

## 児島惟謙没後100年記念シンポジウム

# 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 —

と き：2008（平成20）年10月4日（土） 13：00～18：00

ところ：関西大学第1学舎1号館千里ホール

### 開会・企画趣旨説明とご挨拶

**司会（吉田栄司）** 本日は、皆様ようこそお集まりくださいました。児島惟謙没後100年を記念したシンポジウム「いま裁判員制度が日本に導入される意義」と題します企画を、ただいまより始めさせていただきます。司会を務めさせていただく私は、この9月末まで関西大学法学研究所長をお引き受けしていた吉田栄司と申します。この10月1日付で法学部長兼研究科長に就任しましたが、このシンポの企画者として司会を務めさせていただきます。専攻は憲法です。よろしくお願ひ申し上げます。

さて、NHK大河ドラマ「篤姫」という番組が現在放映されており、私も家族と、毎回というわけではないのですが、結構おもしろく観ております。この天璋院篤姫と、関西大学の創立に大きく寄与した児島惟謙が、実は二つ違いだということをご承知の方はおられますでしょうか。先日の番組で坂本龍馬が出てまいりましたが、この龍馬と篤姫は同い年だったようで、児島惟謙はその二つ下、1837年に四国宇和島に生まれております。仙台から転封された伊達家が宇和島の藩主で、児島はその下級武士の一人でした。

児島は、藩主のいわば公認の下に脱藩し、全国で情報収集活動を行っており、長崎に出向いた折りに、坂本龍馬や五代友厚や大隈重信等とも知遇を得たようです。とりわけ早稲田大学の創設者大隈重信とは晩年まで付き合いを続け、実はこの大隈と囲碁を打っている際、どうも最近疲れ易いとこぼし、それならば自分の主治医東大医学部青山医師に診てもらえと勧められ、喉頭結核が発覚したとのことです。その後、療養を重ねるのですが、今からちょうど100年前の1908年7月1日、児島はその波乱に富んだ生涯を閉じます。帝国議会貴族院議員の立場での死去ということで、彼の墓は、東京のご自宅に近い南品川、現在品川駅の南の青物横丁駅の西に位置する海晏寺というお寺、アンは安心のアンの上にニチを乗せた字、穏やかという意味をもった文字のようですが、その海晏寺にございます。

それから、法学部関係の方は相応にご存じのことですが、10月1日からのこの一週間が「法の日週間」と呼ばれていることを皆様はご承知でしょうか。法の日週間に因み、この土日を中心に各種の司法関係企画、とりわけ日弁連は様々な企画を催しておられ、大阪弁護士会の方々から、富山で日弁連人権総会があるから残念やけど関大企画には参加できんとご連絡をいただいてもおります。が、日弁連元会長で本学ロースクールの特別顧問教授の久保井一匡先生にはここにご参

加いただいております。さて、なぜ10月1日が法の日なのか。理由は、実は二点ございます。一つは、1947年5月3日に日本国憲法が施行され、大審院改め新たな最高裁判所という国家最高司法機関が、5ヶ月程の準備期間を経て、この日に初めて開廷されたということです。もう一つ、それは今からジャスト80年前になる1928年10月1日、その5年前大正期に公布されていた「陪審法」が施行された日なのです。翌29年9月末の新聞には、陪審制がすでに1年間動いている、10月1日は司法の日とも呼ぶべきもので、これがますます定着発展すべきである、という記事が載っているようです。本シンポジウム企画が、そのような法の日をも意識したものであるということをご承知おきいただきたく存じます。

本日の企画は、大きく三つの塊となっております。最初の三分の一では、日本政治史ご専攻の東京大学名誉教授三谷太一郎先生、憲法をご専攻で元司法制度改革審議会会長の京都大学名誉教授佐藤幸治先生、それから本学の児島惟謙研究者の一人である法哲学ご専攻の法務研究科教授竹下賢先生のお三方に、それぞれの視点から「司法権と民主制」という三文字ずつを二つ並べたテーマで小講演をお願いします。その後、3時過ぎから二つの塊、まずは「明治憲法下における陪審制度」に関する鼎談、それから休憩をはさんで「日本国憲法下における裁判員制度」に関する鼎談、そういう企画となっております。企画に入るに先立ちまして、本学学長河田悌一先生からごあいさつを頂戴いたしたく存じます。

**河田悌一** 司会の吉田先生がかなり長くお話しされたので、私のご挨拶は2分にしたいと思います。関西大学が関西法律学校として設立されてから、今年で122年が経過いたしました。とくに司法制度改革がさまざまに進行している中で、このようなシンポジウムを本学でさせていただくことを、学長として本当に嬉しく思っております。まず、私たち後輩の研究者からすれば、まさに偉大な日本政治史の研究者であられる三谷太一郎先生にお越しいただきました。遠路はるばる大阪まで来ていただきまして、本当にありがたく思っております。それから、京都から著名な佐藤幸治先生に、いま司会をされている吉田法学部長の恩師であられ、司法制度改革審議会長を務められた佐藤先生においでいただいている。そして、竹下賢先生、この間まで私たちの副学長をお務めいただいております。この三人の先生方に心からの感謝を申し上げたく思います。

それからもう一つ、この児島惟謙、コレカタと呼ぶのでしょけれども、この会場を出て芝生の広場を左に行った丸い簡文館という建物の関西大学博物館で、「正義を権力から護れ」というテーマの下に児島の没後100年記念展を開催しています。なかなか興味深い品々を展示しております。是非とも休憩時間にのぞいていただきたく存じます。私が、その展示の中でいちばん興味深く思いましたのは、児島が次女愛子さんに送った一通の手紙です。児島は晩婚で38歳の時に結婚し、39歳の時に長男と長女を、41歳で次女を授かり、とくにこの次女愛子さんを非常にかわいがって盛んに手紙も書き送っているのです。私は、中国の書について研究しているのですが、非常にいい字を書いておられますので、是非それも見ていただきたいと思っています。

ご承知のとおり、1891年5月11日に大津事件が起こり、政府からは犯人の津田三蔵を死刑にせよと圧力がかかるけれども、事件勃発の16日後の27日に、無期徒刑とする判決を、児島は出しま

す。児島惟謙は、その時に大審院長、今でいう最高裁長官をしていたわけです。その判決の朝に、次女の愛子さんに残したその手紙で、お父さんはもう帰ってこないかも知れない、お母さんの言うことを聞いて孝行するように、決して不正なことをしてはいけない、と書いています。その後、愛子さんの結婚に際して彼女に贈ることになる短刀を懐に入れて、その朝出かけて行ったのであります。そんな児島の人間性を象徴する手紙が展示されています。私は感動いたしました。

このようなエピソードを、法学部の学生諸君にぜひとも伝えていただきたく思っております。以上でございます。

**司会(吉田)** ありがとうございます。続きまして、この10月1日に新たに関西大学理事長に就任されました上原洋允先生にごあいさつをお願いいたします。上原先生は、本学法学部のご出身の弁護士で、大阪弁護士会長も務められましたが、まさに司法制度審議会答申が出された段階で日弁連副会長をお務めでもあったこととなります。それでは、よろしくをお願いいたします。

**上原洋允** 本日は、関西大学法学研究所主催、法学部共催で、このようなシンポジウムが開催されますことを、理事長としてとても喜んでおります。主催者、共催者の皆様のご尽力に対しまして厚くお礼を申し上げますとともに、ご参加されておられる皆様にも深く感謝申し上げます。また、ご多忙のところ、三谷先生、佐藤先生にはご多忙のなか、このシンポに駆けつけていただきまして、本当にありがとうございます。心から御礼を申し上げます。

先ほど司会者からご紹介がございましたとおり、私が日弁連副会長を務めた平成8年から9年にかけて、当時「法曹養成制度等改革協議会」というものがございまして、法学教育と司法試験の乖離や法曹人口増大の必要性といった問題その他について、弁護士の立場であれこれ議論した経験がございます。その後、佐藤先生たちによる「司法制度改革審議会」で、法科大学院の設立や裁判員制度の導入等、具体的な提言が出されるようになったわけです。日弁連は当初、法曹人口を増大させたいので法曹一元化を導入する方向で検討すべきでないかと考えていました。法曹一元化というのは、弁護士を一定の年数経験した者の中から裁判官や検察官を選ぶという制度で、市民生活と密接に関連した様々な事件を弁護士として経験した者が裁判官や検察官になるという制度、これを導入すべきであると提案していました。

それから、同時に陪審制度の導入も視野に入れていました。戦前の一時期導入されていた陪審制度を導入すべきではないかと提唱しておりました。ともあれ、議論の末に今回の裁判員制度が生まれたわけで、来年の5月には法律が施行されます。本当にもう半年余り後には発足するわけですが、これを充実させまして、民主的な司法というものを生み出して行くような裁判員制度、これを日本に根づかせて成長させたいと思っております。

本日のシンポジウムが、先生方のご協力、ご指導によりまして、充実したものとなりますことを祈念いたしまして、私のご挨拶いたします。

**司会(吉田)** ありがとうございます。最後に、この10月1日に新たに法学研究所長に就任され

ました本学法学部の佐藤やよひ教授よりごあいさつをいただきます。

**佐藤やよひ** ご紹介いただきました法学部の佐藤でございます。私は、国際私法というものを専門にいたしております。刑法、刑事訴訟法あるいは憲法は専門ではございませんが、前所長の吉田先生のご尽力によりまして、本日このような企画を盛大に催すことができたわけです。私はただご挨拶をするだけで、非常に得な立場にいまして幸せ者でございます。

法学研究所と申しますのは、1987年に、国際化を含め法的に非常に複雑な状況となっている現代社会におきまして、新しい問題に深く切り込んで行き、その原因や根拠をもたどって研究を進めて行こうというところから、関西大学の附属機関として設置されたものでございます。現在のこの研究所は、2001年に建設された児島惟謙館という建物でございます。児島惟謙館は、この大学構内の西の方、道路を挟んだ所にあるものです。

児島惟謙のことにつきましては、ここにいらっしゃる皆様の方が、私よりもはるかに詳しくご存じでしょうから、私の方からご説明をする必要はないものと考えます。ただ、私の印象といたしまして、関西大学の校祖としての児島惟謙という方は、ある意味において非常に幸せな生涯を送られたのではないかと考えております。と申しますのは、まさに動乱の日本に生まれて、大変な青春時代を送られましたけれども、亡くなられたのが今からちょうど100年前の1908年です。そうなりますと、ちょうど日露戦争を終結させたポーツマス条約が成立してから3年後に亡くなられたこととなります。司馬遼太郎の「坂の上の雲」という小説がございますが、ちょうど日本が坂の上を駆けあがって行った頂点のようなところで亡くなられているわけで、それを見て亡くなられたのは何かしら幸せな生涯だったのではなかろうかと思うわけです。

現在、司法制度改革の中で、法学部関係の皆様方は非常にいろいろな形でご苦労されておられますけれども、児島惟謙にあやかって、関西大学法学部が幸せな発展を遂げることを祈りながら、このシンポジウムを成功に導きたく思います。ご参集の皆様方、どうぞ肩の力を抜いて、楽しんで今日の先生方のお話をお聞き下さいませようお願いいたします。これにて、ご挨拶にかえさせていただきます。

### 連続小講演「司法権と民主制」

**司会(吉田)** ありがとうございます。それでは、お三方にそれぞれに「司法権と民主制」と題する小講演をお願いすることといたします。冒頭に、本学の竹下賢先生をお願いをいたします。先生を、簡単にご紹介申し上げます。

竹下先生は、1947年に京都にお生まれになられ、京都大学法学部をご卒業後、研究科大学院においてご研究になられ、関西大学法学部に助手として着任されました。専任講師、助教授、教授と昇進されるなか、法哲学をご担当され続けられ、日本法哲学会理事長等も務められました。ドイツのミュンヘン大学およびゲッティンゲン大学での在外研究のご経験もお持ちで、本学における児島惟謙研究者の一人でもあられます。では、先生に、法哲学ないし法思想の観点から、こ

の「司法権と民主制」ということがらについて、小講演をお願いいたします。

竹下 賢 竹下でございます。

これから三者で、児島惟謙について民主制とのかかわりで考えるという、お題が出たわけでございます。なぜ私が最初かと言いますと、民主主義ということでこれから話しするのは、民権というものですが、民権と国権という対立的な思想図式というものが（これもなかなか難しいのですけれども）明治時代にあつて、その民権思想と児島惟謙がどうかかわりがあるかということ、私がお話しするので、時代的にみて最初が私ですので、それと、児島惟謙に関連づけた裁判員制度の研究ということがこのシンポジウムのテーマとされているので、まず私が口火を切るということでございます。

これからお話しするのは、児島惟謙の大津事件手記というのですが、関西大学の法学研究所で平成15年、5年前に、『児島惟謙大津事件手記』を復刻して出版させていただきました。その当時の山川雄己法学研究所長から解説を書けと言われてまして、それで私は「児島惟謙の法思想」ということで解説のうちの一つを書かせていただいたわけで、そこで扱ったこととお話しさせていただきますと思います。

今言いました法思想というようなことを、裁判官である児島惟謙について語るというのは、とりあえずは非常に難しいことであるかと思うわけですね。学者であれば一定の見解について、論文なり著書なりから判断することができるわけですが、司法官であつたり政治家であつたり、そういう人の場合は、それを知ることはなかなかできません。政治家の方がまだ何か自分の意見を書いた書物を出すというようなことがあつたりするわけで、まだ可能かもしれませんが、司法官についてはなかなか難しい、そういうことがあります。しかしながら児島惟謙には、それを探ることができるような文書が残されていて、そういう面から少し、その思想を探っていくという、こういうことになるわけでありませう。

そもそも既にそういうことをやっておられる方は多々おられまして、その中で私はまず、田畑忍という同志社大学の著名な憲法学の教授が、『児島惟謙』という書物を出されている、この書物に注目するわけでございます。それには、「意見書に示されている児島惟謙の法思想」という、こういう副題がつけられております。

この副題にあります「意見書」というのは何かというと、これは御承知のように大津事件についての意見書というものでございまして、要するに大審院(明治時代の最高裁判所である大審院)がこの事件を取り扱うということになって、大津に出張法廷を構えるということになったわけですが、その当時の大審院長である児島惟謙が、大津に出張する直前に、松方首相と司法大臣に意見書を手渡したというふうにならわれている意見書です。ところが、この意見書にはいろいろといわくがありまして、そもそもこれの現物が残っていないという問題があります。

そういうことで、この意見書自体がどういうものであつたかということが、いまだに学問的にも議論になっているところですね。しかしその意見書を、児島はその手記の中で明らかにして、一応、そのつじつまは、そこではそれなりつけられているわけでありませう。その意見書を頼りに

して、田畑先生は児島惟謙の思想という書物をお書きになったということでございます。

とりあえず意見書の趣旨ということで申しますと、皇太子ニコライに切りつけた巡查、津田三蔵に皇室罪を適用するというにすれば、それは立法の精神に背くものであって、また、法律による処罰に、それから法律による裁判というものを規定している憲法に違反するものであって、皇室に属さないニコライに対しては一般刑法が適用されるべきであると、簡単に言えばこういうことになります。

田畑先生は、この護憲の基本見解というものを非常に高く評価しまして、児島惟謙の思想を憲法主義というふうに名づけまして、これが権力主義に対抗するんだと考えます。だから、時の行政の皇室罪を適用してという対応を権力主義というふうに見て、これに対抗する形で憲法主義というものを打ち立てるということで主張したわけです。さらに、これは法治の思想であり、護憲の思想であって、それは決して法万能論ではないということを言っているわけでございます。

少しそれと異なった方向では、法治の思想というものを、その法治の精神を評価しているものとしては、宮沢俊義というこれまた憲法学の先生が「大津事件の法哲学的意義」という論文を書かれておられまして、この場合、児島惟謙は単純に法の擁護を説いているのではないとされます。児島は、実は不平等条約の改正に直面している、そういう国家のために法の擁護を説いているのであって、結局は法治主義、法治の思想というものを国家の形というようなものとして誇示していくことによって、国際的に通用する地位を日本に与えたのであると、そういう考え方を、法治の思想というものと関連で説明されております。

