

# 廣池千九郎『東洋法制史序論』の特色と学説史上の意義

——「法ノリ」論を中心として——

久禮 旦雄

## 目次

- はじめに——廣池博士の東洋法制史研究
- 一、廣池博士『東洋法制史序論』の概要
  - 二、廣池博士『東洋法制史序論』の評価
  - 三、廣池博士と日本近代の法制史学  
——「言葉」の問題を中心に——
  - 四、近現代の法制史研究における「法ノリ」論
  - 五、法ノリの具体例としての「音声の世界」
- 結論と今後の課題

はじめに——廣池博士の東洋法制史研究

廣池千九郎博士の残された事績をみると、東洋法制史家と

してのそれが、特に前半生において、『古事類苑』の編纂等と並んで重きをなすことは間違いない。

その研究のはじまりは、廣池博士自身の語るところによれば、明治二十六年（一八九三）、古書店で購入した『法学協会雑誌』に掲載されていた穂積陳重の「法律五大族の説」に示唆を受けたものであり、同年十二月には『唐律疏義』を購入、中国律令制の研究に着手している。<sup>①</sup>

以後の、東洋法制史家としての廣池博士の業績はおおむね二つに分けることが出来るよう。

一つは、前述した『唐律疏義』購入以後、日唐の律の比較研究として行われた『倭漢比較律疏』の執筆や、『大宝令』（実際

は養老令)の独訳のための現代語訳(未完)、『大唐六典』への訓点・書き入れによる注釈作業といった、律令制度についての史料研究である。

これらの研究は残念ながら、当時公表されることはなかった。しかし、その内容はかなり高度なものであり、利光三津夫は、「私は、本書(『倭漢比較律疏』)が、せめて昭和初年にも公表せられていたならばと考え、これを惜しまざるをえない。」とし、また「この構想(『大宝令の研究』)どおりの本ができあがりませんでしたならば、それは明治時代の研究としては非常にすぐれたものでありまして、博士の名はまさに、日本法制史家として不朽のものであったと思えるのであります。」と、その内容を賞賛するとともに、公表の遅れを惜しんでいる。<sup>32)</sup>

しかし、例えば、『訳注日本律令二 本文編』において、日唐の律令の規定を並べて示す必要が出た際、その編集に当たった森鹿三は「前述の廣池博士の『倭漢比較律疏』では『唐律疏義』を定本とし日本律の佚文を当該箇所<sup>33)</sup>に旁書しているの、日唐律の相違や日本律の存佚状況が一目瞭然である利点をもつ」「廣池博士のとられた方法がより徹底している。」として、廣池博士のとった形式に準拠して製作したことを明らかにしている。<sup>34)</sup>

公表の遅れにより、成果そのものが参照されることは少ないものの、その取り組みという事実や、研究の形式については、

高く評価されているといえよう。

もう一つは、史料研究の上に廣池博士が構築した、東洋法制史に関する諸論文である。

博士は、明治三十八年(一九〇五)『東洋法制史序論』(以下、基本的に『序論』とする)を出版し、副題にある通り「東洋に於ける法律と云ふ語の意義」を論じた。その後、「支那古代親族法の研究」(主論文)と「支那喪服制度の研究」(韓国親族法親等制度の研究)(副論文)をまとめ、明治四十三年(一九一〇)学位論文として提出、大正元年(一九一二)学位を授与された。そして大正四年(一九一三)には『東洋法制史本論』(以下、基本的に『本論』とする)として出版している(「韓国」のみ明治四十二年(一九〇九)に独立して刊行)。

これらの業績の評価が同時代において高いものであったことは、当時としては珍しい学位授与により明らかである。

大正元年十二月十二日「官報」にみえる「論文審査の要旨」の一部を以下に示す。

「支那法制史の研究は本邦の法律学者の宜しく当るべき所にして而かも之に従事する者甚だ少なく其の全部を通して今尚殆ど全く未墾の原野の如し。独り本論文の著者は多年支那法制史の研究に志し之に関する既成の論著少なからず。本論文も亦其の研究の一部を為すものにして普く群籍を涉獵し而して之を判断するに近代法律学の思想を以てし

能く秩序を正し系統を立て広漠なる原野の一部に付初めて開拓の功を為せるものなり。其の下せる所の断案の悉く當を得たりや否やは今據に之を断定するを得ずと雖も少なくとも此の種の研究に於いて前人の未だ為さざる所を為し学界に裨益を与ふるの鮮少なからざることは疑を容れざる所なり。<sup>(4)</sup>

また博士の学位授与を受けて、上野精養軒にて大正二年（一九一三）四月二十八日におこなわれた祝宴にて、穂積陳重が行った演説では「されば審査委員の報告は期せずして一致して居ったので、而してその教授会の投票が全部白票であったと云ふ事は学界未曾有の事にて、実に御主人の名譽は学者として此上もなき事と考えます。」と述べられており、同時代における高い評価を物語っている。<sup>(5)</sup>

それにも関わらず、現在の東洋法制史研究において、廣池博士の業績が顧みられることは少ないように思われる。その理由の一つとして、戦後、中国法制史研究の大家として知られた仁井田陞の影響が想定される。仁井田は「法史学の対象は法の変動である」として、「人民の管理支配の手段」としての法が、「支配に対する抵抗（要求）」によって徐々に変更されるという「生きた法現象の史的分析」を重視し、「法原理もこうした克明な分析を通して後でなければ探求し得るわけがない」として、社会の中に生きる法を研究すべきだとした。その上で、従来の

「支那法制史」「東洋法制史」は「骸骨的制度が羅列的な点が多く、記述にドグマ的教説的傾向が強い」と断じ、中田薫による個別研究論文にこそ、参照するべきものがあるとした。廣池博士の『序論』『本論』も「法の權威を聖人の命令で基礎づけるだけで、法の受け取られる地盤については何等考慮をはらっていない」と批判を受けた。<sup>(6)</sup>

その後、内田智雄は廣池博士の業績を再評価し、『序論』について（東洋法制史・中国法制史における）まさに先駆的な位置を占めるものというべきである。加うるに……博士のそれは、まったく異った主題と方法論とによって、独自の研究分野を開拓したものである。……仮にその推論の過程に飛躍があり、その結論に対して、必ずしも賛同しがたいものがあるとしても、まことにこのような問題の提起と研究の方法とは、……現在の学界においても高く評価せられるべきものがある……と述べた。<sup>(7)</sup>しかし、内田氏をもってしても、廣池博士の業績は「独自」のもので「飛躍」があるとされている。博士の業績は、果たして同時代においてそれほど独自の、いわば異端の学説であったのだろうか。

本稿は、まず廣池博士の『東洋法制史序論』について、その内容（特に日本法についての分析の部分）を検討し、同時代の法制史研究との比較の上で、その学説史的意義を考察するものである。それにより、東洋法制史家としての廣池博士の、近代

史学史上における位置づけを試みたい。

### 一、廣池博士『東洋法制史序論』の概要

『序論』は、中国における「法」、日本における「ノリ」という言葉が、なぜその国家・地域において法律 (Law) を指す言葉となったかを、それを取り巻く言語・思想を含めて分析し、中国・日本における法観念の内容を考察したものである。

構成は全十章からなり、第一章から第八章までは「中国に於ける法律と云ふ語」の分析、第九章は「日本に於ける法律と云ふ語」の分析を行い、第十章にて結論が述べられる。頁数からいえば、前半の中国法についての部分がかなりの量を占めるが、結論部分で中国と日本の法の比較が行われていることから、内容的には同等の価値を置いて執筆されたものと思われる。以下、その内容を略述する。

まず、中国における「法」(灋)の文字が、正しからざるものを突くという神獸「鷹」の名に、水の如く平らかなることを意味する「氵」を加えたもので、「中正」「平均」によって物事の標準となる意味を持ち、それが刑法以下の法律の意味に拡大し、更に一般の規律・法則を意味することとなったとする。更に「刑」(刑罰により秩序を正す意味から転じて模範、「形」に「型」の意味に転じる)・「律」(平均の意味、転じて楽律の標

準、度量衡の基礎の意味となる)など、他の法律を示す言葉にも同様の意味があることから、中国に於ける法律と云ふ語の意義は、共に「中正・平均」に在る事を指摘する<sup>8)</sup>。

