刑事裁判の近代化

——明治初期から旧刑訴まで——

内田一郎

一　刑事裁判の近代化の意義
二　わが国の刑事裁判の近代化
(イ)　身分上の差別の撤廃
(ロ)　裁判の公開
(ハ)　自白必要主義、証拠裁判主義、自由心証主義、拷問の廃止
(ニ)　刑事弁護の制度
(ホ)　検察制度
(ヘ)　司法権の独立
三　治罪法以後
四　刑事裁判の近代化と国民の法意識
——その一例としての陪審裁判——

一　刑事裁判の近代化の意義

糺問訴訟から弾劾訴訟へ、ということが、取りも直さず、刑事裁判の近代化を意味するものと考えられる。一七八

九年七月フランス大革命とともにイギリスの公開・口頭・弾劾主義の刑事訴訟はフランスに継受された。すなわち、まず、同年一〇月、フランス従来の糺問訴訟は公開され、次いで、イギリスの制度を採用し起訴陪審（jury d'accusation）および判決陪審（jury de judgement）の制度を認め、以後、数次の改正を経て一八〇八年に治罪法（code d'instruction criminelle）が制定された。これによれば、訴訟の前半ではフランスの旧制である糺問判事による秘密・書面主義の糺問手続を行ない、後半ではイギリス流の公開・口頭主義の弾劾訴訟（陪審手続）を行なうという制度を採り、前者を予審（instruction préalable）後者を本審（instruction définitive）と称した。糺問手続を採り入れた弾劾訴訟であるため、あるいは折衷訴訟（système mixte）ともいい、あるいは『改革された刑事訴訟』（reformierter Strafprozess）とも名付けられた。わが国の明治一三年の治罪法、明治二三年の刑事訴訟法、大正一一年の刑事訴訟法もこれを継受したものであった。その後、日本国憲法の制定に伴ない、昭和二三年改正刑事訴訟法が制定され現在に至っている。英米法、とくに米法の影響の甚だ顕著なものがある。(二)

本稿では、明治初期から旧刑事訴訟法に至るわが国の刑事訴訟の近代化を、主として、ドイツにおける改革された刑事訴訟の面から考察することとし、あわせて、刑事裁判の近代化と国民の法意識について、かつてわが国で行なわれた陪審裁判の実績の面から、若干、検討してみることにしたいと考える。

西欧においては、一三・四世紀より一六・七世紀にかけて糺問訴訟が行なわれた。すなわち、一二一五年インノセント三世は、裁判官が訴をまたず職権で秘密に犯罪を審判する手続を定め、これを糺問（inquisitio）と呼んだ。この糺問手続が漸次普及してイタリヤの普通法となり、一方、南ドイツに波及してカロロ五世の一五三二年のカロリナ法

典（C.C.C.; Constitutio Criminalis Carolina）となり、他方、フランスに入ってはルイ一四世の一六七〇年の刑事勅令（ordonnance Criminelle de 1670）となった。

この糺問訴訟は、何れの国においても法と人道とを無視した専断苛酷なものとなり、個人の人格と自由は犠牲に供せられ、暗黒時代を現出するにいたった。その結果、一八世紀の後半に勃興した人道主義、自由平等の思想によって激しく攻撃され、個人の自由を保護するイギリスの弾劾訴訟が要望されることになったのであった。(二)

自由心証主義の確立、そして検察制度の設置は、右の改革に不可缺のものとして登場する。前者は、実体的真実発見主義、拷問の廃止と密接に関連し、後者は刑事裁判における弾劾訴訟構造の確立に不可缺の役割を果してきたのである。(三)

(イ) 自由心証主義　宣誓、神判、後にはさらに決闘を証拠方法とした形式的証拠主義から、被告人の有罪を証明する際にその要件を法律で正確に規制する法定証拠主義を経て、証拠の証明力の判断を論理法則、経験法則に基づく裁判官の自由な心証に委ねる自由心証主義へ、という刑事証拠法における史的展開は、犯罪事実の存否の確認を中軸とする実体的真実発見主義の確立の道程であったと考えることができるであろう。法定証拠主義では、刑事罰の言渡は、自ら自白した場合、または少くとも二名ないし三名の信憑性のある有力証人（目撃証人または聞き証人）による証明があった場合に限ってこれを行なうことができる（一五三二年のカロリナ法典第二二条、第六七条）としていた。そこで、自分の所為へ二名の目撃証人を引きつけるほど軽率でもなく、自白しようともしない被疑者に対しては有罪の言渡をすることができず、この者に拷問を用いて自白を強要せざるを得なくなり、強力な証明力を有する嫌疑事実、情

況証拠、徴憑のある場合には法律上拷問を許容し、拷問による自白を、目撃証人による有責証明と同様に信頼できる証拠方法として認めるに至った。その後のドイツ普通法上の訴訟において、嫌疑はあるが、人証または自白によって立証されていない者であって、しかも裁判所が有罪であると思料する者に対しては、特別刑（poena extraordinaria）、後にいわゆる嫌疑刑――法定刑より軽い――を言渡すようになった。そのために嫌疑が余りにも少なく、しかも無罪とも言いきれない場合には、新たに嫌疑が生じた際には新たに訴訟を進行させる可能性をもつ判決である審級放免が言い渡されるようになった。やがて一八世紀の後半、啓蒙時代に入ると、拷問の制度の廃止に努力が傾注され、一七四〇年六月三日の閣令により、まずプロシャのフリードリッヒ大王は最も重大な事案を除いて、拷問を廃止し、その残りの部分も、一七五四年および一七五六年にこれを廃止したのであった。そしてこの拷問の廃止ということに、自由心証主義の発端があると考えられるのである。フランスでは一八〇八年の治罪法第三四二条に自由心証主義が明定された。一八七七年のドイツ刑事訴訟法第二六〇条は、改めてフランスの法制に倣って、自由心証主義を採用した。一八四八年以降のいわゆる改革された刑事訴訟において実現された実際上最も重要な事柄は、証拠結果について裁判官の自由心証を認めたことであろう、といわれている。

(ロ)　検察制度　検察制度の確立されない以前の糺問訴訟は、国家による犯罪訴追の仕事を裁判官に委ねていた。カロリナ法典は訴訟の開始の普通の形式として私訴を定め、当局および職権による犯人の引受を例外的に規定していたが、私訴者は無罪の言渡を受けた被告人に損害賠償をしなければならないものとされ、その場合に備えて訴訟の開始時から被告人に保証を行なう必要があり、もしこの保証を行なうことができないときは、被告人と同様に、自分も

未決勾留に服さなければならないものとされた（第一二条、第一三条、第一四条、第六一条）ために、被害者が私訴の提起を次第に差し控えるようになり、国家が積極的に審理を開始することの方が原則化してしまった。この積極的審理主義を糺問訴訟ともいうのである。起訴者が裁判官であるときは、弁護人として神に頼るほかはない、という格言が生れたのも、この頃のことである。その欠陥を埋め、その弊害を除去するために設けられた制度が、検察制度である。フランスでは、一八〇八年の治罪法、一八一〇年の構成法に、今日見られる形態の検察制度が明定され、ドイツでは一八四八年のフランクフルト国民会議の諸要求の一つとして、刑事事件においては弾劾訴訟が行なわれること、が含まれている。そして、検事局の組織については一八七七年二月七日の裁判所構成法（第一四二条―第一五三条）に、その活動範囲の主要事項については帝国刑事訴訟法に規定がおかれるに至った。糺問訴訟から弾劾訴訟への発展は、また、秘密審理主義から公開主義へ、書面主義から口頭主義へ、間接審理主義から直接審理主義への展開でもあったのである。

