

牧健二と文科派法制史学の展開（下）

山口, 道弘
九州大学大学院法学研究院 : 准教授

<https://doi.org/10.15017/4796016>

出版情報 : 法政研究. 89 (1), pp.117-170, 2022-07-29. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン :

権利関係 :

牧健二と文科派法制史学の展開（下）

山口道弘

第1章 牧健二の学問形成

第1節 履歴

第2節 2人の師

1. 新見吉治
2. 三浦周行

第2章 牧健二の業績

第1節 戦前・戦中

1. 世界観の時代と体系化への要請
2. 法科派と文科派との異同 (第88巻4号)
3. 自由法学 / 社会法学、現状維持派 / 革新派

第2節 戦後

1. 家族国家論の修訂
2. 天皇の本質を繞って
3. 知行論争

結

補論

第1節 本領安堵

第2節 「歴史のニウアンス」 (以上本号)

3. 自由法学/社会法学、現状維持派/革新派

(1) 文治の守護地頭を繞る中田と牧との論争

大正11年、牧健二は、その論文「文治守護職の補任」に於いて、自説に先行する中田薫に依る、鎌倉幕府成立期の守護・地頭理解を批判し、これに中田が応酬して、其の後1年に及ぶ論争が始まった。論争は多岐錯雑を極めたが、ここでは両者の方法論の異同が顕わになった点に着目する。

両者の主張は、以下の如くに要約される：

〔【牧説】

- ①頼朝は文治元年惣追捕使（総守護）には補任されなかった。
- ②しかし文治の勅許において守護の補任権を付与されたことによって、実際上は総守護の地位にいた。
- ③そして仮に、頼朝が該職に補任されたとするなら、それは諸般の情勢から文治年間ではなくして、建久年間であった可能性が高い。
- ④ただその場合、該職が公授の職名ではなかった点で、官名の存在は認めないが、これと同様の日本総守護たるの地位に補任されたことは認める。

【中田説】

- ①頼朝は文治元年惣追捕使（総守護）に補任された。
- ②その日時は文治元年の勅許においてではなく、〔同年〕十一月二五日の義経・行家追捕宣旨において補任された。
- ③そして頼朝が補任された惣追捕使（総守護）は、その権能が全国に及んだので諸国惣追捕使とも呼ばれた。⁽¹⁹²⁾

次に両者の立論の根拠となった史料を訓み下して示す：

【吾妻鏡（文治元年11月）】

廿八日丙午、諸国平均に守護地頭を補任し、權門勢家庄公を論ぜず、兵糧米《段別五升》を宛て課す可きの由、今夜、北条〔時房〕殿、藤〔原〕経房卿《中納言》

(192) 関幸彦・研究史 地頭（吉川弘文館、昭58）106-107頁。

に謁し申すと云々。

廿九日戊申。北条殿申さる所の諸国の守護地頭、兵糧米の事、早く申請に任せ御沙汰有る可きの由、仰せ下さるの間、師中納言〔経房〕、勅を北条殿に伝へらると云々。

上記は所謂の文治の守護地頭勅許に関する史料である。北条時房が頼朝の使者として上洛し、朝廷側の窓口・中納言経房と、今後の国家運営に就いて交渉した結果が書かれている。守護と地頭とに関して言えば、朝廷は、それらを頼朝が全国に設置する事を認めた事が、ここから分る。これが文治元（1185）年の出来事である。

次に、牧と中田との主張を要約した中に現れる建久年間（1190-1199）とは、頼朝が上洛を遂げて後白河院に謁し、その後の交渉を経て、鎌倉幕府が国制の中に安定した地歩を占めた時期である。

しかし、上掲史料からは、文治元年から建久年間に懸けての頼朝の地位が判然としない。

1つの考えは、吾妻鏡には書かれていないけれども、頼朝は文治元年の段階で既に朝廷から日本全土を対象とする総守護・総地頭職に任命されていた、と見る立場で、中田説がそれに当る。中田は、第1に、「興福寺略年代記・天正本平家物語・増鏡・明恵傳記・承久記等ノ諸書ニ、頼朝ヲ諸國總追捕使（追捕使ハ守護ノ異名）ト云ヒ、北條九代記・承久記・保暦間記・武家年代記等ノ諸書ニ或ハ頼朝ガ日本國總地頭ヲ拜領スト云ヒ、或ハ諸國地頭ニ補セラレタリト記載」する所から、第2に、吾妻鏡の文治元年12月30日条や、建仁3年8月27日条には、頼朝が「諸國地頭職」を「拜領」したとある所から、「頼朝ハ守護地頭補任ノ奏請ニ於テ、朝廷ニ對シテ自家ノ御家人ヲ守護地頭ニ補任スルノ權ヲ得ンコトヲ請願シタルニアラズ、頼朝自カラ全國六十六國ノ總守護タリ總地頭タランコトヲ奏請シ」、その奏請は認められたのである、と結論した。⁽¹⁹³⁾

もう1つは牧健二の説で、文治元年に、頼朝は、確かに自分の手下である御家人を諸国の守護地頭として派遣する地位、言換えれば、手下を守護地頭に任命する

(193) 中田薫「鎌倉時代ノ地頭職ハ官職ニ非ズ（承前完結）」国家第21巻第3号（明40）316-318頁。

権限（補任権）こそ認められたが、頼朝自身が朝廷から総守護・総地頭職に補任された訳ではない、とする。牧は、中田の挙げた2つの理由付けを反駁して、第1の理由として掲げられた興福寺略年代記以下の諸書は、「守護地頭に關する宣旨〔=天皇の命令書の1形式〕其他の當時の法律資料」と較べれば証拠能力の劣る「解釋や風説や後世の所傳」に過ぎず、第2の理由付に用いられた史料も、「遙か後世に於る……發達したる武家の法律思想」に依って潤色されているから、それを以て、「文治の法律思想」、乃ち、「始めて此〔守護地頭〕制度を設くることを勅許したる公家の法律思想及び之を奏請したる武家の法律思想」に「置きかへ」る事は許されない、とした。⁽¹⁹⁵⁾そこで牧は、先に掲げた吾妻鏡文治元年11月の2つの条だけを⁽¹⁹⁶⁾用い、そこに守護地頭職への補任が記載されていない事から、天皇は頼朝に対し、守護地頭の補任権は認めたが、守護職や地頭職を与えた訳ではない、と結論したのである。言換えれば、「頼朝は總追捕使といふ名義で、米國大統領が米國唯一の行政上責任者であると同様、陛下から親任せられた唯一の民政上の責任者であつて、⁽¹⁹⁷⁾而して朝廷と頼朝との間には、封建主従関係は無い、天皇が將軍に当時は半ば物權化した職を呉れてやる様な事も無かった、と云う訳である。

概念と体系と

以上の論争に於いて、中田が始終拘ったのは、史料上の言葉、乃ち概念であった。

中田は言う：牧は、文治元年に頼朝は総守護・総地頭職に補任されず、手下を補任する権限を任されたに過ぎない、と主張するが、どうして其の様な事が言えるのか、

(194) 牧健二「日本國總守護及び總地頭（一）」論叢第8巻第1号（大11）73頁。

牧の批判を承けた中田は、「鎌倉時代ノ地頭職ハ官職ニ非ズ」を法制史論集に収めるに当たって、第1の理由付けを黙って削った。

(195) 牧・前掲注（194）76頁。

(196) 吾妻鏡文治元年11月の2つの条の史料的性質が、牧が主張する程に良質であるか否かに就いては、論争当時から疑問が呈されていた。乃ち、平泉澄（東京帝大文学部国史学助教）は、所詮は編纂物に過ぎぬ吾妻鏡の記事への牧の過信は、「その自ら標榜する〔文化史の〕研究法を裏切」るものだ、と批判していたのである（平泉澄「守護地頭に關する新説の根本的誤謬」史學雜誌第34巻第1号〔大12〕34頁）。

(197) 新見・前掲注（18）346-347頁の表現に依る。

言ふ迄も無く鎌倉時代には、總守護權と云ふ言葉は存在して居らない。委任なる語は稀には見えて居るが、今日の如き用例は一寸見當らぬ、して見ると、若もその時代に總守護權の委任と云ふ思想と事實とがあつたとするならば、それはその時代の如何なる言葉に依て表明され意識されて居たであらふかと云ふ、具體的問題である。若之を表明すべき言葉は其時代には存在せぬと云ふことになれば、其思想が果して存在して居たか否やも大分疑問となる。よしや此の如き思想が存在して居たとするも、之を表明すべき言葉がないとするならば、それは無定形な、極めて朦朧たる意識に過ぎないものであるとも言えよふ。自分の見る所では、鎌倉時代に總守護權と云ふ思想を現はす言葉としては、總守護職（又は總追捕使）、委任と云ふ思想を表はす言葉としては、補任（拜領、恩補、）と云ふ言葉の外には、之を求むることが出来ない様に思はれる。して見ると、牧學士が總守護權委任を主張される結果は、勢い總追捕使補任の事實を承認せざるを得ないことになりはしまいか。總追捕使補任の事實は無いが、總守護權委任と云ふ事實はあつた、併し之を表明すべき言葉はその時代には無つたのであると云ふのならば、それは史實を離れた近代的解釋に過ぎないのではあるまいか。……今にして想へば、頼朝の日本國總追捕使總地頭補任説を目して後世の思想なりと、輕々に斷じ去つた世の史家の所論こそ、反てこれ後世的思想〔・〕現代的理論と云はねばならぬであらふ。時代は同じ事物に對しても、現代人と異なつた考を持ち得る鎌倉時代であると云ふことに、深く注意せねばならぬ、自分は法律制度の歴史は、其時代の思想と信念とに基づいて考察せねばならぬ、現代の思想や法理論を以て之を律するのは、全然其研究方法を誤るものであると云ふことを、平生高調して居るものであるが、本問題に就て殊に痛切に其必要を感じざるを得ない⁽¹⁹⁸⁾。

これを読んで明らかな如く、中田も時代錯誤を避けよ、と云う文化史の要請は熟知し、彼なりに実行してもいた。しかし、時代錯誤を避けるべき対象は、飽く迄も概念（言葉）であつた。従つて、中田から見れば、概念（言葉）を重んぜざるの一

(198) 中田薫「牧學士の『文治守護職の補任』を讀みて」論叢第7巻第7号（大11）779-780、782-783頁（傍点は原のママ）。

点に於て、牧は文化史家失格であった。中田に言わせれば、「法律制度の歴史は、其時代の思想と信念とに基づいて考察」すべき所、「近代的解釋」に溺れた時代錯誤を犯しているのは牧の方なのである。思い返せば中田は、近代的所有権觀念の存在も、史料上に見える某「主」なる言葉⁽¹⁹⁹⁾を以て主張していた。概念（言葉）に拘り、それに依って新生面を拓く遣り方は、如何にも自由法学者らしいと言える。

これに対して、牧は徹底的に体系に拘った。そして、自分と中田との「著しき見解の相違」が、「徹頭徹尾研究方法の相違」⁽²⁰⁰⁾に因る事も知っていた。だから、牧は言う：

歴史を見る者は時代の趨勢なるものに留意することを必要とするであらう。此趨勢なるものは見易きが如くにして之を適格に見當てる事が困難なるものであるが、文治元年といふ年は時代の潮流が如何なる方向に如何なる速力を以て動きつゝある年であつたか。此時、時代の趨勢は凡て公法的なるものより武家的なるものに向ひ、公法の諸制度が次第に封建的なる制度の範疇に引き入れられて行く傾向があつた。そして此趨勢は其速力が餘程急速なものであつた。これ右のやうな趨勢は既に奈良時代より次第に進行し來り、進行の歩の進むに連れて其速力を加へ、文治元年に至つては實に著しき加速度を以て新しき文化と新しき制度とを生み出さんとして居つたからである。そして頼朝はかゝる時代の潮流に巧に船を進めたる幸運なる船長である。……〔守護地頭も〕其初め（文治元年）永久的なる武家の官職制度を創設することは頼朝の奏請せる所ではなく、又朝廷の勅許せられたる所でも無かつた。併し乍ら流れ急なる時代の潮流に乗じたる幸運なる船長は、潮流の速力の急なるを利用することに依つて、遂に早くも（建久元年）航海の彼岸に達し、永續的なる關東の守護職制度の創設者となり、永く日本全國の守護權を行使し得べき位置に到達したのである。後年に至りこの航海を談ずる者、彼時船長は始めより航海の進路を定めて容易に目的の彼岸に達することを得たりとなすならば、私は果して其説の是なるやを

(199) 拙稿・前掲注(36) 524-525頁。

(200) 牧・前掲注(194) 71頁。

知らないのである。⁽²⁰¹⁾

ここで牧は、未だ後年の如く体系と云う語こそ使っていないものの、その所謂「時代の趨勢なるもの」、乃ち「公家的なるものより武家的なるもの」への法制度の変遷は、正に律令的古代法から封建的中世法への、法体系ないし法意識の全般的な遷移の謂いに外ならない。牧の考えでは、そうした制度の端境期（これも後の用語では「成立」期）に於いては、公法的な委任として始まった筈の制度が、短い間に、私法的な封建制度として誤解されるに至る様な事も起こり得る。然るに中田は、折角文化史的な見方を採用しながら、木（概念）を見て森（体系）を見ざる視野狭窄に陥り、「有益なる當時の法律関係資料を傳ふること多き」吾妻鏡の記事と、時代も質も下る二級史料とを、都合良くゴタ混ぜに混ぜて、「重大なる誤解を敢てする」羽目に陥った。⁽²⁰²⁾

要するに、牧は、「或時代の法律の研究は、其當時の法律資料を其當時の法律思想に依つて理解することに依り始めて完全に成就し得る」にも拘らず、中田が個々の概念を検討するに止まって、その法概念が一部を成す所の、全体の法体系・法意識・「法律思想」を見ようとしぬ点を批判したのであった。⁽²⁰³⁾

(2) 天皇機関説排撃事件

編入主義批判

天皇機関説排撃事件では、牧は美濃部説を攻撃する側であった。

当時の美濃部説に対する攻撃は多岐に亘るが、現状維持勢力の理論的根拠であった点、且つ、イェリネック国法学と云う外来の体系に依拠して、帝国憲法の文言から自由な解釈を駆使して解釈改憲を行った点が、革新派・日本主義者から叩かれる理由と成っていた。⁽²⁰⁴⁾例えば、革新派の日本主義公法学者であった佐治謙讓は言う、「美濃部博士〔は〕……豫め國家法人説なる西洋所産の國家理論を用意して、日本

(201) 牧健二「文治守護職の補任（四・完）」論叢第7巻第5号（大11）717-718頁。

(202) 牧・前掲注（194）73、76頁。

(203) 牧・前掲注（194）75頁。

(204) 「議會を政府の監督機関としたり、議院内閣制を合法とみなす美濃部の解釈は、憲法にも法律にも規定がないことから、解釈改憲の性格の強いものとなっていた」（増田知子「1930-1935年の美濃部達吉と日本主義者の憲法論争——天皇機関説排撃事件の思想的要因」横浜市立大学論叢人文科学系列第45巻第3号〔平8〕70-71頁）。

憲法をこの理論の中へ當て嵌めんとせられるのである。吾等は何等の先行概念の用意をなすことなく、たゞ日本歴史の光に照らして……率直に日本憲法を觀察し、之より滲み出る國家理論を汲み取るの⁽²⁰⁵⁾でなければならぬ」と。

尤も、美濃部は歴史的経緯や日本の国体を丸で無視した訳ではない。それどころか「国体こそが美濃部の立憲政治の基礎にあった……。美濃部にとって国家法人説は、「純然たる学理の問題」などではなく、立憲制や国体の尊嚴といった様々な政治的・イデオロギー的要請と結合した存在であり、……国家法人説こそ我が国の国体に合致するものである、と美濃部は言⁽²⁰⁶⁾っていたのである。美濃部は国体に依って国家法人説を正当化し、そこから更に「天皇超政論と大臣輔弼論〔とが〕……我が国の国体に合致するものである」との帰結を導いたが、この帰結には牧健二も、三浦周行と共に賛成していた事は既に述べた。しかも美濃部は、憲法解釈に當って⁽²⁰⁷⁾道德や宗教にも考慮しており、例えば、憲法典に存在しない祭祀大権を国体から導き出したのも外ならぬ彼であった。これ等の諸点は牧の理想に重なっていたのである。それにも拘らず、牧が美濃部を批判した、その最大の理由は、美濃部がイェリネックの国法学と云う、外国の法体系を踏襲（「編入」）した点に在った。

