

# 裁判所の司法権行使の民主的正統性

柳 瀬 昇

## 1. 問い

裁判所は、国会や内閣などとは異なり、直接的な民主的正統性を調達する手段を有していない。にもかかわらず、それが国家の統治権の一内容である司法権を行使するのは、なぜか——これが、本稿における問いである。

この問いに対しては、形式的に解答するならば、次のような解が直ちに示されることだろう。すなわち、正統な憲法が、司法権という国家作用を、明文で、裁判所に付与した（日本国憲法 76 条）から、当然に裁判所の司法権行使が正統化されるのだという解である。国民主権国家において、憲法制定権力は国民に由来するのだから、国民に正統性を帰することができる憲法が裁判所に司法権を配分したというだけで、それ以上の詮索は無意味であるという。

これは、いうまでもなく、正しい解である。ただし、この解は、解として成り立つ正解であっても、命題の本質をとらえそれに正面から解答しようとするものではない。たしかに、憲法は、司法権という国家作用を、国会や内閣のような国家機関に対してではなく、裁判所という国家機関に与えた。

では、なぜ、裁判所に与えたのか。そして、なぜ、裁判所は（現憲法の定めるような）裁判所として作られたのか——問題は、そこにある。

憲法が裁判所という国家機関を設計する際に、より強い民主的正統性を有する組織にするという選択肢もありえたはずである。にもかかわらず、なぜ、そうしなかったのか。そこには、どのような政策的含意があるのか。

## 2. 国民主権国家における国家機関とその民主的正統性

国民主権国家において、国家機関の統治権の行使は、基本的には、その国家機関に対する国民による民主的正統性の付与によって正統化される。樋口陽一教授のいうように、「今日、およそ公権力はなんらかの意味で「国民」意思によって正統化されるものでなければならない」<sup>1</sup>。わが国においては、国会が立法権を行使すること（日本国憲法 41 条）が正統化されるのは、その構成員である衆議院及び参議院の議員が、国民による選挙によって選出された全国民の代表である（43 条 1 項）からである。また、

議院内閣制を採るわが国で、内閣が行政権を行使しうる（65条）のも、その首長たる内閣総理大臣が、国民代表機関である国会の議決によって、国会議員の中から指名され（67条1項）、その他の構成員である国务大臣が、内閣総理大臣によって任命される（しかも、その過半数は国会議員でなければならない（68条1項））からである。国会は、選挙という直接的に民主的正統性を獲得する手段を有しており（その意味では、国会、内閣、裁判所という3つの国家機関のうち、国民から最も近い存在である）、内閣は、国民により直接に選挙された議員からなるその国会によってその構成員が選任され信任され続ける限りで、正統なものとなる。そのことは、「内閣は、行政権の行使について、国会に対し連帯して責任を負ふ」（傍点は筆者による）と定める日本国憲法66条3項や、衆議院の信任を失えば存在し続けられないとする69条<sup>2</sup>の規定からも明らかである。内閣は、国会という媒体を通じて、間接的に民主的正統性を調達しており、その行政権の行使の正統化根拠は、国会を媒介した民意に依存している。

つまり、権力の源泉たる憲法<sup>3</sup>の定める基本的な国家権力の分割、配分及び抑制・均衡の下、国会の立法権行使は、その構成員が国民の選挙によって選任されることにより直接的に正統化され、また、内閣は、その構成員が直接または間接的に国民の代表機関である国会によって選任されることと、その行政権行使が国民の代表機関である国会に対して連帯責任を負うことにより間接的に正統化される。

では、裁判所の司法権行使の正統性は、日本国憲法上、どのように規定されているのだろうか。

この点、第一に、裁判所の構成員である裁判官の任免について、(1)内閣によって、指名（最高裁判所長官について、6条2項）ないし任命（その他の裁判官について、79条1項、80条1項）がなされること、(2)最高裁判所の裁判官について、国民がその適否を直接投票によって判断する国民審査制度（79条）が設けられていること<sup>4</sup>、(3)重大な非違のある裁判官を罷免する弾劾裁判制度（64条2項）<sup>5</sup>が設けられていることの3点を指摘しうる。つまり、裁判官の任免に関して、特に任命については、間接的ながらも民主的正統性を有するよう、憲法は制度設計している。ただし、任命権者である内閣それ自体も、民主的正統性を直接調達していないことを考えれば、その国民との距離は、きわめて遠いものと言わざるをえない。そして、罷免に関しては、国民審査制度という国民の直接的な参加制度があるものの、それは、最高裁判所の裁判官のみに対象が限定されたものであり（下級裁判所の裁判官は、国民審査の対象とはならない）、また、すべての裁判官を対象とする弾劾裁判制度については、国民の代表機関としての国会の設置する裁判官訴追委員会及び裁判官弾劾裁判所によって行われる（国民は、直接的に参加することはできない）。

