

陪審制度再導入の検討(上)

目次

はじめに

第一節 陪審制度の歴史と我が国の研究

第二節 我が国の旧陪審法の内容と特色

第一款 旧陪審法制定の経過

第二款 旧陪審法の内容と特色

第三款 旧陪審法の停止

第三節 イギリス及びアメリカの陪審の問題点

第一款 旧陪審法と英米法

第二款 イギリスの陪審の問題点(以上本号)

第三款 アメリカの陪審の問題点(以下次号)

第四節 本要綱の内容と特色

第五節 若干のコメント

綿貫芳源

はじめに

一九八〇年中葉以降、死刑から無罪への再審事件が生まれたこともあって、大阪等の弁護士会を中心とし現在停止されている陪審制度の実現を再検討すべきであるとの意見が強くなり、当時の矢口最高裁長官の「陪審の検討」発言もあって、弁護士会を中心としてその採用が強く主張されることになった。¹⁾

そこで、一九九一年春、日弁連司法問題対策委員会は「国民の司法参加部会」を発足させ、研究、討論を経て、翌年一月同部会は「刑事陪審法改正討議要綱」(以下、本要綱と略す)を作成し、その一部が私にも送付され、その意見を求められた。恐らく日弁連としては広く法律関係者や研究者に陪審制度に関する本要綱の周知をはかると共に法律家の意見を求めたのではないかと思われるが、私の知っている限り、法律専門紙に本要綱について意見が発表されていないようである。私は刑事訴訟法を含む訴訟法の専門家ではないので、本要綱について意見を述べる十分な能力があるとは思わないが、本要綱が参考にした英米法には従来から興味をもっており、最近もロスアンゼルス市のロドニー・キング事件評決をめぐる陪審と世論との関係を紹介した(拙稿アメリカ法曹便り、法律のひろば四六巻二号、三号、五号、六号)。この紹介の中で現在のアメリカの陪審制度のもつ悩みにもふれた積りである。更に、私が一九八一年から八年間、公害等調整委員会委員(非常勤)として数件の裁定事件及び調停事件を担当し、事件の事実認定のもつ難しさを体験したことも私に本要綱に興味をもたせた別の事由かもしれない。

陪審制度を含むすべての政治的制度には長所もあれば短所もあり、当事者にとってその確立は一定の利益と同時に一定の不利益をうけることも甘受しなければならず、また、その採用には法律的及び社会的に一定の条件を必要

とする。しかし、本要綱を含む陪審推進論ではこれらの点が必ずしも明確にされていない。結論として、私は我が国でも陪審制を採用することによる社会的利益もあるのではないかと考えている。このような立場から、我が国の陪審の歴史とその母国であるイギリスとアメリカのそれとを比較したうえで、本要綱についてコメントを加えることにしよう。

注

(1) 最近の陪審採用についての動向については、大阪弁護士会監修陪審制度——その可能性を考える——第一法規一九八九年一頁以下。しかし、このことは最高裁をはじめとする法曹が一致し推進しているわけではないようである。例えば、中山隆夫最高裁判事局第一課長によれば、矢口前長官の発言も陪審または参審の導入を決定したわけではなく、裁判を国民に分り易くし、手続上国民が司法に直接参加させる一つの方法として検討をはじめるというに止まるようである。座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって(三)」法の支配九〇号七五頁以下。

第一節 陪審制度の歴史と我が国の研究

法律の専門家である職業裁判官以外に、法律の素人である民衆が参加する裁判手続は西欧諸国で広く採用されている。しかし、陪審員という素人の集団が事実認定を中心として一個の意見を形成し、裁判に反映させるのを陪審裁判とすれば、世界的には必ずしも広く認められているわけではない。⁽³⁾ 例えば、ドイツでは参審制度が認められているが、これは職業裁判官と素人とが犯罪の成否から刑の量定まで合議して裁判するものであり、陪審制によるものとは可成り異なる。⁽³⁾ しかし、裁判に素人が参加するという点でこれも民衆裁判といえるわけであるが、これを含め

ても、従来の我が国ではその研究が余り豊富とはいえない。その理由として、私は次の二つの事由が挙げられると思う。

第一は、第一次世界大戦後の大正デモクラシーの影響の下に刑事裁判への陪審の採用を定める陪審法（大正二法五〇、以下旧陪審法として引用）が必ずしも十分な成果を挙げることが出来ず、第二次世界大戦中の昭和一八年その執行が停止され、今日まで復活されていないことである。戦後アメリカ法の影響をうけた現行憲法が制定されたが、裁判所法に「刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」（三条三項）とされるに止まり、改正された刑事訴訟法でも陪審制度は採用されなかった。しかし、刑事訴訟手続改革の一環として、新たに檢察審査会法（昭和二三法二二四）が制定され、「公訴権の実行に關し民意を反映せしめてその適正を図るため」、イギリスやアメリカでは廃止または批判されている起訴陪審又は大陪審に準ずる檢察審査会が地方裁判所及び地方裁判所支部に置かれることになった（同法一条、二条）。この檢察審査会の所管事項も起訴陪審のように起訴不起訴を決定して不当な起訴を阻止するものではないが、不当に起訴しないことを監視する方向において、一種の民衆関与を認める制度である（同法二条）。⁶⁾ ついで、第二に、我が国の刑法学者は、我が国の刑法及び刑事訴訟法が本来ドイツに由来することからドイツ法に詳しく、英米法に興味をもつ研究者が少いことが挙げられる。しかし、最近英米法に詳しい研究者も増加していることから、将来は大きく変わるかもしれない。そして、その成果は既にアメリカの陪審制度等の研究を生んでいる。⁷⁾

注

(2) 我が国にも広く法律の素人である市民が参加する裁判について総合的調査がないかと、私も調べてみたが、最近の調査

は見当らなかつた。そこで、少し古い瀧川教授の著書から引用すると、ヨーロッパで陪審を認めないのはトルコ、オランダ、スペイン、ドイツ位である。瀧川幸辰著刑法著作集第三卷（世界思想社一九八一年）五八九頁以下、なお、瀧川著陪審法（新法学全集二五卷、日本評論社昭和十五年）参照。最近の参審については、前記座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって（三）」法の支配九〇号七六頁参照。また、最近最高裁判所総局刑事局が陪審・参審制度の研究に着手したが、未だ参審に及んでいない。刑事局監修「陪審・参審制度、米国編Ⅰ」司法協会平成四年。

(3) 参審制度については、兼子一著裁判法（法律学全集昭和三四年）二五頁以下に詳しい。陪審と参審とを強く区別するのは瀧川教授と丸田教授である。しかし、瀧川教授は陪審がよいか参審がよいかの優劣は容易に判断がつかないとして、夫々の長所を認めている。瀧川前掲刑法著作集三卷五九〇頁、丸田隆著陪審裁判を考ふる（中公新書一九九〇年）一八七頁以下、大森洪太著陪審法（現代法学全集二十四卷）（日本評論社昭和三年）二八二頁以下。

(4) 旧陪審法の成立から停止に至るまでの経過について、法社会学の立場から詳しい検討を試みたのは利谷教授の論文である。この論文は昭和三年一月一日施行された旧陪審法が昭和一八年停止されるに至るまでの経過を旧帝国議会での改正案の審議、弁護士会の対応、そして、その停止に至るまでの経過を詳しく検討している。そして、その「停止はそれほど問題とならずに帝国議会を通つたが、その伏線はすでに衆議院自体の中にあつたと言えよう。衆議院議員の中に、陪審法廃止論者さえもいたからである。」としている。利谷信義「戦後改革と国民の司法参加——陪審制・参審制を中心として」戦後改革4（東大出版会一九七五年）八〇頁以下、九二頁。岡原昌男「陪審法ノ停止ニ關スル法律」に就いて」法曹会雑誌二二巻四号一〇頁。なお、旧陪審法の施行に實際関与した裁判官等の聴取り調査その他の資料を含む文献として、浦辺衛著わが国における陪審裁判の研究、司法裁判所調査叢書九号（昭和四三年）と東京弁護士会編陪審裁判（ぎょうせい平成四年）が挙げられる。旧陪審法が再生されなかつた理由については、本稿の最後に詳しく検討したいと思っている。

(5) 大陪審の手統は、非公開で、被疑者および弁護人の出席も許されず、検察官の提出する証拠のみを資料として起訴を相当とするか否かを決定するので、今日においては、費用がかかるのみで被疑者保護のためにそれ程大きな意義がない。そこで、イギリスでは一九三三年の法律（完全には一九四八年の法律）で、大陪審制度を廃止した。田中和夫著英米法概説〔再改訂版〕（有斐閣昭和五六年）二二四頁、望月礼二郎著英米法〔改訂第二版〕（現代法律学全集55、青林書院一九九〇年）二二頁、七八頁。アメリカでは、連邦憲法修正第五条が、連邦刑事事件について、「死刑に当たる罪その他不名誉な

罪」について訴追するには、大陪審の起訴によらなければならないとされていることから、重罪一般について大陪審による正式起訴を必要とする法域として、連邦とコロンビア特別区のほか一八州がある(一九八二年)が、その他の州は区々である。リード・井上・山室著アメリカの刑事手続(有斐閣昭和六二年)一七一頁以下。この起訴大陪審の実体は、全く価値がなく、単に検察官の言判(rubber stamp)であり、個人の保護者として効果的活動はしていないと批判されている。大阪弁護士会監修陪審制度―その可能性を考える―(第一法規一九八九年)三七七頁。

(6) 検察審査員の立場から、現在の検察審査会を積極的に詳しく調査した利谷教授の好個の研究がある。利谷信義「検察審査会と国民の法意識」日本の裁判(戒能通孝博士還暦記念、日本評論昭和四三年)二三一頁。なお、丸田著前掲書一六六頁以下。また、兼子一著前掲書二四二頁以下。平野龍一著刑事訴訟法(法律学全集昭和三三年)一二七頁参照。

(7) 藤倉教授、井上教授、倉田氏の発言、座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって」(三)法の支配八九号、九〇号。丸田隆著アメリカ陪審制度研究(法律文化社一九八八年)九頁注(7)の掲げる文献参照。しかし、ここに掲げられている論文も、井上教授を除いて、刑事法以外の法律家の論文が多い。これらの他、本稿執筆にあたり参照した文献として次の研究が挙げられる。米国の陪審については、リード・井上・山室著前掲書、大阪弁護士会監修前掲書。旧陪審法については、英米法から検討したものとして、田中著前掲書、更に旧陪審法の成立を政治史から詳しく研究したものとしては三谷太一郎著近代日本の司法権と政党―陪審制成立の政治史―(塙書房昭和五五年)、法社会学の見地からの利谷信義「司法に對する国民の参加―戦前の法律家と陪審法」現代の法律家(現代法6、岩波書店一九六六年)三六五頁以下、簡単には丸田著陪審裁判を考える第四章、更に、明治初期の参座制から旧陪審法成立までを検討した尾佐竹猛著明治文化史としての日本陪審史(邦光堂書店大正十五年)がある。そして、旧陪審法に関する体系的著書として、瀧川著陪審裁判及び陪審法前掲刑法著作集第三卷五八一頁以下。大森著前掲書二七三頁以下があり、同法の帝国議會での審議については江木・原・花井監修陪審法審議編(清水書店大正十二年)が挙げられる。

第二節 我が国の旧陪審法の内容と特色

第一款 旧陪審法制定の経過

本要綱が旧陪審法を参考にし、部分的にこれを継承していることは後述するが、このことは旧憲法から現行憲法への改革にも拘らず、従来の訴訟法に若干の修正を加えた訴訟法を採用する我が国で陪審制を再導入しようとする以上、新しい陪審法の内容を検討するに当って旧陪審法を参考にするのは当然であるし、旧陪審法が所期の成果を挙げる事ができず、昭和一八年にその施行を停止⁹されてから、再度実施されなかつたということは、同法の内容そのものか、または、刑事訴訟法を含む司法手続全体に陪審制度の採用を困難にする何かがあつたことを示している¹⁰。若し、旧陪審法の停止理由がその内容に不適切な点があることによるのであれば、問題は比較的簡単であり、新しい陪審法の内容を十分に検討したうえで、これに必要な改正を加えればよいことになる。これに対して、その停止理由が我が国の司法手続全体に関係するとすれば、必要に応じて刑事訴訟法その他の法律との関係も検討しなければならぬ。

大正一二年制定された旧陪審法は昭和一八年その施行が停止された結果、同法は現在の通常の六法全書にも集録されず、現在の研究者にとって必ずしも身近なものではなくなっている。そこで、刑事法研究者による旧陪審の研究は比較的少い。しかし、これら少い研究にも優れたものもある。例えば、瀧川幸辰教授の研究のように、資料は若干古いが、我が国の陪審とイギリスとフランスのそれとを比較したものもあるし、最近¹¹は刑事法研究者と実務家

による研究会も開催¹²されると共に、政治学者や法社会学者による陪審についての研究¹³が発表され、更に、旧陪審法の実施に関与した法律家からの聴取り調査や証言¹⁴も集録公表されている。

そこで、本稿ではこれらの研究調査を参考にして、旧陪審法の内容及びその実施状態を明らかにし、その施行が停止されてから再度施行されない理由について検討を試みることにしよう。この点を明らかにしないと、アメリカの陪審制度を中心とする最近の研究も利用できないし、また、本要綱の当否についての検討も表面的なものに止まり、十分とはいえないからである。

我が国における陪審の歴史は、通常、大正八年原敬首相による臨時法制審議会の設置にはじまるとされている¹⁵。しかし、明治初期に裁判に当って裁判官に行政官を加えた参座制¹⁶があり、更に明治一五(一九八二)年一月一日から実施された治罪法(明治二三年一月一日旧々刑事訴訟法の施行と同時に廃止)の制定に際し、司法省の法律顧問ボワソナードの意見に従って原案に陪審制度が規定されたが、当時はその必要なしとして削除され¹⁷、その後断続的に民間法曹¹⁸からその創設が要望されたが、実現しなかった。

このような状況の下において、陪審法制定に強い意欲をもった原首相は、臨時法制審議会に、(1)陪審法制定の可否、(2)制定を可とする場合のその綱領、について諮問した。審議会は陪審法制定の必要を認め、その綱領を起草した。そこで、政府はこの回答を基礎として、司法省に陪審法調査委員会を設け、実行に着手した。この委員会は大正九年八月陪審法の起草に着手し、同年一二月草案を完成した。しかし、委員会草案は枢密院で根本的修正を受けた後、大正一一年三月修正陪審法案は第四五議會(高橋是清内閣)に提出され、衆議院を通過したが、貴族院で審議未了となった。この草案に若干の修正を加えた法案は再び第四六議會(加藤友三郎内閣)に提出され、三月に議會を通過し、四月一八日に法律第五十号として公布された。このように、陪審法制定が問題になってから、僅か四

