

一九世紀末の日本人たちは
西洋法思想をどう受けとめたのか^①

矢 崎 光 圀

一 変動の時代

私たち日本人は西洋から多くを学んでいる。もちろん、古くからの伝統もささえになっているが、法思想、法制度についていえば、西洋のそれが思考や議論、慣行プラクティスのなかにまで入り込んでいる。着床しているともいえようか。その間には先輩たちの、それは血のにじむような努力、時には試行錯誤が積み重ねられている。いま、幕末から明治初年にかけての関連文献を開いてみたでしょう。おそらく予想され、刻々と迫ってくる、あるいはもう日程にのぼっている一大転機を前にして、わが先駆者たちが、一方で如何に先進西洋のそれを解説し身につけ、他方、現下の体制の分析、打開に当てようとしていたかを知って驚くのではないか。ここで、もうちょっと目を近づけてみよう。一八六八年。

一般的にいうと、この年はこの国の体制が大きく変えられる年である。いままでの鎖国、「閉システム」から開

国、「開システム」へのスイッチである。その意味ではエポック・メイキング。このような変化は、よく外庄と内発の双方に由来するといわれる。外庄、それは門戸を外に開けという欧米側の圧力と、内発、それは幕藩体制下で除々にくすぶり、やがて顕在化する不満と変化へのエネルギー。そこから生じた明治維新と、その後の事態の推移は、法の思想、制度に合わせてみると、こんなところにも焦点があったようにみえる。たとえば、古い伝統的な支配体制よりも、西洋近代のコンステイションナリズムを、また封建的な身分制よりも、法の下での人々の自由・平等の（権利）観念、制度を志向するといった。しかし、そんな志向はあったにしても、現実には流動的で、国会開設に向けての、また自由・平等をめぐる議論も振幅は大きく、しばしば分裂さえした。ちょうどわが国の近代化、ある意味では西洋化へのホットな雰囲気の中なかで。そこで見えかくれする多くの先駆者たちのうちの一人、馬場辰猪（一八五〇—一八八八）に光りを当ててみよう。その生涯は短い。短い生涯のなかで彼は長くロンドンに滞在し学ぶ。彼のリベラルな考えはこういった基礎体験と深く結びついていると思われる。

二 議 論

一八八三年、馬場は『天賦人權論』⁽²⁾⁽³⁾と題する短い冊子を出している。短いが、批判的な文章でつづられている。何に対して批判的かという点、一年前に出た加藤弘之の『人權新説』⁽⁴⁾に対してである。とりあえず、いきさつだけ加えておく。

加藤も海外の事情に鋭敏であった。やはり天賦人權の考えにも親しみ、何冊かの仕事でその意義を説いていた。だが、もう一つ、彼は早くからドイツ語関係の文献にも通じ、L・グンプロウィッツ (Gumpłowicz, 1838-1909)、J・ブルンチュェリ (Bluntschli, 1808-81) の思想もとり込んでいた。それに加えて、あのダーヴィニズム、さらにH・スペンサー (Spencer, 1820-1923) 風の社会進化論⁽⁵⁾。当初の天賦人權論から離れるのは事の成り行きだったの

かもしれない。けれど、それは大変な反響を呼びおこした。天賦人權論者側からの反撥はその主たるものであり、馬場の批判はその一系列に属する。

その背景には自由・平等、民選議会など、その実現が焦眉の急となっているプラクティカルな諸問題への応答、配慮がうずまいている。馬場の議論の文脈には、もちろん、それがある。しかし、彼はけっこう、アカデミックなレベルで加藤に議論を挑む。その論点のいくつかは、そうしてまたそれらをつなぐ彼の構想には、ひょっとして、案外、私たちに改めて考えさせるものをもっているようにさえみえる。以下では、こんな理由から、ここに焦点を合わせて考えることにする。

第一に、加藤は「新説」において自由・平等論のはじまりを、ブルンチュリにならって、烏爾比安、D・ウルピアヌス(Ulpianus, 170?-228)に求める。彼が「始テ、人ハ皆生レナカラニシテ平等ノ権利ト及ヒ自由ノ権利ヲ有スト云ヘル主義ヲ講述セリ。是蓋シ天賦人權ヲ明言セシ鼻祖ナランカ」。

