

327.67

M154b



* 0017394000 *

0017394-000

327.67-M154b

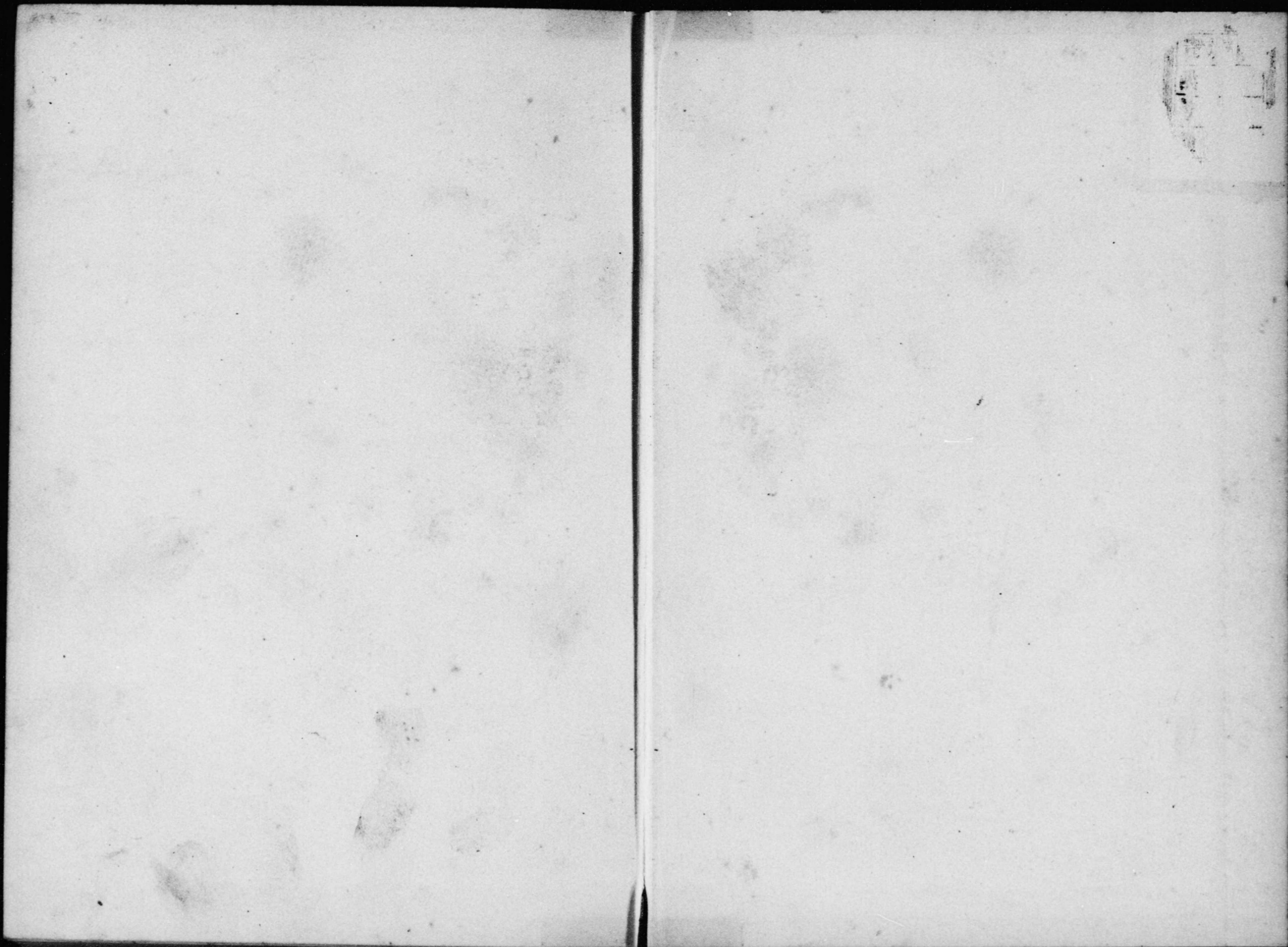
陪審法大意

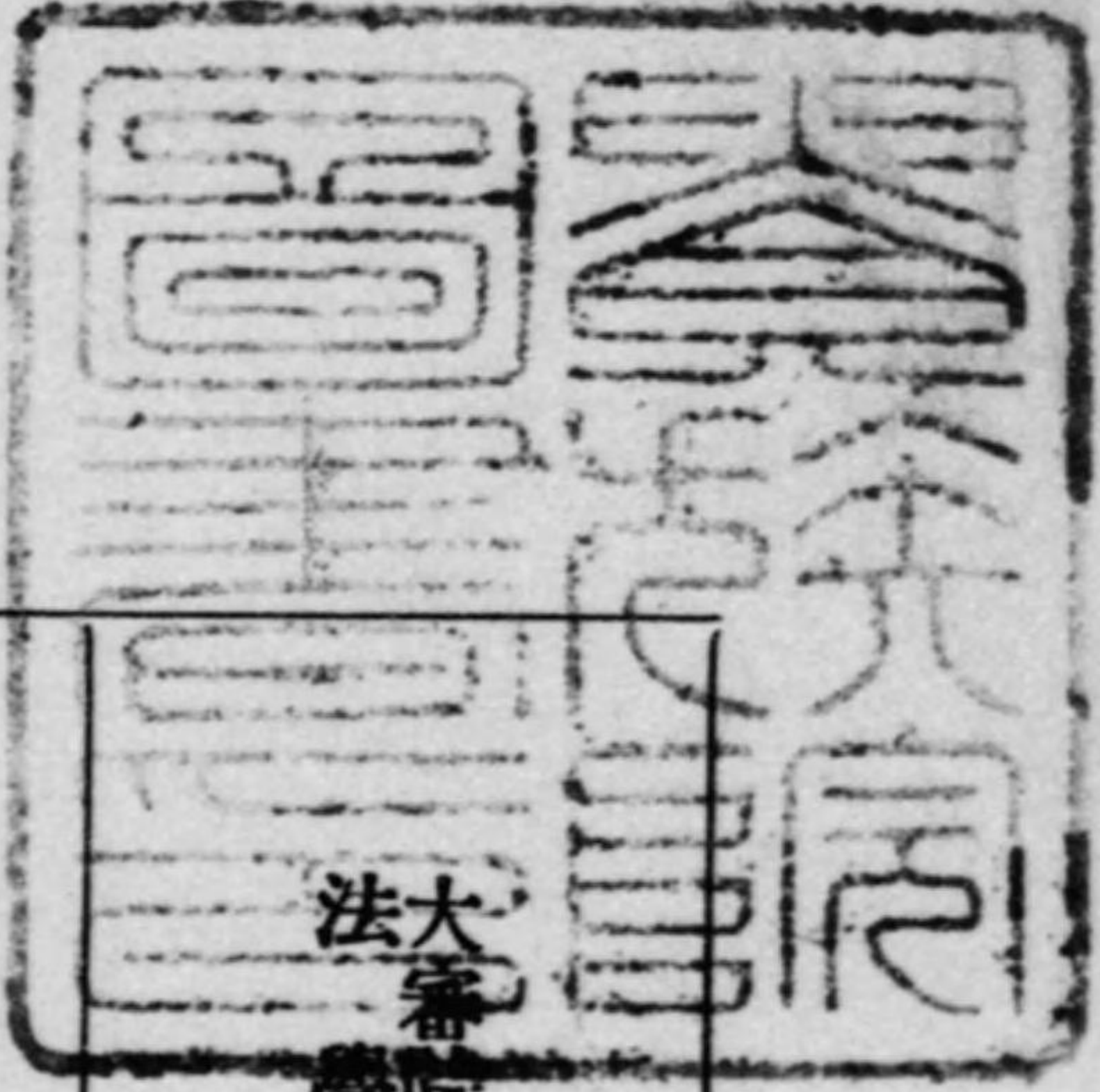
牧野菊之助・著

同文館

1927

ACH



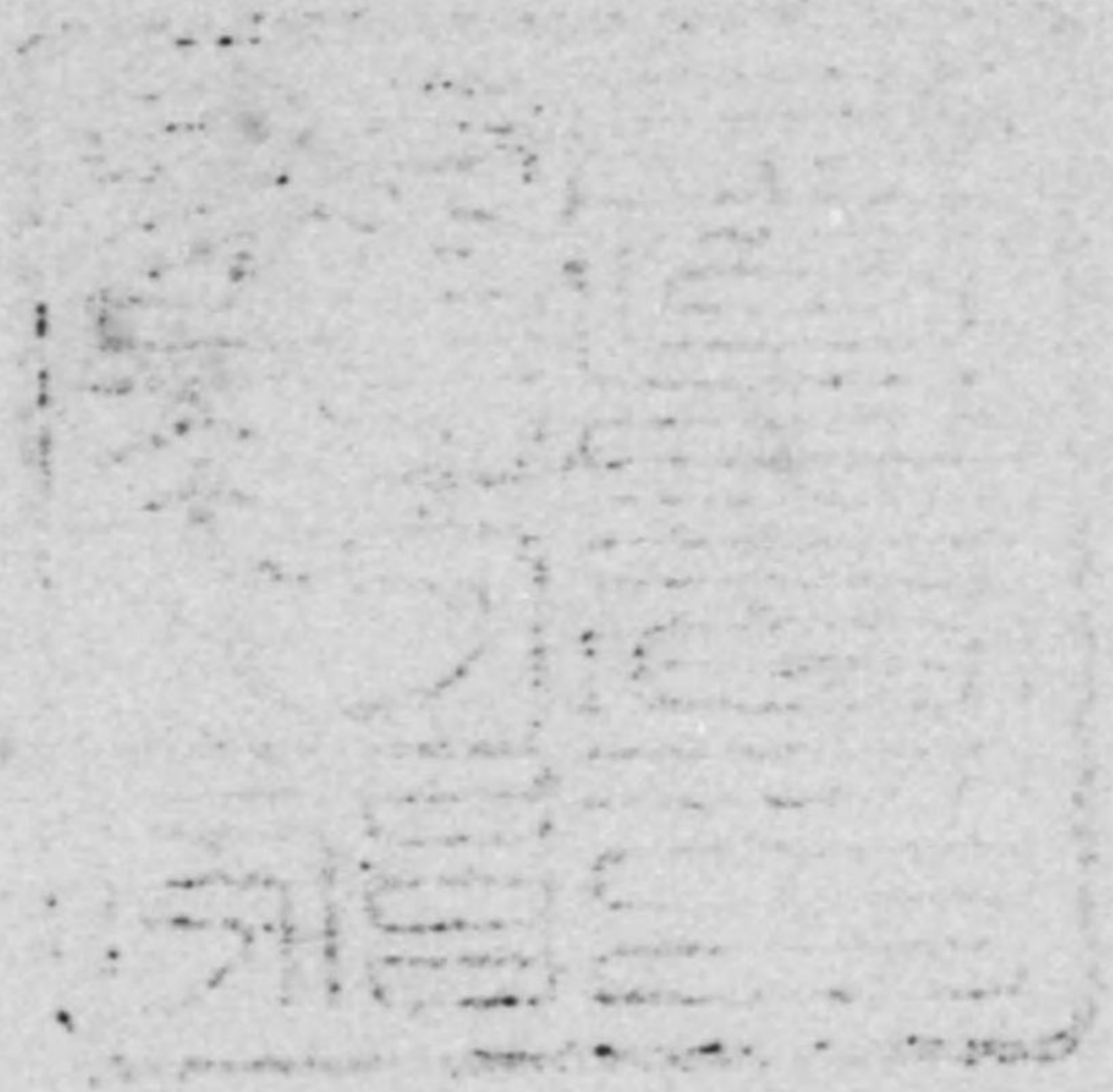


大審院長判事
法學博士

牧野菊之助著

陪審法大意

東京 株式會社 同文館藏版



327.67

M1548



696294

序

現今の法令には往々にして難解の嫌あり自今法令の形式を改善して文意の理解を容易ならしむるに力むべきは時勢の要求に應ずる所以の道なりとは昨年政府の發したる一訓令の示す所である、法令それ自身の通俗化は何人も異論なかるべしと雖も國民一般も亦法令の大意を體得し其の規定の主旨目的の如何なるものなるかを知悉すること極めて肝要なるべし而かも法令難解の稱ある今日に於て通俗的に法令の主旨を闡明し其の大意を説きたるもの殆んど之なきは余の常に遺憾とする所である、殊に國民一般が裁判所の構成、裁判の系統さへも辨へず裁判に親しみ裁判に

序

一

倚頼するの觀念に乏しく裁判に關する普通常識の素養なきことは洵に慨歎に堪へざる所である。況や近き將來に於て陪審法の實施を見るに至り國民が裁判手續に參與することと爲る以上一般的普遍的に陪審制度の主旨目的那邊に存するかを會得し我陪審法の規定の大要如何を知りて司法權の運用に資するの大覺悟がなくてはならぬのである。

余は昨夏同文館發行の教育夏期講習録に裁判教育と陪審裁判なる一篇を寄せ、今又本書を公刊する所以のもの畢竟叙上の微意に出づるものに外ならぬ。本書は右「裁判教育と陪審裁判」を基礎として起案したるものなれども之を二篇に分ち第一篇を刑事訴訟として刑事訴訟に關する通常手續を示し刑事裁判の組織系統を説

述したるは聊か裁判に關する普通常識の涵養に資せんと欲したるに外ならず、而かも陪審裁判は刑事裁判の特別手續に屬するものなるが故に先づ刑事訴訟に於ける通常手續を説くは順序上相當なるのみならず一般より特別に入るを理に於て正しと認めたるに由る。第二篇は本書の眼目とする所にして之を陪審制度と題し我陪審法に就き其の制定の由來特質より進んで陪審の構成、陪審裁判の手續等に及び其の文意の理解を専らとし其の規定の大要を説述したるものである。之に由りて國民が一定の範圍に於て刑事裁判手續に參與するに付ての参考の爲に此の制度の主旨目的を叙述したるに止まる、固より専門的に學理を闡明するの趣旨に非ず、唯勉めて平易に且簡明に説述して刑事訴訟の通常手續と

陪審制度の概念とを一般的に知悉せしめんと欲したるのみ、由來法令を通俗的に説明せんこと實に容易の業にあらず、不才余の如き者の能くする所にあらざれども叙上の趣旨よりして敢て進んで法令の通俗化と裁判教育の民衆化とに貢献せんと試みたるのみ、幸にして多少なりとも裁判常識の涵養に裨補する所あり陪審法の一斑を知るの指針たるを得ば本懐とする所である。

昭和二年一月下澣寒梅馥郁たる千樹書屋に於て

著者識

目次

緒言	………	一
第一編	………	七
第一章 司法權の獨立	………	九
第二章 裁判所の構成	………	一四
第三章 判事及檢事	………	二〇
第四章 刑事裁判手續	………	二七
第一節 總論	………	二七
第二節 犯罪の捜査	………	三六

從來我國に於ける裁判は民事であれ、刑事であれ、悉皆専門の裁判官の手に委ねられ、本職ならざる素人が之に加はるが如きことなかりしと雖も一とたび陪審制度が施行せらるることと爲らば、國民が一定の範圍内に於て刑事裁判手續に参加することと爲るものなれば國民は今迄のように裁判に無關心無頓着なる譯には行かぬ、裁判が國民の中より選出せられたる陪審員の評議を基礎として行はるるものなる以上、其の裁判の適正なるや否に付ては國民も亦其の一半の責を負はねばならぬのである、陪審員となることは國民の權利なると同時に義務である、國民が此の權利義務を適當に行ふに依りて陪審制度の運用が其の宜しきを得るに至るのである。

司法權の獨立は從來唱導せらるるも一般國民の裁判に關する普通常識の欠缺は驚くべき程である、此の如きは全く我封建時代よりの傳統の然らしむる所なるべしと雖も立憲治下の今日に於ては斯る因襲に囚はることを許すべきものでは無い、裁判の組織系統を辨へ裁判に信頼するの觀念を養成するは勿論、進んでは裁判所を擁護するを以て國民の本分とせねばならぬのである、聞く所に依れば英國國民は司法權を尊重し裁判官に對しては敬虔の至情を捧げ、裁判を信頼し國民自ら裁判所の擁護者を以て任ずるの風ありと云ふ、是れ實に英國國民性の然らしむる所にして同國に於ける陪審制度の發達も一に此の國民性の致す所なりと謂ふべく眞に健美の至りに堪へざる所である、我國に於ても是非とも此の氣

風を涵養し以て益々司法權の鞏固と裁判の威信とを高めたきものである。

右の見地よりして云へば陪審法の實施は眞に絶好の一機會であり、國民が自ら裁判手續に參與することと爲るものなれば之に因りて裁判が如何に正義に合致するものなるかを知得するに至るであらう、斯くして陪審法の運用が其の効果を齎らすこととなり司法制度の上に一大光彩を添ふるに至ると思ふ。

陪審法の施行に際し政府としては年々司法部内より多くの人を歐米諸國に派して陪審制度の實際上の運用を視察せしめ、又全國各地に亘りて陪審宣傳の講演を催ふし、着々其の準備に忙殺せられて居る、國民も亦須らく今に於て此の制度の運用に習熟するの

素地を作らざるべからず、余は昨秋名古屋、津、岐阜及北陸三縣下に出張し陪審宣傳の講演會に出席したることありしが各地到る所多大の聽衆あり其の眞摯にして且熱心なるを感得し、國民としての此の覺悟は以て此の制度の運用に堪ゆるの適格あるを疑ふの餘地を存せず大に人意を強ふするものあるを多とせり、而かも近き將來に之が實施を見んとするに於ては國民たる者は陪審制度の實質内容等に付て一段の研究を遂げんことは刻下焦眉の急務と謂はねばならぬのである。

我陪審制度の實質内容を知らんとするには先づ以て刑事訴訟の如何なる手續によりて爲さるるものなるかを知らざるべからず、故に本書は之を二篇に分ち第一篇を刑事訴訟とし其の裁判手續

の梗概を説き之を解くに先ちて司法権の獨立と裁判所の構成とに筆を起したるは事専ら裁判の規準に關するものなるに由る、第二篇を以て本論とし陪審制度と題し主として我陪審法の規定に基き此の制度の概念を解説し最後に陪審員の義務と國民の覺悟とを説きたるは聊か國民の自覺を要望するの趣旨に出づるものである。

