

# 裁判員制度の憲法適合性

柳 瀬 昇

## 一 本稿の意義

本稿は、二〇〇九年五月にわが国に導入された裁判員制度の憲法適合性について検討するものである。筆者は、旧著<sup>①</sup>において、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）の立法過程を描写するとともに、国民の司法参加の制度を導入しようとする際に理論的な障壁となる「民主的司法のディレンマ」問題を検討したうえで、同法に基づく裁判員制度の意義について討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づき再構成を試みた。同書における筆者の主たる問題関心は、もっぱら、憲法学及び政治学の世界で近時非常に注目されている討議民主主義理論について概観するとともに、その理論を国民の司法参加の意義の基礎づけへ応用しうるか否かについて検討することであり、現に存在する裁判員制度の憲法適合性について考察することではなかった。

施行後五年以上を経て、わが国の刑事裁判制度としてほぼ定着したといえるこの裁判員制度に関して、筆者は、本稿において、その憲法適合性について考察することとする。まず、裁判員制度を合憲と判示した最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号一二八五頁の内容を整理するとともに、制度の憲法適合性に関する論点について検討する。そして、判例がいうところの制度を合憲と基礎づける本質的要素を析出する。<sup>②</sup>

この平成二三年大法廷判決は、後述するように、憲法の基本原理に依拠したうえで、制度を合憲とする結論を導き出しており、いわゆる調査官解説によれば、「問題は、いわば「自由主義の原理」と「民主主義の原理」との関係の理解如何というところまで遡ることになり、そのような「問題意識が本判決の背景にもある」という。<sup>③</sup>これらの基本原理が制度の憲法適合性の判断に際して問題として認識された点は評価すべきであるが、その問題に対して、はたして十分な考察が判決においてなされたといえるだろうか。本稿では、本判決が、これら憲法の基本原理をどのようにとらえているのか、そして、そのとらえ方は妥当であったかについても、併せて検討することとする。

## 二 平成二三年最高裁大法廷判決の構成

最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号一二八五頁について、まずは、判決文の構成を確認することとする。

### 1 事件の概要と下級裁判所の判断

事件の概要は、日本在住のフィリピン国籍の女性（被告人）が、氏名不詳者らと共謀して、クアラルンプール国際

空港において覚せい剤一、九九一・二グラムを機内預託手荷物として航空機に搭載し、営利目的で日本に持ち込んだところ、成田国際空港の旅具検査場で税関職員に発見され、覚せい剤取締法、関税法等に違反するとして起訴されたというものである。

本件は、裁判員法二条一項一号に基づき、第一審では、裁判員の参加する合議体で審理裁判が行われ、被告人は懲役九年及び罰金四〇〇万円に処された（千葉地判平成二二年一月一八日刑集六五卷八号一三五二頁）<sup>4</sup>。

この第一審判決に対して、被告人は控訴し、事実誤認及び量刑不当のほか、裁判員制度が違憲である旨を主張した。控訴審における被告人による違憲主張は、(一)裁判官でない裁判員が刑事裁判に関与したという点で、下級裁判所の裁判官の任命方法を定めた憲法八〇条一項に違反し、(二)裁判員法に基づき構成された原審の判決裁判所が、憲法七六条二項が設置を禁止する特別裁判所に該当するとの二点であるが、東京高判平成二二年六月二一日刑集六五卷八号一三六三頁は、(一)について、憲法が裁判官を下級裁判所の基本的な構成員として想定していることは明らかであるが、下級裁判所の構成員がすべて裁判官で占められなければならないことを規定したのではなく、むしろ憲法は下級裁判所の設置について「法律の定めるところによる」（憲法七六条一項）としており、裁判官以外の者が裁判に加わることを禁止した明文の規定を置いておらず、憲法制定当時の立法者の意図<sup>5</sup>としても国民の参加する裁判を許容し、あるいは少なくとも排除するものではなかったといえることから、八〇条一項違反とはいえず、また、(二)については、一般的に司法権を行う通常の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置された地方裁判所において刑事事件を処理するために構成されたものであるから、これが憲法七六条二項にいう特別裁判所に当たらないことは明らかであるとして、いずれも被告人の主張を斥けた。

そこで、被告人が上告した。

## 2 最高裁大法廷判決の構成

最高裁判所大法廷は、二〇一一年一月一六日、裁判官全員一致の意見で、かつ個別意見を一切付することなく、上告を棄却する判決を言い渡した。

最高裁判所の判決文は、弁護人の上告趣意書に応答する形で二部構成となっているが、刑集六五卷八号一二九二頁から始まる第1の部分、すなわち弁護人が裁判員法の憲法違反を争う点が本稿の考察対象である。その他の部分(二三〇二頁の第2の部分)は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であるとして、最高裁によって、適法な上告理由にあたらなるとされている。以下、もっぱら第1の部分についてのみ検討する。

第1の部分は、四つの内容から構成される。1において、上告趣意書の概要が述べられたうえで(一二九二頁)、2で、国民の司法参加が一般に憲法上禁じられるか否かが検討され(一二九三―一二九六頁)、3で、裁判員法による裁判員制度の具体的な内容について憲法に違反する点があるか否かが検討される(一二九六―一三〇一頁)。4では、裁判員制度の意義についての最高裁判所の理解が述べられている(一二三〇―一二三二頁)。

## 3 最高裁判所大法廷判決の内容

平成二三年最高裁大法廷判決については、すでに多数の評釈が公表されており、判決の要旨等が示されている。そこで、本稿では、同様に判旨を挙げるのではなく、判決の全体構造を的確に把握するために、以下で、その内容を図

示することとする。<sup>(7)</sup>

#### 4 弁護人の上告趣意書・検察官の答弁書と最高裁判決との呼応関係

上告申立人たる被告人の弁護人の上告趣意書（その補充書を含む<sup>(8)</sup>）では、「判決裁判所（第一審）が憲法に従った構成をされなかったこと」を理由とする憲法違反の主張のほかに、事実の誤認と量刑の加重の違法が主張されているが、本稿では、もっぱら憲法問題のみを取り上げることとする。

そもそも、弁護人は、「裁判員制度」は……多種多数の憲法問題を包含している<sup>(9)</sup>が、「本件での上訴理由としては、最も単純で明快な問題として、憲法第80条第1項本文前段の「正規裁判官」の任命制度と裁判員法の「裁判員」の選任制度との齟齬矛盾の問題だけをとりあげるにとどめる<sup>(10)</sup>」と明記している。すなわち、弁護人は、上告審において、憲法八〇条一項本文前段と七六条一項・二項前段の二か条のみの憲法適合性を争点化しようとしているにすぎない。そして、これに対する検察官の答弁書も、憲法八〇条一項違反の主張と七六条二項違反の主張のそれぞれに対するものという二部構成となっている<sup>(11)</sup>。

しかしながら、最高裁判所大法廷は、八〇条一項及び七六条一項・二項以外の憲法条項（一八条後段、三二条、三三二条、三七条二項、七六条三項）についても判断を行っている。この点、「およそ裁判所では、当事者がこの点について判断してくれと申し立ててきた事項についてのみ判断するのが原則で、当事者が申し立てていない事項について判断することはでき」ないとしたうえで、本件では、弁護人が上告趣意書において違反するとする憲法条項を限定したにもかかわらず、「本件大法廷判決では、当事者が判断を求めている憲法一八条違反という論点……についても、ほし

1 所論の概要

- ① 憲法に国民の司法参加を想定した規定はなく、憲法 80 条 1 項は下級裁判所が裁判官のみによって構成されることを定めると解される  
 →裁判員の参加する裁判体は憲法にいう「裁判所」に当たらない  
 →裁判員制度は、
- ・何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法 32 条、
  - ・全ての刑事事件において被告人に公平な裁判所における迅速な公開裁判を保障した憲法 37 条 1 項
- } に違反する
- その手続は適正な司法手続とはいえないので、
- ・全て司法権は裁判所に属すると規定する憲法 76 条 1 項、
  - ・適正手続を保障した憲法 31 条
- } に違反する
- ② 裁判官は裁判員の判断に影響・拘束されるから、
- ・裁判官の職権行使の独立を保障した憲法 76 条 3 項
- } に違反する
- ③ 裁判員が参加する裁判体は、通常の裁判所の系列に位置するものであるから、
- ・憲法 76 条 2 項により設置が禁止されている特別裁判所
- } に該当する
- ④ 制度が裁判員となる国民に憲法上の根拠のない負担を課すものであるから、
- ・意に反する苦役に服させることを禁じた憲法 18 条後段
- } に違反する

2 国民の司法参加が一般に禁じられているか否か

- (1) 憲法に明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない

憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かは、

- a 憲法が採用する統治の基本原理や刑事裁判の諸原則
- b 憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯
- c 憲法の関連規定の文理

を総合的に検討して判断されるべき

- (2)A 刑事裁判は強大な国権の行使であるから、多くの近代民主主義国家では、刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた。憲法 31 条から 39 条までの 適正な刑事裁判を実現するための諸原則 は普遍的である

B 刑事裁判を行うに当たっては、諸原則が厳格に遵守されなければならない、それには高度の法的専門性が要求される

C 憲法は、諸原則を規定し、かつ、第 6 章で、裁判官の職権行使の独立と身分保障について周到な規定を設けている

→A～Cを総合考慮すると、憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる

(3)A 歴史的、国際的な視点から見ると、  
 欧米諸国では、上記手続保障とともに、18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより、裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がった  
 20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くで陪審制・参審制が採用されていた

我が国でも、旧憲法下で、1923年に陪審法が制定され、1928年に陪審裁判が実施され、1943年に停止された

B 憲法は、前文で国民主権の原理を宣言した。上記時代背景とこの基本原理の下で、司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについても関心が払われていた。すなわち、

- ・「裁判官による裁判」から「裁判所における裁判」への表現が改められた（旧憲法24条と憲法32条・37条1項との比較）
- ・憲法第6章で、下級裁判所について裁判官のみで構成される旨を明示した規定がない（最高裁判所の規定との比較）

→上記の憲法の文理面から、憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていたことが認められる

- ・この理解は、枢密院の審査委員会でも提示され、憲法制定議会で憲法改正担当国務大臣による答弁でも示された
- ・法律による刑事陪審制度の創設を妨げない旨を規定する裁判所法3条3項（＝憲法と同時に施行）とも符合する
- ・憲法制定に際し、陪審制が存在していたことと、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭において検討されたことなど  
 →議論が陪審制を中心として行われているが、参審制を排除する趣旨は認められない

C a 刑事裁判に国民が参加して  
 民主的基盤の強化を図ること + b 人権保障を全うしつつ  
 刑事裁判の使命を果たすこと

……決して相容れないものではない

このことは、陪審制・参審制を有する欧米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得る

(4)A 国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分に調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はない

B 国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべき

＝憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解される【要旨1】

3 裁判員法による裁判員制度の具体的な内容について憲法に違反する点があるか否か

(1) 所論①（憲法 31 条、32 条、37 条 1 項、76 条 1 項、80 条 1 項違反）について

A 憲法 80 条 1 項が、裁判所は裁判官のみによって構成されることを要求しているか否かは、憲法が国民の司法参加を許容しているか否かに帰着する問題である。憲法は、下級裁判所については、国民の司法参加を禁じているとは解されない

→裁判員裁判の裁判体は、憲法上の「裁判所」に当たらないとはいえない

B 問題は、裁判員裁判の裁判体が、刑事裁判に関する憲法上の要請に適合した「裁判所」といい得るか否かである

C 裁判員法の規定

a 原則として、裁判官 3 名及び裁判員 6 名によって裁判体を構成する（2 条 2 項、3 項）

b 裁判員は、有権者からくじによって候補者が選定され、不公正な裁判をするおそれがある者、あるいは検察官・被告人から不選任請求された者などが除かれたうえで、残った候補者からさらにくじ等の方法に従って選任される（13 条～ 37 条）

c 解任制度により、判決に至るまで裁判員の適格性が確保される（41 条、43 条）

d 裁判員は、裁判官とともに合議体を構成し、事実の認定・法令の適用・刑の量定について合議し、法令の解釈に係る判断・訴訟手続に関する判断等は裁判官に委ねられている（6 条）

e 裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負う（9 条）。裁判官・検察官・弁護人は、裁判員がその職責を十分に果たし得るよう、審理を迅速で分かりやすいものとするに努めなければならない（51 条）

f 評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有し、その合議によるものとされる（6 条 1 項、66 条）。その際、裁判長は、法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を分かりやすいものとなるよう整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならない（66 条 5 項）

g 評決は、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（67 条）

h 評議における自由な意見表明を保障するために、評議の経過等に関する守秘義務を設ける(70条1項)。裁判員に対する請託・威迫等は罰則をもって禁止されている(106条、107条)

