

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——

柳 瀬 昇

一 本稿の意義

本稿は、本誌八二巻二号所収の拙稿「裁判員制度の憲法適合性」と一体となって、二〇〇九年五月にわが国に導入された裁判員制度の憲法適合性について検討するものである。同論文では、裁判員制度を合憲と判示した最大判平成一三年一月一六日刑集六五巻八号一二八五頁の内容を整理したうえで、制度の憲法適合性に関する論点を検討した。本稿では、同論文で挙げて検討課題としていた、裁判員の職務等を国民に課すことが意に反する苦役からの自由（憲法一八条後段）を侵害するか否かについてと、裁判の選択権（裁判員裁判の拒否権）が認められないことが被告人の

裁判を受ける権利(憲法三二条、三七条一項)を侵害するか否かについて、それぞれ取り組むこととする。

二 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性

1 問題の所在

裁判員制度の下では、一般の国民は、裁判員候補者として裁判所に出頭し、裁判員としての職務に従事すること(以下、「裁判員の職務等」という)が義務づけられる(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下、「裁判員法」という)二九条一項、五二条、六三条一項、六六条二項、四項)。そして、この義務に違反して、呼出しを受けた裁判員候補者や選任された裁判員・補充裁判員が正当な理由なく出頭しないときには、裁判所が決定で過料に処する旨の規定がある(二二二条一号、四号、五号)^①。

裁判員の職務等が、一般的に国民の幸福追求権を侵害しうるとして憲法一三条との関係が、裁判に判定者の立場で関与したくないとする思想上または宗教上の信条を侵害しうるとして一九条及び二〇条との関係が、裁判員等としての職務の遂行のために本来行う予定であった精神的または経済的活動を行えなくなるとして二二条、二二条、二七条、二九条などとの関係が問題になるほか、「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」と定める一八条後段との関係が問題となりうる^③。

裁判員制度違憲説は、この点、裁判員の職務等が上記の人権を侵害しうるものであり、かつ一八条後段の禁止する「意に反する苦役」に該当すると主張する^④。憲法学の見地からも、例えば、安念潤司教授は、「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だろうか」と疑問を呈している^⑤。特に、「日本国憲法の

基本原理を強度に自由主義的なものにとらえれば、辞退しうる事由が極めて制限的であれば、制度上あるいは運用上
違憲と判断される可能性もある」と指摘されてきた。⁽⁶⁾

平成二三年最高裁大法廷判決に係る事件の弁護人も、裁判員としての職務等が、「多種多様の法的制裁（過料など）
をちらつかされての義務として押しつけられた「苦役」であり、「この「苦役」とは、憲法第18条の……「苦役」
と同じ意味内容である」と主張している。⁽⁷⁾

平成二三年最高裁大法廷判決では、この論点についての最高裁判所による判断が示されているが、まずは、訴訟法
上の問題を検討したうえで、次に、実体的な問題の考察を行うこととする。なお、本稿においては、裁判員制度の憲
法適合性に関する論点のうち、憲法一八条後段適合性のみならず、裁判員等となる国民の憲法上のその他の権利の保
障に係る規定との適合性についても併せて検討することとする。

2 違憲の争点を提起する適格をめぐる学説

実体的な論点の検討に入る前に、裁判員裁判を受ける被告人が裁判員制度の違憲性を主張するにあたって、裁判員
の職務等が憲法一八条後段の禁止する苦役に該当しうる旨を主張することが認められるか否かという問題に取り組み
なければならない。なぜならば、裁判員の職務等が違憲であるとしても、そのこと自体は被告人自身の権利を侵害す
るものではないからである。

裁判員裁判において、被告人が、（自己の権利の侵害ではなく）第三者である裁判員の憲法上の権利の侵害を自身の裁
判において援用することは許されるか。

これは、いわゆる違憲の争点を提起する適格の問題⁽⁸⁾である。付随的違憲審査制の下では、憲法問題に関する裁判所の判断は、その訴訟事件の解決に必要な限りで行われる。訴訟当事者が法令等の憲法適合性を争うにあたって、自己に適用される法令等により自己の憲法上の権利が現実的、実質的かつ直接的に侵害される場合には、原則としてその主張は認められる一方で、自己の利益に直接関係のない第三者の憲法上の権利侵害を理由とすることは、わが国が付随的違憲審査制を採用している以上、当然に肯認すべきとはいえず、改めて別途考察する必要がある。

この点、学説は、大別して、訴訟当事者は第三者の憲法上の権利侵害を理由として法令等の違憲性を争えないのが原則であるが、一定の要件の下に例外的にそれを許容することができるという見解と、適法に提起された訴訟の当事者自身に対して適用される法令の合憲性をめぐる争点であれば、すべてこれを争う適格性が認められるべきであると見解とが対立している。以下、前者を「制限説」と、後者を「無制限説」と、それぞれ呼ぶこととする。

制限説は、「訴訟当事者は攻撃・防御の手段として本来は自己に有利なあらゆる主張は提出できるはずである」が、「それが第三者の権利の主張である場合には、原則としてできない」ということを前提とする⁽⁹⁾。その理由は、(一)自己の憲法上の権利を害された者が、最もよくその憲法上の争点を裁判所に提起でき、自己の憲法上の権利を害された者の攻撃がある場合に初めて憲法判断をすることにより適正な判決がなされること、(二)援用される憲法上の権利の主体がその権利に対する侵害を甘受し、その憲法上の権利を放棄するかもしれないのに先回りして、その権利が他人によって援用された際に、憲法判断をするのは好ましくないこと、(三)他人に法が適用される場合、その他人の憲法上の権利が害されるといういまだ発生しない想像上の事実に基づき憲法判断をするのは好ましくないことなどが挙げられる⁽¹⁰⁾。もつとも、第三者スタンディング禁止の原則(付随的審査制のもとで彼(彼女)は、特定の第三者であれ、不特定のそれで

あれ、他人の権利侵害またはその蓋然性を理由に違憲性を争えない」は、「司法に内在する制約ではなく、①権力分立のなかでの裁判所の位置をみずから配慮しつつ、不必要な憲法判断を回避すること、②第三者の自律的決定権を尊重すること、③第三者が、最も鋭利で効果的な主張をするであろうから、第三者が法廷に存在する場合にのみ、裁判所はその法的権利につき判断すべきであること等の理由から、裁判所が実践慣行のなかで作り上げてきた裁量上のルールである」。そして、これは「裁量上の原則であるために、裁判所は、その裁量的配慮・必要性を破る理由があると思われるときには、その例外を認めうる」ことになる¹¹。そして、「具体的な要件の判定基準は、個々の事件ごとに個別的に示されざるをえず、結局のところ、判例の集積をまつより他ないであろう」¹²が、通説的見解は、アメリカ合衆国の判例法理を参考に、(i)援用者（他人の憲法上の権利を援用して国家行為を攻撃する者）の訴訟における利益の程度、(ii)援用される第三者の憲法上の権利の性格、(iii)援用者と第三者との関係、(iv)第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能かという四点を総合的に検討して、例外的に第三者の憲法上の権利を援用しうるか否かを決すべきという¹³。とりわけ、この見解は、本来違憲を主張すべき第三者が主張していないにもかかわらず、（その権利にとっては当事者ではない）別の援用者が第三者に代わって違憲の主張を行うことの不合理性を問題視する¹⁴。

一方、無制限説は、「①アメリカでも、概して、違憲主張適格の法理は憲法上の制約ではなく裁判所の自製のルールであり、それは裁判官の裁量的な準則にとどまると解されている、②わが国の訴訟の運用においてはアメリカほどの徹底した当事者主義が採用されておらず、とくに憲法問題については、裁判所が職権主義的な審査を行い、事件の解決に関わりなく憲法判断を行う例も少なくなく、③違憲主張適格の法理を絶対視することは、違憲審査権の柔軟な行使という違憲審査制の現代的要請に反する結果を招く、など」として、「およそ不利益処遇の除去を求めて出訴し

た者は、その処遇に関連する違憲の争点はすべて提起することができると主張する¹⁵⁾。市川正人教授は、第三者の憲法上の権利を侵害する政府行為によって損害ないし不利益を被る被告人が、第三者の権利を主張することを認めないアメリカ合衆国の *jus tertii* ルールは、(一)司法権ないし違憲審査権行使に対するかなり消極的な自らの法理であること、(二)合衆国最高裁判所はこのルールに対する例外をきわめて容易に認めていること、(三)わが国の刑事訴訟においてこのルールを厳格に適用する実質的基盤ないし必要性に乏しいことを理由に、「我国においては、被告人は、第三者の権利を侵害する行為が自己に不利益を与えていると主張すれば、それだけで第三者の権利の主張を認められる(即ち *jus tertii* ルールを採用しない)との立場を採っても問題ない」と主張する¹⁶⁾。「自己に対する国家行為(法令の適用)が第三者の権利を侵害すると主張する当事者適格が問題となる場合には、訴訟当事者は、自己に対する法令の適用を、それ自体の違法(憲)性を主張することによって、排除しようとしているわけである」から、「訴訟当事者が当該法令適用の排除につき利害関係を有している限り、第三者の憲法上の権利の侵害の有無につき裁判所が判断を下すことが、訴訟当事者にとっては——したがって当該訴訟の解決にとっても——必要であるといえる」し、「この意味での「第三者の憲法上の権利の主張」を認めることは、通常の事件の処理にあつて必要な限度で憲法判断を行うという付随的違憲審査制の枠組みを超えるものではない」という¹⁷⁾。もとより、この見解においても、「例えば、訴訟当事者と第三者に一定の利益相反が認められる場合や、訴訟当事者が実際に十分な弁論活動を行わなかった場合など、訴訟当事者が第三者の憲法上の権利の適切な代弁者であることが疑われる場合には、裁判所は、賢慮に関わる問題として、第三者の憲法上の権利に関わる争点に付き判断を行うことを控えるのが適当である」とする¹⁸⁾。

3 違憲の争点を提起する適格をめぐる判例

この違憲の争点を提起する適格をめぐる、判例は、当初、「訴訟において、他人の権利を容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のものと解するを相当とする」としていた（最大判昭和三五年一〇月一九日刑集一四卷二二号一五七四頁、同二六一頁）。しかしながら、最高裁判所は、その後、いわゆる第三者所有物事件判決（最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一五七七頁、同一五九三頁）において、判例変更を行い、次のように述べて、第三者による憲法上の権利の主張を認めた。すなわち、「かかる没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であつても、被告人に対する附加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは、当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである」。

この昭和三七年大法院判決は、制限説のいう、「権利の性質や当事者と第三者の関係を勘案し、さらに第三者が侵害された権利の救済を独立に自ら求めることができない、あるいはそれがきわめて難しいときは、例外的に……原則を緩和し、特定の第三者の憲法上の権利を援用した違憲の主張が認められるべきであるとされる」ことを「まさに……認めた例として、一般に解されている」¹⁹。その一方で、大石和彦教授は、「第三者所有物没収に関する……昭和37年最判につき多くの学説は、芦部論文が紹介したA説〔本稿における制限説〕の鑄型に押し込んで〔例外要件④〔本稿における(iv)に該当するとして〕これを理解しようとしてきた〕が、「実際の昭和37年判決はA説〔制限説〕が想定する「原則」すら語っていない」として、そのような判例の読み方を全面的に否定する²⁰。さらに他方で、本判決の読み方

としては、無制限説の立場を採ったものと読むべきとする見解もある。⁽²¹⁾

本稿は、違憲の争点を提起する適格を主たる課題として扱うものではないため、この議論にこれ以上深く立ち入らないが、いずれにせよ、この論点は憲法学においてきわめて重要なものであることは明らかであろう。しかしながら、すぐ後に述べるとおり、裁判員制度の憲法適合性について判示した平成二三年最高裁大法廷判決は、この違憲の争点を提起する適格の問題について、判決文において論点として格別に検討することすらしていない。

4 裁判員制度違憲訴訟における違憲の争点を提起する適格という論点の扱われ方

裁判員制度の憲法適合性を正面から取り上げた初めての下級裁判所裁判例である東京高判平成二二年四月二二日高刑六三卷一号一頁では、「参加意思の有無にかかわらず国民に裁判への参加を強制し、守秘義務や財産上の不利益等の負担を課す裁判員制度は、憲法が保障する国民の基本的人権（憲法13条、18条、19条、21条、29条）を侵害するものである」との弁護人の主張に対して、検察官は、「所論は被告人以外の第三者の権利を援用する主張であり、被告人は裁判員裁判に参加する国民の権利について具体的な利害関係を有しないのであるから、その主張適格がない」と抗弁した。

これに対して、東京高等裁判所は、「裁判員制度は司法権を担う下級裁判所の構成に直接関わるものであり、同制度が国民の基本的人権を侵害し憲法に反するものであるとすれば、被告人の裁判を受ける権利（憲法32条、37条）を侵害することになるから、この点について被告人の主張適格を否定することはできない」と述べたうえで、一般の国民に裁判員の職務等を義務づける点が憲法一八条等に違反しないと判示した。

すなわち、この東京高裁判決は、(一)裁判員制度が(被告人以外の)国民の基本的人権を侵害し、憲法に違反するものである↓(二)裁判員を含む裁判体は憲法上の(司法権が帰属する)下級裁判所とはいえない↓(三)(憲法上の裁判所とはいえない)裁判員裁判は被告人の裁判を受ける権利を侵害する↓(四)裁判員制度によって人権を直接侵害される可能性のない被告人についても、その主張適格を否定することはできない、という論理構成になっている。⁽²²⁾

この点、宍戸常寿教授は、本判決が「裁判員制度が違憲であるとすれば被告人の裁判を受ける権利の侵害に当たることを理由に、被告人の主張適格を認めている」が、「仮に裁判員制度が裁判員に選任された者との関係で人権を侵害するとしても、それが直ちに被告人の裁判を受ける権利を侵害するという関係にはない」と批判し、最大判昭和二四年三月二三日刑集三巻三号三五二頁を挙げて、「判例は、裁判所の構成が違法であれば、それは同時に憲法上の裁判を受ける権利の侵害にもなる、との立場も採っていない」ことをも指摘する。そのうえで、「刑事裁判それ自体が被告人の人権に関わるものであると同時に、裁判員の辞退……が広く認められ不出頭等に対する過料……が発動されていらないという現状の運用の下で、裁判員として選任された者が裁判で自己の権利侵害を争うことは想定し難く、それ故に被告人に主張適格を認めるべきである、と解するのが適当であろう」と主張する。すなわち、宍戸教授は、違憲の争点を提起しうる適格の問題に関して制限説に立つたうえで、裁判員制度が被告人以外の国民の人権を侵害しうることを理由に被告人が違憲主張しうるかという論点に関して、芦部信喜教授の提唱した(iv)第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上可能ではない問題と解したうえで、主張適格を肯認する。⁽²³⁾

この東京高裁判平成二二年四月二二日判決のほかにも、被告人が制度を違憲と主張する際に第三者である裁判員の権利を根拠とすることの適格性を疑問視する下級裁判所裁判例として、東京高判平成二三年五月一九日高検速報平成

二三年九八頁(速報番号三四四〇号)がある。⁽²⁴⁾

一方で、裁判員制度の憲法適合性を終局的に判断した平成二三年最高裁大法廷判決では、そもそも違憲主張の適格の問題にはまったく言及せず、一八条についての実質的な判断を行っている。もとより、調査官解説がこの論点について検討していることから推察するに、最高裁判所がこの論点の存在にまったく不可知であったとはいえない。

