

## 「正義の学」の終焉

— 関西大学法学研究所児島惟謙没後100年記念シンポジウム（08・10・4）

「いま裁判員制度が日本に導入される意義 — 児島惟謙の思想的源流を探りつつ —」（関西大学法学研究所『ノモス』第二三三号）に見る学問的危機の様相

蘆田東一

### 目次

- 一 正義の学の終焉 — 関西大学法学研究所児島惟謙没後100年記念シンポジウム
- 二 三谷太一郎氏とトクヴィル、J・S・ミル
  - (1) J・S・ミルがトクヴィルより受け継いだものは「多数の暴政」批判
  - (2) トクヴィルの「政治制度としての陪審制」は、刑事陪審ではなく「民事」陪審
- 三 大正期成立陪審制は、「司法権の独立」というイデオロギーを廃するためのものであったという三谷氏の主張
  - (1) 「司法権の政治的台頭」とは何か
  - (2) 明治憲法下の「統帥権の独立」と「司法権の独立」
- 四 司法と規制緩和
- 五 基本的人権と司法

## 一 正義の学の終焉 — 児島惟謙没後100年記念シンポジウム —

昨（二〇〇八）年一〇月四日、関西大学に於いて開催された児島惟謙没後百年記念と冠したシンポジウムの記録が、二〇〇九年の四月末に発行された関西大学法学研究所『ノモス』第二三三号に掲載された。

この催しの内容は、東京大学名誉教授松尾浩也氏の思い付きを法制化したという、信じられないような制度である裁判員制度の「宣伝」である。小泉内閣時代の産物が、郵政民営化を推進した人物の企業へカンポの施設が払い下げられたり、雇用制度を壊した人物の企業がまさきに人員整理をするなど、国民の生活や、社会そのものへの大きな混乱を引き起こしているが、その代表的なものが裁判員制度である<sup>1</sup>。

法学部のスタッフとして、法や制度についての考察することを職業とするのであれば、このような、みるからに胡散臭い制度を検討することは、先ず果たさなければならぬ職務上の義務であろう。

このシンポジウムに五ヶ月先立つ五月一六日付けの『関西大学通信』第二五三号に、シンポジウムを企画し司会をしている法学部教授の吉田栄司氏が、「裁判員制度が動き出す！」という文を掲載している。この文のタイトルは良識ある人たちの批判の的ともなった株式会社電通が請負作成した裁判員制度の情宣ポスターをもじったものであることはあきらかである。この文の一部は、次のようなものである。

憲法学者である筆者は、公判審理の短期集中開催、書面の簡素化と口頭の重視、あるいは遺族や被害者の法廷参加によって罪状を判定される被告人の立場にも、ほとんど拒否できずに出頭義務や評議義務、さらには職務を終えた後まで守秘義務を課される有権者の立場にも、なお、詰め直されるべき制度的問題点が憲法諸規定に照らして多く残されている、と考えている。が、それ

でもなお、このような制度の導入は、日本の民主制のあり方を、司馬遼太郎のいう「この国のかたち」を、より良きものにする可能性を大きく秘めている、といえよう。

この文を書いた「憲法学者」吉田栄司氏は、裁判員制度が基本的人権に抵触することを認識している。吉田氏は、その人権と抵触するものが「この国のかたち」をより良きものにする可能性を大きく秘めている、と本当に考えているのだろうか。それとも、吉田氏は、人権というものを、単なる憲法規定にすぎないと考えているのだろうか。

憲法学者であるとする吉田氏なら、一七七六年のアメリカ独立宣言が「……これらの権利を確保するために、人類の間に政府がつくられ……」と述べているのを、まさか知らないということはないだろう。国のかたちに合うように、人権が調えられるのではなく、人権を確保するための国だということは言うまでもないだろう。

「国のかたち」のために人権を調えるなど、中高生でも納得できない話である。奇妙なことを言っている人物は、自分が無自覚なまま「国家主義」の一撃を受けている者である。

尤も「この国のかたち」を言い出したのは、元司法制度審議会会長京大名誉教授佐藤幸治氏である。しかし吉田氏が「憲法学者である」なら、このような文を、提出された学生のレポートに見つけ次第、基本的人権に抵触することがあきらかな制度が民主制のあり方を良くするなどと言えるのか、と即座にコメントするだろう。

種々の公害をはじめとして、国民が訴えている訴訟は、「クニ」あるいはクニの「かたち」をしたものに、国民あるいは住民が、ささやかなあるいはかけがえない何かを奪われたことから起こされているのである。この大学の法学部では「国のかたち」の方が、具体的な人間の権利よりも先行するような講義がなされているのだろうか。

この吉田氏の文のこのあとは、ほとんど陪審制について費やされている。児島惟謙は、陪審制について、なにがしかの言及はしたかも知れないが、特筆すべきことはない。また、裁判員制度は、陪審制というよりは、参審制であると、裁判員制度なるものは自分の思い付きであると仰る松尾浩也氏自身が仰っている。にも関わらず、どうして吉田栄司氏は陪審制についての言及を続けたのか、私には疑問であった。

吉田氏が、裁判員制度に関する文にしては、場違いと思われる陪審制のことについて、多くを費やした理由を、私に分からせてくれたのは、今回のシンポジウムであった。今頃になって判るのは遅いのであるが、「ネタが判ってみると」と言った感である。もともと決して、それは今まで隠されてきたというわけでないのである。それはあまりにもお粗末な論理なのである。かかる論理で、国民の人権が侵害され、負担が増加するとは、しかも、それが憲法学者の手によるものとは、なんと表現すべきものかと思う。

私が遅まきながら理解したのは、佐藤幸治元司法制度改革審議会会長の理論的拠りどころが、三谷太郎『政治制度としての陪審制』（東大出版、二〇〇一・九、同氏著『近代日本の司法権と政党―陪審制成立の政治史―』塙書房、一九八〇の増補版）であったということである。

東京大学法学部教授として政治史を講義されてきた三谷太一郎氏の旧著は、大正末に成立し、昭和初期から始まった戦前陪審制成立史の研究として決定版ともいえるべきものであった。

今回のシンポジウムで、三谷氏は、とくにトクヴィル『アメリカのデモクラシー』に言及されている。それは、トクヴィルが「政治制度として見た陪審制について」という一節を設けているからである。三谷氏は「トクヴィルによると、陪審制は何よりも政治制度である。陪審制を政治制度としてとらえるというとらえ方というのは、私（三谷氏）の知る

限りでは恐らくトクヴィルが最初であったというふうに思うのでありますが、陪審制は何よりも政治制度なのである、陪審制は常にこの観点から判断されねばならないというのがトクヴィルの洞察であります。」『ノモス』二三、八六頁。以下のシンポジウムでの発言引用箇所は、同様にページ数のみをあげる。』とし、そのトクヴィルに触発されたジョン・アユテュアート・ミルが『自由論』において個々の市民に対する陪審制度の教育的な意味というものを強調したと述べているのである。

これを、このまま受け取ると、「政治制度としての陪審制」というのは、統治対象である人民をして、統治の一端を担うべく政治教育する制度として最適である、とトクヴィルやミルが言っているようである。佐藤幸治元会長の「統治者主体意識」の涵養論をトクヴィルやミルが言ってくれているようである。

このことは、三谷氏の次の問題発言に関係してくる。少し長くなるが、引用してみる。

私（三谷）は、裁判員制度はなぜ意味があるかという点、これはある弁護士の方から伺った話で、なるほどと思ったんですが、要するに法廷というのはごらんになった方はおわかりなんですけれども、法廷と傍聴人席を隔てるバーというのがあります。やっぱりバーの内側と外側とは全然違うんですよ。つまり、傍聴人席に座っても、これは専門家の弁護士が言われたんですが、ある民事事件を担当していて、その依頼人が刑事事件に巻き込まれたときに、民事事件の資料を収集するために自分の依頼人の刑事事件の傍聴人席に座ってただけでも、結局バーの向こう側で何が行われているかというのは専門家の自分ですらわからない。だから全くの素人はバーの向こう側に行かないで、裁判がどういうものかは、まずわからない。私はそれは重要なことなので、単なる傍聴人にとどまると、バーの向こう側の裁判員になるのとは質的に、違うことだというふうに思う。私はやはり

