

論 説

裁判員裁判をめぐる雑考

—— 裁判員のための一種の副読本にもなりうることを願いつつ ——

「賢（さか）しらはやめよ本音の歌をかけいづれ髑髏（どくろ）の身であるを知れ」

山田あき *注1 参照

萩原金美

（本学名誉教授）

目次

- 1 はじめに
- 2 違憲論 —— どう考えるべきか？
- 3 白日夢を交えた章 —— 偉大なる X についての物語など
- 4 審理 —— その1 公判前整理手続（審理計画）について
- 5 審理 —— その2 証拠調べについて
- 6 評議・判決
- 7 私の量刑論 —— やや独断的な
- 8 裁判者の心のケア
- 9 控訴審
- 10 裁判員制度の拡充 —— 若干の事件類型への任意的（選択的）裁判員裁判の導入
- 11 立法上の提案？
- 12 結語

補論 裁判員裁判と法教育

1 はじめに

まず「裁判員」という用語について一言¹⁾。

法律上の用語になっているものに今さら異を立てても始まらないが、あまり適切な用語だとは思えない。なぜならば、法文上も日常用語としても「員」と「官」が同意語として使われている例が少なくないからである。「司法警察員」は警察官であり（刑事訴訟法199条2項は「警察官たる司法警察員……」という）、捜査官と捜査員も同一の意味で別に捜査員が私立探偵を

意味するわけではない。陪審派と参審派との対立を解消するための窮余の策として案出された言葉だろうから²⁾、後講釈で批判するのは酷かも知れないが、当初から気になっていた用語なのでここに一言しておきたい。英訳は lay judge, citizen judge などとされるが、後者を日本語に直した「市民裁判官」という表現はすこぶる適切と思うので（このままでは長すぎるので略称としては例えば「市判」？）、法文上はともかくとしてこの表現がヨリ一般化することを個人的には願っている^{2a)}。もっとも、裁判員という用語はすでに人口に膾炙しているし、また簡潔という意味でも勝っているのだから、その使用を否定することは困難かつ不適切なことは認めざるを得ない。上記の私見は結局無い物ねだりの願望ということになるうか。

さて刑事裁判について専門家の発言をする資格、能力が果たして自分にあるかどうか疑わしい。刑事に関する実務経験といえ、刑事裁判の仕事に従事したのは15年間の裁判官在任中の3分の1ぐらいだし³⁾、加えて弁護士登録後の初期に勉強のためと思って様々な事件タイプの刑事弁護事件を担当してみた程度である。（多くは国選で私選事件は数少ないが、中には畏敬する司法部・法曹界きっての知の巨人といわれた倉田卓次博士からの懇望に近い紹介で受任した事件もある。倉田さんがなぜ私ごときにそんなことをされたのか未だに良く分からないが

——やや特異な事件ではあった。すべてはすでに遠い過去の思い出に属する。ちなみに、裁判員制度違憲論の主唱者西野喜一教授は倉田氏の愛弟子というべき人である。)

しかし、訴訟法、裁判法の研究者としては刑事訴訟の証明責任などに関する論稿を書いたし⁴⁾、司法に対する国民参加の問題については我が国で早くからその必要性、重要性を指摘した者の一人に属するとひそかに自負している⁵⁾。そしてまた、かなり以前から現在に至るまで国民参加の問題については関心を持ち続けているのである⁶⁾。したがって、裁判員裁判について多少の愚見を述べることは許されるかと思う。そんなわけで、以下に述べるのがどれほど裁判員裁判をヨリ良いものにするために寄与するか心許ないないけれど、本稿を草することにした次第である。

また、私は弁護士として裁判員裁判の実務に全く関与していないのみならず、健康上の理由から最長1時間以上着席していることが難しいので、審理の妨げになることを恐れ、裁判員裁判の傍聴も遠慮してきた⁷⁾。したがって、裁判員裁判の改善、改革について現場の直接的な体験、観察に基づく的確な意見を述べることは私の手に余る。ただ、裁判法研究者として刑事司法に関係する実務家や刑事法学者とはやや異なる視点から問題を考察することができるのではないかと考える⁸⁾。

なお、以下の論述においては非法律家の読者にもある程度興味をもって読んでいただければという願いなどから、恥晒しを覚悟して自身のかつての裁判官としてのささやかな経験についてもやや詳しく言及している。もとより極めて限定されたものであるし、おおむねは約半世紀前の昔話に過ぎない。にもかかわらず、温故知新ということもあるから、それを語ることに何ほどかの意味はあるのではないかと思う⁹⁾。

注

1) 歌人の福島泰樹氏が「東日本大震災」という呼称に疑義を呈している。「東日本」とは通常、北海道・東北・関東の三地方の総称である。太平洋三陸沖を震源とする大地震なのだから、正しく事態(歴史)を伝えてゆくためには「太平洋沿岸東北地方大震災」とすべきではないだろうかというのである(同「死者もまた思い出の器——さまざまな死(上)」東京新聞2011年9月3日(土)朝刊13面)。この大地震の呼称から「東北」が消し去られていることに違和感を抱く人は私を含めて多いのではあるまいか。適切な呼称、用語の重要性を想起させる文章なので、ここに引いておく。(姜尚中「ひとくりにできない『東日本』」同『生と死についてわたしが思うこと』(2013, 朝日文庫)も「わたしとしては、できるだけ『どこでなにがあったか』を詳しく盛り込んだ形で正式名称を付けて欲しい。たとえば、東北関東大地震・太平洋沿岸大津波・福島原発事故。いまパソコンで打ちこんだだけでもかなり長いと思いますが、被災地を歩くとそう思わずにはいられなくなるのです。」と書いている(134-135頁)。

歌人、絶叫ミュージシャン、住職という特異な肩書の福島氏は、東京新聞に「追憶の風景」という心惹かれるエッセイを連載している(土曜朝刊)。2013年4月20日の回では1996年に96歳で逝去した反骨の女流歌人山田あきを扱う(17面)。本稿の表題下の掲出歌「賢(さか)しらはやめよ本音の歌をかけいずれ鬨(どくろ)の身であるを知れ」は彼女が80歳の時に刊行した歌集の中の一詩。この「本音の歌」を「本音の論文」と読み換えて本稿執筆の自戒の言葉としたい。もっとも、本稿はキチンとした論文とは到底言い難い体験談と雑考を織り交ぜた雑文だが、こういう形のほうが本音を語り易いという面もあるのである。ちなみに、福島氏は90を過ぎた彼女について「人類の行く末を常に案じておられた。この人は俺よりも若いな、とお会いするたびに思った。」と記している。

なお、以下の注記中にはかなり以前に書きこんだものも混在しており、やや雑然とした印象を与えるかも知れないが、それを残すことにも多少の意味はあろうかと考えてそのままにしてある。

2) 白鳥祐司「裁判員制度の行方——市民参加で刑事手続はどう変わるか？」法と心理5巻1号(2006)11頁参照。もっとも、制度自体については「裁判員制度は、単なる陪審や参審の真似ではなく、……世界的にも類を見ないユニークな司法制度として、高い評価を受けることも可能であろう。」という期待を示す見解もある(青木孝之『刑事司法改革と裁判員制度』(2013, 日本評論社)74頁)。私もこれに賛同したい。ちなみに、同書は600頁を超える大著であり、10年間の裁判官生活を経て法学教授の道に転じた著者の立論はおおむね鋭利な人権意識に裏打ちされた精密かつバランス感覚に富むものである。

2a) 迂闊な話だが、脱稿後になって市民裁判官という言葉は斎藤哲『市民裁判官の研究』(2001, 信山社)で使われていたことを思い出した(しかも著

- 者から一本を恵与された)。斎藤教授はドイツの参審員などを表現するのにこの語を用いている。別にこの語に優先・独占使用権などあるわけでもないと思うけれど一応エチケットとして記しておく。なお、「市判」という略称は奇異に感じられるかも知れないが、簡易裁判所判事の略称である「簡判」(かんばん) はかねて少なくとも部内ではよく用いられている(蔑称ではない。念のため)。要は馴れの問題ではないか。ただし、もちろん市判の使用を積極的に勧めるわけではない。
- 3) 実は、このあまり長からぬ刑事裁判実務において私は再審で無罪になった死刑事件の一つである松山事件の第一審の審理・判決に左陪席裁判官として関与した。それゆえか、日本の刑事裁判を少しでもより良いものにするために一裁判法研究者として蝸牛の歩みを進めることが私なりの贖罪の道ではないかという思いを捨て切れない——クレイゴトを言うようで気が引けるが。本稿と関連する拙稿「法科大学院教育と死刑存廃論」神奈川ロージャーナル4号(2011)44頁など参照。
- 4) 拙稿「刑事訴訟における証明責任」拙著『訴訟における主張・証明の法理——スウェーデン法と日本法を中心として——』(2002, 信山社)第5(229頁以下)、「刑事裁判と警察」『誤判救済と刑事司法の課題 渡部保夫先生古稀記念』(2000, 日本評論社)309頁以下(のち拙著『法の支配と司法制度改革』(2002, 商事法務)に収録)。
- 5) 最近では国民(市民)の「司法参加」という表現のほうが一般的なようである。しかし私はかねて司法における(対する)国民参加」という表現のほうを多用してきたので、本稿でもこれにしたがう(拙稿「民事司法における国民参加——民事参審の構想に関する一つの試論——」拙著『民事司法・訴訟の現在課題』(2000, 判例タイムズ社)174頁以下参照)。本論文の初出は1994年である。
- 6) 拙稿「参審制度」拙著『裁判法の考え方』(1996, 判例タイムズ社)286頁以下など参照。かつては平野龍一博士を中心とする参審制の研究会(メンバーは数名の刑事訴訟法学者、裁判官、弁護士から成る)に幹事役の佐藤博史弁護士(ご承知の通り傑出した刑事弁護士として高名)に誘われて参加していた。この研究会はほぼ毎月本郷の学士会館で行われ、1-2年は継続したように記憶する。平野博士の参審制論については、青木・前掲(注2)第7章(47頁以下)参照。また、私は長らく「陪審裁判を考える会」の会員でもある(私自身は参審制賛成論者であるが)。現在は「裁判員経験者ネットワーク」の「協力研究者」の一員として裁判員経験者との接触を有する(これはこのネットワークの設立・運営に主導的役割を演じておられる長友濱田邦夫弁護士(元最高裁判事)のお誘いによるもの)。
- 7) 私はかつて「訴訟法の継受」と題する小文において、ドイツ民訴法学の文献には通曉していても自国の民事法廷を第一回口頭弁論期日から判決言渡期日まで傍聴した経験すらもたぬ民訴学者が決して少なくないというという驚くべき事実に批判的に言及したことがあるが(拙著・前掲(注6)『裁判法の考え方』16頁)、現在の私は同様の批判が裁判員裁判についてわが身に向けられるであろうことを覚悟しなければならない。なお、上記の

民訴学者に関する言及は、法科大学院が設立され、理論と実務の架橋が緊密化した今では全く妥当しないことだろう。

- 8) 本稿と合わせて拙稿・前掲(注3)「法科大学院教育と死刑存廃論」もお読みいただければ幸いである。この拙稿は裁判員制度を念頭に置いて死刑存廃論について論及したものである。いずれは両者とも近く刊行を予定している司法制度改革に関する拙著(仮題『検証・司法制度改革 その2』)に収めたいと考えている。
- 9) たまたま、敬愛・私淑する法曹界の先輩である田尾桃二氏の論考で「賢者は歴史に学び愚者は経験に学ぶ」という言葉に出会った(同「新会社法、会社法学の変容」法の支配162号(2011)7頁)。ビスマルクの言葉と聞くが、本稿はまさにその愚者の典型例を示すものになるかも知れない。(五木寛之氏によれば「昔話も養生の一つ」で、アルツハイマーの「一番の治療法だとされているのが、回想療法といって昔の思い出話をする事」だという(同『選ぶ力』(2012, 文春新書)198-200頁)。実は同書を読んだのは本稿をはば書き終えてからのことだが、図らずも私は本稿で養生として昔話をするを実践していたのだと気付かされた次第である。「昔話こそは高齢者たちに許された特権」(同書200頁)ということゆえ読者のご寛恕を乞いたい。

2 違憲論——どう考えるべきか?

裁判員制度に対しては司法制度改革審議会(以下「司法審」という)意見書公表の当初から違憲論が強く主張されてきた。とりわけ西野喜一教授によるそれは精密かつ広範囲にわたるものである¹⁰⁾。そもそも最高裁自身が司法審の審議の途中までは違憲論(の疑い)を主張していたのである¹¹⁾。ところが、最高裁は突如裁判員制制度合憲説に転じたのであってその理由は未だに良く分からない。私の知る限り裁判所部内(退官者を含む)の論客(?)と目される人々のほとんどが最高裁の態度を不可解と断じていた。この点について最高裁には国民に対する説明責任があるとする西野氏の指摘はもっともだと考える¹²⁾。

私はかねて司法に対する国民参加の必要性、重要性を主張してきた者の一人であるが、陪審制、参審制に対する有力な違憲論の存在にかんがみ、その速やかな実現のためにはいささかでも違憲の疑いのある制度の立法は避けるべきだと考え、裁判官に対する拘束力を有せず、しかも被告人に選択権を認める参審制を提案してき

た¹³⁾。その意味では西野氏の違憲論はおおむね良く理解できる。もっとも、氏が裁判員制度の憲法上の問題として挙げる諸点のうち、①思想および良心の自由を保障した憲法 19 条に反することになるのではないかと、②国民の幸福追求権を規定した憲法 13 条に反することになるのではないかと、③国民に意に反する苦役を負わせることを禁じた憲法 18 条後段に反することになるのではないかとという諸点¹⁴⁾については、氏は裁判員制度を国民の義務、負担という面からのみ捉えている嫌いがあり、裁判員制度が国民の司法に対する参加の権利を定めるものであることにかんがみやすく同調することができない¹⁵⁾。また、裁判員が加わったために、裁判官だけの場合よりも被告人に不利益になる場合が現存し（例えば裁判官の多数が無罪意見であるにもかかわらず、被告人は有罪となるという事態）、このような場合にはその裁判体は「公平な裁判所とはいえないのではないかと」という問題¹⁶⁾については、この指摘はたしかに正当であるにしても、一般論として検察寄りの職業裁判官による従来裁判よりも裁判員裁判のほうが国民にとってより公平な裁判を実現するという反論も予想されうる¹⁷⁾。

苦役云々との関係で留意すべきことは、われわれは単なる国民（その極限形態は臣民）でも単なる市民（ときに小市民と揶揄される）でもなくて、公的権利・義務の担い手である「公民」なのだという自明の理だろう。これが市民の本来の意義でもあろう。

ところで、改めて憲法制定時の陪審制・参審制に関する議論を読んで気付かされたのは、現在の裁判員制度を容認する萌芽がすでにこの当時に存在していたのではないかとということである¹⁸⁾。とくに私は内閣法制局や司法省刑事局の意見に注目させられた。内閣法制局が作成した「憲法改正草案に関する想定問答」中には「最高裁判所を構成する者は裁判官に限られるが（第 75 条）それ以外の裁判所は裁判官以外の者で構成しても差し支えないであろう。」こ

のことから「寧ろ強制陪審も許されることになるであろう。」との記載がある——ただし拘束力のない陪審を前提としたもの¹⁹⁾。漫然と私は内閣法制局の合憲・違憲の問題に関する極度の慎重さ、その高い自負心から法制局が裁判員法にこのままゴー・サインを出すとは思っていなかった。憲法学者の中には日本の最高裁が違憲判決を出さないのは立法段階で法制局が厳密な審査をするので違憲立法が生じない点にあるという見解が有力であり、私もそう考えている。（例えば、激しい論議を呼んだ周辺事態法やイラク特別措置法をみよ。そこでは憲法 9 条を空洞化させないための慎重な立法上の手当てがなされている——一部の強い反論を覚悟しているのだが。）²⁰⁾、²¹⁾

内閣法制局としては従前の自己の意見との整合性に加えて国民主権の原則から司法に対する国民参加の問題が憲法制定時よりもはるかに重要性を増していると判断したのであろうか。すでに 1945 年当時の段階で参審制を研究していた司法省刑事局が参審制の合憲性について「参審制の採用は司法の民主化を図る所以でもあるから、実質的に考えても新憲法は参審制を排除するものではない。」という資料を作成していることがここに思い合わされるのである。

それにしても、なぜ最近になって最高裁や法務省は突如裁判員制度の導入にこれほど積極的になったのだろうか。その理由を説明してくれる文献は管見の限り皆無である。ある裁判員制度賛成論者はこう書いている。

「裁判員法をつくった人びとは、こう考えていたのではないかと。（中略）／市民の皆さんは、裁判官としての訓練や経験はないけれど、市民としての良識があるはず。市民の良識、常識をもって、裁判に臨むなら、十分に役割を果たせるだろう。そうやって、裁判官を刺激し、法律と実生活とのギャップが生まれないように、協力してもらいたいです。」²²⁾ 私もそうだと思う。おそらく多くの裁判員制度支持者もそう考えていることだろう。しかし、裁判員制度支持

者が法律家であれば上記の違憲論とくに最高裁判制度の変説に関するスッキリした説明がない裁判員制度の現状には喉に小骨が突き刺さったままのような違和感を拭い切れないのではあるまいか。

そこで次章²³⁾ではこの小骨を抜く作業の一助として、老耄の一裁判法研究者が夢見たある白日夢を語ってみようと思う。学問的には全く無価値の記述にとどまるかも知れないが。(宗教は人生の危機・矛盾を納得するための「大きな物語」だといわれる²⁴⁾。それにならなければ、最高裁判制度の変説を理解・納得するための一つの物語ということになるだろうか。)

注

- 10) 西野喜一「日本国憲法と裁判員制度(上),(下)」判例時報1874, 1875号(2005)その他。上記論文は同『裁判員制度批判』(2008, 西神田編集室)に収められているが(第2章 裁判員制度違憲論), 本稿では上記論文から引用する。最近のものとしては同『司法制度改革原論』(2011, 悠々社)とくに第2部。なお, 一般向けの著作としては『裁判員裁判の正体』(2007, 講談社現代新書)および木村晋介監修『激論! 「裁判員」問題』(2008, 朝日新書)における西野氏の発言が有益である。また, 違憲論の精密・強硬な論者としては他に大久保太郎氏(元判事)がいる。同氏の論考については西野・上掲論文(上)6頁注2に列挙されている。池内ひろ美・大久保太郎『裁判長! 話が違うじゃないですか 国民に知られたくない裁判員制度の“不都合な真実”』(2009, 小学館101新書)には同氏による「模擬・裁判員法違憲決定」が載っている。大久保氏は豊富な刑事裁判官歴を有する人であるが, 刑事裁判の現状に格別疑問は感じていないのだろうか。余談だが, 氏は司法修習(6期)の前期中と同クラス(5組)だったと記憶する。病気で修習終了が遅れたように思う。
 - 11) 最高裁判所が司法審に提出した「国民の司法参加に関する裁判所の意見」(抜粋)最高裁判所(平成12年9月12日第30回司法制度改革審議会)においては, 裁判員制度について合憲・違憲両論がありうることや票決権をもたない参審制についても示唆されていた。なお, この点については西野氏が「最高裁判所の変節」と題して詳論している。同・前掲(注10)『司法制度改革原論』87頁以下。
 - 12) 西野・前掲論文(下)(注10)12頁注(82)。しかしこの説明責任は永遠に不履行のまま終わるのではあるまいか。次章の白日夢は私なりにこの豹変を納得したいために書いたものである。ちなみに, 公的組織や公人にとって説明責任という問題は看過できない重大なものである。例えば中国は21世紀の覇権国になるかという議論において中国は説明責任を果たさないがゆえに覇権国になり得ないと指摘されていることを思うべきである(橋爪大三郎・大澤真幸・宮台真司『おどろきの中国』(2013, 講談社現代新書)337-339頁)。
 - 13) 例えば, 拙稿・前掲(注5)「民事司法に対する国民参加」193-194頁。
 - 14) 西野・前掲論文(上)(注10)5頁の2のjないしi。
 - 15) 拙稿・前掲(注5)「民事司法における国民参加」参照。なお, 橋爪大三郎『裁判員の教科書』(2009, ミネルヴァ書房)220頁以下は, 市民の立場から裁判員制度が憲法18条の苦役の強制に当たらないことを主張しており説得力に富む。ちなみに西部邁氏によれば, 「元来, 仏語でシトワイアン(市民)といったのは——ローマ法の伝統にもとづいて——『都市(という形態をとる国家)への義務を果たすこととの引き換えで, 都市から保護してもらい権利を与えられた人々』という意味である」とのこと(同『保守思想のための39章』(2002, ちくま新書)108頁)。
- 木村草太准教授は, 「ボランティアの強制」について注意深くすることは, 国の暴走を防ぐということもその憲法の存在意義を噛みしめることにもつながる」として裁判員制度は憲法18条に違反するのではないかと疑問を提起する(東京新聞2013年5月3日(金)朝刊7面, 同『憲法の想像力』(2013, NHK出版新書)とくに114-115頁)。しかし, そもそも裁判員制度は単なるボランティアの仕事か, 公民としての権利・義務なのか根本的に問題とされるべきだろう。同書の第三章は「最高裁判所は国民をナメているのか? ——裁判員制度合憲の条件」と題されているが, 裁判員制度積極的賛成派の国民の立場からは「氏は国民をナメているのか」という反論も予想されよう。
- ところで, 今朝の新聞で実に感動的な(元)憲法学者に関する記事を読んだ(2013年6月30日(日)13面「あの人に迫る」——加藤隆士執筆)。「あの人」とは東北大助教授(憲法学)から弁護士に転身し, 大阪市西成区の釜ヶ崎で日雇い労働者の支援活動を続ける遠藤比呂通氏である。「学者のときは, 人権をロックとかルソーとかの本で勉強した。それが無駄とは言わない。でも, 本当の人権とはその本に書いてあることを実際にやってみた人たちの記録だと思う。」という氏の言葉は法律家, 法学生に対する頂門の一針である。脱帽して氏に敬意を表するとともに, とくに新進の憲法学者諸氏がこの記事を精読してくれることを願う(この箇所は新聞を読んですぐ書いたもので, 「今朝」という表現になっている)。なお未見だが, 石崎学・遠藤比呂通編『沈黙する人権』(2012, 法律文化社)という著書があることを知った。自由と正義63巻10号(2012)90頁に山本一教授の書評がある。
- 16) 西野・前掲論文(上)(注10)5-6頁。
 - 17) ベテランの刑事裁判官であった木谷明教授はその著作『刑事実認定の理想と現実』(2009, 成文堂)の中で「日野町事件決定のような裁判を現実につけ付けられてみますと, 果たしてプロの裁判官の裁判が本当に国民のためになっているのかどうか, いささか自信がなくなってきます。」(37

