

裁判員制度の理念的位置付けと、 憲法との関係及び今後の検討課題 についての一考察

渡 辺 直 行

第1 裁判員制度は民主主義原理によるものと言えるか

1. (1) 裁判員制度については、これによって我国の民主主義がより成熟するようになるとか、民主主義のあり方に大いに影響を与えることになるといった説明がなされたりする¹⁾。また、はっきりと裁判員制度を民主主義の理念によるものだとする見解も散見される。ただ、後述の通り、この度の「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)の趣旨規定(裁判員法1条)には、「民主主義」とか、その本質を表す「国民主権」といった言葉は出てこない。

そこで、そのような捉え方の是非について考えてみることにする。というのも、裁判員制度をどのような理念によるものとして捉えるかということが、裁判員法の解釈や、憲法との関係などについての理解に、少なからず影響を与えられるからである。

私は、司法権の内容をなす裁判員制度を、積極的に民主主義原理から位置づけることには、法制度の視点からも、政治制度として見ても、無理があると思うのであって、基本的には、今なお自由主義の理念の下に位置付けられるべきであると考えている。以下、この点について論述していく。

1) 「〔座談会〕裁判員制度の可能性と課題」法律時報77巻4号(2005年)4頁での市川正人教授の発言など。

(2) 裁判員制度も、国家の三権の一つたる司法権による統治がどのようになされるべきであるかということに直接関わる問題である以上、このような政治制度の基本原則に遡った議論がなされるのも、もっともなことであると思われる。

そこで、裁判員制度が、まさに、三権の一つである司法権の問題であるということからすれば、その理念を検討するにあたっては、まずは、権力分立（三権分立）思想に遡って、その内容や変遷などについて考えてみる必要がある。

まず、司法制度を民主主義からも位置づける考え方は、かつてのモンテスキュー流（モンテスキューが『法の精神』を著した当時のヨーロッパ大陸における権力分立に関する考え方を含めて）の三権分立論からすれば、それを肯定的に受け容れることも可能であるように思われる。

というのは、モンテスキューの三権分立論が、基本的なところでは自由主義国家観に基づくものであるものの（権力分立論そのものがそうであると言える）、それが、後の、司法権優位の立場に立った自由主義原理ではなく、いわば、法治国家思想に通ずる基盤の上に立つものであった（法治国家思想に止まっていると言ってもよい）とも言えるからである。この点は、モンテスキューが、後述の通り、立法権そのものに対しては、期待こそすれ、あまり警戒していなかったところから、「法治主義」を超えた「法の支配」の立場には立っていなかったと解し得るということでもある。

つまり、『法の精神』においてモンテスキューは、主として、司法権（その背景には封建領主たる貴族勢力が考えられていた。なお、当時は、貴族が政治的支配力を振るっていた）が、行政権（その背景には君主の勢力が考えられていた）や立法権（その背景には人民が考えられていた）と結び付くことを排除したのであって²⁾、立法権の濫用は考えていなかっ

2) つまり、「裁判権力が立法権力や執行権力と分離されていなければ、自由はやはり存在しない。もしこの権力が立法権力と結合されれば、公民の生命と自由に ↗

た（警戒・抑制の対象にはなっていなかった）からである。

すなわち、その考え方では、立法権については、その背景に市民階級すなわち人民を置き（想定し）、その当時未だ政治的基盤を持っていなかった人民による立法権の濫用は、事実としては存在する筈もないところから、想定もされていなかったのである（ただ、立法権の濫用が全く懸念されていなかったわけではなく、例えば、議員による過度の立法などは懸念の対象にされていた）。したがって、モンテスキューは、立法権が、これが主体となって行政権や司法権と結びつくことは、余り考えていなかったと言える³⁾。そして、モンテスキューにおいては、「むしろ、立法権（の新たな担い手たるべき市民層）に対する期待があった。〔そして、それが〕自由民主主義的であるといわれるゆえんである⁴⁾」とも評されることになる。

結局のところ、モンテスキューの三権分立論は「法治主義」（法治主義は立法権優位の考え方と言い得る）とは親和的に結び付くことになるものの（そしてそれは、後述の罪刑法定主義の内容の一つをなす法律主義と整合する）、モンテスキューが司法権の濫用を最も懸念し、「立法権にとっての拘束を除くこと⁵⁾」に主眼を置いていた以上、そこにおいては、「法治主義」を超えた「法の支配」の考に方⁶⁾については、未だ想定されて

関する権力は恣意的となろう。なぜなら、裁判役が立法者となるからである。もしこの権力が執行権力と結合されれば、裁判役は压制者の力もちうるであろう。」（モンテスキュー『法の精神』第11編第6章〔野田良之他訳『法の精神・上』、岩波文庫、1989年、292頁〕）としている。

3) 上記モンテスキューの三権分立論の理解について、小林昭三『政治制度の思想』〔1968年、成文堂〕109頁以下参照。

4) 小林前掲書118頁、なお、〔 〕内は筆者。

5) 小林前掲書118頁。

6) 法の支配という概念は多義的であるが、少なくとも、昨今言われる「法化社会」と同一視するような使い方には大いに疑問がある。法の支配とは、正しき法、具体的に言えば、基本的人権の保障に適合した法による国家の運営、というように考えるべきである。つまり、それは違憲立法審査権に結びつくことになる。これに対して法治主義は、「悪法も法」というところに止まる。

いなかったということになる。

(3) ところが、モンテスキューの三権分立論のアメリカでの展開を経て、三権分立思想そのものは、より一般化した抑制と均衡の理論となり、その後は司法権による立法権の抑制ということが重視されるようになってきている⁷⁾。そして、今や、民主主義の肥大化による、立法権の名の下での多数者の恣意的権力行使⁸⁾（現実の問題としては、特定の者が手段としての多数決原理を巧みに利用する場合を含めて考えるべきである）をいかに抑制するかということが重要になってきている⁹⁾。