傍聴人ではなくて、裁判員になるということの意味は非常に大きいと思います。（一一五頁）

この発言は、三谷氏の、このときの単なる思い付きではなく、持論であろうが、ご自身の発言が、如何なる意味をもつか、お分かりでないようである。しかし、これは三谷氏に限ったことではなく、むしろ、元司法制度改革審議会会長長佐藤氏、関大法学部教授の吉田氏もよりどころとする見解である。

刑事裁判において、刑事被告人は、無罪の推定をうけている筈なのである。自らの人権が非常に危うい状態である被告人の問題が、一切無いのはどういうわけか。適正な手続を経て、正当な判断が下され、正義を実現する場である筈が、そのような被告人を、政治教育の素材として扱い、裁判を政治教育の場として貶めているということ、人を政治的教材として使用し、人の尊厳を傷つけているという最低の倫理規範が、ここでは欠如しているのである。恐ろしいことに、そのことについて、その後もなんの自省もない。

三谷氏は、なおも、次のように続けている。

そうなると、結局は日本のマスコミの裁判に対する受けとめ方も全然違ってくる。つまり裁判員、バーの向こうに一般市民である裁判員がいて、それで法廷の実務に携わることによってマスコミの対応も違ってくるし、いわゆる世論というものもちがってくると思います。だから、裁判員制度を規定した法律では一般選挙人名簿から無作為抽出ということになるのですが、選挙で投票するというと、裁判員になるというのは事に対する質的なかかわり方の違いがあると思うんです。デモクラシーにもいろいろな質のちがひがある。日本のデモクラシーはやっぱり質の高いデモクラシーにならなくちゃならないというふうに思うん

です。要するに、単なる一般選挙民ではなくて、私は能動的市民という言葉を使うんですが、能動的市民が主役となるデモクラシーでなくてはならない。(一一五・六頁)

刑事被告人の人権についての一切の顧慮もなく、無作為抽出した人物を能動的市民へと教育仕上げる、なんというデモクラシーであるか。裁判は、やはり理念としては正義の場であった。しかし、その裁判を語っている筈であるのに、そのような正義については一顧だに為されない。正義は、一般的な正義ではなく、裁判手続の中で実現されるべく、長い歴史過程の中で作りあげられてきたものである。それが法学でもある。法学は正義の学であった筈である。

そのような正義の学が、微塵に粉碎される局面を眼前にしたようなのが、「正義を権力より守れ」をキャッチフレーズとする児島惟謙を記念したシンポジウムであったことは、皮肉であった。

以下、このような悲惨な言論の中心となっている三谷氏の見解を、その材料とされるトクヴィルや戦前の陪審制の研究から見えていくことにする。憲法学において、具体的な人権よりも「国のかたち」を先行する佐藤幸治氏や吉田栄司氏の見解に、日本の法学・憲法学の歴史と現状があるようである。このような見解については、批判の対象云々以上にかかる認識の方々が、憲法を講義したり、制度をいじっている現状に危機感を募らざるを得ないのである。

現在、既に裁判員裁判は行われている。これが、モデルの一つにあげる陪審裁判なら、実際に開かれている裁判員裁判のほとんどは、陪審裁判としては開かれてはいない。ほとんどの被告は有罪であることを否定していないから、陪審裁判にかかりようがないのである。有罪を認めている刑事被告人を、目の前にして、(いかなるものかわからないが)感情豊かな市民に、量刑を議論させるなどという裁判員裁判というものは、いかなるものなのか、本稿ではあまり問わ

ない。ここでは、日本の司法を無残な姿にした人たちの論拠の危うさを問題にしたのである。

(1) 蘆田東一「裁判員制度とは何か。―日本国憲法上の裁判制度は『裁判を受ける者』のためものではなかったのか―」(二〇〇八年八月成稿、甲南女子中学・高等学校『研究紀要』第三〇号、二〇〇九年六月発行)

(2) 三谷氏は、上記の引用発言のあと「アクティブ・デモスですね、アクティブ・デモスが裁判員にならなくちゃならない、そうではないとなかなか司法制度自身がよくならないし、日本のデモクラシーの質も高まらないというふうに思っているわけです。」と続ける。二〇〇五年九月に行われた、小泉首相(当時)のパフォーマンスと翼賛マスコミの合作で国政を破壊することになった異様な選挙こそ、まさにアクティブ・デモスによるものであろう。

この選挙に関して、東大で三谷氏の薫陶も受けている御厨貴氏は「選挙というものの深さと面白さを国民が知ってしまったという意味で、すごくいい選挙だったかなというのが私の感想です。」(毎日新聞二〇〇五年九月一四日「二〇〇五衆院選をふり返って」と述べる。

その後、多くの禍根を遺す制度壊しや、危機を深化する立法がなされることになった。三谷氏の言う、アクティブ・デモスは、ヒットラー・ナチスを支えた熱狂的民衆とどこが違うのか。それと政治制度の問題、これこそが三谷太郎氏や御厨貴氏が果たされるべき政治学上の責務ではないか。というのは、ドイツ・アメリカでは、「街頭の人気者」が、政治的惨苦を、内外の人々にもたらした痛苦の経験から、「街頭の人気者」のストレートな政治登場に対しての、防御装置を施していることを認識することも、政治学徒としての最低の責務であると思う。

それよりも、「能動的市民」という言葉は、フランス革命期、一七九一年九月三日の憲法第三編第一章第2条で、3労働日の価

格の直接税を支払ったことを制限選挙下の選挙人資格の要件にされた、その特権身分である *citoyen actif* 「能動市民」が、もとなる言葉であることは確かである。その「シトワイヤン・アクターフ」を言わずに、ギリシア起源かと思わせぶりに「アクティブ・デモス」など、言葉・概念の意図的ともとれる誤魔化してはいないか。このような誤用か誤魔化しが、「大学」あるいは、「法学研究」を標榜されたことに、何のコメントも無いのは疑問である。そして、かかる一時的的存在である「能動市民」は、普通選挙に埋もれることになる。

尤も、カントは、「それだから公民的状态を、法的状态としてのみ考察すれば、この状態の根柢をなすものは次に掲げる三個の A・プリオリな原理である。」とし、「1 社会の各成員の、人間としての自由。2 各成員の他の各成員とのあいだの、国民としての平等。3 公共体の各成員の公民としての独立。」をあげている。(カント「理論と実践」第2章「国内法における理論と実践との関係について(ホッブスに対する反論)【岩波文庫『啓蒙とは何か』一四二頁】)。しかし、この公民 (*citoyen*) は、A・プリオリな原理だとする。教育目標ではない。まして、本来目的である人格(被告)を、利用して育成されるようなものではない。三谷氏が、カントの叙述を意識して、つまり、その理念を志向して「能動的市民」になるため、と考えられたのなら、それも一つの考えかと思ってしまう人もいるであろう。しかし、その「能動的市民」になるために、生身の「人格」を「利用」するとは、カントを持ち出すまでもなく、賤しいことである。そのような、人格をいわば鬻るようなことをして、「能動的市民」など形成されるなどということがあると、本当にお考えなのだろうか。

(3) この刑事被告人を教材として、統治客体に統治主体意識を持たせるとなどという欺瞞ロジックについては、蘆田前掲「裁判員制度とは何か」で述べているが、その「教育的」観点については、検察審査会に関して述べられた利谷信義「検察審査会と国民の法意識」(戒能通孝選歴記念『日本の裁判』日本評論社、一九六八年)にも既に見ることが出来る。「……検察審査会の経験は、主権

