

## 裁判に対する政府の干渉と大審院長による

### 干渉排除の峻別

——家永三郎教授の『児島惟謙と大津事件』に対する一つの反論として——

田 畑 忍

#### 一

私はかつて、拙著『児島惟謙』(昭和三八年刊)と拙稿『明治的裁判官の法思想』(昭和三八年刊)で、家永三郎教授の『司法権独立の歴史的考察』(昭和三七年刊)に展開された大津事件の裁判における児島惟謙の行動と思想等についての批判に対して、若干の反論を試みたことがある。

この私の反論に対して、家永教授は、『児島惟謙と大津事件』なる一文(『日本歴史』誌(昭和四十一年七月号))で、後示のいわゆる「新資料」を一つの拠りどころとして批判をされた。しかし私は、この教授の批評の内容についても異論を抱くものであり、さきに書いた児島惟謙に対する評価を変えることはとうていできない。そこで左に、教授の批評に対して卒直なる反論を展開して、教授の御好意に答えることにしたいと思う。

なおこの再反論の叙述は、教授の示された四つの論点に従うことにして、他の点には触れないつもりである。

(一) その『司法権独立の歴史的考察』の中で、家永教授は、大津事件のさいにおける政府の甚はだしき干渉に抗してなされた大審院長・児島惟謙の干渉排除行為をも一種の干渉行為であり、司法権力内部における司法権の侵害であって、「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」ものであると断定された。そこで、拙著『児島惟謙』の中で、私は家永意見に対して次ぎの如き反駁をした。曰く「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」行為と見るべきものではない。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」たる性質を有するものである。従って「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、もちろん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、徒らになすことなく、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、かかる際においては、敢然身を挺してそ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、消極的には却って、その「干渉を」幫助することになる」。このような反駁をしたのである。しかるに、大審院長を以て「司法大臣の下級裁判機関」と見られる教授は、こんどの反批判の論文（『児島惟謙と大津事件』）で、このような大審院長にはそのような干渉排除行為をする責任がないとする見地から、児島大審院長の干

裁判に対する政府の干渉と大審院長による干渉排除の峻別

干渉排除行為を干渉行意だとする見解を更に強く固められたのである。すなわち教授は、「明治憲法、裁判所構成法下の大審院長には「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」はない」とされ、「裁判所構成法第一百三十四条によれば、大審院長は司法大臣が司法行政を行なうための下級裁判機関にすぎず、しかもその監督権は、同法第三百三十五条第二号の明示するとおり大審院に限って行使されるのであり、「司法部内を統轄」するものではないから、田畑批判はその前提においてすでに失当である」と論難されたのである。すなわち教授は「司法行政・職務及監督権」について定める裁判所構成法第四編中の第三百三十四条と第三百三十五条第二号によって、大審院長を司法大臣の下級裁判官として位置づけることによって、其の干渉排除行為の違法性を根拠づけようとしたのである。

その論拠は、しかし薄弱だと言わねばならない。すなわち裁判所構成法は、教授が引用された「司法行政・職務及監督権」の規定のほか、例えば第四十四条で大審院長の大審院一般事務の指揮権・行政事務監督権を規定し、また第四十五条に於て大審院長の大審院事務分配等の設定権等を定めているのであって、これらの規定はいずれも大審院長独自の権限を定めるものと解しなければならない。すなわちそれは司法大臣の命令下に於てのものではない。のみならずまた、裁判所構成法第三百三十四条を解して、大審院長は「司法行政を行なうための下級裁判機関にすぎ」ない（家永教授説）と解することは妥当ではない。右第三百三十四条には、大審院長を「下級裁判機関」とする文言は見出し得ないだけでなく、そのような規定をどの条文にも見付けることはできないのである。すなわち大審院長も、「司法大臣ノ由テ以テ司法行政ノ職務ヲ行フノ官吏」（裁判所構成法一三四条）ではあるが、司法大臣の「下級裁判機関」ではないからである。すなわち明治憲法は、大審院長を司法大臣の「下級裁判機関」とすることを許容せず、従ってまた裁判所構成法も、司法大臣を最高の裁判機関とは定めていないのである。むしろ裁判所構成法第四十三条は、「大審院ヲ最高

