

## 明治的裁判官の法思想

——児島惟謙の場合——

田 畑 忍

### 一 其の生涯

のちに大審院長となった児島惟謙は、幕末の天保八年に、南豫の宇和島で生れ、間もなく実母の離縁のため、不幸な環境に育つことを余儀なくされ、少年の時代も労働と苦学のうちに終始したが、彼はこれに屈せずして自らを鍛えぬくことに耐えることができた。

かくして青年の時代に、剣道指南の免状を得て先ず剣道家として成功し、自信を得たが、この小成に安んずることなく、これを機会に土佐を始め各地に遊学して、尊王対幕の運動に参加した。王政復古の後、東北征定の参謀楠田英世の幕下にあつて銃後の工作に従事し、その後先ず新潟県及び品川県の地方行政官に就任した。明治四年、司法省の設置に伴つて明法頭となつた楠田英世の推薦で司法省に出仕し、司法卿江藤新平に嘱目されて其の指導を受け、実務を通して法律・法制を学び、明治五年判事に転任した。かくして、福島・大審院・長崎・大阪の諸裁判所に歴任、つ

いに明治二十四年五月六日、大阪訴訟院長より大審院長に榮転した。彼の前任者は西周であり、任命責任者は山県内閣であるが、その直後に松方内閣が成立している。

福島上等裁判所では鶴ヶ岡事件を正しく裁いて不法の行政権力を押え、大阪控訴院に於ても大井憲太郎事件について法律不遑及の原則を堅持して権力に屈しない名裁判により、すでに名声を得ていた彼は、大審院長就任匆々（五月十一日）に突発した「大津事件」に際会し、政府（松方内閣等）の干渉を見事に撥ね退けて、司法権の独立を全うした。すなわち、かつて司法卿江藤新平によって方向づけられ、明治憲法によって樹立された司法権を確保して、其の名は一世を掩うにいたった。もちろん彼は法律学者ではなく、特に法学を履修したわけでもない。ただ実務によって法律・法制を学び、性格的に近代的な法思想を深く自らのものとしただけである。

いわゆる「大津事件」は、大津観光のロシア帝国皇太子ニコラス アレキサンドロヴィチ親王に対しこれを警衛中の津田三蔵巡査が斬りつけて負傷をさせた殺人未遂事件に端を發している。ために朝野震駭、特に内閣諸公は、ロシア帝国を怖れて周章狼狽し、旧刑法一一六条の不敬罪によりて犯人を死刑にしようとした。すなわち山田顕義法相、西郷従道内相が先頭に立って司法部に圧迫を加え、非を敢てせんとした。しかもこの圧迫に屈しつつあった事件担当の大審院判事を、其の権限を活用して児島大審院長が正しく説得した。かくして判決は、憲法と刑法に従って、殺人未遂罪（旧刑法二九二条・一一二条）を以て処断するにいたったのである。これが「大津事件」の概要である。

ところで、児島惟謙の大審院長在任期間は、わずかに四ヶ月の短命に終っている。しかも「大津事件」の後、松方内閣によって行われた未曾有の選挙干渉事件についても彼は不当の行政権力を押えて、よく司法権の妥当な発動を促すことに成功した。しかるに、「大津事件」に沿由した司法部・行政部の対立によってかもされた弄花事件解決のた

めに院長を退官した其の後には、或いは勅任の貴族院議員となり（明治二十七年）、また立候補して衆議院議員に二選され、更に第二十銀行頭取となり（明治三十一年）、再びまた勅任によって貴族院議員となつて（明治三十八年）、其の平穩なる晩年を送つたが、明治四十一年七月一日咽喉疾患のために逝去したのである。<sup>（註）</sup>

（註） 児島惟謙『大津事件顛末録』、拙著『児島惟謙』、沼波瓊音『護法の神児島惟謙』、原田光三郎『護法の巨人児島惟謙』『児島惟謙伝』等参照。

## 二 其の性格

権力の座にあつて、しかもヒューマニズムの精神に横溢した法思想によりて権力を押え、常に国民の権利のためにつくした児島惟謙の性格は、一言にして言えば剛毅硬骨である。換言すれば、其の全人格が正義感に横溢していたと言ひ得る。それ故、常に権力悪に対して妥協することなく戦つて人権と憲法を守り、道義と善を守り得た彼こそは、勇者の名に値する人であり、「強き善人」であつたと言ふことができよう。

