
司法の近代化と自律的法解釈の条件整備

小林 智

はじめに

近代的法秩序における主体とはいかなるものか。フーコー（Michel Foucault）は、近代社会に特有の権力のあり方を「規律訓練権力」と呼び、そこに、その権力形態に適合的な主体たる個人を産出する制度的装置の存在を見た。こうして、近代社会では、制度によって制度適合的の主体が生み出され、その主体が制度を運用する、という循環が成立することをもって、効率的な統治が可能となった。このとき、この主体は「規律の内面化」を達成した主体であるとされる。

私見によれば、「規律の内面化」と呼ばれるこの出来事は、いったん主体となるべき者がそれを獲得すれば主体が完成するというような、一回かぎりのイニシエーションという類のものではない。つまり、それはいわば完成した大人としての主体といった静態的な有様を示すものではない。近代社会における制度と主体との循環的構造の存立条件から、この表現に込められたニュアンスを考えるならば、それは、常にそうした規範をめぐる実践に直面するという主体の有様を示すものである。その実践は他者の存在を前提にしているために、そこにおける主体の規範解釈は、必然的にある種の公共の意味を帯びることになる。この近代社会においては、この社会に適合的な法的実践を通じて自由を表現する自律的主体が産出されるのである。

ところで、近代社会における統治の効率性は、法という手段を用いることによって達成される。法という手段の有用性については、より詳細に検討する必要があるが、さしあたり、次のように考えたい。支配者からすれば、法を用いることによって、その意思を被支配者に伝達する手段としての効率性（モニタリング・コストの低下）、また、その意思から恣意性が排除されるという効果（これは、立法過程や司法過程その他における公開性などの手続的保障によって確保される）が見込まれる。被支配者からすれば、

法規範解釈を自律的に行うことが許されることによって、試行錯誤の上に自身の自由を表現することが可能になるのであり、また彼らはそのように強制されるのである。すなわち、近代的自由は公には法規範解釈というかたちをとって現れることになる¹⁾。

近代秩序は、法的コミュニケーションの維持・発展によって、権力作動の確実性を獲得し、そのことによって、自律的主体の創造的行為と効率的かつ安定的な統治とを正の循環へともたらしたと考えることができる（法的コミュニケーションの成立とは、公共的世界の成立を意味する）。そうであるとすれば、少なくとも、こうした構造を持つ近代的政治社会においては、その存立に不可欠となる公共的世界を専門的に維持・管理する主体が生み出される必要がある。明治期日本において、それは、大日本帝国憲法に象徴される近代社会を担う官僚エリート養成と、教育勅語に象徴される臣民教育というかたちで露骨に表現されたように思われる。

このように近代化という事態を把握するならば、法曹は法的コミュニケーションの担い手として、この社会に不可欠となる。なかでも、裁判官は、こうした社会にあっては、その制度適合的な主体の範型をなすものである。法による統治を前提としているこの秩序において、司法府は、そのような主体の規範実践における衝突を第三者的な立場から解決する役割を担うことを旨とする。そこで行われる紛争の強権的解決は、単なる恣意的決定ではなく、それ自体が法規範解釈に基づくものであって、その宣明が権威を持つものとなるのでなければならない。それは、個別的には、個々の紛争当事者に尊重されるものとならなければならない。また一般的には、この政治社会における最も妥当な解釈として受け入れられ、それへの尊重が、政治的権威の正統性の尊重へとつながらなければならない（もちろん、正統性の確保の手段はこれに限られるものではない）。

このような機能を担う司法の実践には、さまざまな要素が必要となり、また、それらの配置が重要となる。以下では、明治期日本における司法制度の創出と近代的司法の担い手の産出の仕方を見ることによって、近代社会における制度適合的な主体の形成が近代化の途上にある日本においていかにして行われたか、を確認することとした。

I. 近代化政策と主体の創出

日本の明治初期において、西洋型の近代国家形成は喫緊の課題であった。不平等条約改正を達成し、西洋列強と肩を並べ国の独立を保つために、いわゆる「富国強兵」をめざす政策が実施され、国内の軍制改革、税制改革、産業整備、市場制度整備、法制度整備などが進められた。こうした事業の一環として、公教育制度の整備も急速に行われた。それは他の制度と同様、西欧でできあがった公教育制度を輸入するという仕方で行われざるをえなかった。教育システムの構築においてもまた、過去との断絶が目指されたのである。

