

国民の「司法参加」についての一考察

——裁判員制度の合憲性に関して——

*鈴木 法 日 児

The relationship of the people and the courts in the Constitution of Japan

SUZUKI Norihiko

Abstract

The aim of this paper is to consider the constitutionality of the lay assessor (saiban-in) system which will start in May 2009.

The system is said to be not the jury system, because lay assessors and judges make judgment together about the fact finding, the application of law and the assessment of a case. This system is said to be similar to “das Schöffengericht” in Germany.

According to the Constitution of Japan, the whole judicial power is vested in a Supreme Court and the inferior courts which consist of the judges (§ 76, § 79, § 80).

But there is an idea that the inferior courts can consist of the judges and the lay assessors. This idea is unconstitutional because the lay assessors shall have parts of the judicial power. Although they are permitted to do the fact finding, they are not permitted to do the application of law and the assessment of a case, which are parts of the judicial power.

It is concluded that the lay assessor system is contrary to the Constitution of Japan (§ 76 I, § 32, § 37 I).

Key words : 裁判所・法廷 (court)

司法権 (Judicial power)

事実認定 (the fact finding)

法令の適用 (the application of law)

刑の量定 (the assessment of a case)

はじめに

平成16 (2004) 年 5 月「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」(以下、裁判員法という)が成立し、その後平成17 (2005) 年 5 月に一部改正され(部分判決など)、来年、平成21 (2009) 年 5 月に、施行されることになっている。今、施行に向けて、啓蒙宣伝活

動を含め種々の準備が進められている一方で、依然としていろいろの批判がある。

状況はやや複雑である。賛成論も反対論も、それぞれ2つの方向から存在するように思われるからである。賛成論には、国民の司法参加を進めるものとして歓迎する意見があり、また、いわゆる新自由主義的改革⁽¹⁾の一環であるとして賛成する意見がある。他方、

* 社会科教育講座

反対論には、まさにそのような改革路線への疑問や批判からする反対論があり、さらに司法の根幹を揺るがすものだと反対する見解もある。

侃々諤々の議論において基本的な問題は、思うに、一つは、いわば「素人」の国民が、どのように司法と関わるべきなのか、司法の民主化とはどういうことなのか、という国民と司法の関係に関する問題であろう。同時に重要な、もう一つの問題は、公正（公平と正義）な裁判とは、どういう裁判なのか、という問題である。

前者の問題については、手放しとまではいえないとしても、国民を信頼すべきだという「民主的」な主張がある一方で、国民は、司法の素人であり、司法は玄人（法律家）に委ねておけばよいという主張がある。この主張の延長あるいは基礎には、「賢者の裁判」や「テクノクラートの裁判」を善しとする発想があるのかもしれない。しかしながら、いずれにせよ、この点について、日本国憲法がどういう考えを示しているのかを踏まえて、冷静かつ慎重に考えてみるべきではないか。

後者の論点については、マグナカルタの「同輩による合法的裁判」の思想をふくめ、法の適用・正義の発見は如何にあるべきなのか、裁判の公正とはどういう意味なのか、についての深くて広い考察が必要だと思われる。「国王の裁判」なのか「同輩の裁判」なのかの戦いの歴史、そして、権力から独立している公平な裁判所・裁判官による公正な裁判へ、という歴史、その中で専門職（法曹）の役割と市民の役割とが如何に分担されるべきかの試行錯誤の歴史を振り返る必要さえあるように思われる。

ともあれ、今、長すぎる裁判を短くし（迅速な裁判の実現）、難しい裁判を分かりやすくすること（取調への可視化と用語の平易化）も、確かに大事なことであろう。が、そうだとすると、両当事者の言い分と議論をじっくりとよく聞いて、当事者にも、被害者にも、そして第三者にも納得できる適正な判断をすることも

また、同時に、いやそれ以上に大切なことであると思う。短くても誤った裁判では、甚だ困る。誤判や冤罪は勘弁してほしい。

筆者は、司法改革論議がスタートして以降、いろいろな情報に接してきたが、実は憲法に照らしてどうなのか、少なからず疑義を抱くようになった。かつて公法学会における意見のやり取りを聞き⁽²⁾、その後、その裁判員法をみて、また各方面での議論を聞いたり読んだりしてなお、裁判員制度が合憲であるとは考えることができないでいる。それにしても、憲法論に関しては、ピン트가合っていないのではないかと思うところもある⁽³⁾。いささか遅きに失しているかもしれないが、卑見を表明しておきたいと考えた次第である。読者諸賢から、学ぶことがあればまことに幸いである。

したがって、本稿では、裁判員制度の合憲性如何の問題に焦点をしぼることになる。それでも「違憲のデパート」⁽⁴⁾なのか「違憲のスーパー」なのかは分からないが、それほどに、確かにいろいろの論点があるように思われる。本稿では、筆者が違憲ではないかと考えるところを中心に、かつ憲法理解について誤解があるのではないかとと思われるところを含めて、論じることとしたい。議論の組み立て方や憲法の読み方（解釈）についても注意してほしいと思う。

ところで、よく言われている「司法参加」ということには、実は、いささか違和感をもっていることを述べておきたい。というのは、「立法参加」や「行政参加」というのだろうか、「司法参加」だけがどうして言われるのだろうか、という思いがあるからである。そもそも立法・行政・司法が、それぞれ国民に対する国家の権力作用だとすると、それらの作用に国民が参加するということは、どういうことであろうか。「そもそも国政は、国民の厳粛な信託による」（前文）のであって、国政のうち、司法作用は、裁判所に委ねられているのではないか。その委ねた司法作用に、主権者とされる国民は、どういう理由で、またどういう立

(1) 小田中聡樹が批判的視点から、この改革を適確に要約している（小田中「裁判員制度の批判的考察」参照。同論文は、丹宗暁信・小田中聡樹『構造改革批判と法の視点』花伝社、2004年、小田中「刑事訴訟法の変動と憲法的思考」日本評論社、2006年、さらに小田中「裁判員制度を批判する」花伝社、2008年に収録されている）。

(2) 公法研究第57号、1995年、参照。特に、常本照樹「司法権－権力性と国民参加」及び第一部会での討論。

(3) 文献はすくぶる多い。学んだことも多く、学恩には深く謝する。論文以外にも、啓蒙書や雑誌の特集、ブックレット、新書の類もある。司法改革関係のものも多い。しかし、本稿では、特に引用したものを除き、省略する。宥願したい。

(4) 西野喜一「日本国憲法と裁判員制度」判例時報1874（平成17年1月11日）号5頁。

場で、参加するのであろうか。こういうことを考えるからである⁽⁵⁾。「司法参加」に言及するときには、その意味を明確にして論じなければなるまい。本稿でも、表題にそのことばを用いたが、国民と司法（裁判所・法廷）の関係という広い意味で用いることとする。

本稿の構成に言及する。最初に、国民と司法（裁判所）の関係（司法参加）について、日本国憲法が、どのような定めをおいているのかを、確認しておきたい。主観的な思いを可能な限り排して、冷静かつ慎重に確認したいと思う。というのは、憲法の読み方について、従来の学説には、実は、疑問をもっているところもあるからである。その上で、第二に、裁判所、特に下級裁判所の構成に関して、裁判官以外の者（裁判員）が構成員になり得るのかどうか、日本国憲法がそのことを許容しているのかどうかを検討したい。最後に、陪審制や参審制について日本国憲法がどのように考えているのか、また司法権とは何か、特に事実認定の作用が司法作用なのかどうか、量刑を含む評議に参加する作用が司法作用なのかどうか、という諸問題に論究してみたい。

