慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	陪審制度論
Sub Title	
Author	大場, 茂馬
Publisher	三田学会
Publication year	1910
Jtitle	三田学会雑誌 (Keio journal of economics). Vol.3, No.5 (1910. 5) ,p.565(61)- 584(80)
JaLC DOI	10.14991/001.19100515-0061
Abstract	
Notes	講演
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00234610-19100515-0061

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

利害、其人の素質、過去の經驗、從來の信仰等の種々雜多の非社會的勢力の干渉ありて決して數學的に規則正しく進行するものにあらず。故に以上は社會的勢力のみ單純に且完全に行はるゝ時の有樣を想像したるものにして、只大體のプロバビリテーを示したるものに過ぎず。然れども此勢力傳播の見地よりして一國文明の歷史を考へ若くは異なる宗教、學說、風俗等の相衝突し或は調和する其活動を見、若くは群集の精神が些細の刺戟よりして俄に驚天動地の大悲劇を演じ、若くは英雄豪傑が五尺の小身を捧げて忽ち天下を威壓し、或は聖人が大慈大悲の敎を垂れて精神的に衆生を濟度する其勢力を觀ずる時は暗示の力の如何に偉大にして其結果の如何に廣大無邊なるかを知るべし。

此の如く論じ來れは此種の勢力の授受の理法に關する研究は殆んど社會心理の全體を覆ふものなるを見るべく、隨て之を詳論するは此種の一小論文の能くする所にあるず、故に余は單に諸學者の慾望に關する分類を列記し、且慾望のみが社會的勢力にあらずして暗示を豫想したる精神力は其智情意の何れに係らず皆社會的の勢力なることを略論したるのみ。

講演

陪審制度論

大場茂馬

私の題は陪審制度論と云ふのでございます。此陪審制度を我邦に布くべきや否やと云ふことは、昨年の夏以來我邦の問題となつて居つて現に帝國議會にも建議案として提出されて居るやうであります。それで此陪審制度を我邦に採用すべきや否やと云ふ問題は、餘程よく研究しなければならぬ問題と考へます。我邦も既に大國の列に入つたことでございまして、且此陪審制度と云ふものは、外國に於て既に布かれて、長い間の經驗もありまするからして、大國の面目として彼れに於ける成績如何、又長く布かれて居るので、いろ〳〵學者の攻究論難の結果はどうであるかと云ふやうなことを考へて、さうして後に採否を決せねばならぬ事柄と思ひます。それで私が此陪審制度論と云ふことを揭げて諸君に御話致すとするならば、少くとも陪審制度採否に關する根本の問題は何處に在るか、又次に陪審制度の淵源はどうであるか、又陪審制度が近世に於て諸國に行はれたのは、どう云ふ譯であるか、又陪審裁判所に於ける審査員と云ふものゝ任務は如何なるものであるか、又陪審裁判所は各國に行はれたとすると、それ〴〵長所がなければならぬ、長所は何れに在るか、又陪審裁判所に就ても隨分非難の聲も多い、さうすると其短所は何れに在るか、又陪審裁判所に關する多數の學者の意見は何れに在るか、國民の意嚮はどうなつて居るか、又陪審裁判所は將來とも尙存續して行く運命を有つて居るかどうであるかと云ふやうな問題に付て、攻究をせねばならぬ事と考へます。併し只今からさう云ふ問題を悉く御話し申す時間はありませぬ、そこで私が豫て陪審制度論と云ふものを、自らが草稿として持つて居る、今日は其中の一章陪審裁判所の短所と云ふだけの事を御話

するのであります。

陪審裁判所は何か普通の裁判所と比較して特色を有つて居るかと申すと、素人が裁判事務に干與すると云ふ事柄でございます。此事は英吉利に於ては長い歴史に依つて出來たとでございますが、是が近世各國に採用せられたのは、全く革命の結果である。佛蘭西に於きましては千七百八十九年から千七百九十一年に亘る革命の際に採用されたので、其後度々の改正を見て今日に尙行はれて居るのでございます。佛蘭西が前々世紀、卽ち十八世紀の終りに採用した以來、獨逸等に於ても方々に行はれて居る、それが獨逸に於て愈々全部行はれるやうになつたのはどう云ふ動機かと云ふと、千八百四十八年の革命に依つて人民が贏ち得た所の權利として行はれたのでございます。故に陪審制度は、歐洲諸國に於ては或は憲法の中に掲げられて居り、憲法の中に掲げられなくとも、兎も角國民が革命に依つて贏ち得たる重要なる權利として認められて居るのでございます。故に彼の國に於て陪審制度の短所を擧げたり、或は陪審制度廢すべしと云ふやうな議論を致しまする時には、其議論は非常なる矯激の議論として迎へらるべきは當然のことであります、恰も我國に於て議會廢すべし、市町村制廢すべしと云ふやうな議論と同樣な有樣を以て、迎へらるゝのであらうと云ふことは、諸君に於ても御想像の付くことであらうかと思ひます。然るに彼の國に於て若し有數の學者にして陪審裁判所廢すべしと云ふ議論をした者があつたとしたならば、所謂一葉落ちて天下の秋を知ると云ふやうな譯であつて、陪審制度も既に末路になつたと言はねばならぬことゝ考へます。然るに實際はどうかと申しますと、天下の輿望を擔ふ所の有名なる學者にして、陪審裁判所の廢止を論ずる者が澤山ある。其人々を一々茲に數へ立てることは致しませぬが、最も重要なる學者の中の一二の語を此處で紹介して見れば、ライプチッヒの大學の教授のワットと云ふ人、是は有名なる刑法學者、並に日本に於ては民事訴訟法學者として認められて居る人で、此人は同時に帝國議會に於て議員として席を有して居る人でございますが、此人が議會に於て申しますには、人若し最も惡き所の裁判制度を發見した者には、若干の賞金を與ふべしと云ふやうなことを、提議した者があつたとしたならば、其賞金を得る者は陪審裁判所を發明した者である、斯う云ふことを言つて居る。それからミッテルステッド、又ウルステッド、フランクラント是は孰れも獨逸に於ける有名なる、又有力なる刑法學者でございます、是等の人が種々なる機會に於て陪審裁判所に就て申して居る言葉を擧げますれば、陪審裁判所はお闇裁判と爲す裁判所である、斯う云ふことを言うて居る。又墺地利の刑法學者グラーツ大學の教授ハンスグロースと云ふ人は、實驗ある法律家の百分の九十、並に教育ある民衆の大多數は、陪審制度の無價値、並に外部に現はれない所の危險を熟知しないものはない、斯う云ふことを申して居ります。又判事のシルベルトと云ふ人は、此頃出ました所の或書物に、司法制度より素人を驅逐する時は今日である、時は到れりと云ふやうなことを申して居ります。斯樣に歴々たる所の學者に於て、既に陪審制度に對して非難を加へまする譯は、彼の國情に於ては由々敷大事と申さなければならぬ。斯樣に公言せらるゝ以上には、それ〴〵其理由がなければならぬ、それはどう云ふ譯かと申しますと、陪審裁判所にはそれぞれ短所があるからであると云ふことは、想像し得る話であらうと思ふ。