第二に、裁判所の司法権行使については、憲法上、指名・任命権者である内閣、国

民代表機関である国会あるいは主権者である国民の直接的な統制を及ぼす規定は存在しないということに注目しなければならない。憲法は、司法権の独立として、いわゆる司法府の独立（国家機関としての裁判所の国会や内閣からの独立）と裁判官職権行使の独立（76条3項）を認め、手厚い身分保障と自主組織権等を定めること（77条、78条、79条、80条）によりそれを側面から強化している。裁判官の職権行使の独立については、憲法76条3項が、「すべて裁判官は、その良心に従ひその職権を独立して行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と規定し、その趣旨は、他の何ものの指示も受けずに、自らの判断に基づいて裁判を行うことであり<sup>6</sup>、国民<sup>7</sup>や国会等から直接的な統制を受けるとはされていない点が、他の国家機関と比べて特異である。

第三に、その他の裁判所に対する民主的統制手段として、法律による裁判所の設置（76条1項）と法律による裁判の原理（76条3項）<sup>8</sup>、裁判の公正を確保するための裁判の公開原則（82条）、裁判所の判決等に対する自由な批評の保障（21条）などがこれにあたりと考えられる。また、裁判所の司法権行使に対して、国会の各議院が積極的に国政調査権（62条）を行使することを、裁判所の民主的統制の方法の1つとして考えることもできなくはないが、むしろこれは消極的であるべきと解するのが通説的見解である<sup>9</sup>。また、諸外国や国際機関等では裁判官を国民の選挙によって選出する例が見られるが、これも、必ずしも一般的なものではなく、わが国では採用されていない<sup>10</sup>。

つまり、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、憲法上、きわめて弱く設計されている。組織の構成（構成員である裁判官の任免）においても、内閣を媒介してなされ（その内閣自身が、民主的正統性を国民から直接調達するのではなく、国会に依存しているにすぎない）、権限（司法権）行使については、国民に責任を負う規定は存在しない。

ところで、裁判所の司法権行使の民主的正統性は、憲法上の規定以外にも、裁判所による司法権の行使に対する国民の信頼にたどることもできるであろう。すなわち、裁判官が独立、中立及び公正な裁判を行うことによって、裁判に対して国民が信頼することを、裁判所の正統性根拠と評価することができる。最高裁判所も、裁判の存立の根拠が、裁判官による独立、中立かつ公正な裁判と、それに対する国民の信頼にあると判示している<sup>11</sup>。もっとも、この司法に対する国民の信頼については、憲法に直接規定されているものではなく、独立、中立かつ公正な裁判の運用の蓄積から創出される正統性根拠にすぎない。

国民主権国家において、本来は、司法権を含めすべての国家権力の淵源は、国民にたどり着くべきであるにもかかわらず、なぜ、組織構成において、間接的な民主的正統性でよしとされ、また、権限行使において、一方では国民の意思から自由かつ超然

としつつも、他方で司法に対する国民の信頼という解釈上の正統性根拠に依存することが許されるのか。たしかに、裁判所も、それが間接的なものであろうと、それが適正な運用を条件に解釈によって導出されるものであろうと、民主的正統性を必要とし、実際に、それを調達している。では、なぜ、裁判所は、直接的な民主的正統性を調達しようとならないのか。

