

Title	公共的討議の場の創設としての裁判員制度： 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
Sub Title	The Saiban-in (Lay Judges) Trial System as the Establishment of the Forum for Public Deliberation : Proposal of a New Interpretation of the Participation of the General Public in the Justice System based on the Theory of Deliberative Democracy
Author	柳瀬, 昇(Yanase, Noboru) 曾根, 泰教(Sone, Yasunori)
Publisher	慶應義塾大学湘南藤沢学会
Publication year	2009-03
Jtitle	博士論文
JaLC DOI	
Abstract	<p>本稿は、2009年5月までにわが国での導入される予定の裁判員制度の意義を、公法学及び政治学の領域において昨今きわめて注目されている討議民主主義 ( deliberative democracy ) 理論に基づき、再構成しようとするものである。</p> <p>第1編では、この制度を創設する裁判員法 ( 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律 ) の立法過程の分析を通じて、制度がそもそも目指していた意義と制度設計上の論点について考察するとともに、裁判員制度の概要を整理する。ここでは、裁判員制度が、単純な民主主義の理念に基づく司法の民主化のためではなく、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べく設けられたものであるということを確認する。</p> <p>第2編では、現代民主主義理論の転回者として注目されている討議民主主義理論について、公法学及び政治学における主要な議論を踏まえて、その内容の明確化を図る。これは、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理論である。</p> <p>第3編では、第1編及び第2編を受けて、この新しい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が可能であり ( 制度設計者の意思などにこの理論と通底するものがあるため )、かつ、妥当である ( 裁判員制度の憲法解釈論上の2つの難点を克服しうるため ) ということについて論証し、この理論が裁判員制度の設計や運用に関して、どのような示唆を与えるかについて検討する。</p> <p>裁判員制度の意義を討議民主主義理論に基づき再構成するならば、この制度は、国民が刑事事件の裁判という公共的な事項について、検討し、決定するという1つの「公共的討議の場 ( forum for public deliberation ) 」を創設するものであるといえる。そして、それを通じて国民の公民的徳性 ( civic virtue ) を涵養することを、制度導入のもう1つの意義として挙げるができる。</p> <p>This paper attempts to formulate a new interpretation of the purpose of the saiban-in (lay judges) trial system from the perspective of the theory of deliberative democracy.</p> <p>The saiban-in trial system means participation of the general public in the criminal justice system, which will be implemented in Japan by May 2009. In the first part of this paper, I analyze the legislative process of the Law for Implementation of the Saiban-in System in Criminal Court Procedures (Act No. 63 of 2004), which institutes this trial system. Additionally, I consider the expected purpose, the controversial issues concerning the institutional design and basic structure of the saiban-in system. Thereby, it becomes apparent that this trial system is designed not for democratization of the judiciary but for enhancement of the power and authority of the judiciary.</p> <p>In the second part, I explore what deliberative democracy is. The theory of deliberative democracy now attracts a great deal of attention in the fields of both constitutional and political theories. It is commonly believed that this turned the democratic theory in the twentieth century drastically. This theory respects the value of people's well-informed deliberations and requests to make a consideration or a decision on public affairs based on refined preferences after such deliberations.</p> <p>Based on the preceding parts, in the third part of this paper, I first demonstrate that it is possible and appropriate to propose a different interpretation of the purpose of the saiban-in system according to the theory of deliberative democracy. The reason why my proposal is possible is that some founders of this trial system seem to strongly sympathize with this new democratic theory. The reason why it is appropriate is that this theory can provide answers to two questions that this trial system has for its constitutionality. The second point that requires clarification is to examine what this democratic theory suggests about the saiban-in system. On interpreting the saiban-in system from the standpoint of deliberative democracy, we can understand that this trial system</p>

	establishes a sort of forum for public deliberation, where people deliberate about criminal cases that are public affairs and make decisions. We conclude that to cultivate people's civic virtues through deliberation is another meaning of the saiban-in trial system.
Notes	合意形成プロジェクト2008年
Genre	Thesis or Dissertation
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=0302-0000-0628">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=0302-0000-0628</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

博士論文

公

# 共的討議の場の創設としての裁判員制度

——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

2008年

---

柳瀬 昇 大学院政策・メディア研究科 後期博士課程

合意形成プロジェクト

---

慶應義塾大学湘南藤沢学会



## 博士論文推薦のことば

柳瀬昇君の博士論文『公共的討議の場の創設としての裁判員制度——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』は、2009年5月までにわが国に導入される裁判員制度の意義を、公法学及び政治学の領域において注目されている討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づいて分析したものである。本研究は裁判員制度導入までの立法過程を詳細に分析し、また、政治学や公法学における「討議民主主義」の理論を紹介しながら、裁判員制度およびその憲法問題を包括的に論じた大変優れた研究書である。

本研究は、2009年から実際に裁判員制度が実施される際には、必ず言及されるべき研究書に位置づけられるものになると確信をしている。

慶應義塾大学大学院

政策・メディア研究科教授

曾根 泰教



博士論文 平成 20 年度 (2008)

# 公共的討議の場の 創設としての裁判員制度

——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

慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科

柳 瀬 昇





# 公共的討議の場の創設としての裁判員制度

## ——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

( 論 文 要 旨 )

本稿は、2009年5月までにわが国での導入される予定の裁判員制度の意義を、公法学及び政治学の領域において昨今きわめて注目されている討議民主主義 (deliberative democracy) 理論に基づき、再構成しようとするものである。

第1編では、この制度を創設する裁判員法 (裁判員の参加する刑事裁判に関する法律) の立法過程の分析を通じて、制度がそもそも目指していた意義と制度設計上の論点について考察するとともに、裁判員制度の概要を整理する。ここでは、裁判員制度が、単純な民主主義の理念に基づく司法の民主化のためではなく、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べく設けられたものであるということを確認する。

第2編では、現代民主主義理論の転回者として注目されている討議民主主義理論について、公法学及び政治学における主要な議論を踏まえて、その内容の明確化を図る。これは、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理論である。

第3編では、第1編及び第2編を受けて、この新しい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が可能であり (制度設計者の意思などにこの理論と通底するものがあるため)、かつ、妥当である (裁判員制度の憲法解釈論上の2つの難点を克服しうるため) ということについて論証し、この理論が裁判員制度の設計や運用に関して、どのような示唆を与えるかについて検討する。

裁判員制度の意義を討議民主主義理論に基づき再構成するならば、この制度は、国民が刑事事件の裁判という公共的な事項について、検討し、決定するという1つの「公共的討議の場 (forum for public deliberation)」を創設するものであるといえる。そして、それを通じて国民の公民的徳性 (civic virtue) を涵養することを、制度導入のもう1つの意義として挙げることができる。

キーワード :

裁判員制度、国民の司法参加、共和主義的憲法観、討議民主主義理論、立法政策論

慶應義塾大学大学院政策・メディア研究科後期博士課程

柳瀬 昇

**The *Saiban-in* (Lay Judges) Trial System  
as the Establishment of the Forum for Public Deliberation  
: Proposal of a New Interpretation of the Participation  
of the General Public in the Justice System  
based on the Theory of Deliberative Democracy**

**A b s t r a c t**

This paper attempts to formulate a new interpretation of the purpose of the *saiban-in* (lay judges) trial system from the perspective of the theory of deliberative democracy.

The *saiban-in* trial system means participation of the general public in the criminal justice system, which will be implemented in Japan by May 2009. In the first part of this paper, I analyze the legislative process of the Law for Implementation of the *Saiban-in* System in Criminal Court Procedures (Act No. 63 of 2004), which institutes this trial system. Additionally, I consider the expected purpose, the controversial issues concerning the institutional design and basic structure of the *saiban-in* system. Thereby, it becomes apparent that this trial system is designed not for democratization of the judiciary but for enhancement of the power and authority of the judiciary.

In the second part, I explore what deliberative democracy is. The theory of deliberative democracy now attracts a great deal of attention in the fields of both constitutional and political theories. It is commonly believed that this turned the democratic theory in the twentieth century drastically. This theory respects the value of people's well-informed deliberations and requests to make a consideration or a decision on public affairs based on refined preferences after such deliberations.

Based on the preceding parts, in the third part of this paper, I first demonstrate that it is possible and appropriate to propose a different interpretation of the purpose of the *saiban-in* system according to the theory of deliberative democracy. The reason why my proposal is possible is that some founders of this trial system seem to strongly sympathize with this new democratic theory. The reason why it is appropriate is that this theory can provide answers to two questions that this trial system has for its constitutionality. The second point that requires clarification is to examine what this democratic theory suggests about the *saiban-in* system. On interpreting the *saiban-in* system from the standpoint of deliberative democracy, we can understand that this trial system establishes a sort of forum for public deliberation, where people deliberate about criminal cases that are public affairs and make decisions. We conclude that to cultivate people's civic virtues through deliberation is another meaning of the *saiban-in* trial system.

Key Words:

*saiban-in* (lay judges) trial system; participation of the general public in the justice system; constitutional civic republicanism, deliberative democracy, legislation and legislative process

**A Dissertation Submitted to the Graduate School of Media and Governance, Keio University  
in Partial Fulfilment of Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy  
Noboru YANASE**

## 目 次

序 論	1
(1) 本稿の意義と構成	
(2) 本稿の初出一覧	
(3) 問題提起	
第1編 国民の司法参加の制度設計	9
第1章 裁判員法の立法過程	10
1. 裁判員法の立法過程を検討する意義	
2. 裁判員法の立法過程	
(1) 前史	
1 司法制度改革審議会以前の国民の司法参加の制度をめぐる議論	
2 司法制度改革審議会設置法の制定	
(2) 司法制度改革審議会における議論（第1ステージ）	
3 司法制度改革審議会における議論の概要	
4 第1ラウンド：論点整理までの議論	
5 論点整理	
6 第2ラウンド：中間報告までの議論	
7 中間報告	
8 第3ラウンド：意見書までの議論	
9 意見書	
(3) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会における議論（第2ステージ）	
10 司法制度改革推進法の制定	
11 司法制度改革推進本部の設置と司法制度改革推進計画の策定	
12 裁判員制度・刑事検討会の構成とそこでの議論の概要	
13 第1ラウンド：当面の論点メモ以降の議論	
14 第2ラウンド：たたき台以降の議論	
15 第3ラウンド：おさらいの議論	
16 第4ラウンド：座長ペーパー以降の議論	
17 政治決着	
(4) 国会における議論（第3ステージ）	
18 国会での議論の概要	
19 衆議院での議論	
20 参議院での議論	
第2章 制度設計上の論点と主要アクター間の相克	100
1. 各ステージの議論の概要	

2. 第1ステージにおける主な争点
  - 1 国民の司法参加の意義と現行の刑事裁判の運用の評価
  - 2 制度の基本的構造
    - (1) 法曹三者の主張の変遷
    - (2) 中間報告までの審議会での議論
    - (3) 審議会第3ラウンドでの議論
3. 第2ステージにおける主な争点
  - 3 合議体の構成
    - (1) 検討会第2ラウンドでの議論
    - (2) 検討会第4ラウンドでの議論
  - 4 独立評決制の可否
  - 5 評決の方法
  - 6 対象事件の範囲
  - 7 裁判員の要件
  - 8 公正な裁判を確保するための措置
    - (1) 裁判員等の守秘義務
    - (2) 裁判員等の個人情報の保護
    - (3) 裁判員等に対する接触の規制
    - (4) 裁判の公正を妨げる行為の禁止
    - (5) 小括
4. 第3ステージにおける主な争点
  - 9 罰則・附則等

### 第3章 裁判員制度の意義と概要

141

1. 裁判員制度の意義
2. 裁判員制度の概要
  - (1) 一定の重大な刑事事件を対象とする制度
  - (2) 一般の国民が裁判員として参加する制度
    - (1) 裁判員の要件
    - (2) 裁判員の選任
  - (3) 裁判官とともに判断に参加する制度
  - (4) 有罪無罪の決定や刑の量定を行う制度
    - (1) 裁判官・裁判員の権限
    - (2) 裁判員等の義務
    - (3) 裁判員の地位
  - (5) 参加を促すためのさまざまな措置が設けられている制度

### 第2編 分析視座としての討議民主主義理論

172

第4章 討議民主主義理論の本質的要素	174
1. 討議民主主義理論をめぐる議論状況	
(1) 討議民主主義理論の登場以前の民主主義理論	
(2) 民主主義理論における最も新しいイノベーションの波	
2. 公法理論としての討議民主主義理論	
(1) 共和主義の政治思想の展開と憲法理論としての開花	
(2) 共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論	
(3) 公法理論としての討議民主主義理論の展開	
3. 政治理論としての討議民主主義理論	
(1) 討議民主主義理論の萌芽とその展開	
(2) 熟慮と討議に基づく民主政治を実現するための試み	
4. 公法理論と政治理論との架橋に向けて	
(1) 討議民主主義理論の再定位	
(2) 討議民主主義理論の構成要素	
(1) 討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障	
(2) 論拠の正当化要求	
(3) 選好の変容可能性とその前提としての異見に対する寛容の精神	
(3) 小括	
第5章 公共的討議の意義の複線化	205
1. 民主主義理論における最も新しいイノベーションの波	
2. 討議民主主義理論とその批判者たち	
(1) 民主的討議と合意形成志向性・選好変容可能性	
(2) 民主的討議と理性的論証	
3. 理論群としての討議民主主義理論の生存戦略	
(1) 討議民主主義理論は代議制民主主義理論と対峙するか	
(2) 「決定のための討議」と「討議のための討議」	
4. 小括	
第6章 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義	222
1. 討議民主主義における公法理論と政治理論との対話	
2. 討論型世論調査の意義・構造・実例	
3. 公共政策をめぐる討議のための制度の分析視角	
4. 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義	
インターロード 裁判所の司法権行使の民主的正統性	238
(1) 問い	
(2) 国民主権国家における国家機関とその民主的正統性	
(3) 自由主義の原理と民主主義の原理	

(4) 答え	
第3編 討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成	249
第7章 裁判員制度の意義の再構成	250
1. 裁判員制度に対する著しく低い国民の参加意向	
2. 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	
3. 裁判員制度の憲法適合性と共和主義的憲法理論からの応答	
(1) 国民の司法参加の制度の憲法適合性	
(2) 裁判員制度の憲法適合性	
(3) 被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）	
(4) 裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務	
4. 「陶冶の企て」としての裁判員制度	
第8章 裁判員候補者の予断と裁判員等選任手続	287
1. 討議民主主義理論が裁判員制度の運用に与える示唆	
2. ゲームとしての裁判員等選任手続	
3. 対象事件に関する報道等への規制の可否	
4. 小括	
第9章 裁判員法の立法政策	305
1. 討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の制度設計	
2. 裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質	
(1) 諸外国の国民の司法参加の制度との異同	
(1) 陪審制度との異同	
(2) 参審制度との異同	
(2) 討論型世論調査との異同	
(1) 討論型世論調査を比較対象とすることの意義	
(2) 討論型世論調査との異同	
3. 討議民主主義理論に基づく裁判員法の諸規定の評価	
(1) 討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障	
(2) 論拠の正当化要求	
(3) 選好の変容可能性とその前提としての異見に対する寛容の精神	
結 論	332
(1) 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	
(1) 裁判員制度と民主主義の原理とのイレバンシー	
(2) 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	
(2) 裁判員制度が招来する国民に対する過大な負担	
(3) 国民主権国家における公共政策の決定の責任の所在	
付 録 裁判員法の立法過程に関する年表	343

## 序 論

### (1) 本稿の意義と構成

本稿は、2009年5月までにわが国で導入される予定の裁判員制度の意義を、公法学及び政治学の領域において昨今きわめて注目されている討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づき、再構成しようとするものである。

裁判員制度の意義は、政府の説明によれば、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資することである<sup>1</sup>。討議民主主義理論とは、本稿第2編において詳細に検討するが、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好を重視すべきであるとする民主主義理論をいう。この新しい民主主義理論によれば、裁判員制度の意義をどのように再構成しうるかと、そこからどのような示唆が得られるかが、本稿の主題である。

本稿は、序論と結論のほか、9つの章からなる3つの編及び1つのインターラードによって構成される。その概要は、次のとおりである。

第1編では、この制度を創設する裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成16年法律第63号、以下、「裁判員法」という）の立法過程の分析を通じて、制度がそもそも目指していた意義と制度設計上の論点について考察するとともに、裁判員制度の概要を整理する。

第1章では、裁判員制度の設計をめぐる審議会や国会などでの議論を精査し、裁判員法が制定されるまでの政策形成・決定過程を詳細かつ客観的に叙述する。

続く第2章では、前章で見た裁判員法の立法過程を分析し、制度設計上の論点を整理し、主要なアクターの主張とその変遷を概括する。

第1章と第2章を通じて、裁判員制度がどのように形成されたのかが、明らかになるだろう。

第3章では、裁判員制度の意義と概要について、裁判員法とそれに基づき制定された最高裁判所規則や政令に依拠しながら解説する。

第2編では、裁判員制度の意義を再構成する際の基本的な視座となる討議民主主義理論について、本稿で論及するのに必要な限りにおいて、その内容の明確化を図る。討議民主主義理論は、今日では、憲法学、法哲学、政治理論・政治哲学などの分野で、その名を見ないことはないほど、盛んに論じられている公法理論・政治理論であるが、その内容は、必ずしも明らかになっているとはいえない。

この新しい民主主義理論について、まず、第4章で、主要な議論を精査し、その構成要素を析出することを通じて、何がその本質であるかについて探求する。

次に、第5章では、討議民主主義理論が前提としている討議の意義について、「決定のた

---

<sup>1</sup> 裁判員の参加する刑事裁判に関する法律1条。詳細は、本稿第3章を参照。

めの討議」と「討議のための討議」とに 2 つに分けて複線的に考えることを提唱し、そこから得られる示唆を明らかにする。

さらに、第 6 章で、討議民主主義理論の実践モデルの 1 つである「討論型世論調査 (deliberative opinion poll)」の構造を分析したうえで、既存の討議・決定システムとの対比を通じて、その有用性について言及する。

第 3 編では、第 1 編及び第 2 編を受けて、この新しい民主主義理論に基づき裁判員制度の意義を再構成しうるかなどについて論証し、この理論が裁判員制度の設計や運用に関して、どのような示唆を与えるかについて検討する。後述するように、裁判員制度は、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上のために導入されたものであるが、討議民主主義理論に基づき再評価するとき、この制度は、1 つの「公共的討議の場 (forum for public deliberation)」を創設するものであり、そして、それを通じて国民の公民的徳性 (civic virtue) を涵養することを、制度導入のもう 1 つの意義として挙げると、筆者は考える。

まず、そもそも司法と国民主権の原理ないし民主主義の原理との関係を整理し、裁判が単純な民主主義の原理によっては正当化されるものではないし、また、されるべきものでもないことを確認する導入部分を置く (インターロード)。

それを踏まえたうえで、第 7 章で、討議民主主義理論に基づき、裁判員制度の意義を再検討することになろう。はじめに、司法制度改革審議会意見書にみる司法制度改革の理念から、裁判員制度の導入をはじめとする今般の司法制度改革が、共和主義的憲法観と親和性をもたらすこと、特に、裁判員制度に関しては、裁判員法の立法過程で顕出し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ことを明らかにしたうえで、この理論に基づき裁判員制度を議論しうる余地があることを主張する。裁判員制度の具体的な制度設計をめぐるのは、その憲法適合性について疑義が示されており、その中には、克服困難な深刻な問題もある。すなわち、被告人の裁判の選択権 (裁判員の参加する裁判の辞退権) を認めないことと、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 (裁判員及び補充裁判員) として就任し職務を遂行する義務を課すことの 2 点について、その憲法適合性は、これまでに十分に説得的な説明がなされてこなかった。そこで、次に、違憲の謗りを克服するためには、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義論によって裁判員制度の意義を基礎づけ直すことが有用であり、かつ、妥当であるということを論ずる。裁判員制度が公共的討議への参加を促すことを通じて、国民に公民的徳性を涵養するという重要な機能を有するものであるとすれば、今度は、討議民主主義理論が制度の設計や運用にいかなる示唆を与えるかを検討することが必要となる。

そこで、第 8 章では、特に、裁判員候補者が不可避免的に有するであろう予断に着目しつつ、(1) 裁判員等の選任手続の意義と、(2) 対象事件に関する報道規制という 2 つの問題を取り扱う。

さらに、第 9 章では、裁判員制度を諸外国の国民の司法参加の制度や討議民主主義理論の実践モデルと比較検討することを通じて、裁判員の参加する裁判の合議体の公共的討議



の場としての特質を明らかにする。そして、具体的な裁判員法の諸規定について、討議民主主義理論に基づき評価を行う。

## (2) 本稿の初出一覧

本稿は、各章が、それぞれ別個の、査読付き論文、査読なし論文または学会発表論文として刊行されたものであり、また、その一部は、平成 19-20 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」（課題番号 19830023）の成果である。

既発表論文の初出については、次のとおりであるが、いずれも、本稿としてまとめるにあたり、大幅な加筆と修正を施した。

### 第 1 編 国民の司法参加の制度設計

#### 第 1 章 裁判員法の立法過程

- ・「裁判員法の立法過程（1）」信州大学法学論集（信州大学大学院法曹法務研究科）第 8 号、2007 年 3 月、99-140 頁
- ・「裁判員法の立法過程（2）」信州大学法学論集（信州大学大学院法曹法務研究科）第 9 号、2007 年 12 月、227-268 頁
- ・「裁判員法の立法過程（3）」信州大学法学論集（信州大学大学院法曹法務研究科）第 10 号、2008 年 4 月、117-162 頁

#### 第 2 章 制度設計上の論点と主要アクター間の相克

- ・「裁判員法の立法過程（4・完）」信州大学法学論集（信州大学大学院法曹法務研究科）第 11 号、2008 年 11 月、135-209 頁

#### 第 3 章 裁判員制度の意義と概要

- ・書き下ろし（「裁判員制度の意義と概要」桐蔭法学（桐蔭法学会）第 13 巻第 2 号、2007 年 2 月、31-75 頁を一部利用した）

### 第 2 編 分析視座としての討議民主主義（deliberative democracy）理論

#### 第 4 章 討議民主主義理論の本質的要素

- ・「討議民主主義理論をめぐる議論状況」慶應義塾大学法学部＝編『慶應の法律学 公法 I——慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集』（慶應義塾大学出版会）、2008 年 12 月 35-62 頁の（一）部分
- ・「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（慶應義塾大学出版会）第 58 号、2003 年 9 月、369-399 頁
- ・「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（慶應義塾大学出版会）第 67 号、2005 年 12 月、167-198 頁の（一）部分

## 第5章 公共的討議の意義の複線化

- ・「公共的討議の意義の複線化」曾根泰教・大山耕輔＝編『日本の民主主義——変わる政治・変わる政治学』（慶應義塾大学出版会）、2008年1月、61-79頁

## 第6章 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義

- ・「討論型世論調査の意義と社会的合意形成機能」KEIO SFC JOURNAL（慶應義塾大学湘南藤沢学会）第4巻第1号、2006年7月、76-95頁

## インターロード 裁判所の司法権行使の民主的正統性

- ・「裁判所の司法権行使の民主的正統性」信州大学人文社会科学研究所（信州大学人文社会科学研究会）第3号、2009年3月刊行予定

## 第3編 討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成

## 第7章 裁判員制度の意義の再構成

- ・「裁判員制度の憲法理論」法律時報（日本評論社）第81巻第1号、2009年1月、62-68頁
- ・前掲「共和主義的展開としての司法制度改革」（二）以降

## 第8章 裁判員候補者の予断と裁判員等選任手続

- ・「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——」法政論叢（日本法政学会）第42巻第2号、2006年6月、146-163頁

## 第9章 裁判員法の立法政策

- ・書き下ろし（「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 2005年度研究大会報告論文集（日本公共政策学会）、2005年6月、92-101頁を一部利用した）

また、本稿は、次の認知された学会での口頭報告の内容をもとにしている（いずれも、報告の採否にあたって、各学会の企画委員会、理事会、大会運営委員会などの審査を経たもの、または、学会事務局から報告を依頼されたものであり、また、このうち1件は、外国語（英語）で報告したものである）。

- ・「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 2005年度研究大会、2005年6月4日）
- ・「公共的討議の場としての裁判員制度——討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再定位——」（日本法政学会第103回研究会、2005年11月27日）
- ・「The Meaning and Outline of the *Saiban-in* (Lay Judges) Selection System in Japan: Legal Interpretation and Game Theoretical Analysis」(The 6th International Conference of the Japan Economic Policy Association、2007年12月9日)
- ・「討議民主主義理論に基づく裁判員法の立法政策の評価」（憲法理論研究会 2008年夏季合宿研究会、2008年8月31日）

### (3) 問題提起

裁判員制度は、民主主義のための制度として理解すべきではない——本稿を始めるにあたって、まず、この点を確認しなければならない。なぜならば、しばしば、裁判員制度が民主主義の向上のために導入されたものと誤解されている（あるいは、誤解させられている）からである。

裁判員制度の趣旨を定める裁判員法 1 条によれば、裁判員制度が単純な民主主義の原理に基づき導入されたものではないということは、明らかである。にもかかわらず、民主主義の向上のためにこの制度が導入されたとの誤解が蔓延しているのは、戦後 60 年間、本格的な国民の司法参加の制度を有していなかったわが国においては、国民の多くが、司法参加の制度といえ、アメリカ合衆国の陪審制度や、わが国で戦前の一時期に行われていた陪審制度を想起しがちであるからであろう。たしかに、わが国においては、アメリカ合衆国の陪審制度は、民主主義の原理と密接な関係があるものと理解されており<sup>2</sup>、また、戦前の旧陪審制度は、民主主義の理念に基づき導入されたものであると分析されている<sup>3</sup>。しか

---

<sup>2</sup> 例えば、丸田隆教授は、トクヴィル (Alexis de Tocqueville) の「陪審は、人々に支配させるもっとも活気ある手段であるばかりでなく、人々にいかにうまく支配させるかを教える最も効果的な手段でもある」との言を引いたうえで、「アメリカ合衆国における陪審制は、この社会を支える草の根民主主義と市民参加意識とに密接にかかわっている」と述べる (丸田隆『アメリカ陪審制度研究』(法律文化社、1988 年) 3 頁)。アメリカ合衆国の陪審制度については、さしあたり、邦語文献として、浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、1999 年) 15-31 頁、田中英夫『英米法総論 下』(東京大学出版会、1980 年) 444-473 頁。

<sup>3</sup> 例えば、三谷太一郎教授は、「日本においてもそれ〔筆者注：陪審制度のこと〕は政党が政治統合の主体となった「大正デモクラシー」の時代の歴史的所産であった」と述べる (三谷太一郎『政治制度としての陪審制』(東京大学出版会、2001 年) 251 頁)。ただし、大日本帝国憲法下のわが国において、旧陪審制度は、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 (むしろ、「陪審員として、畏くも天皇の御名に於て行はれる、神聖の裁判に列し、恚うした重大な義務を果たすことは、丁度国民として兵役に就くのが、大なる名誉であり義務であると同様な次第であります」という (大日本陪審協会編集部『陪審手引』(大日本陪審協会出版部、1931 年) 6 頁 (引用は、四宮啓=監修による復刻版 (現代人文社、1999 年) による))。当時の司法省刑事局も、次のように解説している。「我が国に陪審制度を採用するに至つたのは何故でありませうか。……第一は政治上の理由であります。我が憲法は、立憲政治の本義として国権の作用を立法、司法、行政の三つに分ち、立法に付いては議会の協賛を必要とし、行政に付いては自治制度を認め国民を立法及び行政に参加させて居ります。……我が国民は国政の参与に付いて既に相当の経験と訓練とを経て居るのであります。殊に民意に聴いて国政を行はうとする傾向が著しくなつた現代に、独り司法に関してばかり依然として国民の参与を認めないのは時世の進運に伴はない嫌がある。裁判手続にも、一定の範囲内で、国民の参与を認めるのが、立憲政治の本旨に副ふ所以でもあり、適当でもあらうと云う……。第二は司法上の理由であります。抑も裁判は、事実の真相を捉へ、これに法律を適用するものであつて、公正で合法でなければならぬと同時に、国民がこれを信頼し、関係者がこれに信服するものでなければならぬ。従来我が国の刑事裁判は公正に行はれて居つて、国民も信頼して居るのではあり

しながら、後述するように、今般、わが国で導入されることになった裁判員制度は、米国の陪審制度を継受するものでも、戦前の旧陪審制度を復活させるものでもない。本稿では、裁判員制度とそれらとが直接的な関係を有していないことを強調するため、意識的に、それらに対する不必要な論及を行わなかった。

本稿では、単純な民主主義の原理<sup>4</sup>に基づく裁判員制度の意義づけを明確に否定する。す

---

ますが、又、裁判官の判断は、職司の性質上、稍すれば理性に捉はれ易い傾向があるとの批評もある。で、此の際適當の範囲で裁判官でない素人の人々を国民の中から選んで裁判手続に参加させ其の判断を加味したならば我が国の刑事裁判に対する信頼が厚くなるであらうし、又陪審制度を実施すれば国民は自然裁判所に親しみ、法律思想が養われると同時に裁判に関する理解も出来、従来稀にあつた誤解や疑惑も一掃され、益々裁判の威信を高めることが出来るであらう。又一面、被告人にとつても、国民の中から選ばれた陪審員に依つて下された判断が基礎となつて裁判されたと思へば、快く其の裁判を受けることが出来るであらう」（司法省刑事局『陪審制度の話』（司法省刑事局、1926年）3-5頁。このうち、「政治上の理由」とは、今日でいう国民主権の原理ないし民主主義の原理に近いものであるとも評価しうるが、当時の政府は民主主義という概念の使用を回避していた（「立憲政治の本義」という概念を用いていた）点は留意すべきであらう（なお、大木遠吉司法大臣による国会での陪審法案の提案理由説明によれば、「国民ハ進ンテ司法ノ一部ニ干与スルコトカ、恰モ立法行政ニ於ケルト同一ナルコトヲ得マスコトハ、蓋シ立憲ノ本義之ヲ以テ完キヲ得ル次第テアルト思フノテアリマス」（第45回国会衆議院議事録（1922年3月2日第1読会）（引用は、江木衷・原嘉道・花井卓蔵＝監修（清水書店編集部＝編）『陪審法審議編』（清水書店、1923年）22頁による）と、あるいは、「政府カ陪審制度ニ伴ウテ必要ト認メマシタ点ハ、国民ヲシテ司法事務ニ参与セシメルコトカ、恰モ立法ニ議會ノ設ケアルコトト、又行政ニ地方自治ノ制度アル如ク、人民ノ翼賛ニ依ツテ国務ヲ遂行シ、国家ノ進運ニ資スルコトハ、是レ即チ立憲政治ノ本旨ニ適フ所以ノ途テアル、斯様ニ確信シテ居ル次第テアリマス」（第45回国会衆議院特別委員会議事録（第1回、1922年3月2日）（引用は、前掲『陪審法審議編』127頁による）という）。すなわち、旧陪審制度と民主主義の原理との関係は、基本的には、同時代的理解というよりも、後世の研究者等による評価である。三谷教授も、議論の公平を期するため、原敬内閣当時司法省刑事局として陪審法案の起草に関与し、枢密院審査委員会において政府委員の1人として説明にあたった豊島直通氏による「人民が司法に干与する権利を得たと云ふ如きデモクラシイの精神よりして陪審制度が成立したのでは断じてない」との記述を引用しており（三谷前掲『政治制度としての陪審制』250頁）、旧陪審制度が民主主義の原理に基づき創設されたとは明確には述べていない（三谷教授の研究の主眼は、日本政治史において、陪審制度が、戦前のわが国の政党制の体制統合機能を補完するサブシステムとしての意味をもつ政治制度として、司法部に対抗して政治主導で制定されたということを論証することにあると思われる（なお、三谷太郎「政治制度としての陪審制（上）」UP343号（2001年）12頁も参照）。わが国の戦前の旧陪審制度については、最高裁判所事務総局刑事局＝監修『我が国で行われた陪審裁判』（司法協会、1995年）、藤田政博『司法への市民参加の可能性』（有斐閣、2008年）第1部、三谷前掲『政治制度としての陪審制』を参照。

<sup>4</sup> 民主主義理論そのものについての検討は、その1つである討議民主主義理論について探究する第2編において詳しく行うが、本稿で、以下、しばしば登場する単純な民主主義の原理（あるいは、修飾語が付されない民主主義）について、ここで整理しておきたい。すなわち、レイプハルト（Arend Lijphart）によれば、「人民による統治」が最も基本的な民主主義の定義として挙げられ、それは、リンカーンによって「人民のための統治（国民の選好に従った統治）」としての意義が付加される。そして、「人民による、人民のための統治」

なわち、裁判員制度は、民主主義の原理に基づいて制定されたものではないし、また、そもそも民主主義の原理に基づくべきでもない。前者に関しては、第 1 章の裁判員法の立法過程の詳細な分析・検討によって、明らかになるだろう。後者に関しては、単純な民主主義の理念が司法の過程に直接的に及ぶべきではないということは、憲法学や刑事法学の基本の範疇に属することであるが、第 7 章に前に置かれたインターラードで、その点を確認することとする。

裁判員制度は、民主主義のための制度として理解すべきである——にもかかわらず、敢えて、このような立論を行う。ただし、ここでいう民主主義とは、いわゆる単純な民主主義の理念ではなく、世紀の転換期に勃興した新しい民主主義理論の 1 つである討議民主主義理論であるという留保を付す限りで、先の言説は成立する。

裁判員制度の導入は、公共政策として、容認されるものであるか。法治国家であるわが国において、公共政策は、原則として、法令またはその授権に基づき遂行される。裁判員法に基づき創設された裁判員制度もまた、同様である。そこで、裁判員法については、憲法適合性、法的適格性、法的整合性、政策的妥当性などの観点から検討して、立法政策上の問題点はないといえるか否かについて、検討しなければならない。

裁判員制度に関しては、後述するとおり、有力な違憲論が示されている。本稿では、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、一般の国民の裁判員としての関与の義務づけ（裁判員候補者の出頭義務や裁判員・補充裁判員への就任義務・職務遂行義務など）という 2 つの問題に注目する。これらは、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、正当化が困難であり、したがって、裁判員制度は、憲法適合性の観点から疑義がある。

ここにおいて、解決方法は、解釈哲学としての自由主義を維持しつつ、批判を克服するための反駁を行うか、異なる解釈哲学を提示するかの 2 つが考えられる<sup>5</sup>が、本稿では、二者のうち後者を採用する。すなわち、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に依拠した解釈論である。ただし、ここでは、2 点、重要な留保がある。すなわち、本稿では、(1)

---

という理想に最も近いのが、多数派による統治（多数派の選好に即した統治）である（Arend Lijphart, *Patterns of democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*, Yale University Press, 1999, pp. 1-2（粕谷祐子＝訳『民主主義対民主主義』（勁草書房、2005 年）1 頁。なお、それに対置すべきコンセンサス型民主主義については、*ibid.*, pp. 31-47（邦訳＝25-38 頁）を参照。多数決型民主主義との比較において、コンセンサス型民主主義は、統治能力に劣るものの、比例的で包括的な代表という点では優れており（その意味では、「より寛容な（"kinder, gentler"）」民主主義である（*ibid.*, p. 275（邦訳＝217 頁））、全体的なパフォーマンスでは明らかに優れているという（*ibid.*, pp. 301-302（邦訳＝235 頁））。つまり、単純な民主主義の原理の最も基本的な理解としては、多数者支配を指す。本稿でも、以下、特に注記のない限り、単純な民主主義の原理（あるいは、修飾語が付されない民主主義）とは、多数者支配を意味するものとする。

<sup>5</sup> あるいは、裁判員制度違憲論に与するという第三の選択肢も考えられよう。

自由主義と共和主義とを二項対立的なものとして捉えず（あるいは、ハーバーマス（Jürgen Habermas）のように、自由主義と共和主義とを対置させて、第三の道として討議理論を定位するのではなく）、サンスティン（Cass R. Sunstein）やマイケルマン（Frank I. Michelman）ら英米の公法理論研究者のいうように、共和主義の憲法理論を自由主義的憲法理論の修正理論として位置づける。また、(2) 日本国憲法の解釈哲学一般として、それを提示するのではなく（すなわち、共和主義的な討議民主主義理論に依拠して、日本国憲法の解釈論上のあらゆる問題を検討すべきであるなどと主張するのではなく）、裁判員制度を含む今般の司法制度改革に限定して、共和主義的憲法観による討議民主主義理論に基づき検討することの有用性を説くにすぎない。

共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によって、裁判員制度の意義を再構成することが認められるか。すなわち、この理論に基づき解釈すれば裁判員制度の憲法適合性の問題を克服しうるとしても、そもそも、そのような議論を行う根拠があるのかという問いは、依然として残る。この点、第 7 章において詳述するとおり、裁判員制度をはじめとする今般の司法制度改革の理念に立ち返って、裁判員法の立法過程を精査したうえで論ずることにより、その可能性が示されることになるだろう。

裁判員制度の意義を討議民主主義理論に基づき再構成するためのこれらの作業を完了すると、新たな地平が見えてくる。すなわち、この理論に基づき、改めて裁判員制度の具体的な制度設計を検討するならば、それらをどのように評価すべきか、そして、どのように運用すべきか。第 8 章及び第 9 章において、この理論に基づき、裁判員法の政策的妥当性を検討し、運用に与える示唆を模索することとなる。

## 第1編 国民の司法参加の制度設計

第1編では、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）の立法過程の分析を通じて、裁判員制度がそもそも目指していた意義と制度設計上の論点について考察するとともに、裁判員制度の概要を整理する。

第1章では、裁判員制度の設計をめぐる審議会や国会などでの議論を精査し、裁判員法が制定されるまでの政策形成・決定過程を詳細かつ客観的に叙述する。

続く第2章では、前章で見た裁判員法の立法過程を分析し、制度設計上の論点を整理し、主要なアクターの主張とその変遷を概括する。

第1章と第2章を通じて、裁判員制度がどのように形成されたのかが明らかになるだろう。そして、制度の意義と概要について解説する第3章に続くこととなる。

第1章は、裁判員制度が創設されていく過程を、時間軸に沿って描写するものである。一方、第2章は、裁判員制度の設計上の論点ごとに、問題の所在と制度設計に関与した主要なアクターの主張などを整理するものである。第1章と第2章とは、同じ裁判員法の立法過程について、それぞれ別の座標軸を用いて扱うものである。本稿では、制度が創設される過程を歴史的に描写していく第1章を、創設された制度の各論点について概括する第2章よりも前に置くこととした。なお、裁判員制度の設計上の論点としてどのようなものがあるのかについて、第2章で先に確認したうえで、その後、第1章を参照できるようにするため、第2章において、第1章の参照すべき個所を示してある。

第3章では、裁判員制度の意義と概要について、裁判員法とその授権に基づき制定された最高裁判所規則や政令に依拠しながら解説する。特に、裁判員制度に関して一般に誤解されている（1）導入の意義が民主主義の原理とは無関係であること、（2）日本版の陪審制度ではないこと、（3）参加する裁判員は国民の代表ではないことなどに注目されたい。

刑事訴訟手続の1つである裁判員制度に関しては、刑事訴訟法学上あるいは刑事訴訟実務上重要とされる訴訟手続等に関する論点などが多数存在する。しかし、本稿では、裁判員制度の憲法学的意義について探究するものであるため、その必要がない限りは、原則として、刑事訴訟手続としての固有の議論には立ち入らないこととする。

## 第1章 裁判員法の立法過程

### 1. 裁判員法の立法過程を検討する意義

本章では、2004年5月21日に成立し、28日に公布された裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成16年法律第63号、以下、「裁判員法」という）の立法過程<sup>1</sup>（裁判員制度の政策形成・決定過程）を概観する<sup>2</sup>。

今般の司法制度改革は、政治改革、行政改革、地方分権推進改革、規制改革等の経済構造改革など、国家の基本的構造の再構築に関わる一連の諸改革の「最後のかなめ」<sup>3</sup>として位置づけられた。その司法制度改革の最大の焦点の1つである裁判員制度を創設するものが、裁判員法である。この裁判員法が施行されれば、一般の国民は、裁判員として参加しあるいは被告人として裁判員の参加する裁判（以下、「裁判員裁判」という）を受けることとなるため、この法律の一般の国民に対する影響は甚大である。そこで、法曹三者をはじめ、さまざまなアクターが、それぞれ、理想となる制度案を構想し、発表し、そして、その実現に向けて熾烈な政治的駆引きを行った。その点では、この法律は、きわめて特異なものであるといえよう<sup>4</sup>。

第1節及び第2節では、司法制度改革審議会及び司法制度改革推進本部裁判員制度・刑

<sup>1</sup> ここでいう立法過程とは、岩井奉信教授のいう「最も広い意味での立法過程」（岩井奉信『立法過程』（東京大学出版会、1988年）vi頁）を指す。すなわち、国会での審議に限らず、その前段階の政府内部での法案作成過程や審議会での議論の過程をも含める。

<sup>2</sup> 裁判員法の立法過程を写描ないし分析した先行研究としては、飯考行「裁判員制度の生成経過」早稲田大学大学院法研論集99号（2001年）1頁（司法制度改革審議会での議論を対象としており、特に、各アクターの主張に注目している）、谷勝宏「裁判員制度の立法過程の検証」名城法学54巻1・2合併号（2004年）335頁（全ステージを取り上げており、特に、政党間の主張の異同を明らかにしている）、丸田隆『裁判員制度』（平凡社、2004年）（特に、第3章及び第4章、後述する現行裁判否定論／民主主義的基礎づけ説の立場から、司法制度改革審議会及び司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の各委員の主張の異同を明らかにしている）、山口進「法案制定に向けての審議事情」法学セミナー592号（2004年）58頁（与党内での議論について、公式の議事録等には現れない議員等の動きなどを取材したものである）、工藤美香「裁判員制度の導入と刑事司法制度改革」司法改革調査室報5号（2005年）74頁（全ステージを対象としており、特に、日本弁護士連合会の主張を中心に取り上げている）、土屋美明『市民の司法は実現したか』（花伝社、2005年）（裁判員制度に限らず司法制度改革全般について、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の委員に任命された通信社記者がまとめたものである）などがある。

<sup>3</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月）3頁。

<sup>4</sup> 本章における議論は、裁判員法が制定されるまでに、どのような討議がどのようになされたのかを写描する以上の、何か一般的な含意の導出を企図するものではない。このような1つの特異な事例の検討から、立法過程に関する一般的な考察を導出することは困難だからである。裁判員法の立法過程の綿密な写描を通じて、裁判員制度の設計をめぐる主要な論点を明らかにしつつ、この法律の制定過程において、各アクターがどのような主張を行い、そして、それがどのように調整されていったのかを明らかにすることが、本稿でなしうる含意である。



事検討会における裁判員制度の制度設計をめぐる議論について、やや詳細に検討する。

また、第3節では、国会での裁判員法案の審議における裁判員制度をめぐる議論について、やや詳細に検討する。その前提として、(1) 国会審議を細かく分析する理由と、(2) 国会審議における法務大臣や政府参考人の答弁に特に注目する理由が示されなければならない。

国会審議を細かく分析する理由は、一般的に、国会によって制定された法律の解釈や運用にあたり、国会での審議（本会議での審議のみならず、委員会での審査を含む）における議員と法律案提出者との間の議論が非常に重要な意義を有するからである。例えば、内閣提出法律案に関していえば、中島誠氏は、国会での審議における質疑の意味として、「国会答弁は、民主的正統性を有する国会という公式の場で、現状認識及び政策に関する内閣・政府としての見解を表明するものである。行政の遂行にあたっては、国民の理解と協力を得るべく……見解表明とともに、広報活動を展開する必要があるが、見解表明の究極の場が国会答弁である。国会は内閣・政府の活動をチェックする権能を有し、また予算案や法律案の成立には国会での審議が不可欠である。国会において虚偽、不誠実な答弁を行うことは国民に対する背信行為であり、国会運営を紛糾させることとなり、また答弁したことについては、内閣・政府としては実行する政治的義務が生じる」と述べている<sup>5</sup>。また、川崎政司氏は、「政府は、自己の政策や活動に法律の形で正当性や根拠を与えてもらうべく、議会に法律案を提出し、その合理性の説明に努め、その承認を積極的に働きかけることになるのである。それに対して、議会は、正統性を付与するに当たっては、法律の必要性、合理性等について精査することが求められ、そこでの議論は法律の執行・運用にも影響を及ぼすことになるとともに、特に政府側の答弁は、政省令の制定、法律の執行・運用における自己拘束につながり、事実上の拘束力をもつことにもなるともいえる」と述べている<sup>6</sup>。

本稿では、裁判員法の国会審議における法務大臣や政府参考人の答弁に注目するが、その理由は、「国会という公開の場で大臣・副大臣・政府参考人等が行った答弁というのは、大きな重みをもち、その執行において仮にそれと異なる解釈・運用を行った場合には後に責任を追及されることにもなりかねず、事実上、行政の側は国会審議での答弁・説明等に自己拘束されることになる」<sup>7</sup>からである。すなわち、国会審議における政府側の答弁・説明等は、内閣提出法律案の起草者意思<sup>8</sup>の公式の表明であり、かつ、当該法律が成立したのちは、それを執行する行政機関の公式の見解にもなるといえる。したがって、特定の法律

<sup>5</sup> 原文ママ、中島誠『立法学〔新版〕』（法律文化社、2007年）216-217頁。

<sup>6</sup> 川崎政司「国会審議の機能と評価に関する一考察（一）」議会政治研究75号（2005年）6頁。

<sup>7</sup> 川崎政司「国会審議の機能と評価に関する一考察（二）」議会政治研究76号（2005年）91頁。

<sup>8</sup> これは、必ずしも立法者意思とは一致しない。なお、一定の条件の下で、法律案の提出者側による提案理由説明における法律の具体的な趣旨等についての言及や質疑における答弁を立法者意思と同視しうるとする議論として、川崎政司「国会審議の機能と評価に関する一考察（三）」議会政治研究77号（2006年）97頁がある。

の意義やその規定の解釈を行う際には、国会審議における政府側の答弁・説明等に注目すべきである。

もとより、起草者・立法者意思の探求などの歴史的解釈<sup>9</sup>は、法令の解釈技法のいくつかのうちの1つにすぎない<sup>10</sup>。また、起草者・立法者意思は、国会における言論以外の形式（例えば、立案を担当した官僚等が執筆したコンメンタール（注釈書）や、行政機関が国民等に対して示す説明文書など）によっても示されることがある。

それでもなお、なぜ、国会審議における政府側の答弁・説明等に注目するのか。それは、国会の議事録に記載された国会での言説が、法令の制定当時の立法府ないし行政府による法令の有権解釈<sup>11</sup>を示すものだからである<sup>12</sup>。また、立案担当者による解説が文書によって示されている場合には、法令の解釈を考えるうえで、それはきわめて重要な参考資料ではある<sup>13</sup>が、公共政策の民主的正統性を重視する観点から、民主的基盤を有する国会での大臣（及び、大臣によって官職が任命され、かつ、国会の委員会によってそこでの発言が認められた政府参考人）と議員との間で行われる言論に注目すべきである<sup>14</sup>と考える。

---

<sup>9</sup> 例えば、田中成明教授は、これを「法規の成立過程、とくに法案・その理由書・立案者の見解および議事録などのいわゆる立法資料を参考にして、法規の歴史的意味内容を解明することによってなされる解釈」と定義する（田中成明『法学入門』（有斐閣、2005年）172頁）。

<sup>10</sup> 田中教授は、「歴史的解釈は、法解釈の基礎作業として不可欠であり、無視しがたい重大な参考資料ではあるが、……これが唯一の正しい解釈技法だとみるのは不適切である」と述べる（田中前掲注（9）172-173頁）。筆者は、この記述の（前段については、もちろんのこと）後段についても賛同するものである。

<sup>11</sup> 権限を有する機関による法の解釈のことであり、学理解釈と異なり、法的拘束力を有するものである。

<sup>12</sup> わが国の法令の最終的な解釈権が最高裁判所にある（日本国憲法96条）としても、最高裁判所による判断が示されるまでは、立法府ないし行政府による法令の有権解釈は、公権的なものとして、意義がある。さらに、司法審査の段階では、当然に、立法府や行政府の解釈が裁判所によって参酌されることから、その意義を軽んずるべきではないといえよう。

<sup>13</sup> 立案担当者による裁判員法の解説としては、辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（1）法曹時報59巻11号（2007年）33頁（以降、連載中）がある。

<sup>14</sup> 国会審議における政府側の答弁・説明等をいかに評価するかは、論者の民主主義観や議会観に依る。法治国家であるわが国の公共政策の多くは、法律ないしその授權に基づいて遂行されるが、法律はすべて、国会のみによって制定される（国会を経ずに制定されることはなく、また、憲法上の例外を除き、国会以外の機関の参与を必要とせず制定される、日本国憲法41条）。したがって、公共政策の意義を考えるうえでは、国会における議論を軽視すべきではないと、筆者は考える。

## 2. 裁判員法の立法過程

### (1) 前史

#### 1 司法制度改革審議会以前の国民の司法参加の制度をめぐる議論

わが国では、戦前の一時期、陪審制度が実施されたことがある<sup>15</sup>が、国民に深く浸透した制度にはならず、施行後15年で陪審法は停止されるに至った。したがって、国民の司法参加の制度としては、調停委員制度、司法委員制度、参与員制度、検察審査会制度などを除けば<sup>16</sup>、これまでほとんど存在しなかったといえる。

その一方で、日本弁護士連合会（以下、「日弁連」という）<sup>17</sup>や市民団体<sup>18</sup>などが、陪審制

---

<sup>15</sup> 戦前のわが国の陪審制度は、大正デモクラシーの影響を受けて原敬内閣が導入を決定し、1923年に制定された陪審法（大正12年法律第50号）に基づき、1928年10月から施行された。その特徴として、ここでは、(1) 陪審員となりうるのは、直接国税3円以上を2年間引き続き納めた30歳以上の男子の臣民のみに限られていたこと、(2) 裁判官は、陪審の答申が不当であると認めるときには、決定をもって、その答申を採用せず、事件をさらに他の陪審の評議に付することができることとされていたこと（陪審の更新（なお、ここでいう更新とは、いわゆる刑事訴訟法315条等による公判手続の更新（開廷後に裁判官が交代した場合などに、裁判所の心証を再構築するために、従前の手続の効力を維持したうえで、それまでに取り調べられた証拠を職権で取り調べる手続）とは異なり、実質的な裁判のやり直しを意味する))、(3) 法定陪審事件（死刑または無期の懲役・禁錮に当たる事件）であっても、被告人が任意に陪審裁判を辞退できたこと、(4) 請求陪審事件（長期3年を超える有期の懲役・禁錮に当たる事件）については、被告人の請求がある場合のみに行われ、その場合、その費用を被告人が負担しなければならなかったこと、(5) 陪審の評決に基づく裁判官の判決に対しては、控訴ができなかったことの5点を指摘しておく。この陪審制度は、(1) 及び (2) の点で、国民の司法参加の制度としては不十分な制度であったといえよう。また、(3)、(4) 及び (5) を主な理由にして、さらに、弁護人が被告人に対して辞退を勧奨したこともあって、陪審裁判は、15年間でわずか484件（更新による陪審事件を含む）しか行われなかった。その後、戦時下の逼迫した社会情勢などを理由に、1943年、昭和18年法律第88号（いわゆる陪審法ノ停止ニ関スル法律）が施行され、陪審制度は停止されるに至った。

<sup>16</sup> 国民の司法参加の制度といえ、通常、調停委員制度、司法委員制度、参与員制度、検察審査会制度なども含まれる。これらは、いずれもわが国の司法制度全体のなかできわめて重要な機能を果たすものであり、今般の司法制度改革においても、大いに議論がなされた。しかしながら、本稿では、裁判員制度に焦点を当てて検討していくため、以下、特に注記のない限り、国民の司法参加の制度とは、陪審制度・参審制度や裁判員制度などの国民が裁判に直接的に参加する制度のみを指すこととする。

<sup>17</sup> 日弁連は、1979年、その機関紙『自由と正義』で国民の司法参加を特集し（自由と正義30巻10号（1979年））、また、1980年代後半から、陪審制度や参審制度の導入に関する提言活動やシンポジウムを頻繁に行ってきた。

<sup>18</sup> 例えば、「陪審裁判を考える会」（1982年に発足）や「陪審制度を復活させる会」（1995年に発足）などの市民団体が、陪審制度の導入のために精力的な活動を行ってきた。

度や参審制度の導入を提言したり、刑事法の研究者<sup>19</sup>や最高裁判所（以下、「最高裁」という）<sup>20</sup>・法務省も、諸外国の陪審制度・参審制度の研究を進めるなど、国民の司法参加に関する研究や提言などはこれまでも盛んに行われてきた。

もっとも、陪審制度・参審制度の導入は、刑事裁判制度の大規模な改革を不可避免的に伴うので、これらの制度に好意的な見解を示す論者であっても、直ちにそれらが導入されるとは想定しておらず、それらの導入はあくまで長期的な目標ないし願望にすぎなかったといえよう<sup>21</sup>。

しかしながら、後述するように、1999年7月に施行された司法制度改革審議会設置法（平成11年法律第68号、以下、「審議会設置法」という）が、司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）の調査審議事項の1つとして、「国民の司法制度への関与」を挙げるに至り、にわかにその導入が現実味を帯びるようになり、議論が再燃した。

## 2 司法制度改革審議会設置法の制定

では、なぜ導入がきわめて困難であると思われていた国民の司法参加の制度が、審議会の調査審議事項の1つとなったのか<sup>22</sup>。

1999年6月2日に成立し、9日に公布され、7月27日に施行された審議会設置法は、「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関し必要な基本的施策について調査審議する」ことを審議会の目的として定めており（2条1項）、審議会は、この規定に従い、調査審議を行った。

政府が国会に提出した司法制度改革審議会設置法案（第145回国会閣法第25号）の2条1項は、単に「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、司法

<sup>19</sup> 刑事法の研究者による研究としては、丸田隆『アメリカ陪審制度研究』（法律文化社、1988年）をはじめとする丸田隆教授によるアメリカ合衆国の陪審制度の研究、鯉越溢弘＝編『陪審制度を巡る諸問題』（現代人文社、1997年）をはじめとする鯉越溢弘教授による英国の陪審制度の研究、平良木登規男「参審制度について」法学研究67巻7号（1994年）1頁をはじめとする平良木登規男教授によるドイツ連邦共和国の参審制度の研究などが注目される。

<sup>20</sup> 最高裁判所は、1988年以降、諸外国の陪審制度・参審制度やわが国で実施されていた陪審制度についての調査研究を進めており、その成果は、最高裁判所事務総局刑事局＝監修『陪審・参審制度 米国編1』（司法協会、1992年）などとして公刊されている。もっとも、この調査研究は、わが国への陪審制度・参審制度の導入を視野に入れたものではない。

<sup>21</sup> 例えば、鯉越溢弘教授は、「筆者は、陪審制度論者であるが、正直に告白するならば、目の黒い内に「国民の司法参加」が実現するとは予想していなかった」と述べている（鯉越溢弘『裁判員制度と国民の司法参加』（現代人文社、2004年）ii頁）。

<sup>22</sup> なお、すでに1999年1月の時点で、法務省が内閣内政審議室（当時）に対して、審議会の議題の1つとして、陪審制度・参審制度の導入の可否を盛り込むよう提案したとの新聞報道もある（朝日新聞1999年1月3日朝刊）。

制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議する」と定めるにとどまり、審議会の調査審議の対象事項を具体的には挙げていなかった。もっとも、それまでも、政府<sup>23</sup>、政党<sup>24</sup>、日弁連<sup>25</sup>、経済団体<sup>26</sup>をはじめ各種団体等が司法制度改革に関する政策提言をしており<sup>27</sup>、何を改革の対象とすべきかについては、関係者間ではある程度の認識の共有がなされていたとはいえる。しかしながら、改革の対象となるべき事項として考えられていた、法学教育の改革、法曹人口の拡充、裁判官等の任用制度（いわゆる「法曹一元制」問題など）、刑事裁判制度改革（弁護人の接見交通権・取調立会権、起訴前の保釈・証拠開示、被疑者取調状況の可視化など）などは、検討の対象とすることそれ自体が議論となるほど、いずれも論争的な問題ばかりであった。

この法案を審議した衆議院法務委員会では、調査審議の対象を定める2条1項の規定をめぐり、議論が集中した。野党会派委員だけでなく与党会派委員からも、審議会の調査審議対象について、法案が審議会に対して「丸投げ」<sup>28</sup>ないし「白紙委任」<sup>29</sup>するものであるから、明確に法定すべきであるとの意見が示された。政府は、委員会審査の過程で、審議会の調査審議事項は、審議会が調査審議していく過程で明らかにされるものと述べ<sup>30</sup>、委員の理解を求めたが、それでも、与党委員の納得を引き出すまでには至らなかった。

そこで、衆議院法務委員会では、2回の参考人質疑と内閣総理大臣出席の下での締括り総括質疑を行った後、4月21日、山本幸三委員（自由民主党（以下、特に注記のない限り、

<sup>23</sup> 例えば、「法曹養成制度等改革協議会意見書」（1995年11月）など。そのほかに、司法制度改革に言及するものとして、行政改革会議「最終報告」（1997年12月）、経済戦略会議「日本経済再生への戦略」（1999年2月）、「規制改革推進3か年計画」（1999年3月）など。

<sup>24</sup> 例えば、自由民主党司法制度特別調査会「司法制度特別調査会報告」（1998年6月）など。

<sup>25</sup> 日弁連は、1990年5月25日の第41回定期総会で決議された「司法改革に関する宣言」以降、1999年5月21日の第50回定期総会で決議された「日弁連創立50周年記念・司法改革の実現を期する宣言」に至るまで、司法制度改革全般について、総会決議を4回行ったほか、「司法改革ビジョン」（1998年11月）と題する意見書を発表してきた。

<sup>26</sup> 例えば、経済団体連合会「司法制度改革についての意見」（1998年5月）など。経済同友会も、「現代日本社会の病理と処方」（1994年6月）や「グローバル化に対応する企業法制の整備を目指して」（1997年1月）で、司法制度改革の必要性に言及している。

<sup>27</sup> 今般の司法制度改革の直接的な契機は、自民党の政策提言と行政改革会議（総理府）の最終報告書である。團藤丈士「司法制度改革審議会の設置及び調査審議の経緯」では、自民党司法制度特別調査会「司法制度の改革の基本的方針」（1997年11月）、行政改革会議「最終報告」（政府において、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とする）、自由民主党司法制度特別調査会「司法制度特別調査会報告」（政府に対して、司法制度改革に関する審議会を設置することを提言する）、自民党政務調査会法務部会・司法制度調査会合同会議における「司法改革に関する決議」（1998年11月）の4つが、審議会設置法案の国会提出に至るまでの経緯として、挙げられている（同論文を所収する法務省大臣官房司法法制部『司法法制部季報別冊 司法制度改革関連資料（1）』（2002年）1-2頁）。

<sup>28</sup> 第145回国会衆議院法務委員会議録第8号10頁。

<sup>29</sup> 第145回国会衆議院法務委員会議録第6号2頁、16頁、22頁、第7号13頁、第8号31頁。

<sup>30</sup> 第145回国会衆議院法務委員会議録第6号2頁。

政党としての自由民主党と各議院の自由民主党会派とを区別せず、「自民党」という)) 外6名の委員から、法案に対して、2条1項中、「明らかにし、」の下に「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」を加えることを内容とする修正案が提出され、同法案は、全会派一致で修正議決すべきものと決せられた<sup>31</sup>。

さらに、衆議院法務委員会で、この法案に対して、自民党、民主党・無所属クラブ（以下、特に注記のない限り、政党としての民主党と各議院の民主党会派とを区別せず、「民主党」という）、公明党・改革クラブ（以下、特に注記のない限り、政党としての公明党と各議院の公明党会派とを区別せず、「公明党」という）、自由党、日本共産党（以下、特に注記のない限り、政党としての日本共産党と各議院の日本共産党会派とを区別せず、「共産党」という）、社会民主党・市民連合（以下、特に注記のない限り、政党としての社会民主党と各議院の社会民主党会派とを区別せず、「社民党」という）などの共同提案により、「審議会は、その審議に際し、法曹一元、法曹の質及び量の拡充、国民の司法参加、人権と刑事司法との関係など司法制度をめぐる議論されている重要な問題点について、十分に論議すること」（附帯決議4項）という項目を含む附帯決議案が提出され、全会派一致で附帯決議が付された<sup>32</sup>。

政府が審議会設置法案を提出した段階では、審議会の調査審議事項は限定されておらず、国民の司法参加の制度の導入がそれに含まれるとは、必ずしもいえなかった<sup>33</sup>。しかしながら、衆議院法務委員会段階での修正によって、調査審議事項が例示列举され、国民の司法制度への関与が明示的にその対象となった。これにより、本法によって設置されることとなる審議会は、国民の司法制度への関与を調査審議せざるを得なくなったのである。もっとも、この時点では、「国民の司法制度への関与」が調査審議の対象に含まれただけであって<sup>34</sup>、具体的に、国民の司法参加の制度の1つである国民の裁判への直接的な参加の制度が

<sup>31</sup> 第145回国会衆議院法務委員会議録第8号37頁。なお、参議院では、社民党は、「司法制度改革審議会設置法案は、内閣に設置され、かつ具体的な審議の方向性が不明であり、審議会を組織する内閣に審議事項と審議の方向を白紙委任するに等しいものです。この間の司法制度改革論議が経済活動における規制緩和の一環として論議されてきたことや、今後、司法制度改革に名をかりた治安強化が進められる危険性もあります。基本的人権の尊重、公平な裁判の実現などの論点が欠落していくのではないかという危惧もあります」として、反対した（第145回国会参議院法務委員会議録第8号21頁、官報号外第145回国会参議院議録第24号4頁。なお、衆議院では、社民党は、賛成している）。

<sup>32</sup> 第145回国会衆議院法務委員会議録第8号37頁。

<sup>33</sup> もっとも、陪審制度・参審制度については、「国民の司法制度への関与の一つのあり方として、審議会におきましても検討事項として取り上げられるものと考えております」との小淵恵三内閣総理大臣の答弁があったこと（第145回国会衆議院法務委員会議録第8号11頁）から、たとえ法定されていなくとも、内閣総理大臣の答弁の政治的意義を考えれば、当然に調査審議の対象とはなりうるものであったといえよう。

<sup>34</sup> なお、審議会設置法では、調査審議事項は「国民の司法制度への関与」と定められている一方で（参議院法務委員会における附帯決議も、同様の表現である）、衆議院法務委員会における附帯決議では、「国民の司法参加の制度」を議論することを審議会に求めており、

その対象となるかは依然として未定であった<sup>35</sup>。

## (2) 司法制度改革審議会における議論（第1ステージ）

### 3 司法制度改革審議会における議論の概要

審議会設置法は、1999年7月27日に施行され、同日、第1回目の審議会の会合が行われた。

審議会は、内閣に置かれ、委員は、学識経験のある者のうちから、両議院の同意を得て、内閣が任命するとされた（審議会設置法4条1項）。石井宏治（株式会社石井鐵工所代表取締役社長）、井上正仁（東京大学法学部教授、刑事訴訟法）、北村敬子（中央大学商学部長、会計学）、佐藤幸治（京都大学法学部教授、意見書提出時は、同大学名誉教授・近畿大学法学部教授、憲法）、曾野綾子（作家）<sup>36</sup>、高木剛（日本労働組合総連合会（以下、「連合」という）副会長）、竹下守夫（一橋大学名誉教授・駿河台大学長、民事訴訟法）、鳥居泰彦（慶應義塾長、意見書提出時は、学校法人慶應義塾学事顧問、統計学）、中坊公平（弁護士・元日弁連会長）、藤田耕三（弁護士・元広島高等裁判所長官）、水原敏博（弁護士・元名古屋高等検察庁検事長）、山本勝（東京電力株式会社取締役副社長）、吉岡初子（主婦連合会事務局長）の各氏が委員に任命され<sup>37</sup>、委員の互選により、佐藤委員が会長に、竹下委員が会長代理になった。

なぜこれらの有識者が委員として任命されたのか、政府は、理由を明示していない。会長を務めた佐藤幸治教授が後に推測したところによれば、臨時司法制度調査会での経験<sup>38</sup>を踏まえたうえで、この審議会では、司法制度の利用者を中心に一般国民の声を反映させるため、法曹関係者は各1人に限り、経済界、労働界、消費者団体関係者を4人、学識経験者（法律学を専門とする者だけでなく、それを専門としない者を含む）を5人、加えて作家1人を任命し、「法曹三者の間だけの議論になって話が小さく固まってしまうことを恐れ、

---

表現が微妙に異なっている。

<sup>35</sup> 調停委員制度、司法委員制度、参与委員制度、検察審査会制度なども、ここでいう「国民の司法制度への関与」に当たるものである。したがって、国民の裁判への直接的な参加の制度を検討せず、これらの制度について検討することをもって、審議会設置法の求める「国民の司法制度への関与」の調査審議の要請を充足することもできたのである。

<sup>36</sup> 任命は本名で行われたため、官報では三浦知壽子名義となっている。

<sup>37</sup> 審議会の委員は国会同意人事とされており、委員の任命については、衆議院本会議では、6月29日に、参議院では翌30日に、それぞれ同意の議決がなされた。

<sup>38</sup> 臨時司法制度調査会とは、司法制度の運営の適正を確保するため、主として、法曹一元化の制度に関する事項と、裁判官・検察官の任用・給与制度に関する緊急に必要な基本的かつ総合的な施策について調査審議するため、1962年9月から2年間、内閣に設置された審議会である。衆議院議員4人、参議院議員3人、裁判官・検察官・弁護士各3人及び学識経験者4人で構成されたが、佐藤教授によれば、この調査会は「法曹三者の間の論争に終始してしまった」という。

むしろ、国民一般の声を背景に、21世紀に向けての司法はいかにあるべきかという観点から議論してほしい」という考えによる人選であったという<sup>39</sup>。

事務局は、東京都港区虎ノ門所在の第10森ビル内に置かれた。事務局長に検察官出身の樋渡利秋内閣官房司法制度改革準備室長が、上席参事官に大蔵省出身の仁尾徹が、参事官に検察官出身の小島吉晴と裁判官出身の古財英明が、それぞれ任命された。そのほか、主任専門調査員（非常勤）2人、参事官補佐4人、専門調査員（非常勤）1人、係長3人及び技官2人で構成された。これらには、最高裁、大蔵省及び法務省から各2人の出向者、国税庁、通商産業省、文部省及び建設省から各1人の出向者と、日弁連から派遣された2人の弁護士<sup>40</sup>が任命された。

審議会は、はじめに、政府やさまざまな分野の有識者から意見を聴取し、意見交換を重ね、問題意識や議論すべき項目を整理し、それを「司法制度改革に向けて——論点整理——」（以下、「論点整理」という）として取りまとめた（第2回（1999年9月2日）から第9回（12月21日）まで）。次に、その論点整理に基づき、課題ごとに議論を行い、検討の方向性についての考え方を「中間報告」としてまとめ、内閣に提出した（第10回（2000年1月18日）から第38回（11月20日）まで）。その中間報告に基づき、さらに論点ごとに議論を行い、最終的に「意見書」をまとめ、内閣に提出した（第39回（11月28日）から第63回（2001年6月12日）まで）。

審議会は、約2年にわたって、63回の会議と、公聴会や国内外での実情調査などを行ったが、その中でも、国民の司法参加を議題としたのは、第17回（2000年4月17日）、第30回（9月12日）、第31回（9月18日）、第32回（9月26日）、第43回（2001年1月9日）、第45回（1月30日）、第51回（3月13日）の7回であった。国民の司法参加についての議論が、発足後しばらく時間を経てからようやく始まり、後半に集中しているのは、審議会が、中間報告までは、司法の人的体制の充実や法曹養成制度のあり方などの人的基盤に関する問題を先行させて議論を進めたためである<sup>41</sup>。

国民の司法参加の制度をめぐる審議会での議論は、その導入の可否を検討するという方

<sup>39</sup> 佐藤幸治・青山善充「特別対談・司法制度改革審議회를振り返る」ジュリスト1208号（2001年）11-12頁（佐藤幸治教授の発言による）。石井委員は中小企業の経営者の、山本委員は大企業の経営者の、それぞれ代表として任命されたものと思われる（石井委員は、東京商工会議所に所属しており、山本委員は、経済団体連合会法規委員会企画部長を務めていた）。また、高木委員は労働組合の、吉岡委員は消費者団体の、それぞれ代表として任命されたものと考えられる。

<sup>40</sup> 丸島俊介と早野貴文の2人であり、いずれも主任専門調査員に任命された。

<sup>41</sup> 司法の人的体制の充実の必要性や法曹養成制度のあり方などの人的基盤に関する問題を先行させた理由は、審議会の中間報告によれば、司法の機能の充実強化のための諸問題を議論するには、そのために必要な質・量ともに豊かな法曹をどのようにして得ていくかという観点から、それらについて先に検討し、一定の見通しないし方向性を得る必要があったからであるという（司法制度改革審議会「中間報告」（2000年11月）2頁）。



向性が決まった論点整理までの期間（第1ラウンド）、導入することを前提に、わが国にふさわしい参加形態を検討することにした中間報告までの期間（第2ラウンド）、そして、具体的な裁判員制度構想を示す意見書までの期間（第3ラウンド）の3つに大別することができよう。

#### 4 第1ラウンド：論点整理までの議論

国民の司法参加の問題は、今般の司法制度改革の注目される論点の1つであったため、それを議題とした第17回審議会までにも、委員や意見陳述人等によって、しばしば言及され、議論がなされた。司法参加の制度のあり方をめぐる議論は、第17回審議会以降に本格的に議論がなされることになるが、司法参加の制度の導入の可否をめぐる方向性は、後述するように、第17回審議会までの間に決まっていたと考えられよう。

司法参加の制度の導入を前向きに検討するという議論の方向性が定まる第1ラウンドに関して、重要な役割を担ったのが、第8回審議会（1999年12月8日）での法曹三者からのヒアリングであった。

第8回審議会では、原田明夫法務事務次官、泉徳治最高裁事務総長及び小堀樹日弁連会長から、意見の聴取と委員との意見の交換が行われた（発言順）。

国民の司法参加について、原田次官は、説明中では言及しなかったが、委員からの質疑に対する応答において、法務省としての見解を示した。原田次官は、国民の司法参加の理念を否定せず、検討の必要はあるとしたうえで、陪審制度の導入には国民全体の意識の改革が必要であり、特定の専門的知見を要する事件において当該分野の専門家から参審員を選任するという専門参審制度を評価しつつも、重大事件についての一般的な参審制度は、陪審制度と同様の問題があると述べ、制度設計については留保しつつも、陪審制度や参審制度が導入されても省としては困ることはないとした。

泉事務総長は、説明中で、まず、既存の国民の司法参加制度（調停委員、参与員、司法委員、検察審査会など）が大きな役割を果たしよく機能していると高く評価したうえで、陪審制度・参審制度については、導入し円滑に運用するためには、社会的・制度的条件が必要であると述べた。陪審制度については、陪審員となる国民の負担、ラフ・ジャスティスへの移行（陪審の評決には理由が付かないことに起因する）、連日開廷に対応する弁護人の態勢、陪審員に予断を抱かせないための報道規制、陪審の判決には上訴が制限されること、陪審員が事実認定をすることを前提とした刑法・刑事訴訟法の抜本的見直しなどの検討が必要になると述べる一方、参審制度は、態様の如何によっては、その長所を最大限に引き出し、問題を最小限に収めるという工夫をすることが可能であるとし、「専門的民事紛争に対応するための専門参審制度などは、現在の裁判制度の下でも十分に検討に値する」<sup>42</sup>

<sup>42</sup> 司法制度改革審議会第8回議事録。

と評価した。

小堀会長は、改革の基本的枠組みを「市民による司法」として設定したうえで、その根幹をなすものとして、法曹一元の実現などと並び、陪審制度・参審制度の導入を検討すべきであると提唱した。具体的には、刑事重罪事件と国家賠償請求事件について陪審制度を、少年事件に参審制度をそれぞれ導入し、順次これを拡大していくべきであると主張した<sup>43</sup>。

この時点で、すでに、最高裁が、陪審制度については消極的な態度を、参審制度については必ずしも消極的ではないという姿勢を示したということに注意すべきである。そして、専門的参審制度に肯定的な評価を示している点で、最高裁と法務省は意見を同じくした。また、法務省は、陪審制度・参審制度の導入の可否について、積極的に見解を示そうとしなかった一方、日弁連は、陪審制度・参審制度の導入を強く主張した点が、対照的であるといえる。

## 5 論点整理

第9回審議会（12月21日）では、審議会として今後本格的に調査審議すべき具体的論点についての一応の合意として、論点整理が示された。これは、第8回の審議会で、その案文が、佐藤会長から試案として示され、委員間で簡単な議論の後、若干の変更を受けつつも、ほぼそのままの形で決定されたものである。

論点整理に示された論点項目は、「制度的基盤」、「人的基盤」及び「その他」の3つの項目からなり、国民の司法参加の項目は、具体的には、「陪審制・参審制」と「既存の司法参加制度の在り方」という2つの細項目からなり、制度的基盤の1つとして位置づけられていた。

論点整理では、「21世紀の我が国社会においては、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。……主権者たる国民の公的システムへのかかわり方も多面的な広がりを見せようとする中、司法の分野においても、主権者としての国民の参加の在り方について検討する必要がある」とされ、さらに、「司法を国民により身近で開かれたものとし、また司法に国民の多元的な価値観や専門知識を取り入れるべく……、欧米諸国で採用されているような陪審・参審制度などについても、その歴史的・文化的な背景事情や制度的・実質的な諸条件に留意しつつ、導入の可否を検討すべきであ

---

<sup>43</sup> 資料として、1999年11月19日に発表された「司法改革実現に向けての基本的提言」が配布された。ここでは、陪審制度と参審制度は、ともに「市民による司法」の一形態であり、「市民が参加した、市民に身近な裁判が実現する」ものであるとして、刑事重罪事件に陪審制度を導入し、さらに刑事軽罪事件と国家賠償請求など一定の民事事件に陪審制度・参審制度の導入を検討し、少年事件に参審制度の導入を検討すべきものとしている。なお、日弁連は、一貫して「市民」という語を用いている。

る」とされた<sup>44</sup>。

ここで注目すべき点は、審議会は、国民の司法参加について、公式には何ら議論をしていないにもかかわらず、具体的に陪審制度と参審制度を挙げて、その導入の可否を検討することとしたことである。前述のとおり、審議会は、陪審制度や参審制度など国民の裁判への直接的な参加の制度の検討をしないという選択肢をとることもできなくはなかった。にもかかわらず、審議会は、その初期の時点で、敢えてその導入の可否を検討することを決めた<sup>45</sup>。

なお、論点整理に関しては、次の2つの点についても、留意が必要である。

1つは、「国民の司法参加」が、「司法の制度的基盤の強化」の1つとして論じられていたことである<sup>46</sup>。国民の司法参加が、意見書では、「国民的基盤の確立」として、独立の項目として扱われることになるのに対して、論点整理の時点では、民事・刑事司法制度の改革の1項目として扱われていた。

もう1つは、「司法の分野においても、主権者としての国民の参加の在り方について検討する必要がある」<sup>47</sup>と述べるなど、国民主権の原理ないし民主主義の原理から、司法参加の制度の導入をめぐる議論を行おうとしていたことである。後述するように、意見書では、裁判員制度導入の意義を国民主権の原理ないし民主主義の原理に求めないのであるが、論点整理の時点では、まだ国民の司法参加の制度の意義について十分な検討がなされていなかったためであろうか、「主権者としての国民の（司法への）参加」という表現が用いられているのが特徴的である。

## 6 第2ラウンド：中間報告までの議論

法曹人口の拡充や法曹養成制度の改革など人的基盤の拡充をめぐる議論が本格化する一方で、国民の司法参加は、第17回を除き、2000年9月までは議題とされなかった。もっとも、論点整理を取りまとめた審議会は、調査審議を続ける一方、大阪（3月18日）、福岡（6月17日）、札幌（7月15日）、東京（7月24日）の4か所で、公聴会を開催していたが、公述人の中には、陪審制度や参審制度の導入に積極的な意見を開陳するものも少なくなか

<sup>44</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革に向けて——論点整理——」（1999年12月）10頁。

<sup>45</sup> その理由は、会議録でも記述されておらず、新聞報道や論文等でも示されていないため、不明である。論点整理の会長試案を審議した第8回審議会で、委員の間で特に異論がなかったことから、すでに、審議会の発足当初から、国民の裁判への直接的な参加の制度の検討を議題とするということで、委員の間に暗黙の合意があったものと推量される。

<sup>46</sup> 「司法の制度的基盤の強化」の項目では、「国民の司法参加」のほかに、「国民が利用しやすい司法の実現」、「国民の期待に応える民事司法の在り方」、「国民の期待に応える刑事司法の在り方」の3つが挙げられていた。また、「司法の制度的基盤の強化」以外には、「司法の人的基盤の強化」（「法曹人口と法曹養成制度」、「法曹一元」、「裁判所・検察庁の人的体制の充実」）の3つからなる）と「その他」が、項目として挙げられていた。

<sup>47</sup> 司法制度改革審議会前掲注（44）10頁。

った<sup>48</sup>。

第17回審議会（2000年4月17日）では、藤田委員が、諸外国の陪審制度や参審制度とわが国の旧陪審制度についての説明を行い、その後、それを受けて、委員間で意見交換が行われる予定であった。しかしながら、実際には、裁判所・法務省の人的体制について、法務省及び最高裁からの意見の聴取が行われ、それをめぐる議論に時間が多く費やされた結果、藤田委員からのレポートは、きわめて簡単になされたにすぎなかった。内容は、アメリカ合衆国の陪審制度、英国の陪審制度、ドイツの参審制度、フランスの参審制度及びわが国の旧陪審制度について、その概要を簡明に紹介し、いくつかの問題点を摘示したにすぎず、委員個人として何らかの主張を行うものではなかった。そして、藤田委員のレポートに対して、委員からの質疑はまったくなされなかった。

この藤田レポートに関して注目すべき点は、裁判官出身で、広島高等裁判所長官の経験をもつ藤田委員が、国民の司法参加の制度の意義として、「主権者としての国民が司法機能の発揮に能動的に参加していくこと」を挙げたことである。この藤田委員の視点は、第30回審議会でも維持される。その後、裁判員制度の導入の意義が、国民主権ないし民主主義の理念から切り離されていくことになるが、この時点で、裁判官出身の委員が、その意義として国民主権を挙げていたことは興味深いところである。

なお、審議会の外では、日弁連が、3月17日、「陪審制度の実現に向けての提言——日弁連提案の陪審制度の骨子——」を発表する。ここで、日弁連は、「市民による司法を実現するため」として、刑事の重罪事件（法定合議事件）のうち、被告人が、起訴事実を否認し、かつ、それを選択した場合（裁判官のみによる裁判も選択できる）に陪審裁判（地方公共団体の議員等の選挙権を有する者の中から無作為抽出した36人以上の候補者を召還し、その中から選定した陪審員12人による）を行う制度を導入すべきとし、続いて、国家賠償請求事件や民事事件のうち一方当事者が選択した場合にも陪審裁判を、一定の行政事件に陪審裁判または参審裁判を、刑事軽罪事件（単独事件）の否認事件に選択的刑事陪審制度の拡大または参審裁判を、少年審判事件に参審裁判を、それぞれ導入することを提言してい

---

<sup>48</sup> 大阪での公聴会では、公述人6人中、3人が陪審制度導入に積極的な意見を、1人が陪審制度導入に否定的な意見を、1人が参審制度導入に積極的な意見を、福岡での公聴会では、公述人6人中4人が陪審制度導入に積極的な意見を、1人が専門的参審制度導入に否定的な意見を、札幌での公聴会では、公述人6人中、1人が陪審制度導入に積極的な意見を、1人が陪審及び参審制度導入に積極的な意見を、そして、東京での公聴会では、公述人8人中、2人が陪審制度導入に積極的な意見を（ほか、1人が同様に肯定的な意見を）、それぞれ陳述した。なお、地方公聴会における公述人の陪審制度の導入に関する積極論については、丸田隆「先送りは許されない陪審制度導入」月刊司法改革12号（2000年）57頁を参照（ただし、この論稿では、陪審制度の導入に否定的な公述人の意見や参審制度の導入に肯定的な公述人の意見は、ほとんど取り上げられていない）。

る<sup>49</sup>。この時点では、日弁連が、参審制度の導入を否定していないということに注目したい。

また、保岡興治衆議院議員を会長とする自民党司法制度調査会が、5月18日、「21世紀の司法の確かな一歩——国民と世界から信頼される司法を目指して——」と題する報告書をまとめた。そこでは、陪審制度については、「裁判手続の重要な部分をなす事実認定に全く法律専門家が関与しない制度は、我が国の現行制度とは基本的枠組みが全く異なるものであり、我が国には、これが有効かつ安定的に機能する基盤が備わっているとは思われない。すなわち、裁判の重要部分をなす事実認定をすべて素人である一般国民に委ねることに対し、国民の信頼を確保できるのか、我が国の国民が、陪審員の重責を受け入れこれを果たすことができるのか等これを直ちに導入することには少なからぬ問題があると言わざるを得ない」と述べながらも、結論は審議会での議論に委ねるとする一方、参審制度については、「裁判の全過程において職業裁判官の関与が確保されるため、均質で安定した公平な裁判という我が国の司法が持つ特質が基本的には生かされると考えられる上、参審員の学識・経験が職業裁判官の人生経験や知見を補完し、適正妥当な判断に導くことも期待される」と高く評価したうえで、専門参審制度に限らずに、広く一般の民事・刑事事件の裁判への導入を検討すべきとし、積極的な姿勢を示していた<sup>50</sup>。この時点で、自民党は、陪審制度導入には明確に否定的な評価を行ったうえで（ただし、結論は留保している）、参審制度導入に積極的な態度を示している。

一方、民主党は、7月11日、江田五月司法ネクスト大臣名義で、「市民が主役の司法へ～新・民主主義確立の時代の司法改革」と題して、陪審制度を刑事重罪事件に限定して開始させ、行政事件と民事事件については導入を検討すべきこと（特に、行政事件については「早期の導入」とする）を内容とする主張を発表した<sup>51</sup>。ここでは、専門参審制度の導入については、市民<sup>52</sup>の司法参加とは本質的に異なることを指摘したうえで、運用上の注意が必要であるとしながらも、民事事件への導入などを提言している。

第30回審議会（9月12日）では、藤田委員の国民の司法参加についての説明の後、山田幸彦日弁連副会長、房村精一法務省司法法制調査部長及び中山隆夫最高裁判務総局総務局長から意見の聴取と委員との意見の交換が行われた（発言順）<sup>53</sup>。

藤田委員は、第17回審議会でのレポートと同様に、司法参加の意義・趣旨について、国民民主権・民主主義ないし統治主体意識の発揚のために必要であるとしたうえで、諸外国の

<sup>49</sup> 「資料 陪審制度の実現に向けての提言」自由と正義51巻5号（2000年）151頁。

<sup>50</sup> 自由民主党司法制度調査会「21世紀の司法の確かな一歩」（2000年5月）22頁。なお、これは、「資料 自由民主党司法制度調査会報告 21世紀の司法の確かな一歩」として、自由と正義51巻7号（2000年）148頁に所収されている。

<sup>51</sup> これは、「資料 市民が主役の司法へ」として、自由と正義51巻9号（2000年）135頁に所収されている。

<sup>52</sup> 民主党は、一貫して「市民」という語を用いている。

<sup>53</sup> その他の説明者として、四宮啓日弁連司法改革推進センター事務局次長、白木勇最高事務総局刑事局長及び渡邊一弘法務省大臣官房審議官が出席し、委員からの質疑に対応した。

陪審制度や参審制度の説明をした後、関連する論点を詳細に紹介した。陪審制度については、国民の司法に対する積極的参加ないし国民による責任の分担、わかりやすい裁判の実現、裁判の迅速化、新鮮な感覚による証拠の評価などの積極的意義がある一方、その合憲性、判断の不確実性、判断過程の不透明性、感情に流された判断がなされるおそれ、参加する国民の負担、陪審裁判の判決には上訴が制限されること、報道規制を行う必要があることなどの問題点があり、また、参審制度には、陪審制度と共通の長所があるほかに、法律判断や量刑へ市民感覚が反映されることや、専門参審制度については専門的知識の活用が期待されるなどの積極的意義がある一方、やはり、合憲性、評議の実効性、国民の負担、上訴制限、専門家の中立性の確保などの問題点があることが示され、両制度についての議論されるべき主要な論点が明確になった。

日弁連は、陪審制度と参審制度とでは参加の理念が大きく異なると述べたうえで、前者では、裁判の最終判断の主導権と責任が陪審員たる市民に帰属しており、裁判の主体が市民であるが、後者では、従前どおり裁判官が主導権をもつ主体であり、市民は補助者にすぎなくなるなどとして、参審制度ではなく陪審制度の導入を強く主張した。その後、参加する国民に評決権を与えない参審制度の導入を最高裁の裁判官会議で決定したとの内容の2日前の新聞報道<sup>54</sup>を受けて、最高裁が示すであろう評決権なき参審制度を国民の司法参加の趣旨から大きく隔たったものであると批判した。さらに、陪審制度に対する批判として挙げられる、真実発見の後退・誤判のおそれ、日本人の国民性論、国民の負担論、弁護士体制、憲法上の問題などについて、逐一、制度導入の障害にならないと主張した。特に、真実発見に重きを置くわが国の刑事裁判が変質するとの議論に対しては、裁判官は事実認定についての特別の能力をもっているわけではなく、少数の専門家である裁判官よりも多様な経験をもつ12人の陪審の常識のほうが信頼できるとまで断じた。

法務省は、英米独仏の陪審制度・参審制度の概要を説明しそれぞれの特色を示したうえで、その導入には憲法上の問題があると摘示し「慎重な御判断をお願いしたい」と述べるにとどまった。法務省は、第8回審議会と同様、省としての見解を積極的には示さなかったが、その後、山本委員の質問に促され、導入には手続法と実体法の改正が必要であるが、「主権者たる国民が、民主主義の理念を重視して陪審制というものを導入しようと決意するのであれば、それは基本的には政策の問題と考えておりまして、法務省として反対するものではありません」と述べた。ただし、法務省は、陪審制度については、明確に反対するとの態度を示すことはなかったものの、(1) 国民の陪審任務の負担が大きすぎること、(2) 事件についての報道の規制が必要であること、(3) 裁判における真実解明が後退しうること、(4) 実体法及び手続法の全面的見直しが必要であることなど、問題点も摘示していた<sup>55</sup>。

最高裁は、まず、諸外国の司法参加の制度が、歴史的・政治的に国家の形成・変革と深

<sup>54</sup> 朝日新聞 2000年9月10日朝刊。

<sup>55</sup> 司法制度改革審議会第30回議事録。

く関わりながら導入されたものであり、近時、各国で陪審制度が次第に縮小される傾向にあることを説明した。次に、合衆国の陪審制度が、多民族国家において裁判の正統性について国民の信頼を確保するため、裁定者と被裁定者とが同質であるという手続的な自己責任の原理の下に成り立っていることを指摘したうえで、裁判によって真相を解明するという機能を構造的にもっていない陪審制度は、「真実を解明し、その結果を国民に明らかにするという我が国の裁判とは全く異なった制度である」と述べたが、陪審制度の導入をまったく否定するのではなく、国民の理解と協力、集中審理を実現する弁護体制、実体法と手続法の全面的見直し、犯罪報道の実効的な規制をその条件として挙げた。一方、参審制度については、「その形態によっては、真実の解明という裁判に対する要請を損なうことなく、かつ、国民の意識や感覚を裁判に反映させることが可能になる」として、肯定的に評価した。さらに、最高裁は、憲法上の問題については、「第一次的には立法機関で、最終的には司法権の行使の主体としての最高裁によって判断されるべき事柄である」としながらも、憲法問題を回避するためには、陪審制度であれば、かつてわが国で行われていた陪審裁判のような「陪審員の事実認定に、裁判官に対する拘束力を認めないような形態」を、参審制度であれば、「評決権をもたない参審制という独自の制度」が考えられると示唆した<sup>56</sup>。

ここで注目したい点は、司法行政機関としての最高裁が、国民の司法参加の制度をめぐる議論で、積極的に、制度設計構想を示したことの意義である。中山総務局長は、自分が審議会において最高裁としての意見を陳述することにつき、裁判官会議で了承を得ていると説明した<sup>57</sup>。ただし、憲法解釈については、最高裁も、「私どもが……一定の考え方を開陳するという立場には当然ないわけでございまして、……そこは第一次的には国会で、第二次的には司法裁判所としての最高裁判所で決めざるを得ない」と慎重に述べている<sup>58</sup>。

第31回審議会（9月18日）では、石井、高木、吉岡の各委員による報告と意見交換が行われた。

石井委員は、司法の利用者ないし企業経営者という観点から述べると断ったうえで、制度設計には国民的合意が得られるか否かという点を重視し、陪審制度にはさまざまな解決

<sup>56</sup> 司法制度改革審議会第30回議事録。

<sup>57</sup> 最高裁の裁判官会議は、行政機関としての最高裁の意思決定機関であり、理論的には、司法機関ないし違憲審査機関としての最高裁とは異なる機関である（なお、司法機関ないし違憲審査機関としての最高裁と司法行政機関としての最高裁との関係について言及するものとして、西川伸一『日本司法の逆説』（五月書房、2005年）100頁がある）。行政機関としての最高裁（裁判官会議）が任意の政策を支持し、その後に違憲審査機関としての最高裁（法廷）が当該政策を違憲無効と判示することは、理論上は考えられないことはない。しかしながら、構成員が同一である2つの機関が、同一の問題について異なる判断を示すことは実際には考えがたい以上、中山総務局長の発言要旨が行政機関としての最高裁の裁判官会議によって了承されたものであることから、違憲審査機関としての最高裁も、少なくとも、中山総務局長のいう拘束力なき陪審制度ないし評決権なき参審制度を許容するであろうことが見込まれる。

<sup>58</sup> 司法制度改革審議会第30回議事録（白木刑事局長の発言）。

すべき問題があるが、専門参審制度にはそのような短所はなく優れた点が多いとして、その導入を提案した。また、最高裁の評決権なき参審制度という提言については、憲法上の問題以前に、国民の意識が醸成されていない段階では妥当な判断であると高く評価した。

高木委員は、陪審制度と参審制度とはよって立つ理念が異なるとしたうえで、国民主権・統治主体意識の「覚醒」のためには、理念の異なる参審制度ではなく陪審制度が必要であると強調した。また、専門参審制度については、否定的な態度を明らかにした<sup>59</sup>。

また、吉岡委員も、高木委員と同様に、最高裁を厳しく批判したうえで、陪審制度を導入すべきであると述べた。ここで吉岡委員が、法律専門家のみによる裁判または法律専門家と国民代表が役割を分担する裁判とを、裁判の利用者である国民が任意に選択できるようにすべきであると主張した点には注目しておきたい。なお、その後、被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）の問題は、ほとんど議論がなされないままに、それを否定することで決まることになる。

この日の審議会では、藤田委員が興味深い提案を行った。すなわち、「司法の民主化という視点から、司法手続に国民の主体的参加を求めるという点は、これはもうコンセンサスとっていいのではなかろうか、ここに書いてあるようなことに異論はないのではなかろうかと思えます」と述べ、国民の司法参加の意義を確定しようとした<sup>60</sup>。藤田委員が、国民の司法参加の制度を国民主権の原理ないし民主主義の原理から積極的に意義づけようとした発言の真意は不明である。藤田委員は、出身母体である裁判所の意向とは関係なく、一有識者委員として生産的な審議を進めようと考えて、このような発言をしたのであろう。藤田委員が最高裁とは一線を画して審議会に臨んでいたことは、第32回審議会でも、藤田委員が、最高裁の提案した評決権なき参審制を否定し、評決権を認めるべきである旨の発言をしたことから明らかであろう<sup>61</sup>。しかしながら、この藤田委員の提案は、井上委員の話題転換によって留保され、結果的には、審議会の全体意思として採用されることはなかった。

国民の司法参加の制度について好意的な見解が多く示される中で、最高裁も評決権なき参審制度の導入にまで歩み寄りを見せたことにより、その形態はともあれ、参加制度が導入されうる環境は整った。しかしながら、その形態をめぐって、高木、中坊、吉岡の3委員が陪審制度の導入を強く主張しており（参審制度の導入を強く主張する委員はいなかった）、その一方で、井上・藤田の両委員は、解決困難な問題点を多くもつ陪審制度の導入に

<sup>59</sup> 司法制度改革審議会第31回議事録。

<sup>60</sup> 司法制度改革審議会第31回議事録。

<sup>61</sup> その点は、中坊委員が、最高裁に対してきわめて対抗的な態度をとりつつ、「私たち弁護士会といたしましては」などと述べ、日弁連の主張を強弁したことは、対照的である。元裁判官の藤田委員や元検察官の水原委員が、出身母体の代弁者としてではなく、一有識者として審議会に参加したのに対して、中坊委員が日弁連の主張を代弁するものとして参加していたこと（任命権者の意図に反して、少なくとも本人の自覚において）は、議事録からも明らかである。



強く疑問を呈していた。このままでは、参加制度の導入そのものには賛成する委員が多いにもかかわらず、その形態を陪審制度とするか否かで議論が対立し、委員間の意見集約ができず、参加制度そのものが実現できなくなることが見込まれた。そこで、井上委員は、陪審制度の導入を強く主張していた高木・吉岡両委員に対して、「陪審と参審のどちらかに決め打ちをされないで、まず考えていただきたい」と述べ、藤田委員も「我々が陪審でなければいけないとか、参審でなければいけないというような前提で考えるのはいかなものか」と同調した<sup>62</sup>。これにより生産的な議論が展開するかに見えたが、しかしながら、藤田委員が陪審裁判における誤判問題に言及したことにより、議論は再び陪審制度の導入の可否の問題に戻ってしまった。

陪審制度の導入を推進する議論の一部には、これまでの刑事裁判判決の一部に再審請求が認められて後に無罪となった事例があることを挙げ、その中には従前の裁判官による裁判に誤判があることを指摘したうえで、陪審制度の導入によって誤判が減少するという効果が期待されることをその論拠の1つとする向きがある<sup>63</sup>。陪審制度に誤判が多いということ为首肯することは、誤判の減少のために陪審制度を導入すべきと主張する推進論者にとっては、到底承服できないことであろう。この日の審議会でも、藤田委員が陪審制度に伴う誤判の問題を検討すべきであると述べたのに対して、中坊委員は激しながら反論した場面があった<sup>64</sup>。

第32回審議会（9月26日）では、冒頭で、竹下会長代理が国民の司法参加の制度の意義について、「国民主権ということから、直ちに立法、行政と同じように、当然に司法権の行使にも国民が参加すべきであると説くとするなら、そこには論理の飛躍がある」と述べ、司法の民主的正統性は、裁判官の民主的任命制度に求めるべきであると主張した。そのうえで、国民の司法参加と司法の民主的正統性との関係については、「裁判の過程が、より国

<sup>62</sup> 司法制度改革審議会第31回議事録。

<sup>63</sup> 例えば、後藤昌次郎＝編『陪審裁判を考える』（岩波書店、1991年）4頁、渡部保夫「陪審と誤判の防止」刑法雑誌33巻4号（1994年）739頁、同『日本の刑事裁判』（中央公論社、1996年）401頁、阪村幸男「陪審制度に対する反対論と戦後における復活の阻止」陪審制度を復活する会＝編『陪審制の復興』（日本評論社、2000年）185頁。もともと、陪審制度の導入を推進する立場でも、陪審制度の導入によって誤判が減少するとの見解に消極的な意見は多い（指宿信「陪審裁判と誤判」小田中聡樹・鈴木茂嗣・能勢弘之・守屋克彦・四宮啓＝編『誤判救済と刑事司法の課題』（信山社、2000年）199頁、同様に、丸田隆『陪審裁判を考える』（中央公論社、1990年）は、「陪審制度自体は、冤罪を防ぐシステムではない」あるいは「陪審制度は誤判をなくす制度ではない」（いずれも同書179頁）として、誤判や冤罪の減少を陪審制度の直接的な効果としては認めない（ただし、陪審制度の間接的な効果として、それらを認める（同書180頁））。なお、陪審制度の導入によって誤判が減少するとの見解は根拠のない謬見であるとするものとして、例えば、西野喜一『司法過程と裁判批判論』（悠々社、2004年）89頁。

<sup>64</sup> この第31回審議会における中坊委員の発言に関しては、西野喜一「裁判員制度批判（上）」判例時報1904号（2005年）5頁及びその脚注（6）（9頁）を参照。

民に開かれたものとなり、また国民の健全な良識が裁判の内容に反映されることによって、司法が国民によりよく理解され、より広くかつより深く国民の支持を得るようになれば、司法はより強固な民主的正統性の基盤を得ることができるという関係に立つ」とした。すなわち、より強固な国民的基盤ないし正統性の基盤のうえに「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」として、司法参加の意義を整理した<sup>65</sup>。この竹下会長代理の取りまとめは、藤田委員が第31回審議会で国民主権ないし民主主義の観点から議論を集約しようとしたことを意識しての発言であると思われる。第31回審議会において、国民の司法参加の意義について民主主義の理念を前面に出すという藤田委員の提案が、審議会全体の意思として決まっていたとすれば、その後の議論に大きく影響することになったであろう。しかし、司法参加の意義について、藤田委員のいう国民主権の原理ないし民主主義の原理に基づくものは採用されず、竹下会長代理のいう司法に対する国民の理解・信頼の増進ないし司法の国民的基盤の強化という考え方が採用された点に注目しておきたい。

その後、これまで意思を明確に示していなかった鳥居委員が陪審制度に好意的な態度を見せる一方、同じく北村委員は、陪審制度に強く反対の意思を示した。議論が、前回同様、陪審制度に対する賛否に移るかの様相を見せるや、井上委員が、「陪審制に誤判が多いという主張の当否は措いて具体的な国民の司法参加の制度設計について話し合うべきだ」と軌道修正しようとした。高木委員は、陪審制度と誤判の問題について、なおも日弁連側の主張（陪審制度に誤判が多いとする議論には論拠がないとする）を擁護しようとしたものの、佐藤会長がこれを制止し、陪審制度か参審制度かではなく、裁判の内容に一般国民が主体的に参加するという観点から問題を掘り下げるべきであるとして、井上委員の提案に呼応した<sup>66</sup>。

これまでまったく発言しなかった曾野委員が、司法に「国民が参加するなどということは、ちょっと考えられない」とし、司法参加そのものに対して否定的な態度を示したが<sup>67</sup>、もはや、審議会での議論は、国民の司法参加の制度を導入することを規定路線としていたためか、時機を逸した司法参加反対論は、もはや一顧だにされることはなかった。

陪審制度に対する賛否というドグマから解放された審議会は、これまでの議論とは大きく異なり、司法参加の制度をめぐる、生産的な議論を展開させていくことになった。

まず、統計学の専門家である鳥居委員が、参加する国民の選出方法について、無作為抽出と、母集団の選出に一定の基準を設けた二段階抽出とを提案し、次に、藤田委員が、国民参加の対象として、適当な範囲で刑事事件から始めることが妥当であると主張した。井上委員は、最高裁判所の提言した評決権なき参審制度に対して、「評決権は与えず意見だけ聴くというのは、やはり中途半端な感は免れないと思う」と述べ、吉岡委員と北村委員も、

<sup>65</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。

<sup>66</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。

<sup>67</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。

評決権をもたせるべきであると同調した<sup>68</sup>。

その後、吉岡委員が被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）を認めるべきと述べたが、北村委員が被告人だけではなく被害者にも選択権を認めるべきと主張し、議論は混走してしまった。これに対して、井上委員が「訴訟当事者である被告人が選択できるかどうか、それが望ましいかどうかという問題の前に、どういう形態の裁判が国民の目から見て適切なものであるかということがまずあると思う」と述べ、陪審制度と裁判の選択制とが結びつくことを理由に、選択制については決定せずに議論を進めるよう提案した<sup>69</sup>。

最後に、第30回から続いた国民の司法参加の議論の中間取りまとめが行われることとなった。事務局が作成した文案に対して、中坊、井上、藤田の各委員らが発言したが、若干の修正の後、会長及び会長代理に修文が一任された。

この時点までにおける国民の司法参加の制度に対する各委員の態度は次のように分類することができよう。すなわち、いかなる形態であっても国民の司法参加の制度の導入に反対したのは、曾野委員のみであった。陪審制度の導入に賛成したのは、高木、中坊、吉岡の各委員であった。賛意にやや温度差があるが、鳥居委員も陪審制度に前向きな姿勢を示した。北村・藤田両委員は、明確に陪審制度に反対し、石井、井上、竹下、水原、山本の各委員も、何らかの形で陪審制度の問題点を摘示していた。この時点で、陪審制度導入の賛否という視点で考えれば、陪審制度賛成派は少数であったが、参加制度の導入そのものには圧倒的多くの委員が賛成していた。そこで、佐藤会長をはじめ、井上委員や藤田委員が率先して、議論の対象が陪審制度導入の可否とならないように努めることによって、第2ラウンドの段階で、その形態はともあれ国民の司法参加の制度を導入することが決まったのである。

なお、この日の審議会の時点で、法曹以外の専門家が専門的見地を生かして裁判に参加する専門参審制度は、一般の国民が司法へ参加する国民の司法参加の議論と趣旨が異なるとして、この議論から切り離されることとなった。

第36回審議会（2000年10月31日）では、中間報告の決定に向けて、国民の司法参加に関する審議結果の取りまとめを行うこととなった。しかしながら、この日の審議会は、他の議題に時間を費やしたため、ほとんど議論のないまま、第32回の終わりに示された中間

<sup>68</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。

<sup>69</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。諸外国の制度においては、一般に、陪審制度の場合には被告人による裁判の選択がありうるが、参審制度では被告人による裁判の選択が認められない。したがって、ここで被告人による裁判の選択を認めてしまうと、陪審制度に直結することになるとの懸念があったため、選択制についての議論を留保したのであろう。ここでは、被告人が裁判を選択できるか否かについての決定を留保しただけであるが、これが、十分な議論がなされないまま、選択制を認めないことと決まったというように、後に、議論がすりかわっていくことになる。

取りまとめの案文を確定するだけで終わった<sup>70</sup>。

中間取りまとめでは、国民の司法参加の意義・趣旨について、大方の意見が一致したもののとして、「21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。そのような中で、司法の分野においても、主権者としての国民の参加を拡充する必要がある、法曹は、こうした国民とともに、司法を真に実のあるものとして発展させるべき責務がある。我々は、国民の司法参加に関する我が国のこれまでの経緯・経験をも踏まえつつ、上記のような国民と法曹の関係の在り方を基礎として、司法制度全体の中で、国民の参加を拡充すべきものとする」とされた。また、おおむね異論のないものとして、「国民が司法全体に様々な形で参加（関与）していくことによって、司法が国民により良く理解され、より広くかつより深く国民の支持を得ることになれば、司法はより強固な国民的基盤（民主的正統性）を確保することができる。このような観点から、司法参加（関与）の拡充を検討する必要がある。ただし、我が国における社会的基盤の在りよう、国民の負担と責任の重さ、真実発見の後退の懸念などにも十分に留意していく必要がある」とされた。訴訟手続への国民参加のあり方について、大方の意見が一致したもののとして、「訴訟手続への参加については、陪審・参審制度にも見られるように、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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的・実質的に関与していくことは、司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考え。今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」とされた<sup>71</sup>。

## 7 中間報告

2000年11月20日の第38回審議会で、中間報告案が決定され、審議会は、「当審議会として意見の一致をみた改革の大きな方向性、今後の議論に当たっての改革の視点や具体的方策の検討の方向など」<sup>72</sup>を取りまとめた中間報告を発表した。

中間報告は、今般の司法制度改革の基本的理念と方向について論ずる総論部分に続き、改革の3つの柱として、「人的基盤の拡充」、「制度的基盤の整備」及び「国民的基盤の確立」を挙げている。「国民の司法参加の制度」については、「他の現行の参加制度の改革」と並

<sup>70</sup> 司法制度改革審議会第36回議事録。

<sup>71</sup> 「「国民の司法参加」に関する審議結果の取りまとめ」（司法制度改革審議会第36回配布資料）1-2頁。

<sup>72</sup> 司法制度改革審議会前掲注（41）1頁。

び、「国民的基盤の確立」の部分で取り上げられている<sup>73</sup>。国民の司法参加の制度は、論点整理では制度的基盤の項目に分類されていたが、これ以降は、独立した1つの柱とされることになる。

まず、中間報告は、国民的基盤の確立について、「国民主権の下で、あるべき法の支配ないし司法権の独立の意義を沈思しつつ、司法が国民の信頼と支持を十分得るかたちで運営されているかどうかを改めて問い直し、その国民的基盤を一層強化する方策を検討する必要がある」などとし、「諸外国の陪審制・参審制等をも参考に、我が国にふさわしい国民の訴訟手続への参加につき、その形態を検討する」必要があるとする<sup>74</sup>。

国民の直接的な参加の制度を設けることの意義については、「国家への過度の依存体質から脱却し、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る国民が、裁判の過程に参加（関与）し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤（民主的正統性）を得ることができるようになる」と説明する<sup>75</sup>。

そして、「訴訟手続への国民参加を考えるに当たっては、裁判の過程がより国民に開かれたものとなり、裁判内容に国民の健全な社会常識が反映されることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まるようにするためにはどのような制度が望ましいかという観点が必要となる。他方、自律性と責任感をもって参加することが求められる国民の問題として見た場合、国民が、法曹とのコミュニケーションを通じて訴訟手続に参加していくなかで、その主体性をいかにして確保していくかという観点もまた重要である」と続ける。

最後に、第36回審議会で決定された中間取りまとめとほぼ同様の文を続ける。すなわち、「陪審・参審制度にも見られるように、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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与していくことは、司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考え。今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」。陪審制度とするか参審制度とするかで議論が対立し暗礁に乗り上げてしまったことの反省を踏まえて、「特定の国の制度にとらわれることなく……我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」こととされたのである<sup>76</sup>。

国民の司法参加の意義に関して、この中間報告で注目すべき点は、この時点で、(1)国民の司法に対する理解・支持の増進という議論が打ち出されているが、それはあくまでより望ましい参加制度を考えるうえでの観点の1つとされているにすぎないことと、(2)国

<sup>73</sup> 司法制度改革審議会前掲注(41)9頁。

<sup>74</sup> 司法制度改革審議会前掲注(41)11頁。

<sup>75</sup> 司法制度改革審議会前掲注(41)62頁。

<sup>76</sup> 司法制度改革審議会前掲注(41)62-63頁。

民的基盤の確立の総論部分で、「訴訟手続への国民参加は国民主権の原理と関連する」と明確に述べられている点である<sup>77</sup>。裁判員制度と国民主権の原理ないし民主主義の原理との関係は、その後、直接の関係性を否定されることとなるが、少なくとも中間報告の時点では、それらの関連性が明言されていたのである。

## 8 第3ラウンド：意見書までの議論

第43回審議会(2001年1月9日)では、藤倉皓一郎帝塚山大学法政策学部教授(英米法)、三谷太一郎成蹊大学法学部教授(日本政治史)、松尾浩也東京大学名誉教授(刑事訴訟法)から意見の聴取と委員との意見の交換が行われた。

これまでの議論では、新しい国民の司法参加の制度について議論を行う際には、それぞれの反対者への配慮から陪審制度ないし参審制度という用語の使用は忌避されており、特にそれを指示する語がなかった。第32回審議会では、鳥居委員が、新たな名称を作ることには無理であるとすら述べていた<sup>78</sup>が、この有識者ヒアリングで、松尾教授によって、「裁判員」という名称が初めて登場することになる。

アメリカ合衆国の陪審制度を中心に説明した藤倉教授は、陪審制度は、たしかに判断過程が不透明ではあるが、公判手続において直接主義・口頭主義が徹底されており、判断の素材となる証拠はすべて公開されているのであって、また、誤判があるとしてもそれを矯正する手段があると述べた。陪審制度はアメリカの歴史と文化を反映しているものであり普遍性をもたないとの議論に対しては、それが主張の対立する問題について複数の市民の判断に委ねるといふ歴史の所産であるとするれば、なお検討に値するものであると藤倉教授は主張した。

わが国の近代の政党政治における陪審制度登場の意義を研究してきた三谷教授は、旧制度の導入の経緯及び英米における陪審制度の政治的意義を詳述した後、陪審制度を裁判における「シビリアン・コントロールに相当する制度」としたうえで、「プロフェッショナルリズムの健全さを保つためのアンプロフェッショナルな要素……を導入する必要がある」と述べた<sup>79</sup>。ただし、三谷教授は、陪審制度か参審制度かという二分論的な発想を否定し、参審制度の意義を否定せず、むしろ併用を主張した。

松尾教授は、わが国の刑事訴訟手続の特色として、濃密な捜査が行われており多量の証拠が収集されていること、公訴提起の基準がきわめて高いこと、無罪判決を受ける被告人がきわめて少ないことの3点を指摘し、具体的な参加制度としては、ある程度の参加の規模が必要であり、自白事件も含めて行うべきで、重大事件よりも比較的中間的な事件から始めて、制度の定着を待って拡大していくほうが望ましく、裁判官と裁判員とが事項を分

<sup>77</sup> 司法制度改革審議会前掲注(41)62頁。

<sup>78</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。

<sup>79</sup> 司法制度改革審議会第43回議事録。

けて担当するのではなく協議を行う制度とすべきであり、被告人の選択を認めず全面实施をすべきであると提言した。松尾教授は、「陪審・参審という観念にとらわれないで論ずべしというのが前提だと存じております」と述べたが<sup>80</sup>、実質的には裁判官と裁判員とが協働する参審型の参加制度の導入を主張するものであった<sup>81</sup>。

2001年1月に入り、審議会の外では、法務省と最高裁が、非公式ながらも、積極的に制度設計構想を示し始めた。

朝日新聞は、6日の朝刊で、「「市民に評決権」想定 法務省、参審制巡り踏み込む」と題して、法務省が、国民の司法参加の制度としては、陪審制度よりも参審制度のほうが適しているとしたうえで、刑事事件について参審員に評決権を付与した形での参審制度の導入を支持する方針を固め、最高裁と意見交換を始めたと報道した<sup>82</sup>。

読売新聞は、14日の朝刊で、「参審制に法務省前向き 国民の評決権容認へ 日本の制度に似る北欧へ調査団」と題して、法務省が参審制度の調査のために北欧に検事や専門家を派遣することを決めたと報道し<sup>83</sup>、19日の朝刊では、「参審制 最高裁も「評決権」容認 方針転換、国民参加へ弾み」と題して、評決権なき参審制度を提唱してきた最高裁が、参審員に評決権を認めることを前提に検討を進めるよう方針転換したと報道した<sup>84</sup>。ただし、参審員に評決権を認めることは、「憲法学者の間でも違憲説が有力で、合憲との立場に変わった訳ではない」との最高裁事務総局幹部の発言があったことと、具体的な裁判体の構成として、最高裁が裁判官3人—参審員2人のドイツ型を想定していることが付記された。

法務省が評決権ありの参審制度を容認し、続いて、最高裁もこれを認めるようになるとの報道が新聞によってなされたが、これらはいずれも、機関としての公式の発表でもなければ、機関の幹部の公式の発言でもなかった<sup>85</sup>。これらの報道の出所は不明であるが、この報道はその後の法務省・最高裁の主張と矛盾していないことから、何らかの根拠に基づく報道であったと理解してよからう。なお、いずれの記事も、1面にスクープ記事の扱いで報道された。

<sup>80</sup> 司法制度改革審議会第43回議事録。松尾教授は、陪審制度や参審制度ではなく、「裁判官との協議方式か、事項による分担方式か」という表現を用いた。

<sup>81</sup> したがって、新聞報道では、松尾教授が参審制度を提言したと報じられた（例えば、読売新聞2001年1月10日朝刊）。

<sup>82</sup> 朝日新聞2001年1月6日朝刊。

<sup>83</sup> 読売新聞2001年1月14日朝刊。

<sup>84</sup> 読売新聞2001年1月19日朝刊。

<sup>85</sup> なお、公式見解ではないが、次のような注目すべき発言もある。2001年1月22日、日本法律家協会と商事法務研究会の共催で行われたシンポジウム「国民の司法参加を考える—参審制度を中心として」において、町田幸夫最高検察庁総務部長は、「国民の司法参加の方法としては、陪審制の導入にはあまりにも問題が多いのではないかと考えて」いると述べる一方、「参審制であれば、わが国の刑事司法の特徴を生かしつつ、意義ある形で国民の司法参加を図ることができるのではないかと考え」として、参審制度の支持を明言した（「シンポジウム 国民の司法参加を考える」NBL708号（2001年）46頁）。

第45回審議会（1月30日）では、井上委員から提出された資料「「訴訟手続への新たな参加制度」審議用レジュメ」をもとに、具体的な制度設計について議論が行われた。

まず、佐藤会長、竹下会長代理及び井上委員により作成された「「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）」が示され、井上委員から説明がなされた。井上委員は、まず、冒頭で、参加する国民を表すのに、陪審員や参審員ではなく、中立的な「裁判員」という語を用いることを断ったうえで、(1) 裁判員は、有罪・無罪の決定（事実認定のみ、または事実認定と法令の適用）と刑の量定の決定のどちら（または、その両方）にどこまで関与するものとするか、(2) 裁判官と裁判員は、どのような形で協働し、裁判所としての意思を決定するか、(3) 裁判員の意見に法的拘束力をもたせるか（裁判員に評決権を認めるか）、(4) 合議体の構成（裁判官と裁判員の員数）と評決の方法、(5) 裁判員を任期制にするか、事件ごとに選任するか、(6) 裁判員を無作為に抽出するか、一定の基準を設定して選任するか、何らかの機関により選任するか、(7) 候補者資格（欠格・除斥事由の内容を含む）、(8) 裁判員に対する忌避制度を設けるか、(9) 裁判員の免除事由、代償措置、義務不履行の場合の制裁措置など、(10) 参加の対象となる刑事事件の選別基準、(11) 対象事件を否認事件に限るか、自白事件を含めるか、(12) 裁判官のみの裁判を被告人が選択できるようにするか（裁判員の参加する裁判を辞退できるようにするか）、(13) 争点整理手続のあり方（証拠開示を含む）など、(14) 公判期日設定のあり方や証拠調べ手続のあり方（証拠法、証拠調べの方法、裁判員による訴訟記録の検討など）など、(15) 判決理由表示の要否・程度、(16) 事実誤認または量刑不当を理由とする上訴の可否、(17) その他（報道との関係、司法教育）が論点として示された。

まず、(1) について、吉岡委員が、有罪・無罪の点のみ裁判員が独占的に決定すべきであると主張すると、竹下会長代理が、事実認定から裁判官を排除する理由がないと反論した。吉岡委員が、裁判員が裁判官と同席すると裁判官に誘導されるからであると答えると、山本委員が、社会常識を反映した判決の実現という観点からは、裁判官と裁判員とが互いに協働して議論を高めることが望ましく、また、量刑こそ社会意識を反映させるものであるから、量刑にも裁判員を参加させるべきであると主張した。

国民の参加の意義について、高木委員が、裁判の正当性<sup>86</sup>は、国民主権国家においては、国民が参加することによって担保されると主張すると、竹下会長代理が、そのような理解に立つと、国民が参加しない裁判の正統性を確保できなくなるので、民主的正統性は参加によって深められた司法に対する国民の理解・支持に見るべきだと反論し、水原委員も、国民の手による裁判ではなければならないという議論ではなかったと同調した。そして、水原委員は、高木・吉岡両委員による事実認定から裁判官を排除するという考え方は、国民が裁判に関与する道を開くという審議会の共通認識と異なると指摘した。その後、井上

<sup>86</sup> 以下、「正当性」（高木委員による）と「正統性」（竹下会長代理による）の語が錯綜するが、用語法は、司法制度改革審議会第43回議事録における表記による。



委員や中坊委員が加わり、裁判官を事実認定から排除すべきとする高木・吉岡両委員と裁判官と裁判員との協働の制度とすべきとする水原・山本両委員との間で、再び、陪審制度か参審制度かという議論が蒸し返されてしまった。しかしながら、(必ずしも参審制度に固執せずに)裁判官と参加する国民とが協働する参加制度の妥当性を主張する後者の論者が、議論の主導権を握った。

徐々に他の論点も合わせて議論されるようになり、吉岡委員により前掲の(5)が(委員は、中途半端な経験者はいないほうがよいので、任期制に反対する)、藤田委員により(3)(委員は、評決権を認めるべきであり、もしそれが憲法に抵触するのであれば、憲法で規定するのが望ましいとする)と(4)(委員は、実質的な合議を尽くすというのであれば、人数には一定の限度があるとする)が、水原委員により(10)が(委員は、国民の関心の高い重大事件を対象とすべきとする)、それぞれ言及された。また、高木委員は、(11)(対象事件は広いほうがよいので、自白事件を含めるべきとする)、(12)(原則認めないとする)、(16)(上訴を認めるべきとする)などについて、持論を強く主張した。

陪審制度の導入を強く主張していると思われていた中坊委員が、この日の審議会で、事実認定からの裁判官を排除すべきとの主張に与しなかったことにより、事実認定から裁判官を排除する陪審制度導入論が、審議会での議論から消滅することとなった。それに代わって、中坊委員は、「裁判員の方が絶対的多数で決められるという形のものにならないといけない」ので、裁判員の員数を増やすべきであると主張した。これに対して、水原委員は、裁判官と裁判員とが互いに信頼し議論をするという制度にするのであれば、どちらか一方が員数で勝るのは妥当ではないと述べ、また、実質的に評議をするにはコンパクトな裁判体が望ましいとし、さらに、裁判官と裁判員のどちらか一方の意見では決定できない制度にすべきと主張した。

鳥居委員は、(12)について、理由を示さず選択制に反対した後、(6)に関して、無作為抽出ではなく、多段階層化抽出法を提案したのに対して、井上委員が、裁判員の場合、世論調査とは異なり、多様な意見の反映ではなく、社会的に健全な国民による常識的な判断を求めるべきであると反論し、鳥居委員がなおも、無作為抽出によって裁判体の属性が偏向することの危険性を警鐘するものの、佐藤会長は、制度の具体的な設計の時点で考えればよいとして、議論を抑えた。

その後、裁判官と裁判員の員数の問題に議論が移り、吉岡、石井、北村、中坊の各委員から、それぞれ意見が示された。中坊・吉岡両委員は、裁判員の議論が裁判官に影響されないようにするため、裁判員の員数を多くすべきとし、一方、石井・北村両委員は、協働という観点からどちらか一方が多数とならないよう、裁判官と裁判員とを同数程度とすべきと主張した。また、多様な意見を反映させるためという観点から、裁判員の員数を多くすべきと主張した鳥居委員は、他の委員と意見がかみ合っていなかった。

かくして、この日の審議会では、刑事重罪事件を念頭に、事件ごとに裁判員を原則として無作為抽出で選ぶこと、裁判官と裁判員とがともに評議を行い評決権をもつこと、判決

に理由を明示させ上訴を認めること、被告人に裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）を認めないことなどについて、おおむね意見の一致を見た。この時点で、陪審制度の導入ではなく、無作為抽出で選出された裁判員が裁判官とともに評議を行い、評決権をもつとする制度設計がほぼ確定したといえよう。

第51回審議会（3月13日）では、審議会事務局により示された「「訴訟手続への新たな参加制度」骨子（案）」及び井上委員による補足説明文書をもとに、最終的な国民の司法参加の制度の設計についての議論がなされた。

骨子案は、裁判官と裁判員は、評議に基づき、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うこととし、評議において、裁判員は、裁判官と基本的に同一の権限を有するとした。評決は多数決によることとし、少なくとも、裁判官または裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきであるとした。裁判員は、選挙人名簿から無作為抽出した者を母体として適切な過程を経て、具体的事件ごとに選任され、1つの事件を判決に至るまで担当するものとした。対象事件は法定刑の重い重大犯罪とし、公訴事実に対する被告人の認否を問わないが、被告人に裁判員の参加する裁判を辞退することは認めないとした。事実誤認や量刑不当を理由とする上訴を認めるとしたが、控訴審の裁判体の構成や審理方式等については、今後の検討事項とした。

骨子案は、「裁判員の主体的・実質的関与を確保するという要請と評議の実効性を確保するという要請とを踏まえ、この制度の対象となる事件の重大性の程度や国民の負担等をも考慮の上、適正な数を定める」として、裁判官・裁判員それぞれの員数を明示しなかったが、それと一体をなす井上委員による補足説明文書では、裁判官の員数を3人とするのが妥当であるとの見解が示された<sup>87</sup>。

これに対して、高木委員からも、裁判員を裁判官の数倍にすることと、一定の場合（被告人または検察官が裁判員のみによる評議を求めたときや、政治犯罪、公務員の職務に関する犯罪、表現の自由に関する犯罪を例示する）に裁判員のみで評決を行う独立評決制を認めることを主な内容とする「「裁判員制度」について（説明要旨）」が提出された。裁判員を無作為抽出により選出することや、被告人に裁判の選択権を認めないこと<sup>88</sup>については、基本的には骨子案と同様であった。また、控訴審裁判所を裁判官のみにより構成すべきとした点は、高木委員の基本的発想と整合性がやや疑わしいが、控訴審裁判所が有罪判決を破棄自判できないとした点を踏まえれば、これも理解できなくはなかった。

審議会での議論は、高木委員の提出資料ではなく、骨子案に沿って展開されることになった。ここでの議論は、ほぼ、骨子案を追認するための意見の吐出しを求めるものにすぎ

<sup>87</sup> 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）」（司法制度改革審議会第51回配布資料）。

<sup>88</sup> ただし、理由は、裁判員制度が、主権者たる国民の国政への参加を具体化する制度であるから、被告人の裁判を受ける権利よりも優位するとしていた。

なかったが、次のような議論がなされた点には注目したい。

1つは、裁判員は違憲審査権を有しないということが確認されたことである。この点について、竹下会長代理は、「文字どおり全国民から選挙によって選ばれた国会議員が合憲だと思うからこそ、ある法律をつくる……。その法律を、無作為抽出で選ばれた何人かの国民が違憲だという、そういう判断をしていいのか、そのような権限を認めるのはおかしい」と述べ、それに対する異論はなかった。

もう1つは、裁判員が国民の代表ではないということが竹下会長代理から示され、佐藤会長が竹下会長代理の発言を支持したことである。竹下会長代理は、裁判という公務を遂行する裁判員は、行政機関や裁判所に勤める公務員と同様に、国民の代表ではないと明言したが、これに対しては、高木委員は、あくまで参加する裁判員は国民の代表であると主張した。

高木委員の提案に賛同する者は中坊委員のみであったが、その中坊委員も、高木委員のペーパーに沿って議論することなかった。審議会では、骨子案を中心に議論が展開され、その日の会議は終わった。

審議会の外での動きとしては、5月10日、自民党司法制度調査会が、「21世紀の司法の確かなビジョン——新しい日本を支える大切な基盤」と題する報告書を発表した<sup>89</sup>。国民の司法参加の制度に関しては、陪審制度について、導入には少なからず問題があるものの、将来に向けてさらに議論を尽くしていく必要があるとする一方、参審制度については、審議会での議論の方向性を評価したうえで、憲法上の問題等に留意しつつ積極的に導入すべきであるとし、(1)参審員の数につき、ドイツ型の参審制度を参考にすること、(2)参審制度の導入の範囲につき、刑事事件だけでなく、民事事件にも幅広く導入を検討すること、(3)参審員の選任につき、無作為抽出ではなく、ふさわしい知識、経験、意欲を有し、公正な判断を行いうる適任者を選任するための方策を考えることを提言した。

また、17日、民主党が、「司法制度改革への意見」を公表し、審議会と政府に対して、それを制度設計に反映させるよう要請した<sup>90</sup>。国民の司法参加の制度に関しては、(1)裁判員は広く国民一般から選出する制度とすること、(2)市民から選ばれる裁判員も評決権を有するものとし、合わせて、裁判員数は裁判官の数の2倍以上とすること、(3)裁判員の参加する裁判の対象は、一定の重大な犯罪に係る刑事事件、一定の重要な行政事件、国家賠償事件などとし、裁判員の参加する裁判は訴訟の一方当事者の選択によるべきこと、(4)政治犯罪、公務員の犯罪、表現の自由に関する犯罪を裁判員の参加する裁判による場合には、法律専門家による助言を前提として、独立評決制を認めることの4点が挙げられていた。

<sup>89</sup> これは、「資料 自由民主党司法制度調査会報告 21世紀の司法の確かなビジョン」として、自由と正義52巻7号(2001年)146頁に所収されている。

<sup>90</sup> これは、「資料 司法制度改革への意見」として、自由と正義52巻7号152頁に所収されている。

## 9 意見書

審議会は、2001年6月12日、意見書を小泉純一郎内閣総理大臣に提出した。

意見書は、「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」として、「裁判員」という文言を仮のものと断ったうえで、新たな国民の司法参加の制度の導入を提言した<sup>91</sup>。

意見書は、中間報告と同様に、「今般の司法制度改革の基本理念と方向」と題する長文の総論部分を設けたうえで、「国民の期待に応える司法制度の構築（制度的基盤の整備）」、「司法制度を支える法曹の在り方（人的基盤の拡充）」、「国民的基盤の確立（国民の司法参加）」を司法制度改革の3つの柱と据えた。

国民の司法参加の意義については、意見書は、「21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。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。国民が法曹とともに司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との接地面が太く広くなり、司法に対する国民の理解が進み、司法ないし裁判の過程が国民に分かりやすくなる。その結果、司法の国民的基盤はより強固なものとして確立されることになる」と説明した<sup>92</sup>。国民の司法参加についての部分では、国民主権という文言はこれ以外に用いられなかった。

中間報告で明確に示されていた国民主権原理に基づく参加制度という理解が、意見書で敢えて削除されている。中間報告は、それまでの議論を踏まえたうえで、その後の議論のための改革の視点や具体的方策の検討の方向などを取りまとめたものにすぎない。内閣に公式に提出されるのは意見書のみであるということを考えれば、国民の司法参加の意義として国民主権の原理ないし民主主義の原理を据えるという理解が、最終的には審議会全体の意見としては認められなかったということの意味するものと解されよう。

最後に、意見書は、制度をどのように定めたのか（あるいは、どのように定めなかったのか）、すなわち、制度設計をめぐる今後の議論に対して、どこまで箍をはめ、また、どこからを今後の議論に委ねたのかという視点で、意見書のいう国民の司法参加の制度の骨子を検討しておきたい。

第一に、裁判員制度の基本的構造については、意見書は、「裁判官と裁判員は、共に評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うこととすべきである。裁判員は、評議において、裁判官と基本的に対等の権限を有し、審理の過程においては、証人等に対する質問権など

<sup>91</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3)102頁。

<sup>92</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3)101頁。

適当な権限を有することとすべきである。一つの裁判体を構成する裁判官と裁判員の数及び評決の方法については、裁判員の主体的・実質的関与を確保するという要請、評議の実効性を確保するという要請等を踏まえ、この制度の対象となる事件の重大性の程度や国民にとっての意義・負担等をも考慮の上、適切な在り方を定めるべきである。ただし、少なくとも裁判官又は裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきである」と提言した<sup>93</sup>。意見書は、陪審制度を明確に否定する一方、一時期、最高裁が主張していた評決権なき参審制度をも否定している。裁判官と裁判員の員数については、具体的な数値を示すことはなかったが、ここで、意見書は、裁判員の主体的・実質的関与の確保と、評議の実効性の確保という2つの要請を挙げており、制度設計は、これらに定めるよう制度設計されることが見込まれることとなった。

