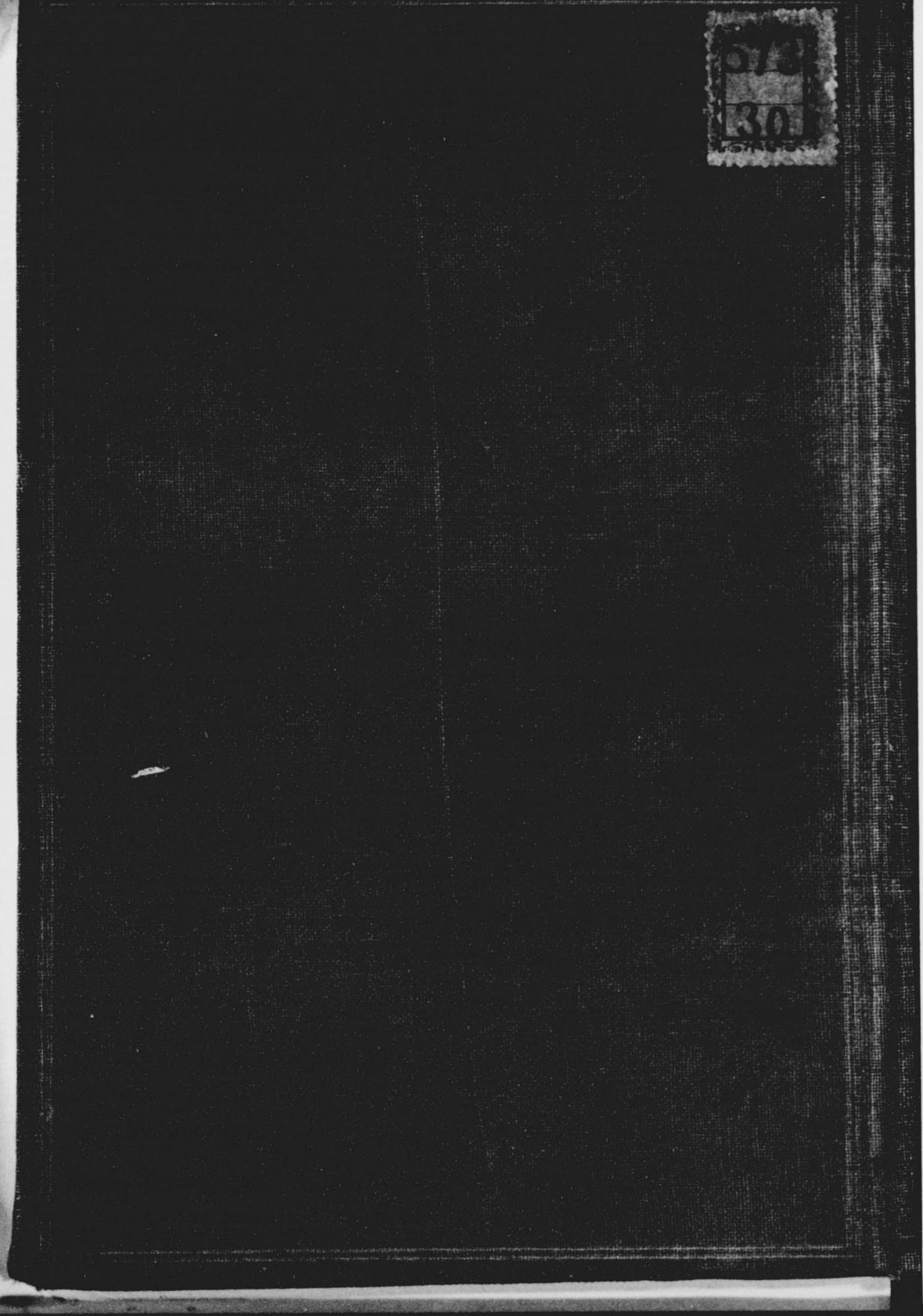

573
30

*0017041000*

0017041-000

５７３－３０

# 陪審制の新研究

梶田年・著

清水書店

昭和２

ACH

帝國圖書館

# 陪審制の新研究

司法大臣
法學博士 原 嘉道 序
法學士 梶田 年 著

東京 清水書店發行

昭和 帝國圖書館

573-30

# 序

國家司法裁判權の行使に一般國民を參與せしめ、民意を裁判に反映せしむる裁判制度は、之を概括して民衆裁判制度と稱するを得べし。陪審制度は此の民衆裁判制度の範疇に屬し、最も廣く世界文明諸國に行はれ、各國裁判制度の中核を爲す普遍的制度にして、民衆裁判制度の典型と謂ふべく、又其代表的制度と見ることを得べし。我國も亦此の世界的趨勢に從ひ本制度を採用するに至れるものとす。故に本制度の機能を發揚せしめ、之を裁判制度の樞軸たらしむるには、先づ世界各國に於ける本制度の實況を研鑽するの要あり。是れ政府が毎歳斯制研究の爲め、司法實務家を歐米に派遣したる所以なり。

本著者又曩きに本制度研究の命を受け、遍く各國の陪審制度を視察し、同時に又廣く民衆裁判制度其他の民衆的司法制度の取調に努め、歸來中央法衙に於て刑事裁判の實務に當り、傍ら其蒐集知得せる所を比照推覈して、我陪審制の特質を闡明し、其眞隨を究め本著を作す。

惟ふに我陪審制たるや、其目的とする所、立憲政治の精神を透徹し、司法自治の觀念に基き國民をして司法裁判に參與せしめ、以て益〻裁判の威信を昂めんとするにあり。然も本制度は我が國に在ては最初の試みに屬し未だ直に完璧を以て目すべきにあらず。其實施運用の成績に顧み、後日改廢の必要あるは之を豫期するに難からず。又之が實施運用に當りては、國民一般に斯制の趣意





精神を徹底せしむるに勉むべきは勿論直接運用の任を負荷すべき司法實務家は、豫め周密なる攻究を遂げ、之が實施の準備を整へ、十分に我陪審制の機能を發揮し、眞に民衆裁判たるの價値あらしむるの用意なかるべからず。

本著其內容實質、殊に制度改廢の論議に於て、制度運用の對策に於て、精細を盡して餘蘊なきに似たり。寔に事宜に適したる好著にして、上記の目的を達成するに好個の參考資料たるを失はず。今や我陪審制の實施も近く目睫の間に迫るに際し、本著の出づるは眞に時機に適したるものにして、在朝在野の法曹實務家其他陪審制の研究に志す士に好指針を供するものと謂ふべし。

一言を卷頭に記し以て序とす。

昭和二年七月

法學博士　原　嘉道

# 自叙



顧て實施の運びに至るべき我が陪審制は、民衆裁判制度の體系より謂へば、半官半民の裁判制度として甚だ程度の低いものてある。且我憲法上の國體關係より、民意を裁判に反映せしむる仕組に於て、特種の地位に置かれて居る。從て是を西歐諸國の陪審制に比較對照せば、種々の特徴を有すると同時に、又幾多の缺陷を包藏して居るのを發見する。此等の特質缺陷を攻究して、其改むべきは改め、助長せしむべきは助長せしめ、他日の完成を期せねばならぬ。抑又制度法規は死物である。之を活用して其機能を發揮せしめ、之に潑溂たる生氣を與ふるは其運用方法の如何にある。法の價値は其運用の巧拙に依り左右せらるゝことの大なるは謂ふまでもない。我陪審制の機能を發揮せしめ、其運用を完からしめ、之をして眞に民衆裁判たるの價値あらしむるは、主として之が運用の任に當るべき司法實務家の双肩に掛つて居る。此の任に在る者は、其朝にあると野にあるとを論ぜず、我

陪審制の組立殊に其特徴と缺陷とを辨へ、能く陪審員を指導誘掖して、其職能たる事實判斷を誤らざらしむることに努力するの覺悟を要する。

本小冊子は、固より陪審制の全般に亘る研究を盡すものにあらず、其缺漏は之を後日の補完に俟つことゝし、各章各項に亙り、陪審の價値、機能を說き、我陪審制の特徴缺陷を究め、他日之が改正の資料に供し、又之が運用の要訣を稽へ、實際運用の任に當るべき司法實務家、殊に辯護士の職責のある所を明かにした。是れ我陪審法の圓滑なる運用の新試鍊に誤ることなく、且將來の發達進化を冀ふの微意に外ならぬ。

卷末墺太利陪審法制の解說は、曩きに余の陪審制度視察報告書に載せたる舊稿なるも、同法制は我陪審の主要なる母法なるを以て、我陪審法の解釋運用に資する所あらむかと思ひ、茲に再錄することにした。讀者之を諒せられよ。

昭和二年六月上浣

著者識



## 用語の解

本書に用ふる用語、必ずしも世上一般の用例にのみ從ふものではない。又研究上新しき思想概念を顯はす爲めに、創意的語辭を用ひたる箇所も尠くない。是れ敢て新奇を衒はんとするものではない。一に思想概念の意味內容を言ひ表すに、最も適當と信じたる字句を用ひんとしたるが爲めに外ならぬ。幸に江湖各位の垂敎を得ば著者の悅び之に過ぎぬ。

一、『陪審』は陪審制若は陪審制度の意味に用ひ、又實際陪審法廷に於ける公判審理辯論に立會ひ、事實判斷の答申を爲す陪審員の組織體を指稱することがある。其何れに使用したかは、前後の文意より自ら判明する。

一、『選定陪審員』は陪審員候補者中より選定せられ、將來陪審を構成するに至るべき陪審員を謂ふのである。

一、『半官半民の裁判』『官民合同裁判』『同僚裁判』『朋輩裁判』と謂ふ如き語句は、官僚裁判に對して夫々民衆裁判の態樣殊に陪審裁判の機能を形容する爲めに用ひたものである。

一、『消極的事實判斷主義』『任意性の陪審』『陪審離脫の制』

# 陪審制の新研究　目次


緒說……一
一　民衆裁判制度と陪審制の地位……一
二　陪審制の成績と之が研究の必要……五
第一章　陪審制の發現と其機能……九
三　陪審制發現の基本……九
四　日本陪審制の由來……一〇
五　陪審の機能と其眞隨……一三
六　陪審機能の調節……一六
第二章　我陪審制の價値……一九
（陪審事件の範圍、陪審離脫の制、及事實判斷主義より
の考察）
七、陪審事件の範圍と陪審の價値……一九






と謂ふは、何れも我陪審制の特徴を表顯する爲めに使用せる創意的新語辭である。

一、『罪責判斷主義』又は『積極的事實判斷主義』は我陪審制の消極的事實判斷主義に對して、陪審員の事件に對する意見が其儘直に判定力を有するに至る泰西諸國の陪審制の特質を言ひ表すものである。

一、『陪審員名簿の單式制、複式制』と謂ふは陪審員資格者名簿、陪審員候補者名簿及陪審員職務名簿（開廷名簿、當籤名簿）の內一種を採用するか、二種以上を採用するかに依て、區別した名稱である。

一、『課題』は裁判長が陪審に對して發する、問若は推問又は問書の謂ひである。

一、『職權訊問主義』は裁判長其他の裁判官が陪審公判に於て、被告人、證人、鑑定人等を訊問する主義を謂へるもの。『當事者訊問主義』は之に反して、檢事の代理者又は被告人の辯護人たる辯護士が、證人、鑑定人等の訊問を爲す主義を謂へるものである。

一、『陪審の宣言』は泰西諸國の陪審制に於ける陪審員の答申を謂へるものである。

八　陪審離脫の制と陪審の價値……一三
九　消極的事實判斷主義と陪審の價値……一六
第三章　任意性陪審と其運用……二二
一〇　任意性陪審の觀念と我陪審制の特徴……二二
一一　任意性陪審の運用……三一
第四章　消極的事實判斷主義と其運用……三五
一二　消極的事實判斷主義と我陪審制の特徴……四二
一三　消極的事實判斷主義發生の理由……四三
一四　泰西諸國の事實(又は罪責)判斷主義……四六
（積極的事實(又は罪責)判斷主義）
一五　消極的事實判斷主義の陪審制の運用方法……五八
第五章　陪審員の資格要件と其改正の必要……五七





一六　陪審員資格として財産上の要件の適否……五七
一七　陪審員資格たる財産上の要件に關する外國立法例……六一
一八　財産上の要件の改廢の必要……六四
一九　陪審員資格としての智的能力要件……六七
二〇　陪審員缺格者としての受刑者の待遇問題……七〇
第六章　陪審員の選定方法と其改正の必要……七八
二一　陪審員選定方法の要訣及各國立法例……七八
二二　我國の陪審員の選定方法と其改正論……八三
第七章　陪審員名簿の種類と其簡易化……八九
二三　陪審員名簿の單式制と複式制……八九
二四　單式制と複式制の得失……九一
二五　我陪審員資格者名簿の簡易化……九三
第八章　選定陪審員の發表の當否……九八

二六　選定陪審員發表主義の利弊……九八
二七　我選定陪審員不發表主義の意義及其價値……一〇〇
**第九章　陪審公判手續の樣式と其優劣**……一〇四
二八　陪審公判手續の各種の樣式……一〇四
二九　陪審公判手續の各種樣式の優劣……一一〇
三〇　陪審公判手續の理想的樣式……一一五
**第十章　我陪審公判に於ける辯護人の辯論と辯護人の責務**……一一七
三一　辯護人の辯論の優越的地位……一一七
三二　陪審公判手續に於ける辯護人の責務……一一九
**第十一章　陪審員に對する課題(推問)**……一二六
三三　陪審員に對する課題の巧拙と其種類範圍……一二六
三四　課題作成の方法……一三〇
三五　課題不必要の場合……一三九
**第十二章　陪審公判準備手續**……一四二
三六　公判準備手續の活用……一四二
三七　公判準備手續活用の方法……一四三
**第十三章　起訴陪審制の價値と其新形態**……一五〇
三八　起訴陪審の機能と價値……一五〇
三九　英國に於ける起訴陪審制と其價値……一五二
四〇　起訴陪審の新形態と司法權の獨立……一五五
**第十四章　我陪審制の改善と陪審制の進化**……一六二
四一　我陪審制改善の必要……一六二
四二　陪審制の進化と參審制度……一六五

四三　獨逸に於ける參審制度……一六七
四四　佛蘭西に於ける陪審制の進化……一七一
四五　我陪審制の將來……一七五

## 第十五章　英國陪審と佛國陪審との特徴比較……一七八

一、起首　二、被告人に對する訊問
三、證人鑑定人の訊問　四、法廷に於ける座席
五、當事者の辯論及說示　六、陪審員に對する推問
七、證人の宣誓方式　八、陪審裁判官の單獨制と合議制
九、起訴陪審　一〇、結尾

## 第十六章　墺太利の陪審制……一九二

墺太利陪審制の價値と其研究の必要

### 第一節　陪審の根基及陪審事件……一九三

一　陪審の根本法……一九三
二　陪審事件……一九三
三　陪審の除外竝停止……一九四

### 第二節　陪審裁判所の開廷地、開廷期及其構成……一九九

四　陪審裁判所の開廷地……一九九
五　陪審裁判所の開廷期……二〇〇
附　訴訟進行の順序……二〇二
六　陪審裁判所の構成員……二〇五
附　陪審法廷……二〇六

### 第三節　陪審員資格及陪審名簿……二〇八

七　陪審員の資格……二〇八
八　陪審職務不就任者及陪審義務免除者……二一三
九　陪審員原簿の作製……二一四
一〇　陪審員原簿に對する異議竝其更正……二一五
一一　陪審年簿の作製……二一八

一二 職務名簿の作製……二二〇
第四節 陪審員の召喚、是に對する制裁及義務の免除竝費用賠償……二二三
一三 陪審員の召喚……二二三
一四 陪審員に對する制裁及義務の免除竝費用賠償……二二四
第五節 陪審構成手續……二二六
一五 陪審構成手續の場所竝關與者……二二六
一六 陪審員の除斥及忌避手續……二二七
一七 陪審構成の便宜手續……二三一
第六節 陪審裁判所に於ける公判手續……二三二
一八 第一審裁判所の公判手續に關する規定の一般的準用竝裁判長の職責……二三二



一九 公判辯論の開始及陪審員の宣誓……二三三
二〇 證人鑑定人の呼上、竝之に伴ふ手續及其不出頭の場合の制裁其他の手續……二三四
二一 公判審理(公訴狀の朗讀、被告人の訊問竝證據調)……二三六
二二 陪審員に對する課題……二四〇
A. 課題要否の決定……二四〇
B. 課題の種類……二四一
C. 課題作成の方法……二四三
D. 問題の朗讀及其後の附加變更……二四四
E. 問題書の雛形……二四五
二三 當事者の辯論及裁判長の敎示……二四五
第七節 陪審員の評議及評決……二四七
二四 陪審員に對する諭示及評議の秘密、疑義の解決方法……二四七
二五 表決の方法……二四九

目次

二六　陪審の宣言竝其不當なる場合の處置……二五一
第八節　陪審の宣言後の辯論及判決手續……二五三
二七　陪審の宣言後の辯論……二五三
二八　判決手續竝公判調書……二五五
第九節　陪審裁判所の判決に對する上訴……二七
二九　上訴の種類……二五七
三〇　控訴の理由竝其提起權利者……二五八
三一　上告提起者及上告理由……二六〇
三二　上訴の手續……二六五
三三　大審院に於ける判決……二六六
跋辭

陪審制の新研究　目次終



# 陪審制の新研究

法學士　梶田年著

## 緒說

### 民衆裁判制度と陪審制の地位

陪審は一般國民が、司法裁判に參與する裁判制度であるから、國民裁判若くは民衆裁判と謂はれて居る。併し、廣く泰西諸國の裁判制度を見渡せば、一國民裁判若くは民衆裁判は、必ずしも陪審に限られて居らぬ、寧ろ陪審は民衆裁判制度中最も程度の低いものである。

民衆裁判若くは國民裁判と謂ふは、一般民衆をして國家の司法裁判權の行使に、關與せしめる裁判制度の總稱であると謂ふことが出來る。此の見地よりすれば陪審は民衆裁判の一形態に過ぎない。故に陪審を以て、民衆裁判なりと謂ふは正しいけれども民衆裁判は卽ち陪審なりとは言へぬ。陪審を民衆裁判の代名詞の如く考ふるは、觀念上正しくないと思ふ。

民衆裁判は裁判制度として、種々の形態を以て顯はれて居る。佛國の勞資審判所(Conseils de prud'hommes)及商事裁判所(Tribunal de commerce)の如きは裁判に、國家機關たる專門裁判官を參加せしめず、國民の代表者自身が審判員として事件の總てに付き審理裁判の任に當る制度である。是れ純粹なる眞の民衆裁判と謂ふべきである。假りに之を第一種の民衆裁判と名づけたい。次に獨、墺に於ける商事裁判は、國民の代表者が國家機關たる專門裁判官と同一の職務權限を以て、之と共同して裁判の任に當る制度である。又獨、墺、諾、諸國に於ける參審裁判(Schöffengerichte)の制度の如きも、民衆裁判官と專門裁判官との共同裁判の制てある。是等は謂はゞ官民合同裁判てある。



る。假りに之を第二種の民衆裁判と謂ひたい。次に事實の判斷若くは罪責の有無の判斷は、國民の代表者をして爲さしめ、法律の適用若くは處罰の決定は、國家機關たる專門裁判官に任する歐米各國の陪審制(Jury System)又は陪審裁判所(Schwurgerichte, Geschworenengerichte)の制度がある。此は裁判の一部を國民代表者たる陪審員に爲さしめ、一部を專門裁判官の手に委ぬるものであつて、半官半民の裁判とも謂ふべきてある。假りに之を第三種の民衆裁判と稱したい。而して右三種の民衆裁判制度の內參審裁判制と陪審裁判制とは、主として刑事裁判に付き、行はるゝ制度てある。更に英米に於ては、裁判のみならず、犯罪の起訴、不起訴の處分を國民の代表者たる陪審員に決定せしむる起訴陪審(Jury of Accusation)若くは大陪審(Grand Jury)の度が行はれて居る。尙英國には起訴陪審の變態として謀殺故殺事件の評決を爲す檢屍陪審(The Coroner's Jury)の制度がある。

要するに民衆裁判若くは國民裁判といふは、專門裁判官の裁判に對比して用ひらるゝ名稱てある。而して民衆裁判中には、種々の形態のものがあ

つて、民衆が裁判に干與する程度範圍も區々であることを注意せねばならぬ。陪審裁判は、此の民衆裁判の範疇に屬する半官半民の裁判として、國民代表者が裁判に參與する程度範圍は、寧ろ低く且狹いものである。大正十二年四月十八日公布の我が陪審法に依て採用せられた陪審制は、此の半官半民の第三種の民衆裁判である。

我が陪審制は陪審員をして事實の判斷を爲さしむる半官半民の民衆裁判であつて、罪責の有無卽ち犯罪に對する責任の有無まで判斷せしむるものではない。而して陪審員の事實判斷が其儘直に裁判たるの效力を有するものではなく、國家機關たる專門裁判官が其判斷を是認して初めて裁判として羈束力を有するに至るのである。併しながら、裁判官は結局に於て陪審員の事實判斷に從ふて、裁判せねばならぬ。故に事實判斷に關する陪審員の意見は消極的の拘束力を有するのであつて、之と裁判官の意見が一致して初めて、事實の裁判が成立する譯である。是れ一般國民に對し、國家裁判權を行使する權能を認めない、我憲法の大原則が嚴存するに基因するもので、我陪審法が裁判に民意を採り容れる方法として、案出した一種獨特の考案である。之に依て我陪審制は半官半民の第三種民衆裁判として特種の地位を有するものと謂ふべきである。

## 二　陪審制の成績と之が研究の必要

我が陪審制は其組立に於て、歐大陸殊に墺太利の陪審制に其範を採りたるもので、英國式の陪審制とは大に其趣を異にして居る。

今陪審先進諸國の陪審實施の成績如何を一瞥するに、英國は略成功に近く、大陸諸國は概して失敗の歷史と謂ふてよい。併し、英國の成功は其外形に於てゞないか、假面の成功ではないかといふ疑がある。英國の陪審員が事實の判斷を誤らず、能く罪責の有無を決する所以は、裁判長が事件の說示說明を爲すに當て、事件に對する自己の意見を示し、陪審員は此意見に迎合するの結果である。故に評決の外形は陪審員の意見なるも、其の內容は裁判長の意見なりと謂ふも、過言にあらざるの觀がある。斯くして英國陪審

は民衆裁判の假面を裝へる官僚裁判であるとの批評を免れないではないかと思ふ。併し是は表面的な外見的な觀察であるかも知れぬ、縱令又假面的制度であつても其の內部に存する精神が常に躍動して生氣を失はず、一般國民が之を眞物と見るの信念確信を有するならば、最早假面ではない正眞正銘の制度となるものと謂はねばならぬ。英國の陪審制は此の域に達して居るものかも知れぬ。凡そ國家社會制度の多くは、或意味に於て假面的のものであつて、要は魂が其內に生動して居るか如何かに依て、其價値の有無が決せられるものと信するが故に、敢て英國陪審制の外形を見て深く之を批議せんとするものではない。又實際に於て英國民は其陪審制を金科玉條として矜り、英國の國體制度の精華として居る樣である。是れ英國陪審の古き永き沿革と、其國民性の然らしむる所であらう。

歐大陸諸國に於ては、陪審制の弊害百出と其費用の高價なるに顧み、之を捨てゝ所謂官民合同裁判たる參審制度に移るの趨勢を示して居る。卽ち獨逸は一九二四年三月の改正法に依て、從來の參審制を擴張して、極めて輕



微なる事件の外は總て參審裁判に依ることゝした。形式上陪審裁判所、陪審員なる名稱は殘存するも、其實質は參審裁判所に化し終つた（第十四章第四三項參照）。墺太利も亦此の獨逸の例に倣はむとして居る。佛國に於ては陪審制の實質を化して大規模の參審制に變革せんとする計畫が進んで居る（第十四章第四四項參照）。歐大陸諸國の陪審制が參審制に進化せんとする趨勢は斯くの如くである。歐大陸の陪審制を受繼したる我陪審制に於ても、我國體に悖戻せざる範圍、方法に於て他日參審制に進化するの時機に到達するを保し難いと思ふ。此の點は我が陪審制實施の成績如何に依り決せらるゝ問題であらう。

凡そ新規法制の實施の成績を擧ぐるには先づ其の長所と短所、特徵と缺陷とを究明し、長所は之を助長せしめ、短所は之を改め、特徵は益其作用を發揮せしめ、缺陷は之を補正するの途を講ぜねばならぬ。是れ法規改正の必要ある所以である。又如何に完全なる法規を有すると雖、之が運用の宜敷きを得なければ、遂に其制度の實績を擧ぐることは困難である。是れ制度運

用方法の研究を要する所以である。

我國民の新試練とも謂ふべき陪審制の機能を發揮せしめ、之が運用を完からしむるには、先づ國民をして能く該制度の趣意精神を理解せしむると同時に、實際其運用の任に當るべき實務家に於て、制度の根幹を究め其特質と缺陷とを明かにし、之が實施に依り陷らむとする弊害を未然に防ぎ、先進國の覆轍を履まざらんことに努力し、進て技葉に亙るべき運用の技術的方面にも周到なる研鑽を遂げ、他日の美果を收むるの覺悟を要する。陪審制度を厄介視し遂に之が無用論を叫ばしむるに至る如きことあらば、法曹實務家の責任や、決して輕しと謂ふことは出來ぬ。



# 第一章　陪審制の發現と其機能

## 三　陪審制發現の基本

國家權力の發動たる立法、司法、行政の各作用に何等かの方法形式に依りて、一般國民を參與せしむることは近世法治國家の特徴と謂ふべきてある。國家立法權の行使に付ては、國民中より選擧せられたる代表者を、國家の立法府に送り其議決權に依り國家の立法に參與せしめ、同時に又諸般の國家行政の經費の議決を爲さしめ、又國家の施政を監督するの任に當らしむる。國家司法裁判權の行使に付ては、或は陪審制度或は參審制度或は純粹なる民衆裁判制度を設けて、一般民衆より選任せられたる陪審員(Juror, geschworenen.)又は參審員(Schöffen)若くは審判員(Conseillers prud'hommes)を國民代表者として民事刑事の裁判の任に當らしめ、又は之に參與せしめて、一般民人をして、司法裁判權の發動に關與せしむるのてある。

