

刑事法廷における秩序維持と威信擁護(1)

明治期から戦前期までの法制の検討

吉 井 匡*

序 章

第1章 裁判法及び刑事手続法における刑事法廷の秩序維持と威信擁護のための諸規定

第1節 裁判所取締規則

- 1 明治初期の近代司法制度確立の動き
- 2 裁判の傍聴と法廷の秩序及び威信との関係
- 3 裁判所取締規則の制定
 - (1) 裁判所取締規則制定前
 - (2) 裁判所取締規則の制定
 - (3) 逐条検討
- 4 フランスにおける法廷の秩序維持と威信擁護
 - (1) 我が国の法制へのフランス法の影響
 - (2) フランスの法制
 - (3) 裁判所取締規則との比較
- 5 裁判所取締規則についての小括

第2節 治罪法

- 1 治罪法の制定
 - (1) 概 略
 - (2) 史料一覧
- 2 治罪法における関連規定の逐条検討
 - (1) 267条
 - (2) 272条
 - (3) 273条
 - (4) 274条
 - (5) 275条

- 3 治罪法についての小括 (以上, 本号)

第3節 裁判所構成法

- 1 裁判所構成法の制定

* よしい・たすく 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

刑事法廷における秩序維持と威信擁護（１）（吉井）

- 2 裁判所構成法における関連規定の検討
- 3 昭和３年裁判所構成法改正案について
- 4 裁判所構成法についての小括
- 第４節 旧々刑事訴訟法，旧刑事訴訟法
 - 1 旧々刑事訴訟法の制定
 - 2 旧々刑事訴訟法における関連規定の検討
 - 3 旧刑事訴訟法の制定
 - 4 旧刑事訴訟法における関連規定の検討
 - 5 旧々刑事訴訟法及び旧刑事訴訟法についての小括
- 第２章 刑事実体法における刑事法廷の秩序維持と威信擁護のための諸規定
 - 第１節 旧刑法及び現行刑法
 - 1 旧刑法の制定及び関連規定の検討
 - 2 現行刑法の制定及び関連規定の検討（戦前期まで）
 - 第２節 改正刑法假案
 - 1 現行刑法成立以降の刑法改正の動き
 - 2 改正刑法假案
 - 第３節 小 括
- 終 章 これまでの総括と比較法的検討及び戦後期法制の検討への展望

財力も武力も持たない裁判所の權威は、最終的には、継続的な国民の信頼に支えられている¹⁾。

Felix Frankfurter（アメリカ合衆国連邦最高裁判所判事）

序 章

本稿は、明治期から戦前期における「刑事法廷の秩序や威信」の意味内容について、当時の我が国の裁判法や刑事手続法、刑事実体法における刑事法廷の秩序や威信に関する諸規定や当該規定の制定過程等の検討を通して、明らかにすることを目的とする。

同時にこの研究は、刑事裁判の大原則である「公正な裁判」の「公正」の内実についての洞察の一助となることも企図している。

1) Baker v. Carr, 369 U.S. 186 (1962) at 267 における Frankfurter 判事の少数意見。

これまでの研究の不十分性

現在、我が国における「刑事法廷の秩序や威信」に関する研究は、決して十分とは言えない。その不十分さは、本稿が直接の対象とする明治期から戦前期にかけては勿論のこと、戦後期についても言えることである。その上、このテーマを扱った数少ない研究も、その大部分が法制史学者や比較法学者、憲法学者の手によるものであり、刑事法学者によるものはほとんど見られない。

では、「刑事法廷の秩序や権威」というテーマは、刑事法学としては論ずべき対象とならないのだろうか。

筆者は決してそうではないと考える。むしろ、「刑事法廷の秩序や権威」についての研究は、刑事法学、とりわけ刑事訴訟法学におけるもっとも根本的な問題の解決にあたって、極めて重要な意味を有していると思われる。その根本的な問題とは、「裁判所は国民に対して、どういった権利を、いかなる方法で保障する存在なのか」という、「裁判所の機能論」の中核部分に関するものである。

この点につき、具体例を挙げながら概説する。

例えば、被告人が法廷において、裁判官を侮辱し、あるいは脅迫するような発言をしたとする。我が国の現行法では、この行為に対し、以下のような措置が講ぜられる可能性がある。

刑事訴訟法288条2項が定める法廷警察権の発動によって、「法廷の秩序を維持するため」の処分（例えば、退廷命令）

当該発言が、裁判所の職務の執行を妨害し若しくは裁判の威信を著しく害したとされる場合は、法廷等の秩序維持に関する法律2条によって、20日以下の監置若しくは3万円以下の過料（又はその併科）これ以外にも、刑事罰として以下のようなものがある。

刑法95条が定める公務執行妨害罪。

裁判所が、法廷の秩序を維持するのに必要として行った（例えば不規則発言の禁止）命令に反し、侮辱発言を続けた場合は、裁判所法73

条が定める審判妨害罪。

以上、～のうち、とについては刑事罰であるから、当然、検察官の公訴提起を要し、通常の刑事手続に則って審理が行われる。しかし、とについては、その侮辱発言を現認した裁判官が下し得る措置である。は、被告人の裁判を受ける権利を奪う可能性がある。しかし、それ以上に被告人に対する手続保障という面で十分な検討がなされなければならないのが、の「法廷等の秩序維持に関する法律」(以下、法廷秩序維持法)に基づく処分である。同法に基づく「監置」は、昭和33年最高裁大法廷決定²⁾によれば、「従来の刑事的行政的処罰のいずれの範疇にも属しないところの、本法によって設定された特殊の処罰」であるという。最大20日に及ぶ身体拘束を「特殊の処罰」とすることで、その制裁を科す際に、憲法その他が定める諸手続の適用はなくなると最高裁は述べる。また、同法によれば、この特殊の制裁に対しては、事実誤認を理由とする抗告は認められない。そして最大の特徴は、侮辱や脅迫を受けた裁判官が直接、侮辱や脅迫を行った者に対して制裁を科すことができるという、「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」³⁾という法格言に反する制裁方法を許容する点である。

これらの事実からも明らかのように、「刑事法廷の秩序や權威」(より正確には、これらを乱した者に対する制裁過程)についての検討は、刑事裁判における「裁判所と被告人の関係」(「裁く者」が「裁かれる者」の行為に何らの利害を有していない関係)とは違う、特殊な「裁判所と被制裁者の関係」(「裁く者」が「裁かれる者」の行為に何らの利害を有していない関係)を検討することを意味する。刑事法廷の秩序や威信を乱した者への制裁は、裁判所による通常の刑事裁判とは異なる制度の下でなされることになるが、このような制裁方法の研究は、通常の刑事裁判と比較するならば、それは、裁判所が審理過程において、「裁かれる者」に如何なる権利を保障

2) 最大決昭和33年10月15日刑集12巻14号3291頁。

3) 武市春男『イギリスの法律格言』179頁(国元書房、1968年)。

するのかを明らかにする意味を持つものであると思われる。しかし、我が国では、このような視点から検討された研究はほとんど見られない。

「公正な裁判」との関係

そして、この「特殊な裁判所と被制裁者の関係」の下で、身体的自由の制限をも可能にする手続を、「公正な裁判」の実現にあたって極めて重大な地位を担っている裁判所で行われることの是非も当然に検討されなければならない。先の最高裁大法廷決定によれば、法廷秩序維持法の適用にあたっては、憲法32条以下⁴⁾の権利保障は及ばないことになるが、憲法32条以下の諸規定や刑事訴訟法が究極的には、「公正な裁判」の実現のために構成されていることに鑑みれば、「刑事法廷の秩序や権威」を維持し擁護するための手続が、憲法や刑事訴訟法の定める諸規定の枠外にあるとする本制度は、その是非について十分に検討されなければならない。また同決定は、法廷秩序維持法に基づく制裁は「司法の自己保存、正当防衛のために司法に内在する権限、司法の概念から当然に演繹される権限」であるとすが、だとすれば、そもそも司法の自己保存なり、正当防衛が何のためになされるのかを当然に考えなければならない。そして、その答えとしては何よりもまず「国民に対して公正な裁判を保障するため」でなければならないと思われる。にもかかわらず、法廷秩序維持法に基づく制裁を、憲法や刑事訴訟法の諸規定の枠外に置くことは、果たして正当であろうか。また、法廷秩序維持法に基づく制裁も「公正」な手続であるとするならば、同法における「公正」と、通常の刑事裁判における「公正」がそれぞれ意味するものの内実について、検討されなければならないだろう。刑事法廷の秩序や権威についての検討は、公正な裁判を実現するための裁判所の役割について、これまでとは異なる視点からの考察を提供することになり、同時に手続の「公正」の意味についての検討の材料にもなり得るのである。

4) この点につき、佐藤 功『憲法(上)(新版)』514頁(有斐閣, 1983年)参照。

研究の今日的意義

加えて、「刑事法廷の秩序や権威」についての研究自体が、今日的意義を有していると思われる。それは、21世紀に入り、重罰化（2000年の少年法改正や2004年の刑法改正等）や公訴時効の廃止議論、裁判員裁判制度⁵⁾（2009年5月～）や刑事裁判への被害者参加⁶⁾（2008年12月～）など、これまでの我が国の裁判所の役割を大きく変容させるような改革が進んでいることと密接に関係している。変容を遂げた「今日的裁判所」は、これらの改革がなされる前の「裁判所」と明らかに異なるであろう。では、裁判所の機能が変容したとして、その上で、「刑事法廷の秩序や権威」を論ずる意味はどこにあるのか。

例えば、今まで、刑事法廷において権威を纏っていたのは、職業裁判官のみであった。それは、法廷における裁判官の席が、他の訴訟関係者より一段高い場所に置かれていることに象徴的に表わされている。ところが、今般導入された裁判員裁判制度は、その“一段高い”席に市民を座らせた。これまで、専ら「刑事法廷の秩序と威信」の紊乱者としての側面でしか捉えられていなかった市民が、「裁判員裁判」の導入によって、積極的に権威を擁護する主体へと変化したのである。「統治客体意識から脱却し、自律的かつ社会的責任を負った統治主体」（司法制度改革審議会意見書）となることを志向した改革は、裁判員、つまり市民の法廷における着席位置の変化という点にもっとも目に見える形で表出したと捉えることが可能であろう。「裁判所の機能論」についてのより一層の検討が今日、上述のような変容を踏まえて求められている中、「刑事法廷の秩序や権威」についての研究は、今日的意義を有していると考えられる。

明治期から戦前期までを検討する意味

このように、刑事法廷の秩序や威信に関する問題は、刑事訴訟法学の分

5) 平成16年法律第63号。

6) 刑事訴訟法290条の2。

野においても十分な検討がなされる必要があり、今日的意義をも有するテーマであることが明らかとなった。しかし、現状は先述の通り不十分である。

本稿は、上記のような研究の不十分さを認識し、今後の「刑事法廷の秩序と威信」についての研究の足がかりとして、著されるものである。では、なぜ、明治期から戦前期までの状況を紹介することによって、研究の足がかりとなるのかといえ、それは、我が国の刑事裁判制度成立の歴史的経緯が以下のようなものだからである。

明治期、我が国にとっては江戸末期に諸外国からの開国の要求とともに締結した一連の不平等条約の改正が急務であった。そして、条約改正のためには、西洋諸国に比肩可能な法制度・裁判制度の構築が必要不可欠であった。我が国が西洋の近代司法の構築に至る一連の流れは、このように非常に政治的な意図のもとになされたものではあるが、それでも、刑事司法に関するものに限っても、人権思想の導入や拷問の廃止など、その後の我が国の刑事司法制度の礎となる多くの制度が持ち込まれたという意味は大きい。このことから明らかなように、明治期から戦前期までの法制の検討は、第二次世界大戦をはさんだ戦後期の法制の検討に不可欠であるといえる。戦前期と戦後期の連続性と不連続性の検討は、特に戦後ドラステックに変わった刑事裁判制度の検討においては、なおのこと、その重要性が強調されなければならない。

本稿の構成

本稿の簡単な構成を示す。本稿は本序章を除き、3章から構成される。第1章は、「裁判法及び刑事手続法における刑事法廷の秩序維持と威信擁護のための諸規定」と題し、裁判法 具体的には、裁判所取締規則や裁判所構成法 と、刑事手続法 具体的には治罪法と、明治及び大正刑事訴訟法 から、刑事法廷の秩序と威信の維持擁護のための法制を抽出し、その法制の逐条検討や制定過程の調査を通じて、当時の法制の実像を明らかにする。特に治罪法は、史料の散逸という制約から、刑事法学者が

ほとんど検討してこなかった分野であり、本稿が、今後の(刑事法廷の秩序や権威という問題に限らず)治罪法研究の空白を埋めることになるのではないと思われる。

第2章は、「刑事実体法における刑事法廷の秩序維持と威信擁護のための諸規定」と題し、刑事実体法中の関連規定を検討するものである。手法は第1章のそれと同じである。本章において特徴的なのは、改正刑法假案の検討部分である。改正刑法假案は、昭和2年から13年の歳月をかけ、刑法の全面改正を意図して編まれたものである。本案は結局立法化には至らず、今日、研究もあまりなされてはいないが、そこには刑事法廷の秩序と威信について考えるにあたり、重要な立案がなされている。本案が持つ意味は、こと刑事法廷の秩序と威信という問題に関しては、現行刑法以上に大きく、十分に検討される必要がある。

終章は、まとめとして、ここまで見てきた裁判法、刑事手続法、刑事実体法のそれぞれにおける、刑事法廷の秩序と威信の維持擁護のための法制とその成立過程を再度概観し、明治期から戦前期までの法制の全容を明らかにする。

今後の計画

本稿が、刑事法廷の秩序や威信についての研究の足がかりとして著されるものであるということは、先に述べた。現在の計画では、「刑事法廷の秩序や威信」についての研究は3部作によって完結する予定である。本稿はその3部作の1であり、研究手法はこれまで述べてきた通り、法制史的研究である。

3部作の2は、「法廷等の秩序維持に関する法律」の立案者が、「範をとる」と述べた、イギリスの裁判所侮辱制度についての検討になる。同国の裁判所侮辱と我が国の制度との間には異なる点も多いが、筆者の問題意識からすれば、イギリスの制度についての検討は刑事法廷の秩序や威信についての研究には欠くことができない。加えて、欧州人権裁判所は、イギリ

スの13世紀以来の伝統ある「裁判所侮辱」制度に対して変容を迫った。欧州人権裁判所がイギリス法制に与えた影響は、欧州における人権保障の今日的な在り方という視点からも興味深い。これは、比較法的研究となる。

そして、3部作の3は、我が国の戦後の「刑事法廷における秩序と権威」研究となる。検討の中心となるのは、法廷秩序維持法である。同法は、最高裁で既に合憲判断が繰り返しなされているが、その判決の妥当性も含め再度検討する。また、これまで本序章で述べてきたように、裁判所が、法廷秩序維持法に基づく制裁を行うことが、公正な裁判の実現主体である裁判所の本質的役割に背くことにはならないのか という点についても検討する。加えて、裁判員裁判制度や被害者参加制度といった新制度の下での「刑事法廷における秩序と権威」について、新たな視点と展望を示す。現行法の解釈論的研究である。

当然ながら、この3部作が完成したとしても、筆者が序章の冒頭で述べた、「公正な裁判」の「公正」の内実についての全容を示すことにはならない。しかしながら、本稿を含めた3部作が、これまで刑事法学においてあまりに当然の前提として人口に膾炙してきたにもかかわらず、十分な検討がなされてきたとは言い難い「公正な裁判」の、その内実について検討するための新たな視点を提供することができるのではないかと考える。

(注) 以下本稿では、法令・史料等の引用にあたり、筆者において、旧漢字等の常用漢字化、条文番号の算用数字化等の表記修正を行った。

第1章 裁判法及び刑事手続法における 刑事法廷の秩序維持と威信擁護のための諸規定

本章では、明治期の裁判法及び刑事手続法の関連規定から、当時の刑事法廷の秩序及び威信についての法制上の意味、並びにそれらの維持のための法制について、当時の我が国における近代法制の受容過程とともに明らかにする。

第 1 節 裁判所取締規則

1 明治初期の近代司法制度確立の動き

我が国の近代司法制度下で（民事を含む）法廷の秩序及び威信、並びにそれらの維持のための法制度の整備の必要性が当局において説かれ、制度として整備され始めたのは、明治前期の司法改革、中でも司法省が設けられた明治 4 年以降である。そこで、まず司法省設置前後の司法制度の整備をめぐる動きを概観する。

明治 4 年 7 月 9 日、「自今刑部省弾正台被廢司法省被置候事」との「太政官第 336 号布告」⁷⁾ がなされ、司法省が設置された。これによって、刑事裁判権と民事裁判権を所管する政府機関が誕生したことになる。しかし、司法省は太政官三院制の下では、司法事務の最高決定権を獲得するには至らなかった⁸⁾。司法事務の最高決定権は正院に帰属しており、また司法省自体も太政官の下位に位置付けられていた。

とはいえ、司法省の長である司法卿の権限は「今日の法務大臣の権限、最高裁判所長官の権限、…国家公安委員長の権限もあり、それから法制局長官その他もろもろ」⁹⁾ に及ぶという非常に広範なものであった。そして、その強大な権限を使い、明治期の近代司法制度の構築にあたって、中心的な役割を果たしたのは明治 5 年 4 月、司法卿に任ぜられた江藤新平であった。江藤の司法卿の在任期間は翌年 4 月までと 1 年足らずではあるが、この間の江藤の活動は、「司法制度全般にわたる改革方針であり…二二章一〇八条からなる大法典」¹⁰⁾ とされる「司法職務定制」の制定等を通し、広

7) 内閣官報局『法令全書（4 巻）』280 頁（原本 1888 年、復刻 1974 年・原書房）。

8) 菊山正明『明治国家の形成と司法制度』131 頁（御茶の水書房、1993 年）。

9) 毛利敏彦『近代司法制度の源流をたずねて（2）近代司法制度の父 江藤新平 2・完』NBL 754 号 71 頁（2003 年）。太政官第 336 号布告と同日に出された同第 342 号布告によれば、司法卿の職務は「掌總判執法申律折獄断訟捕亡」（内閣官報局・前掲注 7）281 頁）である。