其陪審裁判所の短所と云ふものは、二つに別けて之を言ふことが出來る、第一は陪審員と云ふ者が裁判をするだけの完全なる能力が無いと云ふことである、第二は陪審制度其物に存する所の缺點が甚だ多いと云ふことに歸着しやうと思ふ。そこで私は各種の書物を見まして、陪審員の短所と云ふものを十二程數へ得ることになりました、それから陪審裁判所の制度其物の缺點を三つばかり數へ得ることになりました。此二箇の點に於て簡單に御話を致したい考でございます。

第一の缺點は、陪審員と云ふ者は元來素人である、素人であるからして獨立の意見を有つて居ないことが多い、隨つて他人が何か饒舌ると、それに雷同するより外ない事が多い。元來陪審制度を設けた趣意は何れに在るかと申しますれば、一寸それは言ひ難い、何故と申しますると或國に於ては歷史の產物である、或國に於ては革命の結果であつて、深き理由がないのである、理由があると云ふのは後に付けた話である。故に其精神は判然致しませぬけれども、陪審裁判所の理想民衆の各階級の人からして各相當の人を集めて、一般の智識を集めてさうして裁判官の常識を補ふ譯であらうと思ふ。然るに陪審員と云ふ者は、實際の狀況を述べて裁判官の參考に供すると云ふ譯ではない、素人から入つて裁判所へ行つて、自分自らが裁判する譯である。裁判をする譯であります、裁判の威信を保たせる上からして、どんな者もこんな者も皆陪審員にする譯に行かない、陪審員にする者は、或は敎育の點、或は財產の點或は信用の點に於て、相當の者でなければならぬと云ふ結果を生ずるのである。さう致しますと、どうも民衆一般の智識を集めると云ふ譯には行かない、社會の中產者、中等の財產を有つて居る者中等の智識を有つて居る者より外仕方がない、上等の者は希望する所でありませうが、さう云ふことは出來ない。さう致しますと、元來社會の中產者とはどんな者かと申しますると、家を持つなり地所を持つなりして居る、八百屋とか魚屋とか、或は大工とか、斯う云ふ者より外ないのである。さう云ふ者はそれ〳〵自分の稼業を一生懸命働いて居る、經驗と謂うて見た所が、自分の稼業だけの經驗、學問と云つた所が深くはない、日本とても外國とても、其狀情は同じやうな譯になつて居らうと思ふ。さうすると或犯罪事件が來る、犯罪事件と云ふのは種々雜多の階級に於て行はれて居る、自分の屬して居る階級の者が被告人となつて來れば、それは斯うだとかあゝだとか云ふ、自分の知り得た智識に依つて判斷が付きませうけれど

も、全然關係の無い者がやつて來ると、智識も何もあつたものではない、ないからして自分の意見を決めることが出來ない、決めることが出來ない結果として途方に暮れる、其中に陪審員が假りに十二人とすれば、十二人の中の一人が何か喋舌るさうすると自分の意見と云ふものは空であるから先づ其人の御意見と云ふことになるより外ないのである。斯樣なことは私が之を想像して言ふのでない、獨逸に於てはユースステンバーグ、或は其他の學會に於て度々問題となつて、實驗家の意見を聽くと云ふやうな場合もありまして、是等は實驗家の側からして述べられて居る所の缺點でありますから、强ち想像論ではない。それで斯樣な事に就て、尙詳しく說明して居る者は澤山ありますが餘り枝葉に涉る虞がありますから省略致します。

それから第二に素人は學識經驗が乏しい、其結果として他人の言論に左右せられ易いと云ふことになる。陪審員にして先程の例よりも少し上等になつて、兎も角相當の中學とか、或は大學を卒業した位の相當の經驗ある者と致しますれば、是は斯うだナ、あゝだナと云うて、自分自らの意見を定めることが出來たものと假定致します。それであつても悲いことには、幾ら高等の敎育があつても、何しろ自分は素人であるからして、黑人なる所の檢事が滔々として辯論をすれば、成程檢事さんの御意見は御尤と云ふことになる。さうして居る中に又辯護士などが、滔々として事件關係に付て辯論をする、成程あゝ聽いて見ると辯護士さんの御意見も御尤である。自分が敎育がなければ滅茶苦茶に極めてしまひませうけれども、どうも敎育があれば、御尤の事は御最としなければならぬ譯であるから、段々迷つてしまふと云ふやうな結果になる。そこで尙是に就て、實驗家の談話として或書物に書いてある、或陪審員が歎息したと云ふことであります、どうも檢事さんの御意見を聽くと成程御尤に聞える、又辯護士さんの御意見を承ると成程御尤に聞える、どうやつた宜からうと云ふて歎聲を發したと云ふことであります。それ