斯くの如く、國民をして何等かの方法、形式に依て國家的權力の發動に參

與せしむることは、王權の抑制、民權の發達に伴ふ國民運動の結果であつて、之を以て國民の國權作用に參與せんとする欲求を滿足せしめ、所謂民意の暢達を圖る國家統治の要道とせられた。卽ち國家的權力作用を國家の官僚機關のみに專屬せしめずして、一般國民にも是に對して或「イニシアチーブ」を與ふることは、國體政體の如何に拘らず、近世文明國家の政治組織となつた。是れ陪審制度發現の基本であつて、該制度は議會制度と相呼應して發達し來り、兩者は常に淺からぬ因緣を有つ所以である。

## 四　日本陪審制の由來

歐米先進國の沿革(卷末跋辭參照)は姑く措き、我國今日に於ける議會組織、裁判制度は、謂ふまでもなく泰西諸國に其範を採れるものである。けれども國民が國家權力作用に參與することは、彼に於ける如き熱烈なる革命的國民運動に促されて、又は餘儀なくされて生れ來つたものとは、稍其趣を異にして居る。少くとも國家司法裁判權の作用に、國民が參與する形式方法として、制定せられたる陪審制は、さしたる國民的運動又は民衆的要望を俟たずして、國民の前に發現して來たのである。

明治二十二年二月十一日御發布の帝國憲法に於て、立法、司法、行政の三權を分立せしめられて、國民の代表者として、公選せられた議員より組織せらるゝ衆議院をして、立法に參與せしめ、國家の歲出歲入に付ても協贊するの權能を與へられた。司法裁判權は、天皇の名に於て裁判所之を行ふものとなし(憲法五七條)裁判の任に當るべき裁判官は、法律に定めたる資格を有するものを以て之に任ずるものとせられ(憲法五八條)司法裁判權の行使は、國家の任命に係る專門裁判官の手に委ねられ(裁判所構成法五七條六五條)一般國民は之に關與することを許されなかつた。

然るに立法權の行使に參與し、國家の財政豫算に協贊することに付ては、漸次一般國民の興味を惹き、之に對する理解も深くなり、國家の政治に參與することに付て國民一般が自覺するに至つた結果、國民の代表者たる衆議院議員を選擧する國民の資格範圍の擴張を要求する政治運動となり、數次

の改正に依て漸次其資格範圍の擴張を見ることゝなり、遂に大正十四年五月五日公布の衆議院議員選擧法に依り、從來立法府に連る議員選擧の國民の資格要件たりし國稅納付額の條件を全然撤廢して、所謂普通選擧制を採用するに至つた。此の衆議院議員の選擧資格範圍擴張の運動と前後して、國民一般をして司法裁判にも參與せしめむとするの議論が、一部の法曹政治家に依り唱導せられ、明治四十二年第二十六議會に陪審制制定の建議案となつて顯はれ、同議會に於て採擇せられたが容易に立案の機運に到達せずして十年を閱した。而して大正八年七月に至り、臨時法制審議會設けられ朝野の學者實務家を委員として審議せられたる結果、陪審制立案要綱二十一箇條が定められた。次て司法省に於て陪審法調査委員會を設け、右の立案要綱に基き法案を起草せしめ、該法案は所謂大正十一年度案として第四十五議會に提出せられたが、議了に至らず、翌大正十二年二月之に一部修正を加へて第四十六議會に提出せられ、兩議院を通過して、普通選擧制の確定するに先ち、同年四月十八日法律第五〇號として公布せられた。茲に一般國民の代表者たる陪審員をして刑事裁判に參與せしむる陪審制度が確定せられ、昭和三年より實施の運びに立ち至つた次第である。

## 五　陪審制の機能と其眞髓

陪審制制定の趣意精神が一般民衆をして司法裁判權の實行に參與せしむるにあつて、我陪審制制定の理由も亦茲に存することは固よりであるが、陪審を實施したからとて、直に刑事裁判の實質が改善せられるものと、速斷することは出來ぬ。陪審の機能、其眞の目的と謂ふものは、裁判技術の改良進歩ではなくして、國民の法的意識、感情乃至國民の輿論を裁判に採り容れて是を裁判の上に反映せしめ、世態人情に適合した、又實際の社會事情を洞察した、又人心の機微に觸れた裁判を得ることにある。斯くして窮屈な法律の規定に束縛せられ、法的概念に支配せられたる裁判に或程度の寛容性を加味するのである。法律の嚴肅苛酷に人情味を注入せんとするのである。從て陪審實施の爲めに、裁判の科刑が輕くなり、無罪が多くなる傾向が

顯はれて來るのは當然のことではないかと思ふ。夙に陪審制を實施し來れる歐洲先進國の實例は之を證明して居る。

一右の如く裁判に人情味が加はり寛容性が伴ふの結果、嚴格な法律慨念の上より觀れば、無罪たるべからざるものが無罪となり、或は著しく程度の低い犯罪として、科刑せらるゝことゝなり、其度合が進むに及んでは國家刑罰權の適正なる行使が脅かさるゝに立ち至る樣なことになり、玆に陪審の弊害が崩して來る。陪審弊害論、陪審廢止論は此れより生ずるのである。我陪審法制は後章に述べる樣に陪審としては極めて程度の低い、又極めて制限的のものであるから、著しき弊害は出て來る心配はない樣であるが、其運用如何に依ては、必ずしも安心は出來ぬと思ふ。

陪審裁判が、一般的に科刑が輕くなり、無罪が多くなるからといつて、直に其價値效能を否定することは早計である。嚴格なる法律の觀念のみを標準とした裁判から觀れば、陪審裁判は幾分妥當でない結果を生じて來ても、其れは國民の代表者たる、陪審員の意思感情が基礎となり其發露に依て、換言せば、社會的良心ともいふべきものゝ發現に依て、犯罪事實の有無が確定せられる結果であるから、一般國民は之に滿足しなければならぬ。裁判を批難することは出來ぬことゝなる。批難の出來ぬ裁判たる以上は正當な裁判と謂はねばならぬ。又犯罪者たる被告人より謂へば、自己の所爲が如何なる犯罪となるのか、世間一般の人の目から見て、定められた罪責を負ふので、謂はゞ自己の同僚朋輩より情けある裁判を受けるのであるから、被告人は此に滿足して不服をいふことは出來ぬことゝなる。之に悅服することゝなり、從て裁判の威信を增すことゝなる。是れが陪審の妙味である。陪審裁判の機能は玆に表顯して居る。此に依て官僚裁判の缺陷は充分に補はれるのである。

國民が國家の政治を理解し、之に趣味を有するに從ひ、國家の政治が寡頭政治、官僚政治より議會政治、民衆政治に進化すると同樣に、國民が國家の裁判事務に理解を增し、一般の法的思想が進むに從ひ、國家の裁判は官僚裁判制度より民衆裁判制度(緒說第一項參照)に移り行くべき運命にあるものと

謂ふて宜い。之に依て國民が司法裁判權の行使に參與せんとする欲求は滿足せらるゝに至ると共に、國民一般の法的感情、意思乃至人情味は裁判の上に反映せられ、裁判の民衆化となり司法自治の狀態が現出せられるのである。斯くして裁判は國民裁判となり、又民衆裁判となり、更に同僚裁判、若くは朋輩裁判となる。此が陪審制度の眞骨隨てある。

## 六　陪審機能の調節

上述の如く、陪審裁判は民衆裁判てある、同僚朋輩裁判てある。其任に當るべき陪審員は多く裁判には素人てある、法律の智識も充分てない爲めに、時として被告人に同情の餘り、又は之を憎惡するの餘り、或は檢事の論告、辯護人の辯論に釣り込まれて、常軌を外れた事實の判斷を爲すの傾があることは爭はれぬ所てある。此れが陪審の弊害と爲つて、顯はれて來るのてある。此の如く常軌を逸しない樣に、陪審員の判斷を正道に導き、之をコントロールするのは裁判長の說示 (instruction; summing-up; Belehrung) てある。然し乍ら我國の樣な、大陸式の陪審制を採用して、被告人證人等の訊問を爲した裁判官が陪審員に說示を與へ、而も罪責の有無竝に證據の信否に關する裁判官の意見を表示することを禁止する（陪審法七〇條、七七條）制度に於ては、說示が陪審員に與へる感動力又は其權威は甚だ微弱てあり、其效能は極めて薄いものにならざるを得ない。是れ說示無用論のある所以てある（第十五章第五項參照）。反之英國に於ける如く、裁判長が自ら被告人證人等の訊問を爲さず、說示に於て罪責の有無に關する裁判長の意見を加ふることを許す法制にあつては、說示の效能を充分に發揮し得べきも、其結果は陪審員は裁判長の傀儡となり終つて、陪審の趣意眞隨を沒却するに至るの憾がある（緒說第二項參照）。此を得れば彼を失ひ、彼を得れば此を喪ふ、此の間の調節は甚だ困難な問題てある。又原告官たる檢事の論告的辯論は、辯護人の辯論の前に行はれる關係から、陪審員の心證を動かし、事實判斷の上に大なる影響を與へることは困難てあると謂はねばならぬ。そこて陪審員の判斷を誤らしめない樣に、之を正常な軌道の上に置き、之をコントロールする

作用は我法制の下に於ては、寧ろ辯護人の辯論に俟たねばならぬであらう。寔に辯護人の辯論は、我陪審裁判の機能を完全ならしめ、陪審員の事實判斷を指導調節する上に於て、甚た重要なる役割を演ずるものと思はれる。此點に關する詳細に亘りては後章に改めて說明したいと思ふ(第十章第三一項參照)。

# 第二章　我陪審制の價値

## 七　我陪審事件の範圍と陪審の價値

(陪審事件の範圍、陪審離脫の制及事實判斷主義よりの考察)

我陪審法に於て、陪審の評議に附せらるべき事件、卽ち陪審事件は、其範圍が狹いのみならず實際陪審の評議を受くるに至る事件の數は、甚だ尠くなる樣な仕組になつて居る。陪審事件には法律上當然陪審に附せらるゝ所謂法定陪審とも謂ふべき事件、卽ち法定刑が「死刑又ハ無期ノ懲役若ハ禁錮ニ該ル事件」(陪審法第二條)と、被告人の請求を俟つて陪審の評議に付せらるゝ請求陪審とも謂ふべき事件、卽ち法定刑が「長期三年ヲ超ユル有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件」(同法第三條)との二種類ある。而して法定刑の種類多寡に關係なく大審院の特別權限に屬する罪、卽ち皇室に對する危害罪(刑法第七三條)皇族に對する危害罪(刑法第七五條)、內亂罪(刑法第七七條乃至第七九條)、皇族の犯したる禁錮以上の刑に處すべき罪(裁判所構成法第五〇條第二號)、

及刑法第二編第一章の罪、卽ち皇室に對する罪(刑法第七三條乃至第七六條)、同第二章の罪、卽內亂に關する罪(刑法第七七條乃至第七九條)同第三章の罪、卽ち外患に對する罪(刑法第八一條乃至第八九條)、同第四章の罪卽ち國交に關する罪(刑法第九〇條乃至第九四條)、同第八章の騷擾罪(刑法第一〇六條第一〇七條)、軍機保護法、陸軍刑法、海軍刑法の罪、其他軍機に關し犯したる罪、及法令に依り行はるゝ公選に關し行はるゝ罪、卽ち帝國議會、府縣市町村會の各議員の選擧に關する罪は、何れも絶對に陪審の評議に付することを得さる、反陪審事件とも謂ふべきものである(陪審法第四條)。　從て法定陪審事件は僅かに放火(刑一〇八條)、準放火(刑一一七條一項)、溢水(刑一一九條)、汽車電車顚覆破壞致死(刑一二六條)、汽車電車往來危險致死及艦船覆沒破壞(刑一二七條)、水道水源毒物混入致死(刑一四六條後段)、通貨銀行券僞造變造、其行使交付輸入(刑一四八條)詔書僞造變造(刑一五四條)、猥褻姦淫死傷(刑一八一條)、殺人(刑一九九條)、尊屬殺(刑二〇〇條)、尊屬傷害致死(刑二〇五條二項)、強盜致死傷(刑二四〇條)、強盜強姦致死(刑二四一條)、其他特別刑法に規定する二三のものに過ぎない。

泰西諸國の立法例に就て之を見るに、英國に於ては重罪輕罪を問はず、刑事事件は原則として陪審事件とし、取締規定に違反する輕微なる事件のみ反陪審事件として、通常警察裁判所(Police court)に於て、例外的に略式裁判手續に依ることになつて居る(Summary Jwridiction Act 1879.1 93.)。

佛國に於ては、重罪(crime)卽ち死刑、流刑、無期有期の自由刑、追放刑、公權剝奪の刑を科せらるゝ罪(佛刑法第一條第三項第七條)にして、其證據十分ありとして重罪裁判所(Cour d'Assises)に移す決定ありたる事件は、總て陪審事件として、陪審を附して審理せられるのである(佛治罪法二二一條二三一條三〇九條以下)。

獨逸に於ては一九二四年以前、實質的に陪審裁判の行はれたる當時にあつては(第十四章第四三項參項)陪審裁判所は大審院及地方裁判所刑事部の管轄に屬せざる總ての重罪に付て管轄權を持つて居た(改正前獨裁判所構成法第八〇條)。

墺太利に於ては、列擧主義に依り、重罪輕罪を含む相當廣き範圍の重大事

件を陪審事件として居る(詳細に付ては第十六章第一節第二項參照)。

我邦の陪審法の如く陪審事件の範圍を狹く限定した陪審制は世界に多く其類を見出すことは、出來ぬ。只請求陪審事件なるものが設けられ、多少緩和の途が開かれて居るに過ぎない(第三章第一〇項參照)。此の請求陪審は慥に、我陪審法の特徴であるけれども、此の場合には、請求者たる被告人が陪審員の呼出費用、之に給與すべき旅費日當止宿料等所謂陪審費用の負擔を命ぜらるる危險が伴ふのであるから(陪審法第一〇六條第一〇七條)此の請求陪審の制度も實際に活用せらるゝことは尠いものと見ねばならぬ。我陪審法を以て、小規模の試驗的立法てあると謂へば又何をか謂はんやてあるが、苟くも陪審の機能(第一章第五項參照)を發揮せしめ、其價値あらしむるには、陪審事件の範圍を相當擴張するの必要あるものと信ずる。

## 八　陪審離脫の制と陪審の價値

前項に述べたる、我法定陪審事件に付ては陪審の公判準備期日に於て、裁判長が被告人に對して陪審の評議を辭退し得べきことを告知して、被告人の選擇に依て陪審手續に依る審理を遁避する機會を與へ、(陪審法第四一條)被告人の自由意思に從ひ、普通手續に依り審理裁判を受くべき途を設けて居る。又法定陪審事件の場合には、被告人は公判期日に於て、檢事の公訴事實の陳述前何時にても、自ら進て陪審を辭退することが出來るし、請求陪審の場合には、一旦爲したる陪審の請求を取下げ、普通手續の審理を受けることが出來る(陪審法第六條)。又地方の狀況に由て、檢事が事件の管轄移轉の請求を爲す場合には、檢事の公訴事實陳述の後でも、尙且陪審の評議を辭退し、又は一旦なしたる陪審の請求を取下ぐることが出來る(陪審法第一〇條)。斯くの如く請求陪審の制を設け陪審審理權の辭退又は取下を認めたのは、我陪審制の一大特徵である。且又、法定陪審事件たると、請求陪審事件たるとを問はず、被告人が公判又は公判準備の取調に於て公訴事實を承認したる時は、陪審の評議に附することは出來ない(陪審法第七條)。

斯樣に被告人の意思に依て陪審の拋棄(辭退、取下)を認め、公訴事實の承認

に依て陪審を排除する制度を、說明の便宜上陪審離脫の制と總稱したい(第三章第一〇項參照)。我陪審法が右の如く陪審離脫の制を採用する結果、陪審の評議を必要とする場合は、結局被告人が公訴事實を否認し、陪審の評議を要求する少數の場合に限らるるに至るは當然である。

右の陪審離脫の制とも謂ふべき、陪審の拋棄及び公訴事實の承認を以て陪審手續排除の原因とすることは、英國陪審制に倣ひたるものと思はれる。英國に於ては前項に述ぶる如く、取締規定違反の如き輕微なる事件を除くの外、刑事事件の總てを陪審事件として居る結果、多少之を制限する必要を生じ、極めて制限的に陪審の拋棄(辭退)を認めて居る。卽ち十四歲未滿の幼年者が殺人以外の一切の重輕罪を犯し、裁判所が略式裁判手續を相當と認め、被告人の父母又は後見人も之を承諾したる時。十四歲以上十六歲未滿の少年が殺人罪を除きたる犯罪の被告人となり、略式裁判手續を承諾したる時。成年者の犯罪にありては、盜罪、橫領罪、贓物收受、詐欺取財、森林原野放火にして、贓物額又は損害額が四十志(シルリング)(約二十圓)を超えざる犯罪に付き、被告人が略式裁判手續を承諾する時は、何れも陪審裁判手續を用ひない。是等の場合には三月以下の懲役若は禁錮又は二十磅(約二百圓)以下の罰金の言渡を爲すことが出來る。是等の犯罪の贓物額又は損害額が四十志を超過する場合でも被告人が犯罪を自認する時は、略式手續に依り處分することが出來る。尙十六歲未滿の者に對する猥褻行爲に付きても同樣、被告本人の承諾に依りて略式裁判を爲し、六月以下の懲役又は二十磅以下の罰金に處することが出來る(Summary Juridiction Act 1879,1889, Children Act 1908)尙代理業者(Agent)が其任務に關して、不正の利益を得たる犯罪に付ても略式手續に依り裁判し、四月以下の懲役若は禁錮又は五十磅以下の罰金に處することが出來る。若し之を陪審手續に依て裁判する時は、二年以下の懲役若は禁錮又は五百磅以下の罰金に處することを得るのである。

斯くの如く陪審の拋棄を認むるのは、極めて輕微なる事件に限られ、而も陪審を付せず略式手續に依る裁判の判決は、極めて科刑が低減せられて居る。又起訴狀(Indictment)に依り陪審裁判所に事件が繫屬したる場合に、被告

人が公訴事實を自認して有責(guilty)なることを爭はざる時は、陪審審理の手續に依らず證據調を爲さずして、當事者の辯論のみを聽いて判決を爲すのである。

大陸の陪審法制に於ては、陪審の拋棄(辭退)又は公訴事實の承認に依る陪審離脫の制を認むるものはない。大體の仕組に於て大陸主義に從へる我陪審制、殊に陪審事件の範圍を極めて制限したる我法制の下に於て、廣き一般的の陪審の辭退竝に、公訴事實の承認に依る陪審離脫を認むるのは、決して陪審の機能を發揮せしむる所以ではないと思ふ。

我陪審法は陪審事件の範圍を極めて制限したる上、廣く陪審離脫の制を認めて居るから、實際陪審に附せらるゝ事件は、被告人が公訴事實を否認し、而も陪審を要求する極めて少數の場合に限らるゝことは前述の通りである。而して實際に顯はれて來る、此の少數の陪審手續も、悔悛の情なく徒らに犯罪を否認して、陪審に依て其罪を免れ又は其罪質を低下せしめんとする狡猾不逞の被告人か、又は常習的職業犯人、病的惡性の犯人に依てのみ、利用せらるる場合が多いと謂ふことは想像に難くない。是は決して單純な根據なき想像ではない。檢事は犯罪の搜査を爲したる結果、所謂便宜主義(刑訴法二七九條)に依て、國家公共の利益の保護と、犯人の懲罰の必要の程度、其他刑事政策上の見地より大多數は不起訴處分を爲し、證據も具はり科刑の必要を認めたる少數の事犯に對してのみ公訴を提起するのである。而して陪審事件は實際上豫審を經由すべきものであるから、豫審に於ける取調の結果に於ても、公判に付する犯罪の嫌疑充分なるものと認められたものである(刑訴法第三一二條)、從て公判に運ばれた陪審事件は、證據上犯罪の嫌疑は充分あるものと謂はねばならぬ。罪を犯して眞に悔悟の情ありて良心の麻痺せざる被告人は、犯罪を自認するが當然である。犯罪を否認して陪審を要求するのは極めて稀に存する事實無辜の犧牲者か、又は常習的若くは病的犯罪者か又は證據薄弱なるに乘じて、處罰を免れんとする不逞狡猾の輩であることは容易に看取し得る所であるからである。

果して右の如くなりとせば、我陪審制は其適用範圍狹き刑事事件中極め

て少數の場合に、不逞狡猾なる被告人に利用せらるゝ樣な結果となり終るのではないかといふ懸念を抱かしむる。我陪審制實施の曉に於て右の懸念が事實となつて顯はれて來るならば、最早我陪審制の危機である。斯くの如き陪審制存在の價値が何處にありや、寧ろ有害無用の長物であるといふ譏を受くるに至るは當然である。

茲に於て前章(第五項)に述べた陪審の機能を發揮せしめ、陪審制をして刑事裁判の進歩した形態として其價値あらしむるには、陪審事件の範圍を相當廣くすると同時に、公訴事實の承認を以て陪審離脫の原因となし、殊に陪審の辭退取下といふ如き著しく陪審の機能價値を萎靡滅殺する陪審離脫の制は、何とか改廢するの必要あることを痛感する次第である。

## 九　消極的事實判斷主義と陪審の價値

我陪審法は事實判斷主義の陪審であるが(第四章第一二項參照陪審員の判斷たる答申が、其儘羈束力を有するものではない。裁判所に於て此の答申意見を不當と認むる時には、何回にても陪審を變更して、新なる陪審の評議に附することを得るのである(陪審法第九五條)、從て陪審員の評議の結果たる答申は、事犯の存否を決する最後の判定力を有するものではない。裁判所が答申の結果を正當と認めた場合に、初めて事實の判定力を有するのである。故に陪審員の事實判斷の答申は一種の消極的效力を有するに過ぎない、斯かる事實判斷主義を消極的事實判斷主義と謂ふことが出來る(第四章第一二項參照)。

我陪審制が此の消極的事實判斷主義を採用するに至つた理由は、後章の說明に讓ることゝするも(第四章第一三項參照)我陪審制は、陪審員の智能的資格要件として僅かに讀み書きし得る程度を以て足るものとし(陪審法第一二條第一項四號)陪審の職務に就くべき陪審員を選定するに徹頭徹尾、抽籤に依るものとなした結果(陪審法第二三條第二七條)優良なる陪審員を得ることは困難であつて、結局陪審員は玉石混淆の、全體から謂へば低劣な素質のものとなるを免れぬ。此の陪審員をして、僅かに公判傍聽の智識、當事者の

辯論、裁判長の說示に依て得たる智識に依て、犯罪事實の有無を判斷せしむるのであるから、其判斷に過誤多かるべきことは想像に難くない。裁判所が此過誤を正す爲めに、裁判所の意見と全然一致する判斷を得るまで、幾回となく陪審を變更して新なる陪審の評議を爲さしむることゝなれば、多額の陪審費用、多數の陪審員の時間の犧牲は兎も角、陪審員は全く裁判所の傀儡となり終はり、陪審員をして、刑事裁判に參與せしむるといふプレテンションを與ふるに過ぎないことに立ち至るであらう。斯くては陪審の機能價値は全く地に墮ち、陪審は無益の長物たる感なきを得ぬことゝなるであらう。併し乍ら是れ事實判斷主義に伴ふ不可避の缺陷といふことは出來ぬ。陪審員の素質を改善し、陪審運用の任に當るべき、裁判官檢察官竝に辯護士に於て、能く陪審員の指導誘掖を爲すに於ては、右の如き不結果を齎すことなく却て事實判斷主義の妙味を發揮せしめて、眞に官民一致共同の理想的裁判制度たらしむることを得るものと信ずる。斯くして問題は消極的事實判斷主義其ものゝ缺點にあらずして、寧ろ之が運用の巧拙如何の問題となる。我陪審制の最大特徵とも謂ふべき消極的事實判斷主義の實際運用の巧拙如何に依り、我陪審制をして、或は千鈞の重きを爲さしめ、或は無價値のものたらしむるのである。故に此の運用方法の實際に付ては更に章を改めて詳述したいと思ふ（第四章第一五項參照）。

# 第三章　任意性陪審と其運用

## 一〇　任意性陪審の觀念と我陪審制の特徴

我陪審法は、法定陪審（陪審法第二條）の外、請求陪審の制を認めて居る。卽ち「長期三年ヲ超ユル有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件ニシテ地方裁判所ノ管轄ニ屬スルモノニ付被告人ノ請求アリタル時ハ之ヲ陪審ノ評議ニ付スルことを定めてゐる（同法第三條）。之に依て法定刑が死刑又は無期懲役若は禁錮に該る法定陪審事件以外の短期一年以上の懲役又は禁錮に該る所謂重罪（刑法施行法第二九條）及檢事が豫審の請求を爲したる法定刑の長期が三年を超ゆる輕罪事件に付ても被告人の自由意思の選擇に依り、陪審手續に依る審理を請求することが出來る。而して此種の事件は我刑罰法規中可成廣き範圍に亘つてゐる。此請求陪審の制は法定陪審事件の範圍が狹きに失するの缺陷を補ひ、陪審事件に伸縮性を與ふることゝなる。斯かる制度の價値は姑く措き、兎に角世界陪審制に類例なきもので、我陪審法の