→・裁判員裁判の裁判体は、身分保障の下で独立して職権を行使することが保障された裁判官と、公平性・中立性を確保できるよう配慮された手続の下に選任された裁判員とによって構成される

・裁判員の権限は、裁判官と共に公判廷で審理に臨み、評議において事実認定・法令の適用・有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにある

=司法権の内容

≠あらかじめ法律的な知識・経験を有することが不可欠な事項

・裁判長は、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならない

……これらを考慮すると、裁判員が、さまざまな視点や感覚を反映させつつ、裁判官との協議を通じて良識ある結論に達することが十分に期待できる。他方、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている

D →公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること(憲法31条、32条、37条1項)は制度的に保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はない

→憲法31条、32条、37条1項、76条1項、80条1項に違反しない

【要旨2】

(2) 所論②(憲法76条3項違反)について

A 憲法76条3項によれば、裁判官は憲法・法律に拘束される。裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項違反との評価を受ける余地はない【要旨3】

B 憲法76条3項は、裁判官の職権行使の独立性を保障することにより、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものである  
→裁判員制度の下でも、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を裁判の基本的な担い手として、法に基づく公正中立な裁判の実現が図られている

→憲法76条3項の趣旨に違反しない

C 裁判官の2倍の数の国民が加わって裁判体を構成し多数決で結論を出す制度の下では、裁判官のみで判断する場合と結論が異なる場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張

- ←そもそも、国民が参加した場合であっても、裁判官の多数意見と同じ結論が常に確保されなければならないということであれば、国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない
- 裁判官の多数意見が常に裁判の結論でなければならないとは解されない
- ・評決の対象が限定されている
- ・評議に当たって裁判長が十分な説明を行う
- ・評決は、単なる多数決ではなく、多数意見の中に少なくとも1人の裁判官が加わっていることが必要とされている など
- 裁判官のみによる裁判の場合と結論を異にするおそれがあることをもって、憲法上許容されない構成であるとはいえない
- 憲法76条3項に違反しない

(3) 所論③ (憲法76条2項違反) について

裁判員制度による裁判体は、地方裁判所に属するのであり、その第1審判決に対しては、高等裁判所への控訴及び最高裁判所への上告が認められており、特別裁判所には当たらない【要旨4】

(4) 所論④ (憲法18条後段違反) について

- 裁判員の職務等により、国民に一定の負担が生ずることは否定できない
- ↔裁判員法1条は、制度導入の趣旨について、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することを挙げる
- =これは、この制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示していると解される
- 裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり、これを「苦役」ということは必ずしも適切ではない
- ・裁判員法16条が辞退事由を規定し、同条8号及び同号に基づく政令で相当な理由がある場合には辞退を認めるなど、辞退に関し柔軟な制度を設けている
- ・出頭した裁判員・裁判員候補者に対する旅費・日当等の支給により負担を軽減するための経済的措置が講じられている (11条、29条2項)
- これらの事情を考慮すれば、裁判員の職務等は、憲法18条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかである。また、裁判員候補者のその他の基本的人権を侵害するところも見当たらない【要旨5】

#### 4 裁判員制度の意義

##### A 裁判員制度は、

- ・ 裁判員が個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任され、  
裁判官のような身分を有しないという点 = 陪審制に類似
- ・ 裁判官と共に事実認定・法令の適用・刑の量定を行う点  
= 参審制と共通
- ・ 我が国独特の国民の司法参加の制度であることができる
- ・ 優れた制度として社会に定着するためには、その運営に関与する全ての者による不断の努力が求められる

##### B 我が国の刑事裁判は、裁判官を始めとする法曹のみによって担われ、 詳細な事実認定などを特徴とする高度に専門化した運用が行われてきた → 国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したものにもなりかねない

##### C 裁判員制度は、司法の国民的基盤の強化を目的とするものである

国民の視点や感覚と法曹の専門性が常に交流することによって、相互の理解を深め、それぞれの長所が活かされるような刑事裁判の実現を目指すものといえることができる

目的を十全に達成するためには、相当の期間が必要

その過程も、国民に根ざした司法を実現する上で、大きな意義を有する

いままにこれも憲法違反ではないという判断を示し」たが、「当事者が判断を求めている論点について判断を下すというのはもちろん違法で」あるとする見解もある。<sup>12)</sup> 裁判員経験者によつて制度の違憲性が争われた福島地判平成二六年九月三〇日判時二二四〇号一一九頁に係る事件でも、本判決に係る事件の争点をめぐつて争われた。<sup>13)</sup>

この点、裁判所法一〇条二号は、最高裁判所の小法廷が裁判できないものとして、同条一号の当事者の主張に基づいて法令等の憲法適合性を審査する場合を除いて法令等が憲法適合的でないと認める場合を規定しており、この条項は、すなわち裁判所が当事者の主張に基づかずに職権で法令等の憲法適合性を審査することができること、あるいは、裁判所の憲法適合性の審査は当事者の主張する範囲に限定されず、当事者の主張していない憲法上の争点についても裁判所が職権で判断を行うことを示唆している。<sup>14)</sup>

また、かりに裁判所の憲法適合性の審査が当事者の主張した争点に限定されると解しても、そもそも、本件弁護人の主張した争点は、弁護人自身の要約するところの二か条の適合性問題に限定されていたと解するべきであろうか。

弁護人は、上告趣意書において、憲法八〇条一項前段に違反して選任された裁判員が裁判所を構成するがゆえに、裁判員の参加する合議体が憲法三二条や三七条一項に定める「裁判所」に該当せず、したがって、そのような憲法上の「裁判所」ならぬ合議体は司法権（七六条一項）を有しておらず、そのような合議体が被告人に刑罰を科することは三一条に違反すると主張している。<sup>15)</sup> また、わが国の旧陪審制度における陪審の更新制度に相当する規定が裁判員制度には存在しないということを理由に、七六条三項に抵触するとも主張している。一八条違反に関しては、裁判員の職務について、「多様多種の法的制裁……をちらつかされての義務として押しつけられた「苦役」であった」と述べている。<sup>17)</sup>

たしかに上告趣意書において弁護人は八〇条一項及び七六条一項・二項の適合性問題<sup>18</sup>だけを争うと明示しているものの、三一条、三二条、三七条一項、七六条三項については、その適合性が八〇条一項適合性と論理的に関連づけられており、前提問題としてその検討が不可欠であったと解される。したがって、八〇条一項及び七六条一項・二項以外に、三一条、三二条、三七条一項、七六条三項の適合性を最高裁判所が判示したことについて、当事者の主張と裁判所の判断との呼応関係には問題はないと解する<sup>18</sup>。

なお、最高裁判所は、本判決において、憲法制定時の議論や外国法制の内容・歴史などに依拠して、国民の司法参加の制度ないし具体的な裁判員制度の憲法適合性を肯認する判断を行っているが、調査官解説によれば、これらに関する証拠は、第一審及び控訴審を通じて取り調べられておらず、上告審でも公判顕出の手續は行われていないという。この点、調査官解説は、「一般論としては、ある法律の憲法適合性を判断する上で前提となる事実関係に関する証拠を、公判廷で取り調べるのか、少なくとも公判顕出という方法を取るべきなのかについて、種々の議論があり得るであろう」が、「本件の論点に関する上記……に関する資料は、基本的にはいずれも容易に入手できるものである上、理論上は憲法適合性は規範の解釈問題でありそのため<sup>19</sup>の判断資料は職権探知によることが可能であると解されることからすると、証拠調べや公判顕出などの手續を経ていないことに問題視すべき点はないと思われる」と述べている<sup>19</sup>。

### 三 国民の司法参加の憲法適合性

筆者は、旧著において、まず、国民の司法参加の憲法適合性の検討を行ったうえで、次に、具体的な参加制度の一

つとしての裁判員制度の憲法適合性について検討を行った。<sup>(20)</sup> 平成二三年大法廷判決も、拙著の論証方法と同様の構成を採っている。

本稿においても、具体的な裁判員制度の憲法適合性についての考察に入る前に、まずは国民の司法参加が日本国憲法によって禁じられているか否かについて検討することとする。

### 1 国民の司法参加を認める憲法条項の不存在の意義

国民の司法参加を違憲とする学説の多くは、日本国憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことを、憲法が国民の司法参加を禁止する意味であると解してきた。<sup>(21)</sup> これは、法学協会編『註解日本国憲法』も支持している、憲法制定直後のきわめて有力な見解であった。<sup>(22)</sup>

これに対して、司法参加を合憲とする学説の多くは、憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことが必ずしも国民の司法参加の禁止を意味するとはいえないと考えてきた。<sup>(23)</sup> すなわち、国民の司法参加を肯認する明文の規定はたしかに存在しないが、その一方で、憲法には、国民の司法参加を禁止する規定も存在しない。したがって、禁止されていない以上は、国民の司法参加が許容されている状況であるから、法律上、国民の司法参加の制度を創設することは（憲法適合性は具体的な制度如何によるものの、一般論として）合憲である。

憲法が明文で任意の制度を認める規定を設けていなくとも、当該制度を禁止する規定がない限り、国会が法律によつて当該制度を設けることは許容されるというのは、一般的な憲法解釈手法としてはありうるところである。<sup>(24)</sup> かかる解釈方法を否定するならば、あらゆる法制度は憲法上の根拠がなければ認めることができないということになるが、

それはきわめて不合理である。

この点、本判決は、「明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない」と判示しており、合憲説に立っている。

もとより、「民主主義国家であるからといって、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」とするのが判例の立場である（最大判昭和二五年一〇月二五日刑集四卷一〇号二一六六頁<sup>25</sup>）。民主主義の原理ゆえに国民の司法参加の制度を導入すべきとする議論は、憲法制定当初から存在し、かつ、裁判員制度の設計段階でも有力な見解の一つでもあった<sup>27</sup>。しかしながら、民主主義の政治体制を採る諸外国の多くが、国民の司法参加の制度を採用しているからといって、わが国が司法参加の制度を必ず採用しなければならないということにはならない。

また、判例は、「憲法三七条及び憲法前文は陪審による裁判を保障するものではない」（前掲最大判昭和二五年一〇月二五日）、ないしは「通常裁判所に陪審が関与すべきことを憲法自体が何ら要求していないことは極めて明らかである」（最三小決昭和五〇年六月六日集刑一九六号五四一頁）とも判示している。すなわち、国民の司法参加は、先に述べたとおり憲法上禁止されていない（許容されている）が、逆に、要請されているものでもない。したがって、刑事裁判へ直接国民が参加する制度が実質的に存在しなかった裁判員制度導入以前のわが国の刑事司法制度は違憲状態ではなかったということも、ここで確認しておきたい<sup>28</sup>。

憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しなくとも、法律で国民の司法参加の制度を創設することは可能である。しかしながら、さらに「比較法的に見て、憲法に明文の規定がなくとも国民の司法参加が認められている例があること」をもって、わが国の憲法においても同様に国民の司法参加の制度の創設が認められるとする議論<sup>29</sup>には、筆者は賛

