

裁判員制度の意義と展開可能性

——続々・裁判員制度の憲法適合性——

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、本誌八二巻三号所収の拙稿「裁判員制度の憲法適合性」及び同八二巻四号所収の拙稿「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——続・裁判員制度の憲法適合性」と一体となつて、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。具体的には、裁判員制度の憲法適合性を初めて確認した最高裁判所の判決である最大判平成二三年一月一六日刑集六五巻八号一二八五頁を契機に、そこで制度導入の趣旨として挙げられた憲法の基本的原理をめぐる議論と、制度の意義から示唆されるところの制度の展開可能性

をめぐる議論の二つについて取り組む。

第一は、平成二三年大法院判決が裁判員の職務等の憲法一八条後段適合性を論証する際に用いた国民主権原理への言及（判決の第1の3の(4)部分）の意義についての検討である。

本判決は、「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参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ており、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」と判示している（一二〇〇頁）。

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）の立法過程において、筆者が旧著で明らかにしたとおり、裁判員制度の意義として国民主権の原理や民主主義の原理を直接挙げることは、理論的な理由ゆえに回避されてきた。にもかかわらず、本判決は、前記引用部分のほかにも、さまざまな文脈において、国民主権の原理や民主主義の原理に言及している。本判決の登場によって、裁判員制度と国民主権や民主主義といった憲法の基本的原理との関係に、何らかの変化がもたらされたのか。あるいは、裁判員制度の意義としてこれらの基本的原理が回避されてきたという筆者の分析が、そもそも誤りであったのか。第二章において考察する。

第二は、平成二三年大法院判決が判示するところの裁判員制度の意義についての検討である。

本判決の第1の4部分は、調査官解説によれば、「裁判員制度の意義について最高裁大法院の見解が示され」たものであり、「最高裁として、裁判員制度の積極的意義、同制度への期待を述べたものと理解することができ」という⁽²⁾。判決を批判する立場によれば、「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」⁽³⁾という。

判決を支持する立場から見ても、「やや異例の説示である」とする評価がある⁽⁴⁾一方で、この説示の特異性を否定し、「ここに示された裁判員制度の意義・目的こそが、憲法が国民の司法参加を許容する実質的理由となるものであり、……憲法に関する個別の解釈は、かかる理念に従って統合的に理解される必要がある」とする見解もある⁽⁵⁾。いずれにせよ、4部分について、裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の理解が単に示された部分にすぎないとみるのは過小評価であろう。むしろ、「国民の視点や感覚と法曹の専門性とは常に交流することによって、相互の理解を深め」、「国民に根差した司法」の実現が、今後の刑事裁判の進むべき方向であることを確認し、最高裁判所としてその実現に向けた決意を示すとともに、国民に対しても理解と協力を求めたものと解⁽⁶⁾するのが妥当であろう。

第三章では、この4部分で示された裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の見解について検討したうえで、裁判員制度のありうべき展開の可能性と限界について考察する。

裁判員制度は、今後も運用の検証が求められ、わが国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、必要があれば改正されることが想定されている⁽⁷⁾。しかしながら、制度のどの部分をどのように改正することが憲法上可能であり、あるいは不可能なのか。裁判員制度の意義について判示した平成二三年大法院判決は、同時に、制度の展開の限界を示していると考えられるところ、その点についても明らかにすることとする。

二 裁判員制度の意義 再論

筆者は、旧著において、裁判員法の立法過程における国民の司法参加の意義づけ論争について、(a)従前の裁判官の

みによる刑事裁判は、国民の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため、それらを克服するために、主権者である国民が司法に直接的に参加するのは必要不可欠であるとする民主主義的基礎づけ説と、(b)従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが、国民的基盤の強化を企図して、裁判過程へ国民を参加させ司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させようとする理解増進・信頼向上説とに大別したうえで、裁判員法一条の規定、国会での政府による答弁、裁判員法の立案担当者による解説等から、現行の裁判員制度は後者の立場から設計されたものであると分析した⁽⁸⁾。

平成二三年大法廷判決は国民主権の原理や民主主義の原理に複数回言及しており、このことから、裁判員制度の意義についての筆者による分析が誤りであるとする批判が想定される。そこで、裁判員制度の意義について改めて検討することとする。

1 平成二三年大法廷判決における従前の刑事裁判の運用に対する評価

第一に、本判決は、制度導入の背景として、従前の刑事裁判の運用に対する否定的評価ではなく、肯定的評価を前提としているということをまずは確認しておく。

すなわち、裁判員制度導入以前の刑事裁判の運用について、最高裁判所は、「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」と判示し、肯定的に評価している（二三〇一頁）。特に、最高裁判所のすべての裁判官が、制度導入の意義との関連で、わが国の従前の刑事裁判の運用に対する否定的な評価を行わなかった⁽⁹⁾ことは、注目されるべきであろう。従前の裁判に対する否定的な評価を前提とし、それを解決するために裁判員制度

を導入するという理解には、最高裁判所は決して立っていないのである。

本判決は、「法曹のみによつて実現される高度の専門性は、時に国民の理解を困難にし、その感覚から乖離したのものにもなりかねない側面を持つ」と述べ、法律家のみによる高度に専門的な司法の運用によつて国民の司法に対する理解が困難になりうるおそれがあることを、裁判員制度の導入を必要とする立法事実として位置づけている（同頁）。そして、だからこそ、司法に対する国民の理解の増進が要請されることになるのである。

2 裁判員制度と国民主権の原理・民主主義の原理との関係

第二に、裁判員制度と憲法の基本的原理との関係についてである。

本判決は、国民主権ないし民主主義という概念を繰り返し用いつつ、裁判員制度が憲法適合的であることを論証しようとする。特に、憲法一八条後段違反という所論④に対する3(4)において、「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」という裁判員制度導入の趣旨について、「これは、この制度が国民主権の理念に沿つ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」と判示している（二三〇〇頁）^⑩。

この点について、新屋達之教授は、「本判決は、国民の司法参加ならびに裁判員制度をもつばら国民主権の見地から位置付けた」と分析している^⑪。また、葛野尋之教授も、「本合憲判決が、立法過程において不明瞭であつた民主主義的意義を認めた点が注目される」、「判決は、直接の言及はないものの、裁判員法1条も裁判員制度の民主主義的意義を含意するものと理解しているのである」と述べている^⑫。本判決に対するこのような理解は、はたして妥当である

うか。

旧著において指摘したとおり、司法制度改革審議会意見書の裁判員制度の導入を提言する部分でも、現行の裁判員法においても、裁判員制度の意義として、国民主権ないし民主主義という文言は一切登場していない。政策形成過程の各段階においても、民主主義的基礎づけ説に基づく制度の基礎づけが提案されるたびに、理解増進・信頼向上説の優位性が確認されてきた。⁽¹⁴⁾

また、民主主義的基礎づけ説は、そもそも理論的にも成立困難であることが指摘されてきた。理論的成立の障害となるのが、日本国憲法制定直後に兼子一教授が提唱し、筆者が旧著で注目した「民主的司法のディレンマ」問題である。⁽¹⁵⁾ この問題が伏在しているからこそ、裁判員制度を単純な民主主義の原理によって基礎づけようとする企ては、竹下守夫教授や井上正仁教授らといった制度の設計に指導的な立場の論者によって常に阻止されてきた。この点について最も明確に論述しているのは、酒巻匡教授であろう。曰く、「現代民主国家における権力分立制度の下で、基本権および自由を保障する司法権と民主主義原理との間に微妙な緊張関係が伏在していることは、憲法学の常識であろう」。⁽¹⁶⁾ 「制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理（「国民の手による裁判」）のみに帰することはできない」。⁽¹⁷⁾ 筆者は、旧著において、「裁判員制度の導入を、単純な民主主義の原理に基づくものとして理解するのは、明らかに誤りである」と記述したが、⁽¹⁸⁾ 裁判員法の立法過程における議論や司法権と民主主義原理との関係をめぐる理論的考察を前提とすれば、「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」と判示する平成二三年大法院判決に接してもなお、この見解は誤りではなかったと確信している。

旧著に関して反省すべき点を挙げるならば、国民主権の原理のとらえ方次第では、それによって裁判員制度を基礎

づけうる（しかも、そのことを筆者自身も十分に自覚していた）⁽¹⁹⁾にもかかわらず、「裁判員制度は、国民主権の原理ないし民主主義の原理に基づき導入されたものではない」と記述したことである。⁽²⁰⁾

たしかに、憲法学の世界においては、「もともと国民主権の原理は、国民の憲法制定権力（制憲権）の思想に由来するもの」であると解されており、例えば、芦部信喜教授によれば、「国の政治のあり方を最終的に決定する権力を国民自身が行使するという権力的契機」と「国家の権力行使を正当づける究極的な権威は国民に存するという正当性の契機」との二つの要素が含まれていると説明されてきた。⁽²¹⁾ 伝統的な憲法学の理解によれば、「国民主権は、第一義的には、日々の政治そのものではなく、日々の政治を枠づけるルール」である。⁽²²⁾ したがって、国民主権の原理は、主として憲法制定権力や制度化された制憲権であるところの憲法改正権などについて検討する文脈で用いられるべきものであり、⁽²³⁾ 裁判員制度を基礎づけるものとして用いることは基本的には適切ではない。先に引用した旧著における筆者の記述も、このような伝統的な憲法学の理解に依拠したものであり、それ自体は誤りではない。なぜならば、憲法学の「支配的な学説」によれば、「国民主権原理は憲法制定権力の所在、つまり政府の権力の正当性の由来ないし源泉についてのもので、その政府の権限行使の仕方については何も述べていない」からである。⁽²⁴⁾

この点、山本龍彦教授は、「憲法学は、国民主権を、主として憲法の制定や改正のような例外的イベントとの関連で捉え、日々の政治において国民主権原理がもつ意義を、いわば二次的なものとして捉える」一方で、「公民教科書のイメージは、国民主権を、日々の政治、通常の政治（normal politics）における普段着の（plain-clothes）民主主義を要請する原理として捉える傾向が強い」と分析している。⁽²⁵⁾

山本教授のいうところの憲法学が二次的なものとしてとらえてきた国民主権原理の有するもう一つの意義について

着目してみよう。佐藤幸治教授は、「国民主権は、まず、主権という属性をもった国家の統治のあり方の根源にかかわる憲法を制定しかつ支える権力ないし権威が国民にあることを意味する」が、さらに「国民主権は、……憲法を成立せしめ支える意思ないし権威としてあるのみならず、その憲法を前提に、国家の統治機構がこの国民の意思ないし権威を活かすよう組織されなければならないという規範的要請を帰結すると解される」と主張してきた。⁽²⁶⁾ 近時では、「国民主権論の名で真に追究されてきたのは、憲法制定という一回的な権力行使ではなく、日々の国政において、どのようにして統一的な国家意思を継続的に形成し実現すべきか、という息の長い問題だ」という理解が有力であり、⁽²⁷⁾ 憲法政治における最終的な決定や究極的な権威としての国民主権原理のみならず、通常政治における権力性や正当性をも議論しうるような定義も示されるようになっていく。例えば、長谷部恭男教授は、国民主権の原理には、「統治権が主権者である国民自身か、あるいは国民が選挙を通じて直接、間接に組織する機関によつて行使されるべきこと」（権力的契機）と、「統治権を行使する機関は、つねにその行使について国民に責任を負うこと、言いかえれば、国民に対してつねに行使の正当性を説明し理由づける責務を負うこと」（正当性の契機）の二つを意味すると説明している。⁽²⁸⁾

学説においてこのような議論の展開がある一方で、わが国の最高裁判所は、定住外国人選挙権訴訟判決（最三小判平成七年二月二八日民集四九卷二号六三九頁）、東京都管理職選考受験訴訟判決（最大判平成一七年一月二六日民集五九卷一号一二八頁）、在外国民選挙権訴訟判決（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁）などに見られるように、憲法制定権力との関係を強く意識した伝統的な憲法学の理解における意味ではなく、憲法一五条一項が公務員の選定罷免権を国民に保障することを基礎づけるものという意味で、国民主権の原理を用いてきた。⁽²⁹⁾ ならば、裁判員制度の憲

法適合性を確認した本判決にいう国民主権の原理についても、同様に、憲法制定権力との関係に必ずしもとらわれることなく、通常政治における権力と権威の問題という意味で理解することも許容されうるであろう。

では、国民主権を、原則として憲法制定権力の問題としてとらえる憲法学の世界における伝統的な理解ではなく、通常政治における権力性と正当性を国民によって基礎づける原理としてとらえるならば、⁽³⁰⁾裁判員制度を国民主権の原理に基づくものと解釈することは可能であろうか。

