

近代日本の息吹としての明治憲法

嘉戸一将

日本における近代化は、周知のように、西洋の諸制度の受容を一つの契機としている。しかし、この受容は単なる技術的な模倣を意味するのではなく、制度の受容は違法観念を要請するのであり、そのため、逆説的だが、受容した制度を独自に、根拠づけるといふ課題を伴うことになる。制度を根拠づける言説は正統性に関する言説と呼ばれるが、本稿では「息をする法律 (lex animata)」という西洋の法諺を視座とし、法の正統性に関する言説が近代日本において如何に構想されたのか考察する。

一 法の息吹

(1) 「息をする法律 (lex animata)」について

「息をする法律 (lex animata)」とは、古代ローマの法の集大成である『ローマ法大全』(『新勅法』第一〇五)のなかで用いられていた言葉であり、立法者としてのローマ皇帝を指す。ところで、法学の起源は一一世紀以降のポロニーヤをはじめとする西欧における『ローマ法大全』の研究にあるが、「息をする法律」という法諺もまた、その古

代における意味ではなく、一一世紀以降の解釈が法学においては重要な意味をもつ。この問題については、歴史学者エルンスト・カントロヴィチは次のように言っている。「初期中世の人々は、神の靈感を受けた預言者や女預言者がかつて有していた媒介的性格に類似する特徴を立法者たるローマ皇帝に帰していた。(中略)しかし、ローマ法の影響が効力を及ぼし始めたとき、君主は単に神の力の「宣託」として現れるだけでなく、彼自身へ息をする法律、魂をもつ法となり、最終的に正義の体現者となったのである。「息をする法律」としての君主観念は、ローマ法思想にとつては外来のものであった。この観念自体はギリシア哲学に由来するものであり、ギリシアではノモス・エンプシユコスと言われていた。ローマへと移入されることによって、この観念は、ローマ皇帝はあらゆる徳の、そして生きるに値する他のすべてのものの化身であるという思想と混淆し、そしておそらくはまた——少なくともユステイニアヌス帝がこの比喩を自らの人格へと適用した形態においては——キリスト教の影響を免れてはいなかった」¹⁾。

ここでの要点は、法学における「息をする法律」という観念がキリスト教を前提とするということである。すなわち、カントロヴィチに

よると、「息をする法律」という観念自体は、ギリシア哲学、とりわけアリストテレスにまで遡るとされているのだが²⁾、この観念を三世紀から四世紀のラテン教父ラクタンティウスが神の受肉としてのキリストの形象と結びつけ、さらに六世紀の皇帝ユスティニアヌスの法典において、ギリシア哲学とキリスト教の結合した「息をする法律」という観念を法律としてフォーミュレイトし、その後、この観念は忘れ去られるが、一一世紀以降のローマ法研究において復活したのである³⁾。では、どのように復活したのだろうか。この復活には二つの特徴がある。一つは、「息をする法律」という言葉は、ユスティニアヌスの時代とは異なり、皇帝を指すのではなく、それぞれの地域の支配者を指すことになったということである。「慣用的な用語法が発展していく過程で、一国の王もまた、へ自らの領土において息をする法律」(*in terra sua lex animata*)と形容され、自らをそのようなものであると主張するようになる(中略)王をこのように呼ぶことは、後世の絶対主義王政の政治理論において大きな役割を演ずることになる⁴⁾。すなわち、一三世紀には地域的な支配者たちも「息をする法律」と形容されることになり、さらに一六世紀以降に確立される絶対主義において、唯一の立法者としての君主という理論がこの「息をする法律」という観念によって形成されることになるのである。

「息をする法律」の復活のもう一つの特徴は、この復活が忘れ去られたローマ法の「再発見」によるものであったことに関係している。ユスティニアヌスの諸法典は、近代的法典のように体系的で整合的なものではなく、古代ローマにおける様々な紛争や問題の解決の集成であり、そのため法文の無計画な配列と評されることもある。したがっ

て、一一世紀以降のローマ法研究は、約五〇〇年前に編纂された法典の内容を理解するだけでなく、法文の羅列を整理し法文間の矛盾を解決する必要があった。「息をする法律」の周囲にも、やはりそのような困難が存在した。それが、ローマ法の法諺である「君主は法律から解放されている (*princeps legibus solutus*)」と、同じく「君主は法律に拘束されている (*princeps legibus alligatus*)」との矛盾である。

「息をする法律」は受肉した神であるキリストのような皇帝という観念を表現したものと理解されたことは先に触れたが、そこで言われる皇帝は単に法律を体现するだけでなく、自ら率先して法律に従うとも考えられていた。「中世の法学者が、へ君主は法律から解放されている」(*princeps legibus solutus*) という法諺と、へ君主は法律に拘束されている」(*princeps legibus alligatus*) という法諺の間に明らかに存在する対立関係に気づかないはずがなかった。君主をへ衡平の似姿であると同時にへ衡平の下僕として解釈するようにソールズベリーのヨハネスを促したのも、——他のことの考察に加えて——この対立関係にあった。そしてさらにこの解決は彼にとって、聖書上の範例たるキリストを反映したものと思われた。キリストは王のなかの王であるにもかかわらず、「法の下に誕生して法のあらゆる正義を遂行し、強制によってではなく自らの意志によって (*non necessitate, sed voluntate*) 法に服した。というのも、法のなかにこそ彼の意志はあったからである」⁵⁾。一二世紀の思想家ソールズベリーのジョンが主張したへ衡平の似姿とへ衡平の下僕とは、君主の欲求は私的な意思ではなく、公的利益に仕えるへ公的人格としての意思であるという理念を表現したものである⁶⁾。ソールズベリーのジョンや中世の法学者たちは、

このようにキリストをモデルに立法者としての君主と遵法観念をめぐる矛盾を解決したのである。「彼ら（引用者註：「中世の法学者」を指す）は、皇帝が法的には法律に拘束されてはいないにもかかわらず、自らの意志によって自分を法へと束縛し法に従って生きることを指摘した。皇帝が法に服することは、そうであること（*esse*）ではなく、そう欲すること（*velle*）」と考えられたのである」⁷⁷。

しかし、ここで注意する必要があるのは、皇帝や君主がキリストをモデルとしているように、公的人格であつて私人ではないということと、言い換えれば、人格ではあつても人間ではないということだ。

「ソールズベリーのヨハネスの言う君主は通常の意味での人間ではない、と述べるのが正しいのかもしれない。もし暴君ではなく、いやしくも君主であれば、彼は「完成態」なのである。君主は——中世の古き善き状態において、しかし新しい法的な意味において——正義の理念それ自体であり、この理念はあらゆる法の目的なるがゆえに、彼は法に拘束されていると同時に法の上に位置する存在でもある。君主が支配するのではなく、正義の道具であると同時に——ソールズベリーのヨハネスはこのような趣旨でユスティニアヌス法典を引用してはいないが——「息をする法律」（*lex animata*）でもある君主を通じて、あるいはこのような君主において正義が支配するのである」⁷⁸。

