

慶應義塾大学大学院法学研究科内
「法学政治学論究」刊行会編
『法学政治学論究』第六十七号(二〇〇五年冬・季号)

共和主義的展開としての司法制度改革

——討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再定位——

柳 瀬 昇

共和主義的展開としての司法制度改革

——討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再定位——

柳 瀬 昇

- 一 不参加意思七〇・〇％の衝撃
- 二 共和主義的憲法理論の系譜と一般の司法制度改革の理念
 - (一) 共和主義政治思想の展開と憲法理論としての開花
 - (二) 一般の司法制度改革と共和主義的憲法理論・討議民主主義理論
- 三 裁判員制度の諸問題に対する共和主義的憲法理論からの応答
 - (一) 国民の司法参加の制度についての学説の展開
 - (二) 被告人の裁判選択権
 - (三) 裁判員等の出頭・就任義務
- 四 討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の制度設計
- 五 「陶冶の企て」としての裁判員制度

一 不参加意思七〇・〇%の衝撃

二〇〇四年五月に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成一六年法律第六三号）」（以下、「裁判員法」と略称する）が成立したことにより、わが国では、二〇〇九年五月までに、一般の国民から選任された裁判員が、一定の重大な犯罪に係る刑事裁判に、裁判官と協働して、事実の認定、法令の適用及び刑の量定の判断を行うという制度が実施されることとなった。¹⁾

この裁判員制度は、司法制度改革審議会意見書（二〇〇一年六月）において、導入が提言され、その制度設計をめぐって議論が分かれたものの、最終的には、国会ではほぼ全会派の賛成の下で法律が制定された。²⁾ 審議会での議論以降深く制度設計に関与していた最高裁判所、法務省及び日本弁護士連合会は、現在、この制度に対する国民の理解の増進に向けて、さまざまな施策を講じているところである。

しかしながら、内閣府の「裁判員制度に関する世論調査」（二〇〇五年二月）では、裁判員として刑事裁判に参加したくないとの意見が、七〇・〇%を占めた。³⁾ 国民の代表機関である国会がほぼ全会一致で法律を成立させ、法曹三者が足並みをそろえて実施に向けての施策に努めているこの制度に対して、国民の七割が不参加の意思を示したことにについては、制度導入を推進してきた政府等による国民に対する説明が十分ではなかったことが、その理由の一つとして挙げられるであろう。

裁判員制度の導入は、政府の見解によれば、国民から選任された裁判員が裁判官とともに刑事訴訟手続に関与することを通じて、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上を図ることを企図した改革であって、必ずしも民主主義的な観点に基づき設計されたものとはいえない。⁴⁾ しかしながら、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向

上は、裁判員制度導入の主目的な立法目的として挙げられるには、論拠として弱すぎるように思われる。⁵⁾

ところで、一般の司法制度改革そのものは、司法制度改革審議会意見書によれば、統治客体から統治主体への国民意識の転換を基底的前提とし、かつ、そのような転換を促そうとするものであり、能動的な国民の参画をもって、司法を政治部門と並び「公共性の空間」を支える公共的討議の場として再構築しようとするものである。⁶⁾ この改革の理念に共和主義（republicanism）あるいは討議民主主義（deliberative democracy）を志向する諸要素を見出しうるとすれば、この改革の所産である裁判員制度についても、かかる文脈に沿って理解することも認められよう。

本稿では、まず、一般の司法制度改革を検討する際の基本的な理論枠組みである共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論について、簡潔に概括する。次に、一般の司法制度改革の理念が、（現代的意味での）共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論に親和性をもつということを主張する。そして、裁判員制度をめぐる憲法論議を確認的に概観したうえで、日本国憲法の解釈哲学として徹底した自由主義を採る立場からはきわめて深刻な問題提起がなされている裁判員制度をめぐる二つの問題——被告人への裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）の付与の否定と、裁判員候補者の出頭義務ならびに裁判員または補充裁判員への就任義務——について、共和主義的憲法理論からいかなる応答が可能であるかを検討する。さらに、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論の代表的論者であるサンステイン（Cass R. Sunstein）の国民の司法参加の制度に関する見解を踏まえつつ、わが国の裁判員制度の合議体の特殊性について考察する。最後に、裁判員制度を「陶冶の企て（formative project）」として再定位することの可能性を模索することとする。

二 共和主義的憲法理論の系譜と今般の司法制度改革の理念

(一) 共和主義政治思想の展開と憲法理論としての開花

共和主義という政治思想を正確に定義ないし説明することは、きわめて困難な作業である。例えば、ある論者によれば、ドウォーキン (Ronald Dworkin) は共和主義の系譜に位置づけられる理論家であるし、⁽⁷⁾ また、マディソン (James Madison) のようにいまだに共和主義と多元主義との間で評価の定まっていない理論家もいる。⁽⁸⁾

もつとも、多義的な概念である共和主義を遺漏なくとらえることは困難であるとしても、その特徴を指示することは不可能ではない。アリストテレス (Aristoteles)、『マキャベリ (Niccolò Machiavelli)』、ハリントン (James Harrington)、『ジェフアーソン (Thomas Jefferson)』、アレント (Hannah Arendt) などに代表される古典的な共和主義とは、公共的な事項は国民自らが決定しなければならず、そのためには国民は、公民 (citizen) として、私的利益のみにとらわれず、公民的徳性 (civic virtue) を涵養し、公共善の実現のために政治的営みに能動的に参加しなければならぬという発想に、多かれ少なかれ依拠する政治思想であるといえよう。論者によつて議論の重点は大きく異なるが、古代ギリシャの都市国家や古代ローマ共和国を共和政体の端緒と位置づけ、独立革命後のアメリカ合衆国や一七八九年以降のフランス共和国を共和政体の現代的発現とみなすことについては、おおむね意見が一致するところである。

政治思想としての共和主義は、一九六〇年代以降、アメリカ合衆国において、独立革命ないし合衆国建国の理念を、ロック流の自由主義に求めるべきか、それとも、共和主義に求めるべきかをめぐつて展開された論争の中で深化された。⁽⁹⁾ この論争の中で最も注目されたのが、アリストテレスを母とする共和主義の思想がアメリカ独立革命に強い影

響力を与えたと主張したポーコック (J. G. A. Pocock) の見解であった。⁽¹⁰⁾

その後、共和主義の思想は、『スキナー (Quentin R. D. Skinner)』、『バーバー (Benjamin R. Barber)』、『ペティット (Philip Pettit)』、『ヴィロリ (Maurizio Viroli)』などに発展的に継承されていくが、現代の意味での政治思想としての共和主義は、必ずしも古典的な共和主義のすべての要素を引き継ぐものではなく、公民的徳性を重視する一群と能動的な政治参加を強調する一群とに大別することができる。⁽¹¹⁾

共和主義は、政治思想の領域にとどまらず、憲法学の世界においても、公民的共和主義 (civic republicanism) として、大きく展開していく。その中心的論者が、サンズティンとマイクルマン (Frank I. Michelman) である。なお、本稿では、以下、特に注釈のない限り、共和主義とは、現代の意味での共和主義的憲法理論を指すこととする。

サンズティンは、多元主義の政治観に対抗して、国民が私的利益の追求を超越して、個人の内心における熟慮ないし他者との間の討議 (deliberation) を通じて、公共善を追求しながら、自らの選好を創出するという公民的徳性の意義を強く重視する。そして、広大な共和国においては、国民の直接的な政治参加よりも代表制の機能に期待し、『フェデラリスト (Federalist)』第一〇編などに現れるマディソンの思想に依拠しつつ、共和主義の復権を図る。⁽¹²⁾

一方、マイクルマンは、従来政治社会から排除されてきた国民を政治社会に包含させることにより、共和主義の閉鎖的な性格を克服したうえで、十分な情報を与えられ、能動的に政治に参加しうる公民を支援する社会的・経済的状況に、政治が依拠するとしただけで、共和主義の諸要素のうちでも、政治参加ないし自己統治という側面を強調する。⁽¹³⁾

公民的徳性を重視するか政治参加を重視するかの対立は、共和主義的政治が展開する場として何を指定するかをめぐる議論にも連関する。マイクルマンは、裁判所を共和主義的政治の発現の場としてとらえているが、サンズティンはむしろ民主的正当性をもつ議会を中心にとらえている。その一方で、マイクルマンの議論は、私的利益を超越した

