

国民の司法参加としての裁判員制度

柳 澤 秀 吉

もくじ

はじめに

第一 ヨロッパにおける前提

第二 日本における前提

第三 今回の改革

第四 その評価

おこたわり

1 はじめに

平成二三年（二〇〇一年）からいわゆる平成の司法改革が始まった。その計画は二年前の平成二一年（一九九九）から練られはじめたものであり、¹以上はその実行である。いちいちはあげきれないけれども、それに基づく多

くの改革が進められている。

その最も大きなものは、司法試験の合格者数が従来長く、半世紀あまりも続いた年五〇〇人から六倍の三、〇〇〇人に増やすことにしたことである⁽²⁾。また、それとも関連して、平成一五年(二〇〇三年)からいわゆる法科大学院が新たに設けられ、それを修了することが、新司法試験の受験資格となった⁽³⁾。さらに、平成一五年に司法書士にとくに訴訟法の研修、審査を要件として、民事に限るが、簡易裁判所での弁護活動が認められることになった(初年度の平成一五年で七割八分七厘の合格率で、二、九八九人⁽⁴⁾)。

現在弁護士は一万七、〇〇〇人弱となっており、その数が少なすぎることが問題のほぼすべてであるが、しかもそれが強度に東京に集中していることは、すでによく知られた事実であろう(全体の四割六分であり、東京の人口が全一億二、〇〇万の二割であることはいつまでもなく、人口比の四・六倍)。しかし、にもかかわらず、今回の改革はそれについてはほとんどなんの手も打っておらず、したがって以上にみた司法試験の合格者数の拡大は、東京集中の極大化になるだけではないかと推測される⁽⁵⁾。これに対し、それとほぼ同数の約一万七、〇〇〇人強となっている司法書士には、そのような東京集中はなく、全国にほぼ平均的に散在している(東京は全体の二割二分であり、その一割の人口比にほぼ相応する)。だから、従来から依頼者による本人訴訟の形式で、一傍聴人として行なわれてきたその弁護活動が、ここで公認されることになったわけであり、これは短期的には、二重の意味で、今回の最大の改革ではないかと考えられる⁽⁶⁾。

そのほか、平成一六年(二〇〇四年)にいわゆる裁判員制度が設けられ、それが五年以内に、つまり平成二二年(二〇〇九年)に施行されることになった。今まさにその施行日である平成二二年五月二二日を迎えているわけである。これは国民の司法参加という観点から重要であり、ここではそれについて簡単に検討しておくことにしたい⁽⁷⁾。

(1) 今回の改革は平成一一年(一九九九年)六月九日の法律第六八号、司法制度改革審議会設置法(全九か条、付則三項)に始まる(首相は小淵恵三)。そうして、その付則第三項でそれは二年の時限立法とされた。同審議会は第一回、平成一一年七月二七日に会長(佐藤幸治京大教授)選任などで始まり、第六三回、平成一三年(二〇〇一年)六月二二日で内閣(首相は小泉純一郎)に最終意見書を出して終了している。

その一三名の委員の一覧表はつぎの最終意見書のほか、本稿作成後のことであるが、丸田新書制度後掲(二〇〇四年)七七頁にもあげられている。今回の改革は以上にみた審議会の委員の構成からも明らかとなり、いわゆる法曹三者(判事、検事それに弁護士)以外のところからの要望、参加が強く、その点が(つぎの注にもみるように)従来のさまざまな改革とは異なり、今回の大きな特徴となっている。そうして、それは(つぎの注にみる)大内、我妻新書二二頁の指摘に基づくと推測される。

今回については、日本評論社のシリーズ司法改革、(二〇〇〇年四月二五日、二〇〇一年一月二三日、一月三〇日)もあるが、月刊司法改革が平成一一年(一九九九年一月五日)から刊行され、わが国では珍しいことであろうが、平成一三年(二〇〇一年九月五日)の二四号で、つまりは二年で終刊となっている。以上にみた審議会の各審議は毎号のせられており、最終意見書はその二二号(二〇〇一年七月五日)にのせられている。

(2) 以上の審議会の意見書。

これについては、大内兵衛、我妻栄著、日本の裁判制度、岩波新書、一九六五年一月二〇日、参照。これは昭和三七一年(一九六二年)五月設置、会長我妻栄、三九年八月末答申の臨時司法制度調査会の意見書に関する。もっとも、調査会に直接問われたのは、いわゆる法曹二元化と判事、検事の待遇改善である(時の首相は池田隼人)。その結論は後者は当然であり、前者は時期尚早である。

ただ、ここでその基盤整備の一として、合格者を倍の一、〇〇〇人とする案が出されていたわけであるが、それが実現されていたならば、その後の事情はかなり異なっていたであろう。しかし、それは意外な意見との反応もあつてか、弁護士連合会などの強い反対で実現しなかった。弁護士界の目指すところは、ただ弁護士の特権の維持、拡大だけでなく、弁護士などが足りないとの国民の需要は意識されていないわけである。

もつとも、すでに平成二年（一九九〇年）には法曹三者（最高裁、弁護士連合会のほか法務省）の七〇〇人とする合意があつて、翌平成三年から合格者が増やされはじめた。また、平成七年に法曹三者の一、五〇〇人とする合意があつて——弁護士連合会は反対、翌平成八年に司法試験法の改正があつた。平成九年三月に規制改革の観点からのその旨の閣議決定に基づき、一〇月に法曹三者の合意もあつて、平成一〇年（一九九八年）四月に司法試験法、裁判所法の改正があり、平成一一年にはついに一、〇〇〇人となった（二倍）。平成一六年には一、四〇〇人となっている（三倍弱）。平成一七年も一月の発表で一、四〇〇人ほどとなった。以上の審議会の意見書がいう三、〇〇〇人は、これを前提とすれば、六倍ではなく、二倍ということになる。

もつとも、従来の旧司法試験は、したがってその合格者はつきにみる法科大学院の二年または三年の課程の修了後に（平成一八年に）新司法試験が行なわれることになつたので、しだいに減少させ、（五年後の平成二三年に）廃止させることになつている（平成一四年改正）。その合格枠は新司法試験のものとなるわけである。

弁護士界が今回もその増加に反対であるうことは、当然に予想される。ただ、後述も参照。逆に、やや部分的なものであるけれども、その増加の方向に前後して、一種の法曹一元ともいえる改正、つまり弁護士が判事になる道がさらに開かれたことも（平成一六年改正）、記憶されるべきである（逆に、検事もそうであるが、判事から弁護士になることは、従来から多く認められてきている。そこで、弁護士に対比したその判事、検事の待遇改善が問題となつた）。弁護士などが足りないとの国民の需要はともかく、弁護士にとって特権の拡大は特権の維持よりよいことであるのは当然であり、したがって弁護士界がこれに賛成であるうことは、当然に予想される。

- (3) その前年、平成一四年の司法試験法の改正などに基つく。
 ただ、すでにみた三、〇〇〇人を適正な数字だと前提とするとしても（私見はフランスなみを目指して、六、〇〇〇人としてみた）、七、八割の合格率などといわれたところからすれば、その定員は四、二八六人あるいは三、七五〇人であるはずであるのに、認められたのは、六八院で、定員は六、〇〇〇人（正確には五、八二五人）であり（翌年七院、一〇〇人程度追加。いずれも不認可は数えるに足りない）、大きく食い違つたことになつた。合格率五割では、ひいて受かりもしない教育を受けることを要件とする必要もない、ということになるであらう。

- (4) その前年、平成一四年の司法書士法の改正に基つく。
 そうして、初年度はじつは二回行なわれ、一回目は七割七分五厘の合格率で、三、四一三人、以後は年一回となり、一六年は六割九分九厘の合格率で、二、三四一人、一七年は五割八分九厘の合格率で、九六六人、以後は本稿作成後ということになるが、一八年は六割一分九厘の合格率で、二、九六九人、一九年は七割一分三厘の合格率で、一、一四八人、二〇年は六割四分七厘の合格率で、九三四人、計一万四、七六一人となっている。以上の認定はその終了に近づいているわけである。

なお、弁護士界が法科大学院の創設したいに反対であるうこと、したがってそこから法科大学院廃止の声があがるであらうことは、当然に予想される。
 これについても、大内、我妻新書前掲一五九頁以下（簡裁弁護士を作れ）（参照。つまり、司法書士が簡裁弁護士となり、したがって全弁護士がそれを含めてその数が倍になることは、はなはだしい夢想ではないわけである。また、弁護士のみが司法試験合格者だけとなつていたのが、これによつて、判事における簡裁判事（全体の五割）、検事における副検事が認められている（全体の四割）のとほぼ同じことになる。その点は本稿では後述。ただ、旧にはなかつた判事、検事についてこの採用の制度が、法曹人口の不足の事実をおい隠したといふべきかもしれない。

また、やや特殊分野ではあるけれども、以上に前後して、特許などに関する弁理士に、その弁理活動の範囲内で、弁護活動が認められた（平成一四年改正）。とくに弁護士法が一部改められ（平成一六年改正）、いわゆる企業法務担当者が弁護士になる道も開かれた。今回の改革はいわゆる法曹三者以外のところからの要望、参加が強く、それが従来の改革とは異なる、大きな特徴となっていることは、すでにみた。これはその一部、産業界の要望の実現である。また、これは法曹人口の増加として、記憶されるべきことであることも、当然である。ただ、そのほか、弁護士界が平成九年以来のものであるが、これに強く反対しなかつたことも、変化の兆しにしかすぎないにしても、注目すべきことであらう。

ただ、司法書士の認定が民事に限られているのは、疑問である。もとより、それはもともとのものであり、試験科目からみても、当然といつことができる。また、刑事事件は訴訟数の点でも決定的な問題ではないといつことができる。しかし、それにしても、弁護士の補充という観点からは、本来の弁護士がさうであるように、刑法、刑事訴訟法の研修、考查

を、つまりいわば第二次審査を求めて、その権限を刑事事件にも、したがって簡裁事件すべてに拡大すべきである。そのほか、国民全体に対する司法書士の適正数の再検討が前提となるが、この審査はその規模はるかに縮小されることになるのは当然であるにしても、判事、検事と同じく、恒常的な制度として、今後も続けていくべきものである。

(5) その後、以上にみた司法試験の合格者増の結果として、平成一六年(二〇〇四年)には裁判官、検察官それに司法書士にははつきりした変化はみられないものの、弁護士数は二万人を超えることになった。もっとも、その東京集中の統計はまだ知られていないようである。

(6) しかし、弁護士はその半分が東京に集中しているとの、旧にはみられない異常な状態は、前述のように、多少の留保は必要であるとしても、なお残っている。

そのような弁護士制度については、ある同窓会に頼まれて平成一四年(二〇〇二年)に、別に「平成の司法改革」と題して講演したことがあったが、そのときの一論点であった。その内容をここにすべて復元するつもりはないが、その概要は弁護士法第一条などの独善的規定を削除すべきこと(三ヶ月章現代法講座、六)のほか、こうであった。

もちろん、現在では、その対応策として弁護士による地方に対してのいわゆるボランティア活動も考えられている(平成一六年制定の総合法律支援法)けれども、日常業務の問題をボランティア活動で解決できるはずのものではない。いわゆる弁護士自治をそのかぎりで否定し、裁判官や検察官ではそうされているのと同じく、各地方裁判所管内に適切な配置を求める方法を設ける以外にはない。都府県単位で、正確には地裁単位で、人口、事件数を考慮した適正配置表を作ることが前提となるのは、当然である。最も適切な作成方法は日本弁護士連合会が最高裁判所などと協議の上で行なうことであるけれども(我妻提案の、新書前掲、もう一つの基盤整備である司法協議会は、まだ設けられていないというべきか)、最も手っ取り早い方法は最高裁が作成することであり、そのうえで、旧のように、各地裁に弁護士登録を求め、とくに新規の登録を本籍地ではないとか、生育地ではないとかの、適正配置を実現させるための理由で、拒絶するなどし、裁判所の監督に服させることである。

また、今回の改正で、弁護士は普通の弁護士のほか、司法書士のいわば簡裁弁護士の二層となったわけであり、わたくしはその点を高く評価しているわけであるが、以上の地裁での登録は弁護士活動の地域制限の設定であるほか、さらに審級制限でもあるべきであり、裁判官、検察官とほぼ同じく、各地裁での弁護士登録のほか、各高等裁判所それに最高裁判所での三層の登録が、つまりさらに三層の弁護士が認められるべきことになる。

弁護士の東京集中のほか、歴史的経緯はあるとしても、そもそも東京にだけ(大正三年以来現行法の下でも)三つの弁護士会があることの異常さも、あらためて意識されるべきである。東京地方裁判所は東京地方検察庁も同じことであるが、日本で群を抜いた最大の地裁であることは明らかであるけれども、しかしそれにして、それはなお五〇のうちの一つではないわけである(もっとも、後述も参照)。これも戦後改革の積み残しではあるが、弁護士会は地裁のほか、地検と同じく、裁判運営のための一官庁であることが、あらためて意識されなければならないであろう。

なお、以上の改正にあわせて、各弁護士会のほかに、弁護士法人を設けることも可能としたが(平成一三年改正による弁護士法第四章の二の追加)、懇親会や研究会であれはいざ知らず、いったいなんのための改正であるのか、わたくしには理解することができない。

もしそうでないとしたら、弁護士会は単に同業者団体の一にほかならないことになるから、国家としては司法試験のみを残して、弁護士会への加入の強制も、官署への照会権なども、さらには司法修習という国費による実務教育も、一切の公的地位は認められるべきではないことになる。

要するに、法曹人口の増加に対する態度も含めて、変化の兆しがみられないではないにしても、官に対する対抗意識のみがあって、民に対する配慮の意識がなかったから、弁護士功なつて、万民枯るといのが、わたくしの弁護士の評価である。

なお、司法書士の適正配置についても、手放しの安心はできない。その適正配置の理由は司法書士が(高裁相応の)各法務局ごとに選考されることであつた、司法書士法(昭和五年、一九五〇年、法律第一九七号)旧第四条、しかし、昭和五三年(一九七八年)の同法の大改正で(法律第八二号)、全国統一の選考に変えられた、法新第五条。そこで、弁護士ほどではないが、多少東京集中の傾向が現われるにいたつている。ただ、その改正で、逆に、法務局がその登録を管理することになった、法新第六条以下。すでにみた平成一五年以来の司法書士の認定でも、東京のほか、大阪がつねに三桁に達していることに、わたくしは注目している。したがって、その配置はなお継続する可能性が高いであろう。

(7) そうして、月刊司法改革五号(二〇〇〇年、平成十二年二月五日)が陪審制導入の課題を、同一六号(二〇〇一年一月五日)が実現可能な国民の司法参加——陪審が参審か?を、同一〇号(同年五月五日)が司法参加の到達点と残された課題——「裁判員制度」は何を指すのかを出しており、それがとくにここでの問題に関する。

(*) なお、本稿は平成一七年に完成したものであり、四年後の公表ということになる。その資料の一部が手に入らなかったため、公表を控えていて、三年たってしまったのであるが、それも去年、平成二〇年に手に入った。その間の裁判員制度に関する文献については、後述。しかし、平成一七年のままでも意味がないこともないであろうと考えるにいたり、結局本年などの表記を改める程度で、ここにほぼそのまま公表することにした。

第一 ヨオロッパにおける前提

裁判員制度は議論の余地はあるものの、世界の多くで行なわれている陪審制の一種だといってよいであろう(なお、大森後掲は陪審と参審とを区別すべきものとする)。そこで、陪審とはなにかなどをまず整理しておく。¹⁾

(1) ほぼ百年前のことであることはのちにみるが、明治四三年(一九一〇年)当時のイギリス法については、穂積重遠、英国の陪審制度(後掲)国家学会二四卷三、四号(一九一〇年)、フランス法については、原夫次郎(ハラ)がその名字のようである、元検事)、仏国現行陪審制度、法曹記事一卷八、九号(一九一〇年)がある。また、ドイツ法については、仁保亀松(後掲)京都法学会雑誌一卷五、八、九号(一九一〇年)、とくにその五、八号をそのよつなものととして読むことができるであろう。

そのほか、時代はすつと下るが、平場安治著、陪審裁判の歴史的意義(一九五三年)がある。これは当時の大陸法の考察は含むものの、まったくのイギリスについての歴史研究である。