なぜ、憲法は、裁判所について、直接的に民主主義の原理に基づき、構成され、権限を行使するような機関に設計しなかったのか——前掲の問いは、このように再構成される。

### 3. 自由主義の原理と民主主義の原理

制定直後に刊行された初めての日本国憲法の権威ある概説書である国家学会＝編『新憲法の研究』において司法制度の部分を担当した、民事訴訟法の研究者である兼子一教授は、次のようにいった。「民主国家にあつては、主体〔筆者注＝主権の誤りか〕は国民全体に存するから、あらゆる国家機関は国民とつながりをもち、又すべての公務員は国民の信任によつてその地位にあり、国民全体に対する奉仕者であることが要求される。そこで、司法権を行使する裁判所にも、これを構成する裁判官にも、民主的構成や選任が必要となつてくる。……しかし、他方司法権の使命が、多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁であり、国政の極端な偏向に対する調節器である役を果たすことにあるとすれば、そこに同じ多数意思がはたらくことに疑念がもたれる。ここに、民主法治国家に於ける司法制度が当面しなければならないディレンマがある。例えば裁判官の公選制度が一応最も民主的と考えられようが、この方法が果たして適任者を得る最良のものと云えるかは疑わしい。立候補して選挙運動をし、人心に迎合し、人気を博しようとする態度は、一般には謹言剛直な裁判官向の性格とは、むしろ相容れないであろう。又裁判官が一党、一階級の代表として選出される結果は、自ら政党司法、階級司法を現出することになろう。民主国家に於て、立法や行政が政党化し、階級化することが自然であるとしても、司法がそうなることは、その使命から見て致命的である。司法は政党の対立や階級闘争に対しても、それが憲法の土俵内で行はれるフェアプレイであることを監視する公平な行司たるべきである。この意味で逆説的な云い方をすれば、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営がある」<sup>12</sup>。

つまり、前掲の問いに対して簡潔に答えるならば、直ちに、次のような応答を示すことになる。すなわち、裁判所の司法権行使は、第一次的には、自由主義の原理（法の支配の原理）<sup>13</sup>に基づきなされるべきである。裁判所が、多数の急進的な専横に抗

してでも、あるべき法に基づき、個人の権利・自由を擁護し、法秩序を維持することを目的とする機関であるからこそ、そこに民主主義の原理を貫徹させないような制度設計が望ましいものと考えられる。

もちろん、これは、民主主義の原理に対する自由主義の原理の一般的な優位を意味するものではない。国会や内閣などといった政治部門と、法原理機関である裁判所とでは、より重視しなければならない原理は同じではないということの意味するにすぎない。要するに、前者は、民主主義の原理を第一に考えるべきである一方、後者は、自由主義の原理をより重視しなければならないのである<sup>14</sup>。

佐藤幸治教授は、次のようにいう。「国民主権の下にあっては、すべての国家作用は国民の意思に基づいて行なわれる理であり、裁判所も、権力分立構造の一翼を担い、国民主権の実現のための政治制度の一環としての性格をもっている。が、議会や内閣は、国民の政治的統合をはかりつつ国民の意思実現のため能動的・積極的に活動することを期待される（かかる意味で両部門はしばしば「政治部門」と呼ばれる）のに対して、裁判所は、そこにもちこまれる紛争を契機に、法の客観的意味を探り、それを適用することによってその紛争を解決し、もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関であって、その意味で非「政治」的・非「権力」的機関と称しうる性格を持っている（「政治部門」に対して「法原理部門」と呼ぶにふさわしい）。裁判所の活動には、一般世論がストレートに作用することがむしろ忌避され、国民代表による指揮や監督が排されるが、そのことは、裁判所が解釈・適用する法は国民代表機関によって定立されるものであることから、国民主権原理と矛盾しないとされている。国民主権は、その現実態にあっては、活性的な政治的行動を通じて顕現しようとする傾向をもつものに対し、「法による統治」は、法原理によって、「政治」のもつ“非情”さを一定の枠にとじこめようとする個人主義的・自由主義的性格を有するものである」（傍点は筆者による）<sup>15</sup>。佐藤教授は、政治部門は「多かれ少なかれ“力”の支配するフォーラム」であるべきであるが、法原理部門は“理”の支配するフォーラム」でなければならないという<sup>16</sup>。

また、大石眞教授も、次のようにいう。「国会と内閣とは、国民による選挙に存立の基礎を置き、国民の民主的コントロールに服し、相互に牽制しつつ（抑制と均衡）、積極的・能動的に国政上の決定を行い、これについて国民に直接に政治的責任を負う政治権力である。これに公民団として組織化された国民を加えて、これらを広く「政治部門」と呼ぶことができる。これに対して司法裁判所は、国民による選挙に基礎を置かず、むしろ国民を含めた他の国政機関から独立しつつ（司法権の独立）、提起された争訟に対し公平な第三者として所与の法的規準に照らして判断を行うが、裁判の内容については国民に直接に政治的責任を負わない非政治的権力——これは「法原理機

関」と名づけられる——である。ここでは、確かに民主制の原理は後退するが、それに代わる価値を立憲民主制は「法の支配」原理に見出すのである」(傍点は筆者による)<sup>17</sup>。

