

慣例法の生成過程

——「關東御成敗式目」の劃期的意義——

小堀 桂一郎

序 論

慣例法・慣習法の定義

「慣例法」といふ呼び方は、或いは慣習法としてもよいのではないかと思はれるが、ここはやはり瀧川政次郎氏の『日本法制史』（昭和三年初版）が採つてゐる命名に倣つて「慣例法」の名を以て考察を進めてゆく事とする。但、瀧川氏が慣例法と呼ぶ法體系には、氏の構築した法制史の文脈に於いてこそその意味が明白となる獨特の含意がある。即ち、我が國の法制の歴史には、上代に呪術宗教的な色彩の濃い固有法の時代といふ段階があり、その次に氏が支那繼受法時代と呼ぶ唐からの移入による律令體制整備の段階があつた。この法制移入の段階で實は新制度に對し往古の固有法の發想を以て少しづつ法文と現實との間の不整合に

對して修正を加へて行つた、それが結果として慣例法の成立を促した、といふ發展經過の中での慣例法なのである。我が法制史上での慣例法はこの様な歴史的阶段の一階梯としての法制の在り方であつて、歴史的制約を離れた抽象的次元に於いて慣例法なる概念が検討の俎上に上るといふわけではない。

法的次元での前例といふ意味と切離して、一般的意味での法源と實定法との關係を問ふといふ場合は慣習法といふ名が實に即してゐると言ふこともできよう。何故ならば、或る共同體の成員の行動を統一的に規制する不文の規範として、成員全體が合意の上で信奉してゐる最も有力な規則は明らかに慣習だからである。社會慣習はその意味で不文ではあるが既に人々の意識の裡に顯在する自然法である。

自然の時間的秩序、具體的には四季の規則正しき循環、春分—夏至—秋分—冬至と一年を區切る晝夜の長短の反復、

太陽の運行と一致はしないがやはり明白な規則性を有する月の盈虚、此等の自然現象の有する秩序への認識は日本の様な農業共同體を基本型とする生活圏の内にあつてはそれこそ極く自然に人々の慣習の形成を促したであらう。

春の到來と共に田を鋤き返し、水を張り、苗代に稻糞を蒔き、やがて水田に苗を植ゑ、夏の日照に稻の成熟を見守り、秋が来れば稔つた稻を刈り取り、冬は藏め、次の春に備へての種糞を貯へる——、此は農民の慣習と言へば言へる行動だが、その慣習の抑もの發生源は季節の循環といふ自然の理法への人間の順應である。そして一の地域共同體の成員の全員に對し平等に課せられてくるこの適應要求は、それに背けば收穫の減損といふ形でこの懲罰が下ることを全員が知り、納得してゐる。此はその點で、法の要求とその遵守の義務及び違反への懲罰といふ、法治社會の構造をその構成員に自づからに悟らしめる自然の教訓である。稻作を主體とする農業社會は、人間に法の存在を意識させるに最も適した生活形態を有してゐる。

勿論、採集、狩獵、漁撈、牧畜等の原始的生業の世界にも、夫々に自然の要求に適應することによつて成否が決定される、固有の掟の如きものは發動してゐるはずである。然しそれらの掟は、とかく成員間の競争の公正を保つための人爲的な規制といふ色彩を帯びがちであらう。それとの

對比で考へれば、稻作といふ營爲は自然の理法への順應といふ要求が最も強い説得力を以て表れてくる作業形態であると共に、成員の全員が等しく共通に自然の要求に順ふ、従つて亦、他の成員と異なる行動を取ることが直ちに不利を招く、つまり許されないとはいふ點で慥かに法治社會を形成し易い條件を先天的に具へてゐると見てよいものである。自然の要請であるが故に、それが素直に人間の慣習として定着し、やがて法としての規制力を具へるに至り、この規制への違反が罪と認識され、刑罰の對象となる、この過程は例へば『日本書紀』の素戔嗚尊の御亂行の段に明瞭に讀み取ることが出来る。

素戔嗚尊の無狀の爲行とされてゐるのは、『書紀』の本文並に各種の「一書」によれば、重播種子あはなち、廢渠槽ひはがち、埋溝みづほ、捶籤うづまき、馬伏うまふせ、そして最後に新嘗祭の神聖冒瀆であり、神衣調製の現場での作業妨害である。此等は皆稻作農業社會に慣習として自づからに具はつてゐた禁止條項の有する公共性への侵犯である。この侵犯の結果は荒された田の作物の收穫の減少として判然と現れるだらう。そこでこの亂行への刑罰として共同體はこの犯人に千座置戸ちうざのおきどといふ損害賠償請求をつきつけ、手足の爪を抜いて（武装解除の譬喩的表現か、實際の體罰か？）その身は追放に處するといふ刑を執行する。この處置は『書紀』の記述によれば諸々の神達

の合意の下に爲された、共同體の共通了解事項である。してみればこの場合、共同體の慣習が即ち法なのである。

慣習が即ち法であるといふ關聯が『書紀』の行文の裡に既に文字として讀み取れる箇所もある。

素戔嗚尊の亂行とその處罰を敍した第三の「一書」に、追放された素戔嗚が青草の束を笠蓑として流浪の旅に出るとある。これは追放された罪人に定められた裝束だつたのであらうか。そして被追放者には宿を貸してはならぬ、此の禁を破つた者に對しては又過料を科すといふ慣習[〓]掟があつたのではないか。『書紀』の第三書は、流浪の素戔嗚が何處でも宿泊を拒絶され、霖雨の中を辛い旅を續けて行つた事を記し、そこに「爾より此來^{このあた}、世、笠蓑を著て、他人の屋の内に入ることを諱む。又束草を負ひて、他人の家の内に入ることを諱む。此を犯すこと有る者をは、必ず解除^{はらへ}を償^{おほ}す。此、太古の遺法なり」と注してゐる。「太古の遺法」といふ表現が注意を惹く。

『書紀』の記述は所詮舍人親王の主導の下に進行した編纂事業の折に、編輯局に蒐集されてゐた古史料の中から拾ひ出されて繕寫された古文である。その時は既に大寶律令が施行されてをり、『日本紀』の編纂は藤原不比等による養老律令への修訂作業と時を同じくして進んでゐる。律令といふ移入法（瀧川氏の命名によれば支那繼受法）が正規の

國法として權威を帯び始めた時期に、それと平仄の合はない様な古來の習俗に密着した素朴な掟は、慥かに「太古の遺法」と意識されたかもしれない。然してこの一句は、民衆（神代に於いては諸々の神達が即ち民衆である）の間に生きてゐた慣習が、或る顯著な事件や人物を契機として法や掟に昇化する瞬間を圖らずも捉へてみせた表現であると言へようか。

「宣り」としての法の發生

慣習は此を「仕來り」とも呼ぶ如く、抑も人々の行動として傳へられてきたものであり、「言ひ傳へ」られる、つまり言語化され意識化される以前の傳承の形である。その點で祭祀や舞踊の手ぶり・仕草の傳承と共通である。

此に對し法は言語化された慣習であることを條件とするものである事、「法」の訓が「のり」であり、此は「宣り」「告り」の意味である事からして解り易い道理である。『日本法制史』の「固有法の時代」の中で、瀧川氏は、我が古代社會に於いては憑依によつて神の意思を啓示する巫女・呪術者の託宣即ち「のり」が當時の社會及び個人の生活行動を規律する唯一の規範であつたと述べてゐる。その見解に敢へて異を立てる要もないのではあるが、法の起源を専ら呪術宗教的なるものに求めた場合、その規範に果して確