2 概要

陪審制度はおもに重大な刑事裁判について法律の専門家である判事のほか、しつとである一般国民を参加させ、共同で裁判させるものである(イギリスなどではjury、フランスでもjuresのほか、以上と同じで、ドイツではGeschworene oder Schwur)。これはその内容の点から、審理陪審(ほかに公判陪審)といわれ、あるいはそれに参加するjurors、陪審員の数が二人であることを定則とし、したがって以下にみるものよりその数が少ないという点から、イギリスなどでは小陪審 petty or petit juryともいわれる。

他方、民事ではあまり問題にならないものの、刑事では裁判にかけられることじたいが事実上大きな社会的制裁の意味を持つ(警察の強制捜査のほか、裁判期間中の拘束、いずれについてもそれが重大事件であれば、報道の集中など)。そこで、起訴するかどうかを陪審に判断させることが考えられる。これはその内容の点から、起訴陪審といわれ、あるいはその陪審の数が三人であることを定則とし、したがって以上にみたものよりその数が多いという点から、イギリスなどでは大陪審 grand juryともいわれる。イギリスで陪審が最初に用いられたのは、この起訴陪審についてだといわれている。

なお、イギリスにおけるjuryはそれ以前はassize (to sit at) であつたが、一四世紀後半からそれに代わって用いられるようになったことばであり、もともと宣誓する人の意であつて、ラテン語のjurare から来していると思われる。したがって、わが国でその定訳となつている陪審は、やや意識であり、直訳としては宣誓人、せいぜい陪審人ということになる(穂積講演)。また、それは総体としての名称であつて、個人としてはjuryman——最近ではjuryperson となるが——あるいはjuror などといわれる。

(2) せつとせつ、H. G. Hanbury, English Courts of Law, 1953, p. 120 は最初は「四人とらふ」。同くp. 122 も参照。また

兼子裁判法後掲（一九五七年）二四頁は二〇人とする。

3 発生

陪審はイギリスで二一世紀半ば（一〇六六年）のノルマン人の征服以後に発達した制度であり、近代にいたってその近代の姿で、アメリカに移入されたほか、フランス、ドイツなどのヨオロッパ大陸一般に移入された。

イギリスにおけるその起源については、イギリスにおける自然発生説があるほか、（ブルンナア Brunner, Teiniger（一八七二年）の主張する説で）当時大陸で行なわれていたものが起源であり、それがノルマン人の征服によってイギリスに持ち込まれたものとする大陸起源説の争いがあるが、後者が定説となっている。そうして、それはまず（共同無罪宣誓との関係はやや微妙であるが）決闘審理や神判に代わり、起訴陪審における在地の証人として出発し、やがてそれとは別の、審理陪審における審判人へと発展していった⁴⁾。といっても、それがそのまま近代的制度になったわけではなく、それがそのような民意反映の裁判制度として確立したのは、近代の初頭、一七世紀後半の名誉革命以後のことである。そのことは二二五年のいわゆるマグナ・カルタ Magna Carta、大憲章がそのまま近代憲法の手本となったのではなく、その一部がその後、同じく一七世紀前半にその意味を替えて近代的なものにされた（一六二八年の権利の請願、八九年の権利の章典）ためのものであるのと同じことである⁵⁾。

この陪審制が一七世紀当時イギリスの植民地となったアメリカに移入されたのは、当然である。フランスではそのフランス革命時にそれが移入され（一七九一年、一八一一年に刑事訴訟法に相当する治罪法 Code d'instruction criminelle が定められて（前加編などとされるもののほか、全二編、六四三か条）、そこにそれが定着した。ドイツでは一八四八年の三月革命期にその移入が提案され（いわゆるフランクフルト憲法）、七七年に裁判所構成法 Gerichtsverfassungsgesetz が定められて（全一七章 Titel, 二〇四か条）、そこにそれが定着した⁶⁾。もつとも、陪審

では全員一致の結論であることを定則とするが、ヨオロッパでは過半数、単純多数決とするものが少なくない。フランスがその典型である。ただ、ドイツでは二人中の八人（三分の二強）の特別多数決となっている。

そのほか、ドイツでは陪審制を地方裁判所で行なうとともに、判事一人、参審二人の構成による参審制を区裁判所で行なうとしている。これは区裁参審、あるいは小参審といえることができるであろうか。いいえかれば、ドイツはいわゆる参審制の母国であり、また陪審と参審とを並行して認めるものである点に特徴があるわけである（瀧川後掲）。陪審は事実認定と法的判断・量刑とを分け、前者は陪審が、後者は判事が判定するものである。これに対し、参審はすでにみたところからも明らかとなり、国によってかなりの差異はあるが、これを一体として判定するものであり、その点で差異がある。しかし、いずれも、しろうとである国民を裁判に参加させるものである点で、共通である。

なお、国民の司法参加に関するものではないが、ドイツでは裁判所構成法と同じ一八七七年の刑事訴訟法 Strafprozessordnung 法（全七編、五〇六か条）、もとより扱う事件は限定的であるが、その限定された事件については検察以外の機関、つまりは裁判所が起訴の当否を判定する起訴強制手続 Klageerzwingungsverfahren が設けられ、起訴相当の判定後は検事が起訴、公判を行なうことになっている、訴訟法第一七二条ないし第一七七条。なお、ドイツでは起訴陪審が採用されることがなかったことは、のちに一言する。

とにかく、一九世紀は特殊イギリス的な制度である陪審制が、アメリカはもとより、ヨオロッパで採用され、普遍的な制度となる世紀あるいは陪審制拡大の世紀だといってよいわけである。

(3) もつとも、のちにみるように、わが国の治罪法などの起草者であるボワソナドによれば、ロオマにも民事について類似的の制度があった。Gustave Boissonade, *Projet de Code de procédure criminelle*, 1882, n° 142. また、ヨオロッパ中世

にも貴族の刑事事件については、陪審があったとする。ただ、後者は陪審そのものではなく、仲間裁判ないしは同輩裁判のことである。

(4) 団藤重光著、新刑事訴訟法綱要、七訂版(一九六七年、初版一九四八年)八頁、兼子裁判法(一九五七年)。
なお、共同無罪宣誓 *compurgation* はわが国では雪冤(セツエン)宣誓なども訳されるが、陪審以前の制度とされ、その証明のために、二人の共同証言を要する(Handbury, op. cit., p. 42.)

(5) なお、イギリスにおける制定法は判例の例そのままに、とらえどころがないものといつてよい。基本法ともいふべきものがなく、しかも旧来のものの改正という形によってではなく、つぎつぎと独立した法律のような形で、改正が行なわれるからである。

このでの陪審についても事情はまったくさうである。ただ、数ある陪審法 *Juries Act* のなかでは一八二五年法が一九世紀のものとしてよく引用され(正式名称は *An Act for consolidating and amending the Law relative to Jurors and Juries* 等、全六四か条)、また一九七四年法が最近のものとしてよく引用されている(全二三か条)ので、本稿もそれに沿う。

(6) なお、ドイツでは一八七七年に以上の裁判所構成法のほか、民事訴訟法、刑事訴訟法それに破産法が定められた。これをまとめて(帝国)司法立法 (*Reichs Justizgesetzen* として)。

4 変 容

しかし、第一次世界大戦後はイギリスなどではともかく、ヨオロッパ大陸ではそれは参審制となっている(ドイツでは *Schöffe*、フランスでは *échevin*、イギリスなどでこれがどう訳されるのかは、明らかではない⁷⁾)。その名称はいずれも旧のままの陪審であるけれども、ドイツでは一九二四年の裁判所構成法の大改正で、地裁における判事三人対陪審六人の構成による単純多数決の参審制となった。これはすでにみた区裁参審、小参審に対比していえば、地裁参審あるいは大参審といふことができるであろう⁸⁾。フランスでは一九三三年の改正を経て、四一年の改正と

なり、判事三人対陪審九人の構成による参審制となった⁹⁾。また、それは三対九人中の八人(三分の二強)の特別多数決によることとなった。なお、フランスの治罪法は第二次大戦後の一九五八年に刑事訴訟法 *Code de procedure pénale* となり(前加編などとされるもののほか、全五編、八一か条。前二編は五七年に成立)、今度はそこにそれが定着した。

そのほか、陪審、参審は審級制でいえば、イギリス、アメリカはもとより、(直接の明文はないが)フランス¹⁰⁾、ドイツでも、いずれも一回かぎりのものであることを定則とする。もっとも、ドイツでは以上にみた一九二四年の改正によって、控訴審でも以上の意味での小参審を認めることになっている。

他方で、陪審には起訴陪審もあることなどは、すでにみた。その起訴陪審については、もともとのイギリスでも全員一致ではなく、単純多数決(つまり三人中の二人以上の議決)によることを定則とする。しかし、起訴陪審はフランスではその革命当時に以上の審理陪審と同時に、一時採用されたにとどまり、治罪法などには定着していない。また、ドイツではそれが採用されることはなかった。なお、イギリス法にもそれがあるが、ヨオロッパにも、別に予審手続があることとの関係については、後述する。のみならず、イギリスでも起訴陪審は一九三三年の裁判運営(諸規定)法 *Administration of Justice (Miscellaneous Provisions) Act* によって廃された。ただ、アメリカでは審理陪審のほか、起訴陪審を受けることも(最高法規性をいふ)憲法上の権利となっている。前者は重大な刑事事件につき修正第五条、後者は刑事事件一般につき同第六条、民事事件についての審理陪審につき同第七条(なお、アメリカ憲法は一七八七年に成立した世界最初の成文憲法であるが、いわゆる統治の機構のみに関するもので、権利の章典は含まなかったが、以上の一〇か条の修正条項は権利章典にあたり、九一年に追加された。もっとも、ここでも約半数の州は起訴陪審を廃しているとされる。

また、審理陪審は全員一致の評決であることを定則とすることは、すでにみた。しかし、第二次大戦後は、イギ

リスでも一九六七年の刑事裁判法 Criminal Justice Act⁽¹¹⁾以来二人中の一人(つまり五分の四)の特別多数決で足りるとされた。七四年の陪審法第一七条第一項。アメリカでも一九七〇年代に二人より少ない数の構成が認められるようになったほか、単純多数決ではないにしても、全員一致ではない、特別多数決によることが認められるようになったといわれている。

さらに、ドイツでは一九七四年に陪審 Schwur (構成法第七九条ないし第九二条)が廃された。もっとも、従来の三対六人のものを臨時的なものとして廃し、恒常的な三対二人のものとして、地裁に織り込んだものとなった。構成法第七四条第二項、第七六条。同時に予審(訴訟法第一七八条ないし第一九七条)も廃された。いずれも(第一次)刑事手続改正法 (Erstes) Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrecht の改正による⁽¹²⁾。

そのほか、民事については、一方の起訴陪審が問題とならないことは、すでにみた。他方の審理陪審はイギリス、アメリカはともかく(以上にみたアメリカ憲法修正第七条は、二〇ドル以上の民事事件に関するものに審理陪審を認める)、それが三オロツバ大陸に、いいかえればドイツはもとより、フランスにも、移入されることはなかったのみならず、民事について認めていた本国のイギリスでも、以上にみたのと同じ一九三三年の裁判運営(諸規定)法によって、その適用が大きく制限された。

いずれにしても、二世紀は陪審制消滅の世紀とまでいうことはできないけれども、陪審制縮小の世紀あるいは陪審制変容の世紀だといつてよいわけである。

(7) フランス、ドイツではつきにみるように、名称じたいの変更がないということもあって、jury と訳するものもみられるほか、assessor との訳もある。後者は田中英夫編、英米法辞典(一九九一年)では税の鑑定人などとされているけれども、その中世的用法もあるようにあり、そつだとすれば、後者によるべきであらうか。

(8) 兼子一著、裁判法、法律学全集、三四(一九五七年)三五頁注四。もっとも、その現在の版、兼子一、竹下守夫著、裁判法、第四版(一九九九年)にはその共著となった新版(一九七八年)以来この趣旨の指摘はなくなっている。

(9) Gaston Stefani et Georges Lévassour, Procédure pénale, 1973, n. 325.

(10) G. Stefani et G. Lévassour, op. cit., n. 24 et 328 (末尾)。

(11) なお、イギリスではこのような刑事裁判法 Criminal Justice Act という名の法律は第二次世界大戦前の一九二五年のほか、大戦後でも一九四八年、一九七二年、一九八八年それに一九九一年と四度も出されている。また、多少の差異はあるが、一九九四年には刑事裁判と公共の秩序法 Criminal Justice and Public Order Act も出されている。前述陪審法も参照。(12) ドイツでは一九七四年に刑法の新総則編施行法(三月二日)、以上の刑事手続改正法(二月九日)それに刑事手続改正補足法(二月二〇日)が定められ、いずれも翌年から施行された。

第二 日本における前提

わが国でも陪審の、とくに審理陪審の採用が明治維新以来の近代化、西欧化の一環として長い間懸案となっていた⁽¹⁾。

(1) 以下については、利谷信義、司法に対する国民の参加——戦前の法律家と陪審法、現代の法律家(現代法、六)(一)、民衆と法律家、一(一九六六年)がある。そのほか、つぎのものがくわしい。三谷太一郎著、近代日本の司法権と政党(一九八〇年)。もっとも、後者はその表題からはこの関連は薄いが、その陪審制成立の政治史との副題から明らかに、尾佐竹陪審史後掲(一九二六年)をものみ込んだ、その成立史であり、この問題に関するものである。

5 仮植え

明治一三年（一八八〇年七月一七日）の太政官布告第三七号で、治罪法、現在の刑事訴訟法に相当するもの——ただし、原案では刑事訴訟法 Code de procédure criminelle——が定められた（全六編、四八〇か条）。そうして、その公布案にはないことになったが、原案ではいわゆる重罪について陪審が認められていた（とくにその第四編、公判、第四章、重罪公判²）。

もつとも、それ以前に、明治五年（一八七二年）の司法職務定制度で、司法省裁判所が設けられたほか、府県裁判所を設け、また府県裁判所の下に複数の支庁、同年中に区裁判所と改称されたものを設ける構想も示された。明治八年には、司法省裁判所が大審院となり——これについては後述も参照、それが定着した（府県裁判所は函館を除いた三府五港のほか、関東中心に置かれ、一五府県）。同時に、四つの上等裁判所（東京のほか、大阪、長崎、福島）が新たに設けられた。明治九年には、府県裁判所は名実相伴わなかったため、地方裁判所に改められ、それが定着した（地方裁判所設置県は二三県）。明治一〇年には、府県令などによる地方官裁判が廃された。逆にいえば、名称は地方裁判所と改まったままであるが、各府県に一の府県裁判所という構想が例外的に府県統合の裁判所を設けることによって、ここに実現したことになるわけである。

そうして、その間の明治六年（一八七三年一〇月九日）に陪審類似のものとして参座（規則、太政官達）の制度が設けられた（すでに泉二講演後掲³）。しかし、これは一時のものにとどまったのみならず、それに選ばれる者が官吏であることにおいて、仲間裁判あるいは同輩裁判ともいうことはできても、陪審としては根本の性質に疑問が残る（瀧川後掲、利谷現代法など）。

治罪法はフランス人のお雇い外国人、ボワソナード Boissonade, Gustave が明治一〇年（一八七七年）から起草を始め、翌年までに起草し終わったものである。その原案（一般的規定のほか、全五編、六五〇か条）は元老院

——すでにみた大審院の設置と同時に、地方官会議とともに、一種の立法機関として設けられたもの——の審査に付され（全五編、五三〇か条。原案から一二〇か条が削られたことになる）、内閣、太政官府で審査され、さらに元老院で再審査されたものである（公布案の全六編は原案の一般的規定を第一編としたまでであるが、原案からさらに五〇か条、計一七〇か条が削られたことになる）。しかし、その内閣での日本人委員の反対で、結局そこには陪審はないことになった（明治一三年三月）。政治的あつれき（大熊重信の追い落とし）も考えなければならぬが（三谷）、法律的にはさすがに憲法違反論はみられず、時期尚早論などが示された。

(a) とにかく、治罪法によって地方裁判所は始審裁判所に、区裁判所は治安裁判所に、上等裁判所は控訴裁判所に改称された（なお、控訴裁判所は明治一六年、一八八三年当時は前述の四——もつとも、福島はここで宮城に移転——のほか、高松のない、名古屋、広島、函館の全国七か所となり、それが定着した）。

陪審はそれによって新設された、第一審と控訴審の中二階的な重罪裁判所で、行なわれる予定であった。また、陪審の構成は理由は示されていないが⁴、異例のものとして一〇人である、原案第八六条。その決議は過半数、つまりは六人以上による、原案第五〇〇条。そのほか、直接の明文はないが、その判定に対する控訴は禁じられる、原案第三六五条、第四〇三条参照。陪審の一〇人構成を除けば、おそらくは陪審資格の三〇歳以上という年齢も含めて⁵、基本的には当時のフランス法と同じである。

