

# 西周の法思想

—— 法と秩序をめぐる考察 ——

菅 原 光

1. はじめに
2. 儒学と法
3. 慣習法と成文法
4. 法のための規律
5. おわりに

## 1. はじめに

『西周と日本の近代』<sup>1)</sup> 出版の前後から、西周への関心はかつてないほどに高まってきており、様々な視点から、研究成果も出されるようになってきた。

しかし、その一方で、西周研究の問題点を指摘したりチャード・H.マイニアの言葉は、それから約四十年が経過しようとしている現在もお依然として積み残された課題であり続けている。

当時の思想史を論ずる者は殆んどすべて明六社の一員、西洋哲学の紹介者として彼（西周一引用者）に言及している。大久保利謙編『西周全集』は一九六六年に完結をみ、包括的な西周研究は未だ存在しないにせよ、おびただしい数の論文が彼を論じている。ところが西洋法継受という点から西を論じた者は皆無である。これは法学が彼の主要な関心領域であったことからすると驚くべきことである。<sup>2)</sup>

マイニアの指摘は、現在の研究状況に対する指摘としても依然として妥当するものであろう。「西洋法継受という点から西を論じた者は皆無」なのは、今なお同様だからである。しかし、オランダ留学期間のほとんどを「法学、即ち自然法・国際法・憲法の研究に費す」など「法学が彼の主要な関心領域」の一つであったのは確かだが<sup>3)</sup>、西は決して専門の法制官僚ではなかったし、必ずしも法思想家と呼べるような思想家ではなかったのもまた間違いない。そもそも西がどこまで近代的な法概念というものを理解し得ていたのかとい

うこと自体、疑問の余地がある。西をはじめとする明治初期の知識人は、幕末明治期において初めて近代西洋的な法というものの存在を知り、学び始めたばかりであり、近代的な法概念に関する理解が浅かったのもやむを得ないことであった。「西洋法継受」というテーマで考察するにしても、法典整備という具体的な制度論、制度としての継受という問題に関心を寄せるならば、西周は決して魅力ある対象ではなかっただろう。その意味では、法典整備をめぐる政治史的、近代法思想史的関心から西周がもれてしまうのはむしろ当然のことであり、「西洋法継受という点から西を論じた者は皆無」だったのも理由のないことではなかった<sup>4)</sup>。

しかし逆に、明治初期の知識人を対象とした時にはじめて見えてくる特有の問題があるのもまた事実である。それは、そもそも法とは何なのかということに対する原理的な問いであり、伝統思想に基づく法観念と西洋法思想に基づく法観念との哲学的出会い、交錯という問題である。それは、民法や刑法などの編纂といった具体的な課題が生じる以前から法の問題を考えはじめることになったという時代状況も関係しているだろう。この問題に関し、西周ほど深く考え続けた思想家は他にいない。

本論は、西周の法概念、法思想を考察することを目的としているが、西の法概念論の先駆性や現代的な意義を主張することを目指すわけではない。そうではなく、法とは何なのかということ西がどのように捉えていたのかを跡付けるのが本論の課題である。

## 2. 儒学と法

西洋法受容の背景としてはこれまで、専ら法家思想が念頭に置かれてきた。明治期の法思想を考察するにあたり、法をめぐる原理的な問い、法哲学的な問題への関心が高まらなかったことと、西洋法受容の背景として法家思想ばかりが注目されてきたこととは決して無関係ではない。

法以外の分野において西洋思想受容の背景として重視されてきたのは儒学であったが、その儒学は一般に法との関係が希薄であり法治主義を排斥して徳治主義を主張したと言われている<sup>5)</sup>。儒学者であるならば、法を軽視するのが当然のことに思われてきた。従って、初期近代における西洋法受容の背景として言及される伝統思想は、儒学ではなく法家思想であり、西が法を重視するその姿勢もまた、法家思想の影響を受けたものとして理解されてきたのである。例えば長尾龍一は、荻生徂徠の説をひきながら「法」と「道徳」との分岐を説く西の議論を、「韓非子的な主張」であるとして、西の法思想への法家思想の影響を指摘している。先行研究に従えば、西の法観念は法家思想の影響下に形作られたものであり、むしろ儒学の克服によって初めて可能なものであった。

しかし、法家的な法は君主による支配統治の道具であり、違背者に対する制裁を中心に構成されるものである。結論を先取りして言えば、西が展開した法についての議論は、決してそのようなものではなかった。西は支配統治の道具として法を捉えるのではなく、秩

序形成の方法論として法を捉え、具体的な法律論に関心を持つよりも、まずは法哲学的な問題に関心を持ったのである。

儒学が法を排斥ないしは軽視していたとされるのは、『論語』為政篇の「これを道びくに政を以てし、これを斉うるに刑を以てすれば、民免れて恥なし。これを道びくに徳を以てし、これを斉うるに礼を以てすれば、恥有りて且つ格る」や里仁篇の「君子徳を懷えば、小人土を懷う。君子刑を懷えば、小人恵を懷う」などの節を踏まえてのことである。これらは一般に、孔子が法治を批判し、徳治を称揚したものと理解されている。これに対し、西もまた徳治と法治とに治を分類していたが、現代においては徳治以上に法治を重視すべきであると主張している。西の法についての議論が、儒学ではなく法家と関連づけて理解されている所以である。

しかし、『論語』におけるこのような議論も、法の排斥としてしか読めないわけではない。荻生徂徠はこの一節について「『これを道びくに政を以てし、これを斉うるに刑を以てす』は、また先王の政刑を謂うなり。先王の政刑を用うと雖も、而も徳礼を用いざれば、則ち民、僅かに刑戮を免るる耳」<sup>6)</sup>と述べている。徂徠は先王もまた「政刑を用う」と言っており、「これを道びくに政を以てし、これを斉うるに刑を以てす」というあり方自体を否定してはいない。徂徠は、先王が「政刑」を否定的に見ていたかどうかということ論じる地点には踏み込まず、「政刑」の用い方という議論にシフトしているのである。先王も「政刑」を用いるということを前提とした上で、その際には必ず「徳礼」とセットで用いたというのが、徂徠の言う先王の「政刑」の用い方であった。しかも、その際の「徳礼」は〈道徳〉や〈教化〉という意味ではなく、「有徳の人」という意味であった。つまり、先王は「政刑を用いる」時に「有徳の人」にやらせていた、というのが徂徠の理解であった。このように理解するならば、「これを道びくに政を以てし、これを斉うるに刑を以てすれば、民免れて恥なし」という一節を、法に対する批判として捉え、儒学は法を排斥していたと理解する必要はなくなる。徂徠の解釈に従えば、為政篇の一節は、あくまでも、「刑」への恐れのみによる順法を批判したと読めるのである。孔子は、被治者の側の順法の意識を欠いたままでのむき出しの威力による法の強制を非難したということであり、被治者の自発的な順法による法治を実現しようとしていたということになる。