第一編 刑事訴訟

第一章 司法權の獨立

天皇は統治權を總攬し給ひ、立法・行政・司法孰れも天皇大御心の發露なりと云ふべきである。立法のことは暫く措て之を論せず、行政は専ら公共の安寧と秩序とを保ち一般民人の幸福を増進する爲に便宜の處分を爲すものである。司法は法律の定むる所に従ひ正理公道を以て民人の權利を擁護し、之が侵害を回復し又有責違法の行爲に對して刑を科するの職司である。帝國憲法第五十八條に「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」と定められたるは行政と司法とを判然區別して司法權は行政威權の外に立ち獨立不羈の裁判所をして専ら法律に依據して之を行はしむる

ものなることを明にしたるものである。

立憲政治の今日に在りては行政と司法との畛域は明に區分せられ互に相侵すことなしと雖も古代政治の簡朴なる時代に於ては政廳の設けも未だ行政と司法とを判然區別せざりしことは歴史の證明する所である。專制政治の下に在りては裁判は全く行政官の手に掌握せられ行政官は或は貴族權門の旨を奉じて其の利益なる裁判を爲し、或は自己に都合よき裁判を爲し不公平を極めたるものなりし。文化彌々進み人事益々繁きに至り始めて司法と行政との間に職司を分割して其の構成を異にし各其の畛域を慎み以て立憲政體に至大の進歩を成さしめたるものである。我國に於ても遠き昔は兎に角、明治維新の後とても最初刑法官を置きたる

ことありたれども裁判權は依然地方官廳に屬し、明治四年司法省初めて設けられ同年十二月東京裁判所を設けて東京府所管の聽訟斷獄の事務を處理せしむるに至りたるは専門的の裁判官を定めたるの最初である。次で明治八年四月審判の權を鞏くすとの詔書によりて大審院を置かれ全國法憲の統一を主持することと爲り、爾來東京・長崎・大阪等に上等裁判所なる法衙を設けられ、次で東京・京都・大阪・横濱・米澤・静岡・松本・函館・神戸・新潟・長崎・栃木等二十三ヶ所に裁判所を置き漸次地方廳に於ける裁判權を専門の裁判所に移管し因つて裁判の獨立を期するの方針の下に着々法制の改革あり、明治十五年には刑法、治罪法が實施せられ刑事裁判所を、違警罪裁判所、輕罪裁判所、控訴裁判所、重罪裁判所、大審院高等法院とし

職制大に明白と爲り帝國憲法の發布に及び裁判所構成法の施行と爲り茲に初めて司法權の獨立は嚴正に認めらるることと爲つたのである。

元來司法なる語は其の本來の意義に於ては裁判と云ふに同じく民事及刑事の裁判のみを司法と云ふのである、故に司法權は天皇の名に於て裁判所之を行ふと云ふは裁判所なる一機關が民事及刑事の訴訟を審判する國權の行動なることを意味し、天皇の名に於て之を行ふとは乃ち司法權が統治權の一作用であつて天皇に屬することを言ひ顯はすものである、固より天皇は自ら裁判を爲さずと雖も國憲の上よりして之を見れば常に法廷に君臨するものに外ならない、斯の如く裁判所は行政と離れて全然獨立したる

一機關として司法權を行ひ毫も他の權力の指揮は勿論其の命令をも待たず、法の命するが儘に獨立獨行因つて以て國權を行ふものである、之を稱して司法權の獨立と云ふのである。

裁判所は右の如く統治權の一作用たる司法權を行ふ一の機關に外ならずして其の裁判所の構成は法律に依り之を定められ、裁判官は法律上一定の資格要件を備へたる者を以て之に任用し不羈獨立の地位に立ちて至公至平其の職司を全ふすることを得せしむ、是に於て始めて司法權の獨立は其の基礎を固くし、日本臣民は法律に定めたる裁判官の裁判を受くるの權を奪はるることなく以て其の生命財産の安固を期し其の權利利益の擁護を付託するに足るのである。

第二章 裁判所の構成

裁判所の構成は法律を以て之を定むとは亦帝國憲法の明掲する所である、我裁判所構成法の定むる所に依れば裁判所を分ちて通常裁判所及特別裁判所の二とす、通常裁判所は民事刑事を裁判するものであつて、之を區裁判所、地方裁判所、控訴院及大審院の四とす、特別裁判所とは特別の事件を審判するものであつて行政裁判所、陸海軍の軍法會議及朝鮮・臺灣等に於ける裁判所並に領事裁判を云ふのである。

通常裁判所たる區裁判所は單獨裁判所と云ふて一人の判事が裁判権を行ひ、地方裁判所、控訴院及大審院は合議裁判所として數人

の判事を以て組立てたる部に於て事件を審判するのである、地方裁判所と控訴院とは三人、大審院は五人の判事を以て一以上の民事部及刑事部を組織し各部に於て事務を分擔し定數の判事が各事件に付き評議の上裁判を言渡すものである、又各地方裁判所には司法大臣の任命による一人若は二人以上の豫審判事ありて其の裁判所の裁判権に屬する刑事の豫審を爲すものとす。

各裁判所にはそれ〴〵管轄の定まれるものであり之を土地の管轄と事物の管轄とに區別す、其の所謂土地の管轄とは土地の區域によりて各裁判所の管掌を定めたるものにて今日一般に行政區劃を標準として定めて居る、一各府縣の一行政區域を以て一地方裁判所の管轄とし、數府縣の區域を以て一控訴院の管轄とするが

如し、其の所謂事物の管轄とは如何なる事柄が其の裁判所の取扱に屬するか、言ひ換ゆれば裁判權を有する事柄は如何なるものなるかを謂ふのである、今其の詳細は茲に述ぶるの限りにあらずれども區裁判所は民事刑事ともに比較的輕微なる事件、民事に付ては千圓を超過せざる金額又は價額千圓を超過せざる物に關する請求、刑事に付ては拘留又は科料に依る罪、短期一年以上の懲役又は禁錮に該る罪を除く外有期の懲役若は禁錮又は罰金に該る罪と云ふが如し、^一に付て第一審の裁判を爲し、其の裁判に對する不服は之を地方裁判所に申立つることを得、地方裁判所は第二審裁判所として之が覆審を爲すのである、又地方裁判所は民事に付て區裁判所の權限及控訴院の權限に屬するものを除きたる以

外の請求、刑事に付て區裁判所の權限并大審院の特別權限に屬せざる刑事訴訟に付て第一審の裁判權を有し、其の裁判に對する不服は之を控訴院に申立つることを得、控訴院は第二審裁判所として之を審判するのである、區裁判所の判決に對する地方裁判所の第二審としての裁判及地方裁判所の判決に對する控訴院の第二審としての裁判に對して不服ある者は更に大審院に上訴して其の事件の三度目の審判を求めることが出来るのであつて、大審院は乃ち日本に於ける最高等の裁判所であり、之を上告裁判所と稱するのである、尤も大審院は第一審にして終審として刑法第七十三條第七十五條及第七十七條乃至第七十九條の罪並皇族の犯したる罪にして禁錮以上の刑に處すべきものの豫審及裁判に付き

特別の権限を有するものである。斯の如く裁判所に審級の制を設けたるの理由に至りては後に至り説明すべしと雖も裁判機關たる裁判所の構成は大體以上の如くに爲つて居るのである。

各裁判所には検事局が附置せられ検事局には相應なる員數の検事が配置せられて居る。検事局は裁判機關たる裁判所に對立したる檢察機關であつて裁判所とは全然異なりたる職司である。檢察機關たる検事局は公益の代表保護に任ずるものであつて検事は刑事に付ては公訴の提起と其の取扱に必要なる手續―後に説明する捜査處分―を爲し、公判に於て犯罪に對する法律の正當なる適用を請求し、判決確定の場合に其の刑の執行を指揮監督し、民事に付ては通知を求め其の意見を陳述する等の職責あるものである。

然れども検事は如何なる方法を以てするも判事の裁判事務に干渉し又は裁判事務を行ふことを得ず、上は司法大臣を初め検事總長、検事長及検事正の監督の下に在りて其の指揮命令に服従すべく、各検事は同一體と看做さるのである。世間往々裁判所と検事局とを混同し判事と検事とを同一視するものあるは謬れるの太甚しきものである。

各裁判所及検事局には書記課の設けあり、裁判所書記が之に配置せらる。裁判所書記は法廷に立會ひ、調書を作製し其の他法律に定められたる事務を取扱ふべく、外國語の通譯を要する裁判所及検事局には別に通譯官を置き、各區裁判所には執達吏を置きて各裁判所より發する文書を送達し及裁判所の裁判を執行する外法律

に定めたる特別の職務を行ふものである。又各裁判所に廷丁あり廷丁は雇員として開廷に出頭せしめ及司法大臣の發したる一般の規則中に定めたる事務を取扱ふものである。

以上は我裁判所構成法に依り裁判所の構成及検事局の位置並其の職員に關する規定の一斑を示したるに止まる。判事及検事に付ては章を改めて少しく説明せんと欲す。

第三章 判事及検事

判事と検事とは共に司法官憲たるには相違なけれども其の職司の異なることは前に一言したるが如し判事は乃ち裁判機關であり検事は乃ち檢察機關であつて互に相侵犯することの出来ない

ものである。

抑も司法權の獨立を確固不拔のものたらしめ、裁判の適正を保持せんが爲には裁判官其の人の識見信望に待たざるを得ざると共に公益を代表する検事其の人の至公至平に倚賴せざるべからず、從て之が任用を重んじ相當の期間内實務の修習を爲し一定の考試を経たる上にあらざれば判事又は検事に任せらるることなきものとして居る。今裁判所構成法の規定を見るに判事又は検事は正規の試験を受け司法官試補として一年六月以上實務の修習を爲し且考試を経たる後にあらざれば任用せらるることなく、三年以上帝國大學法科教授たる者若は辯護士たる者は試験及考試を経ざるも任用せらるることを得れども要するに相當の學識を備

へ特別なる経験を有する者にあらざれば司法官たるの適格なきものであつて其の任用は苟くもすべきものにあらず極めて重きものなることを知らざるべからず。

一とたび判事に任せられたる以上は裁判官は刑法の宣告又は懲戒の處分に由るの外其の職を免せらるることなしとは帝國憲法の明掲する所である、五年以上判事たる者又は五年以上検事、帝國大學法科教授若は辯護士にして判事に任せられし者に非ざれば控訴院判事に補せらるることを得ず、十年以上判事たる者又は十年以上検事、帝國大學法科教授若は辯護士にして判事に任せられし者に非ざれば大審院判事に補せらるることを得ずとは裁判所構成法の定むる所である、是れ畢竟上級裁判所の裁判官としては

學識經驗二つながら圓熟せるものなることを要求するに外ならず、而かも裁判の職に在る判事としては上は大審院判事より下は區裁判所判事に至るまで裁判權の行使に付ては法律上享有する獨立の權能に基き何人よりの指揮命令を受けず斷々乎として正理公道に準據し自己の所信を遂行すべく嚴正公平にして威武も屈する能はず富貴も亦淫する能はず他のあらゆる干渉を排斥し、あらゆる壓迫をも受けず確固不拔の精神を持し不羈獨立の地位に在らざるべからず、判事は刑法の宣告又は懲戒の處分に由るに非ざれば其の意に反して轉官、轉所、停職、免職又は減俸せらるることなく、終身官として其の地位の安固は保障せらるるものである、
一其の懲戒の處分は判事懲戒法の定むる所に依り、懲戒裁判所の

判決を以てするものとす。蓋し其の地位安固ならざれば獨立獨行其の所信に邁進すること難かるべく、行政威權の壓迫を排し富貴權門の追従を斥けんには十分の保障なくんばあらず、固より判事として司法行政監督權の支配の下に立つも此の監督權は裁判事務を執れる判事の裁判權に及ぶことなく裁判權の行使に對しては司法行政監督官と雖も何等容喙することを得ざるものである。裁判の職に在る判事として其の人格の高潔にして質實剛健の資質を具備すべきことは固より言ふを俟たざる所である。

檢察機關たる檢事は其の任用に付ては判事と同一の資格あることを要するは、前に述べたるが如し、檢事は刑法の宣告又は懲戒の處分に由るに非ざれば其の意に反して免職せらるることなきは

裁判所構成法の規定する所である、固より檢事は監督長官の指揮命令に服従すべきものであり其の懲戒に付ても普通の高等文官と同じく文官高等懲戒委員會の決定に依るべく判事が懲戒裁判所の判決に由りて懲戒せらるると異なる所あり其の地位の安固に付ては判事と等しからざる所ありとす、而して大審院檢事局に檢事總長あり、控訴院檢事局に檢事長、地方裁判所檢事局に檢事正あり各其の管轄内の檢事に對して監督權を有し、其の各管轄區域内の裁判所の檢事の職務の範圍内に在る事務を自ら取扱ふの權を有し又其の管轄區域内に於て或る檢事の取扱ふべき事務を他の檢事へ移すの權を有するものである、斯くして檢事は同一體として判事の如く其所信に邁進し難き事情なきにあらず、高等行政

の政策上よりして上官の指揮を仰ぐの要あるべし、而かも檢察機關として其の職務の執行に付ては一に公益の維持を念とすべきものである。又検事は犯罪事犯に付ては犯人及證據を捜査する職權を有し、此の職權を行ふに付ては司法警察官たる廳府縣の警察官、憲兵の將校準士官及下士を指揮して捜査せしむることを得べく、又司法警察吏として巡査、憲兵卒に命令して捜査の補助を爲さしむることを得るのである。之を要するに後に説明するが如く刑事訴訟に付ては検事は事犯の輕重、其の前後の情況如何等に鑒み原告官として或は公訴を提起し、或は公訴を提起せざることを得べく、公益の代表者として最も重大なる任務を有するものである。

第四章 刑事裁判手續

第一節 總論

刑事の裁判は昔と今とは非常の差異あり、甚大の懸隔あるものである。古の裁判は前述の如く全く行政官の手に掌握せられ、裁斷の職に在る者が自ら之を訴へ自ら之を裁斷するものである。從て其の局に該る者が獨斷專行するは勿論のことであり、犯罪の嫌疑ある者に對しては不知不識先入の見に捉はれ人を見れば泥棒と思ひ、善人も惡人なりと勘違ひを爲し、專恣横暴に流れて其の裁斷は多く公平を失ひ、假令公平を失はざるまでも公平を疑はしむるの嫌ありしことは掩ふべからざりし所である。此の如きは學者の所

謂糺問主義と稱するものであつて被訴追者―訴へられたる者―の人格は毫も認められざるのみならず宛も訴訟の目的物たるの觀ありて少しも自己防禦の手段方法を取ることも出來ず何事も御無理御尤もと承服せざるを得ざるの狀況である、殊に罪を斷ずるには口供甘結に由ると云つて犯罪の嫌疑ある者が白狀しなれば罰することが出來ず、其の自白を得るが爲にはあらゆる手段方法を用ひて之を強要するに至り遂には牢問又は拷問など云へる苛酷なる方法に因りて犯人を糺明するに至りたるものである、徳川氏時代に於ける「御定書百ヶ條」に依れば拷問は人殺、火付、盜賊、關所破、謀書謀判の罪を犯し證據慥かなりとも頑強にして自白せざる者並同類の内に自白したる者ありとも本人白狀せざるに於

ては之を行ひたるものの如くなりし、其の拷問にも答打、石抱き、海老責、釣責など聞くだに戰慄すべき殘酷無慈悲の拷責を加へたるものである、又前記五種以外の犯罪に該る者に對しては海老責釣責を用ゆることが許されなかつただけで他の二種の方法は裁斷の局に該る者の見込により拷問して然るべき者に對しては適宜に執行せられたるものなりと謂へり、斯く拷問の結果犯人が遂に白狀するに至れば其の場で犯人の陳述を書取りて白狀書を作り之に證印せしむ、之を場所口書と稱して之に因りて刑罰の最後の決定を爲すものである、明治維新己降新律綱領改定律令の頒布あり裁判の權は漸次行政官より専門の裁判官の手に移りたれども訊狀―答打―なる拷問は依然として行はれ又算板―石抱き―な

る蠻風も亦均しく存在したりしか明治八年に至り律令改正せられて口供甘結の舊思想は全く止み罪を斷ずるは證に依るとなり證據が無ければ罰することが出来ないことと爲り明治十五年刑法治罪法の施行に依りて此の糾問主義は全く其の跡を絶つに至りたるものである。

現行法の下に在りては刑事の訴訟は大公至平を以て其の信條と爲し學者の所謂彈劾主義の法制確立するに至れり此の主義に於ては訴追―訴ふること―と審判―裁判すること―との職責を分ちて別異の機關とし―裁判機關と檢察機關―各機關に於てソレ々其の職掌を分ち裁判所又は豫審判事は檢事の公訴提起あるに非ざれば絶対に事件の審判を爲すことを得ず之を不告不理の

原則と謂ふ)又一面被告人の當事者たるの地位を確立し其の權利利益を防護することを得せしむるものである、更に之を別言すれば檢事は原告官として一方の訴訟主體と爲りて攻撃の地位に立ち他の一方に於ては被告人が防禦の地位に立ちて互に相對立して論難攻撃を爲し十分の辯論を盡くし裁判機關たる裁判官が之が裁判の衝に當り事實の認定を爲して之に法律を適用し刑を科するものである今現行刑事訴訟法の規定に依り其の手續の梗概を左に説明せん。

檢事は犯罪ありと思料したるときは犯人及其の證據を捜査したる上起訴するを相當としたるときは或は豫審に或は直ちに公判に書面を以て被告人を指定し犯罪事實及罪名を示して之が審理

を求むるのである。豫審に於ては其の事件公判に付するに足る嫌疑ありとするときは之を公判に付するの決定を爲し、公判裁判所は豫審終結決定により公判に移されたる事件及検事より直ちに公判を求められたる事件を審理するのである。其の事件を審理するに當りてはソレ／＼法律の定むる所によりて被告人の訊問及證據等の取調を爲し直接審理の上検事、被告人及辯護人の辯論を聽きたる後判決を言渡すのである。被告人の訊問に付ては被告事件の何たることを知らしめ其の事件に付き陳述すべきことありや否を問ひ深切丁寧を旨として其の利益と爲るべき事實を陳述するの機會を與ふべきものであつて昔の如く敢て其の自白を強要するものでは無く被告人よりして進んで辯解を爲し検事の攻

