

機関番号：32617

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2010

課題番号：21730026

研究課題名（和文） 共和主義的憲法理論に基づく「民主的司法のディレンマ」問題の探究

研究課題名（英文） Reconsideration of the Dilemma of the Democratic Judiciary based on the Republican Constitutional Theory of Deliberative Democracy

研究代表者

柳瀬 昇 (YANASE NOBORU)

駒澤大学・法学部・准教授

研究者番号：90432179

研究成果の概要（和文）：

本研究は、国民主権国家における裁判所の権限行使の民主的正統性を、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義 (deliberative democracy) 理論に基づき再検討しようとするものである。裁判員制度について、改めてその意義が問われている今日、そもそも、国会や内閣と比べ相対的に民主的基盤の弱い裁判所が、司法権ないし違憲審査権を行使しうるのはなぜかという憲法学が追い続けてきた課題を、最新の共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論から照射することにより、主権者国民と裁判所との関係性を再定位した。

研究成果の概要（英文）：

In this research project, I try to reconsider why a court has a judicial power whereas it does not have democratic legitimacy directly. *Saiban-in* (lay judge) system has started, but its meaning is now in discussion. The reason a court having less democratic legitimacy than a legislature and an executive has its judicial power under the Constitution declaring the sovereignty of the people is still an open question. I reconsidered this problem based on the republican constitutional theory of deliberative democracy.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2009年度	600,000	180,000	780,000
2010年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,100,000	330,000	1,430,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：憲法学、共和主義的憲法理論、討議民主主義理論、司法権、裁判員制度、民主的司法のディレンマ、弾劾制度

## 1. 研究開始当初の背景

日本国憲法制定直後に刊行された国家学会編『新憲法の研究』において、兼子一教授

は、「民主国家にあつては、……あらゆる国家機関は国民とつながりをもち、又すべての公務員は国民の信任によつてその地位にある。そこで、司法権を行使する裁判所に

も、これを構成する裁判官にも、民主的構成や選任が必要となってくる。……しかし、他方司法権の使命が、多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁であり、国政の極端な偏向に対する調節器である役を果たすことにあるとすれば、そこに同じ多数意思がはたらくことに疑念がもたれる。ここに、民主法治国家に於ける司法制度が当面しなければならぬディレンマがある。……逆説的な云い方をすれば、司法迄が極端に民主化しないところに、合理的な民主主義の運用がある」と述べていた。相対的に強固な民主的基盤を有しない裁判所が、なぜ司法権を行使しうるのであるのかという「民主的司法のディレンマ」問題は、60年前に兼子教授が提起して以降、憲法学の1つの課題とされていた。しかしながら、A. Bickelにより提起されて以降、わが国でも非常に盛んに議論されている「反多数決主義 (counter-majoritarian)」問題 (民主的な政治部門が制定した法令を審査する違憲審査権を裁判所が行使することのディレンマ) と比べると、この「民主的司法のディレンマ」問題は、十分な議論が尽くされてきたとはいえない。しかしながら、そもそも、国民権国家において、民主的基盤の弱い裁判所が、国民の財産・自由・生命をも左右する司法権という重大な権能を行使することの意義自体は、改めて問われるべきであろう。

このような背景にあって、統治機構の意義、その権限行使のあり方や機能などについて公民的共和主義 (civic republicanism) の憲法理論ないし討議民主主義理論から再検討しようとする C. Sunstein や F. Michelman の議論の応用可能性が注目される。現代のアメリカ合衆国の共和主義的憲法理論研究者は、裁判所の違憲審査権の正統性、その行使のあり方や機能などについて、非常に詳細に議論を展開している。わが国でも議論が若干紹介されているものの、本格的な検討が十分に行われているとはいえない。そこで、この議論が、わが国における裁判所の権限行使の民主的正統性を考えるうえで、大きな示唆を与えることが見込まれるため、共和主義的憲法理論の最前線の議論を精査する必要がある。

そして、これらの研究を踏まえたうえで、裁判所による司法権行使の民主的正統性について、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論に基づき再構成を図ることとする。