- 頁)と率直に述べている。
- 18) 以下は、改めて原文献資料を自分で調べたわけではなく、西野・前掲論文(上)(注10)による。氏の学恩に感謝する(現在の私は健康上の理由から自身で図書館などに赴いて文献資料の博捜をするのがやや困難である。)
- 19) 西野・前掲論文(上)(注10)7頁。また、後出の司法省刑事局作成の参審制の合憲性に関する資料は同10頁。
- 20) 長谷部恭男『憲法とは何か』(2006, 岩波新書)111-112頁。最高裁長官当時の山口繁氏自身が、内閣法制局による法案審査で厳密な合憲性の審査の検討がなされているので、違憲ではないかという問題提起がなされるような法令自体が少なかったことを認めている(山口進=宮地ゆう『最高裁の暗闇 少数意見が時代を切り開く』(2011, 朝日新書)182-183頁)。なお、西川伸一『立法の中核 知られざる官庁 内閣法制局』(2000, 五月書房)第2章(34頁以下)参照。ごく最近発表された同旨の論考として宮川光治「時代の中の最高裁判所」自由と正義64巻6号(2013)23頁注9参照。
- 21) ここで若干の憲法論議に関する脱線をすることを許されたい。私の憲法感覚(のようなもの)をご理解いただく一助になりうると考えるからである。私は70歳代の半ばから2-3年ごとにピースボートの世界一周の船旅に参加し、船を一種の“動く書斎”として利用している(今年2013年の11月に5回目の乗船の予定)。船中ではおおむね隠者のような生活を送っているのだが、2007年の56回クルーズの際はひょんな事情から憲法9条に関する講演を行う羽目に陥った。その事情の説明は省くが、講演は幸いに好評であった。テーマは「パンドラの箱を開けて良いのか?——自衛隊と憲法9条の改廃問題に関する私見——」というもの。一部の聴衆の要望もあり、帰国後自分の勉強を兼ねて講演内容を文章化しかつ若干の注記を付したものをまとめてみた。別に公表するほどの価値があるものでもないが、コピーを数人の法律家の友人・知己にもお送りした。その中に庭山正一郎弁護士がおられ、当時氏が関係していた日弁連の「憲法問題検討委員会」の委員諸氏にこのコピーが配布されるという幸運に恵まれた。前置きが長くなったが、この講演の要旨と目次は以下のとおりである。

(要旨)

自衛隊はその実質において優に他国の軍隊に匹敵するが、刑法36条(正当防衛)、37条(緊急避難)の場合以外は武器の使用によって人に危害を与えることを禁じられており、厳密な意味での軍隊ではない。いわば「軍隊もどき」なのである。したがって、憲法9条に違反する存在とまではいえない。

上記のように憲法9条は自衛隊を軍隊化しないための歯止めとして機能しており、これを改廃することは日本と日本国民のために重大な不利益、危険を伴う。常識的バランス論、損得論の見地からみて9条はこのまま維持すべきで、自衛隊の軍隊化は百害あって一利なしの愚策である。改廃はパンドラの箱を開けるのに等しく、その結果として本文で詳述するような多くの災いが出現するだろう。

(目次)

- I はじめに——結論の提示など
II 「軍隊もどき」としての自衛隊
III 常識的バランス論、損得論からみた9条の改廃
IV 日本の選択——「ふつうの国」論そして領土問題
V 結び——軍隊から「軍隊もどき」へ向かって

ちなみに、古市憲寿『希望難民ご一行様 ピースボートと「承認の共同体」幻想』(解説と反論 本田由紀)(2010, 光文社新書)を読むと、私は同書が対象とする62回クルーズにも参加している(123頁等参照)。同書がいうように乗客中の若者のおおむねはピースボートの方針に同調的であるけれど、人数的にはヨリ多い(と思う)年配層の乗客の多くはそれに無関心ないし懐疑的な観光中心の人たちである。私の講演はこのいわばピース族とボート族とのベターな意思疎通を図ることを意図した面もある。(私自身はモグラ族というべき存在だが。)

- 22) 橋爪・前掲(注15)『裁判員の教科書』112-113頁。
23) 本稿では算用数字付きの見出しがある文章の一群を「章」と呼ぶことにするが、拙稿・前掲(注3)「法科大学院教育と死刑存廃論」などでは「節」といった。この点については注125も参照。
24) 阿萬利磨「本当に頼りになるもの 上」東京新聞2013年6月22日(土)朝刊11面。

3 白日夢を交えた章——偉大なるXについての物語など

先述したようにこれは老耄の一裁判法研究者の脳裏を去来した白日夢が混在した章である。その大部分は果たして発表するのに値するかどうかわからないが、私の裁判員裁判に対する考察の原点ないし背景に蹲居しており、これを語ることなしにキレイゴトの論を進めるのは知的誠実を欠くような気がする。多少いやかなりの躊躇を覚えつつあえて書くことにした次第である。あくまでもこんな見方、考え方もできるのではないかというだけであって、これが真実に近いなどと主張するわけでは毛頭ない²⁵⁾。

〈裁判・検察・警察を含む総体としての刑事司法システム——三者の力学的関係〉

裁判・検察・警察の機能的全体性・一体性を強調するためにあえてやや誤解を招きやすい表現を用いれば、犯罪の捜査に始まる(刑事訴訟法189条ないし191条参照)一国の刑事司法システムはあたかも巨大な樹木に等しい。警察は

広くかつ深く地中に伸びる根を成し、検察は幹の下半身、裁判は枝葉をつけ開花して実を結ぶ上半身に相当しよう²⁶⁾。大量観察的にみれば、適正な裁判は検察の適正を前提とし、適正な検察は警察の適正を前提とする。刑事弁護は裁判・検察・警察の不適正を発見し、逸脱を防止するところにある。検察・警察が一般的に信頼し得ない状況下における刑事裁判は機能不全に陥るほかあるまい。誤解を避けるために急いで附言するが、もちろん以上のことは具体的事件において検察・警察の捜査（検察については公判活動を含めて）が適正であることを推定するということではない。（ジョンソン教授は、この刑事司法システムの相関図を“一連の、相互に関連付けられた自由裁量（刑事手続中に法執行官が行う選択によって構成される）の決定”とよぶ。）²⁷⁾

戦前の裁判官と検察官が共に司法官と呼ばれ、司法省の所管のもとにあった時代には「官尊民卑」をもじって「検尊判卑」という言葉があったと聞く²⁸⁾。主に人事面で検察官のほうが裁判官よりも優遇され出世が早かったことを意味するようである。

検察官は独任制の官庁であるにせよ、その職務上組織人として行動することが要求され、裁判官と対比すると組織の長としての能力を練磨する機会も少なくないので、検察官が司法の各種の組織の長のポストに就くことにはある種の合理性があるといえないでもない。

しかし「検尊判卑」は必ずしもそういう理由からだけではなく、刑事司法における検察による裁判への一種の圧力、無言のコントロールとして機能することが期待されてきたようである。言い換えれば、それは裁判（官）の独立を検察（ひいて政府）の見地から必要と考える限度において減弱化する効用を発揮しえたわけである。

司法省が消滅し、裁判官、検察官の所属が完全に分離された戦後の刑事司法においても裁判実務上検尊判卑の底流は依然として存在してきたようである。多くの裁判官は形式的に有罪を

立証する証拠が揃った事件においては眼光紙背に徹して真実を追求し無罪判決を出すことにながりの抵抗感を覚えていたのではないか。起訴便宜主義により概して十分な有罪の証拠が存在する事件のみが起訴されるというのは事実であるにせよ、100%に近い有罪率の根源にはこのような裁判官心理も作用していることが疑われるのである。

ここに私は、某地裁で見聞したある勾留請求事件のことを思い出さざるを得ない。私の部のまだ任官後日の浅い女性の判事補が担当した勾留請求を却下したところ、勾留請求をした検察官だけでなく、他の数人の検察官からも次々と裁判官室の彼女に電話がかかり、その内容は「あんたが釈放した被疑者は今逃亡しようとして国鉄K駅にいる。直ぐに行って捕まえてこい」という趣旨の聞くに堪えない暴言だったという。泣き出してしまった彼女の隣席にいた私は、彼女からこのことを聞いて「今度電話がかかってきたら私に回しなさい。私に対応するから」といって慰めたのだが、こんな無礼極まる電話をしてくる検察官の気持は一体どういうものなのだろうか。はしなくも隠していた検尊判卑の尻尾が露呈したのかも知れない。ちなみに、これは決して地方の小都市の裁判所であった話ではない。日本の代表的大都市の地裁での出来事である。もう半世紀も前のことであるが。

また、熊本典道氏（再審請求中の袴田事件の第一審の主任裁判官）は初任の東京地裁の令状部（刑事14部）で勾留請求の約3割を却下したところ、「お前の首を飛ばすくらい簡単だぞ」という電話などがしょっちゅう掛かってきたという²⁹⁾。これもほぼ同時代の話に属する。

ことは検察と警察との関係についてもほぼ同断である。警察の旧態依然たる取調べ方法その他捜査の在りように批判的な検察は、これまでの取調べのようなやり方は裁判員裁判では通用しないといって取調べ方法の改善を強く要求することができるようになる。

私は勾留請求事件で勾留請求を却下すべきだ

と考えた事件で、検察官に連絡してこのままでは却下せざるを得ないが、自発的に請求を取り下げかどうか打診したことがある。検察官に対する無用の配慮と批判する向きもあるかも知れないが、裁判官も検察官もほんの数名しかいない地裁支部、地検支部でのことであり、勾留事件における司法的コントロールの実が上がればよいのであって、検察官との友好関係を不必要に悪化させることは好ましくないと判断したからである。その担当検察官は真面目で温厚な副検事³⁰⁾(地検支部検察官事務取扱)であったが、「私もこの事件の勾留は無理ではないかと思ったが、警察がうるさく言うので一応勾留請求をした」と弁解していた。これは彼の単なる弁解ではないと思う。「検尊判卑」に倣って言えば「警尊検卑」も真実の一面を衝いているといえよう。

これに関連する同じ地裁支部での思い出話。ある事件の逮捕状請求について疎明資料が不足だからと突き返したところ(事実上の却下)³¹⁾、その夜遅く下宿に刑事課長以下数人の刑事が事情説明と称して押しかけてきた。下宿の奥さんは驚いていた。当時の私は若輩ながら日本の司法権を一身に背負って(管轄区域内における)捜査の司法的コントロールの職務を遂行しているのだという青年客気の使命感に燃えていたから、彼らとやり合って結局逮捕状を出さなかった。が、これを契機として彼らとの相互理解が深まり、警察の逮捕状請求が多少は慎重になったようだ。私の叔父は警視庁の巡査で学生時代の私はこの叔父の家に寄宿しており、そこを訪れてくる警察官たちとも親しかったから警察官にはある意味で親近感を持っていた。刑事たちもなんとなくそのことを感じていたらしい。私が離任する時は刑事課長以下同課のほぼ全員が制服姿でわざわざ見送りに来てくれた。今後は令状請求がラクになると心中喜んでのことかも知れないが、同支部の裁判官の離任については前代未聞のハプニングだったと聞く。

ところで、ある友人の検事(同期生)と雑談

していた時のこと、彼が「裁判所と検察が喧嘩したら裁判所が負ける、が、検察が警察と喧嘩したら検察が負ける」と実に率直な言葉を吐いていたのが忘れられない。制度上のことは別として一面の真理を語っていると思う。彼の言葉の後段を実証するような話が元検事総長伊藤栄樹氏の著書の中に語られている。非常に興味深いものなので、やや長文の引用を許されたい。

「ここであとえ話を一つしよう。よその国の話である。／その国の警察は清潔かつ能率的であるが、指導者が若いせいか、大義のためには小事にこだわらぬといった空気がある。そんなことから、警察の一部門で、治安維持の完全を期するために、法律に触れる手段を継続的にとってきたが、ある日、これが検察に見付かり、検察は捜査を開始した。／やがて警察の末端実行部隊が判明した。ここで、この国の検察トップは考えた。末端部隊による実行の裏には、警察のトップ以下の指示ないし許可があるものと思われる。末端の者だけを処罰したのでは、正義に反する。さりとて、これから指揮系統を次第に遡(さかのぼ)って、次々と検挙してトップにまで至ろうとすれば、問題の部門だけでなく、警察全体が抵抗するだろう。その場合、検察は警察に勝てるか、どうも必ず勝てるとはいえないそうだ。(中略)／それでは警察のトップに説いてみよう。目的のいかんを問わず、警察活動に違法な手段をとることは、すべきでないと思わないか。どうしてもそういう手段をとる必要があるのなら、それを可能にする法律を作ったらよからう、と。／結局、この国では、警察が、違法な手段は今後一切とらないことを誓い、その保障手段も示したところから、事件は、一人の起訴者も出さないで終わってしまった。検察のトップは、これが国民のためにベストな別れであったといっていたそうである。こういうおとぎ話。』³²⁾

これがよその国のお伽話ではなくてわが国で現実に生じた有名な某事件と関連していることは読者に容易に想像されるところであって、

もちろん著者もこのことを十二分に意識していたからこそ、この文章の見出しに「検察の限界 2 おとし話」とつけたのであろう。

〈あるべき姿へのレコンキスタと時代精神の担い手としてのX〉

上述のようなことを前提にして考えると、より良き裁判を実現するために検察との力学的関係の比重を高めようと腐心していた裁判官たちが司法審における裁判員制度導入の論議を奇貨として（あるいは逆手にとって）裁判員制度の導入により国民一般の支持を後ろ盾として検察に対抗しようとするのは優れて賢明な戦略といふべきである。具体的にいえば、無罪判決を出す時に気の弱い裁判官でも裁判員全員（または多数）が無罪意見なのだからということエクスキューズに用いることができるわけである（ジョーンズ教授は「裁判員制度は裁判所に対する批判をなくすためにあると思う。」、裁判所にとっては「要するに、刑事裁判の結果に対する批判……が阻止されればよいのだ。」と述べている³³⁾。この論述は文脈上国民一般と裁判所との関係についてのものだが、もちろん対検察との関係でも妥当しよう）。

こういう状況の中で、裁判所にも検察にも裁判員制度の導入によりこの国の刑事司法を改善、改革しようとする人々が存在したのではないか（以下、文脈によって裁判所と最高裁、検察と法務省とをそれぞれほぼ同義で用いる）。いささか勘ぐった言い方をすれば、国民主権という錦の御旗を掲げて対検察との関係で裁判の権威を、対警察との関係で検察の威信を高めようとする戦略がそれぞれ考案されたのだ。たしかにそれは一種の権力闘争、あるべき姿へのレコンキスタという面を有するにせよ、司法権・裁判官の独立と検察と警察との関係を憲法および刑事訴訟法の定める姿に確立しようとするものでそれ自体としてはむしろ称賛に値しよう。いささか整理して敷衍すれば彼らはおおむねこう考えたのではないか。

最高裁サイド――

裁判員制度の導入によって国民の裁判に対する理解・支持を深め、それを梃子にして検察・警察に対する司法のコントロール機能を高めた³⁴⁾。現状ではいかに職業裁判官のみで頑張っても大きな限界がある。それにグローバリゼーションの中で日本の刑事司法（裁判・検察・警察を含めて）の現状を維持することは早晩不可能になろう。

検察サイド――

伊藤元検事総長はその著書の中で、警察の検察に対する強さを述懐している。警察の捜査の現状の問題点は分かっているが、検察がそれを変えるのは至難だ。そして警察が自らの在りようを変えることも期待できない。裁判員制度の導入による刑事裁判の改革を通じて検察の警察に対する地位を強化し、その捜査の在り方も変えさせたい³⁵⁾。グローバリゼーションの中で日本の刑事司法の在り方については最高裁と同様いやそれ以上の危機意識を抱いている³⁶⁾。

もちろん両者の間に通謀があったとは思えないが、いわば阿吽の呼吸のようなものは存在したのかも知れない（あるいは呉越同舟³⁷⁾とみるべきか？）。いずれにせよ、このようにして裁判員制度の導入について裁判所と検察は同一歩調をとることになった。

この戦略の考案者をXと呼ぶことにする。裁判所のXをX₁、検察のXをX₂としよう。X_{1,2}とももちろん個人ではなく複数だろう。それをある程度具体的に特定することは可能だろうが――とくに検察については。白日夢とはいえ少なくとも現存する人々に思わぬ迷惑を掛けるかも知れぬような論述は慎みたい。それに問題はXが誰かよりも彼らが意識的・無意識的に「司法に対する国民参加という一種の時代精神」の体现者、担い手である事実注目することのほうがより重要である³⁸⁾。ただ、裁判所のXのルーツは陪審制論者の矢口洪一元最高裁長官にまで遡るだろうと書くことはすでに物故されている人なので許されるだろうか。――と書いて来て、これ以上に軽々しく特定人の名

を挙げるのは差し控えるべきだと思う一方で、白日夢をエクスキューズにもう少し呟きたいという誘惑にも抗し難いものがある。で、この誘惑にあえて身を委ねれば、あるいは以下のようなことがいえようか。

朝日新聞編集委員の村山治氏は原田昭夫、松尾邦弘、但木敬一氏の3人の検事総長を司法制度改革の流れを推進した「だんご三兄弟」という³⁹⁾。したがって、検察のXとしてはこの3人に但木氏の後任検事総長で司法制度改革推進本部の事務局長だった樋渡利秋氏あたりが想定されるのではないか。ちなみに但木氏の著書『司法改革の時代』に付せられた「人の話を『聞く』ことから信頼が生まれる」という文章において堀田力弁護士（元検察官、法務省人事課長）は但木氏を人物、見識ともにすこぶる優れた人物だと褒めちぎっている⁴⁰⁾。また樋渡氏について私は、氏の司法研修所の検察教官時代の教え子で現在人権派の女性弁護士として活躍中の人を氏が敬愛していることを個人的に知っている。人権派弁護士の教え子に敬愛される検察教官というのは極めて稀だろう。もって氏が人間としても法律家としてもいかに優れた人物であるかが察せられる。私はこれまで検尊判卑に関連して随分検察に手厳しいことを書いてきたが、やはり検察のトップに位するような人には逸材が多いと痛感する。

裁判所のXについてはどうか？ 検察の場合ほど推察を可能にする資料的なものがないけれども、おそらく現最高裁長官竹崎博充氏（元東京高裁長官、最高裁事務総長）がその中心的存在の一人であることに間違いあるまい。もっとも、Xのルーツは上記のように陪審制論者の矢口洪一元最高裁長官にまで遡るのだろうが、竹崎氏自身は陪審制には反対で基本的に参審制を支持していたようであり、裁判員制度導入の張本人であることを否定する⁴¹⁾。彼は東京高裁長官から最高裁判事を経ないまま最高裁長官に抜擢されたので、この異例の人事の理由として「裁判員制度の推進役だから」といわれるこ

とが多いけれど、竹崎氏自身はこの見方に今も抵抗感を隠さないとのことである⁴²⁾。まあ、これはある意味で当然のことといえよう。最高裁長官の職責は単に裁判員制度を推進することにあるのではない——それが目下極めて重要なものであるにしても。本人としては自分が全ての意味で最高裁長官にふさわしいがゆえにその地位を与えられたのだと内心自負していても当然だから。それにしても竹崎氏が坂本竜馬に比せられる抜群の先見性をもつ人物とされることを考えると、裁判所のXの一人（しかもその中心的存在）とみることはあながち的外れとはいえまい⁴³⁾。

〈総合的戦略の欠如、全司法制度改革への無関心〉

ただしここで急いで留保しておきたいのだが、最高裁も法務省もわが国の司法制度改革全体を見渡し、それに整合的な統合的戦略を有していたとはどうも信じられないことである。その戦略はあくまでも自己本位的な立場からする司法制度改革の実現なのである。例えば、簡易裁判所判事や副検事のような制度は、法科大学院の創設による法曹人口の飛躍的拡大との関連で当然にその存廃が問題とされるはずであり、また裁判員裁判による刑事司法の改革はとりわけ被疑者段階での弁護士の大量動員＝増員を不可避免的に要求することになる。新法曹の職域（受け皿）として公証人およびその補佐職の制度的改革も必要である⁴⁴⁾。

これらの諸点については司法制度改革作業の過程で全く手がつけられていない（司法審の審議過程では止むを得なかったとしても）。法務省は弁護士の増員、職域拡大に熱心でないどころか、かえってこれに逆行するような司法書士の簡裁における訴訟代理権の拡大に熱心であり、公証人制度の改革など全く無関心のようなのである。このことはとくに検察の戦略が対警察中心の視座に立ち、ヨリ広い立場からのものでないこと、法務省の中心は検察であるにせよ、それと直接的な関わりのない事項については、他の部局の

利害関心に最大限の配慮を払っていることを示唆していよう。なぜならば、とりわけ司法書士の職域は法務省職員の一種の天下りの場として極めて重要であり、その権限の拡大はむしろ望ましいことだからである。被疑者段階での弁護の充実強化などは日弁連に任せておけばよいという発想なのであろう⁴⁵⁾。

ところで、なぜ私は「偉大なる」という称賛の形容詞まで付けるのか。裁判員裁判の反対者、批判者からは大きな疑問の声が聞こえてくるのが感じられる（一種の皮肉ないしは諧謔ととる人もいるかも知れないが。）。その理由は、たしかに上記の戦略は自己本位的なものであるにもせよ、裁判員制度の導入が日本の刑事司法に革命的な変革をもたらしうるからである。裁判員制度の導入がなければ日本の刑事司法の停滞は百年河清を待つがごとき状況を脱することは至難だろう。まさに山が動いたのである。X_{1,2}は憲法論のレベルではかなり際どい離れ業を演じたが、彼らは決して失敗が許されなことを知りつつあえてこの離れ業を演じたのだと思う。そのためには内閣法制局の理解と協力が不可欠だったろう。私は法制局にも X₃ がいたのではないかという臆測を禁じえない。