撃に對し自己に利益なる反證を提出することを許すものである。加之裁判所は被告人の自白あるときと雖も證據の取調を爲さざるべからず、尤も區裁判所に於ては被告人自白したるときは訴訟關係人の異議なきときに限り他の證據を取調べざることを得、而して證據には物的證據と人的證據との區別あり、其の所謂物的證據とは強竊盜の贓物の如き又は殺人傷害の用に供したる刀劍、毒藥、棍棒の類を云ふのであつて斯る物的の證據は犯罪事實を證明するに有力なることは言ふまでも無く、裁判所は此等の物的證據を得んことを目的として押收又は搜索を爲すことあり、法律は強制的に證據となるべき物件を差押へ又は被告人の住居其他の場所に就て之が搜索を爲すことを許して居るのである。右の

如く物的の證據たる贓物現在すとも、又は人を殺したるが爲に血痕の附着せる刀劍棍棒の存在するありとても、泥棒を捕へたる隣人あり、又人を殺すことを現に目撃したる人ありて、此等の人々に因りて竊盜又は殺人の事實が證明せられ初めて其の犯人の誰れたることが明確と爲るものである。訴訟法上此等證人の證言、人的證據、なるものは證據として極めて重要なものと謂はねばならぬのである。又法律は事實發見の必要あるときは犯罪の場所に臨みて一定の物に就て檢證を爲すことを許し、放火の現場に臨みて燒燬の狀況を檢查し、又は被害者の身體に就て創傷の箇所を檢查するが如し、或は又特別の智識經驗ある者に對して鑑定—被告人の犯罪當時に於ける精神狀態如何を鑑定せしむるが

如し、を命ずることを得べきものと定めて居る。斯る物的人的の多くの證據あり之に因りて犯罪の事實が證明せらるるに於て事實の真相は茲に明白と爲り犯罪の責任を科するに十分の證據と爲るのである。故に證據は實に裁判の基礎を爲すものであつて證據が不確實のものなれば裁判官の認定も不確實のものとなるべく、證據によりて眞實を發見することを得ずんば裁判も亦眞實に適合せざることと爲り、罪ある者をも罪なしとするに至るのである。固より證據の取捨判斷は裁判官の專權に屬するものなれども證據に依りてのみ罪を斷ずることを得るものとす。故を以て法律は苟も有罪の判決を爲すには其の裁判書に罪と爲るべき事實を確定し證據によりて之を認めたる理由を説明し且法令の適用を

示すべしと規定して居る。

以上は今日に於ける刑事裁判手續の大體を説明したるに過ぎず之を以ても往時の糺問主義の法制と格段の差異あることを知るに足るべし、其の他現行法上再審、非常上告、又は私訴に關する手續の定めあれども今は之を省略し唯犯罪の捜査、公訴の提起、豫審、公判等の一般手續に付き項を分ちて左に少しく説明せんと欲す。

第二節 犯罪の捜査

犯罪の捜査とは公訴提起の準備手續であつて其の實行の爲に必要なる資料を蒐集することを謂ひ之を稱して捜査處分と謂ふのである。

凡そ犯罪は之を現行犯と非現行犯とに區別することを得、現行犯

とは現に罪を犯し又は現に罪を行ひ終りたる際に發覺したるものを謂ふのであつて例へば現在或る人を殺しつゝあるときに發覺し又は人を斬殺して悠々引揚げんとする途中に於て發覺したるときに如し、此の如く犯人が其の場所に在るときは何人と雖も之を逮捕することを得べく、其の犯人を捕へたるときは速に檢事又は司法警察官に引渡すことを要し、若し犯人其の場所に在らざるときは勾引狀を發することを得るけれども直ちに之を逮捕することは出來ないのである、又兇器、贓物、其の他犯罪の形跡を認むべき顯著なる物を所持し、例へば殺人の用に供したる白刃を携帯し居るとか、盗み取りたる品物を大風呂敷に包み脊負ひ居るときの如し、又は誰何せられて逃走し犯人として追呼せられ、例

へば泥棒と呼ばれて逃げ出し後ろより追ひ驅られつゝあるときの如し、若は身體被服に顯著なる犯罪の痕跡ありて一人を殺したるが爲に顔や手に、著衣に血が付き居るときの如し、犯人なりと思料すべき場合には現行犯人其の犯罪の場所に在りたるものと看做され何人も之を取り押へることが出来るのである、斯る現行犯人を検事が逮捕し又は司法警察官より受取りたる時、事急速を要して判事の勾留状を求むること能はざるとき、検事は之を取調べて勾留状を發することが出来るし、又公訴提起前に限りて押収又は搜索を爲し、檢證を爲し、或は證人を訊問し、又は之を他の検事に囑託し、若は司法警察官に命令し取調べしむることを得るのである、之を名けて検事の強制處分と謂ふのである、要するに檢

事が強制處分を爲し得るは全く現行犯人を逮捕し又は受取りたる等、其他法律上限られたる場合に非ざれば此等の處分を爲すことを得ざるものである。

現行犯にあらざる犯罪は非現行犯と稱するものであつて此等の犯罪は告訴、告發又は匿名の申告若は風説等によりて、検事又は司法警察官は犯罪あることを知るに至るを普通とするのである、告訴とは犯罪に因りて害を被むりたる者より犯罪事實を申告すること、これを謂ひ、告發とは被害者以外の者より犯罪事實を申告すること、これを謂ひ、何人なりとも犯罪ありと思料するときは告發を爲すことが出来るのである、此の外犯罪に關して匿名にて其の筋へ密告ありたる時、又は世間の風評によりて犯罪ありと思料したると

きは検事又は司法警察官は捜査處分を爲すことを得べく、犯人自ら其の犯したる罪を申告したるとき乃ち自首したるときも同じく捜査處分を爲し得べきものである。然しながら此等の非現行犯に付ては秘密に捜査すべきものであつて被疑者其の他の者の名譽を毀損せざることに注意することを要し、捜査に付ては其の目的を達する爲に必要な調査を爲すべきものである。故に例へば検事又は司法警察官は被疑者の任意を供述を聴取することは出来るけれども之を勾引して訊問することは出来ない、又被疑者其の他の者より自ら進んで證據物を提供したるときは其の物件を領置することを得れども強制的に押収又は搜索を爲すことは出来ないものである。故に若し強制力を用ゆるに非ざれば犯罪に關す

る資料を集むることを得ざるが如き場合に於ては検事は公訴提起前に強制處分―押収、搜索、檢證及被疑者の勾留、被疑者若は證人の訊問又は鑑定等―を其の所屬の地方裁判所の豫審判事又は所屬區裁判所の判事に請求することを得るのである。之に由りて檢事は非現行犯の捜査處分に付ては強制力を用ゆることを得ざるものなることを知るべく、前述せる現行犯人の逮捕其の他限られたる場合にあらざれば検事は強制處分を爲し得ざるものであり、原則として裁判所又は豫審判事にあらざれば強制力を用ゆることを得ざるものなることを知るべし。

之を要するに捜査中に在りては單に犯罪の嫌疑ありとするに止まるものなれば法律は特に被疑者なる文字を用ひて被告人とは

云はず、其の人格を尊重するは勿論、捜査の秘密を嚴守すべき旨を定めて居るのである、而して捜査の結果犯罪の嫌疑十分なりとする場合には、検事は起訴の手續を取るべく、然らざる場合には不起訴の處分を爲すべきものである、若し又其の事件他の裁判所の管轄に屬するものなるときは、他管へ移送の手續を爲すべきものである。

第三節 公訴

公訴と稱するは國家の刑罰權の實行として刑を科すべきことの請求を謂ひ、此の請求權を指して公訴權と謂ふ、故に其の實質は刑罰請求權にして、検事が科刑を必要とする犯罪ありときは公訴を提起して審判を請求するものである。

公訴の提起に關しては學問上二の主義ありて一を合法主義と云ひ、他を便宜主義と云ふ、其の合法主義と云ふは法律の明文に依りて犯罪ありと認め之に對して公訴を提起すべき條件の備はるときは當然刑事訴訟を開始すべしとするものを謂ひ、便宜主義と稱するは之に反して右の如く必ずしも刑事訴訟を開始すべきものと限らず、公益上訴追することの必要ありや否を考査し、其の必要を認めたるときに公訴を提起すべしとするものを謂ふ、我刑事訴訟法に於ては第二百七十九條を以て犯人の性格、年齢及境遇並犯罪の情況及犯罪後の情況に因り訴追を必要とせざるときは公訴を提起せざることを得と定めあるが故に便宜主義を採用せることは明白である、斯の如く現行法は明に便宜主義を表示すれども

我國に於ては従前より既に久しく此の主義を採り來りたるものであつて、捜査の結果検事が起訴の手續を取ると不起訴若は起訴猶豫の處分を爲すとの自由を有して居り刑事政策上極めて良好なる成績を現はし來りたるものである。

右の如く現行法に於ては便宜主義を採用すれども検事が一とたび公訴を提起すべきものとせる以上は被害者が告訴の取下を爲し又告發者が申告を取消すとも之を顧みることを要せず検事は自己が信するが儘に何處までも訴追を遂行することを得べきものである、唯例外として親告罪と云ふて被害者の告訴を起訴の要件とするもの、例へば有夫姦刑法一八三條又は名譽毀損(同二三〇條)の如きものに在りては本夫又は被害者の告訴を待て之を論ず

べきものなれば告訴がなければ検事は公訴を提起することが出來ないものである、勿論親告罪とても告訴ありたればとて検事は公訴を提起すべきや否の專權を有するものであつて告訴によりて公訴提起の義務を生ずるものでは無い。

公訴の提起は豫審又は公判を請求するに依りて之を爲すものにして刑事訴訟法第二百七十八條に公訴は検事之を行ふとあるは乃ち彈劾主義の法制として公訴は検事の掌る所のものなることを示すものである、舊刑事訴訟法に於ては罪を分ちて重罪、輕罪、違警罪とし重罪―現行法にて死刑、無期又は短期一年以上の自由刑に該る罪を謂ふ―は必ず豫審を経べきものと定め、所謂必要豫審の制ありたれども現行法にては斯る規定を存せず、故に法定の刑

重しとするも其の事實が複雑ならざるものに在りては捜査の結果直ちに公判を求むるに差支なく、設令舊法の所謂輕罪一比較的輕き懲役若は禁錮又は罰金に該る罪一なりとも其の事實の如何によりては豫審を求むることを得べく、拘留又は科料に該る極めて輕微なる事件なりとも罰金以上の刑に該る事件と同時に取調を爲すべき場合に限りて豫審を請求することが出来るのである、要するに豫審を請求すると又は直ちに公判を請求するとは一に檢事の意見によりて決するものである。

凡そ裁判所は檢事より公訴の提起ありたるものに非ざれば審理することが出来ず、又一たび審判を経たるものに付ては更に之を審理することを得ざるものである、前者を學問上不告不理と謂

ひ、後者を學問上一事不再理と稱するのである、故に檢事が公訴を提起するには被告人を指定し犯罪事實及罪名を示すべきものであつて公訴の範圍は之を特定することを要するのである、若し被告人の氏名知れざるときは容貌、體格、其他の特徴を標示せざるべからず、而して檢事が一たび公訴を提起したる後なりとも豫審終結決定又は第一審の判決あるまでは檢事は何時にても公訴を取消すことを得るのである、是れ現行刑事訴訟法の初めて認めたる所のものにして其の理由は蓋し公訴の實行に關しては檢事は全然自由に處置し得るの權能を有するものなれば公訴提起の後に至りて例へば新たなる事實を發見するか又は其の他の事情によりて不起訴を至當とするならば最早公訴を維持して科刑を

必要とせざるものである、故を以て一旦提起したる刑罰請求権の實行を取消さしむるを相當なりと認めたるに由るのである。公訴の取消の外に尙公訴の時効と稱するものあり、時効とは時の経過による効果と云ふの意味にて公訴権が時の経過によりて消滅するを公訴の時効と謂ふのである、其の時効の期間は刑の輕重又は事件の性質に依り差異あるものであつて刑事訴訟法第二百八十一條乃至第二百八十三條に詳細の規定あり何れも犯罪行爲の終りたる時より其の期間を起算すべきものである、此等の規定により時効の期間完了したるものに付ては檢事は公訴を提起することが出来ない、若し誤つて公訴を提起したるときは豫審に在りては決定を以て免訴の言渡を爲し、公判に在りては判決を以て

免訴の言渡を爲すべきものである。

第四節 豫審

豫審は被告事件を公判に付すべきや否を決する爲に必要な事項を取調ふるを以て其の目的とするものにて罪の有無を斷ずるものでは無い、公判裁判所の審判を求むるに足るべき犯罪の嫌疑あるや否を決するものにて言はゞ公判の前提手續たる性質を有するものである、故に其の實質は捜査と同じく専ら訴訟材料の蒐集を爲すものなるも檢事が起訴不起訴を決するが爲にするものに非ずして公判の審理を開始すべきや否を決するものである。右の如く豫審は訴訟材料を蒐集するものなるが故に其の取調は之を秘密にすることを要し其の内容の漏洩を防ぎ又被告人の保

護を完ふする爲に其の名譽を毀損せざることに注意せざるべからざるものである、其の取調を秘密にするは證據を集むるに便宜なるは勿論併て其の堙滅を防ぐに必要なるが爲である、其の被告人の保護を圖るは果して罪ありや否、公判を開くに足るべき犯罪の嫌疑ありや否やさへ未だ判明せざるものなればなり、此の如く豫審の秘密は嚴に之を保たざるべからずして之を稱して豫審の密行と謂ふのである。

豫審判事は刑事訴訟法上裁判所と同じく強制力を用ひて各般の處分を爲し得べきものであつて被告人を訊問し或は其の所在に就て之か取調を爲し、證據物の押收搜索又は證人訊問を爲し其の他必要あるときは檢證を爲し又は鑑定を命じ得べきことは云ふ

までもなし、元來豫審は被告人の出頭なきも其の取調を進行するに差支なきものなれども多くの場合に於て被告人の訊問を爲すにあらざれば満足なる調査を爲すことを得ざるものである故を以て豫審判事は(一)被告人の所在分明ならざるとき、(二)被告人心神喪失の状態に在るときは檢事の意見を聽きたる上其の事件の豫審手續を中止する旨の決定を爲し得べきものである。

豫審判事被告事件に付き取調を終へたるときは書類及證據物を檢事に送附して其の意見を求め、公判に付するに足るべき犯罪の嫌疑ありとするときは決定を以て被告事件を公判に付するの言渡を爲すべく其の決定には罪と爲るべき事實及法令の適用を示すべきものである、若し又被告事件罪と爲らず又は公判に付する

に足るべき犯罪の嫌疑なきときは決定を以て免訴の言渡を爲すべく其の他法律の定むる所に従ひ免訴、公訴棄却又は管轄違の言渡を爲すべきものである、之を稱して豫審終結決定と謂ふ。

第五節 公判

公判は刑事訴訟の中樞を爲すものにして検事よりの公判請求及事件を公判に付すとの豫審終結決定により開始するものである。公判は裁判長の指定したる公判期日に於ける取調を以て其の本體とするものなれども、裁判所は事件の性質により其の取調の準備のため必要な處分を爲すことを得るものである、之を名けて公判の準備と謂ふ、公判の準備は全く其の名の如く準備の爲にするものであつて(一)公判期日に於ける被告人の取調―主として被

告人の辯解の要旨又は辯護人の有無等に付て―を爲し(二)公判に於て取調ふることを要する證人、鑑定人、通事若は翻譯人に對する召喚狀の發布、(三)證據物又は證據書類の提出命令、(四)證人が病氣其の他の事故により公判期日に出頭すること能はざるときは期日前に其の取調を爲し、(五)期日に於ける證據調準備の爲にする押収又は搜索、鑑定、翻譯若は檢證を爲すものである、此等の準備手續は公判の一部を爲すものであつて之を爲すは一に公判期日に於ける審理の進捗を圖るが爲であり受命判事―合議裁判所に於て或る處分を爲さしむる爲に一人の判事を指定したるとき之を受命判事と謂ふ―をして此等の處分を爲さしむることを得るのである。

公判期日の取調は公判廷に於て之を行ひ公判廷には判事、検事及裁判所書記列席し被告人は公判廷に出頭し身體の拘束を受くることなく辯護人又は輔佐人之に立會ひ公開せる法廷に於て審理は開始せらるるのである。裁判長は先づ被告人に對して其の人違なきや否を確むるに足る事柄―住所氏名職業年齢本籍地等―を取調べ次て検事は公訴に係る被告事件を陳述して茲に辯論が開せられ前に述べたるが如く被告人の訊問、證人其の他證據に付て取調を爲し其の取調の終りたる後、検事の論告―事實及法律に亘る意見―と爲り被告人及辯護人の辯論と爲るのである。固より被告人の訊問と證據の取調とは判然之を分別せず同時に之を爲すことを得べきも各箇の證據に付ては被告人に意見ありや否を

問ふべきものであり又被告人に對しては其の利益となるべき證據を提出することを得べき旨を告ぐべく被告人及辯護人に對しては最終に陳述するの機會を與ふべきものである。斯くして當事者双方の辯論終りたるときは裁判長は辯論終結の旨を告げ裁判の言渡と爲るのである。

公判の裁判は之を終局判決と云つて被告事件に付き爲すべき結局の裁判である。此の裁判は或は有罪、或は無罪又は免訴若は公訴棄却などいろくありて一に法律の定むる所に從ひ之を言渡すべきものである。被告事件に付き犯罪の證明ありたるときは判決を以て刑の言渡を爲すのであり之を有罪の終局判然と謂ひ若し刑の執行猶豫を爲すを相當とするときは刑の言渡と同時に判決

を以て其の旨を言渡すことを要し、刑を免除すべきときは同じく判決を以て其の旨を言渡すのである。元より判決の基本たるべき辯論が一日にて終結せざるときは更に公判期日を定めて之を續行するは勿論であり、判決を爲すべき裁判官は終始同一手續に參與したる者なることを要するのである。従て公判開廷後其の續行のときまでに判事に更迭ありたるとき、又は開廷後被告人の心神喪失に因り公判手續を停止したるとき、若は其の他の事由に因り引續き十五日以上開廷せざりし場合には公判手續を更新し公判の遣り直しすべきものである。其の他公判に於ける裁判長の處分に對する異議の申立、辯論の再開、受命判事の取調等個々の點に付ては煩を避けて今之を説明せず。

帝國憲法第五十九條に「裁判ノ對審判決ハ之ヲ公開ス」とあり、是れ全く人民權利の保障にして裁判官をして正理公道の代表たらしむる所以のものである。蓋し裁判を爲すに當り昔の如く秘密に被告人を取調べ、秘密に判決を言渡し、如何なることが裁判所内に行はれたるか、如何様にして刑の言渡ありたるかを一般の公衆に知らしめず之を密行するが如きことありては其の裁判が如何に公平に行はれたりとて國民をして國法の尊嚴を畏敬し裁判の公正に倚賴せしむることは出來ないものである。國法の尊嚴と裁判の公正とを示し國民をして裁判の公正に倚賴せしむるには審判を公開し國民の眼前に之を示すに若くものは無い、秘密は常に疑惑を伴ふものにて、裁判が密行せられ判決が秘密に言渡されたりと

