理論より優れている。三、それは、生物進化論その他の影響を受け、スペンサーなどによって、唱えられたものである。四、法律進化論は、法思想史の中で最も新しい理論で、将来の法律学の方角性を示すものである。

議論の順序からすれば、当然次は、陳重がスペンサーなどの「社会進化論」、あるいは、「社会ダーウィニズム」を

いかに理解、解釈し、それを法律学の中にどのように撰取したかが論じられるべきであるが、しかしそれらを陳重の著作の中から直接見出すことは、かなり困難である。次の文章には、スペンサーなどの影響がハッキリ認められる。「抑も、人類の社会に共存するや、其間必ず生存競争なる者あり。生存競争ありて自然の淘汰行はれ、自然の淘汰行はれて適者生存し不適者は亡滅す。是れ生物進化の大則なり。然り而して、法律なる者は人類が政治社会即ち邦国を組織し、以て其社会をして生存競争に耐へしめ、以て人類の進化を補成するの具なり。……各国の法律の如きも、各国の交通盛なるに及べは、竟に其間に自然淘汰行はるるに至り、優法は生存し、劣法は亡滅す。……優法は自然他邦に伝播し、劣法は漸く消滅す。是れ優勝劣敗の大則、各国法律の間に行はるる所以なり。」<sup>(33)</sup>この文章を讀むと、確かに加藤弘之を思わせるものがあるが、しかし、このような文章は、この他にはあまり見出し得ないものである。

「夫れ法律は社会的現象なり、社会的現象は人類的現象なり、人類的現象は固より万有的現象の一部なり。」と陳重は記す。したがって、法律学は、自然科学をはじめ、生物学、他の社会諸科学などの方法と成果から学び展開されなければならないという。しかし、既に(三)の陳重の方法論のところ述べておいたように、彼は、自然現象と社会現象を比較し、後者の方が複雑であることを認め、社会現象に自然現象におけることき「法則」(＝自然、あるいは必然)を発見することは困難であるとした。では、生物学的な現象はどうか。陳重はある箇處で次のように述べている。「法律学は社会学の一部なり。社会学は生物学の一部なり。一切の生物既に進化の大則に依りて支配せらる。人類の群居団結せる社会、何ぞ独り之を離るることを得んや。……」<sup>(35)</sup>確かに社会科学、したがって、法律学は、生物学の一部——先の引用文の内容も含めると、生物学も自然科学の一部ということになる——である。しかし、陳重も認

めているように、生物学的現象は「実験」が可能である。これに対して、法学が基づくべきものは、「観察」、「経験」、「論理」である。<sup>(36)</sup>したがって、法学と生物学との間には、厳密性、蓋然性においてかなりの相違があるに違いない。多分、陳重はこのように考えていたと思われる。

以上のように考えられるならば、陳重の法律進化論と例えば加藤弘之の進化論とは、その方法と内容において著しく異なったものといわねばならない。したがって、陳重の場合、嫡孫穂積重行の次のごとき指摘は恐らく正しいであろう。陳重は著『法律進化論』を中心とする「数多くの著作を通じて、進化論的発想を十分にうけいれながらも、ダーウィニズムの立場の端的な表現である『生存競争』『適者生存』『自然淘汰』等の概念を、少くともその論理の軸、法律進化の法則ないし基本的動因としては使用していないのであって、ここに加藤(弘之)筆者)の進化論受容との決定的な相違点がある」<sup>(37)</sup>、このように重行はいう。では、陳重の法律進化論は、どのようなコンテクストの中で把握すればよいだろうか。大胆な仮説だが、私は陳重の法律進化論は、近代初期のイギリスの「文化発展(進化)論」(a theory of cultural evolution)の延長上に位置づけられるのではないかと思う。<sup>(38)</sup>

