



## 近代日本の主権国家と生存権

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2010-05-17 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 林, 尚之 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24729/00004423">https://doi.org/10.24729/00004423</a>

## 近代日本の主権国家と生存権

はじめに

本稿の目的は、戦前日本における主権や人権の特質と由来を、法学者や国家官僚の憲法解釈、法思想の検討を通じて明らかにすることである。その検討を通じて二〇世紀以降の生存権思想の萌芽を探り出し、戦前日本において戦後憲法の基本原理たる基本的人権につながる思想的基盤が存在したことを明らかにしたい。

生存権の確立についての先行研究は、思想的観点から、戦前における「個人」創出のイデオロギーの検討を通じて、教育勅語と教育基本法、あるいは明治憲法と日本国憲法を貫く近代の基本原理を明らかにし、そこから「個人」を拘束する制約原理（公共の福祉、信義誠実の原則）を問題にした住友陽文氏の論考がある。近代日本が天皇と臣民との関係を情誼的關係として描いたのは、私法における信義則を公法を支配する法理にまで止揚するためであったことを

林 尚之

住友氏は明らかにしている<sup>1</sup>。また政治史研究では、昭和初期を国民大衆の時代と捉え、社会大衆党や民政党少壮派、陸軍統制派や革新官僚といった革新勢力の政策の中心が国民の生活権保障であったことを指摘した有馬学氏<sup>2</sup>、一九四〇年代に女性や社民勢力などの政治的に排除されてきた層の権利要求が行政権力と一体化することで、普選法と政治社会の乖離が実質的に解消されたことをもって議会制抜きの普選体制の確立と称した源川真希氏<sup>3</sup>などの研究がある。いずれも研究視角の違いはあれ、国家や社会に生存権が事実上容認されていく力学から戦前日本が抱える矛盾を問題にしたものである。しかし、憲法史ないし憲法学説史研究では、専ら明治憲法下における基本権の後進性を指摘することに重点がおかれており、諸氏が注目した生存権の社会化状況を加味した研究はあまりない<sup>4</sup>。筆者はかつて天皇機関説事件後の主権論争の主題が立憲学派、国体憲法学派問わず憲法破壊に至らない制限された天皇主権をいかに

論証するかにあつたことを明らかにし、さらに国体論の氾濫は実は天皇機関説に代わつて天皇主権を制限する新しい論理の模索であつたことを指摘した<sup>6</sup>。主権概念は明治憲法において実定法規ではなく、専ら憲法解釈の次元で構成される概念であつた。穂積八束が明治憲法の制定をあえて不文憲法の「改正」として擬制したのは、憲法制定が主権的権力の直接的な発動形態であつたからである。戦前日本において主権問題は明治憲法体制の矛盾の集約点であつた。はじめ主権概念が憲法の条文に明文化された日本国憲法でも、前文で「主権が国民に存する」と表現されているように「国民主権」という文言自体は慎重に回避されている。戦前、戦後を通じて展開された主権論争の結果受容されたのは主権≡憲法制定権力という概念であつたが、憲法制定権力の本来的機能である超実定法的側面は捨象され、あくまでも憲法の正当性の源泉として、つまり、名分・建前として改竄された上で受容されたのである。

戦前、戦後の憲法体制を通じた主権論の課題は主権を制限する原理をいかに構築するかにあつた。日本にとつて終戦の詔書の「朕ハ茲ニ国体ヲ護持シ得テ」の文言の通り、国体護持が最優先課題であつたのは、まさに国体こそが主権を制限できる唯一つの原理であつたからである。そして、その主権の制約原理は同時に基本権の制約原理でもあつた。主権を制限することは、公権力による基本権制約

の作用を制限することにはほかならないからである。主権制限の形式やその根拠の在り方によつて基本権制約の形式やその根拠が規定されるのである。戦後憲法学において主権の上位には基本的人権が聳立しているとされ、主権の絶対性は否定された。諸個人の人権間の軋轢を調整する実質的公平の原理として「公共の福祉」を捉え、それを人権に論理必然的に内在する制約とした宮沢俊義の一元的内在制約説が憲法学の通説となつた<sup>7</sup>。それは「公共の福祉」が基本的人権に内在化された制約原理とされ、主権的権力は人類普遍の原理たる基本的人権に制約されることを謳つた戦後憲法の根本性格をあらわすものであつた。この基本的人権を創り出した歴史のプロジェクトこそ明治憲法の歴史であつたと筆者は考えている。そこで本稿では、基本的人権（生存権）の思想的土壌を準備した歴史のプロセスとして戦前日本を捉え、国家（主権）と国民（人権）との関係性を規定する制約原理を創り出した明治憲法の思想的母胎を探り出したい。

## 第一章 君主主権と自由権の創出

憲法学界の泰斗で、天皇主権説の代表的な憲法学者である穂積八束が「社会ニ強弱智愚貧富ノ差等アルハ寧ロ天賦ノ自然ニ属ス」<sup>8</sup>

と述べているように、明治初期に天賦の自由は生存競争の自由として受け入れられていた<sup>9</sup>。明治一〇年以降に天賦人權論の立場から、社会進化論の立場に転向した加藤弘之が依拠していた自由論もまた天然の実力としての自由であった<sup>10</sup>。加藤は天賦人權論のいうところの天然の自由が、現実社会においては近世以来の有産者階級の特権を擁護するものではないからこそ、天賦人權論を退け主権に對する個人の服従を説いたのである<sup>11</sup>。つまり、強大な主権は「強弱智愚貧富ノ差等」の克服のために要請された政治権力であり、社会的平等が天然の自由に反する當為の所産であったからこそ、個人の主権への自発的な服従をいかに涵養するかが重要であったのである。明治民法典の起草者のひとりである穂積陳重は、法律の進化は社会力の進化であるとして、超越的な自然法を排し、「人の性」に基づき絶え間なく自己を批判的に自覚することで自由へと向かっていく社会の進化そのものとして法律を捉える、法律進化論を展開した。穂積陳重が「権力者が其権力を有するのは必竟社会心の集中点たるが為めであつて、社会員一般が或は之に心服し、或は之に畏怖するが為めに外ならぬ<sup>12</sup>」といい、また、「民意、神意又は君意が発見又は宣言に依つて規範法と為る所以は、民、神又は君の意はそれ自体に法であつて、現れて行為の規範と為るものであるとの根本観念有るが為めである。而して此根本観念は即ち社会力である。民

意即法の観念は、人民が共同生活の経験上生じたる特種の事項に關する行為の一致は、各自に於ても之に遵はざる可らずとの心理状態即ち公共感に基くものであるから、此観念より生ずる法規は法律事項に關する社会力の表現である<sup>13</sup>」と述べているように、法律進化論の狙いは法に実体性を付与することによって、諸個人の法に對する服従を調達することにあつたのである。ここで留意したいことは、諸個人の主権や法に對する服従を調達するためには、現行の実定法体系が「社会心」という諸個人の内発性に基づいていることを絶えず主張しなければならなかつた点である。

そのために、作為的所産ではなしに、個人の内面とリンクした「社会力」という実体によつて法の根拠を説明することが求められる<sup>14</sup>。この意味で社会進化論は、自然法を否定した上で人性に基づいた新しい自然法を提唱するものであつたといえる<sup>15</sup>。陳重は、「社会は有機体であつて、其組織は瞬時も静止することは無い。社会の原子たる各個人の身体が新陳代謝に因つて常に其組織を変更するのみならず、社会自身も亦其組成員の生産、死亡、移住等に因つて常に其組織を変更するものである。社会の組織自体が既に斯の如く常に動いて熄まぬものならば、社会力の一状態なる法律も、之を時間的に觀察するときは、亦恒常の変動状態に在るべきは明かな事である」と、社会有機体説から社会の変遷に伴つて法律の実質は常に変