ジョーンズ氏は、裁判員制度は裁判所に対する批判をなくすためであると同時に、検察のための制度でもありうることの理由として、「裁判員裁判の結果を批判することイコール裁判員を批判することとなり、裁判官も検察官も、裁判員を盾に使うことができるわけ」だと述べているが、ポイントを衝いていると思う⁴⁶⁾。しかし忘れてならないのは、だからといってこの制度が被告人、弁護人の側に不利なわけでは決してなく、それどころか大いに歓迎されるに値するものだということである。このことを見誤ってはならない。

「裁判員制度は、国民の自己統治の意識を高め、日本の民主主義を後押しする面を持っている」⁴⁷⁾ ことを忘れてはならない。

〈違憲論における裁判法学、憲法学の足場の

脆弱さ〉

わが国の裁判法学の建設者というべき兼子一博士（民事訴訟法学の権威としてあまりにも高名）や憲法学の最高水準（刊行当時）の注釈書とみられる『注解日本国憲法』は陪審制、参審制について違憲論の立場を明確に示していた⁴⁸⁾。私などは終始その呪縛を強く意識せざるを得なかった。ところが、Xは現実の立法準備作業においてその呪縛を見事に解いてしまったのである。これは是非は別として大変なことだ。このXの決断には憲法学界の状況も影響していただろう。戦後のわが国の憲法学者は戦前と異なりおおむね行政法と絶縁した憲法オンリーの研究者で占められている。このことは比較憲法などにおける憲法学の理論的水準を高めたにしても、一般論として憲法学者の実定法解釈論の能力を低下させたのではないか。これが失礼な言い方ならば、憲法と実定法との具体的関連に対する学問的関心を希薄ならしめた面があるのではないか。私はかつて弁護士調停主任官や弁護士パートタイム裁判官の制度に関する憲法問題について二、三の憲法学者に助言を求めた時、彼らが全く興味を示さなかったことを想起するのである。かつて私が提案した調停主任官制度については竹下博士から好意的な評価とともに違憲の疑いがあるという批判を受けた⁴⁹⁾。そして私は調停主任官の権限を純粹の調停作用に限ることによってこの批判をかかわすことを試みた⁵⁰⁾。しかしその後、最高裁は私の当初の提案と同じ内容の調停官制度を採用し、日弁連はこれをパートタイム裁判官制度として大歓迎している。この制度に竹下氏が違憲の批判を向けたとは寡聞にして聞かない⁵¹⁾。裁判員制度に賛成する司法審の会長代理としての同氏は調停（主任）官制度についてもその立場を変えたとみるべきであろう。私はその改説を一時は奇異に思ったが、今では兼子裁判法学の正統の後継者の立場にある氏があえて恩師の学説の呪縛に囚われなかったことを高く評価すべきかと考え直している。

Xはこういう憲法学界の状況にかんがみ、国民主権という錦の御旗を掲げるXの立場に憲法学者のマジヨリテイは同調するに違いないと楽観視していたのだと思う⁵²⁾。このことを例証するかのように、ある憲法学者は裁判員制度に関する憲法学者の及び腰について率直に語っている⁵³⁾。

〈人権派法律家の保守性——怠惰なるリベラリスト〉

ちなみに、裁判員制度の反対者にはいわゆる人権派の弁護士や法学者も少なくないが、彼らは現在の刑事司法の閉塞状況をいかにして打破するかに関する実現可能な対案を提示することができていない。これまで日本の刑事司法の在りようを厳しく批判してきたこの人たちがどれほど真剣にこの状況の克服が緊急課題であることを認識していたのか、私は疑問を感じざるをえない。彼らは改革について意外に保守的であってこの点に関する限り「怠惰なるリベラリスト」というレッテル貼りをされても仕方がないような気がする⁵⁴⁾。「裁判官の有罪慣れ、ひいてはえん罪の発生は、現在の刑事裁判の運用、すなわち供述調書の多用という運用を根本的に改めない限り避けられない事態」だというのが心ある刑事裁判官の共通認識であろう⁵⁵⁾。今や裁判の場に新しい血の導入が不可欠なのである。裁判員制度の批判者たちはこのような状況をいったいどうしたら他の方策で改革できると考えているのだろうか？ まさか批判の対象が消失してしまっただけで困るなどと考えているわけではあるまい。妄言多謝！⁵⁶⁾

〈遅疑逡巡する私見〉

すでに若干言及したように、私自身はいささかでも違憲の疑いのある立法論によって司法に対する国民参加の実現が遅延することを恐れ、裁判官に対する拘束力がなく、かつ被告人の選択権を認める参審制の採用を主張した⁵⁷⁾。裁判官に対する法的な拘束力がなくても事実上の拘束力は大きく、裁判所は参審員の意見を後ろ盾にして検察をコントロールでき、かつ被告人

の選択権は被告人の裁判を受ける権利を保障するために必要だと考えたからである。しかし内心、違憲の問題がクリアできるならば、西欧諸国の参審制のように参審員の意見に法的な拘束力を与えることがより望ましいし、被告人の選択権は場合によっては制度を骨抜きにしてしまう恐れがありうるので、選択権を認めないこととしながら被告人の裁判を受ける権利の保障が後退しないような安全装置を設けるほうがベターではないかとも考えていた。現在の裁判員制度は基本的にこの後者の路線を採用しているが、被告人の裁判を受ける権利の保障に関する安全装置は欠落したままである。

なお、陪審員の選定に類似した裁判員の選任の仕方も、わが国における従来の調停委員などの選任の実情が必ずしも満足すべきでないことなどにかんがみ、一つの正しい選択肢というべきだろう。(韓国における刑事裁判に対する国民参与の制度は基本的に陪審制であるが、私が構想し主張した参審制に酷似する面がある。彼我の国民性や法文化の差異も考慮に入れなければならないけれども、韓国のその実証的研究は日韓のどちらの制度が実際により良く機能するか・しているかに関する貴重なデータを提供するだろう。)⁵⁸⁾

〈小括——立法違憲論から適用違憲、運用違憲の監視へ〉

西野氏はその論文が扱うのは「裁判員制度の合憲性如何ということであって、政策としての裁判員制度の当否ではない。」⁵⁹⁾という。法解釈学の論文としてはまさに正論である。しかし、なぜ自ら違憲の疑いを唱えてきた最高裁がそれを撤回してしまったのか、なぜ検察が一見自らの首を絞めかねないような裁判員制度の導入に熱心なのかを理解するためには、その背後に存在する司法戦略すなわち高度の政策論を推測(実は揣摩臆測)してみないと分からないのではないか。この戦略を実現するためにXは違憲論すれすれの離れ業を演じた。そして今や最高裁大法廷判決は全員一致で裁判員制度の合憲

性を承認したのである^{60),61)}。

しかし、そうであっても全ての裁判員裁判が直ちに合憲であることを意味しない。そこには適用違憲、運用違憲の危険が付きまわっていることに留意すべきである⁶²⁾。例えば、西野氏が指摘するような「結審の頃には、第1回公判に立ち会った裁判員がもう一人も残っていない」というような極端な事態⁶³⁾のもとでなされた裁判員裁判については運用違憲、適用違憲の問題が生ずるといわなければならない。「裁判官の多数が無罪意見であるにもかかわらず、被告人は有罪となるという事態が生じる」⁶⁴⁾場合も同様に考えるべきである。西野氏の精密な違憲論が全く報われざる知的営為に終わることは決してないはずである。

ちなみに、梶村太市教授（元裁判官）は、今後10年をかけて『戦後裁判官物語』と題する全10巻の大河小説を書く意図を公表しており、その第4巻『刑事裁判官物語（秩序維持派に支配された！）』では裁判員制度の導入の問題が扱われるようである⁶⁵⁾。それが刊行されれば裁判員制度導入の経緯についてよりの確・鮮明な理解が得られるかも知れない。しかし、もとより小説は小説であって必ずしも歴史の真実を伝えるわけではない。その意味ではこの白日夢と五十歩百歩ともいえよう⁶⁶⁾。いずれにせよ少なくともそれまでのしばらくは、フィクションとノンフィクションのはざまに位置するような白日夢の物語を含む本章は一つの後講釈として多少の意味をもちうるのではないだろうか⁶⁷⁾。

注

- 25) 「司法への市民参加をめぐる思考停止」を指摘する郷原信郎教授（元検事）は、「なぜ裁判員制度の導入が必要なのか、『官』の側の制度促進の理由はいまひとつわかりにくい」という（同『思考停止社会「順守」に蝕まれる日本』（2009、講談社現代新書）113頁。同様の思いの人は少なくないだろう。だからこそ、完全に思考停止することなく白日夢の中での思考も必要になるのではないか。ちなみに、尾佐竹猛『判事と検事と警察』（1926、総業社）（同書は『尾佐竹猛著作集 第3巻』

（2005、ゆまに書房）に収録）も、その叙述の一部を「昔の夢物語」として描いている（57頁）。

- 26) 外国人研究者は「多くの点において、警察は日本の刑事司法における最も重要な役割を担っている。」ことを的確に指摘している（デイビッド・T・ジョンソン、田鎖麻衣子訳「検察改革を真剣に考える」自由と正義62巻4号（2011）83頁。

警察・検察（官）・裁判（官）三者間の関係の実証的で興味深い研究として同、大久保光也訳『アメリカ人のみた日本の検察制度 日米の比較考察』（2004、シュプリンガー・フェアラーク東京）とくに65頁以下がある。ジョンソン教授は「日本の司法制度像は高度の複雑性と矛盾を内包している」ことを強調し、「すっきりした、単純な図式には収まり難い」ことを指摘する（同書vi頁「日本版への序」）。本章の叙述は裁判員制度導入の理由を理解するために複雑なものをあえて単純化し、これに私自身のささやかな体験で味付けしたストーリーを読者に提供しようとする試みなのである。

以上に関連して、日本の裁判官自身による「刑事裁判とくにその中心となる証拠調べは実質的には密室で警察・検察の捜査官によって行なわれ、公判廷における審理は形式的な儀式になっていると思うのです。」「比喩的に言えば、検察の作成する起訴状は有罪判決書といえるかもしれません。」「今の日本の刑事裁判は捜査が一審で、公判が控訴審だと言ってもいいくらいです」というベテランの元刑事裁判官の指摘を参照（石松竹雄 インタビュー・構成 高橋繁行「日本の裁判官はなぜ“血の通った”判決を書けなくなったのか！」松永三佳ら著『裁判官を信じるな！』（2001、宝島社文庫）193頁）。

- 27) デイビッド・T・ジョンソン、宿指信＝岩川直子訳「日本における司法制度改革——警察の存在とその重要性」法律時報76巻2号（2004）9頁。日本では一般に「刑事手続全体論」とよばれている（青木・前掲（注2）『刑事司法改革と裁判員制度』162頁等参照）。
- 28) 検尊判卑という言葉は管見の限り文献上は、尾佐竹・前掲（注25）『判事と検事と警察』17頁にみえる。三谷太一郎『政治制度としての陪審制近代日本の司法権と政治』（2001、東京大学出版会）も尾佐竹の前掲書を引いて検尊判卑主義の説明をする（72頁）。検尊判卑という言葉は用いていないが、元最高裁長官の矢口洪一氏は検察に「戦前から、ずっと司法省の重要なポストを占められ、裁判は裁判で、検事正以下の縦の一致団結というようなものに、煩わされてきた」ことを語っている（御厨貴『後藤田正治と矢口洪一の統率力』（2010、朝日新聞出版）110頁）。原典は『矢口洪一オーラル・ヒストリー』（非売品、2004、政策研究社）である。『後藤田正治と矢口洪一の統率力』は『アステイオン』66、68、69号（2007、2008）を再編集したものである。また、本文との文脈で「少し偏屈な、そういう人間が裁判官になる。『あれは会社員とか行政官とかは無理だ』というような人になるという感じがあるでしょう」という矢口氏の箇に衣着せぬ指摘が参照されるべきである（同書108頁）。実はこの白日夢の節を書く気になった理由の一つはアステイオン誌における御厨氏の上記論考を読んだことにある（もう一つは後に

引用する伊藤栄樹氏の「おとし話」である。)

*『矢口洪一オーラル・ヒストリー』研究の重要性と難しさ

このオーラル・ヒストリーの内容はとくに裁判法学の見地から興味津々たるものがあり、その研究は極めて重要な今後の課題であると同時に、一筋縄ではいかない難しさを秘めている。私など到底その任ではないが、以下、注記としてはバランスを失する長文にわたるのを覚悟してこれに関する若干の言及をしておこう。

例えば彼は、「私が勝手にやらせてもらえるんだったら、行政官にも適当に裁判官の資格を付けたいくらいです。『法服を着て、明日から法廷をやれ』といわれてもそれはやれません。(中略)だから最初は困るでしょう。しかし、すぐに立派にこなせるようになると思う。ひと通り研修をすれば使えと、私は思う。」(同書131-132頁)。そしてこの部分に関する御厨氏のコメントは「裁判官の裁判は特殊なものではない、普通の人間でもできることで、むしろ行政官の優秀な人間であれば、それに研修をさせて、裁判官にしたほうがいい、というある種の普遍主義のようなことを矢口は盛んに言っています。」というものである(同書132頁)。

この矢口発言を文字どおりに理解すれば、司法試験や司法修習の無用論にまで発展しかねない。これを単純に全否定したくなる読者(とくに裁判官(経験者))も多いだろうが、問題はこれが戦後日本の司法行政の中樞を歩み、最高裁長官にまで登り詰めた人の言葉であるだけにそこにどれほどの真実が含まれているか——あるいはないか——について慎重に検討する必要があるということである。例えば、上記引用文の直前に位置する事務総局経験者と現場の裁判官との関係についての発言部分などは、おおむねその正当性が経験的に裏付けられると思う。しかしそれを行政官一般と裁判事務との関係にまで短絡的に拡大適用することが許されるのか。ざっくりした言い方をすれば、ここにはあまりにも精細な虫の目をもちながら(あるいはそれゆえに)鳥の目を欠く現場の裁判官と、あまりにも展望の優れた鳥の目をもちながらも虫の目の不十分な司法政策・司法行政の責任者との裁判の在り方に対する基本的認識の差異——ひいてはそれは司法と行政との差異(質的または量的?)——が露呈しているような印象も受ける。もっともその矢口氏が、東京地裁民事部での現場経験について4年だから何とかスピードを落とさずにできたこと(同書79-80頁)、最高裁判事として家に帰っての記録を読むのが大変だったこと(同書198頁)などを語っているのは興味深い。

さしあたり私が矢口説について疑問に思うのは、かつて田辺公二郎判事が的確に指摘した、大学の観念的法学教育やその後の職務に影響された行政官の法律観が一通りの研修をしたくらいで裁判官にふさわしいものに変化しうること(引用の中略の点は別にしても)という疑問である。

田辺氏は準法曹ないし公務員についてこういう。「第1は、一定の組織の中で昇進してゆくので、その組織の政策にしたがって法律を解釈し、運用することになるのが必然である。(中略)第3に、法

規の意味を公正な第三者が判決したらどうなるかという見地から考えないで、学校で習った学説の体系をもとにして演繹的に極めて権威主義的な解釈をする危険がある。大学の講義を聴いただけから、訴訟を念頭に置いて一人の人間の運命に関わる紛争を本当に公平に解決するためには、法律というものはどのように適用すべきかという法律観をもつことがどうしても難しい。一つの政策を実現するために使うものという法律観をもつことになりがちである、と。同氏によれば、以上は1961年秋のハーバード大学における「現代日本法」に関する会議の一つの結論だという。」「(座談会「法曹人口」)ジュリスト249号1992年53-4頁。拙著『続・裁判法の考え方——司法改革を考える——』(2000、判例タイムズ社)(以下、拙著Aという)22頁注(4)に引用)。なお、拙著『法の支配と司法制度改革』(2002、商事法務)(以下拙著Bという)25-26頁における佐竹五六氏(元水産庁長官)の官僚の思考と行動様式に関する見解を参照。私が東京地裁で民事裁判の修習をした当時、田辺氏は指導官の補佐役であり、私は一々氏の自宅に招かれてご馳走に与った。まだ食糧が決して潤沢とはいえない時代のことである。残念ながら40代で早世されたこの司法部の英傑から公私ともに懇切な指導を頂戴できたことは私にとって掛替えのない無形の宝物である。

それはそれとして、矢口氏の上記発言はまた現場の裁判官の神経を逆撫でするものだろう。私はかつてある著名な先輩の民事裁判官が、座談の席上「矢口は判事補だから……」と語るのを直接耳にしたことがある(御厨著77頁はこのような見方に対する矢口氏の反論といえよう)。彼の経歴をみると現場の裁判官経験は合計7年(判事補4年、判事3年)である。もっとも、一人前の裁判官(判事)になるために判事補10年の職務経験を要求する裁判所法の建前はすでに特例判事補制度で崩れてしまっている(彼自身は、判事補制度は不要とする一方、法学部を出てから15年ぐらいいは裁判官にしないほうがいいと思うとも述べている。同書42頁)。その間行政官などの経験をさせた方が良く趣旨であろうか。一種の法曹一元論である(拙稿「幻想としての法曹一元(論)」拙著・前掲(注5)『民事司法・訴訟の現在課題』244-245頁注2、255頁注6参照)。

ちなみに、彼の発言と対蹠的なのは三宅正太郎『裁判の書』である。旧司法省時代に司法次官(今の法務事務次官とは全く異なる)という要職を務めた三宅は裁判官の仕事が好きで、裁判官の仕事の醍醐味を同書において熱く語っている。彼は同書の中で「近來の判事の傾向として、判事の職務の高く尊きを考へながらも、どこなしに行政部の魅力に牽かれるやうな弱点の見られることを、私はひそかに憂ひとしている。」(1955、角川文庫、79頁)と指摘する。また、「行政事務は利口な人なら誰でも出来るのである。何等判事たる経験なく、判事たる魂がなくとも、伶俐俊敏でさへあれば或程度まで行政事務はこなしてゆける」と断ずる(83頁)。裁判(官)と行政(官)に関する二人の考えの違いには、行政優位の戦前、司法優位の戦後という時代背景の違いにかんがみ、なんとも奇妙な感を覚える——少なくとも私は。矢口氏

が民事畑、三宅氏が刑事畑ということも影響しているのだろうか。しかし矢口氏の裁判(官)観の基本的形成に大きく寄与したのは海軍法務官として軍法会議(一種の刑事裁判)に関与した経験なのである(御厨・同書24頁以下)。

いずれにしても、このオーラル・ヒストリーの多面的かつ深層に徹した検討はより良き司法・裁判を実現するために極めて生産的であり、裁判法研究者にとっても重要な研究課題だと考える(失礼ながら、司法部の事情にあまり通じていない御厨氏に矢口発言を裁判法(≡司法制度論)的見地からの確に理解することを求めるのは難きを強いるものというべきだろう)。

- 29) 尾形誠規『美談の男 冤罪 袴田事件を裁いた元主任裁判官・熊本典道の秘密』(2010, 鉄人社) 95-96頁。なお、当時熊本氏は法務省刑事局長の伊藤栄樹氏と偶然知り合い却下した事件の被疑者・被告人で逃亡した者は一人もいないことを知らされたという(97頁)。
- 30) 副検事問題は司法制度改革における法曹人口問題の一環としても論じられるべき大切な問題であるが、全く論議の俎上に上がっていないのは奇妙である(簡易裁判所判事の問題と同様である)。が、それはそれとして、副検事制度が優れた検察事務官の登用の場として活用されてきたことも事実であろう。例えば伊藤栄樹『人は死ねばゴミになる 巨悪と闘った検事の最後の闘い』(1998, 小学館文庫) 174頁参照。人の制度改革の問題は、このような現場職員の登用の問題と合わせ考えつつ検討されるべきである。なお、後掲注44およびこれに関連する本文参照。
- 31) この点に関連して拙稿・前掲(注4)「刑事裁判と警察」318頁注2参照。勾留請求や逮捕状請求の事実上の却下は統計数字に表れないが、捜査の司法的コントロールの見地からは重要である。最近の実情は知らないが、私の在官当時はかなりの数あったように記憶する。これは一歩間違えば「審査に通るためのヒント」を請求者に与えてしまうことになりかねない恐れがあるが(寺西和史『愉快な裁判官』(2000, 河出書房新社) 170頁参照)、裁判官の慎重な姿勢を示すわけで、必ずしも一概に批判、否定されるべきではあるまい。なお、寺西判事補(現在では判事)のこの著作は示唆的な論述に富み一読に値する。ユニークな裁判官としての氏の考えと行動を理解するうえで、「4カトリックの家庭に育って」「5 キリストは嫌い、イエスは大好き」「6 キリスト教徒の家庭に生まれた幸運」(15-25頁)の個所がとくに参考になるように思われる。(なお、同書を通じて田川建三氏の著書『イエスという男 逆説的反抗者の生と死』(1980, 三一書房) その他を知ることができたのも有益であった。)
- 32) 伊藤栄樹『秋霜烈日 検事総長の回想』(1988, 朝日新聞社) 163頁以下、引用は165-166頁から。なお、デイビッド・T・ジョンソン・前掲(注27)もこのたとえ話に言及する(12, 14頁)。
- 33) コリン・P・A・ジョーンズ『アメリカ人弁護士が見た裁判員制度』(2008, 平凡社新書) 212頁。同書は随所に優れた洞察がみられ、一読に値する好著である。ただし西野教授の以下のような批判と合わせて読まれるべきだろう。西野氏はその著

書・前掲(注10)『司法制度改革原論』においてジョーンズ氏の前掲書に対する詳細な批判を展開している(197頁以下)。アメリカはかねて膨大な数の冤罪事件を抱えていることなどを棚上げにして日本の司法制度を批判する資格があるのかと語気鋭く論難し、「本書の記述は要するに、斜に構えた日本社会への風刺と美化された陪審制の広報のみ」と断ずる(235頁)。たしかにやや「斜に構えた日本社会への風刺」が西野氏を含む日本人読者の無用の反感を買うことは否定しがたいようである(著者自身「アメリカの陪審制度についてはある程度美化して書いた。」(224頁)などという)。

