

穂積陳重の法律進化論に関する一考察 －穂積陳重の法認識－

石澤 理如

目次

- I はじめに
- II 比較法学的な視座—ヨーロッパ法と日本法との比較
- III 社会進化と法との関係
- IV 文化受容による社会進化と法
- V 『法典論』にみられる穂積の法典編纂觀
- VI おわりに

I はじめに

穂積陳重（1856-1926）という名は、日本の法律学の祖として、または1898年（明治31）に施行された明治民法の編纂者として、さらには梅謙次郎や富井政章と並んで「明治民法三博士」として知られている。穂積の学問的業績を概観すれば、家族制度の研究や比較法研究、法理学、『法窓夜話』に見られる法制史的研究など、その研究分野は多岐にわたっている。穂積はこうした研究蓄積の集大成として、晩年に『法律進化論』（以下、『進化論』と略す）を執筆した。この『進化論』は未完の書であったが、草稿が遺されていたため、長子である穂積重遠により、穂積陳重没後に三巻本として刊行された。この『進化論』は法律の進化の過程を詳細に分析しているが、膨大な分量のためか、具体的な解明はなされてこなかった。穂積は『進化論』の自序の中で、「法律進化論」というテーマを「生涯の事業」⁽¹⁾であると述べ、穂積が生前に執筆した個別論文や個別の著作がすべてこの「法律進化論」なるものに収斂され、穂積の研究のすべてが「法律進化論」の解明に繋がっていると述べている。

そもそも穂積は、なぜ「法律進化論」を「生涯の事業」と考えたのであろうか。それを探

る手掛かりは、穂積の生涯の友であった東京帝国大学の櫻井錠二（1858-1939）の回顧談にある。櫻井は1876年（明治9）の文部省（現・文部科学省）の国費留学生として渡英し、穂積と同じくロンドン大学に留学した化学者である。少々長いが引用したい。

殊にダーウィンの進化論、スペンサーの社会学原理が出て間もないことで非常な評判がありました。私等も此の両書（引用者注—ダーウィンとスペンサーの著書）を愛読したのですが、殊に穂積君は熱心に読んで居られた。それは明治十年頃ですが、其の頃から穂積君は法律進化論と云ふことを考へられ、進化と云ふことは自然界の現象である、法律は人事に関するものであるが、人間も矢張り自然界の一部分を成して居るものである。どうしても法律と云ふことに付ても矢張り進化と云ふやうな進化がなければならぬと云ふやうな所に気が付いたのでありますて、さうした此の法律進化に関する調査研究を以て自分の生涯の事業としたいと云ふことを私共に話されたのであります。⁽²⁾

この回顧談を表面的に読めば、ダーウィン

とスペンサーのいわゆる「進化論」が、当時の若い研究者に大きな影響力を与えていたことが読み取れる。ところが穂積の認識に焦点をあてれば、穂積は進化と呼ばれる現象がすべて「自然現象」であると捉えている点、また人間が「自然界の一部分」であり、その人間が創出した「法律」も「人事に関するもの」である以上、進化の対象となる点が読み取れる。こうした穂積の法律進化に関する視座は、現在の法哲学や法社会学、法人類学や法文化論にも通底する、法の文化論的考察であったと言える。

先行研究において、穂積の学問的性格はどう位置づけられているのであろうか。穂積の一連の個別研究は「法律進化論」のいわば前提的な研究であるという見解で一致⁽³⁾している。福島正夫氏は、穂積の家族制度研究が穂積の学問上の最終的な目的ではなく、その根底には「いっそう大きい法学思想ないし問題意識」があり、それこそが「法律進化の思想」であったことを指摘⁽⁴⁾している。ただ、福島氏は、「法律進化の学問体系」と「祖先祭祀や家制の信念」とが、穂積の中でどのように共存し、また整合性を持ち得ていたのかについては解明できない⁽⁵⁾と述べている。福島氏の考案からは、穂積の法の進化に関する研究と、古来から繰り返されてきた伝統的な法の存在の研究という、異なるベクトルを持つ穂積の「二つの顔」について、明確な解答は示されていない。

こうした穂積の「二つの顔」に対して、一つの方向性を示したのが古賀勝次郎氏⁽⁶⁾である。古賀氏は、日本において、欧米の進化論が他のアジア諸国とは異なり、さほどの抵抗もなく受容されたことに着目し、その根拠として日本における国学の「生成」という概念が重要な役割をはたしていることを指摘している。古賀氏は、日本の伝統思想を形成した要素の中で、国学的な要素が看過されてきたことに言及し、穂積家が宇和島藩の国学者の

系譜に属することを根拠とし、穂積の法律進化論には「生成」という概念によって西洋近代思想の「evolution」と連結することができたことを指摘している。国学的な視座で西洋由来の「進化」論を捉えることに矛盾を感じるかもしれないが、西洋の学問が浸透していなかった明治初期の学問状況を考慮すれば、穂積の認識の根底に、近世的な国学の「生成」の概念があったとしても不思議ではないと思われる。伝統的な法の存在を所与のものとして認めつつ、その法自体が社会進化の流れで変化することを考察した点は、穂積の「二つの顔」の解明に寄与していると思われる。ただ穂積法学の中で考えたとき、伝統的法体系の研究が法の進化論とどのように連結するのかについては十分に解明されたとは言えない。

やや大雑把だが、穂積法学の集大成とも呼べる『進化論』を理解し、穂積の「二つの顔」を明らかにするには、その前提作業として、穂積の膨大な個別論文を紐解き、それを手掛かりとして、穂積の「法律進化論」が如何なるものであったか、その全体像を把握する必要があると思われる。穂積の「法律進化論」は、現在の法哲学や法社会学、法人類学や法文化論にも通底する、法の文化的考察を法律の進化というパースペクティヴで捉えようとしていたと考えられる。とすれば、法律進化論と家制や祖先祭祀といった家族制度研究という穂積の「二つの顔」を整合的に捉えるためには、やはり穂積の個別研究の再検討が必須であると思われる。その際、この「二つの顔」が必ずしも整合的に理解できるとは限らないが、穂積の思索の中では矛盾していなかったと思われる。

そこで本稿では、穂積の「法律進化論」が如何なるものであったかを解明するため、その前提となる穂積の個別論文および個別の著作を紐解き、近代日本の法律学の形成に大きな足跡を残した穂積が、西洋的な近代法をど