穂積陳重博士は、彼を「臨大節而不可奪」と評価しているが、蓋し至言であつて、彼のように強く正しい性格の人物は稀有と言つてよいであろう。思うに、彼のそのようなキャラクターは、天賦の上に不撓の修養と努力により、磨きに磨きをかけて大成するにいたつたものである。例えば、彼の人格が完成したと言われている名古屋裁判所長當時に書いた『家庭規言』の中で、自らの服膺すべき個人規範を次ぎの如くにかかげていることも、そのことを裏書きする。『家庭規言』の主論で彼の先ず説いているところは、「善樹は善果を結び、悪樹は悪果を結ぶ」という聖句に始まる割りきつた善悪論であるが、最後に列記しているのが、次ぎの座右の銘または個人規範である。

「一、事物ニ当テハ一以テ熱心ヲ表シ、決シテ苟クモスル勿レ。

一、常ニ徳義品行ヲ重ンシ、苟クモ之ヲ毀損スル勿レ。

一、言行苟クモ齟齬スル勿レ。

一、自己ノ事務ヲ監察シ些少ノ事ト雖等閑ニ付スル勿レ。

一、事々物々之ヲ処スルニ常ニ遲疑スル勿レ。

一、事ニ臨ンテ能ク之ヲ熟考シ、而シテ之ヲ裁スルニ当リテ狐疑スル勿レ。

一、心頭常ニ進取ノ氣象ヲ提起シ決シテ小成ニ安ンスル勿レ。

一、能ク滯屈ヲ忍ヒテ屈撓スル勿レ。

一、運命ニ依頼スル勿レ。

一、一己ノ分ヲ守リ決シテ落胆スル勿レ。

一、生命ハ勇氣ヲ以テ之ヲ保存シ、細故ヲ畏懼スル勿レ。

一、衆人ト交際上ニ於テハ、鄭重ヲ旨トシ、苟クモ輕薄ニ渉ル勿レ。」

其の七十一歳のときに書いた自戒の「戒奢、從儉、務実、去華」と言う八文字と、「勉而不倦」と言う四文字も、  
其の剛直の人となりの形成過程をあらわしている、とすることができよう。<sup>(註)</sup>

(註) 詳しくは、拙著『児島惟謙』、沼波瓊音『護法の神児島惟謙』、大場茂馬『大津事件』、尾佐竹猛『湖南事件』等参照。

### 三 其の法思想

(特に其の『意見書』に示されている法思想)

(イ) 児島惟謙の法思想は、彼が「大津事件」処断の法理を説いて、松方首相と山田法相に提示した『意見書』<sup>(註一)</sup>の中に展開されている。その他に其の法思想を系統的にまとめている著者論文は存していない。しかし『意見書』に示されている其の法思想は権力主義を明快に否定するものであり、明らかに人権尊重のヒューマニズムに基調していることが知られる。また其の筆録『大津事件顛末録』中にも、同様に憲法と法律の尊重が力説されている。従って、一見、その法思想は法万能論の如き外観をもっている。

山田・西郷等閣僚の暴論暴挙を攻撃して、「法律ハ国家の動脈ナリ」と言い、また「裁判官ノ眼中唯法律アルノミ」と言い、或は「行政官ニシテ司法権ヲ左右セントス。是レ疑モナク憲法ヲ破壊スルモノナリ。少シク法律ノ思想アルモノハ其ノ言ニ信ヲ措カサルヘク、若シ信ヲ措クトスルモ其効力ナキハ自明ノ理ナリ」と言っているからである。

しかし、それは、決して法万能論ではない。実は徹底した人間尊重の思想と道理を基調とする法論にほかならない。だからこそ彼は、常に権力の中に在って、しかも権力主義を克服することができたのである。従って、必要な場合には、法に内在する道理に従って、毅然として何人をも恐れず、また何人をも憎まず、司法権の独立を擁護することができたのである。