こういったところで私が注目するのは、田畑先生の評価でありまして、実はその憲法主義と言われるようなものを、田畑先生が人権尊重の民権主義というものとつながりを持たせて理解されているという点、これに私は注目したいと思うわけです。田畑先生が意見書に示されている法思想というものが、権力主義を明解に否定するものであって、人権尊重のヒューマニズムを基調としているんだと述べられているわけですが、このあたりのところが、その後の考えの変化ということとの関連で問題となってくるわけです。

明治期の政治思想の対立軸として、明治前期ということになるかと思いますが、民権主義と国権主義というものが対立図式として考えられるということでもございました。まずそれに関連させて、田畑先生は児島惟謙の事績を勘案して、いろいろな面で民権主義的な方向性というものが示されていると主張されたのであります。

例えば、鶴ヶ岡事件、それに関して惟謙が、新法令を適用しないで県民に不利益を県庁が与えているということで、そういう県庁に対して県民の権利を守る判決を下していることであるとか、あるいは自由民権の活動家である大井憲太郎が爆発物取り締まり規則違反に問われた事件がありますが、惟謙は、その取り締まり規則の適用が遡及処罰に当たるということで、適用せずに判決しています。これについては政府の干渉があったかどうかというのが少し問題となっていて、いろいろ研究があって、結局、政府の権力による干渉というのが大津事件のようにはなかったとされるわけですが、しかし、惟謙は非常に迅速に判決を下すというようなことを行って、政府の干渉が及ぶ前に、遡及処罰をしないという判決によって、この事件を決着させたと言

われております。

それから、名古屋裁判所の開庁祝辞において、法律というものは国家の精神であって、庶民というのはそれによって初めてその地位を得るのだと述べて、法治主義というものが国民の権利の保障をもたらすというようなことを述べております。

また、さらに名古屋時代において、当時の岩倉具視右大臣に対して、御巡幸要義というものを提出しまして、天皇の巡幸の目的というものはあくまで民情の実態を視察することにあるとして、服装や儀式、これの虚飾というか、飾り立てることを戒めているわけであります。これについては、本学の市川訓敏教授の御研究がございます。

それから、惟謙が作成した「家庭規言」、家庭の人々への戒めがありますが、そこでは善行の勧めというものが説かれていたり、生命の尊重、他人への誠実さというものが強調されております。それから勲6等が授与されることに対して、叙勲を辞した、表明文がございまして、そこでは、叙勲に相当する人士というものは、徳義や忠愛に励み、天下の人心を収攬し得るものであって、武官や文官のみならず、草莽の士からも叙勲への推挙がなされなければならないと、こういうことがそこに書かれております。

こういった意見に、一種の人権意識のようなもの、これをやはりどうしても思想として注目せざるを得ないのではないかと考えるものですが、それをさらに私は、司法制度を確立した江藤新平との関連でも、指摘できるのではないかと考えるわけです。その点については、とりわけ明治の司法制度の確立ということに関係する話でございまして、むしろ江藤の民権主義というものに言及する必要があるのですが、時間がないので簡単に話します。とりわけそこで注目せねばならないのは、司法の基本的な制度を立てたのが江藤であって、しかも司法制度を立てた、その基本思想というものがまさに民権を尊重する、そういう姿勢であったということであります。

とりわけ注目されているというか、よく引き合いに出されるのは、江藤が言った「民の司直」という言葉でございまして。この点については、司法省の誓約の5カ条というのがある（司法卿になってから作った誓約、司法省の省務ですか、その誓約という基本精神、司法省の基本精神のようなのだと思いますけれども）、そういうものに「民の司直」という言葉が出てきているわけです。

その5カ条を少し紹介しますと、第1番目は「方正廉直にして職掌を奉じ、民の司直たるべきこと」。第2番目、「律法を遵守し、人民の権利を保護すべきこと」。それから3番目、「聴訟断獄の事務はよくその情実を尽くし、稽滞冤枉の弊なきを要すべきこと」。これはそれこそ司法改革につながる話でございまして、聴訟つまり訴訟においては情実を尽くした、そういう取り調べを行うべきであって、さらに冤枉という、要するに権力の乱用であるとか、権力による歪曲があってはならないという、こういうことが述べられています。さらに「事務敏捷聡察、滞訟あるなく、冤枉なからしむべきこと」とか、少し重なっていますけれども、要するに事務は迅速にやれと。これも司法改革につながるようなこととございまして、さらには予防法学などで述べられておりますように、裁判は「民の詞訟を未然に防ぎ」、未然に防ぐことによって、「日々に治安の実効を奏すべきこと」という、こういう5カ条を江藤は打ち出したのです。

時間の関係で十分に話ができないんですけども、こういう江藤に児島は抜てきされます。一方で京都、それから他方で大阪で、裁判所が設置されますが、以前は地方官が裁判をつかさどるということで、要するに知藩事とか、そういうところで裁判が行われていたのを、司法省という中央官庁を整備することによって、地方官から裁判事務を中央集権的に奪還するということを江藤は行ったわけです。そこで一番重要なのは東京で、もちろん中心ですからそこでやるべきことですが、それと同時に重要であったのが、関西では京都と大阪であったわけですね。

京都では、これも詳しくは言えませんが、小野組転籍事件があって、長州出身の京都の知事である榎村正直という人と裁判所が対立したという状況が一方であるわけです。大阪ではさほど大きな事件はなかったのですが、それでも司法の中央集権化の方向性を打ち出す必要があって、そのために京都の北畠治房と並んで、大阪では児島惟謙が任用されたという事情がございます。

こういうところから見ても、やはり江藤は、その児島の民権主義的な姿勢を十分に意識して、彼の司法改革の一角に加えたと思えるわけです。後に、児島は最高裁判事、大審院長になっていくわけですが、その精神はやはりずっと受け継がれていき、それが貴族院の議員から衆議院の議員へと転出したというところにも反映しているのではないかと、というのが私の考えであります。このことと裁判員制度とがどうつながるかという、彼なりの人道思想というようなもの、これは時代は違え、基本的な考え方としてはやはり民主主義と通じるものがあるというように私は確信しているのでございます。

以上、私の話を終わらせていただきます。

**司会(吉田)** ありがとうございます。では続きまして、東京大学名誉教授、三谷太一郎先生に、同じく「司法権と民主制」と題する小講演をお願いします。三谷先生は、1936年に岡山でお生まれになり、東京大学法学部をご卒業後、ただちに助手に採用され、助教授、教授と昇進され、法学部長、法学政治学研究科長等もお務めになられました。ご専攻は、先ほど申し上げましたように日本政治史、さらには外交史です。

在外研究としては、アメリカのハーバード大学、コロンビア大学、さらにイギリスのロンドン、オクスフォード大学でのご経験をお持ちです。東京大学をご定年で引かれたのち、安倍晋三元首相の出身校である成蹊大学の法学部に移られ、2005年にこもご退職になっておられます。その間、日本政治学会理事長等の公職を歴任され、天皇のご相談役宮内庁参与をもお務めです。吉野作造や原敬の研究者として全国的に著名でありますが、大津事件や児島惟謙の研究も公にしておられまして、1991年に大津事件100年企画の一環として、本学においてご講演をいただきましたので、17年ぶりのご来学ということになります。では先生、お願いいたします。

**三谷太一郎** ただいま御紹介にあずかりました三谷でございます。17年ぶりに関西大学のキャンパスに伺うことができました。

当時は、今御紹介ありましたように大津事件100年ということで、大津事件の政治史的意味というテーマでお話ししたのでありますが、そのお話をいたしました際は、17年後に「司法権と民



主制」というようなテーマで再びお話を申し上げるといふことは全く予想もしていませんでした。やはり17年の歳月の間における日本の政治、社会の変化は、それなりに大きなものであったということをしみじみ感じているわけです。

民主制の下における司法権のあり方、つまり民主制の下で司法権は誰によっていかに担われるべきかという問題につきまして、それを今日に通ずる「市民の司法参加」という形で明確に示しましたのは、私の考えるところでは19世紀ヨーロッパを代表する2人の政治思想家であったと思います。

1人はフランスのアレクシ・ド・トクヴィルであり、もう1人はトクヴィルの同時代人であったイギリスのジョン・スチュアート・ミルでありました。彼らが注目いたしましたのは、民主制にふさわしい司法制度としての陪審制、ジュリー・システムであります。彼らは陪審制を単なる司法制度ではなくて、民主制の本質的な政治制度として考えていました。そこに、当時における大きな歴史的な意義があったというふうに私は思っております。

トクヴィルは当時、フランスの若い司法官でありまして、御承知のように1830年にフランスにおいて7月革命という大きな政治変動、権力変動が起きるわけですが、それを体験いたしました直後、1831年から32年にかけて、アメリカ合衆国を司法官として公式出張したわけがあります。その公式出張の名目というものは、アメリカ合衆国における刑務所制度の視察と調査ということであったようではありますが、それに付随いたしまして、刑務所制度に関連する裁判制度、刑事裁判制度を広く調査するということが目的であったわけがあります。

しかし、彼の観察は狭い意味の刑事裁判制度を超えて、アメリカ民主制の現実そのものに広く深く及んだということが言えると思います。当時のアメリカは、アンドリュー・ジャクソン大統領の下に、いわゆるジャクソニアン・デモクラシーと言われる体制の下にあったわけでありまして、トクヴィルは当時のアメリカの民主制は単にアメリカに限られた現実ではない、近い将来の、世界を貫く一般的動向を体現したものであるというふうに読み取ったわけがあります。そして、そのような意味をもつアメリカ民主制を成り立たせている重要な「政治制度」として、陪審制というものを意味づけたということが言えると思います。

ついでであります。明治初年に中村敬宇が有名な『西国立志編』という翻訳書を出しました。これは当時の日本で非常に広く読まれたのでありまして、福沢諭吉の「学問のすすめ」などと並ぶ、当時の大ベストセラーになった書物であります。これはイギリスのサミュエル・スマイルズの『セルフ・ヘルプ』という原書を翻訳したものであります。この『西国立志編』の中に、実はトクヴィルが登場している。『西国立志編』は非常に、本の題名は知られておりますけれども、余りおおよその内容まで読んだ人というのは今では少ないと思うんですが、実は『西国立志編』にトクヴィルが登場しています。『西国立志編』は当時、明治天皇のチューター、いわゆる侍講でありました元田永孚、この元田永孚は教育勅語の起草者の1人、井上毅と並ぶ教育勅語の起草者の1人ですが、その元田永孚、明治天皇のチューターであった元田永孚が、加藤弘之、福羽美静らと共に、天皇への講義のテキストとして、この『西国立志編』を使ったという事実があります。そして、その明治天皇への講義のテキストとして使われた『西国立志編』の中にトク

ヴィルが紹介されている。これは原著者のスマイルズによりますと、いわゆるセルフ・ヘルプ、自助のモデル的な事例としてトクヴィルが挙げられている。先ほど申しましたアメリカ出張の際のトクヴィルが紹介されたのでありまして、いかにアメリカにおいてトクヴィルの研鑽精励ぶりが徹底したものであったかということが紹介されているわけであります。

この『西国立志編』にも紹介されたアメリカにおける調査・研究に基づいて書かれたのが、トクヴィルの『アメリカのデモクラシー』です。これは兎島惟謙が生まれる2年前の1835年、日本の年号で申しましたら天保6年、ちょうど福沢諭吉なんか生まれた年でありますが、『アメリカのデモクラシー』という書物が1835年に出ました。最近、岩波文庫で松本礼二氏の新しい翻訳が、『アメリカのデモクラシー』という全4冊出されておりますので、これはできればぜひ読んでいただきたい書物の一つである。つまり、今日においてもアメリカ及びデモクラシーについての最高の古典であるというふうに私は考えておりまして、今申しましたように、日本で明治の初年に広く読まれた『西国立志編』にもトクヴィルの書物の影響の痕跡が見られるのであります。

この人類史上でも希有な名著にはトクヴィルのもう一つの名著である『旧体制と大革命』という著作、これにも共通するデモクラシー化、言いかえますと平等化、非差別化というものが出た人類に対する巨大な問題、つまり人類の普遍的未来、現在に受け継がれている問題への、極めて具体的で原理的な考察があるというふうに私は考えております。その重要な一つが、先ほど申しました民主制における陪審制の役割についての考察であります。

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。トクヴィルによりますと、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。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。

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を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。つまりトクヴィルによりますと、貴族身分というものが消滅した民主制において、民主制の中でその貴族的役割、アリストクラティックな役割を担うものとして挙げるとすれば、それは専門法曹だと、リーガル・プロフェッションだということを指摘している。

もし、民主制のもとにおいても、貴族制的機能、貴族制的役割を果たすものがなければ、民主制は機能しないというのが彼の考え方であります。彼自身はまさに専門法曹、フランスにおける専門法曹であり、しかも彼は貴族身分の出身でありました。

そして、彼があるべき体制として求めたのは、以上の意味の貴族制と、民主制とのいわば混合政体としての共和制であったと思うわけであります。つまり、トクヴィルは一方で民主制の拡大の必然性というものは認めながらも、他方で、それがいかにして貴族制的要素と結びつくか。そ

れによって共和制の実質が確保されるかということに重視したわけであります。言いかえますと、トクヴィルは西洋古代の共和制を支えた徳である公共精神を、民主制と両立させる制度を模索する。そして、そのようなものとして、アメリカにおいて専門法曹、リーガル・プロフェッションと一般人民とが、それぞれ固有の役割を果たしながら結びついているアメリカの陪審制に遭遇したということが言えるのではないか。つまりアメリカの陪審制というのは、トクヴィルにおいては民主制の体现であると同時に、貴族制的要素を担う専門法曹と結びつくことによって、共和制の可能性を示すものであったということが言えるのではないかと思うわけであります。

陪審制を民主制の一環である政治制度としてとらえるトクヴィルの認識は、同時代人であるイギリスのジョン・スチュアート・ミルによって共有される。ジョン・スチュアート・ミルはトクヴィルの『アメリカのデモクラシー』という書物によって非常に深い影響を与えられたわけであります。

ミルは、トクヴィルの『アメリカのデモクラシー』に深く触発されて、イギリスの古来の陪審制を新しい目で見直す、それをやはりトクヴィルと同じように政治制度、特にミルの場合には、政治的教育制度として再認識するということになったと思うわけであります。

ミルはトクヴィルの『アメリカのデモクラシー』が刊行された5年後の1840年に、長大な書評を書いています。その中でミルは、このアメリカの「民主的制度」が人民の公共的関心を呼び起こす政治教育的な役割を果たしているということにトクヴィルが着目した、それが非常に重要だということ、この書評の中で指摘している。

つまりミルによりますと、学校教育以外で教育的な役割を担うものとしては職業生活というものがあるけれども、しかし職業生活からは公共的な事柄についての関心が養われることは期待することができない。そういう観点からミルは、またトクヴィルと同じように陪審制に注目するということになったわけです。これは具体的には有名なミルの『自由論』、1859年に出た「自由論」、『オン・リバティー』において、それが見られるわけでありまして、つまり『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強調いたしました。

こういうことを書いてます。「多くの場合において、民間の個人は平均的には政府の官吏ほどには特定の事柄を巧みに行うことはできないかもしれないが、にもかかわらず、それが政府によってよりも、民間の個人によってなされる方が、その個人自身の精神教育の手段として望ましいのである。それは彼らの主体的な能力を強化し、彼らの判断力を訓練する。彼らの処理にゆだねられた課題に対する知識に精通させる方法である。これが陪審裁判を推奨する唯一ではないが、主要な理由である」ということを『自由論』の中で述べています。

ついでであります、この『自由論』は先ほど引用をいたしました『西国立志編』の訳者である中村敬宇によって、『自由之理』という題名で、日本では最初に翻訳されました。この陪審制に触れた部分も中村敬宇によって翻訳、紹介されたわけであります。

