

日本の近代化と憲法学の欠陥

——ドイツ憲法学の受容との関連をも含めて——

東京都立大学助教授 針 生 誠 吉

近代化の問題と関連して憲法学なり、法学の位置づけをするわけです。近代化を押しすすめる力と、そういう力の関係の中で技術学なり、法学というものもっている力を一応どういふふうに評価するかということにもなります。私はここでは憲法学とか法学というふうなものよりも、もう少し範囲をひろげまして技術学そのものというものはどういふふうに位置づけられるべきか、技術学をささえる深部の精神構造というものがどういふものであるべきか、そういうものの一つの深層分析というものをやらないというと、日本の知識人の主体であるとか、あるいは自主独立性であるとか、そういうものの基本的な視点を確立することができない。その深層分析が甚だ弱いと私は感じているのですから、少しその点の問題もだしてみようと考えておるわけです。

日本の近代化と憲法学の欠陥

そうまとまったものではありませんが、これが緊急に必要なものは、勿論いふまでもなく、明治百年のイデオロギー攻勢というものが激しくなっているからです。来年の元旦に政府は声明をだすそうですけれども、そこから火ぶたが切って落されるわけです。近代化百年の遺産と欠陥というものを正當に認識しまして、近代化の歴史を破産に至らしめたのは何であるか、その責任は何処にあるのかということを主体の底まで深く掘り下げなければならぬという、そういう基本的な問題意識があるわけです。

私は、「日本の近代化と憲法学の欠陥」という題に「ドイツ憲法学の受容との関連をも含めて」という副題をつけたわけですが、私には清宮教授のところまで助手をいたしておりまして、ケルゼンから勉強を始めたわけですから、けれども、これは

大分前の話ですから、ドイツの国法学も大分忘れかけておりますのですが、ケルゼンの“Reinerchtslehre”は一九六〇年に新版が出ております。この新版は旧版と非常に違うのであって、従来の旧版の再版であると考えられる人もあるようですが、これは大分重要な訂正をしているのであって、その翻訳が“The Pure Theory of Law”となって今年に出版されております。これはカリフォルニア大学出版部から出ておるのであって、完訳ではないようです。大分、註などが落してあるようです。ケルゼンの弟子が訳しているのですから、ケルゼンの最も新しい学説を知るには非常に便利だというよりは、ケルゼンはここでこれまでの基本的考え方をいちおう集大成したと考えてもいいかと思うのですが、ともかく旧版とは違っておるわけです。

ケルゼンはアメリカへ行きましてから、“Nature and Society”というような本を書き、法社会的な研究をすすめておりますので、従来のケルゼンと違ってきているわけですが、純粹法学の最初の“Reinheit”, “Reinerrechtslehre”の“Rein”である所以を説明する“Reinheit”の説明のところでありますけれども、そこでのケルゼンは自分の純粹法学というのは“Theory of the interpretation”だという。そういう法解釈学に対する方法論の基礎を提供するということに意味あるのだとい

うふうにいつておるわけです。

ケルゼンはそういうふうには純粹法学の法解釈の法哲学的な基礎づけという形で出してきたわけですが、ケルゼンは戦後もアメリカで法社会学の研究を別個にやっておるのと同じように、政治的なイデオロギー的な理念の研究を、「岩波文庫」に、「デモクラシーの本質と価値」という翻訳がでておることでもわかりますように、別個にやっておったわけでありませう。

しかしながら、日本では官僚の技術学としての天皇機関説が批判される前後に純粹法学が重要視されてまいりますけれども、あの前後頃に日本へ入ってきた純粹法学というのは、この政治的なデモクラシーの理念というものは落して入ってきておるわけであります。そこにケルゼンの純粹法学の受容の日本的な変容というものがみられるわけであります。勿論、清宮教授は必ずしもケルゼンの学説をそのまま信奉したわけではなくて、早くから、戦前から、いわゆる実質的憲法論、西ドイツで戦後にかけてケーギなどによって行われました実質的憲法論の立場をかなりはやくから採っておりますし、憲法の実質的内容を重んじております。ナチスとの関係でいえば権力分立論で、早くからナチス批判の態度をとっておりますわけでございますけれども、ともかく、ケルゼンは日本に入ると非常にイデオロギーの面、ワイマールの急進的デモクラシーのクレプトポ

リテイクであるというふうにとりまに批判された、その急進デモクラートの面が、落ちて入ってきておるわけです。

とにかく、日本の憲法学というのは、国家権力の面でも、イデオロギーの面でも非常に重大な欠陥というものをもっておるわけです。そういうふうな日本の技術学の中でもっておる国家権力に対する対決の弱さというのは何処からきたのかということとを少し根源的に追求して問題としてみようと思っておるわけです。