本研究開始時点 (2009年4月) で裁判員制度は実施されていなかったが、制度導入以前の世論調査の結果によれば、6割ないし7割の国民が、裁判員として裁判には参加したくないとの反応を示していた。政府の説明によれば、裁判員制度の意義は、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上である。しかし

ながら、制度の意義が国民に十分に理解されていないことが、このような結果になった原因の1つであると考えられるが、そもそも、はたしてこのような制度の意義づけが十分に説得的であったか否かについても、再検討する必要がある。制度設計の段階では司法参加を民主主義の原理に基づけるべきとの議論があったが、政府は敢えてそれを採用しなかった。制度実施直前期には、改めて民主主義的要素をより強調すべきであったとの議論が見られたことも注目される (例えば、ジュリスト 1363号座談会における大沢秀介教授、川岸令和教授、ダニエル・フット教授による発言)。裁判員制度と民主主義原理との関係性 (あるいは無関係性) について検討するにあたって、克服しなければならない重要な課題こそが、本研究の対象とする「民主的司法のディレンマ」問題である (裁判員制度においては、裁判員は違憲審査に関与しないため、裁判員制度と民主主義原理との関係性を考えるうえで、違憲審査権の民主的正統性の議論は応用できず、司法権の民主的正統性の解明こそが必要となる)。

このような議論状況を背景に、研究代表者は、次に挙げる課題に取り組むことにした。

## 2. 研究の目的

本研究は、国民権国家における裁判所の権限行使の民主的正統性を、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義 (deliberative democracy) 理論に基づき再検討しようとするものである。

裁判員制度について、いよいよ制度が起動し始め、改めてその意義が問われている今日、そもそも、国会や内閣と比べ相対的に民主的基盤の弱い裁判所が、司法権ないし違憲審査権を行使しうるのはなぜかという憲法学が追いついてきた課題を、最新の共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論から照射することにより、主権者国民と裁判所との関係性を再定位することとしたい。

## 3. 研究の方法

本研究は、大別して、(1) 共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論の精緻化、

(2) 裁判所の権限行使の民主的正統性をめぐる議論の整理と展開、(3) 裁判所の司法権行使の民主的正統性の共和主義的憲法理論による基礎づけの可能性の検討の3つから構成される。また、それに加えて、国民の司法参加制度の正統性について、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論の観点から、理論的に再構成するとともに、その実態を調査し、あるべき理念と実態との整合性についても検討する。

#### ① 2009（平成 21）年度における研究

研究開始年度である 2009 年度は、まず、本研究全体の準備的作業として、(1) に関して、アメリカ合衆国における共和主義的憲法理論及び討議民主主義理論についての外国語文献及び邦語文献を網羅的に収集し、文献データのリストを作成したうえで、その内容の吟味を行うとともに、(2) に関して、裁判所の権限行使の民主的正統性についても同様の作業を行う。

そして、(3) に関して、国民の司法参加制度の意義を共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論の観点から再構成しうるか否かについて、検討する。わが国の裁判員制度に関しては、2009 年度中に、一定の結論を得ることとし、その成果を単行書として公刊するとともに、認知された学会において報告を行い、学会誌に論文を発表する。

また、裁判所の司法権行使の民主的正統性の共和主義的憲法理論による基礎づけの可能性の検討について、構想を整理したうえで、Sunstein らが所属し、共和主義的憲法理論研究の中心拠点となりつつある Harvard 大学法科大学院に赴き、アメリカ合衆国の共和主義的憲法理論の最新の議論状況について調査を行う。

#### ② 2010（平成 22）年度における研究

研究終了年度である 2010 年度では、前年度に引き続き、(1) から (3) までの研究を進める。具体的には、(1) に関して、米国における共和主義の憲法理論の分析を継続し、(2) に関しては、他の国家機関との比較において、その正統性を整理し、そして、(3) に関しては、前年度中に始動した裁判員制度の運用について、憲法学的見地から検討を行う。