なぜこのような公教育制度が導入されなければならなかったのか。私の枠組みによれば、近代的個人という主体とは規範を創造して解釈する個人である。この点、日本の身分制社会においても、規範を創造して解釈する個人というものが現れるような状況ではあったと考えることができる。ただし、それは偶々そのような主体が現れる、偶々の制度の巡り合わせでできてしまうということにすぎなかったということになる。また、身分制の下では、仮にそのような個人が現れたとしても、身分制における自身の役割を全うすることになる。

しかしながら、ここで外圧に押されるかたちで推進された公共制度の導入は、規範創出とその解釈を行う個人の産出を必然的に予期するものであった。そしてその営みは、既存秩序の批判というかたちをとり、為政者にとっての危険をもたらす可能性をもつものである。制度運用のためには、それにふさわしい規範創出とその解釈を行う個人という主体のあり方が要請されるが、それが時の政治に対する批判につながることは阻止されなければならない。また、導入された公共制度によって規範創出と解釈をする個人が生まれてしまった場合にも、その個人が政治に対する批判に向かう道を断ち、いわゆる床屋談義で満足するような状態に保っておくことが要請される。こうした要請に応えるものとして、公教育制度が導入され活用されると考えることができる。

ところで、明治政府は当初、日本の従来伝統を手直しすることで自身の政治的な正統性を確保することをねらっていた。1868年（慶応4年閏4月）神祇官を設置。1869年（明治2年6月）神祇官独立（行政機関の筆頭におかれる）。1870年（明治3年）には大教宣布（大教＝国家神道）、宣教使設置。1871年（明治4年）、神祇官廃止、太政官の下神祇省に降格（ただし祭政一致政策の強化のため）、1872年（明治5年3月）には教部省となり、国民教化に特化した機関となる。この背景には、民衆からの信教の自由の要求、寺院僧侶からの反抗、諸外国からのキリスト教弾圧²⁾に対する抗議がある。信教の自由について、国内の反発はもちろん、諸外国からの批判は、不平等条約改正のために無視できない問題であった。これは、西洋型の制度導入と祭政一致政策が両立不可能であることを示すものであった。

この矛盾を「国体」と「立憲政体」との区別によって解決しようということが、この後の政策の柱となってくる。神道については、宗教としての神社神道と祭祀としての国家神道の区別が行われ、国家神道が「国体」とつながる。これは、天皇をあこがれの中心とする国家体制を意味する道徳的概念としての「国体」であり、それによる正統性調達の下で、天皇主権・統治権総攬という法学的概念としての「国体」を表す大日本帝国憲法の下での近代的な制度、「立憲政体」が運用されるということになるのである。これは公教育制度においては、初等教育での「修身」「教育勅語」の教育と、中等・高等教育でのエリートに対する近代的な制度運用技術の教育に対応するであろう。

II. 司法制度整備

明治期日本においては、司法制度が急速に発展を遂げた。こうした発展の背景には、国内的動機と国際的動機があったといわれる³⁾。一方で、国内的には、時の政府が成立当初から不安定な要素を持っており、とくに国内の治安維持が重要であったことがある。また、資本主義体制の運営のための礎として、法体系および裁判制度の整備を全国的に統一されたものとするのが課題となった。その課題への対応の表れとして、1871年（明治4年）7月9日に司法省が創設されたことが挙げられる。他方で、国際的には、不平等条約撤廃、条約改正問題があった。治外法権の撤廃、関税自主権の確立のためには、西欧型の司法制度の整備が要請されたのである⁴⁾。

そのような司法制度の創出には2つの大きな節目があるという。まずひとつめに、司法省職務定制が1872年（明治5年）8月3日に太政官達として制定され、9月1日に施行された。ここにおいて、フランスの司法制度をほぼ写し取った司法制度の大枠が示された。ただし、裁判官の身分保障に関する規定は置かれず、司法行政と裁判の分離も確保されなかった⁵⁾。次いで、1875年（明治8年）には大審院が設置された。これによって、それまで未分離のままであった行政権と司法権が分離され、司法権の独立した機構が法の上で明確に表現されたのである⁶⁾。もっとも、ここでも司法卿が裁判官の任免権を握っており、裁判官の身分保障規定も設けられてはいなかった。また、大審院の地位は司法省という行政機関の下位に置かれるものであった。さらに、大審院の裁判所系統内における法解釈の統一性の確保に向けた裁判統制という問題が生じることもなった⁷⁾。