調査官解説は、「本判決は、憲法18条後段違反の主張を適法なものとして扱ったものであり、この点も重要な先例となると思われる」と述べる。そして、「その理由について本判決は判示していない」ことを率直に認めつつ、最高裁判所大法廷の見解を次のように付度する。すなわち、「①裁判員制度が国民の基本的な人権を侵害し憲法に反するものであるとすれば、被告人はそのような憲法違反の裁判所及び手続によって刑事裁判を受けることになるわけであるから、ひいては憲法32条、37条によって保障された被告人の裁判を受ける権利を侵害するということになると考えられること、②裁判員制度の仕組みにより一般的に生じると想定される負担が「苦役」に該当し憲法18条後段に違反する旨主張しているものであって、被告人の立場においてその負担の程度について主張し得ないものではなく、呼び出しを受けたり選任された個々の裁判員等の固有の具体的事情に基づき不利益を主張している訳ではないことに照らすと、無制限説からはもとより、制限説の立場に立つても、例外的に被告人の主張適格を肯定できる場合に該当するといえるのではないかと思われる」⁽²⁵⁾。

しかしながら、筆者は、この解説自体も十分に説得的なものとはいえないと解する。すなわち、調査官解説の①に関して、本判決が、裁判員制度という統治機構の制度の設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となるというようにとらえているとすれば、本判決は東京高判平成二二年四月二二日

と同様に、裁判を受ける権利をめぐる従前の判例の立場とは異なる理解を示すものと解さざるを得ない。調査官解説は、本判決が判示していない違憲の争点の主張適格を被告人に認める論理として、(一)裁判員制度が(被告人以外の)国民の基本的人権を侵害し、憲法に違反するものである↓(三)(憲法上の裁判所とはいえない)裁判員裁判は被告人の裁判を受ける権利を侵害する、という構造を示しているが、ここには論理の飛躍がある。調査官解説において「ひいては」として中略されたところには、前掲東京高判平成二二年四月二二日と同様に、(一)裁判員を含む裁判体は憲法上の(司法権が帰属される)下級裁判所とはいえない、という構成要素が挙げられるべきであろう。さらに付言すれば、裁判員たる国民の基本的人権の侵害は、必ずしも直ちに被告人の裁判を受ける権利の侵害(そして、裁判員制度の違憲性)に結びつくとはいえないことも指摘しておきたい。すなわち、裁判員に対する人権侵害が当該裁判員の判断に影響を与え、被告人に係る裁判の公正が害される²⁶ということを示してはじめて、上記の(一)と(二)の構成要素と接続され、(三)に帰結するといえよう。

また、②については、そもそも援用者が第三者の法的権利の国家による制約により発生する負担の程度を理解し主張しうるか否かとは別の理由で、違憲の争点を提起する適格性の問題が論点とされているところ、たとえ被告人が裁判員に一般的に生じうる負担の程度を主張しえたとしても、制限説に立てば、憲法訴訟においてそれを主張する適格性が直ちに認められるわけではない。違憲主張の適格性を認めるための例外要件を充足することの論証が必要とされるが、本判決ではその論証が行われているとも評価しえない。違憲の争点を提起する適格性に関して、筆者は、制限説の論拠をより説得的であると考え、訴訟当事者は第三者の憲法上の権利侵害を理由に法令等の違憲性を争えないのが原則であるが、一定の要件の下で例外的に第三者の憲法上の権利を援用しうる場合を認めるといふ通説的見解に立

つ。そして、裁判員の職務等が憲法一八条後段の禁止する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、²⁷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、自らの憲法一八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と、筆者は解する。

5 平成二三年最高裁大法廷判決がいう「参政権と同様の権限」の意味

次に、実質的な論点の検討に入ることになろう。まずは、判決文の文言の意味を確認する。

平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等が「国民に一定の負担が生ずることは否定できない」として、これが国民に対する負担であることを認めている。そのうえで、裁判員法一条に定める制度導入の趣旨を挙げ、これ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すものだと解釈を示す。この点、裁判員制度の意義と国民主権との関係性については検討を要するものの、²⁸解釈論としておおむね妥当であろう。しかしながら、これに続く部分には、必ずしも明快とはいえない記述があることを指摘せざるを得ない。

すなわち、「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」とする一文である。

そもそも、本判決は「参政権と同様の権限を国民に付与するものであ」と述べるが、「参政権と同様の権限」とは具体的にどのようなものを指すのかが不分明である。はたして、判決は、「参政権と同様の権限」と表現することによって、裁判員の職務等にどのような性質があることを示そうとしたのであろうか。

通説的見解によれば、参政権とは、主権者として政治に参加する国民の権利を指し、具体的には選挙権と被選挙権が中心なものとして挙げられ、さらに広義には国民投票権や公務就任権を含む²⁹。もつとも、有力な異説はあるもの³⁰、通説は、参政権を純然たる個人の主観的権利としての性格を有するものではなく、例えば、その典型である選挙権に関しては、権利の側面のみならず公務としての側面も併有するとしている³¹。

選挙権の法的性格と同様に、裁判員の職務等についても、権利である、ないしは権利的性格があると解することは、理論的には可能であろう。この点、佐藤幸治教授は、近時、「直接的な統治参加方式」として裁判員制度を位置づけ、「国民の司法参加は広い意味でここでの参政権的権利の一種と解することができる」との見解を示している。すなわち、佐藤教授は、「憲法学は総じて国民の司法参加に積極的ではなかったが、裁判員制度の導入により国民はようやく三権の1つである司法の場にも本格的に参画する場を得たことになり、それは憲法に潜在していた権利の顕在化とみることができる」と主張する³²。もつとも、裁判員の職務等の権利性を承認するとしても、そこから直ちに国民が職務等を負担しなければならないということが論理的に帰結されるわけではない³³。ここで、選挙権がその享有主体の意思で自由に行使しないという選択が許される（対照的に、裁判員法は、裁判員の職務等への参加を、権利として行使しないとすることを許していない）ことを想起すべきである。辻村みよ子教授が参政権（選挙権）の権利性を強調することの論理的帰結として強制投票制が認められないことを示したように³⁴、裁判員の職務等の権利性を強調すれば、むしろ、裁判への強制参加制は認められないという帰結とならなければならない³⁵。

では、権利性から直ちに法的義務づけの正当化ができないとして、裁判員の職務等の権利的性格以外の要素から、それを正当化することができるだろうか。

本判決は、注意深く、「参政権と同様の権利」ではなく、「参政権と同様の権限」と記述しており、裁判員制度が国民に与えるところのものが純然たる権利ではなく、権利以外の何ものであること、あるいは何らかの権利以外の要素を併有するものであることを暗示している³⁶。しかしながら、判決は、それが何であるかについては沈黙している。もつとも、ここでいう権限が権利の要素と権利以外の要素からなるものであるとして、後者の要素について、これを、参政権と同様の論理で（すなわち、選挙権の法的性質につき通説たる二元説の立場を採り）かりに裁判員としての地位に基づいて刑事事件の裁判に関与する公務であると解するならば、参加を法的に義務づけることが正当化されるという立論も成り立ちうるであろう。

この点、土井真一教授は、次のように述べて、裁判員等の出頭・就任義務を（参政権と同様の権限とはしないもの）国民主権原理に基づく国民の責務であり日本国憲法一八条に違反しないと主張する。「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つて、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³⁷」。

ただし、ここで確認しておきたいことは、国政のあり方について最終的な責任を負う主権者たる国民にとって、最も基本的な政治参加の方法である選挙においてすら、投票が法的に義務づけられていないという事実である³⁸。憲法に明文の根拠を有する選挙という公務ですら、国民はそれへの参加を法的に強制されないにもかかわらず、立法政策と

して認められたにすぎない裁判員の職務等という公務について、「国政の在り方について最終的な責任を負う主権者たる国民の公共的な責務」であるからといって、国家が国民に対してそれへの参加を過料の制裁を担保として法的に義務づけることを肯認するのは、はたして均衡の取れた議論といえるだろうか。

選挙権の法的性格について二元説の立場からは、強制投票制は立法裁量に委ねられたものと解することになる。⁽⁴⁰⁾ 同様に、裁判員の職務等についても公務・権利二元説を採るならば、あるいは（権利的性格を認めなくとも）国民主権原理に基づく公務的性格を承認するならば、裁判員の職務等の強制は、立法裁量に委ねられたものと解する余地がある。しかしながら、通説としての（選挙権に関する）三元説は、「選挙権が公務執行の義務たる性質を強くもつとしても、それは「道義的な義務」であり、法律によって強制される「法律的な義務」だと考えるのは正当ではない」と解しているため、立法裁量論によつて裁判員の職務等を「法律的な義務」とすることは直ちには正当化されない。⁽⁴¹⁾

6 裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる学説

憲法一八条後段の禁止する意に反する苦役については、これまで、学説の関心もさほど高くはなく、また、その意義を明らかにするような判例もなかった。⁽⁴²⁾

意に反する苦役については、大別して、「通常人が多少とも苦痛を感じる程度の労役を意味する」とする狭義説と、苦役の「苦」の字句にとらわれず、「広く本人の意思に反して強制される労役」を意味するとする広義説とが対立しているが、後者が通説であり、政府見解でもある。⁽⁴⁵⁾ 旧著でも述べたとおり、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ため、意に反する苦役に該当しないと解される。また、議院・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、国家作用の実施に協力す
る義務は、労役に当たらないため、同じく一八条後段違反とはならないと解される。⁴⁶⁾

裁判員の職務等については、前述のとおり、一八条後段の苦役に該当するとする見解がある一方で、旧稿で述べた
とおり、合憲とする見解は、次の三つに大別しうる。⁴⁷⁾

第一説は、苦役概念を狭義に解し、裁判員の任務はそもそも通常人が苦痛を感じるようなものではなく、あるい
は労役に当たらないとする見解である。

第二説は、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という一八条後段の例外規定は限定列举ではなく例示列举である
とし、それ以外の場合でも意に反して役務に従事させても一八条後段により例外的に許容されるものがあるが、裁判
員の職務等はまさに憲法上規定されていないものの例外的に許容される役務に該当するとする見解である。⁴⁸⁾ 憲法一八
条後段は「犯罪に因る処罰の場合」以外に、市民的及び政治的権利に関する国際規約八条三項(c)に定める「市民とし
ての通常の義務とされる作業又は役務」を服させることを許容する。そこで、「いかなる負担が憲法一八条に違反し
ないかについて実質的に検討する必要があるが、基本的には、負担を課す必要性・正当性、負担の程度(労役の強度、
期間など)、及び負担の免除事由などを考慮して具体的に判断することにな」⁵⁰⁾り、その判断の結果、裁判員の職務等は
例外的に許容される役務に含まれる(したがって、これを強制しても一八条後段に違反しない)という。この見解は、理論
上は、(a)裁判員の職務等が例外的に苦役に該当しないから、意に反しても服させられうるという理解と、(b)裁判員の
職務等は苦役に該当するが、例外的に意に反しても服させられうるという理解との二つが成り立ちうる。すな

わち、概念レベルの問題（苦役に該当するか否か）と効果の問題（公権力が国民に対してそれを課すことが許容されるか否か）である。一八条の解釈としては、犯罪による場合に科される刑罰は苦役に該当するが、一八条後段により意に反しても服させられようと解される⁵¹。ならば、同様に例外的に許容される役務は、本来、概念としては苦役に該当するものの、効果として一八条後段によつて意に反しても服させられようとするのが整合的な解釈であろう⁵²。しかしながら、この見解の代表的論者である土井教授は、（必ずしもこの点を明確に述べていないものの）裁判員の職務等が苦役に該当しないという見地に立つものと解される。すなわち、土井教授は、一八条後段にいう苦役について、「広義に解する限り、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外は、例示と解するのが相当ということにな」る一方で、狭義説に立ち「通常人が多少とも苦痛を感ずる程度の労役」と解することにも合理性があるとしたうえで、「市民として果たすべき義務として憲法が予定している役務を「苦役」にあたることには、日常言語として違和感があ」と述べている⁵³。一方、同じくこの見解の代表的論者である笹田栄司教授は、（同じく必ずしもこの点を明確に述べていないものの）裁判員の職務等が苦役に該当するという見地に一応は立つものと解される⁵⁴。

第三説は、一八条後段の「その意に反する苦役に服させられない」とは絶対的な禁止を意味するのではなく、真にやむを得ない理由（compelling reason）があれば、不当な負担でない限り苦役を課すことを一八条後段は許容していると解したうえで、裁判員の職務等はやむを得ない苦役である、したがって、一八条後段によつて禁止されないとする見解である⁵⁵。苦役性を認めたとうえで、第二説とは異なり、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外を例示と解するのではなく、⁵⁶やむを得ない理由があることを理由に、かかる苦役が憲法上許容されると解するものである。この見解に立つ長谷部恭男教授は、概念レベルでは裁判員等の職務の苦役性を明確に認めつつ、効果レベルで本条が不

当な負担とならない限りで意に反しても服させうると解している。⁵⁷これに対して、成澤孝人教授は、「憲法18条の「絶対的」な意味が失われてしま」い、「危険である」と批判する⁵⁸

なお、狭義説に立たなければ、犯罪による処罰の場合と並びうる例外的な役務と解するにせよ、真にやむをえない理由に基づく苦役と解するにせよ、裁判員等の職務遂行義務を肯認するためには、裁判員制度の高度の公益性を論証する必要がある。⁵⁹

このように、裁判員制度の憲法適合性をめぐる最高裁判所による判断が示されるまでは、主要な憲法学説は、憲法一八条後段にいう意に反する苦役という概念を再検討し、第二説ないし第三説という形で、裁判員の職務等がそれに該当するとしても憲法上許容されるという議論をさまざまな形で開発してきた。しかしながら、平成二三年最高裁大法廷判決は、そもそも裁判員の職務等の苦役性を否定するという第一説を採用した。⁶⁰

7 平成二三年最高裁大法廷判決がいう裁判員の職務等が苦役に該当しないことの論拠

平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等が「国民に一定の負担が生ずることは否定できない」と述べ、これが国民に対する負担であることを承認したうえで、それでも、「これを「苦役」ということは必ずしも適切ではない」と判示した。「参政権と同様の権限」という文言の不明確性は、すでに指摘したとおりであるが、筆者は、「必ずしも適切ではない」という述語部分にも難点があると解する。すなわち、法解釈として適切でないのであれば、端的に「適切ではない」と断言すればよからう。にもかかわらず、最高裁判所は、敢えて「必ずしも」という副詞を挿入し、裁判員の職務等が苦役でないことを断定することに躊躇した。⁶¹

しかしながら、最高裁判所は、判決文において、逡巡を示しつつも、直ちに苦役性を明確に否定する。すなわち、辞退に関し柔軟な制度が設けられているということと、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施が講じられていることを挙げるや否や、段落を改めて、「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る」と強く言明している。当初は、裁判員の職務等が負担であることを承認し、苦役性をも明確に否定しなかった（少なくとも、最高裁判所は、一三〇〇頁一五行目までの段階では、苦役性を全面的に否定していなかった）にもかかわらず、辞退に関し柔軟な制度が設けられていることと経済的措施が講じられるという事情が考慮されると、一転して、苦役に該当しないことが「明らか」と判断することとなる。

では、最高裁判所の理解によれば、苦役に当たりうる負担は、裁判員の職務等からの辞退の柔軟さと裁判員への経済的代償措置によって、違憲ではなくなるということなのであるか。

前者、すなわち、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、一応は説明可能である。もともと、裁判員法の規定としては、辞退事由（二六条）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。辞退事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、⁽⁶³⁾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の達成の障害となりうる。また、そもそも一二条に定める裁判員等の不出頭に対する法的制裁（過料）が実際に運用されているか否かは、⁽⁶⁴⁾法令の規定の憲法適合性とは無関係である（憲法に違反する法令の規定は、実際にそれが適用されないとしても、その違憲性が治癒されるわけではない）。

一方、後者、すなわち、経済的な代償措置を講ずれば裁判員の職務等を負わせることは違憲とはならないとする論理は、にわかには賛同できない。金銭を支給さえすれば国家が本人の意思に反して労役を強制しうるということ、憲法一八条後段が許容するとは解されなからう。

前述のように学説の対立がある一方で、平成二三年最高裁大法廷判決は、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ことを、裁判員の職務等を苦役ということが不適切とする論拠として挙げたうえで、辞退に関し柔軟な制度が設けられているということと、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ことを裁判員の職務等が苦役に該当しないとする事情であると述べた。特に判例において苦役性を否定する決定的な因子とされた柔軟な辞退制度の存在と経済的措置は、憲法学において苦役性を否定する論拠としてはまったく重視されておらず、学説と判例の議論とはかみ合っているとはいえない。

