

第二五號 資料評議の秘密

篠塚春世訳

14.5-54



111.5

4



始



法 資 料

14.5

54

第 二 百 五 十 一 號

評 議 の 秘 密

司 法 省 調 査 部

〔禁轉載〕（昭和十四年四月）

司法部寄贈本

裁判の評議及表決を以て本來の訴訟手續の一部と目すべきか、將又裁判所内部に於ける服務上の事務に過ぎないものと解すべきかに付ては、祕密主義の法制の下に於て固より議論の餘地の存するところであらうが、評議が表決を準備し表決が裁判を決定するものである事は言ふ迄もない。實に評議表決の如何は裁判を左右するものであるがそれが公行せられない以上兎角「隠れ義」の作用を營む危険がある。之其の制度的意義と實際的機能に付て充分の検討と反省とが加へられなければならぬ所以である。從來此の方面に資料の乏しきを思ひ今回 Dr. Carl Günther von Coelln, Das Beratungselterns. Kein Gegenstand und seine Wirkungen mit Berücksichtigung der Abstimmungsmethode. を邦譯し茲に筆寫に代へ排印する。譯者は篠塚春世氏である。

昭和十四年四月

司法部調査部



備考

讀者の便宜の爲左に獨逸に於ける評議及表決に關する條文を掲げて置く。獨逸に於ては刑事手續に於ける罪責問題及量刑問題に關し特別の規定の存することを注意され度い。尤も此の特則は之を廢止すべしと云ふ議論が最近行はれてゐる。

獨逸裁判所構成法

第九十二條 判事は法定の員數を以てするにあらざれば裁判に參與することを得ず。

久しきに互る審問には裁判長に於て補充判事 Ergänzungsrichter の關與を命ずることを得るものとし、此の補充判事は審問に臨席して判事の差支ある場合には之に代ることを要す。

前二項の規定は參審員及び陪審員にも適用す。

第九十三條 評議及び表決を爲すに當つては裁判の任を有する判事の外は、同じ裁判所に於て司法事務修習中なる者に於て裁判長の許可を得たる場合以外には之に立會ふことを得ず。

第九十四條 裁判長は評議を指揮し、問を發し、意見を集む。

問の目的事項、問の解釋及び其の順位についての意見の相違、又は表決の結果については裁判所が裁判を爲す。

第九十五條 判事、參審員又は陪審員先決問題について表決を爲すに當つて少數意見たりしの故を以て、或る問題についての表決を拒むことを得ず。

第九十六條 此の法律に別段の規定を爲さざる以上は、裁判は意見の絶對多數に依つて之を行ふ。

裁判すべき數額に關して二以上の見解を生じ、其の何れもが過半数に至らざるときは、過半数を生ずるに至るまで最多額の數額に贊成なる意見を之に次ぐ多數に贊成なる意見に合算す。

罪責問題を除き、刑事事件に於て二以上の見解を生じ、其の何れもが所要の過半数に至らざるときは、所要の過半数を生ずるまで被疑者に最も不利なる意見を之に次ぐ不利なる意見に合算す。處罰問題につき二の見解を生じ、其の何れもが所要の過半数に至らざるときは、輕き意見を採用す。判事二人と參審員二人とを以て組織する參審裁判所に於て、罪責問題及び處罰問題を除き、贊否同數となるに至りたるときは、裁判長の意見に従つて決す。

第九十七條 判事は官等の順序に従ひ、官等同等なるときは年齢の順序に従つて意見を述べ、商事審判員、參審員及び陪

審員は年齢の順序に従つて意見を述ぶるものとし、官等年齢は何れも低き者より意見を述べ。參審員及び陪審員は何れも判事よりも先に意見を述べ。報告委員の任命せられたる場合に於ては、報告委員は最初に意見を述べ。裁判長は最後に意見を述べ。

第九十八條 參審員及び陪審員は評議及び表決の際の經過について、黙秘を守るの義務を負ふ。

獨逸刑事訴訟法

第二百六十三條 苟も公判被告人にとつて不利益なる裁判にして罪責問題又は刑の量定に關するもの、或る附加刑の言渡又は保安改善處分の附帶的結果若は命令に關するものには、三分の二以上の多數意見を必要とす。

罪責問題は刑罰法規の特に規定せる事情にして可罰性を阻却、減輕若は加重せしむるものを包含す。

罪責問題は累犯及び時效の條件を包含せず。

目次

A 評議の秘密の概念竝に法律的基礎……………(一)

 第一節 秘密の概念、秘密を守るべき義務の法律上に規律されてある場合……………(一)

 第二節 専任裁判官の職務上の義務としての評議の秘密……………(七)

 第三節 裁判官の獨立不羈の地位の結果としての評議の秘密……………(二四)

B 評議の秘密の客體……………(三三)

 第四節 評議竝に表決の意義、評議の秘密の危険……………(三三)

 表決方法各論……………(三九)

C 第一章 表決の際に於ける問題の提出……………(三九)

 第五節 問題提出の意義竝に方法……………(三九)

 第六節 表決方法の實際的意義……………(三九)

 第七節 絶對多數と比較多數、組合せ式方法について……………(五八)

 第二章 表決方法に關する係争問題……………(六六)

 第八節 論争の起り……………(六六)

 第九節 此の問題に對する解答の爲の出發點の獲得……………(七三)

第三章 現行訴訟法に由る正しい表決方法の研究……………(八五)

第十節 刑事訴訟に於ける表決の方法……………(八五)

第十一節 民事訴訟に於ける表決の方法……………(八九)

D 上告手續に於ける評議の秘密の効果……………(一〇八)

第十二節 評議及び表決に於て起り得べき法律違背の種類……………(一〇八)

第一章 評議の秘密と判決理由……………(一一〇)

(一) 個々の投票の不当であるかも知れない場合の内容……………(一一〇)

第十三節 評議の秘密と刑事判決の理由……………(一一〇)

第十四節 民事判決の評議の秘密と判決理由……………(一一三)

(二) 表決の経過に疑義のある場合……………(一一九)

第十五節 表決に關する規定の上告適性……………(一一九)

第十六節 判決理由中に於ける表決の経過の告知……………(一二四)

第二章 評議の秘密と證言の義務……………(一二五)

第十七節 不服を申立てられた判決が表決についての報告を包含して居ないに拘らず瑕疵ある表決を責問するのは適法であるか……………(一二五)

第十八節 表決に關する證人として判事を訊問して差支のないものであるか……………(一二八)

E 第十九節 第十七節の場合に於ける責問の訴訟的取扱……………(一二七)

裁判官の違法の行爲に由る手續に於ける評議の秘密の効果……………(一二八)

第二十節 違法の行爲の想像し得られる構成要件……………(一二八)

第二十一節 違反の證明適正、關係裁判官の報告……………(一三七)

F 評議の秘密の比較法的考察……………(一四四)

第二十二節 秘密の評議及び表決と評議及び表決の秘密との區別、想像し得られる組織……………(一四四)

第二十三節 いろいろな方法の適用範圍……………(一四五)

G 立法論としての評議の秘密の評價……………(一五二)

第二十四節 評議及び表決は秘密にすべきであるか、それとも之を公行すべきであるか……………(一五二)

第二十五節 法制としての評議の秘密は維持すべきであるか……………(一五二)

評議の秘密

其の客體竝に表決方法を斟酌しての其の効果の考察

ドクトル・カール・ギュンテル・フォン・コエルン

A 評議の秘密の概念竝に法律的基礎

第一節 秘密の概念、秘密を守るべき義務の法律上に

規律されてある場合



評議の秘密 *Beratungseheimnis* と云ふのは法律の用語になら一種の標語 *Schlagwort* であつて、合議裁判所を成す判事の合議體 *Richterkollegium* の評議 *Beratung*、表決 *Abstimmung* に出席した者が評議表決の際に於ける出來事について黙秘を守るべき義務の謂である。

語辭の厳格な意味の上から云ふと、「秘密」(*heimnis*) と云ふ語は一つには他人に黙秘されて居る事實を表示するものであり、然もまた特定人の利益の爲に或る事實を黙秘する状態を表示するもので

ある(註一)。法律語としては此の語は其の適用の各個の場合に於て特別な意味を持つ。即ち此の語は前掲の特定人の利益が法律的に保護されて居ることを示し、従つてまた此の利益の爲に設定された、或る事柄を黙秘する他人の義務を示すものである(註二)。

(註一) 此の利益は秘密の概念に屬する。Frank: § 300 I 4.

(註二) Serexhe 58.

法律は黙秘の義務のいろいろな場合を認めて居るのであつて、是等の場合はいろいろな見地に從つて分類することが出来る。即ち黙秘につき利益を有する者が私人であるか國家であるかに從つて、私人の秘密と國家の秘密とを區別することが出来る(註三)。他人についての事柄を黙秘すべき場合もあれば、また自分についての事柄を黙秘すべき場合もある(註四)。其の他人についての事柄も自分に打明けられた事柄もあれば打明けられたのではない事柄もある(註五)。自分に打明けられた他人についての事柄を黙秘するの義務は所謂職業上の秘密 *Berufseheimnis* に依つて特定の職業に屬する者に課せられる義務である(刑法第三百條)(註六)。信書の秘密(註七)、郵便の秘密、電信電話の秘密も亦此の種類の屬する(郵便法第五條、電信法第八條第一項第二段、刑法第三百五十四條、第三百五十五條、國憲法第一百七條、第三十四條第三項)(註八)。打明けられない他人についての事柄を侵害するのを禁止するものに信書の秘密(刑法第二百九十九條)があり、選舉の秘密(國憲法第二百二十五條、國選舉法第四十二條、第四十三條、第四十五條、第一百七條)がある。また職務上自分に打明けられたか又は兎に

角職務上それを知ることの出来る他人についての事柄や自分自身の職務上の行爲を黙秘すると云ふことは、黙秘が事柄の性質上必要であるか又は上官がそれを本人に命じたのである場合にあつては、職務上の秘密 *Amtseheimnis* (また職務上の黙秘 *Amtsverschwiegenheit* とも稱せられる)の官吏に命ずる所である(國官吏法第十一條)(註九)(註十)。此の義務は事柄が職務上の交渉 *Dienstverkehr* に於て知られたのでないすべての者に對して成立する。特定の自分についての事柄竝に他人についての事柄に關して官廳外に在るすべての者にも、はたまた官廳内部のその事柄に關係を持たない官吏に對しても黙秘を守るの義務は、所謂評議の秘密 *Beratungseheimnis* の判事に對して規定する所である。兩者を比較して見ればすぐ判るやうに評議の秘密と本來の職務上の秘密とに共通なことは、此の秘密を守ることに國家の利益が存すると云ふことである。之に反して其の異なる所は判事は自分の所屬の官廳に對してもはたまた他の官廳に對しても黙秘の義務を守らなければならぬと云ふことであり、また獨り専任の官吏たる判事に對して黙秘の義務を守らなければならぬ計りでなく、素人裁判官 *Talenti-Officer* に對しても此の義務を守らなければならぬと云ふことである。

(註三) Serexhe 58.

(註四) Serexhe: a. a. O.

(註五) 此の他人は秘密の「所持」*Beitz* に於て在るものである。Serexhe: 31.

(註六) 其の他の場合は *Allfeld*: 408 (國保險法、營業條例、人造バター製造法、酒造法、賣上税法等)。

(註七) 刑法第二百九十九條の意味に於ての信書の秘密ではない。Anshutz Art. 117; Frank: § 351. 1 を參照。

(註八) 刑事訴訟法第九十九條及び國辯護士法第八十一條に於ける制限をも參照ありたい。

(註九) 尙ほ一八二五年十二月三十一日及び一八三五年十一月二十一日のプロイセン邦閣令、徴兵法第三十四條、刑法第三百五十三條 a、辯護士法第十條、銀行法第二十條をも参照ありたい。

(註十) 其の場合には Allfeld : 407 f. (國保險法、使用人保險法等) を見られたい。

評議の祕黙についてはわが國の司法法規 *die Justizgesetze* 中には只一つの規定を存する丈である。

それは裁判所構成法第九十八條であつて、參審員 *Schlichter* 及び陪審員 *Geschworene* に評議及び表決の際に於ける経過について黙秘を守るべき義務を課して居るのである(註十一)(註十二)。

(註十一) 裁判所構成法第九十八條は勞働裁判所 *Arbeitsgericht* 及び地方勞働裁判所 *Landesarbeitsgericht* の陪席員 *Beisitzer* 竝に國勞働裁判所 *Reichsarbeitsgericht* の判事にあらぬ陪席員 *nichtrichterlicher Beisitzer* にも準用される(勞働裁判法第九條第一項)。商業裁判官 *Handelsrichter* (譯者曰、商事事件に關し民事部に代つて裁判をする商事部 *Kammer für Handelsachen* を構成する名譽職たる素人陪席員で商人階級の代表機關に依つて選出されるもの) は評議及び表決に關しては專任裁判官 *Beurtheiler* と同一の權利を有し義務を負ふ(裁判所構成法第一百十二條)。

(註十二) 陸軍軍法會議法第三百二十五條第二項及び獨逸國國事裁判所 *Staatsgerichtshof* の事務章程第八條第二項にも同じ規定が設けてある。

法律は裁判所の構成に關する規定の中で評議の祕密を規律して居るのであつて、それは「評議及び表決」と云ふ節に於てである。評議と表決とは訴訟の一部を成し、本來の裁判官の動作、即ち所謂 *Richten* (裁判する) たるものである(註十三)。さればその経過に關する規定も亦訴訟法的の規定たるものと看做すべく、只それが民事裁判所にも刑事裁判所にも共通的に適用のある規定である所から裁判所構成法中に置かれてあるに止まるものである。之に反して參審員陪審員に對して評議表決の際に於ける経過について黙秘を守るべき義務を課する規定は別個の性質を有するのであつて、裁判所構成

法第九十八條は決して陪審員參審員の裁判をする動作について規律を設けるものではなく、寧ろ判決の言渡の終つた後の時期について裁判をする合議體外に於て如何なる態度を執るべきものであるかの規定を彼等の爲に與へるものである。従つて裁判所構成法第九十八條は裁判をする手續についての規範たるものではなくて、寧ろ參審員陪審員に裁判外に於ける義務を課するものに外ならない。されば此の規定は前記の素人裁判官の權利義務を列擧してある法律の箇所、即ち裁判所構成法第三十條、第八十二條若は其の近所に收容せられても然るべきであらう。

(註十三) Feuerbach : 130.

裁判所構成法第九十八條は評議及び表決の際に於ける経過につき黙秘を守るべき義務を參審員陪審員に課して居るのであるが、此の點についての解釋は嚴格にする必要がある。即ち黙秘の義務は評議及び表決の際に評議室内で起りはしたけれども、評議及び表決と云ふ此の訴訟法上の事實自體には關係しない他の事實には及ぶものではない(註十四)。例へば合議裁判所を構成する一員が評議室内で犯した罪となる行爲 *strafbare Handlung* (裁判長が參審員の一人を侮辱したと云ふやうな) は、告訴して訴追することが出来る。評議の祕密は評議の行はれて居る間につき裁判官の身分の不可侵 *Immunität* を保障することを目的とするものではない(註十五)。陪審員竝に參審員は評議の経過について黙秘を守ることを要する。換言すれば彼等は自發的にもまた他人の質問に由つても評議の経過を人に語つてならず、また之について書面を以て何等かの箇所に發表することを許されない。

(註十四) Doerr: RhZZP. 3, 458 Anm. 33 の所説は正當である。

(註十五) されば評議室に閉ぢ籠ると云ふこと Klausur des Beratungszimmers は評議室として本質的なことではないのである。寧ろ法廷内に於ける低聲の評議も適法である。RGSt. 22, 396; 46, 373; RGJW. 57, 556 f. — 此のことを明示するものフランス治罪法第三百六十九條第一項、刑事訴訟手續の改正に關する一八四八年十月三十一日のヘン選帝侯國法第百十六條、一八五五年八月十一日のザクセン王國刑事訴訟法第五條などである。だがザクセン王國刑事訴訟法第二百九十六條第六項は終局判決について、裁判所が評議室に閉ぢ籠ることを要求して居る。其の理由は「即座に裁判すると云ふこと」(Jäger sur le hamp) は「成るべく細心にして根本的な評議の充分な保證を裁判官に」提供する所以ではなく、裁判の權威を害する虞があるからである。(Motive, S. 266, bei Schwarze: Comm. 2, 97)。之に反して昔の陪審裁判所の陪審員の評議についてはすべての法律を通じて、其の評議室に赴き嚴重に外部との交通を遮断して評議し表決すべき旨が強制的に規定してあつた。

裁判所構成法の審議に當つて表明されたやうに(註十六)、此の規定は一面に於ては公私の方面よりする陪審員參審員の表決に對する批評に對して、竝に彼等の表決が世に公にされることに由つて生ずることあるべき害悪や不利益やに對する懸念が彼等の判決の公平無私を傷ける虞のあるのに對して、陪審員參審員を保護することを目的とするものであるが(註十七)、また他の半面に於ては默秘の義務は裁判所、特に陪審裁判所竝に其の判決の威信を維持することを得しめるのを目的とするものである。蓋し個々の判事、陪審員、參審員などの意見の發表や投票が世間に知れて適切でない批評に曝露されることもならうなら、裁判所や其の判決の威信は傷けられることとなる虞があるからである。

(註十六) Prot. d. Komm. 1. Les., S. 65 f. (Hahn: GVG. S. 366); 2. Les., S. 693 f. (Hahn: S. 344f.).

(註十七) Vgl. RGSt. 47, 365.

第二節 専任裁判官の職務上の義務としての評議の祕密

合議裁判所の判事たる構成員は何れの國法中に於ても明示的に、評議及び表決の經過について默秘を守るの義務を負担せしめられるものではない。法律の立案者は、判事と云ふ者は既に其の職務上の義務に由つて評議表決の經過を默秘するの義務を負担せしめられる次第なのであるから、かやうな規定は全く無用であると思惟したものである(註一)。學說(註二)や判例(註三)に於ても大抵は此の點につき疑念を挿むものなく、寧ろ専任裁判官が評議の祕密を守ることを必要とするものであることは常に自明的の事項たるものとして居るのである(註四)。

(註一) M. r. 207 (Hahn: GVG. 181). 此の理由に因り専任裁判官の默秘の義務については議論が行はれず了つた。Hahn: 365 f., 344 f., 1357.

(註二) 十人評議を擧げる代りに假し Beilng: StrpR. 253VI; Loewe-Rosenberg: GVG. § 198. を擧げし置く。

(註三) RGSt. 61, 219; 60, 296; 26, 204; RGZ. 89, 16.

(註四) RG. in JW. 59, 2534 f. に依ると是は原則として仲裁人 Schiedsrichter にも通用することである。

然らば専任裁判官の默秘の義務は如何なる根據に基くものなのであるか。

専任裁判官は官吏であつて、官吏の權利を有し義務を負ふ。特に職務を履行し、服務の場所に出頭し、服務の内外に於て身分にふさはしい行狀を爲すの義務を負ひ、最後に職務上の默秘の義務(註五)をも負ふのであつて、此の職務上の默秘の義務を今ここで仔細に考察する譯なのである。

(註五) Pr. RichterDiszG. v. 7. Mai 1851, § 1. Harseim: Art. Richter, Disciplin derselben, § 2. S. 212.

官吏は事柄の性質がそれを要求するとき、又は上官がそれを命じたときには、自分の取扱つた服務上の事項又は其の他自分の知悉した服務上の事項について服務外に於て黙秘するの義務を負ふ。此の義務は官吏が其の任用者 Dienstherr に對し、國家に對して負ふて居る(註六) 普遍的な忠誠の義務 allgemeine Treupflicht (註七) に對應するものである。

(註六) Pieper: § 11, 1; von Rheinbaben, Art. Beamter § 8, pr.; Laband: I 459; van Calker: 137.

(註七) 此の忠誠の義務は他人の利益に於て行動する何人もの負擔する所である。尙ほ營業の秘密、經營の秘密、工場秘密を參照。營業上及び經濟上の秘密の刑法的保護については Allfeld: 408 を參照。職業上の秘密も此の關係に屬する。

プロイセン邦には之に相當する規定がない。

普通地方法 das Allgemeine Landrecht は國家の公僕 Diener たる者の權利義務について規定して居る第二部第一章中にも、はたまた他の箇所にも職務上の黙秘に關して規定する所がない。普通裁判所法 die Allgemeine Gerichtsordnung は明示的に裁判官に對して合議中生ずる一切の事項に關して黙秘するの義務(第十八條三)の(3) 竝に審理の機會に自分の知る所となつた當事者の私の秘密を漏洩しない義務(第四十條第二項三)の(3) を負擔せしめて居り、更に同法は合議裁判所の下級官吏に「其の扱ふ事件竝に事務」についても、はたまた「其の知悉する所となつた合議裁判所の投票、決議、處分」についても黙秘を守るべき義務を負擔せしめて居る(第二條三)の(4)。同じ黙秘は書記其の他の下級官

吏について服務上の宣誓中で特に義務たらしめられて居るのであつて(第二十二條、第七十一條三)の(5)、後者は更に法律中で明示的に規定されて居るのである(第六十八條三)の(5)。即ち普通裁判所法は特定の種類の司法官の職務上の黙秘の義務のみを規律するものであつて、其のすべての種類について規律するものではないのである。

けれども行政上の慣行は常にすべての官吏の一種の黙秘の義務を認め、此の義務を嚴達するいろいろな閣令が發せられて居る(註八)(註九)。苟も他人の事務を處理する者にして誠實の義務を負はない者はないのと同じやうに、官吏も亦忠誠の義務を負ふものであるが、職務上の黙秘は既に此の一般の忠誠の義務中に包含せられるのであつて(註十)、プロイセンに於ては行政上及び裁判上の慣行に於て發生した法慣習 Rechtsgewohnheit(註十一) に立脚するものである。

(註八) 一八二五年十二月三十一日及び一八三五年十一月二十一日及び一八四五年三月二十二日の閣令。尙ほ von Ditzing: 241.

(註九) それが黙秘の義務を嚴達するに止るものであることは規定されてはない。尙ほ van Calker: 135; RGZ. 35, 403 を參照。

(註十) Brand: 433.

(註十一) van Calker: 139.

職務上の黙秘の内容を特示するものは曩に既に擧げた國官吏法第十一條である。

前記のプロイセン邦の閣令が官吏の絶對的の黙秘の義務を要求して居るのであるかの如く見受けら

れる限りに於ては(註十二)、此の閣令は有權的に解釋して居る國官吏法第十一條(註十三)の標準に従つて制限的に解釋すべく、此の國官吏法の規定は決して新規な事柄をとり入れるものではなくて、特に聯邦中の最大なるもの、即ちプロイセン邦に於て成立して居る法律状態を獨逸國全體の上にも施行しやうとしたものに外ならない。

(註十二) 是は特に一八三五年十一月二十一日の閣令について云ひ得られることである。

(註十三) RGZ. 35, 403; RGSt. 28, 424; Pieper: 8 II, 1, von Dultzig: 25; Paff-roth: 3; Brandt: 494; Meyer-Anchütz: 593.

A. m. 4.

従つて國及びプロイセン邦の官吏の職務上の黙秘の内容としては次の事柄が判明する。

先づ事物の點に關しては官吏は自分の職務に由つて知り得た所の一切の他人についての事柄を、黙秘しなければならぬものであること刑法第三百條に擧げてある職業に屬する者に於けると全く同一である。此の義政は官吏が國家に對して負ふて居る忠誠の義務にも基くものであるが、併し其の根源は人民に對して國家の負ふ誠實の義務の中に存する。蓋し國家は人民の事務を處理する者だからである。官吏は行動をする國家の機關として人民に對する義務に該り、内面的の關係に於て人民に對して此の義務の履行を負ふのである。

けれども官吏は更に一切の職務上の事實や自分自身、其の上官、同僚、下僚のすべての行爲についても黙秘を守ることを必要とする。此の義務は直接に、そして官吏自身の國家に對する任用關係 Dienstverhältnis からのみ生ずるのであつて、雇傭關係に於て他人の爲に勞務する何人もが其の雇主に

對して負ふ黙秘の義務に對應するものである。

けれどもかやうにして事物の上で界限された黙秘の義務は、黙秘が事柄の本質上必要であるか、又は上官が當該の官吏にそれを命じた場合に限り成立するものである。

人の點に於ては官吏は職務の上で其のことにたづさはらないすべての人及び團體 Personenverbände に對して、此の事柄を黙秘するを要する。即ち官吏は無關係の私人に對しても、また職務の上でそのことにたづさはらない官廳に對しても(註十四) 政黨政派若は其の他の組織に對しても、乃至はまた新聞雜誌の上でも、此の保護されて居る事柄に關して何等かの報導を爲すことを許されぬ。

(註十四) van Galken; 151 ff. 參照。尙ほ此の點について刑事訴訟法第五十四條及び民事訴訟法第三百七十六條の訊問の禁止

Vernehmungsverbot に注意せられたい。——豫審判事の判決裁判所に對する關係については Goldschmidt: JW. 58,

2396 を參照。

以上を以て官吏のすべてに該當する普遍的の職務上の黙秘の性質を簡單に名狀した。そこで今度は評議の經過について黙秘すべき裁判官の特別の義務の法律上の原因と範圍を説明しなければならぬ。裁判官の黙秘の義務は普通の職務上の黙秘以上に互るものであることは、既に言明した所だからである。

評議の秘密の一部は普通の職務上の秘密に由つて蔽はれる。

事物の點に關しては完全に蔽はれる。評議と表決は職務に由つて裁判官に知られる事柄である。それは國家の特有の事柄であり、判事や其の同僚や尙ほ其の上に素人裁判官が存在するとすれば此の素

人裁判官が、訴訟に於て必要となつた裁判を爲すに當つて行ふ行爲である。是等の事實は他の者は全部除外して行はれる（裁判所構成法第九十三條）。それは後になつても公表はされない。裁判は裁判所全體の裁判たるものとして言渡され、また記録の上に明白にされる。判決にはすべての判事が署名をするのであつて、少數意見として否決されて了つた意見の持主たる判事も矢張り署名の中に加はるのである（民事訴訟法第三百十五條、刑事訴訟法第二百七十五條）。従つて外部に對してはすべての判事が判決について責任を負ふ。此の裁判所の決議の衆説一致の擬制 *Kfiktion der Einstimmigkeit* は裁判の權威を確保することを目的とするのであつて、若し個々の判決につき賛否の形勢が明示されてあつて、當該の判決を支持する意見の數に由つて判決を評價する因が與へられでもしやうなら、判決の權威は危殆に瀕せしめられざるを得ないであらう（註十五）。判決理由は原則として表決の經過若は意見の分歧についての報告を爲すことを必要とするものではない（刑事訴訟法第二百六十七條）（註十六）。

（註十五） 裁判所構成法を審議する際に於ける代議士ラスケルの「各判事は判決の言渡に際し多數の意見に異る自分の意見を發表し其の理由を開示して差支ない」ことにしやうと云ふ提案（結局他の代議士全部に由つて否決された）に關する委員會、委員の議論を參照（*Tidning*: 362—365）。

（註十六） 其の例外については第十三節の(9)を參照。

以上に述べた裁判所構成法並に民事刑事の訴訟法の規定からして、法律は評議及び表決の經過の公表——當事者に對する場合をも包含する——されるのを絶對的に欲して居ないものであることは直ち

に明白である。従つて評議及び表決は明瞭に識認することの出来る法律の意思上、法律が秘密に附することを要求して居る職務上の事項たるものである。けれども法律は裁判をする作用に於て獨立不羈の地位を有する裁判官にとつて上官の代りをするものなのであるから、裁判官は國官吏法第十一條の原則に従つて評議及び表決を黙秘することを必要とするものである（註十七）。

（註十七） 「小より大へ及ぼす論法に依つて」 *per argumentum a minori ad maius* も、法律は「事件の性質」よりも一層強力な強制である。

だが併し以上に述べた所丈では未だ以て評議の秘密の人的範圍については何等論せられては居ない譯である。職務上の秘密は職務の範圍以外に在るすべての人に對してのみ效力を有するのであるが、之に反して評議の秘密は上官や同僚や下僚やの何人に對しても守らるべき合議體の唯一の秘密である（註十八）。

（註十八） 評議の秘密を普遍的な職務上の黙秘からのみ演繹しやうとする學者は此の點を看過して居るものである。

評議の秘密が此の方向にも及ぶものであることは學說も判例も明示的には指摘して居ないけれども、黙秘の義務から抽出される論結、竝に評議の秘密が大抵の場合裁判官の獨立不羈の地位の派生的觀念たるものと看做されて居ることからしておのづから推論されるやうに、黙示的には承認されて居る所である。

第三節 裁判官の獨立不羈の地位の結果としての評議の祕密

服務上の交渉 Dienstverkehr に於ても評議の祕密を守ると云ふことを辯護することの出来るのは、實に裁判官が獨立不羈の地位を有すると云ふ原則の存在する結果である。

法律は監督官 Aufsichtsbearbeiter が評議に立會ふのを禁止して居る（一八八八年四月五日の法律の法文に於ける裁判所構成法第九十三條）（註一）。此の禁止は裁判官の獨立不羈を保護し、従つてまた同時に裁判官の裁判の公平無私を保護することより以外の何ものをも目的とするものではない。蓋し裁判官の裁判の公平無私は監督官の立會ふことに由つて脅威される虞があるからである。勿論裁判官は「物的」獨立 Sachliche Unabhängigkeit の原則（註二）に由つて直接の干渉に對して保護されるのであるけれども（國憲法第二百二條）、裁判官の職 Richteramt の人的保障は、特に確定的に任用されて居ない裁判官にとつては不完全であることを免れないのであつて（註三）、従つてまた本當に公平無私な司法にとつて必要缺くべからざる裁判官の「人的」獨立（註四）獨立 Personliche Unabhängigkeit は必ずしも絶對的に保障されて居る次第ではないのであるから、監督官が評議に立會ふの結果として裁判官が囚はれたやうに感じ、わけても社會にとつて重大な意義を有する訴訟に於て其の眞實の見解を憚り、監督官廳の代表者を斟酌して其の意見を立てる危険は存する。かくの如き危険を豫防するのが裁判所構成法第九十三條の規定である（註五）。

（註一） Loewe-Rosenberg: § 193 GVG. 3a; Binding: Grundriss 170 f.

（註二） Gilland: Gruch. 69, 663, 665; Loewe-Rosenberg: § 1 GVG. 5; Böttcher: ZRP. 51, 211, 225.

（註三） 裁判所構成法第二條乃至第八條。Doerr: KhZRP. 3, 434; Gilland: a. a. O. — 尙ほ Au. in 3 を參照。氏は裁判官を監督するについての國の利益と裁判官をして獨立の地位を保有せしめるについての國の利益との間の矛盾を指摘して、此の不完全を必然的のものであると稱して居る。——トヘル (Doerr: a. a. O. 452) は此の間の消息を裁判官の權力の濫用と云ふ一難を免れやうとして懲戒權の濫用と云ふ別の新たな一難に遭遇するものと稱して居る。

（註四） 註二を參照。

（註五） 更に RG. in JW. 59, 2794 を參照。

けれども若し後に至つて監督官廳が評議表決の經過、特に裁判官の意見を承知することが出来るものとするならば、此の規定は其の目的や精神を失ふこととなるであらう（註六）。されば評議表決の經過について黙秘を守ることによつて明示的に命ぜられた評議表決の祕匿を恆久的のものとするのは、必然的に法律の精神に添ふ所以と謂はなければならぬ（註七）。

（註六） Vgl. die Ausführungen Kades (70f.) und den dort z. T. wiedergegebenen Artikel der Kreuztg. v. 6. April 1909.

（註七） 祕密に評議すると云ふことがなかつたら評議の祕密も存在すまい。——ヒンデンブルグも評議の祕密を裁判所構成法第九十三條（當時にあつては第九十五條）の規定に歸著せしめて居る（Binding: Grundriss 161）。だが氏は本文でやつて居るやうな區別は立てて居ない。ストルックマン・ホの著書 (Struckmann-Koch: § 195 GVG.) によつても同じことが云ひ得られる。RGSt. 61, 218 も亦相似たり。反對 Fuchs: Justiz III, 249.

服務上の交渉に於ても評議の祕密を守る裁判官の義務が、裁判官の獨立の原則の上に立脚する裁判所構成法第九十三條から直接演繹することが出来る以上は、評議の祕密なるものは此の祕密を守る義務の及ぶ範圍内に於ては其の根源を間接に裁判官の獨立の原則の中に有するものであることがあ

づから判明する。けれどもまた其の範圍内に於てのみに止まる。蓋し前に挙げた其の他の點に於ては此の原則に歸著せしめることは出来ないからである。

裁判官の獨立と云ふことは從來法治國の憲法の一番重要な原則の一つであつて(註八)、官吏たる裁判官(註九)なるものが存在するやうになつて以來既に成立して多少程度の差こそはあれ嚴重に遵守されて來たもので、裁判官は裁判を爲すに當つて法律に基いて獲得された自分の信念に従つて己れを規制すべく、其の際政府、行政官廳若は議會の如何なる指圖にも左右されるものではないことを意味する(註十)。是が裁判官の獨立の原則の内容であつて、それより以上のものでもなければそれより以下のものでもない。其の限界を右の如く限定するならば、評議の祕密が普遍的な職務上の黙秘に立脚する以上は、裁判官の獨立の原則は評議の祕密の論據としては除外せざるを得ないと云ふ結果を生ずる。蓋し普遍的の職務上の黙秘は裁判官をして、内部的の服務上の交渉に於ても評議表決の經過を黙秘するの義務を負担せしめるものではないからである(註十一)。

(註八) アウン(Aulin: 6ff.)は主として裁判官の人的獨立を取扱つて居るのである。Inshes: 19f.

(註九) von Staff: DJZ. 34, 35 ff.; Weizell: 399 f. und die daselbst zit. alten Reichsgesetze; Endemann: ZZR. 18, 173.

中世の帝國裁判所 Reichskammergericht は皇帝の恣意から獨立した司法を樹立せんが爲に設置されたものであるが、併し皇帝は「一方の手で與へた所のものを他方の手で取上げやうとし」て、帝室裁判所 Reichshofrat と云ふ獨立の地位を持たない裁判官を以て構成された「官俟合議裁判所」Regierungsvollegium を設置したのである(Stolhe: 15 ff., 23)。

帝國裁判所は皇帝の干渉を承認しなかつたが、皇帝の帝國裁判所の裁判に對する干渉がどんなものであつたかは

Thudichum: ZfRudRw. 20, 166 f. に叙説してある。

(註十) Anschütz: RV. Art. 102, 2; Böttcher: ZZR. 51, 211; Doerr: RhZZP. 3, 441.

(註十一) 即ち職務上の黙秘の義務は大審院(RGSt. 26, 204)が理由書(Motive S. 207)を援用して認めて居るやうに裁判官の獨立の地位の法律上の保障と一致するものではないのである。尙ほ本節の註二十を参照。

かやうに他人をして自分の意見を左右せしめない裁判官の義務(註十二)は、裁判官の意見を左右せしめやうとする一切の試みを差控へると云ふ前記の國家機關の相對應する義務の造り出す所であつて(註十三)、此の裁判官の義務はどの裁判官にも通用するのであるが(註十四)、併し參審員や陪審員にとつては此の義務は全然意義を持たない。それは參審員や陪審員は國家に對して、監督官廳の指令に服従するの義務を負はしめられる任用關係に立つ者ではないからである。加之立法者をして裁判所構成法第九十八條を立案するに至らしめた所以のものも(註十五)憲法上の意味に於ての裁判官の獨立の原則ではなくて、寧ろ裁判の公平無私を妨げる別種の干渉であつたことは既に述べた通りである。

(註十二) 獨立を要求する權利の半面としての此の義務は大抵の學說中には挙げられて居ない。之に言及するものは Doerr: RhZZP. 3, 441 であり、之を擧げて居るのは Asher: DRZ. 21, 90 である。

(註十三) Böttcher: ZZR. 51, 212; Lowwe-Rosenberg: § 1 GVG. Ib.; Gütland: Gruch. 69, 664.

(註十四) Anschütz: Art. 102, 2.

(註十五) 獨立の地位を必要としたのは只任用された裁判官についてのみであつたことは沿革の示す所である。

かやうな干渉の危険は専任裁判官についても之を存する。只専任裁判官にあつては職務上の祕密が裁判官の評議表決の經過を漏洩するのを妨げ、従つてまた其の裁判官としての行爲を公然の論議の題

目たらしめるのを妨げるものであることは前にも説明した通りである。

公平無私と云ふことが各個の裁判官の主たる義務であり、結局裁判官の本質を成すものであること(註十六)、従つてまた最近の法律中ではもはや明示的には高調されては居ないこと(註十七)、竝に憲法上の獨立は此の性質を特定の方向に於て保障することを目的とするものであること、及び専任裁判官の職務上の黙秘は裁判所構成法第九十八條と同一の目的に役立つものであることを斟酌するときは、評議の秘密は我が國に於ける裁判所の構成上に於ける一つの制度として、裁判官の公平無私に役立つことを使命とするものであると稱することが出来る。更にまた裁判官は政府とか行政方面とか議會とか或はまた私人、新聞雜誌、公衆、政黨政派若は其の他の公私の生活上の因子に由來するあらゆる干渉から獨立の地位を保つのでなければ、公平無私に裁判をすると云ふことは出来ないものであると云ふことを考へ合せて見るならば、裁判官の裁判を爲す際に於ける立場についての此の要求を一つに要約して(註十八)、之を普遍的に裁判官の「獨立」と稱し(註十九)、評議の秘密なるものは裁判官の獨立を目的とするものであると云つて差支あるまい(註二十)。

(註十六) Brand: 51. — 古く法律は明示的に此の性質を裁判官の義務たらしめて居る。所謂シェワールヘンスビーゲルラン *Franko Schwabensp. Idr.* には、「苟も裁判官たる者は四つの徳を具ふることを必要とす。公平……睿智……毅魄……中庸是なり。即ち裁判官たる者は好惡愛憎の念に依つて正しかる所のものを枉げざらんが爲に公平を持すること必要とするものなり」 *Ein jeglich richter sol vier tugede han……rehekeit……wished……sterke……masse. Ein richter sol gerehkeit also han, daz er durch liebe noch durch miete noch durch haz nint en tun, waz daz recht*

si (von Lassberg: § 86; Gengler: Cap. LXXI, § 3), (ノイフェルトは今日の參審員の義務を名狀する爲に此の箇所を援用して居る。 von Stengel: Erg. Bd. 2, 243) と云ひ、また一四九五年八月七日の帝國裁判所法 *RKO.* は裁判官竝に陪席員の宣誓に於て「……被告たる者の身分の高下貴賤には關係なく己れの最善の理解に従つて裁判を爲し、如何なる事件に臨むも之に反して動かざることなく、また裁判所に屬中若は過去に於て屬したる如何なる事件の爲にも當事者又は其の他の者よりして贈與若は其の他の利益をみづから受けず、また他人をして之を受けしむることを爲す……」 *dem Höhen und dem Nidern nach seinem besten Verstantus gleich zu richten und kein Sach sich dagegen bewegen zu lassen, auch von den Partheien oder jema:d anders keiner Sach halben, so in Gericht hanget oder hangen wurde, kein Gab, Schenck, oder ainichen Nutz durch sich selfs oder anders…….tzu nemen oder neman lassen」と要求し、一五三二年の刑事裁判所法 *PGO.* は裁判官及び「參審員若は判決官 *Urtheilsprecher*」に「……被告の身分の高下貴賤には關係なく正義を行はしめ、裁判をし、判決を爲し、好惡愛憎の念に由つて動かざることなく、また他の事項の爲に左右せらるることせず」(第三條、第四條) *……recht ergעהen lassen, richten unnd urtheylen Gbezw. rechte urtheyl geben unnd richten* dem armen als dem reichen, unnd das mit lassen, weder durch lieb, leydt, miet, gab, noch kayner andern sachen wegen」と宣誓すべき旨を規定し、またフランデンブルク選帝公國裁判所の「判官」*Gerichtssitzer* には其の宣誓中で「……あらゆる良知を傾けて敏速に公平に裁判を爲し、愛憐、嫉妬、贈遺、友誼乃至は其の他の事項の爲に動かざることせず、また當事者より贈與若は利益を收受することを爲す……」 *……zu Recht nach alle meinem besten verstantis, das gleichst und billig sprechen, thun und handeln will und das nicht lassen, um Liebe, Neydt, Gabe, Freundschaft noch keinerlei Sachen willen, auch keine Gabe oder Nutz darumb von Parthen nehmen…….* (*CFO. v. 1516, Myl. II I Nr. 1 S. 3*) と云ふことを義務たらしめたのであるが、其の後の時代には帝國裁判所の裁判官は絶えず同じ趣旨のことを嚴達されて居た。 *Mylus: II I Nr. XXIV Kap. 29, 30; Nr. XCIV Cap. 15, 16* に載せられてある。帝國裁判所に關するいろいろの勅法、竝に *Allgemeine Ordnung, die Verbesserung des Justiz-Wesens betreffend, v. 21. Juni 1713, sub XXIV (Mylus: Nr. CXXXI)* に於けるフリードリッヒ・ウァルム一世の訓示を參照。獨逸各邦の陪審裁判所法も一八〇八年十一月十七日のフランス*

治罪法第三百十二條に「……被告人の利益を害せず、また彈劾を行ふ社會の利益をも裏切らず……憎惡、害心、畏怖、愛憐の何れにも心を奪はることなく……自由篤實なる者に似つかはしき公平なる態度と剛毅なる精神を以て……裁判すること……」……de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse……de l'épouiser ni la haine ni la méchanceté ni la crainte ou l'affection……de vous décider……avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre」とあるのに做つて陪審員の公平無私を要求した。即ち一八五〇年一月十七日のオーストリー刑事訴訟法第三百十八條、一八四九年一月三日のプロイセン邦刑事訴訟法第九十七條、一八四八年十一月十日のバイエルン邦刑事訴訟法第十條、一八五一年二月五日のバーデン邦刑事訴訟法第七十六條、一八四九年八月十四日のヴュルテムベルグ邦刑事訴訟法第十八條の如き、何れも部分的にはフランス治罪法の文字章句を其の儘踏襲して居るのである。

(註十七) 例へば裁判所構成法第五十一條、第八十四條、一八七七年二月一日の帝國刑事訴訟法第二百八十八條の參審員及び陪審員の宣誓を參照。

(註十八) 勿論是には自分自身の偏見や激情に對する「内面的な」獨立をも併せ包含せしめて解釋すべきであらう(信用の危機を參照)。Gillard: Gruch. 69, 667.