化していると説明しながらも、法現象の変化は無秩序で偶発的な出来事の連鎖ではなく、その変化のなかには「普遍的通素即ち法現象の時間的推移の原理」が存在しているという<sup>16</sup>。すなわち、陳重は現実社会の彼岸に普遍的な法則をみるのではなく、社会的現実の趨勢の中に、つまりは社会力それ自体を普遍的な法則として捉えようとしたのである。

先に述べたように、社会力としての法の進化発展は、社会力自身が自己批判、自己内省を深めていくことで駆動するものであった。陳重の秩序観は、個人ないし社会の内部に法秩序を維持再生産する要因が存在するとみて、その即自的な形成要因を個々人が自覚化することが社会を進化発展させるという考えである。周知の通り、陳重はその内発的な秩序形成要因を祖先崇拜とした。その祖先教を基軸にして法の基礎づけをより明確に行つたのが穂積八東であった。穂積は、「我々国民ハ祖先ヲ同フスル民族ノ相依リ祖先ノ威靈ノ下ニ団結シ、極メテ大ニ強固ナル血族団体ヲナスモノナリト自覚シ、恰モ一家ニ於テ父母ヲ尊親シテ其威力ノ下ニ保護ヲ受クルノ觀念ヲ拡大シテ、祖先ヲ同フスル民族ノ其祖先タル我カ太祖ノ連綿タル皇位ハ、大和民族ノ酋長ト仰キ、其威靈ノ下ニ所謂一家ナル血族団体ヲ為ナリ<sup>17</sup>」として、「太祖ノ連綿タル皇位」を源泉とする祖先崇拜を機軸にした「一家ナル血族団体」を仮想することで、国家の恒

久的な持続性を説いた。そして、この天賦自然の秩序たる家制が、国家の淵源であるがゆえに生存競争という「社会進化ノ理則ニ照シ」ても「血統相通スルニ由ルノ団結ハ団結ノ天賦ニシテ最強固ナル者ナリ<sup>18</sup>」と、「社会進化ノ理法」に合致するとして天皇制国家の普遍性を主張したのである。

穂積が法の根源を諸個人の祖先崇拜に求めたのは、家族共同体として団結しながら絶えず発展する社会の進化過程としての歴史の法理（自然法秩序としての家制）を仮想し、その歴史的法理の存在根拠を個人の祖先崇拜におくことで、優勝劣敗の生存競争を抑制し、「社会ノ平等」をもたらず道理を説こうとしたからである。いわば、主権的権力は「社会ノ平等」の確保のために、天然の自由ニ覇者の自由を制限しなければならなかったが、主権的権力に対する人々の自然な服従心を調達するには、自然法思想とは異なるかたちで普遍的な秩序（家制）を想定する必要があったのである。しかし、明治維新後の資本主義の発達による都市化の進展は、祖先教を支えた基盤であった「家」を単婚家族中心の世帯へと分解していた<sup>19</sup>。そのため個人の祖先崇拜に依拠して、「社会ノ平等」のための権利制限（主権への服従）を人々に受け入れさせることは困難であった。

そこで、穂積は、「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依頼シテ社会優族ノ圧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<sup>20</sup>」と、絶対的な君主主権が社会に君臨していることを説くことで、天然の自由を抑制し、「社会福利」を実現しようとした。

権力ナケレハ服従ナシ、服従ナケレハ保護ナシ、保護ナケレハ権能ナシ。権能トハ人格及権利ノ享有ノ謂ナリ。(中略)抑々権利ハ権力ノ賜ナリ、権力ナケレハ権利ナシ公正ナル権利ノ関係ハ、一視同仁ノ絶大ナル権力其ノ背後ニ立チ、之ヲ保護スルアルニ非サレハ何ニ由リテカ存立スルコトヲ得ン。無政府ノ下ニ於ケル権利ハ腕力ナリ、其ノ自由ハ弱者ノ肉食ヲフノ自由ナリ、人ヲシテ禽獸タラシメンノミ。禽獸ノ世、権力権利本、別ナシ、二者ノ漸ク分立スルニ於テ始メテ社会ノ秩序ヲ視ル、家ニ家長権アリ国ニ主権アルカ如キナリ。権力ト権利トノ分離ハ腕力ト正義トノ分離ヲ意味シ、再ヒ之ヲ正当ニ配合スルハ実ニ社会ニ秩序アルノ所由トス、二者ノ雑然タル混同ト、絶対ナル孤立トハ、共ニ社会ノ解散タリ。権利ハ権力ノ保護ニ由リテ存シ、権力ハ権利ヲ保護スルノ名ニ於テ立ツ<sup>21</sup>

つまり、祖先教だけでは天然の自由を制限し、権利の平等性を法規範として定着させることは困難であったがゆえに、「絶大ナル権力」によって私的権力（近世以来の権利）を収奪することで、権利を主権への服従の対価＝恩恵として構成したのである。それは、現

実に社会全体の生存を維持し発展させることが主権的権力の存在理由となったことを意味している。穂積は、「人ノ自主ノ目的ト、自由ノ意思トハ、天賦固有ナリト謂フコトヲ得ヘシ。此ノ自然ノ生命ト、自然ノ意思トハ、他ノ生物ト共ニ通シテ之ヲ有ス、而シテ法人ニ之ヲ認知シ保護スルニ由リテ人格権利ヲ成スモノナリ<sup>22</sup>」と、天賦の自由は個人の意思力に基づいているがゆえに強弱の等差が生じるため、主権的権力は法を介して法上の平等（権利）を与えそれを保護することが求められるという。つまり、政府には、社会進化の要件である公正な自由競争の基盤（社会資本）を整備することが求められるのである<sup>23</sup>。

穂積は、「自由競争ヲ社会ノ円満ナル発達ニ最有利ナル状態ニ置クノ一手段ハ社会ノ権力ト社会ノ費用トヲ以テ自由競争ノ地盤ヲ均一ニスルコトニ存ルナリ之ヲ現実ニスルハ国法ノ力ニ依頼セサルヘカラス自由競争ノ地盤ヲ均一ニスルト云フハ社会的自由競争ニ於ケル各人立脚ノ機会ヲ均一ニシテ其智能ノ伸長ヲ円満自由ナラシメント欲スルナリ」と述べ、社会的平等を整備する施策として、貴族制の特権の廃止、救貧制度、義務的公教育の確立、労働者保護を重視した経済政策、交通機関や土地の公有化、弱者の利益のための契約の自由の制限などを説いていた<sup>24</sup>。「臣民タル性格ハ、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トス<sup>25</sup>」

として、絶大な君主主権に対して臣民の絶対服従を説いたとしても、  
 穂積にとって服従と自由意思とは相反するどころか、むしろ服従の  
 度合いを深めれば深めるほど「社会福利」が達成され、結果的に個  
 人はより多くの権利を享受できるものであった。そして、国民の権  
 利・自由は主権的権力による恩恵である以上、自由意思によって放  
 棄することはできないとされる。つまり、穂積にとって個人が権利  
 (私権) を主張することは、むしろ社会が進化発展していくために  
 は必要不可欠な社会的義務であったのである<sup>26</sup>。

以上のような論理を穂積が展開したのは、万人の天賦の自由に「弱  
 者ノ肉ヲ食フノ自由」が厳然と存在することが否めない以上、その  
 天賦の自由の優劣に左右されない権利の平等性を、天賦の自由自身  
 のなから析出するしかないという認識があったからであろう。加  
 藤弘之が進化論に転向したのも、「利己心」から各人の「均一ノ自  
 由権利」を創造するには社会進化論が最も有効な思想であったから  
 ではないか。すなわち、「利他ノ心ナルモノハ元来アラス利他ノ心  
 ノアル如ク見ユルモノハ皆素ト利己ノ心変シタルナリ前ニ云フ如ク  
 強キ者賢キ者トテモ己レ孤立ハ出来ス且ツ孤立ハ利己ノ為メニモナ  
 ラヌナリ改ニ才智ノ生スナルニ随ヒ利己ノ為メニ人ヲ愛シ人ヲモ憐  
 ミ人ニ其権利ヲ与フルナリ其実皆利己ノ為メノミ然ラハ則チ己レヲ  
 損シテ或ハ人ヲ救ヒ或ハ身ヲ殺シテ仁ヲナス<sup>27</sup>」といった、加藤の