年未滿で法律となったことは当時の法律家から大きな驚きをもって迎えられたようである。¹⁹ 本要綱との関係で特に私が興味をもったのは、大正一二年同法制定を推進した理論と社会的勢力である。

まず、同法制定は外国にみられるように、革命²⁰によってなったわけではない。議會での審議過程で同法の提案理由として政府委員から強調されたのは、旧憲法制定以来、議會及び地方自治制への国民の参加の拡大がみられたのに対して、司法については国民また民衆の参加が実現していないことであった。²¹ 同時にこれは必ずしも政府委員から強調されたわけではなかったが、大正デモクラシーの表れとして刑事訴訟法の改正（大正一一、法七五）、更に、衆議院選挙における普通選挙制の採用（衆議院議員選挙法、大正一四、法四七）が近づいていたことが本法制定を背後から支えていたように思われる。²² ついで、同法制定の推進者として在野法曹の協力も見逃せない。その審議過程で中心的役割を演じた弁護士である衆議院特別委員会委員長鵜澤總明は陪審博士と呼ばれ、また、弁護士である花井卓蔵も本法に賛成の立場から強く推進した。²³ このような大正デモクラシーの発展に伴う司法への民衆の参加と在野法曹からの陪審制度の推進²⁴の意味は理解できるが、その推進理由が抽象的で必ずしも具体的ではなかったように思われる。陪審制度採用の最大の特徴は、刑事であると民事であるとを問わず、職業法律家である裁判官及び検事による法律上の紛争の解決に一般民衆の参加を認めることにより、ひいては司法の独立性を確保することにある。この民衆の参加によって、従来の司法手続に比べて、どのような長所があり、どのような短所があるかを検討しないとその採用の当否の判断が困難ではなからうか。この点は重要な問題として最後に検討する。

注

(8) 明治一三年の治罪法は、ボワソナードの指導のもとに、フランスの刑事訴訟法を継受したもので、陪審を除いて、近代

的な弾劾訴訟を採用した。明治二三年の旧々刑事訴訟法は、旧憲法の制定に伴う必要な改正を加えたもので基本的な変化はない。本文にふれた大正一一年の旧刑事訴訟法は、ドイツ法の影響を受け、かなり当事者主義をすめたが、ドイツ法に比してさえ、なお職権主義的なものであった。戦後、アメリカ法の影響をうけて、刑事訴訟法は当事者主義化を徹底することになったとされている。平野著前掲書一五頁。また、現行憲法は、「何人も裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」(三二条——傍点筆者)としていたもの、旧憲法の下で行なわれた陪審違憲論を避けるためである。憲法八〇条も、下級裁判所に裁判官がいることを予定しているが、裁判官によって構成されるとは規定していないので、少くとも参審を憲法違反とする理由はない。陪審についても、裁判官は裁判機関の一部を構成するものであるから、同様に考えてよいとする意見がある。平野著前掲書四六頁。なお、治罪法制定に関連してボワソナードは陪審の草案においてその採用を要請したが、当時の政府当局者はこれを容れなかった。詳細は三谷著前掲書一〇三頁以下、特に一三二頁。瀧川著前掲刑法著作集第三卷五九四頁、利谷前掲論文現代法6三六八頁、同前掲論文戦後改革4八一頁。

(9) 昭和一八年旧陪審法の停止の理由として、陪審員資格者名簿及陪審員候補者名簿を作成するための全国市町村当局の並々ならぬ手数と戦時下における同法の施行が裁判所及び検事局に及ぼす負担の過重が挙げられている。戦時下における陪審制度の停止は我が国のみに限らない。ただ、西欧諸国は戦争終了後一定期間の後陪審を復活しているようである。岡原前掲論文法曹会雑誌二一巻四号一一頁以下。なお、旧陪審法の運用について丸田著陪審裁判を考える一四三頁以下、前記座談会「陪審制度について」法の支配四号三一頁以下参照。

(10) 我が国の旧陪審法が戦後復活しなかった最大の理由は陪審の評議に付した事件が、昭和三年一月一日施行以後、逐年減少し、昭和一三年から一七年まで法定陪審件数で四件、三件、四件、一件、一件に止ったことにある。岡原前掲論文法曹会雑誌二一巻四号一八頁、瀧川著前掲刑法著作集第三卷六八〇頁、丸田著陪審裁判を考える一四八頁以下。なお、現行憲法の施行に際し、当時の占領軍総司令部内には陪審採用論もあったが、我が国には反対意見もあり、遂に裁判所法三条三項に規定されるに止まった。この間の経過については利谷信義「戦後改革と国民の司法参加」戦後改革4九九頁以下に詳しい。アメリカの陪審手続については丸田著陪審裁判を考える五二頁以下。この点は従来論じられていないが、本稿では後にまとめて考察したいと思っている。

(11) 瀧川教授の論文は「陪審裁判」と「陪審法」とがあるが、私には特に「陪審法」が参考になった。前掲刑法著作集第三

卷六三七頁以下。

- (12) 前記座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって」(三)「法の支配」八八号、八九号、九〇号。
- (13) 三谷著前掲書、利谷前掲論文現代法6三六五頁以下、同前掲論文戦後改革4七七頁以下。
- (14) 渡辺衛著わが国における陪審裁判の研究——経験談による実態調査を中心として——、司法研修所調査叢書第九号、東京弁護士会編陪審裁判——旧陪審の証言と今後の課題——、ぎょうせい平成四年。
- (15) 例えば、瀧川著前掲刑法著作集第三卷五九四頁。
- (16) 明治初年から特殊の政治的事件について裁判官に行政官を加えた参座制が採用され、事件を解決した。これが著名な明治六年榎村事件と明治八年広沢参議暗殺事件である。これら事件の詳細は尾佐竹著前掲書二六頁以下、九四頁以下。榎村事件は為替取扱業者小野組が転籍を京都府に申出たのに対し府は容易に手続を進めなかった。そこで、小野は京都裁判所に訴訟を提起した。そこで、司法府たる裁判所と行政府との間の権限の争いになり、裁判所は小野の主張を認め、府参事榎村を拘留したが、参座による審理の結果、右大臣岩倉具視の特命によりその拘留が解かれて事件が解決した。これに対して、広沢参議暗殺事件では、被疑者に対する拷問が問題となり、警視庁と司法省とが対立するに至った。参座を含む大法廷が開かれ、被疑者はいずれも無罪となった。榎村事件は行政事件であるのに対し、広沢参議事件は刑事事件であり、参座は陪審の要素を含むといえる。そこで、その後海軍で参座制に似た制度が設けられた。尾佐竹著前掲書一三七頁。この参座の構成員はいずれも行政官であり、英米法の陪審とは全く異質のものであるが、明治初期の強大な行政権、特に警察に対して司法の独立を試みた点でその後の旧陪審法の制定に通ずる点がある。
- (17) 三谷教授は治罪法から陪審を削除したのは、伏見宮及び伊藤に対するグナイストの勧告によるのではあるまいかとしている。三谷著前掲書一三二頁。
- (18) 明治一〇年代からはじまる自由民権運動は陪審の実現をその重要な目標の一つとしていたが、当時の不平等条約（特に治外法権）下の日本は法治国たりえないというのが伊藤の基本的思想であった。そこで、明治二七年の日英通商航海条約の改定により改正の先鞭がつけられ、明治三二年から実施されることになった。これに呼応するように、明治三三年に日本弁護士協会評議員会に「我が国に陪審制度を設くる件」が提出され、この時から陪審制は日本弁護士会の懸案となった。その後の経過については、三谷著前掲書一一八頁、一四三頁以下参照。

(19) 本文での旧陪審法制定の歴史は瀧川教授の論文によった。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六四三頁以下。なお、大正一年案及び大正一二年案の衆議院及び貴族院での審議については、江木・原・花井監修前掲書参照。この法律の成立については、瀧川教授は「民衆の知らない間に、民衆の批判を避けて、極めて迅速に制定した当局者の手腕にはかなり鮮かなものがある。」としながら、旧陪審法四〇年の歴史は明治・大正の社会史の反映であるとする。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六四四頁。ついで、大森洪太氏は次の如く述べている。「明治の末葉以来、陪審制度の採否は相当に論議されて居た。陪審制度を採用す可しと云ふ聲も高かったが、採用す可らずと云ふ説も有力であった。陪審制度を排斥して、寧ろ參審制度に依據す可しと云ふ意見にも悔る可からざる聲威があった。斯くの如く、種々の議論が上下せられて……居た時に、原首相が断乎として臨時法制審議會に陪審法の制定の可否を諮問したのは、正に空谷に梵音を聴くの觀があった——少くとも、朝野多数の法曹は左様に感じたものと私は考える。期かる情勢の下に陪審法が比較的短期間のうちに成立したことは、全く一の不可思議な奇蹟ではあるが、要するに、時代の所産である。」大森洪太著陪審法（現代法学全集第二十四卷、日本評論社昭和三年）二七六頁。大正一二年陪審法成立が当時の法曹にどのように驚きをもって迎えられたかがよくわかる。この旧陪審法の成立はその推進者であった弁護士江木衷、原嘉道、花井卓蔵の努力に負うことはいふまでもないが、同時に統帥権の独立と並ぶ司法権の独立を達成しようとした政友会の原敬首相に負う所が大きいとされている。三谷著前掲書七五頁以下、八八頁。

(20) 陪審裁判の由来について、革命との関連を強調するのが瀧川教授である。即ち、近代的民衆裁判としての陪審裁判はイギリスで發達した制度であることは間違ないが、フランス革命を生んだ人権思想の發達と共に、海を越えて大陸にはいった。主権が人民にある以上、民衆が裁判に参加することは当然であるという思想がこれである。「この思想がバステューの破壊によって政治組織の一部として現れたのがフランスの陪審制度である。一七九一年のことである。ラテン諸国はフランスに倣って一九世紀の三〇年代から陪審制度を設けた（ベルギーは一八三〇年から、ポルトガルは一八三二年から、イタリヤは一八六五年から、スペインは一八八五年——一九二三年）。ドイツの陪審制度は一八四八年フランスのバウルスキルへに開かれた国民集会において、その採用を議決したことに始まる。この集会は二月革命の影響の下に集った『教授集会』ではあったが、民衆を理想の方向へ導くのに役立った。ドイツの諸国はバウルスキルへの理想に動かされて、フランス主義の陪審制度を実行した。その後、次第にゲルマン諸国は、ドイツに倣ふて陪審制度を置いた（オー

ストリヤは一八五〇年及び一八七三年から、ノルウェーは一八八七年から、ゲルマン諸国の刑事制度の特色は陪審と並んで陪審を認める点にある。一八四八年に認められたドイツの陪審は一九二四年に廃止された。陪審裁判所・陪審員という名称は残されたが、実質的には陪審裁判に変わったのである。」瀧川著前掲刑法著作集第三卷六四二頁以下。最近、丸田教授がアメリカの陪審による法の無視（Jury Nullification）に関する興味ある研究を発表しているが、その中でアメリカの陪審制が英国からの独立と反発を契機として成長したことが指摘されている。そして、同教授は別の箇所でもアメリカにおける陪審制度はきわめて「政治的な制度」であることを強調している。丸田著アメリカ陪審制度研究五四頁以下、二七六頁。なお、旧陪審法の歴史については、同著陪審裁判を考える一二六頁以下参照。このような諸外国の例を見ると、我が国での陪審制度の導入も強力な政治的な契機が必要ではないかとも解される。原首相の政治的指導力がこれにあたるのかもしれない。注（19）参照。

(21) この点は政府委員から一貫して指摘された。例えば、政府委員の答弁を見よ。江木・原・花井監修前掲書一二七頁、四〇六頁、四八三頁以下、六二八頁等参照。このような民衆の参加を促す契機となったのは、明治四二年の日糖事件といわれる政治的疑獄への検察の介入であり、この事件の弁護人の中から鶴沢、磯部、花井、江木という陪審推進者が生れた。更に、翌明治四三年大逆事件は全く証人調が行われず、異例の早さで結審したが、原にとつて陪審制の推進を決意させたといわれている。三谷著前掲書五一頁以下、五六頁。

(22) 政府委員である岡野敬次郎國務大臣から陪審制度は司法事務に國民を参加させるものであり、立憲政治の本旨に適用所以と信ずる旨の発言があるに止まる。江木・原・花井監修前掲書六二八頁。これに対して、陪審推進派の作間耕逸議員からは「陪審ハ司法上ノ普通選舉テアリマス、普通選舉ハ立法上ノ陪審テアリマス、憲法制度ヨリトチラモ当然生シマスル所ノ所謂兩輪テアリ、所謂雙翼テアリマス」との発言がある。江木・原・花井監修前掲書七〇三頁。刑事訴訟法の改正と共に衆議院議員の普通選挙問題が政治的な背景をなしたことには疑問の余地がない。

(23) 第四六回衆議院での森下龜太郎議員の発言。江木・原・花井監修前掲書六九七頁。

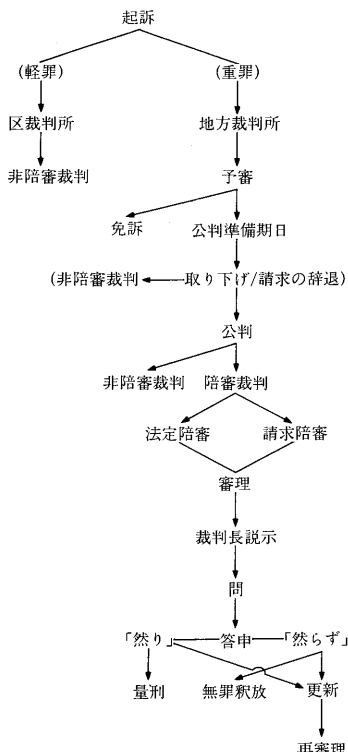
(24) 第四六回貴族院において、政友会の政敵にあたる若槻禮次郎議員の全面的かつ詳細な陪審法反対の意見に対して、花井卓蔵議員は強硬かつ詳細な賛成論を展開した。江木・原・花井監修前掲書一一八六頁以下、一二四二頁以下。ここで一言すべきは、在野法曹の強い陪審推進に対して旧東京帝国大学法学部を中心とする学者が反対または消極的見解を採っている

