明治初期の陪審制度論

北　井　辰　弥

一　はじめに
二　陪審という言葉
　1　和解本・和刻本における陪審
　2　辞書における訳語と語釈
　3　陪審という語への確定
　4　陪審裁判の傍聴
三　陪審制度をめぐる議論
　1　参座裁判
　2　新聞における陪審論
　3　治罪法編纂前
四　むすび

一　はじめに

日本の法制度・裁判制度の近代化は、すなわちその西洋化であった。御雇い外国人と西洋法の知識を携えた日本人によってこの近代化・西洋化が推し進められたことは改めていうまでもない。しかし、ただ闇雲に欧米の法律を日本語に翻訳し、拙速にそれを施行しようとしていたわけではない。[1] 制度の意義と現実の実行可能性を検討したうえで取捨選択がなされていたのであり、陪審制度はまさにその典型であった。あるいは、むしろ特異な例であるといった方がよいかもしれない。陪審制度は、幕末から明治初年にかけて比較的好意的に紹介されたが、ボアソナードが起草した明治一三（一八八〇）年の治罪法では、陪審制度だけが草案から削除され、ようやく大正デモクラシーという時代思潮のなか大正一二（一九二三）年の陪審法によって導入され、昭和三（一九二八）年から昭和一八（一九四三）年まで実際に行われたものの、現在では停止したままである。陪審制度がいかに日本に紹介され、拒絶され、受容され、実施され[2]、そして忘却されたかを考察することは、日本の刑事司法の本質を理解するうえで欠かせない作業であるであるように思われる。

このテーマについては、尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』（一九二六年）が嚆矢であり、今日でも最も重要な文献である。政治学者の三谷教授は、「欧米の陪審制がいかに日本に紹介されたかについての研究は…（同書）がほとんど唯一であり、今日にいたるまでそれを超える研究は出ていない。この問題については本論もまた全面的にこの研究に依拠し、それに若干の補足を行なうに止まる」としながら、陪審の受容段階につき独自の研究をこれに加え

ている。[3] さらに、法制史学者の利谷教授は「これ（三谷論文）に触発されて第一点（治罪法の草案段階に存在した陪審制度が、最終段階において削除されたこと）について若干の考察をつけ加えたい」として、治罪法の編纂過程を中心に研究をさらに深めている。[4] 今日まで研究者は各々の関心からこのテーマにつき検証作業を続けてきたように思われる。[5]

本稿は、幕末から明治初期にかけて、陪審制度がどのように日本に紹介されたかについて検討を加えるものであるが、基本的には尾佐竹猛の説明を出発点としながら、これまで研究が比較的手薄であった最初期に焦点をあて多少の補足を試みるものである。陪審の「紹介」という段階をどこの時期までとするかは難しいが、治罪法編纂前までを一応の考察範囲とした。

二　陪審という言葉

1　和解本・和刻本における陪審

陪審という言葉は、英語の jury の訳語であるが、これはラテン語 iurare（誓う）の過去分詞が名詞化した中世ラテン語 jurata に由来し、宣誓した者という意味である。かたや陪審は、そのまま読めば審理に付き添うというような意味であろう。どのようにしてこの言葉が使用されるようになったのであろうか。そもそも陪審という言葉は当初からの訳語であったのだろうか。尾佐竹猛によれば、「陪審制度の我国の書に見えし」最初は、嘉永七（一八五四）年の『美理哥国総記和解』の「人犯（おか）すこと既（すで）に斉（くちのそろふ）ときハ察院（さついんかね）兼て本地（そのとち）の衿者（わかいしゅとしより）を択（えら）び以（もつ）て審（ぎん）ミを助（たす）けしむ」という記述であるという。[6] この『美理哥国総記和解』は、アメリカ人宣教師E・C・ブリッジマン（Elijah Coleman

Bridgeman, 中国語名裨治文）が一八三八年にシンガポールで板刻させた『美理哥合省国志略』を魏源が『海国図志』に採録し、それをさらに正木篤が書き下した和解本である。これはペリー来航の翌年に江戸で出版されている。

ただし、尾佐竹が「此書は一八三七年…米人ブリヂメン、新嘉坡に於て万国地理書を著はしたのが原書にて、此書を阿片戦争にて有名な林則徐が属僚に命じて漢訳せしめ、魏源が輯録し『海国図志』と題して道光二十二年に出版し」と、ブリッジマンが『海国図志』の原書の著者であるかのように書いていた点は誤りである。『海国図志』の主たる原書は林則徐訳『四洲志』であるが、これはマレー（Hugh Murray, 中国語名慕端）の“An Encyclopaedia of Geography”（1834）を抄訳したものである。(7) なお、ブリッジマンの『美理哥合省国志略』は『海国図志』の五十巻本では、同じタイトルで、六十巻本からは『美理哥国志略』として採録されているとのことである。(8) 筆者が参照することができた百巻本でも『美理哥国志略』として採録されている。(9)

尾佐竹は、この「衿者」をjuryの訳語と推定しているが、注意しなければならないことは、同書では「衿者」という言葉が陪審の説明文以外でも「きんき」ないし「きんぎ」とルビ付きで頻繁に用いられており、陪審を説明する部分の「衿者」がjuryの訳なのか、それともpeople等の訳なのかは英語の原文が失われており、想像するほかないということである。例えば、「毎歳各部衿者来集会城欲至議事庁商酌一切」という中国語原文を正木は『美理哥国総記和解』において「毎歳各部（まいさいかくぶ）の衿者（きんき）来（きた）り集（あつま）りて城（しろ）に会（くわい）し議事庁（ぎじてふ）に至（いた）りて一切（いっさい）を商酌（しょうしゃく）せんと欲（ほっ）す」と読み下している。(10) ここでは「衿者」の左にもルビをつけて「わかものとしより」とその意味を説明している。(11) 一方、陪審を説明する前掲部分の原文は「人犯既斉察院兼択本地衿者以審助」であったが、正木はここでは「わかものとしより」ではなく「わかいしゅとしより」としていた。あえて表現を変えたと考えるのは深読みにすぎるかもしれないが、正木の読

み下しで注目すべきことは、おそらくは文脈から「衿耆」に「わかい」という解釈を加えたことであろう。「衿耆」は罗竹风編『漢語大詞典』では「儒士中的耆老」[12]、中文大辞典編纂委員会編『中文大辞典』では「有学識之老人也」とされており、それ自体で「わかい」というニュアンスは含まないようにも思われるからである。この点については、正木の和解本とほぼ同時期に出版された広瀬達の和解本は、趣を異にしており、この個所を「察院(ギンミショ)其土地ノ父老ヲ択ヒテ以テ吟味ヲ助ク」（実際のルビは左側）と原文の漢字から離れ「衿耆」という日本人になじみのない表現をわかりやすく「父老」にかえたが[13]、陪審の実体からはやや遠ざかってしまっている。

このブリッジマンの『美理哥合省国志略』は、一八四六年に書名を『亜美理駕合衆国志略』として広東で再刊され、さらに一八六一年には全面改訂され『大美連邦志略』として上海で刊行されている[14]。おそらく同年すなわち文久元年に、箕作阮甫はこれに訓点をほどこし『連邦志略』として出版したものと思われる。今なおしばしば誤解されているがこれは『海国図志』を重刻したものではない。この『亜美理駕合衆国志略』では、「審按之制、除審官外、有法師、議長、公民等。法師者、深通律法主理民之状詞暨代官詰問者也。至於議長与公民、乃係民間正直之人、平日民衆特選、以備審案者也[15]」とある。「審官」が裁判官、「法師」が検察官、「公民」が陪審であろう。もっとも、この部分にはルビもなく、箕作阮甫はただ訓点をほどこしたにすぎない。

2　辞書における訳語と語釈

尾佐竹は、辞書については、文久二年（一八六二年）の堀達之助編『英和対訳袖珍辞書』をあげていた[16]。そこではjury に「事ノ吟味ノ為ニ誓詞シタル役人」、juryman に「誓詞シタル人、誓詞シタル役人仲間」と訳語あるいは語釈

がつけられている。尾佐竹は「適当の訳字を得ざりものの如くである」[17]としていたが、この訳語の成立事情について考えてみたい。

そもそも、幕末の辞書を取り上げるのであれば、一連の蘭和辞書をまず参照するべきであろう。一七九六年の稲村三伯編『ハルマ和解』（江戸ハルマ）には、陪審にあたると思われる de gezworenen が取り上げられており[18]、その意味は「職人ノ集テ誓ヲ為ス」とされている[19]。本書は周知のとおり一七二九年のハルマの『蘭仏辞典』（第二版）を基本的には和訳したものであるが、原書では見出し語 Gezwooren（zweren の過去分詞が形容詞となったもの）のところに、定冠詞がついて名詞化した De gezworenen があり、オランダ語で beëdigde ambtlieden eener stad（都市の宣誓した職人仲間たち）と、そしてフランス語で Officiers jures d'une ville（都市の宣誓した役職者たち）と語釈がつけられていた。一八三三年のヅーフ編『道訳法児馬』（長崎ハルマ）では、「市中ノ政事ヲシタル役人」とされていた[20]。De gezworenen をまず役人の一種と理解し、そこから「政事」と連想したのであろうか。一八五五年—五八年の桂川甫周編『和蘭字彙』では宣誓というニュアンスが復活しているが、まるで「政事」と韻を踏むかのように「市中ニオル誓詞シタル役人」とされている。

そうするとこれらが「陪審」の最初の訳であったということになるのだろうか。ここで注意すべきことは、原著が刊行された一七二九年において、オランダはもちろんフランスにも陪審制はなかったということである。この De gezworenen は、おそらく、同業組合の親方たち（親方になるときには宣誓をした）を指すものであって、時代がくだってからこの言葉がイギリスやフランスの陪審を指す言葉としても使われるようになったと考えられる。最も古い稲村の『ハルマ和解』が比較的近い意味の訳を載せていたことになる。

『英和対訳袖珍辞書』に戻ると、juryもjurymanもその語釈はともに桂川の「市中ニオル誓詞シタル役人」と酷似することがわかる。『英和対訳袖珍辞書』は基本的にピカード（H. Picard）の“A New Dictionary of the English and Dutch Languages”（2nd 1857）のオランダ語の部分の和訳であるといわれているが、そこではjuryはde gezworenen, vergadering van gezworenen（誓った者たちの集まり）、jurymanはgezworene, lid der gezworenen（誓った者たちのなかの一員）と訳語と語釈がある。これは確かに陪審と陪審員を指すものである。堀はこれに「事ノ吟味」と加え、ピカードよりも正確に陪審を捉えているところは驚かされるが、先人たちの辞書を参照したため「役人」という表現が持ち込まれたものと思われる。尾佐竹が「適当の訳字を得ざりものの如くである」と感じたのは、訳語というより語釈であることと、このような成立事情に理由があるように思われる。

なお、わが国最初の本格的仏和辞典である元治元（一八六四）年の村上英俊編『仏語明要』ではjuréに「盟人」の訳語があてられていた。語釈がないのでどこまで中身を理解していたかは疑問であるが、陪審を指すものであることは間違いない。明治四（一八七一）年の『官許 仏和辞典』では、juré「吟味ノ為ニ誓詞シタル役人。訟師」と語釈と訳語が並んでいるようにも読める。明治六（一八七三）年の柴田昌吉・子安峻編『英和字彙』になるとjuryは「陪審官（詞訟糺明ノ為ニ誓詞シタル人々ニテ法例ニ依テ之ヲ選挙ス）」とされ、ようやく訳語と語釈が並ぶようになるのである。

