

児島惟謙の法思想と司法権の独立(4)

——大津事件を中心として——

緒 方 真 澄

- (一) 問題の提起
- (二) 児島惟謙と大津事件
 - (a) 大津事件の発端
 - (b) 司法処理過程(一) (香川大学経済論叢第43巻第5号)
 - (c) 司法処理過程(二) (香川大学経済論叢第51巻1・2号)
 - (d) 司法処理過程(三) (香川大学経済論叢第51巻2・3号)
- (三) 児島惟謙の法思想 (以上本号)
- (四) 司法権の独立と大審院長の立場
- (五) 結 語

(三) 児島惟謙の法思想

児島惟謙は、法学者ではなく、特に法律学を系統的に学んだわけではない。すなわち、青年時代、近代国家への変革を図る進歩的な改革論者として成長し、明治維新の戦乱終了後、地方行政官として各地を廻っている。その間に法律学に対する勉学が始まったと考えられる。しかし、本格的な法学に対する研鑽は、明治4年(1871年)に、司法省裁判所民事課、次いで東京裁判所民事課詰となり、翌明治5年(1872年)4月、司法省権少判事に任命されたときからである。しかも、法律学に対する能力は天才的で、その研鑽は実務により学んだものであって、たんに独学とはいえず、近代的な法思想を深く自己のものにしていたのである。児島惟謙の法思想は、大津事件の処断の法理を説いて、当時の松方首相と山田法相に提示した「意見書」(以下「意見書」と略す。)及び大審院長を退いた後、衆議院議員選出の準備のため郷里の愛媛県野村町の本家の緒方

陸朗にあてた書簡(以下「書簡」と略す)に示されている。

これら「意見書」等を見ると、歴史主義的客観主義をとる、憲法学の重鎮である田畑忍博士の憲法主義に基づく法解釈の立場に通ずるものがある。その他にその法思想を系統的にまとめた著書・論文は現在のところ存在しない。⁽¹²⁶⁾小稿では、この「意見書」及び「書簡」によって児島惟謙の法思想を考察する。

(1) 児島惟謙が「意見書」で説いてる第一点は、大津事件に対応する指針につき、一時の間に合わせによる処理を排除することを強調し「凡そ事の軽微なるに似て其実至大の因を為し、復に救済すべからざるもの、古今其の例乏しからず。審かに其の禍害の由る所を察するに、概ね事を其の始に誤り、敢て剛明果断の計を為さず、妄りに苟且姑息の術を執り、以て一時倫安を希図するに出でざるはなし」と述べている点である。

(2) 「意見書」の第二点は、便宜主義的の法解釈の否定である。すなわち、「今回津田三蔵の犯罪を断ずるに、我が刑法第116条を以てせんとする如きは、其の事、表面上甚しく重大の弊なきが如し。而して之れを熟慮すれば、殆んど国家百年の大計を誤るものと断ずるを憚らざる也」と述べている。次に、その本論の刑法論も問題の核心を衝いている。すなわち「抑刑法第2編には、公益に関する罪とあり。夫れ外国の公益は各国自ら之を保護するの法あり。豈我刑法に之れを規定するの必要あらんや。加之、外国は私の保護国に非ず、故に、亦其の権なき者と謂う可し。且つ刑法は公法に属し、決して比附援引を許さざるを以て、其の公益の文字たる、特に我国の公益のみを指すこと、素より弁明を要せざる可し」と論じ、刑法の公益規定たるべき内容を述べ、且つ、我国の公益をその対象とするものと断定し、刑法が公法であることを明確にしている。しかも、「然らば其の2編中に在る所の皇室と云い、天皇と云い、若しくは三后、皇太子と云うは、我が皇室の天皇、三后、皇太子を限りたること、最も明白にして、争う可からず」と。更に、それを補足して「加之、当時草案起草者は、特に天皇の上に日本の文字を加えたりしも、該法条の如きは、我君臣の情