まず、刑事事件の裁判への参加を、主権者である国民が（統治権の一つである）司法権を直接行使するものとして理解したうえで、それがまさに国民主権の発現形態であるなどととらえるような議論は、なおも批判されるべきであろう。樋口陽一教授は、「主権者たるプーブル、その個々の構成員であるシトワイヤンが、一般意思の形成以外のことにかかわってはなら」ず、「一般意思は主権者しかそれをつくれ」ず、「また主権者は一般意思にしかかかわってはならない」というルソーの理論によれば、「だいたい主権者たるものは個別規範の設定にかかわってはいけない、特定の個人の利益を剥奪したり、利益を与えたりすることを主権者がやってはいけない」ということになるため、「裁判員は主権者としての発動ではあり」えないと主張する⁽³¹⁾。また、今関源成教授も、国民主権の権力的契機をもって裁判員制度を正当化しようとする立論に対しては、次のように述べて批判する。「人が人を裁くときには、裁く側に何らかの正統性が要求される。裁判官が法の解釈適用者としての専門的知見を有しているのと異なり、裁判員は素人なし市民という資格しか有していない。専門家や権力に対するチェックであれば、その資格は意味を持つが、裁判官とともに行うのであるとしても、無作為抽出で選ばれた六人の国民がそれ自身のうちに他の国民を裁く正統性を有するわけではない。専門的知見もなく、選挙で選ばれているわけでもない。主権者国民といってみても、不可分の主権は

個々の国民が個別に行使できるような権力ではない⁽³²⁾」。

たしかに、樋口教授や今関教授が指摘するとおり、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民が主権者として判断を示すことを指して、国民主権の原理の発現形態であると理解することは妥当ではなからう。国民主権の権力的契機として裁判員の参加を位置づけようとすることは理論的には困難であると筆者は解する⁽³³⁾。

しかしながら、その一方で、国家機関による公権力行使を国民によって正当化する原理という意味において国民主権をとらえたうえで、それによって裁判員制度を基礎づけることは可能であろうか。

組織形成において間接的な正統性しか供給されておらず、また、権限行使の面では国民に責任を負う規定をもたないわが国の裁判所が、司法権を行使することの正統性は、法律専門家である裁判官の法的専門合理性とともに、国民の信頼に求めることができる⁽³⁴⁾。すなわち、裁判官が独立して中立かつ公正な裁判を行うことによって醸成される国民の信頼こそが裁判の存立の根拠となるべきところ、裁判員制度の創設を提言した司法制度改革審議会意見書は、（前述のとおり、国民主権だから直ちに主権者国民の裁判への参加が要請されるというような単純素朴な議論を敢えて回避する一方で）司法への国民の理解が促進され、幅広い支持を得て、司法の国民的基盤がより強固なものとして確立することを企図して、国民の司法参加を要請していた。

裁判所の司法権行使の民主的正統性の源泉が司法に対する国民の信頼にあると解するならば、司法の国民的基盤⁽³⁵⁾をより強固に確立するため、国民の信頼をより一層向上させようとする裁判員制度の導入は、国家機関が統治権を行使することを国民によつて正統化する原理⁽³⁶⁾という意味での国民主権の原理を基礎とするものとも評価することができる⁽³⁷⁾。

平成二三年大法院判決においても、「法曹のみによって実現される高度の専門性は、時に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側面を持つ」っており、そこで、裁判員法一条に示された制度導入の趣旨であるところの「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参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」が求められるようになったところ、本判決によれば、この制度導入趣旨こそが「この制度が……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」と判示するが、裁判所の司法権行使を正統化するための国民的基盤の強化する方策の一つとして裁判員制度を理解するという文脈であれば、それを「国民主権の理念に沿つ」たものと評するのは、一つの成り立ちうる議論である。

ここで、本稿冒頭で提示した問いに答えよう。本判決の登場によつて、裁判員制度と国民主権や民主主義といった憲法の基本的原理との関係に変化がもたらされたわけでもなく、また、裁判員制度の意義としてこれらの基本的原理が回避されてきたという筆者の分析に誤りがあつたわけでもない。国民の理解の増進と信頼の向上⁽³⁸⁾を通じた司法の国民的基盤の確立を裁判員制度の基礎とするという理解は、制度の出発点たる司法制度改革審議会意見書の時点から存在しており、制度の根拠となる裁判員法にも規定されていたが、平成二三年大法院判決はこれと異なることをいうものではなかった。本判決が新たに行つたことは、(伝統的な憲法学の用語法とはやや懸隔があるものの)それを国民主権の原理と呼んだことだけである。問題の所在は、そもそも国民主権の原理をどのようにとらえるのかという基本的原理の解釈にあつたにすぎない。

3 平成二三年大法院判決における民主主義の原理・民主主義の原理への言及

裁判員の職務等が苦役に該当しないことを論証する部分（3(4)部分）以外にも、平成二三年大法院判決は、民主主義の原理ないし民主主義の原理に言及している部分がある。ここで、改めてそれらの概念の用いられ方について整理することとする（以下、判決文の引用中の傍線は、本稿の筆者による）。

最初に民主主義という概念が登場するのは、判決の2(2)の部分「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」という一文である（一二九三頁）。この部分における民主主義という語は、単に国家という概念を修飾するものであり、刑事裁判権の行使が適切に行われるような種々の原則が多くの民主主義国家において確立してきたという事実を記述しているだけである。つまり、裁判員制度の意義を表すものとして民主主義の原理が用いられているわけではない。

次にこれらの概念が登場するのは、2(3)部分である。民主主義という語が、「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、憲法制定当時の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」という一文において登場する（二二九四頁）が、この文は、欧米の民主主義国家において、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示すものであって、わが国の制度についての記述ではなく、また、一般論として、国民の司法参加の制度がすべて民主主義の原理に基礎づけられると述べるものでもない。たしかに、この一文の直後に、わが国の旧陪審制度の説明が続くが、陪審の答申に拘束力のない制度を諸外国の司法参加の制度とまったく同様に扱うことは適切ではなからうし、そもそも当時の日本は民主主義国

家ではなかったため、この部分も、わが国における司法参加を民主主義の原理によって基礎づけるべきことを示唆するものとは評価できない。

そして、同じく2(3)部分において、憲法前文が基本原理の一つとして国民主権の原理を宣言していることを述べるくだり〔憲法は、その前文において、あらゆる国家の行為は、国民の厳粛な信託によるものであるとする国民主権の原理を宣言した〕、同頁〕と、日本国憲法制定時の議論として憲法改正担当国務大臣の発言中に現れる「民主政治」という表現³⁹⁾が見られる(一二九五頁)が、これらも、裁判員制度との直接的な関連はない。

このように、たしかに平成二三年大法院判決中には国民主権ないし民主主義という文言が複数回登場するものの、一三〇〇頁における「国民主権の理念」以外は、すべて裁判員制度の意義を表すものとしては用いられていない。したがって、本判決が裁判員制度を「もっぱら国民主権の見地から位置付けた」と読むのは妥当ではないと解する。むしろ、本判決は、適正な刑事裁判を実現するための諸原則と下級裁判所における裁判官の基本的担い手性が確保されることをもって、制度全体の憲法適合性を立証しようとしたものであり、裁判員制度の理念としては、「もっぱら国民主権の見地から位置付けた」というよりも、民主的正統性(国民主権の原理)と法的専門合理性(自由主義の原理)との調和を重視していると読むべきであろう。

なお、国民主権ないし民主主義という術語ではないものの、「民主的基盤」という表現が判決の2(3)部分に見られる(同頁)。これは、「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」という文脈で用いられており、これは、3(4)部分で現れる「国民的基盤」と同義であり、その意義については、本稿前節すでに述べたとおりである。

4 裁判員の職務等の苦役該当性の再検討

平成二三年大法廷判決が裁判員制度の意義を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ことと位置づけたのは、裁判員の職務等の苦役該当性（憲法一八条後段適合性）に関する文脈においてである。すなわち、本判決は、（一）裁判員制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤を強化するものである↓（二）裁判員の職務等が、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付与するものである↓（三）苦役ということは必ずしも適切ではない、というように議論が展開される。

では、裁判員制度導入の趣旨を（実定憲法上の構成的原理としての）国民主権の理念に沿ったものと解するとして、本判決の判示するとおり、そのことから、裁判員の職務等が憲法一八条後段で禁じられる苦役に該当しないということが論理的に導出されるのであろうか。

たしかに、「裁判員の職務等の憲法18条適合性を判断するにあたり最も重要なのは、その義務づけの必要性・正当性であつて、これは制度目的にかかわる問題である」⁴⁰。土井真一教授によれば、「憲法の趣旨に照らしてよりよい司法制度となるように憲法の枠内において必要かつ合理的な参加を求められれば、それに応じるのが、国民主権原理に内在するところの主権者たる国民の責務でありまた権利であると解することができるように思われる」⁴¹とのことであるが、同じく国民主権原理に基づき要請されるところの政治参加に関しては、主権者たる国民の責務でありまた権利であると解しうるものの、すでに別稿で指摘したとおり、⁴² 現行の公職選挙法等は、主権者たる国民に法的制裁を担保として投票を義務づけてはいない。選挙における投票の強制が立法政策上可能であると解しても、現に政治部門において参加が法的に義務づけられていない状況下で、国民主権という基本的原理を挙げることによって、司法部門におけ

る参加を法的に義務づけることが直ちに正当化されるとする立論に対しては、にわかには首肯しがたい。

いずれにせよ、平成二三年大法廷判決は（その調査官解説も）、裁判員制度が国民主権の理念に沿うものであるということを認めながらも、裁判員の職務を負うことが国民の責務であると明言することを意識的に回避している。⁽⁴³⁾

葛野教授は、平成二三年大法廷判決について、「総論的で形式的な判断に傾き、それゆえ裁判員制度の自由主義的意義については、十分明確化しないままに終わって」おり、「憲法18条適合性について十分説得的な理由を示すことができなかった」と評釈している。⁽⁴⁴⁾ 曰く、「『司法の国民的基盤の強化』を目的とする司法参加というだけで、裁判員の職務等の必要性・正当性について説得力ある理由を示したといえるのかは疑問である。司法の本質的機能が人権保障にあることからすれば、自由主義原理との関係において裁判員制度の積極的意義を明確化したうえで、裁判員の職務等を義務づけることの必要性・正当性を示すべきであろう。公正・適正な刑事裁判の実現と切り離して、民主主義原理との関係においてのみ、この義務づけの必要性・正当性を示しているがゆえに、判決は十分な説得力に欠けるのである」。⁽⁴⁵⁾

公正・適正な刑事裁判にとっての裁判員制度の積極的意義を示すことのみによって、制度の憲法一八条後段適合性の問題が直ちに克服されるか否かは不分明であるが、筆者は、国民主権の原理を根拠として憲法一八条後段に適合的とする本判決の論理が十分に説得的とはいえないという点において、葛野教授の意見に賛同する。

三 裁判員制度の展開可能性

1 裁判官と裁判員との協働という理念

裁判員制度において、合議体をともに構成する裁判官と裁判員との関係をどのように理解すべきか。

裁判員制度の制度設計段階では、裁判官と裁判員とを対立する存在として位置づけ、対抗すべき関係にあるとする見解と、両者を対等な存在として位置づけ、協働すべき関係にあるとする見解とが対立していた。⁽⁴⁶⁾ 司法制度改革審議会においてもこの二つの見解の対立が見られたが、最終的には、「国民が司法に参加する場面において、法律専門家である法曹と参加する国民は、相互の信頼関係の下で、十分かつ適切なコミュニケーションをとりながら協働していくことが求められる」、ないしは「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度を導入すべきである」として、後者の見解が採用された。⁽⁴⁸⁾ もっとも、裁判官と裁判員との関係について、対立・対抗的關係にとらえるべきか、それとも協働すべき関係にとらえるべきかの議論は、審議会ですべて完全に決着したわけではなく、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会において、裁判員裁判の合議体において裁判官と裁判員の各員数をどうするかをめぐる激しい論争に関連して再び論じられた。すなわち、第二八回検討会（二〇〇三年一〇月二八日）で、井上正仁座長は、「アドホックに加わる非専門家である裁判員が、法律専門家である裁判官との関係で、主体性を発揮し、実質的に裁判に関与することができるとするには、裁判員の数は裁判官の数の2倍あるいは3倍以上でなければならぬ」という主張の前提に、「裁判員と裁判官とはグループとして対立・対抗する関係に立つ——特に、裁判官が自分達の意見を押しつけようと

するのに対して、裁判員は数で対抗するしかない——といった捉え方」があるとするれば、それは「審議会意見が提案する裁判員制度の基本構想とは異なる発想によるものだといわなければならぬ」と述べ、⁽⁴⁹⁾ 裁判官の員数を三人とし裁判員の員数を四人とする（ただし、五人ないし六人とすることも考えられるとする）制度構想を支持した。⁽⁵⁰⁾

