

〈資料〉

裁判手続における「合議」保障の意義

— 憲法学の観点からの鑑定意見書 —

小林 武

（公刊にあたってのはしがき） 本稿は、最高裁判所に上告された、「廃棄物の処理及び清掃に関する法律」違反被告事件にかんして、被告人（上告人）側からの依頼にもとづいて作成した鑑定意見書に、僅かな補正を加えたものである。

鑑定にかかるテーマは、本件の原審名古屋高等裁判所が、判決言渡しの日になした行態は、合議体の裁判所に求められている「合議」を履践したものと見えるか否かである。それは、外見上は、事実認定的な問題であるが、本質においては、裁判を受ける権利の理解にかかわる憲法上の論題に外ならない。憲法学を専攻する筆者がこれに取り組んだのも、まさにそのゆえである。

裁判上の「合議」にかんしては、それがなされたといえるための要件等について、これまでに、深く検討されたことはほとんどないように思われる。ちなみに、法律学の辞典においても、「合議」とは、「二人以上の者が集まって協議すること」（法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典〔第2版〕』有斐閣・2000年、409頁）などというように、国語辞典的定義の域を脱していない説明がなされているだけであり、また、代表的な裁判法関係の体系書は、合議事件・合議制・合議体の裁判の解説はあっても、「合議」自体について、その成立の要件などにかんしては立ち入った検討をしていない（たとえば、兼子 一＝竹下守夫『裁判法〔第4版〕』有斐閣・1999年）。しかし、本件のような事案を知るとき、「合議」の要件にかんして、憲法上の裁判を受ける権利確保の観点から、立ち入った検討

を加えることの必要性を痛感する次第である。

本鑑定意見書は、そのための作業として、文字どおり螻蛄の斧を振るうにすぎないものであることを自覚しつつ、精々の考察を試みたものに過ぎないが、このテーマに最高裁が目を向ける契機となることを期待した。そして、これを公刊することで各方面からの批判や教示を受けることを願い、鑑定意見書依頼者の浅井 正弁護士（本学教授）の快諾を得て、ここに公刊する次第である。

（2007年6月1日 記）

目 次

- I 序——事案と論点
- II 裁判を受ける権利と裁判手続の構成
 - 1 裁判を受ける権利の意義
 - 2 合議制にかんする現行法制
- III 「合議」の意義と合議制運用の憲法問題
 - 1 裁判手続における「合議」の意義
 - (1) 人の知恵としての合議
 - (2) 裁判手続における合議の特質
 - 2 合議制運用の裁判実例
- IV 本件判決宣告の違憲性——結びにかえて

I 序——事案と論点

本鑑定意見書は、裁判手続における合議のもつ憲法的意義について検討し、法律上合議制で裁判されるべき事案にあっては、「合議」に相応しい内実を具えた裁判所の行為によって判決宣告がなされない限り、その判決は違憲であることを弁証しようとするものである。

(1) 本件（最高裁判所平成18年（あ）第2393号）は、原審名古屋高等裁判所（刑事第1部、裁判長前原捷一郎・裁判官坪井祐子・同山田耕司）が、平成17年（う）第637号廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反被告事件について

て、2006（平成18）年10月27日に宣告した判決に対して、被告人側より上告がなされたものであるが、その上告理由として次の点が挙げられている（主任弁護士浅井 正による同年12月29日付上告理由書）。

すなわち、原审が合議体での審理を尽くさないまま、合議を経ずに原判決を下したことは、刑事訴訟法（以下「刑訴法」）43条1項、裁判所法26条2項に違反し、つまるところ、判例（最高裁第一小法廷1966〔昭和41〕年2月24日判決〔刑集20巻2号49頁〕）の趣旨に反し、憲法31条、同37条1項に抵触するものであって、それは、刑訴法405条が上告申立ての理由として掲げる「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」（1号）および「最高裁の判例と相反する判断をしたこと」（2号）のいずれの事由にも該当する、というものである。

なお、上告趣意は、それに加えて、取調官による被告人に対する違法な取調べと弁護士の懈怠による弁護活動の放棄のため、被告人がその本質的な攻撃防御権を全く行使できず、第一審で不本意な有罪判決を受けたことに対し原审が審理不尽のままその不当性を立証する機会を奪ったことの違憲（31条、同37条、同38条違反）を指摘し、それが刑訴法の405条1号の事由にあたる、と主張する。これも、きわめて重要な憲法上の論点であるが、本鑑定意見書ではもっぱら上述の、本件において合議を経ずに判決を言い渡したことの違憲および判例背反をいう一点に絞って、以下、小考をめぐらせることとする。

（2）原判決が言い渡された日（2006〔平成18〕年10月27日）の法廷の経緯は、概要、次のようなものであった。すなわち、当日の公判では、書証取調べ、証拠排除申立、証拠取調請求がなされ、それらの当日における審理経過も踏まえて、主任弁護士が、予め提出している「証拠弁論要旨」を拡充させる内容で口頭による証拠弁論をおこなった。しかしながら、裁判長は、主任弁護士が証拠弁論を終えると直ちに、合議を一切することなく（合議のそぶり、つまり目配せと頷きなどすらなく、在廷の人々に合議を感じさせるような行為が全くなされないまま）、今から判決を宣告する旨述べ、机の上に予め用意していた判決文の朗読に入った。

