

裁判員法における国民とは何か

矢 次 眞

- 一 はじめに
- 二 裁判員法における司法参加主体としての国民概念
- 三 裁判員法における司法参加主体としての国民概念の
制度設計開始時構成基準
- 四 裁判員法における司法参加主体としての国民概念
適合個人と国家権限
- 五 「事実レベルの国民」の社会常識の反映と「憲法レベルの
国民」の意思の表現である法の支配と「コオル」
- 六 おわりに

一 はじめに

国民の司法参加は、そもそも、好ましいことなのか。

裁判員制度をめぐる議論の多くは、賛否の立場を超えて、国民⁽¹⁾の司法参加自体は好ましいことであるという命題を議論の余地のない大前提としている。その大前提を共有した上で、裁判員制度に関する個別の論点をめぐって多様な論争を展開してきている。

裁判員制度の是非という問題に対する答を出すためには、裁判員制度に関する多数の個別論点をめぐる多様な論争を時間とエネルギーを惜しむことなく丁寧にすることが是非とも必要である。しかし、制度に関する個別論点をめぐる論争のレベルの下には、「設計された制度は適切か」とか「どのような制度を設計するべきか」とかという問題とは別のレベルの

問題、すなわち、「なぜ、国民の司法参加制度を設計しなければならないのか」という問題が横たわっている。ところが、そのような問題は、意識の外に隠れてしまっていて、意外と見えにくいようである。

白熱した議論が始まってしまうと、ひとびとの意識は注目を集めている当面の論点に固着してしまって、その論点を設定するための前提条件には無自覚になりやすい。

白熱した議論から学び考えながら、しかも、本稿は、ひとびとの意識が集中している論点の前にあるはずの論点を前面に押し出して、議論の舞台の中央に置いてみたいのである。

国家作用への国民の参加は好ましいことであるとの漠然とした了解が確かに存在していると思われる。しかし、漠然とした了解のレベルを超えて熟慮のレベルで真剣に考え始めると、国家作用への国民の参加は好ましいことであるとの命題は簡単には承認されない。立法作用への国民の参加が好ましいことであるならば間接民主制度を廃止して直接民主制度を採用すべきであるし、行政作用への国民の参加が好ましいことであるならば国・地方を問わず無作為抽出で国民から行政作用担当者を決めるべきであるということになるであろう。現実には、なぜ、そうはなってはいないのか。そうすることには問題があるとの考えが支配しているからであろう。そうであるなら、なぜ、司法作用だけには国民参加が問題はないと言えるのであろうか。

国家作用への国民参加の是非という上位問題を念頭に置きながら、本稿では、国家作用のひとつである司法作用への国民参加の是非という問題をめぐって考えてみたい。

本稿の目指すところは、多くの議論が自明の前提としている上記命題の適切さを検討することにより、上記命題は自明の前提であるどころか、むしろ、批判されるべき命題であるということを論証することであり、更には、議論の前提とするべき新たな命題を提案することである。

国民の司法参加は好ましいことである。この命題を論証する場合、論拠

をどのように定立するか。国民主権原理を論拠とする。すると、次のように論証される。国民は主権者である。だから、主権者である国民が司法に参加することは当然のことである。当然のことが実現するのであるから、裁判員制度の創設は積極的に評価すべきである⁽²⁾。

国民の司法参加は好ましいことであるということが証明されたとしても、だから裁判員制度の創設は積極的に評価すべきであるという結論は導出されない。司法への国民参加制度は裁判員制度だけではない。むしろ、裁判員制度は例外的な制度である。陪審制度、参審制度こそが伝統的な司法への国民参加制度である。歴史の長い陪審制度、参審制度ではなく、特殊参審制度とも言われている裁判員制度を設計して創設した論拠は何なのであろうか。その論拠の正当性が証明されない限り、裁判員制度の創設を積極的に評価することはできない。陪審制を採用せず、参審制も採用せず、世界のどこにも存在しない裁判員制度をあえて創設した論拠は何なのか。

裁判員制度は運用開始前に改正されることになった。旧裁判員制度は不適切と判定され、その不適切部分を変更して、現在の、新裁判員制度が作られている。それでは、新裁判員制度には最早問題はないのであろうか。問題は多数指摘されている。新新裁判員制度が遠からず作られるのであろうか。欠点、問題点を改良して行けば、いずれは無欠点の完成された裁判員制度に辿り着くのであろうか。

制度は目的を実現するために設計され創設される。制度の完成は目的の実現への第一歩である。ところで、制度の前提としての目的が適切でない場合、目的の実現への第一歩としての制度の完成は何を意味するのか。不適切な目的の実現への第一歩であり、適切な目的は実現しない。設定された目的が不適切であれば、制度は完成しても、適切な目的は未来永劫実現しない。

ところで、裁判員制度の制度目的は何なのか。国民の司法参加なのか。それでは、国民の司法参加は最終目的なのか。あるいは、最終目的を实

現するためには不可欠な手段なのか。この問題は極めて重要である。最終目的を実現することこそが課題なのであって、その手段以外の手段を採用することによって最終目的が実現するのであればその手段を使う必要はないことになる。最悪の場合は、その手段を完成し使うことによってむしろ最終目的が実現しなくなることもある。最終目的とは、勿論、人権保障である。その手段、その制度を使うことによって、最終目的である人権が保障されるどころか、人権が侵害されることにでもなれば、何をかいわんやである。

裁判員制度の設計者は国民の司法参加制度を設計するにあたって、国民主権原理の実現という目的を前提とはしていなかったと言われている⁽³⁾。それでは、制度設計の目的は何であったのか。どのような目的を実現するために、あえて、国民の司法参加制度を設計したのか。まずは、当該目的の憲法適合性という論点が設定されなければならない。当該目的の憲法適合性が論証された場合は、続いて、裁判員制度の当該目的適合性という論点が設定されなければならない。

裁判員制度の設計者は国民の司法参加制度を設計するにあたって、国民主権原理の実現という目的を前提とはしていなかったとしても、勿論、設計された裁判員制度という国民の司法参加制度は国民主権原理に適合していなければならない。そこで、裁判員制度の国民主権原理適合性という論点が設定され論争されなければならない。

ここで、司法制度改革審議会第32回審議会（2000年9月26日）における曾野綾子委員の発言、「司法に『国民が参加するなどということは、ちょっと考えられない』」⁽⁴⁾という発言に注目したい。更には、「もはや、審議会での議論は、国民の司法参加の制度を導入することを既定路線としていたためか、時機を逸した司法参加反対論は、もはや一顧だにされることはなかった」⁽⁵⁾という司法制度改革審議会委員たちの反応にも注目したい。2000年9月26日は「市民参加の裁判制度導入はこのとき、事実上決まった」⁽⁶⁾と言われる程の極めて重要な日であった。

司法制度改革審議会委員13人の中で作家は曾野委員だけであったということの意味を考えるべきであろう。作家の頭の中にある「国民」は、多様な個性を持ち、驚くほどに予見不能で不定形な行動をする、実は、人間という一語ではとても表現できない人々なのである。現実の世界には、様々な人々がいるのである。そのような無限の個性を持つ多様な人間を描き出すことこそが作家の仕事の中心であろう。バルザックの作品群を想起するまでもなく人間は限りのない相貌を帯びてわれわれの前に現れる。作家は、様々な人々について、作家以外の人々の想像をはるかに超えるほどのことを認識しているはずである。そのような認識を念頭に置いていれば、「国民」が司法に参加するということは、司法の重大性に鑑みれば、「ちょっと考えられない」のはむしろ自然なことであろう。

