

井上操著「大日本帝国憲法述義」について

石 尾 芳 久

緒言 第一章 国 初

一 「国初」について日本の国家成立の神話にあげているが、日本の神話に限定することなく、中国の国家成立の神話或はヨーロッパの国家成立の神話をあげて、国家成立の神話に関して比較研究的方法を示している。この方法には、日本神話の固有性のみを強調する「憲法義解」の立場とすこぶる異なるものがある。日本の国家成立の神話は皇室の神話に関しても、理性的方法を以て——世界の国初神話の普遍的形態の一環として——認識するということを明示しているのである。

二 井上操は、「理ヲ以テ論スレハ天下ハ天下ノ天下ニシテ云々」としながら、「然レトモ我日本ノ如キハ固トヨリ他ニ類例ナキモノ」として、万世一系の天皇制を認めている。この考察方法も、一般の理としては天下は天下の天下であるとしながら、その「一般」に対する「特殊」のケースとして日本の天皇制の固有性を論じているのである。

したがって、その固有性は一般の理に対する特殊現象として説かれている。それ故、一般の理——天下は天下の天下である——に原理的意味を認めているのであって、天皇制の固有性は、理においては、一般の理を無視したりそれをこえるものとして把握されているわけではない。あくまでも論理として一般と特殊、普遍と特殊の関係において説かれていることを看過すべきではない。

## 第二章 国本即チ邦国構成ノ元素

一 造物主の問題を扱っているが、「若シ造物主アリトセハ造物主ハ何ノ為メニアリ又造物主ハ何ニ因テ成リシヤ此等ハ総テ知ルヘカラス又強ヒテ知ルノ必要ナカルヘキナリ」としており、宗教的思考と法的思考というものを区別している。

二 「人ハ生レテ而シテ結婚シ結婚シテ而シテ嗣子ヲ挙ケ嗣子ヲ挙ケテ而シテ死スルハ是レ人ノ大道本法タルヘキモノナリ」ということをのべている。個人の一生の基本法則ともいうべきものをあげているのであって、造物主との関係を断絶するという思考方向を示している。

三 一国の元素として五倫五常をあげているが、「君臣ノ倫ハ国事ノ宜ヲ得ンカ為メニ生スルモノナリ而シテ君ハ首領ノ総称ニシテ臣ハ従属ノ総称ナリ共和国ノ大統領ノ如キモ亦是レ君ニシテ其人民ハ即チ之ニ対シテ臣属タリ或ハ帝トイヒ或ハ王トイヒ或ハ統領トイフ其名ヲ異ニスト雖モ其実ハ一ナリ」とのべている。注目すべきは、国家の宜しきを得るという目的のための方法として君臣の倫理関係が位置づけられているということである。君臣の倫理的関係は、したがって、すぐれた国家を構成する手段として考えられているのであって、この思考方法を法的思考へと貫徹

するならば、君主は國家の機関にすぎなくなる。ここに大統領・王・帝がいずれもその實質は同じであるという考え方、すなわち天皇制も大統領制或はその他の君主制と國家の機関、國家の最高機関たる意味においては全く同様であるという普遍的な、一般的な君主制のあり方が考察されていることが、明白となる。ただ、日本の場合には、革命を拒否するという特殊の天皇制が認められているにすぎない。普遍的な意味の君主制と特殊な意味の天皇制は、一般と特殊、普遍と特殊の關係において關係づけられていることからする論理的帰結である。

四 夫婦論について、「夫婦ハ一男一女ノ結社」であるという意味では、平等であるという点を指摘している。ただし、これはあくまでも國家構成の一元素たる意味において平等であるとしているのである。

### 第三章 君 臣 ノ 義

一 君臣の義についても、「東西古今異ナルコトナカルヘシ」としている。しかも、「天ノ君ヲ立ルハ民ノ為メニシテ君ノ為メニアラス豈天下ヲ以テ一身ヲ私スルヲ得ンヤ」としており、國民のために或は國民國家のために君主たるものはその存在の理由をもつ。政治の公的性格を強調する意味においてのみ君主制の存在の理由があり、必然的に法治國家・立憲君主制へと構想を展開する理論的理由がある。

二 井上操は十七條憲法について、この憲法が道徳的意味においてはであるが、すなわち礼法を基準としてではあるが、國家の道徳性或は大事の道徳性というものを重視しており、道徳國家の必然的なあり方として、道徳は万人に通ずる普遍的道徳でなければならぬが故に、「大事ハ独断スヘカラス」という如き立憲君主制の本質に關連する道徳的思考を示したものであり、その意味において立憲君主制の思考の原型を示している、としている。