（一）斉藤金作、刑事訴訟法第一分冊二三頁以下。

（二）斉藤金作、上掲二二頁以下。

（三）団藤重光、近代的司法制度の成立（昭和一八年）『刑法の近代的展開』所収一頁以下、とくに三一頁参照。

二　わが国の刑事裁判の近代化

(イ)　身分上の差別の撤廃

明治維新後に定められた最初の刑事訴訟法とも云うべきものは、明治三年（一八七〇

年）五月二五日の法庭規則（刑部省定）である。[一] この規則では、身分による差別的取扱いが見られる。すなわち、『糺問之節有位士庶人等之座席不致混雑可取扱事』とし、また、『六位已上ハ座鋪吟味之事』としている。この身分上の差別は、明治五年一〇月一〇日の司法省達第二五号によって撤廃された。すなわち、『白洲上取扱振ニ於テ尊卑ノ分界相立来候処自今人民一般ノ公義ニ基キ従前ノ分界ヲ廃シ官員華士族平民ニ至ルマテ同様タルヘキ事』とされた。[二] 明治六年（一八七三年）二月二四日司法省達二二号断獄則例第一〇則は、『犯罪ノ者勅奏官華士族社人僧侶及ヒ平民ヲ論セス一体ニ柵欄ノ下ニ立タシメテ聴審ス但勅奏官華族ノ犯罪其情状軽クシテ鞫問ヲ待タサル者ハ訊文ヲ家令執事ニ付シテ申理セシム』とした。[三][四]

(ロ) 裁判の公開　断獄則例は、また、一部、裁判の公開を認めるに至った。すなわち、その第一則は、『讞獄ノコト慎重ニス可クシテ軽率ニス可カラス故ニ細事件ト雖トモ判事必ス之ヲ反覆推問シテ結案ヲナス可シ然ト雖モ天下ノ広キ獄訟ノ繁キ判事豈能独リ枉ナキヲ保シヤ今会同（タチアヒ）ノ員ヲ設ケ傍聴ノ人ヲ容ルス者ハ有司ノ私ナクシテ片言亦其公正ナルヘキヲ示ス所以ナリ』とし、第五則は、『断獄庭内新聞紙発兌人ノ外間雑人檀ニ出入スルヲ許サス但戸長等傍聴ヲ請フ者ハ之ヲ聴ス』としている。明治一三年（一八八〇年）七月一七日太政官布告三七号、同一五年一月一日施行の治罪法第二六三条は、『重罪軽罪違警罪ノ訊問、弁論及ビ裁判言渡ハ之ヲ公行ス。否ラザル時ハ其言渡ノ効ナカル可シ』として、刑事訴訟における公開主義を確立した。

(ハ) 自白必要主義、証拠裁判主義、自由心証主義、拷問の廃止　法庭規則では、『拷問ハ判事以上相議取計事』とし、明治三年一二月頒布の新律綱領の獄具図では、『凡訊杖ハ、竹片三個ヲ内合シテ、円形ニ成シ、其囲、曲尺五

分、両頭大サ一ノ如ク、長サ三尺、禾藁ヲ以テ竪ニ之ヲ裹ミ、小麻繩ヲ以テ、密ニ横纏ス、其重罪ヲ犯シ、贓証明白ナルニ、招承ニ服セサル者ヲ拷訊ス』とし、その断獄律では、『凡年七十以上、十五以下、若クハ癈疾者ハ、竝ニ拷訊ス可カラス』とし、『若シ婦人、懐孕シテ、罪ヲ犯シ、拷訊スヘキ者ハ、上条ノ如ク、保管シ、産後一百日ヲ待テ、拷訊スヘシ』としていた。断獄則例では、拷問に関して四ケ条の規定が設けられている。すなわち、第一四則は、『禁刑ノ日ニ遇ヘハ囚ヲ拷訊スルコトヲ許サス』とし、第一五則は、『刑具二ツ曰訊杖曰算板惟命盗重犯ニ用ユ原其痛楚ヲ畏レテ真情ヲ吐ンコトヲ要スルノミ之ヲ慘毒シテ悪ヲ懲ラスニ非ス』とし、第一六則は、『訊杖ヲ行フハ人犯ノ臀腿ヲ打撃ス猶実ヲ供セサル者ハ算板ヲ配用スヘシ』とし、第一七則は、『算板ハ竪実ノ檜ヲ以テ之ヲ為ル竪三尺四寸横二尺五寸厚サ一寸八分三稜木十根ヲ板面ニ布列シ稍其稜角ヲ削リ甚タ鋭尖ナラシメス囚ヲシテ其上ニ坐セシメ竪三尺横九寸重サ八十斤ノ石板ヲ以テ膝上ニ措キ累加三板ニ至テ止ム若シ強頑不率ノ者ハ再ヒ之ヲ用ユルコトヲ妨ケスト雖トモ一日内疊用スルコトヲ許サス』としていた。一方、明治六年（一八七三年）六月一三日太政官布告、同年七月一〇日施行の改定律例第三一八条は、『凡罪ヲ断スルハ。口供結案ニ依ル。若シ甘結セスシテ。死亡スル者ハ。証佐アリト雖トモ。其罪ヲ論セス。』とし、自白必要主義を採っていた。自白必要主義を採る以上、ヨーロッパ大陸におけるカロリナ法典の法定証拠主義の成行きに見られるように、法律制度としての拷問が不可避のものともなるのである。拷問の制度が啓蒙思想と相容れないものであることは言うまでもない。そして、この拷問の廃止ということと、自白必要主義から自由心証主義へ、ということとは極めて密接に相関連するところがあるのである。明治九年（一八七六年）四月二五日上奏の改定律例第三一八条改正意見書は次のように述べている。『今夫ノ拷問ノ事、内外論

議最モ喧擾ニシテ、其廃止ヲ欲スルモノ亦多シ。是ヨリ先キ明治八年七月十五日内閣既ニ其議案ヲ以テ本院ニ送附セリ。然ラハ其之ヲ廃止スルハ内閣ニ於テモ決シテ異議アラサルヲ証スヘシ。然レトモ多年慣用ノ久シキ、一朝俄ニ之ヲ廃止スル、或ハ恐ル頑強兇猛ノ徒因テ以テ法網ヲ遁カレ、反テ良民ヲ戕害スルニイタラン事ヲ。況ンヤ一旦之ヲ廃止セハ之ヲ復起セント欲スルモ亦得ヘカラサルヲヤ。故ヲ以テ其事中ロ寝ム。今夫レ拷訊ノ惨酷ナル其弊殆ト枚挙ニ遑アラス。其宣シク之ヲ廃止スヘキハ、既ニ内閣ニ於テモ協同一致ナルハ疑ヲ容レサレハ、今復タ之ヲ贅セス。然レトモ因循以テ人民ノ痛楚ヲ見ルニ忍ヒサレハ、則チ漸クニ之ヲ廃止スル所以ノ方法ヲ思ハサル可カラス。凡事其廃興ニ属スルヤ必ス其原因ヲ究極スルヲ要ス。其原ニ溯リ其因ヲ推シ。以テ之ヲ改革セハ其支流易々得テ治ムルヘキナリ。夫レ拷訊ノ法タル、其惨酷不経固ヨリ多言ヲ待タス。然レトモ法律ノ大意ニ就テ之ヲ見レハ、亦治罪法ノ一部分ニシテ、其此法ヲ慣用スル所以ノ原因ハ、則チ改定律例断罪不当条例第三百十八条ニ在リ。今拷訊ヲ廃セント欲セハ必ス先ツ該条ヲ改正セサルヘカラス。本条ニ曰ク、凡ソ断罪口供結案ニ依ル云々。蓋シ悪ヲ覆ヒ罪ヲ隠スル人ノ常情、是レ道義上ノ公許スル所ニシテ、孔聖亦タ曰ク父ハ子ノ為ニ隠シ子ハ父ノ為メニ隠スト。是ヲ以テ支那歴代ノ諸律、皆此聖語ニ依リ、父子相容隠スルコトヲ許セリ。本邦モ亦然リ。夫レ父子ノ恩情至テ篤厚ナリト云ヘトモ、未タ自己ノ身ノ愛ス可キ深切ナルニ如カス。然ルニ父子ノ容隠ハ之ヲ許シ、自己ノ容隠ハ之ヲ許サス。之ヲ情理ニ基クニ共ニ其義ナシトス。亜米利加合衆国建国法ニ曰ク、何等ノ罪ニ於テモ自己ヲ害スルノ証拠ト為スコトヲ強ユ可カラスト。而シテ今断罪必ス之ヲ口供ニ取ル、故ニ其犯罪明白ナルモ之カ口供ヲ得サレハ以テ断決スルヲ得ス。其弊ヤ所疑ヲ以テ口供ヲ強ヒ、之ニ次クニ拷問ヲ用ユルニ至レリ。酷モ亦甚シト謂フヘシ。然レトモ本律ノ存スル以上ハ、縦令

