

法政論叢 第47卷 第1号  
二〇一〇年一月二十五日発行 抜刷

# 裁判員制度の意義と課題について

— 憲法の視点から —

柳 瀬 昇

## 裁判員制度の意義と課題について

——憲法の視点から——

柳 瀬 昇

### 一 はじめに

駒澤大学法学部准教授の柳瀬昇でございます。

裁判員制度について憲法学の見地から議論せよと、企画委員の先生方から指名いただきましたので、大変に僭越でございますが、裁判員制度の意義等について、二五分間お話しさせていただきます。私ごとで恐縮ですが、昨年秋季『裁判員制度の立法学』と題する単行書を出版いたしました。本日は、その内容を一部ご紹介いたします。

あらかじめ要約すれば、私が今日お伝えしたいことは、(一)裁判員制度は民主主義のための制度として作られたものではないということ、(二)参加する裁判員は国民の代表ではないということ、(三)裁判員制度は市民が主役の制度ではないということの三点でございます。

### 二 裁判員制度と民主主義とのイレレバンシー

はじめに、裁判員制度の意義について確認いたします。本日まで参集の先生方におかれましては、釈迦に説法ではございますが、いまだに、裁判員制度は民主主義のための制度として作られたなどと誤ったことを言う方がおります。

裁判員制度の意義は、政府や最高裁の公式見解によれば、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上です。決して、国民主権の原理ないし民主主義の原理ゆえに、裁判員制度が作られたわけではありません。

司法参加の制度は民主主義の原理に基づき作られるべきだとお考えの方もいらっしゃるでしょう。そうであってほしいと願うのはもちろん、個人の自由であります。しかしながら、現に創設された裁判員制度の意義の説明として、民主主義の原理を持ち出すのは甚だ不適切です。そのことは、裁判員法(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律)の規定及びその立法過程からも明らかであります。

ご案内のとおり、裁判員法一条は、趣旨規定として、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することにかんがみ」、制度を設けると規定しています。そこに、国民主権だの民主主義だのといった文言は、一切ありません。

司法制度改革審議会意見書では、その総論部分で、主権者国民だとか、国民主権などといった文言が出てきますが、審議会の委員であり検討会の座長であった井上正仁東京大学教授によれば、この国民主権に関する部分と裁判員制度との関係は明確に断絶されているとのことでした。

国会審議においても、野沢太三法務大臣(当時)は、裁判員制度の意義を司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上であると答弁しています。そのうえで、制度を民主主義の原理と関係づけることを、法務大臣は、明確に否定しています。

さらに、裁判員法の立案担当者によるコメントールでも同様であり、政府側の説明では、理解増進・信頼向上のみが唯一正統な裁判員制度の意義として示され、民主主義の原理が持ち出されることは決してありません。

なぜ、裁判員制度を民主主義の原理によって直接基礎づけることができなかったのか。それは、立法過程の問題もありますし、現実的な困難性もありますが、克服が最も困難だったのが、理論的な問題です。

その理論的な問題とは、民事訴訟法学者である兼子一教授によって今から六〇年以上も前に提起された「民主的司法のディレンマ」問題です。兼子教授は、次のように述べました。「民主国家にあつては、主体(筆者注)主権の誤りか」は国民全体に存するから、あらゆる国家機関は国民とつながりを持ち、又すべての公務員は国民の信任によってその地

位にあり、国民全体に対する奉仕者であることが要求される。そこで、司法権を行使する裁判所にも、これを構成する裁判官にも、民主的構成や選任が必要となってくる。……しかし、他方司法権の使命が、多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁であり、国政の極端な偏向に対する調節器である役を果たすことにあるとすれば、そこに同じ多数意思がはたらくことに疑念がもたれる。ここに、民主法治国家に於ける司法制度が当面しなければならぬディレンマがある。……逆説的な云い方をすれば、司法迄が極端に民主化しないところに、合理的な民主主義の運用がある」(国家学芸編『新憲法の研究』(有斐閣、一九四七年)二二六―二二七頁)。