中世の法学者たちは「息をする法律」という観念の背後に、立法者が正義を体现するという理念と同時に、この立法者は常に公的利益のみを欲する「公的人格」であり、決して法律を逸脱することはないという理念を想定した。言い換えれば、「君主は法律から解放されていない（*princeps legibus solutus*）」と、「君主は法律に拘束されている（*prin-*

ceps legibus alligatus）」というローマ法の法諺の矛盾を解決するために、そのような人間ならざる超越者の形象を確立した。この超越者の形象の確立に寄与したのが、キリスト教だった。実際、後世の立法者に関する法理論においては、この矛盾は、立法者は制定法には拘束されないが神の理性に拘束されるとか、同じく制定法には拘束されないが神の法に拘束されるなどといったキリスト教的観念によって解決されることになる。こうしたタイプの正統性に関する言説を形成したのが政治神学である。

(2) 政治神学と近代

政治神学は中世固有のものではない。つまり政教分離に代表されるように、西洋近代においては政治からキリスト教が排除されたのだが、それはキリスト教が政治的な拘束力を失ったことを意味するにすぎず、例えば主権者⁷⁹至高者（*sovereign*）のような、とりわけ法と国家の基礎となる諸概念について言えば、政治神学はそれら諸概念の源泉としての意義を失っていない。例えば、二〇世紀を代表する憲法学者の一人カール・シュミットは、次のように言う。「現代国家理論の重要概念は、すべて世俗化された神学概念である。たとえば、全能なる神が万能の立法者に転化したように、諸概念が神学から国家理論に導入されたという歴史的展開によつてばかりでなく、その体系的構成からしてそうなのであり、そして、この構成の認識こそが、これら諸概念の社会学的考察のためには不可欠のものである。例外状況は、法学にとつて、神学にとつての奇蹟と類似の意味をもつ。このような類似関係を意識してはじめて、ここ数百年間における国家哲学上の諸

理念の発展が認識されるのである。なぜなら、現代の法治国家の理念は、理神論、すなわち、奇蹟を世界から追放し、奇蹟の概念に含まれている自然法則の中断、つまり直接介入による例外の設定を——現行法秩序への主権の直接介入を拒否するのとまったく同様に——拒否する神学および形而上学、を踏まえつつ確立してきたのである。啓蒙思想の合理主義は、いかなる形での例外事例をも否定した。したがって、反革命の保守的著述家の有神論的確信は、有神論的神学との類推によって、君主の人格的主権を、イデオロギー的に支えようと試みる事ができたのである」⁵⁰。シュミットによれば、近代の国家理論の歴史は、例外状況⇨奇蹟をめぐる論争をその核心としており、この論争に依拠すべき諸概念を提供してきたのが神学だった。

この例外状況⇨奇蹟をめぐる論争とは、主権者をめぐる論争でもある。ここで言う主権者とは、絶対主義において形成された概念であり、それは中世の「息をする法律」という觀念に由来するが、シュミットは主権者に、よく知られているように、次のような挑発的な定義を施す。「主権者とは、例外状況にかんして決定をくだす者という」⁵¹。これが挑発的なのは、例外状況とは法律の廃棄を意味するからであり、「現行法を廃棄する権限が、まさに主権の本来の識別徴標」⁵²であるからだ。無論、「現行法を廃棄する権限」とは、一六世紀の法学者ジャン・ボダンが近代的主権論を確立したことで知られる『国家論 (*Les Six Livres de la République*)』(一五七六年)で述べているように、主権者が制定法(とりわけ身分制的特権)に拘束されずに、領域内唯一の公権力として立法しうる者であることを踏まえている。さらに言えば、シュミットは近代的主権論の源泉である「息をす

る法律」をはじめとするヨーロッパの法学と神学の伝統を踏まえているのだが、他方で、中世後期の「息をする法律」という觀念をめぐる議論と比べるなら、「君主は法律から解放されている (*princeps legibus solutus*)」と「君主は法律に拘束されている (*princeps legibus alligatus*)」との矛盾のうち、前者、すなわち「君主は法律から解放されている (*princeps legibus solutus*)」に力点を置いている。シュミットは言う。「憲法は、内容が正当であるために妥当するところの規範に基礎を置くのではない。憲法は、自己の存在の態様と形式についての、政治的存在から出てくる政治的決定に基づいている」⁵³。

憲法が憲法であることを保証するのはその内容ではなく、決断者が主権者であることだとするシュミットの立場は、中世の「君主は法律から解放されている (*princeps legibus solutus*)」という法諺の系譜に属すると見てよいだろう。そして、その主張にはおそらく二つの理由が考えられる。一つは、シュミットが「現代国家理論」と言うとき、その「現代国家理論」とは、シュミットの認識によれば、中世に生まれ、近代の絶対主義の時代に完成されたからである。言い換えれば、絶対主義の時代に完成された主権論は、中世の身分制秩序を否定し、国内のあらゆる人間を平等な存在者として規定する包括的な国家論だったからである。「ヨーロッパ大陸では、スペイン、フランスおよびドイツの領邦国家において、近代国家は、君主が「絶対的」となること、すなわち封建的、等族的な既得権が排除され、封建的状態の根拠となっていた現状の正統性 (*Legitimität des status quo*) 原理が打破され、廃棄されることにより、展開されたのである。このようにして成立した政治構成体は絶対君主制であった。ここでの「絶対性」は、君

主が「法より解放されて」(legibus solutus) いる、すなわち君主自身の判定する政治上の理由から、等族の正統的な要求および既存の特権や合意を蔑視する権限と能力を有する点にあった。「国家」(Staat) という言葉は、「状態」^{ステイト} という言葉との言語上および思想上の関連を示しているが、それゆえにまたこのような近代的な政治構成体の特色を特に適切にいい表わしている。というのは政治統一体の包括的な状態は、他のすべての身分関係 (Statusverhältnis)、特に等族および教会を相対化し、吸収するからである」⁵¹。つまり、シュミットによると、身分制秩序においては、諸身分や諸団体がそれぞれの特権を主張し君主と緊張関係にあり、また他の身分や団体とは何の連関もたず、それは国家が決して包括的な状態 (status) であるとは言えないために、語義本来の国家 (status) ではなかったのに対し、諸身分や諸団体に超越する絶対的な君主が君臨してこそ、国内のすべての存在者を統合しうるという意味で、本来の国家である。シュミットは、すべての存在者を平等なものとして規定し、包括しうるのは、すべての存在者に絶対的に超越する主権者であると考え、そのため主権者は「法律から解放されている (princeps legibus solutus)」というヨーロッパの法学とキリスト教の神学の一要素の意義を強調しているのである。

もう一つの理由は、先に引用した理神論に関する批判的な言及に示唆されている。理神論とは神の存在を認めはするが神の奇蹟や啓示を否定する一七〜一八世紀に現れたキリスト教思想だが、国家論においては自然法則が自然を支配するように、主権者ではなく法律が国家を支配すると表現される。これはゲルマン的慣習に起源が求められる法治国家論などの法治主義の理念とともに、一九世紀以降に普及し、君

主権力の制限や諸個人の自由の保障を掲げる議会主義や自由主義を支えることになる。しかし、シュミットは身分制秩序に由来する議会主義や自由主義には批判的であり、しかも法秩序と区別される法秩序を保証する権威の次元を強調し⁵²、法学の伝統的フォーミュラの一つ「法律から解放されている (princeps legibus solutus)」に遡行するのである。

