

裁判員制度の合憲性 (最判 2012 年1月 13 日刑集 66 卷1号1頁)

——併せ、討議民主主義と裁判員制度に関する若干の検討

新屋達之

I	事実	134
II	最高裁判旨	134
III	検討	135
IV	補論——討議民主主義と裁判員制度	140

I 事実

本件は、被告人（外国人女性）が、氏名不詳者らと共謀の上、自己の膾内ならびに所持品に覚せい剤を隠匿して営利目的の輸入を企てたが、成田空港で税関職員に発見されたため未遂に終わったという覚せい剤取締法違反・関税法違反である。営利目的覚せい剤輸入罪の最高刑が無期懲役のため（覚せい剤取締法41条2項）、一審は裁判員裁判で審理され（裁判員法2条1項1号参照）、被告人は有罪判決を受けた（千葉地判2010年2月18日刑集66巻1号10頁）。

控訴審において、被告人側は、事実誤認の他、多岐にわたる裁判員制度違憲論（憲法14条、15条1項、31条、32条、37条1項）を展開したが、控訴審はその全てを排斥した（東京高判2010年6月29日刑集66巻1号21頁）。これに対し、被告人側が上告した。

上告趣意はごく簡単なものであるが、事実誤認の他、i判決書における裁判員氏名等の不開示は責任の所在を不明確にする、ii裁判員事件の弁護には特に困難が伴う、iii裁判員裁判は事実認定において誤りを犯す可能性がある、iv短期・粗雑な審理で権利保障が不十分である、v裁判員裁判では上訴審が事実上機能しない、vi市民感覚を重視するなら控訴審も裁判員裁判としなければ一貫しない、vii裁判員は感情的に裁判をしがちである、viii被告人に精神的負担を与え、特に本件のような外国人には理解できない手続である、といった点を挙げ、「裁判員制度には被告人に対する配慮が欠けている」ので、「被告人に裁判員の参加する裁判の選択権を与えるべきである」が、「現在の裁判員制度は、被告人の裁判の選択権を認めないかぎりにおいて、憲法32条、37条に違反する」というものである。

II 最高裁判旨

「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〔注・最大判 2011 年 11 月 16 日刑集 65 卷 8 号 1285 頁〕の趣旨に徴して明らか〕である。

III 検討

1 国民の司法参加制度が憲法上許容されるかについては、戦後に関していえば、戦後改革期を除き、現実に国民の司法参加制度が存在せず、またその導入論も多くなかったことから、さほど深い議論がなされてきたわけではなかった。しかし、裁判員制度の導入が俎上に載せられた司法制度改革審議会の時点からこの問題は重要な論点として顕在化し、特に裁判官経験者を中心に違憲論が展開されるようになった⁽¹⁾。また、裁判員制度自体の評価についても、いわゆる改革審路線による司法改革をいかに評価すべきかと絡んで、保守・リベラル双方の中でも賛否が対立するという複雑な対立状況を生み出してきた⁽²⁾。

このような状況の中、裁判員制度の憲法適合性については、早晩、法廷でも争われることが予想されてきたところ、果たして多数の訴訟で裁判員制度違憲論が主張されることとなった。大部分はいわゆる例文判断で退けられているが、本判決並びにこれに先立つ最大判 2011 年 11 月 16 日刑集 65 卷 8 号 1285 頁（以下、最大判と略）においては、実質判断が示されている⁽³⁾。両判例により、裁判実務上は裁判員制度ならびにその前提となる国民の司法参加制度の合憲性については決着がつけられたとしても、裁判員制度の今後をめぐってはなお様々な評価ならびに動きが錯綜する。それ故、違憲論の提起した問題は、形を変えてなお継続することも予想される。