久しい間、われわれは、「進化」という概念は、生物学においてはじめて発見され、使用されたと思っていた。そこから「進化論」をめぐるさまざまな混乱が生じた。だが、その後の調査研究から明らかになったのは、「進化」なる概念は、近代初期のイギリスの社会科学から得られたもので、ダーウィンがそれを生物学の領域に適用した、ということであった。即ち、ダーウィンは、「進化」という概念を、D・ヒュームやA・スミスやデュガルド・スチュアートなどから得ていたのである。F・A・ハイエクなどは、彼等の社会理論を総称して「文化発展論」と呼んでいる。そしてハイエクやC・メンガーなどによれば、その文化発展論をドイツにおいて法学に適用したのが歴史法学

派であった。では、スペンサーなどの「社会ダーウィニズム」はどう理解すればよいのか。私の理解では、それは、文化発展論と生物進化論とを不用意に結びつけたものではないかと思う。

それ故、文化発展論と生物進化論の違いを知ることが重要になる。それについてここに詳しく触れることはできないが、例えばハイエクは、両者の相違として次のようなものを挙げている。<sup>(39)</sup>一、文化発展論においては、後天的に獲得された特性の伝達が重要な役割を果たすのに対し、生物進化論ではそうではない。二、生物進化論では、血縁関係を通して生理的特性は伝達される。これに対し、文化発展論では、無数の不特定の人々から、文化的特性は伝達される。三、文化的発達の方が生物的進化よりもずっと速く進む。また、「社会ダーウィニズム」が抱える重大な問題点について、碧海純一は次のように指摘する。「ダーウィン自身においてはあくまでも非目的論的に経験的事実の次元で捉えられていたところの自然淘汰による『優勝劣敗』の趨勢が、一種の『自然主義ファラシー』(the naturalistic fallacy)を通じて、規範的、『天理』に転換されるところにある。<sup>(40)</sup>誤解はないと思うが、文化発展論も、ダーウィンの生物進化論と同じく、非目的論である。それに対し、陳重の論述の中に、目的論的なものが散見されるが、しかし、それは、後進国に置かれた者としては、当然のことともいえるのであって、それが恐らく、スペンサーへの親近を誘ったと思える。

### (iii) 法律進化論の内容

陳重は、「文化発展論」、「生物進化論」、「社会ダーウィニズム」の区別をしている訳ではない。また、彼が、それらに相違のあることを直接意識して論じている箇所も見当らない。欧米でも、「進化論」に関して、このように三つ

に分けて議論されはじめられたのが最近のことであってみれば当然であろう。しかし、上述したところから推測し得る確なことは、陳重の進化論は、「文化発展論」の延長上にあると見てよくだらうということである。改めて述べると、この「文化発展論」における「発展」(evolution)の概念は、文化は在るもの(自然)でもなく、また、作られたもの(作為)でもなく、成ったもの(生成)であるという内容のものである。これを法の領域において展開したのが歴史法学派であれば、経済の領域で展開したのが、古典派経済学であった。陳重の法律進化論は、歴史法学派の時代より、一段と発展した文化レベルから、再び法律学を見直したのもといつてよからう。陳重が、法律を文化の一部と考えていたことは、「法律は、社会の進歩に伴随し、国民の文化と駢馳す。」<sup>(41)</sup>といつてゐるところからも明らかである。したがって、法律の継受も文化の一部として継受される。「法律の如きは、文化の一大元素なるを以て、……苟も外国の文化を輸入する時は、必ず之と共に法律を継受」<sup>(42)</sup>したのである。