たことである。最近陪審復活が弁護士会を中心として唱えられており、これに同調する研究者も増加しているが、井上教授を除いて、これらの研究者はいずれも法社会学その他刑事法以外の分野の研究者によって占められているのが私には理解できなかった。我が国の法律学者は西欧諸外国の法律の動向に不必要な程鋭敏であることを知っている私としては、このことは大きな疑問であった。この疑問に答えてくれたのが三谷教授と利谷教授の研究である。三谷教授によれば、明治四三年穂積陳重主宰の研究会でも牧野英一、梅謙次郎は陪審反対論を展開し、大正八年臨時法制審議会でも陪審違憲論を採る美濃部達吉は推進論者鶴沢総明と対立した。そして、この学者の意見は戦後も承継され、利谷教授によれば、占領軍の陪審採用論に対して、兼子一、団藤重光両教授は可成り消極的であったようである。三谷著前掲書三七頁、四九頁以下、一四七頁以下、一四九頁、一七八頁以下、利谷前掲論文戦後改革4、一二四頁以下。このことは我が国の法律研究者が主としてドイツ法研究を中心に実定法の解釈に熱心で、英米法の理論や制度の導入も余り熱心でなかったことによるのかもしれない。しかし、部分的には英米法を先例とする解釈論も採用されている。例えば、松本一郎「証拠裁判主義」基本問題セミナー刑事訴訟法(一粒社一九九四年)参照。

(25) 旧陪審法を推進した野法曹として江木衷、花井卓藏、原嘉道が常に挙げられる。前記座談会(三)法の支配九〇号七一頁、座談会「陪審制度について」法の支配四号三二頁。

第二款 旧陪審法の内容と特色

旧陪審法を政治的に推進した原首相は、その立法化を臨時法制審議会に諮問した。大正九年六月二一日同審議会は主査委員会が可決した大綱に基づく「陪審制度ニ関スル綱領」を答申した。政府はこの綱領に基づいて陪審法案の起草に着手した。所定の手続を経て成立した陪審案は大正九年一月三日及び四日の陪審法調査委員会で司法省案として決定されたが、それは若干の修正を除いて、全面的に前記綱領に拠るものであった。これが大正一〇年一月一日付で枢密院の審査に付された。原首相は大正一〇年一月四日少年の兇刃で殞れたが、陪審法案は高橋内



關、ついで加藤友三郎内閣に承継され、^{②⑧} 枢密院の審査を経て、帝国議會に提案されることになった。そして、大正一二年案が審議未了に終ったことから、政府はこれに若干の修正を加えたりえで、大正一二年案を帝国議會に提出したが、^{②⑨} 岡野敬次郎國務大臣は法案の趣旨を次の六點に要約している。第一點、本法案は刑事事件の公判のみの陪審であつて、起訴陪審は認めない。第二點、裁判権は裁判所が行うもので、陪審は裁判権の一部を行うものではない。第三點、罪の有無に関する裁判に当り、陪審の答申を不当と裁判所が認めるときは、更に他の陪審に付することが出来る。第四點、法定陪審と請求陪審の二種類を認め、法定陪審の範圍を限定している。第五點、法定陪審についても被告人は陪審を辞退する自由を有する。第六點、陪審員は法律で定めた資格のある者から抽籤を以て選出する。このような政府委員の法案の趣旨説明は、当時強硬に主張されていた陪審違憲を中心とする反対論に^{③①} 応えたもので、無修正で成立した旧陪審法案の特色を体系的に述べたものではない。本要綱にコメントを加えることを目的とする本稿では、まず、我が国の旧陪審法の手続を図示し、それから同法の内容と特色を具体的に紹介しよう。^{③②}

(1) 性質 前述の如く、旧陪審法の定める陪審の任務は刑事事件につき事實を判断することである(法一条)。これは犯罪構成事實の有無に関する意見を述べることであつて、被告人に責任があるか、証拠を信ずべきかについて、意見を述べてはならない(法七七条)。従つて、英米法のように、陪審が被告人が有罪か無

罪の答申はできないことになる(法八八条)。

ついで、「裁判所陪審ノ答申ヲ不当ト認ムルトキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス決定ヲ以テ事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得」(法九五条)。この規定の論理的結論は、裁判所は陪審事件を陪審に諮らなければならないが、陪審の答申に拘束力はなく、裁判所が犯罪の構成事実を肯定する意見であれば、陪審が否定の答申をしても、裁判所の意見と一致するまで、陪審を更新できることを意味する。この規定は陪審が旧憲法二四条の保障する「裁判官ノ裁判」に違反するとの反対論に応えたものである。⁹⁴⁾

(2) 陪審事件の種類 旧陪審法は陪審事件を法定陪審と請求陪審とする。

法定陪審とは、法律の規定によって陪審事件となる場合である。「死刑又ハ無期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件ハ之ヲ陪審ノ評議ニ付ス」(法二条)。死刑、無期の懲役・禁錮にあたる限り、その他の刑罰が規定してあっても陪審事件となることを妨げない。

請求陪審は、「被告人ノ請求アリタルトキハ之ヲ陪審ノ評議ニ付ス」ものであり、「長期三年ヲ超ユル有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件ニシテ地方裁判所ノ管轄ニ属スルモノ」について認められる(法三条)。我が国の刑法は刑の量定範囲を広く定めていることから長期が比較的高く、従って請求陪審の範囲が広がっている。請求陪審は我が国の創設した独特の制度で外国に例を見ないものであるが、陪審制度を不徹底なものにしたとされ、更に事件が地方裁判所の管轄に属することを要件としていることから實際上請求陪審の範囲を狭くしているとの批判がある。⁹⁵⁾

旧陪審法は陪審に付すべき場合と併せて、法律上陪審に付してはならない場合として皇族の犯した禁錮以上にある罪(旧裁判所構成法五〇条参照)等皇族及び皇室に関する罪、内乱、外患、国交等に関する罪、更に衆議院議員等の選挙に関し犯した罪等が規定されている(法四条)。これら法律上陪審に付さない事件は陪審法調査委員会

の原案にはなかつたが、後に加えられたものである。³⁶⁾

(3) 陪審の放棄 最も広く陪審裁判が行われているアメリカでも、ほとんどの刑事事件が答弁取引 (plea bargaining) による有罪答弁によって処理されており、陪審裁判になるのは全刑事事件の数パーセントに過ぎないといわれている。³⁷⁾ しかし、被告人が無罪の答弁をすれば原則として陪審裁判をうけることとなる。被告人が陪審を請求したり、放棄したりすることは許されない。これに対して、我が国の旧陪審法は、「被告人公判又ハ公判準備ニ於ケル取調ニ於テ公訴事実ヲ認メタレトキハ事件ヲ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得ス」(法七条)、更に「被告人ハ検事ノ被告事件陳述前ハ何時ニテモ事件ヲ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ辞シ又ハ請求ヲ取下クルコトヲ得」(法六条一項)と定める。このように法定陪審の辞退、請求陪審の取下げを許すことの理由として、陪審裁判を受けることは被告人の権利であつて義務でないこと、ついで、陪審員を個別的に排斥できる(法六四条、六五条)のみならず、陪審員全体を排斥することも認められるべきことが挙げられている。陪審の放棄は我が国に独特のもので、陪審否定ではないかと批判されている。³⁸⁾

(4) 陪審員の資格 旧陪審法によれば、陪審員の資格として、(i)三〇歳以上の帝国臣民たる男子、(ii)引続き二年以上同一市町村内に住居すること、(iii)引続き二年以上直接国税三円を納めること、(iv)読み書きのできること、が挙げられている(法一二条)。

陪審制度は陪審員を関係地域共同体の民衆から選出することによって成り立つとすれば、旧陪審法の定める資格要件は厳格すぎるのではないかとの批判がある。

ついで、陪審員資格の消極的要件として、第一に、能力・信用を欠くことから認められない者として、禁治産者等が挙げられ(法一三条)、第二に、職務の關係上陪審員として義務を果すことが出来ない者として、國務大臣等

が挙げられている(法一四条)。このように陪審員資格に関する第一の消極的要件は制度上已むを得ないとしても、第二の要件は辞退を認める者(法一六条)に含めるべきではないかとの意見もある。³⁹⁾

(5) 陪審員選定手続 旧陪審法は陪審員資格者の中から一二人の陪審員を決定するまでの手続について詳細な規定を置いている。その手続の概略を述べよう。⁴⁰⁾

(i) 陪審資格者名簿の作成 市町村長は毎年陪審員資格者の名簿を作成し、九月一日現在で陪審員資格者を登録し(法一七条一項)、一〇月一日より七日間縦覧に供する(法一八条、二四条)。

(ii) 陪審員定数の割当 地方裁判所長は毎年九月一日までに、翌年度に必要な陪審員の員数を定め、割当人数を市町村長に通知する(法二二条、二四条)。

(iii) 陪審員候補者の選定 陪審資格者の中から陪審員候補者を選定する方法は、前述の如く、抽籤である(法二三条、二五条)。候補者の選定には詮衡、選挙も考えられるが、抽籤が最も公平とされたことによる。⁴¹⁾

(iv) 陪審員の選定 陪審事件の公判期日が定まると、地方裁判所長は陪審員候補者名簿の中から、一件について三人の陪審員を選定して公判廷に送る。その手続も抽籤である(法二七条、二八条)。

以上が陪審員を公判廷に送るまでの手続の概略である。この手続の特色を知るには、陪審制度を採用する諸外国の手続と比較検討すべきかもしれないが、我が国にはこの点に関する研究は見当らない。ただ、その特色として次の二点が指摘されている。その一は選定方法が徹底的に抽籤を採用していることであり、その特色は手続が簡単なことにある。その二は、市町村長は毎年陪審資格者名簿と陪審員候補者名簿とを作成しなければならず、それは市町村長に大きな負担になっており、⁴²⁾このことが昭和一八年陪審法停止の一つの理由とされたことは前述した。⁴³⁾

(6) 陪審の構成 陪審の公判期日が決まると、地方裁判所長は陪審員候補者名簿の中から選出した三六人の陪審員

に呼出状を発する（法五七条、三八条）。呼出した三六人中、二四人以上の出頭があれば、裁判所は陪審構成手続に着手するが、この手続は公開しない（法六一条）。

陪審構成の手続は、「判事、検事、裁判所書記、被告人、辯護人及陪審員列席シ公判廷ニ於テ之ヲ行フ」が、この手続は非公開とする（法六〇条）。ついで、抽籤及び忌避の手続に移る。裁判長は陪審員の氏名票を抽籤函から取出して読み上げる。これに対して、検事及び被告人は「承認」または「忌避」する（法六二条から六五条参照）。裁判長は予定数の陪審員及び補充陪審員を得たときは、抽籤終了を宣言する（法六六条）。この陪審構成手続が非公開とされている点は批判されている⁽⁴⁾。

(7) 陪審裁判についての特別手続 公開の裁判手続は、旧陪審法の定める特例を除いて、刑事訴訟法による公判手続によって行われる。戦後旧刑事訴訟法は大幅に改正されているので、ここでは現行刑事訴訟法（昭二三、法一三一）に対する特例として意味のあるものについて検討する。

(i) 当事者の意見の陳述 我が国の刑事訴訟法は、証拠調が終った後、一方において、検察官は事実及び法律の適用について意見を陳述しなければならないが、被告人及び弁護人の陳述にはこのような制限はない（刑事訴訟法二九三条、旧刑事訴訟法三九四条）。これに対して、旧陪審法は、事実審理が終った後、検事、被告人、弁護人は犯罪構成要素に関する事実上及法律上の問題のみについて意見を陳述する（法七六条一項）と定める。その趣旨は、被告人の性格・素行・境遇・経歴・前科の有無などを陪審に事前に知らせ、答申の材量以外の知識を与えることは陪審員に予断を与えることになることを防止するにあるとされている⁽⁴⁵⁾。

(ii) 弁護の制限 旧刑事訴訟法以来、我が国では、一事件乃至一人の被告人を弁護する弁護人の数及び弁論の重複について制限を加えていない。その結果、多数の弁護人が弁護する事件では、弁論の繰返し等から、裁判が長期化

し、陪審裁判の持つ意味を失わせる。そこで、旧陪審法は、「辯護人数人アル場合ニ於テ被告人ノ為ニスル意見ノ陳述ハ重複シテ之ヲ為スコトヲ得ス」(七六条二項)とする。この規定は我が国の刑事訴訟の悪風を一掃するものとして、高く評価されている。⁽⁴⁶⁾

(iii) 裁判長の説示 説示は陪審制度の死活を扼する地位にあるとされているが、この説示は国によって異なる。旧陪審法は、「弁論終結後裁判長ハ陪審ニ關シ法律上ノ論點及問題ト為ルヘキ事實竝證據ノ要領ヲ説示シ犯罪構成事實ノ有無ヲ問ヒ評議ノ結果ヲ答申スヘキ旨ヲ命スヘシ但シ證據ノ信否及罪責ノ有無ニ関シ意見ヲ表示スルコトヲ得ス」(七七条)と定める。裁判長の説示が陪審の成否を決定することは前述したが、このように重要であることから、裁判長の不当な説示を上告理由としている(陪審法一〇四条七号)。しかし、この説示に関する定めは、フランス法のように説示を禁止したものでなく、イギリス法のように説示を通じて陪審員の評決を指導する権利義務を裁判長に認めたものではなく、許された説示の範囲が曖昧であり、これが一つの欠点と批判されている。⁽⁴⁷⁾

(iv) 裁判長の問 説示がすむと、裁判長は陪審に犯罪構成事実の有無を評議して答申することを命ずる。「裁判長ノ問ハ」[陪審ニ於テ然リ又ハ然ラスト答ヘ得ヘキ文言ヲ以テ之ヲ為スヘシ](七九条一項)。この裁判長の問は、(イ)主問、(ロ)補問、(ハ)犯罪阻却原因に関する問とに分れる。主問は公判に付された犯罪構成事実の有無に関するもの(法七九条二項)、補問は公判に付された犯罪構成事実ではないが、それに関連していることから、別の公訴提起の手続をとらないで審理し得る事実の有無に関するもの(同条三項)、犯罪阻却原因に関する問は、正当防衛の事実の有無、被告人に期待可能性の事実の有無の如く、違法阻却原因及び責任阻却原因に関するもの(同条四項)である。

(v) 陪審の評議と答申の提出 裁判長から問書を交付されてから、陪審員は評議室に退く⁽⁴⁸⁾(法八二条一項)。評議室に入ると、陪審員は、裁判長の許可がなければ、外に出ることも、外部との交通もできないし、陪審員以外の者