こうしたシュミットの主権者論が全体主義的な傾向を帯びているのは言うまでもなく、実際、シュミットが一時期ナチに協力したこともよく知られている。また、第二次世界大戦後の国家論が、全体主義体制への批判やグローバル化という現実的要請から、主権論ないし主権者論を不要と見なしていることもあり、もはや伝統的言説へ遡行するシュミットの政治神学が現代の法と国家の準拠として顧みられることなどない。ましてや、「息をする法律」という超越的な人格的表象など法学の歴史展示を飾る陳列物たりえても、それが法秩序の要諦をなすフォーミュラなどとは考えられないだろう。しかし、我々は、法律が何故、遵守されなければならないのかという問題について、この古典的な観念以上に決定的な理由を手にしていない以上、法の歴史においてこの観念が意味するものを理解する必要がある。

(3) 「何故、法律が？」

「息をする法律」という観念を理解するために、一つの問いを手がかりとしたい。すなわち、現代フランスの法制史学者・精神分析学者ピエール・ルジャンドルの「何故、法律が？」という問いである⁵³。ルジャンドルは、「息をする法律」の観念を、次のように捉えなおし

ている。「私はここで、中世の註釈学者たち、国家という概念の発明者である法学者たちの切り札を賭けようと思う。その切り札は、定型化された素朴な表現のなかにあり、皇帝あるいは教皇をへ生きた文書 (*Script vivans*) として描いている。すなわち、彼はその胸のアルシヴにあらゆる法をもっている (*omnia iura habet in scrinio pectoris sui*)。我々はそこで統治に関する法的言説の人類学的なひだに入っていくのだが、難問はその屋根裏にある。当然構造が存在するならば——つまり、西洋的政治の生産もまた、独自に調整された法律の判断に委ねられているならば——、神話的な切り札は近代のなかでどうなってしまうのだろうか」¹⁶。「生きた文書」とは、我々が問題にしている「息をする法律」のことである。ルジャンドルはこの「息をする法律」を、シェークスピアの『リチャード二世』にも用いられている有名なローマ法の言葉である「彼はその胸のアルシヴにあらゆる法をもっている、(*omnia iura habet in scrinio pectoris sui*)」〔勅法彙纂〕第六〕という言葉に言い換え、「息をする法律」としての皇帝や教皇は、その胸のなかにあるアルシヴ、文書庫のなかにあらゆる法律を蓄えていると理解されていたこと、つまり立法者としての皇帝や教皇はすべての法律を知り尽した全能者であるから立法者であると中世の法学者たちによって考えられていたことに注目している。

ここでの要点は、全能者としての立法者とはあくまでも擬制であるということだ。そのことを鮮明にするためにルジャンドルは「息をする法律」を「生きた道具、(*outil vivant*)」とも言い換える。「重要なのは、生きた道具、(*outil vivant*)」として書かれたものを理解することは、このアリストテレス学派の奴隷の呼び名に関して、私は道具性と

生きている者とを関係づけることについて取り上げたい。(中略) 私がそこから理解しているのは、狂気との境目で練られたということであり、つまり書かれたもののそのものが、いわば生きた要素となるということである。こうした視点からすれば、書かれたものは、イメージというステイタスで身体に属する何か、言葉の紐帯、語る身体を動員する紐帯であるから効果的な何かであるだろう。このように書かれたものは、ドクマティックなモニタージュを作ることのできる唯一の資材から、人間の資材を作るのである。その構成要素についてはすでに示しておいた(イメージ、身体、言葉)。こうした普遍的な資材に関する認識に基づいてこそ、西洋的人間性のなかでも最も突出し、またヨーロッパに生まれた産業主義を地球上に輸出した政治的構築物に関する研究にここで取り掛かることができるのである。その構築物とは、我々が〈国家〉と〈法||権利〉と呼ぶ、書かれたもののモノユメントである」¹⁷。

ルジャンドルの問題提起の重要性は、この点がカール・シュミットと決定的に違うのだが、皇帝や教皇が胸のなかにすべての法律を収めていると言われるとき、実は皇帝や教皇のものではなく、神のような全能者として人格化された皇帝や教皇を通して法律が発せられることで遵守されうると中世の法学者たちが考えたのだと解釈している点にある。法律が書かれたものそのものという物質的次元にとどめられずに、全能者によって発せられたという擬制を必要としたのは、常軌を逸したことも思われるが、精神分析学の知見に依拠しつつ、中世の法学者たちが法律をイメージ、身体、言葉という連関性のなかに根づかせるためだったと解釈している点が、ルジャンドルの指摘の要点

をなしている。この指摘は、単に歴史的な法観念を解説することを目的としているのではない。イメージ、身体、言葉という連関性が示されているように、ルジャンドルは人間性を成り立たせているものを捉えなおすために、この「息をする法律」という観念に注目しているのである。

人間が人間であるのは、言語をはじめとする諸制度によるとすると、「息をする法律」というフォーミュラはこの制度の「人間化」を担っていた点で、人間性の基礎をなす。カール・シュミット流に法の正統性を表現するならば、法律が法律であるのはそれが主権者 \parallel 立法者によって制定されたからだとなるが、このトートロジジーが意味するのは、シュミットによれば「真理ではなく権威が法をつくる」というホップズ流の権威主義だが、ルジャンドルによればそうではなく、立法者は法律の「人間化」に要請される全能者の擬制に過ぎず、擬制によって不在の何者かを現前させることで法律への「何故？」という問いに終止符を打つための根源性である。この根源性は、それ以上、理由を求めて遡行することができないという意味で絶対性でもある。人間性をこうした擬制、つまりフィクション、さらには演劇性といった次元で捉えなければ、「何故、法律が？」という問いを理解することはできないのである。「立法者とは場を占める者である。ユステイニアスはちょうどザラストロの位置で、そこにはない何かを現前させている。それは絶対的な「著者」であり、この「著者」の名が——ただ名のみが——、法の起源はこの「著者」のうちにあること、やはり絶対的な証拠となっているのだ。トートロジカルなのは法の定義ではなく、論理的に必要なこの想定上の「著者」の定義である。ユステ

イニアスの法典では「神」が *actor* 「著者、定礎する者」と呼ばれている。「魔笛」ではそれは「法律」と名指されている。ユステイニアスとザラストロは、演劇的に「名」の代理をしているのだ。この「名」はある不在の名、「場所」の聖なる名であり、ドグマ的論理（無意識の論理でもある）においては、この「場所」こそが「どこから来るのか」という究極の問題——*Unde?* 「どこから」の問い——の答えになっている。法はどこから来るのか。絶対的な知の場所からである。（中略）ユステイニアスは演じ \parallel 解釈している (*interpreter*) だけである。なぜなら皇帝に化身している神秘的「他者」の演劇的論理によれば、彼自身が舞台装置であるからだ。ここではカントロヴィチが解明した中世ヨーロッパの註釈学者たちの諸説、あるいは教皇や皇帝のことを述べた註釈学者たちの優れた格言を参照してもらいたい。*“omnia iura habet in scrinio pectoris sui.”* 文字どおりには「彼は、その胸のアルシークにあらゆる法をもっている」。だがとりわけ目につくのは、一人の人間を生きた「書物」や「法律」の化身（息をする法律 [*Lex animata*]）「生きた法律」という皇帝に対する詩的な称号を参照）にすら変えてしまうことで、法システムが脱 \parallel 現実化の過程に取り込まれていることだろう¹⁸。「息をする法律」とは、「生きた文書」であり「生きた道具」だが、それは「絶対的な知の場所」の「代理」、「舞台装置」を意味する。つまり、「息をする法律」という法諺が意味するのは、一つには法律が法律であるのはこのような「絶対的な知」という擬制的な起源としての「合理性」を必要とするという原則（大文字の「法律」と、そしてもう一つには擬制的な起源としての「合理性」を「人間化」するために、皇帝や教皇といった「代理」へ

の人格化を必要とするということである¹⁸⁾。

二 明治憲法の息吹

(1) 明治憲法と政治神学?