たる法理があるのか、といふ疑問に對する解答が出ないままになる恐れがある。法は共同體の成員に於ける共通の了解が前提であり、それが何らかの權威者の言葉によつて言語化された時に法となる資格が生ずる、その代表的な形が「みことのり」である、と考へた方が現實に合ふのではないか。

『書記』に於いて、諸冉二神の國土創成の業の開始以來、様々の「宣り」が記録されてゐるが、その中でやがて法に近い規制力を帯びるに至つた言葉に、早い所では例へば第六、第九の一書に見えてゐる伊奘冉尊の「吾が夫君尊、請ふ。吾をな視ましそ」とのたまふに於ける「のり」がある。此は屍體視き見の禁を言語化した託言ではあるが、この言表によつて禁忌が社會規範としての法になつたといふわけではなく、人間の自然感情としての腐爛屍體の傍見禁忌の次元に留まつたと見られる。

神代に於ける「みことのり」が國家國民にとつての永く規範となる法としての拘束力を持つことになつた最初の顯著な例は、言ふまでもなく天壤無窮の神敕である。普通この名を以て呼び慣はされてゐるが、これはむしろ北畠親房『神皇正統記』中の定義を借りて「皇統一種」の神敕とも呼ぶ方が元來の趣旨に添うてゐるとも言へよう。後世の皇統概念を以てすれば勿論「萬世一系」の神敕でもよいの

である。

此の敕を以て何が法とされ掟とされたか。日本國は天照大神の子孫が君主となつて治すべきの地である、この掟を守る限り、寶祚は皇位の安泰は永遠に保證される、との心である。二千年の後世に帝國大學法學部の憲法學者達が唱へた神敕主權主義の大原則が茲に定立されたわけである。

ところで、皇統一種・萬世一系といふ皇位繼承上の大原則はこの天照大神の神敕によつて創成されたものなのか。凡そ皇祚の實體が成立するより六世代も前に發せられてゐたみことのりなのであるから、事は如何にも左様らしく見える。神敕を忠實に遵守し現實化してゆく、その歴世の實績の過程で萬世一系の概念は醇熟し、定着し、やがて不壞の傳統として意識されるに至つたのではないか。つまり最初に萬世一系の皇祚といふ創設的規定があり、この規定が成熟して傳統を形成することになつたのではないか。

然し、稻作農耕に基礎を置く農業共同社會での慣習と法の關係、慣習の意識化と言語化の結果が即ち法となつてゆくとの道理、この順序には自然の時間空間秩序が即ち人間社會の秩序の原理であるとの動かし難い法則が働いてゐる。人間の持つ法は謂はば自然法を鏡に映して見てゐるまでのものである——と、この關聯を看て取つた暁には、上記の様相はかなり違つた光を帯びて浮き上つて見えてくる。

天壤無窮の神敕の成立経緯については「日本思想大系」中の『日本書紀』の補注の部に従来の諸家の學説を綜合整理した親切な記述があり、それに従つておけばよいことである。但、このみことのりの發せられた時、葦原中國の皇位は未永く皇祖の子孫によつてのみ占有せらるべきもので、それが他の種姓に移ることがあつてはならない、これを守る事が皇朝Ⅱ國土の永久繁榮のための不可缺の條件である——と、この所見が生じた基盤には、既にかかるとこのりを發せしめるだけの經驗が發言者の内部に存したと見るべきなのである。つまりこの創設の規定は、預言者たる或る個人の創案と解すべきものではなくて、共同體の首長の内面に生じた、種族としての多年の經驗の蓄積が皇祖神をして斯く言はしめてゐると見てよいのではないか。

その多年の經驗の蓄積の始源をどこまで溯らせればよいのか。彌生式土器に因んで名づけられたその文化様式の發生から更に溯つて、所謂繩文式文化の段階にまで想像を及ぼすのか、その點は考古學的上古史の學説には全く罔い筆者の論じ得る所ではないけれども、とにかく結論として言へる事は、言語化された法Ⅱ「宣り」の背後には集團的經驗の蓄積といふ長い時間の所産と社會的慣習といふ廣い空間的合意とが裏付けとして存在する、この構造に注目すべきである。繰返しになるが、この構造が成立するためには

稻作中心の日本の農業共同社會は最適のものであつた。日本人の法感覺、少し進んだ段階を採つて言へば法治主義の意識は、國土の置かれた風土的環境によつて育くまれた先天的な民族的資質であつたと見てよいのである。

律令制下の世の實情

古代には古代なりの知識階級、例へば氏上、臣・連の姓を有する者、國造・伴造等の官職を有する上層階級があつて、彼等の間には神敕といふみことのりの意味する所が知識として傳はつてもゐたであらう。然し國民が凡そ成文の法なるものの存在を知つたのは、聖德太子の「十七條憲法」の教を以てが初めての事である。瀧川氏が上掲書の「固有法時代」に引いて居る「弘仁格式序」が「古は世質時素にして法令未だ鞆かならず。無爲にして治し、肅まらずして化す。推古天皇の十二年に暨び、上宮太子親ら憲法十七箇條を作る。國家の制法ここより始まる」と記してゐる通りであらう。

この憲法は、これを「いつくしきのり」と訓ませるゑる所にも表れてゐると言へようが、太子の御著作としての「宣り」であり、内容から言へばその主要部分は官吏の服務規定をその實踐的側面とする教育敕語の如き敕訓集である。國家基本法としての現代語の憲法とはその意味を異に

するものだが、但興味深い事に、太子の著された憲法の各條項の内、第三「承詔必謹」・第四「以禮爲本」・第十五條「背私向公」等は此を綜合すれば日本の國體の在るべき様を實に簡潔的確に言ひ表してゐる。近代語としての憲法と國體は、之に相當する表現を英語に求めるとすれば一語 constitution に當ることが廣く知られてゐるのであり、従つて日本の國體の在り方を定義してゐる聖德太子の十七箇條の教訓が憲法の名を帯びてゐた事は偶然乍ら實に適切な命名だつたことになる。

十七條憲法に官吏の服務規定、課税の心得、國政の運用の方法についての教條が具體的に言表されてゐるといふ事は、この憲法がやはり從來の慣習に則り、その道德的に宜しとせられた部分を多少理想化して定言とされたものだ、といふ事である。その意味でこの憲法も亦慣習が洗練された形で定式化された、固有法の範疇に屬するものと看做してよい。

而して太子のこの御著作よりわづか四十年を過ぎたところで我が國は大化の改新といふ大いなる歴史の轉換を経験する。その轉換の規模の大なりし事は、此を大化二年（六四六A.D.）正月一日付の大化改新の詔に如實に讀み取る事ができる。この詔自體が、聖德太子の憲法と同様に、既に國政に關する法令並に政令の性格を帯びた國家基本法の體裁

をとつてゐた。但し、太子の憲法には固有法としての在來の慣習への顧慮が深く息づいてゐたのに對し、大化改新の詔は、その名の表す如くに改新の宣言であり、その新なる所以は隋・唐風の中央集權國家の建設を目標とするものであつたが故に、次には順序として隋・唐の律令の移入を通じて國家體制の改新を圖らうとの大寶・養老期の試みに繋がざるを得ない定めであつた。即ち瀧川氏の法制史が謂ふ所の「支那繼受法時代」が爰に始まるのであり、讀み馴れた用語を以て言へば律令と格式の編纂、そして整備されたその法體制に基いての律令政治が開始されるのである。