は、裁判長の許可がなければ、評議室に入ることもできない（法三八条）。

陪審員は陪審長を互選し、これが議事を整理する（法八六条）。陪審員は問につき各自の意見を表示しなければならない（法九〇条）。

「犯罪構成事実ヲ肯定スルニハ陪審員の過半ノ意見ニ依ルコトヲ要ス」（法九一条）。陪審の評決に拘束力を認める国は全員一致を原則とするが、その他の国は区々のようである。⁵⁰⁾

裁判長の問に対する陪審長の答申は「然リ」、「然ラス」という形式で問書に記載して裁判長に呈出する（法九二条、七九条）。この答申に不備又は齟齬があるとき、裁判長は問書を返付して答申の訂正を命じなければならない（法九二条二項）。この裁判長の答申訂正命令は極めて重要である。⁵¹⁾

最後に、「裁判長ハ公判廷ニ於テ裁判所書記ヲシテ問及之ニ対スル陪審ノ答申ヲ朗読」させる（法九二条）。以上で、陪審の任務は終り、陪審員は陪審席から退廷する（法九四条）。

以上が陪審法の定める陪審裁判についての特別手続の概略である。

(8) 陪審の答申の拘束力と更新 裁判所は、陪審の答申が正当であると考えた場合、これを基礎として有罪又は無罪の判決を下す。陪審の答申を採擇した後の手続は通常の刑事訴訟手続と同一であつて、ただ、「陪審ノ評議ニ付シテ事實ノ判断ヲ為シタル旨ヲ示スヘ」（法九七条一項）き点が異なる。

陪審の答申を正当として云渡した判決に対しては控訴できず、上告が許されるに止まる（法一〇一条、一〇二条）。英米法においては、事實は陪審が判断し、法律は裁判官が判断するとの基本原則が採用されている。従つて、英米法では原則として陪審の判断について上級審への控訴は認めないか、非常に制限している。⁵²⁾ その趣旨は無意味な事実審理の重複を避け、訴訟の促進、能率化をはかることにある。我が国の旧陪審法もこの原則を採用した。こ

のような制度の下では、控訴の利益を留保したいとする被告人は、法定陪審事件では陪審の辞退、請求陪審事件であれば最初から陪審を請求しなければよい。このことは、控訴の利益を留保するために、陪審を抛棄する者がかなりあることを示している。⁵³⁾

裁判所が陪審の答申を不当と認めた場合、陪審の更新が認められる。裁判所は「訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス決定ヲ以テ事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得」(法九五条)。裁判官による裁判を維持しようとするこの規定は、陪審違憲論による批判を避けることを目的としていることは前述の如くである。この規定による更新の回数は特に定められていない。そこで、この条項の解釈は分れているが、論理的には更新の回数に制限がないとの解釈が生れる。その当否について批判のあることは後述する。

(9) 旧陪審法に対する批判 以上紹介した我が国の陪審法が西欧諸国のどの国の陪審法を参考にしたかは必ずしも明らかではないが、ドイツの参審ではなく、当時のイギリス法とフランス法のそれを参考にした如くである。その内容は当時の学者から次の諸点について批判をうけている。

まず、陪審の長所として、理論上、立法及び行政における民衆参加と併行すべき司法への民衆参加の実現が挙げられ、陪審は立憲政治の本旨に添い、裁判に対する民衆の信頼を高めるというのが政府の陪審設置理由であることは前述した。このような立場を採りながら、陪審を職業裁判官による裁判の欠点を補うものとするに強く反対する意見がある。⁵⁴⁾これに対して、瀧川教授はヨーロッパの陪審制度が何れも政治革命の産物であるとしながら、我が国では民衆が陪審制度——司法への民衆参加——を明治初年の議會制度——立法及び行政への民衆参加——に對すると同じ熱意をもって要求したかについて、否と答えざるを得ないとする。そして、旧陪審法による民衆参加の範囲も狭く、被告人の利害関係とは縁遠いとする。それでは、教授は本来具体的にどのような陪審を理想としてい

たかが問題になるが、この点は明らかではない。⁵⁶⁾これらの批判に共通する点は、陪審制度の長所としては司法への民衆の参加又は立憲の趣旨という抽象的理由が挙げられ、職業裁判官及び検察官による裁判に対する批判が極めて少いことにある。例えば、事実認定を陪審の評決に委せることによる訴訟の促進等は指摘されていない。

ついで、陪審一般についての欠点、短所としては、次の点が指摘されている。⁵⁷⁾(i)陪審の構成員が多数(一二人)であることから、陪審員各自が自己の責任を軽視すること。(ii)陪審の評決に理由を付けないことから、判断の根拠が不明であると同時に、その判断の当否を知ることが困難なこと。(iii)陪審の評決に対して不服申立を許さず、何等の制裁もないことから、評決が無責任に流れること。ただ、前述のように、陪審の評決に拘束力がない(法九五条)ことに注意する必要がある。(iv)陪審員は鑑定人でもなく、特殊の知識経験を規準として選任されないことから、その優良な素質は期待し難いこと。従って、裁判長の適切な説示が非常に重要になる。(v)陪審員は感情に馳せ易いこと。この点については殊に批判が強い。⁵⁸⁾更に、旧陪審法に対して、東京弁護士会の最近の研究は、その制度的欠陥の主なものとして、次の点を挙げている。「①陪審の更新が認められ、裁判所が陪審の答申を不当と認める場合には、陪審を更新して決定で事件を他の陪審の評議に付することができ、②被告人は控訴できず、③裁判所の『説示』に対して異議申立権がなく、④陪審の資格については、男子のみで、かつ納税額等による制限があり、また⑤限定された法定陪審事件の範囲と陪審不適事件の広範な存在など、国民の司法参加としては不完全なものであつた」とする。そして、このような欠陥を有しながらも、一七パーセントの無罪判決がでていることを高く評価している。⁵⁹⁾

このような欠点または欠陥は旧陪審法の執行に大きな影響を与えたことは想像に難くない。従って、陪審を再度導入するに当っては、これらの点に十分注意する必要がある。

注

- (26) 総裁穂積陳重の指名によって一〇名の主査を任命され、主査委員会での合憲・違憲、更に、陪審制の実質的な可否について消極派と推進派との間で各項目についてのきびしい意見を交換したうえで、「陪審制度ニ関スル綱領」を作成した。この主査委員会での審査経過は詳細に紹介されている。三谷著前掲書一七八頁以下。利谷前掲論文現代法6三七六頁以下。
- (27) 三谷著前掲書一九五頁以下。
- (28) 三谷著前掲書二一三頁。
- (29) 三谷著前掲書二六九頁。
- (30) 旧陪審法案の枢密院での審査の経過については、三谷著前掲書二二四頁以下。
- (31) 枢密院の承認を得た旧陪審法案の第四五回及び第四六帝國議會での経過については三谷著前掲書三一〇頁以下。なお、新たに司法大臣に任命された岡野敬次郎は元東京帝国大学法学部教授で、政友会を与党とする第一次・第二次西園寺内閣及び第一次山本内閣の下で法制局長官を務めた親政友会系であり、前議會において貴族院特別委員会で陪審法案の審議に参加し、これに賛成した。三谷著前掲書三一二頁。岡野司法大臣が提出した大正一二年法案は大正一一年法案に法令の改正併う若干の修正を加えたものであった。そして、岡野司法大臣は陪審法の提案理由として本文に述べた点を強調した。江木・原・花井監修前掲書七二四頁以下、一三〇五頁以下。旧陪審法の成立の経過について、前記座談会「陪審制度について」法の支配四号三二二頁参照。
- (32) 大正一二年の陪審法案に対して、司法権に対する不信任案であるとの見地から全面的に反対したのは政友会の政敵である貴族院議員若槻禮次郎であった。江木・原・花井監修前掲書一〇八八頁以下。
- (33) この図は丸田教授の著書に拠った。丸田著陪審裁判を考える一三八頁。数少い旧陪審法についての体系的著作の中で、瀧川教授の著書が秀れていると思われる。ここでの説明は同教授の著書によるところが多い。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六三七頁以下、六七六頁。利谷前掲論文戦後改革4八二頁以下。
- (34) 犯罪構成事実と犯罪構成要件との関係について、瀧川著前掲刑法著作集第三卷六四六頁以下。
- (35) 請求陪審が我が国に特殊のものであることを強調するのは瀧川教授である。ついで、請求陪審が地方裁判所の管轄に属することを要件とすることから、陪審事件かどうかは検事の意向によって左右されることになる。瀧川著前掲刑法著作集

- 第三卷六四九頁、大森著前掲書四八頁以下。
- (36) 瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五〇頁。
- (37) 丸田著アメリカ陪審制度研究二八三頁。リード・井上・山室著前掲書二〇二頁以下、一五一頁以下の図表7から9、二九九頁以下表37、42参照。
- (38) この陪審の放棄は検事の管轄移転の請求と結合して陪審制度を骨抜きにする。旧陪審法八条から一〇条参照。この点を瀧川教授はきびしく批判する。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五一頁以下。
- (39) 陪審員資格から女子を除いていること、居住地の要件が長期すぎること等が批判されている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五三頁以下。
- (40) 瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五六頁から六五九頁。大森著前掲書三五九頁以下。旧陪審法の停止とも関係するので、ここで興味ある資料として、同法案提出にあたって政府はどの位の陪審事件数と一市町村当り陪審員数を見込んでいたかふれよう。政府委員（林頼三郎）によれば、一件当りの陪審員数は三六名（法二七名）であり、陪審員数は請求陪審事件の七割か八割位請求するものと仮定して、一ヶ年三、四百から三、五百件と見込まれ、仮りに三、五百件として、年間一二万六千の陪審員が必要となる。これを当時存在した一万二千二百の市町村に割当ると、一市町村に一二二人強で足りることになるとしていた。江木・原・花井監修前掲書七六七頁以下、一四四四頁。ついで、瀧川教授は、例えば、地方裁判所長が年間の陪審事件を五〇件として計算する。そして、三六名の五〇倍の千八百人を最小限度として、五〇人の余裕を残して、千八百五〇人を管轄区域内の市町村に割当るとする。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五七頁。更に、大森氏は各地方裁判所が翌年度の陪審事件を百件と予測して、合計三千六百人を管轄区域内の市町村に割当るとする。大森著前掲書八九頁。いずれの予測によっても、各地方裁判所の陪審裁判件数を五〇件から百件、年間全国で二千件から五千件を見込んでいたことになる。しかし、実際の陪審裁判件数が遙かに少なかったことは後述する。
- (41) 瀧川著前掲刑法著作集第三卷六五七頁。現在、アメリカでも陪審事件毎に三六名の陪審員候補者が選任されるが、その選任方法は選挙人名簿からコンピューターにより無作為抽出される。リード・井上・山室著前掲書二四二頁、二五三頁以下。
- (42) 我が国の旧陪審法のように、市町村長が毎年陪審員資格者名簿と陪審員候補者名簿を作成することは無用の努力であ

る。精々、イギリスのように資格者を発表するか、フランスのように候補者名簿を作成するだけで足りるとの批判がある。瀧川著刑法著作集第三卷六五八頁以下。

(43) 岡原前掲論文法学會雑誌二二卷四号一〇頁以下。

(44) この非公開に一応の理由があるとしながら、検事及び被告人が正当の理由があつて忌避するのであれば公開すべきではないかとの意見がある。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六一頁。

(45) 瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六二頁以下。

(46) この点は瀧川教授が旧陪審法の中で最も高く評価する点である。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六三頁。

(47) イギリスでは、説示とは、陪審に対して、当該事件に適用すべき法規を説明し、陪審の検討すべき事実上の問題点を指摘し、法廷に現れた証拠を要約して述べることである。「法律問題は裁判官に、事実問題は陪審に」というのが、陪審裁判における裁判官と陪審との職務の分配であつて、陪審は、裁判官が説示中に述べた法規についての指示には、従わなければならないとされている。田中著前掲書二二五頁。これに対して、フランスの場合は、裁判長が公訴・防禦の証拠に説示することは許されず、単に被告人・証人の訊問、証拠の説明の際に手加減を加えて、間接に陪審員を指導するほかないようである。このフランス式の説示の意義は必ずしも明らかではなく、今後の検討を必要とする。イギリスの裁判長の説示は、アメリカと比べても陪審員の評決を指導する権利を認める点に特色がある。前記座談会(二)法の支配八九号八九頁。これに対して、我が国の旧陪審法七七条は説示の範囲が明瞭ではない。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六四頁。旧陪審裁判に關係した法律家は殆んど全員この説示の重要性を指摘している。東京弁護士會編前掲書七一頁以下。

(48) 裁判長は問を書きあげた文書を陪審に交付する。これはフランス主義であり、問の形式を問わないイギリス主義と異なる。この問の出し方は陪審制度の価値を決定する一要素であつて、問の出し方如何で被告人が有罪にも無罪にもなる例として、瀧川教授はかつての世界的に著名なカイヨー夫人事件を詳しく紹介している。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六六頁以下。

(49) 我が国の旧陪審法はすべて評議室で評議する点で、簡単な評議は公判廷で行なうとするイギリス型でなく、フランス型とされている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六八頁。しかし、イギリス及びアメリカでも、陪審員は別室に退いて秘密に評議するので、實際上余り異ならないのではなからうか。田中著前掲書二二五頁、リード・井上・山室著前掲書二八九頁

- 以下。
- (50) 刑事事件での評決の全員一致の要件は、最近イギリスでは緩和され、一二人中一〇人の一致でもよいことに改正されている。田中著前掲書二二八頁、アメリカでは、重罪事件や死刑事件では、すべての法域で、有罪・無罪の認定が全員一致による評決が必要である。それ以外の刑事事件でも、連邦及び四五州では全員一致の評決が必要である（民事事件では二六州）が、全員一致を必要としない州も五州にのぼる。詳しくはリード・井上・山室著前掲書二五六頁以下、二九八頁。その他の立法例としては、オーストリアが三分の二、フランスが過半数のようである。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六八頁。
- (51) 裁判長の答申訂正命令の重要性を教える記録として、トルストイの『復活』に出る来るマースロワの裁判が紹介されている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六六九頁以下。
- (52) 英米法では上訴理由は法律事項に限るというのが原則であるが、アメリカでは、事実問題も、証明法則（例えば、「合理的な疑いを超える証明」の原則）違反の形で、実際上事実問題も上訴審で争いの対象とされることが少なくない。リード・井上・室田著前掲書三二二頁。前記座談会（三）法の支配九〇号六九頁以下。
- (53) この陪審放棄について、瀧川教授は控訴の利益を失いたくない被告人のためには、各国の陪審制度よりも確かに便利に出来ているとしている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六七二頁。
- (54) 瀧川教授は次の三つの解釈が可能とする。第一は、裁判所が陪審の答申を不当と認める限り幾回更新を行ってもよいが、結局或る陪審の答申を基礎として裁判しなければならず、その範囲で裁判所は陪審の拘束をうけると解する。第二は、裁判所は陪審の答申を不当と認める場合は更に他の陪審に諮ってもよいが、同時に、陪審の答申を排斥して独自の立場で判決を下してもよく、裁判所は陪審の拘束を受けないとの解釈である。そして、第三に、陪審の答申は裁判所を拘束しないが、一度また数度の陪審更新を行えば、新しい陪審の評議により、または裁判所が考え直すことによって、必ず意見が一致する、という折衷的解釈である。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六二五頁以下、六七二頁以下。この点についての政府の解釈は第二の解釈を採用したようである。馬場及び林政府委員の答弁を見よ。江木・原・花井監修前掲書三二二頁以下、一四一五頁。
- (55) この点を強調するのが大森洪太氏である。大森著前掲書三三頁。