牧は言う：「外國の學説を基にして日本の國家を論ずるが如き方法と、外國の歴史を標準として日本の歴史を評價するが如き方法は、今日寧ろ普通の方法の如くなり來つて居」り、美濃部学説も其の例に漏れないが、「日本の國の法律を發見するの態度としては採用し難い⁽²⁰⁸⁾」。「一般に法學に關してかう云ふ様な研究法がいつまでも支配的であるならば、日本法學は永久に歐米諸國の法學界の糟粕を嘗むるに安んじ、獨立して世界の法學上に貢獻し得べきやうな機會はないであらう」：日本法の解釈は、「外國法の概念と同斷の概念の中に編入して⁽²⁰⁹⁾了ふ」のではなくして、「是非共日本固有法の觀念に顧みて之を明かならしめなければならぬ⁽²¹⁰⁾」、と。先に挙げた

(205) 佐治謙讓・國家法人説の崩壞（日本評論社、昭10）226-227頁。佐治に就いては、富塚祥夫「戦前における国家法人説排斥の一手法——佐治謙讓の国家法人説否認論」茨政第78号（平20）に詳しい。

(206) 西村裕一「美濃部達吉の憲法学に関する一考察（二）」国家第122巻第9・10号（平21）1228-1229頁。

(207) 川口暁弘「憲法学と国体論——国体論者美濃部達吉」史學雜誌第108巻第7号（平11）。

(208) 小倉慈司＝山口輝臣・天皇と宗教（天皇の歴史09、講談社、平23）306-308頁。

(209) 牧健二「國體（一）」論叢第33巻第4号（昭10）555、558-559頁。

(210) 牧健二「國體（二・完）」論叢第33巻第6号（昭10）928頁。

佐治謙讓の言の如く、日本主義者は、「西欧の立憲政治の通則を現実政治の規範としたこと」を批判していたが、その批判を牧も共有していたのである。⁽²¹¹⁾

こうした外国法体系への「編入」主義に替えて、牧は、憲法の解釈は、それ迄に自ら構築してきた様な固有法の体系に準拠して為さるべきである、と主張した。

例えば曰く、固有法に於いては、「萬世一系の君主を主権者として仰ぎ、「特定の家を以て主権者の家として淪るところがないと云ふ不動の規範」を守って来たのであって、「古來今日云ふ所の法人の如き意味の國家を考へた」事も無かつたし、「況んや統治權が國家なる法人にありて、天皇は其の機關として之を行はるゝに過ぎずと解するが如き思想は存在し」なかつた、と。⁽²¹²⁾

又曰く、美濃部は国体を法の基礎を成す事実だとしているのかも知れないが、固有法に於いては、「國體は決して社會的事實ではなく法律的規範である。道徳や國民感情に根據を有する所の法律的規範である。道徳や情意に基礎を有するからと云つて、法的で無いと云ふべきものではなく、それだからこそ法的規範として拘束力の強い規範なのである」⁽²¹³⁾。歴史的経緯に鑑みれば、我が国の法は教化法、乃ち、君主が臣民を道徳的に教化する為の規範であつて、その内容は勿論道徳だつたではないか、と。

最終的には、牧は、明言こそしなかつたが、「皇道革命」、乃ち、超越的天皇の下へ一時的権力集中と其処からの政体再建へと、輿論を誘導したかつた様である：機関説排撃事件と、それに続く国体明徴運動の頃の牧は、上述の如く、建国以来の國民道徳を法の世界へと取込もうと図つたが、時を同じくして、彼は、「日本の政治が變革期に際會すると建國の精神に立ち歸る」⁽²¹⁴⁾、とか、「滿洲事變以來政治的社會的情勢の變化が現れましたが古來かう云ふときには、常に皇室に向つて國民を歸趨せしめると云ふ作用を我が國では繰り返して居ります。それが一個の公理でありまして、さうしないと云ふと國家的の運動とか變革とか云ふ事柄が成功しない」⁽²¹⁵⁾、等と、皇道革命を想起させる様な発言を続けていたのである。

尤も、革新派の日本主義者らしい論陣を張つた一方で、牧は、自らの論に対し、

(211) 増田知子「天皇機関説排撃事件と国体明徴運動」名法第173号（平10）183頁。

(212) 牧・前掲注（209）567-568, 570頁。

(213) 牧・前掲注（210）939頁。

(214) 牧・前掲注（210）937頁。

(215) 牧健二・帝國憲法の歴史的基礎（日本文化協會出版部、昭10）62頁。

折衷主義者らしい但書を幾つか加えてもいた。「西洋的なものは皆捨てろ、こんな事を言ふのは日本精神ではない」、と言った事もある。又、確かに「編入的傾向ト云フモノハ是非打破シナケレバ我國ノ獨創的ナ學問ト云フモノハ到底不可能」だ、としながらも、「法人説、機關説ト云フヤウナ風ニ前ニ稱ヘラレテ居ツタノモ、是ハ矢張り〔存在するだけの〕理由ノアルコト」であるから、「歐米ノ憲法學說ヲ甚ダ參考ニシタ〔、〕サウ云フ風ナ憲法思想ト云フヤウナモノモ矢張り之ヲヨク消化シテ、マタ日本ノ歴史、此ノ國家ノ歴史、斯ウ云フモノヲ考ヘテ、新ナル、學問的ニ着實ナ、穩健ナ學說ヲ徹底セシメルコトガ望マシイ」、等とも言う。それ故に牧は、国家法人説を批判し、天皇機關説に代替する説として天皇主權説を提起しておきながら、「現今ノ法律ノ條文ノ……解釋……、例ヘバ、國家ノ行爲ト云フヤウナ法律關係上ノ事ニ到」っては、「國家ト云フヤウナ文字ヲ法律ノ解釋ノウチニモ致サナケレバナラナイ場合が多々アルノデ」、天皇の主權と並んで国家の主權をも認めるべきだ、等と云う煮え切らない結論を主張していた。

弱い機關説

牧の説く様な、天皇と国家との双方に主權を認める学説は、当時は、「弱」い機關説と呼ばれていた：

そもそも広義の天皇機關説は統治權の主体を法人たる国家に求め、天皇をその最高機關とするものであり、君主の自己拘束説にのみ着目するならば、明治憲法制定過程における伊藤博文の憲法構想にまで遡る。しかるに國務大臣の輔弼が天皇を絶対的に拘束し、天皇を名実ともに決裁機關とするならば、そこには統治權の総覽者としての大權意識は必要ないことになる。これが「強」としての天皇機關説である。だが、天皇を能動的な大權保持者と位置付ける場合、内

(216) 牧健二「日本人の國家觀」（昭10/8 熊本縣思想問題講習會講演速記録）熊本縣國民精神文化講習所（昭10頃）22頁。

(217) 「教學刷新評議會第三回總會議事録」（昭11.1.15）・教學刷新評議會資料上巻（芙蓉書房出版、平18）138-141頁。

(218) 「教學刷新評議會第五回特別委員會議事録」（昭11.9.14）・教學刷新評議會資料下巻（芙蓉書房出版、平18）131-132頁。

閣としても天皇の意思は無視できない。この場合でも天皇無答責を成立させるため國務大臣の輔弼は不可欠であり、天皇が内閣の決定を無視することはあり得ない。ここに「弱」としての天皇機関説が成立することになる。⁽²¹⁹⁾

弱い機関説は、夙に公法学者の清水^{とある}澄⁽²²⁰⁾が主張する所であったが、機関説排撃事件に於いては、「学説としての天皇機関説を生き残らせ」ようとする、現状維持派の岡田内閣にの利用する所となる。「最終的に岡田内閣は統治権の主体を法人としての国家にのみ求めた美濃部学説を「強」としての機関説に区分し、これを法理論ではなく、「信念」の領域で否定することを選択する。これにより統治権の所在を天皇にも認めていれば、法制局長官・金森徳次郎などに代表される二元的機関説は排撃対象から除外されることになる。ここに明治立憲制に変革が生じるという事態は辛うじて回避されたのであ⁽²²¹⁾った。

畢竟、牧は、一方では革新派であったが、立憲主義的・折衷主義的な傾向も抜き難く、それ故に結果的に論敵の延命を助ける事となった、と言えよう。

(3) 中華民国の法典編纂を繞る代理論争

牧健二は、自らと同じく法体系の抜本的変革を目論む社会法学者等と共に、日本法理研究会に結集した。そして、中華民国の法典編纂を繞っては、牧その人ではないが、彼の同伴者たる法制史家・瀧川政次郎と社会法学者とが共同戦線を張る事となった。

教学刷新評議会・日本諸学振興委員会

牧健二は、天皇機関説排撃事件を受けて始まった国体明徴運動に積極的に取組んだ。

運動の担い手たる政府機関は、文部大臣の諮問機関・教学刷新評議会であり（昭和10.10設置）、牧は、その評議員を勤めた。続いて昭和11年、人文社会科学系の諸学

(219) 菅谷幸浩「昭和戦前期の政治と国家像——「挙国一致」を目指して（木鐸社、令元）148頁。

(220) 菅谷幸浩「清水澄と昭和史についての覚書——満州国皇帝への御進講から日本国憲法制定まで」藝林第66巻第2号（平29）。

(221) 菅谷・前掲注（219）166頁。

者に依る研究教育の発表の場として日本諸学振興委員会が設けられると、牧は、その部局のひとつである法学会の臨時委員に任じた。⁽²²²⁾これ等の機関は、何れも日本主義的な方針で運営されていたから、牧とは相性が良かった。

尤も、政府の主導した日本主義的な研究機関は、これら文部省系だけではなかった。

昭和12年から同14年に懸けて司法大臣の職に在った塩野季彦は、大臣退任の年の11月に、後任の宮城長五郎に掛け合って、司法省内に日本法理の研究機関として日本固有法調査委員会を設けさせた。しかし、この委員会には、宮城法相の気が乗らず、又、法学者の数を揃えることも出来なかった。そこで塩野が着目したのが、矢張り日本主義的な方針を以て運営されていた日本諸学振興委員会法学会である。塩野は、諸学振興会に集った法学者に声を懸け、昭和15年7月、集まった者で私設の研究会を開いた。これが日本法理研究会であり、⁽²²³⁾その第1回の講演には、京都から牧健二が上京して登壇した。⁽²²⁴⁾その後も牧は上京の度に研究会に参加したが、彼と同じく会に熱心な地方会員に、法制史家・瀧川政次郎が居た。⁽²²⁵⁾

瀧川政次郎

瀧川政次郎は、明治30年、大阪に生まれ、上京して一高を出た後、東京帝大法科大学に進み、日本法制史の研究者を志した。しかし瀧川は、講座担当者・中田薫との仲が悪く、寧ろ京都の三浦周行に私淑していた。大正14年には九州帝大法文学部助教授と成るも、昭和5年の九大事件で大学を追われ、⁽²²⁶⁾臆て中央大学に職を得た。しかし、昭和8年に、自らの論文が筆禍に遭い、ここも辞職を余儀なくされた。そこで翌年、瀧川は渡満して、満洲帝国司法部法学校で法曹養成に^{あた}任り、又、満洲帝国刑法の起草にも参与した。康德4（民国26）年には北京に移り、新民学院の講

(222) 友野清文「法学会」駒込武ほか編・戦時下学問の統制と動員——日本諸学振興委員会の研究（東京大学出版会、平23）。

(223) 以上の日本法理研究会設立に至る経緯は、白羽祐三・「日本法理研究会」の分析（中央大学出版部、平10）81頁以下に拠る。

(224) 鹽野・前掲注（6）353頁。

(225) 白羽・前掲注（223）191頁。

(226) はじめ退官者に数えられていなかった瀧川の首を飛ばした者は、恐らく中田であった（七戸克彦「九州帝国大学法文学部内訌事件——東京帝国大学・京都帝国大学の内紛・辞職事例との比較」法政第81巻第4号〔平27〕748-750頁）。

師を務めた。2年後の民国28（康德6）に、満洲に戻り、建国大学の教授となる。戦後は日本に帰国し、極東国際軍事裁判では被告側弁護人となった。昭和24年から國學院大學に定年まで勤め、平成4年に92歳で没した。⁽²²⁷⁾

牧が、自分より5歳年少の瀧川と、何時知り合ったかは分らない。尤も、彼等は共に中田薫^{はじめ}を頭とする法科派を嫌っていたので、その点では気が合った筈である。⁽²²⁸⁾兩名は、専攻こそ牧が中世の封建制度史、瀧川が古代の律令法史と相異なるが、「文科派の法制史学を法制史の正統学派と仰ぐ者」⁽²²⁹⁾同士、その方法論は近かったのである。確かに瀧川は、牧の様な熱心な日本主義者でなく、又、牧ほどには方法論議を好んでもいなかったが、⁽²³⁰⁾しかし、日本固有法に拠って既存法体系を变革しようとする意欲の程は、牧に劣らなかつた。瀧川は言う：日本固有法の体系を明らかにした書物は過去には無かつた。在つたのは、「蘆野徳林の「無刑録」の如き支那法律思想を祖述したのか、獨逸のシュタムラー、ペロルツハイマール等の法律哲學を紹介した「法理學」⁽²³¹⁾かだ」しなかつた。しかし、「この故に、日本固有の法律思想乃至法律原理なるものは存在しない、と速断するのは早計である」：

成る程、日本には、支那の「韓非子」に見る如き明快なる法律思想は無い。又近代獨逸の諸家に見る如き精緻なる法律哲學の體系は無いかも知れない。併し、支那風の、若しくは西洋風の、顯然と順序立てて敘述せられた法律思想でなければ、法律思想といへないといふ理窟はない。體系立つて敘述されない、思想者自身に思想として反芻せられない斷片的思想も、亦一つの思想たること

(227) 以上記した瀧川の略歴は、「瀧川政次郎博士略年譜」古代文化第44巻第11号（平4）、及び、嵐義人「瀧川政次郎先生小伝——東京裁判の頃まで」瀧川政次郎・東京裁判をさばく（慧文社、平18）に拠る。

(228) 瀧川が法科派文科派の対概念の周知に一役買った事に就いては、神野・前掲注（53）199-200頁注（1）を参照のこと。

(229) 瀧川政次郎・日本法制史（上）（講談社、昭60〔初版：昭3〕）66頁。

(230) 瀧川は、牧の様に国体論や方法論を量産しなかつた。牧も、瀧川の「テキストの研究の背後に」は、「之を貫く文化史的の綜合とか法理學的の推考とかと言ふが如き者」が無い、と溢している（牧健二「瀧川政次郎氏著『律令の研究』〔新刊批評〕」法時第4巻第2号〔昭7〕192頁）。

(231) シュタムラーは「新カント派の驍將」、ペロルツハイマールは「新ヘーゲル派の主唱者」のひとりとして、共に大正時代の法律哲學流行に一役買った理論家である（高柳賢三「新法學の基調」同・新法學の基調〔岩波書店、大12〕11-12、19頁）。

にかはりはない。⁽²³²⁾

だから、その断片から思想を汲取って「歐米継受法の日本化を計らないでは、祖先に對しても申譯がない次第である」。是非とも「日本人の生活意識にピッタリ來」様な「法律の新しい體系を建て直さなければならない」。⁽²³³⁾

しかも瀧川は、牧が政治的には右であったに対し、戦前は明らかに左に寄ってお⁽²³⁴⁾り、左傾した分だけ、矢張り左寄りだった社会法学に親しんでいた。瀧川自ら回想する所に拠れば、昭和10年前後に論文「日本法律生活の特質」、「律令の特色と實施」を著した頃から、私（瀧川）は「法制史は國民の法律生活の歴史であって、法規の歴史でもなければ、古代法典の解釋學でもない。故に實施せられなかった成文法規は、法律思想史の史料たり得ても、法制史の史料たり得ない、という……持論」を抱いて来たが、「そういう考えを懐くに至ったのは、當時末弘嚴太郎博士が「生きた法律」ということを強調せられたからである。各時代における「生きた法律」、それを追求してゆくのが新しい法制史であると、瀧川は考えるに至ったのである」。⁽²³⁵⁾

末弘嚴太郎

瀧川の回想の如く、民法・労働法専攻の社会法学者・末弘嚴太郎は、大正の末から、社会に「生ける法」の探究の要を唱えていた。この末弘から見れば、嘗て「フランスから帰られたばかり」の「中田〔薰〕先生」なんぞが輸入した自由法論などは概念法学の一種、「机上の空論」、「社会には役に立たない」代物で、「裁判所だのお役所にお役に立てば、人民は迷惑してもちっとも構わぬ」と内心思っている類の墮落学者の玩具に過ぎない。⁽²³⁶⁾そこで末弘は、「生ける法」に依って、継受した外国法と外国学説とから成る日本法を置換えようと試みた。大正10年には判例研究会を始めて判例法の抽出に乗出し、昭和14年から同19年まで、東亜研究所と満鉄調査部