第二に、裁判員の選任方法・裁判員の義務等に関しては、「裁判員の選任については、選挙人名簿から無作為抽出した者を母体とし、更に公平な裁判所による公正な裁判を確保できるような適切な仕組みを設けるべきである。裁判員は、具体的事件ごとに選任され、一つの事件を判決に至るまで担当することとすべきである。裁判所から召喚を受けた裁判員候補者は、出頭義務を負うこととすべきである」と提言した<sup>94</sup>。ドイツの参審制度のように参加する裁判員について推薦制や任期制を設けることはせず、アメリカ合衆国の陪審制度のように、無作為抽出による1回限りの参加としたという点に注目したい。

第三に、対象となる刑事事件について、「対象事件は、法定刑の重い重大犯罪とすべきである。公訴事実に対する被告人の認否による区別は設けないこととすべきである。被告人が裁判官と裁判員で構成される裁判体による裁判を辞退することは、認めないこととすべきである」と提言した<sup>95</sup>。被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）に関しては、十分な議論がなされないままに、それを認めないこととなった。

第四に、公判手続・上訴等については、「裁判員の主体的・実質的関与を確保するため、公判手続等について、運用上様々な工夫をするとともに、必要に応じ、関係法令の整備を行うべきである。判決書の内容は、裁判官のみによる裁判の場合と基本的に同様のものとすべきである。当事者からの事実誤認又は量刑不当を理由とする上訴（控訴）を認めるべきである」と提言した。控訴審に裁判員が参加するか否かについて、審議会では、委員の意見の集約ができなかったことから、意見書では、「控訴審の裁判体の構成、審理方式等については、第一審の裁判体の構成等との関係を考慮しながら、更に検討を行う必要がある」と述べるにとどまった<sup>96</sup>。

意見書は、裁判員制度の基本的な骨子を積極的に定めたものであるというよりも、むしろ、審議会で意見の集約が可能であったものを列挙し、集約できなかった点については、

<sup>93</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3) 103頁。

<sup>94</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3) 105頁。

<sup>95</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3) 106頁。

<sup>96</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3) 108頁。

無理に結論せず、後の議論に委ねることとしたものであるといえよう。

### (3) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会における議論（第2ステージ）

#### 10 司法制度改革推進法の制定

審議会意見書が内閣に提出された3日後の2001年6月15日、政府は、3年以内を目途に司法制度改革の関連法案の成立を目指すことなどを内容とする「司法制度改革審議会意見書に関する対処方針」及び政府声明を閣議決定し、これに基づき、7月1日、内閣官房に司法制度改革推進準備室（以下、「準備室」という）を設置した。

準備室は、審議会事務局と同じ場所に置かれ、室長には樋渡利秋審議会事務局長が、副室長には大野恒太郎東京地方検察庁総務部長と松川忠晴国税庁長官官房会計課長が、それぞれ任命された。参事官は8人置かれ、松永邦男（総務省）、小林徹（経済産業省）、片岡弘（法務省）、齊藤友嘉（日弁連）、黒川弘務（法務省）、近藤昌昭（法務省）、辻裕教（法務省）及び加藤朋寛（法務省）が就任した（官報掲載順）。そのほか、主任参事官補佐15人、主査9人その他で構成され、これらには、法務省、警察庁、文部科学省、人事院、国税庁、厚生労働省、農林水産省及び経済産業省からの出向者や、日弁連から派遣された弁護士が就任した。また、準備室の顧問として、審議会の委員であった井上正仁、佐藤幸治及び竹下守夫の3教授が就任した。

準備室の最大の任務は、意見書の内容を受けて、司法制度改革の推進体制を構築することであった。そこで、準備室は、司法制度改革推進法案を作成し、9月28日に国会に提出した。

司法制度改革推進法（平成13年法律第119号、以下、「推進法」という）<sup>97</sup>は、11月9日に成立し、11月16日に公布され、12月1日に施行された。同法は、審議会意見書の趣旨にのっとり行われる司法制度改革の基本的な理念及び方針、国の責務その他の基本となる事項を定めるとともに、内閣に司法制度改革推進本部（以下、「推進本部」という）を設置するものである。これは、審議会意見書が、司法制度改革の推進体制の整備について、「本意見の提言する改革は、内閣が総力を上げて取り組むこととしなければ、容易に成し遂げられるものではないことから、内閣に強力な推進体制を整備し、一体的かつ集中的にこれに

<sup>97</sup> 推進法の概要については、笠井之彦「(法令解説) 司法制度改革の推進」時の法令1663号(2002年)6頁、松永邦男『司法制度改革概説1 司法制度改革推進法/裁判の迅速化に関する法律』(商事法務、2004年)参照。なお、推進法の国会審議の過程において、共産党と社民党は、衆参両院の法務委員会で、共同で修正案を提出し(いずれも否決された)、法案そのものには反対した(第153回国会衆議院法務委員会議録第5号、第153回国会参議院法務委員会会議録第6号。なお、社民党は、参議院本会議でも法案に反対したことが明らかになっている(官報号外第153回国会参議院会議録第9号))。

取り組まれるよう求める」としていたことを受けての規定である<sup>98</sup>。

推進法は、意見書にいう、国民の期待に応える司法制度の構築、司法制度を支える法曹の在り方、国民的基盤の確立という3つの柱に照応して、司法制度改革の基本理念<sup>99</sup>を2条に定め、また、この3つの柱に係る内容に対応して、5条で、基本理念を実現するための改革の基本的方向性を示しつつ、その代表的な内容を例示する。司法参加の制度については、「国民の司法制度への関与の拡充等を通じて司法に対する国民の理解を増進させ、及びその信頼を向上させるため、国民が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与する制度の導入等を図ること」（同条3号）とされている。

ここで留意しなければならない点は、意見書の総論部分で強調されていた国民の統治客体意識から統治主体意識への転換という内容や、意見書で用いられていた国民主権や法の支配という文言が、推進法では、まったく触れられていないという点である。

推進法が制定されたことにより、推進本部が推進すべき改革の内容は、意見書そのものの内容ではなく、意見書の内容を整理した推進法の内容に転換した。もとより、推進法は、今般の司法制度改革を「平成十三年六月十二日に内閣に述べられた司法制度改革審議会の意見の趣旨にのっとり行われる」ものであるとしていることから、推進法が推進しようとする改革と意見書のいう改革とは同一のものであると理解するのが妥当であろう。しかしながら、意見書が強調していた改革の背景のない思想的な理念部分が整理され、推進法には取って入れられなかったということは看過すべきではない。国民の司法参加の意義については、審議会段階でもさまざまな議論がなされたが、推進本部が正当なものとして認めたものは、推進法5条3号にいう国民の理解増進・信頼向上論のみであるということに注意が必要である。その後、いかに国民主権の原理ないし民主主義の原理から意義づけようとする議論が持ち出されることがあっても、推進本部としては、それを国民の司法参加の制度の意義として認めるよう配慮する必要がなくなったのである。

## 11 司法制度改革推進本部の設置と司法制度改革推進計画の策定

推進法8条の規定により、2001年12月1日、政府は、司法制度改革を総合的かつ集中的に推進するため、内閣に推進本部を設置した。その所掌事務は、司法制度改革の推進に関する総合調整に関する事、司法制度改革推進計画の作成及び推進に関する事、司法制

<sup>98</sup> 司法制度改革審議会前掲注(3)115頁。

<sup>99</sup> 司法制度改革推進法2条は、「司法制度改革は、国民がより容易に利用できるとともに、公正かつ適正な手続の下、より迅速、適切かつ実効的にその使命を果たすことができる司法制度を構築し、高度の専門的な法律知識、幅広い教養、豊かな人間性及び職業倫理を備えた多数の法曹の養成及び確保その他の司法制度を支える体制の充実強化を図り、並びに国民の司法制度への関与の拡充等を通じて司法に対する国民の理解の増進及び信頼の向上を目指し、もってより自由かつ公正な社会の形成に資することを基本として行われるものとする」と定める。

度改革の総合的かつ集中的な推進のために必要な法律案及び政令案の立案に関する事、司法制度改革の推進に関する関係機関及び関係団体との連絡調整に関する事等の4点であり(9条)、内閣総理大臣を本部長とし(11条、12条で副本部長を国務大臣をもって充てると定め、内閣官房長官及び法務大臣が指定されている)、全国務大臣を本部員とした(13条、なお、司法制度改革推進本部令(平成13年政令第372号)2条により、内閣官房副長官が本部長補佐に充てられた)。

事務局長には裁判官出身の山崎潮法務省民事局長が任命され、事務局次長には検察官出身の大野恒太郎準備室副室長、大蔵省出身の松川忠晴同副室長及び古口章日弁連理事の3人が任命され(古口次長のみ、遅れて2002年4月1日付けの任命)、9人の参事官その他の職員で構成された<sup>100</sup>。

推進法16条は、推進本部を、その設置の日から起算して3年を経過する日まで置かれるものと規定していた。司法制度改革審議会意見に関する対処方針は、「三年以内を目途に関連法案の成立を目指すなど所要の措置を講ずることとする」としており、これを受けて、法案立案を担当する推進本部の設置期限も同様に3年とされた。この規定によって、推進本部は、2004年11月30日までの時限的な機関とされ、推進法を改正しなければ、それ以降存続することができなくなった。

推進法は、政府に対して、閣議決定により、司法制度改革に関し講ずべき措置について必要な計画を定めなければならないと規定している(7条1項)。これを受けて、政府は、2002年3月19日、「司法制度改革推進計画」を閣議決定した。この計画は、司法制度改革に関し政府が講ずべき措置について、その全体像を示すとともに、推進本部の設置期限までの間に行うことを予定するものにつき、措置内容、実施時期、法案の立案等を担当する府省等を明らかにするものであった。

この計画では、2002年度末までに法科大学院制度に関する司法試験法の改正法案を、2003年の通常国会に民事司法制度改革に関する法案を、2004年の通常国会に裁判員制度の創設を含む刑事司法制度改革に関する法案を、それぞれ提出することを予定するとされた。裁判員制度に関して、2004年の通常国会に法案を提出するのであれば、検討会での検討は、2003年の夏ごろまでに終了しなければならないことが見込まれた<sup>101</sup>。

なお、今般の司法制度改革に関連して、第160回国会(2004年臨時国会)までに、政府

<sup>100</sup> 推進準備室の松永、近藤、齊藤、小林(徹)、辻及び片岡の各参事官が、引き続き推進本部の参事官に就任したほか、裁判官出身の植村稔及び小林久起と検察官出身の落合義和が新たに参事官に就任した。なお、事務局の参事官以下の職員については、官報その他の資料では公表されておらず、その構成は不明であるが、古川貞二郎「司法制度改革について」司法制度改革調査室報3号(2004年)10頁によれば、事務局は、2002年4月1日時点で、法務省関係から35人、その他の省庁から16人、日弁連から4人、民間企業(東京電力)から1人の計56人で構成されており、「発足当初はこれに近いもの、あるいはこれよりちょっと少なかったかもしれない」という(同頁)。

<sup>101</sup> 第2回検討会における推進本部事務局職員(発言者不明)の発言(司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第2回議事録)。



は25件の法案を国会に提出し、そのうち、24件が成立した<sup>102</sup>。

## 12 裁判員制度・刑事検討会の構成とそこでの議論の概要

2001年12月17日、推進本部事務局は、その下に、司法制度改革に必要な法律案の立案等の作業のため、研究者や実務家等からなる10の検討会を設けた<sup>103</sup>。

推進法にいうところの「刑事訴訟手続への新たな参加制度の導入」については、「刑事裁判の充実・迅速化（充実した争点整理のための新たな準備手続の創設及び証拠開示の拡充、連日的開廷の確保のための関連諸制度の整備、直接主義・口頭主義の実質化を図るための関連諸制度の在り方、裁判所の訴訟指揮の実効性を担保する具体的措置）」及び「公訴提起

<sup>102</sup> 司法制度改革推進法（内閣官房、平成13年法律第119号）以降に、政府が提出し、成立した24件の法律は、次のとおりである（公布順、なお、括弧内は提出府省と法令番号）。弁理士法の一部を改正する法律（経済産業省、平成14年法律第25号）、司法書士法及び土地家屋調査士法の一部を改正する法律（法務省、同第33号）、学校教育法の一部を改正する法律（文部科学省、同第118号）、司法試験法及び裁判所法の一部を改正する法律（推進本部、同第138号）、法科大学院の教育と司法試験等との連携等に関する法律（推進本部、同第139号）、法科大学院への裁判官及び検察官その他の一般職の国家公務員の派遣に関する法律（推進本部、平成15年法律第40号）、裁判の迅速化に関する法律（推進本部、同第107号）、民事訴訟法等の一部を改正する法律（法務省、同第108号）、人事訴訟法（法務省、同第109号）、司法制度改革のための裁判所法等の一部を改正する法律（推進本部、同第128号）、担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律（法務省、同第134号）、仲裁法（推進本部、同第138号）、弁護士法の一部を改正する法律（推進本部、平成16年法律第9号）、労働審判法（推進本部、同第45号）、刑事訴訟法等の一部を改正する法律（推進本部、同第62号）、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（推進本部、同第63号）、総合法律支援法（推進本部、同第74号）、行政事件訴訟法の一部を改正する法律（推進本部、同第84号）、知的財産高等裁判所設置法（推進本部、同第119号）、裁判所法等の一部を改正する法律（推進本部、同第120号）、判事補及び検事の弁護士職務経歴に関する法律（推進本部、同第121号）、労働組合法の一部を改正する法律（厚生労働省、同第140号）、裁判外紛争解決手続の利用の促進に関する法律（推進本部、同第151号）、裁判所法の一部を改正する法律（推進本部、同第163号）。なお、一定の要件の下に弁護士等の訴訟代理人の報酬について敗訴者の負担とする制度の整備を内容とする、民事訴訟費用等に関する法律の一部を改正する法律案（推進本部の立案による、第159回国会閣法第65号）が提出されたが、第161回国会で廃案となっている。司法制度改革全般については、さしあたり、大野恒太郎「司法制度改革」法の支配136号（2005年）50頁を参照。

<sup>103</sup> 2001年12月に設けられた検討会は、次のとおりである（括弧内は、主な検討事項）。労働検討会（労働関係事件への総合的な対応強化）、司法アクセス検討会（裁判所へのアクセスの拡充）、ADR検討会（裁判外の紛争解決手段（ADR）の拡充・活性化）、仲裁検討会（仲裁法制度の整備）、行政訴訟検討会（司法の行政に対するチェック機能の強化）、裁判員制度・刑事検討会（刑事訴訟手続への新たな参加制度の導入、刑事裁判の充実・迅速化等）、公的弁護制度検討会（公的刑事弁護制度の導入及び整備）、国際化検討会（国際化への対応）、法曹養成検討会（法曹養成制度の改革）、法曹制度検討会（弁護士・検察官・裁判官制度の改革等）。その後、2002年10月2日に、推進本部事務局は、知的財産関連訴訟の充実及び迅速化を主な検討事項とする知的財産訴訟検討会を新たに設け、最終的には、検討会は全部で11となった。

の在り方（検察審査会の一定の議決に対し法的拘束力を付与する制度の導入）」の2点とともに、裁判員制度・刑事検討会（以下、特に注記のない限り、「検討会」という）で検討されるべき事項とされた。

検討会の委員としては、井上正仁（東京大学法学部教授、刑事訴訟法）座長のほか、池田修（東京地方裁判所判事、その後、前橋地方裁判所長）、大出良知（九州大学法学部教授、刑事訴訟法）、清原慶子（東京工科大学教授、社会学、その後、三鷹市長）、酒巻匡（上智大学法学部教授、その後、京都大学大学院法学研究科教授、刑事訴訟法）、四宮啓（弁護士）、高井康行（弁護士）、土屋美明（共同通信社論説委員）、中井憲治（最高検察庁検事、その後、本田守弘最高検察庁検事事務取扱（その後、宮崎地方検察庁検事正）に交代）、平良木登規男（慶應義塾大学教授、刑事訴訟法）、廣畑史朗（警察庁刑事局刑事企画課長、その後、樋口建史警察庁刑事局刑事企画課長に交代）の各委員により構成された。審議会でも、法曹三者から各1名ずつ委員が選任されていたが、いずれも現役を退いた弁護士であった一方、検討会では、現役の裁判官・検察官・日弁連幹部弁護士が選任されている点が特徴的である<sup>104</sup>。

なお、ここで留意しておかなければならない点は、この検討会は、何らかの政策選択を行うための会ではないとされている点である。事務局は、検討会の位置づけについて、「この検討会では、審議会の答申のようなものをおまとめいただくということをお願いするわけではございません」と明確に述べている<sup>105</sup>。具体的な法案の立案作業は事務局が中心となって行うものとされ、検討会は、事務局と意見交換を行いながら、事務局と一体となってその作業を進めるという方式が採られた。

裁判員制度・刑事検討会を担当する事務局は、検察官出身の辻裕教参事官が担当することになり、そのほかに、検察官出身の上富敏伸参事官をはじめ、裁判官出身の安東章、検察官出身の伊藤栄二及び本田能久ならびに警察庁出身の伊藤泰充の各氏が、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律案（第159回国会閣法第67号、以下、「裁判員法案」という）及び刑事訴訟法等の一部を改正する法律案（第159回国会閣法第68号<sup>106</sup>、以下、後述する

<sup>104</sup> 平良木委員が元裁判官であることに注目する論稿も見られる（例えば、丸田前掲注（2）126頁など）が、平良木委員は、検討会では最高裁の主張を代弁するような発言を行わなかった。同様のことは、検察官出身の弁護士である高井委員についても、いえよう。なお、筆者は賛同できないが、「検討会委員の選出基準についていまだ理解できないでいる」とするものとして、木佐茂男「日本の司法改革の成果と課題」本林徹・石塚章夫・大出良知＝編『市民の司法をめざして』（日本評論社、2006年）189頁。

<sup>105</sup> 第1回検討会における山崎潮推進本部事務局長の発言（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第1回議事録）。

<sup>106</sup> 改正刑事訴訟法案は、刑事裁判の充実・迅速化を図るための諸方策の導入として、公判前整理手続の創設、証拠開示の拡充・ルールの明確化、連日的開廷の確保、裁判所の訴訟指揮の実効性の担保、即決裁判手続の創設を、また、公的弁護制度の整備として、被疑者に対する公的弁護制度の導入と、弁護人の選任要件及び選任手続の整備を行うほか、少年法（少年の被疑者に国選弁護人が付された場合についての規定の整備）及び検察審査会法の一部改正（検察審査会制度の議決に対するいわゆる法的拘束力の付与と、検察審査会の

同名の刑事訴訟法等の一部を改正する法律案（第159回国会衆法第19号）とともに、「改正刑事訴訟法案」といい、それぞれ区別するときは、「政府案」・「民主党案」という）の立案作業等を行ったことが明らかになっている<sup>107</sup>。

検討会は、2002年2月28日から議論を開始し、特に、裁判員制度に関しては、第4回、第5回、第6回、第7回、第13回、第14回、第15回、第16回、第17回、第18回、第24回、第25回、第28回、第29回、第31回で議論された。検討会は、最初に、第2回検討会（4月23日）で示された「裁判員制度・刑事検討会における当面の論点」（以下、「当面の論点メモ」という）に沿って制度設計上の主な論点について議論し（第1ラウンド、第4回から第7回まで）、次いで、第13回検討会（2003年3月11日）に事務局から示された「裁判員制度について」（以下、「たたき台」という）をもとに議論し（第2ラウンド、第13回から18回まで）、さらに、9月の集中審議で、たたき台についておさらいの議論を行い（第3ラウンド、第24回及び第25回）、最後に、第28回検討会（10月28日）で井上座長から示された「考えられる裁判員制度の概要について」（以下、「座長ペーパー」という）をもとに議論した（第4ラウンド、第28回及び第29回）。そして、最後の第31回の会合で、事務局から、「裁判員制度の概要について（骨格案）」（以下、「骨格案」という）が示された。

### 13 第1ラウンド：当面の論点メモ以降の議論

第1ラウンドの議論は、第2回検討会（2002年4月23日）で示された当面の論点メモに挙げられた6つの論点について、順に展開された。

第4回検討会（6月11日）では、(1) 裁判官と裁判員の役割分担のあり方と、(2) 合議体の構成・評決のあり方の2点について、議論された。

(1) 裁判官と裁判員の役割分担のあり方に関して、裁判員が法律問題や訴訟手続上の問題に関与すべきか否かについては、関与すべきではない（裁判官のみが判断すべきである）とする意見が多かった。また、(2) 合議体の構成・評決のあり方に関して、合議体の構成については、裁判官の員数を3人とするを前提としたうえで、裁判員の員数を2人から3人とする意見が多数を占めた一方、裁判官3人を前提とせず、裁判員の員数が多ければ多いほどよいとしたうえで、合議体は最大で12人とする意見も有力であった。また、評決のあり方については、評議において裁判官と裁判員が対等の権限を有する制度である以上、単純多数決とすべきとする意見が出されたのみであった<sup>108</sup>。

第4回検討会の議事録では発言者が匿名とされていたため、どの委員がどのような発言をしたかはわからないが、新聞報道によれば、大出・四宮両委員が、裁判員の員数を多く

---

審査を充実させるための措置）を行うものである。

<sup>107</sup> 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、2005年）i頁。

<sup>108</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第4回議事録。

すべきだとする一方、池田・中井両委員が、員数は限られるべきだと発言したという<sup>109</sup>。

第5回検討会（7月10日）では、(1) 裁判員の選任方法、(2) 対象事件の範囲、(3) 公判手続のあり方の3点について、議論された。

(1) 裁判員の選任方法については、欠格事由・辞退事由を設けたうえで、選挙人名簿から無作為抽出とし、除斥・忌避の制度を設けるべきであるとする意見が多く、(2) 対象事件の範囲については、法定合議事件を中心としつつ、さらに絞るかどうかを検討するという意見が多く、また、(3) 公判手続のあり方については、裁判員にわかりやすくし、調書ができる限り短くするという意見が一致したが、それを法定すべきか否かは議論が分かれた。(1) に関しては、無作為抽出したうえで、質の高い裁判を行うため、委員会を設けて裁判員として適切な者を選出する方式（選任委員会方式、専断的忌避の制度を設けない）を主張する委員もいたが<sup>110</sup>、「基本的に意見書が言っている、広く一般の国民が参加する仕組みというものと相入れないのではないか」との反論が示され、他の委員の支持は得られなかった。(2) に関しては、参加する裁判員の心理的負担等も考え、組織犯罪やテロ事件等を除外すべきとする意見と、それらを除外せずに裁判員の保護策を講じればよいとする意見とが衝突した<sup>111</sup>。

第6回検討会（9月3日）では、(1) 公判手続のあり方、(2) 上訴のあり方、(3) 憲法との関係の3点について、議論された。

(1) 公判手続のあり方に関して、鑑定をいつ行うべきか（公判手続中に鑑定を行えば審理が中断してしまうため、鑑定を準備手続で行うべきか）、公判廷で裁判官の説示を行うべきか否か、判決書にどの程度裁判員が関与すべきかなどについて、議論がなされた。(2) 上訴のあり方に関しては、控訴審にも裁判員を関与させるべきか否か（控訴審は裁判官のみで行うべきか）と、差戻し審の性格を覆審（第1審と同様の審理を新たにやり直す制度）とすべきか、続審（第1審の判決前の審理手続を継続して、さらに証拠資料を補充して審判する制度）とすべきか（裁判員裁判対象事件の差戻し審にも裁判員を関与させたとした場合）の2点で、意見が分かれた。(3) 裁判員制度と憲法との関係に関しては、審議会は憲法問題に結論を出さなかったということがあらかじめ事務局から述べられ、司法府としての裁判所のあり方と司法参加を求められる国民の基本的な人権の2点について、議論が促されたが、この時点では、もはや国民の司法参加の制度の導入が憲法に違反すると主張する委員はいなかった。ただし、裁判所のあり方に関して、裁判官の全員または多数が無罪の意見である場合に有罪の裁判を行うことの可否をめぐっては、議論が分かれた<sup>112</sup>。

第7回検討会（9月24日）では、中川英彦住商リース株式会社取締役副社長、長谷川裕子連合労働法制局長、岡村勲全国犯罪被害者の会代表幹事、杵淵智行警察庁刑事局刑事企

<sup>109</sup> 読売新聞 2002年6月12日朝刊。

<sup>110</sup> 第5回検討会の議事録では発言者は匿名とされているが、発言の趣旨から、平良木委員であると思われる。

<sup>111</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第5回議事録。

<sup>112</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第6回議事録。

画課刑事指導室長、山田幸彦日弁連司法改革実現本部副本部長、三浦守法務省刑事局刑事法制課長、今崎幸彦最高裁事務総局刑事局第一課長の7人から意見の聴取と委員との意見の交換が行われた。そのうち、裁判員制度の制度設計に関する意見を中心に述べたのは、中川、長谷川、山田、三浦、今崎の各氏であった。

日本経済団体連合会（以下、「日本経団連」という）が経済界代表として推薦した中川氏は、裁判員制度に対する一般の国民の反応に懐疑的なものが多いことから、「小さく産んで大きく育てる」<sup>113</sup>という感覚で制度設計を目指すべきであるとし、できる限り国民の負担を減らしたうえで、当初は死刑や無期懲役を含む重罪に対象事件を限るべきであり、また、裁判員の員数を裁判官と同数またはそれ以下とすることが適切であると主張した。一方、連合の長谷川氏は、対象事件を重大犯罪に限定せず、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい事件をも対象とすべきとし、裁判員が主体的・実質的に関与することを確保するため、裁判員の員数はできるだけ多くする必要がある、具体的には11人または12人とし、裁判官は1人で足りると主張した。また、長谷川氏は、評決方法を全員一致とすべきとし、表現の自由に関する犯罪などを対象に、裁判員のみで評決を行う独立評決制を設けることを提案した。

山田弁護士は、裁判員の員数を裁判官の員数の3倍以上としなければならないと主張する一方、三浦課長・今崎課長ともに、合議体は小規模なものにすべきと主張した。法務省としては、意見書が合議体の構成について小規模なものを念頭に置いているものと理解したうえで、裁判官と裁判員とが主体性を失うことなく、相互の信頼関係の下で十分なコミュニケーションをとりながら協働するため、また、多人数で構成される合議体では濃密で実質的な議論を行うことが困難であり、かつ、少人数の合議体であれば、裁判官のサポートによって裁判員がより適正な判断を行いうることから、小規模の合議体のほうが望ましいと主張した<sup>114</sup>。最高裁も、意見書が、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが、相互のコミュニケーションを通じて、それぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させる点を裁判員制度の導入の意義としていることに照らしたうえで、裁判官と裁判員との協働作業が実質的になされるようなコンパクトな構成とすべきであると<sup>115</sup>。

対象事件に関しては、今崎課長は重大な事件に限定すべきであると主張し、三浦課長は、さらに踏み込んで、法定合議事件のうち、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件に限るべきであるとの案を示した。上訴審に関しては、三浦課長・今崎課長ともに、裁判官のみによる裁判とすべきであるとの意見を述べた。日弁連としての意見が集約でき

<sup>113</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第7回議事録。

<sup>114</sup> 法務省「裁判員制度・刑事検討会における当面の論点に関する意見」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第7回配布資料）7-8頁。

<sup>115</sup> 最高裁判所事務総局「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化、検察審査会制度の在り方についての意見」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第7回配布資料）3頁。

ていなかったためか、山田弁護士は、対象事件や上訴に関しては、発言しなかった<sup>116</sup>。

検討会の外では、日弁連が、裁判員制度の設計構想を精力的に発表していた。

日弁連の司法改革実現本部は、2002年7月31日に、合議体の構成について、「裁判員が加わって（ある意味では、裁判官に代わって）一つの裁判体を構成するということを考えれば」、必ずしも、裁判官を3人とする必要はなく、1人であれば、その裁判官の意見のみで結論が左右されかねないことと、1人で評議の司会と自ら意見を述べるのを兼ねることは困難であることから、2人とすべきであるとし、また、裁判員の主体的・実質的関与という観点から、裁判員の員数を多くすべきであることから、裁判員を9人とし（死刑にあたる事件の場合は、特に重要で慎重な判断が必要であるから、12人とする）<sup>117</sup>、評決について、全員一致を原則とし、一定の要件<sup>118</sup>の下で特別多数決を認めるが、ただし、死刑選択は全員一致を必要とするとし、また、一定の場合に裁判員のみによる独立評決制<sup>119</sup>を認め、控訴審は覆審で裁判官3人－裁判員12人とすることなどを内容とする「裁判員制度」の具体的制度設計要綱」を発表していた。

会全体の公式の見解としては、8月23日に、(1) 裁判員の数は裁判官の3倍以上とすること、(2) 直接主義・口頭主義を徹底すること、(3) 評議・評決におけるルールを確立すること、(4) 完全な証拠開示と十分な準備期間を確保すること、(5) 身体拘束制度を抜本的に改革することの5点を内容とする「裁判員制度」の具体的制度設計にあたっての日弁連の基本方針」を発表した<sup>120</sup>。

前者は全71頁からなる大部なものである（そのほかに、要約5頁が付録されている）一方、後者は、A4判1枚のきわめて簡潔なものである。第7回検討会における山田弁護士の説明によれば、前者は、その内容のすべてが日弁連の案として固まったものではないが、日弁連内外で検討する素材として活用することについて承認を得たものであり、後者は、理事会で正式に決定されたものであるという<sup>121</sup>。

そのほかに、11月11日、財界関係者、学識経験者、ジャーナリストなどで構成される司

<sup>116</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第7回議事録。

<sup>117</sup> 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（2002年7月）30-31頁。これは、季刊刑事弁護33号（2003年）175頁に所収されている。

<sup>118</sup> 一定時間経過後または何回かの評決で一致しなかった場合などに、特別多数決（4分の3以上あるいは3分の2以上）により結論を出せるようにすべきとする（日弁連司法改革実現本部前掲注（117）49頁）。

<sup>119</sup> 例として、準起訴手続対象犯罪、公務執行妨害、名誉毀損やわいせつの概念が争われる表現の自由に関する犯罪等と対象とし、事実認定は12人の裁判員のみで合議で、量刑はそれに加えて1人の裁判官との合議とし、独立評決制の利用は当事者の選択によるものとする制度設計案が示されている（日弁連司法改革実現本部前掲注（117）52頁）。

<sup>120</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度」の具体的制度設計にあたっての日弁連の基本方針（2002年8月）。これは、季刊刑事弁護33号207頁に所収されている。

<sup>121</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第7回議事録。

法改革国民会議<sup>122</sup>が、合議体の構成について裁判官1人—裁判員11人とすべきとすることなどを内容とする「血の通う司法」を実現するための第1回提言」をまとめ、小泉内閣総理大臣に手交した<sup>123</sup>。

#### 14 第2ラウンド：たたき台以降の議論

第13回検討会（2003年3月11日）では、事務局から、たたき台が提示された。これ以降、検討会は、このたたき台をめぐって、論点ごとに議論を行うことになる。第13回では、はじめに、事務局の辻参事官<sup>124</sup>からたたき台についての説明がなされた後に、裁判官と裁判員の員数について、委員間で議論が行われた。

たたき台では、合議体の構成について、裁判官3人—裁判員2ないし3人のA案と、裁判官1ないし2人—裁判員9ないし11人のB案の2つが併記されていた。ここで井上座長は、2つの案のいずれを選択すべきかについて議論するのではなく、裁判官の員数を議論した後に裁判員の員数を議論することにした。事務局の用意したたたき台に沿って議論するのであれば、裁判官と裁判員の各員数の組合せについて二者択一の議論を行うことになるところであるが、井上座長はそうはせずに、敢えて裁判官の員数と裁判員の員数とを別々に論ずるように議題設定をした。

最初に発言した四宮委員は、裁判官を2人とすることも許容しながらも、1人（ベテランの判事）で足りると述べた。これに対して、池田委員は、裁判官を減らす理由がないと反論し、酒巻委員は、裁判官を減らすことができるという考えの根底には、一般国民から無作為に抽出される裁判員と裁判官とは交換可能であるという発想があると指摘した。本田、平良木、樋口の各委員も、裁判官を3人とする案を支持した。

第1ラウンドでの議論では2人とすることも考えられると述べていた高井委員は3人案を主張し、同じく1人案も検討すべきであると主張していた土屋委員も、「一人というのはかなり無理があるかなというふうには今は思っていない」と述べ、2人でも3人でもよいとの意

<sup>122</sup> 椎名武雄社会経済生産性本部副会長（日本アイ・ビー・エム株式会社最高顧問）、福川伸次株式会社電通顧問、評論家の木元教子の3人が代表を、須網隆夫早稲田大学教授が事務局長を務め、27人の運営委員で構成されていた。なお、後述する推進本部顧問会議の顧問8人のうち、佐藤幸治座長を除く7人が、国民会議でも顧問として参加していた。

<sup>123</sup> 朝日新聞2002年11月12日朝刊、読売新聞2002年11月12日朝刊。なお、新聞報道によれば、合議体の構成にかかる部分は、司法改革国民会議の運営委員の1人でもある矢口洪一元最高裁長官による私案を受け入れたものであるという（朝日新聞2002年11月9日夕刊）。

<sup>124</sup> 検討会においては、公開する議事録に発言者名を明示すべきであると主張する委員がいたため、第10回の検討会（2002年12月10日）において報道関係者退室の下で議論をした結果、第2ラウンドの議論以降、当面の措置として（もっとも、検討会が終了するまでの措置は維持されることになる）、発言者名を明示することとなった。これにより、第10回検討会までは、座長以外は、委員及び事務局の発言者は議事録では特定できなかったが、第11回以降特定できるようになっていた。

見を示した。

大出委員は、四宮委員の見解に理解を示しながらも、3人も2人もありえると述べた後に、より踏み込んだ発言を井上座長に求められて、「二人というのが好ましい」と述べた<sup>125</sup>。

なお、公務のため欠席していた清原委員は、「裁判員制度の今後の具体的な制度設計に向けた議論のたたき台について」と題する文書を提出し、その中で、A案とB案との中間的な合議体が妥当であるとし、裁判員の員数は6人を軸にすべきとの意思を示していた<sup>126</sup>。

裁判官1人案を支持する委員はわずか1名であるということになり、2名の2人案支持者も3人案を許容し、残る6名が3人案を支持した（なお、井上座長は、この時点では自分の意見を示しておらず、また、欠席した清原委員の意見の内容は、会議の場では紹介されなかった）。

ここで、裁判官は3人が妥当であるほとんどの委員が考えていることが議事録に明記されたことの意義は大きい。これ以降の議論では、裁判官は3人が妥当であるということをも前提として議論が進められ、座長ペーパーでも、裁判官を3人とすると記載されることになるからである。

次に、裁判員の員数については、酒巻委員が、評議の実効性を確保するという要請と、裁判員が主体的・実質的に裁判内容の決定に関与するという要請から、合議体はコンパクトなものでなければならないと述べたうえで、裁判官3人を前提とすれば、裁判員は裁判官と同数程度（つまり、3人程度）が望ましいと述べた。すると、四宮委員は、審議会の意見書の基本的な思想から制度設計を構想すべきであるとしたうえで、多様な民意を裁判に反映するために裁判員の員数をより多くすべきであるとし、具体的には裁判員を10人程度とするよう主張した。これに対して、審議会の委員でもあった井上座長が、議事進行から離れて、審議会では、民意の反映という点では意見が分かれたということ述べたうえで、意見書では、意見書の総論部分と裁判員制度の導入に係る各論部分とが必ずしも直結していないと説明した。

その他の委員は、合議体全体で10人前後（大出委員）、裁判員につき、6人（土屋委員）、5人（高井委員）、3人あるいは4人（平良木委員）、3人（本田委員、ただし、直接は員数を述べず「裁判官と同数程度の数」と述べるにとどまった）、2人（樋口委員）とし、池田委員は、「ある程度人数の小さいところ」と述べた。

委員全員の発言が一巡した後、劣勢にたたされた四宮委員は、模擬裁判の実験例や諸外

<sup>125</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第13回議事録。

<sup>126</sup> 清原委員は、後に衆議院法務委員会で参考人として発言した際に、「十人の検討会委員の中で、裁判官三人、裁判員六人を主張した委員は私一人であり、検討会においてはいわゆる少数派でございましたが、私としては、一定の考察から至った議論であり、自信を持って主張を続けさせていただきました。法案は、原則的な合議体の構成を裁判官三人、裁判員六人としており、これは私が提案してきたものと一致しています。まことに当を得たものであり、私はこれを強く支持したいと思っております」と述べている（第159回国会衆議院法務委員会議録第10号15頁）。



国の制度などを論拠を挙げて、裁判員を10人程度とする案を主張し、その後、井上座長との間で激しく議論を交わした。

第13回検討会では、そのほかに補充裁判員の問題を扱う予定であったが、審議時間の都合などから、それについてはほとんど議論がなされなかった。会議を終えるにあたって、四宮委員は、「裁判官と裁判員の人数問題はまた議論するという理解でよろしい」とかと座長に尋ね、これに対して井上座長から「これでおしまいということではないのではないかと考えている」との回答を引き出した<sup>127</sup>。

第14回検討会（3月25日）では、たたき台をもとに、(1) 裁判員等（裁判員及び補充裁判員）の権限、(2) 評決、(3) 対象事件、(4) 裁判員の要件の4つについて、議論された。

(2) 評決に関しては、たたき台が単純多数決を基本として3つの案を示したのに対して、四宮委員が、被告人に不利な評決をする場合には、3分の2以上の特別多数決とすべきであるとの案を新たに提案すると、酒巻委員が直ちに、現在の裁判官による裁判の評決方法（単純多数決）を変更すべき特別の理由がないと反論した。すでに1巡目で決着が付いたはずの論点であったためか、井上座長、本田・平良木両委員らが酒巻委員に同調し、四宮委員の提案に賛同する者はなかった。

(3) 対象事件については、刑法77条（内乱罪）及び78条（内乱予備・陰謀罪）の罪を除く法定合議事件とするA案、刑法77条の罪を除く死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる罪に係る事件とするB案、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のものとするC案の3案をめぐって、基本的にA案を支持する者（大出、四宮、土屋の各委員）、A案かB案で決めかねる者（本田委員）、基本的にC案を支持する者（樋口委員）、B案またはC案に絞るべきとする者（池田委員）、B案とC案とを併用とすべきとする者（酒巻、高井、平良木各委員）に分かれ、意見がまとまらなかった<sup>128</sup>。審議会意見書は、国民の関心が高い事件は法定刑の重い重大な事件であるという前提に立っている。しかし、その考えに沿ってC案とすれば、対象となる件数が過少になり、多くの国民の参加が期待できなくなってしまうという点が、議論の焦点であった。また、何らかの理由により裁判員の参加する裁判の対象から事件を除外する規定を設けるべきか否かについては、設けるべきではないとする四宮委員に対して、高井、酒巻、本田、樋口の各委員から、現実として裁判員に危険が生ずるか否かだけでなく、警護を必要とすることにより強い心理的圧迫を感じる事自体が、公正な裁判の実現にとって問題であるとの反論が示された。土屋委員は四宮委員に同調し、平良木委員も、消極的ながらも除外規定を設けるべきではないと主張した。

(4) 裁判員の要件について、意見書は選挙人名簿から無作為抽出した者を母体とすべき

<sup>127</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第13回議事録。

<sup>128</sup> 清原委員は、導入当初は対象事件を絞り、運用状況を見ながら、段階的に対象を広げていくべきであるとしていた。

としているところ、ある程度の人生経験や社会経験が裁判員には必要であることなどを理由に、高井、酒巻、土屋の各委員がB案（25歳以上の有権者）を支持し、平良木・本田両委員は、B案またはC案（30歳以上の有権者）とすべきと主張した（平良木委員は、どちらかといえば、C案がよいと述べた）。A案（単に有権者とする、すなわち、20歳以上）を支持したのは、大出、清原、四宮の各委員であった。また、四宮委員が、定住外国人に対して地方参政権を認めるべきであるとの前提で、将来的な参政権付与に期待して、裁判員の要件については、衆議院議員の選挙権を有する者ではなく、地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する者とすべきと提案したが、この提案は、刑事司法作用は国の統治権の行使であり地方自治とは論理的に無関係であるとして、酒巻、池田、本田の各委員に反論され、最終的に井上座長によって却下された<sup>129</sup>。

第15回検討会（4月8日）では、たたき台をもとに、(1) 裁判員等の選任と、(2) 裁判員等の義務及び解任について、議論された。

(1) に関して、「心身の故障のため裁判員の職務の遂行に支障がある者」を欠格事由とすることには異論はなかったが、その判断について、事件ごとに個別に判断すべきであるという見解（四宮・大出両委員が支持）と、すべての事件につき一律の基準で審査すべきであるという見解（酒巻、高井、平良木の各委員が支持）とに分かれた。この点に関しては、四宮・大出両委員と意見が対立することの多かった池田委員が、心身に故障のある者も障害の種類や程度によって裁判員となりうる場合もあるのではないかと述べ、同じく本田委員も、結論的には後者を支持したが、前者にも理解を示した。

ここで、四宮委員が、中学校を卒業しない者を欠格事由とすることに反対した際、裁判員制度が民主権から導出されるということが意見書の考え方であるという旨の発言をしたことに対して、井上座長が、「民主権云々とおっしゃったところは、審議会でもかなり難しい議論のあった点で、裁判員制度を導入する趣旨として、民主権ということからストレートには出てくるものとは必ずしも位置づけられていないということは御理解いただきたいと思います。つまり、民主権ないし民主制と司法の本質との関係についてかなり議論があったところで、もちろん四宮委員のような考え方もありましたけれども、審議会全体としては必ずしもそういう立場に立ったわけではないということです。そこは意見書でもちゃんと書き分けているはずですので、注意深く読んでいただきたいと思います」と明確に反論している点を重視したい<sup>130</sup>。国民の司法参加の意義として、民主権の原理を挙げることを認めないということが明確に示されたのが、この第15回検討会の最も注目すべき点であろう。

(1) に関しては、そのほかに、就職禁止事由や辞退事由の範囲についても、より多くの国民の参加を企図してできるだけ制限的に規定すべきとする委員と、制度の趣旨から考え

<sup>129</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第14回議事録。

<sup>130</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第15回議事録。

一定の規定を要するとする委員とが対立し、また、参加する裁判員の質を確保するため、平良木委員から選定委員会方式<sup>131</sup>が提唱されたが、これに対しては、酒巻、高井、本田、大出、四宮の各委員が一斉に反発し、委員自身が撤回した。検察官及び弁護人に対する裁判員候補者の事前の情報開示を制限的にすることと、裁判員候補者に対する質問手続に被告人の立会いを原則として不要とすることについては、異論もあったが、大多数の委員が支持した<sup>132</sup>。

第16回検討会（4月25日）では、たたき台をもとに、公判手続等の総論、準備手続、弁論の分離・併合、公判期日の指定、裁判員の宣誓と裁判官の教示、裁判員の更新、証拠調べ手続等について、議論された。

冒頭で検事である本田委員から、裁判員制度下では、調書に頼らずに、法廷での証人による証言中心の立証方法に転換しなければならないとする意見が述べられ、迅速でわかりやすい立証を心がけることについては、法曹三者で意見が一致した。争点となったのは、供述調書の作成状況の立証方法であったが、本田委員が、検察庁において、取調べ過程の記録（書面化）、被疑者段階での公的弁護制度の導入、実況見分における犯行再現ビデオの録画などを検討しているとの説明がなされた。これに対しては、弁護士である四宮委員から、「取調べ過程のビデオ録画というようなものも……是非、検討対象の一つとして、御検討いただきたい」との要望が出された<sup>133</sup>。

第17回検討会（5月16日）では、報道関係諸団体からの説明の聴取の後、委員との意見の交換がなされた。説明者は、遠山叡日本新聞協会人権・個人情報問題検討会幹事（産経新聞東京本社法務室長）<sup>134</sup>、両宮秀樹日本雑誌協会編集倫理委員会委員長（文藝春秋取締役社長室長）、石井修平日本民間放送連盟報道問題研究部会長（日本テレビ報道局長）で、各団体の意見は、大要、(1) 報道の自由（表現の自由）に配慮した制度設計をすべき、(2)

<sup>131</sup> 平良木登規男「裁判員選任の手続について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第15回配布資料）。平良木委員は、裁判員の質の確保が重要であるとの観点から、そもそも、民事の調停手続における調停委員の選任の方法と同様に、自薦・他薦を前提にすべきであるが、ただし、意見書と平仄を合わせるとすれば、無作為抽出をしたうえで、一定の段階に、法曹三者と有識者により構成される選任委員会が、裁判員候補者について面接または書類選考をしたうえで、選定するべきであるとする。また、具体的な選任にあたっては、性別、年齢構成、職業等について均衡をとるよう考慮すべきとし、専断的忌避を認めないものとするべきとする。なお、第5回検討会では、会議中、「選任委員会」と述べられていたが、第15回検討会で配布された平良木委員の資料には、「選定委員会」とされ、名称が変更になっている。

<sup>132</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第15回議事録。

<sup>133</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第16回議事録。

<sup>134</sup> 日本新聞協会人権・個人情報問題検討会委員である緒方徹NHK社会部長が、放送メディアに関して、補足的な説明を行ったほか、複数の日本新聞協会人権・個人情報問題検討会委員（新聞社の部長級の職にある者）が、必要に応じて、発言した。

裁判員等の個人情報のすべてを非公開とすべきではない、(3) 裁判員であった者に対してまで接触を禁止すべきではない、(4) 裁判の公正を妨げる行為として、裁判員等に偏見を与えうる報道を制限する規定を設けるべきでない（報道機関の自主規制に委ねるべきである）(5) 裁判員等の守秘義務の範囲を明確化し、より狭めるべきであるという点で、基本的には共通していた<sup>135</sup>。

第18回検討会（5月20日）では、たたき台をもとに、(1) 判決書等、(2) 控訴審、(3) 差し戻し審、(4) 罰則、(5) 裁判員の保護及び出頭確保等に関する措置の5つについて、議論された。

(2) 控訴審に関しては、裁判官のみで行うことを前提に議論がなされ、裁判員が参加した第1審の判断を控訴審はできるだけ尊重すべきであるということに異論はなかったものの、具体的には、破棄の場合には、原則として差し戻すべきか否か、破棄理由を加重すべきか否か、そして、それらを法定すべきか、それとも、運用に任せるかについて、議論が分かれた。たたき台では、控訴審にも裁判員を参加させるという案が示されていたが、支持する委員はいなかった。

(4) 罰則に関して、現に裁判員である者や裁判員であった者が評議の経過を述べたり、自分の意見を述べることについて、秘密漏洩罪として、有期の懲役または罰金に処するものとするたたき台の案を支持する意見と、裁判員が自分の意見を述べることを認めるべきとする意見（大出委員）や裁判中と裁判終了後とで分けて考えるべきとする意見（四宮・土屋両委員）とが衝突した。基本的には、秘密漏洩罪を設けることに反対する委員はおらず、具体的にどのような制度設計とするかが争われた。酒巻・平良木両委員は、評議の秘密が裁判の内容・公正さに対する信頼と裁判の独立を確保するためにきわめて重要なものであるとしたうえで、たたき台の案を支持し、本田、池田、樋口の各委員もそれに同調した。

(5) 裁判員の保護及び出頭確保等に関する措置に関して、裁判員等または裁判員候補者の個人情報の保護については、氏名以外の個人情報<sup>136</sup>が記載された訴訟に関する書類は、非公開とし、また、裁判員等の氏名、住所その他のこれらの者を特定するに足る事実を公にしてはならないものとするたたき台の案に関連して、個人を特定しない性別や年齢、職業等については公表してもよいとする意見（四宮委員）や、本人の了解があれば公表でき

<sup>135</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第17回議事録。なお、日本新聞協会の意見の趣旨は、日本新聞協会「裁判員制度に対する見解」、日本民間放送連盟の意見の趣旨は、社団法人日本民間放送連盟報道委員会「裁判員制度と取材・報道との関係についての意見」を参照。また、雨宮氏からは、「報道の自由を脅かす「裁判員制度」の問題点」と題するペーパーが配布された（いずれも、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第17回配布資料）。

<sup>136</sup> 裁判員の氏名の公開の意義については、大出委員と辻参事官との間の質疑応答によれば、裁判員の氏名の掲載されている裁判書を刑事確定訴訟記録法により閲覧できるという趣旨であって、積極的に裁判員の氏名を公表するという意味ではない。

るとすべきとする意見（高井委員）<sup>137</sup>などが示された。議論の冒頭で、土屋委員が、報道に関する事項について、たたき台が個人情報の保護義務への違反に対して罰則を設けず、訓示規定としている点を評価したうえで、制度設計にあたっては、報道機関の自主的対応に期待するよう求めた。裁判中の裁判員等への接触については、これを制限すべきとすることにほとんど異論はなかったが、裁判終了後の裁判員であった者に対する接触規制の可否については、議論が分かれた<sup>138</sup>。裁判の公正を妨げる行為の禁止については、たたき台では、何人もこのような行為をしてはならないとしたうえで、特に報道機関に対して、裁判員等に偏見を与えうる報道をしてはならないとする規定を設けることとしていたが（いずれも、違反に対する罰則はない）、高井、本田、酒巻の各委員がこれを支持したのに対して、土屋委員が強く反対し、四宮委員も土屋委員に同調した。大出委員は、このような規定を設けないほうがよいが、実情を踏まえると訓示規定のようなものは必要となるかもしれないとして、態度を留保した<sup>139</sup>。

日弁連は、5月30日、推進本部で議論されているたたき台に対して、「裁判員制度「たたき台」に対する意見」を公表した。そこでは、(1) 裁判員の員数は9人以上（具体的には、9ないし11人）とし、裁判官の員数は1または2人とすること（たたき台のB案に賛成する）、(2) 評決は全員一致を原則とし、一定要件の下で特別多数決を認めるが、ただし、死刑選択は全員一致を必要とすること（たたき台のA・B・C案すべてに反対する）、(3) 直接主義・口頭主義の原則に忠実な証拠調べとすること、(4) 取調べ状況の適正化と可視化（取調べ全過程の録音・録画）を実現すること、(5) 完全な証拠開示と十分な準備期間を確保すること、(6) 身体拘束制度を抜本的に改革することなどを主張した<sup>140</sup>。

裁判員等の権限、裁判員の選任の際の忌避理由、裁判員候補者名簿の作成、裁判員候補者の召喚、裁判員の日当・補償、裁判員・裁判員候補者等の義務、公判手続等の規定などについては、基本的にはたたき台の案に賛成しており、対象事件については、より対象範囲の広いたたき台のA案を支持し、裁判員の欠格事由・就職禁止事由については、たたき台の案に沿ったうえで、より限定的な規定を求めた。控訴審のあり方については、覆審とし、裁判官3人—裁判員12人の合議体により審理・裁判すべきであると提案するが、たたき台のB案（裁判官のみの審理・裁判とするが、訴訟手続の法令違反と法令適用の誤りのみについて自判できるものとし、量刑不当や事実誤認については自判できないものとする）

<sup>137</sup> たたき台の趣旨が、個人情報の保護の観点から、裁判員等を特定する情報の公表を禁止していることから、本人が公表に同意しているのであれば、公表できるということが確認され、その結果、高井委員はたたき台を支持するに至った。

<sup>138</sup> 酒巻委員が規制すべきと主張する一方、土屋委員は、報道関係諸団体と平仄を合わせ、規制すべきではないと主張した。

<sup>139</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第18回議事録。

<sup>140</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（2003年5月）。これは、季刊刑事弁護35号（2003年）193頁に所収されている。

について、被告人に有利な判決をする場合には自判できるものとするよう修正すれば、B案に反対しないとされた。罰則に関しては、裁判員等の不出頭等と裁判員等に対する請託罪等について、たたき台の案に賛成するほかは、秘密漏洩罪について、懲役刑を削除し罰金刑のみとし（法定刑の上限を下げ）、裁判員等威迫罪について、懲役刑に罰金刑を加え（法定刑の下限を下げ）、裁判員候補者の虚偽回答罪等について、過料のみとする（刑罰（罰金刑）を削除する）など、より規制的でない制度設計とするよう求めた。裁判員等の個人情報の保護については、本人の了解があれば、その氏名や住所等を公表してもよいとし、裁判員等への接触の規制については、裁判員としての任務終了までの期間に限定すべきであるとされた。裁判員の要件<sup>141</sup>と裁判の公正を妨げる行為の禁止<sup>142</sup>については、たたき台の案に明確に反対するとした。

### 15 第3ラウンド：おさらいの議論

第3ラウンドは、同じく、事務局の作成したたたき台に基づき、「おさらいの議論」<sup>143</sup>がなされた2日間である。

第24回検討会（2003年9月11日）では、裁判官と裁判員の人数、裁判員等の権限、評決、対象事件、裁判員の要件、欠格事由、就職禁止事由、辞退事由、裁判員候補者の召喚、質問手続について、また、第25回検討会（9月12日）では、裁判員等の義務及び解任、公判手続等、控訴審、差戻し審、罰則、裁判員の保護及び出頭確保に関する措置について、再び議論が行われたが、やはり、各論点についての委員の意見分布は大きく変わらなかった。

この2回のおさらいの議論では、議論は深まったとはいえるが、各委員とも自説を主張するのみで、意見がまとまる気配はなかった。

ところで、推進本部には、本部そのもの（内閣総理大臣とその他の国务大臣により構成される）、事務局、11の検討会のほかに、司法制度改革の推進のために講ぜられる施策に係る重要事項について審議し、本部長（内閣総理大臣）に意見を述べるため、有識者8人からなる顧問会議が置かれていた（司法制度改革推進本部令1条）。この会議は、審議会の会長を務めた佐藤幸治座長（京都大学名誉教授、近畿大学法科大学院長、憲法）、奥島孝康（早稲田大学総長、その後、同学事顧問、商法）・佐々木毅（東京大学総長、政治学）両座長代理のほかに、今井敬（経済団体連合会会長、その後、日本経団連名誉会長）、大宅映子（評

<sup>141</sup> 普通地方公共団体の議会の議員の選挙権を有する者とすべきであるとする（日本弁護士連合会前掲注（140）7-8頁）。

<sup>142</sup> 裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を設けないとすべきであるとする（日本弁護士連合会前掲注（140）37頁）。

<sup>143</sup> 井上座長による表現である（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第24回議事録）。

論家)、小島明(日本経済新聞社論説主幹、その後、同社論説特別顧問・日本経済研究センター会長)、笹森清(連合会長)、志村尚子(津田塾大学学長、政治学)の各顧問から構成された。11の検討会の人選と比較して考えると、検討会の構成員が各分野における専門性を重視して人選がなされた<sup>144</sup>と考えられる一方、顧問会議の構成員は、審議会との連続性を維持するために顧問に任命された佐藤教授を除き、専門性を期待されて任命された者は見られない。むしろ、各界の有識者の代表を集めて、大所高所からの意見を開陳してもらうことが求められたのではなかろうか。

この会議は、同じく推進本部に置かれた検討会とは異なり、政令に根拠をもつ機関である。佐藤座長は、顧問会議が「最終意見書及び改革推進法が忠実に実現されるように……見守り監視していく」役割を有すると位置づけている<sup>145</sup>。

顧問会議は、2002年1月18日の第1回会議以降、推進計画や司法制度改革関連法案の検討などを行っていた<sup>146</sup>。もっとも、個別の具体的な政策については、事務局及び検討会の専門性を尊重し、専ら議論を見守ることとし、制度設計に積極的に立ち入ることはあまりなかった。しかしながら、裁判員制度については、その傾向性はやや異なっていた。

第13回顧問会議(2003年9月18日)において、笹森顧問は、検討会の議論で、合議体の構成員に関して、裁判官を3人とする委員が多かったことを指摘したうえで、現状の3人を固定して考えるのは「少し改革の方向性と違う」として、裁判官を1人とするのがよいと述べ、「もし検討会でだめなら、顧問会議で」裁判員制度の方向性について議論を行うことを提案した<sup>147</sup>。これを受けて、佐藤座長は、議論状況の報告を検討会に求めたいとの考えを示し、山崎事務局長が検討会での議論を静観するよう促したものの、佐藤座長の考えは変わらず、細かな専門・技術的な事項には立ち入って議論しないが、制度の具体的骨格については理念と直結する問題でもあり、井上検討会座長の報告を求めることとなった。

<sup>144</sup> 検討会の委員が各分野における専門性を重視して選任された点について、笹森顧問は、第14回顧問会議(12月5日)で、「検討会のメンバーが専門家に偏っている」から、一般国民の意見が検討会に反映されないと述べている(それに対して、井上検討会座長は、委員の過半数が非法律家であった審議会によって制度の基本構想が策定され、また、検討会での専門家同士での議論であっても、パブリック・コメントなど各層からの意見を十分に参酌しており、専門家同士の議論であれば絶対に一般国民の視点に立った議論ができないとの批判は失当であると反駁している(司法制度改革推進本部顧問会議第14回議事録))。なお、筆者は同意できないが、専門家集団である推進本部事務局によって司法制度改革の理念が換骨奪胎されるので、顧問会議に実権を与えるべきであると述べるものとして、中坊公平「私の視点・司法改革 国民の手に取り戻さねば」朝日新聞2002年6月28日朝刊、同「論点・司法改革の原点を忘れるな」読売新聞2002年7月18日朝刊。

<sup>145</sup> 司法制度改革推進本部顧問会議第1回議事録。

<sup>146</sup> 特に顕著な顧問会議の活動としては、「国民一人ひとりが輝く透明で開かれた社会を目指して」と題する提言を発表したこと(2002年7月5日)が挙げられる。

<sup>147</sup> 司法制度改革推進本部顧問会議第13回議事録。

検討会の外では、長勢甚遠衆議院議員を委員長とする自民党の司法制度調査会が、裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会を設け、2003年5月16日以降、週1回のペースで議論を進めていた。

小委員会は、9月26日に中間取りまとめを公表した。基本的な視点としては、制度導入の意義を踏まえたものであること、現行制度の長所を損なうものでないこと、円滑な導入が可能なものであることの3点を挙げたうえで<sup>148</sup>、裁判官の員数について、3人とすべきとする意見と3人よりも少なくてもよいとする意見とを併記し、「これらについてはなお議論を尽くす必要がある」とし、また、合議体全体の規模を10人に至らない程度とすると、裁判員の員数は、2人から6人までとなるが、具体的には「更に検討することとする」とした<sup>149</sup>。

第28回検討会は、当初、10月10日に予定されており、そこで、事務局から、制度の骨格案が提示されることとなっていた。裁判員の員数については議論が分かれていたものの、裁判官の員数を3人とすることでは検討会委員の合意がほぼ得られており、少なくとも裁判官の員数を骨格案で示すことも可能であるはずだった。しかしながら、自民党小委員会が中間取りまとめを公表したところ、裁判官の員数についてすら、自民党内で意見を集約できていないことが判明した。

しかも、10月10日、衆議院が解散され、国会議員が総選挙に向けて専心せざるを得なくなり、自民党内での議論は中断した。

結局、推進本部事務局は、現時点では、各方面における議論の状況を踏まえてなお検討が必要であり、制度の骨格案を提示するのは時期尚早であると判断し、10日と17日の会議を延期した<sup>150</sup>。

なお、2003年11月9日の第43回衆議院議員総選挙では、年金制度改革が最大の争点となったが、各政党の選挙公約を見る限り、司法制度改革は、まったく選挙の争点とはならなかった。

## 16 第4ラウンド：座長ペーパー以降の議論

第28回検討会（2003年10月28日）において、井上座長が、試案として座長ペーパーを

<sup>148</sup> 自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会「裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会中間取りまとめ」（2003年9月）3-4頁。裁判員制度の意義として、「国民が主体的に司法の運営に参加することにより、国民の公共精神の涵養につながることも期待される」としている点に注目したい（3頁）。

<sup>149</sup> 自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（148）10頁。

<sup>150</sup> 読売新聞 2003年10月22日朝刊。



示した。与党の中で合意形成が十分に図れていない以上、推進本部事務局が特定の制度設計構想を骨格案として発表すれば、もしその後形成されることになる与党の制度設計案との間に齟齬が生じた場合に、制度を推進することが困難になることが見込まれる。そこで、事務局ではなく座長個人が示した試案という形式で発表することにより、不要な混乱を避ける意図があったのであろう。

座長ペーパーは、「これまでの本検討会での議論及びその素材となった「たたき台」を踏まえ、座長の立場から、現段階において考えられる制度の概要の一例を取りまとめたものであり、本検討会をはじめ各方面において議論をさらに深めていただくための素材を提供するという趣旨でお示しするものである」と断り書きがなされたうえで<sup>151</sup>、たたき台の文面に、複数の意見がある論点について意見の集約ができた部分を赤字で加筆したものであった。

合議体の構成については、裁判官3人—裁判員4人とするものとするとの文の後、「ただし、検討会における議論を踏まえると、5人ないし6人とすることも考えられるので、なお検討を要する」と書き加えられていた。

評決は、単純過半数で裁判を決するものとし、裁判官の1名以上及び裁判員の1名以上が賛成する意見によらなければならないものとするとした。

対象事件については、(1) 死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる罪（ただし、刑法77条の罪を除く）に係る事件、または、(2) 法定合議事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のものとし、裁判員またはその親族の身体・財産に害を加え、または生活の平穩を著しく侵害する行為がなされるおそれがあることその他の事情により、裁判員に公正な判断を期待することができない状況があると認めるときは、裁判官のみの裁判とするという除外規定を設けることとした後、「とすることが考えられるが、更に検討するものとする」とする文言が付記されていた。

裁判員の要件は、衆議院議員の選挙権を有する者であって、25歳以上の者とし、「心身の故障のため裁判員の職務の遂行に支障がある者」を欠格事由の1つとすることにした。

控訴審は、事後審として、原判決の瑕疵の有無を審査する現行どおりとするとされた。

裁判の公正を妨げる行為の禁止に関しては、たたき台の「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」という文言について、イの一文をかぎ括弧で括り、「との点については、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」と注記することにした<sup>152</sup>。

<sup>151</sup> 「考えられる裁判員制度の概要について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回配布資料）1頁。

<sup>152</sup> 前掲注（151）15頁。

座長ペーパーは、検討会での議論の趨勢を踏まえたうえで、争点となっている事項について、検討会の委員の多数の支持した案を本案として記載するものであったが、前述のとおり、断定的な表現を避け、なお検討を要することとした点が多く見られた。

第28回検討会とそれに続く第29回検討会（11月11日）では、この座長ペーパーをもとに議論が行われたが、委員の意見は取りまとめられるどころか、座長ペーパーの示す案に反対する委員が、ますます主張を強固にし、座長ペーパーの示す案に賛成する委員との間で激しく議論を交わした。

第28回検討会では、裁判官の員数、裁判員の員数、評決、対象事件、事件の性質による対象事件からの除外について、議論された。合議体の構成については、座長ペーパーが裁判官の員数を3人とするとしていたのに対して、裁判官の員数を1ないし2人とすべきであると主張していた四宮委員が強く反発し、大出・土屋両委員も、裁判官の員数を2人とすることの意義について説明した（ただし、両委員とも、積極的に2人であるべきだと主張していたわけではなかった）。その後、その他の論点についても、井上座長の司会の下、ときには事務局の辻参事官も参加しながら、議論を展開していった。井上座長は、座長ペーパーを提出して以降、これまでのように専ら議事進行を行う司会に徹するのではなく、自ら座長ペーパーを支持する発言主体に変わった。しかしながら、いくら議論を尽くしても、焦点の合議体の構成についての各委員の意見に変化は見られず、意見の集約はなされなかった。

第29回検討会では、刑事裁判の充実・迅速化と合わせて、理由を示さない忌避ができる数、裁判員の保護及び出頭確保等に関する措置、証拠調べ手続等、裁判員等の秘密漏洩罪について、議論された。裁判の公正を妨げる行為の禁止に関しては、土屋委員が、報道機関団体の自主ルールの作成の取組状況を報告し、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を削除するよう呼びかけたが、この点に関する各委員の意見も変わらなかった。

結局、一定の方向性を示した座長ペーパーに基づく議論は、意見の集約がなされないままに、第29回の検討会をもって、一旦中断することとなった<sup>153</sup>。

一方、第14回顧問会議（12月5日）では、井上検討会座長による検討会での議論状況の報告の後に、笹森顧問が、座長ペーパーが総選挙に伴う政治の空白の期間に出されたとして、その提出の時期を批判したうえで、座長ペーパーのいう合議体の構成について、「今の裁判官に対して、そのままの数でいいのではないかと、ちょっと付け足しをして一般的な市民をそこに入れればいいのではないか」ということで「国民の……ささやかな関与でもってお茶を濁す」ものであり、「もし、この数でやるならば、私はこんな裁判員制度は作らない

<sup>153</sup> 第30回検討会（12月10日）は、検討会の他の議題である刑事裁判の充実・迅速化と検察審査会制度について議論され、裁判員制度については取り上げられなかった。そのため、裁判員制度の制度設計のための実質的な議論は、第29回検討会が最後となった。

方がもっとましではないかと率直に思っております」と述べた。座長ペーパーに対する笹森顧問の批判は、守秘義務や罰則の問題についても及んだ。もっとも、笹森顧問自身も、「この顧問会議で、そうは言っても数まで合意するということとはできない」と自覚しており、制度の理念について合意を形成することを望むというものの、その主張はきわめて先鋭的であり、さらには、「でき得れば座長試案〔筆者注：座長ペーパーのこと〕を一度白紙に戻していただいて、原点に戻って検討を最初からスタートし直していただきたい」と発言した。これは、検討会でのこれまでの議論を全否定せよと命ずることに等しかった。それに続いて、奥島顧問も、「ぜひとも裁判員制度の場合は、……3 倍程度の人数を裁判官と裁判員との間の比率でお考えいただけませんか」と同調した<sup>154</sup>。

これに対して、井上検討会座長は、座長ペーパーを示した意義について、検討会ですでに2巡議論をしたので、それをもとに、事務局から骨格案を示してもらい議論を進めようとしたところ、政党などでの議論がより本格的になってきたという状況もあり、事務局が骨格案を出すのは時期尚早であると判断したものの、検討会としては議論を進めなければならないということから、座長として、考えられる例の1つを示したものであると述べ、あくまで議論のたたき台であるというその位置づけを説明し、各顧問の理解を求めた。さらに、井上検討会座長は、「あくまで意見書の理念に基づいて、そこに示された一定の制度枠組みを前提に、それをさらに具体化する方向で議論してきた」と述べたうえで、裁判員の員数を4人とすることが「付け足し」あるいは「お茶を濁している」と顧問から評価されるのは心外であると反駁した<sup>155</sup>。

佐藤座長は、「顧問会議でこうだと人数を決めてしまうということはやや適当ではない」として、笹森顧問に対して納得を引き出そうとするが、笹森顧問は、なおも首肯しなかった。そして、笹森顧問は、現在の裁判に「不具合」があると述べ、座長ペーパーの案に反対する検討会委員も表立って主張することのなかった裁判の現状に対する批判を始めた。これに対して、井上座長は、笹森顧問の前提とする理解そのものが、基本的には適正に機能しているとする現在の裁判に対する審議会ないし検討会の議論の前提と異なっていることを指摘し、意見書の趣旨を改めて解説したうえで、検討会はその趣旨に沿って議論を進めていると反論した。同様に、裁判官と裁判員とが対立・対抗する関係にあるという笹森顧問の理解に対して、意見書はそのような考えに立っていないと反駁し、「検討会での議論では、裁判員が裁判官によって押しつぶされるとか、そこまでの見方はなかった。基本的な物の見方が異なるのかもしれませんが、少なくとも検討会では、そこまでの御意見を持つ方はおられなかった」と厳しく反論した<sup>156</sup>。

佐藤座長は、他の検討会に係る問題については、意見集約が図れたとして、ペーパーを作成し顧問会議としての意思を確定させていたが、裁判員制度については、顧問会議とし

<sup>154</sup> 司法制度改革推進本部顧問会議第14回議事録。

<sup>155</sup> 司法制度改革推進本部顧問会議第14回議事録。

<sup>156</sup> 司法制度改革推進本部顧問会議第14回議事録。

ての意見を集約することはできなかった。

検討会の外では、裁判員制度の制度設計をめぐる各政党の議論が本格化していた。

民主党は、12月4日、江田五月司法改革WT座長と千葉景子「次の内閣」法務大臣（いずれも参議院議員）の連名で、「裁判員制度設計に関する考え方」を発表した。合議体の構成は、裁判官1ないし2人（ロークラークとしての役割を担う判事補1人含む）一裁判員10人前後とし、評決は、3分の2以上の特別多数決によるものとし、対象事件の取材・報道のあり方については報道機関の自主規制に委ねることとした。裁判員となることを国民の義務として明記した点と、国民が参加しやすくするために育児・介護の支援を行うことと、義務教育段階から法教育の充実を図ることとした点が特徴的である<sup>157</sup>。

公明党は、11日、魚住裕一郎司法制度改革プロジェクト座長（参議院議員）、漆原良夫同事務局長（衆議院議員）及び荒木清寛政務調査会法務部会長（参議院議員）の連名で、「裁判員制度設計について」を発表し、制度設計に関する基本的な考え方を明らかにした。制度設計の基本理念として、(1) 国民主権の理念を活かすものであること、(2) 従来の制度の延長線上に捉えるべきでないこと、(3) 国民が参加しやすく、分かりやすく、参加の意義を実感できる制度とすることの3点を挙げた。合議体の構成は、裁判官2人一裁判員7人とし、裁判員の年齢要件は、裁判員制度が国民主権の原理に基づく制度であるから、国会議員の選挙権を有する20歳以上とし、対象事件は、法定合議事件（文書犯罪など国民の判断に委ねるまでもないものを除き、また、それ以外の除外すべき罪についても検討していくとする）とし、守秘義務違反に対する罰則としては、罰金のみとし、偏見報道に関しては、報道機関による自主規制に委ねるものとした。育児・介護の援助、裁判員の義務の延期・辞退、取調べ状況の可視化（録画）などについて提案した点が特徴的である<sup>158</sup>。

自民党司法制度調査会の裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会は、12日、裁判官3人一裁判員4人程度とする案を固め、16日、「裁判員制度のあり方について（裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会検討結果）」と題して、発表した。検討会で争点となった各論点については、おおむね座長ペーパーの立場と同じであった<sup>159</sup>。後述する議論との関連でいえば、合議体の構成は、全体で10人に至らない程度とし、具体的には、裁判官3人一裁判員4人程度とし、裁判員の年齢要件は、裁判官とともに司法権

<sup>157</sup> 「裁判員制度設計に関する考え方」（2003年12月）。なお、これは、辻前掲注（107）385頁に所収されている。また、民主党の主張については、「裁判員制度」各党はこう考える！」法学セミナー増刊 Causa11号（2004年）57頁も参照。

<sup>158</sup> 「裁判員制度設計について」（2003年12月）。なお、これは、辻前掲注（107）372頁に所収されている。また、公明党の主張については、前掲「裁判員制度」各党はこう考える！」58頁も参照。

<sup>159</sup> 自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会「裁判員制度のあり方について（裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会検討結果）」（2003年12月）。なお、これは、辻前掲注（107）349頁に所収されている。

の行使に直接関与するという職務の性格を考慮すると、衆議院議員等の被選挙権を得る 25 歳以上とし、対象事件は、死刑または無期の懲役もしくは禁錮にあたる罪の事件と、法定合議事件であって故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件とし（テロ事件や組織的犯罪などを除外する）、守秘義務違反に対しては、罰則を設けることとし（どのような刑罰にするかは明言しない）、偏見報道に関しては、「法律上の措置を講ずることが適当であるかどうかについては、様々な意見があるが、言論の自由、報道の自由に配慮して慎重に対処すべきことであることや、報道機関が公正な裁判の確保の趣旨に照らした自主的取り組みの努力をしていることにもかんがみ、当面、法律上の手当は行わないこととする」とした<sup>160</sup>。

さらに、日弁連も、12月11日、「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」を発表した。この意見書における日弁連の主張の大要は、(1) 合議体の構成は裁判官 1 ないし 2 人—裁判員 9 ないし 11 人とする、(2) 評決は全員一致とし、一定要件の下で特別多数決によることを認めるが、死刑選択は全員一致とすること、(3) 裁判員の要件は地方公共団体の議員の選挙権を有する者とする、(4) 裁判員等の守秘義務の範囲と期間を限定すること、その違反に対する罰則は罰金刑のみとすること、(5) 取調べ状況の可視化を必要とすること、(6) 裁判員等に対する接触の規制を任務終了までとすること、(7) 裁判の公正を妨げる行為の禁止や報道規制の規定を削除することなどであり<sup>161</sup>、基本的には、「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（5月30日）や「司法制度改革推進本部たたき台「刑事裁判の充実・迅速化について」に対する意見書」（8月22日）と同一内容のものであって、日弁連が、たたき台や座長ペーパーが公表されて以降、公式には、一切主張を変更しないとの意思を示すものであった。

## 17 政治決着

各政党等が具体的な制度設計案を次々と発表する中で、与党内では、制度設計をめぐる妥協点を模索するべく議論が展開されていた。

一般に、自民・公明両党の政策調整機関は、両党幹事長などによる協議会（年金、税制、教育基本法など）と、両党政務調査会長などによる実務者中心の政策責任者会議（安全保障、災害対策など）とがあるが、司法制度改革は、後者の形式で議論された。具体的には、政策責任者会議の下部組織として、自民党の保岡興治衆議院議員を座長とする司法制度改革プロジェクトチームが設けられた<sup>162</sup>。

先述のとおり、合議体の構成について、自民党は、裁判官 3 人—裁判員 4 人程度を主張

<sup>160</sup> 自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（159）17頁（辻前掲注（107）366頁）。

<sup>161</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（2003年12月）。

<sup>162</sup> 読売新聞 2004年1月27日朝刊。

し、公明党は、裁判官2人—裁判員7人を主張していた。また、そのほかに、裁判員の年齢要件（自民党は25歳以上とし、公明党は20歳以上とする）、対象事件の範囲（原則として、自民党は、死刑または無期の懲役・禁錮にあたる罪の事件と、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させたものとし、公明党は、法定合議事件とする）、裁判員の守秘義務の範囲とその違反に対する罰則（自民党は、評議経過を範囲に含め、公明党は、評議経過を範囲から外し、各裁判員の意見のみを秘密とし、違反に対しては罰金刑のみとする）などの点で、両党の意見は異なっていたが、偏見報道を禁止する規定を設けるべきはないとする点では、意見が一致していた。

新聞報道によれば、2003年12月18日に、第1回の与党政策責任者会議の会合が開催されたが、年内の与党合意を求める政府幹部に対して、与党側が難色を示したという<sup>163</sup>。また、2003年末に、事態の打開を図ろうとする自民党側が、裁判官について現行の3人を維持する一方、裁判員の員数を5人または6人とする2案を非公式に打診したという<sup>164</sup>。さらに、2004年1月に入ってから、自民党が公明党に対して裁判員6人案を提案したという<sup>165</sup>。

新聞報道では、2004年1月7日のプロジェクトチームの会議で、座長ペーパーでは設けることとされていた偏見報道を禁止する規定を設けないことが決まり<sup>166</sup>、12日の会議で、公判中は裁判員へ接触することを原則として禁止する（終了後も守秘義務に係る事項を知る目的での接触を禁止する）が、その違反に対しては罰則を設けないことと、裁判員本人が認める限り裁判終了後は接触を禁止しないことが合意されたという<sup>167</sup>。

プロジェクトチームの会議の過程で、自民・公明両党は、裁判員に対する接触の規制や裁判の公正を妨げる行為の禁止などに関して次第に合意していったが、裁判員制度導入の理念とも関連する合議体の構成については、意見をまとめることができなかった。裁判員を6人とする点について自民党は許容しているので、焦点は、裁判官の員数について、現行のまま3人とするか（自民党）、2人とするか（公明党）のみであった。

2004年1月中旬の時点で、日弁連は、裁判官1ないし2人—裁判員9ないし11人とすべきとする主張を撤回しておらず、公式には、裁判員を6人とする案を認めてはいなかった。しかしながら、新聞報道によれば、公明党案に考え方が近かった日弁連の一部幹部が、自民党の提示した裁判官3人—裁判員6人案を容認する動きを見せたため<sup>168</sup>、かえって、公

<sup>163</sup> 読売新聞 2003年12月26日朝刊。

<sup>164</sup> 読売新聞 2004年1月27日朝刊。

<sup>165</sup> 読売新聞 2004年1月24日朝刊、同27日朝刊。

<sup>166</sup> 朝日新聞 2004年1月8日朝刊。

<sup>167</sup> 朝日新聞 2004年1月13日朝刊。

<sup>168</sup> 朝日新聞の山口進記者によれば、14日から15日にかけて、大川真郎日弁連事務総長側から、16日の同会の正副会長会議で、証拠開示や取調べ状況の可視化など刑事手続改革について法曹三者で協議会を立ち上げ、日弁連の主張も取り上げさせることを条件として、裁判官3人—裁判員6人を容認して公明党を軟化させようという案が持ち上がった。しかし、複数の有力な副会長が猛反発したため、田中敏夫・尾崎純理両副会長と話し合った本

明党が態度を硬化させたという。そのため、1月20日、21日に予定されていたプロジェクトチームの会議は流会した<sup>169</sup>。

司法制度改革推進本部の設置期限は2004年11月30日であり<sup>170</sup>、残る国会は、開会中の第159回国会（2004年通常国会）か、同年秋に開会される予定の臨時国会しかなかった。法案の成文や内閣法制局の審査など一連の法案作成作業に費やす時間を考慮すると、与党合意の期限は、当初、1月23日（金曜日）とされていたという<sup>171</sup>。また、23日には決着がつかず、土・日曜日をはさみ、26日ないし27日との見方もあったという<sup>172</sup>。

新聞報道によれば、1月25日夜、自民党の長勢甚遠・与謝野馨の両衆議院議員と、公明党の魚住裕一郎参議院議員・漆原良夫衆議院議員の4人が、非公式に集まり、寺田逸郎法務省司法法制部長が加わり、翌26日午前1時半まで、会議を行った。ここで、公明党側が、裁判官3人—裁判員6人案を認める代わりに、被告人が公訴事実を認めている場合で、検察官と被告人・弁護人に異議がないときに、裁判官1人—裁判員4人による審理を認める案を提示したという<sup>173</sup>。

ただし、その日の非公式の会議では、両党の合意は得られず、与党政策責任者会議の座長であった保岡興治自民党司法制度調査会長と、冬柴鐵三公明党幹事長（衆議院議員）の了承を取り付けることとなったという。当初、合議体の構成に例外規定を設けることに否定的だったという保岡座長も、例外規定を設ける公明党案を承認し<sup>174</sup>、26日のプロジェクトチームの会議で合意が得られ、「裁判員制度の導入について」と題する与党合意文書が作成された。

この与党合意では、裁判員の要件については、20歳以上の有権者とし、病気、仕事、育児・介護など一定の事由がある場合には辞退できるとし、合議体の構成は、裁判官3人—裁判員6人を原則とし、対象事件は、死刑または無期の懲役・禁錮にあたる罪の事件と、法定合議事件であって故意の犯罪行為により被害者を死亡させた事件とし、守秘義務違反に対する罰則については懲役刑と罰金刑を設けることとされた。公明党が強く主張していた守秘義務違反に対する罰則から懲役刑を削除する要求は認められなかったが、新たに、

---

林徹日弁連会長は、決議を断念し、理事会で、与党協議は従来の日弁連の主張ではまとまらないという客観情勢を説明した後、執行部にフレキシビリティを持たせてほしいということでの了承を取り付け、前後して日弁連執行部が公明党関係者を回り始めたという（山口前掲注（2）60頁）。

<sup>169</sup> 朝日新聞2004年1月21日朝刊。山口前掲注（2）61頁によれば、与謝野馨（自民党）・漆原良夫（公明党）両衆議院議員が、21日の昼に会食し、また、22日にも会談がもたれたという。

<sup>170</sup> 司法制度改革推進法16条。

<sup>171</sup> 朝日新聞2004年1月27日朝刊。

<sup>172</sup> 読売新聞2004年1月27日朝刊。

<sup>173</sup> 朝日新聞2004年1月26日夕刊、読売新聞2004年1月27日朝刊。この非公式の会議については、山口前掲注（2）61頁のほか、読売新聞2007年4月20日朝刊の「あなたも裁判員1 誕生の軌跡」と題するコラムに詳しい。

<sup>174</sup> 読売新聞2004年1月27日朝刊。

被告人が公訴事実を認めており、検察官と被告人・弁護人に異議がない場合には、事案の性格等を考慮し、裁判官1人—裁判員4人による合議体で裁判できるものとし、さらに、行政事件・民事事件への裁判員制度の導入や取調べ状況の可視化（録画）についての検討条項が盛り込まれた<sup>175</sup>。

その後は、与党各党の党内での手続と政府内での手続を経る必要があった。

まず、28日、このプロジェクトチームの会議での合意文書が、自民党司法制度調査会で了承された。

翌29日に、後述するように、プロジェクトチームの会議での合意文書に沿って作成された裁判員制度の骨格案が検討会に示され、それを法律案として成文化するため、2月13日の第10回司法制度改革推進本部会合（本部そのものの会合である）で、裁判員法案の最終協議をすることと、通常国会への法案提出が確認された<sup>176</sup>。

その間にも、事務局内では、法案作成作業が進められていた。裁判員等の守秘義務違反に対する罰則（秘密漏示罪<sup>177</sup>）については、この時点では、刑の種類は決まっていたものの、具体的にどの程度にするかは決まっていなかったが、20日に初めて示された法案で、1年以下の懲役または50万円以下の罰金とすることとなった<sup>178</sup>。

2月20日に、自民党の法務部会・司法制度調査会合同会議で、23日に、公明党の司法制度改革プロジェクトチーム・法務部会合同会議で、法案が了承された。続いて、24日、公明党政務調査会全体会議で、26日、自民党政策審議会で、27日、自民党総務会で、法案が了承され、与党各党の政策審議・決定機関での手続が完了した。

ただし、新聞報道によれば、自民党内での議論は、必ずしもスムーズに進んだものではなかったという。法案は、24日の自民党政策審議会と総務会で了承が得られると見込まれていたが、裁判員制度について国民の理解が深まっていないとの慎重論が強く出され、そこでの了承が見送られ、総務会の正副会長会議で、25日と26日に継続して議論が行われたものの、そこでも了承が得られなかったという<sup>179</sup>。そのため、政府は、27日に予定していた法案の閣議決定を先送りすることとした。新聞報道によれば、国民生活に重大な影響を与える法案であるから、党内手続を速やかに済ませるのは妥当ではなく<sup>180</sup>、特に、良心に

<sup>175</sup> 「裁判員制度の導入について」（2004年1月）。

<sup>176</sup> 読売新聞 2004年2月14日朝刊。

<sup>177</sup> 骨格案までは「秘密漏洩罪」とされていたが、法案では「秘密漏示罪」となっていた。

<sup>178</sup> 読売新聞 2004年2月19日朝刊、朝日新聞 2004年2月20日朝刊。そのほかの罰則規定については、裁判員等に対する請託罪等と裁判員等に対する威迫罪につき、2年以下の懲役または20万円以下の罰金、裁判員の氏名等漏示罪につき、1年以下の懲役または50万円以下の罰金、裁判員候補者による虚偽記載罪等につき、50万円以下の罰金に処するものとし、また、裁判員候補者及び裁判員等の義務違反に対しては、態様に応じて、30万円ないし10万円以下の過料に処するものとされた。

<sup>179</sup> 朝日新聞 2004年2月25日朝刊、同26日朝刊、同27日朝刊、読売新聞 2004年2月27日朝刊。政策審議会は、26日に、法案を了承した（朝日新聞 2004年2月27日朝刊）。

<sup>180</sup> 読売新聞 2004年2月27日朝刊。



照らして自分には他人を裁くことはできないと考える国民がいるとの意見があったという<sup>181</sup>。そこで、思想・信条の自由に基づき裁判員を辞退できるよう、法案原案に示されていたやむを得ない辞退事由を政令で定めることとしたうえで、その後制定する政令に、思想・信条に基づく辞退を規定することを条件として<sup>182</sup>、27日、総務会は、法案を了承した。

法案は、3月1日の事務次官等会議を経て、2日、閣議決定され、同日、国会に提出された<sup>183</sup>。

第31回検討会（1月29日）では、事務局から、26日の与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチームの会議での合意文書に沿った内容の骨格案が示された。冒頭で、辻参事官が骨子案の説明を行ったのち、四宮委員が、座長と事務局の取組みを慰労したうえで、「推進計画にしたがって、今国会で成立させて、早く日本の社会に定着するということ、私、個人としては希望しております」と述べた<sup>184</sup>。そして、死刑判決については特別多数決も考慮されるべきこと、評議は全員一致を目指すべきということを規則等に規定すること、介護や養育などのため参加に支障があるものの参加したいと考える国民に対して配慮をすること、守秘義務違反に対する罰則から懲役刑を削除することなどを希望として述べた。

この日の検討会で議論が集中したのが、検討会ではこれまでまったく議論がなされたこととはなく、与党合意で急遽浮上した裁判官1人-裁判員4人の小規模合議体についてであった。これに対しては、酒巻、高井、本田、平良木、土屋の各委員が、辻参事官に対して、その意義や運用について質問した<sup>185</sup>。特に、高井委員は、小規模合議体と原則的な合議体とでは、量的に異なるだけでなく、質的に異なるのではないかとして、辻参事官に対して詰め寄る場面もあった。高井委員は、「要するに、3対6の合議体は、裁判員制度の合議体であり、1対4の合議体は、事実上、陪審制度に近い合議体なのではないか」と述べ、刑事裁判が、「ゲーム化……戦略化、戦術化」し、「ビジネスの対象にされるという危険性も含んでいる」と懸念を示した。また、土屋委員も、「私も若干の違和感を感じています」（原文ママ）と述べたが、高井・土屋両委員を除けば、質問を行った各委員も、小規模合議体

<sup>181</sup> 読売新聞 2004年2月28日朝刊。

<sup>182</sup> ただし、新聞報道によれば、法務省などには、辞退事由に思想・信条を理由とするものを含めると、辞退者が相次ぎ、裁判員の構成が偏り、幅広い国民の良識を裁判に反映させるという裁判員制度の趣旨の1つを損なうおそれがあるとして、懸念する向きがあったという（読売新聞 2004年2月28日朝刊）。

<sup>183</sup> 朝日新聞 2004年3月2日夕刊、読売新聞 2004年3月2日夕刊。

<sup>184</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回会議録。

<sup>185</sup> この回の議論は、委員間ではなく、主に委員から事務局の辻参事官への質疑応答という形で行われた。小規模合議体に関しては、「要するに訴訟経済のため2ずつ引いたということですか」との酒巻委員の質問に対して、辻参事官は「それが理由かと言われますと、ちょっとなかなか難しいところですが」などと返答しつつ、回答に窮した。事務局でも、この時点では、その意義などについて、十分に整理ができていなかったようである（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回議事録）。

に対して反対する姿勢をとることはなかった<sup>186</sup>。

なお、日弁連は、2004年2月12日に、「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」を公表している。もともと、その内容は、これまでの日弁連の主張を再言するものにすぎなかった<sup>187</sup>。日弁連は、法案が提出されるまでは、公式には、主張を一切変えることはなかった。

#### (4) 国会における議論 (第3ステージ)

### 18 国会での議論の概要

2004年3月2日、裁判員法案は、改正刑事訴訟法案(政府案)とともに、国会<sup>188</sup>に提出され、16日、衆議院本会議で趣旨説明と質疑が行われ、同日、同じく改正刑事訴訟法案とともに、衆議院法務委員会に付託された。

衆議院法務委員会<sup>189</sup>では、4月2日、趣旨説明が行われ、法案は質疑に入った。質疑は、同日のほか、6日、7日、9日、12日、13日、14日、16日、20日、21日に行われ、このうち、6日と14日には参考人質疑が行われ、12日には公聴会が開催された。なお、14日からは、総合法律支援法案(第159回閣法第69号)と、20日からは、後述する民主党の改正刑事訴訟法案と、それぞれ合わせて審査された。21日に質疑が終局し、23日、裁判員法案及び改正刑事訴訟法案(政府案)に対して、自民党、公明党及び民主党の3会派共同提案に

<sup>186</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回議事録。そのほかに、池田委員から、裁判員の就職禁止事由、解任、出頭の確保に関する問題点が提示された。

<sup>187</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」(2004年2月)。なお、これは、辻前掲注(107)390頁に所収されている。

<sup>188</sup> 第159回国会(2004年通常国会)は、2004年1月19日に召集され、6月16日に閉会した。この国会では、イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法に基づく自衛隊の派遣についての国会承認、平成15年度補正予算・平成16年度総予算、国民年金法等の一部を改正する法律案など社会経済と調和した持続可能な制度の構築などのための年金制度改革関連法案、武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律案をはじめとする有事法制関連7法案3条約、日本道路公団等の民営化に伴う道路関係法律の整備等に関する法律案をはじめとする道路公団等民営化関連法案の審議が主な焦点となった。

<sup>189</sup> 衆議院法務委員会(委員数35名)の会派別委員割当て数は、自民党18名(うち、委員長1名、理事4名)、民主党13名(うち、理事3名)、公明党3名(うち、理事1名)、グループ改革1名であり、共産党と社民党には委員の割当てがなかった。なお、グループ改革とは、第43回衆議院議員総選挙で当選した自民系無所属の新人議員5名によって2003年11月に結成された会派であり、その後、2004年6月に解散し、会派を構成していた議員は、全員、自民党会派に所属することになった(したがって、第159回国国会会期終了時の自民党割当て委員数は19名となるが、うち1名は、法務委員会が裁判員法案を審査していた期間は、グループ改革に所属する委員として活動していた)。

よる修正案が提出され、採決の結果、両法案は修正議決すべきものと決せられた（合わせて審査された改正刑事訴訟法案（民主党案）は、賛成少数で否決すべきものと決せられた）。

裁判員法案は、2つの改正刑事訴訟法案とともに、同日、衆議院本会議に上程され、委員長の報告の後、異議なし採決により、修正議決された（合わせて審議された改正刑事訴訟法案（民主党案）は、起立少数により否決され、改正刑事訴訟法案（政府案）は、起立多数により修正議決された）。その後、裁判員法案は、改正刑事訴訟法案（政府案）とともに、直ちに参議院に送付された。

参議院では、28日、本会議で趣旨説明と質疑が行われ、改正刑事訴訟法案（政府案）とともに、同日、法務委員会に付託された。

連休が明けて、参議院法務委員会<sup>190</sup>では、5月11日、趣旨説明と衆議院修正部分の説明が行われ、法案は質疑に入った。質疑は、同日のほか、13日、17日、18日、20日に行われ、このうち、13日には参考人質疑が、17日には2班に別れて委員派遣（いわゆる地方公聴会<sup>191</sup>）が行われた（17日の委員派遣のみ、総合法律支援法案との一括審査）。20日に質疑が終局し、同日、共産党から修正動議が提出されたが、修正案は賛成少数で否決され、原案が全会一致で可決すべきものと決せられた。

法案は、翌21日、参議院本会議で、賛成180、反対2で可決され、成立した（なお、一括して議題とされた改正刑事訴訟法案（政府案）は、賛成160、反対22で可決され、成立した）。

なお、司法制度改革関連法案の審査にあたっては、衆議院・参議院いずれにおいても、特別委員会は設置されず、裁判員法案も、他の司法制度改革関連法案とともに、両院の法務委員会で審査された。

## 19 衆議院での議論

2004年3月16日の衆議院本会議で、野沢太三法務大臣が、裁判員法案の趣旨説明を行い、これに対して、桜井郁三衆議院議員（自民党）と小林千代美衆議院議員（民主党）から質疑がなされた。

桜井議員は、自民党と公明党を代表して<sup>192</sup>、野沢大臣に対して、裁判員制度の導入の意

<sup>190</sup> 参議院法務委員会（委員数21名）の会派別委員割当て数は、自民党9名（うち、理事2名）、民主党6名（うち、理事1名）、公明党2名（うち、委員長1名、理事1名）、共産党1名、無所属2名（参議院議長である倉田寛之議員と副議長である本岡昭次議員である）であり、社民党、無所属の会及びみどりの会議には委員の割当てがなかった（欠員1名）。なお、無所属の2名の委員は、裁判員法案の審査中、一度も委員会には出席しなかった。

<sup>191</sup> 浅野一郎・河野久＝編『新・国会事典』（有斐閣、2003年）175頁参照。

<sup>192</sup> 桜井議員は、所属する自民党だけではなく、連立して与党となっている公明党をも代表して質問を行っている（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号2頁）。桜井議員が、与党の議員でありながらも、内閣提出の裁判員法案に対して、「現状では、裁判員制度を実際に支える国民の理解と支持が十分にあるとは言いがた」く、「若干の危惧を覚える」と指

義、裁判員となる国民の負担、裁判員制度導入のための準備について、質問した。

このうち、裁判員制度の導入の意義について、野沢大臣は、「広く国民が裁判の過程に参加し、その感覚が裁判の内容に反映されることによりまして、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という重要な意義があるものと考えております。加えて、裁判が迅速に行われるようになり、また、裁判の手續や判決が国民にとってわかりやすいものになることも期待されるところであります」と答弁した<sup>193</sup>。制度の意義としては、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上に資するためという裁判員法1条にいう趣旨を述べるだけでなく、迅速な裁判とわかりやすい裁判の実現という裁判員制度の効果の側面を合わせ述べている点に注意したい<sup>194</sup>。

小林議員は、民主党を代表して、野沢大臣に対して、裁判員制度の理念、合議体の構成、評決の要件<sup>195</sup>、国民への広報、思想・信条による裁判員の辞退の具体的基準、裁判員義務の延期制度や労働者が裁判員の職務を行うための特別の休暇制度の創設、自営業者の経済的な負担を軽減する措置、守秘義務とその違反に対する罰則<sup>196</sup>、裁判員等に対する接触の

摘した点（同頁）は興味深い。後述するように、基本的には内閣提出法律案に賛成するはずの与党議員であっても、裁判員法案に対しては、厳しい質疑を行うことがあった。

<sup>193</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁。

<sup>194</sup> 裁判員制度導入の意義については、その後、同様の質問がなされた場合には、基本的に同様の答弁がなされている（例えば、参議院本会議における木庭健太郎参議院議員の質問に対する野沢大臣の答弁（官報号外参議院会議録第19号（その1）15頁））。

<sup>195</sup> 小林議員は、「評決に当たっては、全会一致を目指す努力が重要であると考え、全会一致を目指した裁判官の公平で適正な評議進行が重要であると考え」、また、「とりわけ死刑判決については、過半数で結論を出すのは国民感情からいって納得がいかないと考え」と述べたのに対して、野沢大臣は、「一般的には全員の意見が一致する方が望ましく、評議の整理に当たる裁判長においても、評議を尽くすよう努めることなどに留意すべきであると考えて」いるとし、ただし、現行では、評決は、過半数の意見によることとされており、死刑に関わる判決についても同様であるが、裁判員が加わる場合に限って要件を加重する合理的な理由はないことから、法案でも過半数の意見によることとしたと答弁した（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号4-5頁）。

<sup>196</sup> 小林議員は、「裁判員制度の改善や運用の検証、さらに国民の参加意識を醸成するためには、他人の意見や証拠の内容などプライバシーを保護する一定の制度を設けた上で、裁判員がみずからの経験や感想を裁判後に述べて、経験を共有していくことが重要で」とあり、裁判員の心理的負担を軽減するために、守秘義務違反に対する罰則を軽減すべきであると主張した。これに対して、野沢大臣は、守秘義務の対象は、「評議の秘密や他人のプライバシーなどの職務上知り得た秘密」であり、この義務は、「裁判の公正さや裁判への信頼を確保し、評議における自由な意見表明を保障するために必要」であるが、「秘密にわたらない範囲で、経験や感想を述べていただくことは許され」と述べ、守秘義務の範囲を明確化しようと試みた。また、罰則についても、「多額の報酬を得た上で評議内容を明らかにしたり、重大なプライバシー侵害を生じさせるような非常に悪質な事案も想定される」ため、「犯情に応じて適切な処罰が可能となるよう、罰金刑だけでなく懲役刑も選択できるようにするのが適当」と答弁した（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号5-6頁）。

規制<sup>197</sup>、証拠開示制度、取調べ状況の可視化、裁判員制度の導入の時期<sup>198</sup>と見直し規定<sup>199</sup>について、河村建夫文部科学大臣に対して、義務教育や社会教育における法教育について、それぞれ質問した。

裁判員制度の理念に関して、小林議員は、まず、「統治主体・権利主体である国民は、司法の運営に主体的・有意的に参加」すべきなどとする審議会意見書の総論部分を挙げ、それを積極的に評価したうえで、「法案の第一条には、「裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが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」だけが書かれておりますが、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」かと提案し、「政府法案がこうした理念を真摯に受けとめて策定されているか、甚だ疑問」であると述べた<sup>200</sup>。これに対して、野沢大臣は、「裁判員制度の導入は、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ものであり」、「現在の裁判制度は、基本的には国民から高い評価を得ている」が、「現行の裁判制度の長所を維持しつつ、国民の方々と裁判官が協働する制度を構築することにより、よりよい裁判制度を目指」すものであると答弁し、小林議員の提案を断った<sup>201</sup>。

合議体の構成に関して、小林議員は、裁判官3人—裁判員6人という法案における構成が、「あくまでも現行制度の踏襲に国民の良識を加味するだけのものでしか」なく、「国民の主体的参加と多様な価値観が反映されるという観点から」、裁判官1人—裁判員10人前後とすべきであるとする民主党の主張を挙げたうえで、「政府案では、裁判員の意見が十分に反映されるのか、甚だ疑問です。ぜひ民主党案を取り入れるべきだと考えます」と主張した<sup>202</sup>。この時点では、国会審議という公式の場面において、民主党が、政府・与党に対して、制度の基本的構造から再検討を図るよう、要求水準を高く設定していたことが読み

<sup>197</sup> 小林議員は、「メディア規制のおそれがあるとの指摘もあ」と述べたが、野沢大臣は、裁判員等への接触の規制は、裁判の公正とこれに対する信頼を確保するために必要なものであり、その対象がメディアに限定されていないことや、裁判の終了後は、裁判員等が職務上知りえた秘密を知る目的での接触に限定して規制していることなどから、これが「メディア規制」にはあたらないと明確に答弁した（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号4-6頁）。

<sup>198</sup> 早期に制度を導入すべきとする小林議員の主張に対して、野沢大臣は、「裁判員制度は非常に重要な意義を有するものでありますから、可能な限り早期に実現させるべく、全力を尽くしたい」と述べるものの、「制度の実施までには、国民の理解と協力を得るための広報活動などの準備を行う必要があります」、法律の公布から施行までに5年程度の期間が必要であるとの見解を示した（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号6頁）。

<sup>199</sup> 法案に施行後一定期間経過後に見直す旨の規定が置かれていないことについて、野沢大臣は、「制度実施後におきましても、不断に実施状況を検証し、必要な見直しを行っていくべきであることは言うまでもないことであり、あえて特別な見直し規定を置かなかつた」と答弁した（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号6頁）。

<sup>200</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁。

<sup>201</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号5頁。

<sup>202</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3-4頁。

取れる。これに対しては、野沢大臣は、「まず、評議の実効性の確保や、個々の裁判員が責任感と集中力を持って裁判に主体的、実質的に関与することを確保するという観点から、合議体全体の規模は十人に至らない程度が適当であると考えられ」、「次に、裁判員制度は、特に重大な事件を対象としますので、原則として裁判官三人の関与が必要であると思われ」、「そして、合議体全体の規模の限度内で、国民の感覚がより反映されるようにするため、相当程度裁判員の数を多くするという観点から、その人数を六人とすることとした」と答弁した<sup>203</sup>。

ただし、取調べ状況を可視化（録音・録画）すべきとの小林議員の主張に対しては、野沢大臣が「慎重な検討が必要である」と答弁するなど、政府側も一定の譲歩の姿勢を見せた<sup>204</sup>。

裁判員法案は、知的財産高等裁判所設置法案（第159回国会閣法第62号）、裁判所法等の一部を改正する法律案（同第63号）、労働審判法案（同第64号）及び改正刑事訴訟法案とともに、16日の本会議終了後、法務委員会に付託された。付託の順の早い第62号法案から第64号法案までと、18日に付託された判事補及び検事の弁護士職務経験に関する法律案（同第70号）の審査が先行されたため、裁判員法案は、4月以降に委員会審査が行われることとなった。

新聞報道によれば、3月29日までに、民主党が、裁判員等の守秘義務違反に対する罰則（法案79条（後述する平成19年法改正後の108条）、裁判員等またはこれらの職にあった者につき、1年以下の懲役または50万円以下の罰金）から懲役刑を削除すること、法律の施行までの期間を5年以内から3年以内に短縮すること、施行3年後に制度の見直しを行うものとする規定を設けること、裁判員を辞退できる「やむを得ない事由」を政令ではなく法律で規定することなどの修正を要求することを決めたという<sup>205</sup>。

ところが、4月1日に本会議で趣旨説明、質疑及び厚生労働委員会への付託がなされたいわゆる年金制度改革関連法案<sup>206</sup>をめぐる、与野党間の対立が激化し、民主党は、衆議院のすべての本会議と委員会での審議を拒否し始めた<sup>207</sup>。しかしながら、審議拒否の解除を待っては、会期延長をしたとしても、成立を企図する司法制度改革関連の法案すべてを審議

<sup>203</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号5頁。合議体の構成については、その後、同様の質問がなされた場合には、基本的に同様の答弁がなされている（例えば、参議院本会議における木庭議員の質問に対する野沢大臣の答弁（官報号外第159回国会参議院会議録第19号（その1）15頁））。

<sup>204</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号6頁。

<sup>205</sup> 読売新聞2004年3月30日朝刊。

<sup>206</sup> 国民年金法等の一部を改正する法律案（第159回国会閣法第30号）、年金積立金管理運用独立行政法人法案（同第31号）、高齢者等の雇用の安定等に関する法律の一部を改正する法律案（同第32号）の3法案を指す。

<sup>207</sup> 「第百五十九回国会（通常会）主要日誌」議会政治研究72号（2004年）93頁を参照。なお、社民党も、民主党の審議拒否に同調した。

する時間が不足することが見込まれたため<sup>208</sup>、政府・与党は、法務委員会での裁判員法案の審査を進めることにした。

裁判員法案の第1回目の審議を行う2日の衆議院法務委員会では、柳本卓治委員長（自民党）が、会議の冒頭に、「民主党・無所属クラブの各委員に出席を要請いたしましたが、御出席が得られません。やむを得ず議事を進めます」と述べたうえで<sup>209</sup>、民主党所属委員の欠席のまま、裁判員法案と改正刑事訴訟法案について、野沢大臣から提案理由の説明を聴取した。そして、その後、下村博文委員（自民党）と漆原良夫委員（公明党）が質疑を行った。下村委員は、裁判員法案を中心に、裁判員制度の導入の意義、諸外国の制度との相違点<sup>210</sup>、裁判員に期待される役割、憲法との関係、具体的な制度に関する諸問題などを問いただし、また、漆原委員も、改正刑事訴訟法案に関する問題と合わせて、司法制度改革そのものの意義、裁判員制度導入についての野沢大臣の所感、具体的な制度に関する諸問題などを質疑した。

ここでは、裁判員に期待される役割と憲法との関係についての下村委員による質疑に対する野沢大臣と山崎潮推進本部事務局長の答弁に注目したい。前者に関して、野沢大臣は、下村委員の質疑における発言に呼応する形で、「社会秩序や治安、あるいは犯罪の被害や人権といった問題について、それぞれの国民にもかかわりのある問題としてお考えいただく契機にもなるものと考えております。その意味においても、意義のある制度であると考え

---

<sup>208</sup> 特に、司法制度改革関連の法案の審査が集中した法務委員会については、審査のための時間的余裕はなかった。山崎潮推進本部事務局長は、検討会において、「特にこの国会、延長戦はありません。非常に短い国会でございまして、我々〔筆者注：推進本部のこと〕から法案10本を提出するというところでございまして、法務省から11本、合計21本の法律ということで、全委員会の中で最多数だと思います。十幾つというのはございすけれども、20を超えるところはございません。これをきちんと審理をして御承認を得て、このエネルギーも大変だろうと思ひますけれども、我々としては、ラストイヤーでございす。最大のもの、これを全精力を上げてやっていきたいというふうに思ひます」と述べている（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回議事録）。ここで山崎事務局長が「延長戦」がないと発言したのは、第159回国会終了後に参議院議員通常選挙が予定されていたため、会期を大幅に延長して審査を行うことは難しいということの意味すると思われる（なお、第20回参議院議員通常選挙は、2004年7月11日に行われた）。

<sup>209</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第9号1頁。

<sup>210</sup> 山崎事務局長は、審議会の議論の過程では、「裁判員制度は、諸外国の陪審制度や参審制度をも参考にしながら、それぞれの制度に対して指摘されている種々の問題点をよく吟味した上で、特定の国の制度にとらわれるということはなく我が国にふさわしい国民参加の形態を検討した結果、裁判員制度の導入が提言された」と述べた後、裁判員が裁判官とともに合議体を形成する点では参審制度と共通するが、ドイツの参審制度とは、裁判員の権限や選任方法の点で異なっていると説明した（第159回国会衆議院法務委員会議録第9号3頁）。ここでは、(1)裁判員制度が、陪審制度でも参審制度でもない、わが国独自の制度であるということが強調されたことと、(2)裁判員制度と参審制度との類似点が挙げられたが、選任手続などの点では参審制度よりもむしろ陪審制度に類似するという点などへの言及が敢えてなされなかったことの2点に注目しておきたい。

て」いると答弁している<sup>211</sup>。委員の発言に呼応する形であるとはいえ、法務大臣が、裁判員制度の導入により国民の意識が変わりうることを制度の意義の1つとして認める答弁を行った点は、後述する議論との関係で、特に留意すべきであろう。また、憲法との関係について、山崎事務局長は、日本国憲法が、裁判官の職権の独立と身分保障（76条以下）、裁判所において裁判を受ける権利（32条）及び公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利（37条）の規定を設けることによって、「独立して職権を行使する公平な裁判所によって法による裁判が行われること」を要請していると解されるところ、この法案によって創設される裁判員制度は、制度設計を工夫しているため、憲法の要請するような裁判を確保することができ、憲法の趣旨に沿ったものであると考えられると答弁した<sup>212</sup>。

2日の第1回目の委員会審査では、具体的な制度設計に関する細目的な質疑もいくつかなされたものの、基本的には、制度改革全体や法案そのものの意義などを問う質問が多くなされた。

裁判員法案が委員会審議に入ったことを受けて、日本新聞協会と日本民間放送連盟（報道委員会）は、2日、裁判員法案に対する意見を公表した。

日本民間放送連盟は、裁判員等の守秘義務違反に対する罰則として懲役刑が設けられている点や任務終了後にも裁判員等に守秘義務が課される点を問題視し、裁判員制度を定着させるために裁判員であった者の経験が広く社会で享有される必要があることや、裁判がどのように行われたのかを事後的に検証することが困難になることから、任務終了後の裁判員等を取材することが必要であり、評議の秘密を知る目的での裁判員に対する接触禁止

<sup>211</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第9号5頁。

<sup>212</sup> 山崎事務局長は、次のように答弁した。「本法案においては、法による公平な裁判を行うことができる裁判員を確保するため、その資格に関する要件や職権行使の独立に関する規定等、さまざまな手当てをしているわけでございます。また、法による公正な裁判が保障されていると言えるためには、適正手続のもとで証拠に基づく事実認定が行われ、その認定された事実が法が適正に解釈、適用される必要がありますが、裁判官と裁判員が十分に評議を行うことで、双方の有する知識経験が合議体全体に共有されるということにするとともに、その過程を通じて適正な結論に到達することが予定されているわけでございます。また、法令の解釈については、裁判官のみが判断の権限を有しておりまして、裁判員はその判断に従うこととされているという点がございます。これに加えまして、裁判官と裁判員が対等な権限を有する事項についての判断については、その双方の意見を含む合議体の過半数の意見によることとされているということなどによって、本法案における裁判員制度は、憲法の要請にこたえられる裁判を確保することが可能な制度になっていると理解をしているわけでございます」（第159回国会衆議院法務委員会議録第9号3-4頁）。この答弁は、委員の質問に対して、必ずしもわかりやすく答えているとはいえない。しかしながら、答弁を受けての委員からの再質問はなされなかった。なお、山崎事務局長は、その後、裁判員制度と憲法との関係についての質疑がなされた場合には、基本的には、同様の答弁を行っている（与謝野馨（第159回国会衆議院法務委員会議録第11号1頁）、山内おさむ（同第12号9頁）、辻恵（同第12号23頁）、松村龍二（第159回国会参議院法務委員会議録第15号3頁）の各議員による質問に対する答弁）。



規定が取材活動の妨げにつながりかねないなどとして、現在の法案には自由な取材・報道活動を制約する危険性が残っており、こうした懸念が国会審議を通じて払拭されることを希望するとした。また、日本新聞協会は、偏見報道を禁止する規定が法案に設けられなかったことを評価する一方で、裁判の事後的な検証を行うためには、裁判員等の守秘義務の範囲や期限が明確でないことや任務終了後にも守秘義務が課される点が問題であるとし、また、裁判員等の個人情報をもっとく明らかにしないのであれば、裁判の公正に対する社会の信頼は得られないとし、より踏み込んで、政府案の修正がなされることを要望するとした<sup>213</sup>。

第2回目の委員会審議となる6日の委員会にも、民主党所属委員は欠席した。

午前中は、森岡正宏（自民党）、桜井郁三、上田勇（公明党）の各委員が、野沢大臣や政府参考人に対して、質疑を行った（ただし、森岡委員は、改正刑事訴訟法案のみについて質疑を行った）。桜井委員は、裁判員を刑の量定に関与させる理由<sup>214</sup>、違憲審査への裁判員の関与の有無<sup>215</sup>、法令の解釈と訴訟手続に関する判断に裁判員が関与しないこととした理由<sup>216</sup>、法案8条の「独立してその職権を行う」という文言の意味<sup>217</sup>など、制度の説明を求める質疑を中心に行い、また、上田委員は、被告人が裁判官のみによる裁判を選択できるようにする必要性や裁判員の辞退理由を柔軟に認める必要性など、よりよい制度設計に向けた発展的な議論を行った。

被告人の裁判官のみによる裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の拒否権）の問題に関して、上田委員が、それを認める制度設計も一案ではないかと提案したのに対して、野沢大臣は、「司法制度改革審議会の意見の指摘するとおり、裁判員制度そのものが、個々の被

---

<sup>213</sup> 朝日新聞 2004年4月3日朝刊、読売新聞 2004年4月3日朝刊。日本新聞協会の見解については、新聞研究 634号（2004年）92-93頁に所収されている。

<sup>214</sup> 刑の量定が、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定に劣らず、国民の関心が高い問題であることから、司法に対する国民の理解と支持を深めるという制度の趣旨を生かすため、それに関与させることにしたという（野沢大臣の答弁、第159回国会衆議院法務委員会議録第10号6頁）

<sup>215</sup> 法令の違憲審査については、それが法案6条2項1号にいう「法令の解釈に係る判断」に当たるため、裁判員は関与しないという（山崎事務局長の答弁、第159回国会衆議院法務委員会議録第10号7-8頁）

<sup>216</sup> 法令の解釈に係る判断については、「専門的でかつ複雑な法律判断を要求される場合が多いこと」と、「法的安定性の見地から、裁判所間の判断の統一性が強く要請されること」から、また、訴訟手続に関する判断については、専門的で複雑な判断を要求され、かつ、裁判所間の判断の統一性も必要であるほかに、「迅速な対応を求められる場合も少なくないことから、裁判員が関与しないこととしたという（野沢大臣の答弁、第159回国会衆議院法務委員会議録第10号7-8頁）。

<sup>217</sup> 裁判の公正を確保するため、裁判員は、「法以外の何物にも拘束されず、他からの指示、命令、それから干渉、圧力を受けずに、みずからの判断に基づいてその職務を行う」という意味であり、裁判官が職権を独立して行使するということと同じ意味であるという（山崎事務局長の答弁、第159回国会衆議院法務委員会議録第10号7頁）

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ゆえ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体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」と答弁した<sup>218</sup>。

午後は、審議会の会長であり顧問会議の座長であった佐藤幸治近畿大学教授、検討会の委員であった清原慶子三鷹市長、本林徹日弁連前会長の3人を参考人とし、意見を聴取した後、早川忠孝、松島みどり（いずれも自民党）、漆原の各委員が質疑を行った。

この中で特に注目したい点は、審議会と顧問会議の座長を務めた佐藤参考人が、裁判員制度の設計について、国民の健全な社会常識が裁判に反映されることにより司法に対する国民の理解と支持が深まるという制度の趣旨、年齢の下限をはじめとする裁判員の要件と選任手続、対象事件、裁判官3人—裁判員6人とする合議体の構成（裁判官1人—裁判員4人とする小規模合議体についても）、違反に対する懲役刑をも認める守秘義務の規定などに関して、政府案を基本的には妥当であると評価している点と、「裁判員制度導入の文明的意義」として、「新しい公共的なもの、公共性の空間……を構築する必要がある」とあり、「裁判員制度の導入は、そのような方向に向けて我々が歩み出す象徴的かつ実際的な大きな一歩であるというように信ずる」と述べている点である<sup>219</sup>。清原参考人もまた、制度導入の意義、合議体の構成、参加する国民の視点から検討すべき論点（プライバシーの保護や、守秘義務とその違反に対する罰則）、メディアと裁判の公正、広報活動と施行時期などに関して、政府案を全面的に肯定した。また、日弁連の前会長である本林参考人が、法案における合議体の構成に関して、裁判員を6人とする点について、「国民の多様な意見を反映するために最低限必要な数字にはなっている」ということと、小規模合議体の場合、裁判官が1人となる点について、「裁判員制度における裁判官の役割が専門家としての知識経験を裁判員に提供することにより、必ずしも裁判官が三人必要ではないということが明確になっていくという点において評価し得るもの」と述べている点にも着目したい<sup>220</sup>。

7日の委員会にも、民主党所属委員は欠席した。質疑者は、与謝野馨（自民党）、漆原、

<sup>218</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第10号9頁。

<sup>219</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第10号13-14頁。また、佐藤参考人は、早川委員からの質疑に答えて、日本国憲法32条にいう「裁判を受ける権利」は、大日本帝国憲法24条におけるそれとは異なり、裁判所における裁判を指すものであり（日本国憲法32条にいう「裁判所」の英訳が courts であるのに対して、37条にいう「裁判所」の英訳が tribunal であることに言及したうえで、裁判官以外の者が「裁判所」に入っていることを前提としているようにも解しようとする）、「裁判体は職業裁判官でのみ構成されなければならないという要請は憲法上ない」とも述べている（19頁）。

<sup>220</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第10号17頁。本林参考人は、「裁判員制度の2つの大きな意義」として、審議会の意見書の総論部分を挙げたうえで民主主義的意義と、国民にわかりやすい司法の実現という意義を挙げた（16頁）。また、裁判員制度の施行について、5年を待たずに、「三年あれば十分ではないか」とも述べている（17頁）。

富田茂之（公明党）の各委員であった。

与謝野委員は、被告人には公正な裁判を受ける権利が憲法上保障されているが、裁判官による裁判を前提として憲法が制定されたと想像されるので、裁判官による裁判を受ける権利の選択権を被告人が憲法上有すると解すべきという見解について、政府に意見を求めた。これに対して、山崎事務局長は、審議会意見書の文言を引いたうえで、事実認定について陪審員のみにより判断される陪審制度では、被告人がプロの裁判官による裁判を受けるため、選択権が認められる一方、裁判官と参審員との協働により裁判がなされる参審制度では、選択権が認められていないとし、わが国の裁判員制度は後者に近いと、選択権を認めないものとしたと答弁した<sup>221</sup>。さらに、与謝野委員は、「うがった見方をすると、被告〔筆者注：被告人のこと〕の方に専門裁判官だけの裁判あるいは裁判員制度による裁判という選択権を与えると、みんな専門裁判官の方の裁判を選択して、裁判員制度自体が成り立たなくなる、戦前の陪審制度もだんだんみんなが使わなくなっちゃった、そういうことを危惧してこういう制度を採用されたのか」と問うと、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」、「戦前と同じような失敗〔筆者注：戦前の陪審制度では被告人の選択権が認められていたため、次第に制度が利用されなくなったこと〕を繰り返す可能性もある」と述べ、被告人に選択権を与えないこととした理由としては、前述の本質的かつ積極的な理由と、制度の不利用を回避するという消極的理由の2つがあることを認めた<sup>222</sup>。

また、日本国憲法19条が保障する思想・良心の自由との関係で、政令により、裁判員の選任を辞退する場合を認める規定を設けざるをえないとの与謝野委員の指摘に対して、山崎事務局長は、思想・良心を理由とする辞退は「ある程度狭く考えて」おり、具体的には、「人が人を裁くような制度……を許容しない」者の場合にはこれに当たるが、単に「ただ自分は人を裁きたくない」という者は「ただやりたくない」のであり、辞退は認められないと答弁した<sup>223</sup>。

そのほかに、与謝野委員は、裁判員は刑法7条1項にいう「公務員」に該当するので、その職務に関して賄賂を収受した場合は収賄罪が成立するとの樋渡利秋法務省刑事局長の

<sup>221</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第11号2頁。山崎事務局長は、参審制度において、参審裁判を「辞退を認めていないというのがもう世界的潮流でございまして、やはりポイントは、プロの裁判官も入って一緒にやっているというところにある」と述べる（同頁）。

<sup>222</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第11号2頁。被告人の選択権を認めないこととした理由は、どちらなのかという与謝野委員の問いに対して、山崎事務局長は、「両方の理由があったんだろうというふうに私は思っております」と答弁している（同頁）。

<sup>223</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第11号5頁。ただし、「どうしてもやりたくないというふうに頑強にこだわる方……は辞退事由には当たらないとしても、そのままでは本当に不公平な裁判をするおそれがあるという場合もございます。そういう場合には不選任を決定するということになりますし、あるいは、……両当事者から理由を付さないでお引き取りを願うという制度もございまして、そういう中でお引き取りを願うということもある可能性がある」とも述べている（同頁）。

答弁を引き出している<sup>224</sup>。

漆原委員は、主に改正刑事訴訟法案についての質疑を行ったが、しばしば裁判員制度と合わせて議論がなされた検察官の証拠開示の問題について深く掘り下げた。

富田委員は、小規模合議体と原則的な合議体との論理的整合性の問題を、山崎事務局長に対して尋ねた。与党の委員が、与党間の調整の結果として登場した小規模合議体の意義を、政治家である大臣にではなく政府参考人に対して尋ねている点が興味深い。富田委員は、まず、裁判員制度において、合議体を構成する裁判官の員数を3人とする理由を、自ら整理したうえで政府参考人に確認する形で答弁を引き出した。すなわち、現行の裁判制度の下で、重大事件を扱う法定合議事件や事実関係が複雑な裁定合議事件（裁判所の裁量で合議とすることができる）では、被告人の権利を守り、かつ、より慎重に判断することが裁判への信頼を確保するため必要であるため、現行では、裁判官3人による裁判が行われている。一方、裁判員制度においては、その対象事件が法定合議事件の範囲内で一定の重大な事件に限定されており、裁判員制度の対象とならない法定合議事件等との均衡を図るため、裁判官を3人とするのが適当である<sup>225</sup>。そして、富田委員は、それを前提とすると、裁判官を1人とし、裁判員を4人とする例外を設けることは、裁判官を3人とする原則論とは論理的に整合性を欠くと指弾した。これに対して、山崎事務局長は、小規模合議体で扱う事件についても、重大な事件であるため、公判前整理手続そのものは3人の裁判官により行われ、また、量刑の判断は裁判官1人だけでなく裁判員4人を加えてなされるので、複数の者による判断がなされるので、かかる批判は当たらないと答弁した<sup>226</sup>。

9日、民主党所属委員が、ようやく委員会審査に復帰した<sup>227</sup>。与党側の配慮により、野沢大臣が、裁判員法案と改正刑事訴訟法案の趣旨を再び説明した（すでに委員会での趣旨説明聴取は行われているので、重ねて行うことはできないため、大臣から発言を聴取するという形式で、実質的には二度目の趣旨説明が行われた）。

この日の質疑者は、小宮山洋子、山内おさむ、辻恵（いずれも民主党）、川上義博（グループ改革）、松島、漆原の各委員の6人であった。このうち、漆原委員は、改正刑事訴訟法案のみについて質疑を行った。

小宮山委員は、冒頭で、「百年に一度の司法制度の大改革、その柱となる裁判員制度、本格的な審議ということでございますが、とにかく審議時間をしっかりとって審議をしてい

<sup>224</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第11号5頁。

<sup>225</sup> この整理そのものは、富田委員によるものであるが、これに対して、山崎事務局長が「それはそのとおりでございます」と答弁していることから、実質的な答弁と読み替えても差し支えなからう（第159回国会衆議院法務委員会議録第11号8頁）。

<sup>226</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第11号8-9頁。そのほかに、富田委員は、他者の発言を借り、それに同意する形で、報道規制を行う必要性を主張した（9頁）。

<sup>227</sup> 民主党は、8日、政府の年金制度改革関連法案への対案を衆議院に提出し、これを機に、欠席していた委員会審議に復帰し、国会が正常化した（前掲注（207）95頁）。

ただきたい」と述べたうえで<sup>228</sup>、民主党が提出を予定している改正刑事訴訟法案と合わせて質疑を行うことを要望した。小宮山委員は、裁判員の参加しやすい環境整備（一時保育、デイサービス、辞退に代わる裁判員義務の延期制度の創設、特別の休暇制度の創設）、守秘義務とその違反に対する罰則<sup>229</sup>、報道機関による取材の制限と裁判の公正、裁判員制度下における法教育と研修などについて、質問を行った。特筆すべき質疑事項としては、裁判員の選任の際に、男女の割合を配慮すべきである（特に、DVなどの女性の立場に関わる問題については、配慮<sup>230</sup>が必要であるとする）との小宮山委員の要望に対して、山崎事務局長は、裁判員の選任は公正に抽出するものとし、性別、年齢構成、職業などのさまざまな要素について、事実上困難であり、かつ、平等を失するおそれがあることから、類型化を行わないと答弁したことが挙げられよう<sup>231</sup>。

<sup>228</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録12号1-2頁。

<sup>229</sup> 裁判員の守秘義務違反に対して罰則を設けることについて、裁判官の守秘義務違反に対して罰則が設けられていないこととの均衡が、制度設計の段階で、しばしば議論された。この問題に関して、小宮山委員の質問に対して、山崎事務局長は、裁判官には、裁判所法75条（評議の秘密について）と官吏服務規律（明治20年勅令第39号）4条（一般的な事項について）により、守秘義務が課されているが、違反に対する罰則が設けられていないことを認めた（ただし、山崎事務局長は、答弁においては、裁判所法の条文を挙げておらず、また、後者については、国会会議録上は「官吏服務規程」とあるが、これは官吏服務規律を指すと思われる）。そのうえで、裁判官は高度の職業倫理に基づき行動しようと期待され、また、弾劾裁判や分限裁判など、それを担保し義務違反を抑止する制度が設けられていることから、裁判官に刑罰が設けられていなくても、義務は履行されうると説明した（第159回国会衆議院法務委員会議録12号5頁）。なお、官吏服務規律はすでに失効しているが、昭和22年法律第121号（いわゆる国家公務員法の規定が適用せられるまでの官吏の任免等に関する法律）の規定により、国家公務員法の適用を受けない裁判官は、他の法律等に別段の定めがない限り、なお官吏服務規律の規定の例によることとなる（参議院議員秦豊君提出官吏服務規律の解釈と運用の実態等に関する質問に対する答弁書（第93回国会答弁書第2号）を参照）。

<sup>230</sup> 委員は「ジェンダーの視点」と述べているが、前後の文脈から、これは専ら女性の視点を意味すると思われる。具体的にどのような配慮が必要なのかは言及されていないが、おそらく、裁判員のうち一定員数（例えば、半数）について必ず女性を選任するという配慮か、あるいは、さらに踏み込んで、DV問題などに理解のない者（特に、男性）を排除すべきという配慮や、女性をより多く選任すべきという配慮であろうか。

<sup>231</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号2頁。山崎事務局長は、委員の望むような配慮は、当事者の理由を示さない不選任請求権の行使に委ねるべきものであると述べ（裁判所が、男女の割合を操作するのは不公平であり、当事者の選択に委ねるのが妥当であるとする）、わが国の現在の人口における男女比を考えれば、無作為で抽出した結果も、個々の場合では若干偏りがありうるものの、全体的には均等に抽出されると見込まれると付言した（2-3頁）。関連する議論として、「六名の裁判員にも老若男女をまぜて国民の多様性を確保す」べきと主張する山内おさむ（同第12号14頁）、男女の割合は同等が望ましく「少なくとも四対二ぐらいにとどめ」るべきと主張する泉房穂（同第13号10頁）、性別ごとに選任することは困難であるとしたうえで、女性の参加しやすい環境整備を求める千葉景子（第159回国会参議院法務委員会会議録第16号23頁）の各議員によるものがある。

山内委員は、在イラク邦人人質事件<sup>232</sup>について野沢大臣に質疑したが、この問題と議題である裁判員法案・改正刑事訴訟法案<sup>233</sup>との関係はまったく説明されなかった。「国民主義ないし民主主義と裁判員制度との関係について」という山内委員の質問に対しては、野沢大臣は、「委員ご指摘のとおり、この裁判員制度は、国民の感覚が裁判の内容に反映されることによりまして、司法に対する国民の理解と支持がより一層深まりまして、司法がより強固な国民的基盤を得ることができるという点で、大きな歴史的な意義を有する制度であると考えております」と答弁した<sup>234</sup>。この答弁は山内委員の質疑内容と必ずしもかみ合うものではなかったが、山内委員は、裁判員法案に前文を設けるべきであるとの主張へと展開することに急ぎ、その点をそれ以上追及しなかった。また、山内委員は、合議体の構成について、裁判官を1人とし裁判員を10人以上とすべきと主張したうえで、小規模合議体について、自民党と公明党との妥協により生まれたものであると論評し、裁判官1人—裁判員4人という数字の根拠を、山崎事務局長に尋ねた。山崎事務局長は、公訴事実に争いがなくそれほど大きな問題もない事件は、現行でも単独事件としており、裁判官1人で審理をすること自体は合理的であり、また、その場合、裁判員の員数は、合議体全体として奇数でなければならないため、2人か4人のいずれかとなり、より少なくない4人が妥当であると答弁した<sup>235</sup>。山内委員は、そのほかに、対象事件の範囲、補充裁判員の意義とその負担、評決要件（委員は、3分の2以上の特別多数決にすべきであるとする）などについて質問した。また、同一被告人につき複数の事件が起訴された場合の併合審理の問題についても言及がなされたが、この点については、詳しく議論されなかった<sup>236</sup>。

続いて質疑に立った辻委員は、「今本当に改正する必要がどこまであるのか、本当に真剣に徹底した議論がなされなければならない」と述べたうえで、政府に対して、立法目的と立法事実を明確にするよう求めた<sup>237</sup>。これに対して、山崎事務局長は、(1) 現行の裁判官のみによる裁判では国民が司法を理解しがたいこと（したがって、国民の司法に対する理解を増進する措置を講ずる必要があること）、(2) 裁判の迅速化等が要請されること、(3)

<sup>232</sup> 2004年4月8日に、何者かが、イラクにおいて、邦人3人を誘拐し、日本政府に対して、イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法に基づき、同国内で人道復興支援・安全確保支援活動を行っていた自衛隊の部隊の撤退を要求した事件。その後、人質となった邦人3人は、15日に解放された。

<sup>233</sup> なお、国政調査（衆議院法務委員会では、「裁判所の司法行政、法務行政及び検察行政、国内治安、人権擁護に関する件」として、参議院法務委員会では、「法務及び司法行政等に関する調査」として、それぞれ扱われる）は議題とされていなかった。

<sup>234</sup> 山内委員は、「裁判官と裁判員、国民で全く新しい仕組みをつくらうという思い」であるにもかかわらず、既存の刑事司法制度に裁判員が加わるという印象を受けてしまうとして、裁判員の「参加」という文言を改めるべきであるとも主張している（第159回国会衆議院法務委員会議録第12号9-10頁）。