他方で、フランスにおけると同じく、日本でも予審判事 Juge d'accusation が設けられる。すなわち、検事の公訴があった場合に、事件を公判に付すかどうかを決め、公判に付すときは、あわせて公判で取り調べがたいと思われる証拠の収集、保全を行なう判事であり、その手続は予審 instruction préparatoire という、公布案、いわゆる治罪法では第一一三条以下。だから、日本でも起訴陪審 jury d'accusation は採用されるべきではなかつた⁶。

なお、ドイツにも予審 Voruntersuchung が受け継がれている。また、ドイツでは起訴陪審が採用されたことが

ないことも、すでにみた。他方で、わが国では予備審問 preliminary examination、予備聴聞 preliminary hearing などと訳されているが、イギリスなどにも、一六世紀の半ば以来、予審が認められたとされる。そうして、そのうえで起訴陪審となるわけであるから、屋上屋を架すものではないかの疑いがあることになる。しかし、少なくともイギリスではその後起訴陪審が一九三三年に廃されたことは、すでにみた。

そのほか、これも治罪法によって新設された高等法院は、「旧」刑法第二編「公益に関する重罪軽罪」第一章「皇室に対する罪、第一一六条ないし第二二〇条」第二章「国事に関する罪、第二二一条ないし第二三五条」に記載した重罪を審理するために設けられたものである、第八三条。そうして、原案ではそこでも一〇人の陪審員、高等陪審 haut jury が加わるようになっていた、公布案第八五条（全二号）に相応する原案第一〇一条第三号。

(b) 明治一三年の治罪法は同じくポワソナード起草である、同日の太政官布告第三六号の刑法、いわゆる旧刑法（全四編、四三 か条）とともに、わが国最初の本格的な西欧流の立法である。一年半の施行期間が設けられたが、その波紋は刑事にとどまらず、民事にも及び大きなものとなった。それは民事の、したがってすべての裁判所構成法ともなり、刑事手続についても、その一特例として明治一八年（一八八五年九月二四日）の太政官布告第三一号、違警罪即決例となり、それが定着した。

その後、明治一九年（一八八六年五月五日）の勅令第四 号で、裁判所官制が定められた（全三「章」、五一か条）。前年、明治一八年末の太政官官制から内閣官制に移行したのに応じたものであり、そこで以上の構成が確認された。ただ、これによって控訴裁判所は控訴院に改められた。また、明治一三年（一八九 年二月 一 日）の法律第六号で、裁判所構成法が定められた（全四編、附則一か条を含めた一四三か条）。前年、明治一二年に大日本帝国憲法、旧憲法が定められたのに応じたものであり（旧憲法第五七条参照）、これによって始審裁判所、治安裁判所は再び地方裁判所、区裁判所に改まり——もっとも、旧控訴裁判所は官制による控訴院のまま——、また特

別の、臨時的な重罪裁判所は高等法院とともに、廃され、それが定着した。

重罪裁判所はもともと陪審裁判を行なうための、中二階的で、三か月ごとに関われるのを定則とする、臨時的な裁判所であった、治罪法第七一条第一項。だから、陪審が明治一三年の治罪法に採用されなかった以上、それも採用されるべきではなかったことになる。特別陪審による高等法院もそれと同じことである。構成法の処理はその残務処理であるにとどまるわけである。いいかえれば、治罪法成立の過程における陪審制排除がいかにあわただしく、また局部的なものであったかを示すことになるわけである。ただ、高等法院の担当事件は構成法第五〇条第二で、第一審かつ終審である大審院の特別権限とされた。結局、治罪法によるフランス法直輸入的な裁判所構成は廃され、司法職務定風風の単純化されたフランス法流の裁判所構成が定着したわけである。

そのほか、治罪法も同じ明治一三年（一八九 年 一 月七日）の法律第九六号で、全面的に改められ、その名も刑事訴訟法となった——これはポワソナードの提案を受け入れたわけである（全八編、三三四か条。その第七編が大審院の特別権限に属する訴訟手続である）。裁判所については以上の構成が確認されている。

さらに、以上とはかなり間をおくことになるが、明治四 年（一九 七年四月二四日）の法律第四五号で、刑法が全面的に改められた（全二編、二六四か条）。もとよりこれが現行法である。旧にあった違警罪規定（全四編中の第四編）は消滅したが、これは明治四一年（九月二九日）の内務省令第一六号、警察犯処罰令となつていて、

その後、陪審制確立のためのいくつかの立法活動が、とくに明治四三年（一九 一 年）三月に衆議院において刑事訴訟法の改正として陪審制度設立に関する建議が全会一致で可決されたことが、注目される⁷⁾。しかし、それが功を奏するには大正をまたなければならなかった。

(2) ポワソナードは公布案にいわゆる治罪法、かれのいわゆる刑事訴訟法の特徴をいくつかあげているが、その一つがこの

陪審制の採用であった。G. Boissonade, *Projet de Code de procédure criminelle*, 1882, n° 5.

(3) 尾佐竹猛著、明治文化史としての日本陪審史（一九二六年）。陪審法そのものについての指摘は少なく、その前史がくわしい。

(4) Boissonade, *Projet*, n° 139.

(5) Boissonade, *Projet*, n° 145.

(6) Boissonade, *Projet*, n° 142.

(7) これについては、牧野刑訴法（一九一八年）の再掲であるけれども、つぎのものがある。梅謙次郎、陪審論、法学志林一卷一號（一九〇九年）、波多野敬直（男爵、貴族院議員）、陪審制度論、法曹記事一卷一號（一九一〇年）、明治四三年）、平沼淑郎（文学士）、政権分配の経済制度変遷に伴ふ所以を論じて陪審制度に及ぶ、法学協会雑誌二八巻二號（一九一〇年）。とくに法理研究会・陪審制度に就て、国家学会雑誌二四巻三、四、五號（一九一〇年）——三號、泉二新熊（司法省参事官）、鵜澤聡明（弁護士にして、政友会代議士）、穂積重遠、英国の陪審制度、四号、牧野英一、（表題は統一表題をはずして）陪審問題に就て、穂積前掲、五号、大場茂馬（司法省参事官）、（これも表題は統一表題をはずして）陪審制度反対論、梅前掲（会場参加者の立場で）。そのほか、仁保亀松、陪審制度を論じて司法権の参与に及ぶ、京都法学会雑誌一卷五、八、九号（一九一〇年）がある。また、原夫次郎、仏国現行陪審制度、法曹記事一卷八、九号（一九一〇年）もあることは、前掲。

なお、法理研究会の合同、連続講演は明治四三年（一九一〇年）一月二十七日と二月十七日の二回にわたって行なわれたものであり、以上はその記録である。これは三谷司法権と政党前掲一四七頁以下にくわしく紹介されている。また、以上の研究会の講演は前年、明治四二年に時の野党、政友会（当時の総裁は西園寺公望であるが、幹事長はのちの首相原敬）の陪審制採用の党議がされたのをきっかけとしているようであり、穂積講演、またその講演の組織者は穂積のようである（掲載順とは異なるが、穂積が最初の講演者であるほか、梅発言など。三谷司法権と政党前掲はこれを断定している）。政友会の建議はその翌年、つまり講演会の年、明治四三年の三月に衆議院で満場一致で可決されている（第二六議案）。

以上のうちで、穂積講演（一九一〇年）、原論文（同前）は紹介に徹しているが、鵜澤講演（同前）のみが賛成論であ

り、また仁保論文（同前）が諮問機能的な三人参与員制（参審員制？）の採用を提案するだけで、あとはやや意外の感もあるが、梅論文（一九〇九年）、講演（一九一〇年）も含めて、すべて反対論である。時代の傾向といへばきであらう。もっとも、江木次掲（一九一一年）は賛成論であり、また大場は後年弁護士となって、次掲で賛成論に転ずる。このかぎりでは学界、司法官僚層は反対、弁護士界は賛成ということになる。

そのほか、江木衷（弁護士にして、政友会代議士）著、陪審制度論（一九一一年、明治四四年）、大場茂馬（同前）著、陪審制度論（一九一四年、大正三年）。

なお、穂積も後年江木衷などとともに、陪審法成立祝賀会に出席している、法律新聞二二一五号（大正二年、一九一三年四月二十八日）。もしそうだとすれば、穂積は当ても賛成派、推進派と推測することができないであらう。

6 移 植

大正八年（一九一九年）になると、時の政友会の首相原敬の決断によって、政府の立法活動が始められ、大正一二年（一九一三年四月一日）に法律第五号で、陪審法が定められた（補則二か条を含めた全一一四か条、全六章）。そして、それは昭和三年（一九二八年）一〇月から施行されている（施行準備期間を五年としたわけである）。

なお、その前に、その前年の大正一一年（一九二二年五月五日）の法律第七五号で、刑事訴訟法がさらに全面的に改められた（全九編、六三三か条、ただし第六一四条以下の一九か条は附則、したがって全六一三か条）。治罪法の原案や前述の建議などと同じく、陪審法もその刑事訴訟法の一部とする案もあったが、結局それとは別案とされたわけである。そのほか、さらにそれ以前の大正二年（一九一三年四月一日）の法律第二号で、刑事略式手続法が定められていたが、これはその刑事訴訟法に取り入れられている（全九編中の第七編、略式手続）。

陪審法はイギリス法にならったものというのが一般の評価であるが、重要な差異があることはのちにみるとおり

であり、またフランス法直訳的などころもあることが注意されなければならない。とにかく、この立法はつぎにみるところからも明らかのように、問題がないわけではないにしても、わが国における立法としては初めてのものであり、画期的なものである。⁹⁾

(a) 原敬は大正八年(一九一九年)七月に臨時法制審議会を設置し、陪審法制定の可否を諮問した(諮問第二号)。これがその主査委員会¹⁰⁾などで審議され、大正九年六月にその陪審法要綱がなった(牧野菊によっても、全三八か項)。原敬はそれを受け、司法省で条文化したのち、それを議會に提出するまえに、大正一〇年一月に、重要な国務に関するものとして、憲法上も問題のある枢密院に(旧憲法第五六条参照)提出して、その承認を受ける方法を選んだ(といっても、二、三か月の予定)。そこで相当の修正がされている。

原敬個人はその間の大正一〇年一月四日に暗殺されてしまったが、後継内閣(高橋是清首相)はさらに枢密院の審議を求め、その枢密院案(たとえば、すでに上告可をいうのはその第一一〇条)がなると、それを受け入れ、議會に提出した。ただ、第四五議會では前後して提出された刑事訴訟法案は成立とされたわけであるが、陪審法案は(衆議院は通過、貴族院で)審議未了となり、廃案となった。大正一一年六月に後継内閣も総辞職したが、さらにその後継内閣(加藤友三郎首相)の手によって第四六議會に同じ法案が提出され、大正一二年四月に成立したわけである。

その枢密院案についての第四六議會における衆議院の委員会(委員長鶴澤聡明)では、弁護士でもある清瀬一郎によって、修正提案がされた。法第一条(の任務)に関して陪審に明文上事実認定権を認めること、法第二条(の対象事件)に関して陪審対象の法定事件を拡大すること(不適事件として第四条の第二号に置かれた皇室に対する罪などを第二条の第二号とし、法定事件とすること)、法第九条(の決議)に関して過半数から全員一致の判定とすること(フランス法流から定則であるイギリス法流にすること)、法第九五条(の決議更新)に関して裁判長

の更新は一回に限ること(牧野菊、瀧川によれば、それがイギリス法流であり、また牧野菊によれば、フランス法流でもあり、それにならうこと)などである。しかし、その後からも明らかのように、その修正提案は否決されている。委員会も、本会議も、無修正で、枢密院案のままに成立したわけである(後掲、陪審法判例集成併載)。

その施行までの間に、当然のことではあるが、政府によって判事の研修や、建物としての裁判所の改装が行なわれたほか、国民に対する鳴り物入りの宣伝がされている。それには大正一四年(一九二五年)に成立したばかりの日本放送協会のラジオ番組も加わっている。

(b) 陪審法によって陪審の対象とされる刑事事件は、二種とされる。まず、法第二条によって、死刑または無期の懲役もしくは禁錮にあたる事件に陪審を認める。これは当然の対象であり、法定陪審事件といわれる。また、法第三条によって、長期三年を超える有期の懲役または禁錮にあたる事件にして、地方裁判所の管轄に属するもの(調査委員会案では区裁判所の管轄)につき、被告人の請求があつたものにも陪審を認める。これは請求陪審事件といわれるもので、わが国独特のもの¹¹⁾とされる(瀧川)。

しかし、法第四条で陪審不適事件を定める。その第一号で、大審院の特別権限に属する罪とし、不適事件とする。これはすでに一言したように、裁判所構成法第五〇条第二が定めるところであり、刑法第七三条、第七五条及第七七条乃至第七九条の「第七六条までは皇室に対する罪、以下第七九条までは内乱に関する」罪並に皇族の犯した罪にして、禁錮以上の刑に処すべきものであり(明治四一年の刑法施行法と同時に公布された法律第三〇号、裁判所構成法中改正法により、文言修正)、それを不適事件とするわけである。もともと、第一号で、刑法第一編「罪」、第一章乃至第四章「したがって皇室に対する罪、内乱に関する罪、外交に関する罪」及第八章の「騒乱の」罪を不適事件とする。したがって、第二号で、大審院の特別権限に属する罪を不適事件とするのも、皇族の犯した罪のみを除くことを意味することになる。これは最初は(調査委員会案には)ないものであり、同輩裁

判になるかはともかくも、特別陪審に服することになっていたが、法は治罪法の原案より後退していることになる（瀧川）。第三号（のちに第四号となるもの）で、軍機保護法、陸軍刑法又は海軍刑法の罪其の他軍機に關して犯した罪も不適事件とし、第四号（のちに第五号となるもの）で、法令に因りて行ふ公選に關して犯したる罪、つまり選挙違反事件も不適事件とする。これには支持（牧野菊）と非難がある（瀧川）。

(c) 他方、それまでたとえば梅博士などによつても、陪審とほぼ並列的に論じられ、とくに原敬としては陪審の成立と引換に、その承認に反対してきたいわゆる普通選挙の問題がある。

明治二年（一八八九年）二月一日に憲法、いわゆる旧憲法が定められたことは、すでにみた。それにともない、それと同時に、勅令第一一号の貴族院令と法律第三号、衆議院議員選挙法が定められた。選挙権は二五歳以上であり、被選挙権は三〇歳以上で、一年以上同一市町村に居住し、一年以上二五円以上の直接国税を納めることであり、被選挙権についても同じである（小選挙区制^⑧）。

明治三年（一九〇一年）には法律第七三三号改正（時の首相は山形有朋）で、年齢、居住同前、納税は一年以上一〇円以上の地租などとなり、被選挙権の三〇歳には納税要件なしとなった（大選挙区制）。これによる明治三五年（一九〇二年）の第七回総選挙の有権者は九八万であり、前回、明治三年（一八八八年）の第六回総選挙の有権者は五〇万である。これで有権者はほぼ二倍となった。

また、原敬の時代にも大正八年（一九一九年）の法律六〇号改正で、（年齢、居住同前）従来の一年以上一〇円以上の地租を納めを、一年以上三円以上の直接国税と改めた（三〇歳同前）（再び小選挙区制）。これによる大正九年（一九二〇年）の第一四回総選挙の有権者は三、〇六万であり、前回、大正六年（一九一七年）の第一三回総選挙の有権者は一、四二万である。これで有権者は二・二倍となったことになる。

しかし、普通選挙法、すなわち租税要件の撤廃（その他は同前）、正確には衆議院議員選挙法の改正、全面改正は、その間の大正一四年（一九二五年）に（憲政会などの加藤高明首相のときに）法律第四七号として成立した（以後中選挙区制）。そして、それは皮肉なことに、陪審と同じ昭和三年（一九二八年）二月から実施された。昭和三年の第一回の普通選挙、第一六回総選挙の有権者は二、四〇万で、前回、大正一三年の第一五回総選挙の有権者は三、二七万である。つまり、第一回の普通選挙の有権者は旧の三・八倍ということになるわけであり（これまで戦後の二〇歳、女性参政権の承認の場合も含めて、これは二・五倍、選挙法改正によって生じた最も大きな倍率である）、画期的な変更である。