のように捉えていたのか、また伝統的な慣習や道徳と法との関係など、穂積に関する法認識を明らかにしたい。

II 比較法学的な視座—ヨーロッパ法と日本法との比較

1. 穂積における法律と道徳との区別

穂積の法律進化論を検討する前に、穂積の略歴を紹介したい。1855年（安政3）、宇和島藩家老で国学者であった穂積重樹の次男として生まれた。憲法学者として知られる穂積八束は実弟である。祖父の重磨は宇和島藩に国学を導入した人物として知られ、父重樹も国学者であった。先述の古賀氏の穂積の思想的傾向の指摘は、こうした穂積家の稼業に依拠したものである。その後、大学南校（現・東京大学）から開成学校を経て、1876年（明治9）に文部省（現・文部科学省）の国費留学生としてロンドン大学キングスカレッジに留学、同じ年にミドルテンプル法曹院にも入学している。1879年（明治12）にミドルテンプルを卒業し、法廷弁護人（パリスタ）の称号を得る。その後、ベルリン大学に移り、ローマ法の権威であるハインリッヒ・デルンブルヒや歴史法学の大家フリードリッヒ・カール・フォン・サヴィニーに師事した。帰国後の1881年（明治14）には東京大学法学部講師となり、翌年には27歳の若さで東京大学法学部教授と法学部長を兼任した。1888年（明治21）には日本初の法学博士の学位を取得、1890年（明治23）には貴族院議員に勅選された。1893年（明治26）に法典調査会主査として、梅謙次郎や富井政章とともに民法の修正を手掛ける。1926年（大正15）に72歳で逝去した。

こうした穂積の略歴を概観すれば、穂積が日本における法律学の確立に重要なポジションを占めていたことがわかる。では穂積はロンドン大学およびベルリン大学での学問的研究

鑽の中で、西洋法をどのように理解していたのであろうか。穂積は欧州留学帰国後、精力的に論文を執筆している。中でも帰国後すぐに発表した「法律と道徳の関係区別」⁽⁷⁾は、法と道徳との関係性という法学の根本的な問題に対して、日本法とヨーロッパ法との比較を通して検討している点で注目に値する。

ただこの論文は表題のごとく、法と道徳との関係性と区別について明確に論じているとは言い難い。『進化論』の中で明確に区別したこととは異なり、この段階での法と道徳の区別は判然としたものとは言えない。この曖昧さは何に起因するのであろうか。その疑問を解く一つの鍵は、この論文の執筆時期と無関係ではない。というのも、この論文は、欧州留学から帰国した翌年の1882年（明治15）に刊行されているからである。帰国後すぐに東京大学法学部講師となり、翌年には同法学部教授と法学部長を兼任することになった。こうした経緯を勘案すれば、雑事の中、穂積が欧州留学で得た知識を備忘録的に執筆した論文と考えられる。『進化論』の予備的考察としてこの論文を位置づければ、穂積の曖昧な区別は理解できる。ではこの論文を手掛かりとして、穂積の法と道徳に関する認識を探っていきたい。

穂積は、法と道徳との関係について、その発生原因の違いを根拠として論じている。

人類あって而後道徳あり、国民あつて而後法律あり。人類ありと雖も未だ一国を組成せず、主治者被治者の分未だ定まらず、主権国民の別未だ明ならざるの時に当りては、法律未だ発生する能はず。之に反し、人類未だ結団して邦国を成さざるも、苟も人類あらば道徳は必ず之に随伴し、須臾も人に離る可らざるものなり。詞を替へて之を云へば、道徳は人の人たる規則を指して之を云ひ、法律は民の民たる規則を指して之を称す。故に

曰、道徳は人類に属し、法律は国民に属すと。⁽⁸⁾

穂積は、人が生息するところには「道徳」があり、それが「結団」して「邦国」を「組成」することによって、はじめて「法律」が生じると捉えている。つまり、国家の成立および国家の構成員たる「国民」の創出によって、はじめて国家の秩序維持装置としての「法律」が機能すると捉えているのである。また穂積は、法と道徳との違いについて、道徳とは「人の人たる規則」であるのに対して、法律は「民の民たる規則」であるとし、「国民」の創出と法律とは不可分の関係にすることを指摘している。国家の体裁をなさない集団には「道徳」しか存在せず、「国民」の創出にともなう国家の成立によって、はじめて権利義務関係を規定した「法律」が機能することを看取している。

穂積はさらに法と道徳の性格の違いを端的に指摘している。

道徳は一個人の自己或は他人に関し又社会に対しての人の人たる義務を尽すにありて、地の東西を問はず、時の古今を論ぜず、其規則唯一なり。（中略）法律は之に反して国民と国民との間に生ずる権利義務を定むる者にして、其効用の範域僅に一国内に止まるを以て、其国民の風俗習慣或は立法者の見込に依りて、其法令を制定するが故に、各国全て其法を異にせり。⁽⁹⁾

穂積は「道徳」が個人もしくは他者、さらには社会に対する「義務」を規定したものであり、「道徳」には「地の東西」や「時の古今」を問わず共通性があると指摘している。これに対して「法律」は、「国民と国民との間に生ずる権利義務」関係を明らかにするものであり、「道徳」とは異なり共通性はなく、各

国の「風俗習慣或は立法者の見込」により千差万別であることを指摘している。そのため、「法律」の適用範囲も「一国内に止まる」ものであるとしている。

注目すべきことは、法と道徳に対する穂積の分析および認識である。「道徳」が共通性を有し、風俗や習慣が異なるとも、人として果たす役割は共通しており、「地の東西」や「時の古今」に関わらず共通した、いわば真理のようなものと捉えていることである。それに対して「法律」は、「地の東西」や「時の古今」によって風俗や習慣が異なる以上、国家ごとの差異が見られることを前提とし、国民間の「権利義務」を規定し、秩序維持や紛争の解決には「道徳」ではなく、「法律」によって問題の解決を図るべきだと捉えていることである。国民は法律によって理非を判断することが可能となるが、国家成立前の共同体もしくは集団においては、法律が存在せず道徳が唯一の判断基準となるため、当該事件に関する理非の判断は不可能ということになる。