<sup>235</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号13頁。

<sup>236</sup> その後、参議院法務委員会で、江田五月委員が、併合審理の問題を取り上げるが、そこでも議論は深まらなかった（第159回国会参議院法務委員会議録第15号11頁）。

<sup>237</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号18頁。

公判前整理手続を設けることの3点を立法目的として挙げた。しかし、「現状の刑事裁判が、それ〔筆者注：裁判員制度のこと〕を導入しなければ解決されないほど金属疲労を起している」（辻委員による発言）というような立法事実は認められず、現在の司法制度は「基本的には……国民の信頼は得ている」との認識を示した<sup>238</sup>。さらに、辻委員は、裁判員裁判を受ける被告人の権利保障の観点から検討を求めたり、取調べ状況の可視化や弁護人立会い権等に関する今後の検討方針を確認したり、日本国憲法は裁判員制度のような国民の司法参加の制度を要請していないという山崎事務局長の答弁<sup>239</sup>を引き出すなどした。

川上委員は、国民が裁判員となることを拒否することができない点について、裁判員制度を「現代版徴兵制、徴用制」と指弾し、制度発足当初は、裁判員としての参加は国民の意思にかからしめるよう主張した<sup>240</sup>。

松島委員は、裁判員制度の導入は憲法に違背するものではないので、憲法改正を要しないとの野沢大臣の答弁を引き出した<sup>241</sup>ほか、制度運用に関する具体的な諸問題について尋ねた。

衆議院法務委員会は、12日、中川英彦京都大学大学院法学研究科教授（住商リース株式会社顧問）、高井康行弁護士、企画プロデューサーの近藤晋氏、市民の裁判員制度つくろう会運営委員の敷田みほ氏の4人を公述人とし、公聴会を開催した。このうち、第7回検討会で日本経団連の推薦で意見陳述を行った経験をもつ中川公述人は、世論調査の結果によれば、一般の国民は裁判員制度に対してきわめて消極的であるが、そのような現実を十分に踏まえて制度設計や運用を行うべきであると主張した。検討会の委員であった高井公述人は、裁判員制度が国民に重い責務を負担させるものであることと、裁判に対する国民の信頼を維持しなければならないものであることを強調しつつ、検討会での議論状況や、裁判員制度導入によって期待される効果について、簡潔に説明した。2003年に日弁連が作成した裁判員制度のビデオドラマ<sup>242</sup>の制作に関与した近藤公述人は、裁判官の員数を少なくし、裁判員が発言しやすい環境を整備するよう主張した。敷田公述人は、出頭義務違反と

<sup>238</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号20頁。さらに、その後、辻委員が裁判員法案の立法事実を追及した際には、山崎事務局長は、「やはり一部の事件に関しては極めてその事件の時間がかかるということ、あるいは、……こういう結論でいいのかという、いわゆる国民から見たときに首をかしげるもの〔筆者注：刑事事件に対する裁判所の判決のこと〕も出てくることもあ」り、「こういうことをやっていると、やはり司法というのはだんだん国民から遠い存在になってしまう」ので、それを解消するために「国民にも、参加して、自分たちでもやった裁判だ、そういうことで納得してもらおう」と考え、「立法事実は現にある」との見解を示した（同第13号18頁）。

<sup>239</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号23頁。

<sup>240</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号25頁。

<sup>241</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第12号27頁。もともと、野沢大臣は、憲法を改正する際には、裁判員制度について規定を設ける必要性を認めた（同頁）。

<sup>242</sup> 『裁判員～決めるのはあなた』（日本弁護士連合会＝企画・著作、東北新社クリエイツ＝製作）。

守秘義務違反の罰則の撤廃を強く求めたが、合議体の構成に関する主張<sup>243</sup>はあまり強調しなかった。公述人に対する質疑者は、下村、山際大志郎（自民党）、上田、佐々木秀典（民主党）、小林千代美の各委員であった<sup>244</sup>。

13日の委員会は、与党委員は質疑せず、すべて民主党委員（山内、泉房穂、辻、鎌田さゆりの各委員）による質疑であった。

まず、山内委員が、より多くの国民が裁判員として参加できるようにすべきという見地から、裁判員の欠格事由、就職禁止事由及び辞退事由について再考を求め、次に、泉委員が、育児・介護の補助など、国民が裁判員として参加しやすい環境整備などについて、配慮を求めた<sup>245</sup>。

その後、辻委員が、裁判員制度導入の意義について、政府に対して厳しく問いただした。辻委員は、そもそも審議会意見書にいう国民の統治客体意識から統治主体意識への転換という理念に疑問を呈し<sup>246</sup>、刑事被告人の権利利益の保護という観点からの再検討を求めた。

最後に、鎌田委員が、公判前整理手続について尋ねた。

なお、新聞報道によれば、同日、民主党の法務部門会議では、裁判員の守秘義務を担当事件の判決確定時までとすること、守秘義務違反に対する罰則から懲役刑を削除すること、守秘義務の範囲を狭めること（裁判員本人の意見や評決における賛否の数の公表を認める）、裁判員を辞退できる「やむを得ない事由」を政令で定める規定を削除すること、裁判員の参加しやすい環境を整備する努力義務を国に課す規定を設けることなどの修正を要求することを決めたという<sup>247</sup>。

---

<sup>243</sup> 敷田公述人の所属する市民の裁判員制度つくろう会とは、裁判員制度の立法化作業に対する提言を行い、市民の声を反映させ、市民の裁判員制度を実現することと、裁判員制度を市民の参加しやすい制度にするため、世論を喚起することを目的とする市民団体であり（同会規約1条）、裁判員制度の設計については、(1)立法作業に市民の声を反映させること、(2)裁判員の数を、少なくとも裁判官の3倍以上とすること、(3)直接主義・口頭主義を貫くこと、(4)市民にわかりやすい言葉で裁判をすることの4つを主張していた。

<sup>244</sup> 第159回国会衆議院法務委員会公聴会議録第1号。

<sup>245</sup> 法案14条3号の「心身の故障のため裁判員の職務の遂行に著しい支障がある者」について、山内委員と泉委員による質疑に対して、山崎事務局長は、心身に障害をもつ者のうち、裁判員の職務の遂行に著しい支障があると認められる場合のみを指すと答弁した（第159回国会衆議院法務委員会議録第13号10頁）。なお、このような欠格事由を設ける趣旨は、被告人の権利保障を含めた裁判の公正を確保するためである（第159回国会参議院法務委員会議録第17号（その1）3頁）。

<sup>246</sup> 裁判に国民を参加させることにより、国民の統治能力を高め、そして、国家の統治能力を高めるという効果を狙ったものはないかとの辻委員の質問に対して、統治能力を高めるという意図ではなく、「裁判に国民の感覚を導入して、投影して、納得のいく裁判にしよう」ということで、これは統治をするという意識ではない」との山崎事務局長の答弁がある（第159回国会衆議院法務委員会議録第13号15頁）。

<sup>247</sup> 読売新聞2004年4月14日朝刊。



14日の委員会では、冒頭で、野沢大臣から、総合法律支援法案の趣旨説明が行われ、委員会では、この日以降、総合法律支援法案も一括して議題とされることとなった。

午前中は、政府に対する質疑が行われた前回と同様、質疑者はすべて民主党委員（小林、辻、松野信夫の各委員）であり、主に改正刑事訴訟法案について、質疑が行われた。裁判員法案に関しては、松野委員が、評決の際、有罪とする意見が裁判官または裁判員のいずれか一方である場合（双方の意見を含まない場合）には、検察官の立証が不十分であるといえるので、被告人は無罪となるという山崎事務局長の答弁を引き出している<sup>248</sup>。委員の質問の意図は、裁判官全員が無罪の意見で、裁判員全員が有罪の意見であるときに、被告人が無罪とされることの是非であったが、期せずして、法案67条1項の規定の解釈に関して、構成裁判官及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らなければならないとされるのは、犯罪の証明があったという判断についてであるという政府の見解が明らかになった<sup>249</sup>。

午後は、井上正仁東京大学大学院法学研究科教授、滝鼻卓雄読売新聞東京本社代表取締役

<sup>248</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第14号19頁。

<sup>249</sup> 裁判員法67条1項は、「前条第一項の評議における裁判員の関与する判断は、裁判所法第七十七条の規定にかかわらず、構成裁判官及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る」と定めるが、この規定の解釈をめぐって、例えば、裁判官3人が有罪であるという意見を、裁判員6人が無罪であるという意見を述べたときや、裁判官3人と裁判員1人が有罪であるという意見を、裁判員5人が無罪であるという意見を述べたとき、合議体全体としては無罪の意見が過半数であるが、多数意見に裁判官が入っていないため、どのような判断がなされるのかについて、法成立後も議論が分かれていた（裁判官3人が無罪であるという意見を、裁判員6人が有罪であるという意見を述べたときや、裁判官3人と裁判員1人が無罪であるという意見を、裁判員5人が有罪であるという意見を述べたときも、合議体全体としては有罪の意見が過半数であるが、多数意見に裁判官が入っていないため、同様の問題を生ずる）。その後、「条文をそのまま読むと、無罪が過半数でも裁判官の意見が含まれないので、無罪にも有罪にもならず評議は成立しない。だれかが意見を変えるまで評議を続けることになる」との見解（高山俊吉弁護士による、東京新聞2007年7月15日朝刊）が主張されるようになり、2007年7月ごろから、この規定の解釈がしばしば議論されるようになったが、すでに国会審議の時点で政府の見解は示されていた。なお、その後、法務省は、2007年7月10日、同省のウェブサイトにおいて、「一般に、刑事裁判においては、犯罪の証明があったと認められる場合に有罪とされ、その証明があったとは言えない場合に無罪とされますので、判断の対象となるのは、犯罪の証明があったかどうかということになります。……裁判員法67条1項の規定により、構成裁判官及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らなければならないとされるのは、この犯罪の証明があったという判断についてなのです」としたうえで、裁判官3人と裁判員1人が有罪であるという意見を、裁判員5人が無罪であるという意見を述べた場合には、犯罪の証明があったとは認められず、被告人は無罪とされるべきであるとの見解を示した（「裁判員裁判における有罪・無罪の評決について」<http://www.moj.go.jp/SAIBANIN/info/room/01.html>）。最高裁も、裁判員制度の広報用ウェブサイト中の「裁判員制度Q&A」においても、「意見が一致しなかったら評決はどうなるのですか。」として、同様の解説（ただし、ここでは、裁判官3人と裁判員1人が無罪の意見を、裁判員5人が有罪の意見を述べた場合についてのものである）を行う記事を追加している（[http://www.saibanin.courts.go.jp/qa/c4\\_8.html](http://www.saibanin.courts.go.jp/qa/c4_8.html)、更新日は不明）。

役社長、尾崎純理日弁連司法改革特命嘱託、木船一郎日本新聞協会人権・個人情報問題検討会幹事（日本経済新聞編集局次長）の3人を参考人とし、質疑が行われた。衆議院法務委員会では、すでに6日に参考人質疑が行われており、公聴会も開催されていたにもかかわらず、2度目の参考人質疑が行われたのは、参考人質疑に民主党委員が欠席したことへの与党側の配慮があったためであろう。そこで、参考人の人選としては、先の参考人質疑における佐藤参考人と清原参考人に代わる者として、審議会や検討会での議論を説明するべく、審議会委員であり検討会座長でもあった井上参考人を、また、有力な利益団体の1つである日弁連の主張を聴取するため、同じく前会長の本林参考人に代わる者として、前副会長の尾崎参考人を据えたものと考えられる。また、裁判員等に対する接触の規制などの問題を議論するため、司法記者の経験をもつ滝鼻参考人と、日本新聞協会を代表して木船参考人が招致されたものと思われる。

裁判員法案に関して、井上参考人は、検討会での議論を踏まえたうえで、合議体の構成と、守秘義務の意義、範囲及びその違反に対する罰則に関して、政府案を支持したうえで説明した。滝鼻参考人は、裁判員制度の導入の意義を評価したうえで、裁判員の辞退事由（参考人は、政令に委任するのではなく、法律に定めるべきであり、また、裁判官の裁量に過度に委ねるべきではないとする）、審理の充実、裁判員制度とメディアとの関係などについて、要望を行った。尾崎参考人は、司法改革特命嘱託という役職は、司法制度改革に関する法律案の成立に協力するため、通常国会終了時までを任期として設けられた任務であると説明したうえで、日弁連としては、裁判員法案について、「必要な修正を経て成立させていただきたいと考えて」いるとの見解を示した<sup>250</sup>。また、木船参考人は、以前に招致した土屋美明参考人とは異なり、日本新聞協会の立場からの意見であることを明示したうえで、(1) 守秘義務の範囲が明確でなく、期間も限定されておらず、裁判員としての経験を話せなくなり、裁判の事後的な検証ができなくなる点、(2) 裁判員の個人情報が公開されない点、(3) 裁判員等に対する接触の規制とその違反に対して罰則があるため、実質的な取材が困難になるおそれがある点について、配慮を求めた<sup>251</sup>。

参考人に対しては、森岡、富田、小宮山、佐々木の各委員が質疑を行った<sup>252</sup>。

なお、新聞報道によれば、同日、民主党の「次の内閣」が、正式に、裁判員の守秘義務を担当事件の判決確定時までとすること、守秘義務違反に対する罰則から懲役刑を削除すること、守秘義務の範囲を狭めること（裁判員本人の意見や評決における賛否の数の公表

<sup>250</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第14号22頁。

<sup>251</sup> 一方、滝鼻参考人は、裁判員に接触することによりもたらされる不利益と、報道する利益との「利益衡量的問題」と述べた（第159回国会衆議院法務委員会議録第14号22頁）。

<sup>252</sup> なお、同日の法務委員会は、休憩を挟み、さらに国政調査に関する件を議題とする一般質疑が行われた。

を認める)、裁判員を7人とすることなどの修正を要求することを決めたという<sup>253</sup>。もっとも、このうち、裁判員を7人とすべきという主張は、国会審議において、民主党議員からなされることはなかった。

16日の委員会では、衆議院厚生労働委員会の審議のあり方を理由に、民主党が、再び審議を拒否し始めた<sup>254</sup>。質疑者は、杉浦正健（自民党）、左藤章（自民党）、上田の各委員の3人であったが、そのうち、杉浦・上田両委員は、専ら総合法律支援法について質疑を行った。裁判員制度に関するものは、守秘義務と裁判員等に対する接触の規制に関する左藤委員の質疑のみであった。この日の委員会は、午前9時37分に開議し、10時27分に休憩に入り、その後、会議は流会した<sup>255</sup>。

民主党が審議に復帰するのは、4月20日の委員会であった。この日の委員会で、民主党が、(1)保釈請求があったときは、被告人が罪証を隠滅すると疑うに足りる十分な理由があるときなどを除いては、これを許さなければならないものとする、(2)被疑者の取調べ等の際の弁護人の立会いを認める、(3)被疑者の供述や取調べ状況の録音・録画を行う、(4)弁護人の立会いや取調べ状況の録音・録画なしになされた取調べにおける自白は、証拠とすることができないものとするなど内容を内容とする改正刑事訴訟法案（民主党案）を国会に提出し、これは、同日、衆議院法務委員会に付託された。

20日の委員会では、提案者の1人である河村たかし衆議院議員（民主党）が法案の趣旨説明を行った後、小宮山委員が、趣旨説明に対する質疑という形で、民主党案が政府案よりも優れていると主張した。

辻委員が議員として民主党案の提案者に名を連ねたことから、辻委員は、質疑者としての立場だけでなく、民主党案に対する質疑への答弁者としての立場をもつことになったところ、与謝野委員は、辻委員が裁判員制度に反対しているのではないのかと問いただす場面もあった。与謝野委員は、民主党案が可視化に固執するあまり、真実発見の障害が生じ、かつ、かえって被告人の権利保障を害する点があるなど、その刑事手続上の問題点を逐一指摘した。

そのほか、泉委員が総合法律支援法案に関する質疑を行った<sup>256</sup>。

<sup>253</sup> 読売新聞 2004年4月15日朝刊。別の報道によれば、民主党は、施行期日を公布後3年以内に短縮すべきとする修正要求も挙げていたという（朝日新聞 2004年4月14日朝刊、読売新聞 2004年4月21日朝刊も同旨）。

<sup>254</sup> 15日の衆議院厚生労働委員会理事懇談会で、民主党は、中央社会保険医療協議会をめぐる汚職事件を受けて、委員会で集中審議を行うよう求めたが、与党側がこれを受け入れず、厚生労働委員長が、年金制度改革関連法案の審議を続けることを職権で決めたため、民主党は、社民党とともに、衆議院の全委員会での審議を拒否することに決めた（前掲注（207）98頁）。

<sup>255</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第15号。

<sup>256</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第16号。

21日の委員会では、下村、左藤、桜井、漆原ら各与党委員は、裁判員法案などとともに議論となっている総合法律支援法案について、質疑を行った。一方、辻委員は、午前中の委員会では、安倍晋三自民党幹事長の選挙運動用はがきの推薦人に（国立大学法人化する以前の、国家公務員である）国立大学の教授が名前を出しているという報道を受けて、その是非をめぐる議論に時間を費やし、また、中井洽委員（民主党）は、イラクへの自衛隊派遣を批判した後、野沢大臣と実川幸夫法務副大臣の国民年金の加入状況を問いただした<sup>257</sup>。

裁判員法案に関しては、中井委員から、周知期日を5年とする法律の特異性、裁判員制度実施までのタイムスケジュール、補充裁判員を最大6人とするものの要否（委員は、6人は多すぎるとする）、評決において裁判官及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るものとしたことの是非<sup>258</sup>、裁判地の変更を認める必要性<sup>259</sup>などについて<sup>260</sup>、山内委員から、裁判員制度下での被疑者・被告人の調書の取扱いについて、それぞれ質疑がなされた。

各委員による質疑が終わった後、柳本委員長が、裁判員法案及び2件の改正刑事訴訟法案についての質疑の終局を告げた<sup>261</sup>。

衆議院法務委員会で質疑が展開している一方で、与党と民主党とが、裁判員法案と改正刑事訴訟法案（政府案）の修正に関して妥協点をみつけるべく、非公式の議論を断続的に行っていた。新聞報道によれば、民主党は、20日の時点で、裁判員法案に関して、後述の3点について修正を行うことで、与党と合意したという<sup>262</sup>。そして、民主党は、20日に提出した改正刑事訴訟法案を取り下げることなく、裁判員法案に対する修正案と、改正刑事訴訟法案（政府案）に対する修正案を与党と共同で提出することになる。

<sup>257</sup> この日の委員会の議題には国政調査は含まれていなかったが、これらが、議題である裁判員法案などとのように関係があるのかは、委員からは合理的な説明がなされなかった。

<sup>258</sup> これに対する、野沢大臣の「裁判官がどちらか一つ、〔筆者注：評決の際の多数意見の〕判断の中に三人のうち一人は入っていると言うことで憲法上の問題もクリアできます」との答弁に注目したい（第159回国会衆議院法務委員会議録第17号29頁）。裁判員の参加する裁判の評決において、裁判官が少なくとも1人以上加わった多数の意見により判断が決められれば、憲法上の問題が生じないということであるから、法務大臣は、裁判官がまったく賛成しない裁判員のみによる多数意見により判断が決められれば、憲法上の問題が生じると解していると考えられる。

<sup>259</sup> 野沢大臣は、裁判員裁判においても、刑事訴訟法17条1項2号の適用があることを認めた（第159回国会衆議院法務委員会議録第17号29頁）。

<sup>260</sup> そのほかに、野沢大臣に対する、裁判への関与や傍聴の経験の有無や、刑事司法制度全体への所感に関する質疑もあった。

<sup>261</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第17号。総合法律支援法案に対する質疑は終局していない。

<sup>262</sup> 朝日新聞2004年4月21日朝刊、読売新聞2004年4月21日朝刊、同22日朝刊。

23日、裁判員法案に対し、(1) 裁判員等に対する接触規制に係る保釈等の取消事由について、「接触すると疑うに足りる相当な理由があるとき」とする原案を「接触したとき」に変更し、(2) 裁判員等による守秘義務違反（秘密漏示罪）に対する罰則の上限を1年以下の懲役から6月以下の懲役に引き下げ、裁判員等であった者に対する罰則は、金銭対価を得るなどの悪質な場合を除き、罰金刑に限定し、(3) 裁判員の参加する裁判の円滑な運用のために必要な環境を整備する国の努力義務を課す規定、施行後3年を経過した場合の見直し規定を附則に設けることの3点を内容とする修正案が、また、改正刑事訴訟法案（政府案）に対し、開示証拠の目的外使用の禁止規定に違反した場合の措置について、被告人の防御権を踏まえ諸事情を考慮する旨の規定を設けることなどを内容とする修正案が、自民党、民主党及び公明党の共同提案により、衆議院法務委員会に提出され、佐々木・漆原両委員が趣旨説明を行った。

衆議院の所属議員数が少ない共産党と社民党は、法務委員会の委員不在会派であったため、自民党、民主党及び公明党の3会派が合意をすれば、もはや賛否の意思表示をする必要はなかった。3法案と2修正案について、討論はなされず、そのまま採決に付された。まず、改正刑事訴訟法案（民主党案）が、起立少数で否決すべきものと決せられ、次に、裁判員法案に対する修正案が、起立総員で可決され、修正案を除く原案も、起立総員で可決すべきものと決せられた。その後、3会派共同提案により、(1) 制度の細目を定め、制度を施行するにあたっては、守秘義務の範囲の明確化や裁判員にわかりやすい立証・説明等の工夫等、円滑で、制度の趣旨が活かされる運用となるよう、国会における論議を十分に踏まえること、(2) 国民の理解を得て、国民が自ら進んで裁判員として刑事裁判に参加してもらえよう、制度の趣旨・内容の周知活動を十分に行うよう努めること、(3) 裁判員制度の円滑な実施のため、必要な予算の確保を含め、本法施行前における準備を十分に行うことの3点について、格段の配慮をすることを政府及び最高裁に求める附帯決議が、起立総員で付された<sup>263</sup>。最後に、改正刑事訴訟法案（政府案）の修正案が、起立総員で可決すべきものと決せられ、修正案を除く原案も、起立総員で可決すべきものと決せられた。取調べ状況の可視化の問題などについては、同法案に対して、3会派共同で提案され、起立総員で付された附帯決議で触れられることとなった。

3法案は、23日午後の衆議院本会議に緊急上程され、委員長報告の後、討論もなく、採決され、改正刑事訴訟法案（民主党案）は起立少数で否決、裁判員法案は異議なし採決により修正議決、改正刑事訴訟法（政府案）は起立多数で修正議決された<sup>264</sup>。

本会議終了後、河野洋平衆議院議長は、直ちに、修正議決された2法案を参議院に送付した。

なお、日本雑誌協会は、裁判員法案が衆議院で可決された23日、「新たなメディア規制

<sup>263</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第19号2頁。

<sup>264</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第27号。

を促し、憲法に抵触する法案」として、「嚴重に抗議する」とする緊急声明を公表した<sup>265</sup>。

## 20 参議院での議論

2004年4月28日午前10時に開議した参議院本会議では、野沢大臣が趣旨説明をした後、法案に対して、民主党を代表して江田五月参議院議員（民主党）が、公明党を代表して木庭健太郎参議院議員（公明党）が、共産党を代表して井上哲士参議院議員（共産党）が、それぞれ質問した。

江田議員は、わが国の裁判の現状に対して国民は満足しているか否か（議員は、裁判が遅く、裁判所が不親切で、法曹が国民から縁遠く、官僚的な司法であるから、大いに不満であると述べる）、司法制度改革に対して内閣がどのような姿勢をとってきたか（そして、今後、どのような態度をとるのか）、裁判員の参加する裁判の評決は全員一致の結論を得るよう努力すべきと考えるか、取調べ状況の可視化など、制度上・運用上の工夫は十分か、守秘義務の範囲を限定すべきではないかなどについて、野沢大臣に質問した。合議体の構成については、江田議員は、民主党が「裁判官に比べて裁判員の数を圧倒的に多くし、しかも評決には特別多数決を要する」とすべきと主張してきたことを述べ、政府案を了承したものの、「実は心配なのです」と述べるにとどめた<sup>266</sup>。

木庭議員は、裁判員制度の導入の意義、対象事件<sup>267</sup>、合議体の構成、裁判員の辞退事由を政令に委任する理由、裁判員にとって迅速でわかりやすい裁判にするための手続上の配慮、国民の理解と参加意識の向上のための方策などについて、野沢大臣に質問した。

井上議員は、わが国の刑事裁判の現状（議員は、有罪率の高さを問題視している）や政府案における裁判員の位置づけ（議員は、「裁判員は裁判官のお手伝いをするような制度」であるという<sup>268</sup>）などについて質問したうえで、裁判官1人—裁判員9人とすべきとする共産党の主張を説明したうえで、裁判員を裁判官の3倍以上とすべき、取調べ状況の可視化と検察官手持ち証拠の開示を進めるべき、守秘義務の範囲を限定し、その違反に対する罰則から懲役刑を削除すべき、休業補償制度を整備すべきなどと主張した。共産党は、衆

<sup>265</sup> 朝日新聞 2004年4月24日朝刊。なお、日本雑誌協会は、裁判員法案が参議院で可決され、成立した5月21日にも、「あまりの拙速な審議に驚きを禁じ得ない」とし、「抜本的修正、もしくは全面的な見直しをはかるべき」とする抗議声明を出している（朝日新聞 2004年5月22日朝刊）。

<sup>266</sup> 官報号外第159回国会参議院会議録第19号（その1）12頁。

<sup>267</sup> 裁判員裁判の対象事件を重大犯罪とした理由について、野沢大臣は、裁判員制度の円滑な導入のためには対象事件を限定する必要がある、その範囲については、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい重大事件とすることが相当であると考えたためであると答弁した（官報号外参議院会議録第19号（その1）15頁、同趣旨のものとして、4月9日の衆議院法務委員会での山内委員に対する野沢大臣の答弁（第150回国会衆議院法務委員会会議録第12号10頁））。

<sup>268</sup> 官報号外第159回国会参議院会議録第19号（その1）16頁。

議院では政府案に賛成していながら、参議院での審議では、すでに決着がついた問題であるはずの合議体の構成などに関して、なおも自説を主張した。

ところで、参議院で裁判員法案が審議されている一方で、同日の午前から開議していた衆議院厚生労働委員会では、年金制度改革関連法案の審査が行われていたが（午後は、小泉純一郎内閣総理大臣が出席したうえでの締括り総括質疑であった）、野党委員が欠席したり、出席するも質疑を中断するなどして、会議は混乱した。厚生労働委員会では同法案の採決を行い、可決すべきものと決せられたが、これにより与野党の対立が決定的になったところ、さらに、同日、福田康夫官房長官など4閣僚に加え、菅直人民主党代表にも国民年金保険料の未納期間があったことが判明し、年金制度改革をめぐる混乱が激化した。

事態の收拾を図るため、連休明けの5月6日、自民・公明・民主の3党は、両院の厚生労働委員会に小委員会を設置し、年金制度改革関連法案の附則の修正を行うことなどで合意し、11日、同法案は、衆議院本会議において修正議決され、国会は正常化した<sup>269</sup>。

5月11日、参議院法務委員会では、4月28日の本会議終了後に付託された裁判員法案の趣旨説明が野沢大臣により、衆議院における修正部分の説明が佐々木秀典衆議院議員により、それぞれ行われ、質疑に入った。質疑者は、松村龍二（自民党）、江田五月、岩井國臣（自民党）、角田義一（民主党）、木庭健太郎、井上哲士の各委員であった。

松村委員は、裁判員制度の導入の意義、諸外国の陪審制度・参審制度の概要とそれらと裁判員制度との相違点、裁判員制度の憲法適合性、国民の理解を得るために政府が努力する必要性、裁判の迅速化のための方策、合議体の構成<sup>270</sup>、対象事件（一定の事件に限定した理由と、適用除外規定を設けた理由）、裁判員の選任方法（選挙人名簿からの無作為抽出とした理由）、裁判員になることを法律上の義務とした理由<sup>271</sup>、評決の要件（過半数とした理由と、裁判官と裁判員の双方の意見を含むものであることを要するとした理由）、評議において裁判員が十分に意見を述べられるようにするための配慮、国民の負担が過重なものにならないようにするための手当て、裁判のための有給休暇制度を設けることの是非、法

<sup>269</sup> 前掲注（207）102-103頁。

<sup>270</sup> 裁判官3人—裁判員6人の合議体では、裁判員が実質的に審理に参加できないのではなにかという指摘に対しては、山崎事務局長は、裁判員の員数が裁判官のその2倍であること、最終的な判断は裁判員の意見を含む過半数の意見によるとされていること、裁判長は裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職務を十分に果たすことができるように配慮しなければならないとする規定を置いていることから、裁判員の実質的な関与は十分に期待できると答弁している（第159回国会参議院法務委員会会議録第15号5頁）。

<sup>271</sup> 山崎事務局長は、裁判員はできるだけ幅広い層の国民の中から選任される必要があるが、その要請を制度的に担保するため、また、国民の負担を平等なものにするため、法律上の義務としたと答弁したうえで、もし法律上の義務としない場合、希望者のみが裁判員となる制度になるが、それでは、選任される裁判員の資質や考え方に偏りが生ずることも懸念されると述べた（第159回国会参議院法務委員会会議録第15号5頁）。

案 71 条（平成 19 年法改正後の 100 条）の不利益取扱禁止規定の法的効果<sup>272</sup>、労働者が裁判員の職務を行いやすくするために企業や社会の裁判員制度への理解を得る必要性、裁判員等の個人情報の保護のための手当、裁判員等に対する接触の規制などについて、質疑した。

江田委員は、質疑時間の多くを、民主党代表の年金保険料未納問題の弁解と、野沢大臣の年金保険料未納期間の有無の質問にあてた。これらが議題とどのように関係があるのかは、委員からは合理的な説明がなされなかった。同一被告人に複数の事件が起訴された場合の併合審理の問題についての江田委員の質疑に対して、山崎事務局長は、この問題については、検討会において結論を出すに至らなかったため、「この法案、御承認をいただいた後、この点についても継続して検討を続けていかざるを得ないだろうという認識を持っている」、「その施行の前に必要であるということで法改正が必要であれば、それもやらざるを得ないだろうという認識は持っている」と答弁した点には注目したい<sup>273</sup>。この問題は、その後、裁判員法が制定された後、2007 年 5 月、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律（平成 19 年法律第 60 号）により、裁判員法が改正され、部分判決制度<sup>274</sup>が創設され、立法的に解決することになるが、制定時点では未解決の問題を残したまま法案が提出され、提出者自身も法律の施行までに改正が必要であることを認知している点で、裁判員法は、きわめて特異な立法であるといえよう。そのほかに、制度の導入が捜査過程にもたらす副次的効果（委員は、わが国の刑事裁判が、自白と供述調書等に過度に依存しており、捜査が密行で行われている点が問題であると指摘したうえで、裁判員制度の導入に伴いその点を改めるべきであるとし、取調べ状況の可視化を求めた）、裁判員制度の導入に向けての最高裁の対応、裁判員制度に対する啓発活動のあり方、日弁連が作成したビデオドラマ『裁判員』の野沢大臣等の視聴の有無<sup>275</sup>、裁判員制度に関する予算の

<sup>272</sup> 山崎事務局長は、労働者が裁判員としてその職務を行うことについては、労働基準法 7 条の適用があり、労働時間中であっても裁判員の職務に必要な時間は職場を離れうることを確認したうえで、法案 71 条（平成 19 年法改正後の 100 条）については、この規定に違反する法律行為や業務命令は、民事上無効になり、労働者が業務命令に従わない場合でも、就業義務違反にならず、雇用契約上の債務不履行責任が生じないと答弁している（第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 6 頁）。

<sup>273</sup> 第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 11 頁。

<sup>274</sup> 裁判員の負担に関する事情を考慮し、その円滑な選任と職務の遂行を確保するため特に必要があるときは、併合事件の一部につき区分審理決定をし、区分事件の審理をする合議体が部分判決をしたうえで、その余の事件と併合事件全体についての審理・判決をする制度である。部分判決制度については、江口和伸「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律」について」刑事法ジャーナル 9 号（2007 年）88 頁、隄良行「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律の概要」ジュリスト 1342 号（2007 年）154 頁、長沼範良「部分判決制度の意義と課題」ジュリスト 1342 号 146 頁などを参照。

<sup>275</sup> 野沢法務大臣、実川法務副大臣、中野清法務大臣政務官、樋渡利秋法務省刑事局長及び横田尤孝法務省矯正局長は、見ていないとの回答を、山崎事務局長及び大野市太郎最高裁判所事務総局刑事局長（最高裁判所長官代理者）は、見ているとの回答を、それぞれ行っ



確保に対する覚悟、公判前整理手続と起訴状一本主義との関係などについての質疑があった。

岩井委員は、「私、今回の裁判員制度に必ずしも反対というわけではないんですけれども」と断ったうえで、「果たして我が国の現状においてこういう制度がいいのかどうか、かなり素朴な疑問をもっております」と述べ、裁判員制度がわが国の伝統ないし国民性に適合するかや、制度を導入する社会的必然性があるかなどについて質した<sup>276</sup>。

裁判員制度の導入の意義についての質疑を通じて、「国民の司法参加による公共精神の養成という面もあると思」うとの岩井委員の発言（委員は、それが制度導入の副次的な意義であると理解しているとする）に対して、山崎事務局長は、「ただいま御指摘のように、国民に刑事裁判の過程に直接参加をしていただくことによって、社会秩序やあるいは治安、あるいは犯罪の被害者や人権といった問題ですね、こういう問題、国民一人一人にもかわりがある問題だと考えていただく契機になるということでございまして、正にそれは副次的なものであるという理解でございます」と答弁した<sup>277</sup>。裁判員制度の副次的意義として、この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ということが挙げられると政府参考人によって明確に答弁された点は、後述する議論との関係で、特に注目に値する。

また、裁判員制度が裁判官職権行使の独立の原則（日本国憲法 76 条 3 項）に違反するか否かについては、この原則は裁判の合議体の外部の者からの独立を意味するので、違反しないとの山崎事務局長による答弁があった<sup>278</sup>。岩井委員は、国民の中には裁判員となるのに適切ではない者もいるという視点から、裁判員となるのにふさわしい資質を有する者を選考して裁判員とするという制度設計を提案し<sup>279</sup>、辞退事由に関して、具体的な事例につ

---

た（第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 10 頁）。同日の委員会に出席していた中山隆夫最高裁判所事務総局総務局長（最高裁判所長官代理者）は、回答しなかった。なお、この映画についての野沢大臣の感想は、第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 17 号（その 1）13 頁及び同第 18 号 5 頁。

<sup>276</sup> 第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 12-13 頁。岩井委員は、「この法律を制定するに至った社会的背景というのは何か、裁判員制度の導入がなぜ今我が国で必要なのかというところがよく私には分からないわけでございましてけれども、そういった……社会的な必然性というものがあるんでしょうか」と述べて、政府のさらに丁寧な説明を求めた。なお、岩井委員は、「私は、政策の選択の問題だろうと思っておりまして、まだちょっとこの裁判員制度そのものは我が国においてちょっと早過ぎるのではないか、まだほかにやるべき政策が幾つかあるのではないかという気がして仕方ないわけでありまして」と述べたうえで、陪審制度の導入であれば、これを認めることは吝かではないが、量刑の判断に関与させることについては「大変大きな疑問を持ちます」とも述べている。

<sup>277</sup> 第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 14 頁。

<sup>278</sup> なお、日本国憲法 76 条 3 項の解釈に関して、現行の合議体による裁判でも、裁判官の意見が一致しない場合には、多数決により決することになっており、その場合、個々の裁判官の、意見が通らない場合もあるが、それは、76 条 3 項の問題ではないという（山崎事務局長の答弁、第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 15 頁）。

<sup>279</sup> 第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 15 頁。もともと、これは、裁判員となる

いて適用があるか否かを尋ねたうえで、政令に委任した理由（委員は、政令に委任するのではなく、法律に定め、その範囲を明確にすべきであるとする）について質疑を行った。

角田委員は、裁判員法案が衆議院において全会一致で修正議決されたことについての野沢大臣の所感を訪ねたうえで<sup>280</sup>、裁判員法案の今後の見直しについて、政府の見解を示すよう求めた。これに対して、野沢大臣は、「今もちろん私どもはこれを最上の法案として」提出するのであるが、「当然、今後の社会情勢の進歩あるいは変化によりまして問題点が出てくる、あるいは気が付く、そしてそこでどうしても直す必要があるならば、その段階はもちろん……必要な段階には必要な措置を取る」ことを認め、山崎事務局長も、「問題が起こるとすれば、何年を待つという必要もない、必要なときに必要な改正をしていかなざるを得ないということを前提に、頭に置いておりました」と述べた<sup>281</sup>。

また、裁判員になることを法律上の義務とした点が日本国憲法 18 条後段（意に反する苦役の禁止）に違反するか否かについて、裁判員となる義務の履行を担保するための手段として、秩序罰として過料を科すにとどめている点（刑事罰や直接的な強制措置を講じていない点）、一定のやむを得ない事由がある場合に辞退を認める制度がある点（加えて、適切に義務の免除が得られる制度を設けている点）、迅速な裁判を実現するために刑事訴訟法を改正することとした点、出頭した裁判員に対する旅費や日当等の支給など国民の負担を軽減するための措置を講じている点などから、この義務は、裁判員制度の実施のために必要最小限度のものであり、日本国憲法 18 条に違反するものではないとの政府の答弁があった<sup>282</sup>。そのほか、角田委員からは、被告人の権利と裁判員制度との関係、争点整理を非公開の準備手続で行うこと、取調べ状況の可視化の意味とそれに対する最高裁及び法務省の見解、供述調書の証拠能力の意味と可視化との関係、直接主義・口頭主義の原則などについての質疑があった。

木庭委員は、理由を示さない不選任請求を認める理由（これに対して、裁判の公正を確保して、当事者から信頼される合議体を構成するためとの答弁があった<sup>283</sup>）、裁判員に選任されなかった候補者への配慮、候補者のプライバシーを保護のための方策、裁判員義務の

---

ことについての障害事由をなるべく少なくすべきとする民主党の基本的な観点とはまったく異なるものであった。

<sup>280</sup> これに対して、野沢大臣は、「満場一致の御裁可をいただきましたとき、私も感激をすると同時に、大変実は驚きまして、必ずこれはだれか一人くらいは造反が出るのかなというイメージは持った」と告白している（第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 20 頁）。

<sup>281</sup> 第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 20 頁。

<sup>282</sup> 山崎事務局長の答弁、第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 21 頁。

<sup>283</sup> ある裁判員候補者について、質問手続を通じて当事者が、不公平な裁判をするおそれがある者と感じたとしても、そのことを具体的な根拠に基づいて明らかにすることが相当ではなく、または、困難である場合も考えられるが、そのような場合に、理由を示さずに不選任の請求を行うことを認め、これについて、裁判所が不選任の決定を行うものとするために、理由を示さない不選任請求手続が設けられたという（山崎事務局長の答弁、第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 25-26 頁）。

延期制度、一般国民が事実認定と量刑を決定することの意義と効果、裁判員制度により量刑のばらつきが生じるおそれ<sup>284</sup>、法令の解釈と訴訟手続に関する判断に裁判員が関与しないこととした理由、被告人に対する質問権を裁判員に認める理由、控訴審に裁判員を参加させない理由<sup>285</sup>、裁判員の参加した第1審の判決を控訴審で破棄自判することの意義、裁判の迅速化、裁判員制度の広報活動などについて、質疑を行った。

井上委員は、この期に及んでもなお、合議体の構成を裁判官1人—裁判員9人とし、評決を3分の2以上の特別多数決にし、死刑判決の場合は全員一致にすべきであると主張したが、これに対して、政府参考人は、政府案の妥当性を主張するほかなかった。そのほかに、いわゆる冤罪事件についてや、疑わしきは被告人の利益にとという原則、評議・評決のあり方（委員は、合議体において、全員一致を目指して評議を尽くすべきであり、裁判官は裁判員よりも後に意見を述べるべきとする）、裁判官による説示（委員は、裁判員の役割などについての説示は、公判で行うべきであるとする）、自白の任意性、取調べ状況の可視化などに関する質疑があった。また、山崎事務局長から、裁判員裁判における量刑の評決について、具体例を示しながら解説がなされた<sup>286</sup>。

13日の午前中の委員会では、長谷部恭男東京大学法学部教授、四宮啓弁護士（早稲田大学法科大学院教授）、土屋美明共同通信社論説委員、伊藤和子弁護士（市民の裁判員制度つくり会運営委員）の4人を参考人とし、質疑が行われた。質疑者は、吉田博美（自民党）、江田、木庭、井上の各委員であった。

長谷部参考人は、裁判員制度が日本国憲法と整合するか否かに関して、(1)日本国憲法32条にいう裁判所において裁判を受ける権利の保障との関係、(2)憲法が裁判所の構成要素として身分保障のある職業裁判官のみを規定しており、それ以外の者が裁判に関与することを想定していないとの議論、(3)裁判員制度が一般市民の行動の自由を束縛し、その思想・良心の自由を侵害するという議論について論じ、また、裁判員制度の導入の意義として公正・適正な裁判の実現に資する点を挙げるべきであると主張した<sup>287</sup>。審議会では

<sup>284</sup> 検察官により求刑が、弁護人により弁論がなされ、評議において裁判官により量刑について判例の傾向が説明されるため、大幅なばらつきは生じえず、また、是正が必要な場合には、控訴審等があるとの見解が示された（山崎事務局長の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第15号27頁）。

<sup>285</sup> 控訴審は、事後審であり、また、第1審に比べて相当に負担が重いので、裁判員が関与するのは相当ではないためであるという（山崎事務局長の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第15号28頁）。

<sup>286</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第15号36頁。

<sup>287</sup> 長谷部参考人は、憲法との整合性に関して、(1)につき、裁判官による裁判を受ける権利を保障した大日本帝国憲法24条においても、陪審制度が運用されており、また、そこでのいう裁判官とは裁判機関を意味し、官吏である必要はないというのが通説の見解であったこと、(2)につき、比較法的に見れば、憲法の条文上は職業裁判官についての規定しかなくともかかわらず、陪審制度をもつ国も存在しており、また、裁判について圧力を加えられるおそれは職業裁判官と陪審員・裁判員とは同一に論ずることはできないこと、(3)

日弁連のヒアリングの説明補助者として、検討会では委員として、日弁連の見解を強く主張していた四宮参考人は、国会の委員会では、法案に対して「基本的に賛成をいたします」<sup>288</sup>あるいは「支持する」<sup>289</sup>と明確に述べた。一方、同じく検討会の委員を務めた土屋参考人は、法案のいくつかの規定について、「不満があります」あるいは明確に「反対です」と述べている<sup>290</sup>。土屋参考人は、検討会で議論がなかったにもかかわらず与党内調整の結果急遽登場した小規模合議体に対して違和感をもつと述べ、裁判員の就職禁止事由を限定的にすべきであり、思想・信条を理由とする辞退事由を設けるべきではなく、守秘義務の範囲を明確化し、その違反に対する罰則から懲役刑を削除すべきなどと主張した。伊藤参考人は、市民の裁判員制度つくり会会の主張である裁判員休業制度、出頭期日の延期制度、育児・介護に従事する女性の支援策などの創設、日当の高額化、出頭義務違反と守秘義務違反に対する罰則の撤廃、全員一致または3分の2以上の特別多数決による評決などを主張したが、合議体の構成に関する主張は、「裁判官が三名ということで影響力が極めて大きいのではないかと危惧するもの」で、「この点について、今後、改正なども含めて様々な御議論をいただきたい」と述べるにとどめた<sup>291</sup>。

午後は、政府に対する質疑が行われたが、その冒頭に、野沢大臣から、総合法律支援法案についての趣旨説明がなされ、次回以降、法務委員会では、裁判員法案及び改正刑事訴訟法案と同法案とが一括して審査されることになった。質疑者は、吉田、千葉景子（民主党）、木庭、井上の各委員であったが、このうち、吉田・木庭両委員は、専ら改正刑事訴訟法案を中心に質疑を行った。

---

につき、思想・信条ゆえに裁判員の職務を行えない者については、辞退が認められうる規定があり（法案83条（平成19年法改正後の112条）各号にいう「正当な理由」に該当しうる）、また、一般的な行動の自由は、憲法上、厚く保障される自由とはいえないことを解説した。また、裁判員制度が公正・適正な裁判の実現に資する理由として、(1) 2つの選択肢の中から1つの解答を選ぶ問題について、ある集団の構成員が正しい選択をする確率が平均して2分の1を超えており、かつ、各構成員が独立に投票するとすれば、その集団が多数決により正答に到達する確率は構成員の数を増すにつれて増大するというコンドルセの陪審定理と、(2) 多様な知識・経験を備えた多数人から構成される合議体での議論の結論は、その合議体の最も卓越した構成員が独力で到達しえた結論よりも優れたものになるというアリストテレスの『政治学』での議論を挙げ、後者の観点から、国民の司法参加の制度として、陪審制度よりも裁判員制度のほうが望ましいと述べた（第159回参議院法務委員会会議録第16号2頁）。また、長谷部参考人は、木庭委員からの質疑に答えて、少なくとも日本国憲法の文言上、被告人には職業裁判官による裁判を受ける権利は保障されており、また、裁判員制度に関して憲法改正を必要とせず、現行憲法下でも裁判員制度を設けることは可能であると述べた（11頁）。

<sup>288</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第16号2頁。

<sup>289</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第16号3頁。

<sup>290</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第16号5頁。なお、土屋参考人は、「私は日本新聞協会を代表する立場ではありません」と述べている（6頁）。

<sup>291</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第16号7頁。

裁判員法案に関しては、施行停止中の陪審法の扱い<sup>292</sup>や、衆議院での主要な修正部分の趣旨<sup>293</sup>、評議の秘密に該当する具体例などが確認された。

17日には、2班に分かれて地方公聴会が行われた。

仙台市へ派遣された第1班は、山本保委員（委員長、公明党）を団長とし、吉田、愛知治郎（自民党）、小川勝也（民主党）、角田、井上の各委員により構成され、松田謙一仙台検察審査会副会長兼総務部長、田岡直博弁護士（宮古ひまわり基金法律事務所長）、遠藤香枝子宮城県情報公開審査会審議委員、主婦の天野清子氏、佐藤正明弁護士の5人の公述人から意見を聴取した。裁判員法案に関しては、その導入の意義と期待すること、裁判員の責任、守秘義務、各公述人の裁判への参加意欲の有無、裁判員制度に関する公述人周辺での議論や受け止め方の様子、日本の伝統の下での裁判員制度のあり方のほかに、裁判員制度下における取調べ状況の可視化の意義などについて、議論が行われた。

大阪市へ派遣された第2班は、松村委員（理事）を団長とし、木庭、小泉顕雄（自民党）、陣内孝雄（自民党）、江田、樋口俊一（民主党）の各委員により構成され、山本一宏日本司法書士会連合会常任理事、主婦の大東美智子氏（開かれた裁判を求める市民フォーラム事務局員）、前田葉子大阪府更生保護協会常務理事（三和住宅株式会社代表取締役）、宮崎誠日弁連副会長、遠藤一清検察審査協会関西連合会専任理事（大阪検察審査会常任理事）、西村健日弁連司法改革実現本部事務局次長の6人の公述人から意見を聴取した。裁判員法案に関しては、その導入の意義、合議体の構成、裁判員の適正な男女比、守秘義務とその違反に対する罰則を設けることの是非、裁判員の参加しやすい環境整備、裁判員裁判に対する国民の信頼性の確保、裁判員が量刑判断への関与などについて、議論が行われた。

18日の委員会では、吉田・松村両委員から地方公聴会の報告が行われた後、吉田、松村、千葉、角田、木庭、井上の各委員により、質疑が行われた。このうち、松村委員は、専ら取調べ状況の可視化について、千葉・井上両委員は、主に改正刑事訴訟法案について、質疑を行った。

---

<sup>292</sup> 裁判員制度は停止中の陪審制度とは別の新しい制度であり、陪審法をどうするかについては、裁判員制度の実施状況等を踏まえ、今後検討すべきものとされた（樋渡法務省刑事局長の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第16号19頁）。

<sup>293</sup> 裁判員等による秘密漏示罪の刑罰を軽減したことについて、秘密漏示罪は、国家公務員や調停委員の場合は懲役1年を上限としており、当初の政府案もそれに倣ったものであると考えられるところ、裁判員制度の場合には、裁判員は本人の希望により就職するものではなく、また、その職務遂行を法律上の義務としていることから、裁判員となる国民の負担を軽減する必要があるので、6月以下とすることとし（評議における意見表明の自由や裁判の公正さ及びそれに対する国民の信頼の保護の観点から、悪質なものについて懲役刑を選択できるようにする必要性は、なお残る）、職務遂行中の裁判員と終了後の裁判員であった者とは、守秘義務違反の悪質性は異なるものと考え、後者については、懲役刑を設けず、罰金刑のみとした（佐々木秀典衆議院議員の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第16号19-20頁）。

裁判員法案に関しては、候補者に対する選任手続での質問、守秘義務の趣旨<sup>294</sup>、範囲及びその違反に対する罰則の意義、対象事件からの適用除外、裁判員制度の広報活動、評議のあり方と証拠の取扱い、裁判員による量刑の判断の意義、裁判員の証人尋問権、裁判員等に対する接触を規制する規定（法案73条（平成19年法改正後の102条））を設けた趣旨<sup>295</sup>、労働者が裁判員として参加しやすくするための措置<sup>296</sup>、施行後の裁判員制度の運用状況の公表、裁判所の職権による裁判員の解任の方法などについて、議論がなされた。

各党派理事が参加した18日の法務委員会理事懇談会で、20日の委員会で採決を行うことが決まり<sup>297</sup>、この時点で、21日に裁判員法が成立することが事実上、確定した。ただし、18日の委員会で質疑を終局させていなかったため、20日にも委員会質疑をしなければならなかった。

20日の委員会では、江田、角田、井上、松村の各委員が質疑を行った。

最初に質疑に立った江田委員は、冒頭で、実川副大臣と中野大臣政務官の年金加入状況を尋ねた（これが議題とどのように関係があるのかは、委員からは合理的な説明がなされ

<sup>294</sup> 守秘義務の意義については、国会審議の中で繰り返し論じられているが、この日の委員会における山崎事務局長の答弁が最も整理されている。すなわち、裁判員に対して守秘義務を課す理由は、(1)他人のプライバシーを保護し、(2)裁判の公正さと裁判へ国民の信頼を確保し、評議における裁判員の自由な意見表明を保障するためである。後者に関しては、「裁判員が後に批判されることを恐れたりして自らの意見を開陳することを差し控えるということがないようにして、その自由闊達に様々な意見交換がされ、充実した評議が行われるようにしようとするもの」であり、「このことは、裁判において適正な結論が得られるようにする上で非常に重要な意味がある」とともに、裁判員の負担を軽減する意味もあるという（第159回国会参議院法務委員会会議録第17号（その1）3頁）。

<sup>295</sup> 裁判員等に対する接触の規制についても、国会審議の中で繰り返し論じられているが、ここでは、最も整理されているこの日の委員会における野沢大臣の答弁を確認しておきたい。すなわち、法案73条（平成19年法改正後の102条）の趣旨は、「裁判の公正及びこれに対する信頼を確保するとともに、裁判員の生活の平穏を保護して、その負担を軽減すること」であり、特別に報道機関を対象としたものではなく、裁判終了後は、裁判員等が職務上知りえた秘密を知る目的での接触に限定して規制していることなどから、いわゆる報道規制には該当しないという。報道の自由や国民の知る権利に配慮するという観点や、報道機関において自主的な取組みが努力されていることを考慮し、法案では事件の報道に関する特別な規定を設けないこととしたとのことである（第159回国会参議院法務委員会会議録第17号（その1）20頁）。

<sup>296</sup> 法案71条（平成19年法改正後の100条）が裁判員等であることを理由とした解雇その他の不利益取扱いを禁止する（これに反する解雇処分等は、無効である）ほか、裁判員としての職務が労働基準法7条にいう「公民権の行使」にあたるので、同条により、労働者は、労働時間中であっても必要であれば離職できる（これに反して使用者が裁判員の職務を執行するために必要な時間を与えなかった場合には、6か月以下の懲役または30万円以下の罰金に処せられる）という。なお、特別の裁判員休業制度を創設するか否かについては、事業者の負担等を考慮して慎重に検討がなされなければならないという（山崎事務局長の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第17号（その1）23頁）。

<sup>297</sup> 読売新聞2004年5月19日朝刊。なお、共産党の井上委員は、理事懇談会にはオブザーバーとして参加した

なかった)。次に、「衆議院の方で、与党と民主党とで修正の合意ができて、両法案とも修正をされた、そして全党、すべての本会議に参加の皆さんが賛成をされて可決をして参議院に送られた……、ずっとこれまで裁判員法案のでき上がっていく経過を見ますと、確かに閣法ということで出されてはいるんですが、その閣法になる過程で与党の方で大変な議論があったと。与党の自民党の中でも大変な議論がある……、公明党の場合は私どもとかなり共通する認識もあるわけですが、議論があって、そして与党で合意をお作りになって、これが閣法として出てきて、さらに国会で、野党も、まあ民主党だけかもしれませんが、加わって、与野党の大きな合意ができて、みんなの賛同でこういう制度をスタートさせようということになったわけですね」と回顧し、答弁者として立った与謝野馨衆議院議員も、それに呼応したうえで、裁判員法案が「全党一致で成立したということは、この法案の今後の運用については大変良かったと私は思っております」と述べた<sup>298</sup>。裁判員法案に関する質疑事項としては、模擬裁判やビデオドラマ『裁判員』についての所感、評議のあり方、小規模裁判体の意義と運用、法案15条の裁判員の就職禁止事由の意義<sup>299</sup>、裁判員制度に対応する裁判所等の整備、推進本部解散後の改革の推進体制、裁判員制度下の接見交通権のあり方、裁判員の参加した第1審の判決を控訴審で破棄自判することの意義などに関するものがあった。

公明党からも質疑時間を譲与された最後の質疑者である松村委員は、自ら最後に大局的な質疑をすると述べたうえで、裁判員制度がわが国の刑事裁判の長所を損なわずに維持・発展しうるものか否かを確認し、制度の導入にあたり国民の意識改革の必要性を説き、最後に、野沢大臣と実川副大臣の所感を質して、山本委員長が質疑の終局を告げた<sup>300</sup>。

その後、井上委員から、裁判員法案に対して、(1)合議体の構成を裁判官1人—裁判員9人とし、評決は3分の2以上の特別多数決により、死刑の判断は全員一致によるものとし、(2)裁判員等の守秘義務の範囲を狭め、その違反に対する罰則から懲役刑を削除し、(3)裁判員候補者による虚偽記載罪等の規定を削除し、(4)法施行までに、取調べ状況の可視化及び検察官手持証拠の開示義務づけの制度の導入の検討ならびに必要な法制上の措置等を講ずることを内容とする修正案が、改正刑事訴訟法案に対する修正案とともに提出された。井上委員が討論を申し出、改正刑事訴訟法案の原案に反対、修正案に賛成、裁判員法案の原案・修正案ともに賛成の討論を行ったが、他の会派の委員から討論の申し出はなかった<sup>301</sup>。

裁判員法案に対する共産党の修正案は賛成少数で否決され、原案が全会一致で可決すべきものと決せられた。その後、自民党、民主党、公明党及び共産党の共同提案により、(1)

<sup>298</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第18号2頁。

<sup>299</sup> 法案15条1項18号により自衛官が就職禁止事由とされている趣旨が、ここで初めて示された。すなわち、予測困難な緊急事態への対処が必要な職務であるためであるという（山崎事務局長の答弁、第159回国会参議院法務委員会会議録第18号9頁）。

<sup>300</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第18号20頁。

<sup>301</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第18号21頁。

裁判員制度の円滑な実施のため、国民の意見をも聴きつつ、制度の周知活動の実施を含め、本法施行前における準備を十分行うこと、(2) 裁判員制度の施行までの準備を行う過程において、制度の円滑な実施の観点から必要な場合には、制度上の手当を含めて適切に対処すること、(3) 裁判員等の守秘義務については、守秘義務の範囲が明確かつわかりやすいものとなるよう、広く国民に説明するよう努めること、(4) 裁判員となることについて辞退の申立てをすることができる事由を政令で定める場合には、幅広い国民の良識を裁判に反映するという制度の趣旨及び国民の負担を過重なものとしないうという要請に十分な配慮をすること、(5) 74条（平成19年法改正後の103条）による実施状況に関する資料の公表に当たっては、裁判員制度の運用の改善などのための検討に資するようにするという同条の趣旨を十分に踏まえること、(6) 附則3条を踏まえ、仕事や家庭をかかえた国民がより容易に裁判員として裁判に参加することができるよう社会的環境の整備に一層努めることについて、格段の配慮をすることを政府及び最高裁に求める附帯決議が、全会一致で付された。なお、改正刑事訴訟法案については、委員会は、同様に、共産党による修正案を賛成少数で否決し、原案を賛成多数で可決すべきものと決し、自民党、民主党及び公明党3会派共同提案による附帯決議を全会一致で付した<sup>302</sup>。

裁判員法案は、21日、参議院本会議で、賛成180、反対2で可決され（投票総数182）、法律として成立した。押しボタン投票により採決がなされたため、反対の2名は、無所属の会に所属する椎名素夫参議院議員と山本正和参議院議員であったことが判明している。ただし、無所属の会に所属していた他の議員が賛成票を投じていることから、無所属の会の会派としての意思が反対だったのではなく、反対した2名の議員が、個人の見解として反対したものと思われる<sup>303</sup>。なお、改正刑事訴訟法案は、賛成160、反対22で可決され（投票総数182）、成立した<sup>304</sup>。

結局、国会審議全体を通じて、裁判員制度に対して明確に反対の意思を示したのは、椎名議員と山本議員のみであった。

裁判員法は、平成16年法律第63号として、5月28日に公布された<sup>305</sup>。

<sup>302</sup> 第159回国会参議院法務委員会会議録第18号21頁。なお、この日の委員会では、裁判員法案・改正刑事訴訟法案の採決後も、総合法律支援法案を議題として質疑がなされた。

<sup>303</sup> 無所属の会は、第159回国会開会中に参議院に存在した野党系会派の1つで、平常から議員個人の政策を重視し、選挙時においても会派として共通の政策を持たないことが特色であった。

<sup>304</sup> 共産党と社民党の所属議員が、反対した。なお、裁判員法案に反対した2名の議員は、改正刑事訴訟法案には賛成した（官報号外第159回国会参議院会議録第23号）。

<sup>305</sup> 裁判員法附則1条本文は、「この法律は、公布の日から起算して五年を超えない範囲内において政令で定める日から施行する」と規定しており、裁判員制度そのものは、施行期日を定める政令の制定により、2009年5月までに施行されることになる。5年間の周知期間を置いたのは、広報活動、改正刑事訴訟法により導入される公判前整理手続などの刑事裁判の充実・迅速化のための諸制度の円滑な運用の実現、最高裁判所規則の制定など制度施行の前提となる関連諸制度の整備、裁判員の選任に関する事務を処理するための体制、連日的開廷に対応することができる公的弁護体制を含め、人的・物的体制の整備を行う必



7月6日、第32回検討会が、公的弁護制度検討会（第14回）との合同で行われ、裁判員法及び改正刑事訴訟法の成立経過と概要について、事務局の辻参事官により説明がなされ、井上座長と山崎事務局長による挨拶が行われた。

---

要があるためであるとされる（辻裕教「法案提出に至る経緯と法案の概要」ジュリスト1268号（2004年）57頁、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57巻9号（2004年）13頁）。その後、2008年4月18日に、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の施行期日を定める政令（平成18年政令第141号）が施行され、裁判員制度は、2009年5月21日に施行されることとなった。なお、同条ただし書により、政府と最高裁が、施行までの期間に「国民が裁判員として裁判に参加することの意義、裁判員の選任の手續、事件の審理及び評議における裁判員の職務等を具体的に分かりやすく説明するなど、裁判員の参加する刑事裁判の制度についての国民の理解と関心を深めるとともに、国民の自覚に基づく主体的な刑事裁判への参加が行われるようにするための措置を講じなければならない」とする附則2条の規定は、公布の日（附則1条ただし書1号）、裁判員候補者予定者名簿や裁判員候補者名簿の調製など裁判員選任手續に関する規定、不利益取扱いの禁止などの裁判員等の保護のための規定、その他事務区分に関する規定、経過措置に関する規定の一部などについては、公布の日から起算して4年6月を超えない範囲内において政令で定める日（つまり、制度全体の施行日の6か月以前）とされた（同2号）。

## 第2章 制度設計上の論点と主要アクター間の相克

### 1. 各ステージの議論の概要

前章では、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）の立法過程を、3つのステージに分けて、概観した。

第1ステージは、司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）における議論である。ここでは、国民の司法参加の制度の基本的な構想がほぼ確定した。審議会では、国民の司法参加の制度を導入するか否かをめぐり議論が行われたが、司法参加の制度を導入すること自体は、かなり早い段階で、1人を除くすべての委員が合意した。議論の最大の焦点となったのは、どのような形態の制度を導入するかであった。この点、陪審制度の導入を主張するアクター（日本弁護士連合会（以下、「日弁連」という）など）と、参審制度の導入を主張するアクター（最高裁判所（以下、「最高裁」という）や法務省など）とが対立していた。議論の結果、陪審制度でも参審制度でもない裁判員制度（ただし、審議会の意見書の段階では、「裁判員」という名称は、仮称であった<sup>1</sup>）の導入が提唱されるに至った。ここで、一般の国民から選任された者が裁判官と協働して裁判を行うという国民の司法参加の制度の基本的構造が確定した。

第2ステージは、司法制度改革推進本部（以下、「推進本部」という）裁判員制度・刑事検討会（以下、「検討会」という）における議論である。ここでは、裁判員制度の具体的な制度設計をめぐって、議論が行われた。最大の焦点は、合議体の構成であった。すでに第1ステージで、裁判官と裁判員との協働の参審型の制度とすることが決められた以上、基本的には、国民参加の制度から裁判官の関与を排除することはできない。そこで、前のステージで陪審制度の導入を支持していたアクターは、裁判員の員数を裁判官の員数よりもできる限り多い合議体とすべきと主張する一方、参審制度を支持していたアクターは、裁判官の員数と裁判員の員数をほぼ同じくした小規模な合議体とすべきと主張した。また、検討会における議論と並行して、与党である自由民主党（以下、「自民党」という）と公明党との間での議論も行われたが、そこでは、自民党は最高裁・法務省寄りの見解を、公明党は日弁連寄りの見解を、それぞれ主張していた。検討会での委員間の議論は、合議体の構成など論争的な多くの点において、平行線をたどったため、自民党と公明党の間での調整に委ねられ、最終的には政治決着が図られた。ここで、裁判員制度の骨格案が確定した。

---

<sup>1</sup> 裁判員という名称は、第43回審議会（2001年1月9日）での有識者ヒアリングにおいて、松尾浩也東京大学名誉教授によって示されたものであるが（本稿第1章32頁参照）、審議会や検討会で公式に用いることが議決されたことはなく、意見書においても、「参加する国民を仮に「裁判員」と称する」と注記されていた（司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月）102頁、本稿第1章38頁）。しかし、この仮称に代わる案が検討された形跡はまったくなく、第2ステージ以降では、裁判員が新制度における参加する国民の正式な名称として扱われることになる。

第3ステージは、国会における議論である。前ステージまでにまとめられた骨格案をもとに、推進本部によって法案が作成され、国会に提出された。ここでは、制度の意義や各規定の趣旨などが国会審議を通じて確認されるとともに、制度の具体的な事項について、若干の変更が加えられた。与党は、この時点までで確定していた骨格案を支持し、一方、野党は、当初は、合議体の構成など論争的な多くの点において、かつての日弁連の主張（ただし、すでにその時点の日弁連の主張ではない）に近い立場をとっていたものの、結果的には、制度の骨格に影響のない程度の修正が行われた。主要な議論の場は各議院の法務委員会であり、先議院である衆議院では民主党が、後議院である参議院では日本共産党（以下、「共産党」という）が、野党アクターとして登場した。民主党は衆議院段階で政府・与党アクターとの法案の修正の合意に成功したが、共産党は、法案の修正案を提出したものの、修正合意に成功しなかった。

以下、制度設計をめぐる主な論点と、各アクターの主張などを概観することにする。

## 2. 第1ステージにおける主な争点

### 1 国民の司法参加の意義と現行の刑事裁判の運用の評価

なぜ、国民の司法参加の制度を導入すべきなのか。国民の司法参加の意義をめぐっては、2つの大きく異なる理解の仕方がある。そして、それらは、現行の刑事裁判の運用に対する評価とも密接に関連している。

1つは、国民主権の原理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ないという考え方である。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ものであるが、立法過程や行政過程には国民による直接的な参加の制度が設けられているのに対して、司法過程には、そのような制度が存在しなかった。そのため、現行の国民参加のない刑事裁判制度は、その正統性が脆弱であり、運用も適切ではなかったという。そこで、国民の司法参加の制度を設けることにより（それは、本来、主権者であり統治主体である国民の当然の権利であるという）、司法判断の正統性を確保する必要がある。現行の刑事裁判の運用に何らかの問題点<sup>2</sup>があるとすれば、国民の司法参加の制度の導入によって、その現状を打開しなければならないという。

もう1つが、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上のために、国民が司法に参加する必要があるという考え方である。この見解は、現行の刑事裁判制度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る。そのうえで、現行の裁判制度は改革が不可欠であるほどの致命的な欠陥はないが、世紀の転換期にあつて、社会全体が変革しており、司法もそれに対応しなければならなくなり、また、国民が国家の統治機能にこれまで以上に積極的に関与していこうという機運が高まりつつあるが、司法もまた国民に対する説明責任を果たさなければならなく

<sup>2</sup> 例えば、現行の刑事裁判の問題点として、低い無罪率のほかに、検察官面前調書（いわゆる検面調書）の過大な採用（有罪答弁（検面調書に同意すること）の保釈条件化）、検察官手持証拠の開示、有罪・無罪の証拠と情状に関する証拠の混在、無罪獲得のための長期裁判（無罪判決に対する検察官の上訴制度がその原因であるという）などを挙げる向きがある（陪審制度を復活する会＝編『陪審制の復興』（信山社出版、2000年）6-10頁（佐伯千仞＝執筆））。また、鯉越溢弘教授は、「刑事司法の現状に関して改革すべき点」として、「調書裁判の改善（口頭主義・直接主義の実現による公判中心主義の実現）、代用監獄の廃止や被疑者公選弁護人制度の実現（「密室」での取調べによる虚偽自白の危険の防止）、検察官の不利益上訴の禁止、法曹一元の実現、裁判官の市民的権利の保障（市民的権利が保障された裁判官によって構成された公平な裁判所による「誤判」の防止）等」を挙げている（鯉越溢弘『裁判員制度と国民の司法参加』（現代人文社、2004年）3頁）。かくして、川中宏弁護士は、「残念ながらわが国の司法は、国民から遊離し、国民の信頼を失って機能不全に陥っているとすら批判されている。司法はまさに「動脈硬化」を起こしていて、このまま放置すれば「心筋梗塞」間違いなしと喝破した人もいる……。あるいはまた、司法が期待されている機能の2割しか果たしていないという意味で「2割司法」といわれている」と総括する（川中宏「司法改革で日弁連は何を目指したのか」日弁連司法改革実現本部＝編『司法改革』（日本評論社、2005年）14頁）。

なってきた。そこで、司法に対する国民的基盤をより一層高めるための方途として、国民の直接的な司法参加の制度の導入が検討されるに至ったという。すなわち、一般の国民が裁判過程に参加することにより、司法に対する国民信頼・支持がより深まり、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とする考え方である。

両説ともに司法の正統性を高めようとする点では同じであるが、現行の刑事裁判の運用に対する認識が大きく異なり、また、司法参加の緊迫性も異なっている。前者は、現行の刑事裁判制度を全面的に（あるいは部分的に）否定的にとらえ、その改善のために国民の司法参加が不可欠であるとするのに対して、後者は、裁判の現状を肯定したうえで、さらなる国民の信頼の向上のために司法参加の制度の導入を検討すべきとする。本稿では、以下、前者を現行裁判否定論／民主主義的基礎づけ説と、後者を現行裁判肯定論／理解増進・信頼向上説ということとする。

国民の司法参加の意義をめぐる議論は、制度設計をめぐる各ステージにおいて、最後まで対立を見せていた。民主主義的基礎づけ説は、日弁連<sup>3</sup>、日本労働組合総連合会（以下、「連合」という）<sup>4</sup>、公明党<sup>5</sup>、民主党<sup>6</sup>、共産党などによって支持される一方、理解増進・信頼向上説は、最高裁、法務省、自民党<sup>7</sup>などによって支持された。

裁判員制度は、民主主義的基礎づけ説ではなく、理解増進・信頼向上説の立場から導入するものである。「この法律は、国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手

<sup>3</sup> 日本弁護士連合会「陪審制度の実現に向けての提言」（2000年3月）、第30回審議会（2000年9月12日）における山田幸彦日弁連副会長の発言、衆議院法務委員会における本林徹前日弁連会長の発言（第159回国会衆議院法務委員会議録10号16頁）など。

<sup>4</sup> 審議会における高木剛委員（連合副会長）や推進本部顧問会議における笹森清顧問（連合会長）の主張など。

<sup>5</sup> 2003年12月11日に公表された公明党の「裁判員制度設計について」では、審議会意見書のIV章の総論部分を引きながら「裁判員制度の理念は、国民主権の理念に基づき、国民が主権者として自律性と責任感を持って、国民のための司法を自ら実現し支えることである」としたうえで、「その制度は、国民の自治・自律の精神が活かされるものでなければならぬ」としている（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、2005年）372頁）。

<sup>6</sup> 2003年12月4日に公表された民主党の「裁判員制度設計に関する考え方」では、「裁判員制度は、国民主権のもと、主権者として自律的かつ社会的責任を負う統治主体である国民が、三権の一つである司法に直接参加し、多様な価値観や発想で事案を審理し、国民主導で正義を実現する制度であり、司法制度改革の諸課題の中でも最も重要なもののひとつである」（原文ママ）としている（辻前掲注（5）385頁）。

<sup>7</sup> 2003年12月16日に公表された自民党司法制度調査会の裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会の「裁判員制度のあり方について」では、「我が国の司法は、これまで国民から高い信頼を得てきたものと評価される」として、現行裁判肯定論に立つことを明示したうえで、「司法の意義や役割が、より広く国民に周知され、その理解と信頼を得て、国民の生活に結びついた形で機能するものでなければならぬ」としている（自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会「裁判員制度のあり方について（裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会検討結果）」（2003年12月）1頁（辻前掲注（5）349頁））。

続に関与することが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」とする裁判員法1条の規定、国会での政府による答弁<sup>8</sup>、裁判員法の立案担当者による解説<sup>9</sup>などにおいても、理解増進・信頼向上説のみが唯一の正統な裁判員制度の導入の意義として認められており、政府側アクターからは、民主主義的基礎づけ説による説明は決してなされることはない。

もっとも、理解増進・信頼向上説は、制度設計の過程で、一貫して、国民の司法参加の制度の導入論の論拠の首位的地位を占めていたのではない。第1ステージの初期の時点では、むしろ、民主主義的基礎づけ説のみが唱道され、審議会の論点整理では、「主権者としての国民の参加の在り方について検討する」として、この見解による国民の司法参加の制度の導入の正当化がなされていた<sup>10</sup>。審議会で国民の司法参加の導入についての報告担当を割り当てられた藤田耕三委員も、民主主義的基礎づけ説に立っており、積極的にこの見解による制度導入の基礎づけを行おうとしていた。

藤田委員は、第17回審議会（2000年4月17日）で国民の司法参加の制度についての説明を行う際に、その意義として、主権者としての国民が能動的に参加することを挙げ（本稿第1章22頁）、さらに、第31回審議会（同年9月18日）で、司法の民主化ないし国民の主体的参加こそが司法参加の意義であるということについて合意が形成されているはずであると主張した（本稿第1章26頁）。それに対抗してなされたのが、第32回審議会（同年9月26日）での竹下守夫会長代理による理解増進・信頼向上説の提唱である。

民主主義的基礎づけ説は、基本的には、現行の刑事裁判の運用に対する否定的評価を前提としている。すなわち、現行の刑事裁判制度の運用に何らかの問題点があって、それが裁判官のみによる裁判であるという制度そのものに起因するからこそ、国民が裁判過程に直接参加する制度を導入する必要性が生ずるのである。

この点、審議会での議論において、裁判官出身の藤田委員は、民主主義的基礎づけ説に立ちながらも、この見解の基本的前提となる現行裁判否定論には与していなかった。もとより、藤田委員の主張のように、現行裁判肯定論に立ったうえでの民主主義的基礎づけ説という立論も不可能ではないものの、肯定論に立つ以上、現在正常に機能している裁判制度を抜本的に改革し、司法参加の制度を導入しなければならない積極的な意義を説明する

<sup>8</sup> 国会審議において、野沢太三法務大臣は、裁判員制度の意義について、「広く国民が裁判の過程に参加し、その感覚が裁判の内容に反映されることによりまして、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という重要な意義がある」と答弁している（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁）。

<sup>9</sup> 辻裕教司法制度改革推進本部事務局参事官は、裁判員法のコンメンタールにおいて、同法の意義として、「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って、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」を挙げている（辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（1）法曹時報59巻11号（2007年）55頁）。

<sup>10</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革に向けて——論点整理——」（1999年12月）10頁。本稿第1章21頁を参照。

ことが困難であった。そのため、現行裁判肯定論を前提とした民主主義的基礎づけ説によって司法参加を意義づけようとした藤田委員の主張は、審議会においては、多くの委員の賛同を集めることができなかった。

新たに国民の司法参加の制度を導入すべきであるという立論を行うためには、なぜそれが必要なのか、その積極的な意義が示されなければならない。その点、現行裁判否定論は、立論が容易である。すなわち、現行の裁判制度とその運用は、改革を回避できないほどの致命的な欠陥を有するものであり、その欠陥が制度に起因するものである以上、制度改革が必要であると論ずればよい。一方、現行の裁判制度とその運用を否定的にとらえるべきでないという現行裁判肯定論では、参加制度を直接的に正当化することは困難であった。現行の裁判制度が基本的には問題なく機能しているのであれば、ことさらそれを改革する必要はないからである。

そこで登場したのが、竹下会長代理によって提唱された理解増進・信頼向上説であった。竹下会長代理は、第32回審議会で、国民主権の原理ないし民主主義の原理から直ちに司法権の行使に国民の司法参加が要請されるという議論には論理の飛躍があるとしたうえで、国民の司法参加の制度の意義として、それにより司法が国民によりよく理解され、司法が国民の支持を得るようになり、司法がより強固な民主的正統性の基盤を得るようになるということが挙げられると主張した（本稿第1章27-28頁）。

第32回審議会における竹下会長代理の発言は、第31回審議会における藤田委員による民主主義的基礎づけ説を意識してなされたものであるといえよう。そして、この竹下会長代理の発言以降、審議会の委員の間で、理解増進・信頼向上説が、司法参加制度を導入すべきとする主張の論拠として、次第に有力になっていく。しかも、第32回審議会の議論の終盤で、事務局側が提示した中間取りまとめの案文では、司法参加の意義として、「国民が司法全体に様々な形で参加（関与）していくことによって、司法が国民により良く理解され、より広くかつより深く国民の支持を得ることになれば、司法はより強固な国民的基盤（民主的正統性）を確保することができる。このような観点から、司法参加（関与）の拡充を検討する必要がある」と記述されており<sup>11</sup>、理解増進・信頼向上説は、審議会事務局によっても当初から認められていたものであるといえる。

もっとも、審議会の第2ラウンドの時点で、司法参加の意義として、理解増進・信頼向上説が確定したわけではない。中間報告では、司法参加の制度を設けることの意義につい

---

<sup>11</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録。この案文は、第36回審議会において、審議結果の取りまとめとして確定するが、前掲の部分は、「概ね異論はなかった」ものとして記載され、「訴訟手続への参加については、陪審・参審制度にも見られるように、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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的・実質的に関与していくことは、司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考え」ということで、「大方の意見が一致した」とされた（「国民の司法参加」に関する審議結果の取りまとめ）（司法制度改革審議会第36回配布資料）。

て、「国家への過度の依存体質から脱却し、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る国民が、裁判の過程に参加（関与）し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤（民主的正統性）を得ることができるようになる」と説明するが、その一方で、国民的基盤の確立の総論部分で、「訴訟手続への国民参加は国民主権の原理と関連する」と明確に述べられている点<sup>12</sup>についても看過できない。裁判員制度と国民主権の原理ないし民主主義の原理との関係は、少なくとも中間報告の時点では、それらの関連性が明言されており、この時点では、民主主義的基礎づけ説が完全に敗北したとは断定できない。

理解増進・信頼向上説が審議会での議論において支配的になるのは、第45回審議会（2001年1月30日）での議論以降である。第45回審議会では、司法参加の意義として、高木剛委員が国民主権国家において国民が参加することによって裁判の正統性が担保されると主張したのに対して、そのような理解に立つと、すべての裁判に国民が参加しなければならないとなると、竹下会長代理が反駁した（本稿第1章34頁）。

現行の刑事事件の裁判は、裁判官のみによって行われているが、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によれば、これまでのすべての刑事裁判には、基本的には国民の参加がなかったのであるから、それらはすべて正統性を有さない否定されるべきものと評価せざるを得なくなる。また、今後、国民の司法参加の制度を導入することとしても、すべての刑事事件の裁判に参加制度を導入することは不可能であり、むしろ多くの刑事事件は、現行どおり、裁判官のみによって裁判がなされることが見込まれる。しかしながら、民主主義的意義づけ説によれば、国民が参加しない裁判には正統性がないということになる。このような点において、民主主義的基礎づけ説は、致命的な欠陥を有していた。

竹下会長代理の主唱する理解増進・信頼向上説は、より説得的な見解であるとして審議会の他の委員の支持を集め、最終的には、審議会意見書においても、裁判員制度の意義については、この見解に沿って、「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる」と記述された<sup>13</sup>。

もっとも、国民の司法参加の制度の意義について、審議会では委員間での完全な合意が得られなかったために、意見書では、一部に、民主主義的基礎づけ説に親和的な表現が見られる。例えば、意見書全体の総論部分において、審議会は、国民主権の実現のために何が必要であるかを明らかにすることを司法制度改革全体の根本的な課題の1つとして認識し、国民を統治主体として位置づけし直すことを司法制度改革の1つの意義として挙げている<sup>14</sup>。また、意見書の「国民的基盤の確立」の部分の総論においても、「国民主権に基づ

<sup>12</sup> 司法制度改革審議会「中間報告」（2000年11月）62頁。

<sup>13</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）102頁。

<sup>14</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）3頁。



く統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される」との文言が置かれている<sup>15</sup>。ただし、これらはあくまで総論部分に見られる記述であって、意見書は、国民主権の原理と裁判員制度の導入とを直接的には結び付けるものではなかった。しかしながら、意見書にこれらの表現があったために、その後も、しばしば、理解増進・信頼向上説が裁判員制度の基本理念として確定したということについて、理解が深まらなかった。そのため、制度設計をめぐるアクターの一部は、これらの文言を根拠に挙げて、民主主義的基礎づけ説を主張し続けることとなった。

なお、国民の司法参加の意義をどのように解するかによって、どのような構造の参加制度が望ましいかについての支持が分かれることになる。

すなわち、国民の司法参加の意義について、現行の裁判の運用は改革が不可避なほど欠陥を有するものであり、その欠陥が制度に起因するものであるという現行裁判否定論に立てば、現行の裁判官のみによって行われている刑事裁判の過程のうち、その全部または一部（例えば、事実認定過程）から裁判官を排除し、国民の直接参加の制度に改めるべきであるという結論に結びつく。そもそも、国民主権国家において、任免において民主的契機を有しない裁判官が司法権を行使する正統性は希薄であり、むしろ、国民が直接参加する制度のほうが、より民主主義的であるとも考えられる<sup>16</sup>。この民主主義的基礎づけ説に立てば、裁判過程の一部から裁判官を排除し、国民の中から選任された陪審員のみによる陪審制度が、司法参加の制度として最も望ましい制度であるということになる。

一方、現行裁判肯定論に立てば、基本的には、現行の裁判官による裁判には重大な問題はないのであるから、裁判過程から裁判官を排除したり、裁判官の員数を減らす必要性はまったくない。そのうえで、国民の理解の増進と信頼の向上という観点から、新たに国民を参加させることとなるため、裁判官と参審員とが協働して裁判を行う参審制度の導入が望ましいという結論につながる。

一般に、陪審制度導入論者の多くは、その中心的な意義を国民主権の原理ないし民主主義の原理に求めている<sup>17</sup>。例えば、鯉越溢弘教授は、「陪審制度をめぐる争いは、政治体制

<sup>15</sup> 司法制度改革審議会前掲注(1) 101頁。

<sup>16</sup> ただし、私見では、裁判所の司法権行使の民主的正統性に関しては、国民が直接に裁判に参加することが、より民主主義的であり望ましいというような単純な議論はできない。この点については、本稿インターロードにおいて、詳述する。

<sup>17</sup> 1970年代から80年代にかけて勃興した最も極端な陪審制度導入論も、裁判の現状を痛切に批判したうえで、民主主義の原理に基づき陪審制度の導入を欲求していた。例えば、小田中聡樹教授は、「一九七〇年代に入って職業裁判官に対する官僚的統制が強化されその弊害が司法権の独立の危機と裁判の反動化（基本的人権の制限の強化）の形で現れるという司法状況のなかで、これを阻止し司法の民主化を推し進める方策として陪審制に対する関心が深くなっている」と当時の議論状況を分析し、「陪審制は、……国民主権の原理の具体化である裁判機関の民主的構成の原則がもっともストレートに貫徹している制度であって、その国の司法の構造的な性格を深く規定するものである。その意味では、陪審制を欠いた司法を「民主主義司法」とすることには問題がある」と述べていた（小田中聡樹『続現代

としての民主主義と専制主義の政治的選択、犯罪統制モデルと適正手続モデルという刑事司法モデルの選択、刑事司法における官僚主義と参加型民主主義の選択をめぐる争い」を背景としているとしたうえで、「陪審制度は、民主主義を標榜する国家の司法的象徴である……民主主義国家を標榜するとすれば、司法制度としての陪審制度は、必須の国家構成要素であると言わざるをえない」と主張している<sup>18</sup>。また、伊佐千尋氏は、「民主主義国家の持つ司法制度として……現在のところ陪審制度に優る司法制度は見出だせない」と述べている<sup>19</sup>。

その一方で、参審制度は、現行の裁判官による裁判の長所を維持したまま、さらに国民の参加を付加するという制度であるから、基本的には、理解増進・信頼向上説に立つ論者が支持する参加制度の基本的構造であるが、同時に、国民の参加という点のみに注目すれば、民主主義的基礎づけ説から支持されうるものでもある。

## 2 制度の基本的構造

国民の司法参加の制度を導入するとしても、具体的に、陪審制度とするか、それとも、参審制度とするかは、議論が分かれるところであった。

### (1) 法曹三者の主張の変遷

まず、第1ステージにおける議論での法曹三者の主張の変遷に着目することとする。

具体的な議題が確定する論点整理以前の第8回審議会（1999年12月8日）での法曹三者からのヒアリングでは、最高裁と日弁連は、国民の司法参加の制度について積極的に主張を行った。ここでは、最高裁は、陪審制度については消極的な態度を、参審制度については必ずしも消極的ではない姿勢を示した。一方、日弁連は、陪審制度と参審制度の両方の導入を強く主張した。日弁連は、当初、陪審制度であれ参審制度であれ、国民の司法参加の制度の導入が実現されることが重要であると考えており、具体的には、刑事重罪事件と国家賠償請求事件について陪審制度を、少年事件に参審制度を導入し、順次これを拡大していくべきであると主張していた（本稿第1章19-20頁）。

その後、日弁連は、2000年3月17日に、「陪審制度の実現に向けての提言」を発表したが、そこでも、参審制度について、陪審制度とほぼ併記する形で導入を積極的に主張していた（本稿第1章22-23頁）。しかし、同年9月に入り、日弁連は、参審制度に関する主張を大きく変えることになる。

第30回審議会（2000年9月12日）での法曹三者のヒアリングにおいて、日弁連は、それまでのような参審制度に関する主張を一切行わず、むしろ、口頭での意見陳述において、

---

司法の構造と思想』（日本評論社、1981年）7-8頁。

<sup>18</sup> 鯉越前掲注（2）4頁。

<sup>19</sup> 伊佐千尋『裁判員制度は刑事裁判を変えるか』（現代人文社、2006年）90頁。

参審制度の意義を明確に否定するとともに、陪審制度の導入を強く主張した<sup>20</sup>。一方、最高裁は、陪審員の事実認定に裁判官に対する拘束力を認めないような形態の陪審制度、または参審員が評決権を有しない参審制度の導入を提唱した（本稿第1章24-25頁）。

この日弁連の急激な態度の変化は、この審議会の2日前の新聞報道<sup>21</sup>を受けてのものと考えられる。この記事によれば、最高裁は、刑事重大事件の裁判や一部の民事裁判に、国民の中から選任された参審員（意見表明はできるが評決権を持たないとされる）が裁判官とともに審理する参審制度の導入を提言する方針を決定したという。そこで、日弁連としては、最高裁が参審制度を容認するのであれば、参審制度はほぼ実現可能であると考えて、より要求水準を高めて、裁判官を事実認定過程から排除する陪審制度の導入の提言に専心するよう、方針を転換したものと思われる。

ところで、法曹アクターの1つである法務省は、第1ステージにおいて、公式には、制度の基本的構造に関して態度を明確に示さなかった。第8回審議会で、法務省は、説明では国民の司法参加の制度の導入に関しては言及することなく、質疑において初めて、陪審制度であれ参審制度であれ、導入されても省としては困るところはないとの意思を示した（本稿第1章19頁）。また、第30回審議会では、諸外国の陪審制度・参審制度の一般的な説明と憲法上の問題を摘示するだけで、質疑においてようやく、司法参加の制度の導入は基本的には政策選択の問題であり、陪審制度の導入であっても、省としては反対するものではないと述べた（本稿第1章24頁）。

法務省は、どのような構造の制度の導入が望ましいかについて、審議会では、一切、意見を表明しなかった<sup>22</sup>。しかしながら、審議会での議論の終盤になると、参審制度の導入に傾き始め、最高裁の参審制度構想を変更させるに至る。そして、そのことは、機関としての公式の発表ではなく、新聞報道として現れる。具体的には、法務省が参審員に評決権を認める形での参審制度の導入を支持し、最高裁と意見交換を始めることが、2001年1月6日に報道され、19日には、評決権なき参審制度を提唱してきた最高裁が、評決権を容認することが報じられた（本稿第1章33頁）<sup>23</sup>。

明確な見解表明を避けてきた法務省が、第1ステージの後半で、評決権を認める参審制

<sup>20</sup> 日弁連は、陪審制度と参審制度とでは参加の理念が大きく異なり、参審制度では裁判官が裁判の主導権を持ち続けることになるとして、参審制度は参加の制度として導入すべきではないと主張して、態度を変更した。ただし、配布資料において、「なお、分野によっては参審制度の方が適するものもあり、そのような分野には参審制度を導入すべきです」との記述もあり、参審制度の導入を完全に否定していたわけでもなかった（日本弁護士連合会「「国民の司法参加」に関する意見」（司法制度改革審議会第30回配布資料））。

<sup>21</sup> 朝日新聞2000年9月10日朝刊1面の「最高裁、「参審制」提言へ 評決権ない形で国民の司法参加を容認」と題する記事である。

<sup>22</sup> 陪審制度に反対であるとの立場を明確に打ち出さず、しかしながら、陪審制度導入の方向には問題があると述べる法務省の態度を、丸田隆教授は、きわめて「したたか」であると評している（丸田隆『裁判員制度』（平凡社、2004年）86頁）。

<sup>23</sup> 朝日新聞2001年1月6日朝刊、読売新聞2001年1月19日朝刊。

度を非公式に提唱し、参審制度の導入という点で意見を同じくしていた最高裁を動かし、最終的に、評決権を認めた参審制度の導入が、法曹三者の中で、法務省と最高裁という2つのアクターによって支持されることとなった。

この法曹三者の主張の変遷をまとめると、次のとおりである。当初、陪審制度と参審制度の両方の実現を目指していた日弁連が、最高裁の評決権なき参審制度の導入の提唱を受けて、陪審制度の導入のみを主張するように態度を硬化させた。そして、その後、黙考していた法務省が評決権を認めた参審制度の導入を提唱するや、最高裁は、態度を軟化させ、評決権を認めた形での参審制度の導入を容認した。そして、最終的に、審議会は、裁判員と裁判官の協働の参加という参審型の制度の導入を提言するに至る。このように見るならば、参審型という裁判員制度の基本構造について、最も強い影響力を行使したのは、法務省であるといえよう。

## (2) 中間報告までの審議会での議論

審議会では、陪審制度に対しては、高木、中坊公平、吉岡初子の各委員が積極的に導入すべきと主張し、賛意にやや温度差があるものの、鳥居泰彦委員も導入に賛成する一方で、竹下会長代理と、石井宏治、井上正仁、水原敏博、山本勝の各委員が導入に消極的な意見を示し、また、北村敬子・曾野綾子両委員は、導入に明確に反対の意思を示していた。一方、参審制度の導入に対しては、石井、井上、北村、山本の各委員が積極的な態度を示し、同じく鳥居委員も賛成する一方で、高木委員が消極的な態度を示し、曾野、中坊、吉岡の各委員は、明確に反対していた。このうち、石井委員は、当初、最高裁が主張していた評決権なき参審制度が望ましいと主張する一方、井上・北村両委員は、参審制度であれば参審員に評決権を認めるべきであると主張していた。曾野委員は、陪審制度であれ参審制度であれ、国民の司法参加の制度の導入そのものに強く反対していた<sup>24</sup>。

第32回審議会（2000年9月26日）の時点での13名の委員の意見分布は、陪審制度については、賛成4名－反対7名であり、参審制度については、賛成5名－反対4名であった。態度を明確に表明しなかった委員を含めて、多数決で採決すれば、陪審制度の導入は賛成少数で否決され、参審制度の導入は可決されることになる。しかしながら、ここで決を採り、参審制度が審議会委員の多数意見であることが確認されたとしても、賛否がわずか1名という僅差であり、その後の議論を進めることが困難にもなりかねない。もともと陪審制度を導入すべきとする委員も、参審制度を導入すべきとする委員も、国民の司法参加の制度を導入すべきであるという点では、意見は同じであった。そこで、佐藤会長をはじめ、

<sup>24</sup> 曾野委員は、国民の司法参加を議題とする第30回と第31回の審議회를欠席しており、司法参加の制度に関する審議に初めて出席したのは、この議題を扱う最終日である第32回であった。第32回審議会は、すでに2回の会議で、参加制度を導入することについて、委員間で暗黙の合意が形成され、それを前提としたうえで、どのような参加の形態が望ましいかを議論する段階になっていたが、そこで、曾野委員が司法参加反対論を唱えても、もはや時期を逸した主張であり、一顧だにされることはなかった（本稿第1章28頁）。

井上委員や藤田委員が率先して、陪審制度の導入の賛否という形での議論にならないよう、議題を意識的に設定した（本稿第1章26-27頁）<sup>25</sup>。

その結果、中間報告では「陪審・参審制度にも見られるように、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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与していくことは、司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考え。今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」と述べられることになり<sup>26</sup>、第1ステージの第2ラウンドの段階で、その形態はともあれ国民の司法参加の制度を導入することが、ほぼ確定した。

この中間報告の記述については、次の3つの点に注目すべきであろう。(1) 採用すべき参加制度として、陪審制度と参審制度のどちらか一方を挙げるのではなく、両方が併記されており、陪審制度導入論者も参審制度導入論者も首肯できるものとなっている。(2) 陪審制度や参審制度を参考にしつつも、わが国にふさわしい形態を検討すべきとされている。

(3) 「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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与していく」という表現が、陪審制度導入論者も参審制度導入論者も承服できるものになっている。特に、(3) に関して、この表現であれば、「分担」という部分に重点を置けば、裁判の過程を事実認定と量刑とに大別し、前者を一般の国民が、後者を裁判官が別々に担当する陪審制度の導入を予定する意見であると解釈しうる一方で、「協働」という部分に重点を置けば、一般の国民と裁判官とが合議体を構成し、裁判を協働して行う参審制度の導入を予定する意見であると解釈しうる。国民の主体的・実質的な参加という部分についても、裁判官に代わって、国民が陪審員として裁判の過程に主体的に参加する制度を構想しているとも読むことができる一方で、参審員としての裁判への参加も、国民の主体的・実質的な参加であると評価しうる。

つまり、中間報告には、陪審制度導入論と参審制度導入論との対立を止揚しつつ、国民の司法参加の制度を導入することについての委員間で形成された合意を確定的なものにするという意義があったと評価できよう。議題の設定方法如何では、陪審制度導入論者をすべて対抗者と位置づけたうえで、少数の（それでも、相対的には多数の）委員のみで参審制度導入を検討せざるを得ない状況もありえた。そのような事態を避け、より多くの委員の賛同の下で司法参加の制度の導入を推進するため、一時的に陪審制度と参審制度との対立を乗り越える必要があった。そのために、中間報告では、陪審制度導入論者も参審制度

<sup>25</sup> 例えば、第31回審議会において、陪審制度の導入を強く主張していた高木・吉岡両委員に対して、井上・藤田両委員は、陪審制度と参審制度のいずれかでなければならぬという議論を避けるよう、議論の方向を修正しようとしている（司法制度改革審議会第31回会議録）。

<sup>26</sup> 司法制度改革審議会前掲注（12）62-63頁。

導入論者も許容できるような工夫された表現になっていたと考えられよう。

### (3) 審議会第3ラウンドでの議論

第2ラウンドまでで、その形態はともあれ、参加制度の導入が決まり、具体的な参加制度の形態の検討が進められるようになった。しかしながら、第3ラウンドの議論に入っても、具体的な参加制度の形態に関しては、まとまる気配はなかった。

特に、高木・吉岡両委員は、事実認定から裁判官を排除する陪審制度の導入を強く主張していた。一方、参審型の制度が望ましいと考えていた北村委員や山本委員は、参審制度の導入には固執せず、基本的な形態が裁判官と裁判員<sup>27</sup>との協働の制度であれば、それ以外の点（例えば、選任方法や任期制の有無など）では、参審制度におけるものではなくともよいと考えており、このような柔軟な姿勢は、次第に、第2ラウンドでは参審制度の導入への賛意を明示していなかった竹下会長代理や藤田・水原両委員の支持を獲得するようになった。

つまり、第2ラウンドまででは、陪審制度導入論と参審制度導入論とが対立していたが、第3ラウンドに入って、あくまで事実認定から裁判官を排除する陪審制度とすべきとする意見と、裁判官と裁判員とが協働する参審型の制度（それは、必ずしも参審制度でなくてもよい）とすべきとする意見<sup>28</sup>との対立へと、構造が変化していった。

陪審制度の導入か参審型の制度の導入かをめぐる議論に決着をつけたのが、第45回審議会（2001年1月30日）の中坊委員の主張の変更であった。

現行裁判否定論／民主主義的基礎づけ説に立って、陪審制度を導入すべきと強く主張していた委員は、高木、中坊、吉岡の3名であった<sup>29</sup>。第45回審議会では、高木・吉岡両委員が事実認定から裁判官を排除する陪審制度の導入を主張していたのに対して、中坊委員は、この主張に与しなかった。中坊委員は、高木・吉岡両委員と協調して陪審制度導入に執着するという選択肢も採ることができたにもかかわらず、ここでは、敢えて、参審型の制度の導入を黙認した。この中坊委員の主張の変更によって、事実認定から裁判官を排除する陪審制度の導入は、事実上、制度設計の議論から消滅したといえよう。

<sup>27</sup> 前述のとおり、第43回審議会でも松尾教授によって「裁判員」という呼称が提示されて以降、陪審員でも参審員でもない参加する国民を指す語として裁判員という語が定着し、審議会の委員間でも用いられるようになった。

<sup>28</sup> 参加する裁判員に評決権を与えるべきか否かという議論の対立（第2ラウンドまでで、石井委員は認めるべきでないと、井上・北村両委員は認めるべきであると主張していた）は、2001年1月以降、最高裁が評決権を認める形での参審制度の導入を容認することが報じられたこともあり、第3ラウンド以降は、すでに問題とはならなくなっていた。両者は、陪審制度ではなく、官民協働の参審型の参加制度を支持するという点で、結束したのである。

<sup>29</sup> 鳥居委員も、陪審制度の導入に積極的な立場であったが、他の3名の委員と比較すると、その賛意に温度差があり、また、発言の趣旨からは、現行裁判否定論／民主主義的基礎づけ説に基づき賛成するものであったとはいえないと思われる。

もつとも、中坊委員は、陪審制度の導入を単に断念したわけではなかった。第43回審議会では、中坊委員は、参審型の制度の導入を認める代わりに、「裁判員の方が絶対的多数で決められるという形のものにならなければいけない」ので、裁判員の員数を増やすべきであると主張した(吉岡委員もそれに同調した、本稿第1章35頁)<sup>30</sup>。また、第51回審議会(2001年3月13日)では、高木委員は、裁判員を裁判官の数倍にすることなどを内容とする「裁判員制度」について(説明資料)と題する文書を提出した。

高木、中坊、吉岡の各委員は、事実認定から裁判官を排除する陪審制度の導入を断念したものの、官民協働の参審型の制度における合議体の構成に関して、裁判官の員数をより少なく裁判員の員数をより多くすべきと主張するよう方針を変更した。これは、形式的には、陪審制度の導入をあきらめつつも、合議体における裁判官の見込まれる影響力を事実上極小化することにより、実質的に陪審類似の制度の実現を企図しようとするものであったといえよう。

高木、中坊、吉岡の各委員は、裁判官と裁判員とを対立的なものにとらえたいうで、裁判員が裁判官の意見に影響されないようにするために、裁判官の員数をより少なく、裁判員の員数をより多くすべきであると主張した。一方、石井、北村、水原の各委員は、裁判官と裁判員とを対立するものとしてではなく、協働すべきものとしてとらえ、同数程度が望ましいと主張した。裁判官と裁判員とを対立的なものにとらえる前者の立論には、陪審制度導入論の残滓を見ることができよう<sup>31</sup>。

結局、裁判官と裁判員の員数をめぐる議論は、委員間での合意が形成されず、最終的には、意見書は、「一つの裁判体を構成する裁判官と裁判員の数及び評決の方法については、裁判員の主体的・実質的関与を確保するという要請、評議の実効性を確保するという要請等を踏まえ、この制度の対象となる事件の重大性の程度や国民にとっての意義・負担等をも考慮の上、適切な在り方を定めるべきである」と述べるにとどまることとなった<sup>32</sup>。

要するに、制度の基本的構造に関しては、当初は、陪審制度を導入すべきか、それとも参審制度を導入すべきかという点で議論が対立していたが、次第に、争点は、陪審制度の導入に固執するか、それとも官民協働の参審型の制度の導入を目指すかに移り、後者が審議会の議論の趨勢となるや、裁判官と裁判員の員数をめぐる議論へと、争点が移っていった。そして、審議会においては、裁判官と裁判員の員数を決めるには至らなかった。

<sup>30</sup> 司法制度改革審議会第43回議事録。

<sup>31</sup> なお、第45回審議会では、鳥居委員も多様な意見を反映させるためという観点から、裁判員の員数をより多くすべきであると主張していたが、他の委員と意見がかみ合っていたとはいえなかった(本稿第1章35頁)。これは、他の委員が、陪審制度の導入か参審型の制度の導入かをめぐる議論の延長で、裁判官と裁判員の員数について論じていたのに対して、鳥居委員のみが、陪審制度や参審型制度へのコミットメントなしに、制度を構想していたためであろう。

<sup>32</sup> 司法制度改革審議会前掲注(1)103頁。

### 3. 第2ステージにおける主な争点

#### 3 合議体の構成

##### (1) 検討会第2ラウンドでの議論

第1ステージにおいて、国民の司法参加の制度の基本的構造について、裁判官と裁判員とが協働する参審型の制度とすることで確定したものの、合議体の構成に関しては、意見書は、裁判員の主体的・実質的関与の確保と、評議の実効性の確保という2つの要請を挙げるのみで、裁判官と裁判員の員数を具体的にどうするか、枠組みを定めなかった。

合議体の構成に関する法曹三者の基本的な立場は、第7回検討会（2002年9月24日）でのヒアリングで明らかになった。ここでは、最高裁と法務省は、ともに、多人数で構成される合議体であっては、濃密で実質的な議論を行うことは困難であるので、小規模な合議体<sup>33</sup>であるべきと主張する一方、日弁連は、裁判官の員数を裁判員の員数の3倍以上とすべきであると主張した。最高裁・法務省は、裁判官と裁判員とを合わせた合議体全体の員数（裁判官と裁判員とが協力して、合議体全体でいかに実質的な議論をするか）に注目する一方、日弁連は、裁判官と裁判員のそれぞれの員数をどうするか（裁判員に対する裁判官の影響力をいかに小さくするか）を重視していた。

日弁連は、2002年秋の段階で、会全体としては、具体的に員数を挙げていなかったが、日弁連の司法改革実現本部は、7月31日に、裁判官2人—裁判員9人とすべきと主張していた。司法改革実現本部は、合議体において、新たに加わる裁判員を裁判官に代わりうる存在として位置づけたうえで、裁判官は、評議の司会役と意見を述べる主体の2人で十分であり、現行の3人から1人を減らすべきであるとしていた<sup>34</sup>。

以下では、検討会で、どのように議論が展開していったのかについて、事務局や座長などから示された文書や、検討会での委員間の議論を通じて、概観することとしよう。

検討会で最初に示された文書は、第13回検討会（2003年3月11日）に推進本部事務局によって提出されたたたき台（「裁判員制度について」）である。ここでは、合議体の構成について、裁判官3人—裁判員2ないし3人とするA案と、裁判官1ないし2人—裁判員9ないし11人とするB案の2案とが併記された。これらは、検討会では、合議体全体の大きさに着目して、前者が「コンパクト型」と、後者が「ワイド型」と呼ばれることがあったが、裁判官と裁判員の構成比に着目すれば、前者は裁判官と裁判員とがほぼ同数の対等型である一方、後者は、裁判官に比べ裁判員の員数が圧倒的に多い偏頗型であるとも評価しうる。

事務局の用意したたたき台に示されていたのは、裁判官と裁判員の員数についての2つ

<sup>33</sup> 最高裁は、「コンパクトな合議体」と、法務省は、「少人数の合議体」と呼んでいた。

<sup>34</sup> 日弁連司法改革実現本部「裁判員制度」の具体的な制度設計要綱（2002年7月）30-31頁。



の組み合わせであった。このたたき台に沿って議論するのであれば、裁判官と裁判員の各員数の組み合わせについて、二者択一の議論を行うことになるはずであったが、井上正仁座長は、敢えて、A案とB案のいずれを選択すべきかについて議論するのではなく、裁判官の員数を先に議論した後に、裁判員の員数を議論することにした（本稿第1章49頁）。

裁判官の員数について、四宮啓委員のみが1人を主張し、大出良知・土屋美明両委員は2人でも3人でもよいとし（大出委員は、井上座長に発言を求められて、2人のほうが好ましいと述べた）、池田修、酒巻匡、高井康行、樋口建史、平良木登規男、本田守弘の6名の委員が3人を主張した（本稿第1章49-50頁）。ここで、裁判官1人案を支持する委員がわずか1名であり、2名の2人案支持者も当初から3人案を許容しており、残る6名の委員が積極的に3人案を支持するという検討会委員の意見分布が明確になった。その結果、特に決を採ることなく、これ以降の議論では、裁判官を3人とすることが、検討会委員の共通認識となった。

裁判官と裁判員の各員数の組み合わせについて、A案とB案のいずれを支持するかという尋ね方をすれば、はじめに大出委員がB案を支持していたことから、裁判官1ないし2人案（B案）の支持者が1名ということにはならなかったであろうが、裁判官の員数と裁判員の員数とを分けて論じることになったために、裁判官1人案を必ずしも支持していなかった大出委員が、結果的にB案を支持しない者と数えられた（本稿第1章50頁）。

井上座長が裁判官と裁判員の員数を別々に議論するよう議題設定した理由については、座長本人は明言していないものの、おそらく、裁判官の員数については、委員間の意見の対立はあまり見られない一方で、裁判員の員数については、大きな対立が見られたため、容易に合意が形成される前者を先行して議論することが合理的であると考えたものと思われる。

次いで、裁判員の員数へと議論が移ったが、10人程度（四宮委員）、6人（大出・土屋両委員）、5人（高井委員）、3人あるいは4人（平良木委員）、3人（本田委員）、2人（樋口委員）、「ある程度人数の小さいところ」（池田委員）と、委員の意見は分散した。そして、第13回検討会は、裁判員の員数について合意が得られないまま、終わることとなった（本稿第1章50頁）。

その後、日弁連は、2003年5月20日、「裁判員制度「たたき台」に対する意見」で、たたき台のB案を支持すると発表した<sup>35</sup>。しかしながら、この時点では、すでに、裁判官を3

---

<sup>35</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（2003年5月）1頁。裁判員の員数については、国民の健全な社会常識を反映させるためには、少なくとも10名前後の裁判員が各自の知識経験に照らして意見を述べ、それらの評議を通じて裁判所としての1つの認識・意思を形成する必要がある（この程度の員数であっても、評議を行ううえで格別支障はないという）、また、裁判官の員数については、3人が必須不可欠なものとはいえず、むしろ、3人を所与の前提とする考え方は、「従来どおりの「裁判官による裁判」を想定し、裁判員を「お飾り」的な存在として位置付けるものであって、正当とはいえない」という（1-2頁）。

人とすることについて、検討会のほとんどの委員の意見がまとまりつつあり、裁判官を1ないし2人とするB案が採用される見込みはほぼなかった。

## (2) 検討会第4ラウンドでの議論

2003年10月28日の第28回検討会で、井上座長によって示された座長ペーパー（「考えられる裁判員制度の概要について」）は、それまでの検討会での議論を踏まえたうえで、この段階で考えられる制度の概要の一案を取りまとめたものとして位置づけられていた（本稿第1章58-59頁）。

合議体の構成については、裁判官3人－裁判員4人とするものとするとの文の後、「ただし、検討会における議論を踏まえると、5ないし6人とすることも考えられるので、なお検討を要する」と付記されていた。裁判員の員数については議論の余地がある一方、裁判官を3人とするものについては、これまでの検討会での議論でおおむね合意が形成されたため<sup>36</sup>、裁判官1人案や2人案を議題として挙げる必要がないと判断されたものと思われる。

この座長ペーパーの記述に対して、裁判官を1ないし2人とすべきと主張していた四宮委員が強く反発した。四宮委員は、裁判官の員数について、現行の3人から減らすという発想ではなく、国民参加の新しい制度である以上、裁判官の員数もゼロベースで考えるべきだという前提に立ったうえで、裁判官が2人であれば、裁判官同士で徹底的に議論して適正な法律判断に到達することが期待しうると述べた。すると、井上座長は、四宮委員が、裁判員が中心であって裁判官がそれをサポートするというイメージに立っているとしたうえで、審議会の意見書は、そのようなイメージではなく、異なるバックグラウンドをもつ裁判官と裁判員とが1つの合議体を構成し、協働して裁判を行うという発想に立っていると説明した<sup>37</sup>。そのうえで、裁判員制度が導入されて以降も重大な事件についての裁判官3人による合議体が併存することとのバランスを考える必要性を力説した。

つまり、裁判官の員数について、1ないし2人案と3人案との間には、発想の違いがあった。すなわち、前者が既存の制度にとらわれず、新しい制度をゼロベースで考えている一方で、後者は、現行の裁判官3人の合議体の意義やそれとの均衡を重視していた。

<sup>36</sup> 座長ペーパーとともに検討会で配布された井上座長名義の「「考えられる裁判員制度の概要について」の説明」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回配布資料）3頁では、「裁判官は3人とすべきであるというご意見が大勢であったといえます」と述べられている。

<sup>37</sup> 裁判員が裁判の主体となり裁判官はそれを補助する役割であるとする見解は、審議会において、高木委員が主唱していた考え方である。高木委員は、第51回審議会での配布資料において、「国民が参加する目的は、法律専門家である裁判官の判断を補完することではなく、「統治主体、権利主体」（「中間報告」）たる国民が自ら「主体的、実質的」（「中間報告」）に判断を下すことにある。参加制度における裁判官の役割は、「自律性と責任感をもって参加することが求められる」（「中間報告」）国民の「主体的、実質的」（「中間報告」）な判断を援助し、その適法性を確保することにある」と述べている（高木剛「「裁判員制度」について（説明要旨）」（司法制度改革審議会第51回配布資料）1頁）。

裁判官を2ないし3人とすべきであると主張していた大出・土屋両委員も、裁判官を2人とするこの意義について説明を行ったが、両委員ともに、2人でも十分であるという認識にとどまり、四宮委員のように2人でなければならないと積極的に述べたわけではなかった<sup>38</sup>。これに対しては、高井・本田両委員は、裁判官はむしろ2人であってはならず、3人でなければならないと主張した（本稿第1章60頁を参照）。

裁判官の員数についての実質的な議論は、第28回検討会において行われたが、これは、専ら、四宮委員と井上座長との間で展開された（四宮委員に対しては、大出委員が、井上座長に対しては、池田、酒巻、高井、本田の各委員と推進本部事務局の辻裕教参事官が、それぞれ助勢した）。合議体に裁判員を加えることに伴い裁判官の員数を減らすことが妥当であるか否かが、ここでの最大の争点であった。井上座長は、裁判官の員数を減らしうるという主張は裁判官と裁判員とが代替可能であるという認識を前提にしていると考えられるが、裁判の対象を事実問題・量刑問題・法律問題と分けたときに、法律問題の判断はもちろんのこと、事実問題や量刑問題についても、裁判員は裁判官を代替しうるものではないと述べた。また、具体的に裁判官の員数を減らすとしても、1人としても2人としても、いずれにせよ不合理であるということが、井上座長から示された。すなわち、意見書が裁判官または裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることができないようにすべきとしているため、裁判官を1人とすれば、実質的に、当該裁判官が裁判員の判断に対して拒否権をもつことになり、裁判員裁判の意義がなくなる。一方、裁判官を2人とすれば、法律問題について裁判官の意見が分かれたときに、判断できなくなる<sup>39</sup>。このように、裁判官を3人とするこの合理性が示されたところで、意見の集約をしないままに、裁判官の員数についての議論は終わった。

裁判員の員数に関しては、第13回検討会と同様に、7人以上（合議体全体で10人以上、四宮委員）、7人前後（全体で10人前後、大出委員）、5人（全体で8人、高井委員）、4人（全体で7人、井上座長、池田・本田両委員）、3人または4人（平良木委員）、3人（酒巻・樋口両委員）と分散したが、議論は、より大きな合議体を志向する大出・四宮両委員と、相対的に小規模な合議体を志向する他の委員との対立という形になった。後者に関しては、井上座長と池田・高井両委員は、評議の実効性を確保する観点から、合議体全体として大

<sup>38</sup> 土屋委員は、「私は、……積極的に二人を導入すべきであるという意見とはちょっと違う」と述べ、また、大出委員は、「確かに二人で絶対あるべきだということは言いにくいというふうには私も思わないではないですね。ただ、3人であるということと、二人であるということと、どちらでなければいけないかということとで考えたときに、二人でもいいというふうには言えるだろうと私なんかは考えている」と述べており、両委員とも、積極的に裁判官を2人とすべきと主張しているわけではないことは明らかである（原文ママ、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回議事録）。

<sup>39</sup> これに対して、大出委員は、裁判官を2人としても、そのうちの1人の裁判官がもう1人の裁判官である裁判長の判断に従うものとすればよいと述べたが、これに対して、酒巻・高井両委員と井上座長は、本来判断主体として対等であるはずの裁判官のうち、一方の意見が必ず優先するものとするに合理性がないと反駁した。

きすぎてはならないと主張し、酒巻・樋口両委員は、裁判員制度の理念に立ち返り、裁判官と裁判員とが対等な立場で協働する以上、裁判員の員数を裁判官の員数よりも増やすことに合理性はないと主張した。この点についても、意見の集約はなされなかったが、裁判員の員数を多くすべきという主張が劣勢にあるのは明らかであった（本稿第1章60頁を参照）。

ところで、先述のとおり、2003年12月に入り、民主党（4日、「裁判員制度設計に関する考え方」）、公明党（11日、「裁判員制度設計について」）、自民党（16日、司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会の「裁判員制度のあり方について」）が、相次いで、あるべき裁判員制度の構想を発表していた（本稿第1章62-63頁）。

自民党が裁判官3人—裁判員4人程度を主張する一方、公明党は、裁判官2人—裁判員7人を主張した。自民党は、評議の実効性を確保するという観点から、小規模な合議体を志向する一方、公明党は、裁判員制度の意義について民主主義的意義づけ説に立ったうえで、検討会の大出・四宮両委員と同様の発想から、大規模な合議体が望ましいとしていた。裁判員制度に対する両党の基本的な考え方と大きな隔たりがあったため、前述のとおり、合意形成には困難が伴った（本稿第1章63-67頁を参照）。与党内調整の結果、原則的な合議体として、裁判官3人—裁判員6人とし、例外的な場合（被告人が公訴事実を認めている場合において、検察官、被告人及び弁護人に異議がなく、かつ、事案の性質等を勘案して相当と認めるとき）には、裁判官1人—裁判員4人の合議体とするという案で合意が形成された。

日弁連は、第2ステージの第2ラウンド以降、たたき台、座長ペーパー及び骨格案が示されるのにそれぞれ呼応して、「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（2003年5月20日）、「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（同年12月11日）、「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」（2004年2月12日）という3つの意見書を発表した。先述のとおり、日弁連は、2003年5月の意見書では、たたき台のB案を支持するとしていたが、検討会では、第4ラウンドの前に裁判官を3人とすることで意見がまとまっていたため、座長ペーパーでは、そもそもたたき台のB案が検討から外されていた。日弁連は、2003年12月の意見書と2004年2月の意見書では、裁判官1ないし2人—裁判員9ないし11人とすべきとしている<sup>40</sup>が、この合議体の構成はたたき台のB案として示されたものと同じである。要するに、日弁連は、合議体の構成に関しては、他の多くの論点と同様に、検討会での議論を受けても主張を変更することはなかった。そのような合議体とすべき理由についても、「新しい裁判員制度の設計において、既存の制度である法定合議事件の員数を前提にする必要はな」く、「裁判官3名を前提とすることは、裁判員をお飾り的な存在として位置付けるものであって、正当とはいえない」

<sup>40</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）4-6頁、日本弁護士連合会「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（2003年12月）9-14頁、同「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」（2004年2月）4-5頁。

から、裁判官の数を減ずべきであり<sup>41</sup>、「裁判員の主体的・実質的参加、多様な意見の反映、国民的基盤の確立、諸外国の例などの観点」からして裁判員の数は9人以上必要である<sup>42</sup>などとして、2003年5月の意見書での理由とほぼ同じものを挙げている。ただし、2003年12月の意見書では、第28回検討会での井上座長と四宮委員との激しい議論を踏まえて、井上座長による第28回検討会配布資料「「考えられる裁判員制度の概要について」の説明」における仮想的な立論（それは、まさに日弁連が主張しようとしたものと符合するものであった）への批判に対する反論を詳述しており<sup>43</sup>、また、骨格案公表後の2004年2月の意見書では、裁判官1人－裁判員4人の例外的合議体を採用したことについて、「裁判員の数が少ないものの、裁判官の数は1人または2人とすべきであるとした当連合会等の主張を限定的ではあるが採用している点で評価できる」とも述べている<sup>44</sup>。特に、前者に関して、ここでの記述が、第2ステージ後期の日弁連の裁判員制度に対するとらえ方を理解するうえで、大変に興味深い内容になっている点に注目したい。すなわち、日弁連は、公式に、(1) 裁判官と裁判員とを対立・対抗関係として考えるものではないということ<sup>45</sup>と、(2) 裁判官は裁判員の補助にとどまるべきであると考えものではないということ<sup>46</sup>を示した。

なお、第2ステージで影響力を有するアクターではないが、合議体の構成について、民主党は、裁判官1人（総括裁判官クラスのベテラン1人、補助的な仕事を行うロークラーとしての役割を担う判事補1人を付すこともできるとする）－裁判員10名前後とすべき<sup>47</sup>と、共産党は、裁判官1人（多くとも2人とする）－裁判員9人以上とすべき<sup>48</sup>と、それ

<sup>41</sup> 日本弁護士連合会前掲「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」6頁。

<sup>42</sup> 日本弁護士連合会前掲「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」3頁。

<sup>43</sup> 日本弁護士連合会前掲注(41)3-9頁。

<sup>44</sup> 日本弁護士連合会前掲注(42)4頁。この意見書は、「裁判官1人制の採用は、将来的展望から見ても非常に重要な選択であると考えられる。即ち、限定的とはいえ採用された裁判官1人制の裁判の運用実績次第で、原則形態への適用の展望の可能性を秘めている」と続けている（同頁）。

<sup>45</sup> 「当連合会の上記意見は、「裁判員と裁判官とはグループとして対立・対抗する関係に立つ一特に、裁判官が自分達の意見を押しつけようとするのに対して、裁判員は数で対抗するしかない」といった捉え方（座長説明〔筆者注：本稿では「座長ペーパー」と略記するところの、井上座長による第28回検討会での配布資料「「考えられる裁判員制度の概要について」の説明」を指す〕8-9頁）に基づくものではない」としている（日本弁護士連合会前掲注(41)3頁）。すなわち、裁判官と裁判員とが対立する関係であるという考え方を採らないと日弁連が明言している点に、注意されたい。

<sup>46</sup> 「当連合会の上記意見は、「裁判員が中心ないし主役であり、裁判官はそれを補助する役割にとどまるという捉え方」（同〔筆者注：前注と同じく座長ペーパーのこと〕9頁）に基づくものでもない」としている（日本弁護士連合会前掲注(41)4頁）。すなわち、裁判員が主役であるという考え方を採らないと日弁連が明言している点に、注意されたい。

<sup>47</sup> 辻前掲注(5)385-386頁。

<sup>48</sup> 「「裁判員制度」各党はこう考える！」法学セミナー臨時増刊 Causa11号（2004年）59頁。

ぞれ主張しており、員数の点では、日弁連の主張に近いといえる。ただし、これらの政党の基本的な考え方が日弁連のそれと同じであったとはいえない。例えば、民主党は、「裁判員制度における裁判官の役割は、法律専門家としての知識と経験を生かし国民の責任ある自律的判断をサポートすることである」とし<sup>49</sup>、裁判員を中心とし、裁判官をその補助者として位置づけているが、これが前述の第2ステージ後期の日弁連の見解とは異なることは明らかである（審議会の意見書の基本的な考え方とも異なる）。

第3ステージにおいて、民主党と共産党は、合議体の構成について、政府・与党に修正を求めたが、制度の本質とも密接にかかわるものであり、与党内での相当な困難を乗り越えて合意が形成されたものであったため、この点についての修正はできなかった。民主党は、当初、所属議員に衆議院の本会議質問で裁判官1人—裁判員10名前後の合議体とすべきと主張させていた（本稿第1章70-72頁）。その後、党内での議論において裁判員の員数を7人とする修正を求めることでまとまった（本稿第1章84-85頁）ものの、最終的には、合議体の構成に関する修正の要求を断念した。一方、第3ステージの後半から登場した共産党は、参議院の委員会質疑の終局後に、裁判官1人—裁判員9人とする修正案を提出したが、裁判官の員数を減らし裁判員の員数を増やすべきという点で同様の主張を行っていた民主党からの賛成すら得られず、委員会段階でこの修正案は否決された（本稿第1章97-98頁）。

#### 4 独立評決制の可否

制度設計の各段階では、複数のアクターによって、一定の場合に裁判官を排除して裁判員のみで評決を行う独立評決制を設けるべきであるとの提案がなされた。この提案は、第1ステージの後半から出されるようになり、審議会の意見書では、採用されなかったものの、明確に否定もされなかったため、第2ステージでも議論が繰り返された。しかしながら、主要なアクターのほとんどが支持しなかったため、第2ステージの段階で、自然に議論されなくなった。

この提案が初めて公式に示されたのは、第51回審議会（2001年3月13日）における高木委員によるペーパーにおいてであった。高木委員の独立評決制案は、「裁判員の主体性・自律性という考え方を貫徹するため、一定の場合に、裁判員のみで評決する仕組み（裁判員の独立評決）も備えておく」というものであった（本稿第1章36頁）<sup>50</sup>。独立評決が行われる場合として、具体的には、被告人または検察官が裁判員のみによる判断を求めたときや、政治犯罪、公務員の職務に関する犯罪、表現の自由に関する犯罪など（公務員である裁判官が関与することが相当でないと思われる事件であるとされていた）が挙げられていた。高木委員の独立評決制構想は、裁判員が有罪・無罪の判断のみを行い、量刑の判断

<sup>49</sup> 辻前掲注（5）385頁。

<sup>50</sup> 高木前掲注（37）1頁。

を行わないものとし、また、評議には裁判官の関与を認めうる<sup>51</sup>というものであった。

つまり、独立評決制とは、一定の場合に裁判員のみで有罪・無罪の判断を行い（裁判官を評議から排除しないとしても、事実認定についての評決からは排除する）、かつ、量刑は専ら裁判官に委ねるというものであり、陪審類似の制度であるといえよう。この提案の趣旨からも明らかなように、独立評決制の提案は、第1ステージの後半で、陪審制度ではなく参審型の制度が導入されるということが確定した段階において、陪審制度の導入に敗れたアクターの一部が、なおも陪審制度の導入に執着したことから生まれた、陪審制度導入論の残滓であるとみることができる。

高木委員の提案に対しては、吉岡委員を除き、他の委員から賛同を得ることはなく、審議会意見書にも盛り込まれなかった（高木委員が検討すべき「将来的な課題」として挙げるよう求めたのに対して、そのような形での掲載すら認められなかった<sup>52</sup>）。

その後、日弁連の司法制度改革実現本部は、2002年7月31日に公表した「裁判員制度」の具体的制度設計要綱で、審議会の高木委員の提案した独立評決制を、「裁判員の「主体的・実質的」な判断をより徹底して確保しようとするものであり、意見書が提案している裁判員制度の基本的趣旨に合致するものである」と評価したうえで、審議会での「議論の経過からすると、独立評決制を少なくとも近い将来実施することまで否定されていないと考えられる」とした。具体的に、対象犯罪を、準起訴手続対象犯罪、公務執行妨害、名誉毀損やわいせつの概念が争われる表現の自由に関する犯罪等とし、裁判官1人—裁判員12人によって、事実認定は裁判員のみ、量刑は裁判官と裁判員との合議とし、通常の裁判員裁判と選択できるものとする（対象事件が裁判員裁判の対象外であれば、裁判官裁判との選択とする）という制度を提案した<sup>53</sup>。

しかし、前述のとおり、この意見書は、第7回の検討会（法曹三者ヒアリング）で資料として配布されたものの、日弁連の意見陳述者である山田幸彦日弁連司法改革実現本部副本部長は、この意見書の内容すべてが日弁連の案として固まったものではないことを理由に、詳述しなかったため、独立評決制は検討会では一度も提案されることはなかった（本稿第1章47-48頁を参照）<sup>54</sup>。

ここで注目しておきたい点は、日弁連そのものは、公式には、独立評決制について、一

<sup>51</sup> 評議への裁判官の関与について、高木委員の提出した資料には「さらに検討を要する」と書かれていたが（高木前掲注（37）7頁）、審議会での実際の議論では、高木委員は、裁判官の関与を認める趣旨の発言を行っている。

<sup>52</sup> 司法制度改革審議会第60回議事録。井上委員が、将来的に純粋な陪審制度を検討する際に、意見書に独立評決制を検討すべきとあれば、かえって議論を狭める可能性があるとして、高木・吉岡両委員のそれ以上の発言を抑えた。

<sup>53</sup> 日弁連司法改革実現本部前掲注（34）52頁。なお、この意見書の同頁には、「日弁連も、2001年5月1日に、独立評決制を設けるよう要請している」とあるが、これについては、公表されている資料等では確認できなかった。

<sup>54</sup> 同じく第7回検討会では、高木委員の出身母体である連合から長谷川裕子労働法制局長が招致され、独立評決制を支持する陳述をしている。

度も提案することはなかったということである。独立評決制が事実上の部分的な陪審制度であるため、意見書が裁判官と裁判員とが協働する参審型の制度を導入することを提言した以上、第2ステージにおいて、陪審制度の導入を支持した中心的なアクターであった日弁連ですら、独立評決制の提案に与することはできなかつたのであろう。

なお、民主党は、第1ステージでは独立評決制を設けるべきと主張していた（本稿第1章37頁）<sup>55</sup>が、第2ステージ以降は、独立評決制を主張しなくなった。

### 5 評決の方法

訴訟手続に関する判断及び法令の解釈に関しては、裁判官の専権とし、その過半数の意見によるものとするという点については、争いはなかった。問題は、有罪・無罪の決定及び量刑の判断に関する裁判官・裁判員の評決のあり方である。

意見書は、制度設計の際の留保事項として、「裁判官と裁判員とが責任を分担しつつ協働して裁判内容を決定するという制度の趣旨、裁判員の主体的・実質的関与を確保するという要請を考慮すると、少なくとも、裁判官又は裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定（有罪の判定など）をすることはできないようにすべきである」としていた<sup>56</sup>。

検討会において評決の方法について実質的な議論が行われたのは、第2ラウンド以降であったが、単純多数決とすることについては、第1ラウンドの第4回検討会（2002年6月11日）において、ほとんどの委員がこれを支持し、異論が示されなかつたことにより、ほぼ確定していた。

2003年3月11日に示されたたたき台では、「裁判は、裁判官と裁判員の合議体の員数の過半数であつて、裁判官の1名以上及び裁判員の1名以上が賛成する意見によらなければならないものとする」とするA案、「裁判は、裁判官と裁判員の合議体の員数の過半数の意見によるものとする。ただし、被告人に不利な裁判は、過半数であつて、裁判官の1名以上及び裁判員の1名以上が賛成する意見によらなければならないものとする」とするB案、「裁判は、裁判官と裁判員の合議体の員数の過半数の意見によるものとする。ただし、被告人に不利な裁判は、過半数であつて、裁判官の過半数及び裁判員の1名以上が賛成する意見によらなければならないものとする」とするC案の3案が示された<sup>57</sup>。A案とB案・C案との違いは、被告人に不利な判断を裁判官または裁判員のいずれか一方のみで決めることができるか否かという点にある。

これに対して、第14回検討会で、被告人に不利な評決をする場合には、3分の2以上の特別多数決とすべきであると四官委員が主張したものの、酒巻委員が直ちに反論し、井上

<sup>55</sup> 「司法制度改革への意見」（2000年5月）。

<sup>56</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）103-104頁。

<sup>57</sup> 「裁判員制度について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第13回配布資料）2頁。



座長や平良木・本田両委員らが酒巻委員に同調し、四宮委員の提案に賛同する者はなかった。四宮委員が、裁判員が参加することにより決定にバラツキが生じることと、決定を慎重にする必要があることを理由に、3分の2以上の特別多数決とすべきと主張したのに対して、酒巻委員は、評決の要件を加重するという案は、「裁判員の方の一人一人の、事実を認定したり量刑判断をしたりする能力が、職業裁判官と違っている、……職業裁判官より劣っているということを前提にしないと出てこないのではないか」と述べ、反対した（本稿第1章51頁を参照）<sup>58</sup>。

