

# 日本国憲法と陪審制・再論

西野喜一

## 一 序

私は、現行憲法は、旧帝国憲法下のような特殊な陪審制ならともかく、陪審の有罪・無罪という評決がそのまま裁判官を拘束して被告人の運命を決めるような陪審制（本稿において陪審制として述べ、検討の対象とするのはすべてこのようなタイプのものである。）は予定も許容もしていないと考えている。現行憲法下で陪審制を合憲であるとするのは、よほど無理な論法を使わない限り、不可能であろう。

これについては、既にいくつかの論稿を発表したところである<sup>(註1)</sup>が、なお更に補充しておきたい点があるので、これをここで明らかにし、陪審制違憲論を一層完全なものにしておきたいと思う。

## 二 憲法第38条

現行憲法が陪審を予定していないと考えられる理由の一つは、被告人に不利な唯一の証拠がその自白である場合には、有罪とされることはないとした憲法第38条第3項の存在である。この条項の存在は、現行憲法下で陪審制を許容、導入しようとするのに致命的であることは別稿<sup>(註2)</sup>で詳述した。自白だけでは有罪にならないということは、被告人が自白していても、有罪を宣告するには必ず補強証拠が必要だということ、即ち必ずそのための証拠調べが必要だという意味であるが、陪審制下にあつて、被告

人の自白があっても、これを断罪科刑するには（例えば12人の）陪審団を構成してその前で補強証拠の取り調べをやり、その上での有罪評決が必要だという結論、即ち憲法はそういう無駄な手続を要求しているのだという結論に賛成する者はいないと思われる。陪審制を採用している諸国では、被告人が自己の犯行を認めている場合には、それだけで有罪となるので、もうそれ以後は証拠調べは不要となり、以後は直ちに量刑手続に移ることになるのは当然のことである。即ち、この条項は、憲法が陪審制を予定していないことをよく表している。

しかし、現行憲法下でも陪審制の導入は可能だとして論者は、この憲法第38条第3項に基く陪審否定論（便宜上、以下ではこれを「38条根拠論」と呼ぶことにする。）を乗り越えなければならない。前記拙稿では触れていない点をも含めて、改めてそれが無理であることをまず確認したい。

2（一） 38条根拠論を乗り越える最初の方策として、まず、かつて最高裁判所が言った<sup>(註3)</sup>ように、公判廷の自白は憲法第38条第3項にいう自白ではない、とすることが考えられる。公判廷での自白は憲法第38条第3項にいう自白ではないことにすれば、公判廷の自白だけで被告人に有罪を宣しても憲法違反にはならないという可能性を生み出せそうである。

（二） もっとも、捜査・訴追・勾留請求の権力を有している者が被告人の法廷での自白の有無・内容を左右することはさほど難しいこととは思われず、特に被告人が身柄拘束中の場合にはそうであろう。従って、人権の十全な保障の観点からこういう危険な論理は取るべきではないであろうし、憲法がこれを許容しているとも思われない。かつて最高裁が言った、「公判廷の自白は、裁判所の前で親しくつぎつぎに供述が展開されて行くものであるから……裁判所はその心証が得られるまで種々の面と観点から被告人を根掘り葉掘り十分尋問することができる」のであるから、公判廷外の自白とは異なって補強証拠を要しない（最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1012頁での多数意見）とか、被告人は「公平な裁判所の公開法廷においては、身体の拘束を受けず、自己に不利益な供述を強要されず、弁護

人……立会補助の下に訴訟上検察官と全く対当〔ママ〕の独立した人格者たる当事者として、事件に対し、自由に弁解防禦を」することができるのであるから、憲法第38条第3項の例外としてもその立法趣旨に反するものではない（同事件での斎藤悠輔裁判官の補足意見<sup>註4</sup>）などということは、余りにも建前だけに偏したもので、現実から大きく乖離していると思われる。