2. (1) ところで、刑事裁判においては、罪刑法定主義がその基本にあるということが重要であるので、次に、この点からの考察が必要になってくると思われる。罪刑法定主義は、たしかに、法律主義¹⁰⁾をその内容の一つとするのであるから、民主主義原理がその根底にあることも間違いないであろう（なお、罪刑法定主義はモンテスキューの三権分立思想にもその淵源を有すると言われたが、それは罪刑法定主義の法律主義の部分についてである）。しかし、そこだけに止まっている限り、「法の支配」の考え方にまでは至らないことになる（因みに、罪刑法定主義に対立する罪刑擅（専）断主義においては、犯罪と刑罰が、国家機関の任意に委ねられていたが、ここにいう国家機関は司法のことであった。そこで、罪刑法定主義においては、先ずは、そのような司法権を抑制するために、

7) 三権の抑制と均衡に関する、アメリカ（憲法）での実験について、小林前掲書120頁以下参照。なお、三権分立原理の機能について、芦部信喜「司法審査の理念と機能」岩波講座 現代法3『現代の立法』〔1965年、岩波書店〕296～298頁参照。

8) この点は、アメリカでのジェームス・マディソンにおける「人民専制」による不安（小林前掲書123頁参照）にも遡れる。

9) 因みに、近時、我国においては、議員立法が増大しているが、その中には、内容的には必ずしも少数者を含めた全体の利益に適っておらず、手続的には法案提出までの慎重さが十分でないと思われるものも見受けられる、という点にも注意しておく必要がある。

10) 罪刑法定主義を表す「法律なければ犯罪なし、法律なければ刑罰なし」という言葉の中で言うところの法律とは、主権者たる国民の一般意思を代表する国会が作ったものであるということ。

立法権優位の考え方に基づく法律主義が掲げられたわけである)。

ところが、その後の司法権優位思想は、後述のように、罪刑法定主義をそれだけに止まらないものとして位置づけるようになっていく。

(2) すなわち、罪刑法定主義は、今や実体的デュープロセス原理(つまり、立法府が作った法律そのものの内容について、それが正しいものであるか否かが問われる)をその内容の一つとして包含していると言われるのであってみれば、現代の罪刑法定主義は、「法治主義」を超えた「法の支配」の原理の下に把握されなければならないことになる。そうであれば、それは民主主義原理を強調したのでは、かえって説明が困難になるのであって、立法府をも抑制するといったことを含むところの自由主義原理こそがその根底にある(基本になっている)としなければならない。

罪刑法定主義は、歴史的に見れば、自由主義からも民主主義からも根拠付けることが可能であるが、今や学説上も、罪刑法定主義は「自由主義の当然の帰結として根拠づけるのが一般である¹¹⁾」と言われるようになっていくのである。そして、それは上述したような理解の下に捉えられるべきである。

3. (1) 以上のところからすれば、次の点が再認識されなければならない。すなわち、刑法が罪刑法定主義を根本原理とし、国家刑罰権の恣意的行使から国民の自由を擁護していること、そして、罪刑法定主義の重要な内容をなす実体的デュープロセス原理が「法治主義」を超えた「法の支配」の原理の下にあるということ、そしてそれが、具体的には、司法権の中に違憲審査権として顕現しているということなどである。このような認識を前提にして考えれば、刑事裁判は、基本的に、自由主義原理に基づいていると言わなければならない(なお、安易に民主主義原理を強調することは、後述のような危険もある)。

11) 岡野光雄『刑法要説総論』[2001年、成文堂] 16頁。

したがって、刑事裁判の一つの制度である裁判員制度についても、基本的には、主として、自由主義原理（それは今や「…からの自由」だけでなく、「…への自由」をも含むものであるが）に基づくものとして位置付けるべきであり、民主主義原理に基づいて創設された制度として捉えるのは、必ずしも適切ではないということになる（なお、ここで、民主主義と自由主義は、時として、相反発する原理であるということ、あらためて確認しておく必要がある）。

つまり、本来、司法権の独立、司法権の優位を認め得る形での三権分立思想からすれば（それは、モンテスキュー流のものからは離れる）、司法権の中に民主主義的理念を持ち込むことは、基本的に、避けるべきことである。そのことを前提として、刑事裁判における裁判員制度の理念を根拠付けるとすれば、それは民主主義原理以外の何かに求めなければならない筈である。

(2) このような点からして、裁判員法の趣旨規定が「民主主義」ないし「国民権」という言葉を入れず、「…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にかんがみ…」(裁判員法1条)という表現をしたことに、格別の意味を見出すべきであると思う。つまり、裁判員制度は、司法権に対して直接的に民主主義原理を及ぼそうとするのではなく、あくまでも、国家の制度たる刑事司法に対する国民の理解と信頼を確固たるものにしようとするのが（自由主義原理から導かれる司法権優位思想は、あくまでもゆるがない）、その制度趣旨であるとして、上記条文の表現に忠実な捉え方をすべきである。

(3) また、裁判員制度の中に積極的に民主主義原理を持ち込むことの危険性にも眼を向ける必要がある。例えば、裁判員制度による裁判について、裁判員が参加したことは、選定手続のよしあしを問わず（現実の政治制度としての民主制は、選挙を通じた間接民主制として顕現している点に注意）、まさに、民主主義の理念に基づくものと位置付けてしま

うことから、国民の一般意思を代表する（これが、まさに民主主義的捉え方の帰結となる）者が参加したうえでの裁判であるという理由付けがなされることにより、それだけで、それが正しいと評価される虞もあるということである。そして、その点について警戒の眼が向けられなければならないと思う。すなわち、そのような評価の仕方は、民主主義の名の下に行われる多数者の恣意的権力行使（特定の者が国民の一般意思ということを巧みに利用する場合も含めて）を正当化するための手段としても利用されかねないということであり、そういった警戒も必要だということである。