創定に係り、我陪審制の一大特徵と謂ふべきてある。

請求陪審は、被告人の自由意思に依り、陪審の評議に付することを要求するものてあるから、一旦其請求を爲すも、事件の審理に入る前、卽ち檢事が公判廷に於て、被告事件の陳述を爲す前に於ては何時にても其請求を取下ぐることが出來る。又檢事より陪審事件に付、陪審の評議を公平ならしむる必要上、管轄移轉の請求を爲す場合には、被告事件の陳述後に於ても、管轄移轉の決定あるまて、陪審請求の取下を爲すことを許されてゐる（陪審法六條一〇條）。又陪審法は「被告人公判又ハ公判準備ニ於ケル取調ニ於テ公訴事實ヲ認メタル時ハ事件ヲ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得ス」（同法七條）となし、公訴事實の自白、承認を以て一般的に陪審審理を離脫せしむる原因として居る。又法定の陪審事件に付て、公判に於ける審理の着手に先ち、檢事の公訴事實の陳述前には何時にても事件を陪審の評議に付することを辭退することが出來る。管轄移轉の請求ありたる場合には、之に對する決定あるまては、檢事の被告事件陳述後に於ても、陪審の辭退を許されてゐる（同法六

條、一〇條一項）此の辭退は陪審の拋棄であつて、之に依り陪審審理の實行は禁止せられるのである（同法六條二項）。

右の陪審辭退（拋棄）取下及公訴事實の承認を以て、陪審審理を離脫せしむること、卽ち陪審離脫の制は、英國の制度に其範を採れるもので、大陸陪審制の知らざる所であることは、前章に述べた通りである（第二章第八項參照）。而して英國の陪審離脫に關する法規は、極めて制限的のもので、我法制の如く一般的のものでない、而も我陪審制は墺太利陪審法を母法となし、大體の仕組に於て大陸式のものであるから、此の陪審離脫の制度も亦我陪審制の特徵と見ることが出來る。

以上我陪審制の特徵たる請求陪審の制度及陪審離脫の制度は、之に依りて、或は陪審審理を發起せしめ、或は之を離脫せしむることゝなり全く被告人の任意に從ひ、陪審審理を左右することゝなる。故に此の兩制度を總稱して、我陪審の任意性と謂ひたい。又斯かる特徵を有する我陪審制を任意性の陪審と名づけて置きたい。任意性の陪審制にあつては、特定の犯罪事件が果して陪審評議を受くるや否やは、審理開始又は審理終結に至るまで不定である。反之、歐大陸諸國の陪審制は全然任意性を缺き、法定の陪審事件は終始陪審事件であつて、變動することはない。斯くの如く陪審事件が一定して被告人の自由意思に依ては左右することを得ない陪審制は之を不任意性又は固定性の陪審制と謂ふべきである。

## 一一　任意性陪審の運用

陪審の任意性と不任意性とは、孰れが陪審の本來の目的に適合するであらうか。陪審の實際運用に際して、孰れが便宜であり、得策であるかを玆に少しく研究して見たい。

前章（第八項）に於て、法定陪審事件に付き陪審の辭退、公訴事實の承認に依り陪審審理を離脫せしむる制度の存在は、比較的溫良にして悔悟せる被告人をして、陪審審理の恩惠を受けしめず、陪審は遂に狡猾不逞の徒輩の利用の具になり終ることゝなり、陪審の機能價値は著しく萎靡減殺せらるゝの

所以を縷述したのであるが、請求陪審の制度にありても、略同樣の結果に陷るの虞あるのみならず、請求陪審に付ては、陪審費用卽ち陪審員の呼出費用、日當、旅費、宿泊料を負擔せしめらるゝ虞あるを以て(陪審法一〇六條一〇七條)資力なき被告人は、之が爲めに陪審請求を躊躇することゝなるべく、實際に不公平なる結果を生ずるものと謂はねばならぬ。抑又陪審制度の目的が、刑事裁判の新しき形態として、民意を裁判に採り容れ、國民の法的感情に訴へ、必ずしも嚴肅なる法律規定の概念に拘泥せずして、人情味のある裁判に依て被告人を悅服せしむるにあるとするならば、陪審の拋棄(辭退)を認め、事實を自白承認するの故を以て、陪審を沮止する制度は、推讃すべきものとは考へられない。

陪審運用の實際的方面より觀察するに、被告人が公訴事實中の或犯罪を否認して陪審を要求し、他の犯罪に付きては之を自認し、又は陪審を辭退したる場合に、如何なる結果を生ずるか。此の場合には公訴事實の一部に付ては陪審手續に依り審理判決し、一部は陪審に付せず普通手續に依り審理判決せなければならぬ。之を分離せずして審理判決するものとせば、同一法廷に於て兩者に付き同時に審理したる上、犯罪を否認し又は陪審を辭退せざる部分のみに付き、檢事及被告人竝に辯護人をして、犯罪構成要素に關する第一次辯論を爲さしめ(同法七六條一項)之を陪審員の評議に付し其の結果、犯罪構成事實を肯定したる答申ありて裁判所が之を是認したる時は、犯罪の情狀、刑の量定に關する所謂第二次辯論を爲さしめ、同時に陪審の評議に付せざる部分に付て、犯罪事實竝に證據に關する辯論、情狀竝に量刑に關する辯論卽ち事件全體に關する辯論を爲すことゝすべきである。若し右の陪審の答申が犯罪構成事實を否定し、裁判所が之を不當とせざる時は、陪審の評議に付したる部分に付ては、第二次の辯論を爲さしめず、陪審の評議に付せざる部分のみに付き、事件全體の辯論を爲さしむることゝなる。斯樣にして裁判所は此の二種の陪審に付せられたる部分と、否らざる部分とを併せて、一個の判決を爲すことゝするが最も便宜であらう。只法廷に於ける手續が稍煩雜を免れぬと謂ふのみである。

被告人が陪審の請求を爲したる後、公訴事實の一部に付き請求の取下を爲した場合にも右と同樣の手續を採るの外ないと思はれる。併し陪審事件として陪審の構成を爲し、陪審を附して審理したる結果、被告人が犯罪事實を自白したる場合の如きには、陪審は解散せらるゝことゝなり、多額の費用と陪審員の勞苦とを水泡に歸せしむる樣なことも生じて來るわけである。

更に事件が共犯事犯の場合には、一層の紛雜を免れぬ、卽ち共犯者の一人は、陪審を辭退せず、他の共犯者は陪審を辭退したる場合には、其審理は如何にして行はるゝのであるか。又事件が請求陪審事件なる場合に、共犯者の一人は陪審の請求を爲し、一人は請求を爲さず、又は一旦なしたる請求を共犯者の一人のみが取下げたる如き場合に於ても同樣、審理は如何に處理すべきであるか。斯かる場合に於ては、陪審手續に依り審理を受くる被告人と、普通手續に依りて審理を受くる被告人とは、分離して審理判決せらるゝの外ないと信ずる。一事件が陪審部と普通事件部に分離せられ、審理辯論



判決は別々に行はれ、裁判所、檢事、辯護人は二重の勞力を費し、證人鑑定人は再度の訊問を餘儀なくせられ、訴訟費用は嵩むことゝなり、尠からざる不便と、不都合を生ずることは免れないのである。

若し斯る場合に強いて事件を分離せずして、陪審審理を受くる被告人と普通手續に依る被告人とを、同一法廷に於て同時に審理することになれば、陪審を辭退し、又は陪審請求を取下げたる被告人は、陪審の利益を受けずして而も陪審手續に依る審理を受くると同樣の苦痛を受けねばならぬ、殊に陪審手續に依る共同被告人の犯罪事實に關する陪審の答申不當の爲め、新規構成の陪審に附せらるゝ場合（同法九五條）に於ては、共同被告人の爲めに自己に對する判決は遲延せらるゝ不利益を受くるのである。是れ分離せずして審理せられたる共同被告人に對する判決は同時に言渡すことが適當であるからである。斯くして、共同被告人を分離せずして審理を爲す結果は陪審の辭退又は陪審請求の取下を爲したる被告人に謂はれなき不利益を齎すことゝなる。

上來說述する如く任意性の陪審は、陪審本來の目的に副はず其運用に當りても、不便不都合の結果を招來するものとせば、他に特別の效能なき限り之を採用することは、巧妙なる立法技術の所產とは謂へぬと信ずる。大陸陪審制が、何れも法定陪審の原則を一貫せしめて、陪審の任意性を認めないのは故あるものと謂はねばならね。

公訴事實の一部が陪審事件であつて、陪審手續に依る審理が行はれる場合には、他の一部が陪審事件でなくとも之を分離せず陪審手續に依り同時に審理することは極めて便宜である。共犯事件にあつては、共同被告人の一人に付き、陪審を附して審理を行ふならば他の共同被告人も、同樣に同時に陪審審理を受くるものとなすことは手續を單一にし、勞務と費用を省き最も策の得たるものと信ずる。恰も裁判管轄に付て定められた牽聯事件の觀念（刑訴法八條）を採用して、牽聯事件の一部が陪審の評議に附すべきものたる時は牽聯事件の他の總てに付ても、陪審の評議に附することを得るものとなす如き規定を設くることは、陪審運用上極めて機宜に適した方策





てないかと信ずる、斯くする爲めには、之と反對の地位に立つ前述の陪審の任意性に關する規定は、之を廢止することを要する。

佛國陪審制に於ては、陪審の任意性を認めざる上に、附帶犯若は牽連犯（délit connexes）の觀念を認め「同時ニ數人共同シテ數罪ヲ犯シタル時、犯人ガ一ノ犯罪ノ手段トシテ又ハ之ヲ容易ナラシメ又ハ之ヲ遂行スル爲メ、若ハ之ヲ隱蔽スル爲メ、他ノ犯罪ヲ犯シタル時、或犯罪ノ後其贓物罪ヲ犯シタル時ハ何レモ附帶犯ナリ」（佛治罪法二二七條）と規定し、附帶犯に付ては同時に之に關する記錄が提出せられた時には、控訴院の重罪取調局にては併合して審理し、重罪公訴の理由を認むるに足る證據ある時は、單一の裁判を以て重罪裁判所に移す決定をなすのである（同法二二六條二三一條）。斯くして被告人が重罪裁判所に移された場合には、檢事長は公訴狀（Acte d'accusation）を作成する（同法二四一條）。而して重罪公訴狀中に附帶犯にあらざる犯罪の記載ある時には、檢事長の請求又は職權に依り其中の或犯罪を分離して裁判することを得

るも、附帶犯は同時に審判すべきものとなつて居る（同法三〇八條）卽ち輕罪にして陪審事件でなくとも、重罪と附帶犯の關係にある時は、其重罪と共に重罪裁判所に於て陪審手續に依つて審判せられる。以て陪審運用法規の參考と爲すに足らむかと思ふ。

# 第四章　消極的事實判斷主義と其運用

## 一二　消極的事實判斷主義と我陪審制の特徴

我陪審法の骨子は、陪審員をして、公訴事實の有無を判斷せしむることにある（陪審法一條）陪審員は公訴事實の有無より進んで責罪の有無又は刑の加重減輕の情狀を判斷する權能はない。此の意味に於て我陪審制は、事實判斷主義の陪審と謂ふことが出來る。此事實判斷は陪審員が法廷に於ける審理、卽ち被告人の訊問、證人鑑定人の訊問其他の證據調、及檢事の論告辯護人の辯論竝に裁判長の說示に依て、得たる智識を基礎として、裁判長より與へられたる問題、卽ち犯罪構成事實の有無又は犯罪の成立を沮却する原由となるべき事實の有無に關する質問に付き、評議を爲し其結果を答申することに依て行はるゝのである。

併し乍ら右の陪審員の判斷は、事實の存否を決する最後の決定力を有するものではない。此の事實の存否の判斷が裁判所の所見と異り、裁判所が陪審の答申を不當と認めた場合には、之を採用せずして、更に新規に陪審を構成せしめ、審理辯論說示を繰り返して、同一問題を之に課して事實の判斷をせしめることになる（陪審法九五條）若し裁判所が尙此の再度の判斷を誤れるものとなす時は、更に新陪審を構成せしめ、同一の問題に付き評議答申せしめ、遂に其答申が、裁判所の所見と一致するまで幾回でも反覆せられる建前になつて居る。卽ち陪審の事實判斷の答申が裁判所の事實判斷の意見と一致して裁判所が此答申を是認し、之を裏書して、初めて事實の判定力を持て來るのである。嚴格に謂へば、陪審の答申は裁判所の事實判斷の內容を爲し、裁判所が此の答申意見を採用して事實の判定を爲すのである。恰も鑑定人の意見を採用して裁判所が事實の認定を爲す場合にさも似て居るが、併し裁判所は陪審の答申を無視して、答申意見と異つた事實の判定を爲すことは出來ぬ、必ず陪審の答申と一致した事實認定を爲さねばならぬ。茲に陪審の答申は一種の消極的效力を持つて來るのである。茲に我陪審の價値妙味がある。陪審の答申意見は、積極的に事實判斷の決定力はないが決して無視せられることはなく、裁判所は結局陪審の意見に從ふことゝならねばならぬ。

斯くの如く陪審の事實判斷の答申に消極的效力を附する陪審制を便宜上消極的事實判斷主義の陪審と名づくべきことは旣に述べた所である。我陪審制は實に此の消極的事實判斷主義の陪審であつて、陪審の意見と裁判所の意見との一致を俟つて、初めて事實の判定がなされるのである。換言せば國民を代表する陪審員の意見と、國家裁判權の行使機關たる裁判所の意見に依て事が決せらるゝことゝなるが、事實認定の裁判は出來ぬ、官民一致の共同意見に依て事が決せらるゝことゝなる。斯かる微妙な形態に依て一般國民が裁判權の行使に參與することになる。

斯くの如き巧妙な仕組に依て、陪審の事實判斷に或程度の效力を與へ、此に依て一般國民をして刑事裁判權の行使に參與せしむる制度は、全く我陪

審制の創定に係り、世界無比の制度であつて斯かる特種の事實判斷主義は我陪審法の最大特徴であると謂ふべきである。

## 一三　消極的事實判斷主義發生の理由

叙上の如き極めて微妙な、獨特な事實判斷主義の陪審制が生れた理由に付ては、事新しく茲に叙説するの必要はないであらうけれども、形式上の理由丈けは簡單に述べて置きたい。

我帝國憲法には「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ、法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ、裁判所ノ構成ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム」（憲法五七條）「裁判官ハ法律ニ定メタル資格ヲ具フルモノヲ以テ之ニ任ズ」（同法五八條一項）「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルヽコトナシ」（同法二四條）とある、而して裁判所構成法第一條は裁判所の種類を定め、其第二條に於て「通常裁判所ニ於テハ民事刑事ヲ裁判スルモノトス」其第五條に「各裁判所ニ相應スル員數ノ判事ヲ置ク」其第五七條に「判事又ハ檢事ニ任セラルヽニハ第六十五條ニ定メタル外試補トシテ、一年六月以上裁判所檢事局ニ於テ、實務ノ修習ヲ爲シ且考試ヲ經ルコトヲ要ス」と規定して居る。以上の法規の趣旨を要約すれば、日本臣民は裁判所に於て、一定の資格を有する裁判官たる判事の裁判を受くる憲法上の權利を有することゝなる、從て裁判官たる資格なき陪審員は裁判權能を有することは出來ぬ。而して刑事事件の犯罪事實の認定は裁判の内容を爲すものである（舊刑訴法二〇三條一項、新刑訴法三六〇條一項參照）から、若し陪審員をして犯罪事實の判定を爲さしむることゝなし、裁判官は只此の事實に對し法律の適用を爲し、刑の量定言渡を爲すものとなす時は、是れ憲法違反である。故に陪審員には事實判定權を有せしむることは出來ぬと謂ふ事由が一方に嚴存して居る。併し他方に於て陪審裁判制度を樹立するには、陪審員に事實判斷の任に當らしむる必要がある。茲に於て陪審員の事實判斷には積極的の判定力を與へぬ、事實判定權は何處までも裁判官に屬せしむるのであるが、而も陪審の事實判斷の結果を裁判官の事實判定の内容に採り容れしめると

いふ樣な法律の組立が案出せらねばならぬことゝなつた。此の考案の結果が前述の如き陪審員の事實判斷の答申を採擇して裁判所が事實判定をなさねばならぬことゝなつた。茲に消極的事實判斷主義が生れて來たのである。

## 一四　泰西諸國の事實(又は罪責)判斷主義

(積極的事實(又は罪責)判斷主義)

泰西諸國の陪審制にあつては、何れも陪審の爲す公訴事實の存否の判斷又は罪責有無の宣言は、其儘最後の決定力を有し、被告人の罪責を決することゝなる。有罪無罪を決するのである。故に之を我消極的事實判斷主義に對して積極的事實(又は罪責)判斷主義と謂ふことが出來る。併し乍ら陪審員は法律專門家と異り、理智に敏ならず、感情に趨るの結果、罪責の判定を誤ることが尠くない。斯かる場合に大陸諸國に於ては裁判所は、被告人の利益の爲めには、陪審の宣言に從はねばならぬ。卽ち陪審員の宣言が被告人に罪責なきものとなす時は、裁判所は縱令其れが裁判所の所見に反してゐても、此の宣言に從ひ無罪放免の言渡を爲すべきである。之に反して、裁判所が無罪と信ずるに拘らず、陪審員の宣言が有責となし又は裁判所が信ずる所より、陪審員が重き罪責を宣言したる時には、裁判所は裁判を延期して事件を次の開廷期の陪審に移付して、再び同一問題に付き評議せしめ、第二の陪審が、第一の陪審と同樣の宣言を爲したる時は裁判所は最早他の陪審に事件を移付するを得ずして、此の陪審の宣言に從ひ、刑の量定言渡を爲さねばならぬ(佛國治罪法三五二條獨刑訴法三一七條墺刑訴法三三二條)此の場合には、裁判所の心證よりも多數民衆の意見を尊重することゝなるのである。

英國に於ては陪審の評決が、不當なる時には、其れが被告人に利益なると不利益なるとに論なく、裁判長は陪審に再考を命ずることが出來る。而して第二の評決に對しては、最早再考を命ずることなく、其評決に基き判決の言渡を爲さねばならぬ。何れにしても、我陪審制の如く、反覆して同一事件を幾回も無制限に、陪審の評議に附することを認むる制度は他に類例がな

いのてある。

## 一五　消極的事實判斷主義の陪審制の運用方法

上述の如く(第一二項)我陪審制は、陪審員の事實判斷の答申に、直に判定力を與へず、答申が裁判所の意見に合致するまて、同一事件を幾回でも新規構成の陪審の評議に付すると謂ふ組立てあるから、事件を陪審の評議に付するといふは、表面上國民の代表者たる陪審員をして、刑事裁判權の行使に參與せしむるといふ、プレテンションを與へるのみて、實質に於ては陪審員は裁判官の傀儡となりて、僅かに其心證を確むる參考資料を供するに過ぎないと謂ふ如き考察が行はれないてもないが、我陪審制の創設に係る消極的事實判斷主義發生の理由(前出第一三項)と其機能(前出第一二項)に稽へ、是が運用宜敷きを得れば、我陪審制の一大特徴として其妙味を發揚し、泰西諸國の積極的罪責判斷主義の陪審制(前出第一四項)の效用と、實際の結果に於て大差なからしむることが出來るものと信ずる。茲に於て以下少しく我消極的事實判斷主義の陪審制を巧妙に運用するの方策如何を考究して見やうと思ふ。

第一に、陪審員の事實判斷を誤らしめない樣に、陪審員を善導することが肝要てある。是は眞に至難のことてあつて、是を能くすることを得れば、我陪審の運用は全きを得たものと謂ふも過言てない。此の仕事を完成する爲めには、先づ善導せらるべき陪審員の素質を良くすることを要する。外部より如何に努力するも、御本尊たる陪審員の頭腦が低劣てあつて、理解力に乏しく、且社會事情にも暗く、法律常識を缺く場合には、正當なる事實判斷を望むことは不可能てある。緣なき衆生は濟度し難いのてある。故に陪審員の素質改善は第一義てある。此の點に關する研究は陪審運用の根本問題てあるから別に章を設けて論ずることにした(第六章第二二項參照)。

陪審員の善導は陪審法廷に於ける裁判官檢事及辯護人の双肩に掛かつて居る問題てある。而して我陪審法廷に於ける審理辯論の組立から謂へ

ば、裁判官の任務に屬する被告人の訊問證人鑑定人の訊問其他の證據調、裁判長の說示、及檢事の論告辯論は、陪審員の公訴事實に關する概念を形成する作用を爲すに相違なきも、公訴事實の有無を決定する最後の斷案を下す上に於て、陪審員の必證に最も重大なる影響を與へ、殆ど之を左右する權威あるものは辯護人の辯論と謂ふてよい。實に辯護人の辯論は、陪審員の心證を動かし、之を指導し其歸著點を指示するに、最も便宜な又優越なる地位に置かれてあつて、裁判長の說示も遠く之に及ばぬの感がある。從て辯護人の辯論は事實判斷主義の我陪審制運用のコーナーストンを爲すものである。何故に然るか、其理由詳細は後章の說明に讓るも(第十章第三一項參照辯護人の辯論が陪審制運用に付き斯く重要なる地位を占むるものとせば、其辯論は中正穩健でなければならぬ、事案に適切でなければならぬ。極端に趨り、感情に流れた辯論、矯激な言說は、遂に陪審員の心證を混亂せしめ、之を邪道に陷れることゝなるからである。此の點に付きても詳細の說明は後章に讓ることにしたい(第十章第三二項參照)。

第二に我消極的事實判斷主義の陪審制の運用を、完からしむるに肝要なるは、陪審の答申に對する裁判官の態度である。法規の上に於ては裁判所が陪審の答申を不當と認むる場合には、際限なく幾回にても新規の陪審を構成して、之に事實判斷の評議を爲さしむることが出來る。若しも裁判官が其法律の專問智識により、嚴格な法規の概念に基き、犯罪事實の判斷を爲し、陪審の答申意見が些少にても之に反する場合は、其陪審を解散せしめて、更に新なる陪審の評議に付することゝなれば、陪審の變更は底止する所なく、事件に依り犯罪事實が多數ある場合等には、遂に完全に裁判所の意見に一致する樣な答申を得ることは出來ぬかも知らぬ。斯樣なことになれば陪審費用は嵩み、事件は澁滯し、陪審制の運用は全く失敗に終ることは之を想像するに難くない。裁判所の事實判斷と、陪審の答申意見が完全に一致することを望むことは、寧ろ無理な註文と謂ふべきでないか。故に縱令陪審の答申が瑣末の點に於て、當を得ないとするも大體に於て正當なれば、裁判官に於て之を採擇するの度量がなくてはならぬ。例へば法律解釋の概

念から謂へば、放火の既遂と見るべき事件を陪審が放火未遂と判斷した如き場合、又は殺人と見るべき事件を傷害致死と判斷したる場合の如き必ずしも陪審の答申を不當とするに足らぬ。要は被告人に對する科刑が正當に行ひ得べき範圍に於ては、事實判斷を誤るも之を寛容する丈けの襟度を示さなくてはならぬではないかと思ふ。

抑陪審の機能は一般國民の法的意識感情を裁判に採り容れ、民意を裁判に反映せしむるにある。陪審の眞髓は民衆裁判である國民裁判である(第一章第五項參照)裁判官は常に此の大眼目を忘れてはならぬ。我陪審は評議機關である、評決機關ではないから其答申を採用するか否かは全く裁判官の自由であると速斷してはならぬ。評議機關の意見であるにしても、結局は全然其意見に從ひ事實の認定をせねばならぬ。其意見の一部は採用し一部は採用せぬといふことは許されぬ。此の點に於て陪審の答申は普通の評議機關の答申とは、甚だ趣を異にして居る、裁判官は此の間の消息を辨へねばならぬと思ふ。

陪審員は法律や裁判にかけては、素人である。併し國民を代表する選良である。其見る所、言ふ所が縱令專門の裁判技術眼から見れば多少の精確さは缺いて居るとしても、之を充分尊重せねばならぬ。極端な言葉を以て謂へば、陪審の事實判斷が抽象的の法律觀念に背戻して居るとしても、陪審は國民の代表者として自ら具體的事案に適用する法律を作つたものとして、其事實判斷を正當とすべきであると謂ふても宜いかも知れぬ。

次に裁判官は陪審員の指導役若は案內役として、陪審員が事實判斷を誤らぬ樣に、能く之を導き其判斷の結果を自己の思ふ壺に持ち來らしむる樣な工夫と心掛がなくてはならぬと思ふ。

要之、裁判官は陪審を指導して其事實判斷を正鵠ならしむるに努め、其事實判斷の結果たる答申が、假りに嚴肅なる法規上の概念に背反して居るとするも、國家刑罰權の實行に支障を來さず、刑事政策上の見地から勸善懲惡の目的を沒却せず、一般社會防衞の趣意を妨げざる範圍に於ては、些少の過誤は之を看過するの寬仁大度の心持を以て陪審の答申に對することを

要するものと信ずる。陪審の事實判斷を餘りに嚴密に批判し、同一事件を幾度も陪審の評議に付し、多額の國費と國民の勞苦と其時間の犧牲とを顧みざる如きことは、裁判官として其忠實義務を盡す所以ではないと思ふ。

## 第五章　陪審員の資格要件と其改正の必要

### 一六　陪審員資格として財産上の要件の適否

陪審制の運用を完からしめ、陪審裁判をして眞に國民裁判たるの實を擧げしむるには、陪審員に其人を得なければならぬ。而して陪審が國民裁判制度たる以上は、廣く一般國民をして之に關與するの機會を與へ、國民が裁判權の行使に參與するの實を示すことが必要である。茲に陪審員の資格要件を如何にすべきかの問題を生ずる。次て陪審員資格者中より、國民を代表して直接に裁判權行使に參與する少數の陪審員を如何にして選定すべきてあるかの問題を生ずる。而して陪審員の資格要件は陪審員たり得べき者の量を如何なる範圍に定むるかの問題である、陪審員の選定方法は陪審員の質の良否を決する問題である。