我が國に施行せられた大寶律令（その本文は殆ど傳はつてゐない）、養老律令（これが今日「律令」と認識されてゐるもので略全文が傳承されてゐる）が、唐の律令格式を模範として撰定されたものではあるが、外邦の法律の直輸入ではなく、我が國の固有法の特徴をも十分に盛込んで制定されたものであることはよく知られてゐる。例へば唐律には存在しない神祇官なる職制が、形の上では唐の祠令を模して作られてゐるが、（その内容はほとんどが我が國在來の慣行を書き綴つたものであつて、祠令の影響を受けたと思はれる點はほとんど無い）と瀧川氏は『日本法制史』「支那繼受法時代」の章で述べてゐる。神祇の祭祀自體が我が國固有獨特の制度なのだからこれは當然であらう。

而して、民族固有の慣習から自づからに發生し結晶したものである。外邦の法制度の模倣移入によつて一國の政治が然るべき内實を具へた成果を擧げてゆくことが抑も可能なことなのかどうか。此は考へてみれば甚だ重大な問題である。多くの史家は白鳳・天平の時代に一つの文化的最盛期を迎へてゐる國史の實績を見て、そこに文化的繁榮の前提としての律令政治の一往の成功を見るといふ判定に傾きがちである。殊に法制史家の場合は、外邦の法制の移入と國風文化の繁榮との間の因果關係を確認するより以前に、移入を通じてこの我が國の法制の整備に向けて注がれた爲政者達の努力の跡に先づ共感と同情の眼を向けるといふ姿勢が自づからに生じるであらう。

然し、さうした法制整備の歴史への共感といった情動的側面を削ぎ落して、律令制施行初期の政治的現實に冷靜且つ嚴正な批評的視線を投じてみると、又自づからに異なつた様相が映じてくるといふこともある。その様な冷靜な視線を以て、大化の改新から律令制の施行に至る古代政治の展開に嚴しい批評を下してゐる史家の代表的な存在が『日本中世史』（明治三十九年第一部刊）の原勝郎である。

原は同書の冒頭部で（大化革新の必然的由來と其餘勢）なる標目を以て、或る基本理論的な前提を置いて次の様な觀測を述べてゐる。（然るに革新なる者は、何れの場合に

於ても、已み難き必要に起因すると同時に、其情力によりて、必要ならざる極度までも猛進せむとする傾向あるものなれば、彼大化の革新も、亦此一般の例に洩れず」と。即ち大なる意氣込みを以て取掛つた革新の運動には必ずその（情力）なるものが伴ふ。改革の情熱は目標の程々の達成といふ成果に満足する事なく、次の目標を探し出しては餘力をそこに傾注しようとする。所謂改革のための改革といふ情念が発生する。

原によれば、（必要なるものは、之を充足せしむべき局に當る者をして、往々之を過大過重視せしめることを免れざるもの）であつて、大化の改新に注がれた革新勢力の情熱が有してゐた情力は、この革新運動を更に前進せしめて、（以て養老大寶の律令を制定せしめたり）といふ。つまり唐の律令の直接の移入は端的にこの革新事業の行き過ぎの結果だつたとの判定になる。曰く、（然りと雖革新も爰に至りては、正に其必要充足の程度を超過したるものにして、必や其餘弊を受けざるべからざるに至りしなり）といふのであつて、外邦の法制の攝取移入は、要するに國政革新運動のゆきつく果てに生じた弊害に屬する、との判定なのである。

原勝郎の右の意外な判定に付した論據は、もちろん引續いて『日本中世史』の本文から引用すればよいのであるが、

令名高きその絢爛流麗の美文は、或る意味で著者の眞意を誤解せしめる様な修飾としての作用を爲すかもしれない。〈輸入文物同化の困難〉と標題されたその論據を、今引用者の筆を以てその主意を取つた上での現代風の散文にほくしてみれば以下の如くである。——唐代の文化はそれに先立つ二千年間の彼土の文物發達の結果であつて、その由來は實に深遠といふべきものである。然るに我國と漢土との文物交流の歴史は推古朝の隋との通交に始まる短いものであり、漢字渡來の事蹟を以て漢土文物の流入の開始と見たところで（本邦に於ける漢字使用が六世紀半ばであると假定してみても）律令の編纂まで二百年を過ぎてはゐない。その段階で唐土二千年來の履歷を有する制度文物の模倣は時機尙早である。大寶律令には我國古來の習俗を少からず參酌してはゐるが畢竟は唐の法思想を移入して多少の修正を加へたまでといふ形であり、既に我が國に長く行はれてゐた法制の上に、採長補短の手續を施したといふものではない。當時の我が國の國政の組織や機關の發達の程度は猶唐土のそれに比して遠く及ばざる素朴の段階にあつたのに、唯彼國の〈典章衣冠〉を模倣しただけのものだつたのだから、形と實が相伴はぬ事の弊害を避けることができなかつた。凡そ一國の法制度の整備が一般の文明の成熟の度合を超えてゐるといふ場合、そこに發生する弊害には甚大のものが

ある。〈律令を以て邦國の進歩を期待するは誤りの甚しきものにして、往々にして徒に奸曲を誘起するの端を啓くのみ〉。要するに民度の成熟段階に對して調和のとれてゐない外邦の法制移入は消化不良の病症を惹起ひきおこさずにはゐなかつたのである——。

更に原はもう一つの重要な指摘をしてゐる。即ち、〈此革新は、國民一般の文化の進歩によりて促されたるにはあらずして、政治上の統一の必要より起りしものなれば、此革新を行へるもの、即當時の先覺者と稱せらるべきものは、僅に在朝の少數者にとどまり、從ひて唐土傳來の文物も其傳播の範圍に至りては、極めて狹隘なるを免れざりしならむ〉といふのである。

これは、法制度を重點とする唐文化の移入が、國民一般の平均的な知的情的要求に適合するものではなくて、京畿在住の一部官人の占有物にとどまつたため、そこに現代風に言へば知識・情報の所有に關する中央と地方との間での、又階層間での偏在と格差が發生した。これは一國の社會の發達には甚だ有害な状況であつて、宮廷を中心とする王朝文化繁榮の陰にはこの様な弊害が生じてゐた事を歴史研究者は見落してはならない、との至つて適切な警告なのである。

敢へて比較を現代に求めて此を言へば、米國製日本國憲

法の強制施行は、占領軍と利害を共通にする一部の占領利得者、過激な日本改造を目ざした占領政策から恩恵を蒙る左翼陣營とその同調者達にとつては歓迎すべき革新であつたが、平均的な日本人の生活観・社会意識にとつては、要するに社会秩序の致命的な破壊工作でしかなかつたといふ、晩近六十年來の今日の現實と相似た状況の襲來だつたといふことであらう。

此の後の記述に於いて、原は〈平安帝都の真相〉の標目の下に、平安王朝文化の典雅華麗な繁榮の贊美者達の漠然たる思ひ込みに冷水を浴せる如き筆致で、平安京の街衢の荒涼、治安の無警察状態、庶民の蒙昧、妖言厭咒の横行、將又地方に於ける班田宅地の所有管理状況の亂脈、庶民にとつての衛戍と庸役の過重負擔、行路の難や疫病の流行から生ずる行斃れ屍體の放置、人情の澆薄、之に加へての國司の私曲、地方豪族の横暴等々、一言で言へば平安時代は澆季混濁の暗黒社會に他ならなかつたので、〈律令如何に具備せりといふと雖、其擧ぐる所の効果は得て知るべきのみ〉との厳しい評價が繰り返される。