なお、本判決の問題点は、直接的には、被告人の裁判員拒否権に関するものであるが、本稿では、最大判に関連する評釈で十分踏み込みえなかった問題点も適宜含めて検討

(1) 裁判官経験者によるものとして、西野喜一『裁判員制度の正体』（2007年、講談社現代新書）、同『裁判員制度批判』（2008年、西神田編集室）、同『司法制度改革原論』（2011年、悠々社）、大久保太郎「裁判員制度案批判（続）上・下」判例時報 1772・1774号、香城敏磨『憲法解釈の法理』（2004年、信山社）等。検察官経験者によるものとして、田邊信好『これでいいのか裁判員制度』（2007年、新風舎）。弁護士によるものとして、高山俊吉『裁判員制度はいらない』（2009年、講談社+α文庫版）。なお、違憲論といっても、そのニュアンスは論者によりやや異なるところがある。また、違憲論に言及することなく、裁判員制度を批判する論者もある。以下では、最もまとまった、かつ明確な形で違憲論を展開した西野・大久保両説を中心に取り上げる。

(2) 拙稿「裁判員制度のイデオロギー」法の科学 35号、同「裁判員制度の光と陰」法の科学 36巻特別増刊号。

(3) 前記最大判については、拙稿・法律時報 84 卷 10 号。

することとする。

2 本判決が直接問題としたのは、裁判所の構成に一般市民が関与することを憲法が想定しているかという点と、被告人の裁判員裁判選択権（拒否権）の不存在の是非という2点であったが、違憲論は、裁判員制度を「違憲のデパート」と名付け、以下のような多岐にわたる点を主張してきた。本件控訴審においては、これらのうち、①②の他、⑪ないし⑭等の点が主張されていた。

- ① 憲法は、裁判官以外の者が関与する裁判を想定していない（憲法第6章、特に80条1項）。
- ② 裁判員制度は、憲法第6章に規定する裁判所の裁判を受ける権利を侵害する（32条、第6章）。
- ③ 裁判員裁判は「公平な裁判所」にあたらぬ（37条1項）。具体的には
 - a 無作為抽出では、判断能力の不十分な者が必然的に一定割合で混入
 - b 構成上、裁判官裁判よりも不利になる場合がある
 - c 裁判員の負担の都合上、ラフな審理、粗雑な認定・判断
 - d 手続更新の場合、証拠調の一部しか知らない者が事実認定と量刑に関与する
 - e 区分審理の場合、証拠調の一部しか知らない者が全体の量刑に関与する
- ④ 上記③ d e の結果、37条2項の趣旨が没却される
- ⑤ 裁判員制度は裁判官の独立を侵害する（76条3項）
- ⑥ 非公開の公判前整理手続に付す点（裁判員法49条）で公開原則違反（37条1項）
- ⑦ 無作為抽出で選んだ者に重い負担を課すのは平等原則違反（14条）
- ⑧ 裁判員に選任された者に意に反する苦役を課す（18条）
- ⑨ 裁判員に選任された者の幸福追求権を侵害する（13条）
- ⑩ 裁判員に選任された者の思想・良心の事由に反する（19条）
- ⑪ くじの利用は公平な裁判所違反（37条1項）
- ⑫ 裁判員特定情報の不開示（37条1項）
- ⑬ 公務員の選定罷免権との関係（15条）
- ⑭ 就職禁止事由と平等原則（14条1項）

違憲論の構造としては、おおむね、国民の司法参加制度を憲法が想定していないこと（①）を大前提に、裁判官以外の者が裁判に関与することはありえないものとされる。そこで、裁判官以外の者が裁判員に関与することとなれば、裁判所の構成に関する②③④⑤等の各違憲論が派生し、他方、裁判員の選任・職務との関係で⑦ないし⑭とい

った問題が生じるとするものである。なお、⑥は、裁判員裁判では公判前整理手続の開催が必須であるが（裁判員法 49 条）、裁判官裁判による事件でも公判前整理手続の開催はありうるから、公判前整理手続自体の違憲論を主張するのであれば格別、裁判員制度固有の問題ではない。