それに対して他の委員たちにとっては、「ちょっと考えられない」という考えこそが考えられないのである。勿論、他の委員たちも司法の重大性を十分に認識している。その認識を踏まえた上で、だからこそ、国民の司法参加の必要性を訴えているのである。

一体、作家と他の委員たちとのすれ違いは何に起因するのであろうか。

司法参加主体である国民という語に担わせている概念の差異に起因するのではないかと考える。むしろ、次のように言うべきであろう。他の委員たちは司法参加主体である国民という語に様々な概念を担わせているのであるが、作家だけは特定概念を国民という語に担わせることはしていないのであって、現に存在するあるがままの人々のことを想像しているのである。

現に存在するあるがままの人々を鋳型に嵌めることは、本来は、できないのである。作家は、観念のレヴェルで構成された特定概念を担わされている抽象的な「国民」ではなく、現に生きて存在している多様で具体的な「国民」を念頭に置いて発言しているのである。あるいは、特定国民概念に適合する極めて多様な「個人」を念頭に置いて発言しているのである。

裁判員法が公布されてから6年以上、施行されてから1年以上の年月が

すでに経過している。その間、裁判員法に基づく裁判員制度をめぐっては、制度の是非を含め、さまざまな角度からの論争が展開されてきている。

裁判員法に基づく裁判員制度の創設により、ようやく、国民の司法参加が実現することになったと言われることもある。しかし、裁判員法に基づく裁判員制度における司法参加主体としての国民とは何なのであろうか。

さらに、当該国民概念に適合する個人が司法参加することによって事実認定権、法令適用権、量刑権という国家権限を直接行使することは好ましいことなのであろうか。

本稿は、以上2つの問題について検討して、現時点における検討結果を提示することにより、更なる議論を深めて行くためのたたき台を提供することを目的としている。

二 裁判員法における司法参加主体としての国民概念

1 裁判員法における司法参加主体としての国民概念の形成過程

裁判員法における司法参加主体としての国民概念は長い過程を経て形成されている。当該国民概念は司法制度改革審議会段階、裁判員制度・刑事検討会段階を経て形成されて行く。

司法制度改革審議会段階における司法参加主体としての国民概念は「論点整理」段階における司法参加主体としての国民概念、「中間報告」段階における司法参加主体としての国民概念を経て「意見書」段階における司法参加主体としての国民概念として構成される。

「意見書」段階における司法参加主体としての国民概念こそが司法制度改革審議会における司法参加主体としての国民概念なのであり、構成された当該国民概念の枠を絶対的的前提として、その枠内で、司法参加主体としての国民概念が司法制度改革推進本部の下に設置された裁判員制度・刑事検討会の議論を経て更に彫琢されて行くことになる。その議論に際して、

「意見書」段階における司法参加主体としての国民概念の確認が繰り返されることになる。その理由は、「意見書」段階における司法参加主体としての国民概念の認識が裁判員制度・刑事検討会委員の間で必ずしも一致していた訳ではなかったからである。

裁判員制度・刑事検討会段階における司法参加主体としての国民概念は「たたき台」段階における司法参加主体としての国民概念、「座長ペーパー」段階における司法参加主体としての国民概念を経て最終検討会段階における司法参加主体としての国民概念として構成される。

2 概念構成

(1) 日本国の国籍保持者

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第1要素は日本国の国籍を保持していることである。裁判員法における司法参加主体としての国民概念は日本国の国籍保持者という要素を第1要素とした上で複数の要素が付加されて限定されて行くことになる。日本国以外の国家の国籍保持者は概念構成の出発点の段階で除外されている。

(2) 20歳以上の、日本国の国籍保持者

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素は年齢要件20歳以上である。しかし、年齢要件を20歳以上とした論拠は不明である。

裁判員制度・刑事検討会での議論を経た結論は年齢要件25歳以上であった(第28回、第29回裁判員制度・刑事検討会)。それが、第31回裁判員制度・刑事検討会では突然、年齢要件20歳以上とされ、その後、法案でも年齢要件20歳以上のままであり、国会審議を経て採決の結果可決されて成立した法律でも年齢要件は20歳以上のままであった。年齢要件25歳以上の論拠がどのような論拠に基づいて、骨格案形成過程で批判されたのであろうか。裁判員制度・刑事検討会での議論を経る中で年齢要件20歳以上の論拠はすでに批判されていた筈である。骨格案作成者が裁判員制度・刑事検討会の

結論である年齢要件25歳以上を否定して年齢要件20歳以上を採用した以上は裁判員制度・刑事検討会での議論において示された年齢要件25歳以上の論拠を批判して年齢要件20歳以上を採用すべき論拠を構成していた筈である。

裁判員制度・刑事検討会での議論の出発点は「たたき台」であり、「たたき台」の枠の中で議論が行われた。「たたき台」で示された案は3案であり、A案は年齢要件20歳以上、B案は年齢要件25歳以上、C案は年齢要件30歳以上であった。しかし、3案を提案した理由は説明されていない。年齢要件18歳以上、年齢要件23歳以上、年齢要件35歳以上等の案が提案されなかった理由は不明である。選挙権の年齢要件が20歳以上であり、衆議院議員の被選挙権の年齢要件が25歳以上であり、参議院議員の被選挙権の年齢要件が30歳以上であることを踏まえて3案が提案されることになったのであろうと推測される。しかし、選挙権の年齢要件や被選挙権の年齢要件に合わせるという発想の適切さについては検討の必要がある。

論点は3つある。

第1の論点は、司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を決定するに際して考えなければならないことは、選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件を参考とするべきか、という論点である。

第2の論点は、選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件を参考とするべきであると考えた場合、司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、被選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、という論点である。

第3の論点は、司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を被選挙権の年齢要件に合わせるべきであると考えた場合、衆議院議員の被選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、参議院議員の被選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、という論点である。

以下、司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件をめぐる3つの論点について検討してみたい。

第1の論点は裁判員制度・刑事検討会では論点自体が提起されていないので検討されていない。しかし、第2の論点、第3の論点に先行する前提論点として設定提起されるべき論点であると考ええる。司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を決定するに際して選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件を参考とすることが無意味であるとは考え難いが、選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件に引きずられて思考を拘束され、それに合わせなければならないと考えるのであれば問題であろう。司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件と選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件はその性格を異にすると考えるからである。そもそも、衆議院議員の選挙権、参議院議員の選挙権の年齢要件が20歳以上ということに排他的合理性、必然性がある訳でもないし、衆議院議員の被選挙権の年齢要件が25歳以上であり、参議院議員の被選挙権の年齢要件が30歳以上ということに排他的合理性、必然性がある訳でもない。司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を、なぜ、選挙権の年齢要件や被選挙権の年齢要件に合わせなければならないのか、その正当な理由は見出し難い。

しかし、第1の論点は裁判員制度・刑事検討会では論点提起されていないので検討されることなく、第2の論点をめぐる議論が展開されることになったのである。裁判員制度・刑事検討会委員は誰も第1の論点が設定提起されていないことに疑問を持つこともなく第2の論点をめぐる議論を開始している。

第2の論点、すなわち、選挙権の年齢要件と被選挙権の年齢要件を参考とするべきであると考えた場合、司法参加主体としての国民概念を構成する第2要素としての年齢要件を選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、被選挙権の年齢要件に合わせるべきなのか、という論点をめぐっては以下のような議論が展開された。