国家権力に対決するような技術学は、大体、日本にはなかったかということ、幕末の洋学などを中心として一寸考えてみた上で、何故失くなったかという問題、すなわち明治絶体主義の国家権力と近代技術学・近代思想の位置づけというものをみてゆきます。そこから、日本の近代と前近代・近代化を押しすすめる力と阻害する力というものをみていくということ、それを国家法人説についてみてゆきます。国家権力と最もンビアーに対決した美濃部学説の中で、ドイツ国家法人説が天皇機関説として入ってくる場合、どういうふうな変容をしたか。その天皇機関説でさへも、どのような経過をたどったかという問題をみてゆきたいと考えておるわけです。

日本の技術学の位置づけに関しては、丸山教授の『現代政治の思想と行動』という有名な本があるわけですが、その中で、

日本の近代化と憲法学の欠陥

面白い問題提起をしております。それは日本の近代化というのはヨーロッパの外圧 Impact によって強制的に国際社会の中に入れられ、武力や威嚇によってひきいられたのだから、近代化というのは外からせまるヨーロッパ勢力の圧力に対するリアクションという形で起っておるのだ。旧特権層は、そういうヨーロッパの外圧に直面してみると、古い世界を新しい世界に対して防衛するという彼らの特権層の目的を達成するためにも、自らを敵の文明で武装しなければならぬというパラドックスを何とかして解決しなければならなかった。何故ならば、ヨーロッパ文明をとり入れないでは、もはや支配層は古い世界自体を維持できないにも拘らず、それを全面的にとり入れることは古い体制の根本的な変革を結果し、したがって、彼等自身の権力の没落を招来するという矛盾。これを解決する道は一つしかなかった。

それは次のような使い分けだと考えたわけです。橋本左内が、「器械芸術彼にとり、仁義忠孝我に存す」。つまり、象山の東洋道徳・西洋芸術です。ここでいっている芸術という名は技術という意味で、象山は言っておるので（佐久間象山は吉田松陰などに非常に大きな影響を与えたヨーロッパの学問を日本に早くとり入れた先覚者でございますが）、そういうふうな考え方、よくいわれる和魂洋才などといわれる考え方であります。

その使い分けの成功が日本の近代化の成功の一つの秘密なのだ。そこそがヨーロッパの勢力の侵入を押しかえしたばかりか、世界を驚倒させるスピードでもって列強に伍する帝国主義国家にまで成長させた所以なのだ。ところが中国では、いわゆる康有為あたりの近代化運動、変法維新、これが清朝内部の強大な保守勢力に屈服した。その結果、つまり、その使い分けに失敗したのだという出発点の相違が、結局両国のナショナリズムにほとんど対蹠的な刻印を与え、近代化に決定的な相違というものをもたらしたものであるというふうに丸山教授は言っておられたわけです。

しかし、同時にこれを使い分けたことが、ヨーロッパのナショナリズムが普遍的にもっておるところの普遍性、高度の自発性と主体性というものを落してしまつたわけで、それがナショナリズムを国家主義から、さらに超国家主義にまで逆行させ、民主運動から労働運動にまで、深く国民の精神構造というものを規制するというふうなことになつたわけです。

さらに、戦後の日本の民主化というものは、たかだか国家機構の変更、制度的な変更にとどまつて、精神構造や国民の生活様式にまで浸潤せず、いわんや、国民精神構造の内面的変革にはいたっていないというふうな結果をもたらした。デモクラシーが高尚な理論や有難い説教である間は、それは依然として舶

来品であるという欠陥が生れた。その欠陥を分析するためには、丸山教授はやや奇矯、変つた表現ではあるけれども、デモクラシーを合理的に理解して、ナショナリズムを非合理的に理解するのではなくして、逆にナショナリズムの合理化とデモクラシーを非合理化において考えなければならないのだと主張しておられたわけです。これを私なりに言いなおせば、デモクラシーを土着化させなければならないのだという、一つの問題がでてくるわけです。

日本のもっているデモクラシーの非合理的な性格というものを、近代日本の根源にまで遡かのぼつて分析する。そういういわば、日本国民の精神構造というもの、日本の知識人の精神構造、いわば知識人の恥部であつて、暗黒大陸であるような面の分析というものを、まさにデモクラシーを非合理的分析をしてみなければならなかつたはずです。

この問題提起が、その後、丸山シュニレによつても満足できるほど展開されておらないので、私は若干不満であつて、もう少し深層分析をしてみななければならないというふうに考えるわけです。勿論、この太平洋戦争の間に、日本ではレジスタンス運動が何一つなかつた。ドイツにおいては、教会のレジスタンスがあつたわけでありませし、勿論、フランスやイタリーにおいてもあつたわけですが、日本においては何らのレジスタンス