すなわち、裁判所には、自由主義の原理をより重視して権限を行使することが期待されるため、敢えて、民主主義の原理の直接的な注入が回避されているのである。

司法に民主主義の原理を直接持ち込むのであれば、国民の直接投票や国民の代表による審議の結果で判決を形成することに躊躇する必要はない。司法をめぐる制度設計理念として単純な民主主義の原理のみを重視するのであれば、裁判官による法に基づく形式的な裁判を経るよりも、国会の議決や国民投票<sup>18</sup>などで国民の直接的な意思を確認するほうが、より民主主義的であるといえる。あるいは、現今の発展した情報通信技術を利用して、精度の高い世論調査を活用して、国民の直接的な意思を確認するのも一案であろう。

しかしながら、そもそも国家の統治権の行使は、常に民主主義的であるべきとはいえない。その権能の性質によっては、民主主義的でないほうが、より立憲主義的に機能することもある。そして、法の客観的意味の探求、法適用による紛争解決及び法秩序・原理の維持・貫徹という司法の本来的な機能は、単純な民主主義の原理になじまないものである<sup>19</sup>。

したがって、司法権に関して、法制度の設計をするにあたっては、第一次的には自由主義の原理に基づき行うべきであって、単純な民主主義の原理に基づく制度設計は、厳に慎まなければならない。

このことは、国民の司法参加の制度の設計に関しても、同様である。単純な民主主義の原理に基づいて、裁判員制度を正当化することはできない。司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会の委員を務めた、刑事訴訟法の研究者である酒巻匡教授は、「制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理（「国民の手による裁判」）に帰することはできない」と強調している<sup>20</sup>。単純な民主主義の原理に基づき裁判員制度を正当化することができるのであれば、先述のような国会の議決、国民投票または世論調査による「裁判」も正当化されるであろう<sup>21</sup>。しかし、それでは、「多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁」としての司法の使命を果たすことはできまい。

#### 4. 答え

酒巻教授は、「現代民主主義国家における権力分立制度の下で、基本権および自由を保障する司法権と民主主義原理との間に微妙な緊張関係が伏在していることは、憲

法学の常識であろう」<sup>22</sup>と述べる。しかし、これまでの憲法学界における議論を瞥見すれば、意外なほどに、司法権と民主主義の原理との関係性は、あまり意識的に論じられることはなかったように思われる。

司法権の民主的正統性に関する議論の不在は、裁判所が司法権行使に随伴する限りで行っている違憲審査権に関して、その民主的正統性について国内外で激烈に議論されていること<sup>23</sup>と、好対照をなす。違憲審査権は、より高度の民主的正統性を有する政治部門による行為について、民主的正統性においてより劣後する裁判所が憲法適合性を審査し、憲法の規定に違反するものを無効とするというきわめて重大な権能であることから、それがかしましく議論されるには、相応の理由がある。しかしながら、裁判所の権能のうち、より本質的なものである司法権についても、議論を行う意義は少なくないはずであった。

本稿では、わが国の憲法解釈論が明示的には論じなかったかに見える裁判所の司法権行使の民主的正統性について、問題を整理した。

改めて、先の問いに対する答えを敷衍するならば、次のとおりである。

もとより、司法権も国民に由来するものである以上、裁判所も、民主主義的要請から完全に自由になることはない。裁判所も何らかの形で民主的正統性を標榜せざるを得ないからこそ、憲法は、裁判官の民主的任免制度（民主的任命・指名、国民審査制度及び弾劾裁判制度）、法律による裁判の原理、裁判の公開原則、裁判所の判決等に対する自由な批評の保障などについて、規定を設けており、また、独立、中立かつ公正な裁判によって司法に対する国民の信頼を得ようとするのである。

その一方で、法原理機関である裁判所は、自由主義の原理（法の支配の原理）をより重視する。したがって、裁判所は、司法権の具体的行使について、直接的に民主主義の原理が貫徹されることを嫌忌する。政治部門や世論が何と言おうとも、裁判官は、憲法・法律と裁判官としての客観的良心に従い、淡々と、その職務を行使すればよく、また、しなければならないのである。民意に迎合することは、裁判所の本来あるべき姿ではない。