第四章 憲法ノ由来

一 五箇条の誓文に憲法の根源を認めている。

二 ここにおいても、公私を区別し私を去り公につくということを最高の目的としている。そこで、「何ヲ公トイヒ何ヲ私トイヒ又何ヲ義トイヒ不義トイフヤ」という点について、それを決定する方法は「之ヲ公議輿論ニ問フノミ国会ハ即チ其方法ナリ」としている。その理由として、「右憲法ニ曰ク人皆有<sup>レ</sup>心。心各有<sup>レ</sup>執。彼是<sup>ヲ</sup>レ則我非<sup>ナリ</sup>。我是<sup>ヲ</sup>レ則彼非<sup>ナリ</sup>。我必非<sup>レ</sup>聖。彼必非<sup>レ</sup>愚。共是凡夫耳。」として十七条憲法に即しながら凡夫が私を去る方法として公議輿論、国会の制度を指示するという近代的解釈を導きだしている。とくに重要な点は、いずれも凡夫という性格を有している、つまりいずれの人間にも平均人たるの性格があるとしている点である。ただそれぞれの意見を異にするのであるから、私を去り公に就くためには、何らの特権を持たない凡夫、すなわち万人の集会において、何が公であり何が私であるかということを多数決を以て決定したらよい。その意味で公——国家の公的性格、政治の公的性格——と議會制の間には必然的な関係があるとされていることである。輿論の動向を感覺的に察知するのではなくして、平均人としての人間の理性に対応する制度としての議會制を設定するということを提起している点を重視すべきである。平均人たる人間は、議會における討議を尽すことによって、英知を創造することができるとする構想を認識し得るのである。

第五章 日本ニ特別ナル君臣ノ関係

一 特別な君臣の關係の前提として、純理より論ずれば天下は天下の天下である、という理論的基盤がある点に注目する必要がある。日本の天皇制の固有性ということも、この普遍的な天下の政治、あるべき政治との対応の關係においてのべられているのであって、その固有性を絶対視するものではない。

二 とくに天皇制は、國家の公的性格、合理的性格との必然的な關係を有する君主制として位置づけられているのであるから、國家の公權力の人民の私的權利に対する侵奪は原則として許されないものとして考えられている。井上操が明治四年の地券發行の問題を重視し、人民が田宅私有の權利を公認されたということを重視しているのは、人民の權利を無視した幕藩体制に対する鋭い批判の上に立った解釈を示すものである。

## 大日本帝國憲法

### 憲法發布勅語、告文、上諭

一 憲法發布勅語を憲法の精神を知る材料としてあげている。

二 「余ハ此述義ニ於テハ憲法ノ条章ヲ逐フテ其趣旨ヲ説述スルコトナシ是レ其事類ニ就テ其要領ヲ得ンコトヲ欲スレハナリ条章ヲ逐フテ説述スルハ細ニ以テ実ハ疎ナリ而シテ終ニ其要領ハ之ヲ得ル能ハサルニ至ル」井上操はこの「大日本帝國憲法述義」において始めて体系的解釈学に着手している。しかし、それに先行する条文の分析的解釈、実務的解釈をつみかさねる相当の期間があったことに注目すべきである。

## 第一章 憲法ノ解

一 國家法人説をとっていることよりして「大日本帝國憲法ハ即チ一大法人タル大日本帝國ヲ構成シ建立スル所以ノ法ナリ」とする。必然的に天皇機關説という考え方をとらざるを得ない。天皇もまた國家の機關であるという考え方をのべ、憲法は「此機關ト為リ其職務ヲ行フ所以ノ章程ヲ示ス」ものである。

二 憲法は國家機關の活動を規制するものである。そこに法治主義の本質があるとする。君主だけが人民を統治することはあり得ないとしていたのであって、幕府の專制主義支配に対する批判をふまえた天皇機關説「邦國ノ機關」の元首という立場を持っているのである。

## 第二章 天 皇

一 憲法第二条について、男帝女帝の問題を論じて女帝を認めない理由を「女は内、男は外」という常識的家族論に求めている。その他これに関する事柄として徴兵制、軍の將帥の問題を提起している。

二 摂政の問題について「英國ニテハ法律上國王ニ幼年ナシト推測シ佞令ト實際幼君タリト雖モ王位ニ登レハ則チ成年ナリトセリ然レトモ幼君ノ王位ニ即クトキハ議院ニテ摂政ヲ命シ幼君十八年ニ至ル迄ハ之ヲ補佐セシム」という事例をあげているが、比喩的ではあるが井上操の君主觀を示唆するものともいえよう。

三 憲法第三条に「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」とあるが、この神聖という点についてフランスでは、神聖不可侵であるけれども一八五二年の憲法においては君主に責任ありとしている。このことは、ナポレオン三世が共和制の

大統領であつたのが転じて皇帝になつたという事実にもとづく。しかし、欧州諸国でキリスト旧教を奉ずる国では君主は神聖不可侵とし、キリスト新教を奉ずる国では侮辱すべからずとしている。日本は神國の伝統よりして天皇神聖としているのであつて、侮辱することはできない。しかしながら、「我天皇ノ神聖ニシテ侵スヘカサルハ恰モ共和大統領ノ人民ニシテ責任ヲ負フト同一理ニシテ正ニ相表裏スルモノナリ」としている点は、極めて重要である。神聖と責任とが表裏の關係にあるという点では天皇は共和大統領と同じであるとする。したがつて、井上操の解釈によれば天皇の神聖不可侵ということは、天皇の法上無責任を意味するものではなく、責任を負う可能性があるということと表裏の關係にあるものとして把握されることになる。明治憲法の通説的解釈が天皇の神聖不可侵たることをもつて無責任たることを意味することとすこぶる異なるものがある。日本天皇の神聖は、キリスト旧教・新教から由来するのではなく、日本の固有の國體・神國の伝統から由来する。その点に違いはあるけれども、神聖不可侵と責任を負うということが表裏一体の關係にあるという点では、共和大統領と同一の理にもとづくのである。つまり、共和大統領の場合には人民に責任を負う。人民に対し最も重い責任を負うという意味において神聖であるが、日本の天皇は神聖であるということよりして必然的に人民に責任を負うというのである。「同一理」というのは、責任が先行するという意味の神聖であるか、神聖が先行するという意味の責任であるかの違いであるにすぎない、とするのである。天皇が神聖不可侵であるということと人民に責任を負うということが相表裏するものであるとしているのであるから、右述したように神聖不可侵ということは決して無責任たることを意味するものではなく、法上責任があるということとむしろ必然的の關係がある、と解釈していることは、極めて重要である。