法創造的な機能を果たす公共的討議であれば、それは議会のような公的な場で行われるものでなくとも高く評価するという点にその特徴がある。

いずれにせよ、どちらの共和主義的憲法理論も、公共善の追求のために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を重視するという点では共通であり、それらのうちの主要な理論は、いわゆる討議民主主義理論において、一つの理論群を形成している。

もとより、討議民主主義理論は、多義的な政治理論・公法理論であり、共和主義的憲法理論と同義ではない。⁽¹⁶⁾ 討議民主主義と呼ばれる理論群の中には、例えば、人民主義 (Populism) 的な公法理論研究者アッカーマン (Bruce A. Ackerman) からも含まれるし、政治理論研究者フィッシュキン (James S. Fishkin) のように、理論を実践するためのモデルの検討に重点を置く理論家もいる。また、ガステイル (John Gastil) やマンズブリッジ (Jane J. Mansbridge) のように、専ら参加民主主義の観点から討議民主主義を構成する学派もあることを考えると、共和主義的憲法理論と討議民主主義理論とを区別して議論することが重要であると思われる。⁽¹⁸⁾

共和主義は、古典的な意味においては、私的生活よりも社会における公的な義務を優先させることを要請する傾向があり、したがって、国家の権限を最小限にとどめ、個人の自由の領域を最大限に保障しようとする自由主義的な思想とは、明らかに衝突する。純然たる自由主義は、公民的徳性の涵養などという父権的な理念は決して受容しないであろう。

もつとも、サンステインやマイクルマンらといった共和主義的憲法理論の主唱者が、自由主義的な見地から議論を出発させていることから示されるように、自由主義と対立しうるのは、古典的な純然たる共和主義であって、現代的意味での共和主義的憲法理論と自由主義とは整合しうるものである。⁽¹⁹⁾

さて、これらアメリカ合衆国における憲法理論の研究は、わが国においても、一九八〇年代以降、大変に注目されており、わが国の憲法解釈論へ与える示唆も大きい。そこで、次節では、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論に基づき、わが国における今般の司法制度改革をいかに解釈しうるかについて議論する。

(二) 今般の司法制度改革と共和主義的憲法理論・討議民主主義理論

日本国憲法定後の司法制度改革としては、今般の司法制度改革以前に、一九六二年から六四年まで存続した臨時司法制度調査会があった。しかしながら、この調査会は、その調査・審議事項が、法曹一元の制度に関する事項と裁判官・検察官の任用・給与制度に関する事項に限定されており、⁽²¹⁾ 司法制度全体をその射程として設けられたものではなかった。

その後、法曹三者が意見交換をする場として、三者協議会が一九七五年より設けられ、以後、司法制度に関する主要な改革は、ほぼすべてこの協議会を経て決定されることとなった。もつとも、それ以降も、個別的な制度改革が単発的に行われるにとどまり、司法制度のグランドデザインを構想するような大改革が着手されようとする機運はなかった。

そして、戦後初めて司法制度全体を見据えた大改革が実質的に議論されるようになるのが、司法制度改革審議会であった。⁽²²⁾ この審議会は、「二十一世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に關し必要な基本的施策について調査審議する」ものとされ、⁽²³⁾ その射程は司法制度全般に及ぶきわめて広汎なものであった。

延べ二年間六〇回を超える会議を重ね、取りまとめられた意見書では、司法制度がわが国社会の基盤として、その機能を十分に発揮できるように、司法制度の改革と基盤の整備に向けての提言を盛り込み、①国民の期待に応える司法

制度の構築、②司法制度を支える法曹の在り方の改革、③国民的基盤の確立という三つの柱が掲げられている。⁽²⁴⁾

本稿で注目したいのは、意見書の冒頭で示された今般の司法制度改革の基本理念と方向である。

第一に、意見書は、これまでの政治改革、行政改革、地方分権推進、規制緩和等の経済構造改革等の一連の構造改革を「国民の統治客体意識から統治主体意識への転換を基底的な前提とする」とともに、そうした転換を促そうとするものである」と総括したうえで、二一世紀のわが国社会の姿を、「個人の尊重を基礎に獨創性と活力に充ち、国際社会の発展に寄与する、開かれた社会」と展望する。⁽²⁵⁾

第二に、二一世紀において司法に期待される役割について、「法の支配の理念に基づき、すべての当事者を対等の地位に置き、公平な第三者が適正かつ透明な手続により公正な法的ルール・原理に基づいて判断を示す司法部門が、政治部門と並んで、「公共性の空間」を支える柱とならなければならない」と措定する。⁽²⁶⁾

第三に、わが国の発展を支える基盤を「統治主体・権利主体である我々国民一人ひとりの創造的な活力と自由な個性の展開、そして他者への共感に深く根ざした責任感」に見出し、国民に対しては、「司法の運営に主体的・有意的に参加し、プロフェッションたる法曹との豊かなコミュニケーションの場を形成・維持するように努め、司法を支えていくこと」を求めている。⁽²⁷⁾

これらの記述や改革の具体的な内容全体から、今般の司法制度改革の根底にある制度設計哲学を、われわれはいかに理解すべきであろうか。

一つの理解の方法は、国家の介入を極力回避し個人の自由の領域を最大限に保障する、自己責任を徹底する自由主義の政治思想ととらえることである。たしかに、事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への展開や、個人の自律を最大限に尊重しようという姿勢は、きわめて自由主義的な発想に立ったものであるともいえる。⁽²⁸⁾ しかしながら、その一方で、「社会的責任」や「公共性」などといった術語を多用し、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ることに注目すれば、そこには自由主義とは異なる政治思想があると理解することもできる。⁽²⁹⁾

むしろ、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よう。⁽³⁰⁾

また、司法制度改革審議会の会長を務めた佐藤幸治教授による次のような議論にも注目したい。「政治部門は国民主権下における「公共的討論」の場であることは広く認められていますが、実は司法部門も独自の「公共的討論」の場であることを、我々はもう少し強く理解すべきではないかと思えます。国民が公共的なものに関わるのは「政治」の場に限られるのではなく、「司法」(裁判)の場も優れてそれなのだ、ということですね。我々国民一人ひとり、自立(律)的存在として自己の生活を築き、営む中で、善き社会の構築を目指してさまざまななかたちで公共的なものにかかわっていきますが、政治部門と司法部門とはそうした「公共性の空間」を支える二本の支柱ともいべきものではないか、と思うのです。⁽³¹⁾

佐藤教授は、多くの論稿において、司法部門を政治部門と並ぶ「公共的討論」の場であるということを強調しているが、佐藤教授が毛利透教授の「熟議の民主政」論を意識しているということと踏まえると、佐藤教授によって主導された今般の司法制度改革の理念には、公共的な決定において討議を重視するという討議民主主義理論に通底するものがあると理解しえなくもない。

以上のように、今般の司法制度改革が、「公共性の空間」を支える責務を負い、政治参加に能動的な公民としての国民を前提とし、政治部門だけでなく司法部門においても討議に基づく統治を志向しているという点に注目すれば、その理念は、(現代的意味での)共和主義的な憲法観にも通底するものであるといえよう。そして、共和主義的憲法理

論に基づき司法制度改革を分析すれば、この改革の所産の一つである裁判員制度は、刑事事件という公共的な事項について、国民（から選任された裁判員）が徹底して評議（討議）し、評決を行うものであるから、まさに「公共的討議の場」を構築する試みであるといえる。

三 裁判員制度の諸問題に対する共和主義的憲法理論からの応答

(一) 国民の司法参加の制度についての学説の展開

国民の司法参加（特に、刑事司法への参加）に関しては、これまで、陪審制度や参審制度の導入の是非という形で論じられており、終戦直後の憲法学界においては、否定的な見解が支配的であった⁽³⁴⁾。その後、事実認定のみに陪審を認め、陪審の評決に裁判官が拘束されないのであれば、そのような制度設計は憲法に違反しないとの見解が通説的な地位を占めるに至った⁽³⁵⁾。政府も、一九七七年、最終的な判断権を裁判官に留保した陪審制度であれば合憲であるとの見解を示した⁽³⁶⁾。さらに、近年は、陪審員の評決に拘束力を認めるような制度設計も憲法上問題はないとの見解が有力に主張されるなど、国民の司法参加をめぐる議論が分かれていた⁽³⁷⁾。

具体的には、国民の司法参加の制度の憲法適合性については、①憲法の保障する国民の裁判を受ける権利（日本国憲法三二条、三七条一項）が「裁判官による裁判」を受ける権利を意味するとすれば、国民の司法参加の制度を設けることによりその権利が侵害されるのではないか、②憲法が国民の司法参加についての規定を一切設けていないことは、それを否定する趣旨と解すべきではないか、③裁判官以外の国民が裁判の評議・評決に実質的に関与することは裁判官職権行使の独立の原則（七六条三項）を侵害するものではないかの三点が主に議論されてきた。