1 日本国憲法における国民と司法（裁判所）の関係

日本国憲法における国民と裁判所・司法の関係は、以下の三つの局面に分けることができるように思われる。それぞれの局面を見ていこう。

（1） 第一の局面は、要するに「内閣－裁判所」の関係である。国民からもっとも遠い局面である。「全国民を代表する選挙された議員で組織」される両議院で構成される国会（第42条及び第43条）において、内閣総理大臣が指名され（第67条）、天皇に任命される（第6条1項）。内閣総理大臣が国務大臣を任命して（第68条）、内閣が成立する。そして、この内閣が、最高裁判所の長たる裁判官（最高裁長官）を指名し、天皇が任命する（第6条2項）。また、内閣が、その他の裁判官（最高裁判事）を任命する（第79条1項）。

下級裁判所の裁判官は、「最高裁判所の指名した者の名簿によって」、内閣が任命する（第80条1項）⁽⁶⁾。要するに、「国民－国会－内閣－裁判官（最高裁判所・下級裁判所）」という関係である。「遠い」とはいえ、国民と裁判官は、つながっているのである。

ところで、ここで気になるのは、裁判官と内閣の「近さ」であろう。指名・任命権者の内閣に対して、指名・任命される裁判官は、はなはだ弱いのではないか、と思われるほどである。内閣の、いわば政治的思惑によって⁽⁷⁾、裁判官が指名・任命されるとすれば、裁判官は、特に内閣と関係の深い事案において、内閣から自立して公正な裁判を行うことができるのだろうか。裁判官も、所詮は人間であり、人生がある以上、指名・任命権者の内閣に弱いのが当然ではないだろうか。

この点について、憲法はどう考えているのだろうか。憲法をよく注意してみると、内閣は、内閣の思惑で、裁判官を罷免することができないようになっている。裁判官が辞任するのは、自ら辞任できることは別として、

- ① 法律の定める年齢に達したとき（第79条5項、第80条1項但書き）、
- ② 分限裁判において、心身の故障のため職務を遂行することができないと判断されたとき（第78条）、
- ③ 弾劾裁判所で、罷免の裁判を受けたとき（第64条）、
- ④ 最高裁判所裁判官について、国民審査で、投票者の多数が罷免を可とするとき（第79条3項）、
- ⑤ 下級裁判所の裁判官が、10年の任期を満了したとき（第80条1項）

だけである。この事情が分かれば、内閣によって指名・任命された裁判官は、もはや内閣のことを気にする必要はない。その意味で、内閣から自立しており、公正な裁判を期待できると言ってもよい。

しかしながら、それでもなお気になるのは、最高裁判事が長官になるときであり、下級裁判所の裁判官が

(5) 立法に国民が関与するとしても、請願であったり、公述人、参考人あるいは証人として、さらには傍聴人としてであって、法律の議決に加わることはあり得ない。行政への国民の関与も同様であって、国民が行政を行うわけではない。これらを「立法参加」「行政参加」とは言わないが、「司法参加」は、実はこのようなレベルのことなのかもしれない。

(6) 認証については省略。

(7) 裁判所法には「資格」が定められている（第41条－45条、参照）から、政治的思惑だけがストレートに顕現することはない。

再任されるときである。

最高裁長官については、最高裁判事の互選にするような工夫はなく（両議院の議長は、それぞれ議院で選任される。第58条1項）、内閣の指名に基いて、天皇が任命する（第6条2項）。最高裁判事は、指名権者の内閣のことが気になるかもしれない。が、この場合も、内閣は、一旦任命された最高裁長官を罷免することはない。

他方、下級裁判所の裁判官については、「再任されることができる」とはいえ、「最高裁判所の指名した者の名簿」に登載される必要があるし、これによって内閣に任命されるから、任期満了になる裁判官にとって、最高裁判所も内閣も、大いに気になる可能性がある。これで、自立できるのか、公正な裁判を期待できるのかどうか、いささか疑問が残るところである。10年の任期制は、そもそも法曹一元を前提にしているのかもしれないが、しかし、このような前提は、現実には存在しない。実際、終身雇用制の会社員のように、定年まで裁判官であることが通常であるような状況では、再任が普通であろう。にもかかわらず、10年任期制をそのまま行うときには⁽⁸⁾、一定の裁判官を排除する機能を持つことになり得る。そして、それでは裁判官は自立できるはずもなく、公正な裁判が期待されないのではないかと危惧されるところである。

（2） 第二の局面は、要するに「国会－裁判所・司法」の関係である。「全国民を代表する選挙された議員で組織」される両議院で構成される国会（第42条及び第43条）に、弾劾裁判所が設置されること、また法律の所管事項である限り、裁判所・司法に関する事項（第31条、第41条、第76条1項、79条1項4項5項、第80条1項など）について国会が法律を制定改廃することがあげられる。裁判所法、訴訟法など、関係法律は少なくない。要するに、「国民－国会－裁判所・司法」というつながりである。

問題は、しかし、このような法律案を、国会議員ではなくて、内閣が提出することが多い、言い換えれば「国会－裁判所・司法」に内閣が介在することが多い

ということである。

裁判員法もまた、司法制度改革審議会や司法制度改革推進本部で主たる議論があり、内閣が国会に提出したもので、それを国会が審議・議決した法律である（衆議院では全会一致、参議院では2人の反対があっただけ）。同様の審議会中心の立法過程は、国会での審議を形式化・儀式化するなど問題があると言わざるを得ない（内閣提出法案の成立率は相当高い）。少なくとも、比較して一番充実した検討・審議が、国会でこそ行われるべきではないと思われる。全国民を代表する選挙された国会議員こそ、国民の代弁者でなければならぬ⁽⁹⁾。施行しようという段階になってもなお反対論（施行延期論や見直し論を含む）が沸騰していること自体、実は甚だ奇妙なことで、国会審議の質が問われていると言わなければならない⁽¹⁰⁾。

ところで、国会が、裁判所や司法についての法律を制定改廃することは、司法の、国会からの独立とどういう関係にあるのだろうか。何と言っても、まず、司法が、そもそも「法律による裁判」であることを想起しなければならないが、同時に、公正な裁判を実現するために司法の独立が保障されている。憲法第76条3項によれば、「すべて裁判官は、・・・この憲法及び法律に拘束される」ことになっており、裁判所は、法律の合憲性を判断する（第81条）から、究極的には「憲法による裁判」を行うとも言える。国会は、このことに留意して法律を制定改廃する必要がある。国会が、司法の独立を侵し、公正な裁判を阻害するような立法をしたり、国政調査権のもとに、司法の独立を侵したりすることは許されない（浦和事件）。

弾劾が、司法の独立を阻害しないのかどうかに言及すれば、罷免事由があらかじめ法定されており（裁判官弾劾法第2条）、その手続きが裁判であることに留意しなければならない。弾劾は、公正な裁判を実現するために、独立の弊害（独善など）を排除するものである。罷免事由に該当するような裁判官には、到底、公正な裁判を期待することができない。なお、権力分立論の中で、弾劾を、国会の裁判所に対するチェック

(8) 現に再任されなかった例がある。いろいろの議論があるが、ここでは立ち入らない。

(9) 拙稿「首相の議案提出権について」紀要37巻（2002年）39頁以下、拙稿「『議員立法』について」紀要38巻（2003年）57頁以下、参照。

(10) 「上からの」改革（民主化）という側面があり、この点を批判する意見もある。

(11) 拙稿「権力分立と日本国憲法」紀要39巻（2004年）63頁以下、参照。

であるかのように説明するものを見ることがあるが、全く妥当でない⁽¹¹⁾。弾劾と法令審査権がバランスするものではないし、弾劾は、国会から見て不都合な裁判官を排除するような制度ではない（吹田黙禱事件）。