これに対し、陪審法第一二条第一項によれば、陪審員となるには、帝国臣民たる男子にして、三〇歳以上のもので、引続き一年以上同一市町村内に住居し、引続き一年以上直接国税三円以上を納め、読み書きを為し得るものなければならない。性別^⑨、年齢はしばらくおくとしても、以上の三円以上は大正八年の選挙法の改正（法律第六〇号）で、従来の一〇円以上の要件を変更、拡大したのにそそぐものであることは、明らかであろう。ただ、もしそうだとすれば、すでに大正一二年の成立の当初から、住居の点はともかくも、選挙法の一年、新第二二条、と陪審法の二年の差がなにに由来するのかが、明らかではないことになる（大森、瀧川はこれに反対）。

(8) 寛書風にその成立過程を示せば、大正八年（一九一九年）七月、臨時法制審議会設置、大正九年一二月、同会案、要綱成立、大正一一年一月、これを枢密院に提出、大正一一年二月、同院案成立、同年三月、これを議院に提出、衆議院可決、貴族院審議未了、大正一二年二月、議院に再提出、同年三月、衆議院、貴族院とも可決、成立。

なお、原敬が政友会の首相となったのは大正七年（一九一八年）九月、暗殺されたことによつて退任したのは大正一一年一月である。あとを継いだのは、同じ政友会の高橋是清で、大正一一年六月辞任、またそのあとは、海軍軍人で、政友会支持の加藤友三郎で、大正一二年九月死亡によつて退任。

法成立後を列記すれば、海軍軍人の山本権兵衛、同大正一三年一月辞任、清浦奎吾、同年六月辞任、憲政会などの加藤

高明、大正一四年七月辞任、憲政会単独で同年八月就任、大正一五年一月辞任、憲政会の若槻礼次郎、(大正一六年)昭和二年四月辞任、陸軍軍人で、政友会の田中義一、昭和四年七月辞任。

ここだけの問題ではなく、またここでふれるべきことではないにしても、原敬なきあとの八年間で六人の首相であり、いかにも不安定な政権時代というほかはない。ただ、それにしては陪審法はよく施行されたということが出来る。

なお、臨時法制審議会への諮問第一号は民法(親族編、相続編)に関するが、第二号が陪審制の可否に関する。しかも、審議会では第一号は後回しとされ、第二号が先に審議された。第一号に関する要綱の公表が六年と八年後の大正一四年と昭和二年(大正一六年)であるのは、そのためでもある。

- (9) 陪審法については、牧野英一著、刑事訴訟法、改訂版(一九四〇年、初版は一九三三年)、初版はすでにみたように、一九一八年)、小野清一郎著、刑事訴訟法、改訂版(一九三三年、初版は一九三二年)があるが、いずれも条文の要領のよい説明であるにとどまり、本稿にとっては得るところは少ない。そのほか、牧野菊之助(判事)著、陪審法大意(一九二七年)(全体としては同前)、大森洪太(判事)著、陪審法、現代法学全集二四(一九二八年)、瀧川幸辰著、陪審法、新法学全集(一九四〇年)がある。大森、瀧川はいずれもやや随筆風のものであるが、話題、資料が豊富で、読みこたえがある。なお、後者には一部伏字もある、八頁。

- (10) 臨時法制審議会(総裁穂積陳重)の主査委員会は、会長一木喜徳郎(枢密顧問官)で、委員は以下の一〇名である。反対派は横田國臣(大審院院長)、倉富勇三郎(皇室会計審査局長官)、富谷銈太郎(東京控訴院院長)、美濃部達吉(東京帝国大学教授)、のち松室至(貴族院議員)、推進派は磯部四郎(貴族院議員、弁護士)、花井卓蔵(代議士、弁護士)、鵜澤聡明(代議士、弁護士)、江木衷(弁護士)、原嘉道(弁護士)。

- (11) 裁判所構成法第一六条第一項、第二七条によって、区裁としては予審を経ないものに限るから、第一六条本文但書、陪審を請求することができるかは、検事の予審に付すかどうかの裁量にかかってくる。そこで、これに反対するのが一般となつている、大森陪審法前掲、瀧川陪審法前掲。

- (12) なお、貴族院令では皇族たる男子は成年からであるが、第二条、その他は三〇歳からである、第三条以下。

他方で、瀧川陪審法前掲には租税要件については、比較的指摘がないが、イギリスではしだいに緩和されてきたとは

いえ、かなり遅れ、一九七二年(昭和四七年)に(刑事裁判法で)撤廃された。ドイツでは一九二二年(大正一一年)から、撤廃された。フランスでは時期は明らかではないが(次述参照)、現在はそれが撤廃されている。

林田和博著、選挙法、法学全集、五(一九五八年)五頁以下によれば、フランスではめまぐるしい変化ののち、一八四八年(嘉永元年)に、ドイツでは一八四九年(同二年)に、アメリカでも一九世紀後半に、選挙権の租税要件は撤廃された。イギリスではこれにやや遅れ、一九一八年(大正七年)に(人民代表法で)撤廃された。

- (13) 瀧川陪審法前掲によれば、イギリスは一九一九年(大正八年)から、ドイツは一九二三年(大正一二年)から、女子の陪審を認めている。フランスでは時期は明らかではないが(次述参照)、現在はそれが認められている。

林田選挙法前掲(一九五八年)二六頁によれば、ドイツは以上よりまへの一九一九年(大正八年)に、アメリカは一九二〇年(大正九年)の憲法修正第一九条の追加で、女性参政権を認め、フランスなどのラテン系、カトリック系諸国はこれに遅れ、第二次大戦後に認めた。なお、そこにはイギリスが抜けているが、別にその七頁にあるように、イギリスは以上の前年の一九一八年(大正七年)に(人民代表法で)認めている。

7 根腐れか

(a) 陪審法はその後三度(あるいは四度)改正されているが、部分的なもので、あまり重要なものではないといつてよいであろう¹⁰⁾。その間にも、以上の三回の租税要件はいかなる理由によるのか、大正一四年(一九二五年)の普通選挙にあわせて、その二年とともに、撤廃すると改められることはなかった(大森はこれを甚だしく攻撃するものがあるとしつつも、年齢要件との混同のためか、賛成、瀧川は反対)。これに比べ、昭和二年(一九二七年)の陪審の候補者は一、七八万である。要件が異なるから、単純な比較はすることができないけれども、あえてすれば、陪審候補者は普通選挙における有権者の七分の一弱である(利谷現代法)。

そのうえ、昭和一八年(一九四三年四月一日)の法律第八八号で、陪審法の施行は(即日)停止され、それが現

在にいたっている。したがって、その実施は一五年間であり、実績は法定四四八件、申請一二件、全四九六件（年平均三三件）ということになる。¹⁵⁾

その停止の理由として、一般にはその利用が少ないこと、法第一〇六、一〇七条によって陪審費用が訴訟費用となつて、費用過多であり（大森は規定の指摘にとどまり、瀧川は規定を当然としたうえ、陪審が結局金で買えるものであることを指摘する）、また法第一〇一条による控訴禁止で被告人に不利などがあげられている（大森はこれを国民の意思であるから正当とし、瀧川は上訴一般についてふれるところがない）。そのほか、司法書記官（のちの最高裁判所長官）である岡原は陪審法の廃止又は停止は裁判所及検事局側から多年要望されたという。¹⁶⁾より総括的に、陪審は日本人になじまないともいわれている（瀧川も）。¹⁷⁾しかし、公式には昭和一六年（一九四一年）末に始まった大東亜戦争中であることが理由となつている。停止法は附則全三項の第二項（前段）で陪審法八大東亜戦争終了後再施行スルものと定めていたわけであり、したがって以上の停止法は当時ほかにもいくつかあつた戦時特例法の一つだとされてきたわけである。¹⁸⁾

(b) そこで、昭和二〇年（一九四五年）の大東亜戦争終結後は陪審法は再施行されるべきことになるわけである。¹⁹⁾其ノ施行期日八各条ニ付勅令ヲ以テ之ヲ定ムルものとされ、附則第三項（後段）、前項二規定スルモノノ外陪審法ノ再施行ニ付必要ナル事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ムるとされていた、附則第四項。当時ほかにいくつかあつた戦時特例法は、終戦後の昭和二〇年の八月一五日以降昭和二年八月までの一年間にほぼ廃されている。²⁰⁾したがって、陪審法の停止もこの時期に廃され、再施行されるべきものであつた。²¹⁾

ところが、その停止法は附則第二項が昭和二年（一九四六年三月三日）の勅令（さしあたり法律と同一の効力を有するいわゆるポツダム勅令）第一六一号によつて改められ、意外なことに、大東亜戦争が今次の戦争となつたまでであり、再施行ではなかつた。大東亜戦争という呼称の使用が禁じられたわけであり、以後公的にはそれが今次の戦争となり、²²⁾一般にはアメリカ側の呼称である太平洋戦争を用いることが強制されたわけである。しかも、それはその呼称も含めて、昭和二六年（一九五一年）の講和条約成立後も引き継がれ、現在にいたっている。つまり、陪審法は戦後も施行停止のままとされたわけである。

また、昭和二年（一九四七年四月一六日）の法律第五九号、裁判所法によつて明治二三年（一八九〇年）の裁判所構成法が全面改正された（全七編、八三か条）。その第三条第三項で、この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げないとする。陪審法が現にあるのかの点で、その文言には疑問があるというほかはないが、要するにここでも問題を先送りしたわけであり、それが定着したことになるわけである。²³⁾

なお、裁判所法によつて、従来の区裁判所は簡易裁判所に、控訴院は高等裁判所に、大審院は最高裁判所と改められた——最後者は前年、昭和二年の憲法事項でもある、第七六条など（もつとも、区裁は二八二か所であつたのに対し、簡裁は五七〇か所。区裁は五二地裁²⁴⁾で割ると、各一・六か所、簡裁は四九地裁で割ると、各一・六か所、四・四六倍ということになる）。そのほか、裁判所構成法は検察も一括して規定していたため、裁判所法と同日の法律第六一号、検察庁法となつたのもその改正法である（編などなし、全四二か条、ただし第三三條以下は附則）。その間の法律第六号はその施行法であり、その第一条は昭和二三年法律第一一号（「樺太地方」裁判所の（管内に知取区裁判所を）設立（すること）に關する件）及び違警罪即決例を廢するものである。²⁵⁾

また、高松控訴院は戦時特例の一として、昭和二年（一九四五年八月一日）の勅令第四四三号で新たに設けられ、また長崎は福岡に移されていたが、戦後処理として、昭和二年（一月九日）の勅令第三号で（一時）それが廃された。しかし、以上の全面改正とともに、高松高等裁判所として再設置となり、長崎は福岡に、函館は札幌に変えられた。

そのほか、昭和二年（一月二五日）の法律第一四二号は、刑法の戦後改正である。明治四一年の警察犯処罰

令は昭和三年（五月一日）の法律第三九号で、軽犯罪法となっている。

戦後陪審法の再施行がなかったことの原因として、当時法律の大再編期にあったこと（高田刑訴法²⁶）、裁判官、とくに司法官僚の反対があったことがあげられている（利谷現代法）。多忙は以下にもみるとあり、もったもな理由ではあるけれども、せいぜい昭和二年か三年かの問題であるにとどまるであろう。表面には現われていないけれども、後者が決定的な理由であろう。戦後改革も光とともに闇を伴ったものであることを忘れることはできない²⁷。

(14) 第一は昭和四年（一九二九年）四月四日の、つまりは施行一年後の法律第五一号による改正であり、陪審不適事件として第四条に第三号、治安維持法の罪が加えられ（以後は旧第三、四号は新第四、五号とされ）た。第二は昭和六年（一九四一年）三月二日の法律第六二号による改正であり、名簿の作製が毎年四年毎とされた（第十七条第一項、第二二条、第二八条）。第三（あるいは第四）は戦後のことであるので、後述する。

なお、利谷戦後改革論文後掲（一九七五年）はその表題とはやや異なるが、本文後述の停止法も含めて、法成立後の改正論議も詳細である。

(15) 瀧川陪審法前掲（一九四〇年、もとよりその出版年、昭和五年までのもの）のほか、利谷現代法講座論文（一九六六年）によれば、その実績はこうである。そのほか、岡原昌男「司法書記官、のちの最高裁判官」、「陪審法の停止に関する法律」に就て、法曹会雑誌二巻四号（一九四三年）がある。

昭和三年は法定が二八件、外数としての更新が三件、昭和四年は法定が三三件——唯一の三けた、更新が三件、請求が七件、昭和五年は法定が六六件、昭和六年は法定が五六件、更新が三件、請求が一件、昭和七年は法定が四八件、更新が六件、申請が一件、昭和八年は法定が三四件、更新が一件、申請が一件、昭和九年は法定が二四件、申請が二件、昭和一年は法定が七件、更新が一件、昭和二年は法定が二六件、更新は三件（瀧川での五件は四月までの数、したがって単純に言えば、三倍の一五件）、昭和二年は法定が三三件、更新が二件、昭和三年は法定が四件、昭和四年は法定が三件、更新が一件、昭和五年は法定が四件、昭和六年は法定が一件、昭和七年は法定が一件、更新が一件、昭和

和一年は法定も〇件である。

もっとも、以上にはたとえば昭和五年のように、請求などの表示がない部分もあるが、それは〇であることを示す。また、昭和三年の二八件は一月からの施行であり、昭和一年は四月からの施行停止であるから、単純に言えば、それぞれ四倍とすべきことになる（前者は一二二件、後者は一であるけれども、一件ほどであろう）。要するに、法定は四四八件、申請は一二二件、合計四九六件ということになる。

(16) この趣旨の論はすでに明治時代にもあった。尾佐竹陪審史前掲（一九二六年）。そのほか、丸田隆（甲南大）著、陪審裁判を考える——法廷にみる日米文化比較（一九九〇年五月二十五日）（中公新書）、第四章参照。

(17) 岡原（すでにみたように）、当時司法書記官、のちの最高裁判官、前掲論文（一九四三年）。

(18) Hanbury, op. cit. p. 121 はイギリスでも起訴陪審は第一次大戦の終盤、一九一七年に、その終了まで、結果としては六か月間、施行が停止されたという。

日本でも、すでにみたとおり、あまり大きな数字の変化ではないが、その利用数がそれまでの二けたから一けたになるのは、昭和三年（一九三八年）からであり、すでに当時の名称では日支事変、その後の名称では日中戦争が前年の七月から始まった後のことである。

(19) これについては、利谷義信、戦後改革と国民の司法参加——陪審制・参審制を中心として、戦後改革、四、司法改革（一九七五年）がある。

(20) たとえば、組織だったものとしては、昭和十七年（一九四二年二月二十四日）の法律第六二号、裁判所構成法戦時特例、法律第六三号、戦時民事特別法、法律第六四号、戦時刑事特別法があったが、昭和二〇年（一九四五年二月二〇日）に構成法は法律第四五号で、民事法は法律第四六号で、刑事法は法律第四七号で（いずれも翌昭和二十一年一月一五日から）廃された。さらに、やや個別的なものとしては、昭和二〇年（七月二日）の勅令第四一一号、戦時罹災土地物件令があったが、これは昭和二十一年（八月二七日）の法律第一三三号（罹災都市借地借家臨時処理法の制定）で（同年九月一五日から）廃された（正確にはそこに吸収された）。そのほか、本文後述の高松控訴院の設廃も参照。

(21) これは客観的には復員特別法とでもいうべきものであろうが、たとえばその後の昭和二十四年（一九四九年）六月一〇日

の法律第二〇六号、認知の訴の特例に関する法律も、大東亜戦争においてとはいわず、今次の戦争においてというにいたっている。

なお、以上にみた借地借家臨時処理法もそうであるが、復員特例法とでもいうべきものもその数が少なくない(以上が恒常的な災害時特例法となるのは、その後のことである)。しかし、それはここにあげるかぎりではないであろう。

- (22) のみならず、利谷改革論文(一九七五年)には、昭和二年三月五日、閣議、陪審制度復活を決定(朝日新聞)とある。もしそうだとすれば(他紙にこの記事はない)、つぎに本文でみる三日までの二週間あまりの間に、閣議決定を覆すだけの、なにかほかの力が働いたということになるわけである。なお、時の首相は幣原喜重郎である(昭和二〇年一〇月から昭和二年五月まで)。

