

法政論叢 第42卷 第2号
二〇〇六年五月一日発行 抜刷

裁判員候補者の予断と裁判員等選任手続

— 続・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

裁判員候補者の予断と裁判員等選任手続

——統・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 本稿の射程

共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論(Deiberative democracy)が、裁判員制度の運用に関していかなる示唆を与えるのかについて、論ずる。本稿では、特に、裁判員候補者の予断が裁判員の参加する裁判に与える影響に注目し、裁判員及び補充裁判員の選任手続における当事者の不選任請求のあり方と、候補者に対して予断を生じさせうる事件報道への規制の可否の二点を中心に検討することとする⁽¹⁾。

本稿において裁判員制度を検討する際の基本的な理論枠組みである討議民主主義理論⁽²⁾そのものについては、その詳細な検討は別稿に譲るとして、およそ、公共的な事項の決定にあたっては、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好を重視すべきであるとする民主主義観と暫定的に説明したうえで、議論を進めていく。もとより、この新しい民主主義理論は、今日ではもはや一言では概括できないほど多様な理論を包摂するものであるが、少なくとも、個人の加工されていない直感的な生の選好を集計し、その最大化を図るべく、公共的な事項が決定されるべきであるとする、多元主義に基づく選好集計型の民主主義(aggregative democracy)理論への対抗理論であるという点では争いはない。以下では、その理論群のなかでも、特に共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に依拠して、議論を展開していくこととする。

共和主義的討議民主主義理論に基づき裁判員制度を検討することの意義については、すでに前稿⁽³⁾で詳述したが、要するに、今般の司法制度改革の基本理念に、国民に対して、統治客体意識から脱却し、統治主体意識を涵養するべきであるという姿勢が色濃く出されている点に、その妥当根拠を発見できるということが挙げられる。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思想を読み取ることができる。さらに、「公共性の空間」の一つである司法権の担い手としての裁判所⁽⁴⁾が、公共的討論の場として定位されていることとあわせて考えれば、この改革により導入されることとなった裁判員制度は、「公共的討議の場」を構築するものとして、共和主義的討議民主主義理論に基づき検討しうるものであると考える。

二 ゲームとしての裁判員等選任手続

裁判員制度が実施された場合、実務上は、裁判員等の選任手続が当事者にとって、きわめて重要になる。しかしながら、この選任手続については、施行を三年に控えた現時点でも、制度そのものもいまだに確定していない部分が多く、また、研究もあまり進んでいない⁽⁵⁾。本節では、裁判員の選任手続に関して、特に裁判員候補者に対する不選任請求の行使について、合理的な行為主体を前提として予想される運用について述べたうえで、討議民主主義理論がいかなる示唆を与えるかについて検討することとする。

従前の刑事裁判制度においては、検察官または被告人(及びその弁護人)は、裁判における裁定者である裁判官を選挙する余地はなかった⁽⁶⁾。しかしながら、裁判員制度導入後は、合議体の構成員のうち、裁判員六人に関しては(補充裁判員が置かれる場合には、それに加えて補充裁判員二人についても)⁽⁷⁾、複数の裁判員候補者の中から任意の者を排除するという消極的な形であるにせよ、選挙できるようになる。すなわち、刑事裁判制度に裁判員等選任手続という新たな過程が加わることによって、当事者に、裁判における裁定者を選択する機会が制度上認められるようになる。この裁判員等選任手続は、複数の意思決定ないし行為の主体(プレーヤー)が存在し、それぞれ一定の目的の実現を目指して相

互に依存し合っている状況であることから、ミクロ経済学の用語法を借りれば、「ゲーム的状况 (game situations)」と評価することができよう。⁽⁸⁾

裁判員法の定める裁判員等選任手続は、次のような三段階ゲームとして考えることができる。検察官プレーヤーは、被告人の有罪を立証し、被告人プレーヤーは検察官の立証を反駁するという、それぞれ明確な目的をもち、可能な限り自己の目的を達成するように行動を選択することを前提とする。⁽⁹⁾

第一段階のゲームでは、検察官、被告人及び弁護人の各プレーヤーが、衆議院議員の選挙権を有しない者(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下では、「裁判員法」と略する) 一三条)、欠格事由(一四条)、就職禁止事由(一五条)もしくは事件に関連する不適格事由(一七条)に該当する者、またはその他不公平な裁判をするおそれがあると認めうる裁判員候補者(一八条)に対して、不選任の請求を行う。この理由付き不選任請求は、検察官プレーヤー及び被告人プレーヤーの行使回数に上限がない。もっとも、各当事者プレーヤーの請求が常に認容されるとは限らず、裁判所が、検察官、被告人もしくは弁護人の請求によりまたは職権で、各事由に該当する者または不公平な裁判をするおそれがあると認めた場合に限り、当該候補者について不選任の決定をすることとまる(三四条四項)。つまり、第一段階のゲームは、請求の合理性を判断する裁判官もゲームのプレーヤーとなる三人ゲームである。

第二段階は、検察官及び被告人の各プレーヤーが、それぞれ四人を上限として、任意の裁判員候補者に対して理由を示さない不選任の請求を行うゲームである(三六条一項、二項)。不選任請求の行使回数に上限があるものの、行使方法に制限はなく、また、この理由なし不選任請求がなされた場合には、裁判所は、必ず当該候補者に対して不選任の決定をしなければならない(三六条三項)。