「古えより天下国家を治むるに法あらずと云うことなし」<sup>7)</sup>という伊藤東涯の言葉にも表れているように、実際には、儒学者においてさえ法は重要な位置付けを与えられていた。儒学にも法はあり、儒学の発想の中から法についての議論を読みとることも当然可能なのである<sup>8)</sup>。法は法家にしか存在しない概念というわけではなかったし、法家的な法はあくまでも法家に特有の法として理解すべきなのである。法の重要性を指摘する言説を全て法家に帰すのは、儒学に対する誤解に基づいていると言えよう。西と法家思想とを関連づけて理解しようとしてきた先行研究もまた、このような誤解から派生したものだと思われる。西は『百一新論』以外の論考では韓非子や法家思想に言及していないし、『百一新論』に

においてさえまさに言及したという程度の扱いであった。そこに影響を読み込むべきほどの関係は実は見られない。西における法についての議論は、必ずしも韓非子や法家思想と関連づけて理解する必然性はないのである。

西が法を理解する際に背景となったのは、あくまでも儒学であった。儒学と法治とは矛盾無く結びつき得るし、西もまた、儒学と法との関係を矛盾する関係にあるものとして捉えていたわけではなかった。西は、「礼は国家を経し社稷を定め民人を序づ、又名は以て義を制し義以て礼を出し、礼以て政を體す……後世でいはば国法とか法律とかいふ意味でござらう」<sup>9)</sup>と述べ、儒学において最も重要な概念のうちの一つである「礼」は、国法、法律などの意味としても使われていたとしている。法は否定されるどころか、儒学において最も重要な「礼」という概念の中に含まれている要素だというのである。しかも、道德と法との内容を包括し、さらには歴代の政治制度、儀式の方法や、立ち居振る舞いの作法までも含む広い概念であった礼は、時代が下り世の中が複雑になるに従って、その有効性を失っていったという。そのため西は、「礼」の中から道德や儀式・格式などの意味をそぎ落とし、政治においては法こそを重視する必要があると考えていたのである。

西は、「礼」という概念を国法、法律という内容を含んでいるが故に、「政事をするには是非学問せなくては叶はぬもの」<sup>10)</sup>と捉えていたが、しかし儒学の歴史は西の考えとは反対の方向に進んでいた。「礼」は専ら儀式の「礼」のみを意味するようになり、法律という意味は、逆に希薄になっていったのである。儀式の意味ばかりになった「礼」は、西によれば政治には何の役にも立たないものであった。

「礼」が本来の「礼」ではなくなったという認識自体は徂徠も同様であったが、徂徠は先王の時代にあった本来の「礼」を回復することを求めていた<sup>11)</sup>。これに対し、儒学の範囲に拘束されることのない西の場合は、もはや「礼」に期待することはない。「礼」によって理想的な政治が為され得たのは、聖人の時代だけであった。だからこそ、徂徠は聖人の時代の制度文物を学ぶことの重要性を指摘していたのだが、西は「独り三代の民に私して後世や外の国々では徳礼の化を仰ぐことは出来ぬと云っては、餘り天の御役目が済まない」<sup>12)</sup>と述べている。「礼」による統治が為されていた三代は、歴史上極めて特殊な時代であり、そこに普遍性を見出すことはできないというのだ。そこで西は、元々「礼」に含まれていた要素である法に期待を寄せる。西が考えていた法は、「礼」の一部でもあり、それはあくまでも儒学的な法だったのである。

また、西が「法学」と言った時、それもまた儒学的な概念であり、今日において一般的なような、法律、特に実定法についての解釈学というような狭い意味のものではなかった。「政事学、法学と称すと雖も、皆な経済学中より出るものにて、別つに政事学及び法学たるものあるにあらず」<sup>13)</sup>という表現に表れているように、西においては「法学」も「政事学」も、共に「経済学」つまり経世済民に連なる学問として理解されていた。「政事学と云う者、歐洲にて古来よりその名はあれども、法律学より外に此学科あるにはあらず」<sup>14)</sup>

「政事学を学ぶと云へば、法律を学ぶ事にて、畢竟異名同物なり」<sup>15)</sup>とも述べているように、「法学」は政治・立法を含めた広い意味をもたせられた、儒学的な概念であった。

### 3. 慣習法と成文法

前提となる素養として儒学的な法観念を有していた西は、法をめぐる原理的な問題に関心を持ち、秩序形成の方法論として法を捉えた。安定した秩序を形成するためには、いかなる法システムを構築すべきなのか、このような関心から西洋の法システム、法思想を分析したのである。

西は「政畧論」において、法を「英国の法」と「大陸諸国の法」の二種類に分類し、その特徴を分析している<sup>16)</sup>。「英国の法」は「旧来の習慣を順守し、世代を追い改正を加えたる者」<sup>17)</sup>であり、「旧慣を修正して其時宜に合はざる者を変革したる耳なり。故に今日にても英国の法律には旧慣法の存する有て固より其成文律ならざる」<sup>18)</sup>のものであった。これに対し、「大陸諸国の法」は「旧法を一掃して新法を措」<sup>19)</sup>いたものである。このうち、慣習法が有している利点として西があげている「法の行わるる力」は、西の理解する理想の法システムにおいては不可欠のものであった。