(註十九) 前の説明からしておのづから判明するやうに此の一般的な、廣義に於ての「獨立」と云ふ名稱は寧ろ避くべきである。蓋し廣義に於ての獨立は實際に於ては單に不正確な標語に止まるもので、裁判官の獨立の地位と云ふ憲法上の概念との混同を導く處があるからである。

(註二十) 大審院は此の明確でない獨立の概念を評議の秘密についての自分の判決の基礎として居る。即ち刑事事件に於ける基本的判決 (RGSt. 26, 204) 中に於てである。此の判決中に援用してある法律の審議の際に於ける議論は、參審員及び陪審員のみに関するものである。裁判所構成法第九十八條の規定の必要であると云ふことについては、委員會の委員の間でも決して意見の一致を見た次第ではなかつた。曩に第一節の註十六中で既に示したやうに、此の規定を是なりとする論者は此の規定を以て素人裁判官の公平無私並に裁判所や裁判所の判決の威信を擁護する爲に合宜的であると觀察して居る。代議士グリム (Hahn: GVG. 366) が問題たる規定を參審員及び陪審員の裁判にとつての

「獨立の守本尊」たるものと認める必要がある旨を指摘したのは、憲法上の意味に於ける本來の獨立と云ふこととは何等共通の要素を持たない、寧ろ單に公平無私と云ふ裁判官の自明的義務にのみ關する、廣義に於ての「獨立」の概念の一部分の、右に特示したやうな制限的の意味にのみ解すべきである。假令大審院の判決は裁判官の獨立の原則を概念的に明かにしては居ないとは云へ、それでも他の半面に於ては問題たる判決の全般からして、大審院は此の原則の實際的適用の點に於て區別を立てて居ることが窺はれるのである。

大審院が獨立の概念を使用して居るやり方には、ハルトマン (Hartmann: JW. 58, 236) も反對である。

大審院は「獨立の守本尊」と云ふ語辭を RGSt. 61, 218 並に DRZ. 1927, Nr. 421 中で代議士グリムの言葉から踏襲して居る。特にグリムが此の標語を理解したのと同じやうな不正確な意味に於てである。此の點に於てキューベル (Kühnel: DRZ. 2, 403) は大審院に做つて居るものである。

政府案の理由書は、裁判所構成法第九十八條の規定が一八六八年四月十七日のヴュルテムベルグ邦刑事訴訟法第三百八十條第二項と一致して居る旨を傳へる丈に止めて居る (Hahn: GVG. 181)。

ここで行はれて居るやうな區別を伴はない。「獨立」の概念を以て評議の秘密を論證して居る者に Banneke-Belling: 42 mit 334; Feisenberger: § 198, 1; Haas: 14; Jhering: 1, 403 があり、國憲法第百二條及び裁判所構成法第一條の意味に於ての獨立を以てする論證に反對なる者に Haack: § 200; Haber-stumpf: Seuff Bl. 75, 333 がある。兩者共職務上の秘密を評議の秘密の唯一の法律的基础として見て居るのである。

評議の秘密の法律上の根據(註二十一)についての検討の結果として參審員及び陪審員は現行法上の規定に依つて評議及び表決の經過を黙秘するの義務を負担せしめられて居る者であるのに反し、専任裁判官は一部は職務上の秘密を守るべき其の一般的義務に因り、また一部は他の國家權力に對する獨立の地歩を擁護すべき其の義務に因つて、評議の秘密を守るの義務を負担せしめられる者であることが判る。

(註二十一) 是丈では未だ以て其の司法政策上の必要若は不必要については何等言明されたものではない。尙ほ此の點についてはGの章を参照せられたい。

専任裁判官は官吏であり、官吏として國家の懲戒権に服する者であるし、また職務上の秘密を守ることも獨立の地位を維持する義務を遵守するものも其の職務上の義務に屬することなのであるから、専任裁判官にあつては評議の秘密は其の職務上の義務に屬するものと稱することが出来る。即ち評議の秘密を維持すると云ふことは裁判官にとつては一つの職務上の義務たるものである。けれども職務上の秘密を維持すると云ふことは、其の全範圍に互つて其の法律上の根據を裁判官の官吏法上の地位の中に見出すものではなく(註二十二)、寧ろ評議の秘密が職務上の秘密と一致する限度に於てのみ、裁判官の官吏法上の地位の中に法律上の根據を見出すことが出来るに過ぎない。それ以外に於ては評議の秘密は裁判官の獨立の地位の中に其の法律上の根據を有するものである(註二十三)。

(註二十二) 只職務上の義務と云ふのは官吏懲戒法に由つて確定されて居る官吏の一般的義務を指稱するものと解し、同じ懲戒法に依つて其の履行を確保されて居る裁判官の特別の義務とは區別しなければならぬ。尙ほ國官吏法第十條及びプロイセン邦裁判官懲戒法第一條の一般的條款をも参照ありたい。

(註二十三) 學說や判例は大抵評議の秘密を職務上の秘密として簡單に表示して居る。Haas: Titel und Passim; Loewe-Rosenberg: § 198 GVG.; Stenglein: Lehrh. 54; RGSt. 23, 204; 60, 296; 61, 219 などかそれであつて、裁判官の職務上の義務からして裁判官の評議の秘密を推論して居る。ここに稱して「職務上の義務」と云ふのは恐らく(それは今ここに於けるが如く區別されては居ない)一般的な官吏の義務を指すものと解すべきであらう。Kohlrausch: § 198 GVG. 1; Sydow-Busch-Krantz: § 198 GVG. 1; Loewe-Rosenberg: a. a. O.; Birkeneyer: Lehrh. 271; Stenglein: a. a. O.; 尙ほ Motive 207 (Iahn: GVG. 181) も亦然り、更に van Calker: 126 Anm. 12 を参照。

B 評議の秘密の客體

第四節 評議並に表決の意義、評議の秘密の危險

以上に論究した所に由つて明かであるやうに、國家は評議の秘密と云ふ制度を以てして司法の公平無私と裁判所の裁判の權威とを維持することを目的とするものである。此の目的を達成すると云ふことは國家にとつて非常に大切なことであるので、其の爲に國家は其の他の點に於ては公開されて居る訴訟手續に於て、評議及び表決の經過を認知することを一般公衆にも拒めば、またみづからも亦此の點に監督統制の手を伸ばすことを斷念して居るのである。凡そ評議表決は訴訟の經過にとつて決定的の意義を有する事實であり、またわけても表決は裁判する *das Richter oder Entscheiden* (註一) と云ふ裁判官の本來の動作を意味するものである。然も尙ほ國家が評議表決に對してかやうな態度をとつて居るとすれば、此の目的の達成が國家にとつて大切である程度も以て察するに足りるであらう。

(註一) 第一節の註十三を参照。——是は今日の意味に於てのことであつて、ゲルマン法や中世の獨逸法に於ては趣を異にする。當時にあつては *Richten* と云ふ語辭は *Entscheiden* (裁判する) と云ふことを意味するものではなくて、寧ろ物事を指揮することを意味し、そして一方判決は「裁判官」の「發見」する所ではなくして裁判團體である *Gerichtsgemünde* (ゲルマーン族) とか、*Rachinungen* (フランケン族) とか、*Esigo* (オーベルドイッチ族及びフリーゼン族) とか云ふ團體の「發見」する所だつたのであることは周知の通りである。vgl. Brunner: I, 144, 155; II, 220, 223,

225; Planck: I, 123, 243 f., 253; Brunner-Heymann: 18, 177, Ssp. Idr. II, 12, § 7, II, 22, § 1, III, 30, § 2, I, 8, § 1 (Honeyer); Schwsp. Idr. §§ 97b, 116, 141, 172 (von Iasberg); Cap. LXIX, XCVI, CXX, CCLVII (Gengler)。
 かくの如き職能の分配は帝國裁判所では最後まで行はれて居て、そこでは裁判官や裁判長は昔の意味での「 Richter」 (指揮者)であり、「判決発見者」 Urteilsfinder たるのは陪席員の任であつた。vgl. Smend: I, 244, 264; Endemann: ZZP. 18, 168 ff.

國家、そして國家を通じて社會公共は裁判官に評議表決の全然自由な、何人に對しても責任を負はない取扱を一任することに由つて、裁判官に多大の信用を拂つて居るものである。素より法律は裁判官としての任用には長年月に亙る根本的の教養の條件を伴はしめて居ることであるから、裁判官が評議に際し原則として良知良心良能に従つて考察し表決する保障は、一通り存在するものとは云ひ得られるけれども、然も此の條件は未だ以て裁判官が時に謬りを犯すことのあるのを妨げるには足りな。特に裁判官の處理すべき事件が山積して長い間裁判官に過當の負擔である場合にあつては、評議表決の際裁判官が事實若は法條の何れかを見落すことのないのを保し難い。更に國家の權力如何に權威あるも實體法若は訴訟法の條文に疑義を伴ひ、争あるものの出來て來るのを妨止することは不可能である。最後に裁判官が評議表決に際して法律の規定に違反し、其の違反が特別の手續に於てする訴追の機會を興へると云ふやうな可能性も、そう云ふことは滅多には起るものではないけれども、兎に角その可能性は常に存在するものと謂はなければならぬ。

そう云ふ違反が解明されもせず、補正されもせず、又は處罰されもせずに終る虞があり、評議の秘密が違法の手續を蔽ひ隠す隠れ蓑の作用をするやうなことがあるとすれば、それは誠に望ましからぬ状態と謂はざるを得ないであらう(註二)。惟ふに評議表決は訴訟の一部分たるものである。評議の束縛のなき、準備的の経過については結局周到に根本的に行ふことを必要とする旨(註三)(註四)の一般的原則しか興へることは出來ないけれども、表決が如何に行はれるかと云ふことは直接決定的の意義を有することなのである。

(註二) 此の危険は早くから既に知られて居たことである。即ちハンター(Hefter Civa. 13, 73)は裁判官の評議の「秘密制度」が、表決の際に於ける恣意を隠蔽するのに與つて力があるのは疑を容れない所であると述べて居る。

(註三) 評議は報告判事 Berichterstatter が演述 Vortrag を組立てると同じ順序で行はれる。報告並に裁決の處理については特に民事訴訟について精確に發達した規則が存する(Dankenspeckのやうな指導書 Anleitungssicher を參照)。刑事訴訟については學問的法則は存在して居ないけれども、刑事訴訟にあつては訴訟條件、事實の敘述 Geschichtserzählung、客觀的事實、主觀的事實、刑の量定、附帶的結果のやうな實際上に於ける法則が發達した。類似の結果を伴ふ積極的提案は Klein: Ann. 7, 338; König: PrjW. 4, 545; von Lilienthal: St.Pr.R. 1149; Heinenmann: 242 などがある。

(註四) 評議は訴訟の非常に大切な部分である。フイエルバッハが評議を以て職務上の行爲 Amtshandlung たるものと見やうとせず、評議室内に居る者は「一只の人間で裁判官ではない」と云つて居るのは間違ひである(Feuerbach 128)。

評議の任務とする所は討論や交互的の啓蒙や示唆に依つて意見を練り上げ、以て裁決を準備するに在る(註五)。其の客體は刑事訴訟にあつては公判開始決定や、或は公判中に新に發生することあるべき法律上の見地(刑事訴訟法第二百六十四條、第二百六十五條)や、公判の経過中に言渡された決定により被告人に對する公判開始の因となつた犯罪とは別個の、判決の客體たる犯罪事實から生ずる(刑

事訴訟法第二百六十六條)。民事訴訟に於ては最終の口頭辯論の末尾に現はれて居る事實及び争點の状態 Sach-und Streitstand が評議の基礎を與へるものである(民事訴訟法第二百七十八條乃至第二百八十三條、第二百八十六條)。

(註五) ウィーランド(Wiland 166)は法條が存在して居る以上は討論は不必要なのであるから、討論は本來の評議に屬するものではないと主張して居るけれども、何故討論が本來の評議であつてはならないのかは解し難い。裁判官は決して法律適用を行ふ機械 Selbstautomaten たるものではない。事實や法律に疑義のあることは非常に多く、従つて同僚と討論することによつて裁判官が此の疑義ある事實や法律についての意見の決定を容易ならしめられることも随分あるのである。

評議の價値を高調するミ、テルマイヤアの議論(Mittemair: Civa. 14, 408 ff.)は正しい。氏は判決發見 Urteilsfindung の敏速と云ふことは要求しないで、其の精到であることを要求して居るのである。Hellwig: Lehrb. 3, 66 und System I, 82; Feuerbach: 1, 125 (併し註四を参照)。最後に Schiffer: 341.

評議の結果は表決の資料を與へてくれる。即ち評議に於て有力となつた意見と明白になつた裁判の見込とからして、表決の際に解決すべき問題が出て來るのである。表決については法律には極く少ししか規定がない。

即ち法律には評議表決は秘密に行はるべき旨、及び關係判事の外には當該裁判所に於て事務修習中なる者(註六)であつて裁判長が傍聽を許した者しか臨席してはならない旨が規定してあり(裁判所構成法第九十三條)、次に表決の順序正しく行はれるのを保障して、裁判長を評議表決の指揮者と定めて居るのであるが、目的事項問題の構成並に順序又は表決の結果に關する意見の相違は裁判所の裁

定する所である(裁判所構成法第九十四條)。更に法律は、表決を拒むことに由つて裁判の不可能ならしめられるのを豫防しやうとし、前行の問題に於て少數意見として表決に敗れた者にも次の問題について表決に参加する義務を負担せしめて居る(裁判所構成法第九十五條)。表決の人的順序 Persönliche Reihenfolge は裁判所構成法第九十七條の規律する所で、官等の低い者から先づ始めるべく、官等の同じであるときは生年月日の順序に依るべきものとして居る。最後に法律は裁決に必要な賛否の數に關する規定をも掲げ、一切の裁判につき原則として單純多數決を要求し(裁判所構成法第九十六條第一項)、只刑事事件に於ては被告人にとつて不利益な裁判は罪責問題に於ても刑罰問題に於ても一々關係判事の三分の二の多數を要求して居る(刑事訴訟法第二百六十三條第一項)。比較多數は金額及び刑罰問題に關する裁判につき法律の規定する所で、是等の場合は法律に規律してある(裁判所構成法第九十六條第二項、第三項)。

(註六) 是等の者についても黙秘の義務の適用がある。

以上に擧げた法律の規定の示して居るやうに、法律は只表決が滞なく行はれてどの場合にも積極的結果、即ち裁判に到達して終りを告げること丈しか保障しては居ない。之に反して具體の場合にどう云ふことを表決の客體たらしめることを欲するのであるか、問題はどうか云ふ風に提出されるのを欲するのであるか、一言にして盡せば表決方法 Abstimmungs-methode については法律には全然規定はない。されば此の點について法則を樹立するのは學說判例の任であると謂はなければならぬ(註七)。

(註七) これ法律の理由書の力説する所である。Motive 305 (Hahn: GVG. 180).

C 表決方法各論

第一章 表決の際に於ける問題の提出

第五節 問題提出の意義並に方法

以下に於ては簡單にはあるが表決方法の問題に論及しなければならぬ。蓋し表決の秘密が法律違背 *Rechtsverstöße* を隠秘するに適する場合に、表決の秘密につき如何なる法律的结果が発生するものであるかと云ふことを検討しやうとすれば、先づ以て如何なる場合にかかる法律違背を存するものであるのかを確定してかかる必要があるからである。只ここで問題となるのは表決に於ける違背丈のことであつて、評議は素より大切な事實には相違ないけれども直接裁判を生ぜしめるものではなく、寧ろ評議に基いて行はれ、或る意味に於て評議を吸収して了ふ表決が判決の唯一の形式的基礎(註一)となるのである。

(註一) 判決の實體的基礎は審理の資料 *Verhandlungstoff* の形造る所である。

表決方法 *Abstimmungsmethode* と云ふ概念は其の字義通りに解する譯にはいかない。此の概念は表決の外面的経過、即ち關係判事が其の意見を述べる順序を包括するものではなくて、只問題の提出

Fragestellung のみに關するものだからである(註II)。

(註II) だから表決方法と云ふことはシュリーベン(Schleben: PrJZ. 3, 542)が「ブセフ・スタック・ペピシク」(古代ギリシヤの人民議會に於ける決議方法)と稱して居る所のもの、即ち「合議體の評議の際投票を集めてそれから決議を表はす技術」と同一の意義を有するものではない。且又ブセフ・スタックと云ふ語辭は其の明かにすることの出来る限りに於ては他の何れの箇所にも見出せないものであつて、即ち先づ以て裁判所構成法第九十四條乃至第九十七條に包含されて居る所のものに外ならない。

問題の提出は表決の經過の場合に於ける一番重要なことであつて、表決の客體を供給するもの以外ならない(註III)。

(a) 所が問題はどう云ふ風に提出する必要があるかと云ふことは決して當初から確實である譯のものではない。先づ第一に豫期せらるべき裁判の内容の全部(註四)を直ちに表決の客體たらしめると云ふ方法は常に可能である。即ち例へば刑事訴訟に於て、どう云ふ罪の廉を以て、またどう云ふ刑を以て被告人を處罰すべきであるか。又は單に被告人はどう處罰すべきであるか(註五)。又は被告人は甲の刑を以て處罰すべきであるかと云ふ丈の形ですら問題を提出することが出来るのである。

(註三) 問題の提出なくして表決はない。表決を取扱つて居る國法はすべて問題の提出を前提とするものである。例へば一九二二年六月二十七日の國民投票に關する法律第二十一條第四項、一九二四年三月十四日の國表決法第二十一條以下(此の法律は表決(決議に關するもの)と選舉(人に關するもの)との間の區別を明かにして居るけれども、其の他の點で「表決」と云ふ語辭を使用するに當つては此の法律は此の區別を斟酌しては居ないのである)。一九二二年二月十二日の國議會議事規則第一條以下。

(註四) 只本案の裁判 Sachentscheidung のみが問題となるに過ぎない。訴訟法上の先決問題(管轄、時效、告訴、妨訴抗辯

其の他の如き)については別に表決することを必要とするものであることは、未だ曾て何人も疑念を挿んだことはない。vgl. Henke: 293; Dorguth: PrJW. 7, 154; Waldeck: NPA. 7, 469; Planck: Syst. 445 f.; Keller: § 262, 4; Rosenfeld: KStPrK. 151; Haymann: 426; Loewe-Rosenberg: § 263, 3; RGSt. 2, 221f.

(註五) 法律には何處にも罪となる行爲を判決主文中に記載することを必要とする旨は規定しない。vgl. Kroschel: 18. 罪となる行爲を記載すると云ふことは、元來既に刑の言渡 Strafausspruch、即ち本來の判決の理由を成す確證を判示することを意味するに過ぎない。

一五三年のカール五世の刑事裁判所法は判決中に於て「犯行」*libethat* を記載することを要求して居るけれども、併し判決主文と判決理由との間に區別を設けることはして居ない。同刑事裁判所法第九十條以下。

尙ほ其の外の點に於ては敗訴を言渡す民事の判決が原則として判決主文中には只法律的结果 *Rechtsfolge* を言渡して居るに止まり、法律要件 *gesetzlicher Tatbestand* を援用することをして居ないのである。

かやうに罪責と刑罰とを一つに總括する問題の提出(註六)も普通に行はれて居るやうに罪責問題と刑罰問題とを分離すると同一の結果に到達することが出来る。罪責問題と刑罰問題とを一つに總括する場合には罪責問題が、被告人は特定の罪となる行爲の廉を以て處罰すべきものなのであるかどうかと云ふ問題を意味することから出發するのであつて、此の問題にして否定されるに於ては被告人を釋放するの外はなく、此の問題にして肯定せられんか其の後は刑の量を確定すること丈が残る譯である。されば辯解事由 *Rechtfertigungsgrund* 並に免責事由 *Entschuldigungsgrund* の問題及び刑罰阻却事由 *Strafausschließungsgrund* の問題も亦罪責問題に屬する(刑事訴訟法第二百六十三條第二項)(註七)(註八)。一九二四年三月二十二日の刑事訴訟法は罪責問題と刑罰問題との分離を明示的には規定して居ないけれども(註九)、此の兩者の分離は頗る事宜に適する所以であつて、實際上には殆ど此の分離を缺

くことは出来ない。それは兩者の分離は判決の發見を容易ならしめ、錯誤を豫防する所以である外、特に現代の刑罰法規には刑の量定に關する規定が非常に多く、且又刑の範圍の極めて廣範圍であるのと、また一つには犯罪竝に其の結果の社會的評價の變つて來たのを斟酌するときは、刑罰問題を深刻に論ずることが必要であるが、分離して評議し表決するに當つて既に「罪責なし」の結論に到達するに於ては、裁判所は此の深刻な刑罰問題についての論議の勞を免れることが出来るからである。

(註六) かやうな問題の提出は以前、特に書面を以てする表決の場合に普通に行はれて居たことであつた。ド・ファント、ネイ (de Fontenay 8 ff.) の記載し居る例を参照せられたい。

(註七) 既にプランク (Planck: Syst. 410) が同説である。更に Beiling: Verbrechen 90; von Kries: 442; Benneke-Beiling: 205, Loewe-Rosenberg: § 263, 24; Ros. nfeld: RStPr. 148; Gerland: 285. 等。反對はギンクラング (Binding: Auh. II 68. Ann. 63)。併し乍ら氏は「學說に所謂罪責問題」について議論し、刑事訴訟法第二百六十二條 a (現在では第二百六十三條) は「全然闕却することによつて、われとわが身を論争の外に置いて居るのである。更にビ氏の議論はもう一つの理由から此の論議にとつての價値を失つて居る。即ちビ氏は在來の陪審裁判所 (譯者曰、即ち改正以前の陪審裁判所) の陪審員から「法律適用問題」 Salsumtionsfrage の答申の權限を取上げて、之を裁判所の爲に保護しやうと努力して居るのである (a. a. O. 64 und 68 ff.)。氏の陪審裁判所に對する敵意は、偶々以て氏をして謬つて罪責問題の概念に壓迫を加へるに至らしめたものである。其の外ヘーリングの批評 Beiling in ZStW. 37. 387 ff.) 竝に第十節の(ハ)を参照ありたい。

(註八) 罪責問題の内容をかやうに確定すると云ふことは、罪責問題を全體として表決すべきかそれとも其の因子に分析して表決すべきかの問題、竝に罪責問題を全體として裁判すべきか、それとも順次に裁判すべきかの問題とは何等交渉する所はない。

(註九) 分離は絶對的に不適法であると思惟するのは König: PrJW. 4, 545 である。

舊刑事訴訟は刑罰問題を肯定するには單純の多數を以て充分たるものとして居たものであるが(第二百六十二條)、此の舊刑事訴訟法も此の第二百六十二條の規定を以て必ずしも必然的に陪審裁判所の場合を除いては表決の際に於ける問題の分離を要求はしなかつた。充分な手練と豊富な經驗とを積んだ裁判官の合議體は表決を合算するに當つて第二百六十二條の規定さへ遵守された限りは、充分根本的な評議の後にあつては表決の經過中に處罰の原因竝に程度に關して一致を見ることが出来たのである。今日では罪責問題と刑罰問題を肯定する上には平等に條件付の多數が要求されて居ることであるから、今日では理論上には益々以て右に記したことを認めざるを得ない(刑事訴訟法第二百六十三條)。けれども實際の上では此の方法は、「理想的の刑事裁判所」 ideales Strafgericht とまで時に人の賞揚する刑事部が、いろ／＼な形式に於てする參審裁判所に其の席を譲つて了つたことによつて全く制限されて居るのである。

以上の論述からして看取することの出来るのは罪責と刑罰とは異つた事柄であつて、其の確認は外面的には併合することが出来るけれども、二つの異つた思想的操作を前提とするものであると云ふことである。成る程刑事訴訟の目的とする所は(被告人に罪責の存する場合にあつては)處罰であつて、換言すれば特定の構成要件の充實に結び付けられて居る法律的结果の宣告が刑事訴訟の目的(被告人に罪責のある場合に於ける)なのであるけれども、然もそれには先づ構成要件が果して充實されたものであるかどうかと云ふことの認定が必要である。かやうな次第で、裁判所は法定の構成要件の下に事實關係を包攝することを必要とするのであつて、此のことはそれ自體を取上げて觀察すれば純然たる悟性の働き Verstandestätigkeit である。法律的结果を確定するに當つては他の考慮、即ち社會的の考慮や經濟的の考慮が一所に働いて居るのであるが、併し法律は刑を量定する上に於ても「法

の當嵌め」を必要とする構成要件を與へて居るものであることは看過する譯にはいかない（例へば刑法第二十條、第二十七條^a、第二十七條。第二項、第五十七條^f、第九十九條（註十）。けれども兎に角それは新しい考察と確認であつて、特定の意味に歸著する別の考察竝に確認を前提とするものなのである（註十一）。

（註十） 刑法第二百四十四條も亦之に屬するものであるかどうかは疑があるやうに思はれる。尙ほ刑事訴訟法第二百六十三條第三項を参照。

（註十一） 罪責問題と刑罰問題とをどうして「總括的問題」(Generalfrage)に併合することが出来るであらうかと云ふペンディングの疑問 (Binding: Abh. II 148) は充分に解答することが出来やうと思ふ。併し罪責問題と刑罰問題とは各別の内容を持つた問題であると云ふ點に於ては、ペンディングの説に左袒することの出来るものであることは、本文記する所からして明白である。

民事訴訟に於ても或る問題に於ける裁判の見込を表明すると云ふことが想像し得られると思ふ。例へば原告にマルクを支拂ふべしと被告に言渡すべきであるとか、又は端的に被告は何程の額を原告に支拂ふ債務を負ふものであるかと云ふ風である。要するに原告の申立を表決の客體たらしめることが想像し得られる。けれどもまたどう云ふ風に裁判すべきであるかと云ふやうに問題を出すことも出来る（註十二）。

（註十二） 此の場合にあつては然り又は否の形で答申することは出来ないのであつて、各裁判官に於て一つの案を立てることが必要である。書面表決 schriftliche Abstimmung の當時にあつては此の方式が普通に行はれて居る所であつた。裁判長は大抵の場合みづからは表決に與ることなく、只賛否同數の場合に決を與へるのみであつた。一四九五年の帝國裁判所法 Kammergerichtsordnung 第一條(彼等(陪席員)にして意見一致せず賛否の意見同數なるときは裁判官に於て



決を與へ是が最後の決定たるべきものとす und of sy (die Beisitzer) spennig und yeglichem Teil gleich waren, welchem dann der Richter einen Zufall tut, daley soll es bleyen) を参照。けれど一五四八年—一五五五年の帝國裁判所法は從來の「法律竝に本法に反して解釋せらるるの處ある條例をば本法を以て廢止し」(Ordnungen und Satzungen, so dieser Ordnung zuwider verstanden werden möchten, hiemit cassiert und abgethan) 其の第十條(13)「陪席員が賛否の意見に於て岐れ、賛否同數なる」(wenn die assessores in votis spännig und in zwey gleiche Theil zerfielen) 個々の點に於て評議することを必要とし、「一いつの判決に一致せしむる」(sich einer Urtheil zu vergleichen) ことを必要とす(は前の法律とは異つた規律を樹てて居る。けれどもそれぞれ陪席員は書面若は調書を以て理由を附して其の意見を述べることになつて居た。只此の當初極めて煩瑣であつた手續は其の後漸次に幾分簡單なものになつて行つたのであつて、特に再報告委員及び修正報告委員 Referent und Korreferent の制度を採用することによつて、他の陪席員は「贊同」Placet の方法で此の委員の意見に與ることが出来るやうになつたのである。Reformation des Kays. Camm G. v. 1531 § 8, J.R.A. § 148.

帝國裁判所の表決に於ても裁判の正常な進行を確保することを目的とする幾多の非常に煩瑣な規定が存在した。即ち C.G.O. v. 1533 II §§ 2, 3 und alle folgenden, zuletzt J.R.A. §§ 143 ff. 又(1)の記述に關しては、bei Pütter: § 643 n. II, III, § 716 S. 482; Waldeck: N.P.A. 7, 454 ff. mit zahlreichen Quellen- und Literaturangaben zum Kammerprozess.

ブランデンブルク選帝國プロイセンに於ても發達は帝國裁判所に於けると同じやうに行はれ、其の君主は訴訟を促進する爲に不斷の努力を傾けたのであるが、併し其の効果は餘り擧らなかつたことは法制史上に顯著なことである。一七〇九年三月一日の新修王室裁判所法 neugefasste C.G.O. 第三章第三條、第四條、第四章第四條、第十一條 (Mylius: II, I Nr. CXIX)。^o 一七一八年十一月十八日のノイマルクに於ける訴訟の省略に關する改正組織法第三章 (Mylius: II, I Nr. CLXXIX)。^o ブランデンブルク選帝國の裁判所に於て司法制度を整備する基準たる一七二五年四月十六日の命令第二十五條 (Mylius: II, I Nr. CCXXIX)。^o 此の命令中には裁判を遷延せしめる記録の廻覽を止めて再報告委員を選任することを命じ、此の再報告委員は十四日以内に報告を完成することを必要とし、報告が出来ると全員出席

の席上 in pleno で朗讀した上で表決を行ひ、かくして「多數決に依る判決」 *sententia iuxta maiora* を作るべきものと定めた。此の邦の上級覆審裁判所（スプレエ河畔のユルンに在り）に對する一七〇三年十二月四日の訓令（*Myias. II, 4 Nr. IV 1*）も亦同趣旨である。

是等の場合のすべてを通して共通なのは、只一回丈の表決の結果が直ちに必然的に裁判の判決主文を生じないでは居ないと云ふことである（註十三）。従つて此の表決方法は判決主文についての表決 *Tenorabstimmung* と稱することも出来るであらう。兎に角此の名稱は右に示した民事訴訟に於ける表決に該當する所であつて、刑事訴訟にあつては此の名稱は罪責問題と刑罰問題とに關して一度限り *einmal und endgültig* に表決する方法にのみ該當する。けれども既に述べた通り大體に於て非實際的であつて、罪責問題と刑罰問題とについて各別に表決する方法の方が可能でもあればまた相當でもある。かやうな表決は判決主文についての表決とは稱しない方がよろしい。蓋し二つの表決の結果を俟つて初めて（罪責のある場合には）判決主文を生ずるものだからである。けれども全體としての罪責問題竝に全體としての刑罰問題について全體として *in toto* 表決されるのであるから、之を稱して全體的表決 *Totalabstimmung* と云ふのが一番適當であるし、また此の名稱は古くから用ひ慣らされて來た名稱でもあるのである。

（註十三） 實體的の法律状態の如何には關係なく手續の適否について爲す裁判（訴訟條件其の他に關する裁判）はここでは問題外とする。蓋し此の種の裁判は本案の裁判 *Sachentscheidung* の判決主文を可能ならせはするけれども、内容的にはそれを左右するものではないからである。

(b) けれども既に全體的表決にして存在する以上は、其の反對概念である部分的表決 *Partialabstimmung* も亦必然的に存在せざるを得ない。實際またかかる表決が存在する。即ち全體的の問題 *Totalfrage* は之を個々の構成部分に分析することが出来る。或る事實關係を法定構成要件に當嵌めることが法の發見 *Rechtshindung* である以上は、單獨判事 *Einzelrichter* がやつて居るやうに（註十四）順を逐ふて裁判することが出来る。先づ如何なる事實關係が明かにせられたかを問ひ、次に法律適用の歸結は何であるかを問ふのである。此の間も亦更に小分けすることが出来る。

（註十四） 羈束力のある一部裁判 *bindende Teilentscheidung* が言渡されるやうな風にしてやるのである。ザクセの説（*Sachs. ZStW. 49, 313*）は正し。マンデングのみづから稱して罪責問題と云つて居るものものに關する「部分に依る表決」 *Abstimmung* なるものは、實際上には決して部分に依る表決たるものではなくて寧ろ全部的表決たるものであり、只此の表決にあつては罪責問題の外面的な、教示的 *informativisch* の區分が行はれて居る丈に過ぎない（*Bildung: Abh. II, 154*）。其の百五十九頁註三十四に援用されて居る例中に於ては裁判官は實際に於ては「被告人は故殺について罪責があるものであるか。又は若し然らずとすれば如何なる理由に由り罪責なしとするのであるか」と云ふテーマについて表決を行ふものである。ペーリングの説（*Beilage: ZStW. 37, 379*）は適切である。ハイマンの説（*Haymann: 414 Anm. 4*）は正し。

刑事訴訟に於ては證據の問題 *Beweisfrage* は個々の物的現象 *Sachvorgang* の一切を問ふ問題と、裁判官の心證の原因を問ふ問題とに分つことが出来る。法律適用の問題 *Subsumtionsfrage* は個々の法定構成要件の標識 *gesetzliche Tatbestandsmerkmale* の抽象的解釋の問題と、認定された個々の物的現象を法律の下に當嵌める本來の法律適用の問題に分つことが出来る。更にまた可罰性 *Strafbarkeit* を阻

却し若し減輕する個々の事由について個別的に表決することが出来る。

民事訴訟に於ても表決は同じやうに區分することが出来る。如何なる請求を爲すことが出来るのであるか。請求は筋道が立つて居る *schlüssig* ものであるか。請求は根據がある *begründet* ものであるかと云ふやうにするのである。此の最後の問題は更に幾つかの部分に分つことが出来る。即ち請求の根據として若し請求を否認する事由として主張された攻撃若し防禦の方法のそれぞれの結果を問ふことが出来る。否、此の問題は更に事實問題と法律問題とに分ち、其の法律問題を更に個々の構成部分に分析することが出来るのである。

所が此の最後に擧げた表決の方法にあつては主問 *Hauptfrage*、即ち裁判の客體たる事項を個々の構成部分若し因子に分析するのであるから、之を稱して部分若し因子に依る表決 *Abstimmung nach Teilen oder Elementen* と云ふことが出来る。併し此の本案の裁判の問題 *Sachentscheidungsfrage* の各因子は、特定の意味に於て答申されて裁判の理由を成す次第なのであるから、此の表決方法を稱して理由に依る表決 *Abstimmung nach Gründen* と稱することが随分ある(註十五)(註十六)。

(註十五) どう云ふ名稱を選ぶかと云ふことは大切なことではあるまい。兩方共に正しい。換言すれば論理的には兩者共に非難を容れないのである。

ペンディングの駁論は間違つて居るやうに思はれる。「どの表決も提出された問題を一舉に完全に決定して了ふのであるから、どの表決も全部的表決である」と云ふことを云ふのは不必要でもあるし役にも立たない (*Binding: Abh. II 147*)。全部的表決と云ふ概念は訴訟の本案の裁判に關聯して使用されて居る所であつて、此のことはペンディング

自身も前提として居ることでもあれば、またやつて居ることでもある (*P. a. O. 148 ff.*)。此の意味に於ては全部的表決の反對は部分に依る表決である。蓋し「問題」は「理由」を持たないからである。けれども理由に由る表決と云ふ名稱は全部的表決と云ふ名稱を結果と關聯して使用するに於てのみ是認し得られるのである。結果、即ち本案の裁判は其の部分的問題に關する表決に由つて發見される場合にあつては、一部裁判に由つて成立する理由を有するものである。

(註十六) 判決が論理的斷案であつて事實關係や構成要件の前提からして抽出されるものである以上は、結局全部的表決と前提に依る表決との間の相違についても論ずることが出来る(同説 *von Lang: ZRP. 26, 65ff.*)。全部的表決の場合にあつては各表決者はみづから論理的斷案を行ふ。前提に依る表決の場合にあつては各表決者は前提を供給する丈である。法の當嵌めの論結 *Subsumtionschluss* を抽出するのは表決の指揮者としての合議裁判所の裁判長である。

第六節 表決方法の實際的意義

いろいろな表決方法が存在すると云ふ此の確認は確認それ自體の中にのみ其の意義を有するに止まるものではなくて、寧ろ多くの場合に於ては表決の方法の如何によりその裁判の結果を異にすると云ふ實際的意義がある。即ち理由に依る表決又は部分に依る表決は全部的表決とは別個の結果に到達せしめるやうに裁判に影響を及ぼすものである。

(a) 二三の例を擧げたらはつきりするであらう。

第一例(註一) 傷害罪に關する事件。

判事甲は實行正犯 *Täterschaft* を否認して居る。

判事乙は歸責能力 *Zurechnungsfähigkeit* を否認して居る。

判事丙は正當防衛 *Notwehr* を肯定して居る。

判事丁竝に戊は實行正犯と歸責能力を肯定して正當防衛を否認して居る。

(a) 理由に由る表決。

第一問 實行正犯なりや。然らずとする者一、然りとするもの四。

第二問 刑法第五十一條（歸責無能力者を處罰せざる旨の規定）に該當するものなりや。然りとする者一、然らずとする者四。

第三問 刑法第五十三條（正當防衛に關する規定）に該當するものなりや。然りとする者一、然らずとする者四。

結論 有罪（註二）。

(b) 全部的表決。

第一問 被告人は被害者某を故意に因り傷害したるものなりや。然らずとする者三、然りとする者二。

結論 無罪。

(註一) *Sachse: ZStW. 49, 308* を參照。尙ほ氏は正當防衛を以て責任阻却事由 *Schuldaußschliessungsgrund* として表示して居るのである。反對説として *Frank: § 53 III* を參照。

(註二) *Binding: Abh. II 159*。氏が實際には順次的に理由若は部分に従つて裁判することをしないで、實際には提出されて居ない全部的罪責問題 *Totalschuldfrage* に對する答申から論結を抽出して居るからである。本節註十四に述べてある所を參照せられたい。

第二例（註三）文書偽造罪。

判事甲は實行正犯を肯定し、書面 *Schriftstück* は署名されては居ないけれども文書 *Urkunde* であることを認めて居る。

判事乙は該書面は署名されて居るから文書である。さもなければ文書ではないとして居る。

判事丙は實行正犯を否定し、書面には署名されて居ない。従つて文書ではないとして居る。

(a) 理由に由る表決。

第一問 實行正犯なりや。然りとする者二、然らずとする者一。

第二問 書面には署名せられありや。然らずとする者二、然りとする者一。

第三問 文書なりや。然りとする者一、然らずとする者二。

結論 無罪。

(b) 全部的表決。

第一問 被告人は刑法第二百六十七條の意味に於て有罪なりや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 有罪。

四一

(註三) Sachse: ZStW. 49, 310f. を参照。

第三例 少年被告人に對する故殺事件(註四)。

判事の三分の一、被告人は故意に因り熟慮に出づるにあらざして人、特に何某を殺害したり。其の際被告人は可罰性を認識するに必要な辨別力を有したりしものなり。

判事三分の一、被告人は同前(第二百十二條)。然れども被告人は必要なる辨別力を有せざりしものなり。

判事三分の一、被告人は故意に因り熟慮に出づるにあらざして何某を殺害したるものにあらず(第二百十二條)。

(a) 理由に由る表決(刑事訴訟法第二百九十八條aに規定されてあつたやうな)。

第一問(主問 Hauptfrage) 第二百十條の適用ありや。然りとする者八、然らざとする者四。

第二問(補問 Nebenfrage) 被告人は犯罪の當時必要なる辨別力を有したるものなりや。然りとする者八、然らざとする者四。

結論 有罪。

(b) 全部的表決(今日可能として居るやうな)。

問 被告人は故意に由り熟慮に出づることなくして人、特に何某を殺害したるものなりや(註五)。然らざとする者六、然りとする者三。

結論 無罪。

(註四) Beilng: StrPr. 391 を参照。

(註五) 少年裁判所法第三條の責任阻却事由(Frank: II zu § 4 JGG. を参照)を問ふ間も罪責問題に屬する。少年裁判所法第三條を以て個人的刑罰阻却事由と解するならば、其の存否を問ふ間も亦罪責問題に屬するものと謂はなければならぬ。(刑事訴訟法第二百六十三條第二項)。舊刑事訴訟法は積極的の規定(第二百九十八條)に依つて少年犯人の刑罰的辨別能力を問ふ間を明示的に罪責問題から別除し、少くとも評決 Verdikt について此の方針を執つたのであるが、それは特殊の社會政策的事由から出たものである(Mot. 177; Hahn: StrPO. 223)。尙ほ實際的訴訟法的目的に役立つ(Mot. 175f.; Hahn: 226 f.) 特別の補問に關する表決の許されて居るのを参照(刑事訴訟法第二百九十五條a)。