参考までに、加藤のつけている注(5)をあけてみると、ブルンチュリが同主旨のことを書いている。ブルンチュリがまたつけている注(5)をあけてみると、彼はこういう典拠によっているようであり。それが加藤の本文で平等・自由論者・ウルピアヌスになったものと思われる。

まず、平等の方だが、ウルピアヌスの一つ。「市民法によれば、奴隷は人とみられないが、自然法によれば、このことは当てはまらない。なぜなら、自然法はすべての人々を平等とみているから」。

つぎに、自由については。「万民法は一切の人類に共通なり。何となれば各国民は人類生活上の経験と必要に応じて各々共通なる法則を設けたればなり。例えば戦争起こりて次に捕虜と奴隷前制度起れる如きは是れなり。奴隷制は自然法に反するものなり其故は自然法に依れば当初は一切の人類皆自由人として生れたればなり」。

馬場によれば、これは不正確である。遙か昔、ゼノ(Zeno(n), BC 335-263)のようなギリシャのストア哲学者の

考えに見出されるし、ローマに戻つていえば、紀元後七九年、ストア派の学者、デミストリヤスがすでに自由・平等の説を説いている⁽¹⁰⁾。

第二に、加藤はつづいて自由・平等の権利、天賦人權の思想は千五百—六百年ごろの性法(自然法)学派、さらに蘆騷、J・J・ルソー(Rousseau, 1712-78)に至つて妄想のピークに達すると書くが、これに対しても、馬場は誤謬を指摘する。つまり右の主旨が、「大層ラシクモ説キ出サレタ」のだが、じつは、二二八年ごろにすでに、さきのウルピアヌスはこの主義、すなわち性法学説を主張していたのだと。そうして、こう加える。

「然レトモ余ハ猶其議論ヲ確定セン為メニ……紀元後五百年頃羅馬ノヂョスチニアン帝カ編纂シタル羅馬律編纂書第一巻第二章中烏爾比安氏ノ説ヲ掲クル左ノ如シ。

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quae in coelo, quae in terra, quae in mari nascuntur. 之レヲ英語ニ訳スレハ即 The law of nature is that law which nature teaches to all animals. For this law does not belong exclusively to the human race, but belongs to all animals, whether of the earth, the air, or the water. ナリ。之レヲ我邦語ニ訳セハ自然法ナル者ハ自然カ凡テ動物ニ教フル所ノ法律ナリ。此ノ法律ハ独リ人類ニ属スルノミナラス、凡ソ地上水中空中ニ生活スル動物ハ皆此法律ノ支配スル所ノモノナリト云フニ在リ。左レハ性法学派ノ淵源ハ紀元二百年頃ニ於テ業已ニ羅馬ニ發生シタルヲ視ル可シ。之レヲ是レ顧ミス性法学派ハ西曆千五六百年代ニ於テ始メテ起リシモノナリト断言スルハ誠ニ驚ク可キ謬見ト謂フヘシ」。

引用文中、烏爾比安とあるのは、いうまでもなくウルピアヌスのことである。漢字はウルピアン、Ulpian という英語の感じを表わしているのかもしれない。

馬場による批判は、たしかに、彼の博識ぶりをよく示している。ただ、気になることもあるのでは? たとえば

自由・平等論のはじまりは加藤の推すウルピアスを避け、遡ってストア派に求める。それなのに、性法学派、自然法学派になると、はじまりはウルピアスだという。おや、それでは性法学派、自然法学派と自由・平等論とはそんなに区別できるのか、いや、そうではないんじゃないか……思わず、読者はこんな疑問を胸に浮べるのでは？ 法思想史上のおもしろい話題でもあるが、ここにはある程度、彼の思い入れがあるのかもしれない。が、本稿で注目したい点だけ、さらってみると……。

三 “自然—法”の利用と位置づけ

馬場はくり返しウルピアスに言及する。そのさい中心にあるのは自然法、性法であるが、彼のローマ法の学識⁽¹⁵⁾からすれば、加藤と同じように、すでに引用したウルピアスの有名な二つの章句を承知して、その自由・平等論をとりあげたと思われる。ただし、加藤はこれを妄想の出発点とネガティヴにみるのに、馬場はポジティヴに捉える。便宜上、このタイプのウルピアス文を《自由・平等の自然法》と呼んでおく。