シニカルな功利主義的人間観は、利己のなかに利己を超えた何も  
 かを探り当てようとする試みでもあったといえる。

穂積八束や穂積陳重、加藤の進化論からみえてくる近代日本の課  
 題は、「強弱智愚貧富ノ差等」でしかない天賦の自由から万人が等  
 しく享有する自由の平等性(自由権という観念)を弁証し、権利の  
 制限を通じて「社会ノ平等」を達成することであった。これは美濃  
 部達吉や佐々木惣一といった立憲学派の課題でもあった。しかし、  
 立憲学派とは異なつて穂積といったいわゆる保守派は、それを主体  
 的当為(自発的服従の調達)によつて克服するのではなく、圧倒的  
 な力による服従という自由意思の放棄によつて自由が抱える問題を  
 解決しようとしたのである。つまり、近世からの所有権や財産権と  
 いった天然の自由の制限を、個々人の内面から自然な服従心を調達  
 する方法のみならず、社会から私的権力を収奪せしめた圧倒的な暴  
 力の保持者として主権的権力を論証することでなそうとしたのであ  
 る。しかし、他方で保守派も実定法を維持するために、実定法を超  
 えた普遍的秩序(皇室を中心とした家秩序≡国体)を仮想すること  
 でしか法を権威づけられなかった。穂積や加藤の主権論は、覇者の  
 統治たるウシハク型統治を否定し、シラス型統治者として天皇主権  
 を創出した明治憲法の基本理念を反映するものでもあったのであ  
 る<sup>28</sup>。

## 第二章 立法事項説と美濃部達吉の国家団体説

穂積八束は実定法を基礎づけるために新たな自然法秩序(家秩序)を仮想した。穂積の天皇主権説に反対した美濃部達吉も単なる実定法思想をとってはいなかった。美濃部は、「法とは社会心意に於て人類の利益の為に破るべからざるものとして認識せらるる社会生活上の意思の規律であると謂ふことが出来る<sup>29)</sup>と述べる。法が人の意思を規律するのは破るべからざるものとして認識されること、すなわち、社会心意による承認が法の成立根拠であるとされる。しかし、その社会心意による認識とは個々人の認識を指すのではなく、「社会の一般の人々の認識が法たる力を生ずるの根拠である<sup>30)</sup>」というように、社会において平均的な良識を持った人々の社会意識が法に「力」を与えるとしていた。そして、人類の服従性、習慣性、正義性といった心理的基礎によって法は「力」を付与されるが、そのいずれが法の根拠となるかについては、「其の何れが社会意識の上に一層強い力を有するかに依るのである<sup>31)</sup>」と、偶発的な事実性から説明していた。言い換えれば、「法ハ此社会的ノ力ニ基イテ存立スル<sup>32)</sup>」ものなのである。いわば、「社会力」とはすでにつねに人心を支配している事実の力であったのである。「社会力」は美濃

部の憲法論の根幹をなすものであった。美濃部は、「現実の憲法は歴史的發展の成果であり、又成文の憲法の外に各個の法令及び政府並に議會の運用に依り絶えず変遷するものであり、其運用には各種の政治上の勢力が大なる影響を及ぼす<sup>33)</sup>」として、憲法外の「社会力」こそが憲法の実際上の運用を規定していることを強調していた。また歴史観でも「維新ノ改革ハ、其実質ニ於テハ幕府ノ実力ノ衰弱ト外国勢力ノ圧迫トニ乘ジ薩長土肥諸藩ガ実力ヲ以テ幕府ニ反抗シ遂ニ之ヲ倒ス<sup>34)</sup>」と、明治維新の成功を薩長土肥の圧倒的な軍事力にみていた。この美濃部の歴史観は、明治維新を国体の自覚として、その名分を重視していた穂積八束の維新観とは対照的であった<sup>35)</sup>。

では美濃部は国民の自由・権利についてはどう考えたのか。美濃部は、「国民ハ第一ニ国家ノ統治権ニ服従スル客体タルノ地位ヲ有ス。此地位ニ於テハ国民ハ唯義務ノ主体タルニ止マリ權利ノ主体タルコトヲ得ズ<sup>36)</sup>」として国民の地位の第一義が国家への服従であるとしながらも、自由の法的淵源をフランス人権宣言においた。そして、憲法上の自由権を含意した自由一般を「包括的ナル単一ノ權利」として位置づけた上で、「自由権ノ權利トシテノ内容ハ積極的ニ或ル事ヲ為シ得ルコトニ存セズ、唯消極的ニ国家ヨリ違法ノ命令強制ヲ受ケザルコトニノミ存ス。積極的ニ或ル事ヲ為シ得ル權利ニ非ズ



シテ、国法ノ定ムル所ニ依ラズシテ国家ノ權力ニ依リ各人ノ天然ノ自由ヲ拘束セラレザルコトガ自由権ノ唯一ノ内容ナリ」と、法律によつてしか制限されない消極的な権利として自由権を極限まで抽象化した<sup>37</sup>。美濃部が自由権を形式化したのは、天然の自由とは、法的規定には包摂し尽くすことができない性質のものである以上、それは権利とも名指せない端的な事実性としてみるしかなかったからである。このように自由権を個人に属するもの（限りなく天賦の自由に近いもの）としたのは、「国家は多数の国民から成り立つて居ても、其の全体として国民各個人の生活とは異なつた単一の生活体を為す者であり、又単に現在生存して居る国民の団体たるに止まるものではなく、歴史的に発達し将来に継続する所の永遠恒久の単一体である<sup>38</sup>」と、国家を国家団体説に基づいて認識していたからである。美濃部によれば、個人とはすでに国家の構成要素、すなわち、歴史貫通的な「永遠恒久なる単一体」であった。

しかし、美濃部は国民意思をそのまま国家意思として考えていたわけではなかった。あくまでも国民意思は国家の存立根拠の一部であった。美濃部が全体意思によつて国家の単一性を論証した国家有機体説と一線を画して<sup>39</sup>、国家団体説の立場をとつたのは、「国家が単一体たることの真の根拠は此等の外部的の根拠よりも、国民の間に存する精神上の連絡に求めねばならぬ<sup>40</sup>」として、国民各人の

自覚が国家の単一性を担保していると考えたからである。ではなぜ国民各自の精神的自覚が単一性の担保となり得るのか。

美濃部が「単に時を同じうして生存する全国民の間に目的を共同にする単一体であるとする自覚が有るのみならず、時を異にする者の間に於ても、現代の国民は遠き父祖より其の生命を受け、更に後代子孫に其の生命を伝ふるものであつて、其の間には等しく精神上的連絡があり、一体なりとする自覚が有る<sup>41</sup>」と述べているように、各人は自己の内面を媒介にして歴史貫通的な「永遠恒久なる単一体」にアクセスできるとされていた。つまり、天皇と国民の内面には「永遠恒久なる単一体」があらかじめ埋め込まれているがゆえに、各人は自己の反省的な自覚を通じて、祖宗からの共同目的に付き従う意思を覚醒させることで相互のつながりを構築できると考えられていたのである。美濃部は、「此の単一体たる自覚は、固より国に依つて強弱さまぐであるが（日本の国民が其国体の美を誇つるとは即ち団体的自覚の他に勝れて特に強固なることを誇るものにならぬ）、併し如何なる国家と雖も単一体たる自覚が全く存在しないものは無い<sup>42</sup>」という。君民一体の国体こそが、国民各自が自発的に自らを同じ目的を分有した共同の単一体（団体）として自覚し、将来もそうあり続けることを保証する存在根拠であった。こうしたオプチミステックな国家認識（国民認識）が美濃部をして、個人の