すれば有罪にせよ、無罪にせよ國民一般は疑ひの眼を以て之を見、疑の心を之に挿みて其の不公平を訴ふるを普通とするのである。彼の壓制政治時代の裁判が此の弊ありて遂に流血の慘を見たることは歴史の證明する所である。立憲治下の今日に於て裁判の公開主義を採れるは洵に故ありと謂はねばならぬ。

然れども對審を公開することが安寧秩序又は風俗を害するの虞あるときは法律に依り又は裁判所の決議を以て對審の公開を停むることを得とは均しく帝國憲法の明掲する所である。而して裁判所構成法の定むる所に依れば裁判所に於て對審の公開を停むるの決議を爲したるときは其の決議は其の理由と共に公衆を退かしむる前に之を言渡すべきものとして居る。此の如く對審の公

開は一大原則なるが故に公判は常に公開し國民の眼前にて審理を進め唯例外の場合に於てのみ公開を停むるに過ぎざるものである。斯の如く對審の公開を停めたるときに於ても裁判所が判決を言渡す場合には再び公衆を入廷せしむべきものであつて判決の言渡は如何なる場合にても之を秘密にすることは出來ないのである。故に裁判の結果治安上又は風俗上に有害なる事實を認定したる判決なりとも公開の法廷に於て之を言渡さざるべからず、裁判の宣告は裁判長之を爲すべく、判決の宣告を爲すには主文及理由を朗讀し又は主文の朗讀と同時に理由の要旨を告ぐべきものである。従て判決の宣告ありたるときは國民は一般に之を知ることが出来るのである。蓋し判決の宣告をも秘密にするときは被

告人は暗から暗に葬られて何人も之を知ることを得ず、裁判の公正は得て保つこと能はざるに至る、故を以て人權の保障を確實にし裁判の公正を保持するが爲に必ず判決の言渡は公開すべしと定めたるものである。

第六節 強制處分

裁判所及豫審判事は強制力を用いて被告人の訊問、證據物の押收、搜索其の他の處分を爲し得べきことは上來說明する所によつて明なるべし、檢事は規行犯處分の場合に於てのみ強制處分を爲し得ること亦既に説明したる所である、我刑事訴訟法に於ては原則として裁判所が強制處分を爲し得べきものとし豫審判事は裁判所と同一の權を有すとし常に裁判所を本位として此等の規定

を設けて居る本節に於ては此等の強制處分に付き簡單に説述せんと欲す。

人に對するの強制處分としては被告人の勾引、勾留あり、證人に對しても勾引することを得べく、物に對するの強制處分としては押收と搜索とあり、檢證と鑑定も亦強制的に之を爲すことを得べきものである、而かも此等の處分は人の自由を拘束し其の權利利益を害すべきものなるを以て人民權利の尊重と安全とを圖るの上に於て法律は各場合に付てそれ〴〵嚴格なる規定を設けて居るのである。

一、被告人の召喚勾引及勾留。

裁判所及豫審判事公訴を受けたるときは先づ被告人を召喚すべ

きものであつて其の所謂召喚とは一定の期日に一定の場所に出頭すべきことを命ずることを謂ふのである。召喚の命を受けたる被告人は出頭の義務を負ひ、故なく出頭せざるときは之を勾引することが出来る。勾引は勾引狀を發して之を爲すべく、被告人が定まりたる住所を有せざるとき、逃亡の虞あるとき、罪證を湮滅するの虞あるとき等に於ては召喚狀を發することなく直ちに勾引狀を發することを得べきものである。勾引したる被告人は裁判所に引致したる時より四十八時間内に之を訊問すべく勾留狀を發せざるときは當然釋放すべきものである。而して勾留は被告人を勾引し得べき原由あるとき―被告人定まりたる住所なきとき又は其の他の場合に限る、―勾留狀を發して之を爲すものにて勾留は

乃ち監獄に留置するの命令である。勾引及勾留は共に被告人の自由を拘束するものにして勾留するとも被告人に罪ありと斷定したるものにあらず従て其の身體及名譽を保全することに注意せざるべからざるものである。故に監獄に留置せらるるとも一般良民として之を待遇すべきは勿論なれども、他人と接見し又は書類若は物の授受に付ては法令の制限内に於てすべく、場合に依りては裁判所又は豫審判事は拘留せられたる被告人と他人との接見を禁止し又他人と授受すべき書類其の他の物を檢閲し、其の授受を禁止し、若は之を差押ふることを得べきものである。―但し糧食は其の授受を禁止し又は之を差押ふることを得ず―又勾留狀により被告人を拘束し得べき期間は二ヶ月であつて特に繼續の必要あ

るときは決定を以て之を更新することが出来るものである、故に更新の決定なき限りは勾留状の效力消滅に歸し被告人は當然釋放せらるべく、設令期間内なりとも勾留の原因消滅したるときは決定を以て勾留を取消すべきものとす、勾留せられたる被告人又は其の法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬、配偶者、被告人の屬する家の戸主若は辯護人は保釋の請求を爲すことを得べく、裁判所又は豫審判事は檢事の意見を聽き之が許否を決定し、保釋を許す決定ありたるときは保證金を納めて釋放せらるるのである、裁判所又は豫審判所は檢事の意見を聽き決定を以て被告人を親族其他の者に責付し又は被告人の住居を制限して勾留の執行を停止することを得るものである。

二、被告人の訊問

被告人の訊問に付ては先づ其の人違なきことを確むるに足るべき事項を訊問し、被告事件の何たることを告て其の事件に付き陳述すべきことありや否を問ひ深切丁寧を旨として其の利益と爲るべき事實を陳述するの機會を與ふべきことは現に前に述べたる通りである而して被告人の訊問は裁判所書記の立會を以て之を爲し、被告人と他の被告人又は證人との對質を必要とするときは事實發見の爲に之を爲すことを得べし、檢事が現行犯に付き強制處分として被疑者を訊問するとき亦同様であつて裁判所書記の立會を要し、司法警察官が訊問を爲す場合には司法警察吏をして立會はしむべきものである。

三、押収及搜索

押収及搜索は犯罪に關する物的證據を得ることを目的とするものであつて押収には差押と領置との別あり(一)證據物又は沒收すべき物と思料するものあるときは之を差押へ又裁判所は差押ふべき物を指定し所有者所持者又は保管者に其の物を提出すべきことを命ずることを得べく、或は被告人より發し又は被告人に對して發したる郵便物又は電信に關する書類にして通信事務を取扱ふ官署其の他の者の保管又は所持するものを差押へ又は之を提出せしむることを得べく(二)被告人其の他の者の遺留したる物又は所有者所持者若は保管者に於て任意に提出したる物は之を領置することを得べきものである。

搜索は押収すべき物又は勾引勾留すべき人を發見する爲に身體、物、住居其の他の場所に就て爲す所の強制處分であつて、物の發見の爲にする搜索は身體、物又は住居其の他の場所に於てするを通常とし、人の發見の爲にする搜索に付ては常に住居其の他の場所に於てするものである、或は被告人の身體、物又は住居に於てすることあるべく、或は被告人に非ざる者の身體、物又は住居其の他の場所に於てすることあるべし、孰れにしても搜索に付ては秘密を保ち且搜索を受くる者の名譽を毀損せざることに注意すべきものである。

押収及搜索に付ては其の目的を達する爲に必要な手段に依ることを得べきは勿論であり必要に應じては鎖鑰又は封緘の開封

其の他の處分を爲すことが出来る、又搜索を爲したる場合に證據物又は沒收すべき物なきときは搜索を受けたる者の請求に因りては其の旨の證明書を交付すべく、日出前日没後には住居主、若は看守者又は之に代るべき者の承諾あるに非ざれば押收又は搜索の爲に人の住居又は人の看守する邸宅、建造物若は艦船に立入ることを得ず、押收又は搜索を爲すときは裁判所書記をして立會はしむべきこと其の他種々法律の定むる制限に従はざるべからざるものである。

四、檢證

檢證は五官の作用に依り事物の状態を認識することを謂ひ、其の目的物に付ては法律上別段の制限はなく、其の方法に付ても亦制

限あることなし、故に或は裁判所内に於てすることあり、一 文書の狀況又は身體の検査の如し、或は裁判所外に於てすることあり、一 犯所に臨みて死體の検査又は墳墓を發掘するが如し、一 其の裁判所外に於するを臨檢と云ひ孰れにするも實驗と實驗に因る判斷とを檢證と謂ふのである、檢證にも押收搜索に於けると同様それぞれ法律の定むる制限ありて之に準據することを要するものである。

五、鑑定

鑑定は特別の智識經驗ある者をして現に認識したる事項を報告せしめ之を以て事實認定の資料と爲すものであつて其の報告者を鑑定人と謂ふ、鑑定人には宣誓を爲さしめ鑑定の經過及結果は

鑑定書に依り又は口頭にて報告せしむるものとす、例へば死體を解剖して其の死因を鑑定するが如き又は被告人の心神喪失の有無を鑑定するが如き或は印影の異同、文書の眞贋を鑑定するが如きは其の最も著しきものである。

六、 證人訊問

證人訊問は刑事訴訟手續中重要な證據調であつて過去に於て認識したる事實に付て供述を爲さしめ之を以て事實認定の資料と爲すものである。其の供述者を證人と稱し其の供述を證言と謂ふ。

裁判所又は豫審判事は別段の規定ある場合を除く外何人と雖も證人として之を訊問することを得べく供述の義務を免除せらる

る者―被告人の配偶者、四親等内の血族若は三親等内の姻族又は被告人と此等の親族關係ありたる者、被告人の後見人、後見監督人又は保佐人又は被告人を後見人後見監督人保佐人と爲す者、職務上又は業務上の秘密に關することを供述すべきとき等其の他法律上證言を拒絶することを得る場合―に非ざる限りは證人として召喚に應せざるべからず、召喚を受けたる證人にして正當の事由なくして出頭せざるときは過料に處せられ又は勾引せらるることあるべし、而して證人の訊問は裁判所内に於てするを普通とすれども、或は證人の所在に於てすることあり、或は指定の場所に證人の同行を命ずることあり、孰れにするも證人に對しては先づ其の人違なきか否及被告人との身分關係ある者なるや否を取調

べ證人には宣誓を爲さしむるのである、其の宣誓は宣誓書に依り之を爲し、宣誓書には良心に従ひ眞實を述べ何事をも黙秘せず又何事をも附加せざることを誓ふ旨を記載したる書面を裁判長が起立の上朗讀し證人をして之に署名捺印せしむるのである、證人正當の事由なくして宣誓又は證言を拒みたるときは過料に處せらるべく、十六歳未滿の者、宣誓の本旨を解すること能はざる者、被告人と共犯の關係ある者又は其の嫌疑ある者の如きは宣誓を爲さしめずして之を訊問すべきも、苟も宣誓の上虚偽の陳述を爲すに於ては刑法上偽證罪として罰せらるべきものである、固より證人訊問の目的は事實の眞相を發見せんが爲にするものなれば虚偽の供述を爲し眞實發見の妨げを爲すに於ては刑事上の制裁を

受くるも亦己むを得ざる所なりと謂ふべし。

裁判所外に於て證人を訊問すべきときは部員をして爲さしむることあり、又は證人の所在地の豫審判事、區裁判所の判事等に囑託して之を爲すことあり、檢事又は司法警察官が證人を訊問する場合には宣誓を爲さしむることを得ず、其の他證人訊問に關し種々の規定あれども今一々之を詳述せず。

以上説明せる所は裁判の基本たる事實認定の資料を得んが爲に裁判所及豫審判事の執ることを得べき強制的の處分に付き、其の大體を明にしたるものである、一檢事又は司法警察官が限られたる場合に強制處分を爲し得ることは既に説明したり、一被告人の訊問には其の供述の事實に關するものあるべく又證據に關する

ものあるべく證人の證言其の他の書證物證と相待つて證據資料と爲るべきものであり證據の證明力は判事の自由なる判斷に依りて之を按排し之を取捨するを得べきは論ずるまでもなきことである。

刑事訴訟に於ては民事訴訟と異なり法律は職權主義を採用せるを以て裁判所は檢事被告人及辯護人の論難攻撃如何に拘らず職權を以て利益不利益の證據二つながら之を蒐集するを得べく、從て上來說明するが如く強制力を用ひて各般の證據調を爲すことを得べきものである、固より憲法上住居の安全、人身の自由、信書の秘密及人權の保護は保明せらるる所なるを以て一に法律の定むる所に從ひ強制力を用ゆべきは謂ふを俟たざる所なりとす。

第五章 上 訴 (審級制度)

今日の裁判組織の上には裁判所に大審院あり控訴院あり、地方裁判所及區裁判所あり、裁判に第一審第二審及第三審の別あり、區裁判所は第一審裁判所として始審の裁判を爲し其の裁判に對しては地方裁判所に不服の申立を爲し得べく、地方裁判所は第二審裁判所として區裁判所事件を覆審すると同時に其の裁判所の管轄に屬する事件に付ては第一審の裁判權を有し、控訴院に於ては地方裁判所事件に對する第二審裁判所として之が覆審を爲し大審院は最高等裁判所として地方裁判所及控訴院の爲したる第二審の裁判に對し終審として法律の違背を矯正し以て法憲の統一を

圖ることと爲り居れり、之を稱して裁判の審級若は審級制度と謂ふ。

判決に對する不服の申立を上訴と謂ひ上訴を區別して控訴及上告の二とす、控訴は乃ち覆審であつて總ての第一審判決に對して之を爲すことを得べく謂はゞ二度目の審判であり事實の認定と法律の適用とに付て其の當否を判斷するものである、上告は第一審判決及第二審判決に對して之を爲すことを得べく、専ら法令の違背を是正するを以て目的とし法律を適用せず又は不當に法律を適用したるときは常に法令に違背したるものとして上告の理由と爲るのである、元より裁判官は人なり神にあらざる以上時として事實の真相を觀破ることを得ずして其の判斷を誤ることあ

るべく又法律の適用にも間違なしとせず、斯の如きことは實際上避け難きことにして往々誤認誤判存在し之が爲に無辜の良民を罰して眞正の犯人を逸するが如きことなしとせず、眞犯人を逸することは尙恕すべしとするも無辜の良民を罪に陥らしめ冤枉に泣かしむるが如きことありては裁判の威信は何によりてか之を保持するを得んや、是れ則ち今日の裁判制度の上に上訴なるものを認め三段の階級に於て誤認誤判を是正し裁判の適正を得せしむる所以である。

尙現行刑事訴訟法上大審院に於ける刑事の上告に付ては前記法令違背を理由とするの外(一)重大なる事實の誤認あることを疑ふに足るべき顯著なる事由あるとき(二)再審の請求を爲し得べき場

合に該る事由あるとき(三)刑の量定に甚しく不當なりと思料すべき顯著なる事由あるときは之を以て上告の理由と爲すことを許して居る、此の如きは外國の法制に其の類を見ざる所であつて我國獨特の立法なりと謂ふことを得るのである、蓋し事實の認定と謂ひ刑の量定と謂ひ共に裁判の最も重要な部分に屬するものである、此の重要な點に誤りありとせば裁判の適正ならざることは謂ふまでもなきことなれば上告審たる終審に於て之を是正せざるべからず、之を是正するは乃ち裁判の公正を維持するに緊切なるものと謂はざるを得ないのである、固より審級制度を設けたるの趣旨目的が適正ならざる判決を是正して大公至平を維持するが爲なりとせば我刑事訴訟法の右の規定は最も其の神髓を

得たるものと謂ふべきである。

判決に對する控訴上告の外に決定に對する不服の申立に抗告と稱するものあり、抗告裁判所の決定に對しては更に再抗告と稱するものあり、是れ亦廣き意味に於て上訴に外ならざるものである、再審及非常上告など云へるものあれども此等は皆確定判決を経たる事件に付き審判を求むるものなれば之を上訴と謂ふべからず依て特に之を説明せず。

上訴の申立及裁判に關してはソレ／＼法律に規定あり今之を詳述することを省略すれども上訴申立の權利は訴訟當事者たる檢事及被告人に屬するものであり、被告人の法定代理人保佐人又は夫は被告人の爲に獨立して上訴を爲すことを得るものである、其

の所謂獨立の上訴とは被告人が上訴を爲したるときに於ても其の效力を有し被告人が上訴権を失ふとも其の效力に影響を及ぼさざるを意味するものである。又原審に於ける辯護人又は代理人は被告人の爲に上訴を爲すことを得れども被告人の意思に反することを得ず又此等の者の上訴は獨立の上訴にあらざるを以て被告人が上訴を爲すときは其の效力を失ひ被告人が上訴権を喪ひたるときは同じく其の效力を失ふものである。

檢事及被告人は上訴を抛棄し又は之を取下くることが得べし、被告人が上訴の抛棄又は取下を爲すには法定代理人、保佐人又は夫の同意を得ることを要し被告人の法定代理人、保佐人及夫は一旦上訴を爲したる以上は被告人の同意あるに非ずんば之を取下く

ることを得ざるものである。上訴の抛棄及取下は共に上訴権の處分に外ならずして上訴抛棄の申立は原裁判所に之を爲し上訴取下の申立は上訴裁判所に之を爲すべきものである而して上訴の抛棄及取下は失權の效力を生し一旦抛棄又は取下を爲したる者は其の事件に付き更に上訴を爲すことを得ざるものである。

控訴の申立は原判決告知の日より起算して七日間に之を爲すことを要し控訴申立書を第一審裁判所に差出して之を爲すのである其の書式には別段の定めなく不服ある判決を表示して之に對して控訴する旨を明にするを以て足り其の宛名には控訴裁判所名を表示すべきものである。若し控訴の申立が右の方式に違反し又は控訴権消滅後一期間經過後又は抛棄取下を爲したる後に

爲したるものなるときは原裁判所は決定を以て之を棄却すべし、又控訴裁判所の検事は控訴審に於ける辯論の終結に至るまで附帶控訴を爲すことを得べし、附帶控訴とは被告人の爲したる控訴に附隨して不服の審判を求むるの義にて主たる控訴の範圍に於て之と運命を共にするものである、故に主たる控訴が成立せざるときは附帶控訴も成立せず、主たる控訴の取下ありたるときは附帶控訴も亦消滅するものである。