がなくて、太平洋戦争がはじまる以前に、もう転向が自発的に
行われておったということ。それは、一つの万邦無比の国体で
あったわけです。

戦後、アメリカの占領がはじまると、数カ月してたちまち再
転向がはじまる。そして、ライシャワー・ラインがひかれる
と、また再々転向が行われるということが非常に簡単に抵抗な
くして行われるという問題があるわけです。一体、こういう知
識人の非常に特異な体質というものは何処からくるのかとい
うことが問題なわけです。

鈴木安蔵先生の『憲法学三十年』（評論社刊）という本を私
は一昨日いただきました。読んでおって非常に感銘をしまし
た。鈴木先生が戦時中の自分の思想の欠陥というものを非常に
端的に告白しておることです。これは鈴木先生のようにマルク
ス主義による自分の主体性をかけた対決があつて、はじめてな
しうることであつて、これくらいの対決がなければ、こういう
暗黒大陸の自分の恥部の深層分析というのは不可能であるとい
ふふうに私は思つたわけです。

鈴木先生は、この思想的遍歴、特に戦時中の憲法学界とい
うところでこういっています。戦後まもなく民主主義科学者協会
が組織されて、学界の思想犯追放を行うべきだという提案があ
つて、次々と戦時中それぞれと活躍し、論文を発表した人々の

日本の近代化と憲法学の欠陥

名が指摘され、リストが作られていったのです。その時に鈴木
先生は「主旨には賛成だし、批判は当然に厳しくなされるべき
だが、それだけにあくまでもフェアーになされなければなら
ない。例えば、リストの中のABCの諸氏は確かに戦争を支持
し、または権力に直接協力したといえるが、これはその立
場、その言説の内容からいうならば、他のDE等々の人々と質
を異にしないか、そういう人々を戦争協力者として指摘する
のであれば、私はここで発言をする資格はない。失礼ながら、諸
君がすぐれた民主主義的学者として行動を共に、あるいは指導
的役割をもたれているXYZの諸氏も戦争中の言動について、
等しくここで批判されなければならないはずだというようなこ
とを指摘したが、石母田正さんが一人でも異議を唱える人があ
つたら外する約束だから、とり下げましょうといった」とい
うふうに書いておられるのです。

鈴木先生は戦後しばらく憲法運動には全力を尽くしたり、ジ
ャーナリズムの上では憲法改正論の主張を続けたけれども、ま
た新しい日本国憲法を作る主張をつづけたけれども、教壇に立
つこと、学界的な地位につくことは当然のことと辞退をした。
名古屋大学法学部への就任を戸沢さんに熱心に説得されたとき
にも断つて、「私が大学に不満で就任を承諾しないのではない
かと考える人があつたようだが、そうではなくて、当分自分に

はその資格がないからだというふうに考えたからだ」というふうに書いておられます。そうしまして、他の場所におきましても、鈴木先生の戦時中の思想、つまり、大東亜共栄圏思想に対する鈴木先生のあの段階での自己批判というものを非常に痛切になさっておられるわけでありませう。この中で自分自身は大東亜共栄圏のあの宣言というものを、一種救いのように感じたこともあったし、日本のナショナリズムというものにロマンティックな憧れというものを持っていた。そういうふうな考え方を持っておいたのは、実に自分自身のマルクス主義の理解の仕方がそこにおいても欠陥があったのだ。魂を消失した小市民的な書齋人が、現実に対する関心をなおざりにしているときに、自然に落入るあやまりに落入ったという意味では、深い悔恨と悲哀をもって今日反省されるのだというふうに言っておられるのです。

さらに先生は、「憲法制定とロエスレル」にも明白な史論のあいまいさがある。その中で青春の日の志はどうなったのかというその間の深刻な疑問は自分の日本自体に関する研究の不足によるし、またマルクスの把握の浅さからきておるのだというふうにいっておるわけです。

鈴木先生がこういうように云われるとするならば、まさに日本の法学界などは自分の学問的節操をほこれるものはほとんど

いない。憲法学界には一人もいないということになるのであつて、鈴木先生もここで云っておりますが、民主主義化というのは日本にとっては革命的な事業である。根本的な社会変革である筈であるが、それほどに感じられないのは一つには無血革命として開始されたためではあろうが、一つには日本人自身の政治的無感覚、よく云えば妥協的な性格のためであるであらうというふうに云つて、文化的な戦争責任の処罰ということが叫ばれたが、この性質の深刻さが把握されていないというふうに云つておられるのです。

これは青春の出発点から戦争の渦中にまぎこまれ、苦しんで、身心共に深い手傷を負っている私たちにとつては、非常なショックであると同時に感動をうけたわけでして、鈴木先生ほどでなければこれほどのことはいえない。他の人が云わないということとは鈴木先生ぐらいの研究と科学的批判をしていないということになるのではないかと、考えさせられたわけです。それほど実は真の科学的自主性・主体性というものは、深刻で困難な問題をもつていて、こうした精神構造の深層の問題を根本的に解決しないかぎりには、恐らく明治百年のイデオロギーというものに対して根元的に対決するということはできないのではないか。そしてなお、この批判がなおざりにされているかぎりには、私は政府側の明治百年のイデオロギーが成功