裁判所トス」と規定し、最高裁判機関を構成する大審院長は、更に独自にこの「大審院ノ一般事務ヲ指揮シ其ノ行政事務ヲ監督ス」(裁判所構成法四四條)べきものと規定せられているのである。また同法第三百三十四條及び百三十五條も、「司法大臣ノ由テ以テ司法行政ノ職務ヲ行フノ官吏」としての「大審院ヲ監督ス」べきものと定めているのであって、教授が解せられているような規定をしていのではない。従つて、司法大臣が、裁判について、大審院長に指揮命令または干渉をなし、或いは大審院長をして積極的にも消極的にも裁判干渉を行わしめ得るが如き権限なきものであることは極めて明瞭である。然るに、この法理に反して司法大臣の裁判干渉が大審院長に加えられ、また大審院判事に加えられた場合、大審院長がこの干渉排除に挺身すべきことは、司法権独立の原則から言つて至極当然のことと言わねばならない。明治憲法が不十分乍らもこの原則を定めている以上、裁判所構成法第三百三十四條及び百三十五條第二号を云々して、以てこの原則を否定することは、違憲かつ見当ちがいの解釈をなすものである、と言わねばならない。また裁判所構成法第三百三十六條第一号も、第三百三十五條所定の監督権として、「第一官吏不適當又ハ不充分ニ取扱ヒタル事務ニ付其ノ注意ヲ促シ竝ニ適當ニ其ノ事務ヲ取扱フコトヲ之ニ訓令スル事」と定めているのである。兎島大審院長が司法大臣等の圧迫干渉に屈したる所管判事数名を訓しかつ注意を促し、以て「干渉排除」の権限行使をなし、これを正常の独立状態に回復せしめたることに違法性を認めることは不可だと言わねばならない。それは裁判所構成法第四百三十三條にいわゆる「裁判上執務スル判事ニ影響ヲ及ホシ又ハ之ヲ制限スル」行為ではないのである。「裁判上執務スル判事ニ影響ヲ及ホシ又ハ之ヲ制限」した政府の「干渉行為」と、これを排除した兎島院長の「干渉排除行為」とは瞭然として峻別を要するのである。兎島大審院長が、裁判に干渉圧迫を加えてきた松方首相への其の『意見書』に於て、「該裁判官ニ於テ如何ナル解釈ヲシテ判決ヲスルモ他ヨリ啣ヲ容ルル能ハス」と言っているのも寔に當

然であつて、まさに白らの干渉排除行為を「吻ヲ容ルル」行為から峻別している自信の表明と見るべきが至当であろう。また「司法部内統轄」の語は、この場合には「大審院監督」（裁判所構成法四四・四五・一三四・一三五条等）の他の表現と読んでいただかねばならない。のみならず、大審院長が下級裁判所に対してもまた種々の権限を有することは、裁判所構成法第五十一条・第五十五条但シ書・第四十五条三項等々を見れば明らかであつて、それは下級裁判所に対する統轄権を意味するものと解すべきであらう。

とにかく、児島大審院長が司法権の独立を守つて成功したことは、イギリスにおけるコーク以上と評しても決して過褒とは言い得ないであらう、と私は考えるのである（滝川幸辰編『刑事法学辞典』中の大野真義『コーク』等参照）。

（附註）当時、穂積陳重博士は児島大審院長を激励した有力な学者の一人であつたが、のちに次ぎのように述べている。曰く「当時の大審院長児島惟謙氏が、身命と地位を賭して行政官の威圧を防禦し、裁判官の多数も亦其の職務に忠実にして神聖なる法文の曲解を聴すこと無く、常人律を以て之を論じ、三蔵の行為を謀殺未遂として無期徒刑に処し、我憲政史上に汚点を残すことを免がれたのであつた」（穂積『法窓夜話』中の『大津事件』参照）

### 三

(二) 次ぎに、政府の圧迫干渉に一時屈したる大審院担当判事に対して為した児島大審院長の干渉排除行為（その一つたる説得行為）を、違法行為と見る家永教授は、しかし「終局において……適法視する余地」ありとして、その違法性阻却の事由を、「司法権の独立という「国家的法益の破壊」防止のための、また緊急不可避の防禦行為であり、更にその行為による被侵害法益との均衡がある故に、これを超法規的に認められるものとして、以前の論文（『司法権独立の歴史的考察』）で、刑法の正当防禦論を採用されたのであるが、私はそれについて「個人の正当防衛の権利と国家