これらについては、国民の司法参加の制度を肯定的に解する学説は、次のように応答する⁽³⁸⁾。すなわち、①については、明治憲法二四条の文言との対比や憲法制定当時の議論などに鑑みれば、日本国憲法が国民に保障するのは「裁判所による裁判」を受けるとの権利であると解され、その裁判所をいかに構成するかは法律に委ねられることとなる。②については、憲法は、裁判所を構成する裁判官の選任方法、任期、報酬、身分保障等について、職業裁判官のみを想定したと思われる規定（七八条、八〇条）を設ける一方で、それ以外の裁判所構成員の存在を想定したと思われる規定（七九条）一方で、下級裁判所の構成については規定がないという点に注目し、下級裁判所では、憲法で規定された職業裁判官以外の者が裁判所の構成員として司法権を行使することも否定されないと解する余地がある⁽³⁹⁾。③については、裁判官の職権行使の独立の保障についても、法律に基づく裁判所による司法権行使に随伴する制約が予定されていることに鑑みれば、裁判官がその他の裁判官や裁判員の多数意見に拘束されるとしても七六条三項に違反しないと解されるとする。

いずれにせよ、司法制度改革審議会は、その意見書において、「刑事訴訟手続において、広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与することができる新たな制度を導入すべきである⁽⁴⁰⁾」として、裁判員制度の導入を提言するに至った。新たに導入される裁判員制度では、一般の国民から選任される裁判員は、事実認定のみならず、裁判官と協働して、法令の適用及び刑の量定の判断を行い、評決は法的な拘束力を有することとなった。国民の司法参加についての学説対立は、裁判員法の制定によって、一つの決着を見ることとなったといえる。

しかしながら、すでに法律が制定され、四年以内の制度実施を待つばかりの今日でも、裁判員制度に対しては、裁判官経験者などを中心に違憲説が強く主張されており⁽⁴¹⁾、また、憲法学界においても、憲法適合性や政策的妥当性に疑義を呈する向きが少なからず見られる。とりわけ、①被告人に対して裁判官のみによる裁判を選択する権利を認めず、

裁判員の参加する裁判を受容することを義務づけることと、②裁判員候補者に対して出頭する義務を課し、選任された者に対して裁判員または補充裁判員として就任し、その職務を行う義務を課すことの二点については、これまでに十分に説得的な説明がなされてこなかったためか、違憲説が強く主張されているところである。⁽⁴⁵⁾

これらの論点については、常本照樹教授や山元一教授が示唆するように、共和主義的な見地からはより説得的な正当化が可能であると思われる。本稿では、一般の司法制度改革の理念に共和主義的な要素が見られることを前章で示したところ、次節以下で、上述二点について、共和主義的憲法理論に基づき議論することとする。

(二) 被告人の裁判選択権

被告人に対して、裁判員の参加する裁判を辞退し、現行の裁判官のみによる裁判を選択する権利を認めるべきかいなかについては、司法制度改革審議会では、ほとんど実質的な議論は行われなままに、「新たな参加制度は、個々の被告人のためというよりは、国民一般にとつて、あるいは裁判制度として重要な意義を有するが故に導入するものである」との理由から、意見書ではこれを認めるべきではないとされた。⁽⁴⁶⁾ 実際に制定された裁判員法においても、二条一項一号及び二号に定める事件については、三条に該当するものを除き、すべて裁判員の参加する合議体によって取り扱われるものとし、被告人に裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）を認めていない。

戦前のわが国の陪審制度では、被告人に陪審裁判を辞退する権利を認めていた（陪審法六条）ため、次第に陪審制度が利用されなくなったという経緯がある。⁽⁴⁷⁾ 刑事裁判に裁判員が参加することの被告人に対する影響については、有利に機能するか不利に機能するか、理論上はどちらも想定されるところであるが、事実認定については、現在よりもより緩やかに行われ、また、量刑については、より重罰化の方向に働くであろうとの見解が有力である。⁽⁴⁸⁾ そうであるとするれば、裁判員制度についても、被告人に対して選択権を認めれば、戦前の陪審制度のように、裁判員の参加す

る裁判は次第に利用されなくなり、ひいては裁判員制度そのものの存立が危ぶまれることが想定されるため、制度設計において選択権を否定したのではないかということが指摘される。⁽⁴⁹⁾ 実は、政府も、選択権を認めないこととした理由として、制度の存立があるということが否定していない。⁽⁵⁰⁾

その一方で、被告人に対して、裁判の選択権を認めるべきであるとの意見は、法曹界や学界から強く主張されている。例えば、かつて、日弁連刑事弁護センターは、「わが国において従前から実施されてきた裁判官による裁判がなお存続し、新たに裁判員裁判が導入されるわけである。被告人はこのように複数の審理方式が存在する場合、自己に有利だと判断する方式を選択する権利（被告人の自律性の尊重、憲法一三条に基づく権利放棄）があるというべきである」として、被告人に裁判の選択権を認めるべきであるとの見解を示していた。⁽⁵¹⁾ また、多くの憲法・刑事法研究者が、被告人に裁判の選択権を認めない限り、憲法適合性の問題が残ると論じている。⁽⁵²⁾

では、被告人に裁判の選択権を認めないとする制度設計について、いかに解するべきであろうか。この問題は、共和主義的な理解と自由主義的な理解とでは、帰結を大きく異にすると思われる。

すなわち、自由主義を徹底する立場によれば、裁判員の参加する裁判を受けるか、裁判官のみによる裁判を受けるかについて、被告人が個人の自由な意思決定により選択できるようにすべきであるという帰結が導出されやすいであろう。なぜならば、自由主義の立場からは、司法制度改革審議会意見書のように、裁判員制度の国民一般にとつての意義ないし裁判制度としての意義、すなわち公益を重視するのではなく、むしろ裁判を受ける被告人の私的利益であるところの自己決定権をより重視することを求められるからである。また、かりに、新たに導入される裁判員制度が憲法上の問題を有していたとしても、被告人本人が選択してそれを受容することを決定したのであるから、違憲性が減殺されるという立論も可能である。⁽⁵³⁾

その一方、共和主義的な見地に立てば、裁判員の参加する裁判は、刑事事件という公共的な問題について、一般の

国民から選任された裁判官とともに協働して評議を行うという公共的討議の場として理解することができ、それは、同時に、公共的な事項を討議することを通じて参加する国民の公民的徳性を涵養する場としても期待されることとなる。この場合、司法制度改革審議会意見書における理解と同様に、被告人の権利保障よりも、国民一般にとつての意義をより重視することになるので、選択制にすることによりかかる制度そのものの存立が危ぶまれることが容易に想定される以上、制度の存続を重視し選択制を認めないとする結論も首肯しうるといふ帰結に親和的である。

(三) 裁判員等の出頭・就任義務

裁判員法は、裁判所から呼出しを受けた裁判員候補者に対して、裁判員等選任手続の期日に出席する義務を課し(二九条一項)、正当な理由がなく出頭しない場合には過料に処する(八三条一号)とする。⁽⁵⁶⁾ 裁判員等選任手続において、裁判員候補者には、裁判長の質問に回答する義務があり(三四条三項)、正当な理由なく陳述を拒み、または虚偽の陳述をした場合には、過料に処せられる(八二条)。

選任された裁判員及び補充裁判員は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務(九条一項、一〇条四項)、裁判の公正さに対する信頼を損なうおそれのある行為の禁止(九条三項、一〇条四項)、裁判員の品位を害する行為の禁止(九条四項、一〇条四項)、宣誓する義務(三九条二項)、裁判所に出頭する義務(五二条、六三条一項)を、また裁判員は、評議に出席し意見を述べる義務(六六条二項)と、裁判長の示した法令の解釈に係る判断等に従って職務を行う義務(六六条四項)を負う。これらの義務に違反した場合には、解任事由となる(四一条)ほか、宣誓の拒絶と不出頭に關しては、過料に処せられる(八三条二号、三号、四号)。

さらには、裁判員及び補充裁判員ならびにそれらの職にあつた者は、評議の秘密その他の職務上知り得た秘密を漏らしてはならないなどの義務を負い(九条二項、一〇条四項、七〇条一項)、これに違反した場合には、裁判員等の職にあるときは解任事由となる(四一条)ほか、刑罰に処せられる(七九条)。

