

## 論 説

再論「裁判員裁判をめぐる雑考」  
および「死刑存廃論」

— 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 —

萩原金美  
(本学名誉教授)

## 目次

はじめに

## 第1 前半の章 再論「裁判員裁判をめぐる雑考」

1 裁判員制度の導入に関する瀬木比呂志教授の新説とその司法制度改革論

2 森炎弁護士司法パノプティコン説と裁判員裁判による司法革命論について

3 デイヴィッド・S・ロー教授のみた日本の司法

4 田口真義編著『裁判員のあたまの中 14人のはじめて物語』(2013, 現代人文社)

5 事実認定における専門性と素人性——蓑田速夫『裁判と事実認定 事実とは何か』(1996, 近代文芸社)の先駆的卓見

6 「雑考」(神奈川ロージャーナル6号)への補充的記述

## 第2 後半の章 再論「死刑存廃論」

1 60年以上前の闇の記憶から蘇った言葉——「法は涙である」

2 小林直樹博士の死刑存置論——法の人間学的考察という視座からみた死刑存廃論

3 木谷明弁護士の死刑廃止論

4 森炎弁護士の「死刑と正義」論

5 デイビッド・T・ジョンソン教授の死刑廃止論

6 井田良・太田達也編著『いま死刑制度を考える』(2014, 慶応義塾大学出版会)

7 「前稿」(神奈川ロージャーナル4号)への補充的記述

おわりに

附記

附記 その2

はじめに

私は本誌に刑事裁判に関係する二つの論考を書いている。一つは「法科大学院教育と死刑存廃論一附・死刑存廃論の要件事実論的考察」(4号)、もう一つは「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——」(6号)である。

この二つの前稿(以下では区別のため、前者のみを「前稿」といい、後者は「雑考」ということにする)に対してはその抜刷りを献呈した方々などから少なからぬコメントを頂戴した。ある程度までは予想していたことだが、それらを通じてどちらのテーマも極めてポレミクでないこと、私見が必ずしもポピュラーでないことに改めて気付かされた。このような状況の中でさらに再論を書くことなど半ば老耄の域に達している一書齋人の仕事としては無益いや有害であり、老害の垂れ流しに過ぎぬとの批判を受けるかも知れない。

だが、——

最近の雑誌の中で「これだけは書かずにいられない——たとえ手枷、足枷、猿ぐつわをかまされようとも、このテーマだけは訴えずにはいられないという認識、それが物書きというものの使命感である、と山本周五郎はよく語った。

真の作家はそういう種類の人間であらねばなるまい、とわたくしも思う。そこまで到達すると、物を書くことは、そのひとにとって“業”のようなものである。」{山本周五郎『全集未収録作品集 16 抵抗小説集』(1979, 実業之日本社) 230頁(木村久邇典氏による「解説」)} という文章に出会った。ことは法律論文などの著作についても全く同断だろう。いや、文芸作品以上にそうでなければなるまい。老害の垂れ流しに終わる危険に留意しつつも、このことを自戒の言葉としつつ本稿の仕事に取り組みたいと思う。

(脱稿間際に接し得た後掲第2注11・大塚滋『説き語り 法実証主義』によれば、純粋法学者ケルゼンの魅力の一つは「普通の人なら躊躇するようなことでも、ほんとうにそうだと考えたら、それが生身の人間としての自分にどんな結果をもたらすか、ということに全く意を介さず言うてしまう」(2頁)とあるとされる(長尾龍一教授の著作を援用しての立論)。法学者としては天地雲泥の差のある身だが、何を書こうと老い先短く生身の人間としての自分にどんな結果がおよぶかなど気にせず済む身上ゆえ、せめてそのささやかな真似事を本稿では試みてみたいものである。)

## 第1 前半の章 再論「裁判員裁判をめぐる雑考」

### 1 裁判員制度の導入に関する瀬木比呂志教授の新説とその司法制度改革論

#### (1) 裁判員制度導入に関する新説

最近まで裁判官の職にあった瀬木氏は裁判員制度の導入について次のように主張する。

「その実質的な目的には、トップの刑事系裁判官達が、民事系に対して長らく劣勢にあった刑事系裁判官の基盤を再び強化し、同時に人事権を掌握しようと考えたという事実が存在するのは否定できない……。これは有力な見方というより、表立って口にはされない公然の秘密というほうがより正確かもしれない。私自身……刑事系の高位裁判官達が『最高裁が裁判員制度

賛成の方向に転じてくれたおかげで、もう来ないと思っていた刑事の時代が来た』という会話を交わすのも耳にしている。」(同『民事訴訟の本質と諸相 市民のための裁判をめざして』2013, 日本評論社) 185頁), ほぼ同文の記述が同『絶望の裁判所』(2014, 講談社現代新書) 67-68頁)にある。以下、このような場合には両書のうちその一つだけを引用することがあるが、ご了承を乞いたい。ただ、批判めいた論述におよぶ場合には、なるべく『民事訴訟の本質と諸相』からの引用による。

これは私にとって全く初耳の話で貴重な情報を恵まれた氏に感謝したいが、この理由にはいささか理解しがたいものがある。上記の記述からみると刑事系裁判官たちが民事系裁判官たちに対する権力闘争に勝利した結果として裁判員制度の導入がなされたわけではなく、最高裁事務局が裁判員制度導入に転じたことが刑事系裁判官たちに福德・恩恵を与えたということに過ぎないようである。とすると、最高裁事務局内部では圧倒的に民事系裁判官の数が多かったはずだから(氏と同期の裁判官たちの間では純然たる「刑事系エリート」はせいぜい1, 2名にまで落ち込んでいたとのこと——『民事訴訟の本質と諸相』185頁)最高裁での民・刑裁判官の権力闘争で刑事系が勝利したというのはどうも合点が行かない。それに裁判官と同等の評決権を有する一般市民はときに裁判官によって制御しがたい存在になりうることは容易に想定できるゆえ(刑事系裁判官たちにこの程度の想像力もなかったとは私にはとても想像しがたい), 裁判員制度の導入が刑事系裁判官たちの権力闘争の勝利の産物という見解にはどうも納得しがたいのである。裁判員制度の導入の結果として飛躍的に刑事系裁判官が重用されているのは事実としても、それは裁判員制度が絶対に失敗の許されない重要な制度であることからすれば少なくとも当分の間は当然ともいえよう。

結局、瀬木氏の新説なるものは裁判員制度導入の理由を合理的に説明できず、導入の結果が

刑事系裁判官にもたらした福德・恩恵を指摘・批判するだけのものに過ぎない。瀬木氏ほどの明晰な頭脳がなぜこんな初歩的な判断ミスを犯すのかいささか理解に苦しむ。たぶん利害関係の渦中にある人間は正常な判断を誤るリスクが高いことの一例証とみるべきなのだろう。それはまた、民・刑事訴訟法における除斥・忌避の制度の普遍的合理性の実質的根拠といえようか。

(ちなみに、「検尊判卑」にならって「刑尊民卑」という言葉も私の在任中は聞かれた。人事面で刑事裁判官のほうが民事裁判官よりも優遇されていることを意味したようである。当時の裁判官には対人関係が苦手に見える一種の奇人・変人、良い意味でも悪い意味でも職人的で協調性に乏しい人が散見したが、そういう人は民事裁判官のほうに多かったように記憶する。したがって、少なくとも当時の「刑尊民卑」には「検尊判卑」と同様に多少の合理性があったといえるのかも知れない。もっとも、その後における民事事件の質的变化などに伴いこういう民事裁判官の体質もかなり変化したように思えるので、刑尊民卑が現在でも妥当性を有するとはもちろん考えていない。)

なお、瀬木氏(および氏が代弁する民事系裁判官たち)の裁判員制度に対する消極的な評価はすこぶる問題だと思う。氏は刑事系裁判官が「裁判員と接することによって変化することが期待できるという意見もあるが、……そのような効果は、民事裁判において裁判官が争点整理や和解で当事者本人と接することによってもたらされる効果と大きな違いはな」い(『絶望の裁判所』152頁)という。失礼ながらこれは全くの謬論というべきである。裁判員は裁判官と同等の立場の権力者として裁判に関与するのに対して民事事件における裁判官と当事者本人との関係は権力者と非権力者との関係であり、そこには天地雲泥の差があるからである。こんなことは弁護士になって裁判を受ける立場を経験してみればいやでも分かるはずである。超人的ともいえる学識を蔵し、英明な裁判官であった

はずの氏にこの程度のことが理解できないのであろうか。氏は民事訴訟(法)の実務と理論に関する権威として衆目の認める存在であるけれども、その学問を深めるためにも少し弁護士経験を試みたほうが良いのではあるまいか。後述するように氏は司法制度改革の要として法曹一元の採用を提言しているが、その所説の妥当性を実証するためにも「裁判官から弁護士へ」という逆コースの法曹一元を体験してみることは有意義だろう。妄言多謝!

ちなみに、『民事訴訟の本質と諸相』に対する永石一郎弁護士の書評(自由と正義65巻2号(2014)101頁)は同書に対するすこぶる好意的な書評であるが、裁判所に対する批判の部分については「読者は、著者の赤裸々な告発の事実には驚かされるが、この点については、とくに刑事系裁判官から事実誤認だとする異論もある。」とする。

## (2) 瀬木氏の司法制度改革論

(1)と密接に関連すると思われるので、前掲二著に表現された司法制度改革に関する氏の見解についてもここでまとめて一言しておこう。

氏の司法制度改革論はその峻烈極まる裁判所批判を前提とする。私はその内容のかなりの部分はそのとおりでないかと臆測するものの(氏と異なり内部情報を知りうる立場にない)、とりわけ『絶望の裁判所』についてはやや被害妄想的な面が過過ぎている気がする。両書とも極めて純粋な心情を有し、多方面の学問・芸術に通暁する氏のような人が33年間も裁判官の職——それはときに俗にまみれることも要求しよう——であり続けた直後に書いた「開放感の爆発」とでも形容すべき面のある著作である以上、これは止むを得ないこと、いや氏の生身の人間性を感じさせて読者への強烈な訴求力を有するともいえようか。

しかし読者の批評ないし感想は様々だろう。

水口洋介弁護士は瀬木氏の司法官僚制批判に賛同しつつ、在官中の自己の立場について「謙虚に語ることなく、裁判官及び裁判所が絶望的

だと決めつけるこの本」に共感するのは困難だという（同氏のブログ「読書日記『絶望の裁判所』瀬木比呂志著：夜明け前の独り言」3頁）。これはある意味ですこぶる常識的ないし健全な一部いや大方の読者の両書に対するレスポンスといえるかも知れない。（もっとも、瀬木氏の著書を絶賛するブログもあるようである。しかし、半ば世捨て人的老人の私はブログなどあまり見ないので、これに関する言及は断念する。ご了承を乞いたい。）

以下、少々余談をさせていただく。上記のように私はブログなどあまり見ないのだが、水口氏の上記ブログに感服し、氏のその他のブログも少しのぞいてみて一層その感を深くした。多忙な弁護士業務の中で実に勤勉な知的生活を送っておられる。氏は「労働弁護士」と自己規定をされ、「日本労働弁護団」の事務局長などの職を歴任されている。私は労働関係の弁護士諸氏の現状に全くうといけれど、かつて静岡地裁在任当時労働事件を担当し、県労政課主催で、労働組合、使用者団体双方の協力を得た（こういう労使協調的なところがわが国の労働運動、労使問題の長短両面の特色だろう）静岡、浜松、沼津3市における労働法の学習会の講師を委嘱されて暫く務めたことがあり、また幸い労働法、労働事件に精通する尊敬すべき裁判官、弁護士の先輩・知友に恵まれていた。労働弁護士や労働法学の世界は今あまり元気がないような気がしてならず、労働者の悲惨ともいふべき現状を考えると残念至極である（同様の問題関心は「雑考」の「補論……」の中でも一言した（83頁））。例えば世界中のファストフード店従業員らは最低賃金ぎりぎり働いている。2014年5月15日には時給を1,500円に上げることを求めるデモが東京都渋谷区で行われたが、これは全米サービス業従業員組合（SEIU）が世界35カ国で一斉デモを呼び掛ける「世界同時アクション」の一環だという。つとに米国では時給を15ドルにアップするためのストライキが行われているが、その成功の見込みは楽観を許さな

いようである。わが国の場合、ある全国チェーンのハンバーガーショップでは、フルタイムで働いても年収は140-180万円程度、他方経営者は3億5千万円近い報酬を得ているとのこと。（東京新聞2014年5月13日（火）朝刊28面、同月16日（金）朝刊28面、*International New York Times*, May 16, 2014, at 16.）また、長時間労働で過労死寸前の状況に追い込まれている労働者も少なくないという（東京新聞2014年5月24日（土）朝刊1, 3面）。

なお、米国マクドナルドのCEOの2013年の報酬は950万ドル（約9億7,000万円）といわれる（同紙6月7日（土）朝刊2面）。

こういう理不尽な状況（そう思わない人もいるのだろうが）を少しでも改善するために、とりわけ労働弁護士諸氏に頑張ってもらいたいと心から希求したくなる。もっとも、これは労働法バナーリズムに毒された私の時代遅れでお門違いな願望なのかも知れない。近刊の大内伸哉『君の働き方に未来はあるか？ 労働法の限界と、これからの雇用社会』（2014, 光文社新書）などを読んだ限りでは事態の改善のための即効薬的対策は存在しないようである。ただ、英米法の権威による「憲法の文章上の民主主義があっても、社会の実態が奴隷制に近いものであることが少なくない。大工場働く契約社員はいわば生きたロボットであり、建国当時のアメリカ南部のプランテーションで働く奴隷と大きな違いはない。」云々（田嶋裕『法の支配』の最近の事情」（『法の支配』173号（2014）54頁）という厳しい指摘があることも法律家は知るべきだ<sup>1)</sup>。

以上、「少々」どころか随分長々と余談にふけて申し訳ない仕儀である。とお詫びしながら、以下でも懲りずに往々脱線して余談を繰り返すはずである（「雑考」47頁注9参照）。ただ私としてはこの余談が少しでも裁判員（候補者）諸氏の法と裁判の理解を深めるために役立つことを願っている。私自身の自己満足的な文章という一面があることも否定しないけれども。



