

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

西野 喜一

一 序

懸案の裁判員制度（以下、「本制度」ということがある。）の合憲性につき、最高裁判所大法廷は、平成23年11月16日、全員一致で、本制度は憲法に違反しないという判断を示した（これを以下、「本判決」という。^{*1)}。最高裁判所の裁判部門と事務部門とは建前としては別であるとはいえ、あれだけ大々的に裁判員制度を広報、推進してきた最高裁が、今さらあれは憲法違反でしたと言えるはずがなく、この結論自体は当然予想されたものである^(*)2)。また、今の最高裁のトップ（長官）は、その任命時に、裁判員制度の円滑な実施のために最高裁事務総局勤務時代の経歴を買われて、最高裁判事を経ずに下級裁判所の裁判官から抜擢されたのだろうと報道されたのであった。

制度を大々的に推進してきた機関がその合憲性を判定するというのはもはや八百長の世界であるが、その判決の内容も、よく検討してみると、その論理が粗雑或いは乱暴というしかないものである。そのことを以下において明らかにして、その問題点を指摘しておきたいと思う。本稿で本判決批判のために引用する資料が拙著『裁判員制度批判』^(*)3)など、本判決以前の論稿だけで足りていることが示す通り、本判決が制度合憲の根拠として挙げていることは既に違憲論者によって反駁され尽くしていることばかりであるということは残念であった。

二 国民参加総論

1 まず本判決は、「憲法に国民の司法参加を認める旨の規定が…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。」という。

一般論としてそう言うことは不可能ではないであろう。しかし、憲法に規定がないということが直ちにそれを許容していることを示すものではないということも同様に明らかであって、問題は、憲法に規定がないということが、それを立法に委ねる趣旨で沈黙しているのか（私の用語で言えば「沈黙合憲」）、それとも、そもそもそういうシステムを全く想定していないためである（私の用語でいえば「沈黙違憲」）のかということである^(*4)。本判決にはこの視点からの省察が足りないと思う。

のみならず、我が憲法の場合には、その19条、37条1項、38条3項（陪審関係）、76条3項、80条と繋いで行けば、国民参加を予定していないことが明確に浮かび上がってくる。それにもかかわらず本判決は裁判員制度を力づくでも合憲とせざるを得ない立場なので、この後に展開される論理は何とも苦しいものになっている。

2 本判決は、「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という刑事司法の基本に関わる問題は、憲法が採用する統治の基本原理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及び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ものである。」と言う。

憲法上の解釈問題を決するのに、憲法の「文理」以外にこれだけの前提を並べたのは、言うまでもなく、憲法の文理解釈だけでは苦しくなるところを、「憲法の…基本原理」、「刑事裁判の諸原則」、「憲法制定の歴史的状況」、「憲法制定の経緯」などで糊塗せざるを得ないことを自認しているからである。この歴史的であるべき大法廷判決はその冒頭から、どんな理屈

を使ってでも制度を合憲化せずにはおかないという最高裁の意図を明確に打ち出すものとなってしまった。

3（一） 本判決は、（憲法の31条ないし39条の規定や第6章の規定からすると）「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。」と言う。

これはその通りである。司法制度改革審議会で指導的立場にあった法律家の意見も、「憲法は…裁判官の裁判によらずに有罪となることはないということを保障しているのではないか」、「裁判官を全く除外して国民だけで裁判をするといったこと…は憲法上許されるかどうか疑わしい」（即ち、裁判官の関わらないところで被告人の有罪無罪が決まる陪審制は憲法違反となる）というものであった^(*5)。その結果、ここでこのように、憲法は「刑事裁判の基本的な担い手^(*6)として裁判官を想定している」と断定したということは、もはや陪審制の採用には致命的である。陪審制では、裁判官でない者だけが被告人の有罪・無罪を決める制度であるからである。

（二） のみならず、憲法38条3項（被告人は自白だけでは有罪にならない）の規定は、憲法が陪審制を採用、許容するつもりのないことを明確に表している。被告人が、確かに自分がやりました、と言っている場合まで、陪審団を構成してその前で証拠調べをしなければ有罪と決することができないというのは明らかに無駄であるからである。そこで、陪審制諸国では、被告人の自白があればそれだけで被告人は有罪となって事実審理はしない、そういう場合にまで陪審員を集めて審理をすることはない、というシステムを取っているわけであるが、そういうシステムを正面から排除したこの規定からすれば、陪審制が憲法上許容されないことは明らかである^(*7)。

司法制度改革審議会が、国民参加のうちで陪審制を排して参審制を採用したのは、憲法は「刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定」していることが明白であるため、陪審員だけが被告人の有罪無罪を決める陪審制を採用しては、参審制以上に違憲性が際立つということにあったものと

想像される。本判決では、国民の司法参加を許容しようとして陪審制をしきりに云々するのであるが、その部分は実は説得力がない。更に、この陪審制については本判決自身に無理な記述があることは後において更に触れる。

4 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、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、憲法制定当時の20世紀半ばには、陪審制か参審制が採用されていた。」という。