第四例 竊盜未遂罪。

判事甲は實行正犯を否定す。

判事乙は竊盜未遂を認め、中止犯にあらずとす。

判事丙は竊盜未遂の中止犯なりとす。

(a) 理由に由る表決。

第一問 實行正犯なりや。然らざとする者一、然りとする者二。

第二問 第二百四十二條(竊盜罪)及び第四十三條(未遂)の適用ありや。然らざとする者一、然りとする者二。

第三問 第四十六條(中止犯を處罰せず)の適用ありや。然らざとする者二、然りとする者一。

結論 第二百四十二條及び第四十三條に由り有罪。

(b) 全部的表決。

問 被告人は竊盜未遂なるものなりや（換言すれば竊盜未遂の故を以て處罰するを要するや）。然らずとする者二、然りとする者一。

結論 無罪。

第五例 刑法第三百二十六條に由る輕罪（註六）。

判事甲、乙、丁は過失に由る犯行と損害の發生を認む。

判事丙は損害の發生を認むるも過失に由る犯行を認めず。

判事戊は過失に由る犯行を認むるも損害の發生を認めず。

(a) 理由に由る表決。

第一問 過失に由る犯行なりや。然りとする者四、然らずとする者一。

第二問 損害發生の事實ありや。然りとする者四、然らずとする者一。

結論 有罪。

(b) 全部的表決。

問 被告人は第三百二十六條の意味に於て有罪なりや。然りとする者三、然らずとする者二。

結論 無罪。

(註六) RGS. s. 218 を參照。

第六例 消費貸借に基く訴（註七）。

原告は消費貸借契約により金錢を交付したることを主張す。

被告は此の交付を争ひ、必要に由つては時効を以て抗辯とす。

判事甲は消費貸借契約による金錢の交付の立證あり、請求は時効に罹りたるものにあらずとす。

判事乙は金錢交付の立證なし。時効は存在することなかるべしとす。

判事丙は消費貸借契約による金錢の交付は立證せられたるも、請求は時効に罹りたりとす。

(a) 全部的表決。

問 被告は原告に（消費貸借に由り）Xマルクを支拂ふべしと言渡すべきなりや。然りとする者一、然らずとする者二。

結論 原告の請求を棄却す。

(b) 理由に由る表決。

第一問 原告は被告に消費貸借により金錢を交付したりしや、然りとする者二、然らずとする者一。

第二問 拂戻請求権は時効に罹りたりや、然らずとする者二、然りとする者一。
結論 被告人敗訴の言渡。

(註七) Pflanz: ZRP. 15, 367. を参照。

第七例 任意の民事上の訴(註八)。

判事甲は請求の根據となる事實の立證ありたるが故に訴は理義一貫して且根據ありと認む。
判事乙は訴は理義一貫せるも主張事實は立證せられずと認む。
判事丙は訴は理義一貫せざるも主張事實は立證せられありと認む。

(a) 全部的表決。

問 被告に敗訴を言渡すべきや。然りとする者一、然らずとする者二。

結論 原告の請求を棄却す。

(b) 理由に由る表決。

第一問 訴は理義一貫せりや。然りとする者二、然らずとする者一。

第二問 主張は立證せられたりや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 被告人敗訴の言渡。

(註八) Bolzano: Civa. 78, 149 を参照。正しくかやうにするに於て(前提に従つて)どの抗辯 Einrede、再抗辯 Replik 其の他についても表決することが出来るのである。

第八例 民事の訴。

判事甲は訴は理義一貫せり。抗辯も理義一貫し且立證せられありと認む。

判事乙は訴は理義一貫せり。抗辯も理義一貫せるも立證はせられずと認む。

判事丙は訴は理義一貫せり。抗辯は理義一貫せざるも主張は立證せられありと認む。

(a) 全部的表決。

問 被告敗訴の言渡を爲すべきや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 被告敗訴の言渡。

(b) 理由に由る表決。

(i) 第一問 訴は理義一貫せりや。然りとする者三。

第二問 抗辯は理義一貫せりや。然りとする者二、然らずとする者一。

第三問 抗辯事實の主張は立證せられたりや。然りとする者二、然らずとする者一。

(ii) 第一問 訴は理由ありや。然りとする者三。

第二問 抗辯は理由ありや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 原告の請求を棄却す。

(b) 以上に挙げた何れの例に於ても表決の結果が不確定 *Unklarheit* と云ふ趣旨に歸著する場合に は、現存する證據方法は既に盡されて居ることであるから別段の證據手續 *Beweisverfahren* は行ふこ

とは出来ないこと云ふことが前提とされて居る。假に若しそうでないとしたら、恐らくは若干の場合には再び證據調 *Beweisaufnahme* を行ふ旨の決定若し證據決定 *Beweisbeschluss* の形式に於てする假の中庸の道を進むことが出来ることが判明するであらう。此の見込は評議の際に明白となつて來るに相違あるまい。果して然らば特別の問の方法を以てして表決に際して斟酌しなければなるまい。此の場合にあつても表決方法が重大な意義を持つのは當然のことである。

即ち例へば刑事訴訟に於ては、判事の一部は有罪若しは無罪の言渡に賛成であるけれども、判事の一部はもつと證據調の行はれることを欲すると云ふやうなこともあり得る。此の場合にあつても表決はそれがどう云ふ風に行はれるかに従つて、其の結果は區々たるものがあるであらう(註九)。

(註九) 書面訴訟 *in Richter Prozess* の行はれて居た當時にあつては訴訟法の中には、記録が果して判決を爲すに熟するものであるかどうかと云ふ問題について特に表決を爲すべき旨を明示的に要求して居るものもあつた。例へば一八四三年六月二十二日のウエルテムベルグ邦刑事訴訟法第三百四十九條以下の如し。尙ほ一八〇五年十二月十一日のプロイセン邦刑事裁判所法第四百六十九條以下、第四百七十九條をも参照。更に *Mittelmater: Dr. Stralverf. II, 524* を参照せられたい。

第九例 過失殺人罪に因る手續。

判事甲は有罪を言渡すべきものと認め、然も證據方法は尙ほ存在するものとする。

判事乙は無罪であると認め、因果關係を否定して居るけれども場合に依つては過失の存在することを肯定し、證據方法は尙ほ存在するものとして居る。

判事丙は過失はまだ充分に立證されて居らず、且證據方法もまだ存在して居るから證據調が必要であるとして居る。

(a) 全部的表決。

第一問 有罪なりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第二問 無罪なりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第三問 證據調の必要ありや。然りとする者三(裁判所構成法第九十五條に依り表決に敗れた者は己れの意見を抛棄することを必要とするからである)。

結論 證據調の必要あり。

(b) 理由に由る表決。

第一問 因果關係ありや。然りとする者二、然らずとする者一。

第二問 過失の責任ありや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 有罪。

民事訴訟にとつては此の問題はもつと遙に大なる意義を有する。

第十例 消費貸借に由る民事の訴(註十)。

判事甲は訴は理義一貫し且其の主張事實は立證されたものと認む。けれども證據方法は尙ほ存在せるものとする。

判事乙は訴は理義一貫せりと認むるも其の主張事實は未だ立證せられずとし、證據方法は尙ほ存在せるものとする。

判事丙は訴は理義一貫せず、其の主張事實未だ立證せられず、證據方法は尙ほ存在するものとして居る。

(a) 全部的表決。

(イ) 問 如何に裁判すべきか。被告敗訴を言渡すべしとする者一、請求を棄却すべしとする者一、證據調の必要ありとする者一。

結論 (註十一) ?

(註十) Bolgiano: a. a. O. を参照。

(註十一) かくの如き場合に於ては裁判長の意見を以て有効とすべきものとする實際上に於て時に確認することの出来る見解は法律と一致しない。現行法上判事はすべて平等の表決権 *Stimmrecht* を有し、素人陪席員 *Laie n'äster* と雖其の例の外に在るものではないのである。

次のやうに論結することも出来る。甲と丙とは相容れない二つの終局裁判を欲し、乙は此の二つの終局裁判を可能ならしめ只それを猶豫する丈の中間裁判を欲するものであるが、甲と丙とは證據手續を無用なるものと思惟するものではあるけれども、併し甲の裁判にとつては甲の立場から云へば證據手續が有害である虞はないのであつて、寧ろ此の證據手續の結果乙をも自分の意見に賛成させる見込さへ存在することであるから、少数意見としての甲の表決中には證據決定に賛成する決定が包含され

て居るものと見なければならぬ(註十二)。

(註十二) 此の所謂組合せ式方法 *Kombinationsmethode*、換言すれば互に最も相接近して居る意見を併合すると云ふやり方は、かくの如き場合についてボルギヤノ (Bolgiano: ZRP. 12, 468 f.) 並びにハイマン (Haymann: 427) に依つて推稱されて居る。之については尙ほ以下に於てもつと詳細に論ずるであらう。けれども其の適用には懸念せざるを得ない點があつて(裁判所構成法第九十六條第二項、第三項)、ボルギヤノ自身からも後には否認された (CivA. 78, 146f.; ZRP. 15, 388)。

けれども一つの結果又は肯定的否定の間 *affirmativ-negative Frage* に由つてよりよく(註十三) 達成することが出来る。蓋し此の間を然り然らずを以て答申することに由つて要點が解決されて、裁判所構成法第九十五條上表決に敗れた判事も其の上に立つことを餘儀なくされる基礎が造り出されるからである(註十四)。即ち、

- (ロ) 第一問 被告敗訴を言渡すべきなりや。然りとする者一、然らずとする者二。
 第二問 原告の請求を棄却すべきなりや。然りとする者一、然らずとする者二。
 第三問 證據調を爲す必要ありや。然りとする者三。(蓋し判事丙は第二問の際少数意見として自分の意見を敗つた多数の見解に従ふことを必要とするからである)。

結論 證據決定(註十五)。

(b) 理由に由る表決。

(イ) 第一問 訴は理義一貫せりや。然りとする者二、然らずとする者一。

第二問 訴の主張は完全に立證せられたりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第三問 訴の主張は一部立證せられたりや。然らずとする者一、然りとする者二。

第四問 尙ほ證據方法を存するや。然りとする者三。

結論 證據決定(註十六)。

(ロ) 第一問 訴の主張は完全に理由ありや。換言すれば消費貸借の提供と辨濟期とは理義一貫して主張せられ、完全に立證せられたりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第二問 訴の主張は部分的に理由あるも、換言すれば理義一貫して主張せられたるも未だ充分に立證せらるるに至らざるものなりや。然りとする者二、然らずとする者一。

第三問 證據方法は尙ほ存在せりや、然りとする者三。

結論 證據決定。

(註十三) 民事訴訟に於ける全部的表決の正當なりや否やに關する根本的問題の解決は別論とする。

(註十四) 即ち von Lang: ZfP. 26, 70 Anm. 27 の説は正し。

(註十五) 判事丙が舉證を成功若は失敗したものと思惟するとしたら、結論は同一であらう。大切なのは多數の欲して居る裁判の内容で、訴訟上如何なる形式を執る裁判を欲するものであるかは問ふ所ではない(終局判決たと證據決定た

るとは問ふ所ではないのである)。

判事乙が如何なる内容の裁判に賛成するかは逆證し難い。何故と云ふのに判事乙は被告敗訴と原告の請求棄却との中間に立つて居るではないか。それはボルキヤーノ (Bolgiano: ZfP. 15, 393; Civa. 78, 146f.) の説く所は解し難い。

反對 Haymann: 427, 但し von Lang: ZfP. 26, 71 の説は正し。

(註十六) Bolgianos Beispiel ZfP. 15, 391 參照。

即ち此の場合に於ては全部的表決は理由に由る表決と同一の結論に到達する。以下の場合に於ては別の結論に到達するものである。

第十一例 消費貸借に基く民事の訴。

判事甲は訴は理義一貫し且其の主張は立證せられたるも證據方法は尙ほ存在するものと認む。

判事乙は訴は理義一貫したるも舉證は失敗にして證據方法はもはや存在せずと認む。

判事丙は訴は理義一貫せず、主張は未だ立證せられず、證據方法は尙ほ存在せりと認む(註十七)。

(a) 全部的表決。

問 如何に裁判すべきか、又は、被告敗訴の判決を爲すべきなりや。又は、原告の請求を棄却すべきなりや。被告敗訴を是なりとする者一、原告の請求棄却を是なりとする者二。

結論 原告の請求棄却。

(b) 理由に由る表決。

(イ) 第一問 訴は理義一貫せりや。然りとする者二、然らずとする者一。
 第二問 主張は完全に立證せられたりや。然りとする者一、然らずとする者二。
 第三問 舉證は失敗に終りたりや。然らずとする者二、然りとする者一。
 第四問 部分的に立證せられたりや。然りとする者二、然らずとする者一。
 第五問 尙ほ證據方法を存せりや。然りとする者二、然らずとする者一。
 結論 證據決定。

(ロ) 第一問 訴の原因は理義一貫して主張せられ且充分に立證せられたりや。然りとする者一、然らずとする者二。
 第二問 訴の原因は理義一貫して主張せられたるも不完全に立證せられたるものなりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第三問 訴は全然理由なきや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 原告の請求棄却。

(註十七) ボルギヤードの例 (Bolgiaros Beispiel Civa. 78, 149; ZRP. 15, 391) は證據が果して盡されて居るものであるかどうかを認識せしめない點を缺點とする。

民事訴訟に於て裁判官の一部が證據はまだ充分には提出されて居ないものと見、情況を明かにする爲には只當事者宣誓 *Partei eid* の方法しか剩されては居ない場合にあつても同じやうな裁判状態 *Entscheidungsstadium* を生ずる。法律はかくの如き場合に判事に條件付終局判決 *bedingtes Endurteil* の方法を

提供して居るのであるが、此の條件付終局判決は證據決定に於けるとは異り一種の終局裁判 *Endentscheidung* たるものである。條件付終局判決は獨り裁判官の命ずる宣誓若は必要的宣誓 (譯者曰、民事訴訟に於て證明すべき事實の眞否につき辯論及び證據調の結果が裁判所の心證の根據となるに足らぬとき裁判所が民事訴訟法第四百七十五條に依り當事者の一方若は他方に命じて爲さしめる宣誓) の場合に於ける救済の手段たるのみに止まるものではない。蓋し當事者宣誓は法律に於て既に補充的の證據方法としてのみ規定されてあるに止まる次第だからである (第四百五十三條以下)。判事の一部が他の證據の申出を效果的であると認めて居るのに反し、他の一部はそれを否定して當事者宣誓を判決の材料としやうとすることがあり得る。以下に於ては即ち證據決定を以て宣誓を命ずることが出来ない場合の外宣誓の命ぜられなかつた場合、特に他の證據が擧げられたけれども一部判事の見解に依ると、主張された事實の眞否についての確定的の心證の根據を興へる爲には結果に於て不充分である場合を考察することを必要とするであらう。かくの如き場合に認められて居る裁判官の命ずる宣誓は條件付の終局判決を以てして之を命じなければならぬ (民事訴訟法第四百七十七條第三項)。

第十二例 民事の訴。

判事甲は訴は理義一貫し、其の主張事實は立證せられたるものと認む。

判事乙は訴は理義一貫せるも其の主張事實は充分に立證せられあらずと認む。

判事丙は訴は理義一貫せるも舉證は失敗（宣誓の要求は不適法であるから）であると認む。

(a) 全部的表決。

(イ) 問 如何に裁判すべきか。被告敗訴。宣誓。原告の請求却下。

結論？（註十八）（註十九）。

(ロ) 第一問 被告敗訴を言渡すべきなりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第二問 原告の請求を棄却すべきなりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第三問 宣誓を命ずべきなりや。然らずとする者一、然りとする者二。

結論 條件付終局判決。

(b) 理由に由る表決。

(イ) 第一問 訴は理義一貫せりや。然りとする者三。

第二問 訴の主張は充分に立證せられたりや。然りとする者一、然らずとする者二。

第三問 舉證は失敗なりや。然らずとする者二、然りとする者一。

第四問 部分的には立證せられたりや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 宣誓を命ずべし（註二十）。蓋し判事甲は裁判所構成法第九十五條に依つて請求の支拂適性 *Liquidität* の不充分であることを識認することを餘儀なくされて、自分の見解から出

発して宣誓に賛成の表決を行ふことを必要ともするし、また行ふことも出来るからであ

る（註二十一）。

(ロ) 第一問 訴の主張は理義一貫し且充分に立證せられあるものなりや。然りとする者一、然らずとする者二。

一、然らずとする者二。

第二問 訴は根據なきや。換言すれば訴は理義一貫せず又は其の主張は立證せられざるや。然らずとする者二、然りとする者一。

第三問 部分的に立證せられたりや。換言すれば理義一貫したるも不完全に立證せられたるに止まるや。然りとする者二、然らずとする者一。

結論 宣誓を命ず。

(註十八) 組合せ法は此の場合にあつても投票の接近に導くであらう。蓋し判事甲は訴の事實をば既に立證されたものと思惟して居るのであるから、其の心證を信頼して「少數意見」を選定することが出来るであらう。此の少數意見は自分の提案した裁判の可能をも包蔵するのである。

(註十九) 判事二人が終局判決を欲して居ると云ふことは問ふ所ではなく、また第三の判事の少數否決を導くものではない。標準となるのは裁判の内容である。けれども終局判決の双方の内容は相兩立し難く、第三の判事が二つの裁判の中間に位するのである。尙ほ本節の註十五を参照。

(註二十) 宣誓を被告に向つて命ずるのか、それとも原告に向つて命ずるのかについては特別に表決することを必要とする。舉證の責任は之については言明する所は全然ない。Stein-Jonas: S. 475 II Anm. 8 III.

(註二十一) 結論に於てはラング (von Lang: ZRP. 26, 70) が同説である。

第七節 絶對多數と比較多數、組合せ式方法について

以上に擧げた場合のすべてを通じて、或る結果につき比較多數が存在したや否やと云ふことは問ふ所ではない(註一)。蓋し法律は裁判の爲には——金額と刑量との點を除外すれば——絶對多數を要求して居るからである。従つてそれ丈でも既に比較多數の形成を結果として招來することあるべき表決方法、又は別の言葉を以て表現すれば、絶對多數の形成を來さない虞のある表決方法は法律上不適法であると稱することが出来る。是は二つ以上の裁判の見込を存する第十例及び第十二例に於て重複的な問題 *disjunktive Frage* を提出する場合に起ることである。法律は裁判所構成法第九十六條第一項に於て裁判は原則として絶對多數の意見に従つて行ふべきものと定め、金額並に刑量に關する表決を例外として取除いて居るのであるが(裁判所構成法第九十六條第二項、第三項)、是は充分理由のあることである。蓋し前掲の例がはつきりと示して居るやうに絶對多數に由る表決でなければ一つの結論に到達することは出来ない。蓋し此の場合に各自が他の結果の爲に一票を投ずる譯にはいかないからである。また他の半面から云ふと、金額や刑量については裁判の見込は幾らでも澤山にあることであるから、確定的の形で金額や刑量を問ふと云ふことは不可能なのである。

(註一) 比較多數は三人を超える數の判事を以て構成されて居る合議裁判所に於てのみ可能とする所である。従つて今日事實審 *Tatsacheninstanz* として作用して居る民事裁判所に於ては行はれないことである。

されば裁判所構成法第九十六條第一項は、民事訴訟に於ては問は原則として肯定的若は否定的 *affirmativ-negativ* に、換言すれば然り若は然らずを以て答へることの出来るやうに提出すべきものと解すべきである。

刑事事件に於ては本案の裁判には二つの方法がある丈である。従つて罪責問題の結論について比較多數を形成するの結果を生ずることはあり得ない(註二)。

(註二) されば細目に互つて分化した問 *Spezialfrage* を推稱するの結果を導く虞があると云ふブロイセン邦司法大臣の懸念 (*ausgedrückt in dem bei Maunkopff: CinnO. 305 mitgeteilten Rescript v. 29. März 1819*) は現行法の上では根據のないことであらう。

けれども此の場合に、一見した所では何を表決の結果として認定すべきであるかについての疑義を生ぜしめるやうな表決上の形勢の發生することがあり得る。即ちどの判事も有罪を言渡すことを欲して居るものの、どの判事も別個の原因からして有罪を言渡さうとして居るやうな場合である。一寸見れば明白であるやうに、此の問題は理由に従つて表決することを必要とするか、それとも結果に従つて表決することを必要とするかの別個の問題とは聊も相交渉することのない問題である(註三)。

(註三) 判事の何れもが無罪を言渡すことを欲して居るけれども、其の原因とする所はそれと異つて居ると云ふ場合に於ては趣を異にする。第六節の第一例を参照せられたい。

第十三例 竊盜罪に由る手續。

判事甲、乙、丙は何れも竊盜を認む。

判事丁、戊は横領を認む。

(a) 理由に由る表決。

第一問 被告人は當該の物件を他人より奪取したるものなりや。然りとする者三、然らずとする者二（此の結論の場合にあつては竊盜の構成要件の個々の標識に依る別段の間は無用である）。

第二問 被告人は當該の物件を占有中若は保管中なりしや。然りとする者二、然らずとする者三（此の場合にあつてもそれ以上の問は無用であると思ふ）。

結論 無罪。

(b) 全部的表決。

第一問 被告人は竊盜罪を犯したるものなりや。然りとする者三、然らずとする者二。

第二問 被告人は横領罪を犯したるものなりや。然りとする者二、然らずとする者三。

結論 無罪（註四）。蓋し有罪の言渡は特定の刑罰法條に基いてのみ行ふことを得べきものだからである。法律上の評價の點に於ける意見の背馳は單に名稱丈の争たるのみに止まるものではないのである（註五）。

（註四）是と同じやうな例について論じ居るホルトマンメン（Goldammer: GA. 17, 151）フックス（Fuchs: Hauptvert. 38）、グラーフ・ツォーキーナ（Graf zu Dohna: Strafverf. 80）、ヤーリントク（Beling: ZStW. 42, 615）などの説は正しい。けれどもファン・バル（von Bar: KritW. 10, 485）は只其の結論に於て正しい丈に過ぎない。蓋し氏は「防

衛行為の特權 favor defensionis の故を以て無罪とせやうとして居るに止まるからである。

（註五）クライン（Klein: Ann. 7, 334）の云つた言葉である。

此の結論が満足でないこと（註六）は、認められてよからう。そこで裁判所は妥協讓歩に由つて特定の犯罪に一致することによつて（註七）之を避けやうとするであらう。

（註六）ステンゲライン（Stenglein: StrPO. § 262, 2）並にツイラー（Zeller: ZStW. 41, 549）の述べて居る通りである。ス

テングラインは見受ける所、是は理由に依る表決の方法で避けることが出来ること云ふ意見のやうである。

（註七）是はシキパー（Schäper: NPA. II, 143）の既に提案する所である。

そこで學者は此の場合に既に前掲した組合せ式方法の力を借りて、相矛盾する見解を統一せやうと試みた。此の種の學者としては特にビンディングを擧げることが出来る。

けれども法律は、是亦既に述べた通り、刑量と金額の確定についてのみ此の方式を認めて居るに過ぎない（註八）。此の方式の適用は第十三例に於ては竊盜罪の爲に投ぜられた票が、横領罪の爲に投ぜられた票に計算されると云ふ結果を生ずる虞がある。それは横領罪は被告人にとつては竊盜罪よりも有利であるからである（註九）（註十）。けれども要するに此の方式は、其の法律上不適法である點は度外視するにしても、互にプラスマイナスの關係に在るやうな種類の犯罪についてのみ是認し得られる所であらう。そして二つの犯罪が互にプラスマイナスの關係に在るのは、二つの犯罪が同一の構成要件の標識 Tatbestandsmerkmal を包含して居る外、兩者のそれぞれが更に別個の構成要件の標識を示して居る場合に見る所なのである。プラスの構成要件に於けるマイナスの構成要件の標識が存在しないと、計

算は合はない。されば組合せ式方法の力を借りて竊盜罪の中に横領罪の包含されて居るのを認める譯にはいかな(註十一)(註十二)。

(註八) グラーフ・ツォー・ドーナ (Graf zu Dolna: Straty. 80) の説は正しい。

(註九) 同説 Binding: Abh. II, 160; Zeiler: a. a. O. 548.

(註十) ゴールトダムメルも GA. 17, 184 では其の同書 181 で表明して居る所とは矛盾して本文記す所と同趣旨を述べて居る。

(註十一) 従つてヘルツキ (Hellweg: 307) ゴールトダムメル (Goldammer: GA. 17, 184) ユンテンク (Binding: Abh. II, 160) などの所説は不當である。ヘンネマン (Hennemann: 65) の説が正しい。

(註十二) ノン・ベール (von Bar: KritV. 10, 494 Anm. 45) ヘルツキ (Hellweg: 309) ビンディング (Binding: a. a. O. 161) などが所謂責任形態 Schuldform である故意過失をプラスマイナスの關係に置くのも間違つて居る。之に反して故意に由り犯した犯罪を認めることをしないで過失に由り犯した犯罪を認めることが出来るものであるかどうかと云ふことは「個々の場合に於ける證據の問題」であるとし、此の問題はそれ／＼別個に表決する必要があると云つて居る(304) 大審院の判決 (RGRSpr. IV199f.) は正當である。尙ほ Binding: a. a. O. 154 Anm. 2; Schwarz: GVG. § 194, 1q. von Bar: KritV. 10, 506 なども正しい。

基本的構成要件 Grundtatbestand に更に附け加はつて居る減輕事由 Privilegierungsgrund や加重事由 Qualifizierungsgrund の場合、竝に特別構成要件 Spezialtatbestand の場合にあつては(註十三)、案件は一見別段の態様を執るやうに思はれる。

(註十三) 其の程度に於てはビンディング (Binding: a. a. O. 160) よりもシュテューベル (Stübel: §§ 3158—3161, 221) の方が正しい。

第十四例 重竊盜罪に因る公訴。

判事甲、乙、丙は重竊盜を認む。

判事丁、戊は單純竊盜を認む。

表決 (理由に依る表決竝に全部的表決)(註十四)。

第一問 第二百四十二條 (重竊盜の規定) に該當するものなりや。乃至はまた第二百四十三條 (單純竊盜の規定) に該當するものなりや。然りとする者三、然らずとする者二。

第二問 第二百四十二條に該當するものなりや。然りとする者五。

結論 第二百四十二條に由り有罪。

(註十四) 同説 Gerland: 285.

第十五例 強姦未遂に因る公訴。

判事甲、乙、丙は強姦未遂を認む。

判事丁、戊は強盜未遂を認む。

表決 (何れの方式に依るも同様)。

第一問 強姦未遂なりや。然りとする者三、然らずとする者二。

第二問 強盜未遂なりや。然りとする者二、然らずとする者三。

第三問 強要の未遂 Nötigungsversuch なりや。然りとする者五。

結論 第二百四十條 (強要罪) 及び第四十三條 (未遂) に由り有罪。

是等の場合に於ては正しい結論に到達する爲には組合せ式方法(不適法な)は必要ではない(註十五)。所が裁判官は法律を知つて居るのであるから、裁判官は評議の際共通の種類犯 (Tatungskelikt) をも考慮しなければならぬものであること、必要の場合には其の存在をば表決を以てして認定する必要があることに氣付くであらう(註十六)。もつとも此の表決の結果は前以て既に確定して居る。何となれば特別犯 Spezialdelikt を肯定すると同時に、兩者に共通の一般構成要件 (Generalbestand) も暗黙の裡に當然に肯定されて居る次第だからである。

(註十五) RGRspr. IV, 83 は正しい。此のことはコンディング (Binding: a. a. O. 160, Arm. 38) も容認して居る所である。

(註十六) 此の點はコンディング (Binding: a. a. O. 160, 161f.) も看過して居る。

かやうに論じ來つた上は組合せ式方法は考察の範圍から除外して差支ない(註十七)。

(註十七) 只其の沿革を簡単に附け加へて置くことは許されたい。組合せ法は既に古代ローマの法律家の間に擧げられてゐる。(フタタの著書 (Heft: Civa. 13, 74 ff.) に援用されてある箇所を参照せられたい。併し此の援用箇所はローマ法典 Corpus Juris に由来するものではない。ローマ法典中には多數決主義は存在する (L. 27 § 3 D. de receptis (4, 8))。従つてローマ國民は賛合同數の場合にあつても被告人の利益に判決した (Freilassung pro libertate; L. pr. D. de re jud. (42, 1))。尙ほ L. 5D. de poenis (48, 19) に於ける之に賛成のウルピアヌスの理由をも参照。けれども比較多數の場合にあつてはローマ國民は組合せ式方法を行ふことをしなかつた (Corpus Juris に依れば)。金額の場合に利益の爲の加算方法 Angleichung もくも行つて居るのである (L. 38 § 1 D. de re jud. (42, 1))。 Si diversis summis condemnant iudices, minimum spectandum esse, Julianus scribit (刑を言渡すに當つて判事の意見岐れたるときは最も輕き意見を斟酌すべしとはユリアヌスの説なり) 特に quia in hanc summam omnes conveniunt

(全員が此の意見に一致したるが故に)とはフタタがウルピアヌスに従つて他の箇所でも云つて居ることである (L. 27 § 3 D. de re epis (4, 8))。さればツァハリエー (Zachariae: 269) はローマ國民がかくの如き場合に比較多數に多數投票の調和的内容を合算したことを示す爲に前記の箇所を引用する譯にはいくまい。ローマ國民は寧ろすべての投票に共通の内容を取つたのである。

帝國裁判所については第五節の註十二を参照せられたい。

近代に於ける刑事訴訟に於ける罪責に關する裁判並に民事訴訟に於ける請求の原因に關する裁判に對して組合せ式方法を適用するの件に關しては Stübel: § 3158—3161, 221; Müller: Lehrh. 490; Henke: 293; Zachariae: Ga. d. d. n. 269; Abegg: Lehr. 309; Mittemauer: Strafwert. II 527, などの學者並に一八四三年六月二十二日のウルテムベルグ邦刑事訴訟法第三百六十一條(假令留保付ではあるとも)、一八四五年三月六日のバーデン邦刑事訴訟法第二百四十七條第四項、一八五〇年十一月八日のハノーファー邦刑事訴訟法第五十條第二項及び第四項の規定を参照せられたい。

第二章 表決方法に關する係争問題

第八節 論争の起り

表決方法の主なる問題、即ち結論若は理由の何れに依つて表決を爲すべきであるかと云ふ問題を究明する方法も亦未解決の儘である。

凡そ組織を有する人の協同體に於て集會や合議體(註一)、が決議を爲し、特に判決を言渡すやうになつて以來表決の方法が存するとは云へ(註二)、然も近代に至るまでは法律學に於ては未だ曾て表決方法の問題が存したことはなかつた。表決は終局の結果に依つて行はれたのであつて(註三)、裁判の理由に於ける相違は恐らくあり得たことであつたであらうが(註四)、併し表決方法についての疑義を來したことはなかつたのである。

(註一) 此の兩者の間の相違は只其の規模の大小にのみ求めることが出来やうと思ふ。

(註二) 讀者は須らく古代ギリシヤに於けるアテネのアレオパゲ、ローマの民事訴訟に於ける陪審員の合議體などに想到せられたい。尤も後者の判決作用は時代の経過に従つて變遷はあつて、舊式の儀式訴訟 *Leisaktionsprozess* に於ては *index* なる裁判官のみが判決を言渡すのであつて、*advocati* なる法律の素養のある陪審員は裁判官の助言者たるものであり、裁判官は此の陪審員と評議 *consilium* を行つたのである。之に反して方式訴訟 *Formulaprozess* の陪審員の合議體に於ては合議裁判官 *recuperatores* は全部表決權を有し、裁判は是等の合議裁判官の絶對多數を以て言渡され

ることとなつて居た。十人最高官會議 *de emviri* 並に百人裁判所 *centumviri* などの合議も同じやうな方法で行はれたのであるが、審理手續 *Kognitionalverfahren* に於いては *magistratus* なる裁判官は、陪審員一人と拘束されないう *unverhindlich* 評議を行つた上で再び單獨で判決したのである。之については *von Bethmann-Hollweg: Röm. Gpr. I. 186; 2. 607, 612f.; 3. 132, 191; Wengler: 56f., 29 mit Ann. 6.* を参照せられたう。

ゲルマン人並に中世の獨逸人にあつては判決するのは團體又は選出された參審員であつて、個人が判決をするのは例外であつた。尙ほ *Brunner: I 155; II 220; Planck: I 243f.; Grimm: II 359, 380* を参照。更に第二節註二をも参照ありたい。

(註三) 此の例外を成すものは獨逸中世の訴訟であつて、此の場合にはどの法律問題 *Rechtsfrage* も、その個々の行為に關する場合にあつても、順次的に參審員の判決に依つて裁判されたものである。尙ほ *von Bethmann-Hollweg: Der germanisch-romanische Prozess im Mittelalter I, 67f., auch das Beispiel eines longobardischen Prozesses 519f.; Brunner-Heymann: 177.* を参照。けれども此の方法は決して理由に依る表決を意味するものではない。蓋し參審員は確定の法規を主張された事實關係に適用することを使命とするものではなくて、民族の間に生きて居る法則を調査確認し、此の確認が生活關係の原始的形式主義と單純な形態とに關聯して直ちに判決を推論せしめた次第だからである。

(註四) これは一六五四年五月十七日の獨逸帝國議會の決議録 *JRA. 第五百五十七條の規定に由り明白である。尙ほ Pütter: 8 643 n. II, III* をも参照ありたい。

判決には原則として裁判理由 *Entscheidungsgrund* を添付することを必要とするに及んで初めて、表決方法の問題も發生して來る(註五)。判決理由 *Urteilsgrund* を書面に起草して之を公表すると云ふことは早くから隨分要求されたことであつたが(註六)、一般に知れて居る限りに於ては裁判理由について疑義を生ずるに至つたことは未だ曾てなく、勝を制した多數意見の理由が公示されて、其の多數が絶

對多數であつたかそれとも比較多數であつたかは問ふ所ではなかつた。比較多數と云ふことは昔許されて居たやうにして裁判所を増員することに由つて初めて爲し得ることであつたにせよ(註七)常に達成し得られることだつたのである。

(註五) Tecklenburg: Jahrbuch, 7, 89. 參照。

(註六) 帝政時代のローマ法に於て既に控訴の場合並に上級裁判官若は皇帝に對する報告の場合にあつては裁判の理由を表明すべき旨が要求してあつた(L. 6. D. de appell. recip. (49, 5)). L. 18. 19 C. de appell. (7, 62) に依ると控訴人 *Berufungskläger* に「意見書」 *exemplum opinionis* を交付するに必要であつた。更に L. 2 C. de relat. (7, 61) を參照せられた。

取消 *Rescission*、無効及び既判事件 *res iudicata* の場合にあつては判決理由を知つて居ることが豫定されてあつた(L. 19 D. de appell. et relat. (49, 1)). 判決が法律に或は元老院の決議に或は皇帝の命令に反對に言渡されたかどうかが *sententia contra leges vel senatusconsultum vel constitutiones fuerit prolata* は其の裁判についての裁判官の理由からのみ明かにすることが出来るのである。尙ほ L. 1 D. quae sent. sine app. (49, 8) 又 L. 9 pr. D. de exc. rei ind. (42, 2) を參照せられた。何ものをも有せざるが故に絶対的の反對 *adversarius, quia nihil possidebat alio ius* なのであるか、又は他の理由に基くものであるかは、只判決理由に由つてのみ明かにすることが出来るのである。

寺院法も亦ローマ法に於けると同じやうな態度を執つて居た。 *osk. 2, 38 de appell., 16x. 2, 27 de sent. et re iud.*

中世の獨逸帝國の訴訟法は裁判理由の公表を要求することをしなかつた。帝國裁判所では個人の報告と投票が擧げられてあつた。「報告と理由と其の意見の趣意」 *Rationes, Ursachen und Motiven seines Vot* (依つて以て裁判が法令に從つて行はれて居るかどうかと云ふことを明かならしめることが出来るやうに)。一六五四年五月十七日の獨逸帝國議會の決議録第五百十條。不服を申立てられた判決の理由は帝國裁判所に提出することを必要とした。一六五四年

五月十七日の獨逸帝國議會の決議録第六十條。

之に反しては一七〇〇年頃から疑問の點判決理由 *rationes dū iurandi et decidendi* 後には判決理由文を當事者に示す慣行が各邦の裁判所で發達し出した。ブランドンブルグ・プロイセン邦では此のことが法律を以て確定されることとなつたが、それはとり分け前審の裁判所の判決の根據を上訴裁判所に知らせると云ふ目的の爲にされたものである。一七一三年六月二十一日の司法制度の改善に關する一般規程 (*Mylius: II 1, Nr. CXXXI*)、上級覆審裁判所に於ける案件の處理に關する一七三四年一月十二日の普通命令 (*Mylius: II 4, LXIV*)、一七三二年九月一日の上級覆審裁判所に對する勅令 (*Mylius: II 4, Anh. XIV*)、ブランドンブルグ選帝公國に於ける一七〇九年三月一日の新修王室裁判所法第四十八節第四條、合議裁判所は判決理由を添付することを要求し、此の判決理由は申請に由り謄本を以て當事者に交付することを必要とする(裁判所が記録を送付した場合)。最後に一七九三年七月六日の普通裁判所法第三十六條(1)及び一八〇五年十二月十一日の刑事訴訟法第四百八十一條、第四百七條を參照せられた。

學說上の根據としては次のものを擧げた。 *Brinkmann: 9f. 21ff.; Stölzel: Entwicklung des gelehrten Richtertums I 200f. Anm. 73 i. Verb. n. 227 Anm. 176; Brand. Schoppenst. I, 512, 513.*

(註七) 即ち例へば一八四三年六月二十二日のウールテムベルグ邦刑事訴訟法第三百五十一條第二項、第三百四十一條第五項、一八五〇年十一月八日のハノーファー邦刑事訴訟法第五百十條第七項などに見る所である。

結論に從つて表決すべきであるか、それとも理由に從つて表決すべきであるかの問題は比較的新しい各邦の訴訟法が常に裁判に付き絶対の多數を必要とするやうになつて初めて論議されるやうになつた(註八)。其の當時まで適用されて居た組合せ式方法は裁判理由について絶対の多數を生ぜしめなかつたので、ここに於てか理由について表決することに決定された(註九)。されば人に依つては新に出て來たいろいろの法律の裁判理由開示の強制が論議を生ずるに至らしめた直接の動機であつたと稱する者もあるけれども(註十)、それは恐らく不當であると思ふ(註十一)。

(註八) 例へば一八一九年三月二十九日のプロイセン邦閣令 (Bei Mankopf: 305) 一八四三年のウエルテンベルグ邦刑事訴訟法第三百五十條。

(註九) 同説 Tecklenburg: Jahrbüch. 7, 89.

(註十) Heinemann: ZStW. 15, 4f. などやうであるやうに見受けられる。

(註十一) ヨンデマン (Binding: Abh. II, 148) が正當に高調した通りである。

此の問題は屢々猛烈に論議された(註十二)。併し此の論議の展開された跡を詳細に記述するのは本稿の任とする所ではない。況や此の點については既にハイネマンの詳細な記述が存在して居るに於ておや(註十三)。加之いろいろの見解の自分の論據として主張する理由も此の問題を論議するに當つて評價する心算である(註十四)。只一言して置きたいのは今日通説たる見解(註十五) に依ると、刑事訴訟に於ては結果に従つて表決すべく、民事訴訟に於ては理由に従つて表決すべきものとなつて居ることである(註十六)。

(註十二) 此の問題を最初に争の餘地あるものとして述べたのはタライン (Klein: Ann. 7, 333) である。

(註十三) ZStW. 15, 3ff. 尙ほ理論の歴史に關しは Tecklenburg: a. a. O. 88f. をも参照せられた。

(註十四) グリーゼマンの見解 (Griesbach: HannMag. 8, 278) は純然たる歴史的の價値をしか有するものではない。蓋し氏は當時行はれて居たハノーファー邦の法律丈から全部的表決の必要を演繹するに止まるものだからである。(反對解釋に依つて per argumentum e contrario である)。民事訴訟法第三百五十條は各個の攻撃及び防禦の方法についての表決を規定して居るのに反し、一方刑事訴訟法では何等規律する所はない。所が氏と同邦の人ウァアルダに至つては論旨を異にする。尙ほ以下に説く所を参照せられた。

(註十五) Beilng: StrPr. 245 ff., ZStW. 42, 599ff., GA. 67, 141; Kern: ZStW. 41, 235; Loewe-Rosenberg: § 194 GVG. 3 b, § 263 StrPO. 2; Schwarz: StrPO. § 263, 1, GVG. § 194, 1; Gerland: StrPr. 284; Daude: StrPO. § 263,

4; Kohlrusch: GVG. § 196, 4. 尙ほ RG, Rspr. IV 203, RGSt. 2, 381; 8, 220, も刑事事件に於て全部的表決を要求して居るのである。

Stein-Jonas: § 309 I 3; Sydow-Busch-Krantz: GVG. § 196, 2; Rintelen: CR. 872f.; von Wilimowsky-Lewy: GVG. § 196, 1; Heilmann: Lehrb. 211; Hellwig: Lehrb. 2, 67f., Syst. 83.

