

小野梓・再読からの示唆——コメント——

樋口 陽一

私に与えられた課題は大久保報告へのコメントであるが、その内容を、二〇分という制約のもとで、二点に限ることとする。第一は報告の主題とされた小野梓そのものについてであり、第二は、現下の憲法問題を考える上でも旧憲法発布前後の政治思想状況に立ち戻って考察する必要があるという、報告者の「問題意識」を憲法研究者としてどう受けとめるか、ということである。

まず第一点。中村真一郎が、日本の近代作家はヨーロッパの最新の文学を読むことで自己を形成し、自分より前の日本——従って以前の西洋——の世代の仕事と絶縁してしまっている、という問題性を指摘していた。過去の業績の徹底的な読み込み、それとの格闘を通して豊

かな蓄積を重ねてゆくという王道の意味を、それに値する小野を再読することで実感した。

報告者は、小野における憲法と民法という論点の解明に力点を置いた。ここでもそれに従うことにしよう。

小野の名著『国憲汎論』と『民法之骨』は、共通の文章で始まる「発端」「引言」を置いている。小野にとって、「民法こそ法制の第一基礎」であり、まず『国憲汎論』を書いたのは、民法を定めるためにもまずは国憲を、と考えたからであった。そしてそれは、彼が「独立自治の良民を以て組織するの社会」を標榜したからであり、「一団の家族を以て其基礎となす社会」ではなく、「衆一箇人を以て基礎となす社会」でなければならぬ、とする

からであった。戸主権、長男単独相続を斥けるだけでなく、「父母、子を持つ悪弊」「東縛圧政人の権利を妨害するもの養子より甚はなし」というのであるから、主張はきわめてラディカルであった。

他方で小野は、国憲については、人民主権ではなく君民同治によって「民人専制」を防ごうとしている。この点は、自由民権論の有力な流れが「*civilis*は不自由にても *political* *vs* *自由なら*」の方に傾いていたのとは、まさに対照をなしていた。後者は政治権力の奪還・掌握に關心を集中する傾向を持つのに対し、小野の関心は社会そのものの構造に向けられ、遡ってローマ法のうち家父長制の要素を「非理」とする批判的言及に及んでいる。

ここで、のちに民法典をつくる時になされた重要なやりとりが想起される。「私権ノ享有ハ出生ニ始マル」（制定当初一条、ひらがな書きの現三条一項）という定式が、「権利ノ享有……」という文言を意識的に斥けて採用された、という経緯である。「民法ト云フモノハ一番基本法典デ人民ノ権利ヲ認メタモノジャトシテ居ル国モ少クナイ」ことを知った上で、「人ハ生レ乍ラニシテ権利ヲ有スルト云フ即チ生得権ノ宣言」として受けとられないようにとの考慮がはたらいていたのだった（引用部分は穂積陳重）。小野の構想した方向とは明らかに違うであろう。

関連して、*code* “*civilis*”を漫然と「民」法と訳すことの問題性がある。*civilis*と *political* はもともと、ローマの *civitas* とギリシャの *polis* に対応し、いずれも公共体 *res publica* を指していたはずである。そういう考え方も、「民法こそ法制の第一基礎」、そのために憲法を、という小野の理解とは、通底しているのではないだろうか。

実際には、日本の近代法体系は、憲法と民法の二元論、国家と社会の二元論によって説明されるようなものとして整備されてゆく。支配体制の方からいえば、公権力の行政については「コノ所民法入ルベカラズ」となる。リベラル派の方にとっては、私的領域への公権力の侵入への障壁を意味するだろう（「天皇陛下ト雖モ所有権ヲ侵サズ」）。「市民」という言葉がさかんに使われる現在、実定法が、「市民」を非政治の領域に押しとどめておく周到な構成をしている（特定非営利活動促進法一、二条）ところにも、その系譜が引きつがれている。

現状がそのような二元論によって説明されるようなものだとしても、近代の出発点で、「独立自治の良民」の「相互の交通」「交際」を以て「全法体系の根本法」とするという思考、その意味での市民社会と国家の一元論、民法と憲法とを関連させてとらえる思考——そういったものが法体系のいわば母斑として刻印されているかいな

いかは、今日の状況下であらためて意味のある違いではなからうか。憲法は専ら国家からの自由の話であり、社会、小野のいう「民人」相互の関係については憲法はかわらない、という通念が、強者の跳梁に社会を委ねるグローバルゼーションの状況を助長してきた。『国憲汎論』と『民法之骨』を重ね合わせて読むことから、今なおわれわれが示唆を引き出すところは多々あるはずである。