(一) まず、裁判員制度の合憲性を論じる前提として、陪審制と裁判員制度のような参審制を「司法への国民参加」の名の下に一緒に議論するのが乱暴と言うべきであろう。この両制度は、由来や機能を全く異にしているものであるからである。この2つを無理に一緒にして、憲法に適合するか否かという問題設定は明らかに適切でない。司法制度改革審議会の有力構成員からも、憲法は、裁判官の裁判によらずに有罪となることはないということを保障しているのではないかと陪審制と参審制を区別した議論がなされていたことは前に述べた。

(二) 次に、他国でこうであったということは、我が憲法の解釈に参考にならないということはないであろうが、重点を置き過ぎるべきものではない。逆に、そういう状況の中で敢えて陪審制や参審制の明文を持たない憲法を制定した、しかも、この憲法制定のその数年前までには我が国でも小規模で特殊なものながら陪審制を実施していた、そして憲法草案の策定に関与したのは世界で最も活発に陪審制を行なっている国の法律家であった、という事情があったのにも拘わらず、国民参加に全く触れない憲法を制定したということがどういう意味を持つのかということを考えるべきである。

5 本判決は、「我が国でも、大日本帝国憲法の下…陪審法が制定され…

陪審裁判が実施され」た、と言う。

ここまではその通りであるが、そこでの陪審制の実体に全く触れないというのはミスリーディングないしアンフェアな記述との評価を免れないと思う。周知の通り、当時の陪審制は、陪審の評決が裁判官を拘束しない、陪審員だけの判断でストレートに被告人の運命が決まることはない、という極めて特殊なものであったのである。だからこそ、司法制度改革審議会当時の最高裁は、国民が直接評決権を持つような制度は憲法違反の疑いがあると言っていた（第30回審議会議事録）のであるし、歴代の政府も、国会において、最終的な判断権を裁判官に留保して、裁判官に最終的な判断権の余地を残した留保付きの陪審制なら憲法違反ではない（即ち、陪審員だけが被告人の有罪無罪を決めるような制度は憲法違反である）、と言ってきたのである^{(*)8}。

裁判員制度の合憲性を判断するには、憲法の歴史的経緯にも注目しなければならなかったと言った本判決が、こういう、いわば自己に不都合な経緯を頭から無視するのはおかしいのではないか。

6 本判決は、現行憲法制定の際、「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。」と言う。

これも、ここまではその通りである。私はこの経過について、結局最終的には陪審制も参審制も採用されるに至らなかった経過をかつて詳細に記述したことがある^{(*)9}。

そして、当時、国民参加に「関心が払われていた」ということは、それが許容された、採用されたということとは全く別のことであるから、「関心が払われていた」ということは裁判員制度合憲の根拠にはなるわけではない。

7 本判決は、「(憲法では、旧憲法の)『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。」という。

旧憲法に前者のような規定があり、現行憲法に後者のような規定があるのは確かであるが、現行憲法の条文（32条）は国民の裁判所に訴え出る権利を保障したもので、旧憲法の規定とは関係がない^(*10)。従って、国民の司法参加を可能にするために規定の表現が改められたわけではない。

そもそも刑事裁判が「裁判所において」行われるのは余りにも当然のことで、わざわざこと新しく規定するにも及ばないことである。

8 本判決は、「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。」と言う。

憲法上そのように「明示した規定」はないが、憲法80条を素直に読めば、被告人の運命を決めることができる（場合によっては「おまえは死ね [つまり、死刑]」ということができる）のは、最高裁判所の指名した者の名簿によって、内閣が10年任期で任命した裁判官だけであると受け取れる。つまり、この80条はその前の79条とセットになっているのであって、憲法は、79条において最高裁判所の構成を規定し、その次の80条で下級裁判所の構成を規定したのである。

そもそも憲法が本当に陪審制、参審制をも想定していたのであれば、それを暗黙にでも示唆する条文が1か条くらいはありそうなもので、憲法上下級裁判所は裁判官のみで構成される旨を明示した条文がないことを言うならば、同じく憲法上国民の司法参加を明示した条文がないことにもバランス上十分な考慮を払うべきであろう。特に、陪審制については明示で排していると解されることは先に述べた（本項3（二））。

9 本判決は、「憲法制定過程についての関係資料によれば…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。」と言う。

（一） 当時、陪審制の採用に関する議論があったこと、政府関係中に陪

審制は憲法に反しない、という見解を有していた者もいたことは確かであるが、それが、陪審が終局的に被告人の運命を決めることができるような、典型的な陪審制の意であったかどうかは極めて疑わしい^(*11)。

当時のやり取りの中には「現在ノ制度」のように当時の旧陪審法を前提にしたとしか解されない表現もあった^(*12)し、当時の政府文書の中には「裁判官は陪審員の答申に拘束せられない…新憲法においてはこの点については『大体変更がない』」としたものや、「陪審員は単に意見を述べるのみにて裁判所は独自の見解で裁判する」としたのもあったのである^(*13)。

同じく「陪審制」と呼んでも、現行憲法下で、憲法上の裁判官でない者（陪審員）が被告人の運命を決めることができるという制度の合憲性と、憲法上の裁判官でない者（陪審員）の判断が裁判官を拘束せず、被告人の運命の最終的な決定権は裁判官に留保されている、という制度の合憲性の間には天地の差がある。仮に後者が合憲であるとしても、前者が合憲であるということにはならないのは当然であろう。