控訴裁判所に於て控訴申立書を受理したるときは先づ其の申立の適法なりや否を審査し控訴の申立法律上の方式に違背し又は控訴權消滅後に爲したるものなるときは判決を以て控訴を棄却し、其の申立適法なるときは被告事件に付き更に審理を爲し判決

を爲すべきものである、其の審理判決の手續は第一審裁判所に於けると同様にして大體前説明したる所と同一である、唯第一審裁判所が不法に管轄違を言渡し又は公訴を棄却したるときは判決を以て事件を第一審裁判所に差戻すことを得べく其の他些小の差異あるに過ぎざるを以て之を省略す。

上告の申立は判決告知の日より起算して五日間に之を爲すことを要し上告申立書を原裁判所に差出して之を爲すのである、其の書式にも亦別段の定めなく不服ある判決を表示して之に對して上告を爲す旨を明にするを以て足る若し上告の申立が法律上の方式に違背し又は上告權消滅後に爲したるものなるときは原裁判所は決定を以て之を棄却すべきものである。

上告裁判所に於ては遅くとも最初に定めたる公判期日の五十日前に其の期日を上告申立人及對手人に通知せざるべからず若し其の期日を定むる前辯護人の選任ありたるときは此の通知は辯護人に爲すべきものである。而して上告申立人は公判期日の通知を受けたるときは遅くとも公判期日の十五日前に上告趣意書を上告裁判所に差出さざるべからず即ち上告趣意書の提出は上告の理由を明示するものであつて上告は此の趣意書を提出するに よりて完成するのである。若し上告申立人右の期間内—公判期日の通知を受けたる日より起算して三十五日間内—に上告趣意書を差出さざるときは上告不成立と爲り上告裁判所は検事の意見を聽きたる上決定を以て其の上告を棄却するのである。

上告審に於ては辯護士に非ざる者を辯護人に選任することを得ざるものであつて上告審にては被告人の爲にする辯論は辯護人に非ざれば之を爲すことを得ず。従て上告審に在りては被告人は出廷することなく公判期日には辯護人のみ出頭し公開せる法廷に於て検事及辯護人は上告趣意書に基きて辯論を爲すものである。辯護人出頭せざるとき又は辯護人の選任なきときは法律に依り辯護人を要する場合又は決定に依り辯護人を附したる場合を除くの外検事の陳述を聽き判決を爲すのである。

上告審に於ける審理に付ては之を大別するときは上告の理由に付て爲すと事實の審理を爲すとの二とすることを得。今其の詳細は之を省略するも上告理由の審理に付ては上告の理由と爲るべ

き法令の違反ありや否及判決後に於ける刑の廢止變更又は大赦の有無に付き審理し次て事實の認定刑の量定及再審の請求を爲し得べき場合に該る事由ありや否の上告理由を審理すべく其の結果として或は上告を理由なしとして判決を以て之を棄却するか、或は原判決を破棄して直ちに判決を爲すか又或は事實の審理を爲すべき旨を決定するのである、一事實の確定に影響を及ぼすべき法令の違反を理由として原判決を破毀すべきものと認むるとき及び事實の認定刑の量定の不當及再審事由に該るものありと認むるとき一而して上告裁判所が事實の審理を爲すべき旨を言渡したるときは公判期日を定めて被告人及辯護人に通知し一般普通の手續に依り公開公庭に於て被告事件に付き更に審理を

爲し判決を言渡すのである。

第一審判決に對する上告事件に付ては上告趣意書に包含せられたる上告理由に付ての審理と判決ありたる後の刑の廢止若は變更又は大赦の有無等の調査を爲したるときは直ちに判決を爲すものである、而して第一審の判決に對する上告は同一事件に付き控訴の申立ありたるときは之を許さず、又事實の審理を必要とする上告を許さざるものであつて判決に依り定まりたる被告事件の事實に付き法令を適用せず又は不當に法令を適用したることを理由とするとき及判決後の刑の廢止變更又は大赦ありたることを理由とするときに限らるるものである、是れ實に叙上の如く第二審判決に對する上告事件と差異ある根本なりとす。

第六章 辯護及補佐

今日の刑事訴訟に於ては前にも云へる如く彈劾主義を採用し檢事が一方原告官として訴追を爲し攻撃の地位に立ち他方被告人が其の對手人として防禦の地位に在り相對立するものである、去りながら被告人たる者は其の實力檢事に及ばざること遠く當然主張すべきことも主張すること能はず、自己の利益を防護せんとするも思ふが儘に其の力を伸ばすことが出來ず遂には不利益なる裁判に服することも實際上免れ難き結果と爲るの虞がある、故に斯る不幸の地位に在る被告人の爲に其の利益を講ずることの必要なるは勿論、設令斯る不利益の事情なしとするも裁判の公正

を維持するが爲には被告人をして自衛上に必要なる方法を講せしむるの要ありと謂はざるべからず、是れ今日の裁判に辯護の制を認めたる所以にして人權保護の上に極めて切要なることである。

我國に於ては最初辯護士を代言人と云ひ民事訴訟には早くより代言人を用ゆることを許されたれども刑事には然らず、明治八年有名なる廣澤參議暗殺事件の參座規則中には辯護官の規定ありて被告人の爲に辯護するの責に任ずと定められたれども一般には此の制度は認められず、明治十二年中磯部四郎氏より刑事に代言人を許すべきことを建議したれども採用せらるるに至らず、同十五年治罪法の實施によりて漸く刑事辯護の制は確立し舊刑事

訴訟法施行以來代言人の名稱は變じて辯護士と爲るに至つたのである。

現行法の下に於て刑事訴訟に付き被告人は自由に辯護人を選任することを得べく、被告人の法定代理人、保佐人、直系尊屬、直系卑屬及配偶者並被告人の屬する家の戸主は被告人の意思如何に拘らず被告人の爲に辯護人を選任することを得るのである、之を稱して私選辯護と謂ふ、此等の私選辯護は辯護士中より選任すべきものにて何人を選ぶも又幾人を選任すとも差支なきものである、又設令辯護士にあらずとも裁判所又は豫審判事の許可を受くるときは知己友人教師其他誰たりとも辯護人とすることが出来るものである、而して辯護人の選任は公訴の提起ありたる後は何時

にても之を爲し得べく、公判は勿論豫審中にても辯護人は訴訟に關與することを得べし、唯豫審中に於ける辯護人は法律の特定せる場合に於てのみ被告人の爲め豫審處分に關與することを得るのである、

辯護人の選任は審級毎に之を爲すべきものである、故に第一審の辯護人たる者は當然第二審の辯護人と爲ることは出来ない、控訴裁判所に於て更に辯護人を選任せらるるに非ざれば辯護を爲すことを得ず、唯豫審中の辯護人は第一審の公判に於ても其の選任の效力を有するものなれば豫審より引續き公判に立會ひて辯護することが出来るのである、其の辯護人の選任は選任者と辯護人とが連署したる書面を以て裁判所に之を届出づることを要する

ものとす。

私選辯護の外に裁判所に於て辯護人を選任する場合あり之を稱して官選辯護と云ふ死刑又は無期若は短期一年以上の懲役若は禁錮に該る事件乃ち舊法の所謂重罪事件の公判には法律は必ず辯護人を付することを要すとし、此等の事件に付ては辯護人なくして開廷することが出來ず、辯護人が出廷せず又は被告人が辯護人を選任せざる時は裁判長は職權を以て辯護人を付けなくてはならぬ、辯護人の立會ふと云ふことが公判開廷の一要件として法律が之を強制するものなるが故に一名必要辯護又は強制辯護の名稱があるのである、尤も此等の事件に付て被告人が犯罪事實を自白して居り又敢て辯護を欲せざるものとするも被告人の意

思如何に拘らず必ず辯護人を付けることを要するものである、又此等の事件の被告人中には辯護人を選任するの資力なき者もあるべく、從て辯護人を依頼して防禦の方法を廻ぐらし若は其の利益を主張するの方策を講ずることの出來ざる者もあるべし孰れにしても比較的重大なる事件でありながら辯護人なくして其の事件を審判することは人權保護の上に遺漏なきを得ないものである、加之延て事實の真相を明にすることを得ずんば裁判の公正を得る所以のものではない、是れ實に法律が右等の事件に付ては必ず辯護人を要すとし強制辯護の制を設けたる所以である。官選辯護の制に關し尙一層人權の保護上顯著なるものは左に掲ぐる各號の場合に於て辯護人出頭せざるとき又は辯護人の選任

なきときは裁判所の決定を以て辯護人を付することを得るの一
事である。

- 一、被告人が二十歳未満又は七十歳以上なるとき、
- 二、被告人婦女なるとき、
- 三、被告人聾者又は啞者なるとき、
- 四、被告人心神喪失者又は心神耗弱者たる疑あるとき、
- 五、其の他必要と認むるとき、

右各號の場合に於ては前に述べたる強制辯護の如く必ずしも辯
護人の立會を開廷の要件として命ずるものには非ざれば公判に
辯護人を付すると否とは裁判所の認定に依るものである、然れど
も此の制は被告人の年齢、性又は身體上精神上の欠陥若は其の他

の必要よりして被告人の利益を保護するの趣旨に出でたるもの
であり且其の利用の範圍は強制辯護が或る限られたる事件に止
まるに反して頗る廣汎にして總ての犯罪に及ぶものなれば年小
者老衰者其の他前記の如き不幸の境遇に在る被告人に取りて如
何ばかり其の利益の擁護に裨益ありや計り知るべからざるもの
である、是れ亦官選辯護の一種なりと稱すべきものである。

官選辯護人は裁判所々在地に在る辯護士又は司法官試補中より
裁判長之を選任するものにして各被告人に付き一人の辯護人を
選任するを本則とす、尤も被告人の利益相反せざるときは同一の
辯護人をして數人の被告人の辯護を爲さしむることを得るので
ある、而して辯護人官選の方式は法律上別段の定めなければ口頭

にて之を命ずることを得べく從來の慣例にては多くの場合裁判長の名を以て書面を交付することと爲り居れるが如し。

辯護人は刑事訴訟に於て被告人の利益を擁護するものである、故に辯護人は被告人の爲すことを得べき訴訟行爲を爲すことを得べく或は辯明を爲し或は證據を提出する等總ての攻撃に對する防禦の方策を廻らすことを得べきものである、又辯護人は裁判所に於て訴訟に關する書類及證據物を閲覽し且其書類を謄寫することを得べく豫審に於ては辯護人の立會ふことを得べき豫審處分に關する書類及證據物を閲覽し且其の書類を謄寫することを得るのである、證據物の謄寫に付ては何れの場合に於ても裁判長又は豫審判事の許可を受くることを要す、又辯護人は被告人と接

見し又信書を往復することを得べきものである、唯前にも云へる如く裁判所又は豫審判事は勾留せられたる被告人と他人との交通を禁止することを得るものなれば斯る場合に在りては辯護人と雖も其の制限に従はざるを得ず、去りながら被告事件公判に付せられたる後に於ては勾留せられたる被告人と辯護人との接見又信書の往復は自由であり之を禁止することは出來ないものである。

尙今日の刑事訴訟に於ては輔佐なるものを認めて居る、輔佐とは被告人と一定の關係ある者が被告人を補助する爲に訴訟に參與することを謂ひ、法律は被告人の法定代理人、直系尊屬直系卑屬及夫並被告人の屬する家の戸主は被告事件公判に付せられたる後

何時にても輔佐人と爲ることを得るものとして居る。

輔佐も亦辯護と同じく被告人の権利利益を保護し防禦の方法を講せしめんが爲に設けたるものであつて被告人の性格境遇其他の事情の爲被告人自ら十分の防禦を爲し能はざるが如き場合に於て其の實用あるものにて全く被告人の利益を圖るが爲に補助機關と爲るのである固より輔佐人の外に辯護人を付することを得べきは論を俟たざる所である。

輔佐人と爲るには裁判所に其の届出を爲すことを要し辯護と同じく各審級毎に之を届出でざるべからず、而して輔佐人は被告人の爲し得べき訴訟行爲を爲し得るものなれば被告人の意思如何に拘らず被告人の爲に公判に於て利益なる證據方法を申出づる

ことを得べく其他必要なる手段を取ることを得べきものである。被告人の法定代理人保佐人又は夫は被告人の爲に獨立して上訴を爲すことを得べきものなれども輔佐人は被告人の申立てたる上訴を取下ぐることは出来ないものである是れ法律の特に明示する所なりとす。

第二編 陪審制度

第一章 總論

抑も陪審制度にも多くの種類はあれども要するに陪審とは本職の裁判官以外に素人が裁判手續に參與するの制度を謂ふのである。素人が裁判手續に參與するものに參審制度と云へるものあれども陪審とは異なるものなり。陪審は裁判事件に陪審員と名くる素人が加はりて評議して決定したる所に基き本職の裁判官が法律を適用するものであるけれども參審と云ふは本職の裁判官と素人とが一體となり共に評議して裁判を爲すの制度を謂ふのである。現時獨逸國に於ては此の參審制度を採用して居るけれども其の他の歐米各國にては概して陪審制度を採用して居る。參審制

度も廣き意味に於ては陪審制度の内に包含せらるるけれども一般に陪審制度と云ふは狭き意味に於ける前述の制度を謂ふのである。

陪審制度は民事にも刑事にも用ひらるるものなれども民事の陪審は今之を論せず、刑事の陪審に付て之を説明せんに大陪審と小陪審との區別あり、其の所謂大陪審とは一名起訴陪審とも云ひ、刑事々件を公判に付すべきや否を陪審にて評決するものを謂ひ、其の所謂小陪審とは一名公判陪審とも云ひ、公判の審理に立會て陪審が犯罪に付て評議決定するを云ふのである、尤も小陪審に付ても其の權限は各國の法制必ずしも一樣ならず、或る國に於ては(一)陪審は被告人は如何なることを行ひたりやと云ふ事實問題を決

定し裁判官が其の事實に基きて法律の適用を爲すもの乃ち法律問題を決するものとし、又或る國に於ては(二)陪審が事實と併せて其の罪責の有無までを定め裁判官は單に其の罪と爲る場合に言渡すべき刑罰を定むるものとするあり、ソレレ^レ立法主義に異なる所あれども孰れも陪審の評議決定したることは裁判官を拘束するの力を有するものとし、裁判官は其の評決に服すべきものとするに於て一致して居る、我國に於ては右(一)の主義に則り陪審は單に事實問題に付てのみ評議決定すべきものと定めて居る、此の如く刑事陪審制度にも仔細に之を觀察すれば種々の區別ありとは云へ其の全體を通じたる特質を一言にして云へば裁判手續に素人を參與せしむることに外ならぬのである。

歐米各國に於て裁判を行ふに當りて何故に専門の裁判官以外に素人を參與せしむるに至りたるかは諸國各傳統的の理由あるものである。學者の説く所に依れば陪審制度は遠く希臘に於ける人民裁判に胚胎するものなりと云へり。中世裁判が専ら本職の裁判官の手に委せられ民衆は裁判より遠ざけられ君主專制の國に於ては兎角に壓制を事として裁判の公正を疑はるること多く本職の裁判官の裁判に對する民權保障の爲に此の制度の起りたるものと思はる。英國に於ては十二世紀の頃既に陪審制の端緒を發し十六世紀の頃に至りて略ぼ完成を告げて今日に至り陪審裁判と云へば直ちに英國を聯想する程英國にては最も能くこの制度の妙用を發揮し居れりと謂ふ。佛國に於ては革命の際英國の大陪審

小陪審の制度を輸入し、千七百九十一年の同國憲法中には何人も陪審の參同する起訴なくして審問せらるることなく又陪審の評決したる事實に基くに非ざれば刑の適用を受くることなしとの旨を掲げて英國の法制に倣ひ翌年度より陪審法を實施したりしが其の後千八百八年の治罪法の發布により大陪審制を止め今日にては重罪裁判所に於ける重罪事件に付て小陪審制のみを採用し居れり。佛國より更に獨逸其の他の諸國に傳播したりしが獨逸國にては前述の如く現在は陪審制度に代ふるに參審制度を以てし米國は英法系の國として建國の當初より大陪審小陪審ともに採用して居る。斯の如く歐米各國ともに今日にては殆んど陪審制度を採用し國民をして司法裁判手續に參加せしめ居るものであ

つてこの制度は立憲治下に於ける通有の制なりと謂ふことを得るのである。

第二章 陪審法の制定

我國に於て陪審なる名稱が法制上に現はれたるは明治六年九月二十二日太政官達により「京都府知參事裁判一件に付陪審被相設候條」此旨相達候事」とあるに初まる。この京都府知參事裁判一件と云へるは京都府知事の下に知參事たりし榎村正直が小野組送籍事件に付き執りたる處置に關して京都裁判所と京都府廳との間に起りたる確執に起因したるものであつたが、同年十月九日太政官達により「先般京都府知參事裁判一件に付陪審被設候段相達置候處御詮

議之次第有之參座ト改メ別紙之通規則相定メ此旨相達候事」とあり、陪審の名稱は參座と改められ、其の規則中に(一)參座ハ其時ニ臨ミ内閣ニ於テ議定シ諸官員ノ中ヲ以テ之ヲ命スヘシ、(二)參座ハ九人ト定ム若シ已ムヲ得サル公事アルトキハ缺席ヲ許スト雖モ六人出席セサレハ裁判ヲ行フコトヲ得ス、(三)刑ノ輕重ヲ決スルハ判事ノ任ト雖モ罪アルト否トヲ定ムルハ參座ノ權トス」とありて罪責の有無を定むるを以て參座の權としたるなどは宛然陪審なりと云ふべきである。其の後明治八年廣澤參議暗殺事件に付ても同じく廣澤故參議暗殺事件別局裁判規則なるもの定められ此の裁判は原告官、辯護官、參座、裁判官の四官を以て成るものなり故に先づ四官の權限を審かにして相侵さざるを以て要とすとし參座に

付ては「政府ノ選ヲ以テ七名之ニ充ツヘシ、既ニ之ヲ充レハ尋常公務ヲ以テ缺席スルヲ得ス若シ不得已事故アリテ缺席三人ニ至レハ其席ヲ開クヲ得ス、罪ノ有無ヲ決スルノ任ニシテ捜査ノ精粗、糺彈ノ善惡裁判ノ當否ヲ論スルヲ得ス、故ニ裁判官ノ問條ヲ出スマテハ敢テ發言セサル者トス、罪ノ有無ハ投票ノ多寡ニ因テ決スヘシ、假令ハ全員六人ナレハ其四員以上ヲ多トス若シ半數有罪ト票シ半數無罪ト票スル時ハ其ノ無罪ニ決スヘシ」とせるなど大に今日ノ陪審法の規定に類似する所ありしものである、斯く特別の事件に付ては參座の設けありたれども一般には斯る規定を存せざりしか佛國人ポアソナード氏が我政府の命に依り刑法治罪法の編纂に従事するや治罪法草案中には陪審に關する規定を存した