さて、以上の推測が当たっているとすれば、「文化発展論」のコンテクストの中で、また、その一部として展開された歴史法学の延長上に構想された陳重の「法律進化論」はいかなる内容をもっていたか。既に、イギリス留学中より法律進化の研究を「生涯の仕事としたい」としていた陳重の『法律進化論』の構想は、二部六卷十二冊という大きなものであったが、生前には、第一部上巻にあたる二冊のみ刊行されただけで、竟に未完に終わった。『法律進化論第三冊』は、陳重の死んだ翌年、重遠の手によって出版された。しかし、未完に終わったとはいえ、その構想の全貌は明らかにされている。『法律進化論』の構想は、全体が二部から成っており、そしてそれぞれが上、中、下の三巻に分かれています。まず、陳重は、「総論」の中で、『法律進化論』の目的を述べている。「社会力には静状と動勢との二状態が有る。故に社会力の一様たる法律にも亦静状と動勢の二状態がある。……故に、……法律学に於ても、……法律静

学 (Legal statics) と法学動学 (Legal dynamics) との別が生ずる。……法律進化論は法律動学に属するもので、法現象の時間的觀察に依つて、法律の發生、發展の理法を明かにするを目的とするものである。<sup>(43)</sup>

第一部は、「法原論」であり、法現象發生の状態を論ずることを目的としたものである。それは三巻から成っており、上巻では、原形論——法律はいかなる形態において發生するものであるかを扱う——、中巻では、原質論——どのような規範が法律の元質となるかを扱う——、下巻では、原力論——どのような種類の社会力が法律となるかの問題を扱う——、をそれぞれ論ずる。次に第二部は、「法勢論」で、法現象變遷の理法を論ずるのを目的とする。これも三部から成っており、上巻では、發達論——法の内因的進化、即ち、人種、民性、地勢、政体、宗教、徳教、世論等のごときその法境中に自發内在する原因に基づく法の進化を扱う——、中巻では、継受論——法の外因的進化、即ち、外国との接觸に起因する外国法の模倣、採択、および海外の学説が立法、裁判等に及ぼす影響を扱う——、そして下巻では、統一論——法の世界的進化、即ち法は文化の進歩に随つて、常に世界化される傾向を有し、各国民は自国特有法と世界共通法とによって支配されるようになることを扱う——、をそれぞれ論ずる。

『法律進化論』がこのように壮大なものであったことについて、松尾敬一は次のように述べている。「氣宇の宏大なる点において、爾後のわが国の法理学者たちにその比を見ないといつて過言でない。法の生成・發展の理論として、もし完成されていたならば、あるいは完成していないとしても、全般にわたる研究計画が存在したならば、『一般法史学』の業績として高く評価され、大きな影響力を後世にもつたのでなからうか。<sup>(44)</sup>」恐らくそうであつたらう。ところで、陳重の『法律進化論』の構想の中で、今日の時点からみて、最も興味を起させるのは、最後の統一論である。この問題は、陳重の早くより抱いていたもので、既に明治十八年の「万法歸一論」の中で、「万国の法律は幼稚

の時代に在て仮令如何程其性質を異にするも、其発達するに随ひ、漸く其軌を一にするに至るべき」だと論じていた。統一論が書かれなかったのは、まことに残念なことであったが、その基本的考えは、「事物の世界化は社会進化の大勢である。事物の国民化は其国民の特性に順応し、而も世界進化の趨勢と背馳せざる範圍に於てのみ其国民の利益と為るものである。」<sup>(46)</sup> というものであったろう。

##### （五） 陳重の先駆的業績

「法律進化論」自体が巨大な先駆的業績であるが、それをいろいろな角度から見ると共に、その他における陳重の法律学上の先駆性を述べてみよう。

先ず第一に、陳重は、比較法学の先駆者であった。法の比較といっても、いろいろあるが、特に、歴史的比較と、自国法と他国法との比較が重要な課題である。陳重がイギリス留学を途中で止めドイツに渡ったのも比較法学を学ぶためであった。また、「法典論争」に見られるように、現実の日本の法律問題も、その解決のためには、比較法学的知識が必要だったのである。既述のように、陳重は法律の世界的進化を信じていたが、また、自国法の特性もこれを尊重していた。比較法学が重要な意味をもつのもそのためであり、またその研究が、極めて慎重で、学問的なものもそのためであった。「現今本邦の法学は、恰も第十九世紀の初に於ける独逸国の法学界に於けるが如く、継受法の講究を以て学者の唯一の目的とするが如し。是れ正に固有法、準固有法と新継受法との關係を明にし、以て我國現下の需要と融合調和する必要のあるの時なり。」<sup>(47)</sup> また、「外法の研究素より時勢の必需たり。然れども、之れと同時に本