ところが、すぐ前の第二で書いたように、彼、馬場はこのことを確定しようとして自然がすべての動物に教えた法、自然法を加える。ラテン語のオリジナルから英訳、日本語訳までそえて、いまの引用文の後にはつづいて、こういう章句がある。「雌雄の結合即ち人類に於ける謂はゆる婚姻は実に此の法に基くものとす子女の出生並びに其の養育亦然り、何故となれば吾人の認むるが如く動物一般殊に野獣と雖も亦自然法の知識を附与せらるればなり⁽¹⁶⁾」。これを補ってみると、ここで馬場によって引用された自然法は、すべての動物が自然の本能を通して身につけた法という感じになろうか。これを《本能的自然法⁽¹⁷⁾》と呼んでみる。

本稿で自由・平等の自然法と呼んだものは人間だけに向けられている。これに対し、本能的自然法と呼んだものは人間だけではない、人間も含めた生きとし生けるものに向けられている。自然法という言葉は前の場合にはより

狭い意味をもつのに、後の場合にはより広い意味をもつといえる。よくいわれるように、明らかなズレが目につく箇所である。それなのに馬場は前者につづいて、確証のためにといつて後者を引用するのである。どうして、こんなアンビバレントな感じを残すような引用をしたのだろうか。

現代の目でみると、本能的自然法は事実、それも生物学的事実のレベルに向けられているが、これに比べると、自由・平等の自然法のばあい、人はみんな、本来は自由・平等であり、だから本来、自由・平等であるべきだの感じが滲んでくる。この章句をタテにとつた中世以降の解釈、ないし読み込みにもそんな方向がみとれる。事実というよりは規範的レベルで自由・平等の自然法を捉える方向が。

参考までに、J・S・ミル (Mill, 1806-73) が「自然」であげている三つの例を引いてみる。おそらく最初の二つは以上の事実レベルに、三つ目は規範的レベルに対応するのではないだろうか。

「自然という言葉の二つの意味は……在るところのもの (what is) だけを指している点で一致する。自然は第一の意味では在るところのすべてのものに対する集合名辞である。第二の意味においては自然は、人間の自発的介入を受けずにそれ自体で存在するすべてのものに対する名辞である。しかし、自然という言葉は倫理学の用語として使うようになると、第三の意味が、すなわち自然が在るところのものではなくて、在るべきところのもの (what ought to be) を表わす第三の意味が明らかになる」⁽¹⁸⁾。

ウルピアヌス文にもどってみよう。その関係章句は、後にユスティニアヌス帝が命じて編纂、公布された法典、*Corpus Iuris Civilis*、市民法大全 533. に収録され条文になっている。自由・平等の自然法も、本能的自然法も。そこからすると、ともにウルピアヌスが書いたわけであるが、後者、本能的自然法については「古典時代以後の捜入」によるものという説もあって、とかく話題になる箇所である。そうしてこの箇所をもう一度、ミルや近代風の視点からながめてみたら、どうしても事実的レベルと規範的レベル、*is* と *ought* が一緒につかまれているようにみえ

る。が、馬場はそんな違いにも気づかなかつたのだろうか。そうとは思えない、といいたくなるような節々^{せつせつ}がある。すこし萩原延寿の説明をきいてみよう。

「天賦人權論は」馬場によると、「加藤のいうような「妄想」では決してない。加藤は、「妄想」説を主張するために、一般に権利というものは政治権力によって付与されるものであるという議論をくりかえす。しかし、加藤が問題にしているのは、ただ、「法律上ノ権利」にすぎない。加藤は、「法律上ノ権利」のほかに、「法律上ノ基ゾク可キ基礎」である「天賦ノ権利」、すなわち、「人民ノ幸福ヲ求ムル自然法」の存在を知らないか、あるいは故意に無視するのである」と萩原は説き、馬場がこの区別をつかんでいたとして、馬場のつぎの文章を引いている。