(232) 瀧川政次郎「日本法理と支那法理」同・法律から見た支那國民性（大同印書館、昭16）48-49頁。

(233) 瀧川・前掲注（232）72-73頁。

(234) 瀧川は、社会経済史学会の設立（昭5）に携わった。又、彼を中央大から追った筆禍も、彼の政治的傾向に由る。

(235) 瀧川政次郎「再刊序並に解題」同・日本法制史研究（復刻版、名著普及会、昭57）7頁。

(236) 末弘嚴太郎講義（小佐井良太校注、六本佳平＝吉田勇監修）「法律社会学」（昭24）六本佳平＝吉田勇編・末弘嚴太郎と日本の法社会学（東京大学出版会、平19）39頁。

とが行った、華北農村慣行調査に加わり、その調査結果を理論化して、これを日本社会に於ける法慣習発見にも役立てようとした。

末弘は名代なプラグマティストでもあったから、その探究する日本的なる者も亦た、法の理念と云うよりも寧ろ法律技術であった。⁽²³⁷⁾彼は又、牧の様な体系愛好家ではなかったし、⁽²³⁸⁾その社会法学も亦た「基本的には公法・私法二元論の枠組みを踏まえた上で」⁽²³⁹⁾提唱されていた。しかし、事、外国法体系への編入を以て事足ると云う姿勢に対する反撥は、末弘も牧と同じ位強いものがあつた：

今日我國法学に於て最大の弊をなすものは、歐米の歴史を背景として生まれた法律制度及びそれに關する理論的體系をそのまま、模倣的に受け入れて而かも自ら其模倣的な所以を悟らず、濫りにそれを人間普遍のものと考えて自ら深く反省する所なきの點に存する。文化の世界化的趨勢が世界的法理念の成立を促す傾向あることは私も亦勿論之を認める。又技術一般がそうであるやうに法律技術にも亦普遍的に妥當すべきもの甚だ多きものあることを認めることに於ても私は決して人後に落ちない積りである。しかし、吾々は法理念の世界的なるものを認める前に先づ日本的法理念が一般に依つて承認されねばならぬ特殊として學的に其價値を主張し得べきであることを確信する。又法律技術の中に世界普遍的なるもの、極めて多いことは勿論之を認めながらも一定の技術は結局その妥當すべき一定の事實を處理することにしか役立たないことを確信するものである。現在我國の實情を見ると、單に技術に過ぎないものが反つて現實の生活を制してゐる。我國現實の生活に即した技術を自ら創造することなしに、反つて技術の爲めに生活そのものが抑制されてゐる。日本法理の研究・日本法學の樹立に志すもの、最も意を用ゐねばならないのは正に此點であると私は考へるのである。⁽²⁴⁰⁾

(237) 石井保雄「末弘の労働法学から法社会学への関心転移と「日本法理」樹立の熱望」同・わが国労働法学の史的展開（信山社、平30）397頁以下。

(238) 「自分から始終型をつくっては破り、つくっては破りし」てゆくのが末弘の学風であつた（「座談会」人間・末弘嚴太郎を語る」法時第23巻第11号〔昭26〕809頁〔我妻榮発言〕）。

(239) 出口・前掲注（190）141頁。

(240) 〔末弘嚴太郎〕「日本法理研究会〔時評〕」（昭15）日本評論社編・末弘嚴太郎 法律時觀・時評・法律時評集 上——法律時報創刊から太平洋戦争前夜1929-1941（日本評論社、平30）426-427頁。

田中耕太郎

上の引用文中に末弘が批判した、法律技術の「世界普遍」性は、当時の日本では、商法学者にして法哲学者でもあった田中耕太郎が強く主張していた所であった。

田中耕太郎は、何よりも先ずカトリック信者であり、「個人も社会も同じく「信仰に依りて救はるるが唯一の道」であると」信じていた。しかし、「それにもかかわらず、「法律等の〔現世的な〕社会的手段……は神の国のために備ふるもの、其の先駆者たる地位を有するもの」である⁽²⁴¹⁾」とも認めていた。斯かる、存在と当為との、或は、現実と理想との二元性は、唯一の理想的な自然法のみならず、そこに到る手段としての法律技術をも重視する、と云う田中の自然法論に帰結する。唯一の目的に到る為の手段としての法律技術に、田中は、唯だ普遍的な合理性や合目的性のみを求め、地域的・文化的な多様性を忌避した⁽²⁴²⁾。「特異性を持つ民族文化の基礎に……共通性を発見」して已まない田中の如き性行の人間には、「日本固有の道徳」を、「二千數百年以來西洋に於て儼として存在し來つた所のもの」に還元するなど、造作も無かった⁽²⁴³⁾。彼は、「〔技術的なものを強ひて倫理化して考へる……如き態度は畢竟するに法律学的センチメンタリズムに外ならないのである〕とまで極論」していたのである⁽²⁴⁴⁾。

田中に於ける普遍性とは、具体的には、西洋文化の普遍性であり、法学に於いては、西洋の法体系や学説の普遍性であった。要するに、田中は断乎たる「概念法学」者であり、彼にとっての法学は、「国境を越えて妥当しないというような、そんなもので」あつては成らなかつた⁽²⁴⁵⁾。こうした田中の態度は、昭和戦前期には、既にして時代遅れであった。例えば、後の政治学者・丸山眞男（東京帝大法学部政治学科、

(241) 半澤孝磨「思想形成期の田中耕太郎」同・近代日本のカトリシズム——思想史的考察（みすず書房、平5）153-154頁。

(242) 田中は、道徳的に「中性的」な文化が存在すると信じていた。その内の「物的技術的のもの」が法律技術（概念法学）であるが、「藝術の範圍に於ても例へば静物や風景を對象とするもの、音楽ならば絶対音楽及び歌詞を伴はない多くの標題音楽、建築の如き實用的のものも之れに屬する」と捉えていた（田中耕太郎「文化問題の世界觀的基礎」（昭10）同・教養と文化の基礎〔岩波書店、昭12〕88頁）。この田中は、重度のベートーヴェニアンだったが、好んで弾いたのは、「絶対音楽」的なピアノ・ソナタだった。

(243) 田中・前掲注（242）81-82頁。

(244) 半澤孝磨「田中耕太郎と自然法思想」同・前掲注（241）195-198頁。

(245) 「座談会 田中耕太郎先生を偲ぶ——I 学問と思想」鈴木竹雄編・田中耕太郎 人と業績（有斐閣、昭52）539頁（鈴木竹雄発言）。

昭9入学）は、次の様に回想する：

丸山〔眞男〕 ……私の実感を申しますと、私の学生時代は昭和九年から十一年までですけれども、ちょうど概念法学に対する反動期でした。そのリアクションが大体二つの形で出ていた。一つは牧野〔英一/刑事法〕先生によって主唱された自由法論、それともう一つは末弘先生、我妻〔榮〕先生もその流れなんでしょうけれども、つまりケースメソッドとまで言っているのかどうか知りませんが、少なくとも概念法学に対してもっと具体的な、問題解決のための学問というのか、その意味でプラグマティックに法律学をやらなければいけないという考え方ですね、民法の講義をそういうものとして私は聞いたのです。……ところが二年になって、田中先生の講義をきくと、どうもおもしろくない……。

鈴木〔竹雄〕 眠たいんですね。⁽²⁴⁶⁾（笑）

尤も、田中とて時流を拱手傍観していた訳ではない。彼は、法律技術の普遍性・形式性を守る為、反概念法学包圍網の一翼を成す自由法学とは妥協した⁽²⁴⁷⁾のである。以下は既に引用した史料であるが、その続きを含めて再び引いておこう：

従來の法學の通弊は、概念の固定性に存する。之れに對して概念の相對性が主張せられたのは自由法運動が科學的基礎を求め初めたこと、即ち其の單に消極的な働きから法學界への積極的貢獻を爲し初めたことを意味する。是れ單に自由法の問題のみではなくして、一般に法律學上の概念構成の問題である。此の點に於て自由法學説は改善され進歩したる意味のドグマチックと相提携し得るのである。⁽²⁴⁸⁾

(246) 鈴木編・前掲注(245)526頁。

(247) 田中は、自らの奉ずる理想を実現する為ならば、他者との妥協に怯まなかった。例えば、田中自身は如何なる意味でも価値相対主義者ではなかったが、「獨逸ハイデルベルク大學ラードブルッフ教授が年來唱道する相對主義的法律哲學の體系の如き」は、「我が思想界の思想的アナキー及び〔マルクス主義の〕思想獨裁の病弊の爲めには良薬且つ大なる榮養を供し得るであらう」と言っていた（田中耕太郎「思想的アナキーと思想的獨裁」〔昭7〕同・前掲注(242)155頁）。

(248) 田中・前掲注(185)30頁。

「Thesisである在來の概念法學と Antithesisたる自由法運動とが目的論的の概念構成に於て Synthesisを見出した」⁽²⁴⁹⁾のである。かくて、既存の法体系に手を入れな、と云う 1 点に於いて、田中の概念法学は自由法学と提携した。

味方を確保した田中は、押っ取り刀で社会学に斬付けた：「社會學的方法及び法律社會學に關する著書論文は既に可成多數に上つてゐるけれども、……積極的に社會學的方法を法律の各領域の研究に應用したるものは勿論、法律社會學の體系を建設したるものも殆ど皆無と云ふも過言ではない」。社会学者は、事ごとに「法律社會學の重大なる意義を抽象的に注入」し、「内容なき體系を編み出」そうと勤しんでいるが、徒勞⁽²⁵⁰⁾である。彼等は、「概念法學の没落」を叫んで、「或ひは社會學的に、經濟學的に、哲學的に法律を研究すべしとか、或ひは法典を材料とせず判例を通して法律を見ようとか、或ひは法の民衆化を試みようとか、或ひは社會問題的に法律を取扱はうとか云ふ」けれども、その前に「我々は……十九世紀の後半の歐洲の法學が貯藏したる寶庫の内容をもつと吟味しなければならぬ」。例えば、

自由法論の如き〔、〕先輩に依つて割に早くから着眼せられ、今日に至つて居るが、今日一般法學界の興味は先づ他の方向へ過ぎ去つたと云つてもよからう。然し乍ら我々は概念法學を漫罵する前に先づ自由法論を探求し、更に之れを⁽²⁵¹⁾超克しなければならぬ。

そんな田中の当面する最大の敵は、社会学の親玉・末弘⁽²⁵²⁾だった。田中は末弘の野心を挫く事に熱心で、その「判例法 (case-law, judge-made law) を無批判的に唱道する風潮」⁽²⁵³⁾を腐し、彼が日本に導入した労働法に就いても、「選擇科目又は隨意科目」ならば兎も角、必修化には絶対的に反対した。⁽²⁵⁴⁾丸山眞男の回想に拠れば、昭

(249) 田中・前掲注 (185) 49-50頁。

(250) 田中・前掲注 (185) 53-54頁。

(251) 田中耕太郎「技術的精神の爲めに及び之れに對して——特に法律技術を中心として」(昭3) 同・前掲注 (242) 373-374頁 (傍点は原題ママ)。

(252) 末弘と田中との因縁の詳に就いては、七戸・前掲注 (226) 693頁以下に詳しい。

(253) 田中耕太郎「法律學概論」現代法學全集第34卷 (日本評論社、昭5) 289頁。

(254) 田中耕太郎「法學教育論」(昭7) 同・前掲注 (242) 425頁。

和14年の平賀爾学の頃には、「末弘先生は革新派のほうに近くなっていて、〔平賀爾学で革新教授追放の陰謀をめぐらせた〕田中先生とは非常に仲悪くなっていた⁽²⁵⁵⁾」。最終的には、東大から文部省に移った田中に依る、末弘の教職追放（昭21）に依って、長きに亘った東京帝大法学部内の対立は決着を見る⁽²⁵⁶⁾。

田中耕太郎の学内に於ける敵が末弘一派の社会法学者とマルクス主義法学者とであったとすれば、味方は中田薫系統の自由法学者であった。自然法学者の田中は、時間空間を超越して妥当する自然法を信じていたから、元来、「法制史という専門に対しては必ずしも好意的でな⁽²⁵⁷⁾」かった。しかし、それにも拘らず、田中は中田と近く、戦前の東京帝大法学部に於ける主流派・中田闕の大番頭に任じ、中田の後に何度か学部長も勤めた。昭和42年、學士院が中田の卒寿を寿いだ際には、その文を田中が起草した程である⁽²⁵⁸⁾。

こうして、日本法理研究会に於いて、牧＝瀧川＝末弘等、西洋法体系の模倣を嫌う法学者・法制史学者が政治的な左右対立を超えて結集した時、彼等の前には、西洋法体系に反対しない中田と、西洋法体系の積極的支持者たる田中とが自由法学を鏝として聯繫・対峙していたのであった。法制史学に於ける法科派と文科派との対抗関係と、法解釈学に於ける自由法学と社会法学との対抗関係とが、現状維持派と

(255) 松沢弘陽＝植手通有編・丸山眞男回顧談上巻（岩波書店、平18）217頁。

(256) 石井保雄「労働法学の再出発——敗戦とそれぞれの対応（1946年～1951年）」同・前掲注（237）489頁以下。

(257) 滋賀秀三「田中耕太郎先生との出会い」鈴木編・前掲注（245）295頁。

滋賀は、「こちらとしては尊敬おくあたわざる法制史の先学の学風をかなり冷たく批評されたこともある」とも証言するが（同上295頁）、この「先学」とは、東洋法制史家の仁井田陸を指すものと推測される（西英昭教授の御高教に拠る）。仁井田は、学部卒業後、東方文化学院東京研究所助手として、唐令拾遺（昭4）、唐宋法律文書の研究（昭12）と云う、不朽の大労作を完成し、前者に対しては学士院恩賜賞が与えられた（福島正夫「仁井田陸博士の人と学問」同・福島正夫著作集第8巻〔勁草書房、平7〕）。中田は仁井田の業績を絶賛し、昭和12年2月の教授会で仁井田を助教授として推薦した。然るに、翌4月に学部長に就いた田中耕太郎は、5月、助教授任用の標準を改訂し、「専任教授を置き得ざる課目の為に専属の助教授を置かざる事とし、狙い撃ちされた仁井田は助教授就任の途を絶たれたのである（東京大学百年史編集委員会編・東京大学百年史 部局史1〔東京大学、昭61〕226頁以下）。

(258) 丸山眞男に依れば、「中田薫から田中耕太郎というのが法学部正統派」を成し、これに対して「アンチ田中」の非主流派が、牧野英一、小野清一郎、野村淳治、杉村章三郎、そして「末弘先生もこっちで」、「そういう人が法律のマイノリティ」だった（松沢＝植手編・前掲注（255）263-265頁）。

(259) 久保正幡「大学行政」鈴木編・前掲注（245）91頁。

革新派と云う政治的対抗の坩堝に溶かし込まれたのである。

法家思想を繞る相剋

纏て両陣営は、歴史解釈を繞って直接対決するに至った。それは中華民国の法典編纂を繞ってであり、具体的には韓非子の位置付けを繞る抗争である。

昭和7年、田中耕太郎は、弁護士・村上貞吉が起立した、中華民国法制研究会に、岳父・松本烝治と共に商事法主任として参画した。この会は、「長らく上海において弁護士業を営んでいた」村上が、「中華民国における治外法権撤廃運動の機運と南京政府成立後の相次ぐ新規立法を目の当たりにして、将来それら諸立法が日中関係において重要な位置を占めるであろうとの予測に基づき、陸続と制定される中華民国諸法の大規模な研究を行うべく」設置した研究会である⁽²⁶⁰⁾。田中は弟子の商法学者・鈴木竹雄と共に、村上が作った下訳に手を入れ、民国の会社法、手形法、海商法の翻訳を完成し、これを会を通じて出版した⁽²⁶¹⁾。そして、この仕事と並行して、田中は、中国の法思想や法制史に就いても、幾つかの業績を遺している。

当時の中国法制史の著作としては、エスカラ・支那法 (Jean Escarra, *Le Droit Chinois, Conception et évolution, Institutions législatives et judiciaire, Science et enseignement*, Paris, 1936) が既に在り、本書には昭和17年から翌年に懸けて相継いで2つの邦訳が出ていた⁽²⁶²⁾。

ここでエスカラは、儒家思想と法家思想との二項対立を軸に中国法制史を描き出した。その対立とは、「社會秩序と自然秩序との一致を根據とする政治の理論と、法による政治の理論との對立抗争」であり、「禮と法との抗争」⁽²⁶³⁾であり、「靜止的な思想」と「法律的ダイナミズム (un dynamisme juridique)」との対立であり、「法と道德と」を「區別」しない思想と両者を「區別」する思想との対抗である⁽²⁶⁴⁾。その⁽²⁶⁵⁾