### 第三章 三大権ノ分立

- 一 君主専制の国であっても一人で統治はできない。事実上の分掌という体制が専制主義の国家にも認められる。天皇は法上の意味で三大権を総攬するとしているのであるから、天皇の総攬そのものが法によって規制される、ということになる。「天皇ハ統治ノ権ヲ有シ三大権ヲ総攬セラルト雖モ之ヲ行フニ当テハ必ス憲法ノ定ル所ニ依ラレサルヘカラス」として、統治権の行使が憲法によって規制されるとするが、次にのべるように井上操の解釈は、統治権の行使と総攬とを峻別する立場にたつものであるから、このように嚴格に行使から峻別された総攬そのものも、限定された天皇大権とせざるを得ない。「統治権を総攬する者は、個々の具体的の場合に付統治権を行ふ」とする佐々木惣一氏の解釈（「我が国憲法の独自性」三二九頁以下）は、統治権の総攬と行使とを峻別するものではない。井上操の解釈においては、統治権総攬は統治権の行使と峻別されている。「故ニ之（統治権―石尾註）ヲ行フ者ハ立法官行法官裁判官ニシテ天皇ハ只之ヲ総攬セラル、ノミ立法権ト裁判権トヲ分別シテ且ツ各之ヲ独立セシメタルハ憲法中最大緊要部ニシテ未曾有ノ大典ト称スル所以モ他アルニアラサルナリ」と解釈し、「総攬セラルノミ」としている点は、統治権の行使との峻別を意味するものとして把握し得るであろう。したがって帝国議会の立法権について、憲法第五条にいう「協賛」の意味を普通の解釈では翼賛としているが、井上操の解釈では議会に立法権を分与する意味であるとしているのである。「協賛」が単なる翼賛ではなく立法権の分与を意味するならば、議会の立法権は強力となる。
- 二 三権の中で立法司法と行政権の三権分立を重視するのが伝統的な解釈であるけれども、井上は、立法権と裁判権とを分別して各々独立せしめたがこの憲法中の最大緊要部であって、未曾有の大典と称する理由もここにあると



している。この解釈は、如何なることを意味するか。我国は制定法の国であつて判例法の国でないという現状の認識から井上操の解釈は始まっている。制定法を重視する場合には立法権は専断に陥りやすい。三権分立の背後に行政権優位の動向がある場合には、専断的権力意思を立法として定立することは、容易である。帝国憲法において立法院によらないで立法の行われる分野は、はなはだ広い。恣意的立法の行われる分野は極めて多いといわなければならない。井上操は、恣意的立法を阻止する権限、立法の濫用を阻止する権限は裁判所のみにあるとする。そこに立法権と裁判権の分立をとくに重視する井上操の解釈の独自性がある。行政権優越を立法権よりも司法権をもつて阻止するという考え方なのである。

三 井上操は、ここで漸進主義ということについてのべている。「漸進ハ事物当然ノ順序ニシテ聖旨モ亦実ニ漸進ニ在リ、急進輕為ハ事物当然ノ順序ニ戻ルヲ以テ機ニ臨ミ変ニ応スルニ当テハ或ハ其効ナキニアラスト雖モ常ニ拠ルヘキノ順序ニアラス、急進ハ躓キ輕為ハ敗ル」急進と輕為を必然的に関係するものとして考察し、急進主義を批判している。これは何を意味するか。急進が「機ニ臨ミ変ニ応スルニ当テハ或ハ其効ナキニアラスト雖モ」発展の常道から認識すれば、軽忽な進歩、皮相の進歩に陥りやすいという欠点を有するからである。真実の進歩、事物の根源からの進歩は、漸進主義によって達せられることが一般的であるとしているのである。

#### 第四章 立 法 権

##### 第一款 天 皇

一 立法権は天皇にあるけれども、議会の「協賛」の権限もまた立法権の分与を意味するということよりして、天

皇の発議による法案の提出があるとしても、議会がそれとは異なる法案を提出することによって協賛しない場合があり得ることを示峻しているという点に注目すべきである。

二 「発議ノ権ハ天皇ニ在リト雖モ尚ホ裁可ヲ要ス況ンヤ帝國議會モ亦立案ノ権アルニ於テヤヤ天皇發議セラル、所ナリト雖モ帝國議會決議ノ結果ニ依リ發議ノ趣旨ト大ニ異ナルコトアルヘシ」という井上操の解釈は重要である。この解釈は、議会の立法権が天皇大権に対する翼賛ということに尽きるのではなくして、議会が立法に関する固有の権限を有していたとすることが明白となる。ここにもまた、天皇と議会との立法権に関する分与の關係の本質をみることができる。