このような見解に対して、被告人の自白は公判廷におけるものであっても真実に合するものとは限らないとは経験の教えるところである（同事件での塚崎直義裁判官の少数意見）、自白のみを証拠として断罪科刑することを容認すると、とかく自白強要の弊害を醸成し、新たに基本的人権の侵害が起こることが避けられない（同事件での沢田竹次郎裁判官の少数意見）、憲法第38条第3項を制限して解釈すべき理由はないし、被告人は公判廷では不当な干渉を受けないといっても、それは公判廷にいる間だけのことであり、かつ、外形だけのことである（同事件での井上登裁判官の少数意見）、我が国では自白を証拠とする扱いであるから、有罪答弁をもって審理終結とする英米法の場合とは性質を異にする（同事件での栗山茂裁判官の少数意見）、公判廷での観察だけで被告人に外界の力は働いていないと判断するのは危険である（同事件での小谷勝重裁判官の少数意見）などの説得力ある反対意見が相次いだのは当然であったであろう。

昭和20年代とは人権への感覚が大きく異なり、また、現行の憲法、刑事訴訟法の施行後、貴重な、或いは痛切な経験をも重ねてきた現在にあっては、このような発想は恐らくもう維持できなくなっているものと思う。

なお、今は刑事訴訟法第319条（第2項「被告人は、公判廷での自白であると否とを問わず、その自白が自己に不利益な唯一の証拠である場合には……」）があるから、公判廷での自白であっても、それだけで有罪とされることはないが、これは憲法ではなく、国会限りの問題である<sup>註5</sup>。

（三）ともあれ、38条根拠論が言うところは、自白だけでは有罪にならず、有罪認定には必ず補強証拠の取調べが要するということは、自白がある

場合にはそれだけで有罪にできることが前提となる陪審制と両立しない、ということであった。そこで右判例法理によれば、公判で被告人の自白があればそれだけで有罪にできるのであるから、その場合には、被告人が自白しているにもかかわらず12人の陪審団を構成してその有罪・無罪を決するという壮大な無駄は不要となり、38条根拠論に基く陪審制違憲論は克服できることになるであろう<sup>(註6)</sup>。

しかし、このような判例の見解には賛成することができない。これは審理に当たる裁判所の負担を軽減しようという一種の「下心」に出たものにほかならず、憲法第38条第3項をそのように限定して解釈すべき理由がないからである。このような限定解釈が可能だということであれば、憲法の各種人権規定の意義をそれぞれ容易に半減させることができってしまうであろう。憲法はそのように己れの身を削らせてまで陪審制を受け入れることを全く予定していないと考える。

(四) また、公判廷の自白だけで直ちに有罪を認定して差し支えないということにすると、今度は量刑をどうするのかという別の困難な問題が生じる。周知の通り、我が国の刑法は法定刑の範囲が極めて広く、例えば、殺人なら死刑から懲役2年6月・執行猶予付きまでの範囲があるし、窃盗なら懲役10年から罰金25万円（執行猶予も可能）までの範囲がある。法廷で被告人が公訴事実を自白し、これで有罪と決まったとした場合、その量刑はどのようにすればよいのかという問題である。起訴状記載の公訴事実（を被告人が認めたということ）だけに基いて適切な量刑を行うことはもとより不可能である。

これを克服する道のその一は、自白があった場合にはそれだけですぐに量刑ができるよう、公訴事実を冒頭陳述なみに詳細なものとしなければならないことである。しかし、これは争う予定の被告人としては到底承服できないであろう。それは裁判官に強い予断を与えることになるからである。そして被告人が争う予定であるかどうかによって起訴状を書き分けるとするのはもとより論外である。

その二は、被告人の公判廷での自白があった後、有罪を認定、宣言して、裁判としては終わった後、量刑資料を得るための別の証拠調べの手続を設けることである。しかし、そこでも憲法上の被告人の諸権利は守られなければならない。その手続はもう本裁判と殆ど差異のないものになるであろう。刑法上の法定刑の範囲が非常に広い国において、量刑資料を得るための手続は、非公開でもよい、証人喚問権がない、弁護人依頼権がない、自己に不利益な供述でも強制され得る、強制等による自白も証拠とし得る、などということにしては、それは明らかに憲法（第37条、第38条）が予定した被告人の権利保障を侵害することになるからである。

しかし、有罪・無罪を決めるための裁判とは別にこういう手続を設けるのは全くの無駄であって、本来の裁判で有罪・無罪の判断と共に量刑資料をも調べ、全体として一つの判決で済ませればよいことであるし、憲法はそういうシステムしか予定していないと思われる。

