

恩赦令の成立経緯

佐々木 高 雄

- 1 はじめに
- 2 旧刑法の改正努力
- 3 大権論争
- 4 明治40年刑法の制定
- 5 恩赦制度の勅令化
- 6 むすびにかえて

1 はじめに⁽¹⁾

明治憲法⁽²⁾が制定・施行されると、それに応じて、周辺の法制度が整備されていく。しかし、それが順調に進んだわけでない点を無視できない。治罪法⁽³⁾は、議会開設にわずかに先んじ、刑事訴訟法⁽⁴⁾に衣替えしたが、「旧刑法」⁽⁵⁾の改正は、憲法施行後、17年を費やす難産であった。

刑法改正案は、第1回帝国議会で提出されたものの、審議未了廃案！政府は、「大法典の全部改正を一議会で為そうとする計画の杜撰さ」を知らされ、「刑法改正審査委員会」などを設置して、より慎重な作業を重ねざるをえなかった。

本稿では、——明治憲法制定以降の——こうした刑法典の改正作業において、当初、法案に盛られていた恩赦条項が削られ、「恩赦令」という形で定められるに至った経緯を明らかにしようと思う。

むろん、恩赦制度の構築過程自体を解明したいという興味も小さくない

が、この勅令化の流れの中に、天皇大権が過度に強調され、議会の権限が侵蝕されていく「破局への動き」を垣間見ることができるからでもある。

2 旧刑法の改正努力

法律取調委員会⁽⁶⁾が起草し、第1回帝国議会に提出された刑法改正案は、「明治23年案」(4編414条)と呼ばれる。同案は、箕作麟祥司法次官によって、趣旨説明がなされた。そこに、維新後の刑事法の変遷が略述されているので、本稿で扱う時期への助走として、概観しておこう。

維新後、明治元年に假律を定め、翌年、新律編纂ノ命令が発され、明治3年12月に編纂されたのが「新律綱領」であります。これは、《古大寶ノ令ノ古律、徳川氏ノ舊制、或ハ明清等ノ律令等ヲ參酌致シタルモノデアリマスカラ、當時ニ於キマシテハ随分結構ナル法律ト云フ名ヲ得マシテ御坐リマス》

ところが、時世に応じきれず、明治6年に「改定律令」が公布されました。その後、《職制律逃亡律ト云フモノヲ廢シマシタリ、梟首ノ刑ヲ廢シタリ致シ、或ハ罪ヲ斷ズルニ口供甘結ニ依ルト云フ法ヲ改メテ、毎年少々ツ、姑息ノ改正ヲ加ヘテ創ヲ療スコトガ出来マシタ》

明治9年、司法省内に「刑法編纂委員」会を設け、《從來ノ律令ト歐米諸國ノ法律トヲ折衷シテ新法典ヲ起草セシメ》、明治10年11月、草案が完成、明治13年、元老院の議に付し、同年7月に公布、明治15年1月1日から施行したのが、《今日マデ行ハレテ居ル刑法〔=旧刑法〕デアリマス》。

《現行刑法ハ、新律綱領改定律令等ニ比較スレバ、固ヨリ餘程完全ナモノデアリマス、ケレドモ併シナガラ其ノ刑法ノ草案ノ成リマシタノハ、今ヲ距ルコト十有餘年前デアリマスカラシテ……立憲政体ニナリ

マシタ所デハ、どうシテモ……不都合ナ點……ガアリマス》。例えば、徒刑と懲役、あるいは流刑と禁獄というように分けてありますが、《徒刑流刑ヲ島地デ施行スルト云フコトハ、今日ノ實際ニ到底不便ナコトデアリマス》し、刑法の用語も、簡単すぎ、法文が《廣漠……タルコトガアリマス……新規ノ法律ニナツテカラハ、正條ガナケレバ罰スルコトガ出來ナイト云フ原則ヲ採用シテアル以上ハ、餘程文字ノ用キ方ニ注意シナケレバナリマセヌ》。

このように、さまざまな不都合が生じていますので、修正しなければならなくなりました⁽⁷⁾。

こうした触れ込みではあったが、法案は、議決に至らず、廃案に朽ちた。

この事態を重く見て、「刑法改正審査委員会」（委員長＝三好退蔵・司法省総務局長）が設置される⁽⁸⁾。委員会は、週1～2回のペースで開かれたり、長い休止期間を挟んだりしながら、4年を費やして、明治28（1895）年、2編318条の改正案を纏めた（2-5f.）。これを「明治28年案」と呼ぶが、横田国臣（三好退蔵の後任の民刑局長）の主導のもとに起草されたため、「横田案」とも称されるらしい（2-9）。

「明治28年案」は、旧刑法のほか、外国（ドイツ・フィンランド・ハンガリー・イタリア・オーストリー・ベルギー・フランス・オランダの8箇国）の刑法あるいはその草案を参照しながら、逐条的に意見交換して起草されている（2-9）。例えば、本稿のテーマ＝恩赦については、それを刑法典に規定することの是非から始め、徹底した検討がなされた様子を伺える。

《第一説 刑法ニハ刑ヲ規定ス可キモノニシテ刑ニアラサルモノハ之ヲ掲ク可キモノニアラス……

第二説 大赦特赦ハ固ヨリ刑ニアラスト雖モ 刑ノ消滅原因タル以上ハ 之ヲ刑法中ニ掲クルモ何ノ不可カ之アラン……

第三説 大赦特赦ハ 天皇ノ大權ニ依テ之ヲ與ヘラルヘキモノナレ

ハ 其效力如何モ亦大權ヲ以テ勅令ノ上ニテモ 之ヲ規定セラ
ル、ハ格別ナレトモ 他ノ法律等ニ於テ之ヲ規定スルハ 大權ヲ
制限スルモノト謂ハサルヲ得ス 故ニ刑法中ニ 大赦特赦ノ效力
ハ之ヲ掲ク可キモノニアラス 但シ大赦特赦ノ手續ハ此限ニアラ
スト

第四説 大赦特赦ハ一ノ執行ノ手續ナリ 故ニ刑法中ニ掲クヘキモ
ノニアラスシテ 刑事訴訟法中へ規定スヘキモノナリト》(2-83)

結局、第2説が採られたが、この段階で、天皇大権を意識した第3説(論
者不詳)が主張されている事実には、注意したい。

明治28年案中の恩赦条項は、次のとおりである。

《第一編 總則ノ第二章 刑例ノ第5節 大赦、特赦、減刑及ヒ復權
第45條 大赦ハ 裁判言渡ノ效力ヲ全減ス 但 既ニ徴收シタル罰
金、科料及ヒ沒收シタル物件ニ付テハ 其 返還ヲ求ムルコトヲ
得ス
第46條 特赦ハ刑ノ執行ヲ免除シ 減刑ハ 其 執行ヲ減輕ス
第47條 復權ハ 將來ノ公權ヲ復シ 當然 監視ヲ免除ス》(2-138)

なお、明治28年案中の恩赦条項と、その後の30年案・33年案・34年案・
35年案(16帝国議会用)・35年案(17帝国議会用)中のそれとの異同は、摘
記した初条但書が、34年案以降、削除されていることのほかには、条数の
変動にとどまるので、掲載を省く⁽⁹⁾。また、復権については、次のように、
旧刑法第63條および第65條⁽¹⁰⁾を受け継がない旨、決定された。

《第63條ヲ削除シタルモノハ 復權ハ何年ヲ經過セサレハ 之ヲ許サ
スト規定スルカ如キハ 即チ大權ニ制限ヲ附スルモノニシテ 之ヲ許
スト許サ、ルトハ 全ク大權ノ意一ニ存シ 又其年限ヲ問ハサルモノ

ナレハナリ……

第65條ヲ削除シタルモノハ 復權ノ勅裁ニ出テサルヘカラサルハ勿論ニシテ 既ニ憲法第16條ノ明文アリ 該條ノ全ク必要ナキニ因ルナリ》(2-85)

こうした天皇大権の特別視は、「民法出テ、忠孝亡フ」というスローガンが示しているように、法典論争における延期派の完勝(明治25年11月)が、「お雇い外国人」への鬱屈したコンプレックスなどを背景に、民族主義に活躍の場を与え、特殊日本の原理として、大権重視の風潮を強めていった帰結であるように思われる。

司法大臣は、大審院や検事局に、「明治28年案」に対する意見を徴した。また、創設されたばかりの「日本弁護士協会」からは、刑法改正に対する意見を具申させるよう求められたので、司法省では2編322条に整理しなおした刑法草案を刊行するとともに、弁護士会の申し入れに応じた。なお、この改正案は「明治30年案」と呼ばれる(2-9)。

弁護士会では、「刑法草案調査委員」として、磯部四郎・江木衷・菊池武夫・三好退蔵・花井卓蔵・鳩山和夫・元田肇ら、22名を選んで同案を検討した(2-9)が、特には菊池氏に注目すべきである。同氏は、後出の穂積八束と、法典論争の延期派として、共に闘った間柄であるし、恩赦制度の法律規定化に関わる重要な発言を残している。そればかりか、明治40年刑法の法案起草委員を務めた人物だからである。その人物像を記しておく。

嘉永7(1854)年、後の岩手県に生まれ、明治45(1912)年歿。米国・ボストン大学に第一回文部省留学生として官費留学して帰国後、学界(東京大学講師/英吉利法律学校の創設に加わり、その後身たる東京法学院および中央大学の院長・学長を多年にわたって務める)・官界(司法省勤務/各種法典編纂事業に関与)など、多方面で活躍した。弁護士(東京弁護士会会長を務める)。貴族院議員。なお、穏やかな性格で、人望

が厚かったことも伝えられている⁽¹¹⁾。

なお、「明治30年案」は、旧刑法における四編構成（総則・公益ニ関スル重罪及ヒ軽罪・私益ニ関スル重罪及ヒ軽罪・違警罪）を、二編仕立て（総則・罪名）に改め、条文数も旧刑法の430条から322条へと思い切った縮減を図り、《その内容からみて、現行刑法（1907年公布・1908年施行）の原型をなすものといえる。》（2-10）

司法省ではこの改正案の即時議会提出を検討した様子だが、《弁護士会などの刑法改正反対の動きや、刑事訴訟法改正案の作成が遅れていたこともあって、政府は議会提出を見合せ……再編された法典調査会第三部〔以下「法典調査会」と略す。〕の調査・審議に委ねることにした。》⁽¹²⁾

法典調査会では「何を原案とするか」、つまり旧刑法の部分改正にとどめるか、それとも全部改正とするか、が問題になり、《法典調査会総裁山県有朋に対し……要請し》て、刑法連合会が開催され、激しい議論の末、「明治30年案」を原案とすることが議決された。（2-10f.）

その後も法典調査会では、適宜、連合会の審議を求めながら、作業を進め、2編308条から成る「明治33年案」を起草した。同案の特徴として、本稿の立場からは「第一編 総則／第二章 刑例」の第三節（第33條～第36條）として、「刑ノ執行猶豫制度」が盛り込まれたことを挙げなければならない（2-471f.）。その新設理由は、次のように説かれている。

《刑法ノ目的ハ犯罪ヲ防遏スルニ在》るが、同時に、罪を犯せば、必ず罰せられる、との観念の維持も、また、その目的に属する。

ところが、罪を犯すに至る事情は、さまざまで、すべての犯人が極悪人だと決めつけることはできず、「たまたま罪を犯してしまった」というような者まで、画一化して、《假借スル所ナク悪人ト共ニ牢獄ニ投シテ顧ミル所ナキトキハ 則チ良民モ亦 悪人ノ爲メニ犯罪ノ教授ヲ受ケテ 而シテ忽チ不良ノ性ヲ養成スルニ至ル》ものである。

そのため、「短期ノ自由刑」を受けた者の処遇には、殊のほか慎重な配慮が求められ、その者たちには、《牢獄ニ投スルコトナク……懲戒ノ目的ヲ達スルノ方法ヲ講スルニ如クハナシ》

《其方法ハ則チ刑ノ執行ノ猶豫ニアリ 此方法ニ因レハ 一方ニ於テ……犯罪必罰ノ趣旨ニ背カス 他ノ一方ニ於テ……犯人ヲシテ善行ニ遷^{うつ}ラシムル》のだから、刑法の二つの目的に適う。

これが「刑の執行猶予」制度の導入を提案した理由である（2-509f.）。

法典調査会では、「明治33年案」に、さらに修正を加えて、2編300条から成る刑法改正案を作成し、政府がこれを第15回帝国議会に提出する（明治34年案）。しかし、弁護士会や法律学校が「一般的な議論の欠如」などを理由に猛烈な刑法改正反対運動を展開し、貴衆両院議員にも働きかけ、また審議未了で会期を終えることになった（3-I-10f, 14）。

《法典調査会第三部では、全国の裁判所、検事局および弁護士会から寄せられたこの刑法改正案に対する意見ならびに貴族院刑法改正案特別委員会における議論をも参考にして、改正作業を進めた結果、1901年11月に「刑法再整理案」を作成し……さらにこの「刑法再整理案」をもとに、修正を加え整理して2編299条からなる刑法改正案》を作成するに至った。これを「明治35年案（16帝国議会用）」と呼ぶ（4-3）。

政府は、この改正案を第16回帝国議会に提出した。貴族院本会議ならびに刑法改正案《特別委員会では、菊池武夫・三好退蔵・名村泰蔵ら改正反対派の委員と、倉富勇三郎・古賀廉造・石渡敏一ら政府委員ならびに富井政章ら改正賛成派の委員との間で激しい議論がたたかわされた。》（4-6）