このように、裁判員候補者、裁判員及び補充裁判員等には、さまざまな義務が課されているが、これらが憲法上の自由権を侵害するものであるかについては、なおも議論が分かれているところである。

例えば、山元教授は、「国民主権の理念を前面に押し出しつつ、強く「広く一般の国民」を義務づけようとする仕組みは、日本国憲法の考え方に反しないのであろうか。日本国憲法の基本原理を強度に自由主義的なものととらえれば、辞退しうる事由が極めて制限的であれば、制度上あるいは運用上違憲と判断される可能性もある」と述べている。⁽⁵⁷⁾ また、安念潤司教授も、裁判員等の出頭・就任義務に関して、徹底した自由主義に立つたうえで、「そもそも憲法一八条が保障する意に反する苦役からの自由を否定するものではないのだろうか」との疑問を呈している。⁽⁵⁸⁾

本来、平穩に社会生活を営む自由を享受している国民に対して、本人の望むと望まないとに関わらず、呼出しを受けた場合には裁判員候補者として出頭し、選任された場合には裁判員・補充裁判員に就任し、その職務を行う義務を課すということについては、自由主義の立場からは、十分に説得的な説明を行うことは困難であろう。さらに、裁判員等の出頭・就任義務については、日本国憲法一八条以外にも、一三条、一九条、二〇条、二一条、二二条、二九条等との関係も問題となりうる。

もつとも、自由主義の見地からは、本人の意思で裁判員等として出頭・就任する限りで憲法上の自由権との抵触の問題は生じないので、出頭・就任を辞退する自由を広汎に認めるような制度設計とすれば、憲法上の権利を過度に侵害するものとはならないともいえよう。⁽⁵⁹⁾

しかしながら、出頭・就任を辞退する自由を広汎に認めるとすれば、前述のとおり、裁判員として参加したくないとの意見が国民の多数を占めている状況においては、裁判員等として出頭・就任を希望するのは、畢竟、公民的徳性の高い一部の国民か、あるいは犯罪や裁判制度等に強い関心を抱いている者などに限られてこよう。しかしながら、

それでは、一般国民の属性と選任される裁判員等の属性との乖離が著しくなり、公正な裁判所とはいえないものもなりかねず、ひいては、そのような歪んだ合議体によって裁判される被告人の裁判を受ける権利が実質的に侵害されることも評価するというデレンマが生ずる。

一方、共和主義的な見地からは、裁判員等の出頭・就任義務をいかに評価しうるか。⁽⁶¹⁾
 古典的な共和主義の思想においては、公民にとつては、公職及び陪審裁判への参加が義務であった。そして、現代的意味での共和主義においても、憲法上の諸権利は公民としての地位 (citizenship) を保障するためのものとして再構成されうるので、国民の司法参加の制度は、(それ自身が本質的なものとして要請されるものではないものの、それが設けられるとすれば) 公民的徳性を涵養し、かつ、それを発揮するための公共的討議の場と考えられ、そこへの参加は公民として奨励される。自ら進んで裁判員になりたいと考える国民はもとより、裁判という公共的な事項への参加を希望しない国民に対しては、より一層、裁判員としての職務遂行を通じて公民的徳性を涵養することが求められるのである。⁽⁶²⁾

また、そもそも政治思想としての共和主義において、自由とは、バーリン (Isaiah Berlin) の整理した消極的自由と積極的自由という二つの概念のみならず、政治的な自由の概念をも構想する。ミラー (David Miller) によれば、「人が自由であるということは、自由な政治的共同体の公民であることを意味する。その政治的共同体とは自己統治の共同体である。これは、まず他国民による支配に服さず、次に、公民が統治における積極的な役割を果たし、そして、そこで制定される法律が人々の願望をある意味反映しているようなものを意味する。」⁽⁶³⁾ すなわち、共和主義における自由とは、公共的な事項に参加する自由であり、そのような自由の意義を理解していない国民に対しては、喪失している自由を回復するために一定の義務づけが認められる余地がある。裁判という公共的討議の場への参加こそが真の自由であるとすれば、その意義を見出せない国民に対しては、必要最小限度で裁判への参加義務を課し、自由の

発見を促進するということも、共和主義的な観点からは正当化しうるのである。

四 討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の制度設計

リープ (Ethan J. Leib) が「討議民主主義論者は、しばしば、私たちの政体における討議的制度の近似例 (proximate example) として陪審制度に目を向ける」と指摘するように、⁽⁶⁴⁾ 一般の国民から選任された陪審員が事件を評議し、評決するという陪審制度は、討議を重視する民主主義観に立つ論者にとっては、討議に基づく統治を実践するための既存の法制度の中では、最も参考となるものであるといえる。

ガステイルのいう「無作為標本によるフォーラム (random sample forums)」の一つであり、⁽⁶⁵⁾ クロスビー (Ned Crosby) の率いるジェファアソン・センター (Jefferson Center) によって行われている公共政策をめぐる一般国民による討議パネルが、「市民陪審 (Citizen Jury)」と名づけられていることから示されるように、陪審制度はまさに討議民主主義の発現と評価することもできよう。また、討議民主主義理論の実践モデルとして定評の高いフィッシュキンらによる「討論型世論調査 (Deliberative Polling)」⁽⁶⁶⁾ の構造について、リープが陪審制度と相似性を有することを指摘していることも注目値する。

このことから、討議民主主義理論が、裁判員制度のような国民の司法参加の制度を志向するという立論は可能なようにも思われる。例えば、緑大輔助教は、サンスティンの討議民主主義理論に依拠しながら、「裁判員制度は、司法機関における市民参加を実現させる点で、討議民主主義に資するものとして位置付けられうる」と述べている。⁽⁶⁷⁾

しかしながら、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義論者が、アメリカ合衆国における国民の司法参加の制度である陪審制度に対して、必ずしも好意的な議論を展開していないという事実を看過することはできない。例えば、緑

助教授が討議民主主義論者として引証するサンステインは、陪審制度に対してはきわめて懐疑的な態度をとっているということにも留意が必要であろう。

サンステインは、その著書『民主主義の制度設計 (Designing Democracy)』において、合衆国における陪審の運用に関して、討議の障害の一つである集団極性化 (Group polarization) が見られることを指摘している。⁽¹⁴⁾ ここでいう集団極性化とは、一定の集団で討議を行う場合、当初から討議参加者がもっていた選好が、討議を通じて増進され、全体としてさらに極端な結論に至ることがあるという問題である。⁽¹⁵⁾

わが国において、国民の司法参加の制度をめぐって、事実認定を (国民から選任された) 陪審員のみで行わせるべきであるという議論や、⁽¹⁶⁾ また、具体的な裁判員制度の設計にあたって、一定の場合に (裁判員のみによる) 独立評決制を認めるべきであるという議論⁽¹⁷⁾ が見られた。サンステインの討議民主主義理論によれば、おそらく、かような制度設計案は、合議体における集団極性化を容易に惹起するものとして否定的に評価されるであろう。とりわけ、報道等によつて被告人に対する処罰感情が高められた事件については、被告人の主張に対して十分な吟味がなされないおそれがある。一方、裁判員が裁判官と協働して評議を行う制度であれば、十分に訓練された裁判官が被告人の主張に対しても公平に耳を傾けるよう裁判員に注意を喚起することによって、合議体における評議が極性化することを回避しうることが期待できる。

他方、サンステインは、その著書『なぜ社会は反対意見を必要とするのか (Why Societies Need Dissent)』において、心理学者シェリフ (Muzaffer Sherif) やアッシュ (Solomon Asch) らの実験をもとに、⁽¹⁸⁾ 討議の障害としての同調 (conformity) の問題についても論じている。⁽¹⁹⁾ そこで注目すべきなのは、陪審員のみによる評議に同調効果が生じやすいことと同様に、裁判官ですら同調を行うということをも論じている点である。⁽²⁰⁾

同質の者が一定の集団で討議を行うことにより同調効果が生じるとすれば、陪審員のみで合議体や従来の裁判官のみの合議体よりも、裁判員と裁判官という異質な二者により構成される裁判員制度における合議体のほうが、より同調効果を減殺させ、実質的な討議を促進するという点で、討議民主主義に資するといえよう。