する精神的な基礎は相当広範に与えられておるといふふうに考
えなければならぬといふふうに思ふわけです。

そういうふうなことと関連しまして、私が偶々東京で開かれ
た『近代日本の夜明け展』という展覧会をみたのですが、明治
百年に関連しまして、色々な便乗的な展覧会がありますが、あ
の『日本の夜明け展』は非常に質を絶して優れた展覧会であろ
うと考えております。その中で、幕末洋学者の中にある知識
人の強烈な一つの真理に対する忠実さ、人民に対して奉仕をす
るという精神、それから科学的な研究成果を国家権力の批判に
まで及ぼすという高野長英の執念のような異常なエネルギーと
いうものが、ああいうものがあつたということ自体、もう少し
再反省しなくてはならないし、あれが何故なくなつたかとい
うことを再検討してみなければならぬといふふうに、私はあ
そこで感じました。例えば、渡辺華山が自決をした短刀である
とか、高野長英が自分の恋人に自分自身の志を告げてあきらめ
てくれるようにといつて書いた手紙をみておつて、非常にそう
いふふうに反省させられたわけです。

あそこの中で土生玄碩という幕府の医者が出て参りますか、
彼はシーボルトから、眼科の手術を学ぶために、その当時外国
人に贈ることを禁じられておつた葵の紋服を贈つたわけです。
贈つて彼が一家・一族が滅亡しても、シーボルトから眼科の技

術というものを学びとつて人民を救いたいといふふうに考
えておるのです。ああいう考え方というのは実に驚くべきである
と思ふのです。

私が知つてゐる蘭学者でも、私は東北の出身であるもので
から、一の関に建部清庵という蘭学者があります。それは、
蘭学事始にも二、三でてくる杉田玄白などと一緒に色々な蘭学
の基本的な本を書いたりした非常に学問熱心な人ですが、彼
が南部の飢饉の時に端的に、自分は百姓によつて食わせら
れておるのだから、当然自分の医学といふのは、百姓に対して
奉仕するために役立てられなければならないのだといつて、非
常に献身的に飢饉の対策といふものを講じておりますし、ま
た、杉田玄白もその随筆集の中で、自分自身の科学的な物の見
方をそのまま権力に対する批判という形であらわしております。

こういうものもつとはつきりできてくれば、国家権力に対し
て人間の平等を説く司馬江漢であるとか山県幡桃とかの精神に
なつてくるわけです。これを見ると、医学を通じて科学的な研
究といふものは普遍性をもつておるといふことが確信すること
ができますし、そういう普遍的な科学的な精神といふものは
当然、封建的な権力の批判にまで及ぶべき必然性をもつてお
るのだといふことがわかるわけです。勿論、彼等は藩医でありま

すし、中間層としての限界は当然もつておるわけで過大評価は危険です。それでも明治絶対主義後の知識人に比しますと、あの幕府の野蠻ともいふべき、権力の科学への無理解に對しまして、洋学を実証的に学び抜こうという執拗な精神、国家権力に對する批判の精神、人民に對する奉仕の精神等は実に驚くべきであると私はあらためて感じたわけです。

つまり、そういう科学技術者の精神がなぜなくなったかというところが問題であるわけです。そういうことがまさに明治絶対主義の中における近代技術学の中で使い分けられた知識人の位置づけの問題になってくるわけです。そういうふうな近代日本の中における、近代と前近代の面を大ざっぱにきわめていって、そういうふうなものをどういふふうにみるかという見方の問題であります。近代日本の研究で有名なハーバート・ノーマンは、それを二つの面をもつた神様いわゆる双面神、ヤーマスであるというふうに理解をしております。一面においては、近代工業の先端をゆく八幡製鉄所の黒煙がもうもうとして煙をあげているかと思うと、他面においては近代の工場の中にあるお稲荷の社、あるいは狐につままれたような農村の前近代的な風習習慣というものがある。そういうものをヤーマスというふうな形で彼は表現したわけです。ヤーマスとというのは面白い見方で、まさに二つの面をもちながら、一体として統一されてい

るといふふうに考えたところに、ノーマンの考え方の特質があるわけです。

これを法理論の面で、有名な天皇機関説等と関連して申し上げれば、例えば、家永三郎先生はこれを近代日本における二重帳簿といふふうにいっています。高文の試験などの官僚養成の技術学としては、ドイツの近代的な法理論の一つである（近代的ということでは色々問題があることは後で申し上げますが）国家法人説、天皇機関説による教科書を使わせておきながら、反面、中等教科書では殆ど天皇主権説の教科書で、家永先生の研究によると天皇機関説をとっているのはほとんど一つぐらしいかないといふ二重帳簿の使い分けが行われていたといふふうにいっておるわけです。

