

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	西欧法継受前の日本の法思想と統治
他言語論題 Title in other language	Thought of Law and Governance in Pre-modern Japan
著者 / 所属 Author(s)	井田 敦彦 (Ida, Atsuhiko) / 国立国会図書館調査及び立法考査局 憲法課
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	791
刊行日 Issue Date	2016-12-20
ページ Pages	21-36
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	西欧法継受前 (古代から近世まで) の日本の法思想を、主に統治の観点から整理する。

*掲載論文等のうち、意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

西欧法継受前の日本の法思想と統治

国立国会図書館 調査及び立法考査局
憲法課 井田 敦彦

目 次

はじめに

I 古代

- 1 日本国家と国家法
- 2 原日本法における法
- 3 憲法十七条
- 4 律令法の継受と変容
- 5 律令法と統治
- 6 律令法と罪刑法定主義
- 7 律令法と家族制度
- 8 律令法と土地制度

II 中世

- 1 所領と御成敗式目
- 2 道理
- 3 在地領主の自立性
- 4 中世法の変容
- 5 家と村
- 6 村と公権力
- 7 無縁と公

III 近世

- 1 公儀
- 2 判定の法から管理の法へ
- 3 公事方御定書
- 4 内済
- 5 公事訴訟と一揆
- 6 村の和と理
- 7 公儀の変容

おわりに

要 旨

- ① 本稿は、西欧法継受前の日本の法思想を主に統治の観点から整理したものである。
- ② 古代には、日本は中国から律令法を継受して国家を形成した。律令法は中央集権の統治技術であり、前近代の思想の深層において重要な意味を持った。
- ③ 中世には、地方の領主の自立性を背景に、武家社会の慣習を中心とする道理が重視された。また、武家などの世俗権力の干渉を排除する寺社などの領域が存在していた。
- ④ 近世には、道理などを基準として社会の構成員間の争いを判定する中世の「判定の法」から、事件を落着させ社会の安定を維持する近世の「管理の法」へという変化が見られた。一方で、近代的所有権などの萌芽もあった。
- ⑤ 近代には、日本は西欧法を継受して近代国家を形成した。それ以降、西欧法に由来する「市民的原理」と、従来の法思想が再編された「権威的原理」の併存が続いているという指摘がある。もっとも、従来の法思想が全て権威的原理に再編されたわけではないようにも思われる。
- ⑥ 近代に大日本帝国憲法が制定される前は、権力を制限して人権を保障する立憲主義的な成文憲法はなかった。しかし、成文・不文を問わず統治の基本法としての憲法、あるいは、政治権力の基本的な在り方を規定する法規範（広義の constitution）は、前近代にもあったと考えられる。
- ⑦ 前近代の政治・社会構造は日本の近代化の前提となり、その在り方を特徴付けた。現代日本の政治・社会構造に対する国民の理解にも、西欧法継受前の法思想の影響が及んでいる可能性がある。
- ⑧ もっとも、法思想の歴史については、対象とする時代や立脚する観点により異なる見方もあり得る。現代日本の政治・社会構造を国民がどう理解しているのかを考える上で、それに対する様々な見方をどのように共存・調和させていくのか、多面的な議論が求められる。

はじめに

日本の法制度の歴史的背景については、次のような指摘がある。

西欧法の継受により成立した近代日本の法制度の底流には、二つの相反する法思想が存在していた。一つは市民的原理で、もう一つは権威的原理である。前者は、憲法の立憲主義的規定、民法（財産法）の私的自治の原則、刑法の罪刑法定主義、普通選挙法などに現れ、後者は、憲法の神権主義的規定、民法（家族法）の家制度、行政法の公権力無責任（無答責）の原則、治安維持法、国家総動員法などに現れた。両者は、政治学者の丸山真男のいう精神的雑居⁽¹⁾、あるいは、法社会学者の川島武宜のいう規範と事実のなしくずしの妥協⁽²⁾により、併存していた。戦後は、公式の法体系としては市民的原理が前面に出たが、依然として併存は続いている。⁽³⁾

この指摘においては、市民的原理は西欧法から継受したものと位置付けられ、権威的原理は日本固有の法思想が再編されたものと位置付けられている。そして、西欧法継受前の日本の法思想として、和の精神、家族的結合、村落的結合、身分階層制、法外の法（法と現実を調整する法）の存在、現実対応主義が挙げられている。⁽⁴⁾

では、西欧法継受前の日本には、市民的原理そのものは存在しないにしても、これに類する原理も全く存在しなかったのだろうか。あるいは、日本固有の法思想は、全て権威的原理に再編されたのだろうか。本稿では、こうした関心から、西欧法継受前の日本の法思想をたどってみたい。

I 古代

日本史では、古代、中世、近世、近代という時代区分が広く行われている。本稿でも、おおむねこの時代区分に沿って、まず古代の律令法を取り上げる。⁽⁵⁾

1 日本国家と国家法

世界的に古代史に共通して見られる現象として国家の成立がある⁽⁶⁾。日本列島では国家は弥生時代から形成され始め、律令国家の成立により本格的な国家が完成したとされている⁽⁷⁾。律令国家は、中国で発達した律令法を体系的に導入し、これを統治の基本法とした国家である。

(1) 丸山真男『日本の思想』（岩波新書）岩波書店、1961、pp.63-64.

(2) 川島武宜『日本人の法意識』（岩波新書）岩波書店、1967、pp.45、84-85.

(3) 千葉正士『世界の法思想入門』（講談社学術文庫）講談社、2007、pp.257-263.

(4) 同上、pp.248-252、259。法外の法の存在と現実対応主義が、市民的原理と権威的原理の併存を可能にしたとされている（同、p.260）。

(5) 日本法制史の時代区分では、①法源（裁判や行政の根拠となる法の存在形式）に着目すれば、古代は不文法の時代（律令法継受前）次いで成文法（律令法）の時代であり、中世は慣習法（先例・傍例（慣例）及びそれらを簡条書きした式目）の時代であり、近世は慣習法及び成文法（幕府や藩が公布した触書など）の時代である。また、②法権（裁判権、行政権等の所在）に着目すれば、古代は氏族法の時代（律令法継受前）次いで朝廷法の時代（律令法継受後）であり、中世は本所（貴族、寺社、武家等の荘園領主）法の時代であり、近世は大名法（幕藩法）の時代である。また、③外国法の影響に着目すれば、古代は固有法の時代次いで中国継受法の時代であり、中・近世は融合法の時代（又は固有法の復活・発展の時代）である。（石井良助『日本法制史概説 改訂版』創文社、1960、pp.4-8；滝川政次郎『日本法制史研究』有斐閣、昭和16（1941）、pp.7-9.）

(6) 大津透「古代史への招待」大津透ほか編『岩波講座 日本歴史 1巻（原始・古代 1）』岩波書店、2013、p.3.

(7) 浅古弘ほか編『日本法制史』青林書院、2010、pp.4-5.