西は一方で、「大陸諸国の法」に対しては「旧慣を一掃して新たに措いたる成文律のみなれば、所謂生疎の患有るは人民の是に熟せざるよりして、種々の蔽害有て法の行わるる力、自ら薄弱なり」<sup>20)</sup>というネガティブな評価を与え、他方で「英国の法」を「旧慣に依て漸次に改正を加えたる者なれば、民心に浸潤したる事深くして法有り」と云わずして法自ら存するが如く、人民習て以て俗となすに至りたれば、法の行わるる力は殊に鞏固にして動かす可らざる所有り」<sup>21)</sup>として高く評価していた。つまり西は、明治国家における法システムを、慣習法的なシステムが持っているような「法の行わるる力」を重視した形で構築すべきだと考えていたのである。

慣習法を理想とする西は、旧慣や伝統を重んじたのではない。あくまでも慣習法における「法の行わるる力」を重視していた。つまり西は、〈慣習それ自体〉と〈慣習が持ち得る力〉とを分けて考えることができたのである。慣習法的な法システムにおいては、社会の構成員は、現存秩序の根拠が法にあるという認識をすることなしにその秩序を順守している。言い換えれば、慣習法下にいる人々は、それが法であるから守るというのではなく、自らが自然に守ることによって形成し続けられている秩序の体系に無意識のうちに加わっている、というのが西の理解であった。そこでは、法は与えられた強制的な秩序の体系でもなければ、支配者が威力を背景として被支配者の服従を調達するための手段でもなかった。西は、「法有り」と云わずして法自ら存する」ような状態、ある秩序への服従を国家の強制力によって獲得するというのでも、立法意図への賛同によって獲得するというのでもない、各人が秩序の存在それ自体すら意識することなく習慣的にその秩序に従っているというような状態を理想としていたのである<sup>22)</sup>。

しかし現実には、明治日本における法は、「大陸諸国の法」として形成せざるを得なかった。「世代を追い改正を加え」ながら長時間かけて次第に形が整っていく慣習法は、「これを学びまたこれを模倣するには至難の法律と謂う可」<sup>23)</sup>きものだからである。そのため、慣習法を評価する西もまた、「条理粲然たる」「大陸諸国の法」こそが、当時の日本にとって参考になる法の立て方であると考えざるを得なかった。西が直面していた明治前期という時代は、徐々に慣習法が形成されていくままに任せるといような、長期的スパンで秩序形成を考える余裕がない時代であった。革命によって旧法を一掃することになったフランスと同じように、明治維新によって旧来の秩序が一掃され、旧来の秩序の部分的な修正に止まらない、全く新しい秩序を自覚的に形成しなければならない、西はそのような時代状況の中で思考していたのである。

しかしこれは、実際には極めて困難な道のりであり、西自身、「政畧論」と深い関係にある「国民気風論」において、既にその困難さを明確に指摘していた<sup>24)</sup>。

旧慣を一掃した所に新たに「条理粲然」たる新時代にふさわしい成文法を作り、それによって新しい秩序を形成しなければならない。これが西が直面していた維新直後の日本が抱えていた課題である。しかし、旧慣を一掃して作られる成文法は、「法の行わるる力」が欠けたものであり、秩序形成能力に欠けるという欠点を持っていた。であるならば、あくまでも旧慣を重視し、旧来の秩序こそを重んずべきであろうか。

福澤諭吉が決してそのように考えなかったことは有名である。福澤は『学問のすゝめ』第三編、つまり明治六年十二月に出版された「一身独立して一国独立する事」と題された論説において、「昔鎖国の世に旧幕府の如き窮屈なる政を行ふ時代なれば、人民に気力なきもその政事に差支えざるのみならず却って便利なるゆえ、故さらにこれを無智に陥れ無理に柔順ならしむるをもって役人の得意となせしことなれども、今外国と交わるの日に至ってはこれがために大なる弊害あり」と述べている。福澤は、「独立の気力なき」「無智無力」「無気無力」な従来の日本人を表現し、彼らをあたかも「客分」の如き存在であったと捉えているのである。

西もまた、福澤のこの議論を明確に念頭に置きつつ、維新以前の旧慣について次のような判断を下していた。維新以前の旧慣とは、「福澤先生の所謂無気無力の人民」<sup>25)</sup>の「専制政府の下に在りては極最上々無類飛切の」<sup>26)</sup>ものではあっても、「外国の交際始まり、国内にて束縛の綱を緩るめ、智力を以て威力に勝つ」<sup>27)</sup>新時代においては、このような気風は差し支えになるというのである。福澤や西にとって、このような旧慣は、維新以後の社会においてはむしろ意識的に廃棄すべきものだったのである。

安定した秩序は重要だが、専制政府を前提とした無気無力の人民のままでの安定をよしとするわけにはいかない。一方で旧慣は専制政府下にふさわしい旧慣であり、他方で新たに作るべき「条理粲然たる」成文法は秩序維持能力に欠ける。維新直後の明治日本を前提として考えるならば、法をめぐる問題はこのような難問に突き当たらざるを得なかったの

である。

明治日本が直面していたこのような難問を明確に認識していた西は、このことを念頭に置いて、「莊子がいわゆる混沌いまだ穿たざるものにて、この混沌を穿ち〔たとい七日にして死するとも〕、いわゆる天然健康のありさまを得せしむるには、余が見るところにては法学を開くにあり……」<sup>28)</sup>と述べている。これは『莊子』応帝王篇を踏まえた表現である<sup>29)</sup>。南海の帝である儻と、北海の帝である忽とが、目と耳と鼻と口を持たない中央の帝である渾沌のために、見たり聞いたり食べたりすることができるよう、一日に一つずつの穴をあけてあげたが、全ての穴があいた七日後には、そのために渾沌は死んでしまったという話である。

確かに「福澤先生の所謂無気無力の人民」の「専制政府の下に在りては極最上々無類飛切の」旧慣は、それでもなお、良し悪しの問題を別にして一定の秩序維持能力を有していた。維新以前の日本は、そのような旧慣によってまがりなりにも泰平を維持してきたのである。しかしその状況は、「混沌いまだ穿たざる」、目も耳も鼻も口もない状態であった。それは専制政府に盲従するのみの無気無力の国民を象徴しているが、「外国の交際始まり、国内にて束縛の綱を緩るめ、智力を以て威力に勝つ」新時代においては、このままではいけない。その旧慣を一掃し、成文法の制定によって新しい秩序を形成せざるを得ないという課題がここで浮上するのである。