(二) また、当時の国民参加論者の関心はもっぱら陪審制にあったのであって、当時の参審制に関する議論は司法法制審議会でほんの少し出ただけに過ぎず、有力な違憲論が出たことによって審議会での研究課題のまま終わったのであった^(*14)。これで、政府部内では参審制を採用することも可能であると解されていた、と認定するのは軽率であると思う。

この当時、日本側が参照し得た参審制はドイツとフランスのそれであるが、いずれも有権者から無作為で参審員を選任するというシステムではない（フランスについては当時^{*15}）のであるから、これを趣旨の異なる裁判員制度合憲論の根拠にするのは無理である。

10 本判決は、憲法制定議会において、米国型の陪審制導入について問われた憲法改正担当の国务大臣から、「陪審問題の点については、憲法に特別の規定はないが、民主政治の趣旨に則り、必要な規定は法律で定められ、現在の制度を完備することは憲法の毫も嫌っているところではない」旨の

見解が示され、この点について特に異論が示されることなく、憲法が可決成立するに至った、と言う。

しかし、実際には大きな異論があったのであって、この憲法改正担当大臣から答弁を譲られた当時の司法大臣は、のらりくらりと逃げ回って憲法に陪審制を条文化すべきだという議員からの要望をついに無にただけでなく、陪審制の「復活」（当時の陪審法による特殊な陪審制の意と解される）さえ将来の課題であると言って、逃げ切ったのであった^(*16)。

本判決の表現では、新憲法草案を議会に提出した内閣の意思が一致して陪審制、参審制を合憲としていたように聞こえるが、とてもそういう状況ではなかったのである。

11 本判決は、憲法と同時に施行された裁判所法3条3項が、陪審制の採用を妨げないとしているのは以上に述べてきた経緯に符合するものである、と言う。

しかし、裁判所法3条3項の規定は、憲法制定過程の陪審論と符合した結果としてできたものではなく、憲法制定後（施行前）当時の占領軍の強引な命令によってそう規定せざるを得なくなったものである。しかも、これに抵抗した当時の日本側の反対論の論拠の一つは、新憲法の下では陪審制は憲法違反となる可能性もある、ということであった。また、このときの占領軍の言い分は、「将来の可能性のために、その途をひらいておくだけのことであって、裁判所法は基本法であるから、やはり、その中に一条を入れてもらいたい。」というのであった^(*17)。

裁判所法3条3項が、陪審制の将来の可能性をひらいておくために必要であったというのであれば、陪審制とは出自も性格も異なる参審制については、その合憲性も将来の可能性もこの段階で閉じられたと見るべきであろう。

憲法制定時の歴史的経緯をも考え合わせるべきであるというのであれば、こういう事実も無視してはなるまい。

12 本判決は、参審制につき、「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。」と言う。

これが乱暴な断定であることは先に述べた（9（二））。当時の参審制の議論は、違憲論を克服することができずに消滅したのである。

三 国民参加各論

本判決は、司法への国民参加自体は憲法の禁じるのではなく、後は立法政策の問題であるから、次は裁判員制度の具体的な内容の合憲性を見るところとする判断に進む。

1（一） 裁判員審理でも憲法上の要請に適合した「裁判所」に当たるとする本判決の中心的な部分は、以下のようなものである（以下においては、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」を単に「裁判員法」という）。

「（裁判員法上、不都合なものは不選任とする制度があること、適格でない者を排除する制度があること、法令の解釈や訴訟手続に関する判断は裁判官に委ねられていること、裁判員には公平誠実に職務を行う義務があることなどを述べた後）、「裁判官と裁判員の評議は、裁判官と裁判員が対等の権限を有することを前提にその合議によるものとされ、その際、裁判長は…評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理し、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ものとされている。」（中略）

「以上によれば…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、法令の適用及び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。…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に配慮しなければならないとされていることも考慮すると、上記のような権限を付与された裁判員が…裁判官との協議を通じて良識ある結論に達することは、十分期待することができる」から、

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く、憲法違反にはならない。

（二） この意見の最初の問題点は、ある目的を達成するためにこうせよという規定がある場合、その規定外の方法でもその目的は達成できるから、こうせよという部分には従わなくてよいという思想に支えられていることである。別のやり方でもこの目的は達成できる、同じような結果が「十分期待できる」から、元の規定には従わなくても構わない、というのでは、これはもはや法解釈の範囲を踏み越えたものではないか。

（三） また、制度上、不都合な裁判員は選任しないことになっていること、法令の解釈や訴訟手続に関する判断は裁判官に委ねられていること、裁判員には公平誠実に職務を行う義務があること、裁判長は、評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理し、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ものとされていることなどと、裁判が公平、充実したものであることとの関係は一部のものに過ぎない。

裁判員制度が「公平な裁判所」たり難い弱点は、その構造に由来しているのであって、裁判員が法廷に飽きたり、疲れたりして逃げ出す前に審理、判決を終えなければならない都合上、粗雑な審理、粗雑な評議、粗雑な判決を当然に前提とせざるを得ないという点にある。審理も評議も、いつ終えるかということをやめ決めておいて始めるという他国に例を見ない乱暴な裁判を「公平な裁判所」と呼ぶというのはやはり乱暴と言うしかない。