第16回帝国議会・貴族院・刑法改正案特別委員会については、菊池発言に注目すべきである。

《○菊池武夫君 ……第四十二條ニ付テ 伺ヒタイデ アリマスガ 「大赦ハ 裁判言渡ノ效力ヲ 全減ス」ト云フコトデ、マダ 其裁判

言渡ニ至ラス場合ハ ドウスルカ

○政府委員(石渡敏一君) 裁判ニ至ラス前ハ 刑法ノ關スル所デ 無クシテ 刑事訴訟法ノ部類ニ 來ルト 思ヒマス……

○菊池武夫君 サウスルト 大赦〔について〕……言ハバ 半分ダ ケノ定義〔=規定〕ヲ與ヘテ置クノデスカ⁽¹³⁾

また、次のようにも説く。

《○菊池武夫君 ……此 第六章……ニ ゴザイマスノハ、總テ裁判 言渡後ノコトガ書イテアル……然ルニ……大赦ト云フモノノ效果ハ 單リ 裁判ノ效力ヲ全減スルト 云フバカリデナシニ、又 其 裁判 所ノ事件トシテ現レル所ノ 犯罪行爲モ、總テ不問ニ置カレル結果ガ アルノデ アリマスカラ、大赦ト云フモノハ 效果ヲ法律デ現ス以上 ハ、ドウカ 其 全部ヲ現スヤウナ場所ニ 之ヲ規定スルノガ 適當 デハ アルマイカト思フ、……成ルベクハ 此 大赦ニ關スル規定ハ 矢張り一緒ニ 起訴前ニ係ルモノモ、判決後ニ係ルモノモ、斯様ナモノニナル ト云フ意味ヲ示シ得ル所ニ規定スルガ 便利デアラウト思フ、既ニ……其 類ノ規定ノゴザイマスル所ノ 刑事訴訟法ノ方ニ 一緒ニ規定セラル、ガ 餘程 便利デアラウト思ハレル、旁々 第六章ニ規定シテアリマスル事柄ハ 寧ロ刑法カラハ除イテ置イテ 一緒ニ 此 刑事訴訟法ニ規定セラル、ノガ 適當デハナイカト 私ハ考ヘルノデ、ソコデ 先ヅ 此 第六章ハ 刑法カラ削除シタイト云フ 希望デ ゴザイマス》⁽¹⁴⁾

菊池による「恩赦条項の、刑法典からの削除」要請は、「恩赦制度の、刑法と刑事訴訟法への分散規定に対する反対」という「立法上の美学」とでも謂う観点によるのであり、後の穂積八束的・国粹主義の大権観に拠るものとは、別の理由に基づくが、「削除」という点で共通し、同条項が明

治40年案から除かれる際の「何らかの協力関係」をもつに至ったのではないかと思われる⁽¹⁵⁾。

ところで、その穂積は、第16回帝国議会・貴族院本会議において、「刑の執行猶予制度」の導入に反対した。

ここに提出された刑法改正案には、皇室に対する罪や度を越した寛刑化など、さまざまな不備がある。そのため、とりあえず、草案から刑の執行猶予制度を規定した第1編第4章を削除すべきだと提案する。

と言っても、刑の執行猶予制度自体について、全面的に反対する、という趣旨ではない。前の第15回帝国議会用草案では、猶予期間満了後の効果について、刑の言渡を無にする旨、規定していたが、今回の案では、刑が執行されなくなると規定する。こうした変更は、制度の本質に関する理解や方針が定まっていないことを示す証拠にほかならない。

現下の欧州諸国には、この制度の導入を検討している国もあるし、すでに採用した国もある様子。わが国もそうした流れに、前向きに対応するつもりなら、制度を、いきなり刑法典に組み込まず、まずは単行法として制定して運用し、データを集め、それに基づいて、本格的な導入の是非を判断するのも一考だと思われる。

また、この制度の導入にあたっては、恩赦制度の存在を想起すべきである。つまり、罪を犯したら、一定の罰を受けるのが、原則だが、ときに犯人に同情せざるをえない「特別の事情を抱えたケース」もある。そのため、憲法は第16条で恩赦制度を規定し、天皇の大権に頼り、刑の減免ばかりか、「刑の宣告」を全減させる途を拓いたはず。

また、改正案には、仮出獄制度も盛り込まれ、行政処分として、拘留を言い渡された者までを対象に、その刑を免除しようとする。謂うまでもなく、拘留は、刑罰であり、天皇には、大赦特赦減刑等の大権があり、《總テノ囚人ニ對シテ 其執行ヲ免除スル》ことができるの

だから、《法律ヲ小刻ミ》して、拘留刑に服している者のみを対象とした制度を導入すれば、「軽い刑には、恩赦大権が及ばない」かの疑義を生みかねない。

要するに、恩赦制度が存するのだから、第1編第4章は無用であり、削除すべきである⁽¹⁶⁾。

この削除提案は、あえなく否決された。しかも、草案自体が、貴族院通過後、衆議院で審議未了・廃案になったので、穂積演説は、徒労に終わった感を拭えない。

《法典調査会第三部は、第16回帝国議会の議論をもとに……修正を加え整理して》2編298条からなる「刑法改正案」(明治35年案・17帝国議会用)を作成し、それが1902年(明治35年)12月28日、第17回帝国議会に提出されたものの、《貴族院本会議において刑法改正案の第一読会が開かれた当日に衆議院が解散となったため、刑法改正案はまたしても議会を通過することができなかったのである。》(5-10)

3 大権論争

穂積・憲法上ノ赦免大権

穂積は、貴族院演説(前出)の反応にもどかしさを憶えたのか、それから1年近く経った明治36(1903)年1月、「法學新報」第13巻第1号に「憲法上ノ赦免大権ト新刑法案ノ刑ノ執行ノ猶豫及免除」を寄稿し、議会演説より天皇大権の特質を強調した導入反対論を展開する。

天皇は、憲法第1条および第4条の規定により《統治權ノ全部ヲ總攬ス》るが、第1章には、さらに大権事項が列記されている。(前掲「法學新報」、p.2。以下、本節では、ページ数のみを表記する)

「この両者間に重複なし」と捉えるなら、《列記アルモノハ 之ヲ大權專屬ノ事項ト爲スノ義タル 明カナリ》。

換言すれば、《立憲制ノ精神》として、同章は、大權事項と立法事項の棲み分けを規定する。《裁判言渡ヲ受ケタル者ニ對シ刑ノ執行ヲ免除スルハ 憲法第十六條(特赦)ニ依リ 大權專屬ノ事項ニ屬ス》「赦免權」なのだから、それを、「刑ノ執行猶豫」と呼んで、法律事項であるかに装い、裁判所の管轄下に置こうとする刑法改正案は、大權事項を侵蝕する。(p.1)

《君主ハ條約ヲ締結ス〔憲法第13条〕ト云フトキハ 凡テ外國ニ對スル約束ハ大權專屬ノ事項タルヲ意味スルカ如ク 君主ハ赦免ノ權ヲ行フト云フトキハ 凡テ刑ノ赦免ハ君主ノ大權ヲ以テ 之ヲ行フコトヲ意味スル》ものであり、裁判所は「處罰權」を行使できるにすぎない。(p.2f.)

また、刑法改正案(第36条)は、仮処分制度の導入をも計画する。しかし、《拘留ノ刑ニ處セラレタル者ハ 情狀ニ因リ 何時ニテモ行政處分ヲ以テ 其 執行ヲ免除スルコトヲ得セシム》旨の規定は、《大權ノ 憲法上ノ自由ヲ制限スルノ 違法ノ規定タラン》。《大權ノ行使ノ方式形式ハ 宜シク大權ノ命令ヲ以テ 之ヲ定》めなければならぬ。(p.4)

なお、改正案(第1編第7章)に認められる「刑ノ減免」は、処罰の程度に関する規定であるから、刑法に盛り込むことに問題はないし、ある国の採る《裁判言渡カ或ル條件ニ係リテ效力ヲ發生ス》る「条件付裁判」制度なら——《頗ル變則的ノ制度ニシテ 果シテ之ヲ採用スヘキヤ否ハ問題ニ屬ス》が、——裁判確定の一方法だと捉えることができ、赦免大權とぶつからない。(p.5f.)

もし、どうしても《犯罪及犯罪者ノ種類情狀ニ因リ 刑ノ執行ヲ猶豫シ免除スルコト》が必要だと考えるなら、《司法裁判所ノ刑ノ宣言ニ對シ 赦免大權ヲ以テ 或期間 或事實ヲ條件トシテ 其刑ノ執行

ヲ猶豫シ 其條件充實スルトキハ 之ヲ免除スル》条件付恩赦として、実施すればよいのである。(p.7)

穂積・①大権ノ特立／②憲法ノ精神／③皇族講話會講義

「刑ノ執行猶予」条項の導入に反対するまでの「穂積の大権観」を、ここに整理しておきたい。というのも、議会演説とその文章化の論文＝「憲法上ノ赦免大権……」では、大権は「刑ノ執行猶予」との関わりに特化して論じられているため、論者の大権観全体を俯瞰することが難しいからである。

①「大権ノ特立」(「國家學會雜誌」第137号、明治31(1898)年7月、後に『論文集』に収録、pp.436-441)、②「憲法ノ精神」(「明義」第1巻第1号～第3号、明治33(1900)年4月～6月、後に『論文集』に収録、pp.507-539)および③『皇族講話會に於ける「帝國憲法講義」』(明治34(1901)～35年の講義を、明治45年に出版)の三点を概括して、「憲法上ノ赦免大権……」に欠けた側面を補足しておこう。

①「大権ノ特立」では、《日本憲法ノ特質ハ大権ノ特立ニ在リ。》(前掲「國家學會雜誌」、p.721。以下、本項では、ページ数のみを表記する)との認識の下に、大権事項の排他性を前面に出して、《憲法カ 特ニ或種ノ政務ヲ以テ大権ニ專屬スト掲ケタルモノハ 此等ノ事項ニ關シテハ 議會ノ干渉ヲ容レス 其議權ノ外ニ在ルコトヲ明劃シタルニ外ナラサルナリ。》(p.723)と強調する。

なぜ、こうした強調に至ったのか。その原因は、この論文執筆の直前、つまり明治31(1898)年6月の——日清戦争後の軍備増強を目的とした——増税案＝地租増徴案に対する議会の反対に、政府が停会・解散で応じたために生じた混乱を鎮める意図にあったように思われる。

①の「まとめ」を目的とした最終第5パラグラフは、《公平ノ柄ヲ執リ 司直ノ責務ヲ全ウセント欲スル法理學者ハ 世論紛々ノ間ニ處シ 冷淡ナル頭腦ヲ以テ 衆議ノ囂々ごうごうヲ觀過スルノ宏量ヲ有シ 靜思熟慮以テ 憲法

ノ神聖ト威嚴トヲ擁護スルノ覺悟ナカルヘカラス。若シ公正ナル學者ニシテ 俗衆ニ混シ 政策一時ノ便否ノ爲ニ 憲法ノ大義ヲ紛更スルカ如キコトアラハ 啻ニ 個人ノ汚辱ナルノミナラス 延テ學問ノ獨立ト威信トヲ損スルノ結果アルヲ免レサルヘシ。》と、唐突に「世情の混乱に巻き込まれない学者の冷静さ」を求め、《憲法ヲ擁護スルヲ念トスル者ハ 政機一時ノ情勢ノ爲ニ 万世ヲ期スルノ大憲ノ法理ヲ曲解スルコトヲ許ササルナリ。》とか、《一時ノ情勢ヲ觀テ狼狽シ 憲法ノ大義ヲ犠牲ニシテ 姑息ノ安ヲ尋ルカ如キハ 斷シテ學者ノ與セサル所タリ。》と説き、「わが国の大権」が、ベルギー流の議会制とは異なる旨、確認して結んでいる。(p. 725f.)

穂積の論理は、相手や状況に応じて変わる。この論文では、大権擁護のために、《此ノ〔大権の〕大義ヲ滅失スレハ我國躰ハ民主主義ニ歸シ君主ハ世襲ノ大統領タルニ止ラン。》と、大統領に「負の刻印」を捺した。(p. 721)

ところが、②「憲法ノ精神」では、《立法權ハ大權事項ヲ規定スルコトヲ許サス 大權ハ立法事項ヲ規定スルコトヲ許サス 大權ト立法權トハ憲法ノ下ニ各固有ノ權域ヲ專有シ 相侵サス 兩々併存シテ輕重ナシ 憲法ハ二者ノ上ニ在リテ權力ノ濫用ヲ防止ス》と述べて、わが国憲法の特徴を「大権事項と立法事項の棲み分け」だと整理するものの、欧州の議会制にそれが優ることを説く段に至ると、《若大權ノ特立ヲ失フコトアラハ 立憲君主政體ハ 變シテ大臣專制若ハ議院專制ト爲ラン》(前掲『論文集』、p. 526。以下、本項では、ページ数のみを表記する)となり、《米國ノ内閣大臣ハ大統領ノ信任ニ由リテノミ進退シ 議院ノ信任ニ由リテ進退セス 故ニ大統領ノ特權ハ國會ノ權力ノ外ニ特立シ 政策ノ施行ニ於テ 其干涉ヲ免ルルコトヲ得ルナリ。英白ノ君主ハ既ニ大臣任免ノ權ヲ失フ 故ニ其實權ハ遠ク北米共和ノ統領ニ及ハサルハ言ヲ待タス 全然虚器ヲ擁スルニ過キサルナリ。》(p. 527)となる。

要するに、穂積は、法典論争に大きな影響を与えた「民法出テ、忠孝亡フ」(「法學新報」第5号、明治24(1891)年8月)が象徴するように、稀代の

アジテーターとして「大権」をも扱い、しばしば利那的な論理を展開する。穂積のこうした特質は、論理の一貫性に欠けるものとして、学界では不評であっても、その著作を体系的に読むわけではなく、大権の強化・拡大を求める人々の耳には、頼もしく響き、徐々に力を増し、社会を動かしていたのではなかったか。

穂積の「目先の問題処理に徹する態度」は、③『皇族講話會に於ける「帝國憲法講義」』では、「全能ノ君主」との表現が頻出することから、察しうるように、立憲政体について、憲法は《全能ノ君主ガ定メラレタル所ノ規則デゴザイマスカラ 憲法ノアル以上ハ 又其規則ニ依ツテ事ヲ處スルノデゴザイマス。》と、「学者らしい制度観」を説きながら、天皇の自律を強調し、《立法ノコト 國會ノ議決ヲ經ベシトシ 裁判ノコトハ獨立裁判所ニ任ズルト 憲法ニ定メラレタル以上ハ……ソレガ全能ノ主權者ノ命ル所所デゴザイマスカラ ソレニ依リテ行フコトハ 少シモ君主ノ全能タル所以ヲ 妨ゲヌノデゴザイマス。》と説く。(前掲『講義』、p.34f.)