また、裁判員の職務等が憲法一八条に適合的であることの根拠として、前掲東京高判平成二二年四月二二日は、裁判員法がその義務の履行の担保としては刑事罰や直接的な強制措置によることなく秩序罰としての過料を課することに定めること(一一二条)を挙げている⁽⁶⁵⁾。一方、本判決では、他の論拠だけで憲法一八条適合性はすでに十分に論証されたと考えたためであろうか、あるいは、刑罰であろうかが行政罰であろうかが、法的制裁を課するという点で径庭はないと考えたためであろうか、これについての言及はない。しかしながら、「国民の負う義務の程度、および義務違反に対する制裁の存在」(笹田教授)は、学説において裁判員の職務等を憲法一八条後段に適合的に解するための基準とされるものの一つであったところ、最高裁判所が、義務違反者に対する刑事罰や直接的な強制措置の不存在を、一八条適合性の論拠として敢えて挙げなかったことの意図については、より十分な検討が求められよう。

なお、辞退に関して柔軟な制度が設けられているということを裁判員制度が憲法適合的であるとする論拠の一部として、（法令の憲法適合性の判断主体としての）最高裁判所が挙げたことについては、最高裁判所がこの制度の設計に深く関与し制度を推進する立場でもあることに思いを致すとき、政策に対する態度に一貫性がないとの批判が想定される。⁶⁶とりわけ、裁判員制度が施行されて以降、選定された裁判員候補者の辞退率が上昇し続ける一方で、裁判員等選任手続に出席を求められた裁判員候補者の出席率が低下し続けている現状⁶⁷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。⁶⁸

8 平成二六年福島地裁判決における議論

裁判員の職務等が憲法一八条後段の禁止する苦役に該当しうることを裁判員裁判の被告人が争う場合には、前述のとおり、これは第三者の憲法上の権利を主張するものであるから、（平成二三年最高裁大法廷判決が意識的に論点として取り上げなかったとしても）違憲の争点を提起する適格性が前提問題となる一方で、現に裁判員・裁判員候補者である国民ないしそれらであった国民が争う場合には、自らの憲法上の権利を主張することになり、争点はより明確となる。

福島地方裁判所郡山支部で行われた裁判員裁判で裁判員を務めた者が、自らが急性ストレス障害を発症した原因は、裁判員法によって裁判員候補者として出頭を求められ、裁判員に選任され、凄惨な内容を含む証拠⁶⁹を取り調べ、死刑判決に関与さざるを得なかったからであり、裁判員法の規定は、憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反し、裁判員法を制定した国会議員の立法行為は違法であり、また、最高裁判所の裁判官は、平成二三年大法廷判決において、

裁判員制度の推進を図るといふ政治的目的をもって裁判員法の合憲判断を行い、下級裁判所が裁判員法を違憲とする判断を示すことを困難にさせて裁判員法を運用させた違法がある⁽⁷⁰⁾として、国家賠償請求を求めた事案がある。

本件は、まさに、元裁判員が自らの憲法上の権利を主張するものであって、刑事裁判において被告人が第三者の権利を争った平成二三年最高裁大法廷判決に係る事件よりも、裁判員の職務等の憲法適合性を判断すべき事例として適切なものといえよう。しかも、平成二三年最高裁大法廷判決の制度運用への影響の違法性も争点の一つとなっている点で興味深い事例である。

福島地判平成二六年九月三〇日判時二二四〇号一一九頁は、裁判員制度の憲法適合性を認め、かつ、国会議員の立法行為及び最高裁判所裁判官の裁判の適法性を確認したうえで、原告の請求を斥けているが、平成二三年最高裁大法廷判決以降の下級裁判所の判断であるにもかかわらず、制度の憲法適合性等をめぐって丁寧な判示が行われており、十分な考察に値する。

本判決は、元裁判員たる原告が裁判員裁判において審理・評議・評決に参加したことと、原告がその後に急性ストレス障害を発症したこととの間には相当因果関係があることを認定した一方で、「憲法自体が国民の司法参加を容認していると解される以上、その実現のために、国民に一定の負担が課されることは、憲法の予定するところであって、その負担に必要性が認められ、かつその負担が合理的な範囲に留まる限り、憲法一八条後段に違反しないと解するのが相当である」とし、「国民に負担を課してまでも裁判員制度を実現する必要性が認められるかについて」は、司法制度改革の経緯・理念や裁判員法一条の規定を挙げて、「裁判員法の立法目的は正当なものであるといえ、裁判員法の立法の必要性も十分これを肯定することができる」と述べたうえで、裁判員法に定める精神的・経済的負担の軽減

が図られていることに照らせば、原告が重い精神的負担を強いられ障害を発症するという事態に至ることが直ちに国民の負担が合理的範囲を超えることを示すものと断ずることはできないとし、裁判員の職務等は憲法一八条後段が禁ずる苦役には該当しないと判示した。

裁判員の職務等の憲法二二条一項適合性に関して、同条の保障する職業選択の自由には、特定の職業に就くことを強制されない自由が含まれるところ、裁判員の職務は憲法二二条にいう職業に当たるから、国民に対して裁判員となることを義務づける裁判員制度は憲法二二条一項に違反するとの原告の主張に対して、本判決は、憲法二二条一項の職業の意義を「人が自己の生計を維持するためにする継続的活動」としたいわゆる薬局距離制限事件最高裁判決（最大判昭和五〇年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁）を引用し、「裁判員等の職務は、それが一時的に従事する公務であるという点からも、職務の対価としての報酬を受けないことから、自己の生計を維持するためにする継続的活動と評価することはできず、憲法二二条一項にいう職業には該当しない」と判示した⁷¹。また、裁判員等としての職務を義務づけられることによって、国民が自己の本来の職業に関する職務を行う自由が侵害されることから、憲法二二条一項の職業選択の自由に含まれる職業活動遂行の自由を侵害するとの主張に対しても、同判決は、裁判員制度の重要性・必要性及び裁判員法の定める負担軽減措置等により裁判員制度を実現することによる国民の負担が合理的な範囲に留まることに照らせば、国民が自己の本来の職業に関する職務の遂行について支障を受けることがあるとしても、これをもって憲法二二条一項の保障する職業活動遂行の自由を侵害するとまではいい難いと判示した。

裁判員の職務等の憲法一三条適合性に関して、裁判員の職務等を義務づけられることによって、（心的外傷を受けた原告のように）裁判員は身体を健康を含む生命を侵害されうるし、裁判において被告人の有罪・無罪及び刑の量定の

判断を義務づけられることによって生命・自由・財産の侵奪に荷担させられ、自由・幸福追求に対する権利も侵害されうるため、裁判員制度は憲法一三条に違反するとの原告の主張に対して、本判決は、「裁判員制度を含む裁判員法には合理的な立法目的と立法の必要性が認められるのであるから、そのような立法目的を達成するために、一定の辞退事由等に該当しない限り、国民に対して裁判員になることを義務づけることは、公共の福祉によるやむを得ない制約というべきであり、「裁判員法の定める負担軽減措置等により裁判員制度を実現することによる国民の負担が合理的な範囲に留まっていると認められること」から、「裁判員法による制約は、公共の福祉による合理的な制約であり、憲法一三条には違反しないと判示した。

裁判員法を制定した国会議員の立法行為が原告との関係で国家賠償法一条一項の適用上違法といえるか否かに関しては、本判決は、いわゆる在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁⁷²）を引用したうえで、裁判員法が上述のとおり憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反しないと解されることから、消極に判示した。また、平成二三年大法廷判決を言い渡した最高裁判所の裁判官の行為が原告との関係で国家賠償法一条一項の適用上違法といえるか否かに関しては、本判決は、最一小判昭和五七年三月一二日民集三六卷三号三二九頁⁷³を引用したうえで、裁判員法は憲法適合的であり、最高裁判所の裁判官が裁判員制度推進という政治的目的をもって判決をしたとは認められないことから、裁判官はその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行使したものと認めうるような特別の事情があるとはいえないとして、消極に解した。

第一審判決に対して、原告は、参加した当該刑事裁判における検察官・裁判官の不適切な訴訟行為ないし裁判員法の不適切な運用による違法を理由とする請求を追加して控訴したが、控訴審においても原告の請求は棄却された（仙

台高判平成二七年一〇月二九日判時三二八一号七四頁。すなわち、原告によれば、参加する裁判の対象事件についての十分な説明が裁判員の選任前になされていけば、裁判員を辞退していたであろうし、凄惨な内容の証拠資料に触れる可能性があることや辞退事由の説明が裁判員に対してなされなかったという。そして、裁判員制度に際して、裁判員裁判における凄惨な内容の証拠資料の取扱いへの配慮・工夫が求められるとの議論がなされていた⁷⁴にもかかわらず、参加した裁判の公判前整理手続や審理では、そのような配慮や工夫がなされず、「検察官が過剰で不要とすべき衝撃的な証拠を申請し、これを裁判官が配慮や工夫を指示しないまま採用した」と、原告は主張した⁷⁵。

控訴審判決は、「確かに、検察官及び裁判官には、裁判員等の精神的負担軽減の努力、工夫が求められているといえる」ものの、「検察官の訴訟行為においては、検察官による証拠調べ請求が明らかに不当で検察官に公訴権を付与した法律の趣旨に反するなど、検察官に付与された訴訟上の権利の濫用に当たると認められる特段の事情がある場合、裁判官の訴訟指揮においては、裁判官が違法又は不当な目的をもって証拠採用及び証拠調べをしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いて権限を行使したと認め得るような特段の事情がある場合において、検察官、裁判官の行為が国家賠償法上違法となるものと解される」ところ、原告が裁判員として関与した裁判において、「検察官及び裁判官の訴訟行為等について国家賠償法上の違法を認めることはできない」と判示した⁷⁶。

9 意に反する苦役からの自由以外の裁判員等の人権の侵害可能性

前述のとおり、裁判員の職務等に関しては、憲法一八条後段の「意に反する苦役」に該当するか否かという論点のほか、裁判員等となる国民のその他の人権を侵害するか否かが問題となりうる。具体的には、憲法一三条、一九条、

二〇条、二一条、二二条、二七条、二九条などの関係が問題となりうる。

この点、前掲東京高判平成二二年四月二二日は、詳細な検討を行っている。すなわち、同判決は、一八条と同様の理由で、二三条（幸福追求権）及び一九条（思想・良心の自由）に抵触しないと判示し（特に、後者に関しては、裁判員法が、一定のやむを得ない事由がある場合には辞退を認めていること（一六条）と、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（平成二〇年政令第三号）六号が、精神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を辞退事由として規定していることを挙げる）、裁判員等に守秘義務が課されることについては、「憲法二一条が保障する表現の自由も公共の福祉による合理的で必要やむを得ない程度の制限を受けることがあるところ、裁判員、補充裁判員及びこれらの職にあつた者に守秘義務を課すことは適正な刑事裁判を行うために必要不可欠なことである」として、それが刑罰（裁判員法一〇八条）を伴うとしても憲法二一条に違反せず、また、裁判員等に財産的負担が生ずることについて、「財産権にはそれ自体に内在する制約があるほか、憲法二九条二項により立法府が社会全体の利益を図るために公共の福祉に適合するような規制を加えることができるとされており、裁判所としては、立法府の判断が合理的裁量の範囲を超える場合に限り憲法二九条二項に違背するものとしてその規制立法の効力を否定することができるものと解すべきである」ところ（いわゆる森林法事件に係る最大判昭和六二年四月二二日民集四一巻三号四〇八頁を引用する）、「裁判員制度の目的が公共の福祉に合致することは明らかであるし、……財産上の不利益が生じる可能性があるからといって、裁判員制度を設置した立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとはいえない」として、憲法二九条に違反しないと判示した。

一方で、最高裁判所は、平成二三年大法院判決以降、同大法院判決が判断を示さなかった憲法の人権条項に関して

裁判員の職務等の憲法適合性が争われても、同判決を判例とし、判例及びその趣旨に徴して明らかであるとして、ほとんど論拠を示すことなく主張を斥けている。そのうちの一つである最三小判平成二六年九月二日集刑三一四号二六七頁では、弁護士は、「現在の裁判員裁判の運用状況は、被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能なのであつて、適正な裁判所を構成したものは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判の保障した憲法37条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法32条、適正手続を保障した憲法31条に違反するものであり、また、死刑判断は裁判員にとってあまりに負担が大きいのであつて、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張した⁷⁸。特に、「合理的な辞退事由が存在していると質問票に記載して回答しているにもかかわらず、個別質問で具体的な事情の説明を求められ……、とくに病気で出頭できないと言っているにもかかわらず、具体的症状の説明を求められた者……もいる」ことを挙げ、「このような再回答の要請はプライバシー侵害にあたる場合もあり得るのみか、出頭を国民の義務として強要するかの不当な問い合わせであり、いくらこれらの者が裁判員に選ばれず、判決の判断に影響がないとはいっても、裁判員候補者となっただけで、その候補者に苦痛を与えるような運用たり得、問題である」と指摘する⁷⁹。また、弁護士は、「裁判員が精神的に疲弊したときのカウンセリング体制……を整えることなく裁判員に参加の負担をかけるだけかけて、極めて重大な作業を行った裁判員経験者に対して重い守秘義務を課していること自体が、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばか

りでなく、裁判員思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張する。⁽⁸⁰⁾ さらに、「国民に対して、死刑判断という極めて非人道的な選択に加わることを強制するものであり、しかも、……死刑に対する賛否を〔裁判員等選任手続における裁判員候補者に対する〕個別質問に入れることができない現在の運用からすれば、死刑制度に反対する者や、当該事件で死刑に反対の意見を持った者が、多数決によつて死刑判断に荷担させられることにもなり得るのであり、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法18条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法19条）や信教の自由（憲法20条）、表現の自由（憲法21条）といった精神的な自由を害し、憲法13条の幸福追求権等をも侵害するものである」とも述べる。⁽⁸¹⁾ これに対して、最高裁判所は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・刑集65巻8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。また、憲法19条適合性の問題について、（裁判員たる国民の）沈黙の自由の侵害という観点からの違憲主張に対しても、最一小判平成二四年一二月六日集刑三〇九号六七頁は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・刑集65巻8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。⁽⁸²⁾

裁判員の職務等の憲法一八条後段及び一九条適合性が争われたほか、「裁判員制度のもとでは、裁判官のみに高額な報酬その他の給与が支給され、裁判員には低額の日当が支給されるに過ぎず、社会的身分で経済的関係において差別するもので、憲法第14条第1項に反する」などとする弁護人の主張⁽⁸³⁾に対しても、最一小判平成二六年一〇月一六日集刑三〇八号二五五頁は、「裁判員制度が憲法のこれらの規定に違反しないことは当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第

1196号同23年11月16日大法院判決・刑集65卷8号1285頁）及びその趣旨に徴して明らかである」として、他に論拠を示さずに上告を棄却した。

いずれにせよ、裁判員裁判を受ける被告人が第三者として裁判員の職務等の憲法上の権利侵害を主張したとしても、最高裁判所がそれを正面から論点として取り上げることが、特段の事情の変更がない限り、あるいは特殊な事例における場合でない限り、期待できない。なぜならば、裁判を受ける権利の意義に関する従前の判例の立場を前提とするならば、かりに思想の自由や信教の自由に関して深刻な葛藤を有する裁判員が裁判に参加していたとしても、また、裁判への参加によって裁判員の職業選択の自由や財産権が侵害されうるとしても、その裁判の被告人の裁判を受ける権利の侵害には直結することはないと解すべきところ、必ずしも裁判員制度を一般的に違憲と判断したり、当該裁判員の参加した裁判を無効としたりしなければならぬこととはならないためである⁽⁸⁴⁾。被告人の立場から主張すべきことは、第三者の憲法上の権利侵害よりも、むしろ、自らの憲法上の権利侵害の可能性であろう。そのうちの一つである、被告人の裁判の選択権（裁判員裁判の辞退権）の問題については、次章で検討することとしよう。

