

裁判員制度の憲法理論

柳瀬 昇

一 裁判員制度の意義

裁判員制度の導入の意義は何か。

裁判員制度は、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上のために導入されたものであって、^①国民主権の原理ないし民主主義の原理に基づき導入されたものではない。国民の参加に裁判の正統性を見出す民主主義的基礎づけ説は、裁判員制度の意義としては、制度設計をめぐる議論において明確に否定されており、立法にも採用されなかった。このことは、司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）の委員であり司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（以下、「検討会」という）の座長でもあった井上正仁教授による発言や、野沢太三法務大

臣の国会での答弁^②からも明らかである。裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」という）の立法過程^③を踏まえれば、「一部に、これまでの職業裁判官による刑事裁判を否定的に評価し、これを改めるには司法を職業裁判官の手から取り戻し、国民自らが主権者として裁判を行う制度を導入すべきであるなどといった意見も見られたが、裁判員法は、もとより、このようなイデオロギッシュな立場から立案されたものではない」と^④える。裁判員制度は国民主権の原理に基づく参加型民主主義の一形態であるとする見解もあるが、現に創設された裁判員制度の意義の説明としては妥当ではなからう。むしろ、「市民参加の基本的な目的は、少なくとも明文上は、裁判員法の立法目的にはないという事実を正確に見なければならな

い^⑤」。
ところで、制度施行を目前にして、憲法学界では、いま、改めて裁判員制度の意義が再検討されている。例えば、大沢秀介教授は、「裁判員制度導入に当たってもう少し民主主義的な要素の観点を強調してもよいのではないかと提案しており、また、川岸令和教授も、「裁判員制度を……国民主権的な観点から理解していくほうがよいのではないかと主張している^⑥」。
しかしながら、大沢・川岸両教授も指摘しているとおり、裁判員制度の意義を民主主義の原理に関連づけるためには、乗り越えなければならぬ難点がある。それが、今から六〇年以上前に兼子一教授によって提起された「民主司法法のディレンマ」問題である。
日本国憲法制定直後に刊行された国家学会編『新憲法の研究』におい

て、兼子教授は、「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もち、又すべての公務員は国民の信任によつてその地位にあり、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つてくる。……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」と述べていた^⑦。

国民主権国家である以上、裁判所は

何らかの形で民主的正統性を標榜しなければならぬ。しかしながら、少数者の人権を適切な形で擁護するのが司法権の担い手としての裁判所の役割の一つであるとすれば、そこに単純な民主主義の原理を注入することによって、その役割を十分に果たしえなくなるおそれがある。国民の圧倒的多数が被告人に対する拙速な手続による極刑の結論を望んでいようと、裁判所は、世論に迎合してはならず、被告人の声に耳を傾けなければならない。

この民主司法のディレンマ問題があったからこそ、裁判員制度の設計において、民主主義的基礎づけ説は、徐々に淘汰されていったのである。

審議会での議論の当初、国民の司法参加の意義については、民主主義的基礎づけ説が有力であり、国民の司法参加の制度についての報告を割り当てられた藤田耕三委員（元広島高等裁判所長官）も、民主主義の原理に基づく司法の民主化という観点から制度導入を積極的に基礎づけようとしていた。しかしながら、第三二回審議会（二〇〇〇年九月二六日）において、冒頭、竹下守夫会長代理が、「国民の司法参加を認めなければ、司法が民主主義の下で正統と認められないとか、そのレジティマシーが否定されるという意味で

はなく、レジティマシーは最小限保障されているけれども、より強固な民主主義的基盤、あるいは正統性の基盤の上に司法が成り立ちうるようにすることが望ましいというところから、司法への国民参加が求められているのではないか」と述べて以降、民主主義的基礎づけ説は、急速に審議会の委員の支持を失うことになる。そして、竹下会長代理によって提唱された理解増進・信頼向上説が、審議会において有力となり、意見書にも採用され、その後、政府見解となるに至る。