第三段階は、不選任の決定がなされなかった裁判員候補者のうち、裁判員等選任手続の期日に出頭した者の中から、無作為に六人の裁判員を選任する過程である(三七条)。プレーヤーは、自然(nature)である。

裁判員候補者として呼び出すべき員数は、審判に要すると見込まれる期間その他の事情を考慮して裁判所が決定するものとされており(二六条二項)、現時点では、具体的な員数は想定しがたい。かりに裁判所が呼び出す候補者の員数を五〇人とし、第二段階で検察官及び被告人が各四人ずつ不選任請求を行うと仮定すると、残された候補者は七分の一の確率で裁判員に選任される(呼出しに応じない候補者や第一段階で不選任の決定がなされた者がいる場合には、裁判員に選任される確率はより高まる)。候補者は、最終的に七分の一の確率で裁判員に選任されるが、任意の候補者につき不選任の決定がなされれば、当該候補者は確実に裁判員には選任されなくなる。したがって、この不選任請求をいかに効果的に行使するかが、訴訟の結果に大きく影響する。⁽¹⁰⁾

本稿では、以下、当事者の不選任請求が任意の候補者の不選任決定に直結する第二段階のゲームを中心に検討することとする。

両当事者プレーヤーがとりうる行動は、任意の候補者につき不選任請求を行うことである。ゲームの構造を複雑化させないため、ここでは、被告人の有罪・無罪の決定という側面についてのみ検討することとし(したがって、プレーヤーの目的は完全に相反するので、ゼロ和ゲームとなる)、⁽¹¹⁾ また、各当事者プレーヤーは候補者がいかなる考えをもっているかの情報を完全に有しているということを仮定する。

各当事者プレーヤーの戦略は、より強い先入観をもった候補者(任意の候補者が被告人について確率 p で有罪であると考えるとき、二分の一に対する p の差の絶対値がより大きい候補者を指す)に対して、請求を行うということ(戦略1)と、より自己に不利な判断をしそうな候補者(検察官プレーヤーにとっては、 p の値のより小さい候補者を、被告人プレーヤーにとっては p の値のより大きい候補者を、それぞれ指す)に対して、請求を行うということ(戦略2)の二つが考えられる。戦略1は、より公正な判断をする候補者が裁判員に選任されることが望ましいという理解を前提に、各当事者にとって自己に有利に判断しそうであるかいなかに関わらず、より強い先入観をもつ候補者を排除するべく不選任請求を行うことである(自己に有利に判断しそうな候補者であっても、それが不当に強い先入観であれば、当該候補者に対して不選任請求を行うことになる)。一方、戦略2は、公正な裁判の実現よりも有罪または無罪という訴訟の

結果を重視して、より自己に有利に判断する候補者が裁判員に選任されるよう、不利な先入観をもつ候補者を排除するべく不選任請求を行うことである。

なお、両当事者プレーヤーが、実体的真実を発見することこそが刑事訴訟の最大の理念であるとしたうえで、能力の高いより公正な裁判員が選任されることが望ましいと考え、戦略1を採用することで合意することは、通常は考えられない。プレーヤーは自己の利得の最大化を目指す合理的な行為主体であるということ的前提とすると、プレーヤー間のコミュニケーションの可能性はほぼなく、かつ、拘束力ある合意を締結する提携 (coalition) が形成される期待可能性がないからである。

では、各当事者プレーヤーにとって評決時に自己に有利な判断をする候補者が裁判員として選任される数を利得としたとき、一見すると、自己に不利な先入観をもつ候補者に対して請求を行う戦略2が最適戦略になるように考えられる。もちろん、理論上は、候補者の有罪予断確率の分布が一樣分布や正規分布など対称的なものであれば、各プレーヤーの不選任請求の回数は同数であるから、互いに不利な先入観をもつ候補者が相殺されることにより、結果的により先入観をもたない公正な判断をする候補者が残りやすくなる。しかしながら、実際には、候補者となる一般の国民は、通常、被疑者が逮捕され、検察官による公訴の提起がなされれば (そして、それが報道機関等によって報道されれば)、有罪であろうという先入観が醸成されるから、有罪予断確率の分布は常に右にひずむ。特に、報道機関等によって、被疑者・被告人に対して厳しい論評がなされればなされるほど、有罪予断確率の分布は右にひずむ。

したがって、この利得表において、二行二列が均衡解となるとは必ずしもえない。例えば、有罪予断確率の分布が対称的な場合であれば、戦略2がそれぞれ支配戦略となり、二行二列のセルがナッシュ均衡になるとしても、多くの候補者が被告人の有罪を確信しているような場合では、分布が過度に右にひずんでいるため、被告人プレーヤーにとっては、もはや実効的な戦略はない。つまり、各当事者プレーヤーの利得は、有罪予断確率の分布に強く依存する。

ここまでは、各当事者プレーヤーは候補者がいかなる考えをもっているかの情報を完全に有しているという仮定して議論してきた。しかしながら、実際には、候補者がいかなる考えをもっているかの情報を、各当事者プレーヤーは有していない。そこで、各当事者プレーヤーは、候補者の社会的属性や、事前の質問票 (裁判員法三〇条) 及び選任手続における裁判長による質問 (三四条) に対する回答から、それぞれ推論して各候補者の考え方の情報を獲得していくことになる。