律令国家の成立前にも法は存在したが、刑罰などの正当な物理的強制力によって担保された法を国家法と見るならば、それらは国家法としては不十分な法であった⁽⁸⁾。しかし、思想的に見れば、次に述べる「ノリ」や和の精神のように、後代への影響が指摘されているものもある。

2 原日本法における法

文字のなかった古代の法については、古語の研究などから次のように考えられている。

古代世界の生活は類型的な行動の繰り返しであって、人は群れとしては存在しても個性の発達に乏しく、裁判を必要とするような個別的な事件、立法を必要とするような新しい問題は、多くは発生しなかったと思われる⁽⁹⁾。しかし、そうした事件や問題がまれに発生したときに、これを処理する「法」の意味で用いられたと考えられるのが、日本語の「ノリ」という言葉である⁽¹⁰⁾。

ノリは、法・憲・典・則・制・式などの漢字で表記され、語源的には「宣る」の名詞形である。それは宣べられたものという意味であり、宣べられるのは神意（規範として示される神の意思）である。神意の宣告・命令が転じてノリ（法）となった。それは上から一方的に降下されるもの、逆らうことのできないものとして意識された。こうした原初的なノリの意義に支えられた法の観念は、「今日に至るまでいわば人々の下層意識の中で通奏低音のように持続しているかのようにも思える」と指摘されている⁽¹¹⁾。

なお、神意を「知る」ことによって国を治めたため、国を治めることを「シラス（シロシメス）」と言った。神意を知るために神を奉る（祀る）儀式が「マツリ」（祭、政）と呼ばれた⁽¹²⁾。

3 憲法十七条

憲法十七条は日本最古の成文法とされる⁽¹³⁾。『日本書紀』の推古天皇 12（604）年 4 月の条（箇条）に全文が掲げられているが⁽¹⁴⁾、制定年や制定者については諸説がある。

第 1 条の「以和爲貴」（和を以て貴しと爲し）は、儒教の経書である『礼記』の「禮之以和爲貴」、『論語』の「禮之用和爲貴」に類似している⁽¹⁵⁾。

一方で、第 2 条の「篤敬三寶 三寶者佛法僧也」（篤く三宝を敬え。三宝とは仏法僧なり。）との関係などから、第 1 条の「以和爲貴」の和は、仏教的内容の和合（調和、合一）であるとの指摘もある⁽¹⁶⁾。

(8) 同上, p.16.

(9) 奥野彦六『律令前日本古代法』法制研究会, 1961, pp.44-45.

(10) 同上; 石井 前掲注(5), pp.12-14; 広池千九郎『東洋法制史序論』早稲田大学出版部, 明治 38 (1905), pp.253-277.

(11) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.17-18; 石井 同上

(12) 石井良助『日本の歴史を読み解く—法制史家がみた歴史の光と影—』明石書店, 1993, pp.33-35; 浅古ほか編 同上, p.18. その後、5 世紀後半になると宗教色は弱まり、「シラス」や「マツリ」は、庶政を聞知し国政をとり行うという意味に転じていった（石井 同, pp.37-38）。

(13) 「弘仁格式序」黒板勝美・国史大系編修会編『国史大系 25 卷（類聚三代格・弘仁格抄）新訂増補』吉川弘文館, 1965, p.1. 弘仁格式序は、弘仁 11（820）年に成立した弘仁格式の序文。格式は律令の補助法令（後述 I 4 参照）。

(14) 黒板勝美・国史大系編修会編『国史大系 1 卷 下（日本書紀 後篇）新訂増補』吉川弘文館, 1967, pp.142-146.

(15) 竹内照夫『新釈漢文大系 29 卷（礼記 下）』明治書院, 1979, pp.903-904; 吉田賢抗『新釈漢文大系 1 卷（論語）』明治書院, 1960, pp.28-29.

(16) 村岡典嗣著, 村岡典嗣著作集刊行会編『日本思想史概説（日本思想史研究 4 卷）』創文社, 1961, pp.189-190.

また、第11条の「明察功過 賞罰必當」(功過を明らかにみて、賞罰を必ず当てよ。)、第12条の「所任官司 皆是王臣」(任ずる所の官司、皆是れ王の臣なり。)などに、王が法を用いて統治することを説く中国の法家思想の影響も指摘されている⁽¹⁷⁾。

各種思想の継受により成立した憲法十七条は、臣と呼ばれる役人層への訓戒であり、律令法のような法(刑罰などの正当な物理的強制力によって担保された法)ではない。しかし、それは律令法の本質である官僚制、身分制、公地公民制(国家による公民の直接支配)を前提としており、次に述べる律令法の全面的な継受の思想的前提をなすものであったとされている⁽¹⁸⁾。

4 律令法の継受と変容

7世紀には、中国での唐の興隆と、朝鮮半島諸国の抗争を契機に、東アジアの国際情勢が緊張した。日本の王権は権力の集中と国力の強化を図り、唐から律令法を導入して律令国家(律令法を統治の基本法とする国家)を成立させた。律令国家は大宝元(701)年の大宝律令の施行によって完成する。⁽¹⁹⁾

律はおおむね今日の刑法、令は行政法などに当たり、それらの補助法令である格は、律令を補足修正する単行法及びそれを法典として編さんしたもの、同じく補助法令である式は、律令格の施行細則及びそれを法典として編さんしたものである。律令は7世紀後半から8世紀半ばにかけて、近江令(天智令)、浄御原(きよみはら)律令(天武律令)、大宝律令、養老律令と順次編さん・施行されたが(前2者の存在や法典としての完成度については諸説がある。)、9世紀以降になると新たな編さんは行われず、格式の編さんがこれに代わった。⁽²⁰⁾

大宝律令までは新たな国家体制の創設という目的の追及意欲が強く見られるのに対し、養老律令は大宝律令の字句・名称の修正にとどまり、官僚的な法令の整理・体系化へと性格を転じた⁽²¹⁾。その後の律令の編さん停止と格式の編さん開始、律令学と注釈書の発達もこうした流れの中にある⁽²²⁾。

日本の律令法は、継受法として当初から社会の実情とかい離する面もあった。時代が下るにつれ、経済社会の変化によって広がっていったそのかい離は、律令学による解釈運用や、律令法に基づいて形成された慣習法である公家法、その後の武家法などにより埋められていった。とはいえ、西欧法の継受により近代の法制度が成立するまで、律令法は前近代の思想の深層において重要な意味を持ったので、いくつかの観点からこれを詳しく見ていきたい。⁽²³⁾

5 律令法と統治

律令法における統治の在り方は、次のように説明されている。「国家統治の準則である律令

(17) 石井 前掲注(5), p.70; 井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」井上光貞ほか校注『日本思想大系 3 律令』岩波書店, 1977, p.750.

(18) 井上 同上, pp.749-750; 浅古ほか編 前掲注(7), p.16.

(19) 浅古ほか編 同上, p.28.

(20) 同上, pp.29-31; 虎尾俊哉「律令格式」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 14巻』吉川弘文館, 1993, pp.573-574; 井上 前掲注(17), pp.756-764, 775-777.

(21) 石尾芳久『日本古代法の研究』法律文化社, 1959, pp.118-119.