(註 126) 田畑忍・「憲法重要問題の研究」33頁。

義に基き、社会の必要に依りて制定したること尤も明白の事実なるを以て、我立法者は故ら之れを置くに及ばずと為し、終に日本の文字を刪去せしものなれば、其の外国の君主以下を包含するを得ると言うは、^{ことさ}管に立法の精神に背及せるのみならず、亦法文を解釈する能力なきものと謂も、過言に非ざるべし」と述べ、いわゆる立法趣旨によりながら、厳格なる論理的客観主義的な法解釈論を展開している。そうして、この「意見書」は、当該事件の適用すべき法律的根拠を明示する。すなわち「他に外国の君主等に対する犯罪を特定せざる以上は、一般謀殺未遂を以て論ず可きは、固より当然の処分にして、少しも疑俚すべき所なきなり」と述べ、更に外国法を比較例証し「之れを締盟各国の法律に参照するに、第一、露国に於ては、刑法第260条を以て同等なる外国の帝権に対する犯罪を規定するも、其の自国に対するものに比して^{はる}復かに其の刑の輕微なる、死刑と2年半以下の労役との差あり。而も外国の太子に対するものは、故らに之を^{ことさ}含容せざるを見る。又^{どいつ}独逸に於ては、同300条を以て、1年以上10年以下の監禁に^{いたりや}処し、伊太利は、同第47条を以て、11年以上16年以下の懲役に処するものとなすも、二国共に君主、大統領に限り、外国の太子等に係るものは之れ亦一も規定する所なし。其の他の諸国に至りては、恰も我が刑法と同じく、特に此等の犯罪を規定したるを見ず。然らば、我刑法の謀殺未遂に^い問い、無期徒刑に^い処断するは、権衡上嘗て^い輕きに失せざるのみならず、却て各国より重きものあるなり」と。

(3) 次ぎに「意見書」は、法律の適用を誤った場合の悪影響について論じ、護憲、護法論を展開し、「若し、法の精神に^{まげ}違背し、曲て法律を適用する時は、単に刑法第2条を犯すに止まらず、明に憲法第23条、第57条を破壊するものなり。既に刑法を犯し、又憲法を破壊するに至ては、法の法たる信用^い何くに在る。果して、此の如くならば、我司法権の尊嚴^い鞏固は、何を以て之れを維持するを得べき。而して、是れ猶司法権の信用^い鞏固を失墜するのみ」と述べ、帝国憲法第23条は「日本臣民ハ法律ニ依ルニ非ズシテ逮捕監禁審問^い処罰ヲ受クルコトナシ」とあり、同第57条には「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ、裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とあり、更に、刑法第2条は

「法律ニ正条ナキモノハ何等ノ所為と雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ス」と定められているのである。当時の政府は、犯人の謀殺、戒厳令の施行、詔書の渙発、緊急勅令等の処置に訴えて犯人の生命を断とうと考えていたのである。

しかも、明治20年(1887年)代の我国は、国内的には、帝国憲法、教育勅語の発布に象徴される天皇制政治体制の制度的基礎の整備に追われ、また政府によって、憲法、裁判所構成法及び刑法は超法的権威の前にまさにその存在を抹殺されようとしたのである。しかもそれ等に反対する強大な政治勢力は存在しなかったのである。また国外では、日清・日露の関係が次第に緊迫した状況が醸成されつゝあるときであって、わけてもロシアのアジア進出は、政府を神経過敏にしていた。幕末に計画されたシベリヤ鉄道の工事が開通し、ロシアの勢力が極東に波及するのではないかという危機意識を喚起し、非常なショックを与えた。しかも明治10年(1877年)以来、日本と清国との対立が朝鮮問題を通じて激化してきており、時あたかも英国とロシアの対立とからんで、事態は深刻な国際的危機の問題として受けとめられていた。また、当時の政府は、封建時代の攘夷思想の裏返しとしてヨーロッパ列強に対しては強い排外主義と屈従政策をとり、一方では日本近隣の弱い諸民族に対しては侵略政策をとって日本のアジアでの地位を確立し、もってヨーロッパ列強と対等の地位を獲得しようとする外交方針をとっていた。このような日本をめぐる国内的、国際的危機が事件の背景にあったことは注目されなければならない。かかる状態の下で児島惟謙は司法権独立の原則を遺憾なく主張しているが、この論旨は田畑忍博士の主張される憲法主義に立つものである。しかも、憲法を破壊するに至っては法の法たる信用何処に在る、と言っている一句がその重きをなしている。田畑忍博士は、「政府の圧迫に一時的に屈した大審院判事を説得して『国家榮譽と憲法の權威の為に大に反対の態度に出でざるを得ざるなり』と言っているのも疑いもなく憲法主義の強調である。不当の権力と権力主義に『大に反対に出でざるを得ざるなり』と言う大審院長の言辞はまことに当然であるが、これに対して司法権に対する信頼感を寄せないものはないであろう。そこには一片の権力追従主義の臭気がなく、…司法権の独立についての規定の弱い明治憲法の時