選挙権は、衆議院議員あるいは参議院議員という国家機関の担当者になって当該国家機関に帰属させられている国家権限を直接行使する権利では

なく、衆議院議員あるいは参議院議員という国家機関の担当者になって当該国家機関に帰属させられている国家権限を直接行使する全国民の代表を選出する権利である。それに対して、被選挙権は、衆議院議員あるいは参議院議員という国家機関の担当者になって当該国家機関に帰属させられている国家権限を直接行使する全国民の代表を選出する権利ではなく、衆議院議員あるいは参議院議員という国家機関の担当者になって当該国家機関に帰属させられている国家権限を直接行使する権利である。

ところで、裁判員職担当者は裁判員という国家機関の担当者になって当該国家機関に帰属させられている国家権限（事実認定権、法令適用権、量刑権）を直接行使するのであるから、選挙権の年齢要件に合わせるより、被選挙権の年齢要件に合わせるべきであるとの結論が導き出される。

第3の論点、すなわち、国家権限を直接行使する年齢要件は衆議院議員の被選挙権の年齢要件25歳以上に合わせるべきなのか、参議院議員の被選挙権の年齢要件30歳以上に合わせるべきなのか、という論点をめぐっては、議論の結果、多数意見に従って、衆議院議員の被選挙権の年齢要件25歳以上に合わせるべきであると検討会は決定することになった。

しかし、その後、年齢要件は20歳以上となったのである⁽⁷⁾。

(3) 職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の、
日本国の国籍保持者

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第3要素は職務遂行能力を有していることである。

職務遂行能力に関する欠格事由に該当する①成年被後見人又は被保佐人（国家公務員法38条1号）、②学校教育法に定める義務教育を終了しないもの（義務教育を終了した者と同等以上の学識を有するものを除く）（裁判員法14条1号）③心身の故障のため裁判員の職務の遂行に著しい支障がある者（裁判員法14条3号）を除く、職務遂行能力を有している、20歳以上の日本国の国籍保持者という国民概念が構成される。

検討会議事録（第15回）を読んでいて、裁判員職担当者としての欠格事

由をめぐる議論に違和感を覚える。なぜか。確かに、「たたき台」に記載されている欠格事由に合理性はあると考える。しかしながら、裁判員職担当者が事実認定権、法令適用権、量刑権という重大な国家権限を直接行使するという前提に立った場合、欠格事由を考えるに際しての最大の着眼点は、当該国家権限直接行使能力の有無なのではないか。当該国家権限直接行使能力を持たない個人に裁判員職を担当させないための制度を創設するためには、当該国家権限直接行使能力の有無については、すべてに優先して検討されなければならないのではないかと考える。その上で、成年被後見人以下の欠格事由の検討に移るべきなのではないか。そのように考える。

不思議なことには、当該国家権限直接行使能力についてはまったく問題にされていない。義務教育課程終了者が所持している能力と当該国家権限直接行使能力とは質量の両面においてまったく別物である。検討会に提案された「たたき台」において当該国家権限直接行使能力の欠如が職務遂行能力に関する欠格事由として挙げられていなかったのが検討会では議論がなかったのであろう。しかし、「たたき台」で挙げられていた欠格事由は、あくまでも、議論のための案であったのであるから、当該欠格事由が委員から提案されてもよかったのではないかと考える。

選任委員会、選定委員会設置の必要性が提案され議論されていたのであるから、当該欠格事由については更に十分な時間をかけて検討するべきだったのではないかと考える。他の欠格事由すべてに優越する決定的に重要な欠格事由だったのではないかと考える。

(4) 人格的信用に関する欠格事由、職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の、日本国の国籍保持者

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第4要素は人格的信用を有していることである。

人格的信用に関する欠格事由に該当する①禁錮以上の刑に処せられた者(裁判員法14条2号)、②禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで又は執行を受けることがなくなるまでの者(国家公務員法38条2号)③懲

戒免職の処分を受け、当該処分の日から2年を経過しない者（国家公務員法38条3号）④人事院の人事官又は事務総長の職にあって、第109条から第111条までに規定する罪を犯し刑に処せられた者（国家公務員法38条4号）⑤日本国憲法施行の日以後において、日本国憲法又はその下に成立した政府を暴力で破壊することを主張する政党その他の団体を結成し、又はこれに加入した者（国家公務員法38条5号）を除く、人格的信用を有している、職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の日本国の国籍保持者という国民概念が構成される。

(5) 就職禁止事由、人格的信用に関する欠格事由、職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の、日本国の国籍保持者
裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第5要素は就職禁止事由に該当していないことである。

就職禁止事由は三権分立の観点、国民一般の感覚を裁判に反映させるといふ裁判員制度の趣旨を実現する観点、自治体の長の職務十全遂行の必要性という観点、予測不能な有事に緊急対処する職責を長期遂行する必要性という観点、裁判に対する信頼確保の観点から構成されている。

三権分立の観点から、国会議員（立法権行使、裁判員法15条1項1号）、国務大臣（行政権行使、裁判員法15条1項2号）、国の行政機関の幹部職員（行政重要政策決定参加、裁判員法15条1項3号）は裁判員職に就職することが禁止されている。

国民一般の感覚を裁判に反映させるといふ裁判員制度の趣旨を実現する観点から、司法関係者ないし法律専門家、すなわち、裁判官及び裁判官であった者（裁判員法15条1項4号）、検察官及び検察官であった者（裁判員法15条1項5号）、弁護士及び弁護士であった者（裁判員法15条1項6号）、外国法事務弁護士（裁判員法15条1項6号括弧書）、弁理士（裁判員法15条1項7号）、司法書士（裁判員法15条1項8号）、公証人（裁判員法15条1項9号）、司法警察職員としての職務を行う者（裁判員法15条1項10号）、裁判所の職員（非常勤の者を除く、裁判員法15条1項11号）、法務省の職員（非常勤

の者を除く、裁判員法15条1項12号)、国家公安委員会委員及び都道府県公安委員会委員並びに警察職員(非常勤の者を除く、裁判員法15条1項13号)、判事、判事補、検事又は弁護士となる資格を有する者(裁判員法15条1項14号)、学校教育法に定める大学の学部、専攻科又は大学院の法律学の教授又は准教授(裁判員法15条1項15号)、司法修習生(裁判員法15条1項16号)は裁判員職に就職することが禁止されている。

自治体の長の職務十全遂行の必要性という観点から、都道府県知事及び市町村長(裁判員法15条1項17号)は裁判員職に就職することが禁止されている。

予測不能な有事に緊急対処する職責を長期遂行する必要性という観点から、自衛官(裁判員法15条1項18号)は裁判員職に就職することが禁止されている。

裁判に対する信頼確保の観点から、禁錮以上の刑に当たる罪につき起訴され、その被告事件の終結に至らない者(裁判員法15条2項1号)、逮捕又は勾留されている者(裁判員法15条2項2号)は裁判員職に就職することが禁止されている。

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第5要素である就職禁止事由をめぐっても検討会において多様な議論が行われていた。

(6) 不適格事由、就職禁止事由、人格的信用・職務遂行能力に関する
欠格事由に該当しない、20歳以上の、日本国の国籍保持者

裁判員法における司法参加主体としての国民概念を構成する第6要素は不適格事由に該当していないことである。

不適格事由は事件に関連する不適格事由とその他の不適格事由に分かれる。

事件に関連する不適格者、すなわち、被告人又は被害者(裁判員法17条1号)、被告人又は被害者の親族又は親族であった者(裁判員法17条2号)、被告人又は被害者の法定代理人、後見監督人、保佐人、保佐監督人、補助