そもそもミルは、よく知られておりますように代議制というもの、これが最良の統治形態というふうに考えたわけでありまして、直接民主主義的制度には概して否定的であります。しかし、陪審制による市民の司法参加については、『自由論』の後で出されました、1861年に出されまし

た『代議制統治論』という有名な書物においても、陪審制の政治教育制度的な役割を高く評価いたしまして、人民が彼らの代表者を通じてよりも、直接みずから行為する方がよいという、政治における数少ない事例の一つであるというふうに評価しているわけです。

ミルによりますと、個々の市民の関心は、これは19世紀のイギリスも今の日本も同じなんですが、大体、個々の市民の関心というのは専ら自分自身と自分の家族というものに集中する。これは現在でもあんまり変わってない。しかしミルによりますと、個々の市民の関心が専ら個人と家族に集中するということになると、いわゆる公共的道德が衰退するだけじゃなくて、実は公共的道德と同時に、私的道德、個人的道德というものもまた損なわれるのであるということを行っています。

そういう傾向に積極的に対抗する手段は、私人としての市民が公共的職務に参加することである。それによって得られる教育的効果であるというのがミルの考えなのです。そういう理由からミルは、『代議制統治論』の中で、陪審制というものは一つの「公共精神の学校」だといっている。「スクール・オブ・パブリック・スピリット」であるというふうに形容しているのです。

以上に述べましたように、民主制における司法権のあり方を規定する司法制度は、単なる司法制度を超えた政治制度の役割を担うものである。陪審制は古代アテネの民主制においては、さらに政治制度としての側面が非常に強いものであったということは、ミル自身が『代議制統治論』の中でも強調しているわけであります。

そのことは、戦前の日本においても、これから話題になるであろう戦前の日本の陪審制についても例外ではないと思うわけでありまして、戦前の日本の政党内閣による司法改革が大正期に行われたわけでありまして、原政友会内閣のもとで行われたわけでありまして、この司法改革の結果としての陪審制についても、恐らくそれは政治制度としての性格を強く持つものであるということが言えると思うわけでありまして。

それについて、陪審制の立法化ということが懸案になっておりました原内閣当時、大正10年、1921年の5月、当時著名なジャーナリストであった長谷川如是閑が旧来の司法制度の性格の意味づけを行った。長谷川如是閑によりますと、従来の日本の司法制度というのは、検事総長が主導してきた「司法超然主義」である、政治にも「超然主義」があったわけでありまして、司法にも「超然主義」というものがある。その「司法超然主義」に対する政党の挑戦が陪審制の立法化である。政党は、政治上の「超然主義」に挑戦してきたように、司法の「超然主義」にも挑戦していく。それが現在進行しつつある陪審制の立法化であるというふうに意味づけている。このような見解を載せたのが『我等』という雑誌の大正10年5月号です。「それは政党政治を採った国家の必然に歩み行くべき道である」と言っているわけでありまして。

この言葉は、恐らく旧憲法のもとで頂点に達した日本のデモクラシー、いわゆる「大正デモクラシー」が生み出した陪審制の本質を直截に洞察した見解であるということが言えるかと思うわけでありまして。

これをもって、一応私のお話を終わらせていただきます。

**司会(吉田)** きわめて興味深いお話をありがとうございました。続きまして、佐藤幸治京都大学名誉教授に、同様のテーマで小講演をお願いいたします。

佐藤先生は、新潟において1937年にお生まれになられましたので、児島惟謙と100年を隔てたご誕生ということに、奇しくもなられます。先生は、京都大学法学部をご卒業後、助手、助教授、教授を経られ、法学部長、法学研究科長等も歴任され、アメリカのハーバード大学ロースクールへのご留学のご経験もお持ちです。京都大学ご定年後は、近畿大学法学部に移られ、法務研究科長等もお務めになられ、そこも引かれておられます。申すまでもなく、ご専攻は憲法です。日本公法学会理事長等をもお務めになられ、2005年秋に、日本公法学会年次総会を、この関西大学で開催させていただきましたので、その折り以来3年ぶりのご来学となられます。元司法制度改革審議会長ということで、この小講演テーマに関しては、日本全国の憲法研究者を見渡しても、最もふさわしい講演者であられ、最も奥深いお話を聞かせていただけるものと存じます。よろしくお願いをいたします。

**佐藤幸治** ただいま御紹介に与りました佐藤でございます。

児島惟謙没後100年記念シンポジウムに御招待いただき大変光栄に存じ、感謝申し上げます。

先ほどお話になりました三谷先生とはすでにいろいろな機会にお目にかかっておりましたが、平成13年1月9日の司法制度改革審議会の会議(第43回)におでましいいただき、「国民の司法参加」についての御意見をちょうだいしました。この日は、三谷先生のほかに、刑事訴訟法学の松尾浩也先生、英米法学の藤倉皓一郎先生からもお話を伺ったのですが、それぞれが大変滋味に富むお話でございました。因みに、この日松尾先生が「裁判員」という言葉をお使いになりましたが、その後の国民の司法参加制度のあり方についての実質的審議を踏まえ、この名称が審議会の考える制度に最もふさわしいということになり、審議会意見書に正式に採用されることになりました。先ほどの三谷先生のお話からも十分に伺われるところですが、この日の三谷先生のお話は、陪審制の導入にかかわる日本の近代史に分け入るとともに、人類の巨大な歴史的経験と思想史にも及ぶ、それは実に学問的香りの高いものでありました。国民の司法参加の具体的な制度設計の議論は、その後の会議で行われることになるのですが、委員の皆さんは国民参加の重要性を心の深いところで納得されたのではないかの思いを強くしたものです。「これで本格的な国民参加を審議会意見書に盛り込めると思った」、と後日吉田さんなどに語ったことがあるのもそのためです。

さて、本題に入りますが、平成13(2001)年6月に内閣に提出した司法制度改革審議会意見書は、次のような書き出しではじまっております。

民法典等の編さんから約百年、日本国憲法の制定から五十余年が経った。当審議会は、司法制度改革審議会設置法により託された調査審議に当たり、近代の幕開け以来の苦闘に充ちた我が国の歴史を省察しつつ、司法制度改革の根本的課題を、「法の本質、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となるために、一体何をなさなければならないか」、「日本国憲法によって立つ個人の尊重(憲法第13条)と国民主権(同前文、第1条)が真の意味において実現されるため

に何が必要とされているのか」を明らかにすることであると設定した。

ここにある「近代の幕開け以来の苦闘に充ちた我が国の歴史を省察しつつ」に関し、まず思い浮ぶことの一つは、児島惟謙の「苦闘」のことです。児島の事績に関しさまざまな評価があることは承知しておりますが、児島の苦闘と闘いの精神は、わが国の司法制度のあり方を考えるとき絶えず想起さるべき「原点」と位置づけられるべきものと受け止めております。

今日の論題である「司法権と民主制」に関し直ちに思い浮ぶのは、やはり、トクヴィルが1835年に著した『アメリカにおける民主制』における所説です。よく知られているように、彼は、アメリカのような民主主義社会では、多数者支配の名において生ずる権力の濫用を抑制しうる「権力」はもはや存在せず、それに伴って精神の画一性と多数者の横暴の危険があることを鋭敏にかぎとり、そして法曹、法曹的精神の存在に「救い」を求めます。「アメリカの人々（の国）を訪れ、その法制を研究すれば、すぐに次のことがわかる。それは、法曹に与えられた権威と、法曹が政治に及ぼしえた影響とが、今日デモクラシーの種々の逸脱に対する最も強力な障害をなしている、ということである」（トクヴィル〔岩永健吉郎訳〕「アメリカにおけるデモクラシーについて」『世界の名著（33）』〔中央公論社、1970年〕489頁）。そして、いいます。「彼ら〔法曹〕は、その利益と出自とによって人民に属し、その習性と趣向とにおいては貴族である」（同書492頁）、と。今日の視点からみれば「貴族」という表現が適切かは問題ですが、その職業的訓練・習性の独自の意義に注目した彼の炯眼はさすがと思わざるをえません。

この関係でもう一つ指摘しておきたいのは、「合衆国においては、政治問題で、早晚、法律問題として解決されないようなものはほとんどない」（同書495頁）とトクヴィルが述べている点です。違憲立法審査権、行政裁判権が司法権に含まれているアメリカにあって、このことは当然の帰結ですが、現在のわが国の司法権のあり方を考えるとききわめて重要な事柄であることを強調しておきたいと思えます。

申し上げたいことはいろいろありますが、ここでは、トクヴィル等にも言及しつつ、昭和46（1971）年『中央公論』に掲載した拙文「司法的正義と政治的正義」の中の一節を引用するに止めたいと思えます（拙著『現代国家と司法権』〔有斐閣、1988年〕539-40頁による）。

実力を背後にひかえた政治権力は、自己の設定する政治目的の実現を目指して、できる限り自己完結的であろうとする。そして、政治は人間を抽象化せざるをえない宿命を担っている。もとより政治も法や人間の自由を語ることはできる。しかし、そこで語られる法や自由は、あくまで抽象化された法であり自由である。法や自由の名において個々の人間の切捨てが行われる。これに対して司法の作動の契機はあくまでも具体的人間であって、そのような具体的契機を通じて正義が追求される。ジェームズ一世とコークの対決は、このような意味での政治的理性ないし正義と司法的理性ないし正義との対決であったのであり、アメリカは社会や個人の防衛のために後者を重視し、政治的効率性の犠牲と機能の分化の不純さをあえておかしてまで、法の最終的権威を裁判所に与えたのである。

トクヴィルについて、最後にもう一点触れておきたいと思えます。それは、陪審制についての言及です。すなわち、「陪審は何よりもまず政治的な制度で、人民主権の一つの態様として考察

さるべきである」と彼はいい、さらに次のように述べます。「陪審は各人に、自分の行為の責任にひるむな、と教える。……社会に対して果たすべき義務があるとすべての人に感じさせ、また政治に参与するのだとも感じさせる。陪審は人々をその私事以外のことにかかわらせて、個人の利己主義と闘う。陪審は、人民の判断力を形成し、知能を拡充するのに信じがたいほど貢献する。私の見解によれば、この点にこそ最大の長所がある」(同書500-501頁)、と。

そこでわが国の司法制度ですが、これについて語るとき、どうしても明治憲法体制下のことについて触れなければなりません。委細は鼎談の方に譲りたいと思いますが、明治憲法体制は行政中心の体制、圧倒的な行政主導体制でありました。権力分立制が採用されていましたが、天皇が統治権を総攬するという天皇主権下の翼賛権限の分立であり、その中であって行政をいかに政治(議会=立法)と司法から守るかという視点が強いものでありました。

ここでは司法との関係にのみ触れるにとどめますが、まず、司法権の範囲が民事・刑事の裁判に限定され、行政事件の裁判は行政の系列に属する行政裁判所に属するものとされました(憲法61条)。そして何といても大きな問題は、「司法権」「司法権の独立」といってもその「司法」の内実・担い手の核が明確ならざるものであったということでもあります。今日われわれは司法権といえば裁判所のことを思いますが、明治憲法下にあつては裁判所は司法大臣統括下の司法省の風下に立ち、裁判所の人事および予算は司法省の一手に握るところでありました。三谷先生もその御著書で触れておられるところですが、大審院判事であった尾佐竹猛が大正15年に公刊した『判事と検事と警察』(総業社書店、1926年)は、「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えある、「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わない」(同書3頁、8頁。なお、三谷『政治制度としての陪審制』〔東京大学出版会、2001年〕71-72頁参照)、と述べています。

それからもう一つ大事なことは、司法を支える土台ともいべき法曹の中心である弁護士が質量とも不足していたことでもあります。弁護士関係者は早くから法曹一元制の実現を訴えていましたが、とても実現できるような状況ではありませんでした。

こうした状況の中で特筆すべきは、原敬の必死の努力で成立した陪審法です。この法律の成立の経緯と意義については三谷先生の御著書およびお話に譲り、また、鼎談で取り上げられる予定のようですのでここでは立ち入りませんが、政党政治が崩壊する中で同法も停止されるに至ったことは御承知の通りです。

いずれにせよ、明治憲法下の「司法権」はきわめて厳しい環境におかれていたといわざるをえません。

大審院判事も勤めた丁野暁春は、昭和60(1985)年出版の共著『司法権独立運動の歴史』(法律新聞社)において、「皇国日本は……司法活動の範囲をできるだけ局限し、まるで裁判所は社会のドブ掃除の仕事をするぐらいで、国家にはあまり大事なものでないかごとき扱い方をしたの

である」(同書33頁)と述べています。やや誇張にすぎる感もありますが、明治憲法下において司法権独立運動に携わった関係者の一つの思いを知らせてくれます。

日本国憲法は、明治憲法下の悲劇的経験に鑑み、国民主権を基礎に据えて、統治構造に関し政治の復権と法の支配(司法)の強化を目指しました。

憲法は、最高裁判所の長官を内閣総理大臣と並んで天皇の任命事項とする(6条)とともに、違憲立法審査権や行政裁判権を司法権の内実とし(81条等)、司法権強化の趣旨を受けて制定された裁判所法は、裁判所の人事権・予算権が最高裁判所にあることを明確にし、ここに裁判所は従来の司法省の軛から脱して名実ともに司法権の担い手にふさわしい存在となりました。また、憲法は司法権の機能を支える存在たる「弁護士」「弁護士」について言及し(34条、77条等)、そうした憲法の影響を受けて弁護士法が制定され、弁護士会に強い自治権を認めました。さらに、法曹資格の取得に関し司法試験に一本化され、司法研修所における司法修習制度が確立されて、いわば入口における法曹一元制が実現されたわけであります。

昭和30年代は、敗戦の混乱が少し落ち着いて、制度の見直しないし再整備が試みられた時代ですが、司法との関係では、臨時司法制度調査会(昭和37〔1962〕～39〔1964〕年)が設置され、司法制度のあり方が検討されました。その中心的検討課題は、弁護士会が司法のさらなる民主化として強く求めた法曹一元制の導入問題と裁判官の任用・給与制度(これは検察官にも及びますが)問題でありました。調査会は、委員の構成の仕方も関係して議論が紛糾し、結局、法曹一元制は一つの望ましい制度ではあるが法曹人口の現状に鑑み今は無理であるという結論になり、任用・給与制度についてのみ実現を図ることになりました。法曹一元制の実現に大きな期待をかけていた弁護士会はこれに猛反撥し、以後司法制度はほぼ固定化してしまいます。因みに、報告書が出た昭和39年は、徐々に増えてきた司法試験合格者数が500人台に乗った年なのですが、以後はここで止ってしまい、合格者数500人前後が何と30年近く続くことになりました。

この固定化との関係で、もう一点是非触れておきたいことがあります。それは、昭和45(1970)年の参議院法務委員会における「今後、司法制度の改正にあたっては、法曹三者の意見を一致させて実施するように努めなければならない」という付帯決議であります。これは、本来の司法に関する事柄は明治憲法時代と同様に国家の大事に非ずという認識を象徴するとともに、弁護士会に立法拒否権を付与するという含意を伴うものであります。

こうしたことが許されたのも、冷戦構造の下で日本が高度経済成長に専念できたということ、国民の幸せを作るのは明治憲法時代と同じように行政であって、立法がそれをバックアップし、企業と労働者が現場で頑張る、そこに司法が口出しをするのは好ましくないといった支配的雰囲気醸成されて(『時評』2007年8月号対談における堀田力氏の発言参照)、日本は“訴訟社会になるべきでない”といった主張が経済界やマス・メディアにおいて喧伝されたこと、などによるものであったと思われます。

しかし、1990年前後を境に、日本を取り巻く内外の時代環境は一変しました。冷戦構造の終焉、グローバル化の顕在化、バブル経済の崩壊などがそれであります。そこで日本は、政治改革・行政改革・地方分権推進・司法改革等々の様々な改革に取り組むことになったわけであります。司