代に於て、すでに彼がかくの如くであったのは、彼の法思想の中に権力主義のなかった何よりの証拠と言えよう。……児島惟謙がこのように権力主義をとっていないということは、言い換えれば、彼が国民の権利を権力と権力主義に対して尊重する立場を堅持している、ということであり、官僚主義をとっていないこと⁽¹²⁷⁾である。また「児島惟謙が天皇制護持の立場に立ちつつ其の司法権独立の主義を展開していることをもって、『天皇制的憲法意識』としてこれを非難することは中らない。」⁽¹²⁸⁾とされ、「それは同法権の独立を規定し、国民（臣民）の権利を定める明治憲法が、立憲君主制を基盤としていることによる制約であり、この制約にもかかわらず権力主義をとっていない点をむしろ重視すべきであって、これを天皇主義または天皇制的官僚主義と看做すことは、見当ちがいと云わねばならない。すなわちたいせつな点、必要なことは、憲法主義の立場に立って国民の権利と考えているか、権力主義の立場に立って国民に敵対しているか、という相違についての正しい認識をすることでなければならぬ。しかるに児島惟謙の法思想は、明らかに憲法主義に属しているものであって、権力主義に属するものではない。」⁽¹²⁸⁾と言われるのである。

(4) 児島惟謙は、更に「意見書」によって主権独立論・法権独立論を展開する。「柳も国^{ともそ}の国たる所似の中の、其自主独立の大権あるに由るなり。今露国皇太子に危害を加へたりとて直ちに我が陛下に対する者と同一の法条を似て制裁するときは、更に彼我輕重の區別なきなり。畏くも万世一系、神聖なる元首たり主権たる我が天皇陛下を奉載すること、猶、英、独、澳、伊^{いぎりす どうつ おーすとりにや いたりや}の各国より朝鮮、布哇^{はわい}の君主、儲嗣^{ちよし}に対すると寸毫も異なるなきに至りては、我が刑法は明らかに主権なきを自認表白するものならん。嗚呼、国にして主権なき、之れを独立国と称す可き乎。三千年金甌無缺の国権も此に至りて覆墜せる者と謂う可し」と。これは児島惟謙が、前記したところである点すなわち、法律を曲げて適用すると、明らかに憲法23条、同57条並びに刑法2条に違反するものであって、外国の圧迫によってかかることになるのは、いわば主権の喪失であ

(註 127) 田畑忍・「児島惟謙」184頁～185頁。

(註 128) 田畑忍・「前掲書」185頁。

る。主権を喪って何の国家だという意味のことを言っているのである。いわゆる自主的主権論に当事の天皇制に結合せしめて主張しているのである。田畑忍博士は「これは鬼面以て、権力主義者たちを臆若たらしめる論法であって、君主制下に於ける民権主義・民主主義をとる者の用いる手法である。彼が、大津事件裁判担当の7判事中、政府の圧力に一度は屈し去った数判事を十分に説得し得たのも、この論法であって、彼は『注意して処断せよ』という明治天皇の勅語を、極めて巧みに授用したのである。すなわち彼は、人権の敵・権力主義者の用ゆる虎威を借る剣法を逆用して、国民の立場のために奇効を収め得たものといえることができる。しかも、彼の其の根本に在るものが、人権尊重の思想であることはいうまでもない」と指摘される。⁽¹²⁹⁾