明治憲法制定当時の政府が、憲法制定にあたって「信教の自由」の保障に配慮しつつも、ヨーロッパ各国の憲法体制におけるキリスト教の意義を重視し、それに相当する「宗教」が日本にはないこと、そのためキリスト教に代わるものとして憲法体制の「機軸」としての「皇室」を構想したことは、一八八八(明治二一)年六月一八日に開かれた枢密院での憲法制定会議における伊藤博文による開会の辞に示されているが²⁰⁾、「機軸」としての「皇室」の意義は立法権に関する『憲法義解』の註釈にも表れている。天皇の立法権を規定した明治憲法第六条「天皇ハ法律ヲ裁可シ其ノ公布及執行ヲ命ス」には、次のような註釈が施されている。「裁可は以て立法の事を完結し、公布は以て臣民遵行の効力を生ず。此れ皆至尊の大権なり。裁可の権既に至尊に属するときは、其の裁可せざるの権は之に従ふこと言はずして知るべきなり。裁可は天皇の立法に於ける大権の発動する所なり。故に議会の協賛を経と雖、裁可なければ法律を成さず。蓋古言に法を訓みて宣とす。播磨風土記云。「大法山(今名勝部岡)品太ノ天皇(応神天皇)於此山宣大法故曰大法山」と。言語は古伝遺俗を徵明するの一大資料なり。而して法律は即ち王言なることは、古人既に一定の釈義ありて謬らざりしなり²¹⁾。すなわち、『憲法義解』によると、天皇の立法権の正統性は、播磨風土記から導き出されるのだが、さらに言えば、法

律が古代においては「宣(ノリ)」と呼ばれていたことから導き出される。近代憲法の制定に古代の歴史資料が根拠として用いられるのは奇妙なことではあるのだが、敢えてここで播磨風土記が引用されているのは、憲法をナシヨナライズするためだと考えられるだろう。しかし、そのみならず、法律の正統性を呈示する必要性から、その正統性が天皇(応神天皇)の発話行為から引き出されたと考えられる。

ここで注意する必要があるのは、『憲法義解』は一見すると、「ノリ」という古語が日本独自の立法権の観念であると位置づけられているようなのだが、実際には立法権の観念を西洋の歴史から理解しており、その西洋の立法権の観念に相当するものを日本の歴史から探し出してきていることだ。言い換えれば、明治憲法体制における天皇は、日本の歴史に根ざした独自のものとしてではなく、西洋の皇帝や教皇、あるいは絶対主義的な君主、立法権の観念の問題に即して言えば「息をする法律」の観念だが、そのような形象として制度化されたのである。その点は、『憲法義解』の実質的な執筆者であり、明治憲法の起草者の一人である井上毅による意見書などから窺える。

まずは、憲法草案(夏島草案)に対する、一八八七(明治二〇)年八月二八日付の意見書から確認しておこう。「法律トハ元來神命天命ヲ称スル「モセス」ノ「シナイ」山ノ法ヨリ其名ヲ得タル者ナリ故ニ法律ハ神聖不侵ナリ法律ハ神聖不侵ナル最上主権者ニ非サレハ之ヲ制作スルコトヲ得ズ(中略)我國ニ於テ法ノ字ヲ訓ミテ云、「ノリ」トハ詔ヲ謂フノ称ナリ撰州ニ大法山アリ応神帝ノ登臨マシテ宣詔アリシ山ナリ法律ヲ重スルノ古義ニ於テ彼此同一ナリ²²⁾。すなわち、井上毅によると、法律とは「モーゼの十戒」を起源とするように神聖不可

侵な主権者による命令であり、だからこそ法律は神聖であつて遵守されなければならない、とところで日本においてはかつて法律を「ノリ」と呼んでいた、この「ノリ」とは天皇の言葉を意味する「ミコトノリ」の「ノリ」である、つまり西洋の法律観念と日本古代の法律観念は神聖な存在の言葉であるという点において一致するといふのである。これを牽強付会と見るか、あるいは苦心して西洋近代の憲法を受容した痕跡として理解するかは評価の分かれるところだが、重要なのは、井上毅が、天皇がユダヤ教やキリスト教における神に相当するのか、それともイスラエルの民の指導者ではあつても一人の人間にすぎないモーゼに相当するのかという点については、必ずしも明確にはしていないという点だ。というのも、この点は、後に、とりわけ一九三〇年代から四〇年代の戦時期から敗戦直後に問題になったと考えられるからだ。

しかし、この問題についてはまた後で検討することにして、井上毅が政治神学とも呼びうるものを意識していたことを示す文書をも一つ確認しておこう。井上は「帝室ハ法律ノ内ニ在ルベキヤ又ハ法律ノ外ニ在ルベキヤ」という問いを冒頭に掲げ、古語へと遡行し、「至尊ノ大権ト大法トヲ以テ一ニシテ二ナシトスルモノ、如シ今其ノ例證ヲ挙グルニ難シト雖之ヲ古言ニ徴スルニ「ノリ」トイフ語ハ古人「法」又ハ「則」ノ字ヲ以テ之ヲ填訳シタリ而シテ「ノリ」ナル語ハ「ノリト」又ハ「ミコトノリ」ナドイヘル「ノリ」ヨリ來ルモノニシテ其ノ原意ハ即チ「言」又ハ「宣」ノ字ノ義ナリ」と言う。そして井上はここでも播磨風土記に依拠し、「至尊ノ詔勅ハ即チ臣民ノ法則ヲナスモノニシテ「ミコトノリ」ト「ノリオキテ」トハ一ニシテ二ナキモノ

ナリ」²⁸として天皇の立法権の正統性を主張するのだが、さらに踏み込んで天皇と法律の関係に言及する。すなわち「中古ノ宣命ニ「ノリノマニマニ」トイフ語アリ即チ法ニ隨フトイフ意ナリ是レ先王ノ遺法ニ從フノ意ナリ（中略）君主ノ言ハ即チ法則トナリ而シテ既ニ法則トナル時ハ君主モ亦所謂誠トイヘル一大主義ニ基キ其ノ法則ニ從ヒタマフベキコト疑フベクモアラズ」²⁹。これを見る限り、井上は天皇の立法権と法治主義とを日本固有の歴史や古語から導き出そうとしているようにも思われるが、事態はそれほど単純ではない。というのも、この直後の一節で、一八世紀イギリスの法学者ウィリアム・ブラックストーンや一九世紀ドイツの法学者ヘルマン・シュルツェに依拠しながら、日本の古語から導き出された歴史的な法観念が西洋の法治主義に合致することを示すのが井上の狙いであるからだ。すなわち、「之ヲ歐洲立憲ノ学理ニ参照スルニ此ノ事ニ付キ羅馬ノ主義ト独乙ノ主義ト懸隔ノ不同アリ羅馬ノ主義ニ依ル時ハ専ラ主権無限ノ説ヲ主張スルガ故ニ帝王ノ主権ヲ掌握スル間ハ帝王ハ法律ニ服從セズトノ論ヲ唱ヘタルガ其ノ後一変シテ他ノ一方ノ極端ニ走り主権在人民トノ僻説ニ陥リ遂ニ收拾スベカラザルノ乱階トナルニ至レリ独乙主義ハ之ニ反シテ古來君主ハ法律ニ依ルトノ主義ヲ執レリ」³⁰。井上の言う「羅馬ノ主義」とは一六世紀以降の絶対主義を指しており、「独乙主義」とは法治主義、とりわけドイツの法治国家論を指しているのは言うまでもないが、実はともにローマ法上の法諺に表現されている。へ君主は法律から解放されている（*princeps legibus solutus*）と、へ君主は法律に拘束されている（*princeps legibus alligatus*）である。井上の文書は法治主義が日本の歴史に合致することを正当化することに重心を置いている