なお、合議体の構成に変化がなく、同一の合議体が長期間継続して討議を行うと、そこでは、他の構成員におもっぱかった意見形成が行われるようになり、同調が生じやすくなる。⁽²¹⁾ この集団同一感 (Group identification) 問題がわが国の裁判員制度について与える示唆は、次の二点である。すなわち、第一に、制度設計をめぐっては、裁判員を任期制とせず、事件一回限りの就任としたことは、討議民主主義の観点から評価できる。なぜならば、任期制とした場合、個々の裁判員には他の構成員から肯定的に評価されたいと思う誘引などが働き、次第に同輩集団圧力 (peer pressure) が形成され、同調効果が生じるおそれがある一方、一回限りの就任とすれば、そのような問題は生じにくいからである。第二に、運用に関して、討議民主主義の観点から、裁判の充実・迅速化が図られなければならないということが規範的に導出される。なぜならば、裁判の長期化は、裁判員の評議への集中力を減殺させるのみならず、評議をなるべく早く終結させようという方向で同調効果が過度に機能し、必要かつ十分な評議が行われぬおそれがあるからである。

五 「陶冶の企て」としての裁判員制度

本稿では、今般の司法制度改革は、わが国統治機構の改革の理念として、共和主義的な要素を加味するものに展開したものであるという見地に立つたうえで、主に、裁判員制度を中心に論じてきた。

もとより、司法制度改革については、前述のとおり、さまざまな解釈が可能であろう。あるいは、特定の政治思想に基づくものと断ずるよりも、多様な理念に基づく制度改革の総合であると解するのが妥当であるかもしれない。本

稿は、公民的徳性の涵養を重視する共和主義的憲法観に基づく解釈が唯一正当なものであると論ずるものではなく、司法制度改革についての多様な解釈理念の一つとして、共和主義的な解釈の可能性を示したにすぎない。

純然たる自由主義の立場からは正当化することが困難である二つの問題——被告人の裁判の選択権と裁判員等の出頭・就任義務——について、共和主義的な見地に立てば整合的に解釈しようというものを中心に議論した。もちろん、本稿は、これらの問題については、共和主義が合理的な解答を用意することができるということを論じたにすぎず、それが唯一の正答であるということを立証するものではない。したがって、今後展開されるであろう自由主義憲法学の見地からの解釈と、本稿のような共和主義的憲法観に基づく解釈とのいずれがより説得的であるかについての議論は、今後の課題として残されている。

また、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論から、国民の司法参加の具体的な制度設計として、わが国の裁判員制度における合議体が、(陪審員のみからなる陪審制度の合議体や、任期制の参審員と裁判官とからなる参審制度の合議体よりも) 相対的に優れているということを主張した(ただし、討議民主主義理論そのものは、国民の司法参加の制度を本質的に要請するものではない)。共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論と裁判員制度との関係は、本稿をその序論的な試論的考察と位置づけ、制度の運用に与える示唆の検討やさまざまな憲法理論に基づく批判的吟味も含め、今後、さらなる議論の精緻化に向けて努めていきたい。

共和主義的な政治体制においては、公共的な事項に能動的に参画する責務を負う国民には、公民的徳性が求められる。そして、公民的徳性を発揮する場として想定されているのが、司法制度改革審議会意見書のいうところの政治部門と司法部門という二つの「公共性の空間」である。この公共性の空間は、国民が単に公民的徳性を発揮する場にとどまらず、公民的徳性を喪失しつつある国民が能動的な参加を通じて公民的徳性を涵養する場としての意義もある。

かつて、J・S・ミル (John Stuart Mill) が陪審制度を「公共精神の学校 (school of public spirit)」と位置づけたように、国民の司法参加の制度は、能動的な政治参加の基盤となる公民的徳性を涵養するための有効な方法の一つである。その意味では、裁判員制度は、サンデル (Michael J. Sandel) の用語法にならえば、いわば「陶冶の企て」と定位することができる。

そうであるとすれば、二〇〇九年までに実施される予定の裁判員制度が現時点での国民の多くの支持を得ていないということは、次の二つの理由から、深刻な問題ではないといえることができる。

一つ目の理由は、かりに現在の国民が公民的徳性を喪失しつつあるのであれば、論理的には、導入されようとしている陶冶の企ての真意を十分に理解することが困難であろうからということである。ある特定の政策が陶冶の企てとして正当化しうるか否かは、それを通じて公民的徳性を十分に涵養された国民によって評価されるべきであろう。

なお、実効性のない似非の陶冶の企ては、陶冶されなかつた国民によって、淘汰されることになるであろう。もう一つの理由は、世論調査のような特定の政策に対する国民の直感的な判断の集計結果と当該政策の実施の可否との従属性についての、選好集計型民主主義観と討議を重視する民主主義観との理解の差異に連関する。前者の民主主義観によれば、世論調査の結果、現に国民の支持を獲得していないことが明らかかな政策は、遂行されるべきではないという議論に結びつくであろうが、後者によれば、情報が与えられ真摯な熟慮と討議を通じて国民によって十分に理解され、支持されうるような政策である限り、現に行われた世論調査で支持されていない政策を遂行することが肯定的に認められる余地がある⁽⁸⁰⁾。

もつとも、裁判員制度が、そのような、情報に基づき熟慮・討議され、理解されれば、支持されうるような政策であるか、それとも、淘汰されるべき似非の陶冶の企てにすぎないのか(つまり、裁判員制度そのものの政策的妥当性)については、本稿の射程外であるので、挙げて今後の検討課題としたい。

- (1) 裁判員法及びそれに基づく裁判員制度の概要については、後藤昭・四宮啓・西村健一・工藤美香「実務家のための裁判員法入門」(現代人文社、二〇〇四年)、池田修「解説裁判員法」(弘文堂、二〇〇五年)、辻裕教「司法制度改革概説」(6) 裁判員法/刑事訴訟法」(商事法務、二〇〇五年)を参照。
 - (2) 内閣提出の裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案(第一五九回国会閣法第六七号)は、衆議院法務委員会で修正のうえ、起立総員で可決され(第一五九回国会衆議院法務委員会議録第一九号二頁)、衆議院本会議では、異議なし採決により修正議決された(官報号外第一五九回国会衆議院法務委員会議録第二七号二頁)。衆議院送付の同法案は、参議院法務委員会では、全会一致で可決され(第一五九回国会参議院法務委員会議録第一八号二二頁)、参議院本会議では、一八〇名の議員の賛成により可決された(官報号外第一五九回国会参議院法務委員会議録第三号六頁)。参議院本会議での反対者は、二名にとどまった(いずれも無所属の会に所属する議員である)。なお、主要政党の裁判員制度に対する見解については、「裁判員制度」各党はこう考える」法学セミナー増刊Causa一一号(二〇〇四年)五五頁、工藤美香「各政党は裁判員制度をどう構想しているか」Causa一一号六二頁、中根憲一「裁判員制度」レファレンス六四〇号(二〇〇四年)七五頁を参照。ここで注目すべきなのは、制度設計についての構想は異なるものの、制度の導入そのものについては、すべての主要な政党が一致して賛成であったということである。
 - (3) 裁判員として刑事裁判に「参加したい」とする者の割合が二五・六％(「参加したい」四・四％、「参加してもよい」二一・二％)であるのに対して、「参加したくない」とする者の割合は七〇・〇％(「あまり参加したくない」三四・九％、「参加したくない」三五・一％)であった(内閣府大臣官房政府広報室「世論調査報告書・平成一七年二月調査 裁判員制度に関する世論調査(附帯：郵政民営化に関する特別世論調査・避難情報に関する特別世論調査)」(二〇〇五年)三一頁)。
 - (4) 裁判員制度は、司法制度改革審議会では、国民の司法に対する理解・支持を深め、司法がより強固な国民的基盤を得るために導入が検討され(司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書』(二〇〇一年)一一二頁)、また、裁判員法一条に、「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」ための制度であることが明確に規定されていることから示されるとおり、第一義的には司法の国民的基盤の向上を目的とするものであって、民主主義的な見地から導入されたものであるとはいえない。政府は、このほかに、裁判員制度の意義として、裁判が迅速に行われ、裁判の手続や判決が国民にとってわかりやすいものになるという効果が期待されることを挙げる(衆議院本会議における野沢太三法務大臣の答弁(官報号外第一五九回国会衆議院会議録第一五号三頁))。「裁判員制度は国民主権の理念に基づく制度であり、裁判員法の成立とそ
- の施行は、わが国の民主主義が一層実質化することを意味する」ものであるという見解もある(四宮啓「裁判員法で刑事訴訟手続と法科大学院教育はどう変わるか」法学セミナー六〇七号(二〇〇五年)二〇頁)が、政府は、一貫して、裁判員制度と国民主権ないし民主主義との関連性については認めていない。旧司法制度改革推進本部事務局参事官等による法令解説においても、その姿勢は徹底している(安東章「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の経緯と概要」法律のひろば五七巻九号(二〇〇四年)四頁、上富敏伸「法令解説 裁判員制度の創設」時の法令一七二〇号(二〇〇四年)六頁、同「裁判員制度導入のための法整備」現代刑事法六巻一一号(二〇〇四年)三四頁、辻裕教「裁判員制度」法学教室二八三号(二〇〇四年)二頁、同「法案提出に至る経緯と法案の概要」ジュリスト二六八号(二〇〇四年)四九頁)。
- (5) 例えば、長谷部恭男教授は、国民の司法参加の意義について、「第一義的にはやはりより良い司法の実現にあるはず」であり(松尾浩也ほか「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ一一四六号(二〇〇四年)九頁(長谷部恭男「発言」)、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資するという目的は「二次的な効果であって、最初から目的として正面に掲げる」ことに對しては「疑念」があると述べている(二〇頁)。そして、長谷部教授は、国民の参加によってよりよい司法制度が生まれる論拠として、多数者の英知とコンドルセの陪審定理の二つを挙げる(二四―二五頁)。なお、長谷部教授の見解については、参議院法務委員会における参考人としての同氏の意見陳述に詳しい(第一五九回国会参議院法務委員会議録第一六号)。ただし、本稿では、裁判官のみによる裁判と裁判員の参加との優劣については、検討の対象とはしない。
 - (6) 司法制度改革審議会前掲注(4)三一―三三頁。
 - (7) クリストドゥアリデニス(Emitios A. Christodoulidis)の見解は、Emitios A. Christodoulidis, LAW AND REFLEXIVE POLITICS, Kluwer Academic Publishers, 1998, p. 54 (角田猛之・石前禎幸「編訳『共和主義法理論の陥穽』(見洋書房、二〇〇二年)七四頁)。
 - (8) マデソンについては、多元主義的な解釈が支配的であったが(Robert A. Dahl, A PREFACE TO DEMOCRATIC THEORY, University of Chicago Press, 1956, pp. 4-33 (内山秀夫「訳『民主主義理論の基礎』(未来社、一九七〇年)一三―一四頁)、近年「サンステインの主張する共和主義的解釈」(Cass R. Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, HARVARD LAW REVIEW, 101, 1987, pp. 421-510, See, especially p. 431)が公法外では支持を広く受ける。
 - (9) この共和主義論争の代表的論者としては、ルイス・ハーツ(Richard M. Gummere)「ロルホ