同できない。たしかに、ドイツやフランスなど、憲法に国民の司法参加を定めていないながらも参審制度を設けている国があるのは事実である。しかしながら、諸外国の憲法に国民の司法参加を認める規定がなく、それでも制度が設けられているということが、わが国の憲法に同様に規定がなく、それでも制度を設けようということを正当化することには直ちにつながるとはいえなからう。およそ国民の司法参加なるものはすべて憲法に根拠をもたなくてもよいということが比較法的に普遍的なものとしていえるのであれば別論、憲法に国民の司法参加を定めている国も少なくとも以上は、<sup>30</sup>憲法上の規定が存在しないということに関して、ことさら諸外国の例を挙げることは必要ない。

つまり、特定の制度の創設を要請する憲法上の規定の不存在がかかる制度の立法による創設の禁止を意味しない(許容する)ということを挙げれば、日本、憲法の解釈論としては十分である。ことさらここで諸外国の例を挙げて、憲法上の明文の根拠なく司法参加の制度を法律で創設しようということを立証する意義はない。なお、平成二三年大法院判決も、この文脈では、比較法を用いていない。

## 2 憲法の基本的原理と司法参加の許否一般

憲法に国民の司法参加を認める規定が存在しないことが司法参加の制度を創設することの障害とはならないという条文上の問題が解決したとしても、では、次に、それを前提として、憲法上、刑事裁判に国民が参加することが許容されるか否かが問われることとなる。

この点、平成二三年大法院判決は、憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯、憲法の関連規定の文理の三つ<sup>31</sup>を総合的に検討して判断されるべきであると判示してい

る。なお、比較法的知見はここでは独立の考慮要素とはされておらず、あくまで、わが国憲法の基本原理等の検討とわが国憲法制定当時の議論の検討の部分とにおいて、諸外国の陪審・参審制度が言及されているにすぎない。

### 1. 適正な刑事裁判を実現するための諸原則と裁判官の基本的担い手性

第一に、本判決は、憲法が採用する統治の基本原理や刑事裁判の諸原則について、「刑事裁判は、人の生命すら奪うことのある強大な国権の行使である」から、「多くの近代民主主義国家において、それぞれの歴史を通じて刑事裁判権の行使が適切に行われるよう種々の原則が確立されてきた」と判示する。具体的には、判決は、憲法三一条から三九条によって定められている、適正手続の保障、裁判を受ける権利、令状主義、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利、証人審問権・証人喚問権、弁護人依頼権、自己負罪拒否の特権、強制による自白の排除、刑罰不遑及の原則、一事不再理などを挙げて、これらを「適正な刑事裁判を実現するための諸原則」とするとともに、これらのうちほとんどが「各国の刑事裁判の歴史を通じて確立されてきた普遍的な原理」であると位置づける。そして、これらの諸原則は、「刑事裁判を行うに当たっては……厳格に遵守されなければならない、それには高度の法的専門性が要求される」ため、「憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定していると考えられる」と判示する。なお、その前提として、上述のとおり、適正な刑事裁判を実現するための基本的な諸原則が憲法上規定されているとともに、裁判官の職権行使の独立と身分保障についても憲法上周到な規定が設けられていることを、判決は摘示している。ここで重要な点は、(一)適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守しなければならない↓(二)これを遵守するためには、高度の法的専門性が要求される、したがって↓(三)憲法は刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定してい

る、という議論の流れである。刑事裁判における裁判官の基本的担い手性は、本判決で繰り返し登場する概念であるが、本判決の冒頭の国民の司法参加の憲法適合性を立証する重要な総論部分において、適正な刑事裁判の実現という、制度を憲法適合的とするための不可欠の要素を基礎づけるものとして位置づけられていることに注目したい。裁判官の基本的担い手性を侵害するような制度設計構想は、判例によれば、適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守することができなくなるため、憲法違反となると解するほかなくなる。

## 2. 諸外国の陪審・参審制度及びわが国の旧陪審制度と民主主義の原理

第二に、本判決は、「歴史的、国際的な視点から見ると、欧米諸国においては、……18世紀から20世紀前半にかけて、民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れが広がり、……20世紀半ばには、欧米の民主主義国家の多くにおいて陪審制か参審制が採用されていた」と述べる。ここで、国民の司法参加の制度が諸外国で採用されてきたことが指摘されるとともに、それが民主主義という政治原理と関連することが摘示されている。ただし、判決文を注意深く読めば明らかであるが、本判決は、民主主義の原理を具体化するために（あるいは、司法の民主化のために）国民の司法参加の制度が導入されたとは述べておらず、また、陪審・参審制度の目的が民主主義の原理であるとも述べていない。あくまで、（わが国以外の）民主主義の国家において、民主主義の進展とともに、司法参加の制度が採用されたという事実を叙述しているにすぎない。<sup>32</sup> 判決のこの部分をもって、わが国の最高裁判所が、諸外国の国民の司法参加の制度を民主主義の原理に基づくものと位置づけたとみるのは誤りであり、<sup>33</sup> ましてや民主主義の原理こそがわが国の国民の司法参加の制度の意義であると判

示したと読むのは、明らかな誤読である。先に触れたとおり、「民主主義国家であるからといつて、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」とするのが判例の立場である点は看過すべきではない（前掲最大判昭和二五年一〇月二五日）。

諸外国で国民の司法参加の制度が採用されていたとの議論に続き、わが国でも、一九二三年に旧憲法下で陪審法が制定され、一九二八年から一九四三年まで陪審裁判が実施されたことが紹介されている。一見すると、民主主義という大きな潮流の下に、諸外国の陪審・参審制度が生じ、論理必然的にわが国の旧陪審制度が登場したと叙述するかのようであるが、しかしながら、改めて考えてみるに、平成二三年大法廷判決におけるこの旧陪審制度への言及は、より慎重に理解すべきであろう。判決文では、わが国の旧陪審制度が民主主義の原理に基づき設計されたとは述べられていない<sup>(34)</sup>。また、わが国の旧陪審制度は、諸外国の陪審・参審制度とは異なり、陪審の答申に裁判所が拘束されない特殊な制度であった。本判決は、しばしばわが国の陪審法ないし旧陪審制度について言及するが、そこで陪審の更新という制度が認められていたということについては<sup>(35)</sup>、一切触れられていない。私見では、講学上のいわゆる陪審制度（アメリカ合衆国の制度などを典型とする、陪審の答申に拘束力があるもの）と、陪審の答申に拘束力のない戦前のわが国の陪審制度とは、概念として明確に区別すべきであると解するが、いずれにせよ、本判決にいう「陪審制」とは、いわゆる陪審制度に限らず、わが国の旧陪審制度のような形態を含む広義のそれとして理解すべきであるという点に注意が必要である。

### 3. 陪審制度の憲法適合性についての憲法制定当時の政府見解

第三に、本判決は、憲法が「司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについて関心が払われていた」ことを判示する。そして、ここで、国民の司法参加の許否についての憲法の「関心」の前提として、上述の時代背景と、憲法前文で宣言された国民主権の原理を挙げる。

ここでは、(一)旧憲法の規定と現憲法の規定との比較と、(二)現憲法における下級裁判所の規定と最高裁判所の規定との比較が行われている。すなわち、前者とは、旧憲法二四条の「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ権ヲ奪ハル、コトナシ」という規定が、現憲法の「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」(三二条)、ないし「すべて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」(三七条一項)という規定に改められたこと、つまり、「裁判官による裁判」から「裁判所における裁判」へと表現が改められたことである。新旧憲法におけるこの表現の変化は、旧著で述べたとおり、国民の司法参加を許容する趣旨を明確にするために意識的に行われたものであるということが、憲法制定当時の議論から明らかになっている。<sup>(36)</sup> 後者は、現憲法において、最高裁判所が「長たる裁判官」と「法律の定める員数のその他の裁判官」とで構成されることを規定している(七九条一項)一方で、下級裁判所については、裁判官のみで構成される旨を明示した規定を置いていないことを指す。裁判所の構成に関するこの憲法規定の差異は、下級裁判所であれば裁判官以外の構成員を認める解釈を許す余地を生じさせる。<sup>(37)</sup> こうした文理に基づき、本判決は、「憲法制定過程についての関係資料によれば、……憲法制定当時の政府部内では、陪審制や参審制を採用することも可能であると解されていた」とする。さらに、このような理解が、枢密院の審査委員会においても提示され、憲法制定議会での憲法改正担当国务大臣による答弁において

も示され、かつ、この点について特に異論が示されることなく、憲法が可決・成立したことを挙げて、国民の司法参加の制度が憲法上許容されるとするのが憲法制定当時の政府見解であったと述べる。それに加えて、「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」とする裁判所法三条三項の規定も、こうした経緯に符合するとする。

もつとも、「憲法の制定に際しては、我が国において停止中とはいえ現に陪審制が存在していたことや、刑事裁判に関する諸規定が主に米国の刑事司法を念頭において検討されたこと等から、議論が陪審を中心として行われて」おり、これらの議論は、陪審制度（わが国の旧陪審制度を含む）が許容される論拠とはなりうるとしても、陪審制度とは似て非なる参審制度や参審制度と共通するところをもつ裁判員制度<sup>38</sup>については、制度の基本構造が異なる以上、同様に許容されるといえるということには必ずしもならないはずである。

この点、「以上のような憲法制定過程を見ても、ヨーロッパの国々で行われていた参審制を排除する趣旨は認められない」として、本判決では、構造の差異に着目した詳細な検討は避けられている。わが国に導入すべき司法参加の制度として、陪審制度ないしそれに近い制度とするか、または参審制度ないしそれに近い制度とするかという点は、裁判員制度の設計段階において激烈に議論された論点であるが、本判決のこの部分では、国民の司法参加の憲法適合性の検討という文脈であったためか、陪審制度と参審制度との区別に関心が払われていない<sup>40</sup>。

憲法制定当時の政府見解を踏まえて、「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ることと、憲法の定める人権の保障を全うしつつ、証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保するという刑事裁判の使命を果たすこととは、決して相容れないものではな<sup>39</sup>」いと述べるが、「このことは、陪審制又は参審制を有する欧

米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得るところである」として、比較法的知見を補充の論拠として挙げている。

#### 4. 国民の司法参加の憲法適合性…結論

国民の司法参加の憲法適合性についての本判決の結論部分は、判例集において、「要旨1」とされ、下線が引かれている。すなわち、「国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はなく、国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきものである。換言すれば、憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記の諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解されるのである」。

要するに、本判決は、国民の司法参加が、憲法上、一般的に禁止されていない・許容されているという前提を示したうえで、その合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきであることを明らかにしている。

なお、ここで立法政策に委ねられる国民の司法参加の内容として「陪審制」とあるのは、わが国の旧陪審制度を含むとしても、講学上のいわゆる陪審制度までも意味するか否かについては、議論が分かれるであろう。<sup>41</sup>

#### 四 裁判員制度の憲法適合性

前章では、国民の司法参加の憲法適合性について検討した。そこで、次に、本章では、参加制度一般ではなく、裁判員法に基づき創設された（具体的な制度としての）裁判員制度の憲法適合性について、平成二三年大法廷判決の議論に沿って、検討することとする。

前章で確認したとおり、本判決は、国民の司法参加の憲法適合性をめぐって、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきであると判示し、その際に、(一)適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守しなければならない↓(二)これを遵守するためには、高度の法的専門性が要求される、したがって↓(三)憲法は刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定している、という議論の流れを示した。具体的な裁判員制度の憲法適合性の審査にあっても、(a)適正な刑事裁判を実現するための諸原則の遵守と、(b)そのために要求される高度の法的専門性を担保する裁判官の刑事裁判における基本的な担い手性という二つの要素が、再び用いられることになる。<sup>(42)</sup>

##### 1 適正な刑事裁判を実現するための諸原則とそのための制度の不可欠な構成要素

所論①は、憲法三二条、三二条、三七条一項、七六条一項、八〇条一項違反をいうものである。

まず、憲法八〇条一項の問題とは、同規定が裁判所は裁判官のみによって構成されることを要求しているか否かということであるが、これは、国民の司法参加の憲法適合性の検討ですでに結論を得たとおり、憲法は、最高裁判所と

は異なり、下級裁判所については、国民の司法参加を禁じていると解されなため、「裁判官と国民とで構成する裁判体が、……憲法上の「裁判所」に当たらないということとはできない」。