- (23) 兼子裁判法前掲もこれに賛成か。

- (24) 本文後述の樺太があるほか、東京が民事、刑事の二となっていたための数。

- (25) 陪審法の第三(あるいは第四)の改正は戦後のもので、昭和二年(一九四七年)四月一六日の法律第六一号、検察庁法の附則第四二条による改正であり、検事が検察官に、また検事・検察官を限定する管轄裁判所の検事が管轄裁判所に対応する検察庁の検察官と改められた。同年四月一九日の法律第七六号、日本国憲法の施行に伴う刑事訴訟法の応急的措置に関する法律の第九条で、予審は一般的に廃された。同年五月三日の政令第一四号、裁判所法施行令の第十九条で、(通常裁判所は裁判所に)大審院は最高裁判所に、控訴院は高等裁判所に、区裁判所は地方裁判所に、判事は裁判官に、執達吏は執行吏(執行官への改正はその後)に改められた。第一六条で、裁判所書記は裁判所書記官に改められた。

とにかく、そう理解すれば、陪審法はまだ生きているということになるであろう。しかし、裁判所法本法の態度からみて、以上はそのような積極的なものではなく、たとえ生きているものの改正だとしても、単に形式的に整理を行なっただけの改正であろう。

- (26) 高田卓爾著、刑事訴訟法、改訂版(一九五九年、初版一九五七年)二〇頁。

団藤刑訴法前掲(一九六七年、初版一九四八年)一七頁は将来、参審制をも考慮に入れて根本的に改正した上で——この二点は高田刑訴法前掲二〇一頁も同趣旨——、全面的に再実施する機運がおこって来るべきだともいう。

- (27) ここでは、後述の私訴の廃止も想いだされるべきである。

8 再生か

しかし、他方、以上とは矛盾するようでもあるが、昭和十三年(一九四八年七月二日)の法律第一四七号で、検察審査会法が定められ(全四八か条、全九章)、即日施行された⁽²⁸⁾。以上とは別に、起訴陪審に相当するものが検察審査会の名で認められることになり、しるうとで構成される検察審査会が、検察官の不起訴処分の当否を判定することになったわけである、法第二条など。

(a) それは当時進駐軍と称されたアメリカの制度にならったものとされている⁽²⁹⁾。あるいは、現行憲法がアメリカに押し付けられたものとの論も有力であり、そこで以上もそれと同じく、アメリカの押し付けとの論もありうるであろう。ただ、押し付けとしては、一方の審理陪審は認めず、あるいは復活させず、他方のいわば起訴陪審は認めただけであるから、随分と片落ちの、間の抜けた対処というほかはない。しかし、日本における歴史からみれば、それとは別の評価も可能であろう。いいかえれば、

日本には予審があるから、起訴陪審は不要とのボワソナードの論があったことは、すでにみた。ところが、すでに前年の、昭和二年の刑事訴訟法の応急措置法によって予審が廃された⁽³⁰⁾。本稿では後述するが、昭和三年の審査会法の、二日前の刑事訴訟法も、これを確認している。予審は本来は検事の濫訴を判別することによって、被告人の利益を守るための制度であったが、非公開で、弁護人の立会も認めないものであったため、証拠保全がそのおもな目的となり、それが公判を拘束することとなったためのものである。そうだとすれば、以上の改正とは別に、それを本来のものにもどすという方向もあったことは、明らかである。フランスでは戦後もなお予審が維持されており、ドイツでもかなりのちの一九七四年にそれが廃されるまでは、そうである。

しかし、日本ではいかなる理由によるのか、そこで予審の存廢が憲法問題であるかのようにいわれて、廢されているのは、理解しがたいことだというほかはない。憲法の条文すら示さず、なんでもかんでも憲法違反とする風潮は、その後に強くなるわけであるが、その先例はすでに戦後改革における立法のなかに立派にあつたといふべきである。なお、アメリカの押し付けなどの論もありうることは、すでにみた。ただ、イギリスなどにも別に予審があることも、すでにみた。したがって、その押し付けとしても、以上は随分と片落ちの、間の抜けた対処というほかはない。

とにかく、予審があるから、起訴陪審は不要との前提で出発したのに、予審は廢された。そこで、予審が廢されたから、起訴陪審が必要となったということになるわけであり、そのことからいえば、以上はみごとにつじつまが合っていることになる。

(b) 審査会は各地方裁判所管内に一以上(全国で二〇〇以上)が設けられる、法第一条。その施行当時地裁は全国四九か所であるから、その二 以上というのは、各地裁管内で四以上設置ということになる(簡裁五七〇か所ほどではないが、戦前の区裁二八二か所に相当する地裁支部二四〇か所程度といふことであらう)。なお、ずつと後(二四年後)のことになるが、昭和四七年(一九七二年)の沖繩返還の実現で、那覇地裁が再設置され、現在では地裁は全国五 か所である。陪審法とは異なり、設置について直接の明文があるわけである。

それは国民から、つまりは衆議院議員の選挙人名簿から選ばれ、法第一〇条、一人の審査員で構成される、法第四条。したがって、これは起訴陪審とはいえても、大陪審とはいえないことになる。起訴相当の判定は一人中の八人(四分の三弱)以上の特別多数決による、法第二七条。過半数とする陪審法第九一条よりは慎重であるわけである。もっとも、起訴相当の判定は検察官などに対し拘束力のないものとされ、法第四一条、その後問題とされていた。実質的には陪審の評決に対し無制限の更新を認める陪審法九五条と同じことといつてよいであらう。そ

のほか、審査会の審査には陪審法第二条以下のような、その審査対象事件については、とくに制限がない(アメリカ憲法流か)。

なお、それ以前に、昭和二〇年(一九四五年二月一七日)の法律第四二号によって衆議院議員選挙法が改められ、その第五条で、選挙権者は男女を問わず、二 歳以上の者となった(大選挙区制、ただし昭和二二年改正で中選挙区制に復帰)。もっとも、被選挙権は二五歳のままとなっている。検察審査員は衆議院議員の選挙人名簿を基にするので、それも一年以上同一市町村内に住所を有した、選挙法第二二条、二 歳以上の男女といふことになる。また、旧憲法の場合とは異なり、昭和二一年(一九月三日)の現行憲法の制定とは同時でないことになったが、旧貴族院令に代わり、昭和二二年(二月二四日)の法律第一一号で、参議院議員選挙法が定められ、第三条で、選挙権は衆議院議員に同じとするが、第四条で、被選挙権は旧のままに、三〇歳以上とする。昭和二二年の法律第六七号、地方自治法、第一編、第四章参照。

(28) 市販の六法のなかにはこれを裁判所法の部分にあげるものが少なくないが(有斐閣)、陪審法の場合と同じく、刑事訴訟法の部分にあげるものもある(三省堂)。

(29) 団藤刑訴法前掲三六六頁、高田刑訴法前掲三八一 三頁。

(30) 牧野刑訴法にはこの趣旨の指摘はないが、小野刑訴法九五 六頁は二重の取調となることから、この趣旨を指摘する。

9 その他

そのほか、やや前後するが、昭和二二年(一九四七年一月一九日)の法律第一三五号で、海難審判法が定められた。明治二九年(一八九八年)の法律第六九号、海員懲戒法に代わるものであるが、その第一四条で、その審判

にはその名も参審員を参加させることになった。これはその権限は参審であるが、資格はその職務の学識経験者であることを要するから、その名が参審であるとしても、普通の意味での参審ではなく、鑑定人的な参審であるにとどまる。

また、民事に関するが、同じ昭和二年（二月六日）の法律第一五二号、家事審判法の制定で、家事審判に参員を立ち会わせることができることになった、法第三条第一項など⁽³¹⁾。さらに、翌昭和三年（七月二日）の法律第一四九号、民事訴訟法の戦後改正で、簡易裁判所の事件に、司法委員を立ち会わせることができることになった、法第三五八条の四以下、現行の民事訴訟法、平成八年（一九九六年六月二六日）法律第一 九号では第二七九条、参員、司法委員はいずれも国民一般から選ばれたものであるから、これも一種の国民の司法参加といふことができる。

なお、国民の司法参加に関するものではないが、昭和三年（一九四八年七月一日）の法律第一三一号で、戦後の刑事訴訟法が定められた（全七編、五〇六か条）。わが国で六法といわれるものなかで、これほど、すなわち治罪法から数えれば、三度も全面改正されたことになるわけであり、他にその例がない。とにかく、そこで公務員の職権乱用については、検察以外の機関、つまりは裁判所が起訴の可否を判定する手続、準起訴手続などといわれるものが新たに設けられ、起訴相当の判定後は弁護士が起訴、公判を行なうことになった、法第二六二条以下。すでにみたドイツ法の起訴強制手続にならうものであるが、弁護士が起訴、公判を行なう点はドイツ法と異なる⁽³²⁾。

そのほか、やや間を置くことになるが、昭和五年（一九五〇年）の法律第一 号で、公職選挙法が定められた。これが現行法であるが、従来からの衆議院議員選挙法、昭和二年の参議院議員選挙法、地方自治法（第一編、第四章）など二〇件にあまる選挙規定を一括したものである。もともと、一括するとしても、国会議員選挙法、地方公職選挙法の二分程度が限度であって、一括法は失敗例というべきである。

とにかく、その第九条、第一 条は旧のままで、昭和二〇年の衆議院議員選挙法の改正などで実現したものを受け継いだままのものである。ただ、住所の点は従来は一年であったから、三か月としたのは相当大胆な改正ということになる（ただし、大正一四年の改正以来、それは名簿登録の要件となり、選挙権などの要件とはなっていない、公職選挙法第九条第一項。地方については、なお選挙権などの要件として、三か月以上とされている、同条第二項）。そうして、検察審査員は衆議院議員の選挙人名簿を基にすることは、すでにみた、法第四条。したがって、同一の市町村内に引き続き三か月以上住所を有した、選挙法第二二条第一項、日本国民である一 歳以上の男女、同第九条第一項、ということになる。規定したいに変化はなかったけれども、実質的には検察審査員についての、住所の点の改正ともなるわけである⁽³⁴⁾。

(31) そのほか、家事審判法によって、家裁の家事調停に調停委員を立ち会わせることになった、法第三条第二項など。そこで、これも一種の国民の司法参加とするものもある、（兼子）竹下裁判法（一九九九年）三四頁。しかし、これはすでに大正一一年（一九二二年）の借地借家調停法（法律第四一四号）に始まった一連のものであって（高橋是清首相の時代）、戦後のものではなく、戦後は昭和五年（一九五〇年）の民事調停法（法律第二二二号）に統一され、家事調停だけは家事審判法に含まれている。ただ、これは国民の司法参加としては、選出する側にあいまいな点がある。

(32) 団藤刑訴法前掲三八〇頁、高田刑訴法前掲四〇〇 一頁。

(33) そのほか、わたくしは戦後の刑事訴訟法が私訴を、すなわち刑事訴訟に便乗して被害者による民事上の損害賠償請求などを認める訴を廃したことに疑問をもっている。加藤 郎著、不法行為（一九五七年七月三〇日）五頁注三にならったものであるが、わたくしの執筆部分、債権法各論（一九九八年六月三〇日）二四八頁注一。

従来も牧野刑訴法、小野刑訴法にこの点に対する反対はなかった。ただ、イギリスなどには以上のような意味での私訴はないようであり、したがってその廃止はアメリカにならったもの、あるいは押し付けの論はありうるであろう。

(34) そのほか、限定的なものであるが、沖縄が、また県ではないが、小笠原がすでに占領後から、昭和十六年（一九五一年）の講和条約成立後も、アメリカの統治下に置かれたことは、よく知られたとおりである。そうして、沖縄では、ドル紙幣が流通されたことなど、アメリカ領土なみであったが、陪審についてもそうであり、昭和三十八年（一九六三年）からアメリカ流にそれが行われたとされる。ただ、沖縄が昭和四十七年（一九七二年）に日本に返還されたことも、よく知られたところである。アメリカ領土なみの陪審も、本土なみに廃された（停止された）わけである。くわしくは、伊佐千尋著、逆転、アメリカ支配下・沖縄の陪審裁判、一九七七年（八月二〇日）がある。なお、小笠原はそれ以前の昭和四三年（一九六八年）に返還されている。

第三 今回の改革

そこで、裁判員制度などとなるわけである。以下にみる二つは、いずれも平成十六年（二〇〇四年）五月二十八日の法律である。

なお、陪審法の成立に時の首相原敬の決断があったことはすでにみたが、必ずしもそれと同じものではないにしても、それになぞらえていえば、平成の司法改革は時の首相小淵恵三の決断による。以下もその一部であることはすでにみた。¹⁾

(1) その裁判員制度・刑事検討会は座長、井上正仁（東京大）のほか二名の委員からなる。本稿作成後のものであるが、丸田新書制度後掲（二〇〇四年）一二六頁にもその一覧表があげられている。審議会からの継続委員であったのは、座長のみである。平成十四年（二〇〇二年）二月から十五年二月までその審議が行なわれた。

なお、丸田新書制度後掲の改革に対する評価は全体的に言えば、わたくしのものより厳しいようにみえる。

10 検察審査会

まず、検察審査会法が法律第六二号、刑事訴訟法等の一部を改正する法律で改められた。これはその名称どおり、刑事訴訟法にとってかなり大きな意味のある改正である。章でいえば、第二編、第一審の第四章、即決裁判手続が加えられ、節でいえば、第二編、第三章、公判の第一節の二、争点及び証拠の整理手続が加えられた（なお、第一編、総則の第十六章、費用の補償の追加は昭和五一年、一九七六年の法律第三三号によるもの）。ここではその検察審査会の改正に絞るべきことは、いうまでもない。

これによって、その法第一条但書に従来（全国で）二 以上を設置とあったのは削られ、単に地方裁判所支部にも設けることができるということになった（旧乙号支部一五九か所は除き、旧甲号支部八一か所ということになるであろう²⁾）。

また、法第二七条但書に（一人中の）八人以上の決議とあったのも削られた。もっとも、その本文に過半数決議とあるのはそのままとされ、したがってそれはすべてをそのみとするものではなく、その但書を法第三九条の五第二項、第四一条の六第一項へ移したまでのものである。しかも、不起訴不当の判定について法第四一条に第二、三号が加えられたほか、第四一条の二ないし第四一条の二二が加えられて、その判定に拘束力が認められた。ただ、審査会の決議が拘束力を有するには、その再決議を要するとした点は、法同前以下その八まで、問題であろう。そうして、それに基づく公判の維持は（検察官ではなく）弁護士が行なうことになった。法第四一条の九以下（これが新第七章となり、以下の三章はそれぞれ繰り下げられた）。なお、以上にみた弁護士への委託は準起訴手続にならうものと推測される、刑事訴訟法第二六二条以下の第二六八条。

そのほか、審査会の法律顧問ともいふべきものとして、すでに最初から法第三八条の規定があり、審査会は法律の専門家に助言を求めることができることになっていた。今回の改正で弁護士に補助員との名称で審査の関与を

求めることができることが、明文で認められることになった、第三九条の二ないし第三九条の四の追加。

- (2) (兼子) 竹下裁判法前掲一九二・三、二二二・二二三 四頁。区裁は昭和六二年(一九八七年)の改正で、従来の五七〇か所から四三八か所となった。また、地裁支部は平成元年(一九八九年)の改正で、従来の甲乙の別が廃され、また従来の甲八一か所、乙二五九か所、計二四〇か所から二〇三か所となった。

11 裁判員

つぎに、裁判員の根拠法は以上に続く法律第六三号であり、いささか長たらしいが、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律となっている(別に付則八か条のついた、全七章、八四か条)。裁判員法などと略称されるが、陪審法の再施行、改正ではなく、新法の形式をとるわけである³⁾。

その前提として、いわば推進派はもとより、反対派も、審議会までは陪審制の可否であったといつてよい。ところが、認められたのは、いささか意外なことで、まったく新規の名称、内容的には後述のように、参審制であり、従来の傾向からいえば、弁護士立法や裁判官立法ではなく、学者立法といつてできるであろうか。

まず、この裁判の対象となるのは、死刑または無期の懲役もしくは禁錮にあたる罪についての事件と、裁判所法第二六条第二項第二号にあたる事件であつて、故意行為によつて被害者の死亡を招いた事件である、法第二条第一項。前者はとくにふれるべき点はない。ただ、内乱は刑法第七七条によつて死刑または無期の懲役もしくは禁錮にあたる罪とされているが、裁判所法第一六条第四号よつて高等裁判所の管轄事件となつているので、除かれることになる。大審院を高裁扱いとすることは、大審院から最高裁判所へ移行する際にしばしばみられたところであるが、以上は現在もなお残っているものではあるけれども、その一環である。また、それをいわゆる治罪法の原案のよう