憲法が敢えて裁判所を直接的な民主的基盤の弱いものとして制度設計したのは、裁判所を、民主主義のフォーラムではなく自由主義のフォーラムとするためである。

本稿での議論は、裁判員制度の導入の意義に関する議論に対して、次のような示唆を与える。

すなわち、裁判員制度の導入を、単純な民主主義の原理に基づくものとして理解するのは、明らかに誤りである。

司法に単純な民主主義の原理を持ち込むのであれば、その方法は、裁判員制度では

なくてもよい。先述のとおり、国会の議決によって、被告人についての事実の認定、法令の適用及び刑の量定を決めうるようにすれば、裁判員制度を導入するよりも国民の参加コストを低減しながら、民主主義的要請に応えることができる。また、国民が直接的な参加を欲求するのであれば、それを国民の直接投票によるとすればよい。あるいは、現今の発展した情報通信技術を利用して、精度の高い社会調査の方法に従って、被告人の処遇を世論調査で決めるとすれば、裁判員制度よりも多くの国民が低負担でかつ恒常的に参加でき、司法の民主化を図ることができる<sup>24</sup>。国民の司法参加の意義を単純な民主主義の原理のみに求めるとすれば、裁判員制度よりも、より民主的でかつ合理的なこれらの制度が排除されなかり。しかしながら、民主主義的要請を充足させることによって、司法の本質が歪められるとすれば、それは、正しい制度改革であるとはいえない。

要するに、裁判員制度の導入の意義は、単純な民主主義の原理以外のことに、見出されなければならない<sup>25</sup>。

---

## 注

<sup>1</sup> 樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）502頁。あるいは、樋口教授は、「国民主権を掲げる憲法のもとで、権力分立機構は、なんらかの意味で、「国民」という正統性根拠と結びついている」とも述べている（樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文堂、2007年）320頁）。

<sup>2</sup> 衆議院により不信任の決議案が可決され、または、信任の決議案を否決されれば、内閣は、10日以内に、自らを信任しない衆議院を解散させるか、自ら総辞職しなければならない（69条）。この場合、前者を選択したとしても、解散に続く総選挙を経て召集される国会の冒頭で、総辞職をしなければならない（70条）ので、いずれにせよ、衆議院の信任を失った内閣は、存立しえない。まさに、内閣は、国会と一蓮托生の関係にあるといえる。

<sup>3</sup> いうまでもなく、この憲法自身が、その正統性を国民に負っている。すなわち、憲法制定権力と、制度化された憲法制定権力である憲法改正権は、ほかならぬ国民に与えられている（日本国憲法96条1項）。

<sup>4</sup> この点、佐藤幸治教授は、「憲法がとくに最高裁判所裁判官の適否について有権者団に判断させることにしたことには積極的な意義があると解さるべきである。つまり、相互に依存的でありながら、同時にとときには反発し合う、法の支配の原理と民主主義の原理との微妙な調和を達成維持しようとする一つの試みとして評価される」と述べる（佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）105頁）。

<sup>5</sup> 弾劾制度の意義は、私見では、三権の抑制均衡の手段として立法府に与えられた権能ではなく、国民の公務員選定罷免権（日本国憲法15条）の具体化であると解する。弾劾裁判所の設置権は、立法府としての国会に与えられたものではなく、国民の代表機関としての国会に与えられた権能であると解すべきである。公務員の弾劾制度の意義についての詳論は他日を期したいが、ここでは、その民主主義的意義を強調する理由について、簡潔に言及しておきたい。すなわち、比較憲法学的に考えれば、弾劾されるべき公務員は司法府の構成員には限られず（例えば、アメリカ合



衆国の連邦の制度の下では、大統領が弾劾の対象となることを想起されたい)、また、弾劾訴追・審判権が付与されるのは立法府には限られない(例えば、ドイツの連邦の制度の下では、弾劾審判権は連邦憲法裁判所に配分されていることを想起されたい)。この2点を挙げるだけで、弾劾制度が司法府に対する立法府の均衡抑制のために制度設計されたという立論は破綻する(もっとも、主位的かつ所期の目的が民主主義的意義にあるとしても、結果的に、自由主義的な効果を副次的に有することになる点は、筆者も否定するものではない)。

<sup>6</sup> したがって、立法権・行政権はもとより、司法部内の指示・命令も排除される意味であると解される(芦部信喜(高橋和之=補訂)『憲法〔第4版〕』(岩波書店、2007年)340-341頁)。