合理的なプレーヤーを前提とする限り、各当事者プレーヤーにとっては、自己に有利な先入観をもつ候補者が選任されることを望ましく、したがって、実際には、自己に不利な先入観をもつ候補者のみに対して不選任請求を行うこととなるであろう。しかしながら、公正な裁判の実現という観点からは、有利か不利かに関わらずより先入観をもたない候補者が選任されることが、本来は望ましい。先述のとおり、プレーヤー間の提携の形成が期待できない以上、選任手続の第二段階は、両当事者が互いに自己に不利な判断をしそうな候補者のみに対して不選任請求を行うものである。うえで、第一段階において、裁判所が、裁判員法三四条四項の「不公正な裁判をするおそれのある者」の不選任を積極的に認容することを通じて、より強い先入観をもった候補者を排除することが、公正な裁判を実現するという観点からは求められよう。

ところで、このようなゲーム理論的思考実験に対して、討議民主主義理論は、一つの示唆を与える。すなわち、ここまでの議論では、裁判員候補者のもつ先入観は公判において不変であり、裁判員として評決する際に示す判断と同一であるということ仮定してきた。しかしながら、討議民主主義理論は、獲得した情報 (ここでは、証拠) を吟味し、熟慮や討議の過程 (ここでは、評議) を通じて、人々の選好は変容しうるという選好の変容可能性 (ないし可塑性) を前提としている。討議民主主義理論は、これまでの候補者の先入観の所与不変性を前提としたモデルに対して、選好の変性係数の検討の必要性を主張することになる。つまり、ゲームは、実は、きわめて複雑なものになる。

したがって、各当事者プレーヤーは、自己に有利か不利かという候補者の先入観のみならず、候補者の選好の変容可能性をも考慮したうえで、不選任請求を行うことが求められる。任意の候補者について、その選好の変容可能性にも

注目しなければならぬが、もっとも、この値も、有罪予断確率と同様に、各当事者プレーヤーは不知である。

両当事者プレーヤーにとって、この値がきわめて大きい候補者は、事前に自己に有利な選好を形成していたとしても、それがきわめて可塑的であるために、弁論の成否等によっては、逆にきわめて容易に自己に不利な選好を形成するおそれがある。一方、この値がきわめて小さい候補者は、所与の選好が自己に有利なものであれば、弁論の成否に関わらず、評決時に有利な判断を示す裁判員となりうる。つまり、合理的なプレーヤーを前提とすれば、当事者は、候補者の所与の選好と選好の変容可能性とを衡量しながら、不選任の請求を行うこととなるであろう。

三 対象事件に関する報道等への規制の可否

裁判員の参加する裁判の対象となる刑事事件に関して、報道機関等が、一方当事者に対して不当に公正を欠く報道や論評を行えば、潜在的な裁判員候補者であるところの一般国民に、事件について先入観ないし偏見を生じさせることになる。つまり、公正を欠く報道や論評は、候補者の有罪予断確率を変化させる因子である。そこで、この確率が過度に一方に振り切れないようにこの因子を調整する必要性が生じるが、その方法の一つが、対象事件に関する報道や論評を規制することである。本節では、対象事件に関する報道等への規制の可否について、討議民主主義理論の観点から応答する。わが国では、これまで、刑事事件の裁判は職業裁判官のみにより担われていたため、刑事事件に関する報道や論評が裁判の結果に直接的な影響を及ぼす危険性は、あまり認識されていなかった。それは、裁判官が偏見をもち、または予断を形成してもよいということの意味するものではないことは、起訴状一本主義が採られていること（刑事訴訟法二五六条六項）からも明らかである。裁判官は、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠のみによって心証を形成しなければならず、訓練された職業裁判官であれば、報道等に触れたとしてもそれによって予断が形成されることはなしいということが当然視されていたためであろう。しかしながら、一般の国民が裁判員として刑事事件の裁判に参加するようになれば、報道機関等による報道や論評など、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠以外の情報が裁判員の

心証形成に影響することも考えられるため、そこで、潜在的な裁判員候補者である国民一般に対して、対象事件に関して偏見・予断を生じさせないよう、報道機関による報道や論評を規制すべきかいなか議論されるようになる。

たしかに、報道の自由は、民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の知る権利に奉仕するものであり、これは、表現の自由を規定した憲法二一条によって保障される。しかしながら、公正な刑事裁判を実現することも、国家の基本的要請である。⁸⁰⁾

司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会において、当初、裁判員法に、「裁判の公正を妨げる行為の禁止」として、裁判員、補充裁判員または裁判員候補者に事件に関する偏見を生ぜしめる行為その他の裁判の公正を妨げるおそれのある行為の禁止と、報道機関に事件に関する偏見を生ぜしめないように配慮義務を課す規定を設けること（ただし、罰則は設けない）が検討されていた。⁸¹⁾しかしながら、報道関係団体等が一齐にこれに反発したところ、日本新聞協会や日本民間放送連盟等による自主的努力の取組みなどを受け、検討会での議論と与党内での調整の結果、このような規定は裁判員法には盛り込まれないこととなった。⁸²⁾

しかしながら、前述の通り、対象事件に関する公正を欠く報道や論評が候補者の有罪予断確率を変化させる因子であることにかんがみると、公正な報道・論評がまったく無制限になされるとすれば、被告人にとって、公正な裁判を受ける権利が著しく侵害される状況が招来されることも想像に難くない。

この点、国民の司法参加の制度を設けている諸外国では、陪審裁判ないし参審裁判の対象となる刑事事件に関する報道について、(一)英国やオーストラリア連邦などのように、法律により直接的に規制を行うもの、(二)ドイツ連邦共和国やスウェーデン王国などのように、報道機関等による自主規制に委ねるもの、(三)アメリカ合衆国のように、法律による規制も報道機関による自主規制も行わないものとの、大きく三つに類型化できる。