(4) それは、また、現行の第一審中心主義の考え方（それ自体は肯定的に捉え得るが）を過度に肥大化させ、三審制の危機を招くことにもなりかねない。現に、裁判員制度に係る事件については、控訴審（控訴審は、従来通り、裁判官のみによって審理される—裁判員法2条参照—）は、原審の判断を破棄する場合には、原則として、自判すべきでなく、差戻すべきであるとの主張がなされたりするが、このような主張の背景にも上述の危険性を看取することができる。誤判（冤罪）防止を第一義とする観点からは、このような過度の第一審中心主義の考え方に傾斜しかねない見解には、にわかに与することができない。すなわち、刑訴法の条文上は、差戻しが原則ではあるが、実際には自判が多く、これについては、学説上評価が分かれるものの、一定の肯定的評価がなされている（被告人の立場からすれば、自判がよいか、差戻しがよいかは、事案にもよるし、一概には決め付けられないのであって、はじめから一方に偏る考え方を採るべきではない）。これに対し、裁判員法による場合は、裁判員制度であるからということの主たる理由にして、差戻しを原則とすべきだとする議論（その根底には過度の第一審中心主義の考え方が看取できる）がなされるわけであるが、そのような考え方には、国民参加ということの意味を正確に把握していないところからくる危険があるように思われる（なお、無罪心証の場合は、破棄差戻してから無罪となるより、

破棄自判して無罪とする方がよいであろう)。三審制度の存在意義を、被告人の立場から、そしてさらに、誤判(冤罪)防止の観点からあらためて確認すべきである。

(5) 最後に、ここで注意しておかなければならないことは、この度の裁判員制度が、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制度たり得るか、そして、司法権そのものをより確固たるものにし得るかについては、その運用如何や、今後の検討課題についていかなる解決が図られるか、などにかかっているということである。したがって、現時点で容易に評価を下せるものではないと思われる。

時流が急であるときこそ、冷静な判断・評価が要求されるとの認識が大切である。

第2 裁判員制度と憲法との関係及び公平な裁判所の 観点からの検討課題について

この度の裁判員制度が、果たして憲法と適合するものなのか、それとも違憲の疑いを内包するものなのかについては、法律の成立前からも議論がなされ¹²⁾、立法後においても違憲論¹³⁾、合憲論¹⁴⁾が、それぞれの立場からの主張を展開している¹⁵⁾が、ここで、憲法論に関連したいくつかの点について、多少の私見を述べてみることにする。

1. 先ず、憲法論の中で、必ず取り上げられている点、すなわち、日本国

12) 特に違憲論の主張、例えば、大久保太郎元裁判官の、判例時報誌上での一連の論文(特に、1772号、1810号、1844号)など。

13) 例えば、西野喜一「日本国憲法と裁判員制度(上)」判時1874号3頁、「同(下)」判時1875号3頁。

14) 多くの論文は合憲論を前提にして論述している。

15) なお、笹田栄司「裁判員制度と日本国憲法」前掲法律時報24頁以下の見解は、客観的に憲法論を論じている。同論文は、基本的には合憲論の立場に立っているように思われるが、「国民の司法参加は憲法76条3項に違反しないと解する余地はある」と表現している点などからして、全面的に疑いなく合憲であるとしているのではないと思われる。

憲法は、裁判について、裁判官による裁判のみを想定しており裁判官以外の一般国民の参加した裁判は全く想定していないのか、という点を検討する必要がある。

すなわち、仮に、外枠として職業裁判官以外の一般国民が参加する裁判制度を想定することが憲法上許されていないとした場合には、裁判員制度の内容を検討すること自体虚しいことになってしまうからである。そして、裁判官以外の一般国民の参加する裁判制度という制度枠組みについても憲法は想定しており、特に、憲法の司法権の規定に違反しないとした場合に、その内容が検討されることになる¹⁶⁾。

(1) この点についての結論を先に述べれば、わが憲法上の裁判所における裁判は、裁判官のみによって構成された裁判体の裁判だけを意味しそれ以外の裁判体による裁判を一切想定していない、と解釈することはできないと思う。

(2) 例えば、陪審裁判でさえも、陪審員の意見に決定的な拘束力を認めるものならばともかく、そうでなければ、制度の内容次第で、憲法上からも認められる余地があるものと思う。なお、通説的見解は、上述したところと同様に、陪審員の意見に決定的な拘束力を認めないものならば、との条件付で、憲法上認められるとしている（因みに、陪審制推進論者は、通説がこのような条件を付けていることに対して批判的である）。現に、裁判所法3条3項も、「この法律は、刑事の裁判について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」と規定しているのであって、少なくとも、裁判所法の立法に際しては、陪審制をとることも、現行憲法上可能なものと解釈されていたことになる。

なお、憲法には、陪審制をとり得ることの可能性を示唆すると思われる条文もある。もちろん、憲法の「司法」に関する規定が、基本的に職

16) 一般国民の参加を内容とする裁判員法が成立したということは、立法者としては、言うまでもないことだが、あくまでも国民参加にかかる裁判制度を合憲であると考えていたことになる。

業裁判官を裁判体の構成員とする裁判を前提にして定められていることは言うまでもないが、だからと言って、それ以外の裁判体による裁判を一切排除しているとはまでは思われないのである。

例えば、直接には自白の補強証拠について規定した憲法38条3項には、その末尾に「…有罪とされ、又は刑罰を科せられない」との文言があるが（因みに、この憲法の規定を受けた刑訴法319条2項では、「…有罪とされない」とのみ表現されている）、この点については、「有罪とされ」ないとの文言と「刑罰を科せられない」との文言をあえて分けて定めているところに立法者の意図を見ることができる。すなわち、アメリカの陪審制においては、事実認定手続と量刑手続とを分け、事実認定についてのみ陪審員が行い、量刑は裁判官が行う制度をとっているが、憲法は、これに倣い、事実認定手続と具体的に刑罰を科すための量刑手続とを、あえて区別して定めたものと解することができる。そして、あえてこのように区別して定められているということは、それが陪審制を採り得ることを示唆した（その可能性を前提とした）文言とも解釈し得るのであり、わが憲法は、必ずしも裁判官のみによる裁判だけをもって裁判所における裁判と定めているとは解し得ないと思われる（ただし、このように解釈できるからといって、私見が陪審制を採用することをよしとしているわけではない。ここでは、あくまで制度としての採用可能性のことを述べているにすぎない。私見は、陪審制は我国には相応しくないと考えている）。

