

## 裁判員制度批判補遺 (4)

### くじで負わせる義務と公判前整理手続と

西野 喜一

#### 一 序

先般から実施されるに至った裁判員制度について、私はかねてからこの制度は憲法違反の点を含めて問題が多すぎるという理由で反対である。その詳細については既に別途詳細に述べた<sup>(\*1)</sup>。

しかし、この制度には更に別の大きな憲法上の問題点があるので、本稿ではそれを明らかにしておきたいと思う。その具体的な内容は2点ある。

その1は、国民中から抽選で抜き出した者(だけ)に裁判員としての重い義務を負わせることは、法の下での平等を定めた憲法に違反するのではないかということである。

その2は、証拠の採否の全部を非公開の公判前整理手続で決めるのは裁判の公開を定めた憲法に違反するのではないかということである。

この問題を以下において検討する。

#### 二 くじで負わせる義務

##### 1 問題の所在

(1) 憲法は国民にいくつかの義務を課している。一般に三大義務と言われるものは、教育(26条2項)、勤労(27条1項)、納税(30条)であるが、このほか裁判において証人となる義務(37条2項)も憲法上明らかである。

この37条2項は、国民は必要な場合には裁判において証人となり、証言をする義務がある、という形で規定しているわけではないが、刑事被告人は「すべての証人」に対して審問する機会を「十分に」与えられるのであり、そして、「公費で自己のために強制的な手続により証人を求める権利」を有しているのであるから、これは当該の者は証人として出廷、証言する義務があるということと同義であり、同じことを裏から言ったまでに過ぎない。そして、その裁判を正しからしめるために、証人に宣誓の義務を負わせ、虚偽の証言に対して偽証の制裁をもって臨むことも憲法の予想した範囲内のことであると考えられる。

証人は、自分自身が体験、認識した事実が当該事件の解決、判決に必要であるから証言の義務があるのであって、他人で代替の効くことではない。それゆえに、出頭しない証人に対しては拘引も許容されている（刑事訴訟法152条、民事訴訟法194条）。これに対して裁判員は要するに誰でもよいわけであって、だからこそ抽選で選抜するのである。どうしてもその人でなければならないという証人と、所詮誰でもよいという裁判員とを対比して同一に論じるのは無理である。裁判員制度合憲論の中には、国民に裁判員となる義務を負わせることを合憲であることにしようとして、この証人義務をその根拠としようとするものがあった<sup>(\*)2)</sup>が、憲法上に明文のあることを裁判員制度との関係で持ち出すのは筋違いであると言えよう。

(2) さて、憲法（14条1項）は国民に法の下での平等を保障しており、すべて国民は、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない、と規定している。

本稿の関心事は、国民の義務とこの法の下での平等の関係である。公権力が、無作為で選択した特定の者だけに、本人の同意によらずに何らかの義務を課す、ということはできるのであろうか。仮にできるとしたら、これは明らかに法の下での平等に反しているように見える。ある者はその義務を負い、他の者は負わないという結果になるからであるが、それはよいのであろうか。

(3) こういう問題を扱った判例はないようである。勿論これまで、具体的な事情や個別の必要性によるのではなく、特定の国民だけが無作為の抽選で強制的に（黙示ではあっても、同意があれば問題はないであろう。）ある義務を負うという乱暴な制度がなかったためであろう。そのため、これが争われたという事例もないのであると考えられる。

やや特徴的なものに検察審査会制度がある。検察審査会法は、抽選で選ばれた国民に、検察審査員又は補充員となって、招集に応じること、宣誓をすること、秘密を漏らさないこと、という義務を課し、その違反には制裁がある（前二者については過料、第三者の場合は懲役又は罰金。検察審査会法43条、44条）。