<sup>7</sup> 宮沢俊義教授は、「裁判については、他の国家機関によるコントロールのみならず、国民による直接のコントロールをも排除することが要請される。司法権の独立は、こういう要請をも含んでいる」という(傍点は筆者による)。なお、後述する議論との関係で、この引用箇所の前後についても、ここで引用することとする。すなわち、「民主主義憲法体制においては、すべての国家機関は、直接または間接に国民のコントロールのもとにあるを原則とする。しかし、国家機関の職務の性質によっては、国民によるコントロールがある程度以上に直接に行われることが実際においてのぞましからぬ結果をもつこともある。そういう場合には、その職務に関するかぎり、国民による直接のコントロールを多かれ少なかれ排除することが要請される。裁判は、その重要な例である。裁判については、国民の直接のコントロールがおよぶことは、過去の経験から見て、公正な結果をもたないおそれが多い。いわゆる「人民裁判」を考えれば、そのことは明らかである」(原文ママ、宮沢俊義(芦部信喜=補訂)『全訂日本国憲法』(日本評論社、1978年)609-610頁)。ただし、宮沢教授は、続けて、次のように述べた。「しかし、これは、その職務の特殊な性質に由来することであるから、それ以外の職務を有する国家機関については、どこまでも国民によるコントロールに服する原則が維持されなくてはならない」(610頁)。

<sup>8</sup> これらの中で最も本質的なものは、法律による裁判所の設置(76条1項)と法律による裁判の原理(76条3項)である。すなわち、憲法は、法律に基づき下級裁判所を設置すると定め、また、裁判官は、憲法及び法律に拘束されると定めるが、まさに、この法律が国会によって制定されることに、民主的統制としての意義がある。

<sup>9</sup> ある刑事事件の判決について、参議院法務委員会が、国政調査権を行使し、量刑が不当であるとの決議を行ったことが、司法権の独立を侵害するものであるとされたいわゆる浦和充子事件(1949年)を参照。

<sup>10</sup> 例えば、アメリカ合衆国では、一部の州の裁判官は、選挙によって選出されている(連邦と他の一部の州では、裁判官は任命制である)。アメリカ合衆国の一部の州における裁判官の選挙制は、1832年にミシシッピ州の憲法改正により導入されたもの(州の裁判所の裁判官を、州議会による任命制から、選挙制に変更した)が本格的なものとしては最初であり、それが連邦に新たに加わる他の州や既存の州にも波及したという。そして、これは、裁判官の任期制(それまでは、裁判官は「非行なき限り」終身とされていた)とともに、ジャクソニアン・デモクラシーの発現であると解されている。選挙による裁判官の選任については、田中英夫『英米の司法』(東京大学出版会、1973年)359-405頁や、木南敦「どうして裁判官を選挙でえらばないのか」京都大学大学院法学研究科21世紀COEプログラム「21世紀型法秩序形成プログラム」オケージョナルペーパー第7号(2006年)などを参照。

<sup>11</sup> 最高裁判所は、次のように判示している。「裁判官は、独立して中立・公正な立場に立ってその職務を行わなければならないのであるが、外見上も中立・公正を害さないように自律、自制すべきことが要請される。司法に対する国民の信頼は、具体的な裁判の内容の公正、裁判運営の適正

はもとより当然のこととして、外見的にも中立・公正な裁判官の態度によって支えられるからである。したがって、裁判官は、いかなる勢力からも影響を受けることがあってはならず、とりわけ政治的な勢力との間には一線を画さなければならない。そのような要請は、司法の使命、本質から当然に導かれるところであり、現行憲法下における我が国の裁判官は、違憲立法審査権を有し、法令や処分等の憲法適合性を審査することができ、また、行政事件や国家賠償請求事件などを取り扱い、立法府や行政府の行為の適否を判断する権限を有しているのであるから、特にその要請が強いというべきである。職務を離れた私人としての行為であっても、裁判官が政治的な勢力にくみする行動に及ぶときは、当該裁判官に中立・公正な裁判を期待することはできないと国民から見られるのは、避けられないところである。身分を保障され政治的責任を負わない裁判官が政治の方向に影響を与えるような行動に及ぶことは、……裁判の存立する基礎を崩し、裁判官の中立・公正に対する国民の信頼を揺るがすばかりでなく、立法権や行政権に対する不当な干渉、侵害にもつながることになるということができるといえる」(最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁)。