ため、天皇の超越性を排除し拘束性の理念のみを掲げているかのようにも思われるが、天皇の立法権の正統性は超越性抜きには考えられないのであり、要するに「ノリ」や「ノリノマニマニ」などといった古語を召喚して、天皇の「言」が自ずと「法」に一致すること（「言法一致」²⁷）を主張したその論旨は、敢えて言えば、図らずも西洋中世の法学者たちの議論、「息をする法律」に代表される観念へと結実する議論を辿っていると言えるだろう。

ところで、ここで想起しておく必要があるのは、「息をする法律」において鍵となったのは、「彼は、その胸のアル、シーヴにあらゆる法をもっている（*omnia iura habet in scinio pectoris sui*）」などの法諺に表現された立法者の「全知」の演出であることだ。言い換えれば、そのような演出なしに「言法一致」を語ることはできないだろう。

(2) 〈全知〉の効果としての統治権

一体、何を根拠に天皇の言葉が自ずと法に一致するなどと言えるのだろうか。この根拠もまた古語に求められた。統治権を規定した明治憲法第一条「大日本帝国ハ万世一系ノ天皇之ヲ統治ス」に関する「憲法義解」の註釈を見てみよう。「憲法義解」は「統治」という言葉が、「古事記」や「日本書紀」、「続日本紀」などといった古典に見られる「シラス」や「シロシメス」と同じ意味だと「統治」を定義した上で、「シラス」に註釈を施している。「所謂『しらす』とは即ち統治の義に外ならず。蓋祖宗其の天職を重んじ、君主の徳は八洲臣民を統治するに在て一人一家に享奉するの私事に非ざることを示されたり。此れ乃憲法の據て以て其の基礎と為す所なり」²⁸。「君主の徳」などと

いう註釈から「シラス」とは儒教的徳治主義ではないかと推測したくなるが、その内実は「私事に非ざること」である。「私事に非ざること」という言葉は、西洋中世の「公的人格」としての君主の観念を想起させるが、無論、井上の「シラス」概念はそれほど法学的に洗練されたものではない。しかし、そのために立法者の言葉が法律をなすという観念に賭けられているものを露わにしているとも言えるだろう。

井上は明治憲法発布の五日後の一八八九（明治二二）年二月一六日に行われた講演の一節で、次のように言う。「惟、御国に於いては、此の国土人民を支配することの考へを、何と名を付け何と称へたるのであらふか、古事記に建御雷神を下し玉ひて、大国主神に問へらくの條に、汝之宇志波祁流葦原中国者、我子之所知国ト言依賜とある、うしはくといひ、しらすといふ二の言葉が御国の大昔の国土人民に対する働きを名けたる国語であつたものと見える、（中略）此のうしはくと称へたるは、一の土豪の所作であつて、土地人民を勝手に我が私有財産に取入れ居つた所の、大国主命のしわざを書いたものである、正統の皇孫として御国に照し臨み玉ふ所の大御業は、うしはくではない、是をしらすと称へられた、（中略）御国の御先祖伝来の御家法は、国を知らすといふ言葉に存在して居るといふことを考へなければならぬ、此の国を知り、国を知らすといふことは、各国に例のないこと、各国に比較を取る見合せにする言葉がない（中略）知るといふことも、今の人の普通に用ゐる言葉の如く、心で物を知ることであつて、内の心と外の物との關係をいひあらはし、而して内の心は外の物に照し臨みて、鏡の物を映す如く、知り明らむる心持の言葉に相違ない（中略）しらすといふことは、理を以て物を兼ねたる完全なる言葉

である」²⁸。井上は『古事記』のいわゆる大國主の國譲りの逸話を踏まえて、「ウシハク」が権力者による力（暴力）による支配、土地と人民を自らの私有の対象とする私的支配であり、それに対し「シラス」とは神の命によって天皇のみによって行われる公的支配であり、土地と人民の私有化が行われないと論じている²⁹。しかも、井上は、「シラス」とは動詞「知る」の尊敬表現で、要するに単なる支配を意味するのではなく、理性の働きを意味すると説明した。つまり、天皇は国家のあるべき姿を「知っている」というのが天皇による支配様態である、と井上は主張したのである。この解釈は、後に学問的に事実であるか否かをめぐって論議されることになるのだが、この点には立ち入らず、ここでは次の点を確認するとどめよう。すなわち、井上にとって統治権はへ全知、全能性を基礎としている、ということである。

ここで問題は、井上が、天皇自身を全能者として制度化しようとしたのか、それとも大國主の國譲りの一節にも「依（ヨサス）」という言葉があるように、天皇を全能者アマテラスの代理という職務を担うものとして制度化しようとしたのか、ということである。というのも、先に触れたように、井上は天皇がユダヤ教やキリスト教における神に相当するのか、それとも神の代理という職務を担うモーゼに相当するのかという点については明らかにしておらず、ここでも天皇が全能者なのか、それとも全能者の代理なのかという問題について明らかにしていないからであり、さらに言えば、この問題が明治憲法解釈をめぐる重大な問題を引き起こすことになるからだ。

ドイツ憲法学説に依拠した憲法學上の學説の争いとして理解されて

きた天皇機関説論争を、こうした観点から捉えなおしてみよう。ここでは論争の当事者として最もよく知られている上杉慎吉と美濃部達吉に絞って考察したい。

周知のように、上杉慎吉は新絶対主義に依拠し天皇主権説を主張し、美濃部達吉は国家法人説に依拠し天皇機関説を提唱し、彼らは当時のドイツの憲法學説上の論争を明治憲法解釈にもち込んだと考えられている。しかし、ここでは明治憲法起草者たちにおいて未決のままになっていた問題との関連で、両者の立場を検討してみよう。すなわち、天皇は全能者なのか、全能者の代理という職務を担うものなのかという問題である。

上杉慎吉は明治憲法第一条に次のような註釈を施している。「統治とは、即ちすべて而してしろしめすことである。すべる又はすめるは数多くの個体を一つと為して集めまとめ束ぬるの意にして、即ち統一である。しろしめす又はしらすは知るである、國家の理想を知りて、その最高道德たる所以を一身に具體して之を實現することである。天皇をば古來あめのしたしろしめすめらみことと稱えまつるは、事實上には、最高道德の具現者にましまし、形式上には、臣民を統一して、國家団体の中心者にましますことを意味せるものである。これ天皇を即國家と爲し、君民合一と爲す所以である。されば、統治は決して統治權力の行使と云ふことに限らぬ、法律上の概念のみではない、天孫建國の精神を生々發展し、國を肇むる宏遠にして、徳を樹つるの深厚なる所以を成就し、天つ神國を授けたまふの徳に答へ、皇孫正を養ひたまふの心を弘むる、これを統治といふのである、つまり最高道德を不斷に創造することである」³⁰。上杉の統治權論は、一方では、