因みに、憲法が、あえて具体的に、いわゆる公判二分論の考え方を示す（だけ）のために、このような表現をしたと捉えることには、国家の基本法たる性格からして違和感がある。そのよしあしは別として、現行憲法の成立過程におけるアメリカの影響をも考慮の一端に置いてみれば、上述したように、「制度」としての陪審制の可能性を示唆したものと解するのが適切であると思う¹⁷⁾。

17) なお、陪審制を採り得ることの憲法上の根拠について、鯉越滋弘『裁判員制度』

(3) しかし、外枠としての職業裁判官以外の一般国民が参加する裁判制度の採用について、上述のように解されるとしても、重要なのは「公平な裁判所」の制度内容そのものであり、「公平な裁判」ということである。なお、公平な「裁判所」だけでなく、公平な「裁判」までもが保障されているかについては争いがあるが、公平な裁判所による、公平な裁判が保障されなければならないということこそが、憲法上の要請（憲法37条1項、なお、32条）であると解する。

そして、裁判官以外の者が参加する形態の裁判制度が実施される場合には、当然のことながら、その制度の内容次第で、その合憲・違憲の評価が定まっていくことになる。したがって、この点の検討が必要になってくる。

以下、前述したところを前提として、この度の裁判員制度の内容について、憲法上から見て、特に公平な裁判所の観点から、今後さらに検討すべきだと思われる点について考えていきたい。

2. そこで、まず検討すべきは、裁判員法には、裁判員の参加した合議体での判断が不公平な裁判とならないための担保があるか、という点である。

(1) 裁判員法34条は、裁判長は、「くじ」で選ばれた裁判員候補者に対し、不公平な裁判をするおそれがないかどうかについての質問をすることができると定めている。しかし、果たして、「くじ」で選ばれた者に対して「質問」するだけで、「不公平な裁判をするおそれ」の有無をどのようにして判断するのだろうか。この点の具体的判断方法や判断資料を、どこに求め、どのように扱うかといった具体的方策が必要になってくると思われる。なお、個人情報保護との関係などは、かなり困難な問題を提起するであろう。

と国民の司法参加」〔2004年、現代人文社〕10頁は、日本国憲法37条1項の英原文が、「裁判所」について、「court」とせず「tribunal」としている点を捉え、その点から、わが憲法が素人を構成員とする陪審裁判所を予定していることが分かる、としている。

また、同法36条は、アメリカ法に倣って、いわゆる 擅（専）断的忌避の制度、すなわち、「理由のない不選任の請求」の制度を設けているが、この制度にどの程度期待を持てるかは、今のところ不明である。そもそも抽象的に考えれば、このような制度が設けられたということ自体、裁判員に対する「存在」としての信頼感がない（あるいは希薄である）ということが前提とされているからではないかとも思われる。もっとも、「当為」としての理想的裁判員像となれば、国民的基盤に支えられているのだから、信頼が前提とされているとすべきかもしれないが、肝腎なのは、現実の裁判員についての公平性から見た信頼である。

(2) 裁判官については、刑事法上、様々な、公平な裁判所を担保するための規定が設けられているが、裁判員については、上記のもの程度であって、確たるものが設けられていないと思われる。

裁判官については、身分保障についても憲法上の規定があり（独立性）、さらに、事案を判断するにあたっての見識等についても、法律に関しての専門的知識に裏打ちされたものがある（専門性）が、「くじ」で選ばれた裁判員には、当然のことながら、このような裏付けがないのである。

因みに、裁判員法は、裁判員については、「法令に従い公平誠実にその職務を行わなければならない」（裁判員法9条1項）とか、「裁判の公平さに対する信頼を損なうおそれのある行為をしてはならない」（同法9条3項）とか、「その品位を害するような行為をしてはならない」（同法9条4項）といった、様々な義務規定を置いている。この点は、これらの義務規定が裁判の公平のための担保の一つになっているとも言い得るが、裏を返せば、それだけ裁判員に対する信頼というものが「制度的には」もともと保障されていないからこそその義務規定であると評することもできることになる。

(3) したがって、その公平性を担保するための方策がさらに検討される必要があると思われる。例えば、選任手続における「質問」の項目や、その手続のみならず、将来的には、「くじ」での選任それ自体が再検

討を迫られることも想定され得ると思われる。この点は、裁判員の辞退理由がかなり幅広く規定されていることに加え、さらに、裁判員の辞退理由として、政令で「思想・良心の自由」に基づく辞退理由を認めることも議論され、想定されたりもしたりするが、これらのことからすれば、裁判員に就任する者がかなり限定されてくる可能性もある。そうであれば、将来的には質の確保にも配慮した新たな選任方法が検討されてもよいと思う。

3. 次に、公平な裁判所の観点から検討すべきは、裁判員制度による裁判を受けるか否かについての被告人の選択権についてである。

(1) 憲法32条は、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ている。そして、憲法37条1項は、すべて刑事事件においては、被告人に公平な裁判所の裁判を受ける権利を保障しており、この点は、判例によれば、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所」における裁判の保障であるとされている。そして、その意味するところは、その組織・構成等から見て、偏頗なものである虞のない裁判所による裁判を受ける権利を保障しているのだとされるが、解釈論としては、前述の通り、裁判所の組織・構成等についてだけでなく、公平な裁判それ自体の保障がなされていると解すべきところである。

(2) 公平な裁判(所)に関連する問題として、裁判官の裁判を受ける「被告人の権利」という視点から、次のような見解が示されている。

すなわち、裁判員法67条1項によれば、評議における裁判員の関与する判断は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む、過半数の意見によらなければならないとされているが、裁判員の参加する合議体での有罪判決が、裁判官、裁判員双方の意見を含む5人の賛成意見をもとにしてなされ、その5人の有罪意見の内訳が、裁判官1人、裁判員4人であった場合、結果的には、裁判官について言えば、1人の有罪意見をもって有罪判決を宣告することが可能ということになるが、果たしてそれでよいのだろうかということである。つまり、これを裁判員のいない