わが国での議論に関して、このような諸外国の事件報道規制の態様を参考にすることも、十分に検討に値しよう。しかしながら、裁判員制度は、特定の国の陪審ないし参審制度を継受したのではなく、陪審でもなく参審でもない独自

の制度として設計されたものである以上、比較法的検討の素材の選択が困難である。

ところで、討議民主主義理論においては、公共的な事項の検討ないし決定にあたっては、その前提として、討議参加者に対して当該事項に関して判断を行うのに十分な情報が与えられることが規範的に求められる。しからば、対象事件に関する報道規制は、裁判員が評議⁸⁴ 討議を行うのに障害となりうるものであるといえるであろうか。

そもそも、裁判員において、裁判員に与えられるべき判断の素材となる情報は、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠のみである。したがって、かりに対象事件に関する報道が一切禁止されたとしても、情報は法廷で示されさえすれば、裁判員にとっては、評議に必要な情報の供給がなされているといえる。公正な裁判の実現という法益を徹底して重視すれば、対象事件に関する報道や論評を一切禁止することも認められないことはない。

しかしながら、このような理解に立ったうえででもなお、討議民主主義理論の観点からは、対象事件に関する報道について厳格な規制をすべきであるというような直線的な議論を妥当とは考えない。

なぜならば、刑事事件という公共的な事項に関する熟慮や討議とは、法廷において(裁判官と協働して)裁判員のみによって行われるべきものに限られないからである。公共的討議は、裁判という制度的なものに限られず、一般の国民が日常生活において常に行いうるものであって、むしろ、平素から刑事事件に対する熟慮や討議を通じて意見形成をしている国民こそが、裁判員に選任されたときに、評議において充実した討議の担い手として期待されることとなる。しからば、厳格な報道規制は、公正な裁判の実現という法益に資するとも、逆に法廷外での討議の促進の障害ともなりうる。

そこで、報道の自由ないし国民の知る権利と公正な裁判の実現とを両立させる解決策が求められる。

一つの方法は、過度な報道・論評がなされ、裁判員が不可避的に偏見をもち、または予断を生じうるような刑事事件に関する裁判を、裁判員の参加する裁判の対象から除外することである。しかしながら、裁判員法は、三条(裁判員やその親族等に対して危害が加えられるおそれのあるような事件についての適用除外)以外の理由に基づく裁判員の参加

する裁判の適用除外を認めていないため、これは、立法論としては検討に値するものの、制度上認められるものではない。また、アメリカ合衆国の陪審裁判で見られるような裁判の時期や裁判員の隔離⁸⁵ についても、わが国の裁判に關しては、その実効性に疑義が残る。

現行法上認められる方途としては、法教育の充実等による刑事裁判手続についての国民の理解の増進のほかに、裁判長が、(一) 偏見をもち、または予断を生じている裁判員候補者に対して、積極的に不選任の決定をすること、(二) 裁判員に対して証拠裁判主義の理解を徹底するよう選任手続時に説明すること(裁判員法三九条一項)、及び(三) 評議において、裁判員が証拠に基づき裁判を行うよう適切に配慮すること(六六条四項)が挙げられよう。つまり、裁判長の果たすべき役割が、きわめて重要となる。

四 まとめに代えて

本稿では、討議民主主義理論の観点から、(一) 裁判員等選任手続における不選任請求の行使にあたっては、当事者は、候補者の選好を推論するだけでなく、候補者の選好の変容可能性をも考慮しなければならないということ、(二) 裁判員の参加する裁判の対象事件についての報道・論評に対して、必ずしも厳格な規制は理論的には要請されず(むしろ、それは法廷外での討議の阻害要因ともなりうる)、より求められるのは、裁判員が証拠に基づき裁判を行うよう、裁判長が主体的に公判を運営していくことであるということの二点を議論した。

これらの議論は、共和主義的憲法観に立ったうえで、裁判員制度を、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、評決を行うという「公共的討議の場」を新たに構築する試みであると解した場合に成り立つものである。⁸⁶ 自由主義的憲法観に立って裁判員制度を理解するならば、これらの論点に対しては、また別の議論が可能であろう。

裁判員の参加する刑事裁判の対象事件に関する報道や論評が他律的に規制されない以上、一般の国民が予断をまった

くもたずに裁判に参加することは事実上期待できない。裁判員が不可避的にもつことになるであろう偏見・予断をいかに考えるかは、裁判員制度に関して、検討しなければならぬ重要な課題の一つであろう。