更に、法律の前提となる「善」の意味について、中国においては「善の根本実質は第一中正 (Mean)。第二平均 (Equilibrium or Average) にして、此等の諸徳は正に天地の大道と一致」という思想が存在したと指摘する<sup>9)</sup>。それは儒教・老荘、その他の中国思想にも共通するものであることを論じ、「法律」中正平均「善の実質」天道」という構図を描く<sup>10)</sup>。ここで、ヨーロッパの「自然法」との共通点が指摘されていることは興味深い。

続いて、特に儒教思想に顕著な考えとして、世界の主宰者であると認識された天道に、完全に言行が一致する存在が「聖人」であり、君主は必ず聖人たるべきであり、それ故君主の命令は、法律として、天下を服従させるべきものとみなされたと論じる。しかし実際に君主が常に聖人であることはないのだから、その内容に「中正・平均」を欠く場合、いずれは革命を生ずることとなる。もつとも中国の人民は君主の恣意的な法律の運用に対して、その「中正・平均」たることを失わざらしめんために、いくつかの方法をとったとする。すなわち、①慣習法、即ち先例や地域の慣習による、恣意的な法律運用の規制、②学者の制裁(春秋の法)、即ち知識人による、主に歴史書に

おける批判（これにより、君主に自らの行動を自制させる）、  
 ③自然法、即ち、人間の本性の理性・良心を「中正・平均」たるものとし、それに基づく裁判官の判決・判断、④衡平法、法律・司法制度の欠点を補う請願権の四つである。<sup>11)</sup>

最後に、以上のような中国の法観念と、中国の政治・国家思想のあり方との関係が述べられる。「中正・平均」の思想は、「公平」「正義」「平等」といった思想とその基盤を共通しており、そこから、孔子などの「仁」＝「博愛」の思想や、孟子の思想にみえる「権利」の思想、そして中国的な「博愛」「権利」の思想から、人民の苦しみを避けるための「平和」の思想（個人主義的性格が強いことが指摘されている）が生まれたとす。更に、「中正・平均」の思想に基づけば、人民は天然の階級である①性差 ②年齢 ③親族的関係 ④賢不賢・健不健 ⑤分業以外には階級はないのであり、君臣関係も相互義務によって成り立っていることが指摘され、中国の国家は「君主政体を是認すと云へども、其根本思想は一種の民約説に基けるが如き観」がある<sup>12)</sup>と結論づけている。

次に日本における「法」の分析に移る。日本において「法」を意味する言葉である「ノリ」について、その語源をノ（容量の増大する意義、野・延ぶ・延す）＋ラ行によるものと述べらる。そしてよく似た言葉である「ノブ」の意味が①物体の延長②人の思想の発表という意味を持つことから、「ノリ」「ノル」

は②の略形か変形であろうと推測し、人の発言することをノリということの例としては、祝詞（ノリト）・詔（ミコトノリ）などを挙げる。

では人の発言することを意味する「ノリ」「ノル」がなぜ「法」の意味を獲得したのか。発言を表す日本語は、イフ（息吹）・ハナス（放つ）・トク（解く）・クドク（繰り返す）・ツグ（継ぐ）・シャベル（シヤブル、シヤブシヤブ）・カタル（形る）など多くあるが、「ノリ」以外はいずれも法律の意味を持たない<sup>13)</sup>。その中で、「ノル」は人の思想の発表・演述という意味とともに、「ノシル」「ナノル」など、他に対して高声の言語を以て告げるといふ、他の「発言すること」を表す日本語にはない要素を持つていることに廣池は注意を喚起する。即ちこれは「高声の言語による通告」が何故「法律」の意味を獲得したかという問題になる。

廣池博士はこの問題について「其原始の形は、上中下各個人の語る所にも、其人が高声に他に向て語ればノリと云ふ事なりしなるべきも、之が法律と云ふ意義を生ずるに至りし事は、蓋し其の高声に語る所の人々が威力恩徳とを備へて、聴者をして之に服従せしむる力を有するに在る場合より始りたるものなり」「古代日本に於ける法律公布の式を按ずるに、其主なる方は、官吏が直接に人民に対して法律を読み聞かせる慣例なりき。即ち、（一）其官吏が高声に公衆に向て法律を読み聞かせ、

又高声に公衆に向て其旨趣を説明し、若くは又、人民の心得を演述する時は、其状態が即ちノルという語の根本意義と一致するを見るべし。(二) 又、官吏の人民に向て読み聞かする法律は、主権者は勿論政治上に於ける権力者のノリ即ち発言なれば、此の場合には、ノルと云ふ語は、其語の第二の意義なる「権力者の発言」と云ふ意味に一致するを見るべし。」とし、「ノル」は「法律公布の方法より法律と云ふ意義を生ぜしもの」であることを推測している<sup>(14)</sup>。

ここにおいて、「法律公布の方法」を示すものとされているのは、例えば『播磨国風土記』揖保郡条において、「大法山〔今名、勝部岡〕。品天天皇（応神天皇）、於此山宣大法、故曰「大法山」とみえる、山の上から「大法」を宣するといふ伝承の存在、そして『統日本紀』などにみられる天皇の意思の表明として、「現御神と大八島国知らしめす天皇が大命らま」と詔りたまふ大命を、集り侍る皇子等・王等・百官人等、天下公民、諸聞きたまへと詔る。……と詔りたまふ天皇が大命を、諸聞きたまへと詔る」という宣命の形式である。律令制以前から口頭による法の公布のあり方が継続していたことがわかる。

ただ、このような法令公布のあり方は中国古代に存在し、またその公布の方法としての読み上げが法律という意味を持つようになった例は古代ローマに存在する (Lex の語源としての Legere) とも指摘されている。そこから、改めてなぜ日本

人はノリを法の意味に用い、それが一般法則の意味を獲得したかが論じられることになる。

廣池博士はそれを日本国家の由来との関係で論じる。即ち、日本国家の成立の起源を、博士は「天祖の詔」、即ち天照大神の言葉に求める。

博士が根拠としたのは『古事記』上巻にみえる「天照大御神之命以、豊葦原之千秋長五百秋之水穗国者、我御子、正勝吾勝勝速日天忍穗耳命之所<sup>レ</sup>知国、言因賜而、天降也」という一節である。ここで高天原を主宰する天照大神は、地上の世界（豊葦原之千秋長五百秋之水穗国）を支配するのは我が子・天忍穗耳命であることを宣言する。その後、降臨しようとした天忍穗耳命は地上の世界が騒がしいことを報告し、高御産巢日神・天照大神のもとで神々が協議を行い、様々な神々を下すことになる。

同様の宣言は『日本書紀』卷二（神代下 第九段 一書第一）にもある。そこでは天忍穗耳尊の子（天照大神の孫）である天津彦彦火瓊杵尊に対して、「故天照大神、……因勅<sup>二</sup>皇孫<sup>一</sup>曰「葦原千五百秋之瑞穗國、是吾子孫可<sup>レ</sup>王之地也。宜爾皇孫、就而治焉。行矣、寶祚之隆、當與<sup>二</sup>天壤<sup>一</sup>無<sup>レ</sup>窮者矣。」として、瓊瓊杵尊の子孫（皇室）による地上の世界（日本）の統治が永久に続くことが宣言されている（いわゆる天壤無窮の神勅）。

博士は、これこそが大日本帝国憲法第一条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」、第三条「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」の淵源であり、「日本国家萬世不易の基礎をなせり」とする<sup>15)</sup>。

そして、「天祖の詔」が、かくも長期間、強い影響力を持ち続けた理由について、①天照大神の詔の神聖なる事（日本の国土・人民を創造した伊邪那岐・伊邪那美二神の嫡子で、国土の所有権を有するが故に神聖とする）②歴代皇室の仁慈たる事③国民が君民同祖の觀念を有す事を挙げ、「是故に天皇の宣詔は必ず神聖なるものとして之を迎へ、如何なる事に在りても、必ず之を遵守する例なりき。是故にノリと云ふ語は権力者の言語と云ふ意義の外、特に「天皇の命令」と云ふ意義を生じて、乃ち之より遂に全く確乎としてノリと云ふ語が、法律と云ふ語の意義を有するに至りしものと思考せらるる」に至つたとしている<sup>16)</sup>。そしてそのような「天皇の命令」の意味を持つ「法律」を表す言「ノリ」が、一般法則としての意味を獲得するに至つた経緯については、「ノリとは、天皇の宣詔（お告げ）<sup>せんて</sup>なるが故に、其意義素より天地の大道に合し、極めて神聖なるものとして国民に尊崇せらるるより、……必ず善にして他の模範となすべきものなりとの意義を生ずる」と論じ、そこからノリが「一般法則」の意味を獲得し、「ノリ・トル」が「のつとる」（準拠する）、模擬、イミテーションの意味を有するようになった