原が平安時代の文明の状態に對して斯くも厳しい否定的評價を下す論據の最大なるものは、此時代に於いて文明の恩恵を謳歌する集團が極めて限られた一部の上層階級のみであり、他の大部分がその限られた階層の繁榮の犠牲とし

て暗黒の底層に呻吟し、その中間部分がすつぱりと缺失してゐる、といふことにあつた。

〈抑國家の爲めに深く憂ふべきものは、健全なる中等社會の缺乏より急なるはなし〉との判断が大前提としてある。律令政治の全盛時代と目されてゐる王朝文化の繁榮期としても、〈徒らに文物典章のみを以て批判すれば、我國帝政の盛運此時に過ぐるなきが如くなるも、眞に王化の霑はせるところは、京畿の數州のみ、左右の在朝者のみ〉。文化の成熟に上層と下層とで隔りがあり過ぎてその中間が缺けてゐるといふ状態は、やがてはその空白の中間を充填すべき健全な中間層の成育を促さずにはゐないものである。その中間層こそ、東國をその發祥の基盤とする武人階級であり、この中間層の充實を以て、日本は暗黒荒寥の古代社會から明朗健康な近代社會へと成長してゆく。この成長の開始が即ち通用の歴史區分に言ふところの鎌倉時代の開始である。法制の歴史に即して此を見れば、即ち身につかぬ借衣裳であつた唐風の律令政治の弊を脱却して、自己本來の積年の慣習を精鍊して作り上げた慣例法の時代に入つてゆく、その發展だといふことになる。瀧川氏の法制史の用語を借りて言ふならば、支那繼受法時代から融合法時代に移つてゆくことであり、ここで現實の規制力を失つた律令といふ繼受法に徐々に成り替つて現實を支配してゆくのが即ち武

家社會に育つた慣例法である。その慣例とは自前の經驗の蓄積を指して言ふことなのであるから、この交替を目して繼受法の支配に壓倒せられてゐた固有法の復活であるとする見方も亦可能であらう。具體的に名を指して言へば即ち「關東御成敗式目」の誕生である。

本 論

北條泰時の發願とその「起請」

「關東御成敗式目」、制定時の元號に因んで「貞永式目」と通稱される武家法については、その法制史的研究は現在謂はば完成してゐて、後生がそれに付加へるべき新たな文獻學の見解は最早現れる餘地は無いのではないかと思はれる。既に引いた瀧川政次郎『日本法制史』の「融合法時代前期」の章は「式目時代」との副題を有つてゐるが、この〈式目〉とは言ふまでもなく専ら「御成敗式目」を指してゐるし、瀧川氏が多くを負うてゐるとの謝辭を述べてゐる三浦周行『法制史の研究』正・續の中殊にその『續法制史の研究』（大正十四年初版）には「貞永式目」の一項だけに百四十頁餘が充てられてあり、論述は詳細周密を極める（但し説明の重複反復がかなり目につく）。この兩先學の先驅的研究に加へて現行の「日本思想大系」『中世政治社會思想・

上』（昭和四十七年初版）の笠松宏至氏による式目の精緻な注釋と行届いた解題を参照すれば、御成敗式目について後生が法制史的觀點からするのは少しく異なる觀點に據つての論考を試みる前提は十分に與へられてあると考へてよいであらう。

異なる視點とは即ち、廣義の日本人の精神史の一章として、この代表的慣例法の成立過程を辿る作業を通じて國民の法思想乃至法治主義意識の様相を検證してみるといふ方法である。

その視點から見ての考察の手がかりは、至つて簡単な話で『御成敗式目』の研究者の誰もが一往は着目する（法制史家は然し案外に重視しない）篇末の「起請」の詞の中にある。眼目となる章句は以下の如くである。

（……およそ評定の間、理非に於いて親疎あるべからず。ただ道理の推す所、心中の存知、傍輩を憚らず、權門を恐れず、詞に出すべき也。御成敗事切れの條々、たとひ道理に違はずと雖も一同の憲法也。たとひ非據に行はると雖も一同の越度也。自今以後、訴人ならびに縁者に相向ひ、自身は道理を存すと雖も、傍輩の中其の人の説を以て、いささか違亂の由を申し聞さば、已に一味の義にあらず。ほとんど諸人の嘲を貽すものか。……）

引用部分の核心をなす字眼が（ただ道理の推す所）の「道理」に在る事、改めて指摘するまでもない。「起請」のみならず「式目」全篇の主導動機が「道理」である事は、此もよく引用される六波羅探題・駿河守北條實時（泰時の弟・宛ての武藏守泰時の書簡の一節（さてこの式目をつくられ候事は、……ただ道理のおすところを被記候者也）に徴しても明らかといふべき連關である。

（御成敗事切れの條々）以下が少しく難解と思はれる故に、いま筆者の解讀の試みを記しておく、（たとひ：雖も）の語法に現代文とのずれがある様である。……評定衆一同による裁決の結果が、道理に適つてゐる場合でも、根據を缺いてゐると思はれる場合でも、それはいづれも構成員一同の憲法（正義の發現）であり、又一同の落度である（＝共同の責任である）。成敗に参加した評定衆の中の一人が、裁決に不満を懐く訴訟人乃至その縁者に向ひ、自分は道理に適つた論を立てたのだが、傍輩の中に異論を呈した者があり、それが通つた結果、あの様な違亂の結果になつたのだとの辯解をする様な事があればその者は全員の負ふべき共同の連帶責任から逃れようとするものであつて、人の嘲りを受けることになる——との意であらう。

執權としての北條泰時は、當時わづか十四歳の形ばかりの將軍藤原頼經の後見役である以上（頼經元服の際の加冠役

でもあつた）事實上全國の武家階級の棟梁の地位にあつた。征夷大將軍源頼朝の衣鉢を繼いで、御家人一統の團結といふ點でも最高責任者の位置にある。況して武家法としての式目の制定・施行に當つては、如何に此の新法に「關東」の名を冠して、公家法としての律令格式に對抗する意圖はない事を暗に明に表示しながらも、やはり多分に道義的緊張を強ひられてはゐたであらう。新法の施行に當つてこの法を迎へる鎌倉方一統の姿勢の統率には十分の配慮を働かさねばならない立場である。その緊張感が、法の運営に於いて統一を亂してはならぬとの呼びかけとなる。而して「憲法」＝法の正義の貫徹にせよ御家人一統の團結にせよ、その訴へかけの根據となるべきは所詮「道理」である。

「御成敗式目」の法的根據

御成敗式目五十一箇條の第一は神社の修理と祭祀嚴修の命令、第二は寺塔の修造と佛事勤行の指示である。斯う記しただけでも讀み取れる事だが、この二條は本質的に法令の性格を具へてはゐない。恰も十七箇條憲法の一が（以和爲貴）、二が（篤敬三寶）といふ禮教の訓言で始まる様なものである。

太子の教訓が第三條に至つて（承諾必謹）といふ憲法の名に適しい國政に關はる内容の項目を掲げたのと同斷で、

御成敗式目も第三條から法令らしき内容のものとなる。即ちそれは諸國の守護が遂行すべき職務の規定であつて、一に〈大番催促〉と呼ばれる幕府御家人の京都警衛の義務をその國の該當者に督促・徵募する役割、二に謀叛の企ての摘發、三に夜討・強盜・山賊行爲等を含めての殺害・刃傷事件の犯人の逮捕連行といふ三種の警察的職務である。これを大犯三箇條とし、守護の職務権限はこの三種に制限されてをり、それ以外の領域には及ばないことを訓令し、且つそれを〈右大將家の御時定め置かるる所〉との慣例に言及して法的根據としてゐる點が式目の特色である。