（四） 特に注目を要するのは、本判決のこの部分は、陪審制に引導を渡したことになるということである。裁判員審理が憲法違反にならないのは、評議が、裁判官と裁判員が対等の権限を有することを前提にその合議によるものとされ、裁判長は…評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理し、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ものとされているからであり、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

において事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにあって、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に配慮しなければならないとされているからである。

即ち、本判決によれば、裁判員制度が憲法違反でないのは以上のようなシステムであるためであるから、本判決を前提とする限り、以上のようなシステムを持たず、裁判官のいないところで、裁判官でない者だけが被告人の有罪、無罪を決めるという制度、即ち陪審制は、歴然と憲法違反であるということになる。これは前記の通り、審議会の有力な法律専門委員からも主張されていたことである。

それにもかかわらず本判決が、裁判員制度合憲の理由として憲法は陪審制を排除していないと言い、更に判決のあちこちで最後まで陪審制を引用しているというのは理由齟齬の非難を免れない。15人の最高裁の裁判官のうち誰1人としてこのことに気がつかなかったとは思えないので、とにかく裁判員制度を合憲と言わねばならないという必要性から、この至上命題の前では論理矛盾などは問題ではなかったのかも知れないと懸念される。もし、そうであったのであれば、一国の最高の司法府の取るべき道ではない。

ともあれ、この判決で、現行憲法下では陪審制はやれないことが結果的に明らかになった。本判決は、陪審制を犠牲にしてでも裁判員制度を守ろうとした判決、と評価できよう。

2 裁判員制度下では、判決を担当する裁判官は、裁判員の（無罪）意見の数次第では己れの（有罪）意見とは異なった判決を書かざるを得なくなることがあり、これは裁判官の独立を定め、裁判官は憲法及び法律にのみ拘束されるとした憲法76条3項に違反するのではないかという論点がある。

この点につき本判決は、「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」という。

しかし、憲法にはこういう規定があるのだからこの点から見て制度は憲法違反ではないかという主張に対して、憲法は国民の司法参加を許容しており、裁判員制度はこれを法制化したものだ、ということが答になっているであろうか。これは、こういう点から憲法違反ではないかという問題提起に対して、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、ただの循環論法でしかないと思われる^(＊18)。

この点につき、本判決は更に、「裁判員制度の下において、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…法に基づく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、同項の趣旨に反するものではない。」とも言う。

しかし、ここで制度違憲論者が提起している問題は、上記の通り、被告人の有罪・無罪という事実認定に関わるものであって、「法令の解釈や訴訟手続に関する判断」ではなく、制度違憲論者もそんなことを言っているのではない。裁判員制度は憲法76条3項に違反するという主張に対して、最高裁が何故こういうことがその反論になると考えたのか、私には理解が困難である。

四 国民負担

1 その次の大きな問題は、くじ引きで選ばれただけの国民に、裁判員としての義務を負わせ、何日も拘束して公判に出席させ、長時間証拠調べに同席させ、そして被告人の運命を決めさせるということは、どうしてもやりたくないという者にとっては「意に反する苦役」を負わせることになるのではないか、ということである。

この点について本判決は、裁判員を務めることによる国民の負担につ

き、「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。」という。ここも、制度合憲化のためなら強弁も辞さないという最高裁の姿勢がよく現われているところである。

（一） まず、「必ずしも適切ではない」などと曖昧な言い方をし、また「権利」と言わずに「権限」と曖昧な言葉で表現しているのは、勿論、これはそもそも苦役ではない、あるいは、権利だ、と断言するのはさすがにはばかられたからであろうが、これは私がかねてから批判しているところの^(*)19)、義務を権利と呼び代える危険な論法である。この発想からすれば、国民の公的義務はすべて「権限」にすることができる。納税は国政を財政的に支える権限を国民に付与するものであり、子女の教育は文化的な国家を支える権限を国民に付与するものである。仮に徴兵制ができれば、兵役が国家を守る崇高な権限を国民に付与するものであることは当然である。

裁判員法上、裁判員となって人を裁くことは国民の明確な義務として規定されており（裁判員法上、裁判員の「義務」という表現や、「裁判員は…しなければならぬ」という表現が頻出する。）、これを「権限を国民に付与するもの」だと言ってその合憲性を肯定するというのはもう殆ど詭弁の世界ではないか。

（二） また、参政権の行使（投票）はせいぜい数分で済むことであり、また、権利である以上、これを行使しなくても、誰に投票したかを喋っても、何の制裁もないが、裁判員としての義務は、何日も、時には十数日ないしそれ以上も拘束され、朝から夕方まで証拠調べに付き合わされ、それまでの自分の世界とは縁のない議論をさせられ、被告人の運命を決める意見を述べさせられ、という（やりたくないという者にとっては）まさに苦役であり、しかも、裁判所に行かないとか、秘密を漏らしたということに対しては、法は厳重な制裁規定を有している。この両者を並べて、前者が問題ないのだから後者も構わないのだという論理が通用すると最高裁の裁判官たちは本当に思ったのであろうか。それとも、投票との対比はそもそ

も無理であることは当然承知しているが、制度合憲判決で憲法18条に触れないわけにはいかないし、裁判には理由が要る（刑事訴訟法44条1項）以上、ここはこの論法でしのごことにしたのであろうか。