(56) 瀧川教授は、最初に陪審制度の研究者という程の者ではないと断っているので、我が国で陪審を採用することの当否について意見を求めても無理な要求かもしれない。しかし、本文に引用したところその他からすれば陪審制度一般、少くとも我が国の旧陪審法には可成り批判的、消極的だったようである。瀧川著刑法著作集第三卷五八三頁、六七五頁以下。

(57) 大森著前掲書二四頁以下。ここに指摘している短所は、我が国の旧陪審法のそれではなく、特に当時のイギリスで陪審裁判についての問題として指摘されている点であることに注意されたい。田中著前掲書二四四頁以下。

(58) この点に関して、瀧川教授も有名な事件として、一九一四年七月三十一日のフランス労働総同盟の首領ジャン・ジョレス暗殺事件を紹介している。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六七七頁以下。これに対して、アメリカ法の専門家の立場から、刑事事件では証拠と情緒的要素とは截然と区別できない以上、陪審が情緒的反応をすることも、事件に対する正当な評価の一部を構成するとする意見がある。リード・井上・山室著前掲書二四〇頁。この点は後に本文で検討する。

(59) 東京弁護士会編前掲書四頁以下。

第三款 旧陪審法の停止

「法律ニ定メタル資格ヲ具フル」裁判官の裁判を保障した旧憲法の条項(二四条、五七条、五八条)による違憲の批判を避けるために、イギリス法及びフランス法を参考にしながら、これらとは可成り異なる内容をもつ旧陪審法はその制定時に非常な期待と関心をもたれ、昭和三年一〇月一日より施行された。しかし、このような期待と関心にも拘らず、その施行には多くの困難を伴い、学者や研究者の関心もひかず、昭和一八年第八一帝国議会制定の「陪審法ノ停止ニ關スル法律」⁽⁶⁰⁾により停止され、今日まで復活されていない。そこで、新しく陪審法を導入しようとするならば、旧陪審法の内容にどのような欠点があったか、また、その施行にはどのような社会的条件が必要であったかを冷静に検討しなければならない。本稿がこれまでの研究を参考にして、現在停止中の旧陪審法の概略を

紹介したのも、このような検討が必須と考えたからである。そこで、旧陪審法が停止される理由を岡原氏の論文⁽⁶¹⁾に抛りながら述べることにする。

前述のように、旧陪審法は少くともその制定当時多くの法律家の大きな期待と関心の下で施行され、提案者である政府も年間の陪審事件を約三千四百件乃至三千五百件と予測していた⁽⁶²⁾。

このように期待された旧陪審法が停止された理由として第一に挙げられているのは、戦争遂行に伴う行政の簡素化実施の必要であった。戦時中における陪審の一時的停止は我が国だけのことではない。第一次大戦当時イギリスでも大陪審を停止した⁽⁶³⁾。そして、第二次大戦勃発後、ドイツ及びイギリスで陪審制度及び参審制度が大きな影響を受けた。ドイツでは、一九三九年九月一日の「裁判所構成及司法の領域に於ける措置に関する命令」により、陪審裁判所及参審裁判所の管轄を普通裁判所に移すと共に、一九四〇年二月二一日の刑事裁判所の管轄、特別裁判所及その他の刑事手続法規に関する命令、並びに、同命令の同年三月一三日付施行令により、陪審及参審は順次廃止された⁽⁶⁴⁾。しかし、戦後、陪審及び参審制度は復活している⁽⁶⁵⁾。

次に、イギリスでも一九三九年九月二日施行の司法権行使緊急条項法により、陪審構成の員数を減じ、陪審員の制限年令を引上げ、検屍官の召集回数を減じ、民事陪審を停止した。この民事陪審の縮小は現在も続いている⁽⁶⁶⁾。これに対して、アメリカでは戦時中も特に陪審が停止されたことはなかったようである。このように、陪審を採用する国においても、戦時中これを停止するかどうかは夫々の国の置かれた社会的条件によって異なる。従って我が国でこれが停止したとしても特に異常とするには当たらない。問題は、旧陪審法の施行後、当初の期待に反して、陪審の評議に付された件数が逐年減少し、昭和一八年停止直前の数年間は毎年一件乃至四件に過ぎない状況に至ったことである。この点について、岡原論文は昭和三年から昭和一七年までの法定及び請求陪審事件受理総件数と陪審

の評議に付した総件数とを参考⁽⁶⁷⁾にして、次の如く述べている。

「陪審の評議に付された事件数は合計四百八十四件、年度別に之を見れば陪審法施行の翌年である昭和四年中が最も多く百十四件であるが、昭和五年には之が半減して六十六件となり爾後逐年減少の一途を辿り、最近（執筆当時の昭和一八年頃を指す——筆者）数年間は毎年一件乃至四件に過ぎない。⁽⁶⁸⁾」

このように、法定及び請求陪審を通じて陪審の評議に付せられた事件数が急減したことが、戦時下の行政簡素化の要請と共に、旧陪審法を停止させ、それが今日に至るも復活していないことの重要な理由であることは疑問の余地がない。そして、現行憲法の制定に伴う刑事訴訟法の改正（昭和二三、法一三一）にも拘らず、今日に至るまで陪審制度の再導入が熱心に試みられることがなかったのも、旧陪審法実施の実績が期待通りでなかったことによると思われる。そこで、このように実績が見込通りでなかったことの理由を何処に求めるべきかが最大の問題となるが、岡原氏は次の如く述べている。

「斯くの如く激減した最大の原因は被告人が事件を陪審の評議に付することを辞退するに在るのであるが、陪審辞退の理由は想像するに陪審の答申を採擇して事実の判断を為した判決に対しては控訴を為すことを得ないのみならず事実誤認を理由とする上告も許されな⁽⁶⁹⁾こと（法第百一條第百三條）、裁判所が陪審の答申を不当と認めるときは何回でも事件を他の陪審に付することが出来ること（法第九十五條）、陪審の評議に付しても被告人等が期待程に左程多くの無罪判決が言渡されなかつた⁽⁷⁰⁾と謂ふ過去の事実、素人の判断に對する不安、陪審裁判手續の煩雜及一般に訴訟費用が多額に上ること等に因るものと思ふ。」

すべての法律制度は当事者及び関係者にとつて有利な点もあれば不利な点もあり、その点では陪審制度も例外ではない。⁽⁷⁰⁾ 岡原氏が陪審の評議に付された事件数が激減したこと、換言すれば、被告人が陪審を辞退した事件が増加

したことの最大の理由として挙げた点は、実務上極めて重要であると私は解している。更に、この論文では強調されてない点、即ち、何故陪審制度が社会的に必要で有意義かの制度上の基本的理由を検討しなければならない。従って、若し旧陪審法に代えて新しい陪審制度を導入しようとするならば、岡原論文が挙げた法定陪審の辞退、請求陪審の取下げの理由、更に、その基礎にある陪審制度の理論的根拠を明らかにしたうえで、個別的、具体的問題の改革に当らねばならない。

注

- (60) これは、「陪審法ハ其ノ施行ヲ停止ス」を本文とする極めて簡単な法律である。なお、当時でも法律の施行を停止した前例はない。岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号一〇頁。東京弁護士会編前掲書三七七頁参照。
- (61) 岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号一〇頁。実務家もこの論文に収められている統計資料を高く評価している。大阪弁護士会監修陪審制度（第一法規一九八九年）一五八頁、なお、丸田著陪審裁判を考える一三七頁以下参照。
- (62) 本稿注（40）参照。
- (63) The Grand Juries Suspension Act, 1917. 岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号一頁以下。
- (64) 岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号一頁以下。
- (65) 現在、ドイツには参審裁判所 (Schöffengericht) と陪審裁判所 (Schwurgericht) が置かれている。詳細は山田晟著ドイツ法律用語辞典（大学書林昭和五六年）参照。
- (66) 岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号二頁以下。田中著前掲書二四五頁以下。
- (67) 岡原論文が掲載している資料はいずれも昭和三年一〇月以降同一七年末までのものであるが、出典にふれていない。しかし極めて貴重な資料なので、必要な範囲で、その概略を引用しよう。岡原前掲論文法曹会雑誌二巻四号一六頁以下。
- なお、引用文中漢字は当用漢字をあてて。

獨協法学第40号 (1995年 3月)

同 十年	同 九年	同 八年	同 七年	同 六年	同 五年	昭 和 四 年	昭 和 三 年 自 十 二 月	年 度 区 別	
								法 定 、 請 求 の 別	陪 審 事 件 受 理 總 件 数
請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	刑 法 犯	特 別 法 犯
二〇八三	二二六九	二二二六	二二七〇	一九八一	一六九九	一四二八	三〇九六		
三	四	四	五	五	二	六			
請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	請 法 求 定	陪 審 の 評 議 に 付 し た 總 件 数	
△一 一七	二 二四	△三 一四	△四 一六八	△五 一三六	六 六	一 七 三 三	△二 三八		

(一) 陪審事件数

陪審制度再導入の検討（上）（綿貫）

（△印は陪審を更新したる件数にして外数である）

計	同 十七年	同 十六年	同 十五年	同 十四年	同 十三年	同 十二年	同 十一年
請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定
二五、〇九七 四三	一三五二 四	一二二九 	一二三五 	一四二四 	一七三二 一	一九二七 	二〇四三
五二	七		二	二	一	六	五
請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定	請法 求定
△四 一三四 二四八	△ 一一	一	四	△ 一三	四	△ 一三三	△ 一三六

(一) 起訴罪名別件数

殺人	二二五件
殺人放火	二
強盗殺人	一一
強姦殺人	二
放火	二二四
強盗傷人	一四
強姦致傷	九
強盗強姦	五
強盗	三
尊属監禁致死	一
傷害致死	四
傷害	一
猥褻致傷	一
偽証	一
通貨偽造	一
合計	四八四

(二) 陪審事件終局結果調

にして、殺人(同未遂、教唆、殺人死体遺棄等を含む)及放火(同未遂、教唆、放火詐欺等を含む)が圧倒的に多数であって全体の各四割四分四厘強を占め、強盗傷人、強盗殺人が之に次いでいる。

昭和三年	有罪	無罪	公訴棄却	陪審更新	計
四年	一二五	一四	一	三	一四三
三年	二三	五	一	三	三一

陪審制度再導入の検討（上）（綿貫）

		而して之を罪名別に分類すれば													
		計	十七年	十六年	十五年	十四年	十三年	十二年	十一年	十年	九年	八年	七年	六年	五年
強	放	殺	三	七	八	一	三	七	八	一	三	七	八	一	三
盗	火	人	〇	二	六	一	三	〇	二	九	二	九	三	五	〇
	傷	有	二	〇	二	六	一	三	〇	二	九	二	九	三	五
	害	罪	一	三	一	三	四	〇	二	九	二	九	三	五	〇
	致	無	三	一	一	一	一	三	四	八	五	六	四	一	七
	死	罪	三	一	一	一	一	三	四	八	五	六	四	一	七
	死	公	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一
	死	訴	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一
	死	棄	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一
	死	却	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一	一
	死	計	二	四	一	一	一	二	三	一	一	一	六	三	三
	死		二	三	一	一	一	二	三	一	一	一	六	三	三
	死		三	八	七	二	三	一	一	一	二	三	五	六	六
	死		三	八	七	二	三	一	一	一	二	三	五	六	六

強 姦 致 傷	偽 証	通 貨 偽 造	計
一	一	一	△三七八
六	—	—	△八一
—	—	—	△二一
—	—	—	△四六〇
六	—	—	四

(△印は陪審更新件数にして内数なり)

となり、無罪判決の割合は殺人罪に於て全体の六分三厘、放火罪に於て三割一分にして、之を昭和十一年より昭和十五年迄五ヶ年間の通常手続に依る第一審無罪判決の刑法第百八条現住建造物等放火罪に於ける五厘七毛、同法第百九十九条殺人罪に於ける七毛の各割合(註)に夫々比較するときは著しく高率なることが看取せられ、この点は仮令陪審の評議に付せられる事件が公判に於ける被告人否認の事件のみであるとするも大いに注目し値するところである。

(四) 公判所要日数

一日	一八〇件
二日	一九二件
三日	八八件
四日	一八件
五日	三件
六日	二件
七日	一件

であつて、二日で終了した事件が最も多く、其の平均所要日数は一・七日である。最長期間の七日を要した事件は嬰兒殺被告事件で此の審理に於ては証人四十二人の訊問が為されたのである。

(五) 取調証人数

陪審の評議に付せられた事件に関しては証拠は別段の定ある場合を除くの外裁判所の直接に取調べたものに限られる(法第七

十一条)のであるから、公判の審理に在りては勢ひ多数の証人の訊問を必要とするのである。陪審公判事件四百八十四件に付て取調証人数を調査するに一件に付最も多数の証人訊問が行はれたのは四十二人(被害者十九人の嬰兒殺被告事件)であつて、事件数に付て謂へば証人七人を取調べた事件六十一件が最も多く、一件平均十人強の証人訊問が行はれて居る。

(五) 陪審費用

陪審費用(陪審員呼出費用、陪審員の旅費日当及止宿料)は訴訟費用の一部となり、請求陪審事件に於て刑の言渡しを為すときは全部又は一部が被告人の負擔となるのであるが(法第百六条第百七条)、此の陪審費用の各年平均額は一件に付最高金四百八十二円九十四銭(昭和十二年度)最低金二百五円七十二銭(昭和十七年度)であつて、陪審公判事件四百八十四件の平均陪審費用額は金三百八十六円六十二銭となつてゐる。」

なお、瀧川教授も昭和十一年四月までの司法省刑事局調査の陪審公判開廷総件数表を掲げ、陪審法施行後の実績は余り芳しくないとしている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六九〇頁以下。