しかし、これはその義務が抽選によるものであることを理由に憲法違反である、とするまでの必要はないと考えられる。これまでこれが訴訟として争われた先例がないということは、招集に応じない、或いは、宣誓に応じないことを理由として制裁を科すことはなかったという合理的な運用によると考えられるからである。換言すれば、審査員、補充員を実際に務めた者には、明示又は黙示での同意があったものと解して差し支えないであろう<sup>(\*)3)</sup>。即ち、検察審査員の場合には、その義務自体が、せいぜい月に1回、2時間程度の会議、という極めて軽いものであった上、応じない者には敢えてこれを強要せず、制裁を科すこともないという柔軟な運用によって、抽選で降ってくる義務の違憲性ということが問題にならなかったのであった<sup>(\*)4)</sup>。

他方、秘密漏洩はこれとは性質が異なり、審査員、補充員を務めた後の話になるが、秘密漏洩には罰則があると知った上で審査員等を務め、そして秘密を漏洩した者に対して罰則を科すことは許容されるであろう。

(4) また学説でもこれを直接扱ったものは見当たらないようである。それも当然のことであって、これまで抽選で特定の国民にのみ（重い）義務を負わせる、応じない者には（現実に）制裁を科すという無茶な制度が存在しなかったからである。従って、このような問題を考える必要もなかつ

た。そのせいか、この点は司法制度改革審議会でも裁判員制度・刑事検討会でも議論されたことはない。

## 2 検討

(1) 言うまでもなく、憲法14条1項は、国民は、「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」により差別されることない、と定めている。ここには「抽選」とか「くじ」という言葉は入っていないが、くじ、抽選で差別することは差し支えないのであろうか。

しかし、これは愚問であろう。ここに掲げられているのは所詮例示に過ぎない<sup>(\*)</sup>のであって、これ以外の要素によるのであれば国民を差別的に取り扱っても構わない、という見解は存在しないと思う。これまで「人種、信条、性別、社会的身分又は門地」による差別が存在していたため、憲法はこれを明示したのであって、無作為の抽選の結果として国民を差別するということは、憲法は全く考えていなかったと思われる。

抽選で無作為に選んだ者のみに（裁判員程度に重い）義務を負わせるというのは法の下での平等に反することは否定できないであろう。

これを更に詳述する。

a 既に述べた憲法上の4義務はいずれも、全国民に均しく、或いは、誰から見ても合理的と思われる一定の要件（保護すべき子女を抱えている、収入・所得がある、ある事件の解決に必要な事実の認識を有しているなど）を満たすもの全員に均しく義務を課しているのである。これに対して、抽選で負わせる義務というのは、その者（当選者）と周囲の者を対比した場合に差異がある唯一の点は、前者はくじで当たったというだけのことである。抽選で当たった者だけに教育、勤労、納税、証言の義務を課すことのおかしさを考えれば、抽選の結果として降ってくる義務の不合理性は明らかであろう。

そのためか、一派の裁判員制度支持論者は裁判員を務めることは義務で

はなく、権利（のようなもの）だと強弁する<sup>(\*6)</sup>。しかし、辞退も放棄もできないものを権利と呼ぶのは無理であって、これはそう言うことによつて国民を欺こうという論理と評価すべきものであろう。また、仮にこれが「権利」であるならば、抽選という方式で国家が特定の者だけに「権利」を与えてよいのかという疑問が出ることを避けられない。

b 論者は或いは言うかも知れない。最終的に「当選」するのは一部の者だけであるとしても、その抽選の母体には全国民が入っているから不平等ではないのだ、と。

しかし、この論理も無力である。仮にこのような論法が通るなら、母体として全国民を対象にした抽選をやり、そこで「当選」した者にだけ納税や教育の義務を課しても構わないことになる。このような論理に賛成する者がいるとは思われない。

もっとも、例えば、人口の極めて少ない国において、ある義務が3年に一度は必ず回ってくる、ある人にとっての順番をどうするかということだけを抽選で決める、というのであれば、ある1年だけをとってみれば、抽選の結果としてその義務を負う人もあり、負わない人もあることになるが、3年ほどのことであれば不平等とは言えないであろう。しかしそれは全体で3年程度のことだからそう言えるのであって、人の平均寿命（厳密には未成年の期間を除くべきであるが）だけの期間をとって均してみても不平等が到底克服できないような事態を平等だと言うのは無理である。

c 憲法は、国民は、「政治的、経済的又は社会的関係」において、差別されない、と規定している。裁判員の義務を負うこととこの部分の関係が問題になり得るが、裁判員の義務を負うことは、ここでの「社会的関係」に十分該当するであろう。