征夷大將軍頼朝の意向を以てその法源とし、それ以來守られてきた慣例であり、故に今後も奉ずべきだとする論法が歴史的に見て正しいか、といふ疑問は三浦周行の指摘に始まつて法制史家の間での屢々の論議の種であつた。右大將頼朝の名は、式目編纂者達の詮議の權威づけとして出されてゐる迄であつて、この慣例は頼朝以前からの事、凡そ武士の實力行使によつて初めて律令政治衰頹期の社會の無警察状態が漸く克服されるに至つた、その頃既に當面の現實として行はれてゐたのだとの觀察があつたからである。

優雅華麗なる王朝貴族文化の開花といつた後生の憧憬的記憶に反し、平安時代の社會が宛然たる無警察状態の荒廢を呈したるたとの原勝郎の指摘をさきに見たが、同じ事を

三浦周行も『法制史の研究』正篇（大正八年初版）の中で論じてゐる。嵯峨天皇の御代に藤原藥子・仲成の亂が生じた大同五年九月（亂後弘仁と改元、八一〇A.D.）の肅正以來保元の亂の酷薄な跡始末に到るまで三百四十六年間、死刑といふ極刑の執行された例がなかつたといふ事實は、王朝統治主義の成果として美談扱ひされる場合が多いが、三浦博士の見解によれば、此は天皇を始めとする上層官人の間に佛教の慈悲至上觀の影響が極めて強かつた故で、法秩序の維持といふ觀點からすれば偏つた信念といふより他なかつた。罪の輕重を問はず、只管殺生を忌むだけといふ（此思想は刑法の精神を蹂躪）するもので、檢非違使廳の役人達は（正當なる職務の履行を以て一種の罪惡）を犯すものとの想念に囚はれ、自然職務の怠慢を來し、その事がつまりは律令制といふ公家法制の權威の失墜を招いた。司法警察の怠慢・無能の結果は即ち自衛能力を持たない無辜の庶民・細民が法外の暴力にさらされる災難となつて降りかかる。

この亡狀を黙視してゐられなくなつたのが新興の武士階級である。武士達は、承平・天慶の亂を最後として慥かに大規模な謀叛・反亂事件の終熄した泰平の世にあつては、出番の無い無用者にして、貴族階級からの賤視にただ耐へてゐるより他なかつた。然し保元・平治の亂から治承・壽

永の源平争亂の三十年を通過する間に、彼等は亂れた社會秩序を恢復し、治安を維持してゆく機能としての自分達の武力の「有用性」に眼覺めた。文治元年、右大將頼朝が守護地頭の設置と諸國兵糧米の徵收權について朝廷からの允許を得たといふ事實が、階級としての武士の存在とその有用性の公認についての象徴的な事件だつた。その機能の公認と共に、武士がその本性上身につけてゐた武斷主義の法思想が實力を發揮すべき時節が到來した。公家法制に取つて代るものとしての武家法制の出現は要するに時代の要請だつた。

それでは時代の要請に應へて擡頭した武家法の思想は、公家法とその現象化としての律令政治の體質疲勞を奇貨として、舊體制に對する革命的な動きに出るに至つたのか。明らかに否である。さきにもその核心部分に目を注いでみた「御成敗式目」の「起請」にせよ、六波羅駐在の實時宛の元年八月發泰時書簡にせよ、そこに窺はれるのは、實に意外なほどの公家法に向けての謙遜の情、寧ろ卑下と呼んでもよい様な慎重の口吻である。後者の書簡に曰く、（……）詮ずるところ、從者主に忠をいたし、子（は）親に孝あり、妻は夫にしたがはば、人の心の曲れるをば棄て、直しきをば賞して、おのづから土民安堵の計り事にてや候とてかやうに沙汰候を、京邊にては定めて物をも知らぬ夷戎どもが

書きあつめたることよなど、わらはるる方も候はんずらんと、憚り覺え候へば、傍痛き次第にて候へども（云々と）これは編纂に當つた評定衆一同の所懐を代辯した文言なのであらうから、彼等には、自稱（あづまひのす）夷戎共の作つた法典を以て皇家の法たる律令に對抗しようなどとの僭上の意識は全くなかつた事が讀み取れる。

右の書簡より一箇月後の、實時宛泰時の九月書簡に於いても、泰時は（これによりて京都の御沙汰・律令のおきて聊も改まるべきにあらざ候也）と念を押し、式目制定の動機としては此に續けて、（凡法令のおしへめでたく候なれども（＝律令の規定は御立派なものだが）、武家のならひ、民間の法（＝にのみなじんできた東國人士には）、それを（＝律令の法文）うかがひしりたる物（＝者）は百千が中に一兩（二人か二人）もありがたく候歟）と、謂はば辯解の辭を構へてゐる形である。

この様にひたすら謙遜に式目制定の動機を説明しながら、では式目の法意が據つて立つ根據は何かを説明する件りで、泰時の九月書簡は、同じく謙虚な口調ながら、或る見落し難い重要事にふれてゐる。即ち（さてこの式目をつくられ候事は、なにを本説として被注載之由、人さだめて謗難を加事候歟、（本説）とは式目が依據した原典を指す。つまり、何を典據として斯様な注釋めいた法典を編んだのか

と誇る向もあるかもしれないが、(ま事にさせる本文にすがりたる事候はねども、ただ道理のおすところを被記候者也)との説明である。つまり既成の典據に基いて編んだわけではなく、(ただ道理のおすところ)に従つて記したまです、といふ。これはもちろん起請にいふ所の(ただ道理の推すところ、心中の存知(を)……詞に出すべきなり)の誓詞にひびき合つてゐる表現である。

この一面謙遜乍ら又反面昂然たる姿勢を示してゐる心事の説明として次の二點が指摘できる。

式目の第四十一條(奴婢雜人事)及び諸種の式目注釋書に(法意)なる語が出てくる。何の付加語もなしに用ゐられてゐるが、(法意)とは律令に示されてゐる規定の事で、文字通りその法規の意とする所であり、又「法理」の含蓄で用ゐてゐる例もある。式目は律令の(法意)に依據することなく獨自に各箇條を草した事になつてゐる(實際には律令の條文を殆どそのままの形で引繼いでゐたり、少くとも法源として依據した規定は幾つかある)。そこから生じた、律令の傳統的權威に對する引け目の意識が、(右大將の御時定め置かるる所)(大將家の例に任せて)(大將家御時以來)等々の表現で(計六箇所)頼朝以來の慣例を法的根據として表に出す論法を取らせた事確かであらう。

所で式目がもう一つの法的根據として擧げてゐるのが、

他ならぬ「道理」である。(ただ道理の推す所)といふ表現は新編の武家法典撰者達の自己辯明の辭の如くにも響く一方で、實に昂然たる自信の表明の如くにも映る所が妙である。この表現は執筆者にとつて意識的にか潜在意識的にか、おそらくは楯の両面とも謂ふべき効果を期待されてゐた字眼だつたのではあるまいか。

「道理」の世紀を拓いた慈圓

鎌倉時代は「道理」の世紀である。少しく時代を刻んで言へば、承久二年(一二二〇AD)、後鳥羽院に幕府討伐のため擧兵の企てのあることを察知した天臺座主大僧正慈圓(一一五五—一二二五AD)による『愚管抄』の著述がなされたことがこの世紀の曉鐘である。難解なる歴史哲學の書たる『愚管抄』が直ちに同時代の知識人達に、況してや律令の法文を解讀し得る識字者が千人に一人か二人と看られたが故にこそ式目を撰して與へてやる必要があつたのだとされてゐる武士階級に、この書が早速に影響力を揮ひ始めた杯とは考へ難い事である。後世への影響力としてならば一條兼良の『小夜のねざめ』(文明年間成立か)に(……萬のことは、道理といふ二の文字にこもりて待るとぞ、慈鎮和尚と申す人の書きをかれ侍る、いと有難き事也)との證言があり、『樵談治要』にもほぼ同じ文言の評が見えてゐる