者意識を育て、社会的・政治的問題への関心を呼びます。……」(二七一頁。)また利谷氏論文には、今まで問題にならなかったのが不思議なのであるが、検察の活動と裁判の混同がある。そして、佐藤幸治氏をはじめとする、裁判員制度を推進するメンバーの論理が、この検察審査会をめぐる論理なのである。私は検察の活動をチェックする制度の存在を否定するものではないが、司法活動と混同されてはならない。さらに、その実際の活動が、検察官が、起訴しなかったことの当・不当をチェックすることで、証人などを「取り調べ」ている。検察審査会は、不当に嫌疑をかけられた人を救済する機関ではなく、検察をチェックするというよりは、起訴されなかった者を取り調べる役人の補助機関なのである。それどころか、検察審査会の権限を強化することによって、刑事訴訟の歴史が、克服しようとしてきた「報復感情」を、今、復興しようとしているかのようである。

実施された裁判員制度でも、被告人の人権は一切問題にならず、「一般人裁判員」が「取り調べた」ことをニュースとしている。検察審査会の危うさを「法廷」へそっくり移動させた模様であるが、戦後日本の法学の歴史も点検せざるをえないようである。

## 二 三谷太一郎氏と、トクヴィル、J・S・ミル

以下、トクヴィル、ミルの引用がやや長くなる。三谷氏が、自らの陪審制論にトクヴィルの名を援用し、それに佐藤氏が追隨されているからである。

### (1) J・S・ミルが、トクヴィルより受け継いだものは「多数の暴政」批判

当日のシンポジウムで、三谷氏や佐藤氏がトクヴィルに言及した発言は、論理的でもなく整然ともしていない。錯乱にちかい混乱がみられる。三谷氏は、「こうしてトクヴィルは、陪審制が、一方で民主制の本質的部分を体現しているということ認めるわけでありますが、他方でトクヴィルは陪審制は単に民主制の体現ではない。それは貴族制的要素、アリストクラティックな要素と結びついているとみなしました。」とし、この脈絡で、「市民に対する陪審制度の教育的な意味を強調」(『ノモス』二三号、八六―七頁)したとする。確かにミルは、J・ブライスの「地方自治は民主主義の学校」に似た文脈で陪審制に言及しているところがある。しかし、トクヴィルの触発によってではない。陪審制においては、アメリカより遙かに長い伝統をもつイギリスの思想家ミルは、どのようなことにおいて、フランス人のアメリカ体験に触発をうけたのか。次に掲げるのは、一八三五年のトクヴィル『アメリカのデモクラシー』(松本礼二訳岩波文庫第一巻下)第1部第6章の「多数の暴政 TYRANNIE DE LA MAJORITE」の一部である。

合衆国で組織されたような民主主義の政府について私をもっとも批判する点は、ヨーロッパで多くの人が主張するように、その力が弱いことではなく、逆に抗したいほど強いことである。そしてアメリカで私をもっとも嫌うのは、極端な自由の支配ではなく暴政に抗する保障がほとんどない点である。(岩波文庫版第一巻下。―以下同じ― 一四九頁)

合衆国で一人の人間、あるいは一党派が不正な扱いを受けたとき、誰に訴えればよいと読者はお考えか。世論にか。多数者は世論が形成するものである。立法部にか。立法部は多数者を代表し、これに盲従する。執行権はどうか。執行権は多数者が任命し、これに奉仕する受動的な道具にすぎぬ。警察はどうか。警察とは武装した多数者には かならぬ。陪審員はどうか。陪審員は多数者が判決を下す権利をもったものである。裁判官でさえ、いくつかの州では多数によって選挙で選ばれる。どれほど不正で

非合理な目にあつたとしても、だから我慢せざるを得ないのである。(二四九・五〇頁)

ジェファソンはまたこう言っている。

「執行部は、われわれの政府のなかで、私が懸念する唯一の対象ではなく、ほとんどその主要な対象でもない。立法部の暴政こそ、現在もつとも恐るべき不安材料であり、今後長くそうであろう。執行部の暴政がまた戻ってくるのは遠い将来のことである。」

私はこの問題に関して誰よりもジェファソンを引用したい。彼こそは民主主義がかつてもつた、もつとも有力な使徒だからである。(一六四頁)

二四年後の一八五九年、J・S・ミル『自由論』(塩尻公明・木村健康訳 岩波文庫)では、ミルは、トクヴィルから、この「多数の暴政」に刺激を受けたことが判る。次はミルの文である。

今や、「自治」と言い、「人民の人民自身による権力」というような文句は、真相を現さないということが感づかれて来た。権力を行使する「人民」は、必ずしも、権力を行使される人民とは同じものではない。また、いわゆる「自治」なるものは、各人が彼自身によって統治されることではなくて、各人が他のすべての人々によって統治されることである。さらにまた、人民の意志は、実際には人民の最多数の部分または最も活動的な部分の意志だということになる。すなわち、大多数者、または自己を大多数者として認めさせることに成功した人々の意志を意味している。それ故に、人民は人民の一部を圧制しようと欲するかも知れない。そして、かような圧制に対して予防策の必要であることは、他のいかなる権力の濫用に対する場合とも異なるところはな

いのである。それ故に、個人を支配する政府の権力を制限することは、権力の保持者が社会―すなわち社会における最強の政党―に対して正式に責任を負うるときにおいても、毫もその必要性を減ずるものではない。このようなもののみかたは、思想家の知性にも、またそもそも民主制と相容れない現実の利害―もしくは利害と思い込んで―をもっているヨーロッパ社会の有力な諸階級の性向にも、等しく訴えるところがあつたために、何らの困難もなしに確率された。今や政治的問題を考える場合には、「多数者の暴虐 "the tyranny of the majority"」は、一般に、社会の警戒しなくてはならない害悪の一つとして数えられるに至っている。／多数者の暴虐は、他の諸々の暴虐と同様に、最初は、主として官憲の行為を通じて行われるものとして恐れられたし、今でも通俗にはそうである。しかしながら、考えの深い人々は、社会自らが暴君であるときには、―社会を構成している個々人の上に集団としての社会が君臨しているときには、―暴虐遂行の手段は、社会がその政治上の公務員の手によって行ないうる行為のみには限られていない、ということを知覚した。(一四・五頁)

ミルの文には、トクヴィルの *tyrannie de la majorité* が直訳されている。トクヴィル『アメリカのデモクラシー』に反応したミルを考えるにおいては、まずこの箇所を擱いては考えられないところである。「裁判員制度の導入に際しても、それが憲法に違反するという議論はもはやほとんどみられなかった。」(浦部法穂『憲法学教室』前訂第二版、二〇〇八、日本評論社)と述べる憲法学者がいる。これこそ多数者の暴虐の例である。佐藤幸治氏はシンポジウムで次のように語っている。

この裁判制度の導入については、憲法に規定がないとか、憲法の制定過程に照らしても正当化されないとか、裁判官の過半数の意見と異なる意見を判決の基礎としなければならないのは憲法七六条の裁判官の独立に反するとか、被告人が裁判員裁判を辞退する権利が認められないのは憲法上許されないとか、裁判員の負担は憲法十八条の禁止する「その意に反する苦役」に当たり違憲であるとか、およそ日本国憲法上職業裁判官のみが裁判をなしうるのであり、精々明治憲法下の陪審制のごときが許されるのみという立場に立つての違憲論が散見されます。……(九三頁)

憲法上の規定を引き合いに出すまでもなく、刑事被告人にとって、陪審ですらない、裁判員なる素人に裁判されることは、苦痛であることは、尋常なる想像力があれば、誰しも想像できることである。佐藤氏の発言は、非常識と言わざるを得ない。というのは、佐藤氏が、憲法との関係であげておられるようなことは、法案とされる何年も前に、提案者の一人である松尾浩也氏によって言及されているところなのである<sup>1)</sup>。通常の法学者の感覚であるならば、問題にしようところなのである。その意見を「散見」として無視するところは、まさに、トクヴィルが問題にし、ミルが継承して問題にした「多数者の暴虐」に他ならないのである。