彼が、政府の権力に屈しつつあった大津事件担当判事に対して、「私情ヲ以テ天下ノ大義ヲ曲グルハ男子ノ取ラザル所ナリ。午前中ニ於テ普通法律ニ準拠スヘキヲ公言セシ公等カ午後ニ至リテ倏忽トシテ内閣ノ主義ニ賛同スルニ至リシハ何カ為ナリヤ、公等果シテ弁疎スルノ辞アリヤ」と、鋭く叱責し<sup>(註二)</sup>、また「内相ノ眼中、唯干渉アルノミト云フヘシ。予ハ直チニコレヲ駁撃シタリ」<sup>(註三)</sup>、と言っている言葉の端にも、それが法万能思想ではなく、其の権力主義否定の法思想であることをうかがい得るのである。

(註一) この『意見書』は、「大津事件」処断の司法権に干渉圧迫を加えつつあった内閣首脳に法理と道理と政理を説いて其の蒙を啓くことにより、其の干渉圧迫を退けんとして執筆し、先ず彼と同僚の後学・穂積陳重博士(当時東大教授)に示して其の激励を受けて自信満々、松方首相と山田法相に先ず提示したものである。また「大津事件」判決の後に明治天皇にも奉呈した。その全文は『大津事件顛末録』中に収録されている。拙著『児島惟謙』等参照。

(註二・三) 児島惟謙『大津事件顛末録』参照。

(ロ) 彼が、『意見書』で大上段に構えて、先ず説いているところは、小刀細工的な便宜主義的法解釈の排除である。

すなわち「今回津田三蔵ノ犯罪ヲ断スルニ、我刑法第百十六条ヲ以テセントスル如キ、其事表面上甚シク重大ノ弊ナキカ如シ。而シテ之ヲ熟慮スレハ、殆ント国家百年ノ大計ヲ誤ルモノト断言スルヲ憚ラサルナリ」、と言っているのである。その本論の刑法論も問題の核心を衝いて誤っていない。

すなわち、「抑刑法第二編ニハ、公益ニ関スル罪トアリ。夫レ外国ノ公益ハ各国自ラ之ヲ保護スルノ法アリ、豈我刑法ニ之ヲ規定スルノ必要アラシヤ、加之外国ハ我ノ保護国ニ非ス、故ニ亦其権ナキ者ト謂フ可シ。且刑法ハ公法ニ属シ、決シテ比付援引ヲ許ササルヲ以テ、其公益ノ文字タル特ニ我国ノ公益ノミヲ指スコト素ヨリ辞明ヲ要セサル可シ」と論じ、私法理論の転用を斥けている。而して、「然ラハ其二編中ニ在ル所ノ皇室ト云ヒ、天皇ト云ヒ、若クハ三后皇太子ト云フハ、我皇室ノ天皇三后皇太子ヲ限リタルコト、最モ明白ニシテ争フ可カラス」と断じている。更にそれを補足して、「加之当時草案起草者ハ、特ニ天皇ノ上ニ日本ノ文字ヲ加ヘタリシモ、該法条ノ如キハ、我君臣ノ情義ニ基キ、社会ノ必要ニ依リテ制定シタルコト、尤モ明白ノ事実ナルヲ以テ、我立法者ハ故ラ之ヲ置クニ及ハスト為シ、終ニ日本ノ文字ヲ删除セシモノナレハ、其外国ノ君主以下ヲ包含スルヲ得ルト言フハ、畜ニ立法ノ精神ニ背

反スルノミナラス、又法文ヲ解釈スル能力ナキ者ト謂フモ過言ニ非サル可シ」と言い、いわゆる立法精神論にも拠りながら、これに重きを置かず、周当に、そして見事に、厳格なる論理的客観主義的な法解釈論に終始徹底しているのである。

