

穂積八束の「公法学」(1)

坂井大輔*

- I はじめに
- II 穂積八束の略歴および先行研究の検討
 - 1 略歴
 - 2 先行研究
 - 3 本稿の課題
- III 穂積八束の民法典批判——八束「公法学」の目的
 - 1 日本における民法典の編纂
 - 2 穂積八束の民法典批判
 - 3 穂積八束「公法学」の存在形態（以上本号）
- IV 穂積八束「公法学」の体系的把握
 - 1 国家論
 - 2 法論
 - 3 道徳論
 - 4 穂積八束「公法学」の特質
- V 結語
 - 1 穂積八束の本質
 - 2 展望

I はじめに

日本の法が、個人よりも団体や国家を優先する傾向を——特にその運用において——有してきたことは、夙に指摘されている。これは、特に憲法学において、深刻な問題として意識されてきた。法人の人権を個人に優先して認めることで企業社会における法人の優位を許容した八幡製鉄事件〔最大判 1970 (昭 45)・6・24 民集 24・6・625〕や、利益考量によって個人よりも団体の利益を重視した三菱樹脂事件〔最大判 1973 (昭 48)・12・12 民集 27・11・1536〕、さらには、「憲法上の地

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 12 卷第 1 号 2013 年 3 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

位の特殊性」を理由として公務員の労働基本権の制約を容易に正当化した全通名古屋中郵事件〔最大判1977(昭52)・5・4刑集31・3・182〕など、この類の判例は、枚挙にいとまがない。

他の法分野においても、類似の状況が散見される。労働法においては、日本の企業が法的規制を十分に受けず、今日に至るまで使用者側の強大な権限が維持された支配共同体(Herrschaftsgemeinschaft)であり続けてきたことが指摘され〔西谷04, 5-17頁〕、刑事訴訟法においては徹夜や宿泊を事実上強制する「任意」捜査が、取り調べの必要性や「社会通念」の名の下に正当化されていることが問題視されている〔白取12, 92-5頁〕。

このような、日本法における「市民法の不全」¹⁾は、近代以降の日本の法学において、どのように生産され、どのように維持されてきたのであろうか。この問題を解明するためには、明治以来の日本の法学についての全面的検討が必要となるであろう。各時代の法学者たちが、どのような団体観、国家観を有していたかが、法分野の垣根を超えて把握されねばならない。

もとより、このような大問題の解明は、この小稿のなしうるところではない。本稿は、そのような大きな目標に向かって踏み出す最初の小さな一歩として、穂積八束の学問について考えてみようとするものである。

八束は、周知のごとく、日本初の憲法学者というべき存在であるとともに、憲法以外の分野についても積極的に発言した人物である。19世紀末のドイツで最先端の法律学を修めたにもかかわらず、八束の学問は、国体、家制、忠孝といったキーワードをちりばめた国家主義的、団体主義的な様相を呈した。このような態度ゆえに、八束は、反動主義のイデオログと見なされるに至り、戦後の法学界、特に法解釈学の世界からはほとんど無視されている。しかし、「市民法の不全」という現代日本法の根本的特性の由来を解明するという課題を立てるならば、八束研究は避けて通ることのできない最重要課題の一つをなすと思われる。なぜ

1) 水林彪は、日本法が『市民法の不全』とでも表現すべき特性を有している、と指摘している。「わが国における『市民法の不全』とは、基本的には『市民法』類型に属する日本国憲法を有しながらも、現実の法生活においては、特に対国家、対社会的強者との関係において、基本的人権が十全に保障されないばかりか、しばしば完全に蹂躪されることもある現実のことである。」〔水林10, 6-7頁〕

ならば、今日の日本の法と法学の全般的特徴である「市民法の不全」と、上記のような八束の法学——それは、「市民法の不在」、「市民法の敵視」ということができよう——との間には、なにがしかの因果関係——幾重もの媒介項が存在するが、しかし、明瞭な線によって結びつけられる因果の関係——の存在が予想されるからである。

本稿における八束研究は、問題意識が以上のようなものであることによって、従来の八束研究の支配的傾向とは、何よりも、対象へのアプローチ、対象を観察する視線のあり方において、異なるものとなった。従来の穂積八束研究は、戦後社会の価値観をもって八束の学説を悪しきものと断罪する傾向が強い。日本国憲法を所与の前提として、それについてのあるべき解釈を探求する法解釈学の立場から八束を論ずるならば、そのような傾向は自然かつ当然であろう。しかし、筆者が試みようとするのは、基礎法学の一分野としての法史学の立場からの八束研究であり、より具体的に言えば、先にも述べたように、「国の最高法規」として日本国憲法を有しつつも、現実には頑強に存続する「市民法の不全」現象の存在根拠を解明するための第一段階としての八束研究である。したがって、本稿においては、上記の問題関心に即して、穂積八束の学問体系を、内在的に認識することが課題となる。その際、憲法学に留まらない八束の多彩な活動を視野におさめるのもそのためであり、広い意味での八束の学問的活動全体を、彼独自の「公法学」の体系として描き出してみることが、本稿の目標となるのである²⁾。

以下ではまず、穂積八束の略歴を簡単に紹介し、先行研究の概要について述べる(Ⅱ)。次に、八束の法学の目的を探究するために、彼の民法典批判を取り上げる(Ⅲ)。そして最後に、八束の法学の体系について検討する(Ⅳ)。

※ なお、穂積八束の文献の引用については、以下の著作一覧に附した略称を〔 〕内で指示し、頁数を附記する、という形式で行なうこととする。その際、

2) 筆者は、このような視角から穂積八束を研究する。その意味は、彼の学問がいかんにして形成されたか、という思想史上の重要問題を正面から取り扱わない、ということである。前近代の学問と八束の思想との関係、学生時代に八束が執筆した新聞論考と教授時代の八束の著作との相違、といった、リチャード・マイニアらが研究対象とした問題については、本稿では検討しない。本稿における筆者の関心はあくまでも、帝大教授として活動した法学者・穂積八束がいかなる学問体系を構築したか、という点にある。

旧字体は新字体に改め、傍点・圈点・傍線は省略する。また、『穂積八束博士論文集』からの引用は、〔論+論文番号(後掲表1参照)、西暦の下二桁、頁数〕として行なうこととする。その他の文献については、文末の参考文献一覧を参照されたい。

【穂積八束著作一覧】

- 『国民教育 憲法大意』第三版、八尾書店、1897年(初版1896年)。(大意)
『行政法大意』第三版、八尾書店、1898年(初版1896年)。(行政)
『国民教育 愛国心』第三版、有斐閣、1910年(初版1897)。(愛国)
『皇族講話会に於ける帝国憲法講義』前後編、共同会、1912年(1901-2年進講)。(講話)
『皇室典範講義 皇室典範増補講義』信山社、2003年(1902-7年進講)。(典範)
『国民道德大意』国民精神文化研究所、1937年(1909年執筆)。(道德)
『憲法提要』修正増補第五版、有斐閣、1935年(初版1910年)。(提要)
『国民道德の要旨』国定教科書共同販売所、1912年(論文集893-916頁にも収録)。(要旨)
穂積重威編『穂積八束博士論文集』増補改版、有斐閣、1943年(初版1913年)。(表1参照)
上杉慎吉編『憲政大意』日本評論社、1935年(初版1916年、遺稿)。(憲政)
長尾龍一編『穂積八束集』信山社、2001年。(八束集)

【表1】『穂積八束博士論文集』目次(昭和18年増補改版)

番号	論題	頁	和暦	西暦	収録誌等
1	新憲法ノ法理及憲法解釈ノ心得	3-10頁	明治22年2月	1889年	国家学会雑誌3巻24号
2	帝国憲法ノ法理	11-124頁	明治22年3月 ~9月	1889年	国家学会雑誌3巻25号~ 31号
3	法史ノ我法学会ニ冷遇セラル、ヲ怪ム	125-130頁	明治22年4月	1889年	法理精華2巻7号
4	有賀博士ノ批評ニ対シ聊カ主權ノ本体ヲ明カニス	131-142頁	明治22年5月	1889年	法学協会雑誌7巻62号
5	富井、山田両博士ノ行政裁判權ニ付質議	143-148頁	明治22年7月	1889年	法理精華3巻13号
6	国家全能主義	149-152頁	明治22年9月	1889年	法理精華3巻17号
7	行政訴訟	153-164頁	明治22年9月	1889年	法学協会雑誌7巻66号
8	法治主義ヲ難ス	165-170頁	明治22年11月	1889年	国家学会雑誌3巻33号
9	憲法義解ノ予算論ヲ評ス	171-176頁	明治22年11月	1889年	法理精華4巻22号