我陪審法は陪審員たる資格に付て、財産上の制限を設け「引續キ二年以上直接國稅三圓以上ヲ納ムルコト」を其一要件として居る（陪審法一二條）。是れ舊衆議院議員の選擧資格者として「引續キ滿一年以上直接稅國稅三圓以上納ムル者」たることを一要件となし（舊衆議院議員選擧法八條）舊府縣會議員の選擧資格として「府縣內ニ於テ一年以來直接國稅年額三圓以上納ムルモノ」たることを要するものとし（舊府縣制六條）舊市町村會議員の選擧資格として、市町村公民たることを要し（舊市制一四條舊町村制一二條）市町村公民たるには「帝國國民ニシテ獨立ノ生計ヲ營ム年齡二十五歲以上ノ男子、二年以來市（町村）ノ住民トナリ其市（町村）ノ負擔ヲ分擔シ且其市（町村）內ニ於テ地租ヲ納メ若クハ直接國稅年額二圓以上ヲ納ムル」ことを要件とした（舊市制九條、舊町村制七條）各立法に倣ひたるものと思はれる。

衆議院議員、府縣會議員、市町村會議員の如く、國民、府縣市町村民を代表して國家又は地方團體の行政事務に干與し、國民、府縣市町村民の納稅額を以て、國家的事務又は地方團體事務の經費を支辨し、之を調理按配する者を選擧するに付て、其選擧資格を定むるに、一定の納稅を要件とするは、洵に其意味あることで、事理の當然と謂ふべきてある。然るに陪審員は國家經費の調理按配に干與する者にあらずして、天皇の名に於て行はるべき司法裁判權行使の作用に干與し、一般國民を代表して、國民の意思若は感情の存する所を表明するに過ぎない。從て其執掌すべき事務の性質に於て、前者とは著しく異り、人情世態を基調として、刑事事犯に付き適正なる判斷を與ふるに經驗と智識を具備することを要するのてある。此の經驗と智識だに備はれば陪審員の職務を遂行するに妨げないのてある。敢て財產を有し國家公共團體に納稅するや否やは殆ど沒交涉のことゝ謂ふてよいわけてある。

故に陪審員たる資格を定むるに、一定の納稅を爲すことを要件と爲すは其必要なきのみならず、却て陪審員の適任者を逸するの不利益を伴ふものと謂はねばならぬ。例へば種々の都合上、財產又は營業名義を妻子の名義となし居れる者、或は有產階級の家族にして未だ財產の讓與を受けざる者、有產有識階級の隱居者の如き、何れも陪審員たるの資格を有せざる結果と

なる。加之、陪審員を直接國稅の納付者に限ることは、有産階級の一部國民のみに陪審員たる資格を與へ、多數の無産者を除外するの外觀を與へ、陪審の眞隨が國民裁判てある、民衆裁判てあると謂ふ趣意を沒却するの虞れがある。

然れども陪審員の職務を盡すには、尠からざる時間を犧牲にせなければならぬから、多少時間の餘裕を贏ち得るものたることを必要とする。從て日々の生活に逐はれ、餘暇なき勞働者、他人の使用人の如きものは事實上陪審の職務を採る能はざるものとして、陪審員の資格者中より除外するを相當と信ずる。其他身神の狀態に依り、又は公的職務の關係より陪審員の職務に不適當なる者を特に除外すべきは當然のことてある（陪審法一三條一四條參照）。

要するに陪審員資格者は、事實上性質上の不適任者を除き、可及的其範圍を廣くし、其量を多くするを以て陪審立法の精神に適合するものと思考せられる。此の意味に於て陪審員の資格として直接國稅納付の要件は之を何とか改廢するの必要あることを提言せんとするものてある。

## 一七　陪審員資格として財産上の要件に關する外國立法例

外國の立法例に就て之を見るに、英國陪審員條例（The Juries Act 1870, The County Juries Act 1825）に依れば、倫敦市、各縣（County）各地方都市（Boroughs）に依て、普通陪審員資格の要件たる財產又は納稅額を各別に定めて居る。例へば倫敦市に於ける普通陪審員資格として、市內に店舖、倉庫、事務所其他の場屋を有し、且價格百磅（約千圓）以上の動產又は不動產を有することを必要とし（陪審員條例五〇條）縣に於ては其住居する縣內に年收十磅の不動產又は年收二十磅の借地權を有する者及其縣內の世帶主にして、其救貧稅（Poor Rate）又は住居稅（Inhabited House Duty）の課稅標準查定價格が年額三十磅又は二十磅以上なる者、竝に十五以上の窓を有する家屋の所有者は陪審資格者とせられて居る（陪審員條例一條）。地方都市に於ては概ね公民權を有する

者は陪審員資格を有するものとなし、財産上の要件はない。尙特別陪審員(Special juror)の資格としては、其住居する縣内の世帶主にして、救貧稅又は住居稅の課稅標準の査定價格、人口二萬以上の都市にては、百磅其他の地方にては五十磅なること、耕地の占有者にして、其公課の課稅標準の査定價格が三百磅以上なること、耕地以外の土地家屋の占有者にして公課の課稅標準價格百磅以上なることを要するものとせられて居る。是等の財産要件は總て一定の財産の所有を標準とするものであつて、納稅を要件とするものではない。

佛國に於ては陪審員の資格を定むる「一八七二年十一月二十一日ノ陪審員ニ關スル法律」(Loi du 21. Novembre 1872, Sur le jury)に於て陪審員の資格として、何等財産又は納稅額を要件となすことを規定して居ない。

獨逸に於ては單に裁判上の命令に依り、財産の處分を制限せられたる者を陪審員の缺格者と爲すのみて(改正前獨裁判所構成法三二條三項八二條二項)何等財産上又は納稅額の制限規定は存在しない。

墺太利に於ては、一八七三年三月二十三日ノ陪審員及參審員名簿作製ニ關スル法律(Gesetz vom 23. Mai 1873, betreffend die Bildung der Geschwornen und Schöffenlisten)に依れば、其第一條第五號を以て、附加稅を除き、直接國稅少くとも、年額二十クローネ(人口三萬を超ゆる場合に於ては四十クローネ)を納付するものでなければ原則として陪審員に就職せしむるを得ないことが定めてあつたが、同法は一九一九年及一九二〇年に改正せられ、斯かる財産上の制限は、政治上の權利の行使を目的とせざる陪審員に對しては理由なきものとして、全然廢止せられ、只財産的資力に對する要件としては、墺太利共和國の市町村に於て、公民權(Heimatsrecht)を有すれば足るものとなし(同改正法一條三號)公の救助を受くる者を陪審員の缺格者とした(同改正法二條五號)。

以上の如く泰西諸國に於て、現今陪審員の資格要件として、一定額の納稅を要件としたものは一もなく、只英國に於て倫敦市及各縣の陪審員の資格要件として、財産上の制限を設くるのみてある。英國陪審法に於ては、陪審員の要件として智的能力に關する規定、及事實上陪審員の任務に從ふこと

能はざる貧窮者を缺格者とする規定なきが爲め、右の如き財産上の制限が設けられて居るものなることは、大陸法と比較對照するに依て明かに之を看取することが出來る。

## 一八　財産上の要件の改廢の必要

我國の陪審法は智的能力に關しての要件として「讀ミ書キヲナシ得ルコト」（陪審法一二條一項四號）を必要とし、其上一定額の納稅額を資格要件として居る。斯く智的能力要件と財産上の要件とを併用したのは世界に類なき立法であつて其理由が奈邊に存するか了解に苦しむのである。

「惟ふに我陪審法は大正十二年四月制定公布せられたもので、其當時我陪審法の母法たる、墺太利陪審法規に於ては既に陪審員資格として納稅を要件とした部分の規定を廢止して、三年後のことであるから、此の不當にして理由なきものとして、廢止せられた規定を模倣したものとも考へられないから、結局前述の如く（前出第一六項）其當時の我衆議院議員選擧法又は府縣制の選擧資格として認められた「直接國稅三圓以上ヲ納ムルモノ」なる規定等に苟合せしめて、陪審員の資格として「引續キ二年以上直接國稅三圓以上納ムルコト」（陪審法一二條一項三號）を要件として規定したものと見るべきであらう。若し否らずして前述の如く（前出第一六項）陪審員の職務を盡すが爲めには勞からざる時間の犧牲を拂はなければならぬから、斯る時間の餘裕を贏ち得る者を得る目的を以て、設けたる要件なりとせば、餘りに迂遠であり且不適當と謂はねばならぬ。何となれば直接國稅三圓以上を納むる者必しも時間の餘裕を作り得るものとは謂へぬからである。

抑納稅要件は國會議員、其他地方公共團體の議員の如く、國民、地方團體民の納稅を以て國家又は地方團體の行政を燮理按配する者の選擧資格として、各國の採用したる所であつて、斯かる場合に一定の納稅額を要件とするは性質上洵に意義あることとてある。我國に於ても從來衆議院議員選擧法を初め府縣制市町村制に於て、衆議院議員、地方行政議員の選擧の資格要件として、一定の納稅額を必要としたのは理由あることとであつたが、陪審員の

如く行政事務又は政治上の權利の行使とは全然關係なき、司法事務若は裁判權の行使に參與する者の資格要件として、一定額の納稅を必要とすることとは無意味のことてある、又事物の性質上不適當てあると謂はねばならぬ(前出第十六項參照)。墺太利陪審法が陪審員の資格要件となつて居つた納稅要件を廢止したのも、全く右の理由に基くのてある。

而して大正十四年五月發布の我衆議院議員選擧法の改正法は、既に衆議院議員の選擧資格として從來の納稅要件の制限を徹廢し、單に「貧困ニヨリ生活ノ爲メ公私ノ救助ヲ受クル者」を缺格者として除外し(衆議院議員選擧法六條三號)たるのみて、所謂普通選擧制を確立するに至つた今日、陪審員の資格に右の如き納稅の制限を附するは、全く冠履顚倒の譏を免れぬものと思ふ。加之陪審員資格要件として一定額の納稅を必要とすることは、却て陪審員の適任者を遺脫するの不利益あることは、前說明の如くてある(前出第十六項參照)故に斯かる納稅要件は、一刀兩斷之を廢止して之に代ふるに、事實上陪審員の職務に就く能はざる貧窮者、使用人の如き、時間の自由を有せざるものを、陪審資格者より除外し、缺格者とする規定を設くるを以て、最も事宜に適するものと信ずる。

## 一九　陪審員資格として智的能力要件

陪審員の資格として、最も重要視すべきは、其智的能力てある。卽ち事物判斷の理解力を有し、世態人情を辨へ、社會上の智識經驗を有することてある。我陪審法は智的能力の要件として單に「讀ミ書キヲ爲シ得ルコト」を必要として居る(陪審法一二條一項四號)。英國陪審制に於ては、前々項說明の如く此の智的能力に付きては、何等の規定を設けず、財產上の要件に依て、自然に陪審員の智的能力に付て、適格者を得るものとなしたのてある。獨逸の舊陪審制に於ては、此の智的能力の要件を認めて居ない。佛國一八七二年十一月二十一日の、陪審員の資格要件に關する法律第四條に於ては「佛語ノ讀ミ方及書キ方ヲ知ラサル者ハ陪審員トナルコトヲ得ス」と規定し。又墺太利陪審員名簿及參審員名簿の作製に關する改正法律には、陪審員の資格

要件として、「獨逸語ヲ讀ミ書キシ得ルコト」を規定して居る（同法律一條二號）。

我陪審法は右の佛、墺の規定に倣ひたるもので、陪審員が其職務を執行するに、他人の力を籍るの必要なき程度を標準としたものであらう。而して陪審員の職務を執行するには、少くも公訴事實の記載文句、陪審に對する課題の文句位は、讀み得る能力を必要とするものと謂はねばならぬ。此意味に於て「讀ミ書キヲ爲シ得ルコト」と謂ふ要件は餘りに低きに失せざるか。小學二三年程度の「讀ミ書キ」の能力では、陪審の職務を盡すことは出來ぬてはないか。法律は如何なる程度の「讀ミ書キ」能力を定むるには、陪審員資格者名簿の作製に當り、一々試驗する如きことは不能のことであるから、結局學校教育の階梯を以て、其標準を示すの外あるまいと思ふ。幸ひ我國に於ては明治三十三年以來義務教育の制を設け（小學校令三二條）漸次國民教育普及したるも、現在陪審員資格者年齡たる、三十歳以上の國民の大部分は義務教育制度制定前に、學齡期間を經過し居れる關係より、義務教育を受けざる多數の國民がある。若し數十年を經過して、國民の殆ど全體が六年乃至八年の小學教育を受くることゝなれば、英獨の制に於ける如く、陪審員の智的能力としての要件は、之を削除するを相當とせんも、今日の現狀に於ては此の要件を存置するの必要あるは謂ふを俟たない。

併し乍ら陪審の眞隨は、國民裁判、民衆裁判であるから、陪審員の資格者範圍は可成廣くし、其量は可及的多くしなければ立法の精神を沒却することになるから、此の點に留意し、我國民一般の教育程度と、陪審員職務執行に必要なる能力とに鑑みて、小學教育六年の課程を終へた者又は之と同等の學力あることを以て、陪審員の智的能力の要件を定むる標準となすことが適當でないかと思ふ。

而して陪審制運用の美果を得る爲めには、陪審員の質の優良なることが其要諦であることは、何人も異論なき所であつて、之が爲めには陪審員の選定の方法宜敷きを得なければならぬ。此の問題の詳細は後章（第六章第二二項）の說明に讓ることゝするも、我陪審制の如く、陪審員資格者より、陪審員

候補者を選み、候補者中より更に實際裁判に參與する陪審員を選定するに付て孰れも抽籤の方法に依るものとなし(陪審法二三條二七條)、陪審員の質を優良ならしむる手段を閑却したる立法を其儘變更せざるものとせば、陪審員の素質を優良ならしむる最後の目的を達する爲めに、陪審員の智的能力の資格要件を、一層高むる必要あるものと謂はねばならぬ。例へば小學教育八年の課程を終へ又は中學二年程度の教育を終へたることを標準とする如きてある。

## 二〇 陪審員缺格者としての受刑者の待遇問題

我陪審法は、陪審員の缺格者として「懲役、六年以上ノ禁錮、舊刑法ノ重罪ノ刑又ハ重禁錮ニ處セラレタル者」を擧げて居る(陪審法一三條四號)六年以上の懲役若くは禁錮に處せられたる者、及舊刑法の重罪の刑(六年以上の懲役又は禁獄(舊刑法七條二二條二三條))に處せられたる者は、公權を剝奪せられて居るから(刑法施行法三三條三四條)陪審員の資格なきは當然とし、六年未滿の懲役又は舊刑法の重禁錮に處せられたる者は、何れも破廉恥罪に依り監獄に於て定役に服したる者であるから(刑法一二條舊刑法二四條)他人の犯罪を裁斷するの信用なきものとして陪審員の缺格者となしたものであらう。

各國の陪審法に於ても、之に類する規定がある。例へば英國に於ては重罪(Infamous Crime)卽ち叛逆罪、僞證罪等に依り刑に處せられたる者は、大赦を受けざる限り、陪審員たることを得ざるものとなす(The Juries Act 1870 §10.)。佛國に於ては(一)重罪の刑に處せられたる者(二)重罪の刑に處すべき罪に因り輕罪の刑に處せられたる者(三)勞役刑に處せられたる軍人(四)犯罪に依り三月以上の懲役に處せられたる者(五)窃盜、詐欺、背任、橫領其他法定の罪に依り、懲役又は罰金に處せられたる者(六)重罪に付き闕席判決を受けたる者は何れも陪審員たる資格なきものとして居る(Loi de 21 november 1872. Sur le jury §2.)。獨逸に於ては(一)刑事裁判所の有罪宣言に依て其資格を失ひたる者(二)後見又は公職に就く資格を失ふことあるべき重罪又は輕罪に依り公

判開始せられたる者は、陪審員たる資格なきものとせられて居た（舊獨裁判所構成法三二條一號二號八五條二項）。

現に公訴の審理中の者、又は刑罰の執行を受くべき者、國會議員の選擧權なき者は陪審員の資格を缺くものとして居る（一八七三年三月二三日陪審員及參審員名簿ノ作製ニ關スル法律改正法律二條三號四號）。而して一九二三年七月の國會選擧法第二七條に從へば、重罪輕罪、又は違警罪に該るべき窃盜詐欺等に依り刑の宣告を受けたる者は、國會議員の選擧權なきものとせられて居る。併し右の刑の宣告の效力は、一八六七年十一月十五日の法律第六條第一號乃至第十二號の重罪に付きては、其處罰の終了を以て、其他の重罪に處せられたる者は、刑の終了後十年を經過するに依り、其餘の重罪は刑の終了後五年の經過に依り、其餘の總ての犯罪は處罰終了後三年の經過を以て消滅するものとなつて居る（詳細は第十六章第三節第七項の說明參照）。此の最後の墺太利法が受刑者も一定の年月の經過に依て選擧權を回復し、從て又陪審員たる資格を得るに至ることを定めたる點は、甚だ翫味すべき價値があると思ふ。

抑受刑者には終生永久に、公權剝奪の如き制裁を負はしめて、公職公務に就く道を杜塞することは、眞に刑罰の威力に依り、改過遷善した出獄人を遇する道であらうか。兎囚保護事業として、前科者に對する差別待遇の不當を高唱しながら、此の法律上の前科者に對する差別待遇は是認すべきであらうか。刑罰の執行を終はり、又は執行を受くることなきに至りたる時より、一定期間何等の罪科なくして、經過したる者は、眞に改過遷善の善良なる國民として、待遇すべきが刑事政策上其當を得たるものであると思ふ。永久的の公權剝奪の如きは前世紀の遺制であつて、現代的立法の趨向に逆行するものと謂ふべきである。

此の見地に於て我改正衆議院議員選擧法は、現代立法の趨向に促進せられてか、流石に進步的態度を採て居る。卽ち刑法第二編第一章第三章第九章第十六章乃至第二十一章第二十五章又は第三十六章乃至第三十九章に掲ぐる罪を犯し、六年未滿の懲役刑に處せられ、其執行を終はり、又は執行を

受くることなきに至りたる後、其刑期の二倍に相當する期間(最長期五年)を經過したる時は、衆議院議員の選擧權被選擧權を有するに至る、又六年未滿の禁錮刑に處せられ、若くは右の犯罪以外の罪を犯し、六年未滿の懲役の刑に處せられ、其執行を終はり、又は執行を受くることなきに至りたる時は又同樣選擧權被選擧權を取得するのである(衆議院議員選擧法六條六號七號)故に大赦特赦復權を俟たずして、罪種刑種に依り刑の執行を終はり、若くは執行を受くることなきに至りたると同時に、又は其後刑期の二倍の期間の經過するを俟ち當然選擧權被選擧權を有するに至るのである。或は選擧權は、政治上の權利であるから受刑者に對して之を與へても、妨げなからうけれども、陪審員は裁判權の行使に參與する者であるから、自ら犯罪の前科ありながら他人の犯罪の裁判に干與する如きことは、不都合であると謂ふ樣な議論もあらうが、前科者なりとて眞に改過遷善の實ある者は良民と何等異る所なく寧ろ裁判を受けた經驗よりして、被告人心理を洞察することを得て、陪審員には一層適任者であると謂ふことが出來るかとも思はれる。

既に實際の立法例として、昭和新政の初頭に發布せられた復權令に、「罰金以上ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル爲メ資格ヲ喪失シ又ハ停止セラレタル者ニシテ、其刑ノ執行ヲ終ハリ又ハ執行ノ免除ヲ得タル日ヨリ、昭和元年十二月二十五日ノ前日マデニ十年以上ヲ經過シタル者ハ復權ス、云々。十八歳未滿ノ時、罪ヲ犯シ死刑又ハ無期ニアラサル刑ニ處セラレタル者ニシテ、昭和元年十二月二十五日ノ前日マテニ其刑ノ執行ヲ終ハリ、又ハ執行免除ヲ得タル者ハ其刑ニ處セラレタル爲メ、喪失シ又ハ停止セラレタル資格ニ付復權ス」(昭和二年二月七日勅令第一三號復權令)とせられ、大正天皇御崩御の前日までに、少年犯に付ては刑の執行を終はり、又は其免除を得たる者は直に、又成年者の犯罪に付きては、其後十年を經過し居れる者には、一般的に總ての資格を回復するものとせられた。卽ち受刑者は何人を問はず一般的に資格を回復することゝなり、受刑者たる爲め陪審員の缺格者たりし者も、之に依り有資格者となつた。此の復權令は固より天皇の大權に基く赦免を宣布し、皇室の廣大無邊の惠澤を、受刑者の上にも及ぼすものであつて、普通立法

とは多少其趣を異にするも、此精神は普通立法に擴充して、皇室の吉凶の如き特別の事由に基かずして、一般的に受刑後一定の期間を經過したる受刑者をして、公權剝奪の如き社會的制裁より免れしむる樣な寬容性を法律に與ふることは、免囚保護の精神より又刑事政策の見地より、大に推奬すべきことてあると信ずる。

加之國民裁判、民衆裁判を其眞隨とする陪審制度に於ては、陪審員資格者の範圍を廣くし、其量を多くすべきものてあるから、(前出第一六項參照)受刑者と雖も、刑の執行を終はりたる後何等の罪科なくして一定の期間を經過したる者は、眞に改過遷善したる良民と見做して之に陪審員たる資格を賦與すべきことを提言せんとするものてある。而して現行法の下に於ては六年以上の懲役若は禁錮(又は禁獄)に處せられたる者は公權剝奪者と見做され(刑法施行法三三條三五條)六年未滿の懲役又は禁錮に處せられたる者は刑の執行を終はり、又は刑の執行を受くることなきに至るまて、公權を停止せられたる者と見做されて居るから(刑法施行法三六條)是等の者は陪審員の缺格者とする外ないてあらうが、其れ以外の受刑者、例へば六年未滿の受刑者にして、刑の執行を終はり又は之を受くることなきに至りたる者には罪種刑種に依りて、直に又は其後一定期間經過後に於て陪審員たる資格を有する者と爲すを以て、最も事宜に適するものと信ずる。而して陪審員の資格者名簿の作製の勞力を省き之を簡易化する必要をも考慮する時は、我陪審法の受刑を原因として、陪審員の缺格者を定むる規定は、前述の衆議院議員の選擧權被選擧權者の受刑に依る缺格者に關する規定(衆議院議員選擧法六條五號六號七號)と同一の規定に改正するの賢明なることを信ぜんとするものてある。

# 第六章　陪審員の選定方法と其改正の必要

## 二一　陪審員選定方法の要訣及各國立法例

陪審員の選定の方法如何は、陪審員の質の良否を決定する所以である。陪審員の素質を優良ならしむる爲めには、其選定方法の宜敷きを得なければならぬ。而して陪審員の素質の優良なることは、陪審制運用の眞諦である、殊に我陪審制に於ける如く、消極的事實判斷主義を採りて、陪審の事實判斷の答申と裁判所の事實判定の意見とが一致することを要し、之が一致を缺けば何回にても新なる陪審を構成することゝなる樣な制度にあつては、一層陪審員の素質を優良ならしむるの必要を感ずる。又陪審員の選定は陪審裁判に參與する國民の代表者を選出する意味を有たねばならぬ。是れ陪審裁判が國民裁判たる以上、當然のことてある。

各國の陪審法制を見るに、如何にして國民の代表者として優良なる陪審員を選出すべきかに付き、可成り努力の跡を窺ふことが出來る。

我陪審法の母法たる墺太利法制に於ては、各市町村に於て、市町村委員會（市町村長を委員長とし、四人又は六人の委員より成る）の手に依り、作製した る陪審員原簿（Urliste der Geschworner）を市町村長より郡長に送付し來ると、郡長は自ら委員長となり、六人の委員より成る委員會を招集して、其多數決を以て原簿に登載せられ居る陪審員資格者中より、其理解力、名望、品性及法律的信念に於て、最も陪審員の職務に適任と認むべき者を選定し、各市町村の原簿に右適任者選定に關する意見を附して、第一審裁判所長に提出する。所長は其年度に於て必要と認むる數の五割增の數を標準として、陪審員の候補者を選定する爲め、陪審員年簿作成委員會を招集する。此委員會は所長が議長となり、所長自ら選任したる三人の判事及各市町村委員會より選任せられた五人の委員より組織せられ、多數決を以て最も有能なる陪審員適任者を選定する。而して此の委員會には其地方行政長官より吏員を派

遣して意見を述ぶることになつて居る。而して此の委員會に於て選定したる陪審員を登錄する年簿(Jahreslisten)を作製するのである。此の年簿は主名簿と補充名簿とより成り、補充名簿に登載する候補者は、當該裁判所所在地附近に住居する者より採用するのである。陪審裁判所に於ては其各開廷期より十四日前に所長が二人の判事及檢事竝に辯護士協會の代表者、立會の下に於て、陪審員名簿の主名簿補充名簿に登錄せる氏名票を抽籤壺中に投入し、三十六人の主陪審員を抽出し、次て九人の補充陪審員を抽出し、陪審審理に立會すべき陪審員を決定する、是を職務名簿(Dienst list)に登錄するのである(Gesetz vom 23 Mai 1873, betreffend die Bildung der Geschwornen und Schöffenlisten §§ 11. f. f.)。之が詳細に就ては、第十六章第三節第一〇項以下の說明に讓る。

獨逸に於ける一九二四年の陪審制廢止前の法制も、前述の墺太利の法制と略同樣である。卽ち每年區裁判所に於て、區裁判所判事を議長とし、聯邦政府に依り任命せられたる行政官一人及同區裁判所管內の住民より選擧せられたる委員七人より構成せられた參審員を選定する委員會に於て、原



簿より次年度の陪審員たるべき者を推選し、此を候補者名簿(Vorschlagsliste)に登錄し、是を地方裁判所長に送付する。所長は開廷期二週間前に、二人の判事及檢事の立會を以て三十名の主陪審員を抽籤に依り選定し、之を主名簿(Spruchlist)に登載し、陪審裁判所の開廷地若くは其近傍に住する者の中より補充陪審員を選定し、之を補充簿に登載するのである(改正前獨裁判所構成法四〇條八七條以下)。