表決方法の問題は刑事訴訟に於ては繰返して論議されて居るの(反)論文 (Heinemann: ZStW. 15, 1, 217; Binding: Abh. II 141; Beilng: ZStW. 37, 365. 最近では Sachse: ZStW. 49, 306) に於てするもの外すべての註釋書や教科書に於て、民事訴訟に關する参考書中には殆ど之に言及するものはない。前掲の民事訴訟法教科書や註釋書を除けば殆ど此の問題を念頭に置いて居るものはない。ホルドマン (Goßschmidt: ZPr. 29) は一句を以て此の問題を片付けて居るし、ローゼンベルグは全然之に言及して居ない。ホルギヤーン、ビッツ、及びファン・ラング以來はハイマン (Zeller: ZStW. 41, 528) ヲヤーンマンの之に對する駁論 (Beilngs Erwiderung: etenda 42, 599) 並びにハイマン (Haymann: Festsig. f. Stammer, 1926, 395) などが民事裁判所の表決について論じて居るけれども大抵の紙幅は刑事訴訟上の論議にのみ費されて、民事訴訟上の問題はほんの附隨的に論じてあるに過ぎない。かやうに民事訴訟と刑事訴訟とに依つて表決方法の問題の取扱を異にして居る理由は必ずしも非常に明確ではない。只民事訴訟に於ける表決の際には決して難問を生じないのは明かである。それが何故であるかは判らない。恐らくは表決の訴訟上に於ける経過を閑却するが爲であらう。そして此の閑却はまた裁判所の負擔の過重であることに由来するか若は裁判の方法の變つて居るのに基くのかも知れない。尙ほ次節の註一を参照せられた。

(註十六) 従前刑事訴訟に於ける理由に依る表決に賛成する者 Klein: Ann. 7, 333; 24, 101; Oppenhoff: 214, 3; Loewe: StrPr. 340; Zachariae: Handb. II 475; Mittermaier: Mündl. 411. CrimA., N. F. 1844, 312f.; Gesetzgeb. 575 f., Strafwert. II 542 ff.; CrimA., N. F. 1854, 149 ff.; Strengeln: StrPO. § 262, 2; 民事訴訟に於ける全部的表決に賛する者 D. (Dorguth): PrJz. 1, 1123; König: CBRPrJur. 1841, 636; Bolgiano: ZZR. 15, 396; Haymann: 418, 427 などである。

第九節 此の問題に對する解答の爲の出發點の獲得

(a) 此の問題に解答しやうとするなら、表決は訴訟上の事實であること、即ち既に高調された通り本來の裁判若は判決たるものであると云ふことから出發してかかる必要がある。表決はかくの如く本來の裁判若は判決たるものなのであるから法律上の原則に従つて判断すべく、即ち第一には訴訟法に従ひ(註一)、第二には一般の法律原則に従つて判断すべきである。だが併し思考上の法則に違反することを許されないのは素より言を俟たない所である。さればと云つて判決は法律適用 Subsumtion の作用であつて、即ち論理上の結論なのであるから表決は専ら論理の法則に従つて判断すれば足りると考へるのは間違ひであると思ふ(註二)。蓋し裁判官は一つ若は數個の事實(小名辭、第一前提)をば一つ若は數個の(註三)、法條(大名辭、第二前提)の下に當嵌めることに由つて判決を獲得することが出来るには相違ないけれども(註四)、併し論理の法則に従つて行はれるのは只法の當嵌め自體のみに止まり、判事が是等の前提を發見するのは別の精神作用に基いてであり、とり分け判事が人間の内面的外的の生活に於ける自分の經驗に依つて事實を探究し、其の法律的知識の力を借りて問題たる法律規範を見出すのであるから、判事は經驗的の認定(註五)、に基いて是等の前提を發見するものである。然も是等のすべてを通じて經濟的、社會的そしてまた道義的の評價が併せ働いて居て、法の當嵌めの結果に影響を及ぼすのである(註六)。

(註一) Haymann: 416; Beiling: ZStW. 42, 605ff.; GA. 67, 143 など正當である。

(註二) 同說 Plathner: Reform 2, 286f.; de Fontenay: B. Mittermaier: ständig, bes. CrimA., N. F. 1854, 151; Oppenhoff: 214, 3; Pfizer: ZZR. 15, 377f.

(註三) 大抵の場合は推論の一つの結果に關するものである。

(註四) 是は刑事訴訟法第三百三十七條第二項及び民事訴訟法第五百五十條が規定して居る法律若は法律規範の適用を意味する。判決が實際に於ては「直観」 Intuition の方法で法律的感情のみに依つて發見されることが随分多く、此のことはイザイ(Isay: 65f.)が著名な實際家の發表や個々の裁判所の判決の發達について一々指摘した所であるが、此の事實は今日の法律組織がイザイの論證したやうに資本主義的經濟形態と相關聯する、自然法的觀念から生じた立法者の唯理的の精神に基くものであつて、完全でもなければ合宜的でもないことを恐らく暗示するものと云つて差支あるまい。けれども法律にして存在する以上は裁判官はそれを適用するの外はなく(國憲法第百二條、裁判所構成法第一條)、少くとも自分が法律的感情に由つて獲得した判決は自分自身に對しても自分の同僚に對しても法律に基いて辯解され得ることを必要とし、特にそれは既に判決の言渡以前に行はれることを必要とするものである。此の點はイザイも亦承認する所である(16ff.)。尙ほイザイが國家的協同體 staatliche Gemeinschaft と法的協同體 Rechtsgemeinschaft とを區別して居る懸念すべき理論については Wieruszowski: JW. 59, 46 を参照せよ。

(註五) Beiling: ZStW. 42, 603ff.; GA. 67, 143; 正當である。同は von Wilimowsky-Levy: GVG. § 196, 1; Hellweg: StPr. 306; von Bar: KritV. 10, 471 も亦然り。

(註六) けれども是等の評價は法の當嵌め自體に代ることは出来ない。ウエルスマンスキー(Wieruszowski: JW. 59, 44f.)のイザイに對する議論は正當である。氏は直観に依る外見上の法の發見 Rechtsfindung が實は「省略された思索の方法」 abgekürztes Denkverfahren に外ならないものであることを適切に指摘してゐるのである(45)。

(b) けれどもかくの如き論定丈では未だ以て、どう表決すべきであるかと云ふ問題に對する解答は得られない。蓋しどう表決すべきであるかと云ふ問題は、個々の法律適用の推論 Subsumtions-Act の

前提を發見するのは誰であるのか。法律適用を行ふのは誰であるか。誰が個々の部分的推論 *Teilschlüsse* を抽出するのであるか。個人が既に其の任に當るのであるか、それとも合議裁判所の形で初めて其の任に當ることが出来るのであるか(註七)、と云ふ問題を意味するものに外ならないからである。且又實際論理のみに基いて表決すべしと云ふ説を採らない者にとつて決定的なのは三段論法としての判決の性質ではなくて、合議裁判所と其の活動の本質竝に任務を如何に解するかと云ふことに外ならない(註八)(註九)。それは一つの法律的著想であつて、此の著想が問題の解決にとつて必然的に重大な意義を有するものである。

(註七) Henemann: ZSW. 15, 25 は正當である。

(註八) 例へばリンテン (Ritten: CPr. 573) 竝にオペンホフ (Oppenhoff: 214, 3) が斷案 *Schlussentscheidung* は論理的推論の歸結であつて、先づ前行の推論を行はなければならないと云つて居るのは、推論を行はなければならないのは自明的の事柄なのであるから、論者の云はうとして居る所が合議裁判所全體で前提についての裁判を行ふ必要があると云ふことであるのは確かである。

(註九) 同説 *Tecklenburg: Jahrbüch. 7, 89.*

單獨判事 *Einzelrichter* は唯一人で前提や判決の要素を認定し、之に依つて判決を言渡す。單獨判事にして若し判決の或る要素について疑念を懐くときは、單獨判事はみづから考量して結局に於て賛否を決し、特に各要素を一つ一つ順次に片付けて行くのである。人或は單獨判事を合議裁判所と比較して云ふことが出来るかも知れない。單獨判事が疑のある點を一つ一つ順次に片付けて行つて結局それから判決を論結するのと同じやうに、合議裁判所も亦全體として見るときは一人の裁判官に外ならな

いのであるから、一人の裁判官が一步一步を進めて行つて結局疑のある點の全部を片付け、それからして最後の論結を抽出することが出来るのと同じやうに、合議裁判所も亦各個の點について表決を爲すことに由つて漸次に疑はしい點を除去して行つて徐ろに判決に向つて歩を進めなければならぬ。そうすれば判決は論理的の結論として既に發見された前提から全く自然的に生じて來るのである(註十)と。

(註十) 是は實際理由に依る表決を辯護する二三の論者の主たる論旨の一つであつて、是等論者の中の一部者は合議裁判所を以て一種の「法人」*moralische Person* であると云へ稱して居る位である。其の最初の者はソネンフルス (von Sonnenfels: 18) であつて、然も氏は此の「擬人説」*Anthropomorphismus* に於て著しく歩を進め、單純の多數決の場合にあつては「只蓋然的に犯人であるに過ぎない者」*nur wahrscheinlich Schuldiger* に對して有罪を言渡すこととなる譯であるから、有罪を言渡すには一切の問題について完全な一致の存在することが必要であるとまで論じて居る(41)。かやうな議論は判決官の作用を極端まで唯理的に觀念するもので、單獨判事なるものが或る疑問を殘る限なく解明し盡すことの出来るのは極く稀にしかないことであると云ふことを見のがして居る。之に對してはグロシネルス (Groschels: 234) の云つた「同心一致と云ふことは神の意思との一致に依つて左右される」と云ふ句を参照せられたい。——後來是と同じやうな議論をする者に *Pfahner: Reform 2, 283 ff.; de Fontenay: 16; Heffter: CVA, 13, 33* などがある。——之に反して罪責問題を分離して居るに拘らず正しきのは *Klein: Ann. 24, 97*、逆に結果に於ては正しいけれども間違つて居るのは *Koch: PrZPr. 317*。——更に此の種類に屬するのはツァッケの著書 (*Zaake: 65*) 中に引用してある委員長ファン・シャイブラアのプロイセン邦司法大臣ファン・ミューラアに宛てた一八三九年三月十六日の報告書及び同所に引用されてある (62 ff., 67, 68) 一八三四年二月一日、一八三九年三月三十一日及び一八四〇年十二月十二日の諸閣令。グラーゼル (*Glaser: Handb. 2, 268*) はまだ擬制人 *künstliche Menschen* としての合議裁判所について云々して居る。Phzer: ZPr. 15, 367 も實質上に於ては同様である。ツァイラアが立法論として *ZSW.*

41, 528 ff. 中で記述した所も亦かくの如き擬人説に立脚するもので (Zaier: *etenda* 536) 'ヤールンク' (Beilng: Zst-
W. 42, 618) がそれを咎めたのは正しい。大審院は Rsp. IV 303 中で精神的統一體としての合議裁判所について論
じて居るけれども、それからして表決方法にとつての論結は抽出しては居らず、寧ろ判決について、判決なるものは
此の精神的統一體の信念の表現であると稱して居るのである。

けれども此の見解は、現行法が裁判官の合議體に與へやうとして居る地位を正當に理解して居るも
のとは云へまいと思ふ。複數を以て構成する強化された裁判所 *das verstärkte Gericht* (即ち合議裁判
所) の目的とする所は意見を交換するを得しめることに由つて錯誤の發生を豫防し、案件を根本的に
評議することによつて其の可能とする最善の判決を招來せしめやうとするに在る (註十一)。けれども裁
判所の裁判は獨り法律的結果の確認であるのみに止まらず、同時にまた國家機關の意思表示でもある
ものである (註十二)(註十三)。裁判官は國家機關として其の行爲につき責任を負ひ、従つてまた自分の言
渡した判決についても責任を負ふのである。合議裁判所それ自體は思考することは出来ないものである
から、従つてまた其の意思を發表することも出来ない。そこで裁判所の裁判所としての職能を果す所
のものは常に裁判所を構成する裁判官である (註十四)。けれども既に個人たる裁判官が裁判についての
責任を負ふのであるとすれば、是等の個人たる裁判官はまた此の裁判を欲求することが出来なければ
ならぬ。何人と雖己れの欲求することの出来ない所のもの (註十五)、について責任を負はしめることは
出来ない。従つて合議裁判所には「無形の統一體」 *moralische Einheit* として其の判決について責任を
負はしめる譯にはいかなないのであるし、此の合議裁判所を構成する個々の裁判官も自分は只判決の資

料を供給するまで、其の資料がどう云ふ結果に歸著するであらうかを見通すことが出来ないやうな裁
判について責任を負ふ譯にはいかなないのである。合議裁判所の意義目的は獨り裁判官の知識を増強す
るのみに止まらず (註十六)、既に言渡した判決に對する責任を増強することでもあるのであつて、此の
責任の増強は恰も單獨判事が其の判決について責任を負ふ (註十七)、のと同じやうに數人の裁判官がそ
れについて責任を負ふことに由つて達成されるのである。加之確定力を有するに至るのは只判決のみ
に限られ、其の理由は確定するに至るものではない (註十八)。そこで前掲したやうな目的は合議裁判所
を構成する各個の裁判官が判決の爲に自分の意見を述べべる機會、また自分の意思を表明する機會を有
して居る場合に限り達成することが出来るのである。ここに於てか個々の裁判官が想像し得られる判
決の理由についてのみ表決することが出来るに止まり、判決については表決することが出来ないで、
判決を擬制的に *künstlich* 構成する (註十九) やうな表決方法は、合議裁判所の本質とも一致しなけれ
ば、また其の普通の任務とも相容れるものではないと云ふ論結を生ずる (註二十)。

(註十一) Feuerbach: I 125; Mittermaier: Civa. 14, 410f.; Motive des GVG, Hahn: 30; Zaier: ZStW. 41, 533.

(註十二) Goldschmidt: Prozess als Rechtslage 496, 498; Schoenack: Rechtsgang III 1; Beilng: StrPr. 222 Anm. 1, 257,
238 mit Anm. 1, 143; GA. 67, 143; Gerland: StrPr. 284; RGKspr. IV, 303, 4730.

此のことは早へから既に知られ居たことである。Waldeck: NPA. 7, 433; von Schlieken: PrJZ. 3, 569; Sche-
pers: NPA. II, 150; von Bar: NilannMag., N. F. 4, 412 f., KritV. 10, 469; Ullmann: Lehrb. 286; Hellweg:
StrPr. 306; Glaser: Handb. 2, 263 Anm. 7; Doehow: 28.

(註十三) Binding: Abh. II 151, 4 Grundr. 172 4 原則として正し。

(註十四) ミッナルマイヤ (Mittermaier: CrimA., N. F. 1854, 150) やオルトロフ (Orloff: GA. 9, 19) が純然たる唯理的の思考行爲の總和に依つて裁判所の「本當の意思」若は「本來の見解」を構成せやうとするのは、本文記す所を看過するものに外ならない。裁判所は云々の意思決定を行つたと云ふ字句は、裁判所を構成する裁判官の各員の多數者が云々の意思決定を行つたと云ふのと同義だと云つてゐるワルデック (Waldeck: N.P.A. 7, 441) の説は正當である。

(註十五) 理由に依る表決と恐らく結び付いて居る各個の表決者に對する良心の強制を正しく強調して居るのは König: Pr. JW. 4, 545; Heinemann: ZStW. 15, 49; Haymann: 426 などである。ウァイツス (Vaitus: GVZ. 8, 196) が理由に由る表決を健全な司法にとつての危険たるものと稱して居るのは、ウァイツスも亦此の點に想到して居るものである。Dorguth: PrJW. 7, 166 も亦相似たるものがある。ワルデック (Waldeck: N.P.A. 7, 451) は責任に對する脅威と云ふことを高調し、また合議裁判所を構成する各個の裁判官が判決を否認する desavouieren ことが出来ると云ふ危険を力説して居る。奇妙なのは ユーホ (Koch: PrCP. 325 Ann. 18) の著書に多數裁判官が正當に構成されて居る論結とは違つた論結を欲する場合に、法人 juristische Person の非論理的な論結しか存在することは出来ないであらう。此のことは法人に思考能力の無いことを證明するものに外ならないと云つて居ることである。

(註十六) Heffers: Organe der juristischen Intelligenz, Civa. 13, 93. を参照。

(註十七) Reising: ZStW. 42, 610; Heinemann: ZStW. 15, 52.

(註十八) サウニイは客觀的の判決理由、即ち判決の要素が確定力を有するに至るものであると云ふ自分の見解の立場から、理由に依る表決を正當であると認め居る。Savigny: Syst. 6, 408.

(註十九) さもなければドルグート (Dorguth: PrJW. 7, 197) の云つて居るやうに養子の目の上で勝つ erwirfen と云ふ表決方法である。ファン・ハール (von Bar: Recht und Hevels im Zivilprozess 179) は、理由に依る表決は多數意見の發見した抽象的の證據理論に到達せしめるものと云ふことを指摘して居るけれども、此の確認の結論は抽き出して居ないのである。此の點は以下に於て尙ほ明かにするであらう。

(註二十) グラアヤル (Glaser: Handbuch 2, 268 Ann. 2) は、論理は分化を要求するけれども、法律的感情は理由を同

じくすることなきも尙ほ判決を統一することの可能を要求するものであると述べて居る。

この點は Reising: ZStW. 42, 611ff.; Heinemann: ZStW. 15, 52; Binding: A. h. II 151; Tecklenburg: 90; Ullmann: 280 Ann. 2 が論じて居るやうに Dorguth: PrJW. 7, 166; Schepers: N.P.A. 11, 147; Waldeck: N.P.A. 7, 430f., 451 は既に早くからかく論じて居る。

ハイトン (Haymann, 415 f.) は「擬人説の背理であること」を説いて居るけれども、責任を高調することをして居ない。Sachse: ZStW. 49, 309 は實質上に於て同一である。

(c) けれども此の一般原則は未だ以て個々の場合に如何に表決を行ふことを必要とするかを明かにするには充分でない。

裁判所に呈示される判決の資料は大抵の場合只一つの小前提と只一つの大前提とに分つことが出来るものではないのであつて、寧ろ澤山の三段論法を行ふことを必要ならしめる。即ち刑事事件に於ては次のやうな問題の發生することがあつて、其のそれぞれが事實を法條の下に當嵌めることを必要ならしめる。罪となる行爲なりや。特定の構成要件の標識を具備せりや(註二十一)。未遂なりや。刑罰阻却事由なりや。刑罰廢除事由なりや。減輕事由なりや。加重事由なりや。可罰條件なりや。等、等、等である。また民事事件に於ては原則として次のやうな問題が發生する。即ち訴は理義一貫せりや。訴の原因は立證せられたりや。抗辯は理義一貫せりや。抗辯は立證せられたりや。等、等、等である。是等の問題の全部に對する解答は終局判決の理由若は一部を成すのであつて、然も三段論法の大前提若は小前提たるものではないのである。是等の問題は部分的問題であつて、其のそれぞれが己れの爲に主たる問題及び終局の問題を肯定若は否定させる目的を以て持出すことが出来るのである。

(註二十一) 第六節(a)の第二例に於ける文書概念についての表決を参照せよ。

今度は是等の個々の問題について各別に表決すべきであるか、それとも全體として表決すべきであるかと云ふことを確定しなければならない。此の目的の爲には刑事訴訟並に民事訴訟の本質と任務とに立入つて論ずる必要がある(註二十二)。

(註二十二) 思想の経路に於て類似して居るのは Rintelien: StrPr. 45ff; Graf zu Dohna: Strafverf. 78; Hellweg: StrPr. 306 などであるが、是等の學者は理由に由る表決こそ原則として正當たるものであると認め、只罪責問題についてのみ例外を設けて居るのである。

出發點に於て一致して居るのは Heymann: 416 以下。

ペーリングも同じやうな論旨を展開した。曰く、立法者が表決を有することを欲して居るのは確定の事實である。果して然らば立法者は何の爲に表決を有することを欲するのであるかを問題としなければならぬ。此の點からして結局立法者はどう云ふ風に表決を有することを欲するものであるかと云ふことが明白となつて來るのである。ZSW. 49, 606. 尚ほ 608 も亦然り。

RGRspr. IV, 308 も表決方法を審査するに至つて司法の目的から出發して居るのである。

之に反してドルグート(Dorguth: PrJZ. 1, 1133)及びケーニヒ(König: GRPr. Jur. 1841, 636)は之に贊同しない。訴訟の目的並に本質に對する對酌はザクセ(Sachse: ZSW. 49, 308ff.)にあつても缺けて居る。尚ほ此のザクセの見解については以下に於て尙ほ論ずる所があるであらう。

凡そ訴訟と云ふものは國家の一制度であつて、現行法を確認し、之を貫徹するのに役立つものである。裁判所は法を確認することを必要とするが故に、如上の任務は成るべく完全に果すやうに、換言すれば成るべく正確に確認を行ふやうにしなければならぬ。

完全に正確な判決と云つたやうなものは訴訟の目標とする所ではない。蓋し人間の知識以外の手段を具備してどの判決こそ絶対的の意味に於て正確なるものであると云ふことを斷言することの出来る裁判所は未だ曾つてないからである(註二十三)。只法律的知識の力を借りて理解し解釋した法律並に法律的感情に適合する裁判こそ、相對的の意味に於て正確なるものと稱することが出来る(註二十四)。

(註二十三) 同説 Beiling: ZSW. 49, 608f.

(註二十四) 法律は本來社會一般を支配して居る法律的感情の結晶たるべき筈のものであるのだから、判決が法律に直面して地歩を維持し得られればそれで充分である筈であらう。けれども法律は常に準則を與へることが出来るに止まるのであつて、其の制定の當時の法律的感情を束縛し得るに過ぎない。法律的感情は生活關係と共に變化するのであつて、従つて法律的感情は裁判の協力をすることを必要とし、然も統制的の因子 Kontrollfaktor として裁判に協力しなければならぬ。法律的感情に基いて判決が発見せられ、法律は只形式的の理由の試金石としてのみ、又はかくの如き手段としてのみ役立つことイザイの述べた所の如くである場合にあつては、法律は立法の不完全であることの證據として認めるの外はあるまい。尚ほ本節の註四を参照せられたい。

判決の發見に參與する裁判官の人數が益々多くあるに従つて、判決が正確であることの蓋然性は愈々大きくなつて來る。蓋し錯誤が存在するとか、過失があるとか、極端な意見が勝を制するとか云ふ危険がそれだけ減少するからである。意見を相互に交換し合ふことの長所は既に擧げた通りである(註二十五)。そして評議こそは其の事態を解明し、争を調和する作用の然らしめる所として合議裁判所の作用中の最も重要なものであることを、ここでもう一度強調して置きたい(註二十六)。評議の際には意見が形造られて行く。評議は細目の問題に及ぶことを得べく、必ずしも全然簡單でない場合にあつては

すべての細目の問題に及ぶことが必要である。表決は評議の際形成された意見の中のどれが效力を有するものであるか(註二十七)(註二十八)を終局的に且羈束力を以て確認するのに役立つ丈のことである。即ち表決は純然たる訴訟上の處置 *rein prozessuale Massnahme* である(註二十九)。けれども表決は訴訟上の處置として判決の決著にとつて非常に重大な意義を有するものであることは、既に屢々言及した所であつて、實際表決を別様に行ふ段になると別段の内容を有する判決が出来ると云ふやうな場合は随分ある。

(註二十五) ベーリングが唯一の價值として責任の増強と云ふことを認め(ZSW. 49, 610)、判決の正確と云ふことについての保障の増強と云ふことは全然度外視して居るのは、全く本文記す所のやうな合議裁判所の性質を幾分過少視するものである(608)。

フイエルバハ(Feuerbach I 126)は合議裁判所の決議は單獨判事の判決に於けるよりもより大なる正確の推定を要請するに足りると云つて居ること本文記す所と相似たり。

(註二十六) Heinenann: ZSW. 15, 54 を参照せられたい。さればハイマンが評議を行ふ法定の義務と云ふことを云つて居るのは正しい(Haymann: 408)。——ザウエルは、合議裁判所と云ふものは要求と現實との間の平均としての常人丈をしか相手とすることの出来ない法が、獲得すべく努力して居る正常の裁判官 *Normalrichter* に最も接近するものであると云つて居る(Sauer: 72f, 74)。けれども法律が正常の典型 *Normaltypus* を獲得するのは表決に依つてではなく、評議に依つてであることはザウエル(74)の言明して居る通りである。蓋し表決は二つの可能しか(組合せ方式方法の場合を除外すれば)與へて居ないからである。即ち表決はもはや決して平均を招來することは出来ないのである。

(註二十七) 表決に由つて確定された多數が其の理由に於て統一的でなかつた場合に於ては決して「本當の」多數ではないとフアント・ネイ(de Fontenay 18)の云つて居るのは、如何なる理由に基くものなのであるか理解し難い。理由に於

て統一のありさへすれば終局の結果に於て統一でない多數も「本當の」多數であるのだらうか。是こそ裁判官の任務の確認のみ肝要とすることなのである。

(註二十八) Feuerbach: I 125 も亦同説。

(註二十九) フルテル(Walther: CrimA, N. F. 2. Abschn. 1857, 254) ニオルトマン(Orloff: GA. 9, 19) ちつはまたボンディング(Binding: Abh. II 156 Anm. 29) などが述べて居るやうな表決に依つてはもはや錯誤を除く譯にはいかない。

ミテルマイヤー(Mittemaier: Mindl. 411)が述べて居るやうに「基本的表決」*gründliche Abstimmung* も存在するものではない。只基本的評議あるのみである。けれども正確な表決は存する。

クライン(Klein: Ann. 7, 333)は「刑事判決が議堂から擲み出される」やうな弊害は表決で豫防することが出来ると云つて居るのは間違ひである。

ザックセ(Sachse: ZStW. 49, 309)も評議の意義を誤認して居る。

正確な判決を招來する方法(註三十)、又は少くとも蓋然的に正確な判決を招來する方法(註三十一)、を正しい方法であると稱するのは間違ひであらう。判決は法律に直面して其の地歩を維持することの出来る場合に正常であるものであることは既に述べた通りである(註三十二)(註三十三)。けれども判決は實體法に訴訟法の規定に叶ふことが必要である。實體的規範の遵守は評議に由つて保障されるであらう。最終の口頭辯論に至るまでの手續を規律する規定についても同じことが云ひ得られる。けれども訴訟法の規定は表決に關する規則も遵守される場合に初めて遵守されるのである。表決が正常な判決を生ぜしめる場合には表決は正常であると云ふ定則は成立たない。成立つのは寧ろ表決も正常に行はれた場合に判決も正常なのであると云ふ定則である。

(註三十) 同説 Caschel: 1, 238; Platner: Ref. 2, 388 (氏は健全な悟性に訴へて居る); Orloff: GA. 9, 372f. 近頃では Sachse: ZStW. 49, 309. — されは如何なる表決方法が刑事訴訟に於ける被告人にとつて有利な判決を招來するに適するか不利な判決を招來するに適するかを検討する學者のあるのは、是亦正當でない。例へば de Fontenay: 13 の如し。 Rosenfeld: RStPr. 151 も相似たるものがある。尙ほ此の點については以下に於ても一言する所があるであらう。

(註三十一) 確率算出法の助けを借りて正當な表決方法を算出しやうと云ふ試みは否定すべきである。此確率算出法についてはハイマン (Haymann: 433 ff.) ツァイラア (Zeller: ZStW. 41, 540 ff.) 及びファン・クリース (von Kries: 441 f.) がそれを欲求して居るやうに裁判官並に有利な事情若は不利な事情を數値として指定するのである。われわれは個々の裁判官がどう云ふ風に判決するのを常とするかを知る必要があるであらう。併し裁判官がどう云ふ風に判決するかは理論的には恐らく長々しい觀察に依つて確認し得られる所なのであらう。此の既知の場合の全體(「集合體」)からして初めて恐らく數學の助けを借りて個々の表決方法の正しさの蓋然性を確定することが出来るのであらう。所が此の前提は實際上には達成することの出来ない所であるが故に(前記の學者達は之を達成出来るものとして豫定して居るのである)、此の問題には深入りする丈の價値はないのである。

(註三十二) Bebing: StPrK. 345 (法律は「法律秩序の精神に於て正當な結果を保證するに足る」やうな表決方法を要求して居るのである)。

(註三十三) 尙ほ法律的感情 Rechtsgefühl の意義に關しては本節の註四、並に註二十四に述べてある所を参照せられたい。

—— されば裁判が公正なりや否やの問題は表決方法を調査する爲には援用する譯にはいかないのであつて、従つてベリンダ (Bebing: GA. 67, 155) やファン・クリース (von Kries: 451) などの所説は懸念すべきものである。

第三章 現行訴訟法に由る正しい表決方法の研究

第十節 刑事訴訟に於ける表決の方法

如何なる表決方法が正當なのであるかを示し得るものは現行の訴訟法以外にはなく、此の一事は最終の歸結として固執せざるを得ない(註一)。だが此の場合に考慮しなければならないのは、前にも述べた通り判決と云ふものはそれを言渡すの任を有する各個の裁判官の意思の表現であることを必要とする(註二)と云ふこと、並に裁判官が意思の決斷 Willensentscheidung を表明しない本來の意味に於ての前提に依る表決 Abstimmung nach Prämissen は正當ではないと云ふことである。だが併しそうなつて來ると今度は個々の訴訟に於て判決と稱して居るのは一體何を指すものであるかと云ふ問題が出て來る。即ち法律適用に由つて生ずる部分的の論結 Teilresultat が既に裁判なのであるか、それとも最終の歸結である終局裁判にして初めて裁判と稱することが出来るものなのであるかと云ふ問題である(註三)。此の問題に答へることを得んが爲には刑事訴訟並に民事訴訟の任務を説明する必要がある。

(註一) 即ち絶對的原则的に正當な表決方法なるものは存在しないのである。之に反對なのは Loewe-Rosenleber: § 194 GVG. 33d である。氏は部分的表決と云ふ「承認濟の原則」には罪責問題に於ける一大重要な例外を設くべきであると述べて居るのである。

(註二) マンデリング (Binding: A.M. II 152) が裁判所は法律と訴訟とが各別に提出する丈の問題に答へることを必要とする
と云ふ趣旨を述べて居るのは、原則として、出發點に於て一致するものであるが、氏の論結に至つては違つたものになつて居る。尙ほ以下記す所を参照せられたい。——本文記す所の如く論ずるは Planck: C.P. I, 160 であり、また Heinemann: Z.N.W. 15, 23 も亦然りとす。

(4) 刑事訴訟も民事訴訟も、何れも共に國家が法律秩序 *Rechtsordnung* を維持する爲の目的を以て設けた國家の一制度であつて、法律秩序が國家と云ふ協同體の内部に於ける平和を維持するのに役立つものである以上は、訴訟は社會的の秩序を侵害に對して防衛する爲の一制度であると謂はなければならぬ。此の社會的の秩序はいろいろな方法で侵害されることがある。そして國家はそれそれ侵害の種類に應じて是が維持を達成するの使命を有するいろいろな方便を設けた。

刑事訴訟は法律秩序や社會的の平和に對する侵害の事實、即ち犯罪の中に其の基礎を有するものであつて、侵害者に一定の處分、即ち刑罰を科することに依つて侵害の反覆されるのを防止することを目的とする。刑罰はそれそれ協同體の根本觀念に應じて贖罪 *Sühne*、保安處分若は矯正處分の性質を帯びる。刑事裁判所の任務は被告人が罪となる行爲を犯したものであるかどうか、及び之に對して被告人を處罰すべきであるかどうか、若し處罰すべきであるとすれば如何に處罰すべきであるかを認定するに在る。加之現行の刑事訴訟の特色は、裁判所がみづから進んで實體的眞實 *materielle Wahrheit* を究明するの義務を負はしめられると云ふことであり (刑事訴訟法第二百四十四條第三項)、起訴が其の代表者の提出した資料に依つて根據を與へられて居るか又は防禦の證據方法に依つて失効させら

れたかを審査する丈に制限されるものではないと云ふことである (註三)。

(註三) 起訴が筋道が立つて居るかどうかと云ふことは裁判所に於て既に公判に入るに先だつて既に審査するのである。此の審査の結果は即ち公判を開始し若は是が開始を拒む決定である (刑事訴訟法第二百三條)。けれども手續の此の階段に於ても裁判所は檢察の提出した所に制限されるものではなくて、みづから進んで事案の解明を促進して差支ないものである (刑事訴訟法第二百二條)。

だが刑事裁判所の裁判の本質も亦眞實探究主義の原則と相關聯して以上に述べたやうな刑事裁判所の任務を定めるものである (註四)。勿論今日の刑事訴訟は所謂當事者主義 *Parteigrundsatz* に従つて形成されて居るのではあるけれども、然し事柄の本質の上から云ふと裁判所の動作は争の裁判 *Schlichtung* たるものではなくて、裁判所は寧ろ獨立の行動を以て被告人に對して國權を行使すべきであるや否やを審査するのである。刑事訴訟なるものは訴訟的に觀察すると二人の當事者が勝を争つて闘争するのではなく (註五)、裁判所も亦此の闘争の成行を消極的に監視し、また闘争が合法的に行はれ結局此の争の終局の結果が確認されるのを監督するに止まる仲裁人たるものではなくて、裁判所は事件が自己の許に繫屬するや否やみづから訴訟を指導する。當事者主義、公訴主義はひたすら被告人に公平な裁判所を保障し、檢事に於けると同一の訴訟上の權利を與へる (註六)。否、被告人は檢事よりも遙に有利な地位を有する。蓋し檢事は獨り被告人を有罪ならしめるのに役立つ事情のみに止まらず、寧ろ被告人を無罪ならしめるのに役立つ事情をも捜査するの義務を負ふものだからである (刑事訴訟法第六十條第二項)。

(註四) そして同時にまたグラッセルの引用した「法律の精神」(Casper: Handb. 2, 271) 又はグラッセルをして全部的表決を正當であると思惟するに至らしめた其の「意圖」(592) を示すものである。

(註五) ウィアルダが民事訴訟に於ては當事者双方が財産價值を争ふ次第であるのに反し、刑事訴訟に於ては「一方の當事者丈の最高の法益」um die höchsten Güter nur eines Teiles に關するものであるの故を以て、刑事訴訟に於ては全部的表決を適用しやうとするのは、事柄の本質に従ふものである (Hammig, 8, 132)。只其の際紛れ込んで來る「民事訴訟の敗訴は軽い刑罰に於けるよりも遙に大なる損害を當事者に致すことがある」と云ふ訴訟の客體の感情的評價は勿論謬りである。

(註六) in dubio pro reo「疑はしきは被告人の利益に解す」の原則は糾問訴訟に於ても行はれるであらう。此の原則は只被告人に對しては罪責を立證することを必要とし、また證明の結果の疑はしい場合には無罪を言渡すことを必要とするものであること丈を意味するに過ぎない。此の原則を説明するのに檢事の舉證の責任を以てするのは、現行法からは極く理解し易いことであるけれども、完全ではない。

だから裁判所がみづから提出して解答することを必要とする間は、檢事が正しいか、それとも被告人が正しいのかと云ふのではなくて、被告人は反社會的に行爲をしたかどうか、若し行爲をしたとすればその爲に被告人はどう處罰しなければならぬかと云ふに在るのである。

此の問題は二つの問題に分たれるのであつて、曩にも説明したやうに罪責問題と刑罰問題とを總括したものに外ならない。併し刑罰問題はここでは除外することが出来る。蓋し議論は刑罰問題には及ぶものではないからである。罪責問題は本來は統一的に提出し、統一的に解答することを必要とする。けれども數個の罪となる行爲又は數個の刑法上の判斷が問題たる場合に於ては、そのそれぞれに

ついで別々に問を出す必要がある(註七)。蓋し此の場合にあつては數個の獨立した罪責問題を存し、是等數個の獨立した罪責問題は刑法第七十三條及び第七十四條の特別規定がないとすれば、其のそれぞれが特別の刑罰的結果 Straftatbe を招來するであらうからである。基本的構成要件の外に此の基本的構成要件を除外する加重構成要件 Qualifizierungstatbestand 又は特遇構成要件 Privilegierungstatbestand が問題となる場合には同じ手續を遵守しなければならない。例へば刑法第二百四十三條の如し(註八)。特別の刑罰的結果を伴ふ各個の法定の構成要件は一個の特殊な罪責問題を提出するものであつて、此の罪責問題は各別に解答する必要があるのである(註九)。事實關係を問ふ問と法條、即ち所謂前提を問ふ問とに問を區分するのが不適法であることは既に明かにしたことであるが(註十)、併し個々の法定の構成要件標識、辯解事由、免責事由、刑罰阻却事由、刑罰減輕及び阻却事由、可罰性の條件なども(註十一)、別々に問ふことを許されぬ(註十二)。若し是等を別々に問ふことを許されるとなつたら裁判所はもはや直接犯行や被告人の可罰性について裁判することなく、寧ろ被告人は有効に攻撃されたかそれとも之に對して有効に防禦したかの點、即ち法律が裁判所に全然提出して居ない問題について裁判することとなるであらう。蓋し此の場合にあつては本來の意味に於ての訴訟當事者なるものは存在しないし、且又被告人は全然受動的な態度を執ることが出来る以上は之に對して其の罪責を證明することを必要とする(註十三) からである。

(註七) 此の點はゲルランド (Gerland: 384)、リントレン (Rintelen: StrPr. 450) などの正當に指摘して居る所である。

(註八) 第七節の第十四例並に第十六節(a)の第二十例を参照。尙ほ Loewe-Rosenberg: § 195 GVG. I. h. を参照せられたい。
(註九) Bebing: Enz. 377; ZStW. 37, 376 Ann. 8 並に GA. 67, 152; StPr. 245. 以下はベ氏はかくの如き場合に於ける昔の陪審裁判所の表決方法を適切に援用して居るのである。

(註十) 第九節の(b)を参照。

(註十一) 即ち RGSt. 8, 220 (第六節(a)の第五例)は正しい。蓋し可罰性の條件は刑事訴訟法の意味に於ての犯人の罪責を定めるものだからである。可罰性の條件は犯人に於て有責に實現することを必要とする所の本来の實體法上の構成要件の一部たるものではないけれども (Frank: Vorh. z. 4. Abschn. VI) されど拘らざる追条件 Verfolgarkheitsbedingung なるものでもなければ、刑罰量定事由 Strafzumessungsgrund たるものでもない。可罰性の條件は加重された結果 qualitativer Erfolg (例へば刑法第二百二十六條)に對應するものである。加重された結果が現存して居る可罰性 (刑事訴訟法に所謂罪責に同じ)を他の種類の可罰性に昂揚せしめ、持別の資格を與へると同じやうに、可罰性の條件は、一つの可罰性(責任)を新に創設するものであつて、兩者を通して結果は實體法的の意味に於て被告人の責任であることを必要とした。

(註十二) 同説 von Gross: Allg. DStRZ. 7, 211; Quaasch: St. i. Verh. m. 178; Gerland: 285; Heinemann: ZStW. 15, 67f.; Rosenfeld: StPr. 148f. などは明示的に同説である。尙ほ刑法第二百三十三條第二項に關する大審院の判決 (RG. St. 14, 298) に「憤怒の挑發」Keizung zum Zorn を以て刑罰減輕情狀 strafmildernder Umstand として罪責問題に加算し、その他の「減輕情狀」は通常の意味に於ての減輕情狀として刑罰問題に加算するやうにして居る興味ある判決を参照せられたい。反對 Kintelen: StPr. 451; Geyer: Lehrb. 610. 尙ほ刑罰廢除事由 Strafaufhebungsgrund についても各別に表決することは出来ない。尙ほ第六節(b)の第四例を参照せられたい。von Bar: NHamMag., N. F. 4, 415 Ann. 6 für A. l. 157 CrimGB. (今日では刑法第三百十條を「一致して居る」); Volius: StPO. § 262, 2 などは既に素より正しい。其の外 Bebing: ZStW. 42, 614 Ann. 8; Heymann: 427; Heinemann: ZStW. 15, 75f.; RGSt. 4, 293 も亦然り。だが然しマン・パール (von Bar: Kritik. 10, 490) の所謂刑罰免除事由 Straffigungsgrund 即ち時効だとか、恩赦だとか、外國で言渡された刑の服役完了だとか云つたやうなものは罪責問題に加算することは

出来ないものであるから、刑罰廢除事由とは區別する必要がある。けれども是等の事情の一部は既に訴訟上の先決問題の目的たるものである。即ち是等の事情が時効や恩赦のやうに本案の裁判を妨げる場合に然りとする所である。所がフランク (Frank: Vorh. z. 4. Abschn. V) の説に依ると論者は恩赦をも刑罰廢除事由と稱して居るのであるから、ここに所謂刑罰廢除事由は「可罰性廢除事由」Strafarkheitsaufhebungsgrund と稱することにした方が適切なのではあるまいか。勿論かうなると「刑罰阻却事由」Strafarkheitsausschließungsgrund と稱することを必要とするやうになつて來るであらう。凡そ「刑罰」は裁判所がそれを言渡すに於て初めて之を存するに至るものであるから、ウツテルン (Wittern: 26) が刑法第四十六條の刑罰阻却事由と恩赦と時効との間に全然區別を認めないのには聽従することは出来ない。反對 Loewe-Rosenberg: § 194 GVG. 3 d 並に Wittern: 26f. 尙ほ刑事訴訟法第二百九十五條に「ついで第六節の註五を参照せられたい。

(註十三) マン・パール (von Bar: NHamMag., N. F. 4, 412f.; Kritik. 10, 489) が判決の訴訟的作用でなく、其の實體的の客體を判決せしめやうとして居るのは必ずしも全然是認する譯にはいかない。けれども民事訴訟に於ても訴訟の客體が被告人の「統一的の意思行爲」たることあり得る。Heinemann: ZStW. 15, 34f. 其の外ベリング (Bebing: GA. 67, 144) は無罪 Freisprechung は決して問のテーマたるものではなくて、只消極的結果たるのみに止まるものであると云ふことを正當に述べて居るのである。

(b) 個々の場合に如何に表決すべきであるかを周匝に敍説するのは今は其の所でない(註十四)。從つて究明は特に争のある二三の主なる點に制限せざるを得ない。

(註十四) 曩に擧げた諸例の中で第六節の(a)に於ては第一例の(b)、第二例の(b)、第三例の(b)、第四例の(b)、第五例の(b)、第六節の(b)に於ては第九例の(a)、第七節に於ては第十三例の(b)、第十四例及び第十五例に擧げた表決方法が正しいのである。

先づ第一にビンディングの罪責問題三分説を排斥する必要がある(註十五)。「證據問題若は罪責問題」をば「法律適用の問題」から區別すると云ふのは不可能である。第一問からして既に「被告人は法律

上の意味に於て、證據上如何なる行爲につき有罪と認定せらるるものなりや」(註十六)と云ふ趣旨である以上は、解答は立證された事實關係が法律の下に包攝されるときでなければ見出すことは出来ない(註十七)。認定された行爲を刑罰法規(註十八)、の構成要件の下に包攝することに由つて何が達成し得られるであらうかは明瞭でない。蓋し被告人は罪となる行爲丈について、「證據上有罪であると認定される」ことが出来るに過ぎないからである。ビンディング自身からして既に此の説の理義一貫した論據を示して居ない。既に他の箇所指摘した通り氏の議論は、昔の陪審裁判所の陪審員の手から罪責問題についての終局的裁判を取上げると云ふ努力の特色の下に在るものである(註十九)。併し最後にビンディングの提出して居る第三の問、即ちビンディングが「被告人は發見せられたる刑罰法規に基きて處罰すべきものなりや、若し處罰すべきものなりとせば如何に處罰すべきなりや」(註二十)と云ふ風に文句に現はして居る刑罰問題も否認しなければならぬ。此の問は其の第二の部分に於てのみ正當である。被告人を處罰すべきや否やの問は被告人は其の責任たらしめられた行爲の故を以て處罰すべきであるかどうかと云ふ主旨の(註二十一)罪責問題を以てして既に解答されるものである。此の場合にビンディングは法律が明示的に刑罰阻却事由、刑罰減輕事由及び刑罰加重事由を罪責問題の内に加へ、従つてまた一九二四年以前既に罪責問題と刑罰問題との間の概念的區別を識認して居たと云ふ事實を完全に看過して居るのである。

(註十五) Binding: Abh. II 154 ff. 併し Grundriss 173 ff. が既に言つて居た。

(註十六) Binding: Abh. II 154.