トクヴィルは、「陪審員はどうか。陪審員は多数者が判決を下す権利をもったものである。」と言ひ、ジェファソンが「執行部は、われわれの政府のなかで、私が懸念する唯一の対象でははなく、ほとんどその主要な対象でもない。立法部の暴政こそ、現在もつとも恐るべき不安材料」だと言っていることを紹介している。トクヴィルが言ったときは十九世紀の前半、ジェファソンはそれより前の人なのである。

三谷・佐藤の両氏は、自分たちの言説の根拠にトクヴィルやミルを引き合いに出しているが、トクヴィルやミルの言説は、まさに三谷・佐藤両氏の言説や政治的行動を弾劾する根拠にこそ、読まれるべきなのである。

かかる多数の暴政に対する楯ともいうべきものとして、トクヴィルは何を想定しているのだろうか。

司法権の第一の性質は、どんな国民にあつても、裁定者の役をつとめることである。係争がなければ、裁判所の動く余地はない。訴訟がなければ、裁判所の出る幕はない。ある法律に関して係争が生じぬ限り、司法権はその法律に関わる機会をもたない。その限り、司法権は存在していても、法律を見てはいない。裁判官が何かの訴訟に関連して、関係の法律を攻撃するとき、彼は裁判官の権限の枠を抜けることになるが、その外に出ているわけではない。彼にしてみれば、当該訴訟に裁きをつけるために、その法律をなにごとか裁く必要があつただからである。特定の訴訟から出発することなく、法律に判決を下すとすれば、そのときこそ裁判官は完全に己れの領域を逸脱し、立法権の領域に侵入する。(『アメリカのデモクラシー』松本訳岩波文庫第一巻上 一五八頁)

司法権の第二の性質は、一般原則でなく個々の事案に判決を下すということである。……  
司法権の第三の性質は、要請を受けたとき、すなわち、法的表現を用いるならば、提訴されたときしか動けないということである。この性質は他の二つほど一般にあきらかでない。しかしながら、例外はあるにしても、私はこれを本質的とみなしうらと思う。その本性上、司法権には行動力がない。その活動を促すには、これに働きかけなければならない。犯罪が摘発されるから、司法権は犯人を罰する。不正を正せと要求されるから、これを正す。法令の解釈を求められるから、これを解釈する。だが司法権が自ら乗り出して犯罪者を追及し、不正を探し、事実を調べることはない。もし司法権が自ら主導権をとって法の検閲者となるとすれば、司法権はこの受動的本性をなにごとか損なうことになるう。

アメリカの裁判所に認められている違憲立法審査権は、固有の限界を出ることはない　　が、政治的合議体の暴政に対してかつて立てられた防壁の中でも、もつとも強力なもの一つである。(一六七頁)

「政治的合議体の暴政に対してかつて立てられた防壁の中でも、もつとも強力なもの」として、司法権の一つの機能をあげている。司法制度審議会は、司法権がもつとも警戒する動きをしているようである。

(1) 松尾浩也「司法制度と国民参加」【講演】(『エコノミア』52-2、2001-11(横浜国立大学経済学会))

(2) トクヴィルの「政治制度としての陪審制」は、刑事陪審ではなく「民事」陪審<sup>1</sup>

三谷氏は、「トクヴィルによりますと、陪審制は民主主義的統治の一環である。人民主権の一形態である。したがって、その陪審制というのは単に訴訟の運命に影響を及ぼす以上に、社会自身の運命に影響を及ぼすというふうなことをトクヴィルは言っているわけであります。」と述べている。三谷氏は、トクヴィルが何を根拠に、このようなことを言っているのか、考えないのであろうか。トクヴィルは、次のように述べる。

陪審制は衡平原理の実践を人々に教える。各人は隣人を裁きながら、いつか自分も裁かれるかもしれぬと考える。民事訴訟における陪審の場合、特にそうである。刑事訴追の対象になるかもしれぬと恐れる人は滅多にいないが、訴訟の当事者には誰でもな

りうる。

陪審制は各人に自分自身の行動の責任を回避せぬことを教える。これは雄々しい気質であり、それなくして政治的特性はありえない。(一八八頁)

つまり、トクヴィルが、民主主義とか、人民主権の一形態とかいう場合、それが自らに返ることを想定するからである。そして、それは、民事訴訟の場合なのである。三谷氏は、全く見当違いでトクヴィルの言説を引用し、その齟齬に気付かないふりをしているのであろうか。あるいは、トクヴィルなど、それほど読んではいないのだろうか。

よく似た不審な例は、利谷信義氏の叙述にもある。

……成文法の中に答えが見当たらないときは、だれかが、決定しなければならぬ。そして、この決定は、形ははっきりしていても、平易で素朴な正義・公平・人道主義に基づいている方が、ほかのものよりも優れているであろう。……なぜなら、人間の行動に関しては一般人の考えや理想の方がずっと簡明直截だからだ。……<sup>2</sup>

これは、「一般人」を司法へ参加させよ、という趣旨の法律家の文章ということであるが、法律家がこのようなことを言つては困る。利谷氏の文は、大正末期に成立し、昭和の初めに施行された陪審制に関してのことであるから刑事裁判に関して述べられたものであることは確かである。そうすると、一般人としても法律家としての言説としても、「成文法の中に答えが、見当たらないときは、だれかが、決定しなければならない。」とは全く不適切である。この叙述は、

民事事件を想定したものを下敷きにしてなされたものであろう。刑事事件であれば、成文法になれば無罪である。そもそも訴訟にならない。

三谷氏は、トクヴィルが民事陪審を念頭において述べていることに、無理に付会されていたのであるが、そのような不適切な理解は、裁判というものについての基本的な理解さえあれば、避けられた筈である。利谷氏の不適切な叙述にも同様のことが言える。民事陪審についてのことを無自覚に援用することは、逆に刑事陪審についての誤解とも連動する。

利谷氏は、戦前の陪審批判として、次のような叙述をしている。<sup>3</sup>

第四に、裁判長の説示に対して非常に強い力を認めました。裁判長の説示とは、裁判長が陪審員に対して証拠と事件の筋道について説明することです。したがって、それは陪審員が評決をする場合に大きな影響を及ぼします。しかし説示に対する被告側からの異議の申し立ては許されなくなっています。

「説示」とは instruct あるいは charge の訳である。一九世紀のはじめは、それが短く被告人にも理解できないものであった。その後、証拠を要約 summing up することが必要条件になった。裁判官が、陪審員に、証明すべきことを説示し、その証拠を要約する手続きは必須である。これがないと、「陪審」のしようがない。この手続きのない陪審はあり得ない。

陪審制の要ともいえるべき手続である。この「説示」があるからこそ、無作為抽出された人も、事実「証明された」

「まだされていない」の判断ができる、というわけである。逆に、「陪審」というのも、それくらいのもので、それが合理的に運用されれば、とくに問題はない。問題が生じるのは、論理的に進めれば、何の問題もないものが、偏見の介在により、あるいは「多数の暴虐」による弊害が目につくことにもなることである。だから、アメリカでもイギリスでも、陪審を「受ける権利」として遺しているのである。

戦前日本の陪審の「説示」を、戦前日本の陪審固有のように語るところに、陪審のついでの大きなというよりは素朴な誤解がある。陪審を「司法への市民参加」などと歪曲するものがある。歪曲のもとになる誤解がある。もし、裁判員として、司法に「参加する」のが権利なら、どうして強制されるのだろうか、極めて非論理的である。

問題は、刑事陪審を「司法に参加して……」などとイベントに仕上げる「政治的意図」なのである。以上は裁判員制度が、如何にもお粗末な理論的根拠をもとに、あるいは、古典的著述を、冒涇ともとれる踏み台のよう利用して提起されたものであるかを見てきた。これだけでも、三谷氏や佐藤氏がされたことは問題であると思うのであるが、さらに問題がある。それを次章以下で検討する。