が、それは慈圓の著述より約二百五十年の後世の話である。幕末の國學者黒川春村から「道理物語」との綽名を奉られた『愚管抄』の哲學の同時代への影響の波及については今一つそれを立證できる史料が缺けてゐる。

然し、慈圓の全思索成果の標語である「道理」が世に知られて行つた経路は必ずしも『愚管抄』自體のみによるものではない。承久二年に參議西園寺公經宛に慈圓が發した長文の書狀は私信ではあつても内容が公事に關するものである故におそらくは複數の人眼に觸れる機會に遭つたと思はれるが、文中十箇所も「道理」の語を以て己の所信の根據付けとしてゐる例がある（例へば「……眞實道理策一番二八、一向日本國の衆生利益、王法佛法安穩、泰平本願」云々、「如此眞之道理けさく候を、猶各御心も不及、思も不入入給しては、暫なりとも世をは令執給哉」云々）。又、貞應元年十二月付で「啓白佛前」とした「願文」に於いても「道理」は明らかに一篇の字眼である。（就中注目すべき一節を引用者の讀み下しを以て引けば、「専ら偏執我慢の邪心を斷ち、只道理の二字を守り、殊に佛神の本迹、法爾和合の道を仰がば、至誠在天、自然信心の理、その證空しからず、もし推す所の道理冥感に叶はば、今ここに祈る所の發願蓋し成就せんか」云々には、「ただ道理の推す所」といふ式目起請文中の字句の先蹤かとも思はれる發想が見られる。）

承久の變は戰亂としては約二箇月で終熄した短いものだった。即ち後鳥羽上皇が北條義時追討の院宣を下したのが承久三年五月十五日、此に驚愕した幕府軍の西上、京都入城・占領による後鳥羽院の討幕官旨の撤回（即官軍の敗北決定）が六月十五日、上皇方についた官人達への容赦なき斷罪・處刑を経て、後鳥羽院の隱岐配流が七月十三日、順徳院の佐渡配流が同二十一日といふ迅速な戦後處理だった。この處理の結果の一環として上皇に加擔した公家・武士の所領三千餘箇所が没收され、それらは多く幕府軍に参加した東國武士達に恩賞として與へられたが、この配分に關しては雙方の當事者の側からの様々の不満が噴出し、その不満に對する適正な對處が變亂收拾後の北條執權政府にとつての大きな政治的課題となつた。關東御成敗式目の制定を促した時代の諸狀況の中での最大の要因が、この没收された或いは新たに付與された領地の所有權をめぐる權利主張者間の紛争であり、その當事者雙方の納得を得るに足る裁定の技術への要請だつた。この裁定上の法的技術の核となる理念が即ち「道理」であつた。

この意味脈絡での道理ならば、もちろん慈圓の歴史哲學的思索を以て初めて人々が習得したといふわけのものではない。紛争の調停・妥協の鍵としての「道理」については既に平安時代から、寺社間の權威の争ひに於ける（公

「驗道理」、農地の用益をめぐつての（水便道理）、遺産配分の争ひでの（相傳道理）があり、そして所有地の領知權争ひに於いて最も威力を有したのが、當然ながら（文書道理）や（證文道理）であつた。

御成敗式目に於ける（道理の推す所）なる發想も、實は右の如き各種法的紛争に於ける道理の有効性を踏まへての慣例法の思想に基くものと見てもよいのである。（式目本文でも第二十一條に（相傳之道理）なる語が出て来る。但しそれは承久の變後の論功行賞として與へられた土地の新たな所有主の有所恩賞の道理に對しての劣位の道理といふ文脈に於いてである。）

右に見る如く、御成敗式目の施行に當り、その武家法として發揮し得た權威、『吾妻鏡』の記者をして（是則ち淡海公の律令に比す可きか、彼は海内の龜鏡、是は關東の鴻寶なり）と誇らかに記せしめたほどの法的效力は、その最大の法源を「道理」に置いてゐるのであるが、その「道理」も亦慣例法の文脈に於いて用ゐられてゐた故にこそ、その重みを有したのだと見てよいであらう。

更に付加へて考へておくべきは、當時の精神界、より具體的に言へば宗教界に於ける「道理」の意味についてである。

慈圓の難解長大な著述や、所詮限られた範圍にしか傳は

らなかつたであらう公的書簡や願文に於いてどれほど「道理」が重視・強調されてゐようと、まさにその範圍内での影響と見るべきである。

「道理」が鎌倉時代の人々の精神世界に於ける最高の知的價値の範疇となり得たについては、慈圓に續く佛教界の大御所的存在、筆者の管見の枠内でのみ挙げるとすれば、華嚴宗の碩學梅尾の明惠上人、誰知らぬ者なき永平禪師道元といふ此二人の高僧の影響力が大きく物を言つてゐる如くに思はれる。

梅尾明惠上人の「道理」

明惠上人（一一七三—一二三三A.D.）の教學の思想は『明惠上人集』（岩波文庫）、『明惠上人傳記』（講談社學術文庫）なる二種の文庫本があつて参照は容易である。その傳記（といつても（上人語りて曰く）（上人の御消息に云はく）が連續する形で、むしろ上人の語録の編輯とみてよいものである）の中のこの點での最も重要な部分に（紙幅儉約のため前後の文脈を切り落して核心部の引用だけに留めるが）（惣じて諸法の中に道理と云ふ者あり、甚深微細にしてたやす輒く知り難し。此の道理をば佛も作り出し給はず、又天・人・修羅等も作らず。佛は此の道理の善惡の因果となる様を覺りて、實の如く衆生の爲に説き給ふ智者也）なる一節がある。文意は明白で

あるが、念の爲に注しておけば、——天地の諸々の理法の奥にひそんでゐる道理は簡単に認識できるものではない。佛もその道理の作者ではないのだから此を支配できるわけではなく、ただその道理の働きをよく覺知して、此を衆生に説き聞かせ給ふまでである——、といふわけで、此處には道理の超越的性格と、それを認知する知恵を身に着けた所謂「覺者」としての佛の性格が簡潔に解説されてゐる。

梅尾の明恵上人が周圍の弟子達に日常口頭で説いてゐた教は、密教佛典の講釋の類とは違つた、至つて現實主義的な論理に貫かれた行動指針の性格を持つたものであつたらしい。これが現實政治の現場の嚴しさを身に體して知つてゐる鎌倉武士の心を深く捉へた様である。六波羅駐在となつた北條泰時は心底から明恵に歸依し、度々梅尾の山中に明恵を訪ねては親しく法話を拜聽した様であるから、必ずや明恵の持論としての「道理」の説をとくと聞かされたであらう。