そうして、更に進んで、この『意見書』は、該件処断の法律的根拠を明示し、また、適切に外国法を比較例証する。曰く「他国ニ外国ノ君主等ニ対スル犯罪ヲ特定セザル以上ハ、一般ノ謀殺未遂ヲ以テ論ス可キハ、固ヨリ当然ノ処分ニシテ、少シモ疑惧スル所ナキナリ。之ヲ締盟各国ノ法律ニ参照スルニ、第一露国ニ於テハ、刑法第二百六十条ヲ以テ同等ナル外国ノ帝権ニ対スル犯罪ヲ規定スルモ、其自国ニ対スル者ニ比シテ復カニ其刑ノ輕微ナル、死刑ト二年半以下ノ勞役トノ差アリ。而モ外国ノ太子ニ対スルモノハ故ラニ之ヲ包含セサルヲ見ル、又独逸ニ於テハ同第三百二条ヲ以テ、一年以上十年以下ノ監禁ニ処シ、伊太利ハ同第四十七条ヲ以テ一年以上十六年以下ノ徵役ニ処スルモノト為スモ、二国共ニ君主大統領ニ限り、外国ノ太子ニ係ルモノハ是亦一モ規定スル所ナシ。其ノ他ノ諸国ニ至リテハ、恰モ我刑法ト同シク特ニ此等ノ犯罪ヲ規定シタルヲ見ス。然ラハ我刑法ノ謀殺未遂ニ問ヒ、無期徒刑ニ処断スルハ、權衡上嘗テ輕キニ失セサルノミナラス、却テ各国ヨリ重キモノアルナリ」と。

死刑論を主張する政府の急先鋒であつた山田法相も、この援用の段を読むに及んでは、内心安堵とともに秘かに観念をしたのちがいない。

(ハ) 次ぎに『意見書』は、法律の適用を誤つた場合の悪結果について説き、その得意の護憲・護法論を展開する。すなわち曰く、「若シ立法ノ精神ニ違背シ曲ケテ法律ヲ適用スルトキハ、単ニ刑法第二条ヲ犯スニ止マラス、明ラカニ憲法第二十三条第五十七条ヲ破壊スルモノナリ。既ニ刑法ヲ犯シ、又憲法ヲ破壊スルニ至テハ、法ノ法タル信

用何処ニ在ル。果シテ此ノ如クナラバ、我司法権ノ尊嚴鞏固ハ、何ヲ以テ之ヲ維持スルヲ得ヘキ。而シテ是レ猶司法権ノ信用嚴確ヲ失墜スルノミ」と。因みに、帝国憲法第二十三条には「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」とあり、また第五十七条には「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ(2)裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」と定められているのである。

右の児島の論旨は、明らかに、我々のいわゆる憲法主義に立つものである（拙著『憲法重要問題の研究』、拙稿『憲法の解釈と法律の解釈』等参照）。すなわち、この言極めて簡潔、しかも司法権独立の原則を遺憾なく主張しているものである。なかんづく憲法を破壊するに至ては法の法たる信用何処に在る、と言っている一句が九鼎の重きをなしている。

政府の圧迫に一時的に屈した同僚裁判官を説得して、「国家榮辱ト憲法ノ權威ノ為ニ大ニ反対ノ態度ニ出デサルヲ得サルナリ」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「大ニ反対ニ出テサルヲ得サルナリ」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、またそのような「統治行為説」の片鱗だにこれを見出し

得ない。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つた何よりの証拠と言えよう。元來、司法権の独立と統治行為説との相容れざることは、氷炭相容れざるに似ているものがある。すなわち、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ということである。その意味で、「人權の尊嚴が守られるために司法権の独立があり、その意味で司法権の独立は擁護されねばならない、という考え方が、児島惟謙の場合でもはっきりしていなかった」という吉



野源三郎氏の意見は正しいとは言えない。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張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。それは司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、立憲君主制を基磐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つて、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つて国民の権利を考えているか、権力主義の立場に立つて国民に敵対しているか、という相異についての正しい認識をすることではなければならない。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つて、権力主義に属するものではないのである。

(註一) 児島惟謙『大津事件顛末録』参照。

(註二) 政府の不当なる権力行為を合理化しようとする統治行為説の許すべからざるものなることについては、磯崎辰五郎教授の『いわゆる統治行為とわが憲法』等を参照。

(註三) 「世界」九十六号『児島惟謙の功績』中の吉野源三郎氏の発言及び林茂氏の同様の発言を参照。なお、この両氏と異つた遠山茂樹氏の正しい発言を比較参照。

(ニ) 児島惟謙は、司法権の独立を論じてのち、「更ニ焉ヨリ太甚シキモノアリ」として、主権独立・法権独立の論を展開する。曰く「抑モ国ノ国タル所以ノモノ、其自主独立ノ大権アルニ由ルナリ。今露国皇太子ニ危害ヲ加ヘタリトテ、直ニ之ヲ我陛下に対スルモノト同一ノ法条ヲ以テ制裁スルトキハ、更ニ彼我輕重ノ區別ナキナリ。畏クモ、万世一系神聖ナル我国ノ元首タリ主権者タル我天皇陛下ヲ奉戴スルコト、猶英独塊伊ノ各国ヨリ朝鮮布哇ノ君主儲嗣ニ対スルト寸毫モ異ナルナキニ至テハ、我刑法ハ明カニ主権ナキヲ自認表白スルモノナラン。嗚呼国ニシテ主権ナキ、