地裁での合議事件の場合と比較すると、地裁合議事件では、裁判官3人のうちの1人の裁判官の有罪意見では、決して被告人を有罪とすることはできないのに、上記の場合は、それと反対の結果になる。このような事態が起こり得る裁判員制度は、被告人に不利益を与えるものであり、憲法32条、37条1項で保障している被告人の権利を侵害し、違憲の疑いがあるとの見解である¹⁸⁾。

思うに、この見解は重要な問題を提起していると言うべきである。なぜならば、このような事態が生じるということは、まさに、判例の言う、「構成其他」によって不公平な裁判がなされる虞なき裁判所の保障という面から捉えると、それに反する事態が生じている、とも評し得るからである。

(3) たしかに、裁判員制度の下では、裁判員制度対象事件に関する限り、必ず裁判員の参加する合議体で審理されることになるのだから、同一罪名の被告事件が裁判員の参加する合議体で審理される場合と、されない場合とが生じることはあり得ない。しかし、だからと言って、刑事裁判における構成面での公平性が維持されていると言えるのか。裁判員制度内ではそう言えるとしても、裁判員制度対象事件以外の地裁合議事件が、1人の裁判官の有罪意見では、決して有罪とはならないこととの歴然たる差は存在する。

ただ、この点については、日本国憲法が、職業裁判官のみによる裁判だけでなく、法律の専門家でない一般国民の参加する裁判も想定しているのだから、二つの異なった制度を対比して、裁判官の数に基づく差に注目して公平性を議論するのは筋違いの批判であるといった反論も予想し得る。

しかし、そのような反論は、外枠としての職業裁判官以外の国民が参加する裁判制度を設けることの合憲性を述べているのと形式的には余り

18) 香城敏彦「裁判員制度の合憲性」現代刑事法第6巻第5号(2004年)24頁以下。

変らないのであって、被告人という立場にあるものの権利の視点に立って考えれば、異種罪名の被告人間の不平等などがあるのも間違いない。したがって、上記のような反論では、やはり、被告人にとっての不利益が生ずることになるのではないかという問い掛けに対しては直接答えていない、ということになるであろう。

(4) このように見てくると、問題は、職業裁判官以外の国民が参加する裁判制度も憲法上は認められているとしたうえでも、この度の裁判員制度の内容からすると、裁判官1人の有罪意見では、決して有罪にできない制度（地裁合議事件）と、有罪にできる制度（裁判員制度による事件）が並存する結果になっており、そのいずれにおいて審理されるかは、罪名によって決定付けられることになっているが、そのいずれの制度を選択するかは被告人に与えられていないという点にあると思う。

もし、被告人が、もっと軽い犯罪であったならば、通常の裁判官3人だけの法廷で審理され、裁判官1人の有罪意見では、決して有罪とならないのに、それよりずっと重い、死刑にもなるような犯罪の裁判では、裁判官については1人の有罪意見で有罪とされるのは、不公平な制度であると主張した場合、どのように説得的に答え得るのか。この点についての納得できる回答は今のところないのではないか。

(5) 結局、この問題を解決しようとするれば、被告人に、裁判員制度による裁判を受けるか、それとも、これまで通りの職業裁判官のみによる裁判を受けるかの選択権を与える方策を導入する以外に方法がないのではないかとも思われる。したがって、このような選択権を与える制度を再度検討すべきであろう¹⁹⁾。

19) 前掲香城論文29頁は、選択権を与えることが、違憲の疑いを解消する方法の一つであるとしている。ところで、立法前の審議・検討過程においては、選択制ということも初期には議論されたようであるが、旧陪審制実施当時の経験に鑑み、選択制にすると、裁判員制度を利用しようとする者が、あまりいないのではないかということから、早期にこの検討は打ち切られたようである。しかし、このような議論の仕方は審議・議論の筋道として疑問があり、考え直す必要があるだろう。

(6) ただ、このような選択権を与えるとの考え方に対しては、その立論の前提が、このような不公平性を生み出す裁判員制度そのものに違憲の疑いがあるとしている以上、仮に被告人に選択権を与えたとしても、裁判員制度による裁判も選択される可能性があるわけだから、そうであれば、選択権を与えることによって違憲の疑いが解消されるとするのは論理矛盾ではないかとの批判が可能となってくるだろう。

しかし、思うに、理念を異にするが、非公開である略式裁判制度は、憲法上の公開裁判の保障に反するようには見えなくても、被疑者の事前の同意と、後に正式裁判を請求する権利もあることから、合憲とされている²⁰⁾ ことからすれば、憲法上の権利といえども基本的には明示の意思によって放棄することも可能であるとされていることと相俟って、被告人に選択権を与えることが、この点に関する違憲の疑いを払拭するための根拠にはなり得るものと思われる。

第3 その他の検討課題について²¹⁾

1. 「事実の認定」と「法令の解釈に係る判断」の区別について検討される必要がある。

(1) 裁判員制度において、裁判官と裁判員の合議により判断し得る事項として定められているものは、①事実の認定、②法令の適用、③刑の量定(量刑)の三つである(裁判員法6条1項)。そして、「法令の解釈に係る判断」と「訴訟手続に関する判断」については、裁判官のみの合議事項(専権事項)となっている(同法6条2項)。

そこで、検討すべきは、「事実の認定」と「法令の解釈に係る判断」と

20) 最大判昭和24・7・13刑集3巻8号1290頁。

21) 第3の2から7については、既に、拙著『論点中心 刑事訴訟法講義〔第2版〕』[2005年、成文堂]168頁～175頁、187頁～188頁において一応の検討をしたところであるが、これまで述べてきたところと統一的に捉えるためにも、それらを、適宜、あるいは要点を整理し、あるいは詳細な補充を加えて、改めて本稿において述べておくことにする。

が明確に区別し得るのかという点である。

有罪・無罪の判断そのものは、本来、事実の認定ということになるが、裁判員制度においては、それを「事実の認定」としてのみ捉え得るのか、それとも、「法令の解釈に係る判断」事項をも含むものとして捉えることになるのかは、場面によって不分明な場合があるように思われる。