法制度改革審議会意見書は、これらの諸改革の企図について、「過度の事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への転換を図り、地方分権を推進する中で、肥大化した行政システムを改め、政治部門（国会、内閣）の統治能力の質（戦略性、総合性、機動性）の向上を目指そうとするものであろう」と述べるとともに、その意義について、「これら諸々の改革の根底に共通して流れているのは、国民の一人ひとりが、統治客体意識から脱却し、自律的であつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志であらう」と捉えています。その上で意見書は、「今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法によって立つ基本理念の一つである『法の支配』の下に有機的に結び合わせようとするものであり、まさに『この国のかたち』の再構築に関わる一連の諸改革の『最後のかなめ』として位置付けられるべきものであろう」と述べているところでもあります。

司法制度改革の具体的内容については、皆様は概ね御存知でしょうし、また時間の関係上、ここでは立ち入りませんが、その趣旨・目的を私流に端的に表現すれば、今度こそ「国民の司法」を確立するということであり、もう少し具体的にいえば、①正義（justice）へのユビキタス・アクセス社会の実現（身近で分かりやすい司法〔familiarな司法〕、頼もしく公正で力強い司法〔fairな司法〕、利用しやすく速い司法〔fastな司法〕）であり、そうした司法を確立することを通じて②よりバランスのとれた統治システムを構築することである、と考えております。

先にトクヴィルの所説に関連して示唆したことでありますが、憲法学的にいえば、およそ立憲民主制にあっては、二種類の「公共的討論の場（フォーラム）」、すなわち、①政治のフォーラムと②司法のフォーラムが必要であるということでありまして（これを大雑把に人体にたとえれば、動脈と静脈ということができると思います）、従来弱すぎた②司法のフォーラムを拡充しバランスのとれたものにすることでであると申してよろしいかと思えます。

このような司法を築こうとすれば、国民主権の下にあっては、国民の理解と支援が不可欠であります。審議会意見書は、「21世紀の我が国社会において司法に期待される役割」の項において、特に「国民の役割」に触れ、「統治主体・権利主体である国民は、司法の運営に主体的・有意的に参加し、プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め、国民のための司法を国民自らが実現し支えなければならない」と述べ、その中核として裁判員制度を提言したわけであります。先に触れたトクヴィルが、特に民事陪審との関連においてはありますが、この陪審こそが司法・法曹の権威の基礎になっていると指摘したことは留意されて然るべきかと思えます。

この裁判員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76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を認めないのは憲法上許されないとか、裁判員の負担は憲法18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。しかし、ドイツやフラ

ンスの憲法には規定がないにもかかわらず当然のごとく参審制が実施されてきていますし、また、日本国憲法の制定にかかわった枢密院および第90帝国議会において、明治憲法下の陪審制度が特に「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハルヽコトナシ」と定める憲法24条との関係で中途半端なものに終わったことを意識しつつ審議が行われ、日本国憲法32条では「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」とされたことが知られるところであり（この点、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」『岩波講座 憲法4』〔2007年〕235頁参照）。その他の違憲論の理由についても、正当な根拠があるとは思えないところでもあります。

裁判員制度について述べたいことは多々ありますが、ここでは土井真一教授の次の指摘を引用して終りたいと思います（上掲論文278頁）。

……裁判員制度は、裁判官の法的専門性と国民の健全な良識の双方を組み合わせ、相互のコミュニケーションを図ることにより、よりよい結論と相互信頼を得ることを目指して導入されたものと解することができる。裁判官が、いやより広く法律家が、優れた専門性と公正な態度をもって裁判に臨み、開かれた姿勢でコミュニケーションをはかるときには、その努力は共に裁判を行う人々の心にまで達する。真摯に労苦を共にしたときには、たとえ到達した結論において見解の相違があったとしても、相互に信頼が生まれる。そして、そのとき「裁判官の影響力は裁判所の垣根のはるか外にまで広がる」（トクヴィル）のである。国民の意見を尊重し、反映することの重要性が説かれるが、その国民の意見は所与のものではない。どのような情報に接し、どのような態度で形成した意見なのか。国民主権に立脚する憲法は、主権者たる国民が賢明に意思形成を行うことができるような制度を構築する必要があり、国家機関はそのために必要な役割を果たす責任を負う。

このようにして、法の支配の担い手である裁判所がその役割を果たすことによって、その果実を享受するのは、一体誰なのか。裁判所がその役割を十全に果たすことができるよう、最終的に責任を負わなければならないのは誰なのか。法の支配は誰のためにあり、法の支配を究極において支えなければならない担い手は、果たして誰なのか。

主人公は誰なのかを主人公自身が自覚しなければ、物語は始まらない。

今般の司法制度改革は、審議会意見書を受けて、ほぼ満場一致で24本の法律が国会で成立し、それに基づいて現在改革が進められているところです。児島惟謙没後100年、ようやくにしてわれわれは本格的な「国民の司法」の樹立に向けて取り組んでいるわけであります。

およそ改革には抵抗が伴います。ごく最近、政府の責任ある地位についたこともあるさる議員が、日本を訴訟社会にするな、社会の「ドブ」ごらいの仕事をする法曹、弁護士の数を増やすな、むしろ減らせ、といった趣旨の本を著わされたと聞きました。「大変悲しい気持ちがある」とだけ申し上げておきます。

日本の司法制度改革は世界も注目しているところであり、韓国、中国、台湾といった国々は日本に負けるなどといわんばかりに司法制度改革に取り組んでおります。われわれは、21世紀に生き

る子孫のためにも司法制度改革を成功させ、善き社会の礎を築く責務があるのではないかと考えるものであります。

審議会意見書が出てすでに6年余になります。幾つかの重大な局面がありましたが、関係者の懸命な御努力でそれを乗り切って、とにかくここまで辿り着くことができました。これからも取り組み克服していかなければならない難しい課題は多々あり、来年5月には裁判員制度をスタートさせなければならぬわけで、まだまだ労苦を要する道程が続きます。さらに5年、10年、あるいはそれ以上を要する道程かもしれません。しかし、今日いろいろと申しましたように、21世紀に臨んでより善き社会を築くためには避けて通れない道程であり、この歩みの先には必ずや豊かな展望が開けてくると確信するものであります。

口幅ったいことをいろいろ申し上げました。御清聴ありがとうございました。

**司会(吉田)** 力強いご報告をいただきました。ありがとうございます。冒頭に申し上げましたとおり、これで企画の三分の一が終了し、こののち鼎談に移りますが、その前半部分は、ただいまのお三方のお話を、さまざまな観点から敷衍していただく形で進めたく存じております。

今回の裁判員制度は、実は、100数十年に及ぶ時間の流れの中にあるとあってよい。明治維新、自由民権運動、そして大正デモクラシーがあって、そのような流れにつながって日本国憲法の下での司法の枠組みがある。前半の対談は、19世紀の明治維新以後1940年代までを扱う予定です。15分まで休憩といたしますが、そういう広げられた奥深いお話になろうかと存じますので、皆様ご講演を聞けたからもうよいなどとお考えにならずにお戻りくださいますように。

(休憩)

### 鼎談前半部「明治憲法下の陪審制度」

**司会(吉田)** さて皆様は、「司法」ということばがどのような経緯で日本に定着したのかご存じでしょうか。明治維新が成立して「五箇条の御誓文」が明治天皇より発せられた直後に、土佐高知の福岡孝悌と肥前佐賀の副島種臣の起草にかかることとされる「政体書」という文書が発せられます。その中に、「天下ノ権力総テ太政官ニ帰ス…太政官ノ権力ヲ分ツテ立法行法司法ノ三権トス」という表現が登場します。今からちょうど140年前の1868年のことです。まさに欧米にならって近代的な法治、法の支配のありようを相応に三権分立の枠組みで導入しようと構想されていたことがうかがえるわけです。この土佐肥前の感覚は、のちに薩摩長州勢力によって修正を受けることになり、行法では天皇大権ないし天皇制政府権力を狭めすぎるということで、行政という文字に置き換えられて行くわけですが、司法という二文字には実は「守法」という前身がございます。それは政体書の前年に、最後の將軍徳川慶喜の顧問役西周が、立法行法守法という三権力を文字として残している、そう三谷先生のご論文の中で読ませていただいたことがございます。

先ほどの竹下先生のお話にも出てきたことですが、明治初年段階での権力分立構想の中での司

法の位置づけ、すなわち太政官枠組みにおける位置づけから、踏み出す形で司法権力を構想した人物として、副島からの流れともいえると思いますが、肥前の江藤新平がいた。この肥前の江藤と宇和島の児島の関係といった辺りを、自由民権運動とも関連させて、竹下先生、敷衍していただけませんか。

**竹下 賢** そうです、今の話から入りますと、吉田先生なりのまとめが前提にあるので、それとどう関係づけるか難しいんですが、そういう意味合いでは、肥前と土佐とかの自由民権派の間には、かなり交流というものがあって、そういう形で一緒に倒幕活動というか、幕末の活動をやっていたということが言えるかと思います。

それから重要なのは、佐賀の江藤でありますけども、彼は大隈、今話に出てこなかったんですが、大隈ともかなり交流をしております、副島とはもちろんですけど、交流をしていて、そういう意味で勤皇浪士というか、維新の志士として活躍したということであるわけです。それが基本になって新政府のもとでそれぞれ要職につくということだと思います。

それで先ほどの長州の、あるいは薩長ですか、そういう一種の国権派というようなものとの関係で言いますと、先ほども少し話しをしました京都における小野組の事件が注目されます。京都の知事の榎村は長州藩の出身で、そういうことから長州藩の考え方というのは、裁判所の姿勢に対してかなり批判的であったと、こういうことが言えるかと思うんです。そういうようなことで、薩長と土肥との対立といえるかどうか分からないのですけれども、そういう裁判所の法治勢力と行政の国権勢力という、これらが対立しているという側面はあるようです。

**司会(吉田)** なるほど。ありがとうございました。三谷先生、先生のご研究の中で、西周が提示した守法という権力概念が今いう司法に当たると論及しておられたかと存じますが、先ほど竹下先生がご指摘になられたこととの関連、すなわち司法卿江藤の判断で、江藤の構想する司法権観を具体化する人物として児島が大阪に派遣されたという事実との関連については、どう評価されますでしょうか。京都と大阪の知事が、なお争訟処理権を含めて行政権を握って、中央政府の指示に従わないというような事態に対して、江藤が本来的な司法権の担い手と目される人物を京都と大阪に送り込んだという出来事について、何かご存じのことがあればお教えいただきたく存じます。

**三谷太一郎** これは前にも私が書きましたけれども、児島惟謙を考える場合に重要なのは彼がいわゆる幕末維新期の尊王攘夷運動の活動家の1人であったということです。つまり、あの幕末維新期のナショナリズム運動とも言うべきものの担い手であったということです。そのことが私は非常に重要だと思います。それと、江藤新平などにもやはりそういう傾向が、私はあったと思うわけで、佐賀の乱における江藤新平の去就を表現した文章なんかを見ておきますと、やはりそういう児島なんかと共通するナショナリズム的感情といえますか、あるいはイデオロギーといえますか、幕末の尊王攘夷のイデオロギーというものが明治になって変容した、その後の様相という

ものを見ることができるよう思うんです。

ですから私は児島の司法権の独立という観念には、そういう歴史的な特殊性というものが刻印されているというふうに見るわけですし、彼の場合には司法権の独立と言っても、いわゆる三権分立というものに尽きない、その当時の日本の置かれた国際的位置というものが、司法権の独立の観念の中に反映している。つまり、御承知のように当時の日本は不平等条約の下にあったわけであり、不平等条約の非常に大きな要素の一つというのは、言うまでもなく、領事裁判権にある。つまり、彼の司法権の独立の観念というのはそういう不平等条約の下での日本の制約された司法権、つまり領事裁判権からの独立という性格が非常に強かったと思うわけです。

それは大津事件の場合にもそういうものが作用していたと思います。これは当時の藩閥政府、いわゆる長州、薩摩中心の藩閥政府の立場とはかなり司法権の独立についての意味づけが違っていたというふうには私は考えています。それは例えば、土佐の佐佐木高行なんかもそういう意味でのイデオロギー的な共通性というものがあつたわけで、やはり、土佐や肥前、あるいは宇和島を含めて、その出身者は薩長と違った司法権の独立についての観念を持っていたということは否定できないと思います。

**司会(吉田)** ありがとうございます。今話題にしている肥前や土佐と宇和島の児島との関係について、一言付け足させていただきます。まず、児島が仕えていた四国宇和島の伊達藩と九州肥前の鍋島藩は、実は姻戚関係を結んでいたのです。その藩主の関係を前提として、肥前の江藤や大隈と児島は人脈を結んだという経緯があるということです。それから、宇和島と土佐は、文字通り隣り合わせに位置し、司馬遼太郎のエッセイ「街道をゆく」シリーズでも取り上げられ、司馬氏自身がとくに好んだとされる山越えの道で結ばれているのです。

この土佐と肥前の人脈を中心に、ご承知のとおり1870年代に「民撰議院設立建白書」が提出され、自由民権運動のさらなる発展の契機となるわけですが、三谷先生がお話し下さった不平等条約との関連もあって、当時最先端の六法体制を組んでいたフランスからボアソナードというパリ大学法学部の准教授が司法省に招かれる。当時48歳だったかと思いますが、一説には教授になりにくい状況があつて来日を決意したともいわれているこの人物によって、司法省法学校が設立され、日本の六大法典づくりと、司法を担う若手の養成が図られることとなったわけで、自由民権運動とも関連させて、このボアソナードについて三谷先生、一言ご発言いただきたく思います。

**三谷太一郎** 今、吉田先生から御紹介がありましたように、ボアソナードが明治10年代の初頭に日本のさまざまな立法のイニシアチブをとるわけなんです、司法制度との関係で非常に注目すべきだと思いますのは、明治10年から11年にかけて、ボアソナードを中心として、現在の刑事訴訟法に相当する治罪法の素案が司法省内に起草されたわけですが、その中に陪審員の規定というものが盛り込まれている。ボアソナード、あるいはそれを支持した日本側の関係者の考え方としては、やはり不平等条約の改正を行うためには欧米諸国の制度に相当する制度を設ける必要があるという考えがあつた。陪審制度というものが治罪法の中に盛り込まれた一つの動機

は、そういうものであったと思うわけです。

先ほど吉田先生の御紹介にもあったように、その治罪法案の起草作業をしていたボアソナードを教育スタッフとする司法省法学校というものがつくられました。その司法省法学校でボアソナードが教えていた生徒に、後に内閣総理大臣として陪審制の立法化のイニシアチブをとる原敬がいたわけです。私は日本における陪審法の成立の背景的な要因の一つとしては、ボアソナードと原との関係というのが重要なんじゃないかというふうに現在考えております。

ボアソナードが起草作業に着手し始めたのは、最後の大規模な士族反乱である西南戦争が行われていた時期です。その西南戦争に先立って、先ほど名前が出ました江藤新平を中心とする佐賀の乱であるとか、あるいは長州、萩で起きました前原一誠を中心とする萩の乱、そういった大規模な士族反乱、明治政府に対する反乱が企てられたわけです。その最後の大規模な反乱が、言うまでもなく西南戦争であります。

当時、福沢諭吉が西南戦争の終結を前にして、戦局が政府側に決定的に有利に傾いていた時期なのですが、福沢諭吉は西南戦争の即時休戦を主張いたしますとともに、いずれ西郷隆盛を初めとする薩軍の関係者に対する戦争裁判というものが開かれるんじゃないかということを想定いたしまして、戦争裁判のあり方について政府に建白書を出しています。これは私は当時としては画期的なものだと思うんですけども、つまり福沢諭吉は西南戦争の戦争裁判というものを、公平・公正に行う必要がある、そのためには西南戦争の戦争裁判というのは、陪審裁判で行うことが必要だということを主張いたしました。これが「西郷隆盛の処分に関する建白書」という題名で政府に提出された。これは福沢諭吉全集の中にも入っているんです。

それだけじゃなくて、当時、政府内では伊藤博文なんかにもそういう考え方があったようなんですけど、やはり何らかの形で陪審制の導入というものを検討する必要があるという主張が政府内にもあったと思われま。もちろんその当時、勃興しておりました自由民権運動の一つの重要な題目は陪審制でありました。自由民権派のいろいろな新聞の社説欄とか、運動目標なんかを見ますと必ず陪審制というものが入っている。それは自由民権運動の旗印の一つであったわけです。明治10年代には、そのほかにもいろいろな憲法案が起草されたのでありますが、ほぼ例外なく陪審制の規定が入っているのです。