之ヲ自主独立国ト称ス可キ可。三千年金甌無欠ノ国権モ、此ニ至テ覆墜セル者ト謂フ可シ」。

つまり児島惟謙は、いわゆる自主的主権論を、当時の我が君主制（天皇制）に結合せしめて、強く主張しているのである。これは鬼面以て、権力主義者たちを瞠若たらしめる論法であつて、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七判事中、政府の圧力に一度は屈し去つた数判事を十分に説得し得たのも、この論法であつて、彼は「注意して処断せよ」という明治天皇の勅語を、極めて巧みに援用したのである。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言ふことができる。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。

『意見書』は、次で、天地の正理を説いた政略論の展開をしている。曰く「天地ノ正理ニ照シ、万国ノ通義ニ由リ、我成法ヲ確スルハ、公明正大ナル举措ニシテ、唯理論上為ス可キノ大道ノミナラス、外交頻繁ノ今日ニ処シ、造次顛沛モ是ヲ或ハ失フ可カラス。之ヲ捨テ、他ニ執ル可キノ道ナキナリ。夫レ露国決シテ蛮野ノ国ニ非ス。今回照復ノ文書ニ依ルモ、未タ不法圧迫ノ意思アルヲ認メス。抑モ彼亦外交の術ニ長セリ、故ニ今回の一事ヲ以テ直ニ不当酷暴ノ要求ヲ為シ、外各国ノ批難ヲ招ク如キノ拙計ヲ取ラサルヲ知ル。是レ却ツテ我国ノ最モ注意ヲ要スベキ所ニシテ、且ツヤ今日ノ如キ不幸ニモ非常ノ禍害ヲ加ヘナカラ、文明国トシテ之ヲ待タス、各国ノ嘲笑ヲ免レサルカ如キ、卑屈無謀ノ策ヲ執ラン乎。彼固ヨリ法窓ノ何物タルヲ熟知セリ。却テ其倭媚ヲ喜ハサルモ亦知ル可カラス。万一不当濫暴ヲ以テ我ニ求ムルアラハ、其曲固ヨリ彼ニアルナリ。且ツ既ニ暴力ヲ加ヘテ省ミサルニ至ラハ、豈一時ノ歛心ヲ買ハントスル如キ姑息手段ノ能ク救ヒ得ヘキ所ナランヤ。然ラハ、我自ラ法律ヲ曲クルノ一事ハ、彼カ暴力ノ侵襲ニ利害セサルヤ知ルヘシ。顧ミレハ、我国一タヒ外交ノ道ヲ誤リシヨリ、其害三十年ノ今日ニ延及シ、不正不当ノ条約ハ猶未

タ改正シ能ハサルニ非スヤ。且ツ各国ノ我ニ対スル、常ニ我法律ノ完全ナラス、我法官ノ恃ムニ足ラサルヲ口実トス。然ルニ、我自ラ進ンテ成法ノ依拠スルニ足ラサルヲ表示シ、輒チ法律ヲ曲グルノ端ヲ開カハ、忽チ国家ノ威信ヲ失墜シ、時運ノ推移ハ国勢ノ衰耗ヲ来タシ、締盟列国ハ益々輕蔑侮慢ノ念増長シテ動モスレハ非理不法ノ要求ヲ為ササルヲ保セス。勢ヒ此ニ及ンテハ、傾向ノ馴致スル所屈シテマタ伸フル能ハス、実ニ善者アリト雖如何トモスルナキニ至ラン。……故ニ之ヲ政略上ヨリ考フルモ、断シテ其不可ナルコト此ノ如シ。

このように、それは道理を説き法理を説き、さらに政理を説いて余すところがない。殆んど完璧の政治論であり、幕末に於ける横井小楠の開国論（拙稿『横井小楠の政治思想』参照）を思わせるものがある、と言うことが出来よう。