はリストの刑法雜誌の、第七卷の十九頁かに書いてあります。斯樣な譯でありまして、陪審員が一定の見識もなく、或は檢事或は辯護士の辯論に左右されるやうになれば、事件の眞相に依つて判斷せらるゝでなく、或は辯護士、或は檢事の意見に依つて裁判されることになる。今申す通り檢事の辯論が非常に上手で、尙辯護士の辯論が非常に上手だと云ふ場合にはまだ宜いけれども、檢事が非常に上手で、辯護士が非常に下手である時には、檢事の意見になつてしまふ。之と反對に檢事が下手であつて、辯護士が非常に上手だと云ふことになれば、辯護士の意見に依つて裁判されることになる。デあるから或實驗家として匿名を以て陪審制度を論じて居る人の話に、自分自らが被告人であつたならば、檢事が辯護士に裁判して貰ふ、斯う云ふ風のことを公言して居るやうな次第であります。

それから第三に、素人は己を以て人を推す、自己が知り又は嘗て爲したる一二の實驗のみを以て他を判斷すると云ふ傾がある。先程申しました例と云ふものは、自分が實驗のない場合である、所が素人が或事に就て似寄つた實驗を持つて居つたり、又自分がそれに付て知つて居ると云ふ事があつたならば、其人はそれに依つて決めてしまふ、嘗て斯う云ふ事があつた、此事件も斯うだからと斯うしてしまふ。なか〳〵是は始末に了へない、兎も角皆の意見を聽いて公平に判斷をすれば宜いけれども、自分の知つた事に依つて判斷するやうになると、何ともかんとも仕樣のないことになる世の中の事はさう單純でない、被告人の考と云ふものもなか〳〵複雜して居り、社會の犯罪に關する所の狀況も非常に複雜である、陪審員が知つて居るとか、或は一二の經驗とかに依つて判斷されるやうな、さう云ふ單純のものぢやない。然るにさう云ふ簡單な問題で裁判される日になつて見ると、どうも其結果が、豫知すべからざる事になるだらうと思ふ。

第四に、素人は一己の認識、卽ち公判に現はれざる事項に依り、又は豫斷に依り、罪跡問題を決する恐れがある。凡そ裁判をする時分には、裁判をなす所の材料と云ふものは公判に現はれたものでなければならぬ、公判に現はれた事項なればこそ被告人も辯解もしやう、辯護人もそれに加勢して、是は斯う云ふ譯であるといふことを言ふ、又檢事も直にさう云ふ情狀があつたか否なと云ふ取調が出來て、始めて裁判を公開した所の趣意が立つのである。然るに素人はさうでない、例へて見ると自分が被告人の性質を知つて居つた、知つて居つたと云つてさう親密の關係があるならば、其陪審員は忌避されてしまふから、知つて居つた所で忌避されない位の範圍で知つて居るのだから、其人の全性格と云ふものは分るものでない、所が噂か何かであれはいけない奴だとか、あれは斯う云ふ事をしたとか云ふ、小耳に挾んだ事柄を標準として、さうして或事を判斷すると云ふ風になりましたならば、公平の裁判は得られぬことにならうと思ふ。殊に又陪審員などゝいふ者は豫斷に陷り易い、例へて見ると、是はやはり實驗談としてある中から取つた例でありますが、或處に殺人の事件があつた、被告人は捕まらぬ、警察では百方苦心して或嫌疑者を捕へた、さうすると新聞紙は非常に囂々として、書き立てる是は眞の被告人である、イヤ是は眞の被告人ではないと、到る處に人が集まれば其噂をすると斯う云ふやうなことになる。殊に陪審員になるやうな、少し裁判に關係のあるやうな奴は、寄ると觸はると其噂をする。所で四五人の人があつて、甲乙の二人は、あれはやつたに相違ない、あの奴に相違ないと言ふ、丙丁の二人はさうでない、あれは無罪だ、あれは外に犯罪者があるに相違ないと云つて非常に爭つた其後に偶然にも其中の二人の者が陪審員に選まれたとすると、それは大變である、若し有罪に贊成した方の奴が陪審員になつたならば、其人は檢事兼裁判官と云ふ者で、外の人が若し空々寂々で敢て頭が定つて居なければ、此二人の意見に依つて被告はどうあつても、元來無罪者であつても有罪

とされるに違ひない。之に反して被告人の無罪の側に意見を定めた者が陪審員となつたならば、是は辯護人兼裁判官と云ふので、百方辯護しやうと思うて掛るのだから、何れにしても裁判の結果は分つて居ると云ふ譯であつて、どうも素人は元來訴訟法上許すべからざる私の認識を用ゐ、又は豫斷に依つて裁判をするの恐れがあると云ふことは是は是非ない事柄であらうと思ふ。