10) 横山晃一郎『刑罰・治安機構の整備』福島正夫編『日本近代法体制の形成（上巻）』309 頁（日本評論社、1981 年）。

く知られるところである¹¹⁾。

このように、江藤を長とする司法省によって明治初期の近代司法制度の確立は進んでいったのであるが、では、その近代司法制度確立の過程において、法廷の秩序や威信とはいかなる意味を持ち、また、それらを維持するために、政府はどのような制度を準備したのだろうか。そこで本節では、江戸期までとそれ以降の裁判とで大きく異なる、裁判の公開や傍聴制度と関係付けながら、我が国初の法廷の秩序維持や威信擁護のための法制である「裁判所取締規則」を中心に据え検討する。

2 裁判の傍聴と法廷の秩序及び威信との関係

司法省は江藤の司法卿就任の直後、明治5年5月29日に太政官に対し、「司法省第9伺」¹²⁾として裁判の傍聴に関する伺いを立てている。

聴訟〔民事裁判 筆者注〕八各民ノ権義ヲ保護シ各安堵ヲ得セシムル所以ニシテ公正便利敏捷ヲ蓋ス所ニ候処各民然ル所以ヲ弁セス唯々官吏ノ権力ニ被圧候ト心得中心不服退テ怨望致候様ノ儀有之候テハ御趣意ニ相戻り候ノミナラス第一裁判ノ本意不相立候就テハ以来聴訟所へ新聞紙出版人差入聴聞ヲ許シ其実際ヲ新聞紙ニ上梓為致遍ク審判ノ正明ナルヲ為知候得ハ裁判ノ是非曲直モ相分り自ラ人民保護ノ趣意可相立ト存候間昨日演舌ニテ申進候後当省裁判所及ヒ東京裁判所ハ其儀取計置申候且又断獄〔刑事裁判 同〕之儀ハ初度ヨリ順ヲ以テ鞫問〔取調べ 同〕ヲ遂ケ畢テ断刑申渡候儀ニ付初度ヨリ鞫問ニ至ル迄ハ外聞難差許場合モ有之候間断刑処決之節而已新聞紙上版人差入候様致度此儀御評決相成候得ハ右聴訟断獄トモ新聞紙屋差入之儀普各府県ヘモ相達可申候間早々御指図有之度此段相伺候也

これに対する太政官の回答は、

11) 例えば、福島正夫「司法職務定制の制定とその意義 江藤新平とブスケの功業」法学新報83巻7・8・9号34頁(1977年)、毛利・前掲注9)71頁等。

12) 内閣官報局『法令全書(5巻・2)』1359頁(原本1889年、復刻1974年・原書房)。

伺之通尤各府県へ相達候儀八先見合可申事
であった。

この司法省第9伺から分かるのは、司法省が、裁判が公正であることを国民に分らせることを目的として、民事裁判においてはその全過程を、刑事裁判においては、全過程ではなく判決宣告部分についてそれぞれ新聞記者に傍聴を認めるという司法省の方針を、太政官が認めたという事実である。

その後、司法省は同年11月5日の「司法省第33号達」¹³⁾にて
向後戸長並副戸長共願之上八各裁判所へ差入聴聞差許候事
として地域の世話役であり代表者でもあった戸長・副戸長に傍聴を許し、
明治6年1月20日の「司法省無号達」¹⁴⁾にて

当省諸官員並明法寮生徒自今裁判所聴断獄聴聞差許候条此段相達候
事

但職務上二於テ無妨様其繁簡ヲ見計ヒ一兩人宛申合可罷越尤府県官員
等モ聴聞罷出候間坐列見合セ喧雜無之様可致事

として司法省諸官と明法寮生徒にも傍聴を許可した。そして、明治13年7月17日の「太政官第37号布告」¹⁵⁾、つまり「治罪法」(明治15年施行)の263条にて

重罪輕罪違警罪ノ訊問弁論及ヒ裁判言渡ハ之ヲ公行ス否ラサル時ハ其
言渡ノ効ナル可シ

と定め、一般的な裁判傍聴（＝公開）に関する規則がここに規定された¹⁶⁾。

では、裁判の公開と、法廷の秩序及び威信とはどのような関係にあるの

13) 内閣官報局・前掲注12)1341頁。

14) 内閣官報局『法令全書（6巻-2）』1757頁（原本1889年、復刻1975年・原書房）。

15) 内閣官報局『法令全書（13巻-1）』163頁（原本1890年、復刻1976年・原書房）。

16) なお、明治6年1月15日の「司法省第7号達」(内閣官報局・前掲注14)1702頁)にて「今般各府県官裁判事務見聞之儀差許候間望之者ハ可申出候事」として府県官に対して、裁判事務の見聞を許可している。

か。そもそも江戸時代、裁判は非公開であった¹⁷⁾。それを、明治初期の司法省は、裁判が公正であることを国民に確認、認識させる手段として、裁判の傍聴を、国民全般に対する広報機能のもっとも高い新聞記者より認め始めたのである。従って、この段階では、裁判公開の持つ意味は、「国民の監視」によって、裁判の公正さを確保するという点に重点を置いて説明される現行憲法下での裁判の公開のそれとは異なっていた。例えば明治5年の司法省第9回が「初度ヨリ鞫問ニ至ル迄八外聞難差許場合モ有」として、新聞記者に刑事裁判の一部しか傍聴を認めなかったのは、当時まだ拷問が制度上許されていたからである。拷問の様子を公開することは、統治機構の側にとって不都合であった。このことが典型的に示しているように、当時の裁判の公開は、「公開によって、裁判の公正さを確保する」ことを目的に制度設計されたものではなく、「もともと裁判は公正であるが、それを国民に分からせる」ことに主眼を置いていたといえる。だからこそ、一般国民が裁判の傍聴を認められるようになるには、刑事裁判の全過程を公開しても問題がない、つまり拷問が廃止された明治12年の翌年まで待たねばならなかった（なお、民事裁判については、明治8年2月22日の「太政官第30号布告」¹⁸⁾で一般人への傍聴が認められている）。

このように、当時の司法省にとって「一般の人びとが実際に法廷に入るのは必ずしも歓迎され〔ず〕」¹⁹⁾、その上、「刑事裁判の公開は、政府が主導権を握って厳格な規制を加えながら行われた」²⁰⁾のである。いわゆる「お上の威光」という裁判官の權威の下、糾問主義的刑事訴訟を行ってきた裁判所に、被告人以外の、換言すれば、裁判官による直接の糾問の対象とならない人々が入ってくることで、司法省や裁判所は、法廷の秩序及び威信を維持擁護するための法制を検討せざるを得なくなったのである。こ

17) 平松義郎『近世刑事訴訟法の研究』744頁（創文社、1960年）。

18) 内閣官報局『法令全書（8巻-1）』36頁（原本1890年、復刻1975年・原書房）。

19) 松永寛明「サンクションと観衆——明治初期における刑事裁判の公開過程を題材に」法社会学65号29頁（2006年）。

20) 松永・前掲注19)29頁。

ここに、裁判の公開と法廷の秩序及び威信との関係が明らかになってくる。そこで以下、明治前期の裁判法を通して当局が行った法廷の秩序及び威信の維持擁護のための法制について検討する。

3 裁判所取締規則の制定

（１）裁判所取締規則制定前

明治初頭には、独立した刑事手続法は存在しておらず、江戸時代における裁判取扱の諸規定の多くが、そのまま慣習的に踏襲されていた²¹⁾。その江戸時代の白洲の法廷は、「其混雑は実に甚敷ものなれども、事務の熟練と出頭人の畏縮謹慎にて行儀正しく紛擾を生ずることなく、万一法を犯し紛擾ケ間敷所行ある時は、御場所柄を不憚とて是非に拘らず、忽ち被捕押、るいせつ〔縲絆：獄につながれること 筆者注〕のはつかしめに掛る恐れあれば、混雑の中に十分恐れあれば能く慎み、順席能く事務抄取^{はかど}」²²⁾ っていたとされる。

明治維新後、最初の刑事手続法と呼べるものは、明治3年5月25日に刑部省が「刑部省定」として出した「法庭規則」²³⁾であるが、その内容は、江戸時代の慣例から一歩も出るものではなかった²⁴⁾。

江戸時代の裁判制度の慣習から離脱し、明治政府が独自の裁判制度の確立のための転換点となったのが、司法省が明治6年2月24日、「司法省第22号達」²⁵⁾として発した「断獄則例」である。断獄則例は、

従来断獄庭ノ規則一定ナラス因テ今般断獄則例ヲ各裁判所ヘ頒行ス其例内ニ開載セサル瑣屑ノ事項ハ時ニ臨ンテ廃置スルモ亦妨ケス

21) 小早川欣吾『明治法制史論（公法之部下巻）』1059頁（巖松堂書店、1940年）。

22) 佐久間長敬（南和男校注）『江戸町奉行事跡問答』141頁（人物往来社、1967年）。

23) 内閣官報局『法令全書（3巻）』207頁（原本1887年、復刻1974年・原書房）以下に条文が掲載されているが、ここには法令名の記載がない。小早川・前掲注21）1060頁は「法庭規則」とする。

24) 小早川・前掲注21）1060頁。

25) 内閣官報局・前掲注14）1714頁。

として発せられた。断獄則例第1則は以下の通りである。

讞獄ノ事慎重ニス可クシテ軽率ニス可カラス故ニ細事件ト雖モ判事必
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
事豈能獨リ枉ナキヲ保ンヤ今会同ノ員ヲ設ケ傍聴ノ人ヲ容ルス者八有
司ノ私ナクシテ片言亦其公正ナルヘキヲ示ス所以ナリ

「有司ノ私ナクシテ片言亦其公正ナルヘキヲ示ス」というのは、「もとも
もと裁判は公正であるが、それを国民に分からせる」ことを目的として裁
判の公開が設計されたという私見を補強する。断獄則例は明治15年の治罪
法施行まで、刑事訴訟手続に関する規則として効力を有し続けたものの、
この段階では、法廷の秩序及び威信の維持擁護の必要性は、まだ司法省で
は認識されていなかったといえる²⁶⁾。

司法省が法廷の秩序及び威信の維持擁護の必要性を認識して施策を講じ、
それが記録上明らかなものとしてもっとも古い事例は、先に紹介した明治
5年11月20日の、司法省諸官と明法寮生徒に裁判の傍聴を許した司法省無
号達である。同達は両者に対し「喧雑無之様可致事」との注意を与えてい
る。同達が、法廷の秩序維持及び威信擁護に関して司法省が初めて言及し
たものであると思われる。そして、同達から1年半後、司法省は我が国初
の統一的な法廷の秩序及び威信の維持擁護のための制度として「裁判所取
締規則」を制定するのである。

(2) 裁判所取締規則の制定

明治7年5月20日、司法省は各裁判所に対し、「司法省甲第9号達」²⁷⁾
として、「裁判所取締規則」を発した。この段階で裁判の傍聴が許されて
いたのは、新聞記者、戸長・副戸長、司法省諸官及び明法寮生徒であった。
裁判所取締規則の規定は以下の通りである。

26) もっとも、司法省において改めて特段の処置を講ずるまでもなく、刑事法廷の秩序や威
信を乱す者を「是非に拘らず、忽ち被捕押」(江戸町奉行事跡問答)えればよいと考えて
いた可能性もあるが、当時の史料がなく、実際のところは不明である。

27) 内閣官報局『法令全書(7巻・2)』1357頁(原本1890年、復刻1975年・原書房)。

第 1 条 訟庭ハ訴訟口詰必ス出席シ詞訟人ヲ順次ニ呼込ミ裁判官ノ命ニ從ヒ失敬又ハ鬧〔騒がしいこと。紛鬧とする史料あり 筆者注〕ノ事アラサル様其取締ヲ為スヘキ事

第 2 条 原被告人ヲ始め代言人等總テ訟庭ニ出ル者ハ呼込ノ次第二從ヒ沈黙整列シ裁判官出席スレハ各々起テ礼ヲ為スヘシ

第 3 条 原被告等共其事情ヲ余蘊ナク幾回モ詳細ニ陳述スヘシト雖モ互ニ先ツ發言スル者ノ言終リタル後ニ非レハ更ニ其言ヲ發ス可カラス

第 4 条 凡進退動作ハ輕躁ニ涉ラス言動ハ憤怒高激ニ涉ラス諄々トシテ其事情ヲ陳述シ且裁判官ニ對シテ尊敬ヲ致スニ注意スヘシ

第 5 条 前条ニ記載シタル事ヲ守ラス裁判官ニ對シ尊敬ヲ欠クモノアルトキハ裁判官直チニ譴責ヲ加フ可シ若シ之ヲ再犯スル者ハ違式ノ輕重ニ問ヒ相当ノ罰金ヲ科ス可キ事

但右譴責等ハ斷獄課ニ付スルニ及ハス其裁判官直チニ申渡ス可シ

第 6 条 譴責又ハ罰金ヲ科スヘキモノアル時ハ其裁判ヲ中止シテ其犯則ニ關係ナキ者ハ一旦控所ニ退カシメ然後犯則ノ者ニ譴責又ハ罰金ヲ申渡ス可キ事

但其言渡書ハ其出席人ノ控所二十日間貼附スヘシ

第 7 条 裁判官ヲ罵ル者アル時ハ前条ノ如ク其裁判ヲ中止シ之ヲ斷獄課ニ付シ本律ヲ科スヘキ事

第 8 条 總テ裁判ハ衆人公聽ヲ許スト雖モ人々皆沈黙敬聽ス可シ

但裁判官審問ノ際公聽ノ者若シ紛鬧ニシテ審問ノ妨礙アリト思量スル時ハ便宜ヲ以テ訴訟口詰ニ命シ公聽ノ者ヲ退ソカシム可キ事

なお、裁判所取締規則はその後 4 度の改正を経ている。まず、同年 7 月 12 日の「司法省甲第 14 号達」²⁸⁾にて、法廷への遅刻・不参に対応するために以下の規定を追加した。

第 9 条 刻限呼出ヲ受タル者疾病又ハ無抛事故アリテ遅参又ハ不参スル

28) 内閣官報局・前掲注 27) 1360 頁。

時ハ其事実ヲ明細ニ記載シタル届書ヲ呼出刻限前裁判所ニ差出スヘシ
若シ刻限後届出ルカ又ハ無届ニテ遅参不参ヲ致ス者ハ其裁判官直ニ違
式ノ軽重ニ問ヒ相当ノ罰金ヲ科スヘキ事

同年10月8日の「司法省甲第19号達」²⁹⁾によって、主に代言人に対する
規定が追加と、5条では再犯加重規定の削除、6条、7条については規定
上罰金を外し、8条については文言の修正が、それぞれ以下のように行わ
れた。

第5条 前条ニ記載シタル事ヲ守ラス裁判官ニ対シ尊敬ヲ欠クモノアル
トキハ裁判官直ニ譴責ヲ加フ可シ

但代言人此ヲ犯シ譴責ヲ受シトキハ其事件ニ付代言人タル事ヲ得ス

第6条 譴責ヲ加フ可キモノアルトキハ其裁判ヲ中止シ犯則ニ關係ナキ
モノハ一旦控所ニ退カシメ然ル後犯則ノ者ヲ譴責ス可シ

第7条 裁判官ヲ罵ル者アル時ハ前条ノ如ク其裁判ヲ中止シ之ヲ断獄課
ニ付シ本律ヲ科ス可キ事

但代言人此ヲ犯スモノハ本律ヲ科スルノ後三月ヨリ多カラサル時間代
言人トナリテ裁判所へ出ル事ヲ得ス

第8条 裁判ノ時公聴ヲ許サレタル者ハ人々皆沈黙敬聴スヘシ

但裁判官審問ノ際公聴ノ者若シ紛鬧ニシテ審問ノ妨礙アリト思量スル
トキハ便宜ヲ以テ訴訟口詰ニ命シ公聴ノ者ヲ退カシム可シ

さらに同年12月20日の「司法省甲第21号達」³⁰⁾によって、9条の「裁判
官直ニ」罰金を科すことをやめ、断獄課に付することを定めるため、以下
のように改正された。

第9条 刻限呼出ヲ受タル者疾病又ハ無抛事故アリテ遅参又ハ不参スル
時ハ其事実ヲ明細ニ記載シタル届書ヲ呼出刻限前裁判所ニ差出スヘシ
若シ刻限後届出ル歟又ハ無届ニテ遅参不参ヲ致ス者ハ断獄課ニ廻シ違
式ノ軽重ニ問ヒ相当ノ罰金ヲ科ス可キ事

29) 内閣官報局・前掲注27) 1362頁。

30) 内閣官報局・前掲注27) 1363頁。

最後に明治9年4月10日の「司法省第40号達」³¹⁾によって、同年に「代言人規則」(明治9年2月22日司法省甲第1号布達)が制定されたことに伴う、代言人に関する条項の削除がなされた。但し、9条については、明治10年1月17日の「太政官第5号布告」³²⁾にてさらに改正が行われ、先の明治7年の「司法省第21号達」でいったん削除された、裁判官によって「直に」罰金を科す制度を再度採用し、以下のように規定が変更された。

凡ソ裁判所ノ呼出ヲ受タル者疾病等ノ事故アリテ遅参又ハ不参スル時
ハ其事故ヲ詳記シ呼出刻限マテニ其裁判所ニ届出ヘシ若シ右刻限ヲ過
キテ届出ル歟又ハ無届ニテ遅参不参スル時ハ裁判官ニ於テ直ニ五銭以
上十円以下ノ罰金ヲ科スヘシ

(3) 逐条検討

逐条検討に入る前に、裁判所取締規則によって保護すべき対象として条文中「裁判官個人の利益」を多く挙げている点は注目すべきである。

・ 1条

1条は、訴訟口詰(現在の廷吏に相当)が、法廷取締に関し第一義的権限を有していることが明らかにされる。現在の廷吏に法廷取締権限はなく、現在は裁判所法71条あるいは刑事訴訟法288条2項によって、裁判長に法廷の秩序維持のために必要な処分を行う権限が与えられている。また、詞訟人(訴訟関係人)に「裁判官ノ命ニ従」うことを求めるが、これは4条や5条で繰り返し述べられる「裁判官に対する尊敬」とともに、本規則の中核をなす思想である。