にもかかわらず、穂積は、美濃部の「大権事項に、議會を関与させるか否かは、君主の自由」という「君主の自律権」論に理解を示さない。こうした穂積の態度は、御都合主義という印象を与えてしまうだろう。

美濃部・教ヲ穂積博士ニ請フ

美濃部達吉は、穂積の、前掲「憲法上ノ赦免大権…」に触発されて筆を執る。しかし、《博士カ『大権ノ特立』ヲ論セラレタルハ 余ノ手許ニ有スル所ヲ以テハ 國家學會雜誌第百三十七号ニ掲ケラレタル論文ヲ以テ 最モ詳密ナリトス。》と「大権ノ特立」を直接の攻撃目標に設定、「君主ノ大権ヲ論シテ教ヲ穂積博士ニ請フ」(「法學新報」第13巻第2号、明治36(1903)年2月)を執筆し、穂積を論難した。(前掲、p.27。以下、本節では、ページ数のみを表記する)

美濃部は、穂積の「執行猶豫条項導入反対論」について、《所説ノ要旨ハ憲法上ノ大権事項ハ議會ノ容喙ヲ許サス、特赦權ハ憲法上ノ大権ニ屬ス、

法律ヲ以テ之カ規定ヲ設クルハ大權ヲ侵害スルモノナリト云フニ在リ。》と整理し、この論文を契機にして、《抑憲法第一章ノ諸條ニ於テ、君主ノ大權ニ屬スヘキコトヲ規定シタル事項ハ専ラ君主ノ獨裁ニ屬スヘキ事項ニシテ、議會ハ之ニ協賛スルノ權ナシトスル》所見に懐き続けてきた「竊ひそかな疑い」を、正面から穂積にぶつけている。(p.26f.)

美濃部は、穂積の所見を三点に整理し、順次、論駁する。まず、穂積が、《我國ノ憲法ハ……法律ノ上ニ在リ、而シテ憲法改正ノ發議權ハ之ヲ大權ニ留保シ議會ノ發議ヲ許》さないが、そこにこそ「大權特立ノ精神」が示されている、と説く点を探り上げ、その範囲には同意しつつも、《何カ故ニ憲法第一章ニ列記シタル所謂大權事項カ議會ノ協賛ヲ許サルノ證據ト爲スコトヲ得ルカ》と、短絡した論理展開に反発、大權事項と法律事項との間にある大きな差から《直ニ所謂大權事項カ議會ノ權限外ニ在リト云フハ》不当だ、と攻撃する⁽¹⁷⁾。(p.27f.)

美濃部は、次に、穂積が、《憲法ハ既ニ君主カ統治權ノ全般ヲ總攬スルコトヲ規定ス、而シテ更ニ統治權作用ノ數項目ヲ擧ケテ大權ニ屬スルコトヲ定ムルハ、此等ノ事項ニ付テハ議會ノ干涉ヲ許サスト爲スノ趣意ナリ、若シ然ラストセハ、此等ノ規定ハ全ク無用ノ規定タルヘキコト》と、主張した点を探り上げ、《憲法第一條第四條ハ唯國家組織ノ……大原則タル所ヲ定メタルニ過キス。其大原則ヨリ生スル項目中 特ニ重要ナルモノヲ取りテ、更ニ之ヲ明示スルハ 決シテ怪シムニ足ラス、又必スシモ重複無用ノ規定ト云フコトヲ得ス。》と捉え、《憲法第一條ニ於テ 日本帝國ハ天皇之ヲ統治スト云ヒ、第四條ニ於テ 更ニ天皇ハ統治權ヲ總攬スト云ヘルハ、明ニ亦重複規定ナルニ非スヤ。》と、論駁する。(p.30f.)

さらに、美濃部は、穂積の国粹主義に対して、《憲法第一章ノ規定ノ如キハ決シテ我憲法ニ特有ナル事例ニ非ス。多數ノ獨逸諸國……ノ憲法ニハ我憲法第四條ノ如キ明文アリ ……而シテ又……特ニ數個ノ事項ヲ擧ケテ君主ノ權限ニ屬スルコトヲ規定セリ。然カモ此等ノ事項カ法律ヲ以テ、規定スルヲ妨ケサルコトハ學者ノ普ネク一致スル所タリ。何故ニ獨リ我憲法

ニ於テ之ト同一ノ規定カ、議會ノ協賛ヲ排斥スルノ意思ヲ推測セシムルニ足ルカ。》と攻撃、《立法權既ニ大權ノ一部タリ》との点を見落としている旨を指摘し、《法律ハ議會カ之ヲ定ムルニ非ス、天皇ト議會トカ共同シテ之ヲ定ムルニモ非ス、議會ノ協賛ヲ經テ天皇カ之ヲ定ムルナリ。》と主張する。(p.31)

美濃部は、三点目として、穂積が《我帝國議會ハ憲法ニ依リテ授與セラレタル以外ノ權限ヲ有セス 議會ハ法律及ヒ豫算ノ議定ノ外ニ 憲法上ノ權限ナシ》と論じた点を探り上げ、《然レトモ憲法ハ議會ニ與フルニ、法律ニ協賛スルノ權限ヲ以テセリ。而シテ法律ヲ以テ定メ得ヘキ事項ニ付テハ、憲法ハ憲法及ヒ皇室典範ニ牴觸スルコトヲ許ササル外、何等ノ制限ヲ明言セス。》と説く。(p.27f.)

そのうえで、美濃部は、穂積が《『大權ノ特立』ニシテ失ハルレハ『我國體ハ民主主義ニ歸シ君主ハ世襲ノ大統領タルニ止ラン』ト言》った点を突き、《余ハ如何ニ思考スルモ……大權事項ヲ、法律ヲ以テ規定シ得ヘシト爲スコトカ、何故ニ民主主義タルノ結果ヲ生スルヤヲ考フルコト能ハス。……博士ノ論ノ如クンハ 立法權ヲ以テ君主ノ大權ニ屬セスト爲スモノナルヲ以テ 博士ノ論コソ、却テ民主主義ニ近キノ結果ニ至ランヲ恐ルル者ナリ。》と、矛先を緩めない。(p.32f.)

《議會ノ停會ヲ命スルハ天皇ノ大權ニ屬ス。而シテ議院法第三十三條⁽¹⁸⁾ハ停會ノ日限ヲ十五日以内ニ限レリ。是レ豈ニ法律ヲ以テ大權ヲ制限セルモノニ非スヤ。》と——《議院法ハ議會開設前ノ法律⁽¹⁹⁾である旨、断りつつも——大權事項の法律規定化例を紹介する。(p.33)

官制大權も同様だとしたうえで、《抑 憲法ハ我國歴史ノ産物ニ非ス、憲法以前ニ於ケル我國ノ歴史ハ嘗テ國民ノ參政權ヲ認メタルコトナシ。我國ノ憲法ハ専ラ摸範ヲ歐洲近世ノ憲法ニ取りタルナリ。》そのため、《明白ナル反對ノ根據アラサル限りハ、歐洲近代ノ立憲制ニ共通ナル思想ハ 亦我憲法ノ取りタル所ナリト認メサル可カラス。》と、極端な国粹主義的の発想を批判した。(p.35)

穂積・美濃部大學教授ノ論說ニ付テ

美濃部の論難に対し、穂積が「法學協會雜誌」第21卷第3号(明治36(1903)年3月)において、反論した。

自分は、先に《刑ノ赦免權ヲ法律ヲ以テ裁判所ニ行ハシムルハ憲法第十六條ノ趣旨ニ觸ル、コトナキカノ疑議ヲ論述シタ》(前掲、p.369。以下、本節では、ページ数のみを表記する)ところ、美濃部が論難した。自分は、本誌の原稿締切間際にそれに接し、十分な反論を試みる時間がなかったため、とりあえず、論点だけを整理しておき、《他日詳細ナル意見ヲ述ベ 更ニ教授ノ教ヲ乞フ》ことにしたい、と穂積は「完璧な反論ではない」旨、断わっている⁽²⁰⁾。(p.372)

穂積は、《〔美濃部〕教授ガ予ノ論旨ニ反對セラル、ノ立脚ノ要點ハ、法律ハ憲法ニ違反セザル限りハ何事ニテモ之ヲ規定スルコトヲ得ベシ、故ニ大權事項(赦免大權)ハ立法ノ自由ノ範圍ニ在リト云フニ歸着スルガ如シ。》と整理しているが、下線を付した二箇所、「何事ニテモ」とか、「立法ノ自由ノ範圍ニ在リ」との極端な語句を用いて、バラフレーズしている事実を見落とすべきではない。(p.370)

美濃部の「憲法と皇室典範に反しない限り、法律で規定できる」旨の主張から、留保を除き、「何事ニテモ」と概括することにより、美濃部が杜撰な攻撃を仕掛けたかの誤解が容易く生じてしまうし、「立法ノ自由ノ範圍ニ在リ」という言い回しも、無制約に法律規定化が可能であるかの誤解を生みかねない。

こうした不適切な「論点整理」には、注意しなければならない。例えば条約について、「締結そのもの」は、明治憲法第13条が明文規定化した大権事項にほかならないが、その締結や批准の手續を法律で規定することに問題などない旨を、美濃部は説いているはずである。また、「恩赦を、いつ・どのように実施するか」は「議会の関与し得ない大権事項」だが、恩赦制度の構築を、法律で行うことまで、禁じているわけではない、と美濃部は、主張しているはずである。

それに応ずるかに、穂積も、ここでは、《特赦トカ、條約トカ、法律トカ、陸海軍トカ、ノ如キ事物其者ハ固ヨリ大權事項ニハ非ラズ。特赦ヲ命ジ、條約ヲ締結シ、法律ヲ裁可シ、陸海軍ヲ指揮スルコトカ大權ノ事項タルナリ。特赦ニ關シ、條約ニ關シ、法律ニ關シ、陸海軍ニ關シ、法律ヲ以テ種々ノ規定ヲ設クルハ固ヨリ妨ゲザルハ言ヲ待タス。》と、留保を示す。(p.371)

しかし、穂積は、目の前の相手を打ち負かすことにのめり込むため——所見の全体像を確認せず——不用意な記述を残すことが少なくない。まさに、ここがそれにあたる。穂積の終局的な主張は、「大権事項を、いっさい法律で規定してはならない」というものであり、手続についてすら、勅令化を求めている。

面白いことに、美濃部は、穂積の「矛盾を孕んだ主張」を一般化・抽象化したうえで、論駁する。穂積は、そこにヒントを得たかに、「自らの主張に含まれるはずの、その他の問題」へと論点を転じていくため、また「筆の滑り」が発生する。

穂積も、議会演説では、明治35年案中の刑の執行猶予条項について、大権の一＝赦免権の侵害だと反対したにすぎない。つまり、同法案には、恩赦条項も存し、問題を一般化して捉えれば、「恩赦と大権との関係」は、当然——「刑の執行猶予」については、それを恩赦と同じに受けとめてよいのか、との前提が争われているほどなのだから、単に「同種の問題」と謂うにとまらず——「刑の執行猶予以上の問題」のはずなのだが、穂積は、それには、まったく触れない。

ところが、「大権事項を法律で規定してはいけない」との主張を、「大権事項は、勅令で規定しなければならない」と、軸足を変えると、次には、「恩赦を、法律で規定してはならない」と展開する。

こうした「一見したときには、別テーマであるかの印象を与える所論」も、落ち着いて眺めれば、「謂わんとしていることは、同一のはず」なので、美濃部が「纏めたときにはっきりする矛盾」を突くのだが、穂積は、

それぞれの所見で、「これがすべて」と謂わんばかりに——他とは、無関係に——相手の全滅を目指した激しい論理を展開する。その結果、先行する著作との間に齟齬が生じても、穂積は、おかまいなし、手当など行わない。

また、《〔美濃部〕教授ノ引證セラルル外國ノ憲法及其説明ハ極テ有益ナル參考ノ材料タリ。……然レドモ外國ノ事例ハ直接ニ我憲法ヲ解釋スルノ終決ノ判定ト爲スコトヲ得ズ 貴重ナル參考ノ資材トシテ之ヲ視ルノミ。》と述べるにとどめず、穂積は、《又我過去ノ立法例〔モ〕……亦當時ノ政府ト議會トカ此ノ解釋ヲ執リシコトヲ證明スルノ外。〔現在の表記なら「、】 將來ノ憲法ノ解釋ヲ拘束スル、カナシ。》と、社会科学の基本たる「類似の事例との対比、異同の確認」といった作業を——無視に近い形で——軽視し、「わが国の特殊性」に奔る。無論、「法律による大権事項の規整」として挙げられた・議院法における「15日以内の停会」条項を例に引くことへの反対であっても、せめて「當時ノ……議會〔元老院〕」の特質とか、「帝国議會開設前の『法律』は、眞の法律にあらず」といった程度の論拠を添えて、論駁すべきであった。美濃部は、そうした反論に備えて、予め留保を付したものと思われるが、この論攷を目にして、気抜けしたに違いない。(p.371)

美濃部・①大権事項再論／②大権ノ觀念ヲ論ス

美濃部は、先の「教ヲ請フ」では、不十分だと考えたのであろう、①「再ヒ大権事項ト立法トノ關係ヲ論ス」を、「法學協會雜誌」(第21卷第4号、明治36(1903)年4月)に、②「大権ノ觀念ヲ論ス／同(承前)」を「法學新報」(第13卷第4号／6号、明治36(1903)年4月／6月)に寄稿した。

①では、穂積が「大権事項」という表現を、立法権を排斥する語であるかに用いるので、《穩當ヲ缺ケルモノナラサルヤ》との疑問を懐いているものの、便宜上、穂積の用法に従う旨、断つたうえで、《大権事項ハ必ラス天皇ノ獨裁ヲ要スルモノ》との主張を論難する。(前掲「法學協會雜誌」、

p. 515。以下、本項では、ページ数のみを表記する)

穂積は、その「天皇の独裁」の内実を、まず、《大権事項ニ付テハ議會ノ協賛ヲ除斥シ、議會ノ協賛ヲ經テ之ヲ爲スコトヲ得ス、隨テ法律ヲ以テ大権事項ニ關スル規定ヲ設クルコトヲ得サルニ在リ。》と整理するが、美濃部は、《君主ハ議會ノ協賛ヲ經スシテ單獨ニ之ヲ爲スコトヲ得ト雖モ、其協賛ヲ經テ之ヲ爲スモ 必スシモ憲法ノ禁スル所ニ非ラス、隨テ 法律ヲ以テモ之ヲ定ムルモ 妨ケサルコト 是ナリ。》(p. 516)

次いで、穂積が《大権事項ハ之ヲ行政官廳ニ委任スルコトヲ得ス 必ラス君主ノ親裁ヲ要スルコトニ在リ。》と整理したことを捉えて、美濃部は、《君主ノ親裁ヲ要ストイフハ 必スシモ之ヲ下級機關ニ委任スルコトヲ得ストイフノ意ニ非ラス。》としたうえで、《憲法上立法權ニ留保セラレタル事項ト雖モ法律ヲ以テ之ヲ命令ニ委任スルヲ妨ケサルト同シク、余ハ大権事項モ亦大権ヲ以テ之ヲ下級機關ニ委任スルヲ得ヘキヲ信ス。》と説いている。(p. 516f.)