邦の歴史を研究し、国体、民俗、気候、風土を明らかにするに非れば、採長補短の益を得べからず。」と陳重は記している。

次に、『法典論』に見られるように、立法学における先駆的業績も忘れてはならないであろう。『法典論』は、比較法学、法律進化論に基づいた立法学といえる。そこでは、「国民的自重」（フロンティア・プライド）を失うことなく、外国の優れた学説を取り入れるべきことが主張されている。また、「法典は静止し、社会は進動す、故に法典と社会は常に相離るるの傾勢なり」とし、法典委員会の常置を説いているが、これは、彼の法律進化論の立法学への適用だといってよからう。しかし、『法典論』で注目されるのは、何といってもその市民性であろう。「法律の明確なるは人民の権利の一大保障」であるので、「若し黔首を愚にし『民をして依らしむべし知らしむ可らず』の古政策を採らば止む、苟も法治の新主義に則り『民をして知らしむべし擲らしむべし』となさば、法律の外形論は毫も忽せにすべからざるの大問題と称すべきなり。」と陳重は論じている。松尾敬一は、明治二十三年に出た『法典論』と昭和二十二年の「立法の民主化について」(49)（公法研究会）を比較し、「前者の新鮮さに驚くとともに、後者の発言が色あせる感がある。」(50)といている。小野清一郎の『法典論』評は既に〔二〕で引用しておいた。

また、陳重が、極めて早い時期に、「社会権」を論じ、その一つとしての「老人権」を主張したのも注目されてよいことである。これは、高齢化社会になりつつある現代という時代からいっても、非常に興味を惹く問題でもある。社会権という用語がはじめて使われたのは、明治四十三年の「英国に於ける養老期金法と社会権」（発表は前年である）という講演論文である。これは、明治三十三（一九〇〇）年頃から、イギリスにおいて——他のヨーロッパ諸国でも——、重大な政治・社会問題化していた養老基金法の問題を取り上げ、自説を述べたものである。同論文の中で

陳重は、「國民の一員たるが故に有する權利、例へば選舉權、被選舉權の如きは之を民權、若くは國民權と云ふことを得べきが如く、養老金權は老人が特に社會の一員として有するものなるを以て之を社會權と稱すべきものである」(51)といっている。また、『隱居論』(再版)の中で、時代は、まさに、「老人權承認の時代」に入らんとしていると述べている。狭い枠の中とはいえ、社會權というものが極めて早い時期に陳重によって唱えられたことは注目されてよいと思う。

更に、陳重が、社會主義に對し、これまた極めて早い時期に、學問的關心を示していたことも注目すべきことである。明治三十七年の「仏蘭西民法の將來」という講演の中で次のように述べている。「社會主義の學説は、未だ其全部を真理なりとして容認せらるるに至らずと雖も、其政策中時弊に適中するものと認められたる部分亦た尠しとせず。……彼等は極端個人主義に依るものなりと雖も、民法の主義に反して団体組合法を以て其政策の主体と為す者なり。彼等は所有權の基礎を非認する者なり。彼等は相続權を非認する者なり。……彼等の唱ふる所は、理論に於て誤れる所あり。彼等の主張する政策は、実行の不能なるもの亦た鮮しとせず。然れども、彼等の政策中能く時弊に適中するもの頗る多く、近時諸國に於ても漸を以て其実行を觀るに至る。」(52)陳重は、これ以上、社會主義に關して發言することはしなかつたが、非常に早い時期に社會主義に關心を持ち、研究したことは、注目されてよい。