・ 2条及び3条

2条及び3条は、法廷での立居振舞いや発言の順序等を定めたものである。

・ 4条

4条は、1条で規定された「失敬又ハ鬧」をさらに具体化し、「凡進退

31) 内閣官報局『法令全書(9巻・2)』1385頁(原本1890年、復刻1975年・原書房)。

32) 内閣官報局『法令全書(10巻)』2頁(原本1890年、復刻1975年・原書房)。

動作軽躁ニ涉ラス言動ハ憤怒高激ニ涉ラス諄々トシテ其事情ヲ陳述」すること、「裁判官ニ対シテ尊敬ヲ致ス」ことを求めている。この「裁判官に対する尊敬」の意味については、5条とともに検討する。

• 5条

5条は、本規則におけるもっとも重要かつ、検討すべき条文である。

本条に基づく制裁の要件は、「裁判官ニ対シ尊敬ヲ欠ク」ことのみであり、当該行為によって訴訟の進行が妨げられるなどの実際の審理への影響の発生は制裁発動の要件とはされていない。また、「前条ニ記載シタル事ヲ守ラス」と規定されているので、法廷内での行為に限られ、法廷外の行為は本条の対象とはならない。

本条は裁判官に「直チニ譴責ヲ加フ」権限を認めるが、それは、「前条ニ記載シタル事ヲ守ラス裁判官ニ対シ尊敬ヲ欠クモノアルトキ」であり、現行の法廷秩序維持法の定める「裁判所の職務の執行を妨害し若しくは裁判の威信を著しく害した」(2条)場合や、刑事罰である「審判妨害罪」を規定する裁判所法の「法廷における裁判所の職務の執行を妨げ、又は不当な行状」(71条2項)とは違い、「裁判官」という「ひと」に対する尊敬を、制裁をもって確保しようとしている。つまり、当時の司法省は、裁判官個人に対し敬意を払わせることで、法廷の秩序を維持し、威信を擁護しようと考えていたのだと思われる。これは換言すれば、当時は司法権や組織としての裁判所に「権威」というものがいまだ醸成されず、裁判官個人の、いうなれば属人的権威に依拠することによってしか、法廷の秩序維持及び威信擁護といったものを図れなかったことを示している。

また本条は、当初、「裁判官に対し尊敬を欠くものあるとき」は譴責、再犯者については「違式ノ軽重ニ問ヒ相当ノ罰金」を、裁判官が「直チ」に科すことができるとされていた。これは、通常の刑事裁判のスタイルとは大きく異なる。洋の東西を問わず、「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」という法格言は裁判における大原則であった。しかし、この原則とは相容れない、「裁判官は、人が自分に対し

て行った悪事を罰することができる」という制度が、法廷内で裁判官に対して行われた行為については例外として認められることがある。例えば、後述のように日本やイギリスの例が挙げられよう。これは、裁判官の面前で行われた行為であれば、「被制裁者の行為」は裁判官にとって一見して明白であり、刑事裁判において要求されるような証拠調べの必要性はなく、なおかつ、そのような者に対する制裁は迅速になされる必要があるとの理由から、しばしば正当化される。このような制裁方法を本稿では以下、「簡易即決」な制裁と呼ぶ。

法廷において、法廷の秩序及び威信を損ない、あるいは貶めるような行動に制裁を加えるための簡易即決規定は、我が国の現行法でも規定されており、法廷秩序維持法 2 条は、「裁判所が命じた事項を行わず若しくは執った措置に従わず、又は暴言、暴行、けん騒その他不穏当な言動で裁判所の職務の執行を妨害若しくは裁判の威信を著しく害した者」には、裁判所又は裁判官は直ちに「二十日以下の監置若しくは三万円以下の過料に処し、又はこれを併科する」ことができると定めている。また、諸外国でも例えば、イギリスの1981年裁判所侮辱法³³⁾(Contempt of Court Act 1981) 12条(2)は、裁判手続を故意に妨害し(interrupt)、又は法廷で非礼な行為をなした(misbehave)者などに対して、治安裁判所(magistrates' court)は、裁判所職員又は巡査に対して、「閉廷時まで右犯罪者を拘束(custody)するように命じることができ」、同裁判所が相当と認めるときは「1か月以下で期間の定めがある拘禁刑(custody)若しくは2,500ポンド以下の罰金(fine)に処し、又は併科することができる」と規定する。

このように、裁判所取締規則 5 条の簡易即決規定は、それ自体は本規則特有のものとはいえないが、法廷秩序維持法やイギリスの1981年裁判所侮辱法が身体拘束を伴う制裁を認めているのに対し、同規則は、譴責が限度

33) 訳は法務大臣官房司法法制調査部『イギリス最高法院法・イギリス裁判所侮辱法（法務資料444号）』160頁（法務大臣官房司法法制調査部司法法制課，1984年）による。但し、罰金額については当初500ポンドだったものを現行規定に合うように修正した。

で、再犯者に対する加重処罰として「罰金」を科すとした。しかも、同条はわずか5カ月足らず後に改正され、再犯者加重処罰規定自体が削除され、それとともに、簡易即決規定の対象から罰金も削除されたのである。「譴責」は文字通り、裁判官からの「叱責」であり、それ以上には被制裁者には身体的・財産的な権利侵害は発生しない。当時の司法省は、簡易即決制裁の適用範囲を、被制裁者にとってもっとも権利侵害の度合いが少ない制裁に限ったのである。もちろん、制裁の度合いが少ないとはいえ、「裁判官に対する尊敬」を、制裁を用いてまで確保するという制度については今日的視点からすれば、疑問がある。しかしながら、簡易即決規定を重大な例外と捉え、その重大な例外によって科される制裁は最小限にしようとする司法省の姿勢は、法廷秩序維持法による「二十日以下の監置若しくは三万円以下の過料」という制裁を、「特殊な制裁」であるとして刑事司法の枠外に置き、正当化しようとする法廷秩序維持法立法当時の立法者よりも、手続保障を確保しようとする姿勢の表れとして、注目に値するものだと考える³⁴⁾。

・6条

6条は、裁判官が簡易即決な制裁権限を行使する際には、本体の裁判を一旦停止することを規定している。法廷秩序維持法は、本体の裁判を停止することなく、その場で制裁を科すことができるとするが、本規則は、「関係ナキ者ハ一旦控所ニ退カシメ」としており、制裁の対象となる行為と制裁の発動までの時間的間隔は、法廷秩序維持法のそれよりも長いことになる。但し、これまで述べてきたように、関係者以外を退廷させることは、法廷の公開の流れに逆行しているとの評価も可能である。せいぜい譴責に過ぎない制裁を科すのに、このような処置を取る理由があるのかは、

34) なお、司法省甲第19号達による改正前の条文中の「違式ノ輕重」の意味は、「規則違反の程度」と解釈するのが妥当だと思われる。この点につき、この「違式」を「地方違式註違条例」のことと解するもの(羽生田利朝『法廷警察権の研究(特に歴史的及び比較法的研究)(司法研究報告書5輯1号)』4頁註2(司法研修所,1952年))も見られるが、地方違式註違条例は現行の輕犯罪法類似のものであり、同条例中に裁判官に対する尊敬をさせるような規定も見られないことから、本稿では羽生田の解釈を採らない。

不明であるし、このような規定が設けられた経緯も不明である。

・ 7 条

7 条は、裁判官を罵る者に対しては「本律」（刑事罰）を科すために、「断獄課」つまり別途刑事裁判を開催し、そこで裁くことを定めた規定である。ここでいう本律とは、改定律例（明治 6 年 6 月 13 日 太政官第 206 号布告）の罵詈律中、罵官吏律（原罵本属長官律）を指す。

【改定律例 234 条】 凡勅任官ヲ罵ル者ハ懲役一年奏任官ヲ罵ル者ハ懲役九十日判任官ヲ罵ル者ハ懲役六十日並ニ親^{みづか}ヲ聞テ乃坐ス³⁵⁾

また、通常、官吏に対する罵詈は罵官吏律によって処罰されたところ、裁判官においては特に 5 条のように、「尊敬ヲ欠ク」者にまで制裁を科していたところに、裁判官は通常以上に尊敬を受けるべき存在だと考えていた司法省の思想が明らかになる。

また、文書による讒毀・誹謗に対処する讒謗律の成立以降（明治 8 年 6 月 28 日 太政官第 110 号布告）は同律の規定も、「本律」に含まれる。

【讒謗律 4 条】 官吏ノ職務ニ関シ讒毀スル者ハ禁獄十日以上二年以下罰金十円以上五百円以下誹謗スル者ハ禁獄五日以上一年以下罰金五円以上三百円以下³⁶⁾

これは法廷外での行為を主に想定したものであるから、5 条が法廷内での行為を対象としていたことに比して、より広く制裁の対象となる行為を捕捉しようという司法省の態度が伺える。

・ 8 条

8 条では、裁判の傍聴にあたって諸注意と、裁判官による傍聴人の退廷命令及び訴訟口詰を使った法廷警察権の行使が明文によって規定された。ここで初めて「審問ノ妨礙」の対処規定がみられるが、対処内容は、退廷命令だけである。裁判官を罵る者に対しては、刑事罰をもって対処しながら、法廷を混乱させた者には法廷からの排除に留まるというのは、本規則

35) 内閣官報局『法令全書（6 巻 - 1）』282 頁（原本 1889 年、復刻 1974 年・原書房）

36) 内閣官報局・前掲注 18）151 頁。

が法廷の秩序維持や威信を擁護すること以上に、裁判官の權威を擁護することに重点を置いていたことを示す例であり、本規則の全体を貫く立法者意思の表れだと考えられる。

本条は、公布当初と司法省甲第19号達の改正後とでは条文の文言が大きく変化していることにも注目すべきである。当初は「總テ裁判八衆人公聴ヲ許ス」となっていたのが、改正後は「裁判ノ公聴ヲ許サレタル者」と変化しているからだ。これは条文上、傍聴者を認める者の範囲を狭めたことを意味する。また、「審問ノ妨礙」は「公聴ノ者」に限られているが、この規定は、審判を妨害し法廷の秩序を乱す可能性が最も高いのは傍聴人であると司法省が考えていたことを表しているものと思われる。8条は裁判の公開を当時の司法省や裁判所が望まなかったという、私見を補強するものだといえる。

・9条

9条は、訴訟への遅刻者や不参者に対応するために設けられた規定であるが、遅刻等に対する制裁方法が興味深い変遷をたどっている。司法省甲第14号達によって、本規則にこの規定が取り入れられた際は、制裁方法は「裁判官直二違式ノ軽重二問ヒ相当ノ罰金ヲ科スヘキ事」であった。「違式ノ軽重二問ヒ」は、先の5条と同様、規則違反の程度と解すが、裁判官の簡易即決な制裁権限を認めたのが5条では再犯者であったのが、9条では当初より簡易即決な制裁権限の行使を認めている。そして、5条の簡易即決規定を削除した司法省甲第19号達では9条の改正はなかったものの、およそ2か月後の司法省甲第21号達では、「断獄課二廻シ違式ノ軽重二問ヒ相当ノ罰金ヲ科ス可キ事」と簡易即決規定を削除し、断獄課に付することを定めた。よって、この段階では5条の譴責を除けば、本規則から簡易即決規定はすべて削除されたことになる。「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」という法格言に、我が国の明治初期の立法者は忠実であったことが推測される。

しかし、明治10年の太政官第5号布告で「裁判官ニ於テ直二五錢以上十円以下ノ罰金ヲ科スヘシ」として簡易即決規定を復活させている。この復

活につき、確かに、簡易即決規定を実質全廃した司法省甲第21号達当時よりは、手続保障という観点からは後退したとの評価もあり得る。しかし、遅刻や不参といった行為は、5条の「尊敬ヲ欠ク」や7条の「裁判官ヲ罵ル」といった、制裁の前提となる構成要件に該当する事実の認定にあたって、裁判官の主観が入り込む可能性が典型的に極めて高いと思われる行為とは異質なものである。遅刻や不参の行為の認定に、裁判官の主観が入り込む余地はほとんどない。この点から、遅刻等に対する制裁手段として、簡易即決な制裁権限を復活させたとしても、その制裁も罰金に留まる事を考慮に入れれば、必ずしも被制裁者の権利保障に悖る点があるとはいえないとの評価も可能だと思われる。

4 フランスにおける法廷の秩序維持と威信擁護

(1) 我が国の法制へのフランス法の影響

裁判所取締規則の制定過程は、史料が少なく明らかではない。但し、明治6年11月にはフランスの法学者ボアソナード（Gustave Emile Boissonade de Fontarabie）が、いわゆるお雇い外国人として日本に来ており、その後の法制全般にわたって彼の影響がみられることからすれば、裁判所取締規則の制定にあたっては、ボアソナードを通じて、フランス法の影響を受けていると見ることもまた、解釈としてあり得ることである³⁷⁾。事実、1806年公布の民事訴訟法（以下、仏民法）及び1808年公布の刑事訴訟法（以下、仏刑法）等には、裁判所取締規則類似の規定が随所に見られることからすれば、上記の見方があながち間違いではないことの証左ともなると考えられる。そこで以下、フランスの法制と我が国の裁判所取締規則との比較検討を行う。なお、以下の検討は、すべて裁判所取締規則制定当時（1874年）のフランス法制である。

37) 羽生田・前掲注34) 8頁参照。

表1 フランスの法廷の秩序及び威信の維持擁護のための法制

	喧 噪 等 の 行 為	侮辱又は暴行, 脅迫行為
刑事被告人	刑訴法504条 ¹⁾ , 重罪法院法10条 ²⁾ ・11条 ³⁾	刑訴法505条 ⁴⁾ , 刑法222条 ⁵⁾ ・223条 ⁶⁾ ・228条 ⁷⁾
訴訟当事者 (被告人以外)	刑訴法504条, 重罪法院法11条, 民訴法88条 ⁸⁾ ・89条 ⁹⁾ (治安裁判所に関しては民訴法10条 ¹⁰⁾)	刑訴法505条, 刑法222条・223条・228条, 民訴法91条 ¹¹⁾ (治安裁判所に関しては民訴法10条・11条 ¹²⁾)
一般 人 (主に傍聴人)	刑訴法504条, 重罪法院法11条, 民訴法88条・89条(治安裁判所に関しては民訴法10条)	刑訴法505条, 刑法222条・223条・228条, 民訴法91条
司法補助者 (主に弁護士)	刑訴法504条, 重罪法院法11条, 民訴法88条・89条・90条 ¹³⁾	刑訴法505条, 刑法222条・223条・228条, 民訴法91条

- 1) 仏刑訴法504条 法廷または公開で裁判上の審理が行われるその他すべての場所で、1人または複数の出席者が、称賛もしくは非難の態度を公に示しまたはなんらかの方法で騒ぎをかき立てたときは、裁判長または裁判官は、その者を強制退去させるべきものとする。その者が命令に反抗しまたは再び戻った時は、裁判長または裁判官は、その者を逮捕し且つ拘置所へ連行することを命じるべきものとする。この命令は調書に記載されるべきものとする。拘置所の看守に対してなされたその命令の提示により、騒ぎを起こした者はそこに24時間留置されるべきものとする。
- 2) 仏重罪法院法10条 法院は叫喚若しくは喧噪を惹起し得るその他一切の手段により、裁判の円滑な進行を妨害する刑事被告人に対してはこれを退廷させ、収監することができる。この場合には退廷させたままで前2条に従い、弁論及び裁判する。
- 3) 仏重罪法院法11条 審理の円滑な進行を妨害する喧噪を惹起する者は、刑事被告人であるかその他の者であるかを問わず、即時審理の上公務執行妨害の罪として2年以下の禁錮に処す。なお、司法官に対する侮辱及び暴行がある場合は、刑法所定の刑を適用することを妨げない。
- 4) 仏刑訴法505条 騒ぎが後に軽罪刑もしくは違警罪刑を適用する理由となる侮辱または暴行を伴ったときは、その刑は、開廷中に且つその事実が確認されたら直ちに、以下のとおり宣告されるべきものとする。
違警罪刑は、控訴なしに、それを宣告する裁判所または裁判官により、
軽罪刑は、刑の言渡しが行われたときは控訴を認めて、控訴を審理する裁判所又は控訴を審理する裁判所または単独裁判所により。
- 5) 仏刑法222条 (1863年5月13日の法律による改正) 1人または複数の行政裁判官もしくは司法裁判官または1人もしくは複数の陪審員が、職務執行中もしくは職務執行に際して、公にされていない言葉、文章もしくは図画によって、それぞれの場合に、名誉もしくは高潔さを疑わせることを意図したなんらかの侮辱を受けたときは、司法官または陪審員に侮辱を加えた者は、2週間以上2か月以下の拘禁刑に処せられるべきものとする。
- 6) 仏刑法223条 (1863年5月13日の法律による改正) 裁判官または陪審に対して、その職務執行中もしくは職務執行に際して、身振り手振りによりもしくは脅迫によりなされた侮辱は、1か月以上6か月以下の拘禁刑に処せられるべきものとする。侮辱が法院または裁判所の法廷でなされたときは、1か月以上2年以下の拘禁刑に処せられるべきものとする。
- 7) 仏刑法228条 (1863年5月13日の法律による改正) 武器を持たなくてもまたその結果傷害を伴わなくても、その職務執行中もしくは執行に際して裁判官を殴打し、または同一

の状況の下で裁判官に対して暴力もしくは暴行を加えた者は、2年以上5年以下の拘禁刑に処せられるべきものとする。

その暴行が法院または裁判所の法廷でなされたときは、前項の刑の最高限が常に言渡されるべきものとする。

前2項の場合に刑の言渡しを受けた者に対しては、刑を終えた日から起算して5年以上10年以下の期間、本法典42条に定められた権利を停止することができ、また同一の期間、高等警察の監視の下におくことができるものとする。