犯罪既ニ已ニ明白ナルモ、之ヲ処断スル必ス口供ニ拠ラサルヲ得ス。已ニ口供ニ拠ラサルヲ得サレハ、亦必ス拷訊ヲ用ヒサルヲ得サルハ蓋シ万止ムヲ得サルナリ。故ニ曰ク拷訊ヲ廃セント欲セハ、必ス先ツ本律ヲ改メサルヘカラス。何トナレハ本律ハ拷訊ヲ用ユルノ原因ナレハナリ。抑モ犯人ノ口供ナルモノハ、亦証人証物証書等ト同ク衆証ノ一部タレハ、全ク無用ニ属スヘキト云フニアラス。然レトモ別ニ証左ノ明瞭ナルモノアラハ、必スシモ其口供ヲ要セス、直ニ之ヲ断決スヘク、宣ク法ヲ設ケテ、司法卿ヲシテ各法官ニ諭シ、厳ニ拷訊ヲ用ユルヲ禁セシムルニ如カス。然レハ拷訊ノ惨酷ヲ用ヒスシテ、断罪自ラ其当ヲ得ン。若シ或ハ已ヲ得スシテ拷訊ヲ用ユヘキモノアラハ、法官必ス先ツ司法卿ニ申請シ、其指揮ヲ乞フコトシ、以テ容易ニ拷訊ヲ用ユルヲ得サラシメ、証ニ依リ以テ罪ヲ断スルノ術熟シ、又更ニ警察官及ヒ一般人民ヲシテ、犯罪ヲ告発告訴セシムルノ方法ヲ設ケ、其練熟ノトキニ及ンテ断然拷訊廃止ノ大令ヲ下サハ、庶幾クハ名実相適シ、弊害起ラス、而シテ他日刑法ノ改正大成ヲ得ルモ此挙必スシモ補益ナカラス。依テ玆ニ改定律例第三百十八条ノ改正案ヲ具シ裁可ヲ乞フ。』と。(五) 明治九年六月一〇日輪廓附太政官布告八六号は、『改定律例第三百十八条左ノ通改正候条此旨布告候事』とし、『凡ソ罪ヲ断スルハ証ニ依ル若シ未タ断決セスシテ死亡スル者ハ其罪ヲ論セス』とした。(六) ここに証拠裁判主義が確立されたのである。つづいて、明治九年八月二八日輪廓附司法省達六四号は、『断罪証拠ノ儀ハ各其心得モ可有之候得共為念左ニ相示候条此旨相達候事　断罪証拠　第一　被告人真実ノ白状　第二　被告人又ハ其他ノ文通又ハ手筆ノ文書　第三　相当官吏ノ検視明細書　第四　証左及参考ノ陳述　第五　裁判所ヨリ任シタル鑒定人ノ報告　第六　証拠物品　第七　徴験（仏語アンヂス）　事実ノ推測（仏語プレソンプシオン、ド、プェー）　顕迹（仏語エヴィダンス）　第八　法ノ推測（仏語プレソンプシオン、レガル）　前件ノ証拠ニ

依リ罪ヲ断スルハ専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ』とした。(七) このようにして自由心証主義が確立され、自白必要主義が廃止されれば、法律制度としての拷問は存在理由を失ったことになる。明治一二年三月一四日大木司法卿から三条太政大臣ニ差出シタ拷訊廃止ノ儀ニ付上申と題するものは、次のように述べている。『罪ヲ治スルニ拷訊ヲ用フルハ、頑強弗率招承ニ服セサル者ヲ待ツ所以ニシテ、其要ハ口供ヲ甘結セシムルニ在リ。然ルニ罪ヲ断スル口供結案ニ依ルノ律ハ、九年第八十六号布告ヲ以テ改正セラレ、而シテ拷訊ノ法未タ除カス。拷具猶ホ載セテ図内ニ在リ。夫レ拷訊ノ法タル、専ラ漢土ノ律ニ基キ、参スルニ武断ノ慣習ヲ以テシ、罪囚苦楚ニ堪ヘス、誣服窺死ノ弊アリ。百般開明ノ世ニ在リ、独リ治罪ノミ如此ノ風ヲ存スルハ、欧米各国ニ愧アル言ヲ俟タスト雖モ、警察ノ方未タ備ハラス、証拠裁判ノ術未タ熟セス、遽ニ拷訊ヲ廃セハ、恐クハ陰険兇悪ノ徒、因テ以テ法網ヲ脱シ、反テ良民ヲ戕害スルニ至ランコトヲ。是レ罪ヲ断スル証ニ依ルト雖モ、仍ホ拷訊ノ法ヲ存シ、未タ断然廃止ノ令ヲ下サレサル義ト存候。抑〻嘗テ拷訊ノ濫用ヲ戒メ、推問上已ムヲ得ス之ヲ用ユルトキハ、其顚末ヲ具シ届出ツ可キ旨、七年当省第十九号ヲ以テ布達セリ。爾来届出ノ表ニ因リ、其用数ヲ験スルニ、七年九月以後三十九人、八年中七十一人、九年中十三人ニシテ、十年以後今日ニ至ル迄復タ一人ノ届出ナシ。拷訊ノ法存スト雖モ、其実已ニ措テ、天下ニ用ヒサルナリ。警察ノ方漸ク備ハリ、証拠裁判ノ術方ニ熟スルヲ見ルニ足ル。実地ノ経験如此ナルニヨリ、断然廃止ノ大令ヲ下サレ、惨酷ノ法ヲ除クハ、正ニ今日ニ在ル義ト愚考致候間、別紙布告案相添此段上申候也』と。(八) そこで、明治一二年（一八七九年）太政官布告四二号（一〇月八日輪廓附）は、『明治九年六月第八拾六号布告改定律例第三百拾八条改正後拷訊ハ無用ニ属シ候儀ニ付右ニ関スル法令ハ総テ刪除候条此旨布告候事』とし、(九) ここに、拷問の制度は全く廃止されたのであった。その過