三 被告人の裁判の選択権（裁判員裁判の辞退権）の否定

1 学説と制度設計時の議論

裁判員制度においては、裁判員法二条一項に定める事件については、三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され、被告人は、従前の裁判官のみによる裁判を受けることはできない。被告人に裁判の選択権が認められていないため、裁判員裁判を辞退することはできない。

この点、そもそも、裁判員制度の創設以前の憲法学説においては、陪審制度に関して、陪審裁判を辞退する権利を被告人に認める(そして、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有力であった。⁸⁶⁾

裁判員制度の設計に際しても、被告人に裁判の選択権を認めるべきとする見解は少なくなかった。例えば、西野喜一教授は、「被告人に、裁判員が加わった裁判を辞退する自由があるのであれば、事情は転換し、被告人の承諾の下で実施されるものとして、裁判員による裁判の合憲性は肯定できるであろう」と主張する。⁸⁷⁾ 同様の見解は、香城敏磨教授や椎橋隆幸教授らによっても示されていた。⁸⁸⁾ 高橋和之教授は、制度設計論議の初期の段階において、次のように述べていた。「憲法問題をクリアーするためにはいくつかのポイントがありますが、1つは、被告人に選択権を与えたらどうかということが考えられます。参審制を入れるけれど、それは被告人が選べますよということであれば、本人が選ぶわけですから、憲法上の裁判を受ける権利という点からは、一応説明はつきます。もっとも、参審制が「裁判所による裁判」と言えるのかという問題は残りますが、逆に、被告人がそれでよいと言っているのに、だめだという理由は何かということにもなります。たしかに、憲法上の「裁判所による裁判」のあり方を全面的に被告人の選択に委ねることは問題かもしれませんが、被告人の同意がある場合とない場合では、憲法上の許容範囲が異なりうるのではないかと思えます。……参審制の場合に選択制を入れると、理論的に、あるいは実態的に、何か不都合があるのでしょうか。選択制も可能ならば、それは1つの考慮要素となりうるように思います。⁸⁹⁾ また、安念教授は、「かりに、裁判員制度が被告人の裁判を受ける権利との関係では合憲であるとしても、それが憲法上必要的ではないことは明らかであるから、被告人の辞退権を認めることは当然立法政策上検討されなければならぬ」と述べたうえで、論者自

身は「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」との見解を示していた。⁽⁹⁰⁾

一方で、かりに裁判員制度が違憲であるとして、被告人に裁判の選択権を認めたとしても制度が直ちに合憲となるものとはいえないという見解もまた、制度設計段階では有力であった。第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月二三日）では、被告人の裁判の選択権について再検討を提唱した藤田耕三委員に対して、井上正仁委員は、次のように反論した。「藤田委員が言及された憲法問題ですけれども、私は、当事者に選択権があれば憲法問題をクリアーするというのは、変な理屈だと思つています。その考え方は、裁判を受けるのは権利だから放棄できるはずだということの基本にしていると思うのですけれども、放棄した場合には、「裁判」として保障された形によらなくてもいいとすると、その場合に選んだのは裁判ではないということになってしまう。個人の権利の視点からすると、それでも良いのかもしれないですけれども、一国の制度の問題として、裁判あるいは司法作用を経ないで、人を有罪にしたり刑を科すということになってしまうのは、そのこと自体として問題だと思つてわけです。ですから、放棄できるかどうかではなくて、まさに司法権の作用としての裁判、そしてその主体である裁判所というのは、どういう構成であるべきなのか、その問題だと思つたのです。選択できればいいという憲法学説もむろんあるのですけれども。それと、私はやはり、当事者による選択の余地を残すということの理由がどうもわからないのです。一定の事件の場合には、裁判員制度の対象にすべきだとか、あるいは裁判官によるべきではないという議論なら、まだ理屈としてわからないでもないのですけれども、そこからいきなり、被告人が希望した場合にはそうすべきだということが、論理として飛んでいるように思う。そこは、どうもわからないのです⁽⁹¹⁾」。井上教授は、被告人が裁判を受ける憲法上の権利を放棄して裁判員裁判を選択すると考えるならば、そこで選択された裁判は憲法上の被告人の権利として受けることが保障さ

れた「裁判」ではないことになり、そこで有罪・無罪の決定や刑の量定が行われるとすれば、憲法上の裁判を経ずして刑罰が科されることになる点⁽⁹²⁾を問題視している。

ここで、被告人の裁判の選択権の問題を考えるにあたって、(a)人権問題として、被告人の裁判を受ける権利をどのように保障するのかという視点と、(b)統治機構の制度の一つとして、司法権の担い手としての裁判所をどのように構成するのかという視点の二つから検討することとしよう⁽⁹³⁾。権利を重視する視点からは、被告人には裁判を受ける権利が憲法上保障されているところ、権利である以上はそれを行使することもできる一方で、それを放棄するのも権利享有主体の自由であるはずだから、たとえ裁判員制度に憲法上の疑義があるとしても、憲法上の裁判を受ける権利を放棄するという被告人本人の選択を尊重し、疑義ある制度の適用を受けることが容認されるということになる⁽⁹⁴⁾。これに対して、制度を重視する視点からは、一国の裁判制度をどのように設計するのかが、個別の被告人の意思とは無関係であるところ、国家が重大な犯罪に係る刑事事件の裁判に裁判員を参加させることを決定した以上、被告人は裁判員の参加する裁判を受忍するほかないことになる。この場合、被告人に裁判の選択権を認めるか否かは立法政策の問題となるため、被告人の裁判の選択権を認めない現行の裁判員制度は、必ずしも裁判を受ける権利を侵害するものとはいえないという結論となる。そして、井上教授の見解は、後者の制度アプローチに立脚するものであるといえる。

司法制度改革審議会意見書は、井上教授の示したこの見解に沿って、次のように被告人の裁判の選択権を否定すべきとした。すなわち、「新たな参加制度は、個々の被告人のためというよりは、国民一般にとつて、あるいは裁判制度として重要な意義を有するが故に導入するものである以上、訴訟の一方当事者である被告人が、裁判員の参加した裁判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⁽⁹⁵⁾」。

意見書のこの記述に対しては、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」との反応や、「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」との疑義が示されていた。⁹⁷⁾

そもそも、憲法三二条によって保障される裁判を受ける権利は、立法による制度形成に依拠した権利である。⁹⁸⁾ この権利としての性格を前提とすれば、裁判員裁判対象事件に関して、かつては裁判官のみによる裁判が行われていたとしても、裁判員制度の導入以降は、法律によって裁判員の参加する裁判が行われるようになった以上、裁判を受ける憲法上の権利が保障するところの裁判とは、裁判員裁判を指す（裁判官のみによる従前の裁判ではなくて、裁判員裁判のみを指す）ことになるという理解は可能であろう。

2 平成二四年最高裁第二小法廷判決における議論

平成二三年最高裁大法廷判決にかかる上告申立事件の弁護人は、上告趣意書において、「裁判員法には、被告人の方から請求して、裁判員裁判から逃避し、正規裁判官のみによる裁判を受ける権利を保障する規定がない」旨を指摘し、旧陪審制度における被告人の陪審の放棄権（陪審法6条）と同趣旨の規定が裁判員法に設けられれば、「裁判員法は違憲」の現在の考えをその時点で再検討する」と述べていた。⁹⁹⁾

しかしながら、弁護人によるこの主張は、被告人の裁判選択権の問題が具体的に憲法のどの条項に抵触するかを指摘していなかったためか、これに対する最高裁判所の判断は示されることはなかった。

はたして裁判員裁判の選択権を被告人に認めないことは、裁判を受ける権利を保障する憲法三二条、三七条に違反するのか。この点について最高裁判所の判断が初めて示されたのが、最一小判平成二四年一月一三日刑集六六卷一号一頁である。

本件は、シンガポール国籍の女性(被告人)が、氏名不詳者と共謀して、クアラルンプール国際空港において覚せい剤四八五・二七グラムを隠匿携帯して航空機に搭載し、営利目的で日本に持ち込んだところ、成田国際空港の旅具検査場で税関職員に発見され、覚せい剤取締法、関税法等に違反するとして起訴された事件である。第一審では、裁判員の参加する合議体で審理裁判が行われ、被告人は懲役六年六月及び罰金二五〇万円に処された(千葉地判平成二二年二月一八日刑集六六卷一号一〇頁)。第一審判決に対して、被告人が控訴し、事実誤認及び量刑不当のほか、裁判員制度が違憲である旨を主張したが、控訴審は控訴を棄却した(東京高判平成二二年六月二九日刑集六六卷一号二一頁)ため、さらに上告されたものである。

弁護人の主張の論旨は、次のとおりである。すなわち、(一)裁判員の氏名等は開示されず、責任の所在が不明確であり、(二)弁護人の主張・立証について検察官と比べて費用・人材の面で不利であり武器対等といえず、また被告人を弁護するということの意義についても裁判員には理解されにくく、(三)主に量刑と保護観察に付すか否かに関心をもつといえる裁判員は、事実認定において誤りを犯すおそれがあり、(四)短期間で証拠調べ等をしているため、従来の裁判と比べて審理が粗雑になっており、被告人の権利が十分に守られているといえず、(五)司法研修所の研究報告によれば、控訴審はできる限り第一審たる裁判員裁判の判断を尊重して審査する必要があるとされ、かつこれが指針として運用されているため、事実上、三審制が有名無実になっており(一審制に等しく)、(六)市民感覚を重んじるのであれば一審

だけでなく控訴審においても裁判員制度を導入しなければ一貫性がないし、(七)裁判員はともすれば感情的に裁判しがちであり、(八)裁判員裁判は細かく報道されるため、被告人にとって精神的負担が大きい、といった問題点が裁判員制度にはあると述べる。そのうえで、制度は(裁判員には配慮がある一方で)被告人に対する配慮が欠けており、被告人に裁判員裁判の選択権を与えるべきであるとしたうえで、現行の制度は、被告人の裁判の選択権を認めない限りにおいて、憲法三二条、三七条に違反すると主張する⁽¹⁰⁾。

一方、検察官は、答弁書において、裁判員制度の合憲性を論証したうえで、特に、選択権の問題については、「裁判員制度が憲法第32条、第37条1項等の規定の趣旨に合致する制度であることからすれば、被告人に裁判員裁判を辞退する権利が認められていないという点は憲法違反の主張の根拠となるものではない」と述べる。そして、「裁判員制度は、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参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もので(裁判員法第1条)、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ことから導入されたものである以上、訴訟の一方当事者である被告人等が、裁判員の参加する合議体による裁判を選択することや、その同意を得ることを必要とする理由はないと考えられたものであり」として、「この点からも、憲法上問題とされるべき点は存しない」と主張した⁽¹¹⁾。つまり、検察官側は、審議会意見書と同様に、裁判員制度が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ため導入されたということを理由に、裁判の選択権の否定の憲法適合性を肯定しようとしている。これに対して、最高裁判所は、次のように述べ、被告人に裁判員裁判の辞退権を認めないことが憲法三二条、三七条一項に違反しないと判示した。すなわち、「憲法は、刑事裁判における国民の司法参加を許容しており、憲法の定

める適正な刑事裁判を実現するための諸原則が確保されている限り、その内容を立法政策に委ねていると解されるところ、裁判員制度においては、公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されているなど、上記の諸原則が確保されている。したがって、裁判員制度による審理裁判を受けるか否かについて被告人に選択権が認められていないからといって、同制度が憲法32条、37条に違反するものではない。このように解すべきことは、当裁判所の判例（最高裁平成22年(あ)第1196号同23年11月16日大法廷判決・裁判所時報154号1頁）の趣旨に徴して明らかである。所論は理由がない」。

3 検討

このように、平成二四年最高裁第二小法廷判決は、被告人に裁判の選択権が認められないことについて、論点そのものを精査することなく、平成二三年最高裁大法廷判決を引用し、判例の趣旨に徴して明らかであると述べるにとどまった。

平成二三年最高裁大法廷判決は、国民の司法参加の内容が（適正な刑事裁判を実現するための諸原則に違反しない限り）立法政策に委ねられており、裁判員制度そのものが憲法適合的なものであると判示している。しかしながら、制度導入以前には被告人が裁判官のみによる裁判を受けることができたこと、そして、そのような裁判を制度導入以降は受けることができなくなったことを、憲法三二条・三七条との関係でどのように解すべきかについて、論点として適切に示されなかったがゆえに、この大法廷判決は検討しなかった。そして、大法廷判決で解明されなかった被告人の裁判の選択権の問題について、平成二四年判決は考察する好機であったにもかかわらず、平成二三年大法廷判決で判示

された制度一般の合憲性から直ちにその合憲性を導出した¹⁰²。制度そのものが他の条項との関係で憲法適合的であると
しても、刑事裁判制度の抜本的な改革が行われ、その前後で被告人が受けるべき裁判の内容が大幅に変更されたとい
う状況で、被告人が否応なく新たな仕組みの裁判を受けなければならなくなったということが憲法三二条・三七条に
適合的か否かは、独立の問題として真摯に検討されるべきではないだろうか。

つまり、被告人の裁判の選択権が認められていないことの憲法適合性の論証に際して、平成二四年最高裁第二小法
廷判決は、平成二三年最高裁大法廷判決が示した裁判員制度そのものの憲法適合性に全面的に依拠しているが、従来
の裁判官のみによる裁判に代えて裁判員制度を新たに導入するという政策変化の憲法適合性について自覚的に取り組
んだものといえるか否かは、筆者は、議論なしとはしない¹⁰³。

平成二三年最高裁大法廷判決においては、(前述のとおり、調査官解説によれば) 裁判員制度という統治機構の制度の
設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となるというように連続的に
とらえていると解される。つまり、大法廷判決には、制度の問題を人権の問題として再構成したうえで、その憲法適
合性について判断しようとする姿勢が見られていた一方で、本判決において、最高裁判所第二小法廷は、被告人の裁
判を受ける権利について熟考することなく、もっぱら統治機構の制度の一つとしての裁判員制度の憲法適合性につ
いて判断した¹⁰⁴。もとより、裁判員制度は個々の被告人の権利のためというよりは、国民一般にとつて、ないし裁判制度
として重要な意義を有するがゆえに導入されたものであるから、被告人には裁判の選択権を認められないという議論¹⁰⁵
は、すでに確認したとおり、司法制度改革審議会意見書の採る立場でもあるが、本判決に係る訴訟において問われて
いたのは、まさに審議会意見書における議論が人権論として妥当なものだったかということであった。司法制度の憲

法上の位置づけは、統治機構の一翼であるだけでなく、国民の裁判を受ける権利という請求権を実現するための手段でもあるということに思いを致すときに、被告人の裁判の選択権について相応の考慮が必要であったとする立論も可能であり、本判決ではそれがまったく見られないという点が特徴的であるといえよう。

本章の最後に、被告人の裁判の選択権を否定することの憲法適合性をめぐる平成二四年最高裁第二小法廷判決の射程を確認しておきたい。本判決は、裁判員裁判を受けるか否かの選択権を被告人に認めないことが、憲法三二条及び三七条によって保障される被告人の裁判を受ける権利の侵害とはならないと判示したのみである。そして、その論拠は、裁判員制度そのものの憲法適合性である。裁判を受ける権利の保障という観点からの被告人による裁判制度の選択の可能性は、本判決では否定されていない。換言すれば、法律によって裁判員裁判の対象とされている事件以外の事件の被告人に、同じく法律によって裁判員裁判の選択権を新たに創設することの憲法適合性については、平成二四年判決は沈黙しているといえる。したがって、被告人の選択に基づき（現行）裁判員裁判非対象事件へ裁判員裁判を拡張するという法改正は、本判決からは直ちに違憲とする結論は導かれない。また、（例えば裁判員となる国民の協力が得られず現行の裁判員裁判の運用が維持できない状況が今後生じた場合に）現行の裁判員裁判対象事件について、被告人に裁判員裁判の選択権を新たに付与するという法改正¹⁰⁶も、本判決の趣旨からは同じく違憲とする結論は直ちには導かれない。

