

穂積八束の「公法学」(2・完)

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12巻1号)
- IV 穂積八束「公法学」の体系的把握(以下本号)
 - 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

* 穂積八束の文献の引用については、前号233頁以下に記した方式によることとする。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。

IV 穂積八束「公法学」の体系的把握

1 国家論

穂積八束の「公法学」を把握するにあたっては、まずは彼の国家論が検討されねばならない。ここでいう国家論とは、そもそも人間とはいかなる存在か、社会はどのようにして成り立つのか、といった基礎から出発して、家、祖先教、権力、

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科)第12巻第2号2013年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

といったカテゴリーの定義を経由し、いわゆる日本的国体がいかなるものであるかを示す議論である¹⁾。八束はこれらを、日本の歴史において変化することなくあり続けてきた事実、今後変更されることのない事実として論じている。しかしそれは、必ずしも歴史的事実をそのまま反映したものではなく、かくあらねばならないという当為によって取捨選択——場合によっては捏造さえ——された「事実」である。この点に注意を払いつつ、八束の国家論を辿ってみよう。

(1) 人間と社会

a. 八束の人間観

八束は、人間は個別的な存在ではなく、常に社会と共にある、と考える。始めに諸個人があり、団結によって社会が成立するという見方も、社会がまず存在し、個人は社会によって形成され、社会に奉仕するために存在するという見方も——八束はここで、前者が個人主義であり、後者が社会主義であると述べる——、社会と個人とを機械的に分離する誤った発想である。人間あるところに社会があり、社会があるところに人間がある。そして人間は、「社会に於て同化し合同生存を為す者」である〔愛国, 29頁〕。

b. 社会と個人との関係

個人が社会と同化して生存するのは、そのようにしなければ生きられないからである。生存競争の原理は、単独で存在する個人を生かしてはおかない。

「人か社会的生存を為すは所謂生存競争の結果にして人生進化の大則の作用たり。同化は社会的生存の要件なり。」〔同 30頁〕

そして、生存のためには社会に同化する必要がある、という点から、「公同心」すなわち個人が社会への同化を望む心情が生じる。公同心を有し、社会に同化す

1) したがって、この議論は日本の「くにがら」という意味での「国体論」と言っても良い。しかし、法的意味の「国体」(IV 2(3)a.で後述)との混同を避けるため、ここでは「国家論」と称する。

る個人は、生存競争において「適存」することができる〔同上〕。

社会は、このようにして同化した個人に対して保護力を発揮し、個人の生存を保護する、という使命を有する。そして、この保護力は、公同心と表裏一体のものである。諸個人の公同心がよりよく発揮されれば、社会の保護力もより強力になり、社会の保護が篤くなれば個人の福利が向上する。社会を構成する個人の福利が向上することは、翻って社会そのものの円満な発展に繋がる〔同 31-5 頁〕。

したがって、社会が存在するためには、そこに権力が存在せねばならない。

「保護なければ社会なし。木石の地上に併列するも社会を成さざる所由り。社会は個人の合衆なりと謂ふは可なり衆人の併存直に社会を成すと解するは不可なり。之を連鎖するの力あり結合して以て同体を為すにあらざれば未だ社会と謂ふへからざるなり。」〔同 35-6 頁〕

そしてその権力は、あくまでも衆人を「連鎖」し、「保護」するための権力である。この「権力 = 保護力」という発想は、八束の思想の根幹をなしており、きわめて重要である。

c. 社会の典型としての家、その拡張としての国²⁾

このような社会の二類型として、八束は家と国を挙げる。家とは、「同一の家長権に依りて保護せらるる親族共和の団体」である。家族は家に同化し、家長権の保護のもとで安全と幸福を享受する。この団体は、血統によって受け継がれ、永久の性質を有する〔愛国, 10-2 頁〕。

国とは、「統治権に依りて保護せらるる民族の団体」である。国民は「統治保護の権力に服従し民族親和の団体を成し平和幸福の生存を全う」する。国は「合同の力を以て世界生存の競争に対峙」する〔同 12-3 頁〕。

2) 八束は、家と国との間に、近い血統の家々が集まって成立した氏族というカテゴリーを置いているが〔愛国, 8 頁、なお、提要, 1-2 頁では部落と呼ばれている〕、「現今氏族の制漸く衰へた」と述べて、これを正面から取り扱わなかった。したがってここでは、家と国という二類型についてのみ言及する。

個人と社会、同化を求める心と保護の権力、という観点から、両者は同じ性質のものである。その差異はただ規模だけに求められる。それゆえ八東は、「家は小なる国にして国は大なる家なり」と結論づけることとなった〔同16頁〕。

d. アリストテレス『政治学』

八東は、個人と社会との関係についてのこのような見解を、アリストテレスから学んだと述べている。八東は、明治45年の天皇への進講で、以下のように述べている。

「此ノ卷（『政治学』第一卷——引用者註）ノ主眼トスル所ハ、国ハ家ニ成リ、家ハ親族主従相依ルニ成ルコトヲ明カニシ、以テ空論ヲ斥ケントスルニ在リ。当時人ノ家国ノ源由ヲ説ク者、多ク荒唐無稽ノ妄談ニ流ル。然ラザレバ之ヲ個人平等対立ノ約束ニ成ルモノトシタリシニ、『アリストテレス』始テ其ノ人性ノ自然ニ出ヅルモノナルコトヲ説明シタリ。開卷ノ首章ニ『人ハ社会的生物ナリ』ト曰ヘルノ成語、今ニ伝ヘテ金言トス。」〔論101, 12, 970-1頁〕

八東によれば、アリストテレスは、「親族主従」から「家」が生まれ、「家」から「国」が生まれたことを示し、「家国ノ源由」が「人性ノ自然」にあると説いた、ということになる。

アリストテレスはたしかに、家、村、国家という順序で共同体が生成すること、そして、人間は自然によって共同体を形成すること〔アリストテレス01, 6-9頁〕を認める。この点では、八東の議論はアリストテレスに即している。しかし、アリストテレスは「国家指導者、王、家政の長、奴隷の主人といったものは同じであると考える人びとがいるが、その説は間違っている」と明言している〔同4頁〕。八東が家と国を同じ性質のものとして扱った点は、アリストテレスの論旨とは異なっている。

アリストテレスは、奴隷制、家父長制、民主制が併存する古代ギリシャを対象として議論を展開していた。そこでは、自由人に対する支配と奴隷に対する支配、家における家長の単独支配とポリスに於ける自由人たちの支配とを、それぞれ区

別する必要があった。これに対して八束は、奴隷制と民主政の不存在によって、支配を一元的に捉えることができた。八束は、身分制が廃止され、かつ、天皇による単独支配が謳われていた当時の日本の状況に合わせて、アリストテレスの学説を修正したと考えられるであろう。

e. 小括

八束の以上の議論は、様々な影響を今後の議論全体に対してに及ぼすこととなる。個人と社会に関する議論は、両者を密接不可分かつ相互依存的な関係に置くことによって、個人から出発して思考する様々な思想に対する否定として作用する。平等な諸個人が契約によって社会を形成するという社会契約論が第一に否定され、第二に、社会に対する同化がなければ社会による保護が得られないとすることで、生まれながらの人権という思想が否定される。さらに、権力は保護の力であるという規定の仕方は、権力の濫用という事態を想定不可能とするものであり、これによって法による国家権力の制限という発想が存立し得なくなる。かくして、八束の「公法学」においては、その端緒においてすぐさま、西欧近代法の基本的諸理念が葬り去られることとなるのである。

また、以上のような比較的抽象的な議論において、既に特殊日本の筋立てが含まれている点も、重要である。家と国を同一視するという点には、家父長制を基礎として君主制を擁護する思考が表明されている。個人と社会、家と国、という論じ方自体に、すでに、日本はかくあるべしという規範的考慮が混入しているのである。

八束は、誰が、何故に権力者になるのかを説明する祖先教論において、このような考慮を前面に押しだしていくことになる。

(2) 家および祖先教

a. 家の観念

家は家長権によって保護される団体であり、血統により永続的な性質を有する、と先に述べた。これを永続的ならしめるのが、祖先教である。祖先の血統に従い、家長権は子孫へと受け継がれる。家長は「祖先の威霊を代表し家族に対し家長権

を行」なう〔愛国, 3-4頁〕。そして、この家長権は、祖先に成り代わって子孫を保護し、家を次代に繋げるという使命を帯びている。すなわち、家長は子孫の保護、血統の持続という義務を、祖先に対して負うのである。そして、これを儀式として表現したものが、祖先教である〔同4-6頁〕。

「吾人の祖先は肉体の外に不死の靈魂あることを確信し、又子孫を慈愛する父母の威靈は顕界に於てその肉体を亡ふも尚幽界に在りてその子孫を保護することを確信したり。是れ祖先崇拜の大義の淵源にして敬神の我が国教たる所由なり。我が固有の国体民俗祖先の祭祀を重んずるより重きはなし。……祖先の祭祀を不朽に絶たざるは吾人の肉体に於て代表せらるる祖先の生存を永遠に伝えんと欲するなり。」〔同5-6頁〕

したがって、祖先祭祀の継続というかたちで、祖先の威靈に対する義務の履行が可視化されることになる。そして、祭祀権を有するということは、家長として家族を支配しうることの証明ともなるのである。

このように把握された家制は、「我が固有の国体民俗」として観念される。それは、家長の支配と家族の従属からなり、家そのものの永続性とそれを支える家産の存在を伴うものである。これは、家族間関係を権利義務関係として捉える親族制とは全く異なる〔同10-1頁〕。

b. 祖先教

祖先教は、子供が親の庇護の下で生存するところから生じた、とされる。

「父母を敬愛し子孫を慈愛し保護すると云ふは、人情の自然である、……これを過去未来に延長して観念し来れば過去に向つては祖先崇拜の義理となり、将来に向つては家国の永遠の運命は我に繋るものと見ることゝなるのであります。」〔要旨, 15-6頁〕

親子間の「人情の自然」が、「血統を重んずる」という民族的特性によって祖

先及び子孫へと拡張され、それが祖先教となった。そして、子供と親との関係は権力による保護と服従の関係であることから、権力関係の序列は自ずと〈祖先一家長一家族一子孫〉という形態を取る。このようにして生じた権力関係こそが、日本における公法の淵源である、と八束は説く。

「幼稚ナルトキニ在リテハ父ハ智力ニ於テ腕力ニ於テ子ニ優ル、コト明ナリ……是レ天然ニ優劣ノ判ル、最モ見易キ標準ナルヘシ其ノ標準ハ則チ権力ノ関係ニシテ権力トハ命令シテ服従サスル義ナリ命令服従ノ関係ハ之ニ依テ教育セラレ之ニ依テ發達シタルモノナラント思フナリ……我ノ父ニ対スル父ノ祖先ニ対スル関係ヨリ推シテ考フレハ祖先ハ最モ優リタルモノニ相違ナシトシ之レヨリシテ祖先ヲ崇拜スルノ風自然ニ生スルナリ而シテ亦之ニ依リテ権力ノ関係モ從ツテ生シ來ルト思ハル、ナリ」〔論 21, 92, 238-9 頁〕

命令服従関係の基礎を、祖先教が一元的に提供する、というのが、八束の発想である。この点は後に述べる (IV 1(3)b. 参照)。

c. フュステル・ド・クーランジュ『古代都市』

八束の家制論は、日本の固有性を謳っているにもかかわらず、ギリシャ・ローマの家父長制をモデルとしている。これを八束は、クーランジュの『古代都市』から学んだ。

クーランジュの描く祖先崇拜は、その帰結として男系のみ相続を基調とする家制度をもたらす。その際には、祭祀の継続が重要視された。

「父は宗教上の首長としての資格によって、祭祀の永続と、したがって家族の永続とに責任をになう。この永続は彼の第一の関心事であり義務である」〔Coulanges 1924, pp. 98-9, 邦訳 139 頁〕

という記述は、八束の議論にそのまま受容されている。八束においては、クーランジュの描く永続的な家という制度は、「構成員の諸関係の算術的総和をこえた

実在」としての「日本近世の家族の存在形態である『家』」〔水林94, 530頁〕と同様のものであると考えられていた。

ただし、クーランジュの描く家族制度が日本古来の伝統的家制度と同一であった、という八東の主張は歴史的事実とは異なる。

クーランジュの議論は、基本的には男系一辺倒の家制度を描き出しているが〔*Coulanges* 1924, pp. 37-8, 邦訳72頁〕、日本においては、天皇や貴族の家ですら、かつては(11世紀頃まで)男女双系的であったことが知られている〔水林06, 144-51頁〕。また、宗教的な儀式によった婚姻³⁾によって他家に入った妻の離婚はきわめて厳格に制限される〔*Coulanges* 1924, p. 48, 邦訳83頁〕、などの記述は、「日本固有の習俗」ではなかった⁴⁾。

とはいえ、八東が祖先教に日本固有の習俗としての地位を与えたことについては、それなりの意図があったと考えるべきである。そしてそれは、「民法出テ、忠孝亡フ」において示された、キリスト教への警戒感であろう(Ⅲ2(1)b.参照)。

(3) 天皇

a. ひとつの家としての天皇家

以上のような家および祖先教の観念は、当然に天皇家にも当てはまる。家の永続性は万世一系の皇統という形で表現され、祖先の威霊への畏敬の念は、明治憲法の制定を皇祖皇宗に報告する儀式などに明確に現れている。天皇家の祖先教として、神道が整備されることとなった。宮中には祭祀の場として賢所が設けられ、日本神話に登場する神々に加えて、皇霊が祀られた〔安丸88, 521-4頁〕。

b. 民族の始祖としての天皇

ひとつの家としての天皇家が国家の君主として権力を行使しうる根拠は何か。八東は、天皇家は民族の始祖であるという点を根拠とした。

3) ただし、このような形態の婚姻——「手権を伴う所謂厳格婚」——は、ローマでは、帝政期には既に「その実用を失」っていた〔原田55, 294-7頁〕。

4) 日本においては、少なくとも幕藩制期においては、離婚がきわめて容易であった〔水林10, 557頁〕。

「我民族は民族の遠つ祖の位を以て民族を統治する主権の在る所として之を崇敬し、之に服従し、之を中心として其周圍に發展し來つたのであります。言葉を換へて言へば、國を統治するの中心は、万世一系の皇位であつて、而して万世一系の皇位は即ち祖宗の御位である。祖宗の御子孫が相承けて萬世此位に居たまふのである、是れ天祖に代つて天位に居り、而して國家統治の天職を行はせらるゝのである。家に於ける家長権の意を推して、之を國家の主権と為す、其觀念を永遠にし之を廣大にしたるものであります。」〔要旨、12-3頁〕

八東によれば、権力は祖先教に由来する。また、國家は民族の団体である。そして、天皇家がこの民族団体において権力者たり得るのは、天皇の祖先が民族全体の始祖であり、天皇がその始祖を代表しているためである。天皇がこの位置を得ることによって、祖先教を媒介とした家と國との接合が果たされることとなった。

「子孫が家に於ける父母を仰ぐは、家に於ける祖先が今尚在ますが如しと思ふのである國民が國に於ける皇位を仰ぐは民族の始祖が今尚在して此民族を支配したまふが如く觀念するから是は神聖にして侵すべからざる有難き者と云ふ觀念を生ずるのであります。」〔同18-9頁〕

家においては家族の祖先が、國においては民族の始祖が、もっとも偉大な存在であり、その子孫つまり現在の家長こそが権力の主体である。このように家と國とをパラレルに論じることで、八東は、天皇の権力者としての地位を不動のものとした。血統によって永遠のものとなった天皇は、社會の変遷と關係なく権力者で居続けることが——理論上は——可能となったのである。

c. 補論：神道との關係

ここで注意せねばならないのは、以上の議論は確かに、万世一系、皇祖皇宗といった神話的体裁をとっているものの、八東自身はこれを宗教の問題として論じたわけではない、という点である。この点について検討してみたい。

井田輝敏は、八東の祖先教論の宗教性を指摘している。

「穂積は畢竟、《祖先教》を国家・法制の基底におくとともに、それを国民道徳や人道の母胎と成す論理操作を媒介に、遂には、彼の[・]法哲学をして、すぐれて[・]宗教哲学へと変容せしめたのであった。彼の法理論が、若き日の北一輝によって『神道論』と目された後、『氏は烏帽子直衣に高襟を着けて大学の講壇に立てる者なりとすべし』と論断・揶揄されるに至ったのも、けだし偶然では決してない。」〔井田 76, 150 頁〕

祖先教が基礎となった八束の国家論は、もはや宗教論であり、それが「神道論」として評価されたことには一定の妥当性がある、というこの見解は、八束の議論に即して考えるならば、問題を含むものである。

八束の祖先教論は、「民法出テ、忠孝亡フ」や『国民教育 愛国心』において、たしかに「国教」として取り扱われているが（Ⅲ 2(1)a 参照）、しかしそれが要求するのは、①各人は自分が所属する家の祖先を崇拝せねばならない、②天皇は皇祖皇宗およびその祖先たる神々を祀らねばならない、③全ての家は、窮極的には民族の始祖から生じるのであるから、民族の始祖を祀る天皇は、全ての家の上に立つ存在として認められねばならない、という三点のみである。

②については、そこで祀られるべき「祖先たる神々」が日本神話に登場していることから、神道と直接に関わるように見えるかもしれない。しかし八束自身は、祖先教論との関係では、神道に言及していないのである。また、①と③については、祖先崇拝という実質さえ維持されるのであれば、その実践形態は問われないため、神道とはそもそも関係がない。歴史的には、この機能を担ってきたのはむしろ仏教である〔長尾 79, 30 頁〕。

このため、八束の祖先教論は、宗教論としてではなく、日本においては各々の家が祖先を崇拝してきたという「事実」と、今後も祖先を崇拝せよという道徳論との結合として考えられるべきものである。そして、後年の八束は、実際にそのように論じている〔要旨, 19 頁〕。ここには、特定の宗教を国教とせよ、という主張は存在しない。

このような捉え方は、信教の自由についての八束の考えと整合的である。八束は憲法 28 条の解説において、

「我が国ハ幸ニ古来宗教ノ自由ヲ有ツテ居ツタノデゴザイマス……注意スベキコトハ宗教ノ教義ガ臣民タルノ義務ニ背クガ如キモノハ如何ニ自由制度ヲ取ツタカラト云ヒマシテモ之ヲ信ズルコトヲ許サヌ事デゴザイマス。」〔講話, 前, 274頁〕

と述べている。日本においては、古来より宗教は自由であるが、そこには「臣民タルノ義務」という限界が設定されている、というのである。ここで言う義務とは、先に述べた①と③のことであろう。すなわち、祖先を崇拝し、それを通じて天皇の権力を承認する、という臣民の道徳的義務がまず先にあり、その枠の中で幾つかの宗教を選ぶことが出来る、ということとなる⁵⁾。したがって、八束の祖先教論は、たとえ客観的に見て「宗教的」と言いうる内容がそこに含まれていたとしても、なお特定の宗教を強要するものではないし、ましてや神道論でもない、ということになろう。

八束のこの議論は、明治初期において政府が神道の整備に失敗した、ということをも前提としていると思われる。明治政府は、初期においては神道を国教とする祭政一致の国家を構想していた。そして、それに基づいて、宮中祭祀や伊勢神宮祭祀の整備、神社の格付けが行なわれた。しかし、これらの動きは、神道内部の抗争や仏教勢力の巻き返しによって頓挫した。その帰結として生じたのが、皇室の祭祀を行なう非宗教的——と主張された——神道と、道徳の枠内で許された信教の自由との併存であった⁶⁾。皇室が祭祀を行なう神道——いわば〈皇室神道〉とでも言うべきもの——は、臣民に対して直接的に作用するものではなかったのである。八束の議論は、強いていえばこの〈皇室神道〉に関係するものではありうるが、それは彼の主観としては宗教として意識されていなかった。それゆえ、彼の国家論が祖先教という「宗教的」な要素を含んでいた、という客観的な評価を越えて、八束は宗教哲学を展開したのだ、と評価することは、彼の学問がいか