(5) 「意見書」は、次いで天地の正理を説いた政策論と対外的独立論を展開する。すなわち、「天地の正理に照し、万国の通義に由り、我が成法を確守するは、公明正大なる举措にして、唯理論上為すべきの大道あるのみならず、外交頻繁の今日に処し、造水顛沛も是を失う可からず。之れを捨てて他に取るべきの道なきなり。夫れ露国決して蛮野の国に非ず。今回照復の文書に依るも、未だ不法圧迫の意志あるを認めず、抑彼亦外交の術に長ぜり。故に、今回の一事を以て直に不法酷暴の要求を為し、外国の批難を招くが如き拙計を取らざるを知る。是れ却て我国の最も注意を要すべき所にして、且つや今回の如き不幸にも非常の過害を加えなからん。文明国として、之を待たず各国の嘲笑を免れざるが如き卑屈無謀の策をとらん乎、彼、固より法憲の何物たるを熟知せり。却て其の倭媚を喜ばざるも、亦知るべからず。万一、不当濫暴を以て我に求むるあらば、其の曲、固より彼にあるなり。且つ、既に暴力を加たて省みざるに至らば、豈一時歛心を買わんとする如き姑息手段の能く救い得べき所ならんや。然らば、我が自ら法律を曲ぐるの一事は、彼が暴力の侵襲に利害せざるや、知るべし。顧みれば、我国一たび外交の道を誤りしより、其の害30年の今日に延及し、不正不当の条約は猶未だ改正し能わざるに非ずや。且つ各国の我

(註 129) 田畑忍・「前掲書」188頁～189頁。

に対する、常に我が法律の完全ならず、我が法官の等^{たの}むに足らざるを口実とす。然るに、我自ら進んで、成法の依拠するに足らざるを表示し、^{たやす}輒く法律を曲ぐるの端を開かば、忽ち国家の威信を失墜し、時運の推移は国勢の衰耗を來たし、締盟列国は、益々輕蔑侮慢の念を増長して動もすれば非理不法の要求を為さざるを保せず、^{いきおい}勢此に及んでは、傾向の馴致する所、屈して又伸ぶ能わず、実に善者ありと雖も又奈何するなきに至らん。豈寒心せざるべけんや。故に、之れを政略上より考ふるも、断じて其の不可なること、此の如し」と。これは、日本国のロシアに対する外交政策の正しい在り方についての的確な方針を示している。田畑博士をして、「その道理を説き、法理を説き、更に政理を説いて余すところがない。」⁽¹³⁰⁾と言われている。わけても、不正不当の条約は猶未だ改正し能はざるに非ずやと憤慨し、治外治権等を有する我国の不平等条約を改正しなければならぬ点を強調していることである。また、それゆえに「司法権の信用」の失墜は必然的に「国家威信」の失墜に連り、更に「国勢の衰耗を來し締盟列国は益々輕蔑侮慢の念を増長して動もすれば非理不法の要求をなさざるを保せず」という事態の招來が真劍に危惧されていたわけである。

(6) 最後に、法論を国体論に包んだその結論が展開される。「然るを祝んや、司法官たるもの、其の無き所の権柄を弄し、法の明文を伸縮せば、嘗に国家に不忠不義に止らず、其の極、恐多くも陛下をして神聖なる大権に違わせられ、曾て列祖列祖より下臣民に衆庶に盟わせ給う聖誓を背かさしめ、古來曾て有らざる国辱を歴史に遺し、千万世雪ぐ能わざるに陥れ奉らんとするに帰着す」云々と述べているのである。この最後の締めくくりの部分が兒島惟謙の最も中核をなす法思想を展開していると言えよう。この法思想を基調とした憲法論は、憲法は天皇が国民に誓ったものであると解釈する立場に立って、天皇は国民に人権を与えたものではなく約束したものであるという解釈を貫いている。つまり、一旦国民に誓った以上、この人権は天皇が擁護していく責任がある。国民の側から言えば、憲法によって約束された人権の保障する責任を天皇に対