佛國に於ては各區(Canton)に於て、治安判事を委員長とし、補充判事及區內の各市町村長竝に市町村會の選任したる二人の區參事會員を委員とする委員會(巴里の各區〔Quartier〕にありては、區長又は助役、區內より選擧せられたる市會議員及是等の者より指名せられたる同區內の前年度の陪審員四名より成る委員會)を組織し、該委員會に於て、年簿作成の準備名簿(List préparatoire de la list annuelle)を調製し、之に其區に對する割當員數に二倍する陪審員資格者を記載する。此委員會に於ては準備名簿二通を調製し、一通を治安裁判所書記課に保存し、他の一通は郡の民事裁判所書記課に送付する。

各郡(Arrondissement)に於ては民事裁判所長又は其事務取扱者を委員長とし、治安判事及區の參事會員、其事故ある時は郡參事會員より成る陪審員年簿調製委員會(La commission chargée de dresser la liste annuelle des jurés)を組織し、準備名簿を基本として過半數の多數を以て、年簿に登載すべき者を定め之を確定する。巴里に於ける右の年簿調製委員會は委員長を、セーヌ民事裁判所長又は其委任を受けたる判事とし、其區の治安判事及補充判事、區長及四人の區參事會員より之を組織せられる。尙重罪裁判所の開廷せらるゝ郡及巴里の年簿調製委員會に於ては、重罪裁判所所在地の陪審員中より、豫備陪審員を採用し、特別年簿(List spéciale des jurés supplémts)を調製する。控訴院長又は重罪裁判開廷地の地方裁判所長は、郡の年簿に從ひABC順にて縣の陪審員年簿及豫備陪審員の特別年簿を調製する。而して右の年簿調製委員會は各年簿に登錄せる陪審員候補者の氏名票を作製し、重罪裁判所の開廷期十日前に、控訴院長、控訴院なき地に於ては重罪裁判所開廷地の地方裁判所長に送致する。所長は右の氏名票を抽籤壺に投入し、之を攪拌して三十六人の氏名票を抽出し、次て特別年簿の氏名票に付き同樣の方法に依り四人の豫備員を抽出し、之を開廷名簿(list de la session)に登錄するのである(Loi de 21. Novembre. 1872, Sur le Jury. §8—§18)。

以上歐大陸諸國の陪審制に於ては、何れも陪審員名簿に付き、複式製を採用し(第七章第二三項參照)陪審裁判に參與すべき陪審員の候補者を決定する爲めに、委員會を設け、該委員會は裁判機關の長官を委員長とし、市區町村の代表機關たる行政委員又は直接住民より選擧せられた者を委員とし、是等の者が國民の代表者たる立場から、陪審員候補者を詮衡決定するのである。斯くの如き手續を採ることは陪審員の素質を優良ならしむると共に、國民の代表者たる陪審員を選定すると謂ふ意味が自ら包含せられて居るものと謂ふべきて、大に注目に價する點である。

## 二一　我國の陪審員の選定方法と其改正論

我陪審法は、陪審員名簿に付て複式制を採用し(第七章第二三項參照)陪審

員の選定の階段に付て大陸諸國の制度に倣ひたるに拘らず、陪審員の候補者を選定するに付いては抽籤を以てする（陪審法二三條）。此の候補者中より、陪審を構成するに至る陪審員、卽ち陪審公判に立會ひ陪審の職務に就くべき陪審員を選定するに付ても亦抽籤を以てする（同法二七條）。斯くの如く陪審員の選定に付き、徹頭徹尾抽籤を以てするならば、陪審裁判所が任意にイロハ順に依り、又は何等一定の順序もなく、手當り次第に、管内の各市町村、資格者名簿中より陪審構成に必要なる員數の陪審員を呼び出せば、事足るもので、態々候補者を選定し、候補者名簿を調製するの煩務を市町村長に課するの必要はない。是を爲すも其實益は毫も存在しないからである。從て又各市町村に對する陪審の割當の手續も無用のものとなる。卽ち陪審員選定の手續として、候補者の選定を爲し、候補者名簿を調製することは全然廢止して、英國に於ける如く、陪審員名簿は單式制て充分である。資格者名簿丈けの調製て澤山てある。候補者名簿は陪審員の適任者を詮衡決定する必要上作製するのてある。候補者を抽籤て定むるとするならば、此の候補者名簿の作製は何の意味もなさぬ無用のものと謂ふて宜い。陪審名簿に付き複式制を採り資格者名簿の外に、候補者名簿を作製するの制度を採用しながら、候補者の選定は、抽籤に依ると謂ふことは無意味てある。是れ陪審員候補者の選定に付て、抽籤方法に依ることを定めた我陪審法の規定は、是を改正するの必要あるものとなす所以てある。

又陪審運用の眞諦は陪審員の素質如何にあることは、前來屢述した。殊に我陪審制の運用に付ては優良なる陪審員を必要とする特別の事情あることも前々章（第四章第一五項參照）に於て說明した所てある。而して陪審員の素質を優良ならしむる爲めには、陪審員の候補者の選定其宜敷きを得ねばならぬ。又陪審を構成するに至るべき陪審員の選定にも陪審を構成するに至る陪ばならぬ。然るに我陪審法は候補者の選定にも陪審員の選定にも、抽籤に依るべきことにして居る。而して抽籤の結果は推知するに難くない、玉石混淆と言はんよりは、寧ろ瓦石の集合となることは何人も容易に首肯し得る所てあらう。斯くして陪審運用の全きを期する

ことが出來やうか。陪審員の素質を優良ならしむる爲め、候補者の選定方法又は陪審の職務に就くに至るべき陪審員の選定方法を、抽籤に依るものとなす規定の改正の必要を感ずる所以も玆に存する。

然らば陪審員選定の方法を如何に改正すべきか、陪審員は國民を代表して裁判に參與する者であるから、衆議院議員選擧に於ける如く、國民の直接選擧に依るを適當とするものゝ如きも、選擧は陪審員を政黨政派の勢力に依り、左右せしむる如き弊害を生ずるのみならず、我國の國情より察して決して陪審員の適任者を選定する所以ではない。又特定の國家機關例へば區裁判所判事をして專斷的に決定せしむることは、陪審員が國民代表者たるの性質を失はしめ、陪審の趣意精神を沒却し、且時に公平を缺くの虞がある。玆に於て結局國民を代表する市町村長及市町村會議員中より互選したる者を委員とし、國家裁判機關たる區裁判所判事を委員長とする官民合同の陪審員候補者選定委員會の如き特種の機關を設け、之に依て各市町村の陪審員資格者中より、其人格、德望、理解力、法律智識其他陪審員たるに必要なる要件を調査の上、適任者を陪審員候補者として選定するを以て、比較的適當なる方法かと思ふ。斯くして國民一般は自ら選擧した市町村長又は市町村會議員に於て間接に陪審員を選定することゝなり、而も優良なる陪審員を得らるゝからである。

次に陪審員候補者の選定を抽籤に依るのは、候補者選定の制度を設けたる制度上の趣意を沒却するものたるには相違ないけれども、抽籤の方法を以て最も公平なる選定方法となし、之を維持するの必要ありとせば、玆に第二案として地方裁判所長が、陪審の構成員となるべき三十六人の陪審員の選定を爲すに付き、抽籤方法を採る主義は之を改め、各市町村より、其の住民の代表者として夫々市町村會の議決に依り、陪審員候補者適任者若干名を推薦せしめ、地方裁判所長に於て其中より更に適任者を詮衡するの方法を採ることに依て、素質の優良にして且國民の代表者たる陪審員を得るに遜からんかと思ふ。

凡そ如何なる法制上の制度組織と雖も、其利弊長短の存するは免れざる

所てあるから、比較的立法の目的を達するに便利なる都合よき、良制度に改善進歩せしむべきは、爲政者の常に心掛くべき點てある。我陪審法の陪審員選定方法の改正論も亦此の趣意に外ならない。陪審員候補者の選定にも、陪審を構成するに至る陪審員の選定にも、抽籤の方法を採るは黨爭の影響を受けず官憲の專斷より免れ、最も公平を維持する所以て、又國民の陪審員義務を盡す上に於ても最も公平を得るものとなし、是を以て我陪審制の獨創的制度として矜となす議論の如きは、是れ恰も國民の兵役義務は公平たるべきを以て徵兵檢査を行はず、全然抽籤を以て服役者も其服役兵種等をも、決定せんことを主張すると、同樣な議論て、到底盾の一面のみを見て全般を斷せんとする偏見たるの譏を免れぬと思ふ。

# 第七章　陪審員名簿の種類と其簡易化

## 二三　陪審名簿の單式制と複式制

各國の陪審法制に於て、陪審員に關して作製せらるゝ各種の帳簿、表の類を說明の便宜上一括して陪審員名簿と名づけて見る。

國民中陪審員たる資格ある者を定むる手續から、陪審法廷に於て陪審を構成し其の職務に就く陪審員が確定せらるゝまでには通常三段の階梯が踏まれて居る。從て陪審名簿も此の階梯に從て、三種類に分つことが出來る。第一に陪審員たる資格を有する國民の總員を登錄する帳簿が作製せられる。英國に於ては是を陪審員原簿(Urliste der Geschworner)と名づけ、我陪審法は陪審員資格者名簿と稱して居る。第二に陪審員の資格者の名簿中より、陪審員の適任者を選定して、其年度に於ける陪審員候補者の臺帳を調製する。佛、墺國に於ては是を陪審員年簿(la liste annuelle des jurés; Yalresliste)と謂ひ、獨逸にては、推

薦名簿(Vorschlagliste)と稱し、我陪審法は、陪審員候補者名簿と名づけて居る。第三に候補者の臺帳の中より、更に陪審員の職務に就くべき者を選定し、是を登錄する帳簿を作製する。佛國に於ては、是を開廷名簿(liste de la session)と謂ひ、獨逸に於ては當籤名簿(Spruchlist)と稱し、墺國に於ては職務名簿(Dienstlist)と謂ふ。我陪審法は斯かる帳簿の作製を認めて居らぬ。

是等三種類の陪審員名簿の外に、補助簿ともいふべきものが作製せらるゝことあるも、之には關係なく、右主要なる陪審名簿の二種又は三種を作製する法制を複式制と名づけ、主要名簿の一種のみを作製する法制を單式制と名づけ玆に兩者の得失長短を研究して見たいと思ふ。

英國陪審制は資格者名簿を有するのみで、資格者名簿作製の準備として陪審員表(Jury list)を作り、又陪審員の職務に就任する陪審員を呼び出す爲めに、陪審員の組の表(Panels)を作製し、之を閲覽せしむることあるも、固より主要名簿でないから、英國の陪審員名簿は單式制の標本と謂ふて宜い。

佛國陪審制は候補者名簿たる年簿、及陪審就任者の名簿たる開廷名簿を作製するから完全なる複式制と謂ふべきてある。

反之獨、墺の陪審制は、資格名簿たる原簿、候補者名簿たる年簿又は推薦簿、陪審就任者名簿たる當籤名簿又は職務名簿を作製するから完全なる複式制と謂ふべきてある。

我陪審法は資格者名簿と候補者名簿の作製を認むるから、複式制であるが陪審就任者名簿の作製を認めないから、不完全なる複式制の範疇に屬するものと謂ふべきてある。

## 二四　單式制と複式制との得失

陪審員名簿の單式制と複式制との優劣得失を稽ふるに、固より制度の整備といふ點より見れば複式制が優ると謂ふを得るてあらう。併し資格者



作製するから複式制といふことが出來る。併し資格者名簿は作製しない。年簿の外に準備名簿を作製するも、是れ年簿作製の準備に供するもので、一般陪審員の資格者名簿とは全然異る。故に佛國陪審員名簿は複式制ではあるが資格者名簿を缺くを以て不完全複式制と謂ふべきてある。

名簿と候補者名簿とを作製することは、結局陪審員たる資格を有し、陪審員に選定せらるべき者の氏名を登錄する帳簿を二重に作製することゝなり、是が事務に執掌する責任者の煩勞と、其費用を犧牲にして、尙且此の複式制を採用するの實益效能ありや、甚だ疑なきを得ない。寧ろ孰れが其一方を省略し、此が運用に巧なるに於ては、事務を簡約ならしめ費用と勞務を省き、而も其效を收むることは左程困難のことではないと信ずる。

然らば資格者名簿と、候補者名簿の孰れを省略するを以て得策とすべきか。資格者名簿として陪審員名簿(Juror's Book)のみを作製する英國制と、資格者名簿を作製せずして候補者名簿として年簿(liste Annuelle)のみを作製する佛國制と孰れを採るべきか。陪審員の素質の向上を圖り、年々各市町村より平等に陪審員義務者を選出せしむる爲めには、候補者名簿の作製を要するから、此の意味に於て英國制よりも佛國制が優れて居るものと信ずる。佛國制に從ひ資格者名簿の作製を省略するも、陪審員資格者は既に法定の要件を具備する者の總てを包含するもので、必ずしも名簿を作製して之に登錄せなくとも、客觀的には明瞭てある。且陪審員資格者が衆議院議員、府縣會議員の選擧人の如く選擧權其他の權利を行使する者たる場合に於ては、名簿に登錄して、其正當なる權利者たることを、明確にすべき必要あるも、陪審員資格者は恰も被選擧人の如く、自ら權利を行使する主體にあらずして、陪審員候補者として選定せらるべき客體であるから、陪審員を選定する機關に於て其資格の有無を調査するに於ては、何等の不都合を生ずることはない。而して此の陪審員候補者として選定せらるべき者は、資格者の數に比すれば極めて少數のものであるから、其調査に何等困難の伴ふことはない。斯くの如く陪審運用の實際上の手續より謂ふも、資格者名簿の作製の省略は別に不便を惹起することはない。さすれば多額の費用と勞力を費して尨大なる資格者名簿の作製の必要は認められないのである。

## 二五　我陪審員資格者名簿の簡易化

我陪審法は、陪審員候補者を選定するに付き、抽籤の方法を採る（陪審法二

三條）此の點は改正するの必要あることは前章（第二二項）に於て之を說述した如くてある。が若し之を現在の法制の儘とすれば抽籤を確實に、且公平ならしむる必要上より、陪審員資格者名簿の作製を省略することは、到底不能のことてある。資格者名簿を作製するものとせば、之を簡易にするの必要なきや、又其方法如何が問題となる。

我陪審法に於ては、資格者名簿の作製は各市町村長の職責となつて居る。市町村長は浩瀚なる各種の選擧人名簿の作製の義務を負ふ。卽ち毎年九月十五日現在に於ける衆議院議員及府縣會議員の選擧人名簿調製の義務を負ふのてある（衆議院議員選擧法一二條府縣制九條一〇條）。尙市長は市會議員選擧人名簿を各選擧期日前六十日に於ける狀態に於て調製することを要し（市制二一條）町村長は町村會議員の選擧人名簿を各選期日前二十日現在に依り、調製することを要する（町村制一八條）。而して右各選擧人名簿は閱覽手續を爲さねばならぬ。然るに今又其資格要件の異る陪審員資格者名簿の調製其閱覽手續を、市町村長に命ずるは、市町村の事務を繁劇ならしめ、之に要する費用も亦尠少てはない。斯くの如き犧牲と負擔を市町村に負はしめ、尙且陪審員資格者名簿調製の必要ありとせば、衆議院議員選擧人名簿又は府縣會議員選擧人名簿を利用して陪審員資格者名簿の調製を簡易にする方法を講ずるの必要ありと信ずる。尙之が爲めには陪審員の資格要件を衆議院議員又は府縣會議員の選擧人のそれと、可成同一又は接近せしむるの必要がある。此點に付ては第五章（第一八項）に於て說明を爲したから茲には重複說明を避けたい。

然らば是等選擧人名簿を利用する陪審員資格者名簿の簡易化方法如何てあるが、是れは左して困難なる問題てはない。此の點に關して資格名簿のみの作製を認むる英國陪審制の規定は、適切なる參考資料てあると信ずるが故に、茲に簡短に之を述べて見たい。

英國に於て、從來每年陪審員表（Jury List）を作製し之に基き陪審資格者名簿（Juror's Book）を作製して來たが、其手續の煩雜を避け、經費と勞力を節約するの趣意を以て、一九一八年の改正陪審條例（Jury Act 1918）に依て、陪審員表は、

毎年作製せず、最後に作製したるものを基本として、之に改訂變更を加へて、新なる陪審員表作製に代ふることを得るものとなし、更に一九二二年の改正陪審條例(The Jury Act 1922)を以て、倫敦市に於ける手續は從來の儘とし其他の場所に於ては右の陪審員表の作製を廢止し、從て之を編綴作製せる陪審員資格者名簿の作製をも廢止して、選擧人資格者表(The Elector's List)を作製する登錄官をして、議員選擧權者にして、普通陪審員たる資格ある者の氏名の上にJ(Jurorの略字)特別陪審員たる資格を有する者の氏名の上にS、J、(Special Jurorの略字)なる文字を記入せしめ、後日其者が陪審員の缺格者となり、又は義務を免除せられた場合には、登錄官に右の陪審員たる記號の除去を求むることを得るものとなし、其確定を待つて右の記號を付せられたる人々の氏名を記載せる帳簿を作製し、之を陪審員資格名簿と爲すのである。

我陪審法制に於ても右の英國の例に倣ひ衆議院議員選擧人名簿に陪審員たるの符號を附することゝして、之を資格者名簿に代へ、資格者名簿の作製を廢止することは最も策の得たるものと信ずる。

尙獨、墺、佛諸國に於ける陪審就任者名簿たる當籤名簿又は職務名簿若くは開廷名簿は主として、陪審就任者を檢事及被告人に知らしめ忌避の準備を爲さしむる目的の爲めに作製せらるるものであるから、我法制の如く陪審就任者卽ち陪審を構成すべき陪審員を、事前に當事者に知らしめざる制度にあつては、斯かる名簿の作製を必要とせざるは當然である。而して斯かる陪審員を發表するの當否に付ては、章を改めて論述することにしたい。

# 第八章　選定陪審員の發表の當否

## 二六　選定陪審員發表主義の利弊

陪審手續に依て審理を受くる被告人は、公判期日に出頭したる二十四人乃至三十六人の陪審構成の選定陪審員中、法定數の陪審員十二人及一人又は數人の補充陪審員を除く超過陪審員に對して、檢事と同等に忌避する權利を有する（陪審法二九條二七條六二條六四條）此の忌避權を完全に行使せしむる爲めには、公判期日前に忌避を爲すや否やに付き、考慮を爲すべき時間を與ふることが適當の樣に見える。

歐洲各國の陪審制に於ては、何れも選定陪審員の氏名住所職業等を豫め通知其他の方法に依り知らしむる方法を設けて居る。墺太利に於ては、陪審員及補充陪審員の氏名錄を公判開廷前少くも三日內に、第一審裁判所より被告人に通知すべきものとし、否らざれば無效として上告の原因となる（墺刑訴法三〇三條三四四條四號）。獨逸に於ても公判開廷前陪審員の當籤名簿（Spruchliste）を、在監の被告人には、閱覽の爲め裁判所書記課に備へ置くべきものとし、更に後日當籤名簿に登載したる陪審員の氏名は公判開始までに被告人に通知すべきものとして居る（改正前獨刑訴法二七七條）。佛國に於ては、三十六人の陪審構成の爲め定めたる日の前日を記載したる開廷名簿（list de la sessia session）を、陪審構成の爲め定めたる日の前日に、各被告人に對して送達すべきものとし、其日より早く、又は遲く送達したる時は其送達及其後の手續は無效として居る（佛治罪法三九五條）。英國に於ては、開廷期の初まる前少くも七日間「シイリフ」（Sheriff）なる陪審員呼出の任に當る官吏の役場に、陪審員の組の表（Panels）の寫を備へ置き、關係人に無償にて閱覽せしめ、希望者には、一志を以て之を賣却すべきものとしてゐる（The common Law Procedure Act § 106, 107, The Juris Act 1870, § 16）。

右の如く各國に於て陪審員の何人なるかを發表して、豫め之を被告人に知らしむるは、被告人の忌避權を行使する爲め、其準備期間を與ふる趣意たるに相違なきも、此の準備期間を惡用して陪審員に請託を爲し、之を買收し

墮落せしむるの危險を伴ふことは想像するに難くない。法律が陪審員の除斥及忌避を認むる所以は、可成偏頗なき公正なる判斷を爲すに適する陪審員を得んとするものなるに、右の準備期間は却て偏頗、不公正なる判斷を爲す陪審を構成する機會を與ふるものと謂はねばならぬ。陪審の構成後に於て、陪審員と訴訟關係者其他外部との交通を絶ち、請託依賴其他の干渉を防ぐに遺漏なしとするも、事前に於て是等の干渉の機會を與ふるに於ては、陪審員に對する監督は無意味のものたるに終る。

故に陪審員を豫め發表し、又は被告人に之を通知する制度は、忌避權の完全なる行使に依り公正なる陪審を構成せしむる利益あると同時に、他面に於て陪審員を墮落腐敗せしむるの機會を與ふるものと謂ふべく、其利害得失を決することは稍困難たる問題たるを失はない。

## 二七　我選定陪審員不發表主義の意義及其價値



歐洲各國の法制に於ても、選定陪審員を公判前に發表するの當否に付ては、充分考慮を拂ひたるに相違なく、大陸法制殊に佛國法制の如きは、公判開廷の前日に、被告人をして陪審員の何人たるかを知らしむるものとなし、陪審員發表後公判開廷までに、長き時間を存置せしめず、陪審員に對する干渉的行動の餘地なからしめんと努力したる跡の歷々たるを見るのである（前項參照）。乍併、公判開廷の前日と雖も、陪審構成の選定陪審員を被告人に知らしむるに於ては、被告人が不拘留の場合には、尙陪審員を腐敗墮落に導くの危險は充分之を認めねばならぬ。是等の點に着眼したるものか、我陪審法が先進各國の例に倣はず、斷然忌避權行使の準備期間の制を採らずして、陪審構成の選定陪審員の氏名は之を秘密に付し置き、公判期日の初頭に於て、陪審を構成するに際し、初めて被告人に對し、陪審員の氏名、職業、住居地を記載したる書面に依り、選定陪審員を示し（陪審法六二條）以て陪審員に對する干渉的行動を防ぎ、之が墮落腐敗の機會を與へない樣にしたのは、我國情に照し適切なる創意的新立法と謂ふべきてある。

抑忌避を爲すべきや否やを決するには、特定の陪審員が被告人に對し不利益なる判斷を爲す如き特別の事情あるや否やを知り得れば足るものであつて、一般的に陪審員の經歷、人格、能力等を調査するの必要なきものと謂ふべきである。而して我陪審法は被告人に對し、選定陪審員の氏名、職業、住居地を記載したる書面を示して、陪審員中除斥せらるべき者あるや否やを問ひたる後、忌避の手續が行はるべきものとして居るから、其間多少の時間を存し、忌避に値する陪審員ありや否やを考慮するに充分なりと謂ふべく、選定陪審員を豫め被告人に知らしめ置く必要なきものと謂ふて宜い。

併しながら、此の忌避權の行使は劣等なる陪審員を驅逐して、陪審を構成すべき陪審員の質を優良ならしむる上に於ては、有力なる武器と謂ふことが出來る。而して現在我陪審法の組立に於ては、選定陪審員の質の優良を期する能はざる事態にあることは第六章(第二二項)に述べた如くてある。而して我法制は選定陪審員を發表しないと謂ふ丈けて、絶對に之を秘密に付すべきことを命ずる規定の存する譯けてもないから、選定陪審員の氏名住所等は豫め檢事に知らしめ、檢事に於て、該陪審員各人に付き其閱歷、人格、學識殊に法律上の理解力等を調査し、公判に於て陪審員に對する忌避權の行使を爲す際に、劣等なる不適任者を總て忌避の方法に依て驅逐し去り、陪審を構成する陪審員の質を比較的優良ならしむることは、我陪審法の缺陷を補ひ、之が運用を幾分良好ならしむる權道ではないかと思ふ。佛國陪審公廷に於ても、時々斯くの如き方法が行はれて居るのは、陪審運用の實際上の必要から來たものと思はれる。

# 第九章　陪審公判手續の様式と其優劣

## 二八　陪審公判手續の各種の様式

刑事陪審裁判制度の中樞は、謂ふまでもなく陪審の事實判斷若は罪責判斷であつて、此の判斷は公判の審理辯論を基礎として陪審員の評議を通して生れて來る。換言せば公判の審理辯論等の手續は、全く此の陪審の事實若は罪責判斷の答申卽ち陪審の宣言を得る爲めの手續であると謂ふても過言ではない。而して陪審制運用の成敗は、正鵠を得て誤なき陪審の宣言を得るか否かに依て岐るゝものと謂ふべきである。故に公判の審理辯論を如何なる主義方式又は順序とすれば、正鵠なる陪審の宣言を得られるのであるか、是れが定め方如何に依て、陪審制の優劣價値は決定せられるわけである。又陪審制運用の成敗が決せられるものと謂ふて宜い。

公判に於ける審理辯論等の手續は謂ふまでもなく、被告人の訊問、證人鑑定人の訊問其他の證據調、當事者の辯論及陪審員に對する說示(敎示若は要



約)である。而して公判廷に於ける是等の役割は裁判官、檢事、辯護人に於て分擔して演出せられる。現行歐洲各國の陪審制に於ては、必ずしも是等の手續が全部行はれる譯でもなく、又之を演ずる役割も同一ではない。