こうした穂積の道徳観および法律観に対して一つの疑問が生じる。道徳が世界各国で共通するのであれば、「道徳」に基づいて法律を編纂し適用すれば、地理的および時間的なファクターによって変化する風俗や習慣に基づく法律は必要がないのではないか、という疑問である。この疑問に対して、「法律と道徳の関係区別」では明確な「解答」は示されていない。そこで、1884年（明治17）に書かれた論文、「法律五大族之説」⁽¹⁰⁾を紐解き、この疑問を解いていきたい。

2. 「法律五大族之説」に見られる法律必要論

穂積は、この「法律五大族之説」の中で、世界各国の法体系を、印度法族（バラモン教諸国と中央アジア）、支那法族（日本や朝鮮を含む）、回々法族（アジア西部・ヨーロッパ東南・アフリカ北岸諸国）、英國法族（イ

ギリス・アメリカ・オーストラリア・英領植民地)、羅馬法族(ヨーロッパ諸国・南アメリカ諸国)の五つに分類し、それぞれを比較して各々の特色を論じている。この中で穂積は法律(または国法)について、

人民既に水草を追うて四方に漂白する幼稚時代を超過し、一定の地をトして之に居住を占め、邦土の境界を画して之に国を建るに及び、始めて治内法律の思想を感發し、主權普く境界の内に行はれ、苟も其疆内に居住する人民尽く其法令を遵法せざる可らざるの世とはなりたり。是に於てか始めて国法なる者あり。國を異にすれば必法を異にするに至れり。是れ近世半開以上の諸国の現況なり。⁽¹¹⁾

とし、人の定住や境界の画定、それに基づく建国によって「法律」が制定されるとし、國家を構成する三要素(領土・国民・主権)が完備されてこそ、「法律」が「国法」として機能すると捉えている。また穂積は、一国内で「州法」が異なる場合や國が異なる場合でも共通する法律が存在することにも触れている⁽¹²⁾。こうした差異について穂積は、その原因が「地勢」にあるとし、地理的な条件によって政治形態を分析する地政学的な視点から捉えている。もちろん、穂積が意識してこうした観点から分析したかは不明だが、「地勢」という視点から法律を区分した点は、まさに法の比較文化的な捉え方であったと言える。地勢、つまり風土や宗教、民俗の差異性や類似性によって世界各国の法族を分類していること、また一国内においても「地勢」が異なれば「法律」にも差異が見られることを看過していない点は注目に値する。

こうした分析を裏付けるように、穂積は統けて

風土、宗教、民俗相類似する諸国に在て

は、法律制度も亦自ら類似するものなり。(中略) 各国法律の風土に因りて相異なる(中略) 是故に、法律の如きも風土宗教民情の相似たる國に在りては、法制律例亦相似たるが故に、其相似たる者を蒐集して、之を数種に分ち得べきや明なり。⁽¹³⁾

とし、宗教や風土、民俗という要素を背景として、「各国法律」の差異が生じると述べている。穂積の分析の精度は、現在の文化人類学や民俗学の研究水準と比較すると、やや大雑把な印象を受ける。しかし穂積が、世界各国を風土などの諸要素を勘案し、それが原因となって法律に差異が生ずることを指摘した点、また諸要素の類似性や差異性を判断基準として、世界を五つの法族に分類した点は評価できる。

では、法律の進化という観点から考えた場合、こうした類似性や差異性の存在をどのように連続させて捉えたらよいであろうか。その鍵を握るのが文化の開化もしくは未開によると穂積は捉えている。

法律の開化に伴うて進むの一事はなり。故に開化の源流を同うする諸国は、自然法律を同うす。国民文化にして法律完備ならず、国民野蛮にして法律周密なる者は、未曾て之れ有らざるなり。因是觀之に、同種の開化に感染せる諸国には自然同種の法律あり。(中略) 法律は開化の反照にして社会の進歩と相伴う者なり。⁽¹⁴⁾

社会の開化と法律の進化とは軌を一にすると捉えている。国民文化の開化・未開と法律の完備・不備は同一線上にあり、社会の開化に伴う国民の開化により法律が完備し機能するという認識を示している。穂積は、法律 자체が「開化の反照」である以上、「社会の進歩」

に伴い、法律も進化するという認識を有していたと考えられる。

以上、「法律道德の関係区別」と「法律五大法族之説」を手掛かりとして、法律と道德との違い、さらには社会と法との関係性について見てきた。国家の三要素が備わることで、「法律」が「国法」として機能すること、また国家および社会の開化に伴い、「法律」も進歩するという認識を穂積が有していたことがわかった。加えて、風土や宗教といった諸要素により、世界各国の法族は五つに分類が可能であること、またその類似性や差異性が広義の「地勢」と密接な関係にあることも読み取れる。では、世界各国が「開化」により文化を共有した場合、五大法族はどのように変化するのであろうか。次節では、社会の進展に伴う社会進化と法との関係性、五大法族の変化について検討していきたい。

III 社会進化と法との関係

社会の開化に伴い、その反照である法律も変化するという持論を穂積が持っていたことはこれまでの考察で明らかとなった。では社会の進化によって具体的にどのような経緯で変化するのであろうか。ここでは1885年（明治21）に著した「万法帰一論」⁽¹⁵⁾を手掛かりとして、社会進化と法との関係について検討していきたい。

穂積は、ダーウィンの生物進化論と同様の進化が法律についても生じることを指摘している。

抑も人類の社会に共存するや、其間必ず
ストラッグル・フォール・エキジスタン、
生存競争なる者あり。生存競争あり、
ナチュラル・セレクション
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。然るに、各国法令制度は其国の風土民情等に基きたる者なるを以て、皆其法律を異にするは、余が嘗て法律五大族（引用者注——「法律五大族之説」論文を指す）を論ずるに当りて陳べたる所也。⁽¹⁶⁾

穂積は生存競争や自然淘汰によって「適者」が生存できるという進化論を軸として、こうした進化論が法に関しても該当すると捉えている。法律が秩序維持や国民間の権利義務関係を規定するという役割に加えて、穂積は法の機能面にも着目している。穂積によれば、法律とは国際社会における「生存競争」から国民を守り、かつ「人類の進化」を「補成」する「具」であると捉えている。穂積にとって、法律は文明・文化の「反照」であり、「法律の整備」は文明國か否かの一つの指標であると捉えていた。国際社会という、いわば國家間の「生存競争」を国家が生き抜くため、また開化による「人類の進化」のためにも、法律が果たすべき役割は大きいと考えていた。