ただし、司法省と大審院の関係性につき、これを単に本来避けられるべき問題としてのみ見るべきかどうかについては、検討の余地があろう。岩谷十郎は、1879年（明治12年）の刑事法運用に関して、法条の解釈・適用に際して大審院が司法省に判断を仰いだ事実を紹介している⁸⁾。その分析によれば、大審院は「その法判断の自己指針を眠らせたまま、ひたすら司法省に盲従するだけの傀儡的な存在」⁹⁾ではなかったものであり、そこには協働関係が成立していたのであるが、それには当時の判事たちが依然として系統的な法学教育を受けた者ではなかったことも影響しているであろう¹⁰⁾。

この点、司法制度における客体的側面と主体的側面のうち、後者の養成が前者の整備に比して遅れていたということになる。「司法制度の形成・確立と司法官僚制の形成・確立との間には、当然のことながら、時期的にズレを伴っていた。制度枠組みのある程度の固定化なくしては、制度の担い手の組織化と人材の確保および養成、制度運営の体系的かつ持続性を有した方法などを成立させえないからである。とりわけ、列強西欧諸国の司法制度の外形移植を急ぎ、それらの諸国におけるような法概念や法技術などについての歴史的伝統を欠き、また、法服貴族などのような一定の担い手層を欠くなかでは、精度の構築に比して、養成や経験の蓄積などで時間の要する職種であったことからズレ

が生ずることは当然であった¹¹⁾。ともあれ、「人為的・技術的な制度として裁判制度が生まれ、それを通じて人為的・技術的規範としての法が自覚されるというのは当然といえはいるが、そのような人為的・技術的な制度は、あわせてそれを動かす特別の人間の集団をも生み出さざるをえないのである¹²⁾。こうして、司法制度整備とともに、その運用にあたる人材養成もまた急務であったことはいままでもない。

以下、近代的司法制度が要求する主体がいかなる資質を持つことを要求され、またいかにして制度のなかに組み込まれていったのかを概観したい。

III. 法学教育¹³⁾

近代法制を担う人材の養成は、当初は、明法寮、その後、司法省法学校という官省直轄の官僚養成機関において行われる。これはとりわけ司法官僚と教育研究者の養成に主眼を置くものであった。周知のとおり、この学校では、ブスケ (Georges Hilaire Bousquet)、ボワソナード (Gusutave Émile Boissonade de Fontarabie) といったフランス人教師を招聘して西欧近代法教育が施された。しかし、このいわゆる8年課程の「正則科」において、こうした外国人教師による授業という形態を維持するためには、外国人教師に対する高額な給料の支給、生徒の側の教授用語の習得を含めた長期の修業年限といった大きなコストが必要となった。そのため、この教育形態で、素早く効率的な多量の人材養成という要請に応えることは難しかった。したがって、そうした要請に応えるべく、司法省法学校内部には3年課程の「速成科」と呼ばれる、邦人教師が日本語による授業を行うコースが設けられた。司法省法学校正則科はその後、文部省管轄の東京法学校を経て、東京大学法学部に吸収された。

こうした官立学校では不十分にしかなされえなかった効率的で大量の人材養成に関して重要な役割を發揮したのが、私立法律学校である。当初、この学校形態の内実は、教師1人に生徒が10数名といった私塾のようなものではあったが、とくに在野法曹たる代言人の供給源となっていた。しかし、こうした機関で輩出される代言人の質は低かった。その後、こうした状況に対して、「代言人規則」の改正(明治13年5月)がひとつの転機となる。つまり、この改正により、それ以前には道徳的素養の「検定」のみであった資格試験に法学科目および裁判実務の能力を測る枠付けがなされたのである。また、ここに「旧刑法」「旧民法」(明治13年7月)がわが国初の近代法典として制定されるという状況も重なった。すると、こうした小規模の私立法律学校は生き残ることが難しくなる一方、より大規模で試験準備のための法学教育を施す大規模な私立法律学校が登場してくることになる。その際には、主要な法典が未整備であった当時において、主要な法継受国の選択をめぐる政治的な利害・思惑を反映して、フランス法系、英米法系、ドイツ法系の主要な私立法律学校が設立されることになった。フランス法系の明治法律