- (1) 筆者は、すでに「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——」法学政治学論究六七号(二〇〇五年)一六七頁において、(一) 今般の司法制度改革の理念に共和主義的ないし討議民主主義的要素が見られること、(二) 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)の否定と裁判員の出頭義務・就任義務の問題については、自由主義的な見地からは正当化が困難であるとしても、共和主義的な見地からであればより整合的な解釈が可能であるということ、そして、(三) 討議民主主義の観点からは陪審制度や参審制度よりもわが国の制度(一時的かつ協働の合議体)のほうが優れているということ論じたうえで、(四) 裁判員制度を「陶冶の企て」(formative project)として定位することの可能性を検討した。日本法政学会第一〇三回研究会(二〇〇五年一月二七日、於 敬愛大学)では、それらの点についても重ねて議論をしたが、本稿では、報告の際に言及したものの先の論文において触れることのできなかつた論点のみについて、検討することとする。なお、あわせて、拙稿「裁判員制度の立法政策——討議民主主義(deliberative democracy) 理論からの再検討——」『日本公共政策学会二〇〇五年度研究大会報告論文集』(日本公共政策学会、二〇〇五年)九二頁も参照されたい。
- (2) 討議民主主義理論をめぐる最近の議論状況については、拙稿「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——」法学政治学論究五八号(二〇〇三年)三六九頁の引用文献のほかに、大矢吉之「熟議民主主義論の展開とその政策理念」足立幸男・森脇俊雅『公共政策学』(ミネルヴァ書房、二〇〇三年)三四三頁、平井亮輔「対話の正義」平井亮輔編『正義』(嵯峨野書院、二〇〇四年)二二三頁、駒村圭吾「討議民主政の再構築」中村睦男・大石真二編『立法の実務と理論』(信山社、二〇〇五年)五頁などを参照されたい。
- (3) 前掲拙稿「共和主義的展開としての司法制度改革」一七三—一七六頁。
- (4) 違憲審査権の担い手としての裁判所ではない。
- (5) 例えば、佐藤博史弁護士は、「合議体の構成員が誰であるかによって、裁判の結論が左右されることはいうまでもない」と述べたうえで、「理由を示さない不選任の請求をすべき者とは誰で、検察官との駆け引きはどうするのか(被告人が望む候補者を検察

官に排除させない方法、検察官が理由を示さない不選任の請求の対象とするであろう候補者をどう見抜くか(被告人も請求対象にすれば貴重な一票が無駄になる)など、いずれも未知の課題である」として、アメリカ合衆国の陪審制度における専断的忌避の運用を学ぶ必要性を示唆している(佐藤博史「裁判員制度と刑事弁護」ジュリスト二二八号(二〇〇四年)一〇五頁、ただし、佐藤弁護士は、「裁判員は、裁判官と協働するから、陪審制のように、裁判員の選任手続そのものが裁判の結果を左右するまでとはいえない」(傍点=筆者)と留保している)。

(6) ただし、刑事訴訟法二二条、二六条。

(7) ただし、以下では、ゲームを複雑化させないために、補充裁判員を置かない場合について検討する。

(8) 裁判員制度に関しては、本稿で述べる裁判員等選任手続以外にも、ゲーム的状况は見られる。例えば、裁判員法の制定とあわせて成立し、先行して施行されている刑事訴訟法等の一部を改正する法律(平成一六年法律第六二号)により導入された公判前整理手続(刑事訴訟法二二六条の二—二二六条の二七、裁判員の参加する裁判の対象事件については、第一回の公判期日前に必ずこの手続に付される(裁判員法四九条))は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うために、事件の争点及び証拠を整理するための、検察官と弁護人との協力ゲームと考えることもできよう。なお、いうまでもないが、本稿の主たる課題は、裁判員制度をめぐる諸問題を討議民主主義理論に基づき再検討することであって、ゲーム理論に基づく思考実験そのものは本稿の中心的課題ではない。アメリカ合衆国において、ゲーム理論が陪審制度を扱うことはまま見られるが(その典型は、ゲーム理論の最も標準的な入門書の一つであるMartin J. Osborne, AN INTRODUCTION TO GAME THEORY, Oxford University Press, 2004, pp.301-111を参照)、そのほとんどが陪審員の選任過程ではなく陪審員の判断過程に注目するものである(ただし、オネレーションズリサーチの領域では一九七〇年代後半に、陪審員の選任手続における専断的忌避のあり方を分析する論稿がいくつも見られた(この研究は後述しなかった)が、わが国の裁判員等選任手続への応用可能性は不明である)。わが国での裁判員等選任手続にゲーム理論的な視点をいようとする本稿の試みは、きわめて独自の新しい視点であると思われる。もっとも、あくまでその部分は本稿の主題ではなく、また、本稿で述べる内容も非専門家による試論的考察にすぎないということに留意されたい。裁判員制度は、刑事裁判に一般の国民の参加を求めるものであり、法律学にとどまらず、広く学際的な研究が展開されることが求められるところ、現在までのところ、政治学(例えば、谷勝宏「裁判員制度の立法過程の検証」名城法学五四巻一(二〇〇四年)三五五頁、三谷太一郎「裁判員制度と日本の民主主義」法律時報七七巻四号(二〇〇五年)五一頁)及び心理学(例えば、藤田政博「模擬裁判評議の結果が裁判員制度に対する評価に及ぼす影響」法と心理三巻一(二〇〇四年)六八頁、今在慶一朗

「司法におけるガバナンス」岩崎正洋編『ガバナンスの課題』（東海大学出版会、二〇〇五年）一四七頁、山崎優子「裁判員の心理」村井敏邦編『刑事司法と心理学』（日本評論社、二〇〇五年）二四一頁）の研究がやや先行しているが、筆者としては、それらに加えて、経済学的な見地からの本格的な研究がなされることを期待するものである。