5) 直接の言及はないが、八束は、キリスト教はこの義務に反するので排斥されるべきである、という考えを有していたと推測できるであろう。

6) 明治政府の宗教政策については、磯前順一〔磯前 03, 97 頁以下〕、井上寛司〔井上 11, 168 頁以下〕、安丸良夫〔安丸 79, 88〕の論考を参照した。

なる意図によって、いかなる体系をもって成立したのかを問うに際しては、適切ではないであろう。

(4) 国家

以上のような、個人から出発して天皇の権力の基礎付けへと至る八束の議論は、いかなる国家を構想することとなったか。ここまでのまとめとして、この点を提示してみよう。

a. 国家の構造——〈一君万家〉的国家構造

個人が形成する第一の社会は、家である。家は永続的な親族団体であり、祖先崇拜に基づき、祖先に成り代わって家長が支配する。そして、同じ始祖から発した数多の家が結集することで、国家が成立する。国家は永続的な民族団体であり、民族の始祖——民族レベルでの祖先崇拜の対象——になりかわって、その子孫である天皇が支配する。日本においては、家と国家とは共に、規模こそ異なるものの同じ原理によって運営される団体であり、家に対する帰属意識——家長の権力への服従——が拡張されて、国家に対する公同心——国家の権力への服従——となる。このような国家のあり方は日本が伝統的に維持し続けてきたものであり、このような国家体制そのものが、国体という語で表現される。

「欧州ノ歴史ヲ読ンテ其ノ経歴ヲ見ルトキハ各国ノ成立ハ唯社会変遷ノ一現象ト云フニ過キスシテ別ニ一定ノ国体ヲ崇敬スヘキ理由無キナリ、然ルニ我国ノ彼レニ異ナル所ハ唯ニ万世一系ノ不易ノ君主ヲ戴クト云フノミナラス、祖先教ヲ以テ社会ノ秩序ヲ正フシ祖先ヲ崇拜スルノ教ハ即民族ノ宗家タル皇室ヲ奉戴シテ一國一社会ヲ團結スルト云フノ歴史ニ稀ナルノ法則ヲ数千年ノ下ニ維持シ得タリト云フ点ニ在リ」〔論 23, 92, 258-9 頁〕

すなわち、祖先教に基づく家制を基本とし、民族の始祖である天皇を戴くという不変の伝統——として提示されたもの——こそが、日本の国体であり、これこそが、日本が社会進化——社会への進化——によって獲得した成果なのである。そ

して、この強固な団結を以てすれば、日本は世界における生存競争を生き延びていくことができる。

八束の構想した国家は、全ての家の上に天皇家が君臨する、いわば〈一君万家〉的な国家構造であるといえよう。これは、全ての民を君主が一元的に統治する一君万民的な国家でもなく、階層的に連なる家々が重層的な秩序を形成する封建的な国家でもない。強いていえば、その両者の中間的な形態である。この構造は、日本の近代化の独特の形態がもたらしたものであろう。日本の近代化においては、一方では、身分制の廃止、所有権と支配権の分離、といった、封建制から脱却する施策が、近代国家としての体裁を得るためには不可欠であった。それは、幕藩制の時代に存在していた中間的権力の解体と国家への権力集中をもたらした。しかし他方では、天皇という特殊な身分を国家権力の担い手として維持しなければならないという要求が存在した。八束の議論はこれらを両立させて近代的国家を成立させるためのものであった。八束は一方で、封建制の時代において中間的権力の担い手であったところの身分制的な家を解体したが、しかし他方で、国家の内部にあって天皇の権力に服する人々を、親族団体としての家——全ての家が直接に天皇に服する、という点において、脱身分化されたと言いつても、家という団体の機能自体は残している——の内部に押しとどめた。そして、家における祖先教を国家における祖先教と平行に論ずることで、天皇の地位の安定化を図ったのである⁷⁾。

7) 天皇家は、武家の支配する時代を通じて、為政者にタイトルを授けるという——すなわち権力を法的に正当化する権威としての——機能（この機能は上級の武家に認知されているだけでよかった）を果たし続けてきた。ところが明治憲法下では、天皇は自らが権力者となった。ここにおいて天皇は、自らの権力を正当化する権威を創り出さねばならなくなった。血統によって受け継がれる天皇の権力を正当化するためには、その祖先たる皇祖皇宗の特別な地位を明示する必要がある。そこで登場するのが祖先教である。ただし、このような形態の正当化——「世襲カリスマ」——は、家共同体はその成員の変更によって左右されない永続的な存在であり、カリスマたる資質はこの家共同体に付着しているのだ、という観念の上に成り立つものである〔ヴェーバー 60, 466-7頁〕。したがって、天皇家のカリスマを維持するためには、家共同体の観念を社会に遺しておく必要がある。このために八束は、幕藩制期における身分制的な家を否定しつつも、家制度自体は温存するという道を選んだのであろう。

b. 君主による「国家全能主義」的統治

以上のような、祖先教による天皇権力の安定化に加えて、八束はさらに、天皇の権力が人々にとって実際に有益であるべきであるという点を強調する⁸⁾。八束は、君主が「劣族ヲ保護」し⁹⁾、社会の不満を解消していかなければ、ゆくゆくは「国家ノ災害実ニ不測ニ出ントス」る〔論13, 90, 190-1頁〕、と考えている。したがって、祖先教や万世一系という理論が実際に人々に支持されるためには、社会的弱者の救済を天皇自らが率先して行なう必要があるのである。

八束の国家論は、古来より変わることはない「事実」として提示されたものであるが、このような理論だけでは天皇制は維持できないと、八束自身も理解していた。それゆえに彼は、天皇制が血統によって永遠の存在となっていることを理論的基礎としつつも、天皇の保護力の発揮を不可欠なものとして位置付けたのである¹⁰⁾。

(5) 国家論と法論、道徳論との関係

以上から分かるように、八束の国家論は、〈個人一家一国家〉の関係を論じつつも、窮極的には、近代国家において天皇制をいかにして存続させるか、という問題に対処することを目的とする議論であった。しかしながら、そこで提示された「歴史的事実」は、事実として提示しただけでは意味を持たない。それに倣って国家が運営され、それにたいして人々が確信を懐かねばならない。この二つが満たされて初めて、天皇制は永続性を得ることが出来る。それゆえ、八束の提示した国家論は、規範的議論へと直結していく。

8) 先に述べた「国家全能主義」の主張が、これに該当する(III 2(1)c.参照)。

9) 長谷川正安は、八束を「寄生地主のイデオロギー」を代表する者と見る〔長谷川59, 58-59頁〕。後に述べるように(IV 2(2)b.参照)、八束は、一定の家産を永続的に相続していくという家を社会の単位として据えており、このことは裏を返せば、相続すべき資産を持たない階級——小作人や労働者など——を想定していない、ということになる。したがって、機能的に見れば、八束の議論が長谷川の述べるような効果を有していた可能性は否定できない。ただし、八束の真意としては、天皇はあくまでも全階級の利益の代表者であった。

10) したがって、官僚主義的・家父長制的な八束の公法概念において、国民の福利という要素が重要であると指摘した藤田宙靖の議論〔藤田72, 57頁〕は、八束法理論の理解として正鵠を射ている。

法論は、国家論を実際に国家の法規範へと投影する作業である。国家論において既に西欧法の諸原理を拒絶する八束は、法論においては、国家法を天皇制を維持する方向へと向かわせるために、様々な闘争を行なっていく。この意味で、法論は国家論の具体的適用であるといつて良い。道徳論は、教育を通じて国民に直接働きかけ、自身の国家論を受容させようとする活動である。こちらは、逆に、国家論を下支えするものであるといえるだろう。この三者を全て組み合わせることで、八束は天皇制国家を永続化させることを意図していた。次節ではまず、八束の法論について検討しよう。

2 法論

穂積八束の、法論に関する著作・論文は膨大な量にのぼる。ここでは、それらを、(1)法の観念、(2)家族法、(3)憲法、(4)行政法に分けて検討していく。

(1) 法の観念

a. 法とは何か

八束は、法を主権者の命令として捉える。主権者とは天皇であり、その地位は前節で見た国家論によって既に定められている。

「法ハ王言ナリ立憲ハ君主ヨリ出ツ君主ノ大権ハ立憲ニ由リテ生スルニアラサルナリ」〔論 11, 90, 184 頁〕

したがって、憲法もまた、主権者たる天皇の命令である。天皇の権力は憲法によって定まる、という考えは排斥され、むしろ前憲法的な天皇の権力が憲法を定めるとされるのである。八束は欽定憲法という語をこのように解釈する。法が天皇の上にあるのではなく、天皇が定めたが故に法があるのであり、それ故にこそ法は守られねばならない。

「法ノ神聖ニシテ侵スヘカラサルハ国家ノ神聖ニシテ侵スヘカラサルヲ以テナリ法ハ立法者ノ神聖ナルヨリモ神聖ナラス」〔論 6, 89, 149 頁〕

このように考えるならば、主権者たる天皇はいかなる内容の法でも定めることができ、国民に対するいかなる圧政をも行ない得る、という結論が導かれるかもしれない。しかしながら、そのような可能性は、はじめから排除されている。

「法ハ社会生存ノ用具ナリ法ノ実質ハ社会生存ノ要件ナリ、法ノ形体ハ其ノ要件ヲ保存スルノ権力ナリ社会ノ円満ナル発達ヲ全フスルニ適合スル要件ヲ保存シ其ノ進化ヲ妨害スルモノヲ排除スルハ法ノ社会的作用ナリ……法ハ社会ニ由リテ成立シ社会ノ為ニ存在ス（イエリングノ語）社会ノ外ニ法ナク法ノ外ニ社会ナシ」〔論 10, 90, 177 頁〕

前節で見たように、八束の定義によれば、社会における権力は個人の社会への同化によって成立し、個人の生存を保護するものである。法もまた、このような社会関係を維持する為の道具であると考えられており、社会の「円満ナル発達」を促進するものとして位置付けられている。社会に於ける権力の担い手として法を発する天皇は、このような意味での法によって、「個人ノ生存ト社会ノ生存トノ牴触軋轢ヲ排除」〔論 34, 95, 312 頁〕し、よりよい社会を実現する存在である。したがって、八束の法観念においては、「悪法」というものがそもそも定義の段階で排除されているのである。

このため、八束の述べるところの法は、社会における道徳または倫理と連続的である。

「法ハ当時ノ社会ノ倫理ノ大本ヲ代表スル者ナリ法ハ社会ノ公認シタル道徳ナリ世上或ハ人道ト法律トハ異類ノ者ナリト為スアルハ浅識ノ誤解タルコト既ニ先輩ノ定論アリ……法ハ人生共存ノ正道ニシテ倫理ト法理トカ同体ヲ為スハ法ノ理想トスル所ナリ」〔論 38, 96, 329 頁〕

社会生活を円滑にするために、諸個人がそれぞれに有している倫理・道徳のうち、特に社会が公認したものが法である。両者の間には、命令として発せられるか、諸個人が自分から実践するかの違いがあるだけであり、その目的はいずれも「人

生共存」、つまり円満な社会生活である。

b. 公法と私法

法を以上のように位置付けた八束は、さらにそれを公法と私法とに分類する。しかしそれは、二種類の法があるということを意味するものではない。

「法ハ国家的ノ現象ナリニシテニアルニアラス若シモ法トハ人生共同生存ノ規則ニシテ国家ニ依リテ直接間接ニ設定維持セラル、モノナルトキハ凡テ国家的ノモノニシテ公私ノ別アルヘカラス」〔論 29, 93, 281 頁〕

法は天皇の命令であり、しかも社会的生存を全うするための道具であるから、法は「凡テ国家的ノモノ」であって「公私ノ別」はないのである。公法と私法という分類は、「錯雑ナル法規ヲ分類スル便宜ニ出テタル」ものである〔論 10, 90, 178 頁〕。

「予カ従来講義ニ論文ニ公法ノ特質ヲ述ヘタルハ論理的ノ定義ヲ試ミタルモノニシテ辞書の註釈ヲ為シタルニハアラス法ト云ヘル現象ヲ学問的ニ分析シ且ツ綜合スルニ於テ（論理上ノ必要）又法律関係ヲ支配スルノ原則ノ異同ヲ類別スルニ於テ（実用上ノ必要）法ヲ公私ニ分チ且ツ其分界ノ準則ヲ権力ノ行動ト対等ノ関係トノ別ニ求ムルコトヲ適当ナリト主持スルニ過キサルナリ」〔論 73, 04, 603 頁〕

したがってこの分類は、法という現象を理解するため、そして諸々の法律関係に対していかなる原則を適用するかを確定するため、の基準となるものである。八束はそれを、公法 = 権力の行動、私法 = 対等の関係、として定義する。

八束はまず、社会の内部の関係を、上位者と下位者との関係、対等者間の関係、の二種に区別する〔論 10, 90, 179 頁〕。その上で、前者を権力関係、後者を対等関係とし、それぞれに公法、私法が適用されるとする。

「権力関係トハ優劣ナル意志ノ交渉ナリ平等関係トハ優劣ナキ意志ノ交渉ナリ法ハ人ノ共同生活ノ規則ナリ法ノ側面ヨリ見タル人ノ共同生活ハ意志ノ交錯ナリ故ニ法則ハ意志ノ限界ヲ明劃ス優劣ナル意志ノ交錯（権力関係）ニ付其限界ヲ明劃スル者ハ公法ナリ優劣ナキ意志ノ交錯（平等関係）ニ付其限界ヲ明劃スルハ私法ナリ」〔論 73, 04, 605 頁〕

この二つを分かつのは、意思に優劣があるか否かである¹¹⁾。「法ノ側面ヨリ見タル人ノ共同生活ハ意志ノ交錯」であるが、その中には、「相手方ノ意志ヨリモ法律上ノ価値ノ強キ意志」が「他人ノ意志ヲ強制拘束スル」場合が存在する〔同 604 頁〕。他人の意思に対して自らの意思を以て強制を加える力が権力であり、権力が発動される関係は公法により規律される。そうでない場合には、私法が適用される。

そして、この両者の区別は、訴訟によって表現される。

「權利其者ハ私人単独ノ手ニ在リテハ無権力ナリ然ラスンハ何人カ訴訟裁判ノ煩ヲ為サン私人対立ノ間ニ在リテハ意志ハ対等ナリ權利者ト雖モ相手方ノ自由ノ意志ニ反シテ之ヲ強制拘束スルコトヲ得ス……故ニ優等ナル意志（国権）ヲ以テ之ヲ拘束スルコトヲ請求スルノミ国権カ權利者ノ請求ヲ容レテ相手方ノ意志ノ反抗ヲ強制スルノミ」〔同 611 頁〕

訴訟を提起して権利の実現を目指すという行為は、裏を返せば、自らの意思によってだけでは相手方に対して強制を加えることができない、ということの意味する。さらに、判決が当事者を拘束するということは、裁判所の発する意思が両当事者の意思に優越していることを意味する。意思を貫徹するために訴訟を要するか否かが、権力関係と対等関係との分水嶺となっている。

では、具体的には何が公法に含まれるのか。八束は、「公法ノ範圍ヲ大別スレハ親族法ノ範圍及国家的ノ範圍ノ二者」である〔論 21, 92, 236 頁〕と述べている。

11) ただし、1892（明治25）年の論文では「凡ソ権力ノ関係トハ權利義務ノ関係トハ全ク相異ナリテ言ハ、腕力ノ関係ト云フ事ナリ」〔論 21, 92, 234 頁〕と説明していた。

すなわち、国家が国民に対して権力を行使する場面と、家長が家族に対して権力を行使する場面である。これは、八東の国家論のダイレクトな反映である。家における家長の、祖先教に基礎づけられた権力が公法の淵源であり、さらに、家の拡張たる民族団体（国家）における民族の宗家（天皇家）の、同じく祖先教に基礎づけられた権力も、公法である。

これに対して私法は、対等者間の関係であり、その典型例は財産法における債権債務関係である。私法関係は、公法の外側で、公法に影響を与えない範囲で存続を許される。

「民法ノ範圍ヲ社会經濟交通ニ限り民俗礼法ニ干渉セサル是レ大ニ可ナリ若民間習俗ニシテ法規ヲ要スアラハ之ヲ公法ノ領分ニ讓ルヘキナリ」〔論 26, 93, 271 頁〕

私法¹²⁾は、「社会經濟交通」に限定され、「民俗礼法ニ干渉」しないものとして取り扱われなければならない。

八東の法論は、このようにして画定された公法を取り扱うものである。その対象は、家族法（家長一家族間の権力関係）、憲法と行政法（国家—国民間の権力関係）である。

(2) 家族法

ここからは、具体的な法規についての八東の議論を見ていくことになる。その出発点として、まずは彼の家族法論について検討してみたい。これは、彼の国家論が家から国家へ、という構成をとっていたためであり、また、家族法が他の法分野よりも密接に彼の国家論とかわるためである。

a. 公法としての家族法

家族法は、民法典の中で規定されるものであるが、八東はこれを公法であると

12) 「民法」とあるが、公法との対比として用いられているので、このように理解して良いであろう。

主張する。公法と私法の区分は前述の基準に基づいて決まるのであって、民法典は私法であると考えるのは誤りである。

「親族関係ニ伴フノ財産関係ハ實際ノ便宜ノ為メニ同一法典ニ混合シテ規定セラル、コトアルモ純粹親族法ハ公法ニ属シ親族財産法ノミ当然ニ私法ニ属スルコト法学大家ノ唱道スル所タリ（民法法典ノ範圍ハ私法ノ範圍ト同一ナラサルコト論ヲ俟タス親族法カ民法ノ一部タリト云フハ勿論其私法ニ属スルヲ証スルモノニアラサルアリ）」〔論 27, 93, 274 頁〕

純粹親族法とは、家族の身分関係についての法である。八東はこれを親族財産法から切り離し、公法として位置付けている¹³⁾。では、これが民法典中にあるのはなぜか。

「近世ノ国家ハ権力ヲ所有スルノ方針ヲ取ルト雖尚歴史的ノ遺物トシテ又社会必要已ヲ得サルカ為メニ人民相互ノ間ニ権力関係ヲ認ムル変例アリ家族制ニ於キテ家長カ家族ニ対スルカ如キ航海中ノ船舶ニ於ケル船長ノ命令権ノ如キ其例乏シカラス皆公法ノ原則ニ帰スヘキコト明カナリ然ラハ一概ニ国家ト人民トノ関係ハ公法ナリ人民相互ノ関係ハ私法ナリト断言スルハ予カ主意ニアラサルコト領知セラルヘシ」〔論 29, 93, 286 頁〕

近代国家は権力を集中させるのが通例であるが、しかし「歴史的ノ遺物」としていまなお権力の主体として認められるものがある。その一例が家長と家族との関

13) 八東は自らが「ゾーム又ハラバンド等ノ説ニ拠」っている〔論 21, 92, 235-6 頁〕、と述べている。しかし、この点についてギールケは、「旧来の家族法は、緊密な私法・公法の結合として、我々の前に描き出される。しかしながら、時代の移り変わりの中で、家族法に特有の機能——我々はこれに基づいて家族法を公法的であると評価した——は独立していき、そしてしだいに概ね消滅していった。確かに、今日までに全てが消滅したわけではない！しかし、家族関係の公法的効力は、もはや“家族法”に属するものではなく——家族法自体は私法へと後退した——、むしろ国法・行政法、刑法、手続法の、個別化された構成要素を成すものとなっている。」と述べ〔Gierke 2010, S. 8〕、八東の依拠した議論がもはや妥当しなくなっていることを指摘している。

係である、と八東は述べる。

家族法が公法として存在するのは、国家による権力集中が未完成であるという歴史的事情による、と考えるならば、この過程が完成すれば家族法は私法となる、という結論に至らざるを得ない。実際に八東は、後年には、家族法が公法的であり続けることはできないとの認識を示している。