- 8) 仏民法88条 弁論期日に立会う者は、無帽で、尊敬と静粛を維持する。裁判長が秩序維持のため命令するすべてのものは、正確にかつ直ちに実行される。
同一の規定は、裁判官又は検事がその職務を行う場所にて遵守される。
- 9) 仏民法89条 1人又は多数の個人が、何たるを問わず、静粛を破り、当事者の防御或は裁判官又は検事の発言、裁判長、受命裁判官又は検事の質問、戒告又は指揮、或は判決又は命令に、承認又は不承認の合図を与え、何たるかの方法を問わず、喧騒を惹起し又は煽動する場合、及び、執行吏の戒告に従い、直ちに指揮に従わざる場合、退去を命ぜられ、又、反抗する者は逮捕され直ちに24時間留置場に拘留される。前記は、裁判長の命令の提出に基づき収監される。当該命令は弁論調書に記載される。
- 10) 仏民法10条 当事者は裁判官の面前にて穏和に弁明しかつ裁判所に当然払うべき敬意をすべてにおいて守るべきである。当事者がこれに違反する場合、裁判官は当事者にまず戒告により注意する。再び犯す場合、当事者は10フランの額を超えない罰金で罰せられ、当該小郡の市町村の数を超えない数の判決の揭示を行う。
- 11) 仏民法91条 職務執行中の裁判官又は裁判所職員を侮辱又は脅迫する者は、警察権が属する場所の裁判長、受命裁判官又は検事の夫々の命令で、逮捕され直ちに留置場に拘留される。24時間以内に尋問されかつ裁判所により、軽罪を確定する調書の理由に基づき、1か月を超えない拘禁及び25フラン以上300フラン以下の罰金で罰せられる。
違反者が直ちに逮捕されることができない場合、裁判所は、前項の罰を24時間以内に違反者に対し宣告する。但し、被告人は、拘留のまま判決の10日以内に故障申立を提起することができる。
- 12) 仏民法11条 裁判官に対する侮辱又は不敬の場合、裁判官はそれにつき調書を作成し、かつ、最長3日の禁錮で罰することができる。
- 13) 仏民法90条 混乱が裁判所付の職務を進行する者により惹起される場合、前条の罰の他に当該職務は停職されることができ、停職は初回については、3か月の期間を超えることはできない。前条の場合と同じく、当該判決は仮に執行される。

(2) フランスの法制

フランスの法廷の秩序及び威信の維持擁護のための法制は、イギリスのように「裁判所侮辱」の名を冠する独立の立法ではなく、各種実体法及び手続法に規定がある。具体的には、仏民法³⁸⁾、仏刑法³⁹⁾、1810年公布の刑法(以下、仏刑法)⁴⁰⁾及び1835年公布の重罪法院に関する法律(以下、

38) 訳は若林安雄「一八〇六年フランス民事訴訟法典(仮訳)(一)」近大法学30巻3・4号73頁(1983年)による。

39) 訳は中村義孝『ナポレオン刑事法典史料集成』(法律文化社、2006年)による。

40) 訳は中村・前掲注39)による。

仏重罪法院法)⁴¹⁾のそれぞれの規定である。

フランス法制の特徴は、侮辱行為の種類、侮辱行為がなされた裁判所の国法上の地位、侮辱行為者が誰か、によって規定される条文が分かれるという点である。また、刑事法廷に関しては民事法廷とは違い、特殊の規定が設けられている。フランスにおける法廷の秩序及び威信の維持擁護のための規定は表1に掲げた通りである⁴²⁾。

(3) 裁判所取締規則との比較

まず、裁判所取締規則が最も重視した、「裁判官に対して敬意を払わなければならない」とする規定は、治安裁判所の訴訟手続について定める仏民法10条に見られる。本条は、裁判官が直ちに審理に着手することで事件が裁判所に係属する⁴³⁾。これは、「尊敬を欠いた場合、まず戒告し、再犯の場合は罰金、簡易即決制」という裁判所取締規則5条と酷似した規定であるといえる。また、同法90条は、代言人について職務停止を命ずることができるとした明治7年の司法省甲第19号達による改正後の7条の規定と、職務停止期間が3か月である点も含め酷似した規定であるといえよう。

一方、仏刑法505条は、法廷内で「軽罪刑もしくは違警罪刑を適用する理由となる侮辱または暴行」をなしたものに、軽罪刑もしくは違警罪刑の罰を簡易即決制度によって科すことができると定める規定であり、その刑の上限は最高5年の拘禁刑である。フランスは自由刑を科することまで簡易即決制度によって可能としていたことになるが、裁判所取締規則が簡易即決制度を譴責のみでしか採用しなかったことは、我が国の明治初期の法制が、フランス法を参考にしながら、本体の裁判と制裁のための裁判を分離し、簡易即決制度の導入に慎重であったことを示している。後に検討

41) 訳は筆者による。なお、訳出に当たって、大野實雄『仏国司法制度と法廷の秩序維持に就て(司法研究報告書28輯4)』156頁,157頁(司法省調査部,1940年)を参考にした。

42) なお、当時のフランスの法制全般、法廷の秩序維持及び威信擁護については、大野・前掲注41)参照。

43) 大野・前掲注41)249頁。

する我が国の治罪法や戦後の法廷秩序維持法においては立法者が簡易即決制度の導入に積極的であったことと比べ、極めて興味深い。また、違警罪に関する上訴（控訴）制限が課されていたことも注目される。裁判所取締規則には、上訴に関する規定が全く存在しないが、後に検討する治罪法には上訴（控訴）制限に規定がみられる。

5 裁判所取締規則についての小括

裁判所取締規則は、我が国で最初の統一的な、司法省による法廷の秩序及び威信の維持擁護のための法制である。その特徴としては、いわゆる「お上の威光」という裁判官個人の属人的權威に依拠して、裁判の運営を図ることを司法省が意図していたこと、法廷の秩序維持や司法の威信の擁護以上に、裁判官という「ひと」の權威維持が中心であったこと、原則として法廷内での行為を制裁の対象とし、法廷外の行為については7条がカバーする讒謗律によって捕捉可能なもののみ制裁の対象としたこと、

審判の妨害をなす対象として、主に傍聴人が指定されていたこと、フランス法の影響を受けたことが、法規定の類似性と当時の司法省の状況から推察されるが、フランス法に規定された簡易即決制度は、我が国でも採用されたものの、同制度によって科すことができる制裁はせいぜい譴責に過ぎず、司法省が同制度の拡充に慎重だったこと、の5点が挙げられる。

この中で最も注目すべきは簡易即決制度に対する当時の司法省の態度である。先述の通り、裁判所取締規則の立法過程は史料が残っておらず、不明な点が多い。しかし、同規則策定にあたって手本としたと思われるフランス法に簡易即決制度の規定があるにも関わらず、我が国でそれを制度化しなかったことの意味は極めて大きいのではないかと推察される。もっとも、当時の裁判官の資質そのものが、司法省に裁判官への大幅な権限の付与をためらわせたという側面は否定できないであろう。当時の裁判官の任用方法が、特別の資格審査を経ず、政府の自由任用によって登用されていたという事実は、当時の裁判官が「数少ない国内制定法の外は、経験、

倫理、情理をもとに裁判をしていたにすぎない⁴⁴⁾ということを明らかにし、その結果、司法省が、裁判官に大幅な裁量権を与えることを躊躇したことは十分に考えられることである。しかし、それは見方を変えれば、「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」という法格言が意味するもの、つまり、「裁判官といえども人間であり、自らが関係する事件を裁くことは、判断をゆがめる恐れがある」という考えの下で制度設計をしたともいえる。我が国が、その後の「法廷の秩序及び威信」の維持擁護のための法制に簡易即決制度を積極的に取り入れたことと比較すれば、それらと裁判所取締規則との違いがより一層明らかになる。

第2節 治罪法

1 治罪法の制定

(1) 概略

前節3(1)で述べたように、明治初頭の我が国の刑事裁判は、江戸時代における裁判取扱の諸規定の多くが、そのまま慣習的に踏襲されていた。その後、明治6年の断獄則例を嚆矢として、西洋の法体系を輸入し、近代法制の確立に乗り出す。そして、その確立の原動力となったのが、江戸時代末期に結ばれた不平等条約の改正という明治政府の強い意志であった。「近代的司法制度の導入は、近代的な法典編纂とともに、日本の国家体制構築のかなめであった。それは、対外的な国家主権確立のための条約改正の前提条件であ」⁴⁵⁾ったからである。例えば、明治8年4月には、大審院が設置され、形式的には三審制を取り入れた。明治9年4月24日の「糺問判事職務仮規則」(司法省第47号達)⁴⁶⁾の制定によって、断罪に際して自白を必要とした「口供甘結制」が廃止され⁴⁷⁾、後の拷問廃止へと繋がる道

44) 川口由彦『日本近代法制史』174頁(新世社、1998年)。

45) 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『日本近代国家の法構造』517頁(木鐸社、1983年)。

46) 内閣官報局・前掲注31)1389頁。

47) 小早川・前掲注21)1064頁。

筋を付けるに至る。そして、これらの新立法は、ポアソナードの影響を強く受けていた。このような状況下でも、我が国はまだ、「刑事裁判手続法として尚、独立の包括的な特別法典を有しなかった」⁴⁸⁾ので、やがて、刑事手続法の制定が要請され、結果として治罪法が成立するのである。

治罪法編纂を本格的に進めるきっかけを作ったのは、井上毅⁴⁹⁾であった。井上は、「司法省改革意見」と「拷問廃止意見案」の２つを通して、刑事手続法の制定と拷問の廃止を強く主張した。井上の主張は司法省に受け入れられ、拷問は廃止の方向に向かい、治罪法は本格的な編纂が進むこととなる。他方、その制定過程において極めて重要な役割を果たしたのは後述のようにポアソナードであった⁵⁰⁾。両者とも、治罪法制定に欠くことのできない重要人物でありながら、井上とポアソナードは陪審制導入に関して徹底的に対立する。ポアソナードは、「最モ至大ナル改正八重罪事件ヲ裁判スルニ陪審官ヲ設ケタル事是ナリ 此制度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ノ地位ニ置クニ於テ必要ナルカ如シ」⁵¹⁾として、陪審制の導入を強く主張した。これに対し井上は「今我国果シテ欧洲ノ諸法ヲ採用セント欲ス、併セテ陪審ニ及ブベキ歟、是ヲ立法ノ一大疑問トスルナリ、余ハ素ヨリ陪審ノ制ニ服スル事能ハズ」⁵²⁾として、当初より陪審制に反対の姿勢を採ったのであった。

陪審制は、後述する治罪法草案審査局による「治罪法審査修正案」までは法案として残っていたが、その後元老院に附議された「治罪法審査修正案」では削除されていた。井上の意志が作用し、陪審制は削除されたとされる⁵³⁾。井上が陪審制に強硬に反対したのは、「国法の貫徹、すなわち一

48) 小早川・前掲注21) 1069頁。

49) 利谷・前掲注45) 535頁。

50) 利谷・前掲注45) 536頁。

51) ポアソナード『治罪法草案註釈（１篇）』諸論６頁（司法省、1882年）。

52) 井上毅伝記編纂委員会『井上毅伝（史料篇３）』364頁（國學院大學図書館、1969年）。

53) 利谷・前掲注45) 548頁。

般人の法意識を否定し、国法に内在する価値判断の支配を実現する」⁵⁴⁾ためであったとされる。そして、その計画は成功し、「陪審制度を失った治罪法は、強力な体制構築の手段としての性格をあらわにしたのである」⁵⁵⁾。

それと同時に、いわゆる「裁判官の無謬性論」も治罪法制定過程において我が国で明確に意識されだすようになる。この点については後に検討する。

治罪法の立法過程は不明な点が多い⁵⁶⁾ものの、概略、以下の過程を経ていたことは史料から確認できる(後掲表2略年表参照)。

ポアソナードは明治6年11月に来日し⁵⁷⁾、司法省法学校で、法学を講ずることとなる。刑事手続法に関しては、明治8年2月より講義を開始し、それは後に「仏国治罪法講義」⁵⁸⁾としてまとめられる。これはフランス刑事訴訟法を網羅する講義ではなかったが、法典編纂作業の下敷きとなった⁵⁹⁾。

その後、明治9年9月より司法省において治罪法編纂作業が始まる⁶⁰⁾。明治10年1月時点の治罪法編纂委員の中にはポアソナードの名前が確認できる⁶¹⁾。ポアソナードは同年7月から翌年末にかけて、治罪法の原案をフランス語で起案しているが、この原案はその後翻訳され治罪法編纂作業における「叩き台」⁶²⁾としての役割を果たしたとされ、重要な意味を持つ。

54) 利谷・前掲注45) 523頁。

55) 利谷・前掲注45) 553頁。なお、法罪法について染野義信は、「刑事裁判手続を法典化して安定したものとした点のみを採ってみても尚、当時としては進歩的な意義をもつものということができる」(『近代的転換における裁判制度』122頁注(12)(勁草書房、1988年))とする。

56) 利谷・前掲注45) 536頁、向井 健=矢野祐子「村田本『治罪法直訳』 治罪法編纂過程の基礎的研究」法学研究68巻9号75頁(1995年)。

57) 大久保泰甫『日本近代法の父 ポアソナード』50頁(岩波書店、1977年)。

58) 名村泰蔵口訳『仏国治罪法講義』(1878年(司法省蔵版)、復刻1999年・信山社)。

59) 向井=矢野・前掲注56) 76頁。

60) 司法省刑事局「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革(一)」109頁所載の「法律起業之儀二付申稟」(明治9年9月28日付)には「治罪法案之事項コ口既二僚員二命シテ編纂ニ著手セシム」とある。

61) 司法省刑事局・前掲注60) 116頁「治罪法編纂委員人名」。

62) 向井=矢野・前掲注56) 79頁。

明治12年9月には、司法省の手による「治罪法草案」が脱稿し、司法卿大木喬任から太政大臣三条実美へ上申される。ポアソナードの治罪法制定過程への関与はここまでであり、以降は排除される⁶³⁾。

「治罪法草案」の提出を受け、同年10月元老院内に治罪法草案審査局（以下、審査局）が設置される⁶⁴⁾。明治13年2月、審査局での審査が終了し、審査局総裁柳原前光が太政大臣三条に審査の成果として「治罪法審査修正案」を報告する⁶⁵⁾。

その後、元老院に治罪法審査修正案が下附され、同年4月には元老院に附議⁶⁶⁾されるが、柳原の報告からここに至るまでの間に、既に述べたように陪審制が削除された。元老院では1か月足らずの内に採決⁶⁷⁾に付され、太政官法制部の審査⁶⁸⁾を経て、旧刑法（明治13年刑法）と同じく同年7月17日公布（太政官第37号布告）、明治15年1月1日に施行された。

（２）史料一覧

治罪法編纂作業における「叩き台」としての役割を果たした、ポアソナードによるフランス語の治罪法の原案（以下、【ポアソナード原案】）については、そのフランス語の原文は発見されていない。ただ、日本語に翻訳されたものは現存しており、翻訳を通してその実情を知ることが可能である。本稿では井上操 = 高木豊蔵 = 大島三四郎 = 木下哲三郎翻訳の『治罪

63) 向井 = 矢野・前掲注56) 80頁。

64) 司法省刑事局・前掲注60) 121頁「治罪法草案審査総裁ヨリ議長へ照会」。

65) 司法省刑事局「旧刑法、治罪法及旧刑事訴訟法編纂沿革(二)」135頁「治罪法草案審査局上申」。

66) 元老院会議筆記刊行会『元老院会議筆記（前期8巻）』337頁（元老院会議筆記刊行会、1964年）。

67) 元老院での審議は3回（4月9日、4月19日、4月21日）行われた。内閣委員として審議に出席した清浦奎吾は「実ニ治罪法ハ内治外交ニ関シ一日モ忽諸ニ付ス可ラサルモノタルハ論ヲ待ス仍テ速ニ決議アラン事ヲ希望ス」（元老院会議筆記刊行会・前掲注66）340頁）と述べている。

68) 司法省刑事局・前掲注65) 135頁「法制部議案」。

法草案直訳』(ボアソナード起案)⁶⁹⁾(以下,【原案直訳】)を用いた⁷⁰⁾。

ボアソナード原案を基に,司法省によって作成された「治罪法草案」については,『治罪法草案』⁷¹⁾(以下,【草案】)とボアソナード自身が著した草案の注釈書の翻訳である『治罪法草案註釈』⁷²⁾(以下,【草案註釈】)を参照した。なお,草案註釈は原著⁷³⁾が存在している。

審査局の審査の結果は,『治罪法審査修正案』⁷⁴⁾(以下,【修正案】)を参照し,『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』⁷⁵⁾(以下,【修正趣意書】)がその審議過程の一部を伝えている。審査局の議事録が発見されておらず,現在のところ,修正趣意書の他に審査局での議論を知る術はない。また,修正案に

69) ボアソナード(起案)『治罪法草案直訳』(出版者・出版年ともに不明)全534頁。原案直訳と略称するのは,後の「治罪法草案」と区別するためである。

70) なお,翻訳には他に村田保翻訳の『治罪法直訳』(向井=矢野・前掲注56)85頁)が存在している。原案直訳との間には法律用語や翻訳の文体のかなりの相違が認められる。村田の手による『直訳』は,原案の全体ではなく,第3編(犯罪ノ裁判)普通ノ条規,第1章(違警罪ノ裁判),第2章(軽罪ノ裁判),第3章(重罪ノ裁判)に該当する301条から530条までを収録する。矢野はこの点につき,『直訳』の解題において,「審査局での審議が第三編の違警罪,軽罪,重罪の裁判に関する事項を重視していたとも考えられる」と指摘する(向井=矢野・前掲注56)83頁)。

71) 『治罪法草案』(出版者・出版年ともに不明)189,174,96頁。本書は,総則が1頁から始まり2編の終わりまでが通し頁(全189頁),3編が再び1頁から始まり(全174頁),さらに4編が1頁から始まり5編の終わりまでが通し頁(全96頁)となっている。以下本稿では,草案の頁番号を示す際には,特に断りのない限り,3編から始まる頁番号を示す。

72) ボアソナード『治罪法草案註釈(1篇~4篇)』(司法省,1882年)。草案と草案註釈の間には法律用語や翻訳の文体にかなりの相違が認められる。同書には,草案の各条ごとにフランス刑事訴訟法の参照条文番号が付してある。訳者は,森順正,岩野新平,小山田銚太郎である。