第五に素人は感情に流れ、若くは利害を思ふの結果、公平なる判斷を缺くの恐れがある。度々種種の事件を裁判した人であると、あれは斯う言ふけれども斯うであらうと言うて、なか〳〵被告人や種々の者の言ふ事に乘らないのである。所が生れてから始めて裁判所へ行つて、お前が裁判して見ろと言はれると、素人で見ると、悲しさうに被告人に辯解されると如何にも哀れに思ふ、或は檢事が憎々しさうに論告して、それを尤もと思へば如何にもそれは御尤もと思ふ、自分が裁判者たる地位を忘れてしまつて助けたいと云ふ氣になり、反對に又憎々しい感情を起させるやうな事が自分の頭に入れば、どうかして彼奴を入れてやりたいと云ふことになる、是はどうも是非ない弊害である。殊に又素人は利害の感に走り易い、是も實驗から來た議論である、若し陪審員が商人から選ばれた者でありますれば、破産であるとか詐僞であるとか云ふ事件に對しては、非常なる酷な處罰をするのであります。之に反して竊盜など、云ふことは、自分の家は藏か何かで盜まれる隙がないと竊盜などがあつてもそれは盜まれる奴が惡いのだと云ふことになり、之と反對に陪審員が百姓から選ばれると、百姓の家は戸も開けて置き、錠も掛けて寢ないと云ふやうな譯ですから、泥棒が入れば幾らでも盜れる、併ながら手形とか破産事件と云ふやうなものは、自分の一生の間に極く少いやうなものであるから、そんなものには關係しない隨つて竊盜事件等でありますと、それはなか〳〵酷である、之に反して手形事件とか破産事件とか云ふやうなものは、何處を風が吹くかと云ふやう

な梅雨で、どんな風になつても宜い、可哀想であれば無罪にしてやつても宜いぢやないかと云ふやうなことになる。何れにしても此弊は、陪審員の裁判者たるの能力としては缺けて居る所の著い點の一つであらうと思ふ。

第六に、素人は被告人鑑定人の供述其他の證據と云ふものを適當に判斷する能力がない。機敏なる判事は多年の修學と經驗とに依つて得た腕前に依り、當事者の主張並に反對主張との間に立つて嘘と眞との判斷をする所の批評的能力を有つて居る。之に反して素人は、さう云ふ能力を持つて居ない、御尤さうな風に饒舌られると、御尤として感ずるより外仕方がない。餘り嘘の事を澤山聽いたことがありませぬから、どう云ふ譯で斯う云ふ事を饒舌るかと云ふことが分らない、御尤さうに聞えれば御尤さうに聽く、ナニあれには斯う云ふ事情があるから斯う云ふ風に言ふに相違ないと、先から先へ廻つて判斷する能力と云ふものはないそれが爲に事實の眞相を穿ち得ることが出來ない結果になる。裁判の事柄は樣々あつて、總て事實の眞相を穿たねばならぬ譯でありますからして、是は難しい事件であるから陪審をやらぬと云ふことであれば格別、どんな事件でも一定の事件ならば兎も角陪審員をして審判せしむると云ふことになれば、易すい分り切つた事件に付ての陪審員にやらせると云ふことは出來ないから、斯樣な事もやはり陪審員の裁判者としての缺點として數へなければならぬ次第でございます。隨つて其觀察は直覺的である、寧ろ皮相である、

第七に、素人は外部の勢力に依つて左右せられ易い、裁判官でありますると、其職務を長くやつて居るのである、さうしてあの裁判官はどうだ斯うだと云ふ風に、公衆に依つて監視させるやうな譯である、それであるから裁判官の公平と、事實を判斷する所の能力と云ふものは、裁判官の値打ある威嚴であり、又裁判官の存在する所以である。故に事實の眞相を發見する能力、或は公平と云ふことは、裁判官はどうしても保たなければならぬ

それを保たない時分には、裁判官の存在する所以は無くなつてしまふのである。それ故に外部の勢力は多少あつても、自分の存在を失ふやうなことは先づ爲さないことになる。之に反して陪審員で見れば、一年の中に一遍とか二年の中に一遍とか呼出される、さうして其日だけ裁判して歸ると云ふ譯で、職務が恒久でないのであるからして、間違つた所は間違つた儘で歸る、さう意に留めない。又其人が間違つた裁判をして、あれは失策つたと曰られた所が、二年の中に一遍か、一年の中に一遍やることに付て失策つたので見ると、其人を批評するに當つても、餘り重大なる缺點にはならない。斯樣な譯であつて、殊に自分が經驗と智識を有つて居ませぬから、外部の勢力に依つて支配されるのである、或は新聞紙とか、或は政黨の力であるとか、或は被告人の親戚からとか、何かいろいろの事に依つて支配され易いのであります。

それから第八に、素人は公判の進行の實情と云ふものを捕捉することが出來ない、殊に辯論中、重要なる事項と否とを區別することが出來ない。何にせよ素人は素人でありますから、爭點を發見することが出來ない。事件には爭點と云ふものがある、此點は法律上の爭點である、此點は事實上の爭點であると云ふやうなものがある、其爭點を見出して、それが頭に入つて居ない日には、何が何を言つて居るか一向分らない、空々寂々でやります以上は、結局公判に於ける進行と云ふものを捉へて行く譯にいかない、つまり進行を追うて行く譯にいかなくなる、さう致しますと、とんでもない所の判決を得ると云ふことが珍しくないのであります。何故と申しますると、重要なる點に重きを措かず、下らない所に重きを措いて見るから碌な裁判の出來やうがないのである。

第九に、素人は複雜にして且錯綜したる所の事實問題を解決するの能力がない。是は申上げる迄もなく、事件の中には樣々のものがある、殊に破産事件と云ふやうなものに於きましては、或は簡單のものもありませうけれども、多くは被告人の