例えば、因果関係の有無の判断を前提としない限り、有罪・無罪の判断はできない筈であるが、因果関係の有無の判断は法令の解釈（刑法の解釈）に係る判断の部分と、自然的な事実の認定にあたる部分が、相互に深く入り組んでいる分野ではないかと思われる。なお、通説たる相当因果関係説は、現在かなり錯綜した学説状況になっている点も注意しておく必要がある。

もし、因果関係の判断は、事実的因果関係の判断方法も含めて、法令の解釈に係る判断事項（刑法の解釈）であるから、裁判員の判断は加えず、裁判官のみが判断し、それを前提に、裁判官・裁判員の心証形成によって有罪・無罪の判断をするのだとすると、裁判員は、事実問題と法令の解釈に係る問題の双方が相互に入り組んだ事項に関する裁判官のみの判断を所与の前提として、有罪・無罪の判断をすることになるが、そこでなされる有罪・無罪の判断（事実の認定）の実体は、何なのか。

(2) 例えば、千葉大チフス菌事件（これ自体は傷害事件であったが²²⁾）におけるような争点があるが、例えば、傷害致死あるいは殺人事件として裁判員裁判で審理されることになった場合を想定すれば、そこでは、因果関係の有無こそが、疫学的証明の問題とも関わって、まさに、重要争点となるが、それを事実認定の問題に還元することは可能であるものの、それはまた、同時に、因果関係の「判断方法」でもあるわけである。

その場合、裁判員の心証形成は、法令解釈に係る判断を含んだ裁判官のみの判断を前提としたものとなってしまうのではないか。つまり、上

22) 最決昭和57・5・25判時1046号15頁。

記のような場合、法令解釈に係る判断を内包した因果関係の有無の判断が、事実の認定そのものになるとも言えるわけである。したがって、裁判員の実事認定は、実質上、裁判官の実事認定に拘束されたものとなる。しかし、それでもって裁判員の心証形成に基づく事実認定がなされたと言えるのか。それは、単に、裁判員も形式的に判断したということをもって、国民一般が裁判に参加しているということを示すに過ぎないことになってしまうのではないか。

それとも、因果関係の有無は、あくまで事実の認定の問題と割り切って、はじめから、裁判官と裁判員の合議のもとになされるべきであるとするのであろうか。もし、そうであるとしても、その場合は、非常に難解な因果関係についての判断を裁判員に求めることの危険性もあって、結局は、そのほとんどが裁判官の判断に依存することになるのではないだろうか。そうなると、その場合も、裁判員は、単に、国民参加を形式的に意味付けるための役割を担っただけものになってしまうのではないか。

また、そもそも、事実的因果関係は、自然科学的な法則に基づいての事実の認定であるとしても、法的因果関係については、やはり、法令の解釈に係る判断を含んでいると言わざるを得ないと思われるが、その点をどうやって区別するのだろうか。

(3) 以上のように考えてくると、この度の裁判員法が、裁判官と裁判員との合議体で判断し得るとする「事実の認定」と、裁判官のみで判断されるべきであるとする「法令の解釈に係る判断」との区別については、かなり不分明なところがあり、今後更なる議論を深め、できるかぎりの明確化、すなわち、両者を区別するための判断基準の設定などを検討することが必要になってくるのではないか。しかし、その明確化はかなり困難であると思う。

なお、付言すれば、「法令の適用」についても、同様に、解釈の困難な問題があるように思われる。

2. 合議体の構成に関して、裁判官3人と裁判員6人で構成する通常の合議体の他に、裁判官1人と裁判員4人の構成からなる、いわゆる小合議体の制度が置かれているが（裁判員法2条2項但書, 3項）、この制度は、果たして正当性を有するものと言えるのか。

(1) 小合議体での審理は、公判前整理手続による争点及び証拠の整理において、公訴事実について争いがないと認められた場合に行われるものであるが（裁判員法2条3項）、そもそも、この制度は、司法制度改革推進本部における審議の最終段階になってからの、与党間協議が下敷きとなり、平成16年1月29日の同本部事務局作成にかかる骨格案において突然提示されたものであって、十分な議論がなされないまま、それが法案に採り入れられ、成立に至ったものである点を注意しておく必要がある。

(2) この制度について、先ず問題にされなければならないのは、裁判官3人で審理する一般の地裁合議事件との整合性である。いかに、公訴事実を争わない事件であるとしても、法定合議事件より重い死刑や無期刑が選択され得る犯罪について、裁判官1人と裁判員4人の合議体で審理することの妥当性である。

公訴事実と争いのない事件である以上、主たる争点は、基本的に量刑ということになるが、当該被告人にとっては、例えば、死刑になるか無期刑になるかは、きわめて深刻・重大な問題であり、量刑は、場合によっては、法定合議事件において有罪になるか無罪になるかの問題よりも深刻であるとも言い得る。そうであれば、法定合議事件が、3人の裁判官で審理されることとの不整合性は、否定し難いのではないか。

この点については、裁判官の数が3人から1人に減少しても、裁判員が4人いるのだからその点は問題にならないと言うのであろうか。しかし、裁判官の数を減じて1人だけにすることと裁判員が参加することとは、全く別の次元の問題であって、裁判官の数を裁判員で補えるといった問題ではない。

(3) 次に考えるべきは、法令解釈に係る判断についてである。特に、

ここでは、憲法に関わる判断について考えて見なければならない。すなわち、地裁合議事件において、憲法に関わる判断が求められた場合、3人の裁判官によって判断されるのに、この場合は1人の裁判官だけの判断によることになるが、それは適切なものなのだろうかということである。

思うに、法令解釈、それも憲法に関わる判断といった司法権の本質に関わるような問題については、地裁合議事件と比較するまでもなく、本来、できるだけ多くの裁判官によって判断されるべきである。この点は、最高裁が、基本的に、法律、命令等が憲法に適合するか否かを判断する場合は、大法廷で審理することになっている（裁判所法10条）ところからも（さらに、定足数は9人であるが（最事規7条）、違憲判断をするには8人以上の意見の一致が必要である（最事規12条））裏付けられる。すなわち、その趣旨が、憲法判断をするにはより多くの員数の裁判官によって審理すべしとしている、と解し得ることからして（最高裁の場合は、それが最終的な違憲審査権を行使するという意味から、とも解し得るが）、地裁段階での事件であっても、1人の裁判官によって憲法に関わる判断をするというようなことは、極力避けなければならないと言うべきである。