四 まとめに代えて

本稿では、裁判員制度の憲法適合性に関して、特に、裁判員の職務等を国民に課すことが意に反する苦役からの自

由（憲法一八条後段）を侵害するか否かについてと、裁判の選択権（裁判員裁判の拒否権）が認められないことが被告人の裁判を受ける権利（憲法三二条、三七条一項）を侵害するか否かについて検討した。

前述のとおり、平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性をめぐる検討に際して、裁判員法一条に定める制度導入の趣旨を挙げ、これ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すものであるとの解釈を示した。裁判員制度の意義と国民主権の原理との関係という問題については慎重な検討を要するものの、しかしながら、本稿では、紙幅の都合上、扱うことができなかつた。挙げて今後の検討課題とした¹⁰⁷。

*本稿は、平成二七年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（若手研究(B)）「裁判員制度と弾劾制度の研究を通じた自由主義と民主主義との相克についての探究」（課題番号・二五七八〇〇一六）及び平成二八年度科学研究費助成事業（日本学術振興会学術研究助成基金助成金（基盤研究(C)）「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」（課題番号・一六K〇三三〇一）の研究成果の一部である。なお、本稿で、「憲法」とは、特に注記のない限り、日本国憲法を指すものとする。

(1) このほかに、裁判員・補充裁判員は、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ず（裁判員法三九条二項）、正当な理由なく宣誓を拒否したときには、裁判所が決定で過料に処する旨の規定がある（二二一条二号）。また、区分審理決定がなされた場合の選任予定裁判員についても、同様に呼出しを受け正当な理由がなく出頭しないときには、過料に処する旨の規定がある（同条二号）。

(2) 大久保太郎「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性（上）——予想される制度の実態の考察」判例時報一八八三号（二〇〇五年）四―五頁（「国民が、その行動について意思に反する制約を公権力から受けることなく、自由に行動できる

ということは、国民各自の生活の基礎を成し、ひいて自由社会発展の基盤を作るものである。それゆえ、憲法一三条は、国民にその意思に反し、自由を犠牲にして公共へ奉仕することを強制されないことを保障したものであって、同条は、憲法の重要な原則の規定であり、それゆえにこそ「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」と特に定めているのである。憲法に根拠もないのに裁判員法なる法律を作り、同法の定める国民の刑事裁判への参加即公共の福祉なりとして国民の奉仕を強制することは、裁判員となることを望まない国民にとって明らかに憲法一三条違反である」。大久保太郎「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」判例時報一七七二号 (二〇〇二年) 四—七頁も参照。

(3) 拙著『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、二〇〇九年) 二四四—二四六頁。

(4) 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を読む」判例時報一七五〇号 (二〇〇一年) 二七頁。「明らかに一般普通の国民が出頭義務に堪え得る限度を超えているといわなければならない。それにもかかわらず、裁判員候補者に対し、くじで選ばれた以上国民の責任だとして出頭義務を課することは、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、或る場合には、その者の経済的、社会的死を意味することになるであろう。このようなことは、苦役の強制を禁じた憲法一八条の趣旨からも許されることではない」。

(5) 安念潤司「自由主義者の遺言——司法制度改革という名の反自由主義」藤田宙靖 高橋和之編『樋口陽一先生古稀記念 憲法論集』(創文社、二〇〇四年) 三三三頁。安念教授は、「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ことに注意しなければならない」と警告する(三八五頁)。一方で、制度設計のあり方としては、裁判員候補者の就任拒否権を認めればよいと提案する(三八九頁)。

(6) 山元一「司法権」法学セミナー五九三号 (二〇〇四年) 三〇頁。この問題意識を共有しつつ、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義 (deliberative democracy) 理論によつて、自由の意義を再構成したうえで、裁判員の職務等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肯認すべき (憲法一八条後段に違反しない) とする筆者の私見については、拙著・前掲注(3) 二四四—二五一頁。

(7) 刑集六五卷八号一三三二頁。

(8) これは、「原告適格、被告適格」という本来の意味における当事者適格」ではなく、「事件につき当事者適格のあるものが、攻撃又は防禦の方法として違憲の争点を提起する適格」の問題である（時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』（第一法規、一九九六年）二〇三頁）。憲法訴訟の当事者適格ともいわれるが、このような呼称に対しては、「憲法訴訟という独自の訴訟類型があるわけではないのだから、本体の訴訟を離れて、「憲法訴訟」独自に、当事者適格などの訴訟要件が問題になることは、そもそもありえないはずであり、本来問題となるのは、「当事者がどのような違憲の主張をすれば裁判所の憲法判断を引き出すことができるか、ということなのであり、「違憲主張の資格の問題というより、違憲主張の利益の問題である」とする見解（浦部法穂『憲法学教室（第三版）』（日本評論社、二〇一六年）四一〇頁）や、「適法に提起された訴え解決のため必要と考へ得る憲法上の争点（その中には当事者が提起する争点もあれば裁判所が職権で取り上げるものもある）」のうち裁判所が判断を及ぼすべき範囲の問題というべき」とする見解（大石和彦「違憲審査権の行使（3） 違憲の争点を提起する適格」大石眞Ⅱ石川健治編『憲法の争点（ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3）』（有斐閣、二〇〇八年）二七八頁、傍点）は原文による）がある。

(9) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社、一九九五年）四五四頁。

(10) 最大判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一〇号一五九三頁における下飯坂潤夫裁判官の反対意見（二六一三頁）、時國・前掲注（8）二二三頁。時國康夫判事は、この理由づけが「消極的な意味で裁判所が政策形成に關与するという機能を發揮する違憲立法審査という機能が、政策形成という機能達成に最も適切な機構ではないところの、当事者の対審という裁判構造の下で、選挙民に対し直接責任を負わないという意味で、非民主的な裁判所によってなされるという、機構上の弱点に対する内省に、由来するものであろう」と述べる一方で、アメリカ合衆国において、他人の憲法上の権利を援用して違憲の争点を提起することを認める判例が多くなってきており、わが国においても同様となる可能性はないわけではないとしたうえで、「事件の処理上判断が不可欠な憲法問題についてする裁判所の判断は、自らが好むと好まざるとに拘らず、その事件を超え、社会的な意味では、消極的乍ら政策形成に關与するという政治的機能を有するわけであるから、その判断が、一般国民や他の国家

機関に対し、受け容れられるためには、その判断に説得力があることが必要であり、特に違憲という判断がなされる場合には、立法府や行政府との無用な摩擦を避けるためには、違憲判断をするに至ったプロセスについても判文上に十分な理論づけが示されることが是非必要であり、当然のこと乍ら、憲法判断が事件の処理上不可欠であったことについての説明、換言すれば、違憲という判断がなされた争点につき、当事者がこれを提起する適格を有したことの説明が常になされることが肝要だということになる」と主張する(二二二―二三三頁)。

(11) 阪本昌成『憲法理論Ⅰ〔補訂第三版〕』(成文堂、二〇〇〇年)四二〇―四二二頁。

(12) 新正幸『憲法訴訟論〔第二版〕』(信山社、二〇一〇年)三九〇頁。

(13) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)六八―七四頁。これは、佐藤幸治教授や市川正人教授も指摘している(Robert A. Sedler, *Standing to Assert Constitutional Jus Tertii in the Supreme Court*, 71 YALE L. J. 599, 627-628, 1962の強い影響を受けたものである(佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(一九八四年、日本評論社)一五一頁、市川正人『憲法訴訟の当事者適格・再論』米沢広一ほか刊行代表『佐藤幸治先生還暦記念 現代立憲主義と司法権』(青林書院、一九九八年)六四八頁)。なお、時國判事は、芦部教授の挙げた四つに加えて、「その憲法上の争点が実際に実のあるもので法令違憲とか処分意見とか判断するのが相当であるかどうかの五つの事項が考慮に入れられるものと解せられる」という(時國・前掲注(8)二三九頁)。一方、佐藤教授は、(一)第三者が自らの権利を主張しえず、または主張することがきわめて困難であるという事情が存する場合、(二)訴訟当事者が申し立てている損害が同時にまた第三者の憲法上の権利を奪うような性質のものである場合、(三)訴訟当事者と第三者との間にある種の実質的な関係にあるような場合には、「第三者の憲法上の権利を主張することが認められて然るべきであろう」という(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、二〇一一年)六三三頁)。

(14) 松井茂記教授は、「権利を侵害された人は権利侵害を主張するかどうか自分で決定できるべきであり、また十分その利益を代表していない他人の訴訟によって自分の権利侵害に対する判断を受けることは妥当でないと考えられるから、やはり原則として第三者の権利侵害の主張は許されない」と主張する(松井茂記『日本国憲法〔第三版〕』(有斐閣、二〇〇七年)一〇六頁)。また、渋谷秀樹教授は、日本国憲法が個人の尊重(二三条)ないし個人主義を基本原則とし、パターナリズム的な考え

方を排斥してしただうえで、「訴訟当事者は、自己に有利な判決をもたらすような、あらゆる主張をなすことができる」ということから出発するのを基本とするが、その主張が第三者の権利の享有に関わるような判断を求めることになる場合には、その第三者の関与しない裁判で、その権利について決定がなされてしまうことになり、その場合には、第三者の権利主張を禁止すべきことを個人主義の原理が要請することになる」と述べる（渋谷秀樹『憲法（第二版）』（有斐閣、二〇一三年）七〇一—七〇二頁）。渋谷教授の見解については、併せて、渋谷・前掲注（9）四五三—四五六頁も参照。

（15）戸波江二「第三者所有物の没収と適法手続」樋口陽一・野中俊彦編『別冊法学教室 基本判例シリーズ1 憲法の基本判例（第二版）』（有斐閣、一九九六年）一五九頁。同様の立場を採るものとして、安念潤司「憲法訴訟の当事者適格について」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、一九八五年）三七四—三七五頁（「恐らく、standing が認められるということは、第三者に対する違憲的適用の可能性から説き起こし、それをレトリックのうえで足掛かりとして、法律の全部の違憲性を導出し、ついには自己に対する関係での違憲性に説き及ぶという体裁が、法律構成として妥当であると認められることを意味するであろうが、問題の核心はやはり、被告人本人との関係での違憲性にあり、しかもそれ以外にはないように筆者には思われる」、浦部・前掲注（8）四二二頁（「当事者は、自分に対して直接適用される法律の規定などの違憲を主張するかぎりには、どんな理由であろうとも、違憲主張の利益を有するのであって、そこには、なんらの制限もないということである。要するに、その法律の規定などが自分に対して直接適用されるものであるかぎり、当事者はあらゆる理由でその違憲を主張する利益があるのである。したがって、それが、第三者の権利を侵害するという理由であっても、いっこうに差し支えないはずである」）、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、二〇一三年）三六九頁（「基本的には、訴訟当事者本人が被っている不利益を除去するのに必要かつ有効な違憲事由の主張であれば、使えるものを総動員して構わないのである。そこで提起される違憲事由が訴訟当事者本人の権利侵害を直接構成するものかどうかは別問題である。ただ、主観訴訟を基礎とする司法権理解が、提起される憲法上の争点の帰趨が訴訟当事者本人の利害関係と何らかのかたちで密接に関連することを求め、学説も判例もそのような関連性を争点提起の条件にしてきたように思われる」）、三七〇—三七二頁（「刑罰権の行使の排除のための主張であれば、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」。

- (16) 市川正人「憲法訴訟の当事者適格 (三・完) —— 第三者の憲法上の権利の主張をめぐる」『民商法雑誌九一卷六号 (一九八五年) 五〇頁。
- (17) 市川・前掲注(13) 六五一頁。
- (18) 土井真一「憲法訴訟の当事者適格論の検討」『法学教室三八四号 (二〇一二年) 八二頁。
- (19) 矢口俊昭「違憲の争点を提起しうる当事者適格 —— 第三者所有物没収事件」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ (第六版) (別冊ジュリスト二二八号)』(有斐閣、二〇一三年) 四一五頁。
- (20) 大石・前掲注(8) 二七九頁。
- (21) 戸波・前掲注(15) 一五九頁。
- (22) ここには、国家の統治機構の制度の一つとしての裁判制度をどのように設計するかという問題と、憲法上の権利の一つである個人の裁判を受ける権利が侵害されるか否かという問題の二つが存在している。そして、本文で示した論理展開のうち、(二)が統治機構の問題であり、(一)と(三)が人権保障の問題であるが、人権保障の問題が統治機構の問題として再構成され、さらに人権保障の問題として検討されるといふ構造になっている。
- (23) 宍戸常寿「裁判員制度の合憲性 (刑事裁判例批評174)」『刑事法ジャーナル二八号 (二〇一一年) 九三頁。
- (24) この判決は、「まず、被告人は裁判員も構成員となった裁判体による原審の審理・判決に特段の異議なく応じていたところ、その判断に対する不服申立ての論拠として、判断主体たる裁判員が被る種々の人権侵害を主張すること自体、適格性に疑問がある」と判示している。ただし、それに続けて、「そして、その点は措くとしても」としたうえで、裁判員制度の憲法一八条・一九条適合性に関して実体的な判断を加えている (一〇〇頁)。
- (25) 西野吾一・矢野直邦「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成二三年度)』(法曹会、二〇一五年) 三三〇頁。
- (26) 上訴の可否という観点から見れば、裁判員法に定める不適格事由に該当する者が裁判員として選任され裁判に関与した場合には、裁判員法六四条による読替えを経て刑事訴訟法三七七条一号が適用され、「法律に従って判決裁判所を構成しなかつ

たこと」が控訴理由となりうるが、裁判員法一八条は、不公平な裁判をするおそれがあると裁判所が認め、た者の裁判員選任を禁止するものである（不公平な裁判をするおそれがある者の選任を禁止するものではない）ことから、実際に裁判員裁判において裁判員としての職務に従事し、解任されずに評議・評決にまで至った者について、一八条に係る原裁判所の判断が覆る可能性は低かろう。一方、刑事訴訟法三七九条の「訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合」として構成するためには、問題となる裁判員の裁判への関与が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを立証する必要があるが、この点、判例によれば、「その法令違反がなかつたならば現になされている判決とは異なる判決がなされたであろうという蓋然性がある場合」でなければ、本条にいう「判決に影響を及ぼすことが明らかであること」とはいえない（最大判昭和三〇年六月二二日刑集九卷八号一一八九頁）。そして、かりに問題となる裁判員の意見が合議体における結論を左右する決定的なものであつたとしても、評議の秘密を漏示することが罰則をもつて禁止されていること（裁判員法七〇条、一〇八条一項）から、その立証は困難であろう。芦高源ほか「訴訟手続の審査」（大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方（4））判例タイムズ一二七四号（二〇〇八年）七二―七三頁参照。

(27) 付随的違憲審査制を採るわが国の裁判所は、憲法上の争点であつても、それが適式に提起されたとはいえない場合には、判断を回避することができ、上告審において、弁護人が明示的に争点化しようとしたのは憲法八〇条一項本文前段と七六条一項・二項前段の二か条のみであり、これに対する検察官の答弁書もこれら二か条のみを取り上げていたことから、最高裁判所が積極的に憲法一八条後段適合性に取り組もうとしなければ、この争点に対する判断は（真正の権利主体による適切な争点提起までの間）留保することもできたはずである。

(28) 裁判員制度の意義と国民主権との関係性については、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において考察する予定である。

(29) 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第六版）』（岩波書店、二〇一五年）二六〇頁。

(30) 辻村みよ子『「権利」としての選挙権』（勁草書房、一九八九年）三五―三六頁。

(31) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣、一九七九年）一三七頁（ただし、厳密にいえば、清宮四郎教授は、「選挙人は、