「社会変遷ノ過渡ノ時代ニ在リテハ家族親族ノ関係カ法律上稍々曖昧タル地位ニ在ルコトヲ免レサルヘシ社会ノ実質其者カ曖昧タル地位ニ在ルカ故ナリ何ソ近キ未来ニ於テ社会上又立法上家族親族ノ関係モ亦判然対等者間ノ個々権利ト義務トノ関係ニ分析セラル、ニ至ルコトナキヲ保セン民法ノ進化ハ私法的ナリ平等関係ノ法則タルニ向テ進行シツ、アルヲ云フナリ社会ノ進化ハ個人間ノ権力ヲ中央ニ取用集中シテ其地盤ヲ平坦ニスルコトニ向ウテ進行シツ、アルヲ云フナリ」〔論 73, 04, 617-8 頁〕

この点には、八東の国家論との深刻な矛盾が含まれている。「社会ノ進化」が「個人間ノ権力ヲ中央ニ取用集中シテ其地盤ヲ平坦ニスル」方向に進むというこの認識¹⁴⁾は、彼が祖先教論を以て示した家国一致論——これもまた社会進化の成果であると言われた——が、単なる「社会変遷ノ過渡ノ時代」の議論であるという結論を生ずるであろう。しかし、祖先教によって基礎づけられた国体は、不変のものだったはずである。日本は歴史的にはこのような国であった、そして今後もこのようにあらねばならない、という見取り図を示した国家論と、法の発展の方向についての冷静な認識とが食い違ったとき、八東は道德教育に活路を見出していった。この点については、彼の道德論について検討する際に、再度論じる

14) 「働いて賃金を得ることが難しかった時代、つまり各人がその生存を財産に依存する時代においては、相続によって家産を獲得したものがそれに依存する家族メンバーに対して事実上強力な権力を持つ。……家族と家産による事業に家族員の生存がかかるような時代ではなくなると、働いて賃金を得ることができる成人は家族団体から離脱してもその生存が危くなるわけではないから、家族団体の拘束性は薄れる……わが国でもこのような時代に変化に応じてすでに大正時代には『家』制度のたがはゆるんでいった」〔水野 98, 656 頁〕。八東はこのような社会的変遷と戦いながらも、家族法の私法化というギールケの指摘した傾向（前掲註 13）参照）も、正確に見抜いていたのである。

こととしたい (IV 3(2)参照)。

b. 「家法人」

八束が自らの家制論の法的表現として家族法を論じる際に、その中核をなすものは、「家法人」論である。1898年の『『家』ノ法理的觀念』で、これが解説されている。

日本固有の法においては、「民法ノ中心ハ家ニ在リ財産關係ハ從トシテ家制ヲ破壊セサル範域ニ於テ自由ノ發達ヲ為シタルノミ」〔論51, 98, 401頁〕であった。

「我固有法ノ家ハ法律關係ノ主体タリ (人格法人權利ノ主体) 歐洲近世法ニ所謂親族ハ法律關係ナリ (血族者姻族者ノ相互ノ關係) 故ニ彼ニハ親族ノ關係アリテ家ト謂フ觀念ナシ凡ソ民俗習慣ノ差異ニ於テ蓋之ヨリ大ナルハナシ彼ノ親族法ハ個人的ノ身分法タルカ如ク我固有ノ家族法ハ団体法タリ夫婦親子相依リテ團結スルハ彼我共ニ同シ唯彼ニ於テハ之ヲ人情ノ自然ト看ルノ外之ヲ法制ノ上ニ人格主体トシテ認メス我ニ在リテハ之ヲ法律關係ノ主体ト認メテ家ト謂フ家ハ人格者タリ權能ノ主体タリ法人タリ」〔同401-2頁〕

日本における家とは、法律關係の主体であり、家族の團結によって生じた団体である。欧州ではこれを家族構成員間の權利義務關係として把握しているが、それは家ではない。

団体としての家は、社団や財団といった、民法典中に見られる各種の団体とは區別される。

「祖先ノ肉体ノ生命ノ短キ其子孫ヲ永久ニ保護スルノ觀念ヲ現實ニ完フスル能ハズ故ニ祖先ノ威靈ノ不死ノ大義ヲ家ト謂フ法人格ノ觀念ニテ彰表スル者ナリ家ト謂フ觀念ノ下ニ祖先ト吾ト子孫トカ同化シテ一体ヲ成シ永久不滅ノ主体ヲ為ス法ハ此ノ民俗ノ確信ニ基ク觀念ヲ認メテ法律關係ノ主体即チ人格者タルノ性格ヲ賦与ス之ヲ法人格ト謂フ家ハ戸主ノ位ニ由リテ代表セラル然レトモ戸主其人ヲ指スニ非ス戸主ヲ更ムルモ同一ノ家タリ戸主權ハ祖先ノ權力即チ家ノ權

カニシテ戸主ノ位ニアル者之ヲ行用ス家ニ家産アリ家族ノ分有ニ非ス戸主一個ノ家産ニ非ス家カ人格者トシテ有スルノ財産タリ戸主ハ家屋ヲ管理シ之ヲ私有セス家ニ在ル者ハ之ヲ分割スルヲ得ス之ヲ共用スルノミ家ハ我固有法ノ法人格タル性質整然トシテ觀ルヘキナリ」〔同 405 頁〕

家法人は、家産——家に属し、戸主が管理し、家族が共用する——を有し、祖先教に基づいて永続的な性質を賦与された法人である。その法人格は、現在の構成員のみならず、祖先や子孫までも「彰表スル」のである。祖先教とのかかわりにおいて、家は単なる財産関係のみに留まるものではなく、また、構成員の変遷によって影響を受けないものとなる。

「家ハ財団ニ非ス社団ニ非ス又戸主ト同一物ニ非ス然レトモ家ハ尚法人ナリトスルコト我固有ノ民法タリ」〔同 402-3 頁〕

八東の国家論が要請する家の法は、おおよそこのような形態を取る。この「家法人」なる制度が、民法典に採り入れられなかったことは、Ⅲで述べたとおりである。八東の構想する「家法人」は、前節で見たように社团的な「家」であり(Ⅳ 1(2)c. 参照)、近代法として構想された民法の採るところではあり得なかったであろう。ただし、この制度が法として存続した例が、一つだけ存在した。皇室典範である。この点について、八東の行なった皇室典範の逐条講義を参照して、述べてみたい。

c. 皇室典範

皇室典範は、「皇室ノ御家法」であるが、「皇室ハ唯皇親族ノ家タル関係ノミナラズ国家主権ノ本源タル地位ニ在ル」ため、「典範ノ規定ト憲法ノ規定トガ相俟ツテ始メテ国体ノ基礎ヲ成」す、という性質を有する〔典範, 5-6 頁〕。ただし、その家法としての性質に着目するならば、そこには八東の述べた家法人の思考が見えてくる。

祖先から子孫へと家長の地位が受け渡されるという点は、皇位継承によって表

現されている。「皇位ハ我が天祖ノ御位」であり、「代々ノ天子ハ天祖ニ代ツテ天祖ノ権力ヲ行」なうその地位の継承は、「一般民法ニ云フ所ノ家督相続トカ財産相続トカ云フコト、ハ全ク趣意ヲ異ニ」するものである。ここで言う相続は、ある者の一身に属する権利を他者に継承することであるが、「皇位ノ継承ハ他人ノ権利ヲ受ケ継グノデハゴザリマセヌデ、其ノ永久不易万世ニ亘ル所ノ皇位ヲ如何ナル御方ガ皇統中ニ於テ承ケサセラレテ其ノ御位ニ即カセラル、カト云フコトヲ指シテ云フ」からである。この皇位継承は、「国ヲ肇メテ以来今日マデ引続キ将来モ万世ニ亘ツテ動かザルモノ」と観念されている〔同13-5頁〕。そして、神器の継承や各種の祭祀が、皇位継承の儀式的表現——祖先教——として、機能している〔同66-75頁〕。

家長の家族に対する支配権は、天皇と皇族との関係として規定されている。万世一系という言葉は、皇室が一つの家であるという意味であり、分家は認められない。皇族を成すのは、「男系ノ皇子孫及其ノ配偶者」であり、彼らは「皇室ノ家長権即チ皇位ニ属スル所ノ大権」のもとに服する〔同184頁〕。天皇の監督権は、皇族の婚姻についての勅許（40条）、皇族間訴訟の判決に対する勅裁（49条）、品位を欠く皇室を懲戒する勅旨（52条）、といった、皇室典範の条文中に見られる事項に留まるものではなく、「広く皇室ニ対シテ全般ニ及ブ所ノ家長権ノ行動」である〔同216頁〕。

家産については、世伝御料という制度が設けられている。これは、「永久ニ分割セズ譲与セズシテ伝フベキ」「皇室ノ御財産」である。この財産は「皇位ヲ継承セラル、御方ニ専ラ属スルモノ」であるが〔同270頁〕、「皇室ニ属スル」「皇室御一家ノ御料」として位置付けられ¹⁵⁾、普通御料——天皇自身の所有する財産——とは区別される〔同274頁〕。世伝御料は、皇室財産を強固にするという経済的な目的をもって設定される土地などの他に、「皇室ノ御由緒ニ於テ最モ貴重ナル御代々御伝承ニナルベキ御物」を含む。

以上のような八束の議論からは、彼の「家法人」論と皇室典範の規定する天皇家のあり方との親和性を読み取ることができよう。八束の「家法人」論は、民法

15) 世伝御料の所有権は皇位の継承によって代々の天皇に遷っていくものとされているが、天皇はこれを処分することができないため、実態としては家産となる〔典範、281頁〕。

典においては敗北したが、皇室典範においては生き残っていたのである。

d. 家族法と国家論

八束の説く家族法は、国家論において「事実」として示された諸々の事項を、法として具体化したものである。特に皇室典範は、彼の観念する「国体」が実定法化されたものとして位置付けられている。法の内容が国家論の具体化であると言うことは、すなわち、別様の法を任意に定めることができない、ということの意味する。八束においては、国体を害することは国家の結束を弱めることであり、国民の保護という国家の責務に反することである。したがって、国体に違背するような法を制定することは権力＝保護力の行使であるとは認められない。ここに、法に対する国体の規制作用が明確に現出している。民法典に対する激烈な攻撃は、それが彼の考える「国体」に反していたためであった。

e. 家族法と憲法

皇室典範は、誰が天皇になるかを定めている点において、「国体ノ基礎ヲ定ムル所ノ根本法」であり、「国家最高ノ法典」である〔典範、9頁〕。八束の説く家の法理と皇室典範とが連続性を有するのは、皇室が民族の始祖を祖先とする家であったためである。そしてまた、皇室典範は、天皇の家の構成と天皇の国の構成という拡張をもって、憲法へと連なっていくことになる。以下では、八束の憲法論について検討していこう。

(3) 憲法

八束の国家論は、なぜ天皇が国家の支配者であるのかを示したものであった。そして、彼の家族法論は、その理論を法的に表現していた。これに対して憲法論は、天皇は国家をいかにして支配するのか、という点を取り扱っている。ここでは天皇が支配者であることは当然の前提であり、その上で天皇制国家の諸機構についての議論が行なわれている。

a. 法的意味の国体

八東の憲法論は、国体の法的定義から始まる。

「国体ト謂フノ成語ハソノ用例一ナラス、従来ノ通用トシテハ広ク国家民族ノ特性ヲ指称ス、主権ノ所在如何亦固ヨリ其ノ国ノ特色ノ一タリト雖、必シモ之ニ限ルノ意義ニハ非サルナリ。然レトモ今茲ニ国家ヲ専ラ法理ノ方面ヨリ觀察スルトキハ、主権ノ所在如何ハ極メテ重用著大ナルノ特徴タリ、而モ適切ニ之ヲ表示スルノ成語ナシ、故ニ予ハ国体ト謂フ語ヲ使用シテ之ニ充テ、以テ法理ノ解説ニ便ス。」〔提要, 29-30頁〕

祖先教に基づく家国一致論、つまり「国家民族ノ特性」を国体という言葉で表現する八東であるが、憲法論に関しては、それを主権の所在という意味で用いている。この主権の所在は、「特定ノ一人」と「民衆」とに大別され、前者が君主国体、後者が民主国体となる¹⁶⁾。いずれの国体を取るかは、歴史によって定まる〔論 53, 98, 413頁〕。

主権とは、「国家ヲ統治スルノ権力ニシテ、其ノ本質ニ於テ、唯一、最高、無限ニシテ独立ナル者」である〔提要, 11頁〕。臣民は「絶対ニ、無限ニ、国家ニ従属シテ其ノ権力ニ服従スルコトヲ其ノ本質」とする「統治ノ客体」である〔同 191頁〕。

日本は歴史を通じて君主国体を取ってきており、それを変更することは許されない、と八東は説く。

「我カ国体ハ国初以来未タ嘗テ之ヲ変更シタルコトナク三千年ノ久シキニ亘リ時ニ或ハ政体ノ遷轉アリト雖恒ニ純正ナル君主国体ノ模範ヲ中外ニ垂レ……国体ハ変更スヘカラス、国体ノ変更ハ帝国ノ滅亡ナリ」〔大意, 9頁〕

日本においては、「国初以来」天皇が主権者であり、その点は今後とも揺るがない。これが、八東の憲法論の出発点である。この議論においては、天皇がなにゆえに主権者であるのかは問われていない。それは、憲法論の前提となる国家論によって取り扱われるべき問題である〔提要, 31頁〕。

憲法を制定するのは、主権者たる天皇である。

「憲法トハ国体ト政体トノ大綱目ヲ定メタル国ノ法則デアル……憲法ハ必ラズ
 國ノ主権者ガ作ルモノデアリマス。」〔講話, 前, 21 頁〕

そして、日本においては主権の所在 = 国体の変動していないため、明治憲法の制定は新しい国家を樹立するものではなく、単なる憲法改正である。

「帝国新憲法ハ我邦ノ法律的聯系ヲ破壊シ旧国体ヲ亡ホシ新国体ヲ興スモノニ
 非ラス……憲法發布式ハ憲法新定式ニアラスシテ古來立君独裁制ノ不文憲法ヲ
 変更シテ立憲君主制ノ成文憲法ニ改メラル、憲法改正ノ儀典ナルヲ知ラサル可
 カラサルナリ」〔論 1, 89, 4-5 頁〕

日本は古来より「立君独裁制ノ不文憲法」を有していたとされるが、明治憲法はそれを「立憲君主制ノ成文憲法」へと改正するものとして位置付けられる。それゆえ、明治以前と明治以後の法には、連続性がなければならない。ここから、「日本国体史ハ勿論苟モ新憲法ニ牴触セサル以上ハ古來ノ法令習慣ヲ參酌シテ解釈ヲ下ス可キコト」〔同 10 頁〕という解釈の原則が導かれることとなる。

16) 長尾龍一は、八東の国体概念について「穂積の国体概念が、日本的・西欧的の二義性をもっており、それを充分自覚していないことが、美濃部に『世界に君主政体の国は沢山あって、若し之を国体と称するならば、さういふ意味の国体は決して日本に特有なものではない』と批判される原因となる」〔長尾 70, 71 頁〕と述べているが、八東自身は国家論における国体（長尾の言う、くにならという意味での「日本的」国体）と法論における国体（主権者は誰か、という意味での「西欧的」国体）とを区別して論じている。八東は、君主を主権者とするという法的意味の国体は、日本に特有のものではないと考えており、東洋の君主制は法的意味での君主国体であると述べている〔提要, 43 頁〕。これゆえ、美濃部の批判は批判になっておらず、むしろ美濃部自身が、国体という語に対して八東が設けた区別を理解できていなかったことを示している。また、八東が両者の区別に自覚的でないという長尾の指摘も、八東自身が一応の区別を設けていることから、的はずれてであると思われる。長尾は、憲法論に「日本的」国体についての言及があることを問題視しているようであるが、法論が国家論の規制の下に成り立っている八東の議論においては、それはむしろ当然の帰結である。

b. 団体としての国家と「天皇即国家」

日本は天皇を主権者とする君主国体である、という上記の原則と、「国家ハ一定ノ民族、一定ノ領土ニ拠リ、独立ノ主権ヲ以テ之ヲ統治スルノ団体ナリ」〔提要、1頁〕という定義との関係はどのようになっているのか。この点は、八束が最も頻繁に攻撃されたテーマの一つである。国家法人説との対決というかたちで、八束はこれを論じている。

まず、国家を団体として規定したことが、事実上の国家法人説ではないか、という点について、八束はこう述べる。

「法人ノ語甚成熟セス且意義不明ナリ法律上ノ人格ノ義ナラハ国家ハ凡テ法律上ノ人格ヲ有スト為スモノト見ルヘク而シテ古今ヲ問ハス君主国共和国モ皆人格ヲ有スルト看做スヘキカ故ニ特ニ君主国共和国ヨリ一転シテ法人国ニ進歩スト云フソノ意義解スヘカラサルナリ」〔論 77, 05, 663 頁〕

国家が法律上の人格を持つという意味で「国家は法人である」と述べるのであれば、それは「古今ヲ問ハス君主国共和国モ皆人格ヲ有スル」のであって、特に問題はない。ただし、法人国なる語を以て主権は国家にありと説くのは、認められない。

「我帝国ヲ統治スルノ主権ハ万世一系ノ皇位ニ在ルコトハ民族千古ノ確信ニ由リテ固ク憲法第一条ノ明文ニ由リテ昭カナリ何ソ疑義ヲ其間ニ容ルルノ余地カアラン然ルニモ拘ハラズ学者異ヲ立テ新ヲ競ヒ巧妙ノ言語ヲ弄シテ皇位主権ノ大義ニ反対ヲ試ミントス寔ニ痛歎ノ至リナリ曰ク統治権ハ国家ニ在リ故ニ皇位ニ在ルコトヲ得ス曰ク国家ハ法人ナリ統治権ハ法人ニ在リ故ニ皇位ニ在ルコトヲ得ス曰ク君主ハ国家ノ機関ナリ故ニ統治権ハ皇位ニ在ルコトヲ得ス」〔論 79, 05, 673 頁〕

八束は、国家を、「独立ノ主権ヲ以テ」統治する団体〔提要、1頁〕であるとしたが、これは国家が主権を「持って」いる（主権は国家にある）という意味では

ない。ここでは、国家の内部に主権という権力が存在し、それによって統治が行なわれていることが要求されているのみであり、その権力の所在は、あくまでも天皇である。これゆえ、「統治権ハ皇位ニ在ルコトヲ得ス」という論は「皇位主権ノ大義ニ反対ヲ試ミ」るものであると捉えられることになる。

「国家トハ主権ト土地ト人民トノ三要素ヲ兼備スルノ団体ナリト解スレハ主権ハ国家ニ在リト云フハ主権ナケレハ国家無キノ義ニシテ之ヲ国家団体ノ存立要素ノ一ナリト断スルニ外ナラス其要素ノ一タル主権ノ皇位ニ在ルコトハ仍主権ノ国家ニ在ルコトト相妨ケサルナリ」〔同 674-5 頁〕

そして、「吾人亦国家ニ人格アルヲ認ム然レトモ国家人格主義ト主権ノ所在論トハ直接ノ関係ナシ」〔同 676 頁〕という結論が導かれる。では、人格としての国家と、天皇の主権とはいかにして繋がるのか。

ここで登場するのが、「天皇即国家」という標語である。この考え方については、長尾龍一が美濃部達吉の「国家が団体であることを認めながら、天皇即ち国家であるとするならば、其の論理的な必然の結果は、天皇は団体なりと謂はねばならぬことになりさうである」〔長尾 01, 381 頁〕というコメントを紹介しているが、これは適切な理解ではない¹⁷⁾。

八束の「天皇即国家」は、天皇という自然人の意思が国家という団体の法律意思となる、という点を示すものであって、天皇 = 国家という意味ではない。

「人カ生物トシテ天賦固有スルノ意思ハ自然意思ナリ、……法カ此ノ自然意思ヲ認知シテ保護スルトキハ即チ法律意思ヲ成ス」〔論 86, 07, 753 頁〕

「君主国体ノ本領ハ国家ノ法律意思ノ構成ハ特定一人ノ自然意思ヲ以テ之ヲ充実スルコトニ由リテ成立スルノ点ニ在リ、其一人ヲ指シテ君主ト謂フ、国家ノ諸機関ノ如キハ既ニ充実セラレタル国家ノ法律意志ニ由リテ存廢セラル、者ナ