供述と債權者の供述と違ひ、帳簿が隱匿されて居り、證言が一々被告人と符合しない、又符合して居る所もあると云ふ風に、樣々に事實並に證據が錯綜して來た場合には、餘程經驗のある者でなければ迚も判斷が出來ない。一應の判斷も出來ないと云ふ譯であるからして、それが一應の判斷どころか、終局の判斷をすると云ふやうなことは到底不可能と言はざるを得ぬ。

第十、素人は法律智識を缺く、是もやはり缺點とせざるを得ない。陪審員も一の裁判をする者であつて、裁判といふ以上は法律に從つて裁判するのである。法律に從つて裁判すると云ふことであれば、法律的智識を有たなければならぬ、若し法律に從はずして、法律以上に立つて裁判するやうになれば、法律を適用する所の裁判所は滅茶々々になつてしまふ、元來裁判でなくなつてしまつて無法律のことになつてしまふ。故に陪審員もどうしても法律的智識を有たなければならぬ、然るに陪審員は素人である、法律の智識が無い、無いからして或は有罪の者を無罪とし、無罪の者を有罪とするやうな傾がある。

第十一、素人は辯論の進行に通曉し、之を追うて行く所の精神上の能力を缺くばかりでなく、身體上の能力を缺く。吾々のやうな下手な者が此處に饒舌つて居ると、諸君がそれを了解して能く聽いて行くと云ふことは餘程難しからうと思ふ。それと同じやうに裁判所に行つて、爭點も分らず何も分らない者が、一日も二日も三日も續けて腰を掛けて居る、それも諸君のやうに出て行くことも隨意と云ふ譯でない、法律でちやんと拘束されて何處へも行くことが出來ない、外部との交通は出來ないと云ふやうに極つて居る。さうして其饒舌ることも、斯う云ふ題を設けてやるのでない、證人が來ていろ〳〵の事を饒舌り、被告人が來ていろ〳〵の事を饒舌る、いろ〳〵の事になつてしまつて、素人が見ると何を言うて居るか分らぬ。最初の中は分る積りで聽いて居りませうが、段々長くなつて朝から晩まで續き、又翌日も翌日もと云

ふやうに續いて行きますと、「頭がぼんやりして大概眠つてしまふ、眠らなくとも眠つたと同じである、自分は何を聽いたか分らなくなつてしまふ。是も私のこゝで御話するのでなく、現に實驗家がさう言うて居る所の根據があつて私は申上げるのであります。

第十二、陪審全能若くは陪審主權の弊害。前に申しました通り、陪審員と云ふものは法律に從つて被告の罪の有無を決すべきものであつて、法律を無視し、若くは法律を度外視して、さうして裁判すべきものではないのであります、然るに實際法律を無視してやるやうなことは免れないのであります、其原因はいろ〳〵ありませう、或は法律を知らない爲に法律を無視する場合もあらう、或は法律はさうであつても、それは酷いと云ふやうなこともあらう。是は二つに考へられる、被告人の有罪の場合と無罪の場合。被告人が無罪の場合にも、彼奴は斯う云ふ惡い事をしたのだ、法律に明文がなくても罰して宜いぢやないかと云ふ議論も起り得やう。又反對に哀れつぽく言はれると、あれはどうも可哀想だ、法律には觸れるか知らぬけれども、罰してやらぬ方が宜いぢやないかと斯う云ふ事が起る。其二つの結果が、共に西洋に於て行はれて居る、佛蘭西に於ては主に無罪に傾くと云ふことがあるらしい、或國に於ては有罪に傾くと云ふやうな結果を來して居る、英吉利では御承知の通り、陪審は成べく酷と云ふ風になつて居るらしい。併し是は何れも人權蹂躪である、人民は法律に定めた所のものを守る義務はある、併ながら陪審官の意中を豫想してそれに服從するの義務はない。おまけに陪審員と云ふものはどんなものかと云ふと、どうせ碌な者ではない、或は大工の親方であるとか、或は魚屋の亭主であるとか、又は靴屋の亭主であるとか云ふやうな者で、そんな者が將來無罪の事をやつても有罪にされるからそれはやらぬと云ふやうなことも、前以て豫測してやることも出來ぬのである。それで有罪の場合であれば、憲法論から申しますれば「日本臣民ハ法

律ニ依ルニ非スシテ逮捕監禁審問處罰ヲ受クルコトナシ」と云ふことに反對して處罰せらるゝ譯になる、法律に依るに非ずして處罰せらるゝ譯であるからして違憲である、同時に人權蹂躪である。之に反して有罪の者が無罪にされる場合はどうか是もやはり違憲である。有罪の場合は有罪にして其情狀哀れむべき者であつたならば、裁判官が酌量もしませうし、尙哀れむべき者であつたならば陛下の大權として特赦が出來るのである。それで有罪にする場合は司法權――司法權はやはり憲法の定めて居る所である、それから尙特赦或は大赦といふ場合に於ても、それは憲法の定めた天皇の大權である、陪審官が天皇の大權を行ふ、何れも違憲の處置である。まア結局さう云ふことになり易いのであります。さう云ふことでございますから、墺地利の教授のヒラノと云ふ人は、最初陪審裁判所の行はれない時分の熱心なる陪審裁判所贊成論者で、彼地に於て大學教授になる時には、最初或論文を作らなければいけないのであります其時分に陪審制度贊成の論文を作つて、それで大學の教授になつたのであります。所が自身陪審員に專任せられて、さうして段々經驗を積んで見ると非常にいけない、斯う云ふものは廢すべしと云ふて熱心に議論をして居る。其理由は樣々ありませうが、一つは陪審全能、陪審はどうでも出來ると云ふ全能の弊害、卽ち陪審主權、主權が　天皇或は議會になくして陪審官にあるからいけないと云ふのが、大なる原因らしいのでございます。大體是が陪審員の缺點でございます。