(註十七) Being: ZStW. 37, 371 は適切である。

(註十八) Binding: Abh. II 163.

(註十九) フ・ヘルト (Fuchelt: StPO. § 262, 2) も氏の刑事訴訟法第二百九十三條の問題と同等に取扱つて居る罪責問題から「本来の法律適用の問題」を區別して居るのである。Strenglein: StPO. § 262, 1; Keller: StPO. § 262, 3; Fuchs: Hauptv. 98; Heilweg: 307; von Au sass: § 262, 1; Schwarz: StPO. § 263, 1; Heinenmann: ZStW. 15, 60ff. などの所説は正當である。尙ほウ・インス (Volms: Kontr. II 447ff.) も正當であるけれども、氏は刑事訴訟法第二百九十三條に基いて論ずる所聊か不足であつて、若し第二百六十二條が法律適用の問題の別除されるのを欲求するのならば同條は何か言明する所がなければならない筈であると述べて居るのである。——ビンディングの罪責問題を別除して居るのを承認して居る者にエトカーがある (Oetker: Ges. 66, 432)。之に反して之を極めて峻烈に否認して居るのはケーリング (Being: ZStW. 37, 367ff.) であつて、本文ではいろいろな所で、氏の所論を援用して居るのである。

(註二十) Binding: Abh. II, 164

(註二十一) Being: ZStW. 37, 371 は適切である。

嚴格に云ふとビンディングの表決論は、現行法の考察に於て全然尊重を要請するに値ひしないものである。何となればビンディングは自分が「云ふ迄もなく學問上の意味に於ての罪責問題」について論じて居るのであり、また刑事訴訟法第二百六十二條は「全然閑却する」(註二十二)ものであることを明示的に言明して居るからである。此の點は亦既に指摘した通りである。

(註二十二) Binding: Abh. II 68 Anm. 63.

所が罪責問題に關して統一的に表決するのを正當であると思惟しては居るけれども、然もそれにも

拘らず所謂抽象的の法律問題に關する表決を許さうとする學者が若干ある。刑罰法規の解釋に疑義を伴ふ場合に、抽象的の法律問題に答へることに由つて刑罰法規を解釋しやうとするものである(註二十三)(註二十四)。かくの如き表決を行ふときは裁判所は自分の任務に反することとなるであらう。蓋し裁判所の任務は一に被告人の罪責について裁判するの點に在し、抽象的の法律問題を判断することは其の任ではなく、よしんば此の抽象的の法律問題の判断が罪責問題を裁判する上にどんなに大切なことであらうとも、抽象的の法律問題を判断するのは裁判所にとつては許されないことである(註二十五)。法律問題は罪責問題をも含めて解答すべきである。何となれば罪責問題の裁判は事實を法定の標識の下に包攝することを要求するからである。裁判官は事實竝に適用すべき法條の法律的意義を明確にした場合に初めて法律適用を爲すことが出来るのである。抽象的の法律問題に關する表決は法律適用の結論の前提に關する不適法な表決を意味し、曩にも論示したやうに合議裁判所の本質とは全然相容れぬものがあるであらう。理論上の問題については「決議」、即ち意志の決定を爲すことを得ないのである(註二十六)(註二十七)。

- (註二十三) クライン (Klein: Ann. 7, 333) が *U. v. Münsterhausen* (M. de Pastoret: Des lois Penales, T. II, p. IV, 149, 150, Paris 1790 und Ann. 24, 101 f.) の著書を援用して推稱した訴の順序 (1) 結局如何なる犯罪が犯されたる次第なりや。(2) 被告人は犯人なりや。(3) 被告人は如何なる刑に該るものなりやと云ふのも不適法である。けれども此の第一問は決して純然たる抽象的の法律問題たるものではなくて、寧ろ犯人の一身から抽象された一つの罪責問題であり、普遍的の事實問題と適用すべき法條を問ふ間とから構成されて居るのである。第二問は具體的の事實問題、換言

すれば是亦罪責問題中に包含されて居る同一性の問題 Identitätsfrage を別除するものである。

- (註二十四) 同説 Volius: St. P.O. § 262, 1; von Kries: 451; Graf zu Dolna: Strafrecht, 80 (Zweifelhaf); Rosenfeld: St. P.R.

- (註二十五) 結論に於て同様なるは König: Pr. W. 4, 545. 正當な見解を擁するのは von Schielien: Pr. Z. 3, 569; Heinemann: ZStW. 15, 78; Beiling: Enz. 378; GA. 67, 149 f.; Kohlransh: § 263, 2; Haymann: 427. などである。

- (註二十六) プランク (Planck: Syst. 445 f.) は疑義を挿入しては現行法に關聯して「先決的の法律問題」 präjudizielle Rechtsfrage がそれ丈で既に裁判に到達せしめる場合に於ては、先決的の法律問題を別除することが出来る。例へば窃盜の場合には所有權について豫め表決することが出来る主張して居る。かくの如き手續は懸念を挿むべきものではない。蓋し此の一つの問題を否認することは既に罪責問題を否認することを意味するものだからである。之に反して此の問題にして(不利益な意味に於て)肯定されるならば(此のことは既に評議の際に明白となることを必要とするであらうが)、表決を行ふべからずして、寧ろ更に評議を爲し適法に表決しなければならぬ。プランクの提案は、確實に豫見することの出来る先決問題の有利な解決が將來の辯論を無用ならしめる場合には、陪審裁判所については適當なことである。プランクは實際またイギリスに於て普通に於て居る手續をも援用して居るのである(446)。

- (註二十七) けれども是は事實審の裁判官 Richter についてのみ云ひ得られることである。蓋し事實審の裁判官は被告人の罪若は無罪を認定することを使命とし、司法的統一に配慮するのは其の任務ではないからである (Beiling: GA. 67, 159ff.; von Kries: 451 の異論を唱へて居るやうに)。司法的統一に配慮するのは上告裁判所の仕事である。従つて Rosen v. d. St. P.R. I 31 (Croschen) は不當である。上告裁判所に於ける表決に關しては Beiling: GA. 67, 159ff.; Loewe-Rosen' erg: § 352, 4; Binding: Ath. II 152 Ann. 22. を参照せられたい。

最後に尙ほ理由に依る表決を辯護することを目的とする、「判決の根據を明にするの必要は理由に依つて表決の行はれることを要求する。蓋しさもなければ判決の根據を與へることは出来ないからで

ある〔註二十八〕と云ふ往々にして示される原則に論及する必要がある。此の見解は裁判理由の意義を誤認するものである。裁判、特に判決の理由については以下に於て尙ほ論ずる所があるであらう。ここでは只裁判所は周匝な評議に基いて裁判を言渡すものであると云ふことを言明する丈に止める。即ち裁判は評議に際して論議された所の全然特定した理由にのみ立脚するものである。所が評決に於ては各裁判官がどの裁判についてどう云ふ理由を主張するかが明白となるのであるから、裁判所の多数意見が裁判に關して述べた理由を開示すると云ふことは普通必ずしもむづかしいことではあるまい。けれども全部的表決の場合には各裁判官の論議を論議すると云ふことがあり得るのであるが、各裁判官の論議が論議される場合にあつては特に投票の割合を明かにして各個の理由を開示する必要がある〔註二十九〕。裁判所の作用は理由の爲にするものではなくて裁判の爲にするものである〔註三十〕〔註三十一〕。若しどこにも規定されて居ない〔註三十二〕、只形式的外面的のことにしか過ぎない裁判理由の統一の爲に違法の方法で發見せらるべき結論を達成しやとするが如きは、裁判官の任務を誤認するものと謂ふの外はあるまい。此のことは無罪を言渡す判決についても、有罪を言渡す判決についても言ひ得られることである。其の細目に關しては此の問題については他の箇所詳細に論ずるであらう。

〔註二十八〕理由に依る表決に左袒する論者は殆ど何れも此の議論を援用して居る。de Fontenay: 21f.; Walther: CrimA, N. F., 2. Abschn. 1857, 254; Franke: HannMag. VIII 69; Mittermayer: Mündl. 411; CrimA, N. F. 1844, 312f.; などの如し。Gesetzg. 575 が判決の發見の徹底と云ふことを不斷に懸念して居るのは徹底的の論證の爲の懸念に外ならない。——此の議論は、「論理は理由に依る表決を必要とする」と云ふ論據と密接に相關聯するものであつて、兩

者は前世紀に行はれて居た裁判についての純然たる唯理的の見解の中に、それを説明するに足る根據を有するものと稱することが出来るであらう。此の點は既にイザイの所説を援用して論じた通りである。——加之理由に依る表決を辯護する者はすべて、個々の構成要件の標識を分析して表決に附することが出来るのは客觀的の裁判理由のみに限られるものであること、之に反して主觀的の裁判理由、換言すれば各個の裁判官の動機については、法定の證據規則なるものは存在しないで、寧ろ裁判官は自分の自由な心證に従つて評價することを必要とするのであるから各別に表決する譯にはいかなうと云ふ點に於て一致して居る。即ちファン・ハール (Kritik. 10, 470) シワルツ (Schwarze: GerS. 7, 98) サツセ (Saehse: ZStW. 49, 313) などがそれである。

〔註二十九〕理由に依る表決を辯護する論者は大抵は此の方法を全然考慮して居ない。是等の方法は殆どすべて眞實に従ふ根據を要求し、若干の者は上告若は無効の異議を指示して居るけれども (Franke: HannMag. VIII 69; de Fontenay: 21f.; Mittermayer: Mündl. 411, 419; CrimA, N. F. 1844, 312f.; Gesetzg. 575; CrimA, N. F. 1854, 149; Oppenhoff: 214, 3 などの如し) 併し理由は統一的のものでなければならぬのであるから、理由に依つて表決するのでなくては本當の根據を示すことは出来ないと思惟して居る。恰も美學上の必要がかくの如き統一を要求して居るかの如くである。前記の學者の外更に Plathner: Reform 2, 297 をも参照せられたい。ドホフは終局の結果に關する表決を正當であると思惟して居るのであるが、併し各個の裁判官の論據の區々であるのに顧み、個々の表決に依つて論據を明示するより他に他に方便は存在しないと見るものである。Waldeck: NPA. 7, 461; Heymann: 413f. などは正當である。

〔註三十〕其の程度に於ては Binding: A. h. II 149 は正し。

〔註三十一〕従つて理由は確定するに至ることなく、裁判のみが確定するものである。此の點はワルデック (Waldeck: 463) の既に指摘した通りである。

〔註三十二〕此のことはザクセ (Sa. hse: ZStW. 49, 309) は無罪の判決についてのみ認めしめて居る。

裁判官の多数が有罪を言渡さうとし、然もまぢまぢの理由からして有罪を言渡さうとするときには結果に従つて表決することをせず、寧ろ理由に従つて表決しなければならぬことが従前既に主張さ

れ、今日はまた再び主張されるやうになつた。此の見解を代表する者はフォン・パール(註三十三)を既に然りとし、近頃ではザクセ(註三十四)もそうであるが、是等の學者の言説は其の他の點に於て彼等自身の表明して居る合議裁判所の裁判に對する批評と相矛盾するものである。彼等の考へでは多數が有罪の言渡の理由に關して一致しない場合には、疑はしきは被告人の利益に解す *in dubio pro reo* の原則に従つて無罪を言渡すことを必要とするの不安定が存する(註三十五)と云ふのである。先づ第一に *in dubio pro reo* の原則は只、被告人に向つては罪責を立證することを必要とするのであるから、證據調の不確實な結果は被告人の利益の爲に受け入れると云ふこと丈を言明するに過ぎない。次に此の見解には合議裁判所を擬人的に觀念する否認しなければならぬ思想が紛れ込んで居て、此の觀念は同一の裁判の個々の理由についての意見の不一致をば全體の結果に對する疑義として認めしめやうとして居るのである。此の點に關しては此の解釋についての既に行はれた論述を反覆することが出来るに過ぎない。各個の裁判官は自分の裁判については責任を負ふけれども、其の理由については決定をすることは出来ない。法律の裁判官に要求する所は個々の事實問題や法律問題の裁判たるものではなくて、寧ろ罪責問題の裁判である。各裁判官は事實問題も法律問題も只自分みづから答へることを必要とするものである。

(註三十三) KritV. 10, 480 — グリーゼンハも解釋論としては全部的表決を正當であると認めて居るにも拘らず、認識の正否に關する表決を推稱して居るのは亦之に屬するものである (HannMag. 8, 289)° Mitternauer: CrimA. 1854, 150; Orloff: GA. 9, 19 も亦同様である。

(註三十四) ハイケマン (Heinemann: ZStW. 16, 58 Ann. 49) も否認して居るノールウエー人シュワイガード (Schweigard in seinem Buch Den norske Prozes 2, 3, Ausg., Christiania 1883) の見解を援用した ZStW. 49, 312 f. — 民事訴訟に準用して居るのは Polignano: Civa. 78, 148 である。

(註三十五) ヴァイムス (Votus: Kontr. II, 449) をして無罪の理由について意見の相違の存する場合に、結果に依つて表決せしめるに至らしめたのは「防禦の特權」 *favor defensionis* である。之については本文に於けると同じ主旨のことが云ひ得られる。他の者は *in dubio pro reo* の原則を全然一般的に全部的表決の辯解の爲に利用して居るのである。同説 Witten: II.

第十一節 民事訴訟に於ける表決の方法

刑事訴訟の基礎を形造るものが協同體の構成員の反社會的行狀であり、其の目標はかくの如き反社會的行狀を將來に向つて豫防するに在るのに反し、民事訴訟は私的の利益の範圍(註一)を界限することについての二人の協同體の構成員の間の争から生ずるものである。凡そ社會公共は此の私的の利益の範圍をどう云ふ風に界限するかを確認するのにつき、何等直接の利益を有するものではない。蓋し此の争は社會公共の存立に觸れるものではないからである。けれどもここに争を存すると云ふ事實は相争ふ二人の當事者が其の権利の爲の鬭争を解決するのに社會の平和を害するやうな方法を以てする危険を伴ふ。そこで國家なる協同體は、かくの如き争を調停するの權を己れの掌中に收め、自救行爲 *Selbsthilfe* を禁止し、民法の規範の定める所に従つて此の争を調停することを使命とする民事訴訟な

る制度を當事者に提供して居るのである。

(註一) 本書の範圍内で行はれて居る刑事訴訟と民事訴訟の本質を定義する試みは、此の二つの種類の訴訟の基本的典型的な標識に制限される。刑事訴訟に於て特種の手續に深く論及することが出来なかつたのと同じやうに、民事訴訟に於て公法上の請求の主張される場合は斟酌することは出来ない。——更に民事訴訟の目的についての争點疑點に深く論じ及ぶことは本稿の範圍内には屬さないものであつて、只何人にも認識することの出来る社會的の基本的作用を確認する丈で満足せざるを得ないのである。

けれども國家にして私人間の争を平和的に解決するの道のみを確保しやうとするに止まる丈ならば、争の基本に存する本當の事實關係を解明するなど云ふことは國家にとつて少しも大切なことではあり得ないのである。従つて民事訴訟は所謂辯論主義 *Verhandlungsmaxime* の支配する所である。

民事裁判所の任務は不偏不黨の立場から争の遂行されるのを監督し、結局當事者双方について兩者の何れが正しいのであるかを認定するに在る。

公平な判断者としての民事裁判所、當事者双方の争が其の面前で演述せられる民事裁判所、其の眼前で當事者間の争の行はれる民事裁判所の此の地位こそは、民事合議裁判所に於ける表決の方法を定める所以の契機たるものである(註二)。

(註二) シェパース(Scheper: NPA. II, 144)が刑事訴訟を以て「事實」*Tatsache*を裁判官の判断の客體とするものであり、民事訴訟を以て「獨立の作用を表明する、相互に犬牙相錯する法律規範の全體」を裁判官の判断の客體とするものであるとして居るのは、恐らく本文記す所と同じやうな思想を念頭にして居るものである。とは云へシェパースは當時行はれて居たプロイセン邦法に於ては全部的表決は民事訴訟についても正當な方法たるものであると認めて居るのである(146)。

訴訟は一種の闘争なのであるから、攻撃と防禦と並に此の目的の爲めに使用された手段とから成立つて居る。裁判所にして何人が此の闘争に於て勝者であるかを認定することを使命とするものである以上は、裁判所は個々の攻撃及び防禦の方法の効果を審査せざるを得ない。勝利は一番有效な方法を持出した當事者の手に歸する。即ち何れの當事者が勝を制したかと云ふことは闘争の方法の効果が決定された場合に初めて確認することが出来るのである。従つて合議裁判所が裁判をしようとする場合には順序を追ふて、原告は其の攻撃の方法に依つて主張を貫徹することが出来たか、被告は其の防禦の方法に依つて主張を貫徹することが出来たかの問題を提出することを必要とする(註三)(註四)。果して然らば敗訴若しくは却下の終局裁判は専ら先決的裁判 *Vorentscheidung* 全體の結果に外ならぬ(註五)。

(註三) 即ち *Wiarda: HannMag. 8, 12; Koch: PrCP. 325; Feilner von Gross: AllgStrRZ. 7, 209; Kleinfelder: Lehrb. 226ff.* 實質に於て一致して居るのは *Rintelen: CR. 872; Planck: CR. I 159ff.* は法制史上常に顯著なるもののある獨逸法の特質を指摘する者であるが、本文記す所の如く澤山の羅東力を有する先決の裁判からして終局裁判を推論して居るのである。反對は *von Schlieffen: PrJZ. 3, 570; Gravel: AGO. 1, 676ff.; Waldeck: NPA. 7, 460; Zaacke: 52f.* などであつて、すべて終局の結果について表決することを欲するものである。一八六四年のプロイセン邦刑事訴訟法案理由書に依る表決を原則として樹立して居るけれども、それから論結を抽出することは學說に一任して居る(74)。

(註四) 主張した事實を立證するの之に屬する。従つて舉證の責任の分配と云ふこと *Beweislastverteilung* は民事訴訟の争訟として性質 *Streitnatur* の一結果に過ぎないものである。従つてまた舉證の責任の分配と云ふことは表決方法の上には直接には何の影響をも與へるものではない。Beling: *ZStW. 49, 614* は趣を異にし、辯論主義(偶々争訟としての性質を表明して居るに過ぎない所)を援用して居る *Beling: ZStW. 37, 376 Anm. 8.*

(註五) けれども先決的裁判はそれ自體としては意思の決定 Willensentscheidung たるものではない。蓋し先決的裁判は表決に依つて行はれるものではなくて、表決に基いて行はれるものだからである。(ゲルランド (Gerland: 384) はかやうに正當に區別を立てて居る)。其の精神上及び目的上から云つても意思の決定たるものであつてはならないことは既に明かにした通りである。ペーリングも亦是と一致して表決理論の意味に於て裁判と稱するのは形式的に言はずべき所のものを指すのではなくて、其の結果を指すものと解すべきであると高調して居る。ZstW. 42, 613。即ち民事裁判所は案件を統一體として理解することを必要とするものではないファン・シェーレン (von Schiehlen: PrZ. 5, 571) とシルベルシラーグ (Silberschlag: PrAnwZ. 4, 186, 188) が之を無難作に主張するのは、民事裁判所と刑事裁判所の任務の間に區別のあるのを見認まつて居るものである。

けれどもここに一つの制限をしなければならぬことがある。攻撃若は防禦の方法と云ふ概念は極めて廣汎であつて、普通攻撃若は防禦の方法と云へば「裁判官の裁判を内容的に定めるの目的を以て行はれる訴訟行爲」(註六)、又は別の言葉で云へば「當事者の一方が攻撃若は防禦の成功を助ける爲に利用することの出来る法律上の救済手段 Rechtsbehelf」(註七)を指すことになつて居る。之に數へられるものはあらゆる種類の、即ち實體法的及び訴訟法的性質を有する主張である(註八)。裁判所が三段論法の前提、即ち法律的推論の大前提と小前提とである事實問題と法律問題とについて各別に表決するのは、合議裁判所の本質や任務と相容れないものであることは既に説明した通りである。若し民事訴訟に於て事實上若は法律上の種類に屬する各個の攻撃若は防禦の方法について各別に表決するのを許すこととするならば、以上に述べたやうな全然一般的に樹立されてある原則と矛盾することとなるであらう。裁判所は單に事實を認定することのみを使命とするものでもなければ、純然たる法律問題

のみを解答することを目的とするものでもなく、寧ろ演述された事實關係の中で何が果して正當なものであるかを認定することを目的とするものである(註九)。即ち裁判所は主張を實體法的若は訴訟法的性質を有する法則の下に包攝することに依つて、争議方法の効果を認定することを必要とする程度に於てのみ、攻撃及び防禦の方法について各別に表決することが出来るのである。是と共に表決にとつては殆ど界限することの出来ない澤山の攻撃及び防禦の方法を個々の特定した部類に總括し、争議方法の各個の部類が實體法若は訴訟法の法條の要素を形成するやうにすることが出来る。法律は是等の部類を特に顯著ならしめて居る。是等の争議方法は民事訴訟法が獨立の攻撃若は防禦の方法(註十)と稱して居る所のものであつて、是等の争議方法については各別に辯論することが出来るのであるし(民事訴訟法第四百十六條)、之については従前は中間判決 Zwischenurteil に依つて判決することが出来た所のものである(一八九八年五月二十日の法律の法文に於ける民事訴訟法第三百三條)。是等の規定はここに明かにしたやうに獨立の攻撃及び防禦の方法の訴訟上の意義を明確に表明するものであつて(註十一)、従つてまたここに展開した表決方法の正しいことの徴表としても評價することが出来るのである(註十二)。

(註六) Stein-Jonns: § 146 I.

(註七) Schollmeyer: 48.

(註八) Stein: a. a. O.

(註九) 反對 Koch: PrCP. 325. 併し Planck: CP. I 161 は正當である。

(註十) 第四百六十六條、第二百八十九條、第四百六十一條。尙ほ Stein-Jonas: a. a. O.; Schollmeyer: 60 をも参照せられたい。獨立の攻撃及び防禦の方法が訴訟法上の事實 Prozessrechtliche Tatbestände をも包括するものであるかどうかは争がある (Stein-Jonas: a. a. O.); 反對 Schollmeyer: 60。表決としては此の問題は別段の意義を持つものではない。蓋し訴訟法上の先決問題については、刑事訴訟に於けるが如く常に各別に表決を行ふことを必要とする次第だからである。表決方法の問題は本案の裁判 Sachentscheidung にのみ關するものである。

(註十一) 此の意義は一九二四年五月十三日の改正法に依つては結局左右せられることはなかつた。蓋し中間判決の廢止は手續を簡略にする爲にのみ行はれたことであるからである。尙ほ Goldschmidt: ZPO. Finl. III pr. I. V. m. 3 c. を参照せられたい。

(註十二) 同説 Heilmann: 38; Planck: CPr. I 161ff. 見かけた所では Schmidt: 181 も然るもの如し。

此の個々の攻撃及び防禦の方法に従つて表決すると云ふ方法は、理由に依る表決と同一の意義を有するものではない(註十三)。蓋し攻撃及び防禦の方法は三段論法の大前提及び小前提たるものではなくて、寧ろ法律上の救済手段(註十四)たるものであり、それ自體三段論法の客體を成す次第だからである。當事者は其の見解上自分の攻撃若は防禦の勝を制するのを助けるのに適した事實を主張する。どの裁判官も事實を法律の下に包攝して、追求されて居る法律上の結果が達成されたか否かについての自分の見解を形成する。次に裁判長は當該の鬭争方法が効果を收めたかどうかの間を合議體に提出して、表決を行はしめる(註十五)。されば例へば相手方の争つて居る訴の原因について表決の行はれる場合にあつては、先づ根據となる事實が立證されたかどうかの點について表決し(註十六)、次に如何なる法律事實が此の事實に依つて實現されたものであるかについて表決する譯にはいかなないのである(註十

七)。抗辯並再抗辯其の他の獨立した攻撃及び防禦の方法についても同じことが云ひ得られる(註十八)。

(註十三) ツァッケ (Zacke: 52f.) は此の事實を看過して居る。尙ほボルギアーノ (Bolgiano: Civa. 78, 150) の所説も正當でない。

(註十四) Schollmeyer: Definition 48, 60.

(註十五) 民事裁判所も刑事裁判所と同じやうに自分の裁判について責任を負ふものであつて、只民事裁判所の任務の異なるに従つて裁判も刑事裁判所のそれとは別個の内容を執ると云ふ丈のことである。どの一分裁判 Teilentscheidung も何等かの法律的结果を確認するのであつて、此の確認の正當であること換言すれば適法であることについては裁判所が完全に責任を負ふのである。當事者双方の共同の責任 Mitverantwortung について云々することスレーン (Beling: ZStW. 37, 376) の如くなるは聊か不當であることを免れない。蓋し當事者双方の主張は唯一の辯論及び裁判の基礎を成すものであるけれども、此の基礎に基いて發見された裁判については裁判所は完全に責任を負ふのであり、そしてまた完全に責任を負ふのは裁判所のみに限られることである。

(註十六) 主觀的の證據理由 Beweisgrund について表決すべきこと云々とはスレーンにも主張はされて居ないのであつて、寧ろ明示的に否定されて居ることと随分異なるのである。同説 Pizer: ZPr. 15, 379; von Lang: ZPr. 26, 77; Heilmann: CPr. 211; Schmidt: 181; Kleinfeiler: Lehrb. 227; Heilmann: 40 等。——唯一の表決の客體である客觀的の裁判理由をサウワニイの所謂判決の要素 Elementen des Urteils と同視することが出来るものであるかどうかと云ふことは必ずしも全然確實であること云々譯でない。Savigny: Syst. 6, 358ff., 361, 362 を参照。けれども是れ以上檢討を加へる譯にはつかない。

(註十七) 反對 Warda: HannMag. 8, 182 (是は當時の現行法(民事訴訟法第三百五十條)に於いてある) Mitternauer: Civa. 14, 420; Pizer: ZPr. 15, 374f.; von Lang: ZPr. 26, 69; Heilmann: CPr. 211; von Willmowsky-Lewy: § 196 GVG. 1; Kleinfeiler: Lehrb. 227; 一見した所では Stein-Jonas: § 309 I 3 も亦然るが如し。

正當なる von Gross: AllgStzZ. 7, 209; Heilmann: 38; Planck: Lehrb. I 159ff. けれども Schmidt: 181 は少しも明瞭を缺く。

(註十八) 民事訴訟法(第百四十六條)の意味に於てである。

此の部分の検討に於ても表決のあらゆる見込を審査するのは斷念せざるを得ない(註十九)。此の點についての學說の態度は説明の經過中に既に述べた所で(註二十)、剩されて居るのは只二三の異說について簡単に一言すること丈である。學者の中には判決理由の要件に基いて要素に依る表決の必要を演繹しやうとする者があ。此の種の學者として擧ぐべきはとり分けピツァア(註二十一)、フォン・ラング(註二十二)、竝にスタイン・ヨハナス(註二十三)などの諸氏である(註二十四)。また時には全部的評決を以て民事訴訟に於て適用すべき方法と認めて居る者もある。けれども是等の學者は裁判に理由を附すべしとする強制を存するの結果續いて表決を行ふ必要ありと思惟し、此の續いて行はれる表決は事情に依つては最初に發見された結果を再び覆すこともあると云ふのである(註二十五)。此の見解を辯駁する爲には刑事訴訟に於て、之に相當する見解を排撃するのに展開した議論を援用することが出来る(註二十六)。蓋し裁判の「理由」の意義は刑事訴訟と民事訴訟との二つの訴訟種別について同一たるものだからである。

(註十九) 曩に擧げた諸例については次のやうな表決が正當である。第六節の(a)に於ては第六例の(a)、第七例の(a)、第八例の(b)の(α)、第六節の(b)に於ては第十例の(b)の(α)、第十一例の(b)の(α)、第十二例の(b)の(α)に擧げた表決方法。第七例の(a)、第十例の(b)、第十一例の(c)、第十二例の(b)については唯一つの獨立の攻撃方法が主張せられ、獨立の防禦方法は全然主張されない場合にあつては表決は全部的表決と同一に歸著するものであることが判る。

(註二十) 民事事件に於ける表決についての判決は公にされては居なかつた。

(註二十一) ZRP. 15, 367.

(註二十二) ZRP. 26, 75, 78.

(註二十三) § 309 I 3; 尙註 Mittemair (CivA. 14, 408ff.) も之に屬する。

(註二十四) 其の外 Hellwig: Lehrb. 2, 66ff.; Syst. I, 83f.

(註二十五) Grövell: AGO. I, 676f., 677f.

(註二十六) 第十節の末尾に記した所を参照せられたい。

ここでもまた特別の見解を主張する者はフォン・バールである(註二十七)。氏の說に曰く、凡そ獨立の攻撃及び防禦の方法(訴の原因、抗辯、再抗辯)については原則として一括して表決を行ふことを必要とするのであるが、かくの如くにして發見された裁判は其の敗訴を言渡す場合にあつては、個々の法律問題や證據問題がまちまちに解答される段になると全然「確實性の保障」Gewähr der Soliditätを持たないのであるから、此の問題のそれぞれについて特別に表決し、必要の場合には之に應じて結果を變更する必要があると。フォン・バールは刑事訴訟について in dubio pro reo (疑はしきは被告人の利益に解す)の原則を以て之に相當する見解の理由として居るやうに、「かくの如き場合に於ては民事訴訟に於ても亦舉證の責任の法則 Beweisstrategie の定むるが儘に「組合せ式方法」の表決方法を證據不充分 non liquet に到達せしめる不安定が成立するものである」(註二十八)と述べて居るのである。此の說は合議裁判所の協同作業と裁判の理由の意義を誤認して居るのが弱點である。之については曩に述べた所を援用することが出来る。

(註二十七) Recht und Beweis im CR., 180f.

(註二十八) a. a. O. 181.

D 上告手續に於ける評議の秘密の効果

第十二節 評議及び表決に於て起り得べき法律違背の種類

以上に於て表決方法を敘説した上からは、再び本來の客體に向つて検討を加へる必要がある。即ち評議の秘密、特に既に内容上及び根本原則的の範圍上特示された裁判官の默秘の義務は如何に界限すべきであるかと云ふ問題である。

評議の秘密は獨り判決の公平無私と判決裁判所の權威とを保障するに適して居るのみに止まらず、寧ろ他の半面に於ては若し之を無制限に適用するに於ては違法の行狀を隱蔽することを得しめ、従つてまた若し之についての匡正の道を講じて置かないときは司法にとつての危険とまで増長する虞のあるものであることは既に指摘した通りである。また評議及び表決の際には如何なる不法の行狀が起り得るものであるかと云ふことを示す機會も既にあつた(註一)。今度は是等の場合を一々論究し、特に先づ第一に發見された裁判を變更することを得しめる場合を究明しやうと思ふ。

(註一) 評議の機會にのみ犯される、刑法上、懲戒法上若し民法上訴追すべき違反は除外しなければならないものであることはここでもう一度高調して置かなければならないことである。

裁判は上告の原因 *Revisionsgrund* の存在する場合(註二)、換言すれば裁判が法律違背 (*Gesetzesverle-*

tzung に基いて居る場合に變更することが出来る(刑事訴訟法第三百三十七條、民事訴訟法第五百四十九條、第五百五十條)。此の違背は實體法に對する違背の場合もあり、また訴訟法に對する違背の場合もあり得る。實體法の違背されるのは(註三) 裁判所が認定された事實關係を不當に法定の構成要件に當嵌めた場合であり、訴訟法の違背されるのは裁判所が訴訟條件を謬つて存在せりと認められた場合又は訴訟の指揮、遂行若し裁判に關する重要な規定が無視せられ、若し不當に適用せられ、又は事實の認定が裁判官の本分に從つての裁量を無視して法律に反する考察若し原則を基礎にとつた場合である。

(註二) 再審 *Wiederaufnahme* を爲すの道を存するといふことについては暫く問題外としなければならない。尙ほ第二十節の(a)、第二十一節の(d)、を参照せられたい。

(註三) 上告適性 *Revisibilität* については *Kohlrausch*: S. 337, 2 *StRPo.* を参照ありたい。

違背されたのは實體法なのであるか、それとも訴訟法なのであるかの問題は、今ここで行ふべき検討にとつては根本的若し決定的の意義を有するものではなく、寧ろ表決の内容、換言すれば實體法上の問題に關するものであると、訴訟法上の問題に關するものであるとを問はず個々の意見が法律に違背したのであるか、それとも表決の經過、即ち手續が法律に違背したのであるかが大切なのである。上告裁判所の爲す裁判の審査は辯論調書を度外視すれば主として不服を申立てられた判決の理由中に其の基礎を見出すものなのであるから、以下に於ては先づ第一に判決、特に裁判の理由に於ける評議の秘密には、如何なる限界が劃せられるものなのであるかと云ふことを明かにしやうと思ふ。

第一章 評議の秘密と判決理由

一 個々の投票の不当であるかも知れない場合の内容

第十三節 評議の秘密と刑事判決の理由

裁判中に発生することあるべき二種の法律違背中で第一には、當該の裁判の成立する爲に決定的の意見を與へた判事が事實に對する法律適用を誤まり、又は法律概念の謬つた解釋に依つて指導されて居たのであるけれども、評議の秘密を侵害すまいとすれば判決理由中で其の意見を發表する譯にはいかなる場合を念頭に置かなければならない。

(a) 表決の際表明された個々の判事の意見は、判事の意見としては原則として之を記録の上に明白にする譯にはいかなるのであつて(註一)、只當該の裁判を支持する法定の多數の見解のみが判決主文中に於て判決理由中で定立される丈に過ぎない。

(註一) 其の例外については(四)の下に論ずる所を参照せられたい。

裁判、即ち裁判の主文 Tenor は表決の歸結ではあるけれども、當該の裁判を支持する意見の數については全然何等の記載をも包含するものでない(註二)。

(註二) 舊刑事訴訟法第三百七條第二項は或る點に於て聊か趣を異にする。

評議は表決の基礎であつて、評議の際行はれた考察が表決の結果に由つて是認される程度に於て判決理由の内容を提供するものである。表明されたいろいろの見解並に表決數は明示されない(註三)。表決の秘密は其の明示を禁止して居るのである。

(註三) 判決主文並に裁判の理由を告知するのを以て評議の秘密に例外を設けるものと解するのはベリング(Beling: Str. Pr. 2153 V.1)の説であるけれども、かやうに解する必要はない。裁判官の黙秘の義務の概念は評議及び表決の經過を包含する丈のことで、其の結果までも包含するものではない。尙ほ裁判所構成法第九十八條を参照。

先づ刑事事件に於ける判決を検討の客體としやう。法律は刑事判決の理由中には如何なる事項を掲げることが必要とするかの準則を設けて居る。

有罪を言渡す判決の理由は立證されたものと認められる事實であつて罪となる行爲の法定の標識が其の中に認めらるもの、又はかくの如き事實の存在を推論せしめる根據となる情況 Indian を開示するを要する。換言すれば判決理由中で行爲を刑罰法規の下に包攝する必要があるのである(刑事訴訟法第二百六十七條第一項)。

第十六例 詐欺に因る手續。

判事甲は第二百六十三條(詐欺罪)、判事乙は第二百六十三條、判事丙は第二百六十三條、又判事丁は第二百六十三條(詐欺罪)は

判事甲は第二百四十六條(横領罪)、判事乙は第二百六十三條、判事丙は第二百六十三條、判事丁は第二百六十三條(横領罪)は

の根據とする。蓋し行爲を詐欺として判斷することが所要の多數を獲得した次第だからである。無罪を言渡す理由中には裁判所は被告人を服罪せしめることが出来なかつたのであるか、それとも立證されたものと認められる行爲を罪となるものと思料しなかつたものであるか、後者であるとするばそれは如何なる理由に由つてであるかを開示しなければならぬ(刑事訴訟法第二百六十七條第五項)。

第十七例 傷害罪。

判事甲は第二百二十三條(輕き傷害罪)、判事乙及び丙は同一性 Identität の立證なしとする。判事甲、乙、丙共に同一性の立證なしとする。

此の場合にあつては被告人は無罪として釋放され、判決は被告人と犯人との同一性が認定されないと云ふ事實を以て根據とする。

以上に示した例——此の例は有罪の判決についても無罪の判決についても表決關係の實際的常則を成すものである——に於ては如何なる事項を裁判の理由として開示すべきであるかは疑を容れる餘地はなく(註四)、また評議に際して表明された少數の意見に關する報告を爲すべき理由が存在しないことについても疑を容れる餘地はなかつた。蓋し判決理由は裁判所の多數意見を示す丈のことであるからである。従つて評議及び表決の經過は判決中に於ては黙秘すべしとする原則を遵守すればよいのである。

(註四) Sachse: ZSW. 49. 308 の所説は正當である。

けれども同一の判決の理由とする所がまちまちであるの故を以て、如何なる事項を判決の理由として判決理由中に掲ぐべきであるかが疑はしい場合がある。是は特に無罪を言渡す判決についても有罪を言渡す判決についても云ひ得られることである。蓋し同じ有罪の判決の場合にあつても構成要件の各個の部分の理由に於て、意見の相違のあることが、り得るからである(註五)(註六)。表決方法を解明する爲に掲げた例で見ても明白である通り多數の欲求した結果がいろいろの理由に立脚することがあり得るからである。裁判官の全部が無罪を言渡すべしとするに於ては一致して居るけれども、罪責問題を否定する理由は區々であつて事實に關する理由であつたり、法律に關する理由であつたりすることがあり得る。此の後なる場合については尙ほ二つの例がある。

(註五) 前掲第六節(a)の第二例を參照——Sachse (a. a. O. S. 311) の云ふが如く學説及び實際に於て云はれる例は全然他の部類に屬するものである。

(註六) 裁判官が當該の法定の構成要件に付て意見が一致しない場合に於ては被告人に有罪の言渡を爲すことが出来ない事は既に説明した通りである。

第十八例 少年被告人の詐欺罪。

判事甲は第二百六十三條の適用がありとし、少年裁判所法第三條の適用なしとする。

判事乙は錯誤を生ぜしめたのではないから第二百六十三條の適用はないとする。

判事丙は罪責は少年裁判所法第三條に由つて阻却されるとする。

第十九例 故殺罪。

判事甲、乙、丙は第二百二十二條（故殺罪）の適用ありとし、判事丁、戊、己は第五十一條（責任無能力）の適用ありとし、判事庚、辛、壬は第五十三條（正當防衛）の適用ありとする。

今ここに例として擧げたやうな場合（註七）に於ては、如何なる事項を裁判の理由として判決の理由中で開示すべきであるか。

（註七） 疊に第六節(4)中に擧げた第一例、第三例、第四例、第五例も亦之れに屬する。

刑事訴訟法第三十四條の一般的規定に依ると、刑事事件に於ける裁判は上訴を以てして不服を申立てることの出来る場合、又は其の裁判に依つて何等かの申立の却下される場合には理由を附することを必要とする。裁判の理由は書面を以て作成せられ、記録に添付されて本人に通知されるのであつて、然も本人が裁判の言渡の際に居た場合には言渡に依り、其の場合には送達に依つて通知されるのである（刑事訴訟法第三十五條）。