陳重の先驅的業績は、他にもいろいろあると思うが、ここではこのくらいにしておく。

## 六 陳重と八束

最後に、陳重と八束の法思想を比較することによって、本稿を締め括ろうと思う。一般に八束は、国権論者、国家主義者、国体論者といわれている。そして、その点で、陳重の「二つの顔」の一つである「祖先祭祀と家制の信念」との間に「接点が存在した」とされる。しかし問題は、そう簡単ではない。というのは、(三)で述べたように、「祖先祭祀と家制の信念」と、いま一つの顔とされる「法律進化説の学問体系」とは、決して別ものではなく、両者は関連しており、連続していると推測できるからである。

本稿冒頭のマイニアの文章に出てくる「日本の伝統思想対西洋法思想」も、「日本の伝統思想」を何とし、「西洋法思想」を何とするかで、図式は大いに変わる。「日本の伝統思想」の方は、幸い、陳重、八束両者共に国学といつてよいであろうから、問題はあまりないかもしれない。しかし、「西洋法思想」を自然法思想、法実証主義、あるいは普通法のどれに見るかで、図式は随分異なったものになろう。陳重が最も影響を受けたのは、普通法の伝統であり、八束の場合は、法実証主義であった。確かに、法実証主義は、学説としては新しいが、しかし起源からいえば、恐らく最も古いであろう。これに対し、普通法が学説として唱えられたのも新しいのであり、起源においても最も新しい。蓋し、前者は、法を「作るものとする」系譜に属するものであり、後者は、法を「成るものとする」系譜に属するものである。自然法思想は、法を「在るものとする」系譜に属す。これらを上から簡単に、法の起源に関する、法作為説、法生成説、法自然説とすれば、法作為説と法自然説はギリシア以来の長い伝統をもつものであり、法生成説は、

近代に至って唱えられたものである。そして、これ等法の起源に関する学説が、思考様式における、「作為」、「自然」、「生成」というカテゴリーと重なり、その一部の展開であることはいう迄もない。

陳重において、「祖先祭祀と家制」と「法律進化説の学問体系」とが連続的に結び付き得たのは、国学と進化論、両者の思考様式が「生成」のカテゴリーを中心としたものであったからだとと思われる。では八束の場合どうであったか。八束も陳重と全く同じ環境の下に育ったのであるから、国学の影響を主として受けた。したがって、天皇や国家に対する忠誠において、両者に濃淡はなかったと思われる。それでは一体、両者の間に、法思想上著しい差異をもたらしたものは何だったか。先ず考えられるのは、両者の学問態度の相違である。陳重は、東洋（日本）の思想概念と西洋のそれとの比較には極めて慎重であったが、八束はそうではなかったようだ。マイニアの『西洋法思想の継受』の中に、次のような箇所がある。八束は、「忠誠を絶対化し、西洋公法学の用語を用いてこの絶対的忠誠に重味をつけた。しかし穂積は、西洋法学の用語を利用しようとして、却って西洋法学のベースにはまってしまうたのではない<sup>(53)</sup>。恐らくそうだろうと思われる。マイニアの次の文章は多分、そのあたりのところをいったものだろう。『法ハ主権者ノ命令ナリ』、これが穂積の思想遍歴の中心的動機をなす命題かもしれない。この命題は一八八二年にはオースティンの分析法学の枠組で、西洋に赴いてはラーバントの法実証主義の枠組で、そして一八八九年以後は穂積自身の体系の中でとらえられた。水戸学や国学には法概念はないが、仮にあったとしたら、『法ハ王言』というものであろう。穂積の最初の判断枠組はおそらく水戸学・国学であり、穂積がまずオースティンに、続いてラーバントに接近したのも、十九世紀後半の西洋思想が法を主権者の命令となしていたからではあるまいか。<sup>(54)</sup>」