この理解増進・信頼向上説は、現行の裁判に対する肯定的評価を前提とし、さらに、兼子教授が提起した民主司法のディレンマ問題を意識したうえで構築された見解であるといえよう。法の客観的意味の探求、法適用による紛争解決および法秩序・原理の維持・貫徹という機能は、本来的には、単純な民主主義の原理になじまないものである。むしろ、裁判所の権限行使は、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、自由主義の原理がより妥当する。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営がある」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、背理であるといわざるを得ない。検討会の委員を務めた酒巻匡教授によれば、「現代民主主義国家における権力分立制度の下で、基本権および自由を保障する司法権と民主主義原理との間に微妙な緊張関係が伏在していることは、憲法学の常識であ」という。そうであるとすれば、国民の司法参加は、やはり、単純な民主主義の原理によって基礎づけられるべきではなからう。

二 裁判員制度の憲法適合性

裁判員制度は日本国憲法の規定や趣旨に違反するか。

この点、裁判員法が国民の司法参加の制度を創設することについて、①日本国憲法三二条および三七条一項に定める裁判を受ける権利を侵害するか、②憲法の想定していない国民の司法参加の制度を設けることは憲法の趣旨に反するか、そして、③裁判員が裁判の評議・評決に実質的に関与することは七六条三項に定める裁判官職権行使の独立の原則に違反するかという三つの論点があるものの、いずれも克服しうることは、すでに多くの研究者によって論証されているとおりである。

第一に、日本国憲法は裁判所の構成員として職業裁判官のみを規定しているのので、裁判所の裁判とは裁判官による裁判を指すと解するほかに、三二条および三七条一項は、被告人に対して裁判官による裁判を受ける権利を保障する規定であると解しうる。そうであるとすれば、裁判官以外の者が裁判に関与することは一切できないのであって、これに反して国民の司法参加の制度を設けるとすれば、被告人は、三二条および三七条一項で保障された裁判を受ける権利（裁判官による裁判を受ける権利）を侵害されるともいえる。これに対して、大日本帝国憲法（以下、「明治憲法」という）の文言との比較や日本国憲法制定当時の議論などに注目すれば、現憲法が保障するのは裁判官による裁判ではなく裁判所による裁判であり、その裁判所をどのように構成するかは法律に委ねられるべきであると解され、法律によって国民の司法参加の制度を導入しても、直ちに日本国憲法三二条および三七条一項に違反するとはいえないとの反論がなされる。

第二に、日本国憲法は、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を設ける

(七八条、八〇条一項、二項) 一方で、それ以外の裁判所構成員の存在を想定した規定を設けていないので、現憲法下では、職業裁判官以外の者が裁判所を構成することはできないと解しうる。これに対して、最高裁判所の構成との対比で下級裁判所の構成についての規定が存在しない点に注目すれば、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の反論をなしうる。なお、憲法は職業裁判官について詳細な規定を設けており、このことから憲法が職業裁判官を下級裁判所の基本的ないし必須の構成要素としていると解される以上、下級裁判所においても、職業裁判官がまったく関与しない形で裁判を行うことは、憲法八〇条の趣旨に反する¹⁹⁾。

第三に、裁判員の参加する裁判の評議では、裁判官および裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見により判断される(裁判員法六七条一項)ので、評決の結果、裁判官が裁判員の意見に事実上拘束されうる可能性があるが、この場合、日本国憲法七六条三項に定める裁判官職権行使の独立の原則に違反すると解しうる。これに対して、裁判官職権行使の独立の原則

とは、終局的かつ絶対的な決定権限が個々の裁判官に対して付与されるという意味ではないので、裁判官が(その他の裁判官の意見に拘束されることはもちろん、法律によって裁判官とともに合議体の構成員として認められた)裁判員の多数の意見に拘束されるとしても、この原則に違反しないとの反論が示される。