たと述べている。

以上のような議論を踏まえ、廣池博士は日本の「ノリ」と中国の「法」、中国の聖人・君主と日本の皇室との比較を行う。

まず、既に述べてきたように、日本においては「主権者の命令」＝法律なのに対して、中国では「中正・平均」＝法律の意義を持つ。歴史的には中国の「法律」は一般法則の意味で命令の意味はなく、日本では「ノリ」が一般法則の意味を獲得し、中国的な「中正・平均」の意味を持つようになるのである。

そして、中国において君主は「中正・平均」の体現としての聖人であり、自ら天下の模範となるべきという理想があり、君主の行動を記録する史官の存在は国民の模範となる君主の行いを記録するためのものであった。しかし現実にはそのような理想的君主の存在は少なく、結果的に理想をもって現実の君主を批判する史官の存在が君主の言動を抑制することとなった。

それに対して日本の皇室は、①歴代天皇の博愛仁慈の聖徳は国民の徳義の模範、②天皇・皇族の才智は国民の智的練磨の模範、③歴代皇室の体容の壮大美麗なること、国民の一斉に欽仰し奉る所、過去と現在において主権者としての職分を完全に行的、もつとも完全なる模範である、と博士は述べる<sup>18)</sup>。

最後に、結論として、博士は中国においては法律上・政治上には民主主義・箇（個）人主義が発達し、其の上に「帝王社会主義」の理想が描かれたが、実際には革命（王朝交替）がしば

しば行われることとなり、日本においては、君主主義・国家主義が発達したが、結果としては中国の理想とする「帝王社会主義」に接近し、革命が行われなかったとして、中国と日本の法律を意味する言葉の意義の違いが、国民の思想の違いであり、国家とその歴史の違いにも反映しているとする。<sup>(19)</sup>

ここでの、博士の日本の皇室への賛美は、中国の理想が現実には機能しなかったことを述べる冷淡な指摘に対して、過剰な印象も受ける。しかし、後述するように、「法ノリ」論から指摘される日本法の上意下達性、制定法的性格を皇室との関係において克服しようとするのが廣池博士の「法ノリ」論であった。「法ノリ」が高所から高声で告げることに由来するというならば、どんな権力者でも上から大きな声でものを言えば「法ノリ」になることになり、その内容の善悪は保証されないことになる。<sup>(20)</sup> 後年、その部分が日本の法意識の脆弱さとして批判されることになるわけだが、博士は決してそうではなく、道徳性を体現する天祖・皇室の言葉であるからこそ、法ノリ＝国民生活の準拠たる一般法則になり得るといふ論を提示したのである。

## 二、廣池博士『東洋法制史序論』の評価

前章では『東洋法制史序論』は、今までいかなる評価を受け

てきたのか。出版直後には『法学志林』・『法学協会雑誌』・『史学雑誌』・『國學院雑誌』といった、いくつかの学会誌に書評・紹介が掲載されている。<sup>(21)</sup> おおむねその博引傍証ぶりを賞賛するに留まっているが、一定の学問的評価を受けたものといえる。後に述べるように、当時の東京帝国大学の教授・中田薫が内容についての詳細なコメントを付した書簡を送っていることもそれを裏づける。

しかし、先述したように、戦後になると、仁井田陞により「ドグマ的教說的傾向」という批判が行われることとなる。その後、廣池博士の業績の再評価を行った内田智雄も、『序論』の内容については、以下のように、若干の問題点を指摘している。

「博引傍証主義であつて、その博覧強記はまことに驚歎に値するが、もしあえて微瑕を求むるとすれば、引証される古文獻相互や、經書の本文、注、疏などに対して、その資料的価値の検討に甚だ欠くるところがある……とはいへ、……当時わが国における古典に対する本文批判（テキ・ストクリチーク）の学の実情に思いをいたすならば、これはやや酷な要望であるといふべきであるかも知れない。」<sup>(22)</sup>

「この書には……相当強引と思われる論理の展開があるが、それは博士の問題意識そのものに由来するものであり、またそれこそは、博士がこの書をあえて世に問うた所



以のものであって、これをもしわれわれが否認するにおいては、ただちにこの書の生命を失わしめることになる。<sup>(25)</sup>」

「『序論』の内容は）東洋の法律の概念というものを、先生が論理的に分析し、追求していかれた結果、日本の法と違うということをいわれたものじゃなしに、初めからそういう一つのシエーマがあつて、そしてかなり強引にそういう方向にもつたいかれたものだとは考えております。」<sup>(26)</sup>即ち、内田は『序論』の内容について、①史料批判の不徹底②問題意識の先行という部分を批判し（このほか、西洋法の概念の適用についても疑問を呈している）、むしろ研究としては『東洋法制史本論』の方を評価している。

井出元は、このような、仁井田・内田の批判に対して、「はたして廣池千九郎にとつて、そのような純歴史学的な実証的考察という視点がそれほど重要な意味をもっていたであろうか。……『東洋法制史序論』は、史的考察、すなわち法制史的考察というよりは、古代思想の時代を超えた普遍性に注目したものである」とし、「要するに廣池千九郎の関心の方向は、古文獻の資料的な価値や古代社会の実情などに基づく史的考察というよりは、中国古代の「聖人治世の理想時代」の政治理念および、社会構成の原理の究明、さらには、その原理の現在における普遍性についての実証にあつたといえよう」と述べている。<sup>(25)</sup>また、松村健一は、『序論』の内容について、井出の指摘を受

けつつ、「形式的」法制史の研究に先立ちそれを根底で支える比較思想・民族性的考察から、日本・中国の国体比較論に至つたものとしている。<sup>(26)</sup>これらは『序論』の内容を「思想の枠組み（シエーマ）」をとらえる、思想史研究として位置づけるものである。

現在までのところ、『序論』の内容については、①法制史の立場から、その史料批判や論証過程に疑問を呈する立場と、②思想史の立場から、①の批判を認めながらも、思想史研究として内容を評価する立場がある。これらの立場は、『序論』における独自の議論の展開の過程を強引ととるか、独自の立場ととるかの違いとも見える。そこで、以下では『序論』における議論の展開のあり方が、同時代において、どのような問題意識の中から成立してきたのかを考えていくこととしたい。

### 三、廣池博士と日本近代の法制史学

#### ——「言葉」の問題を中心に——

『序論』において注目されるのは、「法」「ノリ」という法律を表す言葉の考察から、その言葉を用いる社会の法意識を考察していくという議論の展開のあり方である。このような「言葉」に注目する姿勢は、どこに淵源を求められるのであろうか。

そもそも、法制史はその成立の段階から、「言葉」との関係が深い学問であった。ドイツの法学者で、ベルリン大学教授・総長を務めたサヴィニーは一八一四年『立法と法学に対する我々の時代の使命について』を発表、翌年『歴史法学雑誌』を創刊し、その業績により歴史法学派の祖とされる。そして歴史法学派の、法を歴史との関係でとらえる視点から法制史という学問が成立していくのである。更にゲッティンゲン大学・ベルリン大学教授を務めたヤーコプ・グリムはサヴィニーの弟子にあたるが、法学者であるとともに、言語学者であり、弟のヴィルヘルムと共に一八一二年より『グリム童話集』、一八一九年より『ドイツ語文法』を発表し、単著としては一八二八年『ドイツ法古事誌』、一八三五年『ドイツ神話学』を発表している。<sup>(27)</sup> 堅田剛は彼らの学問に共通する姿勢について、以下のように述べる。<sup>(28)</sup>

「サヴィニーによれば、法は言語とともに民族の歴史的所産であって、立法者の姿意によって作られるのではなく、自然に生成すべきものなのであった。……グリムの法源論を豊かなものにしたのは、また語源に対する彼の該博な知識であった。それというのも、グリムにとってはサヴィニーの場合にもまして、歴史と法と言語とは一体のものだったからである。……彼にとって法とは歴史や言語とともに、民族の共同性を確認する恰好の手がかりであった