(260) 西英昭「中華民国法制研究会について」同・近代中華民国法制の構築——習慣調査・法典編纂と中国法学 (九州大学出版会、平30) 223頁。

(261) 西・前掲注 (260) 228-230頁。

(262) 西英昭「中華民国諸法の欧米語への翻訳」同・前掲注 (260) 110頁以下。

(263) エスカラ「法に關する支那的觀念 [Le Droit Chinois第1部の翻訳]」河合篤編訳・支那法の根本問題 (教育圖書、昭17) 176頁。

(264) エスカラ・前掲注 (263) 177頁。

(265) エスカラ・前掲注 (263) 207頁。

上で、同時代に於いても、法家思想が「最近三十餘年來遂行せられた法制の改革を鼓舞した」にも拘らず「儒教への復歸が、最も進歩的な人達の精神にとつてさへ、切實に望ましいことだと思はれてゐる事實」をエスカラは指摘している⁽²⁶⁶⁾。尤も、エスカラ自身は、両つの潮流に対して折衷的な立場を採り、儒教的な「根本的觀念」と呼ぶものと、法家者流に負ふ所の業績とをば、平衡のとれた調和の裡に統一するところの法律哲學を目指して將來の支那が進むことは可能である」し、それが望ましいと考へていた様である⁽²⁶⁷⁾。

本稿に登場する自由法学者も社会法学者も、共に Le Droit Chinois は読んでいた。しかし、そこから彼等が導いた結論は対蹠的である。

末弘一派に属する平野義太郎は、エスカラ著書の谷口知平訳（昭18）に寄せた序に於いて曰く：

もとより、中國には、ローマ法・キリスト教文明の法律原理・法概念とは異つた禮讓・刑律の觀念がある。法の基礎概念・法と道德との關係・衡平と法との關係・實定法と慣習との關係・公私法の區別のなかつたこと、支那法における責任・義務や故意過失や損害・危険の觀念、科學と技術と論理——法の領域すべてにわたつて、東洋と西洋との間、支那法とローマ法との間には全き相違と對立とがある⁽²⁶⁸⁾。

しかし、それにも拘らず「中國國民政府は、……近時、著しく歐米の法律原理を模倣するに傾き、立法・司法及び法學教育制度の改正を行つて來た」。これは性急に過ぎる。「大都市のみならず、縣城・鎮を含む農村・各都市の國民生活全體を規律する

(266) エスカラ・前掲注(263) 176頁。

(267) エスカラ・前掲注(263) 177-178頁。「Escarraはただやみくもに西欧法の最新性・先進性を振りかざしてそれを中國に押しつけるようなことはしていない。それどころかその逆とすらいえる態度を取っている。彼が中華民國民法起草の際に求められた報告書において強調したのは伝統や慣習に依拠しない法というものが全く価値を有さないということであり、他方でフランス民法の素晴らしさは、それがローマ法や慣習法を認めてそれらを明確かつ抽象的なものへと翻譯し、その有する可塑性・柔軟性によって新たな秩序と對立するものを暴力によってではなくして國家の必要と調和させたことにあつたとされている。皮相な理由で、ましてや「中華思想」的な理由でフランス法を良しとしているわけではないのである」(西・前掲注(260) 112頁)。

(268) 平野義太郎「序」谷口知平訳・エスカラ支那法（有斐閣、昭18）序2頁。

ためには、なほ研究してから然る後に確定すべき幾多の諸問題が山のやうに積まれて残されてゐる。民国の法学者・董康も、「國民政府の制定せる民刑法、特に親族法中の婚姻篇・夫婦財産制、相續法が中國固有の淳風美俗に合はないことを以て非難」しているのではないか。勿論、中国法の一定程度の西洋化は必然であり、必要でもあろうが、その際には十分な慣行調査を行つて、「現實の生きた慣習法を以て實質とする」様に、心掛けねば成らない、と。件のエスカラも習慣を重んじて自ら商慣行を調べもし、又、近代日本に於ける西洋法継受は、横のものを縦にしただけの失敗例だとも考えていたから、この点に於いては、平野はエスカラの好い読者であつた。

平野が用いた董康論文（「中國歷屆修訂法律之大略」⁽²⁶⁹⁾）を邦訳した瀧川政次郎も、韓非子に代表される「法家の思想」に、「明快なる法律思想」の発露を見出し、これと「近代獨逸の諸家に見る如き精緻なる法律哲學の體系」とを並べ、それ等を「支那風の若しくは西洋風の嚴然として順序立てられまして敘述せられた法律思想」と一括し、これと対置するに「體系立つて敘述されない法律思想」としての日本法を以てした⁽²⁷⁰⁾。その上で瀧川は、後者の「日本法理」を基盤として、「東亞共榮圏内に棲息するあらゆる民族に妥當」する新しい法を作れ、「われらの日本法理」を「東洋のユス・ゲンチューム（萬民法）」とせよ、と主張したのである。⁽²⁷¹⁾

要するに、平野も瀧川も、法家思想と西洋法思想とを、その体系性や明晰性の故に一括し、これと、社会に「生ける法」とを対置させた上で、結論としては、後者に肩入れして法典編纂に慎重な態度を示したのである。

これに対し、田中耕太郎の態度は、正反対だつた。田中は、その論文「法家の法實證主義」（昭18稿）の中で言う：

儒教の王道に對立して覇道を代表する法家の法律思想は……西歐的法實證主義の特徴を驚く程類似して具有してゐるのである。胡適氏は西歐の哲學及び科學

(269) 平野・前掲注(268)序3-4頁。

(270) 西・前掲注(260)113-114頁。

(271) 本論文は、董が中華民國法制研究会に招かれて日本で講演した内容の記録である（西・前掲注(260)245頁注(35)）。董の人物情報は、西・前掲注(260)38頁注(51)を参照のこと。

(272) 瀧川・前掲注(232)49頁。

(273) 瀧川政次郎・日本法理と支那法理（日本法理叢書第6輯、日本法理研究會、昭16）6頁。

(274) 瀧川・前掲注(232)74頁。

の卓れた成果の利用の分野を非儒教的諸家に見出し、……久しく等閑視せられ
 來つた自國の諸體系を西洋の現代哲學の光の下に、其の助けを借りて研究する
 ことが、新しき支那の任務であると認めた〔原注3〕。佛蘭西のエスカラ教授
 は法家の思想と羅馬的法律觀念の類似點を指摘し、之れに依つて胡適氏のプロ
 グラムが疑ひなく實現せらるべきことを述べてゐる〔原注4〕。實に法家の思
 想を檢討するときに、我々は如何に多くの西洋法律學の根本原理が支那法家の
 法律觀中に見出し得られるかの事實に驚くと共に、此の點に於て法律學の普遍
 性及び之れを通じて東西兩洋の接觸及び法律學的協力の可能性を承認せざるを
 得ないのである〔原注5〕⁽²⁷⁵⁾。

(3) Hu Sii, The Development of the Logical Method in ancient China, p. 8.

(4) Escarra-Germain, Leang K'i-Tch'ao⁽²⁷⁶⁾〔梁啓超〕: La conception de la loi
 et les théories des Légistes à la veille des Ts'in, 1926, XXX.

(5) Padoux dans Escarra-Germain, op. cit., XIIIは法家の法律觀は西洋の公
 私法の基礎原理に近く、其れに依つて東西兩洋を分つ障礙が除かれるものと
 爲す。

田中は、法家思想に普遍的な法律技術（「法律學の普遍性」）を見出す。勿論、田
 中も「エスカラ教授と共に、支那の將來に於て傳統的な即ち儒家の法律思想と法家
 の其れとを均衡を得た調和を保つて結合」しよう、とは言っており、そこだけを読
 めば田中も平野や瀧川と同じ事を言っている様にも思える。しかし、田中はエスカ
 ラの好い読者ではなかつた。「法律學者として」のエスカラは、「抽象的な法の至上
 權や、その社會秩序を確保するための確實なる手段としての價値を、漸次信じなく
 なりつつあることを敢て斷言して憚らな」⁽²⁷⁷⁾かつたが、田中は、それを信じていたか
 らである。田中は、エスカラよりも寧ろ胡適や梁啓超に近く、その所謂の儒家と法

(275) 田中耕太郎「法家の法實證主義」（成稿は昭18）同・法家の法實證主義（福村書店、昭22）7頁。

(276) 梁啓超は、短いながらも民国3（大正3）年に設置された法律編査会の会長を務め、「彼が
 提出した「司法計畫十端」はその後〔も〕……基本的に了承され」て影響力を持ち続けた。又、
 彼は、「法典編纂との関係では……刑律施行法の速やかな制定を提議」していた（西英昭「清末・
 北洋政府期における法典編纂と習慣調査」同・前掲注（260）15-16頁）。

(277) 田中・前掲注（275）12頁。

(278) エスカラ・前掲注（263）243頁。

家との「結合」なる者も、その基盤は飽くまでも法家思想にあって、儒家思想は補充的に用いられるに過ぎなかった。民国法典も、「生ける法」等には拘泥せず、西洋の法学を利用して速成すべきであり、又、その際に参照すべき日本法も、日本固有法などではなくて、西洋法体系を踏襲する限りでの日本の「現代法律學」であるべきだった：

支那は西洋に於て羅馬以來發達した實定法學の成果を利用し、**法家の理論を完成しなければならぬ**。又同時に西洋に於て發達した實定法理論は我が日本に於て國情に適合する範圍内で攝取涵養せられてゐるから、此の點に於て支那は我が現代法律學⁽²⁷⁹⁾よりしても得る所が多かるべきである。

要するに、田中は、法家思想と西洋法思想とを一括りにした上で、その方向に中国法を導こうとしたのである。自然法論者の田中が、自然法思想に近い儒家ではなく、反自然法思想の最たる法家を取上げた所以は、法律技術への以前からの愛着の一環であると共に、革新派=社会法学者=日本主義者の連合に、立法の主導権を渡さぬ為の戦略でもあった。

第2節 戦後

法学に於ける革新派と現状維持派との争いの雌雄は、日本の敗北に依って決した。日本と英米と、東洋と西洋との「対立する思想、理念の衝突は一切世界の戦場で決定された次第で今や論議の余地がないもの」⁽²⁸⁰⁾となった。そして、日本文化の敗北としての敗戦は、日本固有法体系の構築を掲げ、「近代法の維持者である米英兩國と死闘を續け」⁽²⁸¹⁾て来た牧健二に学問的な崩潰を齎した：対蹠的な東西文化間の「原理戦争」⁽²⁸²⁾が、西洋文化の「完全なる勝利を以て終つた」今となつては、日本が「世界の形相を決定する國家」などではなく、「質料的に與へられた形相に服従する

(279) 田中・前掲注(275)103頁。

(280) 降伏文書調印式に於けるマッカーサーの演説(昭20.9.2)より(江藤淳責任編集=波多野澄雄史料解題・占領史録第1巻——降伏文書調印経緯〔講談社、昭56〕241頁)。

(281) 牧健二「大戦争と法秩序の革新(三)」法律新報第702号(昭19)3頁。

(282) 牧健二・新日本の建設(星野書店、昭21)37-38,43頁。

國家」のひとつに過ぎなかった事は明らかだ⁽²⁸³⁾。世界史の審判は、「歐洲文化の
もつ科學と民主主義と」を最終的な勝者と判じたのである。

陰惨な日々の始まりであった。9月に召集解除された、牧の息・英正が、

家に帰りますと、数日前に母と妹が死んでおり、二人の葬式の飾りつけがその
まま残っておりました。栄養失調のうえ腸チフスによるものでした。戦争の犠
牲以外のなにものでもありませんでした。こうして父と弟と私の男ばかりの索
莫⁽²⁸⁴⁾たる生活が始まりました。

12月に牧は京都帝大を辞職した。法学部長・黒田覚から、「新聞記者などは滝川
事件のとき残留した若手の牧・渡辺〔宗太郎、憲法・行政法〕・田中〔周友、ローマ法〕
の三人は辞めるべきだといっているから、考慮してくれ」と辞職を勧告された為
であった。辞職に依って牧は「日本法制史の研究のための史料と離れることにな
⁽²⁸⁵⁾
⁽²⁸⁶⁾る」。食う為には何処かの大学で教えなければ成るまいが、困しんで研究を続ける
意味は最早無い様に思われた：

古い社会が崩れるなら道徳的精神的に個人主義が日本を貫流するであろう。そ
して完全に民主化された社会において、批判の精神がもはや伝統の拘束力を認
めないようになる時が来るならば、如何なる道徳の力が日本の国家と社会との
結合を保持するであろうか。〔嘗てカール・〕ラートゲンのあげた此の憂慮は実
に深刻で、我国は大正時代の後半において彼の予想した状態に近づくようにな
り、今度の敗戦で伝統的な精神的道徳的原理を全く失うに至つた。日本史にお
いては固より、世界史を通じて一国民が此程烈しい原理的混乱に陥つたためし
はないと云える程である。⁽²⁸⁷⁾

(283) 牧・前掲注(282) 12頁。

(284) 牧英正・前掲注(124) 463頁。

(285) 松尾尊兌・滝川事件(岩波書店、平17) 262頁。

(286) 牧健二「滝川事件及び法学部存続当時の真相——旧稿「滝川事件における法学部存続当時の
追想」補完」有信会誌第19号(昭49) 58頁。

(287) 牧健二「明治時代における西洋人の日本社會觀」開國百年記念文化事業會編・開國百年記念
明治文化史論集(乾元社、昭27) 63頁。引用文中で牧が回顧する様な、「近代日本史上空前の

しかし、そうした絶望すべき状況に在りながら牧は結局、戦後も研究を止める事はなかった。彼は、半生を費した日本主義の理想を捨て、西洋物質主義の軍門に降る事に堪えられなかったのである：

近代日本史をよんだ後〔、〕今日に思い及ぶ者は、結局物質的社会的な進歩主義のトラクターがブレーキなしに平野を突進しうる門を開かれたという感想に到達するであろう。問題はどこにどうして精神的なものを確立するかにある。⁽²⁸⁸⁾

尤も牧は、「現実の政治問題についての判断は、私の過去の経験に徴して、なかなかみずかしいと思」うようになっていたから、日本国憲法と徹底抗戦した旧師・新見吉治や、勝者の裁き（東京裁判）を批判して止まらなかった旧友・瀧川政次郎の様には、派手に立回らなかった。嘗ての革新派の倂は影を薄め、牧は戦前戦中期の自説を、民主主義と物質科学の時代に適合する様に修正する作業に没頭する。

自説の修正は、主観的には苦渋に満ちた工程であったろうが、自らの折衷的な性行の御蔭で、転向は速やかに完了した：牧の所謂の成立史が、歴史の基本的な発展法則としては唯物史観に従っていた事を想起して欲しい。それ故、敗戦迄の歴史に関する限り、牧は、「歴史は社会の物質的生産を基礎にもつ」旨を昔よりも大きな声で言い足しておけば、⁽²⁹⁰⁾その他の叙述に手を入れなくとも良かったのである。その結果、文科派の方法論も封建制度の成立史も、同時代政治への実践的提言を差引いた形で、戦後の牧の議論の中に全て生き延びる事と成った。

以下では、戦後の牧の言論を、戦前からの継承と異同とに意を用いつつ、3点

規模での無政府的状況の出現」に就いては、赤澤史朗「戦後・占領期の社会と思想」同・戦中・戦後文化論——転換期日本の文化統合（法律文化社、令2）142頁以下を参照のこと。

(288) 牧健二「法と社会力」社会と学校第2巻第5号（昭23）268頁。

(289) 牧・前掲注（23）307頁。

(290) 牧健二「国史の見直しと批判される家の理念」国民の歴史第1巻第9号（昭22）4頁。

敗戦直後の混乱が収まる昭和27年の発言——「階級的な社会力が歴史を作ったことは分るとしても、天皇がその間に現れたことと、国民が身分と階級とのどこに位するかを論ぜず何人も之に心服したことを、どう解釋するか。階級一本では割り切れないではないか」（牧健二「西洋人のみた天皇制」思想第336号〔昭27〕583頁）——に鑑みても、物質と精神との二元的な成立史観は、その何方に重きを置かかを別とすれば、敗戦の前後を通じて維持された事が知られる。

に分って述べる。

1. 家族国家論の修訂

戦時中の牧は、教化法の体系を生み出した場としての家族に着目していた。

牧は言う：日本の伝統的家族形態は、親子関係を中核とし、家長に依って代表（「體現」）される様な生活共同体（世帯）であり、その様な家族の存在を前提として、親が子を教化すると云う関係が安定的に存続した。村や町をはじめとする諸々の社団にも、こうした家的な在り方は共通して見られ、夫々の内部では親分が子分を、オヤカタがコを教化して来たのである。そして、明治以降には国家も亦た、天皇をオヤとし、臣民をコとする「共存共榮の」「家族的世帯」と成り、恰も一般家庭に於いて親が家訓に基づいて子を教え諭すが如くに、国家に於いては、天皇が、「家訓に相當する」教育勅語に基づいて臣民を道徳的に教化した。⁽²⁹¹⁾

