

裁判員制度における出頭義務・就任義務と「苦役」 —憲法18条との関係—

緑 大 輔*

- I 問題の所在～「義務」は「苦役」か～
- II 合衆国における陪審制と憲法論
- III 憲法18条「苦役」と裁判員制度
- IV 結びにかえて

I 問題の所在～「義務」は「苦役」か～

司法制度改革審議会意見書で示された、いわゆる「裁判員制度」は、市民からの無作為抽出を前提として想定しており、そして理由なき不参加を許さない義務的参加（出頭義務及び就任義務）を市民に求めることを想定している。そこでは、「健康上の理由などやむを得ないと認められる事情により出頭できない場合や、過去の一定期間内に裁判員に選任された場合など」の限られた理由のときのみ、出頭義務ないし就任義務を免除する旨が示されている¹⁾。

しかし、裁判員制度の導入に反対する論者は、このような義務付けは、「少なからぬ場合にその者の仕事、収入、家庭、自由、将来といった掛け替えのない大切なものの犠牲を要求することを意味し、ある場合には、その者の経済的、社会的死を意味することになる」と批判している²⁾。また、裁判員制度の導入自体に反対していない論者も、「アメリカなどの場合、憲法上の義務として位置付けられますが、日本の場合はそこを納税の義務のような形で言えるかと言えば、非常に難しい。やはりその辺を理論化し、市民に納得してもらって、そして嫌でも

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

「一橋法学」（一橋大学大学院法学研究科）第2巻第1号2003年3月 ISSN 1347-0388

- 1) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—」ジュリスト1208号（2001年）185頁、230頁以下。
- 2) 大久保太郎「裁判員制度案批判—司法制度改革審議会最終意見書を読む」判時1750号（2001年）25頁以下、27頁。また同「裁判員制度案批判（続）（上）—合憲性への疑問及びその他の諸問題—」判時1772号（2002年）3頁以下、5頁。

やってもらわなければ困るのです」と、指摘している³⁾。

以上のように、そもそも市民にこのような出頭義務、就任義務を憲法上課すことが認められるのか、そして課すことが認められるとすれば、それはなぜなのか、という点は必ずしも明確ではない。裁判員制度と同様に、出頭義務、就任義務を市民に課している制度として、検察審査会が存在するが、その民主主義的な意味が強調されることはあっても⁴⁾、このような出頭就任義務を市民に課せる理由を実質的に検討したものは管見の限り見出せない。そこで、本稿ではこの点について検討し、義務付けの正当化の方法を探ることを目的とする。

ここで注意を要するのは、問題となる対象が憲法18条の「苦役」を強制されないという憲法上の権利—人身の自由—である点である。裁判員制度の導入及び市民の出頭就任義務を単なる「政策論」、つまりありうる司法政策の一つのオプションとして議論すると、出頭就任義務は18条の「苦役」に抵触する恐れが生じる。そのため、日本国憲法が採用していると考えられる民主主義に規範的な意味があると理解し、その内容から司法への市民参加が求められることを正当化し、そこから出頭義務を根拠付ける必要があるのではないかと。すなわち、憲法上の統治原理と憲法上の権利の調整の問題だと理解すれば、18条「苦役」の問題は解消しうるのでないか、という点が本稿の問題を検討するに当たっての視角となる。

そのために、まず、陪審制度を導入しているアメリカ合衆国において、陪審義務 Jury Duty がどのような考え方に基づいて正当化されているのか、確認する。そこで議論されている陪審制と民主主義の関係をめぐる実質的な根拠を参考にし、日本国憲法の下でも同様の議論が可能なのか、検討したい。

3) 白取祐司ほか「座談会・動き出した刑事司法改革」法律時報74巻7号(2002年)4頁、19頁[村井敏邦氏の発言]。また他に、田口守一ほか「鼎談・刑事司法制度改革の現状と問題点」現代刑事法4巻11号(2002年)5頁以下、19-20頁[田口守一発言]参照。

4) 例えば、三井誠「検察官の起訴猶予裁量(1)」神戸法学雑誌21巻(1971年)58頁、篠倉満「わが国の検察審査会とアメリカの大陪審制度」ジュリスト554号(1978年)81頁、小田中聰樹「検察の民主化」と検察審査会」法律時報50巻9号(1978年)15頁、岡部泰昌「刑事司法における検察審査会の役割」法律時報50巻9号(1978年)20頁、丸田隆「司法への国民参加について—検察審査会制度を中心に—」甲南法学30巻2号(1990年)109頁など。

II 合衆国における陪審制と憲法論

1 条文上の市民の義務的参加の根拠

合衆国の刑事陪審制では、通常市民が裁判所に召喚された場合、理由のない不出頭は罰則の適用対象とされ、そのことにより市民に対して陪審制への参加を義務付けている⁵⁾。この義務は、合衆国においては憲法上の条文から導くことが可能である。即ち、修正6条が刑事被告人に対して、「公平な陪審員による迅速な公開裁判」を受ける権利を保障しており、この条文から、「被告人が陪審裁判を受ける権利」の保障を実現するために国（州）が陪審制度を維持する義務が発生するためである。それがゆえに、市民に対して陪審制度への参加義務（出頭義務）を課すことで、制度を維持することとなる。また、合衆国憲法3条第2節3項は、「弾劾 impeachment の事件を除き、すべての犯罪の裁判は陪審によって行われなければならない」としており、修正6条と同様に刑事陪審制度の存在を前提としている。

これら条文の存在自体から、確かに市民の陪審制参加義務（出頭義務）Jury Dutyを形式的に導くことは出来る。しかし、この条文とて、より実質的な出頭義務の要請の根拠が説明されなければ、そもそも修正6条等の条文自体の正統性に対して疑義が生じてしまう。なぜこのような条文が正当とされるのか、なぜそこから陪審義務を導くことが正当化されるのか、という点が解明されなければならない。

この陪審義務 Jury Duty についての実質的な正当化の議論は、日本の裁判員制度における出頭就任義務を正当化するための論理に示唆を与える可能性がある。

2 市民の Jury Duty の実質的な根拠

合衆国ではしばしば、陪審制度を「民主主義」を実現するものとして理解し、同時に Jury Duty も「民主主義」実現のためとして正当化される⁶⁾。「民主主義」

5) 簡潔な制度紹介として、司法改革制度審議会の資料（ジュリスト1198号394頁以下）等参照。

が陪審制採用の実質的根拠とされている以上、そこに言う「民主主義」とは、いかなる内容を想定しているのか、検討する必要がある。以下では、合衆国の民主主義理論を素描し、陪審制との関係を導出する。そして、各々の民主主義理論から陪審義務が正当化されるのかを考えたい。