「古来ノ法律家ハ法律上ニ問題有ルコトヲ説ケリ。其二問題トハ何ゾヤ。曰ク、其ノ一ハ法律トハ何テアルカト云ウ問題即チ是レナリ。……而テ其一ハ如何ニアル可キ管ノモノカノ問題即チ是レナリ。……一ハ古来ヨリ存在シ来リタル法律ノ有様ニシテ、一ハ自然法ニ基キテ生シ来ル可キモノナリ」。一言でいうと、《在る法》と《在るべき法》との違い。その引用の後で、萩原はこうつけ加えている。

「ところが、「実証主義者」加藤は、前者だけを強調して、後者をまったく無視してしまう。つまり、加藤は、天賦人權論を「妄想」だときめつけることによって、事実と規範という法哲学上の根本問題にたいして、無知と無能とを暴露してしまふのである」⁽²¹⁾。

これだと、いかにも馬場が *is* と *ought* を区別して、加藤を論駁した様子がよくわかる。事実、馬場は J・ベトナム (Benham, 1748-1832) や J・オースティン⁽²²⁾ (Austin, 1790-1859)、あるいは J・S・ミル⁽²³⁾——前出の自然論についてとはともかく——の考えにしたしんでいたから、このことは不思議ではない。だが、と、またしても先ほどの疑問が顔を出す。なるほど、批判ではそうだったかもしれない。けれど、自説の展開ではどうだったのか。本能的自然法と自由・平等の自然法、一つをとってもそうではないか、と。なかなか説明しにくいみたいだが、つぎのよ

うに考えてみたら、どうか。

四 理論的とプラクティカル

馬場には、わりと広い歴史的視界が用意されている。それに、一九世紀後半、長くイギリスに、短期的にはフランスにもいた彼にとつて、この時期での飛躍的な自然科学の発展、その知識の普及、社会科学への応用はまったく目を見はるほどの現象であつたに違いない。それらが彼の学識ばかりか、議論の仕方にも深い影をおとし、また支えにもなっていた。たいていのばあい、自然が話の出発点になる。人間も地上の動物も、鳥も、魚も自然の力に左右されるのであつて、その点では等しく無力だ。この感じで例の本能的自然法をみると、意外にスンナリと入ってくるから、おもしろい。

馬場はこの種の、自然に関連する言葉をフルに使っている。いくつか例をあげてみよう。自然力、自然の生活力、自然の定規、自然法の定規、自然主義の天然法、天然自然の一大定規、自然法規、自然の道理、自然法は法律と同じではない、性法……。

「例へハ風ノ起ルハ空氣ノ力ニ因リ、葦葉ノ茂生スルハ草木発動ノ力ニ因リ、人間ノ活動スルハ自然ノ生活力ニ依ルカ如シ。……之レト同シク自然法ニ出ツル活動力ノ進行ニ於テモ亦必ス一定ノ方向アルモノナリ。其方向トハ何ソヤ。曰ク物ノ進行スルヤ其最モ妨碍鮮キ地ニ向テ進行スル是レナリ。例へハ樹木ノ其根ヲ長スルヤ……種々の妨碍物ニ遭へハ其間隙ヲ求メテ長スルカ如キ、其状猶動物社会ト一般ナル有様ナルニ非スヤ。……人有テ枝上ノ菓ヲ摘マントスルトキハ、必ス其之ヲ取ルニ最モ便利ナル手段ヲ用フルナラン」。

ここで目につくのは「自然法の活動力」である。それには動物にも、植物にも、人間にも共通の一定の《方向》がある。なにか妨害物があるときは、その一番少ないところ、スキ間に向つて進むという方向が。そうしてみる

と、このばあい自然法といつても、あの本能的自然法にも似て、生物学的事実、もしくは類似レベルに向けられていることがわかる。

しかし、彼は自然から社会へと、同時進行的に《分化》が進んでいくことを加える。「既ニ変化シテ人間タルノ現象を頭ハシタル以上ハ……」といっているのも一例である。ただ、動植物との共通性はまだ認められている。しいていえば、動植物と同じように、妨害の、より少ない方向に進み、自己の《生存》を確保しようとするのだが、社会生活のレベルで人間、人類、人民の特徴がハッキリしてくる。人は自分の生存を保持し、幸福を得ようとする。