また、裁判員裁判の合議体の構成をめぐる議論では、裁判員を刑事裁判の中心的な判断者とし、裁判官はそれを補助する役割とする見解も登場したが、これに対して、井上座長は、「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるという点にある」とする審議会意見書の記述を挙げたうえで、意見書が「『裁判官と裁判員との相互のコミュニケーション』、『知識・経験の共有』ということ強調している」点に着目すれば、「裁判官と裁判員のどちらか一方が中心あるいは主役というのではなく、裁判官と裁判員のいずれもが主役であり、それぞれ異なるバックグラウンドを持ちながらも、対等な立場で、かつ相互にコミュニケーションを取ることで、それぞれの異なった知識・経験を有効に組み合わせる共有しながら、協働して裁判を行うという制度が構想されているものと考えられ」と主張した。⁽⁵³⁾ 裁判員を刑事裁判の主役とみる（裁判官をその補助役とする）見解は、審議会意見書の「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる」という記述に沿うとらえ方であるが、その一方で、刑事裁判において裁判官を基本的担い手とする理解とは明らかに両立しないものである。⁽⁵⁴⁾

筆者は、裁判員制度が法律の専門家としての裁判官と素人としての裁判員との協働の原理に基づき制度設計されたものであると解したうえで、そこでは専門家と素人との討議という過程を重視すべきであると主張してきた。⁽⁵⁵⁾ また、

協働の原理を重視する以上、裁判員を刑事裁判の主役とみる（裁判官をもっぱらその補助役とする）見解を採らず、裁判員と裁判官のいずれもが刑事裁判の主体と解すべきであることを提唱してきた。⁽⁵⁶⁾

これに対して、同じく憲法学の見地から、異なる視点で裁判官と裁判員との関係を理解すべきとする見解が注目される。すなわち、蟻川恒正教授は、制度施行前の段階で、「裁判に国民を参加させるのではなく、国民を、いわば裁判の公開の延長上において、間近で裁判権の発動を監視し、裁判権力を批判する、という位置に立たせるものとして、裁判員制度を……位置づけ直すこと」を提案する。⁽⁵⁷⁾ もともと、裁判員を、統治者と被治者との中間の「統治の批評者」と位置づけるべきとする主張に対しては、蟻川教授自身も認めているとおり、「裁判員は、単に批評するだけでなく、実際に判決を下す、すなわち、事実認定をして有罪無罪を決し刑の量定も行うという形で、権限を行使する」ため、「これは明らかに主体であり」、現行の裁判員制度の下では、「これを単に批評者として性格付けることはできない」というべきである。⁽⁵⁸⁾

平成二三年大法院判決は、裁判員制度の意義についての4部分で、「裁判員制度が導入されるまで、我が国の刑事裁判は、裁判官を始めとする法曹のみによつて担われ、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」が、「法曹のみによつて実現される高度の専門性は、時に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側面を持つ」ところ、「刑事裁判のように、国民の日常生活と密接に関連し、国民の理解と支持が不可欠とされる領域においては、この点に対する配慮は特に重要であり」、「裁判員制度は、……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つて、相互の理解を深め、それぞれの長所が生かされるような刑事裁判の実現を目指すものということができる」と判示している（二三〇二頁）。つまり、最高裁判所は、明らかに、審

議会意見書と同様に、裁判官と裁判員との関係について対等な存在として位置づけ、協働すべき関係に立つと理解している。

2 陪審制度の導入の可能性

平成二三年最高裁判所大法廷判決は、「憲法は、……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」と述べている（二二九六頁）。そこで、本判決が、現行の裁判員制度以外にも、陪審制度や参審制度を導入することをも認めているものと解すべきか否かが問題となる。裁判員制度に代えて参審制度を導入すべきという主張は見られないものの、裁判員制度の導入以降もなお一部に陪審制度の導入を求める向きがあるところ、本稿では、陪審制度の導入の可否について検討することとする。⁽⁶⁰⁾

土井教授は、「本判決は、裁判官を刑事裁判の基本的な担い手と位置づけていることから、陪審制度の導入を否定するものであると解する見解がある」が、「本判決は、「陪審制とするか参審制とするかを含め」、国民の司法参加の内容を立法政策に委ねていると述べており、陪審制についても、その具体的制度が刑事裁判の諸原則に抵触するか否かを審査し、その合憲性を判断すべきとの立場をとるものと解するのが適切である」と主張する。⁽⁶¹⁾一方、穴戸常寿教授は、「最高裁は、陪審制を排除する趣旨だと思」うと端的に述べている。⁽⁶²⁾

そもそも、陪審制度ないし参審制度といえども、それらの内容は一樣ではない。例えば、一方で、ある構成要素が陪審制度の本質的なものであると主張する論者がいれば、他方で、ある国ではその構成要素を欠く陪審制度が存在すると反証する論者がいる。参審制度についても同様である。もともと、陪審制度ないし参審制度の本質的要素とは何

かを確定することは、本稿においては不可欠な問題ではない。⁶³むしろ本稿で注目すべきは、最高裁判所が本判決においてそれらをどのように理解していたのかということである。

判決中では、諸外国の陪審制度と参審制度についての説明は、一三〇一頁に、裁判員制度との類似点・共通点として、わずかに登場するのみである。すなわち、陪審制度とは、「〔陪審員が〕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」制度であり、一方、参審制度とは、「〔参審員が〕裁判官と共に事実認定、法令の適用及び量刑判断を行う」制度であるというのが、判決から読み取りうるわが国最高裁判所による諸外国の国民の司法参加制度の理解である。⁶⁴

これのみでは、本判決が、参加する国民の選任方法（陪審制度につき、無作為に選任される）、任期（陪審制度につき、個別の事件ごとに選任される）、評議・権限（参審制度につき、裁判官とともに評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行う）のみに注目して、諸外国の司法参加の制度を理解しているかのようにも見える。しかしながら、調査官解説によれば、陪審制度としてアメリカ合衆国（連邦のもの）と英国の制度を、参審制度としてフランス、ドイツ、イタリアの制度を主として念頭に置いて議論していることと、構成要素としては、右に挙げたもののほかに、人数（裁判官と参加する国民の各人数）、対象事件（被告人の選択を認めるか否か）、評決（全員一致か多数決によるか）についても、判決の形成の過程において検討されていたことが推測される。調査官解説には、裁判員制度と米（連邦）、英、仏、独、伊各国の陪審制度・参審制度に関して、選任方法、任期、人数、対象事件、評議・権限、評決について概説した「裁判員制度と陪審・参審制度との比較」という表が挙げられており、また、「陪審制においては事実の認定は独立して陪審員がこれを行い、法律の適用、刑の量定は職業裁判官が行うのが原則である」、「参審制においては事実認定、法律の適用、

刑の量定ともに全て職業裁判官と参審員との評議による」、「陪審員は一般市民の中から無作為抽出され、事件ごとに選任される」、「参審員は、一定の任期を有するが、事件ごとに選任される国……もあれば、複数の事件を担当する国……もある」、「参審員を基本的に無作為抽出する国……もあれば、必ずしも無作為抽出ではなく政党の推薦や自薦が重視されることもある国……がある」と述べられている⁽⁶⁶⁾。

本稿で検討するにあたっては、かりに最高裁判所が調査官解説と同様の内容として典型的な陪審制度ないし参審制度を理解していたと仮定して⁽⁶⁷⁾、以下、議論を進めることとする。

3 司法権概念における事実問題・法解釈問題二分論の否定

裁判員制度の導入以前、司法過程を事実認定過程と法の解釈・適用過程とに分けたうえで、後者こそが司法権の本質的部分であり、これは裁判官によって担われなければならないが、必ずしも本質的部分とはいえない前者については、陪審員のような裁判官以外の者によって行われても、憲法上の司法権の概念との関係で問題はないとする議論があった。このような論拠に基づき陪審制度を合憲とする主張は、通説ではないものの、少なからぬ研究者によって支持されてきた有力な見解であった。

すなわち、旧陪審制度の導入に際して、その推進派の一部は、司法権の行使とその前提としての事実認定とは異なるものである（陪審は司法権を行使するものではなく、その対象となる事実を認定するにとどまるものである）ことを論拠として、制度が明治憲法五七条に違反するものではないと主張していた⁽⁶⁸⁾。

日本国憲法の解釈論としては、「事実認定は司法の目的ではなく」、「司法の目的は具体的事件に法の適用を確保し

て法律上の利益をまもることである」とする小嶋和司教授の見解が注目された。小嶋教授によれば、「裁判」は、通常、(i)事実の認定、(ii)事実に対する法の適用、という二つの段階を踏んでおこなわれる」ところ、「裁判」はこの二段階をふくむを要し、裁判所はかならず、事実認定と法適用の結果の宣言の二つをおこなうべきであるとする見解がある」が、「事実認定は、法適用の結果の宣言に強制力をあたえる前提として、それが不当であってはならないからなされるにすぎ」ず、「それは、「司法」にとって、対象の正確化であつても、目的ではなく、本質的要素たる意味をもつとは考えがたい」。したがって、「刑事事件の事実認定について、陪審制を採用しても違憲ではない」という。⁶⁹⁾

近時では、司法制度改革審議会会長を務め裁判員制度の設計を主導した佐藤教授が、次のように述べている。「裁判は、大別して、①証拠主義に基づく事実の認定と、②認定された事実に対する法の適用という2つの過程よりなる。いずれも重要な過程であるが……、「司法」のより核心的部分を形成するのは②の過程である」⁷⁰⁾。佐藤教授は、司法と裁判の概念をめぐる佐々木惣一教授の見解を基本的に妥当としており、⁷¹⁾（事実認定過程を司法権の範疇に含めないとは明確には述べておらず、⁷²⁾ また、陪審制度の導入を可能とする論拠として事実問題・法解釈問題二分論を挙げてはいないが）法適用過程を司法権の核心的部分と位置づけ、事実認定過程とは扱いに差異を設けている。

このような事実問題・法解釈問題二分論について、大石和彦教授は、独立行政委員会による事実認定が裁判所を拘束する旨の規定（電波法九九条）や最高裁判所を原則として法律審とする上告理由制限規定（民事訴訟法三二二条一項、三二八条一項、刑事訴訟法四〇五条、四〇六条）を違憲とせずに済み、かつ、「拘束的評決型陪審制をも正当化し得る」という利点があると分析している。⁷³⁾ すなわち、事実問題・法解釈問題二分論を採用する限り、司法作用に含まれない事実認定過程に国民が参加することは許容され、その制度設計としては、事実認定から裁判官を排除する典型的な陪

審制度の導入すらも、憲法七六条にいう司法権概念との関係では憲法適合性の問題を克服しうることになる。

この点、平成二三年大法廷判決は、まず、「刑事裁判の使命」を「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」とことと定義している（一二九五頁、傍点⁷⁴は本稿の筆者による）。そして、「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り、これら裁判員の関与する判断は、いずれも司法作用の内容をなすものである」と判示している（一二九七—一二九八頁、傍点⁷⁵は本稿の筆者による）。つまり、事実の認定・法令の適用・刑の量定の三つは、司法作用の内容をなすものであると解するのが判例の立場である。したがって、事実認定の問題が司法権の範囲に含まれると明確に判示する本判決は、事実問題・法解釈問題二分論に立脚した国民の司法参加合憲説には与していない。

4 刑事裁判における裁判官の基本的担い手性

平成二三年大法廷判決は、国民の司法参加の制度一般ないしその制度の一つであるところの裁判員制度の導入を憲法適合的なものとするためには、（一）（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）適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、（二）下級裁判所における裁判官の基本的担い手性の二つを要求している。そして、これら二つの要素については、適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守する↓そのためには高度の法的専門性が要求される↓そのためには裁判官が刑事裁判の基本的な担い手であり続けなければならないという関係が成立している。この点、穴戸教授は、「自分たちが刑事司法の基本的担い手であるという線を、最高裁は過去一貫して譲ってこなかった」が、平成二三年大法廷判決は、そのような最高裁判所の姿勢が現れた一例であると指摘している。⁷⁴

本判決で繰り返し登場する刑事裁判における裁判官の基本的担い手性という議論は、裁判員制度を憲法適合的とするための不可欠の要素であるが、これは本判決においてにわかに登場したものではない。裁判員法の立法過程をさかのぼれば、このような議論は制度設計の初期の段階から登場しているが、これを定式化したのは、第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月一三日）における井上委員の発言である。井上委員は、最高裁判所の構成を定める七九条と下級裁判所の構成にかかる七六条一項の規定との対比及び職業裁判官の身分保障や任期・定年・報酬などを定める八〇条の規定の存在を指摘したうえで、「こういう憲法の規定の仕方から、憲法に言う「裁判所」とは職業裁判官を基本的ないし必須の構成要素とするものとして構想されているということは確かだ」と明確に述べていた。⁽⁷⁶⁾

憲法学の見地からも、「憲法が下級裁判所裁判官を下級裁判所の基本的な構成員とみていることは否定でき」ず、裁判員制度のように「法律により裁判官以外の者を裁判所の構成員とすることは、そうした下級裁判所裁判官の基本的な構成員性を損なわない限りで認められると解される」こととなる。⁽⁷⁷⁾ 職業裁判官の関与が憲法上必要であるとの解釈は、今日、憲法学において通説であるといっても過言ではない。⁽⁷⁸⁾