(1) プリュラリズム pluralism に基づく説明

合衆国の憲法理論において主張される「民主主義」の内容の議論の一つに、プリュラリズム pluralism と呼ばれる考え方が存在する。プリュラリズムは、民主主義は私益を追求する利益集団間が互いに資源をめぐるバーゲニングを行ないながら争う政治過程であると説明し、その結果為される価値選択の装置として「多数決」が存在するものと理解する。この立場は、憲法典はそのような政治過程としてのプリュラリズムを保護するために制定されたものと理解する⁶⁾。

このような理解に立つ場合、基本的に民主主義それ自体からは、市民が公益のために行動を為す存在であることは導かれないと想定されるはずである。このプリュラリズムの考え方からは、論理的には以下の帰結を導きうるように思われる。

第一に、私益のみへのコミットを想定するプリュラリズムの下では、市民に対して一律に陪審員としての義務を課すことは憲法典の想定する「民主主義」に馴染まない、という帰結を導きうる。もっとも、このような帰結はプリュラリズムを採用していると思われる憲法学者イリイも導いてはいない。

そこで、憲法典をプリュラリズムによる政治を実現するための「手続的権利のカタログ」として理解した上で、陪審制度を位置付ける方法がありうる。その場合、陪審を受ける権利は、民主主義において公権力が特定の市民を政治プロセスから不当に排除することを防止するために存在するものとして位置付けることになる⁸⁾。

6) 比較的最近の連邦最高裁判決で言及したものとして、*Neder v. United States*, 527 U. S. 1, at 31 (J. Scalia dissenting)(1999),

7) JOHN H. ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* (HARV. UNIV. PRESS, 1980). なお、翻訳としてジョン・H・イリイ(佐藤幸治・松井茂記訳)『民主主義と司法審査』(成文堂、1990年)。また、日本で憲法典をプリュラリズムの政治過程を保障する規範として理解する立場として、松井茂記『日本国憲法』(第2版、有斐閣、2002年)。

もっとも、この理解によっても市民に対して陪審義務を正当化することができるのか、問題とする余地があるように思われる。それは、プロセスからの不当な排除を防止するために、なぜ市民が参加する「陪審」でなければならないのか、十分に説明されていないからである。公権力による政治的プロセスからの不当な排除の防止が必要であることは確かであっても、それが市民による陪審でなければならないという論理的必然性は存在しない。また市民の行動原理が各自の私益にあるにもかかわらず、仮に公益の一種と思われる陪審義務を一律に課するとすれば、かなりの論証が要求されるはずである。

そこで、他にありうる考え方として、陪審員によって構成される裁判所を、それ自体民主主義プロセスの一部として理解し、裁判所内で民主主義プロセスを維持するために陪審義務を市民に課す、という見方もあるかもしれない。しかし、そこで前提とされている私益のバーゲニングという民主主義像がそもそも裁判という理性的な議論の場として期待される場面に馴染むのか、問題があるように思われる。また、この場合、裁判所は民主主義プロセスと一体化し、民主主義プロセスを是正する機関としての性質を失ってしまうことになりうる⁹⁾。

もっとも、そもそも前提となるプリュラリズムに基づく憲法典理解自体に内在する欠陥も数多く指摘されているところである。その一つとしては、次のような指摘がある。利益集団が政治過程において私益を求めて行動することが自明の前提とされているプリュラリズムの場合、司法権自体が利益集団ないしそれに類する集団として私益を追求する可能性が生じるはずである。それにもかかわらず、司法権は私益に基づいて行動する場合の危険性を捨象して議論をしており、なぜ司法権のみが特別扱いされうるのかについて説明を欠いているという批判がなさ

8) Ely, *id.*, at 135-179.

9) もっとも、日本でプリュラリズムを主張する松井・前掲注7) 39頁は、「市民がそれぞれみずからが公益と考える利益を実現するために政治に参加する」ものと位置付けており、プリュラリズムにおいても公益は問題となりうるとしている。しかし、市民が「それぞれみずからが公益と考える利益」に基づいて行動するとしても、一律に陪審義務（日本なら裁判員の出頭就任義務）を課すことは困難となるであろう。というのも、一律に出頭就任義務を課すということは、市民全員に対して裁判員制が公益に適うことを認めるよう強制することになり、「それぞれみずから」が公益を考えることを否定することになりうるからである。

れている¹⁰⁾。

また、プリュラリズムによる民主主義理解が果たして魅力的たりうるかについても、疑問が呈されている。後に触れる合衆国の憲法学者サンスティンは、プリュラリズムの下では、市民は自らの私益が実現されることを目指すことで、弱肉強食の過程を経て政策決定がなされる可能性が生じ、またプリュラリズムでは政治に参加しないことは現状への満足として評価され、政治参加を促進する動機付けが欠如している、という特徴を指摘している¹¹⁾。

以上のように、「民主主義」をプリュラリズム的内容として理解する場合、陪審義務の正当化は容易ならざる問題となってくることになる。日本国憲法の下で、このような民主主義理論に基づき、裁判員の出頭就任義務を正当化するための論証をなすことはかなり困難であるように思われる。

(2) 多数決主義による説明

合衆国の憲法学者の中で、自らの民主主義理論を展開しつつ、陪審制についても積極的に発言しているのはアマーである。アマーの陪審制についての議論を理解するためには、彼の民主主義理論を理解しておく必要がある。

アマーは憲法典を、単に少数者を保護するための自由のカタログではなく、「構造的に」理解すべき旨を強調する¹²⁾。統治機構に関する条文や合衆国憲法制定過程の議論を踏まえて、彼は憲法典を「多数決主義 majoritarian」と「ポピュリズム populism」を保護するためのカタログとして説明する。その意味は、憲法典が中央政府の少数の支配者による圧政から市民を保護し、また市民の代理たる政府の腐敗（いわゆる「代理コスト agency cost」）を最小化するための措置として、市民の多数決に基づく統制を重視し、またそれを保障するために多数決主

10) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2000年）183頁以下、長谷部恭男「憲法典というフェティッシュ」国家学会雑誌111巻11=12号（1998年）165頁。その他、プリュラリズムに基づくプロセス的憲法観に内在する問題について、阪口・同書190頁以下参照。

11) Cass R. Sunstein, *Beyond the Republican Revival*, 97 YALE L. J. 1539 (1988), at 1543-1547. ほかにサンスティンはいくつか特徴を挙げているが、本稿は民主主義論の詳論を目的としているわけではないので省略する。なお、大沢秀介『アメリカの政治と憲法』（芦書房、1992年）にもサンスティンの議論は紹介されている。

12) Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights as a Constitution*, 100 YALE L. J. 1131 (1991), at 1205. (See also, AKHIL REED AMAR, THE BILL OF RIGHTS (YALE UNIV. PRESS, 1998)).