しかしその試みは、旧慣が保っていた秩序を壊すのみで、新しい秩序を形成することも形成された秩序を根付かせることもなく、単なる無秩序の状態をもたらすかもしれない。あたかも、穴を穿ったために渾沌が死んでしまったように、条理粲然たる新たな成文法の制定はかえって〈秩序の死〉という弊害をもたらす可能性があるということを、西は認識していたのである。ここに至って西の認識は、堂々巡りに陥らざるを得なかったはずである。しかし西は、そこで立ち止まることなく、一つの決断を下していた。西は、そのことを認識した上でなお、「たとい七日にして死するとも」「法学を開」かざるを得ないと宣言したのであり、それだけ重い思想的決断を下していたのであった。

旧慣を一掃した条理粲然たる新たな成文法を意図的に作りあげ、それでいて「法有りと云わずして」「人民習て以て俗となす」状態を目指す、西はそういった相矛盾する難しい課題を同時に引き受けようとしていたのである。

#### 4. 法のための規律

新たに作成した条理粲然たる成文法によって形成される秩序でありながら、それでいて慣習法的システムにおいて実現されるような「法有りと云わずして」「人民習て以て俗となす」状態を目指すためには、新たに作成した法を国民に〈周知させ順守させる〉という過程が必要になってくるだろう。慣習法的な秩序であるならば、長期的な秩序形成過程の中で〈自然に周知され自然に順守される〉秩序を、意図的な政策によって一時に〈周知さ

せ順守させるといふ過程が必要になってくるのである。

しかし西は、慣習法的な秩序維持システムを評価するところまでたどりつきながら、その点の問題を明確に論じることはできなかった。西は「国民気風論」において「法学を開く」という課題を提起し、「政畧論」において、その補足的な説明をしてはいるが、依然として、旧慣あるいは旧慣に基づく気風を改革するための方法論、「法学を開く」ということの内容に言及することはなかった。西は結局、その問題を法秩序論の中では論じることができなかったのである。

しかし西は、法秩序論とは別の分野において、新たな秩序を意図的に作り上げ、それを周知させ順守させるための方法を考察するという任務を帯びていた。山県有朋らの依頼によって取り組み始めた軍事社会論の分野においてである。明治前期という時代は、平常社会における秩序形成以上に、軍事社会における秩序形成という問題に社会の関心が高まった時期であった。現存の秩序を新たな秩序に代えることが明治前期の平常社会が抱えていた課題であったとすれば、軍事社会における課題は秩序の不在に代えて秩序を作り出すことであった。従って、後者の課題の方がより速やかな解決がのぞまれる喫緊の課題であり、平常社会における法秩序の問題を考え続けていた西もまた、要請に応じ、後者の問題に取り組むこととなったのである。軍事社会における秩序形成の問題に社会の関心が集まったのは以下、二点の理由によっている。

第一に、軍紀の乱れ、軍人による犯罪や横暴な振る舞いといった軍人個々人の品行が問題視されていたからである<sup>30)</sup>。当時の新聞では「絃妓を愛し美酒を貪り、終に酩酊前後を忘却し、高声放歌、市街を散歩し、行人を妨げ、己が非を飾り、警官に向て凶暴を働」<sup>31)</sup>くなどの、兵卒の不品行に関する具体的な事実が数多く指摘され、兵卒は愛国心、廉恥に欠け、軍紀だけではなく社会の秩序を乱す存在として糾弾されていた。無銭飲食や理由なく喧嘩をふっかけるなどなどの乱暴な振る舞いは日常的問題であったが、犯罪として把握された数値だけで見ても、兵員数の増減がほとんどなかった明治七～九年までの三年間に、軍隊内の犯罪者数は七十余人から千八十余人にまで増加したというほど、軍隊内の秩序は乱れていた<sup>32)</sup>。

第二に、以上の軍人の不品行という問題は、明治十年二月十五日の西南戦争、明治十一年八月二十三日の竹橋事件勃発によって、軍人個々人の資質という次元に止まらない軍隊全体の大きな問題にまで発展した。命令や法律の無視、上官の殺害、武装蜂起といった異常事態は、軍紀の確立、軍隊の統制などの問題が社会全体の課題として認識される契機となり、政府や軍当局者はもちろん、一般の国民にも、極めて大きな衝撃をもたらした事件だったのである。凶器を有する軍人の蜂起という事態は、軍人社会内だけに限定された特殊な問題ではなく、社会そのものに脅威を与えるものであり、むしろ平常社会のためにこそ、解決が迫られる問題であった。

つまり、平常社会を守るべき存在であるはずの軍人や軍隊が、逆に平常社会を最も脅か



しかねない存在でもあったという逆説が、この時期の軍事社会論が踏まえなければならない現実だったのである。ミシェル・フーコーは、近代市民社会における日常を軍隊における調教というモデルに従って展開されるものとして描いている<sup>33)</sup>。成沢光が描いた近代日本もまた同様であった。確かに「軍隊自体が民衆に規律ある言語・動作と秩序ある空間を管理する能力を身につけさせる学校であった」<sup>34)</sup>と言い得る時期が、もう少し後になって実現する。しかし、明治前期においては、このことと正反対の事態が発生していた。現代において一般的なような、軍隊や軍人を秩序ある統制された存在として捉える見方は、過去においては自明なものではなかった。明治十年頃の軍隊は規律からは程遠く、むしろ規律や秩序を脅かしかねない存在の筆頭だったのである。

陸軍省に出仕する役人であった西がまず取り組まなければならなかったのは、このような軍事社会における秩序形成の問題であり、秩序を実現させるための規律の問題であった。

軍事社会における秩序を形成するために西が重視したのは「節制」である。ここでいう「節制」は、現代語において一般的なような〈度を超さないよう控えめにする〉とか、〈欲望を理性によって抑える〉といったような意味ではない<sup>35)</sup>。ここでの「節制」は、西によれば“mechanism”の訳語として採用したものであり、「器械仕掛け」という意味である。これは第一には、石を投げ棒を振って武器としていた時代とは異なり、武器自体が器械仕掛けになり高度化してきたという意味であり、第二には、規則と操練によって軍隊自体が器械仕掛けのように法則通りに動くという意味である。このうち西の議論は二点目の意味を主にして展開される。