【憲法義解】や井上毅の「シラス」論を踏襲したものである。つまり、「統治」が単なる支配を意味するのではなく、「国家の理想を知」つていふことを意味するという註釈は、起草者たちの意図を踏まえただものであると言えるだろう。

しかし、他方で、二つの点で起草者たちとは異なる独自の解釈を施してもいる。一つは、絶対主義の象徴的表現である「朕は国家なり (J'Etat, c'est moi)」を想わせる「天皇を即国家と為し」という言葉を用いているように、新絶対主義的なイデオロギーに依拠している点である。もう一つは、「最高道徳」や「天つ神国を授けたまふの徳」という言葉によって示唆された「法律上の概念のみではない」、敢えて言えば、「統治」の宗教的意味作用である。確かに【憲法義解】も井上毅による文書も、「シラス」は「徳」や「君徳」と言い換えられているのだが、それは「私事に非ざること」、つまり天皇の意思が恣意や私利に決して陥らないこと、つねに公的であり法を逸脱しないことを示す法規範を意味していた。しかし、上杉はそれを「法律上の概念のみではない」と言い切るのである。この点は、次の一節において明確にされている。「万世一系と云へるは、我が天皇は天祖建国以来天壤と与に窮まりなく、永久に、天祖血統の御一系たるの大義を示すのである、唯だ天皇と称する統治者が代々相継ぐと云ふのではない、同一血統連綿として断えざることを云ふのである。又云ふまでもなく、天に双日なし、皇系分れて、二皇並び立ちたまふことも無いのである。肉体的に天祖一系の御子孫にましますのみではなく、精神的に、天祖今も在りますが如く、天祖の霊を我が霊と為したまひ、現人神として統治したまふのである」²⁰。現人神とは、本来、神が人の姿をして

現れることを意味する言葉であつて、決して天皇を指す言葉ではないが、この言葉が「生きている神」を意味し天皇を指すものとして用いられるようになったのは、明治維新前後の神道家や国学者に帰せられる。ところで、井上毅は神道や国学の「宗教化」を批判し、神道や国学を「国家学」や「国語」の準拠とすることを主張しており、また明治憲法の起草者たちは「信教の自由」との関係で「機軸」としての天皇信仰を宗教と区別する必要があつた。したがつて、天皇は「現人神」ではあつてはならないはずだ。にもかかわらず、上杉慎吉は天皇が現人神だと言っている。原因は言うまでもなく、「シラス」という言葉から統治権概念には天皇が「全知」であると、つまり全能者そのものであると解釈する余地があつたからだろう。

美濃部達吉は、天皇機関説論争の発端となつた【憲法講話】において、天皇が「日本帝国の最高機関」であるとした上で、次のように天皇主権説を批判している。「君主が国家の機関であると申せば、チヨット聞くと何だか吾々の尊王心を傷けられるやうな感じがいたすやうであります。是は国家が一の団体であることと生ずる当然の結果でありまして、君主が統治権の主体であるのは却て我が国体に反し吾々の団体的自覚に反するの結果となるのであります。法律上の意味に於て君主が統治権の主体であると云ふのは、統治権が君主の一身上の権利として君主に属して居ることを意味するのであります。法律上或る権利を有すといふのは、其の権利が其の人の利益の為に存して居ることを言ひ表はすのであつて、即ち君主が統治権の主体であると言へば、統治権が君主の御一身の利益の為に存する権利であるといふ意味に帰するのであります。併ながら君主が御一身の利益

の為に統治権を行はせらるゝのであると言ふのは、実に我が古来の歴史に反し我が現在の政体に反するの甚しいものであります。我が古来の歴史に於て歴代の天皇が常に国民の幸福を以て自己の幸福となし給うたことは歴史上の顕著なる事実であつて、民の富めるは即ち朕の富めるなりといふやうな優^{（アツク）}嵬^{（アツク）}なる聖詔の有つたことも、決して一度では無いのであります²⁸。美濃部にとつて、天皇主権説は「君主の御一身の利益の為に」統治権を行使することを意味し、それは「我が古来の歴史に於て歴代の天皇が常に国民の幸福を以て自己の幸福となし給うた」という「歴史上の顕著なる事実」に反することだつた。つまり、美濃部によると、「日本の古来の国家思想に於て殊に近代の国家思想に於て、統治権が全国家の共同目的の為に存するもので、（中略）常に全国家の利益を計り国民幸福を達するが為にするもの²⁹」であるのが「歴史上の顕著なる事実」だつた。

美濃部の言う「最高機関」とは国家という「団体」の代表であり、この「団体」の代表として「団体」の利益を実現するのが統治権である。そのため、美濃部にとつて統治権は天皇の主権³⁰至高性ではなく、憲法に定められた「団体」の代表としての職務を表現したものだつた。「シラス」としての統治権が「私事に非ざること」という法規範を意味していたとすると、美濃部はそれを忠実に踏襲しつつ洗練させたと言えらる³¹。あるいは、上杉の統治権論も「国家の理想」という公益に配慮することを要素としており、美濃部の批判はこの点を争点としているとは言えない。問題は、美濃部が主権の全能性を意識していたかという点にある。すなわち、美濃部が主権の全能性を前提していれば、天皇主権説批判は何よりも「シラス」という〈全知〉

に焦点を合わせなければならなかつたはずであり、さらに言えば美濃部が依拠したはずのイエリネックの国家主権説のように至高者としての国家の至高性ゆえの自己拘束として主権を法の下に馴致しなければならなかつたはずだが、実際には、美濃部は主権論そのものよりも非主権者としての天皇の地位を関心とした³²。そのため、絶対主義における立法者としての主権者の形象の淵源である「息をする法律」における君主の意思は、私的利益を追求することのない公的意思だつたように、天皇が「統治権の主体」であつても、統治が公的な真理や理性の実現を意味するものである限り、決して天皇は私的利益を追求することにはならないという問題を美濃部は解決しえないのである。無論、天皇機関説が「吾々の尊王心を傷けられるやうな感じ」を与えるのではないかと配慮しなければならなかつた政治的事情があるにせよ、天皇機関説は主権者としての天皇を否定しえても、代理のような論理・演出装置によつて天皇の全能性そのものを否定することはできなかつたと言えらる³³。言い換えれば、天皇は全能者なのか、全能者の代理という職務を担うものなのかという問題は未決のままにとどまり、その曖昧さは天皇機関説が一時期学界の通説であつたということと天皇機関説事件で抹殺されたということに象徴的に表れていると言えらる³⁴。

(3) 絶対的な〈無〉と「息をする法律」

最後に、一部の哲学者や法学者によるこの未決の問題を解きほぐす試みについて検討しておこう。

例えば、和辻哲郎は戦時期の『尊皇思想とその伝統』において、次

のように言っている。「祭祀も祭祀を司どる者も、無限に深い神秘の発現し来る通路として、神秘性を帯びてくる。そうしてその神秘性のゆえに神々として崇められるのである。しかし無限に深い神秘そのものは、決して限定せられることのない背後の力として、神々を神々たらしめつつもそれ自身ついに神とせられることがなかった。これが上代の神の意義に関して最も注目せらるべき点である。究極者は一切の有るところの神々の根源でありつつ、それ自身いかなる神でもない。