例へば或る時、梅尾を訪ねてきた泰時に向つて、明恵は「承久の變に於ける鎌倉方の心事の内奥にふれる鋭い質問を發した。

〈忝くも我が朝は、神代より今に至るまで九十代に及びて（引用者注、この時第八十六代後堀河天皇、世々受け續ぎて、皇祚他を雜へず。百王守護の三十番神、末

代といへども、あらたなる聞えあり。一朝の萬物は悉く國王の物に非ずと云ふ事なし。然れば、國王として是を取られむを、是非に付きて拘り惜しまんずる理なし。縦ひ無理に命を奪ふと云ふと云ふとも、天下に孕まる、類、義を存ぜん者、豈いなむ事あらんや。若し是を背くべくんば、此の朝の外に出でて、天竺・震旦にも渡るべし。伯夷・叔齊は天下の粟を食はじとて、蕨を折りて命を繼ぎしを、王命に背ける者、豈王土の蕨を食せんやと詰められて、其理必然たりしかば、蕨をも食せずして餓死したり。理を知り、心を立てたる類、皆是の如し。……〉

佛者である明恵が、佛典ではなく『史記』から伯夷・叔齊の採薇の故事を引用して、上皇方に弓を引き、剩へ峻嚴酷薄な戦後處理を強行した泰時の不忠を詰つたのである。武人が相手なる故に『史記』を持ち出したところに明恵の深い教養と機知の鋭さが燦いてゐる。そこに説かれてゐる〈理の必然〉は當に泰時も亦奉じてゐるはずの「義」といふ名の理である。明恵は幕府軍の戦後處理の酷薄がもたらした京都の公卿武人社會の慘狀を語り聞かせ、〈先づ打ち見る所、其の理に背けり。若し理に背かば、冥の照覽、天のとがめ無からんや。大いに慎み給ふべし。〉（中略）御様を見奉るに、是程の理に背くべき事し給ふべき事にあらぬ

に、何に在りける事にやと、拜謁の度には、且は不思議に、且は痛はしく存ず云々と、厳しく理を説き且つは情にも訴へる體で懇々と説論に及ぶ。泰時は「こぼれ落つる涙をさらぬ舁に押し拭ひて、疊紙を取り出しなんどして」やを承久の變の原因とそれに對する關東方の對處の本心として、且又その結果に向けての泰時の反省、罪障消滅のための覺悟の述懐として十分に「理」の立つものと讀める。

泰時は明惠の情理兼ね具へた叱責の語に接して道理の力の厳しさを骨身に徹して認識したのであらう。貞永元年一月に明惠は六十歳で安らかに寂滅するのだが、御成敗式目はその年の秋八月の制定である。筆者の少しく文學的な想像に任せて言ふならば、この法典編纂の事業は泰時がかつての厳しい説論に接した時明惠に約束した罪障消滅の業の一環であり、殊にその起請はひそかに鎮魂の賦として恩師に捧げた、政道に於ける道理遵守の決意を新たに誓詞であつたと解しておきたい。

永平禪師道元の「道理」

承久の變（一二二二AD.）から元寇（一二六八AD.蒙古襲來の豫兆・防備着手）までの約五十年、泰時・時頼といふ北條氏累代中の二人の傑出した政治的人格が執權であつた時期

（間に經時執權の約四年が入るが）は、政道に於ける道理の意味が最高の緊張に達した時である。この道理の（半）世紀に邦家の精神界で最高の指導的地位にあり、「道理」への認識を唱導した重要な存在として、明惠と並べて擧ぐべき名が永平禪師道元である。

道元（一二〇〇AD.―一二五三AD.）が安貞元年（一二二七AD.）五年に互る宋での修行を経て歸國し、三十歳代から歿年に至るまでの後半生約二十年間に凝らした思索の跡は高名な『正法眼藏』九十餘章に語り盡くされてゐる。この長大な思索記録の底を流れてゐる通奏低音にして且つ重要な主導動機の一をなしてゐるのが是亦「道理」である。

筆者は『正法眼藏』を精讀したなどと言ふ資格なき淺學の徒であるが、この書に於いて、單なる二次的引用や同一文脈での反復の例は除き、或る文の主語か述語か、何らかの意味の重みを帯びて「道理」が用ゐられてゐる例が九十箇所を超える事を確認してゐる。

この多數の用例を分析してゆくと、道元がこの語に托してゐる意味上の機能について、次の如き二種の性格を歸納的に抽出できる。

その一は道元の文脈に於ける「道理」は、常に他の語彙を以てしての言ひ換へがきかない決定的な一語だといふことである。凡そ辭書といふものが見出語に對して語釋とし

て掲げてゐる同義語・類語に當るものが、道元の文脈でのこの語についてはどうにも見つからない。故に「道理」は常に「道理」として受け取つておくより他ない、といふ事になる。

その二として、道元の頻用する「道理」は彼の龐大な思索の體系の中で、彼の思想の字眼としての重い内實を常に読みこまねばならぬほどの役割を擔つてゐるといふわけではなく、夫々の個別の脈絡の中での論述のその都度毎の正當性の根據として用ゐられてゐる單語だ、といふことである。それは實は、裏返して言へば、もしもこの語を使はぬとしたら、『正法眼藏』といふ長大な思索の集積に於ける道元の主張は要するに成立し得なかつたのであらう、といふ意味でもある。

道元が論策の利器としての「道理」に籠めた重い意味は、或る意味で自然の數であらうが、弟子達に語つたその語録である『正法眼藏隨聞記』の方により読み取り易い形で表現されてゐる。例へば『隨聞記』「第一」の第二十條で、
「一切のことにのぞんで道理を案ずべきなり。念々止まらず、日々遷流して無常迅速なること、眼前の道理なり。知識經卷の教へを待つべからず」と言ひ、又（……）時に望み事に觸れて道理を思量して、人目を思はず自らの益を忘（れ）て、佛道利生の爲に能きやうに計らふべし」とも言ふ。

或いは「第五」の第一條では（……）ある賢臣の云く、政道の理亂ことわりみだれはなほの結ばふれるを解とくが如し。急にすべからず。能くむすびめを見てとくべしと。佛道も亦かくの如し。能々道理を心得て行ずべきなり」とも言つてゐる。難解な『正法眼藏』よりも『隨聞記』の方に讀者が多いらしいのは、この様な件りに接してみるにやはり自然の數である。

道元の見るところでは、佛典に固有の教を説くより以前に、佛者ならずとも世俗の誰彼の眼前に彷彿として思ひ浮かぶであらう道理、時に臨み事に觸れて先づ思量すべき道理といふものがある。この道理を奉じて自利を忘れ利他を思ふのが世俗一般の人の心得べき準則である。佛道利生の爲の發願はそのあとに來る。佛道修行が道理への入口なのではなくて、道理によく心を致せば佛道には入り易い、との順序が提示されてゐる。これは嚴しい自力本願の修行の道を説くのが専らであつた様に思はれてゐる道元の、或る意味で注目すべく親しみ易き一面である。次に引く『隨聞記』「第一」の第十條などは、全くの世俗の次元での「人とつき合ふ法」の一箇條ともいふべき卓近の教訓であり、この時代に「道理」の理念が世俗の庶民の間に廣く浸透してゆくといふ精神界の一般的狀況が、先づ禪門の内部に於いてその兆候を見せ、それがやがて外の世界にも及んで行つた

のだといふ経路が窺ひ見られて興味を惹く。

〔法談の次に示して云く、設使我れは道理を以て云ふに、人はひがみて僻事を云を、理を攻めて云ひ勝はあしきなり。亦我は現に道理と思へども、吾が非にこそと云てはやくまけてのくもあしばやなり。只人をも云ひ折らず、我が僻ことにも謂はず、無爲にして止みぬるが好きなり。耳に聽入れぬやうにして忘るれば、人も忘れて嗔らざるなり。第一の用心なり〕