73) G. BOISSONADE, *Projet de code de procédure criminelle pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (KOKOUBOUNSHA, 1882)(復刻1984年・宗文館書店)。

74) 『治罪法審査修正案』278頁(出版者不明,1880年)。なお,本書の冒頭に前掲注65)の「治罪法草案審査局上申」と同文が掲載されている。

75) 向井 健=矢野祐子「村田本『治罪法草案審査第二読会修正趣意書』 治罪法編纂過程の基礎的研究」法学研究69巻3号71頁(1996年)。なお,第二読会に先行して行われたであろう「第一読会」については,矢野の解題(75頁)が示す通り,史料が発見されていない。

刑事法廷における秩序維持と威信擁護（１）（吉井）

表２ 治罪法制定略年表 【 】内は略称，年は明治

年	月	事 項	史 料・特 記
6	11	15. ボアソナード来日	
8	2	8. 司法省法学校でフランス治罪法の講義開始	「仏国治罪法講義」
9	9	28. 治罪法起草作業開始	「法律起業之儀二付申裏」 「治罪法編纂委員人名」(10年1月現在)
10	7	ボアソナードがフランス語で原案を起草 【ボアソナード原案】	ボアソナード氏起草治罪法草案直訳 【原案直訳】
11	12		
この間		ボアソナード原案を直訳したものを基に， 司法省が修正し，治罪法草案を作成	
12	9	25. 治罪法草案が脱稿し，司法卿大木喬任から 太政大臣三条実美へ上申	「治罪法草案」【草案】 「ボアソナード氏治罪法草案註釈」【草案註釈】
	10	24. 元老院に治罪法草案審査局設置	「治罪法草案審査総裁ヨリ議長へ照会」
この間		治罪法草案を審査局が審査	「治罪法草案審査第二読会修正趣意書」【修正趣意書】
13	2	27. 審査局総裁柳原前光が太政大臣三条実美に 審査局での審査の成果を提出	「治罪法草案審査局上申」 「治罪法審査修正案」【修正案】
		この間 元老院に修正案が下附され，附議される までに陪審制が削除	
	4	9. 元老院に修正案を附議	「元老院会議筆記」【元老院筆記】
		21. ほぼ修正なく採決	
		22. 太政官法制部の審査	
7	17. 公布		
15	1	1. 施行	

については、ほぼこの段階で条文の審査は終了しており、修正案と治罪法とは、多くの部分で共通した内容を持つ⁷⁶⁾。よって、修正案の扱いについては、これと治罪法と比較した上、両者間に特に差異がみられない場合は、修正案についての言及は繰り返しを避けるために行わなかった。元老院での審査は『元老院会議筆記』⁷⁷⁾(以下、【元老院筆記】)が記録として存在する。

治罪法の編纂にあたっては、大きく2期に分けられる。ポアソナード関与期とポアソナード排除期(日本人主導期)である(表2参照)。ポアソナード関与期の原案直訳と草案では、規定内容に大差ない場合が多く、特に「刑事法廷の秩序と権威」に関する規定については、表記に多少の差異がある程度で、内容はほぼ同一とみて差し支えない。条文数も一致している。よって、特に必要のない限りポアソナード関与期の原案直訳と草案の双方の規定を挙げることはせず、草案の規定を検討する。何故なら、これを基に治罪法草案審査局の審査がなされたからで、ポアソナード関与期における治罪法案の最終形態だからである。ポアソナード排除期(日本人主導期)の検討にあたっては、治罪法草案審査局の修正趣意書が大きな史料の価値を有する。修正案については、先述の通り、陪審制の削除という点を除けば、成立した治罪法と共通する規定がほとんどである。元老院での審査では、附議された案に対する修正はほとんどなされていない。よって、ポアソナード排除期の検討にあたっては、修正趣意書を中心に行えば足りる。つまり、治罪法は、

草案	修正趣意書	治罪法
----	-------	-----

の順で検討することにより、現在史料が発見されている限りの制定過程の全貌がつかめるといえる。本稿もこれに従う。

2 治罪法における関連規定の逐条検討

治罪法中、法廷の秩序及び威信の維持擁護に対応する規定は、「第4編

76) 但し、先述のように陪審制の削除という大きな修正がなされている。

77) 元老院会議筆記刊行会・前掲注66) 337頁。

公判・第１章通則」以下に設けられている。規定は以下の通りである。

【第４編公判・第１章通則】⁷⁸⁾

第267条 被告人公廷ニ於テ暴行又ハ喧噪ヲ為シ弁論ヲ妨礙スル時ハ裁判長ヨリ再度告戒ヲ為シ仍ホ之ニ從ハサル時ハ檢察官ノ請求ニ因リ又ハ職權ヲ以テ被告人ヲ退廷セシメ若クハ勾留スル事ヲ得
前項ノ場合ニ於テハ對審トシテ引続キ弁論及ヒ裁判言渡ヲ為ス事ヲ得
若シ弁論ニ日ニ渉ル時ハ更ニ被告人ヲ出廷セシム可シ

第272条 裁判長ハ公廷ニ於テ諸般ノ取締ノ為メ相当ノ処置ヲ為ス可シ
称賛誹謗其他弁論ヲ妨礙スル者アル時ハ之ヲ制止シ又ハ退廷セシムル事ヲ得

第273条 公廷ニ於テ輕罪違警罪ヲ犯シタル者アル時ハ其身分ノ如何ニ拘ハラズ裁判長ノ命令ニ因リ之ヲ取押ヘ檢察官ノ意見ヲ聽キ直チニ裁判ヲ為シ又ハ次ノ公判ニ付スルノ言渡ヲ為ス可シ
書記ハ犯罪ノ事件及ヒ裁判長ノ処分ニ付キ即時ニ調書ヲ作ル可シ

第274条 前条ノ場合ニ於テ違警罪裁判所ニテハ違警罪ニ付キ終審ノ裁判ヲ為シ輕罪ニ付キ始審ノ裁判ヲ為ス可シ
輕罪裁判所其他上等ノ裁判所ニテハ輕罪ニ付キ終審ノ裁判ヲ為ス可シ

第275条 公廷ニ於テ重罪ヲ犯シタル者アル時ハ裁判長被告人及ヒ証人ヲ訊問シ調書ヲ作り裁判所ニ於テ檢察官ノ意見ヲ聽キ通常ノ規則ニ從ヒ裁判スル為メ予審判事ニ送付スルノ言渡ヲ為ス可シ

これらの諸規定は、すでに、ポアソナードによる原案起草の段階でおおよその枠組みは出来ていた。但し、それ以降の審議の過程で、主に審査局の日本人委員によって規定が大幅に変更されているものもある。以下で、重要な変更と思われる点を検討していく。

まず、裁判所取締規則の特徴であった裁判官「個人」に対して敬意を払うことを求めるような規定が一見、治罪法からは条文上消えたように見え

78) 内閣官報局・前掲注15) 205頁。

る。しかし、それは、政府が、裁判官個人の属人的権威に依拠して行われたこれまでの裁判の在り方を変えようとしたことを意味するのではなく、審査局による審査の過程で、条文整理を行い、その結果として条文から文言が消えたに過ぎないものと思われる。例えば、治罪法と同時に公布された旧刑法に官吏侮辱罪(141条)が設けられており、同罪の「官吏」に裁判官が含まれることから、政府の司法に対する考え方的一端を見ることができるとと思われる。官吏侮辱罪については、第2章で検討する。

(1) 267条

草案註釈⁷⁹⁾によれば、本条の基礎となった草案305条は仏重罪法院法10条(前掲表1注2)参照)を参考に作られたものである。仏重罪法院法10条が治罪法267条(及び草案305条)のような被告人に対する猶予(2度の告戒)を設けずに退廷、収監を可能とするに比べ、より被告人の弁護を受ける権利や裁判を受ける権利を重視した規定をボアソナードが設けたことが分かる。また、場合によっては被告人を検察官の請求によって退廷させたり、あるいは勾留することが可能とする規定は、フランスの法制には見られない特徴的なものである。

草案305条の規定は以下の通りである。

【草案】305条⁸⁰⁾ 公廷ニ於テ被告人暴行又ハ喧噪ヲ為シ弁論ヲ妨碍スル時ハ裁判長ヨリ再度告戒ヲ為シ仍ホ之ニ循ハサル時ハ検察官ノ請求ニ依リ又ハ職権ヲ以テ被告人ヲ退廷ス可キ事ヲ言渡ス可シ但勾留ヲ受ケタル被告人ハ之ヲ監倉ニ送致ス可シ

前項ノ場合ニ於テハ対質トシテ引続キ弁論及ヒ裁判言渡ヲ為ス事ヲ得若シ弁論二日以上ニ渉ル時ハ更ニ被告人ヲ出廷セシメ仍ホ暴行又ハ喧噪ヲ為ス時ハ更ニ前二項ニ循ヒ処分ス可シ(下線筆者)

下線部の規定が大きく変わっていることが分かる。この規定の変遷につ

79) ボアソナード『治罪法草案註釈(3篇)』4頁(司法省, 1882年)。

80) 『草案』前掲注71) 3頁。

いての検討の前に、まず、305条についてのポアソナードの見解を草案註釈より確認したい。

ポアソナードは、公判廷における被告人の暴行や喧噪などの行為は、「之ヲ捨置ク事能ハス」⁸¹⁾としながらも、「然レトモ弁護ノ権利ヲ貴重スル」⁸²⁾が故に、「三回ニ及フニ非スンハ其逐斥ヲ言渡ス事ヲ得サル可シ」⁸³⁾とした。さらに、この退廷を命ずる行為は、「固ヨリ裁判所ノ権能ニシテ敢テ其義務ト為スニ非サル」⁸⁴⁾、つまり権利であって、義務ではないとも述べている。これが意味するところは、一般的な、裁判所による法廷の秩序維持義務を否定し、被告人の在廷権と、裁判所が円滑に審理を進行する権利とを比較し、原則として、被告人の在廷権を優越しながら、3度に渡って審理を妨害した場合に限り、裁判所の権利を優越させる措置を取ることである。ポアソナードが、被告人の権利に配慮した規定を治罪法に配したことは、特筆すべきであろう。

退廷に至るまでの手続に関しても、ポアソナードは被告人の権利に配慮している。草案註釈によれば「数名ノ裁判官ヲ以テ組織シタル裁判所又ハ審院ニ於テハ独リ裁判長一人ニテ訟庭ヨリ逐斥ヲ命スル事能ハス必ス検察官ノ論結ニ依リ又ハ裁判長ノ請求ニ従ヒ職權ヲ以テ其裁判所又ハ審院ノ理由ヲ附シタル議決アルヲ要ス」⁸⁵⁾のである。これは、現行法と比較すると、現行法以上に法廷から被告人を退廷させるという行為に慎重であることを示している。現行法の退廷命令は、法廷警察権の妨害排除作用の発露の典型例であるが、例えば、裁判所法71条2項は、「裁判長又は開廷をした一人の裁判官は、法廷における裁判所の職務の執行を妨げ、又は不当な行状をする者に対し、退廷を命じ」ることができると規定するところ、この退廷命令は、「なんらの方式を要せず、口頭で、執行すべき旨を告げれば足

81) ポアソナード・前掲注79) 82頁。

82) ポアソナード・前掲注79) 82頁。

83) ポアソナード・前掲注79) 83頁。

84) ポアソナード・前掲注79) 83頁。

85) ポアソナード・前掲注79) 82頁。

りる」⁸⁶⁾と解されているし、「法廷警察権…の行使は臨機応変、適宜適切に行われることが必要であり、合議体にあつては一々その決定によらしめることは適當ではないから、裁判所を代表する裁判長に委ねられている」⁸⁷⁾のである。退廷命令を出すには「理由ヲ附シタル議決」を求め、「裁判長一人ニテ訟庭ヨリ逐斥ヲ命スル事能ハス」と規定する草案からは現行法以上に被告人の権利保障を重視した規定を見出すことができる。この草案の思想は、治罪法成立に至るまで維持された。

上に挙げたようなポアソナードの思想もさることながら、本条において、もっとも彼の「自由主義的・個人主義的」⁸⁸⁾思想が表れたのが、「若シ弁論二日以上ニ渉ル時八更ニ被告人ヲ出廷セシメ」との規定であった。これは単に公判期日が2日にわたった場合を意図して、彼は起草したわけではなかった。草案註釈で彼は以下のように述べる。

裁判所ハ一層寛大ノ趣旨ヲ拡張シ其判決ヲ翌日ニ延期シテ以テ被告人ニ其弁護ヲ為メ自カラ有益ナリト認メタル意見ハ之ヲ陳述スルノ権ヲ与フル事ヲ得可シ⁸⁹⁾

つまり、被告人を退廷させた後も、なお被告人の裁判を受ける権利を重視し、被告人不在でも弁論や裁判言渡を可能とする条項を設けながら、それを実質的に死文化させることを、裁判官に期待したのである。

次に、草案では「退廷ス可キ事ヲ言渡ス可シ但勾留ヲ受ケタル被告人ハ之ヲ監倉ニ送致ス可シ」となっていた規定が、治罪法では「退廷セシメ若クハ勾留スルコトヲ得」と変わったことについて検討する。

そもそも、草案305条は訴訟を円滑に進行させることが立法目的であり、「退廷」を命ずることは制裁ではない。だとすれば、退廷によって法廷が静穏に保たれればよいのであり、草案註釈にあるように「自由ニ附セラレ

86) 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説(下巻)』32頁(法曹会,1969年)。

87) 藤永幸治=河上和雄=中山善房編『大コンメンタル刑事訴訟法(4巻)』449頁(高橋省吾)(青林書院,1995年)。

88) 向井=矢野・前掲注75)76頁。

89) ポアソナード・前掲注79)85頁。

シ時八仮釈ノ際タリトモ単ニ訟庭外ニ出スニ止マ⁹⁰⁾(下線筆者)リ、「拘
留セラレシ者ニ係ル時八更ニ之ヲ監獄ニ引致ス⁹¹⁾」^マという、公判開始前
の状態に被告人を戻せば、それで事足りるはずである。ポアソナードの発
想は少なくともそうであったと思われる。しかし、審査局はポアソナード
のような考えを採らなかった。

本条第一項中「退廷ス可キコト」以下ヲ削除シ代フルニ「退廷セシメ
又ハ勾留スルコトヲ得」ノ一句ヲ以テセリ 是レ被告人勾留ヲ受ケタ
ル時ニ限ラス勾留ヲ受ケサル被告人モ亦之ヲ勾留スルコトアルニ由ル
何トナルニ現ニ訴ヘラレタル所ノ罪禁錮以上ノ刑ニ該ル可キ者ナラ
サルモ公廷内ニ於テ暴行ヲ為シタルヲ以テ其暴行罪ノ為メ之ヲ勾留ス
可キ場合アレハナリ(修正趣意書)⁹²⁾

つまり、被告人を公判開始前の状態に戻すだけでは足りず、退廷は、そ
の後の刑事処分を前提とした勾留⁹³⁾と一貫して捉えるべきだとして、治
罪法草案に修正を施したのである。この修正の持つ意味はこれだけにとど
まらない。より重要なのは、被告人に対して、後の刑事処分のための「勾
留」という“大義名分”による、身体拘束という強権発動の可能性を示し、
同時に、国民に対しては、裁判所＝司法権力による「国法の貫徹」(井上毅)
の意思を明らかにするという役割を果たしたという点である。

(2) 272条

草案註釈⁹⁴⁾によれば、本条の基礎となった草案は、仏刑訴法267条⁹⁵⁾及

90) ポアソナード・前掲注79) 84頁。

91) ポアソナード・前掲注79) 83頁。

92) 向井＝矢野・前掲注75) 121頁。

93) なお、治罪法126条は、「勾留状ハ被告人逃亡シ又ハ第二百二十三條ノ場合ヲ除クノ外被告
人ヲ訊問シタル後禁錮以上ノ刑ニ該ル可キ者ト思料スルニ非サレハ之ヲ発スル事ヲ得ス」
と規定する。

94) ポアソナード・前掲注79) 7頁。

95) 仏刑訴法267条 …院長は法廷警察権 (police de l'audience) をもつ (訳は中村・前掲注
39) 81頁による)。

び仏民法88条(前掲表1注8)参照)を参考に作られたものである。仏刑法267条を参考にしていることから明らかなように、本条は、法廷警察権が裁判長に属することを明確にした規定として重要である。この法廷警察権に関する規定を受けて、明治14年9月20日の「太政官第82号達」⁹⁶⁾にて、司法官吏(裁判官、検察官、司法警察官)が職務上必要と認める場合は、巡査や憲兵卒を使用することができると定められた。

治罪法272条の規定は、草案309条で同様の規定が設けられていた。

【草案】309条⁹⁷⁾ 裁判長ハ公廷ニ於テ諸般ノ取締ヲ為シ裁判所ヲ尊敬セシメ且静謐ヲ保ツ為メ相当ノ処置ヲ為ス可シ
傍聴人ハ帽ヲ脱シテ沈黙ス可シ
称賛誹謗其他弁論ヲ妨碍スル者アル時ハ直ニ之ヲ制止シ又ハ退廷セシムル事ヲ得(下線筆者)

ポアソナードは草案註釈で、「法律ニテ裁判所長〔裁判長の誤りか 筆者注〕ニ付与シタル訟廷取締ノ権ハ其職掌ノ威厳ト法廷ノ自由ナル執務トニ必要」⁹⁸⁾であるとする。また、弁論妨害の形態として「称賛誹謗」を挙げた理由は、フランスでは、無罪の裁判があった際には傍聴人の称賛、処刑の裁判の際には批難誹謗があるからだという⁹⁹⁾。

審査局は草案の下線部分を削除したが、その理由は草案の規定が細かすぎるからで、「其意ニ於テ異ルコトナシ」(修正趣意書)¹⁰⁰⁾と述べている。

96) 内閣官報局『法令全書(14巻)』329頁(原本1890年、復刻1976年・原書房)。
司法官吏ヨリ巡査及ヒ兵員ヲ要求使用スルニハ左ノ手續ニ従フヘシ此旨相達候事
第1条 裁判官検察官及ヒ司法警察官治罪法ニ従ヒ検証及ヒ物件差押其他職務ヲ行フニ当
リ必要ナル時ハ警察署又ハ憲兵屯営ニ照会シテ巡査又ハ憲兵卒ヲ使用スル事ヲ得
但事機緊急ナル時ハ直チニ之ヲ使用スル事ヲ得
第2条 前条ノ場合ニ於テ事緊急重要ニ渉ル時ハ直チニ鎖台又ハ分営ニ照会シテ兵力ヲ要
求スル事ヲ得