人又は補助監督人（裁判員法17条3号）、被告人又は被害者の同居人又は被用者（裁判員法17条4号）、事件について告発又は請求をした者（裁判員法17条5号）、事件について証人又は鑑定人になった者（裁判員法17条6号）、事件について被告人の代理人、弁護士又は補佐人になった者（裁判員法17条7号）、事件について検察官又は司法警察職員として職務を行った者（裁判員法17条8号）、事件について検察審査員又は審査補助員として職務を行い、又は補充員として検察審査会議を傍聴した者（裁判員法17条9号）、事件について刑事訴訟法第266条第2号の決定、略式命令、同法第398条から第400条まで、第412条若しくは第413条の規定により差し戻し、若しくは移送された場合における原判決又はこれらの裁判の基礎となった取調べに関与した者（ただし、受託裁判官として関与した場合は、この限りでない、裁判員法17条10号）は裁判員職に就職することが禁止されている。

その他の不適格者、すなわち、裁判所がこの法律の定めるところにより不公平な裁判をするおそれがあると認めた者（裁判員法18条）は裁判員職に就職することが禁止されている。

3 裁判員法における司法参加主体としての国民概念

不適格事由、就職禁止事由、人格的信用・職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の、日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念が裁判員法における司法参加主体としての国民概念である。

裁判員制度上の国民の司法参加について思考し議論するに際しては、上記の国民概念を認識する作業を経ていることが前提である。当該国民概念を確実に念頭に置きながら思考し議論しなければならない。当該国民概念以外の国民概念、すなわち、日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念、20歳以上の日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念、職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない20歳以上の日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念、人格的信用・職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない20歳以上の日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念、就職禁

止事由、人格的信用・職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない20歳以上の日本国の国籍保持者と概念規定される国民概念を前提としている思考、議論はその出発点において破綻していると言わなければならない。

三 裁判員法における司法参加主体としての国民概念の 制度設計開始時構成基準

1 国民の健全な社会常識の反映

既存の制度を変えることにより、あるいは、既存の制度に加えて、わざわざ、新しい制度を創設する理由は何か。既存の制度を使うことによって、新たに設定された目的を実現することができないからである。

裁判員制度という新しい制度を創設する理由は何か。新たに設定された目的を実現することである。それでは、新たに設定された目的とは何か。

裁判員法における制度創設最終目的は、「司法に対する国民の理解の増進」と「その信頼の向上」（裁判員法1条）である。

司法制度改革審議会意見書における制度創設最終目的は、「国民の司法に対する理解・支持」の「深まり」と司法の「より強固な国民的基盤」の獲得である。

以上の制度創設最終目的を実現するために、「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」が手段として、司法制度改革審議会意見書においては確認された。

その確認を前提として、制度創設最終目的を実現するための手段である「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」が、次の段階、すなわち、裁判員制度・刑事検討会においては、目的として設定されて、その目的を実現するための具体的制度が構想、設計されて行くことになる。

裁判員法という法律を立法する目的は「国民の健全な社会常識の反映」

である。司法制度改革審議会の「中間報告」の中でもすでに明示されていたが、司法制度改革審議会の最終結論である「意見書」において最終確認されていた。「意見書」は、裁判員制度の具体的制度設計のための議論の場であった裁判員制度・刑事検討会における議論の大前提なのであるから、「国民の健全な社会常識の反映」という制度設計目的は裁判員制度・刑事検討会における議論を枠づけていたし、その後の法案を経て裁判員法を貫いている。だから、裁判員法における司法参加主体としての国民概念構成基準は「国民の健全な社会常識の反映」である。

2 社会常識の概念

「国民の健全な社会常識の反映」こそが裁判員制度という制度をわざわざ設計する目的であるということが言葉の上で確認できたとしても、言葉を通して表現されている概念は自明ではない。

それにも拘わらず、司法制度改革審議会においても、裁判員制度・刑事検討会においても、概念を認識するための議論をしていないのである。委員たちは概念を共通認識していたのであろうか。

ここで概念の検討を試みたい。まずは、社会常識の概念である。

社会常識とは何か。

常識とは、『広辞苑（第五版）』によれば、「普通、一般人が持ち、また、持っているべき知識。専門的知識でない一般的知識とともに理解力・判断力・思慮分別などを含む。」⁽⁸⁾、『日本国語大辞典（第二版）』によれば、「①一般人の持つ考え。普通の見解。②社会人として当然持っている、持っているべきだとされる知識・判断力。」⁽⁹⁾と説明されている。

常識という言葉が使用されるとき、普通、一般人が「持っている」知識（専門的知識でない一般的知識とともに理解力・判断力・思慮分別などを含む）、一般人の「持つ」考え、普通の見解、社会人として当然「持っている」知識・判断力が表現されている場合と普通、一般人が「持っているべき」知識（専門的知識でない一般的知識とともに理解力・判断力・思慮分別などを含

む)、社会人として当然「持っているべきだとされる」知識・判断力が表現されている場合がある。

前者の常識は事実レベルの常識であって価値中立である。時代・社会の中で相対的である。時代・社会が変われば、以前の常識は非常識になり、以前の非常識は常識になる。それに対して後者の常識は規範レベルの常識であって特定価値を前提としている。当該特定価値を前提として構成された常識が常識なのであるから、別価値を前提とするときは、当該特定価値を前提として構成された常識は常識ではない。そこで、後者の常識も価値相対的ということになる。

3 健全の概念

次には、健全の概念である。

健全という言葉によって表現されている健全の概念を認識することは困難である。というより、健全という言葉の背後には健全の概念は存在しないと言うべきであろう。健全の概念は構成されてはいないのである。共通認識できる健全概念は存在しない。ということであれば、健全という言葉は使用するべきではない。社会常識を健全な社会常識と不健全な社会常識に峻別することは不可能である。

それでも人は健全という言葉を使用する。その場合、人は特定価値を念頭に置いている。当該特定価値を絶対の前提として対象を健全と不健全とに峻別する。当該特定価値に適合していれば健全と評価され、当該特定価値に適合していなければ不健全と評価される。しかし、当該特定価値は、主観的には絶対的であるとしても、客観的には相対的である。

4 裁判員法における司法参加主体としての国民概念の制度設計開始時 国民概念構成基準適合性

「国民の健全な社会常識の反映」という表現は省略表現である。省略しなければ、「健全な社会常識を持つ国民の健全な社会常識の反映」という

表現になる。「健全な社会常識を持っていない国民」では「健全な社会常識の反映」を期待することは論理的にできないからである。そうであれば、裁判員法における司法参加主体としての国民概念は「健全な社会常識を持っていない国民」を排除するように構成されていなければならない。しかし、実際の、裁判員法における司法参加主体としての国民概念はそのようには構成されていない。極めて重大な問題である。「意見書」という大前提、すなわち、制度設計目的に適合しない制度設計になっていると言わなければならない。

しかし、「健全な社会常識を持つ国民の健全な社会常識の反映」という表現は意味不明である。「国民の健全な社会常識の反映」という表現をした瞬間、「中間報告」、「意見書」の作成者の頭の中にはどのような概念があったのであろうか。13人の審議会委員、11人の検討会委員の念頭にあった概念は同一概念だったのであろうか。