因みに、小合議体で審理するためには、当事者に異議のないことが確認されなければならないことになっているが（裁判員法2条4項）、憲法に関わる判断といった問題は、被告人側の異議の有無とは直接の関係はない筈である。

(4) なお、ここで最後に問題とすべきは、小合議体での審理の途中で、被告人が、否認に転じた場合の取扱いである。公判途中で否認に転じるということは、事のよしあしは別にして、これまでも、時に起こっていたが、特に、公判前整理手続が行われることによって、そのようなことは、今まで以上に、起こり得るのではないかとも思われる。

つまり、「公判」そのものは迅速に行われるとしても、「公判前整理手続」の長期化する事態が現出する可能性がある。そして、その結果、裁判員制度対象事件が権利保釈の除外事由に該る重罪事件であること（裁

判員法2条1項、裁判所法26条2項2号、刑訴法89条1号参照)や、現在の保釈の運用状況からして、被告人の身柄拘束期間がこれまで以上に長期に及ぶことが懸念される(この問題も重要であるが、ここでは論じない)。そこで、公判前整理手続の長期化とそれに伴う長期にわたる身柄拘束が苦痛となり(身柄拘束の長期化は、一般に予想し得る以上に、被告人本人にとっては苦痛であることを認識しておく必要がある)、内心で、(職権による)保釈を期待して、真実に反してまで公訴事実を不本意ながら認めるといった事態も、今迄以上に想定され得るということである。なお、いかに、公判前整理手続が必要的弁護の適用される手続とされていて(刑訴法316条の7,8)、弁護人が在席していても、被告人がこのような判断をするという事態は起こり得る。そして、そのような場合には、後に、公判廷での審理の途中から否認に転じるということも十分予想し得る。

ところで、このような場合、弁護人の見通しの甘さがあったとしても、また、そうでないとしても、そもそも、弁護人は、被告人の内心のすべてを見通せるわけでもないのであって、公判の途中で否認に転じ、これこそが真実であると主張する被告人に対し、一旦認めた以上、それを後になって否認するのはいけないと言って否認を撤回するよう一方的に説得するなどということにはなし得ないであろう(勿論、真意を知るために十分な協議、話し合いをすることは当然であるが)。なぜならば、被告人が、あらためて否認したところこそが本当のことなのだと言明し主張する以上、消極的実体的真実の点からも、また、被告人の保護者・援助者たる弁護人の地位からしても、否認の撤回を一方的に説得することには疑問が生じるからである(なお、ケースによっては、信頼関係の維持不能による辞任といった問題も起り得るが、この点はここでは論じない)。

このような場合は、小合議体で審理する旨の決定を取消して、通常の合議体での審理をやり直すことになるのが筋であると思われる。そうであれば、審理が長引くという結果を招来する。そこで、解釈によって、

公判手続を更新するということも想定され得る。しかし、更新はこれまでの裁判官のみの裁判においても、直接主義などの点から様々な疑問が提起されてきた。ただ、それでも、その場合、裁判官が訴訟記録を読むことは前提とされていた。ところが、裁判員制度による裁判においては、裁判員は記録を読む権利はあるが、読むことが義務付けられていないところから、訴訟記録を読むことすら前提とされないのである。このようなところからしても、公判手続の更新となる事態は、極力避けた方が賢明であると思われるが、小合議体制は、公判手続の更新の機会を増やしかねない。

(5) 以上のようなところから、小合議体については、更なる検討をする必要があるし、そこにおいては、小合議体制そのものの廃止をも視野に入れた議論がなされてしかるべきであると思われる。

3. 裁判員制度は重罪事件を対象事件としているが、その中でも、特に審理に長期間を要したり、あるいは高度に専門的な判断を要求されるような複雑重大な事件の場合は、裁判員制度対象事件から除外する旨の規定を設ける必要があるのではないか²³⁾ ということを検討する必要がある。

このような種類の事件の場合、裁判員の肉体的・精神的・社会的負担は相当過重なものになると思われるが、そのような場合、裁判員にそのような過重負担をかけることが、適切であるかという疑問だけでなく、そもそも、そのような事件の場合、客観的に見て、裁判員が参加することによって国民の健全な社会常識の反映されたものになり得るのか、そして、まさに、裁判員法1条の趣旨に言う、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になり得るのか、という疑問が生じるということである。

すなわち、例えば、審理が予想を超える長期に及ぶに至って、裁判員が、精神的、肉体的な過重負担に耐えながら、不本意な気持ちで裁判に

23) この点について、「〔座談会〕裁判員制度をめぐって」ジュリスト1286号（2004年）16頁での佐藤文哉教授の発言参照。

臨んだ場合、あるいは、自らの仕事の心配をしながら審理をしたような場合、果たして的確な判断ができるのかという不安が生じるのであって、このような事態は、決して、司法に対する国民の信頼の向上に資するものではないであろう。したがって、そのような事態が生じないための方策が必要だということである。

4. いかに、継続（集中）審理方式が採用され（刑訴法281条の6）、公判審理が迅速になったとしても、裁判員の心証を維持するための制度的保障が必要ではないか、という問題がある。

例えば、審理の途中で、鑑定や再鑑定が必要になったような場合、必然的に、かなり長期にわたって、審理が中断されることになるが、その場合、事実上、訴訟記録を読まない裁判員の心証の維持をどうやって確保するのか、ということである。

そして、この点についての確たる制度的保障がないと、仮に、公判前整理手続では、鑑定申請の必要なしと考えていたものの、公判廷でその必要が生じ、弁護人から鑑定の申請がなされた場合や、再鑑定の申請がなされた場合に、審理の中断を避けようとの判断が先行して、裁判所が、安易にこれらの申請を却下するといった事態も懸念される。もし、そういう事態が生じれば、これまた国民の司法に対する信頼は、低下することになる。したがって、裁判員の心証を確保し、それを維持するための制度的保障が検討されなければならない。