(本稿は近く刊行を予定している拙著『検証・司法制度改革 II』の中に収録する予定であり、司法制度改革は究極的には「この国のかたち」を革めることを企図するものである。このことは本稿の執筆中常に私の念頭を去らない想念であった。本稿における一見全くの余談とみえる記述も実はこの大きな文脈から全く乖離するものではない(と私自身は信じている)ことも読者諸氏にご認識いただければと思う。)

ある米国人法学者はこう書いている。「民主主義国であれば、政府機関のうちで批判を避けられるものはない。そのことは司法部にもあてはまる。しかし、私が研究を進めれば進めるほど、私にとってますます明らかになったのは、日本の裁判官が誇りと高潔さをもって自分たちの国に尽くし、彼らのなすすべてのことに賛成であろうとなかろうと、彼らは最大限の尊敬に値する、ということである。」(デイヴィッド・S・ロー、西川伸一訳『日本の最高裁を解剖するアメリカの研究者からみた日本の司法』(2013, 現代人文社) viii-ix 頁) 著者のロー教授は瀬木氏よりもはるかに若年であるが、この同書の序文の一節は研究者としての礼節に満ちたものである。それと同様とまではいわないにせよ、瀬木氏にももう少しクールな態度が望まれたのではないだろうか。氏の裁判官評の的確さは「私が接した最高裁判事の中で最も尊敬できたのは弁護士出身の前記大野正男氏だった。」(『絶望の裁判所』64頁)と書いているところからも察せられる。(大野氏の偉大さについてはさしあたり拙著『検証・司法制度改革 I 法科大学院・法曹養成制度を中心に』(2013, 中央大学出版部) 所収の「司法制度改革と弁護士自治——大野正男『職業史としての弁護士および弁護士団体の歴史』を読む——」を参照。)それだけになおさら惜しまれるのである。退官直後の瀬木氏にそれを望むのはいささか難しいことだったかも知れないが、それならばその所論の公表を少し先延ばしにすべきだったのでは? (ロー教授の上記著書は水口氏の『絶望

の裁判所』批判のブログの末尾でも言及されている。最高裁長官を頂点とし、事務総局を中心とする司法行政批判に関するロー教授の所論は内部事情に精通する瀬木氏や後述する森炎氏の説以上に説得力に富むと見る日本の読者も少なくないのではないかと思われる。その一つの理由は書き方にあるのではないだろうか。もっともロー氏の所説については後に改めて論及する機会を得たい。)

ちなみに、明治大学法科大学院教授に転身した瀬木氏は、あたかも祖国における政治弾圧を逃れて希望する国に亡命が叶った人に等しい自由を満喫されているようである(『裁判官時代最後の7, 8年間、そこにおける私の立場は、共産主義社会にあってじっと亡命の機会を待ち続けている知識人のそれに類するものであった』(『絶望の裁判所』41頁)という。明治大学は、歴史に名をとどめる多くの優れた法律家が輩出した教育・学問の府である。紙幅の関係で一人だけ名前を挙げれば私学出身者でありながら大審院判事にまで昇進し、その多忙な職務の傍ら法史学者、明治文化研究者として偉大な業績を産出した尾佐竹猛博士は私の尊敬してやまない先達である。そして現在の同大学法科大学院は優れた教授陣を擁している。瀬木氏はまことに良い職場に再就職されたというべきである。しかしこの世にユートピアは存在しない。日本の大学ないしその法学教育が特有の問題を抱えていることは私もつとに指摘したところである(拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』12頁以下など)。しかもそこでは瀬木氏の著書から大学人の反省の言を引用している(5-6頁)。

米国に亡命・帰化したノーベル化学賞受賞者でハンガリー出身のアルバート・セント＝ジェルジュ博士は愛する米国のベトナム戦争に強く反対し、ために研究用の実験動物飼育所が破壊されたり、身辺を襲われたりする迫害にあったといわれる(同、国広正雄訳『狂ったサル』(1972, サイマル出版会) 4-5頁)。瀬木氏が大

学や法学界についても裁判所に対するのと同様に忌憚のない批判的態度を堅持されることを切望したい<sup>2)</sup>。

たまたま最近読んだ「夜回り先生」こと水谷修氏（元高校等教諭，大阪経済大学特任教授）の「子どもたちへ……」という連載の最後の言葉が脳裏に焼きついている。氏はこう書く。

「子どもたち，実は，私はがんと闘っています。最近も手術を受けました。……／子どもたち，私たちの生きるこの世界は，不条理な世界です。不条理，聞いたことのないことばでしょう。なるようにならない，思うようにならない，そう理解してもらえれば大丈夫です。……／子どもたち，君たちも気づいているはずです。この世界のいいかげんさを。まじめに努力したから報われるとは限らないし，優しさに優しさが返ってくるとも限らない。また，いのちもいつまであるのかわからない。明日，交通事故で死ぬかもしれないし，それどころか数ヵ月後にこの世界自体が減じるかもしれない。……／子どもたち，死に向かう私からの最後のお願いです。どんなにこの世界が，今君たちが生きているその世界が，醜いものであっても，許せないほど問題の多いものであっても，決してふてくされたり，ぐれたり，あるいはむなしさから自らのいのちを絶ったりしないでください。そこで，人のために周りに優しさを配って生きてください。……」（東京新聞2014年3月29日（土）夕刊3面）

私は幸いにガンではないけれども，馬齢を重ねて83歳に達している。毎日の新聞には同年代の人びとの訃報が報じられない日とてない。「死に向かう私からの最後のお願い」という水谷氏の言は私の胸に深く突き刺さる。できることなら私も同じような真実の言葉を己が著作を通じて読者に発信したいと念じている。99歳（刊行時96歳）のジャーナリストむのたけじ氏の近著の題名は『希望は絶望のど真ん中に』（2011，岩波新書）である。氏は「希望は絶望のど真ん中の，そのどん底に実在しているのだ。

／それがホントだと気付くようになったのは90歳代になってからのことだ。」（同書136頁）という。

どうか瀬木氏にも絶望を超えて希望を見出す教育と研究に精進していただきたいと願ってやまない。（ちなみに，瀬木氏は1954年生まれ，水谷氏は1956年生まれ。）

瀬木氏も「あなたも，私も，およそ人間というものは，不可能を可能にするためにこそ生まれてきたのではないかと，私は，考えている」（『絶望の裁判所』236頁）と書いているのである。でも，それならば，書名は出版社の販売政策上の考慮もあるだろうからともかくとして，文中に「絶望」という言葉が頻出するのはなるべく避けて欲しかったと思うのだが……。注3の大野更紗氏の著書も参照されたい。）

### (3) 補説と結び

かりに瀬木氏の新説を信ずるとしても，刑事裁判における裁判員制度の導入は民事司法のためにも大きな期待・希望の光を与える可能性を有するのではあるまいか。というのはこういうことである。

裁判員制度の成功はやがて民事司法のためにも適切な範囲で裁判員制度ないしそれに類似する国民参加の制度の導入の基盤・機運を醸成するだろう。その導入を支持する声が強くなるだろう。「雑考」末尾の82頁「附記」における小原健弁護士の見解参照。結果的に瀬木氏のいう最高裁事務総局を病根として発症するキャリアシステムの病いはある程度変化（治癒）せざるを得なくなるはずである。私が「雑考」において白日夢として描いた「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うべきである。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」（「雑考」53頁）というストーリー，戦略は民事事件においても必要な修正を加えたうえで，事務総局に対する

抵抗力として機能することが十分に考えられる。ちなみに、後述する田口真義編著『裁判員のあたまの中……』は、裁判員経験者たちによる最高裁に対する「裁判員制度と周辺環境における提言書」の1項目として「13. 民事・行政訴訟にも裁判員制度を運用拡大することを」を挙げている(214頁)。

また、瀬木氏は日本の裁判所・裁判官制度の根本的、抜本的な改革のためには法曹一元制度の採用・導入が必要だと主張する(『民事訴訟の本質と諸相』248-249頁等)。私も決してそれに反対する者ではなく、むしろ諸手を挙げて賛成したいくらいであるが、キャリア裁判官制の国における完全な法曹一元の採用は極めて難しいのが歴史的経験の教えるところである。法務大臣自身がそれを提言した稀有の国であるスウェーデンにおいて結局それが奏功していないという比較法的事例はその顕著な傍証である(拙著『スウェーデンの司法』(1986, 弘文堂)参照)。わが国における法曹一元論の歴史は古く明治中期にまで遡り、とくに戦後の一時期には大規模な法曹一元の裁判官が生まれている。しかし紆余曲折を経てその現状は周知のとおりである。(拙稿「法曹一元(論)の試論的検討」神奈川大学法学研究所研究年報4号(1983), 拙稿「幻想としての法曹一元(論)」拙著『民事司法・訴訟の現在課題』(2000, 判例タイムズ社)所収など参照)。法曹一元を実現し、それを真に実効化あらしめるためにも、それと同時に進行で民事司法における国民参加の実現が必要だと考えるゆえんである。

わが国における数少ない裁判法研究者(と僭称)の私には、どうも氏の法曹一元論やその他の司法制度改革に関する議論はその卓越した民事訴訟法解釈論と異なり必ずしも十分に考え抜かれたものとはみえず、いささか思い付き的な提案という印象を拭えない。少なくとも表現された文章自体から判断する限りでは、氏の研究者としての抜群の能力に大きな期待を寄せる私としては、今後の氏の論考において私のこの批

判が的外れの妄評に帰することが証明されることを期待している。

瀬木氏の司法制度論に関する論述で気になった点についてももう少し。しつこすぎるようだが、私の氏に対する大きな評価と期待のなせる業としてご寛恕を乞いたい。

映画『ボクはやっていない』について「ああいう事態が一つでも起こりうるのが日本の刑事司法の実態であることは、まともな法律家なら誰でも分かっていること」だと書く(『民事訴訟の本質と諸相』198頁)。本当にそうなのか? 「まともな法律家」は、裁判官以外は無権代理だから別として、裁判官たちは誰でも分かっているがそれを換えようとはしないのか、そうすることが日本の市民に対する自分たちの責任だとは思わないのか? 現代日本の裁判官たちはそんなに他者の痛みは無感覚な存在なのか? 一般のサラリーマンが毎日痴漢冤罪の地獄に陥る危険を覚悟しつつ通勤しなければならないのを供手傍観して心が痛まないのだろうか? 民事系裁判官は、ことは刑事系裁判官の問題だとして頬かぶりして済ませられるのか? 疑問百出の感じで、私は理解に苦しむ、これは最高裁の司法行政云々などとは無関係な、心が凍りつくような話ではあるまいか。

(2014年9月22日(月)夜弁護士会館2階講堂クレオにおいて日弁連主催の「取調べの可視化を求める市民集会 奪われた48年~袴田事件を繰り返さないために~」が行われ、その「第I部 えん罪被害者の声……」では、袴田事件の袴田巖氏の実姉同秀子氏と三鷹バス痴漢冤罪事件の冤罪被害者の津山正義氏(逮捕時中学校教員)のお話があった。津山氏のお話はまさに日本の刑事司法の怠慢がサラリーマンの通勤地獄に最悪の地獄絵の実態を作出していることを如実に物語るものであった。)

氏は裁判員制度の導入に基本的に消極的であるが(同書195頁以下)、痴漢冤罪の防止に最も有効なのは裁判員制度であろうと思われるのに(「雑考」70-80頁参照)、これはどうしたこ

とであろうか。氏は「イヴァン・イリイチに決定的に欠けていたものは、おそらく、『感じ、悲しむ能力』であろう。……『悲しむ能力の欠如』が彼の存在を決定づけているように思われる。」(同書 255 頁) というが、氏の言葉を信ずるならば氏を含む日本の裁判官全体にこの能力が欠如しているということにならないか。同書 198-199 頁における刑事司法に関する批判的記述は内容の正当性は別にしてなんとなく傍観者の評論文みたいで裁判官たる者の切実な苦悩がそこに感じられない——という読み方は私の偏見だろうか。(氏も、「私自身、客観的にみれば、せいぜい、いくぶん自覚的なイヴァン・イリイチという程度の存在であったのだらうとは思っている。」(259 頁) と書いてはいるが。ちなみに、恥ずかしながら浅学の私は同書に導かれて 80 歳を過ぎた身でトルストイのこの小説(『イヴァン・イリイチの死』)を初めて読んだことを告白しなければならない<sup>3)</sup>。)

ところで、瀬木氏は司法内部の生活を経験し熟知する者の内部告発として、あるいはその真実の証言者として語っているはずである。自己の信ずるところに従いかつ読者に対する責任を痛感しつつ書いているのだと思う。でも繰り返しになるが、軽々しく絶望という言葉を使って欲しくないのである。司法に最後の望みを託している人びとは少なくない。それが多くの場合幻想に終わるとしても時に報われることがあるのは最近の袴田事件における再審開始決定や民事・行政事件における画期的な判決・決定の例が示している。そういう人たちの足を引っ張るようなことはすべきではあるまい。また、様々な人間的弱さを持ちながらも己が仕事に精一杯取り組んでいる裁判官たちに対する信頼の念を失墜させるような表現は用いるべきであるまい。実は同様の批判的感想は後述する森炎弁護士(氏の在官経験は判事補の 6 年間とかなり短い)の著書に対しても抱くので、この段落および以下における私見は両氏に共通するものとご理解いただきたい。

私の誤解かも知れないが、私は両氏の仮借ない裁判所(官)批判を読んでなんとなく一種の司法原理主義への危険を感知せざるを得ないのだ。ベルナール＝アンリ・レヴィのいう「危険な純粹さ」を想起させられるのである(同、立花英裕『危険な純粹さ』(1996、紀伊国屋書店)参照)。

以下は一見余談の余談のように思われるかも知れないが、私としては本稿に大に関係があると信ずるので書かせていただく。これは「第 2 後半の章……)に出てくる映画「アクト・オブ・キリング」に関連している。畏友草野芳郎教授(元裁判官)は裁判官和解論に関する第一人者で、近年インドネシアの裁判所に乞われてそこにおける裁判官和解の研修指導に力を注いでいるが、氏から興味深い話を聞かされた。わが国では裁判官の和解勧告活動において当事者双方対席の場でそれを行うか(対席方式)、それとも当事者片方ずつ交互に分けてするか(交互方式)、また時と場合に応じて両者を併用するか、について見解と技法の対立がみられる。しかし、インドネシアでは裁判官が当事者一方のみと接触することは大問題であり、強い反論がみられる。それは一方聴取の場は容易に賄賂の授受の場になるからだというのである。「アクト・オブ・キリング」のパンフレットにおける「共同監督声明——匿名希望」には「どこにでも、いまだに汚職が蔓延しています。……うわべでは、インドネシアの政治は、1998 年の政治改革で変わったことになっていますが、その背後では古い機構が全く同じように機能し続けているのです。……/本作のクレジットに私の名前を表記することはできません。インドネシアの政治状況を考えると、今もなお、本名を明かすことはあまりにも危険なのです。」(パンフレット 8 頁)と書いている。このような国際的環境の中で日本の司法を考えると、それがもちろん理想境からは程遠いことを冷静に認識しながらも、私たちは 1 ミリの千分の 1 でもヨリ良くしていく努力を重ねるべきだと思うので