りしが確定の際反對論多數を占めたるが爲に遂に削除せられ成案と爲るに至らなかつたものである、後年治罪法は改正せられ明治二十三年に刑事訴訟法とは爲りたれども此の際にも陪審制度は採用せらるるに至らざりし以上尾佐竹猛氏著日本陪審史に依る。

然るに爾來法曹界には陪審制度を設くべしとの議論漸く盛んとなり、明治四十二年第二十六回帝國議會開かるや衆議院に陪審法制定の建議可決せられ、在野の法曹間には此の制度の促進を希圖する者さへありたるが、大正七年八月原内閣が臨時法制審議會を設け、政府は司法裁判に付き陪審制度を採用せんとす其の可否を審議し可とせば其綱領は如何に定むべきやとの諮問を爲し、朝野

知名の碩學法曹を網羅したる同會は同九年六月綱領三十八ヶ條を可決し政府に答申したり、是に於て政府は司法省内に陪審法調査委員會を設け同法の起草に従事せしめ、案成つて樞密院に提出せられ、大正十一年の議會に於ては衆議院を通過したるも貴族院の議決を経るの時なくして帝國議會は閉會と爲り、更に翌大正十二年三月第四十六回帝國議會に提出し、兩院の協賛を経て同年四月十八日法律第五十號として陪審法は公布せられたのである、之を刑事訴訟法中に規定せず別個の法律としたるは別に深き理由あるにあらず、當時既に刑事訴訟法の改正成り公布後なりしを以て之を單行法とするも施行上別段の支障なしと認めたるに由る。我陪審法は右の如くにして制定せられたるものにて我陪審法の

採用したるは刑事の陪審のみであつて民事の陪審は認めないのである、又刑事の陪審に付ても前に一言せる如く大陪審、小陪審の區別あれども我陪審法は大陪審一名起訴陪審一名を認めず、小陪審一名公判陪審一名のみを採用したるものである、而して其の制定の理由に至りては原内閣總理大臣の臨時法制審議會第一回總會席上に於ける訓示に盡くして居ると思ふ、今之を見るに、陪審制度ノ利害得失ニ關シテハ學者政治家ノ議論多シト雖モ文明諸國中此制度ナキモノ殆ント之ナク而シテ我國モ亦憲法政治ノ今日ニ於テハ此制度ヲ採用スルヲ以テ最モ適當ノコトナリト信ス、裁判ノ公正ハ疑フニ非スト雖モ國民ヲシテ法律上全ク無關係ノ位置ニ居ラシムルハ憲政上適當ノ制度ナリト見ルヘカラス、殊ニ先

年衆議院ノ建議モアリ又我人文ノ發達國運ノ伸張ニ願ミルトキハ此制度ヲ制定スルニ於テ何等支障ナカルヘシト信ス故ニ政府ハ諸君ヲ煩ハシテ陪審制度ヲ確定センコトヲ希望ス」とあり以て我陪審法の制定が敢て我國固有の傳統的の事由に由るものにあらず又民權保障の爲にもあらざることを知るに足るのである。由是觀之我陪審法制定の理由は主として政治上の理由に出でたるものと謂はねばならぬ蓋し想ふに專制政治は民をして由らしむべし知らしむべからずとするものであつて一にも二にも上の爲す所に從ひ國民を率ひ來り國民をして唯之に服從せしむるのみである立憲政治は之に反し専ら民意を尊重して其の暢達を圖り民をして之を知らしむるを以て本旨とす故に立法と云はず行

政と云はず總て國民をして之に參與せしめて居るのである我國に於ても現在既に立法に於ては凡ての法律は帝國議會の協贊を経ることを要すとし國民は其の代表者を議會に送りて衆議院を組織し行政に於ては自治制度を敷きて府縣市町村とも何れも自治團體として府縣會又は市町村會を組織し選出議員によりて各其の區域内に於ける行政百般の事項を議決せしめて居る此の如く立法行政ともに國民として之に關係せしめて居るに拘らず獨り司法に關してのみ國民をして無關係たらしむるは時代の進運に伴はざるものと謂はざるを得ず憲法布かれて既に三十有餘年國民は既に國政自治政に參與して多くの試鍊を積み其の制度の運用に多大の效績を顯はし來れるものである今に於て裁判手續

にも一定の範圍内に於て國民を參與せしむることは亦民意を尊重する所以のものであつて立憲政治の本旨に適ふものと認むべしと云ふに在りとす。

更に他の一方よりして之を見れば裁判は事實を確定して之に法律を適用するものである。故に事實の真相を見極め合理的に公正なる判断を下して以て關係者を悦服せしめ延て國民の信頼を得ざるべからざるものである。然るに官僚式なる裁判官は専門的に流れ兎角理智に囚はるるの傾きあり、事實の認定が往々非常識に流れ又は理窟一片に失して乾燥無味何等の情味をも解せざるものなきにあらず、故を以て本職ならざる素人を國民中より選び裁判手續に參加せしめ其の判断をも加味することとしたならば叙

上の如き弊害を矯正し人間味のある裁判を下して以て國民の信頼を加ふることと爲るべし、殊に關係者に取りても自分等と同じき素人が加はりて判断したる事實に基きて裁判が下されたりと思へば安んじて其の裁判に悦服することと爲るべく是れやがて國民の信頼を得る所以のものである。従來とて裁判の公正に敢て疑を容るるものにあらざれども司法に國民の參與を許し裁判にも民意の加味せらるることなるは裁判の威信を増大するのの上に甚大なる裨益なしとせず是れ亦陪審法制度の一理由とすることを得るのである。

第三章 我陪審制度の特色

刑事事件に陪審を付することと爲るも元來裁判なるものは事實の判断を包含する法律の適用に外ならぬ、詳しく云へば被告人は如何なることを爲したりや、其の爲したるものが罪と爲るや否、罪と爲るとせば如何に之を處罰すべきか其の科すべき刑は如何にするを相當とするやは實に裁判に外ならず、去れば本職ならざる素人を裁判に參與せしむるとせば陪審の権限は如何に之を定むべきやは先づ第一に解決せざるべからざる點である、此の點を解決しなければ帝國憲法との關係上或は違憲問題を惹起し重大なる結果を生ずることと爲るのである。

抑も帝國憲法第二十四條には「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ルコトナシ」とあり同第五十七條に

は「司法權ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」とあるを以て裁判官にあらず裁判所の構成員にもあらざる陪審員が事實の認定權を有し裁判權の一部を行ふことと爲るならば憲法違反となることは明なるべし、尤も事實の認定は裁判に非ず法律の適用のみが裁判なりとの見解なきにあらず、此の見解に依れば陪審に事實の認定權を認めても別に違憲なりとは云ひ難かるべしと雖も前述の如く裁判とは事實の認定と法律の適用とを併せて云ふものとするれば陪審の権限を定むるに付て慎重なる考慮を費さざるを得ないのである、故を以て我陪審法第一條には「裁判所ハ本法ノ定ムル所ニ依リ刑事事件ニ付陪審ノ評議ニ付シテ事實ノ判断ヲ爲スコトヲ得」と定めて在り陪審は裁判所の一の諮問機關に

過ぎざるものとして居る、即ち我陪審法にては陪審の権限に付ては唯刑事事件に付き被告人は如何なることを爲したりやとの事實問題のみを評議するものとし其の評議の結果を裁判所の諮問に應じて答申するものとして居るのである、被告人の爲したることが罪と爲るや爲らざるやの罪責問題や刑罰問題は陪審の關與せざる所であつて此の問題は全く本職の裁判官に判断せしむることとして居る、斯くして我陪審法に對しては毫も憲法違反の疑を挿むの餘地なからしめたるものとす、外國に於けるが如く憲法上に陪審制度を豫想したる條規の存するあらば兎に角(前に述べたる千七百九十一年の佛國憲法の如き其の一例なり)我帝國憲法には斯る條規がないので陪審の権限を定むるに付ての一難關と

せられたる所である。

外國の陪審制に依れば陪審の評決は裁判所を拘束するの力あるものとし一たび陪審の評議決定すれば裁判官は其の評決を不當としても陪審の判断に基きて裁判しなければならぬのである、英國に於ては裁判官が陪審の評決を不當と認めたるときは之に再考を命ずることを得べく、再考の命を受けたる陪審員は更に評議を爲さざるべからざれども再考の上にて爲したる評決に對しては裁判官は最早如何ともすることが出來ないのである、佛國に於ても裁判官が陪審の答申を正當ならずと思料したるときは更に新なる陪審に付する爲、次の開廷期—佛國の重罪裁判所には豫め開廷期の定めあり—に移送し判決を爲さざることを得るも

第二次の陪審の答申が前と同様なるときは裁判官は之に従はざるべからざるものとして居る、斯の如く外國にては陪審の評決は裁判所を拘束するの力あるものなれども我國の陪審法は然らず、裁判所は陪審の答申を不當と認むるときは訴訟の如何なる程度に在るを問はず決定を以て事件を更に他の陪審の評議に付することを得とは陪審法第九十五條の定むる所である、茲に裁判所は……と認むるときとあるに依り是れ裁判長一個の意見によるに非ず合議裁判所の認定に因るものなることを知るべく裁判長及陪席判事の合議によるものなることを知るべし、故に我國に於ては陪審の評決は裁判所を拘束するの力を有しないものと謂ひ得べく、裁判所は幾度にてても陪審を更へ得るのであつて法律上は際

限なく陪審を繰返へすことを得るものであり、陪審の答申せる事實の判断と裁判官の認むる所とが相一致したる場合に於てのみ陪審の評決を是認し以て裁判を言渡すのである、此の如く陪審の評決に拘束力を認めざることは慥に我陪審制度の一特色と謂はねばならぬ。

右の如く我陪審法の規定は一面よりして之を見れば陪審の評決に拘束力なしと云ふことになるけれども、他の一面よりして之を見れば結局裁判所は陪審の答申を正當だと認めるときに限りて其の答申を採用することに爲るのであるから、陪審の評決は何等拘束力が無いと云ふことは出来ぬとも言ひ得る、陪審の評決と裁判所の意見とが相一致したときに裁判が言渡さるることと爲る

のである。従て見様によりては裁判所は陪審の答申せる判断に基て裁判するのであり陪審の評決と離れて裁判の行はるることの許されない點に於て裁判所は拘束を受くるものと見る事が出来るのである。固より法律の明文上にては裁判所は幾度にも陪審を繰返へすことが出来るとしても斯ることは容易に爲し得べきものでは無い。立法の精神よりすれば裁判所は須らく慎重の態度を以て右の規定の適用に該らざるべからざるは勿論である。

第四章 陪審事件

刑事訴訟は前篇に説明したる如く検事の公訴提起によりて事件が裁判所が擊屬し公判裁判所がそれ〴〵法律の規定に従ひ審理

するに至るものにして如何なる事件が陪審の評決に付せらるるのであるか所謂陪審事件とは如何なる事件を謂ふか本章に於て之を説明せんとす。

陪審事件は地方裁判所に於て豫審より公判に付せられたる事件及検事より直ちに公判を請求したる事件の中最も重き犯罪事件であつて輕きものは地方裁判所に於ても通常の手續に依りて裁判するのである。故に我國にては地方裁判所に於て陪審事件の起る毎に隨時公判に於て陪審裁判の行はるるものであつて外國のやうに一定の時期を定めて開廷するのと異なるものである。

陪審事件は之を分ちて法定陪審と請求陪審との二に區別す。法定陪審とは被告人の請求の有無に拘らず裁判所が職權上陪審の評

議に付すべき事件であつて一名之を職權陪審とも謂ふ、請求陪審とは裁判所の職權に依らず被告人が請求したる場合に限り陪審の評議に付することを得るものを謂ふ、外國の陪審制度にては陪審事件と云へば皆法定陪審のみであつて被告人の請求による陪審事件なるものなく請求陪審は全く我國獨特のものである、而して如何なる事件が陪審事件と爲るやは檢事の公判請求書又は豫審終結決定に掲げられたる事實を標準として決せらるべきものであつて審理の結果如何を顧みることを要しないものである、法定陪審事件とは陪審法第二條に死刑又は無期の懲役若は禁錮に該る事件は之を陪審に付すとあるもの之なり、故に例へば刑法上にては放火(刑、一〇八、一一七)溢水(刑、一一九)通貨偽造(刑、一四八、一

項)詔書偽造(刑、一五四)姦淫致死傷(刑、一八一)殺人(刑、一九九、二〇〇、二〇三)強盜殺人(刑、二四〇)強盜強姦(刑、二四一)の如き、又特別法にては爆發物取締罰則第一條第二條の如き極めて重き罪にして法律の明文に照して其の刑が死刑又は無期の懲役若は禁錮に該る事件である。

請求陪審事件とは陪審法第三條に長期三年を超ゆる有期の懲役又は禁錮に該る事件にして地方裁判所の管轄に屬するものに付被告人の請求ありたるときは之を陪審の評議に付すとあるもの之なり、此の種の事件は刑罰法規中三年を超ゆる有期刑に處する旨を掲げあるものに限るが故に比較的其の數は尠しと雖も被告人の請求ありたるとき之を陪審事件とするのである、從て被告人

の請求が無ければ普通の手續に依り裁判せらるるものとす、而して被告人が陪審の請求を爲すには第一回の公判期日前に之を爲さざるべからず、公判の期日と被告人に送達せらるべき召喚状とは法律上少くとも三日の猶豫期間あるものなれば被告人は此の間に十分考慮するの餘地あるべければ、若し陪審を請求せんとならば、須らく此の期間内に於て爲すべきものとす、但其の期間前と雖も最初に定めたる公判期日の召喚を受けたる日より十日を経過したるときは請求を爲すことを得ず。

右の如く陪審事件に二種の區別ありと雖も左に掲ぐる罪に該る事件は之を陪審の評議に付することを得ざるものである。

一、大審院の特別權限に屬する罪

二、刑法第二編第一章乃至第四章及第八章の罪

三、軍機保護法、陸軍刑法又は海軍刑法の罪、其の他軍機に關し犯したる罪

四、法令に依りて行ふ公選に關して犯したる罪

要するに右の各罪は其の性質上本職の裁判官の裁斷に付するを相當とすべく殊に最後の公選に關し犯したる罪の如き事専ら政黨派に關係するものなるが故に素人たる陪審の評議に付するは妥當ならざるものあるに由る。

法定陪審事件及請求陪審事件ともに被告人が本職の裁判官の裁判にて満足するならば敢て陪審の評議に懸けなくとも差支なかるべきが故に我陪審法にては法定陪審事件に付ては檢事の被告

事件の陳述前に之を辭退するを得べきものとし、請求陪審事件に付ては、検事の被告事件陳述前には曩に爲したる請求を取下ぐることを得べきものとして居る。検事の被告事件の陳述と云へば公判期日に於ける辯論の初頭に在るものなること前篇の説明する所なれば、被告人は未だ公判期日に到らざる間又公判期日に至りたるも未だ辯論の初まらざる以前ならば辭退又は取下を爲し得るのである。是れ全く被告人の意思に反して陪審を強制するの必要を認めずと云ふに在りて是れ亦外國に其の例を見ざる所である。其の辭退及取下とも公判外に於ては書面を以て、公判に於ては口頭にて各其の申立を爲すことが出来るのである。

又法定陪審事件でも請求陪審事件でも被告人が公判又は公判準

備に於ける取調に於て公訴事件を認めたるとき―自白を爲したる場合―には事件を陪審の評議に付することを得ざるものである。其の公判準備手續又は公判の取調に自白したる場合に限りたるは從來の多くの例に依るときは被告人は警察、検事又は豫審にては犯罪事實を自白しながら公判となりては其の自白を礎すことと多きが故に公判前の自白は信用し得べからざるものなるを以てある。殊に公判準備手續又は公判の取調にて被告人が自白したるときは事は頗る簡單明瞭であつて繁雜なる陪審手續を経るまでもなく事實を認定し之を處罰することを得るは勿論其の自白の信用すべきや否は専ら本職の裁判官の判断に一任すること。が素人なる陪審員が兎角に自白を妄信し豫斷を抱くに比して勝

れるものありと認め得べきが故である、但共同被告人一數人が同時に同一手續に於て審判せらるる場合にて例へば數人共犯のとき、の如し一に付き一人が公訴事實を認め他の一人が之を認めざるときは元とく其の事件は合一に確定せらるべき案件なるを以て斯る場合には其の事件を分離することなく陪審の評議に付すべきものとしたのである。

第五章 陪審員の資格

陪審は裁判手續に參與する一の組織體にして數人の構成員より成る合議體であり之を組織する構成員を稱して陪審員と謂ふのである、故に陪審員と云へば陪審の構成員に外ならずして其の組

織體の一員である、陪審と陪審員とは之を混同しては爲らぬものとす、而して陪審員たるにはそれ／＼法律上定まりたる資格を具ふることを要するものであつて我陪審法の定むる所に依れば陪審員たるには左の各號に該當する者たることを要するのである。

- 一、帝國臣民たる男子にして三十歳以上たること
- 二、引續き二年以上同一市町村内に住居すること
- 三、引續き二年以上直接國稅三圓以上を納むること
- 四、読み書きを爲し得ること

右は陪審員たる資格の要件を定めたるものにて(一)は古來三十にして而立と謂ひ人生れて三十歳以上ともならば相當の經驗を積み社會の實生活にも觸れ思想も相當に熟するものと認め得べし

ればなり、(二)及(三)は其の年の九月一日の現在を標準とするものにて一定の場所に定住し定額の納税を爲すに於ては恒産あるものと認め得べきによる、(四)は読み且書くことを要するの義にして読み又は書くの意味にはあらず、読み且書くことを知るに於ては普通教育の素養あり恒心あるものと認め得べきを以てある、唯其の程度は一定の標準なきが故に之を定むるに多小の困難あるべしと雖も普通の読み書きの出来るものにて日常生活の用を達するの能力あるを以て足れりとすべきである。