その三は、陪審諸国の実体法（刑法）がそうであるように、犯罪類型と法定刑を細分し、例えば、殺人に対しては死刑か無期懲役しかない（酌量減刑はない）というようなシステムにすることである。そうすれば、量刑に当たる裁判官としては、その場合の殺人には、死刑か無期懲役かという選択肢しかないのであるから、悩む余地も必要も一挙に減少することになるし、量刑不当が問題になることもほとんどなくなるであろう。それは、裁判所の問題ではなく、立法府の問題である。

上記第一、第二の手法は無理であろうから、この第三が事実上唯一の手法になるかも知れない。しかし、上記の例でも、死刑と無期懲役との間には文字通り天地の差があるので、公訴事実だけで適切な量刑ができるとはとても思われないうし、またこのような方策を実施するためには、刑法を、これまでとは全く別の思想に基づいて全面的に大改正しなければならない。そして細分化された刑法ということは、換言すれば硬直した刑法という意味であり、犯行までの経緯、犯行の動機、犯行後の情状などは量刑に殆ど影響しない刑法ということであるが、このような刑法の下では、被告人は、

犯行後に、深く反省して改悛の情を示してもそれは量刑に殆ど影響しない以上、とにかく事実を争って、裁判所の万一の間違いを期待する方が得だということになる。陪審制諸国の被告人が、司法取引ができた場合は別として、そうでない場合には概ねこの方向に傾いていることは周知の通りであろう<sup>(注7)</sup>。

我が国民が、このような刑法、司法政策を果たして受け入れるであろうか。私にはとてもそうは思われない。仮にこの問題は最終的には立法政策の問題であるとしても、現行憲法制定時、刑事訴訟法の場合<sup>(注8)</sup>とは異なっていて、刑法に応急措置法的なものが求められなかったということは、憲法が、陪審制とは所詮相容れない刑法を前提として制定されたということの一傍証にはなるのではなからうか。

### 三 「試論」

1 憲法第38条第3項の、自白だけでは有罪にならないということは、被告人が争っている場合にのみ適用される、という論理（便宜上の都合で、本章では仮に「自白制限適用論」と呼ぶことにしておく。）が抽象的には考えられるであろうか。そして、陪審制合憲論者がこの38条根拠論を克服する論理としてこれに拠ることは可能であろうか<sup>(注9)</sup>。

38条根拠論が言うのは、陪審制をやるのであれば、自白がある場合にはそれだけで有罪にできるというシステムが必要なのに、憲法第38条第3項はこのシステムの採用を禁じている、これは憲法が陪審制を予定、許容していないことの表れだ、ということであった。この自白制限適用論は、陪審制実施の障害となる自白事件を憲法第38条第3項の保障の範囲から切り捨て、本丸とも言うべき否認事件に対する陪審審理を守ろうというわけであろう。

2 しかし、この論理もやはり無理である。まず憲法第38条第3項はその

ような限定を付してはいない。憲法の条項、特に人権に関する条項に、ほしままに明文にない制限を付し、これはこういう場合にのみ適用される条文だ、これはこういう場合には適用されない条文だ、などという論理が通っては、前述の通り、憲法の保障した人権の数々が無に帰する恐れが大きい。また、この論理によれば、被告人が争わない場合には、自白だけで有罪を認定して差し支えないことにするわけであるが、これは同項の立法趣旨をなみすることになる。

3(一) また、現実の問題としても、この自白制限適用論は無理であろう。被告人に自白があって、しかも被告人が争っている場合にはそれだけでは有罪にならない、ということは、被告人は自白し、そして争っていることになるが、これはそもそも論理矛盾であるからである。

もっとも、事実に対する自白と有罪自認とは、厳密には別のものであるという議論を立てることは可能である。前者は一種の証拠であるのに対し、後者は一種の刑罰的自己処分権の行使ということになるであろうからである。

しかしながら、憲法第38条第3項は「自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には……」（傍線引用者）と規定しており、明らかにこれを証拠として捉え、そのように扱うことを明確にしている。従って、刑罰的自己処分権の行使という観点はここでは考慮に及ばないであろう<sup>(注10)</sup>。