10	公法ハ権力関係ノ規定タルヲ論ス	177-182 頁	明治 23 年 1 月	1890 年	法学協会雑誌 15 卷 1 号
11	欧州立憲政体ノ名称ヲ我国ニ流用スルハ非ナリ	183-186 頁	明治 23 年 3 月	1890 年	法学協会雑誌 8 卷 72 号
12	学生諸君ニ答フ	187-188 頁	明治 23 年 4 月	1890 年	法理精華 6 卷 31 号
13	国家全能主義	189-192 頁	明治 23 年 5 月	1890 年	国家学会雑誌 4 卷 39 号
14	選挙ハ権利ニアラス	193-196 頁	明治 23 年 5 月	1890 年	法理精華 6 卷 33 号
15	上官ノ違法命令	197-200 頁	明治 23 年 6 月	1890 年	法理精華 6 卷 36 号
16	予算ノ法理	201-214 頁	明治 24 年 1 月	1891 年	国家学会雑誌 4 卷 47 号
17	国家的民法	215-216 頁	明治 24 年 4 月	1891 年	法学新報 1 号
18	耶蘇教以前ノ欧州家制	217-222 頁	明治 24 年 8 月	1891 年	国家学会雑誌 4 卷 54 号
19	民法出テ、忠孝亡フ	223-228 頁	明治 24 年 8 月	1891 年	法学新報 5 号
20	法学ノ教育	229-232 頁	明治 24 年 11 月	1891 年	法学新報 8 号
21	祖先教ハ公法ノ源ナリ	233-242 頁	明治 25 年 1 月	1892 年	国家学会雑誌 5 卷 60 号
22	法学博士梅謙次郎氏ノ予算論ヲ読ム	243-248 頁	明治 25 年 1 月	1892 年	東京日々新聞 (明治 25 年 1 月 3 日)
23	家制及国体	249-260 頁	明治 25 年 4 月	1892 年	法学新報 13 号
24	法例ニ対スル意見	261-264 頁	明治 25 年 9 月	1892 年	法学新報 18 号
25	条約ハ立法ヲ検束ス	265-268 頁	明治 25 年 11 月	1892 年	法学協会雑誌 10 卷 11 号
26	民法ノ本位	269-272 頁	明治 26 年 4 月	1893 年	法学新報 25 号
27	権利ハ無権力ナリ	273-276 頁	明治 26 年 6 月	1893 年	法学新報 27 号
28	法典及人格	277-280 頁	明治 26 年 9 月	1893 年	法学新報 30 号
29	公法ハ権力関係ノ規定タルヲ説明ス	281-286 頁	明治 26 年 10 月	1893 年	国家学会雑誌 6 卷 80 号
30	公権ハ人格権ナリ	287-290 頁	明治 27 年 1 月	1894 年	法学新報 34 号
31	公法人ノ人格	291-300 頁	明治 27 年 2 月	1894 年	法学協会雑誌 12 卷 2 号
32	国法及普通教育	301-304 頁	明治 27 年 8 月	1894 年	法学新報 41 号
33	公権ハ人格権ナリ	305-310 頁	明治 27 年 11 月	1894 年	法学協会雑誌 12 卷 11 号
34	法ノ社会的効用	311-314 頁	明治 28 年 5 月	1895 年	法学新報 50 号
35	法ノ委任ノ説ヲ難ス	315-318 頁	明治 28 年 10 月	1895 年	法学新報 55 号
36	公法及国家主義	319-322 頁	明治 28 年 12 月	1895 年	法学新報 57 号
37	新法典及社会ノ権利	323-328 頁	明治 29 年 3 月	1896 年	法学新報 60 号
38	法ノ倫理的効用	329-332 頁	明治 29 年 5 月	1896 年	法学新報 62 号
39	権利ノ主張ハ社会的ノ任務ナリ	333-338 頁	明治 29 年 7 月	1896 年	法学新報 64 号

40	国民教育	339-342頁	明治29年9月	1896年	法学新報66号
41	法治行政	343-346頁	明治29年10月	1896年	法学新報67号
42	国民教育	347-354頁	明治30年1月	1897年	東京日々新聞(明治30年1月1日)
43	公産ノ所有権	355-358頁	明治30年1月	1897年	法学新報70号
44	民法修正意見	359-368頁	明治30年2月	1897年	法学新報71号
45	官吏ノ職務上ノ過失ニ因ル賠償責任	369-372頁	明治30年4月	1897年	法学新報73号
46	願届及許可認可	373-378頁	明治30年5月	1897年	法学協会雑誌15巻5号
47	契約ト合議トノ區別	379-382頁	明治30年8月	1897年	法学新報77号
48	公用物及民法	383-388頁	明治30年9月	1897年	法学協会雑誌15巻9号
49	法典実施及現行条約	389-392頁	明治30年11月	1897年	法学新報80号
50	条約及条約法	393-400頁	明治31年1月	1898年	東京日々新聞(明治31年1月1日)
51	「家」ノ法理的觀念	401-406頁	明治31年4月	1898年	法学新報85号
52	大権ノ特立	407-412頁	明治31年7月	1898年	国家学会雑誌12巻137号
53	立憲政体ノ本旨	413-416頁	明治31年9月	1898年	法学新報90号
54	憲法及内閣制	417-422頁	明治31年9月	1898年	法学協会雑誌16巻9号
55	立憲制ノ本旨	423-430頁	明治32年1月	1899年	東京日々新聞(明治32年1月1日)
56	多数決	431-436頁	明治32年3月	1899年	法学協会雑誌17巻3号
57	立憲政体ノ将来 附立法ノ方針及選挙法	437-448頁	明治33年1月	1900年	東京日々新聞(明治33年1月1日)
58	国家ト宗教トノ關係	449-468頁	明治33年3月	1900年	法学新報108号
59	憲法ノ精神	469-496頁	明治33年4月 ~6月	1900年	明義1巻1号~3号
60	英国政治ニ関スル雑話	497-506頁	明治33年9月	1900年	明義1巻6号
61	憲法上ノ疑義二則	507-510頁	明治33年10月	1900年	国家学会雑誌14巻164号
62	官報上ノ法令ノ正誤	511-518頁	明治33年10月	1900年	国家学会雑誌17巻200号
63	何ヲ官吏ト謂フカ	519-522頁	明治33年10月	1900年	法学協会雑誌18巻10号
64	議院制及立憲制	523-534頁	明治34年2月	1901年	明義2巻2号
65	議院内閣制	535-544頁	明治35年1月	1902年	東京日々新聞(明治35年1月1日)
66	我憲法ノ特質	545-560頁	明治35年12月	1902年	明義3巻12号
67	社会代表	561-566頁	明治35年12月	1902年	法学新報13巻12号

68	社会代表	567-574 頁	明治 36 年 1 月	1903 年	東京日々新聞 (明治 34 年 1 月 1 日)
69	憲法上ノ赦免大權ト新刑法案ノ刑ノ執行ノ猶予及免除	575-580 頁	明治 36 年 1 月	1903 年	法学新報 13 卷 1 号
70	法ノ社会的作用	581-590 頁	明治 36 年 1 月	1903 年	法学協会雑誌 21 卷 1 号
71	美濃部大学教授ノ論説ニ付テ	591-594 頁	明治 36 年 3 月	1903 年	法学協会雑誌 21 卷 3 号
72	公法人	595-600 頁	明治 36 年 4 月	1903 年	法学新報 13 卷 4 号
73	公法ノ特質	601-622 頁	明治 37 年 1 月	1904 年	法学協会雑誌 22 卷 1 号
74	「公法ノ特質」ニ付美濃部博士ノ駁論に答フ	623-646 頁	明治 37 年 3 月	1904 年	法学協会雑誌 22 卷 3 号
75	大權問答	647-654 頁	明治 37 年 4 月	1904 年	明義 5 卷 4 号
76	貴族院ノ独立	655-662 頁	明治 38 年 1 月	1905 年	国家学会雑誌 19 卷 1 号
77	法人国及主権国	663-668 頁	明治 38 年 1 月	1905 年	法学新報 15 卷 1 号
78	台湾総督ノ命令權ニ付キテ	669-672 頁	明治 38 年 2 月	1905 年	法学協会雑誌 23 卷 2 号
79	国家主権法人主権及君主機關ノ三説ヲ短評ス	673-682 頁	明治 38 年 7 月	1905 年	法学新報 15 卷 7 号
80	公法ノ特質 (其二)	683-694 頁	明治 38 年 3 月	1905 年	法学協会雑誌 23 卷 3 号
81	条約法理問答	695-706 頁	明治 38 年 10 月	1905 年	法学協会雑誌 23 卷 10 号
82	公權利ノ觀念	707-714 頁	明治 38 年 11 月	1905 年	法学新報 15 卷 12 号
83	代人關係ト代理關係トノ區別	715-720 頁	明治 39 年 1 月	1906 年	法学志林 8 卷 1 号
84	立憲制下ノ三政治 大權政治・議院内閣政治・議院政治	721-738 頁	明治 39 年 1 月	1906 年	法学新報 16 卷 1 号
85	法律ニ代ルノ勅令ノ議會承認前ノ廢止	739-752 頁	明治 39 年 3 月	1906 年	法学新報 16 卷 3 号
86	自然意思及法律意思	753-764 頁	明治 40 年 1 月	1907 年	法学協会雑誌 25 卷 1 号
87	立法權ト予算議定書	765-772 頁	明治 40 年 2 月	1907 年	法学新報 17 卷 2 号
88	憲法ノ政治的作用	773-788 頁	明治 40 年 10 月	1907 年	法学協会雑誌 25 卷 10 号
89	法律ノ委任	789-796 頁	明治 41 年 1 月	1908 年	法学新報 18 卷 1 号
90	權力ノ分立	797-816 頁	明治 41 年 1 月	1908 年	法学協会雑誌 26 卷 1 号
91	行政処分ノ取消変更	817-824 頁	明治 42 年 1 月	1909 年	法学新報 19 卷 1 号
92	法律意思自然意思ノ分化綜合	825-842 頁	明治 42 年 1 月	1909 年	法学協会雑誌 27 卷 1 号
93	国民道德ノ教育	843-858 頁	明治 42 年 9 月	1909 年	国家学会雑誌 23 卷 9 号
94	英国風ノ政党ノ武士道	859-878 頁	明治 43 年 1 月	1910 年	法学協会雑誌 28 卷 1 号

95	国体ノ異説ト人心ノ傾向	879-892頁	明治45年10月	1912年	太陽18巻14号
96	国民道徳ノ要旨	893-916頁	明治44年7月 (講演)	1911年	明治45年6月単行本化
97	世界最古ノ「ハムムラビ」 法典ノ概要	917-932頁	明治41年1月 (進講)	1908年	
98	羅馬皇帝「ジュスチニヤン」 大法典発布ノ詔書	933-944頁	明治42年1月 (進講)	1909年	
99	「タシトウス」ノ「ゲルマニヤ」 ニ依ル古「ゲルマン」 民族ノ建国	945-956頁	明治43年1月 (進講)	1910年	
100	希臘及羅馬ノ古典ニ顯ルル 祖先崇拜ノ事蹟	957-968頁	明治44年1月 (進講)	1911年	
101	「アリストテレス」ノ政治書	969-976頁	明治45年1月 (進講)	1912年	
102	憲法制定ノ由来 学生諸君 ニ対スル告別辞	977-997頁	明治45年	1912年	法学協会雑誌30巻9号

II 穂積八束の略歴および先行研究の検討

1 略歴³⁾

穂積八束は1860(万延元)年に宇和島で生まれた。1879(明治12)年、東京大学文学部政治学科に入学し、1883(明治16)年に卒業、研究生として大学に残り、その翌年にドイツへの留学を命じられた。5年間の留学中は、「欧洲制度沿革史及公法」専修のため、シュルツェ(Hermann Johann Friedrich von Schulze-Gävernitz, 1824-1888)、グナイスト(Rudolf von Gneist, 1816-1895)、ゾーム(Rudolph Sohm, 1841-1917)、ラーバント(Paul Laband, 1838-1918)らの教えを受けた。