## 第二款 帝國議會

一 「仏國憲法ニテハ發議ノ権ヲ与ヘス故ニ立法議院ハ政府ノ提出シタル法律案ニ付其全部ヲ否決スルカ又ハ其幾分ヲ否決シテ其余分可決スルニ止マリ敢テ修正スルコトヲ得ス」ということは当時のフランス憲法において議会は、事実上の意味においては政府の提出した法案を可決せざるを得ない事情があるということをのべているのである。ところが「我憲法第三十八條ニハ明ニ法律案ヲ提出スルコトヲ得トアルノミナラス議院法第二十九條ニモ修正ノ動議ヲ發スル云々トアレハ帝國議會カ修正案ヲ提出スルコトヲ得ルヤ知ルヘキナリ」とあるので、帝國憲法は、仏國憲法の議会よりもはるかに強力な立法の権限を有していると解釈している。これは、その後の帝國憲法の解釈において、天皇大権の立法府によらざる立法の作用までも含む統裁にその特色を認めることが通例であり、立法権に関する天皇と議会の競合的關係を含む立法権の分与の権限を明確に帝國憲法の特色として認めようとしないうという解釈に固定してしまったことと大きく相違するところがある。井上操が「我政体ヤ、立憲政体トイハンヨリ寧ロ自由政体トイフヘキ

モノアリ」としているのは、立法権について天皇大権との協同の権限を議会に認めていると解釈し得るとしていることによる。すなわち、天皇大権を法のもとにおくという立憲政体日本の政体を限定するのではなくして、議会の立法権には天皇の立法権の発動を修正し得るような強力な権限があると解釈することにより自由政体であるといつてもよいとなしたのである。

## 第五章 行 政 権

### 第一款 天 皇

一 勅令というものの概念を嚴格に解釈しようとする。勅令の目的は、法律を執行するため又は公共の安寧秩序を保持し臣民の幸福を増進するため、と解するが、前者は法律を変更することができないが、後者については「法律ヲ以テ規定スル所ノ事ニ付勅令ヲ以テ規定スル所ノ事如何其区域判然セサルモノノ如シ」としている。この批判は、行政権に対する立法権優位の体制を意味するものとして憲法を解釈しようとしていることを示す。自由政体を基本とする憲法であるという解釈より必然的に帰結する。後年のアカデミズムの行政権優位の体制を基本とする解釈と異なるものがある。

二 勅令に罰則を付することに対して嚴格な関心をもち「仏国ニテハ勅令ニ二種アリ純然タル行政権ヲ以テ発スルモノ即チ特ニ法律ノ委任ヲ受ケスシテ皇帝ノ行法権内ニ於テ発スルモノト法律ノ委任ヲ受ケ法律ノ明文ニ基キテ発スルモノトノ別アリ行法権内ニ於テ発スル勅令ニハ別ニ制裁ヲ設ケテ其違反者ヲ罰スルコトナシ」となし、それに対し我國の勅令には「死刑ニ処スルノ罰例」があるとする。「然レトモ若シ其命令ニシテ今後如此キ嚴刑ヲ設ルヲ得ルコ

トトセハ法律ト勅令トノ差別ハ全ク無効ニ帰スルナルヘシ故ニ余ハ切望ス勅令違反者ヲ罰スルノ程度如何ヲ昭示セラレシコトヲ或曰ク爾後ハ勅令ヲ以テ臣民ヲ罰スルヲ得ス若シ之ヲ罰スレハ憲法ニ違反スルモノナリ憲法第二十三条ニ日本臣民ハ法律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問処罰ヲ受クルコトナシトアリ故ニ勅令ヲ以テ刑ヲ定メ罪ヲ問フコトヲ得サルヤ明ナリ」と解釈し刑を定め罪を問う勅令は憲法違反でありそのような勅令の濫発によって、臣民の権利義務は、「水泡画餅」に帰する恐れがあると指摘している点は、勅令の本質に関する洞察を示すものである。

## 第二款 國務大臣及ヒ秘密顧問

一 國務大臣の責任の問題について、天皇に対して負うものであって帝國議會に対して負うものではない、という憲法義務の解釈と同一の解釈をなす。

二 ただし、國務大臣の責任について、井上操は、「各大臣ノ犯罪ハ其重罪ニ係ルトキハ治罪法第八十三条ニ依リ高等法院ニ於テ管轄スト雖モ其輕罪違警罪ニ係ルトキハ輕罪裁判所違警罪裁判所ニ於テ管轄シ常人ノ犯罪ト異ナルコトナシ又高等法院ハ司法大臣ノ奏請ニ因リ上裁ヲ以テ開クト雖モ明治十六年十二月二十八日第四十九号布告ニ依リ高等法院ヲ開カサルトキハ通常裁判所ニ於テ裁判スルコトヲ得故ニ必シモ高等法院ノ管轄タルニアラス又治罪法第八十三条ニハ勅任官ノ犯シタル重罪トアルヲ以テ大臣ノ犯シタル重罪ニ限ラス総テ勅任官ノ重罪ハ皆高等法院ノ管轄スル所タリ」という重大な解釈をなしている。勅任官の重罪ということは当然に政府閣僚の職務上の犯罪を意味することになり、國務大臣の職務上の犯罪を重罪とし、その責任を法上の意味の責任として訴追し得ることになる。周知の如く帝國憲法においては、議會の國政調査権に関し証人の喚問等が拒否されていることよりして、議會が國務大臣の責