3　陪審という語への確定

尾佐竹によれば、我が国の出版物に「陪審」という言葉自体が現れるのは、慶応二（一八六六）年の『智環啓蒙塾

課初歩』である。これも中国で出版された英漢対訳本の和刻本である。[21] そこには「陪審聴訟一例乃不列顛之良法也」と陪審の語がみえる。尾佐竹は「これにて陪審の訳語は確定したのである」[22] という。もっとも、尾佐竹は『智環啓蒙』の和解本である明治五（一八七二）年の瓜生寅『啓蒙智慧ノ環』の「立合役」、翌年の広瀬渡・長田知儀『智環啓蒙和解』の「立合人（ジューライ）」を紹介し、これが慶応二（一八六六）年の福沢諭吉『西洋事情』の「立合ノモノ」に基づくと推測しているし、尾佐竹は中村正直が明治六（一八七三）年の『共和政治』において「陪坐聴審（たちあひのぎんみ）」「陪審（たちあひ）」としたことについては「智環啓蒙の系統たる熟語を用ひ、訓には福沢系統の語を用ひてある。而して陪審とは陪坐聴審の約の如く解してある」と分析している。[23] さらに、津田眞道の慶応三（一八六七）年の『泰西国法論』の「断士」「誓士」、明治四（一八七一年）の加藤弘之『国法汎論』の「誓士」がいま一つの系統の訳語として認識されている。[24]

尾佐竹自身このように三系統の翻訳例を知っていたのであって、慶応二年の時点で完全に「確定」したと理解していたわけではないように思われるが、鈴木券太郎は、『東京朝日新聞』の「学界余談・陪審といふ訳語（上・中・下）」（一九二八年一〇月七日、八日、九日）において、「『陪審』といふ訳語の確定したのは、一八五六年英人ゼームス・レッグが支那で出版した英漢対訳の『智環啓蒙』が最初のやうに説く人がある」とおそらく尾佐竹を批判している。

鈴木は、陪審という言葉が採用された事情について「これは、レッグより先輩にてロンドン伝道会派遣宣教師たるメドハーストが、一八四七、八年に編さん出版したる『英華辞典』に、jury を訳して『陪官審事者』」としたものをレッグが参照したと推測している。さらにこれが吉田賢輔編『英和字典』（一八七二年）にも採用されたという。[25] しかし、メドハースト（W. H. Medhurst）の“English and Chinese Dictionary”(1847–1848) では jury には「発誓審真之人」の訳語があてられており、吉田の訳と混同したのではないかと思われる。

尾佐竹に言及がなく鈴木が取り上げているものは、慶応四（一八六八）年ホンブランク著・鈴木唯一訳『英政如何』の「吟味方」[26]、明治六（一八七三）年ブラックストーン著・星亨訳『英国法律全書』の「ジューリー」、同年のドラクルチー著・大井憲太郎訳・箕作麟祥閲『仏国政典』の「陪審」「陪審人」、前掲の柴田・子安編『英和字彙』の「陪審官」、明治九（一八七六）年小林雄七郎『百科全書法律沿革事体』の「会審官」[27]「同等会審」、明治一二（一八七九）年テリー著・島田三郎訳『法律原論』の「陪審」、明治一九（一八八六）年加太邦憲・藤林忠良編『仏和法律字彙』の「陪審」「鑑査官」である。鈴木は、これらの考察をふまえ「日本において『陪審』といふ訳語が略ぼ地歩付けられたるは、恐らくは『仏国政典』あたりからだ」と結論づける。慶応義塾に学び国家主義的ジャーナリストとして知られた鈴木が、陪審制度の実施直後にその訳語についてこれだけの関心があったということもまた興味深い事実である。

4　陪審裁判の傍聴

言葉の問題からはすこし離れるが、尾佐竹は日本人が陪審裁判を実際に傍聴した最初の例についても考察している。尾佐竹は、岩倉使節団の一行が明治六（一八七三）年一月二〇日にパリの重罪裁判所で陪審裁判を傍聴したことに関する久米邦武『特命全権大使米欧回覧実記』（以下『回覧実記』）の記述にふれている[28]。もっとも、陪審に言及する『回覧実記』の記述はこれが初めてではない。傍聴はしてはいないが、明治五（一八七二）年九月三日にマンチェスターの巡回裁判所を見学しており、法廷の様子を説明するなかで「裁判職ニ面シテ、『ヂユリー』ノ席アリ、次ニ代言人（ローヤル）左右ニ振分レ、中央ヲ高クシテ、原被告人ノ席トナス、断獄ノ間ニハ、此間拵（こしら）ヘ厳（おごそか）ニテ、銕欄ヲ匝（めぐら）ス、罪人ヲ此ニ出ス、左ニ『グラントヂユリー』ノ席アリ」と陪審だけでなく大陪審の存在にも注意を払っていたのである[29]。

三日後の九月六日には、マンチェスターの「ポリス・コート」において一行は実際の裁判を傍聴している。『回覧実記』には「此日ハ、時計ヲ盗ミシ罪犯一人、『ステーション』其外ニ於テ、窃盗ヲ働キシ、夫婦ノ罪犯ヲ、巡査ノ捕へ来リテ、審問中ナリシニヨッテ、姑ク裁判役ノ席ニ於テ、之ヲ聴聞セリ」と窃盗事件を傍聴したとある。[30] ここでも「此訟庭ノ位置ハ、巡査ハ証人ノ席ニ出ル、罪人ハ中央ノ席ニ、巡査ノ付添ニテ出ル、『ヂュリー』ノ席ハ、壇ノ前ニ羅列ス」と細かく法廷内の様子が描写されている。しかし、代言人の文字は見当たらず、一方で「『ヂュリー』ハ府中ノ人民ヨリ公選シ、常ニ審問ノ席ニ列座シ、立会ヲナシ、務メテ罪人ニ荷担シ、其罪ヲ末減スル道ヲ求メ、罪人ニ代テ辨駁ヲナスヲ心得トス」と陪審員が被告人を弁護するかのような記述がある。イギリスの法廷は、伝統的に法壇の前はバリスターの席であるし、陪審員は被告人のために決して弁護などはしない。続けて「『ヂュリー』ハ罪人ヨリノ申分ト、証人ノ申口トヲ、十分ニ聞済シ、審問一応スミタル後ニ、裁判役ニ向ヒ、罪人ニ代リ、口ヲ極メテ其辨明ヲナシ」と説明することから、刑事弁護人と陪審員を完全に混同していることがわかる。本件が警察裁判所の軽微な犯罪であることと、陪審員らしい別の集団についての記述も一切存在しないことから、これが陪審裁判であったかは疑わしい。ともかく、「窃盗ノ愚人ヲシテ、冗長ニ申開キヲナサシメンヨリ、『ヂュリー』代リテ、明快ニ辯明スレハ、罪人モ甘心シ、又審問人モ煩冗ヲ省キ、簡便ノ法ナルヲ覚フナリ」と、[31] 当事者主義と刑事弁護人制度の有用性を初めて評価した記事であるとはいえよう。

尾佐竹が指摘するように、岩倉使節団一行が陪審裁判を初めて傍聴したのは、おそらくパリの重罪裁判所であったように思われる。『回覧実記』は、「代言師アリテ、罪人ニ代リテ辯」じる刑事弁護人制度、「『ヂュリー』アリテ其情偽ヲ審聴シ、是カ允諾ヲ待テ、後ニ罪情ヲ定」める陪審制度、「証人アリテ其事実ヲ当面ニテ保証」する証人制度、

「必ス数人ノ裁判役ニテ聴」く合議制につき、それぞれ利点を認めているが、これらを日本で行うことは「蓋シ亦難キモノアリ」と日本での実行可能性に疑問をなげかける。例えば、陪審制度については「官ヲ恐レテ唯唯スルニ過キス、其強項敢言ノ者ヲ選スルトモ、法理ニ闇ク、道徳上ノ論ト葛藤ヲ繁クシ、必ス互ニ相諍論シテ、不用ノ地ニ言ヲ労セン」という。陪審は日本人の国民性になじまないというのである。そして、上記の刑事司法制度については「西洋ノ良法善制ヲ取テ、之ヲ東洋ニ行フニハ、其形跡ヲステテ、其旨意」だけをとるべきだと提言がなされている。(32)イギリスで裁判を傍聴した時の多少不正確ながらも素朴な好意から、ここでは一変して、日仏両法制度をかなり専門的かつ正確に分析したうえで、日本への導入の是非について慎重論が唱えられている。利谷教授は、こうした主張が久米個人の見解というより「使節団のかなりの人の共通の見解」であったとしながら、(33)さらに「当時パリに在った井上毅や鶴田皓もその見解の形成に参与」した可能性があると指摘し、ここに井上の陪審反対論の原点を見出しておられる。

さて、史料上確認できる陪審裁判の傍聴はこれが初めてかもしれないが、この時期すでに海外で法律を学ぶ者たちがいたことも忘れてはならない。そうした者たちが陪審裁判を傍聴した可能性もあるのではなかろうか。明治三(一八七〇)年一二月には、児玉淳一郎は「太政官の命により刑法科勤学として同国に渡航しワシントン府裁判所に出入して司法事務を見習」い、「会　岩倉全権大使の一行同府に渡航するや大使より司法理事官佐々木高行の米国法律取調に関する事務を手伝ふべきことを命ぜら」(34)れたという。岩倉使節団はワシントンを一八七二年六月に発ったが、児玉は、同年すなわち明治五年一一月、正院に「断訟定獄之事」と題する陪審制導入を含む建言書を提出している。(35)佐々木らに対してどのような手伝いをし、そこでどのように陪審が話題となったかは定かではないが、すでに「裁判

所に出入」していたようでもあるし、そもそも実際の陪審裁判を傍聴もせず、その採用を建言するはずはないようにも思われる。

三　陪審制をめぐる議論

1　参座裁判

児玉の建言書が政府においてどのように取り扱われたかは明らかではないが、ここでは、明治初年の二つの参座事件を取り上げ、政府における陪審に対する議論の推移を検討したい。尾佐竹は「明治政府の要路に立ちし維新当局者の意気込の凄じさは今よりは殆んど想像も及ばぬ位である。…欧米文化の吸収は只だ其遅れざらんことを是れ競ひ、江藤新平が誤訳も厭ふ処にあらず只だ拙速を貴べとて、仏国民法の翻訳を命じ…之を日本民法と書替へて直ちに実施せんといひし如き、以て其一斑を知るべきである。此の如き時勢に於て、陪審の試みともいふべき、参座等の制度の設けられしは、怪しむに足らない」[36]と述べている。確かに、刑事司法は条約改正にも直結する問題であって、日本法の近代化における外国法の受容という側面もあるが、それだけではない。江藤新平の名前が示すように、明治六年の小野組転籍事件（富商小野組の東京転籍を京都府が認めなかったため、裁判所がこれを容認する判決をくだしたところ、京都府知事長谷信篤と参事槇村正直がこれを無視したため、違令条例違反として刑事裁判に発展したという事件）は、司法と行政との衝突であり、中央と地方との抗争であり、薩長と土肥との確執にも関わるものであった。そうした争いのなかで、司法権の本質もまた問われたのである。