1889(明治22)年、大日本帝国憲法の発布直前に帰国すると、即座に憲法についての論考〔論1, 89, 論2, 89〕を発表し、同年5月には法科大学教授となった。以後、八束は20年にわたり帝大で憲法学を講じ、様々な論考を発表した。憲法に関する著作としては、1896(明治29)年の『国民教育 憲法大意』、1910(明治43)年の『憲法提要』、遺稿を上杉慎吉が整理して出版した『憲政大意』、

3) 穂積八束の経歴については、『穂積八束博士論文集』の冒頭に収録されている高橋作衛「穂積八束先生伝」の他、長尾龍一による一連の伝記的研究〔長尾74, 75, 01〕を参照した。

1901（明治34）年から1902（同35）年にかけて行なわれた講演をまとめた『皇族講話会に於ける帝国憲法講義』がある。

八束の関心は、憲法の領域に限られていたわけではない。彼は民法に対しても強く関心を有しており、帰国後まもなく開始された民法典論争に延期派として参加している。この時期の彼の論文としては、1891（明治24）年の「民法出テ、忠孝亡フ」〔論19,91〕が特に有名であるが、その他にも多くの論文を発表している。旧民法に代わる新たな民法典を制定するために、1893（明治26）年に法典調査会が設置され、八束は査定委員に選定された。しかし、彼はさらに幾つかの論考を発表し、法典調査会の編纂方針にも異論を唱えている。そして、新たに起草された明治民法が実際に公布される直前に、彼は「『家』ノ法理的観念」〔論51,98〕を発表し、明治民法に対しても批判的な立場をとることを表明した。これ以降、八束は民法と距離を置くようになった。また、八束は行政法の講義も担当しており、これについても論文を発表している。行政法を対象とする彼の著作として、1896（明治29）年の『行政法大意』がある。

明治30年代以降、八束は教育への関与を強めていき、道徳教育についての指導的な地位を得た。1897（明治30）年には『国民教育 愛国心』を公刊し、晩年には高等小学校第三学年用修身教科書の編纂委員として活動した。その活動の一環として行なった講演が、『国民道徳の要旨』（明治44年講演、同45年公刊）である。また、委員会に提出された私見要領が、1937（昭和12）年に国民精神文化研究所から『国民道徳大意』として出版されている。

その他の活動としては、天皇への進講（明治41～45年）、貴族院議院としての活動、政府の官僚としての活動、がある。

1912（明治45）年に起こった美濃部・上杉論争に、八束は上杉の擁護者として参加し、「国体ノ異説ト人心ノ傾向」〔論95,12〕を発表した。数年前に罹病し、公職を辞していた八束は、この論文の公刊とほぼ同時に死去した。

以上、ごく簡単に八束の経歴を列挙してみた。ここから察せられるのは、彼の活動領域が多岐にわたっているという事実であり、それゆえに単なる憲法学者として彼を位置づけることは——彼の主たる業績が憲法解釈学体系の樹立であることはもちろんであるが——狭きに失する恐れがある、ということである。

2 先行研究

では、穂積八束は、これまでどのように論じられてきたのであろうか。結論を先取りして言えば、その一般的傾向は、①多くの研究が憲法論へ集中しており——たとえば、「民法出テ、忠孝亡フ」はよく知られているが、民法論に関する研究は多くない——、その多くが八束の主張に対する批判として展開されていること、②憲法、民法、思想史、その他の研究が個別に存在するのみで、領域の横断性に乏しいために、八束の学問を体系として提示し得ていないこと、の2点であるように思われる。以下では、八束研究として重要と思われるものについて検討し、その問題点を指摘することとしたい⁴⁾。

(1) 穂積八束に対する批判

穂積八束について言及する論者の多くは、彼の展開した学説に対して批判的である。まずは、このような批判の中から、代表的と思われるものを取り上げてみたい。

穂積八束に対する批判として最も典型的なのは、鈴木安蔵の議論である。鈴木は、「穂積八束「憲法提要」の基本的理論」〔鈴木70〕において、美濃部達吉などの「立憲主義学派」と対比する形で、以下のように述べている。

- ① 八束の憲法論は、近代憲法の普遍性を認めず、八束自身の理解する日本に固有かつ不変の原則——国体——に依拠している〔同228-9頁〕。
- ② 八束の国家論は権力的支配をその本質としており、絶対主義的支配に対抗する立憲主義学派の思考とは相容れない〔同232頁〕
- ③ 八束は国体と政体を区別し、天皇の主権を国体の語で表現した。このことは、「天皇の統治を絶対不可侵のものとして維持し、国民をこれに服従せしめようとする政治的イデオロギー」の表明であった〔同236-9頁〕。
- ④ 八束は、天皇を統治の主体とし、領土及び臣民を統治の客体とする。この

4) ここでは、先行研究が穂積八束を論じるに際していかなるアプローチを採用しているのか、という観点から、代表的な研究を取り上げることとする。他の重要な先行研究については、本論において適宜紹介することとしたい。

議論には、「家産国家、警察国家、後見的國家などの概念で要約される國家観」が示されており、「基本的人權觀念や社会契約説やにあらわれた近代民主主義の憲法思想」とは相容れない〔同 243-4 頁〕。

鈴木は以上の諸点について八束を攻撃した上で、こう結論づける。

「明治憲法の基本原理に関する以上のような見解は、明治憲法によって立つ原理、基本精神、制定意図からすれば、そして憲法条規の規定に即しての文理的解釈としては、論理必然的な見解といわねばならない。しかし、もしも近代的憲法、その人権宣言に示された権利主張、民主的国政の希求からすれば、このような解釈、結語をうけいれることはできない。」〔同 249-50 頁〕

鈴木にとっては、「近代憲法國家の一般原理として普遍的に確認された基本諸原則」に則った憲法論こそが「正しい、正当な憲法論」なのであって、八束の憲法論が明治憲法と整合的であることを認めつつも、なお「憲法制度そのものの根本的な変革」を求めるのである。このような立場からは、八束の憲法論は——解釈としては正しいが——悪であり、立憲主義学派の憲法論は——解釈としては間違っているが——善である、ということになる〔同 250 頁〕。

以上の議論は、穂積八束の憲法論を戦後憲法学の価値理念——人権や民主主義——によって断罪するものである。それゆえ、八束は立憲主義学派に対していわば悪役として位置付けられ、拒絶される。このような論の進め方は、憲法学者による八束論に——論者によって濃淡はあるが——普遍的に見られるものである。

穂積八束を公法・私法論の草分け的存在として位置付けている行政法学においても、同様の批判が見られる。田中二郎は、八束の公法私法論を「大体に於て、公法を権力関係の法、私法を平等関係の法となるものの如くである」と整理し、これを以て八束は公法と私法の区分を絶対化し、「公法に於ける私法原理の適用を否認した」と述べる〔田中 42, 5 頁〕。そして、「公法の特異性・独立性を強調し、これに対する私法・私法原理の適用を否定することは、論者の意図の如何に拘わらず、官僚主義的絶対國家の要請に仕へる考へ方で」ある〔同 6 頁〕、と結論づ

けている。ここでは、公法＝権力関係に対する私法の介入を拒絶する八東の議論が、「官僚主義的絶対国家」の権力行使にとって好都合であった、という側面が強調されている⁵⁾。

以上のような批判とはやや異なるものとして、民法典編纂史研究における八東批判を挙げることが出来よう。民法学者の民法編纂史研究は概ね、八東に対して極めて冷淡である⁶⁾。星野通は「民法出テ、忠孝亡フ」〔論 19, 91〕を「民法典の死命を制した命取り論文の様に一般に考へられてゐる様であるが、寧ろ奇抜煽情的な論題のため内容未知のまま永く後人の語り草となつたものに過ぎ」ず、「史的考察の貧弱な、しかも、法律論文としては法理論の展開の乏しい内容貧困に近い小論文であり論争史上、特に重要な地位を占める論文と言ふ程のものではない」と評価している〔星野 49, 179-80 頁〕。宮川澄も、「法理論の展開という点では弱」く、「政治的な目的意識」にもとづいたものであるとしている〔宮川 65, 215 頁〕。八東の議論は、民法そのものを排撃した上で代替案を示さないものであるため⁷⁾、民法学の視角からは、解釈論上何ら役に立たないものと見られているのであろう⁸⁾。ただし、このような態度は、現行法の価値体系に対して有益でないものとして八東を批判するという点で、鈴木や田中と同種のものである、ということを見逃してはならない。

5) このような八東観は塩野宏にも見られる〔塩野 70, 18 頁〕。

6) そもそも、八東を検討の対象とする論者自体が——その知名度と比較するならば——きわめて少ない。

7) 八東は、「吾人ノ権利ヲ明確ニスル法典ノ制定ハ慶事ナリ」〔論 37, 96, 323 頁〕、「民法ノ制定ハ欣フヘシ」〔論 48, 97, 383 頁〕と述べており、民法典の制定それ自体を否定するような態度は見せていない。しかしながら、彼の議論は、窮極的には民法そのものを排撃する性質を有していた。これについては、Ⅲで詳述する。

8) 法史学の見地からはこれらとはやや異なる八東像が描き出されている。利谷信義は八東の民法論に見られる歴史認識に着目して「資本主義の発展が、諸矛盾を必然的に生みだすこと、さらに社会主義の出現をもみるであろうことを見通し、その観点から資本主義の発展を目指す近代的な民法典編纂を批判している」点に注目すべきである〔利谷 71, 39 頁〕と述べている。民法学の外側から八東の民法論に一定の意義を見出すこの見解は、検討に値するものであろう。また、福島正夫、瀧井一博は、ギールケなどの BGB 第一草案批判が八東に影響を与えた可能性を示唆する〔福島 79, 1093 頁、瀧井 10, 55 頁〕。この指摘は、八東の民法論を検討する上で重要な指摘であるが、八東とギールケの学説の関係については、いずれの論者も踏み込んだ検討をしていない。

さらに、実定法学者の他にも、思想史という視角から、上記の論者たちと基本的に同質の批判を行なった研究も存在する。リチャード・マイニアの『西洋法思想の継受 穂積八束の思想史的考察』〔マイニア71〕である。この著作は、八束の思想が如何にして形成されたか、を主題としており、彼の思想と、学生時代に受けた教育、ドイツ法学、日本の伝統思想、などとの関連を解明することに重きを置いているのではあるが、しかし、八束の学問の内在的理解には成功しておらず、そのことと表裏一体のこととして、近代西欧的価値を基準として八束の国家論・憲法論を嘲笑するかなのような言辞を弄するまでに至っている。以下、多少とも具体的にみてみよう。