（３） 第三の局面は、「国民－裁判所（司法）」の関係である。この１つが、最高裁判所裁判官の国民審査である。最高裁判所の裁判官は、裁判書に意見を表示することになっている（裁判所法第11条）から、国民は、それぞれの事件についての各裁判官の意見を了解することになっている。衆議院議員総選挙の際に行われる国民審査において、国民（審査権者＝選挙権者、最高裁判所裁判官国民審査法第4条参照）は、罷免を可とする裁判官に×印を付す（国民審査法第15条）。罷免を可とする投票が、罷免を可としない投票よりも多い裁判官は、罷免される（国民審査法第32条。憲法第79条3項は「投票者の多数が・・・罷免を可とするときは」としている）。幸いというべきであろうか、これまで罷免された裁判官はいない。このことをもって、国民審査が機能していないということではできないが、内閣の指名・任命に一定の影響を及ぼし公平な人事が行われ、また、各裁判官が公正に裁判を行っているのかどうかについては、なお疑問視する向きもいないではない。他方、国民が、少なくとも最高裁判所の裁判についての関心が高くなっているのかどうかを疑問視する意見もないわけではない⁽¹²⁾。

なお、国民が、このような審査で裁判官を罷免できること自体が、司法の独立を損なっているのではないか、という疑義を言う向きもある⁽¹³⁾。国民からの裁判批判さえ、独立を侵し、裁判官の権威にかかわるといふ向きもいないではない⁽¹⁴⁾。さらには、裁判官が公正な裁判を行うためには、国民から一定の距離をおくべきだという考えもあるようである⁽¹⁵⁾。しかしながら、このような「司法の独立」論は、方向性を間違っているのではないか。権力からの独立こそ肝要なこと

だからである⁽¹⁶⁾。司法は、そもそも「国民のための司法」であるというのが、日本国憲法の基本的な考えだと思われる⁽¹⁷⁾。この場合、短絡的に一部の国民に迎合するような裁判が許されないことは確認される必要がある。両当事者、関係者、第三者のすべてにとって、納得のできる裁判でなければなるまい。

もう１つは、裁判である。「すべて司法権は、最高裁判所及び・・・下級裁判所に属する」（第76条1項。英訳は、The whole judicial power is vested in a Supreme Court and in・・・inferior courts・・・）。そして、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」（第32条。英訳は、No person shall be denied the right to the access to the courts.）。また、「すべての刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」（第37条。英訳は、In all criminal cases the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial by an impartial tribunal.）。

英訳を括弧書きで示したのは、英文と日本語（正文）について、その対応関係を含めて、いくつか注意しておきたいことがあるからである⁽¹⁸⁾。

第一に「裁判所」の英訳に注目したい。「court(s)」となっているのが、第6条2項、第32条、第64条、第76条1項、第77条1項2項3項、第79条1項2項5項、第80条1項2項、第81条、第82条2項、「tribunal」となっているのが、第37条1項、第76条2項である。「court」も「tribunal」も、同じ「裁判所」であって、前者が、裁判官だけの裁判所で、後者が、裁判官以外（裁判員）を含みうる裁判所だと理解することは全くできない。

第二に、「法廷」の英訳を見てみると、第34条では、「court」。第82条1項「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行ふ」の英文は、「Trials shall be conducted and judgment declared publicly.」である。

(12) 国民審査の実態については、各種データを参照のこと。

(13) 国民審査を廃止すべきだという意見に見られる。

(14) 田中耕太郎の「裁判批判」否認論は有名である。このことを含め、西野喜一『司法過程と裁判批判論』悠々社、2004年、参照。

(15) 種々の議論があるが、ここでは立ち入らない。

(16) 「司法の独立」が公正な裁判の実現のためであること、また「司法の独立」が実現されれば自動的に公正な裁判が行われるものではないことを、確認しておく。

(17) 大日本帝国憲法第57条の「天皇ノ名ニ於テ」と対比して言えば、「国民の名において」裁判するのである。

(18) 英文（英訳）を論拠とする議論が見受けられる。本来であれば、個々に指摘しなければならないところだが、その余裕がないので、ここで一括して論及しておく。もちろん、正文はどこまでも日本語であり、英訳は参考に過ぎない。ただ日本国憲法の制定過程で英文－和訳、日本語－英訳というやり取りがあった事情を勘案することがある。

第三に「裁判（する、を行う）」の英訳がどうなっているか。第32条、第37条1項、第55条、第64条1項、第76条2項、第78条、第82条1項を見てほしい。

日本語の通常の用法では、各地に設置されている「裁判所」で、事件ごとに「法廷」が開かれ、そこで「裁判」が行われる、というように区別するのではない。ところが英語では、「裁判所」も「法廷」もいずれも「court」である。このことに注意してほしい。というのは、裁判官ではない国民（裁判員）が下級裁判所の構成員になることが許されるかどうか、という議論があるからである。後述するように、筆者は、法廷にいろいろの立場の国民が登場することと裁判官でない者（裁判員）が裁判所構成員になることとは、全く別次元のことであって、混同してはいけないと考えている。

第82条2項に対応する英訳の文が「When a court unanimously determines・・・」となっているが、日本語では、「裁判所が、裁判官の全員一致で、・・・決した場合」となっていることは興味深い。というのは、裁判所構成員は、裁判官のみだということを示唆しているからである。

また、この中で注目しておきたいのは「try」「trial」ということばである。第37条1項は、英文を直訳すれば、迅速で公開の裁判（trial）への権利であり、第64条では「裁判官を裁判する（try）ため」とあるが、第82条では、「対審」という日本語だからである。第82条の「対審」は、「判決（judgment）」と区別してのことばではあるが、裁判では対審が不可欠だという感覚があることに注意しておきたい。

第四に「裁判官」の英訳は、一貫して、「judge（s）」になっていることを確認しておこう。第6条2項、第64条、第76条3項、第78条、第79条1項2項3項5項6項、第80条1項2項、第99条。もっとも、「裁判官」という日本語があるのに、対応する英訳に「judge（s）」が登場しない場合もある（第82条2項）し、55条の「争訟を裁判する」の英訳が「judge disputes」になっていることもある。関連して重視しておく必要があるのは、「陪審」や「参審」ということばが、憲法に全く

存在しないし、英訳にも、それに相当する英語が存在しないということである⁽¹⁹⁾。

第五に注意しておきたいのは、「受ける」という日本語である。第32条、第37条1項、第40条に「受ける」が登場する。第26条1項の「教育を受ける権利」は、その英訳が、「right to receive an equal education」である。日本語も英訳も「受ける（receive）」である。教育の営みが、親から子どもに受け継がれることであり、子ども（初心者・未熟者）が、親や先生（習熟している者）から、教育を受ける以上、まことにふさわしい表現だと言えよう（それでもなお「受ける」にこだわり、子どもが「学習する権利」として再構成する見解もあるが）。しかしながら、第32条、第37条1項、第40条の英訳には、実は、「受ける」は、全く登場しないのである。即ち、第32条の「裁判を受ける権利」は、「right to the access to the court」であり、第37条1項の「迅速な公開裁判を受ける権利」は、「right to a speedy and public trial」であり、さらに第40条の「無罪の裁判を受けたとき」は、「in case he is acquitted」である。彼此の違いは歴然としている。

さて、それでは、日本国憲法のもとで、「受ける」を根拠にするような特定の裁判観（糾問型の裁判を含む）が採用されているのだろうか。下々の者が、偉い人から教えるように、国民は、裁判官の裁判を受けるのであろうか。大日本帝国憲法は、第24条で「裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」と定めていたが、日本国憲法でも、同様に「受ける」のであろうか。そうではないと、筆者は考える。既に見たように、裁判には対審が不可欠だという認識が示されているし、日本国憲法では、裁判を受ける権利が基本的人権の1つであることが明確である。大日本帝国憲法では恩恵的な権利だったとしても、日本国憲法ではそうではない。日本国憲法のもとでは、国民は、侵害された自分の権利・利益を回復・実現すべく、裁判を提起し、法廷にアクセスする（第32条の英訳参照）のであって、そこで、対審が行われる（第37条1項の英訳参照）、というように理解されるべきであろう。