それに対して、主任弁護士が、合議を経ずに判決言い渡しをしていることを

指摘し、公判調書記載要求をしたところ、判決言い渡し中であった裁判長は、「合議は事前にすませてある」などと述べて、本日の公判の審理を踏まえていない判決言い渡しであることを自認し、かつ、主任弁護人の上記要求を遮り、それは判決言い渡しの妨害になるなどと指摘し、そのような要求は、後日書面で提出するようにと一方的に述べて、判決言い渡しをそのまま続行し、それに対して異議を述べ続ける主任弁護人に一切応答することなくそのまま退任し、一方的に閉廷させてしまった。以上が、当日の経緯である（相弁護人比護 望の2006〔平18〕年10月27日付、主任弁護人宛報告書を基軸に、上告趣意書により補訂した）。

これにつき、上告趣意は、予め書いておいた判決書を、証拠弁論後の合議体による評議を経ずに、そのままそれにもとづいて判決宣言をすることは、違憲かつ判例背反にあたりと主張するわけであるが、そこに引かれた前出・1966（昭41）年の最高裁判決は、次の説示をしたものである。すなわち、判決宣告期日として指定された公判期日に、弁論を再開して証拠調べをしたのち、弁論を終結し直ちに判決を宣告した場合において、判決書の日付に右公判期日より前の年月日が記載されているときは、右判決は弁論再開後の口頭弁論にもとづかないでした違法（刑訴法43条1項違反）のものとして認められ、判決破棄の理由となる、というのである。上告趣意は、本件の原判決がこれにあたることはいうまでもない旨論じている。私も、後に述べるとおり、こうした立論は正当なものであると思慮する。

以下、原審判決が違憲かつ判例背反のものであることを明らかにすべく、裁判における合議制についての憲法の要請、さらに遡って、そもそも「合議」自体の意味について検討する。そのために、まずは、憲法の保障する裁判を受ける権利の意義を、裁判手続の構成との関連で確認しておきたいと思う。

II 裁判を受ける権利と裁判手続の構成

1 裁判を受ける権利の意義

日本国憲法は、違憲審査権を伴う司法権を裁判所に付託するとともに、すべ

ての人に裁判所において裁判を受ける権利を保障している(32条)。ここにいう裁判所の裁判を受ける権利とは、何人も、政治権力から独立した公平な司法機関としての裁判所に対して、憲法の保障する権利・自由の救済を求めて、司法権の発動を平等に請求しうる権利をいう。そして、同条の要請を、とくに刑事被告人のために明示したのが37条である。右いずれの条項にもとづく権利も、「この憲法が国民に保障する基本的人権」(11条。さらに97条)にほかならない。

このように、裁判所に対する司法権の付託と、国民に対する裁判所の裁判を受ける権利の保障とは表裏一体の関係にあるが、それは、歴史的には、絶対王政下の欧州諸国において、専断的な裁判に対抗する人民の権利に保護を求める運動によって生まれた。つまり、公正な裁判を受ける権利実現の主張と、近代司法制度確立の要求とは、歩みを重ねたのである。換言すれば、裁判を受ける権利は、近代立憲主義の発達とも密接に関連し、とりわけ裁判所による違憲審査の制度を採用した日本国憲法の下では、「法の支配」を実現するうえで不可欠の前提となる権利であり、人権保障のために手続き上の権利(「基本権を確保するための基本権」)という性格を強く帯びたものとなっている。

したがって、代表的学説が説くように¹¹⁾、裁判を受ける権利の保障は、すでに出来上った裁判制度の存在を前提とし、その制度の枠内で裁判を受ける権利を認めたとすぎないものではなく、この権利を保障するに相応しい内実をもった裁判制度の構築を要求するものであって、したがって憲法32条は、国に対し、そのような制度を整備し、それを通じて国民に司法的救済を与える義務を負わせた規定であるといわなければならないのである。

裁判を受ける権利についての以上のような理解に立つなら、憲法32条は、裁判手続の構成に対しても、この権利の趣旨に沿って種々の原則が定められることを要請しているといえる。もっとも、それは、憲法上一義的に明らかなものではないが、次の事項はほぼ異論なく承認されているとみてよいであろう¹²⁾。

すなわち、まず、審問請求権である。それは、裁判の効力により自己の権利・利益を害されるおそれのある者が、事実上・法律上の意見を述べ、また相手方の主張に対して反論する機会を与えられることを要求できる権利をいうが、国

は、裁判所のすべての裁判手続を、この審問請求権を保障しうるよう構成しなければならない。ついで、迅速な裁判の保障である。遅れた正義は正義の否定に等しいとの認識の下、憲法 37 条が、とくに刑事手続に即してこれを明文で要請している。また、両当事者の平等の要求、すなわち、両当事者が対立的に関与する構造をもつ裁判手続においては、いずれも相手方と平等の手続上の地位・手段を与えられたうえで裁判を受けることができるという、「武器平等の原則」を具体化することが求められる。そして、公開の原則であり、憲法 82 条 1 項が、「裁判の対審及び判決」は公開法廷でなされるべきことを定める。ただ、非訟事件による審判を「裁判」と峻別する最高裁判例からすれば、右の公開が必要とされるのは「純然たる訴訟事件」に限られることとなる（最大決 1960〔昭 35〕. 7.6 民集 14 卷 9 号 1657 頁）。つまり、訴訟事件については、「裁判の対審および判決」（民事・行政訴訟の口頭弁論と判決の言渡し、刑事訴訟の公判手続と判決の言渡し）は、公開の法廷でなされる手続構成が憲法の要請なのである。加えて、それ以外の裁判手続についても、公開審理こそ必要とされないが、それぞれの裁判事項の性質、また当事者に対してもつ重要性に応じた適正なもの（due process）であることが憲法 32 条の要請であるとする説が、学説では有力である¹³⁾。

