

裁判員制度の憲法的正当化について

— 国民主権（民主主義）原理との関係 —

山崎友也

はじめに

裁判員制度（2009年施行）の憲法適合性については、最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁（以下、平成23年最大判）によりとりあえず決着したものである。同最大判によれば、同制度は、①憲法76条1・2・3項、②憲法80条1項、③憲法31条、④憲法32条・37条1項、⑤憲法18条後段のいずれにも違反しないとされた。他の憲法条項との抵触も後に小法廷が同最大判を引用してすべて否定している¹。このように同最大判は、今日に至るまで同制度に完全な憲法適合性の祝福を与える役割を果たしているわけである。しかし、その論法に問題が全く存しないわけではない。

本稿筆者は、旧稿²で平成23年最大判の憲法18条適合性に関する判示に絞って分析を加えたことがある。この旧稿からやや視角を変えて、本稿においては、裁判員制度を正当化する憲法上の原理の少なくとも一つと目される「国民主権」（「民主主義」）の理念（原理）を軸に、同制度の構築や同制度に対する司法審査における要考慮事項とされたものを改めて整理・確認する。そのうえで、同最大判による「国民主権」（「民主主義」）に基づく正当化・最適化の論

- 1 平成23年最大判を引用して裁判員制度を合憲と判示した最高裁小法廷の判決として、最2小判平24・1・13刑集66巻1号1頁、最2小判平24・3・2集刑307号695頁、最3小判平24・3・6集刑307号709頁、最3小判平成24・3・6集刑307号699頁、最3小判平24・3・27集刑307号767頁、最1小判平24・12・16集刑309号67頁、最3小判平成26・9・2集刑314号267頁等がある。
- 2 山崎友也『『意に反する苦役』禁止（憲法18条後段）の現代的意義—裁判員制度を合憲とした平成23年最大判を契機に』岡田信弘＝笹田栄司＝長谷部恭男編『高見勝利先生古稀記念・憲法の基底と憲法論』（信山社、2015年）861頁以下。

理を近時の一部学説への応接を通じて再検討してみよう。

I 国民の司法参加一般の憲法適合性

平成 23 年最大判は、裁判員制度の憲法適合性に関する判断を下すにあたり、国民の司法参加一般の憲法適合性の可否を判断したうえで、現行の裁判員制度の憲法適合性を判断するという手順を取った。国民の司法参加一般の憲法適合性を判断する枠組みについて、同最大判は、以下のように判示する。

「憲法に国民の司法参加を認める旨の規定が置かれていないことは、所論が指摘するとおりである。しかしながら、明文の規定が置かれていないことが、直ちに国民の司法参加の禁止を意味するものではない。憲法上、刑事裁判に国民の司法参加が許容されているか否かという刑事司法の基本に関わる問題は、憲法が採用する統治の基本原則や刑事裁判の諸原則、憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯及び憲法の関連規定の文理を総合的に検討して判断されるべき事柄である」（傍線山崎、以下同じ）。

このように平成 23 年最大判は、上記の傍線で示した 4 つの事項（以下、4 事項）を、国民の司法参加一般を認める制度を構築するにあたり憲法上の考慮が要請される「事柄」と解したうえで、これら 4 事項の「総合的」な「検討」により、同制度の憲法適合性を判断しようとする。同最大判の判示と順序は前後するが、この諸事項に関する同最大判の具体的判示を確認すると以下のようになる。

平成 23 年最大判によれば、「刑事裁判の諸原則」は「普遍的な原理」であって、その遵守には「高度の法的専門性」が要求される。したがって、「憲法は、刑事裁判の基本的な担い手として裁判官を想定している」ということになる。次に、「憲法制定当時の歴史的状況」として、「民主主義の発展に伴い、国

民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れ」が「歴史的、国際的」に拡大しつつあると指摘される。その「流れ」の中にある欧米諸国の「陪審制」「参審制」に触れながら、戦前の日本における「陪審制」への言及も怠っていない³。

「憲法が採用する統治の基本原理」としては、「あらゆる国家の行為は、国民の厳粛な信託によるものであるとする国民主権の原理を宣言した」憲法前文への言及がある。そのうえで、「上記のような時代背景とこの基本原理の下で」、現行憲法の「司法権の内容を具体的に定めるに当たっては、国民の司法参加が許容されるか否かについての関心も払われていた」と判示する。

こうして、平成 23 年最大判は、「憲法制定の経緯」と「憲法の関連規定の文理解」への言及に移る。前者については、枢密院・制憲議会が陪審制の可能性に関する議論を行ったことや陪審制を許容する規定が裁判所法の制定時に盛り込まれたことが指摘される。後者については、「裁判官ノ裁判」（旧憲法 24 条）を保障していた旧憲法の規定が、現行憲法においては「裁判所による裁判」（現行憲法 32 条・37 条 1 項）を保障する規定に変更されていることに触れる。また、裁判官による構成に限ると読める最高裁判所（憲法 79 条 1 項）と異なり、「下級裁判所」を裁判官に限定する現行憲法上の規定はない（憲法 80 条等）と指摘される。