(二) 従って、この自白制限適用論が意味を持つのは、被告人には公判廷以外の場（典型的には捜査過程ということになるであろう。）での自白がある、しかし、公判廷では争っている、という場合のみになる。

具体的には、①被告人は捜査・被疑者段階で自白した、②起訴されて公判が開始された、③公判では被告人は争った、④公判で証拠として捜査段階での自白が提出された、⑤しかし、争っている被告人の場合には、自白だけでは有罪とは認定できないので、その有罪・無罪を判断するために陪審団が構成された、ということになるのであろう。そうすると問題は、憲法がこのような過程を予定ないし許容しているのかということである。し

かし、上記に見る通り、④の過程は明らかに無駄である。陪審が有罪・無罪を判定するというのであれば、③に続いて直ちに陪審団を構成して、証拠調べに移るべきである。

結局、この説によると、普通の陪審制の諸国と同じく、公判開始前に、被告人が争う予定であるかどうかを確認するための手続を設け、被告人が争う予定であるというのであれば陪審による公判が始まってそこで自白と補強証拠を取り調べるための公判が始まり、争う予定はないというのであれば、この場合には自白だけで有罪判断ができるという解釈を取っている都合上、審理は終結して、後は何らかの形で量刑手続が始まるということになるのであろう。

しかし、このような解釈、運用には問題が多すぎる。まず、被告人が争っていない場合には、その自白だけで有罪を認定できるということになると、前記の判例法理に対する批判がここでもそのまま当てはまり、非常に危険な事態を招来する恐れがある。争わない被告人の場合には自白のみで有罪認定ができるということは、面倒を避けたい人間の常として、そういう方向への力が働くことは否定できないからである。ましてこの解釈では、争う場合には、裁判官審理ではなく、それより一層面倒な陪審審理になるわけであるから、これを避けさせようとする圧力はなお強いものとなるであろう。この立場では、争うか争わないのかということを確認する手続が、公開の法廷ではなく、それに先立つ非公開の手続で行われることになる可能性が大きい、それも気がかりであり、これよりは自白が公判廷でのものであるかどうかを（公判廷で）問う前記判例法理の方がまだしも危険性が少ないと思われる。

#### 四 コートとトライビューナル

- 1 英文憲法<sup>(註11)</sup>では、裁判所の訳語にコート（court）とトライビューナ



ル（tribunal）の二つの言葉を用いているが、それを根拠として現行憲法は陪審制を許容する趣旨であったと主張する一派がある。トライビューナルは、裁判官だけで構成されるコートとは異なり、陪審員という裁判官以外の者を包含する存在であるから、憲法は陪審制を予定、許容しているというわけである<sup>(注12)</sup>。

これが解釈論として無理なものであることは既に別著で述べた<sup>(注13)</sup>が、なおここで若干の点を補充しておく。

2（一） 仮にコートとトライビューナルとは論者が言うように意味が異なるものであるとして、まず英文憲法はそのように細心の注意を持ってコートとトライビューナルを使い分けているであろうか。英文憲法によれば、「裁判所」（「最高裁判所」、「弾劾裁判所」、「終審裁判所」は除く）のうち、トライビューナルが用いられているのは第37条第1項、第76条第2項であり、コートが用いられているのは、第32条、第34条（憲法での原文は「法廷」）、第76条第1項、第77条第1項・第3項、第80条第1項・第2項、第82条である。

このうち、第37条第1項（「公平な裁判所」）が「トライビューナル」であることは、この論法による陪審制合憲論者がこぞって主張するところである<sup>(注14)</sup>。

（二） また、陪審制合憲論者は、第32条が「裁判所で裁判を受ける権利」となっていることを、帝国憲法第24条にあった「裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」という表現と比較して、この第32条は陪審制を予定したものだとして主張するのが例である<sup>(注15)</sup>。

しかし、仮にそうであるならば<sup>(注16)</sup>、陪審制を予定したというこの第32条こそトライビューナルでなければならないはずであるのに、現実にはそうはなっていない。これはこの論法に致命的であろう、ということは既に別稿で述べた<sup>(注17)</sup>。