ある。「良いことはカタツムリの速度で進む。」(ガンジー)という言葉の噛みしめたいものである<sup>4)</sup>。

それに長きにわたって裁判官として通常の公務員の俸給をはるかに超える報酬(判事に関する限り比較法的にみて最高といっても良いかと思われる——『絶望の裁判所』160頁参照)を国民の血税から受けてきたことを思えば(たといそれにふさわしい仕事を十分に果たされたにせよ)、その文才に任せて国民の裁判所に対する一縷の希望、期待を粉碎してしまうような文章を書くべきでないのは一種のノープレス・オブリージに属するといつてよいのではあるまいかと思考する(お二人とも卓抜した文章力の持主である。瀬木氏は在官当時から専門の著書・論文のみならず文芸評論・小説まで書いているし、森氏はもともと歴史小説などの作家になることを志望し、5年間のそれにトライする生活を経たうえて法律家の道に転じたことを語っている(森『司法権力の内幕』37頁)。決して「臭いものに蓋をする」ごとき姑息な言動を是とするわけではない。正当な批判はむしろ退官者のノープレス・オブリージに属しよう。ただ、そこに自己の私怨めいたものが無意識的にせよ忍びこんでくる危険に敏感であるべきで、そう疑われかねない表現の使用は外観的公正の見地から極度に戒心すべきだと思う。この意味において両氏の著書にはいささか疑問符が付けられても仕方がないような一般的感想を私は抱く。以上、半呆け老人の中途半端な愚論との誇りを覚悟しつつ書いておく<sup>5),6)</sup>。

これも余談めくが、畏友大澤恒夫氏(弁護士にして桐蔭横浜大学法科大学院教授)から2014年4月20日の「臨床法学教育学会」において米国のジュディス・ヴェルヒ・ウェグナー教授がその報告の中で、彼女が心がうちひしがれた時に元気を出すために、そのオフィスの壁に水田正秀(芭蕉の門人)の「葎焼けて障るものなき月見かな」という俳句を貼っているという話があってすごく感動したと聞き、その資料

も頂戴した。(Yoel Hoffman, *Japanese Death Poems*, Tuttle Publishingの22-23頁と240頁にこの句と彼の生涯について記述がある。偶然ながら、この本は私が今回(79回)のピースポートによる世界一周の船旅(南回り)に携行した書籍の中の1冊でもある。)この句も絶望の不可なるゆえんを雄弁に物語っているのだからここに言及しておきたい。

最後に今朝の新聞で読んだもう一つの絶望を強く戒める記事を引用して本節の結びとしたい。アフガニスタンやパキスタンで復興支援活動が続ける非政府組織「ベシワール会」の現地代表で、PMS(平和医療団)総院長の中村哲医師の「アフガンの地で」と題する報告である。氏は今アフガニスタンの治安はこの30年で最悪の無政府状態というべき絶望的な状況の中で、困難を極める支援活動が続けておられるのに「だが、絶望はしない。希望はある。それは、暖かく人を見守る自然のまなざしの中にある。」と書いている(東京新聞2014年5月18日(日)24面)。こういう文章を読むと、軽々しく「絶望」を口にすることは絶対に禁句だと我とわが身に言い聞かせざるを得ないのである。

## 注

- 1) はじめに、本稿における注記の仕方について説明しておきたい。もともと私の書くものにはやたらと注が多いという悪癖がある。最近における老化に伴う記憶力の急激な低下への対応策として注記を自己のメモ代わりに用いることがこの悪癖を増長させている。ひたすら読者のご寛恕を乞うほかない。でも、非法律家の読者にはいわば楽屋裏を覗くことで私の思考をより良く理解していただけるというメリットも少しはあるかと思う。そう愚考・強弁して今後ともこの基本方針を改めるつもりはないのだが、本稿は前の二つの論考の続編なので、その注記の注記といったややこしい事態も生ずることが十分に考えられ、この方針を漫然と踏襲すると読者にとって甚だ読みにくいものになる危険がある。そこで、それを避けるため本稿では注記をなるべく減らし、従来ならば注記に回すべき事項も本文の中に書き込むようにし、注記は最小限度にとどめることにした。以下、本来の注記に戻る。

瀧本哲史氏によれば、グローバル資本主義は人間の基本的欲望に基づいている以上逃れようがな

く、商品のみならず人材のコモディティ化も避けられず、そこにブラック企業の跋扈や低賃金の根本的理由がある、ということのようである。同『君に友だちはいらぬ』(2013, 講談社) 7-8頁等参照。[同氏とその著書については拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』(2013, 中央大学出版部) 39頁注29, 33および50頁注76で言及している。]しかし、氏の所論に否定しがたい説得力があることを肯認しながらも、科学技術がある意味で不必要なまでに進歩発達したこの21世紀の時代において、普通の真面目で心優しい人たち——とくに若者——が、平凡で平和な生活を営むことを可能にするような国家・社会システムが何故構築できないのか、人間の能力の使い方はどこか大きく間違っているのではないかと、半呆け老人としては痛切に思わざるを得ないのである。

本稿の締切り期限も迫ったある日、本屋の店頭で図らずもエマニュエル・トッド、柴山桂太、中野剛志、藤井聡、堀茂樹『グローバリズムが世界を滅ぼす』(2014, 文春新書)を見出し、題名と目次に惹かれて早速買い求めた。一知半解のままに卒読した限りでは、縷縷上述した経済・労働に関する私の疑問に正面から答えてくれることを精一杯試みている画期的な著作である。時宜を得た出版を心から慶賀し、著者たちに敬意を表する。(最近欧米でベストセラーになっているというバリ経済学院のトマ・ピケティ教授の『21世紀の資本論』への言及はまだみられないが、文藝春秋2014年10月号に共著者の一人の中野氏が『21世紀の資本論』新自由主義への警告』(144頁以下)を発表している。)ただ、過重労働問題には「コンビニオーナーの過重労働」という労働賃金とはやや異質の問題もある。「コンビニシステムは現代の奴隷契約」と形容されるほどオーナーにとって残酷極まるものといわれる(満園勇『消費者の利益をめぐる光と影』『UP』501号『2014』28頁以下参照)。これも早急に適切な解決が見出されるべき課題だろう。実は私は専業弁護士のころコンビニのフランチャイズのライセンス導入契約(米国企業から日本企業への)に深く関わったことがあり、そのためかこの問題も全くの他人事とはとても思えないのである。)

- 2) 本稿を書く合間に、平川祐弘『日本人に生まれて、まあよかった』(2014, 新潮新書)を読んだ。著者は東大名誉教授であるが、「まえがき」に「私は人文学者としては恐らく王道を進んだ者」だろうが、常に「反体制」でなく「反大勢」で、「論壇ではいつも主流からずれていた、というかはずされていたように感じる(3-4頁)」と書いている。私=萩原は自分と同年のこの頃の著作の若干をかねて畏敬の念をもって読んできたが、氏の政治や社会の問題に関する見解についてはほとんど知るところがなかった。それを率直に語った同書は実に興味深くかつ示唆に富む。ただし、同書は是々非々の読まれるべきやや危険な書という面もあって、私はその所論に全面的に賛同するものではない(著者もそれを望んでいないのかも——146-147頁参照)。安倍首相に対する評価や憲法改正に関する意見などはその典型的な例である。が、それにもかかわらず、全体的にみて同書は本稿の読者に読んでいただきたい良書だと考えている。

とりわけ同書に描かれているわが国の学者や学界・論壇の状況などは法曹界・法学界に属するわれわれにとって他山の石以上に有意義だと思う。

平川氏は東大教養学科を卒業し同学科の教授として終始された人であるが(同書の「あとがき」の末尾に「教養学士 平川祐弘」と記している……295頁、ちなみに注1の『グローバリズムが……』の共著者の一人中野剛志氏も同学科出身、この本を読み終えたところに、偶然にも同学科出身でキャリア官僚として在任中独学で司法試験に合格した畏友川上英一(筆名保晴)弁護士からその著書『歴史認識としての靖国参拝——戦後国際秩序／——過去, 現在, 未来との対話』(2014, 川上綜合法律事務所)の恵送にあずかった(氏との縁は互いに旧建設省中央建設工事紛争審査会の特別委員であったところから始まった)。同書には瀬木氏の『絶望の裁判所』への言及もあり、そこで日本の裁判官の大半は「法律が普通の人よりも取り柄だから法律で裁判すればよいのだが、……普通の人以上に常識で判断する。……人間の裁きはせいぜい法律の定めによって判断された事実をもって真実とする謙抑に留めるべきである〔この点は全く賛成! ——引用者注〕。真犯人を普通の人以上に常識で、裁判官が捜し見つける。これが日本の裁判の特徴だ。」云々という所論がみられる(190頁注12)。この所論への賛否は別として、同書の特色はその題名、副題が示唆するように靖国参拝の問題を歴大な文献資料を駆使して検討したところにある(氏はコリア語にも堪能であり『思想としてのコリア語ノート』(2013)という著書までものしている)。それは決して単なる教養豊かな法曹人の余技などではなく、BC級戦犯事件・シベリア抑留事件・台北二中生恩給事件の訴訟代表弁護士を務めた氏にとってこれまでの自己の仕事の意義を再確認するために不可欠の知的営為だったのでろうと拝察する(巻末の著者の略歴参照)。同書を読むことは私にとって貴重な読書体験になった。記して氏に謝意を表す。

- 3) この項を書きながら、大野更紗『困ってるひと』(2012, ポプラ文庫)のことを思い出している。これはビルマ(ミャンマー)難民問題に理論・実践両面から精力的に取り組んでいた20代半ばの女子大学院生が日本では稀な難病(筋膜炎脂肪筋炎症候群)に罹患してしまい、形容を絶する壮絶にして悲惨な闘病生活の経験とそこから生まれた意見・心情を実に率直に吐露した手記だが、その第15章では極めて優秀・誠実で患者のために刻苦勉強する尊敬すべき医師たちでさえも、いかに患者である彼女自身の生身のトータルな生活について全く無理解であるかを語気鋭く批判していることに胸を突かれる。

裁判官や弁護士の活動についても果たしてこのような優れた医師たちに匹敵するほどの評価に値する人がどれほどいるかは別として、当事者、依頼人(の真のニーズ)に対する無理解という面ではこの医師たちと全く同様の過ちを犯しているという批判が向けられる余地があるかと思う。心すべきことである。映画『ボクはやっていない』に対する瀬木氏の批判なども上記の医師の患者に対する無理解と軌を一にするものではあるまいか。また、大野氏は「はじめに」の題名を「絶望は、



しない」(3頁)とし、最終章でも「なにがあっても。／悲観も、楽観もしない。／ただ、絶望は、しない。」(333頁)と書く。やや安易に『絶望』を口にする瀬木氏や森氏に対する若者の側からの頂門の一針といえよう。

- 4) その評価は人により大きく分かれるにせよ、日本の官僚制そして司法が現在の水準に達するまでには先人たちの血のにじむような努力が存在したであろうことは想像に難くない。また、戦後司法に限ってみても、ブルーページ(『絶望の裁判所』33頁)がその一つの大きな恥部であることも否定しえない。その被害を受けた裁判官の中に多くのすぐれた人たちがいたことを私は知っている。(ちなみに、私自身は生来なんとなく「独生独死独去独来」(無量寿経の言葉と諸相)315頁)、稲荷神の使いの高貴な白キツネとタダの猫との違いは、氏と私の基本的立場、考え方の違いを象徴的に示しているのかも知れない、司法部内におけるブルーページ問題の影響は全く受けていない。要するに、上からも横からも相手にされなかったということだろう。それに私の在官時期の1954年から1969年までの15年間は、まだブルーページが猛威を振るう以前でもあった。)

このブルーページに関連する司法行政の問題点については西理「司法行政について」判例時報2141号・2143号・2144号(2012)が最も詳細にしてかつ信頼しうる情報・知見を提供してくれる。西氏は優れた法律論文もものしている一流の裁判官(退官後西南学院大学法科大学院教授)であるが、私はその誠実無比なお人柄に強く惹かれる。氏と個人的に親しくなったのは私が神奈川大学国内研究員として九州大学と福岡大学で研究をしていた当時、裁判所と大学が合同で行っていた定例の研究會を機縁としてであった。氏は上記論考の中で、司法修習21期の元裁判官・現弁護士である石塚章夫氏について「最高裁判官は弁護士から選任されるべきであると考える私でさえ、『このような人にこそ最高裁判官になってほしい』と心底願わずにはおれなかった、そんな唯一のキャリア裁判官である。」と激賞しているが(2144号34頁注1)、西氏自身もこの言葉に最高にふさわしい人物だと私は信じている。

なお、瀬木氏自身「確かに、日本の司法には、今なお第三世界にはまみられるような明らかな汚職までは存在しない。しかし、だからといってそれが本当に廉潔、公正、透明なものであるといえるのかどうか? ……先進諸国の国際水準に達していない部分もかなり存在するのではないかと私は考えている。」(『絶望の裁判所』24頁)と書いていることが留意されなければなるまい。だが、ジャパン・タイムズ紙上における“Ex-judge lifts lid on Japans corrupt judicial system” May 8, 2014, at3という瀬木氏が同紙記者に語ったとされる英文記事の内容は、誇張が過ぎて日本の司法に対する国内外の読者の信頼を不当に損ねる嫌いがあると思わざるを得ない。それに刑事裁判に対す