(22) 井上 前掲注(17), pp.772-773, 775-780.

(23) 同上, p.743; 虎尾 前掲注(20), p.573; 利光三津夫「第二部(二)「非常之断、人主専之」に関する一試論」利光三津夫編著『律令研究統紹』慶応通信, 1994, p.66.

法の制定は君主の恣意的な支配を制限する役割も果たした。…天皇の意志を伝達する詔勅は太政官構成員の署名なしでは発行できなかった。…しかし、名例律疏〔みょうれいりつそ。刑罰の名称と法の通則を定める律の名例篇の注釈〕に「非常之断、人主専之〔人主これを専らにす〕」とあるように、天皇（皇帝）は法を超越した臨機の判断を行う権限を保持していることも事実である。律令制下の天皇は大和王権以来の〔諸豪族の〕首長としての性格と国家大権を保持する統治権の総攬者としての性格との両方を兼ね備えていたとみるべきであろう⁽²⁴⁾。（〔 〕内は筆者補記。以下同じ。）

もっとも、「非常之断」の語は、律令法では特殊な法的効果（刑の減免）をもたらす決定の意味で使用され、君主の命令一般を指示しているとは認め難いという指摘もある。律令学者らはその意義を伝え、枝葉にわたるまでの詳細な議論が展開されることもあったが、律令法自体が時代とともに常態的に形骸化・名目化していくに伴い、律令法を超越した天皇の判断を表す「非常之断」の語も無意味なものとなっていった。ただし、その後の貴族社会などでは、天皇の判断という形で自説を正当化するためにこの語が用いられることがあった。⁽²⁵⁾

6 律令法と罪刑法定主義

律令法には、「凡諸司断事 悉依律令正文」（およそ諸司（諸々の役所、役人）の事を断ずるには、ことごとく律令の正文に依れ。）という規定がある。また、そこには、およそ予想され得る犯罪の態様が事細かに列挙されている。⁽²⁶⁾

これは、恣意的な裁判から人権を保障する近代の罪刑法定主義とは異なり、君臣の分を明らかにしたものとされている。すなわち、中国では君主有徳の擬制の下、臣下は君主の示した法によって判断するが、上級官になるほど弾力的運用が認められ、君主は法から無拘束になるという形式がとられていた。日本の律令法もこの考え方を受け継いでいる。⁽²⁷⁾

もっとも、唐代の中国は皇帝と貴族の勢力均衡の上に成り立っており、律令法は両者の妥協点として皇帝権力に枠をはめる側面を持っていた。これに対し日本では、実態として、律令法は天皇の独裁権力に枠をはめるものというよりは、天皇も含めた中央の豪族・貴族が地方を支配するための手段であった。このため、場合によっては律令法の定めにかかわらず、それとは別の現実的な手段、例えば法意に反する庁例（警察・訴訟業務を担当する検非違使庁で発達した慣習法としての刑事法）がしばしば用いられていたことが指摘されている。⁽²⁸⁾

7 律令法と家族制度

律令法の家族制度は、中国の父系制と儒教思想を受け継いでいるが、母系との紐帯の強さや妻・妾の区別の弱さに日本の特徴がある。

また、古来の慣行として、求婚ないし夫による通いの性格を持つ「妻問い」が行われていた

⁽²⁴⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), p.32.

⁽²⁵⁾ 利光 前掲注(23), pp.58-72. なお、非常之断とは非常事態における超法規的措置のことではなく、律令などの常典によらない政治的配慮による判断を意味するとされる（同, pp.72-74）。

⁽²⁶⁾ 井上ほか校注 前掲注(17), pp.15-121, 467.

⁽²⁷⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), pp.56-57; 利光 前掲注(23), pp.55-58. 君主の恣意的な判断に対しては、臣下の諫言と君主の再考という過程を経ることにより、独裁の弊害を軽減しようとしたものとされている（利光 同）。

⁽²⁸⁾ 石井紫郎「第5節 日本 1 明治以前」川島武宜編『法社会学講座 9 歴史・文化と法 1』岩波書店, 1973, pp.260-263. 検非違使は摂政・関白などと同様に、それ自体が令に規定のない令外官である。

ことを多くの学説が認めている。妻問いを出発点とする婚姻の存在を認める研究では、一般に当時の婚姻について、男女当事者の意思が強く反映したこと、明確な婚姻儀礼がなく恋愛と結婚の区別が曖昧であったこと、居住形態は夫方居住・妻方居住・新居居住など多様であったこと、婚姻が流動的で離婚・再婚が多かったことなどがその特徴として挙げられている。⁽²⁹⁾

これらの特徴は、父系制と儒教思想に基づく律令法の婚姻制度からはかい離している。しかし、官職や家産の継承など父系制的な制度によって恩恵を受ける有力者層を中心に、律令法の家族制度が徐々に浸透していったと考えられている⁽³⁰⁾。

8 律令法と土地制度

律令法の土地制度では、上級官人にその職務に応じて支給される職分田、位階に応じて支給される位田なども存在したが、制度の中心は、国家が農民に均等に支給してその死後に回収する口分田であった（班田制）。

しかし、農地の不足から開墾が奨励され、三世一身の法（養老7（723）年格（格は律令を補足修正する単行法）。開墾地の三代までの私有を認めた。）、墾田永年私財法（天平15（743）年格）により墾田の私有が認められたことから、貴族、寺社ら有力者による大土地所有の動きが生まれた。これに伴う新規の紛争の処理は、律令法の予想しないところであった⁽³¹⁾。

もっとも、律令法の裁判類型には民事訴訟的な財物に関する訴訟も見られ⁽³²⁾、律令学者が土地や財物の所有や取引、相続等をめぐる争いについて公卿議定（くぎょうぎじょう。公卿による政務の合議）の場で諮問され、答申することも行われてはいた⁽³³⁾。

しかし、土地をめぐる紛争が増加し、次に述べる武家法などが形成されていくと、律令法の個々の規定はほとんど行われなくなる。ただ、その思考様式、君主による国家統治の準則として官から民への作用を前提とする思考様式（そこでは、民と民との関係は直接にはなく、それぞれに対する官の作用として規定される。）は、次章以下で述べる後代の法思想にも影響を及ぼしたと指摘されている。⁽³⁴⁾

II 中世

中世は、古代や近世に比べて多分に分権的な性質を有している。異なる法と秩序に支配された領域が併存し、あるいは重層的に存在していた中世社会は、今日の均質的な社会とは対極に位置するとも言われている⁽³⁵⁾。そうした中世の法と社会の成立を土地制度の変遷から見ていきたい。

(29) 長谷山彰「日本古代史における対偶婚概念に関する二、三の疑問」吉村武彦編『律令制国家と古代社会』塙書房、2005、p.522。婚姻が流動的で離婚・再婚が多かったという点については、『万葉集』の記述などから、むしろ一旦成立し、特に子が生まれた場合の家族関係は強固だったという指摘もある（同、p.537）。