「節制」という概念を重視する西のこのような姿勢には、前近代の軍隊とは異なり、近代の軍隊は集団戦闘を戦う軍隊であるという前提があった。西によれば、前近代における戦闘は一騎打ちを基本とするものであり、そのため、そこでの戦闘は戦闘員各人の個人戦の度合いが強かった。これに対し、近代の戦闘は集団戦闘であり、そのため集団を律するための秩序が必要となってくる。そこでは個人の戦闘力ではなくて「千軍万馬も大将一人の自ら手足を動かす如く指揮する」<sup>36)</sup>「節制」という技術が重要だということである。

「千軍万馬も大将一人の自ら手足を動かす如く指揮する」技術としての「節制」は、近世の兵学、特に荻生徂徠『鈴録』を踏まえた用語であり、戦闘戦術、軍隊の編成や徴兵のための具体的な取り決め、軍人の衣服や兵營の建物、軍人に対する医療提供といった事柄までもを含む極めて包括的な、集団を律するための制度、規律を指す概念である<sup>37)</sup>。

西における「節制」は、伝統的な兵学、特に荻生徂徠『鈴録』における「節制」概念と極めて類似した内容であったが、秩序や命令がより十全に機能するために、命令を受ける兵卒の側に「所謂『オバケアンス』、即ち従命法」<sup>38)</sup>が必要だとも補足している点において、独特なものであった。命令に従うということそれ自体が、秩序維持のための重要な要素だとされているのである。命令を受ける側をも議論の対象として定めている点や、命令に従う精神それ自体を重視するという発想は、伝統的な兵学には見出せない発想である。兵学

的に考えれば、兵卒が命令に従うのは、有能な大将の命令に従えば戦に勝つ可能性が高くなり、従って自らが生き残る可能性も高くなるという合理的な判断によるものであり、あるいはまた、従わなければ敵に殺される前に味方に殺されるからであった。命令への服従は、決して命令を受ける側の内面の問題などではなかったのである。

司馬遷は、『史記』の「孫子伝」において、孫武が呉王に宮女を軍事訓練してみせるよう言われた時の説話を引いている。孫武は、太鼓の合図を決めて宮女達に周知させて号令を下したが、宮女達はふざけるばかりで合図の通りに動こうとはしなかった。再三訓令を下し、何度も申し伝えたにもかかわらず宮女達が合図に従わなかったのを見た孫武は、隊長に任命していた呉王の愛姫を責任者として斬り殺してしまった。隊長を斬り殺し、見せしめにする、宮女達は太鼓の合図に従い、定めた通りに整然と動くようになったという。

この説話は、兵学の根本をついたエピソードである。軍隊において命令が忠実に実行されるようにするためには、命令違反者を処罰すれば済むというのが兵学の基本発想である。命令への違反が死を意味することを見せしめられた多くの軍人は命令に従うようになるだろうし、極論すれば、ルールに従わない人間を殺し続ければ、結果として、命令を守る構成員しかいない軍隊を形成することができるからである。このような理解が兵学の基本的な発想だとするならば、そこに、いかにして命令を守らせるかという視点が希薄であることも首肯できよう。

これに対し、西の軍事社会論においては、「従命」が主要な課題として設定されていた。「従命」というテーマの有無によって分岐する両者の発想の異同は、西の軍事社会論が同時に平常社会論でもあったことと関係している。もしも、西の軍事社会論が軍人社会のみを念頭に置いたものであったなら、伝統的な兵学と同様、いかにして命令を守らせるかということは問題にする必要がなかったかもしれない。そうではなく、兵学的な議論が兵学内に限定されず、平常社会にも適応し得るものとして構想されていたからこそ、命令を下される側を主体とした「従命」に関する議論が必要になってくるのである。平常社会においては、命令を守らない構成員をことごとく殺していくだけで問題が解決するという発想にはなり得ないし、刑への恐れのみによる順法は儒学によって否定的に捉えられる秩序形態だからである。兵学や法家思想のような、威力によって服従を調達するのではない秩序形成のあり方を西は目指していたのである。「節制」に加えて「従命」という概念を補足提示したのは、上からの強制のみによって秩序を維持することはできないという発想の表れであった。

つまり、西が目指した軍事社会は、強権的な命令の体系ではなく、命令を端緒として形成される秩序の体系であり、「従命」という構成員の自発的な秩序への参加を前提としたものであった。しかし西がそこで考えたのは、軍事社会に特有の規律やイデオロギーという問題ではなかった。西は、軍事社会における秩序、規律の問題を、「国民気風論」や「政畧論」において既に考え続けてきていた平常社会における法秩序の問題とリンクさせて考

えていたからである。

平常社会と軍事社会とをアナロジーで捉える視点自体は、決して珍しいものではない。福澤諭吉もまた、軍隊を事例としながら平常社会における規律の問題を議論している。福澤は明治十四年の「時事小言」第三編において、政府には、「恰も压制束縛の如」き「施政の権力」や命令が必要であることを説いているが、このことを説明する時に、軍隊の事例を参照している。命令を発する権力がなかったり、構成員が命令に従う精神を持たなかったりする状況は、「人々個々に軍略を運らして、隊長の意に従はざるが如きものにして、戦争ならば敗北、商売ならば損亡の外なかる可」き状況だというのである<sup>39)</sup>。

一騎打ちを中心とした戦闘から集団戦闘に推移したという戦闘形態の歴史を描き、近代戦においては「節制」が重要だとした西と同じように、福澤もまた、戦闘形態の変化を述べている。福澤は、西の言葉で言えば「節制」の行われた軍隊が強いことの理由として、「兵士を進退するに、隊長一人の意を以てして、兵士に個々の運動を許さざればなり。一個の進退を不自由にして、全体の進退を自由にすればなり」と述べた上で、「この事實は、唯兵事にのみ然るに非ず、政事に於ても然る可き」ことだとしている<sup>40)</sup>。このような「一個の進退を不自由」にする行為は、「約束を履て人を制する」「厳正」と言うべきものであり、「理を枉げて人を制する」「压制」とは区別すべきである。「社会を制するの勢力なきものは政府と云う可らず。文明の政は唯厳正の一点にあるのみ」<sup>41)</sup>だからである。