現存性に兼備された端的な事実として自由権を構成せしめたのである。そこでは国家に対する国民の服従は、端的な事実性としての自由の不可侵性から導き出されていたのである。

美濃部は国家の自己制限論を展開したのと同様の論理によって、国民の自発的服従を調達する<sup>43</sup>。自由権という包括的な権利が法律によらなければ制約されないのは、法律は国民代表機関である議会が、立法に協賛することで制定されたものであるからだ。美濃部によれば、法律による自由権制約は実態に無関係に国民の意思による自己拘束となる。それは「議회가国民ノ代表機関タルハ決シテ国民ノ授權ニ基クモノニ非ズ、選挙ハ唯何人ガ議員タルベキカヲ指定スル行為タルニ止マリ、其機能ヲ委任スル行為ニ非ズ、議會ハ直接ニ憲法ニ依リ其機能ヲ有スル者ニシテ何人ヨリモ其機能ヲ授ケラルルコトナシ」と、美濃部が議会对して直接その権能の根拠を有する法律上の国民代表機関とすることによって、個々の住民の意思に拘束された委任機関であることを否定し、「国民の意思」を議会に発表された法上の意思とみなしたことからわかることである<sup>44</sup>。それ自体としては無定型で抽象的な自由は、法の力によりそのつど「国民の意思」としての具体的内容を補填されることではじめて意味をなすのである。つまり、美濃部が自由権を形式的権利としたのは、自由権の具体的な実現を国民の努力に委ねたからともいえるが、逆

にそれはどのような法律もすべて「国民の意思」に基づく自律的制限として擬制できたからでもあった。国民はすでに「国家ノ一分子」という国家の人格の一部であるから、その意思は最終的には国家意思と合致し、国家への服従は自律的服従とみなすことができることだったのである。

穂積八束は服従といった自由の否定を、自由の権利性（自由権の観念）の発生根拠としたが、美濃部は天然の自由を法律によらざれば侵害されない権利としてその具体的内容を捨象し形式化すること、自由の権利性を導き出した。美濃部が穂積のように国家に対する国民の絶対的服従を主張しなかったのは、国民（という永遠恒久なる単一体）である限りその権利要求は国家を發展せしめても、国家破壊に帰結することなどあり得なかつたからであろう。いずれにせよ以上のような美濃部や穂積の自由権の法的構成は、実力説的な法観念の基盤の上に、万人に普遍的に妥当する基本権を導き出す試みであったといえよう。権利の平等性が当為によって支えられながらも、その当為がいかに諸個人の意思から内発的に生じるかが重要であったのである<sup>45</sup>。法の根拠を歴史や社会といった非人為的な実体性に求めることと、法を当為として捉えることは矛盾することではなく、法を当為の所産として捉えるからこそ、当為の源泉たる個人の能力を担保する、法を超えた実体的秩序を仮想する必要があつた

のである。永遠恒久の共同団体としての国家（国民）は、実力Ⅱ天然の自由を権利としての自由中止揚するために必要不可欠な仮象であったといえよう。

ではそのように演繹された国家（国民）とはどのような原理によって規定されていたのか。明治憲法下における自由権諸規定に関する通説的解釈は立法事項説であった。穂積の見解は通説を代表するものである。先述したように、穂積が天然の自由にも必然的に随伴する「強弱智愚貧富ノ差等」を是正し、「社会ノ平等」を確保するために、主権的権力の絶対性を論証したように、国家も国民の権利も「社会福利」の実現のためであるとされたのである。「社会福利」に制約された存在であるからこそ、主権的権力は国民の自由を保護しなければならなかった。穂積は、国家（天皇）の権力による保護で生じた憲法上の自由権をどのように性格づけたのか。

穂積は、第二章臣民の権利・義務を憲法上の立法事項として天皇大権事項と区別する意義について、「按スルニ、憲法第一章ハ天皇ノ憲法上ノ大権ヲ列記シ、次テ其ノ第二章ニ臣民ノ憲法上ノ自由権ヲ掲明ス自ラ照応アリ体裁頗ル整フ。然レトモ、之ヲ実用ニ考フルニ、其ノ所謂憲法上ノ自由権ナル者モ実ハ完全ナル保障ヲ有スルノ権利タルニハ非ス、唯、其ノ規定ヲ大権ノ専断ニ委セス、之ヲ立法権ノ行動ニ留保スルノ所、僅ニ保障ノ効アルノミ<sup>46</sup>」と述べている。

自由権の意義は第二章の諸規定に「法律の留保」が組み込まれているように、立法権以外の統治権力からの自由にあった。議会の協賛によって制定された法律に限られる形式的意義の法律に対して、実質的意義の法律は命令をも法律のうちを含んでいた。立法権に基づけば無制限の制限を受ける懸念があるものの、立法事項説における法律とは形式的意義のそれであったため、憲法に列記された権利は法律以外の大権命令、例えば憲法第九条の独立命令などの侵害を受けないとされる。穂積の立法事項説は、憲法上の自由権に関しては法治主義の原則を堅持するものであったが、憲法に列記されていない自由に関しては権利として認めず、法律及び大権命令による制約を受けるとしていたのである。

これは立法事項説に基づく自由権解釈の一般的な傾向であった。穂積の後に東京帝大の憲法講座を担当した上杉慎吉が立法事項説をとり、憲法に列記されていない自由権一般に関しては第九条などの大権の自由な行動を確保したのも、主権の目的が「物質上精神上人民の繁栄を図り其幸福を増進」することに存したからである<sup>48</sup>。美濃部は独立命令を警察命令に限定する解釈を展開したが、これに対して穂積学派の清水澄は、「警察ナル觀念ハ強制手段ヲ以テ人民ノ自由ヲ制限スルコトヲ其ノ本質ト為スモノナルヲ以テ本条ノ範圍ト同一ナラサルコト勿論ニシテ本条ニ所謂臣民ノ幸福ヲ増進ストハ

強制手段ヲ以テ臣民ノ自由ヲ制限スルコトアル場合ノミナラス広く教育、農工商其ノ他ノ公益事業ニ関スル総テノ場合ヲ包含スルモノト見ルヘキナリ<sup>49</sup>」と、独立命令の主旨が「臣民ノ幸福」の増進（内務行政の目的）にあると強調していた。国家法人説の立場では、第九条の範域を内務行政に限定した一木喜徳郎、市村光恵、金森徳治郎、佐々木惣一などが立法事項説をとっているが、そのなかでも特異な立法事項説を展開したのは佐々木であった<sup>50</sup>。

佐々木は立法事項説に立ちながらも、自由権を包括的自由権と憲法に列記された個別的自由権に分けて、前者を「臣民ハ法ニ依ルニ非ザレバ国家ニ依テ一般ニ其ノ活動ノ自由ヲ制限セラレザルノ権利ヲ有ス<sup>51</sup>」と実質的意義での法律（法）によって制約される自由権と位置づけ、後者に関しては「臣民ハ特定ノ手続ニ依ルニ非ザレバ国家ニ依テ或種ノ行動ノ自由ヲ制限セラレザルノ権利ヲ有ス<sup>52</sup>」と「特定ノ手続」、つまり、形式的意義の法律によらなければ制約されない自由権とした。すなわち、憲法上の自由権（個別的自由権）は法律によってしか制約を受けないが、包括的自由権は法律のみならず独立命令によっても制約を受けるとするのである。