機関権限とを混同して、これを同日に談じることは妥当ではない」と反駁したのであった。しかし教授は、この問題については、こんどの反論に於ても、単に前の論文で述べられたとおりの繰返しをされたのにすぎない。従って、ここに私見を繰返す必要もないであろう。ただそれが、法律論としては無理な論法になっていることだけを再び指摘するにとどめたいと思う。

(三) 第三に、家永教授は、前の論文で「大審院がその特別権限に属しないと認めながら、管轄裁判所に移送することなく、自判して裁判を確定したのは、明らかに違法の裁判と言わなければならない。たとい行政の干渉をしりぞけたとしても違法の裁判で局を結んでいる以上、これを司法権独立の確保として賞讃するのは如何であろうか。……大審院がその特別の権限に属する事件でないことを決定すれば、裁判所構成法第四十八条の規定によりその判断は下級裁判所を羈束し、もはや何人によっても動かすことができなくなるのであるから、そこで心配せずに法の規定を正しく守って下級裁判所に移送すべきだったのである。大審院の違法な裁判については、兎島の行動の場合のようにその違法性を阻却する事由は発見されない」と言ったのであった。これに対して、私は「家永意見は未節の点で一理があるが、本質を見誤っているものであり、また「刑事訴訟法四八三条」に対する無理解を示すものである。すなわち教授が、裁判所構成法四十八条の規定を云々される点は、そのとおりであるが、それだけが唯だ一つの手続ではない。そうして教授は、当時の政府権力の無知・野蛮の圧迫と、すでにこの権力に最初から屈していた天津地裁の裁判官の無気力とを、余りにも甘く見ている感が深い」という批評をした。「本質を見誤っている」と私が評したのは、天津事件裁判が「行政の干渉をしりぞけたとしても違法の裁判で局を結んでいる以上、これを司法権独立の確保として賞讃するのは如何であろうか」という教授の見解を指しているのである。すなわち問題の本質は、「行政の干渉をし

りぞけた」ことそのことと、「究極的には違法の裁判ではなかった」ことにあるからである。また「未節の点で一理がある」と言ったのは、或る一点について教授のされている批判は正しいが、全体を見ていないと言うことである。すなわち全体的な考察をするのでなければ本質的洞察をすることはできないからである。

ところで、そのような史眼から言って、右の如き意味で「本質を見誤って」をられるやに見える教授は、こんどの論文では、先ず「刑事訴訟法の規定は刑事被告人の人権保障を第一義とする立場から解釈せらるべきであり、その見地に立って三審制の意義を重視する必要がある」と前提し、その意味で刑法第一百六条を一審かつ終審とした裁判所構成法（第五十条第二号）の大審院特別権限の規定を拡大解釈することは妥当でないとされ、大審院の大津事件の自判を以て違法不当とする立場を従前どおりに示されているのである。そうして、「大審院での特別裁判がきめられた以上必ずしも不当とは言い得ない」として、教授の「「刑事訴訟法四八三条」に対する無理解」を云々した私見について、それは事件当時の「刑事訴訟法三一五条の誤であろうが……同条のどこにも大審院の特別権限に属しない事件について大審院に自判を許容する旨の明文は示されていない」と論難されたのである。しかし私が、拙著『児島惟謙』で、カッコ付で「刑事訴訟法四八三条」に対する教授の無理解と書いたのは、教授の御指摘の如くに確かに大正十一年の刑事訴訟法（四八三条）であって、明治二十三年の刑訴ではない。しかし、それは教授が前の論文で引用されている大審院判決中の一箇所（家永『司法権の独立の歴史的考察』七二頁十八行目参照）を引用したのである。しかし、明治二十三年の刑事訴訟法三一五条と、大正十一年の刑事訴訟法四八三条とは、大体に於て同趣旨の規定であって、大津事件の大審院裁判は「其事件地方裁判所又ハ区裁判所ノ権限ニ属スルモノト決定シ」（明治刑訴「三一五条」）なかつた裁判であり、また所謂神兵隊事件裁判は「被告事件下級裁判所ノ管轄ニ属スルモノト認」（大正刑訴「四八三条」）め

ずして始められた裁判である。言うまでもなく、この二つの裁判は、いづれもともに下級裁判所の管轄に属するものと認められるべきであったことは言うまでもない。従って、そのように認められずに始められたことは誤りであるが、しかしすでに始められた以上は、それは必然に自判されるほかはないのである。そうして、その場合、「自判」それ自体を以て直ちに違法とすることはできないのであり、しかもかく解することは決して「拡大解釈」ではない。