裁判手続の構成について、以上のような諸事項が憲法 32 条の要請であると解することができるのであれば、上記 4 点にとどまらず、さらに、法律上合議制（裁判官の合議体）で裁判がなされるべき事件の被告人については、合議体の裁判所により裁判を受けることが憲法上の権利であって、またその前提として、手続は「合議」の名に相応しい内実をもったものであることも憲法の要請するところである、と解してよいのではあるまいか。それは、裁判を受ける権利を充実させるのに必要不可欠のものであって、とくに上記諸点との関係では、審問請求権の実質化と深く関連するものといえよう。もとより、これにかんしては憲法上明文があるわけではなく、判例にも、合議制をこうした観点から扱ったものは見当たらず、また学説上の考究も、それがなされた公刊物を私は寡聞にして知らない。とはいえ、本件では、まさに、合議のあり方が国民の権利保障にかかわるものとして問題になっている。そうである以上、この問題を裁判

を受ける権利の角度から検討することを避けて通るわけにはいきまい。本鑑定書で蟻螂の斧を振るおうとする理由もそこにある。

なお、原判決の違憲を指摘する際、本鑑定意見書は、それが憲法 37 条と、とりわけ 32 条に違背していることをいうものであるが、上告趣意は、37 条の他に 31 条を挙げている。その趣旨を付度するに、37 条は 32 条の原則をとくに刑事被告人の権利に即して敷衍したものであるから、37 条について論じることは 32 条を主張することと変るところはない。31 条については、同条は、手続の適正を保障する一般規定としての意味をもち、それを担保する規定が 32 条以下に配置されているという関係にあるから、32 条以下の規定でなお具体化されていない適正手続上の要請は 31 条でカバーする、という解釈論が採られることになろう。ただ、本件で問題とされる裁判手続における合議の保障の要請は、上に記した私見によるなら、32 条の解釈から導くことが可能かつ妥当であると思われる。本鑑定書でもっばら 32 条違反の弁証につとめているゆえんである⁽⁴⁾。

そこで、合議が裁判を受ける権利とのかかわりでいかなる意味をもつかについての検討に入るわけであるが、その前提として、現行法制が合議制と単独制をどのように配置しているか、要点のみ整理しておきたい。

2 合議制にかんする現行法制

裁判所が裁判機関として機能するとき、単独の裁判官による場合と、複数の裁判官によって構成される場合とがあり、前者は単独制（単独体、独任制）、後者が合議制（合議体）と通例呼ばれる。わが国においては、裁判所の位置（審級）と事件の特質という 2 つの観点から、それぞれの裁判所に即していずれかの制度が採用されている。

すなわち、まず、最高裁と高裁では、裁判体は合議制である。すなわち、最高裁判所の裁判では、裁判官全員を構成メンバーとする合議体（大法廷）である場合と 5 名ずつで構成される 3 つの合議体（小法廷）による場合とがある（裁判所法 9 条）。また、最高裁の裁判書には、各裁判官の意見を明確に表示しなければならないこととされている（同法 11 条）。一般的には合議体の裁判に

おける評議は公開されず、その内容、各裁判官の意見については秘密を保持することが要求されており（同法75条。明治憲法下では大審院についても例外ではなかった〔裁判所構成法121条2項後段参照〕）、下級審裁判所の裁判については、これが維持されている。最高裁のみ例外的であるのは、英米法系の方式に倣ったという背景をもちつつ、とりわけ、その裁判官の選任についての民主的コントロールの制度である国民審査制（憲法79条2項）を意味あるものとするために、各裁判官の意見を公にしておく必要にかんがみてのことである。重要な例外であるといえよう。

高等裁判所も、合議体によって裁判権を行使する（裁判所法18条1項）。主として上級審として裁判権を行使するものであるところから、合議制が当然とされ、その員数は3人である。高裁の場合、法廷ですべき審判（民事訴訟の口頭弁論、刑事訴訟の公判期日における手続）は必ず合議体によらなければならないが、ただ、それ以外の事項については法律で特別の定めがあれば単独の裁判官が取り扱うことができる（同法18条1項但書）。しかし、合議体とまったく別個に裁判官が単独で処理することを認める場合はなく、訴訟法上合議体に係属する事件について、個々の事項を所属の裁判官が処理する場合に限られる⁽⁵⁾。本件の原審判決が、この裁判所法18条1項にもとづく合議制裁判所によるものであったことはいうまでもない。

これにひきかえ、地裁と家裁については、両制度が併用されている。そのうち、地方裁判所は、原則として単独制、例外として合議制で裁判事務を取り扱う（同法26条1項）。旧制度の地方裁判所は、常に3人の合議制であったが、現行制度は、単独で裁判できる裁判官の資格を高めるとともに、旧制度の区裁判所の事件の相当の部分を地裁の管轄としたので、英米法系の制度に倣って、第一審は単独制が原則となった。ただ、地裁には上級審としての権限もあり、また一審事件でも複雑重要なものもあるので合議制を併用した、とされる⁽⁶⁾。

地裁における合議事件には、刑事では法定刑が死刑または無期もしくは短期1年以上の懲役もしくは禁固にあたる罪にかかる事件（同法26条2項2号）や、民事では簡易の裁判に対する控訴事件及び抗告事件（同項3号）、また、他の法律で合議審判が定められている事件（同項4号）など、法律上当然に合議制