英國に於ては被告人に對する訊問は行はれない(被告人は只證人として陳述することを許されるのである)。裁判所書記が起訴狀を朗讀し、是に對して被告人が無罪の抗辯を爲したる後、原告官の代理たる辯護士(バリスター、若はバリスター中より特に勅任せられた、キングスカウンシル)が公訴事實を說明的に陳述するに止る。而して證人鑑定人の訊問は夫々之を呼出したる原告官の代理人たる辯護士、又は被告人の辯護人たる辯護士が先づ訊問を爲すのである。所謂主たる訊問(examination in chief)である。次て相手方の辯護士が所謂反對訊問若は十字訊問(Cross-examination)を爲し、更に時として主たる訊問を爲したる辯護士側に於て、證言を補充確認する爲めにする辯護士側に於て、證言を補充確認する爲めに所謂再訊問(re-examination)を爲すのである。而して裁判長は其間第三者の如き立場にあつて、當事者の訊問を靜かに聽聞し、必要に應じて補充的又は

釋明的の訊問を挾むのみてある。而して原告官の代理辯護士は事件全體に亘つて論告的辯論を爲さず、被告人の辯護士が必要に應じて事件全體の辯論を爲すのみてある。裁判長は最後に說示(Summingup)を爲す。說示は各證據の信憑力、證據法の規定其他適用せらるべき法律を指摘し、時として事件に關する裁判長自身の犯罪事實に對する意見を述べるのてある。

反之、佛國に於ては裁判所書記が、公訴事實を陳述したる後、裁判長自ら犯罪事實其動機等に付き詳細に被告人の訊問を爲し、證據調に移りても、裁判長が證人鑑定人を訊問する、次て檢事が事件一般に亘り詳細なる論告的辯論を爲し、之に對して被告人の辯護士が被告人の利益の爲めに論駁的辯論を試みるのてある。而して佛國に於ては、裁判長の說示(instruction)は行はれない。說示は有害無用のものとして一八八一年六月の法律に依り廢止せられたのてある(第十五章第二項第三項第五項參照)。

墺太利に於ては、裁判所書記をして、公訴狀を朗讀せしめた後、裁判長が自ら被告人を訊問し、次て證人鑑定人の訊問其他の證據調を爲すことは佛國に於けると同樣てあるが、證據調を終はりて陪審員に課すべき問題を裁判所に於て評議決定し之が朗讀ありたる後、檢事及被告人其辯護人が順次に刑量問題に觸れずして、陪審員の評議答申の基礎となるべき公判審理の結果に基き罪責問題に付いて、互に辯論を戰はすのてある(刑の加重減輕の情狀、適用すべき法律に關する辯論は陪審員の宣言後に行はる)。而して後、裁判長は陪審員に對し、公判審理の結果に付き重要なる點を簡略に纏め、被告人に對する利益不利益なる證據に付いて簡單に說明する。是れ所謂敎示(Belehrung)てある。此の場合には裁判長は自己の意見を述べることは出來ぬのてあるが、犯罪行爲の法律上の構成要素及問題に揭げられた法律上の術語の意義を解說し、且陪審員の一般的義務殊に評議評決に關する規則に付き注意を與へるのてある(第十六章第六節第二一項第二三項參照)。

現行西歐諸國に於ける公判の審理辯論等の手續、順序、其役割は敘上の如くてあつて、英國は被告人の訊問を爲さず、證據調は當事者訊問主義を採り裁判長の說示を採用して居る、之を英國式を名づけたい。佛國は被告人の

訊問、證據調は職權主義を採り、檢事の論告辯論を認めて裁判長の說示は之を認めない。之を佛國主義と謂ひたい。墺國は被告人の訊問、證據調は職權主義に依り、檢事の辯論を認め、而も裁判長の敎示を必要として居る。之を墺國式と稱して置きたい。

我陪審法の公判に於ける審理辯論は、特別の規定なき限り一般に刑事訴訟法の規定に準據すべきものであるから、被告人の訊問、證人鑑定人の訊問其他證據調は職權主義に依り裁判長之を爲し、必要に應じて陪席判事をして代行せしむることが出來る(陪審法七〇條一項)。次て「檢事及辯護人ハ犯罪ノ構成要素ニ關スル事實上及法律上ノ問題ノミニ付意見ヲ陳述」して辯論を爲す(陪審法七六條)。此の辯論は要するに陪審員の評議答申に必要なる犯罪構成事實の存否を決せしむるに必要なる範圍に制限せられる。刑の加重減輕竝に適用法條等に關する辯論を爲すことは出來ぬ、此は陪審の答申後の第二次辯論として爲さるゝのである(陪審法九六條)。右の事實問題に關する辯論終結後に於て、裁判長は陪審員に對して說示を爲す。卽ち

「裁判長ハ陪審ニ對シ犯罪ノ構成ニ關シ法律上ノ論點及問題トナルヘキ事實竝ニ證據ノ要領ヲ說示」するのであるが「證據ノ信否及罪責ノ有無ニ關シ意見ヲ表示スルコトヲ得」ない(陪審法七七條)。此說示を爲した後、裁判長は陪審に對して犯罪事實の有無に關する問題を課するのである。是に依て觀れば、我陪審法は被告人の訊問は勿論證人鑑定人の訊問も職權主義に依り、裁判官之を爲し、檢事の辯論、被告人、其辯護人の辯論の外、更に裁判長の說示を必要とするものであつて、全然墺國式の審理辯論を模倣して、最も複雜なる樣式を採用し、職權訊問主義、檢事の論告的辯論、裁判長の說示を併用したものである。只彼にあつては、陪審員に對する課題朗讀が當事者の辯論の前に行はるゝに反し、我にあつては、課題は說示後に行はるゝの差異あるのみである。

公判に於ける辯論の目的は、固より陪審員に課せられた問題に對する答申を、夫々各當事者が自己の主張の如くに導かんが爲めであつて、同時に又陪審員に對して問題の評議決定に必要なる智識材料を供するのであるか

ら、當事者の辯論前に問題を決定し、之を發表して辯論の向ふべき標的を與へ、從て辯論を適切簡明ならしむることが、策の得たるものではなからうか。此の點は公判の審理辯論に付き全然同一樣式を採りたる墺國の制度に倣ひ、裁判長が辯論前に發問を爲し、然る後、當事者の辯論を聽き同時に發問の變更に付き申立意見あらば之を述べしめ次て、裁判長の說示を終はりて後、發問の內容變更の申立に付決定を爲し、同時に發問を確定し問題書を陪審員に交付する樣な順序とするの優れるに如かずと信ずるものである（陪審法八〇條參照）。

## 二九　陪審公判手續の各種樣式の優劣

陪審公判の審理辯論等の手續に付、前述の英國式佛國式及墺國式の何れが陪審の答申（宣言）を正鵠に導き、陪審運用の實蹟を擧ぐるに便宜であるか、其優劣若くは得失は其國の刑事裁判の沿革、傳來的慣行等をも考慮に入れなければ容易に斷ずることは出來ぬ問題であらう。けれども沿革とか



慣行とか謂ふことは別として、理論上の問題として考察する時には、職權訊問主義と說示とを併用して、裁判長が被告人、證人等を訊問し、且說示を爲すことは、說示の效能を著しく減殺する虞がある。是れは主として陪審員の心理作用から來るのである。陪審事件は被告人が公訴事實を否認して之を爭ふ場合であるから、裁判長が被告人を訊問するに當つて、被告人の犯罪事實を否認する陳述が、前後の事情と矛盾して辻褄が合はなければ、之を糺問することゝなる。被告人は之に對して辯解を爲す、勢ひ訊問は深刻となり、押問答の形に傾いて來る。茲に裁判長と被告人とは爭鬪的狀態に陷て來る。而して陪審員は裁判に經驗なく、被告人心理なるものを、能く解しない爲めに、寧ろ被告人に同情する念慮を湧起するに至る。又裁判長が被告人を有罪とする豫斷を抱いて居る樣に感違ひをする。斯くて陪審員の心理上裁判長は最早公平なる裁判官にあらずして、被告人を訴追する檢事同樣のものと見られる。是れ職權訊問主義の通弊であると謂ふて宜い。從て當事者の辯論の後、裁判長が事實證據の要領を要約說明する說示なるも

のは、其陪審員の心理に與ふる影響に於て檢事の論告と異ることなく、大なる感動を與へることは困難となり、說示に充分の權威を有たしむることは出來ぬことゝなる。故に陪審の運用上、被告人の職權訊問主義と裁判長の說示の併用は、反撥相容れぬとは謂へぬてあらうけれども、相親み相調和するものてはない。英國の裁判長の說示が千鈞の重きを爲す所以は、被告人に對する訊問を爲さず、證人鑑定人等に對する訊問も當事者訊問主義を採つた制度上の理由が與つて、大に力あることが首肯せられる。

次に檢事の辯論と裁判長の說示の併用は、陪審運用上如何なる功過を齎すてあらうか。檢事の論告辯論は、其提起せる公訴を維持する立場から被告人の抗辯を排斥し、之を攻撃する態度となるのは自然の理てある。而して陪審員の一般心理は感情に趨り、寧ろ被告人に對し同情に傾くことが多い。のみならず、檢事の辯論に次ぐに被告人の利益の爲め、之に同情する辯護人の辯論あるが爲め、檢事の言說は陪審員の心裡に深き强き印象を留むることは困難てある。而して裁判長の說示は檢事の論告辯論を壓縮した



樣な結果となることが多く、從て說示も亦陪審員の心證の上に著大なる影響を與へることは出來ぬてはないかと思はれる。故に說示の效果を充分發揮せしめんとするには、寧ろ英國式に檢事の事件全體に亘る論告的辯論は避けた方が賢明てある。　佛國陪審制が裁判長の說示を廢止したのは、必ずしも檢事の論告を重要視した結果てはなく、裁判長の說示の效果微弱なると、一は裁判長の說示の語氣叙述の方法等より、裁判長の事件に對する意見を間接に暗默裡に發表する結果となることを避くるが爲めてあると察せられる。

右に叙說する如く、職權訊問主義及び檢事の論告は、孰れも裁判長の說示の權威作用を減殺する虞れがあるから、說示の效能を最も偉大ならしむるには職權訊問主義、檢事の論告は之を採用しないに如くはない。然るに我陪審法は前述の如く職權訊問主義と檢事の論告的辯論を併用し、其上に裁判長の說示を必要として居る。此は我陪審法が墺國法制に則り、之を母法となした結果てあらうが、此の法制を運用して而も裁判長の說示を相當有力

な價値あるものとするには、裁判長の努力は非常のものであらねばならぬ。のみならず要を得た卓越したる說示を爲すには、如何に優秀な頭腦を有する裁判長と雖も相當の準備を要する。被告人證人鑑定人の訊問に充分の精力を注ぎ、次て當事者の辯論を聽き、其主張の要點を咀嚼して、直下に是等の訴訟材料を整理按配して說示することは簡單なる事件ならば、いざ知らず複雜なる事件にありては殆ど不能のことではないかと思はれる。幸ひに我が陪審法は、職權訊問主義ではあるけれども、被告人の訊問及證人鑑定人の訊問其他の證據調は陪席判事の一人をして爲さしむることを得ることとなつて居るから（陪審法七〇條一項）、此の規定を利用して簡單な事件は兎に角複雜な事件に付ては、可成陪席判事をして被告人の訊問、證據調を爲さしむることとし、其間に裁判長をして腦力の休養と共に說示の準備を爲さしむることが、我陪審法運用上最も肝要のことであると信ずる。是に依て、上述の如き職權訊問主義と說示併用の缺陷の幾分を補ふことが出來ると思ふ。

## 三〇　陪審公判手續の理想的樣式

抑陪審制は彈劾主義の刑事訴訟手續の民衆化したもので、民衆裁判の典型てある故に、糺問主義の臭味を去り、完全に當事者平等主義を發揮して、民意を充分に裁判の上に反映せしむることが其理想てあると信ずる。是が爲めには、被告人側に其防禦權辯護權の行使を可及的容易ならしむると共に、審理辯論に關與する總ての關係者に對し、合理的に其役割と權限を定め互に其分を守りて犯すことなく、而も充分に之を行使することを努めねばならぬ。此見地より法廷に於ける裁判官と陪審員の座席、檢察官と辯護人の座席、證人鑑定人等の位置などは、普通刑事訴訟手續に於ける法廷の模樣とは之を異にせねばならぬ。又其審理辯論の役割、其順序等も考慮せねばならぬ。

前項說述の理論より推して之を謂へば、法廷の座席の位置などは姑く置き、審理の主義としては被告人を訊問の客體とせず、訊問するとせば職權訊

問主義を採らず、當事者訊問主義に依りて檢事をして被告人訊問の任に當らしめ、證人訊問其他の證據調は陪席判事に讓り、二人ある時は之を分擔せしめ、辯論に付きては檢事は證據調の結果に付き論評するを主とし、辯護人は餘りに感情に趨らず證據に基く辯駁隱健なる意見の陳述に止め、裁判長は常に審理辯論の經過に注意を拂ひ、陪審員の心理に與へた印象の傾向を洞察し、之を參酌して說示の內容を決定し、說示に其全力を傾注することに努め、說示をして最も權威あらしむるを理想と信ずる。

而して公判手續の順序は、被告人の訊問を爲すとせば之を第一とし、次に證人の訊問其他の證據調を行ひ、其結果に依り一應陪審に對する發問課題を定めて發表し、之を標的として當事者の辯論を鬪はしめ、其結果發問の內容形式を變更するの必要を認めたる時は、之を變更して發問を確定したる上問題書を陪審員に交付し、最後に裁判長の說示を爲すを以て最も其當を得たるものと信ずる。

# 第十章　我陪審公判に於ける辯護人の辯論と辯護人の責務

## 三一　辯護人の辯論の優越的地位

我陪審法は職權訊問主義に依り、裁判官が被告人の訊問證人鑑定人等の訊問を爲し、檢事の論告的辯論を認め、其上裁判長が要約演述として說示を爲す仕組である（第九章第二八項參照）。而して陪審員は一般に裁判上の經驗智識に乏しく、被告人心理なるものを解せず、寧ろ被告人の地位境遇に同情を寄せ、又は犯罪の動機に感動して人を見て罪を見ないと謂ふやうな傾向を有し、理智を離れて感情的に事を斷ぜんとすることは歐米陪審國の經驗に徵して疑なき所である。例へば公憤義憤に基く犯罪、戀愛を動機とする事件、墮胎事件、其他婦人の犯罪を無罪となしたことは、著しき例證である。

右の如き我陪審法の仕組、陪審員の心理傾向よりして、被告人の訊問、證據

調の結果、檢事の論告及裁判長の說示は、陪審員の心理に餘り強き印象を與へない(第九章第二九項參照)。固より是等の手續は陪審員の犯罪事實に關する概念を構成するの材料となるには相違ないが、其事實の存否に付き、然り又は然らずの最後の斷定を下す心證を形成する上には、比較的重要なる權威を持たない結果となることは、前章第二九項の說明に徵し明かである。陪審員の心理に最も深き感動を與へ、最後の斷定を爲すに付き比較的重大な影響を及ぼすものは、被告人の利益の爲めにする辯護人の辯論でないかと思ふ。人情に訴へ、被告人の行爲を善意に解し、之に同情する如き辯護人の言說は、陪審員の同情心に迎合せられ、其心證を捕捉するに極めて有利てある。最も優越的地位に置かれてある(第四章第一五項參照)。

斯くの如く辯護人の辯論が、陪審員の心證を動かし其答申(宣言)を決定するに付、最も優越なる作用を爲すものとするならば、我陪審法運用の重心となり、其樞軸を爲すものは、實に辯護人の辯論と謂ふことになるのである。

## 三二　陪審公判手續に於ける辯護人の責務

我陪審法の組立から辯護人の辯論が公判手續に於て最も重要な優越的地位を占むること、前項の如くてあるのを利用して、辯護人が極端なる言辭を弄し被告人の曲を蔽ひ、感情に趨つた言論を試み、陪審員の心理を混亂せしめ、其結果陪審の判斷答申を誤らしむるに於ては、我陪審法の運用は全く行き腦むことゝなるの懸念なきを得ない。何となれば我陪審法に於ては「裁判所カ陪審ノ答申ヲ不當ト認ムル時ハ訴訟ノ如何ナル程度ニアルヲ問ハス決定ヲ以テ事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得」(陪審法五五條)ることになつて居るから、陪審が辯護人の辯論の爲め、其判斷答申を誤まる時には、更に新しき陪審を構成し再び公判の審理辯論を繰返すことゝなり、陪審員たるべき國民に陪審義務履行の爲め、幾多の時間の犧牲と勞苦を負はしめ、又多額の陪審費用(同法一〇六條)を空費することゝなり、加之被告人に長日時の審理を受けしめ、其身神に受くる痛苦は測るべからざること

ゝなるからである。卽ち被告人の利益の爲めの辯論は却て、被告人に不利益を來すの結果を招來するのである。

斯く觀じ來れば、陪審法廷に於ける辯護人の辯論は極めて愼重にして、而も穩健であり、陪審員の事實判斷を誤らしめざる樣に留意することを要する。陪審辯論の任に當る辯護人の責務や又重しと謂はねばならぬ。

普通刑事訴訟手續に於ける辯護人の辯論が多少極端に趨り、見當違の意見のものであらうと、相手が專門裁判官であるから、之を誤謬に陷らしむる危險は少ないのであるが、陪審公判の辯論は、裁判に智識經驗乏しき、法律に素人なる陪審員を相手とするものであるから、矯激な意見感情的な言論は極めて危險である。又辯護人の辯論は「犯罪ノ構成要素ニ關スル事實上及法律上ノ問題ノミ」に限られて居る（陪審法七六條一項）から、犯罪の動機、被告人の地位、境遇、犯罪後の狀況、被害者に對する慰藉方法、損害賠償等に關しては、犯罪の構成要素の存否の判斷に影響を及さゞる限り論及することが出來ぬ。是等の事項は情狀辯論として、陪審の答申後の第二次辯論に讓らねばならぬ（同法五六條二項）故に陪審公判に於ける第一次辯論は處罰法規に觸れたる被告人の行爲自體及犯意の有無、正當防衞、緊急避難等犯罪の成立を阻却する事由の有無、其他是等に關する證據關係、證據の價値等に制限せられて居る。加之陪審公判に於ける辯護人の辯論は、陪審員が事件審理の聽認に相當倦怠を來たした時期に行はるゝのであるから、長時間に亘る辯論は陪審員の事案に對する觀念を茫漠たらしめ、殆ど其效能を失はしむる虞なきを保せない。此等の點より辯論は簡潔であらねばならぬ。

又我陪審法は辯護人の重複辯論を禁止して居る。卽ち「辯護人數人アル場合ニ於テ被告人ノ爲ニスル意見ノ陳述ハ重複シテ之ヲ爲スコトヲ得ス」（陪審法七六條二項）と謂ふ規定を設けて、辯論の重複を避け、辯論の爲めに長時間を費すことを防ぎ、審理辯論及陪審評議其答申を、一日にして終了すべきことを期して居る。是れ陪審員の時間の空費と、陪審費用の節約を目的とするに外ならぬのである。重複辯論にあらずとして、數人の辯護人が交々其意見を述べ結局其證據判斷及結論に於て同一の趣旨に期する辯論を

爲す如きことは愼まねばならぬ。縱令又重複辯論にあらずとするも、數人の辯護人が同一被告人の爲めに異りたる事實上法律上の意見を陳述する時は、陪審員の頭腦を混亂せしむるか又は茫漠たらしめ、其何れを信用するかに惑はしむることになる。故に數人の辯護人ある場合には其代表者一人を選み辯論の要領を協議決定して、之をして代表辯論の任に當らしめ、他は其遺漏を補足するに止むるが、最も法律に忠實なるのみならず、辯論を有效ならしめ從て被告人に利益を齎す結果となり、被告人に對しても其責務を盡す所以てあつて、最も賢明なる方法てあると信ずる。

併しながら代表辯論となすことに依て、辯論の任に當らざる辯護人が依頼者たる被告本人に對する責任上、面白くない樣な特別の事情ある場合、又は事件が複雜にして相當長時間に亙る辯論の必要ある場合、若くは事件が共犯事犯にして共同被告人が各別に異りたる辯護人を選任したる場合等にあつては、共同辯護人は須く豫め辯論の內容其順序方針等に付き協議を遂げ、各自が分擔すべき辯論の範圍を定めて、其協議の趣旨に從ひ辯論すべきてある。若し從來の如く何等協議を爲さずして、共同辯護人が各自思ひ〳〵に辯論を爲す時は勢ひ辯論は重複することゝなり、法律の規定に背くのみならず辯論の效能を減殺せしむるに至り、依頼者たる被告人に對し忠實ならむとして、却て反對の結果となるのてある。

右の如くにして陪審公判に於ける辯護人の辯論は、我が陪審法運用の樞軸を爲し、最も重要な役割てある。而して其辯論は簡潔にして重複することなく、而も法律思想に乏しく裁判に經驗なき陪審員をして、事案に對する判斷に過誤なからしむることを努めねばならぬ。少くとも陪審員の事實判斷が、法律專門家の判斷の如く、法律的正確さがなくとも、大なる社會の法的感情若は社會良心に照して、超法律的の正義道德觀よりして誤なきものと認められゝ程度に導かねばならぬ。斯くなればこそ、刑事辯論の一大革新となる。又斯くなることを我陪審法は要求して居るものと謂ふて差支なからうと信ずる。尙又辯論に限らず陪審公判に於ける辯護人の申立又

は陳述若は異議などは辯護權の行使上極めて必要なるものに止め、公判審理に時間を費さしめざる樣注意を要すべきてある。

陪審法の運用の責任が陪審裁判官竝に檢察官にあることは固より謂ふを俟たないけれども、我陪審法の組立が偶々陪審辯論の任に當る辯護人にその責任の主要部分を負はしむる樣な結果になつて居るものと謂ふべきてある。在野法曹たる辯護士が、民衆裁判たる陪審制運用の樞機を握ることになつて居るとしたならば、以て其の矜とすべきてあると同時に、其反面に重大なる職責の存することを覺悟せねばならぬは當然てある。單純に被告人の代辯ではなく、其獨立したる公職として、此の重大責務を果すことの自覺を必要とするものと信ずる。

以聞、英國陪審制は裁判長の說示に依り、佛國陪審制は檢事の論告辯論に依り、米國陪審制は辯護人の證人鑑定人に對する訊問に依り、夫々其運用の妙を得て居るとのことてあるが、我陪審制は辯護人の辯論が楔子となつて其運用の全きを期することが出來るのではなからうか。

陪審制運用の完きを期するには、固より素質の優良なる陪審員を選定することが第一要件てあるが、不幸我陪審法は此點が著しく缺けて居る（第五章第一八、一九項第六章第二二項等參照）。此の缺陷ある爲め陪審の審理辯論に關與する裁判官檢察官竝に辯護人は一層其技倆優秀の士をして其任に當らしむることが必要となつて來る。特に辯護人に於て然りてあると感ずる次第てある。

# 第十一章　陪審員に對する課題(推問)

## 三三　陪審員に對する課題の巧拙と其種類範圍

陪審裁判制度運用の一楔子を爲すものは、陪審員に對する課題作成方法の巧拙如何てある。陪審員に對して、問題を課して、之を評議判斷せしめ之に對する意見を答申せしむる法制にあつては、問題の內容、其記載方、其數、其配列如何に依て、或は陪審員を誤解に陷らしめ、或は其判斷を混亂に導き、遂に其答申意見の正鵠を失はしむるに至るの虞がある。又陪審員、檢事、被告人殊に辯護人より問題の補充變更の申立相次ぎ容易に問題の確定を見ず、之が爲め長時間を費し陪審の評議答申を翌日に延引せしむるに至り、遂に陪審の運用は失敗に終ることとは、想像に難くない。殊に共同被告人の數多く、其犯罪事實も多岐に亘り、其關係する部分範圍異る事案に於て此の感を深くする。是れ陪審運用の要訣として陪審員に對する課題研究の必要ある所以てある。

英國に於ては陪審員に問題を課せず、起訴事實全體に付き、有罪なりや(guilty)無罪なりや(not guilty)の意見の答申卽ち評決(Verdict)を爲さしむ。陪審員は起訴事實全體に付き、有罪又は無罪の意見が一致したる時には、所謂一般的評決(general verdict)を爲し、起訴事實の一部を有罪とし一部を無罪とする時には所謂一部評決(Partial Verdict)を爲し、起訴事實の法律上の性質を決する能はざる時には、事實の存否のみを答申する。例へば殺人たることを認むるも故殺なりや、謀殺なりやの判定を爲す能はず、又は文書が僞造なりや變造なるや評定する能はざる場合の如きてある。斯かる答申は特別評決(Special Verdict)と稱せられ、極めて稀有のことてある。而して陪審員が有罪の評決を爲す場合に、酌量すべき情狀あるものと認むる時は、其旨を附加答申することに爲つて居る。

反之、歐大陸諸國に於ては、何れも陪審員に問題を課して、起訴事犯に對す

る陪審員の意見を宣言(Spruch; déclaration)として答申せしむるのである。而して、其課題の範圍種類は略同樣で、何れも犯罪構成事實、刑の加重減輕の情狀、辨識力の有無を判斷せしめ、其理由を附せずして「然り」又は「然らず」なる語を以て答申せしむることになつて居る。卽ち

佛國に於ける、陪審員に課する問題(question)の種類範圍は

(一) 公訴狀に記載せられた主たる犯罪事實。

(二) 公訴狀に記載なき一個又は數個の刑の加重情狀(審理辯論に於て顯はれたるもの)。

(三) 被告人の申立たる宥恕の原因たる事實。

(四) 十八歲以下の被告人の是非辨別力。

(五) 酌量減輕の情狀。

てある(佛國治罪法三三七條乃至三四一條)。

獨逸に於ける陪審員に對する課題(Frage)は主問(Hauptfrage)補問(Hülfsfrage)及副問(Nebenfrage)の三種に分たれ、(一)主問は起訴せられた犯罪構成事實及之を特定するに必要なる狀況を明示したる課題である、(二)補問は起訴事實と異りたる判定を爲すべき犯罪事實に關する課題である、(三)副問は刑の加重減輕の情狀、處罰を阻却すべき法定の事由及十八歲未滿又は瘖啞者の被告人の辨別能力に關する課題である(改正前獨刑訴法二九三條乃至二九八條)。