義たる民主主義を憲法典が採用し、その擁護のために諸権利が制定されたものとして理解するということである。そのため、必ずしも少数者の保護だけを憲法は念頭においていたわけではない、という説明が与えられるのである¹³⁾。

その歴史的裏づけとして、アマーは憲法制定過程においてフェデラリストと反フェデラリストの間で対立と妥協が行なわれた結果として憲法が制定された意味合いを重視する。即ち、反フェデラリストが、中央連邦政府の強大化により、州政府がその独立性を脅かされることを警戒し、その文脈で統治機構及び権利章典関連の各条項が制定されていった点を重視するのである。それゆえ、アマーは、私益で動いてしまう中央政府への不信感を前提とし、その防止のために市民が積極的に多数決に参加することを要求するのである¹⁴⁾。

アマーはこのように憲法典を多数決主義及びポピュリズム（アマーは同時に「直接民主政 direct democracy」という言葉をほぼ同義に用いている）を保障するための規範として理解し、これをベースに修正6条の陪審制を説明することを試みている。

アマーによれば、陪審制度は、中央連邦政府への不信感を前提に、権利章典の本質であるポピュリズム、連邦制維持（中央／州の二重構造維持）、市民の徳 virtue の理念の実現のために「政治的機構 political institution」として中心的な役割を果たす、とされる¹⁵⁾。そして、修正2条（自由な州の安全確保のため良質な民兵を維持する目的で市民による銃器所持を保障する条項）と修正6条は「良き市民 good citizenship」が果たすべき双子のような義務であると説明されている¹⁶⁾。

その上でアマーは、陪審への参加は、以下のような4つの機能を果たすと説明している。まず第一に、陪審員はポピュリスト populist を保護する者として機能するものと位置付ける。陪審の役割は、民事陪審、刑事陪審とも、そもそもは一般市民を政府による過度の侵害から守ることにあった。より具体的に言えば、一

13) *Id.*, at 1131-1136, 1206-1207.

14) *Id.*, at 1133

15) AKHIL REED AMAR, THE CONSTITUTION AND CRIMINAL PROCEDURE (YALE UNIV PRESS, 1997), at 165.

16) *Id.*, at 162.

般市民たる民兵が軍隊の職業軍人を監視するのと同じように（修正2条）、陪審も権力を有する職業裁判官を監視することが期待されていた。修正6条も、連邦の裁判官が連邦政府と癒着して市民の権利侵害を為すことを防止することを目的に設けられたものだと説明し、陪審員は市民によるポピュリズムを保障する機能があるとする¹⁷⁾。

次に、地方民 provincials としての陪審員の機能を主張する。合衆国憲法3条が陪審の採用とともに州で起きた犯罪は州で裁判する旨を規定している。アマーはこの規定の存在を重視し、陪審制が中央政府の圧政を、州民が自ら裁判権を行使することで防ぐ機能を期待されていたという指摘をする¹⁸⁾。

第三に、生徒 pupil として陪審員を務めることに意味がある旨を主張する。アマーは、反フェデラリストが、市民への教育的機能を果たすために条文上義務的参加の文言を採用すべき旨を制定過程で強調した点を重視する。そこから、修正6条を修正2条と平行に考え、自由な州を維持するために、市民に政治的な問題や行政上の知識を教育する機関として陪審制への義務的参加が必要であるという主張が展開されたことを述べている¹⁹⁾。

第四に、政治への関与者としての陪審員の機能を主張している。アマーによれば、中央政府からの独立性を重視する反フェデラリストは、修正2条の民兵と同様、立法過程においても義務的参加の導入を考えていた（もっとも、立法過程での義務的参加制度は採用されなかった）。さらに立法過程と司法過程を平行に考えたうえで、司法過程においても市民が順番に参加することで、市民の民主的決定により法適用を行なうべきと考えていたという²⁰⁾。そこから、アマーは陪審制を議会に類似した制度、政治機構として位置付けようとする²¹⁾。具体的には、(イ)二院制アナロジーとして、「上院＝裁判官、下院＝陪審員」という意味付けをし、二院制と同様に充実した議論を期待する制度として位置付ける、(ロ)立法院

17) Amar, *supra* note (12), at 1183-1186.

18) *Id.*, at 1186.

19) *Id.*, at 1186-1187.

20) *Id.*, at 1187-1189.

21) 同様の指摘をするものとして、日本では鯨越滋弘「陪審制の復活こそ最大の課題である」ジュリスト1148号（1999年）118頁。

legislative アナロジーとして、議会の議員同様、陪審員は「人民 the People」を代表して参加しているものとして位置付ける、(イ)投票アナロジーとして、市民が投票により多数派を形成して法の定立に主権を及ぼすのと同様、法適用の場面でも市民が主権を行使する、という意義を陪審制に見出すのである²²⁾。

そしてアマーは、市民が陪審義務を逃れることは、専門化された市民と専門化されていない市民を生み出し、本来陪審が予定していた平等な市民による決定が阻害されてしまうものと説明している²³⁾。もっとも、アマーが陪審への参加の権利と陪審義務の必要性を強調する根拠は、究極的には教育効果にあるようである。陪審制度は民兵とともに、「一般市民が自らの権利と義務について教育を受ける装置」として理解されていたことを強調し、空洞化しつつあるこれら条項の完全な実現を目指すべきだと結論付けている²⁴⁾。

このアマーの理解は、もともと合衆国憲法がフェデラリストと反フェデラリストが対立していた中から制定された点を重視しており、連邦制の下で中央政府から地方が独立性を多数決により担保することで、中央の腐敗を防止するという理解が基調となっている。地方の独立性という文脈で理解すると、日本で同様の議論をすることの妥当性が問題となりうるが、政治の腐敗防止のために市民による多数決による関与が必要であるという点は、示唆に富む。

しかしながら、陪審義務が究極的には、中央の腐敗を監視できるように一般市民を「教育する」という点に求められている点は、問題があるように思われる。この場合、市民は教育される「客体」として理解される素地を生むことになろう。アマーは陪審の機能として市民への教育と中央政府及び専門家の監視を同時に掲げているが、教育される「客体」としての性質を有する市民に対して、同時に中央や専門家の腐敗を防止するという主体的な役割を負わせるということ自体に無

22) Amar, *supra* note (15), at 161–168. See also, AKHIL R. AMAR AND ALAN HIRSH, FOR THE PEOPLE (THE FREE PRESS, 1998), at 58. このようにアマーは陪審制度を議会類いの制度として理解するため、全員一致表決の廃止と多数決ないし特別多数決評決の導入、一つの陪審員団が複数の事件を審理することなども提案している。Supra note (15), at 168–178. もっとも、これらの提案の妥当性は別途検証の必要がある。

23) *Id.*, at 168.