このことと関連いたしまして、私が佐藤幸治先生の主宰された政府の司法制度改革審議会に出ましたときに、一つのエピソードを申し上げたわけなんですけど、ちょうど明治18年から19年にかけて、今日、高等学校の歴史の教科書にも必ず出てくる坪内逍遙の『小説神髓』という文学理論ですね。それと、その『小説神髓』の文学理論を作品化したと言われる、『当世書生気質』という有名な小説がありますが、現在では余り読まれていない、皆さんも余り読んではおられないんじゃないかと思うんですが、この『当世書生気質』には明治15年頃の、つまり坪内逍遙なんかが学生だった時代の東京大学の学生というものが出てくるが、非常におもしろいと思ったのは登場人物の学生の1人が当時、陪審裁判についての英文の論文の翻訳をアルバイトとして請け負うという話が出てくるわけでありまして。私はこれを読みまして、明治15年当時の学生アルバイトとして、陪審裁判についての英文の論文の翻訳があり得たということは、当時の陪審制の論議が盛ん

であったこと、明治10年代の日本において、陪審制の論議が盛んであったということを反映しているんじゃないかと私は思いました。非常に興味深いエピソードであると思っているわけです。

それからさらにボアソナードの原との関係で言いますと、これはずっと後になりまして、明治末年、つまり明治43年に当時の衆議院の多数党であった政友会が衆議院に陪審制を立法化すべきだという建議案を提出した。それが通過成立した。これが明治43年、1910年であります。この建議案は原が中心になって提出したんですけれど、ちょうどその年にかつて治罪法に陪審制を盛り込んだ、原の恩師のボアソナードが亡くなった。原は司法省法学校を退学になるわけですけれど、その後もずっとボアソナードと連絡をとっていたようでして、外交官としてフランスに行っていたときもボアソナードとの連絡を絶やさなかった。それでボアソナードが亡くなった後、ボアソナードの業績を顕彰するための記念事業の発起人になりまして、ボアソナードの大理石像というものを作製されたのです。これは今、パリ大学にそのコピーが置かれている。これは原がイニシアチブをとってつくらせた大理石像であります。つまり、原はかつての師であるボアソナードの教えを継承する形で陪審制の設置を政友会の党の政策に掲げるイニシアチブをとった。私は、師弟関係というものの一つの望ましいあり方を表現してるんじゃないかというふうに思っている次第であります。

**司会(吉田)** ありがとうございます。私自身三谷先生のご論文を今回の企画との関連で読み返させていただくまで、原敬がボアソナードの愛弟子であったとは存じませんでした。原敬の話は後ほど改めて取り上げることとし、ここでは1880年成立の治罪法という今でいう刑事訴訟法の原案作成段階において、ボアソナードが陪審制の導入を提起していたという事実、そしてそれが明治政府とりわけ井上毅らによって否定されていたという事実は、ご確認いただきたいことがらかと存じます。また、明治憲法が欽定という形で成立する以前の段階で、自由民権運動の中では陪審制の採用がうたわれており、日本史の教科書にも出てくる土佐の植木枝盛の私擬憲法に陪審制が打ち込まれていた事実も、認識し直してよいことがらのように思います。

佐藤先生に改めてお伺いしようかと思えますのは、そういう土佐肥前を中心とする民権派に対抗する形で、薩摩長州の大久保利通や伊藤博文といった人物たちが、明治憲法体制を構築して行くその過程で、司法権を彼らがどのように把握し構想していたのか、という点です。冒頭指摘させていただきましたとおり、立法行司法のうち行法を行政に修正拡大させた薩長勢力にとって、司法の課題は司法への期待はどういうものであったのか。先ほどの小講演で、先生は明治憲法体制は圧倒的な行政主導体制であったと述べられましたが、外見的な権力分立枠組みという限界の中に、司法はどう位置づけられていたのか。治罪法への陪審制導入に反対した井上毅は、軍人勅諭や教育勅語も策定させて行くわけですが、民衆というか臣民国民と権力枠組みのかかわり方にも関連して、明治の司法権環境をどうみるべきか敷衍していただければと思います。

**佐藤幸治** 大変難しい問題です。私よりむしろ三谷先生にお話いただいた方がよいと思われる論題ですが、折角の御指名ですので若干申し上げたいと思います。

明治15年、伊藤博文は欧州に憲法調査に行きますね。それから、明治21年の暮、山県有朋が欧州視察に出かけます。大隈重信らが政府部内において明治16年の議会開設、議会に基礎をおく政党政治の導入を主張し、それへの反撥から明治14年の政変が起きるわけですが、そのような政治的文脈の中で伊藤の欧州への憲法調査が行われました。その調査の理由や内容について、滝井一博さんの興味深い分析がありますが（『文明史のなかの明治憲法』〔講談社、2003年〕参照）、ドイツでは余り相手にされず、オーストリーに行ってローレンツ・フォン・シュタインに会ってその教示に感服します。その教示の核は、新しい国家体制を創るにあたっての「行政」の重要性でした。立憲国家の支柱、それは行政部、という教えでした。明治憲法発布の2ヵ月余り前に、地方制度および軍事制度の調査を名目に欧州に向け旅立った山県がそこで強く意識したことも、行政の重要性でありました。民衆というものは頼りにならず、彼らを信用してはならないという信念を深め、エリート官僚による国政運営の必要性を痛感します。

このように行政の重要性を強く意識した点では、伊藤も山県も共通していますが、現実主義的な政治家である伊藤は、議会を作れば政党が発達し政党政治に向うことは避けられず、むしろそれはそれでよいことだと考えていた（大隈への反撥は、その主張が余りにも性急であるということ）のに対し、山県は、民衆を統治客体視する官僚制国家の維持強化に執着しました。そして、単純化していえば、この山県的なものと伊藤的なものとの対立構造が明治憲法体制の展開を彩っていくこととなります。因みに、大久保—伊藤—原敬（原は藩閥ではありませんが）の系譜は時に「近代化改革の本流」と称されますが、立憲主義確立の基軸でありました。因みに、この3人とも暗殺の犠牲者ですが、何かを暗示しているようにもみえます。

ところで、明治憲法体制は、統治権を総攬する天皇の下での権力分立、つまり翼賛権限の分立という体制でありました。そしてこの権力分立制は、三谷先生も強調されていますように、結構厳しい分立制なんです。天皇の存在が形骸化した幕藩体制の経験から、行政と議会とが一体となる、つまり議院内閣制といった体制は忌避されたんですね。つまり、明治憲法体制は、「行政」をいかに政治（議会）そして司法から守るかという発想が強いものであったということです。山県などは特にこの発想が強かったのではないかと思います。伊藤もこうした点を意識はしていたが、既に触れましたように、やがては政党政治、政党内閣制へと展開していくことは不可避と予見し、むしろそれをよしとするようなところがあり、実際そうやっていったわけです。

因みに、神権的国体観念に立っていかに天皇大権を政治（議会）から守るかという視点から、違憲立法審査権を肯定する立場もありえたところでして、實際上杉慎吉などはこの立場でした（他方、同じく神権的国体観念に立っても、天皇が裁可した法律を裁判所が違憲とすることはありえないと考えれば、否定論になります。穂積八束がこの考えでした）。さらについでに言えば、立憲主義を重視する立場からも、何よりも議会政治の確立を重視すれば違憲立法審査権否定論に（美濃部達吉）、国民の権利・自由を重視すれば肯定論に（市村光恵）、というように分かれています。

次に、本題の行政と司法との関係ですが、ここでは二つのことを指摘しておきたいと思います。一つは、既にお話したように、司法の範囲を民事・刑事に限定し、行政を除外したことです。二



つは、司法の真の担い手を曖昧にし、最終的には行政のコントロール下においたことです。後者の点について、もう少し論及しておきたいと思います。

明治憲法57条1項は「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」とし、同条2項は「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」と定め、そして58条は裁判官の身分保障について定めておりました。憲法は司法権の独立についての規定をおいていなかったのですが、裁判官の身分保障があるから司法権の独立ありと理解され、大津事件はそのことを明確にしたというように受け止められました。しかし、その実際の姿はどうだったのでしょうか。

憲法の趣旨を受けて裁判所構成法という法律が制定されますけれども、同法6条には「各裁判所ニ検事局ヲ付置ス」とあり、同法135条には「司法行政監督権ノ施行ハ左ノ規程ニ依ル 第一司法大臣ハ各裁判所……ヲ監督ス」、136条には「司法大臣自身又ハ其ノ補助機関タル大審院長控訴院長及地方裁判所長ニ依リテ裁判官ノ職務上職務外ノ行動ヲ監督スルコト」とあり、そして司法省官制1条には「司法大臣ハ裁判所及検事局ヲ監督シ檢察事務ヲ指揮シ民事、刑事、非訟事件……ニ関スル事項其ノ他諸般ノ司法行政事務ヲ管理ス」と定められていました。先に触れた『司法権独立運動の歴史』で、丁野は、人事権などを通じて「裁判所は司法大臣たる行政権の従属機関となり下がっていき」と述べています（35頁）。

もっとも、こういう姿・かたちになったのは、憲法・法律等でそうなったというよりも、実はそれまでに既に作り上げられてきたものをベースとしているということに留意する必要があります。この辺のことは、三谷先生の名著『政治制度としての陪審制』（東京大学出版会、2001年）に詳細に論じられていることですが、ちょっとだけ触れておきます。土佐藩士佐々木高行らが中心となって明治4年に司法省の設置をみますが、そこには司法権の主体としての司法省（裁判権と行政権との一体化）といった発想が看取されます。そして明治8年に大審院が設置されるのですが、当初諸省の上におく考えもあったところ（初代大審院長として左大臣島津久光または右大臣岩倉具視のいずれかがこれに当るべく擬せられた）、結局は実現せず、大審院は司法省の従属下におかれることになり、裁判所構成法もこれを追認するものとなりました（同法は、大審院長の指揮監督権を大審院限りに止めています）。明治維新後、藩閥勢力とは違ったかたちで司法官僚が出来ていきますが、その司法官僚はこういう仕組みの中で働くことになるわけです。最初に明治憲法体制は何よりも堅固な行政の確立を最重要課題としたと述べましたが、司法省を頂点とする司法部も政府部内にあっては二義的な地位におかれていたということも、ここで強調しておかなければなりません。

大津事件が起きて、児島惟謙が奮闘し、「司法権の独立」の輝かしい歴史上の出来事として後世に記憶されていくこととなりますが、実は、司法内部における抗争を孕みつつ、「統帥権の独立」と並ぶ（反政党的勢力によって支えられた）「司法権の独立」のイデオロギーへと転化していったように見える点が私には非常に気になります。大津事件後、児島は不可解な弄花事件により結局辞めるのですが（結果的には「ほうり出された」ようなかたち）、裁判所・裁判官が次第に司法省の支配下に組み込まれていきました。先に「各裁判所ニ検事局ヲ付置ス」という裁判所構成法に触れましたが、当初は予審制度の下で警察と裁判官が主役で検事の出番は余りなかったよう

ですが、やがて例えば明治42年の日糖事件で平沼騏一郎が東京控訴院検事長代理として直接捜査を指揮し辣腕をふるうなど、様変わりしていきます。また、裁判所・裁判官に対する監督権・人事権などの法制について先に触れましたが、例えば裁判官の中で使えそうな人を司法省に引っ張る、行政庁の場合は地位も給与も物すごいスピードで上がっていきます。そして偉くなって地裁所長や控訴院長などとして戻ってくる、こういう姿になっていきます。先に、「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り、世人はそのことの異常性に気づかないという尾佐竹の嘆きに触れましたが、おそらくそういう事態だったんだろうと思います。丁野は、「裁判所は検事局に付置す」というのが実態であった、と自嘲気味に述べています。

こういう体制の異常性の自覚の上に、それを打破しようとする動きも当然生じます。一つは、陪審制の導入であり、それはいわば司法の立憲化です。もう一つは、司法の内部での、いわゆる「司法権独立運動」です。前者については、後に触れるとして、後者については、いろいろなことがありましたが、結局は明治憲法下で実現せず、日本国憲法に至って裁判所中心の司法権の独立が正面に据えられ、最高裁判所が裁判官の人事権や裁判所の予算権をもつことになって、ようやく結着をみることになりました。

いささか長広舌をふるってしまいました。

**竹下 賢** そうした議論との関係では、児島惟謙は出てこなくなるように思うので、少し児島惟謙との関係で申させていただきますが、司法権の確立の過程で児島惟謙を見ていくと、その点では、児島惟謙が埋もれてしまうところがあるのです。それは大津事件が児島惟謙の指揮下で扱われて、児島は裁判官の独立を犯してるじゃないかという話があるのですけれど、やはり出発点は江藤以下、児島なども含めてやはり司法権の独立のための活動をしようとしたということがあるので、その後は今も先生が言われたようにかなり行政権からの巻き返し、それは薩長と関係していると思いますけども、またそれだけでもないと思うのですが、そういうものがあって、結局は行政的な司法権というものが確立していく。それで老朽裁判官の淘汰とかと言って、最近また研究されているようですけども、そういうことが行われていくというような状況があって、それが官僚化につながっていく、すなわち司法官僚ですね、そういうものにつながっていくという流れがあると思うのですね。

とりあえずは児島惟謙の法の支配への意欲があって、その後の歴史ではそれが何か変な方向にあって、それでまた回復させられていくというように考えていけばというように思うのですけれども。

**司会(吉田)** そうですね。ご存じではない方もおられるか存じますが、大津事件判決そのものに、当時大審院長であった児島自身は加わっておりません。判決を下す担当判事たちに、政府からの圧力に抗して刑法規定解釈を貫け、と大審院長として児島はいわば指示を与えたのです。したがって、個々の裁判官の職権行使の独立を害したのだとの非難が歴然とございます。しかし、司法省の司法官僚すなわち政府行政の一環に裁判官はいないのだと、司法は独立して行使されるべき

ものなのだという、彼の主張行動は評価されるべきものであろうと。今竹下先生がご発言されたことの背景にそういう問題があると、一言補足させていただきました。江藤らと共有していた司法観が、ボアソナードの発想とも共鳴し、兎島の天津事件における行動となって表れたのだろうという、そういう話です。

さて、明治憲法の発布直後の生じた天津事件からさほどの時を経ずして、兎島は大審院長の職を辞することになるのですが、彼はその後帝国議会衆議院議員総選挙に出馬しようと決意するにいたります。結局のところ、天津事件の背景として刑法上の立法上の不備があったのだという認識を彼が有し、残された人生において立法者たらんとしたと思われまふ。実際には、選挙に立つ前に貴族院議員に勅選され、その後改めて宇和島で立候補して2度当選を果たし、その後銀行頭取職に追われますが、再度貴族院議員に勅選され、足かけ14年の議員生活を果たし、貴族院議員の立場で死去しております。私自身、「帝国議会議員としての兎島惟謙」と題する論稿を公表してもおります。

ボアソナードに話を戻します。先ほど三谷先生が、ボアソナードは兎島の2年後1910年に亡くなられたとご紹介くださいましたが、実は1895年に神戸から出港してフランスに帰国するに際して、関西法律学校に立ち寄られて講演をされているようです。自分の教え子たちがここで教鞭をとっているということは、学生諸君は私にとっては孫のような存在だと励ますような内容だったようです。さらに、ボアソナードとの関連では、冒頭の三谷先生のご紹介にありましており、彼の司法省法学校門下生の一人であった原敬が、兎島の没後10年に当たる1918年に、政友会総裁としていわゆる平民宰相となります。その段階から、日本の改めての民主化が、事実上の議院内閣制が、大正デモクラシーの流れを生むこととなるわけです。男子普通選挙制度と並行するような形で、陪審員制度の導入が具体的に進められることとなります。