そして、平成 23 年最大判は、以下のように述べる。

「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図ることと、憲法の定める人権の保障を全うしつつ、証拠に基づいて事実を明らかにし、個人の権利と社会の秩序を確保

3 宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官—裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テキストとしての判決—「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、2016 年）は、平成 23 年最大判の『歴史的、国際的な視点』……が、裁判員制度を正当化するという『現在』の関心から構成されたものであることは、否定できないであろう（316 頁）と批判的に評する。この宍戸の指摘には共感するところが多いが、本稿では、その点の立ち入った検討は行わない。

するという刑事裁判の使命を果たすこととは、決して相容れないものではなく、このことは、陪審制又は参審制を有する欧米諸国の経験に照らしても、基本的に了解し得るところである。

……そうすると、国民の司法参加と適正な刑事裁判を実現するための諸原則とは、十分調和させることが可能であり、憲法上国民の司法参加がおよそ禁じられていると解すべき理由はなく、国民の司法参加に係る制度の合憲性は、具体的に設けられた制度が、適正な刑事裁判を実現するための諸原則に抵触するか否かによって決せられるべきものである。換言すれば、憲法は、一般的には国民の司法参加を許容しており、これを採用する場合には、上記の諸原則が確保されている限り、陪審制とするか参審制とするかを含め、その内容を立法政策に委ねていると解されるのである。

このように平成 23 年最大判は、4 事項のうち、「憲法が採用する統治の基本原理」「憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯」及び「憲法の関連規定の文理」の 3 事項を国民の司法参加一般を許容しないし要請する、いわば積極的な要考慮事項と解する。その一方で、同最大判は、残る考慮事項である「刑事裁判の諸原則」（「適正な刑事裁判を実現するための諸原則」と後に換言される）については、国民の司法参加一般を否定ないし制限しうる、いわば消極的な要考慮事項として機能する可能性を示唆している。そして、この「刑事裁判の諸原則」は、上述したように、裁判官が刑事裁判の「基本的な担い手」となることを要請していると解されるので、裁判官を「基本的な担い手」としない国民の司法参加一般を憲法は許容しないと同最大判は解していることになる。

II 裁判員制度自体の憲法適合性

平成 23 年最大判は、上記のように、国民の司法参加一般の憲法適合性を左右する考慮事項として、「刑事裁判の諸原則（適正な刑事裁判を実現するため

の諸原則)」を挙げている。したがって、裁判員制度という具体の制度の憲法適合性を評価するうえでも、「刑事裁判の諸原則（適正な刑事裁判を実現するための諸原則）」に抵触していないか否かが問われることになる。同最大判は、次のように述べる。

「裁判員裁判対象事件を取り扱う裁判体は、身分保障の下、独立して職権を行使することが保障された裁判官と、公平性、中立性を確保できるよう配慮された手続の下に選任された裁判員とによって構成されるものとされている。また、裁判員の権限は、裁判官と共に公判廷で審理に臨み、評議において事実認定、法令の適用及び有罪の場合の刑の量定について意見を述べ、評決を行うことにある。これら裁判員の関与する判断は、いずれも司法作用の内容をなすものであるが、必ずしもあらかじめ法律的な知識、経験を有することが不可欠な事項であるとはいえない。さらに、裁判長は、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ことも考慮すると、上記のような権限を付与された裁判員が、様々な視点や感覚を反映させつつ、裁判官との協議を通じて良識ある結論に達することは、十分期待することができる。他方、憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障は、裁判官の判断に委ねられている」。

「このような裁判員制度の仕組みを考慮すれば、公平な『裁判所』における法と証拠に基づく適正な裁判が行われること（憲法 31 条、32 条、37 条 1 項）は制度的に十分保障されている上、裁判官は刑事裁判の基本的な担い手とされているものと認められ、憲法が定める刑事裁判の諸原則を確保する上での支障はないということが出来る」。

公平・中立な選任手続により選任された裁判員がかかわる事実認定・法令適用・量刑の判断はいずれも司法作用の内容には関わるものの法律知識を不可欠とするものではなく、むしろ裁判長の配慮の下、他の裁判官との協議も経て「良識ある結論」に達しうるとされている。その一方で「憲法が定める刑事裁

判の諸原則の保障」は裁判官の専権であることも同時に確認されている。裁判員は常に裁判長による「配慮」のもとに、他の裁判官との「協議」を通じて「良識ある結論」に達する。この過程における「憲法が定める刑事裁判の諸原則の保障」は、もっぱら「刑事裁判の基本的な担い手」としての裁判官により遂行される。このような裁判員裁判は、憲法が要請する適正にして迅速・公平な裁判たりうるとされるわけである。