マイニアは、学生時代に社会進化論および法実証主義の影響を受け、ドイツへ留学した八束が、結局は西洋法思想を身につけられなかった、と述べる。八束は伝統的天皇観と西洋法学とを結合させたのであるが、この結合は「東に偏したもの」であり、マイニアの見解においては、「近代日本の法的思考の発展」にとって「阻害的」なものでしかなかった、と位置付けられるのである〔同170-1頁〕。更にマイニアは、以下のように問いかける。

「彼は自説を本気で信じていたのだろうか。彼も彼の価値観を受け入れる素地をなした日本人の価値観や心性を共有していたに相違ないが、彼は市井の民と異なって最善の近代的教育を、東大予備門で六年、東大で五年、ドイツ留学でまた五年受けたではないか。それがどうしてこういう視野の狭い思想に陥ってしまったのか。」〔同179頁〕

マイニアの以上のような議論は、八束の議論の一面を、西洋法思想との過度な対比——それは法＝西洋法という先入観と不可分である——によって強調するものであり、鈴木安蔵の八束批判と、その根底において相通ずる性質を有している。これゆえ、マイニアは「彼は自説を本気で信じていたのだろうか」という疑問に至ってしまったのであった。さらに言えば、八束の思想が、ある側面から見れば視野の狭いものである、と仮に認めるとしても、そのような視野の狭さはなぜ生じたのか、を考えるためには、国家論・憲法論の検討だけでは不十分である

と思われる。したがって、より広く八束の学問を検討することを通じて、このような見方を修正する必要があるだろう。

以上のような、論者の有する価値体系と相容れないことに基づいて八束を批判するという議論の仕方は、歴史的考察の対象として八束を論じるに際しては、採用することができない。より客観的に八束の学問を検討の俎上に載せるという姿勢が必要であろう。先行研究においても、そのような論考は幾つか存在する。それらがどのような議論を展開したのかを、次に見ていこう。

(2) 穂積八束を対象とする分析的研究

穂積八束の学問をより客観的に分析しようと努めた論者の一人が、長谷川正安である。長谷川は、穂積八束を「明治憲法のもっとも正統的な解釈学者」〔長谷川 59, 167 頁〕と位置付けた上で⁹⁾、八束の憲法論を以下のように整理している。

- ① 日本は独裁君主を中核とする国体を有しており、明治維新・憲法発布は国体を変革しない。憲法発布によって日本は立憲君主政体に移行したが、立憲制は権力分立のみを意味し、君権の制限を意味しない〔同 170-1 頁〕。
- ② 日本は、家と国、家長と天皇を同一視する家族制度的国家である。この国家論と憲法論とを架橋するのが、天皇即国家という国体論である〔同 173-4 頁〕。
- ③ 政体論における権力分立は、君権の制限、民主主義の強化、人権の保障、といった価値とは関係がない。権力を分立させるのは、議院の専制を防ぐた

9) このような位置付けに対して異なる見解を提示したのが、家永三郎である。家永は鈴木や長谷川とは異なり、一木喜徳郎に代表される天皇機関説学派こそが正統であり、八束の天皇主権説はむしろ異端であった、と説いた。家永によれば、一木の学説は、国家を法人とし、天皇を統治権を行なう最高機関として位置付けることで君権を制限するものであるが、同時に、議会を国民の代表とは認めないことによって議院内閣制を否認している。このような一木の学説は、立憲主義と君主権力を併存させる説として、「藩閥官僚の超然内閣政治」を支持する正統学説であった〔家永 67, 140-50 頁〕。これに対して八束は、君主権の無制限を説くことで、政府首脳に時代錯誤の感を懐かしめ、非正統として位置付けられた〔同 171 頁〕。ただし、家永のこの議論は、政府首脳に受け入れられていたか否か、というメルクマールによって正統と非正統を判断するものであり、その他の面で八束の憲法論が重要な意義を有していたことを否定するものではない。

めである〔同 176 頁〕。

以上のような長谷川の考察は、鈴木のものとは異なり、八束の議論を構造的に把握しようとする意図を有している¹⁰⁾。しかし、長谷川は「穂積博士にとっては、国家の基本組織が、特に基本的人権が、憲法典という一つの法典によって表現されるようになった歴史的意義がみとめられていない」〔同 180 頁〕とも述べており、その基本的発想においては、(1)で取り上げた論者たちと同じ立場に立っていることが理解される。

穂積八束を対象とする研究を大規模に行なったのは、長尾龍一である。穂積八束研究の第一人者とも言うべき長尾は、1970年代に八束についての小伝を発表し〔長尾 74, 75〕、2001年に出版された『穂積八束集』では、150頁を超える伝記である「八束の髓から明治史覗く」を巻末に収録している〔長尾 01〕。この一連の研究によって、八束の活動の実態を詳細に把握できるようになった。特に、「八束の髓から明治史覗く」は、彼の人生の各局面を——生い立ち、学生時代、教授としての活動、政治活動、さらには私生活に至るまで、時には推測を交えながら——全面的に叙述したものである。長尾はこの中で、八束の学説についても幅広く検討を加えているが、しかし、基本的には年代順に編成されているため、八束の学説の構造的解明は課題として意識されていない。

長尾はこれ以外にも、八束の憲法論についての論考も多く発表している。長尾の議論の概略を、主として「穂積憲法学雑記」〔長尾 70〕を手がかりとして整理すると、以下のようになる。

- ① 八束の理論において、天皇は、弱肉強食の世界を脱して人々の生存を維持する存在（非血縁的自然状態の克服者）であると同時に、祖先崇拜の大義に

10) ただし、長谷川正安の論考は、憲法学史の一環として八束に言及するという性質のゆえに、細部に立ち入った検討がなされないままとなっている。田中収「穂積八束の憲法思想(1)」は長谷川の八束論について、「『穂積憲法学の骨格』に関する含蓄の豊かな見解が示されている」と高く評価し、「八束の学説の細部によってこの骨格に肉づけし、穂積八束の憲法思想の全体的な歴史的構造を解明すること」を課題として示したが〔田中 80, 108 頁〕、管見の限りでは続篇は執筆されていないようである。

よって人々の上に立つ存在（血縁的自然の敬愛の対象）でもある。そして、血縁的共同体として観念された国家は、内部に於いては道徳的であり、外部に対しては非道徳的である。このような国家観は、社会進化論によって基礎づけられている〔同 65-8 頁〕。

- ② 八束は国体という語を、日本的な意味（日本の民族的特長）と西欧的な意味（主権の所在）という二つの意味で用いており、その二義性を充分には自覚していない〔同 70 頁〕。
- ③ 天皇が主権を有し、全ての権力を行使するという国体論と、三権分立という政体論は、矛盾する〔同 73-4 頁〕。また、八束はただ一人の自然人の意思が国家の意思となる状態を君主国体と称するが、三権分立においては、統治の機関に属する複数の自然人の意思が国家意思となると述べており、ここにも矛盾がある〔同 75 頁、長尾 79, 29 頁, 01, 348-9 頁〕。
- ④ 八束は天皇が超法的絶対者であると説き、憲法の制定によって天皇は「自己拘束」するという説を排斥する。しかし、八束は天皇の憲法破壊権を否認しており、事実上は自己拘束論に立っている〔長尾 70, 76-7 頁〕。
- ⑤ 八束の三権分立論は、民主主義に対する防禦の理論であった。八束においては、議会は情念によって動く存在であり、理性的な国家によって制圧されねばならない。そして理性的国家は、人々の真の欲求——自由ではなく衣食——を満たすことを任務とする〔同 83-7 頁〕。

以上から、長尾は以下のように述べる。

「家族国家と進化論、ラーバントとゾーム、権力分立論と社会君主制、穂積憲法学も一語でその『本質規定』をすることは困難であり、従来の穂積論が穂積を oversimplify していたという印象を免れることはできない。しかし思想家は屢々その積極的な主張は不統一のままに、一つの明確な敵と闘争するという共通のモチーフにおいて全思想が統一されている場合がある。……ところで穂積の敵は、『一種言フヘカラサルノ風潮』という、一見甚だ実態不明瞭なものである。」〔同 89 頁〕

そして、その風潮とは、法学界における、国家法人説、議院内閣制といった欧州の理論・制度を導入しようとする傾向のことである〔同 89-91 頁〕。長尾は、八束の学問が、時流に対抗して孤軍奮闘する「敗軍の将」としての意識によって統一されていたとするのである〔同 99 頁註 (50)〕。

以上のような長尾の八束論は、八束に対する法学的研究としては群を抜いて多角的であり、示唆に富むものであるが、二つの問題点を抱えている。第一は、矛盾の指摘に留まり、その矛盾を八束はなぜ矛盾として捉えなかったのか、または、そのような矛盾はなぜ生じたのか、について十分に考察を深めていない点である。換言すれば、八束の主観的意図についての考慮が足りない、ということになる。第二は、過度の単純化 (oversimplify) を避けるために、八束の法理論の「本質規定」を放棄してしまった点である。長尾は八束が時流に抗う人であったとするが、むしろ、その時流はどこから生じたのか、どのようなものだったのか、についての考察を推し進めることが、八束の法理論の本質に至る鍵となったであろう。そして、これを突き止めることは、八束の法学を全体として把握することに繋がっていくはずである。長尾の八束論は、道半ばで立ち止まってしまっている。

(3) 穂積八束法学の核心を探究する試み

穂積八束を対象とする研究のうち、彼の法学がその核心において何を目的としていたのか、という点を探究したものとして、藤田宙靖の議論を挙げることができる。藤田は、八束の公法・私法論の分析を通じて、国家権力の絶対性を擁護する八束の議論が窮極的には国民の福利を目的としていたことを指摘し、以下のように述べる。

「穂積博士の公法概念は、疑いもなく“官僚主義的”であり“家父長制的”な思想に支えられている。博士の官僚主義はしかし、決してそれ自身が固有の価値を有するものであるのではなく、結局、国民の“福利”にこそ、明確にその根拠が求められていることが、看過されてはならない。穂積博士の主張した公法概念の確立は、基本的に西欧一八～一九世紀的自由主義・個人主義の克服の試みであり、そこで提起された真の問題は、いわば“自由”か“経済的福祉”