17) 美濃部のコメントを引用した長尾自身も、「天皇即国家」という考え方については「奇妙な理論」として評しており、八束の議論を適切に理解し得ていないように思われる〔長尾 70, 96 頁註 (28)〕。

り、其国家ニ於ケルノ地位固ヨリ君主ト同シカラス、故ニ簡略ニ国家ノ意思ハ君主ノ意思ナリト云フヘク或ハ約シテ国家ハ君主ナリト云フコトヲ妨ケサルヘシ」〔同 757 頁〕

国家の法律意思、すなわち、法によって国民に対して命令を下す意思は、遡ればある人（または人々）の意思——自然意思——に至る。国家に対してこのような意思を供給する存在が、日本においては天皇という唯一の君主である。このような関係を八束は「天皇即国家」と言い表していたのである。

この際には、天皇の下にある諸々の国家機関は、自ら法律意思を発するものとは見なされない。憲法などの法によって設立された諸機関は、そこに集う人々の自然意思を天皇へと伝えるだけの存在である。

「統治ノ機関トハ、統治権ノ行使ノ為ニ之ヲ設クルノ機関ノ義ナリ。機関ハ自然意思ヲ収用シテ法律意思ノ構成ニ参加セシムルノ設備ナリ。憲法上ノ統治機構トハ憲法ヲ以テ之ヲ設備スル者ノ謂ナリ。機関ト謂フトキハ自己ノ為ニ存在シ行動スルノ主体タルニ非ス、他ノ目的ノ為ニスルノ設備タルコトヲ意味ス。自主ノ目的ナク、独立ノ人格意思ナキコト是レ機関ノ機関タル性格ナリ若シ之レ有ランニハ、是レ機関ニ非スシテ即チ主体タランノミ。機関ハ自然意思ニ成ルト雖、之ヲ以テ機関自己ノ意思ト為スニ非ス、主体ノ法律意思ノ構成ニ貢献スルニ過キサルナリ。」〔提要, 220-1 頁〕

このようにして、憲法によって設立された国家機関の全ての自然意思は、天皇の自然意思へと集約され、それが最終的に国家の法律意思となる体制が成立する¹⁸⁾。このような八束の議論は、国家は団体であり、法人格を有するという点においてはいわゆる国家法人説と一致しているが、君主の位置付けにおいては正反対の結論に至っている。

国家法人説の代表的論者であった美濃部達吉は、法人たる国家が主権を有し、国家の最高規範たる憲法が天皇に統治の権能を与えると考え、

「旧時代ノ学説ガ往々憲法ヲ作ル権力ト憲法ニヨリ作ラレタル権力トヲ區別シ、立法権、行政権及司法権は何レモ憲法ニヨリ作ラレタル権力ニシテ、憲法ノ下ニ在リ其ノ拘束ヲ受クルニ反シテ、憲法制定者ハ憲法ノ上ニ在リ其ノ拘束ヲ受クルモノニ非ズト為セルモノアルハ甚ダ不当ナリ。憲法ニシテ既ニ有効ニ成立シタル上ハ、憲法ハ総テノ国家機構ヲ拘束シ、君主ハ憲法ヲ蹂躪スル権能ヲ有セズ」〔美濃部 32, 73-4 頁〕

と述べている。さらに、天皇の権力については、

「憲法ハ国家ノ基礎法トシテ国家ノ統治ニ関スル一般ノ基礎原則ヲ定ムルコトヲ目的トシ、随ツテ天皇ノ大権ニ付テモ其ノ全部ヲ漏ナク規定スルコトヲ主義ト為スモノナルヲ以テ、現在ニ於テハ天皇ノ大権ハ原則トシテ常ニ憲法ニ其ノ根拠ヲ有スルモノト認ムベク、憲法ノ規定スル以外ニ於テ別ニ憲法ニ依ラザル天皇ノ大権アルコトヲ主張スル為ニハ、其ノ特別ノ根拠ヲ証明スルコトヲ要ス。」〔同 222 頁〕

と述べて、憲法に書かれていない権力は行使できないのが原則であるとしている。

ここから、主権者としての天皇と団体としての国家との関係、という問題が、実は天皇と憲法との位置関係の問題であった、ということが明らかになる。八東は、民族団体たる国家の内部に、主権を有する君主——その地位は祖先教によっ

18) この点に関して長尾龍一は、機関・君主・国家の意思関係について、「ここでは『自然意思』の担い手であった筈の天皇が『法律意思』の主体となっている。天皇の意思は、国家に対する関係では『自然意思』であるが、機関に対する関係では『法律意思』であるという鶴的存在なのである。」〔長尾 70, 75 頁〕と述べている。これは、「主体ノ法律意思ノ構成ニ貢献スル」という記述を読み違えたものであろう。自然人が自然意思を発し、それが国家の法律意思となる、という八東の立論に照らすならば、この箇所は、機関は「主体(天皇)の法律意思」を構成することに貢献する、という意味ではなく、機関は「主体が法律意思を構成すること」に貢献する、という意味であると考えなければならない。長尾はまた、議会や裁判所といった機関が「独立の人格意思をもつことはあきらかであるから、これも機関というより主体というべきであろう」〔長尾 79, 29 頁〕と述べているが、八東は議会が人格を有さないことを明言しているため〔講話, 前, 329 頁〕、この指摘は適当でない。

て基礎づけられる——が存在し、この君主が憲法を定める、という構図を描いたが、美濃部は、法人たる国家は、自らの活動の規範である憲法に基づいて存在するものであり、君主の権限は憲法によって授けられる、という構図をそれに対置したのである。八束が避けようとしたのは、美濃部流の学説によって、天皇が憲法に規制される存在とされてしまうことであった。天皇が憲法の下にあることは、法は君主の命令であるとする彼の信念に背くものである。また、天皇の権力が憲法によって定められると説くことは、民族の始祖の威霊によって天皇の権力を基礎づけるといふ、八束国家論の根本に対する攻撃である。美濃部は天皇機関説事件の渦中において、

「日本民族の初めて歴史に見れた時代から既に日本が万世一系の天皇を上戴着いて、天皇は天つ日嗣と仰がれ子孫永くこの国に君臨し給うて、皇統連綿天壤と俱に窮まりなかるべきことは、固く国民の確信を為して居るのであります。」〔宮沢70, 24頁〕

といった調子で国体を称揚していたのであるが、彼の学説は畢竟、天皇の権力を実定憲法の可変性に委ねる結果をもたらすものであった。天皇の地位の永続化に意を尽くす八束にとっては、このような態度は許し難いものだったのであろう。

c. 全能の君主・統治権の総攬・権力分立の関係

八束は、憲法論における国体・国家・天皇の位置付けを以上のように整序した上で、政体論を展開する。政体とは、時代によって変遷する政治体制のことであり、超時代的に持続する国体とは区別される。

「皇位ニ属スル所ノ権力ヲ如何ナル形式ニ於イテ動カスカト云フコト、即チ如何ナル制度ニ依ツテ国ヲ治ムルカト言フコトハ時勢ノ宜シキニ依リテ変ハリ得ルコトデゴザイマス。又ソレガ変ハツタテテ国体ニ傷ハ付キマセヌノデゴザイマス。」〔講話、前、63頁〕

明治憲法は、第一条のような国体を表明する条文を含んでいるものの、基本的には政体を定めた法である¹⁹⁾。日本は、「上世」においては「万機天皇ノ親裁ニ係ル」政体であったが、「中世」(律令天皇制の時代)には「漢土ノ法制ヲ採リ百官有司整然トシテ備ハリ、中央集権ノ政大ニ張ル」政体となった。その後は「武門権ヲ専ラニシ政令幕府ヨリ出ツ」る政体²⁰⁾が続いていたが、維新後は再び中央集権の立憲政体となった〔提要, 55頁〕。

この立憲政体は、君主国でも民主国でも行なわれうるものであって、君主主権という国体とは関係がない。八東は「立憲政体ト民主主義ト相提携スルモノノ如キ浅薄ナル妄想ハ各世人ノ脳裏ヲ脱セサルニ似タリ」〔論 53, 98, 414頁〕と述べて、美濃部の如き民権派的な発想を非難している。

八東が立憲政体の核心と見るのは、権力分立である。

「政体ハ国権作用ノ形式ニ由リテ分カル立法司法行政ノ三権カ同一人ノ手ニ在ルトキハ是レヲ専制政体ト称ス此ノ三権カ分立シテ各独立ノ機関ニ由リテ行使セラルルトキハ之ヲ立憲政体ト称ス」〔同 414頁〕

明治憲法はこのような意味で権力分立を規定している。では、それは天皇が統治権を総攬するという第4条と矛盾しないか。この点について八東は、天皇が憲法を定めてそれを用いているだけであるから、君主の全能は侵されていないと説く。

「総テ君主国体ニ於キマシテハ統治権ハ全然君主ノ権力デゴザイマス……総テノ政務ハ細大トナク悉ク皆君主ノ統治権ヨリ出デタルコトハ明白ナコトデアリマス。……併シナガラ立憲政体ニ則ル以上ハ或ル政務ハ必ず或ル機関ニ依リテ行フト云フコトモ亦全能ノ君主ガ定メラレタル所ノ規則デゴザイマスカラ憲法ノアル以上ハ又其ノ規則ニ依ツテ事ヲ処スルノデゴザイマス。……ソレガ御上

19) この点が、家族法との大きな違いである。

20) この時代の天皇について八東は、「天子ハ虚器ヲ擁スルニ近シ」「幕府ノ僭越ハ之ヲ容ルスヘカラス」〔論 102, 12, 979頁〕とまで述べているが、あくまでもそれは政体レベルの変化であるとする。

ノ思召シデソレガ全能ノ主権者ノ命ズル所デゴザイマスカラソレニ依ツテ行フコトハ少シモ君主ノ全能タル所以ヲ妨ゲヌノデゴザイマス」〔講話, 前, 34-5頁〕

八東は君主の定めた憲法に従って君主が統治するという事は、「少シモ君主ノ全能タル所以ヲ妨ゲヌ」というが、しかしその場合には、君主が法の下に自己を制限しているのではないかという疑問が生じる。これに対しては、

「自ら定メタル規則ニ依ツテ自ら国ヲ統治スルニ於テ少シモ自己ノ神聖ニシテ侵スベカラズト云フコトヲ損ズルコトハゴザイマセヌ。……君主ハ法律ノ下ニアルモノデハゴザイマセヌ。法律ノ上ニアルモノデゴザイマス。」〔同62頁〕

として、君主が自ら憲法を定められるのであるから問題はない、とされている。この点は、憲法改正の発議(73条)が天皇の専権であることと関係するであろう。

以上から、憲法によって設けられた機関が憲法に従って権限を行使することは、まさに天皇が統治権を総攬するという規定に沿うものである、ということになる。とはいえ、分立させられたそれぞれの機関について、君主が一切関与しないのであれば、それは「行フコトヲ得ザル権力ハ権力デアアリマセヌ権力ト云フ觀念ニ反シテオリマス。」〔同70頁〕という八東の言明と矛盾するであろう。八東の権力分立論は大権(天皇親裁)・立法権(議会)・司法権(裁判所)に権力を分割するものである。君主から相対的に独立した機関である議会と裁判所に対して、天皇はいかなる権力を行なうことができるであろうか。

議会については、法律案についての裁可大権という形で、天皇の権力が示されている。

「裁可ノ大権ハ法律ノ案ヲ裁可シテ法律トナス主権ノ働キデゴザイマシテ是レガ即チ立法権デゴザイマス。……裁可ハ君主ノ大権デアルト云フハ裁可スルトセザルトハ君主ノ自由デアルト云フ意味デゴザイマス。」〔同85頁〕

議会の法律案を法律とするのは天皇の裁可大権であって、厳密に言えば、議会そのものには立法権がないということになる。議会に対しては、天皇が絶大なる権力を発揮しようということになろう。

裁判所については、司法権は天皇の名において裁判所が行使するとされており、議会の場合のような権力ははっきりとは規定されていない。ただし、刑事裁判については「大赦特赦減刑及復権」を大権として命じることが可能である²¹⁾。

このようにして八東は、絶対的な権力を有する主権者としての天皇と憲法に従って統治する天皇との間のギャップを埋めようとするのであるが、この議論に対しては、八東が憲法破壊権を否定し、非常事態における超法的権力も認めていないことから、結局は自己拘束論に帰着している、という長尾龍一の指摘〔長尾 70, 76-7 頁〕などがある²²⁾。

このような見解は、天皇の絶対的な主権、という言葉で顔面通りにしか受け取ってこなかった点において、問題がある。八東は主権の絶対性について、

「国ノ主権ハ何事ニテモ事実思フ通りニナルカト言フ御尋ネガアルカモシレマセヌガ實際ハサウデハゴザイマセヌ。併シナガラ是ハ事実上出来ナイノデアリマス、法律上主権ハ為スコトノ出来ナイコトハナイノデゴザイマス。」〔講話、前、8 頁〕

と述べており、法的定義としての主権の絶対性と、事実上の権力行使の範囲とを区別している。では、「事実上出来ナイ」こととはなにか。

21) 行なうことのできない権力は権力ではない、という八東の見解が貫徹されていないことの証拠の一つとして、長尾龍一は、「司法権への Machtspruch」を承認していないことを挙げている〔長尾 70, 74 頁〕。たしかに、八東は司法権について、条文どおりに「天皇ノ名ニ於テ」と述べるに留まり〔提要, 326 頁〕、それ以上の積極的な発言をしていない。議会に対する議論に比べると、きわめて貧弱である。八東は、裁判所は法を肅々と適用するだけの一執行機関に過ぎないと考えていたのではないだろうか。裁判所がこのような機関であるならば、そこには天皇の権力を脅かすような要素は存在せず、天皇自らがそこに大権を以て乗り込む必要もないであろう。

22) 天皇主権と権力分立との矛盾についての指摘は、他にも鈴木安蔵〔鈴木 70, 240 頁〕、マイニア〔マイニア 71, 104-7 頁〕など、多くの論者に見られる。

この点については、権力＝保護力、という国家論における定義を想起するべきであろう。国家におけるあらゆる権力は、主権者が臣民を保護し、国家を円満に運営していくための力として定義されていた。このことは、裏を返せば、国家に害を為すような形での権力発動は、そもそも主権者の行なうところではない、ということになる。そして、民族の宗家を代表する天皇は、不変の国体に基づいて、国家を保護する存在にはほかならない。国体に基礎を置き、それを維持していく存在である天皇は、絶対的権力を気ままに振り回し、かつて自らが定めた法でさえも破壊してしまうような絶対的権力には、なりえないのである。それゆえ、天皇の絶対的権力は、権力としては絶対的であるが、権力とは言えないような横暴な振る舞いをする事まで認められているものではない、ということになる。このような観点から憲法を見ると、臣民の保護と国家の発展の為に最善であると考えて制定した欽定憲法を天皇自らが毀損するような行為は、権力の範囲を超えるものであり、そもそも、天皇がそのように行為するということ事態が想定の外である、ということとなろう。

長尾龍一は、シュミットのな主権論の視点から八束の議論を観察しているために、この点を見過ごしている。八束の提唱した国体概念が、絶対的と言われる主権でさえも規制するような位置付けを有していることに、注意を払わねばならないであろう。

このように考えるならば、八束の主権論との類似性を指摘されるべきは、むしろジャン・ボダンのそれである。ボダンは、自由に主権の絶対性を述べつつも、主権者が一定の制限——自然法、王国基本法など——に服すべきことを述べており〔佐々木73, 118-23頁〕、この点は八束の言う主権の絶対性が、国体による規制という一定の制限のもとにあることと一致する。ボダンは、主権者はその権力の絶対性ゆえに、この制限を突破しうる存在であることを認めるが、しかしその際には、主権者はもはや「正当的」な王ではなくティラン²³⁾となる、と論じる。つまり、ティランもまた主権者である、という形で、主権の絶対性とその制限と

23) ティラン (tyran) とは、圧政を行なう暴君のことであり、ボダンの定義においては、王権篡奪者および統治権力の濫用者、という二つの類型が置かれている〔佐々木73, 123-7頁〕。

を両立させたのである〔同上〕。これに対して八東は、主権者がティランでありうるはずがない、という形で、同じ問題を処理していると言えるであろう²⁴⁾。

したがって、憲法に基づいて統治を行なう天皇、という八東の議論は、天皇が法に制限されるのでも、君主が自己拘束を行なったのでもなく、天皇がそもそも国体によって制限を受けた存在であり、その範囲内での「絶対性」を有するに過ぎない、と言うべきである。

d. 権力分立の意義

八東は、天皇に主権があるという国体を不変のものとし、明治においては権力分立に基づく立憲政体があるとする。権力分立は、統治権を天皇が総攬するという前提の下で、一部の権限を諸機関に委ねるものである。そこに込められた意味は、議会との関係で明らかになる。

八東は立憲政体における権力分立を専制政体との対比によって定義する。三権が同一人物の手中にある専制政体は、「権力ノ濫用ニ流レ」る傾向にあるので、明治憲法はこれを採らなかつたに過ぎない²⁵⁾〔論 53, 98, 415 頁〕。この点を「誤解」して、権力分立を議会制の導入であると考える者に対して、八東は激烈な批判を展開する

「立憲制ノ完成ヲ期スルカ為ニ民主共和ノ精神ニ傾向スルカ如キ憲法蹂躪ノ暴論ハ多ク此ノ妄想ニ根由ス」〔同 414 頁〕

24) さらに、家権力と主権とを類似のものとするボダンの思想と、八東の家国一致論とに相通ずるものがある、という点も、見過ごすわけにはいかないであろう。この点については、成瀬治の論考〔成瀬 85〕を参照されたい。

25) 八東自身は、専制政体が悪であるという考えを持っていない。「政談トシテハ立憲制ナル者果シテ専制政治ニ優ルヤ否ヤ蓋大ニ論究ヲ要ス……吾人ハ立憲制ヲ以テ政治ノ理想ナリト言ハス専制政治ヲ必シモ絶対ニ反抗スヘキ政体ナリト言ハス政談トシテハ別ニ所見アリ」〔論 54, 98, 421-2 頁〕。専制政体そのものが否定されるべき政体であるならば、それは日本の古来の政体（天皇親裁）を否定してしまう結果に至るためであろう。明治憲法においては、天皇ではなく行政権（天皇の行政大権に基づく政府以下の国家機関）によって権力が濫用されるケースが想定されている〔講話、前、226 頁、240 頁〕。天皇が権力を濫用するという想定は、権力によって国民全体を保護する天皇、という彼のイメージとは相容れないのである。

「政府国会裁判所カ独立ノ権域ヲ以テ相對峙シ相牽掣スルコト是レ立憲制ノ主旨タリ立憲制ハ專制政治ト相容レス其專制ハ政府ノ專制タリ国会ノ專制タルトヲ問ハサルナリ立憲制ノ要素ハ民主主義ニアラス三権分立ノ國家組織ニアルコトヲ忘ルヘカラス」〔同 415 頁〕

この点から、八東が権力分立を前面に押しだした理由が明らかになる。彼が拒絶したのは、議会の専制であった。「民主共和ノ精神ニ傾向」して議院内閣制を導入すべしと謳う人々に対して、八東は権力分立を楯にして立ち向かったのである。

「議院政党内閣制トハ議院多数政党ヨリ政府内閣ヲ組織シ議院ノ決議ニ由リテ進退スルコトヲ憲法上ノ要件ト為スノ制度ナリ……如此ナレハ国政ハ甚円満ナラン但シ立憲制ノ本旨ニ反シ專制ノ政体ニ歸スルノミ所謂議院政治トハ議院專制政体ノ謂ナリ……世人或ハ立憲政体ノ完成ヲ期スルカ為ニ所謂議院政党内閣制ヲ主張ス事理ヲ弁セサル亦極レリ寧ロ專制政体ノ完制ヲ期スル者ト云フヘキナリ」〔論 53, 98, 416 頁〕

議会の多数党が内閣を組織し、行政権を行使する議院内閣制は、議会と政府という別々の機関を、同じ主体によって統御せしめるものであり、専制政体である。たしかに、この制度によれば立法と行政との連携が進み、「国政ハ甚円満」になるであろう。しかし、八東はこれを認めた上でなお、そのような実利によって憲法に規定された権力分立を損なってはならない、と考える。