墺太利に於ける陪審員に對する課題は、公訴に係る犯罪構成事實を主問とし、特別問題として、(一)處罰を阻却すべき狀況若は事由が存在し又は發生したることが主張せられたる時、(二)犯罪の態樣が公訴狀の記載と異ることは又は別種の犯罪なることが主張せられ又は發覺したる時に於て、是等に關する問題を課する。而して刑の加重減輕の情狀は之が爲め適用すべき處罰法又は刑種の變更を生ずる時に限り、課題の目的となる(墺刑訴法三一八條乃至三二三條)。尙詳細は第十六章第二項B、C、に付き參照あれ。

我陪審法は、大陸法に倣ひ、陪審員に對し課題を與へ、之を主問と補問とに區別し、主問を以て公判に付せられたる犯罪構成事實の有無を評議答申せしめ、補問を以て必要に應じ公判に付せられたるものと異りたる犯罪構成

事實の有無を評議答申せしむるものとなし、前述の舊獨法の副問の一種にして、必要に應じて課することを得るものとした(陪審法七九條)。而して刑の加重輕減の情狀は一切課題の目的より除外せられた。是れ犯罪が刑の加重の原因たる併合罪又は累犯たるや否やは、陪審員の判斷を俟つまでもなく裁判所の調査により明瞭なる事實たるが爲めて、法定の刑の減輕原因、酌量減輕の情狀の如きは、性質上陪審員に判斷せしむるを不適當となしたるが爲めてある。故に我陪審制に於ては、歐大陸のそれに比して、課題の範圍は稍局限せられて居る。是れが爲め問題の複雜を避け、陪審員の重責を緩和せしめ、我陪審制の運用を幾分容易ならしめたものと謂ふべきてある。

## 三四　課題作成の方法

我陪審法の下に於て、陪審員に對する課題の作成方法は、如何にせば能く問題の確定を速かにし、陪審の答申を比較的正鵠に導き、陪審運用の圓滑を期することを得べきか。課題の作成は、固より裁判長の職責に屬すと雖も、之を決定するに當つては、審理の結果及辯論の內容、殊に檢事辯護人の意見を徵すべきてある。而して問題の內容、其記載方、其數、其配列に付ては陪席判事と熟議を凝らすを以て、適當なる措置なりと思はれる。斯くして問題を決定し、之を朗讀發表したる後之に對し檢事又は辯護人より其變更の申立ありたる場合(陪審法八〇條)には、卽座に之を採用するや、却下するや、又採用する場合に於ける變更の程度、範圍を決定し得る用意がなくてはならぬ。斯くの如き問題變更の申立を爲す餘地なきまでに、問題を整備することが上乘てある。(課題を當事者の辯論前に發表し、辯論竝に課題に對する意見を聽きたる後之を確定し、問題書を陪審員に交付することが運用上極めて便宜なるべきは、曩きに第九章第二八項第三〇項の各末尾に述べた如くてあるが、之が爲めには固より法律の改正を俟たねばならぬ)。

課題の內容を如何にすべきか、補問又は別問を課題の目的とすべきか、主

問は一問とすべきか、犯罪の構成要素に分解して數問とすべきか、又問題の配列を如何にすべきか等に付きては固より各事件に依り、公判審理辯論の模樣に依り、各場合に應じて決すべきであるが、其間自ら大體の方針、順序等を抽象的に定むることが出來やうと思ふ。

主問は犯罪構成事實を其內容とすべきものであるから、犯罪の動機被告人の地位境遇等は、縱令公判請求書又は豫審決定書に公訴事實の內容として記載せられあるも、固より犯罪構成事實にあらざる限り、主問の內容とすべきでない、之を主問より除外して差支ない。是等の事項は犯罪の情狀に屬する事項であつて、情狀一切を課題の目的より除外したる我陪審法の趣旨より當然のことである。而して犯罪の構成事實は、犯罪の構成要件と、犯罪を他の犯罪より區別し特定し得る程度の狀況若くは特徵より成るものと謂ふて宜い。卽ち刑罰法規に違犯したる行爲を中心として其行爲の日時、場所、目的物、行爲の手段方法、行爲の目的等に依て、通常之を顯はすことが出來る。此等の犯罪の構成分子たる事實を一問の下に纏むべきか、數問と



すべきや。之を決するには如何にすべきか。

先づ或犯罪事實の有無は、各被告人に付き別個に定められなければならぬ。共犯關係に於ては、其分擔したる仕事の範圍程度、分量等が異り、從て或は共同正犯となり、從犯となり、敎唆犯となるからである。又、問題に對する陪審の答申が「然リ」又は「然ラズ」と謂ふ形式に於てなさるゝのであるから共同正犯たるの故を以て、共犯者に對する問題を共同のものとすることは無理である、各被告人に付き別々に問題を作成することを便宜とする。然しながら犯罪の日時、場所、犯罪の目的等に付ては、共同の問題となすを便宜とする場合もある。

單獨犯に付きては、事件が單純なる場合には、一問中に犯罪構成事實の全部を包含せしめ、陪審員が之に對し「然リ」又は「然ラズ」を以て答へ得る場合もあらむ。併し犯罪の日時、場所、方法、目的等に付き疑ありて種々の見方ある場合に之を一括一問とする時は、陪審は之に「然リ」又は「然ラズ」と概括的の答申を爲す能はず、一部に付き肯定し、一部に付き否定の意見を有する爲め、問

題の變更の申立を爲すことゝなるであらう(陪審法八〇條)若し陪審員が其煩を厭ひ、又は無能力にして變更の申立を爲さゞる時には、陪審は遂に其眞意にあらざる答申を爲す結果となる。否らざれば「云々ノ事項ニ付キ然リ、云々ノ事項ニ付キ然ラズ」との語を以て答申することゝなり(陪審法八八條)「然ラズ」を以て答へたる部分が犯罪の日時、場所、目的物、其數量、犯罪の方法手段に關する時には、此等の部分に關する陪審の意見が、奈邊にあるやを知るを得ず、之を知るが爲めには更に之に關する問題を課することゝなり、甚しく手續を冗長延引せしむることゝなる。故に斯かる場合には「然リ」又は「然ラズ」として答申し得る程度に、分割して問題を作成することを便宜とする。

我陪審法第八十八條但書が「問ニ掲クル事實ノ一部ヲ肯定又ハ否定スル時ハ之ニ付キ然リ然ラスノ語ヲ以テ答申スヘシ」と規定するを以て、一個の犯罪事實に付ては、不可分的に一個の問題と爲す趣意なりと解することは出來ぬと思ふ。此規定は但書てあつて、例外をなすもので、原則は何處までも、總ての問題が無條件に「然リ」「然ラズ」を以て答へ得るやうに、問題を作成すべきてあつて、「云々ノ事項ハ然リ」「云々ノ事項ハ然ラズ」といふ答申を爲すやうな課題は、其作成術に於て拙なるものと謂はねばならね。此の但書は陪審が其眞意に反して、概括的に肯定又は否定の答申をなす樣のことなきを期し、其眞意を述べ得るの途を開いたに過ぎぬと思ふ。故に一個の犯罪構成事實を不可分一個の問題とするとか、分割數個の問題とするとか、一定の原則も何もあるべきてはない。如何なる程度まて纏めた問題とするか、如何なる程度に分割するかは、事件の內容、之に對する證據の內容價値、檢事辯護人等の主張意見を斟酌して之を定むるの外はないと思ふ。

要するに問題の組立を爲すには、犯罪構成事實の分子たる各個の事實を分割して配列し、各證據、當事者の辯論、裁判長の說示等を參酌して「然リ」又は「然ラズ」を以て答へ得るや否やを考慮して、順次に之を纏め、問題の數を決するが最も便宜てないかと思ふ。

次に公判に付せられたるものと異りたる犯罪構成事實の有無を評議せ

しむる所謂補問及犯罪の阻却原因たる事實の有無を評議せしむる別問は、之を課すべきや否やは裁判所が事案を裁判するに、右の事實の存否を基礎とすべきや否やに付き疑ある場合に、之を課すべきものである。其取捨は裁判長の職權に屬し、其自由裁量に依り決すべきであるが、是亦陪席判事の意見を徵し、評議するを妥當とすべきである。茲に注意すべきは補問に付きても、事案の見方に依りて、公判に付せられたるものと異りたる犯罪事實が數個ありて、何れを眞相と見るべきか疑ある場合には、補問は自ら數個に分割せらるべきである。例へば公訴事實が嬰兒殺である場合に、果して嬰兒を故意を以て窒息死に致したか。過失に依り窒息死に致したか。或は嬰兒遺棄に過ぎないか。疑はしき事情ある場合等に生ずる。又別問に付ても犯罪の成立を阻却する原因と爲るべき事實が數個認められるゝ如き場合、例へば正當防衞であるか、緊急避難なるか、疑ある場合又は正當業務行爲なるか、犯意なき行爲なるか疑はしき場合には二個の違法阻却原因を各個の別問として課すべきである。斯かる場合に課題を分割せずして補問、別



問を各一個になすに於ては、陪審は何々の部分は然り、斯々の點は然らずと謂ふが如き答申を爲すことを要し、答申を簡明にし陪審員の煩勞を少くする法律の趣意精神に反することゝなる。

上述の如く陪審員に對する問題は、犯罪構成事實の各分子を各個に分割立案し、之を適當に取纏めて問題の數を決することを以て、課題作成の大體の方針となすべきであると信ずるも、斯くして出來上りたる課題を如何に配列すべきか。是亦事件に依り異るべしと雖も、茲に殺傷事件を例に採りて大體に於て適當と信ずる順序を述ぶれば

先づ第一に犯罪の構成要素たる法規違犯行爲其ものに對する問題を首位に置く、例へば「被告人は何某を斬り付け、殺害したりや」と謂ふが如きである。

次に犯罪の成立を阻却する原因となるべき事實の有無を問題とする必要ありと認むる時は、之を第二位に置く、例へば「何某を斬り付け死に致したるは被告人に殺意ありと認むべきや」「正當防衞（若は避難行爲）と認むべきや」と謂ふが如きである。

第三に犯行の手段方法に關する問題を置く、例へば「被告人は何某を押倒し、馬乘りとなり胸部を突き刺したりや」と謂ふが如きてある。

第四に犯罪の豫備行爲の有無に關する問題、例へば「被告人は某日某所にて短刀を買入れたりや」といふが如きてある。

第五に犯罪の日時場所に關する問題てあるが、日時場所に付き證據上二個の見方あり得べき時には例へば「被告人の犯行は昭和二年六月一日午後八時頃なりしや」「否らずとせば被告人の犯行は同年同月十五日午後十時なりしや」の二問を課するを適當とせむ。斯くの如く犯罪構成事實の一部に付き課したる二問中の一問は、他の一問を否定したる場合に課せらるべき場合を假定的若は擇一的問題(Eventualfrage)と謂ふのてある。斯る擇一的問題を課することは、我陪審法に禁ずる所にあらずして、課題の種類方法は全く裁判長の自由に、之を決し得べき所てあるから、何等不都合なく、陪審の答申が「然リ」又は「然ラズ」なる形式を採るべきものとなす以上、缺くべからざる課題の形態と謂はねばならぬ。墺太利陪審制には明文を以て、斯かる形態の課題を許容して居る(第十六章第六節第二二項參照)。而して實際上、此種の課題は其應用極めて廣く、犯罪の目的物其數額、犯罪の態樣等に付き、瀕繁に其必要を生ずるものと信ぜられる。

第六に犯罪の特別の目的(例之背任罪の圖利又は損害の目的)の有無の問題てあるが、殺傷罪には斯かる目的を必要とせざるを以て設例を省く。

最後に補問の必要ありと認めたる時は、公判に付せられたるものと異りたる犯罪構成事實の有無を問題とする。例へば公訴事實が殺人又は傷害致死なる場合に「被告人は何某を斬り付け傷害を與へたりや」「被告人は何某を過失に依り死に致したりや」と謂ふ如きてある。

要は(一)犯罪事實の主要なる部分を先にし、(二)犯罪事實の情況其特徵(態樣)たる部分に付ては、前に行はれたる點を後にし、(三)陪審員が公判審理辯論に於て、最も强き印象を受けたる點を先にし、順次之に關牽せる事項を羅列するを以て策の得たるものかと信ずる。

## 三五　課題不必要の場合

陪審員に對する推問は、犯罪事實、犯罪の成立阻却原因の有無を判斷せしめ、之を裁判の基礎とするが爲めである。而して、陪審公判に於ける審理辯論を終はり裁判長の發問を爲すに至るまでに、犯罪の成否、其内容に拘らず、形式判決を以て免訴の言渡又は公訴棄却の裁判を爲すべき事由が發見せられたる時には、裁判所は事實の判斷を爲さずして裁判を爲すべきものである。從て斯かる場合には陪審員に對し、課題を爲すの必要がなくなる、故に此の場合には陪審員を散解せしむべきである。若し辯論の開始前又は辯論の中途に於て、斯かる事由が發現したる時には、裁判長は陪審手續の停止を命じ、陪審を散解せしむべきである。恰も公判の審理辯論の中途に於て、被告人が犯罪事實を自白し(陪審法七條)又は檢事の公訴事實陳述前に被告人が陪審を辭退し又は陪審請求を取下げた場合(同法六條)と同樣である。而して右の陪審散解の命令は裁判長の處分と解すべきものであるから、之に對して檢事被告人辯護人には異議申立の途がある(刑訴法三四八條)。

而して裁判所が犯罪事實の成否に關せず免訴の言渡を爲すべき場合は「確定判決ヲ經タル時、犯罪後ノ法令ニ依リ刑ノ廢止アリタル時、大赦アリタル時、時效完成シタル時」等である(刑訴法三六三條)。又判決を以て公訴を棄却すべき場合は、被告人ニ對シ裁判權ヲ有セサル時、免訴ノ決定確定シタル後、新ナル事實又ハ證據ナキ場合等ニ公訴提起セラレタル時、公訴提起ノ手續其規定ニ違反シタル爲無效ナル時」等である(同法三六四條)。又決定を以て公訴を棄却すべき場合は「公訴ノ取消アリタル時、被告人死亡シ又ハ被告人タル法人存續セサルニ至リタル時」等である(同法三六五條)。是等の場合に裁判長が陪審の散解を命じたる時には、通常手續に從ひ裁判すべきは當然である。只茲に注意を要すべきは、陪審公判準備手續に於て右の公訴棄却又は免訴の原因あることが發見せられたる時には直ちに其決定を爲すべきものであるから(陪審法五三條五四條)、陪審公判に移りて後に、陪審員に對する推問を爲さずして、右の如き裁判を爲すことは稀有のことに屬するのである。

# 第十二章　陪審公判準備手續

## 三六　公判準備手續の活用

我陪審制の運用の圓滑を期するには、公判準備手續を活用することが其一要訣を爲すのである。陪審公判は陪審員をして事案の要領たる犯罪構成事實を了解せしめ、之に對する判斷の基礎を會得せしむるを主眼とするものであつて、其審理は陪審員に事案の心證を得せしむる爲めに、公判準備手續に於て爲したる審理を反覆するの觀がある。而して陪審公判は何等の支障も澁滯もなく、恰も演劇のプログラムが進むが如くに行はれ、豫定通りに結了せらるゝことが肝要である。公判が數日に亘る如きことは之を避くるの用意がなくてはならぬ。是れ我陪審法が他に類例なき陪審公判の準備に關する詳細な規定を特に設けた所以である。

右の如く陪審員本位に、而も淀みなく公判手續を遂行する爲めに、特に設けられた準備手續であるから、十二分に之を活用せねばならぬ。否らざれば陪審の圓滑なる運用は遂に失敗に歸し終ることを覺悟せねばならぬ。

## 三七　公判準備手續活用の方法

公判準備手續活用の必要は前項の如くであるが、其活用の方法手段如何。其主要と認むべき點に付以下簡單に叙說して見やう。

### 一　辯護人の選任

陪審事件に付き、被告人が公判準備期日前、辯護人を選任せざる時は、裁判長は其裁判所所在地の辯護士中より之を選任すべきであるが（陪審法三六條）此の官選辯護人は、特に陪審手續に理解を有し、職務に熱心にして、被告人の利益の爲め、之を防護するに足る有能の士を選定することに注意すべきである。而して此の官選辯護人に對しては、破產管財人に對する如く事件の難易其勞務に應じて、裁判所に於て報酬決定を爲し、之を陪審費用の一部と爲すことに法律の改正を必要とするものと信ずる。

### 二　公判期日の指定

公判期日の指定ありたる後、地方裁判所長は各市町村の陪審員候補者名簿中より、一人又は數人の陪審員を抽籤し、三十六人の陪審を構成すべき陪審員を選定するの手續を爲すことを要し（陪審法二七條）又公判期日前に公判準備期日を開き、定數の判事及檢事辯護人出頭し、被告人の訊問證據調等が行はるべきてあるから（陪審法四〇條四二條刑訴法三二六條三二七條）之に要する期間を見込み公判期日は少くも二十日乃至三十日後に之を指定すべきてある。殊に請求陪審事件にあつては、公判期日が當然公判準備期日となるから（陪審法三九條）更に公判期日を指定し、速に之を所長に申達して陪審員選定手續を促すことに注意せねばならぬ。

### 三　陪審辭退の告知

法定陪審事件として當然陪審の評議に付する事件にあつては、裁判長は被告人に對し事件を陪審の評議に付することを辭し得べき旨を告知すべきてある（陪審法四一條）。而して此の告知は被告人をして陪審の評議を受くるを利益とするや否やを決せしむるを目的とするものであるから、被告人に對し、陪審手續に依る審理の結果に付き、詳細に說示すべきてある。卽ち陪審審理を受くれば、最早控訴の提起を許されぬこと（同法一〇一條）又陪審員の呼出費用之に給與する旅費日當及止宿料は、陪審費用として訴訟費用の一部となるが、此の費用は被告人が有罪の判決を受くると否とに關せず其の負擔を命ぜらるることなきこと（陪審法一〇六條一〇七條刑訴法二三七條一項）及陪審の答申が縱令被告人に有利のものなりとするも、裁判所が之を不當と認むる時は之を採用せず更に新しき陪審を構成せしめ、審理を更新して事件を新陪審の評議に付するに至ること（陪審法九五條）等を說明し、陪審審理を受くる得失を判斷せしめ、辭退の意思あれば速に辭退し、公判に至り檢事の被告事件陳述前に辭退するが如きことなき樣に、注意を與へねばならぬ。若し準備期日に辭退せず公判に於て辭退するものとせば、陪審構成員の選定手續、陪審員の呼出、陪審構成手續等を徒勞に終はらしむるに至るからてある。

又請求陪審事件にありても、公判に於ける檢事の被告事件の陳述まで請求を取下ぐるの自由あることを告げ（陪審法六條）且被告人が有罪の判決を受くる場合には前述の陪審費用の全部又は一部の負擔を命ぜられ、無罪の場合に於ても被告人の責に歸すべき事由に因り生じたる陪審費用の負擔を命ぜらるゝこと（陪審法一〇七條刑訴法二三七條）其他陪審審理の結果に付き、前同樣の說明を與へ、取下の意思あれば速にすべきことを告知するを以て機宜に適するものと信ずる。

**四　被告人の訊問**

公判準備期日に於ける被告人の訊問は、被告人の公訴事實に對する陳述竝に、其辯解を聽き如何なる程度範圍に於て、被告人が公訴事實を承認するものなるや否や、又證據調の方法範圍を決定するものであるから、訊問は右の決定に必要なる程度に於てなされなければならぬ。被告人が公訴事實を警察又は豫審に於て自白しながら、公判準備期日に至り之を否認し陪審審理を要求する如き場合には、前段の如き陪審審理の結果に付き說明を與へ、陪審審理を受くる爲め、殊更犯罪事實を否認するは必ずしも被告人に利益を齎す所以にあらざることを諭告するの必要あるものと信ずる。

**五　證據決定及證據調**

裁判所は證人が、疾病其他の事由に依て、公判期日に出頭すること能はずと思料する時は公判期日前に之を訊問することを得る（刑訴法三二六條）。此の規定は陪審公判準備手續には、特に之を活用するの必要がある。陪審公判期日に病氣其他の事由に依て證人不出頭の者ある爲めに、公判期日を延期することゝなれば、陪審審理を卽日終了せしむる能はざるに至り、更に同一の陪審員を呼び出すか、又は之を滯留せしめざることを要することゝなり、陪審手續は玆に澁滯を來すことゝなる。故に公判準備期日に於て證據決定を爲したる證人にして、公判期日に出頭する能はざる事由あるや否やに付き、特に取調を爲すの必要あるものであつて、證人に召喚狀を發すると同時に、指定の公判期日に出頭する能はざる事由ありや否やを一定の期間內に申出でしむる如き方法を採り、斯かる事由ある者に對しては、公判準備期

日外に於て、之が訊問を爲し(陪審法四九條)公判審理に支障澁滯なからしむるの用意を必要とする。

又檢事被告人及辯護人は公判期日に於ては、可成證據調の申請を爲すことなく、公判準備期日又は其前に於て、總て證據調(證人訊問、鑑定、檢證又は證據物若は證據書類の集取)の請求を爲し(陪審法四三條二項四七條)裁判所は公判準備期日又は準備期日外に於て遺漏なく證據調の決定を爲すことに留意し、(陪審法四三條一項四八條)公判期日に於て施行し得べき證人の訊問、鑑定人の訊問を除き、檢證鑑定、證據物若くは證據書類の集取は公判期日前に之を爲し(刑訴法三二七條)公判期日に於ては召喚したる證人鑑定人を支障なく全部訊問し、公判期日前に作成せられたる檢證調書、鑑定書又は鑑定調書、公務員の證明書及公判準備手續として取調べたる證人の訊問調書等を直に證據として使用し得べき(陪審法七二條)準備を整へ置くことを要する。

併し乍ら準備手續に於て爲したる證據決定に依り、公判期日に取調ぶべき證人の數、餘りに多數にして、之が爲め公判手續卽ち審理、辯論、說示、陪審の



答申を卽日に終結せしむる能はざる如き虞ある時は、證人中犯罪の動機、被告人の境遇地位其他犯罪の情狀に關する證人調の決定は之を留保し置き、陪審が犯罪構成事實を肯定する答申ありたる後、之が決定を爲し犯狀科刑に關する所謂第二次辯論(陪審法九六條)前に是等證人の訊問を爲すの工風を爲す如きは、又陪審運用上の便宜手段の一方法であらう。

**六　公訴棄却又は免訴の原由の調査**

公判準備期日に於て、公訴棄却の原由又は免訴の原由ありや否やに付き特に細密の調査を爲さなければならぬ。斯かる原由(刑訴法三六三條三六四條三六五條)あることを發見したる時は直に其旨の決定を爲すべきてある(陪審法五三條五四條)若し是等の原由あることを看過し、公判期日を開き陪審を構成し陪審審理の後、之を發見したる如き場合には、陪審に對する推問を爲さず、直に公訴棄却又は免訴の言渡を爲すことゝなり(第十一章第三五項參照)陪審員の呼出、陪審の構成等必要なき手續を爲し無用の勞力と費用を費すことゝなるからてある。

# 第十三章　起訴陪審制の價値と其新形態

## 三八　起訴陪審の機能と價値

陪審の根本義は國家司法權の發動に、一般國民を協力せしめ、其法的感情乃至意識を司法作用に採り容れることにある。換言せば國家司法權の行使を國家機關の專斷にのみ委することなく、一般國民代表者を之に參與せしめて、司法自治の欲求を滿足せしむるにあることは第一章(第五項)に詳說した所である。而して國家の司法作用の最も重なるものは、犯罪の搜査に基き起訴又は不起訴の處分を爲すこと及起訴事件の審理裁判である。

起訴不起訴の處分を、國家の公益を代表する檢事の專權に屬せしむることは、事理の當然である。けれども我國の如く起訴不起訴に付きて法定主義若は合法主義(Legalitätsprinzip)を採らずして所謂任意主義若は便宜主義(Opportunitätsprinzip)を採用して、犯罪の證據充分なりとするも、必ずしも之を起訴せず、其犯罪の動機、情狀、犯人の年齡地位、境遇身分、犯罪後の狀況等より裁判を經て處罰を受けずとも、自ら社會的制裁を受け刑罰と同一の目的を達する場合、犯罪の訴追が却て犯人に對し又は社會に惡影響を及ぼす如き場合、其他社會公共の利益より處罰の必要を認めざる場合に於ては、不起訴處分に付する途が設けられて居る法制にあつては(刑訴法二七九條)此の起訴、不起訴の處分を決するに付て其裁量を檢察官の專斷に任せずして、國民一般の法的感情に訴へ社會的意識を加味して、之を決定することは最も事宜に適したる方法であると謂はねばならぬ。是れ起訴陪審制を必要とする所以である。既に起訴せられたる事犯に付き、證據に依て犯罪事實の有無を決し、之に科刑することは全く裁判技術の問題であつて、是を相當熟練ある專門裁判官の手に委ぬるに於ては、正鵠なる裁判の結果を得て、何等の危險なきに拘らず、尙之に對して民衆をして、或範圍に於て之に干與せしめ、其法的感情又は意識を裁判の上に反映せしめ民衆裁判若は國民裁判の形態を備へ、國民をして裁判權行使に參與するの欲求を滿足せしむる爲め、陪審裁判(小陪審)の制度を採用するを以て、立憲政治の要道であるとするならば、裁

判よりも遙かに裁量範圍の廣く且事物の性質上より、社會一般の思想風潮乃至人情世態を斟酌して、判斷するの必要ある起訴不起訴の處分に付ては、一層國民の代表者をして、是に參與せしむるの價値と理由あるものと謂ふべきてある。