(1) 三谷氏自身が、トクヴィルは「とくに民事裁判における陪審制の政治制度としての重要性に着目している。」と述べているのである。(三谷『政治制度としての陪審制』三三三頁以下。)

(2) 利谷信義『日本の法を考える』(UP 選書、東京大学出版会 一九八五)「司法に対する国民の参加」一三六頁。これは、利谷氏が『岩波講座現代法6現代の法律家』(一九六六)で「司法に対する国民の参加——戦前の法律家と陪審法——」として書かれたものをもとにしている。

(3) 利谷信義前掲『日本の法を考える』一三二頁。

(4) 別に述べるが、アメリカに於いて、刑事事件のうち、陪審トライアルにかかるのは、およそ1%くらいである。

### 三 大正期成立陪審制は、「司法権の独立」というイデオロギーを廃するためのものであったという三谷氏の主張

明治憲法下の大正一一(一九二二)年に陪審法が公布され、昭和三(一九二八)年一〇月から施行された。

三谷氏は「彼(原敬)はそのための(検察主導の司法部を包摂するための)政治的手段として、陪審制を導入して行く、それを政党政治のサブシステムにすることが必要だということを考えるようになったと思います。」(『ノモス』二二、一〇四頁。)と述べる。

三谷太一郎『政治制度としての陪審制』には、一九八〇年に出版された『日本近代の司法権と政党—陪審制の成立の政治史—』の「あとがき」も付されている。そこに、

いかえれば司法部を明治憲法体制を支える一個の政治勢力としてとらえ、「司法権の独立」の政治的イデオロギーとしての役割に光をあてることの重要性を認識したのである。「司法権の独立」と「統帥権の独立」とのイデオロギー的親近性に着目したのも、そのような視角からであった。(新版二五五頁)

(略)

したがって著者にとっては、「司法権の独立」の象徴は神話化された児島惟謙ではなくて政治的人間としての平沼騏一郎や鈴木

喜三郎であり、原敬と平沼および鈴木との関係は、原と陸軍における田中義一との関係に等しいものと考えられたのである。

(同頁)

と、三谷氏の陪審制研究の視角が明示されている。「統帥権の独立」というイデオロギーが、軍部の横暴を許し、日本を破局に導いたのと同様に、「司法権の独立」というイデオロギーも原敬を代表とする政党政治家たちが打ち破らなければならぬイデオロギーであったというのである。

「しかるに司法部内および部外に対する檢察権の威信を高めたのが、明治四二年の日糖事件といわれる政治的疑獄への介入」であると三谷氏は述べる。「しかるに」とあるのは、前検事総長光行治郎が、明治中期の検事の活動について、「検事は司法警察官と裁判官との間に立ち、刑事事件の取次を為すに過ぎず」と、昭和一四年の「檢察権運用の推移」で回顧しているからである<sup>1)</sup>。

(1) 「司法権の政治的台頭」とは何か

「日糖事件といわれるのは」三谷氏の叙述によると「当時の大日本製糖株式会社が台湾製糖業に対抗して、内地製糖業に対する保護政策的意味をもつ輸入砂糖戻税法（原料砂糖輸入関税の一部を製糖業者に変換する趣旨で明治三五年法律第三三号として成立し、明治四〇年三月末日まで効力を有する時限立法として実施された法律）の改正案（法律の有効期限をされに明治四四年七月十六日まで延長することを目的としたもの）の成立を計り、さらに砂糖消費税増税に対

応して砂糖官営を実現するために、明治四〇年から四二年（第二三議會から第二五議會）にかけて、政友会ははじめ衆院各党の議員を対象とする贈賄を行った事件である。起訴された議員は、明治四一年五月の総選挙に大日本製糖から運動費の援助を受け当選した者を含めて、政友会十三、憲政本党六、大同倶楽部二の合計二一名に上り、第一審では一名を除いて全員有罪、控訴審でも新たに無罪となった二名を除いて、全員有罪となった。そして上告は棄却され、議員十八名の有罪が確定したのである。これは政治的疑獄としては空前のものであった<sup>2)</sup>。そして「当時東京控訴院検事長代理として檢察の総指揮をとったのが、司法省民刑局長平沼驥一郎である。」平沼は、当時の心境について、「自分が考へたことを率直に述べやう。……世間は段々腐つて来た。勝手なことをやり出した。そこで司法部に奉職する以上は放つておけない。……そして小泥棒、詐欺、博打の如きを罪しても仕方がない。実業家、官吏など威張つてゐる悪い者をどうかせねばならぬと考へた」<sup>3)</sup>。

三谷氏は、平沼のこの回顧を「司法部の無力感と鬱屈感とが平沼の中に凝集し、それが日糖事件に向けて一気に吹き出たということができよう。」と受け取っている。三谷氏が平沼の中に凝集しているという無力感・鬱屈感というのは、平沼の「私は若い時から感じてゐたことがある。それは司法部があつても一向役に立たぬではないか。役に立つ者は行政庁にゆき、役に立たぬ者が判事、検事となつてゐる。私など司法省の給費を貰つてゐたからこゝに入ったので、自分では内務省に入った方がよいと思つてゐた。」ことを言つてゐるのであろうか。しかし、そのような心理的屈折からの摘発と考えるのは問題である。結果として、平沼は当時の政界・財界と摩擦を生じたが、平沼の処世上の信念は、その回顧の直後にある。「それは、名利の為に奔走する勿れ、自分の正しいと思つたところを進んで行け、それで栄達することもあるし、さうでないこともある。然しそれは眼中におくなくと云ふことである。私は司法部へ入つてから今日に至

るまで之を守って、名利の為に奔走したことはない。進退に就いてたゞ一度自分で運動したことがある。それは第三次桂内閣が倒れ、司法次官を辞めた時検事総長をやりたいと希望を述べたことがある。本当に司法権を活用するには、自分がやった方が一番よいと思ったからである」というものである<sup>4</sup>。

そもそも、三谷氏が「司法部の政治的台頭」とする語義が明解ではない。「司法部」官僚の存在感がでてくるという情緒的表現としてはあつても、「司法」部が「政治」的台頭とは意味をなさない。

三谷氏は「従来消極的で非政治的であつた『司法権の独立』は、およそ明治四十年代以降において積極的な政治的意味をもつてくる。それは明治四〇年代以降における司法部内の檢察権力の台頭とその政治的影響力の増大によるものといつてよい。すなわち、檢察権力は明治四十年代から積極的に政治的疑獄に介入し、藩閥、政党、さらに軍部に対しても政治的脅威としてうけとられるようになる。そしてそれを通して司法部の政治的威信が増大し、『司法権の独立』は防衛的守勢的なものから攻撃的攻勢的なものに変つてくるのである。」と述べる。

平沼自身が、「司法部」といった言い方をしているのであるが、「司法」といえば、普通は、裁判所のことを云う。平沼自身、司法省から判事としての勤務もあつたので、「司法部」とぼかした言い方をしているが、概念としては分けなければならぬであろう。平沼も、司法省に勤務したことを、行政官庁に勤めたこととは別のように言っている。しかし、内務省へ勤務を変える話もあつたくらいで、基本的には、行政官僚である。

三谷氏は、尾佐竹猛『判事と検事と警察』（大正十五年）が「司法権独立が高唱されるときは常に検事の独立の意味である。」「世人の大多数に向つて検事は行政官で、上官の命に従ふものだ、独立でない」と説明すると怪訝の眼を以て、此説明を詭弁の如く憤慨するものさへある」とし、また、「問題が起ると新聞紙上堂々と司法権独立を高唱し、其神聖