「我カ憲法ハ國家永遠ノ利弊ヲ洞察シテ所謂立憲君主制ヲ取り國家全局ニ對スル大政ノ施行ハ多ク政府ト議會トノ二憲法機關カ一致スルニ非ラサレハ之ヲ為スコトヲ得サルノ原則ニ依ル以上ハ專制ノ弊ヲ免ル、ト同時ニ或ハ時ニ国政渋滞ノ憂ナキコト能ハサルコトヲ覺悟セサルヘカラス」〔論 55, 99, 429 頁〕

憲法は、政府と議会とが衝突して国政が停滞するであろうことを織り込んだ上で、

それでもなお、「専制ノ弊」を除去することを選んだ、と八束は考えているのである²⁶⁾。

この帰結として、八束は内閣という制度それ自体を否定する。

「憲法ハ直接ニ内閣制ナル者ヲ認メス唯國務各大臣ヲ認ムルノミ……國務各大臣ヲ合称シテ内閣ト唱ウル習慣アルニ過キササルナリ……大憲ノ明文ニ(第十五条)『國務各大臣ハ天皇ヲ輔弼シ其ノ責ニ任ス』ト宣言シ単ニ國務大臣ト謂ハス憲法ノ他ノ法条ニ於テハ省略シテ単ニ『國務大臣』ト呼フニ拘ラス其ノ職守ト責任トヲ明カニスルノ此ノ条ニ於テハ特ニ『國務各大臣』ト明言シ以テ所謂連帯責任若ハ党援連絡ノ内閣制ヲ採ラサルコトヲ明白ニシ各大臣ハ各個ノ資格ニ於テ至尊ノ信任ヲ辱ウシ各個ノ職責トシテ輔弼ノ地位ニ在ルノ大義ヲ宣言シタリ」〔論 54, 98, 417-8 頁〕

國務大臣は、それぞれ独立に天皇を補弼する存在であって、大臣たちの集まりである内閣は、単にそう呼ばれているというだけの「習慣」によるものである。そこには、「内閣」という機関は存在せず、連帯責任もない²⁷⁾。各大臣が各々の責任によってその職責を果たすのみである²⁸⁾。

そして、天皇は大臣の任命権を持ち、大臣は天皇に対してのみ責任を負うということから、議会の政党による大臣の任免は拒絶される²⁹⁾。

26) 長尾はこのような八束の態度を「後のカール・シュミットは、民主主義と自由主義を区別することによって、自由主義を排斥したが、穂積は同一の区別によって民主主義を排撃している」と評している〔長尾 70, 83 頁〕が、これは誤りである。シュミットの論旨は、自由主義が議院内閣制へと変化し、三権分立を廃した議院専制へと変革している現状においては〔Schmitt 1926, S. 62-3, 邦訳 89-90 頁〕、民主的独裁者たる大統領が憲法の番人となるべきである〔Schmitt 1931, S. 158-9, 邦訳 199 頁以下〕、というものであった。八束の論旨は、議院が議院内閣制へと変化し、議院専制に陥ることを防ぐために、三権分立を徹底して君主「大権ノ特立」を護るべきである、というものである。したがって、両者の攻撃対象は実は同一物、すなわち議院専制である。シュミットが民主独裁を論じたのは、当時のドイツにおいてはもはや君主制は成り立たない、という判断によっていたためであった〔Schmitt 1934, S. 54-5, 邦訳 67-8 頁〕。これに対して八束は、まさに君主制国家の憲法論として、君主大権を大幅に認める権力分立によって議院内閣制を否定したのであった。

「大臣ヲ任免スルハ大権ノ自由ニ専属ス君主カ政党ノ外ニ立ツノ重臣ヲ信任シテ國務大臣ト為シ國務大臣ハ議院ノ向背ニ由リテ進退セス専ラ至尊ノ信任ニ由リテ黜陟セラルル何ソ憲法ニ非違スル所アラン」〔同419頁〕

すなわち、政党の外に立ち、議会と対立する重臣が大臣となることは、天皇の大権によって認められているのであり、憲法が議院内閣制を要請しているという考えは成り立たない、ということになる。議会は一部の利益の代表者であり、君主は全ての利益の代表者である、という八束の主張（Ⅲ 2(1)c.参照）に照らすならば、「政党ノ外ニ立ツノ重臣」を登用することが、むしろ憲法の要請であるということになる。

e. 立法権と大権

権力分立論において議会制と対決する八束にとっては、天皇の大権と立法権との棲み分けが最も重要な関心事である。大権とは、「憲法上ノ規定トシテ帝國議會ノ干涉ノ外ニ独立シ君主ノ専権ニ属スルノ政務ノ施行ニシテ法律ヲ以テ侵犯スヘカラサル所」〔論52, 98, 407頁〕である。たとえば、憲法11条の「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」は、天皇の統帥大権を示すものである。

-
- 27) 國務大臣と國務各大臣という一字の違いからこれを読み取るのはやや強引であるようにも思われる。この点を意識してか、八束はこの点について、『憲法義解』の解釈を踏襲したことを強調している。そして、憲法および『義解』の事実上の起草者ともいべき井上毅自身が、「憲法第五十五条ニ各ノ一字ヲ加ヘタル周匝ナル立法者ノ用意ニ注目スヘキコトヲ懇論」していたことを紹介して、この解釈が立法者意思に適うものであるという正当化を図っている〔論54, 98, 418頁〕。これに対して、美濃部達吉は内閣の連帯責任を「憲法ノ明文ヲ以テ規定セラルルモノニアラザルヲ以テ必ズシモ憲法上ノ要件ト認ムルヲ得ズト雖モ」〔内閣制度ノ性質ニ基ク当然ノ原則〕であると述べている〔美濃部32, 293頁〕。
- 28) 八束は、このような考えを推し進めて、詔勅についての「國務大臣ノ副署」について、誰か一人の署名があればよいとする。それぞれの國務大臣が、その担当に係る詔勅に副署をするというのは当然のことであるが、憲法上は、担当外の詔勅に副署しても差し支えない。大臣相互の役割分担はあるが、國務大臣である以上、独立して天皇を補弼できるのである〔講話、後、119-120頁〕。
- 29) 美濃部はここでも、明文はないが憲法の精神に照らせば疑う余地はないとして、國務大臣の議会に対する政治責任を認めている〔美濃部32, 305頁〕。これによって、内閣は、議会の不信任案の可決に対して総辞職または衆院の解散を行なう、という「政治慣習」が、一切の明文上の根拠がないままに正当化されている〔同309頁〕。

八束によれば、天皇は統治権の総攬者であるから、このように各種の大権を憲法上に列挙する必要は無いはずであるが、敢えてそれをしている理由は、「議會ノ干渉ヲ容レス其ノ議權ノ外ニ在ルコトヲ明劃」にするためである〔論 52, 98, 409 頁〕。つまり、憲法に書いてあるか否かにかかわらず、天皇は、憲法が独立の機関に委ねた事項以外の全てについて権限の推定を受けるのであるが、その中で特に議会の関与を否定するべきものについて、大権が設定されている、ということである。これを以て八束は「大権ノ特立」を主張した〔同 409-10 頁〕。

これに対して、立法権は狭く解釈される。

「法律トハ議會ノ協賛ヲ経テ御裁可ガアツテ公布ニナツタル所ノ特種ノ形式ヲ備ヘタル国ノ成文法則デアル……故ニ立法ト云フコトハ唯國ノ法則ヲ立ツルト云フ広イ意味デハアリマセズシテ法律ト名附クル所ノ特種ノ形式特種ノ効力ヲ成文ニ定ムルコトヲ指シテ立法ト申シマス。」〔講話, 前, 79-80 頁〕

国家の成文法則（法律、勅令、その他）のうち、議会を経たものが法律である。法律は、憲法において法律によって定められるべしとされた事柄（立法事項）を取り扱うものであり、大権事項には干渉できないとされる。

このように、八束は憲法の字句に即して、大権事項は大権勅令によって、立法事項は法律によって規定せねばならないとするが、そのどちらでもない事柄（法令共同事項）については、「時ノ宜シキニ従」って、行政命令（第9条の行政大権に基づいて天皇が発する）でも法律でも規定しようと述べている。ただしこの場合、行政命令は法律を変更できない〔同 127-8 頁〕。

八束は、天皇から発せられる命令と議会が関与する法律とを、国家法の2大カテゴリーとしたうえで、両者の棲み分けを厳格に貫き通すことを主張した〔同 128 頁〕。このことは、議会の権限を最小限——予算案・法律案の審議——に留め、その勢力の伸張を許さないという姿勢を示す。命令と法律が並び立つということは、国家法の制定に関する一部分が初めから議会の関与外に置かれているということである。法令共同事項については法律に優先権があるとはいえ、法律裁可権はそもそも天皇が握っている。

以上のような議会と天皇との間の権力分立のあり方から見てくるのは、八東の権力分立論が、いわゆる立法・行政・司法の分立とは大きく異なるという事実である。この権力分立はむしろ、立法を非常に狭く解することによって、擬似的な君主専制を実現したものであるとあってよい。立憲制の核心を権力分立に求め、それによって議院内閣制を否定した八東は、この点では逆に、権力分立という名目が辛うじて立つような形で君主権力を最大限に温存しようとしている。その基礎には、議院内閣制を認め、普通選挙を導入することは、天皇主権への疑念を呼び起こすことにつながる、という洞察があった。国会は「人民ノ事務所ニ非ス」〔論64, 01, 530頁〕と述べ、その権力拡張に反対した八東は、議院内閣制や国家法人説が有する「民主共和」的な方向性³⁰⁾を、正確に見抜いていたのである。

これゆえ、八東の権力分立論は、事実上天皇へと権力を集中する方向性と、権力分立という建前に則って天皇に帰属しない権力を創出していく方向性との間で分裂し、その結果として天皇自身に多様な役割を担わせることになった。八東の憲法論においては、天皇は、①法的意味の国体に基礎づけられた主権者（憲法制定者）、②政体における統治権の総覧者、③憲法成文上の大権の親裁者、という3つの段階で登場する。大権親裁者としての天皇は、他の国家機関（国会・裁判所）と並び立ち、別々の職責を担っている。しかし天皇は、同時に統治権の総覧者でもあるため、国会や裁判所の職務は、すべて天皇の意思と見なされることとなる。そして、主権者である天皇は、憲法の規定に従って自らの意思を国家意思とすると共に、場合によっては憲法の規定そのものの改正をも行ないうる存在であった。

30) ハンス・ケルゼンは、「民主政治においては、国家そのものが支配の主体としてあらわれる。ここに国家人格というベールが、人が人を支配するという民主主義的感情にとってたえがたい事実を隠蔽する。国法学にとって基本的となった国家人格説は、疑いもなくその根底をこのデモクラシーのイデオロギーにもおいている。」〔Kelsen 1929, S. 11-2, 邦訳41頁〕と指摘している。権力者に対して服従するという事態を覆し、法の下で治者と被治者とが対峙すること、立法を議会が掌握することによって被治者の自由を治者の権力から守ること、国家法人説はまさしくこれらの表現であり、それは美濃部の議論にも色濃く表れている。天皇権力と服従との関係を基礎に据える八東にとっては、国家法人説の通説化および議会制の拡張は、耐えがたい事態であった。

f. 厳格な憲法解釈

ここまで、八束憲法論の内容について論を進めてきたが、今ひとつ検討せねばならないのは、彼の憲法解釈の方法論である。八束の憲法論は、憲法の字句を忠実に追ったものである。その特徴が明瞭となるのは、委任立法論、および命令と法律との区別においてである。

八束は、委任立法を原則として禁じている。

「法律ノ委任ト云フ觀念ハ蓋三権分立論ノ遺物ナリ其ノ説ニ依レハ立法司法行政ノ三権各独立シテ権力ノ主体タリ故ニ立法権ノ主体タル国会カ行政権ノ主体タル君主ニ自己ノ権利ヲ委任シテ行使セシムルト云フノ法理ヲ採リタルカ如シ……如此ハ全然我国法ニ矛盾ス」〔論 35, 95, 315 頁〕

立法・行政・司法が権力主体として独立しているようないわゆる「三権分立」においては、議会は行政にその権力の一部を委任することも出来るであろう。しかし、日本における議会は憲法によって設置され、憲法にある手続を行なうだけの存在であるから、自らの権限を勝手に放棄して行政に委任することは許されない。議会と行政とが権限を融通しあうならば、それは憲法違反である。

「我憲法ハ立法権大権、司法権各々其畛域ヲ分チ之ヲ紛更セサルコトヲ其根本ノ大義トス今若三権相互ノ間ニ其権能ヲ委任スルノ自由アラシメハ何ニ由リテカ立憲ノ本旨ヲ全ウスルコトヲ得ン憲法上ノ大権事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ立法権ニ委任シ立法事項ハ法律ヲ以テ之ヲ大権ニ委任スルノ自由アラシメハ……一片ノ単行法令ハ能ク政体ヲ根底ヨリ顛覆スルコトヲ得ン之豈憲法ノ法理ノ許ストコロナランヤ」〔論 78, 05, 671 頁〕

憲法に定められた事項について委任が自由であるとするならば、極論すれば、軍の統帥権を議会に委任する勅令によって国家のあり方そのものを変更することができるであろう〔同 671 頁〕。これは断じて避ける必要がある、と八束は考える。

そもそも、法律の委任というシステムは、なぜ必要とされるのか。これについ

て八束は、「法律ノ委任ト云フ陳腐ノ説明ハ立法者カ窮屈ナル憲法ノ下ニ施政スルノ困難ヲ避ケンカ為ニ行ハレタル口実ニシテ推理ノ当然ノ結果ニ非ス」〔論 35, 95, 317 頁〕と述べて、法理の問題ではなく、むしろ困難を避けようとする立法者の怠慢であると考えている。議会と政府との対立、衆議院と貴族院の対立を肯定し、その不利益を甘受しつつも議会専制を排斥せよとする八束にとっては（IV 2 (3) d. 参照）、法律の委任の制度は議院内閣制への道を開くものである³¹⁾。

また、命令と法律との使い分けについても、八束は非常にこだわっている。この点が、立法と大権との分水嶺を為すためである。

「憲法ハ厳正ニ解釈セサル可カラス又特ニ法律ト命令トノ分界ヲ明カニスルニ於テ最慎重ヲ加ヘタリ今憲法カ或事項ハ法律ヲ以テ規定ス可シト明言シタルハ命令ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ許ササルノ意タル字句ニ於テ又精神ニ於テ一点ノ疑義ヲ存スヘキ余地ナシ」〔同 316 頁〕

この厳正な解釈は、法律の行きすぎに対しても、命令の行きすぎに対しても發揮される。

例えば、輸入した魚に対する税率を勅令によって変更可能とした法律については、税は立法事項である（21 条）という点から反対している〔論 61, 00, 507-8 頁〕³²⁾。また、馬の輸出を禁じる「法律ニ代ルヘキ勅令」（8 条）については、立法事項でなく、しかも法律が備わっていない事項についてそのような勅令を発する必要はないので、単なる命令で対処すべきであると説いている。これは、法令共同事項についても法律を以て規律するのが原則であるかのような外観を呈することを嫌ったが故である〔同 508-9 頁〕。

このような観念は、司法権にも及ぶ。八束は、刑法が刑の執行の猶予・免除を

31) また、委任の禁止は、「融通はきかないが Ermächtigungsgesetz や国家総動員法のようなものを防ぐ意味もあって、『進歩的』とか『反動的』とかいう図式ではとらえられない」ものである〔長尾 70, 98 頁註 (38)〕。そして実際に、衆議院における国家総動員法に対する反対討論の中で、八束の主張が引用されていた〔長尾 01, 365 頁〕。

32) 長谷川正安は、八束が「立法事項の行政権からの不干涉」を問題としていないと主張しているが〔長谷川 59, 178 頁〕、八束はここで、まさにその問題を扱っている。

導入するに際して、これらは天皇の赦免大権(16条)によって行なわれるべき事項であり、裁判所の干渉は許されないと主張している〔論69, 03, 575-80頁〕。

八束は、以上のような厳格な——杓子定規とさえいいうる——解釈論を展開したのであるが、その眼目は、憲法の「運用」と称して議会政治を導入しようとする勢力との対決であった。

「公平ノ柄ヲ執リ司直ノ直務ヲ全フセント欲スル法理学者ハ……静思熟慮以テ憲法ノ神聖ト威厳トヲ擁護スルノ覚悟ナカルヘカラス。……議会ノ憲法上ノ権域ヲ蔑視シテ君主専制ヲ説クノ不当ナルト同時ニ大権特立ノ原則ヲ蔑視シテ議院専制ヲ説クノ不法ナル何人モ知ル所タリ。二者共ニ憲法ノ改正タリ何ソ憲法ノ運用ト謂フヲ得ン。」〔論52, 98, 410-1頁〕

円滑な国政運営を実現するため、といった目的論的な解釈論によって議会の勢力が増すことは、「憲法ノ改正」であり、認めてはならないのである。言葉尻を捉えるような八束の議論は、君主権力、「大権ノ特立」の維持のためであった。明治憲法の各条文は、文言の上では八束の目的に沿ったものであった。彼の議論はそこに依拠したのである。

(4) 行政法

穂積八束は、行政法の講義を担当することがあり、『行政法大意』という著作も遺している。権力分立を大権・立法・司法の三種であるとする八束において、行政はいかなる地位を占めていたのであろうか。

a. 行政の定義

行政とは、「大権及法律ノ範囲内ニ於テ国家ノ目的ヲ達スル者」である。天皇に専属する大権と、議会が協賛する法律とを實踐し、「國権ノ維持ト公共ノ安寧福利トヲ保全スル」役割を担う〔行政, 1-2頁〕。

この意味での行政は、天皇の下に置かれる官僚制機構である官府によって担われる。

「行政ハ官府ニ由リテ之ヲ行フ。官府ハ主権者カ之ニ一定ノ職権ヲ与ヘテ國務ヲ弁理セシムル者ナリ。若全能ノ君主名実共ニ百般ノ政務ヲ親裁処理シ官府ヲ設備スルコト無ケレハ則チ行政無シ。行政無キニ非ス法理ノ解説ニ於テ大権ト行政トヲ區別シ特ニ行政法理ヲ構成スルノ要無キナリ。茲ヲ以テ公法ノ上ニ行政ト謂フトキハ官府ノ職司ニ由リテ行ハルル政務タルコトヲ指示ス。」〔同2頁〕

天皇が全てを処理できれば官府を置く必要はないのであるが、それは実際には不可能である。このため、一部の政務は、官府が代わりに行なわねばならない。この部分が行政であり、これに関わる法が行政法である。

行政というためには、もう一つの条件が必要である。それは、「官府ニ由リ臣民ニ対シテ発動スル国権ノ行使」であることである〔同2頁〕。國務大臣が天皇を補弼することも、官府の行為と言えるであろうが、これは憲法上の問題である。憲法で画定された政体の下で、実際に国家機関の外部と向き合って国権を行使する場面が、行政なのである。

このように定義された行政は、外務・軍事・財政・内政・司法からなる。司法が含まれていることは奇妙であるようにも思われるが、『行政法大意』では、行政として扱われている³³⁾。

b. 行政法の具体的内容

行政法の具体的内容として注目に値するのは、親族制及び家制が含まれている点である。

33) 天皇の名において、国民に対して司法権を行使する裁判所は、官府としての要件と国民に対する国権の行使という要件を共に満たしているので、上述の定義に照らせば、行政であると言いうる。また、八束は、行政と司法が「法律ヲ正シ法則ヲ維持シ人々ノ権利義務ガ正確ニ保護サルルコトヲ目的トスル」という点において一致している、とも述べている〔講話、後、142頁〕。法は主権者の命令であり、社会を円満に発達せしめる道具である、という八束の見解(IV 2(1)a. 参照)を想起するならば、行政と司法とは共に天皇の命令を實踐する活動であり、両者の境界は存在しないことになる。八束は、行政官は上級官府の監督を受けるが、裁判官は上級審の監督を受けない、という行動形式の差異をもって、両者の違いを説明している〔同144頁〕。