《憲法ハ單ニ天皇ハ何々ノ事項ヲ爲スト規定セルノミ。如何ナル形式ヲ以テ之ヲ爲スヘキヤハ憲法ノ定ムル所ニ非ラス。》 命令の形式であれ、法律の形式であれ、憲法の規定に抵触などしない。穂積は、大権事項を法律で規定して可いなら、憲法第1章の各条が《無用ノ規定ナルヘシ》と主張するのみで、なぜ大権事項を法律で規定してならないのか、《舉證ノ責》を果たさない。(p. 517f.)

結局、穂積は《恰モ米國ノ憲法及ヒ佛國革命時代ノ初期ノ憲法ニ依リテ採用セラレ 今日ノ歐洲ニ於テハ既ニ久シク廢棄セタレタル極端ナル權力分立説ニ於ケルカ如クニ 大権ト立法トヲ以テ 對等獨立ノ權力ト爲シ 憲法ノ下ニ於テ 互ニ相對立シ》相互にその《範圍ヲ侵スコトヲ得ス》と、過去の理論にとどまっている、と断じている。(p. 519)

なお、《刑ノ執行猶豫ハ特赦權ノ實行ニ非ラサル》ものと確信するが、仮に《之ヲ特赦權ノ實行ナリトスルモ「ラバント」(國法學第二卷四八四頁)ト共ニ 特赦權モ亦他ノ機關ニ委任スルヲ妨ケサルコトヲ信ス》。(p. 520)

②では、《大權ト謂フ語ハ我憲法中〔第17條第2項、第31條、第67條の〕三个所ニ用キラレ》、一木喜徳郎・井上密・穂積八東など多数の学者が、さまざまな見解を披瀝し、混乱しているのが、《大權ノ觀念其者ニ付テ》論ずることが目される。(前掲「法學新報」No.4、p.35。以下、本項では、号数とページ数を表記する)

美濃部は、混乱を解くため、まず、その原因を探り、「大權ノ觀念」が、主として英国憲法の下で発達したものだと言ふことの確認から説き起こし、英国憲法下の大權(Prerogative)を概観するが、さらにその前提として、「英國ノ國體」に対する理解が不可欠である旨、大權論の基盤を据えた。

英国では、1688年の名誉革命以後、今日の国会制度が確立され、《國家ノ主權ハ……國王貴族院及ヒ庶民院ノ三分子ヨリ成ル所ノ國會 即ヲ英國憲法ノ術語ヲ以テ……云ハハ King in Parliament ニ屬スルコトノ確認セラルルニ及ヒテ、始メテ大權ト謂フ觀念モ亦其確定ノ意義ヲ有スルニ至》った。そのため、《主權ハ絶對ニ國會ニ屬シ 國會ハ如何ナル法律ト雖モ之ヲ作ルコトヲ得、其權限ハ全ク無制限》だとされた。(No.4、p.36)

しかし、《或ル事項 例ヘハ條約ヲ締結シ榮爵ヲ授與スルカ如キ事項ニ付テハ、或ハ成文法規ニ依リ或ハ慣習法ニ依リテ、國會ノ議決ヲ要セス、國王カ單獨ニ之レヲ爲スヘキ權限ヲ有スルコト》も認められたが、《此ノ如キ國王ノ專斷ヲ以テ爲スコトヲ許サルル事項ノ範圍ヲ稱スルモノ》が「大權」に他ならない。わが国の学者が、大權について、「議会の協賛は、必要ない」との理解に囚われているのは、《意識若クハ無意識ニ英國憲法ノ影響ニ出テタルモノナリ。》と思われる。英国においては、《特ニ君主ノ專斷權ニ屬スルコトヲ認メラルルモノノ外ハ大權ニ屬セス。》ということ、および《大權ノ範圍ハ國會ニ於テ何時ニテモ之ヲ伸縮スルコトヲ得》との原則が生まれている点を見落とすべきではない。(No.4、p.37f.)

わが国では、《君主ハ原則トシテ凡テノ事項ニ付テ獨裁權ヲ有ス》。(No.4、p.38) しかし、《君主カ獨裁權ヲ有スト謂フノ意ハ 必ラス獨裁ヲ有スト謂フノ意ニ非ラス、之ヲ獨裁スルモ 或ハ他ノ機關ノ參與ヲ經テ之ヲ

爲スモ 或ハ他ノ機關ニ委任シテ之ヲ爲サシムルモ 全ク君主ノ任意ナルコトヲ意味ス」るはずである。もし、このように解さないで《他ノ機關ノ參與ヲ許サス 又 他ノ機關ニ委任スルヲ許サストセハ 是レ君主ニ新ナル特別ノ義務ヲ課スルモノナリ。》(No.4、p.39)

ところで、《大權ヲ以テ君主ノ獨裁權ノ意ナリトシ、或ハ獨立機關ノ參與ヲ許ルササルノ範圍ナリトスルノ意見ヲ生シタルハ、其原因主トシテ〔帝國憲法〕第六十七條ノ明文ニ在リ。》(No.6、p.27) 第67條は、「憲法上ノ大權ニ基ツケル既定ノ歳出及法律ノ結果ニ由リ又ハ法律上政府ノ義務ニ屬スル歳出ハ政府ノ同意ナクシテ帝國議會之ヲ廢除シ又ハ削減スルコトヲ得ス」と規定し、「憲法上ノ大權ニ基ク既定ノ歳出」と「法律ノ結果ニ由ル歳出」とが分けられているため、「大權に基づく事柄」と「法律に基づく事柄」とが対立関係にあると解されることになり、《大權ノ中ニ法律ヲ包含セサルコトハ極メテ明瞭ナリ。》(No.6、p.28f.)

しかし、《此解釋ヲ根據トシテ大權ト云フ觀念其者カ當然法律ヲ包含セサルモノナリトナスハ誤ナリ。》 《大權ニ基ケル既定ノ歳出ト云ヘルハ一般規定ナリ 法律ノ結果ニ由ル歳出ハ此一般規定ニ對スル例外規定ナリ。先ツ君主ノ全般ノ權限ニ對スル一般規定ヲ設ケテ更ニ其中ノ特種ノ事項ニ付キ特別規定ヲ設ケタルナリ。大權ト云フ語カ初ヨリ法律ヲ包含セサルモノ》ではない。(No.6、p.29f.)

しかも、《此解釋ハ之ヲ第六十七條ノミニ當筈ムルモ 尚 二ノ缺點ヲ免レス。第一ニ憲法中ノ他ノ個所ニ於ケル用語例ト相矛盾ス。……大權ヲ以テ議會ノ協賛ヲ要セサル範圍ナリトナスハ 明ニ第十七條第二項〔摂政ハ天皇ノ名ニ於テ大權ヲ行フ〕ノ用語例ニ反對スルモノナリ。第二ニ議會ノ協賛ヲ要セサル範圍ハ一定不動ノ範圍ヲ有スルモノニ非ラス。》と、説かれている。(No.6、p.30)

穂積・①立憲制下ノ三政治／②大權問答／③『憲法提要』

穂積の憲法論にとって重要なテーマである「大權論」を、普及・定着さ

せることに、穂積は、——一方的に所見を開陳するスタイルで——継続的に、努める。

①「立憲制下ノ三政治（大権政治・議院内閣政治・議院政治）」（「法學協會雜誌」第24巻第1号、明治39（1906）年1月）においては、わが憲法には、「法律ニ代フル命令」ヲ發スル大権・「獨立命令」ヲ發スル大権・前年度ノ豫算施行ノ大権・財政上ノ緊急處分ノ大権・事變ニ處スル非常大権など《憲法ノ明文ヲ超越セスシテ既ニ議會ノ機能ヲ無視スルニ足ルノ實力ハ則チ具備ス。……議會ノ協賛ナケレハ立法シ豫算スル能ハスト云フハ實ハ禮讓ノ諛言タルノミ。實力ノ不能ニハ非ルナリ。議會ハ僅ニ大権ノ恩惠ニ由リテ立法豫算ノ事ニ參與スルノ光榮ヲ有スルノミ。》と、大権を賛美する。（前掲、p.32f.。以下、本項では、ページ数のみを表記する）

と同時に、《學者多クハ此ノ含蓄ノ趣味ヲ解シ得ス歐洲憲法ノ表面ノ理論ヲ以テ機械的ニ我ニ擬セントス 迂儒 [=役に立たない学者] ノ陋見タルノ譏ヲ免カレサルヘキナリ。》（p.33）と、舶来思想の受け容れに慎重な態度を求め、《世ノ議院制度ヲ談スル者 立憲ノ大義ト大典ノ成文トニ顧テ濫リニ英米ニ倣フノ奇ヲ好ムコト勿レ。》と、訓戒した⁽²¹⁾。（p.44）

②の「大権問答」（「明義」第5巻第4号、明治37（1904）年4月、pp.5-12、上杉愼吉編『穂積八束博士論文集』大正2（1913）年12月、pp.706-713）においては、表題が示すように、次のような9問を想定し、それに、順次、答える形式で、穂積の所見が示される。

ほとんど従来の所見の繰り返しで、目新しさに欠ける。ここには、穂積の主張を特徴づける攻撃的で「強烈な印象を与える表現」も少ない。こうしたことから推すと、この論文は、幅広く一般国民を相手に、穏やかに啓蒙という意図で執筆された「国民教育」論とでも言えそうなものであろう。ここに検討された9問とは、

- (1) 何ヲ大権ト云フカ。
- (2) 大権ノ範域ハ何ニ由リテ定マルカ。

- (3) 憲法ハ如何ニ大權ノ範域ヲ定ムルカ。
- (4) 大權事項ヲ事例ニ付テ示セ。
- (5) 何ヲ大權命令ト云フカ。
- (6) 何か故ニ大權命令ナル者ヲ認め、之ヲ他ノ勅令ト區別スルノ必要アルカ。
- (7) 何か故ニ憲法上ノ大權事項ハ法律ヲ以テ之ヲ規定スルコトヲ得サルカ。
- (8) 國務大臣ノ輔弼ト副署トハ大權親裁專斷ノ大義ト相戾ラサルカ。
- (9) 我憲法ノ大權特立ノ制ハ之ヲ彼ノ所謂議院政黨内閣ノ制ト相容ルルコトヲ得ヘキカ。

本稿に関わる第(7)問を採り上げれば、大權事項の法定が許されない理由は、《憲法ノ明文ニ反シ、其精神ニ戾^{もと}〔悖(?)〕リ、我政體ノ本領ヲ失フカ故ナリ。》としたうえで、従来の「統治権総攬条項と列記された大權条項」とを重複しないように解さなければいけない旨の所見に加えて、《今若憲法上ノ大權事項ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルモ妨ケナシト云ハハ憲法カ統治權ノ作用ヲ三分シタルノ精神ヲ減却シ立憲制ノ本領ヲ失ハシムルノ暴言タルヲ免レサルヘシ。》と、粗雑な論拠を挙げている。(前掲「明義」、p. 8ff.)

これに反して、③『憲法提要』下巻(pp. 651-653/670-673、明治43(1910)年、44年=3版)においては、《法律ヲ裁可スルハ大權ニ非スヤ、法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルモ亦大權ヲ以テ之ヲ定ムルモノト謂フヘシ、法律ヲ以テ大權事項ヲ規定スルモ何ノ妨クル所カアラン》との批判に対し、穂積の大權論としては、珍しく、緻密な論拠を示し、《法律ヲ裁可スルノ行爲ハ大權ナレトモ法律ノ成案ヲ確定スルハ大權ニ非ラス、議會ノ權力ナリ、裁可ノ大權ハ唯議會議定ノ成案ニ對シテノミ行ハル。》と、反論する。(前掲、p. 671)

この点については、美濃部の再反論を管見できず、穂積が一矢報いた形で終わるが、「議會議定ノ成案」に対して為される裁可を、条約締結時の

批准と突き合わせて説くところまでは、踏み込まない。

穂積・『憲政大意』

本書は、穂積没後の出版⁽²²⁾であり、その最終的な見解であると捉えることができる。同書の「第三章 大権政治」において、『憲法第一章ノ大権ノ列記ハ、之ヲ 議會ノ干涉ノ外ニ置キ、其ノ獨立ヲ留保スルノ意ニ出ツ』と、従来の見解と大差ない所見が述べられている。(p.187。以下、本節では、ページ数のみを表記する)

《憲法ハ 權力ノ分立シテ 相 侵スコトナキヲ 欲ス。故ニ 大権ニ 關シテハ 直接 間接ノ規定 アリ、其ノ獨立ヲ 保障ス。憲法上ノ大権 事項ノ列記ハ、大権 獨立ノ保障ノ 一ナリ。憲法カ 重要ノ國務ヲ列舉シ、特ニ 大権ニ屬スル旨ヲ明言セルモノハ、之ヲ議會ノ干涉ノ外ニ置クノ意タル 昭カナリ。》(p.209)

《大権ト 立法權トノ 併行對峙ハ 我カ憲法ノ特色トス。》(p.216)

《之ヲ要スルニ、大権ノ獨立ハ 我カ憲法ノ特色ニシテ、政體ノ柱軸タリ……然レトモ、世論ハ 尚 内外ヲ混同シ、或ハ 謬リテ 英國風ノ議院政黨内閣制度ヲ 我ニ行ハントス、是レ我カ大権ノ獨立ヲ危ウセル者タラン、懼レサルヘケンヤ。》(p.219)