が、ゆえに法学は歴史学や言語学と協力しながら、いわば「ゲルマン学」に包摂されねばならなかった。」

一八八〇年には、穂積陳重がベルリン大学法学部に聴講生として入学を許可されており、これら研究成果は順次日本にもたらされた。穂積は、「一九世紀サヴィニーありき 二十世紀には穂積ありきとうたわれんと欲す」と詠じたこともある。<sup>(29)</sup> その業績には歴史法学派の影響が強いことが指摘されている。<sup>(30)</sup>

そして、日本法制史研究の初期における中心的人物である宮崎道三郎・中田薫の師弟が共に「言葉」と法の関係に注目していることも、ドイツの歴史法学派・法制史研究の影響があったと思われる。

宮崎道三郎は帝国大学法科大学教授を務め、法制史講座の初代担当者であった。その論文には朝鮮語などの東洋諸言語と法律との関係を考察したものがあ<sup>(31)</sup>る。その弟子中田薫は、師の業績について、

「東洋言語の比較研究を、日本法制史の研究に利用せんことを試みられた……有名なる言語学者ヤコブ・グリムが言語のみを材料として独逸の古代法制を記述した「独逸法律考古学」は独逸法制史の研究に、一転換を与えた不朽の名著であるが、先生も亦之に倣って、比較言語学の力を籍りて以て我古代法制史料研究の欠陥を補はんと試みられたのである。」

としてゐる。中田は宮崎のあとを受けて、東京帝国大学教授として法制史講座を担当した人物であるが、

「由来法制史の研究と言語学との間に如何なる密接の關係が存して居たかは、吾輩が今更茲に喋々するを要しない。独逸法制史の研究法を一変したと評せらるゝ、Jakob Grimmの“Deutsche Rechtsaltertümer”を読んで見れば分かるであらう。若しも我言語学界に於ける近時の趨勢にして、愈々進んで毫も退くことがなかつたならば、近き将来に於いて我法制史の研究法も亦、グリム氏以後の独逸法制史の研究と同じく、言語学の方面から一變化を蒙るに至るべきは期して待つべきであらう。」

と、やはりヤーコプ・グリムの影響下に、「言葉」と法との關係を考察するに至ったことを自ら記している。<sup>(32)</sup> これを見るに、言葉との關係から法律の歴史を考えるという研究方法は、十九世紀末から二十世紀初頭のドイツ・日本においては、むしろスタンダードなものであったといえよう。<sup>(33)</sup>

廣池博士の研究も、同様に、ドイツの歴史法学・法制史研究の影響下にあり、おそらくそれは穂積陳重を介してのものであったと思われる。穂積は『序論』の「序」において、「殊ニ独逸國ニ於テハ、……サビニー、ヒューゴー等ガ自然法説ヲ排斥シテ歴史派ヲ起コシ、……グリム兄弟、アイヒホルン等、独逸法学ノ継受法ニ偏スルヲ慨シ、独逸固有法ノ研究ニ必要ナルコ

トヲ唱ヘ……」と、歴史法学派の業績を紹介し、ドイツと同様、日本にも固有法の研究が必要であることを主張し、「同僚学友ノ中、茲ニ觀ル所アリ。グリム、アイヒホルンタラントスル者數人アルハ余ノ大ニ喜ブ所ニシテ、而モ其數ノ未ダ多カラザルハ余ノ竊ニ憾トスル所ナリ」とする。明確には述べていないが、廣池博士を「日本のグリム」たる人物として評価しているようにも読み取れる（その場合、師である穂積は「日本のサヴィニー」たる人物ということになる）。

そして、廣池博士の業績を後にまとめた佐藤巖『廣池博士の学問上に於ける経歴』には、

「博士、上京後、欧州に於ける幾多の法制史に関する書籍を閲読せしに、眞の法律はその国民の精神に淵源し、而してその国民の概念、即ち言語に依りて漸次に大成せられたるものなる事を發見せり。特に独逸のグリム、サヴィニー、モムゼン等の如き、皆古語研究の素養ある事を知り、一日、帝大図書館にグリムの独逸文法書を閲覽せしに、彪然たる八冊の大冊にして、語学の専門家と雖も成し能はざる所の名著なり。博士、一見大いに感奮し、ここに支那に於ける古語の研究を思ひ立ち、先づ『説文解字』を繙いて、縦横に之を研鑽して得る所多し。而して古語の蘊奥を究むるには、支那文章の構造を科学的に明かにせざるべからざる事を發見し、支那法開拓の大事業の前に於て、其時

間を割く事は頗る惜むべきに似たれども、その専門学大成に必要な資格を具備する事は更に偉大なる事業たらずんばあらず。」

とあって、博士の『支那文典』が、後の法制史研究の前提であったこと、そしてそれがグリム、サヴィニーといった歴史法学派や歴史学者モムゼンの業績に学んだものであることが述べられている。<sup>(34)</sup>

廣池博士のそのような研究姿勢が、中田薫からも認められていたことは、同じく『経歴』に収められた明治三十九年（一九一六）一月十一日付の廣池博士宛の書簡からも理解される（図版）。

この書簡において、中田は「未だ親しく拝眉の榮を不得候共」としており、直接の面識はなかったようだが、廣池博士より贈られた『序論』に対して、丁重な謝辞を述べている。更に、『序論』の内容について、①かつて自らも中国における法律関係語彙の収集を行い、その際、廣池博士が指摘するような「中正・平均」の思想との関係を見出し、ローマのストア哲学と法律との関係なども想起し、いづれ論文としようと思いつつそのままになっていたこと、②中国における神判については、自らも論文を著し、その際に神獸「鷹」について言及しており、今後も研究を進めるつもりでいること、③「法律」を現す言葉として「金」があることは、「中正・平均」との関係を示

すものと思われること、④ノリの語義については異論があるの  
で別紙にてお送りすること、⑤日本憲法史を執筆中とのことだが、日本の建国については当時の民族関係と国家組織の関係を  
明らかにする必要があると考えていることなどが記されている。<sup>(35)</sup>これ自体、書簡というより書評、コメントのレベルの内容であるが、更に別紙では、廣池博士の「ノリ」の語源についての議論に対して、「ノリ」が即ち「高声で告げる」の意味を有するか否かについて韓国語・アイヌ語の事例を引いて疑問を呈している。<sup>(36)</sup>なお、中田が記した神判についての論文とは明治三十七年（一九〇四）に発表された「古代亜細亞諸邦に行はれたる神判」であり、その中で「支那に於て古来此種の制度が存したるの証跡なし」としつつも、中にて「然れども……古代獸神判が行はれたることを推測せしめる伝説なきにあらず」として「鷹」の伝説について書いている。<sup>(37)</sup>

中田の書簡は、『序論』の内容についての批判も含んでいるが、それは廣池博士を対等の研究者として認めているが故といえよう。後年、中田は宮崎道三郎と共に『東洋法制史本論』による廣池博士の学位授与の審査を行なったと推測されているが、この段階から、その研究を評価していたのではないだろうか。<sup>(38)</sup>

以上のことから、廣池博士の研究は、当時の法制史研究の中ではスタンダードなあり方であり、周囲からもそう認められていたことが確認できた。

このことをさらに同時代における歴史学研究全体の中に位置づけてみよう。永原慶二は「考証中心・政治史中心に終始する」明治初年の歴史学を克服し、「法・政治・文化・宗教など歴史的社会の重要な諸側面にも歴史的考察の目を向けるべき」とした原勝郎・内田銀蔵・福田徳三・中田薫・内藤湖南といった人々を「明治三〇年代の新史学」とし、西田直二郎や津田左右吉に代表される、いわゆる大正史学を準備したものと<sup>(39)</sup>している。廣池博士の法制史研究は、内容的にも、また、中田薫や、穂積陳重を紹介した内田銀蔵との交流という事実からみても、同時代において新しい歴史学者の業績として認識されていた可能性が高いように思われる。

#### 四、近現代の法制史研究における「法ノリ」論

廣池博士が述べた、日本法の特質を「ノリ」という和訓から考えるという議論は、近世以来、繰り返し論じられていたものであり、今日でもその議論を継承しつつ、日本法の特質が考察されている。ここではそのような法制史研究における「法ノリ」論を概観しつつ、廣池博士の「法ノリ」論の特質がどこにあるのかを考えてみたい。