しかしながら、裁判員法が、④被告人の裁判の選択権(裁判員の参加する裁判の辞退権)を認めないとする²⁰⁾こと、⑤一般の国民に対して裁判員候補者として出頭し、裁判員等(裁判員および補充裁判員)として就任し職務を遂行する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、これらが日本国憲法の諸規定に違反するのではないかと、疑義が強く呈せられている。前者に関しては、通説が被告人の裁判の選択権を留保する限りで国民の司法参加を合憲としてきたことの整合性について、後者に関しては、裁判員候補者および裁判員等に課される諸義務が、憲法上の自由権を侵害し、日本国憲法一八条後段が禁止する「その意に反する苦役」に該当する²¹⁾のかについて、議論が絶えない。これらの論点については、筆者は、

共和主義的憲法観に基づく討議民主主義(Deliberative democracy)理論によれば、より説得的な説明が可能であると解する。次節では、討議民主主義理論に基づき裁判員制度の意義を再構成することの論拠および意義について、概説することとする。

三 共和主義的憲法観に基づく

討議民主主義理論による 裁判員制度の意義の再構成²²⁾

裁判員制度を単純な民主主義の原理によって基礎づけるべきでないとしても、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によって基礎づけることは可能であり、かつ、有益であろう。

今般の司法制度改革の基本理念やその依拠する政治思想については、評価が大きく分かれているが、統治に主体的に参画することこそ善き生であると指定制し、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よう。また、司法部門が政治部門と並ぶ「公共的討論」の場であるということ強調している佐藤幸治

審議会会長の司法観²³⁾には、公共的な事項の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もいえよう。とりわけ、「二十一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」ことを背景として、裁判員制度の導入が提唱されたことに注目すれば、この制度は、国民の統治機能への能動的な参加を重視する共和主義的憲法観に基づくものとも理解しうる。

そして、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によれば、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、(裁判官とともに)徹底して討議(評議)し、決定(評決)する「公共的討議の場(forum for public deliberation)」を構築する試みであって、それに参加した国民が公民的徳性(civic virtue)を涵養するための「陶冶の企て(formative project)」であると解することができよう。井上達夫教授も、「世論が未熟であるからこそ、その担い手である市民が司法過程での熟議に参加して自己の理解力・判断能

力・責任感を陶冶する経験を積むことこそが必要なのである」として、「裁判員制度も日本における市民の公民的徳性の陶冶の場になることが期待でき」と述べている。

共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によれば、先述の裁判員制度の憲法解釈論上の二つの難点は、次のように応答される。

すなわち、被告人の裁判の選択権の否定については、共和主義的憲法観によれば、裁判員の参加する裁判を、裁判員たる一般の国民の公民的徳性を涵養する場として重視することになる。審議会意見書と同様に、国民一般にとっての意義ないし裁判制度としての意義をより重視することになるので、公共的討議の場をより多く機能させ、討議の場を創設する制度そのものを維持するために、障害となりうる被告人の選択権を認めないとするのが許容される。この点、常本照樹教授や山元教授も、裁判員法が被告人の裁判の選択権を否定している点について、共和主義的見地から合憲としうる余地があることを示唆している。

また、裁判員候補者や裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務については、共和主義的憲法観に立脚し自由の意義を再構成したうえで、これらの義務が

一般の国民の自由を侵害するものではなく、むしろ、公共的な事項へ参加する自由を促進するものとして評価することができる。この点、緑大輔准教授も、裁判員制度下の出頭・就任義務について、討議民主主義の見地から合憲と解しうると主張している。

共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に依拠するならば、陪審制度でも参審制度でもないわが国独自の裁判員制度を創設することには、固有の意味があると理解することができよう。すなわち、裁判官と裁判員という異質な主体を協働させることによつて、実質的討議の障害となる集団極性化 (Group polarization) を避けるとともに、集められた合議体が一事件限りで解散することによつて、同じく討議の障害となる同調 (conformity) 効果を生じさせにくくしている。わが国の裁判員制度は、陪審制度と参審制度との折衷などとしてネガティブにとらえられるべきではなく、むしろ公共的討議の場としてきわめて優れた特性をもつものとして高く評価されるべきであらう。