任を訴追することは、極めて困難となっている。井上操がこの問題について、治罪法の規定にもとづき、高等法院において國務大臣の犯した重罪を訴追し得ると解釈したことは、右の如き帝國憲法の國政調査權の根本的欠陥をこえるものとして、重要な指摘をなしたものと考えられるのである。治罪法第八十三条には「高等法院ニ於テハ刑法第二編第一章第二章ニ記載シタル重罪ヲ裁判ス又皇族ノ犯シタル重罪及ヒ禁錮ノ刑ニ該ル可キ輕罪ヲ裁判ス又勅任官ノ犯シタル重罪ヲ裁判ス前二項ニ記載シタル者ノ正犯及ヒ從犯ハ身分ノ如何ヲ問ハス其院ニ於テ之ヲ裁判ス」とある。この「勅任官ノ犯シタル重罪」に國務大臣の犯罪が含まれることは、右述した如くである。なお右条文になした井上操の解釈について注目すべきは、「身分ノ如何ヲ問ハス」とある点について「法文ニ身分ノ如何ニ拘ラストアレハ軍人軍屬モ高等法院ニテ管轄スヘキナリ」と解していることである。これによれば高等法院は國務大臣の犯罪に対してのみならず軍人軍屬の犯罪についてもその管轄が及ぶことになる。後年の軍閥の台頭を思う時、治罪法八十二条及び帝國憲法の國務大臣の責任とその犯罪についてなした井上操の解釈が極めて注目すべきものであることは、明白であろう。

治罪法第八十四条には「高等法院ハ司法卿ノ奏請ニ因リ上裁ヲ以テ之ヲ開ク其裁判ス可キ事件及ヒ開院ス可キ場所モ亦上裁ヲ以テ之ヲ定ム」とある。司法卿の奏請と天皇の裁可によって高等法院が開廷されるのであるから、司法卿の権限はすこぶる強大であるといわなければならない。井上操のかかる解釈がボアソナードの教育を通じてのイギリス法、フランス法の思想にもとづくことは、第三共和政の高等法院について、山口俊夫氏が「大統領は職務上の行為につき、原則として民事、刑事、かつ政治上の免責を受けるが、彼の大逆罪 (crime de haute trahison) と、他方、政府閣僚の職務上の犯罪につき裁判するため、高等法院の組織が設けられたのは、第三共和政下であり (一八七五年二月二四日憲法法律九条、および同年七月十六日憲法法律十二条)、イギリスの制度に倣って、國民議會が弾劾機關

となり、元老院が裁判機関となる制度であった。」とのべられている(「概説フランス法上」一九九頁) ことによつても明白であろう。(政府閣僚の職務上の犯罪が高等法院の管轄である点が重要である。) ただし議会の國務大臣の責任と犯罪に対する弾劾権が弱体であっても、なお高等法院をもつてたたかい得るとなした点及び高等法院の管轄に軍人軍属の犯罪をも属せしめた点に、井上操の解釈の独自性があり、藩閥から軍閥へ転移する趨勢を看取するところがあつたであろう。この井上操の「憲法述義」が明治二十二年五月、帝國憲法制定後三ヶ月にして公刊されている。(「憲法述義」の序には「余嘗テ東京ニ在リ明治法律学校ニ於テ明治十九年一月以来日本行政法ヲ講スルニ当リ古来ノ律法ト当時ノ法令トヲ參酌シ憲法中ニ入ルヘキモノヲ集メテ之ヲ説述シ又大阪ニ在テハ関西法律学校ニ於テ明治二十一年十月以来日本行政法ヲ講シ更ニ憲法中ニ入ルヘキモノヲ集メテ之ヲ説述シタリ明治二十二年二月憲法ノ發布セラル、ニ及ヒ嘗テ二学校ニ於テ説述セシ所ト対照スルニ彼此相吻合シ其所説中直チニ採テ憲法ノ註解ト為スヘキモノ多シ、仍テ之ヲ集メテ更ニ訂正増補シ名ケテ憲法述義トイヒ後学ノ士ニ頒ツ後学ノ士依テ憲法ノ一斑ヲ知ルヲ得ハ幸甚」とある。)

三 國務大臣の職務との行為につき能う限り免責措置を講じていた帝國憲法の起草者にとつて、治罪法の高等法院の規定が看過される筈はなかつた。明治二十年五月にドイツ人オットー・ルドルフが原案の作成を委嘱され、一八七七年のドイツ国裁判所組織法を模範として起草した。ドイツ人のレスラー、モッセ、フランス人のポアソナード、イギリス人のカークウッド等がこれに協力したといわれるが、ポアソナードの協力は名目的なものにすぎなかつたのはなからうか。右草案は、「裁判所構成法」の草案として確定され、明治二十三年二月八日法律第六号として公布され、同年十一月一日施行された。注意すべきはこの裁判所構成法において治罪法の高等法院が廃止されその権限が

大審院の特別権限とされていることである。

裁判所構成法の制定をうけて明治刑訴が、明治二十三年十月七日公布されている。帝国憲法の制定と符節を合するような裁判所構成法の制定、いわゆる明治刑訴の制定について、従来帝国憲法との関連が指摘されながらも、帝国憲法の如何なる問題との関連であるが、明らかにされるところがなかった。しかし、右述したところによって明白であるように帝国憲法の國務大臣の責任と治罪法の高等法院との関係が憲法起草者にとって黙止することのできない問題として把握されていたのである。治罪法の高等法院を廃止し、その権限を大審院の特別権限にしたというが、國務大臣の犯罪を包括するところの治罪法高等法院の「勅任官ノ犯シタル犯罪」は削除されているのである。すなわち裁判所構成法第五十条第二項によれば「第一審ニシテ終審トシテ刑法第二編第一章及第二章ニ掲ケタル重罪竝ニ皇族ノ犯シタル罪ニシテ禁錮又ハ更ニ重キ刑ニ処スヘキモノ、予審及裁判」とあり、治罪法の「勅任官ノ犯シタル重罪」が抹消されていることは、明白である。この点こそ帝国憲法との関連において治罪法が廃止され、裁判所構成法と明治刑訴とが帝国憲法制定と符節を合するように制定された原因の一つをなすものであったと考えられるのである。