（三）平成24年1月からさいたま地裁で審理が始まった連続不審死事件では、報道によれば、裁判員選任から任務終了まで100日、公判は週4回ペースで合計38回、予定証人は63人だというのである。プロの裁判官でも寿命が縮まりそうなこの大事件で、30回以上も法廷に縛り付けられ、毎日ずっと証人尋問を聞かされる、というのが、裁判員などはやりたくないという者にとって、「苦役」でなくて何であろうか^{（*20）}。

また、この事件では補充裁判員が6名選任されたと報道されているが、補充裁判員は正裁判員が欠けた場合のための補欠であって、正裁判員が欠けなければ最後まで出番はなく、補充裁判員にできることは、裁判官・正裁判員の評議を傍聴することと、裁判所の許可があった場合に意見を述べることだけである。これで「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」が付与されたというのはとても無理である。

2 更に本判決は、裁判員法及び政令（「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第16条に規定するやむを得ない事由を定める政令」）において、裁判員からの辞退に関して柔軟な制度を設けている、とも言う。これまで、裁判員候補者に選出されたが、裁判員選任期日に裁判所に行かなかったという者に裁判所が制裁を発動したことはないようで、それは評価できることであるが、このように、制度上辞退が柔軟であるということが本制度が憲法違反でないということの理由とされたことによって、今後裁判所は、裁判員候補者が選任期日に裁判所に来ないとか、裁判員が公判期日に裁判所に来ないということに対して制裁を科すことは不可能になった。辞退制度が柔軟であることが合憲性を支えている以上、それは当然のことである。最高裁は、裁判員制度を守ろうとして、ここまで譲歩したわけである。

但し、これは国民参加論者からすれば、明らかに制度の本来の趣旨に反

していることになるはずである。陪審又は参審の諸国において、陪審員、参審員が、退職者、失業者、無職者、専業主婦などで、しかも、裁判をやりたい者だけで構成されることになっては（現実にはそれに近いことが少なくないようであるが）、参加制度を実施する意味がないからである。制度合憲の根拠としてこういう論理を掲げるということは、最高裁の裁判官の中に真の国民参加論者はいなかったと評し得る。

3 本判決は更に、「出頭した裁判員又は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」ことも、制度が憲法18条違反でないことの理由として挙げている。

しかし、この点は私には全く理解できない。やりたくないという者に裁判員という重い職務をやらせるのは大きな負担となる、苦役だ、と言っているのは、その裁判員の職務の心理的、肉体的な負担、疲労のことを言っているのであって、経済的な問題ではないから、日当（旅費は論外である。）を払っているからそれが減るというものではない。

証拠調べに立ち会い、評議を尽くし、被告人の運命を決めるという裁判員の重大な職務の肉体的、精神的負担は、つまり手続に従って人を裁くという裁判の苦労は、日当をもらえば減るような性質のものである、裁判とは所詮その程度のものである、ということは最高裁判所としては決して言うてはならなかったことではないだろうか。

五 陪審制と参審制

本判決はこの後、陪審制と参審制について、以下のように述べる。「①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、②裁判官のような身分を有しないという点においては、陪審制に類似するが、他方、③裁判官と共に事実認定、法令の適用及び量刑判断を行うという点において

は、参審制とも共通するところが少なくなく…」という（①、②、③の番号は、説明の便宜上、私が付したものである）。この理解はどうか。

「裁判官と共に事実認定、法令の適用及び量刑判断を行う」点において、裁判員制度は「参審制とも共通するところが少なく」ないのではなく、これは参審制そのものである。他方、陪審制のうち、②の裁判官のような身分を有しないというのは参審員にも当てはまることであり、また①のうちの国民の中から無作為に選任されるというのも、ドイツを例外として、フランスやイタリアの参審制にはそのまま該当することであるから、①のうちで陪審制特有のものは選任が事件単位というその一点だけである。

本判決はいささか強引な理屈で裁判員制度を陪審制と参審制の中間的なものと印象づけようとしており、これは陪審制をも憲法上可能とすることによって裁判員制度を合憲としたいという最高裁の意思が現れたものと見ることができようが、陪審制合憲論が特に無理なものであることは既に述べてきた通りである。

六 残された課題

1（一） 残された課題のうち最大のものは、最高裁判所の変節とその説明責任に関するものである。既に別著^(*21)で詳述した通り、司法制度改革審議会当時（平成12年9月）の最高裁は、最高裁の最高意思決定機関である最高裁判所裁判会議での了承を得たものとして、くじで選出した国民に被告人の運命を直接左右する評決権を付与するような制度は憲法違反の疑いがあると考え、そこで審議会に派遣した係官^(*22)に、参審制に憲法上の疑義を生じさせないため、評決権を持たない独自の参審制はどうか、と言わせていたのであった。

ところが、裁判員法成立後の最高裁は、手のひらを返したようにこの制度に賛同し、国民動員の広報活動を極めて熱心に展開するようになった。

た^(*23)。国権の三分の一を担う司法の頂点に位置する最高裁としては、参審制につき、合憲性に疑義ありという考えを完全に否定して、合憲、と変更したことについて、当然国民に対する説明責任があるであろう。そして今回の判決はそのための絶好の機会であったはずである。この憲政上の大問題につき、立場が正反対となった上で意見の変更に口をぬぐったままというのは無責任の嫌いを免れないのではないか。