前述のとおり、本稿でいわゆる講学上の陪審制度とは、陪審員が事実認定を裁判官から独立して確定的に行う（裁判官は陪審の判断に拘束される）制度をいう。このような制度は、（本判決の理解では事実認定は司法権の範疇に含まれるので）刑事裁判における裁判官の基本的担い手性を害することになり、制度として適正な刑事裁判を実現するための諸原則を遵守できないものとなるため、憲法七六条一項、七九条、八〇条との関係で適合性を保てないと解すべきであろう。⁽⁷⁹⁾

裁判員制度の設計段階の初期に、棟居快行教授は、職業裁判官が裁判所の必須の構成員であるということが、「特

定の帰結をそこから引き出すには、あまりにも曖昧な命題であるというべきである」として、過大評価をすべきではないと主張したが、平成二三年大法廷判決は、それを制度が憲法適合的といえるための不可欠の構成要素であると判示した。⁽⁸⁰⁾

たしかに、陪審制度とすることも含めて国民の司法参加の内容を立法政策に委ねていると本判決が述べている点は土井教授の指摘するとおりであるが、前述のとおり、判決は、そこでいう陪審制度について、いわゆる典型的な陪審制度（個別の事件ごとに国民の中から無作為に選任された陪審員が、事実の認定を、裁判官から独立して確定的に行う（裁判官は陪審の判断に拘束される）制度）に限定しておらず、「〔陪審員が〕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」制度というように、きわめて広い概念で理解している。また、本判決では、国民の司法参加の内容を立法政策に委ねるにあたって、「〔適正な刑事裁判を実現するための〕諸原則が確保されている限り」という限定的な条件が付されていることにも注目すべきである。本判決の鍵概念の一つである適正な刑事裁判を実現するための諸原則と、もう一つの鍵概念であるところの裁判官の基本的担い手性とは不可分の関係にある。したがって、本判決が立法政策上許容されるとするのは、陪審の答申に裁判官に対する拘束力を認めないわが国の旧陪審制度のような、裁判官の基本的担い手性を害しない国民の司法参加の制度であり、事実認定過程から裁判官を実質的に排除する典型的な陪審制度は本判決が許容するところではないと解すべきであろう。

5 法令解釈に係る判断等への裁判員の関与の可能性

現行の裁判員法六条は、一項が裁判官及び裁判員の合議によるものとして、事実の認定、法令の適用、刑の量定の

三つを挙げる一方、二項において、法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断（少年法五五条の決定を除く）、その他裁判員の関与する判断以外の判断の三つについて、合議体を構成する裁判官のみの合議によることとし、裁判員の関与を必要としない⁽⁸²⁾。

この点、本判決は、「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」と述べており、法令の解釈に係る判断等を裁判官の専権としていたことが、制度を憲法適合的とする不可欠な構成要素であるところの、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性の一つの発現形態であると判示している。つまり、裁判員の権限が限定されており、法令の解釈や訴訟手続に関する判断が裁判員ではなく裁判官に留保されていることが制度の憲法適合性を支えていると解するのが判例の立場である。もし、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断に裁判官が実質的に関与できない制度とするならば、本判決の論理に従えば、法に基づく公正中立な裁判の実現に支障が生じ、したがって、憲法七六条三項に違反することになるだろう。

毛利透教授は、「本判決の特徴はむしろ、裁判官が適正手続確保のための権限を独占することを求めている点にある」と述べている。⁽⁸³⁾ 曰く、「本判決は、「憲法が定める刑事裁判の諸原則」の遵守は、裁判官がそのための権限を独占することによってのみ可能となると考えているようであり、法令解釈や訴訟手続についての裁判官への判断権留保によりこの点が確保されるからこそ、裁判員制度は合憲といえる、と論じている。この意味で本判決は、立法論としてありうる裁判員の権限拡大に、憲法の観点から歯止めをかけるものとなっていることに注意が必要である」⁽⁸⁴⁾。

本判決が、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性を裁判員制度を憲法適合的とするための不可欠の要素として
いる点に注目するならば、今後の裁判員制度の展開の方向性は、従前とはまったく異なる新たな視点で国民の参加を
中心として裁判制度を設計していくのではなく、これまでの裁判制度を前提としたうえで、裁判官の基本的担い手性
を侵害しない限度で、どこまで裁判官の領域に裁判員の関与を認めうるかという発想から設計されるべきであるとい
うことになる。

四 まとめに代えて

裁判員制度の憲法適合性は、一見すると、国民の司法参加の制度に関する規定をもたない憲法がそれを禁止する趣
旨であるか、裁判を受ける権利を保障する憲法三二条・三七条一項等に違反するか、裁判所の構成等を定める七六条
一項・八〇条一項等に違反するか、裁判官の職権行使の独立を定める七六条三項に違反するかなどといった、比較的
に単純な実定憲法条文の解釈問題にすぎないかのように受け取られうる。そして、現憲法三二条等と旧憲法二四条と
の文言の対比や、裁判所の構成に関する下級裁判所と最高裁判所の規定の文言の対比によって容易に回答が導出され
る「解釈論の練習曲」のようなものだとの見方もあるだろう。

しかしながら、国民の司法参加とは、筆者が旧著等で主張してきたとおり、本質的には自由主義や民主主義などと
いった原理的な問題を回避して論ずることができないものである。裁判員制度の憲法適合性についても、本稿で検討
したとおり、そこには国民主権をどのような意味で解するべきなのかといった憲法の基本的原理をめぐる論点が伏在
している。また、裁判員の職務等の憲法一八条後段適合性に関して、意に反する苦役をどのように解すべきかや、憲

法上の苦役の禁止は絶対的なものかなどといった、これまでの憲法学が十分には解明してこなかった論点に焦点が当たる一方で、違憲の争点を主張する適格という論点への最高裁判所の姿勢や、「参政権と同様の権限」とすることで違憲性を排除しようとするという最高裁判所の判断など、なお論争的な部分が残る問題もある⁽⁸⁵⁾。

既発表の二つの拙稿及び本稿では、平成二三年大法院判決を主たる契機として、裁判員制度の憲法適合性に関して、制度の骨格に直接関係する主要な論点について検討してきたが、それ以外にも取り組むべき課題は少なくない。例えば、裁判員法制定以降・施行以前に法改正によって導入された区分審理制度については、笹田栄司教授がその憲法適合性等について疑問を示していたが、制度の本体そのものではないため、既発表の二つの拙稿及び本稿では扱っていない⁽⁸⁷⁾。裁判員の参加した裁判の判決について、事実誤認または量刑不当を理由に裁判官のみによって構成される控訴審で破棄しうることは⁽⁸⁸⁾、裁判員の参加の意義に関連する重要な問題であるが、裁判員裁判そのものの問題ではないため、同じく既発表の二つの拙稿及び本稿では扱っていない。また、実際の裁判員裁判が運用されると、一定の犯罪類型について裁判員の参加によって従前の裁判官のみによる裁判よりも量刑の傾向が重くなっていることが判明したが、このことを被告人の憲法上の権利の観点からどのようにとらえるべきかという問題もある。これら裁判員制度に付随する論点や運用上の問題については、挙げて今後の検討課題としたい。

*本稿は、平成二七年度日本学術振興会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、「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) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成二十三年度）』（法曹会、二〇一五年）三三二―三三三頁。
- (3) 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・三号（二〇一二年）一〇一頁。
- (4) 穴戸常寿「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。穴戸教授は、本文引用箇所が続けて、「裁判員裁判を推進してきた「竹崎コート」を代表する本判決にふさわしいものともいえよう」と述べている（同頁）。

- (5) 土井真一「裁判員制度の合憲性」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ（第六版）』（別冊ジュリスト二二八号）（有斐閣、二〇一三年）三八八頁。

- (6) 前注。もつとも、特定の被告人に係る刑事事件の上告審判決が、最高裁判所がある政策に対する期待を述べたり、政策の実現に向けた決意を表明したりする媒体として適切であったかどうかについては、意見の分かれるところであろう。

- (7) 「政府は、この法律の施行後三年を経過した場合において、この法律の施行の状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づいて、裁判員の参加する刑事裁判の制度が我が国の司法制度の基盤としての役割を十全に果たすことができるよう、所要の措置を講ずるものとする」と定める裁判員法の制定時の附則九条を参照。

- (8) 拙著・前掲注(1)一〇七―一四頁、二七九―二八二頁。さしあたり、拙稿「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」法社会学七二号（二〇一〇年）一七二―一七七頁。なお、従前の刑事裁判制度の運用に対する評価と国民の司法参加の意義づけについて、それぞれ大きく二分し、それらが本文で示したように相関関係にあるという、旧著で示した筆者による整理は、司法制度改革審議会や司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の中心的な構成員であり、制度の設計に常に指導的な立場にあった井上正仁教授による審議会での議論の回想（井上正仁ほか「連続公開講演会「司法制度改革のゆくえ」」【第7回】シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト一二七九号（二〇〇四年）七六頁左段一四行目から右段七行目

まで)を、その着想の基礎とするものである。

国民の司法参加の意義に関して、田口守一教授は、筆者とは別の観点から議論の整理を試みている。すなわち、田口教授は、裁判員制度の政策的基礎を、国民的基盤強化論(「司法に対する国民の理解と信頼を重視する見解」)と正しい裁判実現論(「国民の理解と信頼」という要素は、裁判員制度導入の目的というよりも、むしろ裁判員制度を導入した「結果」であるにすぎ)「ず」、「裁判員制度導入の目的をまずもって「より良い裁判」の実現あるいは「正しい裁判」の実現と見る見解」)との二つに整理したうえで、前者の見地に立つものとしては、司法制度改革審議会意見書とそれを受けて制定された裁判員法一条の規定を挙げる一方で、後者の論者として、「刑事裁判の内容に一般国民の健全な社会常識を反映させ、より良い裁判を実現することが制度導入の趣旨である」とする酒巻匡教授(酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室三〇八号(二〇〇六年)一一頁)や、「国民の司法に対する理解が進むのは、あくまで司法に参加する国民が、客観的な基準に照らして適切といえる裁判を目指して参加するからであり、「より良い司法の実現」ないし「正しい裁判の実現」にこそ国民参加の意味がある(国民の理解の増進と信頼の向上は「後からついてくる二次的な効果」にすぎない)と述べる長谷部恭男教授(長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト二二三号(二〇〇二年)一四六頁、松尾浩也ほか「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ一一四六号(二〇〇四年)四頁、九頁(ともに長谷部恭男発言))を挙げる(田口教授は挙げていないが、より適切な裁判の実現に裁判員制度の目的を求める土井真一教授(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)二七五頁)も正しい裁判実現論に分類されるのであろう)。そのうえで、「国民参加によって「裁判内容がより良くなる」という面と「裁判がより身近かとなる」という面はそれぞれ別個の検討課題と言わなければならない」(「国民参加の意義を考えるに当たっては、裁判内容に関する実体的な意義と裁判基盤に関する制度的な意義の双方からの検討が必要と思われる」と述べたうえで、「専門家のみによる裁判という日本の特色こそが国民参加を必要とした立法事実であった」と分析し、「裁判員制度の政策的基礎としては、まずもって国民的基盤強化論という正当な出発点を再確認すべきで」とあると主張する(田口守一『刑事訴訟の目的(増補版)』(成文堂、二〇一〇年)三四〇—三四三頁、原文ママ)。田口教授は、「なぜ、裁判員制度を導入しなければならなかったのか、そ

の立法事実は何であつたか」という視点等から議論を構築し（三三九—三四〇頁）、筆者のいう理解増進・信頼向上説とその展開形との対立を描いており（一方で、民主主義的基礎づけ説に相当するものは「裁判官から決定権を国民に移す」という民主化は採用し得ない」と一刀両断しており（三四四頁）、そもそも議論の俎上にすら挙げられていない）、筆者の議論枠組みと矛盾・対立するものではない。そして、筆者は、基本的には、田口教授のこの分析を妥当であると解する。

もとより、筆者も、より正しい裁判の実現を望むものではあるが、裁判官のみによる従前の裁判よりも裁判員が参加することによって、裁判の内容がより正しくなるということは（より正しくなくなるということと同様に）裁判員制度の導入時点において理論的に十分な論証がなされていなかった（その一方で、刑事訴訟手続において、一般の国民が裁判内容の決定に関与するようになれば、関与しない場合と比べて、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という議論は、論理的に成り立ちうるものであった）。