## 三九　英國に於ける起訴陪審制と其價値

現在起訴陪審制を採用するは英、米二國てある。英國に於ける起訴陪審若は大陪審(The jury of accusation or The grand jury)は二十三名の陪審員より成り、十二名以上の多數決を以て事件を公判に移すや否やを審理決定するのてある。卽ち治安判事に於て、豫審の取調を爲し證據充分にして公判に移すを相當と認め、管轄裁判所に送付せる各事件に付て、裁判所書記が起訴狀案(Bill of Indictment)を作成し置き、開廷期の初頭に於て、大陪審を招集して、二十三人を起訴陪審員として選定し、判事が一應事件を說明したる上、右の起訴狀案を陪審員に交付し、起訴すべきや、否やに付き、表決せしむるのてある。



陪審員は陪審長(Foreman)を互選し、必要に應じて證人調を爲さしめ、犯罪の證據ありや否やを審査したる上、多數決を以て起訴不起訴を決する。若し證據なきものとして、不起訴に決したる時は、起訴狀案の裏面にNo true billと書し、證據ありと認め起訴に決したる場合にはTrue billと裏書し、其書面を書記に交付する。書記は之を公廷に於て朗讀して判事に報告しTrue billと裏書せられた起訴狀案は茲に起訴狀(Indictment)となり、否らざる起訴狀案は無效となるのてある。

斯くの如く英國の起訴陪審は、犯罪の證據の備はれるや否やを審理するのみてあつて、證據あるものは必ず起訴の決定を與ふるものてある。犯罪の動機、犯狀、犯人の地位境遇等の事情を參酌して起訴不起訴を決定するものてはない。起訴陪審員は治安判事の豫審取調の結果を、形式的に審査するものてあるから、殆ど總ての事件の起訴狀案に對して、ツルービルの效力を與へることになる。專門裁判官たる治安判事の取調の結果、證據十分と認めたる事件てあるから、形式上證據の備はり居ることは勿論てあつて、是

を更に陪審員をして其證據の有無を判斷せしむる如きことは殆ど無意味と謂ふて宜い。斯樣に專門の裁判官の取調に依て證據十分とせられた犯罪事實に付て其の證據の有無のみを審査する起訴陪審制は、其レーゾンデートルを發見するに苦まざるを得ない。英國に於て既に之が廢止論が相當有力てあるのは敢て異とするに足らぬ。現に世界大戰當時、一九一七年の法律を以て大陪審の呼出は戰爭中及戰爭終了後六ヶ月間之を停止するものとなし、法律上大陪審を要する事件の起訴は、豫審に於て公判に付すべきものと認めたる場合、高等法院の判事、檢察長官 (Attorney-general or Solicitor-general) の許可書又は命令書ある時は、大陪審の決定を俟たす直ちに管轄裁判所に起訴狀 (Indictment) を提出することを得るものとせられた (The Grand Juries Suspention Act 1917 § 12)。

大戰終了後、英國に於ては又此大陪審制が復活せられたるも、斯くの如き無意味無用の起訴陪審制は何等沿革なき我國の模倣すべき限りてはない。佛國に於ても一七九一年九月一六日の法律を以て起訴陪審 (Jury d'accusation) の制が設けたけれども、一八〇八年一一月發布の現行治罪法の施行と共に廢止せられた。

余輩が前項に於て起訴陪審制として其存在の理由と價値とを高唱したるものは、決して右の英國式のものてはない、全く是と其形態竝に機能を異にせる全然新しい制度てある。

## 四〇　起訴陪審の新形態と司法權の獨立

凡そ國家の刑罰權は、國家の公益を代表する檢察官が、刑罰權の客體たる犯罪を搜査し、之を訴追し、裁判官が之に對する審理裁判の任に當り、裁判に依り確定した刑罰は、檢察官の指揮に依て執行せらるゝことに依て行はれて居る。而して檢察官が犯罪を搜査したる結果、之に對して公訴を提起するや否やは、其自由裁量に依て決せらるゝのてあるが、公訴提起に付き所謂任意主義若は便宜主義を採り、犯罪の證據は充分備つて居るけれども、犯罪の動機其情狀、犯人の年齡境遇、犯罪後の狀況等より見て、處罰の價値又は必

要なきものと認むる時は不起訴處分を爲すことゝなり、實際起訴せられて裁判官の手に依り、裁判せらるゝものは、比較的小部分て大多數は不起訴處分に終はるのてある。是れ我國に於ける現狀てある。

斯かる法制の下に於ては、起訴不起訴を決することは、國家刑罰權の實行の上に於ては、最も重要なる地位にあるものと謂はねばならぬ。是れ起訴不起訴の裁量に付き、陪審員を參與せしめて、民意を之に採り容れることの必要てあり價値あることを曩きに力說したる所以てある。

然らば此の起訴不起訴處分に、陪審員を干與せしむるには、如何なる形態の起訴陪審制を採用すべきか。英國制に於ける如く、法定主義に依り犯罪の證據の有無を判斷して、起訴不起訴を決定するものてなく、便宜主義に基き、犯罪の動機、情狀、犯人の年齡境遇犯罪後の狀況、其他世態人情等を參酌考量して、刑事政策の立場より起訴不起訴を決するに適當なる形態組織のものてあらねばならぬ。又英國制に於ける如く一般國民の代表者たる陪審員の意見のみに依て、起訴不起訴を決せんとするは國家公訴權の性質上、又



我國が起訴不起訴に付き便宜主義を採用する結果、其實行を適正ならしむる所以てはない。國民代表者をして公訴權實行に參與せしむる程度範圍に止めねばならぬ。又其れ丈けて起訴陪審の目的は達せられるものと思ふ。此見地よりして、檢事其他の國家機關と國民の代表者たる陪審員との合議機關を組織し、之に依て起訴不起訴を決せしむるか。或は陪審員の意見を參酌して、檢事をして起訴不起訴を決せしむる制度を樹立すべきかてある。斯かる起訴陪審の組織制度は他に類例なく、全く起訴陪審の新形態と謂ふべきてある。

我憲法の下に於ては、法律に依り其資格を定むる裁判官にあらざれば、民事刑事の裁判を爲す權能はない。一般國民は裁判權を有たない。犯罪の起訴不起訴を決定することは裁判と等しく、國家刑罰權の行使として司法事務には相違ないけれども、裁判ではない、寧ろ司法行政事務てあるから、憲法上此の起訴不起訴の處分に付き、國民の代表者たる陪審員を參與せしめ又は之に一定の權能を與ふることは、毫も支障する所を見ない。此の點は、

憲法上何等制限なく全く自由の領域である。法律を以て起訴陪審の制度を設けむとすれば、陪審裁判制度に於ける如き、窮屈を感ずることはない。従て其目的に従ひ如何樣にも適當なる新形態の起訴陪審制を設くることを得るのである。

我國現下の政黨政治、政黨内閣の下に於ては、司法大臣が有する起訴不起訴の最高指揮權は(假りに通說に從ひ司法大臣が此最高指揮權を有するものとすれば)司法權の獨立を危くするの虞れありとの議論漸く旺盛となり、昭和二年二月五日第五十二議會に於て「司法權獨立ノ保障ニ關スル建議案」が提出せられ、之が採擇を經たのである。而して此の問題の解決に付きて幾多の考案を試みることが出來る。或は從來の司法大臣の起訴不起訴の最高指揮權を奪ふ方法に依ることも出來やう。或は從來の如く司法大臣に最高指揮權を認めて他に司法權の獨立を保障する機關を設くることも出來る。陪審裁判制を採用したる今日、上述の如き新形態の起訴陪審制に依て此の問題を解決するも一方法であると思考するのである。

獨逸に於ては檢事の上長官の有する指揮監督權と關係なく、告訴人の利益を保護する爲め、告訴人が檢事より不起訴處分の通知を受けたる時には、二週間内に、其上官に抗告を爲し其抗告却下の場合には、一ヶ月内に事實及證據を明かにして大審院(大審院の權限に屬する事件に付き)又は控訴院の判斷を求むる申立を爲すことを許されて居る(獨改正刑事訴訟法一七二條)。

墺太利に於ては檢事の公訴提起處分に對して、被疑者は第二審裁判所に故障(Einspruch)の申立を爲し更に大審院に無效抗告(Nichtigkeitsbeschwerde)を爲すことを許されて居る(墺國刑事訴訟法一五條二〇八條乃至二一五條一八七七年二月刑事訴訟法補充變更法四條以下)。

是等獨墺の法規は、何れも起訴不起訴に關する合法主義の原則の維持を確保する手段として設けられたものであつて、便宜主義を採る我國に於て直ちに之に倣ふことは出來ぬのであるが、兎に角檢事の起訴又は不起訴處分に對する最後の決定を合議裁判所の判斷に委ねたるもので、司法權の獨立に對する一種の保障を與へたるものに外ならぬ。斯くの如く起訴又は

不起訴處分に對する最後の決定權を不羈獨立の合議體の機關に與へたる趣意は、他山の石として大に參考とすべきである。

我國に於ける犯罪の起訴不起訴處分に關する司法權の行使を、政黨政派の勢力に依り左右せらるゝことなく、眞に獨立の地位を保たしむる爲めに國家の公益を代表する檢事と國民を代表する陪審員とより組織する一種の合議體の機關を設け、是れに起訴不起訴に關する決定權を與ふることは、愈に司法權獨立の輿論に對する對策として、之を解決する一方法であると信ずる。

斯くの如き制度は全く新形態の起訴陪審制の樹立てあつて、之に依て起訴不起訴に關する司法權の獨立を保障すると共に、陪審裁判制度と相俟つて陪審制度を完成せしめ、又廣く國權作用に國民を參與せしむる立憲政治の機能を充實せしむる所以である。

依て玆に試みに、前述の趣旨に基き起訴陪審機關の組織に關する具體案を例示して見たい。例へば區裁判所の上席檢事又は地方裁判所檢事正若は控訴院檢事長を委員長とし、主任檢事及十名以上の國民代表者たる陪審員を委員とする委員會を組織し、法定の重大犯罪に付きては其評決に依て起訴不起訴を決せしめ、是に對しては絶對に抗告を許さゞることゝする。別に又檢事總長を委員長とし、事件に關係を有たなかつた檢事二三名及陪審員十名以上を委員とする委員會を設け、之を最高の抗告機關となし、陪審員を委員とする上述の委員會の評決に依て、決せられざる事件の起訴不起訴處分に對する最後の決定を爲さしむる如き方法を採ることも一案ではないかと思ふ。

只斯かる起訴陪審機關の構成員たる陪審員の適任者を選定することは稍困難なる問題であるが、抽籤主義に依らず、特別の詮衡機關を設けて適任者を選定せしむることにすれば問題の解決は、さして困難でないと信ずる。例へば貴衆兩院議員は既に國民の代表者であるから、兩院議員聯合の詮衡委員會を設け之をして適任者を選定せしむるも一策でないかと思はれる。

# 第十四章　我陪審制の改善と陪審制の進化

## 四一　我陪審制改善の必要

我陪審制は固より歐洲各國に其範を採りたることは謂ふまでもなき所である。而して是を歐洲各國の陪審制度と比較對照する時は、二三我制度の特徴と認め矜持し得べき點がないではないが、大體に於て極めて低度の低い、價値に乏しい又多くの缺陷を包藏するものなることを感ずる。此のことは上來章を重ねて縷述した所に依て明瞭であらうと思ふが、玆に其重なる點を摘出すれば、先づ法定陪審事件の範圍が極めて制限せられて居る。請求陪審の制度を認めたことに依て幾分緩和せられて居るやの觀はあるが、此の制度は一部の有資力者又は不逞の徒に利用せらるゝに過ぎざる不合理のものである。加之公訴事實を承認したる者は陪審裁判を受くる權利を失ふことゝなり、又陪審の辭退、陪審請求の取下を認めて居る結果、實際陪審の評議に付せらるゝ事件は極めて少數のものとなることは、容易に看



取することが出來る。而して陪審の評議に付せられた事件に付て、陪審員は公訴事實の有無を判斷するのみで、其罪責の有無は之を判斷するものではない。尙又事實の判斷はしても、其判斷の結果が結局裁判官の判斷と一致せねば何の役にも立たぬことゝなり、謂はゞ裁判官の事件に對する心證を確むる參考資料を供するに止まるが如き觀がある。此の點は我憲法上、一般國民に國家の裁判權行使の權能が認められて居らぬが爲めて、止むを得ないことであるが、兎に角陪審制の組立の上から見れば、陪審事件の範圍、陪審の事實判斷の權能等より、我陪審制は極めて程度の低いものである。從て其價値にも乏しいものと謂はねばならぬ。

次に陪審員の資格は財產的要件に重きを加へ、智的能力要件を低くし、陪審員の候補者を選定するにも、陪審構成の選定陪審員を選定するにも、徹頭徹尾抽籤主義を採用して陪審員の素質を低落せしめて居る。

是等の點は我陪審制の缺陷の重なるものであるから憲法上の關係より變更の餘地なき點を除き、將來改正又は改善を施すべき必要あるものと確

信ずる。而して其方策如何は既に前各章に叙述した所てある。

尙我刑事訴訟法が犯罪の起訴不起訴處分方に付て、任意主義若は便宜主義を採り、犯罪の動機、情狀、犯人の年齡、境遇、犯罪後の狀況に依て、刑事政策上の見地から、犯罪の證據充分なる場合にも不起訴處分を爲し得ることを認めて居る。從て此起訴不起訴の裁量範圍は極めて廣汎てある。而して此の起訴不起訴の裁量に付て、社會一般の思想風潮を容れ、國民の法的意識感情を反映せしむることは、司法自治の國民的欲求を滿足せしむる上に於て最も適當な方法てある。是れ所謂起訴陪審の一種てあるが、此種の陪審は最も進歩したもので、陪審制の理想てあると謂ふて宜い。而して我憲法上、斯かる起訴陪審に付ては何等の制限もなく、全く自由の領域てあるから、我陪審制の進歩發達を期するには、此種の起訴陪審を採用せねばならぬと信ずる。併し英國式の起訴陪審とは、全然其形態組織を異にするものてはなくてはならぬことは前章(第三九項、第四〇項)に述べた通りてある。

## 四二　陪審制の進化と參審制度

陪審制は我が國民性に適當しない、又是を改善進歩せしむべき可能性がないとすれば、何か之に代へて司法裁判權の行使に國民を參與せしむべき裁判制度を採用して、裁判の民衆化竝に司法自治の世界的趨勢、普遍的思想に順應せねばならぬと思ふ。

陪審制度は其弊害多く、且多額の費用を要する關係より之を不適當なる制度として廢止し、之に代はるべきものとして西歐大陸に於て發達の兆あるは所謂參審制度てある。參審(Schöffen)は陪審と等しく國民をして、國家裁判權の行使に參與せしめ、民意を裁判に加味することを其趣意精神とするものてあるが、國民の代表者たる參審員の裁判に參與する程度が陪審より進んだもので、啻に事實判斷又は罪責の決定に止まらず、刑の量定、法律の適用まて專問裁判官と同列に裁判權を行使するのてある。卽ち參審員は國民の代表者として、全然裁判官の任務に就き、專門裁判官と共同して裁判

權の行使を爲すのである、卽ち官民共同の裁判を爲すものである。故に參審は陪審の進化した形態であると謂ふべきである。

英國に於ける如く陪審が假面的民衆裁判たるの觀あるにもせよ(緒說第二項參照)沿革上拔くべからざる國家制度の重要なるものとなり、之を以て國民の矜となし、陪審の評決は常に神聖なりとし、縱令評決が眞實に反し、不當なる場合に於ても、國民のなしたる裁判たるの故を以て、之を正當となすの信念を有する國柄に於ては、陪審は萬々歲である。又實際に於て裁判官至上主義の觀念が根强く國民に普及し、證據法の完備に依て其運用の成績又良好なるを以て、陪審は國民生活の血肉となり永久に存續せらるゝであらう。併しながら、大陸諸國に於ける如く陪審制の弊害續出して、批難の聲漸く高まり、多額の國費と多數陪審員の時間を犧牲にしても、尙是を實施するの價値ありやを疑はるゝに至りては、遂に之を捨て、陪審員の數を減し、費用も比較的少くして、而も徹底的に國民の意思を裁判の上に注入することの出來る參審制、卽進化した陪審制度を採用するの趨勢に向つて來たのは



偶然でない。

獨、墺兩國に於ける參審制度は比較的輕微なる事件に付て參審裁判所(Schöffengerichte)の手續として古くより行はれて居た。然るに世界大戰の爲め國家の財政極度に疲弊したるを機として、獨逸に於ては莫大の國費を要する從來の陪審制度を廢止して、違警罪其他極めて輕微なる事件を區裁判所の單獨判事の權限に屬せしめ、其他の總ての事件を參審制に依て裁判すべきことゝなつた、此の點に付ては項を新にして說明することゝしやう。墺太利に於ても、獨逸の跡を逐ひ高價な陪審制を葬りて清新な參審制を總ての刑事事件に採用せんとする議が起り、近き將來に其實現を見んとして居る。

## 四三　獨逸に於ける參審制度

獨逸に於ては、最近一九二四年三月の改正法に依て、從來の區裁判所に於ける參審裁判を擴張したる上、地方裁判所に於ける陪審裁判は其名のみ存して、實質は純然たる參審裁判に化し終つたのである。

此の點を明かならしむる爲め、茲に法律の條規に基いて、獨逸刑事裁判の大體を述べて見やうと思ふ。

一九二四年三月二二日の法律に依て、裁判所構成法の一部を改正して、區裁判所の裁判管轄を相當擴張し、(一)違警罪(二)輕罪(三)十年以下の禁錮、監禁、懲役に處すべき犯罪其他の重罪は之を區裁判所の管轄となし(裁判所構成法二四條)右の事件の內區裁判所判事は、(一)違警罪(二)輕罪中六月以下の禁錮に處すべきもの、私人の訴追に係るもの及起訴當時に、檢事より單獨判事の裁判の請求ありたるもの(三)重罪たる窃盜、贓物罪に付き檢事より單獨判事の裁判の請求ありたるものに付き區裁判所判事が單獨にて審理判決を爲し其他の區裁判所事件に付きては總て區裁判所に參審裁判所(Schöffengericht)を構成して、審理裁判せらるゝものとなしたのである(同法二八條)。此の參審裁判所は、裁判長たるべき區裁判所判事と、二人の參審員(內一人は男子たることを要す)より構成せられるのであるが、事件の性質又は範圍より、檢事において必要と認めた時には、其申立に基き尙二人の區裁判所判事を參加せしめ、三人の判事と二人の參審員に依り、構成せられることゝなしたのである(同法二九條)。獨逸に於ては通例前者を小參審裁判所(Kleiner Schöffeng.)と謂ひ後者を大參審裁判所(Grösser Schöffeng.)と名づけられて居る。而して參審員は名譽職で獨逸の國籍を有する男子又は女子より選任せられ、公判中において判事の職務を採り、又裁判に付きて判事と同一の發言權を有することは從來と毫も異ることはないのである(同法三〇條三一條)。

次に地方裁判所刑事部は、右述の單獨區裁判所判事の判決、及參審裁判所の判決に對する、控訴審を爲すものであつて、全く控訴裁判所に化したるの觀を呈するに至つた。卽ち區裁判所判事の爲したる判決に對する控訴の場合には、一人の裁判長と二人の參審員の構成に依りて、公判審理を爲すのである、法律は是を小刑事部(Kleine Strafkammer)と名づけて居る。又參審裁判所の判決に對する控訴は、三人の判事と二人の參審員とより構成する大刑事部(Grosse Strafkammer)に於て、公判審理を爲すことに爲つて居る。併し公判外に於ては、三人の判事のみを以て裁判するのである(同法七六條)。而

して地方裁判所刑事部の參審員は、區裁判所に於ける參審裁判所の參審員と同樣の權能を有するのである(同法七七條)。

地方裁判所に於ては前述の刑事部の外、必要に應じて陪審裁判所(Schwurgerichte)を構成して、大審院及區裁判所の管轄に屬せざる、總ての事件を第一審裁判所として、審理裁判するのである(同法七九條八〇條)。其構成は三人の判事及六人の陪審員(Geschworen)であつて、判事と陪審員とは共同して罪責問題(Schuldfrage)のみならず、處罰問題(Strafrage)をも裁判し、公判に於ては、陪審員は參審員と同樣判事の職務を執るのである(同法八一條八二條)。從て陪審裁判所は一九二四年の改正裁判所構成法以來、一種の參審裁判所に化し終つたのである。陪審の名のみ舊の如くであつて其實質に於て、參審であると謂ふべきである。實際法廷に於ける審理中に於ても、陪審員は從來の如く陪審席に着席することなく、裁判官と同列の席に着く。卽ち裁判長を中央にして、其兩側にミットグリードたる裁判官、其兩側に、三人宛の陪審員が着席するのである。而して陪審員は裁判長の許可を得て被告人又は證人に對して、訊問することを得る。只此陪審裁判所法廷に於ける檢事の位置は辯護人と相對し、陪審裁判官の席より、一段低き床上に席を設け、辯護人と全然同樣に取扱はれ、當事者平等主義を發揮して居ることを注意すべきである。

## 四四　佛蘭西に於ける陪審制の進化

佛蘭西に於ても、近來陪審より、參審に進まむとするの計畫が顯はれて來て居るものと見ることが出來る。それは一九二一年三月一七日の衆議院會議に、時の政府は重罪裁判所に於ける陪審員をして、刑罰の適用にも參加せしむること、及重罪裁判所の裁判權に基く判決は、單獨判事の職務たらしむることを目的とする法案を提出したのであるが、遂に議會を通過せずして終つた。然るに一九二五年三月一〇日の貴族院會議に於て貴族院議員「ボンヌベー」氏(L. Bonneray)は民刑立法委員會の議を經たる、前述と同樣の法律案卽ち「重罪裁判所の裁判權は、陪審員により補助せらるゝ單獨判事

(Magistrat Unique) に依りて行使すること、及刑罰の適用に付きて、重罪裁判所の陪審員を參與せしむること」(d'associer le jury á la cour d'assies pour l'application de la peine)を目的とする法律案を提出した。

此法律案の內容は治罪法二五二條二五四條二六三條三六二條三六四條三六五條、三六七條三六九條を右の目的に適合する樣に變更すること、同法二六四條及三四二條末項を廢止するものであつた。此の法案の重罪裁判所の陪審員を刑罰の適用にも參與せしむるものとなすのは、何を意味するか。謂ふまでもなく、陪審員は從來罪責の有無を判斷するのみで、法律を適用して、刑の量定を爲すことは全く裁判官の手に委ねられて居つた。それを陪審員に刑の量定にも、參與するの權限を與へんとするのである。卽ち陪審員に、罪責の判斷と刑の量定と、其孰れにも參與せしめんとするのである、而して罪責問題と刑の量定卽ち法律問題との判斷を爲す陪審員は、其實質は參審員に外ならぬ。現今の獨逸の陪審員と毫も異らないのである。其職責は裁判官と全然同樣であつて、純然たる素人裁判官である。右の法





律案は既に一九二五年三月貴族院を通過したもので早晩衆議院も通過する充分の見込があるとのことであるから、此の法案が通過した曉に於ては、佛國には陪審制なく一種の參審制が行はるゝことになるのである。

何故に陪審より參審に移らねばならぬか。右貴族院會議に於て提案者たる前大臣ボンヌベー氏の右法案の提案理由の說明演說の一節を玆に引用して見よう。

『治罪法(刑事訴訟法)は從來法官の職務と陪審員の職務とを明かに區別した。卽ち陪審員は有罪無罪の罪責(Culpabilité)のみを決定し、法官は刑の量定のみを決する。此の職務の二元性は非論理的と謂はねばならぬ。何となれば若し陪審員が判決するに付いて、最も至難である所の有罪無罪の事實を決するに、充分の能力を有し、適任であると看做さるゝならば何故に其陪審員が認定した、有罪の事實に適用すべき刑の量定を爲すことが出來ないのか。固より、陪審員は刑法條文の適用に付きては、素人であつて案內者を必要とすることは何人も反對せぬのであるが、此の法條

の適用に依る刑の量定に參與することを拒否せられて居ることは、如何にしても、不可解と謂はねばならぬ。

實際に於ては、辯護人は公判に於て事實に基いて刑を論ずるのであるが、法外な極端なことを主張し、被告人は既に未決監に於ける懲戒に依て充分なりと論斷する。而して陪審員は絶えず被告人に科せらべるき刑に付て神經を腦ますのであつて、若し犯罪事實を肯定することに依て、刑が不當に重いことを知る時には、罪責問題を否定し去るのである。或は單に裁判官が苛酷なる刑の量定を爲す虞ありと疑ふ時には罪責問題に對して「否」と宣言するに至るであらう。故に刑法の處罰規定を適當に修正することゝ、及刑の適用に付きて、陪審員を立會はしむることは、目下の急務なりと信ずる。陪審員をして有罪無罪に付きての評決を宣言せしめたる後、再び評議室に於て、裁判官と共に刑に付き討議し刑罰の性質、其量定に付て秘密投票を爲さしむることに依りて、刑の適用を一層妥當ならしめ、同時に往々にして批難せらるべき刑の苛酷を避け、且不當なる無罪の評決を或程度まで避け得るてあらう』(31 Janvier 1929, Journal Officiel de la Republique Française; ANNEXE N° 128 Document Parementaire-Senat p.259)と。

斯くして歐大陸に於ては陪審の名は存すと雖も、半官半民の裁判制度の性質を有する眞の陪審制は、近き將來に於て其影を沒するに至るものかと推測せられるのである。

## 四五　我陪審制の將來

我陪審制は其仕組に於て、歐大陸殊に墺太利の陪審制に倣へるものであつて、裁判長は公判に於て陪審員に對する說示を爲すに當り、證據の信否、罪責の有無に付て自己の意見を述べることは出來ぬ(陪審法七七條但書)。從て陪審員を指導誘掖することは、英國陪審裁判官の說示の如く、充分ではない。而して陪審員候補者、選定陪審員選定の方法は前述の如く徹頭徹尾抽籤に依る爲めに、陪審員の素質は低劣を免れぬ。其結果は陪審の事實判斷は正鵠を失ふこと多かるべく、之を矯正する爲めに新しき陪審を構成せし