(9) つまり、両当事者プレーヤーは、利得の最大化を目指し、相手方の行動を可能な限り推論しうる合理的 (rational) な行為主体であって、かつ、ゲームのルールと互いの合理性を共通に認識できる理性的 (intelligent) なものであることを前提とする。このような前提に対して、(一) 検察官は、公益の代表者として、被告人の利益をも考慮して公正な裁判を求めるものである（例えば、必要により、被告人の利益のために、上訴をし、再審の請求や非常上告をし、あるいは、無罪や公訴棄却の論告をする、ともあることを想起せよ）から、検察官を専ら被告人の有罪を立証する行為主体として構成するのは妥当ではない、あるいは、(二) 何らかの理由により有罪判決を受けることを望む被告人がいる以上、専ら検察官の立証に対して反駁する行為主体として被告人を構成するのは妥当ではないなどといった批判も考えられよう。もとい、ここでは、あくまで当事者が合理的な行為主体であると考えるときに、いかなる帰結が得られるかについての思考実験を行うものであるから、そのような批判は失当である。

(10) 被告人と弁護士とが異なる行動をとろうとするとも考えられないわけではないが、ここでは、被告人とその弁護士は常に同一行動をとると仮定する。なお、弁護士は、不選任請求にあたって、被告人の明示した意思に反することはできないとされている（裁判員法三四条五項）。

(11) 裁判員法三六条四項が理由を示さない不選任の請求について刑事訴訟法二二条二項の規定を準用しているので、弁護人も被告人のために不選任請求をするプレーヤーとなる（ただし、被告人の明示した意思に反することはできない（刑事訴訟法二二条二項ただし書））。以下、弁護士―被告人プレーヤーを、単に「被告人プレーヤー」と呼ぶこととする。

(12) なお、法曹三者が共同で作成した裁判員制度についてのパンフレットや最高裁判所が作成した『裁判員制度ブックレット』（最高裁判所、二〇〇五年）では、一事件につき呼び出される候補者の員数を「仮に」と断ったうえで五〇人から一〇〇人として、国民が候補者として呼ばれる確率を試算している。

(13) 当事者は、それぞれ四人を限度に理由を示さない不選任の請求を行いうるものであって、必ず四人に不選任請求を行うとは限らない（三人以下ということも考えられるし、理由なし不選任請求を一切行わないということも考えられる）。ここでは、各プレーヤーを合理的な行為主体と仮定するため、行使可能な理由なし不選任請求は必ず行使するものとして、議論を進めていくこととする。

(14) したがって、当事者が合理的な行為主体であることを前提とすると、両当事者プレーヤーは、訴訟に勝利するために、各当事者プレーヤーにとって望ましくない候補者を排除しよう、不選任請求を行うことになる。なお、呼び出すべき候補者の員数をより多くすればするほど、各当事者プレーヤーにとって望ましくない候補者が裁判員に選任されない確率は低くなるため、両当事者プレーヤーにもたらず不選任請求の魅力は減殺する。

(15) 事実の認定、法令の適用及び量刑の決定に関して考えれば、非ゼロ和である。

(16) 被害者に対して同情的な論評についても、同じ効果がある。

(17) 一方、被告人に同情的な報道・論評がなされれば、その逆も考えられる。

(18) 以下、利得を、各当事者プレーヤーにとって自己に不利な判断をする候補者を排除できた数とする。(一) まず、有罪予断確率の分布が対称的な場合として、有罪予断確率が〇から一の間で全候補者が等間隔に存在する場合を考えよ。この場合、戦略1であれば、検察官プレーヤーPは、予断確率の低い候補者から順に四人に対して、被告人プレーヤーDは、予断確率の高い候補者から順に四人に対して、それぞれ不選任請求する。この場合、利得P(D)は(4,4)である。一方、戦略2であれば、各当事者プレーヤーは、もし自分が先手番であるときに（これは二分の一の確率で生ずる）、相手方の最も不利な候補者に不選任請求をすることが二分の一の確率で生ずることが理論的には考えられる。この場合、自分が戦略2を相手も戦略2をとれば、相手は自分の取りこぼした最も不利な候補者に対して不選任請求することになる（つまり、戦略1とは逆に、自己に有利な候補者を有利な順に不選任請求しあっていくことになる）ので、利得は(4,4)である。しかし、自分が戦略2を相手も戦略1をとる場合、相手は自分の取りこぼした不利な候補者ではなく、相手にとって不利な候補者から順に不選任請求をしていくことになる。かりに、Pが戦略1を、Dが戦略2を、それぞれをとる場合、四分の一の確率で(3,5)という利得が生じ（残り四分の三の確率で(4,4)が生ずる）ので、確率の積を計算すると、利得は、(3.75, 4.25)となる。(二) 次に、有罪予断確率の分布が非対称的な場合として、有罪の予断が等差的に大きくなる場合を考えよ（その他の非対称的な分布も、この応用で考えられる）。有罪予断確率の最も低い者が一人、その次に低い者が二人とし、……、最も高い者の次に高い者が九人、最も高い者が一〇人いると単純化すればよい。この場合、Dの戦略如何に関わらず、Pが戦略2をとれば、利得は(4,4)となり、Pが戦略1をとれば、利得は、(0,8)となる（しかも、この場合、紙幅の都合から詳述は避けるが、有罪の判断をする候補者と無罪の判断をする候補者の比は、(4,4)のときには五九分の二五と、(0,8)のときには六七分の一七となり、つまり、きわめて高い確率で有罪の判断がなされることが見込まれることになる）。