次に考察すべき問題は、裁判員裁判の裁判体が、刑事裁判に関する憲法上の要請に適合した「裁判所」といえるか否かである。いわゆる裁判員制度違憲説は、三二条及び三七条一項によって保障される裁判を受ける権利について、裁判官による裁判を受ける権利を意味すると解したうえで、(裁判官ではない)裁判員の参加する裁判を認めれば被告人の権利が侵害されることになる<sup>(43)</sup>と主張するものである。この点、本判決は、具体的な裁判員法の諸規定について検討したうえで、この問いに対して肯定の結論を導き出している。

ここで具体的に検討された裁判員法の諸規定は、次のとおりである。すなわち、(a)原則として、裁判官三名及び裁判員六名によって裁判体を構成すること(二条二項、三項)、(b)裁判員は、有権者からくじで候補者が選定され、不正な裁判をするおそれがある者、あるいは検察官・被告人から不選任請求された者などが除かれたうえで、残った候補者からさらにくじ等の方法に従って選任されること(二三条―三七条)、(c)解任制度により、裁判員の適格性が確保されること(四一条、四三条)、(d)裁判員は、裁判官とともに合議体を構成し、事実の認定・法令の適用・刑の量定について合議し、法令の解釈に係る判断・訴訟手続に関する判断等は裁判官に委ねられていること(六条)、(e)裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務を負うこと(九条)と、裁判官・検察官・弁護人は、裁判員がその職務を十分に果たすことのできるよう、審理を迅速でわかりやすいものとする<sup>(44)</sup>ことに努めなければならないとされること(五二条)、(f)評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有しその合議によるものとされること(六条一項、六六条)、その際、裁判長は、法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議をわかりやすいものとなるよう整理し、裁判員が発言

する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう配慮しなければならないとされること（六六条五項）、(g)評決は、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こととされること（六七条）、(h)評議における自由な意見表明を保障するために、評議の経過等に関する守秘義務を設けること（七〇条一項）と、裁判員に対する請託・威迫等は罰則をもつて禁止されていること（一〇六条、一〇七条）の八事項である。これらは、憲法が要請する公正な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われることを制度的に保障するとともに、同じく憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保するための、裁判員制度の不可欠な構成要素といふべきものである。<sup>(44)</sup>

そして、裁判員法の具体的な制度設計の検討を通じて、本判決は、裁判員制度において、(一)一般の国民から選任された裁判員のみではなく、裁判官とともに裁判体を構成すること、(二)裁判員が公平性・中立性を確保できるように配慮された手続の下で選任されること、(三)裁判員の権限が限定されており、かつそれは必ず裁判官とともに行使されることを摘示し、その一方で、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障が裁判官の判断に委ねられていることから、「公平な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること（憲法31条、32条、37条1項）は制度的に十分保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はないということができると結論する（要旨2部分）。

国民の司法参加の憲法適合性は、適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されるか否かで決せられるものであり、その具体的な制度としての裁判員制度の憲法適合性も、同様に諸原則が遵守されうるものであるか否かに依存する。そして、裁判員法の具体的な規定を検討してもなお、(一)公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が

制度的に保障され、(二)裁判官の基本的担い手性が維持されていることから、したがって、先に挙げた諸原則を確保するうえで支障がないという結論が導出されるという。そして、判決は、「憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている」ことを挙げ、制度の憲法適合性が、裁判官の判断への参加ではなくて、もっぱら裁判官の判断に依存していると判示している点に注目すべきであろう。

## 2 評議における少数意見をもつ裁判官と裁判官の職権行使の独立の原則

裁判員裁判では、基本的な合議体は三人の裁判官と六人の裁判員で構成され(裁判員法二条二項前段)、評議における裁判員の関与する判断は、合議体を構成する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(六七条一項)。したがって、評議において大きく意見が分かれたとき、個々の裁判官が自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合が生じる。そこで、これが裁判官の職権行使の独立を定める憲法七六条三項に違反するかが問題となる。本判決に係る上告事件の所論<sup>(2)</sup>も、この点を争う。

例えば、裁判官全員が有罪の意見で、裁判員全員が無罪の意見である場合<sup>(45)</sup>、従前の裁判官のみによる裁判であれば、有罪の結論となる。裁判員裁判においては、無罪の結論となる。裁判員制度違憲論は、この点、「裁判官全員が有罪を確信しながら無罪判決を出さざるを得ない状況を裁判官に負わせるのは、憲法の右条項〔七六条三項〕に反する恐れが極めて大きい」とする<sup>(46)</sup>。

通説によれば、「裁判が公正に行われ人権の保障が確保されるためには、裁判を担当する裁判官が、いかなる外部からの圧力や干渉をも受けずに、公正無私の立場で職責を果たすことが必要である」<sup>(47)</sup>。そして、裁判官の職権行使の

独立原則とは、「司法権が立法権・行政権から独立していること」とともに司法権独立の原則の一内容をなすものであり、「裁判官が裁判をするにあたって独立して職権を行使すること」を意味する。<sup>48</sup> 本判決は、この原則について、「他からの干渉や圧力を受けることなく、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものである」と判示した。

ただし、裁判官の職権行使の独立の原則とは、終局的かつ絶対的な決定権限が個々の裁判官に対して付与されるという意味ではない。実際にも、法律に基づく裁判所による司法権行使に随伴する制約が予定されている。<sup>49</sup> すなわち、上級審の裁判所の裁判における事実認定にかかる判断には、下級審の裁判所に対する拘束力が認められていること（裁判所法四条）や、合議体において裁判官の意見が分かれた場合には、原則として過半数の意見によることとされ（裁判所法七十七条一項、二項）、少数派の裁判官は多数派の裁判官の意見に従うことになるが、憲法自体は、審級制（七六条一項、八一条）や合議制（七九条一項、八二条二項）を予定しており、これらが裁判官の職権行使の独立の原則に違反するとはいえなからう。

本判決は、この点に関して、まず、「憲法が一般的に国民の司法参加を許容しており、裁判員法が憲法に適合するようにこれを法制化したものである以上、裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項「憲法七六条三項」違反との評価を受ける余地はない」と判示する。要するに、本判決は、裁判員法が憲法に適合するとう判断を前提に、裁判官が自分の意見と異なる結論に従うのは、憲法適合的な法律に拘束される結果であるから、裁判官の職権行使の独立違反ではないという。<sup>50</sup>

しかしながら、「憲法に適合する法律に拘束される結果であるから」という簡潔な理由のみから、裁判官が自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があることが裁判官の職権行使の独立の原則に違反しないとする結論部分を直ちに導き出すことは、適切であろうか。ある法律それ自体が憲法適合的であるならば、それを適用することも常に憲法適合的であるということは、必ずしもいえないであろう。法律それ自体の合憲性が、その適用行為の憲法適合性を直ちに保障することにはならないからである。前記引用部分は、判例集においては要旨<sup>3</sup>として下線が引かれている箇所でもあるが、職権行使の独立に違反しないとする実質的な理由は判決文の記述のみから読み取ることが困難である。

そこで、判決には書かかれていない欠缺した論理を、調査官解説から補って理解することとしよう。裁判員法が憲法適合的であるということ(判決のいう論拠)から、裁判官が自分の意見と異なる結論に従わざるを得ないことが裁判官の職権行使の独立の原則に違反しないということ(判決のいう結論)が、どのように正当化されるのか。

調査官解説は、まず、「裁判官の職権行使の独立には、合理的な裁判制度の実現のためにいわば内在的な法的制約がある」と述べる。これは、判決文にはない記述である。そして、具体的には、「憲法自体が、合議体による裁判を予定している……(憲法79条、82条)」から、「一つの裁判体の中で、構成員の意見が異なる結果、自らの意見と異なる裁判行為に加わる場合があることは、合議体の構成員として少数意見となる場合など従来からあり得たことである」と説明する。そして、「そのことをもって、裁判官の職権行使の独立を侵害するものとは解されていない」との解釈を示す。ここまでを補って、ようやく、判決のいう論拠と判決のいう結論とが接続可能になる。すなわち、「憲法に適合する国民の司法参加に係る具体的な法制度の中で、裁判体の結論が個々の裁判官の意見と異なるものとなる

ことがあり得ることは憲法が当然予定しているといえる。<sup>51</sup> 裁判員裁判の合議体においても、裁判官が、他の構成員の意見に従わざるを得ないことがあるが、そのこと自体は従前と同じであり（異なる点は、従わざるを得ない他の構成員が裁判官に限らず、裁判員である場合もあるということである）、それ自体は憲法七六条三項に違反しない。

本判決は、さらに続けて、「裁判員制度の下においても、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を裁判の基本的な担い手として、法に基づき公正中立な裁判の実現が図られており、こうした点からも、裁判員制度は、同項〔憲法七六条三項〕の趣旨に反するものではない」と判示している。すなわち、七六条三項適合性を支える論拠としても、裁判官の基本的担い手性が用いられている。ここでは、裁判員の権限が限定され、法令解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断が裁判官の専権とされていることを示す例として、基本的担い手性が挙げられている。

### 3 裁判員裁判における特殊な評決方法と裁判員の実質的参加

本判決は、裁判官の職権行使の独立の原則に関して、上記引用部分に続けて、想定されうる批判に反駁している。その批判とは、「裁判官の2倍の数の国民が加わって裁判体を構成し、多数決で結論を出す制度の下では、裁判が国民の感覚的な判断に支配され、<sup>52</sup> 裁判官のみで判断する場合と結論が異なってしまう場合があり、裁判所が果たすべき被告人の人権保障の役割を全うできないことになりかねないから、そのような構成は憲法上許容されないという主張」のことである。例えば、二人の裁判官が無罪の意見、一人の裁判官は有罪の意見で、六人の裁判員が有罪の意見の場合には、従前の裁判官のみの裁判では無罪の結論になるものの、裁判員裁判では有罪の結論となる場合、それ

でも裁判官の意見である無罪という結論にならないとする議論である。

裁判員が刑事裁判に参加しても裁判官の多数意見で結論が決まるということは、裁判員の意見は裁判の結論に影響しないということであり、実質的に裁判員に評決権を認めないことを意味する。これでは、本判決のいうとおり、「国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない」<sup>54</sup>。したがって、国民の司法参加を実質的なものとするためには、かかる主張は斥けられなければならない。

また、最高裁判所は、この文脈で、評決の対象が限定される点と、評議にあたって裁判長が十分な説明を行うこととされている点を挙げるだけでなく、裁判員制度における特殊な評決方法についても言及している。すなわち、裁判員法六七条一項は、「構成裁判官及び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」（傍点本稿の筆者による）と規定しており、本判決が述べるとおり、「評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも1人の裁判官が加わっていることが必要とされている」。本判決は、このことを挙げたうえで「被告人の権利保護という観点からの配慮もされている」と述べ、合憲の結論を導いているが、これは、すなわち、裁判官が一人も加わらないで被告人に不利な結論となるのは、被告人の権利保護という観点からの配慮を欠くので、憲法適合性を維持できないと解すべきことを含意しているのであろう。そして、そのような解釈の前提となるのは、言うまでもなく、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性である。

評決方法に関して、裁判官の基本的担い手性は、どのようなことを要請しているだろうか。

例えば、高橋和之教授は、「少なくとも、法の専門家である裁判官（の多数）が無罪とするものを一般国民の参加で有罪にするというようなことのないような制度設計が必要と思われる」と述べ、裁判員制度に「危惧される点がない

わけではない」と主張する。具体的には、「双方の意見」を含まねばならないから、有罪とするには裁判員だけの過半数では足りず、少なくとも1人の裁判官の賛成が必要であるが、逆にいえば、2人の裁判官が反対しても有罪にしようるわけであり、「この点をどう評価するかは微妙なところがある」と述べる<sup>55</sup>。つまり、高橋教授によつて危惧され評価が微妙とされるところは、裁判官二人による無罪の意見で、従前は無罪であったものが、裁判員制度の導入以降は有罪となることである。つまり、裁判官の基本的担い手性は、このような場合に有罪の結論となることを排除する効果をもつものであると主張するものであろう。