続いて平成 23 年最大判は、裁判員制度の憲法 76 条 3 項適合性を判断する。

「憲法 76 条 3 項によれば、裁判官は憲法及び法律に拘束される。そうすると、既に述べたとおり、憲法が一般的に国民の司法参加を許容しており、裁判員法が憲法に適合するようにこれを法制化したものである以上、裁判員法が規定する評決制度の下で、裁判官が時に自らの意見と異なる結論に従わざるを得ない場合があるとしても、それは憲法に適合する法律に拘束される結果であるから、同項違反との評価を受ける余地はない。元来、憲法 76 条 3 項は、裁判官の職権行使の独立性を保障することにより、他からの干渉や圧力を受けることなく、裁判が法に基づき公正中立に行われることを保障しようとするものであるが、裁判員制度の下においても、法令の解釈に係る判断や訴訟手続に関する判断を裁判官の権限にするなど、裁判官を裁判の基本的な担い手として、法に基づく公正中立な裁判の実現が図られており、こうした点からも、裁判員制度は、同項の趣旨に反するものではない」。〔この直後に裁判員裁判が「特別裁判所」を禁止する憲法 76 条 2 項にも反しないことも「明らか」と判示。〕

しかし、裁判員制度は、憲法 76 条 3 項が保障する裁判官の職権行使の独立性を侵害しないかという問いに対して、裁判官が「憲法に適合する法律に拘束される結果であるから」「同項違反との評価を受ける余地はない」と断言するだけでは粗雑に過ぎる。裁判員を多数派とする裁判体において裁判官が自説と異なる結論を採る評決に従わざるを得なくなりうる制度を法律が設けた場合、こ

れがなぜ裁判官の職権行使の独立を侵害しないのかその理由を具体的に説かなければならない。むしろ、この点の実質的な判示は、上記引用の後半部分にある。同最大判は、同項の趣旨・目的に適う限りで裁判官の職権行使の独立を緩和して解釈しても構わないと解しているようだ。つまり、裁判員制度は全体として、裁判官が「刑事裁判の基本的な担い手」であることを担保している。そのような担保のもとで仮に評決において裁判官が劣位しても、同制度は、同項の趣旨・目的である「法に基づく公正中立な裁判の実現」を図ろうとする制度である以上、同項違反とまではいえないということであろう。

平成 23 年最大判は、次に裁判員制度の憲法 18 条後段の適合性について判示する。

「〔裁判員の職務等を行うことにより〕国民に一定の負担が生ずることは否定できない。しかし、裁判員法 1 条は、制度導入の趣旨について、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を挙げており、これは、この制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るものであることを示していると解される。このように、裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり、これを『苦役』ということは必ずしも適切ではない。また、裁判員法 16 条は、国民の負担を過重にしないという観点から、裁判員となることを辞退できる者を典型的に規定し、さらに同条 8 号及び同号に基づく政令においては、個々人の事情を踏まえて、裁判員の職務等を行う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な理由がある場合には辞退を認めるなど、辞退に関し柔軟な制度を設けている。加えて、出頭した裁判員又は裁判員候補者に対する旅費、日当等の支給により負担を軽減するための経済的措置が講じられている（11 条、29 条 2 項）。

「これらの事情を考慮すれば、裁判員の職務等は、憲法 18 条後段が禁ずる『苦役』

に当たらないことは明らかであり、また、裁判員又は裁判員候補者のその他の基本的
人権を侵害するところも見当たらないというべきである」。

この部分の判示については、旧稿で詳しく検討した⁴が、ここでは先の4事
項とこの部分の判示の関係について触れておこう。先の4事項のうち「刑事裁
判の諸原則」への言及がないのは、この部分は裁判員に刑事裁判を担わせるこ
との憲法適合性ではなく、一般国民に裁判員就任等を義務付けることの憲法適
合性が問題になっていることによるのであろう。いわば刑事裁判の「内」では
なく、刑事裁判の「外」における憲法適合性が問題になっているからである。

また、「憲法制定当時の歴史的状況を含めた憲法制定の経緯」にも直接の言
及がない。国民の司法参加一般の憲法適合性に関する判示においては、欧米の
陪審制・参審制、日本における戦前の陪審制、現憲法下で制定された裁判所法
における陪審制を許容する規定が各々肯定的な文脈で言及されていたにもかか
わらず、一般国民の裁判員への就任等を義務付ける制度の憲法適合性を論じる
箇所ですべての言及がないのはいささか奇異に感じる。これら諸制度と裁判員制
度とは内容が異なる以上、憲法18条後段適合性を論じるこの部分であえて触
れる必要はないと考えたのかもしれない。

ただし、憲法18条後段適合性を判断するうえで「憲法の関連規定の文理」
には詳しい言及があっても良かった。最高裁判例は、基本権規定の保護範囲を
明らかにしないまま、当該基本権規定の侵害が疑われる法令の憲法適合性を判
断する傾向にあるが、平成23年最大判もまたその傾向をそっくり継承してい
る。旧稿で指摘したように、同最大判は、裁判員への就任等が辞退可能になっ
ていることから、憲法18条後段が禁止する「その意に反する苦役」の強制性
の要件を満たさないとし、同条後段の保護範囲を詳述しないまま、その該当
性自体を否定したものと解される⁵。