もっとも、ジョーンズ氏は『手ごわい頭脳 アメリカン弁護士の思考法』(2008, 新潮新書)で米国における冤罪の事例に批判的に言及しており(146頁以下)、またその後『アメリカが劣化した本当の理由』(2012, 新潮新書)を出し、陪審裁判が骨抜きになり、刑事司法制度が非民主化を理由に崩壊しつつあることを述べている(238頁など)。また、後者の帯のキャッチコピーは「民主主義はアメリカに学ぶな!」というものである。ちなみに、氏は最近のJapan TimesのCOMMUNITYの欄の定期的寄稿者として健筆を振っているが、上記の諸著書も氏が自分で書いた日本語のようである(前掲『手ごわい頭脳……』206頁)。ところで、ジョーンズ氏が「アメリカ的な発想では、裁判所の独立より、むしろ一人一人の裁判官の独立のほうが重要である。」(前掲『アメリカ人弁護士が見た……』73頁)と述べているのは、ミスター司法行政といわれた矢口元最高裁長官のオーラル・ヒストリーを扱った御厨氏の著書・前掲(注28)が『後藤田正治と矢口洪一の統率力』と題されていることと対比して興味深いので一言しておく。

- 34) 矢口氏は、実は検尊判卑に対する一種の対抗勢力としていわゆる新判派の裁判官たちが存在したことを語っている(御厨・前掲(注28) 110, 125頁)。また、矢口氏は人事局長としての人事の中で新判派とよばれる人々を次第に最高裁事務総局から追い出して行くことになるが(同書139頁)、彼の意図はとまかく結果的にこのことがその後の刑事訴訟の閉塞状況の大きな一因を成したことは疑いを入れないであろう。青木・前掲(注2) 6-7頁参照。
- 35) ジョンソン教授の以下の重要な指摘を参照。「日本人が刑事司法改革について語るときに、しばしば警察の問題が抜け落ちるというの、いまだに驚くべきことだ。多くの点において、警察は日本の刑事司法における最も重要な役割を担っている。にもかかわらず、警察の問題は改革議論のなかでわずかしき取り上げられない——その理由はただ一つ、警察には、改革の光を避けるだけの十分な力があるという事実だ。」(デイビッド・T・ジョンソン「検察改革を真剣に考える」自由と正義62巻4号(2011) 83頁。英明なX₂が裁判員制度を通じての警察改革まで視野に入れていなかったとは考え難い。
- 36) 村山治『市場検察』(2008, 文藝春秋)の第一部は「グローバル化の波を」という見出しであり、司法制度改革の「だんご三兄弟」といわれる検事総長たちを「変えたのは米国発のグローバリゼー

- ジョンだった。」と書かれている(10,299頁)。
- 37) ダニエル・H・フット教授はいう。裁判員「制度は妥協の産物にほかならない。司法制度改革に関して不断は協力関係を立たないようなさまざまな勢力の間で、異趣同舟の支持がよせ集められたのである。」(同、溜箭将之訳『名もない顔もない司法 日本の裁判は変わるのか』(2007, NTT出版) 262頁)
- 38) この点についてはリチャード・ドーキンス教授の見解に示唆を得た。彼はこういう。「どんな社会にもどことなく謎めいた見解の一致が存在し、それが数十年単位で変化する。それに対して、べつに気取るつもりもないが、ドイツ語から借用した時代精神(ツァイトガイスト)という言葉をあてようと思う。私は先ほど、婦人参政権が世界の民主国においていまや普遍的であると述べたが、この改革がなされたのは実際には驚くほど最近のことなのである。」(同、垂水雄二訳『神は妄想である 宗教との決別』(2007, 早川書房) 386-387頁) 裁判に対する国民参加もこの種の時代精神の変化がもたらしたものであり、Xはこの時代精神の体现者として行動したのだと考えることができよう。あるいは彼らをこの時代精神に魅入られた者といえようか。西野氏は司法審の審議状況について「議事録からうかがうかぎり、そこにあったのはただ『司法への国民参加』に対する熱に浮かされたような興奮だけだったと言ってよい」と述べているが(同・前掲(注10)『裁判員制度の正体』58頁)、この記述自体図らずも時代精神の精霊がまず審議会の大勢を支配していたことを裏付けているのではあるまいか。司法審の審議過程における最高裁の裁判員制度に対する態度の急変は、キリスト教の迫害者であったパウロの回心に似ているのかも知れない。大げさ過ぎる言い方だが、まあ白日夢(ないしは都市伝説のようなもの)の一部なのだから我慢していただく。さらにこの白日夢的妄想を広げれば、「裁判に対する国民参加」という時代精神の精霊は国境を越えて東北アジア諸国を飛び回っていたのではないか。わが国と規を一にするかのごとく韓国や政治体制の全く異なる中国においてさえその導入の論議が盛行し、実現されているという事実はこんな妄想に手を貸すのである。後藤昭編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』(2011, 国際書院)所収の両国に関する諸論文を参照。
- ちなみに、最近の the Japan Times に全面を使ったドーキンスのインタビュー記事(the Observerからの転載)が載っている。Japan Times, Sep. 21, 2013, at 11.
- 39) 村山・前掲(注36) 299頁以下参照。
- 40) 但木敬一『司法改革の時代 検事総長が語る検察40年』(2009, 中公新書クラレ)の「あとがき」(227頁以下)。
- 41) 山口=宮地・前掲(注20)『最高裁の暗闇』224頁、なお、以下の竹崎氏に関する記述については朝日新聞グローブ(Golove) Backstage 山口進も参照。
- 42) 山口=宮地・前掲(注20) 242-245頁。
- 43) 山口=宮地・前掲(注20) とくに 230-232頁参照。最高裁長官としての前任者の島田仁郎氏は、退任後の記者会見で竹崎氏について「彼は坂本竜馬を思わせる。先を見通す力が抜群に優れている。」と語ったといわれる。http://www.47news.jp 2008.11.17 (共同通信)
- 44) 現在の公証人職はほぼ完全に判検事の天下り先と化しているが、国民に対する法的サービスの充実強化という見地からその改革を考える必要がある。判検事の人事の円滑化等の見地から当分の間は現状を維持してよいだろうが、少なくともその補佐職については速やかに現在の中途半端な事務職員でなく法曹資格を有する「公証人補」(仮称)等の採用を考えるべきである。このことはすでに司法制度改革の初期段階で提言したが、弁護士サイドからさえ一顧だにされた形跡がない。
- 45) こういう自己本位的な戦略が、弁護士会や一部の学者からの疑心暗鬼を呼ぶことになったのは当然かも知れない。五十嵐二葉弁護士は、この制度はアメリカ財界一政権党という駆動力学によって発案・容認されたとし、検察、警察が市民参加を容認したのはそれによって従来からの取調べ中心の捜査方法に変更を求められることはない、と判断したからだという(同『裁判員制度への官僚と国民の見方』月刊『日本の科学者』44巻7号(2009) 10頁以下、とくに10-11頁)。氏は私の敬愛する優れた刑事弁護士であるが、いささかうち過ぎた解釈というべきではあるまいか。
- * 裁判員裁判と取調べの可視化(「4 審理——その1」も参照)
- ここで取調べの可視化問題について一言しておこう。取調べの可視化が裁判員裁判の運営の成功のために極度に重要であるとともに犯罪捜査過程における被疑者の人権保障上不可欠ともいえるべき課題であることは改めて喋々するまでもないが、そこには二つのアプローチが存在するだろう。一つは検察・警察の取調べという視点からのもの(いわば下からのアプローチ)、もう一つは裁判所の審理計画という視点からのもの(いわば上からのアプローチ)である。ここでは前者を中心にして略述する。
- 法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」の第2回会合(2011年7月28日)では取調べの全面的録音・録画(可視化)について賛否両論が出たが、検察と警察は反対の立場を鮮明にしたと伝えられる(東京新聞2011年7月29日朝刊24面)。その理由として、検察は真実が解明できないこと、警察は可視化する場合には通信傍受や司法取引などの手法を導入しなければ高水準の治安は維持できないと主張したとのこと、また被害者支援の団体も「加害者の勝手な言い分が録音録画に残されていれば、それだけで被害者の精神的回復は難しくなる」として可視化に反対したという。可視化の在り方を検討してきた法務省の勉強会では可視化の制度化の必要性を認めつつ、全事件一律の可視化に反対する最終報告書を公表し、法制審議会に結論を委ねた(同紙同年8月29日(月)朝刊29面)。その後の紆余曲折を経て現時点で法制審の上記刑事司法制度特別部会に出されている取調べの録音・録画(可視化)の叩き台は、まさに“骨抜き案”そのものとして厳しく批判されている(同紙2013年6月19日(水)朝刊5面社説)。上記のような検察の態度などは「検察、警察が市民参加を容認したのはそれによって従来からの取調

べ中心の捜査方法に変更を求められることはない、と判断したからだ」という五十嵐氏の言葉を裏付けるようである。しかし、取調べの全面的可視化は裁判における事実認定の適正化、冤罪の防止のために不可欠であることは可視化論者の指摘するとおりである（木谷・前掲（注8）『刑事事実認定の理想と現実』119頁以下参照）。

X₂はこの可視化の問題について当初から全面的可視化に踏み切る意思を持っていたかどうかは別として、やがてはそうなるともやむを得ないと腹を括っていたのではない。現に但木氏は「白白をした場合は……その状況を録音録画することにも大いに奨励されるようになった。」と書いている（同・前掲（注40）205頁）。ただ、そのトレード・オフとして司法取引など米国式の捜査・訴追方式の導入も想定していたことだろう（村山・前掲（注36）「第18章 切れる刀『司法取引』」（378頁以下）401頁など参照）。全面的可視化のない裁判員裁判において（灰色無罪の）無罪判決が続出するような事態が生ずれば、結局全面的可視化は実施せざるを得なくなる。刑事司法に対する国民参加＝裁判員裁判というパンドラの箱を開けた以上、こんな事態は「想定外」だとは決していえないのである。賢明なX₂が旧態依然たる捜査のままで裁判員裁判をやって行けるなどと甘い期待を抱いていたとは思えない（可視化と犯罪被害者との関係については別途に考えるべきである。）。

そして当然のことだが、特捜事件などは別にして検察の捜査は警察による捜査の補充的なものにとどまるから、可視化の問題は警察のそれを抜きにしては語れない。しかもこの面で警察が検察以上に強硬に反対するだろうことは想像に難くない。河合幹雄教授はこれまでの取調べには「問題点も確かにあるが、この方法で、相当な成果を上げてきたことは事実である。」として、「ビデオ撮影されてしまえば、踏み込んだ話はできない。責任逃れのための妙案でしかなく、刑事さんのやりがいや奮闘を奪う愚策であると私は思う。」と述べている（同『日本の殺人』（2009、ちくま新書）186頁）。一理あると思うが（「責任逃れのための妙案」というのは良く分からない）、同氏も可視化以外の有効な冤罪防止策を提示しているわけではない。それができない以上、刑事の生きがいのために冤罪の根源である可視化を否定するのは本末転倒の議論というほかあるまい。刑事の生きがいについては別に対処する方策を考えるべきで、河合氏も大いに協力したらどうか。隣国の韓国でも着実に取調べの可視化が深化しているという——日弁連・取調べの可視化実現ニュース通算17号（2012.6.1）13頁）。なお、以上の可視化論については青木教授の所論がすこぶる説得力に富む（同・前掲（注2）162-164頁、183頁等）。

ちなみに、この文脈で矢口氏が「検察庁が捜査中心をやめてくれたらいいと思う。」（政治的な犯罪などの捜査は内閣直属の特別検察官のような制度でも良い）と主張していることも注目される（御厨・前掲（注28）179頁）。

- 46) ジョーンズ・前掲（注33）『アメリカ人弁護士が見た裁判員制度』213頁。西野氏は裁判員裁判導入の裁判所にとってのメリットの一つとは「今後、誤判の半分は裁判所の責任ではなくなる……国民

がそう思ってくれるかもしれないというだけで、裁判所は目的を達することができません。」という（木村晋介監修『激論！「裁判員問題」』（2008、朝日新書）99-100頁。たしかにそういう面もある。しかし、裁判員制度によって「裁判官が一種の“責任逃れ”ができることは必ずしも悪いことではない。」（ジョーンズ・前掲217頁）少なくとも無罪方向の裁判についてはそういえる。

- 47) 泉徳治『私の最高裁判所論』（2013、日本評論社）321頁。著者は司法行政の中枢を長く経験した後リベラル派の最高裁判事として活躍した稀有の人物である。氏はこの制度は「裁判所にとっては戦後最大の出来事と言ってよい。」（同書320頁）とまでいう。
- 48) 西野・前掲論文（上）（注10）14頁注（45）、（46）参照。
- 49) 竹下守夫「改正された民事・家事調停法」ジュリスト569号（1974）103-104頁。
- 50) 拙稿「パートタイム裁判官是非論」拙著『裁判法の考え方』（1994、信山社）135頁。
- 51) 拙稿「ADR・調停に関するやや反時代的な一考察」小島武司編著『日本法制の改革・立法と実務の最前線』（2007、中央大学出版部）276頁注35）。
- 52) 但木・前掲（注40）『司法改革の時代』291頁は、裁判所法3条3項について「国民の司法参加は憲法違反とする意見もあるが、まさか新憲法施行日に憲法違反の規定をわざわざ掲げるはずもない。」という。同項の「陪審」の意義については文理的に二様の解釈が可能であるけれど、司法制度改革の最前線のリーダーの一人だった著者のこの言葉はもっと深読みすべきものようである。
- 53) 穴戸常寿「国民の司法参加の理念と裁判員制度——憲法学の観点から」後藤昭編・前掲（注38）『東アジアにおける市民の刑事司法参加』139頁以下。同氏は「憲法学の当惑」について語り、「多くの憲法学者は、……裁判員制度が合憲であると消極的に認めるのみで、憲法政策的に積極的に支持することは躊躇している」（142頁）という。
- 54) いちいち名を挙げないが裁判員制度の強力な反対者の多くがこのような人たちである。世界的に高名な刑事法学者にして最高裁判事経験者の團藤重光博士も強硬な裁判員裁判反対論者で、「この裁判員制度ってのは、くだらないの一言に尽きる」とまでいう（團藤重光著・伊東乾編『反骨のコツ』（2007、朝日新書）134頁）。なお法学者ではないが、その著作『司法官僚』（岩波新書）などで司法官僚制を厳しく批判した新藤宗幸教授は、裁判員制度について「失業の可能性も予測される定額給付金よりも愚策」と書いている（『緊急増刊 朝日ジャーナル』2009年4月30日号111頁）。行政学者の氏に刑事司法の改革に関する問題の所在が的確に把握できていないのは当然かも知れない。
- 55) 安原浩「えん罪の原因を探る」守屋克彦編著『日本国憲法と裁判官——戦後司法の証言とよりよき司法への提言』（2010、日本評論社）292頁。
- 56) 西野氏は「施行までの時間の制約が慎重な再検討の障りになるというのであれば、取りあえず裁判員制度の施行を延期すればよいというだけのことである。」という（同・前掲論文（下）（注10）12頁）。

裁判員制度の導入は待ったなしの緊急の重要性

を有するというのがXの立場であろう。裁判員制度の批判者の側は一般に刑事司法の改革の必要性、緊急性をあまり重視していないようである。この点において私はXに与りたい。畏友故・原後山治弁護士は「司法というもの……ちびちびちびちび、にじり寄るように変えていかなければしょうがない」という名言を残している（原後山治先生追悼集刊行の会編『原後山治弁護士を偲ぶ』（2011、非売品）278頁）。原則論としては全くそうであるが、この分野にも時に大変革が生じうるのである。そうしてこれにどう対処するかによって司法部、法曹界の真価が問われるといえよう。

ちなみに、「裁判員制度の背後には、近代日本の法生活を貫く伝統があり、さらにその根底には人類全体の巨大な歴史的経験の蓄積がある。」という政治学者の言葉（三谷太一郎『増補政治制度としての陪審制 近代日本の司法権と政治』（2013、東京大学出版会）311頁一初出は2004）は、とりわけオールド・リベラリストたちの心の琴線に触れるのではないかと思考するのだが。

- 57) 拙稿・前掲（注6）「参審制度」286頁以下、拙稿・前掲（注5）「民事司法に対する国民参加」174頁以下）193-194頁。
- 58) 韓国における陪審員裁判については、例えば今井輝和『韓国の国民参与裁判制度——裁判員裁判に与える示唆——』（2010、イウス出版）、韓寅燮、朴銀珠訳『韓国における陪審員裁判の導入と施行——司法改革の文脈の中で』後藤編・前掲（注38）『東アジアにおける市民の刑事司法参加』215頁以下参照。今井氏は現職の裁判官であるが、多忙な職務の傍らつとに韓国の国民参与裁判制度の研究に熱心に取り組んでおられる。敬意を表したい。なお、研究者による綿密な傍聴記である小森田秋夫「ある韓国国民参与裁判の記録」神奈川法学44巻2・3合併号（2012）279頁以下はすこぶる有益である（当該事件の内容自体極度に興味深いものである）。また、小森田氏は最近「裁判員制度の論じ方」（神奈川大学評論75号（2013）151頁以下）という論考も発表された。同誌の「論壇時評」として書かれたものだが、50以上の注記を付した力作であり、随所に示唆に富む指摘がみられる。
- 59) 西野・前掲論文（上）（注10）5頁。
- 60) 2011.11.16最大判。この判決については西野喜一「裁判員制度合憲判決にみる最高裁判所の思想とその問題点」法政理論44巻2-3号81頁以下が詳細な批判的検討を行っている。たしかに氏の批判の多くは肯綮に中っていると思う。とくに本判決が全員一致であるのは止むをえないにせよ、せめて補足意見のような形で各裁判官の裁判員制度に関する見解が示される機会が失われてしまったのはこの制度の今後の成長発展のために残念至極という思いを禁じ得ない。注（38）で述べた時代精神の支配は一つの補足意見すら許さないほど強力だったということだろうか。なお、氏は所属大学の紀要以外にその論文を発表する場が得られなかったことを嘆くが（102頁）、実は私も自分の司法制度改革に関する論稿について同様の苦い経験を一再ならず味わっている。しかし大学人は最終的には紀要という有り難い発表の場が得られるわけだから、現代日本社会における数少ない実質的な

表現の自由の最大の享受者、一種の特権階級だといえるのである。それゆえにまた紀要論文の執筆者にはある意味でのノーブレス・オブリージがあるというべきだろう——これは自戒の言葉であるが。

- 61) もっとも倉田卓次博士は、たとい合憲の大法廷判決が出てそれらがぐらつきうることを指摘する（同「裁判員制度の要領と一提案」判例タイムズ1229号（2007）45頁）。しかし、裁判員制度の合憲性を否定する判決の出現は刑事司法に関する收拾のつかない大混乱を生ずる。違憲の事例が生じた場合には、後述する適用違憲、運用違憲の問題として個別的に対処するのが賢明かつ妥当な方策というべきである。それに合憲の大法廷判決が変更される現実の可能性はまず絶無と考えて良いだろう。
- 62) 適用違憲、運用違憲については佐藤幸治『日本国憲法論』（2011、成文堂）657頁以下参照。
- 63) 西野・前掲論文（上）（注10）4頁。
- 64) 西野・前掲論文（上）（注10）7頁注18。
- 65) 「『戦後裁判官物語（全10巻）』の執筆をめぐる」前掲（注55）『日本国憲法と裁判官』141頁以下、とくに146-148頁参照。梶村氏は刑事裁判官の大雑把な類型化として「秩序維持派・人権擁護派・人情派」に分けられるとし、また、裁判員制度は「現憲法の全精神に照らせば違憲とまではいえないでしょう。」という（引用文は、前者は146頁、後者は147頁）。
- 66) 裁判員裁判の導入過程について村山・前掲（注36）『市場検察』のような本が有能な司法記者によって書かれる可能性も期待できよう。
- 67) 裁判員制度は徐々に国民の間に根付きつつあるようである。裁判員裁判経験者やこの制度を支持する民間団体の活動にも注目すべきものがある。2013年度日本法社会学会学術大会のミニシンポジウム「裁判員裁判と市民社会」ではいくつかの民間団体の代表的立場の人びとから報告が行われた。「大阪ボランティア協会「裁判員ACT」裁判への市民参加を進める会」、「裁判員ネット」「裁判員裁判を育てる市民の会」、「市民の裁判員制度をめざす会」など。

4 審理⁶⁸⁾——その1 公判前整理手続（審理計画）について

冒頭の1に記したとおり私は裁判員裁判について実際の傍聴経験すら有していないのであるから、以下に記すところは裁判法研究者としての問題関心に基づくものである。

公判前整理手続の問題について、私には理論、実務の両面において全く発言の資格が欠けている。しかし、裁判員裁判の運営が適切かつ効率的になされるためにはこの問題が最大の難問の一つだと認識している。その意味で若干の言及を許されたいと思う。

カッコ書きで審理計画と書いたのは、公判前審理手続とは別言すれば審理計画を策定するための手続だからである。裁判員裁判は私人である裁判員にとって時間的に参加可能であり、かつ法廷に顕出される裁判資料は裁判員をして裁判させるために必要にして十分なものでなければならない(可視化の不十分な資料は当初から重要部分が破損・汚染されていて読了不能な文書に等しい)。そうでなければ裁判員裁判の運営は事実上不可能になってしまう。それゆえ適切な審理計画の策定こそは裁判員裁判の不可欠の前提を成すことになる。これに十分に対応できない検察・警察の捜査実務は変更を余儀なくされる。従来の捜査実務がどれほど貴重な価値あるものか、それを廃棄・変更することがどれほど検察・警察の機能に悪影響を及ぼすかなどは問題にならないのである。3の冒頭の巨樹の比喻を用いれば、樹が花を咲かせ実を結ぶために、根や幹の下部にとっては適切な養分を上を送り届けることが至上課題になる。注45*で述べた取調べの可視化問題における「上からのアプローチ」というのはこのことを意味する。改めて可視化問題を裁判員裁判における審理計画という視点から考えてみる必要がある。そうすれば、裁判員裁判の導入が日本の司法(検察司法さらには警察司法とまでいわれる(ジョンソン・前掲(注27)9頁などの表現)の抜本的改革のために決定的な意義を有することが納得されるはずである。