程において、ヨーロッパ大陸における刑事訴訟の改革のそれと符合するものを認めることができるのである。

(ニ) 刑事弁護の制度　明治一二年に刑事弁護の制度が提案されたが二対一二で否決された。すなわち、『我邦今日詞訟ニ代言人ヲ許サルル者ハ、其能ク詞訟本人ノ情ヲ尽シテ、其権利ヲ暢ヘ、之ヲシテ枉屈ニ陥ラシムルナキニ在ルナリ。其社会ニ益アル亦少カラス。然リト雖モ、詞訟ノ関係スル所ハ、多クハ是レ財物金銭ノ得喪ニ過キス。之ヲ刑獄ノ関係スル所ニ比スレハ、其軽重大小固ヨリ日ヲ同フシテ語ルヘカラス。抑モ刑獄ハ栄辱ノ属スル所、死生ノ岐ルル所、裁判一タヒ其当ヲ失フトキハ、人其罪ニ非スシテ長ク囹圄ニ繋カルルノ苦ヲ受ケ、其甚キニ至リテハ身首処ヲ殊ニシ、復タ日月ヲ見サルノ慘ニ遭フヲ致ス。其関係スル所豈ニ至大至重ト謂ハサルヘケンヤ。然リ而シテ刑獄ノ原告タル者ハ、堂々タル官吏ニシテ、労力智識ニ富ムノ人ナリ。之ニ反シ其被告タル者ハ大概愚昧卑賤ノ民ナリ。其囚ハレテ獄庭ニ到ルヤ、畏懼ニ勝ヘス、自ラ其辞ヲ尽シ、其情ヲ明ニシ、以テ原告ノ論スル所ヲ破ルヲ得ルハ万ニ一ヲ望ムヘカラス。其ヲシテ呑恨泣冤ナカラシメント欲スルハ、蓋シ甚タ難シトス。知ル可シ、其代言弁護ヲ要スルノ切ナル、亦詞訟人ノ比ニ非ス。今ヤ我邦独リ詞訟ニ代言ヲ許サレ、未タ刑獄ニ之ヲ許サレス。豈ニ一大欠典ト謂ハサル可ケンヤ。因テ速ニ刑事代言人御差許相成度、御布告案相添ヘ此段上申候也』とする明治一二年六月二七日の磯部委員から司法省ノ会議ニ提出した刑事代言人を許すの議上申案と題するものがあった。(一〇) これに対して、『本案。刑事代言人ヲ許スニ付テノ立論ノ趣ハ、一概其利益アル部分ノミヲ称揚シ、嘗テ其弊害如何ヲ究メス。偏頗ノ説ト云フヘシ。蓋シ其利害得失ハ、其実施実験ヲ俟テ而後ニ知ルヘキナリ。之ヲ未然未発ニ嘖々スルハ、唯想像説タルヲ免サル而已ト雖モ、既ニ民事代言人ノ弊端ヲ今日ニ顕スハ、官民ノ共ニ承認スル処ナリ。代言人ニシテ既ニ民事ニ弊害アレ

ハ、亦必ス刑事ニ弊害アルヘキヤ昭々乎トシテ夫レ明白ナリ。況ヤ刑事代言人ハ民事代言人ヨリモ一層緊要ニシテ且ツ其利益居多ナルモノトセハ、其弊害モ亦当ニ居多ナルヘシ。且又本案自ラ辞ヲ尽シ情ヲ明ニスルヲ得ル云々ハ、従前圧制治下ノ悲況ヲ想像シタルモノニシテ、今日ノ罪囚ハ決シテ然ラス。大凡ソ今日ノ罪囚タルモノハ、狡猾ナラサレハ、必ス強戻ナリ。復タ従前畏屈黙順ノ徒ニ非ラス。故ニ其官吏ニ対スルヤ、剛者ハ其罪悪ヲ省ミス、飽マテ強情ヲ張リ、柔者ハ巧ニ詐弁ヲ弄シ、欺罔百端免レテ恥ナシ矣。既ニ然リ、何必シモ理アルノ辞ヲ自ラ尽シ、訴フヘキノ情ヲ自ラ明ニシ得ヘカラサランヤ。然ルニ今又代言人ヲ許サントス、恐クハ其弁護ハ罪囚ノ冤枉ヲ伸ヘ、其屈辱ヲ雪クニ適セスシテ、却テ其強戻狡猾ヲ媒助スルノ好具タランノミ、依テ現今裁判上其適度ニ於テ本案ヲ否トス』とする或る反対意見があった。明治一三年の治罪法第二六六条[一一]は、『被告人ハ弁論ノ為メ弁護人ヲ用フルコトヲ得　弁護人ハ裁判所々属ノ代言人中ヨリ之ヲ選任ス可シ但裁判所ノ允許ヲ得タル時ハ代言人ニ非サル者ト雖トモ弁護人ト為スコトヲ得』とし、ここに刑事弁護の制度の確立をみたのである。

(ホ)　検察制度　　明治五年（一八七二年）八月三日太政官は暫定的な司法職務定制を定めた。その第三一条は、『検事ハ裁判ヲ求ムルノ権アリテ裁判ヲ為スノ権ナシ故ニ判事ニ向テ意見ヲ陳スルニハ判事ノ取舎ニ任シ論断処決ハ判事ノ専任トシテ検事預ルコトヲ得ス』とした[一二]。つづいて、明治七年一月二八日輪廓附太政官達一四号検事職制章程司法警察規則第二章検事章程は、『検事ハ犯人ヲ検探シ良ヲ扶ケ悪ヲ除クノ職トス其章程左ノ如シ』とし、その第七条は、『検事ハ原告人ト為テ刑ヲ求ムルノ権アリテ裁判ヲ為スノ権ナシ判事ニ向テ断刑ノ当否ヲ論スルコトヲ得ス』とした[一三]。明治八年五月八日司法省達一〇号司法省検事職制章程中、司法省職制に、『卿一人　第一　諸裁判官ヲ監督

シ庶務ヲ総判シ及検事ヲ管摂シ検務ヲ統理スルコトヲ掌ル但シ裁判ニ干預セス』とあり、検事職制に、大検事以下『検事ハ非違ヲ案検シテ之ヲ裁判官ニ弾告スルコトヲ掌ル』とある。[一四] そして明治一一年六月一〇日輪廓附司法省達丙第四号は、『自今訟廷内ノ犯罪及ヒ審問上ヨリ発覚スル本件附帯ノ犯罪ヲ除クノ外ハ総テ検事ノ公訴ニ因リ処断スル義ト可相心得此旨相達候事』として、[一五] 公訴官の訴なければ裁判なし、とする主義を徹底させたのであった。

(ハ) 司法権の独立　明治八年四月一四日輪廓附太政官布告五八号の立憲政体の詔書は、『大審院ヲ置キ以テ審判ノ権ヲ鞏クシ』とし、[一六] 明治八年四月一四日輪廓附太政官布告第五九号は、『大審院被置候事』とし、[一七] 明治八年五月二四日輪廓附太政官布告第九一号大審院諸裁判所職制章程大審院章程第一条は、『大審院ハ民事刑事ノ上告ヲ受ケ上等裁判所以下ノ審判ノ不法ナル者ヲ破毀シテ全国法憲ノ統一ヲ主持スルノ所トス』とした。[一八] また明治一九年五月五日勅令第四〇号裁判所官制第一二条は、『裁判官ハ刑事裁判又ハ懲戒裁判ニ依ルニアラサレハ其意ニ反シテ退官及懲罰ヲ受クルコトナシ』とし、[一九] 明治二二年の大日本帝国憲法第五八条第二項は、『裁判官ハ刑法ノ宣告又ハ懲戒ノ処分ニ由ルノ外其ノ職ヲ免セラルヽコトナシ』とした。明治二四年五月一一日に大津事件が発生した。当時の大審院は、『右三蔵ニ対スル被告事件検事総長ノ起訴ニ依リ審理ヲ遂クル所、被告三蔵ハ当時滋賀県巡査奉職ノ身ヲモ顧ミス、今回露西亜国皇太子殿下ノ我邦ニ来遊セラルルハ、尋常ノ漫遊ニアラサルヘシト妄信シ、私ニ不快ノ念ヲ懐キ居タル所、明治二十四月五月十一日殿下滋賀県ヘ来遊ニ付、被告三蔵ハ大津町三井寺境内ニ於テ警衛ヲナシ、其際殿下ヲ殺害セントノ意ヲ発シ時機ヲ窺ヒ居ル所、被告三蔵ハ尋テ同所大字下小唐崎町ニ警衛シ居タリシニ、同日午後一時五十分頃殿下カ同所ヲ通行アラセラレタルニ当リ、此機ヲ失セハ再ヒ其目的ヲ達スルノ時ナカルヘシト考定シ、其帯剣ヲ抜キ