る言及などその経験が皆無なはずなのに裁判官歴を背景とした発言権が自己にあると考えているのだろうか。

- 5) この私見に対してはとくに森氏から強い再批判あるいは嘲笑が浴びせられるかも知れない。氏はその裁判所(官)批判について「自分のことを棚に上げて言っている……。私自身が、一番の問題裁判官だったことは間違いない。」(『司法権力の内幕』(34頁)と聞き直りともみえる言明をしているからである。私=萩原は小心翼翼たる人間なので、必死に平均的裁判官たるべく努めたものの結局それも無理だったかも知れぬ落第裁判官(候補生)である。そんな私からみると、堂々と問題裁判官と誇称(?)する森氏は自信に満ちた一種輝かしい存在である。氏は幼時に脳膜炎に罹患し、その後遺症か日常的な苦痛と一時的な判断停止状態にずっとつきまといられることになったことなどを告白されている(同書35-36頁)。だが、人間は何かを失えば他の何かを得るようになることは医学的にも証明されたと聞いたことがあり、それは私自身の80年を越える人生から体得しえた経験知でもある。「卓越した異能の人」というべき森氏の多数の著作を読みながらそう痛感するのである。しかし、それでも私はあえて言いたい。氏にもやはり退官者として国民に対するノープレス・オブリージはあるはずだ、と。

氏は「裁判官には挫折組が多い」、「精神においてのエリートはいない」(同書38-39頁)という。あるいはそうかも知れない。しかし、エリートであること(ないしその意識の持主であること)とノープレス・オブリージの存否とは別問題である。憲法以下の法が要請しかつ国民が期待する裁判官像は、彼がエリートであるかどうかとは関係ない。たとい駆出しの判事補でも逮捕状請求や勾留請求を却下する強大な権限を有しており現に行使しているのである(『雑考』51-52頁参照)。経済的待遇などの面ではまだ一般の公私の俸給生活者と大差ないとしても、両者には全く異なる面があることを看過してはならない。氏の在任期間は判事補としての6年間に過ぎず、その段階では報酬面でもまだそれほど恵まれていたとはいえないが、ノープレス・オブリージに関する限り瀬木氏と森氏との間に特段の差異はないと私は考える。

- 6) 話題は異なるが、最近政治家を始め公職者の暴言に歯止めがかからないという。東京新聞2014年6月6日(金)朝刊24-25面の「こちら特報部」はこう報じている。「ひと昔前なら『舌禍問題』として辞任を強いられたようかケースでもなんのペナルティも科せられない。表現の自由の枠を超えて、言いたい放題。」(引用は2-4面)と。ここでも一種のノープレス・オブリージによる厳しい自己抑制が求められるといえよう。それができない人はその重要な地位にふさわしくないことを自分で告白・宣伝しているに等しいことを自他ともに知るべきである。

## 2 森炎弁護士の司法パノプティコン説と裁判員裁判による司法革命論について

森氏は『司法権力の内幕』の「序章」をカフカの『審判』から始め、裁判所の「実態は、カフカの小説『審判』に描写されているとおりのものである。」と断定し(9頁)、それを「絶望的な、あまりに絶望的な実態」(214頁)と最大級の表現をしている。たまたま最近、頭木弘樹『希望名人ゲーテと絶望名人カフカの対話』(2014、飛鳥新社)という本が出たので興味を惹かれて読んでみた。そこでカフカは自己の人生について「当事者であるぼくは、希望を持っている。」(263頁)と書いている。カフカの絶望の深さは私ごときが軽々しく云々すべきではあるまいが、その彼が希望について語っていることに心を打たれたことをまず記しておこう<sup>7)</sup>。

森氏によれば、裁判所自体が「パノプティコン(監獄)」であり、裁判官は「裁判所パノプティコン」に囚われた絶望的な「司法囚人」なのである。パノプティコンとはジェレミー・ベンサム<sup>8)</sup>の提唱にかかる近代的監獄の設計思想であり、「監獄の一望監視装置」のことをいう(68-71頁など)。たしかに、このパノプティコンという規律権力のメカニズムは、氏がミシェル・フーコーを援用して述べるように「われわれの社会の根幹を成す近現代的なシステムの要所所でことごとく現れる。」(70頁)なのであって、裁判所も一種の権力機構である以上完全にその例外とはいえない。しかし、だからといって裁判官を「絶望的な司法囚人」とまで決めつけるのは言い過ぎだろう。問題はパノプティコンの影響を受ける全ての国家の権力機構のなかで、他と比較して裁判所、裁判官がどれほど相対的に司法権、裁判官の独立を保持しうるか、しえているかということだろう。氏も裁判員制度にその道を見出しているのではないか。もっとも、「裁判員制度は司法革命の足掛かりである。」市民は「司法ゲリラとなって裁判員制度を逆手に取り、司法革命への道を突き進め——霞が関を占拠せよ！」という同書の結びの言葉

(220頁)がその文字どおりのことを意味するのであれば、現に実務に携わる法律家の言として妥当とは到底思えない。この箇所などとくに一種の司法原理主義への危険を感じざるを得ないところである。

(瀬木氏の「裁判員制度過小評価論」)に対して森氏のそれは「裁判員制度過大評価論」である。最高裁事務局を中心とする司法官僚制に対する激越な批判において共通する面を有しながら、両者は興味深い対立を示す。またパノプティコン説については、瀬木氏は明言していないけれども、「見えない檻の中の裁判官達」(『民事訴訟の本質と諸相』203頁)などという表現を使っていることからみてあるいは実質的にこの説に同意しているのかも知れない。もっとも氏は、「フランツ・カフカが短編『流刑地にて』で描いている処刑機械、その主人をも処刑してしまう不条理な精密機械こそが、このシステムの真の支配者なのだろう。」(『絶望の裁判所』205頁)と別の表現を用いている。ちなみに、本作品には様々な解釈があるようで、私ごときには手に負えない。パノプティコン説のほうが分かりやすいと思う。もっとも、同説に対してフーコーが描いた規律訓練型権力から管理型権力への移行、変容が指摘されていることが注目されるべきである(大澤真幸『生権力の思想——事件から読み解く現代社会の転換』(2013、ちくま新書)参照。)

森氏の論述には他にも明らかに過剰または誇大と思われかねない表現がある。例えば、「刑事裁判官として……2、3か月も経つと、それこそ機械的に右から左へ事件を処理していた。／死刑判断に対しても、さほど気持ちを動かされることはなかったし、——いや、その言い方は嘘になる。実際には心の動揺など少しもなかったからである——」(『司法権力の内幕』63頁)という記述などその典型例である。これは死刑判決を下すおおむねの刑事裁判官の心理に反するだろうし(「雑考」77頁注107参照、その極限的事例が熊本典道氏のケースである——

「雑考」74頁以下)、いかに司法囚人であったとはいえ鋭敏な人権感覚に富む(はずの)氏が自身そのような冷血漢的心情にあったとは到底信じられない。(氏は死刑宣告事件の第一審に左陪席裁判官として関与しているが、その事案は東京都国立市で発生した凶悪無残な家庭の主婦の殺人事件である。ただし被害者は一人。

—森『死刑と正義』(2012, 講談社現代新書)第1章。「死刑判断に対しても、さほど気持ちを動かされることはなかった」というのはこの事件のことを意味するのだろうか。だとすれば、他の多くの裁判官も(私であっても)同様の判断をしたと思うが。)

また、氏は團藤博士について最大級の形容で高く評価しているが(同書200-201頁)、博士が日本の代表的刑事法学者の一人であることは自明の事実であるにせよ、少なくともその死刑廃止論には理論的弱点があることは私の指摘したところであり、また、博士は森氏が熱狂的に支持する裁判員制度に対する絶対的な反対論者なのである(「前稿」51頁以下、53頁注39など参照)。この後者の点について森氏は全く言及していない。もし知っていながら口を閉ざしているならば、それは知的誠実を欠く行為といわざるを得ない。

氏は東大法学部の出身なので、あるいは團藤博士は氏の恩師なのかも知れないが、学問の世界においてはたとえ恩師の説であっても神格化してしまうことは絶対に禁物である。「釈迦に説法」を承知のうえでいう。学問の世界は宗教信仰の世界とは異なるのである(もっとも後記『教養としての冤罪論』117頁では博士に関するクールな叙述がみられる)。

氏の『教養としての冤罪論』(2014, 岩波書店)は、裁判員が「市民感覚だけで、どうやって誤判を回避し、冤罪を出さないようにできるか。その方法論を開示する」(vi頁)野心的な労作であって、「一言でいえば、冤罪を日常的感觉で知ることを可能にする、そのための試み」(vii頁)という。しかし一応通読した限り

では確かに有益な論述だと思ふけれど、一般市民にとってはいささか高踏的に過ぎ、必ずしも通読が容易な裁判員用テキストとはいいたいがたい気がする(私自身が旧弊な刑事裁判官の思考に毒されているか、もしくは老化現象で著者の清新な所論を的確に理解できていないか、またはその双方が原因かも知れぬが。)

(森氏の著作を読んでやや奇異に思うのは、氏の法曹歴はすでに弁護士のが在官時代の2倍以上に達しているのに、(刑事)弁護的な発想がその著作の上にほとんど感じられないことである(私の偏見か<sup>8)</sup>)。氏の刑事裁判に関連する著作は大変な数に達し(私はその全部には目を通していない)、弁護士実務と著作活動を両立させているとしたら、その精力的な活動に驚嘆するほかないが、あるいは弁護士実務のほうは名目だけで「弁護士という名の著述業」に徹しておられるのかも知れない。しかしそれでは、少なくとも司法部・法曹界内部の読者に対する訴求力は乏しくなる気もするが、そんなことは十分に承知のうえでの氏の戦略だろうか。)

私は、裁判員はこの本をとくに勉強しなくても一市民として有するサウンドな常識(良識<sup>9)</sup>)を動員して職務に当たれば足りるのではないかと考える。そしてその場合にはかつて私が司法試験受験生としての適格、したがって現代社会における法曹としての基本的資質について提唱した「3Yの原則」は裁判員諸氏にとってもある程度まで有効ではないかと思うので、厚顔の誇りを受けることを承知しながらそれを以下に再掲しておきたい<sup>10)</sup>。

「第1のY 柔かな頭

第2のY 優しいハート

第3のY 勇気

……硬直した頭の持ち主の強烈な正義観は、彼または彼女が権力を有するとき恐るべき害悪をもたらす危険がある……。／柔かな頭と優しいハートが正義としたことが勇気によって実行されれば、価値観の多元化した現代社会にふ

さわしい正義の実現がそこに自ずから可能になるだろう。／柔かな頭とは、あらゆる面において柔軟な思考ができる頭脳を意味する。たとい切れ味が良くても硬直した頭は望ましくないと思う。／優しいハート、勇気についてはとくに説明する必要もあるまいが、後者についてはやはり一言しておきたい。／どんなに優れた柔らかな頭も、限りなく優しいハートも法曹の職務の遂行においては、勇気を欠くときは所詮無益である。私はこれまでの法曹人生において、ものすごく頭のいい人が、十分な勇気を欠くためにその職務の遂行において必ずしも尊敬に値しない、という悲しむべき事例を目にしたことが一再ならずある。非才・小心の私にとって、こよなき他山の石にしてきたつもりである。」

森氏の著書を読破してそれを参考にしたい人はそうしたら良いだろう。しかし、その余裕のない人やその必要を認めない人は、上記の僅か十数行の拙論に目を通していただければと願う次第である。

公平を期するために附言する。氏は「死刑冤罪でも最もひどいのが、松山事件だった。捏造された証拠で死刑を言い渡し、確定させていたからである」(『司法権力の内幕』85頁、同事件については85-89頁)という。私にご承知の方も多いと思うが、同事件の第一審判決に左陪席裁判官として関与した者である。この事件の有罪判決に関与した裁判官の(おそらく)最後の生残りとして私はこの批判をそのまま全身で受け止めなければならぬ。それはそれとして、本稿で同書ないし同氏について批判的論及をする際には私の立場が無意識的にバイアスとして影響している可能性を否定し切れない。意識的にはそれを避けるべく極力努めたつもりだが、結局は読者のご判断に委ねるほかない。

## 注

- 7) 余談だが、日下(2014年5-6月)神奈川県平塚市美術館で個展が開催中の早逝の画家石田徹也は

カフカの愛読者で、その絵画表現におけるカフカとの類似性が論じられている。『石田徹也全作品集』(2010, 求龍堂) 127, 216頁等参照。さらに余談を重ねて、この素晴らしい美術館を読者に知って欲しいと思う。私は勤務先の神奈川大学の平塚キャンパスが同市内に所在することから同市の情報公開制度の確立に当初から関わっており、長年その審査会の会長を務めた。それで、市庁舎に近接する美術館には昔から何度も足を運んでいる。ここのレストランの窓から庭園に設置されたゆるやかに回転する巨大なステンレス・スチールの抽象彫刻を眺めながらコーヒーを喫するのはまさに至福の一刻で、今でもときどきこの美術館を訪れる。(この作品については、平塚市美術館に問い合わせる。作者はホセ・デ・リベラ(1904-1985)、スペイン系米国人。作品の高さは台座を含めると約7.5メートル(作品自体では6メートル)。一見動いているように見えないスピードでの回転も作家の指定による。リベラの作品はこれが日本では初の設置とのこと。)

- 8) 冤罪の真の原因が犯人である被告人の虚言に基づく場合もありうる。最近これが大きな話題を呼んだのは片山祐輔被告人のPC遠隔操作事件である。もしこれが殺人事件だったとすれば、被害者遺族の心情は実に複雑極まるものがあったに違いない。「インタビュー それでも弁護しますか オビニオン」朝日新聞2014年6月7日(土)朝刊15面参照。

- これは同被告人の弁護人の佐藤博史弁護士に対してインタビュー記事である。佐藤氏は現代日本におけるトップクラスの刑事弁護士の一人であるが、このような事案における刑事弁護ひいては刑事裁判の難しさを率直に語っている。なお、氏がそこで「取り調べの可視化は、取り調べの適正化のためだけでなく、真実を明らかにするための捜査側の最強の武器であると悟ってほしいと思います。」と述べていることは注目に値するといえよう。
- 9) 私はここであえて「健全な常識」という表現を避けた。それは裁判員制度の導入の目的について「専門性と健全な常識との相互作用」ということが説かれているが(葛野尋之「裁判員制度と刑事司法改革」法社会学79号40頁など、本号については後述4の「取調べの可視化」問題を参照)、この「健全な常識」と私のいう「サウンドな常識」とは少なくともややニュアンスが異なることを示したかったからである。私はかつて「これは私の持論だが、法律家は少しやましいところがあった人のほうが適していると思う」と述べたが(「前稿」55頁など)、それとも関連している。普通の人間はたいてい少しやましいことをしながら生活を送っている(たぶんそうしなければ生活できない)。裁判員に要求される健全な常識とは決して石部金吉的な真面目人間の持つ常識ということではないはずである。