「法ノリ」論の先駆けとして、廣池博士は江戸時代の国学者・高橋残夢の『夢の代』にみえる「伸舒之靈、廣續之義、延

之詞」という指摘をあげている<sup>(40)</sup>。しかし、現在、多く引用されるのは本居宣長『古事記伝』巻四の一節である。ここでは「能流とは、人に物を云聞かすことなり。……又法を能理と云も、上より云々せよと定めて、云ひ聞せたまふより出たり。」と述べられており、法ノリの上意下達性が既に指摘されている<sup>(41)</sup>。

また、穂積陳重は「本邦の上古に於いて、天皇の命令は之を「御言」(命)又は「御言宣」(詔・勅)と称して、一般臣僚の絶対服従遵守すべき法規であつたことも亦「君意即法」の一例として之を挙げる事が出来る。我が国の古語に於いては、……一般が公的行爲の基準として遵守するべきものを汎称して之を「のり」と云ふが、「のり」の語義は蓋し「宣」又は「告」であつて、君意の宣言が即ち一般臣民の恪守遵奉すべき規範を成すものであつた事を吾人に語るものである」とし、「君意即法」の一類型と位置づけている<sup>(42)</sup>。

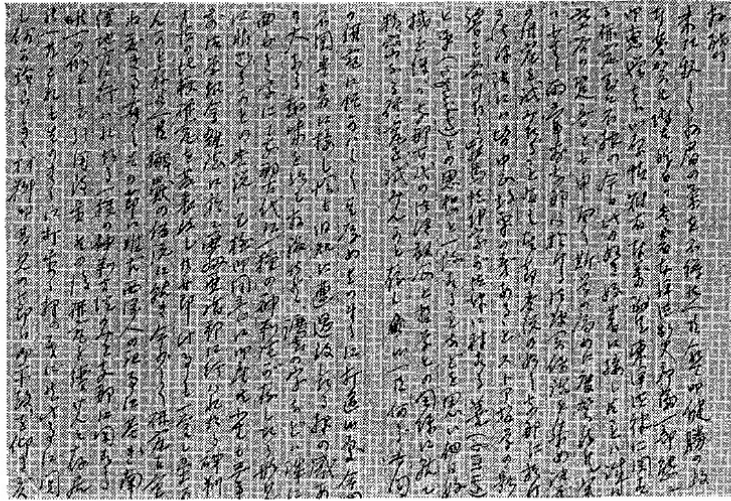
しかし、今日の法制史研究において、宣長と共にしばしば引用されるのは中田薫の「古法雜観」の以下の部分である。

「漢字伝来以後法・律・令・典・規・則等の漢字を、邦語で「のり」と訓してゐたことは周知のごとくである。しかし「のり」の根本義は、随時民衆に対して口頭を以て宣旨(口宣)された支配者の命令(宣命)を指す名称であるから、もとより民衆の生活を規律する法の全部ではありえない。さらば我が上代における法の大部分は民間の慣習法

画像 中田薫書簡

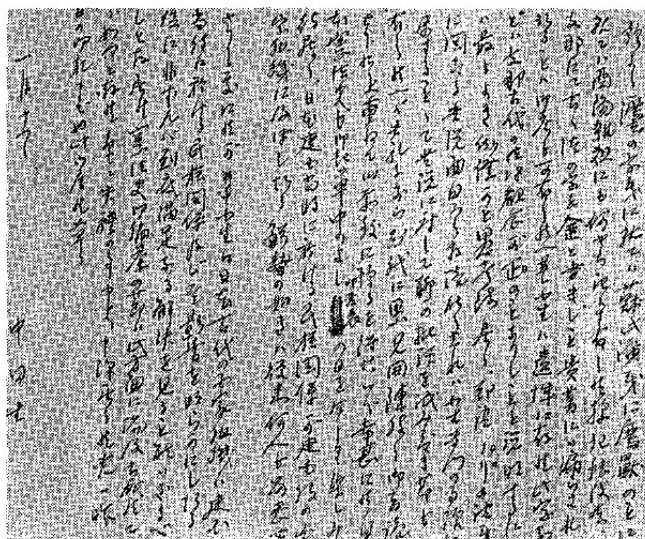
〔第一〕東京帝國大學法科大學教授

當時助教 法學博士中田薫カラル氏の手簡



拜啓

未だ親しく拜眉の榮を不得候へ共愈々御健勝の段奉恭賀候陳は昨日は貴著東洋法制史序論一部應々御惠贈被下御厚情難有奉謝候東洋法律に關する研究至て不振の今日此の如き好著に接し候事は誠に空谷の梵音とも申べく斯學の爲めに慶賀致候實は小生も兩三年前支那に於ける法律關係語を集め語義の研究を試みたる事有之其節貴説の如く支那に於ける法律語には皆中正均平の義ある事ストア哲學の影嚮を受けたる羅馬法律家が法律に對する善 (bonus) と平 (equitas) との思想と一致することなどを思ひ他日好機を得ば支那古代の法律觀念と哲學との關係に就て精密なる研究を試みんかと存じ候へ共何分専門の研究に忙がはしく其爲めそのまゝに打過候處今回不圖貴著に接し恰も舊知に遭遇致したる様の感あり大なる趣味を以て拜讀仕候譯の字などは誠に面白き字にて支那古代に一種の神判法が存したる形見に非ざるかとの貴説は至極御同意に御座候小生も三年前法學協會雜誌に於て亞細亞諸邦に行はれたる神判方法の比較研究を發表致し候節此事も一言し置かんかと存候へ共舞歌の傳説に就き今少しく研究を重ね度き事有之その節は唯だ西洋人の記事に基き南清地方に行はれたる一種の神判方法のみを支那に關する唯一の例として引用



## 第九章 『東洋法制史序論』

三八

致置その後研究を続けんと存居候へ共これもそのままに打置候様の義に候此の事に關し何か珍らしき材料御發見の節は御示教を仰ぎ度願上候濃の字義に就ては蘇氏演義に鷹獸のことに就ては酉陽雜俎にも何やら記事有之候様記憶致候支那にて古く法の字を金と書きしことと貴著に漏らされたることは御考へも可有之候へ共小生は遺憾に存候此字などは支那古代の法律觀念が正のことなりしことを説明するには最もよき例證かと愚考致し居候邦語ノリの語義に關する貴說面白く拜讀仕候これは小生専門の事項に屬することとて貴說に對し聊か批評を試み度き節も有之候へば失禮ながら別紙に愚見開陳致候御高讀被下候上重ねて御示教に預るを得候は幸甚に候日本憲法史も御起草中のよし御發表の日を今より樂しみ待居候日本建國當時に於ける民族關係が建國後の國家組織に及ぼしたる影響の如きは從來何人も留意せざりし處に候が小生は日本古代の國家組織は建國當時に於ける民族關係及び其影響を明らかにしたる後に非ずんば到底満足なる解決を見る事能はざるべしと存居候憲法史御編纂の節は此方面に論及相成候ては如何と存候色々失禮の事申上申譯無之候先は昨日の御禮まで如此御座候草々

一月十一日（明治三十九年）

中 田 生

（佐藤巖『廣池博士の学問上に於ける経歴』第八版（道徳科学研究所、一九七〇）

であつたことは疑いないが、これをなんと称したかは詳ではない。……強て我が古語に慣習法に当る語を求むるならば、「ならわし」（風習、風俗）が最も適當すると考へるが、もとよりその例証はない。

ここでは「ノリ」の公法的性格を指摘すると共に、それと対峙する私法的性格を持つ言葉としての「ならはし」の存在が提示されている。<sup>(43)</sup> また「我古代の法制関係語」においては「高阜なる語が官司の義を取るに至つたかと云ふに、……我古代には種々の政務は村々の小高き丘阜の上に於いて行はれ、各官司は各々形勝の地点を占め、高地に據て人民に命令するの慣例があつた為に、各官司はその所立丘阜の名に依て某都加佐と呼ぼるゝに至り、その結果遂に都加佐なる語は官司そのものを指す称呼となつたのではあるまいか」としており、「法ノリ」論から、和語に於いて官司を意味する「つかさ」の語源にも説き及んでいゝ。<sup>(44)</sup> もつともつかさ＝高丘由来は宮崎道三郎が朝鮮語との関係から既に論じており、中田はそれを継承しつつ、蒙古語由来説をとつていた。<sup>(45)</sup>