ーン (H. Trevor Colbourn) 'ポール (Jack R. Pole) 'ベリン (Bernard Bailyn) 'クルムン・ウマン (Gordon S. Wood) など挙げられぬ。

(10) See, J. G. A. Pocock, *THE MACHIAVELLIAN MOMENT*, Princeton University Press, 1975. 公民的人文主義 (civic humanism) を鍵概念とするハローソンの政治思想については、田中秀夫『共和主義と啓蒙』(ミネルヴァ書房、一九九八年)(特に、第一部)に詳し。

(11) 大森秀臣助教は、現代的意味の共和主義を、徳性の陶冶を中心にして共和主義をとらえる立場と政治への参加を中心に共和主義を受け継ぐ立場とに大別したうえで、政治哲学としての審議的民主主義論ないし共和主義的立憲主義を後者の文脈に位置づけている(大森秀臣「法を支える政治、政治を律する法」岡山大学法学会雑誌五四巻一頁(二〇〇四年)三五頁以下)。ただし、討議民主主義(大森助教のいうところの「審議的民主主義」)は、現代においては、政治哲学としてのみではなく憲法理論としても展開されており、また、共和主義的憲法理論というときには、たしかにマイクルマンのように参加を重視する議論も盛んであるが、公民的徳性の陶冶を中心として共和主義をとらえる見解も少なくないということを、本稿では強調して指摘しておきたい。

(12) サンステインの共和主義的憲法理論については、Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, YALE LAW JOURNAL, 97, 1987, pp. 1539-90.

(13) 共和主義において、女性や奴隷は、政治的意思決定への参加が認められる公民には含まれず、その公民概念の閉鎖的な性格が、この政治思想の批判の対象となってきたことは、周知のとおりである。

(14) マイクルマンの共和主義的憲法理論については、Frank I. Michelman, *Law's Republic*, YALE LAW JOURNAL, 97, 1987, pp. 1493-537.

(15) ただし、「ここでいう裁判所は、違憲審査権の担い手としての裁判所を意味する。」

(16) 大沢秀介教授や山本龍彦講師によっても指摘されているところである(大沢秀介「熟慮民主主義をめぐる最近の議論について」田中宏・大石裕二編『政治・社会理論のフロンティア』(慶應義塾大学出版会、一九九八年)六六―六七頁、山本龍彦「アメリカ共和主義憲法理論と議員の多選制限」法学政治学論究五七号(二〇〇三年)二二―五頁(注(8))。

(17) マンスブリッジが討議民主主義論者でもなく、クリストファー・カールポウマン(Christopher F. Karpowitz)との共著論文 Christopher F. Karpowitz and Jane Mansbridge, *Disagreement and Consensus: The Need for Dynamic Updating in*

Public Deliberation, JOURNAL OF PUBLIC DELIBERATION, 1, 2005, pp. 348-64 参照。

(18) 共和主義的憲法理論と討議民主主義理論は、一方が他方を包摂するという関係に立つものではない。すなわち、共和主義的憲法理論に属する討議民主主義理論もあれば、そうでないものもある一方、討議民主主義理論の中には共和主義的憲法理論に基づくものもあれば、そうでないものもあるということである。したがって、討議民主主義理論について論じる際には、討議民主主義理論一般について議論する場合を除き、それがいかなる討議理論であるのかに注意しないと議論が錯綜するおそれがある。

(19) 例えば、サンステインに関して言えば、自らの共和主義を「自由主義的共和主義 (liberal republicanism)」と定位して 32 (Sunstein, *supra* note (12), p. 1541)。

(20) 例えば、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、一九九一年)第六章、大沢秀介「アメリカの政治と憲法」(芦書房、一九九二年)第一章―第三章。

(21) 臨時司法制度調査会設置法二条。

(22) 司法制度改革は、行政改革会議の『最終報告』(一九九七年二月)において、「政府においても、司法の人的及び制度的基盤の整備に向けての本格的検討を早急に開始する必要がある」(一〇頁)として、その必要性が示唆されていたところであったが、さらに、その後、政党(自由民主党司法制度特別調査会)、経済団体(経済同友会)、経済団体連合会、労働団体(日本労働組合総連合会)、政府機関(経済戦略会議)、行政改革推進本部規制緩和委員会)らによって、総合的な取り組みが求められ、こういった一連の動きを受けて、一九九九年七月に司法制度改革審議会が設置された。

(23) 司法制度改革審議会設置法二条一項。

(24) 司法制度改革審議会前掲注(4)九頁。

(25) 司法制度改革審議会前掲注(4)四頁。

(26) 司法制度改革審議会前掲注(4)五頁。

(27) 司法制度改革審議会前掲注(4)八頁。

(28) 例えば、小沢隆一教授は、今般の司法制度改革を「新自由主義的政策理念」に基づくと評し、痛烈に批判する(小沢隆一「司法制度改革審議会」中間報告)の憲法論的検討「静岡大学法政研究五巻三・四号(二〇〇一年)一六七頁」。同様の理解に立つものとして、久保田稷「市場経済推進の司法改革の問題性」法律時報七二巻一号(二〇〇〇年)四八頁、