ところで、ここでいう民主主義とは何を指すのか。我々憲法学の世界では、これまで立憲民主主義 (constitutional democracy) という術語を創作して、民主主義と自由主義とのアンビバレンスに蓋をしてきました。しかし、民主主義の原理をより純化して、それを多数者支配的民主主義 (majoritarian democracy) として理解するならば、それと自由主義の原理との間に、抜き差しならぬ緊張関係があることに気がきます。

そこで、近時の憲法学の有力説は、政治部門と法原理部門とは、貫徹すべき思想は異なるものであると考えています。そして、法原理部門である裁判所には、民主主義の原理よりも法の支配・自由主義の原理を優先させようと主張しています。

このように民主主義の原理を理解するならば、司法制度の設計にあたって単純な民主主義の原理を注入することには、まったく賛同できません。

すなわち、本来的に、法の客観的意味の探求、法適用による紛争解決及び法秩序・法原理の維持・貫徹という裁判所の機能は、単純な民主主義の原理になじまないものであるはずです。裁判所の司法権行使は、民主主義の原理よりも自由主義の原理に基づき行われるべきであって、そのための制度設計の指導理念も、民主主義よりも自由主義のほうが、より妥当する。司法までもが民主化しないところに、合理的な民主主義の運用がある。にもかかわらず、「司法の民主化のために裁判員制度を導入する」というのは、論理的には背理であります。

したがって、理論的に考えれば、司法参加の意義として単純な民主主義の原理を挙げることに、躊躇してしまうのです。

### 三 討議民主主義理論に基づく制度意義の再構成

にもかかわらず、過日、上梓した拙著では、裁判員制度を民主主義の原理に基づき、再定位すべきであると主張しました。

もちろん、先ほど述べたように、民主主義だから司法にも参加が必要だなどというナイーブな議論をするつもりはありません。そうではなくて、民主主義といっても、いろいろな民主主義がある。そして、私は、ここでいう民主主義に、deliberativeという形容詞を付ける限りで、裁判員制度の意義と結びつけることが有用であるし、また、立法者意思にも符合すると考えております。

まず、討議民主主義 (Deliberative democracy) 理論とは何かについては、ここでじっくりと検討する余裕はありませんが、私の理解によれば、およそ、公共的な事項の検討・決定にあたっては、十分な情報に基づく個人の内心における熟慮と他者との間の討議という過程によって形成される選択を重視すべきであるとする民主主義理論のことです。詳しくは、拙著のインタビューードをご参照いただければ幸いです。

次に、このような民主主義観に基づき裁判員制度の意義を再構成すべきなのはなぜかについては、詳しくは、拙著の第三章第二節で述べたのですが、要するに、その論拠は、裁判員法の立法過程で顕出された制度設計者の意思に共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論と通底するものがあるからであります。

例えば、司法制度改革審議会意見書の総論部分には、「社会的責任」や「公共性」などといった術語が多用され、国民に対して、統治客体意識からの脱却を求め、統治主体意識を啓発するという姿勢が強調されています。統治に主体的に参画することこそ善き生であると措定し、国民に対して、「公共性の空間」である政治部門や司法部門を支えること

を要請しているという点に着目すれば、そこには、政治参加に能動的な公民 (citizen) としての国民を前提とする共和主義的な憲法観を読み取ることができます。また、司法制度改革審議会の会長を務めた佐藤幸治教授も、司法部門が政治部門と並び公共的討論の場であるということを、繰り返し強調しています。

こういった記述から、私は、裁判員制度の意義を、単純な民主主義の原理で基礎づけることは誤りであるとしても、討議民主主義理論に基づき再構成することは根拠があるし、有用であると考えております。

この裁判員制度の討議的理解に賛同いただけるかどうかは別論として、いずれにせよ、裁判における評議が公共的討議であるべきだということを否定する向きは、あまり多くはないと思います。