（9）なお、本判決には個別意見は一切付されておらず、かつ、判決当時最高裁判所を構成する裁判官全員によって署名されている。

（10）本判決が、「国民主権の原理に基づき」ではなく「国民主権の理念に沿つて」という表現を用いている点に着目し、ここで最高裁判所が意図するところは、国民主権の原理そのものではなく、国民主権の理念であるから、国民主権の原理それ自体の探求は必要ないとする向きもあろう。たしかに、判決が「の理念」という修辭句を付加したという点は看過すべきではない。とはいえ、ある概念に対して「の理念」という修辭句を付加することによって、付加された概念に何らかの意味を変化させる効果があることを認めるとしても、国民主権の理念は国民主権の原理そのものとまったく無関係ではない以上、ここで国民主権の原理について真剣に探究することの意義はあると筆者は解する。

筆者は、本判決が、宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、一九七八年）や芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第六版〕』（岩波書店、二〇一五年）の記述を意識して、敢えて「の理念」という修辭句を付加したのであると推測している。すなわち、宮澤俊義教授は、「理念的・原理的に、政治の権力の源泉が国民に由来するとする建前」として、国民主権を定式化した（三八頁、傍点は本稿の筆者による）。また、芦部信喜教授は、国民主権の原理が由来するところの憲法制

定権力、すなわち、「制憲権は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性の原理に従って、自らの憲法典の中に制度化し、①国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、および、②法的拘束に服しつつ憲法（国の統治のあり方）を改める憲法改正権に転化したものである」と述べる（四一—四二頁、傍点は原文による）。本判決が宮澤・芦部両教授のいう建前ないし理念としての国民主権の原理を意図しているとすれば、宮澤・芦部両教授はその建前ないし理念としての国民主権の原理を権力的契機ではなく正当性の契機という意味で用いているのであるから、本文で筆者が展開する議論と符合する。

（11）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）」法律時報八四卷一〇号（二〇一二年）一二九頁。もつとも、新屋達之「裁判員制度導入の意義と現段階での課題」法学セミナー六三〇号（二〇〇七年）一九頁における記述から推察するに、制度の所期の意義が司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上にあるということを、新屋教授も（否定的に評価しながらも）正確に理解している（現実の裁判員制度は、司法参加の意義を国民の統治主体としての立場に求め、国民の公共意識の醸成や公共的事項への関与という、いわば治者の視点に立つて構想された。これにより国民が本来有する治者・被治者の両面性は分断され、国民は治者の目線で法廷に臨むことが求められる。それ故、制度設計の関心も権利保障をいかに実現するかという観点は相対化・希薄化され、国民の関与をいかに確保するか側に関心が向けられる）。本稿において筆者が問題としているのは、本判決がもつばら国民主権の原理から裁判員制度を位置づけたとする新屋教授の理解であり、本文で述べるのとおり、それは必ずしも適切なものとはいえないと筆者は主張するものである。

（12）葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（現代人文社、二〇一六年）三一—三二頁。葛野教授は、筆者の議論を参照したうえで、「裁判員制度を、ただ民主主義原理によって単純に正当化することはできないはずである」ことを認める（三三頁）ものの、なおも「裁判員制度の目的を民主主義原理から切断して理解することには疑問がある」とし、「裁判員制度は、民主主義原理を具体化したものとして理解すべきである」と主張する（三三頁）。葛野教授は、「民主主義原理のみによって裁判員制度を正当化することができないことは、『民主司法のジレンマ』論が説くとおりである」とする（その理由として、「司法の機能は、本来、政治権力や民意の専横から少数者の権利を保護することにあり、とりわけ刑事裁判においては、国家の刑罰権に

直面する被疑者・被告人の人権保障こそが、その本質的機能というべきだ」ということを挙げる）一方で、「市民が刑事裁判という主権の行使に直接参加することは、やはり、国民主権に基づく民主主義原理によってこそ基礎づけられるものであって、裁判員制度は、民主主義原理を具体化したものとして理解すべきである」と述べている（三―四頁）。つまり、既存の裁判員制度を単純に民主主義の原理から正当化することの理論的難点を十分に理解したうえで、敢えて民主主義の原理から基礎づけようとする主張であり、筆者としては、共鳴するところが少なくない。しかしながら、平成二十三年大法院判決の読み方に関しては、筆者は葛野教授の見解とは意見を異にする。

(13) 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―一四頁。ただし、審議会意見書全体の総論部分では、憲法の依拠する国民主権が真の意味で実現されるために何が必要とされるかを明らかにすることが、審議会が設定する司法制度改革の根本的な課題であるとされ（三頁）、また、国民的基盤の確立を提言する部分の総論的部分でも、国民主権という術語が登場する（もともと、「国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野」というように、統治構造にかかる修飾語として用いられているだけであって（二〇―一頁）、裁判員制度の意義として国民主権の原理が挙げられているわけではない）。

なお、竹下賢教授は、筆者の議論について「〔司法制度改革審議会〕意見書の総論部分を無視して」と断定している（竹下賢「日本の裁判員裁判制度と民主主義」関西大学法学論集六二巻四・五号（二〇一三年）三九五頁）が、これは明らかに誤解である。筆者は意見書の総論部分を重視し、旧著においても言及する（拙著・前掲注（1）一一二頁）のみならず、共和主義的憲法観に基づく裁判員制度の意義の再構成のための重要な論拠の一つとしている（同二三四―二三六頁）。

(14) 筆者は、旧著において、司法制度改革審議会、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会、国会の三つのステージに裁判員法の立法過程を分けたうえで、各ステージにおいて、制度の意義がしばしば争われ、かつ、裁判員制度の設計において中心的な役割を担ったアクターが一貫して民主主義的基礎づけ説を批判し、理解増進・信頼向上説を唱道してきたという事実を紹介した（拙著・前掲注（1）一四―一四九頁、二八〇頁）。例えば、第三二回審議会（二〇〇〇年九月二六日）では、竹下守夫会長代理が、「国民主権ということから、直ちに立法、行政と同じように、当然に司法権の行使にも国民が参加すべきで

あると説くとするなら、そこには論理の飛躍がある」と述べ、司法の民主的正統性は裁判官の民主的任命制度に求めるべきであると主張した。第一五回検討会（二〇〇三年四月八日）では、裁判員制度が国民主権から導出されるということが審議会意見書の考え方であると主張する他の委員による発言に対して、井上正仁座長が、「国民主権云々とおっしゃったところは、審議会でもかなり難しい議論のあった点で、裁判員制度を導入する趣旨として、国民主権ということからストレートには出てくるものとは必ずしも位置づけられていないということは御理解いただきたい」、「国民主権ないし民主制と司法の本質との関係についてかなり議論があったところで……、審議会全体としては必ずしもそういう立場に立つたわけではないということです」、「そこは意見書でもちゃんと書き分けているはずですので、注意深く読んでいただきたい」と明確に反論した。衆議院本会議（二〇〇四年三月一六日）では、裁判員法の趣旨に「国民の主体的な参加を高らかにうたい上げるべきではない」かとの議員からの提案に対して、野沢太三法務大臣は、法案に定める制度導入の意義を述べるにとどめ、これを断った。これらのように、制度の設計に指導的な立場の論者ないし制度設計に責任を負う政府は、立法過程において、一貫して、理解増進・信頼向上説に依拠し、民主主義的基礎づけ説を明確に否定していた。

（15）拙著・前掲注（1）二〇七―二二二頁。

（16）酒巻・前掲注（8）一五頁。

（17）酒巻・前掲注（8）一〇頁。酒巻教授は、別稿では次のように述べている。「司法制度改革審議会の」意見書は、確かに冒頭部分では国民主権原理と裁判員制度の導入について一定の関係を述べておりますが、制度の具体的基本設計の部分についてお読みいただければ、国民主権であるから国民参加であるというような単純素朴な議論をしていないことは明瞭であろうと思います。やはり国家統治体制の基本的な常識的理解を前提として、司法権の行使に係る裁判員制度は民主主義と直結する制度としては構想されていないのは明らかだと理解しています」（酒巻匡ほか「座談会 裁判員制度の可能性と課題」法律時報七七巻四号（二〇〇五年）一三頁（酒巻匡発言））。なお、この座談会の参加者である常本照樹教授（司法と民主主義とを結び付けることは、いわゆる政治的な多数者が民主主義の名の下に司法権を操作することに道を開きかねないおそれがあるわけですし、いわゆる少数者の保護あるいはそれへの配慮という司法の本質的な存在意義も忘れてはならないのではないか）」と

市川正人教授（「やはり司法権の行使が民主主義のルールから外れていること、すなわち司法権の非民主性に意味があるのではないか」、「国民主権だから当然市民の司法への参加だというふうになるのか、あまりそればかり強調する議論はどうかという危惧を私などは持ってい」る）も、憲法学の見地から、民主主義的基礎づけ説に対して否定的な評価をしている（一二―一三頁）。

(18) 拙著・前掲注(1)二一四頁（傍点は原文による）。単純な民主主義の原理では理論的に基礎づけられないからこそ、筆者は、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によって裁判員制度を再定位しようと試みた。これが、まさに旧著の主題であった。一方、国民主権の原理を（国民が主権者として統治権を行使することを基礎づける原理という意味ではなく）国家機関が統治権を行使することを正当化するための原理としてとらえるとすれば、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上という裁判員制度の所期の意義は、その意味における国民主権の原理の発現形態と評価しうるということを肯認することが、本稿における筆者の主眼である。

(19) 旧著において筆者が展開した共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論による裁判員制度の意義の再構成は、審議会意見書に示された先般の司法制度改革の理念のうち、統治客体から統治主体への国民意識の転換を基底的前提とし、かつ、そのような転換を促し、能動的な国民の参画をもって、司法を政治部門と並び「公共性の空間」を支える討議の場として再構築しようとする点（司法制度改革審議会・前掲注(13)四―八頁）について、共和主義ないし討議民主主義を志向する諸要素を見出したことなどを論拠とするものである（拙著・前掲注(1)二三四―二三六頁参照）が、国民主権の原理に関して、本稿で述べるように、通常政治における国家機関の権限行使を正当化する根拠が国民に由来するという意味で理解するならば、この意見書に示された改革の理念は、まさに国民主権の原理について述べたものとも評価しうる。

(20) 拙著・前掲注(1)二八〇頁（傍点は本稿において筆者が新たに付した）。

(21) 芦部・前掲注(10)四一頁。芦部教授においては、国政のあり方の最終的な（ないしは、終局的な）決定や、公権力行使の正当化の究極的な権威などといった修飾語が外されることはない（芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、一九九二年）二二〇―二四九頁参照）。

もつとも、このような意味における国民主権の原理については、従前より憲法学の世界においても異論があったところである。例えば、杉原泰雄教授は、日本国憲法の国民主権原理は、「国内における国家権力自体の帰属を指示する法原理であ」つて、「国家意思の最終または最高の決定権、国家権力の究極の淵源、憲法制定権力などの帰属を指示する原理ではない」と明確に述べている（杉原泰雄『憲法Ⅰ』（有斐閣、一九八七年）一九五頁）。

(22) 「あるいは箱のデザインにかかわるものである」という（山本龍彦「国民主権と統治行為」法学セミナー七二九号（二〇一五年）五二頁）。国民主権の原理について、「憲法学説の多くは、……憲法を創る権力、すなわち憲法制定権力が国民にあることを意味する、と捉えてき」ており、政治が「国民の制定した憲法に従って行われる限り、常に、国民の名において正当化される」。そして、「憲法を、政治を閉じ込める「箱」と見れば」、「憲法学説の多くは、制憲者としての国民は、制憲時に、制憲後にも箱をその内側から変えられるよう、憲法改正権者として、自らも箱の中に入り込む選択を行ったものと考え」る（五〇―五一頁、傍点は原文による）。

(23) ただし、伝統的な憲法学の理解においても、通常政治における権力性や正当性を議論する文脈で国民主権の原理をまったく用いないというわけではない。例えば、芦部教授も、「民主主義ないし民主政」を国民主権と互換可能な概念と位置付けたうえで、「人権の保障を終極の目的とする原理ないし制度と解すべき」と述べる（芦部・前掲注（10）二八七頁）とともに、憲法が「国会を「国権の最高機関」とし、内閣が国会に対し連帯して責任を負うことを大原則とする議院内閣制……を採用」することをもって、国民主権が日本国憲法の統治機構を支える原理の一つであると述べる（二八九頁）。

(24) このような理解が、松井茂記教授によれば、一九九三年の時点での「現在の憲法学の支配的な傾向」であったという（松井茂記「国民主権原理と憲法学」『岩波講座社会科学の方法第IV巻 社会変動のなかの法』（岩波書店、一九九三年）一五頁）。「主権はあくまで統一体としての国民にあり、個々の市民は直ちに主権の行使に参加できるわけではない」（同頁）ため、民主主義的基礎づけ説が唱道するように、個々の国民が主権者として裁判員という立場で裁判過程に直接に参加するのは当然であるという考え方は採りえない。