学校（明治13年12月）、東京法学校（明治15年5月）、英米法系の専修学校（明治13年9月）、東京専門学校（明治15年10月）がこの時期に設立された。

この後、帝国大学令（明治19年3月2日）により、東京帝国大学法科大学が設置される。この時期には、帝国大学を頂点とする各種教育機関の中央集権的単線化が進められる。そうしたなかで、私立法律学校もまた、近代法制の担い手たるエリート養成の一翼を担う高等教育機関としての位置づけを与えられ、体制内化されることになる。まず、「私立法律学校特別監督条規」（明治19年8月）では、特別監督学校として認可された私立法律学校は、帝国大学法科大学によって入学資格・学科課程・修業年限などの監督を受ける。それと引き換えに、法科大学による試問に合格した優等学生が「判事登用規則」（明治17年12月）に定める判事試補に任用されるという特典が与えられるのであった。このとき、認可された私立法律学校は、専修学校、明治法律学校、東京専門学校、東京法学校、英吉利法律学校であった。次に、「特別認可学校規則」（明治21年5月）では、これの認可を受けた私立法律学校の卒業生が「文官試験試補及見習規則」（明治21年1月）にいう判任官見習に無試験で任用されることになった。ここで先の5つの学校に加えて、独逸学協会学校専修科と東京仏学校法律科が文部大臣の認可を受けた。その後も「判事検事登用試験規則」（明治24年）といった法規に定める受験資格等を通じて、私立法律学校は、行政官僚・司法官僚へのルートたる高等教育機関のひとつとして位置づけられた。

私立法律学校がこうした制度に取り込まれざるをえなかった背景には、いくつかの要因がある。まず、人々の「立身出世」のルートとしての私立法律学校の社会的役割である。次に、これらの私立法律学校は、そうした人々の授業料収入によってもっぱらその経営を行っていたことである。それから、それに関連するが、運営資金難から、帝国大学出身者、実務法曹といった外部からの非常勤講師にその教育を頼らざるをえない事情があった。こうしたことから、資格試験制度に関する特典を得ることは、「立身出世」を望む学生を呼び集めるためには非常に重要な事柄だったのである。

こうして、初等教育から高等教育への単線の階梯をなす公教育制度の確立と資格試験制度が結びつけられる、業績主義を標榜する学歴社会化によって、「立身出世」のインセンティブを介して優れた人材が司法制度の担い手として供給されることになった。

IV. 裁判所構成法と老朽裁判官淘汰問題

1. 裁判官の独立と司法大臣の権限強化

(1) 裁判所構成法における裁判官の独立

ふたたび近代的司法制度整備に目を向けよう。裁判官の独立が問題となる。この点に

つき、明治憲法第57条が「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と定めていることをもって、司法権の独立が確立したとされる。新井勉は、伊藤博文の『帝國憲法義解』などの言葉を引き、憲法作成者らが、行政権から独立した司法権が政党その他からの政治的介入を受けずに法律のみに依拠して裁判を行うことを期して、司法権の独立および裁判官の独立を規定したことを明らかにしている。裁判官の独立は司法権の独立の実現のために非常に重要なものとして位置づけられる。すなわち、法律の運用を誤りなく行うことができる資質・能力を有する人材を裁判官に充てるために第58条第1項「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フル者ヲ以テ之ニ任ス」との規定があり、また、第57条第2項「裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」は、行政権からの司法権に対する不当な政治的介入を防ぐ趣旨で置かれているというのである¹⁴⁾。また、この第58条第2項「裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ処分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルコトナシ」とあり、同条第3項には「懲戒ノ条規ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」とある。