日弁連は、原則として全員一致とし、評議と投票を繰り返しても意見の一致をみないときなど一定の場合にのみ、3分の2以上の特別多数決とし、ただし、死刑選択の場合には、全員一致を要するという案を主張した。何人にも合理的疑いを残さないためにも有罪とするには全員一致を原則とすべきであって、多数決によるとすれば、最初の評決で多数意見がまとまった場合に、真剣な議論が期待できなくなるおそれがある（全員一致を要求することにより、より深い評議が期待できる）というのが、提案の理由であった。この点に関しても、日弁連は、検討会での議論を受けても、その後、主張を変更することはなかった<sup>59</sup>。

与党である自民党と公明党は、現行の合議体における評決方法（単純多数決）との整合性を考慮して、基本的には、裁判官・裁判員双方の意見を含む単純多数決制を主張し、死刑判決についても特別な扱いを行うべきとはしなかった<sup>60</sup>。一方、民主党は、裁判官・裁判員双方の意見を含む3分の2以上の特別多数決を主張し、共産党は、当初、合議体全体での単純多数決を主張していた<sup>61</sup>が、第3ステージの終盤（参議院法務委員会での質疑終局後）には、裁判員法案に対して、評決を3分の2以上の特別多数決により、死刑選択の場合には全員一致とすべきとする修正案を提出した（本稿第1章97頁）。

たしかに、酒巻委員が指摘するように、現行の裁判官のみによる裁判では単純多数決で評決を行っているので、裁判員が参加することにより評決の要件を加重しなければならないとすれば、裁判員が事実認定や量刑についての判断能力が劣っているということを前提とせざるをえない<sup>62</sup>。裁判の精度の劣化を防止するために、評決要件を加重するのであれば、

<sup>58</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第14回議事録。

<sup>59</sup> 日本弁護士連合会前掲注(35)4-6頁、同前掲注(41)9-14頁、同前掲注(42)4-5頁。

<sup>60</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注(7)16頁（辻前掲注(5)364-365頁）、公明党について、辻前掲注(5)379頁。

<sup>61</sup> この共産党の提案は、裁判官または裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきとする意見書の制度設計の際の留保事項を無視するものである。共産党としては、合議体の構成について、裁判官を1人とすべきと考えており、裁判官1人以上の賛成を要するとすれば、この1人の裁判官に評決に関する事実上の拒否権を認めることになるため、この留保を排したうえで合議体全体の単純多数決とすべきと主張していた（前掲注(48)59頁）。

<sup>62</sup> 自民党と公明党も、この点に注目して、評決について、単純多数決にすべきとした。例えば、自民党は、「一般の国民から選任された裁判員が加わる裁判員制度においてのみ特に慎重な評決要件が必要であるとすると、裁判員が加わった裁判は裁判官のみの裁判よりも

そもそも現行の裁判制度が十分に機能している以上、敢えて、裁判員の参加により新たに精度を劣化させるような改革そのものが否定される。つまり、(裁判員の能力が裁判官に劣るということを前提とする)劣化防止のための評決要件の加重であれば、裁判員制度そのものを導入しないほうがよいという帰結になる。また、裁判官と裁判員との関係について、協働すべき対等な主体と位置づける以上は、評決要件を加重することの合理性は説明できない。しかも、裁判員制度の導入後も、裁判官のみによる裁判は存続し、そこでは、単純多数決による評決が行われることになるが、そうであればなおさら、裁判員裁判において評決要件を加重することとの整合性が問題となる。

評決要件を加重すべきという主張は、裁判員制度の意義そのものをも否定する議論につながりかねないものであったため、検討会の多くの委員の支持を得ることはなかった。結局、座長ペーパーは、「裁判は、裁判官と裁判員の合議体の員数の過半数であって、裁判官の1名以上及び裁判員の1名以上が賛成する意見によらなければならないものとする」とし、骨格案・法案ともに、座長ペーパーの案が維持されることとなった。

## 6 対象事件の範囲

意見書は、裁判員の参加する刑事裁判の対象事件について、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい法定刑の重い重大犯罪とすべきであるとし、さらに踏み込んで、「法定刑の重い重大犯罪に関しては、例えば、法定合議事件、あるいは死刑又は無期刑に当たる事件とすることなども考えられるが、事件数等をも考慮の上、なお十分な検討が必要である」とも述べていた<sup>63</sup>。

これを受けて、たたき台は、法定合議事件(刑法77条(内乱罪)及び78条(内乱予備・陰謀罪)の罪を除く)とするA案、死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪(刑法77条の罪を除く)に係る事件とするB案、法定合議事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のものとするC案の3案を挙げた。対象事件数でいえば、A案が最も多く、B案が次ぎ、C案が最も少ない。

第14回検討会では、基本的にA案を支持する委員が3人(大出、四宮、土屋の各委員)、基本的にC案を支持する委員が1人(樋口委員)で、A案またはB案とする委員とB案またはC案とする委員が各1人(本田委員と池田委員)、B案とC案とを併用とすべきとする

---

不安定であること、あるいは信頼性に欠けることから評決要件を特に慎重にするということ以外に、そのような制度を採る理由は見いだしがたい」(自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注(7)16頁(辻前掲注(5)365頁)とし、また、公明党も、「裁判員制度だけ評決要件を加重するのは裁判員が加わる判断は不安だからと言われかねない」(辻前掲注(5)379頁)という理由を挙げている。<sup>63</sup> 司法制度改革審議会前掲注(1)106頁。他の論点への言及と比べると、対象事件の範囲に関しては、意見書は、例を挙げるなど、相対的に踏み込んで言及している点が特徴的である。

委員が3人（酒巻、高井、平良木各委員）<sup>64</sup>であった（そのほか、清原慶子委員は、導入当初は対象事件を絞り、段階的に対象を広げていくべきとした、本稿第1章51頁）。

ここでの議論状況を踏まえ、座長ペーパーは、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい事件はほぼ含まれることになるとして、B案とC案を合わせたもの（死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪（刑法77条の罪を除く）に係る事件、もしくは、法定合議事件であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のもの）とすべきとし<sup>65</sup>、骨格案でもこれは維持され<sup>66</sup>、自民党・公明党も同様の立場に立った<sup>67</sup>。

一方、日弁連は、対象事件はできるだけ広くすべきであるとして、より範囲の広いA案を支持したほか、「法定合議事件でなくても、被告人が積極的に裁判員制度での審理判断を求める場合には、対象事件とすることも検討すべきである」とも主張した<sup>68</sup>。民主党が法定合議事件を対象とすべきとする<sup>69</sup>一方、共産党は、最高刑が懲役・禁固刑以上のもの及び否認事件をすべて対象とすべきであるが、制度を発足させる第一歩として、重大事件に限定するということも否定しないとした<sup>70</sup>。

最終的に、法案では、B案にあった「刑法77条の罪を除く」という文言が削られた<sup>71</sup>ほか、B案とC案を合わせたものが2条1項として規定されるに至った。

また、意見書は、「例えば、裁判員に対する危害や脅迫的な働きかけのおそれが考えられるような組織的犯罪やテロ事件など、特殊な事件について、例外的に対象事件から除外できるような仕組みを設けることも検討の余地がある」としていた<sup>72</sup>ところ、何らかの理由により裁判員の参加する裁判の対象から事件を除外することを認める規定を設けるべきか否かについては、たたき台は、「裁判官は、民心、裁判員若しくはその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者を畏怖させてその生活の平穩を侵害する行為がなされるおそれがあることその他の事情により、公正な判断ができないおそれがあると認めるときは、アの事件〔筆者注：対象事件のこと〕につき、裁判官のみで審理することとすることがで

<sup>64</sup> 高井委員の説明によれば、A案は、裁判員裁判とする必要のない文書事犯等を含むことになるので広すぎ、B案は、死亡事件であり国民の関心が高い傷害致死罪や危険運転致死罪を含まないので妥当ではなく、C案は、対象が狭すぎる。そこで、B案とC案とを併用すべきであるという（司法制度改革審議会第14回議事録）。

<sup>65</sup> 「考えられる裁判員制度の概要について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回配布資料）2頁、井上前掲注（36）10-11頁。

<sup>66</sup> 「裁判員制度の概要について（骨格案）」2頁。

<sup>67</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（7）13-14頁（辻前掲注（5）362頁）、公明党について、辻前掲注（5）377頁。

<sup>68</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）6頁、同前掲注（41）5-6頁。

<sup>69</sup> 辻前掲注（5）387頁。

<sup>70</sup> 前掲注（48）59頁。

<sup>71</sup> 刑法77条の罪は、裁判所法24条2号により、地方裁判所が裁判権を有していない（高等裁判所が裁判権を有する、同法16条4号）ので、裁判員裁判の対象事件ではない。

<sup>72</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）106頁。

きるものとする。ただし、事件の審判に関与している裁判官は、やむを得ない場合を除き、その決定に関与することはできないものとする」A案とそのような適用除外規定を設けるべきではないとするB案とが示され、4人の委員（高井、酒巻、本田、樋口の各委員）がA案を、3人の委員（四宮、土屋、平良木の各委員）がB案を支持した（本稿第1章51-52頁を参照）。

自民党や公明党は、例外規定を設けるべきと主張する一方、日弁連や民主党は、裁判員の安全を保持する措置を講ずれば足り、例外規定を設けるべきではないと主張した<sup>73</sup>。

座長ペーパーでは、「裁判官は、裁判員又はその親族の身体若しくは財産に害を加え又はこれらの者の生活の平穩を著しく侵害する行為がなされるおそれがあることその他の事情により、裁判員に公正な判断を期待することができない状況があると認めるときは、アの事件につき、裁判官のみで審理することとすることができるものとする」として、第14回検討会での委員からの指摘を受けて、要件をより客観的かつ明確なものにするため、文言が改められた。

最終的に、法案では、「地方裁判所は、……被告人の言動、被告人がその構成員である団体の主張若しくは当該団体の他の構成員の言動又は現に裁判員候補者若しくは裁判員に対する加害若しくはその告知が行われたことその他の事情により、裁判員候補者、裁判員若しくは裁判員であった者若しくはその親族若しくはこれに準ずる者の生命、身体若しくは財産に危害が加えられるおそれ又はこれらの者の生活の平穩が著しく侵害されるおそれがあり、そのため裁判員候補者又は裁判員が畏怖し、裁判員候補者の出頭を確保することが困難な状況にあり又は裁判員の職務の遂行ができずこれに代わる裁判員の選任も困難であると認めるときは、検察官、被告人若しくは弁護人の請求により又は職権で、これを裁判官の合議体で取り扱う決定をしなければならない」と規定された（3条1項）。

## 7 裁判員の要件

裁判員の選任方法については、意見書は、「裁判員の選任については、選挙人名簿から無作為抽出した者を母体とし、更に公平な裁判所による公正な裁判を確保できるような適切な仕組みを設けるべきである。裁判員は、具体的事件ごとに選任され、一つの事件を判決に至るまで担当することとすべきである」と述べ<sup>74</sup>、アメリカ合衆国の陪審制度のように、無作為抽出により候補者を選定することとした。これにより、自ら裁判員となることを希望する者による公募制（そもそも審議会でも検討会でも検討されなかった）や、有意な人材を集めるための推薦制（自薦や有識者選考方式など）などが排除されることとなった。

<sup>73</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（7）14頁（辻前掲注（5）362頁）、公明党について、辻前掲注（5）377頁、日弁連について、日本弁護士連合会前掲注（35）7頁、同前掲注（42）5-6頁、民主党について、辻前掲注（5）387頁。

<sup>74</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）105頁。

裁判員の要件については、基本的な要件をどうするかということと、欠格要件等（欠格事由、就職禁止事由、除斥事由、辞退事由）をどうするかとの2点が論点となるが、ここでは、前者について着目することとする。

たたき台では、裁判所の管轄区域内の衆議院議員の選挙権を有する者（すなわち、20歳以上）とするA案、それに加えて25歳以上のものとするB案、30歳以上とするC案の3案が示された。年齢を低くすべきとする論拠は、排除される年齢層（20歳以上25歳ないし30歳未満）の国民であっても、意見書にいう健全な社会常識をもつと推定されることや、より幅広い年齢層のより多くの国民の参加を募ることが必要であることにある一方、年齢を高くすべきとする論拠は、裁判員の職務の遂行には、ある程度の人生経験や社会経験が裁判員には必要であると考えられることなどにある。検討会では、A案を支持する委員が3人（大出、清原、四宮の各委員）で、B案を支持する委員（酒巻、高井、土屋の各委員）と同数であったが、B案またはC案とすべきとする平良木・本田両委員を後者に加えれば、B案のほうがより多い（本稿第1章51-52頁）ことから、座長ペーパーでは、B案とすべきとされた<sup>75</sup>。

これは、単なる年齢のみの問題として理解すべきではなく、20歳以上の国民が衆議院議員の選挙権をもち（公職選挙法9条1項）、25歳以上の国民がその被選挙権をもつこと（同法10条1項1号）にかんがみれば、裁判員となる要件と連動させるべきなのは、選挙権と被選挙権のどちらなのかという問題として構成することができる。選挙権と連動させるべきとする見解は、裁判員を、公務に従事する被選挙人となるに足る適格性を有しないが、被選挙人の適格性を投票によって判断する程度の能力を有する選挙人に近いものにとらえる一方、被選挙権と連動させるべきとする見解は、直接公務に従事する高度な適格性を有する者にとらえるものである。後者は、直接に立法権の行使に関与する衆議院議員が25歳以上とされるのだから、同様に、直接に司法権の行使に関与する裁判員も、25歳以上とすることで均衡がとれるという見解である。検討会は、裁判員は、国民から無作為で選出されるとしても、相対的に高度な適格性を要するものとするべきとして、25歳以上とすべきと結論した。

自民党が、検討会の座長ペーパーと同様に、25歳以上とすべきとする一方で、公明党は、年齢要件を課すべきではない（すなわち、20歳以上とすべき）としており、年齢要件をめぐっては、与党内で意見が対立していた<sup>76</sup>。この点、日弁連も民主党も、公明党と同様に、

<sup>75</sup> 前掲注(65)3頁、井上前掲注(36)12-13頁。

<sup>76</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注(7)8頁（辻前掲注(5)356頁）、公明党について、辻前掲注(5)373頁。なお、共産党も、自民党と同様に、第2ステージにおいて、25歳以上とすべきと主張していた（前掲注(48)59頁、ただし、第3ステージにおいて、裁判員法案に対する共産党の修正案に、この年齢要件に関する主張は盛り込まれていないことから、共産党としては、優先順位の高い意見ではなかったものと思われる）。

年齢要件を課すべきではないと主張していた<sup>77</sup>。与党内の政策調整の結果、公明党案が採用された（本稿第1章 63-64頁を参照）。そこで、与党合意（2004年1月26日）に基づき作成された検討会の骨格案（同年1月29日）では、裁判員の要件として、「裁判所の管轄区域内の衆議院議員の選挙権を有する者とする」のみが書かれ、年齢要件は設けられず<sup>78</sup>、裁判員法も同様の規定（13条）を設けるに至った。

なお、日弁連は、裁判員の要件に関して、衆議院議員の選挙権ではなく、地方公共団体の議会の議員の選挙権とすべきと主張し<sup>79</sup>、検討会では、四宮委員も同様の主張を行った。その理由は、「民主的國家の統治の基盤は地方自治であることを考慮すれば、裁判員の資格は地方公共団体の議会の議員の選挙権と一致させるのが、合理的である」からであるという<sup>80</sup>。しかし、その真意は、永住外国人の裁判員への参加を企図するものであると考えられる。すなわち、最高裁は、1995年2月28日の第3小法廷判決で、「我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められるものについて、その意思を日常生活に密接な関連を有する地方公共団体の公共的事務の処理に反映させるべく、法律をもって、地方公共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではないと解するのが相当である」と判示しており<sup>81</sup>、国会においても、永住外国人に対して

<sup>77</sup> 日弁連について、日本弁護士連合会前掲注（35）7-8頁、同前掲注（41）14頁（日弁連は、「裁判員は、議員のように市民の信任を得て選出されるのではない。市民の信任を得て選出される議員の場合は幅広い人格識見を要求されることなどから、選挙権と比較して年齢要件が加重されているが、裁判員は、まさに市民そのものの立場で参加するのであるから、対比されるべきは、被選挙権ではなく選挙権である」と主張した（同15頁）、同前掲注（42）6頁、民主党について、辻前掲注（5）386頁（ただし、民主党は、単に「裁判員の要件は、公職選挙法による選挙人の資格を有する者とする」とし、何の選挙人の資格なのか明示されていない）。

<sup>78</sup> 「裁判員制度の概要について（骨格案）」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回配布資料）3頁。

<sup>79</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）7-8頁、同前掲注（41）14頁、同前掲注（42）6頁。

<sup>80</sup> 日本弁護士連合会前掲注（42）8頁。

<sup>81</sup> 最判平成7年2月28日民集49巻2号639頁。ただし、同判決は、「憲法の国民主権の原理における国民とは、日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味することは明らかである。そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法一五条一項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解するのが相当である。そして、地方自治について定める憲法第八章は、九三条二項において、地方公共団体の長、その議会の議員及び法律の定めるその他の吏員は、その地方公共団体の住民が直接これを選挙するものと規定しているのであるが、前記の国民主権の原理及びこれに基づく憲法一五条一項の規定の趣旨に鑑み、地方公共団体が我が国の統治機構の不可欠の要素を成すものであることを併せ考えると、憲法九三条二項にいう「住民」とは、地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」と判示し、本文引用の判示部分に続いて、「右のような措置〔筆者注：外国人への選挙権の付与〕を講ずるか否かは、専ら国の立法政策にかかわる事柄であって、このような措置を講

地方公共団体の議会の議員と長の選挙権を付与するための地方自治法と公職選挙法の改正案が、議員により絶えず提案され続けていた<sup>82</sup>。このような背景にあつて、裁判員法で裁判員の要件を地方議会議員の選挙権を有する者とすれば、将来的に、地方自治法や公職選挙法が改正され、外国人に地方議会議員の選挙権が付与されると、自動的に、外国人が裁判員の資格を獲得することになる。日弁連は、意見書において、地方議会議員の選挙権を有する者とすべき論拠として、外国人への裁判員資格の開放のためという理由は挙げていないが、四宮委員が、第14回検討会において、「一定の範囲の在留の外国人が裁判員として入り得る仕組みというのは、扉を開いておくべきではないかと思ひます」と述べていること<sup>83</sup>から、四宮委員の出身母体である日弁連そのものも同様の考えを有していたと推察される。この提案に対しては、刑事司法作用は国の統治権の行使であり、地方自治とは論理的に無関係であるとして、井上座長を含む複数の委員に批判され、採用されなかった（本稿第1章52頁を参照）。

また、裁判員の選任に関しては、審議会における鳥居委員と検討会における平良木委員の提案が採用されなかった点にも注目しておきたい。鳥居委員は、第45回審議会（2001年1月30日）において、合議体の構成員の属性が偏向することを避けるため、裁判員の選任にあたっては、無作為抽出ではなく、多段階層化抽出法を提案した。しかし、これに対して、井上委員が、裁判員は、世論調査とは異なり、多様な意見を反映するためではなく、社会的に健全な国民が集められ常識的な判断をするために参加するものであるということ根拠に批判し、結果的に、無作為抽出による選任とすることとなった（本稿第1章35頁）。また、検討会では、第5回（2002年7月10日）と第15回（2003年4月8日）の会議において、平良木委員が、別に設ける選定委員会（あるいは選任委員会）が裁判員候補者について面接または書類選考を経て選定する方式を提案した。しかし、意見書の趣旨<sup>84</sup>と大きく異なるため、直ちに他の多くの委員から反対され、平良木委員は、撤回を余儀なくされた（本稿第1章52-53頁）。平良木委員は、性別、年齢構成、職業等について均衡をとるよう考慮すべきとも主張していたが、この点も、他の委員の賛同を得ることはなかった。これらのことから、裁判員は、20歳以上の有権者であれば十分であり、統計学的に代表である

---

じないからといって違憲の問題を生ずるものではない」とも判示している。

<sup>82</sup> 現に裁判員法案が審議されていた第159回国会でも、公明党により、永住外国人に対する地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権等の付与に関する法律案（第159回国会衆法第3号）が提出されていた。

<sup>83</sup> 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第14回議事録。

<sup>84</sup> 意見書は、「新たな参加制度においては、原則として国民すべてが等しく、司法に参加する機会を与えられ、かつその責任を負うべきであるから、裁判員の選任については、広く国民一般の間から公平に選任が行われるよう、選挙人名簿から無作為抽出した者を母体とすべきである」としている（司法制度改革審議会前掲注（1）105頁）。なお、平良木委員の提案も、「無作為抽出を前提に、しかるべき段階で選定委員会において裁判員を選定する」として、「意見書と平仄を合わせた上での提言」として提案された（平良木登規男「裁判員選任の手續について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第15回配布資料））。

必要はなく、また、資質も一切問われないという含意が示される。

## 8 公正な裁判を確保するための措置

### (1) 裁判員等の守秘義務

意見書は、裁判員の義務として、「裁判官と同様に、評議の内容等職務上知ることのできた秘密に関する守秘義務を負うべきこと……は当然である」としており<sup>85</sup>、これを受けて、たたき台では、裁判員等（裁判員及び補充裁判員）やこれらの職にあった者は、評議の経過、各裁判官・裁判員の意見、その多少の数その他の職務上知りえた秘密を漏らしてはならないものとする義務を課し<sup>86</sup>、それら秘密を漏らし、または担当事件の事実の認定や刑の量定等に関する意見を述べたときは、秘密漏洩罪として、有期の懲役または罰金に処するものとした<sup>87</sup>。

自民党も公明党も、守秘義務を定めることとその違反に対して罰則を定めることについては賛成していたものの、自民党が罰の種類には言及していなかったのに対して、公明党は、裁判終了後の裁判員であった者については、守秘義務の範囲を必要最小限度にとどめることとすべきとするとともに、その違反に対する罰則は、「国民に参加を促す制度である以上、国民が尻込みするような仕組みはなるべく排除すべきである」として、罰金刑にとどめるのが相当であるとした（本稿第1章 62-63 頁）<sup>88</sup>。

日弁連も、守秘義務そのものについてはその必要性を認め、特に、評議における個々の裁判員の意見や無罪判決の場合の評議内容と評決結果については、「永久的な秘密とする必要がある」とした<sup>89</sup>が、(1) 学術研究に協力する場合など正当な理由がある場合には、守秘義務を解除しうるものとし、(2) 保護されるべき利益と国民の知る権利との調和を考え、守秘義務の範囲を定め、(3) 裁判員の任務終了後一定期間を経過した後（具体的には、判決言渡後）は、裁判員が自らの意見を公表してもよいとすべきと主張し、違反に対する罰則については、「懲役刑は重きに過ぎる」として、罰金刑のみとすべきと主張していた<sup>90</sup>。

第15回検討会（2003年4月8日）では、土屋委員が、守秘義務を10年間で解除し、評議における自分の意見については、守秘義務の範囲に含めるべきではなく、現に裁判員で

<sup>85</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）105頁。

<sup>86</sup> 前掲注（57）10頁。

<sup>87</sup> 前掲注（57）14-15頁。

<sup>88</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（7）17-18頁（辻前掲注（5）366頁）、公明党について、辻前掲注（5）380-382頁。

<sup>89</sup> 前者については、評議での自由な意見の表明を保証（原文ママ）するため、後者については、被告人の不利益につながるおそれがあり、人権上問題であるからとしている（日本弁護士連合会前掲注（35）17-18頁）。

<sup>90</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）17-18頁、34-35頁、同前掲注（41）15-16頁、20頁、同前掲注（42）6-8頁、16-17頁。



ある者や裁判員であった者が発言できるようにすべきと主張した（後者に関しては、大出委員も強く賛成した）。これに対して、評議の秘密の趣旨は、評議において合議体の構成員が自由な意見交換ができるよう確保することにあるとして、池田、酒巻、本田の各委員が、守秘義務を軽減すべきとする土屋委員の提案に反対した。同様の議論は、第18回検討会（同年5月20日）でも繰り返された（本稿第1章52-55頁を参照）。自分の意見の公表の可否に関しては、これを認めるとすれば、多くの裁判員経験者がそれぞれ自分の意見を公表した場合、実質的に評議の内容は明らかになることになり、また、公表できるということが、自分の意見を公表しない裁判員に対して公表を要求する事実上の圧力として機能するという問題があった。

第17回検討会（同年5月16日）の報道関係諸団体からのヒアリングでは、日本新聞協会は、裁判の進行を事後的に検証できるようにするため、守秘義務の範囲や期限を限定すべきと、日本雑誌協会は、裁判終了後は裁判員であった者による論評を自由にすべきと、日本民間放送連盟は、裁判員の精神的負担の権限のために、守秘義務の範囲を明確にしかつ限定し、裁判員であった者に対する懲役刑を設けるべきでないと、それぞれ主張した（本稿第1章53-54頁を参照）。

しかし、検討会や与党内での議論は変わらず、たたき台の案が、そのまま、座長ペーパー、与党合意、骨格案に引き継がれることとなった。そして、法案では、前述のとおり守秘義務を設け、違反に対しては1年以下の懲役または50万円以下の罰金に処するとした（法案9条2項、70条、79条（平成19年法改正後の108条））。

### (2) 裁判員等の個人情報の保護

裁判員等の職務の公正さの確保や裁判員等の安全の確保などのため、裁判に参加する裁判員等の個人情報は守られなければならない。

たたき台は、裁判員等の氏名以外の個人情報が記載された訴訟に関する書類を非公開とし、また、裁判員等の氏名、住所その他のこれらの者を特定するに足る事実を公にしないものとし（ただし、この義務への違反に対する罰則を設けないものとする）、座長ペーパーも同様とした<sup>91</sup>。これに対しては、個人を特定しない性別や年齢、職業等については公表しうるようにすべきとする意見（四宮委員、公表について本人の意思にかからしめるべきとする）がある一方、裁判員の性別等の属性が裁判に影響すべきではない以上、そのような属性を知ることの意義はなく、むしろ、訴訟関係人の戦略的な選任に利することから、これを公表しうるようにすべきではないとする意見（酒巻、高井、本田の各委員）もあった（本稿第1章54-55頁を参照）。

自民党は、個人が特定されるおそれがないという前提で、氏名、年齢、性別等を公開できるように工夫すべきであるとし、また、裁判終了後は、本人の同意があれば、個人が特定される情報の公表も認めるべきであるとし、たたき台や座長ペーパーとはやや異なる立場

<sup>91</sup> 前掲注（57）16頁、前掲注（65）14頁。

に立った<sup>92</sup>。日弁連も、自民党と同様に、本人の同意のある場合にまで公表を禁止する必要はないとし、裁判の進行如何にかかわらず、本人の同意があれば公表しうるようにすべきと主張した<sup>93</sup>。

報道関係諸団体も、個人情報の保護の規定はできるだけ謙抑的に定めるべきであると主張した。日本新聞協会は、個人情報をすべて非公開とするような制度設計にはしないよう、制度設計の見直しを求め、日本民間放送連盟も、裁判終了後は、個人が特定されるような情報を報道することの可否についての判断は、裁判員であった者本人に委ねるべきと主張した（本稿第1章 53-54 頁を参照）。

第18回検討会（2003年5月20日）において、たたき台が、個人情報の保護の観点から個人を特定できる情報の公表を禁止するものであり、本人が公表に同意しているのであれば公表しうるという趣旨が確認され<sup>94</sup>、その結果、高井委員はたたき台を支持するに至った。また、土屋委員が、たたき台が個人情報を保護する義務への違反に対して罰則を設けず、訓示規定としている点を評価したうえで、報道機関の自主的対応に期待するよう求めた（本稿第1章 55 頁）。要するに、公判後は、裁判員等であった者が同意していれば、個人が特定される情報を公表できるということについては、たたき台も認めており、また、個人情報を保護する義務への違反に対する罰則を設けないことについても、たたき台は当初からそのようにしており、それらに反対するアクターも検討会委員も存在しなかったことから、これらの点についての対立はなかったといえる。問題は、現に裁判が行われている時点での現職の裁判員等について、どのように制度設計すべきかのみであった。日弁連は、公判中の裁判員等についても、本人の同意があれば公表しうるようにすべきと主張していたが、この問題に最も利害関係を有する報道関係諸団体が、公判中の現職の裁判員等の個人情報の保護の必要性を認めていた<sup>95</sup>。本人同意による裁判員等の個人情報の保護の解除について、報道関係諸団体が望んでいない以上、日弁連としても強く求める必要はなかった。

最終的には、骨格案の策定にあたり、「ただし、裁判員、補充裁判員又は裁判員候補者であった者の同意を得た場合は、この限りではないものとする」として、座長ペーパーの文言が変更され、裁判終了後、裁判員等であった者が同意している場合に、個人情報の公表を規制しない旨を明確にし、法案も同様の趣旨の規定を設けるに至った（法案72条（平成19年法改正後の101条1項））。

<sup>92</sup> 自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（7）17頁（辻前掲注（5）365-366頁）。なお、公明党、民主党及び共産党の提言には、裁判員等の個人情報の保護に関して、特に記すべき記載は見られなかった。

<sup>93</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）36-37頁、同前掲注（41）20-21頁。

<sup>94</sup> 高井委員の質問に対して、事務局の辻参事官が回答した。

<sup>95</sup> なお、この点に関して、日弁連は、専ら個人情報の保護の観点から検討しているのに対して、日本民間放送連盟は、公判中は、事件の当事者・関係者から抗議や危害を加えられるおそれがあることにかんがみ、公正な審理を確保するという観点から、保護の必要性を強く認めていた点が対照的である。

### (3) 裁判員等に対する接触の規制

現に職務に従事している裁判員等に対して、請託や威迫、情報提供などを目的として、その担当事件に関して手続外で接触がなされるとすれば、裁判の公正を著しく害することになる。また、そのような目的を有しない場合であっても、裁判員等の心証形成に影響を及ぼす可能性があり、また、そうでなくとも、国民一般から見れば、裁判員等が法廷外で事件に関する心証を得たのではないかとの疑いを生じさせることになるため、裁判の公正に対する信頼を損なう。それに加えて、担当事件に関し裁判員等に対して報道機関等によって集中的に取材が行われるとすれば、一般の国民である裁判員等の生活の平穏を害するおそれ（いわゆるメディアスクラムの問題）があり、一般の国民が裁判に参加するのを躊躇するようになるおそれもある。そこで、裁判員等に対する接触行為を一定程度規制する必要性が生ずる。

この点、たたき台は、裁判員等に対して、その担当事件に関し接触してはならないものとし、裁判員等であった者に対しては、その知りえた事件の内容を公にする目的での接触を禁止することとした。また、裁判員等に対する接触（または接触すると疑うに足りる相当な理由があること）を被告人の保釈不許可、接見等禁止または保釈取消しの事由とすることとした<sup>96</sup>。

これに対して、自民党は、裁判終了後の裁判員等であった者への事件の接触は慎重であるべきだが、すべてを禁止するのではなく、本人の意思を尊重したうえで接触を認め、守秘義務に抵触する事項についての質問を禁止するにとどめるべきであるとし、また、公明党も、本人が拒絶しない限り、裁判終了後の裁判員等であった者に対する守秘義務に抵触しない事項の質問を認めるべきとし、基本的にはメディアの自主規制に委ねるべきであるとした<sup>97</sup>。日弁連も、裁判中は裁判員等への包括的な接触規制を必要と認めるものの、規制はその任務終了時までに限るべきとし、接触すると疑うに足りる相当な理由を被告人の保釈不許可事由等とすることに関しては、濫用を懸念して、全面的な削除を求めた<sup>98</sup>。

報道関係諸団体も、自民党・公明党や日弁連と同様の主張を行った。第17回検討会における報道関係諸団体からのヒアリングにおいて、日本新聞協会と日本民間放送連盟は、裁判終了後の裁判員等であった者に対しては接触を認めるべきと主張し、日本雑誌協会は、基本的には報道機関の自主規制に委ねるべきであるとした（本稿第1章53-54頁を参照）。

第18回検討会では、酒巻・平良木両委員がたたき台の案を支持する一方、高井委員は、裁判終了後の裁判員であった者については接触規制を行う必要はないと主張した。また、土屋委員は、知りえた事件の内容を公にする目的での接触を禁止することについて、これが専ら報道機関を対象とするものであると考え、このような報道機関を対象とする規制は

<sup>96</sup> 前掲注(57)16頁。

<sup>97</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注(7)18頁（辻前掲注(5)367頁）、公明党について、辻前掲注(5)382頁。

<sup>98</sup> 日本弁護士連合会前掲注(35)37頁。

一切設けるべきではないと主張し、四宮委員もこれに同調する一方、高井委員は報道機関に対象が限定されるものと解されるべきではないと反論した(本稿第1章 54-55頁を参照)。

座長ペーパーでは、「知り得た事件の内容を公にする目的で」という文言を「裁判員又は補充裁判員が職務上知り得た秘密を知る目的で」に改めた。これにより、専ら報道機関を対象とした規制ではなく、一般的な規定であるという趣旨がより明確になった。これに対して、日弁連は、かえって規制を強化するものであるとして、従来どおり、裁判員等の任務終了までの接触規制に限定すべきと主張した<sup>99</sup>。

最終的には、座長ペーパーの趣旨のとおり骨格案が作成され、法案でも同様の規定が設けられることとなった(法案73条1項、2項(平成19年法改正後の102条1項、2項))。

#### (4) 裁判の公正を妨げる行為の禁止

裁判員法の制度設計をめぐって、報道関係諸団体が最も強く反発したのが、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を設けるか否かについてであった。

この点、たたき台は、「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」としたうえで、特に報道機関に対しては、この義務を踏まえたうえで、「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」という配慮義務規定を設けるべきとした(ただし、この義務への違反に対する罰則を設けないものとする)<sup>100</sup>。

報道関係諸団体は、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を一切設けるべきではないという点で、完全に意見が一致していた。各団体とも、たたき台にいう「偏見」が何を指すのかが明確でないという点を指摘したうえで、このような規制は報道の自由を侵害するものであると断じていた<sup>101</sup>。

<sup>99</sup> 日本弁護士連合会前掲注(41)21頁、同前掲注(42)18頁。

<sup>100</sup> 前掲注(57)16頁。

<sup>101</sup> 第17回検討会での報道関係諸団体からのヒアリングで、日本新聞協会は、「たとえ訓示規定であっても、実質的には事件・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く、「恣意的な運用を導く恐れの高い規定であり、表現の自由や適正手続を定めた憲法の精神に触れる疑いがある」と述べ(原文ママ、日本新聞協会「裁判員制度に対する見解」(司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第17回配布資料)3頁)、日本雑誌協会も、「偏見」が何を指すのかが明確ではなく、また、現在の通信技術の発展を踏まえれば、報道機関のみに対して特別の制限規定を設けるのは妥当ではないとして、「このような配慮義務を法律で定めることは、たとえ罰則を設けないとしても、報道の自由を脅かすものである」と述べ(社団法人日本雑誌協会編集倫理委員会委員長雨宮秀樹「報道の自由を脅かす「裁判員制度」の問題点」(同配布資料)2頁)、また、日本民間放送連盟も、「「偏見を生じせしめる行為」とは、具体的にどのようなことをさしているのか、きわめてあいまいであり」、また、「そもそも現行の職業裁判官に対する働きかけについては何の法的規制がないにもかかわらず、裁判員についてのみこの規定を設ける必要はあるのか。この一般的な規制が表現の自由・報道の自由を制約する危険性も考え」るべきと主張していた(社団法人日本民間放送連盟報道委員会「裁判員制度と取材・

日弁連も、前段に対して、「事件に関する偏見を生ぜしめる行為」や「裁判の公正を妨げるおそれのある行為」という概念が、きわめて抽象的で広範であるから、実効性には疑問がある反面で、正当な弁護活動や論評などもこれらの行為に該当するとして規制される余地があるため、また、後段に対しては、特に報道機関を対象とした義務規定であり、事件報道に対する規制の根拠となりうるとして、義務違反に対する制裁がないとしても、報道の自由に対する抑制となることを考えれば、このような規定を置くべきではなく、報道機関側の自主規制によって対応されるべきであると主張した<sup>102</sup>。

検討会では、たたき台のような規定を設けるべきであるとする意見（酒巻、高井、本田の各委員）と、設けるべきではないとする意見（四宮・土屋両委員）とが激しく衝突した（本稿第1章55頁）。ここでの議論を踏まえて、第28回検討会（2003年10月28日）に示された座長ペーパーでは、「報道機関において自主的な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」という一文が付加された。土屋委員が、報道機関の自主的なルールの策定の取組みを踏まえて、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を設けるべきではないとして、繰り返し、他の委員の静観を求めたが、第29回検討会（同年11月11日）においても、酒巻・本田両委員は、規制を設けるべきであると強く主張した。

ところで、このたたき台の案に対しては、自民党は、「言論の自由、報道の自由に配慮して慎重に対処すべきことや、報道機関が公正な裁判の確保の趣旨に照らした自主的な取り組みの努力をしていることにかんがみ、当面、法律上の手当ては行わない」ものとするべきとし、公明党も、「事件報道（犯罪報道）が、社会全体として取り組むべき犯罪について、その実態を国民に伝え、国民の理解を深め、対応について意見形成を促し、刑事立法など政策の実現に寄与していること」を評価したうえで、「取材や報道のあり方については、法律で規定するよりも、メディアの真摯で自主的な対応にまず委ねるのが相当である」と主張していた<sup>103</sup>。そこで、与党間で意見が一致し、骨格案では、裁判の公正を妨げる行為を禁止する一般的な義務を設けることと、報道機関に対して配慮を求めることについては、法律上の措置を行わないこととされた<sup>104</sup>。

裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を設けることの可否に関しては、検討会では、規定を設けるべきでないとする意見が多数を占めることはなく、むしろ、第2ステージの後半においても、規定を設けるべきであるとする意見が有力であった。しかしながら、重大な利害関係を有するアクターである報道関係諸団体が、取材や報道のあり方に関して自

---

報道との関係についての意見」（同配布資料）2頁）。

<sup>102</sup> 日本弁護士連合会前掲注（35）38-39頁。

<sup>103</sup> 自民党について、自由民主党政務調査会司法制度調査会裁判員制度と国民の司法参加のあり方に関する小委員会前掲注（7）17頁（辻前掲注（5）366頁）、公明党について、辻前掲注（5）382-383頁。

<sup>104</sup> 第31回検討会（2004年1月29日）に骨格案とともに配布された「骨格案の説明」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第31回配布資料）7頁を参照。最終的に、法案にも、このような規定は盛り込まれなかった。

主的なルールを策定するなどの取組みを進めており（土屋委員は、検討会にあって、絶えず、他の委員に対して、その進捗状況を踏まえたうえでの再検討を促し続けた）、それが自民党と公明党にも評価された結果、規定を設けないこととなった。

### (5) 小括

(1) 裁判員等の守秘義務、(2) 裁判員等の個人情報の保護、(3) 裁判員等に対する接触の規制及び(4) 裁判の公正を妨げる行為の禁止という4つの論点について、これらが報道機関の取材・報道の自由に関連する事項であるため、重大な利害関係を有する報道関係諸団体が、積極的に発言を行った。検討会内部では、土屋委員が、報道関係諸団体の主張を強く代弁し続けた。

このうち、報道関係諸団体の主張が最も強かったのが(4)についてである。報道関係諸団体の主張は、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を絶対に設けるべきではないとする立場をとっていた。前述のとおり、検討会では、設けるべきではないとする委員が必ずしも多数を占めていたわけではないが、報道関係諸団体が自主的なルールの策定に取り組み始め、自民党・公明党がそれを評価したため、与党内での政策調整段階で、このような規定を設けないこととなった。

(1)については、報道関係諸団体が求めていた裁判員等の守秘義務の範囲の明確化についての議論は継続することとなり、また、特に日本民間放送連盟が求めていた裁判終了後の裁判員であった者に対する罰則の引下げも見送られた。(2)については、報道関係諸団体が強く求めていたのは、裁判員等であった者の本人同意による個人特定情報の公表であったが、検討会でたたき台の文言の趣旨がそれを認めるものであることが確認され、それに反対するアクターが存在しなかったことから、報道関係諸団体は要求が充足されとして、それ以上の要求を行わなかった（日弁連は、報道関係諸団体よりも取材・報道の自由を重視し、公判中の裁判員等の個人特定情報の公表をも認めるべきと主張していたが、報道関係諸団体はこれに与しなかった）。(3)に関して、裁判終了後の裁判員等であった者に対する接触の禁止の規定は、専ら報道機関を対象とする趣旨ではないということを明確にしてほしいとする報道関係諸団体と、一般的な規定とすべきではないとする日弁連との間で、意見が衝突していたが、最終的には、自民党・公明党ともに報道関係諸団体の主張に与した。

以上のとおり、報道関係諸団体は、重大な利害関係を有する公正な裁判を確保するための措置に関して、積極的に意見を表明し、制度設計に関して影響力を行使したといえる。その一方で、これらの団体は、公正な裁判を確保するための措置以外の論点に関しては、特に何らの主張も行わなかった。

## 4. 第3ステージにおける主な争点

## 9 罰則・附則等

裁判員法案が審議されていた第159回国会において、連立与党である自民党と公明党は、国会の両議院で議席の過半数を占めており、与党内で政策調整を行えば、法律の成立が見込まれる状況にあった（野党と政策調整を行わなければ法律の制定が見込めないという状況にはなかった）。したがって、主要な政党のうち、第2ステージでの制度設計をめぐる議論に実質的に参加したのは、自民党と公明党のみであった。

第3ステージで登場した民主党は、第2ステージにおいてもさまざまな提言を行っていたものの、与党内協議に関与することができなかつたため、第2ステージまでは、制度設計に実質的な影響を及ぼすアクターとはいえない。同様に、共産党も、第3ステージの後半（参議院段階）で登場したため、制度設計をめぐる議論に実質的には関与できなかった。

裁判員制度の骨格は、第2ステージまでにはほぼ確定しており、それまでの経過を踏まれば、この時点で、裁判員制度導入の意義とも関連する合議体の構成などのような制度の中核的な事項の修正は期待できなかった。

民主党が、最後に制度設計構想を公表したのは、第2ステージ後半（座長ペーパーが示された後）である2003年12月4日であった（本稿第1章62頁）。ここでは、民主党は、合議体の構成、評決の方法、公正な裁判を確保するための措置などの論点において、座長ペーパーの内容と大きく異なる主張を行っていたが、それら以外は、基本的には座長ペーパーの内容と鋭く対立するような主張は行っていなかった。

民主党としては、要求水準を高く引き上げるという選択肢も採りえたが、すでに、政府・与党内で、時間をかけて討議を重ね、法案が提出されている段階において、実現不可能な要求を掲げるよりも、穏当な主張を行い、修正可能な点について修正を求め、確実に成果を得るほうが得策であると考えたのであろう。そこで、第2ステージまでの議論において懸案とされている事項であり、かつ、政府・与党が妥協できるものと、制度の基本的構造に影響を与えない周辺的事項について、修正を行い、国会審議の成果を顕在化させようとしたものと思われる。

民主党は、合議体の構成について、当初、裁判官1ないし2人—裁判員10人前後とし、評決について、3分の2以上の特別多数決によるものとすべきなどと主張しており、衆議院本会議での質問では、所属議員からそのような制度設計とすべきとの発言がなされていた（本稿第1章72頁）<sup>105</sup>。しかし、新聞報道によれば、実際には、衆議院法務委員会で第6

<sup>105</sup> もっとも、民主党は、裁判員法案の審議と同時期に行われていた年金制度改革に関連して、法務委員会を含むすべての国会審議を拒否していたため、法務委員会での民主党委員の主張の変遷を確認することができず、民主党がどの時点で合議体の構成などに関する主張を断念したのかは不明である。

回目の裁判員法案の審査が行われた2004年4月13日には、党の法務部門会議段階で、翌14日（第7回目の審査が行われていた）には、党の「次の内閣」段階で、修正案が取りまとめられていたという。

前述のとおり、合議体の構成や評決の方法は、国民の司法参加の意義にも密接に関連する重要な制度の基本的構造の部分であり、与党内でも合意形成に困難が伴うものであった。したがって、これらの事項について、短期間で、政府・与党と民主党との間で修正を行うことは、事実上、不可能であった。一方、第2ステージまでの議論において、秘密漏示罪などの罰則を具体的にどのようにするかをめぐり、特に有期懲役刑を上限とすること（罰金刑にとどめないこと）については、少なからず異論があった。この罰則をめぐっては、公明党がかねてから罰金刑にとどめるべきと主張していたものの、自民党との協議の結果その主張を断念したという経緯があった。法案は1年以下の懲役または50万円以下の罰金とすることと規定していたが、民主党は、そもそも公明党が罰則の引下げを要望していたことを知っていたためか、罰則の引下げを与党側に提案することにした。秘密漏示罪の罰則の引下げについて、公明党としては、第2ステージ（与党内、すなわち、自民-公明の2党間）では自民党に譲歩したものの、第3ステージ（自民・民主・公明の3党の間）では、民主党がもともと公明党の主張に与したため、民主・公明両党の主張が自民党の主張に優位することとなった。その結果、守秘義務違反に対する罰則の上限を1年以下の懲役から6月以下の懲役に引き下げ、任務終了後の裁判員等による違反は罰金を原則とし、漏洩への対価を受けるなど悪質な場合のみ6月以下の懲役とすることとなった。また、内閣が提出した法案の附則には、施行期日（1条）、施行前までに国民の主体的な参加が行われるようにするための措置を政府と最高裁が講ずる努力義務（2条）、経過措置（3条<sup>106</sup>）、他の法令の改正（4-6条<sup>107</sup>）についての規定が設けられていたが、制度の基本的構造に大きな影響を与えない範囲で、附則を追加することも可能であった。民主党は、裁判員の参加しやすい環境を整備する努力義務を国に課す規定を設けることと、施行3年後に制度の見直しを行うものとする規定を設けることを内容とする附則を追加することを提案し、与党側もことさら反対する内容ではなかったため、これらの点についても修正されることとなった。

最終的には、裁判員法案に対して、2004年4月23日、衆議院法務委員会で、(1) 裁判員等に対する接触規制に係る保釈等の取消事由について、「接触すると疑うに足りる相当な理由があるとき」とする原案を「接触したとき」に変更し、(2) 裁判員等による守秘義務違反（秘密漏示罪）に対する罰則の上限を1年以下の懲役から6月以下の懲役に引き下げ、裁判員等であった者に対する罰則は、金銭対価を得るなどの悪質な場合を除き、罰金刑に限定し、(3) 裁判員の参加する裁判の円滑な運用のために必要な環境を整備する国の努力

<sup>106</sup> 衆議院での修正により、条文が繰り下げられ、成立した裁判員法では附則4条となった。

<sup>107</sup> 内閣提出の裁判員法案の附則の4条、5条及び6条は、それぞれ、地方自治法、刑事確定訴訟記録法及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する規定である。衆議院での修正により、条文が1条ずつ繰り下げられ、それぞれ、5条、6条及び7条となった。



義務を課す規定（附則3条）、施行後3年を経過した場合の見直し規定を附則に設けること（附則8条）の3点について、自民党、民主党及び公明党の共同提案により修正案が提出され、修正議決すべきものと決せられた（本稿第1章86-87頁）。

一方、共産党は、参議院法務委員会の質疑の終局後に、法案に対する独自の修正案を提出した。修正案は、(1)合議体の構成を裁判官1人—裁判員9人とし、評決は3分の2以上の特別多数決により、死刑の判断は全員一致によるものとし、(2)裁判員等の守秘義務の範囲を狭め、その違反に対する罰則から懲役刑を削除し、(3)裁判員候補者による虚偽記載罪等の規定を削除し、(4)法施行までに、取調べ状況の可視化及び検察官手持証拠の開示義務づけの制度の導入の検討ならびに必要な法制上の措置等を講ずることの4点の内容とするものであった（本稿第1章97頁）。

この共産党の修正案のうち、(1)、(2)及び(4)については、民主党のこれまでの主張と共通するものでもあったが、民主党は、この案に賛成しなかった。ここで民主党が修正案に賛成しても、参議院法務委員会の会派別委員数や参議院の会派別議席数を考えれば、委員会段階でも本会議段階でも、いずれも可決される見込みがなかったためであろう<sup>108</sup>。修正案の成否に関して、共産党がどのようなシミュレーションをしていたのかは不明である。当時の国会内の議席分布を前提に、他の政党（ないし会派）との間で政策調整を行った形跡がないことや、委員会審査の途上で修正案を提出することができたにもかかわらず、敢えて委員会での質疑が終局してから提出したことを踏まえれば、この修正案は、客観的には、およそ実現不可能な提案であると評価せざるをえない。にもかかわらず、国会審議の終盤に独自の修正案を提出したのは、たとえ実現可能性がなくとも、裁判員制度の設計に関する党としての主張を明確にし、国会の会議録に記録させることに意義があると考えたからであると思われる。

なお、委員会段階では、法令に直接規定することが妥当ではない今後の検討事項や国等の努力義務などについて、附帯決議を付すことができる。裁判員法案に対しても、衆・参

<sup>108</sup> 民主党が共産党提出の修正案に賛成し、与党委員が欠席するなど何らかの理由から参議院法務委員会で修正案が可決された場合（修正議決すべきものと決した場合）でも、与党が多数を占める参議院本会議で、修正案が否決されるのは明らかであった。しかも、参議院本会議で修正案が可決された場合（修正議決した場合）であっても、先議院である衆議院の意思と異なる議決を行ったことになるため、衆議院へ回付しなければならなくなる（国会法83条3項）。しかし、衆議院でも与党が議席の多数を占めるため、参議院の回付案が同意されないことが見込まれる。もっとも、衆議院段階で与党は議院の3分の2以上の議席を有していないので、参議院の回付案を不同意としたうえで、衆議院の意思（内閣が提出した原案を、与党と民主党との共同提案により修正すべきものとする）を貫徹させることができないため、裁判員法案は成立しない。衆議院において出席議員の3分の2以上の多数で再可決する（日本国憲法59条2項）ためには、民主党が、与党とともに、回付案に不同意としたうえで、先に衆議院で可決した案を再度可決しなければならないが、この場合、共産党の修正案に対して、衆議院民主党と参議院民主党とが矛盾する行動を採ることになる。いずれにせよ、裁判員法の成立が遅れることになるが、これは、基本的には裁判員法案に賛成している民主党としては、本意ではなからう。

両議院の法務委員会で、委員会に所属委員を有するすべての会派（衆議院委員会では、自民党、民主党及び公明党、参議院委員会段階では、それらに加えて共産党）の共同で附帯決議案が提案され、全会一致で付されることとなった（本稿第1章 87 頁、98 頁）。守秘義務の範囲を明確化すること、国民に対する制度の周知活動を十分に行うこと、制度の円滑な実施のための準備を十分に行うことの3点について格段の配慮をすることを政府と最高裁に求める点では、両院の法務委員会での附帯決議は共通であるが、裁判員となることについて辞退の申立てをすることができる事由を政令で定める場合の配慮や、国民がより容易に裁判員として裁判に参加できるような社会的環境の整備に関して、後議院である参議院法務委員会での附帯決議のほうが、より詳細に決議した点が特徴的である。

### 第3章 裁判員制度の意義と概要

本章では、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（平成16年法律第63号、以下、「裁判員法」または単に「法」という）<sup>1</sup>、裁判員の参加する刑事裁判に関する規則（平成19年最高裁判所規則第7号、以下、「裁判員規則」または単に「規則」という）<sup>2</sup>、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令（平成20年政令第3号、以下、「裁判員辞退事由政令」または単に「令」という）などに定める裁判員制度の概要を略説する<sup>3</sup>。

なお、裁判員法は、その主要部分が施行される前に、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律（平成19年法律第60号）<sup>4</sup>により改正され、条文番号が一部繰り下げられている点に注意が必要である。以下では、平成19年法改正後の条文を示すこととする。

---

<sup>1</sup> 裁判員法の立案担当者による解説として、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57巻9号（2004年）4頁、上富敏伸「法令解説 裁判員制度の創設」時の法令1720号（2004年）6頁、同「裁判員制度導入のための法整備」現代刑事法6巻11号（2004年）34頁、辻裕教「裁判員制度」法学教室283号（2004年）2頁、同「法案提出に至る経緯と法案の概要」ジュリスト1268号（2004年）49頁）がある。合わせて、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、2005年）、池田修『解説裁判員法』（弘文堂、2005年）も参照。なお、裁判員法の立案担当者によるコンメンタール（逐条注釈書）として、辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（1）法曹時報59巻11号（2007年）33頁（以降、連載中）がある。

<sup>2</sup> 裁判員規則の立案担当者による解説として、須田雄一「概説「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」」法律のひろば60巻12号（2007年）11頁、楡井英夫「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と選任手続の具体的イメージ」ジュリスト1340号（2007年）78頁、楡井英夫「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と運用上の重要事項」刑事法ジャーナル9号（2007年）52頁、吉田智宏「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の概要」判例タイムズ1244号（2007年）4頁がある。なお、裁判員規則案の立案担当者によるコンメンタールとして、楡井英夫・吉田智宏「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の制定の経緯及び概要」判例時報1973号（2007年）3頁がある。また、裁判員規則は、平成20年最高裁判所規則第5号により改正されているが、本稿では、改正後の条文を示すこととする。

<sup>3</sup> 本章の意図は、裁判員法及び裁判員規則等の逐条的解説を行うものではなく、本稿で論ずるのに必要な限りにおいて、裁判員制度の意義と概要を、法及び規則等に依拠したうえで解説するものである。したがって、刑事訴訟法学あるいは刑事訴訟実務上重要とされる訴訟手続等に関する論点であっても、憲法学的見地から言及する必要性の乏しいものについては、捨象することとする。

<sup>4</sup> 改正法の立案担当者による解説として、江口和伸「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律」について」刑事法ジャーナル9号（2007年）88頁、隄良行「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律等の一部を改正する法律の概要」ジュリスト1342号（2007年）154頁がある。

## 1. 裁判員制度の意義

裁判員法1条は、趣旨規定として、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが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る。

そもそも、今般の一連の司法制度改革の制度設計の骨格と方向性を規定する司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）の意見書は、「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」として、国民の司法参加の制度の導入を提言した<sup>5</sup>。これを受けて、上述の趣旨規定を設けた裁判員法が制定された。

国会審議においても、野沢太三法務大臣は、裁判員制度の意義について、「広く国民が裁判の過程に参加し、その感覚が裁判の内容に反映されることによりまして、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という重要な意義がある」と答弁している<sup>6</sup>。

さらに、裁判員法の立案担当者によるコンメンタールにおいても、その意義は、「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って、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」であると述べられている<sup>7</sup>。

つまり、裁判員制度の導入の中心的な意義は、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上である。

また、国会審議において、野沢法務大臣は、制度意義を説明する際に、迅速な裁判とわかりやすい裁判の実現という、制度によりもたらされるであろう効果の側面をも合わせて答弁している<sup>8</sup>。裁判員法の立案担当者による解説においても、前述の意義に加えて、「裁判員制度の導入に伴い、仕事や家庭を持つ一般の国民が裁判に参加しやすいようにするため、裁判が迅速に行われるようにする措置が講じられており、その結果として、裁判がこれまでより迅速に行われるようにあることが期待されている。さらに、裁判員制度の下では、裁判の手続や判決の内容を法律家でない裁判員が理解しやすいものとする必要があるから、国民にとって分かりやすい裁判が実現されることとなることも期待されている」と述べられている<sup>9</sup>。

よって、裁判員制度の副次的意義として、制度導入によって期待される効果である迅速

<sup>5</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月）102頁。

<sup>6</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁。

<sup>7</sup> 辻前掲「「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（1）」55頁。なお、井上正仁・山村恵・古江頼隆・佐藤博史・佐伯仁志「シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト1279号（2004年）における井上正仁教授の発言（75-77頁）も参照。

<sup>8</sup> 官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁。

<sup>9</sup> 辻前掲注（7）法曹時報59巻11号55頁。

な裁判とわかりやすい裁判の実現を挙げることもできよう。

なお、裁判員制度の意義として、国会答弁、政府の刊行物その他公式の文書において、それら以外の事項が挙げられることはない<sup>10</sup>。

現行裁判否定論／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で明確に否定されており、かつ、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委員であり、司法制度改革推進本部（以下、「推進本部」という）裁判員制度・刑事検討会（以下、「検討会」という）の座長でもある井上正仁教授による発言<sup>11</sup>や、野沢法務大臣の国会での答弁<sup>12</sup>からも明らかである<sup>13</sup>。「この制度〔筆者注：裁判員制度のこと〕は、もともと、日本で刑事訴訟において誤判が続き、死刑囚が再審で無罪となる判決が相次いだため、陪審制度の要請から始まったものである」という見解<sup>14</sup>は、明白な誤りである。むしろ、裁判員法の立法過程を踏まえれば、「一部に、これまでの職業裁判官による

<sup>10</sup> もっとも、法務省の公式見解ではないが、法務省・検察庁の幹部が、裁判員法の制定直後の一時期（2005年秋ごろ）、裁判員制度導入の必要性を説明する際に、治安の悪化との関係（治安の回復のためには、一般の国民に刑事裁判を体験してもらうことが近道であるという）を強調していたことがあった。例えば、松尾邦弘検事総長（当時）は、犯罪件数の増加の頭打ち・低下の理由として、警察の態勢強化、国民参加の防犯活動、防犯カメラの設置の3点を挙げたうえで、治安の悪化が「誤解をおそれず、逆説的な表現を用いれば、刑事司法の分野に国民が目を向ける、「人ごとではない」という感覚を持つ、あるいは積極的に参加しようという意識を持つきっかけになった」ととらえたうえで、「裁判員制度というものは、こういった流れの延長線上に位置づけることができる」とする（松尾邦弘「国民参加と司法」法の支配141号（2006年）13頁）。また、樋渡利秋法務事務次官（当時）は、「この制度〔筆者注：裁判員制度のこと〕の実施に向けて広報に努め、同時に治安回復の方策に頭を痛めていると、この二つが結びついてきた。治安回復には国民の理解と協力が不可欠だが、そのためには、刑事裁判そのものになじんでもらうことが一番近道ではないかということである」（樋渡利秋「裁判員へのお誘い」証券アナリストジャーナル44巻4号（2006年）70頁）と述べる。なお、裁判員制度と治安回復の問題に関して、直接的には結び付けていないが、「これまで「司法制度改革の話と治安の話は別物だ」とする論調が少なくなかったようだが、司法制度改革が実施段階に入った今、考えると、実は、両者の間には、例えば、改革が不首尾に終わった場合の治安への影響、改革の実施基盤として治安の維持等、様々な意味で密接な関係があるように思われる」と述べるものとして、中井憲治「裁判員制度と犯罪の抑止」法の苑44号（2005年）3頁（著者の中井氏は、当時、法務総合研究所所長であった）がある。

<sup>11</sup> 第15回検討会（2003年4月8日、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第15回議事録、本稿第1章52頁）や、第14回司法制度改革推進本部顧問会議（同年12月5日、司法制度改革推進本部顧問会議第14回議事録、本稿第1章61頁）における発言など。

<sup>12</sup> 「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」かとの小林千代美衆議院議員からの提案に対して、野沢法務大臣は、裁判員法案に定める制度導入の意義を述べるにとどめ、これを断っている（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号3頁、本稿第1章71頁）。

<sup>13</sup> 政府は、一貫して、裁判員制度と国民主権の原理ないし民主主義の原理との関連を認めていない。司法制度改革推進本部事務局の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（前掲注（1）に列挙した各文献を参照）。

<sup>14</sup> 原文ママ、木佐茂男「日本の司法改革の成果と課題」本林徹・石塚章夫・大出良知＝編『市民の司法をめざして』（日本評論社、2006年）192頁。

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いえる<sup>15</sup>。

「裁判員制度は参加型民主主義のひとつの形態である」とする見解<sup>16</sup>や、「裁判員制度は国民主権の理念に基づく制度であり、裁判員制度とその施行は、わが国の民主主義が一層実質化することを意味する」とする見解<sup>17</sup>もあるが、これも、各論者の考える制度のあるべき意義であろうが、現に創設された裁判員制度の意義の説明としては不適切である<sup>18</sup>。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」<sup>19</sup>。

つまり、制度の意義は、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上と、迅速な裁判とわかりやすい裁判の実現の2点である（少なくとも、公式に認められたものは、この2つに限定される）。このうち、主たる意義は前者であり、後者は、副次的な意義である。

---

<sup>15</sup> 検討会の委員であった池田修判事の見解である（池田前掲注（1）1頁）。また、同様に検討会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308号（2006年）10頁）。

<sup>16</sup> 村井敏邦「刑事司法改革を読み解く」法学セミナー630号（2007年）14頁。

<sup>17</sup> 検討会の委員であった四宮啓弁護士の見解である（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のか」法学セミナー607号（2005年）20頁）。

<sup>18</sup> 後藤昭教授は、「裁判員制度の意義を民主主義に求める……理解は、必ずしも共有されていない」と述べる（後藤昭「裁判員制度をめぐる対立は何を意味しているか」世界779号（2008年）93頁）が、それは制度の意義が正しく理解されているということの意味するにすぎない。また、後藤教授は、「裁判所や法律専門家の中には、裁判に市民代表が参加することによって裁判への理解が広まり、それによって司法制度への信頼が高まることを裁判員制度の意義であると考える人々もいる」とも述べる（同頁）が、裁判員法の条文やその立法過程を一見すれば、それこそが制度の正当な理解であり、批判すべきことではないことは明らかである。

<sup>19</sup> 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、2007年）10頁。

## 2. 裁判員制度の概要

裁判員制度とは、要するに、一般の国民から選任された裁判員が、一定の重大な刑事事件の裁判に、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、わが国で2009年5月までに実施される制度である。

本章では、以下、次の5つの要点に沿って、裁判員制度の概要を説明する。すなわち、(1) 一定の重大な刑事事件を対象とする制度であるということ、(2) 一般の国民から選任された裁判員が参加する制度であるということ、(3) 裁判員だけではなく、裁判官とともに評議・評決を行う制度であるということ、そして、(4) 裁判員は、被告人につき、有罪か否かを判断するとともに、有罪であるとすればどのような刑罰を科すのかを判断するということ、(5) 裁判員等（裁判員及び補充裁判員）が参加しやすくし、参加する裁判員等を保護するなどのさまざまな措置が設けられているということの5つである。

### (1) 一定の重大な刑事事件を対象とする制度

裁判員が参加する裁判（以下、「裁判員裁判」という）の対象となる事件は、民事ではなく刑事の事件であり、簡易裁判所や高等裁判所<sup>20</sup>が第1審となる事件ではなく、地方裁判所が第1審となる事件である。そして、そのうち、(1) 死刑または無期の懲役・禁錮にあたる罪に係る事件と、(2) 法定合議事件<sup>21</sup>であって、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの（(1)に当たり、重複するものを除く）である（法2条1項）。

ただし、法2条1項の事件であっても、裁判員候補者や裁判員、その親族等の身体等に危害が加えられるなどのおそれがあり、裁判員の職務の遂行ができず、これに代わる裁判員の選任も困難であるような場合には、例外的に、対象事件から除外され、裁判官のみの合議体で取り扱われる（法3条）。裁判員等に対する危害や脅迫的な働きかけが行われるおそれがあり、そのために裁判員が強く畏怖して裁判員の職務を行うことができないなどの場合には、具体的な危険を冒して審理に加え公正な判断をするよう裁判員に求めることは過大な負担になるためである。ただし、単に審理に長い期間を要することが見込まれるだけでは、対象からは除外されない<sup>22</sup>。

<sup>20</sup> 内乱罪（より正確には、内乱首謀、内乱謀議参与及び内乱群集指揮の罪（刑法77条1項1号、2号前段）は、法定刑に死刑または無期禁錮刑の定めのある罪であるが、これらの罪は、裁判所法24条2号により、地方裁判所が裁判権を有していない（高等裁判所が裁判権を有する、同法16条4号）ので、裁判員裁判の対象事件ではない。

<sup>21</sup> 原則として、短期1年以上の懲役または禁錮が法定刑として定められている罪であり、3人の裁判官によって審理される（裁判所法26条2項2号）。

<sup>22</sup> なお、立法論としては、除外することも十分に検討に値する（なお、三井誠・飯田英男・井上正仁・大川真郎・佐藤文哉・田口守一「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト1268号（2004年）13-16頁（佐藤文哉、井上正仁＝発言）を参照）。もっとも、これを除外するとすれば、裁判員裁判を逃れるための当事者による裁判の引延ばしが起こりうる。こ

## (2) 一般の国民が裁判員として参加する制度

### (1) 裁判員の要件

裁判員は、衆議院議員の選挙権を有する者（法 13 条）、すなわち、20 歳以上の日本国民の中から選任される<sup>23</sup>。裁判員には、有権者であるということ以外に特別な資格を必要としない。裁判員に期待されているのは、特殊な知識や経験ではなく<sup>24</sup>、一般の国民が通常もっているであろう健全な社会常識であるためである。

裁判員は、三権の一翼をなす司法権の行使に直接的に参画することから、国会議員を選挙しうる資格を有する者（これは、立法府の構成員の選挙を通じて、間接的に立法権の行使に参画しうる者といえる）であることが求められる。裁判員法の立案段階では、25 歳以上ないし 30 歳以上という年齢要件を選任資格とすべきか否かが検討されたが、より幅広い年齢層から裁判員が選任されることが望ましいと考えられることから、選任資格について、年齢要件を加重しないこととなった<sup>25</sup>。

ただし、この選任資格を有する者のうち、一定の事由に該当する者は、裁判員になることはできない。裁判員法は、裁判員の選任の障害事由として、欠格事由、就職禁止事由、事件に関連する不適格事由及びその他の不適格事由の 4 つを定める。

(1) 欠格事由として、裁判員の職務遂行能力のない者または裁判を行うのに十分な人格的信用を欠く者について、裁判員の選任から排除する規定が設けられている。具体的には、前者としては、国家公務員法 38 条の規定に該当する者<sup>26</sup>と、義務教育を終了していない者

---

の場合、裁判員裁判の辞退権（裁判官による裁判の選択権）を認めないとしたことの意義が没却する。

<sup>23</sup> 裁判員の選任資格について、裁判員法は、「衆議院議員の選挙権を有する者」と定めており、その「衆議院議員の選挙権を有する者」については、公職選挙法 9 条 1 項が規定している。したがって、公職選挙法その他の法令によって、選挙権を有しないとされている者は、裁判員には選任されない。例えば、公職選挙法 11 条 1 項により選挙権を有しない者（成年被後見人、禁錮以上の刑に処せられその執行を終わるまでの者など）、同法 252 条により選挙犯罪を理由に選挙権を停止されている者、政治資金規正法 28 条により選挙権を有しないとされている者などは、裁判員には選任されない。

<sup>24</sup> 特殊な社会経験や特定の職業に随伴する知見が真実発見に寄与することがあるとしても、それは本来的に期待されていたことではない。

<sup>25</sup> 司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会では、多数の委員が 25 歳以上とすべきとする意見をもっており、2003 年 10 月 28 日に井上正仁検討会座長により示された「考えられる裁判員制度の概要について」（いわゆる「座長ペーパー」）でも、25 歳以上とすべきとされていた。自由民主党（以下、「自民党」という）も 25 歳以上とすべきとしていたが、しかしながら、同じ連立与党である公明党が 20 歳以上とすべきとする意見であったため、与党内の政策調整の結果、公明党の主張が採用された。

<sup>26</sup> 国家公務員法 38 条は、国家公務員の欠格事由として、成年被後見人や被保佐人、禁錮以上の刑に処せられ、その執行を終わるまでまたは執行を受けることがなくなるまでの者、懲戒免職の処分を受け、当該処分の日から 2 年を経過していない者、暴力的政府破壊主義



(同等以上の学識のある者を除く)が、後者としては、禁錮以上の刑に処せられた者(その刑の執行を終えた者も含む)と、心身の故障のため裁判員の職務の遂行に著しい支障のある者<sup>27</sup>が、それぞれこれにあたる(法14条)。

(2) 就職禁止事由として、職務遂行能力や人格的信用はあるものの、権力分立の原理を尊重する観点や制度趣旨を実現するという観点などから、政策的に、一定の者について、選任から排除する規定が設けられている(法15条)。法15条1項に定める事由は、大別して2つの理由から制度設計がなされている。すなわち、立法権行使に関与する国会議員(1号)や、行政権行使に関与する国务大臣(2号)と国の行政機関の幹部職員(3号)<sup>28</sup>は、三権分立の観点から、裁判員の選任から排除される。これらの職にある者が、司法権行使の意思決定に直接参画する裁判員となるとすれば、権力分立の観点から問題が生じるためである。また、国民一般の感覚を裁判に反映させるという制度趣旨を実現するという観点から、一定の司法関係者ないし法律専門家が、裁判員の選任から排除される。具体的には、裁判官(4号)、検察官(5号)、弁護士(外国法事務弁護士を含む、6号)、犯罪捜査を行う司法警察職員としての職務を行う者(10号)及びこれらの者の職務の補助等をする者(裁判所・法務省の職員、国家公安委員会委員・都道府県公安委員会委員及び警察職員、11号、12号、13号)、弁理士(7号)ならびに司法書士(8号)は、司法関係者であることから規定されている。弁理士<sup>29</sup>と司法書士<sup>30</sup>が就職禁止事由とされ、税理士、行政書士及び公認会計士が事由とされていない理由は、前者が訴訟代理人となりうる者であるのに対して、後者が訴訟代理人とはなりえないからである<sup>31</sup>。また、裁判官・検察官・弁護士であった者(4号、5号、6号)、法曹資格を有する者(14号)、公証人(9号)、大学の法律学の教員(15

---

者などを定める。国家公務員法38条の規定に該当する場合が裁判員の欠格事由とされているのは、裁判員に選任されれば司法権という公権力を行使することになるので、裁判官の欠格事由と同様の規定が必要であるためである。

<sup>27</sup> 心身に故障があっても、現実的に対応可能な何らかの補助や介助を受ければ、裁判員としての職務の遂行に支障がないと認められる場合には、欠格事由に該当しないものといえる(辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(2)法曹時報59巻12号(2007年)47頁)。

<sup>28</sup> 裁判員法は俸給の扱いで区分しているが、具体的には、各府省等の審議官級以上の職員を想定している。審議官は、各府省等の所掌事務に関する重要事項についての企画・立案に参画する職であり、重要な政策の意思決定に参画している者といえる。

<sup>29</sup> 審決取消訴訟等に関して、訴訟代理人となることができ(弁理士法6条)、また、一定の弁理士については、特許や実用新案等に関する権利の侵害等に係る訴訟(特定侵害訴訟)に関して、訴訟代理人となることができる(同法6条の2第1項)。

<sup>30</sup> 一定の研修の課程を修了し、法務大臣の認定を受ければ、簡易裁判所における訴訟の訴訟代理人となることができる(司法書士法3条1項6号、7号、8号、2項)。法務大臣の認定を受けていない司法書士は、実際には訴訟代理権を有しないが、訴訟代理人となりうる者といえるので、認定の有無に関わらず一律に選任から排除されている。

<sup>31</sup> 司法関係者に関して、裁判員の選任から排除されるか否かのメルクマールは、訴訟代理権の有無である(辻前掲注(27)52頁)。したがって、今後、法改正によって、税理士、行政書士及び公認会計士に訴訟代理権が付与されれば、司法関係者とみなされ、裁判員の就職禁止事由に加えられる可能性がある。

号)及び司法修習生(16号)は、法律専門家であることから規定されている。これら2つの類型のほかに、15条1項は、就職禁止事由として、都道府県知事及び市町村の長(17号)と自衛官(18号)を列挙する。前者は、住民の選挙により選ばれた者であるので、その職務の遂行を全うさせる必要があるため<sup>32</sup>、後者は、裁判員としての職務よりも優先する緊急事態に対応する必要があるため、それぞれ裁判員の選任から排除されている<sup>33</sup>。同条2項は、被疑者・被告人の立場で刑事手続に関与している者について定めるが、これらの者は、別の事件であるとはいえ、被疑者・被告人としての立場を共有している以上、その判断の公正さや信頼性に疑問が生じうると考えられるため、その期間中は、裁判員の選任から排除される。

(3) 事件に関連する不適格事由として、事件との間に一定の関係があるため、裁判員に就職すれば裁判の公正とそれに対する国民の信頼を損なうおそれがあるような者について、当該事件につき裁判員の選任から排除する規定が設けられている(法17条)。被告人本人や被害者本人など、事件の当事者が当該事件の裁判の裁判員になるとすれば、裁判が公正になされることはそもそも期待できないが、裁判員がくじによって選任されることから、これら直接的な関係者が選任されることも理論上考えられるところ、これらを裁判員の選任から排除するのが、事件に関連する不適格事由の趣旨である。裁判員法17条は、被告人または被害者(1号)のほかに、それらの親族など(2号)、法定代理人や保佐人など(3号)、同居人または被用者(4号)や、事件について、告発・請求をした者(5号)、証人や鑑定人になった者(6号)、被告人の代理人・弁護人・補佐人になった者(7号)、検察官や司法警察職員として職務を行った者(8号)などを挙げる。事件に関連する不適格事由に該当する裁判員候補者は、欠格事由や就職禁止事由とは異なり、公正な裁判の実現という観点から、その事件に限り裁判員の選任から排除すべきとされたものであり、絶対的に裁判員となるべき資格を欠くものではない。したがって、当該事件以外の事件については、裁判員となりうる。また、立法の趣旨が裁判の公正だけでなくそれに対する国民の信頼を保障することにもある(現に裁判の公正が害されるだけでなく、公正らしいという国民の信頼が害されることも防がなければならない)ことから、当該事件に関連する不適格事由に該当する裁判員候補者が、不公平な裁判をしないと主張したとしても、これらは裁判員の選任から排除されなければならない。

(4) その他の不適格事由として、裁判員法は、裁判の公正とこれに対する国民の信頼を

<sup>32</sup> 辻前掲注(27)54頁。地方公共団体の住民が事件や訴訟の当事者や裁判員となりうることを考えれば、当該住民によって直接選挙される地方公共団体の首長は、裁判員の職務を十全に遂行することが困難である。したがって、公正な裁判の実現という観点から、裁判員の選任から排除される(この点、権力分立の観点から排除される国会議員や国務大臣とは、その制度趣旨が異なる点に注意が必要である)。

<sup>33</sup> 自衛官が対処しなければならない緊急事態は、事前に予測することが困難であり(国会での山崎潮本部事務局長による答弁(第159回国会参議院法務委員会会議録第18号9頁))、また、その職務はある程度長期にわたるのが通常であるためである(辻前掲注(27)54頁)。

確保する観点から、不公平な裁判をするおそれがあると裁判所の認めた者について、裁判員の選任から排除する規定が設けられている（法 18 条）。具体的には、事件の当事者と特別な関係にある者（被告人・被害者の親友や金銭的利害関係がある者など）、訴訟手続外ですでに事件について一定の判断を形成し、それを再検討しようとなしな者（事件の報道を受けて、被告人は有罪であると思いつけている者、あるいは無罪であると決めつけている者など）、法律に従わないで裁判をするおそれのある者（事実の認定や刑の量定などについて、法令や先例などに基づかず、主観的な基準に基づいて行うような者など）などが考えられる<sup>34</sup>。

なお、これらとは別に、辞退事由（法 16 条）が定められており、これに該当するとして、辞退の申立てをした裁判員候補者については、職務従事予定期間（裁判員等選任手続を行う期日から、裁判員の職務が終了すると見込まれる日までの間）において辞退事由に該当すると裁判所によって認められた場合、不選任の決定がなされる（法 34 条 7 項）。国民の負担を過重にしないとの観点から、70 歳以上の者（1 号）及び学校の学生・生徒（3 号）が、義務負担の公平を図る観点から、過去一定期間に裁判員法等の定める法律上の義務を果たした者（4-7 号）<sup>35</sup>が、他の重要な公務を全うさせる観点から、会期中の地方公共団体の議会の議員（2 号）が、裁判員法 16 条各号の規定により、それぞれ辞退を申し立てることができる。

また、やむを得ない事由により裁判員や裁判員候補者の義務を履行することが困難な場合も、辞退事由となる（法 16 条 8 号）。ここでいう「やむを得ない事由」とは、具体的には、重い疾病・傷害により裁判所に出頭することが困難であること、同居の親族の介護・養育を行う必要があること、自分で処理しないと著しい損害が生ずるおそれがある事業上の重要な用務があること、社会生活上の重要な用務であって他の期日に行うことができないもの（例えば、父母の葬式への出席）があることが列挙されている（同条同号イ-ニ）。やむを得ない事由は、そのほかに政令で定めることされており（同条同号）、これを受けて、裁判員辞退事由政令が定められている。政令は、妊娠中または産後 8 週間を経過していないこと、別居している親族や親族以外の同居人の介護・養育を行う必要があること、重い疾病・傷害の治療をしている家族や同居人の通院・入院・退院に付き添う必要があること、妻や子の出産に立ち会う必要があること、住所・居所が裁判所の管轄区域外の遠隔地にあり、裁判所に出頭することが困難であることを定めるほか（令 1-5 号）、「裁判員の職務を行い、又は裁判員候補者として法第二十七条第一項に規定する裁判員等選任手続の期日に出頭することにより、自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由があること」を辞退事由とする（令 6 号）。この政令 6 号の事

<sup>34</sup> 辻前掲注（27）68-69 頁、最高裁判所刑事規則制定諮問委員会（2007 年 5 月 23 日）資料「不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方」。

<sup>35</sup> 過去 5 年以内に裁判員等の職にあった者（4 号）、過去 3 年以内に選任予定裁判員であった者（5 号）、過去 1 年以内に裁判員候補者として裁判員等選任手続の期日に出頭したことがある者（6 号）、過去 5 年以内に検察審査員及びその補充員の職にあった者（7 号）。

由とは、立法過程において、思想・信条等を理由に辞退を認めるべきであるとする議論<sup>36</sup>を受けて設けられたものである。

なお、法16条8号に定める「やむを得ない事由」が裁判員等の選任決定後に生じ、それによって職務を行うことが困難である場合には、裁判員等は、辞退の申立てをすることができ、その理由があるときは、裁判所によって解任される（法44条）。

## (2) 裁判員の選任

裁判員の選任に関する手続は、次の3つの段階に分かれる。

(1) 裁判員候補者名簿の調製 地方裁判所で、毎年、次年分の裁判員候補者名簿が調製される（法23条）。裁判員候補者名簿は、衆議院議員選挙の選挙人名簿（公職選挙法19-30条）<sup>37</sup>の中からくじによって無作為に選ばれた裁判員候補者の名簿である。これは、市町村の選挙管理委員会がくじで選定し調製した裁判員候補者予定者名簿に基づき、各地方裁判所が調製する（法20-23条）。必要な裁判員候補者の員数<sup>38</sup>は、地方裁判所が算定したうえで、市町村の選挙管理委員会に通知する（法20条、規則11条）。

この名簿に掲載された裁判員候補者は、地方裁判所から、裁判員候補者名簿に掲載された旨の通知を受ける（法25条）。各裁判員候補者が消除事由<sup>39</sup>や辞退事由に該当するか否かを調べるため、この通知とともに、地方裁判所から調査票が送付される（規則15条）。調査票では、就職禁止事由（法15条1項各号）に該当するか否か、辞退事由の一部（70歳以上の者（法16条1号）、学生・生徒（同3号）、過去5年以内の裁判員等（同4号、5号、7

<sup>36</sup> 裁判員法案の与党審査の最終局面において、自民党の総務会での法案の了承が滞った。そこで、自民党総務会の了承を経る条件として課されたのが、辞退事由を政令で定めることと、その政令において、思想・信条を理由とする辞退を認めることの2点であった。裁判員法案の国会審議の過程では、辞退事由を政令ではなく法律で定めるようにすべきとの意見が、野党側から主張されたが、それが認められなかったのは、そもそも、これが自民党総務会が付した条件であったためであろう。

<sup>37</sup> 在外選挙人名簿（公職選挙法30条の2-30条の16）は、選挙人名簿ではない（同法30条の2第1項によれば、「選挙人名簿のほか、在外選挙人名簿」（傍点は筆者による）とあるので、在外選挙人名簿に登録されている者が裁判員に選任されることはない。本来、在外選挙人名簿に登録されている者も裁判員の選任資格を有するが、被登録者は3か月以上外国に住所を有する者である（同法30条の4）ので、これを呼び出して裁判員に選任することは、当該被登録者にとって過大な負担となることを考慮したためであると考えられる（辻前掲注（27）77頁）。

<sup>38</sup> 算定の際の考慮事項として、法20条2項は、対象事件の取扱状況を例示するが、裁判員規則11条は、さらに詳しく「対象事件（法第二条第三項に規定する対象事件をいう。）の取扱状況、呼出しを受けた裁判員候補者の出頭状況、法第三十四条第七項の規定による不選任の決定があった裁判員候補者の数その他の裁判員及び補充裁判員の選任状況並びに裁判員候補者名簿に記載をされた者の数の状況その他の事項」を挙げている。

<sup>39</sup> 裁判員候補者について、死亡しているとき、選任資格（法13条）を有しないとき、欠格事由（法14条）に該当するとき、または就職禁止事由の一部（法15条1項各号）に該当するときをいう（法23条3項）。

号))に該当し1年を通じて辞退を希望するか否か、重い疾病・傷害(法16条8号イ)に該当し出頭が困難であることを理由に1年を通じて辞退を希望するか否か、そして、1年のうち特定の時期に参加することが困難な者につき、その時期と事情について、調査される(規則15条)。裁判員候補者は、この調査票に回答し、地方裁判所に返送する。

裁判員候補者は、消除事由に該当する場合、地方裁判所によって、裁判員候補者名簿から消除される(法23条3項、規則13条)。また、辞退事由に関しては、裁判員候補者が個別の事件でくじで選定された際に、受訴裁判所によってそれに該当すると認められた場合には、呼出しをしても無益であるので、呼び出されない(法27条1項ただし書)。

この第1段階は、各地方裁判所の管轄地域内で対象事件が発生するか否かにかかわらず、毎年、行われる。一方、第2段階以降の手続は、当該地方裁判所の管轄地域内で、対象事件が発生し、裁判員裁判が行われる都度、行われることになる。

(2) 裁判員候補者の呼出し 受訴裁判所は、対象事件につき第1回公判期日が定まったとき、補充裁判員<sup>40</sup>を置くか否かについて(置く場合、員数についても)決定を行い、呼び出す裁判員候補者の員数<sup>41</sup>を定める(法26条1項、2項)。そして、地方裁判所は、裁判員候補者の中から、呼び出すべき裁判員候補者を、くじによって無作為に選定する(法26条3項)。

呼び出すべき裁判員候補者に選定された者(以下、「呼出しを受けた裁判員候補者」という)は、受訴裁判所から、裁判員等選任手続(裁判員等の選任のための手続)を行う期日に、裁判所に出頭すべき旨の呼出状<sup>42</sup>が送達される(法27条)。

また、呼出しを受けた裁判員候補者には、受訴裁判所から質問票(法30条)<sup>43</sup>が送付される。この質問票では、職務従事予定期間において、呼出しを受けた裁判員候補者が、選任資格を有しないか否か、欠格事由または就職禁止事由に該当するか否か、(辞退事由に該当する者につき)辞退の申立てを行うか否か(行う場合には、その理由についても)について、質問される。呼出しを受けた裁判員候補者は、裁判所の指定に従い、質問票を返送(または持参)しなければならない(法30条2項)。この返送義務は、呼出しを受けた裁

<sup>40</sup> 補充裁判員とは、審判の期間その他の事情を考慮して必要があると認めるときに置かれるものであり、裁判員の関与する判断をするための審理に立ち会い、裁判員に欠員が生じた場合に選任されるものをいう(法10条)。補充裁判員は、最大で、裁判員の員数と同数まで置くことができる。(法10条1項ただし書)。

<sup>41</sup> 算定の際の考慮事項として、法26条2項は、「審判に要すると見込まれる期間その他の事情」を挙げる。

<sup>42</sup> 呼出状の必要的記載事項として、法27条3項は、「出頭すべき日時、場所、呼出しに応じないときは過料に処せられることがある旨その他最高裁判所規則で定める事項」を挙げ、規則18条は、職務従事予定期間を挙げている。

<sup>43</sup> 質問票には、法30条1項の判断に必要な質問、質問票の返送義務、返送期限、質問票に虚偽記載をしてはならない義務と、それに反して虚偽記載をして裁判所に提出した場合に罰則があることが記載される(法30条4項、規則22条)。具体的な質問の内容としては、立案者による解説によれば、「裁判員候補者の職業、前科の有無、辞退を申し出るか否か及びその理由などについての質問が考えられる」という(辻前掲注(27)99頁)。

判員候補者の法律上の義務である。また、裁判員候補者は、質問票に虚偽の記載をしてはならない（法30条3項）<sup>44</sup>。

裁判員候補者について、消除事由に該当する場合には、受訴裁判所によって、呼出しが取り消され（法27条5項）、地方裁判所によって、裁判員候補者名簿から消除される（法23条3項、規則13条）。また、辞退事由に関しては、受訴裁判所によってそれに該当すると認められた場合には、呼出しをしても無益であるので、呼出しは取り消される（法27条5項）。

裁判所は、選定後、裁判員等選任手続の開始（裁判員等選任手続の期日当日も認められる）までの間であれば、いつでも、何度でも、質問票を用いて質問することができる<sup>45</sup>。以下、裁判員等選任手続の期日までに用いられる質問票を「事前質問票」と、期日当日に用いられる質問票を「当日用質問票」という。

(3) 裁判員等選任手続 これまでの手続において、職務従事予定期間に選任資格を有しないなどの理由から呼出しを取り消される者を除き、呼出しを受けた裁判員候補者は、裁判員等選任手続を受けなければならない。この手続は、次の5つの段階から構成される。

(a) 当日用質問票 呼出しを受けた裁判員候補者は、裁判員等選任手続の期日に出頭しなければならない（法29条1項）。この出頭義務は、呼出しを受けた裁判員候補者の法律上の義務であり、正当な理由がなく出頭しないときは、10万円以下の過料に処せられる（法112条1号）。呼出しに応じて、裁判員等選任手続の期日に裁判所に出頭した裁判員候補者は、裁判員候補者名簿から消除される（法29条3項本文、規則13条）<sup>46</sup>。

呼出しを受けた裁判員候補者のうち、裁判所に出頭した裁判員候補者は、当日用質問票に回答する。被告人名や罪名などの事件関連情報は、個人情報保護の観点から、呼出状や事前質問票には記載されない運用が想定される<sup>47</sup>ため、各裁判員候補者が事件に関連する不適格事由に該当するか否かは、この時点までは、不明である。そこで、裁判員等選任手続の当日に、出頭した裁判員候補者に対して、被告人名や罪名などの情報が示され、当日用質問票を通じて、事件に関連する不適格事由への該当の有無が質問されることとなる。合わせて、事件との特別の関係の有無、同種犯罪被害経験の有無、事件報道への接触の有無

<sup>44</sup> 質問票の返送義務違反に対する罰則は設けられていないが、虚偽記載の禁止に違反して、虚偽の記載をし、提出した場合には、30万円以下の過料に処せられ（法111条）、場合によっては、併せて50万円以下の罰金に処せられる（法110条）。前者に罰則を設けず、後者に罰則を設ける趣旨は、後者が、積極的に裁判所の判断を誤らせ、裁判の公正を害するおそれのある悪質な行為であるからである（その一方で、前者に罰則を設けると、質問への回答が困難な場合も考えられるため、裁判員候補者に過大な負担を課すことになる）。

<sup>45</sup> 辻前掲注(27)99頁。

<sup>46</sup> すでに裁判所に出頭したことがある裁判員候補者を、同年において再度呼び出すべき裁判員候補者として選定できない（法26条3項ただし書）。そのため、これらが再度選定されないようにするため、このような消除手続がある。なお、辞退を認められた裁判員候補者については、裁判員候補者名簿から消除されない（法29条3項ただし書）。

<sup>47</sup> 楡井前掲「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と運用上の重要事項」56頁。

についての質問などを通じて、不公平な裁判をするおそれの有無に関する判断の材料とされる予定である<sup>48</sup>。

(b) 裁判員等選任手続における口頭質問 裁判員等選任手続は、検察官及び弁護人の出席の下で（法 32 条 1 項）、裁判長の指揮により（法 33 条 2 項）、非公開で行われる（法 33 条 1 項）。裁判所は、必要に応じて、これ以降の裁判員等選任手続に、被告人を出席させることができる（法 32 条 2 項）。

出頭した裁判員候補者は、裁判員等選任手続において、まず、裁判所により、口頭質問を受ける。

この口頭質問は、各裁判員候補者につき、選任資格を有しないか否か、欠格事由または就職禁止事由に該当するか否か、（辞退事由に該当する者につき）辞退の申立てを行うか否か、または不公平な裁判をするおそれがあるか否かについて、裁判所が判断するために行われるものである（法 34 条）<sup>49</sup>。質問はこれらについて判断するために行われるものであるので、質問事項はその判断に関連するものでなければならない。したがって、理由を示さない不選任請求の判断材料とする目的でこの質問手続を利用すること（例えば、裁判員候補者が検察官または被告人に有利かどうかをみきわめるといった目的での質問）などは認められないと解される<sup>50</sup>。

具体的には、当日用質問票の回答に応じて、当日用質問票における 3 点に関連した質問がなされるほか、警察官等の捜査官証人が予定されている事件や死刑適用が問題となる事件の場合、警察官等や死刑制度に対する各裁判員候補者の考え方などが質問されることが想定される<sup>51</sup>。

<sup>48</sup> 最高裁判所の刑事規則制定諮問委員会に示された資料によれば、次のような質問がなされる予定である。「1 あなたは、被告人又は被害者と関係があったり、事件の捜査に関与するなど、この事件と特別の関係がありますか。（ある。ない。）（ある場合には具体的に書きください。） 2 あなた又は家族などの身近な人が今回の事件と同じような犯罪の被害にあったことがありますか。（ある。ない。）ある場合には、その被害の内容を差し支えない範囲で書きください。 3 今回の事件のことを報道などを通じて知っていますか。①知らない。②ある程度知っている。③詳しく知っている」（「不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ」（最高裁判所刑事規則制定諮問委員会（2007年5月23日）配布資料））。

<sup>49</sup> 根拠法条は、先述の当日用質問票が裁判員法 30 条であるのに対して、この裁判員等選任手続における質問は、法 34 条である。

<sup>50</sup> 今崎幸彦「共同研究 裁判員等選任手続の在り方について辞退事由の判断の在り方を中心にして」判例タイムズ 1266 号（2008 年）13 頁。司法研修所教官であった今崎幸彦判事は、そのほかに、「専ら人柄や能力、評議への向き・不向き等を探るためだけの質問は許されないとする意見が述べられ、〔筆者注：司法研修所の共同研究として行われた模擬選任手続を担当した裁判官の意見交換会では〕異論をみなかった」などとも述べている（同頁）が、この点、私見では、疑問である。

<sup>51</sup> 最高裁判所の刑事規則制定諮問委員会に示された資料によれば、次のような質問がなされる予定である。「1 事件との関係を離れて、この裁判で証拠に基づいて公平に判断することができますか。 2 ご自身や身近な人の被害の経験を離れて、この裁判で証拠に基づ

この口頭質問は、裁判長のみが行うことができ（法34条1項）、陪席の裁判官、検察官、被告人または弁護人は、裁判長に対して、裁判員候補者に対する質問を求めることのみが認められるが、その求めに応じ質問を行うか否かは、裁判長の判断による（法34条2項）。訴訟関係人（検察官、被告人及び弁護人）による直接的な質問が禁止され、裁判長を通じて質問しなければならないとされている（裁判長によって質問がスクリーニングされる）のは、手続を円滑かつ迅速に行うとともに、裁判員候補者の負担軽減を図るためである<sup>52</sup>。

裁判員候補者は、質問に対して、正当な理由なく陳述を拒むことができず、また、虚偽の陳述をしてはならない（法34条3項）。これに反して、陳述を拒んだ場合、30万円以下の過料に処せられ（法111条）、虚偽の陳述をした場合に、過料のほか50万円以下の罰金に処せられる（法110条）。

(c) 理由を示す不選任請求・不選任決定 裁判所は、法34条による質問の結果、裁判員候補者が、職務従事期間において、選任資格を有しない者や、欠格事由、就職禁止事由、または事件に関連する不適格事由に該当する者であるとき、または不公平な裁判をするおそれがあると認めるときは、訴訟関係人の請求により、または職権で、不選任の決定をしなければならない（法34条4項）。不選任の請求を行いうるのは、訴訟関係人であり、不選任の事由に該当するか否かを判断するのは、裁判所である<sup>53</sup>。また、裁判所は、辞退を申し立てた裁判員候補者が、職務従事期間において、辞退事由（法16条）に該当すると認めるときについても、不選任決定をしなければならない（法34条7項）。

なお、選任された裁判員等が、選任資格を有しない者や、欠格事由、就職禁止事由、または事件に関連する不適格事由に該当する者であるとき、もしくは不公平な裁判をするお

---

いて公平に判断することに支障がありますか。 3 報道などに左右されることなく、法廷で見たり聞いたりした証拠だけに基づいて判断できますか。どの程度知っていますか。この事件についてどのように考えていますか。 4 その他この事件について公平な判断をできない特別な事情がありますか。 5 事件類型に応じて追加する質問について (1) (警察官等の捜査官証人が予定されている事件について) あなたには、警察等の捜査は特に信用できると思うような事情、あるいは逆に、特に信用できないと思うような事情がありますか。「はい」と回答した場合) それはどのような事情ですか。そのような事情があっても、警察官等の証言の内容を検討して公平に判断することができますか。 (2) (死刑の適用が問題となる事件について) 起訴されている〇〇罪について法律は、『死刑又は無期若しくは〇年以上の懲役に処する』と定めています。今回の事件で有罪とされた場合は、この法律で定まっている刑を前提に量刑を判断できますか。今回の事件の裁判で、証拠によってどのような事実が明らかになったとしても、評議においては、絶対に死刑を選択しないと決めていますか」(前掲注(48))。

<sup>52</sup> 辻前掲注(27) 109頁。

<sup>53</sup> 不選任請求を却下する決定に対しては、当事者は、地方裁判所の別の合議体に異議の申立てをすることができる（法35条）。地方裁判所の決定に対する不服申立ては、高等裁判所への抗告という形式で行われるのが通常であるが、不選任請求の却下決定（法34条）に対する不服申立ては当事者によって頻繁に行われることが見込まれ、これを抗告によるとすれば、その手続のために公判審理の進行が妨げられるため、地方裁判所の別の合議体で審査することとされた。



それがあるときは、当事者の請求により、または裁判所の職権で、裁判員等を解任される（法41条1項6号、7号）。この場合、(1) 選任前から裁判員等の資格を欠いていたものの、選任決定の時点ではそのことが明らかにならなかった場合と、(2) 選任後に裁判員等の資格を欠くに至った場合の2つが考えられる。また、不公平な裁判をするおそれがある者に対して解任請求ができるが、それは選任決定後に知りまたは生じた原因を理由とする場合に限り認められる（法41条1項ただし書）。選任の決定前に主張しえた原因を理由とする解任請求を認めた場合、訴訟遅延目的で解任請求権を濫用されるおそれがあるため、これを認めないこととした。

法13条ないし15条及び17条の規定に違反して、選任資格を有しない者や、欠格事由、就職禁止事由、または事件に関連する不適格事由に該当する者が裁判員となり、審理及び裁判が行われた場合、原則として、刑事訴訟法377条1号にいう「法律に従つて判決裁判所を構成しなかつたこと」にあたり、絶対的控訴理由となる（法64条）。一方、法18条にいう「不公平な裁判をするおそれがあると認められた者」とは、法34条4項の規定により、裁判所が、不公平な裁判をするおそれがあると認め、不選任の決定をした者に限られるので、この決定がなされていない限り、不公平な裁判をするおそれがあることは、刑事訴訟法377条1号にいう絶対的控訴理由に該当しない。

(d) 理由を示さない不選任請求・不選任決定 ここまでの手続において不選任の決定がされなかった裁判員候補者の中から、検察官及び被告人<sup>54</sup>が、それぞれ最大4人（後述の小規模合議体で裁判を行う場合には、3人、補充裁判員を置く場合には、その員数に応じて、7人）まで<sup>55</sup>、理由を示さずに、不選任の決定の請求をすることができる（法36条1項、2項）。

具体的には、裁判所は、まず、検察官に対して、裁判員候補者1人につき、理由を示さない不選任請求の機会を与える（規則34条3項）。次に、検察官がどの裁判員候補者につき不選任請求を行ったのかを被告人（弁護人）に知らせたうえで（2項）、被告人（弁護人）に対して、裁判員候補者1人につき、理由を示さない不選任請求の機会を与える。そして、以下、同様に、不選任請求された裁判員候補者の教示と不選任請求の機会の付与が、検察官と被告人（弁護人）に対して、交互に行われる（1項）。検察官及び被告人（弁護人）は、

<sup>54</sup> 法文上は、検察官と被告人であって（法36条1項）、弁護人は挙げられていない。ただし、法36条4項は、刑事訴訟法21条2項を準用し、弁護人が、被告人の明示した意思に反しない限り、被告人のために不選任の請求を行うことができると定めるが、これは、裁判員等選任手続に被告人が必ずしも出席するとは限らない（法32条）ため、被告人の請求権を弁護人が代理行使できることとしている。実際の運用では、被告人の不選任請求は、弁護人によって行使されるものと思われる。

<sup>55</sup> 理由を示さない不選任請求の上限員数が少なすぎれば、理由を示さない不選任請求制度の実効性に乏しくなる一方で、それが多すぎれば、裁判員候補者の負担が増加し（辞退等を理由とする不選任もあることなどを考慮すると、裁判員の選任のために呼び出すべき候補者の数が多くなる）、かつ、この制度が訴訟関係人によって戦略的に用いられやすくなるという弊害が招来される。そこで、原則として各4人とされた（辻前掲注（27）120頁）。

上限の4人（原則）まで、不選任請求を行うことができるが、不選任請求を行わないこともできる。ただし、一度不選任請求を行わなかった訴訟関係人は、以後、不選任請求ができなくなる（5項）<sup>56</sup>。

この理由を示さない不選任請求がなされた場合には、裁判所は、不選任の決定をしなければならない（法36条3項）。したがって、訴訟関係人による不選任請求は、それがなされた裁判員候補者につき必ず裁判所による不選任決定がなされることになるので、実質的に、裁判員候補者の忌避手続であるといえる。この理由を示さない不選任請求・不選任決定は、事実上、アメリカ合衆国の陪審制度などに見られる専断的忌避（peremptory challenge）にあたるものであるが、これを敢えて専断的忌避手続としないのは、当該裁判員候補者を排除するか否かの決定権は、形式的であるにせよ、裁判所が有するものであるためである。

裁判の公正を確保するために、不公平な裁判をするおそれがあることを不選任事由としているが、訴訟関係人が、裁判長による質問などを通じて、そのようなおそれがあると感じたとしても、具体的な根拠に基づいて理由を示すことが困難な場合も考えられる。そこで、不公平な裁判をするおそれのある者を排除し、訴訟関係人から信頼される裁判体を構成するため、この理由を示さない不選任請求・不選任決定手続が設けられた。

しばしば、裁判員は無作為で選ばれると説明されることがあるが、それは、やや正確ではない。訴訟関係人が、任意の裁判員候補者を忌避する手続がある（すなわち、消極的な形であるにせよ、訴訟関係人が、合議体を作為的に操作することができる）からである。本来は、訴訟関係人が、自己に不利な判断をしそうな裁判員候補者（検察官にとっては、被告人を無罪と考える裁判員候補者を、被告人・弁護人にとっては、被告人を有罪と考える裁判員候補者を、それぞれ指す）を選別し、忌避させるためのものではない<sup>57</sup>が、法36条の不選任請求を行うにあたっては、理由を示す必要がない以上、事実上、いかなる動機で不選任をすることも認められることになるろう。

(e) 選任決定 ここまでの手続において不選任の決定がされなかった裁判員候補者の中から、6人の裁判員が（小規模合議体で裁判を行う場合には、3人の裁判員が、補充裁判員を置く場合には、決められた員数の補充裁判員も）、受訴裁判所によって、くじその他の作為が加わらない方法に従って、選任される（法37条1項、規則35条）。選任されなかった裁判員候補者については、不選任の決定がなされ（法37条3項）、再度呼出しを受けないようするため、裁判員候補者名簿から消除される（法26条3項ただし書き、29条3項本文、規則13条）。

<sup>56</sup> いわゆるパスを禁止する規定が設けられたのは、相手方の不選任請求権の行使を先行させて、その行使状況に応じて、後から不選任請求権の行使を認めることは、不選任請求権の戦略的な行使を助長することになり、適当ではないからである（楡井・吉田前掲注（2）13頁）。

<sup>57</sup> 楡井・吉田前掲注（2）は、「理由を示さない不選任の請求は、自己に有利な裁判員候補者を選別するために認められたものではない」（13頁）と述べる。

### (3) 裁判官とともに判断に参加する制度

国民から選任された6人の裁判員は、裁判官3人とともに1つの合議体を構成し、刑事事件の裁判を行う（法2条2項本文）。

合議体の構成に関しては、(1) 合議体全体の員数について、評議の実効性を確保し、個々の裁判員が責任感と集中力を持って裁判に主体的・実質的に関与することを確保するためには、そもそも合議体全体の規模には一定の限度があり、10人に至らない程度が適当であると考えられ、(2) そのうち、裁判官の員数については、対象事件は法定合議事件の中でも特に重大な事件であるから、現行の法定合議事件と同様に、原則として裁判官3人による慎重な審理が必要であり（裁判官の員数を減ずる理由がない）、(3) それを差し引くと、裁判員は7人に至らない程度が適当であるが、裁判に国民の感覚がより反映されるようにするという観点から、裁判員の員数は6人とすべきとされた<sup>58</sup>。

裁判員法とともに制定され、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16年法律第62号）により創設された公判前整理手続（刑事訴訟法316条の2-316条の32）<sup>59</sup>の結果、公訴事実と争いがないと認められ、事件の内容その他の事情を考慮して適当と認められ、訴訟関係人にも異議がないものについては、例外的に、裁判所の決定により、裁判官3人—裁判員6人ではなく、裁判官1人—裁判員4人の小規模の合議体で裁判がなされる（法2条2項ただし書、3項）。

この小規模の合議体は、立法過程において、連立与党である自民党と公明党との間の政策調整の過程で設けられたものである。公判前整理手続の導入により、公判開始前に争点の有無が相当程度明らかになることが見込まれるため、重大事件であっても、被告人が事実関係を争っておらず、法律解釈や訴訟手続上の問題も生じないであろうということが予想できる事案については、裁判官1人—裁判員4人の合議体であっても必要十分であると考えられ、制度設計がなされたものである<sup>60</sup>。

裁判員制度について、日本版の陪審制度であるなどと誤解する向きがある<sup>61</sup>。たしかに、

<sup>58</sup> 国会での野沢法務大臣による答弁（官報号外第159回国会衆議院会議録第15号5頁）、辻前掲注（7）69頁。

<sup>59</sup> 第一回公判期日前に、十分な争点整理を行い、明確な審理計画を立てることができるようにするため、訴訟関係人が、公判で明らかにする予定の主張を明らかにして証拠調べ請求をするものとし、裁判所は、事件の争点を確認し、公判で取り調べる証拠を決定するものとする（公判前整理手続終了後は、新たな証拠調べ請求は制限される）。裁判員裁判の対象事件は、第1回公判期日前に、公判前整理手続に必ず付さなければならないとされている（法49条）。公判前整理手続については、さしあたり、川出敏裕「公判前整理手続」ジュリスト1268号（2004年）73頁を参照。

<sup>60</sup> 国会での山崎推進本部事務局長による答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第11号8-9頁、同第12号13頁）、辻前掲注（7）69-70頁。

<sup>61</sup> 例えば、丸山徹『入門・アメリカの司法制度』（現代人文社、2007年）1頁は、「日本人は陪審制度に立脚した米国の司法制度をきちんと理解する必要がある。なぜなら日本は陪

わが国の裁判員制度は、一般の国民から選任された裁判員が裁判に参加する制度であり、同じく国民の司法参加の制度である英米の陪審制度と類似する点も少なくない<sup>62</sup>。しかし、有罪・無罪の判断について、裁判官を排除し、陪審員のみで評議し、評決を行う点に陪審制度の中心的な意義がある<sup>63</sup>とすれば、裁判員制度は、決して陪審制度ないしその亜種ではない。

この際、わが国の裁判員制度と、同じく国民の司法参加の制度である陪審制度や参審制度とを比較するために、これら諸外国の制度について、整理することとする<sup>64</sup>。

すなわち、主にアメリカ合衆国や英国など英米法圏で見られる陪審制度とは、1つの事件ごとに、国民から無作為に選出された多数<sup>65</sup>の陪審員が選任され、陪審員のみで（裁判官を

審制度を取り入れることを決定し、「シロウト」の市民が、人を裁くことに参加する「裁判員制度」に移行するからだ。陪審制度の変形である裁判員制度は2009年5月から実施される」という。しかし、「日本は陪審制度を取り入れることを決定」したという記述は、明白な誤りである（そのような事実は存在しない）。また、陪審制度とは制度の構造が著しく異なるので、裁判員制度を「陪審制度の変形」と称するのは適切ではなからう（もはや、原形をとどめないほどの変形は、通常、「変形」とはいわない）。

<sup>62</sup> 例えば、裁判に参加する国民の選任方法に関して、無作為抽出により選定された中から当事者によって作為的な忌避を経た裁判員候補者の中から選任される点（一方で、参審員は、その職務を行うのに適切な者が選考され、選任される）や、任期に関して、1事件ごとに選任される点（フランスの参審制度においても同様であるが、ドイツやイタリアの参審制度における参審員は、一定の期間について選任される）などについて、わが国の裁判員制度が英米の陪審制度に類似するといえるが、これらは、いずれも陪審制度の本質的要素とは解されていない。

<sup>63</sup> そのように解するのが支配的である。例えば、佐藤博史弁護士は、「両者〔筆者注：陪審制度と参審制度のこと〕の違いは、事実認定を市民だけで行うのか（陪審制）、職業裁判官と市民とが共同して行うのか（参審制）にある」という（佐藤博史「職業裁判官と陪審制・参審制」松尾浩也・井上正仁＝編『刑事訴訟法の争点〔第3版〕』（有斐閣、2002年）44頁）。佐藤弁護士は、続けて、陪審制度と参審制度との違いとして、(1) 否認事件に限定されるか否か、(2) 選択制の有無、(3) 参加する国民の多寡、(4) 任期制の有無、(5) 量刑判断の可否の5つを挙げるが、これらの点についての例外的な制度を諸外国の例を逐一挙げたうえで、これらは「いずれも本質的な違いではない」と述べる（同頁）。なお、この点、裁判員法の立案担当者も同様に解している。すなわち、「一般的な理解によれば、陪審制度とは、基本的に、犯罪事実の認定に裁判官が加わず、陪審員のみによってこれを行う制度であり、参審制度とは、基本的に、裁判官と参審員が一つの合議体を構成して共に裁判を行う制度であるとされている」（辻前掲注（7）55頁）。

<sup>64</sup> もとより、具体的な陪審制度・参審制度のあり方は、国により、また、時期により、まちまちであるが、本章では、典型的な制度として、英米独仏伊の主要5か国の制度（連邦制の国家にあっては、いずれも連邦のもの）を取り上げることとする。これらの制度を紹介する邦語文献は多数あるが、さしあたり、最高裁判所事務総局刑事局＝監修『陪審・参審制度米国編Ⅰ』（司法協会、1992年）、同『同米国編Ⅱ』（司法協会、1994年）、同『同米国編Ⅲ』（司法協会、1995年）、同『同英国編』（司法協会、1999年）、同『同ドイツ編』（司法協会、2000年）、同『同フランス編』（司法協会、2000年）、同『同イタリア編』（司法協会、2004年）を参照。

<sup>65</sup> 米国や英国の制度では、原則として、裁判官1人（有罪評決の場合、量刑判断等を行う）一陪審員12人とされている。

排除して) 評議を行い、有罪・無罪の評決を行うものである。一定の軽微な犯罪を除き、被告人が否認している事件であって、被告人がそれを選択した場合に、陪審裁判が行われる。陪審の評決は全員一致で決まるのが原則であり、その決定に理由を付ける必要はなく、また、理由が示されない以上、基本的には上訴することはできない。

一方、参審制度とは、ドイツ、フランス、イタリアなどヨーロッパ大陸法圏の国に多く見られる制度であり、国民の中から一定のふさわしい人物<sup>66</sup>が参審員として少数<sup>67</sup>選任され、一定の期間、裁判官とともに裁判に参加する。法令により一定の事件が対象とされ、また、被告人による裁判官のみの裁判の選択(参審裁判の辞退)は認められない。参審員の権限は、基本的には裁判官と同等であり、有罪・無罪の決定だけでなく、刑の量定にも関与できるのが一般的である。

審議会の「中間報告」では、「今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」(傍点は筆者による)とされている<sup>68</sup>。つまり、わが国の裁判員制度は、英米型の陪審制度でも大陸法型の参審制度でもない、まったく新しい独自の制度として創設されたものである。したがって、諸外国の国民の司法参加の制度とその運用は、わが国の裁判員制度に対して一定の示唆を与えることはあるとしても、それらに過度にとらわれることは、裁判員制度の本質を見失わせてしまうおそれがあるので、注意が必要である<sup>69</sup>。

#### (4) 有罪無罪の決定や刑の量定を行う制度

##### (1) 裁判官・裁判員の権限

通常の刑事裁判は、(1) 公判<sup>70</sup>、(2) 評議・評決、(3) 判決という3つの段階からなるが、裁判員は、公判立会いから判決宣告まですべての過程に関与する。

<sup>66</sup> ドイツの制度では、市町村において、議会の同意を得て、参審員候補者名簿を作成したうえで、裁判所に設けられる参審員選任委員会において、名簿の中から参審員を選任する。フランスの制度では、選挙人名簿から無作為抽出したうえで、法曹三者や地方議会議員などから構成される委員会が、参審員の資格を審査したうえで選任する。ただし、イタリアの制度では、無作為抽出され(忌避手続等もない)、参審員の選考の手続はない。

<sup>67</sup> ドイツの制度では、裁判官3人-参審員2人または裁判官1人-参審員2人、フランスの制度では、裁判官3人-参審員9人(控訴審では、裁判官3人-参審員12人)、イタリアの制度では、裁判官2人-参審員6人とされている。

<sup>68</sup> 司法制度改革審議会「中間報告」(2000年11月)63頁。

<sup>69</sup> したがって、本稿では、その点を強く留意して、意識的に、諸外国の国民の司法参加の制度の紹介を必要以上に行うことを避けている。諸外国の制度の解説については、前掲の最高裁判所事務総局刑事局の監修にかかるものや、刑事法研究者や法律実務家などによるものなど、すでに優れたものが多数刊行されているので、それらを参照されたい。

<sup>70</sup> ここでは、狭義の公判、すなわち、公判手続をいう。

裁判員は、独立してその職権を行うものとされている（法8条）。この趣旨は、裁判の公正を確保するため、裁判員が、他の何ものの指示・命令や干渉・圧力を受けずに、自らの判断に基づいてその職務を行うという意味である。なお、日本国憲法76条3項は裁判官について、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と定めており、良心に従うべきことと、憲法及び法律に従うことの2点について、裁判員の場合と規定が異なる。この点、憲法76条3項にいう「良心」とは、裁判官個人の主観的な良心ではなく、裁判官としての客観的良心であると解されている<sup>71</sup>が、これを裁判員についても規定するならば、裁判員個人の主観的な良心と誤解されるおそれもあり、適当ではないこと、また、憲法及び法律に従うべきことについては、裁判員法9条1項が裁判員につき「法令に従い」職務を行う義務を定めていることから、重ねて規定する必要がないため、裁判官の場合とは異なる規定が設けられている<sup>72</sup>。

裁判員は、受訴裁判所の構成員である裁判官（以下、「構成裁判官」という）とともに合議体を構成し、有罪・無罪の判決など<sup>73</sup>に係る裁判所の判断のうち、事実の認定、法令の適用及び刑の量定の3つについて、裁判官とともに判断権を有する（法6条1項）。換言すれば、裁判員は、被告人が犯したとして公訴の提起がなされている事件について、有罪・無罪の決定と刑の量定（量刑）の2つを行う。ここでいう有罪・無罪の決定とは、刑事裁判の中核をなす判断であり、犯罪の成否に関係する事実を認定し、これに刑法（形式的意味の刑法ではなく、実質的意味の刑法、すなわち、実体刑罰法規を指す）を適用して犯罪の成否を判断することを意味する。

裁判員の関与する判断をするための審理は、構成裁判官と裁判員とで行い（法6条3項前段）、裁判員は、公判において、裁判員の関与する判断に必要な事項について、裁判官を経由せず、直接、証人等を尋問し、被害者等及び被告人に質問するなどの権限を有する（法56-59条）。

他方、法令の解釈に係る判断、訴訟手続に関する判断（少年法55条の決定を除く）、その他裁判員の関与する判断以外の判断については、専門的で複雑な法律判断を必要とすることがあり、迅速な判断を求められる場合もあることなどから、これらの審理は構成裁判官のみの合議によることとし、裁判員に判断権は認められない（法6条2項、3項）。ただし、これらの事項についても、構成裁判官は、その合議により、裁判員に、審理の立会いや評議の傍聴を許し、その意見を聴くことができる（法60条、68条3項）<sup>74</sup>。

裁判員の関与する判断についての評議は、非公開で（裁判所法75条1項）、構成裁判官

<sup>71</sup> 芦部信喜（高橋和之＝補訂）『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）340頁。

<sup>72</sup> 辻前掲注（7）106-107頁。

<sup>73</sup> 有罪・無罪の判決（刑事訴訟法333条の規定による刑の言渡しの判決と、同法336条の規定による無罪の判決）のほか、刑の免除の判決（同法334条）及び家庭裁判所への移送の決定（少年法55条）をいう。

<sup>74</sup> もっとも、これらの事項についての審理・評議は、原則として、構成裁判官のみで行うものであって、裁判員に審理の立会い・評議の傍聴の権限や発言権があるわけではない。

と裁判員とがともに評議を行う（法 66 条 1 項）。裁判長（構成裁判官のうちの 1 人）は、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮する義務を負う（法 66 条 5 項）。さらに、規則 50 条は、構成裁判官が「裁判員から審理の内容を踏まえて各自の意見が述べられ、合議体の構成員の間で、充実した意見交換が行われるように配慮しなければならない」と規定する。

評議を尽くしたのち、評決を行う。裁判員の関与する判断の評決は、構成裁判官及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る（法 67 条 1 項）。裁判官と裁判員とが責任を分担しつつ協働して裁判内容を決定するという裁判員制度の趣旨を考慮して、構成裁判官または裁判員のいずれかのみによる多数では判断をすることができないこととしたものである。

「構成裁判官及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る」という裁判員法 67 条 1 項の規定の解釈をめぐって、例えば、裁判官 3 人が有罪であるという意見を、裁判員 6 人が無罪であるという意見を述べたときや、裁判官 3 人と裁判員 1 人が有罪であるという意見を、裁判員 5 人が無罪であるという意見を述べたとき、合議体全体としては無罪の意見が過半数であるが、多数意見に裁判官が入っていないため、どのような判断がなされるのかについて、法成立後も議論が分かれていた<sup>75</sup>。この場合、無罪が過半数であっても裁判官の意見が含まれないので、無罪にも有罪にもならず評議は成立せず、合議体の構成員のいずれかが意見を変えるまで評議が継続するという見解もある<sup>76</sup>が、判断の対象となるのは、検察官による犯罪の証明の有無であり、裁判員法 67 条 1 項の規定により、構成裁判官及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らなければならないとされるのは、この犯罪の証明があったという判断についてであることから、この場合、犯罪の証明があったとは認められず、被告人は無罪であると解すべきである。政府の見解も、評議継続説を否定し、後者の見解に立つ<sup>77</sup>。

特に、裁判員のみのも多数で被告人に不利な判断をすることができないとしたのは、法による公平な裁判を受ける権利を保障する日本国憲法 37 条の趣旨によるものである。政府見

<sup>75</sup> 裁判官 3 人が無罪であるという意見を、裁判員 6 人が有罪であるという意見を述べたときや、裁判官 3 人と裁判員 1 人が無罪であるという意見を、裁判員 5 人が有罪であるという意見を述べたときも、合議体全体としては有罪の意見が過半数であるが、多数意見に裁判官が入っていないため、同様の問題を生ずる。

<sup>76</sup> 高山俊吉弁護士らによる解釈である（東京新聞 2007 年 7 月 15 日朝刊）。

<sup>77</sup> 国会での山崎推進本部事務局長による答弁（第 159 回国会衆議院法務委員会議録第 14 号 19 頁）。法務省のウェブサイト（「裁判員裁判における有罪・無罪の評決について」<http://www.moj.go.jp/SAIBANIN/info/room/01.html>、2007 年 7 月 10 日更新）や、最高裁が設置している裁判員制度の広報用ウェブサイト（「裁判員制度 Q&A」の中の「意見が一致しなかったら評決はどのようなのですか。」[http://www.saibanin.courts.go.jp/qa/c4\\_8.html](http://www.saibanin.courts.go.jp/qa/c4_8.html)、更新日は不明）でも、同様の説明がなされている。

解によれば、被告人を有罪と判断するには、少なくとも1人以上の裁判官が有罪の意見であることが必要であって、有罪の意見をもつ裁判官がいなくてもかかわらず、裁判員のみ意見で被告人を有罪と判断するのは憲法適合性の観点から問題がある<sup>78</sup>ため、このような制度設計となっている。

立法過程において、合議体の全員一致または3分の2以上の特別多数決制を採るべきとの意見もあったが、採用されなかった。現行の裁判では、単純多数決制を採っており（裁判所法77条）、一般の国民から選任される裁判員が合議体に参加する場合であっても、一般の国民の事実の認定や法令の適用などに関する能力が裁判官のそれよりも極端に劣っているわけではないということを前提に制度設計がなされた以上、評決の要件を従前以上に加重する必要がないからである。評決要件を加重すべきであるという制度設計構想は、一般の国民の判断能力が裁判官のそれよりも劣っているということを前提にせざるを得ないが、もしそうであるならば、そもそも裁判員制度そのものの政策的妥当性がないことになる（判断能力の劣る一般の国民を裁判過程に入れること自体が、裁判の精度を劣化させるものであり、合理性を欠くことになる）。また、死刑の判断の場合のみ、合議体の全員一致の評決によるとする案についても、それを正当化する論拠はない。憲法解釈論上、死刑は、法律に規定された刑罰の1つにすぎず<sup>79</sup>、法令の規定上は、従前も、単純多数決により決定されてきたところであり、これを別異に扱う積極的な理由がないからである。

「裁判長としては、全員一致となるよう努力すべきである」<sup>80</sup>との見解は、公共の福祉の維持と個人の基本的な人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正かつ迅速に適用実現することを目的とする刑事事件の裁判に関するものであるというこ

<sup>78</sup> 野沢法務大臣は、裁判員法の国会審議において、裁判官3人のうち少なくとも1人が評決の際の多数意見に与していれば、憲法上の問題が生じないと答弁している（第159回国会衆議院法務委員会議録第17号29頁）が、これは、法務大臣としては、裁判員の参加する裁判の評決において、裁判員のみによる多数意見により判断が決められれば、憲法上の問題が生じると解していると考えられる。なお、辻前掲注(7)59頁も参照。この点、本稿第7章において、詳述する。

<sup>79</sup> 刑法9条、11条。なお、死刑は、日本国憲法36条により禁止される「残虐な刑罰」ではないとするのが、判例の立場である。判例によれば、同条にいう残虐な刑罰とは、「不必要に精神的、肉体的苦痛を内容とする人道上残虐と認められる刑罰」をいう（最判昭和23年6月30日刑集2巻7号777頁）が、憲法13条が、公共の福祉に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上剥奪されうることを、また、憲法31条が、生命といえども法定の手続によって剥奪されうることを規定していることから、憲法が「刑罰としての死刑の存置を想定し、これを是認したものと解すべきである」と述べ、具体的な死刑の執行方法が「その時代と環境とにおいて人道上の見地から一般に残虐性を有するものと認められる場合には」別論であるが、死刑そのものは、36条にいう残虐な刑罰には該当しないと判示されている（最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁）。つまり、死刑の存廃は立法政策の問題である（憲法問題ではない）が、裁判員法に固有の問題ではないので、本稿では扱わない。

<sup>80</sup> 後藤昭・四宮啓・西村健・工藤美香『実務家のための裁判員法入門』（現代人文社、2004年）134頁。



とにかんがみれば、当然に首肯すべきところである。しかしながら、全員一致の評決を目指す法的義務は裁判長にはないし、実際の運用において、そのような努力がなされる制度的担保も存在しない。

裁判員等の任務は、終局裁判を告知したときに終了する（法48条1号）。そのほか、裁判員等が解任されたり、死亡した場合や、対象事件からの除外（法3条1項）または罰条の撤回・変更（法5条ただし書）により、裁判員の参加する合議体で取り扱っている事件のすべてを裁判官のみで取り扱うこととなったときにも、任務は終了する（法48条2号）。

裁判員の参加した裁判の判決であっても、それに不服をもつ被告人または検察官は、高等裁判所に控訴することができる（刑事訴訟法372条）。英米の陪審制度とは異なり、わが国の裁判員の参加する裁判には、上訴制限がないので、従来の裁判官のみによる裁判と同様に、上訴することができる。

裁判員の参加する裁判は、地方裁判所の第1審の裁判に限られており（法2条）、控訴審や上告審については、裁判員法が裁判所法や刑事訴訟法の特則を設けていないので、控訴審や上告審では、従来どおり、裁判官のみによる裁判が行われることになる。控訴審は、第1審判決の当否を事後的に審査する事後審であるので、裁判員の負担も相当に重くなることなどから、裁判員は参加しないものとされた<sup>81</sup>。職業裁判官のみで構成される控訴審が、裁判員の参加した第1審の判決を破棄するとしても、控訴審は覆審（第1審と同様の審理を新たにやり直す制度）や続審（第1審の判決前の審理手を継続して、さらに証拠資料を補充して審理する制度）ではないことから、何ら問題はなかろう<sup>82</sup>。

差戻し審についても特則が設けられていないので、新たな裁判員を選任して審理・裁判をすることになる。差戻し審は、現行どおり、続審である。

## （2）裁判員等の義務

裁判員等は、最高裁判所規則で定めるところにより、法令に従い公平誠実にその職務を行うことを誓う旨の宣誓をしなければならない（法39条2項、規則37条）。この宣誓義務は、裁判員等に選任された一般の国民に課せられた法律上の義務であり、宣誓をしないことは、訴訟関係人から裁判員等の解任を請求される事由となり（法41条1項1号）、正当な理由がなく宣誓を拒んだときには、10万円以下の過料（行政罰）に処せられる（法112

<sup>81</sup> 国会での山崎推進本部事務局長による答弁（第159回国会参議院法務委員会会議録第15号28頁）。

<sup>82</sup> 裁判への裁判員の参加に固有の意義や価値があるとするならば、職業裁判官のみによる控訴審が、裁判員の参加した第1審の判決を破棄すれば、裁判員の参加を軽視することになるといえよう（自判するにせよ、差し戻すにせよ、そもそも裁判員の参加していない控訴審が審理すること自体が問題となる）。しかし、前述のとおり、裁判員制度の意義は、個々の裁判の精度を高めること（つまり、よりよい裁判の実現）ではなく、司法制度全般に対する国民の理解の増進・信頼の向上にある。裁判員が参加しても個々の裁判の判決の精度が高まるわけではない以上、従来どおり、職業裁判官のみによる控訴審がそれを破棄しても、何ら問題は生じない。

条3号)。

選任された裁判員等は、法令に従い公平誠実にその職務を行わなければならない(法9条1項、補充裁判員については、10条4項により準用される、以下、補充裁判員についての準用規定の指摘は省略する)。また、裁判員等は、裁判の公正さに対する信頼を損なうおそれのある行為をしてはならず(法9条3項)、品位を害するような行為をしてはならない(法9条4項)。これら法令を遵守し公平誠実に職務を遂行する義務や信頼・品位を保持する義務に違反した場合には、刑罰や行政罰は設けられていないものの、引き続きその職務を行わせることが適当でない場合には、訴訟当事者から裁判員等の解任を請求される事由となる(法41条1項4号、5号)。

また、裁判員等は、裁判員の関与する判断をするための審理をすべき公判期日等に出頭しなければならない(法52条)。判決の宣告のときも同様に、裁判員は、公判期日に出頭しなければならない(法63条1項本文)<sup>83</sup>。この出頭義務に違反し、引き続きその職務を行わせることが適当でない場合には、訴訟当事者から裁判員等の解任を請求される事由となり(法41条1項2号、3号)、正当な理由がなく出頭しないときには、10万円以下の過料に処せられる(法112条4号、5号)。

評議において、裁判員は、評議に出席し(法66条2項前段)、裁判官と同様に(裁判所法76条)、意見を述べなければならない(法66条2項後段)。また、裁判長によって、法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断が示された場合には、これに従ってその職務を行わなければならない(法66条4項)。これら評議への出席義務、意見陳述義務及び裁判長の判断に従う義務に違反した場合には、刑罰や行政罰は設けられていないものの、引き続きその職務を行わせることが適当でない場合には、訴訟当事者から裁判員等の解任を請求される事由となる(法41条1項2号、4号)。

さらに、裁判員等及び裁判員等の職にあった者は、評議の秘密その他の職務上知りえた秘密を漏らしてはならない(法9条2項、70条1項)。ここでいう評議の秘密とは、評議の経緯、各裁判官・裁判員の意見及びその多少の数をいう(法70条1項)。また、職務上知りえた秘密とは、審理の過程で知った個人のプライバシーに関する秘密や法人その他の団体・機関の秘密などである。この守秘義務に違反し、現職の裁判員等が、評議の秘密その他の職務上知りえた秘密を漏らしたときは、秘密漏示罪として、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる(法108条1項)。裁判員等の職にあった者が、評議の秘密以外の職務上知りえた秘密や、評議の秘密のうち各裁判官・裁判員の意見及びその多少の数を漏らしたときも、現職の裁判員等と同様に、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる(法108条2項1号、2号)。裁判員等の職にあった者については、各裁判官・裁判員の意見及びその多少の数以外の評議の秘密は、財産上の利益その他の利益を得る目的で漏らしたときのみ、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に(法108条2項3号)、

<sup>83</sup> ただし、裁判所は、裁判員が出頭しなくても、判決または決定を宣告することができる(法63条1項ただし書)。

それ以外の場合には50万円以下の罰金に処せられる（法108条3項）。裁判の終了後であっても、利得目的で評議の経過を漏らす行為は悪質であって、評議の経緯の中心部分の漏示や現職の裁判員の場合の漏示と同様に厳しく処罰されるべきである一方、利得目的なしにそれを漏らす行為については、その悪質性の程度は比較的小さいので、法定刑が比較的軽く設定されている。また、裁判員等及び裁判員等の職にあった者が、裁判体の外部の者に対し、担当している事件において認定すべきであると考えた事実や量定すべきであると考えた刑などを述べたときも、6月以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる（法108条5項、6項）。これら心証開披行為は、守秘義務違反と同様の害悪が発生するため、同様に処罰されるべきであるからである。