(1) 裁判員法一条を参照。なお、裁判員法の立案担当者によるコメントールでも、制度の意義として、広く国民が裁判の過程に参加し、その感覚が裁判内容に反映

されるようになることによつて、司法に対する国民の理解や支持が深まり、司法がより強固な国民的基盤を得ることができるようになることが挙げられている (辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説 (一)「法曹時報五九巻一 (二〇〇七年) 五五頁」)。

(2) 第一五回検討会 (二〇〇三年四月八日) や第一四回司法制度改革推進本部顧問会議 (同年二月五日) における発言など。合わせて、井上正仁ほか「シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト一七九号 (二〇〇四年) における井上教授の発言 (七五―七七頁) も参照。

(3) 「裁判員制度の真の目的が国民の主体的な司法への参加であるならば、その趣旨に国民の主体的な参加を高らかにうたい上げるべきではない」かどの議員からの提案に対して、野沢法務大臣は、これを明確に断っている (官報号外第百五十九回国会衆議院会議録第十五号三頁)。

(4) 裁判員法の立法過程については、拙稿「裁判員法の立法過程 (一)」(四・完)「信州大学法学論集八号 (二〇〇七年) 九九頁、九号 (二〇〇七年) 二七頁、一〇〇号 (二〇〇八年) 一一九頁、一一号 (二〇〇八年) 一三五頁を参照されたい。

(5) 検討会の委員であった池田修判事の見解である (池田修「解説裁判員法」(弘文堂、二〇〇五年) 一頁)。また、同様に検討会の委員であった酒巻匡教授も、「制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理 (国民の手による裁判) のみに帰することはできない」と述べている (酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室三〇八号 (二〇〇六年) 一〇頁)。

(6) 五十嵐二葉「説示なしでは裁判員制度は成功しない」(現代人文社、二〇〇七

年) 一〇頁。

(7) 制度設計段階からも、裁判員制度導入の意義については、有力な異論があった。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、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のが、「二次的な効果であつて、最初から目的として正面に掲げる」ことに対しては「疑念」がある

と述べていた (松尾浩也ほか「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ一四六号 (二〇〇四年) 九一―九頁 (長谷部恭男) 発言)。長谷部教授は、国民の参加によつ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 (一四一―一五頁)。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意見陳述 (第百五十九回国会参議院法務委員会会議録第十六号二頁) や、長谷部恭男「司法権をめぐる論点」国立国会図書館調査及び立法考査局調査資料二〇〇四―一 a「シリーズ憲法の争点①」(二〇〇四年) 一一―一二頁に詳しい。

(8) 笹田栄司ほか「座談会 裁判員制度」ジュリスト一三三三号 (二〇〇八年) 一〇八―一〇九頁 (大沢秀介・川岸令和) 発言。

(9) 兼子一「司法制度」国家学会編『新憲法の研究』(有斐閣、一九四七年) 二二六―二二七頁。ほぼ同じ記述が、憲法普及会編『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』(国立書院、一九四八年) 二九―三〇頁 (兼子一) 執筆) や、兼子一・竹下守夫『裁判法 (第四版)』(有斐閣、一九九九年) 二四頁などにも見られる。なお、法学協会編『註解日本国憲法 (改訂版)』下巻 (有斐閣、一九五四年) 一一二―一

一・二頁も参照。

(10) 例え、樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、一九九八年）五〇二頁、同『憲法Ⅱ（第三版）』（創文堂、二〇〇七年）三二〇頁。