あえて誤解を招く言い方をすれば、例えば微罪を犯して豚箱入りをした程度の愚行の行過ぎ(「愚行権」というものがある)は、警察の実態の一面を知る意味では彼のサウンドな常識の事実的基礎の一部を成すといえるのではあるまいか。ちなみに、少年の刑事事件を担当したある裁判員経験者

は「正直、私自身がグレていて、やんちゃな時代があったので、被告人が犯罪に至った経緯がよくわかるんです。」(田口・後掲『裁判員のあたまでの中』59頁)と述べている。

- 10) 拙著『裁判法の考え方』(1996, 信山社) 200-201頁, 初出は1990年)文中の「法曹」を「裁判員」と読み替えていただければ, この論述は裁判員の職務の執行——事実認定や量刑——においてもある程度役立つのではあるまいか。\* 拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』45頁注56参照。

なお, 「柔らかな頭」を作るための特効薬的読書として田辺聖子『ほととぎすを待ちながら 好きな本とのめぐりあい』(1995, 中公文庫)を是非ともお勧めしたい。同書は表題のとおり「好きな本とのめぐりあい」を語った出色のブックレビュー・エッセイであり, 著者の豊かな文才と卓見が遺憾なく示された好著である。同書には裁判員裁判に関与する人にとってすこぶる参考に資する論述が少なくない。とくに「いけない小説のたのしい美味——美の乱酔」, 「漂流する神々——宗教と小説」はその適例である。氏を単に関西的ユーモアを堪能させる筆達者の作家(例えば「カモカのおっちゃん」が登場するエッセイなど)と誤解している読者(恥ずかしながら私もその一人だったのだが)は同書を読めば瞠目させられること請合いである。

### 3 デイヴィッド・S・ロー教授のみた日本の司法

デイヴィッド・S・ロー, 西川伸一訳『日本の最高裁を解剖する アメリカの研究者からみた日本の司法』(2013, 現代人文社)は, 「日本の最高裁が違憲立法審査権を十分に行使してこなかったのはなぜかという, 因果的な疑問に関するものである。」(iv頁)が, その第2部の結論は「司法官僚制の支配を断ち切る」(124頁)というものであり, 最高裁の司法官僚制に対する批判的検討がなされている。最高裁の司法官僚制の問題は瀬木, 森両氏の上記著作における主要テーマであり, この意味で三者は共通面を有する。そこで, その限りにおいてロー氏の著作にも言及することにしたい。

(1) 前説的に——矢口氏の所説について一言「雑考」において『矢口洪一オーラル・ヒストリー』研究の重要性と難しさについて指摘した(58頁)。同書における矢口氏の「闘う司法」に関する発言(151-152頁, 記者西川教授による記述)を読んで, 上記の難しさをさらに痛感させられた。彼は天才的な君子豹変の人物

か, それとも時と場合に依じて全く異なる側面を示す多面的な知的相貌の持主なのだろうか。その裁判官歴の大部分を司法行政の仕事に従事し, 「ミスター司法行政」とまでいわれた人がここでは司法行政ではなく裁判の重要性を力説強調している。彼の所説を的確に理解することは私ごとき単細胞の人間には途方もない難事に思われるのである。例えば, 彼の「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。(中略)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。一通り研修をすれば使えろと, 私は思う。」という言葉(「雑考」58頁)と「闘う司法」の裁判官像とは果たして両立しうるのか。誰しも疑問を抱くのではあるまいか。(頃日, 御厨貴編『園部逸夫オーラル・ヒストリー タテ社会をヨコに生きて』(2013, 法律文化社)を読んだ。矢口氏についてもこのようなオーラル・ヒストリーの全文(と思われるもの)が公刊されれば, もう少し彼の発想の全貌の解明が容易になるかと期待するのだが, あるいは逆にもっと解渋になるのかも知れない。)

#### (2) 司法制度政策と最高裁判所調査官制度

ロー氏は最高裁の違憲立法審査権の消極的行使の重要な原因の一つに, 最高裁判事に対する制度的圧力として最高裁調査官制度の存在を指摘する。この指摘には正当な一面もあると思われるが, それは実はかなり以前からいわれてきたことである。それを端的に表現するのが「調査官裁判」という言葉であろう。しかし, 同書にはこの言葉が見えないのはもちろん調査官制度に関する日米の先行研究に触れるところがない(それはヘイリー, ラムザイヤー両教授などのものばかりではないのだ)。同書には多くの(元)最高裁判事へのインタビュー記事が援用されているが, その発言内容の若干はすでに(元)最高裁判事が顕名で堂々と語っていることなのである。拙稿「最高裁判所調査官制度の比較法的検討——スウェーデンにおける上告調



査官制度 (revisionssekretare) の紹介を中心として」(民商法雑誌 81 巻 1 号 (1981) 中の「四 わが国の最高裁調査官制度の問題点と改革のための提言」(31 頁以下) を参照。なお私見によれば、日本の最高裁調査官制度の改革の在り方を考えるためには、米国最高裁のロー・クラーク制度よりもスウェーデンの調査官制度のほうがはるかに有用だと思われるので、識者のご一読を切望したい。この拙稿は発表した年の法律時報における「学界回顧」でその担当者の井上治典教授からすこぶる好意的な評価・紹介を受けたが<sup>11)</sup>、その後寡聞にして拙稿に言及してくれた人を知らない。

ここは最高裁の違憲立法審査権を論ずる場所ではなく、また現在の私にその用意は全くないけれど、日本およびスウェーデンの最高裁調査官制度についてかつていささか研究をしたことのある者として、若干の基本的疑問を述べることをお許しいただきたい。

周知のとおり裁判所による違憲立法審査制には米国や日本のように通常事件の審理に関連して違憲問題の審査をする場合とヨーロッパ諸国などのように憲法裁判所を設けてそこで違憲問題の審査をもっぱら取り扱う場合とがある(ロー氏のいうアメリカ型とヨーロッパ型——126, 144 頁)。両者はその裁判官の経歴、能力などがかなり異なるし、その果たすべき、そして果たしている機能を軽々に同様のものとして比較検討することにはかなり無理があると思う。それを承知しているはずであるのに、ドイツの連邦憲法裁判所と日本の最高裁判決との違憲無効判決の数を単純に比較して議論するなど(4 頁)、明らかに問題ではあるまいか。(瀬木氏は、米国の連邦最高裁も実質的にみるならばドイツ型の憲法裁判所に近い機能を果たしている、というが(『絶望の裁判所』229 頁)、両者の異なる面にも十分に目配りした考察が必要だろう。)私は日本の最高裁があまりにも保守的であり、その違憲立法審査権の行使が稀有であるというロー氏の結論の当否については直ちに明確な私

見を述べる自信はないものの、その結論に簡単に同調することにはやや躊躇せざるを得ない。

たまたま本稿執筆中の 2014 年 5 月 7 日にタイ憲法裁判所はインラック政権が行った国家安全保障会議事務局長の人事を違憲とする判決を言い渡し、インラック首相は即時失職し、人事に関与した 9 閣僚も失職に追い込まれたことを報じている。そしてタイの政治学者は、「現在の政治危機はさらに悪化し、話し合いで物事が決まらなくなるかもしれない」と指摘している。ここまで政府与党と反政府派との対立が激化したのは「階級闘争」的意味合いが背景にあるからだという。(東京新聞 2014 年 5 月 8 日(木)朝刊 1, 3 面)。今この違憲判決の当否や背景にある階級闘争的なものは是非について私には的確に判断する能力がない。しかし、裁判所が民心・国論を二分するような重大・深刻な問題に介入し違憲立法審査権を積極的に行使することが果たして一国の望ましい憲法秩序の在りなのだろうか。(内外の新聞や専門家はこれを「司法クーデター」とよんでいる。今日の世界における最大の政治危機とみる識者もいる。上記 3 面, Michael J. Montesano, *The travails of Thailand*, *International New York Times*, May 10-11, 2014, at 9, Tom Plate, *It's a Thai thing: ditching the new for the old*, *Japan Times*, May 13, 2014, at 9.)「バウイン・チャチャワーン・ボンパン氏 聞き事」東京新聞 2014 年 5 月 22 日(木)朝刊 3 面も「司法の政治介入であり、『司法クーデター』という批判は正しい」という(氏は京都大学東南アジア研究所准教授でタイの元外交官)。事態はその後ついに軍によるクーデターにまで発展した。今後どのようにそれが展開して行くのか、全く予測を許さないものがある。

わが国における違憲立法審査権の行使について慎重のうえにも慎重を極めるかにみえる最高裁の態度もそれなりに評価されてしかるべき面があるのではないか。外国の研究者が一刀両断的な結論をその研究の成果として発表すること



にはもっと謙抑的であるべきではないだろうか（これは一般論として、とくに米国の研究者による著述について往々抱かせられる所感だが）。この問題に限らず、同書について私は僭越ながらやや研究が手軽なような印象を払拭できない。記者西川氏の「日本政治の入り組んだ事情にまで目配りするロー教授の筆致には、羨望を通り越して嘆息するほかなかった。」(148頁)という評価もある程度肯認したうえでそう思うのである。一読者としての皮相かも知れぬが率直な読後感であり、また菲才ながら外国法・比較法の対象として長年スウェーデン法と取り組んできた者の自らに対する戒心の言葉でもある。

（日本とタイでは民主主義の基盤、成熟度が全く異なるから、日本の違憲立法審査権の行使の問題についてタイのそれを引合いに出して云々するのは不適切だと批判されるかも知れない<sup>12)</sup>。しかし、わが国の狂った軍国主義の時代を少国民として肌身で経験している私には、現在のキナ臭い政治や社会の状況をみていると、ちょっと油断をすれば日本も昔の狂気の時代に逆戻りしてしまうのではないかという深刻な危機感、恐怖感を否定し切れないのである。）

## 注

11) この「学界回顧」では、拙稿を「根源的な問いかけを含む諸論稿」の一つとして、「我が国の調査官制度のあり方に対して、その職務権限および活動についての法的規制の必要を提言する問題作」で、「これまでとかくタブー視されてきた問題に対して勇氣ある提言をなす。」(同誌53巻13号119頁)と評価・紹介してくれた。

悲しい情報を附加しておかなければならない。わが国の民事訴訟理論における「手続保障の第3の波」学派の主導者の一人として華々しい学問的活動を行っていた井上氏は2005年に突如不慮の死に襲われてしまった。学界のためにも惜しんでも余りある痛恨事である。1984年中私は半年ほど九州大学に神奈川大学国内研究員として滞在し、氏とは格別に親しい間柄であった。その期間中に所用で九大を訪れた東大の高橋宏志教授と3人で一夜痛飲したことは、私にとって今もなお昨日のことのように鮮明で愉快な思い出である(井上、高橋両氏は学問的傾向を異にしながらも、真の親友(心友)の仲と見受けられた。)悲哀と懐旧の情に耐えかねた筆の走りをご寛恕賜りたいと思う。

12) ある程度の「司法権の政治化」はどこかの国の司法を見ても否定しえない現実といえようが、その程度と功罪に関する判断はすこぶる難しい。布川玲子・新原昭治編著『砂川事件と田中最高裁長官——米解禁文書が明らかにした日本の司法』(2013、日本評論社)に対する法哲学者長尾龍一教授の書評は短文ながらこの難問について示唆に富む洞察の片鱗を語っている(自由と正義65巻7号(2014))。それにまた上述した法曹一元というテーマの一環を成す問題でもある。この書評にもっとスペースが与えられていたならばと惜しまれてならない。同氏の端倪すべからざる批評力を知るがゆえである。ちなみに、大塚滋教授はその著書の中で「わが国のケルゼン研究の最高峰に位すると言って過言でない長尾龍一」という最大限の形容を用いている(後掲第2注11・同『説き語り 法実証主義』2頁)。

## 4 田口真義編著『裁判員のあたまの中 14人の はじめて物語』(2013、現代人文社)

これは素晴らしい本である。自身が裁判員経験者である田口氏が13人の裁判員経験者との間で行った12のインタビューと1の対談の記録を主な内容としている。適宜挿入される氏の説明やコメントがなかなか的確で、インタビュー等の内容の理解をヨリ鮮明かつ奥深いものにしてくれる。しかもその文章はプロのライターの手になるかと思わせるような出色のものである。巻末の編著者略歴によれば、氏は短大中退後、配送や港湾労働など十数種の職を経て現在は不動産業を営む(宅建主任者)とのこと。失礼ながら、いったいどこでどのようにしてこれほどの見識と文章力を身につけられたのだろうか(「あとがきにかえて」で編集人の桑山亜也氏の協力に言及されているが)。80歳を過ぎながら未だにまともな日本語を書くのに苦労している私など恥ずかしい限りである。実は私はかつて何回か裁判員経験者と裁判員裁判の研究に熱心な弁護士とによる定例の研究會に参加させてもらったことがあり、その常連である田口氏にもかねて一応の面識を有しているのだが、同書を読んで改めて「野に遺賢あり」という言葉の真理性を痛感させられた。また、インタビュー等に示された裁判員経験者諸氏の発言内容に多大の教示と示唆を与えられ、この言葉は全

員に妥当するものであることに気付かされた。ここに同書の共同著作者というべき全ての裁判員経験者諸氏に対して心からの敬意と謝意を表する次第である<sup>13)</sup>。

なお、同書には「専門家に聴く」という部分があり、杉田宗久教授（元裁判官、裁判員裁判に豊富な経験を有する）、宮村啓太弁護士（日弁連「裁判員本部」事務局次長）、ダニエル・H・フット教授（元米国連邦最高裁・地裁のロー・クラーク）、飯考行准教授（元日弁連司法改革調査室研究員）計4氏が意見を寄せられている。いずれもすこぶる有益なもので同書の理解を大いに助けると思う。ただ、誤解を避けるため私自身はそこに述べられている意見の全てに必ずしも同調するものではないことも附言しておきたい。それは本稿の関連箇所でも明らかになるはずであるからここでは言及を割愛する。

## 注

13) 同書に触発されて少し昔話を語りたい。私が司法に対する国民参加という問題の重要性を真に認識させられたのは、裁判官としての最後の任地である松山地・家裁西条支部における支部長としての経験を通じてであった。支部長は支部における司法行政事務の長なので、裁判事務以外にもいろいろな仕事に関与しなければならず、その中には民事・家事調停事件における委員たちとの頻繁な接触（懇親会への出席なども含む）や検察審査会審査員の選任手続への関与などがあった。後者は審査員の選定手続に立ち会ったり、新たに選任された審査員に対して裁判所の長として「諭告」を行うことだった。これに関連して今でも鮮明に記憶しているエピソードがある。

