

# 日本国憲法と陪審制

西 野 喜 一

## 1 問題の所在

(1) 我が憲法の下で陪審又は参審という国民の司法参加が可能であるかどうか、という問題点については、拙稿「日本国憲法と裁判員制度(上)、(下)」(判例時報1874号3頁以下、1875号3頁以下。以下、「前稿(上)、(下)」という表示で引用することがある。)で検討したところである。そこで詳述した通り、現行憲法の下では陪審又は参審を合憲とする余地はないものと考えているが、そこで論じ残して<sup>(注1)</sup>空隙となった点があるので、今般、それを埋めておいて、陪審違憲論(本稿で論じるのは、陪審制のみであって、参審制には触れない)に遺漏なからしめたいというのが本稿の趣旨である。

私見によれば、我が憲法には、陪審制を予定していないことを示す規定が存在する。第38条第3項「何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の供述である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。」がそれであって、私見によれば、これは現行憲法が仮に陪審制を前提にしているのであれば、あってはならない規定である。

(2) 我が国の刑事裁判では、その半分以上はいわゆる自白事件であって、被告人本人が確かに自分がやったということを最初から認めている。他方、陪審は、法の解釈・適用や量刑を行わず、被告人の有罪、無罪だけを定める機関である。自白事件において、十数人の陪審員を集めて、その有罪、無罪を判断させるということは時間と経費の無駄であるから、陪審制を採用する諸国では、被告人が自己が有罪であることを認めている場合には、

最初から審理を行わず、被告人の有罪答弁だけで有罪と判定し、後は裁判官が量刑を決するという審理方式を取っている。被告人に有罪、無罪の答弁を求める手続がいわゆる罪状認否 (arraignment [アレインメント]) であって、ここで被告人が有罪の答弁をすれば、それ以上の審理を必要とせず、これだけで被告人は有罪と決まる。

公判廷における罪状自認だけで被告人を有罪と認定することを当該国の憲法なり法制度なりが許容しているという立場を、以下ではアレインメント許容論と呼び、これを禁止している立場を以下ではアレインメント禁止論と呼ぶことにすると、陪審諸国がアレインメント許容論であることは当然である。他方、アレインメント禁止論の立場では、陪審制を導入するのは無理である。被告人が自認しているにもかかわらず、それだけでは有罪にできず、別途、補強証拠の取調べが必要であるという立場では、被告人が自白していても陪審員を集めて事実審理をすることを要するという無駄な手続が求められることになるからである。

(3) 私見は、後述する通り、現行憲法はアレインメント禁止論であり、よって陪審制の導入は無理、というものであるが、現行刑事訴訟法319条3項によれば、「自白」には起訴された犯罪について有罪であることの自認を含むとされているのであるから、現行法制のままでアレインメントを導入して陪審制を採用するのはなおさら無理である。仮に日本国憲法下でアレインメント許容論に立つにしても、この条項だけは削除しておかないと陪審審理が成り立つ余地はない<sup>(注2)</sup>。

## 2 解釈論

(1) 憲法がアレインメント制度を許容しているかどうかについて争いがあることは周知の通りであるが、否定論が有力であると見受けられる<sup>(注3)</sup>。

私もこの否定論に与するので、これだけで憲法上の陪審許容論は根拠を失う。自白だけで有罪とされることはないという条項を素直に読めば、陪審制の下では、被告人が自認している場合にも陪審員を集めて審理しなければならないということになり、そのような不合理を憲法は予定していないと見るのが当然であろうからである。

もっとも、判例は、被告人の公判廷の自白は憲法第38条第3項にいう自白ではない、と言ったことがある<sup>(注4)</sup>。私は、この裁判所の負担軽減という下心を秘めた論法には賛同できないし、被告人は法廷では自由に供述できるのだから、というその理由付けは、自白の危険性に対する認識が甘く、特に勾留中の被告人に対する拘束機関の影響力を軽視している点で賛成できないものであるが、この判例はまだ明示された形では変更されていないことでもあり、また、ここでアレイメント違憲論を取ると、それだけで以下の論理が進まないことになるので、「被告人は、公判廷における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、有罪とされない。」(傍線引用者)という刑事訴訟法第319条第2項の規定も度外視し、憲法論に限定して、以下の検討を進めることにする。

(2) この憲法第38条3項の規定にもかかわらず、当該条項を改正せずになお陪審制を実施する余地があるであろうか。問題をこの点に限定するために、憲法の他の条項には触れない。

右のような余地が全くないとは言えないであろう。

その1は、憲法の本項の表現が、「有罪」と「刑罰を科せられ」の間に読点を打って区分していることに意味を見出し<sup>(注5)</sup>、「有罪」までは陪審が決め、「刑罰」は裁判所が決めるということにすることである。