小野組転籍事件では、最初の違令条例違反について、長谷も槇村も裁判を欠席し、これに対する贖罪刑判決にもしたがわなかったので、再び、司法省が違令条例違反として起訴しようとしていたところ、太政大臣三条実美は司法省の後ろ盾ともいうべき参議江藤新平に「臨時裁判所」による事態の収拾を提案し、いったんはその方向での処理が決まりかけたが、結局、京都府、司法省双方から反論が出て、これも行き詰ってしまった。(37) そこで司法省大輔福岡孝弟は、明治六(一八七三)年九月一五日、三条実美に「各国ニ於テモ裁判所ニ陪審ヲ備ヘ裁判ノ公ナルヲ証シ候義有之。向後凡ソ人民ヨリ官ニ係ルノ詞訟且官ト官トノ間ニ起リ候争訟等ヨリ刑法裁判ニ及候節ハ正院左院或ハ大蔵省等ヨリ其官員ヲ出シ陪審之任ニ備ヘ司法裁判ノ不公ナキヲ示シ度儀ニ候…」と「陪審ノ儀付伺」を上申したのである。(38)

尾佐竹は「差掛かつた事件を控へ、俄かに陪審規則を制定せんといふが如きは、明治初年の時勢を知らなければ到底理解することは出来ない」(39) というが、ただ外国の制度を拙速に導入しようとしているわけではないだろう。津田眞道が明治七(一八七四)年の「拷問論」において「余ガ司法ニ官タルヤ曾テ松本水本清岡ノ諸君ト法朗西治罪法ニ依リ我帝国ノ治刑法ノ草案ニ従事シテ頗ル拮据黽勉ス後ニ聞ク余ガ免官ノ後其事中止スト」とあるように、(40) すでに、司法省内でのフランスの制度の研究はすすめられていたし、福岡自身も慶応四年の『政体書』の起稿においては、「北米合衆国ノ制度ヲ漢訳シタ『連邦志略』トイフ書物ヲ参考シタ」(41) と述べており、今回英米型の陪審を念頭に置いていたとは思えないが、福岡も一定の知識は有していたはずである。

一方で、「正院左院或ハ大蔵省等ヨリ其官員ヲ出シ」というところからすでに、「各国」における陪審とは異なっている点には注意が必要である。陪審という言葉は用いながらも（あるいはもともとの字義通りに）、司法省も太政官も、かつて幕府で行われた五手掛（官爵ある重き身分の者の犯罪及び国家の大事に関する事件を糺問するために臨時に設けられ、寺

社・町・勘定の三奉行に大目付・目付各一名が列席した[42]をさらに拡大したものを想定していたようにもとれる。当時の知事はあたかも旧大名の後継者のごとき地位にあったことを忘れてはならない。もちろん両者を完全に同列に扱うことはできないが、様々な事情から通常の裁判の実効性・公平性が確保できない場合には、このような方法は裁判を政治化すると同時に、かえって判決の正統性・実効性が担保されるのである。また、士族にとっては同輩裁判という側面がさらに正統性を保障したようにも思われる[43]。

ともあれ、これに対し正院は九月二二日に陪審設置を容認すると同時に「臨時裁判所ニ於テ糺問ノ儀者陪審被相設候ニ付右規則等被定候迄可相見合」[44]と司法省にはしばらく待つようにと達した。しかし、その後も、なかなか陪審規則が司法省に示されず、長谷、槇村の両名の捕縛の許可が下りないことに業を煮やした福岡は、九月三〇日に理由書を添えて陪審裁判の取り下げを求めている。「一字入公門」ではないが、一度訴えた（しかも許された）ものがそう易々と取り下げられないことは承知の上だろうが、捕縛の許可あるいは当初の臨時裁判所の裁判開始を早めるため、ゆさぶりをかけたのかもしれない。いずれにせよ、御沙汰が遅いという理由ではなく、もっともらしい理由が必要であった。その理由書は実に注目すべきものであり、省略せず全文を紹介する（なお、適宜、句読点やルビをつけた[45]）。

西洋各国陪審ノ制広ク之ヲ平民中ヨリ撰択シ、毎区其陪審タルベキ人名ヲ登列シ、年藉ヲ作リ、歳終之ヲ裁判所ニ出シ、以テ明年ノ開会ニ具フ。官吏タル者ハ陪審ヲ兼ルコトヲ得ズ。

まず冒頭では、伺書で設置を求めた官吏による陪審というものが西洋の市民からなる陪審とは根本的に異なってい

ることを指摘しながら、全国規模の陪審員名簿の作成などの必要性も示唆する。そして、つぎに陪審制度の沿革が論じられる。

> 蓋陪審ハ宣誓人ノ義ナリ。仮ニ審判ニ陪列シ、特ニ神明ニ誓ヲ宣ベ、以テ誠ヲ表シ、其霊知ヲ以テ罪ノ有無ヲ決スルモノトス。上古猶太（ユダヤ）希臘羅馬ノ際已ニ類似スル者アリ。中古日耳曼（ゲルマン）軍法ニ於テ其制稍定リ。其法後ニ英国ニ伝テ全ク備ル。大陪審アリ小陪審アリ。凡訟獄皆陪審ニ依テ裁判ヲナセリ。仏国ニ於テハ今ヲ距ル八十年前始テ英国ノ法ニ倣ヒ大小陪審ヲ設ルノ法ヲ議定ス。拿破崙（ナポレオン）治罪法ヲ定ルニ至テ、務テ陪審ノ勢ヲ殺ギ、大陪審ヲ廃シ、特ニ小陪審ヲ置キ、重罪ニ於テ之ヲ用フルト雖モ其形ヲ存シテ其実ヲ奪ニ観美ヲ為スニ過ザルノミ。

この部分は、井上毅の「陪審考」（草案）の「陪審沿革」の部分に酷似する。そこで井上は「陪審、原名ハ如力（ジュリー）、如力トハ、宣誓人ノ義、国民官吏ニ非スシテ審判ニ陪列スルヲ以テ、特ニ神明ニ宣誓シテ、誠ヲ表ス、故ニ宣誓ノ名アリ、陪審ハ義訳ニシテ、直訳ニアラズ…上古猶太及ヒ希臘羅馬以来、已ニ類似スル者アリト雖モ…中古日耳曼人ノ軍士ノ訟獄ヲ決スルニ…軍士中犯人ノ同例タル者…其廷ニ陪列セリ、其法後英国ニ伝ヘタリ…大陪審アリ、小陪審アリ…仏国ニテハ…今ヲ距八十年前、英ノ法ニ倣ヒ、大小陪審ヲ設ルノ法ヲ議定セリ、那破倫治罪法ヲ定ルニ至テ、務テ陪審ノ勢ヲ殺ギ、大陪審ヲ廃シ…小陪審ハ其形ヲ存スト雖モ…観美ヲ為スニ過ザルノミ」(46)と述べていたからである。九月六日にフランスから帰国したばかりの井上がこの理由書の作成にかかわったものと考えられる。つぎに、理由書はフランス法およびイギリス法の実態を明らかにする。

抑仏国法ノ如キ日代ノ職アリテ訟獄ノ法ヲ敬慎シ、広ク警察司ヲ布テ警察探索ノ方ヲ遍クシ、代書人代言人アリテ原被告人答弁防護ノ説ヲ尽ス。加之控訴ノ方ヲ恢張シテ圧制威逼ノ弊ナカラシム。裁判上心ヲ用ル丁寧反履行ノ如シ。陪審ヲ設ケナシト雖モ其冤枉ナキ断ジテ知ベシ。惟欧州各国民権ノ強盛ナルヲ以テ其古来沿習慣用スルモノ之ヲ廃棄スルコトヲ得ベカラズ。故ニ拿破崙陪審ヲ置クト雖モ大ニ其勢ヲ殺ギ只其形ヲ存ス。盖シ其無用ニ属スルヲ以テナリ。

ここも井上がフランスで学んだばかりの知識を披露しているとみることができる。フランスでは、検察官と全国的な警察組織、代訴士と弁護士が存在し、法廷では当事者主義的に攻撃防御がつくされ、さらに上訴の制度もあるのだから、陪審がなくても冤罪が発生するおそれはないが、ただヨーロッパ各国では国民の力が強いため、古来の慣習を捨てられないだけであるという。ナポレオンが陪審の範囲を制限したのは、陪審制度がそもそも無用だからであるという。

又聞英国ノ法陪審十二人ノ説同一ナルヲ待テ犯罪ノ有無ヲ決ス。陪審会議ノ室ニ入ヤ兵士ヲシテ看護セシメ、厳ニ他人ノ出入ヲ禁ジ、飲食ヲ与ヘズ、論并刻ヲ移スニ至レバ飢渇ノ患ヲ免レズ。故ニ気力強壮ナラザル者ハ其困苦ニ堪ヘズ。大抵雷同付和シテ自己ノ意見ヲ貫徹スル能ハスト。議論ノ一定セザルヲ憂ヒテ此法アルニ至ル。実ニ可駭可笑如。此ハ陪審ノ設ケ特ニ無用ナルノミナラズ弊害亦大ナリ。

つぎにイギリスの陪審制度についての伝聞として、陪審員の全員一致評決を求めるあまり、陪審員を評議室に隔離し、飲食を禁止したりするので、陪審員は苦しめられ、たいていは他人の意見に流され、陪審は無用であるばかりか弊害もまた大きいとの説明がなされる。この部分はイギリスの陪審に対する多少の誤解も含むが、これも井上の「陪審考」（草案）に酷似する。そこで井上は「『ハンリーセリエ』氏曰、英ノ法闔員同説アラサレハ、罪ヲ決セズ…英国相法ノ旧法、更ニ甚タ野僻ナル者アリ、十二人一議ニ叶同スルコト、其実或ハ難シ、是ニ於テ一ノ方便ヲ設ケ、陪審室ニ入リ議決セサルノ間ハ、戸ヲ鎖メ…饑ルモ食ヲ与ヘズ…時移リ日傾クノ後、其弱キ者久シク居ルニ堪ヘス、大抵它ノ説ニ留同シ、強固執拗ナル者、毎常勝ヲ占ムル而已(47)」と書いていた。井上がフランス留学中の講義を受けたアンリ・セリエの話しということであるから、本理由書に井上が深く関与していることはこれで間違いないだろう。

方今吾国検事ノ官ヲ置キ、警保ノ職ヲ設ケ、又越訴ノ律ヲ廃シ、以テ上告ノ路ヲ開キ、裁判所ノ法制其大綱略挙ル。然ドモ其完全セザルモノ猶多シ。未ダ全国中ニ裁判所ヲ置ク能ハズ。未ダ毎区ニ警察官吏ヲ布ク能ハズ。未ダ代書人代言人等ヲ設クル能ハズ。拷訊法ノ如キ圧制ノ者ト雖モ猶未ダ之ヲ廃スル能ハズ。夫全国裁判所ヲ分置シ、判事検事ヲ派出シ、以テ告訴糺弾ノ法ヲ整ヘ毎区警察官吏ヲ布キ以テ探索捕亡ノ方ヲ遍クシ、蹤跡証憑已ニ明カナレバ老奸巨猾ト雖モ其情ヲ逃ル能ハズ。是ニ於テ始テ拷訊ノ法ヲ廃スルヲ得ベシ。又代書人代言人ヲ設ケ備ハリ以テ原被告人答弁防護ノ道ヲ尽シ、無知蠢愚ノ細民ト雖モ其情事ヲ貫徹スルコトヲ得テ其所ヲ失フ者無ラシム。以上諸件今日ニ在テ最大急務トスル所ナリ。陪審ノ如キニ至テハ固ヨリ必須トスルモノニ非ズ。若シ必ズ陪審ヲ設ケント欲セバ前条ノ諸法完全スルヲニ竢テ始テ之ヲ議スベシ。今其急務ヲ措テ問ハズシテ、直チニ必