以上の四條件を具ふる者なりとも左に掲ぐる者は陪審員たることは出来ないのである。

一、禁治産者、準禁治産者

二、破産者にして復権を得ざる者

三、聾者、啞者、盲者

四、懲役、六年以上の禁錮、舊刑法の重罪の刑又は重禁錮に處せられたる者

右は陪審員たり得ざる者であつて法律上之を缺格者と謂ふ。尙陪審員たるの資格ある者なりとも左に掲ぐる者は陪審員の職務に就かしむることを得ざるものである。

一、國務大臣

二、在職の判事、検事、陸軍法務官、海軍法務官、

三、在職の行政裁判所長官、行政裁判所評定官

四、在職の宮内官

- 五、 現役の陸軍軍人、海軍軍人
- 六、 在職の廳府縣長官、郡長、島司、廳支廳長
- 七、 在職の警察官吏
- 八、 在職の監獄官吏
- 九、 在職の裁判所書記長、裁判所書記
- 十、 在職の收稅官吏、稅關官吏、專賣官吏、
- 十一、 郵便電信電話鐵道及軌道の現業に従事する者並船員
- 十二、 市町村長
- 十三、 辯護士、辨理士
- 十四、 公證人、執達吏、代書人
- 十五、 在職の小學校教員

- 十六、 神官、神職、僧侶、諸宗教師
- 十七、 醫師、齒科醫師、藥劑師、
- 十八、 學生、生徒、

右は其の官職、職業又は身分の關係上陪審の任務と相容れざるものがあるが故に陪審員の職務に就かしめざるものである、之を陪審の就職不適者と謂ふ。

陪審員は犯罪事實の有無を判斷する者であつて言ふまでもなく公平無私ならざるべからず、故を以て其の資格ある者なりとも直接又は間接に被告人、其他の者との間に何等かの關係ありて其の公平無私なるべき信認を疑はしむるが如き場合には其の事件に關與することを得ざらしむるを妥當とするのである、從て陪審

法に於ては陪審員にして左に掲ぐるが如き特別の關係ある者は其の職務の執行より排除せらるるものとせり、

- 一、陪審員被害者なるとき
- 二、陪審員私訴當事者なるとき
- 三、陪審員被告人、被害者若は私訴當事者の親族なるとき又は親族たりしとき、
- 四、陪審員被告人被害者又は私訴當事者の屬する家の戸主又は家族なるとき、
- 五、陪審員被告人、被害者又は私訴當事者の法定代理人、後見監督人又は保佐人なるとき、
- 六、陪審員被告人、被害者又は私訴當事者の同居人又は雇人な

るとき、

- 七、陪審員事件に付告發を爲したるとき、
- 八、陪審員事件に付證人又は鑑定人と爲りたるとき、
- 九、陪審員事件に付被告人の代理人、辯護人、輔佐人又は私訴當事者の代理人と爲りたるとき、
- 十、陪審員事件に付判事、檢事、司法警察官又は陪審員として職務を行ひたるとき、

右は陪審員の除斥と稱し事件に特別の關係あるよりして陪審員としての職務を取らしめざるものであつて本人の意思如何を問ふことなく陪審員として排斥せらるるのである。
又陪審員として其の職務を執行するに妨げなき者と雖も左に掲

ぐる者は陪審員の職務を辭することを得るものである。

- 一、六十歳以上の者。
- 二、在職の官吏、公吏、教員。
- 三、貴族院議員、衆議院議員及法令を以て組織したる議會の議員但し會期中に限る。

右は陪審員の辭退と稱するものであつて各人各様の事情により陪審義務に服する能はざるものなるを以て之を辭退することを許したるものである。此の場合には本人より辭退の旨を裁判所に申出づるものとす。

之を要するに陪審員たることは國民の一權利に外ならず其の權利を享有するに一定の資格要件を具備すべきことは固より當然

なりと謂はねばならぬ。而して陪審員の缺格は全く其の能力なきものであり、陪審の就職不適者は陪審員たるべき權能はあれども其の官職身分又地位上よりして陪審員たることを免除するものに外ならず、陪審員の除斥は全く豫防の處分であつて陪審の職務の執行に着手することを許さざるものである。陪審員の辭退を許したるは全く其の利益に於て宥恕を與へたるものと謂ふべきである。

第六章 陪審員資格者名簿と陪審員候補者名簿

陪審員は如何にして選ばれるかと云へば先づ市町村長は毎年九月一日現在に依り其の市町村内(市制第六條の市に於ては區、區長、

町村制を施行せざる地に於ては町村又は町村長に準すべきものに於て陪審員たる資格を有する者を登載したる陪審員資格者名簿なるものを作り其名簿の中より市町村長は地方裁判所長の通知したる員数だけの陪審員候補者を抽籤に依り選り出して陪審員候補者名簿を作るのである、今其の手續を簡單に左に説明せん。地方裁判所長は毎年九月一日迄に翌年所要の陪審員の員数を定めて管轄区域内の市町村に割當て之を市町村長に通知するものである、又市町村長は毎年陪審員候補者名簿を調製して九月一日の現在に依り其の市町村内に於て資格を有する者を總て之に登載するのである、乃ち其の名簿には資格者の氏名、身分、職業、住居地、生年月日及納稅額を記載し別に其の副本を調製し之を管轄區裁

判所判事に送り一面市町村長は十月一日より七日間其の廳に於て陪審員資格者名簿を一般の縦覽に供するものとす、法律に違反して陪審員資格者名簿に登載せられたる者は縦覽期間内及其の後七日内に異議を申立つることを得べく又法律に違反して右の名簿に登載せられざる者も同じく異議の申立を爲すことを得べく市町村長が其の異議を正當とするときは直ちに其の名簿を修正し併て其の旨を管轄區裁判所の判事及異議申立人に通知すべきものである、若し又右の異議申立を不當なりとするときは意見を附して異議申立書を管轄區裁判所判事に送付するものとす、區裁判所判事は異議の申立を理由なしとするときは其の旨を市町村長及異議申立人に通知すべく異議の申立を理由ありとする

きは陪審員資格者名簿を修正すべきことを命じ且其の旨を異議申立人に通知するのである。

斯の如くにし陪審員資格者名簿確定したる後市町村長は陪審員資格者三人以上の立會の下に右の陪審員資格者名簿中より抽籤を以て地方裁判所長より割當てられたる員數の陪審員候補者を選定し陪審員候補者名簿を調製するのである、陪審員候補者名簿には其の候補者の氏名、身分、職業、住居地、生年月日及納稅額を記載すべきこと及市町村長は別に副本を調製して之を管轄區裁判所判事に送付すべきことは孰れも陪審員資格者名簿作製の場合と同様である。

市町村長は十一月三十日迄に陪審員候補者名簿を管轄地方裁判

所長に送付し同時に右名簿に登載せられたる者に其の旨を通知し且其の氏名を告示するのである、若し其の送付後に至り其の候補者中死亡したる者あるか若は日本の國籍を喪失したる者あるか又は前に述べたる陪審缺格者若は陪審不適者あるに至りたるときは成るべく速に之を管轄地方裁判所長に通知することを要するものである。

地方裁判所に於ては右の如くにして管内各市町村より陪審員候補者名簿が集り來るを以て陪審の評議に付すべき事件が公判期日の定まりたるとき地方裁判所長は豫め定めたる市町村の順序に依り各陪審員候補者名簿より一人又は數人の陪審員を抽籤して陪審員三十六人を選定するのである、其の抽籤は裁判所書記の

立會を以て之を爲し公判期日に之を呼出すのである、而して陪審員として呼出に應じたる者は其の市町村に於ける陪審員候補者名簿に登載せられたる者四分の三呼出に應じたる後に非ざれば其の年内再び陪審員に選定せらるることなきものである、故に例へば其の所屬町村の陪審員候補者名簿に登載せられたる者十六人ありとすれば十二人呼出されたる後でなければ陪審員として二度目に呼出されざることとなるが如し、是れ全く一旦陪審員たるの義務を履行したる上常に反覆して其の義務に服せしむるは苦痛とする所なるべく且成るべく公平に各候補者に萬遍なく其の義務を負担せしむるを適當なりとするに由る。

右の如く呼出されたる三十六人の陪審員と如何にして事件の陪

審が構成せらるるかは別個の問題である、陪審は合議體であり其の員數は我國に於ても外國と同じく十二人にて構成すべきものとせることは後に説明するが如くにして陪審構成の手續に付ては後章に至り之を説明せん。

第七章 陪審裁判手續

陪審裁判の手續は之を公判準備、陪審の構成及公判の裁判とに區別して説明するを便宜なりと思料す依て左に之を分説す。

第一節 公判の準備

公判の準備は前編に説明せる如く普通の刑事訴訟に於ては事件の性質により之を爲すものなれども陪審の評議に付すべき事件

に付ては裁判長は必ず公判準備期日を定むべきものである。被告人が公判準備期日前に辯護人を選任せざるときは裁判長は其の裁判所所在地の辯護士中より之を選任すべく數人の被告人あるときも其の利害相反せざるときは同一の辯護人をして其の數人の辯護を爲さしむることを得るが故に一人の辯護人を選任するを以て足るのである。

公判準備期日は之を検事に通知し被告人及辯護人を召喚し其の期日には定數の判事、検事、被告人及辯護人列席の上裁判長は公訴事實に付き被告人の取調を爲すのである。若し辯護人の出頭なければ其の取調を爲すことを得ざるものであつて其の取調は普通の刑事訴訟に於けると格段の相違あることなし。陪席判事は裁判

長に告げて被告人を取調ぶることを得べく検事及辯護人も亦裁判長の許可を得て被告人を訊問することを得るのである。固より此の取調は公判の準備の爲にするホンの下調に過ぎざるものなれば辯護人數人あるときと雖も其の一人の出頭あるを以て足り又此の期日に於ける取調は公判にあらざるが故に公行せざるものである。請求陪審事件は之を普通事件として公判期日の指定あるを通常とするものなれば―請求陪審は被告人が公判期日の召喚を受けたる後其の期日前に請求するものなること既に前述するが如し―其の公判期日を以て公判準備期日として準備手續を遂行するのである。

公判準備期日に於ては前記の如く被告人に對する一應の訊問と

裁判所は検事、被告人及辯護人の請求に依り証人訊問、鑑定、檢證又は證據物若は證據書類の蒐集に付き證據決定を爲し、一檢事、被告人及辯護人は公判準備期日前に於ても亦其の期日後公判期日の七日前迄にも此等の請求を爲すことを得、一此の決定の施行によりて人的證據又は物的證據が公判に現はれ直接審理の目的と爲るのである、尤も證據決定の性質に依りては其の施行が公判期日まで待つこと能はざるものあるべし、一例へば死亡の危急に瀕せる病患者を証人として訊問すべきものと決定したるとき又は鑑定に相當の時日を要するものの如し、一斯る場合に於ては公判期日前に証人の訊問を爲し又は鑑定人に對して鑑定を命じ得べきものであつて其の訊問を爲すべき期日、場所は豫め被告人に通知

し、一但急速を要する場合は此の限に在らず、一被告人も亦之に立會ふことと得べきものである、尤も被告人が監獄に拘禁せられ居るときは之を立會はしむるの必要あるときに限り其の訊問に立會はしむることを得るものとす。

公判準備中陪審の評議に付すべからざる事由生じたるとき例へば法定陪審事件に付き被告人が辭退したるとき、請求陪審事件に付き被告人が其の請求を取下げたるとき、又法定若は請求陪審事件に付き被告人が公判準備の取調に於て公訴事實を認めたるときは陪審の評議に付することを得ざるものなれば斯る場合に於ては裁判所は通常の手續に従ひ審判を爲すべきものである、若し公判準備期日に於て右の如き事由が出來たときには其の期日を

公判期日として直ちに審判すべきものであるけれども若し訴訟關係人中一人にても出頭せざる者あるとき一辯護人の中に出頭せざる者あるときの如し一は更に公判期日を定めて審理判決すべきものである、又公判準備期日に於て被告人は管轄違の申立を爲すことが出来るけれども豫審を経たる事件なるときは豫審判事に對して其の申立を爲したる場合でなければ之を爲すことを得ざるものである

裁判所は公判準備期日に於て公訴棄却又は管轄違の原由あることを認めたるるとき又免訴の原由あることを認めたるときは決定を以て其の旨を言渡すべきものである、公訴棄却、免訴及管轄違とも其の原由はそれ〴〵刑事訴訟法に定むる所であり、事専門に亘

るを以て今一々之を詳説せず、而して免訴の決定が確定したるときは同一の事件に付ては更に公訴を提起することを得ざるものである、以上孰れの場合に於ても裁判所は訴訟關係人の意見を聽きたる上にて決定を言渡すべきものであつて公判準備期日に於て此の如き決定を爲し得るは全く其の事件より離脱するの要あるに由る、蓋し公訴の取消ありたるとき、被告人死亡したるとき、如きは公訴棄却の事由であり、確定判決を経たるとき、大赦ありたるとき、時効完成したるとき、如きは免訴の原由であるから此等の原由あるときは最早公判期日を定むるの要なきものなればなり、要するに公判の準備は其の名の如く公判期日に於ける手續の繁雜を避けて豫め其の取調の資料を集取するを目的とするもの

なれば此の趣旨よりするも叙上の如き決定を爲すの要あることを知るに足るべし。

公判準備の手續が終了したるときは裁判長は公判期日を指定し通常の場合と同じく之を検事に通知し被告人及辯護人に對して呼出狀を發し且其の期日には前に述べたる三十六人の陪審員をも呼出すのである。其の陪審員に對する呼出狀には出頭すべき日時場所及呼出に應せざるときは過料に處することあるべき旨を記載し呼出狀の送達と公判期日との間には少くとも五日の猶豫期間を存することを要するものである。若し陪審員が病氣其他已むことを得ざる事由に依り出頭すること能はざるときには其事由を疏明して書面を提出して其の職務を辭することが出来る

のである。此の手續を取らなければ謂はれなく呼出に應せざるものとして前記の如く過料に處せらるることと爲るのである。又前に述べたる六十歳以上の老年者其他陪審員たることを辭退し得る者に在りては年齢又は其の身分を證明するに依りて職務の免除を得べきことは當然である。

第二節 陪審の構成

公判期日には先づ陪審構成の手續を遂行すべきものとす。陪審の構成とは呼出に應じて出頭したる三十六人の陪審員中より其の事件の陪審員たるものを取極めることを謂ふのである。陪審は一の事件につき唯一あるを以て原則とし其の構成の手續は公判の辯論に入る前手續と云ふべきものであつて之を公行せず、判事、檢

事、裁判所書記、被告人辯護人及陪審員が列席して公判廷に於て之を行ひ、呼出に應じて出廷したる陪審員が二十四人以上揃つた場合に直ちに陪審構成の手續に入るのである。若し出頭したる陪審員が二十四人に達せざるときは、病氣、其の他の事由にて出頭せざる者あるとき又は職務の免除を得たる者などありて、裁判長は之を補充する爲に裁判所所在地又は其の附近の市町村の陪審員候補者名簿中より抽籤を以て必要なる員數の陪審員を選定し、便宜の方法、裁判所の使丁又は警察官を利用し、により之を呼出し、二十四人以上に補充したる上にて右の手續を行ふのである。其の手續は先づ裁判長が出頭したる陪審員の氏名、職業及住居地を記載したる書面を示して、検事及被告人に對して陪審員中に除

斥せらるる者ありや否を問ひ、又陪審員に對しては被告人の氏名、職業及住居地を告げて除斥の原由ありや否を問ふのである。検事、被告人及陪審員に於て除斥の原由ありとするとき例へば陪審員中何誰は被告人の屬する家の戸主なりとか、又被告人は陪審員何誰の雇人なりとか、或は陪審員何誰は被害者なりとか云ふ場合には其の旨を申立つべきものである。此の申立ありたるときは裁判所は其の原因ありや否を調査し、若し其の原因なしと認むるときは其の儘進行することと爲るも、若し其の原因ありとすときは決定を以て其の陪審員を退廷せしむるのである。裁判所が職權上除斥の原由ありとすときは申立を待たず決定を以て其の陪審員を除斥することを得るは謂ふまでもなきことである。又出頭し

たる陪審員中に前に述べたる無資格者、陪審不適者などありたるときは裁判所は同じく決定を以て其陪審員を退廷せしめるのである。

陪審は十二人の陪審員一之を基本陪審員と謂ふ一を以て之を構成するものであつて前記の如く除斥せらるべき者及無資格者等を決定したる殘餘の陪審員中より陪審を構成すべき基本陪審員を選定するのである。裁判長は若し事件が二日以上引續き開廷することを要すると思料するときは十二人の陪審員の外一人又は數人の陪審員を公判に立會はしむることを得べく之を補充陪審員と稱し補充陪審員は基本陪審員が疾病其の他の事由に因り職務を行ふこと能はざる場合に於て之に代るものである。若し二

人以上の補充陪審員あるときは其の職務を行ふの順序は後に説明する抽籤の順序によるのである。斯の如く裁判長は十二人の陪審員一基本陪審員一の外一人又は數人の補充陪審員を公判に立會はしむることを得るものなれば、一事件に付てそれだけの員數は絶對に必要とするのである。

陪審員の選定に當りて忌避と云ふことがある。故に之を説明せんに忌避とは檢事及被告人よりして或る陪審員を陪審の構成より排斥することを謂ひ、理由を述ふるに及ばず單に忌避すると云へば其の效果を生ずるのである。其の所謂忌避なるものは陪審を構成すべき基本陪審員に補充陪審員を加へたるものを出頭したる陪審員中より控除し其殘餘の員數に付き檢事及被告人が各其の

半数を忌避することが出来るのであつて其の人員が奇數なるときは被告人は尙一人を忌避することを得るのである。故に例へば出頭人員二十四人であつて補充陪審員が一人なりとすれば二十四人中より十三人を減し超過人員十一人と爲るが故に半数五人宛を檢事及被告人に於て忌避し被告人には尙一人を加へ六人だけ忌避することを得せしむるが如し、被告人が數人あるときは各別に忌避することを得るにあらすして共同して之を行ふべきものである。其の共同の方法に付ては被告人の協議により之を定むることを得べきも協議整はざるときは忌避を行はしむるの方法は裁判長之を定むるものである。