- 渡辺治「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」法律時報七二巻二二号(二〇〇〇年)一〇頁、土田和博「新自由主義的司法制度改革と憲法原理」法律時報七三巻六号(二〇〇一年)一五頁などがある。
- (29) 例えば、安念潤司教授は、徹底した自由主義に立つたうえで、今次の司法制度改革を「反自由主義的改革」と評価している(安念潤司「自由主義者の遺言」藤田宙晴・高橋和之編「憲法論集」(創文社、二〇〇四年)三六九頁)。特に、裁判員制度について、安念教授は、これが「良いもの、正しいものであり、しかもそれは、個人の選好とは無関係に国家公共にとって「良い」ものであるから、個人の選択の自由などはじめから問題とはならず」に導入されるものであるとして、「反自由主義のモニュメント」であると論ずる(三八六頁)。
- (30) とりわけ、裁判員制度に関しては、「二一世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている」(司法制度改革審議会前掲注(4)一〇一頁)ことを背景として議論が展開されていることに注目されたい。
- (31) 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁「司法制度改革」(有斐閣、二〇〇二年)一九頁。
- (32) 例えば、佐藤幸治「憲法とその「物語」性」(有斐閣、二〇〇三年)三五頁、一四一頁、一七九頁など。
- (33) 佐藤教授は、「毛利教授が、……「共和主義」を標榜して「市民」を自らの憲法論の中心に据えようとするカス・サンステインの「熟慮」討議民主主義」(deliberative democracy)に注目するとともに、そのような場の構築についての現実的理論として、ユルゲン・ハーバーマスの所説……に手がかりを得ようとしておられるのが興味を惹きます」と述べている(佐藤前掲注(32)一一六頁)。
- (34) 法学協会編「注釈日本国憲法下巻」(有斐閣、一九五四年)一一二八頁。
- (35) 宮沢俊義・戸部信喜「全訂日本国憲法」(日本評論社、一九七八年)六〇〇頁、清宮四郎「憲法Ⅰ(第三版)」(有斐閣、一九七九年)三四五頁。
- (36) 衆議院予算委員会第一分科会における賀集唱法務省大臣官房司法法制調査部長の答弁(第八〇回国会衆議院予算委員会第一分科会議録第二号二頁)。
- (37) 佐藤幸治「憲法(第三版)」(青林書院、一九九五年)三〇九頁。
- (38) 国民の司法参加の制度の憲法適合性の議論については、さしあたり、常本照樹「司法権」公法研究五七号(一九九五年)六六頁、笹田栄治「裁判制度」(信山社、一九九七年)第四章を参照。
- (39) 常本照樹「国民の司法参加と憲法」ジュリスト一一九八号(二〇〇一年)一六〇頁、長尾一紘「裁判員制度と日本国憲法」現代刑事法三二号(二〇〇一年)二九頁、棟居快行「裁判員」制度の憲法問題」月刊司法改革二〇号(二〇〇一年)三〇頁、市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報七六巻一〇号(二〇〇四年)四一頁、香城敏磨「裁判員制度の合憲性」現代刑事法六巻五号(二〇〇四年)二四頁、松尾ほか前掲注(5)八頁―二四頁(松尾浩也、長谷部恭男、戸松秀典、高木俊夫、椎橋隆幸)発言、市川正人ほか「座談会 裁判員制度の可能性と課題」法律時報七七巻四号(二〇〇五年)一三一―一五頁(常本照樹)発言、笹田栄司「裁判員制度と日本国憲法」法律時報七七巻四号二四頁。
- (40) ただし、憲法が職業裁判官を下級裁判所の基本的あるいは不可欠の構成要素としていると解される(第五一回司法制度改革審議会(二〇〇一年三月三日)における井上正仁委員の発言、井上正仁「訴訟手続への新たな参加制度」(骨子(案)について(補足説明))」(第五一回司法制度改革審議会資料)、長沼範良ほか「鼎談・意見書の論点④ 国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト二〇八号(二〇〇一年)一四〇頁(井上正仁)発言、第六回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会(二〇〇二年九月三日)での議論、市川前掲注(39)四二頁など)とすれば、事実認定作用を実質的意味の司法権の概念に含めないという限りは、事実認定作用を陪審員が独占する陪審制度の導入はできないし、また、裁判員制度の下で評議・評決から裁判官を排除する独立評決制を認めることもできないことになる。
- (41) 裁判所法四条、一八条、二六条二項、七七条等参照。
- (42) 司法制度改革審議会前掲注(4)一〇二頁。
- (43) 裁判官経験者による裁判員制度に対する違憲論としては、大久保太郎元判事によって判例時報誌上で展開されている一連の裁判員制度の批判的研究(「司法制度改革審議会の審議に寄せて」一六七八号(一九九九年)三五頁、「同(統)」一七〇七号(二〇〇〇年)三四頁、「司法制度改革審議会の中間報告を読んで」一七三三―一七三五号(二〇〇一年)三七頁、「裁判員制度案批判」一七五〇号(二〇〇一年)一五頁、「同(統)」(下)一七三二号(二〇〇二年)三頁、「同(統)」(下)一七七四号(二〇〇二年)三頁、「裁判員制度案批判補説」一八二〇号(二〇〇三年)三頁、「裁判員制度立法化への根本的疑問(上)」一八二五号(二〇〇三年)二四頁、「同(下)」一八二六号(二〇〇三年)二〇頁、「裁判員制度法案に見る刑事訴訟法の墮落」一八四八号(二〇〇四年)三頁、「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性(上)一八八三号(二〇〇五年)三頁、「同(下)」一八八四号(二〇〇五年)三頁)や、西野喜一教授の議論(「日本国憲法と裁判員制度(上)」判例時報一八七四号(二〇〇五年)三頁、「同(下)」一八七五号(二〇〇五年)三頁)が注目される。なお、「裁判員制度に反対する会

の意見書」判例時報一八四四号(二〇〇四年)三頁も参照。

(44) 安念前掲注(29) 三八二頁、奥村文男「裁判員制度の批判的考察」憲法論叢一一号(二〇〇四年)一頁、香城前掲注(39) 二九頁。

(45) 大久保前掲「裁判員制度立法化への根本的疑問(上)」二五―三〇頁、安念前掲注(29) 三八―三六頁、西野前掲「日本国憲法と裁判員制度(下)」一一―一三頁。

(46) 市川ほか前掲注(39) 一七頁(常本照樹Ⅱ発言)、山元一「司法権」法学セミナー五九三号(二〇〇四年)三〇頁。いずれも、日本国憲法の前提とする国民について共和主義的な公民像を觀念するとすればという仮定的な条件を付したうえでの議論であり、その仮定についての論証は一切なされていない(論者がかかる議論に与するかいなかも、明示されていない)。本稿では、そもそも日本国憲法の基本原理として共和主義的な要素を認めるかいなかにについては論ずるものではないが、前章で述べたとおり、少なくとも今般の司法制度改革には共和主義的な理念が包含されており、したがって、この改革の発現の一つである裁判員制度についても、共和主義的観点からの解釈が可能であるとしたうえで、以下、議論を展開することとする。

(47) 司法制度改革審議会第一七回(二〇〇〇年四月一七日)、第三〇回(九月二日)、第三一回(九月八日)、第三二回(九月二六日)、第四三回(二〇〇一年一月九日)、第四五回(一月三〇日)、第五一回の議事録参照。審議会において選択権をめぐる議論が不十分であったことを指摘するものとして、笠松健一「裁判員制度のあるべき姿」法と民主主義三六七号(二〇〇二年)二二―二四頁。

(48) 司法制度改革審議会前掲(4) 一〇六頁。

(49) その結果、陪審制度は、施行後一五年で停止されるに至った。なお、陪審制度が国民に深く浸透しなかった理由については、最高裁判所事務総局刑事局Ⅱ監修「我が国で行われた陪審裁判」(司法協会、一九九五年)二四六―二七三頁。

(50) 例えば、椎橋隆幸教授は、「裁判員制度の下では、事実認定は従来よりラフなものになり、また、量刑は重くなる可能性がある」という(椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」廣瀬健二・多田辰也Ⅱ編「田宮裕博士追悼論集下巻」(信山社、二〇〇三年)一三三頁)。特に、量刑については、「国民が一般に現在の量刑が軽く、それを不満と考えているのであれば、国民の意識を反映した場合、量刑は重くなることが予想される」(同書一七八頁)ため、被告人に選択権を認めた場合には、多くの被告人は裁判員の参加する裁判よりも裁判官のみによる裁判を選択することが予想されるという。なお、裁判

官のみによる裁判と裁判員の参加する裁判との量刑の格差について注目するものとして、本庄武「裁判員の量刑参加」一橋論叢一二九巻一号(二〇〇三年)二二頁。

(51) 西野前掲「日本国憲法と裁判員制度(下)」一二頁。

(52) 衆議院法務委員会における山崎潮司法制度改革推進本部事務局長の答弁(第一五九回国会衆議院法務委員会議録第一二二頁)。「山崎事務局長は、「やはり辞退の権利を与えるということになりますと、利用されなくなる、そういう心配も片やあったと思います」、「それ(被告人に選択権を認めること)筆者注」を仮にした場合、戦前と同じような失敗を繰り返す可能性もある。両方の理由もあつたんだらうというふうには私は思っています」と述べている。