ところで、公判前整理手続の問題としてはまず検察による従前とは全く異なる自発的、積極的な証拠開示が必要であるが、それがどこまで期待できるか疑問である。

そこで弁護人による強力な事前調査が必要になるが、刑事弁護における人的、経済的資源の乏しさにかんがみ、これは言うべくして行うことは極めて困難である。

裁判所の積極的な関与が有意義な場合も多いだろうが、それは裁判所のあるべき立場とくに予断排除の要請から困難である。

こういう八方(三方?)塞がりの状況をどうしたら打破できるか? 一つの答えは私がかねて研究しているスウェーデンの刑事訴訟法に関する規定から得られるように思う。同国の訴訟手続法(民・刑事両訴訟に関する法規定を含む)の45章7条は、検察官は起訴時またはその後速やかに、裁判所に捜査記録の謄本または覚え書ならびに証拠として援用しようとする文書および物を提出しなければならない旨規定する。本条の内容についてはつとに立法準備作業の段階から批判が向けられていた。批判説(実はそれが政府の当初の立法提案)は裁判所に予断を形成させる危険があると主張した。しかし、捜査資料は裁判所が審理計画を立てたりするのに有用だなどという理由からこの批判説は採用されず、現行規定に落ち着いたのである⁶⁹⁾。

このスウェーデンの例にかんがみれば、予断排除の問題に留意しつつ捜査記録を直接的かつ全面的に裁判所がチェックするという立法論的方向も検討に値するだろう。もっとも、これではわが国の刑事訴訟の基本構造に著しく抵触する観があり、とくに弁護側の賛同を得るのは困難かと思われる。しかし、例えば法曹資格を有する調査官(日弁連ないし所属弁護士会の推薦を得て期限付きで任命された者)が裁判長の指示を受けて検察側の証拠資料の存在および内容について調査・報告するような方式は一考に値しよう⁷⁰⁾。また、この調査・報告者は裁判機関の構成員であっても差し支えないと考えるが、予断排除の関係で反対論が強いならば調査・報告のみに限定した職務権限を有する構成員外の者であってもよいだろう。

結局のところ、裁判員裁判における公判前整理を真に充実強化させるためには公的弁護制度の飛躍的な拡充や上記の調査官制度の採用がその基本的前提となる。つまり問題の根源は、司法制度改革の最大の課題である法曹人口なかなく弁護士人口の増大というテーマと密接不可分に関連していることが知られるのである。

我田引水の言と思われる読者もいるかも知れ

ないが、最高裁事務総局から公表された『裁判員裁判実施状況の検証報告書』（平成24年12月）が何よりも上記私見の正当性を裏付けている。そこで示された今後の課題の一つは法廷中心の審理の実現なのである。制度施行にあたって直接主義・口頭主義を徹底した証拠調べが必要であることは法曹の共通認識であったのに、その後の運用は捜査過程の再現とその弾劾に重点が置かれたまま、旧来型の審理から脱却できていないのではないかとこの疑問が生じているのだ。この課題が裁判員裁判の生死を決する重要性を有すること、しかもその克服は容易ならざる難事であることが歴然としている⁷¹⁾。

「全面的可視化のない裁判員裁判において（灰色無罪の）無罪判決が続出するような事態が生ずれば、結局全面的可視化は実施せざるを得なくなる。」と上に書いた（注45*）。裁判員裁判はそういう核爆弾的威力を秘めているのである。全面的可視化の問題を論ずる者は立場の差異を超えてこのような事態の出現に対する警戒心、想像力を失ってはなるまい。上記検証報告書が指摘する課題の克服のために裁判員裁判に関わる者の全てが常に自己の脳裏にこの警戒心、想像力を喚起しておくことの大切さはいくら強調しても強調し過ぎることはないというべきである。

注

- 68) 実には審理の問題に入る前に検討すべき重要な論点として裁判員選任手続の問題がある。残念ながらこの点については不勉強のため小早川義則教授の指摘（同『裁判員裁判と死刑判決』（2011、成文堂）208-209頁）を引照するにとどめ、それ以上の論及は割愛せざるを得ない。
- 審理一般について日弁連の「第3回裁判員裁判に関する経験交流会」（2011年9月3日（土）の配布資料（第1、第2分冊）は合計300頁に近い詳細なもの、実に貴重な資料というべく公判前審理関係のものも含まれている。また、波床昌規「裁判員裁判について——弁護活動に対する若干の提言——」総合支援論叢2号（2013）86頁以下も参照に値する。この論考は、裁判員裁判に関する刑事裁判官としての経験を踏まえて裁判員裁判に関する弁護活動全般について論じたもの。裁判員裁判を経験した元裁判官（定年退官後は弁護士）の論考は現時点では稀少価値があろう。
- 69) 拙訳『〔翻訳〕スウェーデン訴訟手続法——民事訴訟法・刑事訴訟法——』（2009、中央大学出版部）249頁。
- 70) 泉氏（元最高裁判事）は最高最裁判官専属の調査官（ロー・クラーク）を配置することを提案している（同・前掲（注47）138頁）。裁判官専属の調査官制度を設けることはかねて私が提案してきたところであり（「拙稿「最高裁判官に第二の調査官（裁判官専属の調査官）を」拙著A154頁以下）、もとより諸手を挙げてこの提案に賛成である。ここでは泉提案に示唆と励ましを得て裁判員裁判における裁判機関の戦力強化の一環として調査官の活用を提案したい。実は裁判員裁判において裁判官に調査官を付することも司法審報告書の公表段階から私が裁判機関の充実強化のために主張したことである（拙著B 43頁）。なお、後掲注88参照。
- 71) 『法曹』754号（2013）の「ほうそう」99頁参照。この記事は「現在の運用は、専門性を持つ法曹の側に国民を引き寄せようとするものとなっていないだろうか。法曹は、国民の視点や感覚を深く理解し、国民に寄り添う運用を実現するため、努力を続ける必要があろう。」と説く。正に達識の言である。同誌は裁判所・法務省の職員（退職者を含む）を（特別）会員とする「法曹会」の機関誌であるが（同誌については拙著・前掲（注50）「裁判法の考え方」123頁以下参照）、この記事は弁護士や法学者の諸氏にも一読をお勧めしたい（匿名記事であるが、達識の法曹によるものであることは明白）。
- ちなみに、韓国においても国民参与裁判とロースクールによる法曹養成との密接な関係が指摘されているのは興味深いことである。小森田・前掲（注58）「ある韓国国民参与裁判の記録」310頁注62参照。

5 審理——その2 証拠調べについて

私は裁判員の事実認定能力に大きな期待を寄せている。この私見と符節を合するような意見を多くの無罪判決を出したことで知られる元名刑事裁判官の原田國男教授から聞くことができるのは嬉しい限りである。氏はこう述べている。「えん罪を見抜く力は、いわば、総合的な人間力であるから社会での経験や個々の人生経験がものをいう。裁判員もじつはこの点で優れた力を発揮する潜在性がある。」⁷²⁾。この裁判員の事実認定能力に対する期待と信頼を前提としつつ、以下ではあえて若干の苦言めいたことを述べる。読者諸氏が私の真意を読み誤らないように切にお願いしておきたい。

まず、内観法、リーガル・カウンセリングの権威である長友波多野二三彦氏⁷³⁾がかねてから指摘する刑事裁判における証拠調べの問題点を取り上げる。氏の所論の理解の便宜上その特異な経歴を少し紹介しておこう。彼は司法修習7期だが、学生時代から牧野英一博士の内弟子のような存在であり、修習終了後は行刑の実務に就きたいと熱望していたが、その機会が得られないまま数年間の最高裁家庭局における勤務を経て10余年の検事生活を送ったうえ郷里岡山で弁護士となり、弁護士業務の傍ら「いのちの電話」の運営に尽力するなどした。さらに主として権利保護保険の創設に取り組むため東京に居を移したが、最近(2011年4月)老齢のため弁護士登録を取り消し大津市内の令嬢の住居の近くに終の棲家を定めている。その彼はこう論ずるのである。

現在の刑事裁判では凶悪重大な事件で被告人に証拠物などを見せることを省略してしまっている。被告人は自分の犯した凶悪事件の現場写真、解剖写真など見たくない。無理に見せると脳震盪を起こす可能性もある。だから現状の証拠調べではこれを見せる手続を省略してしまっているのだ。この省略は実は違法行為なのに、裁判所も検察官も弁護人も違法行為をしているという自覚がない。しかし、被告人がどれだけ被害者の血を流したかを知らなければ裁判とはいえず、真の意味での被告人の反省悔悟も期待できない。弁護人は被告人に優しく寄り添ってぶっ倒れないよう力付けをしながらしっかりこれらを見せるべきだ。それが刑事裁判で一番大切なことだ。そして弁護士がこういう弁護活動ができるためには、厳しいカウンセリング教育を受けていることが必要である。現状では被告人は自分がどれだけ人の血を流したか知らないまま、判決を受け、受刑者になり、なんとなく刑期を務めることになる⁷⁴⁾。

以上の波多野説の当否・真偽について私には十分な判断をする能力が欠如しているが、その基本的正当性を疑うべき理由も見当たらないよ

うなので、これを前提として論を進める。

証拠調べにおける現場写真、解剖写真などの閲覧は的確な事実認定のためにも適切な量刑のためにも必要不可欠であろう⁷⁵⁾。私が在任していた当時はこのようなことは当然自明のこととして行われていたと記憶するが、何時ごろからそれが省略される慣行が成立したのだろうか(刑事事件に関わる弁護士数人に尋ねたところでは、実務の取扱いはいくつかあるが、少なくとも被告人が事実を認めている事件では被告人がこのような証拠を直接見る機会はないのではないか、という答えであった。)

在官中の話だが、ある法学者出身の裁判官本人から被害者の解剖写真などは気持ちが悪くて見るのが嫌だと打ち明けられたことがある(彼はたしか刑事法学者といっても犯罪学を中心に研究してきた人だが)。また、非法曹出身の最高裁判事の中には刑事事件の記録を読むときにマスクをし手袋をはめてそれを行う人がいると聞いたこともある(これを語った人は調査官だったように思うが、記憶が定かでない)。このような神経過敏の法律家が増殖してしまったのだろうか。だとすれば、裁判員裁判において否認事件は別としてこの種の証拠調べを省略ないし簡略化する慣行が一般化してゆくのは当然と思われる。

しかしこれは、的確な事実認定のためにも適切な量刑判断のためにも有害である。血なまぐさい証拠資料に接したことによって裁判員が受ける心理的負担のケアは別問題として、これを省略してしまえば裁判員の量刑判断も極めて皮相なものになってしまうだろう。実際の裁判は映画やテレビドラマとは全く異なる被害者の尊い血が流された現実を扱うものであることが裁判する者によって体感されなければならない(しかし、このことはその反面として裁判員に対する心のケアの重要性を示唆する——後述)^{75a)}。そして真犯人の被告人もこの証拠調べによって自分の凶悪な犯行を追体験し、真の反省悔悟の機会を与えられるのである。殺人を犯

して服役中のある無期囚は、検察官の厳しい論告によって初めて自己の犯罪について反省させられたことを述べているが、これも犯行の生々しい再現が罪を犯した被告人に真摯な反省を迫ることを裏付ける証左といえよう⁷⁶⁾。

もう一つ証拠調べにおいて私が気懸りなのは、裁判員の証人や被告人に対する質問が奨励、歓迎されているかにみえる点である。裁判員の証人や被告人に対する質問は裁判員の事件に対する熱心さを示すものである。しかしそこには危険な陥穽が潜んでいることに注意すべきである。これは私自身の反省でもあるのだが、質問しようとしているとつい相手の話を虚心に聞いて理解することが疎かになってしまう。しばしば学会や教授会の席上で経験したことなのだが、良い質問あるいは相手をやり込める質問をしようと考えていると、相手の発言内容の理解が質問事項に引きつけて理解されてしまう恐れがあるようである⁷⁷⁾。証人や被告人の供述内容を虚心坦懐に可能な限り正確に理解、認識することが裁判者の第一の務めである。一にも二にもひたすら一所懸命に聞くことが大切だと思う。当事者主義訴訟における裁判者に期待される「一番大切な役割は『虚心に……聞くこと』」なのである⁷⁸⁾。マスメディアの報道なども質問を行う裁判員のほうが沈黙している裁判員よりも職務熱心だというような誤解、錯覚を生じさせないよう戒心すべきである。沈黙の聞き手としての裁判者の限りなき重要性をあえて強調しておきたい⁷⁹⁾。

注

72) 同『逆転無罪の事実認定』(2012, 勁草書房) 23頁。

73) 氏の著作としては『内観法はなぜ効くか 自己洞察の科学〔第4版〕』(2006, 信山社), 『リーガルカウンセリング 面接・交渉・見立ての臨床』(2004, 信山社) などがある。

氏は(司法修習同期で親友の吉永佑介検事総長の助力を得て)警視庁丸の内警察署に勾留中のオウム真理教の林郁夫に面接して内観を試み、その結果林は見事にオウムのマインドコントロールを

脱し、現在は無期懲役囚として千葉刑務所で服役しているが、一昨年波多野氏に手紙を寄せてきたという。上記のことは氏がその主宰する個人雑誌『琴線』に何度か書いている秘話である——最近では同誌226号(2013年6月25日)3頁。また、氏はADRの理論と実践に通暁し、長らく第二東京弁護士会仲裁センターの中心的存在の一人でもあった。同郷(岡山県)の先輩である團藤重光博士とも親交があり、團藤氏が最高裁判事当時はその公室を訪ねて談論風発することもしばしばだったと聞く。ただし、團藤氏の学説などに対してはやや批判的なようである(これらのことも『琴線』に書かれている)。波多野氏は海軍兵学校の出身(入学後間もなく敗戦)であるが、二弁海兵最古参の某弁護士(90歳)は私に、海兵出の優秀な法曹は少なくないけれど波多野はとりわけ出色の偉材だ、と語っている。

74) 同誌154号(2011年2月20日)8頁。氏は同誌の中でしばしば同趣旨の発言を繰り返している。例えば同誌14号(2008年4月1日)が「おお間違いの裁判員制度」と題して述べていることはすこぶる興味深いので以下に引いておく。

「僕は今までみんなの嫌う、凶悪・重大な合議事件を沢山手掛けてきた。(中略)証拠調べ手続きが始まる前に「僕は裁判官に前もってお願いする。検察官にも協力を願います。『被告人に対して、警察が作った血にまみれた現場の写真や、法医学の教授が作った、被害者の全身解剖写真などの証拠書類を、被告人によく示しつつ見せてやり(大体40分程度の時間がかかる)、『きみはこんなことをしているのだよ』ということ、よく知らせたいのです、と。これが刑事裁判の証拠調べ手続きの心臓部とも言える部分だ。しかしそれは裁判長の意向で、ほとんどの場合、即座に拒絶される。」「そのようなカラー写真は、検察庁でも被告人は全く見せられていない。」(6頁)

75) もっとも、証拠による犯行現場の忠実な再現と裁判員の理解の便宜を考慮したビジュアル・プレゼンテーションとは異なることに注意しなければならない。後者においては前者が歪曲化された形で行われる可能性がある。橋爪氏は裁判の劇場化を憂慮し、「大型液晶パネルの使用は、やめてもらいたい。」という(橋爪・前掲(注15)227-231頁、引用は230頁)。正当な指摘であろう。

75a) 東京地裁では裁判員裁判で事件現場の写真などショッキングな証拠を見た体験が裁判員の重い心理的負担になるのを避けるため、こうした証拠がある事件の裁判員選任手続の際には候補者の市民に予告し、心的外傷の恐れを感じた人は選任前に辞退できるようにすることなどを決め、2013年7月19日付の「申し合わせ」としてこれをまとめた。最高裁は全国の裁判所にこの取組みを紹介し、運用の参考にするよう通知した。(東京新聞同年8月1日(木)夕刊9面による。)一定の評価に値する措置であることは認めるべきだろうが、この申し合わせの中には遺体写真などの証拠を必要不可欠なものだけに絞込み、写真の代わりにイラストなどの使用の検討も含まれているという。しかし、これなどそう簡単に容認されてよいのだろうか。同記事にも「検察官などには『ありのままの証拠』を見せることを重視する意見もある」ことを伝え

る。

- 76) 美達大和『人を殺すとはどういうことか 長期LB級刑務所・殺人犯の告白』(2009, 新潮社) 59頁以下。著者は2件の殺人を犯した無期囚である。
- 77) 俗にいわれる「岡目八目」も同様の常識的真理を物語っている。(私は恥ずかしながら囲碁も将棋もできない。ちなみに、木谷教授は囲碁界の天才とよばれた木谷實九段の令息である。) 裁判官は内心または内輪同志では検察官や弁護士の尋問の巧拙を云々するけれど、自分自身が補充尋問を試みるとそれがすこぶる難しいことに気付かされる、また陪席裁判官としての経験上裁判長の補充尋問に感心したことはあまりなかったというのが率直な話である。
- 78) 木谷氏はいう。「証人尋問において刑事裁判官の一番大切な役割は、『虚心に証言を聞くこと』です。」(同・前掲(注17)『刑事事実認定の理想と現実』177頁)。
- 79) ただし、私見と正反対の意見もある。新聞記者の立場から「もう一步、真実が見えにくい事件でこそ、裁判員の積極的な質問で本音に歩み寄って欲しい。それがこの制度を成熟させる一つのハードルではないだろうか。」というのである(南井遼太郎「新こちら記者クラブ」横浜弁護士会新聞298号(2012年11月号)5面)。また、質問しようとしていると相手の話を虚心に聞いて理解することが疎かになるのは私=萩原の能力の貧困を示すだけでこれをあまり一般化すべきでない、という反論も提起されよう。私の能力の貧困を認めることには吝かでないけれど、私程度の能力の裁判員諸氏(失礼!)も相当数存在するだろうと思って書いているわけである。心理学者なども交えて今後検討を深めるべき一つの論点ではあるまいか。

6 評議・判決

〈評議一般について〉

評議についてはさまざまな問題が生じることが想定されるが⁸⁰⁾、評議がなるべくキチンと行われることを保障する最上の方法は少数意見の表示を認めることだと思う。こういう評議が行われなければ少数意見の表示は困難だからである⁸¹⁾。もちろん評議がキチンと行われるためには裁判長のチェアパーソン、ファシリテーターとしての卓越した能力が要請されることはいうまでもない。職業裁判官には今後こういった面での能力の涵養が必要になろう⁸²⁾。

ところで、無罪意見を述べた者は量刑の評議に参加する義務を負うかどうか問題になる。法的にはその義務を肯定せざるを得ないけれど、強制する方法はないし、評決の場合には最も軽い意見に含めて処理すべきであろう⁸³⁾。

〈とくに死刑に関する評議について〉

死刑問題の評議については別にいろいろ考えるべき問題がある。評決について日弁連の「裁判員本部」内の「3年後検証小委員会」の見直し提言案では、死刑の場合における全員一致を要求するものとするのが伝えられているが⁸⁴⁾、特別多数決はともかく全員一致は妥当とは考えられない。ことは無罪推定原則が働く事実認定の問題ではないのであって、正義観が鋭く対立する可能性のある問題について常にただ一人の意見が勝ちを制する不当な結果を生ずるからである。反対意見者についてはその意見の明示を保障することをもって必要かつ十分といふべきである。他の刑罰と異なり死刑については全員一致を要求すべきだという見解は一理あるようであるけれど、裁判員の中に死刑廃止論者がいる場合を考えよ。全員一致を要求するとこのような場合には死刑判決は常に不可能になってしまう。

もっとも、後述する裁判員の心のケアの問題との関連でいえば、死刑の場合には量刑判断の法的拘束力をはずして勧告的効力のみを有するものにすることも十分に検討の余地があると考ええる(つい論述が先走って「8 裁判者の心のケア」で述べるべきことにまで及んでしまった。次の少数意見の表示についても同様である。しかし、どちらも大事なことなので重複はあながち無益でもあるまい。)

また、死刑廃止論者であることを明言した裁判員は死刑に関する量刑の評議に参加しない(できない)こととすべきだろう。ただし、これは絶対的・無条件の廃止論者に限定し、死刑について(程度の差こそあれ)懐疑的な者まで含むべきではない。死刑存廃について大きく意見が分かれている現状において真剣に死刑の存廃について思考・苦悩し、去就を決しかねる裁判員が存在するのは当然であり、むしろこのような者こそ裁判員としてふさわしいともいえるからである。それに死刑廃止論者であることを口実として死刑に関する評議を免れようとする

裁判員が続出することを防止することも必要である。この死刑廃止論者の評議への参加禁止のルール作りも裁判員の心のケアの問題の一環としての提案である。

〈少数意見の表示について〉

評議の結果に賛成できない裁判員に対しては少数意見を表示する権利を認めるべきだと考える。少数意見の表示については大陸法系と英米法系および北欧法系とでは立法例を異にし、前者はこれを認めず、後者はこれを認める⁸⁵⁾。この点において日本法は大陸法系に属する。私はかねて少数意見の表示を認めるべきことを主張してきたが⁸⁶⁾、それはそれとして裁判員については職業裁判官とは異なり別途考慮すべき問題がある。というのは、職業裁判官は少数意見の表示を認めない現行実定法に服することを経験して裁判官の職に就いているのであるが、裁判員はそうでないからである。しかも守秘義務違反について裁判員には職業裁判官には存しない刑事罰が定められている。

したがって、死刑事件における裁判員の心のケアの問題としても少数意見を表示したい者にはそれを表示する権利を認めるべき特別の理由があるというべきである。もっとも、少数意見の表示は権利であって義務ではなく、またその理由はごく簡単なもので足り、文案の作成について必要な場合には裁判所職員の援助を求めることができるようにすべきである。さきに公判前審理（審理計画）段階における裁判機関の補助機構として一種の調査官制度を設けることを提案したが、この調査官は判決文の起案のみならず裁判員の少数意見の作成についても協力・補助すべきである⁸⁷⁾。なお、少数意見の表示は権利であって義務ではないのであるから、評議で少数意見を述べた者は、無名の反対者に留まることも可能というべきである。この場合にはその旨を記録にのみ留めることにする。この点で、職業裁判官の少数意見の表示とは異なることになる。

上述のように、裁判員の少数意見の表示の問

題は裁判員の心のケアの面を重視して考えるべきである。したがって、裁判員裁判における職業裁判官に必ずしも少数意見表示の権利を認める必要はないわけであるが、裁判員裁判に限って裁判員との権衡上職業裁判官にこれを認めることはむしろ望ましいと思われる。とくに死刑事件における裁判官の心のケアは後述のとおり裁判員のそれと大差がないと考えられるのであって、その心理的負担を軽減するためにも少数意見の表示を認めることが望ましいと思われる。そしてこれが契機になって裁判一般について職業裁判官に少数意見表示の権利が拡大されることになれば、それは裁判の適正等の見地から極めて歓迎すべきことといわなければならない。