(ホ) 法論を国体論に包んだ其の結論が、最後に展開されている。「然ルヲ況ンヤ司法官タルモノ、其無キ所ノ權柄ヲ弄シ、法ノ明文ヲ伸縮セハ畜ニ国家ニ不忠不義ナルニ止ラス、其ノ極ハ恐レ多クモ、陛下ヲシテ神聖ナル大權ニ違ハシメ奉リ、曾テ列祖列宗ヨリ下臣民衆庶ニ盟ハセ給ヒシ聖誓ニモ背カサセ奉リ、古来曾テ有ラサル国辱ヲ歴史ニ遺シ、千万世雪ク能ハサルニ陥レ奉ラントスルニ帰着ス」云々、と言うのである。

(ヘ) 『意見書』に示されている児島惟謙の法思想は、概要以上の如くであるが、このような法思想は、明治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ものではない。しかし同時に、それは明治十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り、更に遡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権論に淵源するものである、と言わねばならない。而して、彼が王事に尽しながら、また維新後官職に在って法律行政の事務に従事しながら学んできたものである。そればかりでなく、彼の同僚のすべてが同じように学んできた、それは明治時代に導入された近代的な法思想にほかならないものである。換言すれば、そ

れ以外の別にとり立てて新奇なるものでは決してないのである。

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、とすることができよう。すなわち、その法思想は、講壇的な法思想ではなく、実践的な法思想であると言ってもよい。

故に、児島惟謙と其の法思想の偉さは実践的勇氣に根基する。その点について、彼にかんする次ぎの評価を私は正しいと思う。曰く、「今日の法官、ユスチニアンを説き、パンデクテンを講じ、ワハを論じ、プリンスを唱へ、人名書名に許多の片仮名の臚列する所謂学者は、其人頗る多く、児島の学問を論ぜば、今日偏境の区裁判所に於ける黄吻の一試補にすら、三舎を避くべし。しかも学問は法官第二の資格なり。如何に深遠の学問あるも、総ての圧力の下に所信を貫徹するの勇氣と赤誠てふ第一の資格なくんば、学問將た何の用ぞ。法官一千数百人、滔々たる者皆是れ児島の所謂芸者一輩にして、一人の董宣すら無し。況んや児島をや。天下の法官たる者、黄金児島を鑄て、日夕薰休再拜して可なり」と。<sup>(註)</sup>

この一文は、いわゆる学者ではなかった児島惟謙の面目の一面をよく道破しているものと言うことができよう。

(註) 沼波瓊音『護法の神児島惟謙』参照。

#### 四 其の実践に対する批評と評価

法曹であつて、法学者でなかつた児島惟謙が、其の法思想によつてではなく、その実践によつて輝やいていること

はむしろ当然である。しかし、「大津事件」における彼の司法権の護持者としての実践的歴史的意義についてもまた異論がないわけではない。すでに、其の「大津事件」当時にもあつたと同様の官僚主義的（倉富勇三郎）、ジャーナリズム的（二・三の新聞による）な異論は、<sup>（註一）</sup>今日もなお存している。例えば家永三郎教授の如きも其の一人である。<sup>（註二）</sup>

すなわち家永教授は、「大津事件」については、……単純にこれを司法権独立擁護の美挙として賞讃するよりも、むしろ当時の裁判官の意識の混迷のほうに注目するのが重要なのではなからうか」と言う見解をとっている。

そして教授は、先ず倉富勇三郎回顧録中より、「児島が閣僚の裁判官に対する干渉を排除しながら、「自身は監督権の範囲を踰越し」、裁判の根本を変更せしむる干渉を為したるは、仮令法律の適用を正当に帰せしめる為めとは云へ、咎めて而して之に做ひたるものと謂はざるべからず」と言っている官僚者流の当時の代表的な非難の言葉を援用し、「監督権の範囲を踰越し」たものとしてこれを受けとめている。そして、不当な干渉を排斥するための干渉も、やはり干渉であつて、司法権力の内部から司法権の独立を侵すものである、故に「児島の行動は、一応どうしても「監督権の範囲を踰越し」た職権濫用行為としての構成要件に該当する」のだという断定をされるのである。<sup>（註三）</sup>