言いかえれば神々の根源は決して神として有るものにはならないところのもの、すなわち神聖なる「無」である³⁵。同書は、天皇が「祀られるとともに自らもまた祀る神」であると位置づけたこと、つまり天皇はあくまでも共同体の紐帯としての祭祀・儀礼を担う役柄（ペルソナ）であって、天皇自身が究極の神ではないと位置づけたことで知られるが、ここでも祭祀を担う者はそれ自身が神秘的なのではなく、神秘的なものの「通路」として神秘性を帯びたものとして信仰されるようになったのであり、究極の存在は形容できない何者か、「無」である、というのも究極の存在は限定しえないからだとして、天皇を全能者そのものではなく、一つのペルソナ（人格）として制度化しようと試みている。

このように絶対的な存在や至高性を「無」や「絶対無」と表現する思想は一九三〇年代から四〇年代には、西田幾多郎や田辺元をはじめとするいわゆる「京都学派」を中心に見られた。それは必ずしも法思想・国家思想として生み出されたものではないのだが、この思想が体制イデオロギーに対する批判として展開されたとき、明治憲法における「息をする法律」の觀念の混乱を解きほぐす役割を果たしたと言え

る³⁶。しかし、主権概念の歴史的由来（とりわけ、「息をする法律」をはじめとする近代以前のそれやキリスト教的な側面）が論議されることなく、また身分制的秩序（中間権力）の解体により包括的な状態（state）が実現されたために明治憲法制定以前にすでに主権を論議する必要性がなく、「シラス」や「ノリ」といった古語は明治憲法体制が日本独自の法觀念に基づくというイデオロギーを形成し、さらに明治憲法制定後には主権について論議することがタブー視されるようになったために、明治憲法体制を定礎する全能性の觀念が混乱したものであることが争点化されることはなかった。では、敗戦後、この混乱は解決されたのだろうか。

折口信夫は、天皇が神であることを否定した「新日本建設に関する詔書」（一九四六（昭和二一）年一月一日。いわゆる「天皇人間宣言」）が出された翌年の論文「天子非即神論」において、本来「現人神」は「天皇即神」を表わす言葉ではないと論じた上で、次のように言っている。「天子の根本称号である所の「すめらみこと」は、すべてのみこと——尊・命——と言った敬称の起源なる「詔命伝達者」の意義を持つて居た。詔命をもつ——伝達する——者が、古代語表現法では「みこともち」と言はれた。宮廷の詔命を伝達するのは、皇族または貴族の人々であった。そこでその名の下にみこともちをつけたのが次第に敬称語尾化した。果はみことと言ふ形に簡易化して古代人名の語尾となつた。さうした宮廷生活用語の慣例が、神の世界を推測する時にも逆用せられるやうになつた。神名の語尾の尊・命も亦、これである。すべての詔命伝達者の上に考へられる限りの最も尊い伝達者なる天子にも、詔命伝達の御職分を思ひ到るやうになつた。最高最貴

を意味するすめらなる語根を語頭に置く「すめらみこと」なる敬称が、そこで現れたのである。人間界において神命を伝達する最初の段階に、天子在すとする信仰である。だから、神の聖子と言ふよりは、神の使人としての資格を天子に考へたと言ふ方が正しいのである³⁹。戦前には「天子即神論」の立場をとっていた折口にとってこの論文は転向表明とも言えるものではあるが、興味深いのは日本における「息をする法律」観念を分節化しようとしている点である。つまり、折口は天皇を全能者の使者、「詔命伝達者」という「職分」、つまり職務として位置づけているのである。

日本国憲法の制定が明治憲法第七三条に規定する憲法の改正ではなく「革命」であると主張した憲法学者の宮沢俊義を批判した尾高朝雄の「ノモス主権」論もまた、単に日本国憲法制定に「革命」を見るのではなく、一方では明治憲法と日本国憲法とを準拠たる「ノモス」の連続性によって捉えなおしつつ、他方で、明治憲法における天皇であれ日本国憲法における「国民」であれ、「ノモス」に準拠する職務として位置づけている。すなわち、「息をする法律」を全能者ではなく、職務として把握しようとしたのである。「およそ政治には、正しさの規準がなければならぬ。日本国民は、正しい政治の規準を永い伝統によつて権威づけられた天皇統治の理念に求めた。それは、それ自身としてはきわめて自然なことである。しかしながら、自らを「臣下」たるの低きに位置せしめた国民が、「大君」として高きに仰いだ天皇は、国民から見れば一つの「他者」(in Anderen)に外ならなかつた。一方では君民一如ということがいわれられていたにもかかわらず、他方では君臣の別は絶対のへだたりをもつと考えられていたために、天

皇統治の正しさは、国民の現実の意志活動の領域をはるかに超越した「神ながら」の所与として祀り上げられるにいたつた。尊厳な国体も、国民にとつては祖先の作つたものであり、さかのほつては「神」の創造に帰著するのである。(中略)天皇統治の現実には、政治の方向を決定する者の側に無責任な独裁権力を賦与したばかりでなく、決定された政治の方向に追隨する国民の側にも、無責任な他者依存に安住するという結果を生んだのである⁴⁰。尾高の言う「正しさの規準」とは「ノモス」であり、根源的な法律であり、先に見たルジャンドルの言葉で言えば大文字の「法律」であり、擬制的な起源としての「へ理性」、つまりここで言う「息をする法律」である。明治憲法体制はこの「息をする法律」を天皇としたのだが、尾高によると、政府の「無責任な独裁権力」や国民の「無責任な他者依存」をもたらしたのは、「シラス」という全能者の擬制ではなく、天皇を全能者そのものと「祀り上げ」たことよつて生じた天皇という大文字の「他者」と国民との「絶対のへだたり」だった。

では、尾高にとつて天皇とは何者か。「天皇統治の中に正しさの理念を求めたのは、外ならぬ国民それ自体であつて、国民以外の何者でもないのである。日本国民は、国民自らの心に宿る正しい統治の理念を天皇に投影し、これを「常に正しい天皇の大御心」としておろがみまつたのである。そこに尊崇せられていたものは、実は国民自らの心である。かかる投影を可能ならしめる天皇は、それ自身としての実体をもたない無の立場である。故に、哲学者は、天皇は「絶対無の象徴」でなければならぬといつた。天皇は絶対無であるが故に、かえつてその中に万象を宿すことができたのである。それ自身としての定

形と色彩をもたず、まさにそれなるが故にその中にあらゆるものの姿を宿すものは、譬えて見れば一つの鏡である。日本国民は、自らの欲求する正しい統治の理念をば、絶対無私の天皇の大御心という鏡にうつし、その尊厳さの前にひれ伏していたのである⁽⁴⁾。尾高は、東京帝国大学で法学を学んだ後、京都帝国大学の西田幾多郎の下で哲学を学んだ異色の経歴をもつ法哲学者である。ここで言われている「絶対無の象徴」も田辺元の論文「政治哲学の急務」に依拠している。尾高の言う「絶対無」とは「絶対無私」であり、それは「シラス」の「私事に非ざること」の圏域に位置するが、この「息をする法律」は、尾高においては国民が「正しさの理念」を求めて必要とした「鏡」であって、この「鏡」とは能動的な決断者としての資格を付与する神器というよりも、国民の能動的な決断に「規準」を映し出すための徹底的に受動的な存在であり、国民の決断を真正なものとして保証する道具・舞台装置である。