しかし、いささか強引な論法という感を免れないし、前記条項は、この二つを「又は」という表現で選択的に並べているのであるから、この解釈はやはり無理であろう。また、この論理によれば、被告人が自己の犯行を認めている場合にも陪審による審理が必要となるという無駄が避けられな

い。

その2は、犯罪行為への関与如何という事実に対する「認否」である自白と、有罪・無罪という結論に対する法的な陳述である「答弁」とは性質が異なるとし、憲法が禁じているのは自白のみによる有罪認定であり、有罪答弁という一種の訴訟行為に基づく有罪処理は差し支えない、とするものである<sup>(注6)</sup>。

この第二の考え方を以下において少し詳しく検討してみよう。

(3) まず、事実認否と法的答弁を区別するのは、概念上は十分可能であるが、憲法がそういう区分を承認ないし前提しているだろうかという問題がある。憲法は、被告人の有罪答弁をも含めて「自白」と理解しているのではないだろうか。

仮に、憲法上、事実認否と法的答弁の区分が可能であるとする、その組み合わせは以下ようになる。

① 認否が「自分がやった」、答弁が「自分は有罪だ」というものである場合

これは簡単である。アラインメント許容論の下では、陪審諸国の場合と同様、有罪答弁に基づいて直ちに有罪を認定し、後は別途量刑をすればよい。

② 認否が「自分はやっていない」、答弁は「自分は無罪だ」というものである場合

これも簡単である。裁判所は、公訴事実の有無を審理すべきである。

③ 認否が「自分はやっていない」、答弁が「自分は有罪だ」というものである場合

問題は、このように認否の内容と答弁の内容が齟齬する場合である。しかし、アラインメント許容論で、かつ陪審制を実施しようというのであれば、この場合には、認否との合致如何を問わず、有罪答弁に基づいて直ちに有罪を認定することにしなければなるまい。「やっていない」

ということと「有罪」ということとは論理的に両立せず、これで有罪を認定するというのは国民感情に合わないが、アラインメント制度の根底には、認否と答弁の論理的整合性を問題としない、そもそも事実に対する認否を問わない、有罪答弁のみで被告人の運命を決めることができる、という思想があるのであり、それは換言すれば、被告人は、自分の刑罰的運命を処分することができる、それには実体的真実は無関係であるという発想である。陪審制を実施するにはこの割り切りが是非とも必要であり、この割り切りを国民的レベルで受け入れることができるかどうかということが陪審制の成否を決める。これは到底無理ではないかというのが私見である<sup>(注7)</sup>。

④ 認否が「自分がやった」、答弁が「自分は無罪だ」というものである場合

これは双方が齟齬するもう一つの場合であるが、答弁が「無罪」である以上、裁判所は③とは逆に、審理をしなければならない。被告人の刑罰的自己処分権を承認する以上、この場合にも事実認否の内容や答弁との不整合との理由如何を問うてはならないはずである。この結論も国民感情からは受け入れ難いであろう。

しかも、被告人の自白があるにもかかわらず事実審理が必要となるという不都合はこの場合に最も端的に現れる。被告人の自白があるのに、答弁が無罪であるからという理由で、陪審審理に必要な10人以上の陪審員を集めて有罪無罪を決めさせるというのは誰しも無駄であると思うであろう。このような場合には、被告人に陪審審理を辞退させ、量刑中心の裁判官審理で済ませるという手があるかも知れないが、陪審審理を選択するか、裁判官審理を選択するかという被告人の意思次第で論理の不都合が噴出するというのでは、解釈論としての価値が乏しい。

なお、事実認否が「自分がやった」、答弁が「無罪」というのは、例えば、「行為は認めるが、正当防衛だったから無罪だ」というような場合を含まない。このような場合には、事実審理はどうしても必要となる

のであるから、被告人の刑罰的自己処分権を論議すべき対象とはならないからである。

結局、事実に対する認否と刑罰的自己処分権の行使を区別し、憲法第38条第3項の意味を前者に限定することによって陪審制を合憲化しようという試みは、可能でも適切でもない。

(4) なお、司法制度改革審議会のこの問題に対する認識をみると、その中間報告(4(3)イ(キ))(2000年11月)においても最終意見書(Ⅱ第2(6))(2001年6月)においても、「有罪答弁制度(アレインイメント)を導入することには、被告人本人に事件を処分させることの当否や量刑手続の在り方との関係等の問題点があるとの指摘もあり、現行制度…の見直しをも視野に入れつつ、更に検討すべきである。」とされており、余り評価していないと見ることができる。少なくとも被告人本人の「事件処分権」には否定的であるとして差し支えない。審議会がアレインイメントの採用に消極的であることは、審議会が陪審制を排したことと平仄が合うであろう。