第二の点に移ろう。シンポジウムに先立って上映された『映画 日本国憲法』、そして同時期の主題をとりあげた『日本の青空』（ここでは特に主役扱いされている）に出てくる、戦前戦中は在野（獄中体験を含め）の憲法学者・鈴木安蔵については、報告者のレジユメにも引照されている。彼は、治安維持法による弾圧体験と戦中の大東亜構想への関与、マルクス主義法学者としての業績で知られているが、他方、亡くなる直前の吉野作造から明治文化研究を託され、吉野が主宰していた明治文化研究会と、帝国憲法五〇年記念を準備すべく設けられた憲法史編集会の両方で仕事をし、植木枝盛草案の発見者となった実証的憲法史家でもあった。その彼が、一九四五年、在野の知識人七人による「憲法研究会」で、唯一の憲法の専門家という立場に立つことになる。

この憲法研究会案が、GHQを媒介として、そしてその媒介なしには不可能だったことが問題なのであったが、現行憲法を、当時の日本の支配層に対して「押しつける」側に位置していた。それに対し、幣原内閣の下で松本烝治を委員長として構成された「憲法問題調査委員会」は、美濃部達吉を顧問とし、委員として宮沢俊義、清宮四郎という憲法学アカデミズムの最良の部分を含んでいたのがあったが、結果として、あえていえば「押しつけられる」側からぬけ出ることができなかったのだ。この委員会内部の一つの案が新聞紙上にスクープされるに及んで、「これでは日本側に委せておけぬ」という次第になったからである。

ひとたびGHQ案が政府案として公にされる段階になって、「ああ、日本がこれで行けるのならそれに越したことはない」と思ったという率直な感想を、私の恩師・清宮四郎が私的会話で述べたことがある。案に接したときの「驚きと喜び」（我妻栄、「鮮烈な感動、声を上げて叫びたいほどの解放感」（佐藤功）など、書き残されている証言も数多い。それなら、なぜ最初から、「これで行ける」案を構想できなかったのか。清宮は「憲法學週五十年」をふり返って、「顔ぶれを見ますと、委員会の全部が官僚か帝国大学の教授です。……このよう

なメンバーでやったから、そう大したことはできなかった……」（『法学セミナー』一九七九年九月号）と、その思いを語っている。

そこで大久保報告に戻ることになる。報告が扱った明治初期から時を経るごとに、立憲思想・自由民権の線での日本近代と、王政復古・帝国憲法の線での日本近代それぞれの軌道は、次第にその間の距離を拡げてゆく。小野らの『共存同衆』や、あの明六社の時点では、彼らと、官の側に位置する人間たちとは、絶縁した別世界にいたわけではなかった。宗教の統合力を持たぬ国ゆえに皇室のみを国家統合の手段と見た伊藤博文のリアリズムや、「君主ハ人民ノ良心ニ干渉セズ」と言い切る井上毅の立憲政理解は、そうした背景のもとに可能だったはずである。ところが次第に、例えば『共存同衆』の同志だった小野と馬場辰猪の間柄が離れてゆくさまは、山室信一『法制官僚の時代』が描き出している。「昨日刎頸ノ親友モ今日ハ讐敵視スルガ如キ感アリ」（馬場）という風潮である。

一九四五年度の時点で、たがいに年齢がさほど離れていない在野の鈴木とアカデミズムの宮沢や清宮が——それも、吉野作造を中心に置いて考えるなら全く無縁なのは不思議なほどなのに——、ここで問題にしている論点に

関する限り相へだたる両側に分かれてしまっていたのは、なぜか。彼ら自身の物的・身体的体験の違い——一方の獄中体験、他方は研究の自由を奪われながらも帝国大学の保護下にあったという違い——だけによると考えるべきではないであろう。

『共存同衆』の仲間たちが、その全部が「讐敵視」し合ったわけではなくとも、鉄の二つの刃先のように分かれる進路をあゆんでゆく中で、私には、ちょうど一〇〇年前、一九一〇年前後という時点が、象徴的な意味を持つたように思われる。

一方で、美濃部『憲法講話』（一九二二年）をきっかけとする天皇機関説論争があった。この論争を経ることによって、帝国憲法をより自由主義的に解釈運用しようとする立憲学派が学界で、ついで官界・政界・宮中を含めて主流の地位を占めることになる。しかし他方、この時期は大逆事件を名とする幸徳秋水らの刑死（一九一一年）によって、思想のコンフォーミズムがうち固められた時期でもあった。

もとより、大正デモクラシーの意味を過少に見るわけではない。しかし、一九四五年度時点でアカデミズムと在野の憲法構想がそれぞれに「これで行ける」あるいは「行かねばならぬ」と思えたことの間には、拡っていた大き

な距りは、一九一〇年前後の時期に始まっていたのではないか。一九一〇年が「日韓併合」という形で日本近代の影の部分に刻印することになったのと併せ、歴史の偶然ではなかったであろう。

後記 本稿は、シンポジウム当日にのべたことを、話し言葉を書き言葉に変えて再録したものである。大久保さんの密度の高い報告の個々の点に分け入って論点を扱うことは、与えられた時間の制約からして、最初から断念した。多くの教示を頂いたことに感謝しつつ、このようなスタイルのコメントになったことに、お許しを乞う次第である。

(日本学士院会員)