陪審制導入議論の端緒となったのは、三谷先生のご研究によりますと1909年と1910年の二つの事件であったようです。まず、贈収賄事件としての日本精糖事件いわゆる日糖事件では、多くの衆議院議員が逮捕され、政党への警察検察による干渉が生じ、とりわけ制限選挙制下の有権者の感覚から乖離した司法官僚ないし刑事司法の実態が明らかになった。さらに1910年の大逆事件と称される天皇暗殺未遂事件で、幸徳秋水ら12名が死刑判決を受けるわけですが、無関係者を含む大量の被疑者が苛烈な取り調べを受け、そのような事態を目の当たりにした原敬は、ボアソナードの薫陶をも想起しながら陪審制の導入の必要性を強く自覚したようです。同時に、あまり知られていない人物ですが、東大法学部を首席で卒業し、司法省に入省したものの直後に辞表を出して弁護士となる江木衷、エギチュウと音読みしたくなりますがタカシという原敬と同じ読みとなる人物です。この江木衷が原敬らとともに論陣を張って、陪審制の導入が進められて行くこととなったようです。三谷先生、この状況について敷衍していただきたく存じます。

**三谷太一郎** 今、吉田先生から詳しく御紹介がありましたように、日本における司法権の独立のシンボルは、この明治24年当時の兎島惟謙から、他へ移っていく、新しい司法権の象徴として登場してくるのは、検察の大立者として後に首相となった平沼騏一郎でした。このように司法権の

独立の象徴が児島から平沼に移っていく。そのことが明確になるのは、明治末なんですけれども、その大きな転換期というのは、旧刑法から新刑法への改正、要するに新刑法への改正が行われるのがちょうど明治40年ですけれども、それ以降、司法部の果たす役割というのが、それ以前とかなり変わってくるわけです。司法部の新しい使命を強烈に主張したのは平沼ですね、今までの司法部ではだめだ、影響力が低い、政治的影響力が低い、こういう司法部ではだめだと。今後の司法部というのはもう少し政治的影響力を拡大していかなければならないという使命を自覚する、そういう自覚のあらわれとして、検察の先兵として、彼が行ったのは、先ほどの御紹介にあった明治42年の日糖事件と、それから43年の大逆事件における検察主導體制の確立です。いずれも政治的事件です。

日糖事件で初めて、現在やられているような検察の特捜部による捜査というようなものが、このとき行われた、明治42年のことです。これはあくまでも検察の威信を示すという非常に明確な意図をもって行われた。これが検察主導の明治42年の日糖事件の捜査です。そして、その延長として、翌年、大逆事件の捜査が行われました。これもやはり平沼のイニシアチブで行われます。いずれも政治的事件です。これらの政治的事件というものが、契機となって陪審制、それに対応する新しい司法制度として、やはり陪審制が必要だという議論が先ほど御紹介にあった江木衷とか、江木衷は日糖事件、大逆事件のいずれの政治的事件においても、弁護人の役割を務めてますが、彼のほかにも磯部四郎とか、それから花井卓蔵とか、そういった在野の法曹ですね、弁護士たちがやはりこういう事件にこそ新しい司法制度である陪審裁判が必要だということを主張するようになる。そして、それを受ける形で、原敬は当時、立憲政友会のリーダーでしたから、直接議員からどういう取り調べが検察当局によってどのように行われているかということを通じて、非常に憤激する。そして、その翌年の大逆事件に際して、大逆事件の裁判が証人調べも行うことなしに、秘密裡に行われた。これでは日本の司法制度の将来は問題であると認識する。こういう、司法部の変貌ですね、検察優位の司法部への変貌、言ってみればこの変貌の過程で、日本の司法部は非常に政治化してくるということは争えないわけです。

それに伴って、当然検察優位の司法部の威信が高まる。これに対して原にはこれに対抗する政治的意図というものがあつた。政党政治を確立しようとする当時の政党勢力にとって、最大の敵というのは二つあつた。一つは軍部、一つは検察主導の司法部なんです。これをどうやって、政党政治のシステムの中に包摂して行くかというのは実は当時の政党のリーダーの非常に大きな問題であり、関心事であつた。彼はそのための政治的手段として、陪審制というものを導入して行く、それを政党政治のサブシステムにするという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。

その過程でさきほども申しましたようにボアソナードが亡くなった年に政友会の党議として衆議院に陪審制を設立すべきであるという建議を提出します。もしこれが将来実現すれば、法律の形で実現すれば、それは結局国民にとっての多大な幸福になるんだというのが、彼の確信だつたわけなんです。彼はそれ以来この課題を持続的に追求し、結局彼自身が政権をとつたのが大正7年、1918年ですが、その翌年の大正8年に臨時法制審議会というのを設けて、これは陪審制だけ

を議論したわけじゃありませんけれども、陪審制の是非を諮問しました。そこから陪審制の立法化が始まった。

ですから、私はやはり司法権の独立と言っても、大津事件当時のそれと、非常に大きな観念の変化というものが明治末に起きていると考えます。それにどう対応するかという、そういう問題意識を当時の政党のリーダーが持ったというのが事実じゃないかというふうに思います。

**司会(吉田)** ありがとうございます。今の三谷先生のお話につなげますと、1923年に陪審法は成立し、本日の企画紹介でも申しました通り5年後の1928年10月1日に施行されます。実際には、同年12月から動き出したものの、満州事変から日華事変に至り、国家総動員法の成立からいわゆる太平洋戦争への突入となって、制度は直後から縮小傾向を受け1943年には完全に中断されることとなります。その間に、484件の刑事裁判が陪審に付され、有罪378件、無罪81件等という結果を残していますが、三谷先生のお言葉に出ておりましたように、大正デモクラシーをも背景とする政党政治の高揚期に動き出したものの、直後の政党政治の縮減没落と軌を一にするように、制度縮減の一途をたどらざるを得なくなったのだと。それは、決して日本人が欧米の陪審制度を自分のものにできない国民性を持っているからだ、と総括してよいことではないのだと。司法権以上の統帥権の独立という軍隊のなせるわざによってこのような結末となったという点につきまして、竹下先生、佐藤先生、一言ずつお願いいたします。

**竹下 賢** その点に最初の民権運動との絡みではなかなか難しい、解けない問題があるのですが、大局的には政党政治の方向に自由民権は動いていったと、これはわかるわけなんですけれど、ただ、その民権運動の中で政党政治が出てきて、それが結局うまくいかなかったときに、最初に三谷先生が言われた尊王ナショナリズムですね、あの系列のような、国家社会主義というか、そういう方向の軍の動きがあるわけです。民権的な国民主義と言うとおかしいんですけど、農家の非常に貧しい層と結びついた（軍隊がそればかりとは言いませんけれども）、いわゆる昭和維新と言われる勢力というのが、やはり民権のある意味での流れというものを受け継いでいるということがあると思います。だから、何かその大正期の陪審員制で民主主義的にかちとられたものと、このナショナリズム的な民衆擁護というものが何か分離していく過程があって、その中で一定の支配が、つまり軍事支配的なものが出てきたという、こういう感じがして、非常に何か複雑なものが感じられるんですが。

**佐藤幸治** 陪審制の問題に入る前に、竹下先生のお話に関連して、一言申し上げておきたいと思います。大津事件における兎島惟謙が果たした役割、その苦悩と闘い、それがもつ精神的意義というものと、その後の司法権の実態、現実の姿というものと、この両者を明確に区別すべきではないか、と私は思っております。

大津事件直後、犯人を普通殺人未遂罪で処罰するというのが大臣を除く司法省内の大勢であり、また、井上毅を中心とする法制官僚もお雇い外国人の意見を引用しながら政府の死刑方針に

抵抗したことなどが今日知られているところでありまして（この点、須賀博志「大津事件という『神話』（一）（二）」法学論叢142巻3号〔1997年〕41頁、144巻1号〔1998年〕19頁参照）、「司法権の独立」は、既にお話したように、別の意味でむしろその後深刻な問題と化していったと思うわけです。大津事件において日本の司法権の独立が確固たるものとなったと説かれることがよくあるものですから、この点はもう少し注意深くあって然るべきではないかと考えるのです。とはいえ、あの状況の中で筋を通すべく闘った児島の努力、そして司法のあり方を真剣に考える後世の人たちの精神的拠り所となってきたことの意味は、決して軽視してはならないと思います。先ほどの話の冒頭に児島に触れたのも、そういう気持からです。

さて、陪審制の問題ですが、吉田さんがお触れになったように、昭和3年から18年まで陪審裁判は計484件、うち有罪378、無罪81、公訴棄却1、陪審の更新24、ということで、無罪率は17%でありました。最初は多かったのですが、次第に減って行って、昭和13年以降は年間件数は一桁台になったようです。

何故こうなってしまったのか。最も根本的理由は、陪審制を生み出した政党政治の凋落・崩壊であったと思われませんが、制度的に中途半端なものであったということも大きな原因であるといわざるをえません。陪審事件の範囲が狭く限定されていたこと、陪審の答申に拘束力がなく裁判官の判断に一致するまで何度でも陪審を更新できたこと、判決に不満でも控訴が許されなかったこと、請求陪審については陪審費用の負担を求められたこと、等々が指摘されえますが、一番の問題は裁判官が陪審制に消極的であったことではないかと思われまます。裁判官は冒頭に陪審に行くか行かないか被告人に聞くんですね。答申に拘束力がない、つまり決定権をもっている裁判官がオレを信用するのかわからないのかと被告人に迫っているようなものです。

それからもう一つつけ加えれば、全国的にみて陪審制にたえられるだけの弁護士が質量とも不足していたということも大きかったと思います。花井卓蔵だとか優れた弁護士はおりましたが、限られていました。「陪審裁判で頑張るよりも、裁判官の好意によって…」、というような面があったのではないのでしょうか。この辺は反論もあるかもしれませんが…。

**司会(吉田)** ありがとうございます。そろそろ前半部を閉じたく存じますが、一つだけ佐藤先生におたずねしたく存じますのは、いわゆる司法制度改革に関する先生に文書に、何度も「この国のかたち」という司馬遼太郎氏のエッセイタイトルが用いられていますが、幕末から明治大正昭和にかけてさまざまに歴史小説を執筆されている司馬作品に対して、何らかの思い入れがあるのでしたらご披露いただきたく存じます。

**佐藤幸治** 言葉というものはなかなか難しいですね。

行政改革会議で総論の部分（「行政改革の理念と目標」）も私の責任で取りまとめることになり、そこにおいて、「より自由かつ公正な社会の形成を目指して『この国のかたち』の再構築を図る」というように、「国のかたち」という表現を使いました。

きょう最初にお話したように、われわれは第二次大戦後日本国憲法という法典を制定して法律

的な制度もいろいろ変えたけれども、日本の現実の統治構造、その姿・かたちは本当に憲法典が求めるようなものになっているのだろうか、21世紀に臨むにあたって憲法典が求めているところに近づけるよう努力すべきではないか、そんな思いから、司馬さんが使われてポピュラーな「国のかたち」という表現を借用させていただきました。

われわれは明治期以来 constitution に相当する訳語として「憲法」という語を使ってきました。しかし constitution には、憲法典のほかに、体質・構造といったように日々の営みの中で作り上げていくといった意味合いが含まれています。われわれの現在の姿・かたちは憲法典が求めているところに適合しているか、していないとすればより適合するよう努力しようじゃないか、という趣旨です。

行政改革会議の審議で、司馬史観による趣旨かという質問も出ました。私は、司馬さんの御主張に惹かれるところもあるが、いわゆる司馬史観にコミットしているものでは決してない、むしろ constitution の含蓄を表現しようと…、といった趣旨のことを申しました。委員の河合隼雄さんが、憲法典にいう「個人の尊重」や「国民主権」の意義が強調されており、いわゆる司馬史観を越えているのではないか、とおっしゃり、「そうです、そうです」と答えるということがありました。

司会(吉田) ありがとうございます。では休憩に入ります。

## 鼎談後半部「日本国憲法下の裁判員制度」

司会(吉田) 先ほど申し上げましたとおり、旧陪審法は1943年に停止という措置を取られた関係で、実は戦後の占領政策下でその復活が相応に意識されております。大阪門真出身の幣原喜重郎首相の下で、松本烝治国務大臣を委員長とする憲法問題調査委員会が設置されたことは周知のところですが、この松本烝治が昭和初年の段階で関西大学の学長職にあったことはあまり知られておりません。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役務の義務として残すべきだとの議論がなされていたということを、まずは指摘したく思います。

ついで、英米法文化と民主制感覚を有する GHQ において、当然に陪審制の日本への再導入が議論され、例のマッカーサー草案の作成過程で、憲法規定に盛り込むこと自体も検討されたようですが、そのような規定化の必要は現段階ではなからうとの判断に至ったということが、記録に残されています。先ほどの佐藤先生のご報告の中で、京都大学土井真一教授の岩波講座論文への言及もございましたが、陪審制ないし参審制の導入可能性を意識して、旧憲法二四条の「裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」は、日本国憲法三二条においては「裁判所において裁判を受ける権利」と規定され直している点が重要かと思われますし、法学部生であれば承知しているでしょうが、憲法と同日に施行された裁判所法3条3項が、「法律で陪審の制度を設けることを妨げない」と明記されているわけです。

現憲法の原案の衆貴両院での審議過程におきましても、76条以下の司法の章の諸規定に関して、金森徳次郎国務大臣は、この憲法は旧憲法下での陪審制を排除していないと繰り返し答弁しております。ということをお客様にお伝えしたうえで、お三方にご発言願いたいことは、国民主権原理を採用し、行政裁判をも新たな司法権の対象とし、違憲審査制をも導入した現憲法の下において、刑事裁判への国民参加が想定されつつ具体化されずに60年以上が経過したことをどうみるか、ということです。まずは三谷先生からご発言願います。

**三谷太一郎** なぜ戦後陪審制が復活しなかったのか、少なくとも大正陪審法が復活しなかったかという問題がある。当時の占領軍の対日政策との関係からも問題なわけですが、今の憲法ができる過程で、これは先ほど佐藤先生もお触れになった、枢密院での憲法案の審議なんかを見てみますと、これは陪審についても触れているんですが、当時の日本の内閣法制局は、例えば入江内閣法制局長官などの答弁は、これは枢密院における答弁なんです、新憲法は直接に規定しないけれども、新憲法の下に大体アメリカ式の陪審制度が実施されるものと考えて。これが日本の内閣法制局の公式見解だったわけです。

昭和18年に陪審法が停止されたときの当時の司法省当局者談というのが新聞に出ています。それによると、戦時下だからやむを得ないから一時休止する、大東亜戦争が終わったら復活するものだと考える、それが当時の司法省当局者の考え方であったと思います。なぜ、戦後日本の政府当局者が陪審制の復活の可能性を、かなり大きく考えていたにもかかわらず実際には復活しなかったのかという問題があると思うんですが、これに関する当時の占領軍、つまり日本の憲法草案の起草に非常に重要な役割を果たした、占領軍当局がどういうふう考えていたのかというのは、いろいろな資料を見ても、その点がはっきりしない。ただ、問題は陪審制度を日本の本土に敷くという関心はとも占領軍当局にはほとんどなかったと言っていいんじゃないかと、私は思うわけでありませう。

なぜなかったかという問題なんですけれども、もちろん日本の新憲法の下における司法制度のあり方が問題とされたわけなんです、占領軍が問題にしたのは、要するに日本の司法というのは、やはり検察本位、検察優位でできている。だからそれを新しい憲法の下では裁判官優位のものに変えていくということが重要なんだということを言っているわけです。直接にアメリカ側の草案を起草した人たちというのはそういう考え方でした。つまり占領軍の見解によると、戦前戦中の日本の裁判所には威厳もなく、独立もなかった。裁判所は検察官の道具になっている。裁判官の昇進は検察の意向に従順であるか否かによって決まったというのです。それが事実として正しいか、どうかはともかくとして、そういう認識を占領軍は日本に対して持っていた。したがって、まず裁判官優位の形で司法制度の改革が行われる必要があるという、そういう認識をどうも、占領軍の当局者たちは持っていたんじゃないかという、そういう感じがしているわけです。ただ、先ほど問題として出ました裁判所法の3条3項、これは厳として占領軍の指示によって、1947年当時占領下ですから、当然占領軍の承認を得て、裁判所法3条3項というものができている、刑事陪審の可能性を排除しないというふうに出ているわけなんです。