4 山崎・前掲注(2)特に866頁以下。

5 山崎・前掲注(2)872頁。

もつとも、裁判員制度の憲法 18 条後段適合性を肯定するうえで、平成 23 年最大判は、「憲法が採用する統治の基本原則」として「国民主権の理念」を援用している。同制度は、「国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図る」ものであって、裁判員の就任等は「参政権の同様の権限を国民に付与するもの」と解されることになる。同制度の強制性を希釈しようとする意図に基づく判示であろう。しかし、同じ「参政権」である選挙権の不行使には罰則は全く課されていないのに対して、裁判員の就任等の拒否には罰則が課されている。「権限」としての性質の強調は、そのような裁判員の負担・義務を正当化しうる論拠となるか非常に疑わしい⁶。後に詳述することにしてしよう。

III 平成 23 年最大判の分析・評価

裁判員制度については以前から柳瀬昇が精力的に検討を加えている⁷。柳瀬は平成 23 年最大判についても浩瀚な論考を公表しているので、以下、いわば裁判員制度研究の第一人者である柳瀬の胸を借りながら、同最大判の判示をより具体的に分析・評価してみることにしよう。

1 「民主主義」

柳瀬は、平成 23 年最大判が「民主主義」について言及したことに関連し

6 山崎・前掲注(2) 874 頁。

7 柳瀬昇『裁判員制度の立法学—討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』(日本評論社, 2009 年) [以下, 柳瀬①]。柳瀬昇「裁判員制度の憲法適合性」日本法学 82 卷 3 号 (2016 年) 103 頁 [以下, 柳瀬②]。柳瀬昇「裁判員の職務等と被告人の裁判選択権をめぐる憲法問題—続・裁判員制度の憲法適合性」日本法学 82 卷 4 号 (2017 年) 1 頁 [以下, 柳瀬③]。柳瀬昇「裁判員制度の意義と展開可能性—続々・裁判員制度の憲法適合性」日本法学 83 卷 1 号 (2017 年) 1 頁 [以下, 柳瀬④]。柳瀬昇「国民の司法参加」公法研究 79 号 (有斐閣, 2017 年) 223 頁 [以下, 柳瀬⑤]。以下, 柳瀬の文献引用は本文のみで, 付された注は割愛している。

て、次のように注意を促している。

「〔平成 23 年最大判が〕 諸外国の国民の司法参加の制度を民主主義の原理に基づくものと位置づけたとみるのは誤りであり、ましてや民主主義の原理こそがわが国の国民の司法参加の制度の意義であると判示したと読むのは、明らかな誤読である。……「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」とするのが判例の立場である点は看過すべきではない〔最大判昭和 25 年 10 月 25 日刑集 4 卷 10 号 2166 頁を引用〕」⁸。

しかし、このように、平成 23 年最大判が裁判員制度と「民主主義」とを切り離して理解しているとは思えない。先にみた通り、同最大判は、「民主主義の発展に伴い、国民が直接司法に参加することにより裁判の国民的基盤を強化し、その正統性を確保しようとする流れ」が欧米諸国のみならず、日本にも存在することを明確に認めている。同最大判は、同制度を「刑事裁判に国民が参加して民主的基盤の強化を図る」とか「国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図る」ものと判示しているが、これはいずれも「民主主義」と「国民主権の理念」とを同旨のものとして解したうえで、これらの「理念」と同制度との結びつきを肯定した判示だと読むのが素直な見方ではないか。

確かに、平成 23 年最大判は、司法制度改革審議会や一部の下級審裁判例⁹・学説¹⁰のように、国民の司法参加を国民主権原理から派生する「公共的責務」だとは解していない。しかし、同最大判によれば、裁判員制度は、「国民主権の理念」「民主主義」から導きうる選択肢の一つである。このことは、同最大判が裁判員制度を含む国民の司法参加一般を終始一貫「立法政策上許容されるか」という観点から検討していることから明らかであろう。

8 柳瀬② 120-121 頁。

9 東京高判平成 23 年 5 月 19 日高刑速（平成 23 年）98 頁以下。

10 土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」長谷部恭男ほか編『岩波講座憲法 4』（岩波書店、2007 年）235 頁。

柳瀬が上記引用文で参照を求める昭和25年最大判は、「民主主義」を採用する現行憲法は陪審制を要請していないと判示したものであって、平成23年最大判はこれと合致する判断を前提としつつ、国民の司法参加一般・裁判員制度を「国民主権」「民主主義」の観点から許容されると解したものである。特定原理が要請する制度と当該原理が許容するに過ぎない制度とは区別して観念できる。特定原理に「基づく」制度といっても、その「意義」は、当該原理が当該制度構築の動機付けの一つにとどまっていることを示している可能性がある。「民主主義」もまた裁判員制度を構築する立法者の動機付けの一つとして平成23年最大判は触れたのではないか。

もっとも、柳瀬が上記のように主張する背景としては、従来からの自説との整合性への意識があるのかもしれない。柳瀬は当初から、「裁判員制度の導入を、単純な民主主義な原理に基づくものとして理解するのは、明らかな誤りである」¹¹と述べていた。また、柳瀬は、裁判員制度を正当化する理論として、「民主主義の基礎付け説」（現行刑事裁判を改善するため国民の司法参加を必要不可欠とする）と「理解増進・信頼向上説」（現行刑事裁判を肯定したうえで、司法の国民的基盤をより強固にするために国民の司法参加を必要とする）の2つの学説が対比されるとしたうえで、後者を現行制度の導入趣旨としている¹²。このように考える柳瀬だからこそ、平成23年最大判は同制度を「民主主義の原理に基づくもの」などと解してはいないと主張しなければならないのかもしれない。