【表2】穂積八束『行政法大意』目次(第三版、八尾書店、1898年)

<p>第一編 行政 第一章 行政行為 第一節 行政行為 第二節 行政行為 第三節 行政規則 第四節 行政規則 第五節 監督及訓令 第二章 人格 第一節 公法上ノ人格 第二節 公法上ノ權利 第三節 行政訴願 第四節 行政訴訟</p>	<p>第十節 府県ノ機關 第十一節 府県ノ財政 第十二章 府県行政ノ監督 第四章 行政裁判 第一節 行政裁判所 第二節 行政裁判法 第三節 行政裁許 第四節 權限爭議</p>	<p>第二款 租稅 第三款 徵收 第四款 手数料 第五款 專業 第四節 會計 第一款 總則 第二款 預算 第三款 預算ノ効力 第四款 會計検査 第四章 內政 第一節 總說 第二節 人事 第一款 分限 第二款 細族制 第三款 家制 第四款 國民分限 第五款 戶籍 第六款 法人 第三節 治安警察 第一款 警察 第二款 警察規制及処分 第三款 公安警察 第四款 集會及結社 第五款 出版 第六款 非常警察 第七款 警察 第四節 衛生 第一款 衛生 第二款 傳染病予防 第三款 醫師藥劑師及病院 第五節 經濟 一、土地 第二款 公ノ營造物 第三款 土地公用制限 第四款 土地公用徵收</p>	<p>第四款 農業 第五款 水利組合 第六款 森林 第七款 狩獵 第八款 漁業 第九款 鋤業 二、商工業 第十款 營業 第十一款 營業組合 第十二款 工業 第十三款 特許 第十四款 意匠及商標 第十五款 版權 第十六款 商業 第十七款 貨幣及度量衡 第十八款 市場及取引所 第十九款 銀行 第二十款 商業會議所 三、交通 第二十一款 道路 第二十二款 鐵道 第二十三款 郵便電信及電話 第二十四款 水路 第二十五款 河川 第六節 船舶及船員海員 第一款 教化 第二款 教育 第三款 小學校 第四款 高等教育 第五款 宗教 第五章 司法 第一節 司法 第二節 裁判所 第三節 弁護士及公証人 第四節 爭議事件及非訟事件 第五節 司法行政事務</p>
<p>第二編 行政組織 第一章 總則 第一節 行政組織 第二節 官府 第三節 官吏 第四節 地方団体 第五節 中央行政 第六節 自治行政 第二章 中央官制 第一節 內閣 第二節 各省大臣 第三節 府県知事 第四節 郡長 第三章 地方団体 第一節 市町村ノ構成 第二節 市町村ノ機關 第三節 市町村ノ財政 第四節 市町村行政ノ監督 第五節 郡ノ構成 第六節 郡ノ機關 第七節 郡ノ財政 第八節 郡行政ノ監督 第九節 府県ノ構成</p>	<p>第三編 行政各部 第一章 外務 第一節 總說 第二節 外務大臣 第三節 公使 第四節 領事 第五節 條約 第二章 軍事 第一節 總說 第二節 兵制 第三節 兵役 第四節 兵役 第五節 徵兵 第六節 軍事負擔 第七節 徵發 第八節 賦役及賠償 第三章 財政 第一節 總說 第二節 資產 第一款 資產 第二款 財產管理 第三款 國債 第四節 收入 第一款 收入</p>	<p>第二款 租稅 第三款 徵收 第四款 手数料 第五款 專業 第四節 會計 第一款 總則 第二款 預算 第三款 預算ノ効力 第四款 會計検査 第四章 內政 第一節 總說 第二節 人事 第一款 分限 第二款 細族制 第三款 家制 第四款 國民分限 第五款 戶籍 第六款 法人 第三節 治安警察 第一款 警察 第二款 警察規制及処分 第三款 公安警察 第四款 集會及結社 第五款 出版 第六款 非常警察 第七款 警察 第四節 衛生 第一款 衛生 第二款 傳染病予防 第三款 醫師藥劑師及病院 第五節 經濟 一、土地 第二款 公ノ營造物 第三款 土地公用制限 第四款 土地公用徵收</p>	<p>第四款 農業 第五款 水利組合 第六款 森林 第七款 狩獵 第八款 漁業 第九款 鋤業 二、商工業 第十款 營業 第十一款 營業組合 第十二款 工業 第十三款 特許 第十四款 意匠及商標 第十五款 版權 第十六款 商業 第十七款 貨幣及度量衡 第十八款 市場及取引所 第十九款 銀行 第二十款 商業會議所 三、交通 第二十一款 道路 第二十二款 鐵道 第二十三款 郵便電信及電話 第二十四款 水路 第二十五款 河川 第六節 船舶及船員海員 第一款 教化 第二款 教育 第三款 小學校 第四款 高等教育 第五款 宗教 第五章 司法 第一節 司法 第二節 裁判所 第三節 弁護士及公証人 第四節 爭議事件及非訟事件 第五節 司法行政事務</p>

「親族トハ同始祖ニ出テ血縁相通スル者ノ謂ナリ。故ニ親族ハ其ノ姓ヲ同フシテ之ヲ表章スルヲ古法ノ通則トス。」〔同 160 頁〕

「家ハ親族団ニシテ家長権ヲ以テ之ヲ統治スルノ者タリ。我国古來家制ノ組織ニ於テ變遷アリト雖習俗法制共ニ家制ヲ以テ民生ノ基礎ト為スハ古今相通シテ同シ。」〔同 163-4 頁〕

これらの記述は、八東の家制論を直接に反映している。また、参考法令として民法親続篇が挙げられており、公法的位置付けが為されている。

『行政法大意』では、これ以外にも、警察、衛生、土地利用、産業、交通、教育、といった幅広い分野が取り上げられており、八東のイメージする公法の範囲をうかがい知ることが出来る（表2参照）。ここから、公法の世界が国民生活の大部分を呑み込んでいることが理解されるであろう。

c. 補論：『行政法大意』ゴーストライター説

長尾龍一は『行政法大意』について、「ghost writer の作品ではないかという疑問」が「立証は困難であるが、拭い切れない」〔長尾 01, 354 頁〕と述べている。長尾の見解はこうである。

- ① 公法は権力関係の法であり、公法関係においては私法の原理は排除される、という八東の持論が、総論において説かれていないのは不思議である。
- ② 憲法論においては井上毅の主張を尊重していたはずの八東が、行政法大意序文においては、井上の「国民には権利でなく義務を教えるべきだ」という見解を却けて、人々に公法上の権能を知らしめるべきだ、と述べている。また、序文の文言が、清水澄の著作である『日本行政法大意』（大正元年、清水書店）の自序とよく似ている
- ③ 原則論をくり返すことの多い憲法論とは異なり、行政各部についての叙述が多く、しかも具体的である。
- ④ 権力からの自由を説くことは、八東らしくない。

以上から長尾は、『行政法大意』が真に八束の著作であるならば、彼は「憲法を論ずる時とは別の才能や性格が現れたもののものである」という〔同 354-5 頁〕。

確かに、ゴーストライター説を否定することはできない。しかし、本稿のこれまでの叙述をふり返れば、長尾の指摘に反して、『行政法大意』は、八束が書いても不自然ではない理路を採っていることが理解されよう。少なくとも同書は、「八束らしくない」著作とまでは言えない。この点について、以下で検討したい。

この際には、先に触れたように(IV 2(3)d. 参照)、八束が国家機関の権限濫用のケースを想定していたという点が手がかりとなる。主権者たる天皇の命令である法を国家機関が濫用して国民に不利益を与えるといったケースを放置することは、天皇が国民を保護するという主張に反する。このため、天皇との関係では絶対の服従を説く八束が、国家機関の権限濫用に対して自由を擁護するという点は、むしろ筋が通っている。また、行政法はそもそも国家機関と国民との関係に限定されており、八束の法論の中では最下流に位置する分野である。これを論じる際には、敢えて公法私法論のような原則に立ち帰って議論を展開する必要はなからう、という判断が下されることは、ないとは言えまい。

八束による行政法講義の記録を見ると、行政法大意で展開されたような、各論についての細かな言及が実際に見られる³⁴⁾。八束は『行政法大意』序文において、「本書固より行政法理の分析に於て近世の学術の上一步を進めたる所なきを知る」〔行政、序、3 頁〕と述べており、行政法に関しては自説を強烈に展開することは控えていたようである。

したがって、『行政法大意』の内容は、概ね八束自身の考えと一致していたと言って良いと考えられる。民法においても憲法においても非常に闘争的であった八束であるが、行政法については特に敵を作らずに穏当な見解を採っていたのである。それは、官府と国民との法的関係が、国家論に関わることの少ない真に実定法上の関係であったためであろう。

34) 穂積八束述(柳沢和一郎編)『行政法各論』東京法学院、1892年(東京法学院25年度第3年級講義録)、および、穂積八束述『行政法』東京法学院、1898年(東京法学院31年度3年級講義録)。

(5) 穂積八束の法論

以上が、穂積八束の法論の概略である。八束の法論は、彼が国家論において描き出した世界観を、法へと具現化したものであった。家長と家族の権力関係、家産の維持、祖先の崇拝といった事項は家族法論において直接に表明されており、憲法論では、「国体」にもとづく天皇の権力をいかにして維持していくかが最重要課題とされた。これらに対して、「国体」との直接的関係を有しない行政法においては、むしろ天皇の良き統治のために国民を慰撫し、国家機関を統制する思考を有していた。これもまた、窮極的には天皇制の維持を狙ったものである。

従来 of 八束研究は、八束の国体・政体二分論に囚われて、政体に属する憲法論は自己完結的なものであると考えがちであったように思われる。天皇の絶対的権力が、字義通りの絶対性として観念されている点などは、特にそうである。しかし、八束の法論は、あくまでも彼の提示した国家モデルとの関係において把握されねばならない。そこには、彼の提唱した「国体」の、非常に強力な規制作用が働いている。

そして、そのようにして構成された法論は、自足的なものではあり得なかった。法は法であるが故に服従を要請する、といった思考は八束には存在しない。法は天皇の命令であるが故にこそ、服従を要請するものである。このため、八束の目標は、法秩序を維持するために天皇への忠誠心を涵養する、という点にまで及ぶこととなった。以下では、彼の道德教育への関与について、検討する。

3 道德論

(1) 国民道德

a. 国民教育と国民道德

八束は、明治20年代の後半には、既に教育への関心を有していた。ただしそれは、直接に道德教育に関わるものではなく、むしろ法学教育にかかわるものであった。1894(明治27)年の「国法及普通教育」では、「国法ノ学識ノ初歩」を普通教育に加えることによって国家的自覚を養成すべきである、と説かれている〔論32, 94, 303頁〕。

この議論の延長線上に、『国民教育 憲法大意』(1896年)がある。『憲法大意』

の序文は、「普通教育として先づ国民に自国の体制の概要を自覚せしむること」を目的とする、と述べている〔大意, 序, 2頁〕。また、1897年の「国民教育」では、「国民教育ハ道徳教育ト共ニ普通教化ノ大本」であると述べられ、道徳教育と国民教育とが区別されている〔論 42, 97, 347頁〕。この時期の八束の議論は、「国民教育」論としての法教育と、『国民教育 愛国心』のような「国民道徳」論とを峻別していた。

晩年の八束は、むしろ「国民道徳」を正面に押し出すようになった。その目的は、国家的自覚にとどまらず、「国体を弁知せしめ、之を国家的道徳の基本として、国民をして一致の行動を為さしむる」ことであった〔要旨, 3頁〕。ここでは、法教育がもはや道徳の内部に吸収されている³⁵⁾。

国民道徳の涵養は、国家の安危に関わる重大事項である、と八束は考えていた。

「何ノ時代タルヲ問ハス、国民カ如何ニ其ノ国家ヲ觀念スルカハ、影響スル所極メテ重大ナリ、特ニ立憲政体ノ下ニ在リテハ、此ノ事直ニ国家ノ安危ニ係ル。……国民トシテノ道徳ノ第一義ハ、国民タル者自己ノ国体ニ付キ鞏固ナル信念ヲ有スルノ一事ニ在リ。……政体ハ国体ノ基礎ニ立ツ、国体ノ基礎ハ国民一致ノ確信ニ在リ、若国民ニシテ此ノ根本ノ確信ヲ失フコトアラハ、何ニ由リテカ其ノ国ヲ保ツコトヲ得ン。……国体觀念ノ一致ハ、遂ニ国民道徳ノ力ニ帰ス。法律ノ力ハ僅ニ其ノ末ヲ支持スルコトヲ得ルノミ、法律ノ法律タルハ主権ノ力ニ由ル、主権其ノ者ヲ鞏固ニスルハ、法律ノ力ノ能ク及フ所ニ非ス。主権ハ智力ニ非ス、腕力ニ非ス、国民一致ノ信念ヲ以テ之ヲ国家統治ノ主力ナリト仰クニ於テ存立ス。此ノ信念ハ脅嚇シテ強ユヘカラス、欺瞞シテ移スヘカラス、社会進化ノ理法ニ由リ、国法道徳ノ錬磨シ結晶シ、久シキヲ経テ遂ニ茲ニ至レルモノナリ。」〔憲政, 25-8頁〕

天皇が主権者であるという国体を維持するのは、窮極的には「国民道徳ノ力」で

35) 八束は「国民道徳ノ教育」と題した1909(明治42)年の講演において、教育とは「人ノ徳性ヲ養フモノ」であり、その意味では道徳という教科は「教育其レ自身テアル」と述べている〔論 93, 09, 844-7頁〕。

あって、これを欠けば国家は危機に瀕する。そのような事態を防ぐには、道德教育が必要である、というのである。

しかしながら、このような言明をもって、八東が国家権力の淵源を「国民一致ノ信念」に求めたと考えること〔松本 61, 276-7頁〕は適当でない。国家権力の淵源は、もちろん万世一系の天皇家にある。八東がここで示したのは、支配の正当性に関する社会学的洞察であると見るべきである³⁶⁾。天皇がその血統の故に権力を有するということと、そのような支配の正当性が、国民の確信によって支えられているということは、別の事柄である³⁷⁾。

そして、八東のこの思考は、選挙制度に関係している。

「参政権を頒つと云ふは、丁度国民全体をして宰相たり大臣たらしむるやうなものである、此人達の心掛如何に依つて、国の運命が左右せらるゝのであります。」〔要旨, 48頁〕

八東は1911（明治44）年に、貴族院において普通選挙反対の演説を行なっている〔八東集, 187頁以下〕。国の運命を左右する人々が増えれば、より積極的な教化が必要であろう。彼らが「国民一致ノ信念」をもっていなければ、天皇の権力を軽視する勢力が、国家機関に流入してしまうためである。八東が修身教科書の編纂に携わったのは、このような動機によっていた。

b. 修身教科書の編纂

このような意図を持って八東は、1910（明治43）年に完成した高等小学校修身書の編纂に関与した。三井須美子の研究によれば、八東の見解は他のメンバー

36) 「支配は、支配者と被支配者とにおいて、権利根拠 Rechtsgründe、つまり支配の『正当性 Legitimität』の根拠によって、内面的に支えられるのが常であり、この正当性の信念を動揺させるときは、重大な結果が生ずるのが常である。」〔ヴェーバー 60, 32頁〕

37) 「若シ民意ヲ基礎トスルトハ国民ノ福利ヲ政治ノ目的トスルト謂フナラハ、即チ古来ノ仁政ノ意テアルカ、然ラスシテ国家統治ノ権力ノ本位ハ民意ニ在リト謂フナラハ、實ニ是レ皇位主権ノ否認テアル」〔論 95, 12, 892頁〕という指摘は、この点を言い表したものであろう。

の見解とは隔たっていたようである。当時の小松原英太郎文部大臣は、

「『修身書は教育勅語の趣旨に依り国民たるに必須なる道德の要旨を授け児童の特性を涵養するものとし一見単純なるが如くなれども、其編纂の方法細目に至れば穂積博士(八束)の意見と他の委員の意見との間には其徳目の選択按排分量等に関して大いに径庭ありて、論議討究容易に決せざるものあり、予は慎重に委員等の意見を聞き遂に高等小学校第三学年用修身教科書編纂に付は穂積博士の意見を採用した』」〔三井90(2),7頁〕³⁸⁾

と述べている。八束が編纂過程で提出した「私見ノ要領」〔道德, 序, 4頁〕は、後に『国民道德大意』として1937(昭和12)年に刊行された。

(2) 道德教育

a. 国家論・法論との一致

八束の説く国民道德は、基本的には彼の国家論・法論に即している。国家支配の正当性を保障するために行なう道德教育が、国家論・法論と軌を一にすることは、八束の見解からすれば当然のことであろう。国民道德とは、「国民たる資格に伴ふ道德」〔要旨, 5頁〕であって、単なる徳目ではないのである。この点を『国民道德大意』に即して見てみよう(表3参照)。

『国民道德大意』の全25課の内訳を見ると、国体、天皇、憲法、家、といったトピックが前半の11課に置かれている。ここでは、「皇位ハ天祖ノ威靈」〔道德, 1頁〕、「国家ハ民族ノ団体」〔同2頁〕、といった定義づけが見られ、憲法については、法律と勅令との区別にまで踏み込んで説明されている〔同12頁〕。家の箇所では、祖先の祭祀と家長の権力が強調されている〔同19頁以下〕。基本的な発想は、これまでに見てきた八束の議論と同じである。議論の順序としては、国家

38) 高等小学校第三学年用修身教科書は、この時期の国定修身教科書編纂の最初の作業として作成されたものであり、全体の方針を定める意味を持っていた。八束が主導して作られたこの教科書は、他の全ての修身教科書に影響を与え、これ以後の修身教育の指針となったのである〔海後62, 628頁以下〕。

【表3】 穂積八束『国民道徳大意』目録（国民精神文化研究所、昭和12年）

第一課	皇位	第十四課	奉公
第二課	国家	第十五課	処世
第三課	国体、政体	第十六課	職業
第四課	憲法	第十七課	名誉
第五課	統治機関	第十八課	財産
第六課	臣民	第十九課	権利
第七課	家	第二十課	公務
第八課	祖先	第二十一課	公益
第九課	親子	第二十二課	秩序
第十課	夫婦	第二十三課	風俗
第十一課	親族	第二十四課	教育ニ関スル勅語
第十二課	忠孝	第二十五課	戊申詔書
第十三課	愛国		

支配の側面については〈皇位—国家—憲法—統治機関—臣民〉という上下関係³⁹⁾の順に、家族制度の側面については〈祖先—親子—夫婦—親族〉という上下関係の順に、項目が並べられており、全体として、彼の国家論の構造をトップダウン式に再構成したものと考えることができる。

それに続いて、忠孝・愛国といった徳目が置かれている。ここでは、それまでに論じてきた家や国に対して忠節を尽くすよう要求される〔同36-42頁〕。下位の者が上位の者に対して自発的に従うという、いわばボトムアップ的な叙述である。14課の奉公以降は、国家や法との関わりがやや薄いトピックが並ぶが、例えば16課職業において「如何ナル職業ヲ執ルニ付テモ、婦スル所家国ヲ愛シ、社会ノ公ニ盡スノ意味ヲ以テ之ニ励ムコトヲ要スル」〔同52頁〕とされ、また、18課財産において「勤儉産ヲ治ムルコトハ唯一身ノ美徳タルノミナラズ、之ニ依リテ

39) ここでの序列は、民族の始祖のもとで国家が成立する、という国家論上の序列（IV 1(3) b.)を意味する。皇位は民族の始祖の位を今に受け継ぐものであるため、国家よりも上位に立つ。民族団体たる国家の内部に主権者を有する天皇が存在する、という法論で取り上げた構図（IV 2(3) b.)は、これとは異なる。

家国社会ノ富強ノ基ヲ為スモノデアル」〔同 58 頁〕と言われており、国家との関係が重視された内容となっている。また、社会における横の關係に配慮した記述も見られる。

b. 国家論・法論との相違

八東は国民道徳論において、自らの見解をやや変化させている。自らの家制論を、民法の条文と関連させた点である。旧民法に対しても明治民法に対しても一貫して批判を展開し、日本固有法の家を説いた八東であったが(Ⅲ 2(1)およびⅣ 2(2)b. 参照)、国民道徳においては、民法を自らの見解に沿うものとして引用しているのである。