違憲論①②については、本判決並びに最大判により、③⑤⑧⑨については最大判により、一応の判断がなされたと考えられる。また、被告人の選択権の不存在の問題は、②③のコロラリーであると考えられるところ、本判決により新たに判断されている。他にも多数の違憲論が指摘されているものの、重要な憲法問題については、おおむね最高裁の両判決により判断が尽くされたといってもよい。

本判決は、最大判と同様、国民の司法参加制度は憲法の想定外であるとする違憲論①②が取りえないことを前提とし、そうであるならば残る問題は当該参加制度が憲法上要求される刑事手続の基本原則に合致するか否かであり、それとの整合性が認められる限り、制度設計は立法政策論だというものである。そして、最大判によれば裁判員制度の基本的な構造は「公平な裁判所」（憲法 37 条 1 項）を満たしているので、被告人の選択権については立法政策の問題だとする趣旨と思われる。

3 裁判員制度の合憲性の前提問題として、そもそも国民の司法参加が憲法上許容されるか否かについては、多分に憲法制定過程との関連で問題がある。この点、憲法制定直後に主張された国民参加違憲論の見地からは、裁判官の独立との整合性ならびに関連規定の不存在が根拠として挙げられてきたが⁽⁴⁾、裁判員制度違憲論の最も重要な骨格もこの点にある。

憲法規定の沈黙については、大日本帝国憲法のそれが陪審制採用に対する否定的評価の結果に由来すると思われる⁽⁵⁾のに対し、日本国憲法の制定過程においては、陪審を念頭に置いた論者が多いが、国民の司法参加に関する議論が様々なレベルで行われている。裁判員制度合憲⁽⁶⁾・違憲⁽⁷⁾論ともに憲法制定過程における国民の司法参加に関する詳細な検討を行っているが、それらいずれによってであれ、日本国憲法の場合、陪審制の復活について関係者の中に様々な温度差があったことは事実だが、陪審なし国民の司法参加制度自体を全面否定する趣旨の議論は見当たらないようである。そ

(4) 兼子一『新憲法と司法』（1948年、国立書院）75頁。

(5) 三谷太一郎『政治制度としての陪審制』（2001年、東京大学出版会）116頁以下参照。

(6) 土井真一「日本国憲法と国民の司法参加」岩波講座『憲法』4（2007年、岩波書店）245頁以下。なお、柳瀬昇『裁判員制度の立法学』（2009年、日本評論社）215頁以下。

(7) 西野・前掲注（1）裁判員制度批判・49頁以下。

うすると、関連規定の不存在から、憲法が司法への国民参加制度につき否定的な見地に立っているとはいい難いであろう⁽⁸⁾⁽⁹⁾。また、合憲論の見地からは、裁判所法3条3項の存在や、帝国憲法24条の「裁判官ノ裁判」が日本国憲法32条では「裁判所の裁判」と改められた事実が援用されることも多い（但し、この点についても、違憲論からの再反論がある）。

4 もっとも、司法への国民参加制度そのものが許容されるとしても、いかなる制度設計が許容限度であるかについて問題が残ることはいうまでもない。

この点で特にクローズアップされてくるのが、裁判員就任に伴う国民に対する義務・負担の賦課の問題（違憲論⑧⑨⑩）、ならびに裁判官の独立との関係（違憲論⑤）である。いずれの点も先の評釈で若干ふれたが、後者の点につき多少の敷衍をしておくこととする。

司法への国民参加が裁判官の独立に抵触するのでないかとの見解は既に憲法制定直後から存在し（兼子一）、司法制度改革審議会においても、最高裁が「評決権なき参審制」⁽¹⁰⁾を主張した背景には裁判官の独立との兼ね合いがあったと思われる。すなわち、裁判官は良心に従い、独立してその職権を行使すべきところ、陪審であれば、陪審の評議の結果（事実認定）で有罪か否かが決せられ、参審であれば、参審員の意見が裁判官のそれと対立しても参審員の意見が優位する場合があります。裁判官の独立した職権行使と相容れないというものである。従来⁽¹¹⁾の憲法学説の多数説が、答申が裁判官を拘束しない陪審であれば憲法上許容されると解してきた理由の一つもこの点にある。