(68) 岡原前掲論文法曹会雑誌二二卷四号一〇頁。

(69) 岡原前掲論文法曹会雑誌二二卷四号一八頁。

(70) 岡原論文も陪審辞退の一つの理由として、陪審裁判手続に伴う訴訟費用が多額にのぼることを挙げている。また、陪審裁判について最も危険なのは、それが階級裁判に陥ることであるとす瀧川教授は、陪審裁判の階級裁判化の一事由として、その費用負担、有罪となつたときは、費用の全部または一部を被告人に負わせることを挙げる。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六七八頁以下。丸田教授もアメリカの刑事陪審と我が国のそれとの構造上と機能上の差異を比較し、我が国のそれは基本的要件をことごとく欠いているとし、陪審不適格事件のあること、答申が過半数で足りること、裁判官は自由に陪審を更新できること、判決に控訴が認められないことと並んで、特に請求陪審では敗訴の場合被告人が陪審費用を負担しなければならなかつたことを挙げる。丸山著陪審裁判を考へる一四八頁以下。通常刑事被告人は経済的にめぐまれない者が多いと思はれるので、これに対応して、国選弁護人等の拡充を考へるべきであらう。倉田靖司「陪審裁判復活の条件(下)」判例タイムズ八〇二号五〇頁。なお、アメリカでは、陪審にかかる費用は、控訴費用とは別で、控訴当事者の負担は全くない。前記座談会(三)法の支配九〇号六五頁。

第三節 イギリス及びアメリカの陪審の問題点

第一款 旧陪審法と英米法

(一) 我が国における陪審の研究 我が国では旧陪審法の不幸な歴史もあって、従来陪審に関する比較法的研究は少かつた⁽⁷¹⁾。しかし、本稿を執筆するに当り、旧陪審法を含む陪審に関する我が国での研究を再検討したところ、英米法における陪審等に関する研究のみならず、我が国の旧陪審法に関する研究も少なくないことが分つた。しかし、これらの研究を通じていえることは、法社会学者や政治学者による研究が中心をなし、井上教授を除いて、刑事法学者による研究が見られないことである。その理由として、牧野英一教授、美濃部達吉教授以来多くの大学教授が陪審に対して批判的または消極的であつた⁽⁷²⁾こと、アメリカ法の影響をうけた新憲法制定にも拘らず、兼子教授等も陪審の再導入に必ずしも積極的ではなかつた⁽⁷³⁾こと、更に、多くの刑事法学者はドイツ法研究を中心に実定法の解釈に熱心で、英米法理論の導入は部分的に止まつたこと等が考えられる。そこで、旧陪審法に代る総合的改革案⁽⁷⁴⁾は本要綱が戦後最初の具体案といえそうである。旧陪審法の具体的内容と特色につづいて、本節で本要綱の内容を比較検討すべきかもしれない。しかし、陪審制度が政治的制度である以上、それは従来⁽⁷⁵⁾の司法手続に較べて当事者にとって長所もあれば、短所もある。そこで、陪審の内容を検討するにあたり、まず、それが本来どのような内容と機能をもっているかを出来るだけ明らかにする必要がある。このようにして、はじめに我が国に再度陪審を導入することの可否、更に、これを導入するとした場合、それはどのような内容を持つべきか、そのためにはどのような

要件を必要とするかを客観的に判断できるからである。そこで、本節では従来の研究の成果を参考にして、陪審の母国であるイギリス及び現在も広く陪審を採用しているアメリカでの問題点を紹介することにしよう。

注

(71) 私が参照した比較法的研究としては、田中著前掲書二二二頁以下が秀れている。瀧川著前掲刑法著作集第三卷五八三頁以下、六三九頁以下、なお、最近の日米文化比較の見地からの陪審の研究として丸田著陪審裁判を考えるが挙げられる。

(72) アメリカの陪審に関する研究としては、丸田隆著アメリカ陪審制度研究、リード・井上・山室著アメリカの刑事手続、大阪弁護士会監修陪審制度、最高裁事務総局刑事局監修陪審・参審制度（司法協会平成四年）、座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって」(一)(二)「法の支配八八号、八九号、九〇号。イギリスの陪審については、倉田靖司「イギリスの刑事陪審制度における『公正審理』について」八六号三七頁、同「陪審裁判復活の条件（上）（下）」判例タイムズ八〇一号、八〇二号が挙げられる。

(73) 我が国の陪審制度に関する研究としては、尾佐竹猛著明治文化史としての日本陪審史、三谷著前掲書、利谷前掲論文現代法六三六五頁以下、戦後改革四七七頁以下があり、検察審査会については、利谷前掲論文日本の裁判二三一頁以下がある。ついで、旧陪審法の施行に関係した法律家の聴取り調査等に関しては、わが国における陪審裁判の研究（司法研修所調査叢書第九号）、東京弁護士会編陪審裁判が挙げられる。

(74) 本稿注（24）参照。

(75) 利谷前掲論文戦後改革4一二四頁以下。

(76) 本件改革要綱が提案されるまでいくつかの陪審法案が発表されたとのことであるが、私は参照できなかった。本要綱、まえがき、二七頁等参照。

(二) 英米法と陪審裁判 英米法の中核をなし、その主要部分を構成するコモン・ローは陪審裁判を通してでき上ってきた判例法であり、従って、英米法を理解するには、陪審裁判の知識を欠くことはできないとされている。⁽⁷⁷⁾ この

点は特に証拠法との関係で明確に表れてくるが、この点は後述する。そして、この点は現在のアメリカの刑事訴訟でも強調されており、公判手続について日本とアメリカとの間の決定的な違いは、アメリカには陪審制度があることであり、このことにより審理を迅速に進めることがアメリカにおける刑事訴訟の重要な課題となっているとされている。⁽⁷⁸⁾ なお、陪審と審理の促進との関係については後述したい。

ここで英米法における陪審の性質、内容に入る前に、まず、それが憲法上どのように保障されているかから述べよう。イギリスには成文憲法がないので、陪審も歴史的な発展を辿って現在に至っており、その手続に大きな改正は加えられていないが、その内容は夫々の時代の社会的要求に基いて制定法により改正されている。⁽⁷⁹⁾ これに対して、アメリカ連邦憲法及び州憲法は陪審裁判を保障している。各州憲法については必要に応じて述べることとし、ここでは連邦憲法の該当条項にふれるに止める。まず、一定の例外を除いて、「大陪審の告発または起訴によらないかぎり、何人も死刑にあたる罪その他の不名誉な罪に責任を問われることはない。」(修正五条)として、大陪審による起訴を保障し、「すべての刑事訴訟において、被告人は、犯罪が犯された州及び事前に法律で定められた地域の公平な陪審員による迅速かつ公開の審理をうける権利が保障される。」(修正六条)。そして、係争金額が二〇ドルを超えるコモンロー訴訟において「被告人に陪審裁判の権利が保障される。」としたうえで、「陪審で審理された事実はすべて、コモンローの規則によらない限り、合衆国で再審されない。」(修正七条)とし、民事事件についても陪審裁判を保障している。このような起訴についての陪審の告発、刑事及び民事事件についての陪審裁判の保障は、いずれもイギリスでは可成り制限されているし、アメリカでも民事事件についての陪審裁判の保障は、最近の複雑な訴訟の増加と共に制限されようとしている。⁽⁸⁰⁾ ここでは、まず、陪審の母国であるイギリスにおける陪審の問題点を検討することにする。

注

(77) 田中著前掲書二二二頁。

(78) 我が国の公判期日が一定の間隔を置いて進行することを指摘したうえで、井上教授がアメリカでの公判手続はどうかとの質問をしたのに対して、リード教授が答えたものである。ついで、同教授は被告人が陪審裁判を選ぶ理由の一つとして、日本の検察官や裁判官がいずれもキャリアーの職であるのに対して、アメリカのそれは公選等による政治的任命によることを挙げている。リード・井上・山室著前掲書三三九頁、三一九頁。これらはいずれも興味ある指摘といえよう。

(79) 例えば、イギリスでは一九四八年の法律により、大陪審は廃止されたし、一九世紀後半から民事陪審の範囲は縮小されている。田中前掲書二二四頁、二四五頁以下。

(80) 修正第七条に基く民事陪審の権利の制限については、丸田著アメリカ陪審制度研究三〇四頁以下。

第二款 イギリスの陪審の問題点

(一) イギリスの陪審の機能と権限の特質 大正一二年我が国の旧陪審法の審議にあたり、政府は立法行政と並んで司法への民衆の参加を主要な提案理由として挙げたことは前述した。しかし、このような抽象的または政治的な理由は、既に長い歴史を経た陪審をもつイギリスやイギリスとの独立戦争を通じて若干イギリスの陪審とは異った陪審を發展させたアメリカでも、余り問題となっていない。これらの国で現在問題になっているのは、陪審の存在を前提として、職業的または専門法律家である裁判官及び検察官に対して法律には素人である地域社会から選出された民衆である陪審員の果すべき機能及び権限は何かが問われている⁸¹。そこで、仮りに、我が国で再度陪審を採用するとした場合、それが適切にその機能を發揮するにはどのような要件を必要とするか、その要件をみたすために

は、我が国の訴訟手続にどのような改正または修正を必要とするかを、英国の陪審裁判を一つの先例として検討することにする。

長い歴史を経て現在に至っているイギリスの陪審は次の手続によって行われている。まず、(a)陪審員を選出し、(b)裁判官と陪審の面前で、両当事者から証拠を提出(立証)し、その証拠の提出が終ってから、当事者は夫々の立場で法廷に現れた証拠に基づいて弁論をし、最後に、(c)裁判官が陪審に対して説示(instruction, charge, summing-up)を行なう。この手続において、「法律問題は裁判官に、事実問題は陪審に」が、陪審裁判における裁判官と陪審の機能または職分の分配であって、陪審は、裁判官が説示中に述べた法規についての指示に服従しなければならぬとされている。⁽⁸⁰⁾ このような裁判官と陪審の機能の分配を前提として、イギリスの刑事司法は「公正な審理(fair trial)」を実現することを目的として、二つの方策が現在も採用されている。第一に、陪審による事実審理(trial)と裁判官による判決手続(sentencing)との分離であり、事実審理の段階では、原則として被告人の前科等性格証拠の提出を許さないことである。ついで、第二に、陪審に予断を与えないために裁判所侮辱罪で当該事件に関する報道を厳格に制限することである。⁽⁸¹⁾ まず、第一の事実審理と判決手続との分離と被告人の性格証拠の制限が何故公正な事実審理のために必要かという点からはじめよう。この点は我が国の刑事訴訟法及びその実際の運用とイギリスのそれとの間に在る基本的相違を示すものであり、将来我が国で陪審を採用する場合に当然考慮すべき事項だからである。

注

(81) 英米においても、社会生活が多忙になるに伴い、教育があり判断力も高いと考えられる者が陪審員となることの免除を求めるところから、陪審の質の低下が心配され、また、素人の集団である陪審に適正な事実認定ができるかとの批判が高

くなっている。更に、これらの批判と並んで陪審裁判は裁判官裁判より多くの手数と時間及び費用を要する点も批判の対象となっている。田中著前掲書二四四頁以下。

(82) 田中著前掲書二二四頁以下。

(83) この点を強調するのが倉田靖司「イギリスの刑事陪審制度における『公正審理』について」法の支配八六号三七頁である。この論文は最近のイギリスの陪審に関する数少い貴重な研究である。本稿執筆に当たっても非常に参考になった。

(二) 英法における事実審理と判決手続の分離 前述のように、我が国の刑事訴訟法は、現行憲法の下で、大幅に改正されたが、英米法とは可成り異っている。まず、我が国の刑事訴訟法は刑事事件につき、事案の真相を明らかにすること、即ち、実体的真実の発見を重要な目的としている（一条）。そして、この実体的真実の発見のために、国家訴追主義（二四七条）と起訴便宜主義（二四八条）を採用すると共に、事実認定については証拠による（三一八七条）としながら、証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねるとの所謂自由心証主義を採用している（三一八条）。これに対して、イギリスでは真実の発見は刑事訴訟の主目的とは考えられておらず、裁判手続は事実審理と判決手続とに分離され、事実審理では法律に素人である陪審による公正な認定が最優先すべきものとされ、その眼を誤らせる可能性のある性格証拠は原則として法廷に提出してはならないことになる⁸⁴⁾。このような訴訟構造の相違は起訴猶予率や被害者の救済にも大きな差異を生んでいるとされている。陪審の採用の可否は現在に至るまでの我が国の刑事訴訟手続、更に、若し民事事件についても陪審を採用するとしたら、民事訴訟手続の改正と関連する。この点については後述したいと思っているが、ここでは私が検索することの出来た被告人の性格証言の許否について述べることにしよう。

事実審理と判決手続とが分離せず、一体化している我が国の刑事訴訟では、証拠の証明力は判決を下す裁判官の

自由な判断、心証形成に委ねられている(法三一八条)ことから、被告人の性格証拠も証拠能力が認められれば提示でき、それは判決に大きな影響力をもつ可能性をもっている。この点がイギリスでは可成り異なる。

事実審理と判決手続とを厳格に区別するイギリスでは、法律の知識及び事実認定の経験のない一般市民である陪審員が事実認定を担当することから、その公正さを担保するためにあらゆる予断と偏見を排除する必要がある、場合によってはこれが実体的真実の発見に優先することになる。即ち、事実審理では、起訴した検察官及び被告人側弁護人は夫々被告人を含む相手側の証人に対して反対尋問をすることができるが、検察官は被告人の前科等性格(character)証拠については反対尋問をすることはできない。そして、検察官は陪審員に論告を行うが、それは事実の存否に限定され、情状事実に触れてはならず、求刑意見も述べない。これに対して、被告人側弁護人は事実に関する弁論を行う。以上の弁論が終つてから、裁判官が陪審員に対し説示を行い、全員一致の評決を指示する。評決が成立せず、有罪または無罪の評決に至らない場合は、二度または三度繰返し、最終的に裁判官が無罪を記録するように指示して裁判を終らせているようである。⁽⁶⁵⁾

陪審員による有罪の評決がなされた場合、裁判官の職権による判決手続に入る。検察官が事件の概要を説明し、警察官が身上・前科について口頭で説明する。裁判官は、必要と認めるときは判決前調査報告書の提出や精神科の医師に報告書を求める。裁判官はこれら報告書を読み、被告人側弁護人の要求により情状証人の取調べを行う。しかし、検察官は求刑することはない。そして、裁判官は被告人に口頭で判決を云い渡す。裁判官の述べたことは速記される。以上で判決手続は終る。⁽⁶⁶⁾