須ニアラザルノ陪審ヲ設ケントスルハ緩急先後ノ序ヲ量ラザルモノナリ。

ここでは、日本に目を転じて、明治五（一八七二）年の「司法職務定制」により、制度の大綱は示されたものの、地方官の抵抗により府県裁判所の設置、捕亡事務の地方から国への移譲がなかなかすすまない実情が明らかにされる。これはまさに司法省と京都府との争いの背景でもある。もちろん、京都には京都府裁判所は設置されていたが、明治六年の時点では、府県裁判所がすべての府県に設置されていたわけではない。注目すべきことは、ここで拷問を「圧制ノ者」と断言したことと、法整備が備わって初めて拷問が廃止されると説いたことである、司法省における拷問廃止論の先駆けである。(48) さらに、刑事弁護人制度の導入も視野におきながら、陪審の導入は必須ではないとする。まずは拷問を廃止するための法整備こそが先決だというのである。なお、拷問と陪審の関係は井上の関心事の一つであった。(49)

且陪審ヲ選択スルノ法固ヨリ臨時怱卒ト出ルモノニ非ズ。之ヲ平民中ニ撰ンデ官吏ノ兼任スルモノニ非ズ。又其法全国一般犯罪ノ為メニ設クルモノニシテ、独リ官員犯罪ノ為メニ設クルモノニ非ズ。今官員中ニ就テ臨時仮ニ陪審ニ充テ之ヲ官員犯罪ノミニ用ヒントスルハ、其名同クシテ其実各国ノ法ト殊異背馳ス如。此ハ陪審ノ趣意ヲ失フノミナラズ、事務上ニ裨益ナクシテ徒ラニ紛冗ヲ醸スノ患アランカ。因テ之ヲ熟考スルニ陪審ハ英仏諸国ニ於テモ猶無用ニシテ弊害アリトナス。況ンヤ彼我国体不同民情亦殊ナリ。固ヨリ彼国ノ人民ニ対シテ陪審ヲ設クルニ倣フニ及バズ。且ツ今日急務未ダ挙ラズ、法制未ダ備ハラザルノ時ニ於テ此無用ノモノヲ設ルハ、恐ラク

ハ得不償失法ノ善ナル者ニ非ズ。是陪審ノ議ヲ廃セント欲スル所以ナリ。謹デ議ス。

結びとして、陪審員の選出のための制度もまったく整っていないし、官吏による裁判は本来の陪審ではないし、また官吏の犯罪のためだけの裁判も陪審とは呼べないとたたみかける。さらに、フランスやイギリスでも陪審は無用かあるいはそれ以上に有害なものとされており、さらに国体も民情も異なるのであるから、陪審は不要であって、[51]他の法整備が先決であるという。この理由書は尾佐竹が「立派なる反対論」と驚いたように、[52]徹底した陪審反対論であり、フランスから帰国したばかりの井上毅が深く関与したものと推定される。官吏による陪審を主張してわずか二週間での変貌ぶりであるが、取り下げ要求自体は政治的な駆け引きの色合いが濃いとしても、その内容の急変ぶりは九月三〇日の理由書において反対論の起案を任された井上がその持論を展開したからではないだろうか。

さて、これを受け取った太政官では、実はすでに、正院において九月二八日に陪審規則の完成をみていた。正院法制課長の楠田英世は司法省の理由書を受けて、一〇月三日にこの理由書の取り扱いについての意見を上申している。[53]楠田は本件が「京都府ト京都裁判所トノ間ニ於テ職務上ノ争」であり、一方当事者である司法省がこれを裁判するのは「不都合」であって本来は「国議院（国会の意味）中裁判所ヲ設ル」べき場面ではあるが、そうした制度もないため、「陪審ノ設ケ已ムヲ得」ないところであったところ、いまさら司法省が「陪審平民中ヨリ撰択スル等ノ」原則論を持ち出して陪審の「有用無用」を論じるのはおかしいと批判した。さらに、楠田は、「司法省ニ於テ仏国ニ倣ヒ検事ヲオキ警保ヲ設ケ上告ノ道ヲ開クト云ト雖モ」実際刑事事件には上訴の制度がなく、このことが京都府知事・参事が刑を拒む「原由」であって、「今刑事控訴ノ道開サル日ニ当リ陪審ノ設ケナクシテハ、何ヲ以テ裁判官ノ偏頗ナキ

ト裁判ノ公正ナルヲ證スルヤ」と公正な裁判のために陪審が必要であると上申した。フランスには上訴制度があるから陪審がなくても冤罪は起こらないという理由書の論理を巧みに利用して反論している。楠田はすでに九月二八日に提出済みの「陪審略規則」を認めて欲しいとしながら、「尤陪審之名義若シ不相当ニ候ハバ参座ト被相改可然」と名前を「参座」と変更することを提案している。理由書が官吏の裁判は陪審でないというのなら、名前を変えてはどうかというのであろう。結局、九月二八日の段階で「陪審」ないし「陪審ノ者」であったところが「参座」と改められ、次の「参座規則」が一〇月九日に公布された。

参坐規則

一　臨時裁判所ニ於テ裁判ノ公正ヲ證スルカ為参座ヲ設ク其規則左ノ如シ
一　参座ハ其時ニ臨内閣ニ於テ議定シ諸官員ノ中ヲ以テ之ヲ命スヘシ
一　参座ハ九人ト定ム若シ已ヲ得サル公事アル時ハ闕席ヲ許スト雖モ六人出席セサレハ裁判ヲ行フコトヲ得ス
一　罪ノ軽重ヲ決スルハ判事ノ任ト雖モ罪アルト否トヲ定ルハ参座ノ権トス
一　拷問ヲ用ル時ハ参坐ノ承諾ヲ得テ然ル後チ行フコトヲ得ル
　右条件ノ外増加或ハ斟酌スヘキハ参座実際ニ於テ取調可伺出事(54)

尾佐竹は「罪あると否とを定むるは参座の権と規定したのは天晴立派な陪審である」として、拷問についても「参座の承認を要すと為したるは当時として進んだる立法」とするが(55)、幕府の裁判では御目見以上の武士に対する拷問は

老中の許可が必要であったことも想起しなければならない[56]。明治六年一月の「断獄則例」が身分によらない平等な扱いを定めたことから、士族も理論上は平等に拷問されえたのであって[57]、一見進歩のようでもあり、後退のようでもある。事件の経緯は詳述する余裕がないが、槇村らが「恐入」らず、すなわち自白せず、しかし拷問も事実上は難しく、手詰まり状態であったが、突如、本件の参座は一二月二九日に三条実美によって解散させられ、大晦日一二月三一日、通常裁判によって長谷に四十円、槇村に三十円の贖罪金が科せられて終結したのである[58]。

さて、もう一つの実例は、明治四（一八七一）年におきた廣澤参議暗殺事件に対する参座裁判である。通常の刑事事件ではあるものの、尾佐竹が「始め事件の嫌疑者に対し警察側は極力有罪を主張し、判事側は無罪を主張し、両々相持して下らず、之を解決する手段として設けられたのが参座である」[59]というように、今度は、司法省対警視庁という対立構造である。この事件のための新たな参座規則が制定されたが、弁護官すなわち刑事弁護人が置かれたことが注目される。尾佐竹はこの点につき「英国流の制度を翻訳した面影があり、現に草案には陪審の熟語をも用ひた訳文も添付してあった」[60]というが、筆者は未見である。ともかく、この規則の下で「空前絶後の大法廷」が開かれ、主犯格とされた起田をはじめ被告人らは明治八（一八七五）年七月一三日、一四日に解放（無罪）を言い渡された[61]。

このような参座は今日の目から見れば陪審とは似て非なるものであろう。小野組転籍事件（京都府事件）の本質は京都府と司法省との争いを当初裁判所が単独で解決できなかったことに端を発し、結局はほとんど政治的に決着したのである。また、廣澤参議暗殺事件も同様に警視庁と司法省の争いであった。しかし、それでも、従来の裁判の様々な問題点が浮き彫りになったこともまた確かである。花井卓蔵のような後の有力な陪審推進論者において、参座と陪審が連続的に捉えられていたことも見逃してはならない。花井卓蔵は、京都府事件と廣澤参議暗殺事件を紹介した後

で「斯の如く参座は、官吏をもって構成せられたが、前の二大事件に於いて相当に効果を奏したのであるから、更に進んで真の陪審、即ち民衆をして陪審員たらしむる制度の実現せられるべきが順序であった」と述べていたのである[62]。

さて、両参座事件に共通する論点の一つに拷問問題があった。廣澤参議暗殺事件と直接関連するかは実際のところ不明ではあるが、本件のいつ終わるともしれぬ過酷な取調が続いていた明治七（一八七四）年一一月二七日、司法卿大木喬任は三条太政大臣に「拷訊ヲ廃シ陪審ヲ設ルノ儀伺」を上申していた[63]。司法省は起田が無実であるとの心証を得ていながらも、警視庁から「遣り方が手ぬるい」と抗議されるなどしたため、「九月以来三十六度の吟味」をし「三度拷問」したというのであるから[64]、ちょうどこの時期にあたる。「糺獄ノ拷訊ヲ用ユルハ素ヨリ苛刻ニ渉リ冤枉ニ陥ル」おそれがあるとし、「世ノ進歩ニ随ヒ世上ノ囂サ」が生じ「外国人ノ誹議」をきたすというが、前者は津田眞道の「拷問論」を後者はブスケを意識しているのだろうか[65]。さらに、「当省本年第十九号」で拷問の原則禁止を布達したが[66]、完全に廃止できないのは「其罪ヲ断ズルハ口供結案ニ依ルノ律」が原因であるとして、これに「換ル」ものとして「欧州各国」のように陪審を置きたいというのである[67]。ここでは「陪審固ヨリ百中スベキト認ズルニ非ズト雖モ、之ヲ国憲ニ掲ゲ之ヲ国法ニ示シ、以テ国民一般認承セシモノ也」としながら、「拷訊ヲ廃止セント欲セバ口供結案ヲ廃セザル可カラズ、口供結案ヲ廃止セント欲セバ陪審亦設ケザル可カラズ[68]」として、国憲と国法に関わるが「人民多少ノ幸福」を増進できるので御詮議されたいと上申した。さしあたり「判事及ビ其他ノ人員」による仮の陪審を行いたいとも付言した。これを受けて左院は明治七年一二月四日、議長伊地知正治、臨時御用取調掛尾崎三良、法制課長西岡逾明の連名で、陪審は「国憲ニ関係シ頗ル重大事件ニテ容易ニ施行」できないとし、また、陪審が証拠をもって

罪の有無を決するといっても「其方法条例」については「時勢人情」を斟酌しなければ、かえって「紛乱ヲ醸シ弊害」となるので「其方法並ニ施行ノ順序等」はまずは左院で「審査草案」すべきであると上申した[69]。その一方で、判事らによる仮陪審については「原旨ニ悖」るので決して認めないように釘をさしている。ほぼこの上申を踏まえて、明治七年一二月二二日には、司法省に対して「追テ被定候迄ハ従前之通可相心得候」とし、さらに仮陪審の案については、「重罪等ニテ證訟或ハ犯罪十分ノ見込有之者」が自白しないような場合にはその都度「可伺出事」としながら、「難聞届」との回答がなされた[70]。