(19) 裁判長が質問することとされており（裁判員法三四条一項）、当事者が直接に候補者に対して質問することは認められていない。

(ただし、三四条二項は当事者からの求質問を認めているが、これも、裁判長が「相当と認めるときに」採用されるにすぎない(同ただし書)。

(20) したがって、現実的要請から、わが国でも、アメリカ合衆国などで盛んに展開されているいわゆる「陪審の科学(Jury science)」が発展する可能性があるが、この陪審の科学については、合衆国においても、その有効性とそれを用いることの倫理的許容性が争われていること(藤田浩「アメリカにおける陪審裁判の現代的位相」阪本昌成編『立憲主義』(有信堂高文社、二〇〇〇年)二八六頁に詳しい)に注意が必要である。ただし、わが国の裁判員等選任手続においては、候補者の個人的事情を調査する時間的余裕はないため、実際には、当事者は、候補者の社会的属性、その挙動、あるいは質問に対するその応答内容などに基づき推論しうる程度であろう(しかも、この選任手続は、裁判官、裁判所書記官、検察官及び弁護士ならびに必要に応じて被告人が出席するものとされ(裁判員法三二条)、非公開とされており(三三条)、いわゆる陪審コンサルタントの参加を許さない)。

(21) 田口守一教授は、「裁判官がかなり立ち入った実質的な選出し手続をやっても、制度的に不都合をきたすことはないだろうと考えます。したがって裁判員の質の確保という点から、三四条の質問手続というのは、かなり重要で、かつ立ち入って判断されるべきものではないかと考えます」と、あるいは「裁判官のほうで一定のグループの中から、それにふさわしい人を選ぶという部分が、多少陪審制度よりも強くなってもいいのではないか」と述べる(佐藤文哉教授も同旨、三井誠ほか「座談会・裁判員制度をめぐって」ジュリスト二二六八号(二〇〇四年)二八一―二九頁)。

(22) これは、選好集計型民主主義観の立場である。なお、いうまでもないことであるが、公共選択論やゲーム理論などが、しばしば、このように個人の選好は所与で不変のものであると仮定したうえで議論を展開することがあることをもって、これらが規範理論としての選好集計型民主主義観に立脚するものであると解するのは明らかな誤りである。公共選択論やゲーム理論は、事実として、個人の選好は所与であり不変である、ないし、規範理論として、公共的な事項の決定についてその最大化を図るべくなされなければならないと、それぞれ主張するものではないからである。このゲームとしての裁判員等選任手続という構想も、各当事者プレーヤーが自己に不利な候補者に対して不選任請求を行うべきであるという当為を説くものではない。筆者がこの構想を示した理由は、批判すべき対抗理論としての選好集計型民主主義観の発現としてこの構想をとらえているのではなく、あくまで、合理的なプレーヤーであれば自己に不利な候補者に対して不選任請求を行うことになるであろうという、選任手続の予想される運用を示すためであって、さらに、それに討議民主主義理論がいかに新たな視座を与え展開させるかということ論じたいがためであるということに注意されたい。

(23) 前掲拙稿「熟慮と討議の民主主義理論」三八四―三八五頁。

(24) それでもなお、ゲームの基本的構造は変わらないので、ゲーム理論的思考実験の意義はまったく失われない。ただ、選好の変容可能性という測定困難な変数が加わるにすぎない。なお、裁判員の参加する裁判の合議体を討議民主主義理論に基づく公共的討議の場と理解するには、一般国民の選好の変容可能性係数が高いことを前提としなければならないが(なぜならば、もしこの係数が低いにもかかわらずに裁判員制度を導入するのであれば、裁判における公判には何ら意味がなく(公判は裁判員の心証形成に影響を与えないため)、裁判員の参加する裁判は、偶発的ないし作爲的に参集させられた裁判員の直感的な選好の集計(世論調査による裁判)を想起せよ)を意味することになる)、わが国において、現在(そして、将来においても)、この係数が高い(高まる)という科学的根拠は何ら示されていない。

(25) 最高裁判所も、報道のための取材の自由は公正な刑事裁判の実現のために、一定の制限を受けることを肯定している(最大決昭和四四年一月二六日刑集二三卷一四九〇頁)。

(26) 第一三回検討会(二〇〇三年三月一日)において、議論のたたき台として推進本部事務局から提示された文書「裁判員制度について」では、裁判の公正を妨げる行為の禁止として、「ア 何人も、裁判員、補充裁判員又は裁判員候補者に事件に関する偏見を生ぜしめる行為その他の裁判の公正を妨げるおそれのある行為を行ってはならないものとする。イ 報道機関は、アの義務を踏まえ、事件に関する報道を行うに当たっては、裁判員、補充裁判員又は裁判員候補者に事件に関する偏見を生ぜしめないように配慮しなければならないものとする」とされており(一六頁、なお、その補足説明文書である「資料1「裁判員制度について」の説明」二二頁も参照)、その後、第一八回検討会(同年一〇月二八日)に示された、検討会の井上正仁座長による「考えられる裁判員制度の概要について」一五頁では、右記イについて、「この点については、報道機関において自主的ルールを策定しつつあることを踏まえ、更に検討するものとする。」という文言が付加された(その補足説明資料である「考えられる裁判員制度の概要について」の説明」二四頁も参照)。

(27) 第一七回検討会(二〇〇三年五月一六日)において、日本新聞協会、日本雑誌協会及び日本民間放送連盟に対するヒアリングが行われたが、ここでは、報道関係団体はそろって、「たとえ訓示規定であっても実質的に事件・裁判に関する報道を規制するものになりかねないうえ、何をもって「偏見」とするのかも明確でない」(日本新聞協会「裁判員制度に対する見解」三頁)などと、裁判の公正を妨げる行為の禁止の規定を設けることに対して、明確に反対の意思を示した(他の二団体もほぼ同趣旨)。