しかし、裁判官の独立は、裁判所内外からする裁判への権力的介入を阻止し、裁判

(8) 近時、討議民主主義の概念を用いて裁判員制度の憲法適合性を主張する見解が表れている。柳瀬・前掲注（6）書、緑大輔「裁判員裁判における出頭義務・就任義務と「苦役」」一橋法学2巻1号、同「裁判員の負担・義務の正統性と民主主義」法律時報77巻4号。

これらの主張は、「民主主義の民主化」（ギデンズ著・佐和隆光訳『第三の道』（1999年、124頁。特に132頁）に由来するもので、その意図には聞くべき点も多いと思われる。ただ、刑事手続に討議民主主義の概念をそのまま持ち込んで裁判員制度を説明することには、疑問も残る。

(9) 規定の不存在という事実から憲法が国民の司法参加を想定していないという評価を導くことは、法解釈論としても、悪しき法規実証主義の感を免れない。憲法制定時に想定されていなかった法現象が後に出現しても、その全てが違憲となるわけでない。要は、憲法⁽¹²⁾の精神と整合しうるかにより判断するほかない（憲法の想定外という点でいえば、警察予備隊に始まる「再軍備」こそ想定外——むしろ積極的に否定しようとした法現象であろう）。

(10) 司法制度改革審議会第30会議事録（月刊司法改革16号83頁）における最高裁・中山総務局長の発言。

官がその専門職としての知見・倫理を發揮し得る場を実現するためのものであり、裁判官を「孤高の人」ないし「孤人」たらしめるためのものでない。裁判官の独立は、それ自体が自己目的ではなく、裁判官の良心を發揮させ、その結果、法的正義を実現するための手段である⁽¹¹⁾。このような裁判官の良心を喚起する手段の一つとして、従来から、裁判批判・裁判運動が重要な意味をもつものとされ、民事・行政・刑事事件を問わず実際にも大きな成果を挙げてきた。裁判批判・裁判運動が裁判官の良心の喚起に寄与する所以は、「技術的練達が逆に視野・識見の狭隘化をもたらす危険」は裁判官でも変わらないところ、外部からの批判がマンネリズムのような良からぬ傾向の一掃と好ましい傾向の助長に資する点にあるとされる⁽¹²⁾。

そして、裁判批判・裁判運動がいわば非制度的に裁判官の良心を刺激するものであるのに対し、職業裁判官以外の者を関与させることにより「視野・識見の狭隘化」を防ぐことを制度的に構成せんとするのが、国民の司法参加制度である。裁判員法1条にいう「国民の理解の増進とその信頼の向上」も、そのような趣旨を前提とするものと解釈しなければならない。そうすると、国民の司法参加が裁判官の独立を侵害するというのは、批判として当を得ているとは必ずしもいえない⁽¹³⁾。

5 本判決の直接の争点の第2は、裁判員裁判に対する被告人の選択（拒否）権の不存在が「公平な裁判所」に反しないか否かであった。

「公平な裁判所の裁判」の意義については、判例上は、「構成其他において偏頗の惧なき裁判」であるとされる⁽¹⁴⁾。学説上も、有力な反対説はあるものの、また、裁判所の構成のみならず訴訟手続のあり方をも視野に入れて考えるべきかについては問題が残るものの、「公平な」は主として裁判所の構成に関するものであるとされる。個々の事件についての裁判の内容の公平は、もとより裁判の性質上当然に要求されることであ

(11) この点につき、裁判批判に関する『家永三郎集』第8巻（1998年、岩波書店）48頁も参照。

(12) 前掲注（11）書62頁。なお、憲法32条や76条3項を理由に国民参加制度を否定するのは、裁判の権力性を担保することとなり、司法の人権保障機能と矛盾するとの考えもありえよう（浦部法徳『憲法学教室』（2006年全訂第2版、日本評論社）319頁参照）