かの選択であったということは、殊に注目に値する。」〔藤田72, 57頁〕

藤田は、八束の議論が官僚主義的であることを否定しないが、田中二郎が「論者の意図の如何に拘わらず」と述べて検討しなかった八束本人の意図に即して、公法概念の目的としての「経済的福祉」が重視されるべきだ、と説いたのである。藤田の議論は、公法・私法論において八束を官僚主義として裁断する傾向に対して一石を投じるものであり、かつ、八束の法理論の核心を探究する試みでもある。これは、(1)で取り上げた論者たちに対してその姿勢の変更を促すものであると同時に、(2)で取り上げた長尾龍一の議論を補完する性質のものである、という点で、きわめて重要な問題提起であろう。

3 本稿の課題

以上、穂積八束についての先行研究について、筆者が重要と考えるものを取り上げて紹介してきた。ここから、八束研究のありかたについて、幾つかの問題点が指摘できよう。

第一に、八束の学問の全体を視野に収めた研究がほとんど存在しないことが挙げられる。八束の学問の全領域を叙述の対象としているのは、長尾龍一の「八束の髓から明治史覗く」〔長尾01〕のみであるが、しかしそれは、伝記として年代順に構成されたものである。その他の研究は、八束の学問の一部分を取り上げたものにすぎず、全体像の解明に至っていない。

第二は、八束に対する先入観の存在である。八束は、美濃部達吉などに代表される「開明的な立憲主義者」に立ちはだかる、一種の抵抗勢力として理解されていることが多く、その結果として、いわば「頑迷固陋で時代錯誤な絶対主義者」という先入観を論者が有している場合が多い。これは特に、鈴木安蔵やマイニアに見られる。

これらの帰結として、八束の学問を、各領域の統一体として構造化する研究が見られない、という点が指摘できよう。長谷川は、部分的にはこのような取り組みを行なっているが、より進んで、憲法・民法・行政法といった各法領域、さらには思想や道徳論などをも取り込んで八束の学問体系を提示する、ということが、

試みられねばならない。これはすなわち、八東の学問の「本質規定」を回避した長尾龍一や、八東は自説を信じていたのか、と問うたマイニアに応答することに繋がるであろう。

したがって、本稿は、①八東の法理論はどのような目的によって構築されていたのか(Ⅲ)、②その目的のために、八東はどのような法学の体系を構築したのか(Ⅳ)、という問題の解明を課題とする。彼の学問体系が守ろうとしたもの、排斥しようとしたものを解明し、さらに、そのような議論を展開せねばならなかった時代背景は何かを突き止めること、その上で、国家の正当化(国家論)、国家権力の行使(法論)、国家の正当性の調達(道徳論)という三要素の統一体としての八東「公法学」体系を描き出すこと、これらを試みることで、穂積八東という、明治法学史において独特の地位をしめる法学者を、より精密に理解することができるであろう。

Ⅲ 穂積八東の民法典批判——八東「公法学」の目的

穂積八東の専門は一般に憲法学であるとされているが、筆者は、民法典批判において、彼の思考が最も鮮明に描き出されていると考える。民法に対する八東の態度は、後にやや変化することになるが、ここでは八東「公法学」の目的を画定するために、民法典論争から明治民法公布までの間の議論を対象とする。1では、民法典の編纂過程についてごく簡単に概略を示し、2では、八東の民法典批判の内容を検討する。そして、3において、そこから見えてくる八東「公法学」の目的を指摘したい。

1 日本における民法典の編纂¹⁾

日本における本格的な民法典の編纂は、フランス人法学者ボアソナード(Gustave Émile Boissonade, 1825-1910)の起草によって始まった。彼の長期にわたる起草作業は、1890(明治23)年の民法典公布(旧民法)に結実した。この民法典は財産編・財産取得編・債権担保編・証拠編・人事編からなり、人事編および財産取得編13章以下(相続・贈与及ヒ遺贈・夫婦財産契約)は日本人の

起草によるものであった。

このボアソナード民法典をめぐる、断行派と延期派とが対立し——八東は延期派であった——、大々的な論争が行なわれた。断行派は、フランス法を講じていた司法省法学校出身者である梅謙次郎を中心とする仏法派であり、延期派は、英米法を講じていた東京大学の出身者（学士会）などからなる英法派であったとされる。両者は、学問的な議論と派閥感情的対立とが入り乱れた論争を行ない、国会をも巻き込んで政治闘争を行なうに至った。1892（明治25）年6月、民法施行を延期する法律案が可決され、論争は決着した。

これをうけて1893（明治26）年、法典調査会が設置され、穂積陳重・梅謙次郎・富井政章の三名が新たな民法典の起草者となった。新民法典の草案は、法典調査会の査定委員——八東はこの一員であった——によって検討を加えられた。1898（明治31）年、新たな民法典（明治民法）が成立した。明治民法は、当時ドイツで進められていた民法典編纂事業に範を取り、総則・物権・債権・親族・相続の五編からなるパンデクテン方式を採用した。

2 穂積八東の民法典批判

穂積八東は、帝国大学で憲法を講じる身でありながら、旧民法の批判者として、また、明治民法の査定委員として、民法典の編纂とも密接に関わっていた。彼が旧民法に対して放ったメッセージは、「民法出テ、忠孝亡フ」といったキャッチフレーズの形で広く知られている¹²⁾。しかし、彼の民法典批判——旧民法のみならず、明治民法をも、その対象とする——の内容が実際に検討されることは稀

11) 旧民法の起草から明治民法の公布に至る過程については、星野通の著作〔星野 43, 49〕を参照した。また、旧民法および民法典論争については、星野通と中村菊男との間で、①旧民法の特徴付け、②民法典論争の性格、を巡って議論が戦わされてきた経緯があるが、この点については本稿では深く立ち入らないこととしたい。両者の対立は、民法典論争が学問的またはイデオロギー的性質を持っていたのか、それとも単なる派閥的・感情的なものでしかなかったのか、という点にある〔中村 63, 382-4頁, 星野 49, 254頁〕。いずれの見解においても、断行派＝仏法派と延期派＝英法派との対立という図式は同じであり、穂積八東の議論に対する評価も、「内容貧困」〔星野 49, 180頁〕「抽象的愚論」〔中村 63, 380頁〕という冷淡なものである（Ⅱ 2(1)参照）。

12) この言葉は、江木衷によるものと言われることが多いが、実際には八東自身の筆になるものである〔七戸 10〕。

であり、特に民法学者からは、取るに足らないものとして扱われている。八束の真意はどこにあったのか。それを探究してみたい。

(1) 穂積八束による民法典批判の概要

八束による民法典批判の論文は、1891（明治24）年から1898（明治31）年にかけて、ほとんど間をおかずに公表されている¹³⁾。ここから、民法典論争が終結した後も、民法に関する論文を盛んに発表している様子が窺い知れる。八束は民法典論争に延期派として参加しただけではなく、自らが査定委員として関与した明治民法典についても、批判をくり返していた。この間の彼の民法典批判は一貫した論旨に基づいているので、ここではその概要を、筆者なりに整理して提示してみたい。

a. 財産法の社会化

八束の民法典批判における第一の論点は、財産法を社会化せよ、というものである。この主張は、八束が初めて民法論を展開した論文である「国家的民法」〔論17, 91〕において示され、その後も表明され続けている。

「未来ノ民法ヲシテ少シク国家的ナラシメヨ、……之ヲ国家的ニ觀察スルトキハ民法ハ社会財産ノ分配法ナリ（僕之ヲゾームノ講義ニ聴ク）……財産ト云ヒ権利ト云フ人定ノ製作物ニシテ何ソ優者カ劣者ノ食ヲ奪フノ口実タルニ過キササルヲ知ランヤ、……明治聖代ノ民法諸家少シクラッサル輩ノ所説ヲ聴キテ可ナリ……近代ノ民法ハ其ノ本位ヲ個人ニ取り……殆ト社会ノ富ハ社会ノ成果タルコトヲ忘レタルカ如シ、……個人本位ノ民法ハ富者ヲシテ愈富ミ貧者ヲシテ愈貧ナラシムルノ成績アルコトハ証シ得テ明カナリ」〔同215-6頁〕

「民法ハ社会ノ福利ヲ個人ニ配賦スルノ準則タリ若シ自然ノ競争ニ委セハ福利財産ハ一局部ニ偏集シ社会ノ円満ナル啓発ヲ害セン立法者ハ単ニ個人ノ自由権利ノミヲ本位ト為サス社会ノ生存ニ注意スルコトヲ要ス」〔論34, 95, 313頁〕

13) 前掲表1を参照されたい。論文番号17から51の間に、民法を主題とした論文が多く含まれていることが見てとれる。

八束は、民法が財産・権利を保障することは、個人間の競争を引き起こし、結果として富の偏在を招く、という点を重く見ている。そして、これに対して、社会全体の利益を増進するような政策——いわゆる社会政策——を導入するよう訴えている。八束の思考においては、社会が獲得した富は社会全体のために分配されねばならないのであり、財産権の保護によって一部の「優者」が「劣者ノ食ヲ奪フ」ことは許されないのである。また、ここで八束は、社会主義者であるラサールに言及している。このことから、彼がビスマルク時代のドイツに留学していたことの影響を見て取ることが出来るであろう¹⁴⁾。

八束は、社会的生存を優位に、個人的権利を劣位におくことによって、更に以下のように主張を展開する。

「民法ヲ国家的ニ觀察シ之ヲ社会經濟ノ法ナリトスルトキハ契約ノ自由ノ専恣ヲ抑ヘ社会ノ福利ノ分配ヲ平準ニシ社会ノ劣族モ亦生存ノ地アランコトヲ希望スルヲ以テ個人的優勝劣敗ノ進化ヲ鈍フスルト同時ニ社会其物ノ円満ナル発達ヲ看ルコトヲ得ヘシ近時欧洲ニ於ケル所謂社会的立法ナルモノハ従来ノ個人的民法ニ公共的精神ヲ注射スルノ民法改正策ナリ」〔論 26, 93, 270-1頁〕