実際、裁判所の法廷には、裁判官、原告・被告、検

(19) 「陪審」は「jury」である。「参審」は、その変型であるが、英語でどう表現されるのか、遺憾ながら不明である。「参審」は、フランス語で「échevinage」、ドイツ語で「Schöffe (Schöffin)」(手元の独英辞典では、これを「juror」としている)という。「裁判員」については、「lay assessor」としている例があったので、本稿ではとりあえずこれにならうことにした。なお、「裁判官」に相当することば（英仏独語）は、全く別である。

察官・被告人、指定代理人、訴訟代理人、弁護士、傍聴人がいて、時に応じて、証人や鑑定人などが登場する（他に書記官、廷吏、修習生も）。国民が、それぞれの立場で、裁判に「参加」していることは確実で、単に「受ける」のではない。訴えがなければ裁判はなく、当事者がいなければ法廷は開かれず、裁判は行われないのである。「司法参加」ということばは、こういうときにはふさわしいことばかもしれない。が、国民は、特に当事者は、もっと主体的に裁判に関与するのであって、「参加」ですらないかもしれないのである。そもそも、国民が、法律上の利益（権利を含む）を侵害されたとき、裁判がなければ、それを回復する機会がないこと、また、犯罪者に対して、裁判によってでなければ刑罰を科すことはできないこと（これも人権である）を看過してはならない。実体的な権利（も重要である）は、裁判を含む手続き的な権利を伴わなければ、画餅に墮する。「裁判を受ける権利」、「裁判への権利」、「法廷にアクセスする権利」が重要である所以である⁽²⁰⁾。

以上、三つの局面について、国民と司法・裁判所の関係が、憲法にどのように定められているかを、概括的にはあるが基本的なところを確認した。

2 下級裁判所の構成

次に、下級裁判所の構成について、日本国憲法がどのように定めているのかを考えてみたい。このことを検討するのは、憲法第32条と第37条1項のいずれも、裁判所に言及し、裁判官に言及していないこと、及び大日本帝国憲法第24条が「裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権」と定めているのと異なることから、裁判所には、裁判官以外の者、言うならば素人裁判員が含まれてもよく、また、憲法第80条に下級裁判所の裁判官への言及があるが、下級裁判所の構成そのものについては、格別の言及（例えば、「下級裁判所は、法律の定める員数の裁判官によって構成する」という明文の規定）がない（沈黙している）から、下級裁判所の構成員と

して、裁判官以外の者が入る余地があり、法律で、その旨を定めても違憲ではない、という見解があるからである⁽²¹⁾。

ちなみに、最高裁判所の構成については、明確な規定がある。第79条1項が「最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、・・・」と定めているから、「だけで」とは定められていないが、最高裁判所に、裁判官以外の者が入る余地はない。ここでは、裁判所の裁判は、同時に裁判官の裁判であることが明白である。

さて、日本国憲法は、下級裁判所の構成・組織をどう考えているのだろうか。上記の見解は妥当であろうか。「沈黙」は、ここではどういう意味であろうか。

（1） 第一に、すでに述べたところだが、第82条2項は、「裁判所は、裁判官の全員一致で」という部分を、「裁判所は、裁判官以外の者（裁判員）をはずして、裁判官だけの全員一致で」と読むことが妥当か。これは、しかし、かなり無理な理解だと思われる。素直に裁判所は裁判官だけ構成されている、という前提があるものと理解しなければなるまい。

（2） 第二に言及しておきたいのは、一般に看過されているところである。それは、国会、内閣、最高裁判所の構成・組織に関する規定であり、下級裁判所の構成の規定が省略されていることに関わる。国会については、

第42条 国会は、衆議院及び参議院の両議院でこれを構成する。

第43条1項 両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。

と定められている。また、内閣については、

第66条1項 内閣は、法律の定めるところにより、その首長たる内閣総理大臣及びその他の国務大臣でこれを組織する。

と定められている。最高裁判所については、既に見たとおりである。

ここで注意しなければならないのは、以上の3者に共通していることであって、それは、議院は議員で組

⁽²⁰⁾ 「裁判を受ける権利」については、訴訟法学の立場から種々の見解があるが、ここでは立ち入らない。本稿では、憲法学の見地から述べている。

⁽²¹⁾ 例えば、常本照樹が陪審制と参審制の合憲説Bとして述べているところを参照（前掲・公法研究、74-5頁。なお96-8頁の討論要旨も参照）。また、笹田栄司「裁判員制度と日本国憲法」法律時報2005年77巻4号24頁以下、同「憲法から見た裁判員制度」世界2008年6月号106頁以下、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」岩波講座・憲法4、2007年、235頁以下、参照。なお、ジュリスト1363号（2008年9月15日号）78頁以下、特に笹田報告を参照のこと。

組織する、内閣は大臣で組織する、最高裁判所は裁判官で組織するといった当然のことだけを規定しているわけではないということ、「全国民を代表する選挙された議員」、「首長たる内閣総理大臣とその他の国務大臣」、「長たる裁判官とその他の・・・裁判官」というきわめて重要なことが規定されていることである。さて、下級裁判所の構成・組織に関して、そのような重要な定めがないときに、あえて下級裁判所は、裁判官で組織する、という、言わばきわめて当然のことは、省略しても許されるのではないだろうか。省略して沈黙しても、誤解を招かないだろうからである。従って、このような規定の省略によって、下級裁判所には、裁判官以外の者が入る余地があるかのような理解は、全く妥当でない。例えば、「両議院は、・・・議員で組織する」という規定をみて、「議員だけで」とは定められていないから、議員以外の者を含めてもよいとは、決して理解されないであろう。下級裁判所の裁判官に言及する規定（第80条）があれば十分であって、下級裁判所は、裁判官によって組織するということは、当然であるが故に省略されたと解するのが自然である。省略を、論者の都合に合わせて理解することは妥当でない。

（３） 第三に注目しなければならないのは、憲法第76条1項及び3項である。1項は「すべて司法権（the whole judicial power）は、・・・裁判所に属する」と規定しており、「裁判官に属する」とは定めていないけれども、裁判所の構成員に、裁判官以外の者を加えてもよいと解することはできない。最高裁判所については、第79条1項の定めがあり、下級裁判所については同様の定めがないとしても、下級裁判所に裁判官以外の者を加えてもよいことにはならない。同じ第76条の3項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めている。注目してほしいのは、主語である。主語は「裁判官」であって、「裁判所構成員」ではない。明らかに、裁判所構成員が裁判官だけであることを示唆している。この点を無視して、裁判官以外の者を構成員とすると、この者は、良心に従う必要はなく、独立して職権を行使することも不要で、憲法や

法律に拘束されることもない、ということになりかねない。逆に、法令（法律と命令）にしたがう義務があるとされてもよいのかもしれない（裁判員法第9条1項参照）。が、このような憲法理解はできないし、このような理解を容認できるものではない。第78条3項は、最高裁判所はもちろん、下級裁判所にも、裁判官以外の者が入らないことを前提にしていることは、明白である⁽²²⁾。