しかし、そもそも平成23年最大判は、柳瀬のような二分論を前提にして「民主主義」と裁判員制度との関係を語ったのであろうか。同制度を国民の司法に対する「理解増進・信頼向上」を目指したものと解しつつ、同制度の「意義」を「民主主義」に求めることは可能である。平成23年最大判は、同制度を「国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤の強化を図るもの」であるとか、国民

11 柳瀬① 214頁。

12 柳瀬⑤ 224頁。

の司法参加を認める点で「参政権と同様の権限を国民に付与するもの」だと判示している。「強化」「付与」という用語は、同制度を「国民主権」「民主主義」の要請とまでは解するものではないが、「国民主権」「民主主義」を一層高めようとする立法政策上の制度だと同最大判が解したことを強く示唆するものであろう。

もともと、平成23年最大判が裁判員制度を「参加民主主義」に基づく立法政策上の制度だと解しているとすれば、「単純な参加民主主義」の代わりに「討議民主主義」によって裁判員制度の正当化を図る柳瀬説¹³とはやはり整合しなくなる恐れがある。しかし、本稿筆者のみる限り、「討議民主主義」は「参加民主主義」の一つのヴァージョンに過ぎないし、「参加民主主義」も「討議民主主義」も、ともに、何より「民主主義」（上位概念）の一つのヴァージョン（下位概念）だという理解が欠落してはいないか猛省する必要がある。ちなみに柳瀬によれば、陪審制実施時の「日本は民主主義国家ではなかった」¹⁴とされる。1928年前後の日本を「民主主義国家」ではないと断定するのは、男子のみとはいえ普通選挙制のもと、政党政治が曲がりなりにも機能を止めていなかった当時への評価としては、ナイーブに過ぎるようにも思われる。自らの定義にそぐわない「民主主義」を「民主主義」ではないと排除することには慎重であるべきであろう。また、自らの考える「民主主義」理解とは別に、同最大判が「民主主義」と裁判員制度との結びつきを認めていることを率直に突き放して認識することも必要ではないか。

ところで、柳瀬が支持する国民の公共的陶冶を目的とする「討議民主主義」と、柳瀬が裁判員制度をもっともよく正当化すると解する「理解増進・信頼向上説」とは整合するのであろうか。柳瀬は次のように述べる。

「〔裁判員制度は〕法的専門合理性と調和的に民主的正統性を獲得することを企図す

13 柳瀬⑤ 229 頁等。

14 柳瀬④ 12-13 頁。

るものである。したがって、裁判員は、裁判官と（対立ではなく）協働して、討議的な判断を行うことが求められる。専門家と非専門家との協働の討議が成功するならば、（参加した裁判員のみならず）広く国民一般の司法に対する理解が増進し、信頼が向上する。さらに、裁判という公共的討議への参加によって国民の公民的特性が高まれば、（司法過程のみならず）国家統治一般への国民のさらなる参画も期待される¹⁵。

国民の司法への「理解増進・信頼向上」と国民の「公民的特性」の涵養とのつながりが本稿筆者にはどうにも理解しがたい。確かに、裁判官と裁判員との「協働の討議」の「成功」により、裁判員の司法への「理解増進・信頼向上」は進むかもしれない。しかし、そもそも「討議」の「成功」とは何を指すのか。その「成功」がなぜ裁判員以外の国民一般の司法への「理解増進・信頼向上」をもたらすのか。司法への「理解増進・信頼向上」はどのような過程を経て「公民的特性」の「陶冶」「涵養」をもたらすのか。裁判員に課された守秘義務は、柳瀬の想定する裁判員経験者を中心とする「公民的特性」の「陶冶」「涵養」が裁判員を経験していない者へ波及することをもとより阻止する機能を持っていると解される。また、裁判員の経験者と裁判員の未経験者の人員数、裁判員裁判の対象事件と裁判員裁判の非対象事件の事件数は各々圧倒的落差がある。そこに「公民的特性」の「陶冶」「涵養」のプロジェクトは現実存在・機能しうるのだろうか。裁判員就任の辞退率が過去最高の66.0%を記録する一方、裁判員候補の選任手続への候補者の出席率が過去最低の63.9%にとどまっている¹⁶のは、司法への「理解増進・信頼向上」はもとより、「公民的特性」の「陶冶」「涵養」など夢物語だと灰めかしていないであろうか。いずれにせよ、柳瀬の「公民的特性」の「陶冶」「涵養」のプロジェクトは、当初から何ともスケールが小さいうえに、その小さなスケールすら充たすこと