それから其次に陪審裁判所の短所を申すに當つて、陪審裁判所はどんなものかと云ふことを諸君にお話しなければならぬと考へます。陪審裁判所卽ち陪審員と云ふ者は素人から選まれて、有罪無罪を處決するものであります。大概十二人から選まれて居るのが普通で、或は十五人の處も十人の處もありますが、大抵十二人が普通である。判事が事件を審問して、證據調べをした後に於て、陪審員は其調の結果に依つて、被告人は有罪或は無

罪、英國ではヂユールト、アンチヂユールト、獨逸などでも同じ語でヂユールトとかアンチヂユールトと云ふことを言ふのであります。それで被告人が或罪が有るか無いか、有つたとしてそれが有罪か無罪かと云ふことを決する譯である。そこで有罪となつた以上は、裁判官が其有罪行爲は刑法第何條を適用するかと云ふことを調べる、又無罪と云ふ場合とはそれを無罪として放免する、別に何も手續はない。斯樣になつて居るのでございますが、此制度に對する缺點と云ふものは三箇ある前に申しました通りそれは裁判官、卽ち刑法を適用する裁判官と、事實を制定する所の陪審員と、此二つになつて居る、此二つになつて居るのがもう一つの缺點である。何故かと申しますると、事件を調べるには調べる人が無ければならぬ、調べる人は經驗のある人が必要である、そこで調べるには何處の裁判所でも陪審員自ら調べずして判事が調べる。調べる中にいろ〳〵ありませうけれども證人も調べ證據も調べ、皆調べる、然るに陪審員の意響が、どんな所に向ふか分らぬから、いろいろな所を調べて、或は陪審員が必要としない事も調べて居るかも知れませぬ、又必要と思ふ所を落して居るかも知れぬ、何しろ他人の意中を考へて調べるのであるから、到底論理の一貫した結果は生じないのである。おまけに陪審員と云ふ者は時々違つた人であります、或はどれだけの智識を有つて居る者かが分らぬ、始終其事に從事して居る者であれば、あの男ならば覺りが良いから此位調べれば宜いと云ふ融通が利くが、時々刻々新しい人が來ると、豫想が出來ないから甚だ困る。元來ならば自分が判定すると云も其人が調べれば能く分る譯だけれども、他人の判定するものを片ッ方から調べると云ふので、此二つに分れると云ふのが陪審制度の一の缺點である。それから又有罪の處決をしたと云ふ場合は、有罪の處決をした所で、元來判事は無罪と思つて居るから、罪にしない積りである、所が陪審員が有罪とする、有罪とした場合にどう云ふ刑の量定して宜いか分らぬ。

自分は元來無罪と信じて居る、然るに陪審員は有罪とした、どの位に刑期を量定して宜いか分らぬ。例へば窃盗事件に於て、日本に於きましては一ヶ月から十年迄ある、再犯ならば一ヶ月から二十年迄ある、裁判官の方では無罪と信じて居るから、一ヶ月に處しても重きに過ぎると思つて居る、所で陪審員は有罪とする、一ヶ月位にしたならば陪審員は大に不服でせう、兎も角も有罪とすれば有罪だけの相當の所にいかなければ首尾が一貫しない譯である、然るに陪審員の意見に依つて止むを得ず有罪とした、片ッ方はどの位に刑を量定して宜いのだか分らぬことになる。是が一の缺點であります。それから各國の制度に依りますと、又情狀酌量すべき値打ありや否やと云ふことを陪審員が決することになつて居ります。然るに是も意見の相投合した場合であれば宜い、然るに意見が投合しない場合であると、是が亦同じやうな結果になる。

それから第二には、陪審員の處決は理由を示さない、何處迄も唯有罪無罪と云ふ判定をする丈の事であります。理由を示せないのでありますからして、前申しました通り陪審員主權となつて、俺が無罪としてやる、法律はどうでも無罪としてやると云ふことで、理由などを示さない、惡いと云つてもどう云ふ理由だか分らない。それで評議はどう云ふ風に行はれたか、無茶苦茶にやられたかどうだか一向分らぬ。是は近來の一般の訴訟と相矛盾することなので、近來の總ての訴訟に於ては多少にしても關係者に利害關係のある裁判をする場合には、理由を附して居る、然るに陪審は理由を付さない、どんな專横な事があつても理由を附せない。是が陪審制度の不完全の點として數へらるゝ譯であります。

それから第三には、陪審裁判所に於て裁判する場合に、各國共證據調の濟んだ後には、判事が大體の事件の經過に付て演說をして、さうして陪審員が適用すべき法律を敎へることになる。是は何せう素人に裁判させるのであるから、敎へなければならぬと云ふことで、英國始め獨逸でも何處で

も教へることになつて居る。唯佛蘭西が以前は教へる譯でありましたが、此頃は廢しました佛蘭西位が例外で、各國共に法律を教へることになつて居る。然るに教へられる先生が一向教育の無い人間であるから迚も仕方がない、のみならず元來教へると云ふことは、教へられる人がどれだけの力を有つて居るかと云ふことが分らぬで言へば、少しも役に立つものでない。それであるからして、何れの國に於ても、此教へると云ふことは殆ど形式になつて居る。形式になつてしまふと、結局法律の智識が無ければ裁判が出來ないから教へると云ふのであるが、法律の智識の無い儘で裁判すると云ふことになる。故に此教へることが貫徹出來ないのも、陪審制度其物の缺點と思ひます。