中田の教えを受けた瀧川政次郎は、講義ノートをもとにした日本法制史の通史である『日本法制史』において、なぜノリが法、規範の意味を有するようになったか、という問題を宗教性から説明している。即ち「……「のり」なる言葉が、何故規範の意味を有したかというに、古代社会においては、すべてのこ

とが神の意思によって決せられた。故に憑依によって神の意思を啓示する巫女・呪術者の託宣、すなわち「のり」は、当時の社会及び個人の生活活動を規律する唯一の規範だったのである。……もしそうでなければ、「のり」なる言葉に、宗教的または道徳的規範のある所以を説明することが不可能となる」とする。また、「……上古官司のことを「つかさ」といったのは、支配者は常に高い所に登つて、人民に法令を口宣したところから起こつたものであろう。……後世の「人呼びの岡」は、恐らくこの上代の「つかさ」の名残であらう。」と、宮崎・中田の「つかさ」語源説を踏襲しつつ、「人呼びの岡」（後述）の事例を挙げている。<sup>(46)</sup>

同じく中田の教えを受けた高柳眞三は「ノリは、古代の国家・社会・団体・血族生活態等を統率し結合し指導する權威を通して定立せられることによって法の属性を備へるに至つたもの」「形式的にみれば不文的制定法と称すべきもの」とし、その上で、「ノリの外に慣習法が広漠たる支配領域をもつていたことは当然に推察されるところであり、……かかる慣習法は……何らかの名をもつていたものであろうか。……我々はむしろ意外にも、慣習法もやはりノリと呼ばれていることを発見する」とし、『日本書紀』において、蓑笠を着たスサノヲノミコトを泊めることが拒否されたことから蓑笠を着けて家に入るのを忌むが、これは「太古の遺法」であるとしている例をあげて



いる。つまり慣習もまた「ノリ」とされているのであり、「ノリ」という言葉は「各種の規範的なものを無限定的にその内容として受容し包摂するに至った」としたのである。<sup>(47)</sup>

中田のあとをついで東京大学で日本法制史講座を担当した石井良助は、戦後の本格的な日本法制史の通史である『体系日本史叢書4』法制史』で、「のり」という言葉も、天皇が神意を宣ることから、天皇の意思を近臣が一般臣民にのるとい形式に変わった。……この形式は後代の宣命によって知ることができると、中田説を踏まえながら、「のり」の主体が、本来神であり、その言葉を天皇が伝えるという意味であったものが、後に天皇の言葉を近臣が伝えるという意味に変化したとして<sup>(48)</sup>いる。

中田は、「ノリ」という言葉を、国家の立場から出された、上からの「法」に限定し、それに回収されない民間の慣習法を示す言葉を、仮に「ならはし」とした。これは、国家の制定法の歴史を考察すると共に、民間の権利関係の中から構築された法体系を荘園制の歴史の中から描き出そうとした彼の研究姿勢からすれば当然のことと言える。<sup>(49)</sup>そして、その次の世代からは、高柳のように、民間慣習法の存在を認めつつ、それも「ノリ」と呼ばれたとする指摘、そして上からの「法」としての「ノリ」がなぜ受容されたのか、という問題を宗教性（本来神の言葉を指す）に求める指摘が行われた。

一方、マルクス主義史家である吉田晶は、「古代における法と規範意識」において、次のように論じている。

「のり」が「法」としての意味をもちうるのは、社会構成において上下の厳然たる秩序があり、上位者に呪術的な意味をも含めた権威が認められており、上位者の決定が下位者を規定し呪縛するのを当然とする関係があつてのことである。……一定の儀礼をも伴いながらの発言であつたことも考慮する必要がある。」

「日本古代に自然法的・普遍的な法観念や規範意識をあらわす「ことば」は存在したのだろうか。……「ことわり」という言葉は……「人の力では支配し動かすことのできない条理、道理、物事のすじ道」の意味をもっていた。その意味で「のり」が人間相互の上下関係の存在を前提とした上位者の決定という「人為的」性格をもっているのに対して、「ことわり」にはそれらの人間関係を越えた「自然法的」な意味が含まれている、ということが<sup>(50)</sup>できる。」

人為的な「のり」と自然法的な「ことわり」の対比、「のり」の由来としての宗教性など、基本的に中田以来の問題意識を継承しつつ、「のり」が発せられる場合の儀礼の存在を指摘したことは注目される。

さらに大津透は、古代法制史の通史である「律令制と固有法秩序」で、宣長説・高柳説を引用しつつ、ここまで述べてきた

論点をまとめ、古代における「法ノリ」のあり方を示している。<sup>(31)</sup>

「法にあたる固有の日本語は「のり」である。「のり」は「のる」から来ていて、……「のり」と「のろふ」が語源を等しくし、「のる」から「いのる」が派生し、また祝詞の語からもわかるように、口頭で発する「のる」には本来呪術的な意味が含まれ、「のり」は本来的に呪術的な命令・規範であった。」

「しかし、「のり」が法律として機能するためには、「のる」主体の権威、おそらく宗教的権威が、社会なり共同体によって承認されていることが前提であり、命令や制度としての強制力を備えていることが前提である。そのもつとも高次至上のものは「みことのり」(のちに詔勅の和訓にあてられた)、大王や天皇によって発せられる「のり」が、さまざまな「のり」の最高位に位置づけられたのである。天皇をさす「すめらみこと」という和語は、おそらく神意を伝える最高の「みこともち」として、「みことのり」の発声主体という意味を本来もっていたので、こうした「のり」のあり方に密接にかかわっている。「みことのり」が、奈良時代においても官人を朝廷に集めて読み聞かせる宣命として、特別な文章の形を用いてコトアゲされることは、古代の法のあり方の本質を示している。……古代法は、上

から命じられる制定法・国家法という性格を本来もっているのである。中世以降の社会の中から生まれてくる法という性格とは大きく異なるのである。」

大津は、日本古代法における固有性・在来性を示すものとしての「音声の世界」の存在を重視し、日本の、特に古代法における上からの法、制定法としての性格を強調している。これは次章で述べる早川庄八などの指摘を踏まえたものである。<sup>(32)</sup>

##### 五、法ノリの具体例としての「音声の世界」

前章で述べた、吉田晶・大津透などが重視した儀礼の存在、「音声の世界」については、近年、日本古代の官僚制、文書行政に命令の読み上げという「音声の世界」が伴っていることが指摘されている。

例えば、早川庄八は「前期難波宮と古代官僚制」において、古代官僚制社会における宣命・任官儀に生きる口頭伝達の要素を指摘し、「文書・公文書があふれていたようにみられる八世紀においても、国家的な行事・儀式・政務は大極殿とその前庭すなわち「朝廷」において行われ、重要な命令の伝達はまず口頭で行われたのだった。文書・公文書の交付は、そうした口頭による宣布が終了したのちに改めて行われるのである。……ここには嘗てのコトアゲの霊的な機能が、生きていたのであ

る」と述べている。<sup>53)</sup>コトアゲ<sup>54)</sup>発声の呪術性を重視する点は、ノリの宗教性を強調した瀧川・石井から大津にいたる指摘と共通するところがある。

また、吉川真司は「奈良時代の宣」において、早川説をふまえて日本古代官僚制の決裁における口頭伝達の要素を指摘し。「日本独自の庁務決裁システム……その内実は判然としないが……判を行い得る判官以上の官（複数でもよい）に対して、決裁を求める公文を口頭で「読ミ申ス」ことで判断を仰ぐ、というものであったと考えられる。……決裁もまた、やはり口頭で指示されたのではあるまいか。……これこそが、官司内の「宣」にほかならない」とした上で、「宣」判についても、それを和訓にするとノリ<sup>55)</sup>コトワリということになるが、実に両者とも「法」を表す語であることは興味深い。かかる観点から、古代の法の観念を抽出することも、或いは可能かもしれない。……」と興味深い指摘を行っている。<sup>56)</sup>

中央の官僚制に対して、地方社会ではどうか。既に廣池博士も指摘している『播磨国風土記』大法山の例のほか、『令集解』儀制令 春時祭田条には「一云」として「祭田之日、設<sup>57)</sup>備飯食<sup>58)</sup>、并人別設<sup>59)</sup>食。男女悉集、告<sup>60)</sup>国家法<sup>61)</sup>令知訖」という記述が見え、それをもとに、平安時代の、石川県加茂遺蹟出土「加賀郡勝示札」について、国家の命令を地方の官吏が読み上げるかたちで告知する際に用いられたという推測がなされている。<sup>62)</sup>