明治憲法体制は自らの制度を根拠づけるために、「息をする法律」を天皇として制度化したのだが、明治憲法の起草者たちはこの天皇が全能者そのものか、それとも全能性の代理のようなものなのかという点について明らかにできなかった。和辻や折口、尾高らは、それぞれの仕方、天皇を「通路」、「詔命伝達者」、「鏡」と位置づけた。それらは尾高が言うように、統治権という明治憲法における「息をする法律」の觀念が、現実には一九三〇年代から四〇年代にかけて「無責任な独裁権力」と「無責任な他者依存」をもたらしたという反省に基づくのだが、全能性を実在する存在者と混同するという狂気にその原因を求めたと言えるだろう。彼らによると、法や国家は無としか言いよ

うのない絶対的な何かを基盤とするのであり、明治憲法はその無の論理をへ人間化へするために天皇としてへ人格化へしたのであり、この「息をする法律」の擬制はたとえ憲法が変わっても、制度が根拠、理由、つまりへ理性へを必要とする限り、「国民」などの形象を通して法秩序の定礎としての「ノモス」の代理として要請されることになるだろう。

- 註(一) Ernst H. Kantorowicz, *The King's Two Bodies: A Study in Medieval Political Theology*, New Jersey, Princeton University Press, 1957, p. 127 (エルクスト・H・カントーロヴィチ『王の二つの身体』小林公訳、平凡社、一九九二年、一四四―一四五頁。訳を一部改変)。
- (2) Cf. *ibid.*, p. 132 (同前、一四八―一四九頁)。
- (3) Cf. *ibid.*, pp. 127-129 (同前、一四五―一四六頁)。
- (4) *Ibid.*, p. 132 (同前、一四八頁。訳を一部改変)。
- (5) *Ibid.*, p. 105 (同前、一二七頁)。
- (6) Cf. *ibid.*, pp. 95-96 (同前、一一九―一二〇頁)。
- (7) *Ibid.*, p. 105 (同前、一二七―一二八頁。傍点は原文による)。
- (8) *Ibid.*, pp. 96-97 (同前、一二〇―一二二頁。訳を一部改変)。
- (9) Carl Schmitt, *Politische Theologie* (1922), 2. Ausgabe, München: Leipzig, Duncker & Humblot, 1934 (カール・シュミット『政治神学』田中 浩・原田武雄訳、未来社、一九七一年、四九―五〇頁)。
- (10) *Ibid.* (同前、一一頁)。
- (11) *Ibid.* (同前、一五一―一六頁)。
- (12) Carl Schmitt, *Verfassungslehre* (1928), Berlin, Duncker & Humblot, 1954 (カール・シュミット『憲法論』阿部照哉・村上義弘訳、みすず書房、一九七四年、九九頁。傍点は原文による)。
- (13) *Ibid.* (同前、六九頁)。
- (14) 例えば、Carl Schmitt, *Politische Theologie* (『政治神学』) や Carl

- (15) Schmitt, *Legitimität und Legitimität*. München: Leipzig, Duncker & Humblot, 1932 (カール・シュミット『合法性と正当性』田中 浩・原田 武雄訳、未來社、一九八三年) など参照。
 ちなみに、この問いは、ルジャンドルが法の正統性に関する言説の意義を表現したものである。Cf. Pierre Legendre, «Ce que nous appelons le droit» (1993), *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, pp. 126 et suiv. (カール・ルジャンドル「われわれが法と呼ぶもの」、『ドグマ人類学総説——西洋のドグマ的諸問題』西谷 修監訳、平凡社、二〇〇三年、一一一頁以下)。
- (16) Pierre Legendre, *Leçons VII Le Desir Politique de Dieu. Étude sur les montages de l'État et du Droit*, Paris, Fayard, 2005 (1988), p. 36.
- (17) *Ibid.*, pp. 36-37.
- (18) Pierre Legendre, *Leçons II L'Empire de la Vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Paris, Fayard, 2001 (1983), pp. 144-145 (ピエール・ルジャンドル『第II講 真理の帝国——産業的ドグマ空間入門』西谷 修・橋本一徑訳、人文書院、二〇〇六年、一九九—二〇〇頁。訳を一部改変)。
- (19) Cf. *ibid.*, p. 145 (同前、二〇〇—二〇一頁)。
- (20) 『枢密院会議議事録一』東京大学出版会、一九八四年、一五六—一五七頁、参照。
- (21) 伊藤博文『憲法義解』(二八八九年) 官沢俊義校註、岩波文庫、一九四〇年、二九頁。
- (22) 井上毅傳記編纂委員會編『井上毅傳 史料篇第一』國學院大學圖書館、一九八六年、五八一—五八二頁。
- (23) 井上毅傳記編纂委員會編『井上毅傳 史料篇第二』國學院大學圖書館、一九六八年、五七一頁。
- (24) 同前、五七一頁。
- (25) 同前、五七一—五七二頁。
- (26) 同前、五七二頁。
- (27) 同前、五七一頁。
- (28) 伊藤博文『憲法義解』、一三三頁。
- (29) 井上毅傳記編纂委員會編『井上毅傳 史料篇第五』國學院大學圖書館、一九七五年、三九六—三九七頁。
- (30) この区別がもつ法的射程については、拙稿「正統性と(合理性)——井上毅と法・行政の礎(1)——」、「日本文化環境論講座紀要」第3号(二〇〇一年三月)、を参照された。
- (31) 上杉慎吉『帝国憲法逐条講義』日本評論社、一九三五年、五頁。
- (32) 同前、七一—七八頁。
- (33) 美濃部達吉『憲法講話』(一九二二年)、小路田泰直監修『史料集 公と私の構造——日本における公共を考えるために——第1巻 美濃部憲法學と政治1 憲法講話』ゆまに書房、二〇〇三年、六六—六七頁。
- (34) 同前、六七—六八頁。
- (35) この点で、しばしば、天皇機関説は「立憲學派」、天皇主權説は起草者たちの意思を忠実に反映していることから「正統學派」と分類されてきたが、必ずしも正確な分類ではないと思われる。
- (36) イエリネックの國家の自己拘束論については、石川健治「承認と自己拘束——流動する國家像・市民像と憲法學——」、『岩波講座 現代の法1 現代國家と法』岩波書店、一九九七年、参照。また、美濃部を含む學界における「(國家)主權論の不在」について、石川健治「自由と特權の距離——カール・シュミット「制度體保障」論・再考」日本評論社、一九九九年、一三三—一三三頁、参照。
- (37) 和辻哲郎『尊皇思想とその伝統』(一九四三年)、『和辻哲郎全集 第14卷』岩波書店、一九六二年、三八頁。
- (38) 西田幾多郎の「絶対無」の法思想としての、とりわけ主權論としての意義については、拙著『西田幾多郎と國家への問い』以文社、二〇〇七年、を参照されたい。
- (39) 折口信夫「天子非即神論」(一九四七年)、折口信夫全集刊行會編『折口信夫全集20』中央公論社、一九九六年、一五〇—一五一頁。
- (40) 尾高朝雄『國民主權と天皇制』青林書院、一九五四年、一六二—一六三頁。
- (41) 同前、一六三頁。