結局、陪審の設置は認められなかったが、司法省が拷問廃止を最優先の課題とし、陪審制を採用しなければ拷問が廃止できないとの立場を唱えた点は重要である。さらに、司法省は陪審設置が憲法にかかわるとしつつ、たとえ陪審が完璧ではないにせよ国民に支持されるはずであり、国民の幸福にもつながるとしてその導入を要求したのであるから、現代の言い方をすれば、憲法上の人権保障をふまえた陪審導入論を展開していたと評価できる。この精神は刑事弁護人の設置などを定めた明治八（一八七五）年の参座規則にある程度は反映されたとみるべきであろう。一方で、左院の「人情」論は日本人の国民性として現在でもしばしば耳にする論法ではあるが、保守的とされる左院も西洋法についてそれなりの関心を有していたことは看過されるべきではない[71]。もっとも、仮陪審を判事によって構成したいという主張は今日からすると奇妙に響くが、西洋の陪審を主張しながらも、複数の裁判官が審理に立ち会うこと、すなわち陪席裁判官も陪審とは基本的に異ならないという意識には注意が必要であろう[72]。前章では、なぜ「陪審」という言葉に「確定」したかについては十分踏み込めなかったが、陪審と陪席がほぼ同視されていたことは、この言葉の定着について示唆に富むように思われる。

新聞も陪審設置を求めた。明治八（一八七五）年四月二五日の『東京日日新聞』社説は「拷問ヲ廃（シ）…陪審(ジュリー)ノ参座ヲ設」けよと、七月三一日社説（末松謙澄署名）も「拷問可廃ノ理ヲ天下ニ示シ…陪審ノ良法ヲ議定」せよと論じていた。しかし、陪審の論拠はこれだけではなかった。明治七（一八七四）年の民撰議院設立建白書は、いうまでもなく自由民権運動の端緒となったが、明治八年には国会開設要求とともに裁判制度の改革、なかでも陪審制の導入が、在野の各新聞において盛んに取り上げられるようになる。今日の日本でも陪審制度や裁判員制度はいわゆる「国民の司法参加」の表題のもとで論じられることが多いが、その独特の視点はここに起源を有するように思われる。

主筆福地源一郎のものと思われる『東京日日新聞』社説（明治八年八月一二日）は、「天下ノ政務ハ真ノ小人ニ謬マラレズシテ偽君子ニ謬マラル。偽君子ナル聚斂ノ臣アランヨリハ寧ロ真小人ナル盗臣アルニ如カズ」とはじまり、政府内の偽君子を告発するような書きだしである。偽君子とは博識多才の学士である政府顧問だが、栄達を熱望するあまり、卿相に迎合するばかりで国家の進歩を慮らない者とされる。「架空ノ想像」であると前置きしながら、例えば、国会開設においては、卿相の顔色をうかがい、かすかでも懸念の色を察すれば、フランスでは何々、イギリスでは何々、スペインでは何々、ドイツでは何々[73]とその弊害のみを説いて「緊切ナル根理ヲ密封シテ毫モ之ヲ開張」しようとしないという。こうした例としてはほかに、「州会邑会」の設置、「人身保護律(ハビアスコルピュスアット)」の制定、「刑事代言」および「参座陪審」の導入、「自由信仰自由出版」の保障があげられている。陪審について、偽君子は「陪審役ヲシテ罪ノ有無ヲ決セシムルノ論ヲ聞ケバ又ソノ意ヲ探リ外国ノ陪審役ハ何程ニ実効ナキカヲ弁」じるという。また、「自由出版」

について、偽君子は「英米ニハ某某ノ著書アリテ行政ノ障碍タルノ弊ヲ免レズ、仏日露ノ諸国ノ出版規制ハ斯ノ如シト論ジ、復タ決シテ思想発言ノ自由ヲ圧抑スベカラザルヲ論ゼザル」という。[74]おそらく、この社説の主眼はこの「自由出版」の部分であり、新聞紙条例の制定者である尾崎三良と井上毅を批判していると受け取られてもおかしくなかったように思われる。

社説は、これらすべての事柄が「国家ノ隆盛ヲ謀リ人民ヲ進歩ヲ導ク為ニ緊要」であること、「開明ノ各国ニ施為シテ其ノ利益」が大きいこと、「人民ノ自由ト権利トニ於テ之ヲ有スベキ根理」があることは、「不学無術」の人間でもわかるのだから「博識多才ナル学士」なら十分承知しているはずだと批判しながらも、「幸ニ此輩ノ影ヲダニ見ズト雖ドモ預シメ之ヲ未然ニ鑑ミザル可カラザル也」とあくまで架空の話ということで押し通している。

この社説が書かれた時期については、同年六月に讒謗律と新聞紙条例が布告されていたことを忘れてはならない。曙新聞編集長末広鉄腸が同年七月二〇日の投書を理由に自宅禁錮と罰金を科されたのは八月七日であった。八月九日には成島柳北がこれに対する批判記事を書いており（八月二八日に自宅禁錮に処せられている）、この社説が発表された八月一二日当日には御用新聞東京日日の編集長甫喜山景雄までもが罰金と自宅禁錮の処分をうけている。[75]後に回想するように「文章の趣意を婉曲に廻らし、用語の穏和なるを択び、迂回の筆を巧みにして、其裏面より潜行[76]」したのではあろうが、緊張感の伝わってくる社説である。

八月二四日には、民権派の『郵便報知新聞』に箕浦勝人による「社説」が掲載され、陪審賛成論が展開される。「我輩ハ切ニ民会ノ起サザル可カラザルト陪審官ノ置カザル可ラザルトヲ信ズル」と始まる社説において、国会の開設と陪審の導入が説かれている。箕浦は「陪審官ヲ置テ審判ヲ行フガ如キハ審判法ノ最大切ナルモノナリ」とし、十

分な学識と経験がある裁判官がもしいれば裁判官一人による裁判でもかまわないが、そのような人は「容易ニ得ラルベキモノニ非ズ」とし、「心匠ノ慣習ヲ異ニシ能力才気ヲ異ニシタル数人ヲシテ考定セシムルヲ以テ最上ノ正道ヲ得ルモノトス」と裁判官よりも複数の国民の方が正しい判断ができるというのである。さらに注目すべき点は「政府ヲ相手取タル」裁判においては「国王」に任命された裁判官では「正道」が得られないことがあるとまでいう。そして「正道ヲ保チ人民ノ権義ヲ伸張スルニ於テ陪審法ノ緊要ナリトスル所以」であると、能力の不十分な裁判官によるときとして不正な裁判から国民の人権を守るものとして陪審制が理解されているのである。きわめて西洋的な陪審制解釈である。

もっとも、箕浦は国会の開設や陪審の設置による「現時ノ成効ニノミ着目ス可ラズ」という。つまり「民会陪審ニテ人民ヲ教育スルハ枝葉(セコンダリー)ノ如クナレドモ」むしろそうではなく、国の進歩の根幹にかかわるとし、「人民ノ無智ト無気トヲ憂フルモノハ速ニ民会ヲ起シ陪審法ヲ開クベシ」と国会の開設と陪審の設置が国民の教育につながるとしている点には注意が必要である。ここでトクヴィルやミルを想起してもよい。おそらく箕浦の意図はそこにあったはずである。しかし、日本の場合にはやがてこの論法が独特の展開を遂げることになる。[77]

具体的な刑事事件をきっかけとして陪審賛成論を唱えたものもある。同年八月二五日の『朝野新聞』の「論説」である。成島柳北によるものであろうか。ここでは、八月一二日の実際の判決について紹介がなされている。再審によってある男の冤罪が晴らされたという事件であったが、無罪を喜ぶというより「其罪無クシテ強イテ罪ニ伏シタル伝五郎（被告人）ノ心ニ於テ、幾許ノ痛恨ヲ懐キタリシヤ、我輩ハ其ノ口供ヲ甘受シ、捺印シ、処刑ヲ申シ渡サレタル時ヲ回顧想像スレバ、凄然トシテ膚(ハダハ)栗シ、泫然トシテ涙下ル」と自白を強要されたであろう被告人に同情を寄せ

ている。無実であればこそ「口供ニ捺印シ恐入候事ノ四字ヲ甘受」したときの無念さに思いをいたしているのである。(78)この社説は「嗚呼文明ナル泰西各国ノ人民ヲ保護スルヤ厚シ。故ニ上告ノ法アリ陪審ノ法アリ以テ無辜ヲ罰スルノ過チ無カランヲ欲ス。我ガ政府モ亦近頃大審院、上等裁判所、上告ノ法ヲ定メラレタリ」と刑事被告人の人権保護のために陪審と上訴制度が必要であるという前提で、日本の法制度改革が着実に進んでいることを歓迎する。すでに、この時期、刑事の上訴については、明治七（一八七四）年四月、フランスの破毀院を模範とし、井上毅の立案にかかる大審院が設置され、大審院の下に上等裁判所、府県裁判所がおかれ、上訴手続が整備されていたのである。(79)さらに社説は「将ニ進ンデ陪審ノ法ヲ設ケ拷問ノ法ヲ廃スルモ亦近キニ在ラン歟。若シ然ラバ我輩ハ再拝稽首シテ我ガ全国人民ノ幸福ヲ享ケ以テ至大至重ナル己レノ身家ヲ保全スルヲ得ルヲ賀セントス」と結び、拷問廃止と陪審設置の早期実施を遠回しな表現で要求するのである。

陪審賛成論ばかりではなく、慎重論も唱えられている。『東京曙新聞』（明治八年九月一三日）の社説「あけぼの」は、「近来世上ノ言者ハ民刑裁判ノ人身ノ利害栄辱ニ関スル最モ至大ナルヲ以テ吾政府ノ速カニ陪審法ヲ挙行セラレンヲ冀望スルモノ少ナカラズ。各社ノ新聞紙上ニ於テモ已ニ数回此等ノ議論ヲ掲載セリ」とこれまでの各社の社説をふまえて議論することを明らかにしながら、「吾輩ハ謂フ。陪審法ノ今日ニ欠クベカラザルハ固ヨリ論ズルヲ竢タズ。而シテ今日ノ勢未ダ之ヲ実地ニ行フベカラズ」と時期尚早論を唱える。理由として、裁判組織および訴訟法が整備されていないこと、裁判官が足りないほど訴訟件数が増えているのが現状であり（新聞紙条例に対する皮肉ともとれる）、これでは陪審員もおびただしい数を集めなければならないこと、裁判に従事する者でさえ法律に通暁する者を探すのが難しいのに、「各裁判所各県ニ於テ其陪審トナリ能ク原被ノ曲直ヲ弁ジ犯罪ノ軽重有無ヲ審断スルニモノヲ求メント

スルハ其亦タ至難ナラズヤ」と裁判には法律知識を必要とするという前提に立ちながら、「法律ノ権衡ヲ知ラズ、治罪裁判法ノ如何ヲ弁ゼザルモノニシテ吾輩ノ貴重ナル生命財産ヲ処分セシメントスルハ、其危険ナル豈ニ復タ此ニ過グルモノアラムヤ」と結局無智な国民になど裁かれたくないという今日でもしばしば耳にする陪審反対論である。[80] 箕浦の社説と対比されるべきであろう。

慶応義塾で英米の憲法史を学んだ矢野文雄も早くから陪審の導入を主張していた。[81] 明治九（一八七六）年七月一〇日に矢野は『郵便報知新聞』の一面ほとんどと二面にかけて、社説「陪審論」を掲載する。そこで、矢野は陪審がもたらす利益を「直接ノ利益」と「間接ノ利益」に分けて論じている。例えば、特定の事件において「無告ノ人民ヲ枉冤ノ中ニ救護」するのが直接の利益であり、一般に「陪審有ルガ為ニ暴君之ヲ畏憚シテ自ラ暴行ヲ未発ニ抑」えるのが間接の利益であると主張する。矢野は法律学の訓練を受けたわけではないが、英米の法律文献に依拠しながら正確で本格的な議論を展開している。[82] そして「陪審ノ主務ハ政府万一ノ苛虐ヲ制止スルニ在リ」と欧米流の陪審論に立ちながら、また改定律例の改正も承知したうえで「拠正断罪ノ今日ニ於テ陪審設置ノ遅延ハ一日ヲ争フナリ。而テ世人ノ之ヲ極論スル者少キハ（偶マ有レバ効用薄シト云フハ）何ゾヤ。嗚呼日本人民ハ斯ク迄モ法律ニ痛痒ヲ感ゼザルカ」と結んでいる。