こうした家族主義的な「日本の國體なるものそのものは、これを外國へ輸出することの出来ない」ものである。しかし、今後は「これを基礎にして東亞の新秩序を論ずる」事も必要になるのではないか——この様に其の頃の牧は想い、家族主義を全アジア法秩序の根幹に据える可能性を検討したのであった。その為には先ず、日本の家族主義に伴う所の、「神國意識」の様な「獨善主義」を排除し、内に籠りがちな「自足的態度」を改めて外に開き、かくて以て「積極的な外部發展の時代」に適應せねばならないだろう——以上の如き家族国家論が纏められたのが、牧の戦前最後の著書・牧健二・「いへ」の理念と世界觀（星野書店、昭20）である。

敗戦後も、牧は、「日本を家族國家であると見る古來の思想」は、多少の修正を施せば、戦後日本の「再建の基本原理解」たり得る、と考えていた。多少の修正とは、「天又は天神が特別な恩寵を以て君主の家を定めたといふ神話と傳説と」に基づき、⁽²⁹²⁾「天又は天神が特別な恩寵を以て君主の家を定めたといふ神話と傳説と」に基づき、⁽²⁹³⁾獨善的な神国思想の廃棄と、縦の「父子中心の家」を平等主義的な「兄弟本位的な協同體」へと横倒しにする「轉向」とであるが、この内、前者（獨善性の廃棄）

(291) 牧健二「日本の家及び國家」大倉獻呈・國史論纂（躬行會、昭17）96-102頁。

(292) 牧・前掲注（291）120-121頁。

(293) 牧健二「大東亞の新秩序」京都市文化課編・南方講座（大雅堂、昭18）4-5頁。

(294) 牧健二「日本の世界觀と家及び字の精神（一）」論叢第50巻第1号（昭19）14-16頁。

(295) 牧・前掲注（282）序1-2頁。

は戦中から牧が主張し、戦後に於いては天皇の人間宣言によって実定化した所でもあった。こうして抽象化された「理念的家」としての家族であれば、新生日本の道徳的基盤としても通ずるだろう、と牧は考えていた。⁽²⁹⁶⁾

2. 天皇の本質を繞って

戦後の天皇は、最早や神話に依っては正当化され得ない。しかし、凡そ天皇が存在し続ける限り、その「非合理性の問題は」、依然として「天皇の本質にかかわる問題であ」り続ける、と牧は言う。「天皇は其の非合理性の故に、國史上幾多の變革を通じて生きのび、今日國際戦争における無條件降伏の敗戦の後も、その神性と主權とを棄てざるをえなかつたとはいへ、依然其名を憲法の上に止めている」、⁽²⁹⁷⁾と云うのである。

尤も、天皇には合理と非合理との2側面がある、と云う主張は、天皇には権力関係の頂点に位置する主權者としての側面と、国民道徳の最高の教師としての側面とがあつて、それ等が教化法の体系に於いて併存していた、と云う戦前来の理解を言換えたに過ぎない。だから牧は、戦後も次の様に言うのである：

古來天皇は主權者たるに止まつた者でもなければ、近代法學的な主權者たることを以て本質としたものでもない。日本の國體は天皇も國家も道徳的存在たるべきことを以て本義として居る。主權は之と不可分的であらねばならぬ。⁽²⁹⁸⁾

石井良助の天皇論

こうした牧の天皇理解に対して、一見すると近そうで、しかし、その「本質」に於いては対蹠的な理解が、石井良助・天皇——天皇統治の史的解明(昭25)で示された。

石井自ら述べる如く、本書の「根本的な立場は、天皇は親政しないのが古來の傳統であると解する」所にあつた。⁽²⁹⁹⁾石井は、嘗て天皇は確かに主權者ではあつたが、

(296) 牧・前掲注(282) 136-137, 146頁。

(297) 牧・前掲注(290)「西洋人のみた天皇制」585頁。

(298) 牧・前掲注(282) 230頁。

(299) 石井良助・天皇——天皇統治の史的解明(弘文堂、昭25) 3頁。

その主権の運用は臣下に委ねるのが常態であった、とし、この事に鑑みれば、新憲法体制に於ける象徴天皇制への移行は、伝統への回帰であったとして、その歴史的正当化を狙っていたのである。

牧も、その師・三浦周行以来、天皇は政治的対立抗争から超越してこそ国家が纏まる、と予々主張していた。しかし牧は、それが天皇の本質であったとは考えない：牧に於ける天皇は、先の引用文にある通り、「主権者」にして「道徳的存在」を兼ね、その2つの側面は固有法体系下で「不可分」だったからである。それ故、牧は、「我が日本の固有法では天皇の神法性（Divinity）、皇帝名義（Emperor）、主権（Sovereignty）の三者は不可分であつた。國家の象徴（Symbol）たるが如きは其の反映にすぎず、且固有の考え方ではなかつた」、とか、「旧日本の歴史に於ては天皇の神性及び家長性が不変的要素であつた。之に対し後者即ち変化的方面は國家の統治権者としての天皇である。……天皇の神性は宗教的屬性を成し、家長性は道徳的屬性を成すに対し、統治権は法律的屬性を形成した」、等と主張して石井説を駁した。ここでは、主権者以外の天皇の側面が、天皇の「神法性」と「皇帝名義」と、或は、「神性」と「家長性」と云う風に分節化されてはいるものの、牧が、戦前来た教化法体系の見地から考えている事は明らかである。それ故、牧の理解では、戦後に於ける、「先ず〔天皇の〕神法性の觀念を去り、次に皇帝名義のみを保存し、主権は完全に之を國民に移し、影の如き國家的象徴性を新に概念として構成し、之を天皇の屬性たらしめた」所の改革や、その所産たる象徴天皇制は、「肇國以來の大革命」であつて、「敗戦につぐ無條件降伏と外國による日本の統治と」に依つて「突如として起つた」⁽³⁰²⁾ 椿事であるよりほか無かつた。

尤も、伝統とは懸離れた象徴天皇なりとも、^{なり}曲り形にも「天皇制を維持しえたといふことは、……日本國家の歴史的連続をつなぎとめる細い金の糸を残されたことであり」、牧にとっては、紛うこと無き「日本の幸運であつた」⁽³⁰³⁾：「文化的には中国か、印度か、欧米か、どれもこれも輸入物で自國産ではない」様な「日本をして日本た

(300) 牧健二「石井良助著「『天皇』——天皇統治の史的解明——」法史第1号（昭26）264頁。

(301) 牧健二「法制史上における天皇」新日本歴史学会編・新日本歴史第7巻（福村書店、昭28）11頁。

(302) 牧・前掲注（300）264頁。

(303) 牧健二「日本國憲法の性格」龍谷大學經濟學論集第4巻第2号（昭39）7頁。

らしめておる」者は、窮極の所は天皇の存在を措いて外に無く、「外のものとはも角、これだけは守らなければ、日本の文化もなければ国家もな⁽³⁰⁴⁾」⁽³⁰⁴⁾ くなってしまう。天皇が規定されているからこそ、略々完全に伝統破壊的な「日本国憲法」であっても「この国の基本法として日本法の歴史的発達の末端に位する」と言い得る訳である。行く行くは、「日本の皇室を中心として作られてきた国民共同体と、日本文化と、日本人の国民性」とを「新憲法の運用と……結合して」、「日本的民主主義というよう⁽³⁰⁵⁾な型のもの」を「慣習的に成立⁽³⁰⁶⁾」たせる事も出来るのではないかと、牧は夢想していた。天皇と国民と、又、国民同士の間、既往の家族国家の理想（「各人の人格を尊重しながら愛で固められた血族的の一体」）を実現し、その基盤（国体と言っても良からう）の上に、新しい民主主義の政体を構築したかったものの如くである。⁽³⁰⁷⁾

邪馬台国研究

国家や法の「精神的な歴史的連続」を冀求して已まない牧は、その晩年の精力を邪馬台国の研究に集注した。⁽³⁰⁸⁾ 学説史の上では、彼の邪馬台国論は、今や九州説の1つでしかない。しかし当時の牧の意図としては、彼は、「神話で伝えられた日本国家の起源について、新に神話に代わる実証的研究」を構築しようとする者であった。これを以て牧は、国史を貫通する「神話」の再建に充てようとしたのである。⁽³⁰⁹⁾

(304) 牧・前掲注 (301) 18頁。

(305) 牧・前掲注 (149) 1頁。

(306) 牧・前掲注 (303) 22頁。

日本的民主主義とは、昭和21年に新憲法草案が論議された際に、南原繁が提唱した概念である。乃ち、「南原は天長節祝典演述（一九四六・四・二九）で、「人間宣言」の意義を強調しつつ、「日本国家権威の最高の表現、日本国民統合の象徴としての天皇制」は、「君主主権・人民主権の対立」を越えて、「君民一体の日本民族共同体そのもの不変の本質」であり、単に「日本の歴史的過去」でなく、「民主主義の世界観的基礎に対し、新たな理念的意義を供する」という。この「新しい全体」において、それを構成する各個人は「自由独立」で相互に搾取と隷属はなく、その意味で「平等」が立てられ、この「平等の上」に「個性と職分」に応じた義務の遂行は「民主主義の基本道徳」であると南原はいう。この「新しい全体」を貫く政治原理が南原の「日本的民主主義」である」（下島知志「筧克彦と南原繁——「日本的民主主義」の位相」日本史学集録第42号〔令3〕25頁）。この概念は、天皇を核とする国民共同体の再建を指向する点に於いて、牧の共感する所となったのであろう。

(307) 牧健二「日本の民主主義の法史的考察（下）——国体の変革と国民主権の成立」龍谷大学経済学論集第8巻第1号（昭43）128-129頁。

(308) 牧・前掲注 (307) 123頁。

(309) 牧健二・日本の原始国家（有斐閣、昭43）序5頁。

牧は言う：万世一系や現人神と云った戦前の神話は「現代人にとっては非合理的な内容をおびたものである」が、「今日の天皇の地位を依然として過去の神話の持主のままに放置しておくわけにはいかない」。そこで、「日本の国家の起源史をできるだけ確実な史料に基づいて実証的に研究して、新しい民主主義の要請にこたえるもの⁽³¹⁰⁾のたらしめなければならない」と言う訳である。

研究の結果、牧は、「日本神話は日本民族が部族時代において経験した女王卑弥呼を主権者とした部族連邦に由来したもので、歴史的事実と無関係ではないことを知⁽³¹¹⁾る」：

倭国を形成した倭人の種族にとっては、彼女〔卑弥呼〕は倭国の主権者であると同時にこれを構成した種族の精神的統一者であった。この二つの資格が彼女の一身において完全に合一していたから、彼女は倭国の象徴的存在⁽³¹²⁾であった。

卑弥呼は、主権者にして道德教師を兼ねる存在者であった、と言うのである。このような存在者は、正しく教化法体系下の天皇と、その本質を共にする。そうであれば、記紀神話の代わりに邪馬台国の事実を以てすれば、教化法上の天皇も、日本の国民的伝統の中枢に再び確乎たる位置を占め得るであろう。あとは、新憲法が否定した天皇の主権性を恢復し、その象徴性を完成させてやれば宜い——

斯くて牧健二は、「物質的思想がつよい支配力をもつ」戦後日本には、所詮は蟬螂の斧ではないかと虞れながらも、猶も、精神的なるもの、そして固有法体系に拘り通したのであった。⁽³¹³⁾

3. 知行論争

牧は、天皇論のみならず、知行の理解を繞っても、石井良助と論争している。

石井は、元々考証が好きであったが、一高の3年生の時に、「たまたま中田薫先生の『法制史論集第一巻』という本を……立読みし……将来、こんな研究ができた

(310) 牧・前掲注(307)131頁。

(311) 牧・前掲注(307)139頁。

(312) 牧健二「女王卑弥呼の倭国統治」龍谷大学経済学論集第2巻第1号(昭37)35頁。

(313) 牧・前掲注(301)19頁。

ら実に楽しいだろうなあ、と思っ」て法制史学を志した。⁽³¹⁴⁾

研究に当っては、師の中田から、「法制史を研究する人は、歴史の本ばかり読んで法律の勉強がおろそかになりやすい、大学在学中に法律のことをしっかり勉強しておきなさい」、と指導され⁽³¹⁵⁾、更には、田中耕太郎「先生から体系的認識こそが学問であると講義されたのが妙に頭の中に残っ」た、と云う。後に「法制史の概説書を書くときにまず考えたのは、法制史の**体系**ということでした」、と石井は回想するが、それは、この中田の言葉の所為であった。⁽³¹⁶⁾

中田からは実定法の勉学を、田中からは法体系の構築を命ぜられた石井は、「各時代の法の体系を見出し、それに加えて、「時間……にも体系がなければならぬと考え」、波動史観と呼ばれる独特の歴史循環論を導入する程の体系家となった。石井に依る概説書・日本法制史概説（初版：昭23）は、その体系的記述の稠密・「精緻」に於いては、法制史学の「その最高峰とってよい」とされているが、それは中田＝田中の薫陶の結果でもあった。それ故、当然の事ながら、石井に於ける体系は、——縦の時間軸に沿った体系である波動史観は今ほ措く——、公法と私法とを峻別する西洋近代法の体系である。

とは言え石井も亦た文化史が定着した時代の歴史家であるから、史料は同時代の社会通念に照らして読まねばならない、とも言っていた。例えば、「非歴史家が不思議なりとて輕蔑する」類の過去に於ける法分類は、却って「當時の社會經濟制度の壓縮圖」としては「珍重」すべく、「いまから見ればたしかに奇妙な分類だが、江戸時代の人はあれでひとつのまとまった体系だと思っていた。そういうことを知るのが歴史である」⁽³²⁰⁾と説いていた。しかし、石井は、そうして知った過去の体系

(314) 石井良助「日本法制史の研究」日本リクルートセンター出版部編・講義のあとで——碩学30人が語る学問の世界（日本リクルートセンター出版部、昭55）182頁。

(315) 石井（良）・前掲注（314）183頁。

(316) 石井（良）・前掲注（314）190頁。

(317) 石井良助「田中先生」鈴木編・前掲注（245）272頁。

(318) 石井紫郎「法の歴史的認識について——歴史と近代主義」理論法学の課題——法哲学・法社会学・法史学（ジュリ増刊、昭46）180頁。

(319) 石井良助「幸田博士の批評に答ふ」社會經濟史學第4巻第11号（昭10）1310頁。

御触書集成を繞る、幸田成友と石井との論戦に就いては、和仁かやほか「金田平一郎旧蔵書」九州大学附属図書館研究開発年報2020/2021（令3）10-12頁に詳しい。

(320) 石井（良）・前掲注（314）189頁。

を以て、現在の法体系を变革する積りは無かった。この点でも、石井は中田の好い弟子であった。

さて、石井の知行論に話を移せば、彼は、昭和12、3年頃には、「知行トハ形式的ニ云ヘバ、不動産物權ノ行使事實デアルガ、ソレハ又占有タル意味ヲモ持ツテキ⁽³²¹⁾タ」、との認識に到達していた。この理解に基づいて石井は研鑽を重ね、遂に昭和27年、中世に於ける知行論を、著書・日本不動産占有論に纏め、その中で、知行を「不動産物權の表現形式たる意味を有する占有」である、と概念規定した。この書物に依って、石井は、占有とか所有とか云う「純物権法的側面を対象として……〔中世土地法の〕完結的体系を打ち立て」た、と評価されている。⁽³²⁴⁾

ところが、牧健二は、石井の知行論が、物権法の世界で完結すると云う、正に其の点が気に入らなかった。夙に彼は昭和12年の石井論文に対して、「知行を一箇の特殊の私法的意味をもつた行爲と見て、其れ自體に獨自の價値を附與すると云ふ様な觀念が、果して何程成立してゐたか」を疑い、知行には確かに占有の側面があるけれども、「固有法の占有は意味に於ても效果に於ても、單純に私法的なものではなく、公法と關聯するところの多いものであつたところに獨自性があるやうだ」⁽³²⁵⁾と述べていた。この場合の固有法とは、具体的には、土地御預け思想の事である：

我國に於ては……將軍が國の封建君主であつたけれども、同時に將軍は其支配に屬したる土地を以て、朝廷より「預りたる」土地なりと觀念したるものと云ふべきであらう。即ち吾妻鏡〔元暦元年12月1日条〕には頼朝の次の寄進状〔元暦元年11月28日 源頼朝寄進状、本稿では引用を省いた〕を載せて居るが、かくの