に、陪審裁判とすることは、陪審法とともに、今回の起草者にも想定外のことなのであろう。後者は地方裁判所の合議制の事件で、死刑または無期もしくは短期一年以上の懲役もしくは禁錮にあたる罪である。陪審法第二条以下にあつた法定・請求・不適の事件の別、被告人によるその辞退、請求取消はなくなり、法定事件のみとなつたわけである。

また、その設置は陪審法と同じく、直接の明文はないが、治罪法のような、臨時、特別の重罪裁判所ではなく、通常一般の各地方裁判所に一が設けられる⁴⁾。しかし、治罪法原案の一〇人構成や陪審法第二九条の二二人構成とは異なり、それは裁判官三人のほか、裁判員六人で構成され、公訴事実に争いが無いなどの事情により一対四人となる、法第二条第二項。ただ、これを以上の対象事件と同一の条文としているのは、陪審法第二条以下と比べても、いささか異様だということになる。法はこの一対四の構成に強い関心があるようであり、その第三項ないし第七項の前後五か項をそれにあてており、この点も異様だということになるであろう。

裁判員の選出名簿は陪審法第一七条以下のように、別に規定を設けるとはせず、檢察審査会法第一条と同じで、衆議院議員の選挙人名簿をもとにする、法第二条のほか、とくに第二三条。したがつて、同一の市町村内に引き続き三か月以上住所を有した、選挙法第二一条第一項、日本国民である一歳以上の男女、同第九条第一項、といふことになる。その決議は全員一致でないのはもとより、檢察審査会の四分の三や三分の二でもなく、治罪法の原案や、陪審法第九二条のままに、過半数による、法第六七条。陪審法九五条ではその決議に対し裁判長による無制限の更新が認められる(これも拘束力なし)とされ、問題とされていたが、裁判官を含めた合議体であるから、ここにはそれはない。

そのほか、上訴については、陪審法第一条以下とは異なり、直接の控訴禁止の規定がない。したがつて、上告のほか、控訴も可能ということになる。費用については、陪審法第一六、一七条、とくに後者に被告人負担

の規定があったが、ここにはその特例がない。のみならず、裁判員の費用は国庫負担であり、法第一条、それ以外のいわゆる訴訟費用は一般の例、刑事訴訟法第一八一条以下によることを原則とすることになる。

(3) 市販の六法のなかにはこれを裁判所法のつぎにあげるものもあるが(有斐閣)、疑問であり、陪審法の場合と同じく、刑事訴訟法の部分にあげる(三省堂)のが適切であろう。

(*) 本稿作成後のことであるが、その後設置場所は五〇か所ではなく、たとえば東京については立川、大阪については堺などの一〇か所を加えた、六〇か所となっている。

12 施行など

以上は検察審査会法の改正も含めて、いずれも五年以内に、つまり平成二十二年(一九九年)に施行されることになっていることは、すでにみた(施行準備期間はここでも陪審法と同じく五年としたわけである)。従来の陪審法は裁判員制度の施行によって廃されることになるであろう。その際には、裁判所法の陪審規定も削られるべきであろう。

(a) 現在はその施行準備段階に入っているわけである。本稿作成後、まさに平成二十二年五月二二日のその施行日を迎えることになった。本稿はその宣伝などを目的とするわけではないが、その制定後、制度じたいはここでも政府の宣伝で、しだいに知られるようになってきているといつてよい、法付則第二、三条。ここでは新聞、ラジオのほか、テレビ、とくに日本放送協会が改称したようでもあるが、いわゆるNHKの番組もあり、陪審法とはやや時代が異なるわけである(もっとも、いわゆるインターネットもあるが、これはまだ必ずしも一般的なものとはなっていない)。

もっとも、一方、新聞報道などでは検察審査会についての改正は、したがって問題を含むものとはいえ、裁判員と類似の制度であるその制度がすでにあり、六〇年ほどその経験を積んでいることなどは、報道の対象となっていない。ある意味では、はなはだしい偏向報道ということになるであろう。

他方、とくに新聞報道では裁判員については、法案が国会提出前後の段階から、陪審法第一 九条と同じく、法第七九条が定める裁判員の秘密を漏らす行為の罰則規定について、新聞取材、新聞報道に対する規制であり、認めがたいとの否定的な論調が、繰り返しみられた。それであれば、一方では、それはすでに家事審判法第三一条、とくに検察審査会法第四四条にもみられるものであるのに、その点が問題とされないのは妙である。他方では、新聞の取材活動がそれほど甘やかされたものであるのかの疑問があるばかりでなく、新聞の側からのみの観点が示されるだけで、国民全体からの観点がほとんど示されていない点には強い疑問を感じる。

(b) また、世論にもその否定的評価が少なくない(平成一七年二月の内閣府の調査によれば、参加したいが二割五分であるほか、したくないが七割である)。

よくわからないというのは、現在も進行中であるほか、さらに知ってもらおう努力をするほかはない。ひとを裁くことはできないというのは、ある意味ではいかにしてももっともであるが、裁判という形式をとるかどうかは別に、人生はひとを裁くことの連続であることを、改めて想起起こすべきであろう。また、特定の宗教観も、また絶対的な博愛主義も、一般国民としては、また日常生活としては、ほどほどのものとするほかはない。いやだというのは問題外であるが、逆に(参加したいの理由のなかに)国民として協力(っ)、国民の義務との発想の転換が示されていることは、力強いかぎりである。(被告人などの)さか恨みが心配、仕事にさしさわるは、考慮されており、さらに考慮するほかはない。

もっとも、仕事にさしさわるは、裁判員制度だけの問題ではない。法技術的な問題もあるほか、結局は法曹人口、

とくに弁護士人口が少なすぎるこの問題に帰着するが、裁判の迅速化は民事、刑事を通じた共通の大問題である。本稿作成後のことであるが、すでにみた刑事裁判の迅速化（いわゆる月賦販売方式の廃止）を目ざす刑事訴訟法の改正の一部（第二編、第三章、第一節の二、争点及び証拠の整理手続）は、平成一七年の一月一日から施行された。そうして、それが裁判員裁判でも前提とされることになる。

なお、本稿の作成後のことであるが、平成二〇年一月一七日には政令第三号をもって、裁判員辞退のやむを得ない事由（法第一六条第八号）、全六項が定められた。

また、その期間は五日程度されているけれども、ここでも東京のみを念頭におくのであればともかく、土曜日はまだ全国的な行動様式にはなっていないというべきであろう。また、裁判所では一〇時開廷、一六時（午後四時）閉廷とされているようであるが、やや余裕を認めるとしても、せいぜい九時半開廷、一六時半閉廷とするのが国民的常識であろう。

そのほか、専門家に任せるべきだ、あるいはしろうとににができるかという評価もある。陪審法の成立（審議会では横田國臣など）、実施、停止の情況（岡原昌男²⁷）や、その再施行問題の結果からみて、潜在的には裁判官などによるこの主張が最も強力な反対論であろう。今回はこの論は世論にもある（参加したくないの理由のうちの、よくわからないからと同程度）ほか、とくに裁判官によるものであり、最高裁判所が平成一一年（一九九九年）一月八日に（第八回）司法制度改革審議会で陪審制の復活に反対したことは、一部ですでによく知られているところであろう。しかし、民主的な手続は一見するとむだな手間、暇がかかるものであることは当然であり、また裁判官も結局は一国民であることを忘れるべきではない。

もっとも、裁判員法が制定された後は、最高裁判所の態度は宗旨替えのようであり、その施行についてかなり積極的になっているように見える。それが担当官庁としての当然の責任感によるものなのか、それとも裁判員法で裁判官の関与が確保されたためであるのかは、明らかではない。もし後者だとすれば、陪審法の場合のように、国民の司法参加は再び飾りものとされ、再び消滅の機会を迎えることにもなるであろう。

なお、陪審は日本人にはなじまないなどとされることがあるけれども、陪審が認められなかったことの原因はよくわからないというこのいいかえであるならばともかく、とうていまともな議論と認めることはできない。それは、日本人は極めて優秀な民族だというのも、またその裏返しとして、非常に劣等な民族だというのも、あまりに安易にすぎるものであると同じことである。

（*）本稿作成後のことであるが、その後もこの種の調査がなん回も行なわれているが、よくわからないは減ってきているものの、ほぼ大同小異である。

（4）月刊司法改革五号（二〇〇〇年二月）。時の最高裁長官は山口繁（判事出身）。
 もっとも、指宿法学セミナー一九九七年六月号も指摘するように、同平成九年一月には時の最高裁長官矢口洪一（判事出身）の積極策発言があったことは、忘れられない。そうして、これがその後の変化のさきがけになったともみられる（前述の平成一桁から二桁に移行するさいにおける変化参照）。そうだとすると、その後の経過はその断末魔の叫びとみられないこともないであろう。ただ、長い目でみるかぎり、これは結局例外現象にとどまるようである。

13 憲法違反など

（a）陪審法に対する反響としては、そのほか、とくに憲法（第三三条、旧憲法では第二四條）が裁判所において裁判を受ける権利を保障しているのに、その権利を奪うものとする憲法違反の論があり、それが裁判長による陪審決議に対する無制限の更新の根拠とされた（審議会では美濃部達吉、とくに枢密院）。今回もこの論がみられる。しかし、一方で、もしそう考えるのであれば、これまでまったくそうはされていないことは明らかであるけれど

も、あわせて、たとえば明治一八年の違警罪即決例の、というよりはその警察署長による即決裁判の違憲性も、正式裁判の請求が可能だといえ、問題とされたはずであり、また明治四一年の警察犯処罰令が法律ではなく、内務省令であることの違憲性（第三一条、旧憲法では第二三条）も、委任立法だとされたとしても、問題とされたはずである。後者についてはいわゆる罪刑法定主義の原則も関係することは、いうまでもない。

他方で、憲法違反かについていえば、戦前にも、認められた陪審は、違憲ではないとの議論が主流であるが、それにも一つの特徴がある。いいかえれば、陪審員は裁判官ではないけれども、裁判官である裁判長が陪審にかかわるから、違憲ではないとする。また、だからこそ、裁判長は陪審の評決に対して無制限に更新を求めることができる。しかし、いずれであるにしても、無制限の更新を認めることは、妥当ではなく、とつてい賛成することができない。イギリス法なども無制限ではないことは、すでにみたように、一般に指摘されているとおりである。

また、たしかに裁判官の身分は憲法上保障されている（第七八条、旧憲法では第五八条第二項）けれども、それは裁判官が職業的なものである場合の規定であるにとどまる。臨時的であれ、恒常的であれ、だれがどのような裁判官となり、またどのような裁判所を構成するかは、別に法律で定めることになっている（現行憲法は権利としては裁判所とする、第三二条、旧憲法では裁判官とする、第二四条。機構としては現行憲法は規定なし、旧憲法では第五八条第一項）。そうして、専門的教育を受けた職業的裁判官のみが裁判官だというのは、特殊近代的な、もつといえ特殊ドイツ法的な偏見であるにとどまる。歴史をみるかぎり、陪審はもとより、治安判事としても、むしろろつとの臨時的裁判官の時代のほうがはるかに長いのであり、憲法が明文もなしに、その長い歴史を否定したと考えるのは、誤りであろう。

現行法でも、旧にはなかったことであるが、最高裁判所判事は識見が高く、法律の素養のある四〇年以上のものであれば足り、裁判所法第四一条、職業的裁判官である必要はない。また、その第四五条で、簡易裁判所判事も多

年司法事務にたずさわり——実際には永年勤続の書記官がこれにあたることされ、それが大部分である——、その他簡易裁判所の職務に必要な学識経験を有する者が、選考によつて任命されるのであり、職業的裁判官である必要はない。いわゆる副検事も簡易裁判所判事とほぼ同じである、それについては、検察庁法第一八条、とくにその第二、三項参照⁵⁾。

なお、そもそもをいえば、陪審のみならず、近代憲法の発祥の地でもあるイギリスには国会の全能性の観念（やや類似のものとして現行憲法第四一条、旧憲法には規定なし）はあっても、憲法の最高法規性の観念（現行憲法第九七条以下、旧憲法では第七六条がこれにあたるか）はないものであることを思い起こすべきである⁶⁾。アメリカでは違憲立法審査権も（ただし明文なし）、憲法の最高法規性も認められているが、それは相当に分権的性格の強いアメリカの連邦制に密接に関連し、事実南北戦争の危機はあったが、連邦制は、したがって国家は維持された。ところが、日本でも違憲立法審査権も、憲法の最高法規性も認められているが、それを要求する連邦制のようなものはない。議論の余地はあるとしても、日本でそのように変わることはない制度として議論されたのは、国体などといわれた天皇制であるにとどまり、事実とにかく護持された。そうだとすれば、そのほかにいったいなんの必要があるのか問われるべきであろう。

いずれであるにしろ、とくに戦後の日本で愛好されたような、神学論争のような憲法違反などの議論は意味がなく、イギリスにおいてそうされているように、それが妥当であるか、あるいは適切であるかの問題に集中すべきである。

(b) 他方、施行三年後の見直しも予約されている、法付則第八条。これは議論のある立法についての、最近のはやりであるにすぎず、しかもそれが実行されるかは半はんである。たとえば、平成九年の法律第一〇四号、いわゆる臓器移植法について三年後の見直しも予約されているけれども、付則第二条、それが平成二一年の現在も実行

されていないことは、明らかである。したがって、それは一見慎重な立法のようであるけれども、改正があることじたいは当然であるから、みずから無責任な立法であることの看板を掲げたようなものである。

また、本法の改正もある。平成一七年には法律第八三号、法律第一一三号、法律第一二二号により、本稿作成後のことであるが、平成一八年には法律第四五号、法律第一一八号により、平成一九年には法律第六〇号、法律第一一八号、法律第一二四号による改正がある。

そのうちで、平成一九年(五月三〇日)の法律第六〇号による改正は、かなり大きなものである。それによって第五章、区分審理決定がされた場合の審理及び裁判の特例等、やや異例であるが、枝条文ではない新第七一条ないし第九九条(二九か条)が加えられた。したがって、旧第五章ないし第七章、第七一条ないし第八四条(一四か条)の新第六章ないし第八章、第一〇〇条ないし第一一三条(一四か条)への条文数の変更を伴うくりさげを行なった。まだ施行されていないとの観点からのものであるが、もしそうであれば、全体的な見直しも求められたであろう(たとえば、前述の、異常ともいえる第二一条の規定など)。従来は弁論の分離(併合)は法には規定がなく(併合については法第四条参照。なお、法第三条も参照)、刑事訴訟法第三一三条によるだけであったが、以上はその点に関する。

(5) そのほか、この後の二つは例外的なものであるとしても、相当に大きな比重を持っていることは、それが全裁判官にあっては全体の五割、全検察官にあっては全体の四割を占めていることで、明らかであろう。また、各国にその例はあるが、戦前にはなかったこの制度の新採用が、法曹人口の不足をおい隠したかもしれないことは、前述。

また、昭和三九年(一九六四年)の司法制度調査会意見が簡裁判事と副検事に弁護士資格を与えることを提案したが、弁護士連合会がこれに強く反対したことは、よく知られている。大内、我妻新書前掲一五五頁以下(弁護士会の反対決議)。

今回については、前述。弁護士法改正第五条

(6) William Geldart, *Introduction to English Law*, 1995, p. 3. Hanbury, op. cit., p. 17.