(註 130) 田畑 忍・「明治的裁判官の法思想」(「同志社法学76巻」11頁)。

しても、天皇の代理の行政府に対しても要求できるという法理が成立する。このことは、また帝国憲法発布の勅語によって、権利保障が確実なものにならしめている。すなわち、「朕ハ我カ臣民ノ権利及財産ノ安全ヲ貴重シ及之ヲ保護シ此ノ憲法及法律ノ範圍内ニ於テ其ノ享有ヲ完全ナラシムヘキコトヲ宣言ス」とある。これは、国民の権利を保障することを宣言した規定であって、児島惟謙は、この勅語の文書を天皇が国民に対して誓約したものと解したのである。したがって、一旦、国民に誓った以上、天皇は憲法の擁護の責任があり、もし擁護しない場合には「曾て列祖列祖より下衆庶に盟わせ給う聖誓に背かさしめ」ることになる。天皇が国民に対して誓った憲法に違反することになる。したがって天皇はどうしても憲法を擁護していかなばならぬという法理になる。遠山茂樹教授が「児島惟謙の場合は、憲法は国民に誓ったものである。その限りで憲法の規定は国民に対して責任がある。天皇制的限界であるけれども、国民の権利をそういう意味で守っていく立場を、やはり児島惟謙はとっていたのじゃないか。天皇の与えた人権というのと、天皇の約束した人権というのは、やはり違う⁽¹³¹⁾」だからこそ児島惟謙が「初めて司法権独立を強硬に主張できたのじゃないか⁽¹³¹⁾」と言われている。この見解は児島惟謙の人権意識と法思想を正当に把握しているものと言うことができよう。

(7) 児島惟謙は、天津事件に原因した大審院と内閣の対立によって惹起した事件解決のため大審院長を退官した。その後は勅任の貴族院議員となり、その後貴族院議員を辞任して、衆議院議員に立候補して二選された。その折、本籍地を愛媛県野村町に置き、選挙地盤とした。児島惟謙が明治27年(1894年)4月10日付で本家の愛媛県野村町の緒方陸朗にあてた書簡に「前略……老生帰京後政海の形勢を推按するに、政府の議員に対する^{いよいよ}弥以て非立憲的の意向あり。議會も^{ますます}益衝突の勢あり、果して然る時は、政府弥以て利益を濫用し、國家の紀綱終に^{ついに}壊敗し、億兆人民の疾苦を見るに至らむ。其の秋に際り弊制を一掃し人民の権利を維持せむとせば、独り衆議院の強固を以て任ずるの外なかるべし。

(註 131) 林茂・遠山茂樹・吉野源三郎「児島惟謙の功績」(「世界97号」149頁~150頁)。

若し其際に遭遇せば、老生儀、宇和郡の選出議員たらむことを欲するなり。然るに其資格を有せざれば、其時に至り如何とも詮なし。故に今、平時に於て他日の用意緊要ならむ。依て今日窃に其資格を有し置かざるべからず。足下、幸に所有田畑の内地租15円以上兩3年間老生の名義を以て納税致され候様御取計置あらむことを冀望致度、尤其田地は更めて老生より足下へ借入金抵当として公正証書差入置事に致可、左る時は他日老生に於て如何なる不幸あるも御掛念有之間敷候。実に昨今政海の形勢唯ならず、傍觀坐視するに忍びず、故に将来の事今に画策し置かざれば、其際悔ゆる感なき不能。爰に親しく御相談に及び候。尤此一挙は他日の秘事に付、新聞紙等に洩れざる様に取計被致度、云々(後略)」とある。この書簡によれば、第1に「人民の権利を維持せむとせば」と言つて、人民の権利と児島惟謙が把握しているこの表現は、「意見書」より「書簡」では明確に人民の権利として述べている点である。第2には、この人民の権利を維持するためには、衆議院を強固にする外はないと明言していることである。すなわち、国会は衆議院中心であること貴族院ではどうてい政府の違憲の政治に対決する場ではないと考えたのである。第3には、第2点と関連するが、「政府の議會に対する……非立憲の意向あり云々」は、大津事件直後の松方内閣の選挙大干渉等がそれを裏付ける。しかも「政府弥て利益を濫用し、国家の紀綱終に壊敗し、億兆人民の疾苦を見るに至らむ。其の秋に際り弊制を一掃し人民の権利を維持せむとせば……)云々)」と、相続く政府の非立憲的暴政を憂慮し、その重圧に国民の人権の擁護せられないことを深く憂慮し、非立憲的狀態すなわち憲法違反の状態を改めさせようと考え、そのためには衆議院議員になることが必要だという結論に到達したのではなからうか。つまり児島惟謙は、明治憲法をどのようにしたら、国民によって、それを破壊する権力から守るか、それを通して明治憲法をより民主的に発展せしめていくかを考えていたのである。