(321) 〔石井良助述〕・石井良助先生講義プリント日本法制史（二）（昭和十三年九月—十二月東京帝國大學法學部講義、帝大プリント連盟、昭14カ）157頁。

(322) 石井良助は、既に昭和12年の論文「中世知行考」に於いて、本文に記した様な認識に達していた。しかし、師の中田の理解では、鎌倉時代には、未だ知行を本権とは独立して保護する制度は存在しなかった、乃ち、知行は占有ではなかった。そこで石井は、師の面目を重んじて、敢て知行占有説を高唱しなかったのである。この経緯を含め、中田＝石井の知行理解に就いては、石井紫郎「〔知行〕論争の学説史的意義」同・日本人の法生活（日本国制史研究III、東京大学出版会、平24）に詳しい。

(323) 石井良助・日本不動産占有論——中世における知行の研究（創文社、昭27）72頁。

(324) 石井（紫）・前掲注（322）261頁。

(325) 牧健二「石井良助氏編『^{中田先生}遺著 法制史論集〔批評と紹介〕』」論叢第37巻第1号（昭12）187-188頁。

如きは朝廷からの預地の例と見るよりも、一般に朝廷から給はりたる土地は之を預るものとなしてゐたのによるものであらう。而して余は將軍から恩給せられたる御家人の知行地に對する觀念も亦、其根本觀念に於ては之に比すべきものであると思惟する⁽³²⁶⁾。

この引用にも書かれ、又、本稿で既に述べた事でもあるが、牧は、土地御預り思想が知行概念の背景にある、と見ていた。牧に依れば、もともと我が国の土地所有は、必ず誰かからの預り物と云う意識を帯びている。無論、預り主は、その土地から相応の利益を得るが、その際には、預け主への奉仕義務が必ず伴った。それと同様に、中世の「知行が土地において權利を有し之を行使することであつたと云うことは、當然それに相當する義務を」、莊園領主であれ、將軍であれ、^{なにがし}何某かの預け主に「負擔することであつたのである」。それ故、「土地に對する現實の支配と云う事實だけを取上げるならば、知行は占有であつたと云えようが、そのような觀念が〔奉仕義務から離れて〕獨立して存在したわけではなかつた⁽³²⁷⁾」。御預け・奉仕義務・用益の、どれか1つを分離して考える事は、固有法の流儀に反する⁽³²⁸⁾のである。

要するに、牧の考えに従えば、知行の成立は、預け主と預り主との関係が不可分の前提とされているのである。だから例えば、甲が乙の知行している庄園に乱入して之を押領し、そのまま誰にも奉仕せず、年貢も何も納めない、乃ち、誰も預け主として戴かず、奉仕の義務を履行しない場合、その押領者は、固有法上は、単なる不法行為者が犯罪者かであつて、知行人とは呼ばれない事に成る。前提を欠けば知行そのものが成立しない、少なくとも、その様な知行は知行の固有法上の「本質」にそぐわない、と牧は考える：

私は……、知行が權利としての知行〔=用益〕であり〔同時に〕職に伴う所務〔=

(326) 牧健二「初期武家法における封建制度の性質（一）」論叢第21巻第4号（昭4）105頁。

(327) 牧健二「知行の原始段階——律令の知行の成立及び本質」野村還曆・封建制と資本制（有斐閣、昭31）47頁。

(328) 或る種の義務を要素とする様な用益物権の枠組に載せれば、これら3者を分離せずに済んだのではないか。しかし牧は其の途を採ばなかつた；議論を物権法（私法）の内で完結させたくなかつた牧にしてみれば、それが当然の態度であつた。

奉仕義務〕の知行〔＝履行〕である以上は知行の本質が〔単なる〕占有であるというようなことは〔固有法上〕ありえないことだと思う。庄園において苟も庄官職〔＝預り主〕がおかれて、庄務〔＝奉仕義務〕がそれによって執行されている以上は、その庄務は必ずや一定の庄官〔預り主〕が職務として行のうべきものであったはずであるから、彼の支配に属する土地即ち所領が、他人〔預らざる者〕から押領されていても〔単なる占有ならば成立するかも知れないが〕、それで以て庄官職としての所務〔＝奉仕義務〕が行なわれうという理由はないから〔、知行は成立しないの〕である。或は又既に庄園である庄地を不法に占有して……其の知行を行なうというが如きこともありえないからである。⁽³²⁹⁾

この知行論が成り立てば、前近代法制史料は、固有法体系の観点を外れては解釈し難い事の、よき例証となり、延いては文科派法制史学の面目を躍如たらしむ好機となったであろう。

しかし、そうにはならなかった。

自説に加えられた牧の批判を、石井は逐一批判し返したが、その中で、押領人を知行人と認知する、複数の中世史料（「押領して当知行せしめ」云々）を提示したのである。これが牧説を完膚なきまでに打ちのめした。牧に言わせれば、《押領人の知行》などと云う表現は、あり得べからざる事柄であって、あったとすれば、それは知行の非「本質」的で例外的な用法だ、とすることになるだろうが、学問の世界では、例外が少ない方が理論としては優れているのである。こうして、押領と知行とは凡そ相容れないとする牧の議論は粉碎され、論争は石井の勝利に終わった。

いま、牧の身になって反論を考えれば、「押領して当知行」したと訴えられた者（論人）であっても、実は、訴人側ではない誰かに何等かの義務（年貢公事や、それに替る軍役）を払っていた、又は、払うべきだと考えていた、とでも言い返したならば——そういう史料を探すのは困難ではあろうが——、或は活路が拓かれたのかも知れない。しかし、彼は、古代律令制に「知行の起源」を探し、そこに、義務（職務）遂行を要素とする所の「最初の知行」を見出し、これを以て知行の本質である、と

(329) 牧健二「庄園（莊園）における知行の本質」龍谷第4巻第4号（昭47）363頁。

するのみであった（「知行が何であるかを知る」⁽³³⁰⁾）。これに依って、彼は自説を補強し得たかも知れないが、しかし、それは、己が知行本質論を補強し得ても、石井良助の批判に対する再批判としては、的外れで、無力であった。

結

天皇論や知行論争に於ける牧は、個人としても、石井良助ほどの影響力を有たなかったが、その時代は、文科派法制史学全体としても亦た、凋落の時代であった。

日本法理研究会を繞る文科派法制史学と社会法学との緩やかな聯繫は、戦後、社会の政治的中心軸が左方に遷移し、社会法学内部では左派が力を得るに連れて破綻した。文科派の様な方法論は、彼等よりも遥かに左傾した法社会学者達が主張していたから、第3領域の法学建設に際しては、敢て、戦争協力と云う瑕疵のある法制史学者を舞台に呼び戻す迄もなかった。

マルクス主義法学者は、文科派を幾つかの点で批判した。

例えば、戦後の平野義太郎は、アジア主義者としての過去に触れぬ儘、マルクス主義法学者として振舞ったが、彼は、嘗ての同志を批判して、「滝川政次郎君が前に書いていた『日本法制史』において「法制史」は「法律制度」の学だから、法制史の名称を保存しておきたいという」が、「これは依然として法史を法律制度の側からのみみる不十分な立場である」、等と論^{あげつら} ⁽³³²⁾った：瀧川は未だに法科派の臭味が抜け切っていない、と言うのである。

それでは、文科派は、その方法論を徹底させれば良かったのか。——そうではなかった。その事は、法社会学論争（昭23-25）に於ける、マルクス主義法学者に依る、法社会学攻撃に明らかだ。

(330) 牧・前掲注 (327) 8, 51頁。

(331) 例えば以下の如く：「労働法の生成期、変転期にある労働法学にとっては、法解釈学よりもまず法社会学が重要な地位をしめなければならない。そうして、国家法のみならず、国家法をつくりだした国家法を変えてゆく現実の行為規範が、研究の主要な対象にならねばならない」（川島武宜「労働法の特殊性と労働法学の課題」〔昭22〕藤田勇＝江守五夫編・文献研究・日本の法社会学〔法社会学論争〕〔日本評論社、昭44〕9頁）。

(332) 「法哲学・法史学・法社会学——実用法学との連けい」〔座談会、昭和24.2.5〕日本評論社編・日本の法学（日本評論社、昭25）243頁（平野義太郎発言）。

マルクス主義法学にとって、法は、国家が強制力を以て維持する所の、階級支配の道具である。これに対し、法社会学者の所謂「生ける法」は、どうか：それは、「一見きわめて、人民的であり進歩的であり革進的でさえもあるらしく見える」。しかし、法の本質に就ての正しい理解を欠く為に、結局は「ブルジョア国家、ブルジョア法の階級性のいんぺい」に⁽³³³⁾加担し、「ついには現実の国家の階級的支配の秩序を温存・維持するための光栄ある役割をさえはたしかねない危険」を有しているのである。⁽³³⁴⁾法社会学が、体系の根体系の変革を如何に叫ぼうとも、所詮はブルジョワに特有の中間的性格を免れないのであって、「それはあくまでも現存の社会経済を維持するための学であって、これを⁽³³⁵⁾変革するための学ではない。その点法解釈学に少しの差異もない」。

後に阪大教授となる、若き日の熊谷開作（昭18同志社大卒）に依る文科派批判も、こうした法社会学批判と揆を一にしていた。

彼は、その私淑する平野義太郎⁽³³⁶⁾と同じて、唯物史観の立場から、⁽³³⁷⁾瀧川・日本法制史を、先ず、「根柢の原因を幾種類も想定することは根柢的原因なきに等しい」と遣っ付ける。続けて、瀧川に加えて牧をも槍玉にあげ、彼等は、西洋法体系の当嵌めを口先では嫌いながら、実作に於いては「敘述の基礎を現行實定法の體系に求めしかもその正當化を結果」した、現状維持論者であった、と追撃した。今や法科派に代って文科派が、「現行實定法體系の絶対性・正當性」に泥む保守派として批判される巡りとなったのである。⁽³³⁸⁾

熊谷等が奉じた唯物史観は、法科派文科派の対立と云う次元を超えた、新しい法学の建設を目的としたが、建設、乃ち、研究の実作に於いては、寧ろ法科派との相

(333) 杉之原舜一「法とは何か——行為規範と裁判規範」（昭25）藤田勇＝江守五夫編・文献研究日本の法社会学（法社会学論争）（日本評論社、昭44）129頁。

(334) 熊倉武「法社会学の方法論を中心として（川島武宜著「法社会学における法の存在構造」を参照する）」（昭25）藤田＝江守編・前掲注（333）160頁。

(335) 杉之原舜一「法社会学の性格」（昭24）藤田＝江守編・前掲注（333）35頁。

(336) 熊谷開作「私の法史学」龍谷第21巻第4号（平元）447頁。

(337) 熊谷・前掲注（336）448頁以下、わが国における法史学の歩み研究会「聞き書き・わが国における法史学の歩み（三）——熊谷開作先生の法史学を語る」同法第55巻第2号（平15）。

熊谷の学んだ同志社は、滝川事件に於ける京大退官者を多く受入れ、且つ、熊谷自身は、昭和22年に滝川幸辰の次女と結婚している（同上567頁）。そうであれば、事件に於いて滝川幸辰の敵役だった牧の印象は、余計に悪かった筈である。

(338) 熊谷開作「いわゆる日本法制史の成立とその限界」法律文化第4巻第1号（昭25）65-66頁。

性が良かった。

熊谷自身も、「法をもって国家の規範なり」とする立場」を採り、「生ける法」を法に含めて考えようとする立場は斥けて⁽³³⁹⁾いた。確かに、熊谷の様に、国家の暴力への抵抗を研究の根幹に据え、国家の暴力装置の1つとして法を批判しようとするならば、国家にも社会にも両属する様な、曖昧な「生ける法」等と云う存在は視野に入り難いし、又、入れてしまっでは、法の階級的性格がアイマイになり、友敵区分が疎かになりかねない。国家と民衆と、ブルジョワ法と真の民衆の法とは、⁽³⁴⁰⁾飽くまでも対立していなければならないのである。又、敵（西洋法＝国家法）の手の内を探る為であれば、「文科派ではなく法科派に属す」べきは言う迄も無い⁽³⁴¹⁾。

仁井田隆も亦た、社会主義への進歩と云う「現実の事態から切り離されては成り立たない、ほんとうの意味の法史学……を打ち建てるという立場からいくと、法史について法科風だとか非法科風などという区分を立てること自体、馬鹿々々しい」と言っていたが、その際に特に批判したのは、文科派的な価値判断（「過去の文化だけが価値のあるものだ、それを研究するのはほんとうに価値があるのだという考え方」）であり、文科派的な法学知識の欠如（「たとえば賃貸借と消費貸借とをごっちゃにしたり、⁽³⁴²⁾所有権や担保制度の時代的性格などにうとい」）であった。

熊谷にとっても仁井田にとっても、法科派文科派は、その区分諸共、歴史の屑入れに押し込まれるべき前時代的塵埃であったが、その中では、法科派には未だ戦術的価値が残っていた。しかし文科派には、再利用の途が無かったのである。

こうした経緯も手伝って、戦後マルクス主義の隆盛に較べれば甚だ地味ながらも、法科派は、戦前からの学界に於ける地歩を保った。

中田にせよ石井良助にせよ戦時中は大人しく、牧や瀧川の様に積極的に戦争に協力したりもしなかったから、経歴に疵が付いていない。しかも、法科派の総帥・中田薫は、片や中々の教育家として、石井良助、仁井田隆等の優れた弟子達を育て、片や中々の政治家として、育てた弟子達を各地の主要大学に首尾よく送込んでい

(339) わが国における法史学の歩み研究会〔矢野達雄〕・前掲注（337）571頁。

(340) わが国における法史学の歩み研究会〔矢野達雄〕・前掲注（337）572頁。

(341) わが国における法史学の歩み研究会〔石川一三夫、橋本誠一〕・前掲注（337）580、587頁。

(342) 前掲注（332）「法哲学・法史学・法社会学——実用法学との連けい」246頁。

た。又、牧や瀧川は、戦後日本に対する違和感を何時までも引き摺っていたが、法科派は、石井良助の天皇論に代表される様に、総じて戦後社会に適応していた。

戦後の文科派は、マルクス主義と法科派との狭間に墜落した。その復調へ兆しが現れるのは、漸く昭和40年代になってからである。

昭和41年、石井良助の弟子で、その講座後継者となる石井紫郎は、「日本国制史研究」の第1巻として、石井紫郎・権力と土地所有（東京大学出版会）を世に送った。この研究は、「法、経済、政治、文化等々の近代社会固有のframe of referenceにとらわれずに、それぞれの歴史的社會に固有な構成原理を把握すること」を目的としていた。⁽³⁴³⁾本書のみならず、石井紫郎は、法制史を含む法の経験科学の目的を、「法体系なり、法律学理論なりの技術合理性という覆面の背後に隠されている価値体系を客観的に認識すること」、「現在の法（学）をいわば外から、批判的にみる目を提供する」事に求めていたが、この様な目的意識は、法科派よりも寧ろ文科派に近いだろう。知行論争の学説史を論じた際も、石井紫郎は、知行の問題を「公法史的問題からきりはなして、「知行」の「物権法」的分析をされ、それなりに完結的な体系を樹立」して「論争の上での勝利者とな」った師・石井良助よりも、論理的には混乱し、史料的にも這々の体で敗れ去った牧健二に対し、「同情しすぎ」る位に同情している。⁽³⁴⁵⁾

この石井紫郎の言論の影響もあって、現在の法制史学界は、嘗ての文科派に対して概ね同情的であるように思われる。尤も、多くの法制史学者は、同時代の社会通念に照らして史料を解釈する、と云う、文化史の方法に共感しても、現行の法体系に取って代る様な固有法体系を提示したい訳ではない様に私には見える。尤も、多くの法制史学者は、同時代の社会通念に照らして史料を解釈する、と云う文化史の方法に共感しても、現行の法体系に取って代る様な固有法体系を提示したい訳ではない様に思われる。

その理由は様々であろうが、石井紫郎に就いては以下の如く考えている。

(343) 石井紫郎「序」同・権力と土地所有（日本国制史研究Ⅰ、東京大学出版会、昭和41）序3頁。

(344) 石井紫郎「日本法制史〔法律学の道しるべ〕」ジュリ第319の2号（臨時増刊・法学年内65年版、昭和40）195頁。

(345) 石井（紫）・前掲注（322）258, 274-275頁。

石井紫郎と牧健二

石井紫郎は昭和10年に生まれた。父の^{つとむ}島は、戦前の九州帝大、東京帝大、戦後の東大に於いて、学生主事や事務局長を歴任した大学行政人である。その息子の紫郎は、東大の法学部に進み、昭和34年に卒業した。その後、東大助手を経て、昭和37年に助教授に任じ、同47年に教授に進んだ。