(30) 同上、p.543；浅古ほか編 前掲注(7)、p.53。

(31) 大木雅夫『日本人の法観念—西洋的法観念との比較—』東京大学出版会、1983、p.157。

(32) 浅古ほか編 前掲注(7)、pp.64、68-69；黒板勝美・国史大系編修会編『国史大系 24巻（令集解 後篇）新訂増補』吉川弘文館、1966、p.887。

(33) 浅古ほか編 同上、pp.79-80；布施弥平治『明法道の研究』新生社、1966、pp.97、125-126。

(34) 井上 前掲注(17)、p.743；新田一郎「日本人の法意識—その歴史的背景—」荻部直ほか編『岩波講座 日本の思想 6巻 秩序と規範—「国家」のなりたち—』岩波書店、2013、pp.153-155、170-171。

(35) 桜井英治「中世史への招待」大津透ほか編『岩波講座 日本歴史 6巻（中世 1）』岩波書店、2013、p.4。

1 所領と御成敗式目

前章で述べたように、8世紀に墾田の私有が認められて以降、貴族、寺社などの有力者の大規模な私有地が各地に生まれた。これを荘園という。荘園は、初めは中央の有力者自身の墾田開発により成立したが、やがて地方の開発領主（在地領主）が国の課税・介入を嫌って中央の有力者に土地を寄進し、その権威の下で現地管理を行う形態へと変容した。在地領主はこうした荘園管理者（荘官）として、あるいは荘園外の公領支配を担う国の下級官人として、武力を背景に自立性を強めていった。⁽³⁶⁾

鎌倉幕府の成立期には、合戦の過程で味方の管理する土地（所領）の支配権を保証し、敵のそれを没収して味方に与えることが行われた。在地領主の多くは地頭として幕府から所領の支配権を体制的に保証され、御家人として幕府との間に土地を媒介とした主従関係を結んだ。承久3（1221）年に朝廷が倒幕の兵を挙げ、幕府に鎮圧された承久の乱の後には、幕府の勢力圏は西国にも及び、所領をめぐる紛争も増加した。⁽³⁷⁾

所領をめぐる紛争の処理は、鎌倉幕府の存立に関わる問題であった⁽³⁸⁾。貞永元（1232）年に制定され、中世を通じて武家の基本法典として重んじられた御成敗式目は、成敗（裁決）の名が示すとおり、御家人を対象とする裁判の準則を編さんしたものである。全51条のうち、所領、相続、訴訟手続に関する条文が多くを占める。

2 道理

御成敗式目の底流にある中世法の基本的性格を、近世の「非理法権天」という法格言との比較から説明する考え方がある。

この法格言は江戸時代の家訓などに見られ、非は無理、理は道理、法は法式、権は権威、天は天道を意味し、その上下関係は非<理<法<権<天である⁽³⁹⁾。このように法式（実定法）は道理に優越し（理<法）、権威（権力者）は法式に優越する（法<権）と考えるのが近世法の特徴である。これに対し中世法の特徴は、超権力的な道理の法の存在である。御成敗式目制定時の北条泰時の書状に、「たゞ道理のおすところを被記候者也」（記され候ものなり）とあり、御成敗式目の起請文（きしょうもん。神仏への誓いを記した文書）に、「ただ道理の推すところ…権門を恐れず、詞〔ことば〕を出すべきなり」とあるように⁽⁴⁰⁾、道理は法そのものであり、法は権力者が任意に定められるものではなく、権力者もこれに従う必要があったという（理=法>権）。⁽⁴¹⁾

この点については、「不完全ながら法治國の萌芽とも看做〔みな〕すべき時代を現出せり」という評価がある⁽⁴²⁾。一方で、御成敗式目は、権力者による事例の取捨選択と抽象化の過程を経て成立しているのだから、権力の意思に左右されない超権力的な道理の集合体として御成敗式

⁽³⁶⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), pp.84-93; 竹内理三「荘園」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 7巻』吉川弘文館, 1986, pp.443-445.

⁽³⁷⁾ 浅古ほか編 同上, pp.89, 99-100, 104.

⁽³⁸⁾ 石井 前掲注(5), p.289.

⁽³⁹⁾ 石井紫郎校注「貞丈家訓」『日本思想大系 27 近世武家思想』岩波書店, 1974, pp.99-100.

⁽⁴⁰⁾ 笠松宏至校注「御成敗式目 付 北条泰時消息」石井進ほか校注『日本思想大系 21 中世政治社会思想 上』岩波書店, 1972, pp.36, 40.

⁽⁴¹⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), pp.108-109. また、笠松宏至「中世の法意識」相良亨ほか編『講座日本思想 3 (秩序)』東京大学出版会, 1983, pp.95-97 参照.

⁽⁴²⁾ 三浦周行『法制史の研究』岩波書店, 大正8(1919), p.1170.

目を捉えるのは妥当でないという指摘もある⁽⁴³⁾。

3 在地領主の自立性

武家社会の慣習を中心とする道理を鎌倉幕府が重視した背景には、在地領主の自立性があるとされている⁽⁴⁴⁾。

在地領主は御家人として鎌倉幕府の組織下にあったが、自己の所領に対しては排他的な支配権（家支配権）を有していた。ここでいう家とは、家族や親族、従者、所領などから成る生活経営単位であり武力組織である。幕府は、こうした在地領主たちに推戴されて成立し、その道理の守護者であることを期待されていた。⁽⁴⁵⁾

一方で、御成敗式目の道理は武家独自の慣習ではなく、既存の法思想に根ざしたものであるという指摘もある。鎌倉幕府は在地領主に対し、朝廷や本所（貴族、寺社などの荘園領主）から成る既存の社会秩序への穏健な参入を求め、そのための法を示したのだという⁽⁴⁶⁾。そこでは、本所が幕府に対し在地領主の規律・処分を訴えるなど、訴訟の当事者間の関係は直接にはではなく、幕府を介して規定される。この点に律令法の官による管理的処分の影響を見る指摘もあり⁽⁴⁷⁾、その後の中世法の変容の兆しを見ることもできる。

4 中世法の変容

武家社会の道理が、御成敗式目を経て、鎌倉・室町幕府による御成敗式目への追加法、戦国法、近世法へと推移していく過程で、在地領主の自立性をはく奪する動きが強まっていった⁽⁴⁸⁾。前述した非理法権天の考え方でいうと、中世的な理＝法＞権が、近世的な理＜法＜権となる過程で、理非を論じない法、権力が制定する法が優勢になっていく。

例えば、御成敗式目では、源氏三代と北条政子の執政期に与えられた所領については、元の持ち主からの訴えを認めていない（第7条）⁽⁴⁹⁾。このように特定の期間に下された判断は以後変更しないとする法を不易法といい、御成敗式目の追加法としても数次にわたり出された。これは理非を論じない法だが、個々の善悪の判断を超越した法の観念の定立として評価する指摘もある。⁽⁵⁰⁾

また、室町から戦国時代にかけては、戦国大名などにより喧嘩両成敗法が制定されている。これは、「喧嘩に及輩、不論理非、両方共に可行死罪也」（喧嘩に及ぶ輩、理非を論ぜず、両方共に死罪に行くべきなり。）（今川仮名目録第8条）とあるように、理非判断と武力行使の上位権力による独占を意味し、在地領主の自立性の喪失を象徴的に示すものであった。⁽⁵¹⁾

(43) 笠松 前掲注(41), pp.97-103.