法律という社会秩序の維持装置もしくは制度が「生存競争」により「自然淘汰」されていくという穂積の認識は、やや突飛な印象を受けるかもしれない。しかし、先程引用した櫻井氏の回顧談からもわかるように、穂積は人間が「自然界の一部」である以上、人間が創り出した「人事に関する」法律もまた「自然界の現象」と同様の変化が起こる、という認識を有したとしても不思議ではない。やや大袈裟な言い方をすれば、この世のあらゆるものは、天然であれ人工的もしくは作為的であれ「自然界の一部」であり、自然界の一部であるからこそ、「生存競争」や「自然淘汰」、さらには「進化」が生じるという認識を穂積が抱いていたことが読み取れる。

続けて穂積は、

而して、人類の智識交際は愈進み、航海

運輸の便倍々開くるに隨い、各國人民の交通愈劇しければ、自然淘汰も亦一層其速度を加ふるが如し。故に各國の法律の如きも各國の交通盛なるに及べば、竟に其の間に自然淘汰行はるゝに至り、優法は生存し、劣法は亡滅す。是れ他なし、諸國皆他の長を探り、己の短を補ふは、苟も進取の氣象を具へたる人民の常況なればなり。⁽¹⁷⁾

と述べ、人々の「智識交際」の進展、交通網の整備により「自然淘汰」は加速すると予想し、「法律」も社会進化の進展に伴って「長を探り」「短を補ふ」ことは自然の勢いであり、それこそが「進取の氣象を具へたる人民の常況」であると述べている。社会の進展、国民の開化という条件が整えば、それに附隨して法律も進化するという認識である。「優法は生存し、劣法は亡滅す」という認識は、法の進化において必然であると捉えていた。

これまで「進化」という概念と、「進歩」という概念を区別せずに論じてきたが、これまでの引用からもわかるように、穂積が一連の「法律進化論」に関する著作の中で用いている「進化」概念と進歩とは同義である。自然淘汰による適者生存という生物学的「進化」ではなく、採長補短によって社会や法律が進歩し発展するというレベルでの「進化」であると言える。

穂積は一般論として、「乙国の法律甲国の法律に優る所あるを悟らば、甲国は進んで之を採用するに至」ること、また「優法は自然他邦に伝播し、劣法は漸く消滅す」ことは、「優勝劣敗の大則」であり、この法則が法律にも該当することを指摘している。「生存する法族あり亡滅するの法族あらん」⁽¹⁸⁾と述べ、この法則に従って法律も自然淘汰が行われることを指摘している。

では、こうした法律の「自然淘汰」によって、先程述べた世界各国の法状況を分類した

五大法族はどのように変化するのであろうか。「五大法族之説」の中で、穂積は日本法を「支那法族」に所属すると分類している。しかし穂積は「五大法族中第一に亡滅すべきは支那法族なるべし」と述べ、「回々、印度、支那の三族」は「劣族の称号」を免れ得ない⁽¹⁹⁾と述べている。「亡滅すべき支那法族」に属する日本にとって、近代国家建設には異なる優秀な法族の法体系を継承しなければならない。では穂積はどの法族を優れた法族と捉えていたのであろうか。「五大法族之説」において、穂積は「羅馬法族」と「英國法族」のみが「進行法」、つまり先進的な法族であると述べている。穂積が、ミドルテンプルでバリスタの称号を得た弁護士である増島六一郎（1857-1948）らとともに英吉利法律学校（現・中央大学法学部）設立に尽力した背景には、上記の穂積のヨーロッパ法認識があつたものと思われる。

以上、穂積の法認識を概観すれば、社会進化に伴い法律の進化も必然であること、世界各国が「開化」し文化を共有すれば同種の法律が適用できること、さらには法律の進化と社会の進化は親和性を有し、未開状態に精緻な法律が成立しないことが明らかとなった。日本は「亡滅すべき」「支那法族」に属する以上、日本は文明的な「開化」を実践し近代国家を建設するには、支那法族とは異なる他の法族の法体系を受容もしくは継承しなければならない。では、日本はどの法族を採用し、どのような態度で異なる法族と接すべきであるのか。次節では、穂積の文化受容に対する態度および認識を考察し、文化受容と社会進化との関係、さらには社会進化と法との関係性について検討したい。

IV 文化受容による社会進化と法

1. 穂積の文化受容に対する認識

近代国家建設には、優れた外国文化を受容

し血肉化することが必須である。特に法律に関して言えば、「亡滅すべき」法族に日本が属している以上、大規模な制度改革および思想的な刷新が必要となる。ではその法律とは如何なるものであろうか。ここでは、1886年（明治19）に著した「法律進化主義」⁽²⁰⁾を軸とし、それ以前に執筆された諸論文をも視野に入れながら、それらに看取される穂積の文化受容の態度および認識、さらには文化受容と法との関わりについて見ていく。

穂積は「法律進化主義」の中で、「法律」とは「人類自己に属する現象」であり、「政治社会在りてより以来、人民の日常拠て以て行為を規制するもの」⁽²¹⁾であると捉えている。さらに穂積はより論を進めて、自己の法律觀を吐露している。

法律は政治社会の現象なり。而して人間社会に発生するの現象は、一として皆人類の生理心理上及び人類と有機無機一切の外界との関係より生ずる結果にあらざるはなし。詞を替へて之を言へば、人類は自然物の一なり。人類社会は有機物なり。故に人類に関する現象中最も複雑なる法律の学問の如きは、必ず物理的諸学科、生物的諸学科の進歩に随伴し、法理學真正の進歩は、物理的生物的諸学科、就中生理学、心理学、人類学、社会学等の進歩を待て後に始て之を觀るを得べきものなり。理学的諸学科の觀察を利用して以て法理學の資となすの必要なると、独断定教により其資を理學に仮らずして法理を論ぜんとするは從來の法理哲學士の大過失たるとは、余の固く信ずる所なり。⁽²²⁾