明治刑訴第三百十三条によれば、検事総長が事件を裁判所構成法第五十条第二号の事項と認めて豫審判事を命ずべきことを大審院長に対して請求した場合、大審院長がこれを受理して法廷を用意すべきことは、明治刑訴三百十四条三百十五条等に徴して違法でないことは明らかである。もちろん、これを却下する措置もとり得るであろうが、しかし大津事件の場合、兎島大審院長は法律上これに応ずべきであるとして受理し、早速豫審判事を命じたのであって、その点に違法性はない。しかしながら、政府の干渉に屈していた豫審判事土井庸太郎が、意見具申により刑法第一百六条事件とした点に先ず違法性があつたのである。

次にまた事件担当裁判官が、検事総長の訴状どおりに刑法第一百六条事件と裁定し、従つてこれを大津地方裁判所の公判に附する旨の決定をしなかつた点に違法のあつたことはこれまた疑いがない。換言すれば、それは土井予審判事とともに、事件担当判事の大半が内閣の圧迫に屈し去つていたことを暴露せるものである。故に、それは「大審院がその特別権限に属しないと認めながら……」(家永『司法権独立の歴史的考察』七一頁四行目参照)自判したとは言い得ないのである。すなわち彼等は政治的に先ず内閣の干渉に屈して、法律的に該事件が「大審院の特別権限に属するものと認めてしまつて」自判にもつていったものであり、そうしてその点に誤りがあつたのである。兎島大審院長が、この大審院担当判事の誤りまたは違法を憂慮したのは至極当然である。かくして大審院長兎島惟謙の「干渉排除行為」



または「担当判事の誤りの是正行為」が、まさにこの段階に於て、その権限としてなされなければならなかったのである。言うまでもなく権限の放棄は権利の放棄とは異り許されない。すなわち権限放棄自体が違法となるのであり、そうして児島惟謙は正しくその権限を行使したのである。

かくして、その「干渉排除行為」または「担当判事の誤りの是正行為」と、担当判事の反省の結果として、大審院は被告を旧刑法第百十六条を以て処断せず、同法第二百九十二条の謀殺未遂罪に問い、司法権の独立を回復し得たのである。従って、途中に於てたとい司法権独立の放棄其の他の違法があつても、それはすでに阻却されて回復是正されたのであり、幸いにして違憲違法の裁判を免れ得たのである、としなければならぬのである。

なお、こんどの反論で、家永教授は、私(田畑)が「当時の政府権力の無知・野蛮の圧迫」と大津地裁の「無気力とを、余りにも甘く見ている」と言われるが、いかに政府が野蛮であり大津地裁が無気力だからとて、それ故に法をまげた刑事手続を進めることが許されるものではない」と論断されている点について一言すれば、私は法をまげた刑事手続を進めることを政治的にもすこしも容認してゐるのではない。否、違法を容認せず、従つてそれが反省し是正された点にウェイトを置いて、これを評価してゐるのである。すなわち上述によつて明らかごとく、大津事件についての大審院の自判の結論より見て、「そうした自判」は、帝国憲法(五七条等)の範囲内のものであり、憲法をまげた事になっていないとするのである。従つて私見は、教授の非難されるが如き「目的論的法解釈」ではないのである。すなわち私は、自判へもつていった大審院の違法点を認めながら、その違法点を自救して到達した自判の正しい結論と、これによつて違法性の阻却されたことを重視してゐるのであつて、いわば憲法論的な大局的全面的な解釈をしているのである。教授の筆法を借りて表現するならば、それは「自判の違法性を阻却した自判」、とすることができ