さて、石井紫郎は、中田薫や石井良助と云った自分の師匠筋に当る先学に対し、彼等が政治的实践意思を欠き、19世紀ドイツ法制史学の形式を其の儘日本に当て嵌めただけであった、と批判し続けてきた。ところが、意外にも彼は、東大系の法科派に止まらず、「政治的でなかった」法制史学者として、牧健二をも批判しているのである：

中田にせよ牧にせよ、言わば本家筋にあたるドイツの法制史家との間に決定的な差異があることに留意する必要がある。ドイツの法制史家にとってドイツ法（ゲルマン法）は当時（一九世紀）の現行法制度や法解釈学に採り入れられるべきものであり、彼らの用いた方法や概念はこうした実践的関心に強くひきよせられて、純粋な歴史分析にそぐわないものが多かった。これに対して日本の法制史家にとって、過去は過去であり、過去を現在に生かすという実践的関心はあまりない。それにもかかわらず、否、それゆえにドイツの方法や概念を吟味することなくそのまま自分のものとして用いたので、結果的に一九世紀ドイツ的刻印を免れていない。⁽³⁴⁶⁾

本稿が明らかにした所に依れば、石井紫郎に依る牧の理解は、全くの誤解である。牧の如く、西洋法体系の踏襲に反対して固有法体系の構築を試み、機関説事件に首を突っ込んで国体明徴の流れに棹さし、果ては日本法理研究会に積極的に参加する人物にして、しかも猶、実践的でないとするならば、この世に実践的な学者などは一人も居なくなってしまうだろう。

何故に斯く迄あからさまな誤りを石井が犯したか、その理由は判然としない。或

(346) 石井紫郎「法制史」日本史大事典第6巻（平凡社、平6）120頁。

は、牧・日本封建制度成立史は読んだものの、その他の著作や政治パンフレットの類を読み込まなかっただけなのかも知れない。と云うのも、石井紫郎の日本法制史学史は、彼の《権力と土地所有》研究の副産物であったからである。例えば、上の引用に二昔ばかり先立つ頃に書かれた辞書項目では、以下の様になって居る：

宮崎のあとをうけた中田薫は、当時のドイツ法史学の主流的存在であったパウル・フォン・ロート、ゾーム、H. プルンナーらの影響の下に、わが国中世の荘園制度、土地所有制度の研究から学問生活にはいった。また中田より一少し後輩にあたる京都帝国大学の牧健二も同様に、ドイツ法史学の業績を参照しつつ、わが国の封建制度の研究を行なった。これらの研究は、わが国で法史学界のみならず、歴史学界一般においても、いまなお古典的業績としての地位を占めている。ところでドイツ法史学はそれ自身、当時のドイツ公法学の影響を受けて、「法的なるもの」と「政治的なるもの」とを峻別し、法史学の研究対象を前者に限定した。しかもその場合の「法的なるもの」は、やはり当時のドイツ法学の考え方を反映して、法実証主義的な、きわめて狭い概念であり、しかも特殊・近代的な法概念を過去にまで一般化したものである。このためドイツ法史学、およびその影響をうけた中田、牧らの法史学は、⁽³⁴⁷⁾ 静態的な制度史的色彩を強くおびている。

中田薫と牧とは、どちらも、比較封建制度史家として理解され、そして、どちらもドイツ法制史学に範を取っていた、と云う訳である。確かに、牧の業績の中でも日本封建制度成立史だけを見れば、確かに其処にはドイツ法制史の影響が明らかである一方、政治色は薄いから、石井紫郎の様に結論しても可笑しくはない。要するに、土地所有史・封建制度史の研究から出発した石井紫郎の脳裏には、土地所有史・封建制度史の先学としての牧健二像が余りにも強く刻まれていた為に、その同じ頭で書かれた法制史学史に於いても、非実践的な封建制度史家として牧は描かれざるを得なかったのではなからうか。

(347) 石井紫郎「日本法史学」社会科学大事典第17巻（鹿島研究所出版会、昭45）15頁。

以上は、雑駁な推測に過ぎないが。但し、仮に、日本主義的な固有法体系家としての牧健二像を、石井紫郎が認知していたとしても、固有法を以て同時代法制度を置換しようなどとは、石井は想いもしなかったであろう、と云う推測は、いま少し確からしいものである。この事に就いては、彼が若き准教授であった昭和43年から翌年に掛けて、東大を襲った学生紛争から説き起こさねばならない。

医学部病院のインターン制度問題に端を発した紛争により荒廃した東大では、昭和43年11月、大河内総長以下執行部の全員辞任を承けて総長代行となった、法学部長・加藤一郎が、同12月、学生に向けて加藤提案と呼ばれる文書を発し（「学生諸君への提案 東京大学総長代行 加藤一郎」⁽³⁴⁸⁾）、事態の収拾に乗り出した。「そこでは、文学部処分白紙撤回以外の七項目要求はほぼ受諾すること、学生の大学運営参加を検討することに加え、「一二月月上旬に授業が再開されるならば多くの学部では卒業期がいちじるしく遅れることにはならないですむものと思われる」と記され⁽³⁴⁹⁾ていた。

石井紫郎は、東大紛争に就いて、就中、加藤提案に見える「学生の大学運営参加」に対し、積極的に発言した。すなわち彼は、大学当局とも学生側とも距離を取りつつ、法学部の同僚教員・村上淳一、三谷太一郎や、教養学部の佐藤誠三郎等と共に、「大学の自主改革をめざす若手教官グループ」を構成し、「学部の組織の再編成、大学の内での研究機関と教育機関との分離、一般教育と専門教育とを並行して行なうカリキュラムなど、かなりラディカルな改革案を示してい」⁽³⁵⁰⁾たのである。例えば、先述の加藤提案に見えた「学生参加」の1つとしてのカリキュラム編成への参加に就き、石井等は次の様に論ずる：

(348) 昭和43年7月16日、東大全共闘代表者会議が公表した要求で、以下の7項より成る（小熊英二・1968〈上〉——若者たちの叛乱とその背景〔新曜社、平21〕737頁）：

- 一、医学部不当処分白紙撤回
- 二、機動隊導入自己批判・導入声明撤回
- 三、青医連を協約団体として認めよ
- 四、文学部不当処分白紙撤回
- 五、一切の捜査協力をやめよ
- 六、一月二九日以来の一切の事態に関して処分するな
- 七、以上を大衆団交の場において文書をもって確約し、責任者は引責辞職せよ

(349) 小熊・前掲注（348）881頁。

(350) 荻部直・物語岩波書店百年史3——「戦後」から離れて（岩波書店、平25）8-9頁。

「学生参加」の要求のなかには、カリキュラム編成にさいしての「参加」要求が含まれることが多い。極端な場合には、教官人事についても「参加」が要求されることがある。しかし、いうまでもなく職業的研究者でない学生に教官人事についての発言権を認め、したがって責任を負わせることはできないし、カリキュラム編成も教官と学生との政治的交渉ないし取引によって決定されるべきではない。大学の教官は、科学技術の高次に発達した現代社会の要請のみならず、自立的知識人形成の必要をも十分に考慮して、みずからの責任で編成したカリキュラムにより教育をおこなうべきである。

むろん、教官人事についても、カリキュラム編成についても、学生の意見を参考資料として考慮することはありうることであり、場合によっては必要なことであろう。われわれも、そのことは否定しない。問題は、「職業としての学問」を担うものが、職業人としてのその固有の責任において処理すべきことがらについて、本来責任を負うべからざるものの「参加」を認め、みずからの責任を不明確にすることが許されるか、という点にある。

とくにこのさい、われわれが考慮しなければならないのは、かつて大学管理法案〔のちの昭和44年8月7日法律第70号〕に露骨にあらわれ、現在もいわゆる「国民の大学」を主張する立場の「参加」論に底流をなしている「納税者参加」の論理である。この論理を有効に破りうるものは、職業人としての責任の論理のみであろう。もし大学がいわゆる「参加」を認めることによって、このような研究者の職業倫理を崩すならば、もはや「納税者参加」に対抗する理論的武器を求めることは不可能である。

しかし、他方において、学生が教官の編成したカリキュラムに不満をもつことは当然予想されることであり、その場合、学生が単なる批判者にとどまることは、決して望ましいことではない。有志学生の課外活動は、学生がカリキュラムに対する不満を能動的に解消する方法としては不十分であり、すべての学生が大学における研究と教育のあり方を自分の問題として考えてゆくための道を広げる必要がある。

そこで、われわれは、カリキュラム編成への「参加」という、教官にとっては無責任、学生にとっては不徹底な方法でなしに、一定の限界内で学生に完全

なカリキュラム編成権を認めるべきだと考える。⁽³⁵¹⁾

ここに於いても、又、他の所に於いても、石井紫郎（等）に依る主張の論理的背景は、団体や社会を秩序付ける、2つの原理の対比にあった：1つは、その構成員が、或る特定の責任を追うからこそ、それに見合った義務とを行使し得る、と云う秩序原理であり、石井等は、これこそが、ヨーロッパ的な権利・義務観念に基づく秩序原理だと考えていた。これに対して、もう1つの秩序原理は、個人に帰属する権利・義務が不明瞭である代わりに、取敢えず全員で集まって、そこで妥協策を見出そうとするもので、上の引用では「参加」と言われており、石井等は、こちらは日本的な原理だと考えていた。そして、これら2つの秩序原理の内、彼等が推していた者は、前者であった。上引のカリキュラム編成に就いてのみならず、総長選挙に就いても亦、学生乃至学生代表に投票権や拒否権を与えて参加させるよりも、寧ろ抵抗権を与えるべきだ、そうする事に依って、「教官の領域と学生の領域とを可能なかぎり区別する」事が出来よう、と彼等は唱えている。⁽³⁵²⁾

この様に、石井（等）は、教官の自治と学生の自治とが各々の権利と義務とを明確にした上で対峙するモデルを提示したのであった。「大学の管理・運営の適正化および研究・教育の健全な発展は、広くいえば「大学の自治」の正しいあり方は、きびしい職業倫理感の持主たる専門的研究者たる教官の自己規律と、真に主体的な思考能力をもち、批判のルールを身につけた学生による批判とが対峙することによってはじめて実現される」ものであって、「いわゆる「学生参加」はこれに対してむしろ阻害的に機能する」、と云うのである。⁽³⁵³⁾

尤も、在来の「丸がかえり的人間関係によって構成される社会」（「共同体」）を改め、「制度的に「割り切られた関係」を樹立すること」⁽³⁵⁴⁾は、日本では甚だ困難である、とも、石井は自覚していた。「割り切られた関係」に基づく「自治」の母国であるヨーロッパでは、自治の担い手としての身分的諸団体が、論理的には国家に先行して存

(351) 村上淳一＝石井紫郎＝三谷太一郎「「学生参加」と「学生自治」」朝日ジャーナル第10巻第52号（昭43）110頁。

(352) 村上ほか・前掲注（351）112頁。

(353) 石井紫郎「変容する「大学の自治」——その当為と現実」ジュリスト第420号（昭44）24頁。

(354) 石井（紫）・前掲註（353）28頁（注14）。

在し、その団体の有する身分的特権が、国家に依る正当化を待たずに効力を有したのに対し、日本では、「ヨーロッパ中世後期以降にみられるような強固な身分制の伝統をもっておら」ぬからである。⁽³⁵⁵⁾ 敷衍すれば、日本では、権利を前国家的なものとして捉える見方は凡そ存在しなかった、例えば、団体の権利は其の団体をして国家の支配に協力せしめるための手段として与えられたに過ぎないし、土地の所有であれば、どこかに預かり物の意識があつて、完全に自分のものであるという考えにはならない、と云う事になる。後年の座談に於ける石井の発言を引いておこう：

石井〔紫郎〕 日本の場合、**納税の意識と所有の意識とはくっついている**のではないかと思います。税金を納めているから俺の所有であるという考え方があ
るのではないのでしょうか。ヨーロッパにはこういう考え方はあまりありません
ね。……たとえば財産に対する課税ということですが、イギリスでもアメリカ
でもそうですが、自分の住んでいるコミュニティ、つまり町とか都市とかいう
ものの経費がかかるわけですね。そこで住民が財産の割合に応じてみんなで負
担するという考えで納税するわけです。財産とコミュニティの経費を対比させ
て、財産税を決めてゆくのです。いまでも、たとえば学校が火事で焼けた場合、
翌年の税金はポンと上がるという仕組みになっております。だから目に見える
もの、しかも自分たちの社会に必要なものに財産所有者が金を出すという考
え方で、日本のように税金を納めているから俺のものだという考えではないの
です。俺がここにおいて、俺のものを持っているから、その維持や運営のための
経費を醸出するのだという発想です。⁽³⁵⁶⁾

ここで石井紫郎が描くところのヨーロッパ的な社会秩序、乃ち、所有者が「その維持や運営のため」に「経費」を出し合つて社会を作つて行くこと、この像は、中田薫が前近代の日本に存在した、と主張していた所の自生的秩序と重なる。しかし、中田と異なり、石井紫郎は、前近代の日本に、そうした自生的秩序の存在を認

(355) 石井紫郎「変革・改革・改良——最近の大学をめぐる状況から」世界第297号（昭45）163頁。

(356) 石井紫郎＝司馬遼太郎「所有の思想」（昭51）司馬遼太郎・土地と日本人——〈対談集〉（中央公論新社、昭55）76頁。

めない。

寧ろ石井の描く前近代日本は、嘗て牧健二の描いた固有法の世界、就中、土地御預けの思想が有効である様な社会である。「納税の意識と所有の意識とはくっついている」と云うのは、新見や牧が前近代日本法制の特色として主張し続けた所に外ならぬ。但し、牧健二とは異なり、石井紫郎は、そうした固有法の体系で以て現代日本法を置換えたいなどとは毫も思わない：そんな為体であったからこそ、日本では、権利と義務とを辨えた責任主体が何時までも成立せず、教員の自治と学生の自治とが対峙しながら1つの大学自治を作ると云う、石井等の大学自治構想も上手く行きそうにないのであった。それ故に、石井紫郎は、仮に牧の固有法研究を読み込んだとしても、その体系は否定すべく、間違っても実践しようとは思わなかった筈である。詰まり、石井紫郎は、文科派の奉じた方法論としての文化史に同情したが、三浦や牧とは異なって、彼等文科派の最終目的たる日本的なる者の復活ではなく、寧ろ、その破壊を意図していたのである。

補論

第1節 本領安堵

牧は発展の一段階としての封建制に執着したが、その執着が史料の誤解を導く場合もあった。例えば、本領安堵の理解がそうである。

今日では本領安堵は、「敵と味方を弁別し味方の私的な利害をはかる」べく、戦乱時に於いて支配を喪失した旧領（「本領」）を取戻させる命令であると理解されている。⁽³⁵⁷⁾ その際に、回復対象の旧領の取得原因——開発地であったか、買得地であったかなど——は問題にならない。牧も、史料に現れる本領安堵は、その対象が「父祖の開発地とは限らぬもの」⁽³⁵⁸⁾ であること、又、旧領回復であればこそ「本領安堵が新恩地の拜領に比較せらるゝ程の有難き御恩であつた」⁽³⁵⁹⁾ 事は分っていた。⁽³⁶⁰⁾

(357) 近藤成一「本領安堵と当知行地安堵」同・前掲註(49)130-131頁。

(358) 牧健二「本領安堵と封建制度との關係」論叢第29巻第5号(昭8)668頁。

(359) 牧・前掲注(358)669頁。

(360) 近藤・前掲注(49)134頁注13が既に指摘する所である。

しかし彼は、旧領回復の意味での本領安堵は「狭義の本領安堵」であって、その外に「廣義の本領安堵」があった、とする。この「廣義の本領安堵」とは、祖先の開発地（開発私領、根本私領）に対する、支配の確認を指す。牧に依れば、「本領の中の本領とも言ふべきものは、祖先の開発した根本私領であり、それ故に、安堵の中でも「最も重要な⁽³⁶¹⁾は、開発本領の場合である」。

それでは、どうして牧健二は、「廣義の本領安堵」等と云う事を言い出したのであろうか。思うに、その理由は、以下の4つにあった。

第1に、単純な史料解釈の帰結であって、鎌倉幕府末期に成った幕府裁判制度の入門書・「沙汰未練書に依ると關東の御家人は何れも開発領主であつた」旨が書いてあるからである⁽³⁶²⁾：

一、御家人トハ 往昔以來爲開發領主、賜武家御下文人事也、《開發領主トハ、根本私領也、又本領トモ云、》

一、本領トハ 爲開發領主、賜代々武家御下文所領田畠等事也《又私領トモ云、》

2箇条を整合的に解釈すれば、本領とは開発私領であり、御家人とは開発私領＝本領をを安堵された者だ、と云う事になろう。そして、牧の様に鎌倉幕府に日本封建制度の成立劃期を見出すならば、日本の封建制度は、開発領主の末裔たる御家人に対する開発私領（本領）安堵（「廣義の本領安堵」）を契機として成った、と云う結論に導かれるのも無理は無い⁽³⁶³⁾。