時期尚早論も存在はするものの、新聞紙条例の過酷な取締りはかえってジャーナリストたちに刑事裁判の現実を強く認識させ、制度の改革の必要性を文字通り痛感させたように思われる。陪審制度については基本的に賛成論に立っていたと評価できるのではないだろうか。

さて、時期はやや前後するがここでは、本格的に治罪法の編纂が開始する前の明治八（一八七五）年から明治九（一八七六）年にかけての法状況を簡単に確認しておきたい。公文書において陪審に言及するものはなかなか見当たらないが、明治八年二月ボアソナードが明法寮で治罪法に関する講義を始めていることは、同法編纂の第一歩として重要であろう(83)。聴講者にとってそれは現実の法整備に直結するものとして受け取られていたはずである。明治八年二月一三日の講義では「重罪犯ノ訴ヘハ重罪裁判所ヘ為スナリ。尤モ犯人ヲソノ裁判所ヘ差出迄ニハ詰問等種々ノ手数アリ。此ノ裁判ニハ陪審アリ。…重罪裁判所ハ別段ナルモノニテ真ノ刑事ノ裁判所ト云フベキモノナリ。之レハ全ク民事裁判所トハ異ナリ而テ陪審ナルモノアリ(84)」とボアソナードは陪審に言及している。さらに「重罪裁判所ニテ民事ノ訴ヘヲ処断スルトキハ陪審ノ異見ヲ聴カズ只三人ノ裁判官ノミナルユヘ人々不安心ニ思フナリ(85)」と民事であっても、フランスでは人々が陪審を信頼しているとの説明もなされている。

ボアソナードといえば拷問廃止の建白書でも知られているが、そのきっかけとなったのは、司法省で拷問を目撃したことであるとされ、四月一五日の講義で陪審廃止を訴えたという(86)。拷問の廃止は、改定律例の自白必要主義、より正確には自白調書必要主義と結びついていたが、明治九年四月二五日に元老院は改定律例第三一八条改正意見書を提出し、裁判官にいわば自由な心証による判断を認めることで、拷問を原則として廃止する方向へとむかった。この意見書に続き翌二六日には司法省も自白必要主義の撤廃を太政大臣三条実美に伺っている。これら二つの文書に陪審の言葉は見当たらないが、意見書には「亜米利加合衆国建国法ニ曰ク何等ノ罪ニ於テモ自己ニ害スルノ証拠ヲ為スコト

ヲ強ユ可カラズ」と合衆国憲法修正五条の自己負罪拒否特権に言及する。[87] 陪審にはあえて言及しなかったものと思われる。[88] かくして改定律例三一八条は明治九年六月一〇日「凡ソ罪ヲ断スルハ証ニ依ル」と改められ、同年八月二八日の司法省達は「罪ヲ断スルハ専ラ裁判官ノ信認スル所ニアリ」と自由心証主義を宣言することになる。[89]

実のところ裁判官を法定証拠主義から解放したことで、陪審を要請する一つの論拠はなくなったものの、司法の近代化という観点から、司法省内部ではフランス法を参照しながら刑事弁護人とともに陪審の導入は当然視されていたものと思われる。[90] 明治八年ないし九年には大審院が独自に法案作成を開始していたものと思われるが、[91] その第七章「臨時裁判法」(一二一条以下)は陪審裁判の規定である。ここにその一二二条を示す。

第一二二条　裁判長ハ書記ヲシテ陪審ニ向ヒ左ノ文案ヲ朗読セシム此時陪審起立ス

陪審ニ告示ス陪審ハ原告被告ノ弁論ニ於テ愛憎畏懼ノ心ヲ生スルコトナク静思沈按双方ノ権利ヲ害セス他ノ意見ヲ借ラス自主ノ権利ヲ主持シ公明誠直ノ人タル哀情ヲ尽シ其本心ト名誉トニ背カスシテ決答ス可キコトヲ誓約ス可シ

何裁判所

裁判長姓名花押

右裏面答案

表書ノ旨趣謹テ領承ス即チ自己ノ本心ト名誉ニ背カス決答ス可キコトヲ誓約ス

陪審

姓名

書記読終テ陪審ニ付シ各自捺印セシム

ボアソナードの講義でも「陪審商議ヲ為シ始ムル云々以下ヲ読ムベシ。陪審ノ證ヲ取ルニハ云々ハ證トハナラズトハ法律モ裁判所モ云ハズ。又證ト為スベカラズトモ云ハズ。必ラズ陪審ノ本心ニ問フテ定ムベキナリ」[92]と陪審心得の重要性は指摘されていたことから、フランス刑事訴訟法の条文数を大幅に削ったこの大審院案においても、比較的詳しい規定として残されたのであろうか。

また、国憲すなわち憲法の起草にあたっても、陪審は草案中に現れたというが、明治九年四月の元老院における議論を見る限り、その可能性もまったくないとはいえないだろう。[93]陪審制度の法制化にむけて着々と準備が整いつつあった。もちろん大きな制度変更であるからには、現行の裁判制度に対する評価、さらには法そのものの理解をめぐる議論が待ち構えている。最後に、直接両者で交わされた議論ではないが、陪審をめぐる異なった見解の例を示そう。

磯部四郎は、大審院検事時代（おそらく明治一九年）の話として、士族の番人が強盗を切った事件を取り上げ、一審二審と有罪となって大審院にかかったときの感想として、「私は之を見て、其は酷い、兎に角其士族の考へから行けば大功を奏して居るのである、強敵を防いで物品を取上げ、向ふ敵を殺して居るから、御主人様から御褒美が出なければならぬ、且つ一人の割腹までして申訳した位の次第である、けれども之を法律の杓子定規に当てると、矢張罰せ

ざるを得ない、其処で現に第一番第二番に罰して来て居る、…是は実に困ったものだと思って居た、之に対して種々の議論もあったが兎に角有罪になった…斯う云ふ場合に陪審制度があれば、無論無罪にならねばならぬ[94]」と現行裁判制度の問題点から陪審の有用性を説きつつ[95]、法律の杓子定規を戒めている。

井上毅は、これと似た事例について、実に対照的に「審判果シテ衆論ヲ以テ決スベキノ事ナル歟、欧州ニ決闘ノ俗アリ、決闘シテ捷ツ者、曲直ヲ問ハズ、衆ノ讃美スル所タリ、夫レ決闘ハ故殺ニ非ス乎、然ルニ審ニ臨ムニ至テ、大抵陪審ノ無罪ヲ宣告スル所タリ、是レ法ハ俗ニ勝コト能ハズ、而シテ所謂衆論ナル者、安ソ其正理ニ乖クノ俗論タラザルヲ知ラン乎哉」と一般民衆の議論が国法をまげることになりかねない陪審制度に強く反対している[96]。ともにフランス法に通暁しながら、実務法律家の道を歩んだ磯部と法制官僚となった井上の裁判制度あるいは法に対する姿勢の違いがよく表れているように思われる。

四　むすび

本稿は、尾佐竹猛の『明治文化史としての日本陪審史』を手掛かりに、幕末から明治初年にかけての陪審制度論を再検討し、尾佐竹の説に対する若干の補足を試みるものであった。**第二章**では、陪審という言葉に焦点をあて、その翻訳語の成立の背景を探った。和解本・和刻本については『海国図志』の原著者をめぐる尾佐竹の誤解を指摘し、現在も散見される誤りについて注意を促した。つぎの辞書の問題では、結局のところ堀達之助編『英和対訳袖珍辞書』よりも遡ることはできなかったが、幕末の蘭和辞書の訳語を検討することで、『英和対訳袖珍辞書』の訳語の由来に

ついて多少の考察を行い、さらに陪審という訳語が確定するまでの変遷をたどった。また、陪審裁判の傍聴問題では、新史料を発見したわけではないが、岩倉使節団よりも先にワシントンでアメリカ刑事法を学んでいた児玉淳一郎について言及した。もちろん、誰が陪審裁判を最初に傍聴したかなどということは些末なことであり、児玉がアメリカの裁判実務を目の当たりにし、陪審と拷問の問題をいち早く本国政府に報告していたことこそが重要である。その点も指摘したつもりである。

第三章では、陪審をめぐる議論として、まず、二つの参座裁判を取り上げたが、ここではとくに司法省の明治六（一八七三）年九月三〇日の陪審裁判取り下げ理由書に注目し、フランスから帰国したばかりの井上毅がその起草に関わったとの推測のもと、その論証につとめた。つぎの、新聞における陪審論（これは尾佐竹自身は論じてはいなかったが、三谷教授、利谷教授が取り上げてこられた）においては、明治八（一八七五）年の福地源一郎をはじめとする幾つかの新聞記事を紹介し、新聞紙条例施行直後における陪審論とその先駆性を明らかにした。新聞紙条例による弾圧によってジャーナリストたちは現行刑事手続の問題点を身をもって知ったのである。司法への国民参加論もここに出発点があるように思われる。

陪審問題は、明治初期にあっては、司法省を中心に政府においても、また在野の言論界においても、将来的には実施されるべき制度として認識されていたことを検証したつもりである。司法省が求めていた陪審制度は、実は西洋的な市民による陪審ではなく、陪席裁判官でよしとする含みもないわけではなかったが、拷問廃止（自白調書中心主義からの脱却）という当面の課題に対処しながら、真剣に陪審の実現を要求していたように思われる。もっとも、井上毅が主張し続けてきたように、いったん拷問を廃止してみれば、必ずしも陪審が制度上不可欠のものではなかったこと

も明らかとなり、あらためて、つぎの治罪法の制定時に、陪審の必要性が議論されることになるのである。そこでは、旧刑法も含めた法の近代化・西洋化（ボアソナードにとっては普遍化）という側面、裁判の担い手をめぐる国民側の不信と信頼という側面、国の司法政策をふくむ統治の基本方針という側面が絡み合いながら、陪審制度の賛否が論じられていくことになる。そうした議論の萌芽が本稿の対象とした時期においてすでに認められるのである。

（1）もちろん、そういうものがないわけではない。アメリカのNational Bank Actを翻訳した明治五（一八七二）年の「国立銀行条例」などはその一つの例であろう。拙稿「権利と権理についての一考察」"Future of Comparative Study in Law: The 60th Anniversary of The Institute of Comparative Law in Japan"（二〇一一年）六一三頁参照。

（2）筆者は、この部分については、横浜地方裁判所で行われたほぼすべての事件を新聞各紙で調査し、その成果を発表したことがある。拙稿「横浜の陪審裁判について」『桐蔭論叢』一三号（二〇〇五年）七七頁。

（3）三谷太一郎『増補　政治制度としての陪審制―近代日本の司法権と政治』（二〇一三年）九一頁。初出は『近代日本の司法権と政党―陪審制成立の政治史』（一九八〇年）。

（4）利谷信義「天皇制法体制と陪審制度論」日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』（一九八三年）五一八頁。

（5）例えば、藤原明久「明治六年における京都府と京都裁判所との裁判権限争議―裁判権独立過程の一断面（上）（下）」『神戸法学雑誌』三四巻三号（一九八四年）四七五頁、三四巻四号（一九八五年）九〇五頁。高瀬暢彦「金子堅太郎の陪審思想（一）（二）」『日本大学精神文化研究所紀要』二四号（一九九三年）一頁、二五号（一九九四年）一九頁。矢野祐子「ボアソナードと、その法思想―陪審制度をめぐる一考察」『早稲田法学会誌』四七号（一九九七年）三〇九頁。小林忠正「名の法をめぐる裁判権対立と参座による決着―明治六年小野組転籍事件をとおして」『日本法学』八〇巻二号（二〇一四年）二三頁。