この書簡から、うかがわれる児島惟謙の立場は、人権を侵害する権力行使の政府に対決する憲法主義、人権主義法思想の立場に立つものであって、決して権力の側に立つものではなかった。

(8) 児島惟謙の「意見書」及び「書簡」に示された法思想は概要以上のごときものである。このような法思想は、田畑博士が言われるごとく、「帝国憲法所定の憲法規範の中に集約されている人権尊重の思想以外のなにもものでもない。」⁽¹³²⁾ 大津事件は児島惟謙によって憲法に規定された司法権の独立と人権の保障を裁判を通して実質的に確立したのである。このことは、児島惟謙が権力主義を否定し人権尊重主義を基調とする強靱な法思想が憲法を破壊していこうとする権力から、国民の権利を守るため、行政府の圧力に屈しなかったこと、又、衆議院議員としても藩閥内閣の重圧下に国民の人権を擁護しようとしたことを示すものである。

しかも、「この法思想は、明治10年(1877年)代に民権論者によって唱えられた自由民権思想から由来しているものである。更にさかのぼれば、徳川の幕末から明治初年に於て支配的な時代思潮であった天賦人權論に淵源するものである。」⁽¹³²⁾ この点、伊藤博文著「憲法義解」で臣民の権利義務の章では、その源を「上に在ては愛重の意を致し、待つに邦国の宝を以てし、下に在ては大君に服従し自ら視て以て幸福の臣民とす、是れ我が国の典故旧俗に存する者にして本章に掲ぐる所の臣民の権利義務亦此の義に源流するに外ならず」と⁽¹³³⁾ いうて、日本の「典故旧俗」に求め、天賦人權論はまったく否定する立場をとっている。この点では、明確に相違する法思想であったことを指摘することができよう。更に、田畑忍博士は、この法思想を実践した面を評価して「しかも彼は秀れてこの法思想に忠実であり、確信的であった点に、他の同じ法思想の、しかもそれに忠実でなかった裁判官・行政官・政治家等との大きな相異が結果しているのである。すなわち児島惟謙の法思想は、その剛毅なる人権尊重のキャラクターに根ざした実践に裏付けされたところに強さがあり、また意味がある、と言うことができるであろう。すなわち、その法思想は、講壇的な法思想ではなく、⁽¹³⁴⁾ 実践的な法思想である」言とされるのである。

(註 132) 田畑忍・「明治的裁判官の法思想」(「同志社法学76号」11頁)。

(註 133) 伊藤博文・「憲法義解」36頁。長谷川正安教授は「『憲法義解』は、憲法制定者の当時の考え方を体系的に示すものとして重要な意味をもっていた」と言われている。(「学説百年史」14頁)。

しかも、児島惟謙の強靱な実践的法思想を形成した根源的な性格は、幼年時代の実母との離別、少年時代の不遇な生活、青年時代に近代国家への変革を図る進歩的な改革論者として成長し、その後、裁判官となって大阪府事件、鶴岡事件、三重事件、大阪国事犯事件等の裁判を通して養われたものと言うことができよう。

(註 134) 田畑忍・「明治的裁判官の法思想」(「同志社法学76号」12頁)。