八束の法理論のもつ最大の問題は、日本の天皇や国家と「主権」の概念とを無理に結びつけたところにあると思

う。その結果として、天皇や国家の絶対化がもたらされた。「主権」は「作為」のカテゴリの極めて強い西洋特有の概念である。長尾龍一は、主権概念の背景には、「超越神の一神教というユダヤ・キリスト教的世界観がある」と<sup>(55)</sup>と  
いっている。「作為」の概念が極めて薄い——それ故、作為性の強い外来思想に依存せざるを得なかったのだが——  
日本において、主権の概念が生まれる余地はなかったと思われる。

最後に、キリスト教と陳重、八束のいう祖先教（陳重はこの語は殆ど使っていない）について一言述べておこう。  
キリスト教と祖先教が根本的に異なったものであることを認めていた点で、陳重と八束は同じであった。<sup>(56)</sup>簡単にいえ  
ば、一神教と多神教ということである。だが、陳重は、両者の共存を信じていたが、八束は、キリスト教を排撃し  
た。思うに、主権者が二人ということはあり得ないからであろう。しかし、キリスト教も、法律進化主義の中では、  
消極的な座を占めているに過ぎない。だが、陳重の祖先教は、法律進化論の中で、矛盾なく、しかも相当の座を占め  
ていた。

#### 注

- (1) R・H・マイニア『西洋法思想の継受』（長尾他訳、東大出版）二頁。
- (2) 丸山真男『歴史意識の「古層」』（『日本の思想』6『歴史思想集』筑摩書房）三五頁。
- (3) 高橋作衛「穂積八束先生伝」（『穂積八束博士論文集』有斐閣）四頁以下参照。
- (4) 山内老墓については、長尾龍一『日本法思想史研究』（創文社）二八八―九頁を参照。
- (5) 松尾敬一「穂積陳重」（『日本の法学者』日本評論社）五五頁。
- (6) 穂積陳重「英行紀事」（『書齋の窓』二七号、十二頁）。
- (7) 同右、二八号、九頁。

- (8) 桜井鏡二の話しとして伝えられている。(『学士学会月報』) 第四五八号、二〇頁以下。
- (9) 穂積陳重「サー・ヘンリー・メーン氏の小伝」(『穂積陳重遺文集』岩波書店、以下『遺文集』と略す。岩波書店) 第二冊、二〇一頁。陳重は外人名に括弧をつけているが、ここでは略す。以下同じ。
- (10) 穂積陳重「独逸国へ転国の願書」(『書齋の窓』) 二三号、八頁。
- (11) 穂積重行「明治一〇年代におけるドイツ法学の受容」(家永編『明治国家の法と思想』御茶の水書房) 五二六―七頁。
- (12) 小野清一郎「立法過程の理論」(『刑法と法哲学』有斐閣) 九〇頁。
- (13) 福島正夫「兄弟穂積博士と家族制度」(『法学協会雑誌』) 第九十六卷第九号、一〇六五頁。
- (14) 同右、二一六―九頁。私は「生成」のカテゴリーにおいて、伝統と進歩が共存し得ると考える。その点で、イギリスと日本は類似している。
- (15) Hozumi, N., *Ancestor-Worship and Japanese Law*, The Hokuseido Press, 1940. 穂積巖夫訳『祖先祭祀と日本法律』有斐閣、邦訳一九二〇頁。
- (16) 穂積陳重『実名敬避俗研究』刀江書院、三頁。
- (17) 本居宣長「玉くしげ」(『日本文学体系』) 97『近世思想家文集』岩波書店) 三二五頁。
- (18) 拙稿「日本思想の原型としての本居宣長の思想(一)」「(二)」(『早稲田社会科学研究所』二十八、二十九号参照)。
- (19) 穂積陳重『祭祀及礼と法律』岩波書店、一五〇―一五九頁。
- (20) 穂積陳重『神権説と民約説』岩波書店、五―六頁。
- (21) 碧海純一「経験主義の法思想」(『近代日本思想史』有斐閣) 三八七―八頁。
- (22) 穂積陳重『実名敬避俗研究』刀江書院、一〇三―四頁。
- (23) 穂積陳重「法律学の革命」(『遺文集』第二冊) 八三頁。
- (24) 同右、八八頁。
- (25) 穂積陳重「由井正雪事件と徳川幕府の養子法」(『遺文集』第三冊) 六七―一三頁。
- (26) 穂積陳重『実名敬避俗研究』刀江書院、二四五頁。
- (27) 穂積陳重「法律進化主義」(『遺文集』第一冊) 四四八頁以下参照。