97) 『草案』前掲注71) 7頁。

98) ポアソナード・前掲注79) 90頁。

99) ポアソナード・前掲注79) 93頁。

100) 向井=矢野・前掲注75) 122頁。

表 3 治罪法267条と272条の比較

	267条	272条
対象	被告人	被告人以外（主に傍聴人）
処分の対象として規定する行為	暴行又は喧噪をなすことで、弁論を妨害する行為	称賛誹謗その他の弁論を妨害する行為
処分者	陪席裁判官を含めた裁判所	裁判長
処分に至る手続方法	裁判長からの2度の告戒に従わず、なお弁論を妨害する場合、検察官の請求又は裁判所の職権によって退廷か勾留	裁判長の命令により、制止又は退廷

治罪法272条（及び草案309条）でより重要なのは、被告人と、それ以外の者との間に、退廷させる手続きにおいて明確な取り扱いの違いを設けているという点である¹⁰¹⁾。つまり、治罪法267条と272条に差を設けたことである（表3参照）。

267条と272条との間の最大の違いは、処分者の違いであろう。267条の処分においては、ポアソナードは「裁判長一人ニテ訟庭ヨリ逐斥ヲ命ル事能ハス」と述べていたことは先述の通りであるが、被告人以外の退廷は、裁判長一人で処分を下すことができる。ポアソナードにとって、法廷において最も守られるべきものは、被告人の裁判を受ける権利であった。その権利は、法廷の秩序維持や威信擁護よりも上位に位置付けられるべきものであった。当該裁判によって最も重大な権利侵害を受ける可能性がある者に、最も手厚い権利保障をするというのが、ポアソナードの治罪法設計にあたっての基本的な思想であったことは、治罪法を通読すれば明らかであろうと思われる。その思想からすれば、被告人とそれ以外の者を区別する

101) 本条にいう「称賛誹謗其他弁論ヲ妨礙スル者」には被告人は含まれない。美濃部貞亮＝仁杉英『治罪法詳解』16号2頁（報告社、1882年）は「〔問〕称賛誹謗スル者トハ傍聴人ヲ指シヤ將タ被告人ヲ等ヲ指ス歟〔答〕被告人力喧噪ヲナシテ弁論ヲ妨礙スル如キハ第二百六十七条ニ之ヲ定ム故ニ本項ハ専ラ傍聴人ヲ指スモノトス」と解説し、長井正海『治罪法註釈』237頁（法学社、1880年）は「公廷ノ静謐ヲ保チ弁護人ノ暴言ヲ戒メ聴衆ノ喧噪ヲ制スル等」が本条の内容だとする。

のは当然のことであったと推察される¹⁰²⁾。ボアソナードのこのような「被告人重視」の思想は、治罪法制定に至るまで維持された。

では、戦後の法制はどうであろうか。例えば、現行刑事訴訟法288条2項は、「裁判長は、被告人を在廷させるため、又は法廷の秩序を維持するため相当の処分をすることができる」と定めるが、同項による「相当の処分」には、退廷処分も含まれるところ、これは法廷警察権の発現であり、被告人とそれ以外の者(例えば、傍聴人や弁護士、検察官など)を区別するものではない。このように戦後は、被告人の裁判を受ける権利は、法廷の秩序維持や威信擁護を前にして後退することになる。この点については、序章において述べたように、別稿(3部作の3)で検討したい。

(3) 273条

本条は、法廷の秩序及び威信の維持擁護に対応する規定の中で、草案段階の規定からもっとも変容した条文である。また以下で検討するように、「裁判官の無謬性」という問題を考える上でも重要な意味を持つ。273条は草案では別個の2つの条文だったものを、統合することで作られた。その別個の条文とは、草案311条と313条である。

【草案】311条¹⁰³⁾ 公廷ニ於テ裁判官、検察官、書記又ハ陪審ニ対シ不敬、罵詈、暴行其他軽罪又ハ違警罪ヲ犯シタル者アル時ハ其身分ノ如何ニ拘ハラズ裁判長ノ命令書ニ依リ之ヲ取押ヘ検察官ノ意見ヲ聴キタル上ニテ次ノ公判ニ付スルノ言渡ヲ為ス可シ
書記ハ犯罪ノ事件及ヒ裁判長ノ命令ニ付キ即時ニ調書ヲ作ル可シ
313条¹⁰⁴⁾ 第三百十一条ノ場合ヲ除クノ外公廷ニ於テ軽罪又ハ違警罪ヲ犯シタル者アル時ハ其身分ノ如何ニ拘ハラズ検察官ノ意見ヲ聴キ

102) 但し、272条に基づく裁判長の退廷命令が弁護士に出された場合(前掲注101)参照)、それが被告人の権利を侵害する可能性がある。弁護士に対する本条の適用の実態が如何なるものであったかについては、史料がなく不明である。

103) 『草案』前掲注71) 8頁。

104) 『草案』前掲注71) 9頁。

タル上ニテ直ニ裁判ヲ為スコシ...

【原案直訳】311条¹⁰⁵⁾ 若シ傍聴人中ニテ裁判官陪審官検察官又ハ書記ニ対シテ不敬罵詈褻行又ハ其他一切ノ違警罪又ハ輕罪ニ付テ罪ヲ得ル者アル時ハ...

【草案註釈】311条¹⁰⁶⁾ 若シ在廷人中裁判官、陪審官、検察官若クハ書記ニ対シテ不敬、罵詈、誹謗及ヒ其他一切ノ違警罪又ハ輕罪ニ附キ罪ヲ獲タル者アル時ハ...

本条については、まず本条の適用対象について検討する必要がある。何故なら、原案直訳、草案、草案註釈の各311条でそれぞれ本条の適用対象者に関し「傍聴人」「公廷ニ於テ...犯シタル者」「在廷人」と異なった表記が用いられているからである。簡潔に言えば、草案や草案註釈の「公廷ニ於テ...犯シタル者」「在廷人」に被告人を含むと解するかどうかである。ポアソナードの原文が唯一参照可能な草案註釈の原文は assistants¹⁰⁷⁾ となっており、少なくとも草案註釈の在廷人には被告人を含まないと考えられる¹⁰⁸⁾。草案も草案註釈との関係を考えれば、表記の違いは訳出の違いとして草案311条の対象にも被告人は含まれないと考えるのが妥当であろう。また、原案直訳、草案、草案註釈に見られる「身分」が意味するのは、「被告人か被告人以外か」といった訴訟法上の身分を指すものではなく、社会制度としての身分を指している。端的に言えば、軍人が非軍人かという身分の区別である¹⁰⁹⁾。ここでは「(軍律裁判所に管轄権がある)軍人で

105) ポアソナード・前掲注69) 236頁。

106) ポアソナード・前掲注79) 7頁。

107) G. BOISSONADE・前掲注73) 451頁。

108) なお、中村義孝「ポアソナード刑事訴訟法典草案」立命館法学324号190頁(2009年)は、草案註釈の原著を再訳したものであるが、そこでは311条を「傍聴人の中に、裁判官、陪審員、検察官または書記に対する侮辱、名誉毀損、またはその他の違警罪もしくは輕罪により...」(同292頁)と訳す。

109) ポアソナード・前掲注79) 96頁は「凡ソ犯罪人ノ身分如何ヲ問ハス仮令軍律裁判所ニ於テ審判ス可キ者タリトモ第三百十一條ノ場合ニハ普通法ノ裁判所ヲ以テ其管轄トス」と述べる。

あっても」と読み替え可能である。

原案直訳、草案、草案註釈の各313条の具体例についても、草案註釈は例として「公衆中ニ於テ行ハレタル盗罪タル事有ル可ク或ハ傍聴人間ノ暴行タリ又ハ公力者〔巡查 筆者注〕ニ対スル罵詈タル事有ル可シ」¹¹⁰⁾とされていることから、これらの各規定は「裁判官、陪審官、検察官若クハ書記」以外の者に向けられた、被告人以外の者によってなされた重罪以外の犯罪について規定したものであると考えられる。

このように、「ボアソナード関与期」の治罪法案は、(被告人を除いた)主に傍聴人を対象として法廷内の犯罪について特別の規定を設けていたのであるが、これらの規定について以下検討を加える。

まず、ボアソナードが立案の参考にしたフランス法制を確認する。草案註釈¹¹¹⁾によれば、仏民法91条(前掲表1注11)参照)が草案311条の参考となり、仏刑法181条¹¹²⁾及び505条(前掲表1注4)参照)が草案313条の参考となった。仏民法91条は、逮捕勾留を場合によっては検事の命令によって可能とするが、草案311条は裁判長の命令書による「取押」に留めた。この取押は、「罵詈暴行等ヲ取鎮メ裁判長ノ面前ニ到ラシムル迄ノ処分」¹¹³⁾を指し、逮捕とは異なるものである。ここでもボアソナードは本国フランス以上に制裁や処分の発動のハードルを高くし、それを受ける者の不利益は小さくするよう立案したのである。但し、取押えた後の処分については、検察官の意見を聞くことを求めている。フランス法は

110) ボアソナード・前掲注79)100頁。

111) ボアソナード・前掲注79)8頁,9頁。

112) 仏刑法181条 法廷の内部において且つ開廷期間中に軽罪が犯されたときは、裁判長は、その行為について調書を作成し且つ軽罪の被告人および証人を尋問すべきものとし、裁判所は続けて法律に定められている刑を適用すべきものとする。

帝国法院および民事裁判所の法廷の内部において且つ開廷期間中に犯された軽罪について、前項の規定が適用されるべきものとする。但し、この場合に民事裁判所または軽罪裁判所により下された判決に対する正当な権利としての控訴を妨げるものではない。(訳は中村・前掲注39)71頁による)

113) 堀田正忠=高谷恒太郎編『治罪法異同弁(4編上)』72号28頁(就正学社,1882年)。

検察官の意見を聞くことを求めている。草案313条は、草案311条と同じように検察官の意見を聞くことを求めている他は仏刑訴訟法181条とほぼ同内容であると考えられるが、ここには後述のように、ポアソナードの草案311条と313条に込めた考え方の違いが反映されているものと考えられる。

次に、ポアソナードが本規定の立案にあたっての考え方について検討する。彼は、草案註釈の311条の解説で以下のように述べる。

唯々注意ヲ喚起ス可キ特殊ナル一点アリ即チ不敬ノ程度如何ニ僅少ナルトモ拿捕ヲ命ス可キ事是ナリ蓋シ此変則タルヤ警戒ノ切要ナルト訟廷中ニ混在セル其被告人〔違反者 筆者注〕ノ誰タルヲ直ニ検証スル事ノ必要ナルトヲ視レハ自カラ之ヲ理會スル事ヲ得可シ

抑々本条ニ仮定シタル犯罪ハ裁判所ニ対スル不敬罵詈等ノ性質ヲ有スルヲ以テ裁判長ハ復讐ノ念慮ヲ懷テ裁判スル事無カル可キ為メ又仮令ヒ此念ナキモ其嫌疑ヲ被ムラサルカ為メ即席ニ裁判ヲ為サシテ次会ニ之ヲ延期ス可シ¹¹⁴⁾(下線筆者)

この言及から、ポアソナードは裁判官の職務における客観性を必ずしも絶対視していなかったことが明らかになる。裁判官といえども、「復讐ノ念慮」に左右される可能性がある事を彼は理解しており、それゆえに彼は裁判において、裁判官の感情の影響を極力避けるべく設計したのである。これは、「簡易即決」制度による制裁の導入に極めて慎重であった、先の裁判所取締規則とその理念において共通性を有する部分がある。さらに、彼は諸外国の例を引き、「大ニ寛裕」¹¹⁵⁾(草案註釈)になることを裁判官に求めたのであった。

草案313条の規定は法廷内で行われた、先に見た311条に規定する以外の違警罪や軽罪の処罰方法について規定するもので、その犯罪行為は法廷(=司法権)に直接向けられたものではない。ポアソナードはこの点を重視し、このような事案においては「復讐ノ念慮」の生じる余地はなく、簡

114) ポアソナード・前掲注79) 95頁。

115) ポアソナード・前掲注79) 99頁。

易即決の制裁を科したとしても、問題はないと考えたのであろう。311条と313条の違いは、「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」という法格言に、立法者はどこまで忠実であることができるか。それを試す非常に重要な試金石の役割を果たしたのである。換言すれば、それは被制裁者に対し、どこまで適正な制度として裁判官の私的感情の混入可能性を排除した裁判を保障することができるかということでもある。そしてポアソナードは、この法格言の意味するところは、「復讐ノ念慮」が裁判に及ぼす影響を避けるところにあると考え、それを立法案に組み込んだのだと思われる。

ただ、ポアソナードによる「復讐ノ念慮」の回避方法もまた必ずしも十分ではなかったことも事実である。草案311条が次の公判期日に審理を先送りしたとしても、裁判体自体の変化はなく、「不敬、罵詈、暴行其他軽罪又八違警罪」の客体となった裁判官が審理することに変わりはない。この点につきポアソナードは、草案註釈で以下のように説明する。

裁判官ニ対シ其職務執行中公然行フタル不敬ハ迅速確のニシテ且ツ徹戒トスルニ足ル可キ責罰ヲ要スル者タリ

加旃此犯罪タル其裁判官ヲ以テ証人トスレハ通常ノ現行犯罪ノ場合ト異ニシテ其レカ現行犯ノ性質ヲ有スル事固ヨリ他ノ場合ニ比スレハ一層明瞭ナリトス 故ニ此際ニテハ其罪ヲ指スニ過誤アリト想像スル事難カル可シ

又不敬ヲ受ケタル其人ニ裁判ヲ委ヌルノ方法ニ対シテ或ハ異論ヲ唱フル者アル可ク又裁判官自然怨ヲ含ミ偏頗ナラントノ危険アルニ似タリト雖モ此場合ニ於テハ裁判官其不敬ヲ以テ自己一身上ニ加ヘラレタル者ニ非ストシ其奉スル所ノ職トシテ尊敬セシム可キ所ノ法廷即チ裁判権ニ加ヘラレタル者ナリト看做ス可キニ着目ス可シ

…加之ス偏頗ノ危険ナキ事ハ同様ナル条例ヲ準行シタル諸国ノ實際ニ就キ之ヲ徴スルモ明カナリ蓋シ此諸国ニ於テ裁判官ニ対シ公然不敬ヲ加ヘタル者ハ之ヲ罰スル事常人ニ不敬ヲ加ヘタル時ニ比スレハ概ネ大

二寛裕ナリ¹¹⁶⁾

この言及については慎重な検討を要する。なぜなら、裁判所取締規則時代の、裁判官個人の「属人的権威」による裁判からの脱却を目指すものであるとの評価が可能な一方で、裁判官が一身上に加えられた不敬と、裁判権に加えられた不敬とを区別し審理することが本当に可能なのかという点については、疑問があるからである。条文上も草案311条は「裁判官…二対シ不敬、罵詈、暴行…ヲ犯シタル者」となっているところからしても、少なくとも、ポアソナードの「法廷即チ裁判権二加ヘラレタル者」という思想、即ち、「法廷内での不敬は裁判官個人が被害者ではない」という考え方を、審査局の日本人委員に理解させることは困難であつたらうことは想像に難くない。

私見では、法廷内での犯罪に対して、それが裁判所に向けて為されたものであろうがなかろうが、それを現認した裁判官が裁くことを「不告不理」の例外として特例化し、なおかつ当該裁判官が自ら審理すること自体に問題があるとする。なぜならその特例化の背景には、結局、「裁判官の判断に誤りは存在しない」という「裁判官無謬論」が存在するからである。この裁判官無謬論は、今日まで連綿と生き続けていると思われるが、これに対して合理的理由も、論理的根拠も今日まで示されたことはないのである。そして、論証されることのない「無謬論」は、裁かれる者に対し、本来得られるはずの権利保障を損なうという不利益を負わせる。草案311条の立案にあたってポアソナードも「復讐ノ念慮」の発露に対し、懸念を表明しながら、最後は、裁判官の「無謬性」に依拠せざるを得なかったのである。「迅速確的」性の要求は、ポアソナード自らがこれまで設計してきた原案や草案における刑事手続の大原則を捨象してまで実現されなければならないものだったのであろうか。この点私見は否定的である。そもそも、「復讐ノ念慮」の懸念を徹底するなら、「審理を次会に行う」という配慮だ

116) ポアソナード・前掲注79) 98頁。

けでは十分ではない。裁判体を変え、不告不理の原則を徹底して、別の裁判体に審理を行わせることのほうが、よほど「復讐ノ念慮」に配慮し、被制裁者の権利擁護にも資するものとなろう。

もっとも、この点のみを捉えてポアソナードの草案311条及び313条の立法理念を非難するのも妥当ではないと思われる。ポアソナードは母国フランス法（前掲表1参照）以上に、被制裁者の権利擁護を図るべく、制度設計を行っていたと考えられるからである。近代法制が整う前の我が国において、裁判官の権能に、一定の制約をかけようとした点は評価すべきである。

では、以上のようなポアソナードの考えに、審査局はどのような反応を見せただろうか。修正趣意書は以下のように極めて厳しくポアソナード案を批判し、草案311条と313条を併合した。

公廷ニ於テ犯シタル軽罪違警罪ヲ二分シ本条〔311条 筆者注〕及ヒ第三百十三条ノ二条ヲ設ケタルハ蓋シ其犯罪ニ因リ害ヲ受ケタル者裁判所ノ官吏ナル時ハ其罪ヲ裁判スルニ忿怒ノ情ニ循ヒ或ハ酷ナランコトヲ恐ルルニ在リ 然レトモ法律上裁判所ノ官吏ヲ目シテ斯ノ如ク小胆ナリトス可ラス 宜ク本条ニ第三百十三条ヲ合併シ而テ其事件ヲ直ニ裁判スルト之ヲ次ノ公判ニ付スルトハ裁判所ノ判定ニ任ス可シ
...又「命令書」ヲ改メ単ニ「命令」トス 是レ本条ノ場合ハ急速ヲ要スルヲ以テ命令書ヲ作ルノ暇アラサルニ由ル¹¹⁷⁾