15 柳瀬⑤ 230頁。

16 毎日新聞2018年5月18日。

なく、漂流を始めているようにみえる。

柳瀬のいう「討議民主主義」は「決定」もまた重要な構成要素だとされる¹⁷。しかし、裁判員裁判は、上訴審で破棄されうる。裁判員が「決定」することより、その「公民的特性」の「陶冶」「涵養」が優先されるのだろうか。「公民的特性」の「陶冶」「涵養」に資する以上、裁判の「決定」は上級審の裁判官に任しても良いということであれば、そもそも裁判員裁判で裁判員に評決権を与えなくても構わないということになるはずである。ここでも柳瀬のいう「討議民主主義」と裁判員制度との間の齟齬がみられる。

もっとも、裁判員の「決定」を重視せず、上級審が裁判員裁判を破棄しても良いと解した場合であっても、裁判員裁判を通じて、少なくとも裁判員の司法への「理解増進・信頼向上」は図れるであろう。そして、司法権という公権力の行使に一般国民（のごく一部）が「参加」しているという意味では、裁判員制度は「(参加)民主主義」にかなうともいえる。「陶冶」や「決定」を重んじる柳瀬と異なり、平成23年最大判が同制度に期待しているのはその程度のことなのかもしれない。

2 「国民主権」

上記にみたように、柳瀬によれば、平成23年最大判は裁判員制度を「民主主義」に基づいたものとは理解していないし、同制度の「意義」を「民主主義」に求めてもいないとされる。これに対して、本稿筆者は、同最大判を、「民主主義」と「国民主権」を同義に理解したうえで、これらの原理を同制度構築の動機づけの一つと解した判決だと考えている。一方、柳瀬は、同制度を、「国民主権」の要請だと理解しているようである。

「裁判所の司法権行使の民主的正統性の源泉が司法に対する国民の信頼にあると解す

17 柳瀬⑤ 230頁。

るならば、司法の国民的基盤をより強固に確立するため、国民の信頼をより一層向上させようとする裁判員制度の導入は、国家機関が統治権を行使することを国民によって正統化する原理という意味での国民主権の原理を基礎とするものとも評価することができる¹⁸。

これは、裁判員制度を「国民主権」の「正当性の契機」の要請として理解しようとしたものである。「国民主権」の「正当性の契機」とは、「国家権力を正当化し権威づける根拠は究極においては国民であるという要素が重視される¹⁹と説かれる。また、「統治権を行使する機関は、つねにその行使について国民に責任を負うこと、言い換えれば、国民に対してつねに行使の正当性を説明し理由づける責務を負うこと²⁰だと説明されることもある。柳瀬は、平成23年最大判が裁判員制度を「司法への国民の信頼」の向上を目指す制度だとしていると解する。同制度は、司法権がその「正当性」を国民から調達する過程であって、「国民主権」の「正当性の契機」が要請するところだと理解するわけである。

しかし、公権力が国民に「信頼」されるよう活動すべきだということが直ちに、公権力への国民の参加を要請することになるのか疑問である。上記「正当性の契機」が仮に公権力に対して、その行使について国民に責任を負うことや、その正当性を国民に説明し理由付ける責務があることを定めているとしても、これは裁判員制度とどう結びつくのであろうか。

確かに、司法権に限らず、公権力に対する「国民の信頼」は、憲法上はおそらく「全体の奉仕者」（15条2項）に対応した概念であろう。公権力は、国民に「信頼」されるように「奉仕」すべきだということであって、「国民主権」原理の「正当性の契機」の派生概念だと理解しうる。しかし、このことと裁判

18 柳瀬④ 10頁（傍点柳瀬）。

19 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第6版〕』（岩波書店、2015年）42頁。

20 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）14頁。

に国民が参加することとは直接関係ないのではないか。公権力が果たすべき国民に対する責任は、一体どのようなプロセスを経て、国民に司法への参加を強制しうる概念に変容したのであろうか。本稿筆者は、真逆のベクトルを示す概念をやや強引に結び付ける結果になっていないかという疑念を持つ。

もっとも、肝心の最高裁の「国民主権」理解は必ずしも分明ではない。最高裁は、特別永住者が地方公共団体により管理職試験の受験を拒否された事件において、「国民主権の原理に基づき、国及び普通地方公共団体による統治のあり方については日本国の統治者としての国民が最終的な責任を負うべきものである……（憲法1条、15条1項参照）²¹」と判示したことがある。もっとも、国民主権原理を「あらゆる国家の行為は、国民の厳粛な信託によるものであるとする〔こと〕」と判示した平成23年最大判と直ちに整合するのには疑問の余地が残る。国民自らが「統治者」として活動することと、国民が「統治者」に「信託」することとは同義だと一概には解せないからである。

少なくとも最大判平成23年は、裁判員の職務等を「参政権と同様の権限」と判示していた。つまり、司法権の行使を分担する裁判員の職務等を「国民主権」の「権力性の契機」の問題として理解したのかもしれない。ただし、「国民主権の理念に沿って」という判示は、裁判員制度は「権力性の契機」を動機付けとした立法政策上の産物に過ぎず、これを通じて、すでにある司法に対する「理解」をさらに「増進」し、その「信頼」を「さらに向上」とするという「正当性の契機」も合わせて一層充足しようとしたものだという見方もある。しかし、裁判員の職務等を通常の参政権行使とのアナロジーで語ることに限界がある。すでに論じてきたように、裁判員の職務等が罰則付きで義務付けられている点を「国民主権」から正当化するのは困難であろう。平成23年最大判が法定辞退事由の存在を援用して、裁判員への義務付けを緩和して解釈するのは、もしかしたらこの点に気付いているからなのかもしれないが、これは後述するように裁判員制度の本来の趣旨と衝突を起こしかねない。