仮に該当しないとしても、国民を政治的、経済的又は社会的関係以外の関係では差別しても構わないのだという見解は存在しないと思う。

(2) もっとも、形式的に差別であるように見えても、合理的な理由がある場合には、憲法はこれを許容していると解するのは判例通説である<sup>(\*7)</sup>。

抽選で選んだ一部の者のみに裁判員という（重い）義務を負わせることには合理的な理由があるであろうか。

しかし、私はこれも愚問であると思う。そう解することは到底無理であるからである。

a まず国民は裁判員制度を求めている。そのことは各種の世論調査で既に明らかであって、この制度には何ら必然性、必要性がないのである。必然性、必要性のない制度を「合理的」とすることは概念矛盾にはかならない。

裁判員の経験者の中に、終了後に結果としては良い経験であったと述懐する者がいる<sup>(\*8)</sup>としても、それは全体としての国民がこの制度を求めているということとは無関係である。

b また、この制度はいくつもの点において憲法に違反する<sup>(\*9)</sup>。憲法に違反する制度を「合理的」としてはわが国の大きな恥であろう。

c 更に、この制度は、刑事訴訟の審理・判決を粗雑にして誤判を増大させる可能性が大きく、そして国民に多大の無用な負担をかける<sup>(\*10)</sup>。

このように問題点の多すぎる制度を「合理的」と言うことができないことは当然であろう。

(3) a 裁判員には、日当が支払われる（裁判員法11条）<sup>(\*11)</sup>。ここで、抽選で選ばれた者に対して強制的に義務を負わせることにつき、これは裁判員の精神的自由や肉体的負担を「公共のために」収用したものと見て、その「正当な補償」があることを理由に、憲法29条3項を根拠にして前記の不平等をカバーしようという論法は可能であろうか。

b しかし、これは考える余地もない無理な論理と言うべきであろう。憲法29条3項がいう「私有財産」とは明らかに有形、無形の文字通りの財産を指しているのであって、人間の生命、身体、思想などを金銭で公共のために「収用」できるとすることは、個人の生命、身体、思想などを金銭化した上でこれより国家目的を優先させようというわけであって、極めて危険な思想と言うべきものである。

かつて、予防接種の副反応による生命、身体への侵害に対し、憲法のこの条文を用いて国の「補償」を命じた下級審先例があった<sup>(\*12)</sup>。予防接種禍の悲惨な被害者を是非救済したいという目的に出たものであったとはいえ、これは解釈の限界を越えた乱暴な論法であったと思う。このような論理が上級審で否定された<sup>(\*13)</sup>のは当然であった<sup>(\*14)</sup>。

c 裁判員制度による国民の肉体的、心理的、思想的負担を「私有財産の公共のための収用」と捉え、日当の支払をもって「正当な補償」とするような乱暴な議論が唱えられることはまずないとは思ふものの、裁判員制度合憲論の強引な論法の数々を見ると、ここでこのように一言しておくことは強ち無駄でないかも知れない。

(4) 我が国は帝国憲法下で一時小規模な陪審制を施行しており、その陪審員は抽選で選んでいた(陪審法23条、27条)。しかし、この帝国憲法は当時の国民(当時は「臣民」)に法の下での平等を保障したものではなかった<sup>(\*15)</sup>から、抽選で一部の国民にのみ陪審員の義務を負わせても法制上の問題はなかったであろう<sup>(\*16)</sup>。帝国憲法下で当時の「臣民」が負っていた義務と似たような義務を全く状況の異なる現行憲法下でもそのまま負わせることができるというのが裁判員制度合憲論であるが、このような発想には嚴重な警戒を要すると思う。

また、司法への国民参加を定めている諸外国では、まず憲法でそのことを規定している場合には、何らかの形で陪審員、参審員を選出することはどうしても必要となるのであるから、そこで抽選などの手法を用いることに憲法上の問題は生じない。