（6）尾佐竹猛『明治文化史としての日本陪審史』（一九二六年）一〇頁参照。なお、ルビは原文のものである。筆者が参照した三冊本では察院（裁判所の意味）とルビの間には傍線が引いてある。欧羅巴人原撰・林則徐漢訳・魏源重輯・正木篤和解『美理哥国総記和解』中編（嘉永七（一八五四）年、中央大学図書館所蔵）三五丁裏。

(7) 佐々木正哉「『海國圖志』餘談」『近代中国』一七巻（一九八五年）一四三頁、一四八頁参照。

(8) 同・一六三頁。

(9) 魏源撰『海国図志』五九巻（咸豊二（一八五二）年重刊本、中央大学図書館所蔵）一五丁裏。

(10) 正木・前掲注(6)・七丁裏。念のため原文のルビを残している。

(11) 議事庁と商酌の左にもそれぞれ「ひょうじょうしょ」、「そうだん」とルビが振ってある。

(12) もっとも、『漢語大詞典』は、用例として林則徐『信及録』から「玆本大臣明定章程、悉由地方官敦请邑中公正绅士为之综理、再由绅士公举各乡公正衿者分理本乡事宜」を載せている。ここでは、地方官が紳士に県の統治を行うよう懇請し、さらに紳士が各村で衿者を選び村の管理を任せていることがわかる。

(13) 竹庵広瀬達訳『続亜墨利加総記』乾巻（嘉永七（一八五四）年、神戸大学付属図書館所蔵）一六丁裏。

(14) 佐々木・前掲注(7)・一六三頁。なお、佐々木は発行場所を寧波とするが、佐々木が典拠とするワイリーには上海とある。See A. Wylie, Memorials of Protestant Missionaries to the Chinese : giving a list of their publications and obituary notices of the deceased (1867) 70. 佐々木も一八一頁では上海と記述している。なお、出版年は、ワイリーも佐々木も一八六二年としている。ただし、和刻本の奥付には「文久紀元辛酉晩冬改刻」すなわち文久元年の晩冬に改めて出版したとあるので、迷ったが、さしあたり一八六一年とした。

(15) 裨治文撰、箕作阮甫訓点『連邦志略』上巻（文久元（一八六一）年、早稲田大学図書館所蔵）三二丁裏。

(16) わが国最初の英和辞典といわれる本木正栄編『諳厄利亜語林大成』（一八一四年）にjuryの語は見あたらず、英和辞典でjuryをとりあげたのは、これが最初であるといってよい。

(17) 尾佐竹・前掲注(6)・一三頁。

(18) 現代のオランダ語では、gezworene で陪審員の意味である。

(19) 稲村三伯編『波留麻和解』（一九九七年、東京大学附属図書館所蔵本の複製）。

(20) ヘンドリック・ヅーフ編『道訳法児馬』（一九九八年、静嘉堂文庫所蔵本の複製）。

(21) 詳しくは、三谷・前掲(3)・九三頁参照。

(22) 尾佐竹・前掲(6)・一五頁。

(23) 同・一八頁。

(24) 尾佐竹はここで明治七（一八七四）年六月の明六雑誌一〇号にも「彼ニ於テハ、概スルニ所謂誓士（ヂュリー）アリ。民中ヨリ選挙セラレテ審理ニ参ス。而シテ誓士刑律ニ拘ハルコトナク、平心公正ニ判定シテ、其人罰スベシト謂ハザレバ法官刑律ヲ按シテ之ヲ罰スベカラズ」とあるとしつつ「同系統の訳語を採用してある」というが（同二〇頁）、これは有名な津田眞道の「拷問論」であって、同じ訳語をつかうのは当たり前であろう。むしろ、津田がこの部分に続けて「我ニ於テハ、未曾テ誓士ノ設アルコトナシ。又彼ニ於テハ、証左明確罪状疑フベカラザルニ於テ之ヲ刑典ニ処シ、強テ罪人ノ口供ニ拘拘タラザルナリ。是彼地ニ於テ絶テ拷問要セザル所以ナリ。我ニ於テハ縦令罪証十分ニ明確ナルモ罪人ノ口供ニアラザレバ決放スベカラザルヲ以テ通法トス。是我ニ於テ拷問ノ止ムベカラザル所以ナリ。其弊ヤ縦令他ニ確証ナキモ拷問ヲ用ヒテ強テ首服セシメ之ヲ罪ニ致スニ至ル。其害ヤ遂ニ無辜ノ人ヲ冤罪ニ陥ルニ至ル」と日本と西洋を比較し、拷問と陪審の問題を関連づけたことこそが重要なのである。津田眞道「拷問論ノ二」二丁裏。

(25) 実際には、前の項目 juror, juryman に「偏庇ナキコトヲ誓詞シテ事ノ吟味ヲ為ス役人」とあり、jury は「同上ノ仲間○陪官審事者」とされている。

(26) 鈴木券太郎も指摘するように、鈴木唯一は「ヂユリー吟味方之由来、題名之考」で「本書吟味方と訳する者は原語ヂユリーといふ即ち誓詞したる人之義なり」（『英政如何』巻之十三（一八六八年）付録一丁表）と定義し、また訳語の沿革を中国の文献にまでたどり、さらに裁判役との混同にも注意をうながしており、この時期として注目すべき内容である。

(27) 鈴木は、「会審員」とするが、『百科全書法律沿革事体』六五四頁には、「ヂュリー」（会審官）とある。

(28) 尾佐竹・前掲注(6)・二二頁。

(29) 久米邦武編・田中彰注『特命全権大使米欧回覧実記』二巻（一九八五年）一六五頁。

(30) 同・一八一頁。

(31) 同・一八三頁。

(32) 同・三巻・一四三頁以下。詳しい分析は、利谷・前掲注(4)・五六九頁参照。

(33) 利谷・同・五七〇頁参照。菅原彬州教授は、『回覧実記』を「当時の西欧文明諸国の実態およびそれに対する使節団の最大公約数的見解をまとめた貴重な『同時代史』である」と評価されている。「岩倉使節団のメンバー構成」『法学新報』九一巻一・

二号（一九八四年）七一頁。『回覧実記』は、多くの日本人がかかわった『海国図志』ともいえようか。

(34) 奥平昌洪『日本弁護士史』（一九一四年）六〇頁。

(35) 手塚豊『明治刑法史の研究』下巻（一九八六年）五〇頁参照。建言書の内容は、後掲注（48）を参照。

(36) 尾佐竹・前掲注(6)・二五頁。

(37) 詳しくは、同・四〇頁以下、小林・前掲注（5）・二五頁以下参照。

(38) 「陪審之儀并参座規則御達ニ付伺」公文録・明治六年・第百七十八巻・明治六年十月・司法省伺（一）。公文録については、国立公文書館デジタルアーカイブを利用した。検索の便宜のためそのサイテーションを示すことにする。

(39) 尾佐竹・前掲注(6)・五一頁。

(40) 津田眞道・前掲注(24)・三丁裏。

(41) 福岡孝弟「五箇条御誓文ト政体書ノ由来ニ就イテ」国家学会編『明治憲政経済史論』（一九一九年）四四頁。小林・前掲(5)・二七頁参照。尾佐竹は、『連邦志略』について、「明治政府最初の組織は此書に基づき立案せられた」と述べていた。尾佐竹・前掲注(6)・一二頁。

(42) 石井良助『日本法制史概説』（一九六〇年）四七六頁参照。本間教授は、大目付・目付も制度上の「裁判官」であったとする。本間修平「近世武士裁判における大目付・目付の役割」『白門』三五巻二号（一九八三年）五〇頁、六〇頁参照。

(43) 本稿では取り上げる余裕はないが、海軍、陸軍の参座裁判には同輩裁判という側面があるのではないだろうか。

(44) 「京都府知参事裁判陪審被設候儀ニ付御達並伺」公文録・明治六年・第百七十五巻・明治六年九月・司法省伺（一）。尾佐竹は「司法省が達した」とするが、名宛人は「司法省福岡殿」とある。また、筆書きの原文は「質問」ではなく「糺問」と読める。

(45) 「京都府知参事裁判陪審被設候儀ニ付御達並伺」公文録・明治六年・第百七十五巻・明治六年九月・司法省伺（一）。

(46) 『井上毅傳　史料篇』補遺第一（一九九四年）二八六頁。なお、井上は「バランゴール氏陪審変遷論」と出典を示すが、原著を特定することはできなかった。

(47) 同・二九五頁。

(48) 前述のように、明治五（一八七二）年五月には、太政官留学生としてワシントン大学で法律を学んでいた児玉淳一郎が建言書を正院に提出していた。児玉は、その「断訟定獄之事」において、「断訟定獄には陪審官吟味と称したる規則を以て御裁

決ニ相成度且睇人証物徴跡を以て証拠を採り従来の拷問ハ御廃止有之度」と陪審制の導入と拷問の廃止を提言している。そうすることで初めて「諸外国人我国民同様ニ所定する権を得候ハ」領事裁判所も取り払われ「堂々たる独立国の体裁」を整えることができると建言している。手塚・前掲注(35)・五〇頁参照。

(49)『治罪法備攷』上編一巻（一八七四年）では、フランスでは拷問廃止の翌年に陪審が実施され、オランダでは「現ニ陪審ヲ用ヒズシテ、而シテ拷訊仍ホ用フルコトヲ聞カザルナリ」（一〇丁表）と陪審が拷問廃止のための必須の条件ではないことを強調している。利谷・前掲注(4)・五二一頁参照。

(50)普通選挙も実施されていない段階である。また、候補者名簿の作成には相当規模の国家予算のみならず必ず地方の協力が必要であり、今日考えるよりも大きな障碍であったはずである。

(51)前述の『回覧実記』と同様の立場である。

(52)尾佐竹・前掲注(6)・五六頁。

(53)「陪審之儀并参座規則御達ニ付伺」公文録・明治六年・第百七十八巻・明治六年十月・司法省伺（一）。

(54)『法令全書』明治六年、八〇三頁。

(55)尾佐竹・前掲注(6)・五八頁。

(56)牧英正・藤原明久編『日本法制史』（一九九三年）二三九頁参照。

(57)同・三二〇頁。もちろん、実際は、旧幕府で相当の身分のあった者については、司法卿が判断したという。尾崎三良と井上毅を茶化して新聞紙条例違反に問われた成島柳北の裁判について、尾崎三良『尾崎三良自叙略伝』上巻（一九七六年）一九九頁参照。

(58)結局本件は参座が有罪の判断をした事件ではない。これについて尾佐竹は「某博士」の誤解を指摘する。尾佐竹・前掲注(6)・九四頁。この某博士とは花井卓蔵である。

(59)同・九五頁。

(60)同・一一四頁。

(61)同・一二七頁。

(62)大木源二編『花井卓蔵全伝』下巻（一九三五年）一三七頁。

(63)「拷訊ヲ廃シ陪審ヲ設ルノ儀伺」公文録・明治七年・第二百二十四巻・明治七年十二月・司法省伺（一）。

(64) 尾佐竹・前掲注(6)・一〇四頁。

(65) ブスケは『日本見聞記―フランス人の見た明治初年の日本』（野田良之・久野桂一郎訳・一九七七年）一巻一一四頁で「裁判役は、被告人の口を開かせるために、竹杖による殴打とかいろいろな拷問の方法を用いていた」と批判的に回想している。なお、ボアソナードも拷問の事実を知らなかったわけではないだろうが、その実態に驚愕するのは、翌年である。あるいは、海外から帰国した者たちが省内でこのような主張をしていたとも考えられる。