で裁判をすることが求められている「法定合議事件」（必要的合議事件，強制合議事件）と，合議体で審理及び裁判をする旨の法定を合議体とした事件（同法26条2項1号），つまり「裁定合議事件」（裁量〔的〕合議事件）がある。裁判官は，原則3人である（同条3項）。裁定合議とされるのは，事実認定や法律問題の解決が困難な事件であって，民事の場合公害紛争や医療過誤，刑事では政治疑獄などの各事件についてその例が多く見られるという⁽⁷⁾。いずれにせよ，合議制・単独制のいずれを採用するかという問題は，当初から，地裁の裁判官構成をめぐって論じられてきた^{(8),(9)}。裁判を受ける権利との関係で看過できないのは，判例が，合議体で裁判をする旨の決定はその合議体において何時でも取り消すことができ，この取消決定があれば事件は単独の裁判官の審理に切り替えられることになるとの見地に立っていることである（最一判1951〔昭26〕3.29民集5巻5号177項）。これについては，後の項（Ⅲ2）でとりあげたいと思う。

家庭裁判所も，原則は単独制で，例外的に，他の法律において合議体で取り扱うべきものと定められているときはそれによる（同法31条の4第1項）。なお，簡易裁判所は，常に単独制である（同法35条）。

以上，各裁判機関の裁判官構成は，現行実定法によって定められ，運用がなされているわけであるが，それが憲法32条の要請に合致したものでなければならぬことは当然である。問題は，その点について，今日の多くの見解が，合議体とするか単独体とするかはもっぱら立法政策の問題であるとしていることである⁽¹⁰⁾。しかし，これまでにも示唆してきたとおり，合議制による審理は，国民の裁判を受ける権利と深い関連を有するものとしてとらえなおす必要があらう。次に，それを論じることにする。

Ⅲ 「合議」の意義と合議制運用の憲法問題

1 裁判手続における「合議」の意義

(1) 人の知恵としての合議

合議について論じるとき，われわれの関心は，もとより，裁判手続における

合議にあるが、まずは「合議」一般にひととおり言及しておこう。

「合議」とは、2人以上の者が集まって協議し決定する営為にほかならず、公的・私的を問わない無数の意思決定過程においてみられる。裁判手続に近いところで任意に一例を引くなら、独占禁止法上の審決については、「審決は、委員長及び委員の合議によらなければならない」（同法69条1項）と定められている。さらに広く行政組織論研究の分野において、非階統的な行政組織の特色は合議制的意思決定にある、とする文脈において「合議制」が注目されている⁽¹¹⁾。また、学校経営制度論において、父母・生徒等の参加する学校参加制度は、「合議制」学校制度としてとらえられている⁽¹²⁾。もっとも、この後2者は、ドイツを論じたもので、そこにいう「合議〔の〕」は《kollegial》であり、わが国実定法で使われている、たんに2人以上による組織という形式的概念ではなく、むしろ《direktorial》という意味での「独任」制の対概念として実質性を帯有しており、われわれの論じているものとは異質ではある。ただ、それらは、裁判手続としての合議にかんしても常に引かれるところの、「三人寄れば文殊の知恵」という諺の底にある、人間の意識や知識の不完全を補うべく、違った意見にも謙虚に耳を傾けて学び、少しでも良い結論に到達しようとする工夫が、人々の意思決定の多くの分野にみられることを示しているといえよう。

また、裁判手続における合議は、究極的には多数決で終局するが、そこでも採られている多数決原理をめぐって、最近の民主主義では「討議」（ないし熟慮。deliberation）を重視する傾向が顕著である⁽¹³⁾。もとより、民主主義的決定において議論や熟慮が重要性であることは、指摘されるまでもない事柄と思えるが、この「討議民主主義論」は、次の点を特徴とする。すなわち、人々の選好は討議を通して変化するという信念に立って、討議をコンセンサス形成の過程としてとらえる。したがって、それは、民主主義決定の正当性は、如何なる選好が選択されたかという結果ではなく、それが討議をとおしてもたらされたという手続によって定まる、とするものである。これは、多数決制の会議体一般に通ずる議論であって、裁判手続としての合議にもあてはまるものとして参照しておいた次第である。

(2) 裁判手続における合議の特質

以上の、「合議」の意義についての簡単な検討からも、合議制は単独制に比して裁判の適正に資するものであることが判明し、そして裁判は適正をこそ生命とするものであるから、裁判所構成は、原理上、合議制が原則とされる。

すなわち、合議制の特徴は、人口に膾炙した論文⁽¹¹⁾に依存して最高裁の事務当局がまとめたもの⁽¹²⁾に拠るなら、①合議の場において同僚と対話することで、独り沈思冥想するよりかえって自己の考えを明確にすることができること、②評議と評決の過程をとおして各裁判官の主観性が捨象され、判断に客観性がそなわるようになること、③個人の裁判ではなく多数人によるものであることは、裁判に権威を持たせ当事者の信頼を得るゆえんであること、④訴訟資料が複雑で各方面の知識が必要な場合などに、複数の裁判官の分担協力が期待できること、⑤裁判官が不注意により誤りを犯す危険を防ぎ易いこと、⑥裁判体が連続性をもつことで、裁判にある程度の恒久性を確保できること、などの諸点にあるとされる。これらはすべて、裁判の適正に資する要素であるといえる。

他方、単独制についても、①合議体には資質の低い裁判官が加えられるのが通例であるが単独制にはそれがいないこと、②合議制は多数の裁判官を必要とするが単独制はその負担を免れていること、③単独制は合議制よりも裁判官の責任観念を強めるのに適すること、④裁判において重要なのは、討論ではなく裁判そのものであること、⑤当事者の信頼も、必ずしも合議制の方が高いとはいえないこと、⑥単独制の方が事件処理の迅速を期しうること、等が合議制に比べての利点として指摘されている。こうして、両者の長短が一般的に挙げられているわけであるが、裁判機関に望まれるものという観点からすれば、両者を対等に比較することは妥当ではなく、現行実定法は可及的に合議制を採ろうとするものであることを確認しておきたい。