(二) この点につき、平成19年秋の段階で最高裁事務総局事務総長の地位にあった大谷剛彦氏（現最高裁判所判事）は、裁判員制度について最高裁が熱心に広報を進めていた頃、民間のある月刊雑誌の鼎談^(*24)においてこれに触れ、「裁判所が〔審議会の〕早い時期に、評決権を持たない参審制について言及〔したのは〕…憲法上の疑義を生ぜしめないとの観点から考えられる一つの参加形態をして意見を述べたものです。」と述べた。

私の知る限り、最高裁の裁判官又は最高裁の裁判官ではないがその要職にある者が平成12年9月の審議会での意見陳述とその後の合憲論に基づく広報その他の大々的な準備活動の関係について公式に釈明したのはこのみである。

しかし、これほど大きな問題での意見変更に関する説明が、裁判所組織の事務担当者によって、それも民間の雑誌の鼎談でなされただけというのは、国民を軽視したものだと言われても仕方がないのではないか。現にその大谷氏自身、その同じ鼎談の中で、「国民から権限負託を受けた機関の、国民に対する説明責任ということが重視されてきています。」と述べているのである。

また、最高裁判所の裁判官会議での了承を得て、最高裁判所の裁判官の大方の意見の一致を見たという見解が、実は「考えられる一つの参加形態」に過ぎなかったというのもすまじいと思うが、説明にはまだ充分間に合う。このままでは、最高裁判所の判決やその裁判官会議が言うことも「考えられる一つ」の意見である、所詮その程度のものである、と受け取られる恐れがあるであろう。

（三） 私は、今回の大法廷判決の言うところが、平成12年9月に公表された意見と異なっているのがおかしいと言っているのではない。平成12年9月当時と平成23年11月段階とでは、最高裁の全部の裁判官が入れ替わっているから、意見が同一ではないということはあることである。最高裁の判例も時として変更される。

しかし、最高裁が判例を変更するときには、一応その理由を判決中で判示しているのであるし、判例変更の際に、従前の見解は「考えられる一つの」見解に過ぎなかった、などと言ったものが皆無であることを思えば、問題の重大性に鑑み、今回の判決は、大法廷判決が本来果たすべき任務に鈍感であったとの印象を禁じ得ない。

2（一） 今回の判決は、弁護人が上告理由に挙げなかったせいもあって、憲法上の問題が全部実務上解決されたわけではなく、まだまだたくさん問題が残っている。

例えば、裁判員の交代があって手続の更新が行われた場合や、複合事件で分離審判、区分判決となった場合に、証拠調べを直接体験したわけではない裁判員が被告人の最終的な運命を決めることになるが、証拠調べを見ていない裁判員が加わった法廷は「公平な裁判所」とはいえないではないか、という疑問は当然に感じられるところである。

（二） しかし、今回の事件においても、更に憲法上、問題となり得る論点はいくつか考えられる。

そのうちで私が特に重要だと思うのは、裁判員などはやりたくないと思う国民に裁判員であることを強いる本制度は、意に反する苦役を強いるものである（これは今回の論点の中に入っている）だけでなく、人を裁く、場合によっては人を死刑台に送る、ということは絶対にしたくないと考えている者に、おまえはこの被告人をどうするのかということに対する意見表明を強要している点において、人の思想、良心の自由を侵害する、ということである。

人の内心の自由は、憲法の保障する各種の自由権のうちで最高度の尊重を必要とするから、それを侵すこの制度が憲法違反となることは避け難い。そのことは裁判員法もわかっていて、裁判員は公判や評議に出席し、評議において意見を述べる義務があり、裁判員法上、前者を怠ると過剰の制裁があり得る（法112条4号）が、評議で意見を述べないことに対する制裁規定はない。のみならず、評議で意見を述べないことにより裁判員を合法的に辞めることができる（法43条2項以下）。憲法的価値からすれば当然のことである。

内心の意見の開示を迫ることは憲法違反であるという論点が正面から提起されたら、最高裁は何と言うであろうか（*25）。最終的に意見を述べない自由があるのだから制度は違憲ではないというのかも知れないが、それでは評議までの長期間の証拠調べには付き合わざるを得ないことになる。

（三） もう一つの問題は、裁判員裁判に必然的に伴う公判前整理という重要な手続が非公開であり、これが憲法上の裁判の公開の原則に反することである。裁判所は恐らく、憲法が公開を求めているのは公判であり、公判前整理は公判そのものではないから非公開でも構わないのだというであろうが、公判前整理では証拠の採否、そのやり方、時間までを決めるのであるから、被告人の運命の何割かはそこで決まってしまう。一方当事者に有利な証拠を優先して調べることにすれば、或いは一方当事者に不利な証拠は調べないことにすれば、結果をたやすく誤導、左右することができる。憲法が「対審」を公開すべきものとしたのは、裁判官審理では証拠の採否も公開の法廷（公判）で決めることが当然とされてきた通り、被告人の運命を決める手続は公開でなければならぬと考えたためであり（*26）、重要な手続を公判外でやることにすれば、憲法の裁判公開の要請は簡単に潜ることができることになってしまう。