「法律」は「政治社会の現象」という前提の下、人類が「自然物の一」部であり、その人類が構成する「人類社会」は「有機物」、つまり有機的な関係性の上に成立していると捉

えている。また自然の一部である人類に關係する法律は、その意味で自然物と同定できる。とすれば、法律も自然物である以上、自然科学的な「觀察」に基づいて分析することが可能であると考えている。さらに穂積は「生理学、心理学、人類学」といった、人間の行動様式を觀察・分析する諸学問の研究成果を踏まえ、その研究的な蓄積の上に法理學に基づく法律進化論研究が可能であると捉えている。「万法帰一論」で指摘した、すべての法律は「優法」に帰一するという仮説を論証するには、こうした幅広い学問分野の融合が必要条件であることを示唆していると思われる。穂積が「法律進化論」を「生涯の事業」と述べ、自身の研究蓄積の最終目標であるとしたのは、こうした学問的姿勢が背景にあったと考えられる。

「法律進化主義」に見られる法律進化論は、「万法帰一論」で展開した進化論を再検討し、法律の刷新がすぐさま法律の進化へと進展するといった単線的な議論に対して、穂積は自ら警鐘を鳴らしていると思われる。そうした単純な文化受容と社会進化の関係について、穂積は從来の法学者と同じ轍を踏む「大過失」であると述べていることから、この時期の穂積の法律進化論は、多角的かつ総合的な分析の必要性を痛感し、それをどのように実践すべきかを模索していた時期と考えられる。「法律進化主義」に見られる法律進化論と、晩年に著した『進化論』との差異や、「法律進化主義」掲載以前の法律進化論との詳細な比較は稿を改めて分析したい。

文化受容による社会進化と法との関係については、「法律進化主義」発表以前の、1884年（明治17）に著した「法律の大改正は大改革に次ぐ」（以下、「法律の大改正」と略す）⁽²³⁾と「英仏獨法學比較論」⁽²⁴⁾の中で述べられている。ここではこの二論文を中心に、文化受容と社会進化、それに伴う法律の進化について検討したい。

「法律の大改正」の中で穂積は、法律が「社会の秩序を整ふる必需の要具」であるとし、それ故に頻繁に改正すべきではないという立場⁽²⁵⁾に立っている。法律の改正は「国家の大革命」によって行われるべきであり、社会体制もしくは政治体制の大変革が起こらない以上、小手先の安易な法改正には異を唱えている。次節検討する『法典論』でも、穂積は一貫して法典編纂慎重論を唱えている。法典編纂は秩序維持を目的とする法律を制定することに繋がることから国家の根幹をなすものであり、慎重を期すべきである。よって目先の問題が生じたなどの安易な理由で法改正をすべしとする論調に対しては賛同できない。こうした穂積の安易な法改正に対する、ある種の嫌悪感は、後に刊行される『法典論』にも継承されていくことになる。穂積が考える法改正の前提条件は国家体制の変革である。こうした前提条件をクリアしてこそ、それに伴う法改正と新たな法律の制定が可能であるという認識である。この法改正の問題一つ取り上げても、穂積は社会と法とが連動していくことの証左と思われる。

また穂積は「英独仏法学比較論」の中で、法律が「文化的一大元素」であり、「外国の文化を輸入する」場合、文物のみを受容するのではなく、一要素である法律の「継受」も必要であることを指摘している。

法律は社会の進歩に随伴し国民の文化と駒馳す。抑も各国互に好を修め交を通ずるに至るや、後進国は必ず先進国の開化に感染せられ、其文物典章を輸入するは自然の勢也。設し劣国にして進取改良の道を講ぜず、優国と交りて毫も優国の中を採る事を力めざるが如きあらば、到底存在競争に耐ふる事能はず。優勝劣敗の大則により、竟に衰亡するに至るべし。⁽²⁶⁾

法律の進化が社会の進化と「随伴」すること

や「国民文化」と「駒馳」するという認識は、これまでの見解と一致しているが、交通網の発達による国際間の交流によって、自国が「後進国」か「先進国」かを認識することが可能となる。そこで自国が後進国であるという認識があった場合、「先進国の中化」に影響され、結果として先進国の中化を受容することになるのは「自然の勢」だと穂積は指摘している。こうした指摘は、これまでの「優勝劣敗」の進化論とは異なる指摘である。また穂積は、後進国が「進取改良の道」を講じず、また先進国の中「長を採る」ことがなければ、「到底存在競争」には生き残れないとも述べている。国家間の交流は、自国の文化の開化を客観的に認識することの一助となり、ひいては「存在競争」で生き残るには、先進国の中優れた文物を広範囲に受容しなければならないことも意味している。

では穂積は「法律」の優劣を、何を基準として判断しているのであろうか。穂積の認識では、法律は「国民の反照」であり、また「其国民の本性の外形に顯はるゝ者」である。よって文化的に未開な「野蛮諸国」には「酷律峻法」しかなく、反対に「文明国」には「良法美律」があると捉えている⁽²⁷⁾。「存在競争」によって淘汰されるべきは「酷律峻法」であり、反対に文明国の中「良法美律」は生き残り、各国に伝播すべき法律として認識されていくと述べている。つまり、穂積は文化の開化のレベルに基づき法律の優劣を判断していたことが読み取れる。

2. 固有法と継受法との関係

穂積は文化受容に際して、他国の制度や文物のみならず、法律の継受も必要であること、またそれによって社会だけではなく法律も進化していくという認識を示している。「良法美律」＝「優法」は、「酷律峻法」＝「劣法」を駆逐し、法の継受が速やかに行われると捉えていた。とすれば、各国に存在する固有法

と、外国に範をとった継受法との関係性をどのように考えたらよいであろうか。

穂積は「英仏独法律比較論」の中で、

法律に固有法、継受法の別あり。一国の風土民情に起因して自國に特發したる法律を固有法と称す。(中略) 精神若くは外形を外法に採り、他國の法律を模型として製作したる法律を継受法と称す。(中略) 文明諸國の法律は必ず固有法、継受法の二元素より成り立つ者なり。⁽²⁸⁾