修正趣意書は要するに「裁判官が『復讐ノ念慮』を抱いて裁判をすることなどあり得ないのだから、法廷内でなされた犯罪については、それが裁判所に向けられたものであろうが、そうでなかろうが区別せずに扱えばよい。裁判所に向けられた犯罪であっても、裁判所が必要と認めるのなら簡易即決による制裁も可能とする」というものである。その上、修正趣意書は裁判官が『復讐ノ念慮』を抱かないとする合理的な理由も、論理的根拠

117) 向井 = 矢野・前掲注75) 122頁。

も示さない。ただ、裁判官を「小胆ナリトス可カラス」と述べるだけであり、これでは実質的には、ただ「裁判官を信じよ」と求めているに過ぎない。先に述べた「裁判官無謬論」である。本稿において明らかとなったのは、裁判官無謬論はすでに治罪法制定段階で出現しており、しかもボアソナードがかろうじて草案311条と313条に残した「無謬性への懐疑に基づく配慮」を無視し、審査局が「無謬論」をより前面に押し出したという事実¹¹⁸⁾と、その「無謬論」と法廷の秩序維持・威信擁護とは密接な関係にあったという事実である。さらに「命令書」を「命令」へと簡略化したのも、とにかく被制裁者への制裁の実現を優先する事に主眼に置いており、そこには被制裁者に対する適正手続への配慮といったものは伺えない。

さらに、先に検討したように、草案311条・313条では明らかに同条の対象から被告人が除かれていたが、村田保『治罪法註釈』では、「被告人本条ノ罪ヲ犯ス時ハ...」¹¹⁹⁾と記されており、被告人が本条の対象に含まれると説明する。他の注釈書類でも、この点に関する異論は見当たらない¹²⁰⁾。つまり、どのような審議を経て、本条の対象者がボアソナードの想定よりも拡張されたのかは史料が存在せず不明であるが、草案311条と

118) 裁判官無謬論の展開は、本条のみではない。例えば草案49条から54条までに、裁判官や検察官、書記等による犯罪に対する特別管轄が定められていた。その理由としてボアソナードは「何トナレハ刑ヲ科スルニ於テ或ハ軟弱ナラン事ヲ恐レ或ハ其疑ヲ避ケンカ為メ過分ノ嚴刑ヲ科スル事有ルヲ恐ルレハナリ」(ボアソナード・前掲注51) 225頁)として、同僚裁判官や下級の裁判官が裁くことによる危険性を避けることを挙げていた。しかし、これも、審査局の強い非難を浴びることになる。修正趣意書は「裁判官検察官等二対シスノ如ク格外鄭重ナル規則ヲ設クルハ如何ナル故アルカ」(向井=矢野・前掲注75) 87頁)、
「抑モ裁判官ハ一國ノ法ニ背ク者ヲ罰スルカ為メノ上裁ヲ以テ任スル者ナレハ縦令被告人ノ位官高キモ為メニ公平ヲ失ス可キ者ニ非ス...今裁判官ノ公平ヲ疑フ可カラサルト實際不便ヲ生ストノ故ヲ以テ裁判官検察官等ノ為メ特別ノ管轄ハ之ヲ廢シ總テ通常ノ規則ニ從フト為ス可シ」(同)として、裁判官の構成を疑うべきではない=裁判官無謬論を展開し、ボアソナードによる特別管轄制度を削除したのである。

119) 村田 保『治罪法註釈（6巻再版）』14丁表（内田正栄堂、1882年）。

120) 美濃部=仁杉・前掲注101) 16号3頁は、本条は「単ニ被告人ノ為メニ立タルモノニ非スシテ純ラ傍聴人等ニ付テ之ヲ設ケタル」とする。これは即ち、被告人も本条の対象であることを示している。

治罪法273条では、ともに「公廷ニ於テ...犯シタル者」と規定しながら、その対象とする範囲には重大な違いが生じているのである。この、本条の対象となる者に被告人を含むとする変化は、治罪法267条及び274条との関係で重要な意味を帯びてくる。この点については、後に検討する。

なお、本条による対処の対象となる行為については、論者により大きく異なる。先の村田は、「公廷内ニ於テ裁判官檢察官書記等ニ対シ侮辱暴行罵詈等ヲ犯シ軽罪違警罪ニ該ル」¹²¹⁾ものを対象として挙げている。立野胤政¹²²⁾や、織田純一郎¹²³⁾も同様に、本条を法廷内での裁判官等に向けられた侮辱等のみを対象とするかのように説明する。一方、堀田 = 高谷はこれらの見解を「大ナル誤ナリ」と批判し「此等ノ官吏ニ対シテ犯セル者八勿論其他傍聴人互ニ相犯シ又八被告人ヨリ証人ニ対シテ犯シ傍聴人ヨリ被告人証人等ニ対シテ犯シタル罪ニ至ル迄總テ公廷内ニ於テ犯ス所ノ軽罪違警罪八皆本条ニ於テ処分スヘキ者ナリ」¹²⁴⁾とする。本条が村田らの注釈通り意図して作られたものであるとすれば、審査局による審査は、結局のところ、法廷内で裁判所に向けられた侮辱暴行罵詈等の犯罪について、「簡易即決」な処分を科す可能性を開くことを意図してなされたものであるといえそうであるが、本条が元々2つの別々の条文を併合した経緯、裁判所に向けられたものではない犯罪を除外する理由に乏しい点等に照らせば、堀田 = 高谷の言うように、あらゆる軽罪違警罪を含むと解する方が妥当であり、その方が条文の解釈として適当であろう。但し、274条の主な対象として法廷内での侮辱や暴行等を想定したであろうことは、想像に難くない。また、条文の併合過程で、処分方法はより簡便な方へと流れたという事実は指摘しておかねばならない。それは結局、裁かれる者の権利よりも、法廷の秩序や威信の維持擁護の方が大きな価値を有していると審査

121) 村田・前掲注119) 14丁表。

122) 立野胤政『治罪法註解』306頁(山中市兵衛, 1880年)。

123) 織田純一郎『治罪法註釈』460頁(坂上半七, 1881年)。

124) 堀田 = 高谷・前掲注113) 72号26頁。

表４ 治罪法267条と273条の比較

	267条	273条
対象	被告人	法廷内のすべての人（被告人含む）
処分の対象として規定する行為	暴行又は喧噪をなすことで、弁論を妨害する行為	法廷内の軽罪、違警罪
処分者	陪席裁判官を含めた裁判所	裁判長
処分に至る手続方法	裁判長からの2度の告戒に従わず、なお弁論を妨害する場合、検察官の請求又は裁判所の職権によって退廷が勾留	裁判長の命令により、その人物を取押え、検察官の意見を聴いた上で、直ちに裁判を行うか、次回の公判に付す

局委員が考えた事を示している。

以上のように、治罪法273条が草案段階から大幅な変容を遂げたことで、治罪法267条との関係について検討する必要がある。

まず、267条と273条との違いを簡単に確認する（表４参照）。

273条の前身である草案311条及び313条は被告人を対象に含んでいなかったもので、267条と273条との間に重なりが生じることはなかったが、273条に被告人を含むとする解釈が存在し、これに対する異論も見られないことから、当時の解釈として273条に被告人を含むとする解釈が一般的であったと推測される。この解釈に従えば、267条との間で、被告人の行為に関して適用の重なりが生じる可能性がある。

例えば、被告人による初回の「暴行」（つまり、裁判長による告戒がなされていない場合）の対処方法について検討する。

まず、「暴行」につき旧刑法における「暴行」の規定を確認すると、今日でいうところの単純暴行罪は、違警罪として425条9号¹²⁵⁾に「人ヲ殴打シテ創傷疾病ニ至ラサル者」（法定刑は3日以上10日以下の拘留か1円以上1円95銭以下の科料）との規定が配されている。また、139条¹²⁶⁾では「官吏ノ職務ヲ行フヲ妨害スル罪」として、「官吏其職務ヲ以テ法律規

125) 内閣官報局・前掲注15) 159頁。

126) 内閣官報局・前掲注15) 124頁。

則ヲ執行シ又八行政司法官署ノ命令ヲ執行スルニ当リ暴行脅迫ヲ以テ其官吏ニ抗拒シタル者ハ四月以上四年以下ノ重禁錮ニ処シ五円以上五十円以下ノ罰金ヲ附加ス」との規定が置かれていた。それ以外に、267条の暴行につき「暴行トハ被告人ノ身首手足ノ動静ニ属ス其所行ハ固ヨリ罪ト為ル可キ事件タルヲ要セス若シ罪トナル可キ暴行ヲ為シタル時ハ第二百七十三条以下ノ規則ヲ参照シテ之ヲ処分ス可シ」として、旧刑法とは異なる暴行の定義を行う注釈¹²⁷⁾もある。

さて、問題は弁論を妨害する「暴行」がなされた際、裁判所は273条に従った処分を為すことができるかどうかである。この点、267条の暴行について、先に紹介した「身首手足ノ動静ニ属ス」もので、旧刑法425条9号に至らないようなものと定義する立場に立てば、273条による処置は取り得ず、267条によることとなり、273条との重なりの問題は生じない。この場合は、弁論を妨害する「暴行」であっても、それが旧刑法139条や425条9号に規定するような暴行であれば、治罪法273条に基づく処分を行うことになると思われる。しかしこの解釈には疑問がある。何故なら、この注釈の通りであれば、267条に勾留を導入した審査局が、導入の理由として述べた「公廷内ニ於テ暴行ヲ為シタルヲ以テ其暴行罪ノ為之ヲ勾留ス可キ場合アレハ」という文言との整合性がとれないからである。およそ罪とならない「暴行」の為に、何故勾留の必要があるのか、説明がつかないであろう。

よって、条文の整合性を保つためには、以下のような解釈があり得ると思われる。被告人が「暴行」をなした場合、当該暴行が、弁論を妨害するものであるか否かを検討し、弁論を妨害するものではないとなれば、273条に従って処分するしかない。つまり、告戒不要である。次に、当該暴行が弁論を妨害する「暴行」であった場合、裁判所は、267条でも273条でもどちらの処置をも取り得る。但し、その際に治罪法が特別に被告人について267条のような特別規定を設けた趣旨を尊重し、267条の規定を優先して処分するこ

127) 横田国臣『治罪法講義(3巻)』19頁(金港堂, 1880年)。

とが裁判所には求められた。退廷させるか勾留するかの区分については、当該暴行が禁錮以上の刑に当たるか当たらないかで区別することになる。当たる場合は勾留、当たらない場合は退廷となる¹²⁸⁾との解釈である。

但し、このように解釈してもなお疑問点は残る。当該「暴行」が弁論を妨害するものであるか否かを検討する場面で、妨害するものではない、つまり、司法作用に影響の少ない「暴行」の方が、より被告人にとって不利益の大きい273条で処分されるという点である。しかしこの点は、そもそも草案段階では同条の対象ではなかった被告人を、無理やり273条において組み込んだことによるものであって、やむを得ない。つまり、このような矛盾を避けるためにも、本来、273条の対象として被告人を含めるべきではなかったのではなからうか。

なお、本条と治罪法272条との関係については、例えば、傍聴人の行為が軽罪違警罪には該当せず、ただ弁論を妨害するのみの場合は272条を適用し、被告人の行為が弁論を妨害するものであっても当該行為が軽罪違警罪に該当すれば、もはや272条は適用されず、273条によって処分されることになる。

また、草案311条の関連規定として控訴に関する特殊の規定が312条に設けられており、また、313条にも控訴に関する特殊の規定が設けられているが、この点については、治罪法274条に関する逐条検討においてまとめて検討する。

(4) 274条

本条は、控訴に関する特別規定を設けている。草案では、控訴制限に関する規定は、312条と313条に設けられていた。先に検討したように、草案

128) 堀田 = 高谷編・前掲注113) 70号46頁は、「被告人保釈責付ヲ受ケタル者ニテ之ヲ勾留ス可シト認メ又罰金以下ノ刑ニ該ル可キ者ト雖モ公廷ニ於テ禁錮以上ノ刑ヲ犯シ勾留ヲ要スト認メシ時八只之ヲ退廷セシムルノミナラス亦之ヲ勾留ス可キナリ」とし、美濃部 = 仁杉・前掲注101) 15号47頁は、「〔問〕之ヲ退廷セシムルト之ヲ勾留スルトハ其暴行喧噪ノ輕重等ニ依テ區別ヲナスモノナリ耶〔答〕然ラス…禁錮ノ刑ノ以上以下ニ依テ之カ區別ヲナスモノナリ」とする。

表5 治罪法中、控訴及び管轄違いの場合に関する規定

	違警罪裁判所	軽罪裁判所
被告人の控訴を許す場合	拘留の刑の判決を受けた場合(338条)	違警罪についての言渡しを除き、刑の言い渡しを受けた場合(365条)(違警罪については軽罪裁判所が終審)
管轄違いの場合の対応	被告事件が軽罪又は重罪の場合は、管轄違いの言渡しをし、軽罪裁判所判事に送致(337条)	被告事件が違警罪の場合は、終審の裁判言渡しをし、被告人が勾留を受けている場合は釈放の言渡し(359条)

の311条と313条が併合されたことによって、312条と313条に規定されていた上訴に関する特別規則も併合された。

なお、治罪法中の控訴及び管轄違いの場合の原則は表5の通りである。

以上のような原則を確認した上で、治罪法274条の成立に至る経緯を検討する。草案312条及び313条は以下のような規定を置いていた。

【草案】312条¹²⁹⁾ 前条ノ場合ニ於テ違警罪裁判所ニテ八違警罪ニ付キ終審ノ裁判ヲ為シ軽罪ニ付キ始審ノ裁判ヲ為ス可シ

軽罪裁判所其他上等ノ裁判所ニテ八軽罪ニ付キ終審ノ裁判ヲ為ス可シ

313条¹³⁰⁾ 第三百十一条ノ場合ヲ除クノ外公廷ニ於テ軽罪又八違警罪ヲ犯シタル者アル時ハ其身分ノ如何ニ拘ハラス檢察官ノ意見ヲ聴キタル上ニテ直ニ裁判ヲ為ス可シ

前項ノ場合ニ於テ違警罪ニ付テハ何レノ裁判所ニ於テモ終審ノ裁判ヲ為シ軽罪ニ付テ八違警罪裁判所又八軽罪裁判所ニテ八始審ノ裁判ヲ為シ其他上等ノ裁判所ニテ八終審ノ裁判ヲ為ス可シ

草案註釈¹³¹⁾によれば、草案312条は仏刑法505条(前掲表1注4)参照)を、草案313条は先述のように仏刑法181条(前掲注112)参照)及び505条を参考に作られた。草案にしては珍しく、ここでは、フランス法の方が上訴に関して処分を受ける者に有利な規定を有している。例えば、

129) 『草案』前掲注71) 9頁。

130) 『草案』前掲注71) 9頁。

131) ボアソナード・前掲注79) 8頁, 9頁。

草案312条は軽罪については、軽罪裁判所以上の裁判所で判決がなされた場合は上訴できないが、仏刑訴法505条は軽罪についても上訴の可能性を残している。草案313条も、仏刑訴法181条の「判決に対する正当な権利としての控訴を妨げるものではない」との規定に比すれば、フランスの方が処分を受ける者に有利であると評価できよう。

ポアソナードは、草案註釈において、草案312条及び313条について以下のように解説している。

(312条に関して)普通法ニ対スル此三個ノ変則ハ之ヲ弁明スル事敢テ難キニ非ス蓋シ裁判官ニ対シ其職務執行中公然行フタル不敬ハ迅速確確ニシテ且ツ徹戒トスルニ足ル可キ責罰ヲ要スル者タリ¹³²⁾

(313条に関して)是レ前記ノ場合〔311条及び312条の場合 筆者注〕ト多少ノ類似アレトモ亦差異トスル所無キニ非ス...