もちろん、新古典主義経済学の見地から、人々の選好 (preference) は所与で不変のものであって、裁判の結果は裁判官の選好を集計したものであると理解する見方もありえます。そうであるとすれば、裁判員制度に関して最も重要なことは、裁判員等選任手続になるでしょう。具体的には、自分に不利な判断をするおそれのある裁判員候補者に対していかに不選任としたかこそが、当事者にとって、きわめて重要なこととなります。また、裁判の結果は、裁判が始まる前に決まっているのだから、裁判における公判手続は、裁判官や裁判員の選好形成に何ら影響を与えない、無意味なものであるということになります。

しかしながら、このような aggregative などとらえ方は、あまりにも割り切った考え方です。公判手続はまったく無意味であるということに賛同する法律実務家は皆無でしょうし、刑事法の研究者の多くも賛同しないと思います。むしろ、裁判は、deliberativeなものであるし、あるいは、deliberativeなものでなければならぬと考えます。

### 四 制度始動期の運用から見えてきたいくつかの課題——その一つとしての裁判体の構成

では、裁判はdeliberativeなものでなければならぬという観点から、実際に行われてきた裁判員裁判を眺めてみて、いくつか課題を取り上げようと思いましたが、本日は、時間の都合上、裁判体の構成についてのみ取り上げます。

実際に裁判員裁判が始まって、裁判員の年齢や性別などといった属性について均衡がとられないことをしばしば問題視するかのような記述が、メディアなどで見られます。

なぜそんな議論が行われるのか、私にはさっぱり理解できません。裁判員法の立法過程をきちんと学べば、そのような議論が失当であることは明らかだからです。

すなわち、裁判体を構成するにあたって属性について均衡がとられなくてもよいということは、裁判員制度の設計段階で、すでに何度も議論されてきて、決着がついていたことです。

おそらく、こういった議論をする方は、裁判員は国民の代表であるとお考えなのでしょう。しかしながら、それは明らかに誤った理解です。

たしかに、例えば、米国の連邦の陪審制度では、陪審員は地域社会の住民構成を正当に代表するものでなければならず、法令上も判例上もされていますが、一方、わが国の制度では、参加する裁判員は、法的には国民の代表ではないとされています。

また、社会的に考えても、裁判員は国民の代表とはいえません。裁判員候補者は、くじによって無作為に選ばれます。社会調査の方法に従って、例えば、性別や年齢や所得などの属性に応じて層化して抽出するではありません。完全な無作為抽出ですから、裁判員は、文字どおり、偶発的に選ばれるのです。だから、候補者の属性が非常に偏ったものになる可能性もあります。しかも、そのあとに、被告人・弁護人や検察官によって、理由を示さずに不選任請求を行うことができます。つまり、当事者によって、任意の裁判員候補者を作為的に排除する手続があります。

つまり、選ばれる裁判員は、完全な偶然による無作為抽出を母体として、人為的に操作されたものになります。例えば、選任された裁判員が全員お年寄りになったり、全員男性になるなどといったことも、可能性としてはありえるわけですし、法律はそうなることを許しているのです。

したがって、裁判体が不均衡だからといって、ただちに、日本国憲法三二条や三七条など、公正な裁判所による裁判を受ける権利が侵害されるといった議論にはならないといえるでしょう。

もっとも、この裁判体の不均衡の問題が憲法問題となる可能性は、まったくないとは言いません。それは、当事者による理由なし不選任請求に関してです。メディアが報ずるところによれば、被害者と同じ性別や近い年齢の裁判員候補者に対して、弁護人が意識的に不選任請求をしている例が、一部に見られるそうです。被害者と属性が近い人が裁判員に選任されれば、被告人に対して厳しい刑罰が科されるおそれがあるから、できる限りそういった候補者を排除しようとする弁護人が多いと聞きます。

この理由なし不選任請求手続は、当事者が自己に有利な裁判員を選任するために戦略的に用いられることを予定したものではありませんが、にもかかわらず、弁護人の側が戦略的に用いる例があるそうです。女性が被害者になる性犯罪事件の裁判において、弁護人側が女性の候補者に対して積極的に不選任請求をして、選任された裁判員はほとんど男性だけになった例も数多くあるとのこと。なお、検察側は、この理由なし不選任請求手続を本来の用途で用いており、戦略的には用いていないようです。