〈量刑における多面的な考量の必要性〉

（犯罪の証明が十分な事件において）量刑判断を行う場合の基本的留意事項というべきものについては主に刑事裁判官（経験者）による優れた論考が発表されている。ここではとくにいわゆる量刑相場の規範性を否定する見解が有力であることに留意したい⁸⁸⁾。もちろん量刑については検察官の論告・求刑、弁護人の弁論などにかんがみ法廷に提出された全資料を総合的かつ慎重に検討して最終的判断をすべきだが、人はややもすると現前する被告人の言動（場合によっては被害者（遺族）のそれ）に囚われがちである。この点に関する伊藤栄樹氏（元検事総長）の以下の文章は検察の立場をやや美化しすぎている嫌いがあるとしても、頂門の一針として役立つように思う。やや詳しく引用するゆえんである。

「殺人事件の公判において、被告人は、弁護人による情状立証などを通じて、世にも善良な孝行息子となり、被害者は、殺されるべくして殺された因業者にされてしまうことは、われわれがよく経験するところである。強姦事件などでも、この傾向は顕著である。さらに、悔悟徹底の境地で最後の時を迎えさせようとの矯正関係者の努力によって、死刑確定者がようやく心の平静を得、歌をよみ、写経をし、小鳥を飼う

などといった心境に達すると、人は、そこだけに着目して減刑の陳情や“救援運動”を始める。しかし、一家皆殺しの正視に堪えない現場の模様や、一家の大黒柱であった被害者を失った遺族の悲惨な状態は、全く忘れられてしまっている。／捜査から、公判、そして刑の執行まで、一貫して被害者とともに泣き、その被害感情を代弁できるのは、検察だけである。悪い奴に痛めつけられた人々の無念さは、裁判上100パーセント明らかにされなければならない。」⁸⁹⁾

他方、違った面から裁判員がその場の感情に流されることを戒めるものとして橋爪教授の見解がある。氏は現場写真や遺体写真などを検察側が証拠として提出し（これは事実認定上も量刑上も必要な立証である）、裁判員の感情に訴えようとするかも知れないことを懸念し、「現場はむごたらしく、被害者は犯人のせいでひどい目にあわされているかもしれない。けれども、それが、法廷にいる被告人の法的責任に結びつくのかどうかは別の話です。」「なにより、その場の感情に流されないように。」と注意を促す⁹⁰⁾。これも裁判員としてとても大切な心構えである。

ただ、刑事裁判は復讐ではなく「遺族の感情を癒すために、裁判があるわけではない」から、「被害者側の発言を無視するのが正しい」という氏の意見⁹¹⁾に対しては異論のある人も多いだろう。（「遺族の感情を癒すために、裁判があるわけではない。」とか「遺族の感情を考慮する裁判は、『復讐』になってしまいます。」などという文章には強く抵抗を感じる読者も少なくないと思像される。「遺族の感情を癒すためにも裁判はある。」とか「遺族の感情を正当な範囲で考慮するのは応報的正義の実現であって、単なる復讐ではない。」（いずれも傍点は引用者による）というような反論が直ちに想定されよう。）しかし、上述の氏の所論は、有罪無罪認定の手続と量刑の手続とが明確に分離されていないので、被告人が真犯人かどうかこそ正にその裁判の対象であるのに、そうであることを当

然の前提とした被害者側の意見（それは捜査・訴追側の情報の正当性に対する信頼を前提とするもので、これを一概に非難することはできない）に引きずられて無実の被告人を有罪としてしまう危険性にかんがみたいわばショック療法的な警告とみれば納得できよう。

なお、伊藤氏の上記引用文における「捜査から、公判、そして刑の執行まで、一貫して被害者とともに泣き、その被害感情を代弁できるのは、検察だけである。悪い奴に痛めつけられた人々の無念さは、裁判上100パーセント明らかにされなければならない。」という言葉は、刑事司法を通じての被害者の応報的正義の実現を検察の立場から闡明したもので、その凝縮され数値化された形態が求刑として表現される。「刑事裁判を通じての被害者の応報的正義の実現」を安易に「復讐」と同一視するのは誤りである（あえて復讐という言葉を用いるならば、それは文明社会において容認されうる高度に昇華された形態での復讐なのである）。裁判所としては弁護人の弁論などに十分耳を傾けつつこの求刑の妥当性について慎重な考量をしなければならない。これが実際には量刑判断の中心的課題となる。

〈相対的応報刑論による正義の実現〉

刑事裁判における「通説的な立場は応報刑を基本にしながらも、一般予防及び特別予防を副次的に考慮する相対的応報刑論」⁹²⁾だといわれる。これはまた現在のマジョリテイの規範意識、国民感情に合致すると思う。私自身も刑事裁判には適正・公平な法による応報的正義の実現という面があることを否定すべきではないと考えている⁹³⁾。

刑事裁判における最優先課題は事実認定＝起訴事実の証明の有無であって、量刑については判決時（評議の時点）で得られた限りでの資料に基づき上記の応報的正義の実現としてふさわしい量刑を決するほかない。限られた時間と資料による刑事裁判に被告人の犯行の真の動機・背景の解明、再犯の可能性の有無の確実な予測

判断などまでができると考えるのは過大に失した期待であり、また裁判者がそのような期待に応え得ると信じているならば、むしろ自らの傲慢さを反省すべきだろう。

すでに死刑が執行された宅間守に対する第一審判決の末尾で裁判所は、「池田小事件の刑事上の責任はすべて被告人が負うべきだが、裁判所は、子どもたちの被害が不可能であったはずはないとの思いを禁じ得なかった。」という⁹⁴⁾。しかし鑑定人は、「仮に私が附属池田小事件の前に宅間守を診察することがあったとしても治療関係を深めることはできないまま、けっきょくは附属池田小事件に至ったのではないかという暗澹（あんたん）とした思いはきえないままです。」と書いている⁹⁵⁾。刑事裁判にできることはごく限られており、しかもそれをなすべき時は眼前に迫っているのである。裁く者はあらゆる意味で自らの量刑判断に謙抑的でなければならぬし、またそうならざるを得ないのだ。（ちなみに、私は大阪地裁在任中の大部分を池田市所在の裁判所宿舎で暮らした。当該小学校の所在場所は具体的に知らないが、同一市内の小学校ということでひどく自分の身近で起きた事件のような気がしている。）

なお、次章で量刑論に関する補足的な論述を行うことにする。

注

- 80) 評議の問題を考える場合に逸することができない重要文献は、司法研究所編（司法研究報告書第63第3号）『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012、法曹会）——「平成21年度司法研究」である。同書については菅野亮・前田領両弁護士による詳細な解説がある（同『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』の紹介（1）、（2）がある（自由と正義64巻8、9号（2013）））。

ところで、評議の問題を考えるときにちょっと気になる問題発言を矢口元最高裁長官がしている。これは民事事件そして専門裁判官の評議に関する文脈で語られたものだが、刑事事件そして裁判員を含む評議については全く無関係と断じてよいのか。氏はこういう。

公害事件における疫学的方法と立証責任の転換

の問題に関連して「例えば四、五人の民事局付が『この問題について、どういう問題点があるだろうか』と言って、事前の検討をしますと、ちゃんと答えが出て来る。裁判官の独立ということと、そうでないこととの差が、どこに出てくるのか、私はいまだに分かりません。しかし、言えることは、独立した裁判官の考えることなんか知れたものだ、ということです。」アステイオン68号（2008）223頁。この矢口発言は裁判官の独立という根本的な問題に関わりそのままには承服しがたいが、それが多少の正当性を有するとすれば、裁判員の意見の効力が拘束的なものでないことは決定的な意味を有しないという結論が導かれるかも知れない。大方の異論が予想されることを承知のうえであえて書いておく。

また、矢口氏は最高裁における合議について「本当に全員で議論するなら……まあ7人か9人ですね。」という（御厨・前掲（注28）『後藤田正治と矢口洪一の統率力』205頁）。最高裁判事の合議においてすらそうだとすると、裁判員裁判における合議の難しさは想像を絶するものがあるかも知れない。同書206頁における御厨氏のコメントも示唆に富む。

- 81) 拙稿「判決・仲裁判断と少数意見の表示」判例タイムズ1167号（2005）74頁以下、裁判員裁判と少数意見の表示については81-83頁参照。
- 82) 評議については法と心理8巻1号（2009）の「特集 心理学は裁判員裁判に何ができるか」、小宮友根「評議における裁判員の意見表明——順番交替上の『位置』に着目して——」法社会学77号（2012）167頁以下、などが有益である。
- 83) 『裁判所法逐条解説 下巻』（1969、法曹会）83頁等参照。
- 84) 日弁連新聞451号（2011年8月1日）4頁。
- 85) 拙稿・前掲（注81）74-75頁。私はスウェーデンの高等裁判所で参審員裁判の刑事控訴事件の評議を傍聴するという得難い体験をしている。この事件では参審員の一人が最後まで無罪意見を主張していた（同論文82頁）。
- 86) 注85参照。倉田博士は裁判員の守秘義務の壁を低くせよという見解に賛成のようである（同・前掲（注61）「裁判員制度の要領と…提案」47頁）。私見もそれに賛成であるが、守秘義務の限界を明確化するとともにメディアの執拗な取材攻勢から裁判員を守るためにも少数意見の表示を認め、これを中心として守秘義務の問題を判断することが望ましいと考える。
- 87) このような裁判員を援助、補佐する裁判所職員（法曹有資格者）は複数であることが望まれる。これは裁判合議体の負担軽減や法科大学院制度により増員された若年の法曹のための職域の拡大の見地からも適切といえよう。彼にはいわば裁判長ないし合議体の調査官の機能を果たすことが期待されるのである。この点についてもう少し愚見の開陳を許されたい。

かつて私は、司法審報告書の公表段階で、比較法的に全く新奇な制度の導入については予想外の問題が生じうることを覚悟すべく、裁判員制度におけるとりわけ深刻なそれは予断排除（手続保障）と裁判官の負担過重の二つだと思われることを指摘し、その解決策として裁判官個々人に調査官を

付することを提案した(拙著B 43頁)。上記の公判前手続における調査官制度の提言はその換骨奪胎ともいうべきもので、そこでは予断排除の面を重視したが、以下では合議体とくに裁判長の負担軽減策という面から少し論述することを許されたい。

部外者にはなかなか分かりにくいだろうが、判決起案は裁判官にとって大変な知力・体力と時間の消耗を要求する仕事である。平均的裁判官(いや、落第裁判官か?)としての私の貧しい経験に徴してもこのことは断言できる(まあ、その苦労を積んだおかげで何とかなると思う)の知的散文が書けるようになったわけだから、裁判官という職業にすごく感謝もしているのだが)。裁判員との評議をまとめたうえその最終的な結論と理由を過不足なく平易明快な文章で限られた時間内に書き上げる、というのは想像を絶するハードな知的作業に属しよう。この知的作業は主として第一次的には主任裁判官、最終的には裁判長が担当するのが通例だろう(右陪席も随時関与するにせよ)。そこで負担軽減としては主任裁判官を二人にし、判決起案と裁判長の個人調査官的な職務などに活用できるようにしてはどうか。一人は通常の判事補であるべきだが、他の一人は弁護士会推薦の期限付き任用の判事補でも差し支えあるまい。二人の間の良き意味での競争関係も期待できよう。

正直なところ私は裁判員裁判を担当する裁判官の忙しさの実態を全く知らない。有能な彼らは他人からは激務と見える仕事を悠々とこなしているのかも知れない。しかし、人間は忙しいとつい不機嫌になり、他人に対する行き届いた配慮ができなくなりがちである。権力を持つ人間はとりわけ人に接する場合には常に上機嫌であるべきだと私は固く信じている。それは一種のノーブレス・オブリージというべきだ。裁判官が上機嫌であるためには仕事の負担が過重でなく、ときに専門外の読書や音楽、美術などを楽しむなど私生活を十分にエンジョイできる時間的余裕を彼らに与えるべきである。現下の内外ともに厳しい経済情勢の中で、何をたわ言をほざくかとお叱りの向きもあるが、私の意のあるところをご理解いただければ幸いである。私はいたずらに裁判官をラクにさせるためにこんなことを言っているのではなくて、裁判官が裁判員を本当に大切に(リスペクトし)、彼らと一緒に良い仕事をする、ひいては国民のために憲法の所期する裁判が実現されることを願うがゆえにあえてこの一文を書いているのである。以上、本文として書くにはささか躊躇を覚えたので、この注記を利用させてもらった次第である。

88) 原田国男『裁判員裁判と量刑法』(2011, 成文堂)とくに第5章(77頁以下)参照。

89) 伊藤『人は死ねばゴミになる 巨悪と闘った検事の最後の闘い』(1998, 小学館文庫)7頁による。この本は題名自体が衝撃的であって、ガンで死を目前にした著者が実に率直に語った自己＝一人称の死をめぐる省察を含む。裁判員裁判が被害者、被告人という三人称の死を扱うものである以上、一人称の死に対する考察もまた大切だろう。しかも同書70-74頁における死の考察には瞠目せざるをえない。「人は死ねばゴミになる」という言葉はある意味で「山川草木悉皆成仏」と同じことを表

現しているのかも知れない。わが茅屋の周辺の散歩道の路傍に咲き乱れる可憐な草花、その蜜を求めて飛び交う蝶、さらには近傍で無心に餌をついばむスズメ(と覚しき小鳥)の姿などを眺めていると、万物の霊長と号して食物連鎖の頂点に君臨し、さんざん自然を収奪・濫用し、汚染してきた自分がゴミになり自然の一部と化して微小ながらその働きに寄与できるのはこの上なく有り難いことに思えてくる。伊藤氏のゴミ論は凡百の宗教家や宗教学者などのこちたき宗教論議よりもはるかに単純にして深遠な真理の啓示とさえ思えるのである。ちなみに、藤島昭氏(故人、元次長検事、最高裁判事)は同書の「あとがき」で「人は死ねばただの物質に帰するという君の考え方に共感する人も多いと思う。ゴミといういささかどぎつい言葉を使っているが、これも例の君一流の比喩だと思っている。」と書く(224-225頁)。

90) 橘爪・前掲(注15)『裁判員の教科書』141頁。

91) 同書144頁以下。引用文はいずれも145-146頁から。

92) 波床・前掲(注68)88頁。

93) 拙稿・前掲(注3)「法科大学院教育と死刑存廃論」48-49頁。

94) 岡江晃『宅間守精神鑑定書 精神医療と刑事司法のはざま』(2013, 亜紀書房)392-393頁。

95) 同書411頁。

7 私量刑論——やや独断的な

私は特例判事補になった当時、刑事単独事件をたしか1年ぐらい担当した。おおむねその時の経験がよかれあしかれ私の量刑論の中核を形成してしまい、それは現在でも基本的に変わっていない。そこで、まず司法審による司法制度改革作業の段階で私が書いた旧稿から量刑に関するものを再掲する。今や量刑法^{96), 97)}に関する多くの優れた研究が産出されるなかで、中途半端な知識・経験しか有しない者が量刑論を云々することなど笑止ととられるかも知れないが、逆にいえば裁判員により近い立場にある者の意見として有意義だともいえようか。

「米国では量刑の幅が狭いから量刑問題を裁判官の専権に委ねてもあまり問題がないけれど、日本の場合は刑事司法に真に民意を反映させるためには量刑への国民参加が極めて重要になる。最近における国民の刑事司法に対する大きな不満の一つは、量刑に対するものである。たしかに量刑がマスコミに代表される国民の一時的な処罰感情に左右されることは適正な刑事司法の実現にとって好ましいことではない。だが、現

在のように検察の求刑が基準になって量刑が決定されるという事態の在りようにも問題があるというべきである。なぜならば、検察の求刑はなかならず従来の量刑との比較検討によって決定されるので、それなりの合理性を有するにせよ同時代の国民の規範意識（処罰要求）への的確な対応は困難になるからである。⁹⁸⁾

「熊野克行弁護士は『絶対に無罪になるような事件でも罰金刑にして、なお執行猶予を付けるとか、そういうことはしょっちゅう行われ、刑事弁護を担当した者は誰でも経験していると思う。』という（「陪審制を復活する会」編著『陪審制の復興——市民による刑事裁判——』（2000、信山社）56頁における同氏の発言）。事実とすれば、本文の極限形態の存在を強力に裏書きするものである。（これに関連する本文は以下のとおりである。わが国の刑事裁判における「量刑の軽さは、事実認定の甘さと連動している嫌いがいいではないように思われる——疑わしい事件についても無罪（「有罪」とあるのは誤植）にする代わりに、刑を軽くしかつ執行猶予を付するなど。」というものである。——引用者注）／ところで、このような傾向は我が国の法伝統に古くから存在し、『罪を憎んで人を憎まず』という言葉はそれに関係があると思う。が、それは他面、捜査官、裁判官の側の否認する者に対する極めて厳しい評価と、被疑者、被告人の側の擬似改悛的・迎合的態度を誘発し、虚偽の自白の温床にもなりうることを警戒すべきである。／筆者はまた、戦前・戦中の治安維持法事件の裁判がこのような法伝統をより一層強固ならしめ、それが現在に至るまで日本の刑事司法に負の影響を及ぼしているのではないか、という仮説を抱いている。つまり、治安維持法事件では、裁判官はほとんどの場合無罪にしたいとしても有罪の宣告をせざるを得ないから、良心的な裁判官ほどその代償として量刑を軽くしたのではないかと推測されるのである。そしてこういう手法は、多くの場合検察官、弁護士双方の顔を立てることになるので控訴を誘

発せず、結局検察官、弁護士、裁判所三者ともハッピーな結果を生むため、その必要性が消滅したはずの戦後も根強く存在し続けているのだと思われる。（だが、そこでは、とくに被害者の側の正当な処罰への期待は裏切られる。最近の被害者保護の要請の高まりの中で、このような量刑実務は再検討の必要に迫られよう。）以上の仮説が誤っているならば幸いであるが、かつて在官当時、組織暴力の被告人に対して求刑をはるかに上回る実刑判決をし、検察官、弁護士双方から量刑不当で控訴され、控訴審で執行猶予判決に変更された経験を有する者として、個人的経験を一般化し過ぎるという非難を覚悟しつつあえて書いておきたい。（誤解を避けるため断っておくが、筆者はいたずらに厳罰主義を主張しているわけではない。事実認定はあくまでも慎重・厳格に、しかしそれでも有罪の場合には刑罰は一般論としてはかなり厳しくあるべきで、その刑事政策的・個別的調整は原則として行刑の段階の問題ではないかと言いたいのである。）^{99), 100)}

熊野弁護士が指摘するような弊害は裁判員裁判のもとでは消滅するであろうことは恐らく確言して誤りあるまい。これだけでも裁判員制度導入の価値は十分にあるといえよう。しかし、それ以外の上述したわが国の量刑実務における病理は今後ともある程度まで存在し続ける可能性を否定できない、と私は考える。逆に、それを病理と考える私見こそおかしいとみる見解も当然ありうるであろう。

ところで、量刑実務においては「裁判官裁判の時代にも徐々に重くなる方向に動いてきてはいたものの、裁判員裁判の時代になってから明瞭な重罰化傾向をもたらしした」¹⁰¹⁾とされる。私にはこれは極めて健全な好ましい傾向だと思える。やや大上段に振りかぶった言い方をすれば、個別事件における量刑判断では法的安定性と正義が極度の緊張関係の中で闘ぎ合う。とりわけ裁判員裁判においては多くの場合（しばしば無意識的に）職業裁判官によって代表される

法的安定性と裁判員が代表している正義との関わり合いが先鋭化・深刻化することだろう。上記の量刑の重罰化傾向なるものは両者の調和点ないし妥協点を表示しているといえようか。われわれは自己の刑罰観や量刑論（あえていえば好み）から軽々にその是非を判断することは慎まなければならないだろう。

つい最近（2013年6月20日）東京高裁が東京地裁で下された死刑判決を破棄し、無期懲役に処したのはこのような重罰化の傾向に対する頂門の一針というべきものとみるべきだろうか。この判決については「9 控訴」で言及することにした。

注

96) 刑事法学のアウトサイダーの私が今や刑事法学で一般的に通用しているらしい「量刑法」という用語にイチャモンをつけるのは僭越至極な気もしないではないが、裁判員裁判のもとで量刑相場は規範性を失い、「量刑傾向」へと変化したといわれるのに（原田・前掲（注88）『裁判員裁判と量刑法』79-82頁）、他方これまでの単なる「量刑論」が「量刑法」に進化・発展したと説かれる（同・i頁）のはどうも良く分からない。量刑相場が規範性を失ったのならば量刑法という言葉は不適切で誤解を招きやすく、むしろ量刑論こそふさわしいのではあるまいか。老老な門外漢の私の理解がどこか間違っているのだろうか。

97) 原田教授の指摘によって初めて知ったのだが、刑事法学界には次のような細分化の傾向が存在するという。「近時、刑事裁判を対象とした研究は刑法と刑訴法に明確に分化している傾向にある。それどころか、刑訴法という狭い学問領域でさえ、捜査法と再審法に学者の力が集中し、裁判官にとっては肝心である公判法や上訴法については、実務家任せという傾向も否定できない。」（原田・前掲（注88）12頁）。このような学問・研究の細分化は他の法分野でもみられるところで（例えば憲法と行政法——上記3参照）、やむを得ない面もあるが、量刑の問題は刑法・刑訴法両者にまたがる分野であって、少なくとも裁判員＝市民に対して説得的な量刑論を提示するという面ではマイナスというべきだろう。同氏も量刑については「実務からみると刑法・刑訴法の仕切を取り払ったより学際的な研究も期待したいところである。」（同書13頁）と述べている。古色蒼然たる観のあるわが量刑論をあえて再掲することも存外意味があるのではないかと愚考する次第である。