このように議論を展開した上で、福澤は当時の日本には「厳正」が足りないとして憂えていた。徴兵や教育、税の賦課などにおいて、政府はこれまで以上に法を厳正にして対処しなければならず、「一個の進退を不自由」にすることによって、「全体の進退を自由に」することを目指さなければならないというのである。

ここでは、軍事社会は、平常社会とは全く別の原理が必要な異質な集団としては捉えられていない。少なくとも「時事小言」における福澤は、平常社会とは異なる軍事社会特有の原理やイデオロギーが存在するとも、それが必要だとも論じていなかった。軍事社会、平常社会共に、「全体の進退を自由に」するための「一個の進退を不自由にする」規律が等しく必要であると述べる福澤の議論からは、むしろ両社会は共通性において捉えられていることが伺えるだろう。

同様に、西の軍事社会論もまた、平常社会にも適用可能な議論として構成されており、その議論は自由な平常社会の延長で構想されていた。西が論じたのは、「天皇への忠誠を求める軍隊イデオロギー」<sup>42)</sup>というような、軍隊しかも日本の軍隊にのみ特有のイデオロギーではなく、平常社会においてさえ必要な規律の問題だったのである。軍事社会を維持するためには、軍事社会に特有の規律やイデオロギーが必要なわけではなく、平常社会と同じ、集団を律するための規律だけで十分だと西は考えていたことになる。西は平常社会において必要な規律の問題を詳述することはなかったが、軍事社会論において語る規律が、そのまま平常社会における規律でもあったのである。

## 5. おわりに

先にも述べたように、明治前期という時代は、平常社会における秩序形成以上に、軍事社会における秩序形成という問題こそが喫緊の課題として認識されていた。良し悪しの問題を抜きにして、旧慣に基づく秩序を持っていた平常社会とは異なり、秩序そのものがなかった軍事社会にはじめて秩序を形成することの方が、誰の目にも見えやすい、より優先されるべき課題だったのである。しかし同時に、西は平常社会における旧慣を見直し、旧慣に基づく秩序を一掃したところに、条理粲然たる新たな成文法を意図的に作りあげ、それによって新たな秩序を形成しようとしていた。新たに秩序を求めるという点において、軍事社会と平常社会とは、同じ課題を抱えていたとも言える。軍事社会の規律を論じる西は、かつて旧慣によって維持されていた平常社会の秩序を参照していたし、平常社会における新たな秩序を形成するための方法、新たな秩序を形成するために必要な規律をいかにして作り上げるかという課題をも同時に引き受けながら論じていたのである。

つまり、西が抱えていた課題は、第一にこれまでの平常社会において実現されてきた程度の規律や秩序を軍事社会においても実現させようとする課題であり、第二に平常社会において、かつて存在していた旧慣に基づく秩序に代えて、新たに制定されるべき法に基づく新たな秩序をいかにして実現し、それを定着させていくのかという二つの課題であった。

しかし、軍事社会にも平常社会にも等しく規律が必要だとする発想は、決して、本来自由であるべき平常社会を自由のない統制の取れた軍事社会的なものに変えようという発想ではなかった。むしろ逆に、あくまでも、軍事社会を平常社会においてさえ必要な統制が取れた存在にしようとする発想であった。それは平常社会以上の特別な規律を求めるということが課題なのではなく、規律から最も縁遠い軍事社会にも、平常社会並の規律ぐらいは求めざるを得ないという発想であった。秩序像のモデルは、軍事社会にあったのではなく、むしろ平常社会にこそあったのであり、軍事社会における規律は、平常社会をモデルにして構想されていたのである。

本論は、西の法思想を専ら秩序形成に関わる思想として捉え直してきた。もちろん、西の法思想を慣習法的な法システムへの評価という点だけで捉えることはできない。西は、「法有り」と云わずして法自ら存するが如き慣習法的システムへの評価とは別次元で、法の公開性という点に着目している部分もあったからである。西は、法の正しさを担保するために立法過程と法の運用に対する「民」によるチェックの必要性についても関心を払っており、政治において果たすべき「民」の役割をも想定していた。例えば、趙鞅が刑書を鼎に鑄たこと、つまり金属性の容器に法律を刻み込み、誰にも分かるように明確に法を公開したことを、民が鼎をあてにすることになり、法を出す高貴な人が尊重されなくなるとして批判した孔子の議論に対し<sup>43)</sup>、西は「高貴の人が刑律を秘して己が権を擅まにし、民はこれに與から令めぬ方が宜いとは、偕今の西洋などの民と共に法を立てて人君が擅ま

まにすることを得せしめぬとは、まあ何れが公平、何れが私曲でござろう」<sup>44)</sup>と述べ、孔子を批判している。人君と民とが共に立てた法による明確な規定を基に政治を行うべきとの主張であり、さらにその法を基準として「民」が「人君が擅まにすることを得せしめぬ」よう政治を監視するという発想である。

さらにまた、権利意識の重要性という観点から法の重要性を指摘するという発想もあった。西は「兵家徳行」において、「平民に在りては圧制を受けざるためにこれを主張するは勿論」とし、「当今の時勢にては旧来覇府の制度と相反し、政府もかの専擅圧制の法を釐革し、人民の自治自由の精神を鼓舞して永く海外万国と富強を競わんとするに至りたれば、下人民に於てもまた自ら自治自由を以て精神となさざることを得ざるは勿論」であるとして、平常社会における「民権家風」という気風の重要性を述べている<sup>45)</sup>。また、「国民気風論」において「法学を開く」という課題を提示したことを受け、『明法志林』第一号に掲載された「法律は詳備周密を要するの論」では、次のように述べていた。

余嘗て国民気風論を著はし法学の開くべきを論ず。……爾來年を歴ること六年、今日に至り権義の論、朝野に囂然たり。朝廷凡百の法度新定、刑法の如き、以て諸般の法制に至るまで粲然として備わり、而て薄海の内、志士袂を攘けて民権を論ぜざるなし。……国民の自由これよりして伸びんはまた疑いを容れざる者あり。<sup>46)</sup>