（４） 第四に、もし司法権をになう裁判所の構成員に裁判官以外の者を加えてもよいとすれば、憲法には、少なくとも歯止めのような規定があるはずではないか。裁判官以外の、どういう者を、どの程度含むことを許容するのか、どういう仕事をするのか、その限度はどうなのか、身分保障をどうするのかなどなど、種々の問題があるはずで、これらの問題をすべて立法に委ねているとは、到底、考えられない。例えば、裁判官3人・裁判官以外6人という組み合わせや裁判官1人・裁判官以外4人の組み合わせ（裁判員法第2条2項）は、どうして許容範囲なのだろうか。1人と3人でも、2人と1人でも、1人と10人でも、すべて法律でどうとでも決めてよいのだろうか。それならば、裁判官以外の人数を可能な限り大きくして、裁判官1人を限りなくゼロにすることも許されるのだろうか。裁判官ゼロは憲法違反だというようだが、ゼロに近づけることは、論理上可能である。事実、裁判員法の制定過程（裁判員制度・刑事検討会や与党協議）では、このような人数バランスをどうするか議論があったが、法律でどうとでも決められるという前提があったように思われる。いずれにせよ、そのような歯止めの規定が、憲法に、一切存在しないからといって、法律でどう決めてもよいことになるとは考えられない。歯止めの規定が憲法にないことは、司法権をになう裁判所の構成員に、裁判官以外の者が入ることは、全く想定していないことを示唆していると言わなければならない。

（５） なお念のために言及しておかなければならないのは、裁判官の任用資格である。このことに関して、立法によって、裁判所構成員に裁判官以外の者を加えても違憲ではないという見解が見られるからである⁽²³⁾。

⁽²²⁾ アメリカ合衆国憲法第3条1節も同様で、前段で、司法権が裁判所に属するとして、後段では、裁判官に言及している。

⁽²³⁾ 注21で引用した論文を参照のこと。裁判所法の制定過程に関して言えば、最高裁判所裁判官に、非法律家を含めたかったのが、日本側であったことは興味深い。いずれにせよ、任用資格を法律で定めるという前提があったことは注目してよい。

この任用資格について、憲法は何も規定していない（これまた「沈黙」）。国会議員の資格には言及があるし（第43条1項、第44条）、内閣総理大臣は、文民でなければならない、国会議員の中から・・・指名することも定められている（第66条2項、第67条1項）。しかしながら、最高裁判所であれ下級裁判所であれ、その構成員である裁判官の任用資格には何も言及がない。従って、実は、指名権者・任命権者である内閣が自由に任用するべきで、法律で任用資格を決めてはいけない（決めるは違憲だ）という考えも可能かもしれない。また、権力分立論の中で、内閣に、裁判所に対するチェックとして、指名権・任命権があるとするような見解からすると、法律で、それに制約を加えるようなことは許されないということになるかもしれない。しかしながら、このような考えは、妥当でないと思われる。なぜなら、それでは、裁判官の指名・任命に内閣の思惑がストレートに反映されることになり、「公平な裁判所」（第37条1項）にはならず、独立を維持することができないと言わなければならないからである。「公平な裁判所」を実現するためには、その任用資格は法律で定める必要がある。

さて、法律で裁判官の任用資格を定める場合に、いろいろの考え方があり得ることに注意しておくべきである。例えば、いわゆる法曹資格に限定することも可能だし、限定しないことも可能である。いずれにせよ、「公平な裁判所」になることが肝腎なことである。そして、裁判所法が、現に、最高裁判所裁判官について、必ずしも法曹資格を持たない者を含ませているが、「公平な裁判所」である限り、これを違憲ということとはできない。

が、裁判官の任用資格を法律で決めるからと言って、これをもって、法曹資格のない裁判員を裁判所の構成員に加えることを法律で定めることが可能になるわけではない。両者は、全く次元を異にする別のことである。誤解のないようにしたいものである。

以上の次第で、司法権をになう下級裁判所の構成員は、裁判官だけであって、裁判員など、裁判官以外の者が加わる余地は全くない。

3 陪審・参審の機能と司法権

ところで、日本国憲法（正文、英訳とも）には、陪

審や参審への言及が全くない（これまた「沈黙」）。このことをどう考えるべきか。

（1） 一般に、成文憲法に格別の言及がなくても、参審の制度が存在することが知られている（ドイツ、フランス）。

他方、アメリカ合衆国憲法には、「すべての犯罪の審理は、弾劾の場合を除き、陪審により行われなければならない」という明確な定めがある（第3条第2節第3項、なお修正第6条及び修正第7条参照）。しかし、陪審は、言うまでもなく、裁判官とは異なる存在であり（ことばも異なる）、また、どこまでも事実問題を扱うと解されていることに注意が必要である。

ともあれ、ここで注意したいのは、第一に、陪審員や参審員が、「裁判官」に含まれるものではなく、「裁判官」と異なる別の機関である（ことばも違う）ことであって、法廷に登場するとしても、裁判所の構成員ではないことである。鑑定人や証人と同様だということ、語弊があつて誤解されそうであるが、陪審員や参審員も、特定の事件の法廷に参加するのである。だから、憲法に登場しないことがあるのだと思われる。しかしながら、陪審や参審の制度が、人権保障の一環としてなど、特に重要だと考えられているときには、もちろん、憲法に登場することがあるのだと思われる。

そして、もう1つ注意しておかなければならないのは、「司法権（裁判権）」が裁判官・裁判所にある（憲法に明記されることが普通である）一方で、陪審や参審には、言うならば司法権（裁判権）以外の機能が期待されていることである。陪審や参審が、司法権（の一部）をになうことは、司法権（裁判権）を裁判所・裁判官に帰属させる規定をもつ憲法のもとでは、それこそ例外を定める明文の規定のない限り、違憲とされるだろうし、裁判所の構成員でない陪審や参審が、司法権をになう「裁判」を行なうことは違憲である。裁判所・裁判官の裁判を受ける権利がそこなわれるということもある。

もっとも、「司法権（裁判権）」が、国より時代により同じではないこと、司法権をになう裁判所・裁判官と司法権以外をになう陪審・参審という役割分担もまた、それぞれの国や時代によって異なり得ることに、注意が必要だと思われる⁽²⁴⁾。

（2） さて、陪審や参審に言及する規定をもたない日本国憲法において、この点をどう考えるべきである

うか。そして、陪審や参審の制度を、法律で定めることを、日本国憲法は、認めているのであろうか。「沈黙」には、もちろん、二通りの場合がある。認める場合と認めていない場合と。認める場合でも、当然のことだから省略しているような場合もあるし、消極的に認めている場合（立法に委ねている場合）もある。積極的に認める場合には、もちろん、明文の規定があるだろう。認めない場合でも、積極的に否定・排除するときには、明文の規定があるであろう。しかし、暗黙にはあるが、認めていないと解される場合もある。特に憲法事項だと考えられる事項に憲法が言及していないときは、認めていないと解されよう。

日本国憲法をあらためて確かめてみても、窺わせるものは何もない。第3章には「人身の自由」について、比較的詳細な規定があるけれども、陪審や参審への言及はなく、また第6章「司法」にも、何も言及はない。しかしながら、日本国憲法の制定過程からして、陪審（や参審）を排除・否定する場合には、明文の規定をおくのではないか。大日本帝国憲法には、陪審に言及する規定は全くなかったが、その憲法のもとで陪審法（昭和3年施行、昭和18年停止）が存在したことを看過することはできない（確かに違憲論が存在したが、違憲にならないように一定の工夫を施してあった）。ポツダム宣言を受諾した後、松本委員会の改正案が拒否され（宣言をクリアできないと判断され、と言うべきだが）、マッカーサー草案を土台に憲法案が作成された一連の過程において、陪審（や参審）を否定するようなものは何もないし、実際、憲法にもそれを否定する規定はおかれなかった。もちろん、積極的に導入すべしという規定もないが、上で述べたように、ことは必ずしも憲法事項ではなく、大日本帝国憲法のもとでも陪審制が存在したことも考慮されたであろう。要するに、陪審や参審の採否は立法上の問題だと考えられたのではないか、そしてそのような立法によって陪審や参審が採用されても、それは違憲ではないと考えられたのではないと思われるのである。その証左は、裁判所法（昭和22年法律59号）第3条3項である。