四 総理大臣について、井上操は、憲法には総理大臣に関する規定がないとしており、内閣にも詳細な規定が存しないとしていなければならないけれども、内閣が重要な国家機関であることは論をまたざるところであるとしている。そして、「太政官諸職ヲ廃シ内閣ヲ以テ宰臣會議御前ニ事ヲ奏スルノ所トシ万機ノ政専ラ簡捷敏活ヲ主ト」するとしているが、簡捷敏活ということとは、「全局ノ平衡ヲ保持シ以テ各部ノ統一ヲ得セシム」という意味であって、これこそ天皇親裁の体制であり立憲の主義であるとする。(明治十八年十二月太政大臣の奏議並に同月二十三日の詔勅にもとづく解釈である)。「簡捷敏活」という概念は、内閣が実践的にしてしかも各部署の平衡を保持しうるような能力のある国家

の中心機関たることを意味するのであって、単なる簡略の体制という意味ではない。それ故井上操は、「内閣ハ太政官ノ一変シタルモノニシテ、内閣総理大臣ハ太政大臣ニ当ルモノナリ」という解釈をしている。通常の解釈によれば、内閣はむしろ太政官よりも劣位の地位にあり、内閣総理大臣の権限は太政大臣に比較してはなほだ弱体であるということであるけれども、内閣総理大臣をして太政大臣に匹敵するものと解釈している点は、内閣に国家の中心機関たる意味を名実共に付与せんとしているのである。天皇大権とならびうるような強力な執政官が指導する合議体の存在こそ、立憲主義の根本をなすもの、と考察していたのである。それ故、枢密院については、行政立法に関する天皇の顧問にすぎないものであって施政に干渉することができないとしているのは「然レトモ素ト行政立法ニ関スル天皇ノ顧問ニ外ナラサルヲ以テ施政ニ干与スルコトヲ得ス」、内閣制度に国家の中心機関たる意味を認めようとする構想よりして当然の見解であって、枢密院に天皇と内閣の間に介在する余地を能う限り制限しようとしたのである。しかし事實はこれに反し、内閣はきわめて弱体なものとして位置づけられ、枢密院が天皇と内閣の間に介在し、軍閥の抬頭の有力な誘因となったことは、周知の事實である。

## 第六章 司 法 権

一 日本の歴史に於て司法権の独立はかつて認められないところであった。むしろ行政官の専横を免がれることができなかつた体制であり、その典型は徳川氏の時にあるとしている。徳川幕藩体制においては行政優越の体制——行政官が官制の基本であり、その兼務の一部門として裁判事務があつたにすぎないことを批判している。このような批判の上にたつて司法権の地位を考察しているのである。それ故、司法権の独立は行政官の拘束からの解放であるとい



う点をとくに強調した理由が存する。井上操は、「已ニ司法権ハ独立シテ行政官ノ檢束ヲ受クルコトナク且ツ天皇ノ名ニ於テ之ヲ行フカ故ニ従前ハ行政裁判ニ属スルモノハ裁判言渡案ヲ作り司法省ノ旨ヲ受ケ太政官又ハ内閣ノ裁令ヲ經テ宣旨シタリシト雖モ憲法実施後ハ如此キコナカルヘシ(明治七年司法省第二十四号達明治十五年司法省丁第十五号達)何トナレハ天皇ノ名ニ於テ之ヲ行フニ及ヒテハ内閣司法省等ノ指令ヲ受クヘカサレハナリ」とのべている。

二 行政権から解放された裁判の特質は法廷闘争にあると考えていたのであり——「裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス——、この法廷闘争こそ司法権の独立の効果であるとしたのである。井上操は、裁判の密行こそ重大な弊害を伴うものとし「其害ニアリ一ハ仮令ヒ公平正当ノ処置ヲ為スモ世人ヲシテ疑念ヲ抱カシムルノ害アリ、一ハ密行スレハ或ハ怠慢或ハ輕忽或ハ不正ノ処置ヲ為スニ至ルノ害アリ其極私心ヲ以テ強嚇詐言ヲ施シ終ニ拷問法ヲモ用フルニ至ルヘシ」と解釈している。井上操の解釈によれば公開主義に反する裁判制度こそ拷問を可能にするものであった。「拷問ト密行トハ亦相離ルヘカラサルモノナルヘシ公行スレハ拷問ハ人情ニ於テ用フヘカラス密行スレハ仮令ヒ法律ニハ之ヲ禁スルモ尚ホ或ハ之ヲ用フルニ至ルナリ」とのべているのは、このことを明確に示している。