鶴見氏などはそうではなくて、顕教と密教といふふうな形でいっております。即ち、顕教としては天皇主権説をとっており、密教としては天皇機関説・国家法人説を使うという使い分けであります。そういう使い分けが日本の近代化を成功せしめたと同時に日本の知識人の主体性ないしは精神構造に大きな限界を画したといふふうにみるわけです。

私はこの問題を使い分けというふうに二面的に分離をしてしまつてはいけません。もう少し統一的に把らえなおしてみないと駄目ではないかといふふうに考えたわけです。それで私はそこ

の中で上からの包みこみ、つまり包摂というような考え方をしまして、包摂作用というふうな、近代日本の階級支配を、上部構造をもふくめて分析するのに必要な仮説をたてて、歴史科学に問題提起してみたわけです。

つまり、日本の近代化というのは、欧米列強がすでに帝国主義的な段階に達している中で近代化をするわけですから、新しい近代的な技術・思想をどんととり入れる、法体制でもそうでありますが、そうしなければ、欧米列強に競争して明治絶対主義の国家を創りあげることができない。ということは、これを逆に見ると、絶対主義の構造のもとでは、あらゆる近代法思想は全部、天皇制絶対主義の頂点を犯さないかぎり、天皇制の宇宙秩序の中で、それぞれ適切な位置を与えられて、整然たる運行を保ちつづけるという関係になっておる。全般的にみて、天皇制絶対主義というのは、日本近代化を阻む壁にはなっていない。逆に天皇制絶対主義に保障されることによって、日本的な近代思想が前進するという非常に複雑な構造を底にもつておったということ进行分析することが重要です。したがって、自由民権運動においても最も先進的な部分としてこれをとらえてみて、中江兆民も天皇制絶対主義の頂点にはふれておらない。福沢諭吉もふれておらないどころか、中江は、天皇というのは人民方でもなく政府方でもなく、それを超越して神様より

も尊い御方であるというふうに「平民の目さまし」で言っておる。それから、福沢諭吉も、「天は人の上に人をつくらず、人の下に人をつくらず」といった彼も、天皇制に対する絶対的な忠誠を誓っておる。これは、福沢の帝室論などに関連してよく言われることでありますが、福沢の天皇制に対する合理的な、むしろ、経済主義的な考えというものが天皇制に対する忠誠とびしっと密着しておる。そういうふうな形で近代というものが進められる。つまり、天皇制というのは、太陽としての天皇を中心として、その回りに自由主義思想であれ、社会主義思想であれ、昭和の転向期になりますと、佐野・鍋山の共産主義思想でも（佐野・鍋山のように天皇制と共産制とが矛盾しないというふうにかける限りは）、これを寛容に包摂をしていく。逆に、本当の前衛の中核としての共産主義思想をもつていて天皇制絶対主義と正面から対決しようとする者に対しては、幸徳秋水・菅野がに始つて昭和の大弾圧にみられるように、周囲を包みこみ、包摂することによって、孤立化させておいて、これを徹底的に弾圧する。まさに、中世期の宗教裁判にもまさる残酷なというふうな共産主義者達が言っておるような弾圧は、そういう包摂によってこそはじめて可能になるというふうな、包摂と狂暴さが一体となる関係にたつておるわけです。

これを明治憲法の関点でいいますと、明治憲法というのは、

要するに、自由民権を完全に弾圧して、弾圧を完全に完了した時点での弾圧の勝利の記念碑であるわけですから、それは主導力が何処までも絶対主義の頂点の側にあるわけです。勿論、自由民権運動は高揚期には中産階級から百姓一揆を含めて、あるいは不平士族を含めて、統一戦線を形成するかにみえたわけですが、まさに明治絶対主義はその時点で己れの真の敵というものを見つけて、これを全力を尽くして徹底的に弾圧したわけです。ここに明治維新の指導者達の優れたところという言語弊があるわけですが、非常に俊敏なところがあるわけです。自分の真の敵というものを見出すことに対する俊敏さがあるわけですが、陰謀がすぎな公卿として有名な岩倉は、はやくから日本国憲法の大綱というものを確定しまして、伊藤がドイツにいて、ドイツ憲法を受容してくる前に、欽定憲法、天皇大権中心主義、統帥権の独立という基本的なテーゼを確立しております。伊藤が帰国してきました、大隈のいわゆる英国流の議会主義の行き方というものを非常に批判しておるのをみまして、岩倉は「伊藤は大隈がイギリス的だというけれども、伊藤のドイツ的なことは大隈以上ではないか」というふうに嘲笑しております。このところでもう少し日本人としての主体性を持ってというふうなことを言っております。