刑事訴訟法第二百六十七條第四項の特別規定は、關係者のすべてが上訴を抛棄した場合には判決理由を殆ど形式的の報告に制限することを許して居る。刑事訴訟法第三百十六條第二項、第三百四十三條第二項は控訴若は上訴が提起された場合に於ては、不服申立人に理由を附した判決を送達すべしと規定して居るのである（註八）。

（註八） 言渡に由つて理由が既に告知されて居た場合に於ても尚ほ且然りとする。けれども理由を附した裁判が既に送達されて居た場合に於ては然らず（刑事訴訟法第三十五條、第二百六十八條）。

是等の規定のすべてからして裁判に理由を附する一つの重要な目的は、不服を申立てられた裁判を審査するのに必要な手掛りを上訴裁判所に與へるに在ると云ふ論結を生ずる（註九）。前掲の第三百十六

條、第三百四十三條の場合に於ける判決理由の送達は、不服申立人に上訴の理由を開示することを容易ならしめることを目的とするものである。

（註九） Vgl. Mot. 157 (Hahn: StPO, 210)

申立を却下する場合に於ける裁判は理由を具備すべく、また常に理由を關係者に開示するの要件は何等訴訟上の意義を有する次第ではなく、寧ろ辯論の末尾に於て判決主文を明讀した後に判決理由を開示せんことを要求して居る刑事訴訟法第二百六十八條の規定に於けるが如く、今日の刑事訴訟手續の全部を支配して居る當事者公開主義 *Parteienöffentlichkeit* の原則に基いて説明すべきである。此の當事者公開主義の原則は特に裁判が關係者の一人に不利益を齎す場合に、裁判所が其の裁判の理由を當事者に開示することを要求して居るのであつて（註十）、裁判が關係者の一人に不利益を齎すのは、或る申立の棄却される場合、即ち判決の場合（註十一）に殆ど常に見る所である。判決の理由の開示、特に其の書面を以てする開示の更に別段な主要なる目的は、既判力 *Rechtskraft* の範圍を定めることである。とは云へ此の目的を果すものは判決の法律的根據よりも寧ろ普通本來の理由に先行する所謂事實の敘説 (*Tatsichtzerzählung*) である。罪となる行為の法定の標識を包含して居る事實の開示は、不服を申立てる権利を有するすべての者が上訴を抛棄した場合にあつても之を缺くことは出来ないのである（刑事訴訟法第二百六十七條第四項）。

（註十） Vgl. Mot. 30 (Hahn: StPO, 95): 「公平の要件」。

（註十一） 従つて不服を申立てることの出来ない判決、特に上告裁判所の判決にも理由を附すると云ふことが是認し得られるのである。従つて其の程度に於てはローウェーローゼンベルグの刑事訴訟法第三十四條の規定に對する批評 (Loewe-

Rosenberg: StrPO. I pr.) は理由がないと稱して差支あるまい。此の批評の援用して居る Puchelt: § 34, 3 を参照せられたい (a. a. O. zu 3)。——大抵の判決中では關係者の一方の申立が棄却されて居るものであることはゲルラン (Gerland: 289, 2a) も看過して居るやうに見受けられる。

裁判の理由を作成し、之を告知するの目的からして、其の内容に課すべき要件もあつから判明する。

以上に掲げた目的は理由が眞實に忠實である場合、換言すれば理由が何故此の裁判を言渡したのであるかを開示して居る場合に限り達成することが出来る。即ち裁判の理由は當該の裁判を招來するに至らしめた理由を開示することを目的とするものである(註十二)。即ち裁判主文は裁判がどう云ふ決著に落付いたのであるかを言明し、裁判の理由は何故裁判がかう云ふ決著に落付くのであるかを開示するものなのである(註十三)。

(註十二) 只此の目的あるのみである。ボンディング (Binding: Abh. II 149) の云つて居るやうに判決が事實的及び法律的基礎の根本的な公平な評價に立脚するものであることを局外者に立證するのは裁判の理由の任務ではない。アルスベルク (Alsbek: JW. 55, 2165; 59, 763) の説もボンディングと同様である。事案の根本的な公平な検討は裁判官の第一の職務上の義務に屬する。裁判官にして若し裁判を受けた本人並に其の他の者に己れの下した裁判の理由を開示することに依つて自分の職務上の義務を果たしたことを立證しやうとするならば、全く奇妙なこととなるであらう。裁判官の仕事のやり方を監督するのは服務監督官廳の仕事であつて、服務監督官廳は勿論裁判官の仕事のやり方についての觀念を掴む爲に判決理由をも利用することが出来る。けれども裁判の理由は裁判官を辯明することを使命とするものではなくて裁判を辯明することを使命とするものである (Orloff: GA. 3, 20 も既に同説である)。理由はまたファン・バーン (Van Bar: KritV. 10, 480) の云つて居るやうに、結果の正當であることの保障たるものではない。

裁判所は理由からして判決を推論するのであつて、判決の理由を發見するのではない。尙ほ第九節の註二十四を参照せられたい。ここに述べた、以下に於て尙ほ展開すべき見解と一致するものは RGW. 59, 558 f. であつて、そこでは判事が判決の下に署名するのは判決理由が評議の結果と一致するものであることを證明するのを目的とするものであると云つて居る。

(註十三) Heilmann: ZStW. 15, 243 は正當である。ベーリング (Beiling: StrPr. 253) は對照を quid-ur (何故に) と云ふ公式に造り上げて居る。

以下に於ては今度は上告を爲し得る判決の理由を特別の考察の客體としやうと思ふ。是等の理由は主として上訴審、特に此の場合考察すべき唯一の上告審に於ける手續にとつての基礎資料として役立つものであることは既に述べた通りである(註十四)。従つて其の内容は上告裁判所をして裁判を審査することを得しめるものでなければならぬ(註十五)。普通評議及び表決の際には或る一つの見解が必要な多數の是認する所となるものである。此の多數が評議中に當該の裁判の爲に主張した理由は裁判長に於て討論の終りに告知し、判決の起案者は自分自身は別の見解であつた場合にあつても之を判決中に掲げることが必要とするのである(註十六)。少數意見の理由は普通擧示することを必要としない(註十七)のであつて、精々の處反駁すべき疑問の理由として考慮されるに過ぎない(註十八)。ローゼンフェルド(註十九)の説に依ると理由は、「言渡した判決の成立する方法についての客觀的報告」たることを使命とするものである(註二十)と云ふことになつて居るのであるが、此の定義は必ずしも全然精確ではなく、學者は「成立の方法」と云ふ字句を以て成立の形式的半面をも、若は成立の形式的半面のみを

指すものと理解しやうと試みて居るけれども、然も原則としては「成立の方法」と云ふのは實體的の半面(註二十一)、即ち意見の内容のみを指すものとしか解することは出来ないものである。蓋し表決の方法、手續及び投票の數については原則として知らすことは許されないであつて、「苟も公にされた裁判はすべて適法に成立したと云ふ推定を要求し得るものである」(註二十二)。けれども推定に依る多數意見の理由としての理由は眞實に合致して居ることを必要とする。此のことを念頭にしたのは恐らくローゼンフェルドあるのみであつて、其の點に於てはロ氏に賛成しなければならぬ。

(註十四) 是は裁判所の理由の一番重要な意義であつて、是亦其の沿革から生ずることである。尙ほ第八節の註六を参照せられたい。

(註十五) 此の作用はグラレーゼン (Glaser: Handb. 2, 583) の指摘する所である。

(註十六) ビンディング (Binding: Abh. II 149) は全部的表決に基く裁判官の決意の理由は決意に従つて初めて認定することが出来るのであり、特に合議裁判所の決議に依つて認定することが出来るのであると云つて居る (150)。B氏が表決に先だつて周匝な評議を行ふことを必要とし、各個の意見の理由は既に此の評議に於て演述されなければならぬものであることを見落して居るのは明かである。多數意見の理由は表決に依つて判決理由となるのに反し、少數意見の理由は其の意見と共に棄てられて了るのである。

(註十七) Sachse: ZSW. 49, 310.

(註十八) 是はほ十八世紀初頭以來疑問の根據 rationes dubitandi を判決の理由 rationes decidendi に先行せしめることにした舊來の法曹部 Juristen-fakultäten と參事部 Schöppenstuhl に對して随分觀察されたやうな不格好な形式に於てであらう。Vgl. Stözel: Entwickl. d. gel. Richtert. 200 Ann. 73 i. V. m. 227 Ann. 176; Entwickl. d. gel. Rspr. I 518; Savigny: Syst. 6, 371 Ann. a. ノロイセン邦訴訟法は明示的の疑問の根據と裁判の理由を報告及び副報告 Relationen und Korrelationen に對つてのみ要求することとして居るのである。一七二三年六月二十一日の司法

制度の改善に關する普通命令第五十四條 (Mylus: II, I. Nr. CXXXI). 普通裁判所法第七條 (1) の (3)、第五十三條、第五十六條 (3)。

(註十九) ReichsStr.R. 153. 尙ほ同說 Beilng: ZSW. 37, 384.

(註二十) ヨンデマン (Binding: A. h. II 149 Ann. 15) は之を反駁して居る。氏は同じ箇所 (149) で何れの裁判所も判決の言渡後に自分の思ひ付いたより適切な理由を判決の理由として利用するのに懸念を挿まないであらうと云つて居る。法律は裁判所が事案を根本的に評議し、裁判に賛成若は反對の一切の事情を考量するやうに裁判所に要求して居るのであつて、若し具體的の場合に實際上往々にして手續の運用が別様になつて居て、精密な理由の開示が判決の起案者に一任されるならば、それは正しい手續ではないと云へ此の手續は理由書 (Motive 155f. [Haam: StrPO. 2 II] すらも随分行はれて居る手續として勘定の中に入れて居るのである)。けれども裁判の理由に課すべき根本的の要求に對しては此のことは格別の意義を有するものではない。——所がアルスマルクは比較的緩かな實際的慣行から出發して居るのであるから(本節の註十二を参照)、氏はここに展開された見解の根本的の反對者としては考慮されない。——ヨンデマンに反對する者に尙ほケーリック (Beilng: ZSW. 37, 384 Ann. 15) があつた。——「テルマヤヤ (Mittermaier: Gesetzg. 575 Ann. 30) は既に此の慣行を大きな弊害であるとして嘆じて居るのであるが、併し氏が理由に由る表決を要求して居る者であることは周知の通りの次第である。氏は合議裁判所の主なる價值は評議の點にあると見て居る。(CivA. 14, 405ff.)。之に對してフンター (CivA. 13, 325ff.) は、理由に依つて表決の行はれる場合に個人の欲求して居る所とは別様の裁判を導く法律問題に對しての合議裁判所の裁判を一つの弊害であると認め、其の程度に於ては單獨裁判をして合議裁判所に代らしめることを欲求して居るのである。Jung: JW. 56, 363, 365 は正當である。

(註二十一) 實體法的 materielrechtliche な半面ではない。尙ほ第十二節を参照ありたい。

(註二十二) Stenglein: StrPO. § 135, 3 (GVG.).

(b) 是等の事柄を確認した上は、判事が所要の多數を以て罪責問題を肯定若は否定するにははしたけ

れども、其の理由は何れも多数を贏ち得るには足りない理由を以てしたのである場合に、判決理由中には如何なる事項を掲ぐべきやと云ふ前に提出した問題にも答へることが出来る。

其の際準則として遵守しなければならないのは、判決理由は如何なる事實上及び法律上の理由が裁判所をして其の判決を爲すに至らしめたかについての審査を爲すことを得しむべき眞實に忠實な報告を掲げなければならないと云ふことである。

曩に擧げた例に於て如何なる事項を裁判の理由として開示すべきであるか(註二十三)について表決しやうとするならば、表決は恐らく全然多数決には到達し得ないであらう。蓋し此の表決の場合にあつては何れの裁判官も其の見解を主張し、自分の見解が判決の理由として利用されるやうに表決するであらうからである(註二十四)。否、理由についての表決は裁判官の意見について對立抗争の結果を示す虞があるのであるから、板挟みの窮境は必然的に生ぜざるを得ないのであつて、其の板挟みの窮境からは事實上二三の學者が提案して居るやうに(註二十五)結果をも部分的表決の方法で見出すことをしなければ切り抜けることは出来ないのである。此の場合には裁判所構成法第九十五條を以ては救済の道を講ずることは出来ない。蓋しその時までには何人も少数として否決されては居ないからである。けれども一人若は數人の裁判官が讓歩して裁判を理由付ける爲に他人の意見の利用されるのを承諾すれば、判決理由は裁判所の眞實の意見を曲飾する虚偽の理由となること(註二十六)恰も當初からして判決の起案者に、其の見解を以て判決に理由を付することを一任する場合に於けると同様

なるものがあるであらう。其の結果は即ち上告裁判所をして裁判の當否を審査することを不可能ならしめるに至るであらう(註二十七)。

(註二十三) マンテンガの説に依る(Binding: Abh. 150, Grundr. 178)。同説 Oetker: GerS. 65, 439。比較的古い文献は大抵は理由に由る表決と關聯して同一の見解を爲した。Mittelman: Mindl. 419; Orloff: GA. 9, 372f.; Silberschlag: PrAnwZ. 4, 189。理由についての追加的表決 nachträgliche Abstimmung über die Gründe はローマン・ローヤンネルも適法であると認めて居る所である。Giesser: Handb. 2, 271; Gerland: 239, 21. 後者は表決關係の告知を適法であると認めて居るに拘らず尙ほ且然りとする(以下に記す所を参照せられたい)。大審院も亦 RGSt. 8, 320。中で序に無罪の原因についての表決は適法であると述べて居る。最近では Sa. hse: ZStW. 49, 307。も亦然り、けれども表決方法の徹底的な變更を以てして居る(第十節の註三十四を参照せられたい)。

(註二十四) マンテンガ(Binding: Abh. II 149) オヘンカマ(Oetker: GerS. 65, 430)を指示して明示的に此の見込を豫期して居るのである。けれども此の兩者は重疊的の理由の開示を必要であるとする論結に到達して居る。此の點については尙ほ以下に於て論ずる所があるであらう。

(註二十五) 第十節の末尾以下を参照せられたい。

(註二十六) Beling: StrPrf. 254 Anm. 1; ZStW. 37, 384。

(註二十七) Sa. hse: ZStW. 49, 310。は正當である。

曩に例示した詐欺罪の少年被告人の場合(註二十八)に於て、判事丙が謬つて少年裁判所法第三條の條件を存在するものと認められけれども、錯誤を生ぜしめた事實が立證されなかつたと云ふことを無罪の判決の理由とするのを承知した場合にあつては、無罪の判決は錯誤が生ぜしめられなかつたものであると云ふ考慮に基いて法定の多数に依つて言渡されたのであるかの如き外觀が生ずる。果して然らば

上告裁判所は事實上に於て下級裁判所の多數の是認しなかつた裁判を是認しなければならぬことになる。

(註二十八) 第十三節 a の例。

此の場合にあつては意見の本當の状態を判決理由中で明白ならしめる必要が生ずる。

次に前記の場合に於ては上告裁判所は裁判を廢棄することを必要とし、且判事丙の謬つた見解が事實の認定の不充分であることに基いて居る場合には、更めて辯論及び裁判を爲す爲に事件を下級審に差戻すことを必要とする(刑事訴訟法第三百五十四條)。事件が差戻されるに於ては事實の認定が別段の觀念を生ぜしめない以上は、被告人は恐らくは有罪を言渡されるであらう。蓋し少年裁判所法第三條は適用されることなく、且又判事の甲及び丙は此の期に及んでは有罪を認めるであらうからである。之に反して見解が適正に認定された事實を間違つて法律的に評價したことに由來する場合にあつては、上告裁判所が判事乙と同一の意見であるときは、上告裁判所は判決を廢棄してみづから裁判を爲すことを必要とする。之に反して上告裁判所が被告人は錯誤を生ぜしめたと云ふ意見であるときは、上告裁判所は或は差戻を行はなければならない(刑事訴訟法第三百五十四條)。此の場合には下級裁判所は必要的に有罪を言渡すであらう(刑事訴訟法第三百五十八條)。

曩に擧げた其の他の例についても同じことが云ひ得られる。判決が被告人は歸責能力者でなかつたと云ふことのみを以て根據とし、判事戊、己、庚が正當防衛の條件を謬つて存在せりと認めた場合にあつては、此の間違つた裁判を審査して之を廢棄する方法は存在しないのである。

以上に論じた諸例は必要とあればまだまだいくらでも擧示することが出来るのであるが、是等の既に擧げた例文でも既に、裁判所をして當該の裁判を爲すに至らしめた理由が判決理由中に眞實に忠實に開示されてあると云ふことが、司法の長所を發揮する爲にどんなに必要であるかと云ふことを示し得て充分なるものがある(註二十九)。此の裁判を爲すに至つた理由を判決理由中に眞實に忠實に開示すると云ふ要件を満足せしめんが爲には例として示した場合に於ても、はたまた判事がまぢまぢの理由から(註三十) 同一の論結に到達した他のすべての場合に於ても、判決の理由中に個々の判事の理由についての開示を掲げるのを避けることは出来ない(註三十一)。けれども此の開示は双方の理由が相並び存して両者が全裁判所の裁判にとつての理由であるかの如き状態にあることを必要とするものではない(註三十二)。

(註二十九) 是はマンハイム (Mannheim G.W. 58, 1063) が正當に述べて居るやうに、有罪を言渡す判決にも、はたまた無罪を言渡す判決にも云ひ得られることである。蓋し此の兩者を通じて裁判の理由は同一の作用を有する次第だからである。

(註三十) けれどもここに稱して理由と云ふのは客觀的の理由のみを指すものと解すべく、主觀的の採證理由又は裁判官の心證の心理的基礎を指すものと解すべきではない。法律は刑事の判決中に主觀的の採證理由の開示されることを要求して居ない。理由は判決理由に客觀的の裁判理由を掲げることが必要とするに止まり、主觀的の採證理由は掲げることが必要としない旨を明示的に言明して居るのである (Mot. 159, Hahn: StPO. 211)。とは云へ刑事裁判所の實際に於ては主觀的の採證理由も亦判決中で説明されて居るのであつて(刑事訴訟法第二百八十六條第一項第二段)。

それで所謂證據判斷 Beweiswürdigung が行はれるのである。(Kroschel: 73)。各個の判事の採證理由が異つて居る場合にあつては、裁判理由の眞實に忠實なるの原則 Grundsatz der Wahrhaftigkeit der Entscheidungsgründe は個々の意見の開示されることを必要とするであらう。けれども上告は事實の認定についての個々の判事の心證の間違つた心理的根據 psychologische Begründung を以て理由とする譯にはいかなないのであるから、此の關係に於てはいろいろの見解を開示することをしないのは敢て差支はない。——とは云へ被告人の利益上判決中で證據判斷の行はれることは望ましい。尙ほ Kroschel: 74; Sachse: ZStW. 49, 314f. を参照せられたい。

(註三十一) 即ち理由はファン・バーン (von Bar: KritV. 10, 480) の避くべからざる必要と思惟して居るやうに結果の爲に犠牲にすることを必要とするものではないのである。理由書 (Mot. 159 Hamm: StPO. 212) の諦めは不必要である。Kroschel: 104 も同説。理由書と同説は Jung: JW. 56, 364f. またプロイセン邦法に賛成するのは Löwe: 311 である。

(註三十二) 是はファン・バーン (von Bar: KritV. 10, 481) の欲する所である。

されば刑法第五十一條の條件も刑法第五十三條の條件も何れも共に存在するものと認められたと稱する譯にはいくまい。

かくの如き理由の開示は上告審に由る裁判の審査を依然として不可能ならしめるであらう。何となれば開示された各個の理由を支持するのは、それ自體丈では裁判を辯明するに足りない少數意見のみ過ぎないことは明白にはなるまいからである。寧ろ判事の全員が兩方の理由に依つて其の表決を爲すに至らしめられたのであるかの如く認められるのである。上告裁判所は只一つの理由丈しか適切であると認めない場合にあつても(註三十三)、表面丈の多數の一部者の謬つた理由については何等承知する所はなく、謬つた裁判を確認することを餘儀なくされるであらう。

(註三十三) Sachse: ZStW. 49, 310 は正當である。

理由は寧ろ、裁判所は六票を以て無罪を言渡したり。判事三人は刑法第五十一條の阻却事由を存在せりと認め、判事三人は刑法第五十三條の阻却事由を存在せりと認めたりと云ふ風に言明しなければならぬ(註三十四)(註三十五)。

(註三十四) バイエルン控訴院の是認した JW. 55, 1062 に掲げてある地方裁判所の理由を参照。之については以下に於て尙ほ論ずることを必要とするであらう。

(註三十五) 判事の何れもが無罪を言渡すことは欲しなくても、各人がそれぞれ別の犯行の故を以て有罪を言渡さうとする場合にあつては別様に處置すべきである。第七節の第十三例を参照せられたい。ここには表決關係を開示すべき必要は全然成立しない。判決理由は裁判所が問題となる罪となる行爲の何れについても被告人を有罪たるものと認めることは出来ない旨の記載に制限することを必要とする。責任の否定は罪となる行爲のそれそれにつき裁判官の多數が評議に際して其の見解の爲に主張することを必要とした考慮を以て理由を示さなければならぬ。無罪の言渡はかくの如くにして既に眞實に従つて根據を明かにせられ、表決關係を開示することを必要とはしないのである。此の場合と曩に論じた場合との間の相違は前に擧げた場合に於ては數個の罪責問題が存在するのに反し、後なる場合に於ては只一度丈しか罪責について表決することを必要としない點に存する。之に反して前なる場合に於て裁判官が罪責の否定をまぢまぢに理由付けて居る場合に於ては、例へば第二百四十二條について判事甲は物が他人の物でなかつたが故を以て罪責を否定し、判事乙は物が本人の保管中であつたが故を以て罪責を否定した場合にあつては、更に個々の理由を擧げることが必要とするものである。

けれども判決理由の眞實に忠實なるの原則は裁判を支持する相異なれる理由附けを開示する場合でなく、寧ろ多數若は決を興ふる少數が其の見解を明白に謬つて理由付けた場合に於ても其の尊重せられんことを要求する。實際理由は裁判所を辯護することを目的とするものではなくして寧ろ裁判所

の裁判を辯護することを使命とするものである。辯明を行ふことを目的とするものではなくして寧ろ單に裁判の理由を説明することを使命とするものである。判決の作成者は自家撞著の判決を書くことの前に尻込みをする譯にはいかない(註三十六)。上告裁判所に本當の理由を知らせずして、寧ろ一般的の考察のみ(註三十七)が提供され、又は原審裁判所の全然行はなかつた考察が上告裁判所に提供される場合には、上告裁判所としては謬つた裁判を廢棄する見込が全然無い譯である(註三十八)。法律中に確定してある判決理由の眞實に忠實なるの原則に對しては國家の權威の援用を以ても對抗することは出来ない(註三十九)。法律の素養のない人間に裁判所の裁判の際に於ける協力を許す國家は、是等の者が現行法に違反する裁判を招來するのを豫期しなければならぬ。けれども然る上は國家はまた關係者が裁判所の眞實の理由を承知するのを納得せざるを得ない。蓋し法律は關係者に裁判所の眞實の理由を承知する權利を與へて居るからである。

(註三十六) 反對 *Alsiere*: JW. 55, 2164; JW. 59, 763; 2151; *Jang*: JW. 56, 364. アルスベルグに反對なのは *Sahe*: JW. 59, 2150.

判決作成者は素人裁判官の意見が「法律的に役に立つ思想」を包含して居ない場合に限り、それ自體矛盾した判決を作成するのを見合はせることが出来るのであることは素より言を俟たない。けれども此の場合にあつては第一の要件として評議の根本的であることが常に高調されたのであるから、評議が意見を闡明することが出来ないのが前提として居るのは勿論である。所がアルスベルグ (*Alsiere, a. a. O.*)は反對の事柄を前提として居るのであるから、嚴格に云へばア氏の懸念は此の場合には全然考慮はされないものである。けれどもアルスベルグが JW. 59, 763 zu 1 und 3 中で論じた案件 (JW. 55, 2164; 59, 763) に於ては表決關係を公示するの必要が識認せられ得ないものである。

とは、アルスベルグも容認しなければならぬ。蓋し理由は此の開示なきも尙ほ眞實に従つて記載されることが出来たからである。けれどもアルスベルグ並に國議會の代議士の若千者の見解 (JW. 59, 763f.) 上「極端な場合」であつて、バイエルン控訴院が裁判した所のものなどは、全然別様に判断されなければならぬ。所が此の場合に決定を爲す少数は一部分は法律的に支持することが出来るのであるし、一部分は全然非法律的な、純然たる感情的の理由を主張しなければならなかつたのであるから、理由は眞實に従ふに於てバイエルン控訴院が是認したとは別様の趣旨であることは出来なかつた。尙ほ本節の末尾を参照せられたい。

(註三十七) 是は *Jure, p. a. O.* の要求する所である。

(註三十八) 蓋し此の場合が大切なのであつて、不服の申立を受けた者 *des Bes Inverle* が理由中に上告の理由を發見したことは大切ではないのである。ユング (*Jure, p. a. O.*)は此の點を誤認して居るやうに思はれる。

(註三十九) 是はユング (*Jure, p. a. O.*)のやつて居ることであつて、氏は尙ほ其の外に理由の眞實を要求して居るのである。

かくの如き判決理由中に於ける開示は評議の秘密を拋棄するものに外ならぬけれども、必ずしも完全に拋棄してしまふものではない。蓋し人の點に於ては秘密は擁護されて居るのであつて裁判官の何人なりやは其の姓名も官等も表示することを許さない(註四十)。それは裁判官個人の姓名官等を擧げることが無用でもあるからである。蓋し裁判の成立について眞實に従ふ、審査することを得しめる報告を爲すと云ふ判決理由の任務は、裁判にとつて重要な個々の意見の外表決關係を只數上に於てのみ報告するに於ては既に充分に果されるものであるからである。其の他の點に於ては表決の經過の黙秘は上級官廳に對しても維持されるのであつて、裁判官の地位の獨立も亦之に由つて確保されるのである。評議の秘密に由つて素人裁判官に提供すべき保護も亦侵害されるものではない。蓋し素人裁判官

も亦其の何人なりやを判決理由中では決して特示されるものではないからである。其の外國官吏法第十一條に依つて一般的に詳細に劃定されて居る職務上の黙秘の範圍内に於て黙秘の義務が成立して居る以上は、曩に論述した所に依つて證明されるやうに、眞實に従ふ理由の開示を要求して居る法律が表決の經過の一部の告知を必要として居る場合を存するものである。所が判決理由に署名するのは專任の裁判官に限られ、之を言渡すのは裁判長のみに限られるのであつて、従つてまた評議の秘密を破るのは專任裁判官のみに限られるのであるから、違反は專任裁判官に關する規範に従つてのみ、即ち職務上の黙秘の義務に従つてのみ判斷されるのである。

(註四十) *Belting: StPr. 254.* は正當である。ツァッケ (*Nagel: 101*) が當時既に持出された、判決理由中に表決關係についての記載を爲すの適否の問題に肯定的に答へるのに反對して懐抱した懸念も是で解消するものである。ツァッケは裁判官の責任を増大させる爲に表決を告知するのを希望して居るのであるが、此の希望は「是と不可分の關係に在る論難や其の他の不利益」の爲に到底實行することは出来ないものと思惟して居るのである。

刑事訴訟に關する文獻は普通評議の秘密に何等多大の注意を拂つて居ないのであるが、近頃になつて是等の文獻中に於ては、判決に正しく理由付けるの必要は以上に明かにした範圍内に於て評議の秘密の抛棄を必要とするものであると云ふことが専ら認められて居る。特に此のことはクリース(註四十一)及びベールリッング(註四十二)の主張する所である(註四十三)。併しビルクマイヤア(註四十四)竝にビンディング(註四十五)は別段の見解を持し、其の後者は判決理由についての表決を招來しやうとして居るのであるが、之に對しては曩に既に異論を唱へて置いた所である。ロエーウエーロ

イゼンベルグ(註四十六)の註釋書は以上に論じた場合に於て異説を開示する事丈を推稱して居るのみに止まり(註四十七)、其の必要については別に言及する所がない。昔の學説は殆ど例外なしに異説を持つて居るのであつて、判決を統一的に理由付けるのを以て絶對的に必要であると認めて居るのである。判決理由に對するかくの如き見解からして、是等の學者は大抵は理由に依る表決の必要であると云ふ論結に到達して居る。蓋し是等の學者はそれにも拘らず判決理由の眞實と云ふことを以て判決の本質的な要件たるものと思惟して居るが爲である(註四十八)。けれども昔の學者中結果に依る表決を要求する者は必然的に、裁判官が結果をまことに理由付けて居る場合に於ては、判決理由中には如何なる事項を開示すべきであるかと云ふ問題を論ずることを餘儀なくされて居る。かやうな次第で一部の學者は理由が竝列的に開示されること(けれども表決關係は指示する事をしないで)、又は「重きを爲す理由」(註四十九)について表決されること(註五十)を要求し、また一部の學者は餘り神經質でなく、意見と之を支持して居る投票數の眞實に従つて開示されることを要求して居るのである(註五十一)。

(註四十一) *Lehrb. 454, 437.*

(註四十二) *StPr. 254; ZStW. 37, 384.*

(註四十三) 之に賛成なのは其の外 *Rosenfeld: StPr. 153; Gerland: StPr. 325; Hinemann: ZStW. 15, 24; Heymann: 413; Feisenlenger: S. 124, 33* があり、また(勿論其の獨特の表決理論に關聯してゐるが) *Zeller: ZStW. 41, 560;* 結局はさうであり、最後に *Sachse: ZStW. 49, 309f.* も然りとす。

(註四十四) *StPr. 271.* は委曲の理由も例外の見込の考慮をもして居ない。 *Oppenhoff: 214; Stenglein: Lehrb. 54.*

(註四十五) Grundr. 177.
 (註四十六) 第二百六十七條第九項。裁判所構成法第九十三條は違ふのであつて、表決の方法が意見の相違の客體である場合に限り其の告知を許すこととして居る。

(註四十七) として Motive 159 (194 は違ふ) の態度を否認して居る。此のことは既に一度指摘した所である。

(註四十八) 第十節の末尾を参照せられたい。

(註四十九) 曩に本文(5)について述べた所を参照せられたい。(理由はどう云ふ風に重きを爲すことが出来るか)。

(註五十) Silbers hlag: PrAnwz. 4, 189; Waldeck: NPrA. 7, 463.

(註五十一) Zache 65, aber auch 101 (尙ほ註四十を参照せられたい)。

大審院はよく理由中に表決關係に關する報告の包含されて居る判決を修正して居るのであるが(註五十二)、裁判を支持する個々の投票の關係や理由についての報告を判決理由中で開示するのが、理由の眞實の爲に必要なことがあるのを明示的には言明しなかつた(註五十三)。

(註五十二) 近頃では JW. 59, 762.

(註五十三) 大審院としては RGS. 8, 218 (曩の第六節 a の第五例) の裁判中で此の機會があつた所であつた。大審院は判

事丙の見解を審査して居る。若し判決理由が判事丙の見解を告知することをしなかつたら、間違つて居る判決(大審院は判事丙の見解を非として居るのである)を取消することは出来ないであらう。RGS. 8, 326, 第百八十六條も同じやうなものである。判事甲、乙、丙、丁は事實其他を主張して居るし、判事戊は主張されて居ることが立證されて居ないとし、判事甲、乙、丁、戊は眞實の立證なしとし、判事丙は眞實であるとして居る。

之に反して、バイエルン控訴院は此の場合にも發見された原則を極めて明確に言明し、個々の投票についての報告を判決理由中で開示するのが、判決理由の眞實の爲に必要なことがあり得ると斷言して居る(註五十四)。職務上の横領の廉を以てする或る刑事事件(刑法第三百五十條)に於て、刑事部は

「有罪」とする意見が三票しかなかつた爲に檢事の控訴を棄却するの外はなかつた。判決理由には、罪責問題を否定する意見中には尙も家父 Familienvater たる者を僅か二十ペンニヒの爲に刑務所に送るのを欲しないと云ふのを以て理由として居るものがあつたので、裁判所は刑事訴訟法第二百六十七條第五項に依り表決關係を公示する必要ありと見たと述べて居る(註五十五)。控訴院は此の手續を明示的に是認し、合議裁判所の數人の判事がまちまちの理由から罪責問題に於て同一の結果に到達した場合には、刑事訴訟法第二百六十七條第五項の要求して居るやうな眞實に従ふ理由の開示は、當該の裁判を支持する個々の判事のまちまちの理由を開示すると云ふ方法に於てしか、實行することは出来ないと云ふ理由を以て論據として居るのである(註五十六)。

(註五十四) JW. 58, 1063ff.

(註五十五) a. a. O. RGS. 60, 216 を指示するのは無用であるし、寧ろ更に一步を進めて間違ひですらもある。尙第十六節の(5)を参照せられたい。

(註五十六) a. a. O. 1063.

ここでアルスベルグが今右に擧げたバイエルン控訴院の裁判に對して唱へた懸念に論及しなければならぬ(註五十七)。氏の説に曰く、判決理由中で表決關係を告知することを許すのは素人陪席員を犠牲として不公平に専任裁判官の地位を鞏固ならしめるものである。専任裁判官は常に自分の不當と認める素人陪席員の見解を再審することが出来るのに反し、素人陪席員については此の道が全然缺けて居ると云ふのである。之に對しては次の如く答へることが出来る(註五十八)。先づ第一に參審員や陪審

員が法律に通じて居ないと云ふ事實に顧みるときは、其の中の一人が謬見を懐くに至り易いことは法律に通じて居る専任裁判官が誤つた法律的觀念を懐くに至るよりも遙に見込が多いとしなければならぬ。けれども素人陪席員が専任裁判官に依つて謬つた觀念に説伏され、若は謬つた觀念を確信するに至らしめられた場合にあつては、此の觀念は理由中で反覆せられて直ちに之を審査することが出来るであらう。之に反して素人陪席員が其の（正しい）見解を維持して居る場合にあつては、専任裁判官の間違つた見解は被告人にとつて決して不利益に歸著することはあり得ない。蓋し此の場合に於ては刑事裁判所の構成方法の然らしめる所として常に所要の多數が缺けて居るからである。其の何れの場合に於ても素人陪席員にとつては、表決に對する自分の懸念をば判決を不服なりとする訴訟關係者に披露する道が開かれて居るのであつて（註五十九）、かくの如くにして必要の場合には上告も可能ならしめられる次第である。此の點については以下に於て尙ほ論ずる所があるであらう。

（註五十七） Verhandl. 35. D.Jur.T. 1. 480 Anm. 17. J.W. 59, 763 は反覆して詳細に論じて居る。尙ほ同所 351 竝に本節の註三十六をも参照せられたい。

（註五十八） かくの如き場合の世間に知れて居るもの少數であるのに顧みるときは、専任裁判官は曩に記したやうな方向に於て自分の地位を濫用することをしないのを常とするものと認むべきであると云ふ、マンハイムの斷定をも参照せられたい。J.W. 58, 1023.

（註五十九） Mannheim: J.W. 58, 1063 も同説である。此の點については尙ほ第十九節aをも参照せられたい。

第十四節 民事判決の評議の秘密と判決理由

以上述べ來つた所は刑事訴訟にのみ限られるのであるが、民事訴訟にあつても裁判を行ふものは合議裁判所なのであつて、合議裁判所は評議の秘密を守ることを必要とするのであるから、民事事件に於ける判決にあつても場合に依つては評議及び表決に關する開示を行ふ必要のあること、恰も前節に論じた場合に於て刑事事件に於ける判決が評議及び表決に關する開示を行ふことなくしては眞實に忠實な理由の開示を與へることの出来ない場合に於けるが如きものがあるのであるかどうかを検討する必要がある。

民事事件に於ては全體としての結果 (Gesamtergebnis) に従つて表決することをしないで、各個の獨立した攻撃及び防禦の方法の結果について裁判をするものであること既に述べた通りである。所がかくの如き確認は何れも提出された事實を法律の下に包攝する結果なのであるから、多數を形成する判事の各員が別々の理由からして、法律的结果の發生を或は肯定し或は否定すると云ふことも随分あり得る。

かくの如き場合に於ては、各判事が問題を裁判する爲に提出することを必要とした客觀的の理由は裁判の理由中に於て開示する必要がある。蓋し民事判決の理由も亦眞實であることを必要とするものだからである（註一）。

(註一) 即ち Planck: Lehrb. I, 162 は同説である。

民事訴訟法は刑事訴訟法に於けるとは異り、第二百八十六條第一項後段の單行の規定に於けるの外は裁判理由中には如何なる事項を掲ぐべきであるかについての精密な記載を缺いて居るのであるが、併し裁判の理由が當然眞實に適つたものであるべき筈のものであることは裁判の理由を開示する目的からしておのづから推知し得られることである。

事實 Tatbestand は刑事判決の事實の敘述 (Tatsichtszählung) に於けると同様本來の理由に屬するものではないのであつて、當事者の口頭を以てする主張を立證し、當事者が何れの争ある事實の資料何れの争のない事實の資料を判決せられんことを欲求するものであるかを示すものである。従つて事實は既判力の客觀的の範圍を定めるものであつて、然も此の既判力の招來こそは訴訟の究極の目的たるものである(註二)。事實が眞實に従ふものであらねばならぬことは特に證明するまでもなす。

(註二) Vgl. Goldschmidt: Der Prozess als Rechtslage 151ff.

ここに問題となる裁判の理由は、刑事判決の本來の理由に於けると同じやうにいろいろの問題に役立つものである(註三)。先づ第一に裁判の理由は判決主文を加補する。判決主文は原告の請求が棄却されるものであるか、又は敗訴した當事者は如何なる事項を言渡されるものであるかを宣言し、依つて以て訴訟の一番手近い實際的目標の達成である執行を可能ならしめるものであるけれども、普通判決主文は裁判の法律的基础についての報告は全然行はず、それ丈では訴訟に於てどう云ふ事柄が裁判さ

れたものであるかと云ふことを明白ならしめるものではない(註四)。事實中に包含されて居る當事者の事實に關する主張が既判力の範圍を特示して居るやうに(註五)、判決主文の内容を確定せんが爲には裁判の理由の助力に俟つ必要がある。蓋し認められた請求の法律原因若は棄却された請求の法律原因も亦確認の中に併せ包含されることなくしては、判決主文の内容を定めることは不可能だからである(註六)。起された請求の成立若は不成立は、一定の事實の法律的结果として既判力を以て確定される(註七)。けれども裁判の理由は更に上告裁判所にも判決の審査を爲すことを得しめるのを以て使命とするものである(註八)。此の論結は一つには上告期間は完全な形式で作成された判決の送達と共に始まる。不服を申立てられたる判決は上告裁判所に提出することを必要とすと云ふ民事訴訟法第五百五十二條及び第五百五十三條 a の規定からしておのづから推論される所でもあり、次に一九一五年九月九日の裁判所の負擔の輕減に關する告示第十八條第二項第二段及び第三段に、前項の規定中で認められたる仲裁判決 *Schlichtsurteil* は通常の手續に於て言渡された確定の終局判決と同視することとし、且當事者の了解のあつたときは之に理由書を附するのを見合はせることを許す旨が規定してあるのからも推論し得られることである。

(註三) 法律の理由書は是等の目的を説明することを斷念して居て (222, IIahn: ZPO, 288) 只裁判の理由は當時存在して居たいろいろの法律案中でも要求されて居たのであると云ふ事實を確認するを以て満足して居る。一八六四年のプロイセン邦の法律案の理由書は、何れの終局判決、何れの羈束力ある判決も理由を以て辯明されてあることを必要とするものであることはおのづから明白であると述べて居る。

(註四) 有罪を言渡す刑事判決は別であつて、其の判決主文は既に犯行に法定の特別の資格を附與する行爲 *esetliche Qualifikation* を包含し、然も少くとも適用された刑罰法條を開示するものである。第五節の註五を参照せられたい。

(註五) Rosenbergl: *Lehrh.* 472, 1, 2; Stein-Jonas: *ZPO.* § 322 V 1 を参照。

(註六) 特に棄却の場合に於て然りとする所である。Stein-Jonas: § 322 V 1; わけでも Savigny: *Syst.* 6, 356 f. 333 を参照。もつとも後者は此の必要に基いて(他の理由とも一所にであるが)判決要素の確定についての自分の説を演繹して居るのである(358)。

(註七) Rosenbergl: *Lehrh.* 472 I, 1.