しかしながら、評議において裁判官と裁判員とが基本的には対等な権限を有するものとし、評決方法については裁判員の主体的・実質的関与を確保することが要請されるとする司法制度改革審議会意見書の理解を前提とするならば、筆者は、裁判官の基本的担い手性は、裁判官二人が無罪と判断した場合の有罪の結論を排除する機能までは有していないと解する。もし裁判官二人が無罪と判断した場合でも（裁判官一人が有罪の意見で、裁判員六人が有罪の意見でも）無罪の結論としなければならぬのであれば、裁判官と裁判員の評決権が対等ではない（少数の裁判官の意見が多数の裁判員の意見に優位する）ことを認めることになるが、これは裁判員制度の出発点である審議会の意見書の立場に反するといえる。（高橋教授の表現を借りれば）裁判官はたしかに「法の専門家」であるが、事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定については、本判決によつてあらかじめ法律的な知識・経験を有することが判断に必ずしも不可欠とはいえないと判示されており、<sup>57</sup>法の専門家たる裁判官の評決権が素人の裁判員の評決権に常に優位すると解すべきとはいえない。

裁判員制度の憲法適合性を支える重要な要素の一つとしての基本的担い手性の射程は、法令解釈に係る判断や訴訟

手続に関する判断が裁判官の専権とされることと、事実の認定や刑の量定に関して裁判官が一人も加わらないで被告人に不利な結論とすることはできないことにとどまるのであって、これを超えて、後者に関して裁判官の評決権の裁判官の評決権に対する優位までを意味するものとはいえないと解すべきである。

なお、裁判員裁判に固有の特殊な評決方法（合議体の構成員全体の単純な過半数の意見ではなく、裁判官・裁判員双方の意見を含む過半数の意見）が、上述のように被告人に不利に適用されるケースでは、国民の司法参加を認める意義の重要部分を維持する要請と刑事裁判における裁判官の基本的担い手性の要請の両方がその結論を支持するが、逆に、この評決方法が被告人に有利に適用されるケース（すべての裁判員が有罪の意見でも、すべての裁判官が無罪の意見であれば、無罪の結論となる）においては、裁判官の基本的担い手性が、裁判員の実質的参加の意義を確保すべきという要請を乗り越えて、裁判員の多数の意見と異なる結論を支持することになる。

#### 4 裁判員の参加する合議体と特別裁判所

裁判員の参加する合議体が憲法七六条二項前段によって設置が禁止される「特別裁判所」に該当するかという論点は、裁判員制度を違憲と主張するこれまでの議論にはあまり見られない<sup>(58)</sup>、本件の弁護士独自の主張である。裁判員制度を鋭く批判する論稿を発表している西野喜一教授も、「本件で、弁護士は、裁判員の加わった法廷は憲法76条2項の「特別裁判所」に当たるといふ主張もしていたが、それは無理である」と断言している<sup>(59)</sup>。

本件において、この主張は、主位的なものではなく、「予備的主張」とされており<sup>(60)</sup>、弁護士によれば、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』（有斐閣、一九五四年）一一三六頁及び清宮四郎『憲法Ⅰ（法律学全集三）』の初版（有斐閣、

一九五七年)二八二頁<sup>(61)</sup>における特別裁判所の意義に関する説明を引用したうえで、(一)裁判員ないしその参加する合議体が最高裁判所及び下級裁判所のいずれの系列にも入らない「完全に異質の外部」に位置していること、(二)裁判員が「憲法順守義務」(上告趣意書原文ママ)を負わないこと、(三)裁判員が判決文においても公判手続調書においても匿名であること、(四)裁判員裁判の対象事件が裁判員法二条一項一号・二号に規定される「特別特殊な種類の事件」に限られかつ同法三条が二条一項一号・二号に該当する事件であつても対象事件から除外していること、(五)裁判員の参加する合議体は、「その事件限りのため一時の臨時のもの」であること、(六)裁判員の参加した第一審の裁判が「裁判所」による裁判でないとするれば、その判決に対する上訴ができるとしても、被告人から三審制の利益を奪うものであるということの六点を挙げて、裁判員の参加する合議体が憲法七六条二項前段の禁止する「特別裁判所」に該当すると主張した。<sup>(62)</sup>

一方、検察官は「裁判員の参加する合議体は、死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件など一定の重大事件に限って扱うものであるが、裁判所法により第一審の刑事裁判を所管する下級裁判所として設置された地方裁判所に構成されるものであり、その裁判に対しては高等裁判所及び最高裁判所への上訴が認められている」から、「裁判員裁判を取り扱う地方裁判所の裁判員の参加する合議体は、最高裁判所を頂点とする通常の裁判所の系列に属し、憲法の禁じる「特別裁判所」に当たらないことは明白である」と主張した。<sup>(63)</sup>

憲法七六条二項前段によって設置が禁じられる特別裁判所とは、通説的見解によれば、「特別の人間または事件について裁判するために、通常裁判所の系列から独立して設けられる裁判機関であり」<sup>(64)</sup>、判例は、「一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置されたもの」は特別裁判所にあたらないとしてい

る（最大判昭和三十一年五月三〇日刑集一〇巻五号七五六頁）。たしかに裁判員裁判の合議体は、弁護人の主張するように、法律の定める一定の事件のみを扱う非常設的なものであるが、七六条二項前段の問題の本質は先に挙げた通説の定義のうちの後段部分、すなわち、通常の裁判所の系列外であるか否かであり、<sup>65</sup>事件の限定性や裁判所の非常設性は違憲性の判断に決定力をもつものではない。したがって、裁判員裁判の判決に対しては控訴等を行うことができる（刑事訴訟法二七二条）ゆえに、特別裁判所には該当しないと解するべきであろう。

本判決も、「裁判員制度による裁判体は、地方裁判所に属するものであり、その第1審判決に対しては、高等裁判所への控訴及び最高裁判所への上告が認められており、裁判官と裁判員によって構成された裁判体が特別裁判所に当たらないことは明らかである」と判示している。

## 五 まとめに代えて

本稿では、平成二三年最高裁大法廷判決に沿って、裁判員制度の憲法適合性について検討を行った。しかしながら、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる問題（判決の3(4)部分）については、紙幅の都合上、扱うことができなかった。挙げて今後の検討課題としたい。<sup>66</sup>

\* 本稿は、平成二七年度日本学術振興会科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金（若手研究（B）））「裁判員制度と弾劾制度の研究を通じた自由主義と民主主義との相克についての探究」（課題番号：二五七八〇〇一六）及び平成二八年度日本

学術振興会科学研究費助成事業（学術研究助成基金助成金（基盤研究（C）））「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号：一六K〇三三〇一）の研究成果の一部である。なお、本稿で、以下、「憲法」とは、特に注記のない限り、日本国憲法を指すものとする。

(1) 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）。

(2) 筆者は、本稿において、判例がいうところの裁判員制度を合憲と基礎づける本質的要素を析出する作業を行ったうえで、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において、今後の裁判員制度の展開の可能性と限界について考察する予定である。

(3) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成三三年度）』（法曹会、二〇一五年）二九五頁。最大判平成二三年一月一六日刑集六五卷八号二二八五頁についての調査官解説は、拙著・前掲注(1)について、「裁判員制度の憲法適合性の問題を、「民主司法のジレンマ」の問題として正面から取り上げ検討した文献」として紹介したうえで、憲法の基本的原理を考察する重要な箇所において引用している（二九六頁）。

(4) 第一審では、裁判員制度の憲法適合性は争われなかった。

(5) 控訴審判決は、憲法が下級裁判所の構成について直接定めず、裁判官以外の者が裁判に加わることを禁止した明文の規定を置いていないこと、裁判所法三条三項が刑事について陪審の制度を設けることを妨げないと規定していること、旧憲法二四条（裁判官の裁判を受ける権利）と現憲法三二条（裁判所における裁判を受ける権利）の文言の差異の三点を挙げている（刑集六五卷八号一三六五頁）。

(6) 本判決についての評釈として、青野篤「裁判員制度の合憲性——最高裁平成23年11月26日大法廷判決」大分大学経済論集六四卷一号（二〇二二年）六三頁、榎透「裁判員制度の合憲性〈最新判例演習室／憲法〉」法学セミナー六八五号（二〇二二年）一一六頁、君塚正臣「裁判員制度を最高裁判所大法廷が合憲と初めて判断した例」新・判例解説Watch（法学セミナー増刊）一〇号（二〇二二年）一二二頁、笹田栄司「裁判員制度の合憲性」ジュリスト臨時増刊一四五三号〔平成二四年度重要判例解説〕（二〇二三年）一〇頁、佐藤寛稔「裁判員制度の合憲性〈判例評釈〉」秋田法学五三三号（二〇二二年）九七頁、宍戸常

- 寿「裁判員裁判の憲法適合性」憲法判例研究会編『判例プラクティス憲法（増補版）』（信山社、二〇一四年）四六五頁、新屋達之「国民の司法参加・裁判員制度の合憲性（刑事訴訟法判例研究31）」法律時報八四卷一〇号（二〇一二年）一二六頁、土井真一「裁判員制度の合憲性」別冊ジュリスト二一八号〔憲法判例百選Ⅱ第六版〕（二〇一三年）三八六頁、南部晋太郎「裁判員制度の合憲性に関する大法廷判決〈新判例解説〉」研修七六五号（二〇一二年）二二頁、西野喜一「裁判員制度合憲判決にみる最高裁判所の思想とその問題点」法政理論四四卷二二三号（二〇一二年）八一頁、平良木登規男『国民の司法参加と刑事法学』（慶應義塾大学出版会、二〇一四年）二六九頁（初出は、同「裁判員裁判の合憲性〈刑事裁判例批評198〉」刑事法ジャーナル三三二号（二〇一二年）一三四頁）、前田雅英「裁判員裁判の合憲性〈警察官のための刑事基本判例講座第29講〉」警察学論集六五卷二号（二〇一二年）一三二頁、蒔田圭明「裁判員制度の合憲性」名城法学論集大学院研究年報三九集（二〇一一年）四五頁、毛利透「裁判員裁判の憲法適合性」法学教室三八九号別冊付録〔判例セレクト二〇一二年〕（二〇一三年）二頁がある。

(7) 以下、第1、1、①ないし(1)などの数字は、判決文の原文によるものである。一方、それ以外の記号やアルファベットの文字は、判決の構造の把握のために、本稿の筆者が補ったものである。

(8) 刑集六五卷八号一三〇三—一三四八頁。

(9) これは、本件の弁護士独自の概念であり、その意味するところは、憲法八〇条一項前段の規定に基づいて任命された裁判官であるという（刑集六五卷八号一三〇五頁）。

(10) 刑集六五卷八号一三二二頁。

(11) 刑集六五卷八号一三四八—一三五二頁。検察官も憲法の他の条項の適合性については一切論及していない。

(12) 西野喜一『さらば、裁判員制度——司法の混乱がもたらした悲劇』（ミネルヴァ書房、二〇一五年）一五九—一六一頁。織田信夫弁護士も、「大法廷判決は、……弁護士が特に上告趣意とはしていない憲法一八条後段違反と憲法七六条三項違反の問題を全く独自に上告趣意として取り上げ、判断してしまった」ことについて、「憲法八一条違反の判断であり、判決理由としての意味も拘束力もないのであり」、「上告理由とはなし得ないものを上告理由として構成し、それを判決に明記し、さも

弁護人が真実上告趣意としたかのように装った最高裁の欺瞞的行為は、国民として到底許し得ないことと言わざるを得ない」と憤怒する（織田信夫『裁判員制度はなぜ続く——その違憲性と不合理性』（花伝社、二〇一六年）一一一—一二三頁）。