24) Amar, *supra* note (12), at 1210.

理があるように思われる。また、アマーの説明による場合、修正6条で「被告人」の権利として規定され、陪審裁判を受ける権利を被告人が放棄できるとされていること²⁵⁾、市民への教育及び市民による監視の必要性を調整する説明も、必要となってくるであろう。

(3) 討議民主主義（リベラルな共和主義）に基づく説明

民主主義の規範理論として代表的な主張の一つとして、さらに討議民主主義 (deliberative democracy) を挙げることができる。合衆国の憲法学者サンスティンは²⁶⁾、討議民主主義を次のように説明する²⁷⁾。

まず、討議民主主義の下では、単なる私益がぶつかり合うことによって行なわれる多数決（プリュラリズム）は政治の民主的正統性を維持しえないものと理解し、合衆国憲法の起草者マディソンもプリュラリズムを想定していなかったと主張する。その上で、「民主主義」の正統性は、熟慮に基づく討議と市民の参加が担保されたところでの決定である点に求められるのである。

より具体的な特徴として、第一に討議ないし熟慮 deliberation を重視する点が挙げられる。政治の目的は単なる私益の実現ではなく、市民の徳 virtue としてコミュニティのために最善と考えられる意見を形成することが重視される。第二に、そのために、すべての個人や団体が平等に政治過程に関わることを求める。政治過程における政治的影響力が不平等である状態は問題視されることになる。第三に、討議民主主義が目指すものとしてユニヴァーサルイズム Universalism を挙げ、サンスティンは政治や公共善に対する様々な見方は、公の場での議論により仲裁可能であり、コンセンサスが形成できると考える。また、それこそが望ましいとしている。第四に、討議の成立のために、市民の地位と参加を重視する。国家権力から自立した個人々が、市民としての自由な地位を保障されなければ自

25) *Patton v. United States*, 281 U. S. 276 (1930)

26) Cass R. Sunstein, *supra* note (11), at 1543 (1988). なお、大沢・前掲注11) 81頁以下、木下智史「アメリカ合衆国における民主主義の新傾向」法律時報73巻6号70頁以下(2001年)、毛利透『民主政の規範理論』(勁草書房、2002年)参照。

27) Sunstein, *Id.* は「討議民主主義 deliberative democracy」という語は用いず、「リベラルな共和主義 Liberal Republicanism」を使う。後に「討議民主主義 deliberative democracy」の語を用いている。See, CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* (Harv. Univ. Press, 1993), at 133-145.

由な討議は不可能である。このように討議民主主義の維持のため、市民の種々の憲法上の自由権、市民参加による中央政府へのコントロール及び中央から自立した地方自治を求めるのである²⁸⁾。

もっとも、サンステインの見方が直ちに現実に成立しうるのか、議論がありうる。特に、討議に基づく合意の形成が容易に為されるかは疑わしい。そのため、合意の形成までいかずとも、①互恵性 reciprocity、即ち互いの社会協力関係の維持と、②議論の公開性、そして③説明責任が果たされる、という前提条件を踏まえて討議を行う場合、当事者の暫定的な合意を生み出し、そのことは将来的に問題を解決する基盤を提供することになり、かつそれで足りるとする見解も見られる²⁹⁾。

いずれにせよ、この討議民主主義の下では、刑事司法政策も含む公共の問題について、その民主的正統性は市民の十分な討議を経たものでなければ担保されないと理解される。そのため、刑事司法政策とて、国家から自立した一般市民による十分な討議が必要であり、少数の専門家集団だけによる政策形成では正統性が不十分だということになろう。刑事司法政策における市民の無関心さを断ち切り、現在より多くの市民が、より良い討議環境の下で政策形成を行うことで、コミュニティにおける刑事司法政策の民主的正統性を担保することが必要となるのである。

それでは、この討議民主主義の理解に立つ場合、陪審制はどのように位置付けられることになるのであろうか。管見の限り、サンステインは合衆国憲法から導かれる陪審義務の正当性について、明示的に論証してはいない³⁰⁾。そのため、サンステインの論理に従う場合、陪審制度はどのように位置付けられるのかを検討する必要がある。

28) Sunstein, *supra* note (11), at 1547-1558. See also, Sunstein, *Id.*, at 133-145.

29) 奥野恒久「道徳的不一致の問題と憲法学における民主主義論」龍谷法学32巻4号(2000年)204頁以下。

30) むしろ陪審に対するサンステイン自身の関心は、討議過程や判断過程の分析にあるようである。See e.g., Cass R. Sunstein, *How Law Constructs Preferences*, 86 GEO L. J. 2637 (1998), Cass R. Sunstein et al, *Predictably Incoherent Judgments*, 54 STAN. L. REV. 1153 (2002), and so on.

サンステインによれば、討議民主主義は公共の問題について市民の熟慮に基づく討議を行ない、それを基盤とした政策形成が行なわれる点に民主的正統性を見出す。そこからサンステインは市民の広範な討議への参加を保障するものとして合衆国憲法をとらえる。即ち、討議民主主義の実現のために合衆国憲法の解釈原理 principle を構築しようとしている³¹⁾。

そうであるとすれば、修正6条の陪審制度は、市民による理性に基づく討議により、司法過程への判断を及ぼそうとする制度として位置付けることになる。市民が公共の問題に関わり、熟慮に基づく討議を行うことで、司法判断の正統性が付与されることになるのである。討議民主主義によれば、陪審制度は、市民による討議の場を保障することで、司法審査の民主的正統性を積極的に担保する制度だと理解することが可能になる。

では、陪審義務はどのように正当化されるのか。

ここでサンステインの討議民主主義における憲法解釈の論理構成をもう一度確認しておくべきである。サンステインは、合衆国憲法を、討議民主主義を生み出すための制度をつくったものと位置付け、憲法解釈のための原理 principle の形成は討議民主主義の実現を目的に行うべきだとしていた。そして同時に、討議民主主義の維持のために「市民としての地位 citizenship」を保障するものとして憲法を理解する。サンステインによれば、この「市民としての地位」の担保のために、憲法上の各修正条項で私的所有権や住居の不可侵、言論の自由、人身の自由などの自由権が保障されているものとして説明されるのである。

即ち、サンステインの理解では、市民が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諸々の自由権を理解している³²⁾。

そのため、公共の問題に関する討議への参加を平等に保障するような機関に、市民が参加を義務付けられることは、市民にとって憲法の自由権を必ずしも侵害するものではない、ということになる。「討議」を実現するために、国家が独占している公共政策の形成プロセスを解放し、市民参加を促進させることはむしろ

31) Sunstein, *supra* note (27), at 133-137.