を絶叫して居るのは司法次官または局長で、時に依ると検事正が此事を述べて居る。そして当の独立の本人たる判事はウンだとも潰れたともいはない」と書いているのを紹介している<sup>5</sup>。ただ、尾佐竹は、司法権とは、裁判のことである、決して檢察のことではない、と言っているのである。檢察を司法の中心と考えることが異常だと言っているのである。たとえ、檢察の存在感が増したとしても、「検事は行政官」と唱えているのであつて、三谷氏の如く、「司法権」の政治的台頭とか、「司法権」が攻撃的攻勢的になつたとは言つてはいないのである。三谷氏の「司法権の政治的台頭」という考えは、檢察と裁判すなわち司法を混同することによって始めて成り立つものである。司法権の独立を檢察の独立と間違ふことがあつたとしても、それは間違いなのである。間違いを前提として理論構築をしてはならないのである。このような混同は、司法省の成立を司法権の確立とするような間違いとして、近時でもまたみられることである<sup>6</sup>。しかし、同時代人である牧野菊之助は、そのような混同は、法律知識に欠けたる者のすることとして嘆いているのである。

……一般民衆が法律智識に欠くる所あり、裁判所と検事局との區別を知らず、司法処分のかを解せず、証人たるの義務を弁へずして裁判所に出でて嘘八百を平気で並べ立て……<sup>7</sup>

尾佐竹は、むしろ、司法権の当の本人のあり方を案じているのである。まして、「司法権の独立」を「統帥権の独立」と並ぶイデオロギーと考え、懐柔あるいは壊滅を図るなど到底思いもしないことであつた。

三谷氏の叙述で不可解なのは、檢察権力は、明治四十年代から積極的に政治的疑獄に「介入」と述べていることである。政治的疑獄に介入、などと言えば、捜査を停止するなどの妨害行為を想起する。確かに、それまで、捜査しなかつ

た検事が捜査するようになったのであるから、それを「介入」と表現されたのかも知れないが、政界と財界の不正な癒着、しかも、賄賂を帳簿に記載しておくなどという状態を、見過ごすということが行われている状態を、当局としては何らかの手をうつべきで、それを「介入」というべきであろうか。続いて、大逆事件、シーメンス事件、大浦事件と、平沼が活躍した事件があげられている。

平沼は、日糖事件に関連して、「これ迄検事局が捜査などやりはすまいと大手を振ってゐた。之をズン／＼調べ立派な証拠が挙げた。又その波及する所が大きく新潟の油会社まで及んだ。当時桂が総理大臣であった。あれでも総理が司法の力を圧迫すれば圧迫してきたが桂は之をしなかった。」と回顧している。また、平沼が面会した桂は「君は何だナ、角を矯めて牛を殺すやうな事をするナ、あの事件を広げるやうだナ、今やった丈の事は丁度世の中を矯めるにいゝ。君等の努力には感謝するが、これ以上は角を矯めて牛を殺すやうなものだからやらぬがいゝと言った。私は答へて、角を矯めて牛を殺すやうだと仰しやつたが、実はその牛を殺してやろうと思つてゐる。その牛が悪いからと言つてやつた。すると、それは君の言ふとおりだが、段々にやるといゝ。今急にやるのは宜しくない。」と言われたと述べる<sup>8</sup>。

また、平沼は、シーメンス事件に関連して、山本権兵衛に会つたことを回述する。「私はかう云ふ事件は正々堂々とやつて、人をペテンにかけたりしては後に害を残してはいかぬと思つた。捜査を始めたので、山本が総理であるから山本に話した。私は山本を知らなかつたがその時會つて、実はかう事件であると言ふと、わしも聞いてゐると答へられた。そこで、議会で弾劾した事であるから職掌柄捜査せねばならぬ。然しさうすると内閣に關係があり、殊に海軍と云ふ雄大な機関に傷がつくことであるから御承知下さいと言ふと、その通り、確りやつて呉れ、徹底的にやつて呉れと言はれた。」とあるように、議会で問題になつた流職を、捜査機関が無視する方が問題なのではある。

尤も、平沼は「検事総長時代、大事件の際心配したことは、党派の争いが介在してゐないかと云ふことであつた。」と述べている<sup>10</sup>。つまり、捜査が、党派の争いに利用されがちなのを極力避けようとする姿勢を述べたものである。これは、海軍事件、いわゆるシーメンス事件が、山本権兵衛の失脚狙いの陰謀だつたということを、あとになつて聞いたというのである。しかし、海軍事件にしても、大浦事件にしても、議会で追及された事件を、捜査当局が何もしないといふことは、できなかった、むしろ、海軍に關係することであるから手をこまねくことはできなかったとする。

大浦事件についても、平沼の回想がある。「大隈内閣には山縣さんの勢力範囲の人が大分入り込んでおつた。ところで、この大隈内閣に対し、えらい打撃の起こつたのは所謂大浦事件です。これは大浦兼武が議員に金をやつて、軍備の拡張、即ち師団の増設に賛成をさせたことがあるのです。これは矢張り賄賂で、議員流職です。それを矢張り反対派が曝いたんです。こう曝かれてみれば私も職務上黙つておれないんです。」と述べる<sup>11</sup>。

日糖事件は、事件の発覚が告発だつたということである<sup>12</sup>。シーメンス事件は野党に追及され、大浦事件は反対派によつて曝されたものを、検事が捜査したものである。確かに、以前のように、一切の捜査を警察に任せていたのとは異なる。しかし、ほとんど捜査などやらなかつた流職事件をするようになるのが、「介入」「攻撃的」「攻勢的」と形容しうるものであろうか。

問題は、政界財界の犯罪の質量の変化であつたのである。政界財界の活動の伸長と伴に劣化ともとれる道德規範、賄賂・流職、そのような状況での検察の活動であつたのである。もし、その検察の活動は突出して見えたとしたら、それは、日本の政党政治の組織、活動から政治倫理規範の全ての面における未熟さの反映としてあつたのかもしれない。

「司法」手続についての、実際の議論の土台ができたときかもしれない。例えば、平沼が、陪審を証拠方法として合

理的なものであると認識していることである。

「司法権の独立」に対抗するために政党政治が放った手段としての陪審制の制定などは、陪審制を貶めるものではない。もし戦前に制定施行された陪審制が、かかる政治的意図のものであったのなら、戦前の陪審制が、その有効性に疑問をもたれたり、また存在感自体が希薄であったことの大きな理由であるのかも知れない。

三谷氏は佐藤幸治氏主宰による政府の司法制度改革審議会で坪内逍遙『小説神髓』に陪審裁判についての英文論文の翻訳アルバイトの話が出てきたというエピソードを話し、明治一五年頃に陪審制の論議が盛んであったことの反映ではないかと思うと言った、とシンポジウムでも述べている(九八・九頁)。

このようなエピソードを紹介し、感想を述べる三谷氏には陪審制について、一つの知識が欠落しているのを指摘しなければならぬ。

それは、一八六五年、イギリスの枢密院令で日本における領事裁判と中国における領事裁判が统一的に規定され、上海高等法院の設置が定められ、一八七二年から高等法院から派遣された形で横浜に専門法曹が常駐するようになり、一八七六年の枢密院令で神奈川日本法院が設置されている。この法廷は、領事などによる素人裁判 *lay justice* ではなく、七年以上のイングランド・スコットランドあるいはアイルランドの *bar* のメンバーであったイギリス人判事のもとに行われるものであった。ここでは陪審裁判が行われ、帝国大学英法科では、この「英国裁判所」を学生に見学させる例になっていたことを、三谷氏が、裁判所と検事局を分離することに尽力した人物としても挙げている原嘉道が回想で述べている。平沢の証拠方法としての陪審についての理解もまた、学生時代からのかかる学習が基礎にあると思われる、さら

に実務で、その証拠法上での合理性への認識を深めたと思われるのである。

(1) 『法曹会雑誌』第一七卷第一号、七八頁。

(2) 三谷前掲六二・三頁。雨宮昭一「日糖事件―汚職事件と檢察権の拡大―」(我妻榮・林茂・辻清明・団藤重光編『日本政治裁判史録』明治・後、第一法規出版、昭和四四年)

(3) 三谷前掲六三頁。『平沼驥一郎回顧録』(平沼驥一郎回顧録編纂委員会、昭和三八年。『歴代総理大臣伝記叢書』第26巻 平沼驥一郎) ゆまに書房 二〇〇六) 三九頁。