と述べ、法律には二種あることを前提として論を展開している。「一国の風土民情」に起因する「特發」した法律を固有法として定義し、一国内で「法」として機能する慣習法や慣例などがこれに該当するとしている。一方、「他國の法律」を規範として編纂した法律を「継受法」と定義している。ただ穂積は、固有法に対して否定的な見解を示していない。一般的な進化論のように、古いもの=悪であり、新しいもの=良（または善）という認識はない。「文明諸國の法律」は「継受法」と「固有法」という「二元素」から成り立っていると捉え、この二元素の融合によって、法律が社会の中で「法」として機能していると考えている。その国固有の固有法の存在を否定せず、進取の法との融合によってより良い「法」を制定するという視座は、ベルリン大学で師事したサヴィニーの歴史法学の影響が濃く見られる。穂積の歴史法学的な認識とサヴィニーとの違いに関しては、稿を改めて検討したい課題である。

この「二元素」の関係性を穂積はどういうように捉えているのか。穂積は、

総じて成文法は採り易く慣習法は移し難し。故に継受法は主として他國の成文法を模範としたる者多く、之に反し固有法は其國の風土民情に基ける者なるを以て

慣習法多きに居る⁽²⁹⁾

と述べ、「成文法」は継受しやすいが「慣習法」（先程の「固有法」と同義）は継受しにくいことにも言及している。「成文法」は継受の対象となるが、「慣習法」がその対象にならないのは何故か。穂積は両法の性質の違いに着目し、「慣習法」（もしくは「固有法」）は、「其國の風土民情に基」づく法律であるため、万国に共通するような普遍性はない。そのため「成文法」とは異なり、「慣習法」は継受法として適さないことを指摘している。ただ穂積は、「固有法」を忌避すべき存在としては捉えていない。その国で必要な規範であるが故に「法」としての機能を有している以上、法として継受が可能か否かの場合に限って評価されるものであると穂積は捉えているのである。

こうした穂積の法律観は、穂積の「二つの顔」の矛盾を理解する一助となると思われる。その国の「風土民情」を根拠とした「固有法」は、いくらその国が「開化」し文明化されたとしても、私人間の些細な問題を解決する際に「法」としての役割を失っていない以上、その存在を否定されるものではない。それ故、その国が伝統的に首肯してきた規範は何であったのか、またそこにはどのような紛争や問題があったのかを知る手掛かりとして有力な情報源になりうる。一方、継受法は文明国の中でも優れた成文法を継受したいという意思が働いているため、法の継受は容易になされうる。またそれに基づいた国家建設も可能となる。しかし、この二つの「法」は矛盾しない。文明諸国が、固有法と成文法を主とした継受法との共存もしくは並立によって、近代国家を建設しているからである。そのような観点から考えた場合、固有法の研究と継受法の研究は、いわば両輪の如く機能し、社会における「法」の役割や機能を正確に理解するには不可欠な研究と言える。穂積が伝統的

な家族制度やイエ制度の研究に心血を注ぐ一方で、文化受容に伴う社会進化と法との関係を研究し、さらには「法律進化論」へと発展させた穂積の研究動向は矛盾しないと思われる。穂積の認識に基づけば、祖先祭祀の研究も継受法の社会的な分析、さらには「法律進化論」も同一線上に存在するものであり、單なる二面性ではないと思われる。

この点に関して、先程引用した古賀氏は、穂積の「法律進化論」が「文化発展論」の延長線上にあること、またこの「文化発展論」における「発展」の概念が、「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」という認識であったことを指摘している。⁽³⁰⁾ 文化受容の観点から穂積の「法律進化論」を捉えた点は注目に値する。このことを裏付けるように、穂積陳重の孫にあたる穂積重行氏は、穂積陳重の法律進化論が「あくまでも「法律進化論」であ」り、生物進化と同様に「法律もまた進化する」の一事を「でしかないことを指摘している。⁽³¹⁾ 穂積の、いわゆる「二つの顔」を理解する論としては、古賀氏の認識を裏付けていると思われる。

V 『法典論』にみられる穂積の法典編纂觀

これまで、穂積の中に見られる「二つの顔」の矛盾を理解すべく、個別の論稿や著作を紐解きながら、穂積の法認識を中心に、「法律進化論」の解明の糸口を探ってきた。こうした穂積にとって法典編纂に対してどのような認識を持っていたのであろうか。1889年（明治22）に東京大学を中心とした法学士会が「法学士会ノ意見ヲ論ズ」によって、いわゆる民法典論争の口火が切られた。民法典論争の性格論⁽³²⁾の解明は本稿の目的ではないため割愛するが、穂積は民法典論争において一貫して法典編纂の時期尚早論の立場に立ち、旧民法施行に対して延期派の論陣を張っていた。論争終結後、穂積は梅謙次郎や富井政章

らとともに法典調査会の一員として民法の修正作業に尽力したことは既に述べた通りである。お雇い外国人ボワソナードを中心とした法典編纂に反対し、論争後に編纂者の一人となつた穂積の経歴を考えたとき、穂積の法典編纂觀を看過することはできないと思われる。そこで、1890年（明治23）に刊行された『法典論』⁽³³⁾を手掛かりとして、穂積の法典編纂觀を探っていきたい。

『法典論』の中で、穂積は法典編纂とは如何なるものかを定義している。

法典編纂の挙は、立法史上の一紀元をなすべき大事業にして、国家千載の利害、生民億兆の休戚、之に頼りて定まる、故に苟くも国民たる者は、沈思熟考して、其是非得失を攻究せざるべからず、殊に法律専攻の士は、各微衷を尽して其意見を吐露するは亦た其負荷に対する特務と称すべきなり。⁽³⁴⁾

穂積は法典編纂を立法史上的「大事業」と捉え、「国家千載の利害」や「生民億兆の休戚」は、まさにこの法典編纂によって方向づけられると捉えている。つまり、穂積にとって法典編纂とは国家の方向性を決定する「国家百年の大計」であった。こうした性格を有する法典編纂は歐米列強の外圧や内發的な欲求の如何を問わず、国民の「沈思熟考」が必要であり、法典編纂を他人事と認識している国民に対して、自己の生活や幸福といったものと密接な関係があることに気付くべきだと述べている。穂積と同様に、「明治民法三博士」として名を連ねた梅謙次郎が、国民の法律に対する無関心ぶりを慨嘆したこと⁽³⁵⁾と同じである。国民の法に対する忌避とも無関心とも取れる姿勢に対して、穂積は警鐘を鳴らしている。