それから若し諸君が許されるならば、私は陪審裁判所採否に關して決定すべき、三箇の問題を諸君に提出して置かうと思ひます。それは第一は國情問題、第二が憲法問題、第三は經費でございますが、是はどうでも宜いのでございます、何しろ陪審制度と云ふものが至極結構なものであつたならば、經費の如何は之を第二に置かなければならぬのでありますから、經費は第二に致します。第一國情如何、陪審制度を布くに適する國情であるや否や、第二憲法上之を許すや否や、斯う云ふ問題を提出して置きたいと思ひます。

國情の問題は尙之を三箇に分つて諸君の前に提出しやうと思ふ。第一は宣誓の問題である。此陪審員と云ふことは英語でジユリーと云ひ、獨逸語でゲシオルギーと云ふ通り、此言葉は元來宣誓すると云ふことである、宣誓をして自分の良心に間違のない裁判をすると云ふことが、此陪審制度の根本になつて居るのである。然るに日本に於ては宗教心と云ふものは西洋の通りでない、殆ど全くゼロと謂つて差支ない、宣誓と云ふものゝ効力は全く無い、無いとすれば何にもならぬ。宣誓に背いたならば罰するが宜いぢやないかと云ふ議論が出るかも知れぬ、それは全く法律を知らぬ人の言ふことで、證人であれば詐つた證言をすれば有罪

になると云ふことは分つて居るが、陪審員は判斷をすると云ふのであるから、僕は斯う思つたと云へばどう間違つた所で有罪の裁判は出來はしない宣誓に背いても無責任と云ふことになる。それでありますからして、唯陪審員に就て頼む所は宣誓、宗教的に得たる宣誓力である、然るに日本に於ては是が全然缺けて居ると云ふことならば、此點に就ては一つ考ふべき事ではないかと思ふ。それから第一の中の第二は、陪審員は適當な人間でなければならぬ、兎も角事實の眞相を穿つて、法律の精神に合する所の裁判をする者でなければならぬそれであるから適當の人を得なければならぬと云ふことは各國人が認めて居る所であります。然るに今度獨逸に於ては刑事訴訟法を改正して、陪審員を地方裁判所にも用ゐる、是は陪審裁判所としてやるのではない、三審裁判所として用ゐる事にした。さうすると直に人員が得られない、適當の人を得られないと云ふことを心配して居る。彼の國に於ては教育の程度は非常に普及して居つて、日本人などの想像も及ばない位である、想像も及ばない位の處であつても、尙適當の人を得るに苦んで居るのである。翻つて我邦はどうかと申しますと、さう教育の程度は普及して居ない、普及して居ないのみならずなか〳〵困つた事情がある、或は市會議員の選擧、或は町會議員の選擧等に付ては、非常に腐敗して居るといふことを耳にして居る、或は勢力の爲に、或は黄白の爲に、或は其他の利害問題の爲に左右されると云ふやうなことを聞いて居る。人が足りないのに、何でも彼でも是だけの陪審員が必要と云ふことになつたならばさう云ふ如何はしい者も、やはり止むを得ませぬから、斯う云ふ風な賄賂に依つて買收される者も人物の一として陪審員に採用されなければならぬやうになつたならば、裁判は滅茶苦茶になつてしまふ。併し私の心配するのは、果して其通りであるか否か疑問として、私は諸君の研究問題として提出して置かうと思ひます。第三には、今迄裁判の信用ある所以は、何しろ裁判官は身分のえらい

人であるか、又は學問に就てはなか〳〵出來ると云ふやうな人が裁判し來つたので、日本ではそれが裁判の信用ある所以である。然るに魚屋の亭主でも、呉服屋の亭主でも八百屋の亭主でも、皆裁判が出來ると云ふことになつたならば、或は裁判の威信と云ふものは地に墜ちはせぬか。是は我田引水かも知れぬ、併ながら吾々は固く信じて居る。内容如何は兎も角も、立派な坊主が御經を讀んで呉れゝば吾々はえらさうに思ふ、之に反して下らない其邊にゴロ〳〵して居るやうな坊主が御經を讀んで呉れても、一向有難く思はぬ、是は一般の人情と思ふ。兎も角も出來なくとも出來ると見做される人が裁判して呉れゝば、此裁判は間違はぬと思ふけれども、何も知らない所の八百屋や魚屋の亭主で、平生自分が呼び付けにして居るやうな人に裁判して貰ふと云つたならば、どうも裁判して貰つても變挺な感情がしはしまいか。西洋の如く何十年何百年と慣れ來つた處では格別でありますが、日本の國情としては如何と思ひます。斯う云ふ問題を提出致します。

それから第二には憲法問題。帝國憲法第二十四條に『日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルゝコトナシ』、斯う云ふ規定があります。それから第五十八條第二項に『裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ處分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルゝコトナシ』、斯う云ふ規定があります。此規定を能々翫味致しますれば、憲法に所謂裁判官と云ふ者は終身官であると云ふことになる、終身官である所の裁判官の裁判を受くるのが、日本臣民の權利であると云ふことになつて居る。一時的に選ばれて、それきりに終る所の審査員と云ふ者は、終身官でないのは無論の話である、其者をして裁判せしむることを得るや否や、斯う云ふ問題であります。所で茲に問題があります、其問題と云ふものは、陪審官のやる仕事それ自身が裁判であるかどうか、此問題に依つて憲法問題は解決せられるのである。陪審官の裁判がやる事であると云ふことならば、此日本臣民は裁判官に依つて