裁判員法における司法参加主体としての国民概念構成の基本的枠組み、すなわち、制度設計開始時構成基準である「健全な社会常識」の概念をめぐる十分な議論を経ることなく、その概念を確定しないままに、国民概念の具体的構成作業を展開していったことこそが裁判員法における司法参加主体としての国民概念構成を迷走させた原因だったのではないだろうか⁽¹⁰⁾。

四 裁判員法における司法参加主体としての国民概念 適合個人と国家権限

不適合事由、就職禁止事由、人格的信用・職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない、20歳以上の、日本国の国籍保持者という国民概念が裁判員法における司法参加主体としての国民概念として構成されているのであるが、裁判員の職権行使の独立⁽¹¹⁾を保障した上で、刑事重大事件⁽¹²⁾の事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を行使するという独立権限

行使制度を前提とするならば、職務遂行能力に関する欠格事由についての裁判員法の規定には重大な問題があるのではないかと考える。

学校教育法に定める義務教育を形式的に終了さえしていれば、裁判員の職務を遂行する能力を持っていると裁判員法は考えている。学校教育法に定める義務教育を形式的に終了さえしていれば、実質的にどのような能力を持っているかにかかわらず、裁判員の職務を遂行する能力を持っていると裁判員法は考えているのである。さらに、学校教育法に定める義務教育を形式的に終了していないとしても、義務教育を終了した者と同等以上の学識を有していると判断された者も、裁判員の職務を遂行する能力を持っていると裁判員法は考えている。形式的には、学校教育法に定める義務教育を終了していないとしても、実質的に、義務教育を終了した者と同等以上の学識を有していると判断された者も、裁判員の職務を遂行する能力を持っていると裁判員法は考えているのである。義務教育を終了した者の学識を基準としているのであるが、その学識と同等以上の学識を有しているか否かの判断基準については裁判員法においては明文規定されていない。判断基準としての、義務教育を終了した者の学識とは、事実レベルにおける義務教育を終了した者の学識なのか、そうではなくて、義務教育を終了した者であれば有している筈の学識なのか。事実レベルにおける義務教育を終了した者の学識は無限に多様であるから判断基準足り得ない。当然、義務教育を終了した者であれば有している筈の学識であろう。しかし、そのような学識を、判断基準として使用できるレベルで客観的に構成する作業は極めて困難な作業であると考ええる。

学校教育法に定める義務教育を形式的に終了した者はすべて、義務教育を終了した者であれば有している筈の学識を有している訳ではない。義務教育を終了した者であれば有している筈の学識を有していない学校教育法に定める義務教育を形式的に終了した者はいるであろう。義務教育を終了した者であれば有している筈の学識を有していないとしても、裁判員としての職務遂行能力に関する欠格事由には該当しないと裁判員法は考えてい

るのである。

ここには検討を要する重要な論点が存在しているのではないかと考える。

義務教育を終了した者であれば有している筈の学識さえ有していれば、それどころか、義務教育を終了した者であれば有している筈の学識を実質的には有していないとしても、それでも裁判員の職務遂行能力を有しているという裁判員法の判断は適切なのか、という論点である。

『裁判員時代の法廷用語』⁽¹³⁾、『裁判員制度と法心理学』⁽¹⁴⁾という文献を資料として検討するとき、裁判員法における司法参加主体としての国民概念適合個人と行使国家権限の不对応が浮き彫りになる。

『裁判員時代の法廷用語』の資料編の「法廷用語に関する面接調査〈追加報告書〉」において、「大学生、大学院生、報道機関職員、研究機関職員、日弁連職員」を対象とする調査結果として、「公訴事実」「証拠の取調べ」「証拠能力」「自白の任意性」「合理的疑い」「刑の量定(量刑)」「未必の故意」「教唆する」「正当防衛・過剰防衛」「反抗を抑圧する」という法廷用語に関する調査対象者の発話内容一覧表が掲載されている⁽¹⁵⁾。それらの発話内容を読むとき、基本的な法廷用語自体を知らない調査対象者、基本的な法廷用語自体は知っているがそれら用語が担わされている概念は認識していない調査対象者が多数であることが理解できる。「例えば、『合理的疑い』という用語は、その概念の内容の理解を含めて裁判員が判断する上で必須であろう。また、刑事訴訟法を学ぶと、人権保障に直結する重要概念の一つとして、特に注意を持って学ばれる基本概念の一つであると思われる。とすれば、刑事訴訟法を学んだ上で使いこなしている実務家の観点からすれば、『合理的疑い』については、裁判員も当然知っているか、あるいは聞いたことはあることを期待して裁判員に臨むことも多くなろう。しかし、現実には、裁判員が『合理的疑い』について聞いたこともないことを前提に手続を進めなくてはならない場合が出てくるのが本調査の結果から予想される」⁽¹⁶⁾と書かれているが、上記の限定された調査対象

者であっても現実には「『合理的疑い』について聞いたこともないことを前提に手続を進めなくてはならない場合が出てくる」ということであれば、当該国民概念適合個人を調査対象者とした場合には、どのような調査結果が出ることになるのであろうか。

当該国民概念適合個人を調査対象者とする心理学的知識と法学的知識に関する調査結果によれば、法学的知識についての全体の正答率は58%であるが、一部項目の正答率は3-50%に止まり、心理学的知識については、正答率の高い項目の正答率は60-70%であるが、正答率の低い項目の正答率は10%未満である⁽¹⁷⁾。当該国民概念適合個人は、主観的には、「基本的な概念や用語に関する知識は必要であり、自分にはそれがない、と感じている」⁽¹⁸⁾のであるが、客観的にも、心理学的知識、法学的知識の欠如が証明されていると考えられる。

しかし、当該国民概念適合個人が心理学的知識、法学的知識を持っていないとしても、裁判官職担当者が心理学的知識、法学的知識を適切に説示すれば問題は解決するのではないかと考えられる⁽¹⁹⁾。

果たして、そうなのであろうか。法心理学からの研究⁽²⁰⁾を検討してみたい。

法心理学からの研究は「知識の習熟度の問題」を指摘している。「教示によって、法学的知識あるいは心理学的知識が得られたとしても、それら知識に対する習熟度が低ければ、得られた知識は公判内容の理解に対し、妨害的に働く可能性」があり、「得られた知識の習熟度が低ければ、知識を参照する際の認知的負荷が高まる。その結果、公判内容の理解に割り当てられる認知的資源が低減する可能性がある。さらには、この認知的負荷の高まりが、情報の処理方略に影響を及ぼし、公判内容の理解に対して妨害的に働く可能性がある」ので、「裁判に必要な知識が得られたとしても、直ちに得られた知識にもとづいて法的判断を下すことは、裁判員にとって困難」であって、「教示された知識にもとづいて判断を下すには知識の理解に加え、ある程度の習熟が必要である」⁽²¹⁾と考えられている。

裁判官職担当者が心理学的知識、法学的知識を適切に説示することにより裁判員職担当者が心理学的知識、法学的知識を獲得することができたとしても、「知識の習熟度の問題」があるために、裁判員法における司法参加主体としての国民概念適合個人は、独立して、事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を適切には行使できないようである。

さらには、理解が困難な法概念、たとえば、『未必の故意』という複雑な概念を参照することは認知的負荷となり、公判内容の理解や判断に妨害的な影響を及ぼす可能性」が指摘され、「得られた知識にもとづいて裁判員が判断を下すためには、公判直前の教示だけでは不十分であり、「裁判に必要な法学的知識および心理学的知識が、一朝一夕に身につくものではないことを示している」⁽²²⁾と結論されている。