ある老舗の若い嫁が審査員に選定されたのだが、彼女が半分泣き顔で支部長室に飛び込んできたのだ。審査員になるなんて到底昔堅気の姑が許してくれるはずがなく、もし引き受けると離婚されてしまうかも知れない、どうか審査員から外して欲しいと訴えるのである。その際は「一旦選任された人を外すことなぞできない、姑さんが反対ならば支部長の私が良く説明して納得してもらおうから裁判所にお連れしなさい」と言ってなんとか帰ってもらった。その後別に連絡もないのでちょっと気にはなっていたものの、そのまま忘れかけていた。ところが、半年の任期満了後再び支部長室を訪れた彼女はなんと最初とは打って変わって元氣潑刺とした様子で、「審査員の職務は本当に遣り甲斐のある仕事でした。良い仕事をさせていただいて今では心から感謝しています」とお礼を述べる

のだった。これは実に驚異的な忘れがたい体験だった。

また、調停協会の会議の後の懇親会などの席では人生経験豊かな調停委員諸氏から多くのことを教えられたが、中にはとりわけ調停事件に情熱を傾ける数人の委員がおられ、本当に頭の下がる思いであった。回顧すれば、調停委員たちとの接触は私にとってまことに貴重な「生ける人生・社会大学院における学び」ともいうべく、その中心科目に「司法に対する国民参加」があったように思われるのである（ちなみに、退官時の私は38歳、支部長在任は最後の1年のみだった）。

上述した在官中の経験が、私をしてスウェーデン留学中とくに参審制について突っ込んだ研究をする気を起こさせる原動力になった。私の司法に対する国民参加の問題への関心の芽生えは、わが裁判官としての最後の任地の管内の人びとから与えられたものであることを誇らしい記憶として明記しておきたいのである。

## 5 事実認定における専門性と素人性—— 蓑田速夫『裁判と事実認定 事実とは何か』（1996、近代文芸社）の先駆的卓見

わが国を含めて多くの国々では漠然と法律家とくに裁判官が裁判における事実認定の専門家であることは当然自明の事実と信じられている（きた）。たしかに法定証拠主義のもとではそれに疑念を挟む余地はないようである。しかし自由心証主義を基本とする諸国をみると英米法系ではとりわけ刑事裁判において事実認定を非法律家に委ねる陪審制を採用しており、大陸法系の多くも参審制によって事実認定に非法律家の参加を承認している。そこで素朴な基本的疑問として、事実認定における法律家と非法律家の優劣が問題になろう。

そもそも事実認定において法律家は素人に全く勝るところがないのだろうか。とりわけわが国の（事実審）裁判官はその最大のエネルギーを事実認定に注ぐといわれるのに、どうしてその事実認定が素人のそれよりも劣ることになるのだろうか。わが国の国民参加の議論においてこの問題が突っ込んで議論されたことはないといつてよい。これまで議論されてきたのは、裁判官の法意識（検察官・捜査官的なそれ）とか、圧倒的多数の事件が有罪であることからくる悪

い意味での事件への馴れというような一般の問題である。もちろん、それも大切な問題であるけれども、事実認定の問題はこのような一般論のみに解消できるほど単純なものではない。だとすれば、裁判員制度の導入はわが国の事実認定論に対していわば天動説から地動説への転換にも比すべき変容を要求するものであったといっても過言ではないはずである。しかしながら管見の限りではこのような要求に応えていない事実認定論は皆無に等しい——僅かに一つの例外を除いて。その例外こそ蓑田氏の著作なのである。ちなみに同書の刊行は裁判員制度の導入前であることに留意されたい。

著者の蓑田氏は裁判官として定年まで在職し、主として民事裁判に従事されたようであるが、かなり豊富な刑事裁判の経験も有していることはその論述から読み取れる。それゆえ氏の事実認定論は、民事、刑事の双方を視野に入れたものであり、とくにその中の「第一章 裁判における素人性と専門性」は司法に対する国民参加の問題を考えるうえで極めて有益な示唆に富む。私は同書を読んでまさに目から鱗が落ちたに等しい強烈な読後感を覚えた。そして当時寄稿を求められていた『法の支配』誌に発表した拙稿「刑事参審制度について」の中で上記「素人性と専門性……」の内容をかなり詳細に紹介した(同誌 106号(1997)、のち拙著『訴訟における主張と証明の法理』(2002, 信山社)に「第7 事実認定における専門性と素人性——刑事参審制度について——」と改題して収録)。その所論の重要性に鑑みれば、「雑考」において当然その紹介を行うべきだったのであるが、その執筆当時は同書のことを全く失念していたらしい。この過誤は「雑考」47頁注4),5)において上記拙稿に全く言及していないことから察せられる。老化に伴う記憶力の劣化のゆえとはいえ、同書の著者蓑田氏に対して大変申し訳ない次第である。が、いまさら後悔しても始まらない。遅蒔きながらここでその責めを果たすことにする。(もっとも、拙著『検証・司法制度改革 1

法科大学院・法曹養成を中心に』《2013, 中央大学出版部》59頁では同書を「事実認定に関する極めて優れた必読に値する好著」、「法科大学院における事実認定に関する教材として最良のものに属しよう」と紹介している)。氏の基本的見解の要旨はこうである。

氏は訴訟の進行の指揮すなわち手続形成的な面(主張整理, 証拠の取捨選択・取調べなど)と、その過程で次第に心証を固め事件の最終的結論を得るとする事件の「判断」すなわち実体形成的な面とを区別し(両者は場合に応じて互いに原因となり、結果となるという密接な相互関係にあるけれども、区別することが可能である)、前者は法律家—裁判官の専管事項であるが、後者については職業裁判官と素人との間に優劣の差はない、とする(83-84頁, 86頁)。

法律の「専門家が専門家である所以は、法律の制度仕組みについて広い組織的な知識を持ち、紛争処理に関する技術に通じていること、にある。そこが素人と決定的に違うところであるとともに、それ以外には、技術を生かすためにはバランスのとれた深い世間知が必要である点において、素人との間にいささかの差異もなければ誇るべき専門的優越性もない」(同書 86頁)という。

また、人のする判断には動的・同時的・関係者の・主観的な判断と静的・事後的・第三者的・客観的な判断とがあり、前者では専門性が支配するが、後者では素人に委ねることができる。例えば医師が患者の診断の過程で想定病名を決定するという実践的判断は前者に属するが、医療過誤訴訟における医師の処置が過失に当たるか否かの判断は後者である(94-95頁)。

氏によれば、「裁判における真実又は事実は、……客観的合理的判断であり、」それは「誰が何を基準として決めるのかといえ、民主主義社会においては、最終的には民衆の健全な常識によると言わざるをえないのではなからうか。」(109頁)ということになる。

なお、氏は陪審員の判断に適した形に単純化できない事件が多いわが国における国民参加の形態として参審制の検討を提言していることも附記しておこう。

氏の事実認定論が他のそれを圧して優れているのは、自由心証主義のもとにおける事実認定論としてこれに最も適合的なものだという点にある。事実認定論は法定証拠主義から自由心証主義への転換に伴い、法定証拠主義のもとで当然自明視されていた法律家が裁判における事実認定の専門家であるという基本的前提が、自由心証主義のもとで果たしてそのまま維持できるかどうか改めて検討し直さなければならなかったはずである。なぜならば、自由心証主義のもとでは法律家、裁判官が事実認定に必要なかつ十分な経験則を素人以上に有しているわけではないから（また、それはことの性質上法学教育における学習が至難である）、事実認定の専門家なるものは存在しないか、またはすべての人がある意味では専門家（自分の職業分野、生活経験の範囲における）だということもできるからである。しかし管見の限りではわが国の事実認定論でこのような厳しい省察を試みていると認められるものは残念ながら皆無に等しい——唯一の例外を除いては。上述のとおりその例外こそが蓑田氏の実事認定論なのである<sup>14)</sup>。

## 注

14) 上記拙稿 321-322 頁参照。そこでは、「東京三弁護士会陪審制度委員会」の『参審制度要綱試案』に対するコメントという形で、わが国における刑事参審の制度設計について、一応の私見を述べている。この部分を含めて上記拙稿は今日の観点からみてなお若干の意義を有しうると自惚れている。識者のご一読を賜ることができれば幸いである。

## 6 「雑考」(神奈川ロージャーナル6号)への補充的記述

\* 平野龍一博士を中心とする参審制の研究會——「雑考」47頁注6への補充の1

「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。」と書いたが、参加者の一人である平良木登規男教授の著書によると、「ほぼ隔週に、2年半ほど続いた。」(同『国民の司法参加と刑事法学』(2014, 慶応義塾大学出版会) iii 頁) とのこと。私の記憶は全く当てにならないものなので、平良木氏のいうとおりに訂正する。

\* 「陪審裁判を考える会」、そして四宮啓弁護士のことなど——「雑考」47頁注6への補充の2

(1) 私は参審制論者であるが、「陪審裁判を考える会」にはかなり以前から関係していた。入会の時期や動機は覚えていない。私の神奈川大学法学部・同大学院における教え子である松本肇君(彼は万事に好奇心旺盛で、多方面で活躍しているようなのでその職業を正確には把握していないけれど、一種のフリーライターといえようか)がアクティブなメンバーであったことから同君の誘いで入会したのかと思っていたが、それは逆で私が彼を同会に引き入れたらしい。以下に記すところは主として同君の話に基づく(彼は私の照会に対して後記飯室氏に尋ねるなどいろいろ調べてくれた。記して謝意を表す)。同会は刑事法学者、弁護士はもちろん、陪審制のみならず広く司法に対する国民参加に関心を有する多種多様な職域の市民を包含する集まりで、現在も存続しているようである。設立は1981-2年のことで、事実上会を立ち上げたのは私の同期の知友で刑事弁護士として著名な倉田哲治氏だったという。私はその後別に退会もしていないが、裁判員制度施行後は関心が薄れてしまい、すっかり疎遠になっている。私が密接に関係していた当時のメンバーで記憶にあるのは庭山英雄博士(刑訴法)、同期の畏友後藤昌次郎弁護士(第2の注4参照)、米施政下の沖縄で陪審員を経験し、それに基づく著書『逆転』を著したノンフィクション作家の伊佐千尋氏、ジャーナリストの飯室勝彦氏(当時東京・中日新聞論説委員、のち中京大学教授)、

心理学者の黒沢薫氏（東洋大学教授）、弁理士の滝田清暉博士、加えて後述する四宮啓弁護士である（順不同に挙示）。会則はなかったものの、一応代表は存在しており、伊佐、後藤、庭山、飯室氏がほぼこの順序で代表を務められたようである。

なお、最近ジャパン・タイムズ紙上に伊佐氏に関するコーリン P. A. ジョーンズ教授のエッセイ（一面全体に近い）が掲載されているので記しておく。Collin P. A. Jones, *Dreaming of a Japan with juries, without U.S. bases*, *Japan Times*, June 19, 2014, at 9. 毎夏熱海の温泉旅館などで行う一泊の研究会はとりわけ有益かつ楽しい催しで、これには意想不到的大物が講師役で参加されることもあった。その一、二を挙げると元高裁長官の内藤頼博氏（学習院長等を歴任）、司法審の委員だった高木剛氏（当時「連合」（日本労働組合総連合会）副会長、その後会長）がそうである。内藤氏は大名華族の出身（子爵）だが、庭山氏とは学習院（高等科？）で先輩・後輩の関係にあったところから、彼に口説き落とされたようである。ちなみに、私を買い被って（たぶん）やや強引に神奈川大学法学部教授にくださった磯野誠一先生（元東京教育大学教授、のち神奈川大学教授）と内藤先生とは大変な親友の仲であり、私もかねて磯野先生を介して内藤先生には面識があった。内藤先生は戦後日本の民主的な司法制度の確立に甚大な寄与をされた方で、その司法研究の成果である『終戦後の司法制度改革の経過——事務当局者の立場から』（司法研究報告書第8輯第10号、第1分冊（1959）—第5分冊（1961））はまことに貴重な文献資料というべきである。残念ながら（何か公開を憚る理由があるのか）最高裁図書館の書棚から姿を消して久しいと聞く。（私は数年来足が不自由なため最高裁図書館を訪ねることを断念し、現在ではもっぱら東京弁護士会・第二東京弁護士会合同図書館を利用しているが、まだ頻繁に最高裁図書館に通っていた頃もすでに上記文献は書棚に見当たらな

かったように記憶する。）

(2) 頃日、四宮啓「日本における死刑量刑手続について——その公正性・倫理性そして憲法適合性——」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（2014、成文堂）所収を頂戴して読んだ。氏は現在国学院大学法科大学院教授など（かつては日弁連司法改革調査室長）として活躍しており、多忙を極めると推察されるが、同論文は周到・精密な論考である。おそらく寸暇を惜しんで執筆に精進されたことであろう。私は残念ながら死刑問題については氏と意見を異にする点が多いけれども、それは別として氏の真摯な学問的営為に敬服する。例えば、私が氏と初めて出会ったのは随分昔のことで、上記「陪審裁判を考える会」の集まりにおいてであった。その後間もなく氏は陪審裁判を本場の米国で研究したいという熱意に駆られ、弁護士活動をしばらく休止して家族同伴で渡米・留学するという、経済的に大変な勇気を要する行動を実現された。（私自身も38歳で裁判官を辞めてスウェーデンに私費留学した経験を有するので、氏の行動がいかに大変なものだったか人一倍分かる気がする。もっとも、私は独り暮らしの身だったので経済的その他の面で氏と比較するのは全くおこがましい限りであるが。）

法科大学院と研究との関係はどうあるべきか。それは法科大学院における教育と密接に関連する重要な課題である。法科大学院が司法試験の受験予備校化する危機の今こそ真剣な考量を要求する。私自身にとっての導きの星は修習生時代の司法研修所長にして傑出した商法学者であった松田二郎博士（のち最高裁判事）の「実務としての法律学」という言葉とその内実である（拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』28頁およびこれに関連する注を参照。）四宮論文もまたその一つの模範例を提示するといえよう。ちなみに、私が同論文を読む気になったのは司法審の会長であった畏友佐藤幸治博士からの書信の中で、同氏が同論文における米国憲法に関