まして、現行憲法制定時の昭和21年段階では、証拠の採否の決定の全部を法廷外で非公開でやるということなどは誰一人として考えたこともなかったであろう。憲法の歴史的経緯を重視するといふのであれば、こうい

う点にも目が向いていなければならない。

3 なお本件で、弁護人は、裁判員の加わった法廷は憲法76条2項の「特別裁判所」に当たるという主張もしていたが、それは無理である。

七 結論

1 (一) 本判決が15人全員の一致した意見であって、個別意見が一つもないというのは意外であった。これほどの大問題が、それも、つい10年ほど前には最高裁の裁判官の大方が憲法上の疑義があると考えていたという問題が、今日ではその司法府の最高の地位にある15人の裁判官が全員全く同じことを考えていて、結論やその理由づけに反対する意見（反対意見、意見）も、法廷意見に独自につけ加えたいという意見（補足意見）も全くないというのは、何とも不自然で不気味なものではないだろうか。もしかしたら、最高裁は、裁判員制度を守ろうとする余り、判決理由の隅々に至るまで、一文一句に至るまで全員一致でなければ制度が崩れかねないと考えて、敢えて内部の裁判官全員を締めつけてそうしたのかも知れないとも疑われる。

仮にそうであったのであれば、その恐るべき事態は、最高裁の強い危機意識の現われではあろうが、もはや司法とは言えないであろう。最高裁はついにここまで来てしまったのであろうか。せめて、同じ合憲判決であっても、15人の裁判官がそれぞれ存分に個別意見に筆を揮い、百花繚乱の個性的な判決であった方が、まだしも我が国の大法廷判決史に残る名判決となって、国民の司法に対する理解を深め、国民の司法参加論に関する貴重な先例となったであろうのに、惜しいことである。

20世紀前半のアメリカで、その当時としては少数であったが後世をリードするような優れた少数意見をたくさん書いて、偉大な少数意見者とたた

えられて国民の敬愛を集め、他方では司法府の存在感を大いに高からしめた連邦最高裁判所判事がいたことが想起される（*27）。

（二）判例集で見る限り、この半世紀間（1962年・昭和37年以降）に、最高裁が憲法に関する論点を刑事大法廷の判断で示した案件は68件あるが、そのうち何らかの個別意見がついたものが32件で、ほぼ半数に近い。大法廷判決といっても、被告側がとにかく憲法にひっかけて上告しただけのもので、個別意見などつけようのないものが多かったのは事実であるが、大部分の論点が落ちついた昭和50年以降から昨年までの例を見ると、本判決を除いて、最高裁の大法廷が憲法的論点について判断を示したほどの刑事大事件については、大部分の判断に何らかの個別意見がついている（5件中の4件。^{*28}）。憲法の論点を扱う刑事大法廷判決は平成7年（^{*29}）以来である（^{*30}）が、それがこの結果であるというのは私には情けないと思われたことであった。

2 本判決は最後に言う。「この制度が陪審制や参審制の利点を生かし、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ものといえよう。…司法の国民的基盤の強化〔という〕目的を十全に達成するには相当の期間を必要とすることはいうまでもないが、その過程もまた、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ものと思われる。このような長期的視点に立った努力の積み重ねによって、我が国の実情に最も適した国民の司法参加の制度を実現していくことができるものと考えられる。」と。

これは我が国の司法史上例のない決意表明判決であり、国民教化判決であり、要するに国策判決である。特に、前記の通り、実質的に陪審制を捨て、本来的な国民参加制度の趣旨を捨てても、裁判員制度を合憲化しようとしたところに、最高裁の容易ならぬ決意を見ることができよう。

しかし、これだけのいわば膨大な「犠牲」を払ってまでも守ろうとした裁判員制度が守るだけの価値があったのかどうかということはいずれ歴史

が審判することである。

そして、国策に忠実であるのが我が国の裁判所の特徴の一つではあるとはいえ、識見の高いはずの最高裁判所の裁判官15名が一条乱れず足並みを揃えてこのような判決を出したということは、我が国にとって決して名誉なことではなく、私としては索漠たる思いを禁じ得ない。

3（一）最高裁判所大法廷判決ともなれば、これまでの裁判員制度違憲論の諸論拠を十分吸収、咀嚼した上で、違憲論者といえどもたじろぐほどの説得力ある論理と高度の品格で、最高裁判所の存在感を示すものでなければならなかったはずである。そしてまた、今回はそのための絶好の機会であった。しかしそれにもかかわらず、実際に出てきたのは論理を無視した国策判決であった。これはもはや司法の自殺とも言うべき事態ではなからうか^(*31)。とても最高裁判所に対する「国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」所以ではない。

（二）なお、私は、本稿又はその趣旨を一般の読者にも読みやすくしたものを発表したいと思ったが、本誌以外にはこれを掲載してくれる媒体を見つけることができなかった^(*32)。裁判員制度を批判することは今の我が国ではもはやタブーとなり、一般の国民には片側からの情報、意見しか届かないようになったのである。本判決がただ一色であって、いかなる異論も許さない決意を表明していることはこれを象徴している。