この事実審理において、被告人の前科等の性格証拠については原則として反対尋問はできない、とされているが、この性格証拠は次のように解されている。

「証人の性格の善悪に関する証拠の提出が許される場合、その証拠は先ず当該証人の信頼性（credibility）に
 関連する。被告人の悪性格についての証拠は、被告人のチャージされている罪に有責であることを証明する目的で
 あれ、また、被告人が立証した場合、その証人としての信頼性をくずす目的であれ、一般的に許され⁽⁸⁷⁾ない。」

このように、証人の信頼性をくずすことを目的とする被告人の性格についての証言を制限する目的は、専ら判決
 手続とは区別された事実審理において陪審に予断を与えることを避け、公正な事実認定の確保することにある。⁽⁸⁸⁾
 従って、被告人以外の証人については、その人格の信頼性を非難するような事実について、一般的に反対尋問する
 ことが許されている。従って、証人の人格の善悪についての証言の制限禁止は専ら被告人のそれについての証言と
 いうことになる。しかし、これはあくまで原則であって、制定法により例外が認められていることは後述するが、
 ここではまず被告人の人格の善悪についての証言の禁止制限の具体例について述べることにしよう。この制限禁止
 について判例の解釈が厳格であることを示す一例として、Stanley Darley Coulman (1928) 20 Criminal App.
 Reports 106-1 Baldwin (1925) 18 Criminal App. Reports 175 が挙げられる。

Coulman 事件は男性同性愛者（二九才）の少年に対する強制わいせつ事件であり、Baldwin 事件は男性が一六
 才以下の少女と、違法な性的関係もったことから罰せられた事件である。この二つの事件では被告人に対する反対
 尋問での質問の方法が禁止されている性格証言を求めることになるかが争われた。

Coulman 事件では、被告人は公訴事実を否認するだけで、性格を争点にしなかったのに、検察官は被告人に対
 する反対尋問において、「貴方は独身で、二九才ですか」と質問した。そこで、この質問が被告人の性格に当るか
 が争われたが、控訴裁判所は、「この質問は被告人が正にこの種の行為（同性愛行為を指す——筆者）を犯す種類
 の人間であることを暗示する」(at 108)として、原審判決を取消した。ここでは検察官の反対尋問の当否が問題

とされた。

Baldwin 事件では、被告人の弁護士はその主審問において、被告人の年令、既婚かどうか、更にその職業を質問し、被告人は年令三二才、既婚、職業は指物師と答えた。そこで問題はこれらの弁護人の質問が許されるかどうか争われた。争点が微妙であるだけに、私には判決の内容が分り易いものではないが、その要旨は次の如くである。まず、被告人に対する弁護人の前記質問とそれに対する答弁は、告発人及び検察側証人の性格を非難し、被告人の性格が善良であり、本件起訴されたような犯罪を犯すとは全く思われないということ陪審員に示したものである。このような尋問は後述する刑事証拠法が原則として禁止している被告人の性格に対する検察官の反対審問を許すことになり、被告人を非常に危険な立場に置くことになる。判例上検察官によるこのような反対審問が認められることは明瞭である (at 178)。このように被告人の性格についての尋問禁止は、「告発側の法律家（検察官を指す——筆者）からも無視してはならない。同様に、これらの審問は屢々被告人の性格を争点とすることからの自制と両立しうる限界まで達することを巧妙に計算したものであり、他方、（被告人の弁護士による——筆者）これらの質問の効果は陪審に被告人が善良な性格の人間であることを示すことを意図することは疑問の余地がないから、被告人の弁護士も（検察官と——筆者）同様にこのような審問事項についての禁止を無視してはならない。被告人の弁護士も慎重にこれら尋問を免することを遠慮すべきである。」(at 179)。本件判決は、このような理由で、本件弁護人の尋問がなかったとしたら、陪審が同一の結論に達したとは思わないとし、本件上訴は認容され、原判決は破棄された。このように、性格証拠の提示は検察官のみならず被告人の弁護士にも禁止されており、これに反する事実審理に基づく有罪判決は上訴審で破棄されている。

このように、被告人の性格証言は検察官のみならず、被告人の弁護士にも禁止され、これに反する証言がある

と、起訴事実の有無とは関係なく有罪認定をした原審判決は原則として破棄されることになる。⁸⁶⁾

ここで被告人の性格証言に関する制定法を述べることにしよう。既にふれた一八九八年刑事証拠法⁸⁶⁾ (Criminal Evidence Act) から述べることにする。

「一条 犯罪によりチャージ (charge) された者、及び、場合によっては、その者の妻または夫は、その者が単独でチャージされていると他の何人と共にチャージされているとに拘らず、手続のいかなる段階においても、弁護側証人としての証人適格 (competent witness) を有する。但し、

(a) チャージされた者は、自ら申請する場合を除き、この法律により証人として召喚されることはない。

(b) (d) 略

(e) チャージされ、かつ、本法による証人として証言中の者に対する反対尋問において、チャージされた犯罪について罪を負わせることになるような尋問をすることができる。

(f) 以下の各号の一に該当する場合を除き、チャージされ、かつ、本法により証人として召喚され者に対して、当該証人が現在チャージされている犯罪以外の犯罪を犯したことがあること、または有罪認定をうけたこと、若しくはチャージされたことがあること、または、悪性格者 (of bad character) であることを示すことになる尋問をすることができず、当該証人はこのような尋問に答えることは要求されない。

(i) 証人が現在チャージされている犯罪以外の犯罪を犯したことがあること、または、その犯罪について有罪認定をうけたことがあることの証明が、現在チャージされている犯罪について証人が有責であることを証明するに ついて許された証拠 (admissible evidence) であるとき、或は、

(ii) 証人が、自ら或はその弁護人を通じて、検察側の証人に対し、証人自身の良性格 (his own good character)

を立証する意図を以て尋問したとき、または、自己の良性格を証言したとき、或は、防禦方法の性質若しくは立証の仕方 (the nature or conduct of the defence) が検察官または検察証人の性格に対する非難を含むものであるとき、

(四) 証人が、同一の手續において同一の犯罪をチャージされている他の者に不利な (against any other person charged with the same offence) 証拠を提出したとき、

(五) から (h) 及び二条以下略」(傍点筆者)

我が国とは法体系を異にすることから、これら条項の意義は必ずしも明らかではないが、判例上も採用されているこれら条項の趣旨は、本稿に必要な範囲で、次の如くなる。被告人に対して過去の犯罪、有罪認定その他悪性格について尋問してはならない。しかし、この原則には次の例外が認められる。

第一は類似事実証拠 (similar fact evidence) と呼ばれる原則 (f 項 i 号) が適用される場合であり、第二は被告人が積極的に訴追側の証人等を非難し、または、相被告人を非難したり、或は被告人自身の性格の善良さを証拠として提出した場合、検察側は被告人に対する反対尋問でこの点を反駁 (rebut) できる (ii 号、iii 号)。この点はいが国の訴訟法には見られない証拠の制限であるから、若干の説明を加える必要がある。

(i) 類似事実証拠 類似事実証拠についての伝統的な判例上の解釈は次の如くである。「被告人の犯罪行為と性質から見て、現在審理されている犯罪を犯していると思われる人であるとの結論に導く目的で、現在起訴されている行為以外の犯罪行為に有罪であることを示す証拠を、検察官は提示することができない。しかし、提示された証拠が他の犯罪行為を示す傾向があるという事実だけでは、その証拠が陪審の前にある争点に関連する (relevant) 場合に、その証拠を提示できないことにはならない。……近代においては、この法則の下にある原則とは次の如く

であるとされている。即ち、被告人が他の犯罪行為について有罪であるとの証拠は、その犯罪行為が現に起訴されている犯罪行為と共通の特徴をもち、これら特徴を偶然の一致として説明できると主張することが常識に反すると思われる程度に、(二)の犯罪行為の間に―筆者―基礎的な一致または著しい類似性 (an underlying unity or striking similarity) を示す共通の特徴をもつ場合には、提示することが許される。夫々の事件において、以上述べた原則に即して、公判裁判官は類似事実証拠が許されるに足りる証拠能力をもつかどうかを検討しなければならぬ。これら証拠の提示が全面的に許される場合であっても、公判裁判官は、(1)被告人に対する不利益な影響がその証拠能力に対して極めて高い場合、(2)証人間に現実的にみて協力 (collaboration) の可能性がある場合、それら証拠を裁量で排除することができる⁽⁹¹⁾」。

類似事実証拠についての一般原則は、被告人が、現在起訴され、審理されている犯罪行為を犯したと推測させるような被告人が過去の同種の行為で起訴され、または、有罪となったとの証拠を検察官は提示できないこととなる。しかし、この原則には多くの例外が認められているが、それは可成り複雑なので、この小論では広く例外が認められていることを指摘するに止める⁽⁹²⁾。そして、重要なことは、このような例外が認められる場合でも、その証拠価値が低い場合は、公判裁判官の裁量でこのような証拠の提示を排除することができることである。従って、例外を認めながらもその例外には一定のわくがあるといえる⁽⁹³⁾。その趣旨は陪審に予断を与えることを避け、公正な公判、事実認定を保証しようとするにある。

(ii) 性格証拠 性格証拠とは、証人の性格の善悪についての証拠で、この証拠は主として証人の信頼性に関係する。問題は、この証拠の許される範囲とその内容である。ここで判例は被告人とその他の証人とを区別する。即ち、被告人以外の証人については、その証拠の信憑性を害する事実及びその悪性格を証明する特定事実について、一般

的に、当事者は反対尋問を行うことができる。これに対して、「起訴されている犯罪について罪責を立証する目的であれ、また、被告人が立証する場合に証人としての彼の信頼性をくずす目的であれ、一般的に被告人の悪性格についての証拠の提示は許されない。この原則には各種の例外がある。(例えば、一筆者)被告人が自己の善性格を提示した場合には、被告人の悪性格の証拠を反論 (Rebuttal) で提示することができる。被告人のその他の場所での非行、または、その他の点における悪性格についての証拠の提示も、類似事実証拠の原則により、または、審理中の犯行をめぐる情況の一部としては許される。ある罪では、被告人の過去の犯罪歴が現在起訴されている罪の重要な要素となる。その他の罪では、(被告人の―筆者) その他の罪や悪性格についての証拠の提示は、制定法によって認められている。」

ここに引用した被告人の性格に関する証拠の原則も、前述した類似事実証拠の原則と同様、ごく一般的な原則を掲げたに止まる。主として、判例上問題となっているのは、被告人の性格の善悪についての証拠、過去の有罪に関する事実、その事実の中でも消滅した刑に関する事実で、これらは原則として証拠として提示出来ないとされる。更に、一定の場合、被告人に対する反対尋問においてその性格に関する質問をすることができるが、被告人が訴追されている犯罪行為以外の行為を犯したり、または、悪性格をもつことを立証する質問を行うことができず、このような質問に被告人は応える義務はないとされている。しかし、この被告人の反対尋問についての制限について多くの例外が定められている。この原則に対する例外についての詳細な検討は英法と我が国の刑事訴訟法の専門家の研究にまつこととしたい。ここで私が指摘したいのは、この点に関して制定法が重要な役割を果していることである。

被告人の性格証拠に関して特例を定める法律は多数にのぼるが、その最も基本的なものは既に紹介した一八九八

年刑事証拠法一条f項ii号、iii号である。ついで、性格証拠に関するイギリスの特有の法律として一九七四年犯罪者社会復帰法⁽⁹⁵⁾ (Rehabilitation of Offenders Act) を挙げる事ができる。同法は比較的長期（三十ヶ月以上）の拘禁処分以外の刑に処された者が、裁判所の定める社会復帰期間内に重大な犯罪決定を受けなかった場合、その刑事手続全体が法律上なかったものとされる。具体的に次の如く定められている。

まず、同法の下では、有罪の判決をうけてから、一定の要件の下で社会復帰期間を終了した者は社会復帰者 (rehabilitated person) とし、刑は消滅したものの (spent) と取扱われる（一条一項）。そこで、本稿に係る社会復帰者と消滅した刑の効果として、次の如く定めている。

「七条及び八条の下で、本法の目的により、刑に関して社会復帰者となった者は、法律上すべての目的のために、その刑の対象となった罪を犯し、訴追され、有罪との判決をうけることはなかった者として取扱われなければならない。そして、反対の趣旨の制定法の規定及び法の原則にも拘らず、前掲の条件の下で、

(a) 大英帝国において権限を行使する司法機関の前でのいかなる手続においても、右の者に対してその消滅した刑の対象である罪を犯し、起訴され、有罪との判決を受けたことを証明する証拠は提示してはならない。

(b) これら手続において、右の者に対してその消滅した刑或はこれに付随する状況を認め、関与することなしに答えることのできない過去に関するいかなる質問をしてはならず、質問をしても、右の者はこれに答えることを要求されない。」（四条一項）。

「本条四項の下で（国務大臣の——筆者）制定する命令の規定により、人の過去の有罪判決、罪、行為または情況に関する情報を求める質問がその者、または、司法機関による手続以外の手続におけるその他の者に提出された場合、

(a) 本件質問は消滅した刑、または、消滅した刑に付随する情況には関連しないものとして取計られなければならない。従って、この質問に対する答弁もこれに應じて構成することができる。(同条二項)。

このほか、法及び協定等によるいかなる事項についての他人に公開すべき旨の義務も、消滅した刑またはこれに付随する情況の公開を要求するものと解してはならない(同条三項(a)号)。そして、このように保護された公的資料及び情報を許可なく公開した者は処罰される(九条二項)。

一般的に被告人の性格証拠の一つとして、過去に受けた刑事判決その他の事項を証拠とすることは厳しく制限されている。このように、被告人の悪性格に関する証拠の提示は制定法及び判例上制限されているが、この原則に対する特例として被告人の性格証拠の提示を認めるものとして、次の諸法律がある。

一九六八年窃盜罪法⁽⁶⁶⁾ (Theft Act) 二七条は窃盜罪または贓物処罪に関する証拠及び手続について次の如く定めている。

贓物処罪で起訴された手続のいかなる段階でも、その所持等についての証拠が提示された場合は、被告人が贓物であることを知り、また、そのように信じていたことは立証する目的で、以下の証拠を提示できるとして、次の証拠を挙げている。

「(a)起訴されている犯罪行為前一二ヶ月以内の窃盜による贓物を被告人が所有し、保持、移動、処分または現金化しようとするか、これを助けたとの証拠、(b) ……現に起訴されている犯罪行為前五年以内に窃盜または贓物売買で有罪とされた証拠」(二三項)