(13) 本件は、福島地方裁判所郡山支部で行われた裁判員裁判で裁判員を務めた者が、自らが急性ストレス障害を発症した原因は、裁判員法によって裁判員候補者として出頭を求められ、裁判員に選任され、凄惨な内容を含む証拠を取り調べ、死刑判決に関与さざるを得なくなったからであり、裁判員法の規定は、憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反し、裁判員法を制定した国会議員の立法行為は違法であり、また、最高裁判所の裁判官は、平成二三年大法廷判決において、裁判員制度の推進を図るといふ政治的目的をもって裁判員法の合憲判断を行い、下級裁判所が裁判員法を違憲とする判断を示すことを困難にさせて裁判員法を運用させた違法があるとして、国に対して損害賠償を求めた事案である。

原告は、平成二三年大法廷判決に係る事件の被告人の弁護人の上告趣意書では、憲法八〇条一項本文前段、七六条一項・二項前段違反の主張のみが行われ、これに対する検察官の答弁書もこれらの規定に関する反論が記載されているのみであったことから、同判決において、「最高裁は、憲法一八条後段に違反しているか否かについては上告審において争点とはなっていないかつたにもかかわらず、これを争点として取り上げ、同条後段には違反しないとの判断を示したものであり、「最高裁平成二三年判決は、裁判員法の憲法適合性についての疑念を払拭し、裁判員制度の維持、定着化を図るといふ政治的目的のもと、法が憲法一八条後段その他の条項に違反するという上告趣意とされていない主張を、上告趣意として取り上げた上でこれを排斥しているものである」と主張した一方で、被告は、「最高裁平成二三年判決の事案における弁護人の上告趣意には……法が憲法七六条三項及び一八条後段に違反する旨も明確に主張されていた」と反論した（判時二三四〇号二二四—二二五頁）。これに対して、福島地方裁判所は、当該事件の被告人の「弁護人は、裁判員法は違憲無効であるから被告人は無罪であるとの主張をしていたものである」が、「裁判員法は手続法であり、仮にこれが違憲無効であれば、適正手続の保障（憲法三一条）の下、そのような違憲な法律に基づいて被告人が刑罰を科せられることはないものであるから、裁判員法が違憲無効であるため被告人は無罪であるとの上告趣意の中には、弁護人が明示に指摘した憲法の条項以外の条項であっても、それに裁判員法が違反すると判断されるのであれば、その旨も主張する趣旨が含まれている……と解するのが相当である」ところ、平成二三

年大法廷判決が、「上記弁護人上告趣旨を上記のように理解した上で」裁判員の職務等が裁判員等の基本的人権を侵害するところも見当たらないというべきであると判示しているものと解されるから、「上告趣意に含まれていない事項について判示したとはいえない」と判示した(一三五頁)。

(14) 最高裁判所事務局総務局編『裁判所法逐条解説 上巻』(法曹会、一九六八年)八九頁も、裁判所法一〇条二号の解説として、法令等が憲法に適合するかどうかについて、「裁判所が当事者の主張をまたないで判断する権限を有することは、いうまでもない」としている。

この点、次の安念潤司教授の記述が明快である。「訴訟法的には、ある法令が違憲であるという主張は法律上の主張であつて、しかも法適用上の意見の表明にすぎないから、それに格別の制限があるわけではないが、裁判所を拘束する意味もなく、裁判所の専権に属する法の解釈・適用に関する一資料であるに止まる。したがって、裁判所は、それを全面的に採用することも、全面的に無視することも、ともに可能であり、また、問題となつている法令が違憲であると考えらるならば、当事者の主張がなくても、違憲の判断をすることが、権限であれば義務でもある」(安念潤司「憲法訴訟論とは何であつたか、これから何であり得るか」論究ジュリスト一号(二〇一二年)一三三頁)。

(15) 刑集六五卷八号一三〇七頁。

(16) 旧陪審制度では、裁判所は、陪審の答申を不当と認めるときは、事件を他の陪審の評議に付することができる(陪審法九五条)。

(17) 刑集六五卷八号一三三二頁。そして、「この「苦役」とは、憲法第18条……における「苦役」と同じ意味内容である」と続ける(同頁)。

(18) その一方で、本事件において、最高裁判所が一八条適合性について判示する必要があつたか否かに関して、筆者は、必ずしも積極には解していない。詳細は、別稿「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題」において検討する。

(19) 西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二四頁。

(20) 拙著・前掲注(1)二一五―二三〇頁。

(21) 憲法普及会編『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』(国立書院、一九四八年) 八一―八二頁(兼子一執筆)、「元來、陪審制、參審制を採用する国々では、憲法中にこれを規定し、陪審員、參審員については、専門的裁判官についての任期、身分保障等に関する規定の適用の除外を明規するのが普通で(例えば、ワイマール憲法、ベルギー憲法)、わが憲法がこれらの制度を民主司法の当然のあり方として、採用する趣旨であつたならば、これに関し明文を設けたはずである。この点から、私〔兼子一〕は新憲法上これらの制度を採用する余地はないものと思う」、西野喜一『裁判員制度批判』(西神田編集室、二〇〇八年) 八六―八七頁(「わが国の場合には、そもそも憲法が、參審(陪審も同じ)という国民の司法参加に関する規定を全く有していない……。憲法は、国民の権利についても、司法を担う裁判官についても、それぞれ相当詳細な規定を設けていながら、国民の司法参加に関する規定を設けなかったということからすれば、司法に参加した国民がそのまま裁判の運命を決めるような形態での司法参加を認めるような見解は容れる余地はないと見るべきである。この解釈は、その当時、国民の司法参加という觀念が存在しなかったという場合にもそのまま言えることであるが、特に現行憲法制定段階にあつては、その直前まで、日本特有のスタイルであつたとはいえ、陪審法が生きて機能していたのであるから、立法の衝にある者にとって陪審制のことが念頭になかつた筈がなく……。まして改正憲法の原案起草に関与したのは世界で最も活発に陪審制を実施している国の人間であつた。それにも拘わらず、憲法の規定に、陪審制等、司法への国民参加の規定を全く盛り込まなかつたということとは、この憲法下では、これを実施させない趣旨であつたと見るべきものであろう」。

(22) 法学協会編『註解日本国憲法 下巻』(有斐閣、一九五四年) 一一二―八頁。なお、美濃部達吉『新憲法概論』(有斐閣、一九四七年) 一七六頁も、「陪審制及參審制……に付いては憲法に別に規定する所は無いが、司法権の総ては裁判所の行ふ所であり而して裁判所は裁判官のみから成ることを明示して居るのであるから、參審制は勿論陪審制も新憲法は之を認めない趣意であると解せられる」と述べるが、その翌年の同『日本国憲法原論』(有斐閣、一九四八年) 四六一―四六二頁(宮沢俊義教授によって補訂された版(一九五二年)では、四〇五―四〇六頁)では、裁判所法三条三項を挙げつつ旧陪審法の概要を概説しており、陪審・參審制度の憲法適合性については論及していない。

(23) 古くは、憲法普及会・前掲注(21) 一六四―一六五頁(木村亀二執筆)、「唯だ、新憲法では「裁判所」に於ける裁判として

「裁判官」の裁判とは為して居ない。……何となれば、勿論、「裁判所」に於ける裁判は必ず裁判官を以つて構成された裁判所の裁判たることを必要とするのは明白であるが、その裁判官が必ず常職の裁判官たるを必要とするかについては問題がある。……最高裁判所の構成については第七十九条第一項に……必ず常職裁判官を以つて構成すべき旨を明かにして居るが、下級裁判所の構成については憲法上かかる規定が存在しない。従つて、下級裁判所の構成に関しては陪審員又は参審員の如き素人裁判官を参加せしめることを法律を以つて定めても憲法違反とはならぬといふことになるのである」。その後、例えば、佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第五版〕』（学陽書房、一九九六年）五〇九頁（「個々の裁判に対する国民の参加の制度としては、……陪審および参審の制度があるか、これらの制度を採用するかしないかについては憲法は触れていない。従つて、法律によつて、これらの制度を設けることは可能である」、笹田栄司『裁判制度』（信山社、一九九七年）一七八—一七九頁（「参審制を認めるには憲法に明文の規定が必要が、そして憲法は専門の裁判官のみを予想してゐるのではないか……。「元来、陪審制、参審制を採用する国々では、憲法中にこれを規定」する時まで言うことはできないであろう。ドイツは現在でも参審制をとつてゐるが、裁判官の任期、身分保障に関わるボン基本法九七条には参審・陪審についての明示的な条文は見あたらず、法律レベルで規定されてゐるとどまる。……参審裁判官については法律に委ねられてゐるとみることも妨げられないのではなからうか。……日本国憲法八〇条についても、それは職業裁判官でない参審裁判官を法律で規定することを禁じてゐるとまでは言えないと思われる。即ち、立法者に委ねられた問題と解される余地はあるのである」。近時では、市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報七六卷一〇号（二〇〇四年）四二頁（「憲法上、参審制を明示的に禁止している規定がない以上、法律によつて参審制を導入することも許されるはずである」、大石和彦「国民の司法参加」をめぐる憲法問題——司法制度改革審議会最終意見書を受けて」白鷗法学一八号（二〇〇一年）一三二頁（「ドイツ基本法もフランス第五共和国憲法……も、陪審・参審制に全く言及していないのも確かで、陪審・参審制に関する憲法典の沈黙から直ちに、それらを憲法典が否定しているものと帰結することには、やはり無理があるように思われる」、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書」『岩波講座憲法4 変容する統治システム』（岩波書店、二〇〇七年）一五八頁（「国民の司法参加を憲法上必置の制度とするためには、憲法に明文の規定を置く必要があるが、しかし、国民の司法参加を認めるか否かを立法政策の問題とす

る場合には、独仏の例から見ても、必要的憲法事項と解する必然性はないように思われる」など。

(24) 笹田栄司教授は、「憲法が明文で命じるまたは禁ずる事項を別にすれば、憲法事項と法律事項の区別は憲法解釈によつて解明されねばならない」が、「裁判官制度についてみると、法律家である職業裁判官を基軸とし、それに裁判員制度を組み合わせる方式は立法府の裁量に委ねられている」と述べる(笹田栄司『司法の変容と憲法』(有斐閣、二〇〇八年) 八五頁)。

(25) 本文引用部分は、強盜被告事件の第一審・控訴審の裁判において陪審裁判が行われなかったことについて、「憲法第三十七条の公平な裁判所の裁判とは、陪審裁判を要請しているものといわねばならぬ」、「その理由は憲法前文が、国政は、「その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し」とあるところから当然にでてくることである」、「陪審裁判は民主主義国家の刑事裁判には固有の制度であり、民主主義とは切りはなすことのできないものである」などとする弁護人の上告趣意書に呼応するものである。

(26) 「新憲法が陪審制特に常職裁判官の判断を拘束するが如き陪審制も参審制も認めない趣旨だといふ議論は妥当ではない。若しこれを認めない趣旨であるといふならば、民主主義憲法たる新憲法が最も民主的な司法制度を否認することとなり、憲法それ自体の精神と矛盾する結果となる」(憲法普及会・前掲注(21) 一六七頁(木村亀二執筆))。なお、戦前において、美濃部達吉教授は、「陪審制度ハ大多数ノ立憲国ニ共通ナル制度ニシテ、殆ド立憲政治ニ伴フ必然ノ制度トシテ認メラル」ことをもつて旧陪審制度の合憲性を主張していた(美濃部達吉『改訂 憲法撮要』(有斐閣、一九四六年) 四九三―四九四頁)が、ここでいう立憲政治を現在でいう民主主義的政治体制を指すものと解すれば、かかる議論は戦前から存在していたということになる。

(27) 拙著・前掲注(1) 一〇六―一一四頁。

(28) さらに付言すれば、今後、裁判員制度を廃止するとしても、特段の事情の変更がない限り、直ちに違憲となるということはいえない。裁判員制度のような国民の司法参加は憲法上要請されておらず、司法参加の権利が(裁判員となりうる)国民に対して憲法上保障されておらず、また、裁判員の参加する裁判を受ける権利が被告人に憲法上保障されていないためである。