職務遂行能力に関する欠格事由をめぐる問題を深刻に考える理由は何か。

刑事重大事件を対象として、事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を、独立して、適正に行使することを求める主権者である国民の信託⁽²³⁾に応えるためには、確実にその職務を遂行するに足る能力を構成して、そのような能力を持たない個人が職務を担当することのないような制度を作らなければならないと考えているからである。

刑事重大事件を対象とする事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限の独立適正行使は憲法に基づく国家を構成する国民の人権を保障することを終局の目的とするのであるから、重大・困難な職務を遂行し得る能力を厳格に構成し、構成された能力を前提として、欠格事由を厳格に構成しなければならないと考えるのである。

しかし、法心理学の研究成果に従えば、職務遂行能力に関する欠格事由を厳格に構成して、厳格に構成された職務遂行能力に関する欠格事由に該当しない国民概念を構成したとしても、そのような国民概念に適合する個人であれば、事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を、独立して、適正に行使できるという保証はないということになる。

五 「事実レベルの国民」の社会常識の反映と「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配と「コオル」⁽²⁴⁾

司法制度改革審議会という舞台が設定されること自体がまだ予想されていなかったころ、樋口陽一氏は、「司法に対してむけられる多種多様な『国民』の『世論』や『常識』に対して『距離をとり、具体的事案の性質に即して専門合理的見地をつらぬくことによってこそ』、司法権がその『存在理由を全うすることができるはずである』⁽²⁵⁾と書き、「かりに『政治的多数派』が『社会的多数者』と合致しているときであっても、そのような『国民』に対して裁判官はやはり『距離をとる』姿勢を保つ必要がある⁽²⁶⁾と書き、「司法の領域については、私は、『社会的多数者』からも『距離』をとるべきだという点まで含めて、『国民主権』のシンボルにはいっそう警戒的である。そして、『真の社会的多数者の利益』といわれているものを人権という実質価値としてくみかえて提示し、それによって裁判官を拘束することが適切だと考えている⁽²⁷⁾と書き、「裁判の独立は、『国民』—『政治的多数派』だけでなく『社会的多数者』をも含めて—からも距離をとる努力によって維持されなければならない、とするのが筆者の立場⁽²⁸⁾であると書いていた。

その後、司法制度改革審議会を舞台に展開されていた司法制度改革に対しては、「コオル性を擁護するために、いまの『改革』を拒否する⁽²⁹⁾という「対応の選択肢」を一案として提示し、その後、「『世論』や世間の『常識』に合った裁判を、という言い方になってくると、『主権者裁判』と同様に、これまでの刑事手続きの約束事をタブーだとして押しのけようとする議論になります⁽³⁰⁾と書き、「最近の何々審議会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—に対しては、原理的に否定的です⁽³¹⁾とまで発言し、「裁判員制度もシトワイヤンではなさそうですね。しろうとのオムを裁判に近づけてやると、裁判員法

の一条はそのように読める。シトワイヤンが問題なのだったら、法律家や特定の人を裁判員から排除することは本来できないはずでしょう。排除条項があるし、実際に呼び出して『こいつは危ない』というのは外されるわけでしょう。これがシトワイヤンだとは到底いえない⁽³²⁾と発言し、「裁判員は主権者としての発動ではありません。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し、特定の個人の利益を剝奪したり、利益を与えたりすることを主権者がやってはいけなし⁽³³⁾」と発言している。

樋口氏は、「事実レベルの国民」の社会常識の反映は「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配の否定を意味すると考えているのであって、「事実レベルの国民」の社会常識の反映を阻止して、「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配の実現を「コオル」に託しているであろう。

「事実レベルの国民」の司法参加による「事実レベルの国民」の社会常識の反映の結末は「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配の否定であるという認識が前提とされていると考えられる。

法の支配は事実の支配との戦いを経て、ようやく、一步一步前進してきている。事実の力は強大である。事実の力との戦いの努力を怠れば、法の支配はたちどころに後退し、ついには崩れ去る。社会常識は事実のレベルの存在である。事実のレベルの力である。社会常識という事実のレベルの圧倒的力を前に、怯むことなく、法の支配の実現を目指して人々は歩んできた。法の支配を目指す人々にとっての相手は、実は、社会常識なのである。「事実レベルの国民」の司法参加による「事実レベルの国民」の社会常識の反映の結末は「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配の否定であると考えざるべきなのではないか。

「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配の実現をバレーフとする「コオル」こそが本来の法曹⁽³⁴⁾なのではないのか。

ここでは、「事実レベルの国民」と「憲法レベルの国民」の意思の

表現である法の支配を目指す「コオル」とが対峙している。

「事実レベルの国民」の司法直接参加ではなくて、むしろ、「憲法レベルの国民」の意思の表現である法の支配を目指す「コオル」の再構築こそが、今、求められているのではないだろうか。

六 おわりに

「何の知識もないものが、法廷でものを言えるわけがない、やっぱり餅は餅屋でちゃんと裁判官が裁判しないといけない」⁽³⁵⁾ という團藤重光氏のことばを噛みしめたいと思う。

外科医の概念が医学界では構成されている。問題は、構成された外科医概念に適合する外科医職担当者をしっかりと養成することである。その養成は、勿論、困難な課題である。しかし、生命、健康というかけがえのない価値の実現が外科医職（外科手術）担当者の役割なのであるから、十分な養成は不可欠な課題である。パイロットの概念が航空業界では構成されている。問題は、構成されたパイロット概念に適合するパイロット職担当者をしっかりと養成することである。その養成は、勿論、困難な課題である。しかし、安全な飛行という目的の実現がパイロット職（操縦）担当者の役割なのであるから、十分な養成は不可欠な課題である。

裁判員概念に適合する裁判員職担当者はあえて養成する必要がないのであろうか。当該国民概念に適合する個人であれば、誰でもよいのであろうか。誰が手術をしても生命、健康という価値は実現するのであろうか。誰が操縦しても、安全な飛行という目的は実現するのであろうか。

司法参加主体としての国民は裁判員法上の国民ではなく、当該国民概念に適合する、ひとりひとりの個人である。生身の人間である。さまざまな個性を持つ、あるがままの人間である。特定の役割を担当するために鍛え上げられたプロではない。それに対して、裁判官職担当者は特定の役割を担当するために鍛え上げられた舞台俳優である⁽³⁶⁾。法廷という舞台は、

無罪推定の鉄則⁽³⁷⁾の下、検察官によって提起された公訴事実が合理的な疑いを残さないほどに証明されているか否かということを判断する、厳密に言えば、人間の能力を超えた神業をそれでも試みなければならない、誤りは許されない舞台なのである。だから、困難な役割を果たすことができるレベルにまで鍛え上げられたプロフェッショナルだけが全身全霊を傾けて取り組まなければならないのであって、ほとんどの人間にとっては近づくことのできない世界なのではないか。

裁判員法により構成されている司法参加主体としての国民概念に適合する個人は、能力というレベルにおいてすでに事実認定、法令適用、量刑という国家作用を、独立して、適正に遂行することが「できない」のであるが、加えて、当該国民概念に適合する個人の集合体の一定部分は「できない」ばかりではなく、「やりたくない」のである。意思というレベルにおいても事実認定、法令適用、量刑という国家作用を「やりたくない」⁽³⁸⁾のである。更には、当該国民概念に適合する個人の集合体の一定部分は「できない」し「やりたくない」ばかりではなく、能力の欠如という理由からではなく、内なる良心の命令という理由により「できない」のであり、宗教上の信仰という理由により「できない」のである⁽³⁹⁾。