「一国社会を組織する」ばあいも同じ。その生存を保持し幸福を得ようとする。そのためには、より妨害の少ない道を歩むのがだいいじであつて、それが自由・平等である。「試ミニ思ヘ、一人ノ力ヲ以テ多数人民ノ生活幸福ヲ図ルト、多数人民ノ力ニ任セテ其生存幸福ヲシムルトハ、其困難執レカ少キ。而シテ又其生存幸福ヲ図ルニハ其人民ヲシテ自由ニ活動セシムルト、之ヲ束縛牽制スルトハ、執レカ果シテ障碍ノ大ナルヤハ敢テ識者ヲ俟タサルヘシ」。こうして人は自然に自由・平等を求める。そうして、これが「自然法ニ從テ請求スヘキ権利」、自然の権利だと馬場は説くのである。

分化のプロセスは、徐々に、あるいは急激に進行する。この進行プロセスを、ムリなことだが、一度、止めてもらったらどうだろう。いきおいプロセスから身を離して、そこで見たことを理論化する。本稿でいう本能的自然法、また馬場が口にした「自然法の活動力」それらは社会が組織化された段階での実定法や、実定法上の、あるいは法律上の権利とどこか違う。違いの一つは前者が事実レベルに向けられているのに、後者は、いってみれば、規範的レベルに向けられているからであろう。では、ホンのすこし前で参照した自由・平等の自然法、あるいは自然法上の権利はどうなるのか。

この意味での自然法は規範的レベルに向けられている。だから、実定法と似てくる。けれど、同じ規範的世界内

で仔細にみると、実定法は人為的につくられているという意味で在る法 (by man) に、自然法は人為によらないで、自然にということ、在るべき法 (law as it ought to be) に位置づけられるのではないか。このばあい、「自然」とか、「自然に」というのが「規範的」、「あるべき」の意味でつかまれていることも、当然だが、注意を要する。

いったん止めてもらった分化、変動のプロセスを再開してもらおう。それは一九世紀後半、馬場のコミットした時代にも、そればかりか、私たちの今にも進行している。馬場は理論のスジとしては *being* と *ought* の区別を承知し、萩原も書いたように、批判にも使う。その点では本能的自然法と自由・平等の自然法の識別にしても同様であろう。反面、彼は社会の現実では自然から社会へ、分化と変動がくり返えし行なわれていること熟知する。それどころか、一九世紀後半、明治の時期にはみずから変動にコミットし、体験し、倒れた。価値や規範も人々の、その時代、その社会でのプラクティスに強く影響されることを知っている。性法、自然法にしてもはじめは人も、人以外のものも、共に自然の本能にしたがって生きてきた。が、人が分化してくると、人は生来、自由・平等であるのに……と、こんなながれで見ると、本能的自然法も自由・平等の自然法も、事実と規範もつながり、連動してきているのである。ただ、理論レベルに戻れば、一応、分けて扱うのが適当であろうが、……。

五 世紀末に

馬場は明治の初期に活躍した人である。短い生涯であったけれど、視野は広く、プラクティスはもとより、アカデミックな議論にも長じていたことは、本稿をよんでいただいても明らかであろう。明治は遠くなりにつれ、というように、明治のことはもう語り草になっている。けれど、彼が打じた一石は今日でも波紋を投げかけているのではないだろうか。例の本能的自然法論はその一つ。彼の『天賦人權論』ではあまり気づかれなかった論点である²⁸

が、一九世紀末、彼がこれを取り上げていたこと自体、私にとっては一つの発見であった。⁽²⁹⁾人と、人以外のものと
の共生が地球—環境倫理学的見地から話題になっている今日、ちょうど馬場のころからひとまわり廻ってきたこの
世紀末、もう一度、その言、その発想を味ってみるのもよいのではないか。