美濃部・『憲法撮要』

美濃部の「大権に関する体系的論述」と評しうるのが、本稿である。同氏のもっとも著名な書とも謂うべき『憲法撮要』⁽²³⁾の「第三章 天皇ノ第二節 天皇ノ大権」において、まず、「一 概説」として、次のように説く。

《大権トハ 國法上天皇ニ屬スル所ノ權能ヲ謂フ、天皇ノ御一身ニ屬スル權利ニ非ズシテ、天皇ノ地位ニ伴フ公ノ職能ナリ。》(p.221) 天皇大権は、「我が古來ノ歴史ニ基キ」憲法以前から認められたもので

あり、憲法は、これを明瞭にしたにすぎない。しかし、《憲法ハ 國家ノ基礎法トシテ 國家ノ統治ニ關スル一般ノ基礎原則ヲ定ムルコトヲ目的トシ、隨テ 天皇ノ大權ニ付テモ 其ノ全部ヲ漏ナク規定スルコトヲ 主義ト爲スモノ》である。そのため、憲法制定後の《現在ニ於テハ 天皇ノ大權ハ 原則トシテ 常ニ憲法ニ其ノ根據ヲ有スルモノト認》めなければならない。(p.222)

天皇の大權は、《國務上ノ大權、皇室ノ大權、陸海軍統帥ノ大權、榮典授與ノ大權 及 祭祀ノ大權》に五分できるが、《祭祀大權ハ其ノ性質上 輔弼ノ責ニ任ズルモノナキコトニ於テ 其ノ特色ヲ有ス。》(p.223)

次いで、「二 國務上ノ大權」を採り上げ、次のように説く。

従來の憲法学説には、《往々 此等ノ 所謂 大權事項ヲ以テ 議會ノ關與ヲ許サザルモノト爲シ、隨テ 又 此等ノ事項ハ 法律ヲ以テ 之ヲ定ムルヲ得ズト 爲スモノ》(p.224)があるが、これは、《我が憲法ヲ以テ 米國ノ如キ 三權分立主義ヲ採ルモノト 爲スノ誤ニ出ヅ。我が憲法ハ 決シテ米國ノ如ク 政府ト議會トヲシテ 互ニ 獨立無關係ナラシメタルモノニ非ズ、立法權モ 廣義ニ於テハ 天皇ノ大權ニ屬シ 議會ハ 唯 之ニ協賛スルノミ》である (p.227f.)。

とはいえ、《國務ニ關スル 天皇ノ一切ノ大權ハ 議會ノ關與シ得ザルモノ ナシ。……大權事項ハ 憲法ガ天皇ノ獨裁ニ屬セシメタルモノナルヲ以テ、其ノ 議會ノ協賛ヲ要セザルコトハ 言ヲ待タズト雖モ、議會ノ協賛ヲ要セズトハ 敢テ 其ノ協賛ヲ禁止スルノ趣意ニ非ズ、其ノ協賛ヲ經テ 之ヲ行フモ 亦 天皇 之ヲ行フモノニシテ 敢テ 憲法ノ規定ニ違反スルコトナシ。》(p.228)

本著⁽²⁴⁾は、美濃部の最終的な大権論だと位置づけるが、同時に最終的な穂積駁論だと謂うことができる。たしかに、美濃部においても、時代の影響か、若干の妥協を示しながら、「どうしても譲ることの出来ない限界」の確保に努めた構成を採っているのが、その特徴だと謂えるだろう。

わが国が大権中心主義をとることは、次の3点から明らかである。
つまり、

《第一に、國民に對し統治權を行使することは専ら天皇の大權に存し、議會は唯内部に於いて之に參與する權能を有するに過ぎない。……法律の成立する爲には議會の議決が必要であるが……法律は専ら天皇の意思表示として公布せられる。此の點例へばイギリスに於いて法律を Act of Parliament と稱し、それは King in Parliament 即ち國王、貴族院、庶民院の三の合同的行爲であるとして居るのは、其の立場を異にして居る。》(p.87)

《第二に、議會は獨立なる國家機關として完全なる獨立を以て議事を開き決議を爲す者であるが、唯其の活動の終始及び其の組織に付いては或る範圍に於いて大權の支配を受くる者である。》(p.87f.)

《第三に、大權の行使は國の統治の上に一日も缺くべからざるものであるが、議會の議決は國政の進行に付き絶対の必要ではなく、其の議決の得られない場合に於いても、〔緊急勅令、予算外支出、緊急財政処分、前年度予算施行制など〕大權に依つて國家の活動を維持し得べき途が開かれて居る。》(p.88)

ところが、《我が從來の憲法學說の中には此の主義を一層極端に擴張して、大權の憲法上の地位に關し往々甚だしい誤解を來さしめて居るものが有る》と、穂積を批判する (p.89)。

そうした誤解の第一は、《大權の獨立といふ思想に在る。大權の獨立とは大權が議會から獨立であることを意味するのであつて、即ち憲法に依り天皇の大權に屬するものとして居る事項に付いては議會は全

く之に參與する權能を有しないとするのである。》(p.89)《憲法は皇室自治主義の結果として皇室の自治に屬する事項に付いては議會の參與し得ないものとして居るけれども、其の他の一般國務に付いては、國務大臣の責任に屬する限り、其の一切の事項に付いて議會が之に參與し得ることを認めて居る。》(p.90)《隨つて憲法上の大權事項は法律を以て之を定むるを得ずといふやうな説は到底是認することの出来ない説である。》(p.91)

《第二の誤謬は、大權を以て神聖不可侵なりとする思想に在る。大權の行使は一に勅旨に依るものであつて、^{がいかん}外間 [=無關係な人々] の私議 [=かけでの批評] を許さず、何人も之を侵すことを得ず、又其の是非を辯難論議することを得ないとするのである。》しかし、《立憲政治は責任政治であつて、大權の總ての行動は國務大臣の責任を以て行はれるものである。》(p.91)

《第三の誤謬は、大權を以て無制限ならざるべからずとする思想に在る。憲法上天皇の大權に屬するものと定められて居る事項は、憲法が大權の專斷に屬せしめて居るのであるから、法律又は條約に依つて之を制限し、大權を以て專斷することの出来ないものとするのは憲法違反であるといふのである。》《而して法律も條約も天皇の裁可又は批准に依つて始めて成立し得るものであつて、其の效力の發生する根據は専ら天皇の意思に在り、隨つて法律又は條約に依つて大權に制限を加へたとしても、それは大權の自律的制限であつて、固より大權の性質を害するものではない。》(p.92)

この章のまとめ

こうした論争で、美濃部の論理が穂積に優ることが、はっきりする。しかし、それは学界においてであり、帝国議會や市井の人びとは、別の基準で、穂積を評価し、日常的な世界では、大權の特別扱いが進行していくのである。

4 明治40年刑法の制定

刑ノ執行猶豫法の制定

ここで、ふたたび刑法改正事業に目を戻そう。

法典調査会（第三部）は、明治36（1903）年1月1日に廃止された（6-5）。その後、日露戦争のため、3年間、刑法典の制定事業は、中断されるが、逼迫した財政など、喫緊の問題に単行法を制定して対応するため、元田肇が「刑ノ執行猶豫及免除ニ關スル法律案」を衆議院に提出した。同法案は、批判を受け、原案を差し替え（第3回委員会、2月17日）、さらに修正を経て成立した。（6-6ff.）

同法案の審議時、森肇からは、「刑の執行猶予」と、大権の一＝「復権」との関係について、疑問が呈された。

《刑法ノ第六十五條ニ「復権ハ勅裁ニ非サレハ之ヲ得可カラス」ト云フ明カナル規定ガアリマスルガ、若シ此法律〔＝刑ノ執行猶豫法案〕ノ通ニ實行ヲ致シマシタナラバ、結局復権ヲ被告人ナルモノハ得ルコトニナルノデアリマス、

刑ノ執行ヲ猶豫シテ置イテ、其猶豫期間内ニ於テ、此規定ノ通、或條件ガ行ハレナクッタ場合ニハ、即チ其刑ガ免除サル、ノデアリマス、

其刑ノ免除セラレタ結果トシテ、其刑期中ニ於テ、公權ノ停止若クハ公權剥奪ヲ受ケテ居ルモノガ、終ニ公權ノ停止ヲ免レルト云フコトニナルノデアリマス、

サウスレバ、此刑法ノ第六十五條ノ規定ニ違反スルノ虞ガナイカ、ドウデアアルカト云フコトガ、最モ必要ナ點デアラウト思ヒマス、》⁽²⁵⁾

花井卓藏からは、法案中の「刑の執行猶予」が、恩赦制度の中心に置かれている概念＝「刑の免除」そのものであり、このままでは、憲法に違反するのではないか、との問題が提起された。

《刑ノ執行猶豫ナル文字ハ、名ハ甚ダ美デゴザイマスルガ、法案ヲ讀
ンデ見マスルト、實ハ刑ノ條件附ノ免除デアアル、而モ全免デアアル、左
様致シマスルト云フト、帝國憲法ノ第十六條ニ牴觸シハシナイカ、果
シテ調和ガ付クデアロウカ、》⁽²⁶⁾

しかし、國井庫は、「刑の執行猶予法」が制定され、それに基づいて、
刑の執行を免除しても、法律が、そもそも大権行使の成果なのだから、憲
法第16条を侵すことなどない旨、法案を擁護した。

《反對ノ理由ノ重^おモナルモノハ、〔本法案が〕憲法ト或ハ牴觸セヌカ
ト云フノガーノ問題トナツテ居ルヤウデス、私ハ少シモ憲法ト牴觸セ
ヌト思フ、ナゼカト云フト、……法律ハ云フマデモナク、手續ヲ經タ
上ニ、天皇ノ裁可ヲ受ケテ、始メテ法律トナルノデハナイカ、是ガ天
皇ノ大権ノ行使デアリマセウ、大権ノ發動デアリマセウ、何ガ憲法ニ
違反スルコトガアリマセウカ》⁽²⁷⁾

こうした疑問や立法化に対する反対はあったものの、元田提案は、花井
の批判が、そうであったように、結論的には、制定を可とする人たちのも
のであり、「刑ノ執行猶豫ニ關スル法律」と名を変えて、衆議院で可決さ
れ、貴族院へ送られた。

貴族院では、菊池が表面的な理由のほか、財政的観点をも加味して、賛
成演説をし⁽²⁸⁾、異論もなかった様子で、法案が可決され、成立した（明治
38年3月31日・法律第70号）。なお、執行猶予条項を盛り込んだ明治40年刑
法が制定される⁽²⁹⁾と、この単行法は、失効した⁽³⁰⁾。

刑法典の成立

時局も収まり、刑法の制定事業が再開され、明治39（1906）年、司法省

内に法律取調委員会が設置された。穂積八束や菊池武夫が委員に名を連ねる点に注目しておきたい。(6-87f.)

第1回法律取調委員会(総会)において、松田司法大臣は、刑法と刑事訴訟法との早期成立を目指しているが、《帝國議會ノ會期ハ 僅々三ヶ月ニシテ スル浩瀚ナル法案ヲ 委員會ニテ 逐一審議之上 本會議ニ附セラルトキハ 或ハ再び議了シ得ザルノ虞ナシトセズ》、議会への法案提出までに、丁寧な準備が求められるので、この「法律取調委員会」を設置した旨の経緯が説かれた後、委員長に同大臣が推されて就任、委員長指名の主査委員7名で、下準備することなどが了承された⁽³¹⁾。

花井卓蔵提出の「議第六号」と番号の振られた修正案中の「第四」に《大赦ニ關スル規定ヲ削ルコト》が出る。(6-90f.) これは、同氏の「刑の執行猶予法」審議時の疑念から推して、「大赦は、大権の一であるが故、法律での規律は、不可」との所見であろうと思われる。

7月5日付「主査委員会議決項目」と題する文書では、「第二十二 大赦、特赦、減刑及ヒ復権ニ關スル規定ヲ削ルコト」と、花井提案より削除範囲を拡大して議決されたことを伝え、「7月9日付」で作成され、議決項目の順序などを整理した同名表題の文書では、番号を「第十六」と改めた旨、記録されている。(6-100f.)

このように削除範囲を拡大したのは、だれの発想に基づくのか。無論、花井自身が拡大したとも考え得るが、菊池も、過去の議会発言(前掲=16帝貴・特別委=明治35年2月10日)などから、その可能性をもつ。しかし、残されている膨大な「菊池武夫日記」は、残念ながら、私生活や旅日記的な記述に終始し、法典調査会や法律取調委員会における同氏の《活動がどのようなものであったのかという点を……具体的に明らかにすることはかなり難しい》様子であり⁽³²⁾、同氏と「削除項目の拡大」を結びつける直接的な裏付けは、見出せない。

にもかかわらず、本稿では、かつての発言を無視できず、恩赦条項を——刑事訴訟法と分け合い、部分的に——刑法で規定することに反対し続け

ている者として、同氏を捉えたい。そのうえで、反対論を整理すれば、穂積・花井の大権観に基づくものと、菊池的「立法上の美学」観とでも呼ぶべきものと大別されるが、現実問題としては、両者が「刑法への盛り込み反対」という点で共闘する関係にあることをこそ、確認しておくべきであろう。

本稿が「菊池氏の動向」に拘るのは、「恩赦の勅令化」の前提として、「恩赦条項の法律規定化への反対」があるものの、その理由は、一つに限られないこと、つまり「さまざまな考えが、結果として一つにまとまり、時代を動かしていった複雑さ」を見落としたくないためである。また、人間の保守性から、原案段階での「盛り込まない」旨の決断が、事態を大きく変えることになるため——全体会議ではなく——主査委員会における遣り取りこそ、「恩赦令」を生み出し、大権を肥大化させた重要な切っ掛けであったように思えてならないからである。

刑法主査委員会の動向について、「法律新聞」は、次のように伝える⁽³³⁾。

《刑法調査主査會は去る四日の集會を以て一先づ納會と爲し……暑中休暇前に於て委員總會を開く事を要求するに決せり、主査會は原案に対し大要左の修正を加ふることとなれり

……

一、大赦、特赦の項を刑法中に置くは當を得ざるを以て之れを削除し他の法律中に加ふる事

……》

全体会議としての「法律取調委員会」(第3回 明治39年7月17日)が開催され、《第十六項 異議ナク可決ス》と、恩赦条項の削除が議決された(6-117ff.)。

その結果、明治40年案(2編265条)に、恩赦条項は、存しない。第23回

帝国議会に提出された「刑法改正案理由書」は、次のように記している。

《第一編 總則

理由 本編ハ現行法ノ第一編ニ同シク各般ノ罪ニ共通スル規定ヲ網羅シテ之ヲ揚ケタルモノナリ 其編次ハ第一章法例、第二章刑……ト爲シタリ 其現行法ト異ナル所ヲ舉クレハ現行法ノ第一編總則ヲ章節ニ分ツ法制ヲ廢棄シテ單ニ章ノミニ分ツ法制ヲ採用シ 現行法第二章第一節刑名ヲ第二章刑ト改題シ……新ニ採用シタル刑ノ執行猶豫ニ關スル規定ヲ總括シテ第四章ト爲シ ……同第二章第八節復權ニ關スル規定ハ憲法上ノ大權事項ニ屬スルヲ以テ之ヲ刪除シタリ

前草案ニハ刑ノ執行猶豫及ヒ假出獄ニ關スル規定ヲ合セテ刑ノ執行猶豫及ヒ免除ト題シ之ヲ第四章ト爲シタルモ 二者全ク基本質ヲ異ニスルヲ以テ本草案ニ於テハ 前記ノ如ク 之ヲ分別シテ規定スルコトトセリ

前草案ニハ大赦特赦減刑及ヒ復權ニ關スル規定ヲ設ケタルモ此等ハ孰レモ大權事項ニ屬スルヲ以テ 本草案ニ於テハ之ヲ削除シタリ》(6-283f.)