(53) 日弁連刑事弁護センター「裁判員制度の制度設計」(二〇〇二年)。そのほかに、藤浦龍治「陪審制度の実現を求めて」戒能通厚Ⅱ監修「みんなで考えよう司法改革」(日本評論社、二〇〇一年)一三六頁、秋山賢三「あいまいな妥協の産物」法と民主主義三六七号(二〇〇二年)一三頁、五十嵐二葉「刑事司法改革はじめの一步」(現代人文社、二〇〇二年)一二六―一三〇頁など。

(54) 伊藤眞ほか「座談会 司法制度改革審議会中間報告をめぐって」ジュリスト一一九八号(二〇〇一年)六二頁(高橋和之Ⅱ発言)、安念前掲注(29) 三八二頁、三八九頁、香城前掲注(39) 二九頁、松尾ほか前掲注(5) 一八頁―一九頁(椎橋隆幸、戸松秀典Ⅱ発言)、三井誠ほか「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト一二六八号(二〇〇四年)四四頁―四五頁(佐藤文哉Ⅱ発言)、西野前掲「日本国憲法と裁判員制度(下)」一二頁など。なお、先に挙げた椎橋教授は、「裁判員が加わった裁判がラフな事実認定と重い量刑の結果となる恐れがある場合に、現在既に被告人に保障されている裁判官による裁判(精密な事実認定と公平で統一した基準による量刑)を受ける権利を奪うことには大きな疑問がある。国民一般にとって、あるいは裁判制度として重要な意義を有するという理由は、被告人が現在有している裁判官のみによる裁判を受ける権利・利益を奪う正当な根拠としては十分とは思われない」(椎橋前掲注(50) 一二九―一三〇頁)と述べる。

(55) 前注。このような見解に対する反論として、三井ほか前掲注(54) 四五頁(井上正仁Ⅱ発言)。

(56) そのほかに、裁判員候補者には、裁判所による質問票に回答する義務があり(三〇条)、これに虚偽の記載をして裁判所に提出した場合には、刑罰または過料に処せられる(八一条、八二条)。

(57) 山元前掲注(46) 三〇頁。

(58) 安念前掲注(29) 三八三頁。

- (59) 裁判員法一六条七号は、辞退事由の一つとして「その他政令で定めるやむを得ない事由」と定めるが、政府は、政令で定める事由の一例として、思想・良心の自由等の憲法上の権利に基づくものを予定しているようである(衆議院法務委員会における野沢法務大臣の答弁(第一五九回国会衆議院法務委員会議録第一〇号一〇頁))。
- (60) 安全前掲注(29)三八九頁。
- (61) アリストテレス(牛田徳子=訳)『政治学』(京都大学学術出版会、二〇〇一年)一一四頁(ニッカー版アリストテレス全集による二七五a-b頁)。
- (62) Cass R. Sunstein, 'THE PARTIAL CONSTITUTION', Harvard University Press, 1993, p. 136.
- (63) 緑大補助教授も、サンスラインの討議民主主義理論から、裁判員等の出頭・就任義務を正当化する(緑大輔「裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」」『橋法学』二巻一号(二〇〇三年)三〇五頁)。ただし、討議民主主義理論と裁判員制度との関係については、後述するようだが、緑大教授と筆者とは見解を大きく異にする。
- (64) David Miller, *Introduction*, David Miller ed., Liberty, Oxford University Press, 1991, p. 3.
- (65) Ethan J. Leib, *DELIBERATIVE DEMOCRACY IN AMERICA*, Pennsylvania State University Press, 2004, p. 89.
- (66) John Gastil, *BY POPULAR DEMAND: REVITALIZING REPRESENTATIVE DEMOCRACY THROUGH DELIBERATIVE ELECTIONS*, University of California Press, 2000, p. 124.
- (67) James S. Fishkin, *THE VOICE OF THE PEOPLE: PUBLIC OPINION AND DEMOCRACY*, Yale University Press, 1995.
- (68) Leib, *supra* note (65), pp. 92-95
- (69) 緑前掲注(63)三一九頁。
- (70) Cass R. Sunstein, *DESIGNING DEMOCRACY*, Oxford University Press, 2001, p. 36.
- (71) Cass R. Sunstein, *REPUBLIC.COM*, Princeton University Press, 2001, p. 65.
- (72) 例えば、日本弁護士連合会「陪審制度の美現に向けての提言」(二〇〇〇年)五七頁。
- (73) 例えば、日弁連司法改革実現本部「裁判員制度」の具体的制度設計要綱」(二〇〇一年)五二頁。
- (74) Cass R. Sunstein, *WHY SOCIETIES NEED DISSIDENT*, Harvard University Press, 2003. *See, especially* Chapters 1-4. なお、本書を紹介するものとして、孝忠延夫・小林直三・奈須祐司・大江一平・辻雄一郎「キヤス・R・サンスライン著『なぜ社会は反対意見を必要とするのか(一)』」関西大学法学論集五四巻六号(二〇〇五年)二四二頁「同(二・完)」五五巻一号

(二〇〇五年)二六三頁がある。

- (75) *Ibid.*, p. 166. ただし、ここでは、アメリカ合衆国における裁判官に関して論じられているため、裁判官の所属政党または任命者の政党を任命した議論が展開されている。
- (76) *Ibid.*, p. 28.
- (77) John S. Mill, *CONSIDERATIONS ON REPRESENTATIVE GOVERNMENT*, Parker, Son, and Bourn, 1861, p. 68 (水田洋=訳「代議制統治論」(岩波書店、一九九七年)九六頁)。なお、John S. Mill, *ON LIBERTY*, J.W. Parker and Son, 1859, pp. 196-97 (塩尻公明・木村健康=訳「自由論」(岩波書店、一九九一年)一一八頁)も参照。
- (78) Michael J. Sandel, *DEMOCRACY'S DISCONTENT: AMERICA IN SEARCH OF A PUBLIC PHILOSOPHY*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996, pp. 323-24. ただし、陶冶の企てがサンデルの考える共和主義の独占物ではなく、そのことを指摘するものとして、駒村圭吾「公民的共和制構想と価値衝突」白鷗法学九号(一九九七年)一三二頁以下。
- (79) 民主主義理論を嗜好集計型 (aggregative democracy) と討議型 (deliberative democracy) とを二分するとう考え方は、この二つは、ヤング (Iris M. Young) やガットマン (Amy Gutmann) ムンソン (Dennis Thompson) の議論を詳しう (See, Iris M. Young, *INCLUSION AND DEMOCRACY*, Oxford University Press, 2000, pp. 18-26; Amy Gutmann and Dennis Thompson, *WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY?*, Princeton University Press, 2004, pp. 13-21)。なお、阪口正二郎「リベラリズムと討議民主政」公法研究六五号(二〇〇三年)一一七一―一九頁を参照。
- (80) 裁判員制度が陶冶の企てとして妥当か否かについては、本文中で既に述べたとおり、それが実効的であれば、陶冶された国民によって支持されるであろうし、そうでなければ、陶冶されなかった国民によって淘汰されるであろう。もっとも、制度を実施する以前に、実験的にその実効性を推計することもできる。その方法の一つが、前述の討議型世論調査である。これは、国民の直感的な意見を集計する通常の世論調査とは異なり、一般の国民を社会的に代表するように抽出した被験者を集め、十分な情報を与え、熟慮し討議する場を設けたうえで、その嗜好を調査するものである。もっとも、被験者に対して情報を与え、熟慮し討議させる過程が加わるので、理論的には、社会調査法上の世論調査には含まれない。なお、この討議型世論調査は、サンスラインによっても肯定的に評価されている (Sunstein, *supra* note (71), pp. 84-87; Sunstein, *supra* note (74), pp. 163-65)。また、マッカーレンの協力を得て「討議の日 (Deliberation Day)」構想を通じて発展している (Bruce Ackerman and James S. Fishkin, *DELIBERATION DAY*, Yale University Press, 2004) は、公法学の見地から特

に注目される。

柳瀬 昇(やなせ のぼる)

所属・現職 慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科後期博士課程

慶應義塾大学総合政策学部非常勤講師

慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本公法学会、日本公共政策学会、日本法政学会

専攻領域 憲法学、立法政策論

主要著作

「熟慮と討議の民主主義理論——公法理論と政治理論との架橋に向けての試論的考察——」『法学政治学論究』第五八号(二〇〇三年)

「情報通信技術の発達と投票システム改革の可能性——二〇〇〇年アリ

ゾナ州民主党大統領予備選挙におけるインターネット投票をめぐる法的・政治的議論を通じて——」『法学政治学論究』第六一号(二〇〇四年)