殿下ノ頭部ヘ二回斬リ付ケ傷ヲ負ハセ参ラセシニ、殿下ハ其難ヲ避ケントセラレシヲ、被告三蔵ハ尚ホ其意ヲ遂ケント之レヲ追跡スルニ当リ、他ノ支フル所トナリ其目的ヲ遂ケサリシモノト認定ス。右ノ事実ハ被告人ノ自白、証人甲ノ陳述、大津地方裁判所予審判事ノ作リタル検証調書、証人乙、丙、医師丁、巡査戊ノ予審調書及ヒ押収シタル刀ニ依リ、其証拠十分ナリトス。之ヲ法律ニ照スニ其所為ハ、謀殺未遂ノ犯罪ニシテ刑法第二百九十二条、第百十二条、第百十三条第一項ニ依リ被告三蔵ヲ無期徒刑ニ処スルモノ也』として、[二〇]旧刑法第一一六条[二一]を適用せず、ここに司法権の独立を確立したものとされている。

（一）　小早川欣吾、明治法制史論公法之部下巻（昭和一五年）一〇五九頁以下によれば、次のように説かれている。すなわち、明治初頭においてはとくに独立した刑事の訴訟手続法は存在しなかった。徳川時代における裁判取扱の諸手続が多くの場合、そのまま慣習的に踏襲されていたのであって、明治初頭の裁判手続は徳川時代のそれと大差なしと云っても過言ではない。元年正月に刑法事務総督がおかれこの刑法事務総督が『監察弾糺捕亡断獄諸刑律ノ事ヲ督ス』ることとなり、ついで二月にこれは刑法事務局と改められ同様の職掌を有したが、さらに刑法事務局は閏四月二十一日に刑法官と改められその被管として監察司、鞫獄司、捕亡司の三司を管し、長官である知事は『執法守律、監察糺弾、捕亡断獄』のことを総判したのである。さらに、二年七月に刑部省がおかれ、同年五月に弾正台がおかれたが、訴訟手続に関しては何等の個別的法令も出されなかった。最初の刑事訴訟上の手続規則と目すべきものは三年五月（二五日）に定められた『法庭規則』である、とされている。この法庭規則は、一三ヶ条から成り、白洲体裁の図を付している。次の如くである。すなわち、

一　糺問之節有位士庶人等之座席不致混雑可取扱事

一　判事以上出席吟味之節ハ事件掛リ之解部並史生両人見坐白洲ニ相詰可申事

但史生両人ニテ専ラ聞書致シ主要ノ処ハ解部ニ於テ可為加補事

一　大獄難獄ハ卿輔出座ノ事

一　罪人最初吟味之節ハ判事出座ノ事

一　下糺之節ハ解部鞫問シ史生聞書可致尤時宜ニ依リ丞出座ノ事

一　拷問ハ判事以上相議取計事

一　口書糺書トモ解部訂正之上丞ヘ出シ然ル後浄書可致事

一　吟味済之上口書書判爪印実印為致候節ハ判事□

但口書読上ハ解部取計之事

一　刑名宣告ハ判事為読聞候事

一　囚徒ヘ差入品之儀当番之解部是ヲ掌リ見座ニ厳重為相改書面相添囚獄方ヘ差遣シ候事

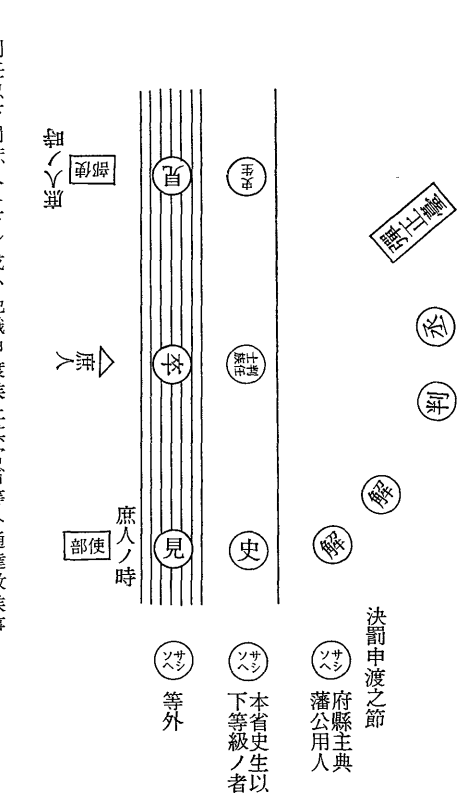
一　中少解部当番相定早出仕之事

一　犯科主謀之者吟味之節隔地連累ハ府藩県ニテ取調口書為差出符合致シ候得ハ咎之条件右府藩県ヘ相達シ為申渡軽キ謹慎押込叱差扣等ハ満日ニ至リ差免其旨当番ヘ可為届出事

但連累トイヘトモ重科ハ不在此限事

一　六位已上ハ座鋪吟味之事

白洲體裁



判任以下罰庶人ニ下シ或ハ免職申渡候上其官省等ヘ通達致候事

府県官員藩ノ公用人差添罷出候節ハ当人ヘ申渡之趣書付取調置省掌ヨリ相達差添人等外或ハ触頭類役等ノ節ハ本文之通リ取計候事

右之通庚午五月廿五日相定候事

としている（法令全書明治三年二〇七頁以下）。

（二）　法令全書明治五年一三三八頁。

（三）　断獄則例は二六ヶ条から成り、断獄庭略図解および算板図を付している。本文中に引用する第一則、第五則、第一〇則、第一四則、第一五則、第一六則、第一七則以外のものを挙げれば次の如くである。

第二則　会同ノ員判事一名検事一名解部一名判事専ラ推問ニ任シ解部口供ヲ登記シ検事傍ニ在テ査核ス（キフンノル）

第三則　推問ハ判事ノ専権タリト雖トモ或ハ他ノ案件アルニ遇フテ毎次莅ム能ハサル者ハ初席推問ヲナシ嗣後解部ニ委シテ究訊セシム

第四則　罪囚ヲ取勾スル預シメ囚ノ姓名及ヒ鞫訊スヘキ日時ヲ将テ囚獄官ニ告ケ押解セシメ之ヲ裁判所歇倉ニ停メ喚問ヲ俟タシム（ヨビダスヘ）（タマリ）（ヨビダノボンミ）

第六則　断獄ノ位置右ヲ上トシ判事柵欄ヲ距ルコト五尺解部判事ノ左リ中階ニ在リ検事判事ノ右斜メニ面ス各前ニ卓ヲ置キ椅子ニ踞ス解部見坐ニ命シテ囚ヲ牽テ柵欄ノ下ニ立タシム判事囚ノ貫趾姓名年令及ヒ祖父母父母ノ存没妻子ノ有無ヲ問ヒ方纔ニ其犯罪ノ顛末ヲ推訊ス解部囚ノ供ニ随テ之ヲ詳記シ案成リテ囚ヲ倉ニ回シ各官房ニ入ル解部式ニ依リ罪案ヲ草シテ判事ニ呈ス判事之ヲ検事ニ示シ再ヒ堂ニ陞リ囚ヲ喚ヒ供ニ照シテ覆審シ反異ナキヲ俟テ解部罪案ヲ読与シ拇印セシム（シアス）（クチヲカヘル）（ヨミワタシ）