明治40年2月2日、刑法改正案の貴族院審議・第一読会の冒頭、本稿の関心事について、松田正久司法大臣は、次のように説明し、「理由書」の記述を確認する。

《……此度ハ監視ヲ全ク削除イタシマシタ、ソレカラ大赦、特赦、減刑及復權ノ規定ノ如キ是亦削除ヲ致シマシタ、其理由ハ大赦、特赦ノ如キ、總テハ天皇ノ大權ノ發動ニ依ルモノデゴザイマスカラ、殊更ニ之ヲ刑法ニ掲グルノ必要ハ無イト云フ所ヨリシテ之ヲ削除イタシマシタル譯デゴザイマスル……》⁽³⁴⁾

貴族院では、15名の委員を選任し、特別委員会（刑法改正案特別委員会。委員長＝黒田長成）を設置して、法案審議を付託した。同委員会は、8箇所の修正を加えたが、2月18日、本会議は、委員会の修正案をそのまま可決、衆議院に送付した。（6-11）

衆議院では、同年2月21日、刑法改正案審議・第一読会冒頭において、松田大臣は、次のように事実関係のみを説く。

《……其最モ重大ナル點ヲ擧ゲマスレバ、第一ニハ彼ノ監視ノ附加刑ヲ廢シマシタ、次ニ公權剥奪ノ規定ヲ削リマシタ、又大赦、特赦、復權等ノ如キ規定モ刑法ヨリ除クガ當然デアルト云フトコロヨリシテ、是亦此規定ヲ削ツタ譯デゴザイマス、……》⁽³⁵⁾

衆議院では、「もっとも鄭重な審査」のため、63人の委員を選任し、委員会（刑法改正案委員会。委員長＝磯部四郎）を設置して、審議を付託した。しかし、同委員会では、さらに18名から成る特別調査委員会（委員長＝鳩山和夫）を立ち上げて、逐条審議し、3月5日に「親委員会」＝刑法改正案委員会に11項目の修正案から成る報告書を提出した。親委員会においても、修正が加えられ、3月11日、委員会審議を終了した。その後、同月14日、第一読会を再開、第二読会における1箇所の修正を除けば、委員会報告どおりに、衆議院審議を終了した（2編264条）。（7-5ff.）

3月19日、貴族院が、衆議院の回付案に不同意を決定したため、議院法第55条の規定に従い、両院協議会が開催され、妥協案＝「刑法改正案両院協議会成案」を作成、それに両院が同意し、ここに明治40年刑法（法律第45号）が成立したが、そこに本稿にかかわる事項は含まれない。（7-7ff.）

5 恩赦制度の勅令化

積年の悲願であった刑法が制定されたことを受けて、周辺諸法との整合性を保つための作業が始まる。謂うまでもなく、刑法が大法典であり、こうした問題を、同法の附則で処理することなど、不可能なため、単行法を定めての処理が予定されていたのである。

刑法施行法の制定

刑法施行法案の趣旨は、明治41年2月8日、第24回帝国議会・貴族院・本会議において、松田司法大臣により『法律取調委員会』において、監獄法などと共に、慎重審議されたもの』と説かれ、監獄法案のほか、印紙犯罪処罰法案および3件の裁判所構成法中改正法律案と一括して法案を同一委員に付託、「監獄法外五件特別委員会」なる名称のもとに、委員会が開かれることになる（委員長＝黒田長成）。委員として、一木喜徳郎・穂積八束・菊池武夫など15名が選ばれた⁽³⁶⁾。

この「刑法施行法」案中、本稿に関わるのは、刑法が恩赦条項を排除し、規定していないことに合わせて、刑事訴訟法からも恩赦条項を除こうとする《第52條 刑事訴訟法中復權及ヒ特赦ニ關スル規定ハ之ヲ削ル》である⁽³⁷⁾。

政府委員＝小山温（検事兼司法省監獄局長）は、《……ソレカラ……第三十八條カラ五十三條マデ 是ハ刑事訴訟法ノ改正デゴザイマシテ、現行ノ刑事訴訟法ト云フモノハ現行刑法、即チ此法律案デ申シマスル舊刑法ヲ運用スルヤウニ出來テ居リマスカラ、其儘デハ此新刑法ト云フモノヲ運用スルコトハ出來マセヌ》と、概括して、本稿の関心事に入るが、《此刑事訴訟法ノ全體ヲ改メマスルト云フコトハ、チヨットノ間ニ合ヒ兼ネマスルデゴザイマスルカラ、此剩〔新〕か？〕刑法ヲ實施シマスルノニ必要ナル條文ダケ改メマシテ、サウシテ新刑法ヲ一日モ早く實施スルヤウニ云フノデ、是ダケノ規定ヲ設ケタノデゴザイマス……》と、応急的な改正である旨、説明しただけで済ませている。この説明に象徴されるように、委員の

関心を惹かないテーマであつたらしく、刑事訴訟法からの「恩赦条項の削除」は、委員会審議においても、採り上げられることは、なかつた⁽³⁸⁾。

明治41年2月21日、貴族院・本会議＝「第一読会の続」が開かれ、若干の修正を施した委員案を、形式的な第二読会を経て、第三読会で可決し、衆議院へ送付した⁽³⁹⁾。

同年2月27日、衆議院・本会議では、松田大臣により、《新舊二法ノ調和ヲ圖リ……不當ナル結果ノ生出ヲ豫防セント欲スル》ための法律だという趣旨説明がなされ⁽⁴⁰⁾、磯部四郎、元田肇、鳩山和夫、森肇、國井庫、谷澤龍蔵、花井卓蔵など45名の委員を選定⁽⁴¹⁾、「監獄法外五件委員会」を設置し、審議した(全7回)。当初、委員長は、谷澤が務めたが、最終回は、磯部に代わっている。

1～2回の同委員会では、必要に迫られ——司法官試補の修習期間を3年から1年6箇月に減ずる内容の——裁判所構成法の一部改正を、他に先んじて議了したため、その後、委員会名は「監獄法外四件委員会」に変わり、小委員会も設置された。

政府委員・河村讓三郎(司法次官)は、花井の「今回の応急措置後、さして時をおかず、刑事訴訟法に対する本格改正を予定し、新刑法の運用を完璧ならしめる考えは、ないか」との質問に答えて、《新刑法ハ今日ノ場合最モ必要ノ法典デアリマスカラ、一日モ早く實施ヲ致シタイノデアリマスガ、之ヲ實施致マスルニ付テハ尚多少ノ準備ヲ要シマスル、即チ特赦復権ノ手續ヲ勅令ヲ以テ規定スルノ必要モアラウト考ヘテ居リマス、……》と、恩赦条項削除後の方針を示している⁽⁴²⁾。

小委員会では、望月長夫が、「剥奪公権などの言渡が、刑法施行後、無効になる」旨の刑法施行法第18条⁽⁴³⁾と大権との関係を、《一旦剥奪公権或ハ停止公権ノ言渡ヲ受ケテ、其判決ガ確定致シタモノヲ、剥奪公権ヲナクスル、停止公権ヲナクスルト云フヤウナコトハ、憲法第十六條ニ依ツテ天皇ノ御大権ニナツテ居ルノニ、ソレヲ法律デ其效力ヲ失ハシメタルト云フコトニナリマスレバ、一方ニ天皇ノ御大権ダト云フコトヲ極メテ憲法第

十六條ヲ侵害スルコトニナリハシマイカ》と質す。

それに対して、政府委員（豊島直通）は、《復権ハ大権事項ニハナッテ居リマスガ、法律ヲ以チマシテ 同時ニ 其効果ヲ生ゼシムルコトガ出來ナイト云フ譯デハナイト信ジマス……執行猶豫ノ法律ナドモ……唯判決デ執行猶豫ト云フコトニナッテ居リマス、ソレデ 丁度 其結果ト云フモノハ

特赦ト同ジヤウナ結果ヲ生ズルノデアリマス、……同ジ效果ヲ生ゼシムルコトヲ 一方ニハ大権デ致シマスルシ、一方デハ法律ノ規定ヲ以テ致スト云フコトハ、憲法上 差支ナイコト、心得テ居リマス》と答えている⁽⁴⁴⁾。大権事項を法律で規定することを許さない風潮が、議員の間に、かなり浸透してしまった事実を示す例であるとともに、刑の執行猶予制度などを、大権事項と区別し、一定の限度を保とうとする健全さが、まだ残されていることの例でもある。

明治41年3月9日、監獄法外四件委員会は、小委員会の審議報告どおりに決定し⁽⁴⁵⁾、同年3月12日、第一読会の続を開き、委員長報告後、すべてを省略、三読会分を一括して可決し、刑法施行法は、裁可を経て、公布された（明治41年3月27日・法律第29号）⁽⁴⁶⁾。

刑法施行法が制定され、恩赦の法律規定を廃止したのに伴い、3種の勅令が発され、各附則に従い、明治41年10月1日の刑法施行日に併せて施行された。①特赦及減刑ニ關スル件（明治41年・勅令第215号）、②軍法會議ニ於テ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ノ特赦及減刑ニ關スル件（同年・勅令第216号）、③明治四十一年勅令第二百十五號ヲ韓國、臺灣、關東州及帝國カ治外法權ヲ行使スル地域ニ於ケル特赦及減刑ニ準用スル件（同年・勅令第230号）である。

こうした法制改革は、不完全であった。明治憲法は、4種の恩赦を定めていたのだから、大赦と復権に関する規定を欠くことになる。しかし、大赦は、罪の種類を定めて行うものであり、法令による一括処理が普通だし、実施されるのが、稀なので、「必要の生じた折に——手続をも含めて——定めれば可い」と考えられたかもしれない。実害が直ちに生ずるわけでは

ないから、一応、「それでも可」としておこう。

しかし、復権は、特赦や減刑とともに、運用されて来た制度である。根拠法条をなくし、実施できなくなり、大権を強調するあまり、逆に天皇の仁慈を示す機会を減らしてしまったのである。

恩赦令の制定

刑法施行法の審議時、すでに恩赦に関する体系的な勅令の制定が——美濃部の思惑に反し——予定されていたらしいが、「切っ掛けがなかった」ということか、数年間、放置されていた。しかし明治天皇の崩御(明治45(1912)年7月30日)により、恩赦の実施が取り沙汰され、恩赦令の制定が具体化する。

枢密院(議長=山縣有朋)における審査は、天皇臨席の下、大正元(1912)年9月25日に行われ⁽⁴⁷⁾、河村金五郎書記官長が、下審査⁽⁴⁸⁾の結果を、次のように、報告した。

《……現今 恩赦ニ關スル規定ハ 單ニ……三勅令アルノミニシテ 極メテ不完全ナルカ故ニ 今般 本案ヲ以テ 大赦、特赦、減刑 及 復権ノ要件、効力 及 手續ヲ明定シ 由テ 恩赦大權行使ノ一般根本法ヲ制定セムト スルモノナリ……本案ノ條項中 他ニハ支障ナシト雖 唯 「大赦アリタル罪」に対する原則的効力を規定する〕第三条第一号中 「刑ノ言渡ヲ受ケタル者ニ付テハ其ノ言渡ハ將來ニ向テ効力ヲ失フ」に続く〕「既ニ刑ノ執行ヲ終リタル者ニ付亦同シ」ノ一句ハ 舊ニ 不要ノ文字ナルノミナラス 之アルカ爲メ 却テ 第五條〔特赦ハ刑ノ執行ヲ免除ス 但シ特別ノ事情アルトキハ將來ニ向テ刑ノ言渡ノ効力ヲ失ハシムルコトヲ得〕ノ意義ヲ 誤解セシムルノ虞 アルヲ以テ 削除セラレ 然ルヘキモノト 思料ス》

末松謙澄顧問官が《……本案ハ 實ニ 公明正大ニシテ 一言ノ加フヘ

キモノ ナシ 同僚モ同感ナラム 書記官長ノ修正案通 可決アラムコトヲ 希望ス》と賛成の発言をして、可決され、恩赦令が成立した⁽⁴⁹⁾。

こうして「恩赦令」が制定され、翌9月26日、公布された(大正元年・勅令第23号)。また、同日、この恩赦令に従い、具体的に——明治天皇崩御の恩赦としての——大赦を実施するため、「大赦令」も公布されている(同年・勅令第24号)。