選任された裁判員等は、前述の諸義務に違反し、引き続きその職務を行わせることが適当でないと認められるときや、その資格を欠くことが明らかになったときには、検察官、被告人または弁護人の請求により、または職権で解任される（法41条、43条）。裁判員等について解任を請求される事由は、宣誓義務違反（法41条1項1号）、公判期日等への出頭義務違反（2号前段、3号）、評議への出席義務違反（2号後段）、その他の裁判員の諸義務（法令に従い公平誠実に職務を遂行する義務、守秘義務、信頼・品位保持義務、評議において裁判長の示した判断に従う義務、評議における意見陳述義務）違反（4号）、その他の補充裁判員の諸義務（前掲の裁判員のもののうち、評議に関するものを負わない）違反（5号）、資格欠如（6号）、不公平な裁判をするおそれがあるときへの該当（7号）、質問票への虚偽記載等（質問に対する陳述拒否や虚偽陳述を含む、8号）、公判廷において、裁判長が訴訟指揮権（刑事訴訟法294条）・法廷警察権（裁判所法71条、刑事訴訟法288条2項）に基づき命じた事項に従わず、または暴言その他の不穏当な言動をすることにより公判手続の進行を妨げたとき（法41条1項9号）である。このうち、2号ないし5号及び8号につき、引き続きその職務を行わせることが適当でないときに限り、また、7号につき、裁判所が不公平な裁判をするおそれがあると認めるに至ったときに限り、裁判員等は解任される。解任は、明らかに理由がない解任請求の却下決定（簡易却下決定）や客観的な事由（法41条1項1号、2号、3号、6号、9号の場合）による解任決定については、受訴裁判所が行い（法41条2項、43条1項）、その他の場合は、地方裁判所の別の合議体が判断する（法41条3項、4項、43条3項、4項）<sup>84</sup>。前者については、当該裁判員をよりよく知る構成裁判官に判断させるのが合理的であり、訴訟経済にも資する一方で、後者については、かりに構成裁判官が自ら裁判員を解任するとすれば、異なる意見を持つ裁判員を解任したのではないかとの疑いを外部から持たれかねないため、構成裁判官ではなく、地方裁判所の別の合議体の判断によるものとした。裁判員等の解任の決定をする場合、裁判員に陳述の機会を付与し（法41条6項本文、43条5項）、請求の場合には、あらかじめ相手方（または、その弁護人）の意見を聴取し、職権による解任決定の場合には、あらかじめ検

<sup>84</sup> 解任請求を却下する決定に対しては、地方裁判所の別の合議体に異議の申立てをすることができる（法42条）。

察官及び弁護人または被告人の意見を聴取しなければならない（法41条5項、43条5項、規則38条1項、2項）。

### （3）裁判員の地位

裁判員等は、裁判所によって選任され、臨時に裁判という国家の事務に従事するので、非常勤の裁判所職員（特別職国家公務員）として扱われる。

このことから、裁判員に関しては、次の3つのことがいえる。(1) 裁判員等は、裁判所職員臨時措置法の適用を受け、一部の規定を除き、国家公務員法が準用される。したがって、原則として国家公務員法上の服務に関する規定が適用されることになるが、裁判員法その他の法令等の規定により、その多くは準用されないこととされており、争議行為等の禁止（国家公務員法98条2項、3項）と職務専念義務（同法101条）のみの適用があるものの、裁判員等は短期間の職員であるので、問題となるのは後者のみであろう。(2) 刑法7条1項にいう「公務員」に該当するので、その職務に関し、賄賂を収受した場合、収賄罪が成立する<sup>85</sup>。(3) 裁判員等が公務上の災害または裁判所への通勤による災害を受けた場合、国家公務員災害補償法による補償を受ける（裁判所職員臨時措置法6号、裁判員の身分を離れた後も、災害が公務に起因するのであれば、補償を受けることができる（国家公務員災害補償法7条1項、人事院規則16-0第2条））。具体的には、裁判員裁判により有罪判決を受けた被告人やその関係者が、その判決に対する不満を理由に、裁判員であった者に危害を加えること（いわゆる「お礼参り」）が考えられるが、この場合、当該裁判員であった者に対して補償がなされる。

参加する裁判員の法的性格に関しては、裁判員が国民の代表ではないという点に注意すべきである。裁判員が国民（あるいは、「市民」）の代表であるとの解説も散見されるところである<sup>86</sup>が、立法過程を精査し、制度を正確に理解すれば、このような議論は明らかな誤りであるということは、瞭然である。

審議会における議論の過程で、裁判員は国民の代表であると解すべきと主張する委員もいた<sup>87</sup>が、裁判という公務を遂行する裁判員は、行政機関や裁判所に勤める公務員と同様に、国民の代表ではないとの見解が、竹下守夫会長代理により示され、佐藤幸治会長もこれを認めている<sup>88</sup>。裁判員が参加する趣旨は、多様な意見を反映させるためではなく（そうであ

<sup>85</sup> 国会での樋渡利秋法務省刑事局長による答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第11号5頁）、辻前掲注（27）42頁。

<sup>86</sup> 裁判員が市民の代表であるとするものとして、例えば、柴田光蔵「裁判について考える（3）」時の法令1803号（2008年）65頁、後藤前掲注（18）90頁。

<sup>87</sup> 高木剛委員は、第51回の審議会において、裁判員には「国民の代表的な意味が当然ある」と強く主張した（司法制度改革審議会第51回議事録）。

<sup>88</sup> 司法制度改革審議会第51回議事録。竹下会長代理は、「裁判手続に参加をする裁判員というのは一体どういう資格で参加をしているのか。その点について、これまでの議論を聞いてみると、国民代表だというように聞こえることがあるものですから、そこはやはりしっかりと確認しておかなければいけないのではないかと。決して選挙で選ばれているわけでも

るとすれば、合議体における裁判員の員数は、より多いほうがよいことになり、また、裁判員の選任の際に、性別、年齢、所得などの割合を考慮すべきということになる)、国民がもつ健全な社会的常識を裁判に反映させるためである(したがって、合議体の制度設計に関して、裁判員の性質から、どの程度の員数が妥当かは直接的に導出されないことになる)。

また、統計学的にも、裁判員は国民の代表であるとはいえない。なぜならば、裁判員候補者は、くじによって無作為に選ばれるので(性別等を考慮して選定することはない)、裁判員候補者の属性がその地域の全有権者の属性分布と近似するよう抽出されることも理論的には考えられないことではないが、その一方で、裁判員候補者の属性が非常に偏ったものになる可能性も十分に考えられる。さらに、その後に、検察官や被告人・弁護人が、作為的に、裁判員候補者に対して不選任の請求をする手続がある。つまり、選任された裁判員は、人為的に操作されたものになる。したがって、例えば、選任された裁判員がすべて高齢者であったり、すべて男性であったりすることも、可能性としては考えられ、かつ、法律はそのようになることを許容している。制度設計の段階で、裁判員候補者の多段階層化抽出法による選定や性別等を考慮した裁判員の選任が提案されたこともある<sup>89</sup>が、これが排除されたという経緯がある。

裁判員制度についての説明において、しばしば、「市民が主役の裁判員制度」などという表現が見られることがある<sup>90</sup>。しかし、この市民が主役という表現は、次に挙げる2つの意味で誤解を招来するものであり、裁判員制度の説明としては、はなはだ不適切である。

誤解を招来するということの1つ目の意味は、「市民」という概念の不明確性である。それが、市民性(citizenship)を有する国民に限定されるという趣旨であるとするれば、市民性を十分に有していない国民には、裁判員として裁判に参加する資格がないという議論に結びつきかねず、参加する国民の範囲を不当に狭めることになりかねない。市民性の有無に関わらず、裁判員法に定める選任資格を有し、欠格事由や就職禁止事由などに該当しない

---

何でもないし、それなのにあたかも主権者たる国民の代表として入っているというような受け取られ方をしかねない議論の仕方というものはおかしい」として、裁判員が「国民の代表であるというのは、言葉の使い方として適切ではないのでないか」と述べた(司法制度改革審議会第51回議事録)。

<sup>89</sup> 検討会での議論において、鳥居泰彦委員は、無作為抽出によって裁判体の属性が偏向することの危険性に注目していた。一方、井上正仁委員は、裁判員の場合、世論調査とは異なり、多様な意見の反映ではなく、社会的に健全な国民が集められ常識的な判断を求めべきであると反論した(司法制度改革審議会第32回議事録、同第45回議事録、本稿第1章28頁、35頁参照)。また、国会での審議において、小宮山洋子議員は、裁判員の選任の際に男女の割合を配慮すべきであると主張したが、これに対して、山崎推進本部事務局長は、裁判所が男女の割合を操作するのはかえって不公平となるとして、そのような制度設計をすべきではないと主張した(第159回国会衆議院法務委員会議録第12号2頁、本稿第1章79頁)。

<sup>90</sup> 例えば、九州大学法学部刑事訴訟法ゼミナール=編・大出良知=監修『裁判員が有罪、無罪を決める』(現代人文社、2003年)4頁。

国民であれば、誰でも裁判員として刑事裁判に参加することができるかと解すべきである。

「市民」という表現を使用することにより、裁判員が一定の教養や市民的徳性を有する国民に限定されるべきである<sup>91</sup>という趣旨に解されうるが、そのように解することは、法律で定める以上に裁判員の要件を加重する解釈であり、広く一般の国民の参加を求める裁判員制度の趣旨に明らかに違背する<sup>92</sup>。

もう1つの意味は、本来、協働すべき裁判官と裁判員との関係が、裁判員を主役と表現することにより、裁判員が主たる存在で裁判官が従たる存在であるというように誤解されかねないということである。裁判員制度とは、国民から選任された裁判員と専門家である裁判官とが、協働して裁判を行う制度であって、裁判員か裁判官のいずれかが主役であるというものではない。

制度設計の段階で、裁判員が裁判員裁判の主体であって、裁判官は裁判員の活動を補助する役割であると位置づけるべきであるとする見解<sup>93</sup>もあったが、このような議論は、制度の理解の仕方として明確に誤りであるとして、採用されなかった。なお、日弁連も、井上検討会座長が示した「「考えられる裁判員制度の概要について」の説明」に対して、「当連合会の上記意見は、「裁判員が中心ないし主役であり、裁判官はそれを補助する役割にとどまるという捉え方（同9頁）」に基づくものでもない」として、裁判員主役説に立たないことを明言している<sup>94</sup>。

協働という裁判員制度の趣旨にかんがみれば、裁判官と裁判員とのいずれかについて、主役か脇役かを論ずることは、無益であるばかりか、制度の趣旨を誤解させるため有害である。したがって、「市民が主役の裁判員制度」などという説明は行われるべきではなからう。

### （5）参加を促すためのさまざまな措置が設けられている制度

裁判員法は、裁判員等が参加しやすくし、参加する裁判員等を保護するなどのさまざまな措置を設けている。

<sup>91</sup> 本稿第3編で論ずるように、筆者は、裁判員として裁判に参加することにより、そこでの評議等を通じて、国民が公民的徳性を涵養することが、裁判員制度の重要な意義の1つであると解するが、筆者の主張と本文の趣旨とは矛盾しない。すなわち、公民的徳性は裁判（特に、評議）を通じて涵養すればよいのであって（だからこそ、一般の国民が参加する意義がある）、そもそもそれを有していない国民は参加すべきではないなどと解すべきではない。

<sup>92</sup> なお、「市民」という表現を、外国人など国民以外の者をも含むという趣旨で用いるのは、もはや埒外の議論といわざるを得ない。裁判員は、三権の一翼をなす司法権の行使に直接的に参画することから、当然に国籍の保持をその要件とする。

<sup>93</sup> 例えば、審議会における高木委員の意見（司法制度改革審議会第51回議事録）。

<sup>94</sup> 日本弁護士連合会「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」（2003年12月）4頁。

前者に関しては、公判前整理手続の必置と、裁判員裁判に関与する法律家の努力義務の2つが挙げられる。

第一に、裁判員裁判の対象事件については、第一回公判期日前に、必ず公判前整理手続に付される（法 49 条）。本来の職業や家庭等を有する裁判員が裁判に関与するにあたっては、審理に要する見込み時間があらかじめ明らかになっているとともに、充実した迅速な審理が行われることが必須の前提と考えられるため、裁判員裁判の対象事件については、公判前整理手続に付し、事件の争点を明らかにし、公判で取り調べる証拠を決定して、明確な審理計画を策定しなければならないとされている。

第二に、裁判員は、法律や裁判の知識を有しない一般の国民であるので、裁判官、検察官及び弁護士は、裁判員の負担が過重なものにならないようにしつつ、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速でわかりやすいものとするに努めなければならないとされている（法 51 条）。迅速な審理の実現の観点から、争点中心の充実した審理を連日的に行うことが求められる（刑事訴訟法 281 条の 6）。また、規則 42 条は、「検察官及び弁護士は、裁判員が審理の内容を踏まえて自らの意見を形成できるよう、裁判員に分かりやすい立証及び弁論を行うように努めなければならない」として、訴訟関係人の義務を規定している。

後者に関しては、裁判員が公正な裁判を行うために、裁判員法は、裁判員等である者などについて、労働法上、不利益取扱いを禁止するほか、刑罰を担保として、個人情報保護し、接触、請託・威迫などの行為を禁止している。

第一に、労働法上、裁判員等は保護される。労働者が裁判員等としてその職務を行うとき、労働時間中であっても、裁判員等の職務に必要な時間は、職務を離れることができる（労働基準法 7 条）。これに加えて、労働者が、裁判員の職務を行うために休暇を取得したことその他裁判員等・裁判員候補者であること（または、これらの者であったこと）を理由として、解雇その他不利益な取扱いをしてはならない（法 100 条）。

第二に、裁判員等の個人情報は保護される。何人も、裁判員等や裁判員候補者の氏名、住所その他の個人を特定するに足る情報を公にしてはならない（法 101 条前段）。これらであった者の個人情報は、現職の者のそれと比べると保護の必要性が低いので、本人が同意している場合は、公にすることができる（法 101 条後段）。これは、裁判員を保護するとともに、裁判の公正を確保するための規制である。ただし、法 101 条の規定に違反して、裁判員等の個人情報を公開した場合の罰則規定はない。

また、検察官・弁護士（または、これらの職にあった者）または被告人（または被告人であった者）が、正当な理由なく、裁判員候補者の氏名、裁判員候補者についての質問票の記載内容、または裁判員等選任手続における裁判員候補者の陳述内容を漏示したときは、1年以下の懲役または50万円以下の罰金に処せられる（裁判員の氏名等漏示罪、法 109 条）。

第三に、裁判員等に対する接触、請託または威迫は規制される。何人も、事件に関し、選定された裁判員等などに接触してはならない（法 102 条 1 項）。また、何人も、裁判員等

が職務上知りえた秘密を知る目的で、裁判員等の職にあった者に接触してはならない(2項)。この裁判員等などに対する接触規制は、裁判員の職務の公正さやこれに対する信頼の確保などのための規制である。ただし、法102条の規定に違反して、裁判員等またはこれらであった者に接触した場合の罰則規定はない。

また、裁判員等に対して、その職務に関して請託をした者や、事件の審判に影響を及ぼす目的で、裁判員として行う判断について意見を述べたり、情報を提供した者は、2年以下の懲役または20万円以下の罰金に処せられる(裁判員等に対する請託罪等、法106条)。

さらに、事件に関し、裁判員等(または、これらの職にあった者)またはその親族に対して、威迫行為をした者は、2年以下の懲役または20万円以下の罰金に処せられる(裁判員等に対する威迫罪、法107条1項)。組織的な犯罪に関してなされた威迫罪については、法定刑を3年以下の懲役または20万円以下の罰金に引き上げられている(法附則8条により改正される組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律7条1項4号、5号)。

そして、公正な裁判を行うための最も重要な制度的担保は、前述の裁判員等の守秘義務の規定である。前述のとおり、裁判員等に対して守秘義務が課され、この義務に違反する行為を秘密漏示罪という犯罪としたうえで、罰則が設けられている。

この守秘義務・秘密漏示罪の趣旨は、裁判員等の適正な職務の遂行の保護とともに、それによってもたらされる裁判の公正である。例えば、評議の秘密に関して、非公開の評議の中で裁判員がどのような意見を言ったのかが公になるとすれば、裁判員は、関係者からの逆恨みや社会から非難・攻撃を恐れて、自由に意見が言えなくなるおそれがある(被告人に寛容な判断を示した裁判員は、被害者やその親族等から恨まれ、逆に、被告人に厳格な判断を示した裁判員は、被告人やその親族等から恨まれるおそれがある。また、社会的に注目されるような凶悪事件に関しては、裁判員の判断も注目されることになるであろうが、世論が厳罰を求めている場合、被告人に寛容な判断を示した裁判員が特定されるとすれば、その裁判員は、報道機関や一般国民から集中的な非難を集めることは必至であろう)。そして、自由な意見の交換が行われなければ、裁判そのものも公正であるとはいえない。したがって、裁判員が参加する際に自由に発言できる環境をつくるため、そして、それを通じて、公正な裁判を行うため、守秘義務・秘密漏示罪があると解するべきであろう。

なお、その他の裁判員法による裁判員として参加する国民に対する規定として、政府・最高裁判所の法施行前の措置(法附則2条)<sup>95</sup>、国の環境整備(法附則3条)<sup>96</sup>、見直し条

<sup>95</sup> 裁判員法の施行までの期間において、国民が裁判員として裁判に参加することの意義、裁判員の選任の手続、事件の審理及び評議における裁判員の職務等を具体的にわかりやすく説明するなど、裁判員の参加する刑事裁判の制度についての国民の理解と関心を深めるとともに、国民の自覚に基づく主体的な刑事裁判への参加が行われるようにするための措置を講ずることが、政府と最高裁判所に義務づけられている(法附則2条1項)。

<sup>96</sup> 国民が裁判員として裁判に参加することができるようにするために必要な環境の整備をする努力義務が、国に課されている(法附則3条)。



項（法附則9条）<sup>97</sup>などがある。

---

<sup>97</sup> 裁判員法の施行後3年を経過した場合において、この法律の施行状況について検討を加え、必要があると認めるときは、その結果に基づき所要の措置を講ずることが、政府に求められている（法附則9条）。

## 第2編 分析視座としての討議民主主義理論

第2編では、討議民主主義（deliberative democracy）理論の内容の明確化を図ることとする。この理論は、第3編で裁判員制度の意義を再構成する際の基本的な視座となるものである。

討議民主主義理論とは、今日では、憲法学、法哲学、政治理論・政治哲学などの分野で、その名を見ないことはないほど、盛んに論じられている公法理論・政治理論である<sup>1</sup>が、実は、その内容は、必ずしも明らかになっているとはいえない。

まず、第4章で、この新しい民主主義理論の主要な議論を精査し、その構成要素を析出することを通じて、何がその本質であるかについて探求する。はじめに、この討議を重視する民主主義観が、(1) 現代民主主義理論の系譜においてどのように位置づけられるのか、(2) どのような理論の対抗理論として登場したのか、(3) なぜ現代民主主義理論の転回者として非常に注目されているのか（その理論的優位性は何か）などについて、明らかにする。そして、アメリカ合衆国等における討議民主主義をめぐる主要な公法理論と政治理論（政治理論から展開されている実証的研究をも含む）とを概観したうえで、それぞれの理論から構成要素を析出し、その本質的要素とは何かについて検討し、両者の合意点を模索することとする。

次に、第5章では、討議民主主義理論が前提とする討議の意義について考察する。この新しい民主主義理論は、多様な理論を包摂する理論群であるが、1つの理論群として討議民主主義理論を認知することさえ困難なほど、その理論同士で活発に議論が展開されている。そこで、討議民主主義理論を1つの理論群として理解するための方途として、民主的討議を複線的に考えることを提唱する。また、この章では、討議民主主義理論の進展とともに次第にかまびすしくなってきた批判者として、闘技的民主主義（agonistic democracy）理論と言説的民主主義（discursive democracy）理論を挙げたうえで、それらが討議理論に対してどのような批判をしているかを紹介すると同時に、討議理論がそれらに対してどのように応答しうるかについて説明する。それは、討議民主主義理論の内容を明らかにする作業であるとともに、批判者たちの議論を吟味すれば、実は彼らは広義の討議民主主義理論に包摂されうると診断することでもある。

さらに、第6章で、討議民主主義理論の実践モデルの1つである「討論型世論調査（deliberative opinion poll）」の構造を分析したうえで、既存の討議・決定システムとの対比を通じて、その有用性について言及する。今日、コンセンサス会議（consensus conference）、プラーヌクスツェレ（Planungszelle）、市民陪審（Citizen Jury）など、さまざまな形で（選挙によって選出された代表者以外の）一般の国民が特定の議題をめぐって討議を行う人工的な討議の場を創設しようとする構想に注目が集まっている。第6章で紹介する討論型世

<sup>1</sup> 経済理論としての討議民主主義理論については、例えば、塩野谷祐一『経済と倫理』（東京大学出版会、2002年）238頁。

論調査は、他の討議の場の構築の試みとは異なり、当初から討議民主主義理論に基づき注意深く制度設計された、公共政策をめぐる問題の本質を理解するための「公共的討議の場 (forum for public deliberation)」である。そして、この討論型世論調査は（その派生形態である「討議の日 (Deliberation Day)」構想も）、国民の選挙による代表者の選出と代表者による議会での政策決定を基本とする議会制民主主義の基本的制度などから、その権限を篡奪しようとするものではなく、むしろ、既存の立憲的政治制度と共存しつつ、市民社会における討議の意義を重視し、その活性化のために公共的討議を意識的に実践させようとする企てである。この第6章では、第9章において裁判員制度と比較するための準備的作業として、討論型世論調査の公共的討議の場としての意義について検討を行う。

#### 第4章 討議民主主義理論の本質的要素

討議民主主義 (deliberative democracy) 理論は、1980年代以降、アメリカ合衆国において、ヤング (Iris M. Young) の言を借りれば、爆発的<sup>1</sup>に議論されるようになった公法理論・政治理論である。エストランド (David M. Estlund) が指摘しているように、この理論は、1980年にベゼット (Joseph M. Bessette) によって初めて提唱されたものである<sup>2</sup>。わが国においても、90年代後半以降、討議民主主義理論に関する重要な論文が見られるようになった<sup>3</sup>。しかしながら、昨今、この理論を用いてさまざまな問題を論ずる論稿は多く見られるようになった<sup>4</sup>が、そもそも討議民主主義とは何かということを直接論ずる論文はあまり多くな

<sup>1</sup> Iris M. Young, "Political Theory: An Overview," Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann eds., *A New Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 1996, p. 486. ヤングは、その代表的な論者として、コーエン (Joshua Cohen)、スプラゲンズ (Thomas Spragens)、サンステイン (Cass R. Sunstein)、マイケルマン (Frank I. Michelman)、ドライゼック (John S. Dryzek)、ハーバーマス (Jürgen Habermas)、フィシュキン (James S. Fishkin)、ボーマン (James Bohman) を挙げている。

<sup>2</sup> David M. Estlund, "Who's Afraid of Deliberative Democracy?: On the Strategic / Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence," *Texas Law Review*, 71, 1993, p. 1437, n. 1.

<sup>3</sup> 2001年までに刊行されたものに限って挙げれば、上田道明「デモクラシーにおける「参加」と「熟慮」」日本政治学会＝編『年報政治学 1996 55年体制の崩壊』(岩波書店、1996年) 215頁、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＝編『政治・社会理論のフロンティア』(慶應義塾大学出版会、1998年) 63頁、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巻 6号 (2001年) 70頁、長谷部恭男「討議民主主義とその敵対者たち」法学協会雑誌 118巻 12号 (2001年) 85頁 (その後、長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年)に所収)、田村哲樹「現代民主主義理論における分岐とその後 (一) (二) (三・完)」法政論集 (名古屋大学) 185号 (2000年) 1頁、187号 (2001年) 131頁、188号 (2001年) 375頁 (その後、田村哲樹『熟慮の理由』(勁草書房、2008年)に所収) など。その後、討議民主主義理論に関しては、わが国においても爆発的に議論されるようになったため、討議民主主義理論に関する重要な論文を遺漏なく適切に列挙することは、もはや困難である。最近の議論状況を概括するためには、本稿第2編での議論のほかに、さしあたり、大矢吉之「熟慮民主主義論の展開とその政策理念」足立幸男・森脇俊雅＝編『公共政策学』(ミネルヴァ書房、2003年) 343頁、平井亮輔「対話の正義」平井亮輔＝編『正義』(嵯峨野書院、2004年) 233頁、駒村圭吾「討議民主政の再構築」中村睦男・大石眞＝編『立法の実務と理論』(信山社、2005年) 5頁などを参照。

<sup>4</sup> 2003年までに刊行された日本の研究者による主なものに限って挙げれば、原子力政策をめぐる合意形成に関して、大山耕輔『エネルギー・ガバナンスの行政学』(慶應義塾大学出版会、2002年) (特に、47頁以下及び113頁以下)、国際関係における社会統合に関して、川村暁雄「グローバル社会における討議民主主義の展望」国際協力論集 8巻 1号 (2000年) 169頁 (その後、川村暁雄『グローバル民主主義の地平』(法律文化社、2005年)に所収)、住民投票に関して、上田道明「住民投票の挑戦」日本の科学者 36巻 12号 (2001年) 16頁、イニシアティブによる立法への司法審査の可能性に関して、大城渡「直接民主主義と司法審査 (序論) (一)」九大法学 82号 (2001年) 79頁及び山本龍彦「アメリカ共和主義的憲法理論と人民投票制」法学政治学論究 55号 (2002年) 157頁、議会の立法補佐機能の重要性に関して、高見勝利「決定」と「情報」レファレンス 53巻 2号 (2003年) 5頁などが

い。

討議民主主義理論は、公法学の領域でも政治学の領域でも盛んに論じられ、それぞれ独自の展開を見せているが、わが国での議論を見る限り、これらは相互に歩み寄りを見せようとはしていない。同じ討議民主主義という構想を追究する公法理論と政治理論であるが、これらは異なることを論じているのだろうか。それとも、何らかの要素を共有し、架橋されうるものなのだろうか。

本章では、第1節で、討議民主主義理論が、(1) 現代民主主義理論の系譜においてどのように位置づけられるのか、(2) どのような理論の対抗理論として登場したのか、(3) なぜ現代民主主義論の転回者として非常に注目されているのか（その理論的優位性は何か）などについて、明らかにする。そして、第2節で、アメリカ合衆国等における討議民主主義をめぐる主要な公法理論を、第3節で、政治理論（政治理論から展開されている実証的研究をも含む）を概観する。そのうえで、第4節において、それぞれの理論から構成要素を析出し、その本質的要素とは何かについて検討し、両者の合意点を模索することとする。

---

ある。

## 1. 討議民主主義理論をめぐる議論状況

## (1) 討議民主主義理論の登場以前の民主主義理論

民主主義 (democracy) とは何かという問いは、公法学の世界においても、政治学の世界においても、その学問的出発点から常に探求されてきた課題であり、かつ、今後も探求され続けるであろう大きな難問である<sup>5</sup>。

この問いについては、これまでに、さまざまな分野において、数多くの研究者が取り組んできたものの、その答えについて完全な合意が形成されるには至っていない。

民主主義の起源をたどれば、多くの場合、古代ギリシャ・アテネに見られた民主政治<sup>6</sup>に到着する。当初の民主主義という政治思想は、現在のそれとはまったく異なり、むしろ忌み嫌われるものであった<sup>7</sup>が、周知のとおり、今日では、国家統治のための正統性原理として一般的になっている。

<sup>5</sup> 以下、討議民主主義理論の登場以前の民主主義理論の展開をめぐる議論は、曾根泰教『現代の政治理論』(放送大学出版会、1989年)や阿部斉『概説現代政治の理論』(東京大学出版会、1991年)をはじめ、わが国の多くの政治理論や政治思想の分野における先行研究における議論に負う。また、民主主義の概念を検討することの困難性については、例えば、日下喜一『現代民主主義論』(勁草書房、1994年)2-4頁。シュンペーターやダール以外の論者の議論を含めて、現代の民主主義理論の系譜を概観するにあたっては、さしあたり、岩崎正洋『議会制民主主義の行方』(一藝社、2002年)、同「民主主義と国家」岩崎正洋・坪内淳=編『国家の現在』(芦書房、2007年)9-41頁。民主主義理論の精緻化に貢献した研究者を列挙するならば、なぜ別の研究者が含まれていないのかという批判が寄せられるのは当然に予想されるころではあるが、ここでは、敢えて批判を覚悟したうえで、シュンペーターとダールの2人を挙げたい。民主主義理論の精緻化の功労者として、彼らのほかに別の研究者がいるのではないかという議論はあるとしても、この2人が貢献者とはいえないではないかという議論は、おそらく考えられないからである。

<sup>6</sup> 笹倉秀夫教授は、古典期アテネの民主制 (demokratia) の特徴として、(1) 市民の参加、(2) 平等、(3) 理性の支配、(4) ルールの支配、(5) 排除の構造 (民主制への参加は、女性や子ども、奴隷その他を除く公民 (「市民」) に限定された) の5つを挙げている (笹倉秀夫『法思想史講義 (上)』(東京大学出版会、2007年)9-12頁)。なお、第3編での議論との関連で、ペロポンネーソス戦争後の民事・刑事の裁判が民主主義の原理に基づき公民の直接参加によって行われていたこと (26-27頁) について言及しておく。まさにそのような民主主義的な裁判によって、ソクラテス (Socrates, B. C. 469c-399) は処刑され (500人の市民のうち、280人が有罪の票を、220人が無罪の票を投じたという)、アナクサゴラス

(Anaxagoras, B. C. 500c-428c) やプロタゴラス (Protagoras, B. C. 485c-410c) は社会から追放されたという。古典期アテネの民主政治の実態については、さしあたり、橋場弦『丘の上の民主政』(東京大学出版会、1997年)を参照。

<sup>7</sup> 例えば、プラトン (Platon, B. C. 427-347) にとって、民主政治は、放縦としての自由 (自分のしたいことをしたい放題に行う自由) の体制であり、それは無秩序をもたらし、自己崩壊し、僭主政につながるものであった (笹倉前掲注 (6) 42-44頁)。アリストテレスにとっては、社会の多数派を占める貧民による支配であり、およそ社会全体の利益を実現することは困難なものに見えていた。民主政治に対するネガティブな評価については、さしあたり、川崎修・杉田敦=編『現代政治理論』(有斐閣、2006年)130-142頁 (杉田敦=執筆)。

20世紀以降の現代民主主義理論は、シュンペータ（Joseph A. Schumpeter）という経済学者によって、1つの転換期を迎えた。シュンペータは、1942年の『資本主義・社会主義・民主主義（*Capitalism, Socialism, and Democracy*）』において、これまでの古典的民主主義学説（あるいは、民主主義についての18世紀哲学）を否定したうえで、新たな民主主義観を提示した。「政治的決定に到達するための1つの制度的装置であって、人民の意思を具体化するために集められるべき代表者を選出することによって人民自らが問題の決定を行い、それによって公益を実現しようとするもの」<sup>8</sup>と定義される古典的民主主義理論に対して、シュンペータは、一義的に規定されるような公益なるものは存在せず、また、かりに公益が万人に承認されるとしても、この問題については、一致した回答が与えられるものではないので、一般意思は存在しないとして、批判した。そのうえで、選挙民が政策の決定権を有し代表者がその意思を代弁するというこれまでの民主主義観から、大転換を図るべきであると提唱する。すなわち、選挙民の役割は政府を作ることである（選挙こそが第一義である）とし、選挙による問題の解決は第二義的なものと考え、「民主主義的方法とは、政治的決定に到達するために、個人が、人々の投票を獲得するための競争を行うことにより決定力を得るような制度的装置である」という非常に有名な定義を示した<sup>9</sup>。

20世紀以降の民主主義理論の方向性を変えたのがシュンペータであるとするれば、その議論をさらに勃興させたのが、ダール（Robert A. Dahl）である。ダールは、1956年の『民主主義理論序説（*A Preface to Democratic Theory*）』でそれまでのアメリカ合衆国における民主主義理論の系譜を整理した<sup>10</sup>うえで、有史以来、研究者が考えるような民主主義の理念が完全に実現されたことが一度もないことを踏まえて、1971年の『ポリアーキ（*Polyarchy*）』において、議論の混乱を回避するために、理念としての民主主義と現実の分析概念としての民主主義とを分けて考えるべきであると主張した。そして、後者について、ポリアーキ（*Polyarchy*）という概念をあて、公的異議の申立て（政治的競争）と、政治参加（包括性）という2つの軸をもとにそれを構成した<sup>11</sup>。その一方で、ダールは、民主主義理論の定式化に努め続けてもいる。その集大成ともいえるべき1998年の『民主主義について（*On Democracy*）』では、民主政治過程のための基準として、(1) 実質的な参加、(2) 投票における平等、(3) 見識ある理解が得られること、(4) 議題についての最終的調整を実施する

<sup>8</sup> Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, 5th ed., Routledge, 1994, p. 250（中山伊知郎・東畑精一＝訳『資本主義・社会主義・民主主義〔新装版〕』（東洋経済新報社、1995年）399頁）。なお、シュンペータの民主主義理論とその系譜については、曾根泰教「J.A.シュンペーターと現代民主主義」白鳥令・曾根泰教＝編『現代世界の民主主義理論』（新評論、1984年）9頁以下を参照。

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 269（訳書＝429頁）。

<sup>10</sup> Robert A. Dahl, *A Preface to Democratic Theory*, University of Chicago Press, 1956（内山秀夫＝訳『民主主義理論の基礎』（未来社、1970年））。

<sup>11</sup> Robert A. Dahl, *Polyarchy: Participation and Oppositions*, Yale University Press, 1971（高島通敏・前田脩＝訳『ポリアーキー』（三一書房、1981年））。

こと、(5) すべての成人の包摂という5つを挙げている<sup>12</sup>。そして、民主政治は、(1) 暴政の回避、(2) 本質的な諸権利、(3) 一般的な自由、(4) 自己決定、(5) 道徳的自律、(6) 人間性の発展、(7) 本質的な私的利益の擁護、(8) 政治的平等の8つをもたらし、さらに、近代的な民主政治は、それに加えて、(9) 平和の追求と(10) 繁栄をもたらすとも述べている<sup>13</sup>。

## (2) 民主主義理論における最も新しいイノベーションの波

### (1) 民主主義理論の3つの波

2500年にわたって繰り返し、さまざまな論者によって実にさまざまに論じられてきた民主主義<sup>14</sup>に対しては、今日では、その正統性のオーラ<sup>15</sup>ゆえに、その意義そのものを疑う向きはほとんどなく、むしろ、どのような民主主義を構想するかということのほうに議論の着眼点が移行していると思われる。そして、近年、熟慮ないし討議 (*deliberation*) に着目し、民主主義理論を再構成しようとするという討議民主主義理論が、特に注目されている。本稿において、筆者が裁判員制度の意義を分析する際の視座とするのも、この討議民主主義理論である。

20世紀の民主主義理論は、グッディン (*Robert E. Goodin*) によれば、3つの波として発展してきた<sup>16</sup>。

第一の波が、前節で概観したシュンペータやダールに代表されるエリート民主主義 (*democratic elitism*) である。前世紀半ばに、シュンペータが明確に示したのは、政党は選挙のときのみ有権者に説明責任を果たし、選挙民は政党によって提示された政策のパッケージの中からそれを選ぶ存在に追いやられるという姿であった。ここでいう民主主義とは、定期的な選挙の際に利益集団どうしで繰り広げられる国民の投票を獲得するための単なる競争的闘争を意味するとされた。

この第一の波に反発して起こった第二の波が、公式の政治過程と社会生活を形成する市民社会との両方に、より多くの国民の参画を促進しようとする参加民主主義 (*participatory democracy*) の理論である。この第二の理論によれば、代議制民主主義は本質的なものではなく便宜的に採られているにすぎず、民主政治は、本来的には個人の自己決定に由来するものであるという。政治参加は、選挙以外のさまざまな場面で行われるべきであり、また、場合によっては、重要な政策争点をめぐる住民投票などのような直接的な参加を評価する。

<sup>12</sup> Robert A. Dahl, *On Democracy*, Yale University Press, 1998, pp. 37-40 (中村孝文=訳『デモクラシーとは何か』(岩波書店、2001年) 50-55頁)。

<sup>13</sup> *Ibid.*, pp. 44-61 (訳書 60-83頁)。

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 2 (訳書 3頁)。

<sup>15</sup> David Held, *Models of Democracy*, 2nd ed., Polity Press, 1996, p. 291 (中谷義和=訳『民主政治の諸類型』(御茶の水書房、1998年) 370頁)。

<sup>16</sup> Robert E. Goodin, *Reflective Democracy*, Oxford University Press, 2003, pp. 3-4.



マンスブリッジ (Jane J. Mansbridge) やペイトマン (Carole Pateman) らが、この第二の波の代表的な論者である<sup>17</sup>。

そして、それに続く第三の、そして、最も新しいイノベーションの波<sup>18</sup>こそが、討議民主主義 (deliberative democracy) である。

この討議民主主義理論は、選好集計型民主主義 (aggregative democracy) の対抗理論として登場したものである。そこで、討議民主主義理論をより明らかにするために、その対抗理論と対照させることとする。

## (2) 対抗理論としての選好集計型民主主義理論

現代の民主主義理論を考えるうえで、最も重要で、かつ、多くの政治理論家・社会理論家が支持している視点が、選好の集計モデル (aggregative model) と熟慮・討議モデル (deliberative model) との二分論である。

ヤングによれば、現代政治理論において、これら 2 つの民主主義のモデルは、注目の的 (centre-stage) になっているという。いずれも、民主政治が法の支配を必要とすること、合意が不可能ないし到達困難なときには、投票が意思決定の方法であること<sup>19</sup>、民主政治過程が表現、集会及び結社の自由などを必要とすることなどを、民主的制度の基本的枠組みとして前提とするものである<sup>20</sup>。

ヤングによれば、選好集計型モデルとは、公務員や公共政策の選定において国民の選好を集計する過程を民主政治であると解釈し、政治的意思決定の到達点は、最も広くかつ強く人々に抱かれた選好に最大限応答する指導者や政策は何であるかを決定することであるという。民主政治は、政党や候補者が政策プログラム (platform) を示し、最も多くの国民の選好を充足させようと試みる競争的過程であり、類似する選好をもつ国民は、政党や政

<sup>17</sup> マンスブリッジら参加民主主義論者が、討議民主主義論の議論に参画していることから、討議理論が参加論と混同されうるといふ不幸な現象も生じている (例えば、榊原秀訓「討議民主主義と参加制度」神長勲・紙野健二・市橋克哉=編『公共性の法構造』(勁草書房、2004年) 71-96頁は、「国際的に注目されている参加民主主義の一つに、民主主義的決定に至る際の熟慮や討議を重視する討議民主主義がある」(75頁)と述べ、参加民主主義の1つとして、討議民主主義理論を位置づけたうえで、英国における市民陪審制度を紹介している)。たしかに参加民主主義理論から派生した討議民主主義理論の一派もあるのだが、それは、決して討議民主主義理論の本流ではない。このグッディンによる現代の民主主義理論の展開の歴史の整理を踏まえれば、二者は基本的にはまったく異なるものとして明確に峻別する必要があるといえよう。この点について、マッツ (Diana C. Mutz) が、討議民主主義理論を参加民主主義理論と対置させていることが注目される (Diana C. Mutz, *Hearing the Other Side: Deliberative Versus Participatory Democracy*, Cambridge University Press, 2006)。この著書の副題「討議民主主義理論 対 参加民主主義理論」に示されているとおり、基本的には、討議民主主義理論は参加民主主義理論とは対置されるべきものである。

<sup>18</sup> Goodin, *supra* note (16), p. 3.

<sup>19</sup> 討議民主主義理論も、投票を、政治的意思決定のための1つの有益な方法として認めていることに注意されたい。

<sup>20</sup> Iris M. Young, *Inclusion and Democracy*, Oxford University Press, 2000, p.18.

策決定者の活動に影響力を行使するために、しばしば利益集団を結成する——選好集計型モデルは公共政策の形成過程をこのように写描する。ここでは、結果や価値は、個人の主観的で (subjective)、理性的でなく (non-rational)、政治過程に外在的な (exogenous) ものであるということを前提としており、結果的に、民主政治は、私的利益や選好の競争以外のなにものでもないと考えられる。

そして、その対抗理論として登場するのが、民主政治を実践理性 (practical reason) の形成であるとする熟慮・討議モデルである。ここでは、民主政治過程の参加者は、最良の問題解決や法律制定などのために提案を行い、その案について他者を説得することを目的として議論を展開させる。対話を通じて、提案は吟味され、あるものは拒絶され、またあるものは洗練される。そして、どの選好が数値的に最も多く支持を得たかではなく、どの選好が最も理にかなっていたと同意されるかによって、決定に到達する。このモデルでは、民主政治過程が、他者との討議の関係性及び性向に向けてのいくつかの規範的理念 (normative ideals)<sup>21</sup>を伴うことになる<sup>22</sup>。

また、ガットマン (Amy Gutmann) とトンプソン (Dennis F. Thompson) によれば、熟慮・討議概念においては、国民や代表者が示す選好の理由が探求され、その正当化 (justification) が求められるのに対して、選好集計概念では、選好は所与のものとしてとらえられ、その選好についての正当化は求められず、さまざまな方法で効果的かつ公正にそれを結合させることが求められるにすぎない<sup>23</sup>。

要するに、選好集計型モデルは、個人の選好は所与でかつ不変であり、公共政策の決定にあたっては個人の選好の最大化を図るべくそれを集計した結果に基づきなされるべきであるとする。政策の選択は国民の意思に忠実になされるべきであるとするのが、選好集計型民主主義の特徴である。その一方、熟慮・討議モデルは、個人の選好は討議などを通じて変容しうるものであるという前提に立ち、公共政策の決定に対しては、十分な情報に基づく討議という過程をより重視するものである。この二分論は、エルスター (Jon Elster) のいう市場の論理 (principles of the market) と議場の論理 (principles of the forum) の二分論<sup>24</sup>ともほぼ符合する。すなわち、私的選好を所与不変のものと考え、それを各行動主体が取り引きし合い、最終的に最も優位となった選好が勝利するという市場の論理と、選好は所与不変のものではなく、むしろ討議の過程で変化しうるものであり、主張同士が切磋琢磨し合い、より説得力のあるものが生き残り、より論拠の乏しいものが淘汰されるという議場の論理との対立は、まさに選好集計型民主主義理論と討議民主主義理論との対立を想起

<sup>21</sup> ヤングは、包摂性 (inclusion)、平等性 (equality)、合理性・妥当性 (reasonableness)、公開性 (publicity) の4つを挙げている (*ibid.*, pp. 23-25)。

<sup>22</sup> *Ibid.*, pp. 18-25.

<sup>23</sup> Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Why Deliberative Democracy?*, Princeton University Press, 2004, pp. 13-21.

<sup>24</sup> Jon Elster, "The Market and the Forum: Three Varieties of Political Theory," James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, 1997, pp. 3-33.

させるものであるといえよう。

### (3) 討議民主主義理論の理論的優位性

ドライゼック (John S. Dryzek) によれば、1990 年前後の民主主義理論は、明らかに討議的転回 (deliberative turn) を遂げたといえる<sup>25</sup>。では、この討議民主主義理論が現代の民主主義理論を根底から転回させたものとして評価されているのは、なぜか。

ガットマンとトンプソンによれば、民主的討議は、次の 4 つの相互に関連する目的に資するものである。すなわち、第一に、討議は、集合的決定の正統性を高める (promote the legitimacy of collective decisions) ものである。公共的な事項についての多くの異議が示される決定に関してでさえ、それが、相反する道徳的主張のために注意深く熟考された後に採用された場合と、単に競合する政治的利益の相対的な強さのためだけに採用された場合とでは、評価は大いに異なる。第二に、討議は、公的な政策争点についての公共心あふれるものの見方を奨励する (encourage public-spirited perspectives on public issues) ものである。論争的な公共政策の争点について議論するとき、完全に利他主義に徹したいという人はごくわずかである。上手に構成された場における討議は、公共の利益の問題について、より広いものの見方をするよう参加者に奨励する。背景となる条件が不都合な場合であっても (実際、そのような場合が多い)、政治的権力がものをいうだけの過程よりも、道徳的理由が交わされる過程において、市民は争点についてより広い見方を探る可能性が高い。第三に、討議は、相互に尊重し合える意思決定過程を促進する (promote mutually respectful processes of decision-making) ことである。討議は、相容れない価値を両立させることはできないが、反対者の主張における道徳的な利点を (それがあるときは) 参加者に認識させることができる。討議はまた、本当に相容れない価値から生じる道徳的不一致と解決しうる不一致とを、討議者が区別することにも役立つ。そして、第四に、市民や官僚は集合的行為に不可避な誤りを犯すものであるが、討議は、そのような誤りを正す (correct these mistakes) ものである。上手に討議の場を構成すれば、個人的な理解と集合的な理解が促進される。議論の応酬を通じて、参加者は、相互に学び、自分個人または集団の誤解を認識するようになり、そして、批判的な吟味に耐えうるような新たな視点と政策を発展させることができる<sup>26</sup>。

これら 4 つの討議の目的は、討議民主主義の一般的な目標が政治における道徳的不一致の問題を扱うのに最も正統化できる概念をもたらすというガットマンとトンプソンによる分析を前提として、その目標の追求のために示されたものである<sup>27</sup>が、その内容を検討する

<sup>25</sup> John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000, p. 1. ドライゼックは、この民主主義理論における討議的転回が、民主主義の信頼性 (authenticity) についての議論を刷新し、民主主義を深化させたと評価する (*ibid.*, p. 175)。

<sup>26</sup> Gutmann and Thompson, *supra* note (23), pp.10-12.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 10. これら 4 つの討議の目的は、(1) リソースの欠如 (scarcity of resources)、(2)

限り、それに限定されるものではなく、討議民主主義理論の優位性として、より一般化して示すことが可能であろう<sup>28</sup>。

---

限定された寛容さ (limited generosity)、(3) 相容れない道徳的価値 (incompatible moral values)、(4) 不完全な理解 (incomplete understanding) という道徳的不一致の原因 (sources of moral disagreement) にそれぞれ対応するものである (*ibid.*, pp.10-12)。

<sup>28</sup> また、先述の選好集計型民主主義理論との比較においても、討議民主主義理論の優位性は明らかである。すなわち、ガットマンとトンプソンによれば、これら2つの現代民主主義理論は、次のように比較分析される。すなわち、選好集計型の民主主義では、社会生活や政治生活上の根源的な道徳的不一致の問題について、人々に問い、投票させるなどの手法を採る(選好集計概念においては、このような多数決主義 (majoritarianism) のほかに、功利主義的に、費用便益分析などによって、民意を問わずに選好を形成させる手法が挙げられるという (*ibid.*, pp. 14-15)) が、その前提として、この理論を信奉する民主主義論者は、表出された選好を民主的意思決定の特権的かつ第一の構成要素として扱う。選好それ自体は正当化される必要はなく、この理論においては、集合的意思決定の結果は、多数決主義的ないし功利主義的な合理的手法によってもたらされたということだけで正当化されることになる。たしかに、選挙の結果にせよ費用対効果分析の結果にせよ、少なくとも原則として明確な決定をもたらすものであり、また、市民の声だということだけで、道徳的不一致の問題についてもそれを解決するための議論を挟ませなくするという点で、選好集計概念は優れている (*ibid.*, pp.15-16)。しかしながら、選好集計概念においては、民主的意思決定について理にかなった基礎を維持することができず、社会における既存の勢力分布を再確認するだけに終わるという深刻な欠点があり、また、選好を集計する方法自体について市民が議論することができないという根源的な課題が残される (*ibid.*, pp.16-17)。その一方で、討議民主主義にも難点はある。第一に、合意(多くの意思決定において、それがなされることは、そもそも期待されない)がない限り、決定的な結論に至るための当然の方法というものを提供しないので、討議的な政治をしようとするならば、ほとんど常に(委員会による勧告や議会における議決のような)他の決定手続によって補完されなければならない。討議は、決定において、必ず終わらなければならないが、討議民主主義は、それ自身、最終的な決定に到達するための1つの手続を指定せず、投票(それ自体は、討議的ではないが)のような他の手続に頼らなければならない。第二に、討議概念は、選好集計概念におけるような中立的らしい原理ではなく、互惠性 (reciprocity) などの明らかに道徳的な原理に頼ることになる。それゆえに、討議は、市民が示した選好とは無関係であるかもしれない実質的な道徳的主張を引き起こしうる。もっとも、これらは、致命的な難点ではなく、逆にいえば、討議民主主義の長所であるともいえる。すなわち、討議民主主義が(道徳的合意の形成なしに)結論を正当化するための討議をもたらす固有の方法を定めないという事実は、1つの方法によって討議の結果でありさえすればすべて正当化することはできないことを認めているということの意味する。討議民主主義は、投票や行政命令などの、最終的な決定に至るための多くの異なる種類の決定作成方法と適合しうるし、討議に制約がなければ、決定作成のための手続の決定に関してであっても、市民や立法者に早期の決定に対して異議を申し立てることを可能にする (*ibid.*, pp. 18-19)。

## 2. 公法理論としての討議民主主義理論

本節では、討議民主主義理論のうち、公法理論研究者による主要な議論を概観する。

公法理論としての討議民主主義理論に関しては、共和主義的憲法観に立つ論者が主唱者となっていることから、それを検討する前提として、共和主義的憲法理論を、瞥見することとする<sup>29</sup>。

### (1) 共和主義の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、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れば<sup>30</sup>、ある論者によれば、ドゥオーキン (Ronald Dworkin) は共和主義の系譜に位置づけられる理論家であるという<sup>31</sup>。

もともと、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、その特徴を摘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)、ジェファソン (Thomas Jefferson)、アレント (Hannah Arendt) ら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ないという発想に、多かれ少なかれ依拠する政治思想であるといえよう。論者によっ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1789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、1960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

<sup>29</sup> 本稿は、筆者が本格的な共和主義の政治思想の研究に取り組むことを宣言するものではない。公法理論としての討議民主主義理論を検討するにあたって、その主唱者たちの依拠する共和主義的憲法観を確認する必要があるため、その議論に必要な範囲で、共和主義の政治思想に論及するにすぎない。

<sup>30</sup> マディソンについては、多元主義的な解釈が支配的であったが (Dahl, *supra* note (10), pp. 4-33 (訳書=13-70頁))、近年、サンスティンらの主唱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、公法学においては支持を広げている。

<sup>31</sup> クリストドゥリディス (Emilios A. Christodoulidis) の見解である (Emilios 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』(晃洋書房、2002年) 74頁))。

るべきかをめぐって展開された論争の中で深化された<sup>32</sup>。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<sup>33</sup>。

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 Petit)、ヴィロリ (Maurizio Viroli) らによって発展的に継承されていくが、現代的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<sup>34</sup>。

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、サンスティン (Cass R. Sunstein) 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、現代的意味での共和主義的憲法理論 (あるいは、共和主義的憲法観) を指すこととする<sup>35</sup>。

サンスティンは、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10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<sup>36</sup>。

一方、マイクルマンは、それまで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<sup>37</sup>を克服したうえで、十分な情報を与えられ、能

<sup>32</sup> この共和主義論争の代表的論者としては、ルイス・ハーツ (Louis Hartz)、グンマー (Richard M. Gummere)、コルボーン (H. Trevor Colbourn)、ポール (Jack R. Pole)、ベイリン (Bernard Bailyn)、ゴードン・ウッド (Gordon S. Wood) らが挙げられる。

<sup>33</sup> See, J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment*, Princeton University Press, 1975. 公民的人文主義 (civic humanism) を鍵概念とするポーコック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、1998年)(特に、第I部)に詳しい。

<sup>34</sup> なお、大森秀臣准教授は、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 54 巻 1 号 (2004 年) 35 頁(その後、大森秀臣『共和主義の法理論』(勁草書房、2006年)に所収)。たしかに、共和主義的憲法理論としては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に共和主義をとらえる公法理論も少なくないという点に、本稿では注目したい。

<sup>35</sup> アメリカ合衆国における共和主義的憲法理論を概観するものとして、大沢秀介『アメリカの政治と憲法』(芦書房、1992年)。

<sup>36</sup> サンスティンの共和主義的憲法理論については、さしあたり、Cass R. Sunstein, "Beyond the Republican Revival," *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 1539-1590.

<sup>37</sup> 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。

動的に政治に参加しうる公民を支援する社会的・経済的状况に、政治が依拠するとしたうえで、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<sup>38</sup>。

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措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<sup>39</sup>を共和主義的政治の発現の場としてとらえているが、サンステインはむしろ民主的正統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、1つの理論群を形成している<sup>40</sup>。

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を決して受容しないであろう。

もっとも、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

<sup>38</sup> マイクルマンの共和主義的憲法理論については、さしあたり、Frank I. Michelman, "Law's Republic," *Yale Law Journal*, 97, 1987, pp. 1493-1537.

<sup>39</sup> 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。

<sup>40</sup> 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。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) にも含まれるし、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、ガスティル (John Gastil) やマンズブリッジのように、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 (ガスティルやマンズブリッジが討議民主主義論者であることについては、例えば、*Journal of Public Deliberation* 誌の編集者に名を連ね、同誌に討議民主主義理論に関する論稿を発表していることなどからも明らかである) 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。筆者は、共和主義的憲法理論と討議民主主義理論との関係については、一方が他方を包摂するという関係に立つものではないと理解している。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解すべきである。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。本稿では、以下、筆者は、基本的には、文脈から明らかである場合を除き、討議民主主義理論という術語を、広義の討議民主主義理論の意味に用いることとし、特に限定が必要な場合や強調する場合には、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論などと述べることにする。

由主義とは整合しうるものである<sup>41</sup>。

## (2) 共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論

共和主義的憲法観に立脚する公法学者であるサンステインは、その著書の中で、明確に「アメリカ合衆国憲法は、熟慮＝討議に基づく民主政治を創造すべく設計されている」と述べている<sup>42</sup>。

サンステインによれば、不偏不党性の原理 (*impartiality principle*) を重視した合衆国憲法の起草者たちは、君主制の残滓、公務員の利己心及び党派による権力の掌握を危惧し、憲法制定にあたって、これらの3要素が機能しないように制度設計を行った<sup>43</sup>。国民の代表者は、最終的に国民に対して説明責任を負い、その一方で、党派の影響に支配されずに熟慮や討議を行うことが保障された。『フェデラリスト』第10編での議論、上院議員や大統領が間接的に選出されるという当初の仕組み、非公開で行われた憲法会議での討議などを通じて、憲法起草者たちの意思は、人々の利己的ないしは党派的な「むき出しの選好 (*naked preferences*)」<sup>44</sup>による統治ではなく、熟慮や討議に基づく民主政治を志向していたということがいえる。

サンステインは、合衆国憲法の規定する統治機構の構造が、熟慮や討議に基づく民主政治を行うために制度設計されたものであると述べる<sup>45</sup>が、その構造は、川岸令和教授によって次のように明瞭に再定式化されている<sup>46</sup>。

すなわち、合衆国憲法の制定は、人間社会が熟慮と選択とを通じてよき政府を確立することができた成功例である<sup>47</sup>。その理由は、フェデラリストたちによって熟慮に基づく討議を通じて憲法案批准に向けての説得がなされたという憲法の制定過程そのものがこの理論を体現するものであったということと、その憲法が規定する統治機構が熟慮を促すべく設計された制度であること（代表制、国民により直接選挙される下院議員を（憲法制定当時は）少数に抑えたこと、下院の暴走を抑制するための上院議員の（当時の）選出方法の工夫、参加の要素と熟慮の要素とを組み合わせた大統領選出方法、機関相互間で熟慮に基づく討議を行わせる二院制・議会や議院内での複数政党制・大統領の議会への関与、司法審査制、そして、憲法承認のための邦でのコンベンション (*Convention*) という手続) の2点である<sup>48</sup>。

<sup>41</sup> 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*)」と定位している (Sunstein, *supra* note (36), p. 1541)。

<sup>42</sup> Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993, pp. 19-20.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pp. 17-20.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>46</sup> 川岸令和「自由の構成としての憲法」早稲田政治経済学雑誌 328号 (1996年) 261頁。

<sup>47</sup> 川岸前掲注 (46) 263頁。

<sup>48</sup> 川岸前掲注 (46) 264頁以下。さらに、川岸教授は、熟慮と討議に基づく民主政治の実現



サンスティンは、(1) 政治的な選択は政治的な熟慮ないし討議 (political deliberation) を経てなされるべきであるということ<sup>49</sup>、(2) 国家から独立し不可侵の、政治参加の基盤としての公民性 (citizenship)<sup>50</sup>、(3) 政治的論争は平等な公民間での意見の一致を通じて解決されるべきという規制的理念としての同意 (agreement as a regulative ideal)<sup>51</sup>、(4) 政治的影響力の著しい不均衡を禁ずる政治的平等 (political equality)<sup>52</sup>の4つを共和主義の原理的な要素と考え、それが、憲法解釈原理としての討議民主主義の観念の起源の1つであると述べている<sup>53</sup>。このサンスティンのいう4要素は、人々が、私的な利害を超えて公民的徳性 (civic virtue) に基づき、共通善 (common good) の実現を目指して、熟慮と討議を通じて民主政治を行うにあたっての不可欠な要素として、共和主義的公法理論が構想している原理を的確に示したものであるといえる。

また、司法審査の民主的正統性の問題<sup>54</sup>という文脈で、二元的民主主義 (dualist democracy) 理論を主張する公法学者アッカーマン (Bruce A. Ackerman) は、憲法制定過程や政治過程のみならず、特に司法審査過程における熟慮ないし討議の意義を強調する。

アッカーマンによれば、合衆国憲法の想定する民主政治過程は、高次法を制定する憲法政治 (constitutional politics) と、その下で通常の下位法を制定し統治する通常政治 (normal politics) とがある<sup>55</sup>。通常政治においては、無知で利己的で政治に無関心な「私人としての市民 (private citizens)」は専ら政治の運営を代表者に委ね、代表者は国民から支持を得るために単に相互に競い合うのみである<sup>56</sup>。しかし、国民は、憲法制定期、南北戦争の再建期、ニューディール期のような政治的に大きな変動の時代(憲法政治の時代)には、「公民 (private citizens)」として結集し、私益を超越した共同体の共通善のために熟慮と討議を行うものと想定されている<sup>57</sup>。

アッカーマンによれば、憲法は、冷静な国民の熟慮と討議によってつくられたものであ

のために密接不可分に関連する言論の自由についても詳しく言及している。

<sup>49</sup> Sunstein, *supra* note (42), pp. 134-135.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 135-136.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 137. なお、サンスティンは、別の論文では、この規制的理念としての同意という要素を、異なる選好も議論と対話によって仲介され合意に達しようという「普遍主義 (universalism)」とも表現している (Sunstein, *supra* note (36), p. 1554)。

<sup>52</sup> Sunstein, *supra* note (42), pp. 137-141.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>54</sup> これは、国民に対して直接政治的責任を負わない裁判所が、国民の代表である議会の制定した法律の憲法適合性を審査する(そのうえで、憲法適合性を欠く法律を無効と判示する)裁判所による違憲審査制度が、なぜ正当化されるのかという問題である。この司法審査の「反多数決主義という難点 (counter-majoritarian difficulty)」という問題に対しては、原意主義、プロセス理論、プリコミットメント論などがその正当化に取り組んでいる。アッカーマンの二元的民主主義理論は、その取組みの1つである。

<sup>55</sup> Bruce A. Ackerman, *We the People 1: Foundations*, Belknap Press, 1991, pp. 6-7.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pp. 230-265.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 266-294.

り<sup>58</sup>、また、通常政治の時代には、熟慮と討議の精神は、憲法価値を保存する機関としての裁判所に収められている。それゆえに、裁判所は、一時の国民の熱情でつくられてしまった憲法価値に反する法律を、憲法に照らし、その中に納められた国民の熟慮と討議の精神に基づいて審査する適格性がある<sup>59</sup>。

そして、アッカーマンは、サンスティンの議論を踏まえながら、通常政治で「最も目指すべき目標は、討議民主主義であり、すなわち、賢明な政治家を選出することと、明確化された公益に従って統治を行おうというインセンティブを彼らに付与することの2つを促進するシステムを構築することである」と述べている<sup>60</sup>。

### (3) 公法理論としての討議民主主義理論の展開

前節において、公法理論研究者が討議民主主義をどのように構想しているかについて、代表的論者の見解を通じて概観したが、こういった共和主義的な理解に対しては、批判も少なくない。

例えば、ゲイ (Steven G. Gey) は、サンスティンの議論に対して、次のように批判する。共和主義論者は、人々の私的な選好が、社会環境の不完全性ゆえにさまざまな要因によって変化されやすいものであると指摘する<sup>61</sup>。彼らは、異なる選好をもつ者どうしが対話を行えば、その中で私的な選好が克服され、合意が形成されるというが、それは、結局は、社会の多数派の私的な選好が政府の判断として少数派に対して押しつけられるだけのことであって、その一方で、対話に敗れた少数派の選好は「歪曲した選好 (distorted preference)」とみなされることになってしまう<sup>62</sup>。

また、ガードナー (James A. Gardner) は、サンスティン (及び、後述するフィッシュキン (James S. Fishkin) をも批判しながら) が、合衆国憲法制定時に支配的だった合理的認識論 (rationalist epistemology) を完全に無視した議論を行っており、この合理的認識論に従ってマディソンらの議論を精査すれば、フェデラリストたちは熟慮や討議に基づく民主政治を構想していたとは考えられないと述べる<sup>63</sup>。

こういった批判に対して、討議民主主義を志向する公法理論研究者は、十分な反論をも

<sup>58</sup> アッカーマンも、その理由を『フェデラリスト』に見ている (*ibid.*, pp. 165-199)。

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 10; pp. 262-265. なお、アッカーマンの二元的民主主義理論については、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)(特に、第4章)、川岸令和「熟慮に基づく討議の歴史とアメリカ合衆国憲法の正統性」早稲田政治経済学雑誌 320号(1994年) 286頁、大江一平「B・アッカーマンの二元的民主政理論」関西大学法学論集 50巻6号(2001年) 177頁に詳しい。

<sup>60</sup> Ackerman, *supra* note (55), pp. 197-198.

<sup>61</sup> Steven G. Gey, "The Unfortunate Revival of Civic Republicanism," *University of Pennsylvania Law Review*, 141, 1993, p. 824.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 849.

<sup>63</sup> James A. Gardner, "Shut Up and Vote: A Critique of Deliberative Democracy and the Life of Talk," *Tennessee Law Review*, 63, 1996, p. 435.

試みているが、最近では、このような原理的な論争よりもむしろ、政治理論研究者らが展開している熟慮と討議に基づく民主政治の実現のための実証的研究のほうに強い関心を示している。

例えば、サンステインは、その著書『リパブリック・ドット・コム (Republic. Com)』の中で、フィッシュキンが提唱し、実験を行っている「討論型世論調査 (deliberative opinion poll)」に注目している。そして、集団極性化 (group polarization) の問題<sup>64</sup>に留意しながらも、実験の理念、手法及び結果に対して好意的に評価し、また、フィッシュキンが発展的に構想しているサイバースペース上での討論型世論調査に希望を見出している<sup>65</sup>。

そして、サンステインは、具体的な構想には至っていないながらも、異なる意見をもつ者どうしが、人権、環境、雇用、外交、証券市場、子育て、銃規制、労働組合などといった論点について、ウェブ上で討議するフォーラムとしての「討議型ドメイン (deliberative domain)」を提案する<sup>66</sup>。サンステインが最も強調している点は、よく機能した民主政治において、熟慮や討議の重要性が一般に（そして、その意義の重要性に同意しなかった者によっても）認識されることの必要性である。そして、その重要性の認識があまねく広まれば、討議型ドメインのようなフォーラムが自発的に発展していくであろうと述べる<sup>67</sup>。

また、アッカーマンは、フィッシュキンとの共著論文において、「討議の日 (Deliberation Day)」構想を示している<sup>68</sup>。

討議の日とは、大統領選挙などの投票日の1週間前に2日間にわたって設けられる国民の祝日である。法律によって、この日には、警察や消防などの停止不可能な職種以外の勤労は禁止される。この日、選挙民登録をしている有権者は、近隣の集会所に参集し、15人規模の小集団及び500人規模の大集団で、選挙運動の中で浮上した中心的な政策争点を議論する。有権者による小集団討議と大集団討議とは、各候補者のテレビ討論などを挟み、交互に繰り返し開かれ、最後に、有権者による集団討議で浮上した政策争点に対する態度

<sup>64</sup> 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社会心理学上の問題である (Cass R. Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001, p. 65)。詳細は、本稿第9章を参照。

<sup>65</sup> *Ibid.*, pp. 84-87. なお、サイバースペース上には、虚偽の、あるいは偏向した情報の流布、それに起因する極端な選好の形成 (これを「断片化 (fragmentation)」と呼ぶ)、サイバースペースカスケード (cybercascade) の問題などといった危険要因が存在するため、サンステインは、必ずしもサイバースペースを理想郷とみなす楽観論をとっているわけではない。

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 170-172. サンステインは、こういった討議型ドメインの公共政策的意義にかんがみ、将来的には、ドメインの発展のために財政的な援助を政府が行うであろうと想定している (*ibid.*, p. 171)。

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>68</sup> Bruce Ackerman and James S. Fishkin, "Deliberation Day," James S. Fishkin and Peter Laslett eds., *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell, 2003, pp. 7-30; Bruce Ackerman and James S. Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, 2004. 邦語文献としては、大江一平「二元的民主政理論と「熟慮の日」構想」法学ジャーナル77号 (2005年) 249頁、長谷部恭男「民主主義の質の向上」ジュリスト1311号 (2006年) 84頁がある。

表明が各候補者に求められる。つまり、何が選挙において争点であるべきかについて討議が行われ、そして、各候補者は、それら争点について、どのような見解を示しているかが確認される。討議に参加した有権者には、市民としての義務を果たすことの報酬として、150ドルの日当が支給される。そして、この討議の日の翌週に行われる選挙において、有権者は、「生の民意 (raw public opinion)」ではなく、「熟慮と討議を通じた民意 (deliberative public opinion)」を示すことになる<sup>69</sup>。この点、注意が必要なのは、討議の日における討議の意義は、政治的意思や当選候補者を決定するところではなく、来たる選挙に対する有権者の理解を増進し、参加意識を向上させることにある点である。

アッカーマンとフィシュキンは、民意を、討議性と規模という2つの指標で、4つに分けて考える。すなわち、その4つとは、討議された大衆の民意（第1象限）、討議された小集団の民意（第2象限）、生の小集団の民意（第3象限）及び生の大衆の民意（第4象限）である<sup>70</sup>。そして、第1象限の民意によって政策選択が行われることが最も望ましく、第2象限の民意によるのが次に望ましいものとされる。

第2象限の民意とは、マディソンが『フェデラリスト』第10編で述べた「選出された国民の一団の手を経ることによって洗練され、かつその視野が広げられた」民意<sup>71</sup>のことであり、その民意が発現しうる会議体として、上院、大統領選挙人団及びコンベンション<sup>72</sup>が挙げられる。そして、討論型世論調査は、任意の参加者を対象に行われるものであるが、後述するように、それに参加しなかった国民の意思をも代表する機能が期待されるので、第2象限の民意が示される制度であるという<sup>73</sup>。

討議の要素と大衆<sup>74</sup>の政治参加の要素とは、トレードオフの関係に立つと思われていた。これら2つの要素を充足する第1象限の民意が発現するのは、アッカーマンのいう憲法政治の時代のような歴史的に大きな政治変動の時期であり、それは例外的な状況である。しかし、討論型世論調査を重層的に行うよう制度化された討議の日構想は、全国民の十分な熟慮・討議を通じた政治参加を促進するものであり、究極的には、第1象限の民意の実現をも可能にするものであると、アッカーマンとフィシュキンは述べている<sup>75</sup>。

<sup>69</sup> Ackerman and Fishkin, "Deliberation Day," Fishkin and Laslett eds., *Debating Deliberative Democracy*, pp. 13-26.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>71</sup> Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay (notes by Charles R. Kesler and edited by Clinton Rossiter), *The Federalist Papers*, Mentor Book, 1999, p. 50 (齋藤眞・武則忠見＝訳『ザ・フェデラリスト』(福村出版、1991年) 47頁)。

<sup>72</sup> ここでは、特に憲法起草者たちの用語法による。

<sup>73</sup> Ackerman and Fishkin, *supra* note (69), p. 28.

<sup>74</sup> アッカーマンの用語法に従えば、通常政治における「私人としての市民」を指す。

<sup>75</sup> Ackerman and Fishkin, *supra* note (69), pp. 29-30.

### 3. 政治理論としての討議民主主義理論

本節では、討議民主主義理論のうち、政治理論研究者による主要な議論を概観する。

#### (1) 討議民主主義理論の萌芽とその展開

そもそも、民主政治において熟慮や討議を重視すべきであるという傾向は、政治理論としては、古くから存在していた。バーカー (Ernest Barker) やシュミット (Carl Schmitt) が、その意義は異なるものの、討論の重要性を強く主張していたということは言うまでもない。その中でも、特に注目すべきなのは、キリスト教の集会 (congregation) における集合的意思決定の論理をもとに、討論 (discussion)こそが民主主義の本質であると明確に主張したリンゼイ (Alexander D. Lindsay) である。

リンゼイの民主主義観は、討論こそが民主主義の基本をなすものであり、民主主義的機構の目的は各人の意見の相違を表明することであり、民主主義は公認されその活動を奨励された反対党を必要とするものであり、民主主義にとって不可欠の条件として寛容の原理があり、民主政治は民主的な社会 (民主的で非政治的な共同社会) においてのみ成功するものであるという5つの要素に要約される<sup>76</sup>。討論を民主主義の本質とみなすというこのリンゼイの議論に、討議民主主義理論の萌芽が見られるといえよう。

さて、政治理論として討議民主主義が議論される時、『公共性の構造転換』で有名な社会学者ハーバーマス (Jürgen Habermas) の議論をその出発点の1つとすることが多い。例えば、コーエン (Joshua Cohen) は、ハーバーマスの議論に着想を得て、討議民主主義理論に関する論文をまとめた述べている<sup>77</sup>し、また、ヤングは、ハーバーマスのコミュニケーション的行為理論こそが討議民主主義理論の基盤的理論であり、かつ、批判対象でもあると述べている<sup>78</sup>。

ハーバーマスのいう「討議倫理 (Diskursethik)」とは、ベンハビブ (Seyla Benhabib) によれば、道徳的対話における参加者の発言と行為の自由を保障するという普遍・道徳的敬讓の原理 (principle of universal moral respect) と、多様な発言行為、新たな論題提起及び対話の前提に対して熟慮を促すという平等主義的相互性の原理 (principle of egalitarian reciprocity) として再定式化される<sup>79</sup>。つまり、「合理的討議の参加者として、影響を受けう

<sup>76</sup> Alexander D. Lindsay, *The Essentials of Democracy*, 2nd ed., Oxford University Press, 1935, p. 1 (永岡薫=訳『民主主義の本質 [増補版]』(未来社、1992年) 3頁)。

<sup>77</sup> Joshua Cohen, "Deliberation and Democratic Legitimacy," James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy*, MIT Press, 1997, p. 88, n. 12.

<sup>78</sup> Iris M. Young, "Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy," Seyla Benhabib ed., *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton University Press, 1996, p. 133, n. 2.

<sup>79</sup> Seyla Benhabib, *Situating the Self: Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Polity Press, 1992, p. 29.

るすべての者が同意することができるであろう行為規範のみが、妥当である」<sup>80</sup>。

ハーバーマスの討議過程分析によって、討議民主主義理論は、政治理論として再興した。ハーバーマスの討議民主主義理論への貢献は揺るぎないものであり、その意味ではハーバーマスをこの理論の始祖といっても必ずしも過大評価ではないが、あくまで、熟慮や討議を民主主義の本質ととらえる政治理論の潮流は古くからすでに厳然と存在していたことにも留意すべきであろう。そして、ハーバーマスの議論に触発されて、マーニン（Bernard Manin）、エルスター、コーエンらといった政治理論研究者が取り組み始め、討議民主主義理論は爆発的に論じられるようになったのであるが、意外にもハーバーマス自身は討議民主主義理論そのものを直接には明確に論じてはいないのである<sup>81</sup>。

ハーバーマスは、『公共性の構造転換』の「1990年新版への序言」で、討議民主主義理論を自ら定義することなく、コーエンによる定義を借りている<sup>82</sup>。そして、政治理論としての討議民主主義は、このコーエンの定義によって、最も明確に表されているといえよう。

すなわち、「討議民主主義の概念は、民主的な結社（democratic association）の直感的な理念（intuitive ideal）に根ざしたものであり、その結社の諸条件の正当化は、平等な市民間での公共的な議論と理由づけ（public argument and reasoning）を通じて行われる。市民は、このような秩序の中で、公共的な理由づけを通じて集合的選択をすべき問題の解決への関与を分担し、そして、自分たちの基礎的制度を、それが自由で公共的な熟慮＝討議の枠組み

<sup>80</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, 1992, S. 138（河上倫逸・耳野健二＝訳『事実性と妥当性（上）』（未来社、2002年）136頁）。

<sup>81</sup> なお、マーニンに至っては、討議民主主義理論を考えるうえで、ハーバーマスの討議観を共有しないことを明言している。その理由として、ハーバーマスは少なくとも原理的には討議を通じて満場一致による合意形成がなされることを企図しているが、合意にはさまざまな次元があるということと彼は認識していないということと、マーニンは挙げている（Bernard Manin (trans. by Elly Stein and Jane Mansbridge), “On Legitimacy and Political Deliberation,” *Political Theory*, 15(3), 1987, p. 367 n. 35）。

<sup>82</sup> Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp Verlag, 1990, S. 38-39（細谷貞雄・山田正行＝訳『公共圏の構造転換〔第2版〕』（未来社、1994年）xxx頁）。ハーバーマスは、その著書『事実性と妥当性（*Faktizität und Geltung*）』で、新たに討議的政治（deliberative Politik）という概念を示している（S. 349-398）が、これも、討議民主主義理論そのものを直接に論ずるものではない。このハーバーマスの討議的政治については、齋藤純一「ハーバーマス——批判理論の転回と討議的民主主義の展望」藤原保信・飯島昇蔵＝編『西洋政治思想史・II』（新評論、1995年）199頁、毛利透『民主政の規範理論』（勁草書房、2002年）（特に、第2章）及び川村前掲注（4）178頁を参照。また、ユルゲン・ハーバーマス＝著、河上倫逸＝編訳『法と正義のディスクルス——ハーバーマス京都講演集』（未来社、1999年）所収の「民主政の三つの規範モデル——協議政治の概念について——」（1993年の講演、飯野靖夫＝訳）では、ハーバーマスは、共和主義的な民主主義観を批判しつつ、それに立脚する討議民主主義理論とは別の討議的政治という観念を構想している（127頁）。しかし、その一方で、ハーバーマスは、裁判所を討議民主政治の後見人（Hüter）としてとらえるなど、共和主義公法理論研究者の見解に近似した議論も行っている（Habermas Anm. (80), S. 333-337）。なお、本稿第5章も参照。

を確立する限りで、正統なもののみならずである」<sup>83</sup>。つまり、「その諸問題が構成員の公的な熟慮と討議によって支配される社会」こそが、討議民主主義の政治体制なのである<sup>84</sup>。

## (2) 熟慮と討議に基づく民主政治を実現するための試み

討議民主主義理論を信奉する政治理論研究者は、今日、その理論を実践するためのさまざまな具体的な構想に関心を寄せて始めている。

ダールは、国民が討論 (discussion) を通じて政治的決定を行うことの意義を重視し、また、ふつうの市民にはそのような討論と政治的決定を行う能力が平等にそなわっていると考えている<sup>85</sup>。

1980年代後半に、ダールは、市民の熟慮・討議を促すための装置として、「ミニポピュラス (minipopulus)」を構想していた。これは、ランダムに集められた 1,000 人の市民が、およそ 1 年間、特定の主要な議題について討議を行い、最終的にどのような政策を選択したかを明らかにさせるものである。ただし、このミニポピュラスは、議会の代替物ではなく、議会の立法機能を補足するものにすぎない<sup>86</sup>。ここでは、当該議題に関する研究者、専門家及び行政官によって諮問委員会が組織され、市民は、意見を聴取したり、調査させたり、あるいは彼らとの討論に参加することができる。そして、このミニポピュラスという会議体は、全国、州、地域レベルで重層的に設計されるというものであった。

ダール自身は、その後、フィッシュキンの討論型世論調査<sup>87</sup>や、クロスビー (Ned Crosby) が率いるジェファソン・センター (Jefferson Center) による「市民陪審 (Citizen Jury)」などといった、熟慮や討議に基づく民主政治を実現するために実際に行われた実験例の影響を受け、国民の啓発システムとして、独自の「市民パネル (Citizen Panels)」の構想を提案していた<sup>88</sup>。

<sup>83</sup> Cohen, *supra* note (77), p. 72.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>85</sup> Dahl, *supra* note (12), p. 36 (訳書=48頁). Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics*, Yale University Press, 1989, pp. 307-308.

<sup>86</sup> Dahl, *Democracy and Its Critics*, pp. 340-341. なお、ミニポピュラス構想を紹介する邦語文献として、上田前掲注(3) 227頁、岡田憲治『権利としてのデモクラシー』(勁草書房、2000年) 157頁などがある。

<sup>87</sup> ダールは、フィッシュキンの討論型世論調査を、一般の国民に討議を促すシステムであると理解し、これが、浅慮、表面的な反応を誘引する世論調査、大統領選挙における予備選挙の偶然の結果の影響等を縮減するものとして評価している (Robert A. Dahl, "The Problem of Civic Competence," *Journal of Democracy*, 3(4), 1992, p. 56)。

<sup>88</sup> Robert A. Dahl, "On Deliberative Democracy: Citizen Panels and Medicare Reform," *Dissent*, 44(3), 1997, p. 54. その後、ダールは、ボセッティ (Giancarlo Besetti) との対談の中でも、「フィッシュキンの方法は、代表性と、ある問題を熟慮し議論する機会とを結びつけるものであり、私はこれは一定の潜在性を持った仕組みだと思」うとしたうえで、「こうしたたぐいの革新が、参加を可能にしてくれる新たな制度的形態の現実的可能性を提供してくれるものと私は確信してい」ると述べている (ロバート・A. ダール=著、ジャンカルロ・ボセッテ

そもそも、合衆国では、国民に意思決定のために必要となる情報を与え、集う場所を提供し、討議を行わせしめ、そこで得られた国民の選択の結果を何らかの形で政策決定に反映させようという試みが、1970年代前半から、実験的に何度も行われてきた。例えば、先述の市民陪審や、心理学者キャンベル（Vincent Campbell）により提唱され、ベッカー（Theodore L. Becker）やシュラトン（Christra Slaton）によって行われた「テレヴォート（Televote）」などが挙げられる<sup>89</sup>。ガスティル（John Gastil）が「無作為標本によるフォーラム（random sample forums）」と呼ぶこれらの試みは、いずれも、国民の討議に基づく政治参加の促進を企図した先駆例といえよう。

しかしながら、その多くは、実験の手法や理念などに問題があり、また、実験の継続性や統計学的な有効性の点などから、十分には政治学的考察の対象とはなっていなかった。

ところが、先に述べたフィシュキンの討論型世論調査<sup>90</sup>は、それら先行事例の弱点を克服したものであり、非常に注目されている<sup>91</sup>。

これは、本稿第6章において詳述するところであるが、簡潔に説明するならば、統計的に標本抽出された国民が、一定の場所に参集し、特定の政策課題について、配布された詳細な資料をもとに、小グループで討議を行い、その問題に詳しい研究者、専門家あるいは実際の政策担当者に質疑し、全体討議を行うという過程を繰り返すものである。実験の前後に参加者の選好を調査し、その調査を分析した結果、参加者の選好の変化が確認される。また、ダールと同様に、フィシュキンも、討論型世論調査を議会の代替物とは考えておら

イ＝編、伊藤武＝訳『ダール、デモクラシーを語る』（岩波書店、2006年）162-165頁（原典は、イタリア語によるもので、Robert A. Dahl, *Intervista sul pluralism*, a cura di Giancarlo Bosetti, Laterza, 2002））。

<sup>89</sup> John Gastil, *By Popular Demand: Revitalizing Representative Democracy through Deliberative Election*, University of California Press, 2000, p. 124. ここで挙げられている1970年代以降の実験の一部を紹介したものとして、高瀬淳一『情報と政治』（新評論、1999年）191頁以下がある。

<sup>90</sup> James S. Fishkin, *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, 2nd ed., Yale University Press, 1995. フィシュキンらの討論型世論調査については、本稿第6章を参照。

<sup>91</sup> このほかにも、同様の実験がすでに行われ、その一部はすでに学術的にも分析されている。例えば、ライフ（David M. Ryfe）は、討議機関（deliberative organization）の選考基準として、全米的に注目されたものであること、その活動の主要な手段ないし結果として対話（discourse）を認めているものであること、公共空間において討議的手段（deliberative tools）を用いるものであること、類似する組織のうち最も個性的なもの（the most diversity）であることの4点を挙げた（David M. Ryfe, “The Practice of Deliberative Democracy: A Study of 16 Deliberative Organizations,” *Political Communication*, 19, 2002, p. 361）うえて、American Discuss Social Security (ADSS)、Annenberg Institute for School Reform (AISR)、The ARIA Group、The Center for Deliberative Polling、Citizen Juries、Common Ground Network for Life and Choice、Democracy is a Discussion、The Harwood Group、The Keystone Center、National Endowment for the Humanities (NEH) National Convention、National Issues Forums (NIF)、Pew Center for Civil Journalism、President Clinton's Initiative on Race、Project on Public Life and the Press、Public Conversations Project、Study Circles Resource Center (SCRC)の16つの実験について、政治理論の観点から説明している（*ibid.*, pp. 359-377）。



ず、あくまで代議制民主主義の枠組み内での構想としている点に注意したい。

このフィシュキンの討論型世論調査には、これまでの一般的な世論調査や国民の政治参加のための実験とは多くの違いがあると考えられる。第一に、政治学者フィシュキンが、その精緻な政治理論<sup>92</sup>のもとに構築した装置であること、第二に、調査対象者を人口学的特徴に従って全国から無作為に抽出したため、討議を行う会議体が統計学的な代表であるといえること、第三に、情報提供や討論の前後での参加者の意見の変化を調査しているということ、第四に、参加者に対して情報提供を十分に行い、討議にあたってはその政策課題の専門家や実際の政策決定に大きな影響力をもつ者などが質疑に応じるなど、実験に協力していること、第五に、生産的な討議を行うために、実験の趣旨を理解し、よく訓練されたファシリテータないしモデレータが、小グループ討議や全体討議の運営を行っていること、第六に、マス・メディアが注目しこれを報道することによって、参加者以外の国民も擬似的な参加が可能であることなどが挙げられよう。

この討論型世論調査は、本稿第6章で紹介するとおり、単なる構想段階にとどまらず、英国、オーストラリア、アメリカ合衆国等において、すでに20回以上も実際に実施されているということにも注目したい。

<sup>92</sup> フィシュキンによれば、政治的平等 (political equality)、非専制 (nontyranny)、討議 (deliberation) の3つが民主政治の条件であり、いずれも不可欠な要素である (James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, 1991, p. 29)。そして、民主政治の類型として、国民による討議の可能性を  $x$  軸にとり (正の方向を討議とし、負の方向を非討議とする)、大衆が政策選択に参加する機会の直接性 (これは、政治的平等の指標である) を  $y$  軸にとり (正の方向を代議制とし、負の方向を直接制とする)、そして、多数者による専制の回避可能性を  $z$  軸にとり (正の方向をマディソンニアン民主主義とし、負の方向を多数者支配民主主義とする) 三次元のグラフを描く (*ibid.*, pp. 42-43)。そして、現在の合衆国の政治体制は、 $yz$  平面上では、第1象限 (代議制—マディソンニアン民主主義) 上の座標として表され (*ibid.*, pp. 44-45)、政治的リーダーが世論の動向にきわめて敏感になっている近年の合衆国の傾向 (フィシュキンは、これを「民主主義のプレビシットのモデル (plebiscitary model of democracy)」と呼ぶ) を考えれば、実質的には第4象限 (代議制—多数者支配民主主義) へ移行している (*ibid.*, p. 45)。また、情報通信技術の不適切な活用によって第3象限 (直接制—多数者支配民主主義) へと向かう動きがある (*ibid.*, pp. 50-53) が、この象限では国民は討議を経ずに政策決定を行うおそれがあり、まさに、これはマディソンが危惧していた専制状態である。そこで、政治的平等の要素と討議の要素をともに充足し、専制を回避しうるものとしてフィシュキンが提唱するのが、討論型世論調査である (*ibid.*, p. 64)。

## 4. 公法理論と政治理論との架橋に向けて

## (1) 討議民主主義理論の再定位

そもそも *deliberation* という概念には、個人の内部における「熟慮」と、他者との「討議」という 2 つの意味がある。ハーバーマスの理論を母胎とし、実証的な研究も行われている政治理論としての *deliberative democracy* 論は、討議の側面に重点をおく一方、憲法制定史の分析から始まった公法理論としての *deliberative democracy* 論では、熟慮に重心がある。*deliberative democracy* の訳語については、論者によってさまざまであり、いまだ定訳が存在しないと思われる<sup>93</sup>が、その多くは、熟慮<sup>94</sup>あるいは討議<sup>95</sup>いずれかの側面を強調して訳出するか、その両面を意識して熟議と訳出している<sup>96</sup>。

<sup>93</sup> 菊池理夫教授は「熟議民主主義」とは、さまざまに訳されていましたが、英語の「デリベレーション」という言葉が「熟慮」と「審議」の両方の意味があることから、近年では定着した訳語となっています」と述べる（原文ママ、菊池理夫『日本を甦らせる政治思想』（講談社、2007年）96頁）が、これはいささか認識を欠いた議論であると言わざるをえない。討議民主主義理論に関するわが国の論文において、討議民主主義理論についての定訳がないことはしばしば言及されることである（例えば、田村前掲『熟議の理由』ii頁は、「熟議民主主義」という訳語は、まだ定訳とは言えない」としている）。また、本文でも述べたとおり、どのような訳語を用いるのかの問題は、各論者が熟慮と討議のどちらの過程に重心を置くかに依存することもあり、定訳がないこと自体に1つの意義があると思われる。「定着した訳語となっている」と断定するのは早計であろう。

<sup>94</sup> 例えば、上田前掲注(3)、大沢前掲注(3)など。

<sup>95</sup> 例えば、木下前掲注(3)、阪口正二郎「リベラリズムと討議民主政」公法研究 65号(2003年)116頁、長谷部前掲注(3)など。そのほかに、駒村圭吾教授は、当初、*deliberation* を「熟慮的討議」と訳出していた（駒村圭吾『権力分立の諸相』（南窓社、1999年）137頁）が、その後、「討議民主政」と訳出するようになった（駒村前掲注(3)3頁）。

<sup>96</sup> 例えば、井上達夫教授は、「熟議の民主政」（井上達夫「法の支配 死と再生」井上達夫・嶋津格・松浦好治＝編『法の臨界 I 法的思考の再定位』（東京大学出版会、1999年）223頁（その後、井上達夫『法という企て』（東京大学出版会、2003年）に所収）と、川岸教授は、「熟慮に基づく討議デモクラシー」（川岸前掲注(46)）と、田村准教授は「熟議民主主義」（田村前掲注(93)）と、それぞれ訳出している。毛利教授も、井上教授の「熟議の民主政」という訳語を採用している（毛利前掲注(82)291頁）。なお、日本語としての「熟議」という語は、じっくりと議論するという意味であって、熟慮+討議という意味ではない（さしあたり、国語辞典で「熟議」の語を検索されたい）。井上教授は、「"Deliberation" というのは、「熟慮する」のだけれども、ひとりで熟慮するのではなくて、皆で話し合って熟慮する。「熟慮」という契機はとても重要だし、「協議」という契機も重要なので、二つ合わせて「熟慮」という言葉を使う」という（井上達夫「他者に開かれた公共性」佐々木毅・金泰昌＝編『公共哲学 3 日本における公と私』（東京大学出版会、2002年）147頁、あるいは、井上達夫「司法の民主化と裁判員制度」司法研修所論集 114号(2005年)114頁でも、「この *deliberation* というのは……単に自分一人で熟慮するというのではなくて、共同の討議を通じて熟慮するという意味合いがある。……ただ集まって話すだけでは根回しや談合と区別がつかないので、やはり反省的熟慮の要素も強調しなければいけない。ですから、私は熟慮して、かつ協議するという意味を込めて熟議という言葉を使っています」

しかしながら、ある政策課題に対して個人レベルで熟慮せずに他者と討議を行ったとしても、生産的な討議を展開させることは期待できず、また、個人の熟慮というものは、多くの場合、その個人の頭の中で仮想的他者と討議を行うという営みであると分析できる。すなわち、個人の熟慮と他者との討議とは密接不可分の観念であると考えられるべきであろう<sup>97</sup>。本稿では、他者との討議としての *deliberation* の側面（議会における審議や裁判所における評議なども含めて）に注目して、*deliberative democracy* の訳語として「討議民主主義」をあてているが、それは決して *deliberation* の熟慮としての側面を軽視するものではない。

さて、前節までで、討議民主主義をめぐる主要な公法理論と政治理論とを概観した。

公法理論としての討議民主主義理論は、国民のむき出しの選好に対する警戒から、熟慮というフィルターを通じて、国民の意思を精練する必要性があるという見地に立つものが多い。一方、政治理論としてのそれは、国民は、討議を経れば妥当な政策選択を行うことができるという信頼の上に立ち、その理論をもとに実証的研究が蓄積されている。両者の国民に対するとらえ方は大きく異なるが、いずれも、民主政治における熟慮＝討議の重要性を認識しているという点では、共通であるといえる。

今後のこの議論の展開のためには、この2つの理論の潮流を総合的にとらえたうえで、討議民主主義そのものについて明らかにする必要がある。

このような問題意識に立って、この理論の明確化に挑戦する論者は、合衆国においては、少なくない。例えば、エルスターは、討議民主主義を次のように定義づける。すなわち、(1) 集合的意思決定は、その決定に影響を受ける者すべて、または、その代表者によってなされなければならないという民主主義 (*democracy*) の要素と、(2) 合理性と公平性の価値を共有する参加者による、かつ、そのような参加者に対する議論 (*argument*) を経て、決定がなされなければならないという熟慮＝討議 (*deliberation*) の要素とが、この理論に関してほぼ合意の得られるものであるとしている<sup>98</sup>。たしかに、討議民主主義理論が、この2つの要素を充足するという点に対しては異論がないであろうが、これでは定義としては過度に広汎である。

---

と述べられている)。ここでは、「熟議民主主義」にいう「熟議」は、日本語としての固有の意味ではなく、特殊な意味付与がなされたテクニカルタームとして用いられていることに注意が必要である。そして、井上教授の語用法によれば、あくまで熟慮の側面に重点が置かれている点（「熟慮して皆で話し合う」のではなく、「皆で話し合って熟慮する」としている、あるいは、「熟慮を通じて共同で討議する」のではなく、「共同の討議を通じて熟慮する」としている）にも留意が必要であろう。

<sup>97</sup> 本稿第5章で言及するように、グッディンは、(政治理論としての) 討議民主主義論者は、通常、*deliberation* の外部・集合的側面 (“external-collective” aspect) を重視するが、*deliberation* が内心における熟慮 (“internal-reflective” aspect) の側面をももつことに留意すべきであると述べている (Robert E. Goodin, “Democratic Deliberation Within,” Fishkin and Laslett eds., *Debating Deliberative Democracy*, p. 55)。

<sup>98</sup> Jon Elster, “Introduction,” Jon Elster ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, p. 8.

一方、ガードナーは討議民主主義の基礎的かつ相補的な特質として、(1) 熟慮＝討議 (deliberation) によって政治が行われること、(2) 討議参加者の表明する意見の差異 (diversity) を承認すること、(3) 対話の過程では偏見を持たずに柔軟な精神をたもつべきであるという開放性 (openness)、そして、(4) 合意 (consensus) 形成のためのコミットメントという4つを挙げる<sup>99</sup>。また、コーエンは、熟慮＝討議は、(1) 自由に (free)、(2) 議論を尽くして (reasoned)、(3) 形式的にも実質的にも発言権が平等な (equal) ものであって、それは、(4) 合理的に動機づけられた合意 (consensus) を目的とすべきものであると述べ、熟慮・討議の4つの理念的特徴を提示している<sup>100</sup>。

同様の手法を採る論者として、ガウス (Gerald F. Gaus) やウィークス (Edward C. Weeks) らがいる。

ガウスは、討議民主主義理論を特徴づける一般的理念として、(1) 論拠づけの理念 (Ideal of Reason)、(2) 公的正当化の理念 (Ideal of Public Justification)、(3) 現実の政治的合意の規制的理念 (Regulative Ideal of Real Political Consensus) の3つを挙げている<sup>101</sup>。

ウィークスは、討議民主主義を「コミュニティにおける意思決定のための討議の過程へ、情報を与えられた市民が参加すること」と定義づけたうえで、(1) より多く (broad) の人々が、(2) 情報を与えられ (informed)、(3) 討議的 (deliberative) に政治に参加するものであって、また、それは(4) 信頼性 (credibility) が高くなければならないという4条件を示している<sup>102</sup>。

このように、討議民主主義理論の構成要素を列挙していく手法は、この理論を過不足なくとらえるためには必ずしも十分とはいえない方法であるが、少しでもその特質を挙げ、輪郭を明らかにさせることができるという点で、空漠とした概念定義を行うことよりも、意義があると思われる。したがって、本章では、これらの先行研究等を参考に、次節において、討議民主主義理論の構成要素を析出し、提示することとする。

## (2) 討議民主主義理論の構成要素

### (1) 討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障

熟慮と討議に基づく民主政治の実現のためには、公共的事項の検討・決定のための討議の過程は、参加資格のある者に対して、可能な限り開放的でなければならない<sup>103</sup>。

<sup>99</sup> Gardner, *supra* note (63), pp. 428-431. ただし、ガードナーの考える合意とは、コーエンやサンスティンが熟慮＝討議の不可欠の要素として述べる合意とは、ニュアンスが異なる (*ibid.*, p. 431)。

<sup>100</sup> Cohen, *supra* note (77), p. 68; pp. 74-75.

<sup>101</sup> Gerald F. Gaus, "Reason, Justification, and Consensus: Why Democracy Can't Have It All?," Bohman and Rehg eds., *Deliberative Democracy*, pp. 205-207.

<sup>102</sup> Edward C. Weeks, "The Practice of Deliberative Democracy: Results from Four Large-Scale Trials," *Public Administration Review*, 60(4), 2000, pp. 361-362.

<sup>103</sup> Habermas *Anm.* (80), S. 156 (訳書=153頁)。なお、本稿第5章で議論する「討議のため

そして、討議参加者は、自由で、束縛されず、また、威圧もされずに討議を行うこと（free, unfettered, and uncoerced discussion）が保障されなければならない<sup>104</sup>。討議参加者の発言が正当な理由<sup>105</sup>なく制限された状況（発言することそのものが制限される場合、特定の議題について発言することが制限される場合、そして、特定の議題について特定の観点から発言することが制限される場合のいずれも含む）においては、制限された討議しかなされず、そこから得られる成果も限定されたものにしかなりえないからである。

討議参加者が自由にかつ平等に発言する権利をもつということは、同時に、自分の発言に責任を負わなければならないことをも意味する<sup>106</sup>。したがって、ここでいう自由な発言権とは、放縦としての自由を意味するものではない。

これらは、公法理論も政治理論も、前提的要件として自明視する民主主義の要請である。

## （2）論拠の正当化要求

なぜ、この理論は、公共的事項の検討・決定の過程において、熟慮や討議を行うことを重視するのか。

これに対して、熟慮や討議を行ったほうが行わなかった場合よりも、実体的に正しい集合的意思決定が行われる（少なくとも、その蓋然性が高い）からという理由を挙げる論者がいる。例えば、リンゼイは、討議の過程を経ることの目的は真理に到達するためであると明確に述べている<sup>107</sup>。

一方、熟慮・討議の過程を経ることによって共通善が実現されると主張する共和主義的憲法観は、正ではなく善の追求ではあるが、民主政治における熟慮・討議の目的として価値にコミットすることには変わりはない。

しかし、これら 2 つの考え方に対しては、民主主義を、特定の価値の探求ではなく、純粹に手続ないし制度的装置ととらえると見方も強く主張されている<sup>108</sup>。民主主義的決定が必ずしも正しい、あるいは、よい選択を行うとは限らないという前提に立てば、民主主義的決定過程で熟慮や討議を行う理由として、それが正しい・よい選択を行うための近道であるからと述べるのは、自己矛盾になるからである。

の討議」と「決定のための討議」の二分論に関連して言及するならば、討議が開放されるべきであるといっても、討議の種類に応じて、討議参加者の範囲は限定されるべきであろう。

<sup>104</sup> Dahl, *supra* note (12), p. 174. ただし、理論的論証がなされることが厳格に求められる「決定のための討議」においては、討議における一定の手続上の準則があると考えられるべきであろう（本稿第5章を参照）。

<sup>105</sup> 正当な理由があれば、（特に、「決定のための討議」においては）討議参加者の発言が制限されることも認めるべきであろう（本稿第5章を参照）。

<sup>106</sup> See Sunstein, *supra* note (42), pp. 137-41; Cohen, *supra* note (77), p. 68; pp. 74-75; Young, *supra* note (78), p. 126.

<sup>107</sup> Lindsay, *supra* note (76), p. 34（訳書＝76頁）。

<sup>108</sup> まさに、その代表がシュンペータである（Schumpeter, *supra* note (8), p. 269（訳書＝429頁））。

また、価値が多分化している現代社会において、どの政策選択が正しいのかを判断する基準は容易には発見しえないだろう<sup>109</sup>し、熟慮・討議の過程を経ることのみで結果に正当性が付与されるのであれば、熟慮や討議を経れば極端な人権侵害も正当な選択とみなされてしまうおそれがある。

ところで、熟慮や討議の目的として、真理や共通善という価値の探求を挙げるべきか否かは、実は、討議民主主義理論の固有の問題ではない。ここでは、その点は留保し、民主主義を純然たる手続と理解し、一切の価値へのコミットメントを否定する論者も同意できる、熟慮と討議の意義を模索することにしよう。

エルスターは、ガンベッタ (Diego Gambetta)<sup>110</sup>やフィーロン (James D. Fearon) の議論<sup>111</sup>をまとめて、考える 9 つの熟慮と討議の意義を挙げている<sup>112</sup>が、その中でエルスターが最も合理的な意義と考え<sup>113</sup>、また、ボーマン (James Bohman) と意見が一致している<sup>114</sup>のが、論拠の正当化要求という意義である。すなわち、討議参加者は、たとえ当初の選好が専ら私的な利益を企図するものであっても、他者との討議を行うにあたっては、誰もが受容できる論拠に還元したほうが合理的である。このように、自分が有していた選好を正当化する論拠を再考することによって、討議参加者間で論拠の交換が行われやすくなり、その結果、相互により応答的になる (この点は、本稿第5章においても詳述する)。

そして、応答性の高い討議がこの理論における討議のあり方として望ましいということは、多言を要しない。

もちろん、自分の選好を再考し、論拠の正当化を求めるという意義をもつ熟慮・討議過程を通じれば、畢竟、結果として、正しい、あるいは、よい選択がなされる蓋然性は高くなるだろう。正しい、または、よい選択になりやすいということ、この理論の目的と理解するか、それとも、結果にすぎないと理解するかは、論者の民主主義観如何による。

### (3) 選好の変容可能性とその前提としての異見に対する寛容の精神

公共的な討議は、合意形成を目指す営みなのであろうか。例えば、この理論の代表的論者であるコーエンは、「熟慮・討議の目的は、合意形成に到達することである」と明確に述

<sup>109</sup> See Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, 1996, p. 229.

<sup>110</sup> Diego Gambetta, ““Claro!”: An Essay on Discursive Machismo,” Elster ed., *Deliberative Democracy*, pp. 19-43.

<sup>111</sup> James D. Fearon, “Deliberation as Discussion,” Elster ed., *Deliberative Democracy*, pp. 44-68.

<sup>112</sup> ここでいう9つの意義とは、(1) 個人的事情を開示し、(2) 合理性を制限するような影響物を縮減ないしは克服し、(3) 論拠の正当化要求を強制ないし誘引し、(4) 最終的選択を正当化し、(5) それ自身価値があり、(6) パレート優越的な決定をなし、(7) 分配的正義においてもよりよい決定をなし、(8) より広い合意を得ることができ、(9) 参加者の道徳的・知的資質を向上させることである (Elster, *supra* note (98), p. 11)。

<sup>113</sup> Jon Elster, “Deliberation and Constitution Making,” Elster ed., *Deliberative Democracy*, p. 111.

<sup>114</sup> James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, 1996, p. 5.

べている<sup>115</sup>。

しかしながら、合意形成の志向性を討議民主主義理論の本質的要素ととらえるか否かについては、討議民主主義論者の中でも異論がある。例えば、ガットマンとトンプソンは、この理論が、道徳的不一致 (*moral disagreement*) の場合には、合意形成を求めのではなく、受容できるような決定に到達するよう討議参加者が互いに説得しつづけるべきであるということを中心概念とすると述べている<sup>116</sup>。彼らによれば、(1) 相互性 (*reciprocity*)、(2) 公開性 (*publicity*)、(3) 説明責任 (*accountability*) という3つの条件を充足していれば、少なくとも部分的ないしは暫定的な合意が得られるので、それをもって十分であると考えている<sup>117</sup>。また、ドライゼックは、「そもそも討議が合意を志向すべきものか」という命題を掲げたうえで、合意形成志向性を否定するだけでなく、合意そのものを「多元社会において、達成できない、不必要な、かつ望ましくないもの」として否定している<sup>118</sup>。

民主的討議が合意形成を志向しているかどうかについては、合意形成における合意<sup>119</sup>の程度や概念定義如何によると思われるので、この点については留保しつつ（この点も、本稿第5章において詳述する）、次に、合意形成の前提として、選好の変容可能性について論ずる。

そもそも、討議参加者の選好が絶対に変容しないのであれば、討議を行う実益は、存在しない。オースティン・スミス (*David Austen-Smith*) やギャンベッタは、討議は必ずしも結果に影響を与える必要はないと述べている<sup>120</sup>が、討議が結果に影響を及ぼさないのであれば、何のための討議であろうか。あらかじめ結論が決まっている問題について、少数者の不満を軽減するための装置あるいは正統性を付与するための形式的要件として討議をとらえるのは、討議を民主主義の中心概念ととらえるこの理論の討議観としては妥当ではない。ストークス (*Susan C. Stokes*) のいうように、内心における選好の変化はコミュニケーションの結果である<sup>121</sup>ととらえなければ、討議は人々になんら誘引をもたないことになる。

つまり、この理論においては、選好は、個人の内心における熟慮や他者との間の討議の

<sup>115</sup> Cohen, *supra* note (77), pp. 74-75.

<sup>116</sup> Gutmann and Thompson, *supra* note (109), p. 1; pp. 73-79.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pp. 24-26; pp. 93-94.

<sup>118</sup> Dryzek, *supra* note (25), p. 170.

<sup>119</sup> 本稿では、そもそも合意とは何かという問題について、立ち入って議論せず、挙げて今後の検討課題としたい。暫定的に、合意を「無限定な状況下で、自己のシナリオを生成しながら相手の「納得」を引き出し、到達点を模索する活動」(曾根泰教「仮想現実と現実的仮想」中央公論 114 巻 7 号 (1999 年) 233 頁) ととらえれば、本稿第 5 章で詳述するように、「討議のための討議」においては妥当するものの、討議の末に必ず決定を行わなければならない「決定のための討議」においては、討議は「無限定な状況」にはないのであるから、そもそも合意形成を目的としないものといわざるをえない。

<sup>120</sup> Elster, *supra* note (98), p. 8. See also, Gambetta, *supra* note (110); Gerry Mackie, "All Men Are Liars: Is Democracy Meaningless?," Elster ed., *Deliberative Democracy*, pp. 69-96.

<sup>121</sup> Susan C. Stokes, "Pathologies of Deliberation," Elster ed., *Deliberative Democracy*, pp. 123-124.

過程で、さまざまな要素によって変化しうるものにとらえなければならない<sup>122</sup>。

では、討議の過程で選好が変容するためには、討議参加者にはどのような気質が求められるのか。

討議過程に参加する以上は、各人は、内心における熟慮過程を通じて、自己の主張が妥当であるという自信を醸成し、他の討議参加者を説得するだけの十分な論拠をもつことが望ましい。しかし、これは、この理論の不可欠の要素であるとはいえない。なぜならば、討議参加者の熟慮の不十分さは、討議過程で、同様の選好をもつ他の討議参加者から補充されればよいものであり、また、当該討議参加者が十分な熟慮を経なかったために、異なる選好をもつ参加者の論拠に賛同することになるのであれば、それは選好の変化として評価すればよいだけのことである。したがって、討議参加者の熟慮が不十分であるからといって、その者をそもそも討議という過程から排除すべきではなく、むしろ、討議過程に積極的に参加させることによって、熟慮を促進することが望ましいといえる。

要するに、討議参加者の事前の熟慮は、この理論における必要要件ではないが、経ることが望ましいとされる重要な要素の1つである。しかしながら、その一方で、討議参加者が熟慮を通じて過度な自信をもつことは、かえって討議過程を阻害する要因となりうるとも解されよう。すなわち、自己の主張に過度に執着し、討議の開始前から、他の討議参加者のもつ異なる主張を絶対的に否定するような姿勢をもっては、生産的な討議が行われることを期待することはできまい。

したがって、討議参加者は異見に対する寛容の精神をもつべきであるということが、有効な討議を成立させるための前提として要請される。

ベラミー (Richard Bellamy) は、多元的な政治体制では、他者の意見を聞くことが重要であると述べ<sup>123</sup>、平等な関心と異見への敬讓 (equal concern and respect for the opinions of others) なくして、民主主義は成り立ちえない<sup>124</sup>として、これを民主主義理論の「相互受容性の原理 (the criterion of mutual acceptability)」と呼んでいる<sup>125</sup>。また、ヤングも、討議参加者は、平等に相互を敬讓し、他者に耳を傾けなければならないと述べている<sup>126</sup>。

つまり、異見に対する寛容の精神がなければ、実質的な討議は成り立たない。したがって、この原理は、討議民主主義理論における討議参加者に求められる基本的気質である。

以上、討議民主主義理論を明確化するために、3つの構成要素を挙げて論じてきた。これを通じて、これまで別々に論じられてきた公法理論と政治理論とは、元素レベルに分解し、

<sup>122</sup> Sunstein, *supra* note (42), pp. 162-164.

<sup>123</sup> Richard Bellamy, *Liberalism and Pluralism: Towards a politics of compromise*, Routledge, 1999, p. 121.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 107.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 108. なお、ベラミーの政治理論については、谷澤正嗣「現代リベラリズムにおける立憲主義とデモクラシー」飯島昇蔵・川岸令和＝編『憲法と政治思想の対話』(新評論、2002年) 294頁(特に、335頁以下)を参照。

<sup>126</sup> Young, *supra* note (78), p. 126.



分子レベルに統合すれば、整合的に理解できることも明らかになったであろう。そして、これら3つの要素は、公共的討議の場が機能するために、討議の場やそこへの参加者に求められる本質的要素であるといえよう。

さらに、討議民主主義理論は、公共的事項の検討・決定に際して、これら3つの要素が組み込まれた生産的な熟慮や討議を可能にするための制度を必要とする。

前述のとおり、共和主義的憲法観に立つ代表的な公法理論研究者は、国家統治機構を熟慮や討議に基づく民主政治を行うために制度設計されたもの（あるいは、現状はともあれ、そのように機能すべきもの）ととらえている。また、ダールやフィッシュキンらの実証主義的政治理論研究者が構想し、実験するのも、人々が熟慮と討議を行うことのできる「公共的討議の場（forum for public deliberation）」の制度化のためである。

したがって、この理論は、重要な政策選択を行う際に国民に熟慮と討議を行わせるための制度を設けることを要請するものであり、具体的には、むき出しの民意によって統治がなされるような制度設計が新たに行われることに対して懐疑的であるばかりか<sup>127</sup>、熟慮や討議を目的とする既存の制度の意義を減殺するような形での制度改革をも拒絶する<sup>128</sup>。つまり、この理論は、熟慮や討議の意義を没却し、あるいは減殺するような統治機構の制度設計を規範的に否定するものである。

### （3）小括

議会制民主主義への国民の信頼の低下は世界的に見られる現象であるが、特に政党に対する信頼が著しく低い日本では、その傾向が顕著である。重要な政策選択や内閣総理大臣の選出を、議会を媒介せずに国民が直接行いたいという衝動は、現在の日本では非常に強い<sup>129</sup>。その一方で、情報通信技術の発達は、規模の面から物理的に不可能とされた直接民

<sup>127</sup> 例えば、政策選択のために必要な情報共有や十分な討議を行わずに、議会での討議を回避して、政策決定を行わせしめるような形での常設型国民（住民）投票制度の導入は、単なるむき出しの民意を計量的に数えるだけのものであり、討議の意義を重視するこの民主主義観からは、否定されることになる。

<sup>128</sup> 例えば、政治的リーダーの選出ないしは政策選択の意義を没却するような選挙制度改革や、実質的な審議を過度に制限するような議会制度改革は、討議の意義を重視するこの民主主義観からは、疑問視されることになる。

<sup>129</sup> 例えば、日本国憲法96条に基づくいわゆる国民投票法の制定の際に、自由民主党と公明党の提出した日本国憲法の改正手続に関する法律案（第164回国会衆法第30号、その後、自由民主党と公明党の議員による民主党案との併合修正を経て、平成19年法律第51号として成立した）への対案として民主党が作成した日本国憲法の改正及び国政における重要な問題に係る案件の発議手続及び国民投票に関する法律案（第164回国会衆法第31号）が、国政における重要な問題に係る案件について、国民の賛否の投票を行う制度を設けるものとしていた点は、重要な政策課題の選択に対する国民の直接参加意向に答えようとするものであるといえよう。また、小泉純一郎内閣総理大臣の下で2001年7月から2002年8月にかけて設けられた首相公選制を考える懇談会において、いわゆる首相公選論を含めた議論がなされたのは、内閣総理大臣選出に対する国民の直接参加意向に答えようとするもの

民主主義的政策決定を可能にしつつある。

たしかに、現在の科学技術をもってすれば、国民の生の選好を瞬時に数値として表すことは可能であろう。しかし、ダールは、大統領選挙のあり方をめぐる論文の中で、生の国民の意思の勝利（the triumph of raw will）は正当化されるべき民主政治のあり方ではないと述べ<sup>130</sup>、また、国民投票の実施を推進すべきだという機運の高まりに対しては、熟慮・討議なしの政策選択の危険性に警鐘を鳴らしている<sup>131</sup>。

政治的決定を行うにあたり、考慮すべき要因が高度に複雑化・専門化し、国民の選好が多様化した現代社会においては、政策選択や政治的エリートの選出は、熟慮や討議を通じて示された民意によってなされるべきであろう。討議民主主義理論とは、現代社会における民主政治のあり方を探求する企てでもある。また、高度に情報化した現代社会において、社会科学の諸理論は、さまざまな局面で変革を迫られている。例えば、情報通信技術の発達は、民主主義的政治制度の変革にも大きく影響を与えうるが、その応用可能性について考察するにあたっては、何よりも参加を重視して、進化した情報通信技術によって、人々のむき出しの選好を機械的に数えることを重視するよりも、人々の熟慮と討議の契機の意義を尊重し、それを促進させるような情報通信技術の利用法を模索すべきであろう。高度情報通信時代の民主政治のあり方を検討するうえでも、討議民主主義理論は 1 つ重要な視座となると思われる<sup>132</sup>。

本章では、討議民主主義理論の本質的要素とその周辺を概括的に論じたため、各論者による微細な議論は少なからず捨象した。この理論をさらに展開させるためには、本稿で詳細に触れることのできなかつた議論をより精査しなければならないが、この点は挙げて今後の課題としたい。

---

であるといえよう。

<sup>130</sup> Robert A. Dahl, "Myth of the Presidential Mandate," *Political Science Quarterly*, 105(3), 1990, p. 371.

<sup>131</sup> Robert A. Dahl, *The New American Political (Dis)Order*, Institute of Governmental Studies Press, 1994, p. 10.

<sup>132</sup> 例えば、現今の情報通信技術をもってすれば、議会の議員等の選挙において、インターネットを利用した投票を実施することも技術的には不可能ではない。実際に、アメリカ合衆国では、2000年3月、アリゾナ州の大統領予備選挙において、インターネットを利用した投票が行われた。これに対しては、さまざまな観点から議論が行われたほか、連邦投票権法（Voting Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §1973(a)）への違反を理由として、差止訴訟（VIP, Bain, and Bussey v. Flesher and the Arizona Democratic Party）が提起された。拙稿「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 61号（2004年）331頁を参照。

## 第5章 公共的討議の意義の複線化

### 1. 民主主義理論における最も新しいイノベーションの波

討議民主主義 (deliberative democracy) 理論は、1980年代の欧米において勃興し、今日、公法学及び政治学の領域において、爆発的<sup>1</sup>に議論されるようになった、民主主義理論における最も新しいイノベーションの波<sup>2</sup>である。これは、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。ドライゼック (John S. Dryzek) によれば、1990年前後の民主主義理論は、明らかに討議的転回 (deliberative turn) を遂げたといえる<sup>3</sup>。

筆者は、本稿第4章において、2000年代前半までの議論状況を、討議民主主義の公法理論と政治理論とに二分して、それらを交わりのないものとしてではなく統合的に理解することの重要性を強調した。デリバレーションを内心における熟慮と他者との間の討議という2つの側面に分けるグッディン (Robert E. Goodin)<sup>4</sup>やフィアロン (James D. Fearon)<sup>5</sup>の用語法に従っていえば<sup>6</sup>、公法理論研究者は、リベラリズムや共和主義的憲法観などに基づき、特に前者の側面に注目して、憲法制定史や立憲的民主政治のための諸制度の意義などを論ずる傾向が多い一方、政治理論研究者は、後者の側面に注目したうえで、具体的な公共政策の検討・決定のあり方を議論したり、討議理論を具体化するためのさまざまな制度や装置の構想を提案する傾向がある。しかしながら、公法理論研究者と前者の側面とが、

<sup>1</sup> Iris M. Young, "Political Theory: An Overview," Robert E. Goodin and Hans-Dieter Klingemann eds., *A New Handbook of Political Science*, Oxford University Press, 1996, p. 486.

<sup>2</sup> Robert E. Goodin, *Reflective Democracy*, Oxford University Press, 2003, pp. 3-4. グッディンは、討議民主主義を、エリート民主主義 (democratic elitism)、参加民主主義 (participatory democracy) に続く第三の民主主義の波として位置づけている (*ibid.* 本稿第4章を参照)。

<sup>3</sup> John S. Dryzek, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations*, Oxford University Press, 2000, p. 1. ドライゼックは、この民主主義理論における討議的転回が、民主主義の信頼性 (authenticity) についての議論を刷新し、民主主義を深化させたと評価する (*ibid.*, p. 175)。

<sup>4</sup> グッディンによれば、討議民主主義論者は、通常、デリバレーションの外的・集合的側面 ("external-collective" aspect) を重視しているが、デリバレーションには、内的・内省的側面 ("internal-reflective" aspect) の側面があることに留意すべきであるという (Robert E. Goodin, "Democratic Deliberation Within," James S. Fishkin and Peter Laslett eds., *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell, 2003, p. 55)。

<sup>5</sup> James D. Fearon, "Deliberation as Discussion," Jon Elster ed., *Deliberative Democracy*, Cambridge University Press, 1998, pp. 61-63. フィアロンも、集合的な討論 (collective discussion) としての公的 (public) な討議と、頭の中で行う対話 (mental dialogue) において論拠や反論を比較検討する個人的 (individual)、私的 (private) ないし内的 (interior) な熟慮とを分けて考えている (*ibid.*)。

<sup>6</sup> デリバレーションという語に個人の熟慮という意味があるということが、ドライゼックが言説的民主主義という術語を用いる理由の1つである (Dryzek, *supra* note (3), pp. v-vi)。

政治理論研究者と後者の側面とが、それぞれ必ずしも完全に結びついているわけではなく、また、本稿第6章で述べるとおり、近年、この理論を具体化する構想の1つである討論型世論調査 (deliberative opinion poll)<sup>7</sup> 及びその派生形態である「討議の日 (Deliberation Day)」構想<sup>8</sup>をめぐって、著名な公法理論研究者と政治理論研究者との協働現象が生じていることから<sup>9</sup>、領域 (discipline) に基づく二元論には限界があることが明らかになった。

とはいえ、2000年代後半の議論状況を踏まえただけで、討議民主主義理論の総合的理解を試みようとするところで、既存の立憲的政治制度に対する理解をめぐって、討議民主主義論者の中には、やはり、看過しえない対立があると思われる。

しかしながら、わが国の討議民主主義理論研究は、その対立の存在を十分に認識しないままに展開してきたため、今日では、やや混乱した議論状況にある。しばしば、論者の信奉する理論こそが唯一の討議民主主義理論であるかのような議論がなされることもあるが、近時の英米の議論状況を精査すれば、討議民主主義理論は多様な理論を包摂する理論群であることは明らかであって、単一の理論を指すものではない。もっとも、後述するように、その内部で展開されている苛烈な論争は、1つの理論群として討議民主主義理論を認知することさえ困難な状況にしている。

はたして、どのような議論の整理を行えば、討議民主主義理論を1つの理論群として理解できるようになるのか。その探求が、本章の課題である。

---

<sup>7</sup> James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, 1991; James S. Fishkin, *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, 2nd ed., Yale University Press, 1997. さしあたり、James Fishkin and Cynthia Farrar, "Deliberative Polling," John Gastil and Peter Levine eds., *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*, Jossey-Bass, 2005, pp. 68-79 を参照。討論型世論調査の構造及び2004年7月までの実験例については、本稿第6章を参照。

<sup>8</sup> Bruce Ackerman and James S. Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, 2004. 討議の日の構想については、本稿第4章を参照。

<sup>9</sup> 本稿第6章を参照。

## 2. 討議民主主義理論とその批判者たち

討議民主主義理論の進展とともに、その批判者たちの議論も次第にかまびすしくなってきたが、その中でも、選好集計型の民主主義理論に疑義を呈するという討議民主主義理論の問題関心を共有しながらも<sup>10</sup>、討議理論を批判しつつ独自の議論を展開するものに注目が集まっている。1つがムフ（Chantal Mouffe）をはじめとする闘技的民主主義（agonistic democracy）理論であり、また1つがドライゼックの言説的民主主義（discursive democracy）理論である。彼らの批判は、主として、討議民主主義理論における合意（consensus）と理性（rationality）ないし理性的論証（rational argument）の概念に対して向けられている。

### （1）民主的討議と合意形成志向性・選好変容可能性

まず、民主的な討議が、論争的な議題に関して討議参加者間の合意を形成するものであるか否かについて検討しよう。

コーエン（Joshua Cohen）によれば、討議民主主義の概念は、民主的な結社（democratic association）の直覚的な理念に根ざしたものであり、その結社の諸条件の正当化は、平等な市民間での公共的な議論と理由づけ（public argument and reasoning）を通じて行われる。市民は、このような秩序の中で、公共的な理由づけを通じて集合的選択をすべき問題の解決への関与を分担し、そして、自分たちの基礎的制度を、それが自由で公共的な討議の枠組みを確立する限りで、正統なもののみならず<sup>11</sup>。そして、自由かつ平等な主体間の理想的な討議の目的は、理性に動機づけられた合意形成に到達することである<sup>12</sup>。

しかしながら、ムフによれば、いかなる合意も必然的に排除に結びついており、排除なき合意というものは実現しえないため、そもそも合意は廃棄されなければならない概念であり、それに代わって、恒常的な紛争や敵対関係が受容されなければならない<sup>13</sup>。そして、民主主義的なゲームのルールを受容しない民主主義的秩序の外部に存在する敵同士の間での抗争的な闘争（antagonistic struggle between enemies）を、秩序の内部の対抗者同士間の闘技的対

<sup>10</sup> 例えば、ムフは、選好集計型民主主義理論とそれに基づく道具主義的な政治の概念構成へのオルタナティブを定式化する必要性があるという点で、討議民主主義論者の議論に賛同する（Chantal Mouffe, *The Democratic Paradox*, Verso, 2000, p. 96（葛西弘隆＝訳『民主主義の逆説』（以文社、2006年）148頁））。

<sup>11</sup> Joshua Cohen, “Deliberation and Democratic Legitimacy,” James Bohman and William Rehg eds., *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, MIT Press, 1997, p. 72.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 74-75. 合意形成ができない場合、多数決により決着することが認められるが、その場合でも、理性に動機づけられた合意を模索したというコミットメントがあることに意義を見出す（*ibid.*, p. 75）。

<sup>13</sup> Chantal Mouffe, *The Return of the Political*, Verso, 1993, pp. 104-105（千葉眞・土井美徳・田中智彦・山田竜作＝訳『政治的なるものの再興』（日本経済評論社、1998年）208頁）。

抗 (agonistic confrontation among adversaries) に<sup>14</sup>、すなわち闘争 (antagonism) を闘技 (agonism) に変化させることこそが、民主政治にとって重要であり、そのための枠組みを提供することが民主政治の目的であるという<sup>15</sup>。

また、現今の討議民主主義理論の議論が言説的民主主義理論と混同されていると分析したうえで、言説的民主主義理論をもって真の討議民主主義を構想しようとするドライゼックも、討議が合意を志向すべきものであるか否かという問いに対しては、後者に立ったうえで、そもそも合意そのものを、多元社会において達成できない、不必要かつ望ましくないものとして否定している<sup>16</sup>。

このような指摘に対して、討議民主主義論者の中にも、民主的討議と合意との関係について、慎重な立場をとる者も少なくない。例えば、ガットマン (Amy Gutmann) とトンプソン (Dennis Thompson) は、この理論が、道徳的不一致 (moral disagreement) の場合には、合意形成を求めるのではなく、受容できるような決定に到達するよう討議参加者が互いに説得し続けるべきであるということを中心概念とすると述べている<sup>17</sup>。

民主的な討議の結果、理性的な合意が形成されるのか、それとも、排除なき理性的な合意なるものはそもそも存在しえないというのか。それは、そこでいう合意の概念の定義如何による<sup>18</sup>。いずれにせよ、民主的討議が合意形成を志向するとする論者も、合意の成立に疑問をもつ論者も、討議が合意の前提となる個人の選好を変容させる可能性については同意している。

討議民主主義理論の初期の議論において、マーニン (Bernard Manin) は、選好集計型の

<sup>14</sup> ここで、敵と対抗者とを分ける基準は、民主主義的なゲームのルールを受容するか否かである (*ibid.*, p. 4 (訳書=8頁))。

<sup>15</sup> Mouffe, *supra* note (10), p. 117 (訳書=177頁)。ただし、このようなムフの議論に対しては、批判も多い。例えば、田村哲樹准教授は、ムフの議論が、討議民主主義理論における合意の契機についての過度に単純化された理解に基づいており、また、それが擁護すべき闘技の成立条件に十分な関心を払っていない点を批判している (田村哲樹「現代民主主義理論における分岐とその後 (二)」法政論集 187号 (2001年) 137頁 (その後、田村哲樹『熟議の理由』(勁草書房、2008年) に所収))。

<sup>16</sup> Dryzek, *supra* note (3), p. 170. See, also, its pp. 31-80.

<sup>17</sup> Amy Gutmann and Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement*, Belknap Press, 1996, p. 1; pp. 73-79. 彼らによれば、(1) 相互性 (reciprocity)、(2) 公開性 (publicity)、(3) 説明責任 (accountability) という3つの条件を充足していれば、少なくとも部分的ないしは暫定的な合意が得られるので、それをもって十分であると考えている (*ibid.*, pp. 24-26; pp.93-94)。

<sup>18</sup> 例えば、齋藤純一教授が「討議は合意が形成される過程であると同時に不合意が新たに創出されていく過程でもある」と述べる (齋藤純一『公共性』(岩波書店、2000年) 36頁) ときの合意や不合意の概念は何を意味するのだろうか。あるいは、数土直紀教授のいう「非合意の合意」や「最小限の合意」(数土直紀『理解できない他者と理解されない自己』(勁草書房、2001年) 193-200頁) とは何か。本稿では、そもそも合意とは何かという問題について、立ち入って議論せず、挙げて今後の検討課題としたいが、本稿における筆者の議論は、合意を「無限定な状況下で、自己のシナリオを生成しながら相手の「納得」を引き出し、到達点を模索する活動」ととらえる曾根泰教教授による定義 (曾根泰教「仮想現実と現実的仮想」中央公論 114巻7号 (1999年) 233頁) に示唆を受けている。

民主主義理論が前提としている個人の選好の所与不変性に対して、討議という過程が個人の選好を変容させうるということを描示し、決定の正統性の源泉を個人の所与の選好ではなく選好が形成されていく討議という過程に見るべきであると主張した<sup>19</sup>。論争的な合意概念の探究は、討議民主主義理論に固有の議論ではないので、ここでは、その前提となる選好の変容可能性の段階に注目することにしたい。

たしかに、一般に、論争的な議題に関して、個人は何らかの自己利益に基づく私的な選好を有しており、合理的な個人のそれはきわめて利己的なものであるかもしれない。しかしながら、複数の相対立する主張が衝突するとき、普遍化しがたい当該個人の自己利益のみに基づく論拠ばかりを示しては、通常は、自己の主張について他者から納得を引き出すことは困難であるので、より多くの他者から支持を得るために、利己的な自己利益を強弁することに代えて、個人が潜在的に有していた、他の討議参加者も共有しうるような論拠を示そうとするようになる<sup>20</sup>。つまり、ボーマン (James Bohman) のいうように、討議という過程は、誰でもが受容可能な理由によって自らの決定や意見を正当化することを討議参加者に強要するものである<sup>21</sup>。

また、討議の過程において、異なる選好を有する他者との討議を経ることにより、討議参加者が、当初の選好形成の時点で参照しなかったさまざまな情報に接触し、それを踏まえて自己の観点から議題について再解釈したり、他者の観点を斟酌するようになり、討議の場に表出される選好あるいはその論拠は切磋琢磨する。ボーマンは、この過程を摂取の保障 (securing uptake) と呼んでいる<sup>22</sup>。

要するに、民主的討議の意義は、個人の所与の選好を、他者の観定の組入れなどを通じて、公共的なものへと変容させうることにありと考えるべきであろう。そして、その結果、合意が形成されると評価するか否かは、論者のいう合意概念に依存する。

## (2) 民主的討議と理性的論証

次に、民主的な討議を行う際のコミュニケーション様式が理性的論証に限定されるべきか否かについて検討しよう。

ムフは、討議民主主義理論が理性的論証をコミュニケーション様式として過度に重視し

<sup>19</sup> Bernard Manin (trans. by Elly Stein and Jane Mansbridge), "On Legitimacy and Political Deliberation" *Political Theory*, 15 (3), 1987, pp. 345-351.

<sup>20</sup> この過程について、私的な自己利益が公共的利益へと転換されたと評価することもできるし、その一方で、自己利益の主張を戦略的に抑制することが結論においては自己利益の実現に資することになるため (まさに公共的利益ではなく自己利益のために)、そのような行為がなされたと評価することもできよう。

<sup>21</sup> James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, MIT Press, 1996, p. 5-6.