ではなぜ佐々木は、美濃部と同様に包括的自由権を認めて個人に内在した自由の自律性を措定しながらも、その制約を法律及び大権命令に委ねたのか。これは佐々木が「権利ハ人類ガ生活利益ヲ獲得

スルガ為ニ付与セラレタル力ナリ<sup>53</sup>」として「生活利益」を臣民の権利の発生の要件としているように、包括的自由権は単に消極的権利の側面のみならず積極的な権利の側面を有していたからである。佐々木は、独立命令の範囲を通説に従い内務行政に限定して、「社会生活ノ善良ナル状態ノ破壊ニ対シテ之ヲ維持スルノ消極的作用ナリ」と警察命令の消極的目的による自由権制限と、「幸福ヲ増進スルハ社会生活ノ善良ナル状態ヲシテ一層善良ナラシメントスル積極的ノ作用ナリ」という国民の幸福を増進させる積極目的の自由権制限を説いた<sup>54</sup>。つまり、佐々木が立法事項説に基づき、穂積よりも踏み込んで自由一般を包括的自由権と認めながらも、その制約を大権命令に委ねたのは、国家の積極的関与によらなければ包括的自由権は維持拡張できないと考えたからである。以上のように、憲法学の通説であった立法事項説とは、単に法治主義の堅持を主張するだけでなく、「社会福利」の実現のために国家が社会に積極的に介入することを認める立場でもあったのである。

### 第三章 明治憲法第九条における「生存」権思想

立法事項説は、天皇の大権事項である第九条独立命令を警察、保育・助長・福利行政といった内務行政として解釈するものであった。

憲法第九条の「天皇ハ法律ヲ執行スル為ニ又ハ公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進スル為ニ必要ナル命令ヲ発シ又ハ発セシム但シ命令ヲ以テ法律ヲ變更スルコトヲ得ス」という天皇の独立命令権が、内務行政の法的根拠とされたことは重要である。というのもそれは警察行政、福利行政が「臣民ノ幸福ヲ増進スル」という目的のもとで、国民の自由・権利を制限する権力として社会に現前していたことを意味しているからである。福利行政も重要だが、ここでは本来ならば、社会の治安維持という消極的な目的のために行使される警察権が、社会政策としての性格を兼備していた点に着目したい。内務官僚で、大正期には内務大臣を務めた水野鍊太郎は、「警察の目的必ずしも司法警察のみではない、犯罪があつて然る後其犯罪を捜査し之を検挙するよりは、寧ろ犯罪なからしめ、平素に於て犯罪を未発に防いで国民の幸福を増進すると云ふことが必要である」と述べ、警察のなかには危険を防止し秩序を維持する治安警察のほか国民の幸福を増進する幸福警察、助長警察があると説いていた<sup>55</sup>。いわば、警察行政は助長行政と有機的な関係にあると考えられていたのである。

大正一四年に後藤文夫、田沢義輔らの政界革新を志向する内務官僚出身者と、近衛文麿ら貴族院の少社議員、また佐々木惣一などを評議員にくわえて新日本同盟を発足させるなど、大正デモクラシー

の洗礼を受けた内務官僚であった丸山鶴吉は、保安課長時代に私娼撲滅の指揮をとったことで有名である<sup>56</sup>。丸山の私娼撲滅論は社会救済としての警察行政論に基づくものであった。丸山は、「警察最終の目的は何処に在るか」と云ふと、大分理想的なことではあるけれども、矢張り「警察無きに在り」と言ふことを以て答へるのが一番正当であると思ふ。警察の活動はさう云ふ風の活動でありますから、本当に総ての人が法規に触ることなく、秩序を乱すことなく、海に平和なる生活を送つて行くと云ふ時には、警察の働きは無くてもいい、夫で世の中の秩序が保たれて、さうして平和な生活をお互ひに送ることが出来るのであります。警察最終の目的は何処に在るかと言ふならば、最終の目的は警察が無いやうになると云ふ社会状態になることが、警察最終の目的でなければならぬ」として述べ、警察行政の目標は警察を必要としない社会状態の創出としていた<sup>57</sup>。

近代警察機構の創設者である川路利良は、司法警察と行政警察を区分し、犯罪予防に努める行政警察を警察の中心としていた。近代日本警察の機能面での特質は広範な行政警察権限を掌握している点にある。犯罪発生を事前に予防するために、社会的矛盾を先取り的に手当する必要があった。このため警察は積極的に国民生活に介入することになったのである。丸山の警察行政論は警察の本義に忠実に従うものであったのである。このような警察行政が都市問題（貧

困問題)を介して社会政策と連関するのは必然であった。丸山は、「私は此救済事業と警察との関係と云ふものは、或一部分に於ては先づ重大なる部分に於て、目的を一にして居るのでありますから、予防警察を主として、或は防貧事業、防貧と云ふことを主として将来働かなければならぬと云ふことになれば、益々其方法範囲も今後一致して往きます訳であります、積極的に警察が自ら其救済事業の範囲に属するやうな仕事に手を著けて、救済事業を発達奨励すべきものであります<sup>58</sup>」と述べ、「臣民ノ幸福ヲ増進」する目的のもとで警察行政と社会救済事業(感化救済事業)の一体性を説いていたのである。つまり、丸山にとって警察行政とは「臣民ノ幸福」のために社会的貧困を手当てする救済事業と同義であったのである。このことから、丸山が主導した私娼撲滅運動も貧困の再生産防止を目的とした社会救済の一環であったといえる。

周知の通り、日本の救済事業は防貧が要となっていた。日清戦争後の明治三三年に中央慈善協会の母体となった貧民研究会が内務省官僚の有志を中心にして結成された。研究会には、内務省の井上友一、窪田静太郎や久米金弥、警視庁の松井茂、監獄課の小河滋次郎、府県課の相田良雄、警保局の有松英義、東京出獄人保護事業に従事していた原胤昭、警察監獄学校教授の留岡幸助、社会政策学者の桑田熊蔵がいた。貧民研究会は、明治三二年の窮民救助法案、明

治三五年年の救貧法案の廃案を受けて、新たな救済事業の在り方を模索することを目的として発足した研究会であった。そのため研究会での活動は研究報告や会の目的に関係した学術上の講話を聞くだけでなく、貧民部落や銘酒屋等々の実態調査も行っていた。

こうした潮流のなかで生み出されたのが社会教化を重視する防貧思想であった<sup>59</sup>。それは国家による義務的な救済を極力回避し、社会全体の努力を基礎とする救貧行政を志向するものであった。貧民研究会に参加した山県有朋系の内務官僚で、近代日本の救貧行政の基礎を築いた井上友一は、「救貧は末にして防貧は本なり防貧は委にして風化は源なり。詳言せば救貧なり防貧なり苟しくも其本旨を達せんと欲せば必らずや先づ其力を社会的風気の善導に效さざるべからず」と述べ、救済事業の目的を「風化」(教化)による良民育成としていた<sup>60</sup>。井上の救貧論の影響下で、日清日露戦後の救貧行政は金銭給付を中心とした「経恤的制度」ではなく、都市住民の生活と意識を改善する「風化的制度」を重視する方向に向かったのである。明治四一年には地方局長床次竹二郎によって「済貧恤救ハ隣保相扶ノ情誼ニ依リ互ニ協救セシメ国費救助ノ濫救矯正方ノ件」が各府県に通達された。この通牒は恤救規則の理念である隣保相扶を徹底させ、社会それ自身の自助努力によって社会的問題の解決を図ろうとするものであった。つまり、内務省は、救貧は先ずは市町村

において行い、それに対応できなかつた場合には府県、府県でも詮方ないときには国が行うという原則を徹底させようとしたのである。明治四一年を契機に国庫支出の救助費が減少している代わりに、明治四二年から全国の感化救済事業に対する奨励助成金の交付が開始された。国家が直接的に救済を行うのではなく、むしろ個人や地方団体を救済事業の担い手に育成・教化することで、社会の自律性を高めることが試みられたのである。