第七則　推問解部ニ委スル者ハ余ノ解部一名之ニ副トシ検事前ヲ照シテ会同シ委任ノ解部専ラ推問シ副口供ヲ登記シ推問ニ関セスト雖トモ事理ヲ暢達スルコトヲ得可シ

第八則　解部推問シテ其実ヲ得獄成ラハ罪案ヲ判事ニ呈シ判事覆審シ拇印ヲ取ル第六則ノ例ノ如シ

第九則　初次推問ノ官員案未タ成ラサルニ他人代替スルコトヲ許サス若シ事故アリ代替スル者ハ推問ノ順次ヲ以テ替人ニ告知ス可シ（メヤス）（カワリアヒ）

第一一則　裁判官ノ親属朋友若クハ旧讎嫌アルノ人等獄訟ノ事アルニ遇ヘハ自ラ回避スルヲ聴シ他ノ裁判官之ヲ断決ス

第一二則　対問スヘキ同伴ノ罪囚已ニ他ノ裁判所ニ於テ事発シ見ニ推問ニ係ル者ハ軽囚ハ重囚ニ就キ少囚ハ多囚ニ従ヒ若シ

囚数相等シケレハ後発ノ者ヲ先発ノ者ニ送リテ併問セシム若シ両裁判所隔遠ニシテ併囚不便ノ者ハ各事発スル処ニ従テ帰断ス

第一三則　強盗人命等ノ重案ヲ推問スルハ其囚ノ供出スル所ヲ詳記シ毎次ニ其拇印ヲ責取シ以テ宿姦老賊ノ口供ヲ反異スルヲ防ク可シ

第一八則　流徒以下ノ人犯爾後悔悛（クイアラタムル）ノ情状見エサル者ハ写真ヲ為シ裁判所ニ収貯（トリオキ）シテ他日照査ノ便トス

第一九則　写真スヘキ人犯或ハ繋獄久シク或ハ疾病ニ罹リ頭髪乱レ鬚髯長シ面貌常ニ異ナル者ハ髪ヲ剪（サンキリ）シ鬚髯ヲ剃去シ禁子（ケンサ）若干名ヲシテ看守シ写真セシムヘシ

第二〇則　写真ノ紙背必ス囚ノ貫趾姓名年令罪科ノ概略年号月日及ヒ裁判官ノ姓名ヲ記（ウツ）スヘシ

第二一則　決配ノ罪囚其刑場所轄ノ地方官ニ告知スルハ流以下前一日ヲ以テシ死ハ前二日ヲ以テス可シ

第二二則　罪囚ヲ処決スルハ第六則ノ例ヲ照シテ定員堂ニ陞リ監視（ケンシ）ノ検部ト公同シ判事罰文ヲ読了テ刑場ニ解ス可シ

第二三則　死囚罰文ヲ読了ルノ後申告スル所アリト雖モ准理ヲナサス若シ其等親ヘ遺嘱（ユイゾク）等ニ係ルモノハ此限ニアラス

第二四則　律内ニ開（カキ）スル給没ノ贓物ヲ除クノ外強窃盗等ノ正贓現在スル者ハ失単ニ照ラシ事主ヲシテ親検セシメ是実（サウナクバ）ナラハ領票ヲ取リ憑（シアウコ）トシ之ヲ還給ス（ウケトリガキ）

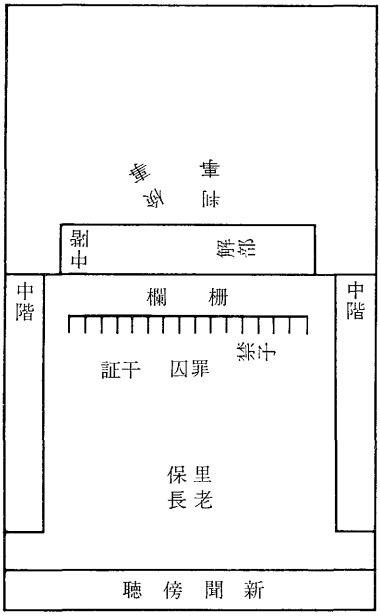
第二五則　第二則出堂ノ定員及ヒ第九則代替ヲ許サヽルノ条ヲ載スルト雖モ若シ賊夥衆多ニシテ疑難ノ獄ニ遇フ寸ハ或ハ代替シ或ハ増員シ必シモ規則ニ拘泥シ窒礙アルコト毋レ

第二六則　此編新律綱領司法職務定制監獄則罪案書式等ニ開載スル者ハ務メテ之ヲ略ス故ニ僅僅二十余則ニ過サルノミ

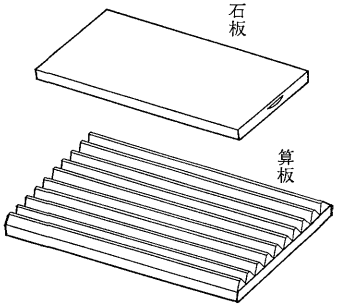
断獄庭略図解

堂ノ正面ヲ裁判官ノ坐位トシ庭中柵欄ノ下ニ一字横列スル者ヲ罪囚干証トシ其後ヲ里老保長トス又其後ニ在ル者ヲ傍聴人

新聞発兌人トス禁子囚ノ傍ニ在テ事ニ従フ



算板図



断獄則例補遺

一　断獄庭裁判官ノ位置如シ検事闕席スルトキハ特ニ検部ニ命シテ其権ヲ有シ代理セシム其判事ノ解部ニ於ケルモ亦之ノ如シ（法令全書明治六年一七一四頁以下）。

（四）　法庭規則、断獄則例について、とくに、細川亀市、明治初期の刑事訴訟法制の発達（昭和一四年）法学志林四一巻六号七四頁以下参照。なお、以下の叙述については、上掲書のほか、垂水克己、明治大正刑事訴訟法史（昭和一五年）法曹会雑誌一八巻二―三号、団藤重光、刑法の近代的展開（昭和二三年）一頁以下、花井卓蔵、林頼三郎著刑事訴訟法要義総則（大正一四年）中の序文を、主として、参照させていただいた。

（五）林頼三郎、刑事訴訟法要義総則（大正一四年）中の花井卓蔵序文八頁以下。
（六）法令全書明治九年六七頁。
（七）法令全書明治九年一四〇〇頁以下。
（八）花井卓蔵序文上掲一二頁以下。
（九）法令全書明治一二年七八頁。
（一〇）花井卓蔵序文上掲一四頁以下。
（一一）花井卓蔵序文上掲一六頁以下。
（一二）法令全書明治五年四八〇頁。
（一三）法令全書明治七年二六四頁以下。
（一四）法令全書明治八年一七五二頁以下。
（一五）法令全書明治一一年六二〇頁。
（一六）法令全書明治八年八一頁。
（一七）法令全書明治八年八二頁。
（一八）法令全書明治八年一〇一頁。
（一九）法令全書明治一九年一九〇頁。
（二〇）児島惟謙、大津事件手記（昭和一九年）一二六頁以下。
（二一）旧刑法第一一六条　天皇三后皇太子ニ対シ危害ヲ加ヘ又ハ加ヘントシタル者ハ死刑ニ処ス。