しかも、「結局において児島の行動を適法視する余地がある」として、それは「第一に……司法権の独立という国家的諸益の破壊を防止するための防衛的行為であり」、第二に急迫不正の侵害に対して「緊急已むを得ずしてとつた行為であり」、第三に其の行為による保護される法益と、侵害される法益とが均衡を保っているから、超法規的違法性阻却事由があるのだ、という理由付けをされ、そのような法理論の構成については、当時施行の刑法第七十五条（「天災又ハ意外ノ変ニ因リ避ク可カラサル危難ニ遭ヒ自己若クハ親屬ノ身体ヲ防衛スルニ出タル所為亦同シ（其罪ヲ論セス）」）の規定を類推したものであり、また「現在の法制下での法理論を参考とし」たのだとされる。これを要す

るに教授は、刑法の正当防衛の権利論を、児島大審院長の「干渉を排する干渉行為」にあてはめて、辛うじて其の適法性が認められる、と言うのである。

しかし、個人の正当防衛の権利と国家機関の権限とを混同して、これを同日に談じることは妥当ではない、と私は考える。しかのみならず、児島大審院長が、行政権力の圧迫干渉に屈した裁判官に対して、憲法を遵守するように説得した行為は、決して「干渉」行為ではない。それは大審院長としてまさになすべかりし正当なる権限行為としての「干渉排除行為」である。従つて「監督権の範囲を踰越」するものではない。すなわち、「干渉排除行為」と「干渉行為」とを同視することは許されないからである。と言うのは、司法部内を統轄して司法権の独立を守るべき職権と責任とを有する大審院長として、司法権の独立を守りかつ侵さないということは、司法権に対する行政権力等の干渉圧迫が現に行われ、かつこれに屈服しつつある当該事件担当の裁判官を眼前に見ながら、これを対岸の火災視して放置することを指して言うのではない。須らくかかるさいに於ては、敢然身を提して其の干渉の火災を消すことこそ、その職権として司法権の独立を守るゆえんである。逆に、司法権の責任者が、行政権力による干渉の火災を袖手傍観することは、消極的には却つて其の「干渉」を幫助することである。すなわち児島大審院長は、明らかに、「不当なる干渉を排除するための干渉」をしたのではなく、不当なる干渉を排斥するための「正、当、当、然、の、権、限、行、為」を勇敢に行使して、司法権と人権とを守つたのである。すなわち彼が、事件發生の直後、天津地方裁判所長に対して、「法律ノ解釈至当ナリ、此際他ノ干渉ヲ顧ミズ予審ヲ進行セヨト」飛電した権限行為と、それは性質上何等異なるものではない。またそれは、単に超法規的違法性阻却の事由となる個人の緊急防衛権を行使した、と言うような次元のものではない。況んや「咎めて而して之に倣ひたるもの」ではない。たとへ外観に於て相似するところはあつても、二者は本

質的に異なるものである。

しかるに家永教授は、「干渉者は常に「正しい判決」を求める干渉であるとして自己の干渉を合法化・正当化する……最高裁判所の下級裁への干渉が繰返し行なわれている現在の時点においては、児島の行動の評価については特に厳正な論理を用いないと、監督機関の裁判干渉を現実にはジャスティファイする結果ともなりかねない」と言われる。教授の注意され、また憤激され、そして心配されている如く、今日現に最高裁判所の下級裁への干渉が繰返し行われている現状は憂慮すべき事態である。そして、それはまさしく干渉であり、司法権独立の侵害であつて、またこれに呼応して、下級裁判所に於ける裁判官の独立義務放棄の行われていることも顕著である。否、下級裁自ら、進んで最高裁判所の違憲の判旨と解釈に不当に拘束されている場合も相当に多く、法学者・法曹の多数もまたこれを支持している。その有様は、大津事件当時における行政権力の圧迫に或いは屈し、或いは迎合した裁判官等に似ている。要するに彼等は、憲法第七十六条第三項と法律（裁判所法四条）の解釈を誤つて司法権独立の制度を甚はだしく歪めている。その他の点に於ても、最高裁判所とその長官にも、また下級裁判所と其の裁判官にも、権力迎合の解釈と権限濫用がすくなく行われている。児島惟謙の時代と全く異つて、行政権力の圧迫干渉が存しないにもかかわらず、自ら進んで行政権力に迎合し、そのため司法権の独立を守らず、これと司法権限そのものをも放棄している観がある。例えば、砂川事件の裁判等に於て、最高裁判所が統治行為説を採用していることが、これを象徴的に表している。そして、今や下級裁が、唯々諾々としてこれに従っているありさまである。家永教授の指摘される如き最高裁判所の下級裁判所に対する干渉は言うまでもなく、かくの如き傾向と性質を帯びた「干渉」であつて、「干渉排除行為」ではない。そこには、児島惟謙によつて強行されたような「干渉排除行為」は微塵だにも見られない。そして、「干渉行為」は