<sup>22</sup> ボーマンは、討議参加者間で論拠の交換が行われ、参加者が、互いにより応答的になり、他者の観点を自分自身の観点として摂取したり、自分自身の観点から他者の観点を再解釈したりするようになることを、民主的討議の意義の1つとして挙げている (*ibid.*, p. 58)。

ているとして、それが情念と情動 (passion and affects) が政治において重要な位置を占めることを無視しているという点で、同様の誤りを犯している選好集計型の民主主義と並べて批判している<sup>23</sup>。

討議が理性的になされるべきであるとする点に懐疑的なのは、ウォルツァー (Michael Walzer) も同じである。ウォルツァーは、理性的な討議の意義を肯認し討議理論そのものに対しては好意的な見地に立つものの、現実の政治過程において討議以外の構成要素もそれと劣らず重要であり、また、そもそも付属物のない純粋な討議というものは存在しえず<sup>24</sup>、むしろ討議はそれ以外の構要素と並存すべきであると述べ、理性と複合する情念の意義を強調する<sup>25</sup>。

理性的論証を民主的討議の中心的なコミュニケーション様式として重視する点をめぐる批判に対しては、討議民主主義論者も、一定の理解を見せて呼応する。例えば、ヤング (Iris M. Young) は、より教育を受けた白人男性のように論証が優れて得意なものもいることから、対話者の具現性と特殊性を認識するために、コミュニケーション様式として、批判的論証 (critical argument) のほかに、挨拶 (greeting)、レトリック (rhetoric)、物語 (storytelling) の3つを追加することを提唱する<sup>26</sup>。サンダーズ (Lynn Sanders) においては、ラップ音楽などのような、自分の固有の言語により自分自身を物語るテストimoni (testimony)<sup>27</sup>が提案される。

これを受けて、ドライゼックも、結論的には、コミュニケーション様式として、論証以外のものを認めるべきであると主張する<sup>28</sup>。ただし、ドライゼックは、ヤングやサンダーズの示したコミュニケーション様式を吟味するにあたって、強圧的 (coercive) であるか否かなどの観点から<sup>29</sup>、物語やテストimoni、挨拶の意義を懐疑的に見たうえで、特定の枠組みの拡張や融和のために異なる理論構成の枠組みを超えて効果的に訴え出るのに役立つものとして、レトリックの意義を認める<sup>30</sup>。

<sup>23</sup> Mouffe, *supra* note (10), p. 115 (訳書=147頁); Mouffe, *supra* note (13), p. 115 (訳書=226-227頁)。

<sup>24</sup> Michael Walzer, *Politics and Passion: Toward a More Egalitarian Liberalism*, Yale University Press, 2004, pp. 107-109 (齋藤純一・谷澤正嗣・和田泰一=訳『政治と情念』(風行社、2006年) 178-180頁)。

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 110-130 (訳書=185-217頁)。

<sup>26</sup> Iris M. Young, "Communication and the Other: Beyond Deliberative Democracy," Seyla Benhabib ed., *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, 1996, Princeton University Press, pp. 129-132. これに対するドライゼックの応答は、レトリックのみを受容し、挨拶や物語を拒絶することである (Dryzek, *supra* note (3), p. 70)。

<sup>27</sup> Lynn Sanders, "Against Deliberation," *Political Theory*, 25(3), 1997, p. 327. これは、ヤングのいう物語に類似するとドライゼックは分析している (Dryzek, *supra* note (3), p. 66)。

<sup>28</sup> Dryzek, *supra* note (3), p. 167.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pp. 68-69.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 70. 田村准教授は、ドライゼックの議論に賛同して、討議へレトリックを導入すること (それは、情念の導入をも意味する) によって、闘技的民主主義と討議民主主義との接合を図ろうとする (田村哲樹「現代民主主義理論における分岐とその後 (三・完)」法



たしかに、情念などを軽視し理性を尊重したうえで、民主的討議におけるコミュニケーション様式を理性的論証に限定する討議民主主義理論は、民主主義的意思形成・決定の理論としては、排他的にすぎるくらいであろう。レトリックなどの他のコミュニケーション様式は、冷静な討議に親しまない論題を扱ううえで有効に機能しうるかもしれないし、これらの様式を認めることが、理性的討議を不得手とする一定の討議参加者にとっては、民主的討議への参入障壁を低くすることになるかもしれない。したがって、これら強いコミュニケーション様式を、討議の場から一切排除するのは適切ではないといえよう。

もっとも、理性的論証以外のコミュニケーション様式は、それがきわめて強圧的であるがゆえに、不当に機能しうるおそれがあるという点も看過しえない。他のコミュニケーション様式を導入する必要性を説いたドライゼック自身も、論証が民主的討議にとって常に中心的なものでなければならぬと述べている<sup>31</sup>。したがって、民主的討議は理性的な論証によってなされることを原則とし、それ以外の方法は補助的な手段として位置づけるのが妥当であろう。

---

政論集 188 号 (2001 年) 381-383 頁 (その後、田村前掲『熟議の理由』に所収)。

<sup>31</sup> Dryzek, *supra* note (3), p. 71.

### 3. 理論群としての討議民主主義理論の生存戦略

#### (1) 討議民主主義理論は代議制民主主義理論と対峙するか

討議民主主義理論をめぐるわが国の議論空間において、篠原一教授が与えた影響はきわめて大きかった。篠原教授による討議民主主義理論<sup>32</sup>の簡明な解説は、この理論を人口に膾炙させ、その後、わが国において、討議民主主義理論をめぐる議論がなされる際には、研究者によってしばしば引用される必須文献の1つになった。

篠原教授の『市民の政治学』においては、討議民主主義と参加民主主義とが並立的な関係にあり、そして、それらは代議制民主主義と対置される関係にあるとされている。篠原教授によれば、討議民主主義と参加民主主義との関係は、前者が市民社会における討議の結果の直接的効果に比重を置かないものであるのに対して、後者はそれと政策決定とを直接結び付けて考えるものであり<sup>33</sup>、これらはいずれも、代議制民主主義とは別の回路の民主主義理論であるという。そして、代議制民主主義と討議民主主義+参加民主主義の二回路制の民主主義論の時代が到来したといい<sup>34</sup>、この現象を「デモクラシーの複線化」と呼ぶ<sup>35</sup>。この理解は、その後公刊された『歴史政治学とデモクラシー』においても、参加民主主義と討議民主主義との関連性が強調されつつ<sup>36</sup>も、基本的には維持されている<sup>37</sup>。

<sup>32</sup> もっとも、2002年の『市民の政治学』において篠原教授が「討議デモクラシー」と訳出したものは、ドライゼックのいう言説的民主主義 (discursive democracy) のことであって、本稿の筆者が「討議民主主義」と訳出する deliberative democracy のことではなかった (篠原一『市民の政治学』(岩波書店、2004年) 110-113頁)。『市民の政治学』において deliberative democracy を「協(討)議デモクラシー」と訳出していた篠原教授は、その後、2007年の『歴史政治学とデモクラシー』において、deliberative democracy の訳語に「討議デモクラシー」をあてるようになる (篠原一『歴史政治学とデモクラシー』(岩波書店、2007年) 5頁)。篠原教授は、「討議デモクラシーを通常いう討議デモクラシーと批判的討議デモクラシーとに分けて考えるとすれば、これまでの使われ方から考えて前者を熟議デモクラシーとし、後者にディスカシブ・デモクラシーとコミュニカティブ・デモクラシーを含め、両者を総合して討議デモクラシーということにしてもよいであろう」と述べる (60頁)。しかしながら、「討議デモクラシー」の下位概念として「熟議デモクラシー」が位置づけられる理由についての説明が十分になされていないことに加え、不用意に概念を複雑化させかねないため、筆者は篠原教授の概念整理には賛同できない (なお、ここでいうコミュニカティブ・デモクラシーとは、ヤングのいう討議民主主義理論の一形態であるが、それが討議民主主義理論の一形態であること自体は、ヤング自身がすでに認めているところである)。

<sup>33</sup> 篠原前掲『市民の政治学』157頁。

<sup>34</sup> 篠原前掲注(33) 156頁。

<sup>35</sup> 篠原前掲注(33) 155-157頁。

<sup>36</sup> 篠原教授は、「八〇年代の〔筆者注: マンスブリッジ (Jane Mansbridge) やバーバ (Benjamin R. Barber) に代表される参加民主主義〕理論はのちの討議デモクラシー論と重なるものを持ち、とくに一九八四年のバーバーの「強いデモクラシー」strong democracy 論にそのような色彩が強い」(篠原前掲『歴史政治学とデモクラシー』15頁)と述べている (合わせて、同書 22-23頁も参照)。

しかしながら、1980年代以降の英米の討議民主主義理論を精査し、また、2000年代後半の議論の展開を踏まえて検討すれば、篠原教授による討議民主主義と代議制民主主義との関係の整理は、すこぶる慎重に理解されなければならない。

そもそも討議民主主義という社会科学上の術語が初めて意識的に用いられたのは、エストランド (David M. Estlund) らが指摘しているように<sup>38</sup>、ベゼット (Joseph M. Bessette) によるアメリカ合衆国の議会研究であった。ベゼットは、合衆国市民は議員という代表者を通じて討議を行うべきであるとしたうえで、議会を市民の代表者である議員が共通善を求める討議の場として再構成しようとした<sup>39</sup>。

また、アメリカ合衆国憲法こそが討議的な民主政治を創造すべく設計されている<sup>40</sup>と主張しているサンステインが、討議民主主義理論の具体化として挙げたものの1つが、合衆国憲法によって創設された代議制の統治機構であった。サンステインによれば、不偏不党性の原理 (impartiality principle) を重視した合衆国憲法の起草者たちは、君主制の残滓、公務員の利己心及び党派による権力の掌握を危惧し、憲法制定にあたって、これらの3要素が機能しないように制度設計を行ったが、その結果として生まれた、最終的に市民に対して説明責任を負う一方で、党派の影響に支配されずに討議を行うことを代表者に保障する装置の1つが、議会における代表者による審議である<sup>41</sup>。

さらに、今日、討議民主主義理論に立脚したうえで、独自に考案したDQI (Discourse Quality Index) という指標に基づき、ドイツ、スイス、英国及びアメリカ合衆国の4か国の議会における審議を測定し、分析したシュタイナー (Jürg Steiner) らの実証的研究<sup>42</sup>も、注目を集めている。これは、これまで専ら規範理論としてとらえられてきた討議民主主義理論が、実証的研究を行う際にも援用可能であることを示した点で意義がある。

<sup>37</sup> 篠原前掲注 (36) 3-85頁。

<sup>38</sup> ボーマンとレーグ (William Rehg) やドライゼックは、討議民主主義という術語の初出が、Joseph M. Bessette, "Deliberative Democracy: The Majority Principle in Republican Government," Robert A. Goldwin and William A. Schambra eds., *How Democratic Is the Constitution?*, American Enterprise Institute, 1980, pp. 102-116 においてであるという (James Bohman and William Rehg, "Introduction", Bohman and Rehg eds., *Deliberative Democracy*, p. xii; Dryzek, *supra* note (3), p. 12)。ただし、エストランドによれば、それは、ベゼットがシカゴ大学に1978年に提出した博士論文「議会におけるデリバレーション——予備的調査 (*Deliberation in Congress: A Preliminary Investigation*)」においてであるとされる (David M. Estlund, "Who's Afraid of Deliberative Democracy?: On the Strategic / Deliberative Dichotomy in Recent Constitutional Jurisprudence," *Texas Law Review*, 71, 1993, p. 1437, n.1)。

<sup>39</sup> Joseph M. Bessette, *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy and American National Government*, University of Chicago Press, 1994.

<sup>40</sup> Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993, pp. 19-20. しかも、アッカーマン (Bruce A. Ackerman) によれば、その憲法自体が、市民の冷静な討議によってつくられたものである (Bruce A. Ackerman, *We the People I: Foundations*, Belknap Press, 1991, pp. 165-199)。

<sup>41</sup> Sunstein, *supra* note (40), pp. 17-20.

<sup>42</sup> Jürg Steiner, André Bächtiger, Markus Spörndli, and Marco R. Steenbergen, *Deliberative Politics in Action: Analysing Parliamentary Discourse*, Cambridge University Press, 2004.

このような議論を踏まえて改めて考えてみれば、討議民主主義理論は、代議制ないし代議制民主主義と対置されるものとして単純に理解されるべきではない。剥き出しの選好 (naked preference) を吐露する人々による直接統治ではなく<sup>43</sup>、代表者による冷静で慎重な討議に基づく政治が望ましいということを主張するための説明概念として、討議民主主義という術語が創造されたという経緯は、看過すべきではなからう。議会こそが民主的討議が行われるべき場であるという立論は十分に可能であって、むしろ、それこそが討議民主主義理論の源流である。

しかしながら、このような議論に対して、ドライゼックは、リベラルな立憲主義と討議民主主義を同化させようとするサンステインら公法理論研究者を批判し<sup>44</sup>、また、かつての議論とは異なり、国家の立法・政策過程における市民社会のコミュニケーション的過程の影響により関心を寄せるハーバーマス (Jürgen Habermas) をも批判したうえで<sup>45</sup>、なおも討議理論の公式の政治・経済制度への包摂を忌避し、市民社会の討議の重要性を強調している。あるいは、ウォーレン (Mark E. Warren) は、政治エリートによる討議を強調することは反民主主義的 (anti-democratic) でさえありうるとして、単に代表制機構の討議機能を強調する論者を討議民主主義論者に数えないと強弁する<sup>46</sup>。

なるほど、このようなドライゼックらの議論に依拠するのであれば、先述の篠原教授による整理は、理論的には何ら否定されるべきものではない<sup>47</sup>。もっとも、議会における審議の討議性に着目する討議民主主義の源流やそれを実証的に検証しようとする水系と、それらに対して決別を図ろうとするドライゼックらの支流との間には、越えることの困難な分水嶺がある。

これらまったく趣の異なる 2 つの理論潮流を同じ討議民主主義理論という術語の下で共存しうるものとして理解するための環境を整備するために<sup>48</sup>、いま一度、討議民主主義理論

<sup>43</sup> Sunstein, *supra* note (40), p. 25.

<sup>44</sup> Dryzek, *supra* note (3), pp. 17-20.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 20-27.

<sup>46</sup> Mark E. Warren, "Deliberative Democracy," April Carter and Geoffrey Stokes eds., *Democratic Theory Today: Challenges for the 21st Century*, Polity Press, 2002, p. 174. 1789 年制定当初のアメリカ合衆国憲法において、より質の高い討議を保障するために上院議員の選出を直接投票とはしなかったという制度設計は、ウォーレンにとっては、否定的に評価される (*ibid.*)。反対に、『フェデラリスト (*The Federalist Papers*)』に沿って、「人民の感情と熟慮に基づく討議とを組み合わせるシステムである」と肯定的に評価するものとして、川岸令和「自由の構成としての憲法」早稲田政治経済学雑誌 328 号 (1996 年) 237 頁。

<sup>47</sup> 否定されるべきなのは、篠原教授のいう「討議民主主義」が言説的民主主義などを中心とする討議民主主義理論の支流たる一派 (もっとも、篠原教授は、それを「本来の討議デモクラシー」と呼ぶのである (篠原前掲注 (36) 11 頁、傍点は筆者による) が、筆者の理解によれば、討議民主主義理論の歴史を踏まえて、かつ、現在の議論状況を前提に議論する限り、それは「本来の討議デモクラシー」であるとはいえない) を指すということを見越して、篠原教授の議論を誤って援用する論者の議論である。

<sup>48</sup> ドライゼックらの理論は、公的な決定作成において民主的討議がなされなくてもよい (あるいは、なされるべきではない) と主張しているのではなく、ただ、公的な決定作成のた

の理論的支柱の1つであるハーバーマスによる複線的な討議政治 (zweigleisige deliberative Politik) 論を再評価することにした。

## (2) 「決定のための討議」と「討議のための討議」

ハーバーマスによれば、討議政治の場は、政治システム (politisches System) と政治的公共性 (politische Öffentlichkeit) という2つの層に分けられ、それらが相互作用することこそが重要であるという<sup>49</sup>。政治システムは、議会やその委員会など、制度化された公式の審議を行う討議の場であり、集合的に個人を拘束する決定を行うために特殊化された部分システムであり<sup>50</sup>、そこでは、決定は制度化された法定の手續に規律されることが求められる<sup>51</sup>。一方、政治的公共性とは、必ずしも制度化された手續には規律されない、問題の所在を発見しそれを争点化するための非公式に形成される意思形成過程である。公共的な問題は、政治的公共性において、人々によって感知され争点化されると、公共的な争点として一般的に認知され、政治システムにおける議題へと転換されていく。

周知のとおり、ハーバーマスは、自らも述べるとおり、意見・意思形成過程における民主的討議の意義を重視しており<sup>52</sup>、ハーバーマスの討議理論といえば、制度化されていない非公式の政治的公共性における討議が注目されがちであるが、ここで留意しなければならないのは、制度化された公式的な政治システムにおける討議も重要であって<sup>53</sup>、むしろ、公共的な事項の意思決定はあくまで政治システムの次元でなされなければならないと、政治的公共性における討議は意見・意思形成の枠内にとどめられなければならないと、ハーバーマスがとらえている点である。

ハーバーマスは、民主的手續によって規制される決定志向的審議 (entscheidungsorientierte Beratung) の場と、公共圏における非公式の意見形成過程 (informelle Meinungsbildungsprozess) とを、明確に区別して考えており<sup>54</sup>、それらいずれも民主的な討議がなされるべき場であり、

---

めの討議を討議民主主義理論の文脈で議論することを批判しているにすぎない。そもそも共存を図るためには、討議民主主義理論の中での内部的闘争を休戦させる必要があるが、それは、ドライゼックにおいては、言説的民主主義という術語を創作し、討議民主主義と棲み分けることによって、すでに解決が図られている。

<sup>49</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, S. 361-366 (河上倫逸・耳野健二＝訳『事実性と妥当性 (下)』(未来社、2003年) 22-26頁)。

<sup>50</sup> *Ibid.*, S. 363 (訳書＝(下) 24頁)。

<sup>51</sup> *Ibid.*, S. 374 (訳書＝(下) 32頁)。

<sup>52</sup> *Ibid.*, S. 361-362 (訳書＝(下) 22-23頁)。

<sup>53</sup> ハーバーマスが公式の制度化された政治システムにおける討議を重要視しているという点に関しては、木村光太郎「討議民主主義」有賀誠・伊藤恭彦・松井暁＝編『ポスト・リベラリズム』(ナカニシヤ出版、2000年) 157頁、牧野正義「ハーバーマスにおける国家・政治システムと討議倫理」政治研究 52号 (2005年) 83頁も参照。

<sup>54</sup> Habermas, Anm. (49), S. 372-373 (訳書＝(下) 31頁)。

そして、それらの相互作用が討議政治の成否を決めるという<sup>55</sup>。

討議民主主義理論の名の下に集まる多様な諸理論の共存を図るためには、この討議の場の区分法をやや修正した形で用いることにしよう。

討議民主主義理論における民主的討議とは、それが何を目的とするかによって、次の2つに分けることができる。すなわち、公共的な事項<sup>56</sup>に関して、個人が、問題の所在を理解し、熟慮し、討議を行い、各人の意思を形成することそのものに意義を見出す討議と、立法その他公権的な決定作成が求められる場面において、決定に責任を負う者が、熟慮し、討議を行い、意思を形成し、それに基づき決定を行うためになす討議との2つである。以下、本稿では、前者を「討議のための討議」と、後者を「決定のための討議」と呼ぶことにする。後者が行われる場は、議会や裁判所などの公式の場である一方、前者は市民社会において重疊的に展開される。そして、討議の意義の重点を、意思形成に置くのか、それとも、決定作成に置くのかということ、前節に見た、民主的討議が合意形成を志向するものであるか否かと、理性的論証以外のコミュニケーション様式が許容されるか否かという2つの問題とも連関すると考える。

議会や裁判所など「決定のための討議」の場においては、決定作成が求められている論争的な議題に関して、民主的討議を経た所産として必ず何らかの決定がなされるが、そこで作成された決定は、それに対する異論があるとしても<sup>57</sup>、立憲的政治のルールを共有する

<sup>55</sup> 討議的政治の成功は、適切な手続、コミュニケーション的前提の制度化、制度化された討議と非公式の世論との協同 (*Zusammenspiel*) にかかっているという (Habermas, Anm. (49), S. 361-362 (訳書= (下) 22 頁))。なお、*ibid.*, S. 374 (訳書= (下) 32 頁) も参照。

<sup>56</sup> ここでいう公共的事項とは、公共政策にかかる立法 (あるいは、法の定立) のように、判断主体に広汎な裁量が認められる事項のほかに、裁判 (あるいは、法の解釈・適用) のように、所与の法に基づく判断が求められる事項をも含むものである。もっとも、公共政策であっても、現実の社会に適用するためには、憲法適合性を考慮しなければならない (その意味では、判断主体に対して完全な裁量権が付与されているわけではなく、憲法の許容する範囲内での裁量にすぎない) し、裁判であっても、判断主体の裁量は多分に存在する (例えば、検察官による起訴・不起訴の決定や裁判官による量刑の判断は、まさに1つの政策的判断であるといえよう)。したがって、法の定立とその解釈・適用は、たしかに異質なものではあるが、同時にそれらを峻別することも困難であることから、それらを公共的な事項として括ることは、必ずしも不適切なことであるとはいえない。

<sup>57</sup> 決定に異論がありうることは、そもそも想定範囲内である。ハーバーマスによれば、議会などの政治システムにおける討議は、制度化された民主的手続に従って行われる限りにおいて、合理的であることの推定を根拠づけることになる (Habermas, Anm. (49), S. 368 (訳書= (下) 28-29 頁)) が、そこで得られた結論が合理的であることの推定という暫定的な妥当性ととどまるのは、討議を経て作成された決定といえども、多数派による部分的な合意に依存せざるを得ないため、可謬的なものにすぎないからである (同様のことは、コーエンによっても主張されている。すなわち、コーエンによれば、討議は、合意形成を目的とするものであるが、原理的に無制限に継続され、いつでも再開しうるものである。その一方で、政治的討議には決定を行わなければならない時間的な制約がある (Cohen, *supra* note (11), p. 75))。したがって、討議の結果として作成された決定は、継続されるべき議論の1つの区切りにすぎず、いわば討議による意見形成の暫定的な結論にすぎない (Habermas,

討議参加者にとっては、少なくともそれが公権的な決定であるということに関しては合意したものであると評価しうる。一方、「討議のための討議」は、討議をすることそれ自体に意義を見出すものであり、決定を作成することから解放されているので、そもそも合意を目指すものではないといえる。

また、「決定のための討議」においては、理性的論証がなされることが厳格に求められ、また、遵守しなければならない手続上の準則などが存在する。例えば、議会において、議事に関してさまざまな法令上の制約が設けられていることは、最終的に法律案の議決という決定作成を行わなければならない議会という討議の場の本質から、当然のこととして認められなければならない<sup>58</sup>。また、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠以外のものが刑事裁判における裁判官の心証形成に影響してはならないということ<sup>59</sup>は、法廷が「決定のための討議」を行う場であるがゆえの合理的制約である。その一方、決定作成から解放された「討議のための討議」においては、討議参加者は形式的な準則に拘束される必要はなく、また、理性的論証以外のコミュニケーション様式が一定程度許容される。そのような様式を許容しておかなければ、理性的論証に基づく討議を行えない主体の参加を排除する結果にもなりかねないからである。思想の自由市場の下で、複数のメディア（それは、

---

Anm. (49), S. 220-221 (河上倫逸・耳野健二＝訳『事実性と妥当性 (上)』(未来社、2002年) 213頁))。議会や裁判所における十分な討議を経た公権的な決定といえども、可謬的な討議の所産にすぎないのであるから、それらは必ず反省的吟味の対象となる。要するに、決定は、原理的には再開可能な論証の、合理的に動機づけられるが可謬的でもある結論であって、同じく民主的手続に従って論拠を再吟味し、改廃される機会が保証されることによって、現下の意思決定に内容上同意しない少数派にも、覆すことのできない結論 (unumkehrbare Konsequenzen) を作り出す決定を正当として合理的に受容する態度を可能にする。しかしながら、政治システムにおける討議がその性質上可謬的であることを余儀なくされ、そして、そこでなされる決定が原理的に暫定的なものであるといっても、現実には、議会の場合、法律が制定され、それが執行されることにより、それに基づき、個人の権利が制限され、義務が課せられるし、裁判所の場合、判決が言い渡され、それが確定すれば、判決が執行される。ここでいう討議の可謬性ないし決定の暫定性というのは、主張が受容されなかった少数派が原理的ないし潜在的に異議申立てをしようということの意味するにとどまり、実際にそれが可能であることを必ずしも意味しない。例えば、裁判所による死刑の確定判決に関して、第一次的には、再審制度の存在は討議の可謬性を前提とした決定の暫定性の担保を意味するが（なお、ハーバーマスは、最高裁判所の判決理由に少数派が反対意見を付することができる制度（わが国では、最高裁判所の個別意見表示制度（裁判所法 11 条）がそれにあたる）を例に挙げている）、かりに死刑が執行され、第一次的異議申立者が消滅しても、新証拠の発見によって当該判決は転覆しうる（この際、死刑の執行により無辜の者の生命が失われることは、レバントな問題ではない）という意味で、やはり決定は暫定的なのである。

<sup>58</sup> 例えば、野党が審議を拒否し物理的な抵抗を企てるという議会制の病理に我々が違和感を覚えるのは、本来議会が理性的な論証に基づく討議がなされるべき場であるという認識があるからであり、これに対して、それでも公共政策の決定に責任を負う与党が採決を強行せざるを得ないのは、議会が「決定のための討議」を行う場であるからである。

<sup>59</sup> ただし、裁判所における法的討議に関して訴訟が当事者等に課す制約についてのハーバーマスの見解は、Habermas, Anm. (49), S. 283-292 (訳書＝ (上) 271-278 頁)。

情報通信技術の発達した今日においては、マス・メディアに限られない) が自由に報道・論評を行うことは、個人が意見形成を行うために必要な情報を流通させるという意味で、「討議のための討議」の重要な基盤となりうる。政治的意思表明の手段の1つである集会や集団示威行進などは、コミュニケーション様式としてはきわめて強圧的なものであるが、それが「討議のための討議」である以上、憲法上、尊重しなければならない。

この「決定のための討議」と「討議のための討議」の二分論は、そのほかに、討議の主体や論題の範囲の問題にも関連する。すなわち、討議の主体に関して、「決定のための討議」への参加資格は、決定作成に正当な権限を有するその本来の構成員に制限されるべきである一方、決定に直接的に影響しない「討議のための討議」においては、討議の構成員を厳格に限定しなければならない要請は必ずしも存在しない<sup>60</sup>。また、討議すべき論題の範囲についても、「決定のための討議」では、その討議体に決定権限が授けられたものに限定される(例えば、わが国の国会が個別的法律(Einzelgesetz)ないし処分的法律(Maßnahmegesetz)を制定することや、わが国の裁判所が抽象的に法令の解釈や効力についての判断を示すこと<sup>61</sup>は、憲法及び法律に定められた各機関の権限を超越するものであり、原則として認められない)一方、「討議のための討議」においては、いかなる論題を扱うことも基本的には自由である。本稿第4章で述べた討議民主主義理論の本質的要素としての討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障というのは、無限定なものではなく、討議の種類に応じて一定の限界がある点にも注意が必要である。

ところで、これまでの議論からも明らかなように、「討議のための討議」と「決定のための討議」との関係については、二者は、無関係に存在するものではなく、相互に関連しあうものである。

「討議のための討議」の意義は、第一義的には、「決定のための討議」への議題設定のための準備的討議である。すなわち、「討議のための討議」の場において、議論された議題が争点化し、成熟することによって、政策的対応などの何らかの公権的な決定が求められるようになれば、それが議会や裁判所などの「決定のための討議」の場へと移されることになる。そして、「決定のための討議」の場において、「討議のための討議」で展開された自由な議論が、限定された方法に拘束されつつも、再現され、参照され、そして、決定が作成されることによって、公的な問題としては一応の結論が示されることになる。「決定のた

<sup>60</sup> 大津浩教授は、「市民政治」論や「討議民主主義」論を踏まえて国民主権を理解するならば、「誰のための政治なのか」という権力の正統性原理から概念規定されるべき主権帰属主体としては、一定の実在性を持ち価値観も多様で不均一な市民からなる「全国民」(「実在的全国民」)を想定しなければならない。それは特定時期の市民(有権者)に限定されず、未成年者や将来生まれてくる世代を含み、さらには定住外国人をも含む模索がなされる」と述べる(大津浩「市民政治」・「参加民主主義」と憲法学」憲法問題18巻(2007年)81頁)が、それが「討議のための討議」の主体について論ずるものであれば、基本的には賛同できる。一方で、本来的な国民概念から漏れる者は、決定に責任を負う立場でない以上、それらが「決定のための討議」の主体とはなりえないと筆者は解する。

<sup>61</sup> なお、最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。



めの討議」に至る前に「討議のための討議」において、十分に討議がなされればなされるほど、その後に行われる決定の正統性は高められる。

共和主義的憲法観に立つ論者にとっては、「討議のための討議」は、同時に、「決定のための討議」の潜在的な参加者が、討議を十分に行いうるための公民的徳性（civic virtue）を涵養するためのものとして、固有の意義を認めることもできよう。

#### 4. 小括

以上のように、民主的討議を「討議のための討議」と「決定のための討議」との2つに分けて考えれば、既存の立憲的政治制度における討議の意義を重視する討議民主主義理論の一派と、専ら市民社会における討議を活性化することに注力する一派とは、同じ討議民主主義理論という名の下で共存することができる。そして、討議民主主義理論が、今後も選好集計型の民主主義理論への有効な対抗理論として存在し続けるためには、我々は、さまざまな場においてこれら2つの討議の実践を繰り返し、民主主義的討議の意義についての認識を深めていく必要があるといえよう。

今日、討論型世論調査、コンセンサス会議 (consensus conference)、プラーヌクスツェレ (Planungszelle)、市民陪審 (Citizen Jury) など、さまざまな形で (選挙によって選出された代表者以外の) 一般の国民が特定の議題をめぐって討議を行う人工的な討議の場を創設しようとする構想が、討議民主主義理論を具体的に制度化するためのものとして (ただし、その中には、発生においてこの理論とは直接的な関連性をもって構想されたものではないものも含まれるが) 注目されている。ただし、これらの多くは、市民社会における討議の意義を重視し、その活性化のために公共的討議の場を構築しようとするものであって、あくまで既存の立憲的政治制度からその権限を篡奪しようとするものではない。つまり、これら人工的な討議の場の多くは、主として、「討議のための討議」の場を行うものとして設計されている。この点に関しては、具体的な討議の場の構想者のうち優れて理論的に精緻な政治学者フィシュキン (James S. Fishkin) が、近年、二元的民主政論を唱える討議民主主義の公法学者アッカーマンとの学的協働の中で、討論型世論調査から、それを具体的な公共政策の決定などに連関させる討議の日構想へと議論をシフトさせている点に注目したい。討議の日構想は、大統領選挙やレファレンダムなどに先駆けて、小規模の討論型世論調査を行い、その結果をそれらに反映させようとする試みであり、これは、「決定のための討議」の場を構築しようとするものではないものの、「決定のための討議」への強いコミットメントに基づき設計されたものであるといえよう。

国民の参加による公権的な決定を行う「決定のための討議」の場を新たに創設するにあたっては、そこにおいて参加者が十分に討議を行いうるような制度的工夫を行うこと、そこでなされる決定の正当性を高めるために参加性ないし代表性が高い参加とすることが望ましいということなど、人工的な「討議のための討議」の場の構想から示唆されるところが多い。

第1編でみた2009年5月までにわが国で実施される予定の裁判員制度が、それまで裁判官のみによってなされてきた刑事事件をめぐる「決定のための討議」の場を、一般の国民 (その中から選任される裁判員) に開放する試みであると考えれば、その制度設計、解釈、運用などを考えるうえで、「決定のための討議」や「討議のための討議」における議論が一定の示唆を与えることになろう。

そこで、第3編では、討議民主主義理論に基づき裁判員制度の意義を再構成しうるか否かについて検討することとなるが、その前に、第4章及び本章でしばしば言及した討議民主主義理論の実践例の1つである討論型世論調査について、第6章で検討することとする。

## 第6章 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義

### 1. 討議民主主義における公法理論と政治理論との対話

現在の公法理論及び政治理論の研究の最先端の1つとして、立憲民主主義的政治過程において熟慮ないし討議 (deliberation) という概念をいかに再定位するかという議論が挙げられる<sup>1</sup>。古くはアリストテレス (Aristotle) にまでさかのぼる熟慮=討議という概念であるが、ハーバーマス (Jürgen Habermas) の討議倫理学 (Diskursethik)<sup>2</sup>の提唱を契機に、より精緻化され、昨今、議論が再燃している。

このいわゆる討議民主主義 (deliberative democracy) 理論は、すでに多くの研究者によって研究が進められているが、論者によって議論の力点が異なり、現在では、もはやその内容を正確に一言で言い表すことが困難なほど、多義的な概念になっている。概括すれば、この理論の主唱者のうち、主に、公法理論研究者は、共和主義的憲法観に基づき、個人の内心における熟慮という側面に注目し、憲法制定史や司法審査のあり方などを論ずる傾向が多い<sup>3</sup>一方、政治理論研究者は、さまざまな政治・社会哲学に立脚しつつも、他者との間の討議という側面に注目し、議会その他の会議体における討議に基づく公共政策の検討・決定のあり方を中心に議論している<sup>4</sup>。一見して、これら二者は、同じ討議民主主義という観念を用いながらまったく異なる議論をそれぞれ独自に展開しているかのようにも見えた。

しかし、それが誤りであるということは、アメリカ合衆国における著名な公法理論研究者の多くが、政治理論研究者フィッシュキン (James S. Fishkin) らの提唱する討議民主主義のための実践モデルの1つである「討論型世論調査 (deliberative opinion poll)」に注目していることから、明らかになった。例えば、共和主義的憲法理論の代表的論者であるサンズティン (Cass R. Sunstein) は、その著書『リパブリック・ドット・コム (Republic. Com)』の中で、討論型世論調査の理念や手法などを肯定的に評価し、特に、サイバースペース上での討論型世論調査に期待を示している<sup>5</sup>。また、人民主義的公法理論研究者アッカーマン (Bruce A. Ackerman) も、フィッシュキンとの共著論文において、討論型世論調査を選挙と関

<sup>1</sup> 例えば、グッディン (Robert E. Goodin) は、討議民主主義理論を「民主主義理論における最も新しいイノベーションの波」と評している (Robert E. Goodin, *Reflective Democracy*, Oxford University Press, 2003, pp. 3-4)。本稿第4章を参照。

<sup>2</sup> 規範の妥当性要求の実践的討議による検証手続を重視するハーバーマスの討議倫理学そのものについては、Jürgen Habermas, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, 1983, S. 53-125 に詳述されている。その後、ハーバーマスは、「討議的政治 (deliberative Politik)」という構想を提示することになる (Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp, 1992, S. 349-398)。

<sup>3</sup> 主な論者としては、アッカーマン、マイケルマン (Frank I. Michelman)、ニノ (Carlos S. Nino)、サンズティンらが挙げられる。

<sup>4</sup> 主な論者としては、コーエン (Joshua Cohen)、グッディン、ガットマン (Amy Gutmann)、トンプソン (Dennis F. Thompson)、ヤング (Iris M. Young) らが挙げられる。

<sup>5</sup> Cass R. Sunstein, *Republic.Com*, Princeton University Press, 2001, pp. 84-87.

連づけて制度化する「討議の日 (Deliberation Day)」構想を発表している<sup>6</sup>。情報通信技術の発達と憲法学との関係についての著作の多いレッシグ (Lawrence Lessig) に至っては、フィッシュキンが所長を務める討議民主主義センター (Center of Deliberative Democracy) の研究員に名を連ねている。

討議民主主義の実践モデルの検討を通じて、まさに、公法理論と政治理論との対話ともいえる現象が見られるのは、きわめて興味深いことである。この討論型世論調査は、わが国でも曾根泰教教授や篠原一教授らによって紹介され<sup>7</sup>、わが国での実験可能性についての研究も進められている<sup>8</sup>ものの、依然として十分に注目されているとはいえ、また、わが国では、討議民主主義をめぐってこのような対話現象は見られない。

共和主義的公法理論研究者サンスティンは、市民が熟慮ないし討議への参加を通じて、自らの選好を反省して公共善を指向する視点を獲得すると考えているが、毛利透教授によれば、十分な熟慮ないし討議の場が一般国民の間に存在していることを首肯しがたい今日の政治システム下においては、「市民が政治的熟慮＝討議を行えるような場の構築についての現実的理論をたてることが必要だということになろう」<sup>9</sup>。この毛利教授の指摘のように、討議民主主義は、理論のさらなる精緻化とともに、それをいかに実現するかについての研究が求められてきたところである。その後、サンスティン自身は、自らの討議民主主義理論を実践するためのモデルを構想したが、それこそが、本稿で詳述する討論型世論調査である。そして、それは、単に討議民主主義の実践モデルの一構想のみとして理解されるべきではなく、討議民主主義の公法理論研究者と政治理論研究者との対話の場でもあり、そこから理論がさらに展開されるという可能性を秘めた討議民主主義の実験場とも評価しう

<sup>6</sup> Bruce Ackerman and James S. Fishkin, "Deliberation Day," James S. Fishkin and Peter Laslett eds., *Debating Deliberative Democracy*, Blackwell, 2003, pp.7-30; Bruce Ackerman and James S. Fishkin, *Deliberation Day*, Yale University Press, 2004. この討議の日構想については、本稿第4章を参照。

<sup>7</sup> 曾根泰教「情報社会と公共性」佐々木毅・金泰昌＝編『公共哲学10 21世紀公共哲学の地平』(東京大学出版会、2002年) 312-314頁、同「インターネット時代の合意形成」金子郁容＝編『総合政策学の最先端II』(慶應義塾大学出版会、2003年) 105-107頁、同「討論型世論調査の可能性」橋本晃和＝編『21世紀パラダイムシフト』(冬至書房、2007年) 123-141頁、篠原一『市民の政治学』(岩波書店、2004年) 160-168頁。なお、わが国では、上田道明准教授(上田道明「デモクラシーにおける「参加」と「熟慮」」日本政治学会＝編『年報政治学1996 55年体制の崩壊』(岩波書店、1996年) 227頁)や高瀬淳一教授(高瀬淳一『情報と政治』(新評論、1999年) 198-200頁)が、早い時期から、この討論型世論調査に注目している。そのほかに討論型世論調査を紹介する邦語文献として、若尾信也「討論民主主義と国家」岩崎正洋＝編『かわりゆく国家』(一藝社、2002年) 193頁などがある。

<sup>8</sup> 例えば、平成13-14年度文部科学省科学技術振興調整費調査研究「先端医療技術に関する社会的合意形成の手法」(研究代表者＝赤林朗・京都大学大学院医学研究科教授(当時))では、わが国での討論型世論調査の実験可能性が検討された。また、東京工業大学大学院社会理工学研究科の坂野達郎准教授を中心に、わが国で討論型世論調査を実施する準備をしていると聞く。

<sup>9</sup> 毛利透「国家意思形成の諸像と憲法理論」樋口陽一＝編『講座憲法学1巻 憲法と憲法学』(日本評論社、1995年) 58頁。

るものである。

では、欧米において多くの研究者の注目を集めている討論型世論調査とは、どのようなものか。本章では、討論型世論調査の構造、事例及びその背景となる政治理論などを概括したうえで、その固有の特徴を析出し、他の公共的討議の場の構想と比較しながら、討議民主主義理論の観点から、その有用性を検討することとする。

## 2. 討論型世論調査の意義・構造・実例

フィッシュキンらが提唱する討論型世論調査とは、大要、次のようなものである<sup>10</sup>。

母集団を統計的に代表するように無作為抽出した被験者に対して、事前に、議題となる政策課題に関して、電話ないし訪問調査によって質問を行う（基線調査）。そこまでは、通常の世論調査と同じであるが、討論型世論調査では、さらに、週末の3日間、被験者を一定の場所に実際に参集させるという点が特徴的である。

1か所に集められた被験者300ないし350人程度に対して、当該政策課題に関する詳細な資料（争点をめぐる対立する複数の見解を簡潔に要約し、それぞれの論拠や基礎的資料等を示したうえで、公平に紹介したもの）を与え、実験の趣旨を理解し十分に訓練されたファシリテーターないしモデレーターの司会の下で、15ないし20人程度の小グループに分かれて議論を行う（小グループ討議）。その後、当該政策課題に詳しい研究者あるいは政治家（これまでの例では、英国やオーストラリアでは内閣総理大臣と野党党首が、アメリカ合衆国では大統領候補者が、それぞれ参加した）や政府の政策担当者に質疑する場（質疑セッション）や、全体で討議する場（全体討議）を設け、その全体討議等と小グループ討議とを繰り返す。

最後に、討議過程の前後で、被験者の意見が変化しているか否かを調査する（最終調査）。

討論型世論調査のもう1つの特徴は、テレビ放送と連携して行われるという点である。質疑セッションや全体討議の様相などが、テレビ放送を通じて全国民に放映されることにより、討論型世論調査の被験者以外の視聴者も擬似的な参加が可能になっている（英国ではチャンネル4が、アメリカ合衆国ではPBSが、オーストラリアではABCが、それぞれ開催に協力して、全体討議等の全部または一部を放送した）。

この討論型世論調査は、スタンフォード大学教授のフィッシュキンによって提唱され、同大学の討議民主主義センターの協力の下、2004年7月までに、英国、アメリカ合衆国、オーストラリア、デンマーク及びブルガリアで、23回実施されている。その概要は、表1のとおりである。

<sup>10</sup> James S. Fishkin, "The Televised Deliberative Poll: An Experiment in Democracy," *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 546, 1996, pp. 134-136; James S. Fishkin, *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, 2nd ed., Yale University Press, 1997, pp.161-163.

表1 2004年7月までに実施された討論型世論調査

	規模	開催時期	開催国	開催場所	議題となった政策課題	備考
1	全国レベル	1994年4月	英国	マンチェスター (グラナダテレビジョン・スタジオ)	犯罪	チャンネル4、SCPR (Social and Community Planning Research)社、インディペンデント紙の協力により実施。詳細は、Fishkin, <i>The Voice of the People</i> , pp.205-209。
2	全国レベル	1995年6月	英国	マンチェスター (グラナダテレビジョン・スタジオ)	ヨーロッパにおける英国の将来 (EU加盟とEURO参加)	
3	全国レベル	1996年1月	アメリカ合衆国	テキサス州 オースティン (テキサス大学オースティン校)	外交政策、家族のあり方、経済	テキサス大学、PBS、マクニール・レーラープロダクション (MacNeil/Lehrer Productions)、シカゴ大学全国世論調査センター (National Opinion Research Center: NORC)。全体討議は、レーラー (Jim Lehrer) が司会を務め、ゴア (Al Gore) 副大統領及び共和党の4人の大統領候補者らが参加した。また、当時テキサス州知事であったブッシュ (George W. Bush) も、開催にあたって挨拶を述べた。詳細は、Fishkin, <i>The Voice of the People</i> , pp.177-196。
4	地域レベル	1996年6月	アメリカ合衆国	テキサス州 コーパスクリスティ	電力の統合資源計画など	セントラル・パワー・ライト (Central Power and Light) 社によって実施。4、6、7、9-11及び13-14の概略は、Fishkin, <i>The Voice of the People</i> , pp.200-203、詳細は、Robert C. Luskin, James S. Fishkin and Dennis L. Plane, "Deliberative Polling and Policy Outcomes: Electric Utility Issues in Texas," (paper presented at the annual meeting of the Association for Public Policy Analysis and Management, Washington D. C., 1999)。
5	全国レベル	1996年7月	英国	マンチェスター (グラナダテレビジョン・スタジオ)	君主制	
6	地域レベル	1996年8月	アメリカ合衆国	テキサス州 アビリーン	電力の統合資源計画など	西テキサス・ユーティリティー (West Texas Utilities) 社によって実施。
7	地域レベル	1996年8月	アメリカ合衆国	ルイジアナ州 シュリーブポート	電力の統合資源計画など	南西エレクトリック・パワー社 (Southwestern Electric Power Company) によって実施。
8	全国レベル	1997年4月	英国	マンチェスター (グラナダテレビジョン・スタジオ)	1997年総選挙	詳細は、Fishkin, <i>The Voice of the People</i> , pp.196-200。
9	地域レベル	1997年8月	アメリカ合衆国	テキサス州 エルパソ	電力の統合資源計画など	エルパソ・エレクトリック (El Paso Electric) 社によって実施。
10	地域レベル	1998年1月	アメリカ合衆国	テキサス州 ヒューストン	電力の統合資源計画など	ヒューストン・ライティング・パワー社 (Houston Lighting and Power Company) によって実施。
11	地域レベル	1998年5月	アメリカ合衆国	テキサス州 ボーモント	電力の統合資源計画など	エンタジー・テキサス (Entergy Texas) 社によって実施。



第6章 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義

12	全国 レベル	1998年 7月	英国	マンチェスター (グラナダテレビジョン・スタジオ)	国民医療サービス (National Health Service)	
13	地域 レベル	1998年 10月	アメリカ 合衆国	テキサス州 アマリロ	電力の統合資源計画 など	南西パブリック・サービス社 (Southwestern Public Service Company) によって実施。
14	地域 レベル	1998年 10月	アメリカ 合衆国	テキサス州 ダラス	電力の統合資源計画 など	テキサス・ユーティリティーズ社 (Texas Utilities Companies) によって実施。
15	全国 レベル	1999年 10月	オースト ラリア	キャンベラ (旧国会議事堂)	共和制移行をめぐる 1999年の国民投票	オーストラリア国立大学社会科学調査 学部との協力の下、イシュー討論オース トラリア (Issues Deliberation Australia) に よって実施。ABC、オーストレイリアン紙 などが協力。
16	全国 レベル	2000年 8月	デンマー ク	オーデンセ (南デンマーク大学)	ユーロ加盟に関する 2000年の国民投票	国営テレビ放送網 DR、マンデー・モー ニング (Monday Morning) 出版などによ り実施。ポール・ラスムセン (Poul Nyrup Rasmussen) 首相、野党党首のアンデル ス・ラスムセン (Anders Fogh Rasmussen) などが参加。詳細は、Kasper M. Hansen and Vibeke Normann Andersen, "The Deliberative Poll: Opinion formation in the experimental context of Deliberative Polling," (paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, San Francisco, 2001)。
17	全国 レベル	2001年 2月	オースト ラリア	キャンベラ (旧国会議事堂)	アボリジニとの和解に 関する2001年の国民 投票	
18	地域 レベル	2002年 3月	アメリカ 合衆国	ニューヘイブン (イエール大学)	ニューヘイブン、コネ チカット及びその周辺 地域における地方空 港の将来と地方の歳 入分与	
19	全国 レベル	2002年 10月	ブルガリ ア	国立文化宮殿	犯罪	自由戦略センター (Center of Liberal Strategies)、アルファ・リサーチ (Alpha Research)、BTVによって実施。
20	全国 レベル	2003年 1月	アメリカ 合衆国	ペンシルベニア州 フィラデルフィア	世界の中のアメリカの 役割 (イラク戦争直前 期の外交政策)	
21	全国 レベル	2003年 1月	アメリカ 合衆国	(オンラインでの 実施)	世界の中のアメリカの 役割 (イラク戦争直前 期の外交政策)	4週間かけて、1週間に2回、1時間、 オンライン上で集まる機会を設ける。20 と並行して実施。スタンフォード大学政 治コミュニケーション研究室 (Political Communication Laboratory) との共催。詳 細は、Center for Deliberative Democracy and Political Communications Lab (Stanford University), "First Online Deliberative Opinion Poll@: Reveals Informed Opinions on World Problems," 2004。
22	全国 レベル	2004年 1月	アメリカ 合衆国	(オンラインでの 実施)	大統領予備選挙	5週間かけて、1週間に1回、1時間、オ ンライン上で集まる機会を設ける。スタ ンフォード大学政治コミュニケーション 研究室と共催。ブッシュ (George W. Bush) 大統領とケリー (John Kerry) 民主

						党大統領候補の政治姿勢について、経済、エネルギー、健康、安全保障、対イラク政策などを中心に小規模で実施。
23	全国レベル	2004年1月	アメリカ合衆国	右記の10都市	アメリカの対イラク政策と通商政策	開催都市は、ルイジアナ州バトンルージュ、ウィスコンシン州グリーンベイ、ミズーリ州カンザスシティ、ネブラスカ州カーニー、ミネソタ州ミネアポリス、ペンシルベニア州ピッツバーグ、ニューヨーク州ロチェスター、カリフォルニア州サンディエゴ、フロリダ州サラソータ、ワシントン州シアトル。詳細は、Center for Deliberative Democracy, “By the People: January Deliberative Poll® Result,” 2004。

出典：1997年までのものについては、Fishkin, *The Voice of the People*, pp.214-220を、2002年までのものについては、スタンフォード大学討議民主主義センターが提供しているJames S. Fishkin, *Deliberating Polling®: Toward a Better-Informed Democracy*, 2004を、それぞれ参照しつつ、そこで明らかになっていない事項については、個別の討論型世論調査の報告書等を参考に、筆者が作成。

表 2: 1994 年の英国での犯罪をめぐる討論型世論調査の結果(抄)

	討議前	討議後	変化
より多くの犯罪者を刑務所に送致することが犯罪抑止手段として効果的であることに賛同する。	57%	38%	-19%
裁判所は犯罪者をあまり刑務所に送致すべきでないことに賛同する。	29%	44%	+15%
一般的に厳罰判決は犯罪と立ち向かうための有効な手段であることに賛同する。	78%	65%	-12%
有罪判決を得るためにはときには警察官は規則を逸脱してもかまわないということに強く反対する。	37%	46%	+9%
犯罪者を野放しにすることよりも無実の人に有罪判決を下すことのほうが悪いことだと考える。	62%	70%	+8%
被疑者は警察官の尋問に対して黙秘する権利を持つべきであるということに賛同する。	36%	50%	+14%
特定の犯罪については死刑が最も適切な刑罰であるという意見に賛同する。	68%	68%	±0%
終身刑はより厳しい苦痛の刑罰であるという意見に賛同する。	71%	71%	±0%
終身刑はより緩やかな刑罰であるという意見に賛同する。	75%	73%	-2%

出典：Fishkin, *The Voice of the People*, pp. 206-209

表 2 に示されているように、討論型世論調査を行った結果、討議前と討議後とでは被験者の意見の変化が顕著に表れている。例えば、1994 年の英国での犯罪をめぐる討論型世論調査では、刑事裁判で有罪とされた者に対する収監の犯罪抑止効果に疑問をもつ被験者が大幅に増え、逆に、被疑者の黙秘権の保障に理解を示す被験者が大幅に増えた<sup>11</sup>。質問内容によっては討議過程を経ても意見が変わらないものもある（例えば、1994 年の英国での調査では、刑罰そのものに対する考え方は、討議前と討議後とでほとんど変化がなかった）が、いずれにせよ、調査に参加した被験者の多くは、当該政策課題に関する知識を習得し

<sup>11</sup> Fishkin, “The Televised Deliberative Poll”, pp. 136-140; Fishkin, *The Voice of the People*, pp.205-209. もとより、刑事裁判で有罪とされた者に対する収監の犯罪抑止効果に疑問をもつことや、被疑者の黙秘権の保障に理解を示すことが正しいか否かについては、本稿の主題と無関係であるし、調査における関心事でもない。

熟考するだけでなく、他者との討議を通じて異見に対して理解しようと試みており、また、全体を通じて討論型世論調査の意義を高く評価している（例えば、1996年にアメリカ合衆国で行われた「全米政策争点コンベンション（National Issues Convention）」と題する討論型世論調査の被験者の86%が、この調査をきわめて有意義な経験であったと回答している<sup>12)</sup>。

多くの争点について、討議過程を経ることにより被験者の意見が変化していることから、討議の実施と被験者の意見の変化との間に相関関係が存在することがわかる。さらに、討議の実施と被験者の意見の変化との間に因果関係が存在しているということについては、2003年にアメリカ合衆国で実施された討論型世論調査の結果とコントロールグループによる調査の結果との比較（表3）で確認することができよう。

表3:2004年1月のアメリカ合衆国の対イラク政策と通商政策をめぐる討論型世論調査の結果(抄)

	討議参加者 (討議後)	コントロール グループ
合衆国がイラクの占領を終了する前に、イラクで民主政治が確立されることは、絶対に必要またはきわめて重要である。	32%	51%
合衆国がイラクの占領を終了する前に、たとえ民主的でなくてもイラクで安定した政権が樹立されることは、絶対に必要またはきわめて重要である。	83%	72%

出典:Center for Deliberative Democracy, “By the People: January Deliberative Poll® Result,” 2004

この討論型世論調査は、フィッシュキンの主張する討議民主主義理論<sup>13)</sup>に基づき制度設計された、公共政策をめぐる問題の本質を理解し、討議を行うための場を設ける1つの社会実験である<sup>14)</sup>。フィッシュキンによれば、一般の国民は、公共的な政策課題に対して、経済的合理性ゆえにダウنز(Anthony Downs)のいう合理的無知(rational ignorance)の状態にあり、かつ、態度を決定できない状態(コンバース(Philip Converse)のいう非態度(nonattitude))

<sup>12)</sup> Fishkin, *The Voice of the People*, p. 222. 9段階評価で最も高い指標を付けた被験者が73.3%、次に高い指標を付けた被験者が12.7%であった(*ibid.*)。

<sup>13)</sup> フィッシュキンの討議民主主義理論については、James S. Fishkin, *Democracy and Deliberation: New Directions for Democratic Reform*, Yale University Press, 1991及びFishkin, *supra* note (12)。

<sup>14)</sup> 討論型世論調査を社会的合意形成を促すための制度と評価することもできるかもしれない。もっとも、フィッシュキン自身は、必ずしも討論型世論調査を問題の本質の理解と社会的合意形成を促すための制度としては位置づけておらず、むしろ、近年では、理想的な選挙運動の一態様であるとも述べている(James S. Fishkin, Robert C. Luskin and Roger Jowell, “Deliberative Polling and Public Opinion,” *Parliamentary Affairs*, 53, 2000, p. 661)。彼が討論型世論調査の目的として合意形成を挙げることに消極的なのは、合意形成過程における強制圧力の可能性(過度な結論志向性から十分な討議が制限されるおそれがある)を危惧しているためであると思われるが、しかしながら、強制圧力は合意の本質的要素ではなく、むしろ、理想的な合意形成の阻害要因ですらあると解する見地からは、討論型世論調査を合意形成を促すための制度と位置づけることの障害はない。その論証は、社会的合意の構造及び構成要素を解明しなければできないので、本稿ではその点の結論を今後の課題としたうえで留保するが、少なくとも、制度の意義、背景となる理論及び過去の運用に照らして、討論型世論調査は、合意形成のための要件の1つである実質的討議を包摂する制度であるとはいえよう。

にあるのがふつうであるが、これらの状態は決して望ましいものではない。そこで、これら2つの問題を克服すべく企図されたものが、討論型世論調査である<sup>15</sup>。

なお、討論型世論調査における討議後の被験者の意見分布は、知識の習得と討議という過程を経て匡正されているので、決して一般的な国民の意見を代表するものではない。その意味では、純然たる世論調査とは明確に区別して考えなければならないものである。

---

<sup>15</sup> Fishkin, “The Televised Deliberative Poll”, pp. 133-134.

### 3. 公共政策をめぐる討議のための制度の分析視角

これまでに諸外国で行われてきた討論型世論調査は、経済、外交、政治体制の変更など、国民にとって重要な政策課題を扱っている。そして、そのような政策課題の多くはきわめて論争的であり、民主主義国家においては、国民が十分な情報に基づいて問題の本質を理解し、一定の社会的合意が形成されるよう努めたうえで決定することが望ましいものであるといえる。

論争的でありながらも決定が求められる政策課題については、現在、多くの民主主義国家においては、原則として、有権者たる国民が選挙を通じて議員を選出し、その議員からなる議会での審議によって決定されている。しかしながら、問題の本質の理解や社会的合意の形成が十分になされなかったために、国民の表層的な意思と議会における多数派の意思とが乖離し、それが問題視されることがある<sup>16</sup>。

政策形成・決定過程において、政策の決定に先立つ社会的合意をいかに形成すべきかは、個別の公共政策の正当性・妥当性の研究と並び、総合政策学が検討すべき課題の1つである。本節では、討論型世論調査以外の公共政策をめぐるさまざまな討議のための制度などについて、その特徴を示したうえで、類型化することとする。現実には存在する多種多様な公共的討議の場を網羅的に列挙し吟味することは困難であるので、本稿では、特徴的な制度を例示的に挙げたうえで検討するにとどめることとする<sup>17</sup>。

定位のための指標としては、はじめに、(1) 決定する資格のある者全員が公共的討議の場に参加することができるのか、ごく一部の者のみが参加できるのか(参加性)、(2) そこで示される意見は、参加者によって十分に熟慮され討議されたものであるのか、それとも直感的なものであるのか(討議性)という2つの観点から検討する。そして、さまざまな政治体制にも親和性をもち、かつ、参加性と討議性とを充足しうる制度として、古代から高く評価され、きわめて多くの国において、憲法によって正統性を付与された制度が、選挙と議会という組み合わせである<sup>18</sup>。

<sup>16</sup> 例えば、報道機関等が、(有権者の多数が支持したはずの)議会における多数派の推進する政策をめぐる、世論調査を行い、その結果が議会多数派の意思とは異なった場合、「議会は、民意を反映していない」などと批判することがある。

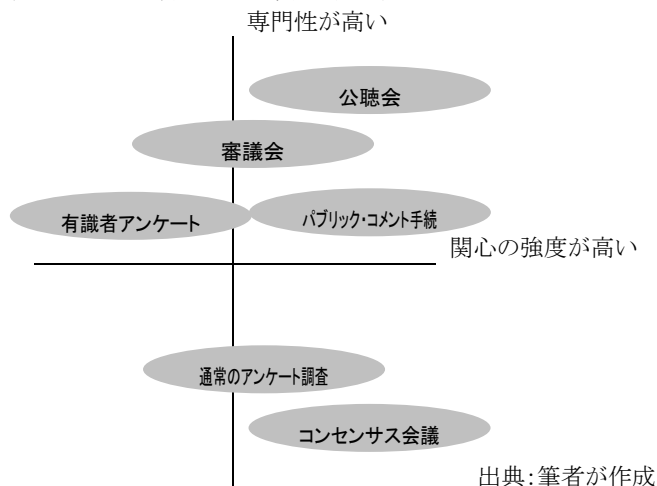
<sup>17</sup> 近年、地方公共団体レベルで、公式・非公式のものも含めて、さまざまな住民参加システムが提唱され、実践されている。例えば、電子会議室を公共的討議の場としてどのように評価しうるかなどは、きわめて興味深い論点である。これらは、挙げて今後の検討課題としたい。

<sup>18</sup> 選挙と議会は、どちらか一方のみで参加性と討議性の双方を充足しうるものではない。有資格者に広く開放された選挙が参加性を、その選挙で選出された議員が十分に審議を尽くすことのできる構造を備えた議会が討議性を、それぞれ供給し、この2つの制度が組み合わせることによってはじめて、参加性と討議性をともに充足しうる評価できる。したがって、例えば、議会における審議が十分になされないような状態では、議員が選挙によって選出されたとしても、討議性という観点から議会将正の象限に位置づけることはできない一方、議員が選挙によって選出されない場合や、その選挙が国民に十分に開放されて

理念型としてのタウン・ミーティング<sup>19</sup>は、参加性と討議性をともに充足するものであるが、政治的意思決定を行う資格のある国民の範囲が広がった現代社会においては、ほぼ実現不可能である。わが国でも、地方自治法 94 条が、町または村の議会に代えて、有権者たる住民全員によって構成される町村総会についての規定を設けているが、現行地方自治法下では、わずか 1 件しか実例が存在しないこと<sup>20</sup>から考えるに、現実には町村総会が議会の代替として機能することはきわめて困難であると思われる。

そもそも、合意形成の前提となる実質的討議を行うためには、その規模は小さくなくてはならず、現代のように大規模化した社会では、構成員すべてが参加して実質的討議を行うことは困難である。そこで、全構成員の参加に代わり、一部の構成員の参加によって討議を行う制度設計について検討してみよう。この場合、公共的討議の場の参加者について、(3) 個人の積極的な意思に基づいて参加するか否か（関心の強度）と、(4) 当該政策課題についての専門的知見を有するか否か（専門性）という 2 つの要素を考えることとする（図 1）。

図 1 関心の強度と専門性を座標軸とする平面



先端科学技術などをめぐり、素人である国民が、専門家との質疑や討議を通じて一定の結論を導出するコンセンサス会議（consensus conference）<sup>21</sup>は、参加者（15 人程度）が公募

いないものであれば、議会での審議が十分であっても、選挙は参加性の低いものといわざるをえない。

<sup>19</sup> ここでいうタウン・ミーティングとは、植民地時代のアメリカ（特に、ニューイングランド）において、教会の管区であり、かつ、行政上の区画であったタウン（town）という小規模の自治体の住民総会を指す。自由民たる住民全員が、年 1 回集まり、そこで植民地の共同事務に関する事項を決定していた。

<sup>20</sup> 人口 61 人（有権者数約 30 人）の東京都宇津木村（当時）で、終戦直後にごく短期間設置されていたにすぎない（第 153 回国会衆議院総務委員会第 12 号 14 頁における重野安正衆議院議員の質疑に対する芳山達郎総務省自治行政局長の答弁を参照）。

<sup>21</sup> 1987 年にデンマークで行われた遺伝子工学の工業及び農業への利用の可否をめぐるコン

に応じて自発的に参加を希望した者から選出されるものであり<sup>22</sup>、関心の強度と専門性を座標軸とする平面において、第4象限（関心の強度が正で専門性が負の象限）に位置づけられる。かつてわが国で行われていた原子力政策円卓会議<sup>23</sup>も、参加型政策分析（participatory policy analysis）の1つとして評価されているが、大別すれば広義のコンセンサス会議に分類することができるので、同様に第4象限に位置する。

わが国では、行政改革の潮流から生まれ、現在ではすっかり定着しているパブリック・コメント手続という制度<sup>24</sup>は、本人が望む限りで参加は広く一般国民に開かれている（したがって、理念的には、専門性は負である）が、実際には、当該政策課題について利害関係を有する者や専門家が利用者の大半を占めているというわが国における運用の実態にかんがみるに、専門性が正の第1象限に位置づけるべきであると考えられる。同様に公聴会<sup>25</sup>も、そ

---

センサス会議がその最初のものでされており、90年代に入り、オランダ、英国、ノルウェーなどで実施されるようになり、わが国でも、98年、99年及び2000年に実施された。なお、コンセンサス会議についての邦語文献は多数あるが、さしあたり、若松征男「科学技術への市民参加を展望する」研究技術計画15巻3・4号（2000年）168頁、木場隆夫『コンセンサス会議における市民の意見に関する考察（科学技術庁科学技術政策研究所調査資料70）』（科学技術庁、2000年）、久保はるか「科学技術をめぐる専門家と一般市民のフォーラム」季刊行政管理研究96号（2001年）40頁、小島剛「非専門家の科学への参加と科学政策の民主的議論」ソシオロジ48巻1号（2003年）111頁、小林傳司『誰が科学技術について考えるのか』（名古屋大学出版会、2004年）を参照。

<sup>22</sup> ただし、デンマークにおいて法的制度として行われているコンセンサス会議は、割当法による標本抽出を行った後、参加の可否を問い、参加者を決める。したがって、コンセンサス会議の参加者は自発的に参加を承諾した者であるが、この点が、討論型世論調査における参加者選出過程（参加者の属性構成を母集団の属性構成と近似するよう設計するために、精度の高い無作為抽出を実施し、ときには断られても何度も説得を繰り返し、能動的な参加を促すこともある）と大きく異なる。もとより、この点は、コンセンサス会議と討論型世論調査との優劣を決めるものではない（前者は関心の強度が、後者は代表性が優れているという差異があるにすぎない）。

<sup>23</sup> 原子力政策の透明性・説明責任を高め、国民の多様な意見を求め原子力政策に反映するため、1996年3月、原子力委員会の一組織として設置され、会議そのものは、96年、98年及び99年に実施された。地方公共団体の首長、さまざまな分野の専門家、公募による参加者などが、公開の場で討論を行うものであり、討論の成果は、モデレータによって提言としてとりまとめられた。原子力政策円卓会議の分析については、大山耕輔『エネルギー・ガバナンスの行政学』（慶應義塾大学出版会、2002年）111-131頁や小島前掲注（21）118-119頁に詳しい。

<sup>24</sup> パブリック・コメント手続とは、行政機関等が、規制の設定または改廃に伴い命令等を策定する過程において、専門家や利害関係者その他広く国民等に、政策等の趣旨や原案等を公表し、それに対して提出された意見や情報を考慮して意思決定を行うという手続を指し、国の行政機関では、1999年4月以降実施されている（当初は、1999年3月の「規制の設定又は改廃に係る意見提出手続（閣議決定）」に従って行われていたが、その後、2005年6月の法改正（平成17年法律第73号による）により、行政手続法第6章（意見公募手続等、第38条から第54条まで）として法定された（同閣議決定は、2006年4月に廃止された））。

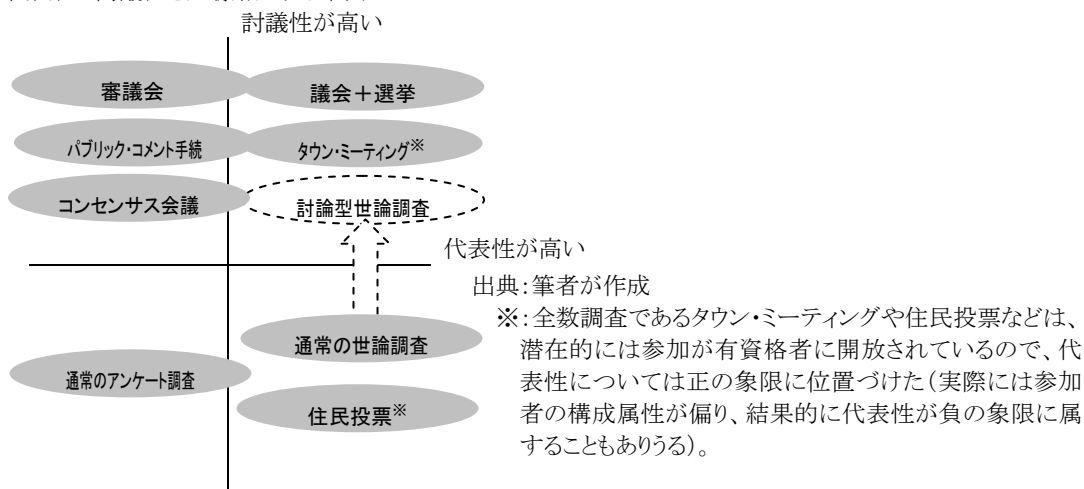
<sup>25</sup> 公聴会とは、国または地方公共団体の機関が、一定の事項について決定をしようとする場合に、広く学識経験者や利害関係者などから意見を聞いて参考にするために設けられる制度を指し、国会または地方公共団体の議会の委員会による公聴会（国会法51条、地方自

の多くは第1象限に属する。

行政機関等による政策決定の前段階として、パブリック・コメント手続と同様に多用されている審議会<sup>26</sup>については、それが公募制のものであるか、それとも、委員が行政機関等から委嘱されるものであるかによって、関心の強度の正負が異なりうるが、いずれにせよ、専ら、当該政策課題についての専門家が委員として選任されるのが通例であるから、一般的には、第1または第2象限に属する。

このように関心の強度と専門性とがともに高い公共的討議の場では、参加者は主体的に討議に参加するので、一般的には、討議性の高い議論が展開されることが予想されるが、そこで示される意思は、一般国民の意思とは必ずしも合致するものではなく、一部の利害関係者や専門家の意思であることが多い。そこで、(5) 公共的討議の場の参加者の属性構成が母集団（例えば、国レベルの政策であれば、全国民）の属性構成と近似するように標本抽出するか否かという指標（代表性<sup>27</sup>）と討議性とで、改めて種々の公共的討議の場を再検討してみると、図2の示すとおりになる（ここには、次節で検討するものも含まれている）。

図2 代表性と討議性を座標軸とする平面



治法 109 条 4 項など)、都市計画法上の公聴会（都市計画法 16 条 1 項）、命令の制定・改廃に際しその原案について広く意見を聴くために行政機関によって置かれる公聴会、申請に対する処分について当事者以外の者の意見を聴くために行政機関によって置かれる公聴会（行政手続法 10 条）などがある。

<sup>26</sup> 審議会とは、国の行政機関や地方公共団体に付置され、その所掌事務のうち一定の事項について、調査や審議を通じて何らかの形で意思決定に参加する合議制の機関をいい、国の場合は、国家行政組織法 8 条に定める行政機関である。ここでは、そのほかに、法令上の根拠を有しない私的諮問機関をも含む広義の審議会を指すこととする。

<sup>27</sup> ここでいう代表性とは、法的意味ないし政治的意味の代表ではなく、当該公共的討議の場の参加者の属性構成が母集団の属性構成と近似し、あたかも参加者集団が母集団の小宇宙（microcosm）のようになっていること（統計学的意味の代表）を指す。



## 4. 討論型世論調査の公共的討議の場としての意義

前節で検討したさまざまな公共政策をめぐる討議の場ないし決定の場の構想は、それぞれ固有の特徴を有しており、一様に優劣を決することはできない。当該政策課題の性格如何によって、それにふさわしい制度は異なる。

国民にとって広く利害関係を有する政策課題であればあるほど、一部の利害関係者や専門家だけで意思決定を行えばよいというのではなく、むしろ、政治的平等の観点からより多くの国民が決定に関与することが望ましいということは、民主主義理論における当然の事理である。

その一方で、限定された一部の者のみに影響が及ぶ政策課題や、判断を行うにあたって高度な専門的知見等が求められる政策課題については、必ずしも参加性または代表性の高い制度がふさわしいとはいえない。ただし、今日では、原子力政策や遺伝子技術政策など、きわめて専門性の高い政策分野であり、従来は一般国民の決定参加が必ずしも要請されていなかった領域についても、その影響力の一般性ゆえに、合意形成のための前段階として一般国民の参加の必要性と重要性が主張されているものもある。前述のコンセンサス会議は、まさにかかる文脈から登場してきたものである。

さて、公共政策の決定は、より多くの国民の選好が反映されるように行うべきであるという観点に立つならば、住民投票は、最も理想的な政治制度の1つであると評価しうる。また、世論調査を頻繁に実施し、そこで示された民意に政策決定を従属させるという制度設計構想も一案である。いずれも、議会という装置を経由しないため、選挙と議会による政策決定よりも、国民の生の選好に忠実であるといえる<sup>28</sup>。

前節で示した指標によって分類すれば、住民投票は、投票資格があれば原則として参加できるという点で、参加性が正の領域に属するものであり、また、精度の高い標本抽出に基づく世論調査は、代表性が正の領域に属するものである。いずれも、政治的平等という点で優れた特性を有しており、特に、多くの国民が議会に対して不信感（制度としての議会に対する不信だけではなく、その構成員に対するそれも含めて）を抱くことが常態化している社会においては、こういった参加性や代表性の高い政治制度は、民意をより反映したものであるとして肯定的に評価されうる。

しかしながら、改めて前節で提示した指標にかんがみるに、世論調査も住民投票も、国民の直感的な選好を集計するものであるため、討議性は負の領域に属する（ただし、住民投票の実施にあたっては、通常は、広報紙や説明会を通じて情報提供を行うので、そのような投票に先駆けて行われる情報共有過程で、若干、討議性が高められることもあろう）。

国民の生の選好を集計し、その充足の最大化を図るように政策決定を行うことを民主政治と考えるのか、それとも、国民の熟慮と討議に基づいて政策決定を行うことを民主政治

<sup>28</sup> 媒介者が存在しないので、媒介者が入力された民意を加工・修正して出力する危険がないためである。

と考えるのか。これは、ヤング (Iris M. Young) の用語法<sup>29</sup>にならえば、民主主義理論における選好の集計モデル (aggregative model) と熟慮・討議モデル (deliberative model) との対立である。

考慮すべき要因が高度に複雑化・専門化し、国民の選好が多様化した現代社会においては、重要かつ論争的な公共政策の決定は、予断や偏見を排除したうえで、十分な情報が与えられ、問題の本質を理解し、他の考えられる選択肢を考慮し、内心における熟慮と他者との間の討議とを通じて創成される選好に基づくべきであろう。政策決定は国民の「生の (raw) 意見」ではなく「精練された (refined) 意見」に基づくべきであるというマディソン (James Madison) の警句<sup>30</sup>にかんがみれば、重要で論争的な公共政策の決定にあたっては、討議性の高い公共的討議の場を経ることが望ましいといえよう。そこで、注目されるのが、第2節で概観した代表性と討議性とがともに正の象限に位置づけられる討論型世論調査である<sup>31</sup>。

討論型世論調査は、あくまで公共政策をめぐる問題の本質を理解し、討議を行うための場を設ける社会実験であって、政策決定及びその基本的前提となる社会的合意形成のために構想された制度ではない。しかしながら、討論型世論調査における議論を通じて国民 (実際に調査に参加した被験者のみならず、それを放送したものを視聴した者を含む) は当該政策課題の理解を深めることができ、また、討論型世論調査における討議やその結果は、政府や議会によって公共政策が決定される際の参考として利用することも可能であろう。また、フィッシュキンとアッカーマンによる討議の日構想<sup>32</sup>のように、大統領選挙などの直前に討論型世論調査を実施することにより、そこでの議論を選挙に結合させ、単なる候補者や政党のイメージの選択の場から実質的な政策選択の場へと、選挙の意義を転換させることも考えられなくはない (ただし、公共的討議の場としての討議の日は、大統領などを選

<sup>29</sup> Iris M. Young, *Inclusion and democracy*, Oxford University Press, 2000, pp.18-26. 本稿第4章を参照。

<sup>30</sup> Alexander Hamilton, James Madison, and John Jay (notes by Charles R. Kesler and edited by Clinton Rossiter), *The Federalist Papers*, Mentor Book, 1999 (original version published in 1788), p. 50.

<sup>31</sup> 討論型世論調査のほかにも、キャンベル (Vincent Campbell) により提唱されたテレヴोट (Televote)、クロスビー (Ned Crosby) が率いるジェファーソン・センター (Jefferson Center) による市民陪審 (Citizen Jury)、ディーネル (Peter C. Dienel) の発案によるプランングスツェレ (Planungszelle) など、より多くの情報を与えたうえで世論を人工的に形成し、その結果を何らかの形で政策決定に反映させようという実験は、これまでも行われてきた。しかし、これらは、基本的には討議民主主義理論とは無関係に発展してきたものであり、また、まだ実験の域を出ていないので、本稿では、それらについての評価は行わないこととする。

<sup>32</sup> なお、討議の日は有権者全員を悉皆的に対象とするものであり、母集団を統計的に代表するように無作為抽出した被験者を対象とする討論型世論調査とは、座標軸が異なる。すなわち、討議の日は参加性の高い制度であるのに対して、討論型世論調査は、代表性の高い制度である。その他、討論型世論調査と討議の日の差異については、Ackerman and Fishkin, *Deliberation Day*, pp. 65-73 を参照。

出する選挙そのもの（「決定のための制度」）ではなく、来たる選挙に向けて、有権者の理解を増進し、参加意識を向上させるための制度である（あくまで「討議のための制度」にとどまる）点に注意が必要である）。

さらに付言すれば、討論型世論調査は住民投票を決して否定するものではなく、むしろ、住民投票と討論型世論調査とを組み合わせることにより、住民投票の討議性を補完することができる。これまでも、共和制への移行をめぐる1999年及びアボリジニとの和解をめぐる2001年のオーストラリアでの討論型世論調査や、ユーロ加盟をめぐる2000年のデンマークでの討論型世論調査は、その是非を問う国民投票の数週間前に実施され、その模様は、新聞やテレビ放送等を通じて全国民に伝えられている。

もとより、討論型世論調査にも、いくつかの難点がある。被験者に対して与える情報が公平でなければ、得られる結果もきわめて危険な歪められたものになってしまうし、また、何よりもその実施には莫大な費用がかかる。

しかしながら、民主主義的政策決定の基盤となる社会的合意形成のための実質的討議が、この討論型世論調査によって少しでも実現されるのであれば、かかる費用をはるかに超える効果があるといえるのではないか。欧米ですでに20回以上も実施され、その実効性に多くの注目が集まる討論型世論調査は、さまざまな分野で真の社会的合意の形成を渴望している現在のわが国にとって、閉塞打開のための可能性の1つとなりうるといえよう。

また、優れて精緻な理論研究に基づき慎重に構想された討論型世論調査のさまざまな特徴は、新たな公共的討議の場を創設しようとする際には、十分に参照に値するといえよう。第1編でみた2009年5月までにわが国で実施される予定の裁判員制度が、公共的討議の場を創設するものであるとすれば、討論型世論調査をめぐる議論が、その制度設計、解釈、運用などを考えるうえで、一定の示唆を与えることになろう<sup>33</sup>。

---

<sup>33</sup> もとより、討論型世論調査は、討議民主主義理論に基づき制度設計された公共的討議の場の構想の1つにすぎないので、その比較の際には注意を要する。討論型世論調査が、討議民主主義理論に基づく公共的討議の場の構想のすべてであるわけではなく、当然のことながら、討議民主主義理論に基づくまったく別の公共的討議の場の構想も成立しうる。

## インターラード 裁判所の司法権行使の民主的正統性

第3編では、討議民主主義理論に基づき、国民の司法参加の制度である裁判員制度の意義の再構成を試みるが、その前提として、司法と国民主権の原理ないし民主主義の原理<sup>1</sup>との関係をめぐる憲法解釈論上の基本的な事項を整理しておく必要がある。

### (1) 問い

裁判所は、国会や内閣などとは異なり、直接的な民主的正統性を調達する手段を有していない。にもかかわらず、それが国家の統治権の内容である司法権を行使するのは、なぜか——これが、このインターラードにおける問いである。

この問いに対しては、形式的に解答するならば、次のような解が直ちに示されることだろう。すなわち、正統な憲法が、司法権という国家作用を、明文で、裁判所に付与した（日本国憲法76条）から、当然に裁判所の司法権行使が正統化されるのだという解である。国民主権国家において、憲法制定権力は国民に由来するのだから、国民に正統性を帰することができる憲法が裁判所に司法権を配分したというだけで、それ以上の詮索は無意味であるという。

これは、いうまでもなく、正しい解である。ただし、この解は、解として成り立つ正解であっても、命題の本質をとらえそれに正面から解答しようとするものではない。たしかに、憲法は、司法権という国家作用を、国会や内閣のような国家機関に対してではなく、裁判所という国家機関に与えた。

では、なぜ、裁判所に与えたのか。そして、なぜ、裁判所は（現憲法の定めるような）裁判所として作られたのか——問題は、そこにある。

憲法が裁判所という国家機関を設計する際に、より強い民主的正統性を有する組織にするという選択肢もありえたはずである。にもかかわらず、なぜ、そうしなかったのか。そこには、どのような政策的含意があるのか。

### (2) 国民主権国家における国家機関とその民主的正統性

国民主権国家において、国家機関の統治権の行使は、基本的には、その国家作用に対する国民による民主的正統性の付与によって正統化される。樋口陽一教授のいうように、「今日、およそ公権力はなんらかの意味で「国民」意思によって正統化されるものでなければ

<sup>1</sup> 憲法学において、国民主権と民主主義とは、微妙な関係にある。通説的見解によれば、国民主権とは、国の統治あるいは国の政策についての自己決定原理であると解される一方、民主主義は、その決め方の手段・手続の問題であると解され、必ずしも等号で結ばれる関係にはない（松井茂記・井上典之「憲法訴訟と民主主義」井上典之・小山剛・山元一＝編『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）221頁（井上典之＝発言））。

ならない」<sup>2</sup>。わが国においては、国会が立法権を行使すること（日本国憲法 41 条）が正統化されるのは、その構成員である衆議院及び参議院の議員が、国民による選挙によって選出された全国民の代表である（43 条 1 項）からである。また、議院内閣制を採るわが国で、内閣が行政権を行使しうる（65 条）のも、その首長たる内閣総理大臣が、国民代表機関である国会の議決によって、国会議員の中から指名され（67 条 1 項）、その他の構成員である国務大臣が、内閣総理大臣によって任命される（しかも、その過半数は国会議員でなければならない（68 条 1 項））からである。国会は、選挙という直接的に民主的正統性を獲得する手段を有しており（その意味では、国会、内閣、裁判所という 3 つの国家機関のうち、国民から最も近い存在である）、内閣は、国民により直接に選挙された議員からなるその国会によってその構成員が選任され信任され続ける限りで、正統なものとなる。そのことは、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」（傍点は筆者による）と定める日本国憲法 66 条 3 項や、衆議院の信任を失えば存在し続けられないとする 69 条<sup>3</sup>の規定からも明らかである。内閣は、国会という媒体を通じて、間接的に民主的正統性を調達しており、その行政権の行使の正統化根拠は、国会を媒介した民意に依存している。

つまり、権力の源泉たる憲法<sup>4</sup>の定める基本的な国家権力の分割、配分及び抑制・均衡の下、国会の立法権行使は、その構成員が国民の選挙によって選任されることにより直接的に正統化され、また、内閣は、その構成員が直接または間接的に国民の代表機関である国会によって選任されることと、その行政権行使が国民の代表機関である国会に対して連帯責任を負うことにより間接的に正統化される。

では、裁判所の司法権行使の正統性は、日本国憲法上、どのように規定されているのだろうか。

この点、第一に、裁判所の構成員である裁判官の任免について、(1) 内閣によって、指名（最高裁判所長官について、6 条 2 項）ないし任命（その他の裁判官について、79 条 1 項、80 条 1 項）がなされること、(2) 最高裁判所の裁判官について、国民がその適否を直接投票によって判断する国民審査制度（79 条）が設けられていること<sup>5</sup>、(3) 重大な非違の

<sup>2</sup> 樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998 年）502 頁。あるいは、樋口教授は、「国民主権を掲げる憲法のもとで、権力分立機構は、なんらかの意味で、「国民」という正統性根拠と結びついている」とも述べている（樋口陽一『憲法〔第 3 版〕』（創文堂、2007 年）320 頁）。

<sup>3</sup> 衆議院により不信任の決議案が可決され、または、信任の決議案を否決されれば、内閣は、10 日以内に、自らを信任しない衆議院を解散させるか、自ら総辞職しなければならない（69 条）。この場合、前者を選択したとしても、解散に続く総選挙を経て召集される国会の冒頭で、総辞職をしなければならない（70 条）ので、いずれにせよ、衆議院の信任を失った内閣は、存立しえない。まさに、内閣は、国会と一蓮托生の関係にあるといえる。

<sup>4</sup> いうまでもなく、この憲法自身が、その正統性を国民に負っている。すなわち、憲法制定権力と、制度化された憲法制定権力である憲法改正権は、ほかならぬ国民に与えられている（日本国憲法 96 条 1 項）。

<sup>5</sup> この点、佐藤幸治教授は、「憲法がとくに最高裁判所裁判官の適否について有権者団に判断させることにしたことは積極的な意義があると解さるべきである。つまり、相互に依存的存在でありながら、同時にときには反発し合う、法の支配の原理と民主主義の原理との微

ある裁判官を罷免する弾劾裁判制度（64条2項）<sup>6</sup>が設けられていることの3点を指摘しよう。つまり、裁判官の任免に関して、特に任命については、間接的ながらも民主的正統性を有するよう、憲法は制度設計している。ただし、任命権者である内閣それ自体も、民主的正統性を直接調達していないことを考えれば、その国民との距離は、きわめて遠いものと言わざるを得ない。そして、罷免に関しては、国民審査制度という国民の直接的な参加制度があるものの、それは、最高裁判所の裁判官のみに対象が限定されたものであり（下級裁判所の裁判官は、国民審査の対象とはならない）、また、すべての裁判官を対象とする弾劾裁判制度については、国民の代表機関としての国会の設置する裁判官訴追委員会及び裁判官弾劾裁判所によって行われる（国民は、直接的に参加することはできない）。

第二に、裁判所の司法権行使については、憲法上、指名・任命権者である内閣、国民代表機関である国会あるいは主権者である国民の直接的な統制を及ぼす規定は存在しないということに注目しなければならない。憲法は、司法権の独立として、いわゆる司法府の独立（国家機関としての裁判所の国会や内閣からの独立）と裁判官職権行使の独立（76条3項）を認め、手厚い身分保障と自主組織権等を定めること（77条、78条、79条、80条）によりそれを側面から強化している。裁判官の職権行使の独立については、憲法76条3項が、「すべて裁判官は、その良心に従ひその職権を独立して行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定し、その趣旨は、他の何ものの指示も受けずに、自らの判断に基づいて裁判を行うことであり<sup>7</sup>、国民<sup>8</sup>や国会等から直接的な統制を受けるとはされていない点が、

---

妙な調和を達成維持しようとする一つの試みとして評価される」と述べる（佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）105頁）。

<sup>6</sup> 弾劾制度の意義は、私見では、三権の抑制均衡の手段として立法府に与えられた権能ではなく、国民の公務員選定罷免権（日本国憲法15条）の具体化であると解する。弾劾裁判所の設置権は、立法府としての国会に与えられたものではなく、国民の代表機関としての国会に与えられた権能であると解すべきである。公務員の弾劾制度の意義についての詳論は他日を期したいが、ここでは、その民主主義的意義を強調する理由について、簡潔に言及しておきたい。すなわち、比較憲法学的に考えれば、弾劾されるべき公務員は司法府の構成員には限られず（例えば、アメリカ合衆国の連邦の制度の下では、大統領が弾劾の対象となることを想起されたい）、また、弾劾訴追・審判権が付与されるのは立法府には限られない（例えば、ドイツの連邦の制度の下では、弾劾審判権は連邦憲法裁判所に配分されていることを想起されたい）。この2点を挙げるだけで、弾劾制度が司法府に対する立法府の均衡抑制のために制度設計されたという立論は破綻する（もっとも、主位的かつ所期の目的が民主主義的意義にあるとしても、結果的に、自由主義的な効果を副次的に有することになる点は、筆者も否定するものではない）。

<sup>7</sup> したがって、立法権・行政権はもとより、司法部内の指示・命令も排除される意味であると解される（芦部信喜（高橋和之＝補訂）『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）340-341頁）。

<sup>8</sup> 宮沢俊義教授は、「裁判については、他の国家機関によるコントロールのみならず、国民による直接のコントロールをも排除することが要請される。司法権の独立は、こういう要請をも含んでいる」という（傍点は筆者による）。なお、後述する議論との関係で、この引用箇所の前後についても、ここで引用することとする。すなわち、「民主主義憲法体制にお

他の国家機関と比べて特異である。

第三に、その他の裁判所に対する民主的統制手段として、法律による裁判所の設置（76条1項）と法律による裁判の原理（76条3項）<sup>9</sup>、裁判の公正を確保するための裁判の公開原則（82条）、裁判所の判決等に対する自由な批評の保障（21条）などがこれにあたりと考えられる。また、裁判所の司法権行使に対して、国会の各議院が積極的に国政調査権（62条）を行使することを、裁判所の民主的統制の方法の1つとして考えることもできなくはないが、むしろこれは消極的であるべきと解するのが通説的見解である<sup>10</sup>。また、諸外国や国際機関等では裁判官を国民の選挙によって選出する例が見られるが、これも、必ずしも一般的なものではなく、わが国では採用されていない<sup>11</sup>。

つまり、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、憲法上、きわめて弱く設計されている。組織の構成（構成員である裁判官の任免）においても、内閣を媒介してなされ（その内閣自身が、民主的正統性を国民から直接調達するのではなく、国会に依存しているにすぎない）、権限（司法権）行使については、国民に責任を負う規定は存在しない。

ところで、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、憲法上の規定以外にも、裁判所によ

いては、すべての国家機関は、直接または間接に国民のコントロールのもとにあるを原則とする。しかし、国家機関の職務の性質によっては、国民によるコントロールがある程度以上に直接に行われることが実際においてのぞましからぬ結果をもつこともある。そういう場合には、その職務に関するかぎり、国民による直接のコントロールを多かれ少なかれ排除することが要請される。裁判は、その重要な例である。裁判については、国民の直接のコントロールがおよぶことは、過去の経験から見て、公正な結果をもたないおそれが多い。いわゆる「人民裁判」を考えれば、そのことは明らかである」（原文ママ、宮沢俊義（芦部信喜＝補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）609-610頁）。ただし、宮沢教授は、続けて、次のように述べた。「しかし、これは、その職務の特殊な性質に由来することであるから、それ以外の職務を有する国家機関については、どこまでも国民によるコントロールに服する原則が維持されなくてはならない」（610頁）。

<sup>9</sup> これらの中で最も本質的なものは、法律による裁判所の設置（76条1項）と法律による裁判の原理（76条3項）である。すなわち、憲法は、法律に基づき下級裁判所を設置すると定め、また、裁判官は、憲法及び法律に拘束されると定めるが、まさに、この法律が国会によって制定されることに、民主的統制としての意義がある。

<sup>10</sup> ある刑事事件の判決について、参議院法務委員会が、国政調査権を行使し、量刑が不当であるとの決議を行ったことが、司法権の独立を侵害するものであるとされたいわゆる浦和充子事件（1949年）を参照。

<sup>11</sup> 例えば、アメリカ合衆国では、一部の州の裁判官は、選挙によって選出されている（連邦と他の一部の州では、裁判官は任命制である）。アメリカ合衆国の一部の州における裁判官の選挙制は、1832年にミシシッピ州の憲法改正により導入されたもの（州の裁判所の裁判官を、州議会による任命制から、選挙制に変更した）が本格的なものとしては最初であり、それが新たに連邦に加わる他の州や既存の州にも波及したという。そして、これは、裁判官の任期制（それまでは、裁判官は「非行なき限り」終身在職できるとされていた）とともに、ジャクソニアン・デモクラシーの発現であると解されている。選挙による裁判官の選任については、田中英夫『英米の司法』（東京大学出版会、1973年）359-405頁や、木南敦「どうして裁判官を選挙でえらばないのか」京都大学大学院法学研究科21世紀COEプログラム「21世紀型法秩序形成プログラム」オケーショナルペーパー第7号（2006年）などを参照。

る司法権の行使に対する国民の信頼にたどることもできるであろう。すなわち、裁判官が独立、中立及び公正な裁判を行うことによって、裁判に対して国民が信頼することを、裁判所の正統性根拠と評価することができる。最高裁判所も、裁判の存立の根拠が、裁判官による独立、中立かつ公正な裁判と、それに対する国民の信頼にあると判示している<sup>12</sup>。もっとも、この司法に対する国民の信頼については、憲法に直接規定されているものではなく、独立、中立かつ公正な裁判の運用の蓄積から創出される正統性根拠にすぎない。

国民主権国家において、本来は、司法権を含めすべての国家権力の淵源は、国民にたどり着くべきであるにもかかわらず、なぜ、組織構成において、間接的な民主的正統性でよしとされ、また、権限行使において、一方では国民の意思から自由かつ超然としつつも、他方で司法に対する国民の信頼という解釈上の正統性根拠に依存することが許されるのか。たしかに、裁判所も、それが間接的なものであろうと、それが適正な運用を条件に解釈によって導出されるものであろうと、民主的正統性を必要とし、実際に、それを調達している。では、なぜ、裁判所は、直接的な民主的正統性を調達しようとししないのか。

なぜ、憲法は、裁判所について、直接的に民主主義の原理に基づき、構成され、権限を行使するような機関に設計しなかったのか——前掲の問いは、このように再構成される。

### (3) 自由主義の原理と民主主義の原理

制定直後に刊行された初めての日本国憲法の権威ある概説書である国家学会＝編『新憲法の研究』において司法制度の部分を担当した、民事訴訟法の研究者である兼子一教授は、次のようにいった。「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

<sup>12</sup> 最高裁判所は、次のように判示している。「裁判官は、独立して中立・公正な立場に立つてその職務を行わなければならないのであるが、外見上も中立・公正を害さないように自律、自制すべきことが要請される。司法に対する国民の信頼は、具体的な裁判の内容の公正、裁判運営の適正はもとより当然のこととして、外見的にも中立・公正な裁判官の態度によって支えられるからである。したがって、裁判官は、いかなる勢力からも影響を受けることがあってはならず、とりわけ政治的な勢力との間には一線を画さなければならない。そのような要請は、司法の使命、本質から当然に導かれるところであり、現行憲法下における我が国の裁判官は、違憲立法審査権を有し、法令や処分の憲法適合性を審査することができ、また、行政事件や国家賠償請求事件などを取り扱い、立法府や行政府の行為の適否を判断する権限を有しているのであるから、特にその要請が強いというべきである。職務を離れた私人としての行為であっても、裁判官が政治的な勢力にくみする行動に及ぶときは、当該裁判官に中立・公正な裁判を期待することはできないと国民から見られるのは、避けられないところである。身分を保障され政治的責任を負わない裁判官が政治の方向に影響を与えるような行動に及ぶことは、……裁判の存立する基礎を崩し、裁判官の中立・公正に対する国民の信頼を揺るがすばかりでなく、立法権や行政権に対する不当な干渉、侵害にもつながることになるということができる」(最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁)。



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ないディレンマがある。例えば裁判官の公選制度が一応最も民主的と考えられようが、この方法が果たして適任者を得る最良のものとするかは疑わしい。立候補して選挙運動をし、人心に迎合し、人気を博しようとする態度は、一般には謹言剛直な裁判官向の性格とは、むしろ相容れないであろう。又裁判官が一党、一階級の代表として選出される結果は、自ら政党司法、階級司法を現出することになろう。民主国家に於て、立法や行政が政党化し、階級化することが自然であるとしても、司法がそうなることは、その使命から見て致命的である。司法は政党の対立や階級闘争に対しても、それが憲法の土俵内で行はれるフェアプレーであることを監視する公平な行司たるべきである。この意味で逆説的な言い方をすれば、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営がある<sup>13</sup>。

つまり、前掲の問いに対して簡潔に答えるならば、直ちに、次のような応答を示すことになる。すなわち、裁判所の司法権行使は、第一次的には、自由主義の原理（法の支配の原理）<sup>14</sup>に基づきなされるべきである。裁判所が、多数の急進的な専横に抗してでも、あるべき法に基づき、個人の権利・自由を擁護し、法秩序を維持することを目的とする機関であるからこそ、そこに民主主義の原理を貫徹させないような制度設計が望ましいものと考えられる。

<sup>13</sup> 兼子一「司法制度」国家学会＝編『新憲法の研究』（有斐閣、1947年）236-237頁。憲法普及会＝編（兼子一・木村亀二＝著）『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』（国立書院、1948年）29-30頁（兼子一＝執筆）も同旨。兼子教授は、その後に刊行された、有斐閣法律学全集の1冊をなす『裁判法』においても、自説を維持している。すなわち、「民主国家において、あらゆる国家機関は民主的基礎の上に立ち、すべての公務員は、国民の信任によってその地位にある国民全体の奉仕者であることが要求される（憲法一五条二項参照）。これによれば、司法権を行使する裁判所の組織にも、その職員である裁判官の選任についても民主的な方法が採られなければならないことになる。ところが、民主法治国家における司法の使命が、前述のように、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、また国政の極端な偏向に対する調節器の役を果たすことにあるとすれば、裁判所の組織に立法部や行政部と同じような多数意思がはたらくことに危険が感じられるであろう。民主主義において、立法や行政が政党化し階級化することは自然であるとしても、司法までがそうなることは、その使命から見て致命的である。司法は政争や階級闘争に対しても、それが憲法の土俵内で行われるフェア・プレイであることを監視する公平な行司役でなければならない。この意味で逆説的になるが、司法まで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といえよう。ここに民主司法の直面しなければならないジレンマがあるのである」（原文ママ、引用は、最新版である兼子一・竹下守夫『裁判法〔第4版〕』（有斐閣、1999年）24頁による）。なお、法学協会＝編『註解日本国憲法〔改訂版〕下巻』（有斐閣、1954年）1121-1122頁も参照。

<sup>14</sup> 自由主義と法の支配との関係については、佐藤前掲注（5）79頁。

もちろん、これは、民主主義の原理に対する自由主義の原理の一般的な優位を意味するものではない。国会や内閣などといった政治部門と、法原理機関である裁判所とでは、より重視しなければならない原理は同じではないということの意味するにすぎない。要するに、前者は、民主主義の原理を第一に考えるべきである一方、後者は、自由主義の原理をより重視しなければならないのである<sup>15</sup>。

佐藤幸治教授は、次のようにいう。「国民主権の下にあっては、すべての国家作用は国民の意思に基づいて行なわれる理であり、裁判所も、権力分立構造の一翼を担い、国民主権の実現のための政治制度の一環としての性格をもっている。が、議会や内閣は、国民の政治的統合をはかりつつ国民の意思実現のため能動的・積極的に活動することを期待される（かかる意味で両部門はしばしば「政治部門」と呼ばれる）のに対して、裁判所は、そこにもちこまれる紛争を契機に、法の客観的意味を探り、それを適用することによってその紛争を解決し、もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関であって、その意味で非「政治」的・非「権力」的機関と称しうる性格を持っている（「政治部門」に対して「法原理部門」と呼ぶにふさわしい）。裁判所の活動には、一般世論がストレートに作用することがむしろ忌避され、国民代表による指揮や監督が排されるが、そのことは、裁判所が解釈・適用する法は国民代表機関によって定立されるものであることから、国民主権原理と矛盾しないとされている。国民主権は、その現実態にあっては、活性的な政治的行動を通じて顕現しようとする傾向をもつものに対し、「法による統治」は、法原理によって、「政治」のもつ“非情”さを一定の枠にとじこめようとする個人主義的・自由主義的性格を有するものである」（傍点は筆者による）<sup>16</sup>。佐藤教授は、政治部門は「多かれ少なかれ“力”の支配するフォーラム」であるべきであるが、法原理部門は「“理”の支配するフォーラム」でなければならないという<sup>17</sup>。

また、大石眞教授も、次のようにいう。「国会と内閣とは、国民による選挙に存立の基礎を置き、国民の民主的コントロールに服し、相互に牽制しつつ（抑制と均衡）、積極的・能動的に国政上の決定を行い、これについて国民に直接に政治的責任を負う政治権力である。これに公民団として組織化された国民を加えて、これらを広く「政治部門」と呼ぶことが

<sup>15</sup> これに対して、筆者は賛同できないが、「司法＝裁判は、法律の解釈と適用をおこなうことを主要な任務とするから、法律専門家である裁判官にこの仕事が委ねられることが通常のこととして考えられる。原理的にいえば、法律専門家としての裁判官は、国民の負託によって、国民主権を代わって行使しているものである。それゆえ、法の制定＝立法の領域において、代議制民主主義を原則としながら補充的に主権者国民が直接に関与する立法手続が考えられるのと同じように、法の解釈・適用＝司法の領域においても、国民主権の視点から国民のより直接的な関与を考慮することができる」とする見解もある（広渡清吾「司法参加と国民主権」本林徹・石塚章夫・大出良知＝編『市民の司法をめざして』（日本評論社、2006年）348頁）。

<sup>16</sup> 佐藤前掲注（5）291-292頁。

<sup>17</sup> 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣、2002年）117頁。法原理機関としての裁判所の意義については、より詳しくは、佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）57-63頁を参照。

できる。これに対して司法裁判所は、国民による選挙に基礎を置かず、むしろ国民を含めた他の国政機関から独立しつつ（司法権の独立）、提起された争訟に対し公平な第三者として所与の法的規準に照らして判断を行うが、裁判の内容については国民に直接に政治的責任を負わない非政治的権力——これは「法原理機関」と名づけられる——である。ここでは、確かに民主制の原理は後退するが、それに代わる価値を立憲民主制は「法の支配」原理に見出すのである」（傍点は筆者による）<sup>18</sup>。

すなわち、裁判所には、自由主義の原理をより重視して権限を行使することが期待されるため、敢えて、民主主義の原理の直接的な注目が回避されているのである。

司法に民主主義の原理を直接持ち込むのであれば、国民の直接投票や国民の代表による審議の結果で判決を形成することに躊躇する必要はない。司法をめぐる制度設計理念として単純な民主主義の原理のみを重視するのであれば、裁判官による法に基づく形式的な裁判を経るよりも、国会の議決や国民投票<sup>19</sup>などで国民の直接的な意思を確認するほうが、より民主主義的であるといえる。あるいは、現今の発展した情報通信技術を利用して、精度の高い世論調査を活用して、国民の直接的な意思を確認するのも一案であろう。

しかしながら、そもそも国家の統治権の行使は、常に民主主義的であるべきとはいえない。その権能の性質によっては、民主主義的でないほうが、より立憲主義的に機能することもある。そして、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・原理の維持・貫徹という司法の本来的な機能は、単純な民主主義の原理になじまないものである<sup>20</sup>。

したがって、司法権に関して、法制度の設計をするにあたっては、第一次的には自由主義の原理に基づき行うべきであって、単純な民主主義の原理に基づく制度設計は、厳に慎まなければならない。

このことは、国民の司法参加の制度の設計に関しても、同様である。単純な民主主義の原理に基づいて、裁判員制度を正当化することはできない。司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の委員を務めた、刑事訴訟法の研究者である酒巻匡教授は、「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」）に帰することはできない」と強調している<sup>21</sup>。単純な民主主義の原理に基づき裁判員制度を正当化するこ

<sup>18</sup> 大石眞『憲法講義 I』（有斐閣、2004年）151-152頁。

<sup>19</sup> 特に、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可能である。かりに世論調査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システム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、陪審制度や裁判員制度のような参加の制度よりも、より高まるであろう。

<sup>20</sup> この点について、次のような例を挙げれば、瞭然である。ここに、弁解の余地のない極悪非道な罪を犯したとされる被告人がいるとする。当該被告人が真犯人であることが明白であって、違法性や有責性を阻却する事由が一切存在しないことも明白であり、かつ、彼以外のすべての国民が当該被告人に対して極刑を熱望している。この場合、国会の議決や国民投票などにより、言い渡すべき刑罰を定めることは許されるだろうか。

<sup>21</sup> 酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室 308号（2006年）10頁。なお、同「裁判員

とができるのであれば、先述のような国会の議決、国民投票または世論調査による「裁判」も正当化されるであろう<sup>22</sup>。しかし、それでは、「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」としての司法の使命を果たすことはできまい。

#### (4) 答え

酒巻教授は、「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、憲法学の常識であろう」<sup>23</sup>と述べる。しかし、これまでの憲法学界における議論を瞥見すれば、意外なほどに、司法権と民主主義の原理との関係性は、あまり意識的に論じられることはなかったように思われる。

司法権の民主的正統性に関する議論の不在は、裁判所が司法権行使に随伴する限りで行っている違憲審査権に関して、その民主的正統性について国内外で激烈に議論されていること<sup>24</sup>と、好対照をなす。違憲審査権は、より高度の民主的正統性を有する政治部門によ

制度導入の意義と課題」法律のひろば 57 巻 9 号 (2004 年) 52 頁、同「21 世紀の刑事裁判」司法研修所論集 115 号 (2006 年) 102 頁も参照。

<sup>22</sup> 論者によっては、国会の議決、国民投票または世論調査による裁判も、立法政策の問題であるとするのかもしれない。しかし、それを認めれば、市民の多数決によって死刑とされたソクラテスの故事を引くまでもなく、法に基づく公正な裁判の実現が期待できない。公正な裁判の実現を犠牲にしても、国民の単純な参加欲求 (今日、そのようなものがあるか否か自体が、議論の分かれるところであるが) を満足させることを優先すべきであるという主張は、国家の刑罰権が個人の財産、身体的自由及び生命を左右することができることに思いをいたすとき、おそらく、理性的な議論であるとはいえない。

<sup>23</sup> 酒巻前掲「裁判員制度の意義と課題」15 頁。

<sup>24</sup> 国民に対して直接政治的責任を負わない裁判所が、国民の代表である議会の制定した法律の憲法適合性を審査する (そのうえで、憲法適合性を欠く法律を無効と判示する) という裁判所による違憲審査制度は、民主主義の原理に違反しないのかという議論 (司法審査と民主主義の問題、あるいは、司法審査の民主的正統性の問題、より正確には、裁判所による違憲審査権行使の民主的正統性の問題) をめぐっては、ビッケル (Alexander M. Bickel) が、1962 年に、「反多数決主義という難点 (counter-majoritarian difficulty)」として問題提起して (Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, pp. 16-18) 以降、アメリカ合衆国においてはもちろん、わが国においても、憲法解釈論上の非常に大きな問題として絶えず議論され続けてきた。これに言及する邦語文献は列挙不能なほど多数あるが、主たる題材として扱っているものに限って挙げれば、佐藤幸治「司法審査とデモクラシー (一)」法学論叢 74 巻 3 号 (1963 年) 1 頁、同「同 (二)」同 74 巻 5・6 号 (1964 年) 35 頁、大沢秀介「アメリカにおける違憲立法審査権とデモクラシー」法学研究 51 巻 5 号 (1978 年) 281 頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察 (一)」広島法学 3 巻 1 号 (1979 年) 79 頁、同「同 (二)」同 3 巻 3 号 (1979 年) 25 頁、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991 年) (初出は、1981 年)、野坂泰司「司法審査と民主制」の一考察 (一)」国家学会雑誌 95 巻 7・8 号 (1982 年) 1 頁、同「同 (二)」同 96 巻 9・10 号 (1983 年) 116 頁、同「同 (三)」同 97 巻 5・6 号 (1984 年) 68 頁、同「同 (四)」同 97 巻 9・10 号 (1984 年) 70 頁、棟居快行「プロセス・アプロ

る行為について、民主的正統性においてより劣後する裁判所が憲法適合性を審査し、憲法の規定に違反するものを無効とするというきわめて重大な権能であることから、それがかしましく議論されるには、相応の理由がある。しかしながら、裁判所の権能のうち、より本質的なものである司法権についても、議論を行う意義は少なくないはずであった。

このインターロードでは、わが国の憲法解釈論が明示的には論じなかったかに見える裁判所の司法権行使の民主的正統性について、問題を整理した。

改めて、先の問いに対する答えを敷衍するならば、次のとおりである。

もとより、司法権も国民に由来するものである以上、裁判所も、民主主義的要請から完全に自由になることはない。裁判所も何らかの形で民主的正統性を標榜せざるを得ないからこそ、憲法は、裁判官の民主的任免制度（民主的任命・指名、国民審査制度及び弾劾裁判制度）、法律による裁判の原理、裁判の公開原則、裁判所の判決等に対する自由な批評の保障などについて、規定を設けており、また、独立、中立かつ公正な裁判によって司法に対する国民の信頼を得ようとするのである。

その一方で、法原理機関である裁判所は、自由主義の原理（法の支配の原理）をより重視する。したがって、裁判所は、司法権の具体的行使について、直接的に民主主義の原理が貫徹されることを嫌忌する。政治部門や世論が何と言おうとも、裁判官は、憲法・法律と裁判官としての客観的良心に従い、淡々と、その職務を行使すればよく、また、しなければならないのである。民意に迎合することは、裁判所の本来あるべき姿ではない。

憲法が敢えて裁判所を直接的な民主的基盤の弱いものとして制度設計したのは、裁判所を、民主主義のフォーラムではなく自由主義のフォーラムとするためである。

このインターロードでの議論は、裁判員制度の導入の意義に関する議論に対して、次のような示唆を与える。

すなわち、裁判員制度の導入を、単純な民主主義の原理に基づくものとして理解するのは、明らかに誤りである。

司法に単純な民主主義の原理を持ち込むのであれば、その方法は、裁判員制度ではなくてもよい。先述のとおり、国会の議決によって、被告人についての事実の認定、法令の適用及び刑の量定を決めうるようにすれば、裁判員制度を導入するよりも国民の参加コストを低減しながら、民主主義的要請に応えることができる。また、国民が直接的な参加を欲求するのであれば、それを国民の直接投票によるとすればよい。あるいは、現今の発展し

---

一時的司法審査観について」阿部照哉・高田敏＝編『現代違憲審査論』（法律文化社、1996年）122頁、長谷部泰男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）135-148頁（初出は、1997年）、市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治・初宿正典・大石眞＝編『憲法五十年の展望Ⅱ』（有斐閣、1998年）282頁、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）（初出は、1998年）、土井真一「司法審査の民主的正統性と「憲法」の観念」米沢広一・松井茂記・土井真一＝刊行代表『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998年）158頁などがある。

た情報通信技術を利用して、精度の高い社会調査の方法に従って、被告人の処遇を世論調査で決めうるとすれば、裁判員制度よりも多くの国民が低負担でかつ恒常的に参加でき、司法の民主化を図ることができる<sup>25</sup>。国民の司法参加の意義を単純な民主主義の原理のみに求めるとすれば、裁判員制度よりも、より民主的かつ合理的なこれらの制度が排除されなからう。しかしながら、民主主義的要請を充足させることによって、司法の本質が歪められるとすれば、それは、正しい制度改革であるとはいえない。

要するに、裁判員制度の導入の意義は、単純な民主主義の原理以外のことに、見出されなければならない<sup>26</sup>。

---

<sup>25</sup> 裁判員候補者は、くじによって無作為に選ばれ（性別、年齢、所得などの割合を考慮して選定することはない）、その後、裁判員の選任にあたっては、人為的に操作される（検察官や被告人・弁護人が、作為的に、候補者に対して不選任の請求をする手続がある）。つまり、裁判員制度における裁判員は、統計学的な代表ではない。本稿第6章での議論に沿っていえば、この世論調査「裁判」のほうが、裁判員制度よりも、代表性が高い参加システムであるといえる。また、国民投票「裁判」は、悉皆的な制度設計とすることも考えられるので、そのような全国民が参加できる制度とすれば、裁判員制度よりも、参加度が高い制度であるともいえる（裁判員制度は、決して参加性の高い制度ではない。なぜならば、2006年の統計資料（本稿脱稿時点で入手可能な最も新しい資料）によれば、全国の地方裁判所における刑事通常事件（第1審）の事件数106,016件のうち、裁判員裁判の対象となる事件数は3,111件（全事件に占める対象事件の割合は2.9%である）であり、すべての事件で6人の裁判員が選任される（小規模の合議体がまったく選択されない）としても、実際に、裁判員制度において、1年間で裁判員として参加する国民の割合は、0.02%に満たない（「裁判員制度の対象となる事件の数（平成18年）」（最高裁判所公表資料））。言い換えれば、20歳以降の一生のうちに、裁判員に選任される国民は全有権者のうちでも少数であって、一度も裁判員として裁判に参加する経験をもたない国民は、なおも多数いる）。参加が望ましいというのであれば、裁判員制度よりも、代表制の高い、または参加性の高い世論調査・国民投票「裁判」のほうがはるかに優れている。

<sup>26</sup> 裁判員制度の導入の意義について、政府が、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上ということを挙げる意義は、まさにここにあるのである。

### 第3編 討議民主主義理論に基づく裁判員制度の意義の再構成

第3編では、第1編と第2編を受けて、討議民主主義（deliberative democracy）理論に基づき裁判員制度の意義を再構成しうるかなどについて論証したうえで、この新しい理論が裁判員制度の設計や運用に関して、どのような示唆を与えるかについて検討する。第1編で確認したとおり、裁判員制度は、司法への国民の理解の増進と信頼の向上のために導入されたものであるが、本編で詳述するとおり、討議民主主義理論に基づき再評価するとき、この制度は、1つの「公共的討議の場（forum for public deliberation）」を創設するものであり、そして、それを通じて国民の公民的徳性（civic virtue）を涵養することを、制度導入のもう1つの意義として挙げると、筆者は考える。

その検討の前提として、インターロードにおいて、そもそも司法と国民権の原理ないし民主主義の原理との関係性を整理し、裁判は単純な民主主義の原理によっては正当化されるものではないし、また、されるべきものでもないことを確認した。

それを踏まえたうえで、第7章で、討議民主主義理論に基づき、裁判員制度の意義を再検討することになろう。はじめに、司法制度改革審議会意見書にみる司法制度改革の理念から、裁判員制度の導入をはじめとする今般の司法制度改革が、共和主義的憲法観と親和性をもたらすこと、特に、裁判員制度に関しては、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ことを明らかにしたうえで、この理論に基づき裁判員制度を議論しうる余地があることを主張する。裁判員制度の具体的な制度設計をめぐるのは、その憲法適合性について疑義が示されており、その中には、克服困難な深刻な問題もある。すなわち、被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）を認めないことと、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（裁判員及び補充裁判員）として就任し職務を遂行する義務を課すことの2点について、その憲法適合性は、これまでに十分に説得的な説明がなされてこなかった。そこで、次に、違憲の謗りを克服するためには、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義論によって裁判員制度の意義を基礎づけ直すことが有用であり、かつ、妥当であるということ論ずる。裁判員制度が国民に公共的討議への参加を促すことを通じて、公民的徳性を涵養するという「公共的討議の場」を創設するものであるとすれば、今度は、討議民主主義理論が制度の設計や運用にいかなる示唆を与えるかを検討することが必要となる。

そこで、第8章では、特に、裁判員候補者が不可避免的に有するであろう予断に着目しつつ、(1) 裁判員等選任手続の意義と、(2) 対象事件に関する報道規制という2つの問題を取り扱う。

さらに、第9章では、裁判員制度を他の国民の参加の制度や討議民主主義理論の実践モデルと比較検討することを通じて、裁判員の参加する裁判の合議体の公共的討議の場としての特質を明らかにする。そして、具体的な裁判員法の諸規定について、討議民主主義理論に基づき評価を行う。

## 第7章 裁判員制度の意義の再構成

### 1. 裁判員制度に対する著しく低い国民の参加意向

2004年5月に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）が成立したことにより、わが国では、2009年5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。

この裁判員制度は、「司法制度改革審議会意見書」（2001年6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<sup>1</sup>。制度設計に深く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、制度施行以前の段階で、裁判員制度に対する国民の参加意識は著しく低い。内閣府の「裁判員制度に関する世論調査」（2005年2月）では、裁判員として裁判に参加したくないとの意見が、70.0%を占めた<sup>2</sup>。その翌年に行われた「裁判員制度に関する特別世論調査」（2006年12月）では、裁判員制度に対する認知度は高まる一方で<sup>3</sup>、参加意向

---

<sup>1</sup> 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159回国会閣法第67号）は、衆議院法務委員会で修正のうえ、起立総員で可決すべきものと決せられ（第159回国会衆議院法務委員会議録第19号2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159回国会衆議院会議録第27号2頁）。衆議院送付の同法案は、参議院法務委員会では、異議なし採決により可決すべきものと決せられ（第159回国会参議院法務委員会会議録第18号21頁）、参議院本会議では、180名の議員の賛成により可決された（官報号外第159回国会参議院会議録第23号6頁）。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Causa11号（2004年）55頁、工藤美香「各政党は裁判員制度をどう構想しているか」Causa11号62頁、中根憲一「裁判員制度」レファレンス640号（2004年）75頁。なお、裁判員法の立法過程については、本稿第1章を参照。ここで注目すべき点は、主要な各政党の望ましいとする制度設計構想は異なっていたものの、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。裁判員法案に対して反対の意思を明示したのは、2名の参議院議員のみであった。

<sup>2</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が25.6%（「参加したい」4.4%、「参加してもよい」21.2%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は70.0%（「あまり参加したくない」34.9%、「参加したくない」35.1%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が4.4%あった。内閣府大臣官房政府広報室「世論調査報告書・平成17年2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）」（2005年）31頁）。

<sup>3</sup> 裁判員制度について、知っているとの意見は、2005年2月の調査の時点で、71.5%（「知っている」32.2%、「ある程度知っている」34.3%）であったが、2006年12月の調査では、80.7%となった。その一方で、「知らない」との意見は、28.5%から、19.3%へと減少した（内閣府大臣官房政府広報室「世論調査報告書・平成18年12月調査 治安に関する世論調査



に関しては、参加したくないとの意見が78.1%に増加した<sup>4</sup>。最高裁判所による世論調査でも、参加したくないとの意見は、2006年1月から2月にかけて行われた調査では61.7%であった<sup>5</sup>のに対して、2008年1月から2月にかけて行われた調査では、82.4%にまで至った<sup>6</sup>。

政府と最高裁判所による世論調査は、2006年1-2月の第2回目の調査以降、「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるをえない」という選択肢を設けたうえで実施し、これを「参加したい」「参加してもよい」という選択肢とともに積極的な参加意向として扱い、結果の概要を公表している。この場合、参加するという意見は、それぞれ、56.0%（2006年1-2月、最高裁判所）、65.3%（2006年12月、内閣府）、60.3%（2008年1-2月、最高裁判所）となる。いずれにせよ、国民の多くが裁判員として積極的に裁判に参加したくないとの意思を示す結果は揺らがない<sup>7</sup>。

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、国民の多くが不参加の意向を示したことについては、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1つとして挙げられるであろう。

第1編で確認したように、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であるとはいえない<sup>8</sup>。

（附帯：裁判員制度に関する特別世論調査）」（2007年）122頁）。

<sup>4</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が20.8%（「参加したい」5.6%、「参加してもよい」15.2%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は78.1%（「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるをえない」44.5%、「義務であっても参加したくない」33.6%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が1.2%あった。内閣府大臣官房政府広報室前掲注（3）124頁）。

<sup>5</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が27.6%（「参加したい」8.2%、「参加してもよい」19.4%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は61.7%（「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるを得ない」28.4%、「義務であっても参加したくない」33.3%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が10.8%、無回答が0.1%あった。株式会社NTTデータ経営研究所「裁判員制度の制度設計等に関する調査研究報告書【概要版】」（2006年3月）23頁）。

<sup>6</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が15.5%（「参加したい」4.4%、「参加してもよい」11.1%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は82.4%（「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるをえない」44.8%、「義務であっても参加したくない」37.6%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が1.3%、無回答が0.0%あった。株式会社インテージリサーチ「裁判員制度に関する意識調査」調査結果報告書（2008年3月）22-23頁）。

<sup>7</sup> もっとも、これら4つの世論調査は、調査の目的、主体及び方法等が異なるので、単純な比較検討はできない。

<sup>8</sup> 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」（2001年6月）102頁）、また、裁判員法1条に、「司法に対する国民の理解

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位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。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」ことに対しては「疑念」があると述べている<sup>9</sup>。

ところで、今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<sup>10</sup>。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、第2編において、今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概括した。本編では、裁判員制度の意義を、討議民主主義理論に基づき再構成し、この理論が制度設計や運用に関して、どのような示唆を与えるかについて検討する。

その前提として、本章では、次の2つの理論的作業を行う。

第一に、裁判員制度を討議民主主義理論に基づき理解することが可能であるということの論証である。ここでは、はじめに、今般の司法制度改革の理念そのものが、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に親和性を有するということを主張する。次いで、本稿第1章にみた裁判員制度の設計者の意思から、彼らの思想に共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に通ずるものがあることを確認する。

第二に、裁判員制度を討議民主主義理論に基づき理解することが有用であり、かつ、必要であるということの論証である。ここでは、国民の司法参加の制度一般の憲法適合性をめぐる議論と、今般導入されることとなった裁判員制度の憲法適合性をめぐる論議を確信的に概観する。そして、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

---

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。

<sup>9</sup> 松尾浩也・長谷部恭男・戸松秀典・高木俊夫・椎橋隆幸「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ1146号（2004年）9-10頁（長谷部恭男＝発言）。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2つを挙げる（14-15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（第159回国会参議院法務委員会会議録第16号2頁）と、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2004-1-a「シリーズ憲法の争点①」（2004年）11-12頁に詳しい。

<sup>10</sup> 司法制度改革審議会前掲注（8）3-13頁。

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という2つの問題について、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解決が困難であることを確認するとともに、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。

これら2つの理論的作業を経て、筆者は、裁判員の参加する刑事裁判を、討議民主主義理論のいう民主的討議を行う「公共的討議の場 (forum for public deliberation)」として理解しうると主張することとなる。また、裁判員制度の創設を、刑事裁判への参加を通じて、公共的な事項に対する国民の意識を涵養する「陶冶の企て (formative project)」と評価しうると主張することとなるだろう。

## 2. 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

日本国憲法制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、1962年から64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<sup>11</sup>、司法制度全体の検討をその射程に入れ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1975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。もっとも、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。

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、1999年7月に内閣に設置された司法制度改革審議会においてであった<sup>12</sup>。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関し必要な基本的施策について調査審議する」ものとされ<sup>13</sup>、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。

本稿第1章で確認したとおり、延べ2年間60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、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3つの柱が掲げられていた<sup>14</sup>。そして、この意見書を受けて、その趣旨を実現するために、24件の司法制度改革関連の法律が制定された(裁判員法も、そのうちの1つである)。

本稿でまず注目したいのは、司法制度改革審議会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、21世紀のわが国社会の姿を、「個人の尊重を基礎に独創性と活力に充ち、国際社会の発展に寄与

<sup>11</sup> 臨時司法制度調査会設置法(昭和37年法律第122号)2条。

<sup>12</sup> 司法制度改革は、行政改革会議の「最終報告」(1997年12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」(10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)、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組みが求められ、こういった一連の動きを受けて、司法制度改革審議会が設置されるに至った。

<sup>13</sup> 司法制度改革審議会設置法2条1項。

<sup>14</sup> 司法制度改革審議会前掲注(8)9頁。

する、開かれた社会」と展望する<sup>15</sup>。

第二に、21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<sup>16</sup>。

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<sup>17</sup>。

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、われわれはどのように理解すべきであろうか。

1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。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」に基づくものであると評し、痛烈に批判する<sup>18</sup>。

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。例えば、安念潤司教授は、徹底した自由主義に立ったうえで、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<sup>19</sup>。

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

<sup>15</sup> 司法制度改革審議会前掲注(8)4頁。

<sup>16</sup> 司法制度改革審議会前掲注(8)5頁。

<sup>17</sup> 司法制度改革審議会前掲注(8)8頁。

<sup>18</sup> 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5巻3・4号(2001年)167頁。同様の理解に立つものとして、久保田穰「市場経済推進の司法改革の問題性」法律時報72巻1号(2000年)48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72巻12号(2000年)10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73巻6号(2001年)15頁などがある。

<sup>19</sup> 安念潤司「自由主義者の遺言」藤田宙靖・高橋和之＝編『憲法論集』(創文社、2004年)369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」ものなのであるから、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」であると述べる(386頁)。

取ることができよう。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」ことを背景として議論が展開されていること<sup>20</sup>に注目すれば、特に、裁判員制度の導入は、基本的には、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評価しうる。

次に、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。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決してなく、「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2本の支柱ともいえるべきものではないか、と思うのです」<sup>21</sup>。

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<sup>22</sup>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<sup>23</sup>を踏まえると、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することができる。

つまり、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、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論にも通底するものであるといえよう。そして、討議民主主義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1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、（裁判官とともに）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」を創設する試みであるといえよう。

これまでは、わが国の刑事事件の裁判は、裁判官のみによって行われてきた。そこでは、

<sup>20</sup> 司法制度改革審議会前掲注（8）101頁。

<sup>21</sup> 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』（有斐閣、2002年）19頁。

<sup>22</sup> 例えば、佐藤幸治『憲法とその“物語”性』（有斐閣、2003年）35頁、141頁、179頁。

<sup>23</sup> 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・サンスティンの「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（22）116頁）。

1人の裁判官の内心における熟慮や、裁判官による合議体における討議は行われていたものの、それらは一般の国民に対して開放されるものではなかった。今般の裁判員制度の導入により、一定の刑事事件の裁判に一般の国民の中から選任された裁判員が、裁判官とともに参加することになる。この裁判員の参加する裁判では、裁判員は、ある刑事事件の被告人に関する犯罪の成否及び刑罰の決定という公共的な事項について、裁判官とともに、評議という名の討議を行う。この裁判員裁判は、討議民主主義理論に基づき再評価すれば、一般の国民に開かれた「公共的討議の場」を新たに創設するものであるといえよう。また、一般の国民は、事実の認定、法令の適用及び刑の量定について、裁判官と対等の評決権を有する（裁判員法6条1項）ので、この裁判員裁判における討議は、本稿第5章で示した討議の意義の分類によれば、「決定のための討議」に該当するものである。

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と、それがこの制度の副次的な意義というものを公式に認めている点も看過できない。

すなわち、野沢太三法務大臣は、裁判員制度が「社会秩序や治安、あるいは犯罪の被害や人権といった問題について、それぞれの国民にもかかわりのある問題としてお考えいただく契機にもなるものと考えております。その意味においても、意義のある制度であると考える」と答弁している<sup>24</sup>。また、裁判員法案に関して政府参考人としての国会答弁をほぼ1人で対応した山崎潮司法制度改革推進本部事務局長も、「国民に刑事裁判の過程に直接参加をしていただくことによって、社会秩序やあるいは治安、あるいは犯罪の被害者や人権といった問題ですね、こういう問題、国民一人一人にもかかわりがある問題だと考えていただく契機になるということでございまして、正にそれは副次的なものであるという理解でございます」と答弁している<sup>25</sup>。

一般の国民は、通常の世界生活において、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ない。しかしながら、裁判員制度の導入により、一般の国民が裁判員として刑事事件の裁判に参加することになれば、一般の国民は、不可避的に公共的な事項に対して問題関心を高め、熟考するようになる。つまり、裁判員制度は、国民の公共意識を涵養させるという機能を有するものである。そして、この国民に対する公共意識の涵養機能が制度の副次的な意義であるということが、裁判員法案の立案者・提出者の意思<sup>26</sup>であるということが、これら国会審議における大臣及び

<sup>24</sup> 第159回国会衆議院法務委員会議録第9号5頁。

<sup>25</sup> 第159回国会参議院法務委員会議録第15号14頁。

<sup>26</sup> この立案者・提出者の意思を立法者意思と呼ぶか否かは、議論が分かれるところである。すなわち、「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」と定める日本国憲法41条によれば、立法者はあくまで国会であることから、立法者意思とは、裁判員法を制定させた国会あるいはその構成員である国会議員の意思と解すべきかもしれない。もっとも、法律案の提出者側による提案理由説明における法律の具体的な趣旨等についての言及や質疑における答弁が、法律案が修正されることなくそのまま議決された場合、委員会や議院でそれを否定したり、それとは異なる解釈等が賛成した多数の議員によって示さ

政府参考人の答弁に示されているといえる。

以上見てきたように、審議会意見書、審議会会長の言説、国会における政府答弁などから、制度設計者の意思としては、裁判員制度が、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「公共的討議の場」を構築する試みであって、それに参加した国民が公共意識を高めうる効果があることを認めていたと解することができる。

---

れるようなことがない限り、それぞれの議決をした過半数の議員に受け入れられたものとみなして、立法者意思と同視しうるともいえる（川崎政司「国会審議の機能と評価に関する一考察（三）」議会政治研究 77 号（2006 年）97 頁）。立法者意思をこのように解すれば、本稿で示した法案の立案者・提出者の意思は、立法者意思でもあるともいえよう。



### 3. 裁判員制度の憲法適合性と共和主義的憲法理論からの応答

日本国憲法には、裁判員制度はもちろんのこと、国民の司法参加に関して、それを認める規定は一切存在しない<sup>27</sup>。

では、この憲法の下で、法律によって、新たに裁判員制度などの国民の司法参加の制度を創設するとすれば、それは憲法の趣旨や規定に違背するであろうか。

#### (1) 国民の司法参加の制度の憲法適合性

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可否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。

例えば、日本国憲法制定直後の1948年に刊行された憲法普及会による『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』では、「〔筆者注：陪審制度に関して〕憲法に於て、裁判官は良心にしたがい、独立して職権を行うべきものとして居る以上（憲法第七六条三項）、裁判官の判断を拘束する陪審の答申は許されないから、単に意見を徴し参考とする程度になつて仕舞う。又参審制も、裁判官の任期、報酬、身分保障等が、専門的裁判官だけを前提として、規定されている以上、素人の臨時裁判官を認める余地がない。元来、陪審制、参審制を採用する国々では、憲法中にこれを規定し、陪審員、参審員については、専門的裁判官についての任期、身分保障等に関する規定の適用の除外を明規するのが普通で……、わが憲法がこれらの制度を民主司法の当然のあり方として、採用する趣旨であつたならば、これに関し明文を設けたはずである。この点から、私〔筆者注：兼子一教授〕は新憲法上これらの制度を採用する余地はないものと思う」と述べられていた<sup>28</sup>。また、日本国憲法の初めての本格的なコンメンタールである東京大学憲法研究会による『註解日本国憲法』は、「司法への民衆関与」として、次のように記述した。「陪審制又は参審制に関しては、〔筆者注：日本国憲法は〕一言も触れていない。……陪審が民主的制度であることは勿論であるが、現在においてこの素朴的な民衆裁判を採用することが適当であるかは、論議の余地がある。それに憲法は、裁判官は良心にしたがい、独立して職権を行うべきものとすることは