裁判されると云ふ問題に抵觸するのであるから、早速違憲問題が持ち上る譯である。だから若し陪審員のやり方が裁判であつたならば憲法を更へた上でなければ陪審制度と云ふものは採用出來ないことになるのであります。そこで學者の中には違憲問題を言うた人があるらしい、私が言ふまでにはつきり言つて居るかどうか知らぬが、兎に角違憲問題と云ふものは提出されて居るやうであります。それに付て或論者は違憲であると云ふことを言うて居る、或人は違憲でないと云ふことを言つて居る、違憲でないと云ふことを言つて居る人も意思徹底して居ないやうでありますが、併し此問題はさう簡單にいかぬものであると思ふ。それは陪審制度の如何に依るもので、どの陪審制度も殘らず違憲であると云ふことも言へまいと思ふ、若し英吉利の陪審制度の如くであつたならば、私は違憲でなからうと思ふ、――何故と言へば英吉利のヂュリーの宣言と云ふものは、判事に於て自由に取捨することが出來る、陪審員の宣言を不當と認めたならば、判事はそれを顧みない、もう一遍別なヂュリーをして宣言せしむることが出來るのです。さうでございますから、陪審員の宣言を再び判事が裁判するのでありますから、結局裁判官は判事である、裁判官の參考の爲に供すると云ふやうな次第になるのであるからして、英吉利のやうになつたならば私は宜いと思ふ。之に反して大陸諸國のやうであつたならばどうか、斯う云ふ問題が生ずる、之に付ても二つに議論が出來る、やはり宜いと云ふ議論も出來やうと思ふ、又惡いと云ふ議論も出來やうと思ふ。宜いと云ふ議論はどう云ふことから出來るかと云ふと、それは沿革上の理窟から宜いと云ふのである。是はちよつと此處で突然申しても分らぬ、沿革上の細かい話をしなければ分りますまいが、英吉利の陪審制度と云ふものはいろ〳〵のものから發達して來たのでありまして、其初めは證據であつたのです。

證據であつて、村の人等が集つて來て――被告人の性格やいろ〳〵の事を知つて居る者が集つて來て、それは斯うであると云ふことを言つた、一種の證人であるから、其時分には判決をする譯では なくして、或事實の證言をした者である。證言をした者であるからして、其時分には證言が事實に違つた時には、やはり僞證罪で罰せられたものである。然るにそれが段々進化して來て、判斷することになつたのであります、判斷することになつたけれども、要するに或證據に依つて事實を認むべきや否やと云ふことであつて、結局證據である、斯う云ふ議論が出來やうと思ふ。さう云ふ議論が出來ますれば、つまり陪審員が或宣言をする、其宣言は或事實を認むべき所の確定なる宣言をしたのである、其宣言が裁判所を拘束すると云ふ、一種の證據上の効果を奏するのである。斯う云ふやうに見ますれば、此宣言も尙證據として見ることが出來る、さうすれば裁判ぢやない、斯う云ふ風に言へやうと思ふ。併ながら是は英吉利に於てのみ言へるので、他の國に於てやつて居るのは、そんな沿革も何も無くて、ひよつと途中から來たものである、英吉利に於ては其議論は有力な議論でありませうけれども、併ながら他の國でやつた陪審に付てはさう云ふことは言へない。他の國に參つたならば寧ろ斯う言へる、裁判官は事實の上から裁判をやり來つた、其裁判事務の一部を陪審員に行はせ、一部を元の通りの裁判官に行はせると云ふことになる。裁判事務の一部を陪審員が行ふならば、則ち裁判を行ふものと謂つて差支ない、裁判事務の一部である、さうすれば之を採用出來ないと云ふことになる。併し此陪審制度に就ては今申したばかりでなく、各國の制度を見ますると いろ〳〵變形の陪審制度がありまして、又近來學者の唱へて居る所の新しい制度もあります、其等のものに付ての當否如何、並に其等の學者の今提案して居る新しい陪審制度は果して違憲なりや否や、是は其ものに就て詳しく說明した後でなければ、私が此處で申上げることは出來ませぬから、先づ是だけにして置かうと思ひます。

雜錄

ギールケ教授の獨逸憲法論

小倉和市

伯林大學教授ヲット、ギールケ氏は近頃ハヴァート法學雜誌の請に應じて一文を草し、獨逸憲法を論じて米國憲法に及べり。此論文は彼の複雜なる獨逸帝國の組織を知るに最も便利なるものと信ずるが故に茲に其全文を譯述することゝなせり。

ハヴァート大學の新總長が近頃英國の政體に關して論述せる所を讀むの士は必らず近代の國家組織が頗る複雜にして殆んど不可解なるが如きものあるを感知せずんばあらず。吾人は現に國家の一員として其中に生々しつゝあるも一般人民は勿論實際國家の公職を奉ずるものと雖も此團體的生活の內面的眞相を精察するとは殆んど不可能なりと云はざる可からず。然り國家の組織は其精微複雜なる點に於ては決して有機體に讓らざるなり。

何人と雖も自己の身體の構造に付きては一般的の知識を有せざるものなし。歩むに足あり。掴むに手あり。更に進んで呼吸器、消化器、神經腦髓の作用等多少肉眼にて實見し難き諸機關に付きても幾分か明瞭なる觀念を有す。左れど層一層其歩を進めて人體構造の極微に入り何が故に人間は生活し得るかの點に關して明確なる科學的斷定を下さんとするには著書及び顯微鏡の力を借りて多年の研究を積まざる可からず。實に吾人は日常天與の諸官能を使用しつゝあるも其諸官能の本體に付きては殆ど何等の知識なしと云ふも不可なきなり。左れど若し一朝之等官能の作用に故障起らんか吾人は直ちに醫師に馳せて其救濟を求む。蓋し斯かる場合に於ては有機的生活體の秘密に關して最も深遠なる知識を有するものゝ助力を乞ふの外なければなり。

社會的團體殊に其中最も發達したる國家團體の