(25) 山本・前掲注（22）五一頁（傍点は、原文による）。

同じ観点から出発しまったく異なる議論を展開するものとして、松井教授の見解が挙げられる。「憲法を制定するレベルの問題と制定された憲法のもとのように統治を行うのかというレベルの問題を区別すべきだ」と主張する松井教授は、「日本国憲法は国民主権原理にたち政府の権力の正当性の源泉を国民に求めつつ、憲法のもとの統治は国民の多数者が決定すべきだという民主主義原理を定めていると理解し、民主主義を日本国憲法のもとの統治の基本原則と考え」るべきだと提言する（松井茂記『井上典之「憲法訴訟と民主主義」井上典之ほか編『憲法学説に聞く——ロースクール・憲法講義——』（日本評論社、二〇〇四年）二二二頁（松井茂記発言））。松井教授は、国民主権の問題を考えるに際して、「憲法制定という「憲法政治」のレベル、つまり憲法制定権力の問題と、その憲法の下で組織される日常の統治という「通常政治」、つまり政治権力の問題を区別することが有益である」と述べたうえで、次のように主張する。「主権を正当性の源泉と捉える見解では、通常政治における国民の地位が正当に位置づけられない。他方、主権を政治権力そのものと捉える見解では、権力の正当性の問題が適切に位置づけられない。……国民主権の制度的帰結を認める学説には注目すべき点がある。しかし、ここまです国民主権の中に読み込むことは、かなり異質なものを主権原理に持ち込むことになる。やはり、国民主権原理は、日本国民が憲法制定者であること、そして統治の正当性の根拠が、国民、つまり日本の政治共同体の構成員である「市民」の総体にあることの意味であると捉える方が妥当であろう。……そのうえで、憲法に基づく政治、つまり通常政治については、それが国民の参加により国民の意思を反映して行われるべきことを「民主主義」の問題と捉え、日本国憲法は国民主権原理に立脚するとともに民主主義を要請していると理解した方がよいのではなからうか」（松井茂記『日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇〇七年）一三六―一三七頁）。

(26) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一一年）三九四―三九五頁。佐藤教授は、実定憲法上の構成的原理としての国民主権は、統治制度の民主化のほかに、「統治制度とその活動のあり方を不断に監視し問うことを可能とする」公開討論の場が国民の間に確保されることを要請する」という（三九五―三九六頁）。

(27) 安西文雄ほか『憲法学読本（第二版）』（有斐閣、二〇一四年）二五七頁（六戸常寿執筆）。

(28) 長谷部恭男『憲法（第六版）』（新世社、二〇一四年）一四頁。長谷部教授は、「国民主権」の下で、市民の直接の政治参

加をどのような制度的枠組みの下で、どこまで認めるのが妥当かも、……検討する必要がある」と述べる一方で、「主権という概念に基づく議論の限界に留意し、この概念にあまり多くのものを読み込みすぎないようにしなければならない」と注記している(一五頁)。

(29) ただし、これらの判決が、本判決とは異なり、「国民主権の理念に沿って」という表現ではなく、「国民主権の原理に基づき」という直截的な表現を用いている点にも留意する必要があるだろう。

なお、実定法上も、国民主権という概念は、憲法学の世界における伝統的な理解ではなく、もっぱら実定憲法上の構成的原理としての意味で用いられている(行政機関の保有する情報の公開に関する法律一条、公文書等の管理に関する法律一条、独立行政法人等の保有する情報の公開に関する法律一条、内閣法一条一項、内閣府設置法四条一項一二号)。

(30) もとより、今日でも、このような国民主権のとらえ方に正面から反対する議論があるということにも留意しなければならない。樋口教授は、「法律の中に「主権」が出てくることにも警戒的であるとし、「国民主権の理念にのっとり」という文言が内閣法一条にあることに関して、「国民主権を前提にすれば、まず国会法に「国民主権」が出てくるはずですが、国会ではなくて、内閣が国民主権という正統性根拠を援用している」が、「これは直接的に法的な意味を持たないにしても、考え方の問題として、私はその異常さに気がつくべきだと考えている」と述べたうえで、「裁判員法のほうは、国民主権を出していないとしても、「実定法運用の場面で主権という観念が出てくるのに対しては、私はなお良くないという考え方で」であると主張している(樋口陽一「人」(homme)と「市民」(citoyen)の間の綱渡り」法律時報八二巻五号(二〇一〇年)二七頁)。

(31) 樋口陽一ほか「樋口陽一憲法学との対話 討論」法律時報八二巻五号三〇—三四頁(樋口陽一発言)。むしろ、「裁判員制度も、個人がオムとして意見を表明することは本質的な問題ではなく、シトワイヤンを土台とした制度になっていると思う」とする小山剛教授の理解(二二頁、小山剛発言)が妥当であると筆者は解する。

なお、「コオル(Corps)としての司法」(樋口陽一『憲法 近代知の復権へ』(東京大学出版会、二〇〇二年)一三六—一三七頁)という考え方を提唱する樋口教授は、裁判員制度の導入以前において、「裁判官を拘束する効果を持つものとしての陪審の制度を、日本国憲法下で「国民主権」だけをもっぱら説明根拠として正統化することは、困難というべきである」と

述べていた（樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）四八六頁）。なお、拙著『熟慮と討議の民主主義理論——直接民主制は代議制を乗り越えられるか』（ミネルヴァ書房、二〇一五年）五四―五六頁も参照。

(32) 今関源成「刑事裁判への「国民参加」とは何か？」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論（憲法理論叢書（19））』（敬文堂、二〇一一年）一二四頁。併せて、次の指摘も参照。「国民主権だから司法権も国民が直接行使できるといった無媒介な主権論は、法の支配が貫徹すべき司法の領域には特に場違いであり、権力の至高性を連想させる主権者国民という主体を招喚するがゆえに立憲主義・自由主義と強い緊張関係に立つ。国民主権論で司法への国民参加を基礎づけることは適切ではない」（二二九頁）。

(33) ただし、本文で論ずるように国民主権の原理を通常政治における裁判所の司法権行使の正統化原理として理解することが可能であるとしても、本判決には、国民という概念の用い方について説明が不十分な点が見られる。すなわち、判決は、次のように判示する。「この〔裁判員〕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。このように、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」（一三〇〇頁、判決文の引用中の傍線は、本稿の筆者による）。このうち、第一文にいう二つの「国民」は、権力の正統化原理としての觀念上の国民である一方で、第二文にいう二つの「国民」は、個々の裁判員において裁判員としての職務に従事する具体的な国民を指すものであると解すべきであろう。そして、それぞれ異なる意味の国民（本稿の筆者は、そのように理解する）が、連続する二つの文章で用いられている。

この点、宍戸常寿教授も、「国民の司法参加という場面で、「自由主義」と整合的に語られる「民主主義」とは、国家権力の正統化に関わるものであり、裁判に直接参加する個々の国民は、かかる非実体的な正統化の淵源としての「国民」を裁判の場で表象するにすぎないはずであった」にもかかわらず、「それが本判決の3（4）では、個々の国民の司法参加が、自らの資格で直接に行使する参政権と、同様のものとして捉えられている」点を問題視している（宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官——裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、二〇一六年）三二七頁）。

(34) 拙著・前掲注(1)二〇六—二〇七頁。

(35) 司法制度改革審議会「中間報告」(二〇〇〇年十一月)六二頁は、国民的基盤と民主的正統性という術語をそれぞれ相互交換的に用いていた(「国家への過度の依存体質から脱却し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められる国民が、裁判の過程に参加(関与)し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤(民主的正統性)を得ることができるようになる。このような意味において、訴訟手続への国民参加は国民主権の原理と関連する」)。ただし、最終的な意見書の段階では、民主的正統性という単語は消えた。

(36) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇一頁。

(37) 最高裁判所刑事局の課長として裁判員制度の設計に関与するとともに、制度施行直前期には制度導入の準備を進め、施行後は東京地方裁判所において裁判長として裁判員裁判を担当した合田悦三判事は、司法制度改革審議会意見書一〇二頁にいう「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる」とする裁判員制度の意義について、「裁判の正統性の契機」と表現している(合田悦三「裁判員裁判の公判審理の在り方を考える際の出発点」井田良ほか編集代表『川端博先生古稀記念論文集下巻』(成文堂、二〇一四年)七五一—七五二頁)。

(38) 新屋教授は、「司法に対する理解の増進や信頼の向上という、それ自体は重要だがいささか軽い目的で国民の司法参加(裁判員制度)という重い制度を正当化する……のは、やはり不釣り合いの感がある」と主張する(新屋・前掲注(11)「国民の司法参加・裁判員制度の合憲性」二二九頁)。しかし、司法に対する理解の増進と信頼の向上という目的のどこが「いささか軽い」のであろうか。憲法学の見地からいえば、統治権の正統性の源泉である国民の信頼というものは、決して「いささか軽い目的」などと評しうるものではない。

(39) 判決文には出典が示されていないが、帝国憲法改正案第一読会である衆議院本会議における金森徳次郎國務大臣の答弁である。これは、民主主義的な司法機関として陪審制度は欠かせないとの意見を前提として、陪審制度に関する規定を(当時審

議中の) 憲法に挿入する用意があるか否かをめぐる大臣の所見についての質問に対する答弁である。判決文での引用は若干表現が加工されたものであるが、議事録にある正確な表現は、次のとおりである。「次ニ陪審問題ノ点ニ付キマシテハ、憲法ニハ之ニ対シマスル特別ノ規定ハゴザイマセヌガ、民主政治ノ趣旨ニ則リマシテ、必要ナル規定ハ法律ヲ以テ定メラレ、現在ノ制度ヲ完備スルコトハ憲法ノ毫モ嫌ツテ居ル所デハゴザイマセヌ」(官報号外第九十回帝國議會衆議院議事速記録第八号(一九四六年六月二八日)一一四頁)。この部分は、陪審制度が民主政治の趣旨にのっとって行われるべきであるという意味にも解しうるが、質問者は「民主主義ノ特徴ト致シマシテハ……陪審制度ト云フモノは、特ニ強調サレナケレバナラ」ず、また、「民主主義的ノ司法機關トシテ欠クベカラザルモノデア」る(一一一―一二二頁)として述べているのだから、答弁者も民主政治ではなく民主主義と述べるべきであつた。むしろ、ここは、陪審制度は(質問者が期待するところの)憲法に条文を設けるのではなく、必要があれば法律によつて定められるべきであつて、そのような法律は民主政治の手續にのっとつて制定されるべきであるという、立法過程の民主性を単に述べただけと読むのが自然ではあろう。なお、判決文では、金森大臣の答弁の上記引用部分の直後の「詳細ハ司法大臣ヨリ御答弁下サルコト存ジテ居リマス」との発言が引用されていないが、それに続く木村篤太郎司法大臣の答弁は、なんら憲法の基本原理に言及することなく、戦前の旧陪審制度が「不活発デアリ……、是ハ日本ノ国民性ニ果シテ適當デアルカドウカト云フコトヲ再検討シナケレバナラヌト思」うとともに、かりにそれを復活させても施設の面で現状では対応が困難であることから、「只今ノ所、我々ハ将来ノコトヲ十分ニ検討致シマシテ、陪審制度ヲ復活スベキデアルカ否ヤト云フコトニ付テハ考究スル積リデアリマス」(一一四頁)として、きわめて消極的な態度を示すものである。

(40) 葛野・前掲注(12)三五頁。

(41) 土井・前掲注(8)二七三頁。

(42) 拙稿「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——続・裁判員制度の憲法適合性」日本法学八二巻四号一四―一五頁。

(43) 一方で、東京高判平成二三年五月一九日高検速報平成二三年九八頁(速報番号三四四〇号)は、「裁判員制度の趣旨に照

らすと、裁判員法上の義務として所論が指摘する点は、国民が主体的に裁判権の行使に関与することを通じて、上記のような目的を達成するために必要かつ相当な範囲のものにとどまり、統治の主体としての国民に求められる合理的な理由に基づく公共的な責務と理解されるべきものであるから、違憲とはいえない」（一〇〇—一〇一頁、傍点 は 本稿の筆者による）と判示している。

（44） 葛野・前掲注（12）三一頁。

（45） 葛野・前掲注（12）三五頁。

（46） 裁判員制度の設計段階において、山崎浩一弁護士は、合議体の構成をめぐる議論について、「この問題をめぐる意見の本質的対立は、裁判に対する国民参加の意義をどう捉えるかということに由来していると思われるべきであろう」と述べ、次のように整理していた。すなわち、「裁判員の数を少なくしたいという意見をとるものは、現在の職業裁判官の司法に基本的問題はないが、審議会意見が国民の参加を決定したことから、できるだけ国民（裁判員）の影響力を少なくしたいという者、国民が参加することの意義は理解しつつも、やはり裁判の最終的な決定主体は職業裁判官であるという立場に立つ者などであろう。それゆえ、これらの論者は裁判官と裁判員の「協働」ということを強調し、それぞれのいいところがうまく作用することに意義があるということを強調する。これに対して、裁判員の数を多くしたいという意見に立つ者は、現状の職業裁判官による裁判に対する不信、不満を前提にし、裁判官の意見と裁判員の意見が対立する場合を想定し、その場合に裁判員に裁判官の判断を是正できるだけの「力」を与えたいという願いが込められていると見ることができると、前者が裁判員を職業裁判官の補完物と位置づけようとしているにもかかわらず、後者は裁判員を職業裁判官と対立するもの、否、対立することを期待するものと位置づけていると見るべきであろう」（山崎浩一「裁判員と裁判官の役割分担・裁判体の構成・評決方法」季刊刑事弁護三三号（二〇〇三年）二六—二七頁）。表現には必ずしも賛同できない部分があるものの、基本的には妥当な分析であるといえよう。