一面において、選挙を通して、国政についての自己の意志を主張する機会を与えられると同時に、他面において、選挙人団という機関を構成して、公務員の選挙という公務に参加するものであり、前者の意味では参政の権利をもち、後者の意味では公務執行の義務をもつから、選挙権には、権利と義務との二重の性質があるものと認められる」と述べ（原文ママ）、選挙そのものは公務であり、選挙権が権利であり、かつ義務であると見ているようである）、芦部・前掲注(29)二六二頁。

(32) 佐藤・前掲注(13)『日本国憲法論』一九五頁。後述する議論との関連で、佐藤教授は、「日本では裁判員制度についてとかく義務の面ばかりが強調されがちであるが、韓国の陪審法3条は「大韓民国国民は、国民参与裁判に参加する権利と義務を有する」と定めている」と述べている（同頁）が、ここで、佐藤教授が裁判員の職務等に義務的側面があることを認めている（少なくとも、否定はしていない）点に注目したい一方で、そもそも法律に定められた立法の趣旨や刑事裁判の運用（それに対する国民の信頼も）等が明白に異なる韓国の陪審制度を、この文脈でわが国の裁判員制度と比較する意義については、筆者は疑問なしとはしない。

(33) 権利を行使するか否かはその享有主体の自由な意思によるべきであり、行使することが法律上義務づけられるのであれば、それは権利と通常観念されるものとはやや異質なものといわざるを得ない。リベラルな憲法学がそれを肯認するか否かは別論として、少なくともこの文脈においては、享有主体にその行使を法律上義務づける権利という概念が認められているようである。ならば、それを行使することが享有主体に法律上義務づけられる権利というものを正当化する一般理論の確立が求められるよう。

(34) 辻村教授によれば、「強制投票制は、権利説ではそもそも論理的に認められない」（辻村・前掲注(30)一四―一五頁）。

(35) その一方で、かりに裁判員の職務等の権利性を承認すれば、裁判員としての参加は安易に制限されてはならないという帰結となるだろう。「選挙権……の権利性を重視する立場からすれば、権利制約の程度や手段の合理性等の問題に論及することなく、合目的性のみをもって権利侵害にあたらぬという結論を導くことは不十分である」（辻村・前掲注(30)二三頁）から、現行の裁判員法が規定する裁判員の欠格事由（一四条）や就職禁止事由（一五条）の憲法適合性を新たに検討する必要が生じることになるだろう。六戸教授も、裁判員の職務等を参政権と同様の権限を国民に付与すると「あえて言い切った」本判決に

対して、「法定の就職禁止事由該当者（裁判員法15条）も参政権を有する国民の一員ではないのかという素朴な疑問も湧く」と述べている（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、二〇一六年）三二六—三二七頁）。

(36) 権限とは、法令用語としては、「国、地方公共団体、各種の法人又は個人の機関（又は代理人）が、法律上、契約上、それぞれ、その与えられた、又はつかさどる職務の範囲内において、することのできる行為若しくは処分又は行為若しくは処分の能力の限界若しくは範囲を表す用語である」。職務が「ある機関がすべき事柄をすべき任務、責任の側からみた用語である」のに対して、権限は、「一定の範囲内で具体的にすることのできる行為又は処分の権能について、その限界に着目してその態様又は内包を示すもの」であるという（吉国一郎ほか編『法令用語辞典（第九次改訂版）』（学陽書房、二〇〇九年）二二四頁（林修三執筆））。

(37) 土井真一「日本国憲法と国民の司法参加——法の支配の担い手に関する覚書」『岩波講座憲法4 変容する統治システム』（岩波書店、二〇〇七年）二七三頁。

(38) 併せて、民主権の権力的契機の最も顕著な発現形態である憲法改正の国民投票（憲法九六条）において、投票が国民に義務づけられていないことも指摘しておく。

(39) 土井・前掲注(37)二七三頁。

(40) 辻村・前掲注(30)一四—一五頁。

(41) 芦部信喜『憲法と議会制』（東京大学出版会、一九七二年）二八七頁。

(42) 筆者は、戸松秀典・今井功編『論点体系 判例憲法1』（第一法規、二〇一三年）三〇四—三二七頁において、憲法一八条に関する下級裁判所の裁判例及び最高裁判所の判例を網羅的に収集し、分析する機会を得た。

(43) 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、一九五三年）三九四—三九五頁。赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、二〇一一年）一八一頁、伊藤正己『憲法（第三版）』（弘文堂、一九九五年）三三一頁、小嶋和司『憲法概説』（良書普及会、一九八七年）一八〇頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第三版）』（有斐閣、二〇一三年）二六四頁、野中俊彦ほか『憲法

I〔第五版〕(有斐閣、二〇一二年) 四〇六頁(高橋和之執筆)、毛利透ほか『憲法Ⅱ 人權』(有斐閣、二〇一三年) 二九〇頁(淺野博宣執筆)、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ 基本権』(日本評論社、二〇一六年) 三二七―三二八頁(松本和彦執筆)。なお、広義説が「意に反する苦役」の概念を探求しようとするのに対して、近時の狭義説は、「苦役」概念について検討するものである。この点、苦役を「肉体労働・精神労働を問わず、通常人が多少とも苦痛を感じるような労役」(一八一頁)と定義したうえで、一八条後段によって「禁止されているのは「その意に反する」苦役であるから、本人の同意があれば「苦役」も許されることになる」(一八二頁)とする赤坂正浩教授の見解が明快である。

(44) 芦部・前掲注(29)二四三頁。佐藤功『ポケット註釈全書 憲法(上)〔新版〕』(有斐閣、一九八三年) 二八五頁、芹沢齊ほか編『新基本法コンメンタール憲法〔別冊法学セミナー二一〇号〕』(日本評論社、二〇一一年) 一四二頁(宮地基執筆)、長谷部恭男『憲法〔第六版〕』(新世社、二〇一四年) 二五四頁、宮沢俊義(芦部信喜補訂)『全訂 日本国憲法』(日本評論社、一九七八年) 二二三―二三四頁。

一八条前段の「奴隷的拘束」と関連づけて、労役にとどまらず、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最広義説もある(芦部信喜編『憲法Ⅲ 人權(2)』(有斐閣、一九八一年) 二六三―二六四頁(杉原泰雄執筆)、浦部・前掲注(8)二九八―二九九頁、小林孝輔Ⅱ芹沢齊編『基本法コンメンタール憲法〔第五版〕』(別冊法学セミナー一八九号)〔日本評論社、二〇〇六年〕 一二二頁(菟原明執筆)、樋口陽一ほか『注解法律学全集Ⅰ 憲法Ⅰ』(青林書院、一九九四年) 三六八頁(浦部法穂執筆)。

なお、渋谷秀樹教授は、広狭という観点ではなく、主観説(「通常人が苦痛と感ずるか否かという主観を基準とする説」と客観説(「その意思を無視した、あるいはその意思に反する強制の意味と解する説」とに分類し、「意に反する」の文言が無意味となる」としても)後者の立場を採る(渋谷・前掲注(14)『憲法〔第二版〕』一三三頁)。

(45) 「憲法第十八条に規定する「その意に反する苦役」とは、その意に反する役務のうちその性質が苛酷なものとか苦痛を伴うもののみに限られず、広く本人の意思に反して強制される役務をいうものと解している。したがって、たとえ通常の役務であつても、本人の意思に反して強制される以上、「その意に反する苦役」に当たることになる」(衆議院議員森清君提出憲法

第十八条に関する質問に対する答弁書」(内閣衆質九四第一〇号、一九八一年三月一〇日)。なお、浅野一郎・杉原泰雄監修『憲法答弁集「1947—1999」』(信山社、二〇〇三年)二二七頁。

(46) 拙著・前掲注(3)二四七頁。

(47) 拙稿「裁判員制度の運用と司法権の正統性の危機」ジュリスト一四〇〇号(二〇一〇年)三七頁注(6)。

(48) このように一八条後段の例外規定を例示列举であると解する見解に対して、杉原泰雄教授は、「憲法自体が人権保障に対する例外——公共の福祉による人権の制限——を「犯罪に因る処罰」の場合のみに限定することによって、「その意に反する苦役」からの自由については、公共の福祉の名によるその他の制限を排除している」ところ、「人権の制限について、憲法が特定の方法を禁止しまたは特定の方法のみを許容している場合は、憲法自身が公共の福祉の発動方法を限定しているにほかならないから、当該条項については公共の福祉の名においてさらに例外を設けることができないと解すべきであり、「そう解さないと、憲法自身における人権制限についての特定の方法・場合の禁止または許容はまったく無意味なものとなり、憲法におけるそのような例外の限定と公共の福祉の関係を合理的に説明できないことになる」と批判している(芦部編・前掲注(44)二六四—二六五頁(杉原泰雄執筆)。同様に、「犯罪に因る処罰の場合」を限定列举とし、これ以外の例外を認めない趣旨と解するものとして、芹沢ほか編・前掲注(44)一四三頁(宮地基執筆)、野中ほか・前掲注(43)四〇六頁(高橋和之執筆)、毛利ほか・前掲注(43)二九〇頁(浅野博宣執筆)。

(49) 土井・前掲注(37)二七一頁、笹田栄司「裁判員制度と憲法的思考」ジュリスト一三六三号(二〇〇八年)八三頁。

(50) 土井・前掲注(37)二七二頁。ただし、土井教授は、平成二三年最高裁大法廷判決の評釈では、「賦課される負担が合理的範囲に留まるか否かを、負担を課す必要性・正当性および負担の程度の相当性を考慮して判断する」と述べており(土井真一「裁判員制度の合憲性」前掲『憲法判例百選Ⅱ「第六版」』三八八頁)、負担の免除事由を合理的範囲の判断基準から排除している。一方、笹田・前掲注(49)八三頁は、「①当該制度の意義・必要性はあるのか、②国民の負う義務の程度、および義務違反に対する制裁の存在、③義務を忌避する仕組み、ということから、憲法18条違反の有無を具体的に判断していく必要がある」という。なお、平成二三年大法廷判決は、一八条適合性の根拠として辞退に関し柔軟な制度の存在(負担の免除事由)を

明示的に挙げている(二三〇〇頁)が、その一方で、調査官解説は、「裁判員の職務等に伴う負担が合理的な範囲内にあるか否か」について、「負担を課す必要性・正当性及び負担の程度という観点から検討することとな」とし、負担の免除事由である辞退に關し柔軟な制度の存在を、経済的な負担への配慮とともに、負担の程度の問題として位置づけている(西野Ⅱ矢野・前掲注(25)三二六―三二七頁)。

(51) 赤坂・前掲注(43)一八一頁、浦部・前掲注(8)二九九―三〇〇頁、小林Ⅱ芹沢編・前掲注(44)一二二頁(菟原明執筆)、初宿正典『憲法2 基本権(第三版)』(成文堂、二〇一〇年)三七九頁、芹沢ほか編・前掲注(44)一四三頁(宮地基執筆)、野中ほか・前掲注(43)四〇六頁(高橋和之執筆)、樋口ほか・前掲注(44)三七七頁(浦部法穂執筆)、法学協会編・前掲注(43)三九五頁、宮沢・前掲注(44)二三三頁、渡辺ほか・前掲注(43)三二七頁(松本和彦執筆)。

(52) そのように解さなければ、刑罰は苦役ではないことになるか、あるいは、一八条後段の中に概念レベルで包摂されないものと効果レベルで許容されるものとが混在していることになる。

なお、裁判員制度の高度の公益性の論証(後述)は、効果レベルの問題に影響を与えることはあっても、概念レベルの問題として、裁判員の職務等が苦役に当たらないという帰結にはつながらないと解する。

(53) 土井・前掲注(37)二七一頁。本稿では、土井教授の見解を便宜上、第二説に分類したが、実は、土井教授は、苦役概念につき広義説を採るのか、狭義説を採るのか、明確には態度を示していない。土井教授によれば、「苦役」を広義に解する限り、「犯罪に因る処罰の場合を除いては」という例外は例示と解するのが相当ということになる(同頁、傍点は本稿の筆者による)。つまり、「犯罪に因る処罰の場合」を例示と解する条件は、「苦役」について広義説に立つことであるが、ならば、広義説に立つとしても、裁判員の職務等は苦役に該当しないのであろうか。一方で、狭義説に立てば裁判員の職務等は「苦役」に該当しないというが、この場合、「犯罪に因る処罰の場合」という例外は例示と解するのは相当とはいえないことになる(限定列举と解することになる)はずである。

(54) 笹田教授は、裁判員の職務等の苦役該当性に関して、「裁判員の負担について、裁判員の任務は「苦役」には含まれないとする立場」(これを「第一の立場」という)、本稿でいう第三説(長谷部教授の立場)及び第二説(笹田・土井両教授の見

解) というように三つに分類し、「本判決〔平成二三年最高裁大法廷判決のこと〕は、第一の立場を採ったものと思われる」と述べている(笹田栄司「裁判員制度の合憲性」『平成二四年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊一四五三号)』(有斐閣、二〇一三年)一一頁)。苦役性を認めない見解とは異なるものとして、さらに(同じく苦役性を認める)長谷部教授の見解とも異なるものとして、自説及び土井教授の見解を位置づけていることから推察するに、笹田教授自身は裁判員の職務等が苦役に該当すると解しているのかもしれない。もっとも、笹田教授は、「参政権と同様の権限とすれば「苦役」と解することは難しいであろう」とも述べており(同頁)、苦役概念の検討からの帰結以外の理由から、裁判員の職務等の苦役性を否定している。

(55) 笹田栄司ほか「〔座談会〕日本国憲法研究第1回 裁判員制度」ジュリスト一三六三号九四頁(長谷部恭男・大沢秀介・宍戸常寿発言)。

(56) 前注。特に宍戸教授の発言(「基本的には、憲法18条の例外は例示だと読むよりは、コンペリングな理由があれば……なにかしらの義務を課されることがあることは、今の学説上認められているのではないか)に注目したい。

(57) 笹田ほか・前掲注(55)九四頁(長谷部恭男発言)。一方、宍戸教授は、「苦役という言い方が適切かどうかわかりませんが」と述べ、裁判員の職務等の意に反する苦役該当性についての判断を留保している(同頁)。

(58) 成澤教授は、(筆者による共和主義的憲法観に基づく議論をも取り上げつつ)長谷部教授によるリベリズムに基づく議論に対して、「裁判員制度のような国家に対する国民一般の奉仕義務の合憲性については、同様の義務が今後増やされないためにも、より警戒的であるべき」であり、「そのためには、憲法18条の絶対的な意味を残しておくべきではないか」と主張する(成澤孝人「裁判員制度と憲法理論」法の科学四一号(二〇一〇年)七二頁)。

(59) 土井・前掲注(37)二七二頁。土井教授は、自ら定立した一八条適合性の判断基準のうち、裁判員の職務等の負担を課す必要性・正当性については論証しているが、負担の程度と負担の免除事由については論証しておらず、これらの要件との関係で裁判員の職務等が一八条に適合するか否かは明言せず、慎重な態度を採っている(裁判員の職務等の「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」(二七三頁)と留保を付け、「辞退が認められる事由、審理の期間及び進

行の方法、手当の有無等を具体的に検討する必要があるが、紙幅の関係で、今後の検討に譲りたい」(二八三頁)と述べており、裁判員の職務等の憲法一八条適合性について確定的な判断は回避している。

(60) 笹田・前掲注(54)一一頁。したがって、本判決では「学説が不可欠と見ていた裁判員に課す負担の必要性・正当性等の検討……は行われていない」(同頁)と笹田教授は分析している一方で、土井教授は「本判決は、憲法が国民の司法参加を想定しており、裁判員制度が国民主権の理念に沿って司法の国民的基盤を図るものであって、裁判員の職務等は、参政権と同様、国民に付与された権限であることから、負担の必要性・正当性を基礎づけ、さらに辞退事由や費用の支給等を考慮して、負担の相当性を判断したものであろう」と評釈している(土井・前掲注(50)「裁判員制度の合憲性」三八八頁)。つまり、本判決が裁判員の職務等の負担の必要性・正当性等の検討をしたものであるか否かについて、笹田教授と土井教授とは見解を異にしている。なお、調査官解説は、本判決において負担を課す必要性・正当性の検討がなされたとの認識である(西野Ⅱ矢野・前掲注(25)三二六―三二七頁は、負担を課す必要性・正当性は「裁判員制度導入の目的に帰着することになると解されるところ、……国民の司法参加に係る制度の歴史を踏まえつつ、裁判員法1条が、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参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いることに照らすと、本判決が判示するとおり「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、「参政権と同様の権限を国民に付与するもの」ということになる」と解される)とする。