時代が下ると、瀧川氏が述べたような「人呼びの岡」の例が現れる。『今昔物語集』本朝付仏法 卷二六「利仁將軍若時從京敦賀將行五位語第十七」は芥川龍之介の『芋粥』の原案となった説話だが、芋粥を食べたいと言ったために敦賀国に藤原利仁に連れて行かれた「五位」の経験として、「物高く云ふ。「音は何ぞ」と聞ば、男の叫て云ふ様、「此の辺の下人、承はれ。明旦の卯時に、切口三寸・長さ五尺の署預、各一筋づつ持参れ」と云ふ也けり。「奇異くも云ふ哉」と聞て、寝入ぬ。……夜前叫びしは、早う其の辺に有下人の限りに、物云ひ聞する「人呼の岳」とて有る墓の上にして云ふ也けり。只其の音の及ぶ限の下人共の持来るだに、然許多かり」とあり、地方の豪族が、自らが支配する周辺の民衆への命令を丘の上から告げさせていたことがわかる。

小和田哲男は「鎌倉武士の館すべてというわけではないが、館をとりまく土塁の一部を高く築いているという例が結構ある。ふつう、それを「人呼びの丘」とよんでいるが、館の主人が、周辺に居住している中間や郎党などの被官を召集する時に、そこから大声で叫んだり、鐘や太鼓を鳴らして人を集めたといわれている。……（今昔物語集の例を引用）……つまり、すでに平安末期の豪族や武士の居館には、一段高い「人呼びの丘」というものがあり、そこから付近に居住する被官を呼び集めていたことがわかる。曲輪の中の築山のような場合もあれ

ば、土塁の一角をやや大きく高く築いているような場合もある。後世の天守台のルーツにあたるものとみてよいのではなかろうか。」と述べ、「人呼びの岡」が広く存在し、それがちの天守の原型となったのではないかと述べる。<sup>(56)</sup>

これら中世社会における「人呼びの岡」の存在は、地域の有力者もまた、「ノリ」の主体と成りうる可能性を示していると言えよう。

以上、主に宣長・中田説を継承した「法ノリ」論の展開過程を見てきた。その中で出された論点は①上からの法である「ノリ」と対立する慣習法の呼称の有無がしばしば問われ「ならはし」(中田)・慣習法も「ノリ」(高柳)・「ことわり」(吉田)などがそれにあたとされていく。②「ノリ」が人々を従わせる理由としては宗教性及び呪術性、あるいは上意下達的な社会秩序の存在などが指摘されている。

これらの論点は口頭による伝達を意味する「ノリ」が、なぜ人々を従わせる「法」になるのか、という問題に集約される。上からの法「ノリ」は単に「上から告げられたもの」に過ぎないのなら社会に根を下ろしたものではないはずで、それに対峙するものとして、下からの法はどのような言葉で現されるかが問題となる。しかしこの議論は本来日本の社会における「法」とは何であるか、という問題に向かうはずが徐々に後退し、最終的には日本古代国家が中国的な律令制を受容しながら

も古い社会のかたちを残したという「先取り律令制論」を示すものとしての宗教性・呪術性や「音声の世界」の指摘を行うに留まっている。

つまり、現在の「法ノリ」論はその趣旨はおおむね廣池説と共通する。しかし廣池博士が「ノリ」の発生主体としての「天祖」「天皇」とその「徳」を重視したのに対し、発声主体が社会的に権威の認められている大王・天皇であるから、あるいは呪術性・宗教性を日本社会に残しているから「ノリ」は人々を従わせるのだ、という結論となっている。ノリ法がなぜ人々を従わせるのか、という問題の解答は未だ明確ではないのである。

#### 結論と今後の課題

本稿で述べたことはおおむね次の二点に集約される。

廣池博士の『東洋法制史序論』の方法論は、明治末年から大正初年にかけて成立しつつあった宮崎道三郎・中田薫らの法制史学と共通するものであった。問題意識も「言葉」を研究の出発点にするという共通する要素を持っており、そのルーツはドイツのサヴィニーやヤーコプ・グリムによる歴史法学・法制史研究にあった。

現在の法制史研究は「法ノリ」論を、本居宣長・中田薫説

を継承するかたちで、おおむね承認している。しかし、なぜノリが法になったのか、という問題については、呪術性・宗教性、天皇の権威が承認されていたから、とするに留まっている。廣池博士は天皇の権威をその「徳」に求めたが、この論点は継承されていない。

以上、得られた成果は極めて少ない。これはあくまで、廣池博士の『東洋法制史序論』『東洋法制史本論』も含めた、研究成果の再検討と、同時代に於ける位置づけによる「廣池史学」の総合的理解を行う上での出発点にすぎない。<sup>(57)</sup>

【付記】本論の趣旨は今年（平成二十八年）の四月二十日、現代倫理道德研究会で報告したものです。席上、さまざまなご教示をいただいた諸先生方に感謝いたします。

発表から数ヶ月後（八月八日）、日本中が天皇陛下の「ノリ」を拝聴する事態となるとは思いませんでした。今こそ廣池博士の「法ノリ」論を読み直す時期が来ているように思います。

#### 注

- (1) 廣池博士の業績については、モラロジ研究所編『伝記廣池千九郎』（モラロジ研究所、二〇〇一）、橋本富太郎『廣池千九郎 道徳科学とは何ぞや』（ミネルヴァ書房、二〇一六刊行予定）を参照した。穂積陳重の当該論文は「五大法族之説」『法学協会雑誌』

#### 第一卷第五号（二八八四）。

- (2) 利光三津夫「廣池博士とその律令学」『生誕百年廣池博士記念論集 増補版』（広池学園事業部、一九七三）、同「廣池博士と日本法の研究」『モラロジ研究』二（一九七四）。これらの業績は廣池千九郎編『和漢比較律疏』（広池学園出版部、一九八〇）、廣池千九郎訓点、内田智雄補訂『大唐六典』（広池学園事業部、一九七三）として出版されている。
- (3) 森鹿三「序」『訳注日本律令二本文編』（東京堂出版、一九七五、二〇頁）。
- (4) 佐藤巖「廣池博士の学問上に於ける経歴」第八版（道徳科学研究所、一九七〇）、七七―七八頁。
- (5) 前掲「廣池博士の学問上に於ける経歴」、八一―八二頁。
- (6) 仁井田陞『中国法制史 補訂版』（岩波書店、二〇〇五。初版一九五一、増訂版一九五五）。
- (7) 内田智雄「『東洋法制史序論』の意義」同『先学のあしあと』（広池学園事業部、一九七〇、初出一九六七）。
- (8) 廣池千九郎『東洋法制史序論』（早稲田大学出版会、一九〇五）。
- (9) 前掲『東洋法制史序論』三六頁。
- (10) 前掲『東洋法制史序論』一一三頁。
- (11) 前掲『東洋法制史序論』一六五―一六六頁。
- (12) 前掲『東洋法制史序論』二三八頁。
- (13) 博士は「カタル」については、「形る」にその原型があり、「善良にして世の模範となるべきことを話すときの状態を云ふ」（二六〇頁）としつつも、「されど此の語も亦、日本に於ては国家の法律と云ふ意義としては遂に用ゐらるるに至らず」（二六四頁）と述べ

ている。その理由について廣池博士は、明確に述べていない。ただ特定の「形」「型」に従って発言することを「カタル」とするならば説明できる。益田勝実は「説話文学の方法(二)」同『益田勝実の仕事1 説話文学と絵巻ほか』(ちくま学芸文庫、二〇〇六。初出一九六〇)において、「ずっと以前には、語ることに話すこととは、はっきり別ごとであった。中世のはじめに盛んになった平曲のように、琵琶の弾奏をあいの手に入れて、節廻しをつけて語り上げるのがかたりであり、普通日常の会話がはなしであるというふうに区別すべきことも、よく知られている。しかしさらにはるかに遡った時代では、語りは語りごとであり、語り方によって話と区別されるだけではなく、ことばの体系として話しことばとは違ったものであったらしい。」と述べている。この指摘に該当するものとして、『古事記』上巻には、八千矛神の妻問いに際しての歌謡が記され、「八千矛の、神の命は、八嶋国、妻笥ぎかねて、遠遠し、越の国に、賢し女を、ありと聞かして、麗し女を、ありと聞かして、……天馳使、ことの、かたりごと、こをば」として、一定の形式を伴う歌謡を「かたりごと」としていることがわかる。この場合、「カタル」の「形」とは、模範というより、形式・類型などを意味するものであり、それ故、法律の意味に転化しなかったと推測される。