これらを通じて、国民民主権国家における裁判所の権限行使の民主的正統性を、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論に基づき再検討することとする。その成果として、認知された学会で報告を行い、また、法律雑誌や学会誌等に論文を発表する。

### 4. 研究成果

#### ① 2009（平成 21）年度における研究

2009 年度は、関連する文献の網羅的な収集と、その内容の吟味を行った。そのうえで、国民の司法参加の制度の意義を共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論の観点から再構成しうるかについて、これまでの研究を総括した。

日本法社会学会の学術大会において、「裁判員法の立法過程から見る法と政治のダイナミズム」と題する報告を行った。これは、

裁判員制度の意義について、単純な民主主義の原理によって基礎づけることは、憲法学の立場からは理論的に困難であるということを示したうえで、政府見解である理解増進・信頼向上説の妥当性を説明したうえで、裁判員法の立法過程を概観したのち、制度設計をめぐって、議論が激しく対立するなかで、どのようにこの制度が成立したのかについて、特に注目すべき点を示したものである。この論争誘発的な報告に対しては、井上達夫教授や松尾浩也教授をはじめ、さまざまな分野からの批判を受け、文字どおり白熱した議論が展開された。そこでの議論を踏まえて論文化したのが、『法社会学』72 号所収の論文「民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義」である。

また、慶應義塾大学法学部の出身の研究者により構成される学会である慶應法学会のシンポジウムにおいて、「裁判員制度は、「民主的司法のディレンマ」問題をいかに克服したのか」と題する報告を行った。国民民主権国家において、国家の統治権の正統性はすべて、国民に由来するにもかかわらず、本来、裁判は、多数の急進的な専横に抗してでも、個人の権利・自由を擁護し、法秩序を維持することが本来の目的であるから、単純な民主主義の原理に基づき行われるべきではない。この民主的司法のディレンマ問題を前にして、裁判員制度の設計は、この論点をどのように克服したのか（実は、その背景には、兼子一と竹下守夫という 2 人の民事訴訟法学者がいる）について検討した。安富潔教授の司会の下、井田良教授や萩原能久教授とともに報告を行い、（憲法以外の法分野も含めた）法律学や政治学の観点からの批判を受け、私見を再考する機会を得た。

そのほか、慶應義塾大学の若手政治学・行政学研究者による研究プロジェクト「公共政策の歴史と理論」研究会の第 6 回会合で、（一般の司法制度改革に限らず）戦後の司法改革全般を概観し論評した「司法制度改革法制における立法過程と立法政策」と題する報告を行った。

また、前年度の憲法理論研究会の夏期合宿研究会における報告「討議民主主義理論に基づく裁判員法の立法政策の評価」をまとめた論文「裁判員裁判の合議体の公共的討議の場としての特質」を執筆し、憲法理論研究会編『憲法学の最先端（憲法理論叢書⑩）』に所収された。

これまでの裁判員制度の意義をめぐる筆者の研究を総括すれば、要するに、次のとおりである。すなわち、共和主義的憲法観に基づく討議民主主義 (deliberative democracy) 理論によれば、裁判員制度とは、刑事事件という公共的な事項について、国民（から選任された裁判員）が、（裁判官とともに）徹底

して討議（評議）し、決定（評決）する公共的討議の場を構築する試みであって、それに参加した国民が公民的徳性（civic virtue）を涵養するための陶冶の企て（formative project）であると述べる。

そして、その成果をまとめ、単著『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』を、日本評論社から刊行した。この単行書は、翌年、日本公法学会の『公法研究』72号の文献紹介（大沢秀介教授による）や、憲法理論研究会の『憲法学の未来（憲法理論叢書⑩）』での書評（青井未帆准教授による）などで取り上げられた。

なお、当初の計画どおり、Harvard 大学研究員である駒村圭吾教授の協力を得て、共和主義的憲法理論研究の中心拠点となりつつある Harvard 大学法科大学院に赴き、アメリカ合衆国の共和主義的憲法理論の最新の議論状況について調査を行った。大学を離れ行政職に就いている Sunstein 教授への面会は叶わなかったが、同大学での議論状況の調査を実施することができた。ここでは、Sunstein が主導している新たな学問潮流である「行動主義的な法と経済学（behavioral law and economics）」について検討することが必要であると考えに至った。