なお、明治天皇の葬儀は、これに先立つ9月13日、青山葬場殿にて行われたが、病身の穂積が《特別の御恩寵に浴したる事として一層切實に崩御を悲しみ御大葬には徒歩供奉し》、その夜、寒冒に罹り、闘病むなしく、10月5日、永眠したことが伝えられている⁽⁵⁰⁾。

こうした最期を知ると、穂積博士における「大権重視」は、口先だけのものではなく、心底からの主張であったことを確認できるが、そのためにこそ「大権擁護の熱っぽいアジテーター」になりきれたのであろうとも思われる。

6 むすびにかえて

恩赦令制定直後、平沼騏一郎司法次官は、その立法趣旨を、次のように説くとともに——立場上、当然とも謂えようが——その制定に高い評価を下している。

恩赦は、《元來 大権事項に屬して法律にて規定すべきのものに非ざるを以て 之を同法より省略して勅命に譲り 遂に 今回 恩赦令發布を見るに至りたり

……今回の恩赦令なる永久的統一法に依りて將來は何等の疑義を存せず 萬般の執行手續を規定し敏活に執行することを 得るに至りたる次第なり》⁽⁵¹⁾

また——こうした公職に就いているわけではない——磯部四郎も、具体的に発令された恩赦には、若干の不满を懐きながら、恩赦令自体については、《從來恩赦に關する根本的規程なかりしに今回恩赦の機會に於て恩赦令を制定し其根本方針を示さるゝに至りたるは 洵に當を得たるの措置として 大に之を歓迎するものなり》と、前向きに受けとめている⁽⁵²⁾。

しかし、江木衷は、勅令化が藏する問題の本質を見抜き、次のように論難した。

《今回の恩赦令に就ては 早くより其の内容を察知し得られたる所なるが 其の行政官に自由才〔裁〕量の餘地を與ふる事の廣大なる 全く官僚に對する委任状なり と言ふの外 あらざるを覺ゆ

恩赦權の性質は 畏くも天皇の大權事項に屬するものなることは勿論であるが、其 大體を 法律を以て規定する 何の不可かある……新刑法は 之を勅令を以てすべきものなり と爲したる結果 此 大事業全部は 事實上 行政官に委託されたのである

今 我國の大勢を見るに 近來 法治國を以て誇れるも 却て法治國たるの實を失し 司法行政上に迄 官僚政治の弊を及ぼす結果……其〔恩赦の〕 執行を行政官の手心に一任せんとするが如きは 却て弊害百出するものと 云はなければならぬ》⁽⁵³⁾

ここに指摘された「百出する弊害」の一角が、『人民ノ名ニ於テ』事件（1929年）であり、「天皇機關説事件」（1935年）である。

『人民ノ名ニ於テ』事件とは、不戦条約の批准時、その第1条末尾の文言＝「戦争ヲ抛棄スルコトヲ 其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ 嚴肅ニ宣言ス」が、人民主権主義に立脚し、天皇の外交大権を侵す旨の聲があげられ、枢密院では、昭和4（1929）年6月26日、《帝國政府ハ……戦争抛棄ニ關スル條約第一條中ノ「其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ」ナル字句ハ、帝國憲法

ノ條章ヨリ觀テ、日本國ニ限り 適用ナキモノト了解スルコトヲ 宣言ス。》との留保を付して、可決し、同条約締結の特命全權大使を務めた枢密顧問官・内田康哉が引責辞職した事件を謂う。

美濃部は、この事件が起こるや、「大権を持ち出すことによって、政敵や論敵を黙らせ、特殊日本的な世界を構築しようとする動き」と受けとめ、危機感を募らせたのであろう、自ら論陣を張って、「人民ノ名ニ於テ」が「問題などない表現」である旨、主張したばかりか、それを同僚の論説と纏めた小冊子を公刊して、闘った⁽⁵⁴⁾。

「天皇機関説事件」とは、国家法人説の日本版＝「天皇機関説」が国体に反すると糾弾され、ついには、美濃部に貴族院議員を辞させたばかりか、その著書を発禁処分にした事件である。

これらの弊害は、「恩赦の勅令化」という「分かりやすく、受け容れやすい出来事」を通じて準備され、進行した。この点を、見落とすべきではない。美濃部が穂積と「大権」をめぐる争い、「恩赦を法律で規定しては、ならない」との所説に、執拗に反対したことは、美濃部が「大権特殊視の危険」に、早くから気づいていたことを示す。美濃部は、果敢に闘い、学界において、勝利を収めた。しかし、軍部や右翼に限らず、一般市民までもが、天皇に対する尊崇の延長線上で「大権重視」を口にすることによって、社会全体が「破局への道」を整備してしまったよう、思えてならない。

美濃部一人では、到底、抗し得ない力が働いた、ということであろうが、彼自身が、その「社会」の一員として、「破局への道」の整備に荷担した嫌いも、ないではない。皮肉なことに、恩赦令の立案・起草は、法制局参事官を兼務する美濃部その人に委ねられたのである。松村眞一郎氏⁽⁵⁵⁾が、この間の事情を説明する。

《明治天皇陛下ガ御崩御ニナリマシタノデ、ソコデ大正天皇ガ踐祚ナサレタ、其ノ時ニ大赦ヲ行フト云フ意味ニ於テ是ガ行ハレタノデアリ

マス、處ガ、ソレ迄恩赦ニ關スル〔体系的な〕規則ハナカツタ、ソコ
 デ恩赦令ト云フ勅令ヲ拵ヘテ、其ノ勅令ヲ直グニ適用シテ大赦ヲ行ハ
 ナケレバナラヌト云フ立場ニナリマシタノデ、其ノ時ノ大學教授兼法
 制局參事官デアツタ美濃部博士ガ起草セラレタノガ今日ノ恩赦令》で
 ある⁽⁵⁶⁾。

管見したところ、「恩赦令美濃部起草説」を裏付ける資料は、この発言
 のみである。したがって、「松村情報」が、単なる噂の紹介であれば、排
 除するのが無難だが、同氏は、美濃部と同時期、參事官として同じ職場で
 仕事をした⁽⁵⁷⁾。そればかりか、同氏は、後に(大正2年3月12日)、法制局
 で書記官を兼任したため、局内事情に精通していたと、想像でき、「美濃
 部起草説」は、自身で得た確実な情報だと受けとめることができるだろう。

美濃部は、恩赦令の立案・起草者になると——実定法学者として、また、
 自らの作業成果の正当化もあったからであろう——《我カ帝國憲法ハ言フ
 迄モナク佛國憲法トハ甚異ナリ。佛國ノ大統領ハ唯極メテ限ラレタル範圍
 ニ於テ恩赦權ヲ有スルニ過キサルニ反シ 我カ憲法ハ何等ノ制限モナク
 恩赦權ノ全般ヲ天皇ノ大權ニ屬セシメタリ。》(後出「恩赦ニ就テ」、p.23f.)
 とか、《何レノ點ヨリ見ルモ大赦ト特赦トヲ其ノ效力ニ依リテ區別セント
 スルハ 我カ憲法ノ下ニ於テハ 全ク其ノ理由ヲ見サル所ナリ。》(p.25f.)
 と、拾い読みすれば、穂積と大差ない表現を遣う。

引用文は、恩赦令公布後、2箇月を経ずに、美濃部が、「法學協會雜誌」
 第30巻第11号(大正元年11月)に寄稿した「恩赦ニ就テ」と題するペラ100
 枚近い論文の一節である。論文は、《一 恩赦ノ性質／二 恩赦權ノ根據
 ／三 恩赦ノ種類(上) 歐洲諸國ノ事例／四 恩赦ノ種類(下) 帝國憲法
 ニ於ル恩赦ノ種類／五 恩赦ノ效力》との構成を採り、「恩赦のすべて」
 を論ずる。中野次雄氏が《この論文は、〔戦前の〕わが国における恩赦に
 関するほとんど唯一のものとして注目すべきものである。》と絶賛した⁽⁵⁸⁾
 ように、これが恩赦論における「美濃部博士の権威」を揺るぎなくした基

である⁽⁵⁹⁾。

無論、美濃部は、この論文においても、《^{かつ}管テ我カ新刑法草案ノ調査ニ當リ 學者ノ或ハ 刑ノ執行猶豫ヲ以テ恩赦行爲ノ一種ト爲シ 而シテ恩赦ハ専ラ君主ノ大權ニ屬スルモノナルヲ以テ 之ヲ裁判所ノ權限ニ屬セシムルハ 憲法ニ牴觸スト主張スル者 アリタルヲ聞ク。》と穂積駁論を忘れず、大權の委任を認めない所見を批判したうえで、《刑ノ執行猶豫ヲ以テ恩赦ノ一種ナリト爲セルハ刑ヲ免除スル總テノ行爲ヲ以テ皆恩赦ニ屬スルモノト爲セルニ因ルモノニシテ 大ナル誤ナリ。》と断じ、《微罪不檢舉 假出獄ノ如キ 亦等シク 唯勅裁ニヨリテノミ爲スコトヲ得ヘク 司法大臣檢察又ハ監獄官ノ之ヲ命スルハ憲法ニ牴觸スルモノト爲ササルヘカラサルヘシ。》と、「穂積との論争時代」と、基本的なスタンスに変化のないことを示している。(p. 6f.)

しかし、美濃部は、他方で、勅令化された恩赦大権について、先に示したように可能な限り、その特殊性を強調する⁽⁶⁰⁾。そのことによって、「天皇が統治する国」における形式的な論理の一貫性を貫いた。

美濃部は、『憲法撮要』において、《恩赦ニ關スル制度ハ舊法ニ於テハ刑事訴訟法及刑法ノ定ムル所ナリシガ、刑法改正ニ當リ 此等ノ規定ヲ除キ別ニ恩赦令……ヲ以テ其ノ制ヲ定メタリ。》と、恩赦の勅令化については、事実を叙すにとどめ⁽⁶¹⁾、『憲法精義』においても、勅令化を受け容れて、《わが國に於いては總テの恩赦が法律を要せず大權に依つて行はるゝのであるから、わが憲法上は恩赦は形式の意義に於いては常に行政權の行爲である。》と解説する⁽⁶²⁾。

戦前、大きな権威を誇った・岩波『法律学辞典』(昭和9年)中の「恩赦」の項(第1巻、p. 143)も、美濃部が執筆し、恩赦制度の沿革が、次のように淡々と説かれている。

《明治一三年に治罪法が制定せらるるに及び、其の第六編に特赦及復権に付ての規定を設け、明治二三年に治罪法を廢して刑事訴訟法を以

てこれに代ふるに當りても、類似の規定を設けたが、明治四一年の刑法施行法第五二條に依り、刑事訴訟法中特赦及復權に關する規定を削除した。それは、恩赦は憲法上天皇の大權に屬するものであるから、法律を以てこれを拘束するのは不穩當であるとする考に基いたものであるが、後大正元年九月に新たに勅令第二三号を以て恩赦令を制定して、恩赦に關する詳細の規定を設けた。》

「議会の権限確保に努めた研究者」として美濃部を捉えたと、彼には、恩赦令の解説より、勅令化を批判し続けて欲しかった、というのが偽らざる気持ちである。「時代の制約」といった弁解や擁護の言葉には事欠かないにしても、美濃部博士は、結局、恩赦勅令化に尽力し、その事実の定着に仕えてしまっている。なぜ、彼が、恩赦令の起草を拒まなかったのか、不思議である。

注

(1) 本稿では、カギ括弧＝「 」を区切り記号に用いるため、引用箇所には、二重ギョメ＝《 》を用い、テキストの翻刻では、パソコンに標準装備されたフォントの範囲内で表記し、合字を使わず、「コト・トキ」などとし、原文の香気をできるだけ伝えたいと考え、「国」などについては、テキストに従い、旧字体を用いたが、標準搭載されていない「免」や「平」については、文字化けを恐れ、わざわざ特別なソフトを使って「旧字体」に換えることは、避けた。

また、「長い“く”状の反復記号」も用いず、横書きなので、文字自体を繰り返し、句読点代わりのスペースを入れ、傍点類は、省略し、読みにくい箇所には、ルビを付した。

(2) 大日本帝國憲法(公布＝明治22年2月11日／施行＝翌年11月29日＝議會開會)

第16條 天皇ハ大赦特赦減刑及復權ヲ命ス

(3) 治罪法(公布＝明治13年7月17日・太政官布告第37号／施行＝明治15年1月1日／廢止 明治23年11月1日)中の恩赦關係規定は、「第一編 總則」(第

- 9 條)、「第六編 裁判執行復権及ヒ特赦／第二章 復権」(第470條～第476 條)、「第三章 特赦」(第477條～第480條)。
- (4) 明治23年・刑事訴訟法(公布=明治23年10月6日・法律第96号/施行=同年11月1日)中の恩赦関係規定は、「第一編 總則」(第6條)、「第八編 裁判執行、復権及ヒ特赦／第二章 復権」(第324條～第330條)、「第三章 特赦」(第331條～第334條)であり、少なくともこの範囲では、治罪法と基本的には、近似した規定である。
- (5) 旧刑法(公布=明治13年7月17日・太政官布告第36号/施行=明治15年1月1日/廃止=明治41年10月1日)中の恩赦関係規定は、「第一編 總則／第二章 刑例／第八節 復権」(第63條～第65條)、「第五章 再犯加重」(第97條)である。
- (6) 「法律取調委員会」とは、当初、《条約改正交渉との関係で外務省に設置されていた》が、明治20(1887)年、司法省に移管された組織である。内田文昭+山火正則+吉井蒼生夫(たみお)編著『日本立法資料全集 21「刑法」(明治40年)(2)』、1993年、信山社出版、p.5。(本稿における刑法などの制定経緯の説明と引用資料は、全面的にこの刑法シリーズに依拠している。そのことを断るとともに、門外漢にも、ある程度の理解をもたらしてくれた各巻冒頭の解説と解題の執筆者たちに、大なる謝意を表したい)。なお、以下、本書は、『刑法(2)』とのスタイルで略記するとともに、本文中の典拠表示は、例えば(2-5)とのスタイルで、「刑法シリーズ」内の巻と頁を略記する。利用した巻の出版年は、(3)-I=1994年、(4)(5)(6)=1995年、(7)=1996年。なお、日付・条数・議会名などは、アラビア数字に改めた。
- 司法省の法律取調委員会では、司法大臣・山田顕義が委員長を務め、細川潤次郎、鶴田皓、箕作麟祥、三好退蔵など、10名が任命され、後に、追加や補充がなされ、当初は、民法典の編纂などに関わった。大久保泰甫『ボワソナード』、1977年、岩波新書、p.151f.
- (7) 第1回・帝国議会・衆議院・議事速記録、第51号(明治24(1891)年2月23日)、p.812。
- (8) 「刑法改正審査委員」は、横田国臣(司法省参事官)/倉富勇三郎(司法省参事官)/古賀廉造(検事)/石渡敏一(検事)らであった。『刑法(2)』、pp.5f., 9。
- (9) しかし、検索の便のため、各草案の条数を記せば、30年案=第45條～第47條/33年案=第45條～第47條/34年案=第42條～第44條/35年案(16帝国議会用)=第42條～第44條/35年案(17帝国議会用)=第41條～第43條。
- なお、35年案から「刑例」という章立てが廃され、「第一編 總則／第六章 大赦、特赦、減刑及ヒ復権」になる。
- (10) 第63條① 公權ヲ剥奪セラレタル者ハ主刑ノ終リタル日ヨリ五年ヲ經過ス