三　治罪法以後

明治一三年（一八八〇年）七月一七日太政官布告第三七号によって頒布された治罪法は、我国における近代的な内容をもった刑事訴訟法の最初のものである。法庭規則一三ヶ条、断獄則例二六ヶ条に対して四八〇ヶ条からなり、フランス法を模範として編纂されたものである。明治一二年九月二五日付の司法省上申は次のように述べているものといわれている。(二)すなわち、『曩ニ当省ニ於テ委員ヲ置キ治罪法草案ヲ編纂セシメ、数回討論ノ末、別冊ノ通脱稿致候ニ付、上奏候条、刑法草案ニ引続キ審査ヲ命セラレ度候、尤モ顕実適用候ニハ削除ス可キ条件モ有之候ヘトモ、草案ノ儀ニ付詳備ヲ旨ト致シ候ヘハ、此儀ハ予メ御承知置キ有之度、且又本稿ハ仏国法ニ淵源候儀ニテ、我文字ノミニテハ意義ヲ不尽ノミナラス、往々誤謬ヲ生シ候儀不少候、依テ法律字書編輯ニ著手致シ居候ヘトモ未タ脱稿不致、尤モ本稿ニ副ヘタル字書ハ別ニ可差出心得ニ候ヘトモ、先以テ御照合ノ為メ仏語本相添此段上申仕候也』と。裁判の公開（第二六三条、第二六四条）、弁護制度（二六六条）、弾劾主義（第二七六条）、公平の担保（第二七九条）、自由心証主義（第二八三条、第一四六条）、上訴制度等が治罪法で確立された。やがて明治二二年に大日本帝国憲法が発布され、翌二三年から実施され、イギリス・フランスの立憲制度を採り入れた三権分立の立憲政体が確立した。憲法の章条に応じて通常裁判所の構成を変更する必要を生じまた治罪法実施数年の経験は治罪法の不備欠陥を感じさせたために、新しく、明治二三年二月一〇日裁判所構成法が、また明治二三年一〇月七日刑事訴訟法（法律九六号）が公布され、共に同年一一月一日から施行され、治罪法は廃止された。ドイツではフランス治罪法に範を採って一八七三年刑事訴訟法第

一草案が、翌年第三草案及び理由書が現われ、一八七四年裁判所構成法第二草案と共に議会に提出され、一八七七年（明治一〇年）両法が公布され、そしてこれは理論的に整頓されたより合理的なものであったため、このわが国の両新法にドイツ法が加味されたが――主として裁判所の構成、管轄、抗告制度において――それでもわが国の裁判所構成法及び刑事訴訟法はいまだ深くはその影響を受けず、依然として治罪法（従ってフランス治罪法）の基礎に立っていたものとされている。(二) 治罪法から刑事訴訟法への推移の要点とされるもののうち、(イ) 裁判所の審級及び構成、(ロ) 闕席裁判の限縮（第二二六条、第二二七条、第二六六条）、(ハ) 不利益変更禁止の詳規（第二六五条）、(ニ) 控訴審の裁判（第二六一条）、(ホ) 抗告制の創設（第二九三条）、(ヘ) 再審の場合の拡大（第二〇一条）等に見るべきものがある。(三) 明治三二年三月二三日法律第七三号により、明治刑事訴訟法は修正され、そのうちで、官選弁護の可能性が拡大され（第一七九条ノ二追加）、有罪判決理由の要件（第二〇三条）が規定された。(四)

司法省は、明治二八年一二月には刑事訴訟法調査委員を設けて、刑事訴訟法の改正に着手した。大正一一年（一九二二年）五月五日法律第七五号により大正刑事訴訟法が公布され、大正一三年一月一日から施行された。旧刑事訴訟法がこれである。(イ) 弾劾式訴訟の主義を一貫し裁判所または予審判事は検事の公訴提起がなければ絶対に事件の審判を行なうことができないものとしたこと、(ロ) 被告人の当事者としての地位を確保しその権利利益を擁護する趣旨で幾多の規定を設けたこと、(ハ) 未決勾留に関しては人身の自由を尊重する趣旨で勾留日数の制限を定めその他多くの規定を設けたこと、(ニ) 予審中においても弁護人の選任を許し弁護人は予審手続に付き一定の範囲において之に参与することができるようにし、また公判においては弁護人は裁判長の許可を受け被告人、証人等を直接に訊問する権

を有するものとしたこと、(ホ)　公判を以って名実共に刑事訴訟手続の中枢とする趣旨で予審の目的を定め、予審をして公判の前提手続としての性質に戻ることのないようにしたこと、(ヘ)　特別の場合の外は被告人の出廷を公判開廷の要件とし闕席判決の制度を全廃したこと、(ト)　人の供述を録取した書類を証拠とするのは原則として法律に定めた的確なものに限り、その他のものは証拠とならないものとしたこと、(チ)　判決書には被告人または弁護人の主張した抗弁の重要なものに付き説明するのを原則としたこと、等、見るべき多くの改正点が含まれている。(五)

（一）　細川亀市、上掲七四頁以下。
（二）　垂水克己、明治大正刑事訴訟法史（二・完）（昭和一五年）法曹会雑誌一八巻三号五七頁。
（三）　垂水克己、上掲五七頁以下。
（四）　垂水克己、上掲六〇頁註六。
（五）　林頼三郎、刑事訴訟改正案成立の経過及要綱（大正一一年）法学新報三二巻三号一二九頁以下。

四　刑事裁判の近代化と国民の法意識

――その一例としての陪審裁判――

治罪法草案は重罪事件の裁判のために、陪審官を設けていた。ボアソナードの註釈には、『最モ至大ナル改正ハ重罪事件ヲ裁判スルニ陪審官（ジュリー）ヲ設ケタルコト是ナリ　此制度（エンスチチュシヨン）タル欧米諸国ノ法典ニ載スル所ニシテ或ル論者ハ日本ニ於テハ恐ラクハ尚ホ早カラント思考セシモ是レ日本ノ法制ヲ他国ノ法制ト同等（エクホー）ノ地位ニ置クニ於テ必要ナルカ如シ　新

法ハ早晩日本在留ノ外国人ニモ適用セラル可キ者ナリ然ラハ是等外国人カ本邦ニ在テモ亦自国ニ於テ公平ナル刑事裁判ノ最上ナル担保ナリト認メラレタル法制アルコトヲ知ルハ必要ナリ』(一)と述べられている。治罪法は、この制度を採用しなかった。同じく治罪法草案註釈第一篇ボアソナードの上書は、『該篇ニ就テ考レハ日本ニ在テ今尚ホ早キニ似タルニ因リ廃棄セラレタル諸点彼ノ陪審制度ノ如キモ時機ノ来ルニ於テハ更ニ採用スルコト有ル可キヲ以テ予メ之ヲ熟察玩味スルノ手段ヲ得可シ』としている。(二)

大正八年（一九一九年）七月二五日に臨時法制審議会に対し、総理大臣は、諮問第二号として、陪審法制定の可否、制定を可とする場合にはその綱領を如何にすべきか、を諮問した。大正九年六月二一日に主査委員長から『陪審制度ヲ採用スルコトヲ可トス、ト決定シ三十八ノ綱領ヲ議決シタ』という答申が臨時法制審議会総裁に提出され、此の三八の綱領は大正九年六月二八日の委員総会で全会一致で可決された。この答申が政府に対してなされると、司法省はその綱領に基づき陪審法案を起草し、成案を得て、これを第四五回帝国議会に提出し、貴族院において審議未了となり、更に些少の修正を加えて第四六回帝国議会に提出し、両院の通過を見て、大正一二年四月一八日に陪審法法律第五〇号が公布され、昭和三年（一九二八年）一〇月一日から実施された。(三)

陪審の制度を採用した理由について、時の政府は、『司法事務ニ関シマシテモ、或ル範囲ニ於キマシテ国民ヲシテ之ニ参与セシムルコトガ、立憲政治ノ本旨ニ適フ所以ナリト存シマスル、殊ニ輓近人文益〻発達スルニ伴ヒマシテ国民ノ国務ニ参与シマスコトハ、漸次其範囲ヲ拡メマスル傾向アル時ニ当リマシテ、単リ司法事務ニ関シテノミハ、依然トシテ国民ヲシテ無関係ナル地位ニ置カシムルコトハ、司法制度ト致シマシテハ十善ナリト申スコトハ出来ナイノテ