(44) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.109-110.

(45) 同上; 石井 前掲注(28), pp.263-264, 267.

(46) 新田 前掲注(34), p.160.

(47) 同上, p.163.

(48) 石井 前掲注(28), pp.265-269.

(49) 笠松校注 前掲注(40), p.12.

(50) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.114-117; 大竹秀男・牧英正編『日本法制史』青林書院新社, 1975, pp.124-126.

(51) 浅古ほか編 同上, pp.116-117; 村上一博・西村安博編『史料で読む日本法史 新版』（法律文化ベーシック・ブックス）法律文化社, 2016, pp.204-208; 勝俣鎮夫校注「今川仮名目録」石井ほか校注 前掲注(40), p.195.

5 家と村

在地領主の自立性については、西欧と比較してその地位の弱さ、自立性の低さを指摘する見方もあるが⁽⁵²⁾、西欧とさして異ならない強烈な権利意識と、権利のための闘争があったとする見方もある⁽⁵³⁾。

その背景に自己の所領に対する排他的な支配権（家支配権）があったことは先に述べた。中世には、家業の永続的な承継を目的に結合する父系制の家（イエ）が社会の基礎単位として成立している。それは11世紀頃から15～16世紀までの間に、貴族層、武家層、百姓層の順に成立していったと考えられている。⁽⁵⁴⁾

この永続する家の維持のため、荘園・公領の百姓層が形成したのが、惣村・郷村などと称される自治的な村であり、都市部では町である。15～16世紀の戦国時代は、荘園制から村町制（こうした村や町を基礎とする社会体制）への移行期に当たるという指摘がある。この指摘によれば、現代はこの時代に形成された家と村町、そしてそこで育まれた価値規範や行動規範（それは、地縁・血縁を通じて家を維持することを目的としていた。）の崩壊期に当たるとされている。⁽⁵⁵⁾

6 村と公権力

惣村は、村氏神をまつる神社の氏子の祭祀組織である宮座の構成員（その地位は特定の有力農民の男性によって独占され、世襲されることが多かった⁽⁵⁶⁾。）の合議（寄合）により運営された。

寄合は自衛と権益保全のための団結の必要から、生産や生活を規制する成文法（村掟）を定め、村掟や村の慣習法に違反する者がいれば、村として制裁を加えた。年貢の納入は惣村が一括して請け負うようになった。

惣村はこうして自治的に運営されたが、その法秩序は幕府や領主層とは別の次元で完結していたわけではない。他村との紛争では武力が行使される一方で、荘園領主などへの訴えが行われ、そこで理があるとされることは大きな意味を持った。⁽⁵⁷⁾

後にこうした武力行使は、豊臣政権、江戸幕府によって規制され、紛争の解決は公権力の法と裁判に委ねられるようになる。しかし、15～16世紀以来の自治的な秩序が放棄されたわけではなく、村の法と公権力の法は密接に結び付き、補完し合う関係が維持されたとも考えられている⁽⁵⁸⁾。

7 無縁と公

このほか、無縁という概念から中世における自由の思想を説明する考え方がある。

無縁とは、場所や人間に関してそれらが主従関係、親族関係といった世俗の私的な支配関係に拘束されない状態にあることを意味する概念であり、同様の意味内容を有する公界や楽とともに、中世において自由を意味する代表的な用語であったという。無縁の性格を有する場所としては、寺社、市場、都市などが、無縁の性格を有する人間としては、遍歴する職人、商人、芸能民、僧などが挙げられている。⁽⁵⁹⁾

⁽⁵²⁾ 石井 前掲注(28), pp.266-267.

⁽⁵³⁾ 大木 前掲注(31), pp.218, 234-235; 笠松 前掲注(41), p.107.

⁽⁵⁴⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), p.118.

⁽⁵⁵⁾ 勝俣鎮夫『戦国時代論』岩波書店, 1996, pp.2-3, 93; 同上, p.93.

⁽⁵⁶⁾ 三浦圭一「惣村」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 8巻』吉川弘文館, 1987, p.564.

⁽⁵⁷⁾ 村上・西村編 前掲注(51), pp.139-140; 浅古ほか編 前掲注(7), p.151.

⁽⁵⁸⁾ 村上・西村編 同上, pp.145-146.

こうした考え方に対しては、中世の史料における無縁という語の用例から疑問が呈されている。無縁の語は、寺社などの聖の領域において、世俗権力の干渉を排除するものとして使用されているにとどまる。⁽⁶⁰⁾

その限りでは、無縁の概念は、世俗権力に対する聖の論理を表すものと見るのが妥当であるとされる。しかし、中世も末期になると、世俗権力が寺社などの聖の領域を次第に圧倒していく。こうした中で無縁の概念は、有主・有縁の「私」に對置されるものとして当時存在した「公」（公共・共同）の概念と結び付いたという指摘がある。すなわち、世俗権力が統一されるに伴い、「私」とされていた世俗権力が「公」に変化し、聖の領域が世俗権力の「公」に吸収されていった。こうした中で、私的な支配関係の行き過ぎを是正する無縁の概念は、世俗権力の「公」の一つの在り方として、その後も生き続けていったという。⁽⁶¹⁾

Ⅲ 近世

近世は、安土桃山時代と江戸時代を併せた時代と見るのが一般的だが、応仁の乱のあった15世紀前後に大きな社会変動があったとして、これを画期として日本史を二分し、これ以前を古代・中世、これ以後を近世・近代とする見方もある。この見方では、近世を現代と連続する時代、現代の源流となる時代と考える⁽⁶²⁾。本章では、いずれにせよ近世の大部分を占め、その法思想が成熟するに至った江戸時代の幕藩法について取り扱う。

1 公儀

近世の国家権力の呼称である公儀は、豊臣秀吉までは絶対権力者の人格が色濃く反映されていたが、江戸時代には將軍個人の人格とは区別される法的・組織的なものとなっていった。儒教思想に基づく撫民（ぶみん）の政治（人民をいたわる政治）の原則により、老中合議を中心とする機関の公儀が政治を行い、そこから外れる場合は民衆が、一揆や打ちこわしなどの手段で撫民を要求した。⁽⁶³⁾

大名も公儀名代（みょうだい。代理）の立場で藩内において独自の支配を行ったが、各藩の法は多かれ少なかれ幕府法のミニチュア版であった⁽⁶⁴⁾。大名の性格は中世の在地領主とは異なる

⁽⁵⁹⁾ 植田信広「無縁」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 13巻』吉川弘文館、1992、p.582；網野善彦『無縁・公界・楽—日本中世の自由と平和— 増補』（平凡社ライブラリー 150）平凡社、1996、pp.110-124、242-251。