違憲の行為であり、「干渉排除行為」は憲法に照準されている行為である。従って、これを以て、かれにつながるとなすのは、ただに論理的に正しくないばかりでなく、事実にもまた条理にも反するものである。しかもまた干渉をなし司法権の独立を自ら侵すものと、違憲違法の裁判を行う者とは一致する。その反対に、児島惟謙の如き人権を尊重し、権力主義を否定する性格の人物が、違憲違法の裁判をなし得ないことは、鶴ヶ岡事件、松方内閣の選挙干渉事件、大阪事件等々彼の生涯にわたって掌わった幾多の正しい裁判が、これを実証する。すくなくとも、このような児島惟謙には、憲法に即した正しい無罪判決の原審を破棄し、司法権限を放棄して行政権力に追隨した最高裁判所の砂川事件の如き裁判は、<sup>(註四)</sup>これをなし得ないのである。

児島惟謙には、人権尊重のために、権力主義や干渉を否定し排除するが如き権限行為は、必ずこれを行使しても、人権否定へ必ず方向づけられているような干渉は絶対になし得ない。児島惟謙が現代にも大いに必要とせられるゆえんである。要は、人権尊重に徹して権力に対決する精神と実践とが、殊に憲法の番人としての裁判官に期待されるということである。それは、良心と憲法と法律に従って、常に権力の中であって、しかも権力と権力主義に対決している「勇氣」である。その反対に、権力の美酒に酔い痴れて、権力と権力主義に対決する「勇氣」を失っているならば、裁判官独立の義務など果し得るものではない。「勇氣」のある正しい裁判官がもちろん今日に於てないわけではない。これらの人々に、われわれは、児島惟謙の精神の伝統を感得する。しかし乍ら、百の児島惟謙、千の児島惟謙、万の児島惟謙が出現しないかぎり、「憲法保障」の憲法制度にもかかわらず、憲法と司法権と基本的人権とを、守ることはできないであろう。佐々木哲蔵元判事が天津事件に於ける児島惟謙を評価し、多くの裁判官の「事なかれ主義」<sup>(註五)</sup>「出世主義」を否定し、特に「勇氣」を強調されているゆえんである。



(註一) 家永三郎『司法権独立の歴史的考察』

(註二) 尾佐竹猛『湖南事件』等参照。

(註三) 杉村敏正『司法権の独立』(一円一億・黒田了一編『憲法問題入門』中の一節)も、児島大審院長の判事説得を、長谷川成安教授(『日本の憲法』『憲法判例の研究』)とともに、干渉だと見ながら、司法権独立の主張・貫徹を記憶に値するものとして評価されている。

(註四) 拙著『憲法重要問題の研究』中の『最高裁判所の砂川事件判決について』を参照。なお拙著『児島惟謙』参照。

(註五) 佐々木哲蔵『裁判官論』参照。

## 五　む　す　び

われわれが、明治の典型的な裁判官であった児島惟謙によって教えられるところは、権力に対決して人権に立脚した正しい性格と姿勢による、非妥協の実践によって鍛えられ確立された法思想のみが巨視的で、力強く歴史と人間の幸福に貢献する、そしてそれは今日も、また将来に於ても不変だ、と言うことである。従って、たいせつなことは、枝葉末節にこだわらず、また権力に妥協せずして、常に大局的客観的に権利の側に立って理をつくすことでなければならぬ、そのような心構の性格形成を必要とする、と言うことになる。

(附記。この一文中の一部には、拙著『児島惟謙』中の一部分が、すこしく体裁を異にして入っていることを了承されたい)