事実認定、法令適用、量刑という国家作用、人権保障という国家目的を最終目的としている近代立憲国家における事実認定、法令適用、量刑という国家作用を担当する国家機関の構成員は「やりたい」（正確に表現すれば、単なる主観的意欲を持っているのではなく、ベールを持って、と言うべきであろう）個人であって「できる」（正確に表現すれば、主観的に自己評価された能力ではなく、客観的に証明された相当の能力を持つ、と言うべきであろう）個人に限定するべきである⁽⁴⁰⁾。ここでは、正しい意味におけるプロフェッショナリズムが求められている⁽⁴¹⁾。

裁判員法における司法参加主体としての国民概念に適合する個人は当該国家権限を独立適正行使することはできないと考える。実は、できないように国民概念を構成してしまったと言うべきであろう。概念構成目的適合

的国民概念の再構成ではなく、制度設計の出発点に戻って、概念構成目的自体の再検討をすることこそが緊急の課題であると考えている。

注

- (1) 「国民」という言葉を使うとき、人は何を念頭に置いているのであろうか。「国家は対象化されやすく、したがって批判も容易である。だがわれわれ自身である『国民』は対象化が困難であり批判（自己批判）はむずかしい」（西川長夫『国民国家論の射程』柏書房、1998年、15頁）ということであれば、国民の司法参加は、そもそも好ましいことなのか、という問いかけは違和感を引き起すであろう。しかし、国民という言葉が担わされている概念は極めて多様なのである。岡本仁宏「国民」（古賀敬太編著『政治概念の歴史的展開 第2巻』晃洋書房、2007年、27-53頁）参照。
- (2) 国民主権原理を論拠とする国民の司法参加積極的肯定論、消極的肯定論は多数存在する。しかし、肯定論者の国民主権概念は明示されていない。国民主権概念の多様性を前提とすれば、論拠としている特定国民主権概念の明示は論証の前提であるとする。
- (3) 柳瀬昇『裁判員制度の立法学』日本評論社、2009年、44頁。池田修『解説 裁判員法〔第2版〕』弘文堂、2009年、4-5頁。尚、裁判員法の認識に際しては上記2作品に加えて、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）（2）」（『法曹時報』第59巻第11号、第12号、2007年）を参照。
- (4) 柳瀬昇、前掲書、32頁。第32回司法制度改革審議会議事録。
- (5) 柳瀬昇、前掲書、32-33頁。
- (6) 共同通信社社会部『裁判員司法』日本評論社、2009年、203頁。
- (7) 「衆議院議員の選挙権を有する者」（裁判員法13条）とは「日本国民で年齢満二十年以上の者」（公職選挙法9条）である。公職選挙法9条が改正されれば裁判員法13条の内容が連動して変更されることになるということ念頭に置いて公職選挙法9条の改正の議論をすることに問題はないのであろうか。
- (8) 新村出編『広辞苑（第五版）』岩波書店、1998年、1314頁。
- (9) 日本国語大辞典第二版編集委員会編『日本国語大辞典（第二版）』第十一巻、2001年、130頁。
- (10) 「国民参加が、『国民の健全な常識』によって専門家の『非常識』を正すという議論にも警戒的でなければならない。法制度のもつ法的合理性を、『常識』という捉えどころのない観念によって相対化することは、人権保障

にとって有害である場合が多い。なぜ法学が緻密な概念を用いて議論をし、結果妥当性と同じくらい手続の公正さを重視するのか。そうした点を考慮せず、国民の『常識』の健全性を推定した議論はすべきではないだろう」という指摘、『法の支配』と、『民主主義』、『国民の常識』とは敵対関係にも立ちうるものである」という指摘は重要である。今関源成「司法制度改革における『法の支配』と『国民の司法参加』」(『現代思想』青土社、第36巻第13号、2008年10月号、75-83頁)。

- (11) 裁判員の職権行使の独立を明文規定している裁判員法8条に基づいて当該国民概念は構成されているということを確実に認識しておくことが重要である。日本国憲法76条3項で保障されている裁判官の職権行使の独立と同様の独立を裁判員は保障されている。裁判員は裁判官同様、「この憲法及び法律にのみ」拘束されるのである。「この憲法及び法律」以外の何ものにも拘束されないのである。

ところで、裁判員職担当者、すなわち、当該国民概念適合個人は「この憲法及び法律」を、必ず、認識している訳ではない。「この憲法及び法律」の認識は当該国民概念構成要素ではない。むしろ、「この憲法及び法律」の認識の有無を問題とはしないで、当該国民概念は構成されているのである。しかし、「この憲法及び法律」を認識していなければ、「この憲法及び法律にのみ」拘束されることは、論理的に、不可能である。「この憲法及び法律」を認識していない裁判員職担当者、すなわち、当該国民概念適合個人が「この憲法及び法律にのみ」拘束されることが不可能であるとすれば、「この憲法及び法律」以外の何に基づいて事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を行使するのであろうか。

主観的良心に基づいて行使するのであろうか。

裁判員職担当者、すなわち、当該国民概念適合個人は「この憲法及び法律」、すなわち、客観的良心を持たない。だから、「この憲法及び法律」、すなわち、客観的良心に基づいて事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限を行使することはできない。残るは主観的良心だけである。裁判員の職権行使の独立の保障は主観的良心に基づく事実認定権・法令適用権・量刑権という国家権限の行使の保障である。ところで、このような保障は日本国憲法に適合するのであろうか。

「裁判官の独立は、およそ裁判官の法律への従属の反面以外の何ものでもありえない」(C・シュミット〔尾吹善人訳〕『憲法理論』創文社、1972年、340頁)とすれば、裁判員職担当者の独立も裁判員職担当者の「法律への従属の反面以外の何ものでもありえない」はずである。

- (12) 裁判員法2条に規定されている対象事件（1 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 2 裁判所法第26条第2項第2号に掲げる事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの〔前号に該当するものを除く。〕）を本稿では刑事重大事件と総称する。
- (13) 後藤昭監修『裁判員時代の法廷用語』三省堂、2008年。
- (14) 岡田悦典ほか編集『裁判員制度と法心理学』ぎょうせい、2009年。
- (15) 後藤昭監修、前掲書、139-174頁。
- (16) 後藤昭監修、前掲書、135頁。大河原眞美『裁判おもしろことば学』大修館書店、2009年、20-23頁を参照。
- (17) 仲真紀子「裁判員の法的知識と心理学的知識—裁判員制度への動機付けと知識の問題」（岡田悦典ほか編集、前掲書、120-130頁）。
- (18) 同上、121頁。
- (19) 最高裁判所によれば、「裁判員の仕事に必要な『法律に関する知識』や『刑事裁判の手続』については、裁判官が丁寧にご説明します」（同上、121頁）ということなのであるが、問題は、丁寧な説明をした結果がどうなるのか、ということなのである。丁寧な説明とはどのような説明なのか、という問題、裁判員職担当者は極めて多様なのであるから、相手によって丁寧の内容は異なるのではないか、という問題は別としても、丁寧な説明をすれば「裁判員の仕事」が出来るようになるのか、という問題があるのである。説示の必要性については、五十嵐二葉『説示なしでは裁判員制度は成功しない』現代人文社、2007年を参照。裁判官職担当者にとっても裁判という国家作用を適正に遂行することがいかに困難なことであるかということについては、裁判官職担当者であった人たちによる次の文献を参照。事実認定については、木谷明「犯人の特定」（木谷明『刑事裁判の心〔新版〕』法律文化社、2004年、157-241頁）、渡部保夫『無罪の発見』勁草書房、1992年、量刑については、原田國男『量刑判断の実際〔増補版〕』現代法律出版、2004年。
- (20) 山崎優子「裁判員への知識の教示とその効果—模擬裁判実験による検討」（岡田悦典ほか編集、前掲書、131-139頁）。
- (21) 同上、132-135頁。
- (22) 同上、135-139頁。尚、この研究は、山崎優子・仲真紀子『『未必の故意』に関する教示が司法修習生と大学生の裁判理解および法的判断に及ぼす影響』（『法と心理』第7巻第1号、日本評論社、2008年、8-18頁）を踏まえている。ところで、大河原氏は「裁判員制度において、このような珍奇なことば〔未必の故意〕が誤解のもとにならないといいのですが」（大河原眞