「幼稚ナル人民ハ權利ノ何物タルヲ知ラサルカ故ニ漫然我ニ權利ヲ与ヘヨト呼フモ法ノ真相ヲ解スル者ノ耳ニハ我ニ衣食ヲ与ヘヨト聞ユルナリ……所有權何物ソ必スシモ先天ノ理法ニハ非ラサルナリ自己ノ衣食ニ供給スルニ要用ナル程度ニ於テ之ヲ享有セシムヘキモ之ヲ擴張シテ同胞ヲ饑餓セシムルモ亦国家ハ之ヲ神聖ナル權利トシ保護セサルヘカラサルカ立法者ハ貧民ノ為ニ一点ノ涙ナキカ嗚呼我将来ノ民法ニ向テ社会的ノ要素ヲ注入セント試タル我輩ノ熱望ヲ排斥シタル者ハ必ス後ニ悔ユルコトアラン」〔論 37, 96, 323-4頁〕

民法は社会における富の分配のルールであり、劣族であっても生存は保障せられねばならない。そのためには、契約の自由、個人的優勝劣敗といった原則を緩

14) これに対して、一つ目の引用文において名が挙げられているゾームの見解からは、八束はあまり影響を受けていないようである。ゾームの私法観については、ティルマン・レプゲンの論考を参照されたい〔レプゲン 09, 805頁以下〕。

和し、民法そのものを個人主義から脱却させ、「公共的精神」に立脚させなければならぬ。八束はこのように説き、さらに、権利は人民の主張の本質ではなく、生存の維持の保障こそが真の要求であるとする。

貧者の生存を危うくするような「個人的優勝劣敗ノ進化」を鈍化させるべし、という主張は、彼の思考が当時隆盛を極めていた社会進化論と相容れないことを示す¹⁵⁾。この点において彼は、同じく法典の延期を主張していた穂積陳重と¹⁶⁾異なる主張を展開していた。財産権と自由を保障し、個人間の競争を活発化させることで資本主義的経済システムを日本に構築しようという政策目標に対して、八束は真っ向から対立し、自由競争に社会的福祉を対置したのである。これによって八束は、民法典論争の中で独自の位置を占めることとなった。

以上のような八束の態度は、ドイツにおけるゲルマニステンの思想に由来している。個人主義のローマ法によって、ヨーロッパは「貧民ノ苦境」となった、という認識があり、それに対抗するゲルマニステンを自らと重ね合わせているのである。

「個人的私権ノ完全ナル保護ハ経済ノ発達ヲ促シ福利ノ増進シタルコト大ナルニ拘ハラズ其ノ増進シタル富ハ富人ノ富ニシテ社会ノ富ニアラス文明ノ中心タル欧洲ハ貧民ノ苦境タリ彼輩ノ祖先ノ社会ハ其資産多カラサルモ其分配ハ稍当ヲ得タリシナリ何トナレハ日耳曼法系ノ精神ハ公私ノ関係ニ於テ公団体ヲ其ノ本位トナシタレハナリ」〔論 37, 95, 325-6 頁〕

「政治経済ニ於ケル国家社会主義ト法理ニ於ケル『ゲルマニステン』ト相提携シテ鋭鋒ヲ羅馬法派^{ローマニステン}ノ中堅ニ向クルトキハ其ノ変動如何アルヘキヲ追想スレハ慄然トシテ個人本位ノ厳正ニ失スル羅馬法理ノ為ニ畏懼セサルヲ得サルナリ」

- 15) 八束は、社会の進化に言及することが非常に多い。しかし、その内容は、①国家を単位とする国際社会における優勝劣敗、②日本がいわゆる国体具备に至ったという意味での進化、が主であり、社会内部での個人的優勝劣敗——社会進化といえば、通常はこの意味であるが——については上記のような態度をとっている。八束の社会進化論については、後述する(IV 4(1)a. 参照)。
- 16) 八束と兄・陳重は、「旧民法に対してはともに批判的でいずれもその施行に反対したので、世間からは同一グループとみられ」ていたが〔福島 79, 96 頁〕、陳重は延期派の運動には参加していなかった〔白羽 94, 83-5 頁〕。

〔同 326 頁〕

八東がドイツに留学していたまさにその時期に、ドイツでは民法典（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）の第一草案に対する批判が噴出していった。ローマ法に基づく個人主義一辺倒の民法典草案に対する異議は、ゲルマン法の団体主義を援用した民法の修正、という形態で現れた。八東はこの議論を摂取し、日本の民法典論争に持ち込んだ。この点は、英法派対仏法派という従来の見取り図では扱いきれないものであり、特に注意されるべきである。これについては後に、ゲルマニステンの代表者であるオットー・ギールケと八東との比較、というかたちで検討する（Ⅲ 2(3)参照）。

b. 祖先教

穂積八東が提出した第二の論点は、祖先教論——日本の家制度論——である。「民法出テ、忠孝亡フ」〔論 19, 91〕が、この論点を全面的に展開し、大きなインパクトを与えた。

「我国ハ祖先教ノ国ナリ家制ノ郷ナリ権力ト法トハ家ニ生レタリ……我固有ノ国俗法度ハ耶蘇教以前ノ欧羅巴ト酷相似タリ、然ルニ我法制家ハ専ラ標準ヲ耶蘇教以後ニ発達シタル欧洲ノ法理ニ採リ殆ント我ノ耶蘇教国ニアラサルコトヲ忘レタルニ似タルハ怪ムヘシ」〔同 223-4 頁〕

「フユステル、ド、ケーランジハ法制史ノ大家ナリ其古欧家制ヲ解説スルニ序シテ曰ク人カ『其父若ハ祖先ヲ^{アドレ}崇敬スルト云フコトハ吾人ノ信シ難キ所ナリ然レトモ是レ事実ナリキ』¹⁷⁾ト嗚呼耶蘇教国ニ於キテ耶蘇教人ニ孝道ヲ説明スルノ難キ此ノ一言ヲ以テ証スヘシ、我国未タ他教ヲ以テ祖先教ヲ一洗シタルニアラサルナリ然ルニ民法ノ法文先ツ国教ヲ排斥シ家制ヲ破滅スルノ精神ニ成リ僅

17) 「父や祖先を崇拜 adorer することは、現在ではたしかに理解にくるしむことである。人間を神とするのは、宗教に反するようにおもわれる。古代人のかような信仰を理解するには、ちょうど彼らが現代人の信仰を理解しがたいと同様に、極めて大きな困難がともなう。」〔Coulanges 1924, p. 35, 邦訳 70 頁〕という記述を参照したものであろう。

ニ『家』『戸主』等ノ文字ヲ看ルト雖却テ之カ為メニ法理ノ不明ヲ招ク空文無キノ優レルニ若カサルナリ嗚呼極端個人本位ノ民法ヲ布キテ三千餘年ノ信仰ニ悖ラントス」〔同 225-6 頁〕

八束は「極端個人本位ノ民法」と「耶蘇教」とをリンクさせ、それらが「忠孝ノ国風」と相容れないものであると説く。そして、「耶蘇教以後」の民法を輸入することは、家制の破壊をもたらし、家制がなくなれば「孝道」もなくなる、と述べている。「古欧家制」——これを八束は日本の家制度と同じものであると考える¹⁸⁾——を解説したフランスの歴史家クーランジュ (Numa Denis Fustel de Coulanges, 1830-1889) が、祖先を崇拜することを「信シ難キ所ナリ」と述べたことが、キリスト教と忠孝とが相矛盾することの根拠として持ち出されている。個人主義的民法は、キリスト教以後の、キリスト教に根ざした法であり、やはり忠孝とは相容れないということになる。

c. 両論点の結びつき

以上二つの論点は、独立の主張ではなく、密接に関連するものであった。その論理は、以下のようなものである。

「吾人ノ希望ハ羅馬法系ノ法理タル極端ナル個人主義ニ調和スルニ我固有ノ家族制ノ形式ニテ發達セル公同精神ヲ擴張シ家産ハ以テ先ツ家族ノ生活ヲ本旨トスルカ如ク社会ヲ社会トシテ少シク社会ノ富ノ分配ニ与ラシメ社会ト其ノ忠良ナル人民トノ間ニ相扶養スルノ責務アルノ精神ヲ認メヨト乞フノミ……家ニ家産ナシ唯父子夫妻各其ノ独立ノ資財アルノミ社会ニ公産ナシ唯各人ノ私産アルノミ法典ハ權利ナキ者ハ餓死スヘシト命スルナリ家ハ其族類ヲ養フ資ナク社会ハ貧民ヲ救フノ義務ナシ如此ノ立法主義ヲ採リナカラ一身ヲ犠牲ニシテ家國ニ奉仕セヨト云フノ倫理ノ大本ヲ維持セントス」〔論 37, 96, 324-5 頁〕

18) これは、キリスト教ヨーロッパこそが特殊な存在である、とする一種の普遍主義の表明である。ただし実際には、古欧家制と日本の家制とは、同一のものではない。両者の違いについては、後述する (IV 1(2)c. 参照)。

「我祖先ノ遺法ハ家国ハ血脉ノ相通スル所タルト同時ニ亦共同経済ノ主体タリ各人ノ生活ハ直接ニ家国ノ経済ニ頼ル故ニ家制ハ鞏固ナリ奉公ノ精神ハ旺盛ナリ今ヤ羅馬法系ノ法理ヲ継受シテ我古法タル公同経済ノ原則ヲ一洗シテ個人独立ノ経済トシ尚倫理ハ国ノ精華トシテ保持セントス亦難哉」〔同 325 頁〕

「羅馬法系」で「極端ナル個人主義」を採る民法は、貧民を窮地へと追い込む。それによって家が家族を養うに足る財産的裏付けを失えば、家制度は存続できなくなる。また、そのような状況を国家が放置するならば、国家に対する忠誠心も失われることになる。家が家族を養えないならば、そのような家に従属することは何の意味も持たない。社会が人々を保護しないならば、そのような社会に忠義を尽くす者はいなくなる。このような結果を避けるためには、国家が財産的不平等をある程度是正し、かつ、家制度を法によって保護する、という両面からの対策が必要になる¹⁹⁾。八東が両論点をこのように結びつけているのは、「忠孝」が経済的な保護の裏返しであるという認識があるためである。支配者に対する人的な忠誠心は、支配者による経済的な保護と一対をなす——すなわち、支配者と被支配者との間の互酬的な関係の上にある——のであり、単にそれのみによって成り立つものではない、という現実的な理解を、八東はここで示している。それゆえ彼は、家が家族を保護し、社会が人民を保護することによって、「家制ハ鞏固」になり「奉公ノ精神ハ旺盛」になると考えるのである。ローマ法的個人主義的民法の導入によって「個人独立ノ経済」が形成されれば、これらは崩れ去ってしまうだろう。その場合には、国家支配の正当性は損なわれることになる。というのも、「国ノ精華トシテ」の「倫理」とは、天皇制を支える国体にはほかならないからである。すなわち、八東の民法批判は、民法論に留まるものではなく、窮極的には国家の存在理由を確保するところにその眼目があるのである。