(4) 前掲『平沼驥一郎回顧録』四〇・一頁。

(5) 三谷前掲書七一頁。

(6) 染野義信「司法制度」(『講座日本近代法発達史二』勁草書房、一九五八、のち同氏著『近代的転換における裁判制度』勁草書房、一九八八に所収)の『欧州各国ノ政体』に做うことを目的として着手された裁判制度の整備は、五年四月二七日江藤新平が司法卿に就任して以来本格的に実現されることになったのである。(同書六〇頁)に、その無自覚が見られる。さらに福島正夫「司法職務定制の成立とその意義 ―江藤新平とブスケの功業―」(『法学新法』八三・七・八・九号、一九七七)「かくて、江藤は悲惨にも刑死し、ブスケは快快として日本を去る。しかし、この二人が日本司法制度建設に寄与した功績は不朽である。その残した成果はすなわち『司法職務定制』であった。」(五二頁)としているのは、司法職務定制は日本近世にあった取り調べ手続の伝統にあることの認識欠如である。

(7) 牧野菊之助「裁判教育と陪審制」(『回顧録』巖松堂 一九三二年) 九九頁。昭和二年に大審院長に就任した牧野が大正一五年の大審院部長時代に述べたこと。

利谷信義氏が『岩波現代法講座 6』三八八頁で引用。しかし、利谷氏自身、「檢察審査会と国民の法意識」（戒能通孝選暦記念『日本の裁判』日本評論社、一九六八）で、しばしば裁判と檢察の混同をされている。

(8) 『平沼驥一郎回顧録』五二頁。

(9) 『平沼驥一郎回顧録』八三頁。

(10) 『平沼驥一郎回顧録』八〇頁。

(11) 『平沼驥一郎回顧録』「巢鴨獄中談話録」第十七回（『歴代総理大臣伝記叢書 二六』二三〇頁。）

(12) 雨宮昭一「日糖事件」（『日本政治裁判史録 明治・後』昭和四四年）四九六頁。

## (2) 明治憲法下の「統帥権の独立」と「司法権の独立」

三谷氏は、「司法権の独立」という言葉がもつ理念イメージを払拭するために、「統帥権の独立」という軍部の専横を象徴する言葉で類推させる。

確かに、双方とも簡単に踏み込めない、逆の意味ではあるが聖域かの印象を持つ言葉である。そして、双方ともに、もとは、政治的介入を拒否する表現として形成されていたものである。

その共通する「政治的介入の拒否」からみれば、三谷氏のアイデアにも一理あるとは言える。しかし、三谷氏のアイデアは、まず、司法の「政治的台頭」ということを言わなければ成り立たないところで、暗礁に乗りあげる。要点が政治的ニュートラルである筈のものを、政治的に意味付けしないと話が進まないからである。つまり、それは、檢察勢力

の動きということなのである。檢察勢力が、「司法権の独立」を旗印で伸長するのを迎え撃つ必要があり、それが「陪審制」といういわば「多数の暴虐」ということになってしまう。しかし、「検事は行政官」とは、尾佐竹猛の言葉である。三谷氏は、自分が問題にするのは、檢察中心の司法権の独立、あるいは、檢察を含む司法部のこと、だということであろう。そうであるなら、そもそも三谷氏は用語を間違えていることになる。そして、平沼自身も「司法部」というように、そこに混濁があるなら、それを明確にすることが、本来の解決の方向であると言える。

二重の不可解な論理操作は、如何なる「政治意図」から出たものであろうか。

類比される「統帥権の独立」についても注意が必要である。明治憲法第一条「天皇ハ陸海軍ヲ統帥ス」は当然ながら、現実に天皇が指揮することを規定したわけではない。政治的な対立に軍が組み込まれないための規定である。皮肉なことに、「統帥権の独立」が叫ばれるようになったのは、軍をなんらかの政治的に使おうという目論みが発生するからである。

さらには、昭和の初めから、軍自体の統率はどうか、統帥権があるとするならそれ自体もはや危機的状況であったのではないか。周知のように、総理大臣陸軍大将田中義一は、無謀に、張作霖を爆殺し、日本を国際政治上困難な立場に追い込んだ事件の中心人物河本大佐を処分しえず、辞職せざるを得なくなった。軍中央を全く無視し、違法・違令の反国益の軍人あるまじき行動を行った河本を、軍中央（陸軍参謀本部など）もまた適切なる処分を何等行い得なかったのである。

統帥権干犯事件として知られるのは、その後の一九三〇年、ロンドン海軍軍縮条約をめぐる時のことである。田中義一内閣の下で、中国侵略のために実質上東方会議をとりしきっていたのは、中国の利権をもつ事業家で、当時外務政

務次官であった森恪である。

そのような「統帥権の独立」論の皮肉な現れも、政治史の三谷氏なら、恰侷に分析されることを期待していたのである。ところが、統帥権の独立と軍部の活動は、俗説をそのままに攪き、司法権を檢察権に読み替え、「政治」の停滞あるいは後退が、檢察の摘発を招いたこと、そして、それは、日本の政治の飛躍のチャンスにもなり得るのではあるが、しかし、摘発を招くことそのものが、政治発展の力を喪失していたことの現れであることの認識が必要なのである。

大正の陪審制が、三谷氏が主張するように、司法権の独立を籠絡するようなものではなく、司法権の確立を目指すものであったことは、三谷氏が、打倒すべき「司法部」の代表と見なす平沼騏一郎の見解からも窺える。つまり平沼は「たゞ証拠があるからと云つて裁判しても往々間違がある。陪審制度と云ふのは一つはその意味がある。犯人の白状の代りに素人の陪審人が事実、行為の判断をするのであつて、陪審制度が目的通り行はれるといふ」と述べるのである<sup>1)</sup>。

(1) 前掲平沼『回顧録』五一頁。これは口供完結の制度と列べて述べているところではある。そして、「裁判官の責任遁れである。」という言い方をしている。

#### 四 司法と規制緩和・「司法権の独立」は、専門法曹のためのイデオロギーか

三谷氏は、市場経済論者であるミルトン・フリードマンが「市場経済論者としての立場から、司法改革に対する非情に大きな関心を持ったということが言えるんだろうと思います。」とし、「日本の経済界のリーダーの人たちもある程度

やっぱり司法改革というのは市場経済を確立する上に重要な認識はどうももってきたんじゃないかという、そんな感じがしますので、これは佐藤先生の認識をぜひ伺いたいというふうに思っています。」と発言している(一一二頁)。

佐藤氏は、この話をうけて、橋本内閣時代に行政改革会議のヒヤリングで田中直樹氏が「行政改革、規制改革などをやるうにも日本の司法が小さすぎる、司法改革が不可欠だと仰ったことを鮮明の思い出す。」という種々の規制緩和の一環という話である。これは規制緩和すると、種々の社会的安全装置が、欲望を規制する装置が壊れる。すると多くの被害者が出現することになるが、それぞれの被害者が自分で防衛しろということらしい<sup>1)</sup>。

私たちは、司法というのは、正義の実現や救済の場であると考えてきた。しかし、三谷氏にとっては、「生産力」を生み出す装置として考えているようである。二〇〇一年の五月から七月にかけて『UP』誌に掲載された「政治制度としての陪審制<sup>2)</sup>」には、「三 経済制度としての陪審制」という節がある。三谷氏は「このようなアメリカにおける民主的諸制度と経済発展との関連についてのトクヴィルの洞察に先行して、一八世紀のイギリスにおける陪審制と経済自由化との関連を指摘し陪審制を一個の経済制度として意味づけたのがアダム・スミス(Adam Smith)である。」と述べる。一八世紀という産業革命期の産業資本家勃興期の自由観を現代に説くことの意味は理解しかねる。