「家長の地位即ち今の民法で謂ふ戸主の地位と云ふものは、元と祖先の位であつて現在の家の父が祖先に代つて其位に居り、其祖先の子孫を支配して之を治めて行く地位であります。」〔要旨, 8-9 頁〕

「御承知の通り我家制の固有の特色は我民法の相続篇に能く現れて居ります。……我国の家督相続の根本は何であるかと云へば、民俗習慣に於きましてもまた今日の民法の相続篇を御覧になりましても、祭祀の継続と云ふことが根本となつて居ります。」〔同 9-10 頁〕

八東はかつて、民法典論争において旧民法を「個人主義的」であるとして排撃し、後に成立した明治民法に対しても、「欧洲法ノ範型ニ鑄造セラレタル」法典であるとして批判を展開していた(Ⅲ 2(1)参照)。それゆえ、彼の説く家の法理は、これらとは異なるものとして位置付けられていた(Ⅳ 2(2)b. 参照)。しかしながら彼は、ここでは明治民法を家の法理の表現として位置付けている。この変化は何に依るのか。

三井須美子はこれについて、井上哲次郎の影響を指摘する。三井に依れば、民法の規定を援用して、祖先崇拜、家族制度、家族国家を主張した井上哲次郎の説を、八東は国民道徳論において採用した。その理由は、祖先教のみによる青年の教化がうまく行かなかつたことである、とされる〔三井 90(1), 9-11 頁, (2), 9-11

頁]。

先に見たように(IV 2(2)a参照)、八束は、民法が私法化していき、いずれは家族法も私法となるであろうことを予見していた。これに対して彼は、祖先教論で対抗しようとしていた。国民道徳論においては、むしろ民法と積極的に関わることによって、このような変化を押しとどめようとしていたのである。民法に祖先教を埋め込むことは、「理屈をいろいろ弁へて」いる「当時の青年」を教化することにつながる〔要旨, 19頁, 三井90(2), 11-2頁〕。八束はここで、民法そのものに反対するのではなく、民法に則り、かつその内容を書き換える道を探っていた。民法の外部から批判を続けることは、青年の教化としてはもはや力をもたない。それならば、民法のうちで利用できるものは利用し、自身の見解を補強しようと八束は考えたのではないだろうか。そうだとすれば、彼は自己の思考方法自体を変化させたわけではなかったことになるであろう。

c. 教育勅語

八束は、国民道徳論において、教育勅語にたびたび言及している。『国民教育愛国心』は、冒頭に教育勅語が掲げられ、「憲法及我が国民道徳の典範たる教育勅語の旨趣を奉体」という序が付けられているにもかかわらず〔愛国, 序, 2頁〕、第一編第三章「忠孝」においては、祖先崇拜が取り上げられるのみであって、教育勅語への言及がない。これに対して国民道徳論においては、勅語が積極的に取り上げられている。たとえば1909年の「国民道徳ノ教育」〔論93, 09〕では、

「徳育ニ付イテハ其ノ大本標準トイフモノハ、今更吾々カ言フマテモナク、教育ニ関スル 勅語ニテ示サレ、其ノ明白ナルコト日中ニ天日ヲ見ルカ如クテアリマスカラ、今更是レニ対シテ準拠スヘキ所ニ迷フヘキ管カナイ。其ノ大体ノ精神ハ之レヲ約シテ言ヒマスレハ、忠孝ノ大義ヲ以テ、之レヲ掲ケテ我カ国体ノ精華テアル、教育ノ淵源テアルト示サレテアリマス。……忠孝ノ大義ヲ以テ立国ノ基本トスルニ至ツタ我カ民族ノ根本ノ觀念ハ何ンテアルカ。祖先ヲ崇拜スル觀念ニ基イテ居ルト思ヒマス。」〔同848頁〕

と述べられる。教育勅語の「克ク忠ニ克ク孝ニ」「祖先ノ遺風」などの言葉から、八束は教育勅語の趣旨を自らの——かつては独立したものとして説かれていた——祖先教論と結合した。すなわち、勅語の権威を以て、自らの主張を補強しているのである。

(3) 補論：植民地における道德教育

以上のようなかたちで道德教育に力を入れていた八束は、植民地の教育という難題にぶつかることとなった。この問題に対する八束の取り組みは、彼の思考の一端を知る上で非常に重要であると思われるので、本論からやや逸れることを承知の上で、ここに紹介したい。

1910年の日韓併合は、植民地においていかなる教育を行なうべきか、という問題を生じさせた。「日清・日露の戦争以来、日本人は『韓国人をとりわけ蔑視するような態度』をとってきた」のであるが、植民地化によって、「彼等を『帝国の忠良なる臣民』に育てる」必要が生じたのである〔三井90(6), 90頁〕。

これについての八束の応答は、「永遠を期して謂へば内外の歴史の教示する通り、新附の民をして我民族と同化せしむ方策を取るの外なし、永遠の後には遂に混同して一民族の観念を有せしむるに至るべし」というものであった。ヨーロッパ諸国が植民地において、現地の人々を「劣等民族の地位に置き、本国優等民族の抑圧の下に甘ぜしむる」という植民地教育主義政策をとっていることは、「永遠を期するの常道」ではない。韓国の植民地化は永久にその効力を持つものとされているので、採用すべきは「同化主義」であり、韓国人を「別種民族とする観念を養い、劣等なるものと看作すの抑圧政策」は取るべきではない〔同90頁、長尾01, 398頁〕。

八束の国家論は、国家＝民族団体という定義にもとづいており、しかも天皇の地位は、民族の始祖によって権威づけられている。これゆえ、本国と植民地をヨーロッパ流に分離し、優等民族と劣等民族を置くならば、天皇は劣等民族に対する支配権を有しないということになってしまう。ならば、日本という民族団体が韓国を支配するためには、両者を同一の民族だったことにしてしまう他はない。八束はこのために同化主義を主張した。現実には、日本人による韓国人の抑圧お

よび教化が進むが、それは八東にとっては、同一の民族という建前のもとで、フィクションと現実とを一致させるための作業を意味することとなったのである。

この八東の主張は、彼の国家論が対外的拡張を想定していないということを明らかにする。「永遠の後には遂に混同して一民族の観念を有せしむるに至る」という苦しい議論は、自国内に異民族が存在するという、八東の理論においては異常事態というべき状況において展開されていた。「国体」を打ち立て、そこからの変化を一切認めない八東の態度は、植民地を獲得し、現地の人々を劣等民族として位置付けていった当時の帝国主義に対する、ある種のアンチテーゼとして機能していたのである⁴⁰⁾。

(4) 道徳教育に関与することの意味

以上のような八東の国民道徳論は、彼の危機感の表現である。民法典批判において敗北し、憲法論においてまさに敗北しつつあった八東は、法を基礎づける国民の意識に直接働きかけることに活路を見出した。

八東の国家論は、歴史を超えて変わることのない国体を論じたものであった。これを教育によって浸透させ、維持していかなければならないという点は、本来的には矛盾である。しかも、明治40年代にいたって、もとより現実との間に齟齬を生じていた国体論は、本格的な危機を迎えるに至った。憲法学における美濃部の台頭や普通選挙制度導入の機運は、天皇が主権者であるという根本原則を脅かすものであった。民法の制定によって加速された資本主義体制の整備は、明治40年代には概ね完了し⁴¹⁾、都市部においては家の観念に疑念を持つ人々が登場し始めていた⁴²⁾。家制度が失われることは、彼の国家論が基礎を失うことを意味しており、これはまさに緊急事態であった。これに対して八東は、天皇が主権

40) 長尾龍一は、「八東を嘲笑した人々がたいいてい帝国主義者であるのは、面白い現象である」と述べて、美濃部達吉、北一輝、戸水寛人の見解を紹介している〔長尾01, 365-7頁〕。

41) 日本における資本主義の確立がいつであるか、という点は、軽々に断ずることの出来ない問題であるが、例えば山田盛太郎『日本資本主義分析』の附表では、明治30年頃が産業資本主義の確立期であり、明治39年には端緒的な金融資本主義が成立したとされている〔山田77, 272頁以下〕。

者であることを教育によって植え付け、明治憲法体制の正当性を維持しようと試みていたのである。

法学者でありながら教育に進出し、正当性の揺らぎをみずから阻止しようとした点は、八束「公法学」の際立った特徴である。彼の「公法学」は、天皇制国家の永続化という壮大な目的を掲げたが故に、狭義の法学のみに留まらず、国家の構想を描き、それを実践するまでを視野に入れるに至った。道徳教育への関与は、彼なりの実践活動にほかならなかったのである。

4 穂積八束「公法学」の特質

(1) 従来の八束観についての検討

ここまで、穂積八束の「公法学」について論じてきた。ここから見えてくる八束の特質は、従来の八束に対する理解とどのような関係に立つであろうか。

a. 社会進化論

八束は好んで社会進化を論じたが、その位置付けについては、やや異なる二つの見解がある。長尾龍一は「穂積の社会理論は一応はすべて進化論的にも基礎づけられている」〔長尾 70, 67 頁〕として、一定の留保を附しつつも加藤弘之、穂積陳重ら社会進化論者に連なる者として八束を位置付ける。これに対してマイニアは、「穂積が借用するのは、ダーウィンのメッセージの半分にはすぎない。生存競争の随伴物としての進化という他の半分は、穂積は無視している。社会の条件や制度については進化の余地はあろうが、倫理の領域では穂積は進化や進歩を認めない。」〔マイニア 71, 142 頁〕と述べ、社会進化論が八束の理論の基礎をなしているとは考えない。

八束は、「社会ノ変遷ヲ自然ニ委スルトキハ恐ラクハ衰退ニ帰セン而シテ其ノ進歩啓発スル所以ハ撰択（セレクション）ト排除（レジエクシオン）トノ効果ナ

42) これについては、三井須美子が一例を挙げている。「澤柳政太郎は父信任の死亡によって、1909年3月に数え年45歳で戸主となった。その時『華族の如く世襲財産があるとか、或ひは百姓の如く先祖伝来の田地田畑があ』るわけでもない身での戸主の就任は、『区役所か何かで面倒臭い手数をすすだけで家督を相続したと云ふ』ことは『無意味』と感じたと述解している。」〔三井 90(1), 15 頁〕

り」〔論34, 95, 313頁〕と述べて社会進化論的な議論を展開しているが、しかし社会進化の方向性——選択と排除の基準——は初めから定まっている。その方向性とは、「家ト云ヒ国ト云フノ社会ノ構成ハ終天極地ノ通則ニハ非サルヘシ然レトモ現今ノ世界ハ社会進化ノ要件トナセリ」〔論36, 95, 319頁〕という言葉に見えるように、日本においては家と国である。

この限りでは、マイニアの見解は妥当であると言えよう。しかし、疑問は残る。民法典論争において、個人間の優勝劣敗の緩和を訴え、「国家全能主義」(Ⅲ1(1)c.参照)を導入するべきであると説いた八束は、そもそも社会進化論者ではなかったのではないかと、という点である。八束の社会進化論は、基本的には、日本がいわゆる国体を獲得したこと——社会への進化——と、そのような国体をもって国際的生存競争を生き抜くべきこと、の二つとの関連で述べられており、いわば国体論の正当化手段である。生存競争によって優れた者が生き残り、劣った者が死に絶えることによって社会がよりよい状態になる、という社会進化論の基本的発想は、彼の採るところではない。したがって、少なくとも、民法典論争期の八束については、自説の補強のために当時流行していた学説を採り入れただけであったと理解した方が、適切であるように思われる。

これに対して、1900年代に入ってから八束は、社会内競争に一定の意味を見出すようになる。

「自由競争ノ社会ノ進化ヲ助成スル理由ハ至適者ヲ至適ノ地位ニ配置シ得ルニ在リ各人ヲ平等ノ地位ニ立タシメ自由公正ニ競争セシムルトキハ各々其知能ヲ最有利ナル方向ニ主張セシムルコトヲ得ヘシ」〔論70, 03, 586頁〕

しかし、そこには一定の留保が附されていた。自由競争の前提として、競争の条件の平等を求めたのである。特に、貧富の格差が競争を歪め、豊かな「無能者」が貧しい「適者」を圧倒することは、競争の意味をなくしてしまうものであるとして非難された。八束はそれゆえ、このように述べる。

「天賦自然ニ不平等ナル者ヲ平等ノ地位ニ置クハ実ニ国権ノ保護作用ニ依リテ

成効ス是レ法ノ効用ナリ強弱智愚貧富各同一ノ人格権能ヲ得テ相對峙スルコトハ既ニ社会進歩ノ条件ニ適合ス尚進シテ各人ノ競争場裏ニ立脚スル實質上ノ状態ヲ公平ニスルコトヲ得ハ権能均一ノ成果ヲシテ愈大ナラシメン此ノ社会的要求モ亦法ノ力ニ俟タサルヘカラサルナリ」〔同 586-7 頁〕

国権の保護によって競争の条件を公平にすることが「社会進歩ノ条件」であり、法の為すべきことである、というこの主張は、法体系の整備がある程度成し遂げられ、資本主義的経済が——本格的にはなくとも——機能し始めた、という時勢に対して、譲歩をしたものと見る事が出来よう。

八束がこのような譲歩を行なった理由として、さらに社会主義⁴³⁾の台頭を挙げることが出来る。

「此ノ論旨ヲ誤解シテ社会ニ現存スル榮譽知識財産ヲ法ノ圧制力ニ依リテ各人ニ平等均一ニ分配セント欲スル者ナリト為スコト勿レ是レ吾人ノ主張ト彼ノ所謂社会主義ナル者トノ正ニ相反スル所タリ社会主義ハ自由競争ニ反対ス社会主義ハ所有権ニ反対ス社会主義ハ財産ヲ各人ニ均一ニ平分スルコトヲ理想トス是レ全然社会生存ノ条件ニ背反スルノ主張ナリ自由競争ハ社会的生命ナリ生存ハ競争ヲ意味ス競争ナケレハ生存ナシ豈唯進歩ナキノミナランヤ競争ノ制限ハ社会ノ退歩ナリ其停止ハ社会ノ衰亡ナリ……吾人ハ自由競争ノ成果其者ヲ均一ニ分配セヨトハ云ハス唯個人競争ノ権能立脚地ヲ公平ナラシメンコトヲ欲スルノミ……是レ多数ニシテ且公平自由ナル競争ハ社会ノ進歩ノ最良手段タルヲ以テナリ」〔同 589-90 頁〕

八束の議論は、天皇を頂点とし、家を構成要素とする社会政策論であったが、彼は、これがいわゆる社会主義であると誤解されることを嫌った。八束の見解によれば、社会主義は、自由競争および所有権を否定するという意味では個人主義的でないかのように見えるが、しかし、「社会ノ富ヲ個人ニ平分セント欲スル」と

43) 八束は国家論において、社会がまず存在し、そのもとに個人が存在するという考え方を社会主義と呼んでいるが (IV I (1) a)、ここでの社会主義はそれとは異なる。

いう社会主義の主張は、結論においては「極端ナル個人主義」である。そこには「私ヲ捨テ公ニ奉仕スル」という考えはなく、「個人一時ノ姑息ヲ購ハントス」る人々が在るのみである〔憲政, 34-6頁〕。このような八東の社会主義論はきわめて特殊であり、正確とは言い難いが、しかしこの点はさておき、以上のような「社会主義」理解——ないし誤解——にもとづいて、八東は、自身は社会主義者ではない、自由競争の存在を承認するものであると弁明したのであった。

しかし、以上のような立場の変化をもって、1900年代以降の八東は社会進化論者となったのだ、と結論づけることは、果たして適切であろうか。たしかに、八東は自由競争というモメントを導入し、人々は社会への貢献に比例して「其ノ応分ノ報酬ヲ受」けるべきである〔同35頁〕、と説いたのであるが、それでもなお、不変の国体に基づいて権力を行使する天皇の下で、人々が生存を確保する、という思考は、維持されていた⁴⁴⁾。八東においては、自由競争は、その勝者が社会の中で重要な役割を担うこと、そしてそれによって、社会そのものの円満なる発展に寄与することであると考えられており、それゆえ「自由競争ノ成功ノ報果」として、「社会ニ於ケル榮譽ト財産」〔論70, 03, 586頁〕という二つのものが与えられるとされるのである⁴⁵⁾。さらに、競争の勝者に与えられた財産についても、それが「社会的下層ニ賃貸スル者」に対しての「助成」⁴⁶⁾として用いられることを予定している〔同590頁〕。これゆえ、社会が競争によって勝者と敗者とに二分されたとしても、その状況は常に、勝者の側の負担によって、回復されるのである。八東は、このような措置を国家が行なうことで、より多くの人々が、常に平等な立場で競争に参加できるようになり、競争の成果もますます良いものになる、と述べている〔同上〕。

44) 例えば、晩年の著作である『国民道徳大意』において、彼は依然として、臣民は「国権ノ保護ヲ受ケ、自己ノ生存幸福ヲ全ウスルモノ」であり〔道徳, 18頁〕、家族は「家長ノ慈愛ノ命令」によって「愛護」される存在であると説いている〔同21頁〕。「家ノ制度ヲ維持スルハ、即チ国ノ組織ヲ維持スル所以デアル」〔同23頁〕という主張は、八東の議論の中核をなすものであり続けたのである。

45) 八東の自由競争論が、「私ヲ棄テ公ニ殉ズルノ気風ヲ養ハネバナラヌ」〔道徳, 43頁〕という道徳論と両立しうるのは、このためである。

46) 具体的には、八東は交通網の整備、貧者に対する慈善事業、義務教育、労働者を保護する経済政策、契約自由の制限、などを挙げている〔論70, 93, 587-8頁〕。

このような自由競争論——八束はこれを「社会的自由競争」〔同 588 頁〕と言う——は、競争の結果生じる不平等状態を、勝者の側の負担によって解消することを予定しているため、弱者の排除という社会進化論の根本的発想とは相容れないものである。すなわち、この時点においても八束は、国家が貧しい者や劣った者を保護するべきであるとする思想を堅持しているのである。それゆえ、自由競争論を導入した後においても、社会進化論は八束の思考の根幹には根付いていなかったと見るべきであろうと思われる。

b. 法実証主義

八束はまた、法実証主義者として理解される。長尾龍一は、「法は王言」とする八束を「哲学的意義」における「法実証主義者」と規定し、憲法の文言に忠実な点において「解釈学的意味における法律実証主義」と規定している〔長尾 70, 79 頁〕。しかし、これに対してマイニアは、法を道徳の下においたことから八束を法実証主義の排撃者とした〔マイニア 71, 140 頁, 171 頁〕。

これは法実証主義という用語の定義にも関わる問題であるが、仮にこれを「実定法のみを法とみなす立場」⁴⁷⁾とするならば、実定法とそれを超えるものとの密接な連関ゆえに、八束は法実証主義者ではないと言えるであろう。法は王言、つまり天皇の命令であるが、それは同時に、社会的慣習によって成立した道徳でもある。道徳は国体へとつらなり、ついには法を拘束する。すなわち、国体は変更すべからず、である。

それでも八束が「解釈学的意味における法律実証主義」でありえたのは、彼の国家論・道徳論と憲法の成文が整合的であったためである。憲法解釈学者としての八束は、まさに字義にこだわる法律実証主義者であった。しかしそれは、手法があって結論に至るプロセスではなく、彼の守るべきものがそこに盛り込まれていたためにその手法が執られていたに過ぎないのである。自らの意思と異なる民法典に対して八束が行なった激烈な批判は、条文の内容如何によっては憲法にも向けられていたかもしれない。