「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」。また付け加えれば、戦後、日本国憲法のもとでスタートした検察審査会の制度が、大陪審の考えの影響下で考案されたものであることを想起してもよいであろう。要するに、陪審については、そしておそらく参審についても、その考えは積極的に評価されており、その制度化は立法に委ねられているものと解されるのである。

また、民事訴訟法における専門委員や司法委員、海難審判における参審員、家事審判における参与員もまた、考えてみれば、そのような考えの影響下にあると言つてよいのかもしれない⁽²⁵⁾。

こうしてみると、要するに、日本国憲法は、陪審や参審を許容しているものと解されるのである。戦前の陪審法違憲論の系譜は続いていて、日本国憲法のもとでも、そういう陪審などの考えに拒否反応を起こす向きがあるのかもしれないが、事態を素直に見てみれば、許容説が妥当だと思われるのである。

従って、論理だけから言えば、立法によって、下級裁判所のみならず、最高裁判所でも、陪審や参審の考えや制度を導入することは、決して違憲ではないし、また、憲法の観点からは、刑事事件に限る必要もない、と言わなければならない。

(3) しかしながら、陪審や参審を導入する際に注意しなければならないことは、裁判官がになう司法権と、きちんと折り合いをつけなければならないということである。陪審や参審が、たとえ一部だとしても、司法権をになうことは、憲法（第76条1項、第32条及び第37条1項）に違反するからである。司法権は「裁判所に帰属し、裁判官に帰属するものではない」として、裁判所構成員に裁判官以外の者を加えることは、既に述べたように、憲法（下級裁判所の場合、明文はないが、裁判官のみと解される）に違反し許されないが、裁判官でない者に、司法権を、一部だとしても、になわせることもまた、憲法（第76条1項）に違反し許されないのである。これは、立法権が国会に帰属しているのであって、議員に帰属しているのではないと

⁽²⁴⁾ 大日本帝国憲法における「司法権」と日本国憲法におけるそれとが違うことは周知のことである。アメリカ合衆国憲法第3条の、第1節と第2節3項の関係や修正第6条（公平な陪審の審理は被告人の権利である）をどう理解するかという問題があろう（陪審が事実認定を行うのだとしてもなお残る問題があるだろう）し、ドイツでは、憲法92条で裁判権は裁判官に委ねられているとし、また、「何人も、法律の定める裁判官を奪われない」（第101条1項後段）としつつ、立法上、参審制が採用されているが、その立法に、違憲にならないような工夫があると思われる。

⁽²⁵⁾ 民事訴訟法第92条の2以下、同法279条、海難審判法14条、家事審判法第3条及び第10条以下、参照。

して、国会に非議員を加えて（第43条1項も「議員だけ」とは書いていない）、非議員が法律の議決に加わることがあり得ないのと同じことである。

そこで、司法権の概念を確認する必要がある。日本国憲法のもとでは、司法権は、行政事件を含む「一切の法律上の争訟の裁判」だとされている（裁判所法第3条1項）。例外は、資格訴訟の裁判と弾劾裁判だけであって、これ以外のすべての司法権は、裁判所に帰属する⁽²⁶⁾。しかしながら、裁判所は、司法権だけでなく、「その他法律において特に定める権限」をも有することにも留意しておくべきである⁽²⁷⁾。

（4） さて、裁判員とは、一般に、参審（の一種）と理解されている。裁判員の選任や解任の方法は、陪審の場合と、ほぼ同様だと言ってよい⁽²⁸⁾が、その他については、陪審の場合とは異なるところがある。

まず、陪審について、2点だけ述べておく。陪審の場合、「事実認定」をその権限とする。裁判官は、その「事実認定」を尊重して、その上で裁判を行うことになる。大まかに言って、こういう任務分担がある。しかしながら、ここには、実は、微妙な難しい問題が伏在する。というのは、裁判官が、陪審の「事実認定」（評決）に拘束されるのかどうかという問題があるからである。「事実認定」を司法作用でないと考えるときには、裁判官は、陪審のした事実認定に拘束され得ることになるだろうが、「事実認定」も基本的にはなお司法作用だ（従って裁判官の役割である）という考えの場合には、陪審の認定は、どこまでも参考意見という扱いになるだろう。いずれにせよ、任務分担の問題は、司法作用と事実認定の関係（区別）の問題である⁽²⁹⁾。

また、陪審は、裁判官の説示があつてのことではあるが、評決（事実認定）のために、陪審だけで評議を行う、ということがある。陪審だけの評議・評決を信頼するかどうか（言い換えれば、裁判官の事実認定を

信頼するかどうか）という問題が存在するところである。陪審制論議の1つのポイントになっている⁽³⁰⁾。

次に、参審の一種とされる裁判員の制度について見ておかなければならない。裁判員制度の、特に重要と思われるところを拾い、整理しつつ紹介しておく。

A まず、裁判員の参加する合議体とその対象事件について、裁判員法第2条1項によれば、地方裁判所は、

- 一 死刑又は無期の懲役又は禁錮に当たる罪の事件
- 二 裁判所法第26条2項2号に掲げる事件であつて、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係る事件

については、第3条の決定があつた場合を除き、この法律により裁判員の参加する合議体が構成された後は、裁判所法第26条の規定に関わらず、裁判員の参加する合議体（2項によれば、原則的には裁判官3人と裁判員6人、例外的に裁判官1人と裁判員4人から成る）でこれを扱う。

B 次に、この合議体が、上記の事件の裁判において何をするのか。第6条によると、

1項：第2条1項の合議体で事件を取り扱う場合において

- ① 刑事訴訟法333条の規定による刑の言い渡しの判決
- ② 同法334条の規定による刑の免除の判決
- ③ 同法336条の規定による無罪の判決
- ④ 少年法55条の規定による家庭裁判所への移送の決定

に係る裁判所の判断（6条2項1号及び2号に掲げるものを除く）のうち

- 一 事実の認定
- 二 法令の適用

⁽²⁶⁾ 訴訟の非訟化の傾向、紛争解決方法の多様化の傾向があるといわれている。そのメリットを了解できるとして、結果として「司法」の範囲を狭めているとすれば、問題があるといわなければならないであろう。

⁽²⁷⁾ 例えば「事実の確定だけを求めるという類型の訴訟も現に存在する（民事訴訟法第134条）」（西野・前掲1874号、14頁の注（62））としても、それが、司法作用かどうかは全く別問題である。

⁽²⁸⁾ 裁判員法第2章第2節及び第3節。正確に言えば、違いはある。当事者の意向をどの程度尊重して選任するのかなど、公平な裁判所になるのかどうかなどに関わる重要論点もあるが、ここでは立ち入らない。

⁽²⁹⁾ 私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第80条は、公正取引委員会の審決の取消しの訴え「については、公正取引委員会の認定した事実、これを立証する実質的証拠があるときには裁判所を拘束する」としている。陪審の認定した事実についても、同様の考えをすることは可能であろう。アメリカ合衆国において、陪審の権限（事実認定が基本だが）をどこまで認めるのか、種々の議論がある。丸田隆『アメリカ陪審制度研究』法律文化社、1988年など、参照。

⁽³⁰⁾ 陪審が認定した事実は、言うならば結論だけであつて（評決が全員一致になることが普通である）、判決ではそれ以上事実認定に言及しないが、このことも批判的になっているところである。

三 刑の量定

は、第2条1項の合議体の構成員である裁判官と裁判員の合議による。

2項：前項に規定する場合において、裁判所の

一 法令の解釈に係る判断

二 訴訟手続きに関する判断（少年法第55条の決定を除く）

三 その他裁判員の関与する判断以外の判断

は、合議体の構成裁判官の合議による。

3項：裁判員の関与する判断をするための審理は、構成裁判官と裁判員で行い、それ以外の審理は、構成裁判官のみで行う。

C 次に、評議については、同法第66条1項によれば、第2条1項の合議体における裁判員の関与する判断のための評議は、構成裁判官と裁判員が行う。

D 最後に、評決について、第67条1項によれば、構成裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による。