更に、一九二一年修正の一八八九年国家秘密保持法⁽⁶⁷⁾ (Official Secrets Act) 一条は次の如く定める。

「(1) 国家の安全または利益を害するいかなる目的であれ、(以下の行為を——略) 犯した者は何人も重罪とさ

れ、三年以上七年以下の刑罰に処せられる。

(2) 本条による訴訟手続において、被告人が国家の安全及び利益を侵犯する目的を示すことになる特定の行為を實行したことを立証する必要はない。被告人のこのような行為が証明されなくても、若し事件の環境、被告人の行為またはその立証された知られた性格 (his known character as proved) から、被告人の目的が国家の安全または利益を侵犯すると思われる場合は、被告人は有罪とする。以下略」

このように、制定法により特に性格証拠による被告人有罪とする旨定めているのも、国家秘密の保持の必要に基くものといえよう。

以上のほか、各種の職業団体の加入の許可をめぐる内部的秩序維持のための手続、国務大臣による学校その他の教育施設における教員として適格性の審査手続等主として行政的な審査手続については性格証拠の禁止制限には特例が認められている。⁸⁶⁾

このように、性格証拠が制限されると量刑に当って裁判官も判断の資料が乏しくなり、判決が被告人に非常に不利となつて、合理性を欠くのではないかとの疑問が生ずるかもしれない。この点は公判と判決とを厳格に区別し、判決の段階で被告人の性格に関する専門家の報告の提出を求めることにより妥当な解決をはかろうとしている。⁸⁷⁾

注

(84) イギリスの刑事訴訟では事実審理と判決手続とが区別されていることを強調するのが倉田前掲論文法の支配八六号三八頁、同「陪審裁判復活の条件（下）」判例タイムズ八〇二号四〇頁以下である。この点は従来研究者からは強調されていないようであるが、陪審を導入しようとするならば、事実認定についての従来の裁判官の自由心証主義を含めて再検討すべきかもしれない。しかし、この点は最後にまとめて考察したい。

- (85) 田中著前掲書二二四頁以下、倉田前掲論文法の支配八六号三九頁。
- (86) 田中前掲書二二四頁以下、倉田前掲論文法の支配八六号四〇頁。
- (87) Halsbury's Laws of England, 4th ed. Reissue, Vol. 11(2), p. 885.
- (88) *ibid.* p. 867.
- (89) 被告人の性格証言は、判決手続では、量刑の問題として提示できることは後述するが、陪審による公判ではきびしく制限されている。例えば、婦人に対する暴行目的でその家に侵入した事件で、当時別の婦人とも関係をもった旨の証言が、当時の被告人の精神状態を示すものとして、提示されたが、控訴審で原審有罪判決は破棄された。The King v. Rodley (1913) 3K.B. 468. また、道路交通法に違反して、運転免許停止や自動車を運転した者が即決手続で有罪とされた事件で、その尋問(hearing)にあたって、過去の運転免許停止事件の証拠が提示されたが、その証拠に直接この事件に関係のないことも含まれていたことから、原判決は破棄された。この事件は略式裁判で陪審による審理事件ではないが、前科に関する証拠の提示は嚴格に制限されることを示している。Stone v. Bastick (1967) 1 Q.B. 74. 倉田前掲論文法の支配八六号四〇頁。
- (90) 一八九八年の刑事証拠法は一九七九年一部改正されたが、本稿にも引用した一条 f 号は証人の性格についての証拠の制限と例外とに関する原則を定めた法条として、判例でも屢々援用されているにも拘らず、Halsbury's Statutes に採録されていない。そこで、ここに引用したのは一八九八年及び一九七九年の制定法令集によった。なお、この法律の訳は倉田前掲論文法の支配八六号四一頁に依った。従って、訳文の中で同論文のまゝ「チャージ」という用語を使用したのが、その意義については倉田前掲論文法の支配八六号四二頁参照。
- (91) Halsbury's Laws of England, Vol. 11(2) p. 905
- (92) 類似事実の提示が認められる事例は可成り広くなっている。Halsbury's Laws of England, Vol. 11(2) p. 911.
- (93) この点について転換点をなす判決は Reg. v. Boardman (1975) A.C. 421. とされている。これは男性同性愛者である寄宿舎制高校の校長が二人の男子寄宿生に対して採った行為について有罪とされた事件である。この事件の公判で、これら寄宿生の証言が他の寄宿生に対する行為の証拠として認められるかが争われた。しかし、二人の少年に対する被告人の行為が著しく類似していること、及び、その証拠能力から、これらの証拠は許されるとした。

- (94) Halsbury's Laws of England, Vol.11(2)p.885.
- (95) Halsbury's Statutes Vol.12 Criminal Law,p.631.
- (96) Law Report,Statutes,1968.
- (97) Law Report,Statutes,1889.
- (98) Halsbury's Laws of England,Vol.11 (2)p.894.
- (99) この点に関する制定法の一例として、二一歳未満の者が有罪とされた場合について、一九八八年刑事司法法（Criminal Justice Act）は次の如く定める。裁判所は、情況に関する情報を検討し、有罪とされた者の性格及び肉体的、精神的条件に関係する情報を考慮しなければならない（二条一項）。すべての事件について、同法一条四項の定める方法以外に適切な措置の有無を決定する目的で身上経歴報告（social inquiry report）を求めねばならない（同条二項）。これらの条項は未成年者の量刑に関して、その身上経歴を検討すべき旨を定めている。倉田前掲論文法の支配八六号五二頁。

(三) 報道の規制 法律には素人である陪審に予断を与えることなく、公正な事実認定または審理を確保するために、イギリスは当事者による証人の尋問や証拠の提示に広く制限を加えている。そして、このような公正な審理の確保のためには、公判廷における審理のみならず、法廷外の報道機関の影響も無視できない。次款で述べるように、アメリカでは、我が国と同様、犯罪等に関する事件報道の自由が広く認められているようであるが、イギリスは従来から少くとも新聞報道については事件報道を制限してきたように思われる⁽¹⁰⁾。そこで、私もこの点に関する法の規制について調べたいと考えていたが、最近我が国でも研究が進み可成り明らかになってきた⁽¹⁰⁾。そこで、この点について本稿に必要な範囲で検討することにしよう。

報道の自由と公正な審理の確保との関係は近代社会の基本問題の一つであるが、イギリスでは従来この点の解決を裁判所の判断に任せていたようである。しかし、一九五〇年一月四日の人権及び基本的自由保護協定六条及び

一〇条に対応する裁判所侮辱法の制定を目的として、裁判所侮辱に関するフィリモア (Phillimore) 委員会が設けられた。この委員会の勧告に基づいて制定されたのが一九八一年裁判所侮辱法 (Contempt of Court Act) である。この法律については既に我が国にも紹介されているが、同法は、陪審による公判を含む司法手続と報道の自由との関係について規制した重要な法律である。本稿に必要な範囲で、その要旨を述べることにする⁽¹⁰⁾。

この法律の基本原則は、一方において、報道機関による裁判の進行 (the course of justice) を妨げる行為を、故意を要件としない厳格責任による裁判所侮辱罪とすることによって、広い範囲でこれを規制する (一条、一四条) と共に、他方において、裁判手続の時機にかなった報道等を認めること (四条) 等により、公正な司法手続と報道の自由との調和をはかるうとしている。しかし、我が国と比較すれば、報道の自由は可成り制限されているように思われる。

まず、厳格責任は発言、著述、放送その他公衆に向けられた公表 (Publication) にのみ適用される (二条) が、それは刑事裁判手続の開始 (令状によらない逮捕、逮捕令状の発付等も含む) から、その終結 (無罪または刑の宣告等) に至るまでの裁判手続に関する行為を含む (二条四項、附則三節、四節、五節)。更に、ここで陪審の評議の秘密性保持のため、評議または評決の内容の開示やその懇請 (八条)、裁判所の許可なしに法廷内でのテーブルコーダー等の持込み、これを公表すること (九条) も裁判所侮辱罪を構成する。このように、裁判所侮辱罪を構成する行為の範囲は広いが、これが認定されると、裁判所は行為者に、上位裁判所による二年以下、下位裁判所による一ヶ月以下の拘禁刑または下位裁判所による五〇〇ポンド以下の罰金を科することができる (一四条一項、二項)。

このような報道行為の規制に対して、次のような例外と免責が規定されている。まず、関係のある裁判手続が進

行中であることを知らず、しかも知り得べき根拠をも有しなかった場合の行為（三条）、公開でなされた裁判手続についての公正で正確な報道（四条一項）、公的事項についての論議（discussion of public affairs）その他一定の事項については、善意（in good faith）による公表で、個々の裁判手続を妨げ又は害する危険が当該論議から付随的に生ずるに過ぎない行為（五条）は、裁判所侮辱罪を構成しない。更に、情報源の開示について、それが司法若しくは国家の安全の目的のため、又は社会的混乱若しくは犯罪の防止のために必要と認める場合でなければ、「裁判所は、公表の責任を負う者に対して、右公表に内容の情報源を開示するよう命ずることはできず、また、その開示を拒んだ者も裁判所侮辱を構成するとして有罪となることはない。」（一〇条）。

以上簡単に紹介した裁判所侮辱法は公正な公判及び裁判の進行を妨げる報道機関の行為を一般的に裁判所侮辱として罰則によって禁止しながら、いくつかの例外を認めることによって、報道の自由との調和を図ろうとしている。そこで、この法律の条項をみる限り、それは報道機関による報道にも広く自由を保障しているように見え、前述せる公判手続における人格誣蔑その他の制限と均衡を欠いている如くである。しかし、この法律により認められる報道機関による報道の自由には、この法律を執行する裁判所によって事実上非常に制限されている。これは具体例を見ると明らかになる。

本稿でも屢々引用した倉田氏の論文は、一九九一年のインディペンデント紙での三件の事件報道を紹介している。⁽¹⁰⁴⁾ これら三件の報道は、我が国の事件報道と非常に異っているのに驚かされるが、これら事件の詳細は前記論文を参照して頂きたい。ここでは、特に私が興味をもった一件の事件報道と裁判の経過の要約を掲げることとする。

被告人は、①一九八一年九月デヴォン県でロー婦人を殺害し、②それから約九年後の一九八九年八月サリー県でクラックネル氏を誘拐したが四月後に逃亡された。まず、②事件について被告人はロンドン中央刑事裁判所（通称

オールド・ベイリー)の陪審裁判をうけたが、一九九〇年九月の公判で有罪を認めため、陪審の評決を経ないで一五年の実刑判決をうけた。その際、①の事件が既にエクセター⁽¹⁰⁶⁾の裁判所に係属していたことによると思われるが、どちらかの裁判所の裁判官が、①事件の陪審裁判が終了するまで既に判決をうけた②事件を報道してはならない旨、裁判所侮辱法四条二項に基づく命令を発した。そこで、広く公衆は①事件の裁判終了までの約半年間、既に終了した②事件の判決について何も報道されず、知らされなかった。このことから、①事件についての被告人の有罪・無罪を決定する陪審は、被告人が営利誘拐の前科があり、目下服役中であることを全く知らず、評決を行うことができた。有罪評決後に陪審員は引続いて行われた判決手続を傍聴したが、担当警察官が前科調書をもって証人席に着き、被告人が誘拐罪で一五年の刑に服している旨報告するのを聞いて、初めてそのことを知って大変に驚いた⁽¹⁰⁶⁾たとのことである。

事実認定と量刑とを区別せず、この両者を広く職業裁判官の自由心証に任せる我が国の刑事訴訟法の下において、事件についての各種の報道が裁判官の心証形成にどのような影響を与えるかは、資料もないので明らかではない。しかし、その高い職業倫理からみて、恐らく多数の裁判官はその影響を強く否定するかもしれない。我が国では前述したイギリスの一九八一年裁判所侮辱法のような報道を規制する法律がないので、裁判所に係属中の事件についても、イギリスでは考えられない程、報道機関による報道は自由であり、活発である。最近における典型的事例を所謂ロス疑惑銃撃事件⁽¹⁰⁶⁾に見ることができる。そこで、このような自由な報道も、法律の専門家として事実認定に豊かな経験をもつ職業裁判官の自由心証主義の下では許されるとしても、法律や事実認定に素人である陪審の下では、陪審員に予断を与えるものとして制限されるのも已むを得ないとの意見が当然生れてくる。しかし、この点は陪審制の採用と密接に関係する基本的問題として後にまとめて検討したい。

注

(100) 英国のザ・タイムズ、インディペンデント紙等の新聞を見て気付くことは、法律に関する頁を設けているにも拘らず、そこで紹介されているのは判決等であって、係争中の裁判に関するものの少ないことである。私は一九八九年末五ヶ月程英国に滞在したが、誰でも我が国の新聞と極めて異なることに気付くであろう。

(101) 倉田前掲論文法の支配八六号四四頁以下、法務省司法法制調査部訳「イギリス裁判所侮辱法」法務資料四四四号一五三頁以下。

(102) この法律の成立に最も大きな影響を与えたのはフィリモア委員会の勧告であるが、同時に裁判所侮辱に関する従来の判例も大きな役割を果たしているようである。例えば、同法一条、二条、三条、四条、五条、九条、一〇条、一一条等についてのコメント参照。Halsbury's Statutes, 4th ed. Vol. 11, 186. General Notes. 従って、イギリスの裁判所侮辱法の詳しい検討については、フィリモア委員会の勧告と従来の判例の検討が必要であろう。

(103) イギリス裁判所侮辱法の条項の日本語訳は、原則として、前記法務省司法法制調査部訳によった。法務資料四四四号一五四頁以下。

(104) 倉田論文は実務家の立場から具体的事件の発覚から審理段階に応ずる新聞報道を採り上げ、その内容を紹介している。私もイギリスに滞在中ザ・タイムズと共にインディペンデント紙を読んだが、同紙は知識階級を讀者とする高級紙である。ここで紹介されている事件は妻とその娘とによる夫の殺人事件、百万長者の妻を誘拐した事件及び本稿に紹介した事件である。私は刑事訴訟法の専門家ではないので、詳細については十分理解し難い点もあるが、新聞報道に関する限り、我が国のそれと基本的に異なる立場を採っていることは明らかである。倉田前掲論文法の支配八六号四七頁以下。なお、最近の我が国で刑事被告人に対する異常な報道例としてはロス疑惑銃撃事件が挙げられる。東京地判平成六年三月三十一日判例時報一五〇二号四八頁。なお、この判決については、弘中・大出対談「銃撃事件判決のどこが問題か」法学セミナー四七四号三八頁以下、山口正紀「マスメディアは安堵できるか」法学セミナー四七四号四四頁以下参照。

(105) 倉田前掲論文法の支配八六号五四頁以下。

(106) 本稿注(104)参照。

(未完)