### 3 まとめ

右の通り、何らかの「下心」(陪審制を導入したいとか、裁判官の手数を減らしたいというような)なく素直に憲法第38条第3項を読む限り、憲法がアレインイメント許容論を採用しているとするのは無理であり、従って、陪審制も憲法は予定していないという結論にならざるを得ない。憲法上、陪審制を採用するにはアレインイメント許容論を取らねばならず、そのアレインイメント許容論を採用するには、憲法第38条第3項について、公判廷の自白は「自白」ではない、或いは有罪答弁は自白ではない、というような不自然な論理に頼らざるを得なくなるからである。

憲法上、陪審制を導入するのが無理であることは前稿で述べた通りであ

り、そこでの中心的な論点は憲法76条違反であった<sup>(注8)</sup>。これらの事由に更に本件第38条第3項違反がつけ加わることによって、陪審制合憲論はまず根拠のないものとなったものと信じる。

司法制度改革審議会が、司法への国民参加について最終的に陪審を排し、参審の一種たる裁判員制度を採用して、被告人の自白がある場合でも審理自体は省略できないものとした（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第2条第3項）ことの根底には、この憲法上の制約を慮る思想もあったものと考えられる。裁判員制度が憲法の右条項に違反しないということは裁判員制度全体が憲法違反でないということを意味するものではない<sup>(注9)</sup>が、我が現行憲法の下では、陪審制は参審制以上に採用の余地のないものであることは明白であると言わざるを得ないのである。

被告人が有罪を自認している場合と、無罪を主張している場合とで審理の方式を異にすることには一定の合理性が認められるであろう<sup>(注10)</sup>が、それは純粋な立法論として論じるべきものであろう。

#### 注

- (1) 但し、これ以前に簡単に触れたことはある。拙著『司法過程と裁判批判論』165頁注(197)(2004年、悠々社)。
- (2) 丸田隆『日本に陪審制度は導入できるのか』第2章[鯉越溢弘](2000年、現代人文社)は、「現行刑訴法は、陪審裁判を前提に作られており、理念的レベルにおいては、まったく不整合な点は存在しない」(24頁)、「仮に、現在、陪審裁判を採用したとしても…(若干の微調整は必要であるが)刑訴法を改正する必要はほとんど存在しない」(41頁)と言うが、これが刑事訴訟法第319条第2項、第3項を現行のままにしておいても陪審制の導入は可能だし、そうすべきであるという意味を含むのであれば、賛同できない。
- (3) アレイメント違憲論と解されるものとして、
  - ・ 団藤重光「自白と補強証拠」刑法雑誌1巻3・4号91頁(1951年)・上田勝美「公判廷の自白」法律時報41巻5号107頁(1969年)
  - ・ 芦部信喜編『憲法Ⅲ人権(2)』(有斐閣大学双書、1981年)226頁[杉原泰雄]

- ・『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール憲法(4版)』209頁[鳥居喜代和](1997年、日本評論社)
  - ・福島至「アレイメント制度採用の当否」『ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点(新版)』179頁(1991年、有斐閣)
  - ・同「刑事司法改革の理念—司法取引・有罪の答弁導入の是非など」法律時報74巻7号26頁(2002年)
  - ・同「有罪答弁導入論の是非」法学62巻6号262頁以下(1999年)
  - ・古野豊秋・《判批》『憲法判例百選Ⅱ(4版)』273頁(2000年、有斐閣)
- などがある。

鈴木茂嗣「公判廷の自白」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅱ』31頁以下(1970年、日本評論社)も同旨か。

また、憲法適合性はともかく、政策論として反対するものに、

- ・団藤重光『新刑事訴訟法綱要(7訂版)』89頁(1967年、創文社)(団藤教授の憲法上の見解は、前記刑法雑誌論文(1巻3・4号91頁)に明らかである。)
  - ・福井厚『刑事訴訟法(第2版)』323頁(2003年、法律文化社)
- などがある。

他方、アレイメント合憲論としては

- ・平野龍一『刑事訴訟法』235頁(注2)(1958年、有斐閣)
- ・田宮裕・《判批》『刑事訴訟法判例百選(3版)』199頁(1976年、有斐閣)
- ・関正晴「アレイメント制度の導入問題について」日本法学67巻4号97頁以下(2002年)[但し、政策論としては反対]

などがある。

松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(新版増補版)』645頁(2001年、弘文堂)も同旨(合憲論)か。