そして、刑の量定について、同条2項が定めている。

以上（A）を見て、まず確認してほしいことは、陪審制とは明らかに異なり、「裁判員の参加する合議体」が登場するところである。参審制だという所以である。

もう一つは、その合議体は何をになうのか、である。陪審の場合には、ともあれ事実認定であることを指摘したが、裁判員の参加する合議体は何をになうのか。これについては、上記（B）の通り、事実の認定、法令の適用、刑の量定の3つである。陪審の場合に比べて、もっと大きな任務を与えられているように思われる。

（5） さて、ここで検討しなければならないのは、裁判員の参加する合議体が、司法作用を、にっていないのかどうか、という問題である。裁判所（構成員は裁判官のみ）が担うべき司法作用を、この合議体が、にしているとすれば、違憲だ（第76条1項、さらには第32条や第37条1項に違反する）と言わざるを得ないからである。

A まず、「事実の認定」については、これまで裁判官・裁判所に委ねられてきたとしても、事実認定が、司法作用（裁判）であることの論拠にはならないであろう。

ともあれ事実認定を「司法作用だ」「司法作用の一部だ」と考えるときに（戦前から続く伝統的な考えであるように思われる）、合議体にそれを委ねることは、違憲だということになることは明白である⁽³¹⁾。

しかしながら、「司法作用の本質ではない」、あるいは「司法作用ではない」と考えるとき⁽³²⁾には、合議体にそれを委ねても、違憲ではないことになる、と言ってよい。日本国憲法の「司法作用」については、すでに述べたように陪審（や参審）を容認する考えをとっていることからすると、事実認定は、「司法作用ではない」あるいは「司法作用の本質ではない」という考えが憲法にはあるのではないと思われる。「司法作用ではない」という立場からは、違憲論の出る余地はないが、「司法作用だが、本質でない」という立場からは、陪審の場合、事実認定の拘束力について消極的な考えに帰着することになろう⁽³³⁾が、合議体（参審）の場合には、合議であるがゆえに、許容範囲だということになるのではないと思われる。なお、実は「事実認定」とは何か、ということを明確にする必要があるだろうと思われる。裁判員の役割との関係もあるし、広くも狭くも定義され得るからである。もっとも、ここでも合議体であるが故に明確にする必要がないという考えもあるかもしれない。が、そのような考えでは、反面、司法の概念をあいまいにするリスクがあるし、しかも、司法を裁判員に委ねるような違憲の事態さえ危惧される。

事実の認定が証拠によること（刑事訴訟法第317条）は当然だとして、証拠の証明力の問題を合議体に委ねるとしても、証拠能力のレベルの問題は、どうするのか。これをも合議体に委ねるのかどうか。ある解説によれば、後者は、構成裁判官の合議になるようである⁽³⁴⁾。

B 次に「法令の適用」はどうか。これは、一見明白に、司法作用そのもののようと思われる。具体的な事

⁽³¹⁾ 陪審制違憲論には、そのような前提で、司法の独立に反するなどの主張をしていると言ってよいだろう。なお、西野・前掲、14頁は「事実認定は、法の適用と並ぶ車の両輪」だという。人身の自由に関する憲法の規定が、証拠など事実認定に関することがあるからと言って、事実認定が司法作用である論拠にはなるまい。

⁽³²⁾ 小嶋和司『憲法概説』良書普及会、1987年、484頁など。

⁽³³⁾ 多数説であると言ってよいと思われる。

⁽³⁴⁾ 池田修『解説裁判員法－立法の経緯と課題』弘文堂、平成一七年、31頁。

件に法令を適用することは、司法作用そのものだ（司法作用の本質だ）と思われるからである。同じその解説によれば、これは、事実認定との関係で、「法令のあてはめ」をしなければならないので、このことを明示するものようである⁽³⁵⁾。しかしながら、そこで言われていることは、むしろ事実認定に含まなければならないことであって（実際、含まれているものとして「事実認定」が行われるのではない）、「事実認定」からあえて区別して「法令の適用」をあげる必要があるのかどうか。例えば「暴行を加えた者」（刑法第208条）や「人を殺した者」（刑法第199条）自体には、もちろん、法的な意味があるが、それがあったかどうかは、事実問題だといわなければならないのではない。しかしまた、それでは「構成要件」事実にとどまるのであって、「犯罪」事実ということになれば、もっと他の判断要素が加わることになることは明白である。合議体が行う「事実認定」を明確にすることが重要なので、それと区別して「法令の適用」についての判断を合議体に委ねるのは、大いに疑問である。

もっとも「法令の解釈」は構成裁判官の合議にゆだねられているので、「法令の適用」というのは、解釈された「法令の適用」であって、文字通りの形式的な適用に過ぎないのだということかもしれない。「解釈」と「適用」の峻別は、しかし、容易ではないと危惧される。この区別が構成裁判官の合議になるとしても、適用を念頭におかないような解釈は無意味であろうし、適用の段階で解釈の必要が出てくる可能性もないではないだろう。法令の解釈と適用は、一体不可分であって、いずれも司法作用なのではないか、と筆者は考えるのである。解釈と適用の区別は、実務的にも、やりにくいのではないか。

かくて、裁判員の参加する合議体が、法令の適用という司法作用を行うことは、憲法に違反するのではないかと考える。合議体に裁判官がいるとしても、正当化できるものではないだろう。

C 「刑の量定」は、実際、外国に例があり、司法改革審議会意見書で言及されたことである。しかしながら、少なくともわが国における「司法権」には、大日本帝国憲法でも日本国憲法でも、「刑の量定」を含ん

でいるのではないか。司法権の意味は、憲法のレベルの問題であって、これを法律で変更することはできないのではないかと考える。まして、死刑制度の存廃やあり方などの問題もあり⁽³⁶⁾、大議論が必要なところだと考える。

法令の適用と同様に、刑の量定も、プロの裁判官にこそふさわしいので、これを法の素人である裁判員にもさせようとするのは、裁判員にとってまことに過大な負担であるようにも思われる。

(5) ところで、「裁判官と裁判員の合議体」ではなく、「裁判員の参加する合議体」という表現はなかなか意味深長だと思う。何と言っても、裁判員は参加するだけで、裁判官主導であることを暗示しているからである。実際、その合議体の裁判長は、裁判官であり、裁判官と裁判員の権限に差異を設け（公判前整理手続きを含め、裁判官に相当の権限を留保し）、その人数バランスや評決方法に工夫を施している。この合議体が「司法作用」に関与しようとしても、言うならば水際で、阻止できると考えているのかもしれない。だから、法令の適用や量刑も合議体で、という考えになっているようにも感じられる。

そしてさらに気になるのは、裁判員の加わる法廷では、「分かりやすい、しかも迅速な（裁判員の負担軽減という美名のもと）公開裁判」が行われる一方で、実は、実質的な裁判が、公開法廷の外で行われる危険性があることである⁽³⁷⁾。こういう運用になれば、それこそ、国民（刑事被告人）の「裁判を受ける権利」が損なわれることになる。

他方には、確かに「裁判員の参加する」ところに期待する向きもあるけれども、それで、憲法上、裁判官がになうはずの司法作用まで、裁判員が行う（参加することになるとすれば、それは決して良いことではないと考える。憲法第76条1項に違反するし、憲法第32条や37条1項にも違反するからである。

(6) 筆者は、要するに、裁判員の参加する合議体で、事実認定を行うとする立法には何の問題もなく、合憲だと考えている。そして、事実認定も、合議体で行う以上、判決に書けることになるだろう（陪審の場合には書けないが）。