米国では、人種差別的な専断的忌避請求や性別差別的な忌避請求が平等保護条項違反で憲法違反とされる判例が出ています。今後、わが国の制度に関しても、当事者による理由なし不選任請求に関して、憲法一四条問題が検討されることがあるかもしれないということを、一応、示唆しておきたいと思えます。

## 五 素人と専門家との協働——新しい時代にそれぞれが果たすべき役割

さて、裁判員制度をどのように理解すべきかについては、私は、次のように考えております。すなわち、裁判員制度は、従来裁判官のみによって行われていた裁判における評議を、一般の国民から選任された裁判員にも開放するものである。素人たる裁判員と専門家たる裁判官との公共的討議の場を創設するものである。

裁判員制度は市民が主役の制度であるなどという言回しをしばしば目にすることがありますが、これはまったくの誤

解です。そして、このように誤って理解すれば、理論的には、きわめて不幸な帰結につながります。

すなわち、このような理解に立って、市民たる裁判員こそが裁判の主役であるとするならば、一緒に合議体を構成する裁判官は、一体何なのでしょう。脇役でしょうか。引き立て役でしょうか。司会か書記に徹すべきなのでしょう。そうあるべきだと主張する方もいらっしゃいますが、現に創設された裁判員制度は、そのようには設計されていません。裁判員と裁判官とで、どちらが主役でどちらが脇役かという議論をすること自体が、裁判員制度の基本的な理解に反するのです。

もっとも、刑事司法から裁判官を追放して、新たに国民が主役となるべきであるという主張は、制度設計の段階で、非常に有力な見解として、存在していました。

裁判員法の立法過程については、拙著の第一章と第二章にまとめてありますので、こちらをご参照いただきたいと思います。ここで最も注目していただきたいのは、制度設計段階において、国民の司法参加の意義をめぐって二つの考え方が対立していたことです。そして、司法参加の意義をめぐる二つの異なる理解の仕方は、従前の刑事裁判の運用に対する評価とも密接に関連しています。

一つの考え方は、現行裁判否定論—民主主義的基礎づけ説です。国民主権ないし民主主義の原理の観点から、主権者である国民が司法に参加しなければならぬという考え方です。国民主権国家において、本来、国の統治権はすべて国民に由来するから、立法過程などと同様に、司法過程にも、直接的な参加の制度が設けられるべきである。これまでは、参加制度がなかったから、裁判の正統性 (Legitimacy) が脆弱であり、運用も適切ではなかったというのです。そこで、司法参加の制度を設けることによって、司法判断の正統性を確保するとともに、従前の刑事裁判の運用上の問題点を打開しなければならぬ—というものです。

もう一つが、現行裁判肯定論—理解増進・信頼向上説です。司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上のために、国民を司法に参加させる必要があるという考え方です。この見解は、従前の刑事裁判はほぼ支障なく機能しており、むしろ精密な司法は国民からの信頼も十分に得られているという認識を前提としています。そのうえで、従前の裁判は改革が不可欠なほどの致命的な欠陥はないが、司法の説明責任を果たすための手段として、司法参加の制度を導入することとした—というものです。

制度設計についても、この基本的な理解の違いが、主張の対立を生みました。前者は、裁判官を裁判から排除した陪審制度、または裁判官の員数をできるだけ少なく裁判員の員数をできるだけ多くする制度を望んでいました。合議体とともに構成する専門家と素人とは対立する存在であるという理解を前提に、専門家は素人に対して権威的に意見を押し付けようとするから、素人は数で対抗するしかないなどとして、例えば、専門家の三倍の員数の素人の参加が必要であるなどと主張していたのです。一方、後者は、基本的には裁判官と裁判員とのバランスのとれた参審制度を望んでいました。専門家と素人とは対等な存在として協働すべきであると考えているので、どちらか一方の員数を極端に多くすることは不合理であり、また、あまりにも員数が多くては各人が主体的に議論できないので、小規模の合議体とすべきと主張したのです。