そして、このような主張は、彼の「国家全能主義」〔論 6, 89, 論 13, 90〕の主張と結びついていた。この主張は、憲法発布の直後に議会制批判として主張された

19) このように理解するならば、八東が初めて発表した民法論である「国家的民法」が「家族制度に一語もふれていない」ことは「奇妙なこと」〔福島 79, 1096 頁〕ではなく、むしろ論理的順序として正当であると言える。

ものであるが、その目的は民法典批判と同一である。

「議院制即チ社会ノ国政ニ参与スルノ制度ハ我輩現今其須要ヲ感スルモノナリ、而レトモ我輩ハ実験シタリ、此ノ社会ノ代表体ハ社会ノ一部分ノ私益ノ為ニ動キ易ク無責任ノ政論ノ為ニ国利ヲ紊乱セラル、コトヲ我輩ハ実験シタリ、此ノ国会ハ社会全体ノ真正ナル代表体タルコト能ハス、最貴嚴重ナル真正ノ国家団結ヲ表スル者ハ常ニ堅固ナル皇室ニ在リテ皇室ハ実ニ社会ノ压倒ニ対シ愚ト貧トヲ護ルノ天与ノ保佑者タルコトヲ」〔論 6, 89, 150-1 頁〕

「政務ノ責ト全能ノ主権ハ君主ニ在リ如斯ニシテ社会ノ貧苦ヲ負担スルノ劣族モ亦神聖ナル君主ノ全能権ニ倚頼シテ社会優族ノ压制ヲ免レ悲哀ナル境涯ヲ離レテ社会福利ノ分配ニ当ルコトヲ得ヘキナリ」〔論 13, 90, 192 頁〕

主権者たる君主が「劣族ヲ保護スルノ権力」を行使するというのが、八東の国家観の根本にある。すなわち、全能の主権を一身に担う天皇が、「神聖ナル君主ノ全能権」をもって恩恵的に「愚ト貧トヲ護ル」ことで、社会の安定が保たれると考えているのである。私益によって行為する議会とは異なり、天皇は社会全体の為に動き、社会全体に対して「社会福利ノ分配ニ当ル」ことができる。そしてそれをなすことによって、天皇は全能の君主でありつづけることができるのである。天皇への忠孝を求めることは、天皇の發揮する保護力の、いわば「反対給付」として観念されていたと言えよう。

d. 明治民法に対する態度

しかし、これまで見てきたような八東の主張は、民法典の中には受容されなかった。

「欧洲法ノ範型ニ鑄造セラレタル新法典ハ将ニ其成ヲ告ケントス今ニシテ日本固有法ヲ説クハ死児ノ齡ヲ数フルノ愚ニ似タリ然レトモ予ハ好テ法ノ過去ヲ論ス死児ハ蘇スヘカラス我数千年ノ民族固有法ハ他日天定テ人ニ勝ツノ時ナキヲ絶望セサレハナリ」〔論 51, 98, 401 頁〕

明治民法は「欧洲法ノ範型ニ鑄造セラレタル」法典となった。ローマ法、個人主義、契約の自由、優勝劣敗といった要素は、八東の批判にも拘わらず明治民法に採り入れられた。ここに引用した「『家』ノ法理的観念」は、明治民法の成立が目前に迫った時期の論文であり、事実上の敗北宣言である。しかし八東は、「他日天定テ人ニ勝ツノ時ナキヲ絶望」せずに、その後も「日本固有法」を説き続けた。ただしそれは、民法論としてではなく、国家論ないしは道徳論としての議論であった。

また、実践的には、制定された民法典はそれとして受け入れつつも、その効力を局地化し民法典制定の影響力を限定的なものにしようと試みた。公法と私法との区分を厳格に設定し、彼が公法であると定義した領域に対する民法の適用を拒絶する、という姿勢を取ったのである。

「我民法ノ条規ハ行政ノ事物ニ向テ何レノ点ニマテ侵入セント欲スルカ…余ハ公用物ノ上ニ『此ノ所民法入ルヘカラス』ト云フ標札ヲ掲ケ新法典ノ実施ヲ迎ヘントス」〔論48, 97, 383頁〕

公用物には民法上の所有権は及ばない、という趣旨で、「此ノ所民法入ルヘカラス」という有名な標語が提示された。八東は、自らの見解と異なる民法典に対して、公法・私法二元論を用いて距離を取ったのである（Ⅳ2(1)b.参照）。

(2) 従来における穂積八東の位置付けとその問題点

以上のような八東の議論は、先にも触れたように（Ⅱ2(1)参照）、顧慮するに値しないものとして取り扱われてきた。そこでは、彼の主張の中から家制度、祖先教、忠孝といったキーワードを取り上げ、近代化に抗う封建的・保守的・反動的なアジテーションとしてその論旨を把握する、という態度が見られる。

このような立場からは、八東の主張の全貌は見えてこない。近代化を推進する勢力から見れば、八東の主張はたしかに反動的と映ったであろう。しかしその主張が、個人主義的民法によって導入される優勝劣敗的資本主義経済の問題点を指摘し、それを解決するための処方箋として打ち出されていたことを見過ごしては

ならない。民法典論争を延期派对断行派の対立として捉える従来の見解は、八東がドイツにおける民法典草案批判を援用し、社会政策論的——八東の言葉によれば「国家全能主義」的(Ⅲ 1(1)c.参照)——な立場をとっていたこと、そして、明治民法制定に至ってもなお、八東だけが同様の主張をくり返していたこと、といった重要な事実を、その議論の内部で適切に位置付けることに失敗しているように思われる。

(3) 穂積八東による民法典批判の特質

では、八東の民法典批判の特質をどのように把握すればよいであろうか。八東が参照したと思われるドイツの議論との異同という点から、これを検討してみたい。ここでは、ゲルマニステンの代表者としてBGB第一草案への批判を行なった、オットー・ギールケ(Otto Friedrich von Gierke, 1841-1921)を取り上げる。

a. オットー・ギールケとの類似

先に見たように、八東の民法典批判は、ロマニステンの主張をそのまま盛り込んだBGB第一草案に対するゲルマニステンの批判を念頭に置いたものであった。「我将来ノ民法ニ向テ社会的ノ要素ヲ注入セン」とする八東の試みは、「われわれの公法において自然法的自由の気風が息づくべきであり、われわれの私法は社会主義の一滴の油を浸み込ませねばならない」〔Gierke 1889, S. 13, 邦訳144頁, 西谷96, 69頁〕とするオットー・ギールケの主張と一致する。ギールケは、ローマ法的、個人主義的な一般民法と、社会政策的な特別法とが、同じ私法という領域の中で、架橋し得ないかたちで併存している現状を批判する。そして、一般私法は、特別法をその中に組み入れられる形に再編されなければならない、と説く〔Ebenda, S. 15-16, 邦訳146頁〕。さらに、契約の自由については、無制限な契約の自由が強者の搾取を生むことを指摘する〔Ebenda, S. 28-29, 邦訳153頁〕。以上からギールケは、私法の任務は、「強者に対して弱者を、個人の利己心に対して全体の福祉を保護すること」であると主張するのである〔Ebenda, S. 29, 邦訳153頁〕。

このような議論は、個人主義、自由主義を批判し、社会全体の福祉を重視している点において、八東と共通しており、八東がギールケを参照した結果であろう

と思われる。「後年わが法学界を長く風靡した独逸法学は……当時はまだ微々たる勢力で」あった〔星野 49, 154-5頁〕と言われる中であって、八東はドイツ法学界の最先端の議論を駆使していたのである。

b. オットー・ギールケとの差異

ところが、何を以てローマ法的、極端個人主義的民法と対峙するか、という点において、両者は大きく異なっている。

ギールケはゲルマン法をもってローマ法に対抗しようとしたが、それはローマ法を排除することをめざすものではなく、あくまでもゲルマン法の精神をそこに附加しようという試みであった〔*Gierke* 1889, S. 15, 邦訳 145頁〕。そこでは、団体の重要性が説かれると同時に、その内部での自由がとりわけ重視されていた。

これに対して、八東は家制を持ち出すこととなった。団体の重要性が説かれる点は同じであるが、その内部編成は大きく異なる。八東の観念する家制は、祖先と子孫との間の、家長と家族との間の、権力服従関係であり、絶対の服従と完全なる保護との相関によって成り立つこの関係を、八東は公法と呼んだ。「われわれの公法において自然法的自由の気風が息づくべき」であるとしたギールケとは、反対の方向へ向かったと言えるであろう。八東の公法は、そこに自由が入りこむ余地はないのである（IV 2(1)b. 参照）。個人主義的法典に対する団体主義的リアクション、という普遍的なレベルにおいては、八東とギールケは同様の性質を有するが、どのような団体を理想とするか、というレベルにおいては、両者に明確な差異が生じている。

この両者の違いは、第一に、両国の社会の違いを反映している。ドイツにおいては、法典編纂こそ遅れたものの、ローマ法学の理論に基礎を置いた私法体系が既に成立し、資本主義経済が展開されていた。ギールケの議論は、そこで噴出した諸問題に対して向けられている。ここで援用されるゲルマン法は、たしかに前近代的な要素を含んではいるが、それは近代社会を修正し、よりよい社会を構築するための手段である²⁰⁾。これに対して、日本は経済制度においても法制度に

20) この点は、ギールケの理論が労働法——資本—賃労働関係を規制する、きわめて現代的な法——に大きな影響を与えたことからうかがい知ることが出来るであろう〔西谷 96〕。

においてもこれから整備を進めようという段階であった。ギールケが批判した対象は、日本においては本格的には登場していないものであった。それゆえ、ギールケのローマ法批判は、八束においてはローマ法の拒否という形で受容され²¹⁾、資本主義社会の修正という目標は、日本における前資本主義的社会の維持という目標へと置き換えられたのである。