第2に、天皇に封建君主としての側面を否定し乍ら、鎌倉開幕に封建制成立の濫觴を見出す為には、道具立てとしての「廣義の本領安堵」が欠かせなかった、と云う事情があった。先述の如く、牧は封建制度成立に懸かる平家没官領の意義を低

(361) 牧・前掲注(358) 668, 682頁。

(362) 牧健二「御成敗式目と道理の意識」論叢第39巻第2号(昭13) 227頁。

(363) 今日の法制史学は、沙汰未練書の「本領」に就いての説明と「御家人」に就いての説明とを総合して解釈し、牧の様な結論を出したりしない。何故ならば、「本領」が根本私領・開発所領を意味する」からと云って、その意味での「本領」を「本領安堵という〔技術性の強い〕四字の熟語」の解釈には使うべきでない事が、鎌倉南北朝期の史料から帰納的に証明されるからである（近藤・前掲注(49) 112頁以下）。

く見積もる以上、封建制度は《土地を呉れてやった》所から始める訳には行かない。ところが「廣義の本領安堵」を持ってくれば、これは元々持っていた土地に対する支配を確認してやるだけであるから、元手の問題を考えずに済むのである。

それにも拘らず、第3に、封建制度は土地の開墾に依って其の所有権を獲得した領主の登場に始まる、と云う法則的理解に牧は忠実であった：

本領及び之に對する安堵が、封建法上如何に重要な所領と之に對する保護の手續であつたか……。封建制度が荒蕪地の開拓に始まる土地所有權又は領主權と、直接又は間接に餘程緊要な關係に立つてゐたといふ事實も、亦右によつて明瞭に認識し得るのである。⁽³⁶⁴⁾

無論、鎌倉時代の安堵は、必ずしも根本私領を対象とせず、「庄園郷保の領主職を御家人が所有し、之が安堵をうけたこともあつた」し、そういう場合でも「勿論封建的領主權を生ずる」。しかし、安堵の対象が「開發私領である場合には、必ず同時に土地所有權であつて領主權は最も強固であつた」。従つて、根本私領への安堵に依つて成立する封建制度に叙述の焦点を当てれば、「日本の封建制度の起源史が土地所有權の發展史に結びついてゐる事實を」、容易に「認めうるのである」⁽³⁶⁵⁾。詰まり、

開發領主又は其權利承繼人は、所領の知行權を保全せんが爲に、名義上の領主を仰ぎ、又は本領安堵を受くることにより武家との間に封建關係を結んだが、彼の本來の土地所有權に起因せる所領に對しては、常に領主たるの實權を留保し持續してゐたのである。茲に於ても我國の封建制度の成立史が、土地所有權の發展史を究極的の基礎となせる關係あるを觀るべきである。⁽³⁶⁶⁾

この様に、開發私領上の支配確認と理解した本領安堵を、日本中世封建制度の根

(364) 牧・前掲注 (358) 666頁。

(365) 牧・前掲注 (358) 684-685頁。

(366) 牧・前掲注 (358) 695頁。

幹に据えるならば、日本の封建制度も、ヨーロッパと同様の、在地「領主」制と「土地所有権の發展史」であつたと云う結論が容易に導かれるのである。

勿論、ここで、鎌倉時代の安堵の目的物は職であつて、土地そのものではなかつたではないか、と突っ込む事は出来る。しかし、牧は、そうした反論を予想して、以下の様に論じた：

實は土地が變じて職となつて居る。職が土地化したと言ふことの逆である。これ甚だ注意すべき事實である。前に地頭職の物權化と言つたけれども、其地頭職の成因を考ふれば、**開發地頭**の場合などは本來明かに**土地所有権が變じて庄官職となつてゐた**のである。始めから物權的性質を有したる職であつたと言ふ方が當つてゐる。決して國司職やグラーフの職の如くに、其始め純然たる國家の官職であつたものと異なつてゐる。然も鎌倉殿の御家人が有した**地頭職**や**下司職**などは多くは**開發領主であつた**ことを忘れてはならぬ。其他の庄官職や名主職地主職亦之に准じて考ふべき者である。⁽³⁶⁷⁾

牧の封建制度成立史は、一方では、世界史の基本法則に則る經濟史的發展過程の一段階として封建制度を位置付けながら、他方では、その普遍的な封建制度の中に、精神的要素としての國体の存在が齎した特殊性を見出す、と云う議論であつた。そして、後者の特殊性を言い立て、土地御預り思想の影響を指摘した所に、牧の個性が発揮されている事も確かである。しかし、前者の普遍性の認識に於いて、牧が法則を厳格に奉じ、典型的な領主制論を展開した事も忘れては成らないだろう。抑も、私的モメントが存在せず、地頭職が「純然たる國家の官職」であつたならば、封建制度の成立を云々し得ず、精々が官吏俸給制度の変遷を語り得るに止まるだろう。普遍的で自然發生的で物質的な經濟法則が容赦なく貫徹するからこそ、それに修正を迫る精神の偉大も亦た際立つのである。

(367) 牧健二「日本の初期の封建關係の研究（二）」論叢第30卷第2号（昭9）252頁。

この事のコロラリーだが、牧は、「朝廷が寺社並に公卿等に朝恩として所領（庄園）の領主權を授けられたる關係を以て封建制度と見ることを得ないのも亦甚だ明白なる事實である」と断言していた（同上265頁）：土地所有権を帯びない、單なる領主權は、封建制度を結果しないと考えたのである。

第4に、取得原因の合法性を問わずに成された支配確認（安堵）の上に乗っかる様な支配機構なんぞは長続きし得ないし、させて溜まるか、と云う半ば道徳的な判断があった。知行論争に於いて牧は次の様に言っている：

国家の成立〔、〕従って之に必要な法による秩序と平和とが成立するがためには、知行が土地の占有であるということは許されないことであると思う。知行の本質が占有であって、押領も亦知行であるとするならば、そのような土地制度を基礎にして、国家の安定した秩序と其の上に立つ平和とを確保することは、到底望むべくもないことだ⁽³⁶⁸⁾と思う。

牧の考えでは、制度を不法（押領）による支配の上に立てる事は出来ない。不法による支配を確認する様な体制は安定し得ないのである。これに対して、日本の封建は全く逆であり、そこでは、在地領主の「固有の所有」権と、それへの支配確認の上に制度が構築されていたのであった：

武士による庄園の侵蝕といふことも、之を無雑作に考へてはならない。鎌倉幕府の御家人の多くは本領安堵をうけた連中である。祖先が開拓して所有し又は領有してゐた土地に就て安堵をうけた連中である。彼等には地頭職を有つてゐて安堵をうけ、又は新に地頭職の補任をうけて封建領主となるのが多い。下司や公文の連中もある。此事實から考へると、歴史の進行は庄園が其の名義上の所有者や領有者〔≒庄園領主〕の手を離れて、固有の所有者や領有者⁽³⁶⁹⁾〔≒在地領主〕の手に歸屬して行く過程であつたとも云へる。

自ら自覚していた通り、牧は法制史学者でありながら、その研究の動機は、屢々「法制的であるよりも道徳的であつた⁽³⁷⁰⁾」。それ故に、封建制度の基礎にも、道徳的なものを、どこか要求する所があつたのではなからうか。

(368) 牧健二「庄園（莊園）における知行の本質統考」龍谷第5巻第1号（昭48）71頁。

(369) 牧・前掲注（107）893頁。

(370) 牧・前掲注（307）129頁。

第2節 「歴史のニウアンス」

昭和31年、「左右の全体主義から文化の自由を守ることを目的と」して日本文化フォーラムが設立されると、左翼革新運動に対抗する者が其の下に集った。⁽³⁷¹⁾フォーラム会長の英米法学者・高柳賢三は、「専ら範を外国に求め、日本伝来のものを一括して無視する傾向」に反対し、「あるものはアメリカに、あるものはソ連に、そしてその何かにもあき足りないものはアジア・アフリカブロックに、日本更生の原理を求め、われわれの内部のものをことさら否定する」風潮を嫌い、「独特の文化的伝統を生んだ日本人の活力」を再評価して、「その力によって、……日本の民主主義化を押しすすめると共に、その個性を活かしつつ世界の文化に寄与⁽³⁷²⁾」したい、との希望を表明していた。

この希望を実現する為の理論は、文化類型学であった。

文化類型学は、日本では西田直二郎等の文化史家や、昭和戦前期の京都学派が好んで論じた所である。京都学派の四天王の一人・高山岩男が述べる様に、「Die Kulturでなく Volkskulturenをどうするか」と云う問を立て、⁽³⁷³⁾西洋以外の「諸文化は発展してそこに至る途中の段階に停滞しているもの、という風の素朴極まる考え方」に「抗議」する点で、文化類型学は牧と問題関心を共有していた。現に牧も、「固有文化に対する自覚」を「深め」る為に、「高山岩男氏の「文化類型学」と」、これも類型学的な「長谷川如是閑氏の「日本的性格」」とを読むように薦めた事がある。⁽³⁷⁵⁾件の日本文化フォーラムにも、西田門下四天王の内、高山を除く3名が加わっていたから、討議の基調は文化類型論であって、それ故に牧が聞いても恐らく共感し得たであろう。

そうした文化類型学的の雰囲気の中では、石井良助は異端であった。彼も確かに日本民族の「復活のエネルギーというもの」が「大切」だと思えばこそ、フォーラムに加わったのであろう。しかし、石井は文化類型論には乗らず、討議に於いては

(371) 竹内洋・革新幻想の戦後史（上）（中央公論新社、平27）99頁以下。

(372) 高柳賢三「はしがき」日本文化フォーラム編・日本文化の伝統と変遷（新潮社、昭33）1頁。

(373) 高山岩男「田辺元（二）——種の論理」（昭38）同・京都哲学の回想——旧師旧友の追憶とわが思索の軌跡（燈影社、平7）28頁。

(374) 高山岩男「京都大学の講壇に立って」（昭56-57）同・前掲注（373）136頁。

(375) 「この際學生に読ませたい書物」革新第2巻第3号（昭14）231頁。

(376) 日本文化フォーラム編・前掲注（372）85頁（石井良助発言）。

他の参加者の類型論的発言を終始混ぜ返していたのである。例えば、江戸幕府が中央集権的だ、中世から近世、そして近代へと中央集権化が進捗したのだ、と云う論で纏まりそうになると、

石井 私は江戸時代の封建制度と中世の封建制度とを考えると、普通江戸時代の方が中央集権的で、鎌倉時代の方が分権的だというのですけれども、むしろあべこべで鎌倉時代の方が中央集権的だと思うのです。ただそれは、……日本全部が何も武家領になってしまったのじゃない。そのほかに公家領とか寺社領とかがあって、武家領はある部分だけに過ぎない。その部分について考えると、御成敗式目という法典みたいなものがありますけれども、ああいう法は、日本のすみずみまでちゃんと行渡っているのです。九州のすみの人もみんな幕府の裁判を受けるのです。幕府の裁判は鎌倉と六波羅探題、鎮西探題——京都、九州にあります——で、幕府の独自の裁判、また法によってなされていた。ただそれは範囲が狭い。日本全部じゃない。ところが江戸時代になりますと日本全国が封建化してしまった。そのために全国が武家領になった。武士が支配することになりましたけれども、そのかわり各藩が大体行政、司法、裁判全部まかされてしまって、やっているわけなのです。幕府はある限度で全国的な直接支配権を持っていたに過ぎない。ですからそういう点からいうと、江戸時代の⁽³⁷⁷⁾方がずっと分権的であるといえるのじゃないかと思うのです。

と、別の見方が成立する可能性を示した。その後の討議では、石井の混ぜ返しは無視され、日本は分権的イギリス型と言うより寧ろ中央集権的フランス（大陸）型に属する、と云う類型論的な論調が続く。しかし、石井は、そうした類型論に得心していなかった。

山場は、高柳との以下の問答である。

高柳 やっぱり権力と法の関係で、支配者、権力者というか、支配者の欲する

(377) 日本文化フォーラム編・前掲注 (372) 94頁。

ところが法だ、そういう格言がちょうどフランスのブルボン王朝時代には復活してきた。そして権力者の意思がすなわち法である。こういうのが支配的な思想になってきたのだが、それは大陸的な考え方で、イギリスは王様と神様と両方いうのです。だから法のもとに支配する支配者よりも、法の方が上になってくる。そこに本質的な違いがあるのじゃないか。徳川時代に非常に権力が強くなったことは事実だが、法なんかはやっぱりイギリス的でなく、フランス的に考えたのでしょうかね。そこらの点はどうなんでしょう。

石井 やっぱりイギリス的じゃないでしょうかね。

高柳 イギリス的じゃない。フランス的ですね。そうすると絶対権力というカテゴリーでやってもいいかもしれませんね。⁽³⁷⁸⁾

問答無用で切り捨てる位ならば、端から発言を振らなければよかったのであるが、それは措くとして、ここには法科派ならではの柔軟性が顕れている。確かに、嘗て三浦や牧が難じた如く、法科派は、歴史の大勢とか趨勢とかの認識には弱いかも知れない。しかし、だからこそ、そうした言語化の困難な代物を実体化して、自縄自縛に陥ったりしないのである。

これに対して、牧健二は、善悪につけ、歴史を大掴みする人だった。

彼は、法科派は「歴史のニウアンスと云ふべきもの〔を〕……大事にし」ないが、⁽³⁷⁹⁾「之を忘れた歴史は氣のぬけたビールの如きものだ」と言い、これに対して、「三浦周行博士を中心とする一種の一般史學的法制史、實は常識史學的法制史」⁽³⁸⁰⁾は、

歴史は云ふに云はれぬ味のこもつたもので、之を理解するには多くの研究をやつて深く考へるより外はない。口から耳へと傳へることの出来ないコツと云ふものがあるとするのである。概念化して法制を簡潔に表現するといふことは少いが、之が出来ないからといつて、それを已むを得ざる缺陷だとあきらめてゐたのではなく、さういふ様にしなくても法律の歴史は存在すると信じてゐる

(378) 日本文化フォーラム編・前掲注 (372) 99-100頁。

(379) 牧・前掲注 (91) 39-40頁。

(380) 牧・前掲注 (91) 37頁。

のである。私は此の観方の正当なことを認める。従來の一般史學的法制史は此の信念の上に立つ法制史であつた點に於て、その特色と存在の價値を有する⁽³⁸¹⁾

と言ひ、果ては「現代の術語で表現しようと努めても表現することの出来ない箇の概念や體系をも生ずる筈である」等と、それを言ったら凡そ學問は成立しなくなる様な事まで口にして憚らなかつた。⁽³⁸²⁾

思ひ返せば文治守護地頭論争に於ける牧の主張も、畢竟するに彼の信ずる歴史の「趨勢」理解に依拠しており、それ以上のものではなかつた。知行論争の如く、是非とも「現代の術語」で戦わねばならない所で、牧が支離滅裂に陥り、破れた理由のひとつは、概念化（言語化）に重きを置かぬ彼の態度にあつた様に思われる。

牧は、「デリケートな感覚に結びついた……西洋法学のするどい分析には適しない」かも知れない「礼俗のかおり」を、「法を裏づける」地盤として取上げた点で、⁽³⁸³⁾それを取上げる事の少なかつた法科派よりも確かに視野が広がつた。しかし、その対象を西洋法学以外のやり方で「分析」しなかつた点では、曲がり形にも分析していた法科派に比べて、一籌を輸していた。「牧の発想は、中世社会における法的事象をどのように概念化し理論づけるかという法学的な問題領域に踏み込むと、ともすれば困難をともなうことがあつた」⁽³⁸⁴⁾が、これは徒に近代法の用語を避けた所で何うにかなる問題ではなかつた。寧ろ、「中世の「法のようなもの」を、前後の時代の「法」「法学」（ないしその類似物）と連続した視野に捉え、差異を測定し推移を説明しえてこそ、それは學問的に有意義な観察となる」⁽³⁸⁵⁾のである。

（本研究はJSPS科研費19K01244の助成を受けた。）

(381) 牧・前掲注(91)40頁。

(382) 牧・前掲注(91)47頁。

(383) 牧健二「ジュオン・デ・ロングレイ教授著『多子』について」史林第49巻第4号（昭41）643-644頁。

(384) 新田一郎「牧健二」日本史大事典第6巻（平凡社、平6）269頁。

(385) 新田一郎「『日本法制史』の教科書を何を求めるか」法史第70号（令3）229頁。