アリマス、又現行制度ノ下ニ行ハレマスル裁判ニ対シマシテ、敢テ国民ト致シマシテ、不審ヲ懐ク者ハ無イトハ存シマスケレトモ、国民ヲシテ裁判手続ニ関与セシメテ、裁判ニ関スル十分ノ理解ヲ得ルヤウニ致シ、又裁判ヲ常職トスル所ノ裁判官カ時ニ陥ラントスル所ノ情弊ヲ救ヒマシテ、以テ国民ヲシテ裁判ニ関スル信頼ヲ厚ク致シマシテ、裁判ニ対シマシテハ十分ニ帰服セシムルト云フコトカ、社会ノ変遷ト人心ノ趨向トニ顧ミマシテ、極テ緊急ナル事ト信スルノテアリマス』としている。(四)

我国の陪審法と欧米の陪審法との相異点について、当時、次の点が挙げられていた。(五) (イ) 我陪審手続は刑事事件に付てのみ行なう。英国では民事でも陪審にかかることにしている場合がある。(ロ) 我陪審法は罪の有無を極めることのみについて陪審の参与を認め、事件を起訴すべきかどうかについては、これを陪審の手にかけないことになっている。英国では起訴陪審も認めている。(ハ) 我陪審法では陪審は犯罪の事実が有るか無いかを判断してその意見を答えるのであるが、裁判所は必ずしも陪審の意見に従わなければならないものではない。英国では裁判官が陪審の決定を不当と認めればこれに再考を命じるのであるが、もし陪審で再考の末なお同じ決定をすれば最早裁判所は必ずそれに従わなければならないことになっている。また仏国では陪審の決定を不当と認めれば更に新たな陪審に付し、第二回目の陪審もまた同じ意見であればこれまた裁判所は必ずこれに従わなければならないのであるが、我陪審法では陪審の決定を不当と思えば何度でも陪審を更えることができることになっている。それは大日本帝国憲法では裁判は本職の裁判官が行なうことに定まっていて陪審員の意見で直に裁判をすることは憲法上許されないからである。ただ陪審員の意見に反対しては絶対に裁判を行なうことができないのである。(ニ) 欧米では陪審にかける刑事事件の種類を予

め法律で一定し、その事件に付ては刑期の長い短いを問わず必ず陪審に付することになっているが、我陪審法では死刑又は無期の懲役と云うように法律で一定の刑罰を課することになっている事件は被告人からの請求が有っても無くても当然陪審に付することになっている。しかし、そのような事件であってもある時期までは被告人において陪審にかけることを辞退することができるという主義を採っている。なお、それ以外の事件であっても長期三年以上というように法律に定めてある事件に限り、被告人から請求して陪審に付して貰うこともできるしまた前と同じくその請求を取下げることもできるということになっている。また外国では被告人の自白している犯罪事件であってもまた左様でなくても必ず陪審に付することに為っているものもあるが、我国では被告人が犯罪事実を認めたときはその裁判に陪審を用いないことになっている。(ホ)　外国の法制では陪審員は女子を採用している国も少なくないのであるが、我陪審法では男子のみに限り女子を採用しないことにしている。

ところで、陪審法実施後の実際の成績はどのようであったであろうか。陪審事件は法案起草当時は一ヶ年間一五〇〇件以上二〇〇〇件以下と予想され、その予定で準備も行なわれたが、一年後の成績では法定陪審事件の辞退が多く、請求陪審は甚だ少なく予想の一割にも達しなかった。陪審事件の少ない原因として、(イ)　陪審事件の判決に対しては控訴ができない、上告理由にも一定の制限がある。そこで陪審に付されるのは通常の裁判を受けるよりも被告人に不利益なこと、(ロ)　大都会以外の地方居住の被告人は、自己と同様の俗人から事実の判断を受けることを喜こばない傾向のあること、(ハ)　請求陪審主義を採用しながら、その訴訟費用の負担を被告人に命じる旨の規定を置いたことが挙げられている。(六)　また、一年後の陪審事件統計表に現われた特に顕著な事実として、(イ)　殺人として起訴された

事件、六四件の中、二五件が傷害と評決された事実、(ロ)　放火として起訴された事件、三二件の中、無罪となったものが八件あり、二割五分の無罪率を示した事実が指摘されている。当時の刑事事件一般についての無罪率は四分から五分位である。(七)

陪審事件はその後も減少の一途をたどり、昭和一八年に、ついに陪審法はその施行を停止した。

昭和三年から昭和一八年までの間において、陪審の評議に付された事件数は合計四八四件にすぎず、陪審法施行の翌年である昭和四年中が最も多く一四三件であり、昭和五年には六六件に半減し、昭和一三年以後は毎年一件乃至四件に過ぎなかった。その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したことにあるとされ、陪審辞退の理由として次の点が挙げられている。(イ)　陪審の答申を採択して事実の判断をなした判決に対しては控訴することができないのみならず、事実誤認を理由とする上告も許されないこと(第一〇〇条、第一〇三条)、(ロ)　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できること(第九五条)、(ハ)　陪審の評議に付しても被告人等が期待した程には多くの無罪判決が言渡されなかったという過去の事実、(ニ)　素人の判断に対する不安、(ホ)　陪審裁判手続の煩雑　(ヘ)　一般に訴訟費用が多額に上ること等がこれである。(八)

このように、我国において陪審裁判が育たなかったという事実は、国民の法意識、権利意識と無関係であるとすることはできないであろう。やはり、国民の法意識との関係を考えてみる必要のある一つの出来事であると考えられるのである。

(一)　司法省、治罪法草案註釈第一篇緒論六頁以下。

（二）　司法省、上掲、第一篇上書二頁以下。

（三）　小山松吉、陪審法制定の経過に就て（昭和四年）法曹会雑誌七巻一〇号二九八頁以下司法省編纂、司法沿革誌三六五頁以下大正一二年四月一八日陪審法法律第五〇号公布ありの項参照。

（四）　江木衷、原嘉道、花井卓蔵、陪審法審議編（大正一二年）六二八頁。

（五）　磯谷幸次郎、柳川勝二共著、陪審の常識一二頁以下。

（六）　小山松吉、陪審法実施後の成績に就て（昭和四年）法曹会雑誌七巻一〇号九頁以下。

（七）　佐藤竜馬、陪審事件統計（昭和四年）法曹会雑誌七巻一〇号三二三頁以下。

（八）　岡原昌男、陪審法停止に関する法律に就て（昭和一八年）法曹会雑誌二一巻四号一八頁。陪審法施行の成績を上掲一七頁以下によってみれば次の如くである。

区別 / 年度	法定請求陪審事件受理総件数			陪審の評議に付した総件数	
	法定、請求の別	刑法犯	特別法犯		
昭和三年自十月至十三月	法定請求	三〇九六	—	法定請求	二八△三
昭和四年	法定請求	一四二八一七	六	法定請求	一三三△三七
同五年	法定請求	一六九九三	二	法定請求	六六
同六年	法定請求	一九八一五	五	法定請求	五六△三一

同七年	請求	法定	二二七〇三	五	請求	法定	△四八一六			
同八年	請求	法定	二一二六二	四	請求	法定	△三四一一			
同九年	請求	法定	二二六九二	四	請求	法定	二四			
同十年	請求	法定	二〇八三	三	請求	法定	△一七一			
同十一年	請求	法定	二〇四三	五	請求	法定	△一六三			
同十二年	請求	法定	一九一七	六	請求	法定	△一三二			
同十三年	請求	法定	一七三二一	一	請求	法定	四			
同十四年	請求	法定	一四二四	二	請求	法定	△一三			
同十五年	請求	法定	一二三五	二	請求	法定	四			
同十六年	請求	法定	一二二九		請求	法定	一			
同十七年	請求	法定	一三五二四	七	請求	法定	△一一			

	法定	請求	法定	請求
計	二五、〇九七 四三	五二 —	四四八 △二四 一二	

（△印は陪審を更新した件数であって外数である）