連する論述に注目されていたことに端を発する。この一事からも同論文の水準の高さが察せられよう。

＊「取調べの可視化」問題——「雑考」60頁注45への補充

可視化については、指宿信「取り調べ『可視化』論——刑事司法改革の観点から——」（法社会学79号（2013）153頁以下）が詳細でしかも分かりやすい。本号は「裁判員制度の法社会学」という題名を有し、裁判員制度に関する多くの有益な論考を収める。ただし、残念なことに「雑考」62頁注67で述べたミニシンポジウムの報告については全く言及するところがない。

ところで、2014年7月9日に開かれた法制審議会の「新時代の刑事司法制度特別部会」は刑事司法制度の最終案を全会一致で決めた。それによれば、取調べの録音・録画（可視化）の義務化は裁判員対象事件その他全起訴事件の僅か約3%にとどまる。この最終案は翌2015年の通常国会に法案として提出される予定とのこと。この案は司法取引の導入や通信傍受の拡大をも含み、新たな冤罪を生む懸念を残すなど満足すべきものとは到底いいがたい。しかし、この程度の改革ですら裁判員制度の導入がなかったならば現実化しなかったかも知れないのである。同部会の委員を務めた厚生労働次官の村木厚子氏（検察の取調べの可視化の不存在による被害者）は「大満足と言えないが、将来的に全事件で録音・録画を拡大する方向性が見えたのは大きな一歩」と語っているが、この言葉を空言に終わらせないための努力が関係者のすべてに望まれよう。今は長い改革の旅の始まりの第一歩を踏み出したばかりなのであり、出発点と終着点を混同・同一視するような愚を犯してはなるまい。（以上の事実関係は主として東京新聞2014年7月10日（木）朝刊1-3面による。）

上記「取調べの可視化を求める市民集会……」では「法制審議会——新時代の刑事司法制度特別部会関係資料」として詳細な資料が配

布され、またその「第2部 パネルディスカッション」は主に同部会の委員や幹事だった人によるものです。こぶる有益であった。また、村木氏や周防監督を含む5人の非専門家の委員諸氏が連名で数回にわたり意見書を提出するなど懸命にその職務を遂行されていることに深い感銘を覚えた。

＊ 法哲学者嶋津格教授と西野喜一教授との論争——「雑考」62頁注60等への補充

違憲論の主唱者である西野教授に対して法哲学者嶋津教授が真正面から批判論を展開し、西野氏がこれに詳細な反論を行うというわが国では一見珍しい論争が展開されているので、これを紹介しておこう。嶋津氏によれば、お二人は東大法学部の学生時代に一緒に司法試験の受験勉強をした仲間で、長年の友人の間柄という（後記ネット117頁）。嶋津氏は司法試験に合格後、司法修習を経て学究生活の初期の約10年間は弁護士登録も続けている。ほぼ例外なく研究室における純粹培養型のわが国の法学者の中では稀有の存在である（拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』49頁注49参照）。嶋津氏の論考は「第2章 裁判員制度擁護論のためのメモ」と題され、千葉大学大学院人文社会科学研究科研究プロジェクト報告書第165集・藤井俊夫編『学校教育における法教材の開発』（2008）に収められている。もっとも、同書自体を参看することはできなかったため、この題名の表示は西野氏の論考「裁判員制度批判補遺(1)嶋津格氏『裁判員制度擁護論のためのメモ』の検討」（法政理論41巻3・4号（2009）161頁）による（嶋津論文の内容はネット上でみられる——西野161頁参照）。法哲学者の書いたものというとなんと難解な論考を連想させるが、収録書の性質もあってか実に分かりやすく直截的な文章で、「【裁判官はなぜえらいか】」という項目（ネット119頁）、「西野の文章のうち、全体の半分ほどは、陪審制に対する侮辱とも読める批判である。」（ネット122頁、西野166頁）、「必要な場合には命をかけて闘うことを国民に要求するこ



とは、国家の本質ではないだろうか。」(ネット124頁, 西野175頁) などという引用文からみて、この論争は非法律家の読者の関心をもそそるかと思う。

＊ 血を見るのが怖い裁判者——「雑考」66頁注75aへの補充

医師でさえ出血を見るのが苦手な人もいるようである。永井明氏は医師時代の体験として大量の咯血を見て「それこそ、目をまわしてその場に倒れてしまおうかと思った。」(同『ぼくが医者をやめた理由』(1988, 平凡社) 217頁) とまで書いている。私自身も血を見るのが嫌いな気の弱い人間である。しかし、正しい裁判を実現するためには裁判者が血なまぐさい証拠資料から目をそむけることは決して許されるべきでないと考ええる。

＊ ヨリ良き裁判の実現のために裁判官の待遇の改善, 負担の軽減に努めること——「雑考」71頁注87への補充

以下は、遠い発展途上国の話であるが、示唆に富むと思われるので、書き添えておく。「失敗国家」が多いアフリカで例外的に銃の管理に成功し、「法と秩序」づくりに乗り出した「ソマリランド共和国」の話である。同国では2002年に裁判官全員35人(全員に贈収賄の容疑あり)を罷免し、新しく66人の裁判官を任命するとともに、その給料(月)は最高裁判事500ドル、地裁判事200ドルに増額したという。司法大臣の給料が200ドルであることなどと比較して考えると大変な高額である。(松本仁一『カラシニコフI』(2008, 朝日文庫) 244-245頁) 裁判官の待遇の改善が一国における法と秩序の確立にとって重要な前提であることの例証というべき極めて示唆的な事実である。

＊ 伊藤栄樹『人は死ねばゴミになる』の宗教的意味——「雑考」71頁注89への補充  
頭木弘樹氏は以下のように述べている。

1755年11月1日発生した「リスボン大震災」でリスボンは廃墟と化し6万人が亡くなった。当時6歳のゲーテもこれに大きな衝撃を受

け、彼は神を信ずることができなくなり、教会にも行かなくなる。しかし信仰心を全く失ってしまったわけではなく、「自然の中に神を感じるようにな[る]。……この世界全体に、生き物の営みの中に彼は神を感じます。『神は自然の中にある。』」(同編訳『希望名人ゲーテと絶望名人カフカとの対話』(2014, 飛鳥新社) 264頁)

これは本注で言及した山川草木悉皆成仏に類する思想・信条だろうと思う。また、井田良教授は「日本人のほとんどは、死後の世界を本当には信じておらず、人は死ねば『自然に還る』という認識ではないかと思われる。」(前掲『いま死刑制度を考える』25頁) と書いているが、これも同工異曲の表現かと思う。例えば、漫画家のやなせたかし氏は『天命つきるその日までアンパンマン生みの親の古い案内』(2012, アスキー新書)の中で「宗教家や一部の人々は物知り顔に死後の世界について説明するがあまり信用はできない。……灰になればゼロになり消えるだけだと思う。」(61頁)と書く。

＊ 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こと——「雑考」76頁〈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〉等に関連する補充  
法定刑に死刑を含む犯罪など重罪事案を裁判員裁判の主対象と決めた時に、裁判員の心のケアという問題の重要性にかんがみその量刑意見を勧告的なものに留めることも真剣な検討課題とされるべきだったと思う。可能な限り職業裁判官が量刑判断の結果に伴う精神への重圧を引き受けるべきなのである。なぜならば、彼(女)はその重圧を承知のうえで裁判官という職業を選んだのだから(確かに職業裁判官についても死刑判決による心のケアの問題が生ずることを否定できないにしても——同77頁注107等参照)。なお、小森田教授が紹介するこの点に関する韓国の韓教授の案は参考に値するといえよう(同77頁注109)。

ただ、ほとんどの刑事法の専門家は裁判員が

従来の死刑判断の基準を超えて死刑を拡大する傾向がみられることに懸念と反対の意見を表明していることに私は強い異論を有する。

例えば井田教授は、控訴審が原判決の量刑判断を審査するにあたっての「根本的な問いは、裁判員が加わって行われた量刑判断に対し、従来の裁判官裁判の量刑水準を尺度に用いて『量刑不当』の評価をなすかどうかである。／私はこの問いに対し『しかり』と答えるべきであり、死刑判決が問題であるときにはますますそうであると考えている。(傍点原文)」(前掲『いま死刑制度を考える』18頁)という。私はこのような見解には全く反対である。これでは裁判員裁判制度導入の趣旨は大きく損なわれてしまう。私は制度としての死刑の是非については法律家・非法律家を問わず全ての国民が発言する資格を有していることを指摘したが(「前稿」44頁)、ことは具体的事件における裁判員と職業裁判官の量刑意見についても同様だと考える。もちろん職業裁判官によって形成された従来の量刑基準を妥当なものとして裁判員が考えるときはそれに従えば良い。しかし、それが一市民としての彼の正義感覚から納得しがたいとき、裁判員は断固として自己の意見を主張する権利を有する。これは自明の理に属しよう。過去の量刑基準は決して法ではないのである。私はかつて「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闘ぎ合いが先鋭化・深刻化することだろう。」(「雑考」72-73頁)と書いた。過去の量刑基準の裁判員に対する事実上の拘束力を肯定する刑事法専門家の意見はこのような量刑判断におけるダイナミズムに目を閉ざした謬論というべきである。

(本稿を本誌編集委員会に提出した直後に「裁判員の厳罰判決破棄」という大見出しの文字の踊る記事に接した。両親が幼女を虐待死さ

せたとして傷害致死罪で起訴された事件の裁判員裁判において第一審が被告人両名に対し求刑の1.5倍となる懲役15年の判決をし、控訴院判決もこれを支持したが、上告審の最高裁(第3小法廷)は24日、甚だしく不当な量刑だとして1,2審判決を破棄し父親に懲役10年、母親に懲役8年の判決を言い渡したのである。当然のことながらこの判決に対する法専門家の意見も分かれており、「過去の刑事裁判との公平性を保つ上で当然」と評価する意見がある一方で、「先例重視が行きすぎると、市民感覚を反映させる制度の趣旨が形骸化する」との声も上がっている、と報じられている。(東京新聞2014年7月25日(金)朝刊1,31面)この種の問題に関する基本的私見は上述したところであり、記録を精査していない者としては本件事案に対する具体的私見の表明は差し控えたい。)

とりわけ死刑該当事件の裁判に裁判員が参加することになったのは事実認定と量刑の両面において裁判員の参加がヨリ良き刑事裁判を実現し、国民の刑事司法に対する信頼を確保、強化するために必要だと考えられたからのはずである。量刑についてその専門性を過度に強調し、従来の専門家の判断の尊重を裁判員に要求するならば、結局のところ旧態依然たる量刑——もちろんそこには正・負の両面がある——にはなんの変化も望めないことになる。改革はなんらかの変化がなければ生じない。過去の一定時点で確立された永山事件基準なるものが、めまぐるしく変化するこの国の刑事司法においてなぜ不磨の大典のごとく機能しているのか? 法が被害者のためにも涙を流す(この点については後に詳述する)ことを求める被害者遺族ならば誰しもこういう素朴な疑問を抱くのではないだろうか?

\* 声紋鑑定について——「雑考」77頁左側第1段落の末尾に注108aとして補充

本田靖春『誘拐』(2005,ちくま文庫)に草創期の声紋鑑定に関する記述が見える(283-285頁)。なお、同書における脅迫電話の録音

に基づく言語学的研究も参照(214-217頁)。同書は死刑を執行された小原保のいわゆる「吉展ちゃん事件」を扱った優れたノンフィクションである。佐野眞一氏の「解説」は「戦後ノンフィクションを代表する傑作」と評する(358頁)。

\* 死刑判決と裁判員のトラウマ——「雑考」78頁注112への補充

人の生死と関連して現代における最もシリアスな心のケアを要求する課題は、自らの生命を守るために殺人を犯すことを強いられた少年(少女)兵の問題である。例えば、松本仁一『カラシニコフI』(2008,朝日文庫)第1章「11歳の少女兵」(17頁以下)参照。戦争(テロ行為を含む)による殺りく行為とは別言すれば、国家権力(テロリスト集団を含む)による大量の死刑判決の即時執行にほかならない。上記の少年(少女)兵の問題は死刑宣告のそれとは比較を絶するものがあるにせよ、心のケアの面において両者には共通するものがあるといえよう。なお、東京新聞2014年5月1日(木)夕刊6面「戦地のレイプなぜ続く。」は内戦下のコンゴにおける凄惨なレイプの実態を赤裸々に描く。上記の記述に勝るとも劣らぬ衝撃的な記録である。

\* 無罪判決を控訴審において有罪判決に変更することの正統性について——78頁注114に関連する補充

まず、「雑考」において2012年2月13日の最高裁判決(刑集66巻4号482頁)の参照を失念してしまったことについて読者にお詫びしなければならない。幸いにその結論が私見によっても支持されるべき妥当なものであることに安堵の念を覚えている。

さて、私は「雑考」において「控訴審における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変更できないような立法的手当てが望ましい」と主張した。上記最高裁判決は事実上この立法と同様の機能を営むとみられるから、

上記の立法論の必要性は乏しいとも考えられる。しかしことは控訴審判決の正統性に関わる問題であるので裁判員制度の見直しを議論するときにはその一環としてこの問題を無視することは許されないというべきだろう。(この問題については多くの文献がある。ここではさしあたり「前稿」掲記の井戸論文に加えて、松宮孝明「裁判員制度の改善提言について——施行後3年を経過した裁判員法の再検討——」法社会学79号117頁以下およびこれに関連する注のみを挙げておく。)なお、上記\*「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こと」も参照されたい。

\* 自己正当化に無自覚な人たち(私=萩原を含めて)——「雑考」80頁注123への補充

精神分析学者岸田秀教授の以下の指摘は自戒のために有益である。

「人間はどうしても自己正当化から逃れられない……/人間というものは、どれほど自分を冷静に客観的に見ようと努力しても、自分が不当であるという結論になれば、自我が崩れるし、自我が崩れれば生きてゆけませんから、自己正当化をやめるわけにはゆきません。」(同『嫉妬の時代』(1993,文春文庫)119頁)「生徒を殴る教師は、殴ることによって生徒の『悪行』を罰し、矯正しているつもりかもしれませんが、そのとき生徒に伝えているのは『気に入らない奴は殴っても良い』という規範です。」(173頁)