(11) 刑事司法の制度設計を考えるにあたって、単純な民主主義の原理を貫徹するのであれば、裁判所という媒介者には必要であり（事件を受け付けて整理するだけの機関に改組すればよろしかろう）、国民の代表による審議や国民による直接投票の結果で、被告人に対する処分を決定するという構想に到達することになる。情報通信技術が発達した今日においては、短期間で国民の直感的な意思を集計することは容易である。かりに投票の結果に基づき被告人に対する処分を自動的に決定する仕組みを構築するとすれば、現在のような裁判所による法に基づく公正な裁判を行うよりも、おそらく簡易・迅速であり、安価でもあろう。しかも、恒常的に国民の参加が求められることになるので、司法に対して国民が自ら参加しているという意識は、国民的部分的な参加にすぎない陪審制度や裁判員制度などよりも、はるかに高まるであろう。もともと、私見では、それは、たしかに制度の維持コストを低減させ、かつ、国民の参加欲求を充足させるものではあるが、もはや裁判と呼ぶに値しない。(12) もともと、この民主主義的基礎づけ説と理解増進・信頼向上説との対立は、にわかには決着がつかない問題ではなく、その後も、引き続き、議論されることになる（国民の司法参加の意義をめぐる議論については、前掲拙稿「裁判員制度の立法過程（四・完）」一三八―一四六頁を参照）。審議会委員の間で完全な合意が形成されなかったため、意見書でも、意見書全体の総論部分や「国民的基盤の確立」の総論部分などで

は、民主主義的基礎づけ説に親和的な表現が残っている（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）三頁、一〇一頁）。しかしながら、意見書が国民主権の原理と裁判員制度の導入とを直接結び付けなかったという点にこそ注意された。審議会全体としては民主主義的基礎づけ説には立っていないということについては、第一五回検討会における井上正仁座長の発言からも明らかである（前掲拙稿「裁判員制度の立法過程（二）」二四六頁を参照）。

(13) 例え、佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院、一九九五年）二五―二五二頁、大石眞『憲法講義Ⅰ』（有斐閣、二〇〇四年）一五一―一五二頁。

(14) 兼子前掲注（9）二二七頁、兼子・竹下前掲注（9）二四頁もほぼ同じ。

(15) 酒巻前掲注（5）一五頁。しかしながら、意外なことに、憲法学においては、酒巻教授が「常識」と述べた司法権と民主主義の原理との関係性（あるいは、無関係性）は、これまであまり意識的に論じられることはなかった。兼子教授による問題提起から三〇年後に、「裁判」なる公機能と「民主主義」なる国家意思決定方式との本質的親和性如何という根源的な問いは、手島孝教授によって、「残された究極の問題」と名づけられた（手島孝「司法権」『憲法三〇年の理論と展望』（日本評論社、一九七七年）一四八頁）が、これに正面から挑戦するのは、樋口陽一・栗城壽夫「憲法と裁判」（法律文化社、一九八八年）六〇―九〇頁（樋口陽一執筆）をはじめ、多くはない。違憲審査権行使の民主的正統性の問題（「反多数決主義」という難点（counter-majoritarian difficulty））が国内外で激烈に議論されている一方で、裁判

所による司法権行使の民主的正統性の問題（「民主司法のディレンマ」）は、十分に議論されてきたとはいえない（なお、裁判員は違憲審査に関わらない（裁判員法六条）ので、裁判所の違憲審査権行使の民主的正統性の議論は、裁判員制度の意義を考えるうえで応用できない）。裁判所の司法権行使の正統性をどのように理解すべきなのか。国会や内閣などとは異なり、直接的な国民的正統性を調達する手段を有していない裁判所が、司法権を行使できるのはなぜか。統治機構の制度設計において、裁判所に強い民主的正統性を付与しなかったのはなぜか。これらの問いに対して、憲法学は明確な回答を用意しなければならぬ。