そして、この憲法第57条第2項に基づき、裁判所構成法が1900年（明治23年）2月10日に公布されることになる。この法律のなかで、裁判官の地位と身分保障については、次のような規定がある。裁判官の地位については、第67条「判事ハ勅任又ハ奏任トシ其ノ任官ヲ終身トス」として終身制が定められている。裁判官の身分保障については、第73条第1項「第七十四條及第七十五條ノ場合ヲ除ク外判事ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ処分ニ由ルニ非サレハ其ノ意ニ反シテ轉官轉所停職免職又ハ減俸セラルルコトナシ但シ豫備判事タルトキ及補闕ノ必要ナル場合ニ於テ轉所ヲ命セラルルハ此ノ限ニ在ラス」、第74条「判事身體若ハ精神ノ衰弱ニ因リ職務ヲ執ルコト能ハサルニ至リタルトキハ司法大臣ハ控訴院又ハ大審院ノ總會ノ決議ニ依リ之ニ退職ヲ命スルコトヲ得」、第75条「法律ヲ以テ裁判所ノ組織ヲ變更シ又ハ之ヲ廢シタル場合ニ於テ其ノ判事ヲ補スヘキ闕位ナキトキハ司法大臣ハ之ニ俸給ノ半額ヲ給シテ闕位ヲ待タシムルノ權ヲ有ス」がある。これらの規定により、「身体精神衰弱による職務執行不能、裁判所の組織変更・廃止による待命の場合を除き、判事は、刑法の宣告または懲戒処分以外は意に反して転官、停職、免職または減俸されない¹⁵⁾」こととなったのである¹⁶⁾。また、明治23年8月に判事懲戒法が公布されている。

なお、職権の独立に関しては、裁判所構成法第143条「此ノ編ニ掲ケタル前各條ノ規程ハ裁判上執務スル判事ノ裁判權ニ影響ヲ及ホシ又ハ之ヲ制限スルコトナシ」がひとつの転機となったことが指摘される。ここにいう「此ノ編」とは「第三編 司法事務ノ取扱」であるが、つまり、この規定によって、司法大臣、各院長、各所長などの司法行政監督権による裁判に対する干渉が禁止されることとなったのである。この点につき、それ以前には、判決を言い渡す前に、裁判書についてあらかじめ裁判所長の検閲を受け、欄外に所長の認印を受けなければならなかったところ、そうした内規に基づく慣習は、この規定に抵触することから廃止されたのである¹⁷⁾。新井は、『法曹会雑誌』に掲載さ

れた回顧録を引いて、この点を明らかにしている。

それ迄といふものは、裁判官が事件を審理し、裁判を行ふに当つては、先づ判決書を作成してこれを裁判所長に提出し、所長の検閲を受け、その認印を待つに非れば、判決の言渡を為すことが出来なかつたのであります。尤もそれは、当時の幼稚なる裁判官の判決内容及びその文章等を出来得る限り良化せしめやうとの趣旨に出でたものではありましたが、しかしさうすることによつて、裁判の内容に対する上司の干渉を容易ならしめ、延いては裁判の独立を毀損する結果となるは、最も視易き道理といはなければなりません。さりながらさうした弊害も、裁判所構成法の実施によつて、全く雲散霧消し去り、真の意味においての司法権の独立を確立するに至りましたことは、何と云つても当時の裁判官にとつては、一つの大なる喜びであつたのであります¹⁸⁾。

(2) 司法大臣の権限強化

こうした裁判官の独立が定められている一方で、司法大臣による司法行政上の監督権限が強いことが裁判所構成法の特徴として指摘される。三阪佳弘は、この当時の司法省と裁判所・裁判官の関係のあり方を「司法省を基軸とした裁判所・裁判官編成＝統轄方式¹⁹⁾と呼ぶ。それは、『司法権の独立』（司法と行政の機構上の分離、裁判官の身分保障、裁判官の職権の独立）を前提にしたうえで、裁判所構成法と司法省官制上、裁判所・裁判官にではなく、司法大臣に人事権と司法行政上の監督権が与えられている方式²⁰⁾である。

その特徴としては、司法行政上の指揮監督系統が〈司法大臣－各裁判所管理職（長・部長・監督判事）－実務裁判官〉というように編成されていたこと、また、身分階層的性格を持った司法官僚制が構築されていたことがある。指揮監督系統に則つて、俸給・官等が設定されたのである。そのような事情により、「裁判官としての能力や経験の差ではなく、司法行政監督官としての指揮監督権を持つが故に上位に立つという意識を裁判官の間に植え付け、司法行政上の指揮監督系統を通じての裁判統制を容易にする温床となつた²¹⁾とされる。