当時の占領政策というものは、司法権についてはどうであったかというのは、どうも私には現在のところはっきりしないと言わざるを得ないわけなんです。ただ、私はやはり、それにもかかわらず3条3項が残されたということは、何らかの形で市民の司法参加を制度化するという課題が、占領下の日本からずっと懸案として、今日まで引き継がれてきたということを意味するように思います。

以上です。

**佐藤幸治** 今の三谷先生のお話につけ加えることはないんですが、敢えていえば、もし私が占領当局であったらどう考えるだろうか——何か変な言い方ですが——といった視点から、こんなことも考えられるのではないかと思います。資料的な根拠があつてのことではなく、いいかげんな話といえばそれまでなんですが、占領軍は、陪審制は占領政策の推進にとってきわめて具合が悪い、陪審によって政策の推進が阻害される、占領軍にとって困る判決が出る可能性がある、というようなことを恐れたんではないか、と。

占領軍が自分たちの都合で便宜的にいろいろなことをやったことは事実です。陪審とは別の話ですが、例えば内閣総理大臣の異議の制度というものがあります。昭和23年、農林大臣平野力三に対する公職追放覚書該当指定の効力停止仮処分申請を東京地裁が認容したいいわゆる平野事件を契機に、占領軍の要求で内閣総理大臣の異議の制度が設けられ、それが現行法に引き継がれているのですが、これは「異議」とはいいますが、内閣総理大臣が執行停止はダメだといったら the end で裁判所は従わなければならないのです。これは法の支配の見地からすれば具合が悪いもので、実際占領軍の関係者も後ろめたい気持をもっていたようです（もっとも、事の異常性は日本ではそれほど強く意識されなかったということでしょうか、現行法にもなお引き継がれているわけです）。陪審制は権力の勝手に対する国民の防禦といった面もあるわけで、占領軍がそれを恐れたということも十分ありうることじゃないか、と思ったりしております。

それから、やや付随的なことなんですが、民政局法務課長オプラー（ユダヤ系ドイツ人の裁判官で、ナチスの迫害を逃れて、第2次大戦直前にアメリカに亡命）が陪審制に好意的でなかったということも関係しているかもしれません。ただ、最終的には総司令部の中心の強い意向で裁判所法3条3項が設けられた、ということのようです。日本が落ち着いてきたら陪審制をやるべきだ、と占領軍も考えていたのではないのでしょうか。

**竹下 賢** 今の具体的な話にはコメントする能力はないんですけど、国民主権の現実化によって変わるということは、佐藤先生が行政改革の審議会へ入られる直前に書かれた、法の支配に関する論文を読ませていただいて、よく理解できます。まさに法の支配が確立するかに思えた戦後であったんだけど、それが結果的には行政支配の体制というものに押し返されたというものです。ただ、ドイツ的な法治国家もかなり批判されていて、その点少し異論があるのですけれど。

**佐藤幸治** そんな深刻に……。今のドイツも昔のドイツとは違うだろうと私は思っています。そ

れにしても、日本の場合、日本国憲法を制定してから半世紀以上も経って、司法は小さいまま、法は国民の身近になく、法の精神は国民の生活に浸透していない。これは一体何故なのか。深遠な学問的論議ではなくて、もう一度日本国憲法制定時の思い、いわば原点に立ち返って、具体的にどうすべきかを考えようじゃないか、ということなのです。

**竹下 賢** だけど、本当に私自身、国民主権の現実化に関して佐藤先生が国民の主体意識の回復を法の支配という観点から強調されていることにはまったく賛同しています。

**司会(吉田)** ご承知のとおり、日本国憲法が施行された直後に、いわゆる東西緊張を背景としてGHQの占領政策が転換され、朝鮮戦争をも契機として憲法重視ではなく安保条約重視ともいえるような憲法政治状況が生み出され、平和・労働・福祉・教育といった憲法問題が与野党の対立争点となり、憲法学界も国会と内閣の関係すなわち衆議院解散権の所在等を含めた議院内閣制の意義といった論点に関心を集中させる傾向がありました。その傾向は、高度経済成長期をバックとして70年代まで続き、自民党と社会党の一ヶ二分の一政党制と称されるいわゆる55年体制の継続にも重なります。

その中で佐藤先生がいみじくも先ほどおっしゃいましたが、明治以降、やはり行政が、内閣が国民生活を守り、幸せをつくるのであり、国会はそれをフォローし、野党がそれにあれこれいう、それでよいのだというふうな感覚が蔓延して、司法はおごなりのままに推移してきている。これまた先ほどご紹介がありました、法曹三者の合意が取れなければ司法のあり方には手が付けられないという枠組みも固まっている。しかし実は、憲法6条に打ち込まれていることですが、憲法上内閣総理大臣と最高裁長官はいわば同格なのです。主権者国民は、内閣総理大臣が誰かということをはば承知しているけれども、最高裁長官がどなたかについてはほとんど関心も抱かない。皆さんは、現最高裁長官のお名前をご存じですか。

総理大臣と最高裁長官の給与も同額だとご承知でしょうか。知られていない。このような状況を生み出している責め的一端は、憲法研究者にもあったのではなかったか、と私は思っています。ご承知でない方が多かろうかとは存じますが、80年代に入った憲法学界において、それまでの憲法体系書にはなかった「憲法訴訟」という章タイトルを打ち込んだ体系書が登場します。そうです。ここにおられる佐藤幸治先生の体系書です。人権の問題を、司法、裁判との関係でしっかりと整理し直し、講じられるべきなのだと先生は明確に打ち出されたわけです。

佐藤先生のお話に、先ほどちらっと出てまいりましたが、80年代末1989年に世界も日本も大きく動き出します。アジアでの天安門事件とヨーロッパにおけるベルリンの壁崩壊、そして日本でも天皇の代替わりのみならず、社会党のマドンナ旋風による参院での保革逆転が生じ、佐川急便やリクルートの疑獄も世情をにぎわすことにこととなったのでした。これらの疑獄事件を契機として政治改革の必要性が喧伝され、まずは国会改革が追求されるのですが、それが政党助成導入と選挙制度改革に矮小化されたと私はマイナス評価しております。が、それはともかく、旧憲法下に類似した官僚制支配がなお大きく残されているということで、続けて中央省庁と地方との関

係を含む行政改革をやるべきだとされ、佐藤先生が引っ張り出されます。

さらにそれに続けて司法改革、三番目の領域としてこれをやらなければ収まりがつかない、というわけで一貫しておざなりにされていた司法領域に改革の手が及んでいる、そういうことかと思えます。小中学生でも常識的に知っている三権分立が、実はとんでもない状況になっています。国家予算上の9割が行政の、つまりは内閣の傘下で費消され、国会関連予算も低い、ここについて私自身は野党への予算配分が相応になされるべきだと考えていますが、それ以上に司法領域の予算枠が少ない、しかし仕事量は増大しているわけです。そこに佐藤先生の登場ということになった。90年代以降の憲法研究者たる佐藤先生のご活躍は目覚ましいものがあるかと思えますが、三谷先生のお立場で、この佐藤先生が果たされた役割を、政治学者としてどうぞ覧になっておられるかお聞かせいただけませんかでしょうか。

**三谷太一郎** もちろん佐藤先生の果たされた役割は非常に大きかったと思います。歴史的に見ますと、司法制度改革は結局、いわゆる戦後改革としては必ずしも市民の司法参加を制度化するというような形では行われなかったわけですが、今おっしゃったように、要するに冷戦の終焉というのが契機になって、いわば戦後改革でなくて、冷戦後改革として日本の司法改革は行われた。これは第一次大戦後の大正期の司法制度改革と比較的に共通する面があると思うんですけれど、司法制度改革というのは、大正期の司法制度改革もそうなんですけれども、安定した政党内閣の下でないと行われにくいということがどうも、客観的に言えるような気がします。

大正期の場合には原内閣というのは、もちろん首相の暗殺によって、瓦解したわけですが、日本の旧憲法下の政権としては、例外的に安定した政権であったということが言えると思うんですが、冷戦後改革の場合の小泉内閣というものをどう評価するかというのは、なかなか難しく、私はなかなか判断しにくいのですが、それに原と比べて小泉首相が、どれほど司法制度改革に熱意を持っていたか、あるいは独自の見識を持っていたかという点については、私は非常に疑問に思っているわけなんです。客観的に見て、やはり小泉内閣が5年半にわたって比較的安定した政権であったということが、司法制度改革を実現するには大きな要因になったんじゃないかということは、やはり考えられます。もちろん、これには佐藤先生の役割というのが非常に大きいわけですが、そういう政治的な状況というものがあったということが言えるんじゃないかと思うわけです。

私は小泉内閣がやった、いわゆる改革の中では郵政民営化などよりも、司法改革の方が客観的に見て、より意味があったと考えます。長期的に見て、今後の日本にとって意義のある改革であったというふうに思うんですが、例えば、これは日本について言われたことじゃないんですけども、市場経済論者として有名な経済学者である、ミルトン・フリードマンという人がいるんですが、このミルトン・フリードマンが司法改革について言ったという言葉が非常に印象的なんです。フリードマンは要するに民営化論者なわけですが、だけれども、ちょっと自己反省しています。

やっぱりどうも民営化よりも実際においては法の支配を確立するということが、市場経済にとっては重要だということをやったようなんです。つまり、民営化、民営化ということをやった

のように唱えるのは間違っていたと。これは純乎たる市場経済論者であるミルトン・フリードマンの自己反省なわけです。つまり、市場経済論者としての立場から、司法改革に対する非常に大きな関心を持ったということが言えるんだらうと思います。つまり、法の支配というのは古典的な概念ですけども、法の支配を確立していくためには結局国家権力だけでなく、市民もそれを担わざるを得なくなっている、そういう時代に来ているということ、やはり市場経済論者も認識していたんではないかと思います。少なくとも、これは佐藤先生の方が詳しいわけですけども、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ことだという認識はどうも持ってきたんじゃないかという、そういう感じがします。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。

**佐藤幸治** 今、三谷先生が司法改革にとっての政治の安定の意義を説かれましたが、振り返ってみて、私も全く同感です。

大きな時代環境の変化、政治状況があって、司法制度改革も行われたということでありまして、私などはそうした大きな時代の動きに巻き込まれた、小さな小さな一つの歯車にすぎません。

司法制度改革の芽が出たのは、橋本内閣のときとあってよいと思います。行政改革会議のヒヤリングで田中直樹さんが、行政改革、規制改革などをやろうにも日本の司法が小さすぎる、司法改革が不可欠だとおっしゃったことを鮮明に思い出しますが、平成9年12月の会議最終報告は、規制改革などの観点からも、また（行政改革の目玉の一つである）内閣機能・内閣総理大臣の指導性の強化の観点からも、法の支配の拡充・司法の強化が不可欠であることを訴えました（内閣機能の強化は、権力分立ないし抑制・均衡のシステムに対する適正な配慮を伴わなければならないとして、司法改革に早急に取り組むべしと訴えているのです）。

その橋本内閣は失速し、小渕内閣が誕生し、司法制度改革審議会はその小渕内閣のときに発足するのですが、いろいろな政治の動きはありましたけれども（ご承知のように、小渕内閣から森内閣へ、さらに小泉内閣へと変転します。審議会意見書を提出したのは小泉内閣です）、司法制度改革を推進するという点に関しては、政治のブレは感じませんでした。その背景には、日弁連も含む法曹界、経済界、そして政党が司法制度改革に熱意をもち、マスコミも強い関心をもって報道した、という事情がありました。自民党は元々は司法への関心は薄かったと思われるのですが、保岡興治議員などを中心に実に熱心に取り組んでおられました。エピソードを一、二だけいえば、平成12年8月の審議会集中審議で法曹人口3,000人の目標を決めたのですが、その直前の7月末に元橋本総理を訪ね、審議会に臨む際の方針を伝えがていろいろ御相談したところ、「存分におやり下さい」ということでした。きょうこの会場に当時の日弁連会長久保井一匡さんがおみえですが、弁護士会内の難しい状況の中にあって腹を括って懸命に努力されている姿が目には焼き付いています。

最後に、内閣機能を強化するという行政改革の結果もあったと思いますが、官邸機能が高まり、その事務方を支えられた古川貞二郎官房副長官が実に安定した指導性を発揮されたことも非常に大きかったと思います（因みに、古川さんは佐賀出身です）。私も折に触れて副長官室を訪ね、

何かと御相談したものです。今は亡き司法制度改革推進本部事務局長山崎潮さんの獅子奮迅の姿も忘れることができません。古川さんは、さるところで、司法制度改革を振り返って、「天の時は地の利に如かず、地の利は人の和に如かず」の孟子の言葉に触れておられますが、私はそうした実に多くの人の努力の輪のごくごく一部の役割を果たさせていただいたと思っています。

ついでまた長々とおしゃべりしてしまいました。

**司会(吉田)** いえいえ、とんでもないです。ありがとうございました。私の立場からの質問ですが、規制緩和を含む行政改革の延長で、その改革のいわば受け皿としての司法改革ということになれば、すなわち事前規制から事後規制へということにするのであれば、受け皿としての質量ともに豊かな法曹ということが当然に導かれる。そのためのロースクール構想が、ご承知のとおり2004年度から動き出している。ところが、法曹人口の増大が弁護士の増大としてのみ追求され、裁判官と検察官は公務員定数の縮減の流れの中で、まったく増大される見通しが無い。このことを佐藤先生はどう受け止めておられるのでしょうか。少なくとも当面は、仕方がないこととお考えですか。

**佐藤幸治** 司法制度改革実施当初は、裁判官、検察官等の定員を相当数ふやしたと思います。年50名、60名、それに付随した事務官を含めればもっと多かったのではないかと記憶しています。最近の数字は承知しておりませんが……。

行政改革や司法制度改革に携わって、政治家の方々からよく聞いたことがあります。裁判所は不思議なところで、予算をつけようというのと要りませんというんです、と。真偽のほど、理由のほどはよく分かりませんが……。最高裁判所の中に、「こじんまりと、manageable な方がよい」というような思いがあったのでしょうか？

**司会(吉田)** 実は、都道府県庁所在地と北海道の旭川釧路函館で全国に50の地方裁判所がありますが、その下に多数の簡易裁判所が配置されていて、これが最も身近な民事と刑事の裁判管轄権を持っている。ところが、その簡易裁判所の統廃合がなお進んでいる、あるいは進められている。司法を担う裁判官の数と、地方検察庁などの検察官の数も相当に増大させ、充実させないことには、中央省庁とのスリム化に即した受け皿としての司法は実現できないのではないかと、私は思っているのですが、佐藤先生の感覚からは弁護士が増大すれば良いとお考えでしょうか。

**佐藤幸治** いや、必ずしもそうとは思いません。必要があれば、もっと増員したらいいと思っています。

ただ、何でもかんでも裁判所に持ち込むことができればよいかというと、そこは無条件にイエスとはいえない。それは、弁護士の役割は何かに関係してきます。弁護士が訴訟代理人として裁判で頑張ることはもちろん重要なのですが、弁護士の大きな役割は、国民の身のまわりにおいて、国民の相談にきちんと対応し、紛争が深刻化しないうちに処理することにあるんじゃないかと思

うのです。弁護士の相談料もリーズナブルで、国民がもう少し気軽に相談できるようにする、ということなども大事だと思います。そうした実態の上で、訴訟が増えてくれば、裁判官に余裕をもって裁判していただくためにも、裁判官の数をふやすべきだと思います。予算をつけ、定員をふやすには、法曹三者の一体的な迫力のある要求が必要です。予算当局は従来やり方を踏襲する傾向を強くもっていますから。