(*) 本稿作成後のことであるが、西野新書正体後掲(二〇〇七年)がこの問題を強調している。

第四 その評価

そこで最後に、これをどう評価すべきかが問題となる。

14 本 体

(a) まず、一方の檢察審査会の改正、とくにその審査会の決議に拘束力を持たせる改正などは、従来の批判にほぼ答えたものであり(平場現代法など)、これに従うたくしなどにとってほぼ納得のいく、みことなものとすべきであろう。

ただ、今回の改正が審査会の起訴相当の議決に拘束力を持たせるためには、その再議決を要するとするのは、疑問である。三か月の再捜査の期間を与えることは、事情によっては必要なことであるかもしれないが、檢察に再議決を求め、また審査会に再議決を求めることは、むだことというほかはない。陪審評決の更新にならったものかと推測されるが、一回の決議(檢察官がここで説明する権利と義務を有することは当然)で、公判担当の弁護士を選任することができ、檢察は公判担当の優先権を主張することができる(弁護士にその間の費用を払うことは当然)とすべきであろう。

他方、今回の改正によるものではなく、当初からのものであるけれども、その一人構成にはなお疑問がある。

もとより、起訴陪審の定則である三人を新たに採用することは、今となってはやや無理があるというべきかもしれない。しかし、たとえそうだとしても、審理陪審の定則である二人とはすべきである。

また、その一人一人の八人以上の決議（四分の三弱）も陪審法などの単なる過半数よりは慎重であつて、高く評価されるべきものであることは、すでにみた。ただ、一人であつても、またたくしなどの正当とする二人であつても、もともと全員一致ではなく、単純多数決であるとの定則も考慮して、一人であれば七・三人以上、二人であれば八人以上、つまりは三分の二以上の特別多数決と解すべきであろう。

さらに、その対象事件も、現状のように結果として刑事事件すべてとする必要はない。実際上の変化はないとしても、審理陪審の場合とほぼ同じく、旧刑法的にいえば、重罪であることを原則とし、その判断で（多数決によつて）軽罪、違警罪にも及ぶことができるとすべきである。

そのほか、審査会の審査員資格は裁判員では問題となる余地があるが、ここは起訴・不起訴の可否の判定であるから、現状のまま、つまりは成年、二〇歳はすなわち審査員とされるままでよいといふべきであろう。ただ、三か月の居住要件はのちに裁判員についてみるその本来の性格から、三年とされるべきである。

もっとも、制度じたいはともかく、もともと弁護士数が大幅に不足しており、しかもその半分以上が東京に集中していることは、すでにみた。したがつて、これに公判維持の権限を与えても、なにができるかは、とくに全国的には問題である。それこそ基盤整備として、法曹人口の増加が不可欠であることを、改めて指摘するほかはない。

そのほか、これと準起訴手続との関係が問題となるが、それは後述する。
そこでつぎに、他方の裁判員が問題となる。

(b) 今回の改革がその対象事件を法定一本に絞つたことは、正当といふべきである。陪審法の請求陪審は微妙な選択を当事者に求めるものである点で、適切でないばかりでなく、沿革的比較法の観点からも、異例であること

は、すでに指摘されている。また、法定の陪審不適事件が多すぎること、いうまでもない。

これについては、制度じたいは認めるべきだとしても、まず軽い事件から始め、慣れてきたところで、重大な事件に及ぶべきであり、以上はやや極端にすぎるとの意見もある。しかし、それは従来の伝統にまったく反するものであることは、いうまでもない。また、実質的にみても、軽い事件では裁判一般になつてしまつほか、しつとわかりがしない（たとえば、この窃盜が単純明快な窃盜であるか、あるいは猜疑心が強すぎると感じられるとしても、中国由来の大窃盜団の日常的仕業であるかは、しつとには容易にわからない）のに対して、殺人などの重大な事件ほど、しつとわかりがすることは、われわれの日常的な経験に照らして明らかであろう。陪審法も、今回の改革も、その意味で正当といふべきである。

しかし、わたくしは今でもなお陪審制復活論者である。もっとも、事実認定と法律論とを分けることの問題は、裁判長の質問で十分対応することができると思えるが、問題がないではないであろう。だから、現在のドイツ法やフランス法のように、それを一括した参審制によるべきだといふのは、一理ある。

しかし、たとえそうすべきだとしても、今回の改革による構成は陪審の定則によるものではなく、また民意にとつては数のみか力であるのだから、旧ドイツ法流の三対六人の構成（なお、検討会の座長試案は五、六も考えられるとしつとも、三対四人）は疑問であり、構成法第八一条、フランス法流の三対九人の構成のほうが適切だといふべきである、訴訟法第二九六条。その意味で、陪審の定則はなお生かされるべきである。

また、過半数については、今回の改革は双方の意見を含む過半数とし、法第六七条第一項、したがつて裁判員六の全員一致の場合でも、裁判官一以上の賛成がなければ、評決は成立しないとす（検討会の座長試案以来）。しかし、これはたとえその構成数を認め、またそのような過半数を認めるとしても、形式的観点がすぎるものといふほかない。民意の反映をいふかぎり、たとえ機械的に双方から一以上とするとしても、この場合、つまり裁判員の

意見が六に達した場合はもとより、五に達した場合には、それは通用せず、民意、すなわち裁判員の意見が優先するとすべきであろう。裁判官に民意の拒否権を認める意図であるならばともかくも、そうでないならば、へたな考え休むに似たりで、単に過半数とすれば足りるというべきである。

しかし、それにしても、単に過半数とするのは、合同構成の本国ともいうべきフランスでも今では三対九人中の八人以上、つまりは三分の二強の特別多数決と改められていることを思い起こすべきである、訴訟法第三五九条。検察審査会との関係もあるが、全員一致との陪審の定則にかぎりなく近いという意味で、たとえ九人であるとしても、七・二人以上、われわれが正当とする二人であれば、九・六人以上、つまりは五分の四以上の特別多数決とすべきであろう。

(c) さらに、上訴についても、疑問がある。もともと、陪審法第一条のように、上訴審では陪審審理は行わないとの明文はなくなったが、裁判員は地方裁判所に設けられるもので、高等裁判所に設けられるものではないから、ここでもそれと同じことであることは、いうまでもあるまい。

しかし、陪審法第二〇一条は控訴を認めないとし、それが陪審法批判の一論点とされたためか、今回の改革が(職業的裁判官のみによる)控訴を認めるものであることは、すでにみた(検討会の座長試案以来)。けれども、現行法でも控訴がない事件、すなわち高等裁判所が第一審となる事件もあることは、すでにみた。そのほか、即決裁判について追加された訴訟法第四〇三条の二による控訴の制限も参照。そもそも控訴一般が民事は第一審に対し覆審主義であり、刑事は続審主義といわれているが、それほど意味のあるものでないことも、明らかになるべきである。いわゆる三審級制は陪審を離れても、日本だけの特殊観念であり、控訴は簡易裁判における正式裁判であるにすぎない。そうだとしたら、陪審の定則にもとづき、陪審法第二〇一条のように、控訴はなお禁じられるべきである。

これに関連して、起草関係者の一部には、控訴審は裁判員の審理である第一審の結果を尊重すべきであるとの指摘があるのは、わたくしには理解しがたい。控訴は認めがたいというのであれば、起草の過程で多数決で決まったことは尊重するほかはないとしても、そう主張すべきであり、控訴は認められるべきだということであれば、そのような議論は少なくとも法律論としては、出てこないはずである。

そのほか、書かれていない理由として、裁判員の構成などからみても、ドイツ法に従っておけばまず間違いがないとの観念があるようにもみえるが、すでにそれじたいが時代遅れだというほかはないほか、控訴はドイツ法とは構造が異なるものであることを知るべきであろう。

なお、これも陪審法第一〇二条のように、上告可能の明文はなくなったが、法第六四条第一〇欄参照、上告をどのようなものと考えべきかの問題は残っても、それが認められるべきことは、当然であろう。

そもそもをいえば、参審員などと改称すればすむものを、なにを血迷ったのか、世界に類のない裁判員などという名称にしたことが珍妙きわるものだというほかはない(裁判員はたとえば英語ではどう訳されることになるのであるか)。ドイツ法やフランス法のように、その内容を変えながら、名称の変更をしないのはやや疑問であるが、以上はあまりにも従前に対する配慮が欠け、また世界的な視野の欠けた独断的なものというほかはない。もっとも、陪審法もイギリス法の伝統に即したとはいえず、その表題を刑事と限定していない点はやや問題であったので、簡明に刑事参審法といえは十分であろう。

(一) 平場安治、検察官(一)、現代の法律家の職能と問題点、三、利谷現代法論文(一九六六年)と同じ講座の一部。

(*) 池田修(判事)著、解説裁判員法(二〇〇五年)一〇頁参照。

(**) 池田(判事)解説前掲(二〇〇五年)一三三頁。

15 関連問題

そのほか、関連問題はさらにあるのではないかと考えられる。たとえば、検察審査員と裁判員との法律上の統一性に関する配慮は法文上はほとんどみられない。条文を多くすることが起草担当者の功績の一つといわれていて、それがここでも繰り返されているといふべきである³⁾が、疑問である。

もとより、実質的には統一されている部分もある。陪審法第一六条は陪審を辞することができる者の第一として、六歳以上の者としている。戦後の検察審査会法第八条第一号も当初はこれと同旨であったが、今回の改正で年齢七年以上と改められた。裁判員法第一六条第一号も以上の改正と同じく、七年以上である。年齢の下限については後述する。

そのほか、秘密を漏らす罪についても、検察審査会法の規定は裁判員法に一致するように改められている（裁判員法第七九条にならない）、検察審査会法第四四条の旧一万円以下の罰金が六月以下の懲役または五〇万円以下の罰金と改められた。

しかし、陪審法第二二条の陪審資格については、すでにみた。戦後の検察審査会法第五条によれば、小学校を卒業しない者、破産者、一年の懲役または禁固以上の刑を受けた者は、審査員となることができない。なお、検察審査会法の第五条第四号には当初耳の聞こえない者、口のきけない者及び目の見えない者であったが、それは平成一年（一九九九年）のいわゆる成年後見法改正（法律第一四九号）との関係で、すでに削られている（法律第一五一号）。以下にみるような、心身の故障で職務の遂行に著しい障害がある者については今回も規定がない。他方で、裁判員法第一四条によれば、小学校を卒業しない者、禁固以上の刑を受けた者、さらに以上の成年後見法改正以前に復するもの⁴⁾のようであるが、心身の故障で職務の遂行に著しい障害がある者は、裁判員となることができない。以上にみたような、破産者はなく、また一年の懲役またはもない。

後者における心身の故障については、ドイツの構成法第三三三第三号が参照とされたようであるが、成年後見法改正による機械的にすぎた削除を補正するものとして正当といふべきである。前者における破産者については、イギリスは不明であるが、フランス、ドイツともこれを除いている、フランス訴訟法第二五六条第六号、ドイツ構成法第三二条第三号、一九九四年に破産法が支払不能法に変えられた後は、第三三三第五号。

さらに、陪審法第二三条によれば、禁治産者・準禁治産者、破産者にして復権を得ざるもの（ママ）、聾者・啞者・盲者、懲役・六年以上の禁錮・旧刑法（ママ）の重罪の刑または重禁錮に処せられた者は、陪審員たることができない。戦後の検察審査会法にはこの趣旨の規定として第五条があることは、すでにみた。他方、裁判員法第一四条の本文によれば、国家公務員法第三八条が準用される。したがって、成年被後見人または被保佐人、禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまで、または執行を受けることがなくなるまでの者などは、裁判員となる⁵⁾ことができる⁶⁾ことになる。

それでは、その差異の理由はあるのであろうか、そうしてまたそれを別べつに規定する必要があるのであろうか。いわゆる裁判員法が成立した以上、不統一を避ける意味からも、裁判員法でまず規定し、それを審査会法に準用するという方式あるいはその逆によるほうがはるかに適切であろう。いずれにしても、裁判員はたとえ国家公務員であるとしても、常勤でないことは明らかであるから、国家公務員規定そのものの準用は、内容的にも疑問があり、陪審法流の二か条規定によるのが簡明といふべきである。

陪審員の国籍要件はこれから問題となる余地はあるとしても、一貫しており、租税要件や性別要件はすでに問題は終わったといつてよいであろう。居住資格については、陪審法では二年以上である、第二二条第二号。検察審査会員も、今回も、衆議院議員選挙と同じとする、審査会法第四条、裁判員法第一三条。したがって、居住要件は三か月となるわけである、公職選挙法第二二条第一項。フランスでは名簿作成時に一年間居住であり、訴訟法第二五

八条第二号、ドイツでは名簿作成時の居住となつてゐる、構成法第三三条第三号。しかし、イギリスのように、五年間とするのが、本来のものであろう。一定の地域性があるのが、広い意味での証人としても、また審判人としても、より適切な人物であることは、いうまでもないところであらう。また、そのかぎりで、選挙権の資格とはやや異なるものであるわけである。ただ、わが国では少なくともこれまでの経過からみれば、五年はやや極端な要求となる余地があるであらう。そこで、選挙法などにみられた三年の居住とするのが適切であらう。

(*) 池田(判事)解説前掲(二〇〇五年)四五頁。

裁判員法の準用規定、国家公務員法第三八条によると、以上のほか、公務員で免職後二年を経過しない者、人事院の職員で、同法、国家公務員法の特別処罰を受けた者、政府転覆の団体を結成し、これに所属した者も、裁判員となることができないことになる。最後のものは共通になる可能性はあるけれども、その他には疑問がある。

16 年齢要件

裁判員についての年齢の資格要件はとくにここでとりあげる。

(a) 一方で、陪審法第二二条第一項第一号が年齢の下限を三〇歳としていることは、すでにみた。成年年齢一〇年に対し一〇年の期間を置いたことになる(瀧川もこれを支持)。これに対し、戦後は検察審査員はもとより、今回の裁判員も、衆議院議員選挙の選挙人名簿を基にするので、いずれも一歳以上の男女ということになることも、すでにみた(もつとも、検討会の座長試案はドイツ法流に二五歳)。つぎにみるように、イギリス法流の立法であり、成年年齢すなわち資格年齢としているわけである。なお、陪審法ではこれを要件として規定するのに対し、こちらの二法ではこれを欠格として規定する点は、多少の差異がある。

イギリスでは従来は一八二五年の陪審法以来二二歳であった。当時の成年年齢は二二歳であるから、イギリスではその時から成年年齢すなわち資格年齢としているわけである。

なお、イギリスでは選挙法においても年齢の点で、選挙権と被選挙権との区別はなく、選挙権年齢すなわち被選挙権年齢とされ、わが国も含めて、他に例をみない特異な例となつてゐる²⁾。

これに対し、フランスでは三〇歳以上とする、訴訟法第二五五条(治罪法第三八一条)。ドイツでも三〇歳以上である、小参審についての構成法第三三条第一号、それにそれを大参審に準用する同第八四条。

(b) とところが、一九六〇年(昭和三五年)の後半から一九七〇年(昭和四五年)の前半にかけて、イギリスを含めたヨロツパでは成年年齢が従来の一八歳から一八歳に三歳引き下げられた。イギリスでは一九六四年のことであり、フランス、ドイツでは一九七四年のことである³⁾。

これが選挙権あるいは兵役の義務に連動する問題であることは、いうまでもない(選挙については憲法第一五条第三項。旧憲法にはこの趣旨の規定はない、その第三五条参照)。そこで、それがここにも連動してくる可能性があるわけである。

イギリスでは一九七二年(の刑事裁判法)以来二歳から一八歳以上となつてゐる、七四年の陪審法第一条(a)。なお、イギリスでは一八二五年以来成年年齢すなわち資格年齢としてゐることは、すでにみた。もつとも、一三歳に達したときから五年間(つまりは一八歳まで)同一の市町村内に住所を有することも要件となつてゐる、同前(b)。いいかえれば、実際上の意味はあまりないにしても、在地性の要件は現在でもなおかなり強いものとなっているわけである。これによれば、例外的なものではあるにしても、実際上も一八歳以上となる場合もあることになる。

これに対し、フランスでは一九七二年の改正で、三〇歳から三三歳となつた、訴訟法第二五五条。三〇歳からい

えば七歳下げたことになり、一八歳の成年年齢からいえば五年の期間を置いたことになる。ドイツでは一九七九年の改正で、三〇歳から二五歳となった、構成法第三三一条第一号。三〇歳からいえば五歳下げたことになり、一八歳の成年年齢からいえば七年の期間を置いたことになる。

しかし、今回のみの問題ではないが、わが国戦後の二〇歳は若すぎるものというべきであり、その点で疑問である。^④そこで、衆議院議員の被選挙資格と同じく、一五歳以上とする^⑤ことも考えられるが（検討会の座長試案はこれ）、参議院議員の被選挙資格と同じく、三〇歳以上とするのが適切であろう。そうして、それはそのかぎり、陪審法の三〇歳をなお維持すべきだということになる。

イギリスは選挙について、選挙権と被選挙権を区別せず、成年すなわち双方の権利者とする異例の国であることは、すでにみた。その根拠ともいふべきものとしても、イギリスには親権の概念がないことを注意しておく必要がある。もとより、幼児などを放置することができないことは、イギリスにおいても当然であるけれど、それは後見の問題となる。そうして、未成年者は不法行為についても、犯罪行為についても、原則独立の人格である。しかし、これはヨオロッパ大陸法とは異なり、異例の立法例である。わが国がこの点で大陸法的であることは、いつまでもない。そうだとすれば、わが国でも、成年すなわち陪審員などとする観念をとることはできない、というほかはないであろう。