⁽⁶⁰⁾ 植田信広「中世前期の「無縁」について—日本における「自由と保護」の問題によせて—」『國家學會雜誌』96（3・4）、1983.4、pp.301-303。

⁽⁶¹⁾ 勝俣鎮夫「無縁」比較家族史学会編『事典 家族』弘文堂、1996、p.789。近世国家は中世の無縁所の機能の一部を吸収することで、国家機能を拡大したとされる（伊藤正敏『無縁所の中世』（ちくま新書 843）筑摩書房、2010、p.207）。

⁽⁶²⁾ 藤井讓治「近世史への招待」大津透ほか編『岩波講座 日本歴史 10巻（近世 1）』岩波書店、2014、pp.3-6；尾藤正英「時代区分」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 6巻』吉川弘文館、1985、pp.832-833。もっとも、高度経済成長期以降、そうした連続性は失われつつあることも指摘されている（藤井 同、pp.5-6）。

⁽⁶³⁾ 深谷克己「公儀」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 15巻 上』吉川弘文館、1996、p.66；浅古ほか編 前掲注(7)、pp.186-187。『書経』に、「撫民以寛、除其邪虐」（民を撫するに寛を以てし、其の邪虐を除き）とある（小野沢精一『新釈漢文大系 26巻（書経 下）』明治書院、1985、pp.485-487）。

⁽⁶⁴⁾ 石井 前掲注(28)、p.269；村上・西村編 前掲注(51)、pp.76-77。幕府はそうすることを諸大名に強制したわけではなく（石井 同）、外様大名の藩法には特色あるものもあるが、武家諸法度に「万事如江戸之法度、於国々所々可遵行之事」（万事江戸の法度の如く、国々所々において行いこれに従うべき事）とあるように、幕府には大名の私領内であっても幕府法に準じた処理が行われるべきという意識はあった（浅古ほか編 同上、p.180；石井紫郎校注「武家諸法度」『日本思想大系 27 近世武家思想』前掲注(39)、p.457）。

る。検地により村町制が全国に及ぼされて荘園制の時代が終わり⁽⁶⁵⁾、刀狩により兵農分離が行われて武士の城下町集住が進んだ。これにより在地領主は支配の基盤と正当性を失った。江戸時代には幕府以外に自立した権力はほとんど失われたとあってよく、大名ですら幕府の官僚的な色彩が強い⁽⁶⁶⁾。

中世には正当な物理的強制力（武力）を社会の構成員が分有していた。近世にはそれが国家に集中し、国家の下に一元化されたと説明されている⁽⁶⁷⁾。

2 判定の法から管理の法へ

将軍や大名は、律令制の官職・位階に叙任されることにより、公儀としての支配の正当性を獲得した⁽⁶⁸⁾。また、幕藩法では法の対象が行政・警察関係の事項に集中しており、行政法と刑法を中心とする律令法の伝統が、在地領主の自立性が失われた近世に至って再び現れたという指摘もある⁽⁶⁹⁾。

中世から近世への法思想の変化については、「判定の法」から「管理の法」へという考え方もある。前者は、人の恣意を超えて存在する客観的規範（前章で述べた道理のほか、神意などの非合理的なものも含む。）を基準として社会の構成員間の争いを判定するものであり、後者は、社会の管理者としての国家（の役人）が、事件を落着させ社会の安定を維持するものであるという⁽⁷⁰⁾。

こうした近世法の代表的な法典として公事方御定書（くじかたおさだめがき）がある。

3 公事方御定書

幕府は18世紀前半に、主に刑事裁判について準拠すべき法令や先例を調査、整理して公事方御定書を編さんした。その下巻（御定書百箇条）は犯罪類型ごとに刑罰の目安を示しているが、巻末に「奉行中之外不可有他見者也」（奉行中の外、他見あるべからざるものなり。）とあり⁽⁷¹⁾、非公開の秘密法とされた。

これは、江戸時代前半の刑罰が苛酷であったのに対しそれが緩和されるので、そのことを知った庶民が犯罪を行いやすくなるのではないかと幕府が懸念したためと考えられている⁽⁷²⁾。この点について、中世の御成敗式目が「これによりて文盲の輩もかねて思惟し、御成敗〔裁決〕も変々ならず候はんために」編さんされ⁽⁷³⁾、広く流布したのとの違いは大きいとされる⁽⁷⁴⁾。

一方で、御定書百箇条は老中からの諮問に対する答申などの内部手続のために編さんされたものであり、幕府の役人の裁判指針たることを直接の目的としたものではないので、このこと

⁽⁶⁵⁾ 浅古ほか編 同上, p.93.

⁽⁶⁶⁾ 石井紫郎『日本国制史研究 1（権力と土地所有）』（東大社会科学叢書 18）東京大学出版会, 1966, pp.71-73.

⁽⁶⁷⁾ 水林彪「近世的秩序と規範意識」相良ほか編 前掲注(41), pp.110-111.

⁽⁶⁸⁾ 浅古ほか編 前掲注(7), p.175.

⁽⁶⁹⁾ 石井 前掲注(28), pp.269-270.

⁽⁷⁰⁾ 水林 前掲注(67), pp.120-128.

⁽⁷¹⁾ 司法省大臣官房庶務課・法制史学会編, 石井良助校訂『徳川禁令考 別巻』創文社, 1961, p.141.

⁽⁷²⁾ 石井良助「公事方御定書」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 4巻』吉川弘文館, 1984, p.755; 石井 前掲注(12), pp.120-121. もっとも、成立直後から外部に流出し筆写が重ねられ、実質的には広く流布した（浅古ほか編 前掲注(7), pp.178-179）。

⁽⁷³⁾ 笠松校注 前掲注(40), p.41.（「北条泰時消息」）

⁽⁷⁴⁾ 水林 前掲注(67), pp.124-125.

をもって直ちに幕藩法の基調を専制的なものとするのは妥当でないという指摘もある⁽⁷⁵⁾。

4 内済

幕府の裁判手続には吟味筋と出入筋があった。前者は、奉行などの裁判機関が訴えの有無にかかわらず職権をもって捜査を開始し、被疑者を糾問して判決を下す刑事裁判であり、後者は、金銭債権や地境・用水などに関し、ある者が他の者を訴えることによって開始される民事的裁判である（ただし、判決で刑罰が科されることがあるなど刑事裁判的要素も含む。⁽⁷⁶⁾）

後者の出入筋では、紛争を当事者間で自主的に解決する内済（ないさい）が制度上の大原則として存在し、近世の民事的裁判を特徴付けていた⁽⁷⁷⁾。当時の史料からも、「和談」、「睦敷（睦まじ）」、「実意（じつい。まごころ）」、「慈愛」といった理念の下で内済が行われていたことが知られている⁽⁷⁸⁾。

内済が強く勧められた背景には、私的紛争の裁判は「お上」の恩恵的行為であるという考え方に加え、裁判機関の不備・非効率や私法の未発達などの事情があり、このことがいわゆる権利意識や法観念の発達を妨げることになったとも言われる⁽⁷⁹⁾。