<sup>27</sup> 日本国憲法の施行と同時に施行された裁判所法は、「この法律の規定は、刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない」と規定しており（同法3条3項）、また、前述のとおり、旧憲法下で制定された陪審法は、現在もなお効力を有するものである（昭和18年法律第88号（いわゆる陪審法ノ停止ニ関スル法律）が施行され、陪審制度は運用が停止されているにすぎない（制度が廃止されたわけではない））。もっとも、問題の所在は、日本国憲法の解釈論上、このような法律による国民の司法参加の制度の創設が許容されるか否かであり、国法秩序の段階構造を踏まえれば、陪審制度を容認する法律が存在していることは、国民の司法参加に関する憲法の解釈論を左右するものではない。

<sup>28</sup> 憲法普及会＝編（兼子一・木村亀二＝著）『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』（国立書院、1948年）75頁（兼子一＝執筆）。

(七六条三項)、裁判官が裁判に当つて陪審の答申に拘束されることと矛盾する。又参審制も裁判官の任期、報酬、身分保障等が専門的裁判官だけを予定して規定されている以上、参審員として素人の臨時裁判官を認める余地がない。殊に、全体として米国式な考え方をとつている憲法として、陪審制を民主司法の当然のあり方として採用する積りならば、これに気附かない筈はなく、当然これに関して明文を設けたはずと考えられるから、その規定を欠くことは、むしろこれを否定する趣旨と解すべきではあるまいか<sup>29</sup>。

その後、陪審制度に関しては、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<sup>30</sup>に至った。

例えば、宮沢俊義教授は、日本国憲法 76 条の規定が、「かならずしも訴訟手続が全部裁判所によってのみ動かされることを要請しているのではない。たとえば、当事者はもちろん、検察官や弁護人が訴訟手続において重要な役割を演ずることは、訴訟手続というものの性質上、当然にみとめられていることである。裁判官は、最後に、結論を下す職務を有するだけである。したがって、裁判官が結論を下すという建前を崩すことにならないかぎり陪審員が、訴訟手続に参加することは、かならずしも憲法の禁止するところではないと解すべきである」とする見解を支持し、「陪審員の意見だけで判決が決定されるような陪審制度が憲法上許されない」としても、「そこまで徹底しない陪審制……を設けることは、かならずしも許されないわけではない」という。そして、わが国の旧陪審制度は、(1) 陪審員が事実認定を行うが、その認定が裁判官を拘束しないことと、(2) 陪審は一部の刑事事件についてのみ認められ、被告人が陪審をその意に反して強制されることがなかった(被告人が自由に陪審を辞することができた)ことに注目したうえで、日本国憲法の趣旨に違背しないとす<sup>31</sup>。また、清宮四郎教授も、「陪審員の意見に決定的な権威を認める制度は、

<sup>29</sup> 法学協会＝編『註解日本国憲法下巻』(有斐閣、初出は1950年、引用は、改訂版である法学協会＝編『註解日本国憲法下巻〔改訂版〕』(有斐閣、1954年)1128頁による)。なお、引用部分の分担執筆者は明示されていないが、一般的に、兼子一教授による記述であると考へられている(大石和彦「国民の司法参加」をめぐる憲法問題」白鷗法学18号(2001年)162頁を参照)。

<sup>30</sup> 浦部法穂教授は、「被告人に陪審を辞する事由が認められ、かつ、裁判官が結論を下すという建前を崩さないならば、陪審制を採用することも憲法上認められる」という見解を「通説的である」としている(樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集4 憲法IV』(青林書院、2004年)23頁(浦部法穂＝執筆))。また、芦部信喜教授も、「日本国憲法のもとでも、裁判官が陪審の評決に拘束されないものであるかぎり、陪審制を設けることは可能と解される」とする見解を「通説」として記述している(芦部信喜(高橋和之＝補訂)『憲法〔第4版〕』(岩波書店、2007年)338頁)。なお、「げんにこのような「通説」が存在しているといえるだろうか。「通説」が存在しているとして、そのような主張は妥当とみられるであろうか」と問題提起をしたうえで、司法制度改革が推進されている現今の「新たな状況の下で、従来の「通説」が今なお通説とみられるか否かは、一考を要するところかと思われる」(原文ママ)とするものとして、長尾一紘「裁判員制度と日本国憲法」現代刑事法32号(2001年)30-31頁がある。

<sup>31</sup> 宮沢俊義(芦部信喜＝補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)600-601頁。な

憲法の原則に反するが、明治憲法時代の制度のように、陪審員は事実の認定を行なうが、被告人に陪審を辞する自由を認めるもの……は許されるものと解せられる」と述べる<sup>32</sup>。

政府も、1977年3月、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。すなわち、衆議院予算委員会第1分科会における分科員からの質疑に対して、賀集唱法務省大臣官房司法法制調査部長は、日本国憲法の32条の規定や第6章中の裁判官の身分保障などの司法権の規定を挙げたうえで、「憲法の規定からすると、最終的な判断権を裁判官に留保するといえますか、最終的な判断権の余地を残した、そういう留保づきの陪審制ならば採用することは憲法違反ではないと考えられる」と答弁している<sup>33</sup>。

一方、参審制度の憲法適合性に関しては、陪審制度についてのものと比較すると、学説における言及は少ない。中でも、参審制度に関しては、陪審制度とは異なり、「憲法にそれを認める規定がないこと、憲法が裁判官の任期や身分保障について定めるところは、専門の裁判官のみを予定しているところからみて、参審員が憲法にいう裁判官ではないこと、その権能が裁判官のそれとは区別されることなどの考慮を払う必要があり、わが国では採用がかなり困難」であるという見解が有力であった<sup>34</sup>。

ただし、政府は、公式には見解を示してはいないものの、参審制度について肯定的にとらえており、評決権を参審員に認める参審制度であっても合憲であるとする立場であるともいわれる。すなわち、終戦直後の1946年7月に閣議決定により設置された司法法制審議会で、「憲法は下級裁判所に必ずしも裁判官のみを以て構成することを堅持してゐないと思はれるから参審制を採ることは何ら違憲ではない。況んや参審制の採用は司法の民主化を計る所以でもあるから、実質的に考へても新憲法は参審制を排除するものではない」という説明が、司法省刑事局によってなされている<sup>35</sup>。

---

お、宮沢教授は、「公訴の提起は、刑事訴訟手続における重大な段階であるが、本条〔筆者注：日本国憲法76条のこと〕にいう「司法権」は、公訴が提起されたとき、それにもとづいて刑罰を科する作用をいい、その前提手続である公訴の提起そのものを含まないから、起訴陪審制度を設けることも合憲であるという（601頁）。

<sup>32</sup> 清宮四郎『憲法I（第3版）』（有斐閣、1979年）345頁。なお、清宮教授も、起訴陪審制度を合憲とする。

<sup>33</sup> 第80回国会衆議院予算委員会第1分科会議録第2号22頁。

<sup>34</sup> 伊藤正巳『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）570頁。なお、伊藤正巳教授は、「一般人の中から参審員を選び、その者を裁判官と同席させ合議に加わらせる参審制は、司法権への民衆参加の要請を最も良く実現させる方法といえる」とも述べている（569-570頁）。

<sup>35</sup> 司法法制審議会では、憲法附属法である裁判所法の審議が行われおり、その過程で、陪審制度や参審制度の導入が詳細に検討されていた。司法省刑事局は、「裁判所法中参審制採用方針試案（刑事局）」（刑事第1審の裁判を国民から選任された参審員（裁判官と同等の評決権を有する）と裁判官とが協働する参審制度）を提案したが、その議論の際に配布された資料「参審は違憲か（刑事局）」（1946年8月2日付）において、(1) 最高裁判所についてはその構成を定める規定が存在する（日本国憲法79条1項のものとなる憲法改正案75条1項）一方で、下級裁判所の構成については何ら規定が置かれていないことから、下級裁判所に参審員が参加することは禁じられておらず、(2) 改正案76条1項・2項（憲法80条1項・2項）には「下級裁判所の裁判官」とあるのみだから、憲法所定の裁判官以外の者

要するに、陪審制度については、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とする限り、学説・政府見解ともに憲法に違反しないと解する一方、参審制度については、学説は憲法に違反するおそれがあるという見解が有力であり、政府見解は明確には示されないという状況が続いていた。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ていた<sup>36</sup>。

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 32 条、37 条 1 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が裁判官職権行使の独立の原則（同 76 条 3 項）に違反するものではないかの 3 点が主に議論されてきた。以下、これら 3 点について、分説する。

#### (1) 裁判を受ける権利（日本国憲法 32 条、37 条 1 項）

日本国憲法は、32 条で「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない」と規定し、また、37 条 1 項で「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と規定している。そこで、国民の司法参加の制度を導入することが、憲法の保障する裁判を受ける権利を侵害するか否かが問題となる。

日本国憲法は裁判所の構成員として職業裁判官のみについて規定しているであるので、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なく、32 条及び 37 条 1 項は、被告人に対して裁判官（職業裁判官）による裁判を受ける権利を保障している規定であるとも解しうる。この場合、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、刑事被告人は、32 条及び 37 条 1 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）を侵害されるといえるよう。

これに対して、国民の司法参加の制度を合憲とする立場からは、大日本帝国憲法（以下、

---

をその構成員とすることは禁じられておらず、(3) 陪審が許されるとすれば、参審制もまた許されねばならず、(4) 「裁判所が、裁判官の全員一致で」と規定する改正案 78 条 2 項（憲法 82 条 2 項）は、英訳文によれば *a court unanimously* であり、裁判官以外の者の関与を禁ずる趣旨でない旨の見解を示していた（内藤頼博『司法研究報告書第 8 輯第 10 号 終戦後の司法制度改革の経過（第 3 分冊）』（司法研修所、1959 年）697-700 頁）。もとより、この試案は成案となるに至らず、また、ここで示された司法省の見解は、政府内での議論の資料であって、公式の見解ではない。

<sup>36</sup> 佐藤幸治『憲法〔第 3 版〕』（青林書院、1995 年）309 頁。佐藤教授は、「陪審の事実認定が適正なものとなるよう裁判官がある種の役割を果たすようにするなどの一定の条件の下で、決定（答申）に拘束力を認める陪審制の採用も、憲法上不可能ではないと解する余地もあろう」という（同頁）。なお、今般の司法制度改革の議論がなされる以前の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 57 号（1995 年）66 頁、笹田栄治『裁判制度』（信山社、1997 年）第 IV 章を参照。

「明治憲法」という) 24 条の文言との対比や日本国憲法制定当時の議論などにかんがみれば、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べきであり、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 32 条及び 37 条 1 項の規定に違反するものではないとの反論がなされる。すなわち、明治憲法 24 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権ヲ奪ハルコトナシ」と規定していた一方で、日本国憲法は、「裁判所において裁判を受ける権利」(32 条) ないし「裁判所の……裁判を受ける権利」(37 条 1 項) を保障しており(傍点は筆者による)、日本国憲法の制定により、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、文理上、明らかである。しかも、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。すなわち、憲法改正草案の枢密院での審査資料として作成された「憲法改正草案に関する想定問答(法制局)」では、「裁判官」が「裁判所」と改められ、裁判所(最高裁判所を除く)は裁判官以外の者を加へてこれを構成することも差支ないものと解せられるから、現行憲法〔筆者注：明治憲法のこと〕におけるよりも以上に陪審制を認める余地があると言い得る。寧ろ強制陪審も許されることになるであらう」と記述されている<sup>37</sup>。

したがって、日本国憲法 32 条及び 37 条 1 項は、裁判官による裁判を保障する規定ではなく、むしろ、国民の司法参加の制度が将来的に創設されることを(そして、その場合には、それを許容することをも) 視野に入れたうえで、裁判所による裁判を保障する規定であると解されよう<sup>38</sup>。32 条及び 37 条 1 項の規定が裁判官による裁判を受ける権利を保障する規定とはいえない以上、基本的には、法律によって、国民の司法参加の制度を設けるとしても、これらの権利を侵害するとはいえない。

## (2) 国民の司法参加についての規定の不存在

日本国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、国民の司法参加の制度を設けることを否定する趣旨と解すべきか否か(法律によって、そのような制度を設けることを許容するのか) が問題となる。

<sup>37</sup> 内藤頼博『司法研究報告書第 8 輯第 10 号 終戦後の司法制度改革の経過(第 1 分冊)』(司法研修所、1959 年) 333-334 頁)。この日本国憲法制定当時の議論に関しては、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=編『戦後改革 4 司法改革』(東京大学出版会、1975 年) 77 頁に詳しい。合わせて、土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」長谷部恭男・土井真一・井上達夫・杉田敦・西原博史・阪口正二郎=編集代表『岩波講座憲法 4 変容する統治システム』(岩波書店、2007 年) 245-256 頁も参照。

<sup>38</sup> 土井真一教授は、「単に審議の過程において示された意見というに止まるものではなく、かかる議論を踏まえて、国民の司法参加をより確実にするために意識的に文言が改められているのであって、憲法の文言のうえで一定の根拠を持つに至っていると見るべきである」という(土井前掲注(37) 258-259 頁)。

たしかに憲法は、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（78条、80条1項、2項）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を設けていない。そこで、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する見解もある。

しかしながら、最高裁判所についてはその構成を定める規定が存在する一方で、下級裁判所の構成についての規定は存在しない点にも注目すべきであろう。すなわち、憲法は、明示的に、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、これらの裁判官の任免等についても規定している（79条1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。したがって、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。

もっとも、憲法が職業裁判官についての詳細な規定を設けているという事実もまた看過することはできない。職業裁判官についてことさら詳細な規定を設けている以上、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。したがって、下級裁判所の裁判体の構成員には、憲法に規定された職業裁判官が必ず加わらなければならないのであって、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80条の趣旨に反すると解すべきであろう<sup>39</sup>。

<sup>39</sup> 司法制度改革審議会の委員であり、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の座長でもあった井上正仁教授は、第51回司法制度改革審議会（2001年3月13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しても、それに加えて国民がそこに参加することを全く排除しているとまで断定する根拠は必ずしも存在せず、従って、そのような参加を認める解釈も成り立つ余地はあるのではないかと思います」と述べている。井上教授の下級裁判所の構成における職業裁判官の意義に関する理解については、第51回司法制度改革審議会議事録における井上委員の発言、井上正仁・長沼範良・山室恵「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1208号（2001年）140頁（井上正仁＝発言）、第6回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会（2002年9月3日）での井上座長の発言、佐藤ほか前掲注（21）339-340頁（井上正仁＝発言）などを参照。そのほか、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見ていることは否定できないであろう」と述べ（市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報76巻10号（2004年）42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（37）259頁）。なお、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（棟居快行「「裁判員」制度の憲法問題」月刊司法改革20号（2001年）32頁）。これに対して、土井教授は、「地方裁判所、家庭裁判所、簡易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なるが、このような解釈に賛同す

なお、この点について、次の2つの方法で、この違憲の謗りを乗り越えることも考えられる。すなわち、第一に、職業裁判官以外の者であって裁判を行う国民を、日本国憲法80条にいう「裁判官」とすることである。裁判所法における下級裁判所の裁判官の任命資格に関する規定を改正し、いわゆる法曹資格を有しない一般の国民を、任期10年で再任を妨げられない裁判官(80条)とすることも理論上は考えられなくはない<sup>40</sup>が、その運用は現実的ではない<sup>41</sup>。事件ごとに選任され裁判の終了とともに任務を終える陪審員や短期間の任期で選任される参審員を、憲法第6章にいう「裁判官」とみなすということも考えられるが、この場合、裁判官の選任方法、任期、報酬、身分保障等について規定する78条及び80条の文理に反する。したがって、この第一の方法は、実際には困難である。第二に、事実認定作用と法令の解釈・適用作用とを峻別し、前者を司法作用には含まれないとしたうえで、事実認定作用は憲法上の「司法」ないし「裁判」ではない以上、職業裁判官以外の者が関与することができるとする理解である<sup>42</sup>。これは、法令の解釈・適用作用にも職業裁判官以外の者が関与する参審制度を正当化する論拠とはならず、職業裁判官以外の者が事実認定作用を独占的に担当し、法令の解釈・適用作用を裁判官に留保する陪審制度に固有の正当化論拠である。しかしながら、そもそも事実認定作用と法令の解釈・適用作用とを峻別しようとする前提に対して、当然に批判が提起され(はたして、それらは峻別しようのか、実際には、裁判官の思考過程において一体として行われているのではないか)、また、事実認定が司法作用に含まれないとすれば、それはいかなる国家作用であるかが問題となろう(もとより、行政作用とは解することができない)。したがって、この第二の方法も、憲法解釈論上、困難を伴う。つまり、職業裁判官を下級裁判所の構成員から完全に排除することは、日本国憲法の解釈論上、妥当ではないといえよう。

いずれにせよ、下級裁判所においては、日本国憲法80条にいう職業裁判官を不可欠の構

---

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)」判例時報1875号(2005年)9頁)を妥当であるとして、第1審裁判所の構成について憲法上の制約がないとする解釈に反駁している(土井前掲注(37)280-281頁)。

<sup>40</sup> 香城敏磨教授は、80条にいう「裁判官」とは、「憲法が定めている手続で「裁判官」とされた者であって、特別の試験や訓練を受けた法曹資格者という意味ではない」ので、最高裁判所の裁判官のうち5名以内についていわゆる法曹資格をもたない者が任命されうること(裁判所法41条、なお、この点については、笹田栄司『司法の変容と憲法』(有斐閣、2008年)67-73頁を参照)を踏まえたうえで、「憲法所定の手続で、いわゆる素人を選んで裁判を行わせることは、裁判所法を改正すれば可能であるが、そうして選定された者はあくまでも裁判官となる」という(香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、2004年)527-528頁)。笹田栄司「裁判員制度と日本国憲法」法律時報77巻4号(2005年)27-28頁も同旨。

<sup>41</sup> 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『憲法諸相と改憲論』(敬文堂、2007年)424頁。

<sup>42</sup> 佐藤幸治教授は、裁判作用を事実認定と法の適用という2つの過程に分けたうえで、後者が「司法」の核を形成する」として、陪審の決定に裁判官が拘束されても、憲法76条の司法権を侵害しないとする(佐藤前掲注(36)307頁、もっとも、佐藤教授も、事実認定が司法作用に当たらないとは述べていない)。

成員とする限りで、そのうえで、それ以外の者を裁判所の構成員することも許容されると解される。

### (3) 裁判官職権行使の独立の原則（76条3項）

日本国憲法76条3項は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」として、裁判官の職権行使の独立について規定している。そこで、国民の司法参加の制度を導入し、陪審員が事実認定について裁判官の判断を拘束したり、参審員（裁判官とともに合議体を構成し評議・評決に参与する）が裁判官の判断を拘束したりすることが、この裁判官職権行使の独立の原則に違反するものであるといえるか否かが問題となる。

裁判官の職権行使の独立の原則は、広義の司法権の独立の原則（司法権の立法府及び行政府からの独立）とともに、いわゆる司法権の独立の原則をなし、かつ、「司法権独立の核心」でもある<sup>43</sup>。これは、「裁判官が法以外のなにものにも拘束されず他からの干渉・圧力を受けずに職権を行使すべきことを保障するものであ」って、「近代的司法権は、あらかじめ与えられた客観的規準（すなわち法）に準拠して行われなければならない（このことは、人民の権利・自由が権力の恣意によって左右されてはならない、という近代的な人権保障の考え方と結びついている）から、実際に司法権を行使する個々の裁判官が法以外のなにものにも拘束されずに独立して職権を行使しなければならないというのは、近代司法の本質からの当然の帰結である」とされる<sup>44</sup>。そして、陪審員や参審員など職業裁判官以外の一般の国民が、ここでいう「裁判官」ではないことは、論を待たない。

この点、わが国の旧陪審制度のように、陪審員の判断が裁判官を拘束しない制度であれば、この76条3項違反の問題は生じない。また、前述のように、事実認定作用を司法作用の範疇に含めないとすれば（筆者は、この議論に与するものではないが）、陪審員が行った事実認定についての判断が裁判官を拘束する制度であっても、深刻な問題は生じない。つまり、陪審制度に関しては、基本的には、76条3項違反は問題とならない。むしろ、76条3項との関係は、裁判官と参審員とが合議体を構成し、協働して判断を行う参審制度においてこそ問題となる<sup>45</sup>。

しかしながら、裁判官の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く、実際にも、法律に基づく裁判所による

<sup>43</sup> 芦部前掲注(30)340頁。その内容について、芦部教授は、「単に、他の指示・命令に拘束されないというだけではなく、事実上、他の機関から裁判について重大な影響を受けないという要請をも含んでいる。裁判官の自由な判断形成に対して事実上重大な影響を及ぼす行為は、司法権の独立を侵す」という(340-341頁)。

<sup>44</sup> 樋口ほか前掲注(30)28頁(浦部法穂=執筆)。

<sup>45</sup> あるいは、同じく参審型の制度である裁判員制度についても、同様の問題が生じる。裁判員制度の制度設計をめぐる議論において、当初、最高裁判所が、一般国民の関与した評決に裁判官に対する拘束力を認めることに難色を示した(国民の司法参加の形態として、参審員に評決権を認めない参審制度を提案した)のは、この点が理由であったと思われる。



司法権行使に随伴する制約が予定されている。例えば、上級審の裁判所の裁判における事実認定にかかる判断に、下級審の裁判所に対する拘束力が認められている（裁判所法4条）<sup>46</sup>。また、合議体において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18条、26条2項、77条1項、2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。したがって、裁判官職権行使の独立の原則は、裁判官個人の意見が常に裁判所の判決になることまでを保障するものではないと解すべきである<sup>47</sup>。

したがって、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同様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、裁判官職権行使の独立を定める76条3項に違反しないと解される。

以上のように、国民の司法参加の制度の導入は、制度設計如何にもよる<sup>48</sup>が、一般的には、日本国憲法の規定やその趣旨に抵触するものではないといえよう。

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」<sup>49</sup>として、裁判員制度の導入を提言するに至った。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、事実上、1つの決着を見ることとなったといえる。

## （2）裁判員制度の憲法適合性

### （1）裁判員制度違憲論

わが国の裁判員制度は、基本的な構造としては、一般の国民から選任された裁判員が裁判官とともに合議体を構成し、協働して事実の認定や法令の適用に加えて量刑の判断を行う参審型の制度でありながらも、裁判員の選任は無作為抽出とし、任期を定めず1事件限りの参加とする制度である。無作為抽出による選任や1事件限りの参加は、陪審制度に多く見られる特徴であるので、裁判員制度について、参審制度と陪審制度の混合型の参加制度と評価することもできよう。わが国では、これまで、（諸外国では）既存の典型的な英米法系の陪審制度や大陸法系の参審制度を念頭に、国民の司法参加の制度の導入が検討され

<sup>46</sup> なお、最判昭和28年5月7日民集7巻5号489頁は、「原審が前の上告審のなした差戻判決における法律上並びに事実上の判断に従って判決をなした」ことが「原審裁判所の裁判官が前掲上級審の裁判に拘束力を認めた法規その他所論憲法80条の規定等により所論のような心理的影響を蒙り、その良心従い独立してその職務を行い得なかつた結果であると認むべき証跡は存在しない」と判示している。

<sup>47</sup> 佐藤ほか前掲注(21)345頁（井上正仁＝発言）、常本照樹「国民の司法参加と憲法」ジュリスト1198号（2001年）162頁。

<sup>48</sup> 例えば、前述のとおり、職業裁判官を一切排除し、陪審員のみによって事実認定の判断を行う陪審制度は、憲法80条の規定の趣旨に反し、認められないと解する。

<sup>49</sup> 司法制度改革審議会前掲注(8)102頁。

てきたため、裁判員制度のような混合型の参加制度の導入の可否が検討されたことはない。

そこで、国民の司法参加の制度に関する一般的な憲法適合性の議論とは別に、裁判員制度の憲法適合性が改めて議論されなければならない。しかし、本稿第1章で確認したとおり、裁判員制度の憲法適合性について、審議会や検討会ではあまり踏み込んだ議論はなされず、また、裁判員法案を審議する国会においても、政府参考人による定型的な答弁が繰り返されるばかりで、議員による追及はほとんど行われなかった。

裁判員法が内閣提出法律案として国会に提出された以上、その前提として、立案当局（司法制度改革推進本部）や内閣法制局による憲法適合性についての審査は済んでいると推定されるため、少なくとも法案提出段階（国会での修正を経る前まで）では、裁判員法案が憲法に違反するものではないとする行政の有権解釈があると見てよい（なお、日本国憲法99条を参照）。裁判員法案を審議する国会において政府参考人が同法案の憲法適合性を認めていることも、それを補強する<sup>50</sup>。同様に、それを法律として可決させた立法府についても、同法が憲法に違反するものではないものとして、有権解釈したと推定される<sup>51</sup>。

しかしながら、制度施行を間近に控えた今日においても、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、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<sup>52</sup>。特に、大久保太郎元判事<sup>53</sup>や西野喜一教授（元判事）<sup>54</sup>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は、裁判員制度の憲法適合性の問題について真摯に取り組む必要性を強く認識

<sup>50</sup> 国会での山崎潮司法制度改革推進本部事務局長による答弁（第159回国会衆議院法務委員会会議録第9号3-4頁、同第11号1頁、同第12号9頁、同第12号23頁、第159回国会参議院法務委員会会議録第15号3頁）。

<sup>51</sup> もとより、法令の憲法適合性に関する最終的な有権解釈権を有するのは最高裁判所である（日本国憲法81条）が、抽象的違憲審査が認められていないわが国において、その解釈が示されるのは、同法に関する適式の訴訟が提起されて、その裁判の過程において憲法判断が必要になる場合に限定される（なお、最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁を参照）。

<sup>52</sup> 安念前掲注（19）382頁、奥村文男「裁判員制度の批判的考察」憲法論叢11号（2004年）1頁、香城前掲注（40）525頁（なお、香城敏磨教授は、元判事である）。

<sup>53</sup> 大久保太郎「司法制度改革審議会の審議に寄せて」判例時報1678号（1999年）35頁、同「同（続）」同1707号（2000年）34頁、同「司法制度改革審議会の中間報告を読んで」同1735号（2001年）37頁、同「裁判員制度案批判」同1750号（2001年）25頁、同「同（続）（上）」同1772号（2002年）3頁、同「同（続）（下）」同1774号（2002年）3頁、同「裁判員制度案批判補説」同1810号（2003年）3頁、同「裁判員制度立法化への根本的疑問（上）」同1825号（2003年）24頁、同「同（下）」同1826号（2003年）20頁、同「裁判員制度法案に見る刑事訴訟法の墮落」同1848号（2004年）3頁、同「「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性（上）」同1883号（2005年）3頁、同「同（下）」同1884号（2005年）3頁。なお、「裁判員制度に反対する会の意見書」同1844号（2004年）3頁も参照。

<sup>54</sup> 西野喜一「日本国憲法と裁判員制度（上）」判例時報1874号（2005年）3頁、同前掲注（39）3頁、同「裁判員制度批判（上）」判例時報1904号（2005年）3頁、同「同（下）」同1905号（2005年）14頁。一般向けの図書として、同『裁判員制度の正体』（講談社、2007年）がある。

させるものである<sup>55</sup>。

そこで、これら裁判員制度違憲論の主な論拠を概観することにしよう。違憲論は、前節で確認した国民の司法参加の制度の一般的な3つの論点について、司法参加に関して消極説を支持する。

すなわち、(1) 裁判を受ける権利（日本国憲法32条、37条1項）が裁判所の裁判を受ける権利を意味するにとどまるとする積極説に対して、違憲論は、あくまで裁判官による裁判を受ける権利を意味すると主張する。例えば、香城敏磨教授は、下級裁判所の裁判官について、任免の手续や身分保障に関する詳細な規定を設けている以上、裁判所は、専らこのような裁判官のみによって構成されるべきことが、当然に予定されているとみるほかないとし<sup>56</sup>、また、西野教授も、最高裁判所の裁判官の構成について79条1項の規定があることを踏まえたうえで、「憲法中にはおよそ下級裁判所に関する固有の規定がない……のであるから、下級裁判所にも最高裁判所に関する規定を類推して、裁判官をもって構成されるべきものというのが憲法の真意」であるという<sup>57</sup>。そして、裁判官以外の者を含む裁判所は、32条にいう「裁判所」ないし37条1項にいう「公平な裁判所」<sup>58</sup>ではないと結論づける。

また、(2) 国民の司法参加についての規定の不存在に関しては、違憲論は、「憲法の規定に、陪審制等、司法への国民参加の規定を全く盛り込まなかったということは、この憲法下では、これを実施させない趣旨であったと見るべきものであろう」という<sup>59</sup>。法律によって、憲法で規定された職業裁判官以外の者を裁判所の構成員とすることが許されるのであれば、「立法府の国会についても、憲法43条等の規定にかかわらず、「審議内容に国民の常識を反映させるため」直接民主制を加味するとして、選挙人名簿からくじで選んだ国民を「国民審議員」とでも名づけて、議員と同等の権限を持たせて審議に参加させることも違

<sup>55</sup> 井上薫弁護士（元判事）も、裁判員制度に対して、批判的な態度を採っている。井上薫弁護士の見解は、井上薫『司法は腐り人権滅ぶ』（講談社、2007年）第4章と同『市民のための裁判入門』（PHP研究所、2008年）第6章にもあるが、まとめられたものとして、同『つぶせ！ 裁判員制度』（新潮社、2008年）。

<sup>56</sup> 香城前掲注（40）527頁。

<sup>57</sup> 西野前掲注（39）5頁。奥村文男教授も、「最高裁判所は裁判官のみで構成されるところが（憲法80条）、この規定は反対解釈するのではなく、むしろ下級裁判所にも類推するのが普通の解釈ではなかろうか」と述べる（奥村前掲注（52）7頁）。

<sup>58</sup> なお、日本国憲法37条1項にいう「公平な」とは、直接には「裁判」ではなく「裁判所」を修飾するものである（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集2 憲法II』（青林書院、1997年）344頁（佐藤幸治＝執筆））。判例は、37条1項にいう公平な裁判所による裁判について、「構成其他において偏頗の惧なき裁判所の裁判」を意味すると判示している（最大判昭和23年5月5日刑集2巻5号447頁）。

<sup>59</sup> 西野前掲注（39）7-8頁。もっとも、西野教授は、憲法に国民の司法参加に関する規定がないことをもって、これを禁止する趣旨ではないと解することは不可能ではないと留保するものの、憲法制定時にすでに国民の司法参加という観念が存在していたことなどから、それを立法政策に委ねる趣旨と解することはできないという（8頁）。なお、同前掲『裁判員制度の正体』81頁も参照。

憲ではないはずである」と、大久保元判事は主張する<sup>60</sup>。

さらに、(3) 裁判官職権行使の独立の原則（日本国憲法 76 条 3 項）に関して、裁判員法 67 条 1 項は、「評議における裁判員の関与する判断は、……構成裁判官及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る」と規定している。この規定によれば、裁判官全員が有罪の意見で、裁判員全員が無罪の意見である場合、無罪の結論になる。しかし、「裁判官全員が有罪を確信していながら無罪判決を出さざるを得ない状況を裁判官に負わせるのは、憲法の右条項〔筆者注：76 条 3 項〕に反する恐れが極めて大きい」と、西野教授は主張する<sup>61</sup>。

以上のような違憲論の主張に対しては、基本的には、前節で確認した司法参加に関しての積極説の主張が応答可能であると考えられる。

## (2) 公平な裁判所と裁判員制度

日本国憲法 37 条は、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と規定する。前節で確認したとおり、本条は、一般的には、国民の司法参加の制度の導入を一切排除する規定と解することはできない。

では、次に考察すべきことは、裁判員法の諸規定に基づく裁判員裁判の構造が、憲法の要請する「公平な裁判所による迅速な裁判を受ける権利」に見合うものになっているか否かである。

これについて、裁判員法案の立案担当者の 1 人である辻裕教司法制度改革推進本部元参事官は、「憲法の要請を満たす制度であり、憲法に反するものではない」と述べたうえで、その論拠を次のように示している。

第一に、裁判員法は、裁判員の選任にあたって、法と証拠に基づいて公平な判断をすることができる者が裁判員に選任されるよう設計されている。すなわち、「本法においては、法と証拠に基づいて公平に裁判を行うことができる裁判員が選任される制度とするため、

<sup>60</sup> 大久保前掲「裁判員制度案批判（続）（上）」4 頁。これに対して、土井教授は、憲法 43 条 1 項が「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」と定める明文の規定が存在することを挙げて、このような「主張が妥当するのは、明文の規定を持たない下級裁判所の場合ではなく、憲法第七十九条第一項の定めのある最高裁判所について、裁判官以外の者をその構成員として認める場合である」と反駁している（土井前掲注（37）280 頁）。

<sup>61</sup> 西野前掲注（39）10 頁。なお、この点に関連して、従前の裁判官のみによる裁判の場合では被告人が無罪とされる場合であっても、有罪の意見の裁判員が参加することによって、結論が異なりうることをもって、裁判官の職権行使の独立の原則（76 条 3 項）への違反ではなく、被告人の公平な裁判所において裁判を受ける権利（37 条）の侵害であるとする見解がある。例えば、裁判官 2 人が無罪の意見で、裁判員 1 人が有罪の意見であった場合には、従前の裁判官のみの合議体であれば、被告人は無罪となるが、裁判員制度の下で裁判員 6 人が加わり、そのうち 4 人以上が有罪の意見であれば、有罪の結論になる。香城教授は、このような結果になることが被告人の裁判を受ける権利を侵害するものであると評価する（香城前掲注（40）530 頁）。

事件関係者の不適格事由（第17条）及び不公平な裁判をするおそれを理由とする不選任請求（第18条）を設けていることに加え、当事者から理由を示さずに行う不選任請求の制度（第36条）を設けることとしている。そして、これらの事由が存在するか否かを明らかにするための手続として質問手続（第34条）を設けるとともに、裁判員候補者の虚偽回答を禁止することで（同条第3項、第110条及び第111条）、裁判所及び当事者が裁判員としての適格性について正確な情報を得られるようにしている。これらの制度により、本法では、法と証拠に基づいて公平な判断をすることができる者が裁判員に選任されることが制度的に担保されている。また、選任された裁判員についてその職権行使の独立を法律上保障している（第8条）。なお、選任後であっても、事件関係者の不適格事由に該当したり、不公平な裁判をするおそれがあることが明らかになった裁判員については、これを解任する制度を設け、判決に至るまで、裁判員の適格性が確保されることも担保されている（第41条、第43条）」<sup>62</sup>。

第二に、裁判員法は、裁判員が職務を遂行するにあたって、裁判員が適正な判断ができるよう設計されている。すなわち、「本法では、裁判官と裁判員が合議体を構成し、有罪・無罪の決定及び刑の量定に関しては、両者が対等の権限を持って十分な評議を行うこととされている（第2条、第6条、第66条及び第67条）。これにより、裁判官と裁判員双方の知識・経験が合議体全体に浸透し共有されて、裁判官の有する法的な知識や裁判官としての経験が裁判員にも伝わりそれを踏まえた裁判がなされるとともに、評議の中でおのずと適正な判断に到達することが期待できる制度となっている」<sup>63</sup>。

このように、基本的には、裁判員法の諸規定は、憲法の要請する「公平な裁判所」の要請を充足していると解される。同様の解釈手法から、市川正人教授も、裁判員法が「裁判官と裁判員とで構成した裁判体が公平な裁判所における裁判を行うための条件を十分設定している」と評価している<sup>64</sup>。

なお、法定適正手続の保障を定める日本国憲法31条に関しては、裁判員裁判が法定適正手続に違反すると構成しようとしても、それが裁判員法という法律に基づき創設される裁判員制度である以上、法定の手続ではないとの主張はなしえないし、また、それが適正な

<sup>62</sup> 辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)法曹時報59巻11号(2007年)58頁。

<sup>63</sup> 辻前掲注(62)58頁。このほかに、辻元参事官は、(1)法令の解釈については、裁判官のみが判断の権限を有し、裁判員はその判断に従うこととされていること(2条2項、66条3項、4項)、(2)評決は裁判官と裁判員の双方の意見を含む合議体の過半数の意見によることとされている(67条)ので、裁判官の意見をまったく反映しない形で、被告人に対して刑が科されることがない制度となっていること、(3)憲法には裁判官以外の者が裁判体に加わることを禁止する明文の規定はなく、憲法が裁判官についてその職権の独立や身分保障を定めた趣旨に反しないものであれば、裁判官以外の者が裁判体に加わる制度であっても憲法上許容されると考えられることを、裁判員法が憲法に適合的であることの論拠として挙げている(59頁)。

<sup>64</sup> 市川前掲注(39)43頁。

手続であるか否かについては、31条に続く32条以下の規定（ここでは、具体的には、37条1項）により公平な裁判所であることを認める以上、積極的に解すべきである<sup>65</sup>。つまり、裁判員法に基づく裁判員裁判は、日本国憲法31条の保障する法定適正手続に違反するとはいえない。

### (3) 裁判員制度の憲法適合性についての残された2つの課題

もつとも、(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等（裁判員及び補充裁判員）として就任し、その職務を行う義務を課すことの2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<sup>66</sup>。

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理論によれば、より説得的な正当化が可能であると解する。

この点、常本照樹教授や山元一教授らも共和主義的な見地からの回答可能性を示唆している<sup>67</sup>が、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も明示されていない。そして、それらも詳論されておらず、あくまで示唆にとどまっている。

本稿は、日本国憲法の解釈の一般的な解釈理念として、共和主義的憲法観ないし討議民主主義理論を採用すべきか否かについては論ずるものではない<sup>68</sup>。しかしながら、前節で

<sup>65</sup> 「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定する日本国憲法31条は、単に手続の法定を要求するのみならず、その内容の適正さをも要求すると解するのが通説的見解である（なお、通説は、手続のみならず、さらに実体の法定と適正さをも要求する（芦部前掲注(30)229-230頁））。31条の要請する手続の適正さは、32条以下の保障を充たすものでなければならず、31条の規定は、手続の適正さを要求する一般規定の意味をもつ。ただし、31条で問題となるのは、32条以下の規定によりカバーされていないものであるから（野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法I〔第4版〕』（有斐閣、2006年）394-395頁）、裁判員制度の手続的適正さの問題は、敢えて31条を持ち出すまでもなく、32条及び37条1項によって議論することになる。

<sup>66</sup> 大久保前掲「裁判員制度立法化への根本的疑問（上）」25-30頁、安念前掲注(19)381-386頁、西野前掲注(39)11-13頁。

<sup>67</sup> 酒巻匡・常本照樹・西村健・守屋克彦・市川正人「座談会 裁判員制度の可能性と課題」法律時報77巻4号（2005年）17頁（常本照樹＝発言）、山元一「司法権」法学セミナー593号（2004年）30頁。

<sup>68</sup> 緑大輔准教授は、「日本国憲法の下で採用する民主主義としては、討議民主主義が採用されることが望ましいと考えるべきである」と述べる（原文ママ、緑大輔「裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」」一橋法学2巻1号（2003年）319頁）。日本国憲法12条が自由・権利の保持への不断の努力を求め、15条が公務員を全体への奉仕者とし、43条

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憲法観に基づく討議民主主義理論の理念に共通するものがあり、したがって、この改革の発現の1つである裁判員制度についても、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論に依拠した解釈が可能であるということを前節で示したところ、次節以下で、克服が困難な上述の2つの問題について、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することとする。

### (3) 被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）

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否かについては、本稿第1章で確認したように、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いうままに<sup>69</sup>、「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」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<sup>70</sup>。実際に制定された裁判員法においても、2条1項1号及び2号に定める事件については、3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。

審議会においては、吉岡初子委員が被告人に対して裁判の選択権を認めるべきであると主張していた（本稿第1章26頁、29頁を参照）が、吉岡委員以外の委員は、基本的には被告人に裁判の選択権を保障すべきではないとしていた。この点、他の多くの論点について吉岡委員と意見を同じくすることが多かった高木剛委員も、被告人の裁判選択権に関しては、意見を異にしていた（高木委員は、主権者たる国民の国政への参加を具体化する制度であるという要請が、被告人の裁判を受ける権利よりも優位するとして、被告人の裁判選択権を認めないこととすべきと主張していた（本稿第1章36頁））。

諸外国の陪審制度において、通常、陪審裁判を受けるか否かは被告人の選択に委ねられているため、被告人の裁判の選択権の保障は陪審制度の導入の議論と結びつきやすい。一方、参審制度においては、多くの場合、被告人は裁判を選択できず、法律の定める裁判を

---

が国会議員を全国民の代表としていることから、日本国憲法が私益によるバーゲニングとして民主主義をとらえていないということには賛同できるとしても、そのことから直ちに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しているとはいえないと筆者は考える。この点は、さらなる積極的な補充論拠の提示が求められよう。したがって、筆者は、緑准教授のように、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であるとは主張しない（その一方で、採用すべきではないと主張するものでもない）が、少なくとも、その憲法下において実践されつつある今般の司法制度改革（あるいは、その1つである裁判員制度の導入）については、前節で述べたとおり、討議民主主義理論に基づき解釈しようというところと考える。

<sup>69</sup> 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367号（2002年）23-24頁。

<sup>70</sup> 司法制度改革審議会前掲注（8）106頁。

受けることになる。第32回審議会（2000年9月26日）では、制度設計の初期の段階で、陪審制度の導入とするか、それとも裁判官と裁判員との協働の参審型の制度の導入とするかで、議論が行き詰まった。そこで、井上正仁委員が、吉岡委員による裁判選択権の提案に対して、被告人の裁判選択権を認めれば制度の基本構造として陪審制度以外の形態が考えにくくなるため、柔軟に制度設計の議論を行うべく選択制の議論よりも先に、制度の基本構造をまとめるよう主張した。井上委員は、このとき、選択制を否定したのではなく、選択制の議論を留保したにすぎない<sup>71</sup>。しかしながら、その後、この問題については、第45回審議会（1月30日）でこれを認めないものとしてほぼ確定するまで、委員からのいくつかの単発的な発言（それも、すべて選択制に消極的な意見である）を除けば、重要な論点として意識的に議論された形跡はほとんどない。

つまり、被告人の裁判選択権については、審議会での議論を分析する限り、ここでは、制度の基本構造に引きずられるかたちで、十分な議論を経ないまま、これを否定するという結論が導出されたものと思われる。

検討会では、基本的には審議会の意見書の枠の範囲内で、制度設計の議論が行われたため、意見書が被告人の裁判選択権を否定する以上、それを認めるべきとする意見は、委員の中からは出なかった。

国会審議においては、上田勇衆議院議員や与謝野馨衆議院議員によって、被告人の裁判選択権の検討が提案されたことがある（本稿第1章75-76頁、77頁）。しかしながら、そのたびに、政府は、前掲の審議会意見書の一文を引いて、それを拒絶した。

前節で確認したとおり、わが国の憲法解釈論上の通説は、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。裁判員制度の設計段階において、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た<sup>72</sup>のも、通説が被告人の選択権付与を国民の司法参加の制度を合憲とするための条件としていたためである。

しかしながら、意見書は、裁判の選択権を否定し、そして、その理由として、「新たな参

<sup>71</sup> 司法制度改革審議会第32回議事録、本稿第1章29頁。

<sup>72</sup> 伊藤眞・浦功・大谷直人・大野恒太郎・高橋和之・竹下守夫・田中成明・西岡清一郎・平山正剛・三井誠・深山卓也「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1198号（2001年）62頁（高橋和之＝発言）、安念前掲注（19）382頁、389頁、香城前掲注（40）533頁、松尾ほか前掲注（9）18-19頁（椎橋隆幸、戸松秀典＝発言）、三井誠・飯田英男・井上正仁・大川真郎・佐藤文哉・田口守一「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト1268号（2004年）44-45頁（佐藤文哉＝発言）、西野前掲注（39）12頁など。なお、椎橋隆幸教授は、「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」（椎橋隆幸「裁判員制度が克服すべき問題点」廣瀬健二・多田辰也＝編『田宮裕博士追悼論集下巻』（信山社、2003年）129-130頁）と述べる。



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」ということを挙げた<sup>73</sup>。意見書が、裁判員制度を被告人のための制度ではないと明確に位置づけている点は、注目に値する。

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6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<sup>74</sup>。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うるところである<sup>75</sup>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<sup>76</sup>。そうであるとすれば、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<sup>77</sup>。本稿第1章で確認したとおり、実は、政府も、選択権を認めないこととした理由の1つとして、制度を存立させるためであることを肯定している<sup>78</sup>。

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

<sup>73</sup> 中島徹教授は、裁判制度一般ないし裁判員制度の導入が「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、極めて衝撃的である」と述べている（中島徹「刑事手続における「主権」と「人権」ジュリスト1334号（2007年）184頁）。

<sup>74</sup> その結果、陪審制度は、施行後15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＝監修『我が国で行われた陪審裁判』（司法協会、1995年）246-273頁。

<sup>75</sup> 例えば、平成15年度司法研究「量刑の研究」の一環として、2005年8-9月に司法研修所によって一般の国民及び全裁判官を対象に行われたアンケート調査によれば、量刑に関しては、同一の事件について一般の国民の判断はばらばらであった。同調査によれば、被告人が、少年である場合、飲酒で判断力が低下していた場合及び被害者の配偶者である場合などに、裁判官は刑を軽く、一般の国民は刑を重くする傾向があるという（朝日新聞2006年3月16日朝刊）。詳しくは、前田雅英・合田悦三・井上豊・野原俊郎『司法研究報告書第57輯第1号 量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究』（司法研修所、2007年）。

<sup>76</sup> 例えば、椎橋教授は、「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（椎橋前掲注（72）123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128頁）。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129巻1号（2003年）22頁。

<sup>77</sup> 西野前掲注（39）12頁。

<sup>78</sup> 国会での山崎潮司法制度改革推進本部事務局長による答弁（第159回国会衆議院法務委員会議録第11号2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〔筆者注：被告人に選択権を認めること〕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。両方の理由もあったんだろうというふうに私は思っています」と述べている。

学界から強く主張されている。例えば、かつて、日本弁護士連合会の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（むろん、結果として有利となるとは限らないが）を選択する権利（被告人の自律性の尊重、憲法13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<sup>79</sup>。もっとも、この刑事弁護センターの「裁判員制度の制度設計」という意見書は、後に、日本弁護士連合会自身によって、その存在がなかったこととされている。また、五十嵐二葉弁護士も、「裁判員裁判を受けることは被告人の権利であって、義務ではないという原理的な性格をもつ」と述べ、「被告人には自己の意思によって制度を選ぶ権利がある」とすべきと主張している<sup>80</sup>。

思うに、裁判員制度の導入によって、裁判員裁判対象事件に関しては、従来の裁判官のみによる裁判が制度として存在しなくなり、代わりに、裁判員の参加する裁判が制度として創設されることになる。裁判制度をどのように設計するかは、被告人個人の問題ではなく、制度一般の問題として、日本国憲法32条及び37条1項の要請に応え、その他の条項に違反しない限り、立法政策の問題である。32条と37条1項にいう裁判を受ける権利は、そもそも裁判官による裁判を受ける権利を意味するものではないとすれば、被告人がこれまで職業裁判官のみによる裁判を受けられていたのは、保護すべき法的な権利ではなく、国家が裁判官のみによる裁判制度を設けていたことの反射的利益にすぎない（憲法が保障していたのは、国家の用意した（法律によって創設された）裁判制度に基づく裁判を受ける権利にとどまるものであって、職業裁判官による裁判を受ける権利ではない）。裁判員裁判対象事件に関して、制度として職業裁判官のみによる裁判が存在しなくなった以上、被告人の裁判を受ける権利そのものは変容しないが、その裁判の形態が変化するということになる。このように解する限り、被告人のためではないとする前掲の意見書の表現は、それが「非常に居丈高で、権力的」である<sup>81</sup>としても、誤りではないといえよう。

では、この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、憲法学の観点から、どのように評価すべきであろうか。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

<sup>79</sup> 日弁連刑事弁護センター「裁判員制度の制度設計」（2002年7月）13頁。これは、公表されている刊行物等には一切所収されていない。なお、日本弁護士連合会本体も、2000年3月17日に発表した「陪審制度の実現に向けての提言——日弁連提案の陪審制度の骨子——」では、被告人の選択権を認めるべきとしていた。

<sup>80</sup> 五十嵐二葉『刑事司法改革はじめの一步』（現代人文社、2002年）126-130頁。そのほかに、藤浦龍治「陪審制度の実現を求めて」戒能通厚＝監修『みんなで考えよう司法改革』（日本評論社、2001年）136頁、秋山賢三「あいまいな妥協の産物」法と民主主義367号（2002年）13頁など。

<sup>81</sup> 五十嵐前掲注（80）128頁。

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っ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をより重視することが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<sup>82</sup>。かくして、安念潤司教授は、「われわれ自由主義者は、……被告人に裁判員による裁判を辞退する自由を認めるべきだと考えるのである」という<sup>83</sup>。

もっとも、改めて考えてみるに、そもそも被告人の裁判の選択権を憲法解釈によって導出することができるという立論を直ちに首肯することは困難であろう。前述のとおり、日本国憲法 32 条及び 37 条 1 項にいう裁判を受ける権利を、裁判官による裁判を受ける権利ではないと解する以上、32 条及び 37 条 1 項に裁判の選択権が含まれるとは解することはできない。また、裁判員裁判が 31 条の保障する法定適正手続に違反すると構成することができないと解する以上、同様に、裁判の選択権を認めないことが 31 条に違反すると解することもできない。ただし、それでもなお、自由主義的憲法観に立てば、13 条を根拠に、裁判の選択権をいわゆる新しい人権として構成する方途は残されている。

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員が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る。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。裁判員裁判は、裁判員たる国民が参加して公民的徳性を涵養するための貴重な場であり、その機会を被告人の自由意思によって喪失させることは、制度趣旨に反するといえよう。また、討議民主主義理論からも、法律によって制度として設けられた「公共的討議の場」を、被告人の意思によって閉鎖しうるとすることは、社会全体における討議の場が減少するということを意味し、否定的に評価される。さらに、裁判員裁判を選択制にすることにより制度そのものの存立が危ぶまれること（前述のとおり、裁判員法案の立案者もそのことを懸念していたところである）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う帰結に親和的である。

そして、自由主義的憲法観に立てば認めることも吝かではない日本国憲法 13 条を根拠とした被告人の裁判の選択権についても、共和主義的憲法観に立つならば、その主張は否定せざるを得ない。すなわち、裁判の選択権が幸福追求権の一内容をなすとしても、その保

<sup>82</sup> 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（72）45 頁（井上正仁＝発言）。

<sup>83</sup> 安念前掲注（19）382 頁。

障は、公共の福祉に反しない限りでの最大の尊重にとどまるのである<sup>84</sup>。そして、討議民主主義理論によれば、一般の国民のための公共的討議の場の創設及び維持は、まさに、同条にいう公共の福祉に該当するといえる。したがって、被告人の裁判の選択権の主張は、自由国家的公共の福祉による制限に服することになり、これを否定することになる。

#### (4) 裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務

裁判員法は、裁判所から呼出しを受けた裁判員候補者たる一般の国民に対して、裁判員等選任手続の期日に出頭する義務を課し（29条1項）、正当な理由がなく出頭しない場合には過料に処する（112条1号）とする。呼出しを受けた裁判員候補者は、裁判所から送付された質問票に回答する義務が課され（30条2項）、虚偽記載の禁止（30条3項）に違反して、虚偽の記載をし、提出した場合には、30万円以下の過料に処せられ（111条）、場合によっては、併せて50万円以下の罰金に処せられる（110条）。裁判員の選任にあたって、裁判員候補者は、裁判長の質問に回答する義務が課され（34条3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（111条）。

選任された裁判員等たる一般の国民は、法令に従い公平誠実にその職務を行う義務（9条1項、10条4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をしてはならない義務（9条3項、10条4項）、裁判員の品位を害する行為をしてはならない義務（9条4項、10条4項）、宣誓する義務（39条2項）、裁判所に出頭する義務（52条、63条1項）を、また、裁判員は、評議に出席し意見を述べる義務（66条2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（66条4項）を、それぞれ負う。これらの義務に違反した場合には、解任事由となる（41条）ほか、宣誓の拒絶と不出頭に関しては、過料に処せられる（112条3号、4号、5号）。

このように、裁判員候補者や裁判員等には、さまざまな義務が課されており、その義務の履行を確保するために、裁判員法は、行政罰や刑罰を設けている。これらの義務とその履行措置が（裁判員候補者に選定され、裁判員等に選任されうる）国民の憲法上の自由権を侵害するものであるか否かについては、なおも議論が分かれているところである。この点、本稿第1章で確認したとおり、立法過程においては、裁判員候補者ないし裁判員等になりうる国民の権利制限の問題については、ほとんど議論されなかった。国会での審議においても、議員からの質疑はあまり行われておらず、それに対する政府の責任ある答弁も、ほとんどなかった<sup>85</sup>。

<sup>84</sup> 生命に対する国民の権利ですら、公共の福祉に反する限り、立法上剥奪されうることを13条は許容している（最大判昭和23年3月12日刑集2巻3号191頁）。

<sup>85</sup> 国民の権利制限の問題についての質疑・答弁は、守秘義務に関するものを除き、ほとんど行われなかった。それに当たる数少ないものとして、裁判員となることを法律上の義務とした理由についての松村龍二参議院議員による質疑と、法律上の義務としたことが日本国憲法18条後段（意に違反する苦役の禁止）に違反するか否かについての角田義一参議院

裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務については、一般的に国民の幸福追求権を侵害しうるとして、日本国憲法 13 条<sup>86</sup>との関係が、裁判に判定者の立場で関与したくないとする宗教上または思想上の信条（人を裁きたくないという信念）を侵害しうるとして、19 条及び 20 条との関係が、また、裁判員等としての職務の遂行のために個人が本来行う予定であった精神的活動または経済的活動を行えなくなるとして、21 条、22 条、27 条、29 条などとの関係が、それぞれ問題となりうる。このうち、19 条及び 20 条違反について、裁判員法 16 条 7 号は、辞退事由の 1 つとして「その他政令で定めるやむを得ない事由」と定めており<sup>87</sup>、これを受けて、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令 6 号は、「裁判員の職務を行い、又は裁判員

---

議員による質疑に対する、山崎潮司法制度改革推進本部事務局長による答弁がある（前者は、第 159 回国会参議院法務委員会会議録第 15 号 5 頁、本稿第 1 章 89-90 頁、後者は、同 20 頁、本稿第 1 章 92 頁）。なお、裁判員法案の立案者によるコメントは、この点、次のように述べている。「裁判員候補者は、辞退事由（第 16 条）が認められない限り、裁判員の職に就くことを拒むことができないという意味で、裁判員となることは法律上の義務である。これは、広く国民の司法参加を求めることが制度の趣旨である上、現実には相当多数の国民の参加を得る必要があることや国民の負担の公平を図らなければならないという合理性のある要請……に基づくものである。そして、本法においては、裁判員となる義務の履行を担保するための手段は、刑事罰則や直接的な強制の措置によることなく、過料を課すことにとどめている上（第 112 条）、一定のやむを得ない事由がある場合には裁判員となることを辞退することができる制度を設け（第 16 条及び第 34 条第 7 項、第 44 条）、適切に義務の免除が認められるようにされている。さらに、刑事訴訟法等改正法による刑事裁判の充実・迅速化方策の導入や出頭した裁判員に対する旅費・日当等の支給（第 11 条及び第 29 条第 2 項）等の国民の負担を軽減するための様々な手当てがなされている。裁判員制度に重要な意義があることを踏まえて、こうした点を考慮すれば、本法における裁判員となることの義務付けは、制度実施のための必要最小限のものであるということが出来るから、憲法第 13 条に反するものではなく、また、憲法第 18 条の「その意に反する苦役」を強制するものではない」（辻前掲注（62）60 頁）。

<sup>86</sup> 例えば、大久保元判事は、裁判員が連日的開廷による集中審理に堪ええないであろうとしたうえで、「裁判員にその承諾なく公判期日への出頭等の義務を課することには、少なくとも場合により憲法一三条に違反する疑いのあることを指摘せざるを得ない」と述べる（大久保前掲注（60）4-7 頁）。具体的には、「裁判員……となることを望まない国民は、次のような自由権および幸福追求権の侵害を免れない」として、裁判員候補者の精神的不安、辞退許可を得るための行動の必要（辞退事由に該当する裁判員候補者であっても、呼出しの免除を受けるために、積極的な行動が必要であり、そのための負担は候補者本人が負うことになる）、裁判員等選任手続期日への出頭義務、裁判員等選任期日における苦しみ、公判期日への出頭義務の 5 つを挙げている（大久保前掲「「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性（上）」5-6 頁）。

<sup>87</sup> 裁判員法案の国会審議において、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するとしていた。すなわち、衆議院法務委員会において、野沢法務大臣は、「政令の具体的内容については今後検討していくこととしておりますが、思想、良心の自由等の憲法上の権利を侵すこととなるような義務づけを行うことは許されないので、そのような場合には辞退することができることを政令において何らかの形で明らかにすることとしたいと考えております」と答弁していた（第 159 回国会衆議院法務委員会会議録第 10 号 10 頁）。

候補者として法第二十七条第一項に規定する裁判員等選任手続の期日に出頭することにより、自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由があること」を裁判員の辞退事由として規定している。また、裁判員等の経済的損失については、裁判員法 11 条が、裁判員等に対して日当等を支給することを定めており、これを受けて、裁判員の参加する刑事裁判に関する規則（以下、「裁判員規則」という）7条が、裁判員等の日当として1日当たり1万円以内において、裁判員等選任手続期日に出頭した裁判員候補者の日当として、1日当たり8,000円以内において、裁判所の定める額を必要な日数に応じて支給すると規定している<sup>88</sup>。

より本質的な問題は、裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務と、「犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない」と規定する日本国憲法 18 条後段との関係である。18 条後段の禁止する意に反する苦役とは、「通常人が多少とも苦痛を感じる程度の労役を意味する」という見解もある<sup>89</sup>が、「苦役」の「苦」の字句にとらわれる必要はなく、広く本人の意思に反して強制される労役（強制労役）を意味するというのが、通説的見解である<sup>90</sup>。一般的に、非常災害その他緊急における応急的措置としての労務負担<sup>91</sup>や、国家作用の実施に協力する義務<sup>92</sup>は、本条にいう「意に反する苦役」に該当しないと解されており、通常、徴兵制や国家総動員法に基づく国民徴用制度などがこれに該当するとして例示されている<sup>93</sup>。

では、裁判員候補者及び裁判員等たる国民に対して、裁判員候補者として出頭させ、裁

<sup>88</sup> 日当のほかに、旅費及び宿泊料が支給される（裁判員法 11 条、裁判員規則 6 条、8 条、9 条）。裁判員の日当の法的性格は、裁判員等がその職務を履行・遂行することによって生ずる積極的な損失（弁当代など、出頭に要した旅費・宿泊料以外の諸雑費の支出）と消極的な損失（出頭しなければ別途得られたであろう収入の喪失）の弁償ないし補償であり、裁判員等としての勤務の報酬ではない（辻前掲注（62）115-117 頁を参照）。逸失利益を一定の限度内で行おうとするものであるから、実際に支給される日当等と、逸失利益や裁判員等としての職務との間で対価性を考慮する必要はない。

<sup>89</sup> 法学協会＝編『註解日本国憲法上巻〔改訂版〕』（有斐閣、1953 年）394-395 頁。

<sup>90</sup> 宮沢前掲注（31）233-234 頁、有倉遼吉・小林孝輔＝編『基本法コンメンタール憲法〔第 3 版〕』（日本評論社、1986 年）78 頁（池田正章＝執筆）。より広く 18 条前段の「奴隷的拘束」と関連づけて、奴隷的拘束に至らない程度の一定の人格侵犯を伴う身体の自由の拘束をも含むとする見解もある（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集 1 憲法 I』（青林書院、1994 年）368 頁（浦部法穂＝執筆）、小林孝輔・芹沢齊＝編『基本法コンメンタール憲法〔第 5 版〕』（日本評論社、2006 年）121 頁（菟原明＝執筆））。

<sup>91</sup> 通説は、災害防止や被害者救済という限定された緊急目的のために必要不可欠であり、課される労務負担も応急的・一時的なものであることを根拠として、18 条後段にいう意に反する苦役に該当しないと解される（樋口ほか前掲注（90）369-370 頁（ただし、浦部教授は、これらについて、負担の回避に対する罰則その他の制裁がないので、労役の強制と見る必要がないことを理由とする（370 頁））、小林・芹沢前掲注（90）121 頁）。

<sup>92</sup> 議院または裁判所に出頭して証言する義務や、納税その他のために必要な申告・届出・報告等をする義務など。これらは労役にはあたらないことが理由であるとされる（樋口ほか前掲注（90）370 頁）。

<sup>93</sup> 樋口ほか前掲注（30）369-370 頁、小林・芹沢前掲注（90）121 頁。

判員等として就任させ、その職務を遂行させることが、18条後段の禁止する意に反する苦役に該当するといえるだろうか。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<sup>94</sup>。また、安念教授も、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ったうえで、「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<sup>95</sup>。

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等に就任し、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<sup>96</sup>。

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・就任し、職務を遂行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<sup>97</sup>。

しかしながら、出頭・就任・職務遂行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、そもそも公民的徳性の高かった一部の国民か、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にもなりかねず、ひいては、そのような歪んだ合議体

<sup>94</sup> 山元前掲注(67) 30頁。

<sup>95</sup> 安念前掲注(19) 383頁。

<sup>96</sup> 土井真一教授は、次のように述べて、裁判員等の出頭・就任義務が日本国憲法18条に違反しないと論証する。「立憲主義的な国民主権論は、……憲法の趣旨に照らしてよりよい司法制度となるように、憲法の枠内において必要かつ合理的な参加を求められれば、それに応じるのが、国民主権原理に内在するところの主権者たる国民の責務でありまた権利であると解することができるように思われる。特に、憲法自体が、陪審制等の国民の司法参加を容認していると解される以上は、その実現のために国民に負担が課されることは、憲法の予定するところであって、その負担が必要かつ合理的な範囲に留まるかぎり憲法第一八条に違反しないと解するのが相当であろう」(土井前掲注(37) 273頁)。しかしながら、裁判員制度の創設が国民主権の原理とは基本的に無関係であるにもかかわらず、その原理から裁判員制度の憲法適合性を検証しようとするのは必ずしも適切とはいえないと解する(もちろん、裁判員制度の創設が国民主権の原理とは基本的に無関係であるということについては、土井教授も認識しており、そのうえで、裁判員としての参加を主権者たる国民の公共的な責務と理解すべきというが、主権者たる国民の義務であるということをもって、なぜ裁判員制度の指導指針として排除すべき国民主権の原理が解釈原理として登板するのか、十分な論証がなされているとはいえない)。

<sup>97</sup> 安念前掲注(19) 389頁。

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とも評価しうる。憲法上の問題（裁判員候補者及び裁判員等に関して、18条違反）を克服するために、出頭・就任・職務遂行を辞退する自由を認めれば、かえって、新たな憲法上の問題（被告人に関して、32条及び37条違反）が生じうるというディレンマが生ずる。

一方、共和主義的な見地からは、裁判員等が出頭・就任・職務遂行義務をどのように評価しうるか。

古典的な共和主義の思想においては、公民にとっては、公職及び陪審裁判への参加が義務であった<sup>98</sup>。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<sup>99</sup>。

「市民が理性的な討議へ参加するための地位を保障するもの」として憲法の保障する自由権を理解したうえで、「市民が権利行使の一環として、また理性的な討議に基づく民主主義の維持のために支払うべき当然のコストとして、一定の役務の負担を市民が義務として負うことは認められる」とする緑大輔准教授の見解<sup>100</sup>は、その論証の前提には疑問があるものの、基本的には妥当であるといえよう<sup>101</sup>。

国民の司法参加の制度は、（それ自体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。自ら進んで裁判員と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。

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（positive freedom）と積極的自由（negative freedom）という2つの概念<sup>102</sup>を前提に、

<sup>98</sup> アリストテレス（牛田徳子＝訳）『政治学』（京都大学学術出版会、2001年）114頁（ベッカー版アリストテレス全集による1275a-b頁）。

<sup>99</sup> Cass R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, 1993, p. 136.

<sup>100</sup> 緑前掲注（68）316-319頁、緑大輔「裁判員の負担・義務の正当性と民主主義」法律時報77巻4号（2005年）41頁）。この点、土井教授は、「裁判員に参加する責務を導くために、憲法の保障する権利を民主主義的な討議に参加するための地位に関する権利として一元的に理解する必要性はないように思われる」と批判している（土井前掲注（37）283頁）。たしかに、憲法の保障する権利一般についての理解の討議民主主義的転換は、必要ではないのかもしれない。筆者も、その点は、土井教授の批判に賛同する。

<sup>101</sup> ただし、討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の制度設計のあり方をめぐっては、本稿第9章で後述するように、緑准教授と筆者とでは見解を大きく異にする。

<sup>102</sup> 1958年に行われた「2つの自由概念（Two Concepts of Liberty）」と題する講演において、バーリンは、私が自分自身の主人であるという自己支配（self-mastery）ないし自己実現（self-realization）としての積極的自由と、自分がなす選択を他人から妨げられないという自由そのもの（liberty itself）としての消極的自由とを区別した（Isaiah Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, 1969, pp.118-172（小川晃一・小池銈・福田歓一・生松敬三＝訳『自由論〔新装版〕』（みすず書房、1997年）295-390頁）。バーリンの自由論とその影響については、さしあたり、濱真一郎『バーリンの自由論』（勁草書房、2008年）を参照。



後者のうち、政治的な自由の概念を特に重視する<sup>103</sup>。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」<sup>104</sup>。

すなわち、共和主義における自由とは、単に個人が国家から解放された私的な領域において、私益を追求することができるという意味としてよりも、国家の構成員としての国民が自分たちの社会生活を規律する公共的な枠組みを自律的に決定できるという意味として、特に構成される。つまり、それは、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も、共和主義的な見地からは正当化しうるといえよう。

そして、裁判員法は、裁判員候補者として出頭し、選任された場合には裁判員等に就任し、その職務を行う義務を課すにとどまり、その義務に対する違反に対しては、法的制裁としては、刑罰を一切設けず<sup>105</sup>、裁判員の解任事由とされるほかは、行政罰を設けるにとどまること (裁判員法 111 条、112 条) にかんがみれば、これら裁判への参加義務及びその履行措置は、必要最小限度の制限であると解される。

日本国憲法全体を共和主義的憲法観ないし討議民主主義理論に基づき解釈する必要はないとしても、今般の司法制度改革が共和主義的な討議的転回 (deliberative turn) であるとするれば、この改革の 1 つである裁判員制度との関係において、憲法 18 条後段にいう意に反する苦役の禁止という自由権の意義を、消極的自由のみならず、積極的な自由をも意味するものとして再構成することができるといえよう。その限りにおいて、裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務は、憲法 18 条後段に違反しないと解される。

<sup>103</sup> 共和主義における自由の概念については、さしあたり、大森秀臣『共和主義の法理論』(勁草書房、2006 年) 11-12 頁を参照。詳しくは、小田川大典「共和主義と自由」岡山大学法学会雑誌 54 巻 4 号 (2005 年) 665 頁、神原和宏「共和主義における自由の概念について」ホセ・ヨンパルト・田中成明・竹下賢・笹倉秀夫・酒匂一郎・永尾孝雄=編『自由と正義の法理念』(成文堂、2003 年) 91 頁。

<sup>104</sup> David Miller, "Introduction," David Miller ed., *Liberty*, Oxford University Press, 1991, p. 3.

<sup>105</sup> 正確には、裁判員候補者の義務違反に対する罰則は、存在する。すなわち、候補者が、呼出しを受けた裁判員候補者について、裁判所から送付された質問票 (裁判員法 30 条) に虚偽の記載をし、提出した場合 (同条 3 項が虚偽記載を禁止している) には、30 万円以下の過料に処せられ (111 条)、場合によっては、併せて 50 万円以下の罰金に処せられる (110 条)。もっとも、これは、積極的に裁判所の判断を誤らせ、裁判の公正を害するおそれのある悪質な行為であるから、例外的に刑罰を設けるとしても、制度設計として許容されると解する。

#### 4. 「陶冶の企て」としての裁判員制度

本章では、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転回したものであるという見地に立ったうえで、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1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2つの問題——被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）と裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行義務——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ことを中心に議論した。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てるものではない。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。

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2つの「公共性の空間」である。この公共性の空間は、国民が事前に有していた公民的徳性を単に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 S. Mill）が陪審制度を「公共精神の学校（school of public spirit）」と位置づけた<sup>106</sup>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1つである。周知のとおり、ミルは、代議制こそが最良の民主的統治制度であると主張するものであるが、にもかかわらず、陪審制度については、その公共的教育効果ゆえに、陪審員の地位に就けられることは国民に便益をもたらすという。

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

<sup>106</sup> 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、1997年）96頁）。なお、John S. Mill, *On Liberty*, J.W. Parker and Son, 1859, pp. 196-197（塩尻公明・木村健康＝訳『自由論』（岩波書店、1971年）218頁）も参照。

ば「陶冶の企て」<sup>107</sup>と定位することができよう。すなわち、一般の国民は、裁判員として刑事事件の裁判に参加することを通じて、通常の世界生活においてあまり意識することのない社会秩序、治安、犯罪の被害、人権などといった公共的な事項に対して問題関心を高め、熟考し、公共意識を涵養することができる。この裁判員制度の国民に対する教育的効果は、司法の領域において機能するだけでなく、民主政治の過程における政治参加をも促進する効果が見込まれよう。

もとより、長谷部恭男教授が指摘するとおり、「司法に対する国民の理解を促進し、公共的事柄に貢献する国民の意識を高めるといのは、あくまで国民の司法参加の付随的效果であり、しかもこの付随的效果を表立って目標とすることは、むしろその実現を阻害する危険がある」<sup>108</sup>。しかしながら、前述のとおり、この付随的效果は、単に法制度の意義から導出された解釈ではなく、そもそも、それを副次的な意義とすることが裁判員法案の立案者・提出者の意思であることが立法過程において顕出されている。

井上達夫教授は、「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重要なのである」としたうえで、「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る」と述べている<sup>109</sup>。

このように裁判員制度の創設を陶冶の企てであると解するならば、制度実施以前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2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。

1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

<sup>107</sup> Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Belknap Press of Harvard University Press, 1996. なお、陶冶の企てがサンデルの考える共和主義（ないし共同体主義（communitarianism））の独占物ではないという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9号（1997年）131頁。

<sup>108</sup> 長谷部前掲注（9）12頁。長谷部教授は、その理由として、次のように述べる。「国民の司法に対する理解が進むのは、あくまで、司法に参加する国民が、客観的な基準に照らして適切といえる裁判を目指して参加するからであろう。正しい裁判に到達しようと努めるからこそ、何が適用されるべき法規なのか、なにが真実に対応した事実の主張なのかを適確に理解しようとする態度が生まれ、その結果、司法に対する理解も深まることになる。これに対して、当初から単に司法に関する見聞を広めようという態度で司法に参加する国民が、司法に対する理解を大いにすすめるとは期待しにくい。「付随的」であるとしても、「効果」であることが長谷部教授によって認められている点にも注目されたい。

<sup>109</sup> 井上達夫「世論の専制から法の支配へ」中央公論1476号（2007年）270-271頁。もっとも、井上教授は、そのための条件として、「裁判官は裁判員と真摯な対話をする能力を磨かなければならない。それは素人裁判員の生の「国民感情」に媚びることではない。むしろ、素人裁判員が自己の生の感情を批判的に吟味し熟慮された判断へと変容させようという対話空間を構築する能力が求められている」と述べている（同頁）。

のない似非の陶冶の企ては、陶冶されなかった国民によって、淘汰されることになるであろう。

もう1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（*aggregative democracy*）理論と討議民主主義理論との理解の差異<sup>110</sup>に連関する。前者によれば、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積極的に認められる余地があるといえよう。

---

<sup>110</sup> 本稿第4章を参照。

## 第8章 裁判員候補者の予断と裁判員等選任手続

### 1. 討議民主主義理論が裁判員制度の運用に与える示唆

本章では、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論（deliberative 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。

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、(1) 裁判員及び補充裁判員（以下、「裁判員等」という）の選任手続における訴訟関係人（検察官及び被告人とその弁護人）の不選任請求の行使のあり方と、(2) 裁判員候補者（そのうちの何人かは裁判員等に就任する）に対して予断を生じさせる事件報道への規制の可否について、検討することとする。

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裁判員制度を検討することの意義については、本稿第7章において、すでに詳述した。

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べきであるという姿勢が色濃く出されている点<sup>1</sup>に、その主たる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<sup>2</sup>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思想を読み取ることができる。さらに、司法制度改革審議会の会長であった佐藤幸治教授によって、「公共性の空間」の1つである司法権の担い手としての裁判所が、「公共的討論の場」として定位されていることと合わせて考えれば、この改革により導入されること<sup>3</sup>となった裁判員制度は、「公共的討議の場（forum for public deliberation）」を構築するものとして、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論によって検討しうるものであると考える。

---

<sup>1</sup> 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書」（2001年6月）4頁。

<sup>2</sup> 司法制度改革審議会前掲注（1）8頁。

<sup>3</sup> 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』（有斐閣、2002年）19頁、35頁、141頁、179頁など。

## 2. 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、裁判員等選任手続（裁判員等の選任のための手続）が訴訟関係人にとって、きわめて重要になる<sup>4</sup>。本節では、裁判員等選任手続に関して、特に、訴訟関係人の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それに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、訴訟関係人は、裁判における裁定者である裁判官を選択する余地はなかった<sup>5</sup>。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 6 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についても<sup>6</sup>）、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、選択できるようになる。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、訴訟関係人に、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<sup>7</sup>。

<sup>4</sup> 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（被告人が望む裁判員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裁判員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 1 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 1268 号（2004 年）105 頁。もっとも、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とまではいえない」（傍点は筆者による）とも述べている（同頁）。

<sup>5</sup> ただし、刑事訴訟法 21 条。

<sup>6</sup> 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。

<sup>7</sup> 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、裁判員法とともに成立し、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 16 年法律第 62 号）により導入された公判前整理手続（刑事訴訟法 316 条の 2-316 条の 32、裁判員の参加する裁判の対象事件については、第 1 回の公判期日前に必ずこの手続に付される（裁判員法 49 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 1 つである Martin J. Osborne, *An Introduction to Game Theory*, Oxford University Press, 2004,

裁判員法の規定する裁判員等選任手続は、次のような3段階ゲームとして考えることができる。検察官プレイヤーは被告人の有罪を立証し、被告人プレイヤー及び弁護人プレイヤーは検察官の立証が合理的な疑いを超えるものではないことを反駁するという、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<sup>8</sup>。

第1段階のゲームでは、検察官、被告人及び弁護人<sup>9</sup>の各プレイヤーが、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、「裁判員法」または単

---

pp.301-311 であろう）、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、オペレーションズリサーチの領域では1970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か見られた（この研究は後続しなかった）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）。わが国の裁判員等選任手続にゲーム理論的な視点をう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、あくまでその部分の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54巻1号（2004年）355頁、三谷太一郎「裁判員制度と日本の民主主義」法律時報77巻4号（2005年）52頁）や心理学（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3巻1号（2004年）68頁、今在慶一郎「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、2005年）147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、2005年）241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。

<sup>8</sup> つまり、検察官、被告人及び弁護人の各プレイヤーは、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、(1) 検察官は、「公益の代表者」（検察庁法4条）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こともあることを想起されたい）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という批判も考えられよう。あるいは、(2) 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という批判も考えられよう。

(3) 弁護人たる弁護士についても、「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」ものである（弁護士法1条1項）から、形式的には、被告人の利益に反する行為を行うことも考えられなくはない（もっとも、被告人の利益に反する行為を行うことの可否については、学説上、争いがある）という点からの批判も想定しうる。もとより、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、これらのようなプレイヤーの非合理性を理由とする批判は失当である。

<sup>9</sup> 被告人と弁護人とが異なる行動をとろうとすることも考えられないわけではないが、ここでは、被告人とその弁護人は常に同一行動をとると仮定する。なお、弁護人は、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（法34条5項）。

に「法」という) 13条)、欠格事由(14条)、就職禁止事由(15条)もしくは事件に関連する不適格事由(17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(18条)に対して、不選任の請求を行う。この理由を示す不選任請求は、検察官、被告人及び弁護人の各プレイヤーの行使回数に上限がない。もっとも、各プレイ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、当該裁判員候補者について不選任の決定をするにとどまる(法34条4項)。つまり、第1段階のゲームは、不選任請求の合理性を判断する裁判官もゲームのプレイヤーとなる3人ゲームである。

第2段階は、検察官及び被告人(その弁護人も<sup>10</sup>)の各プレイヤーが、それぞれ4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請求を行使するゲームである(法36条1項)。不選任請求の行使回数に上限があるものの、行使する理由に制限はなく、また、この理由を示さない不選任請求がなされた場合には、裁判所は、必ず当該裁判員候補者に対して不選任の決定をしなければならない(36条3項)。

第3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6人の裁判員を選任する過程である(法37条)。プレイヤーは、自然(nature)である。

裁判員候補者として呼び出すべき人数は、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いる(法26条2項)。かりに裁判所が呼び出すべき裁判員候補者の員数を50人<sup>11</sup>とし、第2段階で検察官及び被告人が各4人ずつ不選任請求を行うと仮定する<sup>12</sup>と、残された裁判員候補者は7分の1の確率で裁判員に選任される(呼出しに応じない裁判員候補者や第1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)。裁判員候補者は、最終的に7分の1の確率で裁判員に選任されうるが、任意の裁判員候補者につき不選任の決定がなされれば、当該裁判員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

<sup>10</sup> 裁判員法36条4項が理由を示さない不選任の請求について刑事訴訟法21条2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イヤーとなる(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21条2項ただし書))。以下、被告人-被告人プレイヤーを、「被告人側プレイヤー」という。

<sup>11</sup> 最高裁判所が作成した一般向けの解説パンフレットである『裁判員制度ナビゲーション』(最高裁判所、2008年)では、1事件につき呼び出すべき裁判員候補者の人数を、事件ごとに異なると断ったうえで、おおむね50人から100人程度となる予定であるとしている(39頁)。

<sup>12</sup> 当事者は、それぞれ4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4人に不選任請求を行うとは限らない(1人、2人または3人についてのみ不選任請求を行うということも考えられるし、理由を示さない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、各プレイヤーを合理的な行為主体と仮定するため、行使可能な理由を示さない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。



的に行使するかが、合議体における裁判員の構成に大きく影響する<sup>13</sup>。

なお、裁判員の参加する刑事裁判に関する規則（以下、「裁判員規則」または単に「規則」という）34条は、不選任請求の機会を、まず検察官に対して与えられ（つまり、検察官プレーヤーが必ず先手番になる、3項）、検察官及び被告人側に対し、交互にそれぞれ1人分ずつ与えられ（1項）<sup>14</sup>、不選任請求を行使しなかったプレーヤーは、以後、行使できない（5項）ものと規定している。

本稿では、以下、当事者の不選任請求が任意の裁判員候補者の不選任決定に直結する第2段階のゲームを中心に検討することとする。

もとより、裁判員等選任手続における理由を示さない不選任請求・不選任決定の制度は、裁判の公正を確保するために設けられたものであって、検察官及び被告人（弁護人）に対して、裁判員を選択する権利を認めたものではない<sup>15</sup>。検察官及び被告人（弁護人）が、自己に不利な判断をしそうな裁判員候補者（検察官にとっては、被告人を無罪と考える裁判員候補者を、被告人（弁護人）にとっては、被告人を有罪と考える裁判員候補者を、それぞれ指す）を選別し、忌避させるためのものではない。裁判員規則の立案に関わった楡井英夫判事と吉田智宏判事補は、裁判員規則のコンメンタールにおいて、「理由を示さない不選任の請求は、自己に有利な裁判員候補者を選別するために認められたものではない」と解説している<sup>16</sup>。また、西村健弁護士も、弁護士向けの解説記事において、「裁判員選任手続では、被告人側に都合のよい裁判員を積極的に選任することができない」と述べている<sup>17</sup>。

しかしながら、裁判員法36条の不選任請求を行うにあたっては、理由を示す必要がない以上、事実上、いかなる動機で不選任をすることも認められるであろうし、その動機の開示が求められることもない。そこで、完全に自由な不選任請求の行使にあたって、訴訟関係人を規律するものは、検察官や弁護人の職業倫理を除き何ら存在しない。訴訟に勝利すれば、検察官と弁護人には、自分の行った立証が成功するという効用が（弁護人について

<sup>13</sup> 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、両プレーヤーは、訴訟に勝利するために、各プレーヤーにとって望ましくない裁判員候補者を排除するよう、不選任請求を行うことになる。なお、呼び出すべき裁判員候補者の員数をより多くすればするほど、各プレーヤーにとって望ましくない裁判員候補者が裁判員に選任されない確率は低くなるため、両プレーヤーにもたらす不選任請求の魅力は減殺する。

<sup>14</sup> 各プレーヤーが請求した場合に、相手方に対し、どの裁判員候補者について不選任請求をしたかを知らせなければならない（規則34条2項）。

<sup>15</sup> なお、制度設計の過程において、理由を示さない不選任請求は、訴訟関係人によって戦術的ないし戦略的に活用されることが懸念されていた（例えば、司法制度改革推進本部の第24回（2003年9月11日）及び第29回（2003年11月11日）の裁判員制度・刑事検討会における議論）。

<sup>16</sup> 楡井英夫・吉田智宏「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の制定の経緯及び概要」判例時報1973号（2007年）13頁。また、司法研修所教官であった今崎幸彦判事も「当事者がこの手続を自己に有利な裁判員候補者を選別するために戦略的に行使することは法の予定するところではない」と述べている（今崎幸彦「共同研究 裁判員等選任手続の在り方について辞退事由の判断の在り方を中心にして」判例タイムズ1266号（2008年）15頁）。

<sup>17</sup> 西村健「裁判員選任手続の技術」自由と正義57巻10号（2006年）53頁。

は、それに加えて、報酬金も）もたらされ、また、被告人には、刑罰からの自由という効用もたらされることになる。本稿では、検察官、被告人及び弁護人を、自己の効用を最大化することに忠実な合理的なプレイヤーと仮定して議論を進めることとする。

検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーがとりうる行動は、任意の裁判員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する（したがって、プレイヤーの目的は完全に相反するので、ゼロ和ゲームとなる<sup>18</sup>）。また、検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーは、いずれも裁判員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。

検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーの戦略は、より強い先入観をもった裁判員候補者（任意の裁判員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、2分の1に対する  $p$  の差の絶対値がより大きい裁判員候補者を指す）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裁判員候補者（検察官プレイヤーにとっては、 $p$  の値のより小さい裁判員候補者を、被告人プレイヤーにとっては  $p$  の値のより大きい裁判員候補者を、それぞれ指す）に対して、請求を行うということ（戦略2）の2つが考えられる。戦略1は、より公正な判断をする裁判員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、双方にとって自己に有利に判断しそうであるか否かに関わらず、より強い先入観をもつ裁判員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裁判員候補者であっても、それが不当に強い先入観をもつものであれば、当該裁判員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裁判員候補者が裁判員に選任されるよう、不利な先入観をもつ裁判員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、検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーとが、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を採るということで合意することは、通常は考えられない。プレイ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を前提とすると、プレイ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、検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーそれぞれにとって評決時に自己に有利な判断をする裁判員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裁判員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、裁判員候補者の有罪予断確率の分布が一様分布や正規

<sup>18</sup> 当然のことながら、この点に関しては、判決は、被告人が有罪か無罪かのどちらかであって、有罪でも無罪でもないという結論は考えられない。なお、量刑の決定に関して考えれば、非ゼロ和である。

分布など対称的なものであれば、各プレイ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裁判員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裁判員候補者が残りやすくなるだろう。しかしながら、実際には、裁判員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、そのこと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<sup>19</sup>、有罪予断確率の分布は右にひずむ<sup>20</sup>。

したがって、この利得表において、2行2列が均衡解となるとは必ずしもいえない。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、2行2列のセルがナッシュ均衡になるとしても、多くの裁判員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、被告人側プレイヤーにとっては、もはや実効的な戦略はない<sup>21</sup>。つまり、検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーのそれぞれの利得は、有罪予断確率の分布に強く依存する。

ここまでは、検察官プレイヤーと被告人側プレイヤーは裁判員候補者がいかなる考えをもっているかについての情報を完全に有しているということを仮定して議論してきた。しかしながら、実際には、裁判員候補者がいかなる考えをもっているかについての情報を、両プレイヤーともに有していない。そこで、各当事者プレイヤーは、裁判員候補者の社会

<sup>19</sup> 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。

<sup>20</sup> 一方、被疑者・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。

<sup>21</sup> 以下、利得を、各プレイヤーにとって自己に不利な判断をする裁判員候補者を排除できた数とする。(1) 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0から1の間で全裁判員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、検察官プレイヤーPは、予断確率の低い裁判員候補者から順に4人に対して、被告人側プレイヤーDは、予断確率の高い裁判員候補者から順に4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、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裁判員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、自己に有利な裁判員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、相手が戦略1を、それぞれとる場合、相手は自分の取りこぼした不利な裁判員候補者ではなく、相手にとって不利な裁判員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、それぞれとる場合、4分の1の確率で(3,5)という利得が生じ（残り4分の3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。(2) 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1人、その次に低い者が2人とし、……、最も高い者の次に高い者が9人、最も高い者が10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、有罪の判断をする裁判員候補者と無罪の判断をする裁判員候補者の比は、(4,4)のときには59分の25と、(0,8)のときには67分の17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）。

的属性や、事前の質問票（法 30 条）及び選任手続における裁判長による質問（法 34 条）<sup>22</sup> に対する回答から、それぞれ推論して各裁判員候補者の考え方の情報を獲得していくことになる<sup>23</sup>。もっとも、検察官、被告人または弁護人が、裁判長に対して、裁判員候補者に対する質問を求めることが認められるが、その求めに応じ質問を行うか否かは、裁判長の判断による（34 条 1 項後段）とされている。そして、裁判官は、この質問手続において、裁判員候補者が検察官または被告人に有利か否かをみきわめるための質問など、理由を示さない不選任請求の判断資料とする目的での質問を認めない運用が見込まれる<sup>24</sup>。したがって、両プレーヤーにとっては、裁判員候補者がいかなる考えをもっているかについての情報を獲得することも困難である。

合理的なプレーヤーを前提とする限り、各プレーヤーにとっては、自己に有利な先入観をもつ裁判員候補者が選任されることが望ましく、したがって、実際には、自己に不利な先入観をもつ裁判員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裁判員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 2 段階は、検察官プレーヤーと被告人側プレーヤーが互いに自己に不利な判断をしそうな裁判員候補者のみに対して不選任請求を行うものであるとしたうえで、第 1 段階において、裁判所が、裁判員法 34 条にいう「不公平な裁判をするおそれのある者」の不選任を積極的に決定することを通じて、より強い先入観

<sup>22</sup> 裁判長が質問することとされており（法 34 条 1 項）、当事者が直接に裁判員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、34 条 2 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））。

<sup>23</sup> 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に注意が必要である（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、2000 年）286 頁を参照）。ただし、わが国の裁判員等選任手続においては、裁判員候補者個人に関する情報（例えば、生育環境、所得、家族構成、性格など）を調査する時間的余裕は与えられないため、実際には、訴訟関係人は、裁判員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、裁判官及び裁判所書記官が列席し、検察官及び弁護人ならびに必要に応じて被告人が出席するものとされ（法 32 条）、非公開とされており（法 33 条 1 項）、いわゆる陪審コンサルタントに類する者の参加を許さない）。

<sup>24</sup> 今崎判事は、理由を示さない不選任請求の判断資料とする目的での質問は許されないとの見解を示している（今崎前掲注（16）13 頁）。また、今崎判事は、訴訟関係人による理由を示さない不選任請求について、質問票の回答や 34 条による質問に対する陳述内容、そのほか質問手続への出席を通じて感得した各裁判員候補者の応答態度など、質問手続に現れた全事情をもとに、訴訟関係人の判断により行使されるべきであると述べる。そして、「理由を示さない不選任請求の行使のために、選任手続の中で、当事者がそれら〔筆者注：理由を示さない不選任請求〕の材料を得るために何らかの権限を行使することも、それを裁判所に求めることも、裁判員法は想定していない」とも述べている（14-15 頁）。

をもった裁判員候補者を排除すること<sup>25</sup>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（なお、この点は、次節においても論及する）<sup>26</sup>。

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、1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を仮定してきた<sup>27</sup>。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、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠）を吟味し、熟慮や討議の過程（ここでは、裁判員個人の熟慮や裁判官・他の裁判員との間の評議）を通じて、個人の選好は変容するという選好の変容可能性を前提としている<sup>28</sup>。討議民主主義理論は、これまでの裁判員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、選好の可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<sup>29</sup>。

<sup>25</sup> 田口守一教授は、「裁判官がかなり立ち入った実質的な選び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、34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・飯田英男・井上正仁・大川真郎・佐藤文哉・田口守一「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト1268号（2004年）28-29頁（田口守一・佐藤文哉＝発言））。

<sup>26</sup> なお、この点に対して、裁判員法34条にいう「不公平な裁判をするおそれのある者」は、刑事訴訟法21条等に定める「不公平な裁判をする虞」と基本的に同様に解し、限定的に解釈すべきとするものとして、今崎前掲注（16）13頁。具体的には、今崎判事は、「不公平な裁判をするおそれ」として、（1）担当事件の当事者と特別の関係にある場合や、（2）訴訟手続外ですでに事件につき一定の判断を形成している場合等、当該事件の手続外の要因により、公平な審判を期待できない場合、（3）法律に従った判断が困難である場合の3つを挙げている。

<sup>27</sup> 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、公共選挙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。公共選挙論やゲーム理論は、事実として、個人の選好は所与であり不変であると、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、各当事者プレイヤーが自己に不利な裁判員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的発想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、合理的なプレイヤーであれば自己に不利な裁判員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か新たな視座を与え展開させよう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。

<sup>28</sup> 本稿第4章を参照。

<sup>29</sup> 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ぬ。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。

したがって、プレーヤーは、自己に有利か不利かという裁判員候補者の先入観のみならず、裁判員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。任意の裁判員候補者について、その選好の変容可能性 $v$ にも注目しなければならないが、もっとも、この値も、有罪予断確率と同様に、プレーヤーは不知である。

$v$ の値がきわめて大きい裁判員候補者は、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、 $v$ の値がきわめて小さい裁判員候補者は、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、結局、検察官プレーヤーも被告人側プレーヤーも、裁判員候補者の当初の選好の状態と選好の変容可能性とを衡量しながら、不選任請求を行使することとなるであろう。つまり、各プレーヤーが自己に不利な選好を事前に形成していた裁判員候補者のみに対して、不選任請求を行使することが必ずしも合理的であるとはいえない。

---

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。なぜならば、もしこの係数が低いにもかかわらず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、偶発的ないし作為的に参集させられた裁判員の直感的な選好の集計を意味することになるためである。もっとも、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。

### 3. 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、事件の一方当事者（被害者または被疑者・被告人）につい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の国民に、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、裁判員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1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、刑事裁判において起訴状一本主義が採られていること（刑事訴訟法 256 条 6 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、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否かを議論する必要がある。

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日本国憲法 21 条によって保障される<sup>30</sup>。しかしながら、公正な刑事裁判を実現することもまた、国家の基本的要請である<sup>31</sup>。

司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会（以下、「検討会」という）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

<sup>30</sup> 最高裁判所は、「報道機関の報道は、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る。したがって、思想の表明の自由とならんで、事実の報道の自由は、表現の自由を規定した憲法二一条の保障のもとにあることはいうまでもない」と述べ、報道の自由が日本国憲法 21 条によって保障されると判示している（最大決昭和 44 年 11 月 26 日刑集 23 卷 11 号 1490 頁）。

<sup>31</sup> 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認している（前掲最大決昭和 44 年 11 月 26 日）。

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。第13回検討会（2003年3月11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たたき台（「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」とされていた<sup>32</sup>。しかしながら、報道関係団体等が一斉にこれに反発したところ<sup>33</sup>、日本新聞協会や日本民間放送連盟等による自主的な取組みなどを受け、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<sup>34</sup>。

その後、日本新聞協会は、2008年1月16日に、「裁判員制度開始にあたっての取材・報道指針」を<sup>35</sup>、日本民間放送連盟も、17日に、「裁判員制度下における事件報道について」を<sup>36</sup>、それぞれ公表した（なお、日本雑誌協会は、22日に、裁判員制度の実施に伴って、ガ

<sup>32</sup> 「裁判員制度について」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第13回配布資料）16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」（同配布資料）22頁も参照。その後、第28回検討会（同年10月28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」（司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第28回配布資料）15頁では、上記イについては、「との点については、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」（同配布資料）24頁も参照）。

<sup>33</sup> 第17回検討会（2003年5月16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、そこでは、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」3頁）などとし、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2団体もほぼ同趣旨であった）。

<sup>34</sup> 立法の経緯については、詳しくは、本稿第1章及び第2章を参照。

<sup>35</sup> 日本新聞協会は、次の3点について確認し、加盟各社に対して、この指針を念頭に、それぞれの判断と責任において必要な努力をしていくことを求めた。すなわち、(1) 捜査段階の供述の報道にあたっては、供述とは、多くの場合、その一部が捜査当局や弁護士等を通じて間接的に伝えられるものであり、情報提供者の立場によって力点の置き方やニュアンスが異なること、時を追って変遷する例があることなどを念頭に、内容のすべてがそのまま真実であるとの印象を読者・視聴者に与えることのないよう記事の書き方等に十分配慮する。(2) 被疑者の対人関係や成育歴等のプロフィールは、当該事件の本質や背景を理解するうえで必要な範囲内で報じる。前科・前歴については、これまで同様、慎重に取り扱う。(3) 事件に関する識者のコメントや分析は、被疑者が犯人であるとの印象を読者・視聴者に植え付けることのないよう十分留意する。また、裁判員等の個人情報保護、裁判員等に対する接触の規制、裁判員等の守秘義務などについては、「裁判員等の職務の公正さや職務に対する信頼を確保しようという立法の趣旨を踏まえた対応をとる」と述べるにとどまった。

<sup>36</sup> 日本民間放送連盟は、公正で開かれた裁判の実現という観点から、あらためて事件報道のあり方について議論し、次の8点について、考え方をまとめ、取材・報道活動全般にわ



イドラインを作成しないことを明らかにした<sup>37)</sup>。

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裁判員候補者の有罪予断確率を大きく変化させる因子であることにかんがみると、不公正な報道・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、(1) 英国<sup>38)</sup>やオーストラリア連邦<sup>39)</sup>などのように、法律により直接的に規制を行うもの、(2) ドイツ連邦共和国<sup>40)</sup>やスウェーデン王国<sup>41)</sup>などのように、報道機関等による自主規制に委ねるもの、(3) アメリカ合衆国<sup>42)</sup>のように、法律に

たる指標である「民放連報道指針」を補足するものとして位置づけた。すなわち、(1) 事件報道にあたっては、被疑者・被告人の主張に耳を傾ける。(2) 一方的に社会的制裁を加えるような報道は避ける。(3) 事件の本質や背景を理解するうえで欠かせないと判断される情報を報じる際は、当事者の名誉・プライバシーを尊重する。(4) 多様な意見を考慮し、多角的な報道を心掛ける。(5) 予断を排し、その時々的事实をありのまま伝え、情報源秘匿の原則に反しない範囲で、情報の発信元を明らかにする。また、未確認の情報はその旨を明示する。(6) 裁判員については、裁判員法の趣旨を踏まえて取材・報道にあたる。検討すべき課題が生じた場合は裁判所と十分に協議する。(7) 国民が刑事裁判への理解を深めるために、刑事手続の原則について報道することに努める。(8) 公正で開かれた裁判であるかどうかの視点を常に意識し、取材・報道にあたる。

<sup>37)</sup> 日本雑誌協会は、2008年1月22日に発表した「裁判員制度」実施にともなう雑誌の事件報道に対する考え方」と題するコメントにおいて、「来る2009年5月までの裁判員制度実施をひかえ、今回、日本新聞協会、日本民間放送連盟が、それぞれ実施にともなうガイドラインを公表しましたが、日本雑誌協会は、裁判員制度実施にあたって新たな事件報道のルール作りが必要だとは考えておりません」と述べている。同協会は、これまでどおり、「雑誌編集倫理綱領」に掲げる「言論・報道の自由」、「人権と名誉の尊重」及び「法の尊重」に基づき、法の趣旨を十分に理解して事件報道にあたるので、改めてルール作りをするまでもないという。

<sup>38)</sup> 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・スフリン(本間一也=訳)「陪審裁判と報道の自由」 鯉越溢弘=編『陪審制度を巡る諸問題』(現代人文社、1997年)297頁、最高裁判所事務総局刑事局=監修『陪審・参審制度 英国編』(司法協会、1999年)380-381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1080号(2002年)65頁がある。

<sup>39)</sup> 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公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1127号(2003年)4頁、同「同(中)」同1129号(2003年)62頁、同「同(下)」同1131号(2003年)46頁がある。

<sup>40)</sup> 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=監修『陪審・参審制度 ドイツ編』(司法協会、2000年)373-374頁で触れられている。

<sup>41)</sup> 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=監修『陪審・参審制度 スウェーデン編』(司法協会、2001年)23-24頁で触れられている。

<sup>42)</sup> 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60巻3号(1996年)129頁、福来寛「陪審裁判を考える(第8回)」法学セミナー549号(2000年)126頁、同「同(第9回)」同550号132頁、松井茂記「公正な裁判とマスメディア」新聞研究624号(2003年)32頁、同「公正な裁判を受ける

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3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、特定の国の陪審制度や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<sup>43</sup>。

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<sup>44</sup>。裁判員の参加する裁判を、民主的討議が行われるべき「公共的討議の場」として解するならば、対象事件に関する報道に対して規制を行うことは、裁判員が評議＝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、評議に必要な十分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。むしろ、事件に関する報道・論評を一切禁止して、裁判員候補者を証拠以外の情報から遮断してこそ、完全に公平な裁判が成り立つともいえるかもしれない。

しかしながら、このような理解に立ったうえでもなお、本稿のように、公共的討議の意義を複線的に考えるべきであるとする討議民主主義理論の立場<sup>45</sup>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。

権利と取材・報道の自由」阪大法学 53 号 3・4 号（2003 年）219 頁、同『マス・メディアの表現の自由』（日本評論社、2005 年）第 XI 章がある。

<sup>43</sup> わが国の裁判員制度は、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、長尾一紘「裁判員制度と日本国憲法」現代刑事法 32 号（2001 年）29 頁、市川正人「国民参加と裁判員制度」法律時報 76 卷 10 号（2004 年）42 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 1 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、2002 年）11 頁）。いずれにせよ、比較法的な検討からはさまざまな有益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。

<sup>44</sup> 本稿第 4 章を参照。もっとも、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。事実に基づかない不正確な情報は、情報の取捨選択に不慣れた裁判員の判断を誤らせるおそれがある。また、裁判員の情報処理能力を超える情報の過剰供給は、かえって裁判員が判断を行うにあたって障害ともなりうる。

<sup>45</sup> 本稿第 5 章を参照。公共的討議について、専ら「討議のための討議」を構想する見地からは、事件に対する報道規制については否定的な評価がなされ、逆に、専ら「決定のための討議」を構想する見地からは肯定的な評価がなされるであろう。しかしながら、本稿は、そのどちらにも与しない。

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。筆者は、本稿第5章でも述べたように、討議民主主義理論における討議には、2つの妥当範囲が存在するという理解に立っている。すなわち、公共的な事項に関して、(1) 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「討議のための討議」と、(2) 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「決定のための討議」との2つがある。後者は、何らかの制度的な枠組み<sup>46</sup>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問題を議題とする討議についても、これら2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、前者の討議とは、日常生活において一般の国民が行う討議であり、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いうることになる（その主体も限定されない<sup>47</sup>）。そして、市民社会における「討議のための討議」の実践を通じて、国民は、来るべき「決定のための討議」である裁判員としての刑事裁判への参加に向けて、討議の意義を恒常的に確認する。裁判員制度の意義が国民の司法に対する理解の増進と信頼の向上にあるとすれば<sup>48</sup>、実際に裁判員として参加する「決定のための討議」だけでなく、一般の国民が市民生活の一環として意識的ないし無意識的に行うであろう「討議のための討議」も重要であるといえる<sup>49</sup>。

そうであるとすれば、「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。基本的には、訓練された裁判官とは異なり、事

<sup>46</sup> 例えば、国会や地方議会など。本稿では、裁判所もそれに当たると解している。

<sup>47</sup> 裁判員法に定める裁判員の欠格事由や就職禁止事由等に該当する者も、あるいは、未成年者や外国人も、自由に行いうる。

<sup>48</sup> 裁判員法1条を参照。裁判員制度の意義については、詳しくは、本稿第3章を参照。

<sup>49</sup> 実際の刑事裁判だけでなく、一般の国民が参加する模擬裁判も、「決定のための討議」ではないものの刑事事件という公共的な問題について討議する場を創設するものであり、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上に資する。さらに言えば、制度設計にあたって、かりに裁判員に評決権を与えなかったとしても、（やはり、「決定のための討議」ではないものの）裁判員による討議はなされるので、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上に資する。要するに、実は、裁判員法の立法目的は、裁判員制度以外の方法によっても実現しうる（「決定のための討議」でなければならないわけではない）。

件に関する報道を受けて誤って心証形成をしかねない一般の国民に対しては、被疑者・被告人を犯人視しないような報道・論評がなされることは必要であり、事件の当事者についての報道・論評には、報道機関には一定の自制が求められる。その一方で、過度に厳格な報道規制は、公正な裁判の実現という法益に資するとともに、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。

1つの方法は、過度な報道・論評がなされ、裁判員が不可避免的に偏見をもち、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、3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の延期<sup>50</sup>や陪審員等（わが国の場合、裁判員等）の隔離<sup>51</sup>についても、わが国の裁判に関しては、その憲法適合性に疑義が残る。

現行法上認められる方途としては、一般的には、法教育を充実させるなどの施策を通じて、刑事裁判手続についての国民の理解の増進を図ることが挙げられよう。

また、裁判員法に関しては、次の2点について、公正な裁判の前提となる討議を促進する方向での運用がなされるべきであろう。

第一に、裁判所は、裁判員法18条にいう裁判員候補者に対する「不公平な裁判をするおそれ」の認定を柔軟にかつ積極的に行い、訴訟関係人の請求に応じて、または、職権で、不公平な裁判をするおそれがあると認めた候補者に対して、躊躇することなく不選任決定を行うべきであろう。偏見をもち、または予断を生じている裁判員候補者が裁判員に選任されれば、公正な裁判の実現への障害となりうるからである。もっとも、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上を立法目的に掲げるのであればなおさら、そのような裁判員候補者に対して、裁判官が説示等を通じて、偏見を矯正し予断を排除させ、裁判に参加させるべきではないかとの反論もあろう。たしかに、矯正可能な程度の軽度の偏見や予断であれば、それを克服して裁判に参加させることで、当該裁判員の公民的徳性の涵養に資するであろう。しかしながら、もはや矯正不可能な偏見をもち、または強固な予断をもっている裁判員候補者は、生産的な討議を行えないのであるから、そのような者を無理に裁判に参加させれば、公正な裁判が実現しえない。ならば、公正な裁判の実現のために、そのような者について、「決定のための討議」への参加から排除することは認められるべきであろう<sup>52</sup>。

<sup>50</sup> 被告人の迅速な裁判を受ける権利（日本国憲法36条1項）等を侵害するおそれがある。

<sup>51</sup> 裁判員等に選任される国民の居住・移転の自由（日本国憲法22条1項）等を侵害するおそれがある。

<sup>52</sup> その意味では、当該裁判員候補者本人は、「決定のための討議」へ参加できないため、公民的徳性を涵養するための機会を逸することになる。思うに、裁判員等選任手続において

第二に、裁判長は、裁判員法 39 条 1 項に基づき、裁判員に対して、証拠裁判主義などをはじめ刑事訴訟手続に関する基本的原則についての理解を徹底するよう、説明（説示）することが求められる<sup>53</sup>。特に、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠以外のものに基づき判断してはならないということを、裁判長は、公判の前後や評議などにおいて、裁判員に対して、確実な理解を求めべきであろう。また、選任後の不公平な裁判をするおそれがある裁判員等の解任は、選任前の不公平な裁判をするおそれがある裁判員候補者に対する不選任決定の場合と比べて、要件や手続が加重されており、きわめて困難なものになっている<sup>54</sup>が、裁判所は、公正な裁判の実現のため、（まずは、裁判員等選任手続において、不公平な裁判をするおそれのある裁判員候補者を排除するよう努めるべきであるとしても）裁判員等選任手続で裁判員の不公平さを十分に除去することに失敗した場合には、裁判の続行に固執するのではなく、不公平な裁判をするおそれのある裁判員を躊躇することなく解任することも必要であろう<sup>55</sup>。

---

不選任決定されたということが、本人がなぜ「決定のための討議」へ参加できなかったのか（なぜ不公平な裁判をするおそれのある者と認められたのか）を熟慮する契機となるだろう（その意味では、裁判員等に選任されなかったとしても、裁判員等選任手続に参加したことだけでも意義があると評価すべきである）。また、そのような者であっても、「討議のための討議」への参加は開放されている。

<sup>53</sup> 裁判長が裁判員に対して行うべき説示については、諸外国の国民の司法参加の制度における裁判所または裁判官の陪審員ないし参審員に対する説示が参考になろう。英米の陪審制度における説示モデルを紹介したうえで、わが国の裁判員制度において、どのような説示がなされるのが望ましいのかについて論ずるものとして、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、2007年）。

<sup>54</sup> 検察官、被告人または弁護人は、不公平な裁判をするおそれがある当該裁判員等について、その選任の決定がされた後に知り、または生じた原因を理由とするものに限り、裁判員等の解任を請求することができる（法 41 条 1 項ただし書、7 号）。この 41 条 1 項 7 号の解任請求があったとき、または裁判所が職権で 41 条 1 項 7 号に該当すると疑うに足りる相当な理由があると思料するときは、裁判長は、その所属する地方裁判所に対し、理由を付してその旨を通知し、通知を受けた地方裁判所が、41 条 1 項 7 号に該当すると認めるときのみ、決定で、裁判員等を解任する（法 41 条 2 項、43 条 2 項、3 項）。

<sup>55</sup> この場合も、当該裁判員等本人は、「決定のための討議」から排除されるため、公民的徳性を涵養するための機会を逸することになる。しかしながら、裁判員等から解任されたということが、本人がなぜ「決定のための討議」へ排除されたのか（なぜ不公平な裁判をするおそれのある者と認められたのか）を熟慮する契機となるだろう（その意味では、裁判員等としての任務をまっとうできなかったとしても、途中まで裁判員等として裁判に参加したことだけでも意義があると評価すべきである）。また、そのような者であっても、「討議のための討議」への参加は開放されている。

#### 4. 小括

本章では、討議民主主義理論の観点から、(1) 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、訴訟関係人は、裁判員候補者の選好を推論するだけでなく、裁判員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と、(2) 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いうるよう、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2点を指摘した。

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)が徹底して討議(評議)し、決定(評決)を行うという公共的討議の場を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。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ないきわめて重要な課題の1つであろう。

## 第9章 裁判員法の立法政策

法治国家であるわが国において、公共政策は、原則として、法令ないしその授権に基づいて遂行される。組織や制度を創設し、政策を実現するためには、多くの場合、法令が必要である。「一定の目的を設定し、それを実現するために法律の具体的な方向と内容を確定すること」を立法政策と呼ぶ<sup>1</sup>ならば、立法政策は個別の政策領域を持つ学問分野であるとはいえないが、その一方で、実行を求められるほとんどの公共政策にとって検討されるべきものであるといえる。

本章では、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）の政策的妥当性<sup>2</sup>について、討議民主主義理論を基本的な視座として、検討を行うこととする。

まず、討議民主主義理論によれば、国民の司法参加の制度として、基本的にはどのような形態の制度が要請されるかについて検討する。一般の国民が裁判過程に直接参加する制度が、討議民主主義理論によって直ちに要請されるものでないとしても、法律によって司

---

<sup>1</sup> 川崎政司「立法政策と立法技術（1）」国会月報 585号（1997年）60頁。なお、立法政策論とは、一般的に、「立法の目的の確定、効率の勘案等を行う政策学的研究」として、立法技術論、立法制度論及び立法過程論と並び立法学の1分野を構成する（小林直樹『立法学研究』（三省堂、1984年）32頁）と説明される。立法学の体系を考えるうえで、立法政策論が、その不可欠の構成要素の1つであるということについては、ほぼ争いのないところである（芦部信喜「日本の立法を考えるにあたって」ジュリスト 805号（1984年）10頁、加藤一郎「立法学のあり方」法律時報 53巻 14号（1981年）6頁、鎌田薫「立法学の意義と内容」大森政輔・鎌田薫＝編『立法学講義』（商事法務、2006年）8-15頁、中島誠『立法学〔新版〕』（法律文化社、2007年）18-23頁、山田晟『立法学序説』（有斐閣、1994）など）。これまでのわが国の立法学一般についての議論状況については、さしあたり、中島前掲書 11-18頁。より広く公共政策論における法学的な考察の意義及び必要性などについては、平井宜雄『法政策学〔第2版〕』（有斐閣、2000年）1-10頁。平井教授は、「法政策学」を「法制度設計の一般理論および技法の樹立」と定義したうえで、次のようにいう。伝統的な法律学の中心的な仕事は、制度の解釈・運用であって、その制度の存在自体は大前提であり、与件にとどまっておき、与件たる制度をどのようにして設計すべきなのかという発想は原則としてそこから生じない。そして、多数人の利害に関わる公共的問題を識別し、解決のための代替案を選択し、それに立法技術的表現を与えて、新たに立法し、または既存の法令を修正することは、高度に理論的視角を要求されるものであるが、現に法令作成に従事する行政官が、解決すべき問題を一般的・理論的かつ全体的視野でとらえることは困難であると分析したうえで（その分析に対しては、筆者は少なからず異論のあるところであるが）、法令作成についての理論的アプローチが一層要請されているという（同書 9-10頁）。

<sup>2</sup> 筆者は、任意の立法についての立法政策論的分析は、(1) 憲法適合性、(2) 法的適格性・整合性及び (3) 政策的妥当性の3つの観点から考察することが必要であると考えている。裁判員法の憲法適合性や法的整合性については、本章に至るまでに、すでに論じてきた（憲法適合性については、本稿第7章を、法的整合性については、本稿第3章を、それぞれ参照されたい）。また、裁判員法の法的適格性については、国民の権利を制限し、または義務を課す事項を含むものであり、このような法規を法律という法形式で定めるべきであるということは、自明のことであり、そもそも論証を要しない。本章は、討議民主主義理論という1つの規範理論に立脚したうえで、裁判員法の政策的妥当性について検討しようとする試論的考察である。

法参加の制度を創設するとすれば、討議民主主義理論は、それがより討議的な制度として構成されることを要求するであろう。では、はたして、裁判官と一般の国民から選任される裁判員によって構成される裁判員裁判（裁判員の参加する裁判）は、裁判官のみによって構成される従前の裁判や、一般の国民から選任される陪審員のみによって構成される陪審裁判と比べて、討議民主主義理論の観点から考えて、「公共的討議の場（forum for public deliberation）」として優れているといえるか——これが、第1節の問いである。

次に、裁判員裁判の合議体が公共的討議の場としていかなる特質を有しているのかについて、他の討議システムとの比較検討を行いながら、明らかにする。第2節では、前段において、裁判員制度と同様に国民の司法参加の制度である諸外国の陪審制度や参審制度との異同を明らかにし、討議民主主義理論の見地から、その優劣を検討する。そして、後段では、討論型世論調査との比較においても、同様の検討を行うこととする。この作業を通じて、裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質が明らかになるだろう。

そして、最後に、討議民主主義理論の観点から、裁判員法の諸規定をどのように評価しているのかについて、第3節において、検討を行うこととする。



## 1. 討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の制度設計

リーブ (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<sup>3</sup>ように、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。

ガスティル (John Gastil) のいう「無作為標本によるフォーラム (random sample forums)」の1つとされ<sup>4</sup>、クロスビー (Ned Crosby) の率いるジェファーソン・センター (Jefferson Center) によって実践さ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あるフィッシュキン (James S. Fishkin) らによる「討論型世論調査 (deliberative opinion polling)」<sup>5</sup>の構造について、リーブが陪審制度と相似性を有することを指摘していること<sup>6</sup>も注目に値する。

これらの議論を瞥見するに、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の導入を志向するという立論は可能であるようにも思われる。例えば、緑大輔准教授は、サンステイン (Cass R. Sunstein) 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<sup>7</sup>。

<sup>3</sup> Ethan J. Leib, *Deliberative Democracy in America*, Pennsylvania State University Press, 2004, p. 89.

<sup>4</sup> John Gastil, *By Popular Demand: Revitalizing Representative Democracy through Deliberative Elections*, University of California Press, 2000, p. 124. あるいは、バトン (Mark Button) とライフ (David M. Ryfe) は、市民陪審を討論型世論調査やプラーヌクスツェレ (Planungszelle) とともに、無作為選出 (random selection) で非政府的結社 (nongovernmental association) の討議の場 (deliberative forum) と位置づけている (Mark Button and David M. Ryfe, "What Can We Learn from the Practice of Deliberative Democracy?," John Gastil and Peter Levine eds., *The Deliberative Democracy Handbook: Strategies for Effective Civic Engagement in the Twenty-First Century*, Jossey-Bass, 2005, p. 23)。

<sup>5</sup> James S. Fishkin, *The Voice of the People: Public Opinion and Democracy*, Yale University Press, 1995. 本稿第6章を参照。

<sup>6</sup> Leib, *supra* note (3), pp. 92-95.

<sup>7</sup> 緑大輔「裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」」一橋法学2巻1号(2003年)319頁。緑大輔准教授は、「日本国憲法の下で採用する民主主義としては、討議民主主義が採用されることが望ましいと考えるべきである」としたうえで、「本来は司法過程として公権力行使の過程であり、市民の討議に付された上で決定……を行うことで、その民主的正統性を担保する必要がある。そのため、討議民主主義を採用するとすれば、司法機関への市民参加が要請される所であり、市民参加がなければ討議民主主義に反する状態と評価しうる。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ことになろう」と述べている(いずれも、同頁)。筆者は、本

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、緑准教授が討議民主主義論者として引用しているサンズティンが、陪審制度に対して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。

サンズティンは、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1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<sup>8</sup>。

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社会心理学上の問題である<sup>9</sup>。

この集団極性化とは、民主的な討議がなされるべき公共的討議の場が、生産的な討議を行うよう十分に訓練されていない討議参加者のみによって構成される場合には、しばしば見られる現象である。多様な意見が共存する場においてこそ、生産的な討議が行われると考えられるが、無作為抽出によって討議参加者を選任すれば、必ずしも討議の場に多様な意見をもつ参加者が集まるとは限らない。特に、討議すべき課題について、何らかの理由で、国民の多数が一定の考え方を支持している場合（例えば、報道機関等による報道によって、ある事件の被告人について、一般の国民の多数が有罪視しており、さらに処罰感情が高められている場合）、討議参加者を国民の中から無作為抽出すれば、多数意見（被告人

稿第7章で議論したとおり、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であるとまでは論証できない（また、本稿における立論では、それを論証する必要もない）と考える。また、討議民主主義理論に依拠するとしても、司法の民主的正統性は、必ずしも裁判過程への国民の直接的な参加によって担保されなければならないのではなく、国民によって正統化される憲法によって裁判所が創設され、その裁判所が司法権を行使し、それに対して国民が理解し信頼することによって維持されれば足りるともいえよう。この点、憲法が裁判所を単純な民主主義の原理が貫徹すべき場として設計しなかったことも留意されるべきであろう（本稿インターラードを参照）。さらに言えば、かりに「市民参加」のないこれまでの刑事司法制度を「討議民主主義に反する状態と評価しうる」のであれば、そのような民主的でなく正統性を欠く裁判を受けた国民を救済する必要はないのだろうか（あるとすれば、どのようにするのだろうか）。

<sup>8</sup> Cass R. Sunstein, *Designing Democracy*, Oxford University Press, 2001, p.36.

<sup>9</sup> Cass R. Sunstein, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001, p. 65. なお、なぜ集団極性化が起こるのかについての説明としては、「①集団討議になると各自の責任意識が拡散して極端な意見が影響力を得やすい……、②集団内の多数意見がどちらかを向いているかが討議によって明確になり、これが集団内の規範となって意見を収斂させる、③討議を経ることにより、多数派側の選択肢を選ぶことの論拠が数多く提出されて説得力が増す、など複数の可能性がこれまでの研究によって示されている」（唐沢かおり＝編『朝倉心理学講座7 社会心理学』（朝倉書店、2005年）147頁（唐沢穰＝執筆）、ここでは、David G. Myers and Helmut Lamm, “The Group Polarization Phenomenon,” *Psychological Bulletin*, 83(4), 1976, pp. 602-627 が引用されている）が、社会心理学の世界でも、「決定的なものはない」という（青池慎一・榊博文＝編『現代社会心理学』（慶應義塾大学出版会、2004年）136頁（吉川肇子＝執筆））。

を有罪であるとし、厳しい刑罰を科すべきだとする意見)に与する者が参加者として選任されやすい(被告人を無罪であるとし、寛容に処断すべきであるとする少数意見を支持する国民は、裁判員に選任されにくい)であろう。この場合、国民全体に占める少数意見の比率が高ければ高いほど、少数意見を有する者が討議参加者として選任される可能性は高まるが、逆に、比率が低ければ、多数意見に与する者のみから討議の場が構成される可能性もある。また、討議参加者が多数選任される討議体であれば、少数意見を有する者が討議参加者として選任される可能性は高まるが、逆に、討議の場の規模が小さければ、やはり、多数意見に与する者のみから討議の場が構成されやすくなるであろう。

多数意見に与する討議参加者が討議の場に参集し、討議を行った場合、当該参加者は、自分が妥当であると考えている意見が他の参加者の意見と類似していることを確認し、自分の意見がより妥当なものであるとさらに確信するようになり、意見をより強めていくことになる(具体的には、各討議参加者が当初有していた被告人に対する強い有罪予断や処罰感情が、評議を通じて、さらに高められることになる<sup>10</sup>)。それでも、討議の場に異なる意見を有する者が1人でも参加していれば、討議参加者は、自分の意見を反省的に吟味する機会が得られる。しかしながら、そのような反対者が討議の場に存在しない場合、均質な討議参加者のみからなる場では、討議参加者は、自説について反省的吟味を行う機会を得ず、討議が深まらない可能性がある。その一方で、たとえ基本的に同じような意見を有する討議参加者から討議の場が構成されたとしても、討議参加者が均質でない場合(例えば、一般の国民の中から選任された裁判員のほかに、真摯な評議を行うよう訓練された職業裁判官などが参加している場合)、異質な者の参加は、他の参加者に対して反省的吟味を行わせる契機となりうる。

制度の設計の段階で、事実認定を国民の中から選任された陪審員のみで行わせる陪審制度を導入すべきであるという議論<sup>11</sup>や、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<sup>12</sup>が見られた。

サンステインの討議民主主義理論によれば、国民の司法参加の制度を新たに創設するにあたって、これら一般の国民の中から選任された参加者のみで討議するという制度設計構

<sup>10</sup> 集団極性化には、集団での意思決定のほうがより慎重な決定を行うというコーシャス・シフト(cautious sift)もあるが、これは、集団の構成員のもともとの判断が慎重な場合において機能するものである。本文の設例のように、被告人に対する強い有罪視・処罰感情の下では、構成員のもともとの判断が冒険的である場合であるので、集団での意思決定はより冒険的なものになる(リスクシフト(risky shift))とされている(潮村公弘・福島治=編『社会心理学概説』(北大路書房、2007年)135-136頁(熊谷智博=執筆)を参照)。

<sup>11</sup> 例えば、日本弁護士連合会「陪審制度の実現に向けての提言」(2000年3月)57頁、同「国民の司法参加」に関する意見(2000年9月)、高木剛「国民の司法参加」について(2000年9月、司法制度改革審議会第31回配布資料)など。

<sup>12</sup> 例えば、高木剛「裁判員制度」について(説明要旨)(2001年3月、司法制度改革審議会第51回配布資料)6-7頁、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(2002年7月)52頁。

想は、討議の場における集団極性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<sup>13</sup>。とりわけ、報道等によって被告人に対する一般の国民の処罰感情が高められた事件については、合議体が一般の国民の中から選任された陪審員のみである場合、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、一般の国民の中から選任された裁判員が、彼らとは異質な存在である訓練された職業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、合議体における討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、社会心理学者シェリフ (Muzafer Sherif) やアッシュ (Solomon Asch) らの実験をもとに、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<sup>14</sup>。ここでいう同調とは、個人が他者や集団の設定する期待や基準に沿って行動するようになるという社会心理学上の問題である<sup>15</sup>。そこで注目すべきなのは、サンステインが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証している点である<sup>16</sup>。

均質な参加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、陪審員のみからなる合議体や従来の裁判官のみからなる合議体よりも、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、公共的討議の場として優れているといえよう。

つまり、国民の司法参加の制度の設計をめぐって、討議民主主義理論に基づき検討するならば、一般の国民の中から選任された陪審員のみによって行われる陪審制度よりも、わが国の裁判員制度のような、裁判官と、一般の国民の中から選任された裁判員との協働の参加制度のほうが、優れているといえよう。

<sup>13</sup> 前述のとおり、筆者は、日本国憲法が職業裁判官を下級裁判所の基本的ないし不可欠の構成要素としていると解しているため、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しめない限りは、そもそも、事実認定作用を陪審員が独占する陪審制度や、裁判員制度下で一定の場合に評議・評決から裁判官を排除する独立評決制については、政策的妥当性を吟味する以前に、憲法適合性を失うため、認められないと解している。なお、長谷部恭男教授も、国民の司法参加の制度の設計を考察するうえで、サンステインの集団極性の議論を「留意する必要がある」と述べている (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 2004-1-a「シリーズ憲法の争点①」(2004年) 12頁)。

<sup>14</sup> Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003. See, especially, its Chapters 1-4.