美濃部が師事した国家法人説の憲法学者であり、また、井上友一の上司で山県系の内務官僚として、地方改良運動、感化救済事業で主導的な役割を担った一木喜徳郎は、第九条独立命令<sup>11</sup>内務行政説の代表的な提唱者であった。一木が「一個人の力に及ばぬことならば、先づ以て隣保の団結や、郷党相互の力で、それを助けるといふ主義によつて行きたいものであります。郷党が相互に助けて行つても、尚ほ其力に及ばぬ時には、更に一層大きな団体で、それを助けに行くやうにしたいものであります。さうして其力に及ばぬ時になつて、始めて国家が助けるといふやうな工合に致して行きたいのであります<sup>12</sup>」と述べているように、人民の自助、地域社会での共助こそが国家運営の基本であった。そして、国家の役割は個人や自治体の自助、共助に対する補完機能として位置づけられていた。つまり、国家が積極的に社会に関与する内務行政でも社会の自律性を保

全・強化することが重視されたのである。社会それ自体の努力によつて社会問題を解決することが原則とされたことで、地方自治や救済事業は道義的關係の上に成り立っているとされた。すなわち、「貧民の状態を成る丈改善して行きたい、労働者の境遇を成る丈宜くして行きたいといふことは、富んで居る者若しくは政權を司つて居る者がやるべき推譲の道である。此の道を貧者たる者、若くば推譲を受くべき者が、自己の権利として主張するから、過りが起るのである<sup>13</sup>」として、救済は貧民の権利として行うのではなく、富者の自発的な報徳心（義務心）から行われるべきとされたのである。

「推譲の精神」は禁欲的な生活と自己鍛錬によつて農業生産力を高め、その儉約から生じた余剰を村落共同体や子孫に譲ることを推奨する、いわゆる儒教道徳を源流とした通俗道徳である。一木はこの「推譲の精神」から貧民救済を説いた。それは推譲が地縁の血縁的な家族的共同性を前提にしているように、救済する者と救済される者との關係が法的な権利義務關係ではなく、それを超えた道義的關係として捉えられていたことを意味している。救済行政が義務的な救済制度を否定し、社会全体の協同と扶助を重視する方向に向かつたのは、明治国家の目的が社会福利の増進のために社会を進歩発展させることであつたからである。「社会福利」、つまりは「臣民ノ幸福ヲ増進スル」という目的のもとで天皇も臣民も共に社会の進

歩発展に貢献しなければならず、その目的に付き従う関係は法を超えた歴史的道義的な関係であった。

このような明治国家の基本理念を如実にあらわしていたのが憲法第九条であった。「公共ノ安寧秩序ヲ保持シ及臣民ノ幸福ヲ増進」するためならば、天皇（国家）は法治主義の原則を超えることができるという旨こそ第九条独立命令の趣旨であった。内務行政の法的根拠がその第九条独立命令にあったのは、警察行政、福利行政が法によって社会を捕縛するだけでなく、新たな社会を創出することを期待されていたからであろう。美濃部は、第九条独立命令「内務行政」という説には反対していたが、第九条独立命令に関しては、文化的即ち臣民の幸福を増進するために、国家が積極的な役割を担う文化国家主義の理念を表明したものと評価していた<sup>63</sup>。第九条独立命令の解釈では、美濃部は警察命令による憲法上の自由権の制約を認めていたが、それは警察行政が第九条独立命令の文化国家主義の原則に制約されているという認識が前提にあったからである。

また、貧民研究会の有志でもあり、日比谷焼討事件で民衆暴動の鎮圧の指揮をとったこともある、戦前の代表的な警察官僚・松井茂は、「警察は公共の利益を保持する為にも行使せられる」例として、建築警察は火災や保安、衛生の立場から建築物を扱っていたが、今は住宅地の美観という問題から、「市街地建築物法の規定に依り、

地方長官は立派な建物の中に唯一軒見苦しい、汚い家が並び立つてゐる時、此の家の取除けを命じ得ることになつてゐる」ことを強調し、「これはよりよき文化生活を営まんとする人情の常に応ずるものであり、一般人の利益幸福保持の見地から国家が権力を行使するを以て警察の作用となす所以である」という。「公共の利益」の名の下で警察は国民の権利を制限するが、その「公共の利益」は実定法を超越した社会的公平の原理であるがゆえに、警察権の領域は法的に限界づけられるのではなく、社会的要請によって定められると考えられていたのである。日露戦後に警察官僚は「警察の民衆化」、「民衆の警察化」を志向するようになる<sup>64</sup>。松井は、「警察の民衆化」とは、断じて盲目的群衆的の多数決に迎合するものではなくして、寧ろ後に述べる如く正義人道の存する所「千万人と雖も吾往かん」と云ふの正氣的決心に立脚すべきである。此の意味に於て、現代の法律思想は、「個人」の権利思想を本としないで、「健全なる社会本位」のものとなりつゝある。従つて警察も亦、民衆的社会的といふことを基礎として行動すべきである。併し此の意味を以て国家の権力関係の基礎觀念たる陛下の警察官と云ふことを忘れてはならぬ。即ち警察の社会化とは、陛下の警察官たる前提の下に、九千万国民の爲めの警察を築き上げるといふことである<sup>65</sup>」という。すなわち、自由権といった個人本位の権利から、社会権などの社会本位の権利を



重視する二〇世紀的権利思想に社会が転換するなかで、多数の意思を超えた「公共の利益」（正義人道）に貢献することが警察にも求められていたのである。この社会権（生存権）の保護・増進が警察の新たな使命になった事態を松井は「警察の民衆化（警察の社会化）」と呼んだのである。そして、二〇世紀において「公共の利益」を保護する義務は人類普通の義務であるため、警察権は国民にその先天的な自然義務（人類普通の義務）を完遂させるために行使される権力とみなされたのである。その「公共の利益」を体现するものが天皇であり国体であった。

所有権や契約の自由を中心とした権利体系は、二〇世紀以降に信義誠実の原則や権利濫用の禁止といった超法規的な制約原理の登場によって相対化されていた。明治憲法下でも一九一九年の信玄公旗掛松事件のように、蒸気機関車の煤煙と振動の影響で由緒ある松を枯死させた鉄道院（国）に対して、大審院は「権利濫用の禁止」の法理を適用して鉄道事業という公共性の高い権利行使を不法行為と認める判決を出していた。この事件を契機にして権利濫用の禁止の法理が論じられるようになり、主に土地所有権に適用され、地主制という前近代的な身分権の制限を可能にする制約原理として定着していった<sup>66</sup>。また、信義誠実の原則を実際の事件に大審院がはじめで適用したのは、一九二〇年の不動産買戻事件であり、それ以後、「信

信義誠実の原則」は債権法、取引法において発展していった。さらに「信義誠実の原則」や「権利濫用の禁止」、「公序良俗」といった制約原理による基本権制限を認めた大審院の判例の動向に対応して、民法や刑法の改正事業も行われた。つまり、法体系そのものが社会権（生存権）保護の観点から再編されはじめていたのである。警察行政もまさにこうした社会的潮流のなかで、「公共の利益」の保護・増進のために社会に積極的に貢献することが期待されていたのである<sup>67</sup>。