32) *Ibid.*

討議民主主義にとって望ましく、サンステインの理解からすれば、むしろ民主主義の規範として本来的にそのことが求められるべきこと、ということになろう³³⁾。

従って、参加義務付け自体に討議及び政策形成に対する積極的な効用が認められるとすれば、市民参加の義務付けは妨げられることはない。

日本国憲法上も、少なくともこのような民主主義論を採りうる素地があるの否か、検討に値するように思われる。そして、もし採りうるであれば、裁判員制度においても出頭及び就任の義務付けが正当化される余地が生じる。以下では、目を転じて日本国憲法の下での裁判員制度における出頭就任義務について検討する。

III 憲法18条「苦役」と裁判員制度

1 日本国憲法と討議民主主義

まず検討すべきは、そもそも日本国憲法は民主主義理論として、討議民主主義を採用しうるのか、という問題である。

この点で、討議民主主義採用の証拠になると理解されるべき条文はいくつか存在する。まず、憲法12条は「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不斷の努力によって、これを保持しなければならない」としており、市民が積極的に自由、権利を保障するために、一定の「努力」を憲法自身が要求していることが読み取れる。また、憲法15条2項は公務員を「全体の奉仕者であつて、一部の奉仕者ではない」とし、また同43条1項は国会について、「両議院は、全國民を代表する選挙された議員で」組織するとしている。

ここから、少なくともいずれの条文も、政治過程が「私益」によって動かされることを想定せず、「公益」が市民による政治過程によって実現されること想定していることが読み取れる。この点で、単なる私益のバーゲニングとして日本の民主主義をとらえていない。つまり日本国憲法がプリアリズムを採用しているとは言いにくい³⁴⁾。少なくとも、公務員及び国会については、理性的な討議に基

33) サンステインは Jury Nullification について否定的ではなく、「好ましい現象」の場合があると述べているのもその反映と言えるかもしれない。See, Cass R. Sunstein, *Problems with Rules*, 83 CALIF. L. REV. 953 (1995), at 995.

づく民主的決定を想定しているものと考えられるだろう。

ここから、討議民主主義は必ずしも憲法解釈の原理として採用されることは排斥されないものと考えられることができる。もっとも、司法機関において市民参加を根拠付ける直接の明文規定が欠如している。そのため、行政府（＝「全体の奉仕者」たる公務員）、立法府（＝「全国民の代表」たる議員）については条本文言からも討議民主主義が採用されうるとしても、司法府について討議民主主義が導入される必然性はない、という主張はありうるところであろう。これに対しては、司法府についても、憲法12条にいう「国民」が「自由及び権利」を「保持」するのに十分な環境を整えられるべきであり、その環境が整えられていない点で、司法過程に市民参加が実現していないのは違憲状態であった（あるいは検察審査会の存在ゆえに、辛うじて合憲であったに過ぎない）、という説明がありうるかも知れない。

しかしながら、12条の文言から、合憲性判断のための具体的な要件を導き出すことは困難であろう。従って、司法府について憲法が市民参加について何も触れていないことは、討議民主主義を民主政の規範理論として採用することを妨げていない、と理解するのが妥当である。

このように理解すると、憲法上、民主主義として討議民主主義を採用する必要性が問題となってくる。サンスティンは憲法典自体が「討議民主主義を実現するため」に存在すると位置付けていたことは先に見た。サンスティンがなぜ討議的民主主義が望ましいと理解したかといえば、それはプリュラリズムにおける私益に基づく多数決が、弱肉強食を生じさせるという点にもあったことを再確認する必要がある。しばしば、多数決は、少数者の主張を排斥することにつながり、少数者の権利制約を生じさせる。討議民主主義においては、理性に基づく討議を多数決の正統性として要求するが、その意味は単に理性に基づく討議がいわゆる「公共善」を発見できることにとどまるわけではないだろう。討議民主主義の効用は、「公共善」の発見のためにも、少数者の主張の排斥が、私益による多数決

34) 長谷部・前掲注10) 168-169頁。但し、長谷部が討議民主主義を採用するか否かはこの文脈では定かではない。

によって行われることがないようにする点にもあると考えられる。これは実質的には、少数者が生じて、それはできるだけ多数者と平等に扱われる機会が民主主義の過程において求められるということになる³⁵⁾。民主主義においてこのような理解をすることは、憲法13条で「個人として尊重」することが要求されていることと整合的であると考えられる。

したがって、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。

そこで、憲法が少なくとも民主政の規範理論としては討議民主主義を採用しているという観点から、裁判員制を定位し、裁判員の出頭就任義務を検討する³⁶⁾。

2 討議民主主義と司法過程

裁判員制は、職業裁判官と無作為抽出された一般市民によって構成される裁判体によって裁判を行う制度である。裁判員の出頭就任義務の問題を取り上げる前に、まず、討議民主主義からは、司法府への市民参加がどのように位置付けられることになるか、見ておく必要がある。しかし、この問題については、先に討議民主主義と陪審制度の関係を検討したことが、重なってくると考えられる。

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(裁判の場合であれば判決)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。そうすると残るは司法府における討議民主主義の実現のために市民に出頭就任を義務付けるに値する必要性が存在するか否かの問題となる。

35) See, Sunstein, *supra* note (27), at 137-141.