(註八) 歴史的に觀察すると此の點が判決の第一の目的であることは曩に簡單に論示した通りである(第八節の註六を参照)。

既判力の範圍を定め、上級審をして裁判を審査することを得しめると云ふ裁判の理由の此の目的は、裁判の理由が裁判所は如何なる方法で當該の裁判に到達したものであるかを眞實に忠實に開示しない以上は達成することは出来ないのである(註九)。

(註九) 刑事事件に於けると同じやうに合議裁判所が簡單に全體として裁判の主文について一致し、理由の發見を判決の作成者に一任することとするならば、此の場合にあつても法律は民事裁判官の合議體からして該合議體が事件を根本的に評議すべきこと、必要の場合には個々の獨立した攻撃及び防禦の方法に關して判決を爲すべきこと、判決主文を發見すべきこと、次に評議及び判決に於て獲得された各個の結果に基いて理由を編成することは判決作成者に一任することであること丈しか言明することは出来ない。(ルウ*ヒ(Hellwig: *Lehrh.* 2, 67 Ann. 10) も亦只今排撃された手續を背理であると認め(區裁判所判事が自分の裁判の理由を後に至つて發見する場合に於けるが如く)、然も判決からして理由を推知することの出来ないこと氏の見解上實際に見る所の如くなる場合にあつても、依然として想像し得られる實際上の一方便たるものと述べて居るのである。尙ほ之については *Mittelmaler u. Helfer*: 第十三節の註二十を参照せられたい。

けれども此の場合に法律に根據を有する特別な事柄が出て來る。民事訴訟法第二百八十六條に依ると裁判所は、事實に關する主張の證明又は證明の不存在についての裁判官の心證にとつて指導的であつた理由をも、裁判の理由中に於て開示することを必要とするものである。所が是等の理由については客觀的の證據問題についてと同じやうに表決されないものであるから、裁判官がまちまちの理由から事實の立證があつたとかなかつたとか見る場合には、各個の裁判官の理由を擧げなければならぬ(註十)。此の開示がないに於ては上告裁判所は裁判所の心證の原因を審査することは出来まいと思ふ(註十一)。

(註十) Heinenann: *ZSW.* 15, 40 は正當である。

(註十一) 民事訴訟法第二百八十六條は民事訴訟法第五百五十條の意味に於ける法律規範 *Rechtsnorm* である。上告適性 *Revisibilität* は只一時廢棄されるに過ぎない。

裁判所の判例中には裁判の理由に表決した裁判官のまちまちの見解を報告してある場合は全く知られて居なかつた。民事訴訟法の比較的新しい文獻中にも殆ど學者の一人として此の問題に觸れた者はない(註十二)。かやうに學者實際家が此の場合について黙して語る所のないのは、近頃に至つて「理由」に依る表決、換言すれば攻撃及び防禦の方法に依る表決が正當なるものとして認められる爲であると云つて差支あるまい。蓋し結果に依る表決が民事訴訟に於ては正當な方法なのであると云ふことを主張する二三の古い學者達は、裁判官がまちまちの理由から同一の裁判に到達した場合に、如何なる事柄を裁判の理由中で報告すべきかの問題を論議して居るからである。此の點についても刑事訴訟の場

合に於けるが如く學者の見解はまちまちであつて、或は其の區々である見解を裁判所の理由として「巧妙に」列挙せんことを要求する者もあれば(註十三)、或は表決關係を明らかに記載することを欲求して居る者もあるのである(註十四)(註十五)。

(註十二) 此の場合に於けるが如く明示的なのは只比較的古い學者である。プランク (Planck: Lehrb. I, 162) であるのみである。

(註十三) 同説 König: CHPJur. 1841, 637.

(註十四) 同説 Bolzano: ZP. 15, 306; Civa. 78, 151.

(註十五) 此の關係に於ては、フイツァの所見に注意しなければならない。氏は解釋論としては理由に依る表決を正當であると思惟して居るけれども、立法論としては全部的表決に好意ある考察を寄せて居る。尙ほフイツァは全部的表決の場合にあつては裁判の理由は別様に決著するの外はないと云ふ見解を表明して居るのであつて、且又必要の場合には結果を支持して居るまちまちの意見を判決中で披瀝すべき必要に明白に想到して居るのである (ZP. 26, 78)。ヘフター (Heftler: Civa. 13, 94) は早くから既に同じ意見を懐き、氏は立法論としては結果に依る表決をも推稱し、われわれは意見のまちまちであることに介意すべきではないと述べて居る。だがヘフターは此の點からして、まちまちの理由は此の場合には判決理由中に於ても開示することを必要とするに云ふ接近した論結を抽出することを懈つて居るのである。

(二) 表決の經過に疑義のある場合

第十五節 表決に關する規定の上告適性

以上述べた所からして判決の理由の眞實に忠實なるの原則は、裁判がいろいろの理由に立脚し是等の理由の何れもが法律上必要とされて居る丈の數の判事に依つて支持されて居ない場合にあつては、表決の經過についての報告を判決理由中に掲げることが必要とするものであることが判る。手續、即ち表決の經過は裁判にとつては、主として實體法に關する表決の内容に於けると同一の意義を有するものである。

表決は訴訟の主要な部分であつて、實に裁判の據つて以て立つ所の基盤である。此の言葉がどれ丈適切であるかは表決方法についての論議を見れば判る。即ち表決方法についての論議は一面に於ては表決方法がどれ程細心の注意を必要とするか、其の際違反がどんなに起り易いかを識認せしめるものだからである。

謬つた手續に於て成立した判決に對しては、上告の上訴方法を存する(註一)。

(註一) 控訴は此の場合にあつては除外しなければならない。蓋し控訴はその提起された場合には常に事件についての辯論の更新を招來するものであつて、獨り單に個々の責問された違反の審査を行ふのみに止まるものではないからである。

(a) 謬つた表決は所謂絶対的上告理由に属するものではない。法律は裁判が常に法律に對する違背に立脚するものと看做すべき場合を遺漏なく列挙して居るのであつて、表決の法則に對する違反は此の列挙の中には掲げられて居ない(民事訴訟法第五百五十一條、刑事訴訟法第三百三十八條)。之に反して裁判が表決の規則に對する違背の上に立脚して居る場合に於ては、表決の規則に對する違背は上告の理由を形成することがあり得る(刑事訴訟法第三百三十七條、民事訴訟法第五百四十九條第一項、第五百五十條)。

評議及び表決の黙秘からして之に關する規定は法律規範たるものではなくて、單なる内面的の服務上の規定に止まるものであるかの如く推論する譯にはいかない(註二)。職務上の事實の黙秘は未だ以て職務上の事實をして、訴訟關係者には毫も關係する所のない内面的の服務上の事務的交渉の事實たるに至らしめるものではない。評議及び表決の經過の特別な性質は、それが重要な訴訟上の事實であるにも拘らず、普通監督や審査から除外されてある點に存する。

(註二) 同説 Endemann: CR. III vor §§ 194ff. GVG. 尙(4) Oppenhoff: § 57, I S. 281.

(b) 個々の法律の規定の内容からして、此の法律の規定が社會公義は個々の人民に對する羈束的效力を以て裁判官は訴訟を裁判するに當つて如何に處置すべきであるかを裁判官に命ずる法律規範を樹立するものではなく、寧ろ裁判官が自分の雇主 Dienstherr である國家に對する關係に於て如何なる態度を執る必要があるかを定めて居るものであることが明白となつて來るかどうかは別個の問題で

ある(註三)。訴訟法と雖恐らくは其の形式上は法律であるけれども、其の内容上は内面的な服務上の指令でしかない規定を包含することがあるものであるのは疑ふ譯にはいかない(註四)。併し此のことは評議及び表決に關する法律の規定には該當しないことである。

(註三) 其の看取することの出来る限りに於ては此の問題は、此の寧ろ形式的な方向に於ては必ずしも遺漏なく取扱はれはしなかつた。純然たる實體的の半面から云へばここに言及した對照は往々にして法の制定 Rechtssetzung — 法の適用 Rechtsanwendung と云ふ公式にあてはめることが出来る。即ちケルゼン及びナウアスキイを援用してウエルツブルグの論ずる所である (unter Berufung auf Kelsen und Nawasky, Würzburg: 37 f.)。其の他の點については以下本文に於て論ずる所と其の註とを参照せられたい。

(註四) 尙(4) O. Mayer: I, 93 Laland: II, 63; IV, 533; Fie iner: 66 Anm. 43; Würzburg: 17. を参照せられたい。反對 Haemel: 245ff.

裁判所構成法第九十二條乃至第九十七條は直接裁判官の判決を言渡す作用に關するものであつて、殊に裁判の成立に關する。參與する裁判官の法定數や判決合議裁判所に屬さない者は一切嚴重に排斥することなどは、訴訟關係者の利益上どうしても存在しなければならぬ事實である。けれども評議及び表決の經過の秩序も當事者の利益上保護されなければならないことである。蓋し此の秩序なくしては、相一致することの出来ない裁判所は全然裁判に到達することが出来ないことと云ふ結果になることもあり得るからである。尙ほ表決の意見の計算に關する規定は全然當事者の利益の爲に存するものである。是等の規定は適法に行はれた表決に基いて如何なる結果を認定すべきであるかを明かにするものに外ならない。學說と判例に依つて發達を遂げた表決方法に關する規則も亦是等の規定に屬す

る。規定の法律規範としての性質の最も疑はれ易いのは、表決の順序を定める規定である。けれども是とも裁判官の國家に對する服務上の態度に關するものではないのであつて、寧ろ獨立の裁判を保障することを使命とするものであり、即ち年長にして官等の高い判事の意見が年少にして官等の低い判事の意見を左右し、法律の經驗ある専任裁判官の意見が法律に經驗のない素人裁判官の意見に影響を及ぼすのを豫防することを目的とするものである。けれどもかやうなことが起らないと云ふことは社會公共の利益でもあれば、また當事者の利益にも合致する所以なのである。

即ち問題たる規定は法律規範 *Rechtsnorm* (註五) であつて、服務上の訓令 *Dienstinstruktion* たるものではない。

(註五) 是等の規定は法律規範の「二面的に拘束する力」*zweiseitig verbindende Kraft* を有する。換言すれば是等の規定は獨り國家と官廳との間に於ける法律關係を設定するのみに止まらず、官廳と人民との間、換言すれば國家と人民との間に於ける法律關係をも設定するものである。尙ほ *Reiner: 64* をも参照ありたい。

評議及び表決に關する規定が「當爲規定」*Vollvorschrift* たるものであるか、それとも「強制規定」*Mussvorschrift* たるものであるか(註六)、換言すれば法律規範として稱すべき規定は裁判所に於て個々の案件の特別な状態には關係なく嚴正に遵守することを必要とするものであるか、それとも裁判所は個々の案件の状況に従つて別様に處置することが出来るのであるか(註七)(註八)と云ふことも亦別個の問題である。此の問題は一切の規定が強行的のものであると云ふ風に解答すべきである(註九)。

(註六) 此の區別は必ずしも常に満足なるものと認められる次第ではない。此の非難は例へば法律と服務上の訓令との間の區

別の問題につき「當爲と強制」と云ふ(ルプツの論文 (*Helmut: Civa. 69, 331*)) を援用して居るフライナア (*Feiner: 66 Ann. 43*) について適當する所である。(ルプツ (*a. a. O. 331 und passim*)) の使用して居る「訓令」*instruktionell* と云ふ當爲規定についての語は、理由書に由来する語であつて、其の他に於ても此の意味に於て使用されたものであるが、之を服務上の訓令 *Dienstinstruktion* と關聯せしめる譯には、いかないのである。

(註七) オルトマン (*Oertmann: Grundr. § 20*) は此の對照を民法學に於て普通に行はれて居る強行法 *zwingendes Recht* — 任意法 *nachgelassenes Recht* の公式にあてはめて居る。民法の權利者義務者の態度について設けてある名稱を裁判所の仕事にあてはめやうとするのが、果して適當なことであるかどうかは暫く措いて問はぬこととしたい。

(註八) *Heinemann: Rev. 142* 参照。

(註九) されば訴訟法の當爲規定が上告適性を有するものであるかどうかと云ふ議論に深入りする必要はない。マンハイム (*Manheim: a. a. O.*) 4 通説 (*Loewe-Rosenberg: § 337, 3 a; Stein-Jonas: § 549 III; RGSt. 42, 168*) とは反對に之を肯定して居るのである。

表決に關する前記の法則は其の適用の規定されて居る何れの場合に於ても、裁判の結果を侵害することなくして之を閑却することの出来るものは一つもあるまいと思ふ。判決裁判官の数が常に法定された數であらねばならぬと云ふことは、若しそれが強行的に規定すべからざるものであるとするならば、特に言明する必要のないことである(註十)。蓋し裁判所の構成は既に法律の他の箇所規程されて居ることだからである。裁判所構成法第九十三條の強行力は獨り其の字義上から生ずるのみに止まらず、寧ろ從前の疑義を生じ易い法文の字句が今日の形態に於てする特別の國法に依つて改造されたことから推論されることである(註十一)。加之意見を述べる順序も強行的のものである。蓋し此の順序は個々の意見の獨立を保障することを使命とするものだからである。

(註十) 昔の法律中には最少數丈が示してあつたに過ぎなかつたものである。例へば一五五五年の獨逸帝國裁判所法第十條(1)の(13)、一八三三年十二月十四日のプロイセン邦命令第五條第五號(GS. 302—308)の如し。尙ほ第八節の註七をも参照せられたい。

(註十一) 一八八八年四月五日の法律。

即ち評議及び表決に關する規定(註十二)は刑事訴訟法第三百三十七條及び民事訴訟法第五百五十條の意味に於ける上告適性を有する規範 *revisible Normen* であると云ふ結果を生ずるのであつて(註十三)、此の場合大切なのは此のこと丈である。今後は此の主たるテーマについて更に論究することが出来る。

(註十二) 本來の意味に於てである。裁判所構成法第九十八條は之には屬さない。尙ほ第一節に記した所を参照せられたい。

(註十三) 服務上の訓令としては是等の規定は上告適性を有するものではあるまい(Fleiner: 68 Anm. 43)。寧ろ服務監督上の不服申立 *Dienstaussetzschweide* の方法に於てのみ、且懲戒的に訴追することが出来る丈である(Fleiner: 64)。此のことはエンデマン(Endmann: CPr. III vor § 194ff.) 並にオペンホフ(Openhoff: § 57, 6. S. 382)の的確に認めた所である。加之是が違反からは損害賠償請求權を演繹することは出来ないであらう。蓋し裁判官は國家に對してのみ是が遵守の義務を負ふものだからである。Planck-Greif: § 839, 3a; Sell: 19; Kraft: DJZ. 14, 1416 Anm. 1; Hauptrecht 32f.

第十六節 判決理由中に於ける表決の經過の告知

刑事訴訟の公判中又は民事訴訟の口頭辯論中に訴訟に關する規定の違反のあつた場合には、違反は

原則として公判調書を以て立證することが出来るのを常とする。けれども表決行爲は調書には録取されないのであるから、評議及び表決に際し犯された違法の事實を立證する相當の方便は全く缺けて居る次第である。

裁判の理由も亦表決の祕密に由り評議の經過については原則としては何等の開示をも包含する譯にはいかない。

けれども此の原則も除外例を認めることの出来ないものであるかどうかは問題である。

(a) 判決理由の眞實に忠實と云ふことは、以上に述べた所に於て説明されたやうな場合が存在しない以上は、表決の數上の關係についての開示を必要とするものではない。是等の場合を除外すると、裁判所は常に自分の正當若は不正當の見解に従つて理由の點に於ても法定の多數の意思や意見に合致する裁判に到達せざるを得ない。此の多數意見の理由が判決の理由を供給するものである。例へば擴張參審裁判所 *erweitertes Schöffengericht* の三人の判事が被告人を以て竊盜の罪を犯したものであるとし、然も第四人目の判事は被告人を以て横領の罪を犯したものであると認めた場合に於ては、此の被告人は竊盜罪の廉を以て有罪を言渡される。そこで判決理由は何故竊盜罪が存在するものと認めざるを得ないのであるかを判示することを要する。何故横領を認めることが出来ないかの理由は此の裁判を理由付ける爲に使用された要素からして既に判明することである(保管の問題が決定的の問題たるものであらう)。判決理由中に於て竊盜を認めるのに賛成の意見が三つあり、横領を認めるのに賛

成の意見が一つあつたことにまで論及すべき理由は毫も認めるとは出来ない。理由は眞實である。理由は法定の多数の見解を再録するものである。所が表決も亦懸念を容れないやうに行はれたのであるから、裁判所（換言すれば裁判所の多数意見）の實體刑法上の理由は審査の爲上告裁判所に提出される場合には充分である。

表決の経過の正否を疑はざるを得ない場合に於ては、懸念の生ずることを免れない。

第二十例 食料品の竊取 *Entwendung* の廉を以てする或る事件に於て、刑事部は表決に際し竊盜を認めるについてもまた微量飲食物竊盜 *Mundraub* を認めるについても三分の二の多数を獲得することが出来なかつたと云ふ理由で被告人に無罪を言渡した。

此の表決は間違である。此の裁判には竊盜と微量飲食物竊盜との間の關係の誤つた解釋が根柢となつて居る。微量飲食物竊盜は決して特別の犯罪たるものではないのであつて、寧ろ竊盜の構成要件を豫定しつつ竊盜の可罰性を減少させる情状を造り出すものに外ならない。所が此の情状を否定するのは罪責問題に於ける被告人の不利益に於てする裁判を意味する次第なのであるから、刑事訴訟法第二百六十三條第一項及び第二項に依り三分の二の多数を以てしなければ決議することは出来ない。此の情状を認める爲に二票の投ぜられた場合に於ては、豫め普通の竊盜の肯定された以上は此の情状を認めなければならない。従つて刑事部は表決、特に其の結果の確定に際し別様の處置を執ることを必要とするであらう（註一）。刑事部は普通の竊盜と減輕事由 *Privilegierungstatbestand* について表決した

上は、竊盜の肯定された場合には有罪を言渡すことを必要とするであらう。そして二人以上の判事がその適用について表決した場合にあつては、刑法第三百七十條第五號に依り有罪を言渡すことを必要とするであらう。

（註一） *Vgl. RGSt. 5, 404.* 尙ほ第十節を参照せられたい。

第二十一例 放火（刑法第三百六條）に由る某事件に於て陪審裁判所の判決裁判官の必要な多数が罪責問題に於て一致した。けれども刑罰問題に於ては意見の相違を生じ、判事五人は五年の重懲役を言渡さんと欲し、判事四人は三年の重懲役を言渡さんと欲したのであるが、裁判所は五年の重懲役を言渡した（註二）。此の刑罰問題に於ける裁判は間違ひである。刑事訴訟法第二百六十三條に依れば被告人にとつて不利益な刑罰問題に於ける何れの裁判にとつても判事の三分の二の多数が必要である。刑罰問題に於て二つの意見が形成され、其の何れもが所要の多数を自分の爲に有さない場合に於ては、軽い方の意見が認められる（裁判所構成法第九十六條第三項）。

（註二） 此の場合は大審院の裁判 *RGSt. 60, 295* の客體であつた。

判決が瑕疵ある表決の基礎の上に打ち建てられてある場合に於ては（註三）、此の瑕疵を除去することが切實に必要である。否、表決方法に疑ありと認められる一切の場合を通じて判決を審査することを得しめるのが望ましい。

只問題となるのは上告裁判所は如何にして此の瑕疵についての知識を獲得すべきかと云ふことである。理由に依る表決の方法で罪責問題に於ける多数が形成される場合に於ては、理由は裁判所に依つて肯定された個々の構成要件の標識を論議するけれども、裁判の成立には一言も言及はしない。蓋し裁判所は其の裁判を適正に發見したものと思惟するからである。裁判所は裁判所をして其の判決に到達するに至らしめた理由を開示する。けれども此の理由の助けを以てどう云ふ風にして裁判を發見したかをも開示することはしないのである。

(註三) 別段の例は表決方法を説明する爲に與へた諸例を参照せられたい。

間違つた表決又は少くとも疑を容れる餘地のある表決に立脚する裁判を審査することを得しめんが爲には、判決の理由中で表決の経過を開示するのが最も手近なことであり、また明白に一番合宜的なことであらう。

判決理由中で表決の経過を開示するには、個々の裁判官の氏名を特示することなくして(何となれば個々の裁判官の氏名を特示するのは不必要であるが故に)、表決の経過を眞實に従つて記述する方法に依ることを必要とするであらう。

微量飲食物竊盜の場合に於ては、此の記述はスターデー地方裁判所がやつたやうにでもしなければならぬ。此の裁判所の判決は大審院(Brit. 5, 401)に依つて破毀されたのであるが、此の判決には「表決に際しては竊盜を認定する爲にも、はたまた刑法第三百七十條中に於て處罰せらるることとな

り居る竊盜の認定についても、法律上此の問題を肯定するに必要な多数形成せらるるに至らず」と云つて居る。従つて刑法第二百四十二條に對する輕罪も、はたまた刑法第三百七十條第五號の違警罪も、立證されたものと認めることは出来なかつたので、被告人には無罪を言渡さざるを得なかつた。又は放火の場合に於ては理由は、刑を量定するに當つては判事四人は三年の重懲役刑を以て相當にして且充分なるものと認めたるに反し、他の判事は五年の重懲役刑を以て當該の犯罪の贖罪に必要なものと認めたりとでも云ふの外はあるまい(註四)。

(註四) 既に引用した R. 57, 60, 295 を参照。

判決理由中やかやうな開示を爲すに於ては上告裁判所は表決の際に犯した過誤を除去する道を有する譯である。

(b) かくの如き開示は素より法律の明示的に要求して居る所ではないけれども、同時にまた判決理由の眞實の爲に必要であつた、或る裁判を支持するまぢまぢの意見の告知のやうに、默示的にも要求されて居るものではない。

所が判決理由の目的は既に述べた通り裁判の審査を可能ならしめるのに在るのであるから、此の目的の達成を助成する爲には當該の裁判を支持する表決の關係と、其の數とを判決理由中で開示することが許されてあらねばならぬ。

當該の裁判を支持する表決の關係を明かにする場合に於ける裁判官のまぢまぢの意見の開示にあつ

ては告知の行はれるのは表決の内容であるのに反し、表決の数を明かにする場合に於ける裁判官のまぢまぢの意見の開示にあつては設問 *Fragstellung* と表決の計算 *Stimmenkomputation*、即ち表決の手續を上告裁判所に明白にすることを目的とする點に於て先づ第一に二つの場合の相違を存する(註五)。

(註五) 此の區別はバイエルン控訴院(W. 58, 1063)の假令必ずしも全然明瞭にはないけれども兎に角表明した所である。

是等二つの場合に共通なのは、評議の秘密の侵害が行はれたと云ふことである。だが侵害は二つの場合を通じて法律秩序に依つても規定されて居るのである。

二つの場合を通じて専任裁判官にとつて普通の職務上の黙秘の一部を成す評議の秘密の半面丈が侵害されるのである。蓋し何れの場合に於ても個々の判事がどう云ふ風に表決したかを明白ならしめる譯にはいかないからである(註六)。職務上の黙秘については事柄の本質上黙秘することを必要とするか、又は上官が官吏に黙秘を命じた事柄(丈け!)を黙秘しなければならぬとする國官吏法第十一條の原則の適用がある。従つて其の本質上黙秘する必要のない事項は獨り黙秘することを必要としないのみに止まらず、其の本質上披露する必要のある事柄も黙秘することを必要とするものではない。此の后者は表決の正否に疑義がある場合に實際に見る所である。蓋し裁判は表決に基くものであつて、然も苟も裁判たるものは出來得る限り正當であることを必要とするのは勿論のことだからである。けれども審査は裁判の基礎たる経過が明らかに説明されてある場合に限り可能とする所なのである。

ある。

(註六) 此の理由に由りオペンホッフの著書(*Oppenhoff: Strafs. 214, Anm. 5*)に引用してある一八五五年六月四日のプロイセン最高法院の判決(125 Disc. I)の行つて居るやうな、表決方法の正否につき疑義を存する場合に判決理由中で、表決に際して遵守された原則についての開示を爲すべき判決裁判所の義務は認めるけれども、表決關係それ自體を開示するのは不適法であると宣言して居る制限も亦必要でない。此の二つの要件は實際上に否認すべきものであるかどうかと云ふことは問題であるやうに考へられる。

かくの如き場合には義務の競合若は利益の競合は存在しない(註七)。二つの義務が競合するのは、二つの義務を同時に履行する必要があるのだけでも、論理的若は事實的原因に基いて此の二つの義務を同時に履行するのが不可能である場合である(註八)。かくの如き場合に於ては隨時其の比較的輕い方の義務を犠牲にして重い方の義務を履行しなければならぬ。けれども一般的の規範が成立して居てそれを適用しないと競合が存在するけれども、それを適用するに於ては常に必然的に一つの義務を犠牲にして他の一つの義務を履行するの結果に到達し、其の間に比較考量を行ふことを必要としない場合にあつては本來の意味に於ての義務の競合なるものはや問題とはなり得ないのである(註九)。此の場合にあつても關係は即ちそうなのであつて、訴訟法は一般的に裁判の事後審査適性 *Nachprüfbarkeit* を要求し、其の結果として眞實に合致した判決の理由の開示を要求するのである。訴訟法は之を以てして一般的に評議の秘密との間の實際あり得べき衝突を豫防し、以上に述べたやうな方法で経過の披露されることを要求するのである(註十)。

(註七) RGSt. 60, 296 の判決は違ふ。ハイエルン控訴院 (JW. 58, 1063) は之に従ひ居る。Belting: JW. 55, 2579 及び Mannheim: JW. 58, 1062 も是と同様である。

(註八) Frank: StGB. III vor 4. Abschn. S. 135; Heintlinger: Vgl. Darst. A. T. IV 3.

(註九) 第十八節の(1)をも参照ありたい。

(註十) 即ち表決關係の披露と云ふことはヨーン (John: StPO. § 262, 2) の云つて居るやうに獨り刑事裁判所の高貴な職務 *notitae officium* たるのみに止まるものではない。

刑事訴訟法の文獻に於ては、判決發見の場合に於ける違法の手續の審査を可能ならしめんが爲に (註十一)、裁判の理由中に表決に關する開示を爲すことを許す旨の見解が有力に主張されて居る。ここでは特にフォン・クリースを援用しなければならぬ (註十二)。氏は判決理由の眞實が、同一の判決主文に到達せしめて居るまぢまぢの意見を開示することを必要ならしめて居る場合をも、上告の必要が直接に且唯一に表決の經過の披露を必要ならしめて居る、曩に論じた場合から別除して居るのである (註十三)。

(註十一) Belting: StPrR. 253 ff; Gerland: 382 f.; Belting: JW. 55, 2579; Rosenfeld: DStPrR. (Götschen) I, 76 Anm. 2; Heilmann: ZStW. 15, 244; Dandé: § 196 GVG. 23. ドーランド・ローマン・ヤン (Loewe-Rosenberg: GVG. § 195,

は表決の方法に關して判決裁判所内に意見の相違を生じ、意見の相違の裁定がどう歸著するかに従つて案件の裁判の結著もまぢまぢである場合に於てのみ、表決の經過の告知を認めやうとして居るのであるが、然し本文上に述べるところはかかる制限が必要でないことを示して居るのである。

反對説は Binding: Grundr. 177; Birkmeyer: 271; Stenglein: Lehrb. 54; Roman-Rissom: § 325, 3, 4. などの諸氏である。

(註十二) von Kries: Lehrb. 451.

(註十三) ファン・クリース (a. a. O.) は此の二様の點に於て大審院の裁判 (RGSt. 2, 379; 8, 218; Rspr. 3, 797) をも評價して居るのである。

大審院は從來屢々表決についての報告の包含されて居る刑事部の判決を審査したことがある。大審院は此の報告を否認したことは未だ曾てなく、寧ろ審査を爲すに當つて常に此の報告を利用し (註十四)、最近の裁判の一つに於ては (註十五)、此の處置を明示的に是認さへして居るのである。

(註十四) RGSt. 2, 379; 5, 404; 8, 218; Rspr. 4, 198; Rspr. 1, 250 及び 2, 70 は此の場合にあつても先頭に掲げられて在る、評議及び表決について報告を爲すのは不適法であると云ふ原則を高調して居るのであつて、本註の冒頭に掲げた判例とは必ずしも撞著するものではない。然るにステンゲライン (Stenglein: StPO. § 195, 3) は此の原則を反覆して居るのみに止まり、大審院 (RG. a. a. O.) のやうに除外の可能を考慮することをして居ないのである。

(註十五) RGSt. 60, 295.

民事事件に於ては大審院は、其の判例が世間に知れて居る限りに於ては、表決の經過についての報告の記載されてある判決を審査したことはないのであるが、それが如何なる原因に由るが爲であるにせよ (註十六)、裁判の理由は表決の際に遵守された手續についての報告を掲げて差支ないものである。否、適正な裁判を維持する利益上から云へば寧ろ必要でさへあるとする原則は、民事判決についても適用のあることである。例へば全部的表決の方法に於てする裁判が発見されたけれども、獨立の攻撃及び防禦の方法に依る表決は或は別様の結果に到達する見込のある場合にあつては、判決が上告裁判所に依つて審査される案件につき、裁判所は如何なる道を經由して其の裁判に到達したものであるかを判決理由中で報告する必要がある。かくの如き報告の必要であることは刑事の判決の場合に於ける

と同一の理由に由り明白であつて、是等の理由も亦評議の秘密自體に依つて是認される。蓋し評議の秘密は國官吏法第十一條の原則に依り、其の本質上黙秘を必要としない事柄の黙秘を要求するものでなく、況や他の原因からして披露を必要とするやうな事柄の黙秘などは全く要求するものではないこと既に述べた通りの次第だからである。

(註十六) 第八節の註十五を参照ありたい。

刑事訴訟に於ては此の問題は決して遺漏なく論じ盡されてある次第ではないけれども、少くとも事柄の核子に觸れた取扱は受けたのであるが、民事訴訟に於ては刑事訴訟に於けるとは異り學説は只部分的にざつと此の問題に論及して居るに過ぎないのであつて、表決の經過について判決理由中で報告を行ふのは評議の秘密の禁止する所であると云ふ原則を確認する丈に止めて居るのである(註十七)。

(註十七) Struckmann-Koch: § 195; Stein-Jonas: § 313 V; 明示的ではないけれども含蓄する所の深いのは Endemann: III vor §§ 194ff.

第二章 評議の秘密と證言の義務

第十七節 不服を申立てられた判決が表決についての報告を

包含して居ないに拘らず瑕疵ある表決を責問するのは適法であるか

評議の秘密の判決理由に對する關係について検討を加へた結果として、事情に依つては判決理由中に於て評議及び表決についての開示を爲し、以て裁判を發見するに當つて裁判所の或は犯した實體法上若は訴訟法上の種類に屬する過誤を、上告裁判所に依る審査の方法で救済することを得しめるのが獨り適法である計りでなく、寧ろ必要でさへあることが明かになつた。

けれども判決裁判所が裁判の理由の眞實に忠實なるの原則を侵害した場合、又は判決裁判所は裁判が正當に成立したことを認めて判決理由中に於ては表決關係を披露することを見合はせて居るけれども、表決又は其の結果の正否は非常に疑はしいものがある場合に於てはどうすれば救済することが出来るか。

裁判に對して不服を申立てるの権利を有する者は適法な方法では全然瑕疵の可能性を知ることには出來ないのであつて、其の唯一の方法は裁判所の職員の一人在自發的に又は質問に對して、表決に關し

て自分の懐抱する懸念を告知すると云ふより外にはない。

裁判に對して不服の念を懐く者は自分の上告の申立の論據とする爲に此の告知を利用するであらう。上告裁判所は責問 *Reife* に依つて表決關係と疑念を挿まれた表決手續を指摘され、責問が果して根據があるのであるかどうかを審査することを得るに至らしめられるのである。

けれども評議の祕密を侵害することの上に立脚し、且更に別段のかくの如き侵害を惹起すること——上告裁判所は爾後の手續に於て責問された瑕疵について證據調を爲さざるを得ないのであるから——を目當として居る、かくの如き責問が結局果して適法なるものであるかどうかは問題である。

瑕疵ある表決手續を責問するのは、手續に關する法律規範の違背の廉を以てする判決に對する不服申立を意味するのであるから、上告理由書は其の主張に係る瑕疵を明白ならしむべき事實を表示する必要がある（刑事訴訟法第三百四十四條第二項後段、民事訴訟法第五百五十四條第三項第二段(b)）。さもない場合には上告は不適法たるものとして棄却しなければならない（刑事訴訟法第三百四十九條、民事訴訟法第五百五十四條a）（註一）。

（註一） *Loewe-Rosenberg*: § 349, 2; *KGSSt.* 53, 235; *Stein-Jonas*: § 554 a II.

所が上告の責問 *Revisionsrüge* を立證するのに、證明の禁止 *Beweisverbot* の存在する爲上告裁判所に於て眞否を確めることの出来ない主張を以てするならば、前記の法律の規定に依り上告を不適法として却下するの外はあるまい。蓋し立證することの出来ない事實は、訴訟上存在して居ないものとし

て認めるの外はないからである（註二）。

（註二） 事實上に於て是と同説は *RG. in DRZ.* 1927, Nr. 1081. 尙ほ *Beilage: StrPr.* 419, *Text zu Ann.* 2 を參照せよ。

裁判の成行を左右する意見の、判決中に援用されて居ない内容に異議を唱へる他の責問についても同じことが云ひ得られる。勿論此の責問は必ずしも必然的に、法律が理由中で事實を開示することを要求して居る訴訟的責問たるものではないけれども、上訴を貫徹しやうとすれば意見の内容は記述して之を立證することを必要とする次第であるから、證明が法律上不可能であるのなら上告は理由なしとして棄却せざるを得ないであらう。

若し他に證據方法が無いとすれば、表決關係や表決の經過は關係の判事を證人として訊問することに由つて立證するの外はないのであるから、表決の經過について判事を訊問することが果して出来るものであるかどうか、判事は證言をして差支ないものであるか、それとも更に一步を進めて證言を爲すの義務を負ふものであるか、それとも判事は證言を拒んで差支がないものであるかを審査しなければならぬ。次に此の検討の歸結からして表決の瑕疵を責問するのを以て上告の理由とすることが果して容れられるものであるかどうか、換言すれば適法であるかどうかと云ふ、論理的に先行する問題に對する答解を推論する必要があるであらう（註三）。

（註三） 此の意味に於ては裁判官を證人として訊問することの適法なりや否やが、表決の瑕疵の責問の適法なりや否やを制約する。上告人が自分に對して表決の經過を打明けた判事の供述を、違反の主張の證據方法として表示して居ることは

差當つての所大切ではない。上告裁判所の面前に於て證人として訊問することの適法不適法は上告の適法不適法を決定する。大審院 (St. 60, 395) が舉證の不適法は責問の不適法を由來せしめると云つて居るのは、議論の出發點に於て正當である。既に關係判事の表示を存するや否やの問題は、證據の事實上可能なりや否やを問ふ實際的の種類に屬する問題に過ぎない。反對 *Beling*: JW. 55, 2579, Anm. 5.

第十八節 表決に關する證人として判事を訊問して差支のないものであるか

法律は證言の義務と黙秘の義務の競合して居る二つの場合を規律して居る。即ち職業の秘密 *Erufgeheimnis* (刑事訴訟法第五十二條、民事訴訟法第三百八十三條第四號、第五號、尙ほ國憲法第三十八條) と職務の秘密 *Amtsgheimnis* (刑事訴訟法第五十四條、民事訴訟法第三百七十六條) とがそれである。法律は職業上黙秘の義務を負ふ者に對して證言拒絶の權利を與へ、一方官公吏は其の職務上の黙秘の關係する事情は其の服務上級官廳が訊問を許可した場合とは別として、全然問ふことは出來ないことになつて居るのである。

(a) 専任裁判官は官吏であつて、刑事訴訟法第五十四條、民事訴訟法第三百七十六條の規定は専任裁判官にも適用される。けれども是等の規定は裁判官が服務規則上官吏と同視される程度に於てのみ、特に其の職務行爲に關して其の上官の監督に服する程度に於てのみ、専任裁判官に適用されるも

のである。

既に詳細に論じたやうに評議の秘密は一般の職務上の秘密とは區別しなければならぬ。其の本質は裁判官が其の上官に對しても評議及び表決の經過を黙秘するの義務を負ふものである點に存する。

刑事訴訟法第五十四條及び民事訴訟法第三百七十六條の適用は、此の點とは相容れないものがある。蓋し上官は評議の秘密を知つては居ないのであるから、證言を許可して差支ないものであるかどうかを判斷することも出來ないからである(註一)。

(註一) 是は裁判官の獨立の原則の一結果である。其の程度に於ては *Ascher*: DRZ. 21, 30 の論旨は正當である。反對は *Mannheim*: JW. 58, 1054. けれども監督官廳が證言を許可しやうとするには、監督官廳は證言の目的事項を知つて居ることが必要であるが、監督官廳は評議の秘密の原則に依り目的事項を知る譯にはいかないのである。法律は其の程度に於ては裁判官にとつて上官に代るものである。即ち法律は裁判官に一つの特別な地位を與へるものである。ハルマン (Hartmann): JW. 58, 236) に對してはかやうに答へなければならぬ。—— *Felsenberger*: STPO. § 54, 7; § 198, GVG. I; *Kohlrausch*: STPO. § 54, 4; *Salinger*: ZZR. 30, 5; *Kübel*: DRZ. 2, 401; *Doerr*: RHZZP. 3, 455; *Ascher*: DRZ. 21, 30. は正當であり、其の程度に於ては *RGS*. 61, 218 も正當である。之に反し *Ernst Fuchs*: *Just.* III, 249 は充分な證據を持たない。——また *Rosenfeld*: *RSRp*. 165; *Benneke-Beling*: 334 mit Anm. 8; *Beling*: *AJb.* 46, 27; *Haverstumpff*: *SenfBl.* 75, 383; *Hartmann*: JW. 58, 236 は誤認して居る。昔の獨逸帝國裁判所の判事及び陪席員は皇帝兼ローマ王に於て評議の經過についての黙秘の義務から解放することが出來た。一五五五年の帝國裁判所法第十六條の(13)。

上告裁判所も證人として指名された裁判官を黙秘の義務から解放することは出來ない(註二)。上告裁

判所はそれ自體としては要するに裁判官の上官たるものではない。裁判官は只の證人として上告裁判所の面前に出頭する次第であつて、若し上告裁判所がみづから證言の許可を與へ又は證言の許可を拒むことが出来るものだとするならば、それは裁判官の地位の獨立と云ふことも相容れなければ、また公平な裁判所としての上告裁判所の地位とも相兩立しないこととなるであらう。また證言を拒絶する權利を審査するのも上告裁判所にとつては不可能なことである。裁判官に評議の祕密を指示するのを以て充分とするのである(註三)。

(註二) Schwarz (§ 198, § 1) の欲する所の如く。

(註三) されは上告裁判所は表決の經過に關しては、ベリンゲ (Belting: Str.Pr. 419 A. m. 3) の主張して居るやうに「職務上の意見の開陳」 dienstliche Aeusserung を徴する譯には、いかに。法律は刑事訴訟法第二十六條第三項及び民事訴訟法第四十四條第三項に於て偏頗の懸念に由り忌避された判事に對して、忌避の原因に關して職務上の意見を開陳するの義務を課して居るのであるが、此の言ひ廻しは裁判所の構成の問題は個々の訴訟にとつての其の意義の外に裁判所の組織についての半面をも示し、是が判斷は本來監督官廳の權限に屬するものであると云ふ論據を以て辯明することが出来る。けれども嚴格に云へば忌避に關する手續に於ても「職務上の」意見の開陳と云ふ語辭は是認することは出来ない。蓋し忌避の申請について裁判をするものは監督官廳ではなくて寧ろ忌避された當の判事の屬する裁判所(刑事訴訟法第二十七條第一項、第二項、民事訴訟法第四十五條第一項第一段、文は審級順序に於て直近上級の裁判所(刑事訴訟法第二十七條第三項、第四項、民事訴訟法第四十五條第一項第二段、第二項)に外ならないからである。加之法律は「職務上の意見の開陳」と稱せられて居る忌避された判事の報告を其の直前に於ては判事の「證言」と稱して居る(刑事訴訟法第二十六條第二項第二段、民事訴訟法第四十四條第二項第二段)。此の後なる名稱は事柄の本質に適合したものであらう。

證人として指名された判事は證人としては訴訟の主體 Prozesssubjekte に屬するものではない。證人として指名され

た判事は刑事訴訟法第五十四條及び民事訴訟法第三百七十六條に所謂證人として指名された官公吏の作用と、是等の規定に依り官吏の黙秘の義務を解除する權限を有する上官の作用とを一身に併せ有するものである。けれども此の二つの作用は證人として指名された判事をして上告裁判所に對して職務上の從屬關係に立たしめるものではないのであつて、上告裁判所は只下級裁判所に或る事件に於て如何に處置し如何に裁判すべきかの羈束力ある指令を與へる立場に在るに過ぎない(刑事訴訟法第三百五十八條、民事訴訟法第五百六十五條第二項)。此の從屬關係は職務上のものではなくて、寧ろ爾く稱することを許されるならば「裁判權的」 i. i. diktatorische 又は「裁判官的」 i. i. diktatorische たるものである。

加之前記の規定の目的は裁判官に對してそれを適用することを許さない。官吏の爲にする訊問の禁止は、職務上の祕密を無視することに由つて國若は邦にとつて生ずることあるべき不利益を豫防することを目的とするものである(規定の第二項)。従つて上官は當該の官吏の供述すべき事柄につき、前掲の理由に由りそれを黙秘することが果して適當と認められるものであるかどうか審査するを要する。此の審査を爲すに當つては上官は何等法律の規定に羈束されるものではなく、裁判は個々の場合についての本分に從つての裁量に依つて行はれるのである。

之に反して法律は評議の經過については黙秘を守ることを要求して居る。蓋し評議の經過を披露すると云ふことは裁判所の公平、權威並に獨立を脅威する虞があるからである。此の場合それを披露することが國家の福祉にとつて不利益を被らしめる虞のある事柄と、かくの如き危険の成立して居ない事柄との間に區別を立てる譯にはいき兼ねる。何となればそれは評議の經過そのものの披露であつて、既に國家の福祉に不利益を被らしめるの虞があり、従つてまた原則として絶對的に禁止されて居るこ

とだからである。其の程度に於ては目的を考量する餘地を剩さない。

最後に官吏を證人として訊問するの件についての訴訟法の規定が裁判官には適用のあるものでないことは、參審員及び陪審員の黙秘の義務との比較對照からも明白となることである。裁判官が證人として指名されると、裁判官は獨り供述を拒む權利を有するのみに止まらず(註四)、寧ろ其の義務をも有するものである。裁判長たる判事は評議の經過を問ふ譯にはいかない(註五)。素人裁判官の黙秘の義務は國家と社會公共の利益に於て成立して居るのであつて、特定の場合に其の訊問を許可する爲には、第五十四條及び第三百七十六條の規定に類似した明示的の規定を必要とするであらう。かくの如き規定を存しない場合に於ては法律は、參審員及び陪審員の證言を絶對的に禁止して居るものと認めざるを得ない。民事訴訟法第三百八十三條第五號は此の場合には適用することは出来ない。蓋し此の規定は打明けられた他人の事柄に關するものではないからである(註六)。參審員及び陪審員は許可を受くべく問題となる上官なるものを持たないのである(註七)。けれども裁判官の黙秘の義務と素人裁判官の黙秘の義務とは、其の目的たる事項も其の内容も同一である程度に於ては平等に取扱はなければならぬ。蓋し素人裁判官は獨り自分自身の表決のみならず、専任裁判官の表決をも黙秘することを必要とし、また逆に専任裁判官は自分自身の表決のみに止まらず、素人裁判官の表決をも黙秘する相當の義務を負ふものだからである。

(註四) 同說 Kohlrusch: StPO. § 198 GVG. I.