また、憲法上司法への国民参加の規定を持たず、他方それでいて国民の法の下での平等を保障している国の場合には、我が国と同じ問題が生じるはずであるが、その国の現行憲法の制定、施行前より国民参加を実施していた場合、特にその実施が既に長期間にわたっていた場合には、それを前提として憲法を作ったので、今さら憲法違反の問題は生じないという広範な国民的合意が形成されていた、ということもあるであろう。

これに対して我が国の場合には、1946年の現行憲法制定は、それまでの憲法との連続性を持たず、革命にも比される事象であったから、前述のような事例とは到底同一の談ではないのである。

(5) 裁判員制度が憲法に違反することには疑問の余地がないと思う。合理的な範囲での合憲論は存在せず、既に世に出ているのは無理を承知でこの制度を強引に合憲と呼ぼうとしているものが多い<sup>(\*)17)</sup>と見受けられるのであって、我が国の司法界の新しい悲劇と言うべき事態ではなかろうか。

その憲法違反の諸点については別に述べたのでここでは触れないが、ここで裁判員制度を裁判員法の規定通り運用して、裁判員等選任期日の呼出に応じない裁判員候補者や公判に出席しない裁判員に制裁を科すことは、この制度に憲法14条違反という新しい憲法違反の点を追加することになる。

もっとも、自主的に、呼出に応じ、公判・評議に出席する者については、法の下での平等に反する不利益を承知し、これを甘受しているものと理解できる（憲法18条が禁じているのは、「意に反する」苦役に服させることである。）から、それを敢えて問題とする必要はないであろう。しかし、そうでない者について、呼出に応じないことや公判・評議に出席しないことを理由として制裁を科すのは憲法14条違反に該当すると言わなければならない。

### 三 公判前整理手続

#### 1 問題の所在

(1) 裁判員制度下の審理では、裁判員の不出廷を恐れてその都合を何よりも優先した結果、平成21年9月までに審理された事件では、新聞報道などによる限り、否認事件を含めて、公判が全部3日以内に終わっている。もはや「裁判員のための裁判」と言われても仕方のないような拙速審理



(\*18) との印象を免れないのであるが、そうするためには事前の日程管理が不可欠である。その結果、裁判員審理では公判前整理手続が必須とされ(裁判員法49条)、そこで争点整理、証拠調べの請求、これに対する意見確認、証拠の採否、証拠調べの順序・方法の決定、証拠開示に関する裁定などができることになっている(刑事訴訟法315条の5)。このうちで私が特に問題だと思うのは、証拠の採否(同条7号)である。

事実の認定は証拠によるべきものである(刑事訴訟法317条)以上、訴訟の死命を制するのは、公判でどんな証拠を調べ、どんな証拠は調べないことにするのか、という判断である。証拠の採否を決めた瞬間にその訴訟の運命、即ち被告人の運命は決まったも同然、という事件はたくさんあることであろう。

自白事件ならともかく、否認事件の場合、検察側が中心と頼む証拠を調べないことにすればどんな被告人でも無罪にできるし、弁護側の反証を採用しないことにすればどんな被告人でも有罪にできよう。訴訟の運命を決めるのは、それぞれの証拠の内容や双方当事者の力量もさることながら、証拠の採否そのものであるということはいくら強調しても強調し過ぎることはない(\*19)。このことは、特に証拠申請を却下する旨の決定において一層明らかである。

(2) 憲法82条1項は、裁判の「対審及び判決」は(一定の例外を除いて)公開法廷でしなければならないと定めている。ここでいう「対審」とは、刑事裁判の場合には刑事訴訟法上の公判を意味するものであるということ、通説判例である(\*20)から、これからすれば公判ではない公判前整理手続は公開を要しないように見えるし、現にそのように運用されている。

しかし、証拠そのもの、或いは証拠調べの結果以上に訴訟の運命を決める証拠の採否過程を公開しなくてもよいのであろうか。

## 2 検討

(1) 憲法が「対審」を公開すべきものとしたのは、それで被告人の運命が決まる手続であるがゆえに、これを公開することによって、その公正さを確保しようとしたものであることは明らかである。