憲法は「裁判を受ける権利」を保障していますが、国は法律扶助にほとんど予算をつけていませんでした。法律扶助協会は弁護士会の拠出などで運営されていました。

**司会(吉田)** そうですね。

**佐藤幸治** 刑事の被告人には国選弁護の制度がありましたが、被疑者については何もなかったですね。弁護士会は当番弁護士制度で何とかしようと苦労されましたが……。今いいましたように、民事法律扶助については、国はほとんど何もしていない。欧米では数百億円、イギリスなどは千数百億円ともいわれていますが……。学者も社会もこのことの異常性をほとんど問題にしてこなかったのが実情です。司法制度改革の一環として民事法律扶助法ができて、ようやく国は少しまとまった予算をつけた……。

**司会(吉田)** ……40億円。

**佐藤幸治** そうでしたですね。そして総合法律支援センター（法テラス）の発足に関係して、もう少しまとまった予算が……。しかし、本当のところはこれからの努力次第です。

**司会(吉田)** では、来年具体的に動き出す裁判員制度に話を移したいと思います。これまでの話でご確認いただきましたように、明治期にすでに導入論が存し、大正期に具体的に政治日程に上り、昭和初期の段階で陪審制が日本に導入されておりました。今回新たに司法制度審議会が打ち出した裁判員制度は、旧陪審制つまり英米を中心定着している陪審制度とも、ヨーロッパ諸国が導入している参審制度とも異なる、いわば両者を合体させたような制度だといわれています。旧陪審制の難点を克服する必要もあったでしょうが、なぜ今回こういう制度になったのか。まず三谷先生に、諸国の制度を相応にご承知の先生のお立場で、日本で今こういう形の制度が動き出す意義をどうお考えか、お話しいただきたく思います。

**三谷太一郎** 必ずしも詳しくないんですけど、要するに確かに今度の裁判員制度というのは、陪審制ではもちろんないし、どちらかと言えば参審制に近いのでしょうかけれども、しかしヨーロッパ諸国で行われているような参審ともやはり違う性格を持っているんです。つまり、要するに対象事件というのはいわゆる重大犯罪というものに限定されている。これはやっぱり陪審の特色でもあるんです。戦前戦中の日本の陪審というものの対象事件はやはり重大犯罪、重大犯罪と言っ

てもかなり政治的な事件や何かは除外されていますから、それが私は戦前戦中の陪審制が機能しなくなった、非常に狭い範囲に限定されていたというのが陪審が不振に終わった一つの原因じゃないかと思うんです。

しかし、それにしても今度の裁判員制というのは要するに重大事件に限定されているという意味では陪審制の特色というのを一面に持っていると思うんですけども、それでは参審制という観点から見るとどうかというと、要するにヨーロッパで行われている参審制というのは非常に対象事件が広いんです。いわゆる重大犯罪ということに必ずしも限定されない。少年事件であるとか、軽度な窃盗事件だとか、そういうようなものが対象事件になっている。カバーする範囲がやっぱりヨーロッパの参審制の場合には広いと思うんですが、今度の日本の裁判員制度というのはカバーする範囲はヨーロッパ諸国の参審と比べて非常に狭い。それが一つの欠陥であるということを主張する人もいると思うんです。ただ、私はこれは佐藤先生が主宰された司法制度改革審議会にヒアリングに呼ばれたときに申し上げたんですが、私がそのとき申し上げたのは陪審制一本で行けるということじゃ必ずしもないんで、やはり陪審制と参審制を併用する制度が一番現実的でないかということ、たしかそのヒアリングのときには申し上げたと思うんですが、私はどうもそういう行き方が私としてはベストではなかったかということ、をいまだに考えております。そういう考え方から日本的な特色を持った参審制に近い裁判員制というものも意味があるのではないかというふうに考えています。

私は、裁判員制度はなぜ意味があるかということ、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では全然違うんですね。つまり、傍聴人席に座ってても、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裁判の傍聴人席に座ってただけけれども、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きゃ、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んで、単なる傍聴人にとどまるのと、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。

そうすると、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違ってくと私は思います。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のと、裁判員になるというのは事に対する質的な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。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、そうでないとなかなか司法制度自身がよくならないし、日本の民主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。

今は世界的に見ても、いわゆる先進国で職業裁判官制度でやってる国というのは、ほんとうに数えるほどしかない。ある人に聞くとオランダぐらいじゃないかということですけども、恐らくそうだと思うんです。日本は従来のやり方を踏襲していいということは、到底思えないです。私は前にやっぱりせめて中国や韓国に先んじて新しい司法制度改革をやらなくちゃいけないんじゃないかということを行ったんですけども、結果としては、中国や韓国の方が先んじたわけです。日本では世論がそれを受け入れないというふうなことがよく言われますけれども、一部野党ではそういうことを理由にして裁判員制度に反対するということがどうもあるみたいですが、もう少し、広い視野で司法制度というのを見てもらいたい。先ほど私は司法制度は民主制のもとでは単なる司法制度ではなくて、政治制度だといいました。アクティブ・デモスをつくり出す一つの重要なメカニズムが裁判員制度なんだということを認識する必要があるんじゃないかと、日本の民主シーの質を高めるためにも、裁判員制度による「市民の司法参加」は必要であると思います。

**竹下 賢** 最初に三谷先生がお話しされたアメリカン・デモクラシーについてのトクヴィルのお話、そのときに思い浮かんだことは、今の話につながるわけです。非常に感銘を受けたんですが、トクヴィルは『アメリカンデモクラシー』で、必ずしも大正デモクラシーというか、民主主義というものに全面的に賛同してるわけでもなしに、リベラリズムの要素ですね、そのあたりのところを非常に強調している部分があって、三谷先生が最初に言われたように、やはり、公共的道德とかそういうものに向かう、一種の市民的な徳の要請のようなことをトクヴィルは考えていた。だから逆にトクヴィルは、大正デモクラシーの批判を『アメリカンデモクラシー』でやったというようにも言われる部分があったわけです。

その部分というのが、やはり佐藤先生が国民の統治主体意識の回復ということとの関係で、司法の裁判制度に言及されるところにもつながるように思ひまして、やはり司法でも裁判員制度ということに関して言えば、国民は先ほどの三谷先生が言われたような形でのデモクラシーということでは、本当に選挙とは異なったかかわり方をせざるを得ない。しかもそのことは、そういう一種の主体性といいますか、市民的な公共心というか、そういうものの要請に非常に重要なかかわりを持ってくるんじゃないかというような気がして、今の話とトクヴィルとの関係をお話ししました。

**司会(吉田)** そろそろ企画を締めて行かなければならない時刻となって参りました。一般には、突然降って湧いたかのような受け止め方もされている裁判員制度が、実は140年前に立法行司法という明治の近代国家枠組みにその淵源を持ち、まさにその法枠組みを具体化するためにヨーロッパから招聘されたボアソナードが130年前に導入を提起し、自由民権運動の中でも提起され



ていたものの延長にある制度だということ、そして、大正期にボアソナードの薫陶を受けた原敬が首相となってまさに具体的制度化が実現し、残念ながら30年代の戦時体制の中で縮小され停止の憂き目にあったということ、を認識し直していただけたかと存じます。同時に、国民主権原理に転換し、基本的人権保障をうたう日本国憲法の下、新たな可能性を秘めて裁判所法上陪審制を妨げないと規定されながらも、国会と内閣の対抗状況が続く中で司法制度の充実ないし改革が遅れ、結局90年代に入っている頃から世界や日本が大きく新たな動きに入り、立法、行政、司法という順でこの国のかたちを変える流れが生じ、いま裁判員制度の導入を目前に控えている、ということです。

実は、原秀成という教授により『日本国憲法制定の系譜』という分厚い全5巻の著作が近時公開されました。その中で原教授は、日本国憲法はアメリカ GHQ によって日本に押し付けられたというような認識が、近時一部で強調されているが違っていると、政策面でも、運動面でも、研究面でも、連綿とした日本の明治大正からの「系譜」の上に日本国憲法はある、ということをお明かにしておられます。今回制度化される裁判員制度も、まさにそのような系譜の上にあるものだと、われわれ国民は再認識して、そのよりよき動き出しを自らのこととして受け止めるべきだろうと、一憲法研究者の立場で申し上げたく思います。

時間的余裕との関係で、ご参加の皆様からのご質問を受けての質疑応答にさほど余裕はございませんが、二三のご質問はいただきたく存じます。挙手を願います。お名前と所属、お立場と、どなたに回答を求めるといいうこともご発言ください。

**質問者 A** 法学部4回生の神崎と申します。司法制度改革審議会でご活躍された佐藤先生にお尋ねしたいのですが、先ほどのご発言にもありましたように、今回導入される裁判員制度には市民の政治教育という目的もある、この裁判に国民が参加することによって国民自身が向上して行ける、ということですが、実は逆に、罰則付きの守秘義務が科されることになっていますので、国民の側で裁判員の経験を共有することがむずかしくされているのではないかと思うのです。つまり、裁判員となった者は、その経験をあれこれまわりの人々に語ってはならない、また報道機関も裁判員から取材して論評を加えて、多くの国民にそれを知らせてはならない、というようにしられるような印象があるのです。市民参加が唱えられながら、その参加経験を市民が共有できないのではないかと、ということについて、佐藤先生の個人的意見あるいは審議会が出た意見でも構いませんので、お聞かせいただきたく思います。

**佐藤幸治** どうもありがとうございます。御質問はごもっともだと思います。ただ、国民にいままでない経験をさせていただくことになりますが、その際、評議の場で誰がこういった、ああいったというようなことが一々外に出るとなると、怖くて参加できないというように心配する向きも少なくないと思われます。そこは御心配いりません、安心して御参加下さい、というためには、評議における個々の発言が外に漏れることのないよう参加者に守秘義務を課す必要があります。

さわりながら、関係者、特に裁判所関係者は、この守秘義務の問題にやや神経質になりすぎ

てはいないかの印象がないではありません。例えば、評議で誰がこういったために有罪（あるいは無罪）になったというような内容を週刊誌に売るといふがごとき悪質なものは処罰されて然るべきですけれども、裁判員の経験をして思ったこと、感じたこととか、裁判長が威圧的で裁判員が発言しにくかったとか、質問もしにくい雰囲気であったとか、逆に裁判長がいい雰囲気を作ってくれて気後れなしにしゃべれたとか、そういったことを語ることは一向にさしつかえないし、国民が経験を共有し、裁判員制度をよくしていく上でむしろ必要なことだと思っています。私は、裁判官が専門家として国民（裁判員）に教えてやるというような態度で臨んだら、うまくいかないと思います。もちろん裁判官は法律問題について丁寧に分かりやすく説明しなければなりません、裁判員に求められているのは法廷に出た証拠に基づき合理的疑いを越えて被告人の行為を認定できるかどうかで、そこでは裁判官も裁判員も対等なんですね。裁判員はそれぞれの人生の経験などに基づいて率直に意見を述べるのが期待されているわけです。そして裁判長はアットホームな雰囲気を作って、そうした意見を引き出すよう努めることが期待されているのです。

被告人がいる、被害者がいる、法廷での検察官と弁護人の応酬をみる、そして利害関係のないいわば第三者として人の運命にかかわる事柄について真剣に考え判断をする、気が重いかもしいけれども、自分が社会の一員であることを実感することになるのではないのでしょうか。先ほど三谷先生が「能動的市民」ということをおっしゃり、竹下先生も共感するものがあるとおっしゃいましたが、裁判員制度は日本の民主主義の質的向上を図る上で重要な一歩になると思います。

アメリカでも陪審員になることを厄介視する向きも少なくないようですけれども、それを勤めた後では貴重な経験をしたと語る人が多いと聞きます。沖縄もアメリカの施政権下で陪審制をやったのですけれども、そのときのことについて調べた報道関係の知人から同様のことを聞いたことがあります。日本は戦後検察審査会を設けましたが、審査員になっていただくのに苦労があるようですけれども、これを勤めた人の多くは経験の貴重さを語り、その人たちによる親睦会のような集まりがあると聞いております。

御質問に戻りますが、悪質なものは困りますけれども、制度関係者も、国民も、守秘義務に過度にナーバスにならず、経験を共有し合う雰囲気を作るよう努め、マスコミ関係者もそういう方向を助長していただきたいと願っています。

**質問者 B** 松原と申します。半強制的な参加を通じて、市民性を向上させようということであれば、もう少ししがった領域の裁判、つまり都市計画とか、最低賃金とか、生活保護とか、教育とか、民事事件や行政事件の方が、一般市民としてはよく分かるのではないのでしょうか。憲法上の人権の問題にかかわるとしても、刑事被告人にかかわる分野よりも、民事的あるいは行政的な分野の裁判に参加させる方が、穏当ではないのかと私は思うのですが、いかがでしょうか。

**三谷太一郎** 私がお答えするのが適当かどうかわかりませんが、かつての戦前・戦中の陪審員の関与する裁判においては、先ほどちょっと数字が出ましたけれども、有罪率はむしろ低

と思うのです。逆に通常は今でもそうですけれども、有罪率は陪審裁判が行われた時期に比べるとずっと高いと思うんです。陪審裁判の下ではむしろ有罪率というのは低い数字を示しているわけで、それでとにかく有罪率が低過ぎるということでもって、当時の検事総長が昭和11年でしたか、仙台で有罪率が低過ぎるということを批判したということがありました。

私は過去の陪審裁判の事例をみると、むしろ有罪率が高くなり過ぎるということの憂慮は当たらないのではないかということを経前の陪審制の統計的な数字から推定しているわけで、これは見解の違いがあるかもしれませんが、そういうふうには私は思います。

**佐藤幸治** まず民事事件への参加からではないかということですが、確かにごもっともな面があります。ただ、民事事件は多種多様で、数も多い。きわめて多くの国民に参加をお願いしなければならないことになります。もっとも、お説では、都市計画とか最低賃金とか、そういう分野に限定してということのようですから、そういう心配はいらないのかもしれませんが、因みに、今回の裁判員制度について、何故重大事件にしぼったのか、むしろ軽い犯罪の方からではなかったか、といった質問を受けるのですが、いきなり多くの国民に負担をかけるのはどうか、こんな事件にまで引っぱり出されるなんてといったことにならないか、気が重いかもしれないけれども参加して貴重な経験として実感してもらえるにはやはり重大事件ではないか、等々の思いがあったように考えます。まず重大事件にしぼってスタートし、国民が納得すれば事件の範囲が広がっていく、という道筋が望ましいと個人的には考えています。

もう一つは、民事事件、行政事件では一般に法律問題と事実問題とが複雑にからみ合っているということです。刑事事件だって、例えば経済事件になりますと、複雑微妙です。殺人事件の場合、事柄自体はきわめて重大ですけれども、比較的について事実の問題に特化しやすい。しかも陪審制のように陪審員だけで有罪無罪を決するのではなくて、職業裁判官も入って議論する、その場合裁判員が気後れすることのないよう裁判員6、裁判官3の構成になっている。

まずはここからスタートし、習熟した上で、先ほどもいいましたように他の種類の刑事事件にも及ぼしていく、さらには、民事事件・行政事件にもその種類によって国民参加を考える、というように思っているところです。

**司会(吉田)** なおご質問をされたい方々が、多々おられようかとは存じますが、終了時刻を超過しておりますので、ご容赦下さいますように。最後に、閉会のごあいさつを関西大学総合図書館長の市川訓敏教授にお願いいたします。市川先生は、日本法制史ご専攻の法学部教授で、本学の児島惟謙研究者のお一人でもあられます。

**市川訓敏** 本日は皆様ご多忙の中、シンポジウムにお越しくださしましてありがとうございます。また、三谷先生、佐藤先生には、非常に貴重なお話をいただきまして、本当にありがとうございました。とくに、お二人の若々しい情熱と申しますか、司法制度改革にかける熱意は、聞いている私どもにもひしひしと伝わって参りまして、今まで司法改革に関してあれこれ言われ

てきているわけですが、その真の目的と裁判員制度の意義が皆さんによく理解できたのではないかと、思います。改めて、三谷先生、佐藤先生に、お礼の意味を込めまして、拍手をしていただきたいと、思います。本日は、まことにありがとうございました。

**司会(吉田)** ありがとうございました。