そこで、裁判における合議であるが、合議体一般に求められるところの、各構成員が一堂に会すること、口頭で意見を述べること、および、意見の交換による相互説得の機会があること等の要件⁽¹⁶⁾に加えて、裁判官には評議において意見を述べる義務があり（裁判所法76条）、また、評決を最終的に多数決でする（同法77条1項）ことが法定されているところに特色がある。そして、この

評議の形態としては、法が予想している弁証法的討論だけではなく、日本的発想とされる“円環的議論”も有用な場合があると説かれている⁽¹⁷⁾。ただ、合議制を原則とすることがたんなる立法政策の問題でなく、裁判を受ける権利を内実化するための要請に出たものであるとする見地からすれば、わが国では「各裁判官が自己の意見を主張せず、裁判長または主任裁判官に一任、あるいは追従して結論が出され、法に従った採決方法のとられる機会が少なかった⁽¹⁸⁾」という、かねてから指摘されている合議の実際が憂慮され、その改善が求められているというべきであろう。

また、この同じ見地から、合議の行態にかんする問題性も指摘されることになる。すなわち、論者⁽¹⁹⁾がいうように、裁判長が左右の陪席裁判官を顧みて意見を徴しただけで裁判所としての判断を決定してしまう事例がしばしば見受けられるが、それは、陪席裁判官相互においては何等意見の交換がなく、したがってその討議もおこなわれていないのであるから真の合議は成立しておらず、不適法たるを免れないことになる。本来、いったん休廷宣言をして別室で評議をするのが合議の本旨に叶い、また評議は公行しないという秘密原則（同法75条）にも合致するといえる⁽²⁰⁾。この点は、本件の上告趣意において主張されていることにもかかわるが、そこにいう「目配せ」（「左右陪席の裁判官に顔を左右に動かし、目配せをするなり、うなずくなりして、一呼吸おいてから判決宣告をする」こと）や、また「耳打ち⁽²¹⁾」は、それ自体は合議（評議）の行為ではなく、事前に合議がなされていたことを前提に、それを再認識する合図であるにとどまる。口頭弁論などにより新しい論点が提出されたときは、それに対応する（実のある）合議を別途おこなわなければならないのである。要するに、裁判手続としての「合議」の名に相応しい行為がなされてこそ、その制度を合議制と呼ぶことができるのであり、国民の裁判を受ける権利は、そのような内実を具えた合議制の実現を要請しているものといえよう。こうした観点から、合議制の運用にかんしてこれまで問題となってきたものについて検討し、本件事案の位置を明らかにしておくこととしたい。

2 合議制運用の裁判実例

裁判機関の合議制をめぐることは、若干の裁判実例が認められる。知る限りで拾い上げ、本件を検討するための資料としたい。

まず、地裁の法定合議事件の類型を定める裁判所法 26 条 2 項 2 号によれば強盗等の事件は単独体で取り扱われることになるが、そのことは憲法に違反する（11 条、13 条、32 条、37 条等違反）と主張されたケースがある。これにつき、最高裁は、地裁の審判を単独制とするか合議制とするかは法律に一任された立法政策の問題であって、憲法問題ではないとして斥けている（最大判 1948 [昭 23]. 7.29 刑集 2 巻 9 号 1007 頁）。

つづいて、裁量合議事件にかんして、当初合議体で審判する旨の決定がなされたが、のち単独体の担当に切り替え、その後は単独審理で終結し判決がなされたという事案につき、最高裁（最一小判 1951 [昭 26]. 3.29 民集 5 巻 5 号 177 頁）は、前出の 1948 年大法院判決を引いて、地裁の審理を一人制・合議制いずれとするかは立法政策の問題で憲法違反に生じないとし、加えて、裁判所法 26 条 2 項 1 号にもとづく合議審判をすとの決定は、それを一人制へと変更しうることを含んでいる旨判示した。これをめぐっては学説の賛否が分かれ、判旨を支持する積極説⁽²²⁾が通説的とされるが、他方、「被告人にいったんあたえた利益をうばうこと〔は〕適当でない⁽²³⁾」また、「当事者から言へばその〔＝合議体と決定された〕裁判所の裁判を受ける権利があり、裁判所から言へば裁判を為す義務を生ずる⁽²⁴⁾」との理由で、当初裁定合議の決定をして審理に入った事件を、中途からその決定を取消して単独に戻すことなどは裁判所法 26 条の予期しないところであるとの消極説も有力である。裁判を受ける権利の本旨に適うものは消極説の立論である、といわなければなるまい。

さらに、1985 年に至り、最高裁は、先の事件と同様の裁定合議決定の取消をめぐる事案（地裁で単独審で始まった事件が裁定合議とされたがそれが取消決定された事案）について、特別抗告審として判断している（最三小決 1985 [昭 60]. 2.8 刑集 39 巻 1 号 15 頁）。弁護側は、被告人はいったん合議体で審理判断を受ける権利を与えられたものであり、その同意もなくこの権利を剥奪することは憲法 32 条に違反するとの、上記消極説に沿った主張をしたが、最高裁