5. 裁判員制度対象事件たる余罪が追起訴された場合の、併合に関する問題が、適切に処理されなければならない。

この点については、もし、裁判員制度対象事件を併合すれば裁判員の負担が過重になるとの視点から、併合審理をしないことにしてしまうと、被告人に、不当な不利益を与える場合（併合の利益を奪うということ）と、不当な利益を与える場合（例えば、被害者は各1人づつの数件の殺人罪のような場合、併合しないことにより、各事件がそれぞれ1人に対する殺人罪として量刑されることになり、刑が不当に軽くなる—死刑存

廃論はさておき、1人に対する殺人罪では、死刑になることは稀である(一)が起り得るということである。このような不公平性の現出は、刑事裁判に対する国民の信頼を損ねることになり、これもまた、裁判員法1条の趣旨に反する事態となる。したがって、裁判員制度対象事件の追起訴とその併合審理についての適切な法的調整が、今後とも検討されなければならない。

6. 裁判官と裁判員の意見が完全に二つに分かれた場合の当該合議体の判断と、その場合の判決理由の記載方法はどのようになされるべきか、という問題がある。

(1) この場合は、無罪意見が過半数の場合も(つまり、裁判官は3人全員が有罪とし、裁判員は6人全員が無罪とした場合も)、有罪意見が過半数の場合も(つまり、裁判官は3人全員が無罪とし、裁判員は6人全員が有罪とした場合も)、評決の結果が、裁判官、裁判員双方の意見を含んでいない以上、裁判員法67条1項で定める有罪判決の要件を充たしていないことになるから、当然、無罪判決になる筈である。

(2) 問題は、この場合、無罪判決の判決理由をどのように記載するかである。この点については、有罪判決の要件を充たしていないから無罪である、との記載をすべきであるといった意見もあり得るだろう。しかし、無罪判決が実体判決であり、申立の理由の有無を判断するのが実体判決である以上、有罪判決の形式的要件を充たしていないからといった形式的理由で無罪とするのは適切ではない。また、各争点についての結論を記載するだけでも不十分であって、必ずや実質的理由を示さなければならないと思う。おそらく、裁判所としては、合理的疑いを超える立証がなされていないという形での理由を述べることになると思われるが、更なる検討が必要である。

(3) なお、この場合、同じ無罪判決でも、裁判官全員が無罪意見であった場合と、裁判官全員が有罪意見であった場合とで、無罪判決を起案する裁判官の判決理由記載にあたっての姿勢とその記載理由の説得性

に差異が生じるのではないかということが懸念される。しかし、そのようなことは、決してあってはならないことである。

つまり、仮に、裁判官全員の意見が有罪であるのに無罪判決を書く場合は、本来有罪意見であった裁判官にしてみれば、無罪判決を書くことには何がしかの心理的抵抗があるかも知れない。しかし、その場合でも、裁判官全員が無罪意見であった場合と変わらぬ説得性をもって無罪理由を記載すべきである。裁判官全員が有罪意見の場合の無罪判決は控訴審において破棄され易いといった結果を招来するような判決理由であってはならないということである。

7. 最後に、裁判員制度対象事件の場合には、公判前整理手続で証拠決定を行うことになっているが（刑訴法316条の5第7号）、それが妥当でない場合があるのではないかと、ということについて考えてみることにする。

例えば、検面調書などについて、任意性の問題と信用性の問題が、区別し難いような場合に、公判前整理手続で、当該証拠の証拠能力の有無を判断するための前提として任意性の判断をすることが、果たして妥当性を有するかという問題である。

(1) この問題は、制度上、裁判員は公判前整理手続には参加しないことになっているということが前提となる。

つまり、裁判員の出席しない公判前整理手続において、当該証拠の「信用性」と不可分に関連して「任意性」が争われ、結局は任意性有りとして、つまり、証拠能力有りとして、証拠決定され、当該証拠が裁判員の参加する合議体での公判廷に提出された場合に、裁判員は、信用性の有無を正しく判断できるのかという問題である。

すなわち、このような場合、裁判員は、当該証拠の信用性と不可分に関連する任意性について、具体的にどこが争点であって、当事者双方がどのような主張をし、場合によっては事実調べもなされ、いかなる点から任意性が認められたかについての審理経過を、自ら直接見聞しないまま、当該証拠の信用性を、つまり証明力を判断することになる。しかし、

それでもって、裁判員は当該証拠の信用性ないし証明力を正しく判断することができるのか、という問題である。

なお、公判前整理手続については、一応、調書が作成され、その結果が公判廷に明らかにされることになってはいるが、それが裁判員の正しい判断に資するためにどれ程役立つかは、疑問もある。

(2) 裁判員に事実認定の権限を与え、裁判員についても自由心証主義を適用した以上、証拠の信用性判断にあたっては、より正確な情報が裁判員に与えられなければならないであろう。

そうであれば、任意性と信用性が分別できないほど密接に関連しているような証拠の場合は、裁判員に、証拠決定についての審理経過を直接見聞させ、当該証拠の信用性を的確に判断させる必要がある。そのため、その証拠決定の手続は、裁判員の出席しない公判前整理手続の場で行うべきではなく、公判廷で行うべきである。

ただ、その場合でも、当該証拠の任意性についての判断そのものは、訴訟手続に関する判断であり、また、法令解釈に係る判断に関する部分もあることから、裁判官のみの判断になると思われるが、信用性の問題とも不可分である以上、任意性判断についての裁判官のみの評議にも、裁判員を傍聴（裁判員法68条3項）させることをもって原則的運用とすべきであろう。

第4 おわりに

以上、裁判員制度の理念的 position を考え、その制度的枠組みについての憲法との関連を検討し、今後の具体的検討課題と思われるところのいくつかについて、憲法問題も含めて述べてみたが、これ以外にも、多くの課題が残されていると思う。今後は、最高裁規則も成立するであろうから、それをも対象として、制度の全体にわたって、更なる深い議論がなされなければならない。