<sup>12</sup> 兼子一「司法制度」国家学会＝編『新憲法の研究』(有斐閣、1947年)236-237頁。憲法普及会＝編(兼子一・木村亀二＝著)『新憲法と司法・新憲法と人身の自由』(国立書院、1948年)29-30頁(兼子一＝執筆)も同旨。兼子教授は、その後刊行された、有斐閣法律学全集の1冊をなす『裁判法』においても、自説を維持している。すなわち、「民主国家において、あらゆる国家機関は民主的基礎の上に立ち、すべての公務員は、国民の信任によってその地位にある国民全体の奉仕者であることが要求される(憲法一五條二項参照)。これによれば、司法権を行使する裁判所の組織にも、その職員である裁判官の選任についても民主的な方法が採られなければならないことになる。ところが、民主法治国家における司法の使命が、前述のように、多数意思の圧力による少数者の自由の窒息に対する安全弁であり、また国政の極端な偏向に対する調節器の役を果たすことにあるとすれば、裁判所の組織に立法部や行政部と同じような多数意思がはたらくことに危険が感じられるであろう。民主主義において、立法や行政が政党化し階級化することは自然であるとしても、司法までがそうなることは、その使命から見て致命的である。司法は政争や階級闘争に対しても、それが憲法の土俵内で行われるフェア・プレイであることを監視する公平な行司役でなければならない。この意味で逆説的になるが、司法までが民主化しないところに合理的な民主主義の運用があるといえよう。ここに民主司法の直面しなければならないジレンマがあるのである」(原文ママ、引用は、最新版である兼子一・竹下守夫『裁判法〔第4版〕』(有斐閣、1999年)24頁による)。なお、法学協会＝編『注解日本国憲法〔改訂版〕下巻』(有斐閣、1954年)1121-1122頁も参照。

<sup>13</sup> 自由主義と法の支配との関係については、佐藤前掲注(4)79頁。

<sup>14</sup> これに対して、筆者は賛同できないが、「司法＝裁判は、法律の解釈と適用をおこなうことを主要な任務とするから、法律専門家である裁判官にこの仕事が委ねられることが通常のこととして考えられる。原理的にいえば、法律専門家としての裁判官は、国民の負託によって、国民主権を代わって行使しているものである。それゆえ、法の制定＝立法の領域において、代議制民主主義を原則としながら補充的に主権者国民が直接に関与する立法手続が考えられるのと同じように、法の解釈・適用＝司法の領域においても、国民主権の視点から国民のより直接的な関与を考慮することができる」とする見解もある(広渡清吾「司法参加と国民主権」本林徹・石塚章夫・大出良知＝編『市民の司法をめざして』(日本評論社、2006年)348頁)。

<sup>15</sup> 佐藤前掲注(4)291-292頁。

<sup>16</sup> 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、2002年)117頁。法原理機関としての裁判所

---

の意義については、より詳しくは、佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）57-63頁を参照。

<sup>17</sup> 大石眞『憲法講義 I』（有斐閣、2004年）151-152頁。

<sup>18</sup> 特に、情報通信技術が発達した今日においては、短期間で国民の直感的な意思を集計することは可能である。かりに世論調査の結果に基づき被告人に対する処分を自動的に決定するシステムを構築するとすれば、現在のような裁判所による法に基づく公正な裁判を行うよりも、おそらく簡易迅速であり、安価でもあろう。しかも、恒常的に国民の参加が求められることになるので、司法に対して国民が自ら参加しているという意識は、陪審制度や裁判員制度のような参加の制度よりも、より高まるであろう。

<sup>19</sup> この点について、次のような例を挙げれば、瞭然である。ここに、弁解の余地のない極悪非道な罪を犯したとされる被告人がいるとする。当該被告人が真犯人であることが明白であって、違法性や有責性を阻却する事由が一切存在しないことも明白であり、かつ、彼以外のすべての国民が当該被告人に対して極刑を熱望している。この場合、国会の議決や国民投票などにより、言い渡すべき刑罰を定めることは許されるだろうか。

<sup>20</sup> 酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室 308号（2006年）10頁。なお、同「裁判員制度導入の意義と課題」法律のひろば 57巻9号（2004年）52頁、同「21世紀の刑事裁判」司法研修所論集 115号（2006年）102頁も参照。

<sup>21</sup> 論者によっては、国会の議決、国民投票または世論調査による裁判も、立法政策の問題であるとするのかもしれない。しかし、それを認めれば、市民の多数決によって死刑とされたソクラテスの故事を引くまでもなく、法に基づく公正な裁判の実現が期待できない。公正な裁判の実現を犠牲にしても、国民の単純な参加欲求（今日、そのようなものがあるか否か自体が、議論の分かれるところであるが）を満足させることを優先すべきであるという主張は、国家の刑罰権が個人の財産、身体的自由及び生命を左右することができることに思いをいたすとき、おそらく、理性的な議論であるとはいえない。