(16) 裁判員制度の憲法適合性について憲法学の観点から書かれた論稿としては、さしあたり、制度設計段階のものとして、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、大石和彦「国民の司法参加と憲法」ジュリスト一九八号（二〇〇一年）一六〇頁、長尾一紘「裁判員制度と日本国憲法」現代刑事法三三号（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、山元一「司法権」法学セミナー五九三号（二〇〇四年）二八頁、裁判員法制定後のものとして、笹田栄司「司法の変容と憲法」（有斐閣、二〇〇八年）八一頁、同「憲法から見た裁判員制度」世界七九号（二〇〇八年）一〇七頁、同「裁判員制度と憲法の思考」ジュリスト一三三三号（二〇〇八年）七九頁、同ほか前掲注（8）八八頁、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」長谷部恭男ほか編集代表「変容す

る統治システム」（岩波書店、二〇〇七年）二三五頁、長谷部前掲注（7）、森山弘二「裁判員制度の骨格に関わる憲法上の論点」吉田善明先生古稀記念論文集刊行委員会編『憲法諸相と改憲論』（敬文堂、二〇〇七年）四二―四三頁などを参照。制度設計の議論以前の国民の司法参加をめぐるわが国の憲法学の到達点として、常本照樹「司法権」公法研究五七号（一九九五年）六六頁。

(17) 明治憲法二四条は「日本臣民ハ法律ニ定メタル裁判官ノ裁判ヲ受クルノ權ヲ奪ハルコトナシ」と規定していたが、日本国憲法では、「裁判所において裁判を受ける権利」（二三条）ないし「裁判所の……裁判を受ける権利」（三七条一項）を保障する規定となっている。裁判官の裁判から裁判所の裁判へと文言が改正されたことは、憲法上、陪審制度や参審制度などの国民の司法参加の制度を許容する趣旨を明確にするために意識的に行われたものであることが、日本国憲法制定当時の議論で明らかになっている（利谷信義「戦後改革と国民の司法参加」東京大学社会科学研究所戦後改革研究会編『司法改革』（東京大学出版会、一九七五年）七七頁）。

(18) 日本国憲法は、最高裁判所を「長たる裁判官」と「その他の裁判官」で構成するものとし、それらの裁判官の任免等についても規定している（七九条一項）一方で、下級裁判所の構成については、何ら規定していない。

(19) 井上正仁教授は、第五一回審議会（二〇〇一年三月一三日）で配布した資料「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）について（補足説明）において、「憲法にいう「裁判所」とは職業裁判官を基本的ないし必須の構成要素とするものと

して構想されているということは確かだ」と述べている(合わせて、井上正仁ほか「鼎談・意見書の論点④国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト二〇〇八年(二〇〇一年)一四〇頁や、佐藤幸治ほか「司法制度改革」(有斐閣、二〇〇二年)三三九―三四〇頁における発言も参照)。また、市川正人教授も、「憲法が下級裁判所裁判官を下級裁判所の基本的な構成員と述べていることは否定できないであろう」と述べ(市川前掲注(16)四二頁、さらに、市川教授は、「法律により裁判官以外の者を裁判所の構成員とすることは、そうした下級裁判所裁判官の基本的な構成員性を損なわない限りで、認められると解される」と続ける)、また、土井真一教授も「確かに、憲法が下級裁判所の裁判官の任命の手續及び身分保障に関する詳細な規定を含んでいる以上、そのような裁判官とは全く独立に下級裁判所が構成され得ると解することは、適切ではない」と述べている(土井前掲注(16)二五九頁。棟居快行教授は、職業裁判官が裁判所の必須の構成員であるということが、「特定の帰結をそこから引き出すには、あまりに曖昧な命題であるというべきである」と主張する(棟居前掲注(16)三二頁)が、これに対して、土井教授は、下級裁判所では「憲法上のあらゆる保障も制約も及ばず、完全に自由な制度設計ができることにほかならない」という解釈に賛同する者はおそらくいないのではなからうか」との西野喜一教授による批判(西野喜一「日本国憲法と裁判員制度(下)」判例タイムズ一八七五号(二〇〇五年)九頁)を妥当であるとして、裁判所の構成に憲法上の制約がないとする棟居説を批判している(土井前掲注(16)二八〇―二八一頁)。