ルノ後 其情状ニ因リ 將來ノ公權ヲ復スルコトヲ得

- ② 主刑ノ期滿免除ヲ得タル者ハ 監視ニ付シタル日ヨリ五年ヲ經過スルノ後 亦同シ

第65條 復權ハ勅裁ニ非サレハ之ヲ得可カラス

- (11) 新井要太郎編『菊池先生伝』大空社・伝記叢書(昭和13年刊の複製)、1997年。中央大学百年史編集委員会専門委員会編『中央大学百年史 通史編』上、2001年(例えば、p.43)。同『中央大学百年史 資料編』2005年。

なお、念のために、この「法典編纂など、日本の近代化に仕えた菊池氏」は、軍人(陸軍中将)で貴族院議員で、美濃部博士を「学匪」と非難して、その所説＝「天皇機関説」を攻撃し、国体明徴運動の火付け役を演じた宮崎県出身の菊池男爵(1875～1955)とは、同姓同名だが、別人であることを、確認しておきたい。『菊池武夫伝』、宮崎日日新聞社、1976。

- (12) 法典調査会は、元来、民法・商法分野の立法化を任務対象に設立されたが、明治32年3月、第二次山縣内閣のとき、規則を改め、4部構成にして、第三部に刑法と刑事訴訟法の起草を割り振った。前掲『刑法(2)』、p.10。

- (13) 第16回帝国議会・貴族院・刑法改正案特別委員会議事速記録、第7号(明治35年2月10日)、p.85。

- (14) 前掲、p.86。

- (15) 多くの人々の性向に、「原案に賛成し、修正案には反対する」という保守性を確認できるように思う。そのため、原案作成時に恩赦条項が盛り込まれないことこそ、同条項の規定化を阻止しようとする側にとっての重要事項になるのだから、委員会における遣り取りに注目すべきだが、残念ながら、充分な記録は、残されていない。

- (16) 第16回帝国議会・貴族院・議事速記録、第16号(明治35(1902)年2月24日)、pp.250-256。なお、この穂積演説は、「簡短ニ意見ノアル所ヲ申述べマス」と断って始めながら、8200字以上を費やしている。

- (17) 明治憲法第73条第1項の「帝國議會ノ議ニ付スヘシ」という字句に対する河上肇論文「帝國憲法變更ノ手續ニ關スル疑義」國家學會雜誌第186号(明治35年8月)の——「議に付せばいいのであって、賛同までは求めていない」旨の——解釈に対する激しい反対も見受けられる(p.29)。これは、美濃部の「議会の存在を軽視する理論への攻撃」という点で、穂積駁論との共通性を確認できるだろう。

なお——美濃部が「川上」と誤記(?)した——「河上肇」は、『貧乏物語』(1917年)の著者として知られ、憲法を専門とする研究者ではない。しかし、この論文が切っ掛けとなって、熱心な議論が交わされることになったのは——当時の学界の在り方を示す例として——興味深い。

松浦鎮次郎「河上學士ノ「帝國憲法變更ノ手續ニ關スル疑義」ニ就キテ」

- 前掲、第187号(明治35年9月)／河上「松浦法學士ニ問フ」前掲、第188号(同年10月)／湯淺倉平「松浦學士ノ疑義ニ就キテ鄙見ヲ述ブ」前掲、第189号(同年11月)／松浦「河上湯淺兩學士ニ答フ」前掲／上杉愼吉「河上法學士ノ憲法論ニ付キテ」前掲。
- (18) 議院法第33条第1項＝政府ハ何時タリトモ十五日以内ニ於テ議院ノ停會ヲ命スルコトヲ得。
- (19) 明治22年2月11日、明治憲法と同日に公布された法律第2号。
- (20) しかし、穂積による、本稿以外の「直截的な美濃部駁論」を管見することはできない。
- (21) 「立憲制下ノ三政治」には、《寄稿ノ約アリ 期ニ迫リテ執筆ノ暇ナシ 已ヲ得ス筆生ニ口授シテ此ノ篇ヲ爲ス……》との注記が付く。
- (22) 昭和10(1935)年7月10日(＝没後の出版)、日本評論社、pp.181-219。
- (23) 大正12(1923)年4月(昭和10(1935)年3月・改訂5版21刷)有斐閣。
- (24) 『日本憲法の基本主義』(日本評論社、1934)、第1章 日本憲法の君主主義／第4節 大権中心主義。(初出時表題＝「日本憲法の特徴(二)」、國家學會雜誌第40巻第2号、大正15(1926)年2月)。
- (25) 第21回帝國議會・衆議院議事速記録、第20号(明治38年2月24日付、同月23日開議)、p.326。なお、改行は、佐々木。
- (26) 前掲、p.327。
- (27) 前掲、p.328。
- (28) 第21回帝國議會・貴族院・刑ノ執行猶予ニ關スル法律案特別委員會議事速記録、第1号(明治38年2月27日)、p.32。
 菊池武夫は、《此案ノ主意ハ先刻政府委員カラ述ベラレマシタ通りニ、今日必要デアルト云フコトハ委員諸君ニ於キマシテモ御同感デアラウト思ヒマス》と切り出し、《牢獄ニ繋ガズシテ改悛ノ實ヲ舉ゲシムルト云フコト、ソレカラ又一ニハ牢獄ニ入りテ却ッテ牢獄内ニ行ハル、所ノ或ル種ノ悪影響ヲ受ケシメナイト云フ利益》ばかりか、《此法案ガ實行セラレタナラバ監獄費其他ニ於テ餘程ノ輕減ヲ見ルデアラウト信ズルデアリマス、……所謂政費ノ節減ト云フ方ニ關係ヲ持ッテ居ル案デアリマスルカラシテ、時局ニ鑑ミテモ此案ダケハ……通過スルガ適當デアラウト思ヒマス》と、実務的な観点を、賛成理由の一に挙げている。
- (29) 「第1編 總則／第4章 刑ノ執行猶豫」第25条～第27条。
- (30) 刑法施行法の第54条～第56条で「刑ノ執行猶豫」を扱うものの、それらに直接的な廃止規定は含まれず、第14条第1項の準用規定で処理された。
- (31) 法律取調委員會委員、總會日誌、第一回(明治39年6月11日)、『刑法(6)』p.115f。
 なお、主査委員一覧を管見しえないが、名前の分かっている委員長＝穂積

- 陳重のほか、花井・岡田・江木・菊池の4名が——明治35年案(第17回帝国議会用)に対する——修正案を提出しているの、少なくとも、これらの5名は、主査委員だと受けとめてよいだろう。
- (32) 中川壽之「〔菊池武夫日記〕解題」中央大学百年史編集委員会専門委員会編『中央大学史資料集』第11集(菊池武夫関係史料 4)、1992年、p.384。
- (33) No.364(明治39年7月10日)、復刻版(不二出版)第20巻、p.571。
- (34) 第23回帝国議会・貴族院・議事速記録、第4号(明治40年2月2日付)、p.47。
- (35) 第23回帝国議会・衆議院・議事速記録、第9号(2月22日付)p.98。
- (36) 第24回帝国議会・貴族院・議事速記録、第4号(明治41年2月8日)、p.76。
- (37) 具体的には、同法「第一編 總則／第八編 裁判執行、復権及ヒ特赦」中の、「第二章 復権(第324條～第330條)」および「第三章 特赦(第331條～第334條)」が、削除対象となる。
- そのため、同法「第一編 總則」中の、第6条で扱われている大赦に関する——「公訴ヲ爲ス權ハ左ノ事項ニ因テ消滅ス」との主文のもと、「被告人ノ死去・告訴ヲ待テ受理ス可キ事件ニ付テハ告訴ノ抛棄・確定裁判・犯罪ノ後頒布シタル法律ニ因リ其刑ノ廢止・時効」などと並べられた「大赦」——規定は、一応、生き残っている。
- (38) 第24回帝国議会・貴族院・監獄法外五件特別委員会議事速記録、第4号(明治41年2月18日)、p.357。
- (39) 前掲、本会議議事録、第8号、pp.120f.、p.124。
- (40) 第24回帝国議会・衆議院・議事速記録、第11号(明治41年2月28日付)、p.202。
- (41) 前掲、議事速記録、第12号(明治41年3月1日付)、p.213。
- (42) 同「委員中特別調査委員会議録、第3回(明治41年3月4日)、p.107。
- (43) 第18條 ① 剥奪公權、停止公權、監視及附加ノ罰金ノ言渡ハ刑法施行ノ日ヨリ其效力ヲ失フ 但既ニ徵收シタル附加ノ罰金ハ之ヲ還付セス
② 附加ノ罰金ヲ納完セサル爲メ換ヘラレタル禁錮ニ付キ亦前項ニ同シ
- (44) 前掲、會議録、第3回、p.111。
- (45) 監獄法外四件委員会議録、第7回、p.71。
- (46) 前掲、議事速記録、第14号、p.275。
- (47) 『樞密院會議議事録』第16巻、東京大学出版会、1985年、pp.1-6。
- (48) 樞密院では、書記官長が審議対象とするか否かについて、事前のふるいわけを行ない、それを「下審査」と呼んでいたらしい。入江俊郎『憲法成立の

経緯と憲法上の諸問題』1976年、p.321・佐藤達夫『日本国憲法成立史』1994年、第3巻 p.380。

換言すれば、一介の事務官にすぎない人物に、政府をも怯えさせるほど大きな権限が与えられていたのであり、いかにも明治憲法体制らしく、明文規定化されていない事実上の権威の存在例であるように思われる。マッカーサー・ノート（第三項目）で求められた・廃止すべき「封建制度」の典型的な例である。

- (49) 記録されている——議長や報告員を除く——発言は、これのみである。
- (50) 法律新聞、No.817号（大正元（1912）年10月10日）、p.13。復刻版、vol.44、p.49。
- (51) 前掲、No.815（同年9月30日）、p.12f。復刻版、vol.43、p.560f。。
- (52) 前掲、p.16。復刻版、p.564。
- (53) 前掲、p.14f。復刻版、p.562f。。
- (54) 美濃部達吉編『不戦條約中「人民の名に於て」の問題』、日本評論社、1929年5月7日発行。美濃部による「はしがき」は、5月1日付。枢密院における審議と重ねれば、緊迫した状況を推察できるだろう。
- 美濃部は、帝國大學新聞（同年1月14日発行）に掲載した「不戦條約字句の問題」を同冊子に転載するとともに、新たに「不戦條約の字句再論」を書き下ろしている。同僚の論説は、立作太郎「國體毀損の虞れはない」／高柳賢三『『人民ノ名ニオイテ』について』／同『『人民ノ名ニ於テ』について北吟吉氏に答ふ』／高木八尺「人民の名に於て」／神川彦松『『人民の名に於て』の論争に就て』。
- (55) 松村眞一郎氏は、貴族院議員（勅選）を務め、戦後は、参議院議員を、一期、務めた（1947年、全国区、緑風会）。また、農商務属兼農商務大臣秘書官等を経て、法制局参事官、同書記官、農林省水産・農務農林次官等を歴任した。1963年歿。『歴代国会議員名鑑』（同書編纂委員会編）中巻、p.2447、1995年。
- (56) 第90回帝國議會・貴族院・帝國憲法改正案特別委員會・議事速記録、第19号（昭和21年9月21日）、p.28（通p.162）。
- (57) 『内閣法制局百年史』（1985）p.473f。に、「農商務書記官・松村氏が、明治43年8月8日、法制局参事官に就任した旨の記載」があり、「翌44年12月12日、東京帝國大学法科大学教授・美濃部達吉氏が、法制局参事官を兼任した旨の記載」がある。
- (58) 拙稿「日本国憲法下の恩赦制度」青山法学論集48巻1・2合併号、p.95注（52）。中野次雄「恩赦制度の新方向」『刑事法と裁判の諸問題』成文堂、1987、p.138注（3）。
- (59) 恩赦令制定当時、「美濃部博士が起草した」との事実は、関係者の間で知

られていたのでは、なかったか。もし、そうなら、「法令起草者自身の解説」として——伊藤博文と『憲法義解』の関係のように——その恩赦論が重視されたのは、当然であろう。

(60) 同種の記述だが、次のものなど、法制官僚の文章ではなからうか。

《佛國ノ「グラーヌ [grâce]」ト「アムニスチー [amnistie]」トハ 一ノ行政權ノ發動タリ 一ハ立法權ノ發動タルモノニシテ 其ノ間ノ區別ハ極メテ重大ノ意義ヲ有スルニ反シテ 我カ憲法ニ於ケル大赦、特赦、減刑及復權ハ 等シク天皇大權ノ發動ニシテ、之ヲ區別スルノ必要ハ唯學理上ニ止リ、實際ニハ必ラスシモ嚴重ニ之ヲ區別スル法律上ノ必要ナク、或ハ之ヲ合一シテ 恩赦大權ト稱スルヲ妨ケス。》 「恩赦ニ就テ」、p.24。

(61) 『憲法撮要』、有斐閣、大正12(1923)年(昭和10(1935)年・改訂5版)、p.583。

(62) 『憲法精義』、有斐閣、昭和2(1927)年(昭和10年・初版11刷)、p.308。