(13) 高山・前掲注（1）書は、制度的参加に対する非制度的参加（裁判批判・裁判運動）の優位ないしそれによる代替を主張する（特に278頁以下）。しかし、裁判官の良心の喚起という観点についていえば、両者は必ずしも矛盾するわけでない（というより、矛盾させないようなものとしてゆくべきである）。本来であれば、双方が相互補完的に機能することで、司法制度の改善と権利保障に資することが望ましい（この点、記録の目的外利用の禁止や裁判員に対する高度の守秘義務賦課等には、大きな問題がある）。

(14) 最大判1948年5月5日刑集2巻5号447頁等。

るが、他の規定との関係で問題が生じることはあり得ても、憲法37条1項の直接的保障にかかるものでないとするのが多数説的見解である⁽¹⁵⁾。

これを前提とすると、裁判員制度においても、司法への国民参加自体の憲法適合性がクリアされれば、最大判が指摘したように、あとは裁判員制度の構造が憲法原則と整合的であるかどうかが問題となる。そして、憲法37条1項が基本的には裁判所（及び訴訟手続）の構成に関する制度的保障である以上、かかる保障が制度的に担保されている限り、個々の手続における被告人側の意向や具体的思惑をいかに扱うかは立法政策の問題であり、拒否権を認めないことが直ちに違憲となるわけでないこととなる。

本判決も、このような思考をたどったものと思われる。

また、前記4で検討したように、裁判員の存在が、裁判官の良心を喚起するための制度的存在となりうるのであれば、それは「公平な裁判所の裁判」に対する促進的要素となりうる。この点でも、辞退権の不存在の事実から、直ちに裁判員裁判が「公平な裁判所」違反だという必要はないと思われる。

ただ、刑事手続における最も重要な利害関係人である被告人の意思及び納得は、それを絶対的に汲む必要がないとしても、極力尊重される必要があることも確かである。特に、一般市民を自らの裁判手続に関与させるか否かのもつ意味は、裁判所の構成に対する被告人の理解・納得という点では、決して小さくない。従って、弁護人の援助を前提として裁判員裁判辞退権、及び、後述のように、裁判員裁判請求権を認めること自体は推奨されるべきであろう。

IV 補論——討議民主主義と裁判員制度

1 先にも若干ふれたように、近時、裁判員制度を討議民主主義の観点から積極的に評価するとともに、裁判員制度にまつわって主張されてきた憲法問題（特に違憲論^⑧ならびに被告人の選択権）を解決しようとする見解がある⁽¹⁶⁾。その主張には、本判決と直接関連するものと否との双方があるが、いくつかの点で重要な、あるいは看過しえ

(15) 佐藤功『ポケット註釈全書憲法』上（1983年新版、有斐閣）575頁等。土井・前掲注（6）論文が、「公平な裁判所の裁判を受ける権利」といっても、それは厳密な意味での選択の自由を保障したものでなく、被告人の刑事裁判受忍義務の存在を前提に、裁判所が公平であることを客観的に保障する趣旨だというのも、同趣旨であろう。

(16) 討議民主主義ならびにそれに基づく裁判員制度の正統性に関する以下の記述については、特に引用箇所を示さなかったが、柳瀬・前掲注（6）書に依拠している。また、これに対する批判も、同書の論じるところに対するものである。

ない問題提起が含まれていると思われる。そこで、判旨とは直接関係しない面もあるが、ここで取り上げておくこととする。

2 討議民主主義とは、1980年代からアメリカで論じられるようになり、90年代後半に日本でも活性化した新たな民主主義理論であるが、「公共的な事項の検討・決定にあたっては、十分な情報に基づく個人の内心における熟慮と他者との間の討議という過程によって形成される選好を重視すべきであるという民主主義理論」のことである。