これまで憲法上の「対審」とは、刑事裁判においては公判を指すとして何ら問題が起きなかったのは、証拠の申請、証拠の採否、証拠の取調べという、被告人の運命を決める最重要の手続がそこで、即ち公判で実践されるべきことに何らの疑いもなかったからである。即ち、憲法は、被告人の運命は公判の結果として決せられるべきものであると言っていると言解することができる。これは換言すれば、憲法は、被告人の運命を左右する手続は公開の公判で行われなければならないと言っているということであろう。

「本条が『対審』の公開を要求しているのは、訴訟手続の核心的段階が公開されるべきことを要求するにある」<sup>(\*)21)</sup> という見解があるのは誠に当然のことである。

(2) 証拠の申請は、これも確かに重要なことであるけれども、それ自体が被告人の運命を決めるわけではないから、これは公判外、期日外で行われても、差し支えないであろう。

しかし、証拠調べが公開の公判で施行されなければならないのと同様、それ以上に重要なその採否の決定は、これに関する当事者間のやり取りを含めて、公開の場でなされなければならないのではないだろうか。それによって被告人の運命が決められる手続の公正さが確保されるのである。

もっとも、これまでもすべての証拠決定が公開の公判で行われてきたわけではなく、公判外で、即ち期日外で行われること、本稿の問題意識に即していえば期日外で証拠申請を容れることもあり、これを却下することもあった。これを禁じる条文はない。

しかし、それはあくまでも断片的、例外的なものであるから許容されるのであって、公判前整理手続の如く全ての証拠の採否の決定を非公開の公判外でやろうとするのは憲法82条1項の本旨をなみするものとして、違憲の評価を免れないものと思う。憲法は、裁判所が公判でないところで被告

人の運命を事実上左右することを予定していないはずである。このようなことが許容されるのであれば、憲法が予定した裁判の公開がどんどん痩せ細ってしまうことが懸念される。少なくとも、公判前整理手続というような規定が存在しなかった時代の「公判」の概念そのままでの審理のあり方を決めるというのはおかしいということには誰も同意するであろう。

(3) 公判前整理手続が、「争点」の整理と証拠開示に徹し、証拠の採否は公判で当事者の意見を聞いた上で決定するというのであれば、この点での違憲性は克服できるであろう。それは勿論、公判が何日かかるか公判開始段階ではわからないということであるが、事案の真相を追求すべき訴訟としてそれは当然のことであり、真相追求より裁判員の都合を優先する訴訟方式がおかしいのである。

もう一つの道は、公判前整理手続全体を公開することである。いわゆる「争点整理」は非公開の方が効率的であるとする立場は以前からあることで、現行民事訴訟法制定の際も、証拠の採否を含む「争点整理手続」につき、非公開の方が効率的であると信じる裁判所側と、非公開では裁判所側の恣意が懸念されるとする弁護士会側との見解が対立した結果、「争点整理」手続の中心と位置づけられる弁論準備手続においては完全な非公開とはしなかったのであった(民事訴訟法169条2項)<sup>(\*)22)</sup>。

いずれにしても、現行の公判前整理手続のあり方では深刻な憲法違反の疑いを免れないものと考えらる。

---

〈注〉

- 1 拙著『裁判員制度の正体』(講談社、2007)78頁以下、同『裁判員制度批判』(西神田編集室、2008。この後者を本稿では『批判』として引用する)第2章、第5章参照。

なお、『批判』243頁中に、「また、最初の法制局文書は陪審を論じたものであるが、陪審は裁判所を構成するものではないから、この文書はそもそも論旨に筋が通っていない。」という部分があるが、これは不適切であったので、こ