98) 拙稿「司法改革覚え書——法曹一元と司法に対する国民参加について——」拙著A 98頁。

99) 同書103-104頁注7。

100) この組織暴力の事件というのは、たしか小さな酒場の経営者の女性がミカジメ料を支払わないことに腹を立てた暴力団組員が嫌がらせにこの店で大暴れして器物を損壊したというもので、求刑は懲役6月だったと記憶する。何よりも泣き寝入りすることなく敢然と告訴に踏み切り刑事司法の発動の起動力となった被害者女性の一市民としての偉大なる勇氣に敬服せざるを得ない。判決は求刑の2倍の1年の実刑だったと思う。（この実務上一見非常識な判決は某新聞でも大きく取り上げられた。検察は立場上そこでは一般論として私の刑事裁判の基本的な在りように賛同するような意見を述べていた。）この求刑そして控訴審判決の軽さは、検察も裁判所も組織暴力の凶暴極まる危険性とそれに対する市民の安全保護の重大性の認識が希薄なことを痛感させ、私の刑事裁判に対する嫌気を深めた。実はそれまでの私は刑事裁判官として終始したいと考え、犯罪学関係の学会に加入することなどもしていたのだが、その後は民事裁判官志望に変更し、おおむねその志望どおりのコースを歩むようになったのである。

ちなみに、イタリアのベルルスコーニ元首相が未成年者買春と職権乱用の罪に問われた裁判で、北部ミラノの地裁（裁判官は三人とも女性）は2013年6月24日、禁固6年の求刑を上回る禁固7年と終身の公職禁止を言い渡したことを新聞は伝えている（東京新聞2013年6月25日（火）夕刊2面、*Japan Times*, June 26, 2013 at 1）。求刑を上回る判決は今も外国でも健在なことが分かり一種の嬉しさを感じたことを率直に告白しておく。

101) 波床・前掲（注68）「裁判員裁判について」87頁。

8 裁判者の心のケア

〈裁判者の心のケアという問題の重要性〉

すでに「6 評議・判決」においても裁判員の心のケアの問題にかなり言及しているが、本章では職業裁判官を含む裁判者全般を対象として考えてみたい。実はそれは証拠調べの段階から場合によっては終生にわたり裁判者とくに裁判員を苛み苦しめる容易ならざる難問との取組みを意味するのである。

にもかかわらず、裁判法研究者としての私は迂闊にもこの問題に関する熟慮・検討を怠っていた。この問題について真剣に考えるようになったのは比較的最近のことで、次の二つが契機になっている。

一つは、畏友の元最高裁判事濱田邦夫弁護士が臨床心理士の令夫人（NPO法人朝日カウンセリング研究会理事長でもある）その他の臨床心理士などと精力的な研究を進め、最高裁長官

に対して「裁判員の心理的負担の裁判所の対応策への緊急提言」という文書を提出されており、同文書およびその関連資料の恵与に接したことである¹⁰²⁾。私はこれに触発されて少数意見の表示や裁判員の量刑意見を勧告的効力とすることも裁判員の心のケアに資する面があるのではないかと考えるに至ったのである。心のケアプロパーの問題についてはすべて上記緊急提言に譲り（私にはこれを論ずる能力が欠けている）、以下ではもう一つの問題についていささか詳しく論述したいと思う。

〈袴田事件と熊本元裁判官と私〉

もう一つとは、現在再審請求中の死刑判決の第一審有罪判決において無罪の意見を述べた裁判官がこの事件によってその後の人生に決定的な影響を受けたことを知ったことである。事件は静岡地裁で審理・判決がなされた袴田事件、その裁判官の名は熊本典道氏である。

氏は大学在学中に司法試験にトップで合格した抜群の秀才という¹⁰³⁾。静岡地裁で左陪席として袴田事件に関与したが、評議の席上一人無罪意見を主張したものの容れられず、判決後半年で判決を悔やんで退官して弁護士に転じた。大企業の顧問弁護士になり年収一億円を超えるほどの成功を収めたものの、酒に溺れたことなどが祟ったのか1995年に弁護士登録を抹消。一時はホームレス同然の生活に陥るような窮境に生きてきたとのことである。氏は2007年3月合議の秘密を破って上記の無罪意見を公表した¹⁰⁴⁾、¹⁰⁵⁾。

実は私はこの事件発生の数年前に静岡地裁に在任したことがあり、袴田事件の裁判長の石見勝四氏も良く知っている（熊本氏は「あの裁判で一番悩んだのは石見さんかもしれないです」と語っている¹⁰⁶⁾）。私は同地裁では終始民事事件（行政・労働を含む）を担当していたが、勾留当番で旧清水市（現静岡市清水区）の全国ランキングのかなり上位のボクサーの傷害被疑事件の勾留尋問をしたことがある。事案は、ボクシングの練習でランニングをしていたボクサー

が地元のやくざに絡まれて胸倉を掴まれ、それを振りほどくためにアッパーカットを浴びせたところ、相手がコンクリートの側溝に転倒して頭部に怪我をしたというものである。ちょっと可哀そうな事情なので、ジムの会長が身元引取人になれば釈放してもよいのではないかと思い、勾留請求をした検事（司法修習の同期生だった）にその旨連絡したのだが、検事はボクサーの拳は凶器だから犯情は軽くないといって強硬であり（ジムの会長からの嘆願書などは出ていなかった）、その意見にも一理あるので勾留請求を認めた。この被疑者が袴田事件の被告人と同一人物かどうか確言できないけれど、狭い旧清水市内で全国ランキング上位のボクサーが複数いることはちょっと考えにくいから、おそらく同一人ではないかと思う。（この事件の結末は知らない。多分略式命令か起訴猶予で終わったのではあるまいか。）そんなこともあって、私は長い間袴田死刑囚のことが気になって仕方がなかったのである。

熊本氏についていえば、私は氏の著された幾つかの刑事法に関する論考を読んで当時の実務家ないし実務家兼研究者の著作物としては最高水準のものではないかと賛嘆の念を禁じえなかったことを想起する（熊本『刑事訴訟法論集』（1989、有斐閣）などにまとめられている）。しかるにいつの間にか氏の研究成果が法律文献の世界に出現しなくなってしまったので奇異に感じていた。東京新聞2010年6月12日（土）夕刊11面「人生を変えた『死刑』判決 人裁く重みに翻弄」（森本智之執筆）を読み（その前後に同趣旨のNHKの特集番組も観た）、さらに尾形誠規『美談の男 冤罪 袴田事件を裁いた元主任裁判官・熊本典道の秘密』（2010、鉄人社）に接して、初めて熊本氏の数奇な人生の軌跡を知ったのである。もし数年私の静岡地裁での在任が遅くなっていれば、あるいは私が同事件担当裁判官の一人になっていた可能性もあり、私の人生は現在とはかなり違ったものになっていたかも知れない。（私は再審無罪になっ

た松山事件の第一審判決に関与している——注3参照。しかしあの事件では私は有罪を確信（誤信！）していた。）

熊本氏の例は、職業裁判官ですら死刑判決によってその人生に決定的な影響を受けることを如実に物語っている¹⁰⁷⁾。少数意見の表示が認められていれば熊本氏の苦悩はこれほど深刻なものとはならず、また、上訴審の審理・判決に熊本氏の優れた少数意見は重要な影響を与えたのではないかと臆測される。裁判の適正のためにも裁判官・裁判員の心のケアのためにも少数意見の表示は重要な役割を有しうると改めて痛感するのである。

〈合議事件における主任裁判官の判決起案義務？——もう一つの私の誤判事件に関連して〉

*以下の文章は、注記に回すほうがふさわしいのかも知れないが、一般の読者に読んでいただくためには本文にあるほうがベターだし、かつは被告人だった方に対するささやかな陳謝の意の表現としてもよりふさわしいと考えて本文に記すことにする。

熊本氏の場合にはその心理的トラウマとして合議事件における主任裁判官の判決起案義務なるものも関連していると思われるので、この問題についても一言しておきたい。熊本氏は袴田事件の合議で無罪説を主張したが敗れ、主任裁判官として有罪判決を書くよう求められるのでこれを拒否すべく最高裁判事局に電話をかけて意見を聞いたが昔からそういう決まりだから我慢してくれといわれて、やむなく判決を書いたと述べている¹⁰⁸⁾。しかし、この決まりなるものは決して例外を許さない不合理なものではないように思う。実は私も主任裁判官として無罪説を主張したものの敗れたことがあるが、私は無罪説なのに有罪判決は書けないと起案を拒否した。結局裁判長が自分で書いた。この事件は強盗致傷被告事件で、たしか懲役7年だったかと記憶する。その後再審請求は起きていないが、私は今でも無罪を確信しており、被告人は日本

の刑事裁判制度に絶望して再審を断念したのだと考えている（年齢的にはほぼ私と同じくらいの人だったと思うが、まだ存命かどうか知らない）。いささか協道にそれるが、以下、この事件の概略について書いておきたい（記憶が不明確な点も少なくなくはないが、大綱においては間違いないと信じている）。

これは半世紀以上前に東北の山村の一軒家で発生した強盗致傷事件である。この家は集落から離れた淋しい場所に位置しており、家族は夫婦と20歳前後の娘一人の三人。深夜二人組の強盗が押し入り、何か特別の用途に充てるため用意してあった5万円（当時としてはとくに現金収入の乏しい東北の山村の住人には非常な大金といえる）を強取した。警察はまず主犯と目される若い男を逮捕したところ、彼は共犯者として友人の被告人の名を挙げたが、一兩日後に留置場で裸電球の破片を用いて自殺してしまった。自殺の理由は不明である。被告人は逮捕後警察では暫く否認を続けたが結局自白に転じ、検察官のもとでもそれを維持したけれど、法廷では終始否認を貫いた。そして凶器に使われた包丁（？）も奪った金も発見されていない。また、事件後被告人らが多額の金を費消したという事実もない。実況見分調書によると三人の足跡が積雪の中に印されており、犯人は三人かとも疑われるが、長閑な田舎の警察の管内で起きた大事件に驚愕した警察は、署長以下多数が現場の状態の保全に無関心なままその周辺を動き回ったため犯人の足跡を確認することは著しく困難になってしまった。

被告人が犯人であることを立証する最重要かつ唯一の供述証拠は娘で、彼女はかねて青年会で被告人と顔見知りであり、犯行当時は怖くて寝床の中で布団をかぶって寝た振りをしていたが、被告人の声には確かに聞き覚えがある、というのである。公判廷の証人尋問でも確信をもってそう証言していた。

しかし、被告人が彼女と知合いの仲なら気付かれぬように声を作っていただろうから、それ

でもそういう状況で犯人の同一性が音声認識できるのか。私自身は「ロバの耳」と卑下するほど音楽的センスに乏しい人間であるが（ロバが聞いたら怒るかも！）、奇妙なことに声で他人の同一性を判断することは得意で、顔を見て同一性に自信が持てない人の場合、その声を聞けば直ちにそれが分かるのである。したがって、彼女の供述を一概に排斥するつもりはないけれど、そう簡単に信用することも危険だと思わざるを得ない。（実は大学在職中ゼミ合宿の際に何度か学生たちに頼んで強盗グループと被害者グループに分かれて声で犯人を同定する実験に参加してもらったが、結局納得のいく一義的な結果は得られなかった。一般論としては声紋鑑定の利用ということも問題になりうるにせよ、本件のようなケースでは不可能だろう。）

以上のような犯罪事実の立証の薄弱な証拠関係のもとでは「疑わしきは罰せず」で被告人は無罪とせざるを得ないというのが左陪席の私の意見だった。これに対して二人の上席者は警察および検察での自白調書と彼女の供述だけで犯罪の証明は優に足りるとした（上記が裁判所法75条2項に違反することは十分に認識しており、読者からのありうべき批判も覚悟している）。

〈死刑事件における裁判員の量刑意見を勧告的なものに留める〉

裁判員の心のケアの問題に戻る。

死刑事件における裁判員の心理的負担を軽減するために、裁判員の量刑判断は法的拘束力を欠き勧告的効力のみを有することとする（量刑を裁判官に一任することを含む）も一案であろう。これは現行裁判員制度の趣旨を基本的に維持し、量刑というより専門的判断が要求される面のある事項に限っていわば微調整を行うに過ぎないのであまり抵抗がなく、また裁判員の心のケアの面からみて裁判員の精神的負担を大幅に軽減することができるのではあるまいか¹⁰⁹⁾。また、死刑廃止論者である裁判員のジレンマを救うことができるというメリットもあろう。

〈裁判員裁判事件全般における量刑意見の拘束力の排除と少数意見の表示の許容〉

さらに一般論をいえば、量刑の専門性も合わせ考慮したうえ、裁判員の心理的負担の軽減と市民の素朴な量刑感覚の刑事司法への反映を両立させるいわば一石二鳥の案として、全ての裁判員裁判事件における量刑意見を非拘束的なものとするとともに、これに関する少数意見の表示を認めることも一考に値しよう。裁判員は自己の量刑意見が法的拘束力を有しない勧告的なものであることを知れば、より率直に自己の信ずる量刑意見を発言する意欲をそえられる可能性があるし、その多くは素朴な素人論に留まるにしても、中には専門家の盲点を突いた傾聴に値するものもありうると考えられる。

〈死刑廃止論者の取扱いについて〉

前述したように死刑廃止論者である裁判員（候補者）をどう取り扱うかは一つの難問である。良心的懲役忌避者の兵役免除と同様に裁判員の義務を免除することも考えられるが、兵役の場合と異なり代替的義務を考えることが難しいので、裁判員の負担を免れる口実に乱用される危険も考えられる¹¹⁰⁾。その意味では裁判員の意見を勧告的なものとするはこの難問に対処する最も有効な方策かも知れない。

〈小括〉

裁判員の心のケアという問題はまず証拠調べにおいて裁判員が凄惨な犯行現場や被害者の写真を見なければならぬことと関連する。これは裁判員裁判における不可避的な不幸な事態である¹¹¹⁾。この問題の重要さはいくら強調してもし過ぎることはない¹¹²⁾。その意味で濱田氏らの重要な提言に加えて私の上記試案も是非とも検討していただきたいと念ずる次第である。

注

102) この文書の提出者としては濱田氏に加えて弁護士大城聡、同牧野茂、裁判員経験者田口貞義、臨床心理士西村寛子の計5氏が名を連ねており、2010年12月9日付けで提出された。

なお、2013年11月24日(日)に東京・千代田区永田町の星陵会館において「裁判員裁判とカウンセリング——援助職に期待される役割——」と題する集会が、裁判員経験者ネットワークおよびNPO法人朝日カウンセリング研究会の主催で行われるという(司会進行:濱田邦夫元最高裁判事)。私はあいにくその数日前から当分の間日本に不在のためこの集りに参加できないが、その実施状況に関する情報については後日濱田氏からご教示いただけるはずである。本章の記述はそれに基づき修正されるかも知れぬことを留保する。

- 103) 尾形・前掲(注29)『美談の男』13頁による。熊本氏と司法修習同期の木谷明教授(元裁判官)は熊本氏について「とにかく熊本くんは優秀で頭の回転も速かった。僕程度の頭では、彼の議論はなかなか理解できなかったね」と語っている(尾形・同書193頁)。
- 104) 尾形・前掲(注29)39, 48, 89, 131頁など。
- 105) 同書119頁に登場する古田裕紀修習生はその後華麗な検察官歴を歩み次長検事にまで昇進、最高裁判事を経て現在神奈川大学法科大学院教授である。私は神奈川大学法科大学院関係のパーティで古田氏にお会いしたことはあるが、本文のエピソードの真偽については同氏に確認していない。
- 106) 尾形・前掲(注29)117頁。
- 107) 小早川・前掲(注68)『裁判員裁判と死刑判決』は、あるベテランの元刑事裁判官は死刑判決を言い渡した被告人が後に執行されたことを報道で知り、眠れない日が続いたということ、また他の元刑事裁判官は定年まで一度も死刑判決の事案に当たらなかったのは実に幸運だったと述べたことを紹介している(211頁)。著名な刑事法学者の團藤重光博士が死刑廃止論者になったのも最高裁判事として原審の死刑判決を維持する上告棄却の裁判をした時、被告人の家族から「人殺し!」と叫ばれたのが契機である(拙稿・前掲(注3)「法科大学院教育と死刑存廃論」52頁)。職業裁判官ですら死刑判決を行うことに多大の心理的プレッシャーを感じざるを得ないことが分かる。
- 108) 尾形・前掲(注29)115頁。西野教授も「合議事件において、主任裁判官が合議で敗れば、主任裁判官は自分の意見ではない結論の判決を書かざるを得ない。」という(同・前掲論文(下)(注10)10頁。しかし、これは違憲ではないにせよ、少なくとも死刑事件などでは主任裁判官の心のケアの問題を考えると好ましくないだろう。私は裁判長において進んで自己または右陪席が判決起案を引き取るよう配慮することが望ましいのではないかと思う。
- 109) とくに精神鑑定の問題は量刑判断において決定的に重要な役割を演ずるが、その的確な理解は職業裁判官にとっても容易ではない。例えば門野博教授(元裁判官)は、とりわけ裁判員裁判における少年の死刑事件については質量ともに十分な調査が行われることが必要で、社会記録の認識と理解に十分な時間をかけるべきことなどを強調している(同「刑事裁判ノート 裁判員裁判への架け橋として(9)」判例タイムズ1337号54-56頁)。(その後この連載論文は同『裁判員裁判への架け橋 刑事裁判ノート』(2012, 判例タイムズ社)として一本にまとめられた。)全くそのとおりであるけれ

ど、私の少年事件裁判官としての僅かな個人的経験を顧みても社会記録の正確な理解は実に困難だったことを想起する(私が法律バカだったことにもよろうが)。裁判員にあまりに多くを求めるのは難きを強いるものではあるまいか。量刑について裁判員の意見を勧告的なものとするほうが良いのではないかと考える理由の一つである。ちなみに、上記の「刑事裁判ノート」は門野氏が在官中から同誌に連載されてきた貴重な論稿である。なお、韓国の陪審制推進論者である韓教授は、有罪無罪については全員一致を条件に拘束力を付与し、量刑については裁判官と陪審員とがラウンドテーブル方式で評議したうえで裁判官が最終的に決定するというモデルを私見として小森田教授に提示したという(小森田・前掲(注58)「ある韓国国民参与裁判の記録」311頁注71)。

- 110) 橋爪教授は、立法論としては死刑廃止論者のために良心的裁判員拒否制度を設けるほうがベターだったとしながらも、裁判員候補者の面接の段階において死刑廃止論者であることを主張し、それでも選ばれてしまったら裁判員を務めるしかないが、どうしても自分の信念を貫きたいのなら合議の際に自分は死刑廃止論者であり面接時にもそう述べたことを説明して、死刑以外の量刑を選ぶことが許されると思う、と述べている(橋爪・前掲(注15)『裁判員の教科書』160-162頁)。私見もそれでありと思う。

ところで、良心的裁判員拒否ということはそれ自体極めて重要な問題である。基本的にはそれを認めるべきだろうが、それが安易に利用されるときは裁判員制度の正常な運営を妨害する結果を生じうる。そこで、良心的裁判員拒否を認めるならば、それに対する適切な代替の義務を課することが検討されなければならない。しかしこれがすこぶる難しい。この制度の提唱者の一人である大城聡弁護士は「例えば犯罪被害者支援団体への寄付や犯罪者更生施設でのボランティアを代わりに行う」ことを挙げる(同『良心的裁判員拒否と責任ある参加 市民社会の中の裁判員制度』(2009, 公人の友社)32頁)。傾聴に値する提案であるが、前者については効果的な金額の設定が難しいこと、後者についても様々な問題が生じることなどの難点が指摘されよう。さしあたりは制度運用の各段階において慎重かつ適切な対応をはかってゆくほかはないのではないかと思う。

- 111) 強盗殺人罪などでの被告人(男)に死刑判決を言い渡した福島地裁郡山支部の裁判員裁判で裁判員を務めた60代の女性が公判後にストレス障害と診断されたことが報じられている(東京新聞2013年4月18日(木)夕刊8面)。この女性は審理で見た殺害現場のカラー写真が頭に焼き付いて離れず、裁判中に出された弁当の肉類が食べられず吐いた、という。審理では写真のほか、被害者が助けを求める119番の音声も流れたとのこと。裁判員裁判を数多く担当したベテラン裁判官は「悲惨な写真など不必要なものは見せず、必要な場合も白黒写真やイラストにはしている」と現場の工夫を明かす、と記事は報じているが、このような現場の工夫は極めて疑問である。これでは本当の裁判にならない。的確な事実認定のためにも適正妥当な量刑のためにも裁判する者は最大限度証拠その

ものに接しなければならぬのである。この点に関連して「5 審理——その2 証拠調べについて」における波多野二三彦氏の所論が是非とも参照されるべきである。その結果として生じうる裁判員のストレス障害の問題は別途に真剣な対策が講じられるべきものである。(誤解のないよう蛇足を加えるが、私は裁判員のストレス障害の問題を決して軽んずるつもりはない。ただ、裁判員裁判をやり易くするために審理の在り方を変えてしまうのは本末転倒だということを力説強調したいだけである。イラクから帰還した米兵の六人に一人が深刻なPTSDを発症しているといわれる。適切な比較ではないかも知れないが、国のために奉仕した結果としての精神的疾患という意味では共通点があることも否定できまい。国としてはこの問題について可能な限り十分で丁寧な対応が必要だといふべきである。

以上を書き上げた後に、玄侑宗久「うろの奥山 其(そ)の拾六 裁判員制度ふたたび」という文章に接した(東京新聞2013年7月6日(土)朝刊23面)。氏はもともと裁判員制度に反対だったとのことであるが、上記の裁判員を務めた女性の件を取り上げて裁判員制度を強く批判し、「もともとこの制度、判決に一般人を加担させて批判を封じ込める卑きょう極まりないやり方に思えるが、国民の福利の観点からも抜本的に見直し、是非とも廃止してほしい。」と結んでいる。たしかにこの制度には「一般人を加担させて……卑怯」と批判されてもやむを得ないような面がある(3参照)。しかし、この国を良くするためにはただ批判しているだけでは足りず、参加民主主義の可及的実現こそ大切だということは今回の福島原発事故の問題などで氏が日々痛感していることではないのか。日本の刑事裁判を官僚裁判官たちに丸投げしておいて良いと氏は考えているのだろうか。2で引用した橋爪教授の言葉をここに再掲したい。「裁判員法をつくった人びとは、こう考えていたのではないか。(中略)／市民の皆さんは、裁判官としての訓練や経験はないけれど、市民としての良識があるはず。市民の良識、常識をもって、裁判に臨むなら、十分に役割を果たせるだろう。そうやって、裁判官を刺激し、法律と実生活とのギャップが生まれないように、協力してもらいたいのです。」(注22)私は玄侑氏の小説作品の愛読者の一人であり、また氏の福島原発事故関連の活動に敬服している者であるだけに、氏の裁判員制度に対する短絡的かつ否定的な意見が残念でならない。ただし、氏も指摘するように最高裁の裁判員の心のケアに関する対応はすこぶる不十分であって、緊急に改善すべき必要があることは濱田氏らの上記「緊急提言」がつとに明らかにしているところである。