21 最大判平成17年1月26日民集59巻1号1628頁。

3 「その意に反する苦役」(憲法 18 条後段)

柳瀬は、平成 23 年最大判の憲法 18 条後段適合性に関する判示についても詳細に論じている。柳瀬は、まず本件において同条後段違反を主張する適格が上告人にあったのかを疑問視する。

「裁判員の職務等が憲法 18 条後段の意に反する苦役に該当するか否かについて、本件では争点を提起する適格性を理由に実質的な判断を行うべきではなく、真正に適格性を有する権利主体の争点提起（例えば、裁判員またはその経験者が、国家によってその職務等を負担させられたことによって、自らの憲法 18 条後段の保障する権利を侵害されたことを理由とする国家賠償請求訴訟など）まで判断を待つべきであった」²²。

第 3 者の違憲主張を厳格に制限すべきだとの立場が表明されている。しかし、本稿筆者はこれに賛同できない。憲法 18 条後段違反の裁判員裁判であっても、適法に被告人を裁けると柳瀬はいいたいようである²³が、仮に裁判員制度が同条後段違反である場合、裁判員裁判は憲法適合的に開廷できない。したがって、被告人に対する公判手続全体が憲法適合的に成立しえないことになる。このような同条後段違反の主張は、刑罰権の行使の可否を争う被告人にとってむしろ欠かせない違憲主張ではないか。少なくとも、「刑罰権行使の排除のためであれば、訴訟当事者の他の権利利益とは無関係に、違憲事由の申し立てができるのが原則である」²⁴と解するべきだろう。

そもそも違憲主張の適格性一般を議論する意味があるのか、さらに突っ込んで論じる必要がある。「アメリカのそれと必ずしも同一でない訴訟観・訴訟構造に立脚する日本の憲法訴訟において、訴訟内の攻撃防御方法としての違憲の

22 柳瀬③ 12 頁。

23 柳瀬③ 11 頁参照。

24 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013 年）371 頁。

主張につき、アメリカと同じ『適格』という訴訟法的概念構成を採らねばならぬ必然性はないと思われる²⁵。違憲主張の内容の成熟度は訴訟当事者の主張立証の中で試されれば良いので、違憲主張の主体が「第三者」かそうでないかという位相で直ちに決せられる事柄ではあるまい。

この後柳瀬は、憲法 18 条後段解釈論の具体的に検討に移る。その際、柳瀬は、裁判員制度を合憲と解する学説を以下の 3 説に分類する²⁶。第 1 説は「苦役」概念を狭義に解し、裁判員の職務等は、通常人が苦痛と感ずるものではないので、憲法 18 条後段の保護範囲にそもそも含まれないと解する説。第 2 説は、同条後段の「犯罪に因る処罰の場合」を、許容される「苦役」の例示だとして、裁判員の職務等は同条後段が例外的に許容する役務に該当すると解する説。第 3 説は、同条後段は「苦役」を絶対的に禁止しているのではなく、「真にやむを得ない理由 (compelling reason)」があれば「苦役」も許容しているので、裁判員の職務等も「真にやむを得ない理由」があるので許容されると解する学説。

だが、本稿筆者には、上記第 2 説と第 3 説とを分ける理由が良く分からない。確かに第 2 説は、「犯罪に因る処罰の場合」は「苦役」の例示に過ぎないとはいう。しかし許容される「苦役」は、あくまで例外的で、「犯罪に因る処罰」と同程度の必要性・合理性を認めうる「苦役」に限られると主張するであろう。これは実質的に第 3 説と同じ主張である。同条後段の解釈論は、「犯罪に因る処罰の場合」以外の「強制労働」を例外的に許容する広義説（柳瀬の分類だと第 2・3 説）と、「犯罪に因る処罰の場合」以外の「通常人が苦痛を感じる強制労働」を絶対的に禁止する狭義説（柳瀬の分類だと第 1 説）とに分類するのが明快なように思われる²⁷。

25 野坂泰司『憲法基本判例を読み直す』（有斐閣、2011 年）46 頁。

26 柳瀬③ 16-18 頁。

27 山崎・前掲注（2）特に 876 頁以下。

柳瀬は、平成 23 年最大判が憲法 18 条後段適合性を肯定するに際して触れた裁判員の辞退可能性について、次のような危惧を表明する。

「〔裁判員の〕職務等を辞退するに際し柔軟な制度があるからその職務を負わされることになっても違憲とならないという論理は、一応説明可能である。もっとも、裁判員法の規定としては、辞退理由（16 条）に該当する者のみが可能であって、これに該当しない者は辞退できないのが原則である。辞退理由に該当する者に対して適切な辞退を認めるのは憲法適合的であるとしても、かりに事由に該当しない国民に対してまで柔軟に辞退を認めることがあるとすれば、より多くの国民に司法に対する理解を増進させ、その信頼を向上させようという裁判員法の立法目的達成の障害となりうる」²⁸。