2. 老朽判事淘汰問題

司法に携わる主体の養成は、官僚登用のための資格試験制度と学校制度とが相互に連動させられることによって確立された。これによって、近代法を運用する素養を身につけた人材が質的にも量的にも高い水準で供給されることになった。こうした状況に、明治20年代後半からの近代的な新法典の整備が重なることになるのである（明治民法各編の施行が明治31年7月16日）。

ここで問題として持ち上がってきたのが、こうした一連の体制が整う以前に任用された裁判官とそれ以後に養成された人材との世代交代をいかにして行うかという老朽裁判官淘汰問題である。自由任用による旧世代は、それ以後の資格任用による新世代と比較して、学識および法運用能力の点から見て、実質的に劣っているか、もはや時代遅れになっていたとされる。先に見た職権の独立との関連でいえば、老朽裁判官淘汰問題とは、

要するに、自律的に正確な法的判断を行える主体とそうではない主体との交替という事態を示したものに他ならない。

裁判所構成法の施行後、明治25年に起き、児島惟謙がその帰趨において辞職に追い込まれたいわゆる司法官弄花事件²²⁾前後の大審院における派閥を分析した末澤国彦によれば、そこにはいわゆる「学士」と「非学士」の階層分化が見られるという。すなわち、『非学士』とは、資格任用制以前に登用され、体系的な法学教育を受けていないために法知識、法技術が不十分な者であり、『学士』とは、資格任用制以後に登用され、司法省法学校や東京大学法学部などで西政法制に基づいた体系的法学教育を受けてきた者である。これら二つの派閥は、明治二三年の裁判所構成法制定前後から現れ始めた。つまり、近代的司法制度が完成する過程で生まれたものである²³⁾。そして、この観点からすれば、司法官弄花事件は「非学士」の淘汰のきっかけとして位置づけられる。

人事権限の行使に対して裁判官の身分保障規定がその歯止めとならないという点については、先にも見た裁判官の身分保障規定である裁判所構成法第73条第1項には「但シ豫備判事タルトキ及補闕ノ必要ナル場合ニ於テ轉所ヲ命セラルルハ此ノ限ニ在ラス」と、転任に関する留保が付されていたことが挙げられる²⁴⁾。これについては、法案審議の段階ですでに、実質的には身分保障を掘り崩す可能性がある規定であることは自覚されており²⁵⁾、起草者であるルドルフ (Otto Rudorff) によっても批判される場所であった。実際、明治27年にはこの但書を根拠とした転補をめぐり「大審院判事千谷敏徳転補抗命事件」²⁶⁾が起きている。そのようなかたちで、「一八九三(明治二六)年から九四(明治二七)年にかけて強行された判事の大量退職処分は、単に『老朽判事淘汰』として、自由任用制の下で登用された法知識・技術の充分ではない『非学士判事』の排除、という意味合いからだけではなく、中央集権司法制度に対応した司法部内における具体的な統制システムの確立に向けた、政府による政策実行の意味も有していたと思われる。九四年には、判事検事官等俸給令(明治二七年二月一四日勅令第一七号)により、判検事の定員数が削減され(判事総定員一二二一人に)、大審院部長・判事から区裁判所判事を含む判事三一一人、検事九九人の『行政整理』がなされたのである。さらに、九八年にも、判事検事官等俸給令の改正(明治三一年六月二〇日勅令第一二二号)に基づいて(判事総定員一一八七一人に)、大審院部長・判事、控訴院長、控訴院検事長クラス一五名の休退職処分を皮切りに(同年六月二八日)、同年一〇月から翌年三月にかけて、判検事の大量休退職処分が実施された」²⁷⁾。

おわりに

近代的司法制度整備は、次のような経過を辿った。

司法における法運用を誤りのないように進めるためには、まだ法典も未整備であった

初期の段階では、裁判所と司法省の間でのやりとりを通じた訓令システムによる裁判という形式、また、裁判所内部における判決書についての検閲といったかたちでの方策が採られていた²⁸⁾。