しかし、伊藤もまた日本的な受容という点では優れた能力を

發揮しておるわけで、帝国憲法を極めて適確にとらえておって、日本は欧米のように人心を帰一せしめる国家の機軸となり、中心となる宗教がないが、宗教的な中心として皇室をもつてきて、憲法学者は皇室中心主義という点に心を用いなければならぬし、憲法草案ではこの点に重点をおいて、なるたけ天皇の権力を束縛しないように努めたのだというふうに言っておるわけです。

この点で、伊藤は、天皇制を主体的、戦略的に利用するという点で非常に優れておったわけです。その点で、近代的な技術学として、ドイツの憲法理論を適用することとは、勿論、伊藤自ら進んで行ったところでもあります。したがって、逆にいわゆる神権学派というふうにいわれておる穂積八束等の神がかりの天皇帝一辺倒的な考え方は、これは最近、家永三郎先生が「岩波」から出した本（これはすでに教育大学の文学部紀要の四十三年三月に、「アカデミズムの憲法学の成立」として述べられております）の中でも、伊藤は穂積のもつておる専制主義的な考え方を警戒して慎重に憲法義解起草の主流から穂積をオミットしておるといっております。でありますから、いわゆる穂積、上杉ラインというのは、日本憲法学の主流ではないのであって、むしろ、一木、美濃部ラインこそは日本国憲法のいわゆる正統学派であるというふうに評価しております。私もこ

れに一面では賛成ですが明、治絶対主義憲法の起草者たちは、明治憲法はとにかく、上杉・穂積流の神権学派的な専制主義的な考え方を警戒しなければならぬと考えたのであって、むしろ、一木・美濃部ラインを積極的に包摂していくことによつて、天皇制絶対主義は逆に強化されるのだとはつきり知つておつたようであります。

さきの鈴木先生の憲法三〇年を読んで面白いと思つたのは、鈴木先生が美濃部先生に、『どうも先生の考え方は、明治憲法をあるものよりはもっと立憲主義的に解釈しすぎているのではありませんか』というふうに質問をしたり、美濃部先生は、『いや、明治憲法の起草者達も、僕と同じような考え方を持つておつたと思うよ』というふうに答えられたと書いておりますけれども、これは美濃部先生がよくその意図、即ち明治絶対主義の指導者、元老達の考え方を理解しておられたということになるわけであつて、まさに、伊藤は君権の制限には全くふれないような穂積の考え方は危険だというふうに考えておつたようであります。そういう意味では私は、一木・美濃部ラインが正当学派であつたのではないかというふうな考え方に賛成できます。

しかし、私は家永先生のように、美濃部学説の進歩的な面だけに光をあてるような考え方には賛成できないのであつて、やはり、美濃部理論というのは、勿論、美濃部先生は体制の中で

日本の近代化と憲法学の欠陥

はもつとも優れた憲法学者です。技術的にもそうでありますし、国家権力に対してシビアーに対決される、その対決の仕方、学者としての節操においても、比較を絶しておられた方でもありますけれども、それにも拘らず、やはり、天皇制絶対主義の側に包摂されておるということを忘れてはならないというふうに思うのであります。家永先生はそのところの理解があまりいいものでありますから、美濃部先生が、戦争前は神権学派に対して激烈な論戦を展開されておりながら、戦後になつてから、日本国憲法ができてから逆に天皇制擁護に傾むいたのは何としても理解できない異変であるというふうに云つておる。しかし、美濃部先生の考え方がしますと、美濃部先生は、しばしば自分は忠臣である、天皇に対する忠臣であるといつておられたのでありますけれども、まさに、自分の立憲主義的な憲法解釈、自分のリベラルな憲法思想こそは天皇制絶対主義を補強するものであるというふうな確信をもつておられたと私は考えたわけであります。でありますからこそ、美濃部先生は、戦後に一月や二月でたちまち超国家主義からデモクライトに転向するそういう学者達の方こそ、まさに天下の異変だというふうに考えられておつたのではないかというふうに思うのです。そのところに、私の考え方の特質があります。家永先生の立憲学派を主流だと考える考え方には異論はないのですが、その把

え方に、問題があるというふうに考えます。

そういうふうな見方をしますと、どこまでも日本の知識人のもつておる暗黒大陸的な面は光をあてられないというふうなことになってくると考えるわけです。このことをもう少し、副題でドイツ憲法学の受容と関連してとしてつけ加えましたので、国家法人説との関連でみてまいります。