もっとも、もしわが国でも一八歳成年が実現されたならば、そのときは、さらに再考の余地があることになるであろう（本稿作成後のことであるが、平成一九年に一八年以上の者とするいわゆる国民投票法が定められた。それに関する世論調査によると、日本では当の一八歳の大部分が一八歳成年を危惧している）。そのときは、フランスのような五年間はともかく、ドイツのような七年間はやや考慮の余地はあるものの、参議院議員の被選挙資格とともに、二八歳とすべきであろう。これは従来の一〇歳の間隔を維持することになるほか、七歳、一四歳それに二一

歳などとする七歳さきみのロオマ法の伝統にも一致することになる。

なお、やや細かな問題であるが、檢察審査会法では資格の規定なしで、頭から欠格を規定する珍妙さが今でもみられるが、裁判員法では第一三条が設けられているので、資格のつきに欠格が規定されるとの体裁は保たれていることになる。しかし、以上は陪審法流に、欠格よりは資格として規定すべきものであろう。

(c) 他方で、年齢の上限については、すでにみた。従来は六〇歳が、今回は七〇歳が辞退の原因とされている。つぎにみるように、フランス法流の立法であり、それが一貫しているわけである。

イギリスでは一九七二年（の刑事裁判法）以来従来の上限六〇歳を六五歳以下としている、七四年の陪審法第一條（a）。その後、八八年（の刑事裁判法）以来七〇歳以下とし、六五歳以上は辞退可能とされた（別表）。

フランスでは治罪法の時代から一八七二年の改正で、七〇歳で辞退可能とする、訴訟法第二五八条第一号（治罪法第三八四条）。ドイツでは六五歳で辞退可能とする、構成法第三五条第六号（最終号）、それにそれを大参審に準用する同第八四条。しかし、一九七九年の改正で、七〇歳までが要件となった、構成法第三三一条第二号。もっとも、辞退について六五歳を定める同第三五条第六号はそのままである。

しかし、たとえばわが国の陪審法第一六条第二号にある在職の官吏、公吏、教員など（それに同条には第三号もあり、その議会議員）は一生それにならない人もいるが、年齢の上限は生きていくかぎり、必ずだれにでも生ずる問題であるから、同じ条に規定されていても、性格を異にするというほかはない。そうだとすれば、この点はすでにみたように、やや現在のドイツ法流に、とくにイギリス法流に、たとえ年齢の上限が辞退の原因だとしても、年齢は下限、上限と一括して規定すべきものである。

内容的には、平均寿命の多少の差異にもかかわらず、年齢の上限は統一の方向に向かいつつあるようであり、したがって今回七〇歳以下としたのは正当であるが、六五歳以上は辞退可能とすべきであろう。

- (2) 林田選挙法前掲(一九五八年)九六頁。
 (3) そのことは別にみた。わたくしの論文、制限能力者の能力——成年後見法の成立を迎えて、法学志林九八巻二号(須永醇教授定年退職記念号)(二〇〇二年二月二十八日)一七二頁。
 (*) 池田(判事)解説前掲(二〇〇五年)四四頁参照。

17 その他

一方で、検察審査会と準起訴手続との関係も問題であろう。もっとも、今回裁判所によるその判定の結果を検察審査会へ通知する義務の規定が、新たに設けられた、刑事訴訟法第二六七条の二。なお、検察審査会はその名からすれば、検察庁に置かれるようにも見えるが、裁判所に置かれている。しかし、起訴と審理とは別だとはいえ、同じ裁判所が同じ事件を二度判断することは疑問であるのみならず、起訴といえば検察であり、検察が不適切ならほかのものというべきであって、裁判所による起訴決定には疑問がある。もとより、ドイツには検察審査会などはないが、現在の日本にはそれがある。そうだとしたら、検察審査会にその判断の権限を移すべきであろう。その場合には、以上の通知規定も不要となる。

他方で、海難審判の参審員については、性質を異にするので、とくにふれるべきものはない。また、民事に関するが、参与員、司法委員はいずれも国民一般から選ばれたものであるから、一種の国民の司法参加といえることができることは、すでにみた。しかし、関与させるかじたいが、裁判所の裁量によるほか、関与させるとしても、ただ意見を聞くだけで、なんの拘束力もない。実績も零に近いといつてよいであろう(後述おことわり注4参照⁴⁾)。もっとも、ドイツ法の小参審そのままに、小参審裁判所を新たに構成し、多数決とすることも考えられるが、裁判一般への国民参加は疑問である。鑑定人や参考人の制度は別にあるのだから、これは条文上も廃すべきものであろう⁵⁾。

以上を要するに、これまでを振り返るかぎり、今回の改革にも大きな期待を寄せることはできないであろう。ただ、それにしても、今回の改革はささやかながら、これまでの批判に答えつつ、一種の復活を果たしたものであることは、たしかである。したがって、基本的にはこれを支持し、その今後に期待することにした。いずれにしても、今後忘れられることができないのは、司法制度においても、官僚主義との戦いはわれわれ国民のいわば永遠の課題であることである。

(4) (兼子) 竹下裁判法前掲二二八 九頁。もっとも、平成元年(一九八九年)からは増加に転じ(二割)、平成九年からは全体の二割に達した。

(5) これに対して、家事調停の調停委員が相当に実効性のある制度となっていることは、あらためていうまでもない。しかし、国民参加としてはその選出する側の態度に、したがってその選出される側に不明朗なものがあることは、すでにみた。

18 おこわり

本稿はもとある同窓会誌に「裁判員? あと4年?」という題で出した文章をもとにしている。編集者が話題提供として気軽にやってくれと求めたのに応じたものであった。本稿に辞典の引用があり、あまり注がないなどの形式はなおそれに基づいているわけである。だから、これを専門誌であるここに公表することには、わたくしにはためらいがある。

もともとはたくしは民法を専攻するものであって、問題じたいがやや畑違いの感がある。もとより、すでにみた旧刑法やいわゆる治罪法のほか、その後民法、いわゆる旧民法をも起草したボワソナドの例はある。しかし、わ

たくしがかれに相応するような大学者であるとうぬぼれているわけではまったくない。とくに現在の日本のように、専門化の程度が強度に進んでいる国では、それとは時代が異なることは、明らかであろう。しかし、ここでの国民の司法参加というような、庶民的な、またある意味では政治的な問題は、現在でも、特殊分野である刑事訴訟法学などの独占物ではないようである。また、これはわたくしが個人としてはかねてから関心を持っていた問題であり、これまで学生諸君とのこれについてのいくつかの議論があったことも思い出される。以上の編集者にもそのようなことを話題にしたことがあったのかもしれない。そのほか、これに前後して、本学の伊藤亮吉講師（現准教授・刑法専攻）によるこの問題についての本学の同窓会講演（平成一七年九月）を聴く機会にも恵まれ、示唆、刺激を受けた。

とにかく、わたくしには以上の文章とは別に、大学院における演習との関係で、院生諸君に陪審に関する資料を出す必要があった。そこで、実際には以上の文章と同時進行的であり、逆に以上の文章はその資料の抜粋ともいえるものもあるが、その院生諸君への資料をもとに、その比較法の部分に手を加え、また刑事立法史的な覚書や、立法批判などを加えたので、もともとのものより三倍近くふくらむことになった。それをさらに整理したのが本稿であり（これで五倍というべきか）、量の点ではもとより、内容の点でも、論文に近くなっているといえることができるであろう。⁽⁴⁾⁽⁵⁾

(1) 旧民法の起草者ボワソナードも一役買っているといふべきであり、また現在ではかつての程度ではないといふべきであるが、わが国では現在でも同じ民法のなかですら、いわゆる財産法と身分法の区別がまったく別ものであるかのようになお行なわれている。

(2) わたくしが最も影響を受けている利谷現代法講座論文前掲（一九六六年）があるほか、梅、陪審論前掲（志林一一巻一
号）（一九〇九年）、同、陪審制度に就て前掲（国家二四巻五号）（一九一〇年）、穂積、英国の陪審制度前掲（同前二四
巻三、四号）（一九一〇年）、仁保、陪審制度を論じて司法権の参与に及ぶ前掲（京法一一巻五、八、九号）（一九一〇年）
がある。

なお、利谷、穂積が民法学者であることはいうまでもないが、梅が民法の三起草者の一人であり（万延元年、一八六〇
年生まれ。そのほかは、穂積陳重、安政三年、一八五六年生まれ、富井政章、安政五年、一八五八年生まれ）、また仁保
が民法の三起草者補助の一人である（穂積の補助、慶応四年、一八六八年生まれ。もっとも、その後は法哲学的論文が少
なくない。そのほかは、富井には仁井田益太郎、明治六年、一八七三年生まれが、梅には松波仁一郎、明治元年、一八六
八年生まれが補助である）ことも、いうまでもないところである。

そのほか、フランス法流の親族法論、相続法論で著名な牧野（菊）陪審法大意前掲（一九二七年）もあり（二〇三頁の
うち、一〇〇頁までが刑事訴訟に関する）、職業的裁判官の陪審制に対する反感を示す代表例となっている。また、丸田
新書考える前掲（一九九〇年）の文献表によれば、民法釈義などで著名な中島玉吉の陪審論（一九三三年）もある。

(3) 陪審法についての文献、そのほか時代はずっと下るが、平場著、陪審裁判の歴史的意義（一九五三年）があることは、
すでにみた。なお、平場論文、検察官前掲（一九六六年）もあることも、すでにみた。その後は、利谷現代法論文前掲
（一九六六年）引用のものを参照。

また、その間に、所一彦、刑事裁判における信頼性の問題、立教法学四、五、七、一一号（一九六二）、六三、六五、七
二年）があり、その表題からはこの問題についての関連は薄いですが、その五、七号はこの問題に関する。また、三
谷司法権と政党前掲（一九八〇年）があり、それもこの問題に関するものであることは、すでにみた。

(4) 今回については、すでにみたように、シリーズ（横組み）のほか、月刊司法改革の三つの号、五号（二〇〇〇年二月五
日）、一六号（二〇〇一年一月五日）、二〇号（同年五月五日）がある。そのほか、わたくしの目にしたかぎりのものであ
るが、つぎのものがある。

もっとも、時代背景は今回とはやや別といふべきであるが、丸田隆（甲南大）著、陪審裁判を考える——法廷にみる
日米文化比較（一九九〇年五月二五日）（中公新書）、本文一九三頁（文献表もある）。指宿信（鹿児島大）、裁判——陪

審はどこへいった？、法学セミナー、一九九七年六月（一日）号（五一〇号）、六八七頁。それに、ここでのものと多少の重複はあるが、月刊司法改革五号（二〇〇〇年二月五日）の膨大な文献表（関西大院生、福田逸平作成）参照。また、陪審法の資料集として四宮啓（弁護士、検討会委員）監修、稲葉慶和（特許庁審判官）編、陪審法判例集成（二〇〇〇年八月二十五日）もある（法律新聞に掲載された判例の写真版復刻、衆議院における委員会審議の再録、法正文もある）。他方で、今回の改革に係るものであることは明らかであるが、西野喜一（新潟大）、陪審審理の諸問題、（一）判例時報一七二四号（二〇〇〇年八月二日）、（二）同二七二六号（同年九月二日）、（三）完 同二七二七号（同二日）がある。また、学生向けの連載物の一部であるが、長谷部恭男（東京大）、陪審制の合憲性、法学教室二八三号（Interactive憲法、第一回）（二〇〇四年四月一日）もある。なお、檜山聡・岸本将嗣（いずれも最高裁事務局）、司法委員の意見聴取活用参考例、判例時報一七五〇号（二〇〇二年八月二日）もある。

二〇〇一年（平成一三年）には、平良木登規男（慶応大、検討会委員）、参審制導入のいくつかの問題点、上、法曹時報五三巻一号（同年一月一日）、下、同巻二号（同年二月一日）、大久保太郎（元判事）、裁判員制度案批判——司法制度改革審議会最終意見を読む、判例時報一七五〇号（同年八月一日）。なお、司法改革と国民参加、ジュリスト臨時増刊一一九八号（同年四月一〇日）はその表題にもかかわらず、平成の司法改革一般に関するものであるが、そのうちの、常本照樹（北海道大）、国民の司法参加と憲法、安村勉（金沢大）、国民の司法参加が本稿に係る。

二〇〇二年（平成一四年）には、大久保太郎（同前）、裁判員制度案批判（続）——合憲性への疑問及びその他の問題、上、判例時報一七七二号（同年三月二日）、下、同二七四号（同年四月一日）。なお、特集・動き出した刑事司法改革、法律時報二〇〇二年六月（一日）、七四巻七号はその表題からは必ずしも本稿に係るものではないが、そのうちの、加藤克佳（愛知大）、国民（市民）の司法参加と裁判員制度が本稿に係る。

二〇〇三年（平成一五年）には、吉丸真（判事）、裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題、判例時報一八〇七号（同年三月一日）、佐藤文哉（弁護士）、裁判員制度にふさわしい証拠調べと合議について、判例タイムズ一一一〇号（同年三月二十五日）、松本時夫（桐蔭横浜大）、裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について、法曹時報五五巻四号（同年四月一日）、大久保太郎（同前）、裁判員制度案批判補説、判例時報一八一〇号（同年四月一日）、

同、裁判員制度立法化への根本的疑問——「裁判員制度について」の基本的部分の検討、上、判例時報一八二五号（同年九月一日）、下、同二八二六号（同二日）。

二〇〇四年（平成一六年）には、裁判員制度に反対する会の意見書、判例時報一八八四号（同年三月一日）（会の組織者は大久保太郎氏によつてである）、大久保太郎（同前）、裁判員制度法案に見る刑事訴訟法の墮落——裁判員制度の根底に横たわるこのような違憲規定は許されない、同二八四八号（同年四月二日）、特集・裁判員制度の導入、ジュリスト二二六八号（同年六月一日）、座談会・松尾浩也（東京大）ほか・裁判員制度と日本国憲法、判例タイムズ一一四六号（同年六月一日）（総合的な憲法論議）、裁判員制度の導入と刑事司法（連続公開講演会、司法制度改革のゆくえ、七、ジュリスト二二七九号）（同年一月十五日）。また、丸田隆（関西学院大法学院）、裁判員制度（中公新書）、二〇〇四年七月十五日、本文二〇三頁（ここにも文献表がある）。

二〇〇五年（平成一七年）には、西野喜一（同前）、日本国憲法と裁判員制度、上、判例時報一八七四号（同年一月一日）、下、同二八七五号（同二日）、特集・裁判員制度の総合的研究、法律時報二〇〇五年四月（一日）、七七巻四号、大久保太郎（同前）、「違憲のデパート」裁判員制度実施の可能性——予想される制度の実態の考察、上、判例時報一八八三号（同年四月一日）、下、同二八八四号（同二日）。なお、特集・変革期の刑事裁判と事実認定、法律時報二〇〇五年一〇月（一日）、七七巻一一号はその表題からは必ずしも本稿に係るものではないが、そのうちの、原田国男（判事）、裁判員制度における事実認定——木谷・石井論争を素材として、河津博史（弁護士）、裁判員制度と事実認定が本稿に係る。

また、立案担当者のものとして、池田修（判事、検討会委員）著、解説裁判員法（二〇〇五年五月三〇日）がある。二〇〇頁の半分弱、七〇頁が資料（法正文もある、横組み）。

以上のうちで、大久保元判事の健筆が注目されるが、わたくしが西野論文も含めて、そのような憲法違反論に賛成することができないことは、すでにみた。事実認定も裁判員における論点の一つとなっているが、本稿はそれにはほとんどふれていない。

（5）なお、本稿は最初にもふれたように、平成一七年に完成したものである。しかし、その間に裁判員制度に関する文献が

膨大なものとなっている。しかし、これを一覽することは、もはやたくしには不可能であり、また平成一七年のままで意味がないこともないであろうと考えるにいたり、結局ここにはほそのまま公表することにしたわけである。

ただ、ここでもわたくしの気づいたものだけであるが、以下の一点をあげておく。西野喜一（新潟大）、裁判員制度の正体（講談社現代新書、二〇〇七年八月二〇日、本文二二八頁）やや簡単な文献表もある。

西野教授によると、以上はすでにみたものをまとめたものである。また、西野教授はすでにみたとおり、新潟大の教授であるが、それ以前には判事であった。そうして、その書名じたいがいささかいかかわしさを感ぜさせる暴露本的なものであるほか、ここで取り上げるべきものであるかは疑問であるが、そのいわゆる帯はさらにすごいもので、元判事の大学教授が「赤紙」から逃れる方法を伝授／恐怖の悪法を徹底解剖などある。その内容がそれだけであるわけではないにしても、これではそればかりがり亡者の単なる誹謗中傷文書といふことになってしまつてある。