## ② 2010（平成 22）年度における研究

2010 年度は、昨年度行った国民の司法参加制度の意義の再構成についての研究の総括を踏まえて、この研究をさらに深化させるとともに、新たな研究課題を発見した。

（1）に関しては、共和主義の憲法理論研究者として名高い Sunstein の思想世界を理解するべく、彼の近時の研究課題の 1 つである行動主義的な法と経済学という新たな学問領域を、次の論文 3 点及び学会報告 1 回を通じて、わが国へ紹介した。

まず、日本公共政策学会 2010 年度研究大会において、テーマセッション「行動経済学は経済政策に何をもたらすのか？」の報告の 1 つとして、「Cass Sunstein と法の行動経済学的分析理論」と題する論文を発表し、同題名の報告を行うとともに、討論者として塚原康博教授と奥井克美教授の報告に対してコメントを行った。

いわゆる法と経済学は、標準的な経済学の原理を踏まえて法規範は分析されるべきであると断定しているが、伝統的な法と経済学がその基礎とする新古典主義経済学の標準的な仮定に対して、近年、限定合理性を示し限定的な意思力を有し限定的な自己利益を求める人間を前提とする行動経済学の可能性が示されている。この公共政策学会での報告・論文では、Sunstein による伝統的な経済学への疑問をまとめた *Free Markets and*

*Social Justice*、行動主義的な法と経済学に関する論文のアンソロジーである編著 *Behavioral Law and Economics*、自他ともに認める行動経済学者 R. Thaler との共著 *Nudge* におけるいくつかの議論の紹介を通じて、行動主義的な法と経済学という新たな学問潮流について、検討を加えた。

次に、『公共選択の研究』55号に、「立憲民主主義は選好に基づき政治的選択を行うべきか」と題する論文を掲載した。公共選択論の観点からも問題関心を共有しうるのである立憲民主主義（constitutional democracy）は選好（preference）に基づき政治的選択を行うべきかという課題に対して、Sunstein による著作における議論を通じて、2 つの応答を示した。法学的視点からは、選好とはそもそも不明瞭で状況依存的な概念であり、個人のそれをそのまま基礎とするならば、福祉の増進を害することもある。非民主的と批判されるかもしれないが、個人の限定的な合理性を前提とする限り、個人の選好に逆らって、ときには国家が規制的な介入を行うことも認められるべきであるといえる。また、熟慮と討議を重視する民主主義理論に立脚するならば、政治的選択は、剥き出しの選好の集計に基づくべきではなく、多様な情報を踏まえて形成された選好こそを基礎とすべきである。したがって、制度設計者は、正確に選好を歪めなく集計する方法を模索するのではなく、選好の形成過程にもより強く関心を寄せるべきであると結論した。

これらを踏まえて、公共政策学会と公共選択学会において示した研究成果を、「行動主義的な法と経済学の展開可能性——Cass Sunstein による近時の議論を中心に」と題する論文にまとめて、『駒澤大学法学部研究紀要』69号に掲載した。

（2）に関しては、日本法政学会第 112 回研究会において、刑法・刑事訴訟法の研究者や実務家とともに、シンポジウム「裁判員制度——国民の司法参加——」のパネリストとして、「裁判員制度の意義と課題について——憲法の視点から——」と題する報告を行ったほか、昨年度に慶應法学会で行った報告「裁判員制度は、「民主的司法のディレンマ」の記録を、慶應義塾大学の紀要である『法学研究』83 巻 5 号に、また、法政学会での報告の記録を『法政論叢』47 巻 1 号に掲載した。

（3）に関しては、裁判員制度が始動して以降に顕出した問題について、検討を進めた。

裁判員裁判の中で制度が憲法違反ではないかとする申立てが提起されたため、東京高等裁判所が違憲ではないとする判断を示した（東京高判平成 22 年 4 月 22 日判タ 1341 号 37 頁）。この下級裁判所が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判決の趣旨について、『法学セミナー』667 号に、