- 112) 裁判員裁判と死刑判決に関する総合的な研究書としては小早川・前掲(注68)『裁判員裁判と死刑判決』がある。わが国の裁判員裁判における死刑判決との関係を十分に意識しつつ、米国の陪審裁判における多数の死刑判決を取り扱ったもので、その終章(208頁以下)は注111との関係でも示唆に富む。

9 控訴審

裁判員裁判における控訴審の在り方の策定は極めて困難な問題である¹¹³⁾。現行法下の裁判員裁判においても従来の控訴制度がそのまま維持されているが、国民参加の裁判とくに事実認定を職業裁判官だけの控訴審が審査するというのは原理的に正統性を欠く憾みがあり、実際にも国民参加を空洞化しかねない恐れがある。

控訴審における事実認定についてはかねて心証優位説と経験則・論理法則違反説とが対立している。前者は「控訴審の心証が第一審の認定と異なる場合には控訴審の心証を優先させて第一審に事実誤認があるとする考え方」、後者は「第一審の事実認定に経験則・論理法則違反がある場合(または不合理な場合)に限り第一審に事実誤認があるとする考え方」である¹¹⁴⁾。両説の違いは実際にはそれほど大きくないともいわれるが、前説は現行法下の裁判員裁判における控訴審については原則的に採用しがたいものである。けだし、裁判員が関与しない控訴審において同説を肯定することは原理的正統性を欠くからである。実務の大勢も後説に拠っているように理解される。もっとも、有罪を無罪に変更する場合には例外的に前説すなわち心証優位説に拠ることが認められるといふべきである。これは「疑わしきは罰せず」という刑事裁判の基本的要請に合致するとともに、なんら裁判員制制度の趣旨に背反するものではないからである¹¹⁵⁾。

裁判員裁判下の控訴審の現状にどれほどシリアスな問題が生じているのか不敏にして良く知らないが、職業裁判官オンリーの構成を維持しようとするならば、少なくとも無罪判決については控訴審において無罪判決を有罪判決に変更できないような立法的手当が望ましいと考える¹¹⁶⁾。そうしなければ裁判員裁判は司法の内部から崩壊してゆく危険を孕んでいる。これは決して杞憂の言ではない。たとい立法的手当にまで踏み切らないとしても、実務上それに近い運用の厳守が望まれるが、この点については幸

いにも実務はおおむねその方向を目指しているようである¹¹⁷⁾。

ところが近時、東京高裁は強盗殺人罪で被告人を死刑に処した裁判員裁判の原判決（東京地裁）を破棄して無期懲役に減刑した（2013年6月20日判決）。事案は、妻子に対する殺人などの罪で服役（懲役20年）を終えた被告人が半年後に強盗目的で被害者の男性を殺害したというものである。高裁は、前科は妻子二人を殺害したという無理心中であり、無期懲役刑ではなく有期刑だったとして「一審判決は人の生命を奪った前科があることを過度に重視しすぎた結果、死刑をやむを得ないとした誤りがある」「死刑を選択することが真にやむを得ないとはいえない」と結論付けた。量刑の判断を分けたのは前科事件の評価で、原判決は「二人の生命を奪った前科がありながら、被害者の生命を奪ったことは特に重視すべき」としたのに対して、高裁判決は夫婦間の口論の末の殺人事件と、今回の強盗殺人事件との間に類似性はないとみて、被害者が一人でも死刑になった過去の事例とは異なると判断した。

この破棄判決をどうみるべきか。渡辺修教授は「プロの裁判官独自の量刑感覚を基準にして一審の死刑判決を破棄したのは不当だ。経験則・合理則に反する量刑判断の不当さを指摘できないのであれば、控訴審は裁判員裁判の量刑を尊重すべきだった。」と批判的である。対して原田国男氏は「死刑は他とは違う絶対的な刑だから、裁判員裁判を単に尊重するのではなく、必要なら見直すことも求められる。」と控訴審判決に理解を示す。判決文そのものを精読したわけではないので、現段階で軽々に意見は述べにくいですが、取りあえずの私見としては渡辺氏に賛同する。また、原審で裁判員を務めた女性は「ホッとした気持ちと、『どうして』との思いが入り交じっている」と語ったという。本音を吐露した感想であろう¹¹⁸⁾。

ことは死刑存廃論とも絡むので容易に論議の決着はつかないだろうが、本破棄判決のような

高裁判決が続くならば、裁判員裁判の正統性を堅持するためにも量刑判断を非拘束的、勧告的なものにすべきだと考える。

注

- 113) 控訴審における裁判員制度に関する一つの試案として拙稿・前掲（注5）「民事司法に対する国民参加」198頁参照。そこでは民事参審における控訴審について裁判官二人、参審員二人という構成を提案したが、刑事参審についても同様に考えるべきであろう。なお、異なる立場からの控訴審論として西野喜一「裁判員制度下の控訴審」判例タイムズ1237号（2007）122頁以下参照。
- 114) 井戸俊一「刑事控訴審における事実誤認の審査方法について」判例タイムズ1359号（2012）63頁。同論文の末尾には主要関連文献が網羅的に挙示されている（74頁）。なお、原田・前掲（注88）『裁判員裁判と量刑法』第9章参照。
- 115) 井戸・前掲（注114）69-70頁参照。
- 116) 韓国の国民参与裁判における控訴審も職業裁判官のみで構成されるが、関永盛教授は、無罪判決に対する検察官上訴は慎むのが望ましく、かつ控訴審が第一審の無罪判決を有罪判決に変更することを慎む必要があると主張する（同「国民参与裁判制度の概要と成立の経緯」前掲（注38）『東アジアにおける市民の刑事司法参加』58頁注5）。
- 117) 井戸・前掲（注114）65-66頁参照。
- 118) 東京新聞2013年6月20日（木）夕刊1面、21日（金）朝刊26、39面による。なお、わが国の現行法における無期懲役刑は事実上有期刑であるから、死刑との間には天地雲泥の差があるといえる。量刑判断にあたってはあらゆる意味でこの点に十分な配慮が必要である。

10 裁判員制度の拡充——若干の事件類型への任意的（選択的）裁判員裁判の導入

通常の刑事事件における事実認定については裁判官と素人との間に格段の能力の差があるとは考えられず、裁判員裁判の実質的な正当化根拠の一つ（私見によれば最大のもの）は、一般市民の多様な人生経験に基づく確かな事実認定への寄与が大きく期待される点にある。このように考えると、近年冤罪事件の発生により職業裁判官による事実認定の問題点が露呈している痴漢犯罪事件¹¹⁹⁾や選挙違反事件にも裁判員裁判の範囲を拡大することが十分に考えられる。痴漢犯罪事件についてはそれが頻繁に発生するような状況（とくにラッシュアワーの通勤）を

裁判官はあまり経験していないこと、選挙違反事件については裁判官の政治的中立性からくる選挙活動に対する理解不足が事実認定を誤らせた大きな原因を成しているのではないかと疑われる。したがって、とくにこの種事件に対する国民参加はよりの確な事実認定に大きく寄与しうることが期待されよう。

しかし、たといそうであるにせよ、裁判員裁判は被告人がこれを求めた場合に限るとしたほうが、被告人の意思を尊重し、裁判員裁判の増加に伴う裁判所、市民双方の側の負担軽減のために望ましいであろう¹²⁰⁾。それに裁判員裁判を選択的なものにすることによって、裁判員裁判とそうでない事件との事後における比較検討が可能になり、その結果はこの種事件のみならず裁判員制度全般の在り方の改善、改革のために貴重な資料を提供すると考えられる。

注

119) 元裁判官の堀内信明氏はその経験上『『わいせつ』という法的評価が争点となる事件は、職業裁判官が判断するより陪審員の判断に委ねる方がいいのでは』と思うという意見である(同「刑事裁判について」守屋克彦編著・前掲(注55)『日本国憲法と裁判官』242頁。なお、平山真理「裁判員裁判と性犯罪」2013年度 日本法社会学会学術大会報告参照。

120) 泉徳治氏(元最高裁判事)は、被告人に選択権を認めるほうが適正手続の保障の趣旨により合致するとする(同・前掲(注47)『私の最高裁判所論』323頁)。

11 立法上の提案?

現行法の若干の改正が行うとすれば、上記の①裁判員の少数意見の表示、②量刑判断の拘束力の排除(とくに死刑判決の場合における)および③対象事件の拡大等に加えて、運用違憲、適用違憲の問題の発生を防止するために、以下のような法改正も検討されるべきだと考える。

第1条の「……関与することが」と「司法に対する……」との間に「憲法第37条の定める公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける被告人の権利の保障を一層拡充し、」と加える。または

第2項として「この法律は、憲法第37条の定める公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける被告人の権利の保障を一層拡充するように解釈・運用されなければならない。」と加える。

被告人の選択権を認めることは違憲論を避ける意味でも望ましいにせよ¹²¹⁾、¹²²⁾、反対論も根強いので、将来の課題としてはともかくさしあたって最初の見直しにおいては手をつけないほうが良いかと思う。

「立法上の提案?」と疑問符を付けたのは、対象事件の拡大は別として、それ以外の立法上の提案の全てについてはこれを念頭に置きつつも、当分の間は運用上の改善に鋭意努力するほうがベターではないかという思いを捨て切れなからである。このあたりの去就を容易に決し得ないところに裁判員裁判の現場に立ち会わせた経験が皆無な者の悲哀を感じざるを得ない(生粋の研究者にはこうした悩みはないのだろう。これは僅かばかりの実務経験を頼りに貧しい思索を展開するのを常としている私のような中途半端な研究者の弱点なのかも知れない。)¹²³⁾。

注

121) 泉・前掲(注47)『私の最高裁判所論』は「被告人に選択権を認める方が、適正手続の趣旨により適合するとかんがえる。」(323頁)。

122) 倉田・前掲(注61)『裁判員制度の要領と一提案』47-48頁参照。

123) 80歳代まで生かせてもらってつくづく痛感するのは、私を含めて人間というものはいくつになっても「うぬぼれ鏡」でしか自身をみていないこと。自分では世のため、人のために少しはなることだと信じて言ったこと、行ったことが結局は自己とその属する階層の既得権益の擁護に繋がってしまうことに無自覚な人があまりにも多すぎる。頃日、植村直己『植村直己 妻への手紙』(2002, 文春新書)をふと手にした。妻公子氏のあとがきによると、この世界的な大冒険家は「俺は馬鹿でどうしようもない人間で、でもこれだけはやらなければならないとはいつも理由にならないような理由を付けては旅に出かけてゆく」。この手紙集を読むと真に偉大な人は心底から謙虚なことが良く分かる。賢しらなわが立法上の提言など老害の垂れ流しに過ぎないのではないかと自ずから筆が動かなくなってしまう。

12 結語

青木教授は、「一言で言えば、筆者は、裁判官と裁判員の混成裁判体による事実認定は成功していると思う。」といい、「裁判員の曇りのない目と、職業裁判官の実務技術がコラボレートしたように感じられる幾つかの裁判例に接し、筆者自身、意を強くした。」とも書いている¹²⁴⁾。実に嬉しいことだ。この裁判官出身の刑事法研究者の言葉を信じたい。

本稿を書き進めているうちに、裁判員のための一種の副読本としても役立つようなものになりたいという気持(野心?)がだんだん強くなってきた。本稿の中でしばしば引用した橋爪教授の著書の『裁判員の教科書』のタイトルと内容に影響されたのかも知れない。本稿の内容がすこぶる中途半端で、しかも雑然とした印象を与えるものになってしまった理由の一端はこの辺にあるようである。

とにかく極めて限られた知見の範囲内で、裁判員裁判に関する私なりの雑考を書き綴ってきた。なかならず10ないし12など一つの章¹²⁵⁾というのが憚られる短文だが、これらだけ節というのもおかしいだろう。で、これらも章として数えると本稿は全体が12章になる。ゆくりなくも伊藤整に『女性に関する十二章』という名エッセイがあることを思い出した¹²⁶⁾。別になんの関係もない話だが。いずれにせよこの辺で文字どおりの雑考に終始した感のある本稿を結ぶことにしよう¹²⁷⁾。法律による裁判員制度の見直しの時期にある今、少なくとも部分的には裁判員の副読本としても利用できるとともに、裁判員裁判に関わる実務家や刑事法の研究者とはやや異なる視点からする裁判法の一研究者の発言としていささかなりともこの制度の改善、改革に資することができればと虫がいいことを願いつつ擱筆する¹²⁸⁾。

注

- 124) 青木・前掲(注2) 370-371頁。
- 125) 法文の「節」には随分長いものもあるので(「節」の下位に「款」もある)、本稿の分けでも章か節かをあまり気にしなかったが、かなり長文の箇所もあるので、ふつうの文章の分け方では章になるかと思う。
- 126) 伊藤整『女性に関する十二章』(1974, 中公文庫) 本稿の読者はこの名著を読んだだけでも私の雑文に最後まで付き合ってくださったことの報酬が得られるかも知れない。また、奥野健男(父は最高裁判事も経験した名法律家の奥野健一)の解説は日本の裁判史上有名なチャタレー事件の被告人だった著者とその文学に関する的確な概観を提供してくれる。
- 127) ずいぶん勝手なことを書き散らしたようだが、老化による思わぬミスは別として自分の発言にはそれなりに気を付けたつもりである。最近ネットでは炎上騒ぎが続いており、宮子あずさ氏は「ネットでの発信は手軽だからこそ、落ち着いて言葉を選びたい。」と書いている(東京新聞2013年7月1日(月)朝刊23面「本音のコラム ネットの炎上」)。私は旧弊な人間でネットのブログは書かないし、また読むこともほとんどしない。あまつさえ、メールもケータイも使わない。先日読んだある英字紙のコラムに keep calm and carry on という言葉があった(たしか Ted Pall 氏によるもの)。良い言葉だと思うので拳々服膺したいと思っている。偉そうなことを書いたが、非礼を冒した向きにはこの場でお詫び申し上げたい。
- 128) 水野和夫・大澤真幸『資本主義という謎「成長なき時代」をどう生きるか』(2013, NHK 出版新書)の「あとがき」で、水野氏は共著者の他周辺の「変な人」たちについて語り「たぶん多くの『変な人』が変なことを言い続けると、世の中は変わらないのではないのでしょうか。」と書いている(308-310頁)。本稿なかならずその白日夢に関する記述など「変な人」の書いた「変なこと」の最たるものに属すると評されるかも知れない。水野氏の挙げる傑出した変な人たちと菲才の自分を同類視するような不遜な気持は毛頭ないけれども、氏の言葉が本稿を発表するのに最後の一押し役を果たしてくれたことは事実である。
- 最後に改めてお詫びを一言。私の書くものは大体注記が長ったらしい(場合によっては本文を超える)という欠陥を伴っているのだが、老来ますますその傾向がひどくなり、本稿もその例に漏れない。実は最近の私の記憶力は全く劣化してしまい、読んだ傍から忘れる、まるで忘れるために読んでいるような惨状なのである。それで、注記などに利用したい文献や文章などは読んだ際に直ちにパソコンに入力しておく必要がある。その結果、注記が自分自身のための備忘録の役割を兼ねてますます膨らんでしまうのである。ひたすら読者のご海容を乞うのみである(時々、俺の読書は下りのエスカレーターで上ろうとしているようなものかという徒労感に襲われるが、まあ少しでも上がろうとする気力・体力があるだけでもマシか、と自らを慰めている)。

附記

脱稿後、小原健弁護士から頂戴した暑中見舞い状の中に裁判員裁判に関する素晴らしい情報すなわち裁判員裁判を担当した裁判官たちの感想が記されている。一字一句そのまま紹介したい。「(毎回)裁判員の意見、発想に目から鱗が落ちる思い。……人生を踏まえた深みのある意見をぶつけてくる。裁判官だけではできなかった」、「いつも自分の気づかないことで目を開くような思い」、「裁判官としても大きな成長ができる」、「本当に奥の深い制度」。小原氏はこれに続けて「裁判官の率直さも立派です。／無論、まだまだ問題はあります。ただ、深いところで裁判所が変わる可能性を産みました。民事裁判でも同様の制度を考えるべきだというのが、私の長年の持論です。」と書く。この氏の所論にも賛意を表する(注5の拙稿参照)。貴重な情報を恵与された小原氏に感謝し、上記の感想を述べた裁判官たちに脱帽して敬意を表する。

(2013年7月25日)

補論 裁判員裁判と法教育

とくに小・中・高における法教育は必要か？ 必要だとしてどの程度のものであるべきか？ 実はこのようなテーマは私が条件反射的に激しい拒絶反応を抱く問題なのである。私(現在82歳)は戦時中にファナティックな軍国主義教育を受け(それは伝えられる北朝鮮の教育と全く異ならない)、敗戦後それに対する一片の反省の言葉も示さない無責任極まる学校当局と教師たちに形式だけの民主主義教育なるものを押し付けられた体験から、ある意味で学校教育に対する抜き難い不信の念が凝り固まってしまった人間である。このようなテーマについて発言するにはあまりにもバイアスに囚われていることを自認せざるを得ない。と同時に、法に関する公教育の持つ絶大な危険性について肌身で実感し、警告できる数少ない生存者としての義務を果たすべきだとも信じているものである。

(そもそもそんな教育不信の人間が長い間大学教師の職にあったのはおかしくないかと反問されるかも知れない。しかし、大学での(文系の)教育は高校までの学校教育とは全く異なり、教師や大学当局などの考えを盲目的に教え込むことは絶対にしてはならない。少なくとも私はそれを金科玉条としてきたつもりである(拙稿「法科大学院教育と死刑存廃論」神奈川ロージャーナル4号(2013)44頁など参照)。

とはいうものの、裁判員制度と離れても学校教育における法教育のある程度の必要性・有用性を否定することもできまい。(この点については、橋本康弘『法教育』の現状と課題——官と民との取組に着目として——」総合法律支援論叢2号(2013)45頁以下、長谷川真理ほか「法的推論と法教育——心理学研究の到達点と法教育の可能性」法と心理11巻1号(2011)83頁以下(「法と心理学会」の11回大会ワークショップの報告)など参照。)それにしても、民主国家における良き市民としての権利義務を理解し、行使・負担するために必要かつ十分な法リテラシーを与える法教育は、サーカスの綱渡りにも似たバランスを要する危険性を孕んでいることを常に忘れるべきではないと考える。中途半端に過剰な法教育は有害無益である。

学校教育法11条は昭和23年の制定当初から体罰を禁止している。したがって、この規定は教職員や学校教育関係者に周知徹底しているはずである。しかるに文部科学省の調査によると昨2012年度に体罰をした教職員は少なくとも約300校の5000人以上に上り、被害児童・生徒数は1万人を超えるという(東京新聞2013年6月2日(日)3面)——その後の他紙の報道はより高い数値を示している。こんな法律無視の学校や教職員に法教育なんてできるのか。彼ら自身が市民として現行法を順守することに無知、無関心なのだから仰々しく新たに法教育を云々するなぞナンセンスの極みという気がしてならない。あわせて多数の大学法学部の存在とそれによる大量の法学部卒業生の産出がこの

国・社会における法の支配の確立に一体どれほど寄与してきたかを思うべきである。大学の法学教育の改革＝法科大学院の創設は司法制度改革における裁判員裁判の導入とならぶ改革の目玉なのである（拙稿「法科大学院擁護論」神奈川ロージャーナル5号（2012）参照）。私は法の支配教の忠実・熱烈な一信徒のつもりであるが、あれこれ考えると学校教育における法教育なるものに心の底ではどうしても納得できないのである。

「学校や職場で労働者の権利を学ぶ機会は極めて少ない。」「働くルールや権利を知らないまま、社会に放り出される若者はブラック企業の前に、あまりに無防備だ。」という（同紙2013年6月5日（水）朝刊26面「過労社会 下 崩れるセーフティネット」）。中途半端な法教育一般よりもこういう働く人たちの身を守る教育こそ大事だろう。法教育なるものはこういう現場と直結した身を守る本当の法教育を理解するための素地を養成するという意味でこそ存在理由がある。でも、それは結局現代的意味合いにおける「読み書きそろばん」の中に入ると思う。従来のいわゆる社会科教育の枠内で十分に可能なのではあるまいか。

橋爪大三郎教授はいう。「法教育の最終的な目的はなにか。それは、ふつうの市民が自分たちは法の主役だと、しっかりわきまえること。国民主権の実質をうみだすために、裁判にも参加すること。これです。法律についての具体的な知識はどうでもよい。」（同『裁判員の教科書』（2009、ミネルヴァ書房）204頁）。約言すれば、私のいいたいこともほぼこれに尽きる。が、この目的を達成するために仰々しく法教育などと名乗るほどのことはないのではないか、と考えるのである。

以上、頑迷固陋といわれることを覚悟しての私の現時点における法教育に対する一応の愚見（診断あるいは判決）である。

*まるでこの本のことを書けとでもいうのか、ゴミの山のような本の堆積の中から西村滋『お菓子放浪記』（2005、講談社文庫）が姿を見せた。遅ればせながらこれを読む契機となった東京新聞の記事「あの人に迫る 西村滋作家」2013年2月17日（日）13面の切抜きも書中に挟まれていた（三田村泰和執筆）。この素晴らしい本が私に敗戦当時の忌まわしい記憶を呼び覚ます。そのころ群馬県・高崎市の在に住んでいた14歳の私は、米軍が進駐してきたら男は全部殺されるか奴隷にされるという流言飛語を信じ込み、戦陣訓的美学に囚われて真剣に自決を覚悟し、叶うことなら美味しい和菓子（きんつばなど）をたらふく食べてから死にたいと願望したのだ。今では出来の悪い笑い話にしか聞こえないだろうが、この悪夢の思い出も私の法教育不信と深いところで繋がっているような気がするので書き留めておく。ちなみに、上記記事によると西村氏は現在87歳、静岡市の山麓で静かに暮らしておられるとのこと。