（47） 第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月一三日）において、裁判員裁判の合議体における裁判官と裁判員の員数をめぐる議論に関連して、高木剛委員が提出した資料（高木剛「裁判員制度」について（説明要旨）」（第五一回司法制度改革

審議会（二〇〇一年三月一三日）配布資料）に対して、水原敏博委員は、「裁判員の数が裁判官よりもずっと多くなければならないという考え方については、……その根底にあるのは、裁判官への不信で、違った言葉で言ったならば、裁判官と裁判員との対立関係が意識の前提にあるように思われ」るが、「でも、私たちが求めているものは何かと言いますと、裁判官と裁判員との対立ないし不信を前提とした制度ではなくて、相互の実りある協働関係ではないかと思う」と述べた。これに続けて、井上委員は、「参加制度の本質という点ですけれども、一番の大前提として、専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが一緒に、コミュニケーションを取りながら、それぞれのバックグラウンドの違いから得られる経験だとか知見だとか知識だとか、そういうものを共有しあいながら裁判をしていくことによって、より良い裁判にしていこうというのが、私の理解するところでは、大方の認識だった」と述べた。

（48） 司法制度改革審議会・前掲注（13）一〇一—一〇二頁。

（49） 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」の説明（第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（二〇〇三年一〇月二八日）配布資料）八—九頁。ただし、井上座長は、裁判員の員数を裁判官の員数の二倍ないし三倍以上でなければならないとする議論が、裁判員と裁判官とが対立・対抗関係にあるとするらえ方に基づくものであるとは断定していない（あくまで、そのような「捉え方を、もしされているのだとします」と述べるのとおり、仮定をしたにとどまる）。

（50） 井上正仁「考えられる裁判員制度の概要について」（第二八回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会配布資料）一頁。もともと、裁判官の員数を一人ないし二人とし、裁判員の員数を九人ないし一人とすべきと主張していた日本弁護士連合会は、「裁判員と裁判官とを対立・対抗関係と考えるものではない」と明確に述べたうえで、上記の主張は井上座長による「考えられる裁判員制度の概要について」の説明にいう裁判官と裁判員との関係のとらえ方に基づくものではなく、「職業裁判官と裁判員との間には、専門的知識や経験の多寡において差があること」から「参加する裁判員が臆せず意見を言うためには、裁判員にとっての議論の環境整備が必要である」ことを理由として挙げている（日本弁護士連合会「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（二〇〇三年二月一日）三頁）。一方で、「職業裁判官が3名とした場合、これに対してはやはり相当多数の市民を配しないと、「一般人の様々な社会経験」をもってしても「裁判官の法的知識と実務経験」

には対抗できないので、「裁判員の員数を」9名が妥当ではないかと考える」ものとして、森野俊彦「裁判員制度」の制度設計はいかになされるべきか——裁判官と市民の実質的協働を目指して」季刊刑事弁護三三九頁。

(51) 例えば、石松竹雄弁護士は、「裁判官は、いわば脇役であり、実質的判断の主体は、裁判員である」、「そうしてこそ、一般国民が裁判員として、裁判に実質的・主体的に関与することが可能になるのである」と述べる（石松竹雄「飾り物だけの国民参加にならないために——裁判員制度設計上の最低条件」季刊刑事弁護三五五号（二〇〇三年）八頁）。また、審議会において、高木委員は、「裁判員の数は、裁判官の数の「数倍」程度とすべきである」と提案した（高木・前掲注(47)三—四頁）が、高田昭正教授によれば、この構想は「裁判員だけで自律的に評議を行い、事実を認定して、評決に至ることが期待されており、職業裁判官は、裁判員だけで主体的・実質的に裁判内容を決定できるよう、援助者として関与すべきものである」という考え方によるものであり、「職業裁判官は、評議・評決には法律専門家という立場から後見的・補充的にのみ関与し、裁判員の「自律性をもった主体的、実質的な判断」を援助し、尊重するという役割に徹すべきことになる」という（高田昭正「国民の司法参加と高木案——数倍の「裁判員」による独立評決」月刊司法改革二〇号（二〇〇一年）三六頁）。一方、裁判官の員数を（三人ではなく）一人ないし二人とすべきとする意見に関して、井上座長は、「裁判員制度は国民が自律的・主体的に裁判に参加する制度であり、そこで裁判官に求められているのは、プロとしての知識・経験を提供し、裁判員を補助することであるから、経験10年以上の裁判官であれば、一人でもその役割を十分に果たすことが可能であるという……意見」は、「裁判員が中心となつて判断をし、裁判官はサポート役としてこれを支えるという制度イメージに立」つものであると分析している（井上・前掲注(49)三頁）。また、裁判員の員数を裁判官の員数の二倍ないし三倍とすべきとする意見についても、「裁判員が中心ないし主役であり、裁判官はそれを補助する役割にとどまるという捉え方」に依拠する可能性を（断定はしていないものの）指摘している（九頁）。

(52) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇三頁。

(53) 井上・前掲注(49)四頁（傍線は原文による）。なお、日本弁護士連合会は、「裁判官は裁判員の補助にとどまる」と考えるものではない」と明確に述べている（日本弁護士連合会・前掲注(50)四頁）。

(54) 司法制度改革審議会・前掲注(13)一〇二頁。

(55) 拙著・前掲注(1)二五八―二五九頁、拙稿「裁判所における素人と専門家との熟議・対話」田村哲樹編『語る——熟議／対話の政治学』(風行社、二〇一〇年)二二六―二二七頁。

(56) 先に引用した審議会意見書の「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる」という記述は、裁判員と裁判官のいずれもが刑事裁判の主体であるべきとする見解とも整合する。なぜなら、裁判員の主体的・実質的関与は、必ずしも裁判官の主体的・実質的関与と両立しないとは限らないからである。この点、井上教授は、「裁判員が主体的に判断するということは、別に裁判官の主体的な判断とこのを排除しているわけではなくて、それぞれが対等の立場で主体的に判決形成に加わるという……ことを言っている」と述べている(井上正仁ほか「鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト一二〇八号(二〇〇一年)一三九頁(井上正仁発言))。同様に、裁判員を主役とし裁判官をもつばら補助役と見る見解を排し、裁判員と裁判官のいずれもが主体であるべきと解するものとして、例えば、大澤裕「合議体の構成」現代刑事法六巻五号(二〇〇四年)一八頁(「裁判員が参加する合議体において裁判員は主体であり、裁判官が専門家としてその補助にあたることは疑いないが、裁判官もまた主体であり、裁判官の役割が裁判員の補助に限定されるわけではない」、今崎幸彦「裁判員裁判における複雑困難事件の審理——司法研修所における裁判官共同研究の概要——」判例タイムズ二二二二号(二〇〇六年)一一頁(「問題は、……〔裁判員裁判の評議において〕裁判官が意見を述べることでそれ自体がタブー視される傾向があるかのように見えることであり、こうした考え方、例えば「裁判官は、司会役に徹するべきである。」といった考え方が誤りであることについても〔司法研修所における裁判員制度を主題とする裁判官研究会の参加者で〕異論がなかった」)。

なお、裁判員を主役とし裁判官をもつばら補助役と見る見解は、民主主義的基礎づけ説と親和性をもつものである。安村勉教授は、「国民主権に裁判員制度の根拠があるとする立場からは、裁判員が事実認定および量刑判断の主役であって、裁判員の判断が裁判官の判断に優先するはずである」ことになるが、「裁判員が主役であって、裁判官の役割は「プロとしての知識・経験を提供」することである……という主張は、検討会の前提である審議会の立場と異なることにならざるを得なかった

といえ」と分析する（安村勉「裁判体の構成」ジュリスト一二六八号（二〇〇四年）五九—六〇頁）。

(57) 高橋和之ほか「〔座談会〕憲法60年——現状と展望」ジュリスト一三三四号（二〇〇七年）一四頁（蟻川恒正発言）。蟻川教授は、その後、この議論を展開させて、（樋口教授の理論では「国家に参加しつつ、国家に対抗する自律的個人としてのシトワイヤンが想定され」ていることを前提としつつ）「裁判員は国家に参加して判決を下す主体的役割を担」うが、「統治の主体は責任をとることができなければいけないのに」、裁判員法には裁判員が責任を負う規定がないことから、その職務について「裁判員は責任を負え」ず、ならば、「シトワイヤンは、むしろ統治の主体である裁判官に責任を負わせる側に身を置くべきではないか」として、新たな問題提起をする（樋口ほか・前掲注(31)三三頁（蟻川恒正発言）、併せて、これに対する山元教授の批判（三四頁）も参照）。

(58) 高橋ほか・前掲注(57)一五頁（蟻川恒正発言）。なお、これに関連して、樋口教授は、「最近の何々審議会〔司法制度改革審議会を指していると思われる〕による国民参加といわれるもの——プロフェッショナルでなく「評論家」ふうの参加——に對しては、原理的に否定的です」と述べている（樋口ほか・前掲注(31)三〇頁（樋口陽一発言））。

(59) 例えば、石松竹雄・伊佐千尋『裁判員必携——批判と対応の視点から』（筑摩書房、二〇〇九年）。

(60) なお、裁判員制度の設計段階においてたびたび提案された、一定の場合（被告人が裁判員のみによる判断を求める場合、検察官が裁判員のみによる判断を求める場合（死刑を求刑する事件がその例として挙げられている）、または公務員である裁判官が関与することが相当ではないと（提案者によれば））思われる事件（政治犯罪、公務員の職務に関する犯罪、表現の自由に関する犯罪がその例として挙げられている）の場合）に裁判員のみで事実認定についての評決を行う（裁判官には事実認定についての評決権は認めず、量刑については、裁判官と裁判員の合議によるものとする）という独立評決制の提案（高木・前掲注(47)六—七頁、日弁連司法改革実現本部「裁判員制度」の具体的制度設計要綱（二〇〇二年七月）五二頁、民主党「司法制度改革への意見」（二〇〇一年五月）自由と正義五二巻七号（二〇〇一年）一五一—一五二頁など）も、その内容は事実認定過程から裁判官を排除するものであるため、ここでは、陪審制度の導入論と同列に扱ってよからう。なお、拙著・前掲注(1)一二八—一三〇頁も参照。

(61) 土井・前掲注(5)三八八頁。

(62) 亀井源太郎ほか「座談会」憲法と刑事法の交錯「六戸常寿ほか編『憲法学のゆくえ——諸法との対話で切り拓く新たな地平』(日本評論社、二〇一六年) 四一頁(六戸常寿発言)。また、六戸教授は、「刑事裁判の基本的な担い手」で裁判官がなければならぬことが、仮に憲法上の要請だとすれば、「陪審員のみで評議し、有罪・無罪の評決を行う」……という意味での陪審制の導入は……憲法改正を必要とすることになるのではないか」とも述べる(六戸・前掲注(33)三三二頁)。

(63) 陪審制度や参審制度についての一般的な説明として、拙著・前掲注(1)二六〇頁注(16)。

(64) もとより、わが国の最高裁判所が諸外国の制度をどのように理解しているのかということについては、わが国の法制度の解釈との関連でのみとらえればよいのであって、外国法研究の見地から、その正確さや精緻さを論難することの意義はない。

(65) 西野Ⅱ矢野・前掲注(2)二九八—二九九頁。

(66) 西野Ⅱ矢野・前掲注(2)二七七頁。

(67) 本判決に関して、判決そのものと調査官解説との関係については、六戸・前掲注(33)三二一頁。六戸教授は、「調査官解説はあくまで調査官による解説であり、評議に加わった判事自身の手によるものではない」ものの、「全員一致の大法廷判決という本判決の特徴からすれば、長官の下で調査官室がしかるべき役割を果たしたに相違ない以上、調査官解説を適宜参照した読解も、十分に正当化されよう」と述べる(同頁)。

(68) 旧陪審制度を擁護した江木衷弁護士や花井卓蔵弁護士らの見解である。ただし、明治憲法下においても、事実問題・法解釈問題二分論は少数説であり、政府は、事実認定が裁判の範疇に含まれるものとしたうえで、陪審による事実認定は裁判官による裁判の補助的性質に留まるため違憲としないという立場を採っていた(中原精一「明治憲法下の陪審制と憲法論」法律論叢六一巻四・五号(一九八九年)三七六—三七七頁、三八八—三八九頁)。