(29) 土井・前掲注(6) 三八七頁。大石・前掲注(23) 一三〇―一三二頁、土井・前掲注(23) 二五八頁も同旨。

(30) 例えば、わが国の憲法解釈論に大きな影響を与える国の一つであるアメリカ合衆国憲法には、陪審制度を設けなければならないという規定(三条二節三項)や、陪審裁判を受ける権利を保障する規定(修正六条、七条)が置かれている。わが国の司法権はしばしば英米法系のものとされており(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)五九八頁参照)、憲法制定史上もアメリカ合衆国の憲法解釈論を参考にすることに一定の合理性があるにもかかわらず、なぜに国民の司法参加の制度の憲法適合性の文脈においては、かの国で司法参加を認める憲法上の規定がある(一方で、わが国にはない)ということを見ざるのか。ドイツやフランスで憲法上司法参加を認める規定が置かれていないことを、わが国の憲法上の規定の不存在が制度創設禁止を意味しないことの論拠として挙げる学説は、この問いに対して的確に応答する責任があろう。

(31) 刑集六五卷八号一二九三頁七行目から九行目までの記述に関して、公用文における接続詞「及び」の通常の用法を前提とするならば、「総合的に検討して判断されるべき事柄」は、本文記載のとおり三つであると読むことになるが、それに続く判決文の記述内容から推察するに、判決は、「憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯」と「憲法の関連規定の文理」を一体のものとして扱っているようである。

(32) もっとも、諸外国の陪審・参審制度の発生ないし導入について、その民主主義的意義のみを強調することは、それらに対する不正確な理解を招来しかねない点に注意を要する。常本照樹教授によれば、「イギリスにおいて陪審制が通常の訴訟手続として導入されたのは一二世紀初頭といわれ」、「当初の陪審の機能は自己の知能に基づいて、裁判官からの質問に宣誓の上で答えるという証人的機能であった」が、「これがその後、証拠に基づいて判断を下す裁定者の機能に変質していったのである」という。たしかにアメリカ合衆国においては、「一八三〇年代からの四〇年代にかけてのジャクスニアン・デモクラシーの中で変容し」、「陪審の民主主義的意義が強調されるようにな」ってはいるものの、その一方で、「イギリスにおいては、国王と国王の手先である裁判官から民衆の自由を守るものとしての、陪審の自由主義的意義が認められるようになったのであり」、「このような陪審の自由主義的意義に注目して、陪審制度を導入したのが革命後のフランスであり」、「同様の事情はドイツにおいてもみられた」。もとより、諸外国の陪審・参審制度に民主主義的意義があることを筆者も否定しないが、常本教授の整理によれば、「イギリスにおいて、当初は国王の利益のために利用された陪審制は、その後の国王専制のもとで民衆の自由の

最後の砦といふべき位置づけを与えられるようになり、それが近代市民革命の中で、その自由主義的意義に注目したフランスやドイツによって導入されたのである」という（常本照樹「司法権——権力性と国民参加」公法研究五七号（一九九五年）六六—六九頁、傍点は本稿の筆者による）。

(33) そもそも、わが国の裁判所の使命は、諸外国の法制度の意義等を説明することではないし、わが国の裁判所には、諸外国の法制度の意義等を公権的に確定する権能は付与されていない。ここでは、諸外国の法制度の意義等について、わが国の裁判所がどのように理解したかが示されているにすぎない。

(34) わが国の旧陪審制度は、たしかに大正デモクラシーの影響を受けて導入されたと理解されている（三谷太一郎『増補 政治制度としての陪審制——近代日本の司法権と政治』（東京大学出版会、二〇一三年）二五一頁）が、これは、同時代的理解ではなく、あくまで後世の研究者等による評価である。そもそも、周知のとおり、戦前のわが国は民主主義国家ではなかったし、当時の政府は陪審制度の導入を民主主義の原理に基礎づけることを明確に否定している（詳しくは、拙著・前掲注（1）一一頁脚注（8）参照）。民主主義の原理とわが国の旧陪審制度との関係について、本判決が、それらを直接関連づけさせないように注意深く記述している点（刑集六五巻八号一二九四頁）は精読されるべきであろう。

(35) 併せて、わが国の旧陪審制度では、法定陪審事件であっても、被告人が任意に陪審裁判を辞退できたということについても、国民の司法参加の制度設計に関して重要な要素であるにもかかわらず、本判決はその点についての言及を避けている。

(36) 拙著・前掲注（1）二一九—二二〇頁。

(37) 拙著・前掲注（1）二二〇—二二二頁。

(38) 裁判員制度は、陪審制度とは（類似するが）異なる制度であるということと、参審制度と共通するところがある制度であるということ、そして、「我が国独特の国民の司法参加の制度であるということ」の三点については、本判決の4において、最高裁判所が明確に認めているところである（刑集六五巻八号一三〇—一頁）。

(39) 拙著・前掲注（1）一四—一四九頁。

(40) 裁判員制度登場以前の憲法学界において、陪審制度に関しては、陪審裁判を辞退する権利を認め、陪審の評決に裁判官が

拘束されないのであれば違憲ではないという立場が通説であった一方、参審制度については、その採用は困難であるという見解が有力であった。詳しくは、伊藤正己『憲法〔第三版〕』（弘文堂、一九九五年）五七〇―五七二頁、笹田・前掲注(23)一六七―一八九頁、常本・前掲注(32)七三―七五頁。学説の整理のみならず政府見解も含めて、拙著・前掲注(1)二一五―二二四頁参照。

(41) 詳細は、別稿「裁判員制度の意義と展開可能性」において検討する。

(42) 裁判員法の制定直後の時点で、市川正人教授は、すでに、裁判員制度の憲法適合性を検討するにあたっては、「裁判員制度の具体的なありようが、下級裁判所裁判官の基本的な構成員性を侵すものではないかどうか、また、公平な裁判所の刑事裁判を受ける権利を侵害するようものでないかどうかを検討されなければならない」と主張していた(市川・前掲注(23)四三頁)。本判決において裁判員制度の憲法適合性を基礎づけるものは、まさに市川教授が指摘していたとおり、(a)公平な裁判所の刑事裁判を受ける権利を保障するための(1)適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、(b)下級裁判所における裁判官の基本的担い手性の二つである。

(43) 大久保太郎「裁判員制度案批判(続)(上)——合憲性への疑問及びその他の諸問題」判例時報一七七二号(二〇〇二年)三―四頁、香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、二〇〇四年)五二七頁、西野・前掲注(21)九五―九九頁。

(44) 憲法が要請する公正な「裁判所」における法と証拠に基づく適正な裁判が行われることを制度的に保障するための裁判員制度の不可欠な構成要素(評議における自由な意見表明を保障するためのもの)として、本判決において、最高裁判所が、評議の経過等に関する裁判員への守秘義務と裁判員に対する請託・威迫等の禁止を明示的に挙げている点は注目に値する。

裁判員等の守秘義務については、制度設計段階から批判が見られ、制度施行後もなお、その範囲の明確化や緩和を求める意見が少なくない。例えば、三島聡教授は、裁判員に対して罰則を担保として守秘義務を課しているため、裁判員裁判の「評議は、ブラックボックスのまままったく検証ができない」ことを問題視する(三島聡「評議の適正の確保と評議の秘密」法律時報八四卷九号(二〇一二年)四二―四三頁)。大城聡弁護士と牧野茂弁護士も、評議がブラックボックスとなっていることを非難したうえで、日本弁護士連合会等による守秘義務の緩和を求める提言等を紹介するが、論者らは、裁判員経験者が近親者

に対してすら評議の内容等を話すことができないことを苦痛と感じ、守秘義務の存在が裁判員にとって重い心理的負担になるということに力点を置く（大城聡Ⅱ牧野茂「裁判員の義務・負担」刑事法ジャーナル三九号（二〇一四年）二五―二九頁）。梓澤和幸弁護士は、「職業裁判官の合議体こそ国民監視の対象の中心におかれるべきだ」という立場から、「職業裁判官には守秘義務違反につき一切刑事罰は想定されていない」一方で、「裁判員は守秘義務につき終身刑事罰による威嚇がついてまわる」ことになるから、「裁判員の守秘義務違反刑事処罰規定は立法論上撤廃すべきであり、運用は緩和すべきである」と主張するが、論旨は、特に、裁判員と裁判官との守秘義務違反に対する罰則の有無の差に注目するものである（梓澤和幸「裁判員制度と公開」山梨学院ロー・ジャーナル五号（二〇一〇年）五五―五六頁）。

立案担当者によるコメントールによれば、裁判員法七〇条一項の評議の秘密について守秘義務（九条二項）を課した趣旨は、「裁判の公正やこれに対する信頼を確保するとともに、評議における自由な意見表明を保障することにある」。そして、(一)評議の経過に関して、評議において、どのような論点について議論をしたのかを明らかにしてよいこととすると、後になぜその論点を議論したのかなどという批判がなされることを恐れて、評議において、各構成員が自由闊達に論点を提示することができなくなるおそれがあり、(二)裁判官・裁判員の意見に関して、個々の意見が明らかになるおそれがあれば、評議における自由な意見表明が阻害されるおそれがあり（たとえ発言者が特定されない形であっても、ある具体的内容の意見が述べられたことが明らかにすること自体が、そのような意見を述べることを躊躇させる原因となる）、(三)意見の多少の数に関して、全員一致で罪責が決まった場合などには、個々の裁判員の意見を明らかにすると同じであり、また、意見の分布を公表すれば、裁判員のうちだれがどちらの意見を述べたのかという詮索を招き、個々の裁判員に無用な負担をかけ、いずれにせよ評議における自由な意見表明が阻害されるおそれがあり、(四)評議における自由な意見表明が保障されなければ、評議の結果として適正な結論が得られることも期待することができないから、裁判の公正を確保することが困難となり、ひいては裁判の公正に対する信頼も確保できないこととなり、また、(五)無罪判決の確定後に、評決において相当数の有罪意見があったことが公表されることになると、裁判の公正への信頼が著しく損なわれることになる（辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（三）」法曹時報六〇巻三号（二〇〇八年）九九―一〇〇頁）。裁判員制度の趣旨を他に求めるならばいざ知らず、裁判員法

一条に定める「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」ことを基本としつつ、討議民主主義理論の見地から評議における討議性を重視する本稿の筆者の立場からは、評議の秘密に係る守秘義務が、裁判の公正やこれに対する信頼の確保と評議における裁判員の自由な意見表明の保障から要請されるとする、この説明は説得的なものであると解する。なお、評議の秘密以外の職務上知り得た秘密にも守秘義務が課される(九条二項)が、その典型例としては、審理の過程で知った個人の人プライバシーにかかわる秘密や法人その他の団体・機関の秘密等が挙げられる(辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1) 法曹時報五九卷二二号(二〇〇七年)一〇九頁)。裁判員法一〇八条は、現に裁判員である者(一項)のみならず、裁判員の職にあった者に対しても(二項)、守秘義務違反に対する罰則を設けているが、その趣旨としては、「評議の秘密以外の職務上知り得た秘密……を保護する必要性は、裁判終了の前後を通じて何ら変わりはないと考えられること」、「評議の秘密のうち裁判官若しくは裁判員の意見又はその多少の数については、裁判終了後であっても、これが公にされると評議における意見表明の自由が阻害されるおそれが特に大きく、裁判の公正さ、これに対する信頼を損なうおそれも大きいこと」、そして、「財産上の利益その他の利益を得る目的で評議の秘密を漏示する行為は、……特に悪質性が高いと考えられること」が挙げられる(辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(5・完) 法曹時報六一卷二二号(二〇〇九年)一六五頁)。