るのではなからうかという評価をしているのである。

#### 四

(四) 家永教授が、こんどの反論で最も力を入れられているのは、児島大審院長の護法が人権主義に依拠するものでないことを、極めて積極的に主張されている点であろう。すなわち教授は、「児島がそのような思想を堅持していたことを示す史料を……見出し得なかった」と言われるだけでなく、むしろ津田被告の人権を犠牲にしても刑法の明文無視だけは避けたいというきわめて反人権主義の法実証主義的な発想さえ示した明証が残されている」とされて、児島院長三好検事総長連名の「己ヲ得スハ緊急勅令ヲ発セラルル外ナカルベシ」とする山田司法大臣宛ての電文と、穂積陳重博士宛ての児島書翰中の「老兄等総理へ御開陳ノ主義貫徹シ、其間ニ合セ法ヲ製造シ緊急勅令ヲ発スルノ意ナルベシト被<sub>レ</sub>案候。政策上止<sub>ヲ</sub>得ザレバ其勅令可ナルベシ。実ニ好機会ナルヲ以テ、今一応其筋へ御運被<sub>レ</sub>下候様、為<sub>レ</sub>国家ニ冀望」と言う児島意見を証拠として引用されているのである。そうして、「児島が積極的にそれに発意したかどうかは明でないにせよ、少くとも緊急勅令制定によるもやむをえないと、はっきり是認していたことだけは確認されるのである」と断じ、たとへ明治憲法第二十三条が美濃部達吉博士の解釈の如く事後法による処罰を認めるものであっても、これは「事後法による処刑」を認める権力主義の思想であって、事後法で「事をすませようと企図した児島に、津田被告の人権を顧慮する念の欠けていたことは明白となる」となし、かくして「緊急勅令にしたがって津田死刑を宣告しても、裁判所には責任なく、司法権の独立がそこなわれる結果にはならないであろう。児島が緊急勅令による解釈を企図したねらいもそこにあつたと推測されるが、それは児島が司法権独立を人権保障との不可分

の関係において考えていなかった事実を裏書するものに外ならない」とまで極言されているのであるが、それはあて推量と言わざるを得ない。そして児島に協力した穂積博士の『法窓夜話』中に「三蔵を殺すの罪は、憲法を殺し、刑法を殺す罪よりは軽い」とある箇所を引用して、「犯人を不法な残害にさらしてまで刑法を守るといふのは全くの主客顛倒で」ある、「明治二十四年という時代にあつては、もっとも高度のすぐれた法意識のもち主の場合においてさえ、こと人民の人権に関するかぎり、実態はまさにかくのごときものであつたと理解するのが、客観的歴史的に最も妥当な理解であると信ずる」と断じ、従つて「児島の護憲意識の背後に「人権の尊厳が守られるために司法権の独立がある」といった高度の人権感覚の存在を見ようとするのは私(田畑)の「イメージ」にすぎず、いわゆる「読みこみ」にわたるもので、「歴史的認識の域を越えるきらいを免れぬ」ものであり、従つて田畑意見は、児島大審院長の権力意識を人権意識と誤つて評価するもので、客観的認識をしていないものだ」と非難されるのである。

しかしながら私は、逆に、右の如き家水教授の見解は、事象や人物の言動の表面を見てその本質を洞察していない「読み浅さ」がある、と思わずにはいられないのだ。教授も言われているように、すでに「事後法による処罰の禁止が当時成文法外の条理として認識されていたことが察知せられ」よう。司法大臣の指示に従つて擬律を以て津田三蔵を死刑にしようとした三好検事総長も、「緊急勅令ヲ以テ既往ノ犯罪ヲ罰スルモ穩当ナラズ」としているぐらいである。すなわち三好のこの見解は、政府の見解でもあつたことを示すものである。況んや内閣を挙げての圧迫干渉に些かも屈しなかつた児島大審院長が、そうした人権主義的な「条理」に無感覚であるわけがない。すなわち児島は、政府当局における様々の暴説(戒嚴令による津田死刑説・津田暗殺説・詔勅による死刑命令説・皇室罪擬律説等)に対処する必要上、明治憲法第二十三条よりすれば、一応法的には美濃部博士も述べている如くに、事後法による処罰規定を不