討議が i 集合的決定の正当性を高め、ii 公的な政策争点についての公共心あふれるものの味方を奨励し、iii 相互に尊重しあえる意思決定過程を促進し、iv 市民や官僚の行う集合的行為に不可避な誤りを犯す誤りを是正するという積極面を有することを背景に、「討議参加者が、相互に学び、自分個人または集団の誤解を認識するようになり、そして、批判的な吟味に耐えうるような新たな視点と政策を発展させることができる」という優位性をもった民主主義観だとされる。それは、公共的な事項は国民自らが決定しなければならず、そのために、国民は公民的徳性を涵養し、公共善の実現のための政治的営みに能動的に参加すべきだという、いわゆる共和主義的憲法観とも密接に関連する。

裁判員制度との関係でいえば、その創設の契機となった司法制度改革審議会の思考過程は「統治に主体的に参画することこそ善き善である」と指定し、国民に対して、『公共性の空間』である政治部門や司法部門を支えることを要請しているという点に着目すれば、そこには、政治参加に能動的な公民としての国民を前提とする共和主義的な憲法観を読み取ることができ、裁判員制度もその表れとされるのである。

そして、このような観点から、被告人の辞退権を認めることについては、裁判員制度が「公共的な事項を討議することを通じて参加する国民の公民的徳性を涵養する場」である以上、「その機会を被告人の自由意思によって閉鎖しうるとすることは、社会全体における討議の場を減少させることを意味し、否定的に評価される」こととなる。

他方、国民に対する裁判員としての義務・負担の賦課については、公共的討議の場への参加は公民として推奨されるし、「参加を希望しない国民に対しては、より一層、裁判員としての職務遂行を通じて公民的徳性を涵養することが求められる」として、討議による公共的徳性の涵養が強調される。

3 だが、討議民主主義による裁判員制度の正当化には、以下のような疑問も存在する。

第1に、討議民主主義は、公共的事項の決定における「手続を通じての正統化」を

図ろうとする議論である。その意味では、公共的討議の結果もたらされた結論が実体的に正当か否かについては、そのような観点が全く捨棄されるとはいえないにせよ、多分に相対化されることとなろう。討議の対象が一般的な公共政策、たとえば原子力発電推進の是非のような場合、討議の結果、推進・撤退いずれの結論が出されても、討議手続の正統性に疑義が生じない以上、結論自体の是非を云々することは、討議民主主義の観点からは困難であろう。しかし、司法はしばしば「人権の砦」と位置付けられ、憲法を頂点とする人権保障の確保を目的とする。特に、刑事の場合、「無辜の不処罰」が刑事裁判の鉄則であるとされるように、当初から一定の実体的正義の実現が構造の中に組み入れられている。この点で、討議の正統性のみから結論の正統性を演繹し得るわけでない。

第2に、通常の公共的討議の場合、その帰結は、個人の権利侵害や権利制限と必ずしも直結するわけでない。もちろん、公共的事項の決定によりその権利を侵害・制限される市民はほとんど常に存在する。しかし、その事実を踏まえつつも、公共的事項の決定は、それ自体としては市民全体の福利の増進に寄与する（はずの）ものである。そもそも、討議民主主義自体、主として立法・一般行政にまつわる公共的事項の決定に関する脈絡で語られてきたとあってよいが、それらは究極的には市民全体の福利の増進に寄与するものであり、特定人に対する権利侵害を指向するものでない。

しかし、刑事手続の場合、たとえ犯罪に由来するとはいえ、市民に対する権利制限を正当化する、またそのために向けられた手続であり、通常の公共的事項の決定とは決定的に相違する。刑事手続の権利侵害性は、いかに人権保障を厚くした手続であっても、その本質として内在するものである。裁判員裁判が公共的討議の場であるといっても、通常の討議民主主義が妥当する領域とは、相当異質な空間であることに注意が必要でないか⁽¹⁷⁾。

第3に、上記第2の点とも関係するが、刑事手続における討議民主主義の討議の担い手はだれかという問題があるように思われる。裁判員制度との関係では、裁判官ならびに裁判員が想定され、かつそれに限られるというのが、論者の前提にあるように思われる。また、討議による公共的徳性の涵養も、裁判員が対象である。しかしそうだとすると、刑事手続の場合、権利侵害の対象であり、最も重要な利害関係人である被告人は、討議に直接関与することはない。討議の前提となる主張の提示を行うといういわば副次的地位にとどまる一方、討議の結果は被告人に帰属させられる。これに