は、この点に応答することなく、この取消決定に対する不服申立ては許されないと特別抗告を斥けた。これにかんしても、先と同様に見解が分かれるわけであるが⁽²⁵⁾、積極説のごとくに、裁判合議制をもっぱら公益上の見地から定められたもので、当事者が合議制で裁判を受けうるのは反射的利益にすぎない、とするのは、憲法 32 条の趣旨を没却するものというほかない。被告人にとっては、裁定合議決定がなされるや、憲法 32 条にいう裁判所とは合議制の裁判所を意味することとなり、被告人は、それによって審理を受ける権利を与えられた、と考えるのが真当な憲法解釈であろう。

なお、参与判事補制度をめぐる、いわゆる「二人合議制」の是非が議論されたことがある。参与判事補制度自体についてここで立入るものではもとよらないが、二人合議制は、指摘されているごとく⁽²⁶⁾、合議体の構成員が 2 名では、対人関係が強く働いて対等な合議とならないおそれがあるから、合議体はやはり 3 名以上とするのが合理的であるといわなければなるまい。最高裁判決（最二小決 1979〔昭 54〕. 6.13 刑集 33 卷 4 号 348 頁、最二小判 1979〔昭 54〕. 7.20 判時 943 号 59 頁）は、参与判事補制度はそもそも二人合議制ではないとして、これを合憲としている⁽²⁷⁾。

さらに、裁判機構ではないが、農地委員会の議事に欠格者が参与したこと、また、収用委員会の召集通知を構成員の 1 名に出さないまま委員会を開催したことで、合議体としての議決が無効となるか否かが争われた事例がある（それぞれ最一小判 1963〔昭 38〕. 12.12 民集 17 卷 12 号 1682 頁、京都地判 1958〔昭 33〕. 8.28 行裁例集 9 卷 8 号 1791 頁⁽²⁸⁾）。合議制における合議の意義を考える素材となりうるものとして書き留めておいた次第である⁽²⁹⁾。

——以上の、管見の限りでの裁判実例は、いずれも、本件が問題とする合議の形態、つまり具体的な合議の内実を扱ったものではない。本件では、いかなる行為が「合議」と呼ぶに相応しいものであり、そしてそれは裁判進行過程のどの時点でなされなければならないのかが問われているが、その解答の鍵を、これら先行実例から直接には引き出すことはできない。しかしながら、これら実例の検討をとおして、少なくとも、合議制は、原理上、刑事事件では被告人の利益のために設けられたものにほかならず、その運用は、まさに裁判を受け

る権利の保障を内実化させるべくなされなければならない、という立脚点を得ることができるのではあるまいか。

上告趣意で主張されている論点は、確かに新しいものであるが、この立脚点に立って解明することが求められよう。次項で、憲法上の結論を示しておくことにしたい。

IV 本件判決宣告の違憲性——結びにかえて

以上に考察してきたところから、われわれは、裁判所法上合議体で審理されるべき事件において、「合議」に値する裁判所の行為が適宜かつ適時になされるのでなければ、合議制によって審理がなされたとはいえず、そうした裁判進行の結果宣告された判決は、裁判所法 26 条の定めにも背く違法なものであり、憲法 32 条が国民に保障する裁判を受ける権利を侵害するものである、との結論を導くものである。

これに照らして本件をみるに、原審裁判所が判決宣告をした日（2006 年 10 月 27 日）、被告人側から書証取調べ、証拠排除申立ておよび証拠取調べ請求がなされ、それをふまえて、主任弁護人が証拠弁論をおこなった。それは、「証拠弁論要旨」によると、本件の原審（「当審」）と同じ裁判体によってすでに同年の 9 月 8 日に宣告されている関連事件の控訴審判決（「前審」）においてなされた事実認定は誤りであり、それゆえ弁護人は、それを正すべく証拠の取調べ等を求めていること、それにもかかわらず当審は、前審のものと異なる事実認定をすることのないように証拠の取調べを拒みつけてきたこと、また、この日になされた証拠排除申立てが容認されるなら前身の事実認定は変更されるはずであること、そして、これを受け容れないのは、すでに上告がなされている前審の判決が、事実誤認で「原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるとき」（刑法 411 条）にあたるものとされることを避けんがためであること、等を弁論したものである。

原審の裁判長は、前に（I で）述べたとおり、この証拠弁論が終わるや、ただちに、一切の合議を（その素振りさえも）することなく、予め机の上に用意

していた書面を読み上げて判決言い渡しに入ったわけである。このことは、すでに引用した1966年の最高裁判所（最一小判1966〔昭41〕.2.24刑集20巻2号49頁）に照らして、口頭弁論にもとづかないでした判決として刑法43条1項違反といわなければならない。もっとも、通例はその秘密の保持に配慮して法廷を退いて別室でなされる合議も、ごく例外的には「目配せ」等の素振りによる方法を用いてすることが許容される余地があろう。すなわち、それは、「意見の交換もその討議もなす必要なく必然的に各裁判官の意見が一致するであろうような簡単な問題について³⁰⁾」事前に合意がはかられているなどの場合である。本件でいえば、上記証拠弁論の内容について、裁判所が事前に予測し、評議の上それを斥けることを決定していた場合には、当日の証拠弁論終了直後に「目配せ」等の方法で先の決定を確認し、それをもって合議をしたとすることも許されるといえる。

この点で、裁判長は、「合議は事前に済ませてある」と発言している（2006年11月9日付「第7回公判調書（手続）」の記載に対する意義申立（その2））。しかしながら、遺憾なことに、原審裁判長は目配せ等の素振りさえしないまま、間を措かずに判決宣告へと進んだのである。裁判長のいわんとするところは、主任弁護人の証拠弁論における言説は「弁論の為に与えられた時間を利用して従来主張を繰り返したに過ぎず、これは実質的には弁論の中身ではないと考え」たため、合議をするまでもなかった、というにある（同月8日付「異議申立調書」の中の「裁判長の意見」）。しかし、まさに上告趣意が説くごとく、証拠弁論で主張されたものが実質的に弁論の中身に当たるか否かを合議により審理する必要があったものといわなければならないのである。