36) もっとも、日本国憲法の解釈原理として、憲法の権利カタログを討議民主主義の貫徹のためだけのものとして理解すべきか否かはなお検討の余地があろう。リベラリズム等、他の理念との調整も必要になりうる。リベラリズムと討議民主主義の連関について検討する論稿として、旗手俊彦「法の帝国と参加民主主義」井上達夫ほか編『法の臨界 [I] 法的思考の再定位』(東京大学出版会、1999年) 165頁以下。

もつとも、このような説明に対しては、討議民主主義であれ国民民主権原理自体を裁判作用に持ち込むべきではなく、職業裁判官による専門的判断に委ねるべきという批判はありうるであろう³⁷⁾。ここで展開されている問題意識は、裁判作用に民主主義を持ち込むことが、裁判官による理性的な判断、「専門合理性」を停止させ、社会的多数派のコントロールの下に従属させてしまう点を危惧する点にあると理解できる。

確かに、司法における裁判作用の全過程に民主主義を導入するとすれば、その危惧は正鵠を射ているだろう。しかし、職業裁判官に求められている「専門的判断」は、法解釈の問題であり、事実認定の問題とは峻別して考える必要があろう。事実認定は職業裁判官の専門的知識や理性的な思考能力とは直接には関わらない問題であり、一般市民も日頃から生活の中で行っている作業でもある。事実認定能力は職業裁判官にのみ顕著に優れているわけではない。事実認定は市民による討議の下でコントロールする必要性と参加による効用は、後述するようにむしろ強いと考えられる³⁸⁾。

ただ、討議民主主義では本来理性的な市民によって討議されることが期待されているため、その論理を貫徹するのであれば、司法府における法解釈とて民主的討議の下で行われるべき、ということも導かれうる。しかし、現実には市民に高度に専門化されている法律学や権利について理解させ、それに基づき理性的に討議することは困難であろう。仮に裁判の場で専門的知識が裁判員に教育されるとしても、アマーの陪審制への説明への評価で述べたとおり、教育されつつ主体的に司法判断に関わることに無理がある。法解釈についても討議民主主義を及ぼすことは、全市民が法学についての素養をある程度身につけることを要求することになり、現実的ではないであろう³⁹⁾。

37) 樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）60頁以下〔樋口陽一執筆〕。

38) これに対し、棟居快行は、司法府における事実認定のみならず、法解釈適用にも民主的正統性を要求する。丸田隆編『日本に陪審制度は導入できるか—その可能性と問題点』（現代人文社、2000年）14頁以下〔棟居快行執筆〕。しかし、自白の任意性判断や伝聞法則の適用、違法収集証拠排除法則の適用などで、法解釈適用における市民参加が、棟居の言う「自由主義的意義」をもたらすと断定して良いのか、疑問の余地がある。

3 裁判員制度下での出頭就任義務

以上のように少なくとも事実認定に市民がかかわることは正当化されるとして、無作為抽出による出頭就任義務が正当化されるか否かが次の段階の問題となる。

憲法18条は「その意に反する苦役」を強制することを禁じており、ここに言う「苦役」とは、「広く本人の意思に反する強制的な労役を指し、かならずしも苦痛の程度の高いことを要件としない」ものとして説明されている⁴⁰⁾。そのため、一見、裁判員制度への義務的参加は18条違反に見える。

しかし、「苦役」について上記定義に従うとしても、憲法上要請されている民主主義が討議民主主義であるとすれば、市民が権利行使の一環として、また討議民主主義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許容されるのではなからうか。すなわち、憲法は討議民主主義にかかわると認められる役務についてのみ、市民の義務的参加を求めること許容していると考えるべきように思われる。

その場合、出頭就任義務が許容されうるとすれば、残る問題はそのような義務的参加の必要性が現に存在するか否かである。義務付けの「必要性」が論証されなければ、「苦役」に該当する可能性が生じよう。

もっとも、その義務的参加の必要性判断は慎重になされなければならない。というのも、この「討議に資する」の意味を広くとらえると、市民の義務は限りなく広範になってしまうからである。結局、市民に対して公権力行使のあらゆる場面に参加を強制することにもなりかねない。「討議に資する」という点を拡大解釈していくと、本来国家から自立した市民による討議が想定されているはずが、

-
- 39) そのため、司法改革審最終意見書が提案するように裁判員制度において量刑判断に裁判員が関わることには、問題が多い。量刑の問題は、事実認定の問題に止まらず、まさに解釈に基づく法適用の場面だからである。社会的多数派による少数派市民の権利侵害が生じるおそれがある。最終意見書の意見を支持するものとして、原田國男「裁判員制度の導入と量刑」現代刑事法4巻11号(2002年)65頁。なお本庄武「裁判員の量刑参加」一橋論叢129巻1号(2003年)22頁以下。
- 40) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(第3版、有斐閣、2002年)222頁、長谷部恭男『憲法』(第2版、新世社、2001年)253頁、辻村みよ子『憲法』(日本評論社、2001年)289頁など。

結果的に国家から自立していない市民を生み出すおそれがある。そのため、過度の権利制約に至らぬよう、慎重に検討されなければならない⁴¹⁾。

それでは、市民への裁判員としての出頭就任の義務付けの必要性は存在するのであろうか。

まず討議民主主義に内在する要請として、本来、「市民としての地位」を有する被告人の権利を保護するため、被告人の有罪無罪の決定については国家権力から自立した市民が関与し、討議して事実を認定すべきだということが導かれる。これまで、司法権行使の場面に市民が直接参加してこなかった点をとらえて、事実認定等について「討議民主主義が及んでいなかった領域」と評することも可能であろう。裁判所も国家権力発動の場であり、公共性を有する以上、その発動の在り方については市民の参加及びそれに基づく討議の下で監視されるべきといえよう。

また、多様な知識経験を備えた多くの人々が討議に貢献する会議体は、会議体中のもっとも優れた構成員が到達するであろう結論よりも、さらに優れた結論に到達できるはず、という理解がある。というのも、その会議体には多様な知識・経験がプールされており、より適切な判断が為される可能性が高くなるからである⁴²⁾。これを裁判員制度にひきつけてみれば、職業裁判官のみの裁判体（＝会議体）よりも、市民が参加する裁判体のほうが、多様な人材によって裁判体が構成され、より適切な結論を導くことが可能なはずである⁴³⁾。

しかし、他方で裁判員制は、選挙における投票行為と異なり、長時間市民に職

41) 歯止めとして、リベラリズムも日本国憲法内に組み込まれており、そのリベラリズムに反しない限りで討議民主主義が統治原理として憲法上採用されていると理解する方法がありうる。その場合、リベラリズムと討議民主主義の連関から義務の際限なき拡大を防ぐ論理を検討するということになる。旗手・前掲注36) 183頁。リベラリズムと討議民主主義、裁判員出頭義務及び就任義務が両立しうるのかは、なお検討すべき課題である。なお、リベラリズムについて、阪口正二郎「共生、リベラリズム、人権」一橋論叢123巻4号（2000年）66頁参照。