(17) この点とも関連して、葛野尋之「裁判員制度における民主主義と自由主義」法律時報84巻9号参照。

対し、討議の主体は、たとえ公共的事項の決定に関与したとしても、その効果を帰属させられる存在ではない。

悪くいえば、公共的徳性の涵養といっても、被告人を「だし」にした結果の産物である。権利侵害の帰属先が討議の主体たりえないという事実は、憲法の人権保障の観点から問題はないのであろうか。また、このような図式を訴訟構造の面に投影してみると、多分に職権主義的な手続構造に親和性を有することにならないであろうか。

第4に、論者は、裁判員への就任を忌避することにつき、公共的徳性の欠如のゆえんであると指摘し、そのような者こそ公共的徳性の涵養のために裁判員への就任が求められるとする。そしてこのことから、裁判員就任義務の存在も当然の前提とされる。

しかし、討議への参加の拒否といっても、単に面倒であるという低次元のものから、自己の良心や信仰等を理由とする高次元のものまで様々な理由がありうる。また、討議のフォーラムにもさまざまな次元のものがありえ、司法についても、裁判員制度のように制度化されたフォーラムのみならず、裁判批判・裁判運動という非制度的フォーラムもありうる⁽¹⁸⁾以上、裁判員裁判による討議の拒否がおよそ公共的徳性の欠如というわけでない。論者の主張するところは、余りにパターンリズムな発想であり、いわゆる「上から目線」であるとの批判も生じえよう。

第5に、被告人の選択権について、裁判員裁判拒否権を認めないことは正当化できるとしても、討議民主主義の観点からすれば、裁判員裁判請求権を認めることがより重要な課題となるのでないか。すなわち、本来は裁判官裁判で審理される事件（これは、裁判員裁判という公共的討議にかけられないことを意味し得る）であっても、事件の性格によっては、公共的討議に乗せることが望ましいものは少なくない。そのような事件を裁判員裁判という公共的討議の場に乗せることは、討議民主主義の観点からすれば、望ましいのみならず、むしろ不可欠なはずだからである⁽¹⁹⁾。

第6に、論者は、司法制度改革審議会に始まる裁判員制度の制定過程に、討議民主主義の観点が存在するとしている。確かに、そのように見える表現が存在することは事実である。しかし、政府の司法改革が登場した政治過程やそれを推進したアクター

(18) かかる非制度的参加の意義を強調するものとして、高山・前掲注(1)書278頁以下、小田中聰樹『刑事訴訟法の変動と憲法的思考』(2006年、日本評論社)268頁、同『裁判員制度を批判する』(2008年、花伝社)。この点、前記注(13)も参照。

(19) 例えば、チャタレイ事件、砂川事件、猿払事件、立川ピラ事件等は、まさに公共的討議が求められるケースであろう。一般的にいえば、絶対的公開裁判の対象(憲法82条2項)とされる事件(もちろん、これに限定する必要はない)は、公共的討議に乗せられる必要性が高いという点で、裁判員に裁判請求権を認めるべきであろう。

についても考えるならば、裁判員制度の立法過程がそのような豊かな民主主義観に裏打ちされていたものとは考え難い。むしろ、いわゆる新自由主義的国家再編の一環であり、擬似民主主義的な色彩に彩られつつ実際には国家の権威主義的再編過程の中で生みだされたものでなかったのかという観点⁽²⁰⁾を踏まえた上で、問題を検討する必要がある。これとの関連で、裁判員制度で涵養されるべき公共的徳性の実体についても、やはり問われなければならない。

(20) この点につき、高山・前掲注(1)書、小田中・前掲(17)の各書籍等参照。この点で、裁判員制度の出自はやはり「やくざ」なものという他はない。しかし、出自が「やくざ」であっても、「更生可能性」は模索せねばならず、そのための制度再構築が不可欠である。