学生向けに平易に紹介する短い記事を掲載した。ここでは、同判決が安易に制度を合憲と判示したことに疑問を示したうえで、いずれ示されるであろう最高裁判所による裁判員制度の憲法適合性の判断においては、精緻な憲法論が展開されるべきであると主張した。

また、ジュリスト 2010 年 5 月特集「憲法訴訟と司法権」の論文の 1 つとして、『ジュリスト』1400 号に、「裁判員制度の運用と司法権の正統性の危機」と題する論文が掲載された。

ここでは、裁判員制度の始動期における運用に関して、裁判員裁判の評議においてより充実した討議を可能にせしめるという観点から、憲法学の見地から検討すべき課題として、討議の担い手の適切な選任と充実した討議のための制度の 2 つを挙げた。前者に関しては、当事者による理由なし不選任決定が、必ずしもその所期の制度意義どおりには運用されていないことを指摘するとともに、裁判体の構成に関して裁判員の属性につき均衡がとられないことが直ちには違憲性の問題を生じないことを明らかにした。また、後者に関しては、被害者に関する衝撃的な証拠 (victim impact evidence) の許否における法律専門家の役割、裁判の公正を妨げる行為を禁止する規定を設けることの意義、裁判員等の守秘義務とその履行確保措置の意義などについて検討した。

2008 年 12 月に施行された被害者参加制度との関係についても検討を行い、「裁判所における素人と専門家との熟議・対話」と題する論文にまとめ、田村哲樹教授が編者となった論文集『語る——熟議／対話の政治学』に所収された。

ここでは、大要、次のような議論を行った。すなわち、刑事裁判における公判手続を、社会における犯罪と刑罰といった公共的な事項をめぐる対話の場であるとし、評議を、社会における犯罪と刑罰といった公共的な事項をめぐる討議の場であると考えれば、裁判員制度は、素人 (裁判員) と専門家 (裁判官) との討議の場を創設するものであるといえる。また、素人 (犯罪被害者) が刑事裁判に参加する被害者参加制度は、専ら専門家 (裁判官、検察官、弁護士) によって構成されてきた従前の裁判の構造を大きく変容させるものである。単純な素人参加至上主義に立ったり、素人と専門家との対立をいたずらに煽るのではなく、素人と専門家とが、互いに敬譲し、相互に密接なコミュニケーションを図りつつ協働することによって、これらの新たな参加制度は、その所期の意義を実現しうるであろう。

そのほかに、裁判員等選任手続における検察官や弁護士などによる不選任請求の意義

について、学際的視点から検討した論文“The Meaning of the Peremptory Challenge in the *Saiban-in* (Lay Judges) Selection System in Japan: Legal Interpretation and Game Theoretical Analysis”が、Yoshiaki Kobayashi & Seung Jong Lee eds., *Government and Participation in Japanese and Korean Civil Society* に所収された。なお、本稿により、日本公共政策学会の 2011 年度学会賞 (論説賞) が授与されることが決まった。

研究期間の終盤での検討の過程で、米国の歴史上、共和主義的な討議が実際に最も激しく展開された憲法制定会議において、弾劾制度について深く論じられていることを発見し、司法府等に対する民主主義的な牽制手段としての弾劾制度が重要な問題であることを再認識した。そこで、合衆国憲法 2 条 4 節にいう弾劾されるべき罪の意義と判断主体について検討する論文と、わが国の裁判官弾劾制度をめぐる憲法上の論点を整理する論文を執筆した。前者は、「アメリカ合衆国における弾劾されるべき罪の意義について」と題する論文で、2012 年 4 月に尚学社から刊行される新井誠ほか編『司法と憲法——アメリカ憲法学の源流と現在』に収録される予定である。また、後者は、『弾劾裁判所報』2011 年号に掲載される予定である。