(69) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、一九八七年)四八四—四八五頁。

(70) 佐藤・前掲注(26)五九八頁。

(71) 裁判(「或事実について、互に対立して相争う者のあるとき、第三者が対立者の主張を聴き、正当なる判断を下す、とい

う手続を経て、決定するの作用」と司法（「国家が、具体的事実について、法を宣言して、法を維持するの作用」とを明確に区別したうえで、後者について、事実認定操作、法認識操作、法宣言操作という三つの段階操作性があるとする議論である（佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、一九八八年）三三―三四頁）。同じく佐々木教授の司法と裁判との区別及び三段階操作の司法概念を前提としたうえで、「司法作用の本質部分は、法宣言・維持の段階にある」から、「小陪審制度のもとで、事実認定作用を陪審の権限となすことも、法宣言の職責が裁判所に留保されれば違憲ではない」とするものとして、阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』（成文堂、二〇〇〇年）三八八―三八九頁。一方、芦部教授は、「司法と裁判とは、歴史的に異なる意味に用いられたこともあるが、日本国憲法の解釈に関するかぎり、両者をとくに区別する必要はない」と解している（芦部・前掲注（10）三三七頁）。

なお、佐々木教授は、「わが国で、陪審は裁判の事実に関して、陪審員の判断を裁判官に陳述するに止まり、裁判の事実を認定するものでない。従て司法の作用に属しない。故に、裁判官でない陪審員がこれを行うても憲法に違反することはないのである」ため、「陪審制度の如きもこれを法律で定めることは差支ない」と述べ、旧陪審制度について、陪審の答申に裁判所への拘束力がないことを合憲の論拠としていた（佐々木惣一『改訂日本国憲法論』（有斐閣、一九六二年）三六七―三六八頁）。

（72） 佐藤教授らの見解が「事実認定が司法作用に当たらないとまではしていない」点は重要である（土井・前掲注（8）二六三頁）。すなわち、もし「裁判所が行う事実認定を司法作用に含まれないと断ずるとすると、かかる事実認定がいかなる国家作用に分類されるのかという問題を引き起こし、例えば、これを行政権と捉えるならば、それは本来的に内閣の権能であるとの帰結を生みかねない」ため、「法律上の争訟において法の解釈・適用の対象となる事実の認定は、これを司法作用と見るのが適当であろう」（同頁）。

（73） 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。その一方で、事実問題・法解釈問題二分論には次のような問題があるとして、大石教授は否定的な評価をしている（一三二―一三五頁）。

（74） 亀井ほか・前掲注（62）三七頁（六戸常寿発言）。

(75) 例えば、第三二回司法制度改革審議会（二〇〇〇年九月二六日）では、「最近、若い憲法学者の中では、常職の裁判官が中核であることは確かだけれども、裁判所の構成要素として陪審や参審も考え得るのではないかという意見も出てきて」いるとの佐藤幸治会長の発言があった（傍点は本稿の筆者による）。

(76) 井上委員は、さらに重ねて、「職業裁判官が裁判所の基本的ないし必須の構成要素であるということは動かし難いわけがありますから、例えば職業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や、職業裁判官の存在が実質的に意味を持たないような形で裁判が進められ、裁判内容が決定されるといったことは、憲法上許されるかどうかは疑わしいと言わざるを得ないのではないかと思われます」とも述べている（第五一回司法制度改革審議会議事録）。また、同日の審議会の配布資料である井上正仁「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）について（補足説明）においても、「憲法にいう「裁判所」とは職業裁判官を基本的ないし必須の構成要素とするものとして構想されていることは確かだ」と記載されている。併せて、井上ほか前掲注(56)一四〇頁（井上正仁発言）、佐藤幸治ほか『司法制度改革』（有斐閣、二〇〇二年）三三九―三四〇頁（井上正仁発言）なども参照。なお、第六回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（二〇〇二年九月三日）においても、裁判官の基本的担い手性をめぐって議論が行われているが、座長としての立場であったためであろうか、ここでは、井上座長はこの議論を支持する姿勢を敢えて示さず、そのような議論が客観的に存在するという立場を採り、その当否については他の委員の議論を見守るのみであった。

(77) 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―四三頁。土井教授も、「裁判官とは全く独立に下級裁判所が構成され得ると解することは、適切ではない」と述べている（土井・前掲注(8)二五九頁）。

(78) 六戸教授によれば、「憲法学の大勢は裁判員制度を合憲であると考えている」が、「これらの見解も、国民のみによる裁判であっても憲法に違反しないとまで断言せず、職業裁判官の身分保障に関する憲法の規定が空転しないためには、やはり職業裁判官の関与が憲法上必要であると解釈している」という（六戸常寿「国民の司法参加の理念と裁判員制度——憲法学の観点から」後藤昭編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』（国際書院、二〇一一年）一四一頁）。

本判決が「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」と判示する一方で、調査官解説は、「裁判官

が、下級裁判所の合議体における基本的な担い手となっていることが憲法上要請されていると解される」（二〇二五頁）と述べている。穴戸教授は、この「想定している」と「憲法上要請されている」との文言の違いに着目し、「テキストとしての本判決と調査官解説の間には、微妙な、しかし看過し得ない違いがある」ことを指摘する（穴戸・前掲注（33）三一九頁）。また、従前の議論が裁判官を裁判所の「基本的ないし必須の構成要素」ないし「基本的な構成員」としていた一方で、本判決は裁判官を「刑事裁判の基本的な担い手」と判示している。この点についても、同教授は、「組織の側から「裁判所の基本的な構成員」というのではなく、「刑事裁判の基本的な担い手」という作用の側から見た表現が選ばれていること」を指摘し、「些細な字句の修正にとどまる」可能性を留保しつつも、「さしあたり刑事裁判に議論の対象を限定した上で、法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断が裁判官の合議に委ねられる点（裁判員法6条2項）を指して「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」（本判決128頁）と表現することに、対応しているように解し得る」と述べる。そして、このことから、「テキストとしての本判決は、裁判官が「刑事裁判の基本的な担い手」であることが、刑事裁判の諸原則と対等もしくは独立の憲法上の要請であるという調査官解説のような読み方も、より穏当な読み方も、ともに許容し得る幅を残したものである」と主張する（同三二二頁）。

（79） 西野教授は、「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」ため、平成二三年最高裁大法廷判決が「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」と分析する（西野・前掲注（3）八三頁）。併せて、同九〇—九二頁も参照。

（80） これは、注（76）で挙げた井上教授による審議会配布資料「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）について（補足説明）に関連して述べられたものである（棟居快行「裁判員」制度の憲法問題」月刊司法改革二〇号（二〇〇一年）三二二頁）。

（81） 土井・前掲注（5）三八八頁。

（82） ただし、裁判員法六八条三項は、六条二項に定める裁判官のみの合議によるべき判断（法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断、その他裁判員の関与する判断以外の判断）のための評議についても、裁判官の合議により、裁判員に評議の傍聴を許し、裁判員の意見を聴くことができる。裁判員の意見を聴くか否かは裁判官の判断によるものであり、必ずしも意見聴

取が求められているわけではないが、国民の理解の増進とその信頼の向上という制度趣旨に沿うのであれば、六条二項に定める構成裁判官の合議によるべき裁判所の判断についても、刑事裁判における裁判官の基本的担い手性が確保される限りで、裁判員の意見聴取は認められるべきであろう。例えば、弁護士が絞首刑は憲法三六条、三二条に違反する旨主張したのに対し、大阪地判平成二三年一〇月三十一日判タ一三九七号一〇四頁は、「裁判員の意見も聴いた（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律68条3項）上、弁護人の主張を検討したが、絞首刑は憲法に違反するものではないとの結論に至った」（一二二頁）と明示した。このような裁判員法六八条三項に基づく対象外事項への裁判員の事実上の参加は、今後もありうるであろう。もっとも、本文でも述べたとおり、平成二三年大法院判決が、制度の憲法適合性を支える論拠の一つとして、法令の解釈に係る判断等が裁判官の専権であることを挙げている以上、裁判官のみの合議により判断がなされるべき事項（裁判員法六条二項）について、裁判官の実質的な判断権が制限されたり、裁判員の判断が決定力をもったりすることは、判例の趣旨に徴して、憲法上認められない。なお、上述の大阪地判平成二三年一〇月三十一日の評釈において、村井敏邦教授は、「裁判所が、裁判員の意見も聴いた上での結論であると、判決の中であえて言及したことの意味」を考えるべきだとし、「絞首刑は、市民から選ばれた裁判員も賛成した上での合憲判断だと示すことによつて、絞首刑の合憲性については、市民も支持していることを示す意図があった」としても、「裁判員に選出されて、たまたま死刑事件を担当させられた市民の判断を憲法論についての市民の意見として、一般化することはできないだろう」と述べている（村井敏邦「絞首刑の合憲性」新・判例解説Watch 一一号（二〇二二年）一四六頁）が、筆者も村井教授の意見に賛同する。裁判員が国民の代表ではないということについて、拙著・前掲注（1）四二頁、二二〇—二二二頁、裁判員の違憲審査への関与の可否をめぐる立法過程における議論について、同四二頁、八〇—八二頁。

（83） 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〔判例セレクト二〇二二—I〕（二〇二三年）三頁。

（84） 前注。穴戸教授も、「裁判員制度は合憲であるという結論は既に定まったものだ」とすれば、これ以上の国民の司法参加に一定の歯止めを仕掛けたことに、司法部から見れば本判決の最大の意義があったということになる」と分析している（穴戸・前掲注（33）三三二頁）。

(85) 毛利教授も、「本判決の特徴としては、国民の司法参加を民主権原理から正当化するという、論争の余地ある立場をかなり明確にとっていること、さらにこれとも関連して、裁判員としての職務は「参政権と同様の権限」であるから憲法18条の禁ずる「苦役」とはいえないという、思い切った解釈論を展開していることが挙げられる」と述べている（毛利・前掲注（83）三頁）。

(86) 笹田栄司ほか「座談会」日本国憲法研究第1回 裁判員制度」ジュリスト一三六三三号（二〇〇八年）一〇〇—一〇三頁。笹田教授は、「被告人の公平な裁判を受ける権利の観点から問題が残るのではないかと思」うと述べている（一〇一頁（笹田栄司発言））。ただし、笹田教授は、主として、憲法適合性というよりも、裁判員法八条の裁判員の職権行使の独立との関係で、（区分審理制度の導入によって行われることとなった）部分判決の制度について問題提起をしている（笹田栄司「憲法から見た裁判員制度」世界七七九号（二〇〇八年）一一一—一一四頁、同「裁判員制度と憲法的思考」ジュリスト一三六三三号八五—八七頁）。

(87) なお、最三小判平成二七年三月一〇日刑集六九卷二号二一九頁は、区分審理制度の憲法三七条一項適合性を認めた。

(88) 事実誤認を理由に裁判官のみによる控訴審が裁判員裁判による第一審判決を破棄することが憲法三九条に違反するか否かについて、最一小判平成二四年二月一三日刑集六六卷四号四八二頁は、その憲法適合性を認めたものの、控訴審が第一審判決に事実誤認があるというためには、第一審判決の事実認定が論理則、経験則等に照らして不合理であることを具体的に示すことが必要であると判示した（原判決を破棄した）。また、傷害致死の事案につき懲役一〇年の求刑を超えて懲役一五年に処するとする裁判員裁判の量刑判断が憲法一四条一項、三二条等に違反するか否かについて、最一小判平成二六年七月二四日刑集六八卷六号九二五頁は、その憲法適合性を認めたものの、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の求刑を大幅に超える量刑をすることについて、具体的・説得的な根拠を示しているとはいえない難い第一審判決及びそれを是認した原判決を破棄した。

(89) 最高裁判所事務総局「裁判員裁判実施状況の検証報告書」（二〇一二年十二月）一三三頁は、裁判官のみによる裁判と裁判員の参加する裁判とで量刑分布（同じ罪名の判決人員全体に占める割合）を比較したところ、「殺人未遂、傷害致死、強姦致

傷。強制わいせつ致傷及び強盗致傷の各罪で、実刑のうち最も多い人数の刑期が、重い方向へシフトしている」と分析している。なお、いわゆる性犯罪事件では裁判官のみの審理による判決よりも裁判員裁判のほうが量刑が重くなっていることを挙げ、「市民に法に基づく公平な判断を期待できない事件、典型的には性犯罪事件に関しては、裁判員が加わった裁判体は、もはや憲法の保障する公平な裁判所（憲法37条1項）とはいえない」との集団強姦致傷等被告事件の被告人の弁護人による主張に対して、東京高等裁判所は、「仮に性犯罪事件の量刑について所論のいうような傾向があるとしても、……むしろ国民の健全な社会常識が刑事裁判に反映されるという裁判員制度導入の趣旨に沿うものというべきである」と判示し、三七条一項に違反しないとした（東京高判平成二三年八月三〇日高検速報平成二三年九二頁（速報番号三四二四号））。