その後、公教育制度の発達とともに整備された官立・私立の法律学校における体系的法学教育によって近代法運用に相応しい法知識と技能を有する人材、いわゆる「学士」が輩出されるようになる。資格試験を通じて裁判官の質が一定の水準で確保されるようになる、裁判所構成法の施行と相俟って、裁判所内部での判決書に関する検閲も廃止されるに至ったことが確認された。こうした体制への移行に際しては、司法省による人事権・監督権の行使を通じた老朽裁判官淘汰が行われたが、これは裁判所構成法の作成段階でもすでに織り込み済みであったことが覗えるのである。

以上で確認されたところによれば、裁判官に要求される資質・能力は、自律的に法解釈を行うことができることであった。先にも登場した高橋文之助の「私の任官当時の回顧」なる回顧録のなかで、横浜始審裁判所長岡村輝彦が高橋に示したという判事の心得には、次の言葉がある。「就ては君の判決書も事前に検閲せざるを以て君の責任に於て君の信念通り裁判せらるべし。但し事前に於て十分に研鑽を遂げ苟も疑義ある時は同僚先輩に諮り、或は時としては自分に相談を掛けられても然るべし。而して若し議論一致せざるときは君の信念通り裁判せらるべし。是れ即ち裁判官の貴き所なり」²⁹⁾。岡島所長は検閲をしなかったというが、ここに示される言葉のとおり、裁判所構成法以降の司法制度上において、判事に要求されている資質とは、何よりも西洋型近代法に依拠した裁判を自律的に遂行できる資質であったといえよう³⁰⁾。

そうした資質を持った新世代と旧世代の交代について、裁判所構成法における裁判官の身分保障に関する留保を通じて、人事権・監督権が行使されたのであった。そうした措置自体は、司法制度に適合的な主体の導入について必要でもあったのだろうが、こうした老朽裁判官淘汰の際に採られた裁判所構成法に基づく人事権・監督権の運用はその後も温存され、司法部内部の間接的統制方式の浸透に繋がることになる。明治40年代以後になると、自律的な裁判官が自主的に体制順応的になるという事態が出来ることになるという³¹⁾。久保田稷はそのような事態が生じたことにつき、司法制度の担い手が「近代的な裁判官としての職権の独立を体しうる、個の確立も、自立した近代的人間像における精神も、責任主体性も、もともと欠いていた」³²⁾ところに帰する。しかもそれは、司法官の社会的出自が低いために経済的に不安定な状況にあり、「官途に就くことに自己の生計を託し、したがって官途にしがみつかざるをえなかった者達であった」³³⁾からである。

私はむしろ、近代的な主体の自律の構造自体にそうした方向へと流れる性質をすでに孕んでいるものとして問題を捉えたい。近代的な社会秩序をかたちづくるための方策として、先に見た公教育制度が「立身出世」の欲望を媒介とした社会的上昇のチャンネル

として機能したのは、それに先立つ「秩禄処分」等々による身分制の解体があったからであろうし、そのことによって、近代法運用に必要な知識を身につける強いインセンティブが人々の間に働く余地があったのであろう。久保田は近代化以前より続く家産的官僚意識が近代化以降も官僚の間に温存されていることに問題の原因を求めるが、むしろそこでは問題が新たな局面を迎えたと考えるべきではないのだろうか。すなわち、ここで問題になってくるのは、主体の自律のかたちである。その自律とは、近代法秩序と表裏の関係にあるのであり、近代法秩序において主体の自律を作り出し、それをある方向へと導く制度設計・環境設定の問題として、自発的に統制に従う近代的主体の問題を捉える必要があると考えるのである。