以上のように、内務行政の法的根拠である第九条独立命令の意義は、「臣民ノ幸福」（社会福利）を、国家は法的な権利義務関係を超えてデ・ファクトに保障し増進しなければならず、また、そうすることが明治国家の目的であり存在理由であることを明確にした点にある。そして、その「臣民ノ幸福」は国の繁栄によって実現されるものであった。このことこそ君民一体の国体の理念であった。それは、憲法発布の勅語でも明確に述べられている。「惟フニ我カ祖我カ宗ハ我カ臣民祖先ノ協力輔翼ニ倚リ我カ帝国ヲ肇造シ以テ無窮ニ垂レタリ此レ我カ神聖ナル祖宗ノ威徳ト並ニ臣民ノ忠実勇武ニシテ国ヲ愛シ公ニ殉ヒ以テ此ノ光輝アル国史ノ成跡ヲ貽シタルナリ」として、天皇と臣民は祖宗の時代から協力して国家を繁栄させ歴史を築いてきたと述べられていた。天皇と臣民の権利義務関係はこうし

た祖宗の時代から現在まで連続と継続して君民が協力し国を繁栄させてきた歴史の法理、いわゆる国体という自然法のなかで理解されていたのである。ゆえに天皇の統治権や国民の権利は、「社会福利」<sup>67</sup> 生存権確保の場たる「社会」を進化発展させるために祖宗から与えられた先天的な義務であり、その自然の法理を明文化したものが憲法であるからこそ、天皇及び皇孫、臣民及び子孫は憲法に「永遠ニ従順ノ義務ヲ負フヘシ」とされたのである。その意味において第九条の独立命令権とは、まさしく「臣民ノ幸福ヲ増進スル」ことが自然法上の義務であることを明記した条文であったといえよう。

### おわりに

明治憲法下においても主権と人権は、「公共の利益」、「信義誠実の原則」、「権利濫用の禁止」といった超法規的な原理によって制約され、公法、私法を含む実定法体系は「生存」権保護の観点から再編成されはじめたのである。そして、その新たな制約原理は明治憲法の基本理念のなかで位置づけられていた。それは憲法第九条が天皇の独立命令の目的を「臣民ノ幸福」の増進においていたことに明確に示されている。臣民の幸福の増進と国土の保持のために、天皇と臣民がともに協力して国を豊かにしていくという理念（いわ

ゆる君民一体の国体）を実現していく道筋を示したのが明治憲法であり、それゆえ明治憲法は祖宗の遺訓という自然法を明文化したものと捉えられていた。「公共の利益」、「信義誠実の原則」といった「生存」権保護を目的とした制約原理は、君民一体の国体の理念という母胎を通じて近代日本の法体系に生まれ落ちたのである。このことは、明治憲法下においても天皇の統治権や国民の権利は「信義誠実の原則」や「公共の利益」といった社会公共の理念によって拘束されていたことを示唆している。それは戦前において国家の目的が「生存」権を保護・増進するために「社会」を進化発展させる点にあったことを意味していよう。

このことは戦後憲法においても変わっていない。戦後の代表的民法学者である我妻栄は、日本国憲法を国家と国民との対立が止揚された二〇世紀の国家共同体理念の実現として位置づけていた<sup>68</sup>。つまり、憲法で国民主権が明記されたことは、主権の所在とその運用が国民の総意に基づくことが求められ、国家と国民との関係は一体不可分な協同体であるから、「国家すなわち国民が全体として有する主権は、個人の基本的人権を確認・保障することをもってその本質的内容となし、個人の基本的人権は、国家すなわち国民全体の向上発展をもつてその本質的内容とするものでなければならぬ<sup>69</sup>」という。この協同体理念においては、主権者である国民の

基本的人権は公共の福祉のために利用することを義務づけられており、この義務⇨権利は人類普遍の原理が要求する永久不変の権利(自然権)であるとされた。日本国憲法が立脚する自然法とは、人類普遍の福祉の達成のために国家と国民が一体となって協力する協同体理念を意味していた。このように戦後憲法の成立は、明治憲法の基本理念からの断絶どころか、むしろその発展的継承を意味していたのである。つまり、「公共の福祉」を内在化させた基本的人権の培養器こそ明治憲法の歴史そのものであったのである。このような「公共の福祉」は戦前、戦後にかかわらず、近代という時代に存在する限り、引き受けざるを得ない普遍的な制約原理であるといえよう。以上のような見解をさらに深めていくことが今後の課題である。

## 注

- 1 住友陽文「イデオロギーとしての『個人』——教育勅語と教育基本法のあいだ——」(『日本史研究』第五五〇号、二〇〇八年六月)。
- 2 有馬学「田所輝明と満洲事変期の社会大衆党——一九三〇年代における『運動』と『統合』——」(『史淵』一二五号、一九八八年三月)、同「一九三〇年代における『運動』と『統合』——日中戦争と社会大衆党」(『史淵』一二九号、一九九二年三月)、同「反復の構造——満洲事変期の『国民社会主義』」(有馬学・三谷博編『近代日本の政治構造』、吉川弘文館、一九九三年)、同「日本の歴史二三 帝国の昭和」(講談社、二〇〇二年)。
- 3 源川真希「近現代日本の地域政治構造——大正デモクラシーの崩壊と普選体制の確立」(日本経済評論社、二〇〇一年)。
- 4 基本権の研究では、宮沢俊義「憲法Ⅱ」(有斐閣、一九五九年)、奥平康弘「戦前日本憲法学における『基本権』の観念」(『社会科学研究』第一八巻第六号、一九六七年五月)、同「明治憲法における自由権法制——その若干の考察——」(東京大学社会科学研究所編『基本的人権Ⅱ』、東京大学出版会、一九六八年)、利谷信義「明治前期の人権と明治憲法」(東京大学社会科学研究所編同書)があるが、いずれも日本における自由権の後進性に着目するものである。以上のような通説的枠組を再検討する試みとして、小野博司「明治憲法体制における自由権論の変遷」(『阪大法学』第五四巻四号、二〇〇四年二月)、同「明治憲法と地方警察規則——美濃部法学の評価をめぐって——」(『阪大法学』第五五巻六号、二〇〇六年三月)、同「明治憲法と政治的多元主義——美濃部達吉と中島重の学説比較を中心に——」(『阪大法学』第五六巻三号、二〇〇六年九月)がある。なお富江直江「救貧のなかの日本近代——生存の義務——」(ミネルヴァ書房、二〇〇七年)は救貧理念をめぐる言説実践から義務としての生

- 存権を明らかにしている。
- 5 拙稿「天皇機関説事件後の憲法改正問題」(『歴史学研究』第八三六号、二〇〇八年一月)、同「戦時期における憲法学と国体論の展開」(『ヒストリア』第二二四号、二〇〇九年三月)。
- 6 穂積八束「新憲法ノ法理及憲法解釈ノ心得」(上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』日清印刷株式会社、一九一三年) 三頁。
- 7 人権制約原理に関する議論については、山下健次・隅野隆徳編『文献選集日本国憲法四 基本的人権』(三省堂、一九七八年)、芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、一九九四年)、樋口陽一『講座憲法学三 権利の保障(一)』(日本評論社、一九九四年)、安西文雄、青井美帆他『憲法学の現代的論点』(有斐閣、二〇〇六年) 参照。
- 8 穂積「憲法ノ精神」(上杉慎吉編『穂積八束博士論文集』五一頁)。
- 9 自由の観念が優勝劣敗の生存競争の自由として確立したことに ついては、本稿の課題からして論じなければならない。しかし、ここでは実力主義的な自由観念を、天皇を国民生活の庇護者として立ち上げたシラス型統治論に憑依する明治維新という実力革命の残滓であったと指摘するにとどめて、その考察については他日に期したい。
- 10 加藤弘之は天賦の自由平等を否定して「皆人々類世界に於ても動物世界に於けるが如く、特に強者が常に弱者を制するを得るは、蓋し疑ふべからざるの天則なり。而して前述の如く、自由権も全く強者の権利に外ならざれば、自由権を得んと欲すれば先づ強者となるにあらざれば能はざるの理を知るべきなり」(『加藤弘之講演全集』(『加藤弘之文書』第三卷、同朋舎出版、一九九〇年、二二頁)として、自由権を強者の権利としている。
- 11 加藤弘之の社会進化論については、中村雄二郎「加藤弘之の制度観と自然観―家族国家思想形成との関係において―」(『(二)「法律論叢」第三六巻四号：六号、一九六三年一月、三月)、河村又介「加藤弘之と国家有機体説」(『日本學士院紀要』第二六巻一、一九六八年三月) 参照。
- 12 穂積陳重『法律進化論』第一冊(岩波書店、一九二四年)一七一頁。穂積同前、二五頁。
- 13 一九三〇年代に恒藤恭、黒田覚、中野登美雄がケルゼンの純粹法学から離脱し、国家の現実性を重視する論に転回したように、近代日本において法の根柢の実体性を希求する運動は絶えなかつた。法をテクノロジーと捉える英米法が、日本の法学の主流にはなりえなかつたのもこのような「実在」に対する飽くなき執着が存在したからであろう。なお筆者がこのような問題