伊藤は勿論ドイツの国家有機体説をとつておつて、法人説以前の考え方をとつておつたわけです。有機体説の考え方は、彼の「憲法義解」の中に非常にはつきり出てきております。一木・美濃部になりますと、そこで国家法人説がでてくるわけで、もっと大ざっぱにドイツ憲法学の受容を考えてみますれば、横田・清宮になりました、純粹法学、ケルゼンがでてくるわけで、それから、黒田のナチス憲法論、カール・シュミット論がでてくるわけで、それから戦後になって、小林の西ドイツの実質的な憲法論がでてくるという大体大ざっぱにいうところいうような系譜になってくるわけです。しかし、いずれも、外国法の受容という点に関しては、問題を含んでおるわけです。一木・美濃部の国家法人説を中心にして考えてみますと、非常に未熟な論文でありますけれども、私が一番はじめに書いたのが「憲法学史の方法」(東北法学会雑誌第九号、昭和三四年)で、その中で国家法人説と天皇機関説に関する若干の私の考え方を

を展開しておるわけですが、大体ドイツにおきましても立憲主義の問題というのは、西エルベにおける西欧型社会の近代化と、それから東エルベにおけるグーツヘルンシャフト、のちにユンカー経営による後進性、そういうものとの関連と比重で争われてくるわけでありすけれども、この国家法人説というのは、中立的な法、技術的な概念として出てきたのではなくして、ドイツの自由主義思想の中で国家法人説がでてくる系譜はアルブレヒトなどにみられますように、絶対君主から毒牙をぬきさつて、立憲主義による政治を意図しながら、その反面、主権を人民に与えるという近代自然法の理念をとらないで、主権は国家に有りというふうな一つの妥協的な見解をとつているわけです。でありますから、これに対してはメルクルのように、国家法人説というのは時間的に限界のない中立的な法技術的な概念ではないので、むしろそれは、君主制的な偏向を表明したものであって、イエリネクの理論も絶対主義に向けられた十九世紀の革命が獲得したものを否認しないまでも、傷つけるものであったというふうな批判をしておるわけであります。このところにてイエリネク理論の欠陥があるわけでありまして、イエリネクは本来“*Allgemeine Staatslehre*”の“*Zweitsatzungslehre*”といわれますように、社会学的な考察と法学的な面の二側面を峻別したわけでありす。峻別をすることによって、国家

権力の頂点に対する法規範による実体的な制限というものを問題としないで、君主主権に対する対決を回避して、法的形式の背後にあってそれを動かす権力構造を対象から一応はずすというふうな形で、自分の“*Allgemeine Staatslehre*”を十九世紀国家学の集大成、*Grund und Eckstein*というふうにいわれる彼の考え方を構成したわけであります。

でありますから、国家法人説そのものは、本来、君主々義的な偏向をもっておるものであります。これを明治絶対主義体制下にもってきても、なんら君主々義を傷つけることにはならないわけでありまして、日本もその当時、すでに明治四十年から第二次産業革命を経まして、ブルジョワ的な社会が構成されて近代化がすすんでおったわけでありまして、国家法人説によらなければ解決し得ない多くの近代的な法現象をかかえておったわけです。でありますから、明治絶対主義もそれが法秩序の問題であるかぎりには、国家法人説を許容しうる *Flexibility* をそれ自体の内部にもっておったわけでありまして、でありますから、後の昭和に天皇機関説論争が起りましたときに、天皇さへも天皇機関説を支持して軍部をたしなめていたという原田日記（この日記の信憑性の問題もありますけれども）のいうような天皇の意見もだされるほどであったわけですから、

したがいまして、私はここでドイツ国家法人説と天皇機関説

日本の近代化と憲法学の欠陥

のそれぞれ比較憲法学的考察の結論としまして、ここで簡単にもうしますならば、我國の現在の有力な見解は、国家法人説は進歩的・民主的性格を有するものであって、そのことは日本に輸入された場合の美濃部学説の高度の進歩的性格によって検証されるというふうに考えるのであります。私は少しく見解を異にしております。国家法人説は君主々義対民主主義の正当性の争いを君主主義的偏向、君主々義に味方するという形で回避したものであるから、君主の実質的権利を保全するものであるから、明治絶対主義下においては日本の自然法、天皇制絶対主義の頂点にふれないかぎりには、天皇機関説として明治憲法の法理としては当然に許容される範囲内のものである。

しかし、ドイツのように、とにかく君主に対する民主主義の対決が三月革命によって一応行われていた場合と歴史的な条件を異にするとところの日本では（この君主の権力の制限を意味する歴史的な文書としての近代的意義の憲法ではなかった明治憲法においては）国体の本義を頂点とする超憲法体制が圧倒的に重要な意味をもっておった。そこどころに国家法人説の法理的展開が天皇制絶対主義の自己強化として枠の外に出ることを許されなかったという限界があった。君主主義的偏向を示した国家法人説さへ昭和の体制的危機の時代には、はじき出された。そこにドイツの外見的立憲君主制でもはるかに後進的な形にお