## 第七章 臣民權利義務

一 井上操は、「臣民ハ即チ国人ニシテ一國ヲ構成スル所以ノモノナリ」と解釈する。臣民の本質を「国人」という概念に認めようとしていることに注目するを要する。臣民ということは通常天皇の臣民、臣下ということであるが、国人は国家の構成要素たる人民のことをいう。すなわち天皇の臣下たる意味よりも国家の構成要素たる人民の意義を強調しているのである。

二 権利に關しては、自然法上の権利を基本として考えようとしている点に注目するを要する。この点と關係して、法律の本質を政府と人民との規約にありとする契約思想を基本として法律を考えようとしている点にも注目するを要する。「法律ハ政府ト人民トノ規約ニシテ双方ノ承諾ヲ以テ成リタルモノナリ之ヲ承諾シタル者ハ一己ノ意思ヲ以テ犯スコトヲ得ス」とくに帝國憲法の解釈ではほとんど問題とされていぬ明治四年八月二十八日の穢多非人解放令を重視していることは注目に値する。穢多非人の「其賤辱スルノ甚シキ以テ人類ト為サス而シテ其事タル因襲ノ久シキカ故ニ今日ニ在テモ尚ホ其陋習ヲ脱セサル、モノ如シ」としている。このことは法律上の解放から事実上の解放への過程が容易なものではなく、その前途に極めて困難な問題があるということを示唆している。とくに一般の民衆が官吏華族等上位にある者に対しては平等権を主張するが、下位にある者に対してはなお新平民と稱して賤辱するのとべているのは、あたかもJ・S・ミルが平等について、人間にとってひき下げる平等は容易であるけれどもひき上げる平等は困難であり、ひき上げる平等こそ其の平等であるといったことの重要性を示唆するものがある。井上操は、欧米人についてもなお日本と同じ傾向——民族差別「東洋人等ヲ目シテ野蠻ト為シ大ニ之ヲ輕侮セリ」——があるということ指摘している。このような困難な問題に關し井上は、「只吾人ハ自ら慎ミ自ら戒メテ此平等此自由ノ道理ヲ自ら実行スルヲ務ムヘキノミ自ら己レヲ修ムルノ急ニシテ未タ他ヲ咎メ他ヲ責ムルノ暇アラサルヘキナリ」とのべている。すなわち穢多非人の根本的解放の問題は、まず自己自身の内面の良心の問題から出発すべきであるとのべている。いたずらに先を急いで他者をとがめ他者を責めるといふ方法によるべきではない。自己自身の内面の良心にもとづく人間の絶対的平等の思想を出発点とすべきであるといふのである。そこに自ら慎み自ら戒めるといふこの本義がある。この点は平等の問題を他者に対する同情、あわれみといったことではなくして、賤辱されている人々の苦

しみを自己の苦しみとする——そのような意味における自己の内面の良心から湧出する平等の思想を解放の確固たるよりどころとなそうとしているのであって、そのような良心から湧出する平等の思想にもとづく連帯、解放の関心こそ真の意味の解放の推進力の一つであるとのべていると解し得るのである。一見形而上学的解釈に終っているようであるけれども、賤辱された人々に対する平等の共感ということの困難さを深く自覚しており、そのような困難さを伴う平等の問題が存在するという事に真正面から取りくもうとしているのであり、それは或る意味では極めて実践的な方法でもあったということを見逃すべきではない。この時期、官僚主義の思考が外面的平等のみしか考察しようとしなかった状況において、自らの慎み、自らの戒め、すなわち良心の問題として——内面的平等の問題として差別の問題を把握していることは、それが真の意味の実践の推進力となる思想であるという意味において重要である。

三 次に井上は独自の自由論を展開している。一つには、我国で自由ということがとくに問題とならなかったのは、暴君汚吏の極端なものが存在しなかったことと、それに関連して孔孟の仁義忠孝の教えを守り暴虐の行動に出ることを君主官僚の側も慎んだということが、とくに自由を強調する理由を形成するに至らなかったとのべている。しかしこれは、おそらくは支配団体の内部、すなわち武家社会の内部に限って思考していることによると考えられる。武家と主君との間には幕藩体制の主従制があったけれども、それは主従契約といった契約的性格をもつものではなかった。しかしなお倫理的な意味の人格的つながりというものを基本とするものであって、武士社会の上下関係にはそのような倫理的関係からするところの相互の抑止が働いていたということによって、ことさらに自由の意味を強調する必要はないとしているのである。しかしながら、これは武士の自由の問題であって人民の自由の問題でない。武士を含む支配団体と人民との関係に於ては、徳川幕藩体制において人民には一切の自由は存在しなかったということを井上操

自身が指摘している。「幕府ノ当時ニ付テイヘハ生殺与奪ノ権利ハ幕府カ之ヲ有シタルノミナラス家長モ亦生殺与奪ノ権ヲ有シタルカ如キ形状ニシテ実ニ各人ノ自由ハ法律ノ保護ナキ者トイフモ可ナリ」とのべているのである。井上操は、このような人民を奴隷視する幕藩体制の権力の性格こそ幕府の自滅の原因であるとした。