- (14) 前掲『東洋法制史序論』二六八頁。
- (15) 前掲『東洋法制史序論』二七四頁。
- (16) 前掲『東洋法制史序論』二七六頁。
- (17) 前掲『東洋法制史序論』二七九頁。
- (18) 前掲『東洋法制史序論』二九三頁。
- (19) 前掲『東洋法制史序論』二九四頁。
- (20) 折口信夫は神の言葉をつたえる「みこともち」について、「最

高至上のみこともちは、天皇陛下ご自身であるが、其が段々分裂すると、幾多の小さいみこともちが、順々下りに出来て来るのである」と述べている。折口「神道に現れた民族論理」『折口信夫全集第三卷 古代研究 民俗学編2』(中央公論社、一九六六、初出一九二八)。石川公彌子「近代国学の諸相」川久保剛・星山京子・石川公彌子「方法としての国学」(北樹出版、二〇一六)の指摘を参照した。

- (21) 『法学志林』第八卷第一号(一九〇六)、『史学雑誌』第一七編第二号(一九〇六)、『國學院雑誌』第一二編第二号(一九〇六)、『法学協会雑誌』第二四卷第三号(一九〇六)。
- (22) 前掲『東洋法制史序論』の意義。
- (23) 前掲『東洋法制史序論』の意義。
- (24) 内田智雄・森鹿三・中沢巷一・砂川和義・辻本弘明・橋本久・林紀明「座談会」『廣池博士全集』(第三卷)の校訂を終えて「内田智雄『先学のあしあと』(広池学園事業部、一九七〇、初出一九六七)における内田の発言。
- (25) 井出元「廣池千九郎における東洋思想史研究」『モラロジー研究』一〇(一九八一)。内田も『序論』にそのような評価がありえることは述べている。
- (26) 松村健一「東洋法制史序論」の位置づけとその『道徳科学の論文』に与えた影響について『モラロジー研究』四四(一九九七)。
- (27) 松本尚子「歴史法学派」勝田有恒・森征一・山内進編著『概説西洋法制史』(ミネルヴァ書房、二〇〇四)。二七三―二八四頁。
- (28) 堅田剛「ヤーコプ・グリムの歴史法学」『法哲学年報』Vol. 1982(一九八二)。

- (29) 穂積重行編『穂積歌子日記』（みすず書房、一九八九）、五八六頁。
- (30) 豎田剛『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、二〇一〇）。
- (31) 例えば「日本法制史の研究上に於ける朝鮮語の価値」『法学協会雑誌』二二巻四五（一九〇四）、「朝鮮語と日本法制史」『国家学会雑誌』二〇九（一九〇四）など。いずれも中田薫編『宮崎先生法制史論集』（岩波書店、一九二九）所収。
- (32) 中田薫「我古代の法制関係語」『法制史論集 第三巻下』（一九四三、岩波書店、初出一九〇七）。なお、Deutsche Rechtsaltertümer は「ドイツ法古事誌」の訳。
- (33) 宮崎・中田の業績については、石井良助「日本法制史学八十八年—東京大学における—」『国家学会雑誌』八一—二（一九六八）参照。ここでは中田の言葉と法制度の関係についての研究は宮崎の影響下（「カブシタ」）に行われたこととされている。
- (34) 前掲『廣池博士の学問上に於ける経歴』一五一—六頁。
- (35) 前掲『廣池博士の学問上に於ける経歴』三七—三八頁。
- (36) 廣池千九郎記念館蔵。
- (37) 中田薫「古代亞細亞諸邦に行はれたる神判」同『法制史論集 第三巻下』（岩波書店、一九四三、初出一九〇四）。
- (38) 内田智雄「解題」廣池千九郎著・内田智雄訂『東洋法制史研究』（創文社、一九八三）。内田は審査委員三人のうち、一人が穂積陳重、残る二人が宮崎・中田ではないかとしている。ただ、博士の学位申請は明治四十三年、授与が大正元年で、穂積は明治四十五年三月に退官し、中田は明治四十一年より欧州に留学、四十四年に帰朝して教授に就任しているので、それぞれの程度の関与かは不明である。
- (39) 永原慶二『二十世紀日本の歴史学』（吉川弘文館、二〇〇三）。
- (40) 国立国会図書館蔵。
- (41) 『本居宣長全集 第九卷 古事記伝二』（筑摩書房、一九六三）。なお、祝詞とノリとの関係については今回論じなかったが近世国学者以来の議論の蓄積がある。次田潤『新版 祝詞新講』（戎光祥出版、二〇〇八、旧版一九二七）参照。
- (42) 穂積陳重『法律進化論 第一冊（穂積奨学財団、一九二四）。
- (43) 中田薫「古法雑観」同『法制史論集 第四巻』（岩波書店、一九六四、初出一九五二）。
- (44) 前掲「我古代の法制関係語」。
- (45) 宮崎道三郎「都加佐名義考」中田薫編『宮崎先生 法制史論集』（岩波書店、一九二九）。
- (46) 瀧川政次郎『日本法制史』（雄山閣、一九二八）。
- (47) 高柳眞三「ノリ（法）の意味と意識（一）」『法学』一三巻九・一〇号（一九四四）。
- (48) 井ヶ田良治「中田薫」潮見俊隆・利谷信義編『日本の法学者』（日本評論社、一九七四）、石井紫郎「中田薫」永原慶二・鹿野正直編『日本の歴史家』（日本評論社、一九七六）。
- (49) 石井良助『体系日本史叢書4 法制史』（山川出版社、一九六四）。
- (50) 吉田晶「古代における法と規範意識」『日本の社会史 第五巻 裁判と規範』（岩波書店、一九八七）。
- (51) 大津透「律令制と固有法秩序」水林彪・大津透・新田一郎・大藤修編著『新体系日本史2 法社会史』（山川出版社、二〇〇一）。
- (52) 戦後法制史における「法ノリ」論がおおむね中田の影響下に

あったことを示すものとして、比較法制史的方法を使いながら、廣池博士が論じたような「法」と「ノリ」の違いに言及したものが少ないことがあげられる。数少ない例外が中沢巷一「氏族法」牧英正・藤原明久編『日本法制史』（青林書院、一九九三）で、「法」が公平な裁判、「ノリ」が権力者の命令であることを指摘している。中沢氏は森鹿三のもとで『序論』『本論』の校訂作業に関わっており、その影響を受けたのであろう。

(53) 早川庄八「前期難波宮と古代官僚制」同『日本古代官僚制の研究』（岩波書店、一九八六。初出一九八三）。

(54) 吉川真司「奈良時代の宣」同『律令官僚制の研究』（塙書房、一九九八。初出一九八八）。

(55) 平川南監修・(財)石川県埋蔵文化財センター編『発見！古代のお触れ書き 石川県加茂遺跡出土加賀郡勝示札』（大修館書店、二〇〇一）。

(56) 小和田哲雄『戦国の城』（学習研究社、二〇〇七）。

(57) 現代倫理道德研究会での発表の席において、服部英二研究顧問より、東洋法制史を考えた場合、インドにおける仏教・仏法の問題をどのように考えるのか、というご質問をいただいた。廣池博士と同じように「言葉」にこだわり、東洋思想を考えた中村元『東洋人の思惟方法 第一部』（みすず書房、一九四八）によれば、インドでは「普遍的な法の権威が最高位」であり、国家あるいは民族の問題は第二義であったのに対し、中国においては帝王と統治の学が最高の地位にあり、政治と宇宙論を一体としてとらえる傾向があり、そのため、仏教の中国伝来に際しては激しい対立が発生したとしている。中国の「法」や日本の「ノリ」が、いずれも統治や政治の問題と関わっている言葉なのに対して、インドの「ダルマ」はより宗

教的・脱世俗的・普遍的性格が強い。マウリヤ朝のアショーカ王、南朝梁の武帝、日本の聖武天皇など、仏法を統治の法として用いようとした帝王が、いずれも一定の成果をあげつつ、その晩年から没後にかけて政治的混乱を招いていることは、興味深い一致点である。

(キーワード：法制史、廣地千九郎、研究史)