<sup>15</sup> 例えば、唐沢前掲注 (9) 135頁 (村田光二＝執筆)。

<sup>16</sup> Sunstein, *supra* note (14), 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に注目した議論が展開されている。この点、裁判官が国民による選挙によって任命されず、また、法律によって、積極的な政治運動等が禁止されているわが国の場合 (裁判所法 52条) とは、若干異なる議論を必要とする。

そして、わが国においても、裁判官のみからなる合議体で同調効果が生じているとすれば、裁判員裁判の合議体のほうが、従前の裁判官のみからなる合議体よりも、同調効果を縮減できるという点に関しては、優れているといえよう<sup>17</sup>。

---

<sup>17</sup> そうであれば、裁判員裁判の合議体のほうが、従前の裁判官のみからなる合議体よりも精度の高い裁判を行いうるといえるであろう。もっとも、わが国において、従前の職業裁判官からなる合議体で同調効果が生じているか否かは論証されていないので、これは、あくまで仮説にとどまる。いずれにせよ、そもそも、裁判員制度は、より精度の高い裁判を実現するために導入されるものではない。また、裁判員制度の実施によって、より精度の高い裁判が実現するか否かについては、筆者の問題関心に含まれない。

## 2. 裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質

裁判員制度が刑事裁判の過程に一般の国民の中から選任された裁判員が参加する1つの公共的討議の場を創設するものであるとすれば、裁判員裁判の合議体が公共的討議の場としていかなる特質を有しているのかについて検討する必要がある。

そこで、本節では、公共的討議の場としての裁判員裁判の合議体を、他の討議システムと比較することとする。具体的には、前段において、裁判員制度と、同様に国民の司法参加の制度である諸外国の陪審制度や参審制度との異同を明らかにし、討議民主主義理論の見地からその優劣を検討する。そして、後段では、討論型世論調査との比較において、同様の検討を行うこととする。これらの作業を通じて、裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質が明らかになるだろう。具体的な陪審制度・参審制度のあり方は、国により、また、時期により、まちまちであるが、本章で比較検討する際の対象となる制度としては、最も典型的な制度であるアメリカ合衆国の陪審制度とドイツ連邦共和国の参審制度（いずれも連邦のもの）を取り上げることとする。

なお、陪審制度において通常認められる被告人の裁判の選択権（裁判員裁判を辞退する権利）については、すでに本稿第7章で検討したため、また、裁判官と裁判員との協働の参加とすることによる集団極性化の回避については、すでに前節で検討したため、いずれについても、本節では重ねて言及しないこととする。

### （1）諸外国の国民の司法参加の制度との異同

#### （1）陪審制度との異同

裁判員制度を陪審制度と比較するとき、その顕著な類似点としては、（1）参加する一般の国民（裁判員制度における裁判員、陪審制度における陪審員）が無作為に選定され、さらに、訴訟関係人による事実上の忌避手続（より正確には、訴訟関係人による不選任請求とそれに対する裁判所による不選任決定）などを経て選任されることや、（2）参加する国民が1つの事件ごとに選任され、1つの事件の裁判の終了とともにその任務が終了するものであることなどが挙げられる。一方、相違点としては、（3）参加する国民が職業裁判官とともに合議体を構成し、協働して判断を行うこと（陪審制度においては、陪審員は職業裁判官とともに合議体を構成せず、独立して、別の事項についての判断を行う）、（4）参加する国民が被告人が有罪か否かについての判断を行うだけでなく、有罪の場合の被告人の刑の量定にも関与すること（陪審制度においては、陪審員は被告人が有罪か否かについてのみ判断を行い、量刑に関与しない）、（5）国民の参加した合議体の判決に理由が付され、上訴が認められること（陪審制度においては、陪審の評決には理由が付されず、また、基本的には上訴は認められない）などが挙げられる。

これらのうち、陪審制度との3つの相違点について、第2編でみた討議民主主義理論に

基づき評価するとすれば、次のようなことがいえよう。

第一に、参加する国民が職業裁判官とともに合議体を構成し、協働して判断を行うことについてである。

裁判員制度は、職業裁判官と一般の国民である裁判員との協働の参加の制度であるため、職業裁判官が討議過程に関与することによって、一般の国民のみによる自由な討議が行いえなくなるという点<sup>18</sup>は否めない。

しかしながら、その一方で、このことは、前節でも述べたとおり、集団極性を防止するという重要な意義があるとともに、適切な情報に基づく討議を確保するという意義があるといえる。

裁判員は、司法関係者や法律専門家ではない一般の国民の中から選任され<sup>19</sup>、基本的には、司法に対して十分な理解を有していないはずである。裁判員制度導入の意義として、司法に対する国民の理解の増進を裁判員法が挙げていること（裁判員法 1 条）から、一般の国民の司法に対する理解は十分ではないという現状が、制度導入の前提となる<sup>20</sup>。司法に対する十分な理解のない国民は、通常、刑事事件の裁判に裁定者として参加した経験はないと考えられる。

訓練された職業裁判官とは異なり、一般の国民の中から選任された裁判員は、法廷において顕出された適法かつ適式の証拠以外の事情に基づき、心証を形成するおそれがある。一般の国民である陪審員のみからなる陪審制度では、そのような証拠以外の情報に基づき形成された心証をもつ国民が、自由に議論を行うことになるため、証拠に基づかない裁判が行われる可能性も否定できず<sup>21</sup>、さらに、評議が非公開とされているため、証拠に基づかない裁判が行われたとしても、裁判過程が事後的に検証されることもない。

その点、裁判官と裁判員とからなるわが国の裁判員制度の合議体においては、裁判官は、証拠に基づかない裁判を行う裁判員の意見を矯正し、証拠に基づかない議論がなされた場

---

<sup>18</sup> 制度設計の段階では、民主主義的基礎づけ説に立つ論者は、第1ステージで、一般の国民が裁判官とともに合議体を構成すると、一般の国民が委縮してしまい、あるいは、裁判官に議論を誘導されてしまうのではないかなどと懸念し、合議体から裁判官を排除した陪審制度の導入を提唱していた。その後、協働の制度とすることが決まった第2ステージ以降は、彼らは、裁判官の員数が裁判員の員数と比べてより多ければ、裁判員が萎縮してしまい、あるいは、裁判官に議論を誘導されてしまうのではないかなどと懸念し、合議体における裁判員の員数をより多く（例えば、裁判官の3倍以上と）するべきだと主張していた。

<sup>19</sup> 裁判員法は、裁判員の就職禁止事由として、司法関係者や法律専門家を排除している（裁判員法 15 条 1 項 4-16 号）。

<sup>20</sup> 一般の国民の司法に対する理解が十分であれば、それを増進させる必要はないので、裁判員法の立法事実がないということになる。裁判員制度は、一般の国民が司法に対する理解が十分ではないからこそ裁判員制度を導入するのであって、理解が十分であればそれを実施する必要はない。

<sup>21</sup> たとえ証拠に基づき評議が行われたとしても、証拠の評価が誤ってなされた場合、陪審員のみであれば、それが矯正されることは期待できない。

合には、証拠に基づく裁判へと議論を軌道修正することができる。その点は、事実認定過程について基本的には裁判官が関与することのない陪審裁判よりも、評議における参加者の判断に必要な情報の統制という観点から、裁判員裁判のほうが優れているといえよう。

第二に、参加する国民が有罪か否かの判断とともに刑の量定の判断にも関与することについてである。被告人が有罪か否かについてのみ判断を行う陪審制度と比較して、刑の量定の判断にも裁判員が参加する裁判員制度のほうが、一般の国民の参加の範囲がより広汎であるといえる。

刑の量定は、有罪か否かの判断とは異なり、一義的に決せられるものではなく、訓練された職業裁判官でも困難なものであるとされる。とりわけ、わが国のように、法定刑の範囲が広く、宣告する処断刑を決定する裁判官（現行の場合）<sup>22</sup>に広い裁量を与えられている場合、量刑相場における標準科刑を探求し、具体的な量刑の指針とするのが実際的であるとされる<sup>23</sup>。したがって、その量刑についても関与を求めるわが国の制度は、陪審制度と比較すれば、一般の国民にとって、より困難な作業を強いる制度であるともいえる<sup>24</sup>。前述のとおり、事件に関する報道が外在的には規制されない状況下では、裁判官と裁判員との評議が実質化しなければ、一般の国民の中から選任された裁判員の意見は、被告人への処罰感情を高めようとする報道機関による情報に少なからず影響されたものにならざるを得ない。裁判員に対して量刑の判断に関与させても、結果的に、報道機関の見解が裁判員の見解に反映される実態にしかならないのであれば、裁判員には量刑に関与させるべきではないとの見解<sup>25</sup>も首肯しえなくもない。

しかしながら、有罪と判断した被告人に対してどのような刑罰を科すべきかは、有罪・無罪の判断とは密接不可分な関係をなすものであると思われる。裁判への参加を通じた司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上を立法目的とするならば、裁判員は、可能な限り、裁判過程の多くの場面に関与することが望ましい<sup>26</sup>。裁判員は、被告人についての有罪か否かの判断を通じて、なぜ被告人が罪を犯したのかや、どのように犯罪が起こったのかを検討することになるが、被告人に対する量刑についての判断にも関与できれば、それだけでなく、その被告人をどのように処遇し、どのように社会復帰させていくのかについて

<sup>22</sup> 裁判員制度導入後は、裁判員裁判対象事件については、裁判官とともに裁判員も。

<sup>23</sup> 実務上の量刑判断については、現職の裁判官によるものとして、原田國男『量刑判断の実際〔増補版〕』（現代法律出版、2004年）。

<sup>24</sup> 事実認定についての能力は「一般市民と職業裁判官との間に本質的な違いはない」が、量刑については、「裁判員は、自分の能力を超える……問題」であるとして、裁判員に量刑についての判断能力がないと論ずるものとして、石松竹雄・土屋公猷・伊佐千尋＝編『えん罪を生む裁判員制度』（現代人文社、2007年）58頁がある。

<sup>25</sup> 制度設計段階の見解ではあるが、五十嵐二葉『刑事司法改革はじめの一步』（現代人文社、2004年）119-121頁。

<sup>26</sup> とはいえ、裁判員が一般の国民の中から選任されるものである以上、参加が認められる範囲については、自ずと限界があろう。この点、裁判員法の定めるとおり、法令の解釈や訴訟手続に関する判断は、専門的で複雑な法律判断を必要とすることがあり、迅速な判断を求められる場合もあることなどから、裁判員に開放することは望ましくなからう。



まで討議することができる。つまり、裁判員制度においては、一般の国民に対して、具体的な事実認定と刑罰法規の適用への関心を喚起するにとどまらず、(個別具体的なものにとどまり、一般的な形ではないにせよ) 刑事政策についての検討をも求めることになる。

一方、陪審制度においては、陪審員は被告人が有罪か否かを判断することしかできず、有罪である場合にどのような刑罰を科すべきかの判断は、裁判官に委ねられている。陪審員は、被告人の処遇に関心をもち、検討したいと考えたとしても、刑の量定に関与する権限が与えられていないため、その欲求は叶えられない。また、場合によっては、陪審員は、量刑判断を行う裁判官が被告人に対して重罰を科すことを避けるために、敢えて無罪評決を行うこともあるかもしれない<sup>27</sup>。

被告人の量刑の判断についてまで参加を認めるわが国の裁判員制度のほうが、陪審制度よりも、一般の国民による討議の対象がより広く、国民参加の制度としてより徹底したものであるといえよう。

第三に、一般の国民の参加した合議体の判決に理由が付され、上訴が認められることについてである。

裁判員裁判であれ、陪審裁判であれ、評議の過程は、非公開とされる。それは、討議参加者が、合議体の外部からの圧力を一切受けずに、自由に意見を形成し、発言できるようにし、もって、実質的討議を行わせるためであると理解しうる。

その一方で、評議過程が非公開とされていることにより、事実上、評議参加者が十分な実質的討議を経ずに評決に至ることも考えられなくもない。なぜならば、評議過程そのものが非公開とされているため、どのような評議を行ったのか(あるいは、行わなかったのか)を事後的に検証することができないためである。

陪審制度のように討議の結果に理由が付されない制度の下では、評議過程は、完全に不透明である。したがって、陪審員がどのような理由に基づき評決を行ったのか(あるいは、合理的な理由なしに評決を行ったのか)は、不明である。例えば、棟居快行教授は、陪審の評決に理由が示されないことについて、次のように説明している。「陪審の評決は、国王の嗜好と同じように、それ自体は何の客観的正当化を必要とするものではなく、したがって、明文での理由づけも必要ないのである。ここでは、陪審の心証は国王の嗜好と同様に、両当事者の主張の当否に対するリトマス試験紙の役割を果たす。青か赤か、黒か白か、という結果がすべてであって、なにゆえにそういう答えに達したのか、という理由は不要であるばかりか、無意味でもある。陪審、すなわち社会の平均人がそう感じた、ということそれ自体が、当該評決・判決を正当化するのである」<sup>28</sup>。つまり、陪審の評決に理由が示されないということは、その評議過程においても、各陪審員が合理的な理由に基づかない判

<sup>27</sup> いかなる理由で無罪とされたのが明らかにされないため、そのようなことは起こりうる。そして、結果的に罪を犯した者に対して無罪評決を行うことは、実体的真実の発見を害することになる。

<sup>28</sup> 棟居快行「陪審制度の憲法問題」丸田隆＝編『日本に陪審制度は導入できるのか』(現代人文社、2000年)10頁。

断を示し、それに基づく評決がなされることが許容されるおそれがあるということを意味している。また、陪審員が合意すれば、実質的な討議を尽くさずに、相互に意見を述べ合った後に直ちに形式的な評決を行うことも不可能ではない。他の陪審員の意見を受けて、その意見を真摯に検討することも、自説を反省的に吟味することも、陪審の評議においては行われぬ可能性がある。そうであるとすれば、陪審制度は、討議民主主義理論に基づく公共的討議の場ではなく、むしろ、選好集計型民主主義理論における選好を集約し取引する場としての機能にとどまるともいえよう。

この点、わが国の制度のように、判決に理由が付され公開されるとすれば、裁判官には、判決書に記すべき理由を用意することが必要となり、評議において、合議体は、実質的討議を省略することはできず、成熟した討議を行わざるを得なくなるだろう。理由を示さずに評決に至ることは不可能であり、評議参加者は合理的な理由を示したうえで結論を述べるのが必然的に求められるようになる。合議体の判決に理由が付されることは、非公開とされる評議室内においても、なお実質的な討議を行うことを外在的に確保するべく機能する点で、討議民主主義理論の観点から評価することができよう。さらに、上訴を認め、控訴裁判所で、理由が明示された判決を含めた第1審たる裁判員裁判での審理が事後的に検証されることは、裁判員や裁判官に、より成熟した討議を尽くすよう圧力として機能するであろう。

これら3つの相違点について考察すれば、裁判員裁判の合議体は、陪審と比較して、基本的には、公共的討議の場として相対的に優れているといえよう<sup>29</sup>。

## (2) 参審制度との異同

裁判員制度を参審制度と比較するとき、その顕著な類似点としては、(1) 参加する国民が専門家である職業裁判官とともに合議体を構成し、協働して判断を行うこと、(2) 参加する国民が有罪か否かについての判断を行うだけでなく、刑の量定にも関与すること<sup>30</sup>、(3) 国民の参加した合議体の判決に理由が付され、上訴が認められることなどが挙げられる。一方、相違点としては、(4) 参加する国民が無作為に選定され、さらに、訴訟関係人による事実上の忌避手続などを経て選任されること（参審制度においては、参審員は、選定委員会などによって作為的に選任される）や、(5) 参加する国民が1つの事件ごとに選任され、1つの事件の裁判の終了によってその任務が終了するものであること（参審制度においては、参審員は、一定の期間、職務に従事する）などが挙げられる。

<sup>29</sup> なお、本稿では、裁判員制度と他の国民の司法参加の制度との一般的な優劣を論ずるものではない。あくまで、公共的討議の場としての特性についての優劣（より討議的な制度か否か）を論ずるものにすぎない。裁判の精度・質の向上という観点や、参加する国民の負担や必要となる費用など、制度としての効率性・合理性という観点からは、また別の評価もありうるであろう。

<sup>30</sup> ただし、ドイツの連邦の参審制度では、参審員は、さらに法令の解釈にも関与できる。この点は、わが国の裁判員制度とは異なる。

これらのうち、参審制度との2つの相違点について、第2編でみた討議民主主義理論に基づき評価するとすれば、次のようなことがいえよう。

第一に、参加する国民が無作為に選定され、さらに、訴訟関係人による忌避手続などを経て選任されることについてである。

この点、参審制度では、通常、参審員は、自薦や他薦により候補者が選定され、参審員の職務に従事するのにふさわしい人物が選定委員会などにより作爲的に選任されるため、意欲や資質に富む参審員の参加が見込まれる。一方、裁判員制度では、基本的には、裁判員候補者が無作為に選定されるため、職務を行いたくないと考える国民や判断能力が必ずしも優れているとはいえないような国民が裁判員に選任されるおそれがある<sup>31</sup>。より精度の高い裁判を実現するという立法目的を掲げて国民の司法参加の制度を創設するとすれば、無作為抽出を基本とするわが国の裁判員の選任方法は、明らかに望ましいものではない<sup>32</sup>。むしろ、裁判の精度という観点からは、一般的に、意欲や資質に富む参審員の参加が見込まれる参審制度のほうが優れているといえよう。

しかしながら、司法に対する国民の理解の増進という立法目的を掲げるとき、特に、裁判員制度を公民的徳性（civic virtue）の陶冶のための制度として位置づけるならば、裁判の裁定者としてふさわしい国民を選任するのではなく、どのような国民でもよいという発想が基本となるだろう。むしろ、意欲や資質に富む国民を裁判に参加させるよりも、公共的事項に対して理解しようとする意欲のない国民や、公共的事項への関心を欠き討議能力が十分に具備されていない国民こそ、裁判員として参加すること（そして、それを通じて、公民的徳性を涵養すること）の意義がより大きいともいえる。

したがって、基本的には、どのような国民が選任されてもよいとするわが国の制度のほうが、参審制度よりも、一般の国民の参加の開放性が高いものであるといえよう。そして、公民的徳性のより低い国民に対しても、公共的討議の場への参加が事実上開かれている点で、公民的徳性の陶冶という観点では、裁判員制度のほうがより優れているといえる<sup>33</sup>。

第二に、参加する国民が1つの事件ごとに選任され、その事件の裁判の終了によってその任務が終了するものであることについてである。

---

<sup>31</sup> 選定された裁判員候補者は、法令に定める辞退事由に該当しない限り、裁判員となることを辞退できず、また、訴訟関係人による理由を示さない不選任請求は、各々、4回までと限定されている。

<sup>32</sup> 裁判員制度導入の意義は、あくまで、本稿第3章で確認したとおり、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上であって、よりよい裁判の実現にはない。もし、よりよい裁判の実現のためであるとして、制度導入の意義を位置づけ直すのであれば、基本的には無作為抽出とする裁判員の選任手続は、（審議会において平良木登規男委員が主張したような）参審制度における参審員の選任手続を参考に、再考されてもよかるう。

<sup>33</sup> なお、裁判員制度において事実上の忌避手続が認められている点に関しては、どのような国民でも参加しようという基本的な制度設計理念を維持しつつ、それでもなお、不公平な裁判員を排除することによって、公正な裁判を実現するという観点から、これら2つの相矛盾する要請を調整するために設けられたものとして理解されよう。

これは、討議民主主義理論の観点からは、(1) 討議への参加をより開放的なものとする意義があるほか、(2) 同輩集団による圧力 (peer pressure) が作用することを防止するという重要な意義があるといえる。

まず、討議の開放性に関しては、裁判員制度において、裁判員が1つの事件ごとに選任されるという点では、より多くの国民に参加の機会を保障することになる。

この点、たしかに、参審員が任期中に複数の事件を処理する参審制度のほうが、当該参審員個人単位で考えれば、より深く公民的徳性を高めうるという点で優れているといえよう。

しかしながら、1事件限りの選任とする裁判員制度のほうが、個人単位ではその顕著な効果が得られないとはいえ、より多くの国民について公民的徳性を涵養するという点で、社会的には効果が高いともいえよう。特に、わが国のように、本格的な国民の司法参加の制度を経験していない国家においては、限られた少数の国民の司法に対する理解を深く増進させるよりも、より多くの国民に対して一定の理解を得るほうが優先されるべきであろう。そうであるとすれば、より多くの国民に参加を求める裁判員制度における選任のほうが、討議の場をより開放するという観点からは、優れているとも評価しうる<sup>34</sup>。

次に、1つの事件ごとに選任される裁判員には、同輩集団圧力が機能しないため、より成熟した討議が行われることが期待できる。

1つの事件ごとに選任される裁判員は、常に裁判の素人である。一方、一定期間職務に従事する参審員は、就任直後は、裁判員と同様に素人であるが、複数の裁判に取り組むうちに、職業裁判官にまでは至らぬとも、刑事裁判の基礎的な知識を習得し、裁判の経験を積むことになる。もともと意欲や資質に富み、さらにより経験を積んだ参審員は、事実上のセミプロフェッショナルの状態になり、その判断はより精度の高いものとなりうる。したがって、常に素人の状態である裁判員の参加する裁判よりは、参審員の参加する参審裁判のほうが、精度の高い裁判がなされうるだろう。

しかしながら、裁判員制度において、裁判員に期待されているのは、優れた判断能力ではなく、一般の国民の有する健全な社会常識である。裁判の経験を積み積むほど、一般の国民の中から選任される参審員の思考様式は、一般の国民のそれから乖離し、職業裁判官のそれに近づくことになるだろう。一般の国民の健全な社会常識を裁判に反映させるという裁判員制度の趣旨にかんがみれば、経験を積み職業裁判官に近い思考様式を持った一般の国民であっては、裁判に参加させる意義がない<sup>35</sup>。

<sup>34</sup> この点、将来的に、学校等における法教育が充実し、あるいは裁判員制度が普及することによって、一般の国民の司法に対する理解の増進が深まれば、社会的な意義よりも個人に対する教育効果のほうに重点を移すような制度設計の改革案が検討されるべきかもしれない。

<sup>35</sup> さらに言えば、裁判の精度を高めるためであれば、経験を積んだ参審員 (=セミプロフェッショナルな裁定者) を合議体に参加させるよりも、むしろ、職業裁判官 (=プロフェッショナルな裁定者) を増員させたほうがよいのではなかろうか。

また、参審制度においては、一定期間、同一の目標の下で協働で裁判を行い、相互によく知り合った参審員と裁判官からなる合議体では、集団としての同一化(group identification)現象が生じ、十分な討議を徹底することを回避し、早期の結論を求める同輩集団による圧力が機能しうるおそれがある。そして、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、他の構成員におもんば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<sup>36</sup>。一方、わが国の裁判員制度のように、1つの事件ごとの参加とすれば、合議体において集団としての同一化がなされず、同輩集団による圧力は、多くの場合、機能しない。したがって、任期制よりも1つの事件ごとの参加のほうが、より成熟した討議を行うのに適しているといえよう。

なお、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なくなるおそれがある。したがって、討議民主主義理論からは、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。

これら2つの相違点について考察すれば、裁判員裁判の合議体は、参審裁判の合議体と比較して、基本的には、公共的討議の場として相対的に優れているといえよう。

## (2) 討論型世論調査との異同

### (1) 討論型世論調査を比較対象とすることの意義

次に、裁判員制度における裁判員の参加する裁判を、本稿第6章で概観した討論型世論調査と比較し、検討することとする。その前提問題として、なぜ裁判員裁判と討論型世論調査との比較検討を行うのかについて、説明が必要となろう。

そもそも、本稿第7章で詳述したとおり、裁判員裁判の合議体は、討議民主主義理論の見地から、1つの公共的討議の場として理解することができるからである。これまでに既に繰り返し論じてきたとおり、裁判員法の立法過程において、制度設計者の意思に討議民主主義理論に通底するものがあり、また、解釈論上も、そのようにとらえることが妥当であるからである。そして、裁判員裁判の合議体を公共的討議の場としてとらえるのであれば、他の討議の場の構想との比較検討を行い、その特質を明らかにすることは意義のあることであろう。

では、比較検討の対象とすべき公共的討議の場を討論型世論調査とするのは、なぜか。討議民主主義理論の実践モデルとしての公共的討議の場としては、コンセンサス会議(consensus conference)、プランヌクスツェレ(Planungszelle)、市民陪審などさまざまなものがある。その中でも、とりわけ討論型世論調査を比較の対象として選択する理由は、この実践モデルが、討議民主主義理論に基づく民主的討議の実現を目指して意識的に構想されたものであり、また、すでに20回以上の実践を経て、研究者によって一定の高い評価

<sup>36</sup> Sunstein, *supra* note (14), p. 28.

を得たものであるからである。たしかに、ガスティルが類型化しているように、コンセンサス会議、プラーヌクスツェレや市民陪審も、今日では、討議民主主義理論に基づく公共的討議の場の1つとして評価することもできよう<sup>37</sup>。しかしながら、それらは、いずれも発生段階において、討議民主主義理論に基づくものではなかった<sup>38</sup>。その一方、討論型世論調査は、政治理論研究者フィッシュキンらによって、きわめて精緻な理論に基づき慎重に構想されたものであり、討議民主主義理論に忠実なその制度設計・運用は、学問領域を超えて多くの研究者からも高く評価されており、明らかに単純な市民参加の議論とは一線を画している。

したがって、討議民主主義理論に基づく典型的な公共的討議の場の1つとして、討論型世論調査を比較対象として取り上げることは妥当であると解する。

## (2) 討論型世論調査との異同

裁判員制度（それがもたらす裁判員裁判の合議体）を討論型世論調査（特に、そこにおける小グループ討議の過程）と比較するとき、次のような類似点を挙げることができよう。

第一に、参加する国民を一定の場所に実際に参集させ、少人数で集中的に討議を行う公共的討議の場を創設する人工的な試みであることである。特に、裁判員制度に関しては、わが国の従前の刑事裁判とは異なり、充実した審理を連日的に行うことが求められており（刑事訴訟法 281 条の 6）、短期的に集中して討議を行うことが運用上期待される。これにより、時間等に余裕のある者だけでなく、そうでない一般の国民の参加も容易となる点で、討議の場としては、より開放的なものであると評価できる。

第二に、討議参加者に対して、判断に必要な情報が十分に提供されることである。討論型世論調査では、当該政策課題に関する争点をめぐる対立する複数の見解を簡潔に要約し、それぞれの論拠や基礎的資料等を示したうえで、わかりやすくかつ公平に紹介した詳細な資料が提供されるほか、当該政策課題に詳しい研究者、政治家ないし政府の政策担当者に対して直接質疑を行うことができる質疑セッションが設けられている。一方、裁判員制度においても、検察官及び弁護人が、立証に必要な証拠を示すが、特に、日本国憲法及び刑事訴訟法等による制約下で、違法に収集された証拠をはじめ、心証形成を行うにあたって

<sup>37</sup> ガスティルらが編者となった『討議民主主義ハンドブック (*The Deliberative Democracy Handbook*)』では、討論型世論調査や前述の市民陪審のほか、コンセンサス会議やプラーヌクスツェレなども紹介されている (Gastil and Levine, *The Deliberative Democracy Handbook*)。

<sup>38</sup> それらは、むしろいわゆる市民参加論の文脈で登場した社会実験であり、討議民主主義理論の実践モデルであるという議論は、後付けのものであろう。もとより、本稿第4章及び第5章で論じたとおり、討議民主主義理論と市民参加論とは密接に関連する部分もあるが、逆に、参加論に取って代わる次世代の理論として登場した討議民主主義理論もある（そして、それこそが、討議民主主義理論の本流である）ことに思いをいたすとき、単純な参加論及びそれに基づく社会実験を、討議民主主義理論及びそれに基づく討論型世論調査と同列に論ずることは厳に慎まれなければならないと解する。

不適切な証拠は排除され、厳格に公平性が担保されている。さらに、裁判員に与えられる情報という観点からは、次の3点が注目されよう。(1) 裁判員裁判の対象事件については、第一回公判期日前に必ず公判前整理手続に付される(裁判員法49条)ため、事件の争点が整理され、公判で取り調べる証拠も厳選されたものになる。(2) 法律家である裁判官、検察官及び弁護士は、一般の国民である裁判員の負担が過重なものにならないようにしつつ、裁判員がその職責を十分に果たすことができるよう、審理を迅速でわかりやすいものとするに努めなければならないという法的な義務が課されている(同法51条)。(3) 裁判員は、裁判官を通じることなく、直接に、証人その他の者に対する尋問や被害者等及び被告人に対する質問を行う権利が認められている(同法56-59条)。これら3点について、討議参加者が判断しやすいように情報が整理された形で与えられ、必要と認めるものについては積極的にアクセスできるようになっており、判断に必要な情報の適当な供給に資する点で評価できる。

第三に、制度の趣旨を理解したファシリテータないしモデレータの司会の下で、小グループに分かれて議論を行うことが挙げられる。討論型世論調査においては、ファシリテータないしモデレータは、調査の趣旨を理解し、十分に訓練された者が務め、公平無私の立場から討議の司会に徹する。一方、裁判員制度においても、裁判長たる裁判官が訴訟を指揮する(刑事訴訟法294条)が、裁判長たる裁判官は、裁判官としての十分な経験を積み、裁判員制度の趣旨を理解していることが当然に求められる。さらに、裁判長は、評議において、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならないとされている(裁判員法66条5項、裁判員の参加する刑事裁判に関する規則(以下、「裁判員規則」という)50条)。これにより、討議が活発に行われることが期待されうる点で評価できる。

その一方で、裁判員制度と討論型世論調査とは、次のような明確な相違点を挙げることができる<sup>39</sup>。

第一に、討議参加者の人数の多少である。討論型世論調査における小グループ討議では15ないし20人程度の参加者で行われるのに対して、裁判員制度では、裁判官3人と裁判員6人の合計9人というより小規模の合議体で討議が行われる。さらに、討論型世論調査では、小グループ討議のほかに、350人程度で行われる全体討議が設けられているが、裁判員裁判には、そのような過程は存在しない。

第二に、討議参加者の選出方法である。討論型世論調査では、参加者は、性別、年齢、所得など、国民の属性分布に応じて、母集団を統計的に代表するように無作為抽出されて

<sup>39</sup> 裁判員制度と討論型世論調査との比較に関して、本文に挙げたほかにも、討議の議題が異なるということも指摘できる。前者における議題は、被告人が有罪か否かと、有罪であるとすればどのような刑罰を科すのかに限定される一方、後者における議題は、それに限定されない。この点、本稿第5章216頁脚注56を参照。

おり、統計学的な代表であるといえる。一方、裁判員制度における裁判員は、一般の国民が無作為に選定される点では類似するが、裁判員候補者の選定や呼び出すべき裁判員候補者の選定の段階で、国民の属性分布などは一切考慮されないことと、裁判員等選任手続において、検察官及び被告人（その弁護人も）によって理由を示さずに不選任請求され、裁判官による不選任決定手続を経て選任される（したがって、その点では、裁判員は人為的に操作される）ことの2点において、明らかに異なる<sup>40</sup>。

第三に、討議の場におけるファシリテータないしモデレータの位置づけである。討論型世論調査では、ファシリテータないしモデレータは、討議参加者とは別異の存在として、討議の司会を担当するものの、討議そのものには主体的には関与しない。一方、裁判員制度におけるファシリテータないしモデレータたる裁判長裁判官は、他の裁判官や裁判員と同様に、対等な討議参加者の1人であり、評議の司会を行うとともに、評議そのものにも参加する。

そして、第四に、討議の意義である。討論型世論調査は、討議を経た国民の意思の変遷を調査するなどのための社会実験として設計されており、そこで得られた意見分布は、熟慮され討議された一般の国民の意見として参照されるにすぎない。つまり、討論型世論調査は、あくまで「討議のための討議」である。一方、裁判員制度は、判決という裁判所の公権的意思決定を行う「決定のための討議」の場を創設するものとして設計されている。また、討論型世論調査では、討議参加者の意見の集約が求められていないのに対して、裁判員制度においては、評議終結後には、多数決による評決が必ず行われる点も顕著な相違点であるといえる。

以上のように、裁判員制度と討論型世論調査との間には、若干の類似点も見られるものの、明白な相違点も指摘しうる。

もとより、ここでの検討を通じて、裁判員制度と討論型世論調査との公共的討議の場としての優劣を論ずることはできない。なぜならば、そもそも、これら2つの公共的討議の場は、それぞれ創設する意義や目的などがまったく異なるからである。

---

<sup>40</sup> この参加者の統計学的代表性をめぐる裁判員裁判と討論型世論調査との差異は、重要な問題である。裁判員は、事実上、国民の統計学的な代表ではなく、また、制度設計上も、国民の代表として参加するものとはされていない（本稿第3章166-167頁を参照）。そこで、裁判員が国民の代表ではないことから、裁判員裁判を討議民主主義理論に基づく公共的討議の場として位置づけるべきではないとの批判が想定される。これに対して、次の2点の反論が示されよう。(1) 参加者が母集団の統計学的な代表となるように多段階の無作為抽出を行う点は討論型世論調査の特徴の1つである（本稿第6章を参照）が、公共的討議の場の参加者が統計学的な代表となることは、討議民主主義理論の本質的要素ではない（なお、本稿第4章を参照）。(2) 討論型世論調査においても、参加者全体では統計学的な代表性が保たれているが、15ないし20人程度の小グループ討議の討議体においては、必ずしも統計学的代表性が保証されているわけではない。そして、裁判員裁判の合議体と比較検討とすべきなのは、統計学的代表性が保証されている全体討議の討議体ではなく、統計学的代表性が必ずしも保証されていない小グループ討議の討議体である。



### 3. 討議民主主義理論に基づく裁判員法の諸規定の評価

前節において、裁判員裁判の合議体を他の公共的討議の場と比較検討することによって、裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質が明らかになった。では、これを踏まえたうえで、本稿第2編で概観した討議民主主義理論に基づき、裁判員法の諸規定をどのように評価しうるかについて、検討することとしよう。

#### (1) 討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障

討議民主主義理論によれば、公共的討議の場は、参加資格のある者に対して、可能な限り開放的でなければならず、また、討議参加者は、自由で、束縛されず、また、威圧もされずに討議を行うことが保障されなければならない<sup>41</sup>。この討議の開放性と自由かつ平等な発言権の保障という観点から、裁判員法の諸規定はどのように評価されるであろうか。

第一に、裁判員法の定める裁判員等の選任手続について分析する。

裁判員の選任資格は、衆議院議員の選挙権を有する者であって（裁判員法13条）、かつ、欠格事由、就職禁止事由、事件に関連する不適格事由及びその他の不適格事由に該当しないものである（同法14条、15条、17条、18条）。このうち、裁判員の選任を制限する事由は、制度の趣旨にかんがみ、必要最小限度のものと解され、いずれも合理的なものであり、過度に広汎であるとはいえない。戦前のわが国の旧陪審制度のように、性別が男子に限定され、年齢が30歳以上とされ（陪審法12条1項1号）、あるいは、納税の有無・多寡や教養<sup>42</sup>などが選任要件とされてはいない。

この点、選任資格として、旧陪審制度のような所得や教養に関する要件が課されていれば、裁判員の職務に従事するのによりふさわしい人物が選任されやすくなるかもしれない。また、制度設計の段階で議論されたように、25歳以上ないし30歳以上とする年齢要件を設ければ、同様に、裁判員の職務に従事するのによりふさわしい人物が選任されやすくなるかもしれない<sup>43</sup>。そして、裁判員の職務に従事するのにふさわしい人物が選任されれば、裁判の精度もより高まるであろう。

<sup>41</sup> 本稿第4章198-199頁を参照。

<sup>42</sup> わが国の旧陪審制度では、「引続キ二年以上直接国税三円以上ヲ納ムルコト」（陪審法12条1項3号）や「読ミ書キヲ為シ得ルコト」（同4号）が、陪審員の選任資格とされていた。もっとも、裁判員法14条1号は、「学校教育法（昭和二十二年法律第二十六号）に定める義務教育を終了しない者。ただし、義務教育を終了した者と同等以上の学識を有する者は、この限りでない」と規定しているが、一般的な教育水準が高い今日のわが国においては、この規定は、実質的には、教養に関する規定として制限的なものであるとはいえなからう。

<sup>43</sup> ただし、所得・教育の水準や年齢が高い者が、裁判員の職務に従事するのにふさわしいと判断されるか否かについては、一般的にはそうであると見込まれるものの、常にそうであるといえるか（むしろ、例えば、相対的に所得・教育の水準が低くとも、さまざまな職業経験を積んだ国民のほうが、人生の機微により通じているのではないか）についての論証は、本稿では留保する。

その一方で、裁判員法が裁判員の選任資格を狭く限定していない点については、討議の場への一般の国民の参加をより開放するものであるとも評価できる。

そして、裁判員の選任においては、裁判員候補者予定者の選定（市町村選挙管理委員会による）<sup>44</sup>、呼び出すべき裁判員候補者の選定（地方裁判所による）、裁判員の選任（受訴裁判所による）のいずれの段階でも、くじなどによることとされている（裁判員法 21 条 1 項、26 条 3 項、37 条 1 項）。

このように一般の国民の中から基本的には無作為抽出で裁判員が選任されるという点は、参審制度との比較においてすでに指摘したとおり、討議の場への参加をより開放する制度であると評価できよう。

また、労働者が裁判員等の職務に必要な時間は、労働時間中であっても職務を離れることができるとする労働基準法 7 条や、労働者が裁判員等や裁判員候補者などであることを理由に、解雇その他不利益な取扱いをしてはならないとする裁判員法 100 条の規定は、労働者が裁判員として参加しやすくするための措置であり、やはり、討議の開放性に資するものであるといえよう。

第二に、裁判員による評議について分析する。裁判官<sup>45</sup>と裁判員とからなる合議体による

---

<sup>44</sup> 地方裁判所による裁判員候補者名簿の調整も、無作為抽出により選定される裁判員候補者予定者の名簿に基づき行われるので、実質的に無作為抽出であるといえる（裁判員法 23 条 1 項）。

<sup>45</sup> ここで注意しなければならないのは、裁判員裁判における合議体は、裁判員だけで構成するものでなく、裁判官が裁判員とともに構成するものであるということである。裁判官の存在が、裁判員が自由に発言することの障害になるなどという立論は、そもそも成り立ちえない。裁判員が自由に発言できることを保障する必要があるのと同様に、裁判官が自由に発言できることも保障されなければならない。したがって、裁判官が裁判員の発言を促進するために自ら発言を自粛することは、裁判官の自由な意思で行いうるとしても、裁判官の発言を外在的に規制することは、（討議参加者である裁判官に対する）自由かつ平等な発言権の保障という観点からは認められないと解すべきである。司法研修所の共同研究「裁判員裁判における複雑困難事件の審理」において、研究会に参加した裁判官の間では、「裁判員に積極的に評議に参加してもらうために、裁判官として、裁判員が自由に意見を述べられるよう可能な限りの配慮をするという姿勢が重要であることについては、全く異論がなかった。問題は、その点が強調される余り、裁判官が意見を述べることそれ自体がタブー視される傾向があるかのように見えることであり、こうした考え方、例えば、「裁判官は、司会役に徹するべきである。」といった考え方が誤りであることについても異論がなかった」という（今崎幸彦「裁判員裁判における複雑困難事件の審理」判例タイムズ 1221 号（2006 年）12 頁。今崎幸彦判事は、さらに、続けて、「裁判官としては、自らの知識、経験に照らし検討すべきと考える論点やよるべき視点があるのであれば、これを適切な形で評議に提示し、裁判員に検討してもらうよう促すべきであり、これを怠ることは裁判官としての責務をはたしていないといえるであろう」と述べる（12-13 頁））。もっとも、実際の裁判員制度の運用では、評議において、裁判員の活発な発言を促進するために、裁判官は謙抑的な態度をとることが見込まれる（今崎判事は、次のように述べる。「裁判員がいまだ十分な意見を述べていない段階で裁判官が自らの意見を述べると、裁判員が萎縮して自由かつ達意な意見表明をしにくくなったり、裁判官の意見に安易に同調するようになるという危険があるので、裁判官が評議の早い段階で意見を述べることは差し控えるべきである

評議が実質的な討議と叫ぶためには、討議参加者である裁判員が、他からの圧迫や干渉を受けずに、自由かつ平等に発言できなければならない。

まず、裁判員裁判の対象事件については、裁判員法 2 条 1 項の事件であっても、裁判員候補者や裁判員、その親族等の身体等に危害が加えられるなどのおそれがあり、裁判員の職務の遂行ができず、これに代わる裁判員の選任も困難であるような場合は、例外的に、対象事件から除外され、裁判官のみの合議体で取り扱われるとされている(裁判員法 3 条)。もし危害が加えられるおそれがあり、裁判員が強く畏怖して職務を行うことができないなどの場合であっても、裁判員に参加を強いるとすれば、評議において、裁判員は自由かつ平等に発言できない状態に陥り、実質的な討議が機能しない。したがって、討議民主主義理論の観点から、これらを対象事件から除外する規定を設けることは妥当であろう。

次に、評議において、裁判長裁判官は、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮する義務を負う(裁判員法 66 条 5 項、裁判員規則 50 条)。この努力義務も、裁判員の自由かつ平等な発言を容易にし、実質的討議を可能にするためのものとして評価できよう。

さらに、評議が非公開とされていること(裁判所法 75 条 1 項)は、衆人環視の中では発言を躊躇するような裁判員の自由かつ平等な発言を促進する。

そして、裁判員等及び裁判員等の職にあった者は、評議の秘密その他の職務上知りえた秘密を漏らしてはならないとされている(裁判員法 9 条 2 項、10 条 4 項、70 条 1 項)。この守秘義務に違反し、評議の秘密その他の職務上知りえた秘密を漏らしたときなどには、刑罰が用意されている(同法 108 条 1 項、2 項、3 項)。この守秘義務とその履行確保措置は、裁判員等が評議の外において評議に関して自由に発言することを規制しようという点で、しばしば批判されている。

しかしながら、この守秘義務とその履行確保措置は、むしろ、評議における裁判員の自由かつ平等な発言権を保障するものと理解するべきであろう。例えば、評議の秘密に関して、非公開の評議の中で裁判員がどのような意見を言ったのかが公になるとすれば、裁判員は、関係者からの逆恨みや社会から非難・攻撃を恐れて、自由に意見が言えなくなるおそれがある(被告人に寛容な判断を示した裁判員は、被害者やその親族等から恨まれ、逆に、被告人に厳格な判断を示した裁判員は、被告人やその親族等から恨まれるおそれがある。また、社会的に注目されるような凶悪事件に関しては、裁判員の判断も注目されることになるであろうが、世論が厳罰を求めている場合、被告人に寛容な判断を示した裁判員が特定されれば、当該裁判員が報道機関や一般国民から集中的な非難を集めることは必至

---

し、適切な時期をとらえて意見を述べる場合にも、裁判員から、それが意見の押しつけであるかのように受け取られないよう十分注意すべきであるという点でもまた〔筆者注：研究会に参加した裁判官の間で〕一致したところである(13 頁)。裁判員裁判の評議において裁判官がどのような態度をとるかについては、実際の運用を待たなければならないが、少なくとも、裁判官の多くは、裁判員制度の趣旨を理解したうえで、裁判員法に基づき行動するであろう。

であろう)。したがって、裁判員が参加する際に自由に発言できる環境をつくるため、守秘義務とその履行確保措置があると解するべきである<sup>46</sup>。

そのほか、裁判員等や裁判員候補者等の個人を特定するに足りる情報の公開の禁止（裁判員法 101 条 1 項）や裁判員等に対する接触の禁止（同法 102 条 1 項、2 項）は、間接的ながらも裁判員が自由に意見を述べられるようにするための規定であり、自由かつ平等な発言権の保障という観点から評価できよう。また、裁判員等に対する請託等の禁止（同法 106 条 1 項、2 項）、裁判員等に対する威迫の禁止（同法 107 条 1 項、2 項）、裁判員の氏名等の漏示の禁止（同法 109 条）の各規定も、同様に、裁判員が自由に意見を述べられるようにするためのものであるといえよう。特に、これらの行為は裁判員の自由な発言を強く躊躇させるものであり、討議に対する著しい障害であるので、あらかじめ禁止したうえで、その禁止に反する行為を犯罪として規定することにより、これらがなされないようにすることは妥当である。

## （2）論拠の正当化要求

討議民主主義理論によれば、公共的討議の場で応答性の高い討議がなされる前提として、討議参加者が当初有していた選好を正当化する論拠を再考し、討議参加者間で厳選された論拠を提示し合うことが必要である<sup>47</sup>。この論拠の正当化要求という観点から、裁判員法の諸規定はどのように評価されるであろうか。

第一に、一般の国民の中から選任される裁判員が裁判官とともに実質的な討議を行うためには、その当然の前提として、当該事件や裁判の手續について理解する必要がある。そこで、裁判員法には、裁判員にとってわかりやすい裁判とするよう措置を講ずる規定が設けられている。

まず、裁判員裁判の対象事件については、第一回公判期日前に、必ず公判前整理手續に付される（裁判員法 49 条）。本来の職業や家庭等を有する裁判員が裁判に関与するにあたっては、審理に要する見込み時間があらかじめ明らかになっているとともに、充実した迅速な審理が行われることが必須の前提と考えられるため、裁判員裁判の対象事件については、公判前整理手續に付し、事件の争点を明らかにし、公判で取り調べる証拠を決定して、明確な審理計画を策定しなければならないとされている。

次に、当該裁判に関係する法律専門家に対して、裁判員の理解を促進するための努力義

---

<sup>46</sup> なお、すでに述べたとおり、自由な意見の交換が行われなければ、裁判そのものも公正であるとはいえないので、これは、自由かつ平等な発言権の保障という観点からだけではなく、公正な裁判の実現という観点からも正当なものと評価できる。また、裁判員等及び裁判員等の職にあった者が、裁判体の外部の者に対し、担当している事件において認定すべきであるとする事実や量定すべきであるとする刑などを述べることも禁止されている（裁判員法 108 条 5 項、6 項）。これら心証開披行為は、守秘義務違反と同様の害悪が発生するため、同様に規制されるべきであるからである。

<sup>47</sup> 本稿第4章 199-200 頁を参照。

務が課されている。すなわち、裁判官、検察官及び弁護士は、裁判員の負担を考慮して、審理を迅速でわかりやすいものとするよう努力義務が課されている（裁判員法 51 条、裁判員規則 42 条）。また、前述のとおり、裁判長は、評議において、裁判員に対して必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員にわかりやすいものとなるように整理するなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮する努力義務が課されている（裁判員法 66 条 5 項）。

そのほか、討論型世論調査との比較において指摘したとおり、裁判員は、裁判官を通じることなく、直接に、証人その他の者に対する尋問や被害者等及び被告人に対する質問を行う権利が認められている点（裁判員法 56-59 条）も、裁判員が判断するために必要な情報を獲得することに資するものと理解されよう。

第二に、裁判員は、実質的に評議に参加しなければならない。裁判所法 76 条は評議における裁判官の意見陳述義務を定めるが、これと同様に、裁判員法 66 条 2 項も、「裁判員は、……評議に出席し、意見を述べなければならない」と規定する。評議において、裁判員は、意見を陳述する法的義務が課されている（沈黙の自由は認められない）。

ここで裁判員に陳述が求められる「意見」とは、事実認定や量刑についての結論のみならず、その結論に至る理由の言明までもを包含する趣旨であるか否かは、法文上は明らかではない。

評決のみを重視するのであれば、裁判員の意見は、被告人につき有罪か否か、有罪であるとするばどのような刑罰が相当であるかなどといった結論部分だけで十分であろう。その一方で、討議を重視する民主主義観に立てば、なぜそのような結論に至るのかなどといった結論に至る理由づけまでも当然に含むものであると解すべきであろう。合議体の構成員全員の合意に基づき、実質的な評議を省略し、理由を明示せずに評決を行うことも、少なくとも理論上は排除されないが、それでは、裁判官・裁判員の当初有していた意見を集約するだけの選好集計的な判断である。選好集計型民主主義理論の対抗理論として登場した討議民主主義理論によれば、評議において、裁判官及び裁判員は、自分の意見をその論拠とともに陳述し、相互に意見を戦わせ、徹底した討議を経た後に、評決を行うべきであるということが規範的に要請される。

### (3) 選好の変容可能性とその前提としての異見に対する寛容の精神

討議民主主義理論によれば、公共的討議の場では討議参加者の選好が変容しうるものでなければならないが、そのためには、討議参加者には異見に対する寛容の精神が必要とされる<sup>48</sup>。この選好の変容可能性という観点から、裁判員法の諸規定はどのように評価されるであろうか。

第一に、合議体の構成員である裁判官及び裁判員の、異見に対する寛容の精神の有無についてである。

<sup>48</sup> 本稿第4章 200-202 頁を参照。

訓練された職業裁判官の場合、一般的には、合理的な理由があれば、自説を貫徹するのではなく、意見を変容させることも吝かではないという態度がすでに十分に身に付いていると考えられる。そのことは、合議体での評議における職業裁判官の倫理として、いわゆる「評議は乗り降り自由」という考え方があるということにも示されている<sup>49</sup>。例えば、原田國男判事は、「これまでの裁判官の合議は、「乗り降り自由」で、最初に述べた意見に必ずしもこだわらず自由に議論をしている」と分析しており<sup>50</sup>、また、植村立郎判事は、「合議は飛び乗り飛び降り自由」などとこれまで言われてきたように、審理の進行経過で行われる議論や判断といったものは、あくまでも暫定的なものであって、それを確定したもの、固定したものと受け止めてはならない」と主張している<sup>51</sup>。この「評議は乗り降り自由」という原則は、多くの刑事裁判官に共有されているようである<sup>52</sup>。

しかしながら、一般の国民の中から選任される裁判員は、そのような訓練を受けていな

<sup>49</sup> 最高裁判所が作成した一般向けの解説パンフレットで、最高裁判所事務総局刑事局長の大谷直人判事は、次のように述べている。「私たち裁判官の世界で昔から言われている言葉に「評議は乗り降り自由」という言葉があります。3人の裁判官で話し合うときには、まずはお互い意見を言う、そしていろいろ考えて、自分の意見が間違っていると思ったら、他の人の意見に乗り換えることは全く問題がないということです。議論をした結果が最終的に適切な判断になることが重要なのです」（最高裁判所『裁判員制度ブックレット』（最高裁判所、2005年）27頁）。

<sup>50</sup> 原田前掲注（23）355頁。原田判事は、「我々裁判官は、合議では「乗り降り自由」を伝統としてきたのである」（335頁）が、「実は、この「乗り降り自由」の議論というのが、合議になれない人には案外苦手かもしれない。どうしても、最初に余り考えもしないで述べた自分の意見にこだわり、これに反対する意見が述べられると、つい意地となって感情的な反発をする。その頭の中には、もう最初の論点のことなどなく、気分的に不快感だけが残り、冷静な検討ができなくなっている」と続けたうえで、「個人的な資質や人生経験等に差のある裁判員全員に合議に参加してもらい充実した議論を煮詰まらせるためには、それなりの努力が必要である」と主張している（355-356頁）。

<sup>51</sup> そして、植村判事は、「この点も、裁判員に正しく理解しておいてもらう必要がある」と続ける（植村立郎「裁判員裁判における事実認定に関する若干の考察」木谷明＝編『刑事事実認定の基本問題』（成文堂、2008年）401頁）。しかしながら、「他人の意見を考慮に入れて、或いは、他人から指摘されて、などといった形で、一旦述べた自分の意見を変更・修正したりすることは、日常生活で頻繁に体験できることではないであろうから、そういったことをすることに、とまどう裁判員もあり得よう」という。そのために、裁判官としては、評議の場で、述べられたさまざまな意見の中にある合理性や不合理性などのさまざまな視点を提供して、裁判員自身が、それまでの自分の意見が暫定的なものであることを実感し、自分の述べた意見の中に問題点があることに気づき、その意見を必要に応じて変更・修正することに躊躇する必要のないことを納得して実践できるようにしていく必要がある（そして、そのことは、裁判員についてもいえることである）という（401-402頁）。

<sup>52</sup> この原則について言及するものとして、前掲論文のほかにも、例えば、川上拓一「裁判員の参加する刑事裁判における評議に関する覚書」小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会＝編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集下巻』（判例タイムズ社、2006年）555頁（「合議は飛び乗り、飛び降り自由自在」という雰囲気）が「我々〔筆者注：川上拓一教授は元裁判官である〕がかつて先輩裁判官から教えられた」と述べる）。

いため、合理的な理由があるにもかかわらず、自説を変えることなく、主張に固執する者がいることも考えられる。例えば、山室恵判事（当時）は、「裁判官のいかなる説得にも耳を傾けない、頑な裁判員が複数入り込むこともあり得るのであって、そうなると、無駄であるばかりか、危険な制度になってしまうおそれがあります」と述べ、異見に対する寛容の精神を有していない裁判員の参加を懸念している<sup>53</sup>。

裁判員裁判の合議体を公共的討議の場として再構成する本稿の基本的な立場によれば、参加する裁判員たる一般の国民は、刑事裁判への参加を通じて、公民的徳性を涵養することになる。合理的な理由があるにもかかわらず自説に固執するような国民は、民主的討議の成立の前提要件たる異見に対する寛容の精神を有していないので、公民（citizen）として陶冶していく必要がある。

そうであるとすれば、裁判員法 18 条が、不公平な裁判をするおそれがあると裁判所が認めた裁判員候補者を裁判員の不適格事由としていることや、同法 34 条 4 項が、検察官、被告人または弁護人の請求により、または裁判所の職権により、不公平な裁判をするおそれがあると認めた裁判員候補者に対して、裁判所が不選任決定をしなければならないとしていることが、自説を頑強に墨守しようとする特性をもつ国民を裁判員として就任できなくさせ、彼らが公民的徳性を涵養するための機会を失わせることになることの是非が問題となる。公民的徳性の陶冶を重視するのであれば、むしろ、このような国民こそ、敢えて裁判に参加させ、裁判官が説示等を通じて、異見に対する寛容の精神を涵養するよう努めるべきではないかとの批判が予想される。

たしかに、当該国民の頑強さが矯正可能な程度のものであれば、それを克服して裁判に参加させることで、当該裁判員を民主的討議に実質的に参加しうる公民として陶冶することができる。しかしながら、裁判は、専ら公民的徳性の涵養のためだけに存在しているわけではない。生産的な討議を行うための基本的資質である異見に対する寛容の精神を欠く国民を合議体に入れるとすれば、公平な裁判を受ける被告人の権利（日本国憲法 32 条、37 条 1 項）を侵害するものとなるともいえよう。

もはや矯正不可能な頑強さを有する裁判員候補者については、討議の場に臨ませても生産的な討議を行えないものであるから、裁判への参加を排除することは認められるべきであろう<sup>54</sup>。

<sup>53</sup> 原文ママ、井上正仁・長沼範良・山室恵『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 1208 号（2001 年）141 頁（山室恵＝発言）。東京地方裁判所判事在職中に最高裁判所の留学生としてアメリカ合衆国に陪審制度の調査のために派遣されたこともある山室恵教授は、「アメリカでは、陪審員の資格をほとんど制限していませんが、陪審員の 1 人が他の陪審員の言うことを一切聞かず、自分が一度言い出したことは何があっても譲らないために、ハングジュリー（評決不能）になったケースがあ」という事例を紹介したうえで、本文引用の箇所続ける（同頁）。

<sup>54</sup> 本稿第 8 章でも述べたとおり、裁判所は、このような裁判員候補者に対する「不公平な裁判をするおそれ」（裁判員法 18 条）の認定を柔軟にかつ積極的に行い、訴訟関係人の請求に応じて、または、職権で、不公平な裁判をするおそれと認めた候補者に対して、躊躇

第二に、評決の方法についてである。

裁判員裁判における評議は、本稿第5章において議論した民主的討議のうち、「討議のための討議」ではなく、「決定のための討議」に該当する。したがって、評議の結果、必ず、一定の結論に至る必要がある。すなわち、合議体は、被告人が有罪か否か、そして、有罪である場合、どのような刑罰を科すべきかについて、結論を示さなければならない。評議の結果、国民の司法に対する理解が深まり、信頼が向上し、公民的徳性が涵養されたとしても、法律上、評決を回避することはできない。

本稿第1章で確認したとおり、制度設計の段階では、評決の方法として、全員一致や3分の2以上の特別多数決によるべきであるとの意見も見られた<sup>55</sup>。たしかに、判決の正統性を高めるためには、全員一致や特別多数決による評決は、より望ましいといえるかもしれない。しかしながら、集合的意思決定において全員一致を求めることは、少数者に拒否権を与えることと同義である。

裁判員法は評決を単純多数決によるものとしている(67条)が、これは、討議を経て、評決を行う際、一定の結論を得ることを容易にするという点で、妥当であるといえよう。

全員一致とならない限り、または特別多数が構成されない限り、評議と評決を繰り返すとする制度設計も考えられる。あるいは、評決不一致とし、合議体を構成し直し、改めて公判手続から始めるとする制度設計も考えられる。しかしながら、評決要件を高めた場合、合議体の構成員が、結論を得ることに急ぐあまり、合理的な理由がないにもかかわらず、自説を曲げて、全員一致の結論を得ようとするおそれないしは特別多数を構成しようとするおそれもある。合議体の構成員は、被告人や事件の被害者などとはまったく利害関係を有しない<sup>56</sup>ため、どのような結論に至ろうとも、構成員個人は何ら影響を受けることはないという点に注目する必要がある。例えば、評決不一致を認めない制度設計の下で、特別多

---

することなく不選任決定を行うべきであると筆者は考えている。たしかに、当該裁判員候補者本人は、裁判という「決定のための討議」へ参加できないため、公民的徳性を涵養するための機会を逸することになる。思うに、裁判員等選任手続において不選任決定されたということは、本人がなぜ「決定のための討議」へ参加できなかったのか(なぜ不公平な裁判をするおそれのある者と認められたのか)を熟慮する契機となるだろう(その意味では、裁判員等に選任されなかったとしても、裁判員等選任手続に参加したことだけでも意義があると評価すべきである)。また、そのような者であっても、「討議のための討議」への参加は開放されている。

<sup>55</sup> 例えば、日本弁護士連合会は、制度設計の段階において、評決の方法として、原則として全員一致とし、評議と投票を繰り返しても意見の一致をみないときなど一定の場合にのみ、3分の2以上の多数決とし、ただし、死刑選択の場合には、全員一致を要するという案を主張していた(日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」(2003年5月)4-6頁、同「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」(2003年12月)9-14頁、同「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見書」(2004年2月)4-5頁、なお、本稿第2章123頁を参照)。

<sup>56</sup> 利害関係を有する者は、裁判官として職務を執行することができず(刑事訴訟法20条)、また、事件に関連する不適格事由に該当するため、裁判員にも選任されない(裁判員法17条)。



数が構成されないというだけの理由で、評議・評決が延々と繰り返された状況においては、職務を早く終了したいと考える裁判員が、本心では多数意見に納得していなくても、自説を撤回して多数意見に同調することが起こりうることは想像に難くない。あるいは、全員一致の意見でなければ評決は成立せず、評決不一致の場合は合議体が再構成されるものとする制度設計の下で、長期間の公判手続を終え、濃密な評議を経て、評決を行った結果、1人の異なる意見を有する構成員が存在するという理由だけで、それまでのすべての手続が実質的に意味のないものとされるとすれば、評決不一致となり無効とされた裁判に参加した裁判員には、裁判に参加したことへの充実感ではなく、徒労感しか残らないであろう（そして、この場合、そのような評決不一致を避けるために、戦略的に本意と反する意見を述べる合議体構成員が生じうることは十分に想定されよう）<sup>57</sup>。

さらに、このような評決要件を高め、評決を困難にする制度設計は、裁判の長期化にもつながり、結果的に、一般の国民である裁判員の参加を困難にさせ、討議の開放性を害するともいえよう。

裁判における評議は「決定のための討議」であるから、可能な限り評決不一致という不決定状態を避けて、討議参加者である裁判官及び裁判員に異論があつたとしても、最終的には評決を行い、一定の結論を得るべきである。したがって、結論をより得やすい単純多数決による評決は、合理的であるとともに、逆説的ながら成熟した討議を行いやすくするものであると評価できる。

---

<sup>57</sup> 裁判員が真摯に裁判に取り組めば取り組むほど、それが意味のないものとされたときの当該裁判員の失望感は増すであろう。この場合、少なくとも当該裁判員に関しては、国民の司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させるという立法目的は達成しえない（むしろ、司法に対する不信感を醸成することになる）ものと考えられる。

## 結 論

### (1) 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

#### (1) 裁判員制度と民主主義の原理とのイレレバンシー

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）1条は、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが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る。

国会審議においても、野沢太三法務大臣は、裁判員制度の意義について、「広く国民が裁判の過程に参加し、その感覚が裁判の内容に反映されることによりまして、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という重要な意義がある」と答弁している<sup>1</sup>。

さらに、裁判員法の立案担当者によるコンメンタールにおいても、その意義は、「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って、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」と述べられている<sup>2</sup>。

つまり、裁判員制度の導入の中心的な意義は、司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上である。

裁判員制度は、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、かつ、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・刑事検討会の座長でもあった井上正仁教授による発言<sup>3</sup>や、野沢法務大臣の国会での答弁<sup>4</sup>からも明らかである。

裁判員制度導入の意義として、なぜ民主主義的基礎づけ説は採用されなかったのか。それは、原理的な問題と現実的な問題とがあったからである。

<sup>1</sup> 官報号外第 159 回国会衆議院会議録第 15 号 3 頁。

<sup>2</sup> 辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1) 法曹時報 59 卷 11 号 (2007 年) 55 頁。

<sup>3</sup> 第 15 回司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会 (2003 年 4 月 8 日、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会第 15 回議事録、本稿第 1 章 52 頁) や、第 14 回司法制度改革推進本部顧問会議 (12 月 5 日、司法制度改革推進本部顧問会議第 14 回議事録、本稿第 1 章 61 頁) における発言など。なお、井上正仁・山村恵・古江頼隆・佐藤博史・佐伯仁志「シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト 1279 号 (2004 年) における井上正仁教授の発言 (75-77 頁) も参照。

<sup>4</sup> 「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」かとの小林千代美衆議院議員からの提案に対して、野沢法務大臣は、裁判員法案に定める制度導入の意義を述べるにとどめ、これを断っている (官報号外第 159 回国会衆議院会議録第 15 号 3 頁、本稿第 1 章 71 頁)。

第一に、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・原理の維持・貫徹という機能は、単純な民主主義の原理になじまないものである。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。民主主義の原理によって国民の司法参加の意義を基礎づけようとするならば、国民投票や世論調査によって被告人の有罪・無罪や量刑を決める制度すら正当化されかねない。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営がある<sup>5</sup>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（本稿インターロードを参照）。

第二に、裁判員制度を司法の民主化のための制度として理解しようとするれば、2つの躓きの石に直面することになる。1つ目の石は、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によれば、国民の参加のない従前の裁判はすべて正統性を有しない否定されるべきものと評価せざるを得なくなることである。しかしながら、陪審制度などの国民の司法参加の制度を設けることは、憲法上の要請ではなく、このような参加制度を設けなくても、憲法の規定や趣旨には何ら違反しないとするのが判例の立場であり<sup>6</sup>、従前の裁判官のみによってなされた刑事確定判決の正統性を覆すことは合理的ではなかろう。また、裁判員制度が実施される2009年5月以降も、従前と同様の裁判官のみによる刑事裁判は存置することになる（裁判員制度が導入されるとしても、すべての刑事事件の裁判が裁判員裁判（裁判員の参加する裁判）に置き換わるわけではない）。圧倒的多数の刑事事件は、裁判員法2条1項に該当せず、裁判員裁判の対象とはならないため、裁判官のみの合議体で取り扱われる<sup>7</sup>。また、裁判員法2条1項の事件であっても、同法3条によって、裁判員候補者や裁判員、その親族等の身体等に危害が加えられるなどのおそれがあり、裁判員の職務の遂行ができず、これに代わる裁判員の選任も困難であるような場合には、対象事件から除外され、裁判官のみの合議体で取り扱われる。しかしながら、民主主義的基礎づけ説によれば、裁判員制度実施後もなお併存するこれら裁判官のみによる裁判は、正統性を

<sup>5</sup> 兼子一・竹下守夫『裁判法〔第4版〕』（有斐閣、1999年）24頁。

<sup>6</sup> 陪審制度をはじめ、国民が刑事裁判に直接的に参加する制度を設けることが憲法上の要請ではないということは、最高裁判所の認めるところである。最高裁判所は、「憲法三七条及び憲法前文は陪審による裁判を保障するものではない。その他民主主義国家であるからといって、必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」と判示している（最大判昭和35年10月25日刑集4巻10号2166頁、原文ママ）。

<sup>7</sup> 2006年の統計資料（本稿脱稿時点で入手可能な最も新しい資料）によれば、全国の地方裁判所における刑事通常事件（第1審）の事件数106,016件のうち、裁判員裁判の対象となる事件数は3,111件（全事件に占める対象事件の割合は2.9%である）で、残りの97.1%の事件は裁判員裁判の対象とはならない（「裁判員制度の対象となる事件の数（平成18年）」（最高裁判所公表資料）。なお、裁判員裁判の対象となる事件数（かっこ内は、全国の地方裁判所における刑事通常事件（第1審）の事件数に占める割合）は、2003年が3,646件（3.3%）、2004年が3,791件（3.3%）、2005年が3,633件（3.3%）であった（いずれも、最高裁判所の公表資料による）。

有しないことになる<sup>8</sup>。これが、もう1つの躓きの石である。

したがって、裁判員制度の意義は、基本的には、国民主権の原理ないし民主主義の原理とは無関係であると解すべきであろう。以上のことは、本稿第1編、すなわち、裁判員法の立法過程を概観した第1章、同じく立法過程を分析した第2章、そして、裁判員法の諸規定を解説した第3章において、確認した。

## (2) 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

裁判員法の立法目的が、政府の見解のとおり、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上に資することにあるとして、では、裁判員法に基づき創設される裁判員制度が、その立法目的を達成する手段として適当であるか否かについては、別途検討する必要がある。裁判員法の立法政策について、筆者は、本稿第3編において、憲法適合性、法的適格性・整合性及び政策的妥当性の3点から検討した。このうち、法的適格性に関しては、裁判員制度は、国民の権利を制限し、または義務を課す事項を含むものであるから、法律という法形式で定めるべきであるということは論証を要しない。また、法的整合性に関しては、すでに第3章で、裁判員制度が従前の刑事裁判制度（そして、それは、裁判員制度実施後も併存する）と整合的になるよう注意深く制度設計されていることを確認した。これらは、あまり議論の分かれる問題ではない。取り組むべき問題は、裁判員法の憲法適合性と政策的妥当性である。

裁判員法は、日本国憲法の規定や趣旨に違反するか否か。この点、裁判員法が裁判員制度を創設することについて、日本国憲法32条及び37条1項に定める裁判を受ける権利を侵害するか、国民の司法参加の制度について日本国憲法に一切規定が存在しないことは参加制度を設けることを禁止する趣旨であるか、そして、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が76条3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3つの論点があるものの、いずれも克服しうることは第7章第3節の前段で論証した。しかしながら、裁判員法が、被告人の裁判の選択権（裁判員の参加する裁判の辞退権）を認めないことと、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（裁判員及び補充裁判員）として就任し職務を遂行する義務を課すことの2点については、憲法

---

<sup>8</sup> 民主主義的基礎づけ説を貫徹するためには、すべての刑事事件を裁判員裁判の対象とするほかない。しかし、すべての刑事事件の裁判に裁判員が参加するのであれば、裁判員裁判の数は膨大なものとなり、一般の国民は裁判員としての職務に忙殺され、日常生活に支障を来すことになるだろう（事務処理にかかる費用負担なども、過大なものになるであろう）。また、裁判員の身体等に危険が及びうる事件の裁判を対象事件に含めるのであれば、裁判員は抑圧された状況で危険を冒して参加することになり、公正な裁判が行われることはもはや期待できなくなるだろう。場合によっては、被告人等による裁判員に対する報復（いわゆる「お礼参り」）があるかもしれないが、このような裁判員制度の実施に伴い生じうる犠牲は、民主主義のコストであるというのだろうか。筆者は、参加する一般の国民の負担を考慮すれば、すべての刑事事件を裁判員裁判の対象とする制度設計は現実的に妥当ではないと解する。

適合性の観点から疑義が残る。

そこで、本稿では、裁判員制度の意義について、政府の見解を前提としたうえで、新たな視座から再構成することを提案した。その視座が、公法学及び政治学の領域において昨今きわめて注目されている討議民主主義（*deliberative democracy*）理論である。

討議民主主義理論については、本稿第2編において、概説した。第4章では、討議民主主義理論について、現代民主主義理論の系譜における位置づけや理論的な優位性などを明らかにしたうえで、主要な公法理論（主として共和主義的憲法観に立脚するものである）と政治理論（政治理論から展開されている実証的研究を含む）とを概観した。そして、それぞれの理論から構成要素を析出し、その本質的要素とは何かを検討し、両者の合意点を模索した。このような討議民主主義理論そのものについて明らかにしようとする試みは、わが国においては、これまでほとんど取り込まれなかったことである。第5章では、討議民主主義理論が前提としている討議の意義について、「決定のための討議」と「討議のための討議」の2つに分けて検討することを提唱した。討議民主主義理論をめぐる議論状況は、今日、やや混乱しているといえるが、その混乱状況を整理するためには、この二分論は有益であろう。そして、第6章では、討議民主主義理論の実践モデルの1つである「討論型世論調査（*deliberative opinion poll*）」について説明した。

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に関しては、そのような議論が認められる余地があるか否かと、なぜそのような議論を行わなければならないのかの2点について、説明する必要がある。前者については、第7章第2節において、今般の司法制度改革に共和主義的憲法観と親和性をもたらすことや、裁判員法の立法過程において顕出された制度設計者の意思に討議民主主義理論と通底するものがあることを新たに発見し（第1章及び第2章で立法過程の精査をしなければ、おそらく、この発見はできなかったであろう）、このような議論が認められる余地があると主張した。後者については、第7章第3節後段において、先に憲法解釈論上の難点として挙げた2つの論点を克服するために、このような議論を行う必要があるということ<sup>9</sup>を示した。

要するに、裁判員裁判の合議体は、刑事事件の裁判という公共的な事項について、一般の国民が討議を行い、決定する「公共的討議の場（*forum for public deliberation*）」であると解することができる。そして、裁判員制度は、このような公共的討議の場を創設するための「陶冶の企て（*formative project*）」であるといえよう。

つまり、裁判員制度は、単純な民主主義の原理によっては正当化されないものの、討議

---

<sup>9</sup> 被告人の裁判の選択権の否定については、新たな視座からは、裁判員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。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。

を重視する新しい民主主義理論によって、その意義を再構成することは、立法過程を踏まえれば認められることであり、解釈論上、意義のあることである。

このようにして、我々は、国民の司法参加の意義について、新しい視座を獲得した。そして、次に取り組むべき課題は、討議民主主義理論が裁判員制度の設計や運用にいかなる示唆を与えるかについて検討することである。

第 8 章では、裁判員候補者の予断が裁判員裁判に与える影響に注目し、討議民主主義理論に基づき、制度の運用上の問題を論じた。前段では、検察官、被告人及び弁護人による裁判員候補者に対する理由を示さない不選任請求をゲーム的状况 (game situations) と構成したうえで、合理的な個人を前提とすれば、どのような戦略を採ることになるのかについて考察した<sup>10</sup>。そして、裁判員候補者の有する予断を外部的に知ることが困難な状況では、訴訟関係人は、自己に不利な判断を行うであろう裁判員候補者に対して不選任請求をするという単純な戦略を採ることができず、裁判員候補者の選好の変容可能性という複雑な要素を考慮せざるを得ないということを指摘した。また、後段では、裁判員裁判の対象事件の報道に関して、「決定のための討議」である裁判員裁判の合議体における評議のために、討議民主主義理論は、厳格な規制を要請するものであるが、同時に、市民社会における「討議のための討議」を維持するため、過剰な規制は回避するべきであるともいいうることを明らかにした。

そして、第 9 章では、第 3 編の議論の総括も兼ねて、裁判員法の政策的妥当性を吟味した。諸外国の国民の司法参加の制度との比較や、第 6 章で紹介した討論型世論調査との比較を通じて、裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質を明らかにした。そして、裁判員法の諸規定を、討議民主主義理論に基づき分析した結果、裁判員制度は、より討議的な公共的討議の場を創設するものとして高く評価できると結論づけた。

## (2) 裁判員制度が招来する国民に対する過大な負担

2008 年 4 月 18 日に、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の施行期日を定める政令 (平成 20 年政令第 141 号) が制定されたことにより、2009 年 5 月 21 日から、裁判員法に基づき、裁判員制度が実施されることとなった。

現在、最高裁判所、内閣官房や法務省などの政府、そして、日本弁護士連合会などによって、この制度の実施のための準備活動や広報活動が意欲的に行われている。また、研究者や法律実務家などによって、賛否両側からの論評が非常に盛んに行われている。そのほかに、学校教育・社会教育の現場や報道機関による報道などにおいても、裁判員制度を取り上げる機会が増えている。それらの結果、裁判員制度に対する国民の認知も次第に高まっているといえよう。

<sup>10</sup> なお、このようなゲーム理論に基づく裁判員制度に関する思考実験は、他に類例のないきわめて独創的な議論である。

ところで、ここで改めて確認しなければならない点は、一般の国民にとって裁判員制度がきわめて負担の重い制度であるということである。酒巻匡教授は、「裁判員制度が、一方的に国民に負担を義務付けるものであり、反面、刑事裁判過程への参加を義務付けられる個々の一般国民には、具体的に何らの特典や利益を与えるものではないという点」は、「疑いもなく明らかなこと」であるとして、このことに留意すべきであるという<sup>11</sup>。

裁判員制度は、犯罪とは関係なく市民生活を送ってきた一般の国民に対して、本人の意思にかかわらず、その生活上のさまざまな活動を強制的に中断させ、裁判所に出頭を求め、刑事事件の裁判への参加を強要する制度である。裁判員に選任された国民は、自分のために費やすことができたはずの時間を、自分とは無関係の被告人の裁判のために消費しなければならない。しかも、そのような職務に従事しても、裁判員に対して報酬は支給されない<sup>12</sup>。このことを踏まえれば、単に国民の制度に対する理解を高め、国民の参加意向を高めるだけではなく、制度が有する負の側面についても冷静な理解を求めめる必要があるだろう。その点、一部の法律実務家によって展開されている裁判員制度の批判的研究は、制度を客観視し、この制度が孕む問題に真摯に取り組む必要性を強く認識させる点で、傾聴に値する。

裁判員裁判の対象事件は、強盗致死傷事件、殺人事件、強姦致死傷事件などの重大事件である。そして、その審理において証拠とされる物には、被害者の遺体の解剖写真や保存された凶器などが含まれるであろうし、証人尋問において、残忍な犯行場面などが再現されることもあるだろう。それらが立証に必要なものであれば、証拠に基づく裁判を実現するため、裁判員は、それらへの接触を避けることはできない。裁判員にとって見たくないものや聞きたくないものであっても、それを見聞きすることは裁判員に課された法律上の義務であり、裁判員はそれらに十分に接触したうえで裁判を行うことが求められる。

裁判員裁判を経験した裁判員の中には、心的外傷後ストレス障害（PTSD）を発症し、通常の市民生活に復帰できなくなるものも生ずるかもしれない。これに対して、最高裁判所は、精神的なケアを必要とするようになった裁判員経験者のために、24 時間体制の無料の

---

<sup>11</sup> 酒巻匡「21 世紀の刑事裁判」司法研修所論集 115 号（2006 年）102 頁。また、酒巻教授は、別稿では、次のように述べている。「裁判員は、……このような重い責任と負担を突如として一方的に負わされることになる。また、このような慎重を要する重い責任を無事果たし終えたとしても、個々の裁判員には特段の利得があるわけではない。……筆者は、以上の点をあいまいにするのは良くないと考える。このようなたいへんな負担を一方的に一般国民にお願いすることになる。それを直視した上で、国やとりわけ法律専門家は、全力を挙げて、このような裁判員の負担をできる限り軽減し、そして、責任を持った自由な判断が可能な前提を創り出す必要がある」（酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室 308 号（2006 年）14 頁）。

<sup>12</sup> 裁判員に対する日当は、裁判員がその職務を履行・遂行することによって生ずる損失補償であり、裁判員等としての勤務の報酬ではない（辻前掲注（2）115-117 頁を参照）。逸失利益を一定の限度内で行おうとするものであるから、実際に支給される日当等と、逸失利益や裁判員としての職務との間で対価性は考慮されない。

電話相談窓口を開設する方針を決めたという<sup>13</sup>。国民の安全と福祉を守る一般的な義務を負う国家としては、国民に対して、このような重篤な疾病や障害を惹起するようなことをそもそも行わないという選択肢もあった。しかし、わが国は、このような事故が発生しうることを認識したうえで、敢えて、裁判員制度を導入することを決定した<sup>14</sup>。

また、裁判員法は、一般の国民に対して、裁判員候補者として出頭し、裁判員等として就任し、職務を遂行するなどの義務を課し、そのうちのいくつかについては、行政罰や刑罰を担保に、義務の履行を強制している。この点に関して、裁判員制度は、現代版徴兵制度ではないかと評する論稿が、多く見られるところである。例えば、高山俊吉弁護士は、裁判員候補者に対する呼出状を指して、「赤紙」（召集令状のこと）と呼ぶ<sup>15</sup>。また、安念潤司教授は、「裁判員たる義務の強制が憲法一八条に違反しないとすれば、兵役義務を課すこともまた同条に違反しないという解釈が導かれる可能性がある」と述べる<sup>16</sup>。同様に、西野喜一教授も、「国民参加と徴兵制の密接な関わり」を問題視したうえで、「徴兵制に反対する者は、その先駆けたる裁判員制度にも反対しなければならない」という<sup>17</sup>。裁判員法の国会審議の過程でも、裁判員制度を「現代版徴兵制、徴用制」と指弾する議員がいた<sup>18</sup>。

このような主張に対しては、比喩の適切さ・妥当性に関しては議論が分かれるところであろう<sup>19</sup>が、裁判員制度には国民の権利自由を一定程度制限する性質を有するという点に注目すべきであるという指摘に関しては、真摯に受け止めなければならない。

通常の市民生活を営む限りでは刑罰を科される危険性の低い善良な一般の国民が、裁判員候補者に選定され、裁判員に選任されるや、虚偽記載罪や秘密漏示罪などの刑罰を科されうる存在に転化する。その意味では、裁判員制度は、一般の国民に対して、さまざまな

<sup>13</sup> 読売新聞 2008 年 4 月 13 日朝刊。

<sup>14</sup> 事故が生じないように、国民を危険から未然に保護するという発想から脱却し、国民を危険にさらし、事故が生じた場合には必要な措置を講ずればよいという発想へ移行すること自体は、世紀の転換期に行われたわが国のガバナンスの基本構造にかかる再構築の目指す「過度の事前規制・調整型社会から事後監視・救済型社会への転換」という理念と整合的であるともいえる。

<sup>15</sup> 高山俊吉『裁判員制度はいらない』（講談社、2006 年）152 頁。同様に、裁判員候補者の呼出状を指して赤紙と呼ぶものとして、織田信夫「いわゆる国民の司法参加について」法と民主主義 399 号（2005 年）35 頁、田邊信好『これでいいのか裁判員制度』（新風社、2007 年）101 頁、西野喜一「裁判員制度批判（下）」判例時報 1905 号（2005 年）21 頁、同『裁判員制度の正体』（講談社、2007 年）185 頁。

<sup>16</sup> 安念潤司「自由主義者の遺言」藤田宙靖・高橋和之＝編『憲法論集』（創文社、2004 年）385 頁。

<sup>17</sup> 西野前掲「裁判員制度批判（下）」25-26 頁。

<sup>18</sup> 川上義博衆議院議員である（第 159 回国会衆議院法務委員会議録第 12 号 25 頁）。

<sup>19</sup> 裁判員制度に関する諸義務を兵役に関する義務になぞらえることは、私見では、不適切ではなく、むしろ、歴史的に考えて妥当であるといえる。古典的な共和制の政体において、陪審裁判等への参加は、国民の政治参加や兵役と並び、公民（「市民」）としての義務であった。公民が、女性や子ども、奴隷その他とは異なり、これらの義務を負うことは、公民にとっての特権であったと考えられている。なお、笹倉秀夫『法思想史講義（上）』（東京大学出版会、2007 年）9-12 頁も参照。



法的義務を課すとともに、(それらの義務に違反した場合には) 刑罰が科される危険性を高めるといふ側面がある。

要するに、裁判員制度は、国民に対して、権利を付与し福利を増進する理想的な制度ではなく、むしろ、一方的に義務を課し、自分とは無関係の被告人の財産、自由または生命を剥奪するか否かという困難な事項について検討し、決断することを強要するものである。

過大な負担を強いるこの制度に対する一般の国民の参加意識は、制度施行を間近に控えた今日においても、きわめて低い。世論調査の結果では、裁判員として裁判に参加したくないとの意見は、2005年2月の内閣府による調査では70.0%<sup>20</sup>であったが、2008年1-2月の最高裁判所による調査では、82.4%までに至った<sup>21</sup>。これらの世論調査は、調査の目的、主体及び方法等が異なるので、単純な比較検討はできないが、いずれにせよ、国民の多くが裁判員として積極的に裁判に参加したくないとの意思を示していることは明らかである。

### (3) 国民主権国家における公共政策の決定の責任の所在

裁判員制度は、誰によって作られたのか——裁判員制度が国民に対して過大な負担を強要するものであり、国民の多くが参加を望んでいないという事実を正視するならば、自ずとこのような疑問が生じてくるであろう。

法治国家であるわが国において、公共政策は、原則として、法令またはその授権に基づき遂行される。この裁判員制度は、裁判員法という法律によって創設されたものである。したがって、問いは、次のように書き直される——裁判員法は、誰によって作られたのか。

日本国憲法41条が「国会は、国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」と規定するとおり、わが国では、国会は、立法権を行使しうる唯一の国家機関である。したがって、裁判員法を制定したのは、国会である。先の問いに形式的に回答するならば、「それは国会によって作られた」という解が示される。

<sup>20</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が25.6%（「参加したい」4.4%、「参加してもよい」21.2%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は70.0%（「あまり参加したくない」34.9%、「参加したくない」35.1%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が4.4%あった。内閣府大臣官房政府広報室「世論調査報告書・平成17年2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）」（2005年）31頁）。

<sup>21</sup> 裁判員として刑事裁判に参加したいとする者の割合が15.5%（「参加したい」4.4%、「参加してもよい」11.1%）であるのに対して、参加したくないとする者の割合は82.4%（「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるをえない」44.8%、「義務であっても参加したくない」37.6%）であった（そのほかに、「わからない」とする者の割合が1.3%、無回答が0.0%あった。株式会社インテージリサーチ「裁判員制度に関する意識調査」調査結果報告書（2008年3月）22-23頁）。なお、「あまり参加したくないが、義務であるなら参加せざるをえない」という選択肢を積極的な参加意向に加えれば（選択肢の文言の解釈として無理があるが）、参加するとする者は60.3%となる。その他の世論調査の結果については、本稿第7章250-251頁を参照。

では、裁判員法によって一方的に負担を強いられることになった一般の国民は、その責めを誰に帰すべきか。制度の創設に主導的な立場をとった司法制度改革審議会（審議会そのものや、それを構成する委員、その事務局やその職員）や司法制度改革推進本部（本部そのものや、それを構成する本部員、その事務局やその職員、あるいは、顧問会議やそれを構成する顧問、または裁判員制度・刑事検討会やそれを構成する委員）に対して責任を追及するというのも、1つの考え方であろう。だが、本稿で繰り返し述べてきたように、法治国家における公共政策は基本的には法律の根拠が必要となるので、最終的には、法律という法形式で政策を結実させた国会こそが、国民に対して責任を負うことになる。では、国会そのものや、それを構成する国会議員に対して、国民は、責任を追及すべきなのだろうか。

ここで看過してはならないのは、国民主権国家であるわが国において、国会は国民から別個に超然と存在するものではないということである。すなわち、日本国憲法の前文や 43 条 1 項に定めるとおり、国会は、全国民を代表する選挙された議員で組織される国民の代表機関である。その構成員である国会議員を選んだのは、ほかならぬ我々国民自身（We the People）である。

したがって、国会が法律を制定したということは、国民自身が制定したということと、原理的には同視できる。国家というのは、国民の外部にあつて国民とは無関係に存在するものではない。むしろ、国家は我々国民そのものなのである。制度を作った本人がその制度の責任を負わなければならないとすれば、裁判員制度の責任は、（この制度を作った）我々国民自身が負わなければならない。国家という他者は存在しないのだから、我々国民は、他者に責任を転嫁することはできないのである<sup>22</sup>。

過大な負担を強いる裁判員制度について、国民は他者に責任を転嫁することができない以上、この制度に対して、まっすぐに向き合っていかなざるを得なくなる。

この点を覚悟したうえで、改めて、裁判員制度に関して筆者が提供した新たな視座を再確認したい。すなわち、裁判員裁判の合議体は、刑事事件の裁判という公共的な事項について、一般の国民が討議を行い、決定する「公共的討議の場」であると解することができる。そして、裁判員制度は、このような公共的討議の場を創設するための「陶冶の企て」である<sup>23</sup>。

<sup>22</sup> 国家が国民の外部に存在し、他者としての国家の行為を国民が単純に論難することができるのであれば、これほど気楽なことはない。しかしながら、民主主義の原理は、本来、国民が国家に対する気楽なクレーマーとなることを許さないという政治思想である。もっとも、国政に反映されない国民の少数派や国民の範疇に含まれない外部者が国家の統治に服することの正統性については、また別の問題である。しかしながら、彼らもまた、公共政策を決定しようとする国民の多数派を止められなかったことについての責任からは逃れられないのではなかろうか。

<sup>23</sup> 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的徳性の陶冶の場になることが期

たしかに、裁判員制度は、我々国民に対して、過大な負担を強いる制度であり、世論調査の結果によれば、一般の国民の参加意向は著しく低い。

しかしながら、裁判員制度の意義を公共的討議の場を創設するものとして位置づけ直すのであれば、この制度は、国民にとって、無形の得がたい利益をもたらすものとして評価できるのではなかろうか。

一般の国民は、通常の世界生活において、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ない。裁判員制度は、そのような国民に対して、日常の生活から一時的に離脱させ、刑事事件の裁判への（強制的な）参加を通じて、なぜ犯罪が起こってしまったのか、事件の被害者を慰め、被告人を矯正・教化するにはどうすればよいのかなどという公共的な事項を考えさせるものである。裁判という非日常の出来事を通じて、一般の国民は、日常の生活であまり意識することのない公共的な事項について、問題関心を高め、熟考することになる<sup>24</sup>。

その意味では、裁判への参加は、日々の生活に忙殺され私益の追求にとらわれがちな単なる「市民」<sup>25</sup>から、公共的な事項をも考えることができる「公民 (citizen)」へと国民を成長させるという点で、選挙への参加と相似する。司法制度改革審議会の会長を務めた佐藤幸治教授も、次のように述べる。「選挙の場合と裁判員としての務めを果たす場合とはもちろん性質の違うところがありますが、国の秩序、善き社会の形成発展に統治主体としてかわるという点で共通の根を持っています」<sup>26</sup>。

この裁判員制度が国民にもたらす教育的効果は、司法の領域において機能するだけでなく、民主政治の過程における政治参加の促進につながることも期待されよう。そうであるとなれば、国民は、司法への参加を通じて国家に参画することにより、公民的徳性を高め、政治への参加を通じて、さらに国家へ参画しようとするようになり、ますます公民的徳性を高めることになるだろう。そして、政治参加と司法参加とは相互に作用することになる。

待できる」と述べている（井上達夫「世論の専制から法の支配へ」中央公論 1476号（2007年）271-272頁。なお、同「司法の民主化と裁判員制度」司法研修所論集 114号（2005年）104頁も参照）。筆者は、現在の世論が未熟か否かについては評価することができないが、裁判員制度を陶冶の企てと解すべきであるという点については、井上教授と同意見である。<sup>24</sup> それは、決して愉快なことではなく、むしろ苦痛を伴い、場合によっては犠牲を伴うものでもある。したがって、強制がなければ一般の国民の参加は見込めない以上、裁判員候補者及び裁判員等の出頭・就任・職務遂行を、制裁を担保に義務づけることは、制度を維持するために必要であろう。

<sup>25</sup> 私益を追求することは、合理的な個人であれば当然のことであり、それ自体は何ら否定すべきことではない。討議民主主義理論は、常に利他的な有徳の行動主体という非現実的な個人を前提とするものではなく、むしろ、効用や利潤を最大化させようとする合理的な行動主体を前提とするものである。現実の事象を分析するにせよ、規範的な議論を行うにせよ、公共的な事項しか考えない個人を前提とすることは不自然である。むしろ、公共的な事項をも考える個人を前提とすべきであろう。

<sup>26</sup> 佐藤幸治・竹下守夫・井上正仁『司法制度改革』（有斐閣、2002年）349頁（佐藤幸治＝発言）。

裁判員制度の導入によって、国家に対する国民の参画のための入力装置は、政治においてだけでなく、司法においても開かれることになった。そして、国家統治へ意欲的に参画しようとする国民は、国家を自分の外部に存在する他者として敵視したり、諦観したりするのではなく、国家を自分自身の問題として責任をもって認識するようになるだろう。

裁判員制度の実施によって、わが国の刑事裁判制度は、大きく変革する。具体的には、従前の刑事裁判と比較して、迅速かつわかりやすい裁判が実現するとともに、公判中心主義、口頭主義、直接主義などが一層重視されることとなる<sup>27</sup>。しかしながら、従前の裁判制度の下では、これらが必ずしも十分に機能しておらず、裁判員制度の導入により、これらが飛躍的に機能するようになることが見込まれるとすれば、裁判員制度は刑事裁判制度の大変革をもたらすと評価できよう。この意義は、非常に大きい。

しかしながら、もっと巨視的にとらえるとすれば、裁判員制度は、単なる刑事裁判制度の改革にとどまるものと解すべきではない。国民の意識を変え、社会の構造を変える非常に大きなガバナンス構造の転換である——筆者は、裁判員制度の意義をこのように再構成すべきであると解する。そして、このように解することによってはじめて、裁判員制度の導入を国民が公共政策として受容するための素地が形成されるようになるであろう。

---

<sup>27</sup> なぜならば、一般の国民の中から選任された裁判員の負担を考慮すれば、できる限り短期間での集中審理が要請され、かつ、裁判員が審理の内容を十分に理解し、適正な心証を形成できる必要があるからである。また、裁判員が法廷外において供述調書等の記録を読み、それによって心証を形成することを一般的に期待することはできないので、公判廷における主張・立証活動のみによって、裁判員が適正な心証を得るようにしなければならないからである。もとより、迅速かつわかりやすい裁判も、公判中心主義、口頭主義及び直接主義も、裁判員制度の導入により新たにもたらされるべきものではなく、そもそも刑事裁判において追求されるべき基本的原理であった。

## 付録 裁判員法の立法過程に関する年表

### 【第1ステージ】司法制度改革審議会における議論

1999（平成11）年

6月2日	審議会設置法が成立（公布は、6月9日）
7月27日	審議会設置法が施行（内閣に、審議会が設置） 審議会（第1回）
11月19日	日弁連が、「司法改革実現に向けての基本的提言」を発表 刑事重罪事件に陪審制度を導入し、刑事軽罪事件や国家賠償請求事件などに陪審・参審制度の導入を検討し、少年事件に参審制度の導入を検討すべきであるとする
12月8日	審議会（第8回） 法曹三者から意見を聴取する 最高裁は、専門参審制度を十分検討に値するとして以外は、陪審・参審制度の問題点を指摘するにとどまる 法務省は、陪審・参審制度の導入について、職業裁判官制度や社会全体のかかわりなどを十分に検討する必要があると述べるにとどめ、見解を明示しない 日弁連は、刑事重罪事件や国家賠償請求事件などに陪審制度の導入を、少年事件に参審制度の導入を、それぞれ検討すべきと主張する
12月21日	審議会（第9回） 審議会が、 <b>論点整理</b> （「司法制度改革に向けて」）を発表する 「国民は、……公共意識を醸成し、公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。……司法の分野においても、主権者としての国民の参加の在り方について検討する必要がある。……欧米諸国で採用されているような陪審・参審制度などについても、その歴史的・文化的な背景事情や制度的・実地的な諸条件に留意しつつ、導入の可否を検討すべきである」

2000（平成12）年

3月17日	日弁連が、「陪審制度の実現に向けての提言」を発表 刑事重罪事件のうち被告人が選択した場合に、陪審員12人による陪審制度を、国家賠償請求事件や民事事件のうち一方当事者が選択した場合に、陪審制度を、行政事件に陪審または参審制度を、刑事軽罪事件の否認事件に選択的刑事陪審制度の拡大または参審制度を、少年審判事件に参審制度を、それぞれ導入すべきであるとする
4月17日	審議会（第17回） 藤田耕三委員が、国民の司法参加について説明する
5月18日	自民党司法制度調査会が、「21世紀の司法の確かな一歩」を発表 陪審制度を直ちに導入することの問題点を指摘する一方、参審制度を、裁判における適正・妥当な判断に資するとして、民事・刑事事件を問わず広く導入する方向で検討する必要があるとする
7月11日	民主党が、「市民が主役の司法へ」を発表 陪審制度を刑事重罪事件に限定して開始し、行政事件や民事事件への導入を検討すべきであるとする
9月10日	朝日新聞が、最高裁は評決権なき参審制度案を構想していると報道
9月12日	審議会（第30回） 藤田委員が、国民の司法参加について説明する 法曹三者から意見を聴取する 最高裁は、陪審員の事実認定に裁判官に対する拘束力を認めない陪審制度と、参審員に評決権を認めない参審制度を示唆する 法務省は、陪審・参審制度の導入について見解を明示しなかったものの、制度が導入されれば反対するものではないと言及する 日弁連は、第8回での主張に加えて、一定の行政事件・労働事件への陪審制度または参審制度の導入を提言する
9月18日	審議会（第31回） 石井宏治、高木剛、吉岡初子の各委員が、国民の司法参加について報告する

	<p>石井委員は、陪審制度に否定的で、専門参審制度や評決権なき参審制度を評価する 高木委員は、専門参審制度に否定的で、参審制度ではなく陪審制度を導入すべきと主張する 吉岡委員は、陪審制度を導入すべきと主張する</p>																																										
9月26日	<p>審議会（第32回） 国民の司法参加について意見を交換する 中間取りまとめ案を作成する ここまでの審議会各委員の意見</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>陪審制度に対する見解</th> <th>参審制度に対する見解</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>石井宏治委員（企業経営者）</td> <td>導入に消極的である</td> <td>評決権を認めない形で導入すべきである</td> </tr> <tr> <td>井上正仁委員（大学教員、刑事訴訟法）</td> <td>導入に消極的である</td> <td>評決権を認める形で導入すべきである</td> </tr> <tr> <td>北村敬子委員（大学教員、会計学）</td> <td>導入すべきでない</td> <td>評決権を認める形で導入すべきである</td> </tr> <tr> <td>佐藤幸治会長（大学教員、憲法）</td> <td></td> <td></td> </tr> <tr> <td>曾野綾子委員（作家）</td> <td>導入すべきでない</td> <td>導入すべきでない</td> </tr> <tr> <td>高木剛委員（労働組合代表者）</td> <td>導入すべきである</td> <td>導入に消極的である</td> </tr> <tr> <td>竹下守夫会長代理（大学教員、民事訴訟法）</td> <td>導入に消極的である</td> <td></td> </tr> <tr> <td>鳥居泰彦委員（大学教員、統計学）</td> <td>導入すべきである</td> <td>導入すべきである</td> </tr> <tr> <td>中坊公平委員（弁護士）</td> <td>導入すべきである</td> <td>導入すべきでない</td> </tr> <tr> <td>藤田耕三委員（元裁判官）</td> <td>導入すべきでない</td> <td></td> </tr> <tr> <td>水原敏博委員（元検察官）</td> <td>導入に消極的である</td> <td></td> </tr> <tr> <td>山本勝委員（企業経営者）</td> <td>導入に消極的である</td> <td>導入すべきである</td> </tr> <tr> <td>吉岡初子委員（消費者団体代表者）</td> <td>導入すべきである</td> <td>導入すべきでない</td> </tr> </tbody> </table>		陪審制度に対する見解	参審制度に対する見解	石井宏治委員（企業経営者）	導入に消極的である	評決権を認めない形で導入すべきである	井上正仁委員（大学教員、刑事訴訟法）	導入に消極的である	評決権を認める形で導入すべきである	北村敬子委員（大学教員、会計学）	導入すべきでない	評決権を認める形で導入すべきである	佐藤幸治会長（大学教員、憲法）			曾野綾子委員（作家）	導入すべきでない	導入すべきでない	高木剛委員（労働組合代表者）	導入すべきである	導入に消極的である	竹下守夫会長代理（大学教員、民事訴訟法）	導入に消極的である		鳥居泰彦委員（大学教員、統計学）	導入すべきである	導入すべきである	中坊公平委員（弁護士）	導入すべきである	導入すべきでない	藤田耕三委員（元裁判官）	導入すべきでない		水原敏博委員（元検察官）	導入に消極的である		山本勝委員（企業経営者）	導入に消極的である	導入すべきである	吉岡初子委員（消費者団体代表者）	導入すべきである	導入すべきでない
	陪審制度に対する見解	参審制度に対する見解																																									
石井宏治委員（企業経営者）	導入に消極的である	評決権を認めない形で導入すべきである																																									
井上正仁委員（大学教員、刑事訴訟法）	導入に消極的である	評決権を認める形で導入すべきである																																									
北村敬子委員（大学教員、会計学）	導入すべきでない	評決権を認める形で導入すべきである																																									
佐藤幸治会長（大学教員、憲法）																																											
曾野綾子委員（作家）	導入すべきでない	導入すべきでない																																									
高木剛委員（労働組合代表者）	導入すべきである	導入に消極的である																																									
竹下守夫会長代理（大学教員、民事訴訟法）	導入に消極的である																																										
鳥居泰彦委員（大学教員、統計学）	導入すべきである	導入すべきである																																									
中坊公平委員（弁護士）	導入すべきである	導入すべきでない																																									
藤田耕三委員（元裁判官）	導入すべきでない																																										
水原敏博委員（元検察官）	導入に消極的である																																										
山本勝委員（企業経営者）	導入に消極的である	導入すべきである																																									
吉岡初子委員（消費者団体代表者）	導入すべきである	導入すべきでない																																									
10月31日	<p>審議会（第36回） 「「国民の司法参加」に関する審議結果の取りまとめ」を確定する 「訴訟手続への参加については、……司法をより身近で開かれたものとし、裁判内容に社会常識を反映させて、司法に対する信頼を確保するなどの見地からも、必要であると考える。今後、欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」</p>																																										
11月20日	<p>審議会（第38回） 審議会が、<u>中間報告</u>を発表する（取りまとめとほぼ同様）</p>																																										
2001（平成13）年																																											
1月6日	朝日新聞が、法務省は参審員の評決権を認めた形での参審制度の導入を支持していると報道																																										
1月9日	審議会（第43回） 藤倉皓一郎、三谷太一郎、松尾浩也の各教授から意見を聴取する（ここで、松尾教授が初めて「裁判員（仮称）」という言葉を用いる）																																										

裁判員法の立法過程に関する年表

1月14日	読売新聞が、法務省は参審制度の導入に前向きであると報道																												
1月19日	読売新聞が、最高裁は参審員の評決権を認めた形での参審制度の導入を検討していると報道																												
1月22日	日本法律家協会と商事法務研究会が、シンポジウム「国民の司法参加を考える」を開催 町田幸夫最高検察庁総務部長が、参審制度を肯定する発言を行う																												
1月30日	審議会（第45回） 刑事重罪事件を念頭に、事件ごとに裁判員を原則として無作為抽出で選ぶこと、裁判官と裁判員がともに評議を行い評決権をもつこと、判決に理由を明示し上訴を認めること、被告人に裁判員制度についての選択権を認めないことなどについて、おおむね意見の一致を見る																												
3月13日	審議会（第51回） 国民の司法参加についての審議が終了 ここまでの審議会各委員の意見 <table border="1" data-bbox="539 651 1394 1977"> <thead> <tr> <th colspan="2">基本的な考え方</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>石井委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき</td> </tr> <tr> <td>井上委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・裁判員は、多様な意見の反映にではなく、健全な国民の常識的な判断の反映に求めるべき</td> </tr> <tr> <td>北村委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき</td> </tr> <tr> <td>佐藤会長</td> <td>(見解を表明しない)</td> </tr> <tr> <td>曾野委員</td> <td>・国民の司法参加を否定する</td> </tr> <tr> <td>高木委員</td> <td>・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・対象事件を広く認めるべき ・独立評決制を認めるべき ・裁判員は国民の代表であると解すべき</td> </tr> <tr> <td>竹下会長代理</td> <td>・参審型制度を志向する ・裁判員は違憲審査権を有するべきではない ・裁判員は国民の代表ではないと解すべき</td> </tr> <tr> <td>鳥居委員</td> <td>・陪審型制度を志向する ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・裁判員の選任につき、多段階無作為抽出法とすべき（世論調査と同様に、裁判員は多様な意見の反映を目指す）</td> </tr> <tr> <td>中坊委員</td> <td>・陪審型制度を志向する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき</td> </tr> <tr> <td>藤田委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・合議体の構成員数には一定の限度があるべき</td> </tr> <tr> <td>水原委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・対象事件は重大事件に限定すべき ・合議体の構成員はコンパクトにしたうえで、裁判官と裁判員の員数を同等とすべき</td> </tr> <tr> <td>山本委員</td> <td>・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員とが協働することが望ましい ・量刑こそ裁判員の社会意識を反映させうるものであるから、量刑こそ国民参加が求められる</td> </tr> <tr> <td>吉岡委員</td> <td>・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・裁判員の任期制に反対する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき</td> </tr> </tbody> </table>	基本的な考え方		石井委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき	井上委員	・参審型制度を志向する ・裁判員は、多様な意見の反映にではなく、健全な国民の常識的な判断の反映に求めるべき	北村委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき	佐藤会長	(見解を表明しない)	曾野委員	・国民の司法参加を否定する	高木委員	・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・対象事件を広く認めるべき ・独立評決制を認めるべき ・裁判員は国民の代表であると解すべき	竹下会長代理	・参審型制度を志向する ・裁判員は違憲審査権を有するべきではない ・裁判員は国民の代表ではないと解すべき	鳥居委員	・陪審型制度を志向する ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・裁判員の選任につき、多段階無作為抽出法とすべき（世論調査と同様に、裁判員は多様な意見の反映を目指す）	中坊委員	・陪審型制度を志向する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき	藤田委員	・参審型制度を志向する ・合議体の構成員数には一定の限度があるべき	水原委員	・参審型制度を志向する ・対象事件は重大事件に限定すべき ・合議体の構成員はコンパクトにしたうえで、裁判官と裁判員の員数を同等とすべき	山本委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員とが協働することが望ましい ・量刑こそ裁判員の社会意識を反映させうるものであるから、量刑こそ国民参加が求められる	吉岡委員	・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・裁判員の任期制に反対する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき
基本的な考え方																													
石井委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき																												
井上委員	・参審型制度を志向する ・裁判員は、多様な意見の反映にではなく、健全な国民の常識的な判断の反映に求めるべき																												
北村委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員の員数は同等とすべき																												
佐藤会長	(見解を表明しない)																												
曾野委員	・国民の司法参加を否定する																												
高木委員	・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・対象事件を広く認めるべき ・独立評決制を認めるべき ・裁判員は国民の代表であると解すべき																												
竹下会長代理	・参審型制度を志向する ・裁判員は違憲審査権を有するべきではない ・裁判員は国民の代表ではないと解すべき																												
鳥居委員	・陪審型制度を志向する ・被告人の裁判の選択権を認めるべきではない ・裁判員の選任につき、多段階無作為抽出法とすべき（世論調査と同様に、裁判員は多様な意見の反映を目指す）																												
中坊委員	・陪審型制度を志向する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき																												
藤田委員	・参審型制度を志向する ・合議体の構成員数には一定の限度があるべき																												
水原委員	・参審型制度を志向する ・対象事件は重大事件に限定すべき ・合議体の構成員はコンパクトにしたうえで、裁判官と裁判員の員数を同等とすべき																												
山本委員	・参審型制度を志向する ・裁判官と裁判員とが協働することが望ましい ・量刑こそ裁判員の社会意識を反映させうるものであるから、量刑こそ国民参加が求められる																												
吉岡委員	・陪審型制度を志向する ・有罪・無罪の決定を裁判員が独占すべき（事実認定から裁判官を排除すべき） ・裁判員の任期制に反対する ・合議体の構成員のうち、裁判員の員数を多くすべき																												

	<p>審議会事務局が、佐藤会長・竹下会長代理との相談のうえで、「訴訟手続への新たな参加制度」骨子(案)を提示する(骨子案の作成に協力した井上委員の補足説明が付録された)</p> <p>裁判官と裁判員は、評議に基づき、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うものとする。</p> <p>控訴審の裁判体の構成や審理方式などは、今後の検討事項とする。裁判官と裁判員の員数は明示されなかったが、井上委員による補足説明文書では、裁判官の員数を3人とするのが妥当であるとの見解が示される</p> <p>高木委員が、「裁判員制度」について(説明要旨)を提示する</p> <p>裁判員を裁判官の数倍にすること、独立評決制を認めることなどを内容とする</p> <p>両案のいずれを採るかについての採決は行われなかった</p>
5月10日	<p>自民党司法制度調査会が、「21世紀の司法の確かなビジョン」を発表</p> <p>陪審制度については、問題点を示したうえで、議論を尽くしていくとし、参審制度について、積極的に導入すべきであるとする。参審員の員数については、ドイツ型の参審制度を参考にすること、刑事事件だけでなく民事事件にも参審制度の導入を検討すべきこと、参審員を無作為抽出ではなく適任者を選任する方法にすべきことなどを内容とする</p>
5月17日	<p>民主党が、「司法制度改革への意見」を発表</p> <p>裁判員の員数を職業裁判官の2倍以上にすること、裁判員は広く国民一般から選出すること、刑事重罪事件、一定の行政事件及び国家賠償事件に選択的に導入すること、政治犯罪等には独立評決制を認めることを内容とする</p>
6月12日	<p>司法制度改革審議会が、<b>意見書</b>を内閣総理大臣に提出</p> <p>裁判官と裁判員とは、共に評議し、有罪・無罪の決定と刑の量定の両方に関与すること、裁判員は、任期制ではなく1回限りの参加とし、無作為抽出した者を母体として選任すること、対象事件は法定刑の重い重大犯罪とすべきこと、被告人の裁判の選択権を認めないこと、当事者からの上訴を認めるべきことなどを内容とする。裁判官と裁判員の員数、控訴審の裁判体の構成・審理方式などは、さらに検討すべきものとする(ただし、裁判員の主体的・実質的関与の確保と評議の実効性の確保という2つの要請を挙げ、また、少なくとも裁判官または裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきであることとする)。</p>

【第2ステージ】司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会における議論

2001(平成13)年(続き)

6月15日	内閣が、「司法制度改革審議会意見に関する対処方針」と政府声明を閣議決定
7月1日	内閣官房に、準備室が設置
9月28日	内閣が、司法制度改革推進法案を国会に提出
11月9日	推進法が成立(公布は、11月16日)
12月1日	推進法が施行 内閣に、推進本部が設置
12月17日	推進本部事務局が、裁判員制度・刑事検討会を設置

2002(平成14)年

1月18日	顧問会議(第1回)
2月28日	検討会(第1回)
3月19日	内閣が、「司法制度改革推進計画」を閣議決定
4月23日	検討会(第2回) 推進本部事務局が、 <b>当面の論点メモ</b> (「裁判員制度・刑事検討会における当面の論点」)を提示する
6月11日	検討会(第4回) 裁判官と裁判員との役割分担のあり方と、裁判体の構成・評決のあり方について、議論する
7月10日	検討会(第5回) 裁判員の選任方法、対象事件の範囲、公判手続のあり方について、議論する
7月31日	日弁連司法改革実現本部が、「裁判員制度」の具体的制度設計要綱を発表 裁判官2人-裁判員9人(ただし、死刑にあたる事件の場合、12人)、評決は全員一致(一定要件の下で特別多数決、ただし、死刑選択は必ず全員一致)、被告人または検察官(死刑



裁判員法の立法過程に関する年表

	事件)が裁判員のみによる判断を求める場合や、公務員である裁判官が関与することが相当ではない事件(政治犯罪、公務員の職務に関する犯罪、表現の自由に関する犯罪)については、裁判員のみによる独立評決制を認めること、控訴審は覆審で裁判官3人—裁判員12人とするなど内容を内容とする
8月23日	日弁連が、「裁判員制度」の具体的制度設計にあたっての日弁連の基本方針」を発表 裁判員の数は裁判官の3倍以上とすること、直接主義・口頭主義を徹底すること、評議・評決におけるルールを確立すること、完全な証拠開示と十分な準備期間を確保すること、身体拘束制度を抜本的に改革することの5項目からなる
9月3日	検討会(第6回) 公判手続のあり方、上訴のあり方、憲法との関係について、議論する
9月24日	検討会(第7回) 法曹三者から意見を聴取する 最高裁は、コンパクトな合議体にするべきであり、対象事件は重大な事件に限定し、控訴審は裁判員のみによる裁判とすべきという(最高裁事務総局として、「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化、検察審査会制度の在り方についての意見」を示す) 法務省は、少人数の合議体が望ましく、対象事件は法定合議事件のうち、故意の犯罪により被害者を死亡させた罪に限定し、控訴審は裁判員のみによる裁判とすべきという(法務省として、「裁判員制度・刑事検討会における当面の論点に関する意見」を示す) 日弁連は、裁判員の員数を裁判官の員数の3倍以上とすべきという(日弁連として、「裁判員制度」の具体的制度設計にあたっての日弁連の基本方針」と、「裁判員制度」の具体的制度設計要綱(日弁連司法改革実現本部)を示す) 日本経団連は、裁判員の員数を裁判官と同数またはそれ以下にし、対象事件を重罪に限定すべきという 連合は、裁判官を1人とし、裁判員を11人または12人とし、対象事件を重罪に限定すべきではないという
11月11日	司法改革国民会議が、「血の通う司法」を実現するための第1回提言」を発表
2003(平成15)年	
3月11日	検討会(第13回) 推進本部事務局が、 <u>たたき台</u> (「裁判員制度について)を提示する 裁判官と裁判員の人数について、議論する
3月25日	検討会(第14回) 裁判員・補充裁判員の権限、評決、対象事件、裁判員の要件について、議論する
4月8日	検討会(第15回) 裁判員及び補充裁判員の選任、裁判員等の義務及び解任について、議論する
4月25日	検討会(第16回) 公判手続等の総論、準備手続、弁論の分離・併合、公判期日の指定、裁判員の宣誓と裁判官の教示、裁判員の更新、証拠調べ手続等について、議論する
5月16日	検討会(第17回) 報道関係諸団体から意見を聴取する 3団体はいずれも、裁判員等に偏見を与える報道について制限を設けるべきでないとするなど、報道の自由に配慮した制度設計を求める
5月16日	自民党司法制度調査会が、裁判員制度と司法のあり方に関する小委員会を設置
5月20日	検討会(第18回) 判決書等、控訴審、差戻し審、罰則、裁判員等の個人情報保護について、議論する
5月30日	日弁連が、「裁判員制度「たたき台」に対する意見」を発表 裁判員の員数は9人以上(具体的には、9ないし11人)とし、裁判官の数は1または2人とする事、評決は全員一致を原則とし、一定要件の下で特別多数決を認めるが、ただし、死刑選択は全員一致を必要とすること、直接主義・口頭主義の原則に忠実な証拠調べとすること、取調べ状況の適正化と可視化(取調べ全過程の録音・録画)を実現すること、完全な証拠開示と十分な準備期間を確保すること、身体拘束制度を抜本的に改革することなどを主張する
9月11日	検討会(第24回) 裁判官と裁判員の人数、裁判員・補充裁判員の権限、評決、対象事件、裁判員の要件、欠格事由、就職禁止事由、辞退事由、裁判員候補者の召喚、質問手続について、議論する

9月12日	<p>検討会（第25回）</p> <p>裁判員等の義務及び解任、公判手続等、控訴審、差戻し審、罰則、裁判員の保護及び出頭確保に関する措置について、議論する</p> <p>ここまでの検討会各委員の意見</p>	
		基本的な考え方
	池田修委員（裁判官）	<p>合議体の構成：裁判官3人－裁判員ある程度人数の小さいところ</p> <p>対象事件：B案（死刑または無期懲役・禁錮に当たる罪に係る事件）またはC案（法定合議事件のうち、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のもの）</p> <p>罰則：たたき台の案（裁判員・元裁判員が評議の経過や自分の意見を述べることを、秘密漏洩罪として禁止し、違反に対して、有期の懲役または罰金に処するなど）を支持</p>
	井上正仁座長（大学教員、刑事訴訟法）	（見解を表明しない）
	大出良知委員（大学教員、刑事訴訟法）	<p>合議体の構成：全体で10人前後（裁判官2または3人）</p> <p>対象事件：A案（法定合議事件）</p> <p>裁判員の要件：A案（20歳以上の有権者）</p> <p>裁判員の保護・出頭確保等に関する措置：裁判員が自分の意見を述べることを認めるべき、偏見報道禁止規定を設けるべきでない</p>
	清原慶子委員（大学教員、社会学）	<p>合議体の構成：A案とB案との中間的な合議体（裁判員は6人）</p> <p>対象事件：A案</p> <p>裁判員の要件：A案</p>
	酒巻匡委員（大学教員、刑事訴訟法）	<p>合議体の構成：裁判官3人－裁判員3人</p> <p>対象事件：B案とC案とを併用</p> <p>裁判員の要件：B案（25歳以上の有権者）</p> <p>罰則：たたき台の案を支持</p> <p>裁判員の保護・出頭確保等に関する措置：偏見報道禁止規定を設けるたたき台の案を支持</p>
	四宮啓委員（弁護士）	<p>合議体の構成：裁判官1または2人－裁判員10人程度</p> <p>対象事件：A案</p> <p>裁判員の要件：A案、ただし、衆議院議員の選挙権を有する者ではなく、地方公共団体の議会の議員及び長の選挙権を有する者とすべき</p> <p>罰則：裁判中と裁判終了後とで分けて考えるべき</p> <p>裁判員の保護・出頭確保等に関する措置：個人を特定しない情報は公表してもよい、偏見報道禁止規定を設けるべきでない</p>
	高井康行委員（弁護士）	<p>合議体の構成：裁判官2人→ 裁判官3人－裁判員5人</p> <p>対象事件：B案とC案とを併用</p> <p>裁判員の要件：B案</p> <p>罰則：本人の了解があれば公表できるとすべき</p> <p>裁判員の保護・出頭確保等に関する措置：偏見報道禁止規定を設けるたたき台の案を支持</p>
土屋美明委員（メディア）	<p>合議体の構成：裁判官1人→ 裁判官2人または3人－裁判員6人</p> <p>対象事件：A案</p> <p>裁判員の要件：B案</p> <p>罰則：裁判中と裁判終了後とで分けて考えるべき</p>	

裁判員法の立法過程に関する年表

			裁判員の保護・出頭確保等に関する措置：報道機関の自主的対応に期待すべき、偏見報道禁止規定を設けるべきでない
		樋口建史委員（警察官）	合議体の構成：裁判官 3 人－裁判員 2 人 対象事件：C 案 罰則：たたき台の案を支持
		平良木登規男委員（大学教員、刑法）	合議体の構成：裁判官 3 人－裁判員 3 人あるいは 4 人 対象事件：B 案と C 案とを併用 裁判員の要件：C 案（30 歳以上の有権者）、選定委員会方式によるべき 罰則：たたき台の案を支持
		本田守弘委員（検察官）	合議体の構成：裁判官 3 人－裁判員 3 人 対象事件：A 案または B 案 裁判員の要件：B 案または C 案 罰則：たたき台の案を支持
		<p>なお、合議体の構成について、たたき台では、A 案（裁判官 3 人－裁判員 2 ないし 3 人）と B 案（裁判官 1 ないし 2 人－裁判員 9 ないし 11 人）とが提示されていたが、検討会では、2 つの案のいずれを選択すべきかという形では議論されなかった</p>	
9 月 18 日	顧問会議（第 13 回）	<p>笹森清顧問が検討会での議論を批判し、顧問会議で、井上検討会座長の報告を求めることとなる</p>	
9 月 26 日	自民党小委員会（第 17 回会合）が、中間取りまとめを発表	<p>合議体の構成について、裁判官を 3 人とすべきとする意見と、3 人よりも少なくともよいとする意見とを併記し、合議体全体の規模を 10 人に至らない程度とすると、裁判員の員数は、2 人から 6 人までとなるが、さらに検討するものとする</p>	
10 月 10 日	衆議院が、解散		
10 月 10 日	第 28 回検討会が行われ、推進本部事務局が制度の骨格案を示す予定であったが、行われなかった		
10 月 28 日	検討会（第 28 回）	<p>井上座長が、<u>座長ペーパー</u>（「考えられる裁判員制度の概要について」）を提示する 合議体の構成については、裁判官 3 人－裁判員 4 人とするものとする（5 人ないし 6 人とすることも考えられると付記された）。対象事件は、B 案（死刑または無期懲役・禁錮に当たる罪に係る事件）または C 案（法定合議事件のうち、故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪のもの）とする。裁判員の要件は、衆議院議員の選挙権を有する者であって、25 歳以上の者とする。裁判の公正を妨げる行為の禁止として、偏見報道を禁止する規定を設けるものとする（さらに検討するものとする付記された） 裁判官の員数、裁判員の員数、評決、対象事件、事件の性質による対象事件からの除外について、議論する</p>	
11 月 9 日	衆議院総選挙		
11 月 11 日	検討会（第 29 回）	<p>理由を示さない忌避ができる数、裁判員の保護及び出頭確保等に関する措置、証拠調べ手続等、裁判員等の秘密漏洩罪について、議論 ここまでの検討会各委員の意見は、第 25 回検討会までの議論におけるものほとんど変わらなかった</p>	
12 月 4 日	民主党が、「裁判員制度設計に関する考え方」を発表	<p>裁判官 1～2 人（ロークラーク的な判事補）－裁判員 10 人前後とし、評決は 3 分の 2 以上の特別多数決とし、対象事件の取材・報道のあり方については報道機関の自主規制に委ねる</p>	
12 月 5 日	顧問会議（第 14 回）が、井上検討会座長の報告を聴取	<p>座長ペーパーをめぐる、裁判官 1 人－裁判員 10 人程度を主張する笹森顧問がその撤回を求め、奥島孝康顧問（裁判員を裁判官の 3 倍とすべきとする）がそれに同調する。これに対して、井上検討会座長が反駁し、佐藤座長がとりなそうとする</p>	
12 月 11 日	公明党が、「裁判員制度設計について」を発表	<p>裁判官 2 人－裁判員 7 人とし、裁判員は 20 歳以上の有権者から選ばれるものとし、対象事件は法定合議事件（一部を除く）とし、守秘義務違反に対しては懲役刑を削除し罰金のみと</p>	

裁判員法の立法過程に関する年表

	し、偏見報道に関しては自主規制に委ねる															
12月11日	日弁連が、「裁判員制度及び刑事裁判の充実・迅速化に関する意見書」を発表 裁判官1～2人－裁判員9～11人とし、評決は全員一致（一定要件の下で特別多数決、死刑選択は全員一致）とし、裁判員は地方公共団体の議員の選挙権を有する者から選ばれるものとし、守秘義務を限定したうえで、その違反に対する罰則は罰金刑のみとし、取調べ状況の可視化を求め、裁判員等に対する接触の規制を任務終了までとし、偏見報道に関しては自主規制に委ねる															
12月16日	自民党小委員会（第22回）が、「裁判員制度のあり方について」を発表 裁判官3人－裁判員4人程度（合わせて10人に至らない程度）とし、裁判員は25歳以上の有権者から選ばれるものとし、対象事件は死刑または無期の懲役もしくは禁錮に当たる罪の事件と、法定合議事件であって故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪の事件（一部を除く）とし、偏見報道に関しては自主規制に委ねる															
12月18日	与党政策責任者会議会合 自民党と公明党との対立点															
	<table border="1"> <thead> <tr> <th></th> <th>自民党</th> <th>公明党</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>合議体の構成</td> <td>裁判官3人 －裁判員4人程度</td> <td>裁判官2人 －裁判員7人程度</td> </tr> <tr> <td>裁判員の年齢要件</td> <td>25歳以上</td> <td>20歳以上</td> </tr> <tr> <td>対象事件</td> <td>原則として、死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪の事件と、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させたもの</td> <td>原則として、法定合議事件</td> </tr> <tr> <td>裁判員の守秘義務の範囲と違反に対する罰則</td> <td>評議経過を含め秘密とし、違反に対しては、懲役刑または罰金刑とする</td> <td>各裁判員の意見のみ秘密とし、違反に対しては、罰金刑のみ</td> </tr> </tbody> </table>		自民党	公明党	合議体の構成	裁判官3人 －裁判員4人程度	裁判官2人 －裁判員7人程度	裁判員の年齢要件	25歳以上	20歳以上	対象事件	原則として、死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪の事件と、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させたもの	原則として、法定合議事件	裁判員の守秘義務の範囲と違反に対する罰則	評議経過を含め秘密とし、違反に対しては、懲役刑または罰金刑とする	各裁判員の意見のみ秘密とし、違反に対しては、罰金刑のみ
	自民党	公明党														
合議体の構成	裁判官3人 －裁判員4人程度	裁判官2人 －裁判員7人程度														
裁判員の年齢要件	25歳以上	20歳以上														
対象事件	原則として、死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪の事件と、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させたもの	原則として、法定合議事件														
裁判員の守秘義務の範囲と違反に対する罰則	評議経過を含め秘密とし、違反に対しては、懲役刑または罰金刑とする	各裁判員の意見のみ秘密とし、違反に対しては、罰金刑のみ														

2004（平成16）年

1月7日	与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチーム会合 偏見報道を禁止する規定を設けないことで、与党内の意見が一致する
1月12日	与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチーム会合 裁判員への接触禁止について、裁判終了後は本人の認める限り禁止せず、また、その違反に対する罰則を設けないことで、与党内の意見が一致する
1月14日 ～16日	日弁連執行部内部での動きが活発になり、公明党への説得工作を開始
1月20日	与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチーム会合が、流会
1月21日	与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチーム会合が、流会
1月25日	長勢甚速・与謝野馨・魚住裕一郎・漆原良夫の各議員による非公式協議（寺田逸郎法務省司法法制部長が加わる） 裁判官3人－裁判員6人を原則とし、例外的に裁判官1人－裁判員4人の合議体を認める案が示される
1月26日	与党政策責任者会議司法制度改革プロジェクトチーム会合で、与党合意（「裁判員制度の導入について」）を了承 裁判官3人－裁判員6人を原則とし、例外的に、裁判官1人－裁判員4人の合議体を認める。裁判員の年齢要件は、20歳以上とする。対象事件は、原則として、死刑または無期の懲役・禁錮に当たる罪の事件と、法定合議事件のうち故意の犯罪行為により被害者を死亡させたものとする。裁判員の守秘義務違反に対しては、罰則（懲役刑または罰金刑）を設ける
1月28日	自民党司法制度調査会が、与党合意を了承
1月29日	検討会（第31回） 推進本部事務局が、 <b>骨格案</b> （「裁判員制度の概要について」）を発表する
2月12日	日弁連が、「裁判員制度、刑事裁判の充実・迅速化及び検察審査会制度の骨格案に対する意見

	書」を公表 裁判官 1 ないし 2 人－裁判員 9 ないし 11 人とし、評決は原則として全員一致（一定の場合、特別多数決を認めるが、死刑選択は、必ず全員一致）とし、控訴審の裁判体は裁判官 3 人－裁判員 12 人とする
2 月 13 日	推進本部会合（第 10 回） 法案についての最終協議と、通常国会への法案提出の確認がなされる
2 月 20 日	自民党法務部会・司法制度調査会合同会議が、法案を了承
2 月 23 日	公明党司法制度改革プロジェクトチーム・法務部会合同会議が、法案を了承
2 月 24 日	自民党政策審議会・総務会で、法案を審議 国民の負担と義務について、さらに議論する必要があるとして、了承を見送る
2 月 24 日	公明党政務調査会全体会議が、法案を了承
2 月 25 日	自民党総務会正副会長会議で、法案を審議
2 月 26 日	自民党総務会正副会長会議で、法案を審議 自民党政策審議会が、法案を了承
2 月 27 日	自民党総務会が、法案を了承
3 月 1 日	事務次官等会議が、法案を閣議に諮ることを了承
3 月 2 日	内閣が、法案を閣議決定

【第 3 ステージ】国会における議論

2004（平成 16）年（続き）

3 月 2 日	内閣が、裁判員法案を国会に提出 （以下、議事手続に関しては、改正刑事訴訟法案（政府案）と一括して取り扱われる）		
3 月 16 日	衆議院本会議で、趣旨説明聴取、質疑、法務委員会に付託 質問者：桜井郁三衆議院議員（自民党）、小林千代美衆議院議員（民主党） 政府と民主党との対立点		
		政府（自民党・公明党）	民主党
	合議体の構成	原則 裁判官 3 人－裁判員 6 人 例外 裁判官 1 人－裁判員 4 人	裁判官 1 人－裁判員 10 人前後
	裁判員の守秘義務の範囲と違反に対する罰則	評議の経過や評決への意見について、裁判終了後も漏らしてはならず、違反に対しては、1 年以下の懲役または 50 万円以下の罰金とする	守秘義務の範囲を狭め、罰則から懲役刑を削除すべき
	評決方法	過半数で、かつ、裁判官・裁判員双方 1 名以上の賛成を必要とする	全員一致を目指すべきで、特に死刑判決は過半数で決めるべきでない
	辞退事由	病気、育児、介護、仕事、思想・信条などを理由とする辞退を認める。政令で定める「やむを得ない事由」があれば、辞退できる（思想・信条の自由に配慮する）	思想・信条を理由とする辞退の範囲があいまいであると批判する。辞退事由を広げることに反対し、むしろ、参加しやすくする環境整備を進めるべき
3 月 29 日	民主党が、法案の修正要求をまとめる 裁判員の守秘義務違反の罰則から懲役刑を削除すること、法律の施行までの期間を 5 年以内から 3 年以内に短縮すること、施行 3 年後に制度を見直す規定を設けること、裁判員を辞退できる「やむを得ない事由」を政令ではなく法律で規定することなどを内容とする		
4 月 2 日	衆議院法務委員会（第 159 回国会第 9 回）で、趣旨説明聴取、第 1 回目の質疑（民主党委員は審議拒否） 趣旨説明：野沢太三法務大臣 質疑：下村博文委員（自民党）、漆原良夫委員（公明党）		
4 月 2 日	日本新聞協会と日本民間放送連盟が、法案に対する見解を公表		

裁判員法の立法過程に関する年表

4月6日	衆議院法務委員会（第10回）で、第2回目の質疑（午前）、参考人意見聴取・質疑（午後）（いずれも民主委員は審議拒否） （午前） 質疑者：森岡正宏委員（自民党）、桜井郁三委員、上田勇委員（公明党） （午後） 参考人：佐藤幸治近畿大学教授、清原慶子三鷹市長、本林徹前日弁連会長 質疑者：早川忠孝委員（自民党）、松島みどり委員（自民党）、漆原委員
4月7日	衆議院法務委員会（第11回）で、第3回目の質疑（民主委員は審議拒否） 質疑者：与謝野馨委員（自民党）、漆原委員、富田茂之委員（公明党）
4月9日	衆議院法務委員会（第12回）で、第4回目の質疑 質疑者：小宮山洋子委員（民主党）、山内おさむ委員（民主党）、辻恵委員（民主党）、川上義博委員（グループ改革）、松島委員、漆原委員
4月12日	衆議院法務委員会が、公聴会を開催（第5回目の質疑） 公述人：中川英彦京都大学大学院法学研究科教授、高井康行弁護士、近藤晋氏（企画プロデューサー）、敷田みほ氏（市民の裁判員制度つくろう会運営委員） 質疑者：下村委員、山際大志郎委員（自民党）、上田委員、佐々木秀典委員（民主党）、小林千代美委員
4月13日	衆議院法務委員会（第13回）で、第6回目の質疑 質疑者：山内委員、泉房穂委員（民主党）、辻委員、鎌田さゆり委員（民主党）
4月13日	民主党が、法案の修正要求をまとめる（民主党法務部門会議） 裁判員の守秘義務を担当事件の判決確定時までとすること、裁判員の守秘義務違反の罰則から懲役刑を削除すること、裁判員の守秘義務の範囲を狭めること（裁判員本人の意見や評決における賛否の数の公表を認める）、裁判員を辞退できる「やむを得ない事由」を政令で定める規定を削除すること、国民が裁判員に参加しやすい環境を整備する努力義務を国に課す規定を設けることなどを内容とする
4月14日	衆議院法務委員会（第14回）で、参考人意見聴取・質疑（第7回目の質疑） （この回より、総合法律支援法案と一括して審査される） 参考人：井上正仁東京大学大学院法学研究科教授、滝鼻卓雄読売新聞東京本社代表取締役社長、尾崎純理日弁連司法改革特命嘱託、木船一郎日本新聞協会人権・個人情報問題検討会幹事 質疑者：森岡委員、富田委員、小宮山委員、佐々木委員
4月14日	民主党が、正式に法案の修正要求をまとめる（民主党「次の内閣」） 裁判員の守秘義務を担当事件の判決確定時までとすること、裁判員の守秘義務違反の罰則から懲役刑を削除すること、裁判員の守秘義務の範囲を狭めること（裁判員本人の意見や評決における賛否の数の公表を認める）、裁判員を7人とすることなどを内容とする
4月16日	衆議院法務委員会（第15回）で、第8回目の質疑（民主委員が審議拒否をし、50分間で休憩・流会） 質疑者：杉浦正健委員（自民党）、左藤章委員（自民党）、上田委員
4月20日	河村たかし衆議院議員らが、改正刑事訴訟法案（民主党案）を国会に提出し、衆議院法務委員会に付託された 衆議院法務委員会（第16回）で、第9回目の質疑 質疑者：小宮山委員、与謝野委員、泉委員
4月21日	衆議院法務委員会（第17回）で、第10回目の質疑 質疑が終局した 質疑者：辻委員、下村委員、左藤委員、桜井委員、漆原委員、辻委員、中井委員、山内委員
4月23日	塩崎恭久衆議院議員らが、衆議院法務委員会に修正案（自民党・民主党・公明党の共同提案）を提出 衆議院法務委員会（第18回）で、修正案・原案ともに全会一致で可決（附帯決議あり） 衆議院本会議で、全会一致で修正議決
4月28日	参議院本会議で、趣旨説明聴取、質疑、法務委員会に付託 質問者：江田五月議員（民主党）、木庭健太郎議員（公明党）、井上哲士議員（共産党）
5月11日	参議院法務委員会（第159回国会第15回）で、趣旨説明聴取・質疑、第1回目の質疑 質疑者：松村龍二委員（自民党）、江田五月委員、岩井國臣委員（自民党）、角田義一委員

裁判員法の立法過程に関する年表

	(民主党)、木庭健太郎委員、井上哲士委員
5月13日	参議院法務委員会(第16回)で、参考人意見聴取(午前)、第2回目の質疑(午後) (午前) 参考人:長谷部恭男東京大学法学部教授、四宮啓弁護士、土屋光明共同通信社論説委員、伊藤和子弁護士 質疑者:吉田博美委員(自民党)、江田委員、木庭委員、井上委員 (午後) 参考人:吉田委員、千葉景子委員(民主党)、木庭委員、井上委員
5月17日	参議院法務委員会が、仙台市と大阪市に委員を派遣(地方公聴会) (第1班:仙台市) 派遣委員:山本保委員長(公明党、団長)、吉田委員、愛知治郎委員(自民党)、小川勝也委員(民主党)、角田委員、井上委員 公述人:松田謙一仙台検察審査会副会長兼総務部長、田岡直博弁護士、遠藤香枝子宮城県情報公開審査会審議委員、天野清子氏(主婦)、佐藤正明弁護士 (第2班:大阪市) 派遣委員:松村委員(団長)、木庭委員、小泉顕雄委員(自民党)、陣内孝雄委員(自民党)、江田委員、樋口俊一委員(民主党) 公述人:山本一宏日本司法書士会連合会常任理事、大東美智子氏(主婦)、前田葉子大阪府更生保護協会常務理事、宮崎誠日弁連副会長、遠藤一清検察審査協会関西連合会専任理事、西村健日弁連司法改革実現本部事務局次長
5月18日	参議院法務委員会(第17回)で、派遣委員報告聴取、第3回目の質疑 質疑者:吉田委員、松村委員、千葉委員、角田委員、木庭委員、井上委員
5月20日	参議院法務委員会(第18回)で、第4回目の質疑(終局) 質疑者:江田委員、角田委員、井上委員、松村委員 井上委員が、衆議院法務委員会に修正案を提出するも、賛成少数で否決 法案は全会派一致で可決(附帯決議あり)
5月21日	参議院本会議で、賛成180-反対2で可決、成立(公布は、5月28日)
7月6日	検討会(第32回)
11月30日	推進法が失効

公共的討議の場の創設としての裁判員制度  
——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

---

---

2009年3月10日 初版発行

著者 柳瀬 昇

監修 曾根泰教

---

発行 慶應義塾大学 湘南藤沢学会

〒252-0816 神奈川県藤沢市遠藤5322

TEL:0466-49-3437

---

Printed in Japan 印刷・製本 ワキプリントピア

---

**ISBN 978-4-87762-216-9**  
**SFC-DT 2008-001**