（三） 第76条第2項（特別裁判所の禁止）の「裁判所」の英訳がトライビューナルであることは、この論法では説明のできないことである。また、

司法の章（第6章）のなかで第76条第2項だけがトライビューナールであることも説明がつかない。

（四） 結局、こうしてみると、英文憲法の中では、第3章（国民の権利及び義務）でも第6章（司法）でも、コートとトライビューナールが混用されているのであって、その使いわけに意味を見出すことはできないと言うべきである。前記の論法による陪審制合憲論は無理である。

3（一） また、そもそも英文憲法が解釈の根拠となるためには、それが単なる英訳ではなく、相応の意義を持つ特別なものであるということが論証されなければならないが、そのような論証は存在しない。まして、英文憲法も憲法の正文であるというようなことはあり得ない。帝国憲法改正（現行憲法制定）過程において、英文憲法も改正案として内閣によって議会に提出され、議会において審議の対象となったとか、改正憲法正文として公布されたということも勿論なかった。帝国議会において、改正案と英文との相違についてある議員から質問があった際、担当の金森國務大臣が、「日本国ノ憲法ハ日本国ノ文字ヲ以テ書カレマシテ、茲ニ現ハレテアルモノガソレデアリマス。英文ハ翻訳ニ過ギマセヌ。」と答弁した<sup>(註18)</sup>のは当然のことであった。

（二） 占領下においては、占領軍の命令によって、官報の「英訳版」、「英語版」も発行されていた<sup>(註19)</sup>ので、憲法公布時には、そこに英文憲法も掲載された<sup>(註20)</sup>。しかし、そこには他の法令が英訳されて掲載されていたことと同様、新憲法も英訳されて掲載されたというだけのことである。特に、現行憲法が成立する過程においては、当時の帝国議会で、政府原案に相当修正の手が入ったのであるが、これに対応する最終的な英訳文は、「日本文を主体として英訳文をできるだけ日本文に合致させるよう努力した」<sup>(註21)</sup>のであるから、英文憲法は所詮これらの修正を含めた英訳にほかならないことが明らかである。英文憲法が我が憲法の解釈に当たって全く何の参考にもならないということはないが、それは自ずから制約の大きいものであるということは十分承知しておかなければならない。

結局、英文官報に英文憲法が掲載されたという事実は、英文憲法に何らの法的正当性（例えば「正文性」）を与えるものではなく、英文憲法（即ち憲法英訳）にコートという語とトライビューナルという語が併用されているということは、今となってはその理由をもはや窺うすべもないが、少なくとも憲法が陪審制を予定ないし許容していることの根拠にはならない。

（三）法の解釈に当たっては、立法者意思説と法意思説があるが、後者があるべき姿とされていることは常識であろう<sup>(註22)</sup>。英文憲法にこうあるから云々という解釈は、改正案を作って議会に提出した当時の内閣（その下部部局を含む）やこれを実際に審議した当時の議員の意思よりも、一番最初の素案作成に関与したかも知れない占領軍関係者の意思を優先しようというわけで、立法者意思説の中でも異例に極端なものである。到底採用の限りではないと考えられる<sup>(註23)</sup>。

## 五 結論

憲法第38条第3項を素直に読む限り、この制約の下においても陪審制の導入・実施が可能である、或いは、憲法は陪審制の導入を許容・予定している、という議論はどうしても無理であろう。最近、陪審制導入なり司法への国民参加実施という目的のために憲法の文言を歪めても構わない、それに障害となるような規定は無視してもよい、というような乱暴な意見が増えているように危惧されるので、前稿の補遺としての一文を草した次第である。