注

- 1) ここでの論述の内容については、小林2003参照。
- 2) 1869年（明治2年）の2月に長崎浦上村の天主教徒の農民が弾圧される（浦上事件）。処刑は諸外国の批判にあい、流刑。3月に、キリスト教禁止の高札。
- 3) 三ヶ月1978b、245-246頁参照。
- 4) 久保田1993、132頁参照。
- 5) 久保田1993、135-137頁参照。
- 6) 三ヶ月1978b、248頁参照。
- 7) 久保田1993、139-140頁参照。
- 8) 岩谷1993参照。
- 9) 岩谷1993、52頁。
- 10) 岩谷1993、55-57頁参照。
- 11) 久保田1993、147頁参照。
- 12) 三ヶ月1978a、11頁。
- 13) 利谷1965、天野1971、藤原1994参照。
- 14) 新井1998、7-10頁参照。
- 15) 末澤1994、80頁。
- 16) もっとも、第73条第1項但書は、老朽裁判官淘汰に関わる。
- 17) 新井2008、14頁以下参照。
- 18) 高橋1940、82頁。
- 19) 三阪1996、100頁。
- 20) 三阪1996、105頁、注(1)。
- 21) 三阪1992、825頁。
- 22) 楠1989、第一章参照。
- 23) 末澤1998、125頁。
- 24) 久保田1993、145頁参照。
- 25) 楠1990参照。
- 26) 楠1989、第二章参照。
- 27) 久保田1993、154頁。
- 28) 林真貴子によれば、この当時の裁判所において、民事紛争は「裁判」の名の下に「熟議解訟」という実質的には和解のかたちで解決されることが主であった。林は、「勸解」を裁判に前置する運

用の導入により、「勸解」によって決着を見なかった紛争が「裁判」で解決されることとなり、それが終局的に「判決」によってもたらされることになったと指摘している。「勸解」と「判決」が概念的に区別される結果、裁判官による法的判断である「判決」という紛争解決が定着する契機がそこにあったとの指摘であり、自律的法解釈主体としての裁判官が要請・訓練される契機として興味深いものである。林1997、林2002参照。

29) 高橋1937、139頁。

30) 司法省法学校卒業生らによって近代的な民事訴訟の体裁が早い時期から整うことにつき、林屋2006参照。

31) 三阪1990、久保田1993参照。

32) 久保田1993、155頁。

33) 久保田1993、155頁。

文献

- 天野郁夫 1971 「近代日本における外国法の受容と法学教育の成立」『名古屋大学教育学部教育学科紀要』第18巻、所収。
- 新井勉 1998 「裁判所構成法の施行と司法部の人事（一）——日本大学精神文化研究所編『松岡康毅日記』を使って——」『日本法学』第64巻第3号、所収。
- 岩谷十郎 1993 「訓令を仰ぐ大審院——明治一二代の司法権——」『法学研究』第66巻第8号、所収。
- 楠精一郎 1989 『明治立憲制と司法官』、慶應通信。
- 楠精一郎 1990 「裁判所構成法制定小考」中村勝範編『近代日本政治の諸相——時代による展開と考察——』、慶應通信、所収。
- 久保田穰 1993 「明治司法制度の形成・確立と司法官僚制」利谷信義・吉井蒼生夫・水林彪編『法における近代と現代』、日本評論社、所収。
- 小林智 2003 「自由という強制——個人産出秩序の構造（一）～（四・完）」『名古屋大学法政論集』第195号、第197号、第198号、第199号、所収。
- 末澤国彦 1998 「司法省内の派閥と松岡康毅」『日本大学史紀要』第5号、所収。
- 高橋文之助 1937 「私の任官当時の回顧」『法曹会雑誌』第15巻第10号、1937年、所収。
- 高橋文之助 1940 「裁判所構成法実施五十年に際し所感を述ぶ」『法曹会雑誌』第17巻第11号、所収。
- 利谷信義 1965 「日本資本主義と法学エリート（一）～（二）」『思想』493号・496号、所収。
- 林真貴子 1997 「紛争解決制度形成過程における勸解前置の役割」『阪大法学』第46巻第6号、所収。
- 林真貴子 2002 「第10章 訴訟法制」山中永之佑編『新・日本近代法論』、法律文化社、所収。
- 林屋礼二 2006 『明治期民事裁判の近代化』、東北大学出版会。
- 藤原政行 1994 「官僚養成制度と私立法律学校への統制について」『教育学雑誌』第28号、所収。
- 三ヶ月章 1978a 「法の客体的側面と主体的側面」同『民事訴訟法研究』第4巻、所収。
- 三ヶ月章 1978b 「日本近代法史——司法制度」同『民事訴訟法研究』第7巻、所収。
- 三阪佳弘 1996 「近代日本の司法省と裁判官（一）」『龍谷法学』第29巻第1号、所収。
- 三阪佳弘 1992 「昭和初期の大審院長権限拡大論について」『阪大法学』第42巻第2・3号、所収。