42) 長谷部恭男「司法権の概念と裁判のあり方」ジュリスト1222号（2002年）140頁、144頁以下参照。いわゆるコンドルセの陪審定理などについて、同『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）89頁以下参照。また鯉越滋弘編『陪審制度をめぐる諸問題』（現代人文社、1997年）64頁以下 [ロウラ・ホヤノ（鯉越滋弘訳）、同・前掲注21) 119頁参照。

務として関わることを要求する。このような職務に就くことができる市民は現状では限られていると言わざるをえず、多様な知識による理性的な討議を実現する制度の維持自体が、義務付けなくしては困難な状況であろう。また法律専門家ではないにも関わらず特定の市民のみに裁判員を行わせることは、平等性の観点(14条)からも問題がある。

そのため、討議する制度の維持のためには、義務付けを行わなければ制度の維持は不可能である。討議民主主義が討議のための必要性があれば一定の権利制約を許容し、多様な知識経験をプールする必要性、公領域の問題である裁判についても理性的な市民の討議のもとに付される必要性、そして投票と異なり義務付け以外に代替的な制度維持機能が存在しない以上、市民の出頭就任義務は正当化されるべきということになる⁴³⁾。

しかしながら、義務付けは市民の権利制約を伴う以上、無制限に認められるべきものではない。討議民主主義それ自体が前提としている、市民の国家からの独立性自体を根本的に損なわしめるような義務付けはなされるべきではない。そのような義務付けは憲法18条に抵触する上、討議民主主義自体を瓦解させる。市民が各々の生き方を変えることを余儀なくされるような負担を与えない範囲で、義務による影響を最小限にする措置を講じる必要がある。

43) もっとも、集団の会議体で討議を行う場合、集団極性化 Group Polarization が生じるおそれがあり、その予防策も検討する必要がある。この点を検討した例として、See, CASS R. SUNSTEIN, DESIGNING DEMOCRACY (OXFORD UNIV. PRESS, 2001), at 13-47.

44) なお、このように理解する場合、討議民主主義実現に伴う役務を認めるとすれば、市民に対して選挙において投票する義務を負わせることも帰結として導きうるのではないか、という疑問が生じる。しかし、投票の義務付けは裁判員同様には容易に認められるわけではないように思われる。というのも、①裁判員は、有罪無罪という不利益作用の行使の有無を決定して被告人の市民の地位に対する制約を生じさせる公権力行使それ自体に関わる問題であるため、参加し監視する必要性が大きい。それに対して選挙における投票は、それ自体何ら特定の市民に対して特定の不利益作用を有する公権力を発動するわけではなく、コミュニティの代表として公権力を行使する主体を選ぶに過ぎず、特定の市民の地位を直接制約するわけではない。それゆえ投票を義務付ける必要性は小さい。②①に付随して、投票自体は討議と異なり一定の意思表示を一方的に行うに過ぎず、それ自体が多様な知識経験のプールを公権力行使に際してもたらすわけではない。そのため、裁判員制のように討議が参加義務付けによって実現するわけではない以上、出頭を義務付けることによって得られる効用が裁判員に比べて小さく、義務付けの必要性に欠く。

4 出頭義務・就任義務の内容

このように考えてくると、義務付けの内容として、討議民主主義を実現するという観点から、裁判員の出頭就任義務を考えることが可能である。即ち、討議民主主義の維持のために考慮されるべき出頭就任義務の内容として、①公権力から独立した市民による、②理性的な討議の実現という討議民主主義の内容自体から、ある程度の義務の範囲及び内容、義務付けに伴って為されるべき措置を導くことができる。

第一に、討議民主主義は公権力から市民が独立していることを要求するため、公権力の担い手たる国会ないし地方議会の議員や公務員は、裁判員とされるべきではない⁴⁵⁾。これらの職務に就いている者は、公権力からの独立性という点では問題がある⁴⁶⁾。

次に、理性的な討議を行うことが期待されるため、そのような討議が困難である市民は義務から除外されるべきである⁴⁷⁾。例えば、精神上の障害がある者は実質的に討議を行なうことが困難である場合があるだろう。また、当該事件の犯罪被害者の場合、やはり理性的な討議を為すことは困難であることが推測される⁴⁸⁾。

第三に、そもそも裁判員に就任することにより、その市民の生活基盤が破壊され、国家からの独立性が維持できなくなってしまうような場合は、少なくとも就任義務はないものとして理解すべきである。サンスティンが述べていた通り、公共の問題について理性的な討議を為すためには、国家から経済的にも独立していなければならないはずである。ただ、その認定を具体的に行うことはかなり難しい問題である。合衆国の場合、陪審の職務により著しい困難 undue hardship ないし極度に不都合 extreme inconvenience であることを示せば、義務が免除され

45) 合衆国（連邦）の場合、軍人、警察、消防、行政・立法・司法各府の公務員などの職業に就いている者が陪審員になることを禁じている。28 U. S. C. 1863 (b)(6)。

46) 検察審査会法6条に掲げられているのも、同様の趣旨で理解することが可能であろう。

47) 合衆国（連邦）の場合、18歳以上であること、「陪審員候補者質問票」を記入することができる程度の英語を理解し、読み書きができること、英語を話せること、陪審の職務に支障が生じる程度の精神的身体的な障害がないこと、有罪判決を受けた経験がないことを資格として求めている。28 U. S. C. 1865 (b)。

48) 検察審査会法においても、被害者及びその関係者は除斥事由に該当する（7条）。また「重い疾病」の場合は職務辞退を認めている（8条5号）。

る⁴⁹⁾。ワシントン州では、仕事の都合などで「著しい困難」に該当する旨を申し立てた場合も、特に厳しい証明を要求したり追跡調査をしたりすることはないという⁵⁰⁾。日本の裁判員制度において、義務免除の審査をどの程度徹底すべきか否かは、制度の運用状況を踏まえて検討すべき問題であろう⁵¹⁾。

なお、このような国家からの独立性を担保し、生活基盤を維持するという観点から、義務に応じて参加する市民に対しても、一定の手当てを支給することが必要になるのは当然である⁵²⁾。また、遠隔地ゆえに自宅から裁判所に通うことが困難である場合は、宿泊施設を裁判所(国)が提供することが求められよう。

さらに、第四として、裁判員の就任義務と思想良心の自由(憲法21条)が問題となりうる。例えば、就任義務を市民に課す場合、「刑罰は廃止すべきであり国家刑罰権の発動には関与できない」というような思想信条を有する者に裁判員就任義務を課せるのか、という問題である。

この点については、裁判員選任過程(及びその中に設けられるべき忌避制度)が導入されることによって、かなりの問題が解決されるものと思われる。というのも、忌避の過程において、自らの信条を明示する機会がある。その中で、先に例として挙げたような思想信条を表明すれば、実際のところ、そのような者を裁判員として選任するのに当事者が同意することはあまりないであろう⁵³⁾。それゆえ、結果的に忌避制度は思想良心の自由、信教の自由侵害を防止するための手段として機能し、そのような者に裁判員への就任義務を負わせることはないと推測できる。そのため、思想信条を理由とした職務辞退事由等の形での法制化は不要

49) 28 U. S. C. 1863 (b)(5), 1866 (c)(1).