(66) 明治七年八月二五日司法省達一九号「従来罪囚推問ニ付拷訊相用候処万一苛刻ニ渉リ冤枉ニ陥候類有之候テハ不相済儀ニ付以来拷訊ハ不相用様可致候」と達していたことを指す。但し、ここでは続けて「尤推問上差支ヲ生シ候様之儀有之候節ハ当分相用不苦候」と必要ならば当面は拷問をしてもよいとしていた（『法令全書』明治七年、一三四八頁）。これをふまえて、堀田への拷問がなされたことになる。

(67) ここの法的論理は、手がかりは少ないが、少なくとも、現代的な意味で事実認定と法律判断を陪審と裁判官が分担するというものでも、裁判官を法定証拠主義から解放するというものでもないように思われる。この時代の裁判官はアンシャンレジーム後のフランスの裁判官とは別の意味で「法律の口」であった（指令裁判の問題は措く）。裁判官を縛っていた法定証拠である「口供結案」に「換ル」ものとして陪審の評決調書が想定されているのであって、その限りで、自白調書がなくても（拷問しなくても）判決をくだせるということである。それでは、陪審は一体どうやって判断するのであろうか、陪審が拷問を許可するという方法もある。参座規則の拷問規定はそのように解することもできる。ただし、これでは拷問廃止のために陪審を求める趣旨に反する。したがって、陪審は証拠のみにより自由な心証をもって評決がくだせるという方向に進まざるをえない。ヨーロッパはこの道を歩んだが（所一彦「刑事裁判における信頼性の問題（二）」『立教法学』五巻（一九六三年）四一頁、四二頁参照）、ここで為政者は、はたと気づくのである。陪審（一般国民）に自由があって、裁判官に自由がなく、被告人も「恐れ入らない」裁判などあってよいものかと。

(68) 同年八月井上毅が「拷訊ヲ廃セント欲セバ、先ツ口供結案ヲ廃セザルベカラズ、抑々口供結案ヲ廃止セバ更ニ何ヲ以テ罪ヲ断セン」（井上・前掲注(49)・序四丁裏）としながら陪審の無用を説いていたことを想起するべきである。井上の陪審否定論は、司法省内では優勢を占めてはいなかったのである。

(69)「拷訊ヲ廃シ陪審ヲ設ルノ儀伺」公文録・明治七年・第二百二十四巻・明治七年十二月・司法省伺(一)。

(70) もともと、左院が用意した指令案では、「上申之趣ハ先其方法審議ノ上採否ハ更ニ可相達候事。但右方法ニ付意見候ハバ草案具状可致候事」とあり、陪審設置の具体案を示せと多少は前向きであったが、ここでは国憲論が持ち出され、大きく後退したといえる。明治憲法制定を見据え、早くもこの時期において陪審が意識されていたことは注目すべき事実である。なお、この時期の左院存続をめぐる政治状況については、松尾正人「明治初期太政官制度と左院」『中央史学』四号(一九八一年)一三頁、三一頁参照。

(71) 西岡を含む左院視察団がパリで岩倉使節団と交流していることも重要であろう。松尾正人「明治初年における左院の西欧視察団」『季刊国際政治』八一号(一九八六年)一六一頁参照。なお、イギリスにいた尾崎三良はアメリカで使節団に合流し、使節団とほぼ同時にイギリスにもどっている。尾崎・前掲注(57)・一三三頁以下参照。

(72) 明治二〇年の討論において磯部四郎は陪審導入を主張しながら「重罪裁判所にハ三名の判事ありて一名ハ裁判長と称し他の二名ハ陪席判事と称せり此の陪席判事とハ則ち所謂陪審のことなり…陪席判事とハ全く陪審員のことにして只其人を撰むに官吏より取りたると人民より取るべきかとの区別までになり居ることハ明白の事なるべし」と述べていた。磯部四郎「陪審制に関する討論筆記」村上一博編『磯部四郎論文選集―日本近代法学の巨擘』(二〇〇五年)一一〇頁。

(73) 具体例は割愛するが、偽君子が語りそうな諸外国の蘊蓄を並べられながら、社説執筆者は自身の該博な知識を誇示している。「州会邑会」に言及するところからも、執筆者は福地であろう。福地は、明治一四年の「国憲意見」でも陪審制設置を主張し、陪審によらない裁判を無効としている。三谷・前掲注(3)・一一六頁参照。さらに、刑事弁護人のつかない裁判もまた同様であるとする。利谷・前掲注(4)・五六四頁参照。

(74) この「日」は日耳曼(ゲルマン)を指す。

(75) 大西林五郎『日本新聞販売史』(一九三一年)五四頁。

(76) 福地桜痴『懐往事談　付新聞紙実歴』(一八九七年)二一七頁参照。

(77) 本稿の考察対象を越えるが、愚民思想を出発点とする司法参加論・国民教育論は、裁判に対する国民の「心服」を強調する方向性をも有する。利谷教授は明治九年から一二年の新聞を分析し、「一部の論者においては、陪審制度を国権の強化手段とする発想もつよい」(前掲注(4)・五三二頁)とこの傾向を看取している。この発想のおかげで、陪審制度は後に平沼騏一

郎・鈴木喜三郎ラインにも許容・利用され、日の目を見ることができたともいえる。しかし、陪審は兵役と並ぶ臣民の義務として強調される一方で、国家が求めるような評決がでないことがわかると、陪審の辞退が常態化させられるのである。陪審制度の最終期における興味深い教育論争については、北井・前掲注(2)・八八頁参照。

(78) 「読み聞け」と指印は今日でも重要である。裁判員制度の導入により、この指印を供述調書のすべてのページに押させることも試行されたという。万一不本意に指印させられたならば、被疑者の心情はいかばかりであろうかと「架空ノ想像」が頭をよぎる。

(79) 牧ほか・前掲注(56)・三一六頁。

(80) なお、本稿では立ち入る余裕はないが、この社説は、九月一四日、一五日、一六日と続き、刑事裁判の公開と刑事弁護人制度を求める貴重な資料である。執筆者はわからないが末広の名に言及があることから、末広が書いたものではない。

(81) 矢野の勉学ぶりについては、小栗又一編『竜渓矢野文雄君伝』（一九三〇年）一〇九頁。この社説については、三谷・前掲注(3)・一一〇頁、利谷・前掲注(4)・五二五頁参照。

(82) 矢野が主に参照しているのは、「『ミツチエル、アイルド』氏曰ヘルコト有リ中世英国陪審ノ法律ニ不明ナルヨリ訟事判決ノ際或ハ法官ノ差図ヲ仰ク者有テ大ニ其威権ヲ損傷セリ此等ノ弊ハ今日ノ陪審ト雖モ尚ホ全ク脱除スル能ハスト『ブラック、ストーン』氏モ亦此言アリ」といった記述から、エアード（David Mitchell Aird）の“Blackstone economized”(1873) の序文と本文を利用していることがわかる。他にも、この本以外からの情報と思われる記述も散見される。例えば、陪審員が「無罪ヲ抗言シ殆ント餓死ノ危境」に達した事件を紹介するが、これはBushell's Case (1670) に関する記述である。ちなみに、陪審取り下げの理由書にあった「飲食ヲ与ヘズ、論弁刻ヲ移スニ至レバ飢渇ノ患ヲ免レズ」というのはこの事件を指すものと思われる。井上の講義ノートではこれはイギリスの「旧法」とされていたが（井上・前掲注(46)・二九五頁）、理由書では現行法のように書かれていた。

(83) 矢野・前掲注(5)・三二九頁。

(84) ボアソナード『仏国治罪法講義』（一八七八年）二二一頁。

(85) 同・二七頁。

(86) 手塚・前掲注(35)・一九頁参照。

(87) 「改定律例三百十八条改正意見書上奏・附招承ニ服セサル者処断ノ儀司法省伺」公文録・明治九年・第十四巻・明治九年一月〜六月・元老院。

(88) 元老院では佐々木高行が「陪審ノ法及ヒ誓詞ノ制モ直チニ実行スル能ハザルハ現時行ハルベキ簡易ノ制ヲ設ケ審判ノ時情ヲ公然タラシムルヲ可トス」と将来の陪審実施に含みを残すかのような発言をしている。『元老院会議筆記前期第三巻』（一九六八年）三一頁参照。

(89) 拷問が「制度として」廃止されたのは、明治一二（一八七九）年一〇月八日の太政官布告による。

(90) いずれも明治一二年に提案されたが、陪審は時期尚早とされた。尾佐竹・前掲注(6)・一六二頁参照。刑事弁護権については、椎橋隆幸「治罪法制定期前後の刑事弁護権」『一橋論叢』七一巻一号（一九七四年）九九頁参照。

(91) 「治罪法草案」（鶴田文書・早稲田大学図書館所蔵）。起草時期は明治八年五月から明治九年九月と推定されている。矢野・前掲注(5)・三五八頁参照。なおこの条文の起草にあたっては、箕作麟祥訳『仏蘭西法律書　治罪法』（一八七五年）が参照されているようである。その三一二条の訳は次の通りであった。「第三百十二条　陪審皆帽ヲ脱シ立チ並ヒタル上ニテ上席人陪審ニ向ヒ左ノ語ヲ述フ可シ　汝等此度被告人某ノ受ケタル罪犯申立ヲ懇切ニ注意シテ審カニ取調へ被告人ノ権利並ニ其罪犯ヲ申立タル国民ノ権利ヲ損害スルコトナク且汝等決断ヲ為スニ至ル迄ハ人ト調ヲ参フ可カラス愛憎畏懼ノ心ヲ生ス可カラス悉サニ罪犯ノ告訴ト被告人ノ答弁トヲ聴キ以テ自主ノ権アル正直ノ人ニ適スル公平誠実ノ意ヲ以テ汝等ノ本心ト其心ニ思込タル所トニ従ヒ決断ヲ為ス可キ事ヲ天ト人トニ対シ盟約ス可シ　上席人此語ヲ述へ終リタル後陪審ヲ一人毎ニ其面前ニ呼寄セ然ル後陪審手ヲ挙ケ余之ヲ盟フト答フ可シ若シ陪審其盟ヲ為ササル時ハ其決断ノ効ナカル可シ」。

(92) ボアソナード・前掲注(84)・二四〇頁。実際のボアソナードによる規定の長さはこの比ではない。矢野・前掲注(5)・三四〇頁参照。

(93) これについては金子堅太郎の証言があるだけである。三谷教授は、河津祐之か沼間守一からの伝聞と推定する。三谷・前掲注(3)・九七頁参照。あるいは、太田峰三郎が神田の古本屋で入手し、金子が譲受けたものの関東大震災で焼失した「元老院ノ取調書類」六冊にそれらしき規定があったのかもしれない。金子堅太郎「帝国憲法制定ノ由来」国家学会編『明治憲政経済史論』（一九一九年）五三頁。一度は陪審論を説いた金子が、この書類の記述を見逃すとも思えない。

(94) 磯部四郎「陪審制度を要する実例」、村上・前掲注(72)・三七三頁。初出は明治四三（一九一〇）年の『刑事法評林』二巻

一二号。

(95) ここで磯部は民権論者のように一般国民の常識を信頼しているわけではなく、陪審裁判になれば、少なくとも法律には縛られず、武家の常識も斟酌される（はず）と考えているように思われる。

(96) 井上毅『治罪法備攷』下編三巻（一八七八年）四五丁表。

（本学法学部教授）