## 《注》

- 1 拙稿「日本国憲法と陪審制」『法政理論（新潟大学）』38巻2号26頁以下（2005）、拙著『裁判員制度批判』49頁以下、228頁以下（西神田編集室、2008）。
- 2 前注拙稿26頁以下。
- 3 最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1012頁、同昭和24年4月6日刑集3巻4号445頁、同昭和26年12月19日刑集5巻13号2535頁、同昭和27年6月25日刑集6巻6号808頁、最一判昭和42年12月21日刑集21巻10号1476頁など。
- 4 但しこの齋藤意見は、公判廷での被告人の自白を、事実を争わない趣旨の一種の意思表示と見るものなので、単なる証拠の一種という理解ではないのであろう。しかし、同意見は、これをもって被告人を有罪とするには、これが被告人の真意に出たものであるだけでなく、真実に合致したものであることをも要する、という。
- 5 とはいえ、この条文のままでは陪審制を実施できないから、現行刑事訴訟法のままで陪審制を導入するのは無理である。
- 6 もっとも、憲法第76条第3項など、他にも克服し難い障害があることは別論である。
- 7 細分化された刑法、硬直した判決という不都合に対しては、恩赦制度を柔軟に活用することによって、ある程度まで具体的妥当性を保持できるかも知れない。しかしそれは、裁判所がその機能を事実上放棄するに等しい。また、司法過程のどこかではこのように柔軟な対応ができる余地を残しておくなければならないということはこれによっても確認されるといえよう。
- 8 昭和22年法律第76号「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律」。
- 9 これはある陪審制合憲論者から「試論」として口頭で聞いたもので、その人としても未だまとまったものではないようであった。
- 10 我が国でそのような区分に意味があるとは思われないことにつき、前掲（注1）拙稿29頁以下参照。
- 11 これはもとより憲法英訳に過ぎないものであるが、言葉の問題を減らしておくため、ここでは仮に英文憲法と呼んでおくことにする。
- 12 例えば、平成14年2月27日の参議院憲法調査会での佐藤幸治教授の説明（同調査会の議事録はインターネット上で公開されている）、鯨越溢弘「裁判員制度と刑事実務」自由と正義53巻1号47頁（2002）。同『裁判員制度と国民の司法参加—刑事司法の大転換への道』10頁（現代人文社、2004）。
- 13 前掲（注1）拙著97頁以下。
- 14 例えば、鯨越・前掲書（注11）11頁。
- 15 鯨越・前注10頁、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」『岩波講座憲法4』249頁（岩波書店、2007）など。

- 16 現行憲法第32条がそのような趣旨でできた条文ではないことにつき、前掲(注1) 拙著236頁。

なお、仮に英文憲法重視論者にならって、現行憲法英訳文を参照してみるとすると、英文憲法でこの第32条は“the right of access to the courts”(裁判所に訴える権利)とされている。
- 17 前掲(注1) 拙著97頁。
- 18 佐藤達夫『日本国憲法誕生記』198頁(大蔵省印刷局、1957)。
- 19 「官報の英訳版」、「官報英語版」が発行されていたのは1946年(昭和21年)4月4日から1952年(昭和27年)4月28日までである。1946年4月当時の発行部数は300部であったというのであるから、これが新法令の内容を広く国民に公示するという機能を全く有していなかったことは明らかであると考えられる。これらは「英訳版」、「英語版」の語と共に、大蔵省印刷局編『官報百年のあゆみ』102頁～113頁(大蔵省印刷局、1983)に拠り、英文官報の存在は鯨越滋弘教授のご教示に負う。

なお、右『あゆみ』とはほぼ同じ趣旨の刊行物として、大蔵省印刷局編『官報にみる明治百年』(大蔵省印刷局、1968)があるが、これは英文官報のことには全く触れていない。
- 20 この事実は、佐藤・前掲書(注18)190頁によるが、私自身は未見である。

なお、正規の官報には英文憲法は掲載されていない。
- 21 佐藤・前掲書(注18)198頁。佐藤達夫著佐藤功補訂『日本国憲法成立史4』1011頁(有斐閣、1994)も同旨である。
- 22 例えば、団藤重光『法学の基礎(第2版)』349頁以下(有斐閣、2007)。
- 23 英文憲法は、我が国が第2次大戦後、降伏文書によって連合国に負った義務内容を表現した結果であるから、日本国憲法の内容は英文憲法の内容によって規定されており、英文憲法は日本国憲法の正しい内容の表示であるという見解がある(五十嵐二葉「英文憲法と憲法の関係」憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』15頁以下(日本評論社、1997)が、到底賛同できない。現実の国内規範である憲法の条項をこういう独自の理念で解釈するのは無理である。