ける日本の天皇制絶対主義の特異性が検証されているというふうになっておるわけです。

天皇制絶対主義や天皇制ファシズム上部構造のとりえ方は従来いささかあいまいでありまして、私は現在では、よりもっと包摂というふうに、自己強化という形を包摂というふうに通一的にとらえているわけです。その問題を、昭和三八年に法律時報の特集号（改憲問題の焦点）に書きました『天皇』の中で出しているわけで、天皇制絶対主義の中ではあらゆる近代思想は近代主義をおしすすめ、民主主義を前進させるものとして、天皇制絶対主義の宇宙秩序を強化させる一手段として適合的に包摂されていたことに注意しなければなりません。憲法学説においては、天皇制絶対主義は上杉博士の神権学派をも、美濃部博士の立憲主義学派をも共に許容する幅の広さをもっていた。即ち、国家法人説を明治末期の発展し複雑化する国家現象を説明し得なくなった神権学派の理論の欠陥を補う絶対主義の自己強化の手段として包摂していったのであります。

昭和のはじめは、資本主義の危機においてこの包摂の幅をせばめていって自滅していったわけです。この包摂力の強さは、外国の権力一般のもつ性格とは異り天皇制を宗教的本質からしても、それを批判しうるプロテスタンリズムをも、御真影と教育勅語への偶像礼拝を強制しながら天皇制コスモスの中でその

ところを得しめていったことによっても、いかに万邦無比のものであったかが理解できます。天皇制ファシズムにおいては、この軟体動物にも似た柔軟性こそは、反面、包摂しつくし得ぬものを孤立化し、徹底的に弾圧しつくす狂暴性と一体性をなすものであったというふうには私はいっておるわけです。ここではじめて、私は包摂という言葉を使っています、その後、仁井田陞先生の追悼論文、これは出版が非常におくられていて明年になるかと思いますが、そこではっきり仮説としての包摂作用というふうな論文を二年も前になりますが、自分の理論として創りあげてみたわけです。

とにかく、日本の近代化をおしすすめながら、同時に権力の頂点を強化していく。つまり、逆にいえば憲法技術の制約が権力の頂点に及び得ない。この一つの限界というものを破つていかないというところ、現在問題になっているマルクス・レーニン主義の土着化であるとか自主独立であるとか、あるいは、身近には明治百年のイデオロギー攻勢の限界をうちやぶるということ、日本の憲法学者や知識人はできないのではないかと、いうふうには、私は不安をもつわけです。そして第二次大戦後はまた下からの解放運動ががちとつたのではなく外からの憲法が与えられ、内発的な自主性に二重の欠落が生じてきます。それで、まずこの問題を解決しないと、日本の近代化の中における技術

学、その一つの典型としての法技術学の在り方、あるいは、国家権力に対決してその法的、規範的制限というものによつて基本的人権を守るといふことを生命とする憲法学というもの、在り方というものを根源的に確定するといふことができなないのではないかといふふうにかへたわけでありませう。二重の欠落の問題は「国家権力と日本憲法学の存在構造」といふ形で引きつづき研究します。

以上が私の大体の基本的な考え方ですが、私はこの問題とは一寸はなれませうけれども、日本の憲法学、乃至は日本の法学一般の人権についての考え方などというものは、いかにゆがんだ病理的な現象を呈しているかといふことは、福祉国家を研究いたしましたときにも感じたわけでありませう。一体労働災害が九年間に六百数十万で、交通事故は本年も六十万を越しておりますが、(ベトナム派兵の米軍は五十万でありませうけれども)これは驚くべき人民の大量殺戮、エンゲルスのいう社会的殺人であります。これをほとんど根本的に解決しようともしないところに非常に何か無気味なような日本の社会、その社会の中で福祉国家的な法理論として社会的法治国家論といふようなことをいう法学者の本質はなんだろうかといふことを考えるわけです。国家独占資本主義の段階での国家権力の法理的な展開といふものを是認するといふ形で、公害に対する法的規則である

とか、産業災害に対する法的規則の法理というものを最近まで本気で構成しようとしなかつた、法学や行政法学理論というものは、私は人権やそれ以前のヒューマニズムの関点からみても甚だ無気味であるといふふうにかへたわけでありませう。それは、何処からくるのか。その根源にあるガン細胞的な病理の根源といふのは、一体どこにあるのであらうかといふことを少し、これは一寸今の問題とは離れるのですが、卒直に法学や行政法の本などをみておりました疑問に感じるわけでありませう。一つこの問題については私自身も根本的にはよく対決ができないのですけれども、皆さんから色々と疑問を提出していただいたり、教えていただければ幸いです。

非常にまとまらなくて、粗雑な報告で恐縮でございますが、私の話は大体このへんで終らせていただきたいと思います。

〔参考文献〕 鈴木安蔵編「日本の憲法学―歴史的反省と展望―」(一九六八年九月、評論社刊) 所収拙稿及びシンポジウムの針生報告。