- (1) 本稿は一九九三年五月、アイスランド、レイキャビクで開かれた法哲学・社会哲学国際学会連合(I.V.R.)世界会議
における筆者の報告「Modern Legal Thought Through Japanese Eyes At The End of 19th Century Japan.」を
しているが、かなり加筆したものである。
- (2) 馬場辰猪「天賦人權論」一八八三年、『明治文化全集』日本評論社、第二巻、『自由民権篇』所収。本稿はこれを用い
た。
- (3) が、ほかに、『明治文学全集』筑摩書房、第12巻、家永三郎編『大井憲太郎・植木枝盛・馬場辰猪・小野梓』にこの
「天賦人權論」、その他、馬場のかずかずの短文が収録されている。
- (4) 加藤弘之「人權新説」一八八二年、『明治文化全集』第二巻、『自由民権篇』所収。
- (5) この間の事情について田畑忍解題・加藤弘之『強者の権利の競争』日本評論社、四二—一〇四ページ以下参照。
- (6) (4) 358.
- (7) J. Bluntschli, Staatswörterbuch, 1857-70, Bd. 6, S. 603. 加藤論文の注5には第六冊第六百六丁とある。(4) 三八六
ページ。
- (8) Digesta, L. 17. 32. 本稿では The Civil Law, vol. 9-11, transl. by S. P. Scott, p. 32. に拠っている。当該箇所について
アドヴァイスして下さった山内進氏に感謝したい。
- (9) Institutiones, I. 2. 2. ユスチニアヌス帝欽定『羅馬法学提要』四版、末松謙澄訳、大雄閣六ページ。
- (10) (2) 444.
- (11) (4) 358.
- (12) (2) 444.
- (13) (2) 444. (9) Institutiones, I. 2.
- (14) (2) 444-5. (9) Institutiones, I. 2. 馬場が書いているのが、*de iure* ウルビヌス文は(9) Digesta, I. 1. 1. 3. か

らきていることはいうまでもない。

- (15) 「羅馬律書」、共存雜誌二〇号、二三号、二十八号、三十一号、四十八号、五十六号、六十二号。明治十二年五月七日〜十三年三月二十四日。萩原延寿『馬場辰猪』中央公論社、一〇〇および三一三ページ参照。
- (16) D. I. 1. 3 引用したところはユスティニアヌス帝『学説彙纂プロータ』春木一郎訳、有斐閣による。
- (17) 矢崎『法思想史』日本評論社、一〇五ページ以下参照。
- (18) J. S. Mill, Nature, in: Collected Works of J. S. Mill, vol. X, ed. by J. M. Robson, Univ. of Toronto Press, 1969, 377.
- (19) A. P. D'Entreves, Natural Law, 1961, 29f. ダントレーヴ『自然法』久保正幡訳、岩波書店、三八ページ参照。
- (20) (15) 萩原、190-1.
- (21) (15) 萩原、191.
- (22) 馬場はベンタムのもとでも幸福と自由とは車の両輪のようにつかまえられるものだとのべ、また「オースチン氏ハ法律学ヲ分テ法律ハ何テアルカ又法律ハ如何ニアルヘキ管ノモノナルカノ二問題ト為シタリ」として、本文の話題にふれてゐる。
- (23) 一八七三年五月八日にミルが亡くなった。彼はこう記している。「一日当国稀代の碩学ミル氏逝く、我邦人の政治に志あるものにして自由の理及経済論を読まざるものは無かるべく、苟も自由の理経済論を読みし者にしてミル氏の名を知らざるものは無かるべし、されば此時四方の新聞雑誌は……記述して切に哀悼の意を表せる其趣は余所の見る目も羨しく辰猪観て大に感動し……思はず長嘆を洩らせしとぞ」。安永悟郎『馬場辰猪』一八九七年、みすず書房刊、四一ページ。また「馬場辰猪自叙伝」(『日本人の自伝』第二卷平丸社九七七ページ参照)。
- (24) フランス行について(15) 萩原、54。またフランスからロンドンによった中江兆民との交友について同上、34。
- (25) (3) 所収の馬場の小論「平均力ノ説」、「親化分離ノ二力」、「物ハ見る所に依て異なる」など参照。
- (26) (2) 450。
- (27) (2) 451。
- (28) 柳父章『翻訳の思想』平凡社選書、二二八―九ページにはこの点に関連した引用と興味ある指摘がある。
- (29) 関連する問題を扱ったものとして矢崎「ヒト・制度・自然の交錯のなかで」比較法史研究―思想・制度・社会、2、

19世紀末の日本人たちは西洋法思想をどう受けとめたのか

九五ページ以下参照。

(やさき・みつくに||本学教授)