結局、原審判決は刑法43条1項に反して宣告されたものであって、判例と相反する判断をし、かつ被告人の裁判を受ける権利を侵害して憲法32条、37条1項に違反するものとして、本件上告は刑法405条の上告理由を優に充たすものと判断される。

結ぶにあたって一言加えるに、本件のように、求められている合議をなさないまま判決宣告がなされるという、あからさまな違法の事態が生まれるのは、その根底に合議にかんする憲法感覚の欠如があるがゆえではなからうか。つま

裁判手続における「合議」保障の意義

り、そこに示されているのは、合議制裁判所においては、充分な、その名に相応しい合議による裁判を受けることが国民の憲法上の権利であるとの認識の十分さである。たしかに、合議を憲法上いかに評価するかは、学説・判例ともにこれまでにほとんど論じていないテーマである。本事案を機に、最高裁が、この分野に大きく憲法の鋤を入れられんことを衷心より期待して、鑑定意見書の筆を擱く。

註

- (1) 兼子 一=竹下守夫『裁判法 [第4版]』(法律学全集34, 有斐閣・1999年)145頁以下。さらに参照, 芦部信喜 [高橋和之補訂]『憲法 [第4版]』(岩波書店・2007年)243頁, 芦部「裁判を受ける権利」芦部編『憲法Ⅲ・人権 (2)』(有斐閣・1981年)275頁。
- (2) 兼子=竹下・前掲註(1)149頁以下。
- (3) 兼子=竹下・前掲註(1)149頁以下。
- (4) なお, 裁判を受ける権利をめぐるのは, 本件のテーマとやや関連するものとして, 憲法32条の「裁判所における裁判」の保障が「法律上の裁判」(gesetzlicher Richter)の保障と同義であるか, という論点がある。今日, それを積極に解して, 当該事件において権限(管轄権, 事務配分規定上の権限)を有する裁判官によって裁判される権利まで保障されていると見る学説(例示であるが, 芦部・前掲註(1)「裁判を受ける権利」290頁以下, 兼子=竹下・前掲註(1)147頁)が有力であることのみ書き留めておく。
- (5) 兼子=竹下・前掲註(1)188頁。
- (6) 兼子=竹下・前掲註(1)189頁。
- (7) 参照, 裁判所書記官研修所(監修)『法廷用語解説』(有斐閣・1995年)127頁。
- (8) たとえば, 最高裁判所事務総局民事局「民事裁判における合議制と単独制」法曹時報8巻2号(1956年)62頁。
- (9) これにかんし, 近時にも, 地方裁判所の側で, いかなる事件を合議事件とするかについての部内で選定基準を定め明文化しておくべしとする提唱がなされている。たとえば, 東京地方裁判所合議事件審理強化方策検討委員会による「合議事件審理強化方策」判例タイムズ1042号(2000年)21頁以下。
- (10) 一例として, 裁判所書記官研修所・前掲註(7)126頁。
- (11) 参照, 鳥村 健「学界展望」国家学会雑誌113巻5=6号(2000年)213頁以下。

- (12) 参照，勝野尚行「現代ドイツの合議制学校経営——現代ドイツ学校参加法制の制度的構造を解明する」〔I〕岐阜経済大学論集 32 卷 4 号（1994 年）111 頁以下・用語については 130 頁参照。
- (13) これを紹介するものとして，参照，木下智史「アメリカ合衆国における民主主義論の新傾向」法律時報 73 卷 6 号（2001 年）70 頁以下。
- (14) 岩松三郎「民事裁判における合議」法曹時報 1 卷 2 号（1949 年）1 頁以下。
- (15) 最高裁判所事務局総局民事局・前掲註(8) 77 頁以下。
- (16) 武藤春光「最高裁の持ちまわり合議と例文判決について」自由と正義 48 卷 1 号（1997 年）83 頁。
- (17) 鬼塚賢太郎「合議の理解」ジュリスト 1028 号（1993 年）2 頁。
- (18) 平野龍一「刑事裁判における評決」(一) 法学協会雑誌 71 卷 5 号（1954 年）421 頁。
- (19) 岩松・前掲註(10) 15 頁。
- (20) 参照，兼子＝竹下・前掲註(1) 306 頁。なお，評決内容にかんじた事柄が事前に新聞報道されたことで，評議の秘匿の漏洩の有無が政治問題化されたことがある。それをとりあげたものとして，たとえば，百地 章「事前報道された最高裁の『違憲判決』愛媛玉串訴訟『秘密漏洩』事件」榎原 猛先生古稀記念論集『現代国家の制度と人権』（法律文化社・1997 年）215 頁以下。
- (21) 「耳打ち」にふれているものとして，兼子＝竹下・前掲註(1) 306 頁。
- (22) 学説では，三ヶ月 章『判例民事訴訟法』（弘文堂・1974 年）274 頁，兼子＝竹下・前掲註(1) 200 頁など。また，当然事ではあるが，最高裁側で編まれたコメンタール（最高裁事務局総局総局『裁判所法逐条解説』上巻〔法曹会・序文記載 1967 年 12 月，奥付はなし〕210 頁は，「合議体で審理および裁判をする旨の決定は，当該合議体において，何時にても取り消すことができ，これについて当事者の合意その他なんらかの要件を必要としない。そして，この取消決定があった場合には，事件は，一人の裁判官で審理および裁判をされることとなる」とし，上記第 1 文にかんする判例として，この最高裁 1951 年判決を引いている。
- (23) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔7 訂版〕』（創文社・1967 年）66 頁。
- (24) 鈴木忠一「裁判官の配置，事務分配及び事件の受付・配付」鈴木＝三ヶ月 章監修『実務民事訴訟法講座 1・判例手続通論 1』（日本評論社・1969 年）33 頁。
- (25) 積極説として，井上廣道「時の判例」（本文の判決についての解説）ジュリスト 837 号（1985 年）80 頁，福井一郎「裁定合議決定」判例タイムズ 798 号（1993 年）57 頁。消極説は，新倉 修「裁定合議決定の取消しに対する不服申立ての許容」ジュリスト臨時増刊『昭和 60 年度重要判例解説』（1986 年）174 頁以下にみられる。
- (26) 兼子＝竹下・前掲註(1) 305 頁。