国民主権国家では、裁判所は直接的ないし間接的に民主的正統性を調達する必要性がある。とはいえ、国民の直接的な刑事裁判への参加を、司法の単純な民主的正統化手段と位置づけることは理論的には妥当でない。裁判員制度を単純な民主主義の理論から説明することの不当性を論証するとともに、共和主義的憲法理論ないし討議民主主義理論の見地から、民主的司法のディレンマ問題に関しては、(間接的な国民の司法参加の制度の 1 つである) 弾劾制度をはじめ、多角的な視点から議論することが必要であると考えに至った。

## 5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計 10 件)

- ① 柳瀬昇、自由主義と民主主義、三田評論、1131 号、45 頁、2010 年 2 月、査読無
- ② 柳瀬昇、民主的司法のディレンマと裁判員制度の意義、法社会学、72 号、167-182 頁、2010 年 3 月、査読無
- ③ 柳瀬昇、裁判員制度の意義を考える、三色旗、745 号、9-13 頁、2010 年 4 月、査読無
- ④ 柳瀬昇、裁判員制度の運用と司法権の正統性の危機、ジュリスト、1400 号、36-42

頁、2010年5月、査読無

- ⑤ 柳瀬昇、裁判員制度は、「民主的司法のディレンマ」問題をいかに克服したのか、法学研究（慶應義塾大学）、83巻5号、94-102頁、2010年5月、査読無
- ⑥ 柳瀬昇、Cass Sunsteinと法の行動経済学的分析理論、日本公共政策学会2010年度研究大会報告論文集、279-294頁、2010年6月、査読無
- ⑦ 柳瀬昇、下級裁判所による初めての裁判員制度合憲判決、法学セミナー、667号、44-45頁、2010年7月、査読無
- ⑧ 柳瀬昇、裁判員制度の意義と課題について——憲法の視点から——、法政論叢、47巻1号、251-261頁、2010年11月、査読無
- ⑨ 柳瀬昇、立憲民主主義は選好に基づき政治的選択を行うべきか、公共選択の研究、55号、56-60頁、2011年1月、査読無
- ⑩ 行動主義的な法と経済学の展開可能性——Cass Sunsteinによる近時の議論を中心に、駒澤大学法学部研究紀要、69号、79-104頁、2011年3月、査読無

[学会発表] (計5件)

- ① 柳瀬昇、裁判員法の立法過程からみる法と政治のダイナミズム、日本法社会学会2009年度学術大会、2009年5月9日、明治大学（東京都）
- ② 柳瀬昇、裁判員制度は「民主的司法のディレンマ」問題をいかに克服したのか、慶應法学会平成21年度秋季研究大会、2009年11月28日、慶應義塾大学（東京都）
- ③ 柳瀬昇、司法制度改革法制における立法過程と立法政策、第6回「公共政策の歴史と理論」研究会、2010年2月6日、慶應義塾大学（東京都）
- ④ 柳瀬昇、Cass Sunsteinと法の行動経済学的分析理論、日本公共政策学会2010年度研究大会、2010年6月5日、静岡文化芸術大学（浜松市）
- ⑤ 柳瀬昇、裁判員制度の意義と課題について——憲法の視点から——、日本法政学会第112回研究大会、2010年6月12日、名古屋経営短期大学（尾張旭市）

[図書] (計4件)

- ① 憲法理論研究会編、憲法学の最先端（憲法理論叢書⑰）、敬文堂、85-97頁、2009年10月
- ② 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10月
- ③ Yoshiaki Kobayashi & Seung Jong Lee (eds.), Government and Participation in Japanese and Korean Civil Society、Bokutakusha、221-241頁、2010年5月

- ④ 田村哲樹編、語る——熟議／対話の政治学、風行社、206-234頁、2010年10月

[その他]

<http://korn.shinshu-u.ac.jp/~noboru/>  
(2010年3月まで開設)  
<http://www.komazawa-u.ac.jp/~noboru/>  
(2010年4月から開設)  
駒澤大学図書館駒大電子紀要検索  
<http://www.lib.komazawa-u.ac.jp/>

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

柳瀬 昇 (YANASE NOBORU)  
駒澤大学・法学部・准教授  
研究者番号：90432179