裁判員全員が無罪の意見である場合、裁判員の参加する裁判は、無罪の結論になる(従前の裁判官のみの合議体の裁判であれば、有罪の結論になった)。このとき、裁判員全員が有罪を確信していないが、裁判官は無罪判決を宣告せざるを得ない状況になる。

改革審議会中間報告をめぐって」ジュリスト一八九号(二〇〇一年)六二頁(高橋和之「発言」、香城敏彦「憲法解釈の法理」(信山社、二〇〇四年)五三三頁、西野前掲注(19)二二頁、松尾ほか前掲注(7)一八一―九頁(椎橋隆幸、戸松秀典「発言」、三井誠ほか「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト二二六八号(二〇〇四年)四四―四五頁(佐藤文哉「発言」)などがある。

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。筆者の理解については、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構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、同「討論型世論調査の意義と社会的合意形成機能」KEIO SOC JOURNAL 四巻一号(二〇〇六年)七六頁および同「討議民主主義理論をめぐる議論状況」『慶應の法律学(慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集) 公法I』(慶應義塾大学出版会、二〇〇八年)三五頁を参照されたい。

(20) 例えば、裁判員全員が有罪の意見で、

(21) 例えば、従前の合議体の裁判でも、裁判官の意見が分かれた場合には、原則として過半数の意見によることとされ(裁判所法一八条、二六条二項、七七条一項、二項)、少数派の裁判官は、多数派の裁判官の意見に従うことになる。

(23) 例えば、山元一教授は、「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る。日本国憲法の基本原則を強度に自由主義的なものにとらえれば、辞退しうる事由が極めて限定的であれば、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(山元前掲注(16)三〇頁)。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(安念前掲注(22)三八三頁)。

(25) 筆者の見解については、詳しくは、拙稿「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)一六七頁を参照されたい。

が、「特定の帰結をそこから引き出すことは、あまりに曖昧な命題であるというべきである」と主張する(棟居前掲注(16)三二頁)が、これに対して、土井教授は、下級裁判所では「憲法上のあらゆる保障も制約も及ばず、完全に自由な制度設計ができることにほかならない」という解釈に賛同する者はおそらくいないのではなからうか」との西野喜一教授による批判(西野喜一「日本国憲法と裁判員制度(下)」判例タイムズ一八七五号(二〇〇五年)九頁)を妥当であるとして、裁判所の構成に憲法上の制約がないとする棟居説を批判している(土井前掲注(16)二八〇―二八一頁)。

(22) 例えば、声部信喜(高橋和之「補訂」『憲法(第四版)』(岩波書店、二〇〇七年)三三八頁、樋口陽一ほか『憲法IV』(青林書院、二〇〇四年)二二頁(浦部法穂「執筆」、これに対して、審議会意見書は、「新たな参加制度は、個々の被告人のためというよりは、国民一般にとって、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以上、訴訟の一方当事者である被告人が、裁判員の参加した裁判官による裁判を受けることを辞退して裁判官のみによる裁判を選択することは、認めないこととすべきである」とした(司法制度改革審議会前掲注(12)一〇六頁、もっとも、憲法学にとっては、裁判制度が「被告人のためではない」という説明は、……伝統的理解からすると、極めて衝撃的」(中島徹「刑事手続における「主権」と「人権」」ジュリスト一三三四号(二〇〇七年)一八四頁)などである。裁判員法が被告人の裁判の選択権を否定したことについて批判するものとして、安念潤司「自由主義者の遺言」藤田由晴・高橋和之「編」『憲法論集』(創文社、二〇〇四年)三八二頁、三八九頁、伊藤眞ほか「座談会 司法制度

(24) 本稿では、討議民主主義理論について、公共的な事項の検討・決定にあたって、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ようとする民主主義観との区別を、今日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