可能としないとする立法論を、防衛的に述べたのにすぎないと考えられるからである。すなわち、おそらく児島惟謙は、その意味で「立法権の問題」としては「政策上止ヲ得ザレバ其勅令可ナルベシ」としたのであり、更にそれを踏まえて政府の干渉に肉迫することを穂積に期待したのであるから、裁判の場合になれば、事後法によっては処断せずとする毅然とした人権意識を持ち合せていなかったとの推測は惟謙の場合にはおよそ無理であろう。と言うのは、すでに大津事件前の大阪控訴院時代に起った大井憲太郎等のいわゆる大阪事件に対しても、児島惟謙は法律不遡及の原則に立脚して、死罪を以てする敵罰主義の事後法を断乎として斥け、事件発生当時の旧法によって軽く処断して被告の人権を擁護し、以て内閣の権力主義を一蹴しているからである。それが児島の裁判官としての一貫して実行した信条と主義であったと見るべきである。人権尊重の精神を性格的に強き善人としてもっている児島が、御都合主義や権力主義や法万能主義であることは絶対に不可能だからである。外国を恐怖せざる其の国権独立意識と人権主義とは決して矛盾するものではなく、却って国権独立の意識を有しない外国恐怖病患者に権力主義者の多いことは、今日の場合でも然うであるが、大津事件における政府諸公の周章狼狽ぶりを見るだけでも明らかなことである。従って私は、その点でも同学の西田毅君と意見を異にするものではない。そのことは拙著『児島惟謙』及び拙稿『明治的裁判官の法思想』の随所に見えている筈である。しかるに家永教授は、児島惟謙について、国権独立意識と不可分離の人権意識の方を極端に無視または軽視されているのではなからうか。その何故なるやを私は殆んど解し得ないぐらいである。

もとより、児島惟謙の人権主義を評価する者は、私たちだけではない。例えば遠山茂樹教授なども、「基本的人権を守るものとしての立場、それから対外平等ということを実現していきたいという輿論に励まされたということの中に、やはり児島惟謙の立場の進歩性」ありとしているのである。『湖南事件』の著者尾佐竹猛博士もまた然りである。

『裁判官論』の著者佐々木哲蔵氏も同然である。毛利与一博士を始め、私に私信を以て同感の意を強く示された法曹の方々もある。しかしそれよりも児島惟謙の『大津事件顛末録』及び『意見書』を見れば、その人権尊重の思想はまことに明瞭である。ただ児島惟謙は、それらの文章に於ても、天皇制と国権と憲法と法律の尊重を力説しているので、国権万能・法万能の如き外観を呈しているきらいがある。しかし外観を以て内容をきめてしまうことは妥当ではない。外観如夜叉であっても、内面如菩薩ということがある。なお私の見るところでは、児島惟謙のきらったものは、小刀細工的の便宜主義的な法解釈である。そしてその取るところは、ヒューマニズム的正義意識に充満した立場であり、この立場に裏付けられた厳格なる論理的客観主義的な法解釈である。児島惟謙が帝国憲法と刑法の尊厳を説いて司法権の独立を強調している語調には、その人権主義は或いは表面に表れて見えないのかも知れない。しかし「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云々」と言い、憲法破壊の政府の行政権力に「大ニ反対ニ出テサルヲ得サルナリ」云々との其の論述は、憲法主義以外のものではなく、従って憲法所定の人権主義以外のものではない。否、司法権の独立を強調することそのことが、近代国家に於ては、とりも直さず資本主義的国家権力に対する矛盾としての人権主義に通じるのである。明治憲法が天皇制の枠に於ての人権を定め、弱き司法権の独立を定めていたからという理由で、明治的裁判官であった児島惟謙が人権主義者でなかったと主張することは許されないのである。また児島惟謙が、「全力を注いで」「刑法第百十六条の排除」に努力したことを以て、ただそれ「だけ」だとする考察は皮相と言うほかはない。すなわち、そのキャラクターに由来する人権意識なくして、そのような護法の決死的な努力はできないからである。ただ「高度の」人権感覚と言うことは或いは言い過ぎであるかも知れない。しかも問題は、人権の「高度」如何ではなくて、人権主義の「実践」如何にある。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られたところに強さがあり、また意味がある」のである。そしてそれは、思想的及び法曹関係の系譜としては、近代的司法制度を創設した江藤新平に淵源している、と言うことができるであろう。

要するに児島惟謙の法思想は、「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……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。……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……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」(拙稿「明治的裁判官の法思想」)。家永教授が、明治時代の裁判官の人権思想の混迷を云々されることは或る意味で分らなくはないが、しかし常に其の実践に身を挺していた児島惟謙の人権主義的法思想を疑うことは、それこそ歴史に忠実であるとは言えない、と私は思うのである。

## 五

大津事件における児島大審院長の護憲護法の史実について疑問を投げかけるとともに、とくに新しい一資料によりながら、以前にも増して児島惟謙の法思想に人権意識なしと確信され、かつ私見についても若干の誤解をされている家永教授の見解に対して、敢て児島惟謙弁明のために以上の如き秃筆を振った次第である。(妄言多謝)。