三島教授は、「評議の内容を秘密にすることは、評議における自由な意見表明やそれを通じた評議の適正、裁判の公正・公正への信頼に直接結びつくものではない」と述べ、「たんにこれらを実現するための外的な環境を整えるものにすぎない」とし、「評議の秘密を絶対視して、自由な意見表明や裁判の公正への信頼にたいする抽象的な危険がわずかでもあれば、開示を禁止する」という姿勢は妥当ではない」と述べ、裁判員の任務が終了した判決言渡し後の意見の開示の可能性について検討し、守秘義務を緩和すべきとの種々の提言をする(三島・前掲「評議の適正の確保と評議の秘密」四四―四五頁)。もともと、(たしかに「守秘義務を緩和すれば、判決言渡し後に裁判員……が発言者を特定せずに評議の経過等を対外的に語ることは許されることにな」り、「評議過程のブラックボックス化を防ぐことができ、実際の裁判員裁判で評議がどのような形で進められているのか、その概略が外部の者にもわかるようになる」としても)守秘義務の緩和が評議の適正さの確保には必ずしもつながらないとい

うことを三島教授は認めている（四六頁）。なお、論者は、守秘義務の緩和によって「評議の適正が十分に「確保」されるかは疑問の余地がある」ため、「事後の参加者の発言という間接的な方法によらずに、評議過程そのものを直接検証できる仕組み」として、評議室に録画・録音機器を持ち込み、評議の様子をそのまま録画・録音し、研究や研修を目的とする場合に限定して開示を認めるべきと主張する（四六―四七頁）。「録画・録音を評議参加者が意識して自由な意見交換が阻害される可能性があること」を論者自身も認めるものの、それは「研究や研修のための評議過程そのものの開示を完全に否定してしまう理由にはならないように思われる」とも述べる（四七頁）。興味深い提案ではあるが、評議における討議性を重視する本稿の筆者は、裁判員の自由な意見表明が阻害されうる危険性を強く警戒する。裁判の公正やこれに対する国民の信頼の確保と評議における裁判員の自由な意見表明の保障（これらは被告人の裁判を受ける権利の保障の前提となる）を犠牲にしてまで、研究や研修は重要なことなのであろうか。

守秘義務の存在が裁判員にとつて重い心理的負担になるとの主張は、裁判員の職にあつた者の実際の感想とは整合しない。裁判員経験者の意見交換会において述べられた守秘義務に関する意見・感想によれば、「守秘義務の負担の有無について述べた者は合計205人であるが、負担を感じるとする者は26人とどまり、179人は守秘義務の負担は（ほとんど）ないとしている」という。また、「守秘義務の要否について述べた者は合計81人であるが、必要であるとする者が73人であり、緩和すべきであるとする者は8人である」という（最高裁判所事務総局「裁判員裁判実施状況の検証報告書」（二〇一二年二月）二六頁）。なお、職業裁判官の守秘義務については、拙著・前掲注（1）八五頁注（15）参照。

憲法学の見地からは、例えば、青野篤准教授は、「表現の自由に対する制約である以上、その規制手段は、必要最小限度のものでなければならぬ」から「義務違反に対する制裁として、懲役刑まで正当化されるかは疑問がある」と主張する（青野篤「裁判員制度の憲法学的一考察——裁判員制度合憲判決（東京高等裁判所2010年4月22日）を踏まえて」大分大学経済論集六二巻五―六号（二〇一一年）二二七頁）。しかしながら、秘密漏示罪の法定刑については、裁判員が非常勤の国家公務員であることに鑑み、国家公務員法一〇九条一二号との均衡も考慮すべきであろう（裁判員等に対しては同条の適用はなく、裁判員法一〇八条のみが適用される）。現行の裁判員法一〇八条の定める法定刑は、裁判員が一般の国家公務員の職にある者とは

異なり、無作為抽出を基本として選定された一般の国民であり、必ずしも自らは希望しない場合であっても、その職務を行うものであることから、これに対する負担をできるだけ軽減すべきであるという要請と、秘密漏示行為の悪質さや個々の犯情に応じた適切な処罰が可能となるような法定刑として守秘義務の遵守を確実に担保するという要請の両者を勘案した結果である(辻・前掲「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(5・完)一六四頁)。また、青野准教授は、裁判員の職にあった者に対する守秘義務に関しては、評議の経過については、「裁判長の評議における2つの義務(裁判員法66条3項・5項)を誠実に尽くしたか否かを事後的に検証するためにも、公にすることが許されるべきで」あり、また、意見表明の規制については、「自らが関わった裁判についての自らの意見を述べるのが裁判の信頼性を「著しく」害するとまではいえないのではないか」と主張する(青野・前掲「裁判員制度の憲法学的考察」)。この点、前者については、本判決でも述べられているとおり、裁判員制度の設計の基本的視点として、裁判官と裁判員との関係は協働すべきものと位置づけられており、裁判官に対する不信任感を前提として、裁判員をもつて裁判官を監視させるために設計された制度ではないことを想起するとき、基本的な視座がずれているのではないかと思われる(この指摘は、評議における事後検証の必要性を論拠とする他の守秘義務緩和論者に対するものとしても妥当する)し、また、後者については、著しいか否かは程度の問題であるが、一定の程度であっても裁判の信頼性を害するおそれがあるとすれば、裁判員制度の趣旨(司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上)と矛盾する制度設計の提案であるといわざるを得ない。なお、被告人が裁判員の守秘義務の規定の違憲性を主張し裁判員裁判の第一審の判決の破棄を求めて控訴したという仮想事例を検討するものとして、柴田憲司「裁判員の守秘義務と表現の自由」小山剛ほか編『判例から考える憲法』(法学書院、二〇一四年)二五五頁がある。

(45) 裁判員六人全員が無罪の意見でなくとも、五人の裁判員が無罪の意見(一人の裁判員が有罪の意見)であれば、同じことがいえる。

(46) 西野・前掲注(21)九五頁(原文ママ)。

(47) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第六版)』(岩波書店、二〇一五年)三五六頁。

(48) 芦部・前掲注(47)三五七頁。芦部信喜教授によれば、それは、「司法権独立の核心」であるとされ、「単に、他の指示・命

令に拘束されないというだけでなく、事実上、他の機関から裁判について重大な影響を受けないという要請をも含んでいる」ともいう（同頁）。

(49) 拙著・前掲注(1)二二二—二二四頁。

(50) この点、西野喜一教授は、「こういう点から制度は憲法違反ではないかという問題提起に対して、制度は憲法違反ではない（憲法は許容している）から憲法違反ではないのだと言っているわけで、これではただの循環論法」であると指摘する（西野・前掲注(12)二〇一頁）。

(51) 西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二二—三二三頁。

(52) もっとも、弁護人は、「第一審（千葉地方裁判所）の裁判員たちを責めることはできない」と述べており（刑集六五巻八号一三三—一頁）、本件においても「裁判が国民の感覺的な判断に支配され」とは主張していない。調査官解説も、感覺的な判断に支配される裁判ということとは、弁護人が主張するところではないことは承知のうえで、「この判示部分は、裁判員制度に対し、裁判が国民の感覺的な判断に支配されるという趣旨の批判・懸念が存すると思われることから、そのような批判・懸念に対する応答をするのが相当との考えから判断が示されたものと推測され」としている（西野Ⅱ矢野・前掲注(3)三二三頁、傍点は本稿の筆者による）。つまり、かかる判示は、本件の当事者が主張していない、裁判員制度への仮想的な批判に対する（裁判所による）予防的な反論ともいえるべき部分である。

(53) 裁判員六人全員が有罪の意見でなくとも、四人以上の裁判員が有罪の意見（二人以下の裁判員が無罪の意見）であれば、同じことがいえる。もっとも、実際には、一人の裁判官と四人の裁判員が有罪の意見で、二人の裁判官と二人の裁判員が無罪の意見といった五対四という僅差で有罪無罪の意見が分かれるようなケースでは、評議が継続されることが多からう。

(54) ただし、本判決が、裁判員に実質的に評決権を認めるべきではないとする見解に対して、その意義を全面的に否定するのではなく、「国民の司法参加を認める意義の重要な部分が没却されることにもなりかねない（傍点は本稿の筆者による）」として、意義の部分的な否定という評価にとどめている点に着目したい。

評決という手続はきわめて重要であるが、刑事裁判への参加にとって、必ずしもそれが本質的に不可欠なものであるとはい

えない。かりに評決権が裁判員に与えられず、裁判員が裁判官とともに公判廷で審理に臨み、評議において事実の認定・法令の適用・刑の量定について意見を述べるのみの（評決に関与できない）制度であったとしても、そのような参加は、ある程度は、司法に対する理解の増進とその信頼の向上に寄与するだろう。現に、現行の裁判員制度の下でも、評決権のない補充裁判員の参加の意義に関して、補充裁判員には評決権がないのだから司法に対する理解の増進とその信頼の向上には寄与しないなどとする議論は見受けられない（むしろ、補充裁判員の参加は、評決権をもつ裁判員の参加と同様に、司法に対する理解の増進とその信頼の向上に資するものと解すべきであろう）。

ここで着目した箇所から、評決という要素は司法参加の本質的構成部分であるとは必ずしもいえない（あるいは、評決権なき参加という制度設計もまったく意義がないものではない）と、最高裁判所が明言せずとも含意していると読むのは、深読みであろうか。なお、このような読み方は、陪審に拘束力のないわが国の旧陪審制度を含めて陪審制度をとらえようとする本判決の立場とも整合する。

(55) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第三版〕』（有斐閣、二〇一三年）二六八頁。下級裁判所の裁判体について、「裁判官だけで構成すべきだと定めた規定はないが、裁判官が一人も入らない裁判所を許容しているとは思われず、一般国民が参加するにしても、やはり裁判所の中心的役割は裁判官により担われるべきものと思われる。被告人にとって重要なのは、裁判所が政治的圧力や一時的激情に左右されることなく法に従った裁判を行うことであるが、そのためには法の訓練を受けた「裁判官」が必要なのである。……日本国憲法では、国民主権の下に国民の参加がより重視されるから、「裁判所」に一般国民が参加することを否定すべきではないが、「裁判官による裁判」を形骸化するようなものであってはならない」（二六七—二六八頁）。このように裁判官の基本的担い手性を制度の合憲性の基礎と位置づけたうえで、本文引用箇所が続いている。

(56) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度——」（二〇〇一年六月）一〇三頁。

(57) 刑集六五巻八号一二九八頁。

(58) ただし、まったく見られないわけではない。例えば、田邊信好「裁判員法についての最高裁判決の重大な誤り」週刊法律新聞一九三三号（二〇一二年）五頁（「裁判体の構成について通常の裁判所と異なる構成をした上、裁判員に評議・評決権ま

で認めれば、審理・裁判の統一を期すことができず、憲法第14条で保障する法の下の平等の原則に反し、憲法第37条第1項で保障する公平な裁判所による裁判ができなくなる」し、「裁判員裁判の対象事件は、殺人、放火等の重大事件……に限定され、その他の一般事件……は従前どおり、裁判官ばかりで裁判をしている」が、「これらの諸点を総合すれば、裁判員裁判は、憲法76条第2項で禁ずる「特別裁判所」以外の何ものでもない」。

(59) 西野・前掲注(6)一〇〇頁。

(60) 刑集六五卷八号一三〇九—一三二〇頁。

(61) 引用した清宮四郎『憲法I』が何版であるかが上告趣意書には明記されていなかったため、記載されている頁数に基づき該当するものを探索した。なお、最新版である同書第三版(有斐閣、一九七九年)三四三—三四四頁においても、特別裁判所に係る記述については、変更はない。

(62) 刑集六五卷八号一三一〇—一三二二頁。

(63) 刑集六五卷八号一三五—一五二頁。

(64) 芦部・前掲注(47)三四七頁。

(65) 「特定の種類の事件だけを扱う裁判所であっても、それが最高裁判所の系列外の裁判所に属するならば、ここにいう特別裁判所にはあたらない」(野中俊彦ほか『憲法II〔第五版〕』(有斐閣、二〇一二年)二二六頁(野中俊彦執筆))。近時の概説書では、定義の前段部分を挙げずに、端的に「一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する裁判所ではない裁判所のことである」と定義するものもある(毛利透ほか『憲法I 統治』(有斐閣、二〇一二年)二七八頁)。

(66) 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性については、被告人の裁判の選択権(裁判員裁判の辞退権)の問題と併せて、筆者は、「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題」と題する別稿において考察する予定である。