注目すべきことは、この『法典論』が「法学士会ノ意見ヲ論ズ」の翌年に刊行されてい

ことである。ただこの書は当初からこの時期に刊行したいと穂積は考えていなかったようである。穂積はこの書を「沿革法理学比較法理学上より法典を論ぜしもの」であり、「固より時事論の為めに立案した」わけではなく、「久しく草稿筐底に藏めて、好材料を得る毎に、之を修補し、徐ろに其完成を期した書であると述べているからである。もちろん、法典編纂論が喧しくなった時期に、穂積が感情に任せて筆を走らせたとは考えにくい。むしろ法典編纂の是非が国民的な議論になることを予見し、その都度考えたことを備忘録として記録し、時期を待って刊行したと考えるのが自然だと思われる。法典編纂の是非が大きな議論とはならず、継受法に基づいて編纂が行われたときには刊行しなかったかもしれない。その意味では「時事論」のための刊行ではないという穂積の言に「嘘」はないかもしれない。いずれにしても、「近來法典編纂の論世上に喧しく、学友諸氏の愚見を叩く者、亦た少なからず」という穂積の記述から、昨今の法典編纂をめぐる議論が稚拙であり、法典編纂の重要性を十分に理解していない現状を批判する意図があったと思われる。穂積はあえて『法典論』を世に示すことで、議論に値する法典編纂論が展開されることを企図していたと思われる。穂積はこの『法典論』が「法典編纂の矛」となるのか、はたまた「法典編纂の盾」となるかは今後の論争次第であり、いずれにしても「今日国家重要な問題たる法典編纂論に対し、公平無私の断案を下すの原料とならん事を庶幾ふに在るのみ」⁽³⁶⁾とし、活発かつ有益な議論を期待していた。

では穂積は、日本の現状に照らして法典編纂の是非について、どのような認識を有していたのであろうか。穂積は法典編纂の議論が深化しない現状を鑑み、終始、時期尚早論の立場をとっている。

法典編纂は固より政府の挙行すべき事業たりと雖も其国の法律家全体の賛同を得るに非ざれば容易に其功を奏するは能はざる者なり、蓋し一国の法律思想未だ進歩せず、国民中、亦た未だ法律家と称する一団の種族を生せざる時に於ては、固より法律家の賛同を得るの必要存することなしと雖も、其既に法律学を振興し、学者、裁判官、代言人等の増加する国に於ては、謂はゆる法律族なる者民間に起りて、其国の立法司法の業に対し、隠然勢力を有するに至るものなり、故に法典編纂の業の如きは、法典発布の後ち、之れが実施に任すべき裁判官代言人及び之れが注解批評に従事せんとする法律学者等に於て、之を不可とする時は、其編纂の成り難きや、敢て論を俟たざる所なり⁽³⁷⁾

現在用いられている法曹界と同義である「法律族」が日本でも形成されつつある現状において、法典編纂に対して法律族の「賛同」は必要である。しかし、「注解批評」に従事する法学者と、実務を担当する裁判官や代言人（現在の弁護士に該当）との間で熟議がない以上、法典編纂は「成り難き」ものであると捉えている。先程も触れたように、国家の大事業である法典編纂は、国民の「沈思熟考」に加えて「法律族」間の熟議も必要不可欠な条件である。しかし、現状を鑑みれば、国民も「法律族」も自己の生活や幸福と直結することとは認識せず、広範な議論が未だ展開されているとは言えない。穂積は、昨今の議論の経過を冷静に分析し、その関心の希薄さや議論の稚拙さのみが目立つことを勘案し、法典編纂の是非を論じるレベルに達していないと判断した。だからこそ穂積は、民法典論争では施行延期派の論陣を張り時期尚早論を主張し、さらには時期を見計らった形で『法典論』を刊行したものと思われる。法典編纂に対する「法律族」内部の相違、加えて国民の

関心の低さなど、穂積は「法」が人々からかけ離れた、いわば遠い存在であることに、ある種の失望感を抱いていたと思われる。『法典論』の行間には、そうした穂積の「想い」が看取される。

VI おわりに

穂積法学の集大成とも呼べる『進化論』を理解するため、その前操作業として穂積の個別論文の一部を検討してきた。穂積の「法律進化論」は、生物学的な「生存競争」（「もしもくは存在競争）による「自然淘汰」と「良法」の生き残りという単純なものではなかった。むしろ穂積の認識には、文化受容を基盤とした文化的「開化」による社会進化と、それに伴う法律進化という可能性があることを論じたものであった。穂積は国際交流により自国の文化レベルを客観的に知ることが可能になり、先進国の「進取」の文化を受容することで「開化」し、それが社会の進歩をもたらす契機となると述べている。さらに社会の進歩が法律の変革と結実し、最終的には法律の進化へと向かっていくことを論じたものであった。ただ、慣習などの固有法は忌避すべき、劣った存在ではなく、そうした個別法と継承法とを融合させることによってヨーロッパの近代国家が成立していることも認識していた。その際、一国内での幅広い法典編纂の議論と熟議が必要であり、国民すべてが自分の問題として参画することの必要性も指摘している。

こうした『進化論』へ架橋するいくつかの論考を結びつけてみると、穂積は『進化論』の中で詳細に論じた穂積の法律進化論の萌芽が看取される。野蛮未開時代から文化が進展するにつれて不文法から成文法へと重点が移り、さらに法が成文化されていくという「法の表現形式」の点や、民衆の法律に対する認識の様態や深度を考察した「法の認識」という点がそれである。本稿では、『進化論』自

体に踏み込んではいないため、上記のような「法の表現形式」や「法の認識」に関しては詳細な分析はおこなっていないが、個別論文に見られる穂積の『進化論』へ収斂する、いわば「源流」が個別の論文には散見される。こうした「源流」を整理し、さらに穂積の論文執筆時期を視野に入れつつ、「進化論」の深化過程を把握し、その上で『進化論』において展開された穂積の法律進化の様相を解明していくことが肝要かと思われる。