四 明治五年十月二日第二百九十五号布告、芸娼妓解放令、人身売買の禁令について、私の契約をもって自身の自由を束縛すべきでないとしている。

五 信教の自由について、信教の外面性と内面性を区別し、信教の内面性の自由ということは決して束縛することはできない。これは法律によって拘束することが不可能な問題であるとのべている。更に注目すべきは、異端の問題を提起しているという点である。「内部信教ノ自由ハ決シテ之ヲ束縛スルヲ得ス故ニ異端邪説ヲ信スルモ亦其人ノ自由ニ在リ況ンヤ異端タリ邪説タル所以モ亦能ク之ヲ別ツヘカラサルニ於テヲヤ」幕藩体制下においては、異端という問題は権力によって指定された異端であった。人民は何ら疑うことなく権力の指定する異端とする傾向があった。ここに思想の自由を抹殺する動向があり、幕府自滅の原因はここにもあったのである。井上操が異端について、何が異端であるかということ深く考える必要がある、何が異端であるかということの識別がきわめて困難であるということの問題としていることは、思想の問題について権力の作為によりパニック的状况がおこりやすい我国において、極めて重要な問題提起であるといわなければなるまい。井上操は「明治ニ至リテモ現ニ切支丹宗信仰ノ為メニ処分ヲ受ケタル者長崎近傍浦上村人民ノ如キハ四千余人ノ多キニ」達した事実を指摘する。維新政府は当初信教の自由を回復する意図をもたなかった。すなわち外面的な官僚制的改革をもって近代国家形成の路線としたのである。井上操は、これらのキリスト教徒は品行徳業においてかえって優等の者があるという事実を指摘し「實際ニ徴シテ禁止ス

「キ道理アルヲ見ス」としている。むしろ信教の自由は、政治と宗教、法と宗教の分離を基本として考えたらよいのであって、宗教は一に人民の帰依するところに放任したらよいとべているのである。

ただし井上操がキリスト教は仏教の一派であるという心情を吐露している点は注目するを要するのであって、或は宗教一般の特質よりしてこのように考えたのか、それとも仏教の中にキリスト教と相通するものがあると解することによってこのように考えたのか。そのような問題を残している。彼は充実した裁判官活動と教育、著作活動をなしつつある時、病のため不遇の晩年を郷里ですごしたのであるが、彼を最も慕っている関西法律学校第一回の卒業生にして和仏法律学校の卒業生でもある武田宣英は、「風樹の記」の中で井上操が晩年において仏教信仰への思索を深めていたということを証言している。当時の法律家が深い宗教的情操を有していたという側面をあらわすものである。

六 言論の自由について「言論ハ人ノ志操ヲ述フルモノニシテ素トヨリ自由」であるべきであるとしている。人の志操という点に注目していることは、重要である。言論は人間の志操を表現する、しかも倫理的な性格の人間の志操ということは誰も制約することはできない。自然法上の言論の自由を志操という考え方で理解していることは、すなわち人間の志操の高邁さの無限の可能性という方向で理解しようとしていることは、言論の自由の名において低俗に流れやすい風潮に鋭く対立する思想をあらわしている。

七 出版の自由については「一ハ天下ノ公益ノ害シ一ハ一人ノ私益ヲ害スル」という点に即してこれを拘束し得るとする。

八 集会結社については、「仏国ニ於テハ二十一人以上法律上ノ集会トシ其目的ノ何タルニ論ナク皆集会条例ノ規則ニ従ハシムルコト」となっているが、日本では人数をもって規制せず、政談を目的とするか否かという目的による規

制を考えている。すなわち政治に関する集会については規制するが、私事の集会は規制しない。何故政談を目的とする集会の規制を認めたか。この点は、井上操の進歩について漸進主義を本質とするという見解にもとづくと考えられる。政談論議という集会に臨席できない人をあげると「陸海軍人常備予備後備ノ名籍ニ在ル者警察官官立公立私立学校ノ教員生徒農業工芸ノ見習生ニシテ此種ノ人員ハ其集会ニ臨ミ其結社ニ加入スルコトヲ得サルナリ而シテ法律カ此種ノ人ニ限り特ニ之ヲ禁止シタル所以ノ主旨ハ明瞭ナラサルモノアリ」としている。ただし、軍人に関する限りは明瞭であると考えている。「軍人ノ如キハ常ニ長官ノ命令ニ服従スヘキモノニシテ若シ之ニ違犯スルコトアラハ為メニ軍紀ヲ紊シ護国ノ用ヲ為サ、ルヘシ然ルニ若シ政談演説等ヲ聴クトキハ漫ニ自由ヲ唱ヘ或ハ長官ノ命ニ従ハス或ハ軍紀ヲ守ラサルカ如キノ恐レアルニ依ルナルヘシ」として軍人が政談演説等をきくことにより軍紀をみだすということをきわめて慎むべき問題であるとしている。このことは、後に軍閥の抬頭の時期、軍人が政治に生半可な認識をもつて介入し国家改造を暴力的に企図したという事実をみても、兵政分離主義に関する井上操の慎重な解釈の重要性を看取し得るであろう。自由政体の眞の敵は、自由民権運動ではなくして藩閥から軍閥への支配権力の転換の動向にあることについて洞察を示しているのである。

それ故井上操の帝国憲法解釈について、家永三郎氏は、明治憲法の制定直後の解釈に明治初年以來の開明主義がこの時においてもまだ濃厚にその余勢をとどめていたという一般的前提に立ちながらも「官権偏重の色彩濃厚と評せられるを免れないものがある」と論断されたことは（「日本近代憲法思想史研究」一二二頁以下）、右述した叙述によって明白であるように、軽率の感があるといわざるを得ないのである。

〔本論文は、文部省科学研究費（一般研究C・課題番号五九五二〇〇〇六）の助成をうけた研究の成果の一部である。〕