三谷氏が力説する箇所の一つは次のようなものである。「さらに注目すべきことは、スミスが陪審制によってイギリスの市場の自由化が促進されていると見ていたことである。スミスは陪審制が彼の『道徳感情論』の基本的前提となっている人間共通の本性としての『共感』(sympathy)に基づく裁判制度であり、これがもう一つの人間共通の本性である『交易』(あるいは交換)性向』(disposition to barter) およびそれを支える『説得本能』(principle to persuade)に基づく経済制度としての市場を発展させる必然性を認めたのである。スミスは具体的な貿易問題と陪審制との関係を取り上げ、

次のように述べている。『侵害は当然に目撃者の憤りをかきたてる。加害者の処罰は公平な目撃者がそれに同調することができるとして、妥当である。これが処罰の自然な尺度である。我々が刑罰を是認する第一の根拠は通常考えられているような公益の尊重 (regard to public utility) ではない。真の原理は、被害者の憤りに対する我々の共感 (sympathy) である。……』と述べるのが、なぜ今は妥当しないのか。

抽象的一般人を主体として考察することが、スミスの時代には、妥当していた。抽象的一般的に「人間」であったとしても、現実的具体的には、それは「虚偽」であるから、虚偽としての「共感」を見い出さざるを得なくなるのである<sup>3</sup>。

三谷氏は、国家の軍事力を管理するミリタリー・プロフェッションに対して、シヴィリアンのコントロールがなければ、ミリタリー・プロフェッションの健全さは保てないという思想がある、と述べ、国家の司法権を管理するリーガル・プロフェッションに対してもシヴィリアン・コントロールに相当する制度が必要で、それに最も近い制度が陪審制であろうと述べる。

戦前日本の軍部の台頭は、プロフェッショナルとしてのミリタリーの崩壊であり、崩壊せしめた第一の理由は、政治指導部の自壊である。政治指導部と財界の腐敗が、捜査部が伸長しなくさせたように、政治指導部の衰退は、森恪のような民間国家主義者の活動と前線軍将兵の軍中央無視の近代国家軍ではあり得ない行動を起こし、しかも、近代国家ではあり得ない処分として結果するのである。

陪審制など、判事の訴訟指揮があつて初めて成り立つのである。陪審制は、むしろ、司法権の独立を前提とするものである。陪審は判事の厳格な訴訟指揮の下で初めてありうるものである。それが、シヴィリアン・コントロールとなれ

ば、それは、ちょうど、戦前の日本軍中央が、現場や、下級将校の動きに規制される、解体状況になった姿を想起しうである。

三谷氏は、旧憲法および現行憲法を通して不変の重要な部分を成している「司法権の独立」もまた、「統帥権の独立」と同じような意味でリーガル・プロフェッションのためのイデオロギーであり、両者が特定のプロフェッションのためのイデオロギーであるという面で共通性をもっていることに注目する必要がある、と述べる<sup>4</sup>。三谷氏は「司法権の独立」はリーガル・プロフェッションのためのイデオロギーだと述べているのである。だから、ノンプロフェッショナルによる介入が必要であると説くのである。しかし、本当にイデオロギーであるなら、そんなものは無くせばよいのである。

三谷氏が、そして佐藤氏が抛り所とするトクヴィルは『アメリカのデモクラシー』で「合衆国における法曹精神について、また、それが民主政治に対する均衡の重しとしてどのよう役立つか」という項目を挙げ、「だから私は、君主が民主主義の侵入を前にして、国家の司法権を破壊し、法律家の政治的影響力を減じようと試みるならば、大きな誤りを犯すことになるであろうと考える。彼は権威の影を残すためにその実質を手放すことにならう。」と述べる<sup>5</sup>。

さらにトクヴィルは「司法権の縮小に人民を駆り立てるある密かな傾向が、合衆国に存在することを知らぬわけではない。個々の州憲法の多くにおいて、州政府は両院の要請に基づいて裁判官の職を解くことができる。いくつかの憲法は裁判所の構成員を選挙させ、しかも頻繁にこれを繰り返させている。あえて予言するが、こうした改革は早晚忌まわしい結果を招き、司法官の独立をこのように損なうことによって、司法権のみならず、民主的共和政そのものを攻撃してしまったことに、人はいつか気づくであろう」と述べるのである<sup>6</sup>。

- (1) そのために法曹人口を増やそうとしたということのようである。多額の費用と宣伝ではじめた法科大学院であったが、日本の法学教育の歴史においてかつてない危機的状況を招いている。尤も、かかる杜撰な論理で陪審を語り、裁判員制度を成立させてしまふ状況では、いままでも大した法学教育はなされていなかったのかも知れない。
- (2) 三谷前掲『政治制度としての陪審制』(二〇〇一・九)の序論である。
- (3) 三谷氏は、刑事陪審で法や制度を作り出すかのような表現がなされるが、それは現代ありようがない。評決は、証明されたら有罪、疑いがあれば無罪で、理由は云わないからである。理由なしであるから、証明されていても無罪もあり得るわけである。
- (4) 三谷前掲『政治制度としての陪審制』二三頁。
- (5) 前掲岩波文庫版第一巻上一七三頁。
- (6) 同じく前掲岩波文庫版第一巻上一八〇頁

## 五 基本的人権と司法

呆れるほどの拙劣な論理が、大手を振ってまかりとおっていると云わざるを得ない。司法に対する参加は国民の権利だと言う。アメリカ憲法修正第六条では、陪審裁判をうけるのは、刑事被告人の権利として規定している。国民が参加する権利ではない。

吉田栄司氏は、シンポジウムの鼎談後半部「日本国憲法下の裁判員制度」の冒頭において、松本丞治が委員長を務める憲法問題調査委員会案について、次のような発言をしている。

ともかく、この松本委員会において、実は旧憲法の兵役の義務規定の改編に関して、陪審員就任義務を前提にして残すべきだとの論議がなされていたということを、まずは指摘したいと思います。(二〇七頁)

吉田氏は、元関大学長であった松本が委員長を務めた松本案が陪審に触れているということを言いたいことに気をとられて、これが兵役の義務とセットになっていることを自分で言っているという意識がないようである。確かに、陪審員就任義務は兵役の義務に類比しうべきものである。

シンポジウムの初めに、トクヴィルやミルの名を出しながら、裁判に関係させることで、国民として自覚するための教育が話題になっていたのは、兵役によって国の兵士意識あるいは、国を守る気概を涵養することの類比がなされていたのだろうか。

さらに問題は、裁判員などとして出頭することを「権利」として喧伝していることである。当然のことながら、陪審員就任を権利と考えている国などはない。日本でもそうでなかったことは、吉田氏が無自覚に口にしたとおりである。

吉田氏は、「司法制度改革審議会の「司法に参加する権利」の論議に乗っただけかも知れない。また、戦後久しく、「司法に対する国民の参加」と言われてきた経緯もある。

しかし、刑事裁判が、危うい刑事被告人の人権が念頭に置かれねばならないのは、疑うことができないことである。どうして、「権利」と「義務」が逆立ちするのだろうか。

佐藤とか三谷といった大御所が、そのような大間違いをしているのであれば、「憲法を専攻」するようなものであれば、あるいは法学部のスタッフとして、生活と身分を保証されているのであれば、「先生、それはおかしいのではないのですか」が言えないと、明らかに職務怠慢である。アンリーガル・プロフェッションの介入どころではない、リーガル・プロフェッションが自己崩壊しているのである。

佐藤幸治氏が元会長であった司法制度改革審議会の提起によった法科大学院の創設に伴う日本の法学教育は、現在まぎれもなく危機的状況にあると言われている。当初七割を合格させるつもり多額の投資で創設した法科大学院修了者が受ける新司法試験の合格者は三割である。一方で本来の法学研究者の養成もストップしている。日本近代法学教育史上、かつてない危機とはそういう意味である。司法制度改革審議会がもたらしたものであることは議論の余地はない。

しかし、その審議会の粗末な議論に検討を仕入れなかった日本の法学部、法曹団体も危ういものである。

とにかく、「権利」と「義務」も弁えない法学部など、何の期待もされないし、又、必要ともされないであろう。