穂積が「法律進化論」を「生涯の事業」として捉えた背景には、個別研究としての個別法の解明—祖先祭祀や家族制度、イエ制の研究—と、それを視野に入れつつ「法」の社会的な機能や歴史的意義、さらには比較文化論的な視座からの分析の必要性を認識していたことと無関係ではない。本稿では、先述した穂積の「二つの顔」を必ずしも整合的に捉えているとは言い難い。しかし、穂積の「法律進化論」が穂積法学の集大成であるという事実に鑑み、より多角的な分析を要すると思われる。本稿で明らかにしたのは、膨大な「法律進化論」のほんの一部でしかない。今後は、本稿で検討していない穂積の著作や講演などを視野に入れつつ、多角的かつ重層的な考察を試みていきたい。

注

- (1) 穂積陳重『法律進化論』第一冊（岩波書店、1924）一頁。
- (2) 櫻井錠二「故穂積男爵の思出」（『学士会月報』第458（穂積男爵追悼号）号所収、1926）20～21頁。
- (3) 穂積に関する先行研究としては、穂積重行「明治10年代におけるドイツ法の受容——東京大学法学部と穂積陳重——」（家永三郎編『明治國家の法と思想』所収、御茶の水書房、1966）、福島正夫「兄弟穂積博士と家族制度——明治民法の制定と関連して——」（『法学協会雑誌』第96卷第9号所収、1979）、古賀勝次郎「比較社会思想史研究（三）——穂積陳重と法律進化論——」（『早稲田社会科学研究』第30号所収、1985）、堅田剛「穂

- 積陳重の歴史法学——進化論から文体論へ——」（『獨協法学』35号所収、1992）、青木人志「穂積陳重とサー・ジェームス・フレーザー」（『一橋論叢』115号所収、1996）、石部雅亮「穂積陳重と比較法学」（『ノモス』15号所収、2004）、岩下幹夫「日本近代法理論における道徳性の問い合わせ——穂積陳重「法律進化論」とショーペンハウアーの接点——」（『総合政策研究』18号所収、2005）、水野治太郎「穂積陳重「法律進化論」と廣池千九郎「道徳進化論」——「モラル・サイエンス」ノート（その2）——」（『麗澤大学紀要』82号所収、2006）がある。また穂積に関する総合的な研究としては、穂積重行『明治一法学者の出発——穂積陳重をめぐって——』（岩波書店、1988）、白羽祐三『民法起草者 穂積陳重論』（中央大学出版部、1995）、堅田剛『独逸法学の受容過程——加藤弘之・穂積陳重・牧野英一——』（御茶の水書房、2010）がある。
- (4) 福島、前掲論文(3)、1065頁。福島氏は、法律進化論というテーマが「彼のあらゆる著作講演をつらぬいているのは、忘れてはならぬ事柄」とし、家族制度や祖先祭祀の研究もこの法律進化論の文脈で考えるべきことを指摘している。
 - (5) 福島、前掲論文(3)、1118～1119頁。
 - (6) 古賀、前掲論文(3)、2～3頁。
 - (7) 穂積陳重「法律道徳の関係區別」（『明法志林』第36号・37号所収、1882）
 - (8) 穂積、前掲論文(7)、164頁。
 - (9) 穂積、前掲論文(7)、165頁。
 - (10) 穂積陳重「五大法族之説」（『法学協会雑誌』第1巻第5号所収、1884）
 - (11) 穂積、前掲論文(10)、295頁。
 - (12) 穂積、前掲論文(10)、295～296頁。
 - (13) 穂積、前掲論文(10)、297～298頁。
 - (14) 穂積、前掲論文(10)、298～300頁。
 - (15) 穂積陳重「万法帰一論」（『法学協会雑誌』第12号所収、1885）
 - (16) 穂積、前掲論文(15)、359頁。なお引用文中の傍点およびルビは原文の記載に従った。
 - (17) 穂積、前掲論文(15)、359～360頁。
 - (18) 穂積、前掲論文(10)、360頁。
 - (19) 穂積、前掲論文(10)、360頁。
 - (20) 穂積陳重「法律進化主義」（『法学協会雑誌』第27、29、31、32号所収、1886）なお、引用資料の頁番号は、穂積重遠『穂積陳重遺文集 第一冊』（岩波書店、1932）に拠った。
 - (21) 穂積、前掲論文(20)、448頁。
 - (22) 穂積、前掲論文(20)、449頁。なお傍点は原文の記載に従った。
 - (23) 穂積陳重「法律の大改正は大革命に次ぐ」（『法学志林』第76号所収、1884）
なお引用資料の頁番号は、穂積重遠『穂積陳重遺文集 第一冊』（岩波書店、1932）に拠った。
 - (24) 穂積陳重「英仏獨法学比較論」（『法学協会雑誌』第9号所収、1884）なお引用資料の頁番号は、穂積重遠『穂積陳重遺文集 第一冊』（岩波書店、1932）に拠った。
 - (25) 穂積、前掲論文(23)、572～573頁。
 - (26) 穂積、前掲論文(24)、331～332頁。
 - (27) 穂積、前掲論文(24)、332頁。
 - (28) 穂積、前掲論文(24)、332～334頁。
 - (29) 穂積、前掲論文(24)、335頁。
 - (30) 古賀、前掲論文(3)、21頁。古賀氏は、生成に基づく進化論の背景には、ドイツ留学時代に学んだ歴史法学があるとし、「穂積の法律進化論は、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ものといってよからう。」（21頁）と述べている。
 - (31) 穂積重行、前掲論文(3)、539頁。
 - (32) 民法典論争の性格論に関しては、拙稿「民法典論争とその時代—民法典論争を読み直す」（『日本思想史研究』第36号所収、2004）参照。概観すれば、従来の条約改正論や法学派の対立という図式に加え、文化受容の問題、ジャーナリズムとの関係など多角的な視点から考察を試みた。
 - (33) 穂積陳重『法典論』（哲学書院、1890）なお、引用資料の頁番号は、『法典論』の復刊版（信山社、1991）に拠った。
 - (34) 穂積、前掲書(33)、「序」
 - (35) 梅の発言に関しては、拙稿「法典と慣習の「調和」—梅謙次郎の法典觀一」（『AJ journal』09号所収、2014）3頁参照。梅は『國家學會雑誌』第84号（1894年）において、法律に関心を示す輩を「物数寄」として揶揄する昨今の傾向に対して、法に無関心な事の方が重大であるとして警鐘を鳴らしている。
 - (36) 穂積、前掲書(33)、「序」
 - (37) 穂積、前掲書(33)、「序」
 - (38) 穂積、前掲書(33)、14～15頁。