其差異トスル所ヲ言ヘハ、第一、軽罪裁判官ハ控訴ヲ許スニ非スンハ軽罪ノ刑ヲ言渡ス事ヲ得ス、第二、其判決ヲ次会ニ付セスシテ直ニ之ヲ言渡ス可キニ在リ¹³³⁾

ここでも、ポアソナードによる「裁判官の無謬性」についての信頼が見られる。無謬性への信頼が見られながら、裁判所に向けられた犯罪とそれ以外の犯罪との間に差異を設けようとするところが、彼なりのバランス感覚の発露として興味深い。もっとも、私見では、そもそも無謬性に依拠した、特殊な例外規定を設けること自体が不当であると考えるのは、先に述べた通りである。

ポアソナードの考えは、結局審査局の委員に受け入れられることはなかった。治罪法273条が草案311条と313条を併合したことで、控訴制限についても、処分を受ける者にとって不利益な（控訴制限を厳しくする）方向で併合されたのである。この点に関する審査局の意見は、治罪法273条に関する検討部分で引用した通りである。

132) ポアソナード・前掲注79) 98頁。

133) ポアソナード・前掲注79) 100頁。

なお、本条に関し、被告人が法廷内で軽罪や違警罪に当たる行為をした場合の罪数処理と控訴との関係を検討しなければならない。

既に検討したように、被告人も273条の対象であり、その場合は、「本案ノ事件ト共ニ数罪俱発ノ例ニ照シテ処断」¹³⁴⁾つまり、併合罪として処理すると定める。旧刑法第7章の「数罪俱発」についての規定は以下の通りである。

【旧刑法第7章 数罪俱発】¹³⁵⁾

第100条 重罪軽罪ヲ犯シ未タ判決ヲ経スニ罪以上俱ニ発シタル時ハ一ノ重キニ從テ処断ス

重罪ノ刑ハ刑期ノ長キ者ヲ以テ重ト為シ刑期ノ等シキ者ハ定役アル者ヲ以テ重ト為ス

軽罪ノ刑ハ其所犯情状最重キ者ニ從テ処断ス

第101条 違警罪ニ罪以上俱ニ発シタル時ハ各其刑ヲ科ス若シ重罪又ハ軽罪ト俱ニ発シタル時ハ一ノ重キニ從フ

第102条 一罪前ニ発シ已ニ判決ヲ経テ余罪後ニ発シ其輕ク若クハ等シキ者ハ之ヲ論セス其重キ者ハ更ニ之ヲ論シ前發ノ刑ヲ以テ後發ノ刑ニ通算ス但前發ノ刑罰金科料ニ該リ已ニ納完シタル者ハ第二十七条ノ例ニ照シ折算シテ後發ノ刑期ニ通算ス

若シ前發ノ罪ヲ判決スル時未タ發セサル罪再犯ノ罪ト俱ニ発シタル者ハ其再犯ト比較シーノ重キニ從ヒ前發ノ刑ヲ通算セス

第103条 数罪俱ニ発シーノ重キニ從フ時ト雖モ其没収及ヒ徴償ノ処分ハ各本法ニ從フ

このように、当時の併合罪処理は原則吸収主義を採用していることが明らかである。例外として、違警罪同士の俱発は併科主義である。

ここで問題となるのが、条文上、控訴できる罪とできない罪が併合罪として処理された場合の、控訴の適否である。つまり、あたかも一部控訴

134) 村田・前掲注119) 14丁表。

135) 内閣官報局・前掲注15) 119頁。

表 6 本案と法廷内での犯罪との数罪併発による処理の組み合わせ

違警罪裁判所		本 案		軽罪裁判所		本 案	
		違警罪	軽 罪			違警罪	軽 罪
法 定 内	違警罪		本案管轄違	法 定 内	違警罪	本案法定内 共に終審	
	軽 罪		本案管轄違		軽 罪	本案法定内 共に終審	

（上訴）と同じような状況であると考えればよい。現行法の議論では、併合罪と一部控訴（上訴）との関係について、一部控訴（上訴）が可能なのは、複数の主文が言い渡された場合であるとする。つまり、併合罪につき 1 個の刑の言渡しがあった場合や、一罪（単純一罪、科刑上一罪、包括一罪）の場合は、一部控訴（上訴）は認められないとする¹³⁶⁾。もっとも、治罪法において、一部控訴（上訴）については、治罪法中明文の規定は存在せず¹³⁷⁾、そもそも治罪法において立法論的な控訴制度論自体が、それほど深まっていなかったようである¹³⁸⁾。

軽罪裁判所と違警罪裁判所における、本案と法廷内での犯罪について、組み合わせは表 6 の通りとなる。

この場合、控訴が問題となるのは ~ である。

に関しては併科主義であり、 ~ はいずれも吸収主義の下で数罪併発は処理される。問題は、吸収主義なり併科主義なりで処理された結果、主刑が 1 つとなった場合である。このような場合、控訴制限がかかっていない方の罪については控訴できるが、もう一方については法律上控訴できないとすれば、裁判所は何を判断対象とすればよいか。現行法では、主刑が 1 つの場合の一部上訴を全部上訴と考えることによって解決が図られる

136) 藤永幸治 = 河上和雄 = 中山善房編『大コンメンタール刑事訴訟法（6 巻）』36 頁〔原田 國男〕（青林書院，1996 年），上口裕『刑事訴訟法』486 頁（成文堂，2009 年）等。

137) 後藤 昭『刑事控訴立法史の研究』169 頁（成文堂，1987 年）。

138) 後藤・前掲注 137) 171 頁。

が、治罪法下の今回のような場合は、そもそも法律で控訴が制限されており、全部上訴として考えるのは、明文の規定に反することになる。かといって、このような場合に如何に対処するかについての規定も治罪法に存在しないし、その結果、仮に控訴全部について不適法と処理したのでは、本来適法な控訴についてまで上級審の審理を受ける権利を奪うことになり、極めて問題である。

では、何故このように明らかに条文上問題がありながら、この事態について言及した論考や判例が見あたらないのか、それには理由がある。治罪法の控訴に関する原則自体が、実際に実施されなかったからである。まず明治14年9月20日太政官第44号布告で、「違警罪ノ審判ニ関スル一切ノ手續ハ治罪法ニ従フヘシト雖モ實際已ムヲ得サル場合ニ於テハ当分ノ内便宜取計ラヒ其裁判言渡ニ付テハ總テ上訴ヲ許サス」¹³⁹⁾とし、違警罪に関する全ての控訴を禁じた。同年12月28日の太政官74号布告では「治罪法中刑事ノ控訴ニ関スル条件ハ当分ノ内実施セス」¹⁴⁰⁾として控訴を全面的に停止するに至る。軽罪についての控訴が条件付きながら復活するのは、明治18年1月6日太政官第2号布告まで待たなければならなかった。明治18年の太政官布告も、被告人の控訴に関しては裁判費用の保証として10円の予納が定められていた¹⁴¹⁾。これが、被告人にとって間接的な控訴制限として作用したことは、想像に難くない¹⁴²⁾。だから、先のような条文解釈上の問題が顕在化しなかったのだと思われる¹⁴³⁾。

ただ、現実には問題とならなかったとしても、制度として先に述べたような重大な問題を引き起こす可能性を秘めた規定を設けること自体の不適当性は、やはり指摘する必要があると考える。「治罪法の表面的な文言に

139) 内閣官報局・前掲注96) 18頁。

140) 内閣官報局・前掲注96) 133頁。

141) 内閣官報局『法令全書(18巻・1)』1頁(復刻1982年・原書房)。

142) 後藤・前掲注137) 171頁。

143) 堀田=高谷編・前掲注113) 72号31頁は、「本条〔274条 筆者注〕八第一項第二項共今日ニ於テ必要ナキモノナリ」とする。

拘らず、刑事控訴に対し立法は依然として消極的だった¹⁴⁴⁾との指摘は、そのまま274条の控訴制限の規定に対する批判になるし、「事実認定を一回に限ることがむしろ裁判の權威を保持するものと観念されていたであろうことは想像に難くない¹⁴⁵⁾との指摘は、その「法廷の權威を保持する」ことに主眼が置かれた本条の規定において、より一層はつきりとした形をもって現れたといえると思われる。

(5) 275条

本条は、法廷で重罪がなされた場合について規定している。この規定は、草案314条に設けられていた。

【草案】314条¹⁴⁶⁾ 公廷ニ於テ重罪ヲ犯シタル者アル時ハ裁判長其事件ニ付テノ被告人及ヒ証人ヲ訊問シ調書ヲ作り且裁判所ニ於テ檢察官ノ意見ヲ聴キ勾留状ヲ発シタル上ニテ通常ノ規則ニ循ヒ裁判スル為メ予審判事ニ送付スルノ言渡ヲ為ス可シ(下線筆者)

治罪法275条と草案314条との違いは下線部だけである。審査局においても本条文は、全く審査された形跡がなく、他の史料も未発見のため、勾留状に関する規定が削除されたのは不明である¹⁴⁷⁾。

草案註釈¹⁴⁸⁾によれば、本条は仏刑法507条¹⁴⁹⁾及び508条¹⁵⁰⁾を参考に

144) 後藤・前掲注137) 171頁。

145) 染野義信「司法制度(法体制確立期)」鶴飼信成=福島正夫=川島武宜=辻清明『講座日本近代法発達史 2』132頁注2(勤草書房, 1958年)。

146) 『草案』前掲注71) 10頁。

147) もっとも、275条の「通常ノ規則ニ從ヒ」に吸収されたと考えることも不可能ではない。

148) ポアソナード・前掲注79) 9頁。

149) 仏刑法507条 重罪となる暴行または破棄院、帝国法院もしくは重罪院、特別法院の法廷で犯された現行犯であるその他すべての重罪が問題となるときは、法院は続けてその場で判決の процедуруを行うべきものとする。

法院は、証人、犯人および犯人が選任したまたは裁判長が任命した弁護士を尋問すべきものとする。公開の場で事実を確認し且つ検事長または検事長代理の意見を聞いた後、法院は判決により刑を適用すべきものとし、それには理由が付されるべきものとする。(訳は中村・前掲注39) 119頁による)

150) 仏刑法508条 前条の場合において、法院に出席している裁判官が5人または6人

して作られているが、興味深いのは、草案註釈におけるポアソナードの解説である。仏刑訴法507条の規定を彼は、「夫レ斯クノ如ク重罪ヲ軽罪ト同一視スルハ遺憾ナル所ナリトス何トナレハ重罪ノ刑罰タル峻厳ナルニ因リ被告人ノ智覚精神ノ形状ヲ審究スル事須ラク精密ナルヲ要ス然ルニ予審ヲ為サス其訟廷ニ於テ『即席ニ』之ヲ行フ時ハ其必要ナル精密ヲ欠ク事有レハナリ」¹⁵¹⁾として、フランスの法制を強く批判する。その上で、通常の裁判方法で裁くよう条文を立案したことについては、「是レ偏頗ノ嫌疑ヲ避クルカ為メニハ至巧ノ良計ト謂フ可キナリ」¹⁵²⁾と述べる。

確かに、通常の刑事裁判のルートに乗せ、「其面前ニテ重罪ノ行ハレタル所ノ者」¹⁵³⁾ではない裁判体で裁かれれば、少なくとも、当該重罪の審理にあたって「裁判官は、人が自分に対して行った悪事を罰することはできない」という法格言には反することなく、「偏頗ノ嫌疑ヲ避クル」こともできる。しかし、何故重罪が対象となるところのように通常の刑事裁判のルートに乗せるか。むしろ、重罪のような重大犯罪が法廷内で行われれば、軽罪違警罪が行われるのに比べて、法廷の秩序や威信は著しく損なわれることになる。より迅速に法廷の秩序や威信は回復されなければならないことにもなる。また、法廷内で行われた重大犯罪であればそれだけ証拠を集めやすい場合も多いと思われる。法廷内の軽罪違警罪について、「罪ヲ指スニ過誤アリト想像スル事難カル可シ」とするなら、重罪についてもそれが妥当するし、重罪において「『即席ニ』之ヲ行フ時ハ其必要ナル精密ヲ欠ク」とするなら、軽罪違警罪については、なぜその「精密」が要求されないのか。むしろ、フランス型の方が、制度設計自体の是非は別にして、

であるときは、有罪判決を下すためには4票を必要とする。

法廷に出席している裁判官が7人のときは、有罪判決のためには5票を必要とする。

法廷に出席している裁判官が8人以上のときは、有罪判決は4分の3の票で宣告されるべきものとする。但し、この計算において、小数があるときは、その小数は公訴棄却に有利なものにあてられる。(訳は中村・前掲注39)119頁による)

151) ポアソナード・前掲注79)103頁。

152) ポアソナード・前掲注79)107頁。

153) ポアソナード・前掲注79)106頁。

論理面に関しては一貫していると思われる。

結局、犯罪の軽重を、被処罰者に本来保証されるべき権利を付与や剥奪にあたっての選別の根拠、つまり、通常の刑事裁判のルートに乗せるか、乗せないかを決定付ける理由として捉えることにそもそも無理があるのではなからうか。法廷の外で行われた犯罪については当然のように適用される法律の諸規定について、それが法廷内で行われた場合のみ特殊扱いして、裁判官の無謬性に依拠し、通常の刑事裁判とは異なる簡易な手続を重罪軽罪違警罪すべてに適用するべきか、あるいはそうではなく、重罪でも軽罪違警罪でも『即席二』之ヲ行フ時八其必要ナル精密ヲ欠ク」として、すべて通常の刑事裁判の規定に則って審理を行うべきか、二者択一にならざるを得ないと思われる。私見は、これまで繰り返し述べてきたように、後者を支持する。

3 治罪法についての小括

治罪法は、我が国初の近代的刑事手続法である。そして、同法の原案をポアソナードが作成する。ポアソナード原案を基に、彼と司法省内の治罪法編纂委員とによって、およそ3年の年月をかけ治罪法草案が脱稿する。この治罪法草案は、ポアソナードの思想が強く反映されていた。しかし、これ以降、ポアソナードは治罪法編纂の舞台から排除される。

この治罪法草案は、元老院内に設置された治罪法草案審査局に提出されるが、ここでは、ポアソナードに代わって、日本人審査委員が中心となって検討が進められることになる。治罪法草案の条文のいくつかは、この段階で大きく修正を迫られることになる。例えば、本稿が検討対象としている「刑事法廷の秩序や威信」という点に関する規定を見ても、以下のよう

- 被告人が法廷内で暴行や喧噪をなした際の対処として、治罪法草案は原則として退廷のみを規定していたが、審査局は、当該暴行や喧噪への将来の刑事処分を想定し、勾留を可能とするように変更（267条）。

- 治罪法草案が、裁判官が「復讐ノ念慮」を有して裁判を行うことを防止するため、被告人以外の者が法廷内で裁判官等に対して行った軽罪違警罪と、裁判官等以外の者（例えば、傍聴人）に対してなされた軽罪違警罪とで処分の方法が異なって規定されていた条文を、裁判官を「小胆ナリトス可カラス」という根拠によって、併合（273条）。
- 治罪法草案でも既に設けられていた、法廷内での軽罪違警罪に関する事物管轄の特例と控訴制限について、法廷内で裁判官等に対してなされた軽罪違警罪と、裁判官等以外の者に対してなされた軽罪違警罪が併合されたことで、処分を受ける者に不利となるような控訴制限を厳しくする方向で併合（274条）。

これらの規定の変更についての詳しい検討は第2節で行った通りであるが、ここに挙げたものだけを見ても、草案から治罪法成立に至るまでに、ボアソナードが立案した非制裁者（特に、法廷内で本案の裁判を受けている被告人）に対する権利擁護の規定が、審査局の日本人委員によって大幅に削られ、修正されたことが分かる。その上で、審査局委員がどのような考えによって、草案を大幅に変更したのかという点を、検討しなければならない。筆者はこれまでに述べてきたように、以下の2点が、特に重要な意味を持っているのではないかと考える。

刑事法廷の秩序や威信を乱す者への制裁は、裁判所＝司法権力による「国法の貫徹」の意思を明らかにする意味を持っていたこと。

「小胆ナリトス可カラス」という言及に象徴的に表わされる「裁判官無謬論」は、刑事法廷の秩序維持や威信擁護のための施策と密接な関係を有していたこと。

これら は互いに関係している。特に、 の「裁判官無謬論」は、裁判官の無謬性を認めなければ、司法権力を担う裁判官の能力を疑問視することにつながり、それは、「国法の貫徹」に極めて不都合であると考えられたのではないかと思われる。治罪法の制定自体に当たって、不平等条約の改正という国家的課題の存在が大きく影響したという事実は、司法（国

家）権力の無瑕疵性を法制に強く求める動機として、説得的であろうと思われる。

そして、これらの根底にある思想は、現代の「刑事法廷の秩序や威信」の問題を論じる上でも、通底するものがあると考えられるのである¹⁵⁴⁾。

また、ポアソナードによる立法案（草案）は、刑事法廷の秩序や威信を乱す者への法制上の対応については、概ねフランスの法制以上に、処分を受ける者に有利なようにその処分発動に対し慎重な姿勢を有していたことが明らかであるが、草案305条及び311条に検察官の関与に関する規定を配した点は、注目すべきである。ポアソナードは検察官の存在を非常に重視していた。それは、例えば草案311条に裁判官と併記して検察官が挙げられていることから伺える。また、草案1条¹⁵⁵⁾が検察官の職務に関する規定であることも、ポアソナードが治罪法の立案全体について検察官の存在を重視していたことの傍証となる。そして、検察官が裁判所の1機関として置かれる¹⁵⁶⁾以上、検察官に対する不敬等を裁判官に対する不敬等と同様に扱うことも、また当然のことであった。

さらに、草案312条と313条の控訴制限についても、フランス法制の方が、被処分者に有利であった。この理由については、ポアソナードは草案註釈等でも述べていないため不明である。しかし、「裁判長八復讐ノ念慮ヲ懷テ裁判スル事無カル可キ為メ」¹⁵⁷⁾という裁判官の客観性に対する懐疑と、「裁判官自然怨ヲ含ミ偏頗ナラントノ危険アルニ似タリト雖モ此場合ニ於テハ裁判官其不敬ヲ以テ自己一身上ニ加ヘラレタル者ニ非ストシ其奉スル所ノ職トシテ尊敬セシム可キ所ノ法廷即チ裁判権ニ加ヘラレタル者ナリト看做ス可キ」¹⁵⁸⁾という典型的な裁判官無謬論の発露の交錯が草案に見ら

154) この点は序章で述べた通り、別稿（３部作の３）でより詳細に検討する予定である。

155) 草案1条 犯罪ニ対シ刑ノ適用ヲ旨トスル公訴ハ法律ニ定メタル區別ニ循ヒ検察官之ヲ行フ（『草案（総則）』1頁）。

156) 草案33条 院及ヒ裁判所ニハ検察官一名ヲ置ク…（『草案（1編）』21頁）。

157) 前掲注114）参照。

158) 前掲注116）参照。

れることはすでに指摘した通りであり、この控訴制限の立案にあたっても、彼の裁判官無謬論の現れであるとの評価も可能だと思われる。

裁判所取締規則との関係では、まず、同規則では導入に極めて慎重であった「簡易即決」な制裁が治罪法においては相当程度導入された点が注目される。治罪法は明らかにフランス法の影響を受けているが、フランス法で多用された簡易即決制度は、我が国でも治罪法によって本格的に導入され、その後の「刑事法廷の秩序と威信」の維持擁護のための法制に至るまで連綿と続くことになるのである。なお、裁判所取締規則の特徴であった、裁判官個人の属人的權威を強調するような規定が条文上消えたように見えるが、これは逐条検討に入る前に検討した通り、裁判官「個人」に対する侮辱を処罰する意図を依然として政府が有していたことは明らかであろう。

さて、ここまで論じてきた治罪法であるが、刑事手続法としての“寿命”は10年に満たなかった。治罪法の公布は明治13年、施行は同15年であるが、同23年には裁判所構成法や旧々刑事訴訟法（明治刑事訴訟法）が施行され、刑事手続法としての主役の座をこれらに譲ったからである。そこで次節以降では、裁判所構成法、旧々刑事訴訟法、旧刑事訴訟法（大正刑事訴訟法）の順でこれらの法制の下での「刑事法廷の秩序や威信」について検討を加えたい。