(61) ここに副詞「必ずしも」を挿入している国文法学的な意味は、一般に、一部分はそうであるとしても、全部がそうであるとは限らないという部分否定を表すものである。ならば、判例は、裁判員の職務等を苦役とすることは、一般論としても常に適切であるわけではないが、逆に、常に適切でないというわけでもないから、苦役というところが適切である場合もありうることを示唆していると読むべきであるということになる。しかしながら、本文で述べるとおり、本判決が裁判員の職務等の苦役性を部分的に承認しているとすると読み方は、最高裁判所の意図するところではないと、筆者は推察している。

(62) 憲法一九条の保障する思想・良心の自由を侵害しないために、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、精神上また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、適切に裁判員の職務等を免除するこ

とは、制度を憲法適合的なものとするための要件である。

(63) 山崎友也准教授は、「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の一つとして、裁判員就任の辞退が「柔軟」に認められていることを挙げた」と述べる（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」岡田信弘ほか編『高見勝利先生古稀記念 憲法の基底と憲法論』（信山社、二〇一五年）八八二頁）が、厳密に言えば、本判決は、裁判員法一六条及び同条八号に基づく政令によつて、辞退事由に該当する者に対して辞退が認められるという制度が柔軟であると評価しているのであり、実際の裁判員の選任手続において、辞退事由の該当如何に関わらず辞退が柔軟に認められるという運用の問題について述べているわけではない。

(64) 最高裁判所事務総局「平成27年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料」（二〇一六年七月）九〇頁によれば、「裁判員候補者及び裁判員等に対する制裁を行ったとして報告がされた事件はなかった」とのことである。

なお、最高裁判所によれば、裁判員法一〇二条の過料に関して、「過料を科すか否かにつきましては個々の裁判体において判断されるもので」あり、「その結果としてこれまで過料を科した例がないということ」であるという（第百八十九回国会議院法務委員会会議録第十三号（二〇一五年五月二六日）九頁、平木正洋最高裁判所事務総局刑事局長による答弁）。

(65) 法務省も、そのウェブサイトにおいて、「国民に裁判員となる義務を課すのは、憲法第18条が禁じる「その意に反する苦役」に当たり、憲法に違反するのではないですか」との問いに対して、裁判員を辞退する制度があり、適切に義務の免除が認められることと、裁判員の負担を軽減するための手当てがあること（ただし、その具体例として、旅費・日当等の経済的代償措置のみならず、迅速でわかりやすい裁判を実現するための方策の導入を挙げている点が最高裁判決と異なる）のほかに、裁判員の職務等を担保するための方法として、刑事上の罰則や直接的な強制の措置ではなく過料にとどめている点を挙げている（http://www.moj.jp/keiji/saibanin_info_room_03.html）。

(66) もとより、司法機関としての最高裁判所と司法行政機関としての最高裁判所は、理論的には異なるものであるから、二者がそれぞれ必ずしも整合的でない言明を展開することは可能であるとの反駁も考えうる。

(67) 内田亜也子「施行後6年を迎えた裁判員制度の評価と課題——裁判員法の一部を改正する法律の成立」立法と調査三六八号（二〇一五年）二二頁。最高裁判所「裁判員裁判の実施状況について（制度施行後平成28年8月末・速報）」五頁によれば、二〇〇九年において八三・九%であった出席率（選任手続期日に出席した裁判員候補者数を選任手続期日に出席を求められた裁判員候補者数で除した商）は、二〇一五年には六七・五%となる一方で、二〇〇九年において五三・一%であった辞退率（辞退が認められた裁判員候補者の総数を選定された裁判員候補者数で除した商）は、二〇一五年には六四・九%となった。

(68) なお、平良木登規男教授は、平成二三年最高裁大法廷判決の評釈において、「刑事裁判が適正に運用されている場合には、裁判員として刑事裁判に参加することが義務的に思われるかもしれない」が、「国民の付託に反する裁判が続くときには、それは単なる義務ではなく、権利的な面が浮かび上がることになる」としたうえで、「刑事裁判は、国民の意思あるいは国民全体の利益に合致して運営されているか否かによって義務的ともなり権利的ともなるのである」と主張する。そして、「苦役」に当たるか否かは、国民の司法参加を、一時点の現象面だけではなく、グローバルな観点から、歴史をも踏まえた見方をすべきであり、この点についての判旨に異論はない」と述べる（平良木登規男『国民の司法参加と刑事法学』（慶應義塾大学出版会、二〇一四年）二八〇頁）。しかし、国家によるある規制が国民の憲法上の権利を侵害しているか否かが、それとは独立した変数であるところの刑事裁判の一般的な適正さに依存するという議論は、少なくとも憲法論としては理解困難である。また、平良木教授はわが国の従前の刑事裁判の運用について「国民の付託に反する裁判が続く」状態であると評価しているようであるが、本判決は、従前の刑事裁判の運用に対して肯定的な評価を前提とするものであって（刑集六五巻八号一三〇一頁参照）、ならば、平良木教授の議論によれば、「権利的な面が浮かび上がることはないことになる。さらに、本判決は、裁判員の職務等の憲法一八条適合性に関して、比較法的観点や法制史的地見地を援用していないということも付言しておこう。

(69) 本判決に関する判例時報や訟務月報の解説（判例時報二二四〇号一九一一二〇頁、訟務月報六一巻三号五三〇頁）によれば、本件の提訴を契機として、裁判員裁判において証拠の遺体写真を、カラーからモノクロへ変えたり、イラストに変えたりする試みが各裁判所で行われるようになり、また、裁判所からの事前告知等によって裁判員の負担軽減措置が検討され実施されるようになったとされているが、正確には、そのような裁判員の負担軽減措置は制度施行前からすでに検討され、試行的

に実施されており、しかしながらその実施が十分ではなかったためか、本件の提訴を契機に本格的に実施されるようになったというべきであろう。

すなわち、検察側としては、制度施行前から、「写真について、せいぜいな場面が写されている場合もあるが、適正妥当な事実認定及び量刑のためには、証拠調請求して裁判員にも展示しなければならぬ場合がある」が、「いきなりこのような写真を見せられて気分が悪くなるなどして職務の続行が困難となる裁判員もいる可能性がある」ので、その心理的負担も考慮し、検察官としては、あらかじめ、せいぜいな写真も含まれていることを告げた上で展示すべきであり、また、「このような写真を示すに当たっては、被害者等の心情に配慮し、必要に応じ、例えば、傍聴席からは見えないように回覧等の方法で展示するなど工夫をすべきである」としていた（最高検察庁「裁判員裁判における検察の基本方針」（二〇〇九年二月）五五頁）。そして、「検察当局におきましては、こういった方針の下で、遺体写真を証拠として請求するかどうかをまず適切に判断するとともに、証拠調べに際して、裁判員の心理的負担にも配慮して、必要に応じ、凄惨な写真を取り調べる必要がある場合には、あらかじめそのような写真が含まれていることを裁判員に告げた上で展示する、あるいは凄惨なカラー写真の代わりに白黒の写真でありますとかイラストを用いる、こういった配慮をしている」という（第百八十九回国会参議院法務委員会会議録第十三号四頁、林眞琴法務省刑事局長による答弁）。

また、裁判所としては、「裁判員裁判では、裁判員に一定の心理的負担を掛けることは避けられないが、……裁判員に不必要に精神的負担を掛けることがないよう、十分な配慮を行う必要があると考えており、そのための方策として、まず、裁判手続の中で、裁判員にいたずらに心理的負担を掛けないよう工夫して」おり、「具体的には、遺体の写真等については、公判前整理手続の中で、事実認定や量刑判断に真に必要なものに限定することはもとより、必要な場合でも、カラー写真を白黒写真にして取り調べるなどの工夫もして」おり、「また、凶器による傷口の形成方法が問題となる場合には、写真ではなくCGを使用するなどの工夫もしている」という（第一一回裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（二〇一一年二月七日）における植村稔最高裁判所事務総局刑事局長による発言）。あるいは、より具体的には、「遺体写真等の刺激の強い証拠につきましては、証拠とすることの必要性を争点に照らして検討し、真に必要な場合のみ証拠として採用し、採用する場合でも白黒

写真とするなど、負担軽減の工夫をしており」、選任手続段階においても「遺体写真等の証拠調べがなされる予定であるということを裁判員候補者に告げ、不安のある方には申し出ていただいで個別に事情をお聞きしており」、審理・評議中も、「裁判員に対して、精神的負担を感じていないかどうか、裁判官や裁判所職員が適時適切に声掛けをするなどの工夫も行っており」、「さらに、裁判員経験者が精神的負担を負っている可能性がどうかかわれた事件におきましては、判決宣告後しばらくたってから裁判官がその事件の裁判員経験者に対して電話を掛け、体調等について問題がないかどうかの確認を行うなどの配慮をした」こともあるという(第百八十九回国会参議院法務委員会会議録第十三号四頁、平木最高裁判所事務総局刑事局長による答弁)。この点、最高裁判所は、東京地裁本庁刑事部による「裁判員の精神的負担軽減に関する申合せについて」と題する文書(二〇一三年七月一九日付)を、全国の裁判所に参考送付したが、この文書は、「広く国民から御参加いただくという裁判員法の趣旨や、刺激の強い証拠によって適正な判断ができなくなるおそれがあるという点などを踏まえまして、特に裁判員裁判におきましては、当該証拠によって立証しようとする事実の位置づけや、その事実の立証に最適な証拠は何かという点につきましてより慎重に吟味し、検察官や弁護人の意見などを聞いた上で証拠の採否を判断すべきであるとの議論がなされ、そのような観点から、イラストで代替できる場合についてはイラストを採用するという考え方がまとめられたもの」であるという(第百八十九回国会衆議院法務委員会会議録第十四号(二〇一五年五月一五日)三頁、平木最高裁判所事務総局刑事局長による答弁)。

しかしながら、裁判員の負担の軽減を重視するあまり、本来必要とされる証拠の取調べが回避されるとすれば、平成二三年最高裁大法廷判決が制度の合憲性の前提とするところの公平な裁判所における法と証拠に基づく適正な裁判が制度的に保障されないことになるとともに、そのこと自体が、憲法三一条、三二条、三七条に抵触することになるであろう。小木曾綾教授は、「殺人事件の裁判員経験者が凄惨な事件の写真等を見せられて急性ストレス障害になったとして国を訴える事案があったり、また、そうしたことを配慮して、被害者の写真はおろか、そのイラストすら裁判員に見せることをはばかるという事案があると報道されている点」を気がかりだとしてうえで、「職業法曹でない者がそうした証拠を目にすることに大きな心理的負担を感ずることは想像に難くないが、それを慮って、罪の成立の判断と量刑に必要な証拠を事実認定者に見せないということと、

刑事裁判への信頼や理解を促進するという制度の目的が整合するものなのか」と問題提起している（小木曾綾「刑事裁判への国民参加の意義およびその正当性」椎橋隆幸編『裁判員裁判に関する日独比較法の検討』（中央大学出版部、二〇一六年）二八頁）。

(70) 原告によれば、「最高裁平成二三年判決は、裁判員法の憲法適合性についての疑念を払拭し、裁判員制度の維持、定着化を図るという政治的目的のもと、「裁判員」法が憲法一八条後段その他の条項に違反するという上告趣意とされていない主張を、上告趣意として取り上げた上でこれを排斥しているものであり、「これは、政治的影響力の大きい最高裁判官としての地位を利用した積極的政治運動ともいえるものであり、立法府の専横から国民の基本的人権を守るべき裁判官の職務上の義務に著しく違反する行為である」という（判時二二四〇号一二五頁）。

(71) 裁判員の日当の法的性格について、これを対価とする見解もある（君塚正臣「裁判員制度を最高裁判所大法廷が合憲と初めて判断した例」新・判例解説 Watch（法学セミナー増刊）一〇号（二〇一二年）一三頁）が、裁判員等の職務の遂行によって生じた損失の弁償ないし補償と解すべきであろう（拙著・前掲注（3）二八五頁注（15））。

(72) 国会議員の立法行為または立法不作為が国家賠償法一条一項の規定の適用上違法となるか否かは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であり、当該立法の内容または立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきである（かりに当該立法の内容または立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為または立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない）。もっとも、当該立法の内容または立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受ける。

(73) 裁判官がした争訟の裁判につき国家賠償法一条一項にいう違法な行為があったものとして国の損害賠償責任が肯定されるためには、当該裁判官が違法または不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いた

てこれを行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする（裁判に上訴等の訴訟法上の救済方法によっては正されるべき瑕疵が存在するだけでは足りない）。

(74) 控訴趣意書において原告が挙げたのは、いずれも原告が裁判員として関与した刑事裁判に先立つ、第一一回裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会（二〇一一年二月七日）、第二一回裁判員制度に関する検討会（二〇一二年九月一四日）、第一六回同検討会（二〇一三年二月一日）において展開された、裁判員の心理的負担を軽減するべく、遺体の写真等の扱いを工夫すべきとする議論である（前者は最高裁判所によって、後者は法務省によって設置されたものである）。また、原告は、最高裁判所事務総局「裁判員裁判実施状況の検証報告書」（二〇一二年二月）三八頁で「証拠調べの方法についても、遺体の写真等、裁判員にとって著しい刺激を与えるものなどについては、その採否や取調べ方法につき、法曹三者が公判前整理手続において慎重に検討する必要がある」と、「実際にも、多くの事例で、事実認定や量刑判断のために真に必要な場合に限り取り調べる」とし、その場合でもカラー写真は白黒にするなど、それが裁判員の眼に触れたときの衝撃を和らげるなどの配慮を加えているようである」と記述されていることをも挙げている。

(75) 判時二二八一号七六―七七頁。

(76) その後、本件は上告されたが、最高裁判所は上告を棄却した（最三小決平成二八年一〇月二五日判例集未登載）。

(77) 同政令六号は、法一六条八号に定める辞退事由として、「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」を挙げている。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辞退事由として規定されているにもかかわらず、この裁判例は、憲法二九条適合性の文脈でそのことを論拠として挙げずに、もっぱら社会国家的公共の福祉による経済的自由権の広い規制可能性を論拠としている。

(78) 集刑三二四号二七四頁。

(79) 集刑三二四号二七五―二七六頁。弁護人は、平成二三年最高裁大法廷判決がたしかに裁判員法の規定が憲法適合的であることを判示したものであるとしても、「当該規定に基づいた現在の裁判員裁判の運用を具体的に検討した上でその合憲性を述

べたものではない」と主張する（二七四頁）。最三小判平成二六年九月二日に係る事件の上告趣意書に書かれている裁判員選任手続の運用がもし事実であるとすれば、平成二三年最高裁大法廷判決が辞退に際し柔軟な制度が設けられていることを憲法一九条適合性の根拠の一つとして挙げていることに鑑み、そして、裁判員制度という統治機構の制度の設計が違法なものであれば、それは直ちに被告人の裁判を受ける権利という人権の侵害となると解する限り、運用違憲と判断しうる余地もある。

(80) 集刑三一四号二八五―二八六頁。

(81) 集刑三一四号二八七頁。弁護人は、死刑制度が憲法三二条、三六条及び三七条に違反するという立場であるが、「裁判員の精神的負担を軽減し、死刑に対する慎重な対応をするために、死刑については裁判官、裁判員の全員一致を要求するという方法も、後述する死刑の違憲性回避の適正手続きとして検討に値するものであると同時に、裁判員の精神的負担を軽減し得るものと考えられるが、このような制度についてきちんと検討し、国民の意を問わないこともまた、憲法31条、13条等に照らして違憲であるといえよう」と述べる（二八九頁、原文ママ）。