裁判員制度が我が国にもたらしたもののの中に、新聞・雑誌のなだれを打つような御用機関化を挙げざるを得ないのは、我が国の未来を誤らせかねない大きな悲劇と言うべきものであろう^(*33)。

《注》

- 1 本判決文の入手は、本件弁護士小清水義治弁護士に負う。記して御礼を申し上げる。

- 2 裁判員制度に関する大々的なキャンペーンが最高裁判事に無意識のうちにも影響を与えていた可能性も当然考えられる。
- 3 西神田編集室、2008。以下、『批判』として引用する。
- 4 『批判』226頁。
- 5 『批判』76頁。
- 6 本判決が、裁判官を刑事裁判の「基本的な担い手」と敢えて曖昧な表現にしたのは、裁判官の関与なしで被告人の有罪無罪が決まるような制度は憲法上許されないと行ってしまうと、この段階で陪審制が弾き飛ばされる結果になるからであろうと想像される。
- 7 これについては、拙著『司法制度改革原論』（悠々社、2011。以下、『原論』として引用する。）8章、9章で詳細に論じた。初出はそれぞれ、2005年、2009年。
- 8 『批判』57頁。
- 9 『批判』49頁以下。
- 10 『批判』236頁。
- 11 『批判』49～62頁。
- 12 『批判』52頁。
- 13 『批判』51頁、59頁。
- 14 『批判』58～60頁。
- 15 フランスの参審制において、参審員を、市長等の推薦を受けた地元名士などではなく、選挙人名簿から選ぶようになったのは1980年からである。最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度フランス編』374頁（司法協会、2001）。
- 16 『批判』52～54頁。
- 17 この辺の経過について、『批判』62～63頁。
- 18 この点については、第30回審議会で、井上正仁委員が、裁判官は陪審の評決に従えという法律を作れば、評決に従うのは法律に従っているだけで、裁判官の独立は害されていないことになる、という論法はおかしい、こういう考え方によれば、法律判断も量刑もすべて陪審に任せるという法律を作った場合、それに従えば独立に反しないことになるが、問題は、そういう法律を作ってもよいのかということにあるはずだ、と述べた（議事録）ことが参考になる。
- 19 『批判』268頁。
- 20 3か月間に63人もの証人を調べては、普通の裁判員は、各証人の証言内容どころか、証人の顔さえ覚えていられないであろう。米国の陪審審理で現にそのような実例があったことにつき、拙著『司法過程と裁判批判論』114頁（悠々社、2004）参照。これで証拠調べ終了後すぐに終了日時が決まってい

るような評議になだれ込み、そして裁判官が直ちに数日で判決を書く、というような裁判には戦慄を禁じ得ない。判決起案過程自体が誤判防止に大きな役割を果たしていることにつき、上記（本注）拙著133頁参照。

- 21 『原論』5章。初出は2009年。
- 22 この人は後に裁判の現場に戻り、東京高裁の裁判長として、裁判員制度は合憲であるという判決を出す。東京高裁平成22年12月8日判決（東京高裁平成22年（う）第1633号事件。判決文の提供は小清水正治弁護士に負う）。
- 23 詳細は『原論』93頁以下。
- 24 雑誌「論座」平成19年10月号での座談会「あなたが裁判員になる日（上）」74頁。
- 25 本判決中には、「（本制度は）裁判員…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と言うべきである。」という部分があるが、これが19条という重大な論点をもカバーしているというのであれば、それは乱暴も極まったというべきであろう。
- 26 これについては『原論』6章三参照。初出は2010年。
- 27 ポーエン、C.D.『判事ホームズ物語（下）』278頁以下（法政大学出版社、1978）。
- 28 最判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁（補足意見、意見あり）
最判昭和51年5月21日刑集30巻5号1178頁（補足意見、意見、反対意見あり）
同昭和52年5月4日刑集31巻3号182頁（補足意見、意見、反対意見あり）
同平成7年2月22日刑集49巻2号1頁（補足意見、意見あり）
他方、全員一致であったのは最判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁である。
長年月の割に数が少ないのは、昭和50年代後半以降、最高裁の大法廷で刑事の論点が判断されるという事件が殆どなかったためである。
- 29 上記最判平成7年2月22日。
- 30 本判決に先立つ大法廷の判断として、最決平成22年5月31日裁時1532号1頁があるが、これは最高裁長官が裁判員制度実施に関する司法行政事務に関与したことは忌避事由にならないとしたもので、実質的には本判決の一部という位置づけで差支えないであろう。
- 31 私はかつて、裁判員制度はその粗雑な審判のゆえに我が国の司法を自殺とも言うべき事態に追い込むことを恐れて、この表現を使ったことがある（拙著『裁判員制度の正体』224頁以下。講談社、2007）が、司法が司法であることを放棄するような日が来ようとは思ってもよらないことであった。
- 32 基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする業界団体からも体よく断られた。

- 33 本判決後間もなく三大新聞はいずれも社説において本判決を評価した（朝日新聞11月19日、毎日新聞・読売新聞11月17日）が、これらは本判決の論理を検討したものではなく、その内容から見ても、制度推進のキャンペーンと見るべきものである。但し、社説のトーンには僅かな差があり、本判決の論理に全く批判の視座を有していないもの（毎日、朝日）と、必ずしもそうでないと解する余地のあるもの（読売）とがある。