- 27) 判例評釈として、6月13日決定につき、大谷正義「参与判事補制度」別冊ジュリスト『憲法判例百選Ⅱ〔第3版〕』（1994年）382頁以下、7月20日判決につき、小山昇「参与判事補規則の合憲性」判例タイムズ411号『昭和54年度民事主要判例解説』（1980年）234頁以下がある。参与判事補制度につき、前者が憲法に反する疑いが大きいとするのに対し、後者はこれを合憲と解している。なお、日弁連は、この制度に対して強い批判的な立場をとってきた。日本弁護士連合会『「地方裁判所における審理に判事補の参与を認める規則」に対する意見』自由と正義23巻12号（1972年）30頁以下、同編『裁判官——公正な裁判と裁判官不足』（日本評論社・1975年）111頁以下。
- 28) 判例評釈として、前者について、南川諦弘「合議体の構成」別冊ジュリスト『行政判例百選Ⅰ〔第4版〕』（1999年）90頁以下、後者について、同「収用委員会の構成と議決」別冊ジュリスト『街づくり・国づくり判例百選』（1989年）142頁以下がある。

なお、この2つの事案について、若干付記しておきたい。

前者（農地委員会の議事に欠格者が参与したことでその議決が無効とならないかが争われた事案）では、一・二審とも無効の主張を拒けたのを受けて、最高裁は、次のように判示している。——「行政処分はそれが違法であっても常に無効となるわけではなく、その瑕疵が重大かつ明白な場合に限り無効と解すべきこと当裁判所の判例とするところである。……いま本件についてこれを見るのに、〔欠格者が〕農地委員長として本件農地買収計画樹立決議の議事に関与したことが、所論のごとく農地調整法15条ノ12に違反するものであり、従って原審の判示に右法案の解釈適用を誤った違法があるとしても、自作農創設特別措置法3条の規定に基づく農地買収にあつては、農地委員会の裁量権行使の範囲は比較的限定されていること、買収された農地が現実には売渡されるためには改めて市町村農地委員会のその旨の審議議決を必要とすること……にかんがみ、他に著しく決議の公正を害する特段の事由の認められない本件においては、右農地買収計画樹立決議の瑕疵は同決議を無効ならしめるほどの重大な違法とはいえないと解するのを相当する。」と。

これに対して、後者（収用委員会の召集通知を構成員の1名に出さないまま委員会を開催したことにつき、その裁決の取消が求められた事例）では、京都地裁は、次のように判断した。——「合議体が合議体として有効に活動しうるためには、その構成員全員に対し合議体に参加しうべき機会が与えられていることが要件と解せられるから、（蓋し、合議体においては、合議の性質上1人の意見によりその結論が左右される可能性を有するからである。……）この要件を欠くときには、右合議体の議決は無効にあらずとも、到底その取消を免れないものと断ぜざるを得ない。」としたのである。

この事案におけるような、正当に組織されない合議機関の行為の効力如何については、従来から説が対立している。ひとつは、原則として効力に影響がないとする見解であり、「自分の一身に関する事件については議員は表決に加わる機能のない者であるから其の爲した投票は当然無効でなければならぬけれ共無効となるのは唯それ等の人の投票のみで全体の決議が無効となるのではない。従って若しそれ等の投票を除いても尚過半数を得た場合には決議の効力は之が爲に妨げられることのないのは当然である」(美濃部達吉『評釈公法判例大系』上巻118頁)と説く。これに対し、原則として無効とする立場は、「合議機関は、適法に組織されることをその活動能力を取得するための要件とする。したがって、……その組織・構成に重大な瑕疵のある合議機関の行為は、原則として、無効である。1人の意見がよく全体の意見の形成に影響力をもちうる合議機関の特殊性を考え、多数人のうちのただ1人に対する関係についてのみ存する瑕疵も、合議機関そのものの無効原因となりうるものと解すべきである」(田中二郎『新版行政法』上巻144巻)とするものである。

学説の多数は、右のうち無効説を採る。判例は、違法としつつ無効ではないとの取消説の立場であるが、私は、ここに引用した判例評釈の著者(南川教授)と同様、無効説を妥当と解したい(参照、上掲『街づくり・国づくり判例百選』143頁。)

㊦ 以上に掲げたものになお加えるならば、自治体の情報公開条例のもとについて公開請求された文化財保護審議会会議録を非公開とした決定について、それが合議制機関の意思形成過程情報であること(「合議制機関等は、会議での自由な討論や意見の表明が担保されなければ、こうした機関の設置の趣旨そのものが損なわれる」こと)を理由に是認した事例などもある(鹿児島地判1998〔平10〕.10.30判例集未登載)。

㊧ 岩松・前掲註(14)15頁。