- 意識を自覚するようになったのは、大阪歴史学会近代史部会における筆者の報告に対する尾崎耕司氏の批判から示唆を得たところが大きい。
- 15 明治民法典の起草者の一人である梅謙次郎は、人性に基づいた歴史を貫通する万古不易の自然法を法の根柢としていた。梅の自由法論は法律の解釈の無限性を強調する牧野英一の自由法論とは異なり、現行法の不備や欠陥を認め、立法による法の進歩発展を重視するものであった。
- 16 穂積前掲『法律進化論』第一冊、三〜四頁。
- 17 穂積「我憲法ノ特質」(上杉『穂積八束博士論文集』)六〇一頁。
- 18 穂積「憲法提要」(有斐閣、一九一〇年)一〇六頁。
- 19 小路田泰直『日本近代都市史研究序説』(柏書房、一九九一年)一一六〜一一七頁。
- 20 穂積「国家全能主義」(上杉『穂積八束博士論文集』)二二四頁。
- 21 穂積前掲『憲法提要』二〇一〜二〇二頁。
- 22 穂積同前、二〇二頁。
- 23 美濃部達吉も国家が存在しなければ「人間は獣類よりも遙に力の弱いものとなって、世界は猛獣の世界となるの外は無い」として、国家の存在理由を秩序ある共同生活の維持としている(『日本憲法』第一卷(有斐閣、一九二二年)一五一頁)。
- 24 穂積「法ノ社会的作用」(上杉『穂積八束博士論文集』)六四一〜六四二頁。
- 25 穂積前掲『憲法提要』一九一頁。
- 26 穂積「權利ノ主張ハ社会的ノ任務ナリ」(上杉『穂積八束博士論文集』)三六二〜三六三頁。
- 27 加藤「天賦人權ナキノ説并善悪ノ別天然ニアラサルノ説」(上田勝美・福嶋寛隆・吉田曠二編『加藤弘之文書 第一卷』同朋舎出版、一九九〇年)三八五頁。
- 28 シラス型統治論については、鈴木正幸『皇室制度』(岩波書店、一九九三年)参照。
- 29 美濃部前掲『日本憲法』第一卷、三四頁。
- 30 美濃部同前、二一頁。
- 31 美濃部同前、二七頁。
- 32 美濃部「憲法撮要」(有斐閣、一九二四年)五頁。
- 33 美濃部前掲『日本憲法』第一卷、五四三頁。
- 34 美濃部前掲『憲法撮要』八九頁。
- 35 穂積前掲『憲法提要』五四二頁。
- 36 美濃部前掲『憲法撮要』一五七〜一五八頁。
- 37 美濃部同前、一七三〜一七四頁。
- 38 美濃部前掲『日本憲法』第一卷、一三八頁。

- 39 美濃部同前、一三六頁。
- 40 美濃部同前、一三九頁。
- 41 美濃部同前、一四〇頁。
- 42 美濃部同前、一四〇頁。
- 43 美濃部の国家の自己制限論の検討から、日本国憲法が明治憲法のみならず、美濃部学説を發展強化させた後継法であることを明らかにした論攷として、小路田泰直「国家の語り方」(勁草書房、二〇〇六年)がある。
- 44 美濃部前掲『憲法撮要』三〇八―三〇九頁。
- 45 住友陽文氏は「大衆ナショナリズムとデモクラシー」(『日本史講座第九巻近代の転換』〈東京大学出版会、二〇〇五年〉)のなかで、選択可能な選択をも自由な選択として承認する社会が近代であると指摘した上で、デモクラシー(自由意思による承認)とナショナリズム(共同の強制)が一体不可分の関係にある近代的原理の生成、展開、帰結を問題にしている。本稿はこうした住友氏の視角から示唆を得ている。
- 46 穂積前掲『憲法提要』二二七頁。
- 47 上杉慎吉『帝国憲法述義』(有斐閣、一九一四年)二五〇―二五一頁。
- 48 上杉同前、五二―五三頁。
- 49 清水澄『逐条帝国憲法講義』(松華堂書店、一九三二年)一三五―一三六頁。
- 50 佐々木も国家と国民の関係について「臣民ハ我国ヲ構成スルガ故ニ、当然包括的ニ我国ノ統治権ニ服従ス」(佐々木惣一『日本憲法要論』金刺芳流堂、一九三〇年、二〇三頁)としていた。「即チ臣民ノ国家ニ対スル関係ハ国家ノ統治権ニ服従スルコトヲ以テ本質トス」と服従を国民の第一義の地位とするが、「我国ニ於テハ、一般ノ文明国ニ於ケルガ如ク、臣民ノ国家ニ対スル関係ハ制限附服従ノ関係ニシテ、無制限服従ノ関係ニ非ズ。即チ臣民ハ国家ニ対シテ服従スルト共ニ或方法ニ於テ自己ノ意志ノ作用ヲ認メラル」と、穂積的な絶対服従ではなくあくまで自由意志の結果としての服従を説いた(佐々木同前、二二四―二二五頁)。
- 51 佐々木同前、二二五頁。
- 52 佐々木同前、二二八頁。
- 53 佐々木同前、四三頁。
- 54 佐々木同前、六二二―六二三頁。
- 55 水野鍊太郎『警察と助長行政』(『警察協会雑誌』第一五一号、一九二二年二月)一六―一七頁。
- 56 丸山鶴吉の私娼撲滅運動については、後藤愛由美「大正期にお

- ける浅草文化の形成と演歌師・添田唾蟬坊の活動」(『人間社会学研究集録』四、二〇〇八年二月) 参照。
- 57 丸山鶴吉「警察と社会救济」(『時局講演集下』、警察講演所学友会編、一九一九年) 二頁。
- 58 丸山同前、三〇頁。
- 59 救貧行政については、池田敬正『日本社会福祉史』(法律文化社、一九八六年) 参照。
- 60 井上友一「救济制度要義」(博文館、一九〇九年) 二頁。
- 61 一木喜徳郎「自治の本義」(内務省地方局編纂『地方改良事業講演集上巻』、一九〇九年) 一九～二〇頁。
- 62 一木「推譲の精神」(『新民』第二編六号、一九〇七年六月) 二三頁。
- 63 美濃部『日本行政法』上巻(有斐閣、一九三六年) 七九頁。
- 64 大日方純夫『近代日本の警察と地域社会』(筑摩書房、二〇〇〇年) 参照。
- 65 松井前掲『警察読本』六〇頁。
- 66 水本浩「民法学の転回と新展開」(一) (『獨協法学』第四〇巻、一九九五年三月) 二二三頁。
- 67 松井前掲『警察読本』一六八～一七〇頁。
- 68 我妻栄『新憲法と基本的人権』(国立書院、一九四八年) 二一九頁。
- 69 我妻同前、二二〇頁。

※ 本論文は、平成二〇～二二年度文部科学省科学研究費補助金(特別研究員奨励費) による研究成果の一部である。