50) 島伸一『アメリカの刑事司法—ワシントン州キング郡を起点として』(弘文堂、2002年) 165頁参照。

51) 検察審査会法24条は、「やむを得ない事由に因り招集に応ずることができない場合」は、「書面でその事由を疎明」することを求めている。

52) なお、裁判員としての義務に応じることが、憲法29条の保障する財産権侵害の問題になるのか否か、ならないとすればそれは何故か、が手当ての性質及び内容に関して問題になりうる。具体的には、手当ての支給金額について、逸失利益を含めてすべて国が支給すべきか否か(逸失利益を支給しないでよいとすればそれはなぜか)、という問題である。また、各人の経済状況に応じて支給金額が異なる形式にすべきか否かも問題になりうる。理論的にはこれらも検討すべき課題である。因みに検察審査会においては、検察審査会法29条により刑事訴訟費用等に関する法律で定められた証人に支給される額を下らない範囲で、政令で決定することになっている。

であるように思われる。なお、出頭義務自体は、裁判員を行うか否かの判断のために求められるものであり、それ自体で思想良心の自由を侵害するものではないと考えるべきであろう。

最後に、司法制度改革審議会も指摘していることであるが⁵⁴⁾、特定の市民が回復して選任されないようにする必要がある。市民の間での機会の平等性を担保するために、一定の期間内に一度裁判員に選任された市民に対しては、出頭就任義務の免除することが必要であろう。

IV 結びにかえて

以上、日本国憲法の下で、18条「苦役」禁止条項に反しない形での裁判員出頭義務の正当化について検討してきた。憲法上の権利である「苦役」を強制されない権利を制約しうる裁判員制の出頭就任義務は、その正当化のためには憲法上採用されている民主主義との調整による必要があるという問題意識から本稿では、合衆国の民主主義理論と陪審制度の関係について検討した。その上で、討議民主主義による正当化を模索し、義務内容を導出することを試みた。

現在の司法改革の議論を見るに、ここまで述べてきたような討議民主主義を基軸にしてとらえることは、必ずしも奇異ではないように思われる。いろいろと問題点は指摘されているものの、司法改革審議会最終意見書自体、討議民主主義を実現するプロジェクトの一環として理解することは不可能ではない。最終意見書は、その総論部分で次のように述べている。

〔政治改革、行政改革等について触れて〕…これら諸々の改革の根底に共通して流れているのは、国民の一人一人が、統治客体意識から脱却し、自律的かつ社会的責任を負った統治主体として、互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参画し、この国に豊かな創造性とエネルギーを取り戻そうとする志であろう。今般の司法制度改革は、これら諸々の改革を憲法によって立つ基本理念の一つで

53) もっとも、合衆国の陪審員候補者が選定手続の中で、「自らの偏見を持っていることを示せば、例えば被告人は全部有罪に違いないと信じているなどと言え、当然、忌避されるのに」実際には「そういうことは言わない」という。田口守一ほか・前掲注3) 20頁〔後藤昭発言〕。

54) 司法制度改革審議会・前掲注1) 232頁。

ある「法の支配」の下に有機的に結び合わせようとするものであり…」(波線筆者)⁵⁵⁾

ここから、司法改革審議会の描く市民像は、「統治主体」としての「国民」が、「自律的でかつ社会的責任を負った」存在であり、「互いに協力しながら自由で公正な社会の構築に参加」するという形象であることが読み取れる。「国民」を「統治主体」として位置付け、積極的な役割を期待する点は、討議民主主義において討議に参加することが期待されている市民像との部分的な類似性を見出すことができる。

憲法が採用する民主主義が討議民主主義であるとするれば、市民に裁判員参加の義務付けを行うことは、憲法が許容する市民の義務として、憲法18条の「苦役」禁止違反にならないだろう。裁判員制度における市民の義務的参加は、適正な国家権力行使を実現するために「主体的に」取り組む市民像の採用を明確化しようとするものとして理解すべきである⁵⁶⁾。

さらに本稿では取り上げなかったが、討議民主主義の議論の中には、「理性的な討議」の実現のためにはどのような条件が担保されるべきかを検討する論稿も現れており、より充実した討議を行うために裁判員制度に対してさらに示唆を与えうる⁵⁷⁾。

もっとも、討議民主主義を司法過程にどこまで持ち込むことが可能であるのか、という問題は、なお検討すべき課題であろう。例えば、上告審や控訴審にも市民が参加することが要請されるのか否か、要請されないとすればそれはなぜか、検討しなければならない。この問題については、何が市民による討議に馴染むのか、という点からの考察も進める必要がある。

また、本稿では討議民主主義のみに純化した形で、民主主義の文脈で裁判員制

55) 同前187頁。

56) 丸田隆「[裁判員制度]と国民の実質的「司法参加」」Causa 3号(2002年)41頁、45頁以下。この点、丸田は「主体的民主主義」を主張し、司法への市民参加の義務付けの必要性を述べている。この「主体的民主主義」の議論が政策選択のレベルなのか、憲法が採用する民主主義の内容をめぐる議論としてのレベルなのか不明確であるが、後者であるとするれば、論理構成によっては憲法18条の抵触を回避しようように思われる。

57) Sunstein, *supra* note (43), at 16.

度の憲法上の位置付けを検討し、出頭就任義務の正当化を試みたが、他のありうる憲法上の権利を位置付ける理念（リベラリズムなど）との調整方法について検討する必要がある。その調整次第によっては、出頭就任義務を課せる範囲がさらに狭まる可能性もある。

これら諸問題については、別の機会に検討することとしたい。