⁽³⁵⁾ 同掲、31頁。

⁽³⁶⁾ 死刑廃止論と結びつけて議論されている。団藤重光・伊東乾『反骨のコツ』朝日新書、2007年など。

⁽³⁷⁾ このことを指摘して裁判員制度に反対する見解が、小田中聡樹など刑事訴訟法学者の中にある。

ここで、事実認定に関して、2点、論及しておきたい。1つは、これを司法作用だと考えるにせよ考えないにせよ、事実認定なしには、法の解釈・適用もなく、判決もないという事情についてである。事実認定は、きわめて重要で、判決内容を左右することがあることは明々白白である。これこそ司法作用だという考えの最大の根拠ではないだろうか。しかしながら、だからこそ、陪審（参審）だという考えがあることにも目を向けておくべきであろう。

この問題は、究極的には「法と事実」という法哲学上の問題に帰着する難しい問題である⁽³⁸⁾。そして、その中には「立法と事実」、「行政と事実」、「司法と事実」の問題もあるはずである。事実に立脚しない立法や行政は、無意味であり、ときには有害でさえあるだろう（遺憾ながら、現実を生半可にしか知らないような立法や行政も少なくないようである）。その意味で、立法や行政でも、事実はきわめて重要である。司法の場合も例外ではない。立法、行政、司法のいずれにおいても、事実の把握は、いわば当然の前提だということを看過してはならない。しかしながら、立法、行政、司法という国家作用が本来の作用だとすると、事実問題（の把握）は、いわば付随的な作用であるといわざるを得ない。国政調査権についての学説、補助的権能説を思い起こしてもよい。事実問題が司法作用でないとなると、どういう国家作用なのかという問題に言及する見解がある⁽³⁹⁾が、この問題への解答は、以上の通りである。

そして、だからこそ、この事実問題の次元では、いろいろな手法で、国民の意見等を得ることがあってよいし、むしろ望ましいことだとさえ考えられている。立法の場面でも、行政の場面でも、それぞれにいろいろな工夫があることをここで言う必要はないだろう。司法の場合も例外ではない。司法の場合、そういう手法の1つとして、陪審や参審の制度があることは確かなことである。

（7） もう1つ、加えて述べておきたいことは、素

人と玄人の問題にかかわる。教育委員会制度におけるレイマン・コントロールの発想、軍隊におけるシビリアン・コントロールの発想、もっといえば、スペシャリストとゼネラリストの関係、プロとアマの関係などともかかわる問題である。陪審にせよ、参審にせよ、もちろん、司法（裁判）の素人である。裁判官は原則として法曹資格をもつ専門家である。そこで、事実認定は、どちらにふさわしい任務なのかを考えると、筆者は、基本的には裁判官ではないと考えている。裁判当事者、特に被告人の言い分やいろいろな証人の証言を、被告人や証人と「同じ目線」で理解できるのは、裁判官ではなく、同じ市民ではないだろうか。本人の語り口、方言やなまり、表情や態度を含めて、よく理解できるのは、むしろ同じ市民だと思う。社会人としての良識や健全な社会常識をもつ市民に期待されるのは、こういう事情からだ考える。裁判官に良識や常識がないというのでは絶対にない。裁判官が、証人や被告人の言うことを理解しようと努力することは当然だけれども、おのずから限界があることを、到底「同じ目線」にはなれないことを、知るべきだろうと思う⁽⁴⁰⁾。ふすまを隔てて聞く名奉行の話しや正義の女神が目をつぶっていることなどをも思い出してほしいと思う。

また、素人の強みは、それだけではない。素人は、実は、法以外の分野（例えば医療、福祉、教育、技術、産業、経済、芸術、等々）では、十分に玄人であることが多いのであって、こういういろいろな分野の玄人である法の素人が、しかも、1人ではなく、複数が参加して行う事実認定には、相当の重みがあるだろうとも思う⁽⁴¹⁾。

（8） もっとも、わが国の国民には期待できないという意見もないわけではない。戦前の陪審制の運用にかかわって言われることもある。この点について言えば、確かに当たっているように思われるところがないわけではない。言うならば「ムラ社会」的傾向と反「ムラ社会」的な傾向が、あるいは「お上」に従順な傾向

⁽³⁸⁾ 法学入門や法学概論において、必ず言及される問題である。ところで、わが国の法学には、いろいろな理由があると思われるが、事実の上に法をおくような発想が根深く存在しているのではないか。規範と事実を峻別しても、事実がどうしてもよいことにはならない。リーガル・マインドだからと言って、事実を軽視していいものではない。

⁽³⁹⁾ 土井、前掲、263頁は、このことに言及しながら、事実認定を司法作用だとしている。

⁽⁴⁰⁾ あえて言えば、大人は「子どもの目線」にはなれないし、政治家は「生活者の目線」にはなれないと思う。もちろん、だからこそ、謙虚になって相当の努力をすることが必要である。

⁽⁴¹⁾ だから、陪審でも参審でも、実は、選任方法が重要である。成功例は、この選任がうまくいって、バランスのとれた構成になったときだと言われている。

と「お上」に抵抗する傾向とが、混在しているようである。「率直に意見を言う」ことは、いずれにせよ、敵対的行為である。「ムラ社会」や「お上意識」の強いところでは、意見は出ないし、「ムラ」が壊れているところや「お上」に抵抗することがよいことであるような社会では、意見は意見以上のことである。言う方も聞く方もそういう考えだとすると、評議などの会議は成り立たないであろう。オモテでは形式的儀礼的な議論を行い、ウラで「本当の？議論」をするような社会であっては、未だ「率直に意見を言える、裏表のない社会」ではないのではないかと思うこともないではない。

しかし、だから陪審でなくて参審だということかもしれないと思われる。裁判官が主導し、「裁判員が参加する合議体」というかたちが、現実的でふさわしいのではないかという考えから、今回の裁判員法が設計されたようにも思われるところである。裁判員がきちんと当事者や証人などの話を聞いて、自分の意見を言えるのかどうか。裁判官の意見を適確に聞き分けることができるのかどうか、試されることになるだろう。

事実認定（に関する判断）を「裁判員の参加する合議体」で行うことで、調書中心の精密司法を脱し、当事者主義、弁論主義、自由心証主義などが公開法廷で行われれば、当事者はもちろん、傍聴人や一般国民から見ても本当に納得のできる裁判になるかもしれない。そういう期待もないわけではない⁽⁴²⁾。

4 最後に

以上、裁判員制度については、事実認定だけならともかく、法令の適用や刑の量定の判断を、裁判員の参加する合議体で行うことは違憲だという考えを述べたが、その他にも、いろいろな論点がある。最後に、簡単にならざるを得ないが、言及しておくこととする。

第一に、裁判員になることが「意に反する苦役」（憲法第18条）かどうか。「意に反する」場合があるとしても、これは「苦役」ではない。それは、国民としての責務であると考えて。義務の側面もあるが、権利の側面もあると考えるからである。

第二に、裁判員になることを「思想・良心」（憲法

第19条）を理由に拒否できるかどうか。拒否できる場合があると考え。例えば、死刑制度に反対する「思想・良心」（単に意見や感情のレベルにとどまるものではない。）の持ち主は、死刑に当たるような事件の事実認定をする合議体に参加することを拒否できると考える。

第三に、当事者（特に刑事被告人）に、裁判員の事実認定を拒否する選択権がないことが、「公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利」（憲法第37条1項及び第32条）を侵害するのかどうか。選択権を認める立法は、もちろん、違憲とはいえないが、選択権を認めない立法も違憲とまではいえないだろう。当事者にとって、必ず不公平な裁判になるわけではないだろうからである。要は、裁判員の参加する合議体で、捜査過程の資料がよく精査されることであって、この合議体で、精査されずに、いつも不公平な裁判になるわけではないだろう。

（平成20年9月29日受理）

⁽⁴²⁾ 事実認定についても多くの研究があり、この成果を、裁判員とともに、どう生かしていくのかも、大事な課題であろう。