(28) 第三一回検討会(二〇〇四年一月二九日)に配布された事務局作成の「裁判員制度の概要について(骨格案)」を参照。

(29) 英国における陪審裁判と事件報道に関する邦語文献としては、ブレンダ・スプリン（本間一也訳）「陪審裁判と報道の自由」
鯨越滋弘編『陪審制度を巡る諸問題』（現代人文社、一九九七年）二九七頁、最高裁判所事務総局刑事局Ⅱ監修『陪審・参審制
度 英国編』（司法協会、一九九九年）三八〇頁―三八二頁、森健二「イギリスにおける陪審裁判と事件報道のあり方」判例タイ
ムズ一〇八〇号（二〇〇二年）六五頁がある。

(30) オーストラリアにおける陪審裁判と事件報道に関する邦語文献としては、細田啓介「オーストラリアにおける刑事陪審裁判と
報道の関係を中心とする手続の公正と公表の関係について（上）」判例タイムズ一〇二七号（二〇〇三年）四頁、「同（中）」一
一九号六二頁、「同（下）」一一三―一四四頁がある。

(31) ドイツにおける参審裁判と事件報道に関しては、最高裁判所事務総局刑事局Ⅱ監修『陪審・参審制度 ドイツ編』（司法協会、
二〇〇〇年）三七三頁―三七四頁で触れられている。

(32) スウェーデンにおける参審裁判と事件報道に関しては、最高裁判所事務総局刑事局Ⅱ監修『陪審・参審制度 スウェーデン編』
（司法協会、二〇〇一年）二二頁―二四頁で触れられている。

(33) アメリカ合衆国の陪審制度と事件報道に関する邦語文献としては、渕野貴生「犯罪報道と適正手続との交錯」法学六〇巻三三
（一九九六年）一一九頁、福来寛「陪審裁判を考える（第八回）」法学セミナー五四九号（二〇〇〇年）二六頁、「同（第九回）」
五五〇号一三二頁、松井茂記「公正な裁判とマスメディア」新聞研究六二四号（二〇〇三年）三三頁、松井茂記「公正な裁判を
受ける権利と取材・報道の自由」阪大法學五三三・四号（二〇〇三年）二一九頁、松井茂記「マス・メディアの表現の自由」
（日本評論社、二〇〇五年）第Ⅹ章がある。

(34) わが国の裁判員制度は、比較法的に考えれば、一般国民から選任される裁判員と職業裁判官とが協働するという側面をとらえ
ていえば、相対的に参審制度に近いともいえ、実際にこれを参審制の一種と分類する向きも見られる（例えば、長尾一祐「裁判
員制度と日本国憲法」現代刑事法三三三号（二〇〇一年）二九頁、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）四二頁）。しかしながら、裁判員の選任につき、その資質を問わず無作為抽出により、また、任期を定めず一事件限り
とするという側面を重視すれば、陪審制度に共通する点もある（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）一一頁）。いずれにせよ、比較法的な検討からはさまざまな示唆が得られるとしても、ここからわが国の事件報道へ
の規制がどのようにあるべきかが理論的に導出されるとはいえない。

(35) 前掲拙稿「熟慮と討議の民主主義理論」三八七頁。もっとも、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によれば、情報は

より多角的に、かつ、より多量に供給されることが望ましいとは必ずしもいえない。

(36) 筆者は、討議民主主義理論における討議には、二つの妥当範囲が存在するという理解に立っている。詳細は別稿において明ら
かにしたいが、要するに、公共的な事項に関して、（一）問題の所在を理解し、熟慮し討議を行うことそのものに意義を見出す討
議と、（二）選好を形成し、形成された選好に基づき決定を行うための討議との二つがある。後者は、何らかの制度的な枠組み
（例えば、国会や地方議会）でなされる討議であり、その主体は決定作成の資格を有する者に限られる一方、前者は、市民社会に
おける自由な討議であり、必ずしも決定に直結しない以上、構成員以外の者の参加も認められる。そして、刑事事件という公共
的な討議についても、これら二つのレベルの討議が考えられる。すなわち、裁判員としての評議は後者の討議であり、裁判員と
して有権的に討議を行う以上は、一定の時間的・手続的制約の下（したがって、利用できる情報も限定される）、必ず決定を行わ
なければならない一方、前者の討議については、日常生活において一般国民として討議を行うことがそれにあたり、この場合、
時間的制約からも決定作成義務からも解放され、多様な情報を取捨選択しながら自由に討議を行うことになる（その主体も
限定されない）。そして、市民社会における討議のための討議（あるいは、不決定の討議）を通じて、国民は、来るべき決定のた
めの討議への参加に向けて、討議の意義を恒常的に確認する。しからば、決定のための討議を充実させるためにも、討議のため
の討議を十分に行わせる環境整備が必要であるが、厳格な報道規制はその障害になる。

(37) 被告人の迅速な裁判を受ける権利（憲法三六条一項）を侵害するおそれがある。

(38) 裁判員である国民の表現の自由（憲法二二条一項）や居住・移転の自由（憲法二二条一項）等を侵害するおそれがある。

(39) ただし、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論は、国民の司法参加の制度を本質的に要請するものではなく、制度が設
けられた場合に具体的な制度設計に一定の示唆を与えるものには留意が必要である。