(82) 本件では、弁護人は、国民の中には「人が人を裁くべきではない」などの思想を有している者もいる」が、裁判員等選任手続において、「裁判員候補者に対して、不公平な裁判をするおそれがないかどうかの判断をするための質問をすることができ（裁判所法〔裁判員法の誤り〕34条1項、2項）、裁判員候補者は、その質問に対する陳述を拒み、又は虚偽の陳述をすることはできない（同法同条3項）」し、「この規定に反して、陳述を拒み又は虚偽の陳述をした者は、過料に処せられる（同法11条）」こと、「裁判員及び補充裁判員は、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する義務を負い（同法39条2項）、これに違反した場合には、やはり過料に処せられる（同法112条3号）」こと、そして、「裁判員に選任された以上は、「人が人を裁くべきではない」という思想の持ち主にも出頭義務が課される（同法52条、63条）」ことを挙げ、「裁判員制度は、思想についての沈黙の自由を侵害し、あるいは、その思想及び良心に反して宣誓及び出頭義務を課すものであり、裁判員の思想及び良心の自由（憲法19条）を侵害する」と主張していた（集刑三〇九号七三―七四頁）。

(83) 集刑三〇八号二五七頁。

(84) 前述のとおり、裁判員に対する人権侵害は、それ自体が直ちに被告人の裁判を受ける権利の侵害を意味するのではなく、

それによって当該裁判員の判断に影響が及び、被告人に係る裁判の公正が害されることが示されてはじめて、被告人の裁判を受ける権利の侵害に結びつく。

(85) 本文で挙げたもののほかに、平成二三年最高裁大法廷判決が判断を示さなかった憲法の人権条項に関して裁判員制度の憲法適合性が争われ、下級裁判所が判断したもののうち、筆者が特に興味深く感じたものとして、憲法一四条及び一五条一項の適合性が争われた東京高判平成二二年六月二九日刑集六六卷一号二二頁(最二小判平成二四年一月一三日刑集六六卷一号一頁に係る事件の控訴審判決)がある。

本件では、弁護士は、「裁判員は臨時の公務員であるところ、主権者である国民の全体意思に基づかないくじという偶然の事情で選定されるから、憲法15条1項が定める国民の公務員選定罷免権を侵害する」(「裁判官の場合には、選挙を通じて選定された国会の信任する内閣により指名又は任命されるから、その地位は国民の全体意思に間接的に由来するといえるが、裁判員の場合には、くじという偶然の事情で選定されるから、任命権者の意思が介在する余地がなく、民主的契機を全く欠く」と主張したのに対して、東京高等裁判所は、「憲法15条1項の趣旨は、すべての公務員の地位が究極的には国民の意思に基づくものでなければならないというものであり、必ずしもすべての公務員を国民が直接に選定、罷免すべきことを意味するものではない」と述べたうえで、「裁判員裁判の制度は、主権者たる国民が国権の一翼をなす司法権の行使に直接参画しようとするものであり、国会議員を選ぶことにより間接的に立法権の行使に関与することや、国会の信任を受けた内閣が裁判官を任命するという形で更に間接的に司法権の行使に関与することに比しても、十分に民主的契機を備えたものと評価でき」、また、「その選定方法として、くじという無作為抽出を基本とする方法が採用されたのは、上記の選任手続の透明性・公平性の確保という理由のほか、国民一般の感覚を裁判内容に反映させるため、できるだけ幅広い層の国民から選任されることが望ましいという理由等によるのであり、「したがって、裁判員の選定が憲法15条1項に違反するなどという所論……は、的外れというほかない」と判示した。裁判員制度の意義については、「主権者たる国民が国権の一翼をなす司法権の行使に直接参画しようとするもの」と位置づけている点で、本判決は特異なものであるといえる。また、弁護士は、「裁判員法15条は、一定の職種について就職禁止事由を定めるところ、例えば特定の行政機関の職員、司法修習生、自衛官について裁判員の対象から排除

すべき合理的理由がないから、憲法14条の定める「法の下の平等」に違反する」と主張したのに対して、同裁判所は、裁判員法一五条の就職禁止事由についてそれぞれ十分な合理性があることを認めたとうえで、「裁判員法15条を挙げて、憲法14条1項の定める「法の下の平等」に反するとする所論……も、又的外れというほかない」と判示した。

(86) 樋口陽一ほか『注解法律学全集4 憲法IV』（青林書院、二〇〇四年）は、伊藤・前掲注(43)五七一頁、清宮・前掲注(31)三四五頁、宮沢・前掲注(44)六〇一頁などを挙げ、かかる見解を「通説的である」とした(二三頁(浦部法穂執筆))。ただし、芦部・前掲注(29)三五四―三五五頁は、「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(通説)」とされ、被告人の裁判の選択権を陪審制度を憲法適合的とするこの条件とはしていない。

(87) 西野喜一『裁判員制度批判』（西神田編集室、二〇〇八年）一〇〇頁。西野教授は、「憲法を改正しないままでどうしても裁判員制度を導入したいというのであれば、憲法違反の疑義を避けるためにも、そして当の被告人自身が納得し得る裁判制度にするためにも、被告人に裁判員による裁判を辞退する自由を是非とも認めるべきである」とも述べている(一〇一―一〇二頁)。

(88) 香城敏磨『憲法解釈の法理』（信山社、二〇〇四年）五三三頁、椎橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』（信山社、二〇一〇年）二九一頁。松尾浩也ほか「座談会 裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ一一四六号(二〇〇四年)一八一―二〇頁(椎橋隆幸発言)も同趣旨。

(89) 伊藤眞ほか「座談会 司法制度改革審議会中間報告をめぐって」ジュリスト一一九八号〔臨時増刊『司法改革と国民参加司法制度改革審議会中間報告をめぐって』(二〇〇一年)六二頁(高橋和之発言、原文ママ)。

(90) 安念・前掲注(5)三八二頁。戸松秀典教授も、「自分が裁判員と裁判官の合議の裁判を選んだということになれば、その不公平な扱いというのは解消されるということですので、……この選択制というのは、ぜひ取り入れた方が憲法上は説得力を増すと思」うと述べる(松尾ほか・前掲注(88)一九頁(戸松秀典発言))。

なお、討議民主主義理論に立脚したうえで、一般の国民が裁判員として討議を行う場を創設する制度そのものを維持し、よ

り多くの公共的討議の場を機能させるために、被告人の裁判の選択権を認めないとするのが許容されるとする筆者の私見については、拙著・前掲注(3)二四三―二四四頁。

(91) 第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年三月一三日）議事録。同様の発言として、三井誠ほか「座談会 裁判員制度をめぐって」ジュリスト一二六八号（二〇〇四年）四五頁（井上正仁発言）。

(92) それは、かえって憲法の規定に違反することになる（ただし、井上教授は違憲であるとは述べていない）。すなわち、（裁判員裁判が憲法上被告人に権利として受けることが保障された裁判ではないことを前提とすれば）裁判員法という法律の定める手続によるとしても、憲法の他の条項が要請している裁判として適正な手続に違反して、被告人に対して刑罰を科すことになるため、三一条に違反しようということになるだろう（ただし、筆者はその前提を共有していない）。

(93) ここでの記述は、小山剛教授らによって主導されてきた権利の論理と制度の論理という議論を意識している。すなわち、小山教授によれば、「ある規制を権利の制限として構成するか、それとも制度形成の合理性として構成するかは、きわめて重要な問題である」（小山剛『憲法上の権利』の作法〔第三版〕（尚学社、二〇一六年）一六五頁）が、(α) 権利制限の場合には、(一)いかなる権利に対する制限が問題となるのかを確認したうえで（基本権の保護領域を画定し、当該措置の基本権制限の性格を確認する）、(二)制限を正当化するための要件が充足されているか（法律上の根拠という形式的要件と、規制目的の正当性ないし重要性の審査と、手段の必要性・合理性の審査を中心とする実質的要件）を審査する（一四頁）一方で、(β)「制度形成の問題だとされる場合、法律による規律は、第一義的には権利の制限ではなく、いわばゲームのルールを定めるようなものと観念される」（二六五頁）。裁判を受ける権利は、裁判所による内容形成が予定されているものと解される（この点は、注(98)で後述する）ところ、憲法上の権利のうち、法律による具体化を要する権利は、憲法上の権利と法律との関係が原則―例外という対抗関係ではなく、親和的な関係に立つため、基本的には、「制限」という概念になじまないが、「そのような権利（通常、国家に作為を求める権利である）であつても、ひとたび法律による具体化が行われ、一群の具体的権利や制度が創設された場合には、原則―例外関係を観念できる場合がある」（四一―四二頁）。

まずは、権利の論理で考察しうるか検討する。憲法三二条・三七条一項に定める裁判を受ける権利は、裁判所法によって刑

事裁判制度として具体化され、そして、その制度とは、裁判員制度の導入以前は、原則として職業裁判官のみによって構成される裁判体で裁判が行われるというものであった。ここで、裁判官のみによる裁判が具体的な制度として（あるいは、裁判官のみによる裁判を受ける権利が具体的権利として）創設されたと解するならば、非裁判官（裁判員）が参加する裁判員制度の創設は、権利の「制限」と観念することができかもしれない（この場合、裁判を受ける権利に対する制限となり、制度の論理で構成する場合よりも厳格な審査基準が適用されうる）。

次に、制度の論理で構成することとする。この場合、制度の理念及び立法裁量の確認↓立法者が採用した基本方針の合理性の確認↓その基本方針に照らした具体的規制の合理性の審査という過程で判断されることになり（一六五頁）、多くの場合、広汎な立法裁量が前面に出て、きわめて緩やかな基準で審査されることになる（二七五頁）。それでも、「制度形成の原則が、例えば、ベ、ス、ラ、イ、ン、（制度の標準形）として明確に設定されている場合や、伝統的な法制度保障の核心部分……として明らかである場合は、かかるラインや原形の変更の禁止をある種の妨害排除と見立てて、自由権的構成において審査することができ」、「この場合、権利の論証と同水準の処理が可能になる（駒村・前掲注(15)二九六頁、傍点は原文による）。

しかしながら、いずれにせよ、通説も、平成二三年最高裁大法廷判決も、裁判を受ける権利が裁判所法によって職業裁判官のみによる裁判という形で制度化され、六〇年以上も運用されてきたという事実を、制度ないし権利の具体化、あるいはベ、ス、ラ、イ、ン、ないし法制度保障の核心部分であるとは解さないのである。

(94) もっとも、井上教授が指摘するとおり、憲法上の裁判以外の制度を経て刑罰が科されることの問題点（しかも、注(92)で述べたとおり、それは、憲法三二条の問題ともなりうる）はなおも残る。

(95) 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——」（二〇〇二年六月）一〇六頁。

(96) 中島徹「刑事手続における「主権」と「人権」——憲法シンボルをめぐる異夢」ジュリスト一三三四号（二〇〇七年）一八四頁。

(97) 権橋・前掲注(88)二九〇頁。もとより、裁判官のみによる裁判と裁判員の参加する裁判とが、内容においてまったく同質なものであるならば、裁判官のみによる裁判（権橋教授によれば、「精密な事実認定と公平で統一した基準による量刑」が保

障されるという）を受ける権利・利益が実質的に侵害されないといえるかもしれない。

- (98) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第二版〕』（日本評論社、二〇一四年）一九六頁。「審級制度すら立法政策の問題にすぎず、合理的な理由に基づく上訴制限も許されるという判例法理（最決平成21・7・14刑集63巻6号623頁……）は、この事情を最も鮮やかに示すものでもあり、「憲法32条についても「公正な裁判を実現するための諸原則」……が立法による裁判制度の形成を拘束」することになる（一九六一―一九七頁）。同じく、裁判を受ける権利が、制度依存的な権利であることを明確に述べるものとして、例えば、赤坂・前掲注(43)二三六―三三七頁（「制度依存的権利」、大日方信春『憲法Ⅰ 総論・統治機構論』（有信堂高文社、二〇一五年）三〇六頁（「国家設営の制度を前提としている権利」、駒村・前掲注(15)二八九―二九四頁（「制度的権利」ないし「制度依存的な権利」、小山・前掲注(93)四一―四二頁（「法律による具体化を要する権利」、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政研究七六巻三号（二〇〇九年）二頁（「憲法上保障された権利の実現が、法律による具体化ないし制度構築に依存する場面」、渡辺ほか・前掲注(43)四三五頁（「その具体的内容や行使方法が立法者による制度形成に依存する権利」、渡辺康行執筆）。

(99) 刑集六五巻八号一三二六頁。

(100) 刑集六六巻一号五一六頁。

(101) 刑集六六巻一号九一〇頁。

(102) それとも、平成二三年最高裁大法廷判決が国民の司法参加に係る制度の内容形成を立法政策の問題だと判示したものと解したうえで、それを判例として挙げることにより、憲法三二条・三七条一項に定める裁判を受ける権利が制度依存的権利であることを示唆する意図があったのかもしれないが、そうであるとすれば、平成二四年判決は判例のどの部分に徴して判示事項が明らかであるのかについて説明が尽くされていない。

(103) 平成二四年最高裁第二小法廷判決は、従前の刑事裁判がどのようなものであったのか、そして、裁判員制度の導入によってどのように変化したのかという視点を欠いている。裁判官のみによる裁判が（先に挙げた権橋教授の表現を借りれば）「精密な事実認定と公平で統一した基準による量刑」を保障するものであったとすれば、そのような裁判官のみによる裁判を受け

ることを求める被告人に対して、裁判員の参加する裁判を選択の余地なく行うことを正当化するためには、新たな制度が、被告人の権利保障という観点から（当然のことながら、いささかも後退したものでなく）まったく同等のものであるか、あるいはより向上したものであることを立証する必要があった。

(104) 平成二三年最高裁大法廷判決は、裁判員制度そのものの憲法適合性を検討するうえで、適正な刑事裁判を実現するための諸原則が維持されていることを、その絶対的な要件の一つとしており、また、「被告人の権利保護という観点からの配慮もさわれている」（刑集六五巻八号二一九九頁）などと述べ、被告人の権利保障を重視していた。一方、裁判の選択権を認めるべきであるとの主張は被告人の権利保障を重視する見方であったが、平成二四年判決は、これをまったく顧慮することなく、単に平成二三年大法廷判決を引用するのみで否定した。

(105) しかしながら、本判決は、裁判員制度が個々の被告人のためというよりは、国民一般にとって、ないし裁判制度として重要な意義を有するということ（前述のとおり、本判決に係る事件の検察官も答弁書で明確に主張するところである）に言及することを明らかに回避しようとしており、したがって、被告人の裁判の選択権を認めない現行の制度の憲法適合性について、実質的に論拠を示さずに肯認するものとなっている。

(106) 裁判員の職務に就くことを辞退する国民等の増加によって、現行の裁判員制度の運用が維持できなくなることは想定されることである。そのような場合には、裁判員制度そのものを廃止することは、（政策的に妥当か否かは別論としても）憲法適合性の観点からは問題はない。しかしながら、まさに、裁判員制度に対する多くの国民の理解が得られないということは、裁判員制度の立法趣旨であるところの司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上が必要な状況であることを意味するから、むしろそのような状況ならば一層のこと、立法政策として裁判員制度を維持すべきという帰結になろう。現行制度の下で裁判に参加する裁判員の数不足するような状況が常態化した場合であっても、平成二三年最高裁大法廷判決によれば、辞退に関して柔軟な制度が設けられていることが制度の憲法適合性の論拠の一つとされる以上、辞退制度を制限していく方向での法改正は、憲法上採りがたい。そこで、裁判員法二条一項に定める対象事件の範囲を一般的により狭めるといふ方向の改正も考えられるであろうが、同じく政策論としては、裁判員裁判を受けるか否かを被告人の選択にかからしめるといふ方向もありうる。

(107) 裁判員制度の意義をめぐる最高裁判所の見解については、制度のありうべき展開の可能性と限界についてと併せて、「裁判員制度の意義と展開可能性」と題する別稿において考察する予定である。