47) 『コンサイス法律学用語辞典』(三省堂、2003 年)による定義である。なお、この辞典には、長尾龍一が編集代表として参加している。

八束の法論は畢竟、国体というフィクションから導き出された帰結としての当為規範であって、本質に於いては実証主義的性質を持っていないと考えられる。現にある法律については、国体との異同によって、法律実証主義的解釈の対象となるか、批判の対象となるかが定まる。法は王言、という「哲学的意義」における法実証主義は、国体において中心となる天皇が自分から国体を毀損する、という場面を初めから想定しないことによって、維持されている。憲法学における八束は、法実証主義と相容れない発想をとりつつも、法実証主義者であるかのように振る舞ったのである。

c. 「官僚法学」

八束の法学は、「官僚法学」「官僚主義的」などと言われることがある。長谷川正安は八束の憲法学が「官僚層の意図を表現し」ていたと述べ〔長谷川 59, 168 頁〕、田中二郎も、八束の公法私法論について「官僚主義的絶対国家の要請に仕へる考え方」である、としている〔田中 42, 6 頁〕。

たしかに、八束の議論は国家権力に対して寛容である。君主権力の絶対性と、臣民の完全なる服従とを主張する彼の理論は、国家権力を担う官僚層にとって有利に働くものであっただろう。

しかし、国政の遅滞もやむなしとする厳格な憲法解釈を示したこと、また、当時の喫緊の課題である資本主義体制の確立に対抗して、社会政策を説いたことなどは、八束が当時の官僚層の意図を反映するだけの学者ではなかったことを示している。家永三郎が敢えて、八束憲法学は非正統学派である、と述べたのは（Ⅱ 2(2)参照）、この点において正鵠を射ている〔家永 67, 157 頁以下〕。八束の法学は、天皇制の名の下に日本を変革していった官僚層ではなく、むしろ天皇自身のための議論であった。そのため、官僚層からは時に冷遇されることがあり、逆に皇室からの信任は篤かった〔長尾 01, 304 頁, 376-9 頁〕。

八束の憲法論は、あまりに厳格であったため——特に委任立法の否定——、また、あまりにも天皇の権力を押しだしすぎていたため——議院内閣制の否定、「大権ノ特立」——、国家運営を実際に担う官僚層からは歓迎されていなかった。それでもなお八束が官僚的といわれるのは、憲法解釈学以外の部分が、国家支配

の正当化のためのツールとして有用だったからであろう。八東の法学が官僚法学と言われるようになったのは、国家への忠誠を説く彼の道徳論の持つイメージが、法学に逆照射された結果に過ぎないのではないだろうか。

(2) 穂積八東「公法学」の特質

a. 「社会学的」洞察と政策的主張との乖離

八東は、「価値判断の人であって、認識の人でなかった」〔長尾 01, 400 頁〕と言われるが、むしろ、価値判断を支えたところの、現状認識の鋭さこそが、彼の特質であろう。八東は日本が今後歩むであろう道を見据えた上で、そのような道に至らないための実践として、自らの学問を展開したのであった。

八東は、民法典が優勝劣敗主義を採り、日本が資本主義化していくことが、いかなる結果をもたらすのかを、把握していた。ヨーロッパでは貧富の格差が生じ、階級対立の激化を社会政策によって緩和せざるを得ない状況が生じていた。そして、人々の不満を放置することが、既存の政治体制の顛覆へとつながり、人民の参与する議会制の導入をもたらすこともよく知っていた。留学中に欧州制度沿革史を修めたことが、このような認識に活かされているであろう。

欧州がこのような状況にある中で、いたずらに西欧化を推し進めるならば、その行き着く果ては天皇制の崩壊である。八東の「公法学」は、このような未来を回避するための政策であった。

八東の国家論は、理想とする社会を超歴史的な事実として提示したものである。実際の歴史からの逸脱がそこに見られるのは、当然である⁴⁸⁾。八東はここで、個人主義、自由主義、資本主義、民主主義、共和主義、社会主義といった、西欧近代の多様なムーブメントを抑え込む体制を、事実であるかのように描き出した。法論に於いては、国家論から導き出された規範を国家法として通用させることが

48) 八東自身が引き合いに出している歴史は、「明治日本の国体 = 天皇制、それを支える家族制度的イデオロギーが、日本の昔から不変のものとして存在したという前提にたって、これに似たものが外国にあるときはこれを引き、ないときは日本独自のものとして誇るといふ」〔ノッペラボーの歴史〕〔長谷川 58, 179-80 頁〕である。八東にとって重要であったのは、あくまでも現状の認識と、その上に立った実践であり、過去の認識は重要なことではなかったのである。不変の国体という概念が、そのことを端的に示している。

目指された。国家法人説、議院内閣制、普通選挙といった主張は、いずれも君主権力の制限ないしは廃棄に繋がるものであるとして、否定された。そして、道徳論においては、君主主権の正当性を守るために、国民の教化に自ら関与した。

これら全ての策を通じて、八東は天皇制を守ろうとした。そしてこのことは、天皇自身にも一定の役割を担わせることになった。人民に不満を懐かせないためには、「我ニ米ヲ与ヘヨ我ニ暖キ衣服ヲ与ヘヨ錢ヲ呉レト云フ」「真正ナル終極ノ目的」〔論 57, 00, 439 頁〕を満たす必要がある。そして、天皇が社会全体に対して満足を与えるならば、天皇の支配が動揺することもない。社会の福利を目的とする「国家全能主義」は、このための仕掛けであった。

II 2(1)で見たように、マイニアは八東について、「彼は自説を本気で信じていたのであるか」と問いかけた。八東が、天皇は民族の宗家である、祖先の威霊は家を守護する、などの主張を、心の底から信仰していたかどうかは、検証のしようがない。しかしながら、彼は自らの政策によって日本を良い方向に導けると信じていたであろう。少数の富者が多数の貧者を苦しめるようなヨーロッパの国家に倣うのではなく、天皇や家長のもとで共同的に生存する人々からなる社会を形成すべきであるという八東の見解は、急速な西欧化を目指す人々よりもさらに先を見据えていた。

したがって、八東のいかにも古めかしい議論は、単なる保守的・反動的イデオロギーとしてではなく、社会の現状および行く末に対する洞察力の上に成立した、彼なりの政策提言として位置付けられねばならない。八東の活動が法論——実定法学——の領域に留まらなかったのは、この点から考えれば当然であろう。彼の学問体系は、19世紀末から20世紀初頭にかけての社会にあって、その現実と正面から向き合い、それを変革すべく実際に行動するという、きわめて現代的な思考なのである。

b. 穂積八東「公法学」の「護憲派」的側面

そして、彼の実践は、彼の専門である憲法学の領域では、明治憲法体制を擁護する主張として行なわれた。そこで八東が採用した、欽定憲法を厳格に解釈するというある種の「護憲派」的態度は、美濃部らの「解釈改憲」によって天皇制が

毀損されることを阻止しようとしたことに由来していたのである。それゆえに、八東は主権万能を説きながらも君主主権による憲法破壊の可能性を否定し、さらに、憲法改正については国体の変更を禁じ、一種の憲法改正限界説を採用したのであった。

八東にとっては、憲法を擁護することは天皇制を擁護することであり、天皇制の擁護は家の擁護を要求するものであった。したがって、八東の「護憲」は憲法の条文そのものではなく国体の擁護へと繋がっていく。社会を変革するあらゆる作用に八東は対抗した。資本主義化は家を解体し、個人を創出する。その窮極的帰結は、君主主権への反発となる。議院の開設は政党政治の場たる衆議院を足がかりとして、普通選挙・議院内閣制へと進んで行く。その帰結もまた、君主主権の否定である。これらの点を察知していた八東は、自らの「公法学」をもってそれに対抗せんとしたのである。そしてその結果として、彼の「公法学」は反動的勢力に対する防波堤としても機能しうるものとなった。ある意味で厳格な彼の権力分立論が貫徹されたならば、昭和期において、内閣権力の奪取という形で軍部独裁が成立することはなかったであろう⁴⁹⁾。

八東の学説に対しては、矛盾や両義性の指摘が多い。ただし、八東の学説が矛盾を抱えているとすれば、それは即ち八東の護らんとした憲法体制そのものの矛盾であったと考えるべきであろう。身分制を廃止したはずの「近代国家」を万世一系の天皇が統治する⁵⁰⁾、天皇が統治権を総攬する憲法を制定する、といった点が代表的である。彼の法学はこれらを調停し、正当化し、永続化することを目指した。彼の議論の矛盾は、明治国家体制そのものに帰着するものであった。

49) 先に述べたように(Ⅳ 2(3)f.参照)、長尾龍一は、八東の委任禁止論を、国家総動員法などに対する防波堤として位置付けている。しかし、より重要なのは、内閣制度の否定であろう。昭和期に軍部が権力を掌握していく中で、最も有効な手段となったのは、軍務大臣の進退にかこつけた倒閣運動であった。1936(昭和11)年に軍務大臣の現役武官制が復活した後、軍部は、1912(昭和12)年には陸相候補者を出さないという手段で宇垣内閣の成立を阻み、1940(昭和15)年には陸相の単独辞職によって米内内閣を総辞職させている。軍務大臣のポストが内閣の死活を左右するという体制が、当時の軍部権力の拡張を支えていた〔由井 89, 498-9頁〕。このような事態は、内閣制度が確立し、その連帯責任や、総辞職の要件などが意識されなければ、起こりえなかった。大臣の任免は天皇の大権であり、國務各大臣は各々その職責を果たすのみである、という八東の議論が貫徹されたならば、軍務大臣の不在は何の問題も引き起こさなかったであろう。

V 結語

1 穂積八東の本質

長尾龍一は、八東について、「一語でその『本質規定』をすることは困難」であると述べている〔長尾70, 89頁〕。これに対して、敢えて一語で本質規定を行なうならば、彼は〈天皇制共産主義者〉である⁵¹⁾。八東の「公法学」を総体としてみれば、それは、取引関係の存在しない牧歌的な家共同体を保護すること、そして、家々の上により大きな家として聳立する天皇制国家を、同じく牧歌的な共同体として維持していくこと、を目的としている。家国一致論、祖先崇拜、「皇位＝祖宗の霊位」という定式により天皇の地位を永続化すること、君主の行なう社会政策によって民衆に満足を与えようとしたこと、道德教育によって天皇支配の正当性を担保しようと試みたこと、などはその端的な表れである。八東は、家と国という二種の共同体において、弱者が斃れることを決して容認しない。天皇および家長が弱者に対して、強大な権力による強力な保護を与えることで、資本主義の帰結である弱肉強食的世界の現出を阻止すること、これこそが八東の目指したものであり、彼の学問は、この目的に沿って営まれている。これはまさに、共産主義という呼び名にふさわしい思考ではないだろうか。従来の一東論は、今日における法解釈学的実践の立場から、基本的には絶対主義者である八東と近代主義者である美濃部との対比を念頭に置き、後者の側に立って前者を批判するも

50) ヨーロッパの近代国家においては、君主制を取る場合においても、そこには国民による付託という観念が存在していたと言ってよいであろう——実際には、この観念はローマの皇帝に立法権を付与した「王法（レクス・レギア）」にまで遡るものであるが〔スタイン03, 77-8頁〕、ここでは詳論しない——。国民 nation 主権に基づいて君主を置いたフランス1798年憲法や、人民投票によって君主となったナポレオン三世などは、典型例である。しかし、天皇は誰かに担ぎ上げられた存在ではなく、祖先の権威の下に——つまり独特の身分を有するものとして——統治する存在であった。身分制を廃止したところには、国民ではなく臣民——統治の客体——が形成された。このような国家を、日本は「近代国家」として成立させたのである。これこそが、近代日本の抱えこんだ最大の矛盾にほかならない。

51) ここで言う共産主義とは、ある共同体の内部において、各構成員がその能力に応じて労働し、その労働の成果が、各構成員の必要に応じて分配される、ということの意味している。八東は、家の内部での共産主義と国家の内部での共産主義、という二段階で、これを追求したのである。

のであったが、本稿は、八東の議論を、法史学の立場から内在的に理解しようとする立場にたつものであり、その結論は、八東を〈天皇制共産主義者〉と規定するものである。

2 展望

しかし、〈天皇制共産主義者〉の意図は、果たされなかった。その次第を究明することは今後の課題であるが、以下にこの点についての若干の見通しを述べ、本稿の結びとしたい。

八東は、自身の「公法学」をもって西欧資本主義社会の持つ弊害を克服し、天皇制に基づく牧歌的社会——〈天皇制共産主義〉社会——を維持していくことができると信じ、それを実践すべく活動したのであるが、周知のごとく、現実はそのようにはならなかった。〈天皇制共産主義〉ではなく〈天皇制資本主義〉が確立し、これに応じて、憲法学分野では、八東のそれは異端となり、美濃部達吉の憲法学が正統の地位をしめるにいたった。以上の結果として、八東の「公法学」は、社会が変化して行き、彼の提示した国体概念から逸脱して行くことを断固として拒絶するという性質を有することとなった。八東はこのような「公法学」をもって西欧資本主義社会の持つ弊害を避け、天皇制に基づく牧歌的社会——〈天皇制共産主義〉社会——を維持していくことができると信じ、それを実践すべく活動したのである。八東は日本がこの地点に留まり続けることを切望したが、それは叶わなかった。近代化を進めていくべき日本の状況においては、彼の学問は静態的に過ぎるもだったのである。日本社会は、法的にも経済的にも急速に西欧化していった。

本稿では、従来の八東論に一石を投じるべく、八東の議論を内在的に理解しようと努めてきた。八東の「公法学」自体は、単なる絶対主義の主張ではなく、彼なりのあるべき社会像を提示したものであった。それは、団体主義的思想によって構築された一種のユートピア思想であり、否応なしに変転を続ける社会においては実現性の乏しいものであったが、しかし、その静態的なあり方が、時代の変革に対する防波堤として機能しうる可能性を秘めていたことも忘れてはならない。大正から昭和へと進んで行く時代を後押ししたのは、むしろ、憲政擁護運動の理

論的担い手として「解釈改憲」を行なった美濃部達吉であった。そして、八束流の「護憲」理論は、美濃部の前にあえなく敗北したのであった。

しかしながら、八束の学問は、戦前の日本で一定の影響力を持ち続けていたようである。八束の憲法学説は、学界において敗北した後にも初等教育においてその命脈を保っていたし、特に戦時中においては、八束の著作の再刊が行なわれた（『穂積八束博士論文集』修正増補版は、1943年に刊行されている）。これは、細かい法解釈論ではなく、彼の〈天皇制共産主義〉思想のうちの〈天皇制〉的モメントが、天皇制の下で資本主義社会を形成せんとする、〈天皇制資本主義〉のイデオロギーとして利用されたためであろう⁵²⁾。

八束の「公法学」にとっては、このような取り扱いはその真意に沿うものではなかったであろう。経済の資本主義化、家制度の形骸化、議院内閣制の導入といった変化が進む一方で、八束の学説がイデオロギー的にのみ利用され続けるというのでは、変化そのものの拒否という彼の意図は成就されない。マイニアは、八束の思想が、西洋的法思想を受容し得なかった多くの日本人にとっての「代用品」であったと述べているが〔マイニア71, 183頁〕、このような事態は、彼の思想が部分的に利用されたために生じたものである。明治国家の抱えた矛盾に対応して、天皇制を維持する為には八束らの議論が、近代化を進めるためには美濃部らの議論が用いられたのである。

本稿冒頭で述べた「市民法の不全」問題に立ち返るならば、八束の法学——八束自身の立場は、むしろ「市民法の不在」である——を部分的に利用して、西欧化の方向と両立させたところに、「不全」の原因の一つが求められるべきではなからうか。「市民法の不全」の解明のためには、本稿で明らかにした八束の学問

52) 八束の学問の影響力は、戦後日本にも及んでいる可能性がある。たとえば、渡辺洋三は以下のように述べている。「肥大した現代行政国家の行政権は、その効率的あるいは円滑な行政権の行使という観点から、いわれなき行政の優越性（不平等）の論理をふりまわしている。わが国の場合、これに加えて旧天皇制国家のもとではぐくまれた伝統的な行政の優位の論理が二重写しとなって、他国以上に、市民法理をゆがめている。……行政法とは『こより民法入るべからず』という立札の立った特殊領域であると言われたのは、戦前の天皇制時代の昔話にすぎなかったのではなからうか？ そのはずであるのに、亡霊は未だにつきまとっているように思われる。」〔渡辺86, 238-9頁〕言うまでもなく、この「立札」の制作者は八束である。

体系が、その後どのように引き継がれ、あるいは、否定されていったのか、という問題が究明されねばならないであろう。この課題の提示をもって、本稿の結語とする。

【参考文献一覧】

- アリストテレス (牛田徳子訳) 01『政治学』京都大学学術出版会、2001年。
- 家永三郎 67『日本近代憲法思想史研究』岩波書店、1967年。
- 磯前順一 03『近代日本の宗教言説とその系譜』岩波書店、2003年。
- 井田輝敏 76『近代日本の思想構造——論吉・八東・一輝——』木鐸社、1976年。
- 井上寛司 11『「神道」の虚像と実像』講談社現代新書、2011年。
- ヴェーバー M. (世良晃志郎訳) 60『支配の社会学』創文社、1960年。
- 海後宗臣 62「修身教科書総解説」同編『修身(三)』日本教科書大系近代編第三巻、講談社、1962年。
- 佐々木毅 73『主権・抵抗権・寛容』岩波書店、1973年。
- 鈴木安蔵 70「穂積八東「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)。
- スタイン P. (屋敷二郎監訳、関良徳・藤本幸二訳) 03『ローマ法とヨーロッパ』ミネルヴァ書房、2003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 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「八東の髓から明治史視く」長尾龍一編『穂積八東集』日本憲法史叢書7、信山社、2001年。
- 成瀬治 85「ジャン=ボダンにおける『国家』と『家』」同著『絶対主義国家と身分制社会』山川出版社、1988年(初出1985年)。
- 長谷川正安 59「憲法学史迦」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。
- 原田慶吉 55『ローマ法』改訂6版、有斐閣、1955年。
- 藤田宙靖 72「行政法理論体系の成立とその論理構造——穂積八東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)。
- 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 穂積八東の思想史的考察』1971年、東京大学出版会。

- 松本三之介 61「日本憲法学における国家論の展開」同著『天皇制国家と政治思想』
未來社、1969年（初出1961年）。
- 水林彪 94「婚姻・離婚法史の日仏比較——中間団体の日本的類型の探究——」同著
『国制と法の歴史理論』創文社、2010年（初出1994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。
- 水野紀子 98「比較法的に見た現在の日本民法——家族法」広中俊雄・星野英一編
『民法典の百年Ⅰ』有斐閣、1998年。
- 三井須美子 90「家族国家観による「国民道徳」の形成過程」（その1）～（その6）
『都留文科大学研究紀要』第32～37集、1990～1992年。
- 美濃部達吉 32『憲法撮要』改訂五版、有斐閣、1932年。
- 宮沢俊義 70『天皇機関説事件——史料は語る——』有斐閣、1970年。
- 安丸良夫 79『神々の明治維新』岩波新書、1979年。
- 安丸良夫 88「近代転換期における宗教と国家」安丸良夫・宮地正人編『宗教と国家』
日本近代思想大系5、岩波書店、1988年。
- 山田盛太郎 77『日本資本主義分析』岩波文庫、1977年。
- 由井正臣 89「明治初期の建軍構想」由井正臣・吉田裕・藤原彰編『軍隊 兵士』日本
近代思想大系4、岩波書店、1989年。
- 渡辺洋三 86『法を学ぶ』岩波新書、1986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 von Gierke*, *Deutsches Privatrecht, vierter Band : Familienrecht*, Berlin, 2010.
- Hans Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, zweite Aufl., Tübingen, 1929.
(邦訳：西島芳二訳『デモクラシーの本質と価値』岩波文庫、1948年)
- Carl Schmitt*, *Politische Theologie*, zweite Aufl., Berlin, 1934. (邦訳：田中浩・原田
武雄訳『政治神学』未來社、1971年)
- Carl Schmitt*, *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, zweite
Aufl., Berlin, 1926. (邦訳：樋口陽一訳「現代議会主義の精神史的状況」長尾龍一編
『カール・シュミット著作集Ⅰ』慈学社出版、2007年)
- Carl Schmitt*, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 1931. (1929年版の邦訳：田中浩・
原田武雄訳「憲法の番人」シュミット『大統領の独裁〔付〕憲法の番人』未來社、
1974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。