- (28) 穂積陳重『神權説と民約説』岩波書店、五十一〇頁、尚、陳重の分類に対する小野清一郎の解釈(小野前掲論文)も興味深い、それについては別の機会に論ずることにした。
- (29) 穂積陳重「権利の感想」(『遺文集』第二冊)も参照。
- (30) 穂積陳重「法律進化主義」(『遺文集』第一冊)四七六頁。
- (31) 穂積陳重「スペンサ氏の法理学に対する功績」(『遺文集』第一冊)六一三頁。
- (32) 穂積陳重「飯野謙一君訳国家法制起源序」(『遺文集』第二冊)二七五頁。
- (33) 穂積陳重「万法婦一論」(『遺文集』第一冊)三五九一六〇頁。
- (34) 穂積陳重「飯野謙一君訳国家法制起源序」(『遺文集』第二冊)二七八頁。
- (35) 穂積陳重「法律学の革命」(『遺文集』第二冊)八五頁。
- (36) 同右、八九頁。
- (37) 穂積重行前掲論文、五三九頁。
- (38) 私は、社会や文化の evolution は「発展」と訳し、生物学における evolution は「進化」と訳すことにしている。本稿もそれに従っている。拙著『ハイエクと新自由主義』(行人社)第一章参照。
- (39) Hayek, F. A., "The Rules of Morality are Not The Conclusions of Our Reason", 1983. 参照。
- (40) 碧海純一前掲論文。三九一頁。
- (41) 穂積陳重「英仏独法学比較論」(『遺文集』第一冊)三三二頁。
- (42) 同右、三三二頁。
- (43) 穂積陳重『法律進化論』岩波書店、第一冊、二一三頁。
- (44) 松尾敬一「穂積陳重の法理学」(『神戸法学雑誌』)第十七卷第三号、二四頁。
- (45) 穂積陳重「万法婦一論」(『遺文集』第一冊)三七八頁。
- (46) 穂積陳重『法律進化論』岩波書店、第二冊、四一七頁。
- (47) 穂積陳重「広池千九郎君著東洋法制史序論」(『遺文集』第三冊)一九五一六頁。
- (48) 穂積陳重「日本古代法典批評」(『遺文集』第二冊)二六八頁。

- (49) 穂積陳重『法典論』（『明治文化全集』第八卷、法律篇）五三六頁。
- (50) 松尾敬一「穂積陳重の法理学」一九頁。
- (51) 穂積陳重「英国に於ける養老期金法と社会権」（『遺文集』第三冊）四〇四頁。この問題については、菊池勇夫「穂積陳重と社会権」（『日本学士院紀要』第三十卷、第一号）に詳しい。
- (52) 穂積陳重「仏蘭西民法の将来」（『遺文集』第三冊）一八一―九頁。尚、詳しくは、福島正夫「穂積陳重の比較法と社会主義法研究」（『早大比較法研究所創立二〇周年記念講演集』）五一―九頁参照。
- (53) R・H・マイニア前掲書、一七〇頁。
- (54) 同右、一八〇―一頁。
- (55) 長尾龍一「穂積八束」（『日本の法学者』日本評論社）一〇五頁。
- (56) 穂積陳重『祖先祭祀と日本法律』（穂積巖夫訳）原序参照、八束のキリスト教観は、マイニア前掲書第四章参照。