結語——司法の世紀としての鎌倉時代

三浦周行『法制史の研究』正篇の卷末には「日本人に法治國民の素質ありや」といふいささか刺激的な題の一章が置かれてゐる。この考察が書かれたのは大正六年十月の事で、三浦はその冒頭部分で、「我國法治の現状」と題し、その年にはれた帝國議會衆議院第十三回總選舉（四月二十日）の後、或る地方に於いて投ぜられた投票用紙の鑑定を裁判所から依頼された時の經驗を語つてゐる。その仔細の引用は煩に堪へない故に省略するが、三浦の所見によれば、帝國憲法施行後三十年を経過してゐるその當時に於いて、選舉人達の中には國會議員選舉といふ自らの法的權利行使の意味を全く理解してゐない者が多かつた。新聞の報道に徴してみても、普通選舉法施行以前の制限選舉の段階

に於いてさへ、選舉權が金銭的賣買の對象になつてゐる實情は明らかだつた。當時の選舉運動でも「貴重なる一票」といふ常套語が氾濫してゐたが、それは一票が如何程の値で賣れるかといふ關連の中での評價だと思ひ込んでゐた有權者が少からずゐた。三浦の慨嘆は（是に於てか一の疑問は生ずべし。他なし、我帝國の臣民は果して法治國民たるの素質ありや否やといふことは是なり）との激語となつて發する。

この疑問は法制史家三浦をして、明治・大正の日本國民の法治思想の基礎を築いたはずである江戸時代の法制への考察に向はしめる。その考察の結果は、徳川幕府治下の時代の日本は端的に法治國家とは對蹠的な性格の警察國家であり、各種法度、御定書、高札、觸、達の類の頒發にも拘らず、それらの法文は所詮法治體制の證例となるべきものでも人民の權利の保證でもなくて専ら取締令であり、政府による市民社會生活への干渉であつた。言つてみれば、凡そ當時の法令とは政府權力萬能、官權至上主義の思想が言語化された結果の文字表現なのであり、つまり徳川體制は法理による統治ではなく威力による支配であつた。

この様な法體制が二百六十年餘續けば、人民の法といふものに對する意識がどの様なものになるか、その頹廢衰弱は自然の勢である。

そこで三浦は、専ら階級的權力主義の機構と映ずる武家法制なるものの發祥期であつた鎌倉時代に考察の視線を溯らせる。するとそこに意外にも人民の「權利思想の發達せること寧ろ意表の外に出でたり」との認識が浮上する。具體的には既に關東御成敗式目の性格に觀察を施してきた本稿として三浦の「意表外」の説明を反復引用する必要はないであらう。要するに法制史家としての三浦は、もちろん大正六年どころか明治三十年代に開始してゐた鎌倉時代法制史の多年の研究に基いての見識を踏まへて、鎌倉時代の人民、武士も職人・商人も又農民も、立派に法治國家の住民としての高い法意識を保つて生活してゐたといふ事實を確信を以て論斷する。

就中三浦が鎌倉時代人の法治國民としての意識に基く集團的性格として強調するのは、彼等に於ける「權利思想と犠牲的精神」の兩立といふ特質である。氏によれば「法制史上最も權利思想の發達せる鎌倉時代にありて」御家人たるもの「如何に自己の權利の主張に執拗忠實なりしか」は、累代の子々孫々の手により入念に保存傳承されて今日まで生き残つてゐる古文書類の七・八割が、その權利所有の證據文書である事からも明白に讀み取れる。そしてその御家人達が一旦元寇といふ國難に遭遇するや、意外にも一切の自己の權利主張の欲念を放擲して、文永十一年、弘安四年

の二度の外敵襲來とその前後の連年の國防活動に献身したこと、更には平生彼等ととかく利害が對立し、感情的にも反發する間柄であつた非御家人層の武士達もが、互ひに相協力して國土防衛の衝に當つたこと、このことを以て鎌倉武士の犠牲的精神はその法的權利意識と立派に兩立して生きてゐたものであると論じてゐる。

洵にその通りで、この二種の意識の兩立といふ歴史的事實は、本稿の筆者が平生の持論として度々立論してゐる際の語彙に置き換へて述べてみるならば、鎌倉武士達が、己は「道理」の推す所に基いて權利主張の「自由」を行使してゐるのだとの昂然たる意識と、へ私に背きて公に向ふは臣の道なり」との聖徳太子の憲法（第十五條）の御教へとを二つながら身に體して奉じてゐた故の自然の結果なのである。そして「自由」と「臣道」と、この二つの理念が實は共に「御成敗式目」の精神の中核をなしてゐるのだから、その兩立は可能といふよりむしろ當然なのであつた。

「御成敗式目」の制定と流布とは、この様に鎌倉時代の武士の精神形成に對して決定的に重要な意味を有する。その影響力の及ぶ範圍は御家人の枠を越えて武士一般に及び、更に公家層に及び、商人階級又農民集團もが、何らかの係争のある毎に多年の慣例とその内に潛む道理に基いて己の自由を主張することを憚らなくなる。それは紛争の解決

には暴力よりも道理の方が最終的な決定権を持つ有効性なのだといふ、その道理を認識したからである。

この認識に應へて、式目の制定者側の訴訟裁定は制度的にも職業倫理の面からも入念精細を極めた。司法機構の有する權威、それに對する民衆の信頼は律令制當時とは比較にならぬ高揚と堅實を保つた。諸國の守護大名は競つて己の家法と呼ぶべき法典を作つた。伊達家の「塵芥集」の如き露骨な模倣作を含めてその殆ど全てが「御成敗式目」を模範として撰せられたか、乃至はその追加法に當るものだった。「式目」自體が往來物に類する士民の教科書として又習字用の手本として手寫され、轉寫を重ねて普く諸國に普及して行つた。

少し時代が下つて、元和九年にまとめられたとされる安樂庵策傳の巷談説話の大集成たる『醒睡笑』に、庶民の夫婦の癡話喧嘩の中で夫婦共々「御成敗式目」の第一條の字句を勝手に使つて互ひに相手をやりこめようとする笑話が採られてゐるのなどは、「式目」の庶民的普及を立證する恰好の例として笠松宏至氏が取り上げ、筆者も別稿で論及したといふこともある。

慈圓、明恵、道元等の佛教者、そして北條泰時を中心とする幕府評定衆の思想の鍊磨によつて築かれた「道理」の世紀は、少しく視角を變へれば、法理が暴力に優越するこ

とが認識され實證された司法の世紀でもあつた。この先進文明現象としての司法體制の樹立も、殘念ながら元寇Ⅱ弘安役の戦後處理政策の困難さに對應しきれずして動搖し始めた。更に南北朝の動亂に於いては、楠木正成の旗標だつた「非理法權天」の序列が示す如く、法が政治權力の暴威の前に屈してしまふといふ事態にもなつた。

然し、承久から文永にかけての約半世紀ではあるが我が國の歴史に司法の世紀と呼んでもよい一時代が現出してゐたといふ事實は、我々現代人にとつて貴重な集團的記憶である。この記憶を今後どの様に復活させ活用するか、それも歴史研究に携はる者にとつての重要な課題である。

（註）岩波文庫版『醒睡笑』より引用しておく。

卷之八「秀句」

二 妻子を専らにすべし

若衆わかじゆぐるひをするといふて、妻、色いろに出で腹立くつりふす。「男たる者は若衆わかじゆぐるひをせよと、式目しきもくにのせられた。『神社をしりし』とかけり。女房即座に、『その式条しきぢょうのむねを本ほんとせば、そちのがいよいよとどかぬなり。』さいしをもつばらにすべし」とあるに。

（東京大學名譽教授）