このように、従前の裁判に対する評価と国民の司法参加の意義について、議論をそれぞれ二つに大別するならば、裁判員制度が後者の立場に立つものであるということ、(一) 裁判員法一条の規定、(二) 国会での政府による答弁、(三) 裁判員法の立案担当者による解説などからも、明らかです。司法制度改革審議会意見書では、素人と専門家とは、対立し対抗すべき存在ではなく、協調し協働すべき存在であると位置づけられています。いま一度、この審議会意見書の基本的な考え方を確認すべきであると、私は考えます。

最後に、刑事司法に裁判員という素人が参加する時代において、専門家と素人は、それぞれどうあるべきかについて、論及したいと思います。

専門家は、負担が軽くなるのではなくて、むしろ、これまで以上に専門性を高めていくべきであると考えます。素人参加の時代において、専門家は、素人の補助者に徹するべきであり、刑事裁判の世界から退場すべきだと主張する向き

もありませんが、そのような理解は、今般の司法改革の理念に真っ向から反するものであって、駆逐されるべきです。裁判員裁判においても、法令の解釈や訴訟手続については、裁判官の専権とされており、専門家にしかできない領域がある以上、そこはきちんと務めなければなりません。また、素人たる裁判員が参加できるようにするために、審理を迅速でわかりやすくするよう、裁判官・検察官・弁護人には努める義務が課されています。専門家が専門家特有の符牒を用いて専門家特有の論理に基づき行う従前の裁判から、素人にもわかる裁判の実現に向けて努力することによって、おのずと、専門家に対する素人の畏敬の念が形成されることになるでしょう。それは、司法に対する理解の増進と信頼の向上につながります。

一方、素人である一般の国民は、これまで、通常の社会生活において、社会秩序や治安の維持、犯罪の意義や被害、受刑者の処遇などの問題について、あまり意識することはありませんでした。そのような中で、本人が望むと望まないにかかわらず、裁判員として、裁判に参加することになり、否が応でも、社会のことを考えざるを得なくなり、その意味では、裁判員制度とは、裁判への参加を通じて、裁判員たる国民の公民的徳性 (civic virtue) を涵養する「陶冶の企て (formative project)」であると位置づけられるべきでしょう。

このように、裁判員制度の創設は、法律の素人と専門家が、それぞれの役割と相互の関係性の再定位を促すものであり、私は考えております。

制度始動期の今だからこそ、改めて、裁判員制度の意義について、我々は、きちんと考える必要があります。いまだに誤った理解を好き勝手に開陳している方がいることについて、私は、非常に残念に思います。条文をきちんと読めば、まちがっても、裁判員制度は民主主義のための制度として作られたものなどとは発言できるはずがありません。立法過程を踏まえれば、参加する裁判員は国民の代表であるとか、裁判員制度は市民が主役の制度であるなどは、恥ずかしくて言えるはずがありません。司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上という裁判員制度の立法目的を実現させるために、我々が直ちに行うべきことは、制度の意義の正しい理解に努めることだと、私は確信しております。

本稿は、日本法政学会第一二二回研究大会のシンポジウム「裁判員制度——国民の司法参加」(二〇一〇年六月二二日、於名古屋経営短期大学)における筆者による報告の原稿に、若干の補正を加えたものである。また、平成二二年度文部科学省科学研究費補助金若手研究(B)「共和主義的憲法理論に基づく「民主的司法のディレンマ」問題の探究」(課題番号21730026)の成果の一部である。

なお、本稿の趣旨は、拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』(日本評論社、二〇〇九年)、拙稿「裁判員制度の憲法理論」法律時報八一巻一号(二〇〇九年)六一―六八頁、同「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」法社会学七二号(二〇一〇年)一六七―一八二頁、同「裁判員制度の運用と司法権の正統性の危機」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年)三六一―四三頁、同「裁判所における素人と専門家との熟議・対話」田村哲樹編『語る——熟議/対話の政治学』(風行社、二〇一〇年)二〇六―三四頁などにて明らかにしてきた。あわせてご参照いただければ幸いです。