の部分には撤回する。

- 2 拙著『批判』269頁以下参照。
- 3 喜んでした同意であっても、しぶしぶした同意であっても、この両者に法律上の差がないことは言うまでもない。
- 4 本文中で述べたのは、抽選で義務が課されるという点のみのことである。檢察審査員の任務は、檢察官の不起訴処分の当否を判断するだけであるから、被告人の運命を直接左右する裁判員とは比較にならず、これが良心の自由（憲法19条）を侵害するという事はないし、また、その用務の軽さから、自らの意思で裁判所に来る者にとって、「意に反する苦役」（憲法18条）ということもない。  
それどころか、檢察審査員は、檢察審査会法上は、裁判員（裁判員法66条2項）とは異なって、会議で意見を述べる義務さえ課されていないのである。
- 5 宮澤俊義著・芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978）212頁、芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法（4版）』（岩波書店、2007）129頁など多数。
- 6 拙著『批判』267頁以下参照。
- 7 最大判昭和39年5月27日民集18巻4号676頁、最大判昭和39年11月18日刑集18巻9号579頁、宮澤・前掲書（注5）206頁以下、芦部・前掲書（注5）126頁など多数。
- 8 これは当該事件の被告人（特に有罪とされた場合）や当該犯罪の被害者にはとても聞かせられない言葉であろう。
- 9 拙著『批判』2章、5章参照。
- 10 拙著『批判』1章、3章参照。
- 11 他に旅費、宿泊料も支払われるが、これらは実費弁償の性格を持つものであるから、ここでは触れない。
- 12 東京地判昭和59年5月18日判時1118号28頁、判タ527号165頁。
- 13 東京高判平成4年12月18日判時1445号3頁、判タ807号78頁。
- 14 名古屋地判昭和60年10月31日判時1175号10頁、判タ573号10頁は、同種事件につき、一審レベルで憲法29条に基づく損失補償論を明示で退けたものである。
- 15 旧帝国憲法が平等という観点で当時の「臣民」に保障していたのは、「法律命令ノ定ムル所ノ資格ニ応シ均シク文武官ニ任セラレ及其ノ他ノ公務ニ就クコト」（19条）だけであった。当時は選挙権のような権利についても兵役のような義務についても、性別や内地人・植民地人の相違による区別があったのであって、「[帝国憲法第二]章ノ各條ニハ何レモ『日本臣民』ト曰ヘリト雖モ、之ヲ以テ・・・総テノ日本臣民ガ例外ナク此等ノ規定ノ適用ヲ受クルモノト解スルコト [は]・・・正当ナラズ」（美濃部達吉『憲法撮要（第5版）』（有斐閣、1932）182頁という状況であった。

16 旧帝国憲法下で陪審制導入の障害となったのは本稿で検討しているような問題ではなく、むしろ「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハル、コトナシ」と定めていたその24条であったことは周知の通りである。

なお、拙稿で述べた裁判員制度違憲論（拙著『批判』では56頁相当部分）に対して、その見解は「国民の司法参加に対する帝国憲法と日本国憲法の態度には些かの変化もないと論ずることに他ならない」（土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」岩波講座『憲法4』256頁（岩波書店、2007））とした批判があるが、これは私見に対する批判としては当を得ないものである。私は、「国民の司法参加に対する帝国憲法と日本国憲法の態度には些かの変化もない」と言っているのではなく、帝国憲法の規定を現行憲法のように改めた結果、現行憲法下では司法の国民参加は、帝国憲法下より却って困難になった、不可能になった、と言っているのである。

17 そのことは拙著『批判』五章で詳述した。

18 圧縮に圧縮を重ねた審理や、審理終了直後からの慌しい評議によって結論を出さざるを得ないというこの乱暴なシステムに対して、「自由印象主義」という痛烈な批判がある所以である。

19 同じことは民事訴訟の分野においても当然に当てはまるのであって、そのことは、拙著『司法過程と裁判批判論』（悠々社、2003年）21頁以下で指摘した。

20 宮澤・前掲書（注5）696頁、芦部・前掲書（注5）337頁など多数。

21 宮澤・前掲書（注5）696頁。

22 その結果、「結果陳述」（民事訴訟法173条）で辛うじてしのいでいるわけであるが、憲法上の問題がなくなったわけでは勿論ない  
なお、拙稿「弁論兼和解再論のことなど」『法政理論』（新潟大学）40巻1号69頁以下（2007年）・・・これも民事を対象としたものであるが・・・は、争点整理、証拠採否の過程を公開することの重要性を訴えたものである。