一方で、幕府の裁判機関が増加する訴訟に対応し切れなかったことが内済の奨励の原因であるとして、次に述べるように、公事訴訟（くじそしょう。当時の用語で民事的事件に関する訴訟）の増加に着目する見解もある⁽⁸⁰⁾。

5 公事訴訟と一揆

享保3（1718）年の江戸の公事訴訟件数は約8万3千件とされているが⁽⁸¹⁾、文化13（1816）年頃の史料には、「当世公事訴訟の数の多き事、元禄享保の頃より競ぶる時は、十倍ともなりしか」とある⁽⁸²⁾。

江戸の推定人口は110～130万人と言われるが⁽⁸³⁾、江戸の裁判機関（奉行など）の裁判管轄は江戸外にも及び、訴訟のために地方から出てくる者もあった。江戸などにはこれらの者を宿泊させる公事宿があり、その主人らは、訴状の作成、訴訟行為の補佐、相手方との内済交渉などの業務を行っていた。こうした公認の公事宿のほか、非公認の訴訟代理業者ともいべき公事師も数多く存在し、幕府はしばしば禁令を出したが跡を絶たず、中には公事宿に雇われている者や、奉行所の役人と懇意の者すらあったとされる⁽⁸⁴⁾。

近世後期には江戸に限らず全国各地で膨大な数の訴訟が起こされ、これにより満足な結果が得られなかったり、あるいは統治機構の末端に位置する代官などの地方役人によって出訴が妨

(75) 大木 前掲注(31), pp.211-212. また、石井 前掲注(5), pp.377-378 参照。

(76) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.223, 235-236.

(77) 小早川欣吾『近世民事訴訟制度の研究』有斐閣, 1957, p.77-78.

(78) 水林 前掲注(67), pp.130-132.

(79) 浅古ほか編 前掲注(7), p.239.

(80) 大木 前掲注(31), p.204.

(81) 小早川 前掲注(77), p.10; 大蔵省編『日本財政経済史料 卷10』財政経済学会, 大正11-14 (1922-1925), p.265.

(82) 武陽隠士著, 本庄栄治郎校訂, 滝川政次郎解説『世事見聞録』青蛙房, 1966, p.172.

(83) 村井益男「江戸」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 2巻』吉川弘文館, 1980, p.308.

(84) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.234-235, 237; 小倉宗「近世の法」大津透ほか編『岩波講座 日本歴史 12巻 (近世3)』岩波書店, 2014, pp.193-194, 196-198, 202-203.

げられたりした場合には、一揆に発展することも数多くあった⁽⁸⁵⁾。

享保6(1721)年の農政に関する意見書『民間省要』は、その様子について次のように記している。「百姓の一僻成 [一方に偏した] 意地の内ニは心中ニ針有 [あり]。良 [やや] もすれば一枚の血 (皿カ) を荷ひて公事 [訴訟] を起し、雲の集るがごとく [如く] 雨の催スに似て噉訴 [多数の者が集まり暴力的に行う訴え。百姓一揆の一形態] を出し、大ニわたれば [大にわたれば] 一国一郡の煩と成 [なる] 事多し」⁽⁸⁶⁾。

6 村の和と理

幕府や藩は村、町などに対し、公儀の支配に抵触しない範囲で自律性や自治を認めていた。村では、「里は一和を眉目 [ほまれ、名誉] とす」、「理屈は和順 [おだやかにしたがうこと] の病也 [やまいなり]」といった理念の下で⁽⁸⁷⁾、内部の争いは百姓身分の村役人 (名主 (なぬし)、庄屋など) がこれを教諭的に調停し、公儀による統治の下請的な機能を担った (もっとも、名主、庄屋などと他の村民との公事訴訟もしばしば見られる。⁽⁸⁸⁾)

また、村は構成員を強く統合して閉鎖的な集団を形成した。理よりも和を重視する家的な原理が社会に浸透していたため、村同士の争いでも理非による判定が難しく、内済の奨励の一因になったと指摘されている⁽⁸⁹⁾。

一方で、当時の訴状や一揆の記録には「理」という語が見られ、それは個人的な訴訟から集団蜂起行動までを貫く正当性の原理として生き続けたという指摘もある⁽⁹⁰⁾。一揆では、抽象的・普遍的な理の下で地域的な利害を包括して広域的な結合を実現し、国の家父長に擬せられる幕府や藩に対し、代官などの非違や政治の不当を訴えた⁽⁹¹⁾。

7 公儀の変容

幕府の公儀は、こうした訴えにも部分的には対応して撫民の政治を目指すものであった。しかし、それは経済社会の変化によって次第に動揺し、幕末の一揆にはもはや領主への訴願という側面を持たない「世直し」的要素が加わるようになる⁽⁹²⁾。

商品経済の浸透により、豪農・豪商と小作農などの下層農民が分化し、後者が世直し一揆の主体とされるが、その願望した世の破壊・再生と土地均分については、前代の徳政一揆 (売買・質入された所領を無償で本来の持ち主に返還させることなどを内容とする徳政令の発布を要求して起こった室町時代の一揆) とも関連付けて、「一種の理想化された律令国家の班田制への回帰意識

85) 青木美智男「近世民衆の生活と抵抗」青木美智男ほか編『一揆 4 (生活・文化・思想)』東京大学出版会, 1981, pp.169, 221-223; 大木 前掲注(31), p.195.

86) 田中休愚著, 村上直校訂『新訂民間省要』有隣堂, 1996, pp.110-111. 著者の田中丘隅 (休愚) は東海道の宿場・川崎宿 (かわさきじゅく) の村政を担う名主 (なぬし) などを務めた。本書は享保6(1721)年に執筆され、翌年幕府に献上された。(村上直「田中丘隅」国史大辞典編集委員会編『国史大辞典 9巻』吉川弘文館, 1988, p.246.)

87) 常盤潭北著, 中村幸彦校注「百姓分量記」『日本思想大系 59 近世町人思想』岩波書店, 1975, pp.279-280. 本書は農村の有識者や教導者が参考にしたものではないかとされている (同, p.419)。

88) 水林 前掲注(67), p.145; 青木 前掲注(85), pp.176-180.

89) 水林 同上, pp.130-132, 145-146.

90) 難波信雄「百姓一揆の法意識」青木ほか編 前掲注(85), pp.44-45.

91) 同上, pp.45-47; 水林 前掲注(67), p.138; 青木 前掲注(85), pp.221-225.

92) 浅古ほか編 前掲注(7), pp.186-187; 青木 同上, p.225; 久留島浩「百姓一揆と都市騒擾」大津透ほか編『岩波講座 日本歴史 13巻 (近世 4)』岩波書店, 2015, pp.230-231.