さらに柳瀬は、上記引用文に注を付し、「平成 23 年最大判は、『負担』を伴う『裁判員の職務等』が憲法 18 条後段に違反しない根拠として、裁判員就任の辞退が『柔軟』に認められることを挙げた」²⁹と述べた拙稿を引用して、拙稿は平成 23 年最大判を辞退を認める制度それ自体ではなく、（法定外の）辞退を認める制度運用がなされていることを理由に 18 条後段適合性を肯定したものと解しているが正確でないと、拙稿を批判する³⁰。

しかし、裁判員「制度」の憲法適合性が争われている以上、「制度」それ自体が辞退を法定していることを平成 23 年最大判が根拠としたのは明らかであろう。そもそも、実際に法定の辞退事由に該当しないにもかかわらず辞退を認めることは明白に違法であって、最高裁がそのような「運用」を肯定することなどありえない。他方で、前述した通り、法定の辞退事由に照らして認容された辞退者が全体の 6 割にも上っている点は、「制度」の内実を把握するうえで不可欠である。平成 23 年度最大判は、辞退者が 6 割に上るような、法定辞退

28 柳瀬③ 19 頁。

29 山崎・前掲注 (2) 882 頁。

30 柳瀬③ 53 頁注 63。

事由の適用をも許容する「柔軟」な「制度」として、現行の裁判員制度を理解したのではないか。この意味で、「制度」とその「運用」とを一体的に捉えることに柳瀬が反対しているのだとしたら、確かに本稿筆者の考え方とは異なる。

また、柳瀬は「辞退」制度の存在を「苦役」該当性判断の論拠とはなしえないとも述べている³¹。上記に引用した箇所では、柳瀬は、法定辞退事由に該当する辞退は憲法に適合するとも述べているが、これは柳瀬によれば、あくまで思想・良心の自由を保障する憲法 19 条に適合するという趣旨らしい³²。では、なぜ法定辞退事由の存在を憲法 18 条後段適合性の根拠にできないのであろうか。前述したとおり、平成 23 年度最大判によれば、法定辞退事由を定める裁判員制度がすでに「柔軟」な適用を許容する制度として運用されている（法定外の辞退を認めるのではなく、法定辞退事由の適用を柔軟に行っている）ことは、憲法 18 条後段適合性の積極的な考慮要素となる。これに加えて、同最大判は、裁判員の職務等に「参政権と同様」の権限性も認めることによって、裁判員の職務等の強制労働性を否定した。柳瀬が憲法 18 条後段適合性の論拠として援用することに否定的な、日当等の「補償」措置による苦痛の緩和³³については、同最大判は、これをいわばダメ押し的に指摘することにより、裁判員の職務等が同条後段の保護範囲に該当していること自体を否定するという論理を強化しようとしたものと解しうる。

おわりに

柳瀬は、平成 23 年最大判が裁判員の辞退可能性を指摘したことを嘆いて、次のように述べる。

31 柳瀬③ 20 頁参照。

32 柳瀬③ 52-53 頁注 62 参照。

33 柳瀬③ 19-20 頁。

「〔裁判員候補者の辞退率が上昇する一方、出席率が低下するという〕現状において、最高裁判所自らが、全裁判官一致の判決を通じて、辞退に関して柔軟な制度が設けられていることを強調するのは、政策的に妥当といえるか否か、筆者は疑問なしとはしない」³⁴。

しかし、平成 23 年最大判が裁判員の就任等の辞退に言及するのは、前述したように、憲法 18 条後段適合性を肯定するために必要であったからであって、それとしては「政策的」判断によるものではない。他方で、裁判員の辞退可能性をむやみに強調することは、確かに柳瀬が危惧するように裁判員法の立法目的達成を阻害するおそれがあることも否定できない。同最大判は、法定辞退事由への言及によって、裁判員制度が脆弱な「国民的基盤」のうえにたつて存立しうる制度だということを率直に認めようとしたのかもしれない。

そして、平成 23 年最大判は、法定辞退事由への言及により、裁判員制度を、違憲ではないにしても、強制を伴う「政策」としてはそもそも必要性・合理性が豊かだとはいえない制度だと暗に認めた判決だとも解しうる。かつて、司法制度改革に対して、「職能専門家集団と一般市民社会の意思疎通の経路」を構築する可能性があると期待を寄せた論者がいるが³⁵、同最大判は、裁判員制度の全面合憲判決という外観からうかがえる印象とは異なり、そのような「意思疎通の経路」の構築可能性については冷淡な姿勢を静かに示した判決であるとみるべきかもしれない³⁶。

34 柳瀬③ 21 頁。

35 山元一『現代フランス憲法理論』（信山社、2014 年）420 頁。

36 宍戸・前掲注（3）は、司法部からみた平成 23 年最大判の「最大の意義」を「国民の司法参加に一定の歯止めを仕掛けたこと」だと解する（322 頁）。