「法学を開く」という課題が一定程度達成されつつあることにより、国民の間で権利義務関係への関心が高まり、その結果、「国民の自由」が伸張しつつあるとして肯定的に述べた文章である。法の公開性の議論と並び、この議論もまた秩序形成のための方法論として法を捉えた議論ではない。

しかし、このような法に関する二つの言及もまた、刑罰や司法の問題を主眼として法を捉えるのではない、法に対する西の関心のあり方を示している。西における法への関心は、法が犯された非常事態の状況への関心ではなく、専ら常態における法秩序への関心だったのである。

本論文は、西における法理解、法観念、法とは何なのかという原理的考察を跡付けることにより、西の法思想、法哲学の一端を明らかにしてきた。その際、西洋法受容の背景として専ら法家思想を念頭に置いてきた従来の研究を批判的に捉え、儒学的な法観念を重視して西の法秩序論を考察してきた。君主による支配統治の道具として、違背者に対する制裁を中心に構成される法家的な法を念頭に置いて西の法観念を捉えたのでは、慣習法的システムを評価する西の法秩序論を理解することはできないからである。

そしてまた、法家思想的な法観念を前提視する視点を避けたからこそ、西の「法学」についての議論を、より広く法思想的、法哲学的な問題として捉えることができた。支配統治の道具として法を捉える視点で見れば、西洋法はそのために取捨すべき選択肢の一

つとして制度論的にのみ捉えられることになり、そこでは、伝統思想に基づく法観念と西洋法思想に基づく法観念との哲学的出会い、交錯という問題は生じ得ないからである。

既に述べてきたように、明治という時代は、旧時代の秩序が一掃され、新しい秩序を自覚的に作り上げなければならない激動の時代であった。その意味で、明治前期の思想家達は等しく、新しい秩序をどのようにして作り上げるのか、その秩序をどのようにして根付かせるのか、こういった問題に取り組まざるを得ないという宿命を帯びていた。西周に即して言えば、「法」はあくまでも、このような状況への応答として、秩序形成のための方法論として考察されたのであり、単なる西洋法の制度としての受容・移入という問題ではなかった。

近代日本の思想家達が等しく背景としていた儒学においては、「徳」の反対概念としての「法」はネガティブな概念であった。従って、当時の思想家達が、そう簡単に西洋の法観念を理解し、しかも実定法の制定による秩序形成を当然のこととして受け入れたと考えることはできない。彼等は、制度としての西洋法受容という問題に踏み込む前に、まずは西洋の法観念をどのように理解するかという、「法」をめぐる原理的な問いにこそ関心を持たざるを得なかったのである。明治前期の思想家の法思想を考察するためには、彼等におけるこのような関心にこそ注目しなければならない。

西周研究の問題点を指摘していたマイニアは、同時に、「驚くべきことに、日本の伝統思想と西洋法思想の基本的な哲学的対決を論じたものは殆どない」<sup>47)</sup>とも述べている。初期近代における西洋の法観念と伝統的な法観念との法哲学的分析がおろそかにされてきたという研究状況は、ひとり西周研究のみの問題ではなく、政治・法思想史研究ならびに江戸思想史研究全般の問題だというのである<sup>48)</sup>。本論における考察を踏まえて考えてみるならば、法に関する「日本の伝統思想」として法家思想ばかりが念頭に置かれ、法とは無縁のものとして誤解されてきた儒学が度外視されてきたことにもこの問題の一因があったと言える。一方で儒学は法に関する「伝統思想」として想定されることがなく、他方で法家思想は〈西洋法思想との哲学的対決〉相手として適切な対象ではなかった。これまでの研究が「江戸時代の政治思想」として想定してきたのが専ら儒学であり、その儒学は法との関連が希薄であるものとして認識されてきたことからすれば、「江戸時代の政治思想」研究において「法哲学的分析は顧みられ」なかったのは当然のことであった<sup>49)</sup>。西洋法受容の背景として法家思想しか想定されてこなかったことと、法をめぐる原理的な問い、法哲学的な問題への関心が高まらなかったことは決して無関係ではなかったように思う。

「日本の伝統思想と西洋法思想の基本的な哲学的対決」についての研究は、制度論としての西洋法継受という観点によってではなく、本論において試みたような秩序観とリンクした問題として「法」を捉える手法によってこそ行われるべきものであろう。

## 注

- 1) 鳥根県立大学西周研究会編『西周と日本の近代』2005年、ペリかん社。
- 2) リチャード・H. マイニア「西周の法概念論」(『法哲学年報』(1970年) 67頁)。
- 3) 同上、68頁。
- 4) そのように問題提起したマイニアの論文自体もまた、法をめぐる原理的な問題に焦点が定まっておらず、西の法概念・法思想を十分に論じ得ているとはいいがたい。
- 5) このような理解は、いちいち具体例を挙げるまでもないほどありふれたものであるが、例えば、大木雅夫は、「儒教においては、法が国家を支配するのではなくて、あくまでも徳・礼がこれを支配すること、すなわち法治主義ではなくて、徳治主義をとることだけは明らかである」(大木雅夫『日本人の法観念』1983年、東京大学出版会、122頁)と述べている。
- 6) 小川環樹編輯『荻生徂徠全集』1977年、みすず書房、55頁。
- 7) 伊藤東涯『制度通 下』1991年、岩波文庫、219頁。
- 8) 例えば『中国思想文化事典』では、儒学と法家思想との関係ならびに法治主義について以下のよう述べている。「儒家と法家との思想の間には相互浸透が見られ、秦代には極端な法治主義思想が展開されたものの、漢代には法家の思想をはじめ、その他の思想を総合した儒学が正統思想となった。したがって、両者の礼治論と法治論とはその歴史的経過に応じてしだいに相互に他を取りこみ、結果として相補的礼法論が帝制期中国の正統な法思想でありつづけた」(溝口雄三編『中国思想文化事典』2001年、東京大学出版会、241頁)。
- 9) 西周「百一新論」1874年(前掲『西周全集 第一巻』241頁)。
- 10) 同上。
- 11) しかし、徂徠が、聖人の政治を学び、本来の礼を回復しようとする一方で、時代による差異をも認識していたことには注意すべきである。「学問は歴史に極まり候事に候(前掲『荻生徂徠全集 第一巻』433頁)」という記述は、単に古代のことを知るためではなく、時代ごとの変遷を知ることをも重視してのものである。古代同様に現代をも知り、その差異を明らかにした上で、その時代のおかれた歴史的条件に適合的に礼樂を立てることの重要性を徂徠は認識していたのである。田原嗣郎『徂徠学の世界』1991年、東京大学出版会、160～169頁、平石直昭『日本政治思想史』1997年、放送大学教育振興会、64～78頁など参照。
- 12) 西周「百一新論」1874年(前掲『西周全集 第一巻』251頁)。
- 13) 西周「百学連環」1871年頃(大久保利謙編『西周全集 第四巻』1981年、宗高書房、183頁)。
- 14) 西周「政畧論」1879年頃(前掲『西周全集 第二巻』283頁)。
- 15) 同上、287頁。
- 16) 「政畧論」の執筆年代は確定し得ないが、おおよそ明治十年から十二年頃と推測されている(大久保利謙編『西周全集 第二巻』1962年、宗高書房、724頁)。
- 17) 西周「政畧論」1879年頃(前掲『西周全集 第二巻』285頁)。
- 18) 同上、285頁。
- 19) 同上、284頁。
- 20) 同上、285頁。
- 21) 同上。
- 22) つまり、西の法秩序論は、威力によって命令を強制し制裁を中心として法を捉えるというよう