そして第二に、両者の姿勢の違いは、彼らが各々の議論の前提としていた、前近代についての認識の差異によるものでもある。八束の議論においては、「万世一系ノ不易ノ君主」〔論 23, 92, 258 頁〕、つまり天皇による支配が連続と続いてきたことが強調されるのであるが、これに対してギールケは、ドイツにおいては『『フォルクの自由 (Volksfreiheit)』の原理』が本来存在していたのであり、16～19世紀の「官憲国家形成の時代」に排除されたこの原理が、今日においては復活させられねばならない、と説く〔村上 80, 135-6 頁〕。このような前近代に対する認識の違い——およびその前提となる日独前近代の国制の異質性——が、公法に対する両者の態度を、正反対のものとさせたのである²²⁾。

21) ローマ法は、私法においては自由主義的・個人主義的性質を有していたが、公法においては、皇帝の強大な権力を認める点で権威主義的・抑圧的であった。公法・私法両者を含めたローマ法全体と、ギールケおよび八束との関係は、より正確を期すならば、以下のように言えるであろう。すなわち、ギールケは、ゲルマン法の理念によって、「公法の目的の中に自由を、私法の目的の中に共同性をかかげる」〔*Gierke* 1889, S. 10, 邦訳 143 頁〕というかたちで、公法・私法の双方に修正を施そうとしたが、八束は、ローマ私法の論理をギールケと同様に拒絶する一方で、ローマ公法の持つ権威主義的性質には異議を差し挟まなかったのである。

22) 彼らの認識は、実際の歴史と必ずしも一致しない。八束が実際に体験した江戸時代——大政奉還の時点で、彼は7歳であった——は、天皇ではなく、天皇によって権威づけられた将軍家による支配の時代であり、身分制によって階層化された家々が支配—服従のヒエラルヒーを構築していた〔水林 06, 268 頁以下〕。また、ギールケについては、彼が議論の手がかりとしたゲルマン法という考え方それ自身が、歴史認識の産物ではなく一種の思想——ゲルマン・イデオロギー——であった、と指摘されている〔村上 80, 11-3 頁〕。したがって、八束とギールケをより精密に比較するためには、彼らの認識の差異の前提をなすころの、日独前近代国制の比較が行なわれねばならないであろう。この点については、筆者自身の今後の課題としたい。なお、この問題を考える出発点となる先行研究として、石井紫郎および水林彪の著作が挙げられよう〔石井 66, 86, 12, 水林 77, 87, 06, 12〕。

c. 穂積八東による民法典批判の特質

以上より明らかなように、個人主義批判・天皇による社会政策・家制の強調という八東の議論は、ゲルマニステンの主張を摂取しつつも、それとは異なるものとなった。ローマ法的個人主義的民法典と自由主義的資本主義経済とが導入されることは社会における富の偏在を生むのであって、この問題を解決するためには社会政策的な配慮をともなう民法典の導入が必要である、という議論は、おそらくギールケに学んだものであろう。この点においては、八東は非常に先進的な見解を示している。しかし、八東は「日本固有の家制」をもって対抗策としたのであり、この点においては近代化政策に抵抗している。未来を見通したが故に過去に戻る、という姿勢こそが、八東の民法典批判の特質であった。そして、ドイツと日本との歴史的前提および発展の度合の差が、この見解を基礎づけていた。近代国家をこれから、しかも天皇制を中核に据えて建設しよう、という段階においては、八東にとっての参照可能なものは家制以外にはあり得なかったのである。

3 穂積八東「公法学」の存在形態

以上から、八東「公法学」の主題が明確になる。その要点を列記すると、以下のようになる。

- ① 民法典の成立は、個人主義的優勝劣敗の社会を形成を意味する。そして、諸個人が自由に競争した結果として、富の偏在を生む。これによって貧者の生活は圧迫され、生存の危機に瀕する。このことは、社会の基礎にある家を崩壊せしめ、終局的には天皇主権に対する確信を取り払うことになる。
- ② これに対して、八東が目指すのは、天皇を頂点とする「国家全能主義」である。前近代に由来する家共同体を社会の基本的単位とし、各々の家が祖先教を奉じる。「皇位ハ民族ノ始祖ノ威霊ノ所在」であり、天皇は「宗祖ヲ代表シテ宗祖ノ慈愛セル子孫ヲ保護」する。「吾人臣民ガ万世一系ノ皇位ニ帰服スルハ吾人ノ祖先ノ祖先タル民族ノ同始祖ノ威霊ニ帰服スル」ことであり、祖先教と天皇主権とは不可分一体である〔論 51, 98, 405-6 頁〕。かくして天皇

は、全能の君主として社会政策を遂行し、臣民の生活を安定ならしめる。そして、臣民の生活の安定は、天皇制の安定に繋がる。

- ③ 以上から、八束の敵は西欧近代国家の産物のほぼ全てに及ぶものとなる。個人主義への反発は、財産法においては所有権の絶対性や契約の自由への批判となり、家族法においては家族間関係の権利義務化の否定となる。また、君主主権の絶対性を揺るがす議論——議会制——は攻撃の対象となる。これらは窮極的にはキリスト教的価値観——個人主義・平等主義——への反発であり、欧州一般に対する日本の特殊性の強調、という態度へと繋がっている²³⁾。

八束の「公法学」は全て、この主題に沿って展開されていく。彼は、安易な西欧化を批判し、日本固有の法を説き、社会の変化を可能な限り最小限に留めようとする。そして、そのことを通じて、天皇の統治する国家を平穏ならしめようとするのである。Ⅳでは、このような八束の「公法学」の体系を、具体的に検討していくこととする。

(以下次号)

【参考文献一覧】

- 家永三郎 67『日本近代憲法思想史研究』岩波書店、1967年。
 石井紫郎 66『権力と土地所有』日本国制史研究Ⅰ、東京大学出版会、1966年。
 石井紫郎 86『日本人の国家生活』日本国制史研究Ⅱ、東京大学出版会、1986年。
 石井紫郎 12『日本人の法生活』日本国制史研究Ⅲ、東京大学出版会、2012年。
 塩野宏 70『公法・私法概念の確立』同著『公法と私法』有斐閣、1989年(初出1970)

23) これゆえ、「民法出テ、忠孝亡フ」というスローガンに代表される民法典批判は、「民法の制定そのものに対する敵対を意味するわけではない」〔藤田72, 61頁註(26)〕と言いうるものではない。八束の基本的発想は、あくまでも「忠孝」の維持であり、個人主義や自由主義といった原理は、忠孝を害さない範囲で認められるに過ぎない。個人主義的でも自由主義的でもない民法が制定されるならば、八束はそれに「敵対」しないであろうが、そのようなものはや「民法」とは言えないのではないだろうか。

年)。

七戸克彦 10「ロー・アングル 現行民法典を創った人びと (15) 査定委員 (9) 江木衷 (10) 穂積八束 外伝 (11) 兄弟」『法学セミナー』55巻7号、2010年。

白取祐司 12『刑事訴訟法』第七版、日本評論社、2012年。

白羽祐三 94「民法典論争の理論的性格」同著『民法起草者 穂積陳重論』中央大学出版社、1995年 (初出1994年)。

鈴木安藏 70「穂積八束「憲法提要」の基本的理論」同著『日本憲法学史研究』勁草書房、1975年 (初出1970年)。

瀧井一博 10「明治国家をつくった人びと (28) 穂積八束の目的法学」講談社編『本』35巻11号、2010年。

田中収 80「穂積八束の憲法思想 (1)」開学記念論集委員会編『市邨学園大学開学記念論集』市邨学園大学、1980年。

田中二郎 42「公法と私法——我が国に於ける学説発展の一断面——」同著『公法と私法』有斐閣、1955年 (初出1942年)。

利谷信義 71「明治民法における「家」と相続」『社会科学研究』23巻1号、1971年。

長尾龍一 70「穂積憲法学雑記」日本法哲学会編『法哲学年報』1969年号、1970年。

長尾龍一 74「穂積八束伝ノート」同著『日本法思想史研究』創文社、1981年 (初出1974年)。

長尾龍一 75「穂積八束」同著『日本憲法思想史』講談社学術文庫、1996年 (初出1975年)。

長尾龍一 79「法思想における「国体論」」同著『日本国家思想史研究』創文社、1982年 (初出1979年)。

長尾龍一 01「八束の髓から明治史覗く」長尾龍一編『穂積八束集』日本憲法史叢書7、信山社、2001年。

中村菊男 63『近代日本の法的形成』新版、有信堂、1963年。

西谷敏 96「O. v. ギールケ『私法の社会的任務』」『日本労働研究雑誌』38巻4号、1996年。

西谷敏 04『規制が支える自己決定』法律文化社、2004年。

長谷川正安 59「憲法学史 (中)」鶴飼信成・福島正夫・川島武宜・辻清明責任編集『講座 日本近代法発達史 7』勁草書房、1959年。

福島正夫 79「兄弟穂積博士と家族制度——明治民法の制定と関連して——」『法学協会雑誌』96巻9号、1979年。

藤田宙靖 72「行政法理論体系の成立とその論理構造——穂積八束博士の公法概念を

- 中心として——」同著『行政法学の思考様式』木鐸社、1978年(初出1972年)。
星野通 43『明治民法編纂史研究』ダイヤモンド社、1943年。
星野通 49『民法典論争史——明治家族制度論争史——』河出書房、1949年。
マイニア R. H. (佐藤幸治・長尾龍一・田中成明訳) 71『西洋法思想の継受 穂積八束の思想史的考察』1971年、東京大学出版会。
水林彪 77『近世の法と国制研究序説——紀州を素材として』(1)～(6)、『国家学会雑誌』90巻1・2号～95巻1・2号、1977～1982年。
水林彪 87『封建制の再編と日本の社会の確立』日本通史Ⅱ、山川出版社、1987年。
水林彪 06『天皇制史論』岩波書店、2006年。
水林彪 10『国制と法の歴史理論』創文社、2010年。
宮川澄 65『旧民法と明治民法』青木書店、1965年。
村上淳一 80『ゲルマン法史における自由と誠実』東京大学出版会、1980年。
レプゲン T. (屋敷二郎訳) 09「ヨーロッパ私法の過去と現在における自由と責任」『一橋法学』8巻3号、2009年。
Fustel de Coulanges, *La cité antique*, 28. éd., Paris, 1924. (邦訳：田辺貞之助訳『古代都市』白水社、1961年)
Otto Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889. (邦訳：森田三男「私法の社会的任務」『創価法学』4巻3号、1975年)

※ 邦語文献の引用については、〔姓＋西暦の下二桁，頁数〕の方式で行なった。欧語文献については、〔姓＋西暦，頁数，邦訳〕の形で示した。引用文中の傍点は、特に断らない限りは、原文によるものである。