陪審員選定の方法に付き述べんに、裁判長は前述の如く法廷に居

残りたる適格ある陪審員全部の氏名を抽籤函に入れて能く之を混合したる後、檢事及被告人の忌避することを得べき員數を告知し、氏名票を一票宛抽籤函より抽出して其の氏名を讀上ぐるのである。其の抽出の方法に付ては別段の定めなければども話しに聞く昔の富籤の當り札をきめるように錐で突き當てても宜しかるべく或は勸業銀行などにて用ゆる割増金付債券の當籤を定むる如き方法によるも可なるべし。裁判長が氏名を讀上げたるときは檢事及被告人は一々之に對して承認とか忌避とか述べるのであつて其の順序は檢事を先にし被告人を後にするのである。裁判長が抽籤函より抽出したる氏名票を讀上げても檢事や被告人が何等の陳述を爲さず次の氏名票を抽籤函より抽出するまで沈黙

するときは承認の陳述を爲したるものと看做すのである、是れ全く黙するものは諾するものなりとの格言の適用である、此の如くして最後の抽出を爲し裁判長が抽籤終りたる旨を宣言するまで陳述を爲さざるときは是れ亦承認を爲したるものと看做すのである、又次の氏名票を抽出したる後は前の陳述は之を取消すことを許さず、裁判長が抽籤を終りたる旨を宣告したる後も同じく前の陳述を取消すことが出来ないのである、斯くして抽出せられたる陪審員の員数が所定の數―補充陪審員なきときは十二人、補充陪審員あるときは基本陪審員に補充陪審員を加へたるだけの員數―に達したるときは抽籤を止め裁判長は抽籤終了の旨を宣言し、茲に陪審の構成が完了することと爲るのである、而して陪審を

構成すべき陪審員は初めに當籤したる十二人を以て之に充て補充陪審員は其の他の當籤者を以て之に充つるのである、乃ち十三人目以下に當籤したる者を以て補充陪審員とするのであつて陪審員は抽籤の順序に従ひて所定の陪審席に著席するのである。陪審は検事が被告事件を陳述する時―公判の當初―より裁判所書記が陪審の答申を朗讀するまで―陪審手續の終了するとき―終始同一の陪審員を以て構成することを要するものなれば同一事件には同一の陪審員が終始之に立會はねばならぬのである、而して陪審は前にも云へるが如く一事件一陪審を原則とするものなれば一事件毎に前述の如き構成手續を執るべきものであつて事件毎に三十六人の陪審員を呼出すべきものなれども、同日に數

個の事件の公判を開く場合に於ては數個の事件に付き同一の陪審員を以て陪審を構成することが出来るのである、之を共同陪審と謂ふ、詳しく之を云へば同日に假りに三事件の公判を開くものとすれば一事件三十六人の陪審員を呼出すべきものとし三件に付き百八人の陪審員を呼出さざるべからず、斯くして三事件の開廷には前後あるべければ呼出されたる大多數の陪審員は徒に時間を空費することと爲り中には種々の差支を生ずるものもあるべく、裁判所に取りても設備其の他に幾多の不便あるべきを以て此等の不便不都合を避くるの主旨よりして裁判所の見込により同日開廷の數事件に付き共同陪審を用ゆることを得せしめたのである、其の方法は最初の事件の取調前に呼出したる三十六人の

陪審員に付き共同陪審に依るべき旨を告げ其の異議なき場合に於て他の事件の陪審にも該らしむるのである、故に先づ一事件に付き前に述べたる手續に従ひ陪審を構成し其の職務の終了後、第二の陪審事件に移りたる場合に又前の三十六人に付き同様の手續に従ひ陪審を構成するものとす、従て各事件に關與すべき陪審は必ずしも同一の陪審員を以て構成するものとは限らない、唯事件毎に三十六人宛の陪審員を呼出すの煩を避け陪審員たる者の出頭義務を寛和するに過ぎないのである、而かも出頭したる陪審員の義務を過重せざらしめんがために一事件の取調前に其の陪審員に他事件の陪審に該らんことの承諾を求むるを妥當とするのである。

右の如く陪審の構成は一事件毎に之を繰返へすものなれども檢事及被告人にして異議なきときは一の事件の爲に構成せられたる陪審をして同日に審理せらるべき他の事件の爲にも其の職務を行はしむる便宜の途が開かれて居る故に此の場合には前の場合と異なり一事件に付き構成したる陪審を其の儘他の事件の陪審に流用するものであつて其の手續に時間を空費することもなければ一層簡單なる便法と謂ふべきである、唯此の場合は陪審構成の原則に對する非常なる變則なるが故に檢事及被告人に於て異議なきときに限らるるものとす。

陪審の構成手續は以上述ぶるが如き順序によるのであるが之に付ては官民ともに十分の考慮を乞はざるを得ず、陪審の構成に關

して徒に時間を費し半日以上若は一日をも費すことと爲りては事件の公判開始が段々に延びることと爲るのであつて、一日にて結審すべき事件も二日を要することとなり自他ともに不便を感じる次第である、外國に於ても稀には此の手續の爲に多くの時間を費すことありと聞けども我國に於ては未だ此の制度に何等の試鍊もなきことなれば施行の當初に於ては多小手際能く進行せざるべしとするも徒に陪審員の除斥又は忌避などに手間取りて法廷に紛擾を惹起し惡例を作るが如きことなき様十分の心掛を要望せざるを得ないのである。

第三節 公判の裁判

陪審構成の手續が終り陪審員が著席して愈是れより公判手續と

爲るのであるから普通の場合と同じく公開と爲り一般の傍聽人も入廷することと爲るのである。於是裁判長は陪審員に對し陪審員の心得を諭示し陪審員をして宣誓せしむ、其の裁判長の諭示には別段の方式は定めなければども、要するに陪審員に對して情實に流れず、權勢に阿らず、公平無私法廷に顯はれたる各般の證據に準據して事實の判斷を適正に爲すべき旨を告諭するのである。而して其の宣誓は最も嚴肅に最も莊重に之を行ふべきものであり裁判長は起立して「良心に従ひ公平誠實に其の職務を行ふべきことを誓ふ」と記載しある宣誓書を朗讀して陪審員をして署名捺印せしむるのである。此の宣誓の式には陪席の判事、檢事は勿論被告人其の他の訴訟關係人及傍聽人とも滿廷總起立して敬意を表する

ものとす。

右の宣誓終りて檢事は起立して被告事件を陳述して公訴に係る犯罪事實を明にして審理を求め、裁判長は被告人に對して其の事件に付て陳述することありやを問ひ前編にて説明したる如き通常手續と同様被告人の訊問を爲し證據調に移るのである。此の證據調に付て先づ一言すべきは陪審裁判に於ては飽くまでも直接審理主義を徹底して素人たる陪審員の面前に於て各證人又は鑑定人に供述を爲さしめ陪審員をして十分に之を聽取ることを得せしめて直接に其の心證を形付つくることを得せしむべきものである。故に前にも云へる如く準備手續に於て證人たるべき者の疾病其の他已むを得ざる事情の存する場合の外は總て公判に呼

出して取調ぶることと爲るのである、勿論法廷に於て直接に取調べたる以外被告人の豫審に於ける訊問調書、其の他證人又は鑑定人等の豫審調書の類も證據調に於て裁判長より一々之を朗讀するか又は其の要旨を告ぐべきことは言ふまでもなければ斯る書面上の證據のみにては素人たる陪審員の心證を得ることは困難なるべく事實の判斷を爲す上に多くの支障あるべきが故に證據に付ては法律上別段の定めあるものの外は裁判所が直接に公判に於て取調ふべきものとせるのである、而して被告人の訊問及證人、鑑定人等の取調は裁判長之を爲すものなれども裁判長は場合によりて自ら之を爲さず、陪席判事の一人をして被告人の訊問及證據調を爲さしむることが出来るものである、又檢事及辯護人

は裁判長の許可を得て證人等を訊問することが出来るし、被告人も亦證人等の訊問を裁判長に請求することが出来ることは普通手續に於けると同様である、殊に陪審員は同じく裁判長の許可を得て自ら被告人、證人、鑑定人、通事及翻譯人等を訊問することが出来るのである。

其の他證據調に付ては通常手續に於けると異なる所なく證據物は裁判長之を被告人に示すべく、各種の證據に付き取調を終へたる毎に被告人に意見ありや否を問ふべく、又被告人に其の利益と爲るべき證據を提出することを得べき旨を告知することを要すべし、尙陪審法第七十二條乃至第七十五條に特別の規定ありて公判準備手續で取調べたる證人の訊問調書、檢證、押收又は搜索の調

書及之を補充する書類圖畫、鑑定書又は鑑定調書及之を補充する書類圖畫、又は共同被告人若は證人の死亡したるとき又は之を召喚すること能はざる場合に豫審判事、受命判事、受託判事等の作りたる訊問調書の類、其の他のものに付て證據と爲すことが出来る旨を規定して居る、此等の事柄は事専門的に亘るを以て今一々之を詳説せず。

以上の證據調終了後、檢事は犯罪の構成要素に關する事實上及法律上の問題のみに付て意見を陳述するのである、之を檢事の事實上の論告と謂ふ、詳しく云へば、檢事は證據調の結果、法廷に現はれざる證據は之を採用することを得ず、一に基きて被告人が何年何月何日何處にて何人に對してどの様なことをどの様な方法

にて爲したるや、其の爲したる事柄が法律上より見れば何に該るや否に付て一々證據に付て之を論告するのである、此の檢事の論告に對しては被告人及辯護人よりして或は論駁を爲し或は攻撃を爲して其の意見を述べて防禦的の辯論を爲すものとす、辯護人數人ある場合には被告人の爲にする意見の陳述は重複して之を爲すを得ざるものなれば一人は事實上一人は法律上と云ふが如く、又或は數個の事實中或るものは甲辯護人に於て、或るものは乙辯護人に於てと云ふが如くに、それ〴〵各自分擔して辯論するを至當とするのである、以上檢事及被告人側の攻撃防禦の辯論は交互に之を爲すことが出来るけれども最終の發言は常に被告人又は辯護人に於てすべきものであつて、裁判所は被告人又は辯護人に

最終に陳述するの機會を與ふべきものとす。

裁判長の説示、檢事及被告人側の辯論終結したるときは裁判長は陪審に對して説示を爲すのである。説示とは説明示教の意味にて犯罪の構成に關し法律上の論點と問題と爲るべき事實並證據の要領を説明することを謂ふものにして裁判長の役目として極めて大切な一事である。何となれば法律上の智識なき素人たる陪審員に對して理解し易き様に起訴に係る公訴の事實を明にし、其の事實の如何なる點が争ひとなつて居るか、法廷には如何なる證據が現はれて居るか、檢事及被告人側に於ては如何に之を主張し、如何に之を辯駁しつあるか、法律上より之を見れば當事者間に於ける攻撃防禦の結果は如何なることになるか等を要領よく告

げて事實の真相を捕捉し得るよう説明せねばならぬからである。固より此の説明にて陪審をして犯罪事實を肯定し豫斷を抱かしむるよう仕向けることは絶対に之を避けねばならぬ。或る證據の信用し得べきこと又信用し得べからざること、若は被告人に犯罪の責任ありや否の意見を吐露するが如きことは法律の絶対に禁止する所である。要するに裁判長の説明の仕様にて素人たる陪審の意見を左右することは容易なるべければ、裁判長は須らく虚心坦懷法廷に現はれたる事實と證據とに基きて赤裸々に説明示教し何等の暗示を與へてはならぬものである。

右裁判長の説示に對しては訴訟關係人より異議を申立つることを得ざれども、若し其の説示にして法律に違背したるとき裁判長

が證據として説示したるものが法律上證據と爲すことを得ざるものなるとき、又裁判長が法律上の論點に關して不當の説示を爲したるときは法令違背として上告の理由と爲るのである。

問書、裁判長は右の説示を爲したる後犯罪構成事實の有無に付ての發問を爲し其の結果を答申すべき旨を陪審に命ずるのである、之を答申命令と謂ひ問書と云へる書面を發して之を爲すものとす。

其の問書に記載すべき發問には主問と補問との別あれども、何れも陪審に於て其の問に對して「然り」又は「然らず」と答へ得るようの文言にて記載すべきものである、而して陪審の答申は此の問に對して「然り」とか「然らず」とか云ふ文字の外は決して用ゆることが出

ないので單に此の二の語によりてのみ答ふべく、他の曖昧なる文句を附加へるとか、又は同じ意味にても他の文句は絶対に使用することは出来ないものである。

主問とは公判に付せられたる犯罪事實の有無を答申せしむる爲に之を爲すものであつて起訴の事實が強盜殺人事件なりと假定すれば、被告人は何年何月何日何時何處の何誰の家に押入り金品を強奪したる上何誰を殺したる事實ありや」と發問するが如きを謂ふ補問とは公判に付せられたるものと異なりたる犯罪構成事實の有無を評議せしむる必要ありとする場合に於て之を爲すものである、例へば前例に於ける強盜殺人の起訴事實に對して何誰死亡の事實は之れありとするも其の死因にして果して被告人の

暴力に基くものなりや否を確かめんとするが如き場合に發問するものであつて主問が然らずと答へらるれば補問は然りと答へらるるの結果となり又は補問に付ても然らずと答へらるることとも爲るのである、若し又犯罪の成立を阻却せらるべき原由たる事實の有無に付き評議せしむるの必要あるときは別問として他の問と之を區別して爲さねばならぬのである、其の所謂犯罪の成立を阻却する原由たる事實とは事専門に亘るを以て今一々之を詳説せざれども刑法第三十六條に規定せる正當防衛の如き其の一例である、乃ち正當防衛とは急迫不正の侵害に對して自己又は他人の權利を防衛する爲に已むを得ざるに出でたる行爲を謂ひ、例へば甲が不法にも乙を殺害すべしとて斬付けたるに乙は其の

身を防衛せんと彼是苦心したけれども遂に通るに途なく已むなく甲を反撃して之を死に致したるとき、斯る事案に對して主問には乙は何年何月何日何時何處に於て甲を殺したる事實ありやと發問し別に乙が甲を殺したるは自己の身體を防衛するに出でたる已むを得ざるものなりしやとの問を發するが如き乃ち叙上の別問に相當するのである。

裁判長の發問には右の如く三様の區別ありとは云へ是れ皆事案の體様によりて自ら差異の存すべきは言ふまでもなきことである、各事件に付て主問は必ず之れあるべく事實の複雑なるもの又は數個の犯罪事實あるものに在りては主問にも數多あるは當然なりと雖も、補問と別問とは常に必ずしも之れあるものとは云ひ

難かるべし、或は主問に對して別問あり、或は補問にも二以上の數問存することも亦在り得べきことである、要するに此等の發問は皆裁判長の意見に依つて定まるものなれども陪審員、檢事、被告人及辯護人は問の變更の申立を爲すことが出来る、此の申立あるときは裁判長は決定を以て許否を定め、其の申立を理由なしとするときは之を却下し、否らざるときは其の申立に基きて發問を訂正すべきものである、斯くして裁判長は右の問書に署名捺印して之を陪審に交付するのである、陪審員は此の問書の謄本を請求することが出来る。

陪審の評議、陪審員は右の問書を受取り評議の爲に公判廷より評議室に退き、此處にて評議を爲すのである、評議室に退きたる陪

審員は裁判長の許可を受くるに非ざれば評議を終る前に評議室を出て又は他人と交通することは出来ない、又陪審員にあらざる者は裁判長の許可を受くるに非ざれば評議室に入ることを得ざるものである、陪審の答申前に陪審員をして裁判所を退出せしむる場合には裁判長は陪審員に對して滞留の場所と他人との交通に關して遵守すべき事柄を指示すべきものである、元來陪審員は自己の關與したる陪審事件の答申の結了するまでは裁判所に止まり一步も外出することの出来ないのを本則とするものなれば、事件が一日にて済むような場合は兎に角二日以上も引續き開廷する必要あるときの如き陪審員は一定の宿舍に滞留することを要するのである、多くは裁判所内に陪審員の爲にする宿舍の設

けあるべし、斯る場合に於て若し陪審員が他人と交通して秘密を洩すことあり又は他人の請託を受くるようなことありては由々しき大事なるを以て裁判長よりして此等の點に付て陪審員の守るべき事項を指示することとせるなり、陪審員にして裁判長の許可なくして評議結了前に評議室を出でたり、又は他人と交通したるとき及叙上裁判長の指示したる事項を遵守せざるときは裁判所は其の陪審員に對して職務の執行を禁止することを得るものである。

陪審員が評議を爲すには先づ陪審長を互選せざるべからず、其の方法は多數決によるの外なかるべく、互選により陪審長と爲りたる者は議事整理の任に該り其の進行を指揮すべきは當然である、

而して陪審の評議は先づ主問に付て之を爲し、主問を否定したる場合に於て補問あるときは之に付て評議を爲すべく、別問あるときは主問を議定したる後に之を爲すを相當の順序とするのである、元より陪審員各自は問に對して孰れも其の意見を陳述すべきものであつて誰彼れと其の順序を定むべきものでなければども陪審長は最後に其の意見を表示すべきものである、是れ全く陪審員各自をして十分に評議を盡くさしめ陪審長を最終たらしむるを議事の整理進行上適當なりと認めたるに由るのである、若し又陪審にして評議を了る前に更に裁判長の説示を聽くことを必要とするならば公判廷に於て其の申立を爲すべきものとす、故に斯る場合には訴訟關係人の列席したる公開の法廷に於て陪審の請求

として陪審長より其の申立を爲すことと爲るべし、若し又陪審にして公判廷にて示されたる證據物又は證據書類を評議の爲に閱覽する必要ありとするならば裁判長に其の交付を求むることを得べく、この場合には別に公判廷にて請求するの要なく裁判長は陪審に交付することを得るものである。

陪審が犯罪構成事實を肯定するには陪審員過半数の意見に依ることを要するものであつて若し犯罪構成事實を肯定する陪審員の意見にして其の過半数に達せざるときは之を否定したるものと爲るのである、故に例へば前掲強盜殺人事件の主問に對して被告人が金品を強奪して人を殺したりとの事實あることを認むるには陪審員十二人中七人以上の者が同意見ならざるべからざる

が如し、然るに其の事實あることを認むる者が六人、之を認めざる者も同じく六人にてドチラも過半数に達せざるときは其の事實を否定したることと爲るのである、固より立法論としては犯罪事實を肯定するは被告人に取りては極めて重大なることなれば陪審員全體の一致したる意見たるべきことを要求するを至當なりとすべきも、全員の一致は容易に望まれ得べきにもあらざるが故に過半数の同意見なるを以て足れりとしたるに外ならず、肯定否定同数にて何れも過半数に至らざる場合に之を否定したるものとせるは全く被告人の利益の爲にするに外ならざるものである、陪審の答申、陪審の評議了りたるときは答申を爲すのであるが答申は問に對して「然り」又は「然らず」の語を以てすべきことは前に