(註五) Sydow-Busch-Krantz: GVG. § 198, 2. 反對 Baling: Abh. 46, 36 Anm. 3: 裁判所構成法第二百條は證言の義務には讓歩することを餘儀なくされるものである。

(註六) Semfert: CR. § 383, 7; Stein-Jonas: § 383, 5 は此の點を誤認して居るのである。

(註七) どうしてローゼンフェルトが、刑事訴訟法第五十四條の參審員及び陪審員に對する準用が實際上に貫徹されて居るものと考へて居るのであるか(DStPr. I 76 Anm. 2)は明白でない。

以上説明した所からして評議の經過についての證人としての判事の訊問には、刑事訴訟法第五十四條及び民事訴訟法第三百七十六條の規定を適用する譯にはいかないものであることが判明した(註八)。寧ろ専任裁判官にも素人裁判官にも評議の經過を問ふのは不合法なのであると云ふ原則から出發すべきである。此の原則は學者實際家の通説として主張して居る所であつて(註九)、特に大審院は不斷の判決に於て常に繰返して高調して居るのである(註十)。

(註八) 此の見解を奉ずるに於ては、上級服務官廳をして證言についての許否を決定せしめる場合に生ずる處のある不利益な結果を避けることが出来るであらう。蓋し此の場合には裁判官は證言をすることが出来るけれども、素人裁判官は證言を許可することを得べき裁判所を存しない所から、證言を爲すことが出来ないと言ふ矛盾した結果を生ずる處があるからである。——之を以てしてリストの懸念は片付いて了譯である(JW. 46, 166)。

(註九) 前掲の諸註中に擧げた人々の外、Stenglein: Jahrb. 89; Gerland: 306; Graf Zu Dohna: Strafverf. 83, Strafproz. 82; Sydow-Busch-Krantz: GVG. § 1, 3; Doerr: RHZZP. 3, 408; Binding: Grundr. 161; Lwewe-Rosenberg: 7 vor §§ 52—55 StPO.; von Wilimowsky-Lewy: 1 GVG. 1.

(註十) RGSt. 26, 202; 36, 373; 61, 218; JW. 53, 1731, 2; GA. 64, 553; GRZ. 1927, Nr. 1081.

けれども此の原則を餘りに嚴格に遵守するときは、判決の上からは明白でないけれども、裁判には

影響を及ぼす判事の一人の見解に於ける謬り又は表決の手續に於ける瑕疵が引續き存在することを餘儀なくされると云ふ好ましからぬ結果を導き、従つてまた間違つた裁判を招來する虞があるのである。

(b) 判決理由中に掲げる場合に於けるとは異り、此の場合にあつては裁判の本當の來歴を開示すると云ふ義務の爲に黙秘の義務を消滅せしめる法律上の理由が缺けて居る。判決の理由は完全の推定を保有する。法律は裁判官の良心と徹底とを信頼して居るのであつて、裁判官は一切の任務を適正に解決し、公判調書並に判決理由中に於て之についての報告を爲すことになつて居る。蓋し公判調書並に裁判の理由は、上告裁判所に依つて行はれる審査の主なる基礎を成すものであるからである。

それにも拘らずそれで間違つた基礎の上に立脚する裁判の變更を導いた、必ずしも何れの道をも斷ち切る譯にはいかない。蓋し判決裁判所は判決理由中で報告を爲すことに由つて、缺陷に救済を致すべきか否かを恣意を以て決定する譯にはいかないからである。

署名した判決の權威を維持する利益、即ち結局評議の秘密に結び付いて居る効果を維持する利益と、裁判の缺陷を除去する利益との間に均衡の保たれるやうにする必要がある。

けれども自分の署名した判決を證人としての供述中で後に至つて否定すると云ふことは、判事が自分自身の判決中で豫め表決を披露する場合に於けるよりも遙に裁判所や裁判の權威を動搖させるに適當なものであることは(註十一)、到底看過する譯にはいかないことであつて、表決關係(若は表決の經

過)を判決理由中で報告すると否とは純然たる形式上の事柄に過ぎないと云つて居るエルンスト・フックスの説は、到底承認する譯にはいかないのである(註十二)。

(註十一) 判決に署名してあると云ふ事實は只その程度に於てのみ意義を有することなのである。大審院 (RGSt. 38, 412; OI. 318) も類似して居る。が判事は署名に依つて判決は適法に發見せられ、従つて判決の發見を審査する必要は全然存在しないと云ふことについての完全にして絶對的な責任を引受けるに至るものであると云つて居るのは、少々勝手な言ひ分であるやうに考へられる。判事は手續の他の部分についても責任を負ふものであるが、それにも拘らず是等の部分は上告裁判所の審査を受けることが出来るのである。此の説に對してはフックス (Fuchs: Justiz III, 243) 並にマンハイム (Mannheim: JW. 58, 1063) も反對である。だが併し後者は別の理由を以つて居る。

(註十二) Just. II, 243.

更にもう一つ斟酌しなければならないことがある。判事が證人として判決理由中で裁判所の爲すことを懈怠した表決についての報告文を追究することになつて居るか、それとも特定の一人の判事若は特定の數人の判事各個がどう表決したかを證言することになつて居るかは區別がある。此の後なる場合に於ては評議の秘密は完全に侵害されるのに反し、前なる場合に於ては裁判所の獨立には手が著けられずに済む。従つて前なる場合に於ては、證人としての供述に對して特に有力な懸念を存せざるを得ないであらう。

全部が悉く所謂利益の競合 *Interessenkollision* の一つの場合である。

法律は瑕疵の發見についての利益をも庇護して居なければ、また評議の秘密を擁護するについての利益も庇護しては居ない。

寧ろ二つの利益は双方乍ら斟酌されることを要求し、特に國家は二つの利益の双方共擁護されることを欲求して居る。蓋し國家にとつては評議の祕密の擁護も大切なら、瑕疵のある裁判の是正も大切であるからである。

惟ふに衝突はどちらか一つの利益を以て重きを爲す利益たるものと認め、一方の利益を犠牲にして一つの利益丈を斟酌すると云ふ方法に依る以外には解決することは出来ない。

凡そ法律秩序なるものは相抗争對立する利益を調整するに役立つものであつて、個人の利益と相容れない社會公共の利益たることもあれば(註十三)、個人の利益と衝突する個人の利益たることもあり、又は双方同時に斟酌することを必要とするけれども論理上の理由若は事實上の理由に由り同時に双方共斟酌する譯にはいかなる國家の二つの利益たることもあらう。競合の大抵の場合今日法律秩序に依つて規律されて居て、立法者は既に相對立して居る利益を成るべく公正に比較對照考量し、其の中の一つに優先的の處遇を與へて居るのである。

(註十三) PALK. *Entl.* § 74 の正に典型的である場合を参照ありたい。

例へば禁止されて居る行爲を犯さうとする者は、此の行爲を爲すことに私の利益を有する。他の半面に於ては社會公共は一般の平和の維持されることにつき利益を有する。立法者は此の後なる利益を遙に重く評價し、嚴重な刑罰を以てして之を擁護して居る。だが併し例へば正當防衛の場合などに於ては利益の状態は逆様になるのである。

けれども現行法は必ずしも常に利益を終局的に比較界限することをしないのであつて、寧ろ時に之を具體的の案件を判斷する者の裁量に一任して居るのである(即ち民法第二百二十八條、同第九百四條に於て見る所である)(註十四)。けれども是等の場合に於ても規範の成立は疑ふことは出来ない。そして現行法が利益を對照界限して居る場合に於ても衝突は生ずることがあり得る。法律秩序の領域上に於ては、換言すれば即ち法律上重要な方法に於ては、衝突は履行すべき義務に對してまた等しく履行の要求されて居る他の義務又は法律的に保護されて居る利益若は法益が對立して居ると云ふ風にしか生ずることはないであらう。之に反して二つの利益若は法益は、それ自體としては法律上重要な方法に於ては殆ど互に相競合することはあり得ないであらう(註十五)。前に擧げた場合は本來真正の競合の場合であつて、是等の場合に於ては義務若は法益の比較考量に到達することがあるのである(註十六)。此の原則の適用は今日では随分承認されて居る所である(註十七)。

(註十四) RGSt. 61, 255 を参照ありたい。

(註十五) 同説 Goldschmidt: JW. 57, 2024.

(註十六) RGSt. 61, 254.

(註十七) *Belng.*: ZStW. 18, 236 f.; 就中 *Binding*: *Handb.* I, 760 ff., insbes. 762; *Heimberger*: *Vgl. Darst.* A. T. IV 3 (中法論として II); *Frank*: 134 f. を参照ありたい。

利益の衝突(只今確認されたやうな意味に於ての)は獨り實體法上に起り得ることであるのみに止まらず、訴訟法に於ても發生することがあり得る。立法者みづからここで二三の場合を規律して居る

のであるが、即ち證言の義務と二三の者の道徳的若は法律的の基礎の上に立脚する黙秘の義務との間の競合の場合（刑事訴訟法第五十二條乃至第五十五條、民事訴訟法第三百八十三條以下）である。實體法上に於て或る利益は緊急の場合にはより高い利益の前に譲歩しなければならないやうに、訴訟法上の義務と訴訟法上の義務又は訴訟法上の義務と他の種類の義務と競合する場合にも、一方の義務を他方の義務よりも高く評價し他方の義務を犠牲にして一方の義務を履行しなければならぬこと、恰も前に援用した法律の規定の場合に於て訴訟法上の黙秘の義務が之に反對する黙秘の義務に譲歩することを餘儀なくされるのと同様なものがある場合があるのである。

評議の経過を黙秘する義務は、司法の柱石たる機關である裁判所に證人として自分の知識を提供し、主張された違法性を裁判中に於て確認することを得しめる訴訟法上の義務と相容れないものであること極めて明白である。二つの義務の何れか一方を庇護する法律の規定又は其の他の法律規範は全然存在しない。従つて何れの利益が重きを爲すものであるかは各個の場合に於てのみ言ひ得られることである。

裁判官は其の専任の裁判官であると素人裁判官であるとを問はず、證人として指名されるに於ては自分の心中で利益を較量する必要がある。此の場合に評議及び表決の経過についての黙秘の價值を定める上に標準となることの出来る準則は既に示した所である。従つて裁判官が其の證言中で表決者の人物を特示することなくして、只表決關係の數的割合丈を披露することを目的とするのみに止まると

きは、評議の秘密は寧ろ退讓して差支あるまい。他の半面に於ては裁判官は表決に於ける過誤が裁判にとつて如何なる意義を有するものであるか、上告は如何なる變更を招來するに適するものであるかを考慮しなければなるまい。是等の變更が極めて輕微であるとき、例へば刑量（註十八）若は金額の些細な上げ下げ又は判決の餘り深刻でない附帶的結果に關する場合にあつては、裁判官は寧ろ評議の秘密を重しとして證言を拒むであらう（註十九）。之に反して關係者の重要な利益が賭せられてある場合に於ては、裁判官はそれが大切なことである以上は表決者の何人であるかすらをも特示し、依つて以て獨立の原則を危殆ならしめざるを得ないであらう。此の兩極端の間に具體的の場合に相反する利益の周匝なる較量を裁判官の義務たらしめる可能の段階を存するものである。

（註十八） Mannheim: JW. 88, 1063 は正當である。

（註十九） 之に反して法の曲解 *Rechtsleugnung* に因る手續や、職務上の義務違反の廉を以てする官吏に對する訴に因る手續の場合に於ける利益の狀況を參照。特に第二十一節(b), (c)、特に同節註十二に援用して居る R.G.Z. 83, 13. を參照ありたい。

軽い利益を犠牲として重い利益を斟酌すると云ふ原則を裁判官の訊問に適用すると云ふのは、必ずしも新しい事柄ではなす。

此の適用を最初に行つた功績は大審院に屬するのであつて、即ち大審院は一八九四年當時（註二十）既に評議の経過について裁判官を訊問するのを原則として不適法であると判示したけれども、此の原則には例外があつて、利益の大なるものある場合には權利の追行は權利の防衛の前には退讓すること

を餘儀なくされるものであることを未解決の儘に差置いた。けれども大審院は其の機會のある毎に(註二十一)、法律違反を除去するについての不服申立人の利益は、評議の秘密についての國家の利益に必ずしも優るものではない旨を判示し、極く最近に至つて大審院は此の主旨を再び「極力」言明したのである(註二十二)。

(註二十) RGS. 26, 202.

(註二十一) RGS. 36, 373; JW. 53, 1721, 2; GA. 64, 553; DRZ. 1927, Nr. 421.

人證に反對なのは BayobLG. JW. 58, 1063 も亦然り。

(註二十二) RGS. 61, 218.

學說界に於ては大抵の學者は大審院の判例を指示するのを以て充分であるとし(註二十三)、只其中の二、三者丈は利益の比較考量を爲すのに對して懸念の意を表明し、評議の秘密を以て常に重きを爲すものと見やうとして居る(註二十四)。即ちワッハは一八九四年の基本的の裁判を攻撃し(註二十五)、ザリングは其の論文中で上告の場合については論ずる所がなかつたけれども、兎に角法律を遵守するについての國家の利益は評議の秘密についての利益よりも重大であると云ふ原則を樹立し(註二十六)、またベーリングは之に反して比較的新しい論文中に於ては(註二十七)、此の問題に對して明示的に態度を示して居ない。けれども氏にして、裁判官は訴訟法の違反を黙秘するの義務を負ふものでなく、評議の秘密も亦そう云ふことを目的とすることが出来るものではないと云ふ原則に到達して居るのは、違法の手續を發見することについての國家の利益が評議の秘密についての利益に優るものであると云

ふことを述べて居るのであるのは明白である。況んや氏は其の議論の終りの所で、前にも既に援用したところのある一八九四年の大審院の判決の一節を引用して居るのであつて、其の中では大審院は利益の比較考量が評議の秘密の不利に歸著する見込を未解決の儘にして居るに於ておや。ベーリングは早くから既に評議の秘密は、相對立する證言の義務がそれを排斥しない程度にしか及ぶものではないと言明した(註二十八)。利益の競合と云ふ思想の適用を明示的に要求して居るのはマンハイムである(註二十九)。とは云へ氏が判決理由の評議の秘密に對する關係をも同じ原則を借りて規律し、更に上官に利益の比較考量を一任しやうとして居る程度に於ては此の場合氏の意見に従ふわけにはいかないであつて、此のことは既に前に論じた所である。最後にローゼンフェルドは、裁判官を訊問するのも適法であると認めて居るが別に理由は示してない(註三十)(註三十一)。

(註二十三) Graf zu Dohna: Strafrecht, 88; StrPr. 82; Bennecke-Beling: 42; Binding: Grundriss 161; Gerland: Str. Pr. 206

Ann. 141; Sydow-Busch-Krantz: GVG. § 198, I, 2, § 1, 3; Baumhach: ZPO. § 383, I, GVG. § 196, I; Stein-Jonas:

§ 309, I 2; Daude: § 196 GVG. 24. 軍刑法(1) (1) Romen-Rissom: § 325, 6.

(註二十四) 他は論ずるが RGS. 89, 16; Marsson: DJZ. 23, 152; von Liszt: JW. 46, 166, 15; Braun: JW. 46, 132 (N氏は

寧ろ實際的理由から立論するものである)。

(註二十五) GerS. 66, 26 Ann. 36.

(註二十六) ZZR. 30, 513.

(註二十七) JW. 55, 2579.

(註二十八) Alh. 46, 26f. StrPr. 419 Ann. 2 同説。

(註二十九) JW. 58, 1082.
 (註三十) DsrPrR. 1 76 Ann. 2.
 (註三十一) ホールマン・ツァンント (Goldschmidt ZPrR. 28) ココに擧ぐべきである。尙ほ第十九節の註二十をも参照ありた
 5。

第十九節 第十七節の場合に於ける責問の訴訟的取扱

さて今度は評議及び表決の瑕疵の責問を以て上告の理由とすることが果して適法であるかどうかと云ふ。主たる問題に再び立戻つて論じなければならぬ。此の問題に對する答は、裁判官の證言が結局證據方法として問題となるものであるかどうか、並に寧ろ證言の禁止が成立しはしないかと云ふ先決問題に對する答に依つて左右されて來た。けれども此の先決問題は、實體法的若は訴訟法的の過誤を救済するについての利益が評議の祕密を擁護するについての利益よりも遙に重きをなす場合には、裁判官は證言をして差支ないと云ふ風に答へられたものである。即ち裁判官自身に於て比較考量を行はなければならぬ次第である。

(a) だが併し更に確定しなければならぬのは、果して然らば上告の適否を審査する上告裁判所は、證人として指名された裁判官が證言するのを欲するか否かをどうして知ることが出来るかと云ふことである。

一番手近な、そしてまた恐らくは想像し得られる唯一の方法は、裁判官に向つて君は證言することを欲するかそれとも自分の黙秘の義務に由つて證言を妨げられるものと考へるかと問ふ方法である。特に上告裁判所は素人裁判官が證人として指名された場合に於ても、専任裁判官にかう尋ねるのを適當とするのであらう。蓋し素人は普通表決の經過を法律的に判斷することは不可能であらうし、實際には適法である手續を瑕疵があると見ることもあるからである。

けれども裁判所の職員が關係者に對してなした表明の既に存することもあり得る。

參與した専任裁判官の一人若は全部が後に至つて、既に署名済の判決が誤つた表決方法で成立したとか又は裁判所の本當の意見を反映して居ないと云ふ心證に到達し、且此の裁判官が不服を申立てる権利を有する者に之を告知した場合に於ては、此の瑕疵を根據とする上告が許されなければならぬ。個々の裁判官に問ふことはもはや必要でない。何となれば少くとも一人の者が證言を應諾して居ることは既に確定して居るからである。

表決の際に於ける過誤と稱せられるものについての素人裁判官の報告の存在する場合に於ては、事態は聊か別様に判斷しなければならぬ。法律に通じて居ない裁判官は其の投票を準備するに當つては、大抵は専任裁判官による法律の教示をたよりとす。それにも拘らず事實上若は法律上困難な事件に於ては彼等は、言渡された裁判がどんなに複雑した表決に基いて發見することが出来たのであるか、また發見しなければならなかつたのであるかを見通すことの出来ないことが多い。従つて

表決についての素人裁判官の開示は充分な用心を以て受取る必要がある。開示が明瞭で、一定して居て、然も筋道が立つて居る場合に於ては其結果として既に上告を許すことが出来るであらう。參與した専任裁判官をも證人として訊問するか否かは上告裁判所の裁量に一任することが出来る。之に反し素人裁判官の開示が不確定で、あまり筋道が立つて居ないときは、専任裁判官を訊問することが必要であらう(註一)。

(註一) 大審院は反對である。大審院は此の場合に於ても責問を絶對的に不適法と宣言して居るのである。C.A. 56, 212. — 或る他の場合に於ては別である。F.N.B. 80, 16. 尚ほ此の點については本節の註九、並に第二十一節の註二十を参照せられたい。

専任裁判官は、評議の祕密を無視して表決の經過を披露する理由が存在するかどうかを篤と考へて見なければなるまい。其際裁判官は普通既に述べた様な風に處置する必要があるであらう。表決の數上の關係について發表される丈で充分とするならば、裁判官は責問が自分にとつて理由があると思はれる以上は證言をすることを應諾する意思を表明すべく、上告の結果著しい變更を招來することが出来ないであらう場合に於てもこの關係に變りはないであらう。これに反して表決した判事の氏名を舉げることが必要であるならば、裁判官はただ重大な場合に於てでなければ評議の祕密を破ることを應諾しないであらう。けれども裁判官が證言をなすことを應諾して其の將來の證言の内容についての詳細な開示を行はないとき、又は裁判官が證言を拒んで要求された證言の目的たる事柄に言及しないときには、兎も角もそれを以て満足しなければならぬ。秩序罰を以て證言を強制する譯にはいかならぬ。

蓋しこの場合に於ては裁判官はまだ全然證人ではなくてただ一片の證據資料たるに止り、それが上告裁判所にとつて利用價值があるものであるかどうかは、先づきめてかからなければならぬことであるからである。裁判官は獨立な地位を持つて居ることであるから、この點に於ても相矛盾立して居る利益を互に比較考量する仕事は、裁判官自身の本分に從つての裁量に一任する丈の信用は之に對して拂はなければならぬ。表決を指揮する裁判長が表決の違反の服務上の結果を恐れるの念などから輕率に證言を拒む危険は、裁判官が表決の經過について同僚と議論し合ふことに依つて減少することが出来る。是は往々にして長期間を隔てた、何時も他の同種の服務上の事務に由つて驅除されて居る事實についての記憶を、新ならしめる爲にも既に必要とする所である。かやうに議論を闘はすに當つて、不服を申立てられた裁判の表決に關する正否に對し事實上有力な懸念が存すること、及び裁判の變更は重大な意義を有するものであることが明白となるに於ては、其の他の判事も既に指名されて居なかつた以上は證言を應諾するの意を表明するであらう。同僚の見解上不當に證言を拒む判事を懲戒法上處罰することは不可能である(註二)。證言の義務は服務上の義務 *Dienstpflicht* 以外に在るものだからである。従つて裁判官は證言の義務に違反したからと云つて、それで同時に服務上の義務にも違反する次第ではないのである。

(註二) 此の逆の場合については第二十五節の(6)を参照ありたい。

判事に對する間の歸結に依つては、責問は適法とも不適法とも認めなければなるまい。既に筋道の

立つた表明を存する以上は、常に之を適法と認めることを必要とするであらう(註三)。

(註三) 反対は RGS. 35, 302 の中で論據を示した大審院の JW. 53, 1731 に於ける布衞の議論。

(b) 大審院は瑕疵ある表決の責問を上告の理由とするのを、絶対的に不適法と判示して居ること既に述べた通りである(註四)。

(註四) 第十八節の註二十一並に RGS. 35, 412 を参照せられたい。

此の裁判所の判決中で獨特の地位を占めるものは所謂「マルシュナア」事件の判決である(註五)。

(註五) RGS. 61, 218. Conrad: DJZ. 32, 655 の是認する所である。尙ほ Sing: 334ff. をも参照ありたい。

此の判決に於ては大審院は前記の種類に属する責問を「極力」不適法であるとして居るのであるが、大審院は案件の特別な性質を有するの事實に顧み上告の主張の根據のないことを明白ならしめる調査を行つた旨を豫め告知することに由つて、自分自身の判決の人を納得させる力の一部を奪つて了つて居るのである。大審院は非難を容れない功勞のある裁判長が服務違反の行爲の咎を受けた點に、此の案件の特別な性質を存するものであるとして居る。

けれどもかくの如き場合の何れと雖多少の重味を以て此の特別な性質を指示しないものはない(註六)。かの判決中に於ける反対の事實の抗議 *protestatio facto contraria* は學說に於ても指摘され、批評された所である(註七)。

(註六) 是と一致して居るものは Fuchs: Just. III, 250.

(註七) 同説 Fuchs: a. a. O. 249; Mannheim: JW. 58, 1063.

大審院の本當の理由は大審院自身の判示して居る所からして明白であるやうに、上告を許すことにすると表決が謬つて居たと云ふ不服申立人の單なる主張に基いて既に上告裁判所は主張について證據調を行ふことを餘儀なくせられ、裁判官をして評議の祕密に違反するの止むを得ざるに立至らしめる所から(註八)、上告を許すことに由つて評議の祕密は全然其の意義を失はしめられて了ふと云ふ懸念である。

(註八) 大審院はフックス (Fuchs: a. a. O. 251) が云つて居るやうに單に訴訟經濟と云ふ見地に基いて意見を樹てて居るものであることは、裁判それ自體からも明白とならなければ、また他の事柄からも明白とはならない。

大審院のかかる懸念は理由がない。證人として指名された判事が證言を拒んだ場合には、上告は不適法として却下すべく、又は理由なくして棄却することを必要とするものであることは、曩に述べた所からして明白である。更にまた上告は表決手續の瑕疵の主張された場合には、此の瑕疵を包含する事實が主張の方法に於てすら開示されることなく、寧ろ單に一般的に刑事訴訟法第二百六十三條の違反が責問されるに過ぎないときにあつても、不適法として却下することを必要とする(刑事訴訟法第三百四十九條、第三百四十四條第二項、民事訴訟法第五百五十四條 a、第五百五十四條第三項第二段(b))。最後に上告裁判所は全員一致して上告を理由なしと認めた場合には、刑事事件に於て自分の許に提起された上告を不適法として却下することが出来る(刑事訴訟法第三百四十九條第一項第二段)。即ち上告の理由に於ける濫用に對しては、大審院が他の裁判中でみづからも言明して居るやう

に、訴訟法の手段を以て對抗することが出来るのであるし、また對抗しなければならぬのである(註九)。

(註九) KGZ. 89, 16; 反對 Hartmann: JW. 58, 236.

學説は此の問題については、評議の經過に關して裁判官を證人として訊問することの適否の問題に於けるよりも一層意見を發表して居ない(註十)。

(註十) けれども學者が大審院の見解に従ふ以上は證人訊問の拒否からして證據の禁止を、従つてまた責問の斟酌するに足らぬのを推論することが許されるかも知れない。

大抵の學説、そしてまた特に比較的古い學説に於ては、評議の祕密は評議及び表決に關するあらゆる上訴を排斥するものである(註十一)と云ふ見解が主張される。比較的近頃の學者に至つて初めて、假令或る限界内に於てのみに止まるとは云へ、表決の瑕疵を以て上告の理由とするのを認めるやうになつて居るのである。

(註十一) Stenglein: Lehrb. 54; Endemann: CPr. III vor § 194f. GVG.; Struckmann-Koeh: ZPO. § 196, 4; Volius: StPO §

262, I; Loewe-Rosenberg: § 198 GVG.; Schwarz: StPO. § 198 GVG. — 既にプロイセン邦法に(1855年六月四日のプロイセン控訴院の判決(オッペンホッフの援用に係るもの)がかう判示して居る(Oppenhoff: 214, 5)(25 Disc. I)。ハノーファー邦法についても亦同様であつて(Griessbach: HanMag. 8, 329)メリーゼンハムの如きは現存して居る意見を異にする者の表決 *votum dissensus* は利用することは出来ないことを説明して居るのである。

ここで一度ベールリングの名前を挙げなければならぬ(註十二)。氏の所論は、氏も亦利益の比較考量

と云ふ方法で前記の歸結に到達するものであることを識認せしめる(註十三)。けれども既に他の箇所では指摘する機會があつたやうに、ベールリングが上告裁判所は判事をして刑事訴訟法第三百五十二條、第三百四十四條第二項後段に従つて上告の主張の正否に關する服務上の陳述を爲さしめるやうにすべきであると云つて居るのは(註十四)是認し難いことである。此の處置は訴訟法に違反する先廻り證據調 *Beweisvorwegnahme* と同じことに歸著するであらう。けれども法律は不服申立人からは只訴訟法違反の包含されて居るものと主張されて居る事實を開示すること丈を要求して居るに止まるのであつて、かくの如き事實の開示のあつたにも拘らず此の事實自體が既に上告の明白に理由のないことを判然させたとき、又は舉證の禁止が事實の取調を妨げるときに限り、上告を不適法と宣言することが出来るのである。表決と關聯して實體法に對する違反が責問される場合に於ては、事實を開示することすら必要とするものではないのであつて、判決理由からは明白となつて居ない表決が、間違つた見解に依つて指導されて居たと云ふ開示を以て充分とする。此の場合にあつては上告は其の明白に理由のないとき、又は舉證の禁止に依つて違反の取調が妨げられるときに限り、別段の審査を行ふことなくして棄却し若は却下することが出来るのである。

(註十二) JW. 55, 2379 Anm. 5.

(註十三) 此のことは明瞭には表明されて居ない。

(註十四) R. a. O. u. d. StPr. 419 Anm. 2.

更にマンハイムを挙げなければならぬ(註十五)。氏も亦瑕疵ある表決の責問を以て上告の理由とす

るのを適法であると認めて居るのであつて、責問の適法であることを一概に肯定することをしな
 いで、寧ろ判事が裁判を爲すに先だつて評議の経過についての證言に賛否の理由を互に比較考量したこ
 とを前提として居る程度に於ては、ここに主張してある見解と一致するものである。けれども其の他
 の點に於てはマンハイムの見解に従ふ譯にはいかなない。即ち義務の比較考量は裁判官自身の爲し
 得る所であつて、マンハイムの欲して居るやうに(註十六)、上告裁判所も亦爲し得る次第ではないので
 ある。加之上告裁判所には全然基礎が缺けて居るのであつて、只上告は其の明白に理由のない爲に當
 初からして既に不適法であつたのか、それとも手續を責問するに當つて違反を明かにする根據となる
 事實が開示されなかつたが爲に上告が當初からして不適法であつたのかを、判斷することが出来るに
 過ぎない。マンハイムがここに主張してあつた見解とは異つて上級官廳の證言の許可を必要として居
 ることは、既に述べた通りである。

(註十五) JW. 58, 1062.

(註十六) P. O. 1063.

舉證の禁止を認めるのに反對なるものにエルンスト・フックス(註十七)がある。氏の議論は既に細
 目に互つて評價した所であるが、之を要するに氏の議論に關して注意すべき點は、氏の議論の調子は
 非常に鋭いが(註十八)其の代り其の論據は實質的と云ふよりも寧ろ感情的である嫌がある(註十九)。最
 後にヤトメス・ゴールドシュミットは、判決理由中に表決關係についての開示の全然掲げてない場合

に於ても、間違つた表決の責問を許さうとして居るのである(註二十)。

(註十七) Just. III, 243ff.

(註十八) マンハイム (Munheim : a. a. O. 1062) の亦謂つて居る通りである。

(註十九) 特 248.

(註二十) ZR. 28.

(d) プロイセン邦司法大臣は前にも一言言及したマルシュナア事件の機會に一般命令を發して(註二
 十一)、之に陪審員及び參審員の義務についての注意票 *Merkmale* を添付し、陪審員及び參審員の就任
 に先だつて之を手交することになつて居た。加之此の命令は重大な表決の場合に於てはどうすれば適
 當に處置することが出来るかと云ふことの指示をも包含し、「必ずしも全然簡單でない場合に於ては
 ……表決關係について直ちに記録を作成すべきことを」提案して居る。「かくの如き記録は封緘した
 封筒中に入れて表紙をつけて保管することを必要とするであらう。そして手續の終了後一年を経過し
 たときは滅却して差支あるまじ」と云ふのである。

(註二十一) JMBL. S. 67, 69. 尙ほ DJZ. 32, 510 を参照せられたい。

此の命令の基本となつて居る思想は、表決の正否が後に至つて疑はれるやうなことがあるのを反駁
 する道を造つて置くことと云ふ思想であることは明白である。

けれども評議の祕密の上告に對する關係について以上に展開した見解からは、此の命令中に於て與
 へられた助言は無用であると云ふ論結を生ずる。單純でない態様を有する場合に於ては裁判所は疑義

が結局發生する見込がありまた疑義が實際に存在して居る限りに於ては、判決理由中に疑義のある表決關係についての報告を爲す必要がある。即ち命令中に於て推稱されて居る手續は必要としないであらう。之に反して裁判所が全然疑義を持つて居ないときは、恐らくは複雑した表決を書面に書き留め、封緘して保管すると云ふ思想にも到達しなければ、また判決理由中に於て表決についての報告を爲すべき機會を利用することもしないであらう。即ち命令中で提案されて居る方法が實際に意義を有するかどうかには少くとも疑がある。

けれども此の提案は他の點に於て適切なる考慮に基くものである。

此の處置の目的が例へば表決に對して異議のあつた場合に、表決の經過についての書證を持つことの出来る爲であることは明白である。蓋し書證は裁判官の人證よりも確實であるからである。

人證の證據力が非常に不確實と認められるものであることは看過する譯にはいかない。同一の週間に數個の裁判を評議することの少くない裁判官は、長い期間の後にはもはや特定の場合に於ける表決の經過を精確に想ひ起すことは出来ないであらう。特にそれが裁判所にとつて疑義あるものと認められなかつた場合に於て然りとする所である(註二十二)。是が裁判官の人證を理論の上で許すのに對する實際上懸の念である(註二十三)。

(註二十二) 一開廷 eine Sitzung に一つの案件、然も大抵の場合特殊の意義を有する案件をしか審理しない、開廷することの稀にしかない陪審裁判所にあつては事情は幾分異なるものがある。

(註二十三) 是カリストをして原則として證人訊問に反對するに至らしめた所以である。JW. 46, 168.

表決の經過を書面に録取するのは確に裁判官の記憶を著しく新鮮ならしめる所以であつて、其の程度に於ては録取の有する價値は貴重である。けれども此の録取を以て表決の調書と見る譯にはいかないのであつて、之に辯論調書に相當する證據力を有せしめる譯にはいかない。蓋し法律は表決の制限的録取を認めて居た昔の陪審裁判所の手續とは異り、表決調書 Abstimmungsprotokoll なるものは全く認めて居ないからである(刑事訴訟法第三百七條第二項a)。

前記の命令がマルシユナア事件を目當として居るものであることは明白であつて(註二十四)、前記の命令は實にかくの如き上告訴訟を豫防することを使命として居るのである。

(註二十四) Liepmann: DZ. 32, 510 同説である。

裁判官にして自分にとつて疑はしく思はれる表決を判決理由中に開示することにすれば、同じ丈の、寧ろより以上のことが達成し得られるものであることは既に言及した通りである。かうすれば法律をも充分尊重すると共に、個々の場合に必要に促された臨機的手段たるの性質を有する處置を避けることが出来るであらう。通常の場合については裁判官が細心に根本的に表決を行ひ、また素人裁判官も經過の正當であることにつき充分の確信を有するものと豫定してかからなければならぬ。けれども其の間一度疑義の存するものがある場合に於ては、判決作成者が他の専任裁判官の了解を得て判決理由中に少なくとも暗示的に表決を再録することに由つて疑義を表示して置くのが適當である。

E 裁判官の違法の行爲に由る手續に於ける評議の秘密の効果

第二十節 違法の行爲の想像し得られる構成要件

評議の秘密の効果についての今までの論究の歸結は、それが形式的の種類のものであるにせよ實體の種類に屬するものであるにせよ、兎に角判決の發見に於ける瑕疵を隱蔽するのに評議の秘密を役立つ譯にはいかならないものであると云ふことであつた。間違つた方法で發見された判決を上告の方法で豫防すると云ふことは、或る限界内では許されたことであつた。けれども同一の手續に於て裁判自體の變更を來す因を興へて居る瑕疵は、新しい獨立の手續を招來するにも適するものと云ふことが出來やう。蓋しかくの如き瑕疵は、此の瑕疵の生じた手續の以上に互る獨立の法律的结果を生ぜしめる構成要件を實現するものに外ならないからである。

(a) 此の種の構成要件としては、先づ第一に刑罰法規に對する違反が考慮される。特に問題となるのは裁判官の本來の裁判動作のみに限られ、之に反して評議の際に於ける爾他の作爲不作爲は默秘の義務とは關係する所はないのであるから(註一)、刑法第三百三十六條の違反が考慮されるのである。法の曲解は専任裁判官が故意に當事者の一方の利益若は不利益に於て、自分の法的信念に反し

て(註二) 表決を行ふ場合に之を存する。

(註一) 判決を發見するに當つて犯した刑法第三百三十九條に對する犯罪は、表決の内容には關係なく之を解明することが出る。

(註二) 此の後なる標識はフックス (Fuchs: Just. III, 245) の報告して居る場合には全然缺けて居るのである。

判決發見の際の所犯に係る罪となる行爲は、其の主張されて居る法の曲解に因つて既に確定の有罪の言渡が行はれたか、又は證據の欠缺以外の理由に由つて刑事訴訟手續を遂行することが出來なかつた場合にあつては、確定判決に依つて終結して了つた手續を再審する條件でもある(刑事訴訟法第三百五十九條第三號、第三百六十二條第三號、第三百六十四條、民事訴訟法第五百八十條第五號、第五百八十一條第一項)。

(b) けれども内容上若は形式上間違つた表決は民法上の效果をも招來することがあり得るものである。裁判官は當事者に對して法を正しく適用するの職務上の義務を負ふものであつて、評議及び表決に際し裁判官にして故意若は過失に由つて此の義務に違反するに於ては、國家は民法第八百三十九條、國憲法第三百三十一條に依り裁判官の義務の違反に因つて損害を被つた者に對して損害を賠償するの義務を負ふものであるが、併し過失の場合に於ては只補充的のみ損害賠償の義務を負ふに止まり(第八百三十九條第一項第二段)、被害者が上訴權を行使することに由つて損害を豫防することを故意又は過失に因り懈怠した場合にあつては、全然損害賠償の義務を負ふものではない(第八百三十九條第三項)。此の賠償の義務は、裁判所の決議についての故意又は過失に由る間違つた表決に際して常

に發生する所である。判決事件 *Urteilssache* に於ける間違つた表決は、職務上の義務違反が刑事訴訟手續の方法で言渡すべき公刑 *öffentliche Strafe* を以て處罰されることになつて居り、更にまた此の義務違反が職務の執行の義務に反する拒絶又は遅延を成して居ない場合に限り損害賠償の義務を導くものである(第八百三十九條第二項)(註三)。刑法第三百三十六條に對する違反は直ちに民法第八百三十九條の意味に於ける職務上の義務違反と認むべきである。加之判事が意識的に間違つた表決を爲し、又は意識的に同僚をして間違つた表決を爲すに至らしめる場合には、常に法の曲解を存するものである。意識的に同僚をして間違つた表決を爲すに至らしめるのは、例へば報告判事が評議に際して當事者の一方をして勝訴の結果を得しめんが爲に、記録の内容を歪曲して演述することに因つて行はれるのである。決定事件 *Beschlussache* に於ては既に過失に因る違反を以て充分とするであらう。過失に因る違反は例へば報告判事が期間を誤算し、又は事實を看過して同僚をして眞實の事實關係を認つて判断するに至らしめる場合に之を存する(註四)。

(註三) 表決の拒絶若し遅延それ自體は此の場合にあつては問題外としなければならぬ。蓋し評議の秘密は表決の内容がそれ自體としても、また他の表決との關係に於ても(表決手續 *Ausimmungs-verfahren*) 黙秘されることを欲する次第であるけれども、表決若し表決の拒絶の事實は黙秘されることを欲する次第ではないからである。とは云へ表決の内容に立入ることなくしては表決の経過を充分に解明することが不可能である場合には、以下に於て展開すべき原則は拒絶若し遅延の裁判 *iustitia denegata vel protrata* の證據に於ても適用があるのである。

(註四) 處罰命令 *Urtheil* の如き又は期間の遵守に由つて左右される深刻な裁判に想到せられたい。RGZ. 89. 13 に於ては呼出のあつたにも拘らず免責の事由なくして公判に出頭しない被告人に、豫め刑事訴訟法第二百十六條(舊刑事訴訟法第二百十五條)に依り逮捕を感嚇しなかつたにも拘らず此の被告人を逮捕した點が過失に由る職務上の義務違反と認められたのである。

(c) 更に間違つた表決に依つて違反されることあるべき規定の第三の部類として、専任裁判官の服従する懲戒規定であつて専任裁判官をして其の雇主である國家に對して己れが裁判的動作を適正に執行するの義務を負担せしめるものを擧げなければならぬ。所が裁判官は裁判を發見するに當つて獨立の地位を有するものであつて、法律丈しか適用することを必要としないのであるから、裁判官は何等かの法律規範に依つても辯護されなければ、また學說判例の何れの原則に依つても辯護することの出来ない方法で判決を言渡した場合に限り、其の裁判の廉を以て懲戒上の責任を問はれることがあるに過ぎない。法を正しく適用するの義務は裁判官としては獨り國家に對して之を負ふのみに止まらず、同時にまた當事者に對しても之を負ふて居る次第なのであるから、裁判を發見する場合に於ける服務上の義務違反は常に損害賠償の義務を負はしめる職務上の義務違反と一致するであらう。

第二十一節 違反の證明適性、關係裁判官の報告

以上を以て表決の際に於ける違反を實現することあるべき構成要件は、簡單に其の輪廓を描き出すことが出來た。けれども法を實施する爲には常に法の根據を示す事實を説明し、證明することが必要であるのだから、表決の経過は黙秘する必要があるにしても、今度は違反の法律的结果の確認に従事