美、前掲書、28頁）と心配しているのであるが、「知識の習熟度の問題」を念頭に置いていると心配は更に深まることになる。実は「知識の習熟度の問題」以前に知識の理解の問題、知識自体の問題があるのである。未必の故意概念の多様性の問題に加えて、「法律家でない裁判員には、『故意＝結果発生の意欲』というイメージを持つ人が多く、『未必の故意』が故意に含まれることの正確な理解が難しいことは事実と思われる」（笠井治「問題点の抽出と解決の方向性について」『法律時報』83巻1号、2011年1月号、100頁）とすれば、裁判員職担当者への説示は可能なのであろうか。ところで、「裁判員に説明を要する難解な用語・法律概念は多数にのぼる」（司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』法曹会、2009年、頁数不記載）との認識を前提として、裁判員職担当者の「理解」を実現するための裁判官職担当者による「説明」が検討されているのであるが、裁判官職担当者の時間とエネルギーの配分の適切さという論点についても検討する必要があるのではないかと考える。

- (23) 国家権限が主権者である国民から信託された信託権限であることを、すべての議論の出発点として、確認しておく必要がある。
- (24) 「職業身分特権集団」（樋口陽一「“コオル (Corps) としての司法”と立憲主義」『憲法 近代知の復権へ』東京大学出版会、2002年、137頁）という日本語を樋口氏は充てている。
- (25) 樋口陽一「第一部 裁判と裁判官」（樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』法律文化社、1988年、73頁）。
- (26) 同上、74頁。
- (27) 同上、75頁。
- (28) 同上、90頁。
- (29) 樋口陽一「“コオル (Corps) としての司法”と立憲主義」（『憲法 近代知の復権へ』東京大学出版会、2002年、144頁）。
- (30) 『法律時報』82巻5号、2010年5月号、27頁。
- (31) 発言の土台には、「憲法シンボルによる回収 (récuperation)」と表現できる「憲法現実の兆候」、すなわち、「権力の制限という課題を託されたはずの『憲法』というシンボルが、実は憲法の想定していたはずの公共社会のあり方を浸食してゆく方向に使われてゆく、という状況」という現実認識、「『回収』しようとするのは『統治の主体』に擬された国民すなわち権力であり、『回収』されようとしているのは個々の国民一人ひとりである」という現実認識があると考えられる。樋口陽一『憲法という作為』岩波書店、2009年、14頁。

- (32) 『法律時報』82巻5号、30頁。樋口氏は「この法律〔裁判員法〕は、『司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上』をはかることをうたっている（同一条）から、『国民主権』よりは『しろうと参加』を趣旨の基本に置いていると理解される」（樋口陽一『憲法（第三版）』創文社、2007年、413頁）という裁判員法評価を下して、「しろうと参加」という表現を、あえて、採用している。日本国憲法上の裁判が人権保障を最終目的とする、本来は神の領域に属するような、難解で重大な国家作用であるということ念頭に置けば、それでも相対的にはまだ神に近いと考えられるアリストクラットだけが担当しなければならない、という認識を前提として、アリストクラットではない「事実レベルの国民」が裁判を担当すれば目的の実現が妨げられるという、目的実現を心の底から願っているが故の、深刻な危惧のところに導かれて、「しろうと」という表現を、わざわざ、選択して使用することによって、その思いを表白、伝達しているのではないかと思われる。尚、アリストクラットについては、アラン・カーン「分析装置としてのアリストクラシー」（松本礼二・三浦信孝・宇野重規『トクヴィルとデモクラシーの現在』東京大学出版会、2009年、169-204頁）参照。
- (33) 『法律時報』82巻5号、34頁。
- (34) 樋口氏の考えている法曹は「どんな抑圧にも誘惑にも耐えて自分自身の判断をつらぬかなければならない裁判官」、「抑圧された者の人間の尊厳を回復することを仕事とするはずの弁護士」、「社会正義の担い手としての検察官」（樋口陽一『比較のなかの日本国憲法』岩波書店、1979年、186頁）を構成要素としている。
- (35) 團藤重光（伊東乾編著）『反骨のコツ』朝日新聞社、2007年、134頁。
- (36) 木谷明氏の一連の作品に触れて、裁判という国家作用を担当することの厳しき、困難さを痛感させられる。木谷明『刑事裁判の心（新版）』法律文化社、2004年、「刑事事実認定の基本的あり方」（木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』成文堂、2008年、1-24頁）参照。「木谷さんの種族は、今絶滅の危機に瀕している」（高野隆「裁判官は、いつ事実を認定するのか」『法と心理』第7巻第1号、日本評論社、2008年、22頁）という裁判官世界の現実に対する認識がある。
- (37) 「刑事裁判においては、『疑わしきは被告人の利益に』という原則があり、これは最高裁判所の判例によって『刑事裁判の鉄則』であるとされている」（木谷明、前掲書、vi頁）。
- (38) 「できない」に加えて、「やりたくない」個人に罰則まで用意してやらせるといった考え方には根本的な疑問を抱く。

- (39) 憲法適合性の問題についての徹底的な議論が欠かせない。
- (40) 憲法制定権力主体は、そのような個人に限定して国家権限行使を「信託」しているのではないだろうか。近代立憲国家においては勿論のこと、そのような個人も「国民」である。「国民」の司法参加は当然の前提である。その前提の上で、「国民」の中からどのような条件を持つ個人に特定国家作用を担当させれば「国民」になった個人すべての共通目的を適正に実現することができるのか、という問題が設定されることになる。
- (41) 「法曹身分こそ、民主主義本来の要素と無理なく混じり合い、首尾よく、また持続的にこれと結びつくことのできる唯一の貴族的要素である」(Alexis de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, I, GF Flammarion, 1981, p. 366, トクヴィル〔松本礼二訳〕『アメリカのデモクラシー 第一巻(下)』岩波書店、2005年、175頁)と書くことによって、le corps des légistesを les éléments naturels de la démocratieと矛盾しない le seul élément aristocratiqueであると喝破するトクヴィルからあらためて学ぶべきである。さらに、「憲法律による約束に基づき、国民は『司法官僚団』による裁判を強制されていないのかどうか」という問題、「裁判員制度の創設による国民の司法参加が、『司法官僚団』の存続に対する憲法律上の約束の『本質的内容』を侵害していないかどうか」という問題(石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』日本評論社、2007年、276頁)の存在を制度設計の出発点において認識しておかなければならない。