<sup>22</sup> 酒巻前掲「裁判員制度の意義と課題」15頁。

<sup>23</sup> 国民に対して直接政治的責任を負わない裁判所が、国民の代表である議会の制定した法律の憲法適合性を審査する（そのうえで、憲法適合性を欠く法律を無効と判示する）という裁判所による違憲審査制度は、民主主義の原理に違反しないのかという議論（司法審査と民主主義の問題、あるいは、司法審査の民主的正統性の問題、より正確には、裁判所による違憲審査権行使の民主的正統性の問題）をめぐるのは、ビッケル（Alexander M. Bickel）が、1962年に、「反多数決主義という難点（counter-majoritarian difficulty）」として問題提起して（Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, 1962, pp. 16-18）以降、アメリカ合衆国においてはもちろん、わが国においても、憲法解釈論上の非常に大きな問題として絶えず議論され続けてきた。これに言及する邦語文献は列挙不能なほど多数あるが、主たる題材として扱っているものに限って挙げれば、佐藤幸治「司法審査とデモクラシー（一）」法学論叢 74巻3号（1963年）1頁、同「同（二）」同74巻5・6号（1964年）35頁、大沢秀介「アメリカにおける違憲立法審査権とデモクラシー」法学研究 51巻5号（1978年）281頁、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察（一）」広島法学 3巻1号（1979年）79頁、同「同（二）」同3巻3号（1979年）25頁、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）（初出は、1981年）、野坂泰司「司法審査と民主制の一考察（一）」国家学会雑誌 95巻7・8号（1982年）1頁、同「同（二）」同96巻9・10号（1983年）116頁、同「同（三）」同97巻5・6号（1984年）68頁、同「同（四）」同97巻9・10号（1984年）70頁、棟居快行「プロセス・アプローチ的司法審査観

---

について」阿部照哉・高田敏＝編『現代違憲審査論』(法律文化社、1996年)122頁、長谷部泰男『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、2000年)135-148頁(初出は、1997年)、市川正人「違憲審査制と民主制」佐藤幸治・初宿正典・大石眞＝編『憲法五十年の展望Ⅱ』(有斐閣、1998年)282頁、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001年)(初出は、1998年)、土井眞一「司法審査の民主的正統性と「憲法」の観念」米沢広一・松井茂記・土井眞一＝刊行代表『現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998年)158頁などがある。

<sup>24</sup> 裁判員候補者は、くじによって無作為に選ばれ(性別、年齢、所得などの割合を考慮して選定することはない)、その後、裁判員の選任にあたっては、人為的に操作される(検察官や被告人・弁護人が、作為的に、候補者に対して不選任の請求をする手続がある)。つまり、裁判員制度における裁判員は、統計学的な代表ではない。この世論調査「裁判」のほうが、裁判員制度よりも、統計学的な代表性が高い参加システムであるといえる。また、国民投票「裁判」は、悉皆的な制度設計とすることも考えられるので、そのような全国民が参加できる制度とすれば、裁判員制度よりも、参加性が高い制度であるともいえる(裁判員制度は、決して参加性の高い制度ではない。なぜならば、2006年の統計資料(本稿脱稿時点で入手可能な最も新しい資料)によれば、全国の地方裁判所における刑事通常事件(第1審)の事件数106,016件のうち、裁判員裁判の対象となる事件数は3,111件(全事件に占める対象事件の割合は2.9%である)であり、すべての事件で6人の裁判員が選任される(小規模の合議体がまったく選択されない)としても、実際に、裁判員制度において、1年間で裁判員として参加する国民の割合は、0.02%に満たない(「裁判員制度の対象となる事件の数(平成18年)」(最高裁判所公表資料))。言い換えれば、20歳以降の一生のうちに、裁判員に選任される国民は全有権者のうちでも少数であって、一度も裁判員として裁判に参加する経験をもたない国民は、なおも多数いる)。参加が望ましいというのであれば、裁判員制度よりも、代表制の高い、または参加性の高い世論調査・国民投票「裁判」のほうがはるかに優れている。

<sup>25</sup> 裁判員制度の導入の意義について、政府が、司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上ということを挙げる意義は、まさにここにあるのである。

※ 本稿は、平成19-20年度科学研究費補助金(若手研究(スタートアップ))「共和主義的憲法観に基づく討議民主主義理論による裁判員制度の意義の再構成」(課題番号:19830023)による研究の成果の一部である。

(信州大学 全学教育機構 講師)  
2009年2月25日 採録決定