がその基底に存在したのではないか」とも言われている⁽⁹³⁾。

経済社会の変化の影響は支配階級たる武士層にも及び、中・下層武士や知識人、豪農・豪商層の一部は、欧米列強の経済的・軍事的進出への危機感の中で民族的自覚を促され、政治運動へと走った。その思想的背景をなした尊王攘夷論は、国家体制の範型を古代天皇制国家の王土王民思想（律令制国家の支配の及ぶ領域とそこに住む住民は全て王（天皇）に帰属するという考え方）や祭政一致の思想（宗教的祭祀と政治を一体と見る考え方）に求めるものであった。⁽⁹⁴⁾

こうして日本は明治維新を迎えるが、江戸時代の政治・社会構造は日本の急速な近代化の前提となり、その在り方を特徴付けたと指摘されている。それは、①幕府法と、自主規制的にその下請的機能を担う藩法や村法などから成る法体系、②法の行政・警察関係事項への集中と、官による管理的処分を前提とする思考様式、③背景にある均質性の高い社会と共感の文化などを特徴としていた。⁽⁹⁵⁾

おわりに

constitution の訳語としては、江戸末期・明治初期には「律例」、「根本律法」、「国制」、「国憲」など様々な語が試みられた。明治 15（1882）年、伊藤博文に欧州各国での憲法調査の勅命が下り、その要領に、「歐洲各立憲君治國ノ憲法ニ就キ其淵源ヲ訪ネ…」とある⁽⁹⁶⁾。これにより「憲法」の語が constitution に相当する語として定まるとされる。明治 22（1889）年には、大日本帝国憲法が公布された。⁽⁹⁷⁾

それより前は、権力を制限して人権を保障する立憲主義的な成文憲法はなかった⁽⁹⁸⁾。日本にとって立憲主義は完全な外来文化であり、これに対応する政治文化が全くなかったとは断言できないが、それが法思想として存在していたかという点、やはり疑わしいという指摘がある⁽⁹⁹⁾。一方で、西欧において近代立憲主義の歴史的前提をなした中世立憲主義に相当するものは、日本にも全く自生的な形で確実に存在したという指摘もある⁽¹⁰⁰⁾。

93) 勝俣鎮夫『一揆』（岩波新書）岩波書店、1982、pp.179-195。

94) 田中彰「明治維新」国史大辞典編集委員会編 前掲注59, pp.722-723; 本郷隆盛「尊王攘夷論」国史大辞典編集委員会編 前掲注56, pp.681-682; 深沢徹「王土思想」『日本歴史大事典 1』小学館、2000、p.419。後に大日本帝国憲法草案の審議に当たり伊藤博文は、「歐洲ニ於テハ…宗教ナル者アリテ之カ機軸ヲ爲シ深く人心ニ浸潤シテ人心此ニ歸一セリ…我國ニ在テ機軸トスヘキハ独リ皇室アルノミ」と述べている（稲田正次『明治憲法成立史 下巻』有斐閣、1962、p.567）。なお、欧州で身分制社会から近代民主主義社会への変化をもたらした法の下での平等という観念は、キリスト教の神の前の平等が世俗化されて出てきたものであるという指摘がある（福田歓一『近代民主主義とその展望』（岩波新書）岩波書店、1977、pp.122-123）。

95) 石井 前掲注28, pp.269-271。

96) 「立憲政体調査につき特派理事欧洲派遣の勅書」明治 15（1882）.3。（伊藤博文関係文書（その 1）書類の部 209、国立国会図書館憲政資料室所蔵）<<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/3860374>>

97) 穂積陳重『法窓夜話 続』岩波書店、昭和 11（1936）、pp.20-28。

98) 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第 6 版』岩波書店、2015、p.18。ただし、成文・不文を問わず統治の基本法としての憲法、あるいは、政治権力の基本的な在り方を規定している法規範（広義の constitution）は、いかなる時代のいかなる社会にも存在する（同、pp.4-5; 野中俊彦ほか『憲法 1 第 5 版』有斐閣、2012、pp.3-6）。

99) 安念潤司「第 1 章 憲法と憲法学」樋口陽一編『憲法 改訂版』（ホーンブック）北樹出版、2000、pp.46-47。なお、「憲法」や「立憲主義」が西欧由来のものであるとすれば、「国民大衆」がその「インテリクささ」に反発するということはなかったのだろうかという指摘がある（西村裕一「天皇機関説事件」『論究ジュリスト』17号、2016、春、p.17）。

100) 水林彪「立憲主義とその危機—歴史的考察—」『法律時報』1098号、2016.5、p.8。

他の分野でも、例えば、江戸の土地・町屋敷の取引では、近代的所有権の萌芽が自生的に現れていたという指摘がある⁽¹⁰¹⁾。また、大坂町奉行所では、江戸のように執拗に内済（前章で述べた裁判上の和解）を勧めるのではなく、債権保護的性格の強い法制が行われており、19世紀半ばにはこれが江戸に導入されて、明治の近代的民事訴訟法を受け入れる準備が整えられていたという指摘もある⁽¹⁰²⁾。

冒頭で述べた近代以降の日本の相反する二つの法思想（市民的原理・権威的原理）と前近代の日本の法思想との関係については、日本固有の法思想は全て権威的原理に再編されたとは言いきれないように思われる。法思想をどの程度完成されたものとして捉えるかにもよるが、少なくとも、西欧法の市民的原理をいち早く理解し、継受する基盤は既に形成されていた。「場合は限られており、また程度は低くても、自生的に近代化の現象が現われており、そのことが…欧米文化の受容を可能にし、またその刺激の下に、近代化が進んだ」と指摘されている⁽¹⁰³⁾。あるいは、これまで述べてきたところを見ても、集権と分権、有縁と無縁、和と理など、相反する原理が歴史を通じて存在してきたことが認められる。

こうしたことも含めた前近代の法思想の影響の下に、近代日本の相反する二つの法思想は形成され、今日まで併存してきたとも考えられる。換言すれば、今日の政治・社会構造に対する国民の理解の在り方には、西欧法継受前の法思想の影響が多様な形で及んでいる可能性がある。そのことは、西欧的な要素と伝統的な要素が「深いところで絡んでいて、どちらも抜き難い」⁽¹⁰⁴⁾とされる日本の近現代に、外来の市民的原理と内在的な権威的原理という図式にとどまらない複雑な陰影を与えている。

もっとも、法思想の歴史については、対象とする時代や立脚する観点により異なる見方もあり得る。今日の政治・社会構造を国民がどう理解しているのかを考える上で、それに対する様々な見方をどのように共存・調和させていくのか、多面的な議論が求められる⁽¹⁰⁵⁾。

（いだ あつひこ）

(101) 石井 前掲注(12), pp.270-272.

(102) 浅古ほか編 前掲注(7), p.240.

(103) 石井 前掲注(12), p.267.

(104) 加藤周一「日本文化の雑種性」『思想』372号, 1955.6, p.7.

(105) なお、日本語の「憲法」は法規範のみを示唆し、構造・構成の本質、体格・体質等を含意する constitution を表現し切れていない面はあるが、そうした構造・構成ないし政治の事実状態と法（[安定的な共存のための]法の支配）とを連結する要（かなめ）であることに憲法の本質はあるので、憲法を容易に事実そのものと混同することはあってはならないとされる（佐藤幸治『日本国憲法論』（法学叢書 7）成文堂, 2011, pp.3-4, 20-21）。