な法家的な発想に基づくものではなかった。慣習的な法システムを高く評価する西の法秩序論は、決して法家思想との関連で捉えることはできず、形成された秩序が自然に順守されることを良しとする儒学的な発想の延長上にあるものだったのである。

- 23) 同上、285頁。
- 24) 西は「国民気風論」において「いわゆる天然健康のありさまを得せしむるには、余が見るところにては法学を開くにあり」（西周「国民気風論」1875年（前掲『西周全集 第三巻』263頁）と述べており、健全な平常社会を建設するためには「法学を開く」ことが重要な課題であると指摘していた。しかし西は、「法学を開く」という抽象的なことを述べた後、「其方法の如き余頗る服稿本ありと雖も、下手の長談義に属するを以て之を他日に譲らんと欲す」（同上）としており、「国民気風論」においてその具体論を語ろうとはしていなかった。大久保利謙は、ここで西が言っている「服稿本」を「政畧論」のことだと推測している（前掲『西周全集 第三巻』解説、42頁）。確かに「政畧論」が「国民気風論」が述べている「法学」に関係しているのは間違いないし、本章で論じるように、「政畧論」の議論を踏まえる限り生じてこざるを得ないはずのこのような難問は、「国民気風論」において明確に指摘されている。「国民気風論」を「政畧論」と深い関係にあると表現したのはそのためである。
- 25) 西周「国民気風論」1875年（前掲『西周全集 第三巻』262頁）。
- 26) 同上。
- 27) 同上。
- 28) 同上、263頁。
- 29) 「南海の帝を儻と為し、北海の帝を忽と為し、中央の帝を渾沌と為す。儻と忽と、時に相いとも渾沌の地に遇う。渾沌これを待つこと甚だ善し。儻と忽と、渾沌の徳に報いんと謀りて曰く『人皆七竅ありて、以て視聴食息す。これ独り有ること無し。嘗試にこれを鑿たんと。』日に一竅を鑿ち、七日にして渾沌死す」。
- 30) 軍人の不品行という問題に関しては、詳しくは、拙稿「『平常社会論』としての軍人論」（前掲『西周と日本の近代』）参照。
- 31) 投書「鎮台将校、下士の諸君に告ぐ」『内外兵事新聞』第164号（明治十一年十月六日）。『内外兵事新聞』は、部分的に所在が確認されているものの、全号を手にすることはできない。同投書掲載の号も、所在が判明しておらず、現物を確認することはできなかった。引用は亘理章三郎『軍人勅諭の御下賜と其史的研究』1932年、中文館書店、63頁からのものである。
- 32) 亘理、前掲、65頁。
- 33) Michel Foucault, *Surveiller et punir, naissance de la prison.*, (Gallimard, 1975) = 田村俣訳『監獄の誕生』1977年、新潮社。
- 34) 成沢光『現代日本の秩序』1997年、岩波書店、7頁。
- 35) 明治九年三月五日の『東京日日新聞』記事における「苟も政權を定むる以上は、天与の自由も、また随て節制せられざるを得ず。この節制を経たるの自由は即ち……」という「節制」の用法を見れば、当時においてもまた、事情は現代と変わらないことが推測できよう。西における「節制」の用法は、当時においても稀有な用法であった。
- 36) 西周「兵家徳行」1878年（前掲『西周全集 第三巻』4頁）。
- 37) 詳しくは、前掲、「『平常社会論』としての軍人論」参照。



- 38) 西周「兵家徳行」1878年（前掲『西周全集 第三巻』8頁）。
- 39) 慶應義塾編『福澤諭吉全集 第五巻』1959年、岩波書店、153頁。同論説が執筆された明治十四年は、西がまさに軍事社会論に取り組んでいた時期である。
- 40) 同上。
- 41) 同書、156頁。
- 42) 由井正臣〔他〕校注『軍隊 兵士』1989年、岩波書店、148頁。
- 43) 『春秋左氏伝』昭公二十九年。
- 44) 西周「百一新論」1874年（前掲『西周全集 第一巻』257頁）。
- 45) 西周「兵家徳行」1878年（前掲『西周全集 第三巻』15頁）。
- 46) 西周「法律は詳備周密を要するの論」1881年（前掲『西周全集 第二巻』328頁）。
- 47) 前掲「西周の法概念論」、65頁。
- 48) マイニアはこのことの原因を、「法学者、特に法哲学者は明治維新以後の法思想のみを研究し、歴史家の江戸儒教研究は、法学者のものではないため、西洋法継受研究に関心が集中しない。適切な問題設定者たりうる者は江戸思想を顧みず、江戸時代を研究する者は適切な問題設定者ではな」かったからであったとしている（同上）。
- 49) 同上。

## 付記

本論は、専修大学研究助成費による研究成果の一部である。

キーワード 法思想 法観念 法哲学 秩序論 儒学と法

(SUGAWARA Hikaru)