他方、憲法適合性はともかく、政策論(立法論と見るべきであろう。)として賛成するもの、又は少なくとも反対でないものとして、

- ・龍岡資晃「アレイメント制度導入の可否について」熊谷弘ほか編『公判法大系Ⅰ』244頁以下(1974年、日本評論社)
- ・五十嵐二葉「アレイメント制度の導入について」季刊刑事弁護20号22頁以下(1999年)
- ・同『刑事司法改革はじめの一步』77頁以下(2002年、現代人文社)・憲法的刑事手続研究会『憲法的刑事手続』489頁[若松芳也](1997年、日本評論社)

などがある。

このうち、右福島・法学論文、龍岡論文は文献の引用も詳細である。

(4) 最大判昭和23年7月29日刑集2巻9号1012頁(多数意見と反対意見[当時



の表現は「少数意見」の票数差は7対5)、最大判昭和24年4月6日刑集3巻4号445頁(票数は8対5)、最大判昭和26年12月19日刑集5巻13号2535頁(票数は7対4)、最大判昭和27年6月25日刑集6巻6号808頁(票数は8対7)、最一判昭和42年12月21日刑集21巻10号1476頁(個別意見なし)。

また、「日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急措置に関する法律」時代の同旨判決に、最判昭和22年11月29日刑集1巻40頁、同昭和23年2月12日刑集2巻2号80頁(いずれも小法廷のもの)がある。

但し、現行刑事訴訟法の施行は昭和24年であり、リーディングケースとされる右昭和23年判決はまだ旧刑訴の時代のものである。今後仮に同じ問題が大法廷にかかったら、元の判断が維持されるかどうかかなり疑わしいと見るべきであろう。この論点につき、鈴木・前掲論文(『証拠法大系Ⅱ』)28頁は、昭和26年大法廷判決の段階で「判例変更の寸前」と評する。他方、古野豊秋・前掲(注3)《判批》『憲法判例百選Ⅱ』272頁は、同旨の判例が続いていることから、「判例として確立」と評する。

- (5) 法学協会編『注解日本国憲法(上)』(1953年、有斐閣)673頁註(17)は、「ここに『有罪』と『刑罰を科せられ』ることを区別しているのは、憲法が暗に陪審をみとめているというひとつの証左になるかも知れない。けだし、陪審裁判の下では、有罪の答申(conviction)と有罪判決(sentence)とが区別されるからである。」という。

私は、右論法に賛同しない。「暗に」陪審制を認める意思があったのであれば、前記の通り、このような条文自体を設けなかったであろうからである。

なお、この「有罪」と「刑罰を科せられ」との区分については、現行憲法制定時の第90回帝国議会において、牧野英一貴族員議員と木村篤太郎司法大臣との間で、以下のようなやり取りがあった。

牧野「有罪とされると云うことと、刑罰を科せられないと云うこととの区別を設けられたことに疑いがあるのです。率直に申しますれば、『有罪とせられない』と、これで宜いのじゃございませんか。如何でございましょうか。」

木村「今の御説によりますと、有罪とされる場合には必ず刑罰を科せられるからと云うご意見のように拝聴するのでありまするが、有罪とされても刑罰を科せられない場合もあり得るのであります。左様に御承知下さい。」

牧野「御免下さい。私の積りは、刑罰を科せられる場合には、どうしても有罪とせられなければなりませんから、有罪とせられないとあれば、刑罰を科せられる場合は解決されます。斯う云う積りで申し上げたのであります。どうぞ御考慮を願います。」(清水伸編著『逐条日本国憲法審議録[増訂版]第2巻』775頁(1976年、社団法人日本世論調査研究所)。

この問答からすれば、憲法上の「有罪」と「刑罰」の重疊的使用が陪審制の可否に関する何らかのヒントになっていると見るのはやはり無理であろう。

(6) 前掲(注4) 最判昭和23年2月12日斎藤裁判官補足意見、同昭和23年7月29日同裁判官補足意見、同昭和24年4月6日同裁判官反対意見。

平野・前掲(注3)『刑事訴訟法』235頁(注2)も同旨である。

(7) この発想を受け入れるには、まず憲法が被告人のこのような刑罰的自己処分権を許容しているということが前提となるが、どうであろうか。他方、司法制度改革審議会の意見書は、裁判員制度につき被告人の辞退を認めていないことから、その根底にはこのような自己処分権を認めない発想があるのではないかと窺われる。

(8) 前項、特に判例時報1874号13頁以下参照。

(9) 裁判員制度は「違憲のデパート」である。前注(上)5頁。

(10) 前掲(注3)五十嵐(季刊刑事弁護20号)24頁以下はこれを強調する。