(26) 司法制度改革の理念については、「新自由主義的政策理念」に基づいたものとする評価(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、久保田稜「市場経済推進の司法改革の問題性」法律時報七二巻二号(二〇〇〇年)四八頁など)がある一方で、「反自由主義的改革」とする評価(安念前掲注(22)三六九頁)もある。安念教授は、裁判員制度について、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」ものなのであるから、個人の選択の自由などは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)。

(27) 司法制度改革審議会前掲注(12) 四一八頁。

(28) さらに、裁判員法案の国会審議において、政府は、裁判員制度が一般の国民に公共的な問題に対する意識を高める契機となること、それがこの制度の副次的な意義といえることを公式に認めていること(前掲拙稿「裁判員制度の立法過程(三)」一二八—二九頁、一五三—一五四頁を参照)も、立論を補強するものとして挙げるべきであろう。

(29) 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、一四二頁、一七九頁。

(30) 司法制度改革審議会前掲注(12) 一〇一頁。

(31) 井上達夫「世論の専制から法の支配へ」中央公論一四七六号(二〇〇七年)二七—二七二頁。合わせて、同「司法の民主化と裁判員制度」司法研修所論集一一四号(二〇〇五年)一〇四頁も参照。

(32) 酒巻正ほか「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)一七頁(常本照樹「発言」、山元前掲注(16)三〇頁。ただし、日本国憲法の前掲とする国民について共和主義的な公民像を觀念するとはという仮定的な条件を付したうえでこの議論であり、その仮定についての論証はなされておらず、また、各論者がかかる議論に与するか否かは明示されてない)。

(33) 共和主義的憲法理論によれば、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る(Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press,

1993, p. 136)。

(34) 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)三一—九頁。合わせて、緑大輔「裁判員の負担・義務の正当性と民主主義」法律時報七七巻四号(二〇〇五年)四一頁)も参照。緑准教授は、日本国憲法下の民主主義として討議民主主義を採用すべきであるとしたうえで、かかる議論を展開している。しかしながら、筆者は、日本国憲法の一般的な解釈理念として討議民主主義理論を採用すべきとまで論ずる必要はなく(その論証は、甚だ困難であろう)、今般の司法制度改革が討議的転回(creative turn)であったと論ずれば十分である(解する)。

(35) Cass R. Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton University Press, 2007, p. 62. サンステインは、米国の陪審の評議において、集団極性化が見られる傾向を指摘してある(Cass R. Sunstein, *Designing Democracy*, Oxford University Press, 2001, p. 36)。

(36) サンステインは、陪審の評議および裁判官による評議において、同調効果が生じることが指摘している(Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, p. 16)。

※本稿は、平成二〇年度科学研究費補助金(若手研究(スタートアップ))「共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論による裁判員制度の意義の再構成」の研究の一部である。
(やなせ・のぼる 信州大学専任講師)



人・事件・裁判——ヒューマンな眼で追う

法学ゼミナール

二〇〇九年二月号予告 定価一〇〇〇円



■特集=書き分け・話し分け法学鍛錬術 〔刑法・刑事訴訟法編〕

法的思考力・表現力が法学において必須の能力と言われるが、その具体的訓練方法こそが求められている。いくつかの異なる分量で一つのテーマについて書いたり、話したりして試みることで思考力や表現力が鍛えられないかを試みる挑戦的な特集。1月号に引き続き、刑法・刑事訴訟法編を掲載。

刑法編……………北川佳世子、松原芳博、照沼亮介
刑事訴訟法編……………上田信太郎、本庄 武、石田倫識

■立法と現場

TRIPS協定31条改正議定書の効果……………加藤暁子

■ロー・ジャーナル

「法の支配ユビキタス社会」への国際的トレンド…松尾 弘
法科大学院情勢を問う……………後藤 昭

■ロー・クラス

法的思考と法論理学……………高橋文彦
裁判員裁判と刑事弁護(3)……………川崎英明

■法科大学院探訪

南山大学法科大学院…丸山雅夫教授・榎原秀訓教授に聞く