\* 「章」と「節」の分け方——「雑考」81頁注125への補充

章の分け方は書き手によってかなり恣意的なようである。例えば角田光代『八日目の蟬』(2007,中央公論新社)はこの著者の最高作との評価も聞かれる注目作だが、全文3章,0章(3-6頁),後の350頁近くは1章(7-206頁)と2章(207-346頁)という構成である。また、近時国際的に注目されているヨナス・ヨナソン、柳瀬尚紀訳『窓から逃げた100歳老人』(2014,

西村書店)は400頁を超える作品で29章とエピローグから成るが、最も短い章は1頁足らずである(1, 29章)。英訳Jonas Jonarron, *The Hundred-Years-Old Man Who Climbed Out of the Window and Disappeared*も同じである。スウェーデン語の原典は未見だが同様だろう。「素晴らしき出鱈目小説」というのが「訳者あとがき」のタイトルで、「これほど出鱈目の連続で笑わせてくれる才能にいたく感心した。」と訳者は激賞している(408頁)。正にそのとおりで消夏の読書用に最適の1冊としてお勧めしたい快作である。

\* 「補論 裁判員裁判と法教育」——「雑考」82-83頁「補論……」への補充の1

岸田氏は、「教育とは、生徒に対する一種の攻撃であり、生徒は教育の被害者なのです。しかし人間を教育しないわけにはゆきません。教育はいわば必要悪です。」(前掲書58頁)という。教育が必要悪に尽きるかどうかはともかく、必要悪という面があることは否定できない真実だろう。なお、この言葉が述べられているのは「戸塚ヨットスクールと戦後教育」という章においてであるが、ここでは体罰についても洞察に富む所論が展開されている。この章はスポーツ法研究者に是非とも一読をお勧めしたい。そこでの記述から体罰はすでに昭和50年代末において深刻な問題として浮上しており、決して最近に始まった現象ではないことが知られる。(体罰に関する私の関心については、拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』57頁参照。)

\* ファナティックな軍国主義教育はどこ  
国でも——上記「補論……」への補充の2  
ファナティックな軍国主義教育は洋の東西を問わない。ノーベル化学賞を受賞したハンガリー出身のセント＝ジェルジェ博士(米国に亡命・帰化)は、自己がハンガリーで受けた教育について「やみくもに勉強し、国王陛下のために進んで命をささげることが、最高至善の美德であると教え込まれた」と述べている(同、国広訳・前掲『狂ったサル』24頁)。彼はまた、

教育は「すばらしい可能性への扉をも開いてくれ」るが、同時に、怖るべき危険に人類をさらすことにも通じ」ることを明確に指摘している(23頁)。

\* 「雑考」83頁の敗戦時における流言飛語など——同頁\*への補充

これは必ずしも私だけの独断的思い込みではないようである。

清沢冽著、山本義彦編『暗黒日記——1942-1945——』(1990, 岩波文庫)にこうある。「米英が鬼畜であるとの宣伝が行き渡っている——浦河から苫小牧(とまこまい)までの汽車で挺身隊に乗った。その隊長が曰く『大西洋憲章というものをチャーチルとローズヴェルトが作ったが日本人を皆殺しにすると決議した。男も女も殺してしまうのだと声明した。きゃつらに殺されてなるものか』、これが汽車中の演説である。／また、日本人に子をませないように、<sup>こうがん</sup>擧丸をとるとか、あるいは孤島に追いやるとかいうことも、一般人の間には信じられている。」(150-151頁, 傍点原文)また、石原慎太郎氏(1932年生まれ)も、敗戦間際に逗子の沖合にアメリカの大艦隊が一夜にして現れ、その状況などを見た帰り道に出会った近くに住む年かきの男から「明日はあの軍艦から敵がこの海岸に上陸してき、私たちはそれを迎え撃って全員死ぬのだと聞かされ、私は突然、関わりないものと思っていた死が、にわかにかこの自分にも明日という日に訪れるのかと痺れるような思いで立ち尽くしていた。」云々{同『弟』(1996, 幻冬舎)53-54頁}と書いている。さらに、朝日新聞記者として要職を歴任した堀越作治氏(1930年生まれ)は、「敗戦の日の夜は、絶望のあまり切腹しようかとまで考えた。」(同『軍国少年“Fe”の日記』(2006, 東京図書出版会)2頁, 詳しくは68-69頁参照)という。自決ではないが、肉親の殺害を真剣に考えた人もいるから驚く。私と同年生まれのヴァイオリニスト小林武史氏は「敗戦を告げる玉音放送を聞き、母と伯母は「戦争が終わった」と涙を流して抱き合い

ながら喜んでいた。14歳の軍国少年だった私は『負けたのにうれしいとは何ごとか』と本気で切り殺そうかと思った。(東京新聞2014年9月1日(月)朝刊1面)と述べている。

最後に、実際に生じた悲劇について黙秘したままで終わるわけにはゆくまい。その鎗矢とされるのが、ちょうど70年前の7-8月にサイパン島で行われた民間人の相次ぐ集団的自決行為である。2014年6月15日(日)の東京新聞は改めてこれを詳しく報じている(1,4面—安藤恭子記)。以下、その若干を記してみる。子どもたちは「生きて虜囚の辱めを受けず」という戦陣訓を国民学校(小学校)で叩き込まれていた。「鬼畜米英」は子どもを鉄砲的にしてフカの餌にするとも聞かされていた。日本兵は「泣く子は殺せ」と言った。投降する民間人は、背後から日本兵に撃たれることもあった。云々。今や国家が自国民に対する殺人鬼と化したのである。この記事を読むと戦争の形容を絶する恐ろしさ、戦争は人を狂人にしてしまうことを骨身に徹して知らされる。戦争の放棄、停止と連動しない死刑廃止論など空言の空言だと思わざるを得ない。図らずもここで本稿は死刑存廃論を扱う「第2 後半の章……」にそのまま移行することになる。

## 第2 後半の章 再論「死刑存廃論」

### 1 60年以上前の闇の記憶から蘇った言葉

#### —「法は涙である」

前稿「法科大学院教育と死刑存廃論」(本稿では簡単のため「死刑存廃論」または「前稿」という)の素案はピースポートによる世界一周の船旅中に書いたもので、文献の参照・引用がかなり不十分であった(その後記参照—61頁)。他方、法律論文としては場違いと思われるような文献の引用もしているが、これは船内の図書室にあった本の乱読に影響されたこともあるにせよ、一つにはこのテーマは非法律家の人々も法律家と同様に発言する資格・能力がある問題

だと考えるので、なるべく広範な読者層に読んでいただければと考えたからでもある(「前稿」44-45頁参照。なお、このような執筆の態度・方針はその後の拙稿にも共通している)。

そこで、本稿においては「前稿」で参看・引用すべきであったのにそれを逸してしまった重要文献とその後に接し得た注目すべき(と私が考える)文献について論及することによって、私見の明確化を図り読者各位のご参考に資したいと考える。それ以外の「前稿」に対する補充的記述はその後で行うことにする。

しかしその前にまず書いておきたいことがある。実は最近ふと60年以上前の司法修習生時代に弁護士実務修習の一環として行われた講話の中で聞いた「法は涙である。法は被害者のためにも加害者のためにも涙を流す」という言葉が蘇ってきて脳裏を離れない。

私の弁護士実務修習庁は第二東京弁護士会であった。その際に熱烈な死刑廃止論者で妻子の命を奪われてもその主張を変えなかった磯辺常治弁護士の指導を受けたことは「前稿」で言及した(47-48頁)。

話を戻すと、講師は刑事専門の弁護士として著名な某氏(残念ながらお名前が思い出せない)。すでに当時でも刑事専門で生活している弁護士は稀であったが、氏はその一人といわれた。ただ、当時の刑事専門の弁護士の活動の中心は法廷における情理兼ね備えた弁論によって裁判所や傍聴者にアピールすること(諧謔めいた表現をすれば「お涙頂戴」的な弁論)にあったようで、若い修習生にとってはあまり強い関心を惹くものではなかった。もっとも、さすがに彼の講話はなかなかの名調子でそれなりの感銘を受けた。とくに話が最高潮に達したあたりで彼は声を大にしてこう断言した。「私が長年におよぶ弁護士生活の経験を通じてつかんだ真理は『法は涙である』ということだ。法は被害者のためにも加害者のためにも等しく涙を流すのだ。」と。それを聞いた当時の私=20歳そこそこの小生意気な修習生の反応は、一面的な断

定だがちょっと気の利いたアフォリズムだ、という程度のものであった。それが脳裏の底深くにずっとひそやかに眠り続けていたとはとても信じられない思いである。

私は「前稿」において「本稿を書くことが被告人であった方に対するささやかな贖罪のためにも、この事件……の被害者の方々……の鎮魂のためにも多少の意味があるのではないかと愚考している。」(45頁)と書いた<sup>1)</sup>。それがたぶん脳裏に眠っていた昔聞いた言葉を蘇らせたのだと思う。従前の法は加害者のために十分すぎる涙を流しながら被害者のために涙を流すことを怠ってきた。近年における被害者保護の立法の充実化や被害者学の隆盛は、ようやく法が被害者(遺族)のためにも涙を流すようになったことの証左なのである。ことを死刑存廃論に関する議論状況に即していえば、死刑廃止論は加害者のために涙を流す法の役割を極大化するので被害者(遺族)のためにも涙を流す死刑存置論を抹消しようとしているのである。死刑存置論は時代遅れで新しい死刑廃止論によって克服・代替されなければならないと説く言説は一見俗耳に入り易いが、上述したところからいえば実は死刑廃止論こそ克服・代替されるべき旧説だともいえる。私が60年以上も前に聞いた「法は涙である」という言葉はこのことを教えているのだと思うのである。

## 注

1) 事実認定においては絶対に無実の人を有罪にする誤判があってはならない。これはとくに死刑判決については鉄則であるべきである。しかしいうまでもなく、神ならぬ身の人間の行う裁判に誤判を避けることは不可能である。したがって、ありうる二つの誤判すなわち、無実の人を有罪にする誤判と真犯人を無罪にする誤判のうちどちらを選択するかが問題になる。現在の民主的諸国家で採用されている「疑わしきは罰せず」という法原則は、後者の誤判を選択することの司法=国家の断固たる決意の表明を意味する。しかし、それはまさに「言うは易く行うは難し」であって、三審制や再審による救済は必ずしも十分でなく、死刑判決の執行がしばしば回復不能な誤判を生むことは内外諸国の司法運営の現実が如実に示していると

ころである。そしてまさにここに死刑廃止論の最強の論拠が存在するといえる(「前稿」50頁以下、とくに團藤博士の死刑廃止論参照)。私はこの難問について死刑制度はあくまでも維持しつつ死刑判決に対する再審の無条件的許容とこれに自動的に執行停止の効力を付与することを提案している。その理由については「前稿」で述べているのでここには繰り返さない。ともかく私案を採用するならば、廃止論の最強の論拠は失われるのである。

(それはそれとして、河合幹雄教授が後述する『孤立する日本の死刑』の書評の中で、同書を読んで「あらためて、日本の特徴は、冤罪がないと信じ切っているナイーブさにあると分らされた。」(法社会学80号(2014)318頁)と述べている箇所に接して、著者も評者も日本の死刑存置論(者)をひどくみくびっているのではないかと腹立たしくなった。同書およびこの書評については改めて後述しよう。)

しかし、このような無実の人を絶対に有罪にしないための周到を極める誤判対策は不可避免的に真犯人を無罪放免にしてしまう誤判の発生を随伴することは止むを得ない。われわれはこれを必要悪として甘受するほかない。しかし、被害者(遺族)にとってこれはたやすく納得できる話ではない。とくに被告人=真犯人と確信している被害者(遺族)にとってはそうである。もちろんその確信の程度には証拠関係上の差異があるろうが、いずれにせよ、刑事裁判所は捜査機関ではないから、被告人を無罪とする一方で、真犯人は誰かを探索・証明する職責を有するわけではない。だが、無罪判決の際にひそかに被害者(遺族)の無念の心情に思いをはせて一掬の涙を被害者(遺族)のために注ぐべきではないかと思う。それは法が被害者のために流す涙の象徴的行為なのである。もちろん被害者の精神的苦痛に対する共感などを対外的に表明することは不適切な場合が多いだろうし、誤解を招く場合もあろう。

ただ私は死刑事件の判決の結果いかににかかわらず裁判者が「被害者の鎮魂」のために一私人として何らかの同情、共感を示す象徴的行為をすることは許されて良いと考えている(例えばたまたま被害者の墓の所在場所を知っており、その近くに出向いた折に墓参をするなど)。読者各位のご高見を承りたいところである。このようなことはとくに裁判員については一種の心のケアにもなりうるかも知れない(決してそれを一般論として勧めるわけではないが)。なお、裁判員裁判において被害者の悲惨極まる現場写真を裁判員に見せるのを避けることは、法が被害者のために涙を流す機会を不当に剝奪してしまう越権行為ではないかを疑うべきである。精神的に辛い思いに耐えてこういう写真を直視すること自体すなわち法が被害者のために涙を流す行為といえるのではあるまいか。

## 2 小林直樹博士の死刑存置論——法の人間学的考察という視座からみた死刑存廃論

まず第1に挙げるべきは小林直樹博士の死刑



存置論である。私はかねて小林博士の法の人間学的考察に心惹かれてきた。博士の研究の集大成というべき同『法の人間学的考察』(2003, 岩波書店)は常に身近にあり、その死刑論についてももちろん読んでいたのだが、どうしたことが「前稿」作成当時にはこれに関する言及を怠ってしまった。残念至極の思いに駆られる。(1921年生まれ—私よりも10歳年長の氏の驚嘆に値する学問的業績の産出は後進にとって何よりの励みでもある。)そこでまず、いささか長文にわたるが、同書における死刑論の関係部分を掲出・引用したい。

「法にはカントが強調したとおり、正義の理念を実現すべき使命があり、また現にある種の犯罪には極刑をもって処罰する外はないものもある(例えば陋劣な私欲を満たすために、計画的で残忍な仕方で、他者の生命を平然と奪うような犯行をみよ)。そのような異常な犯罪に対し、法が『正義』の原則に従い、“問うべき責任を問う”結果として死刑を科するのは、まさに『人間を人間らしく扱う』ゆえんではないだろうか。そうした理由で世論が死刑を求める社会で、死刑廃止を説くことは、法の理念のみならず、真の人間尊重の原則にも、適合するといえないのではなかろうか。(人格形成責任論に立脚して……『刑罰本質』論を説いていた團藤が、最高裁判事の経験に鑑みて、積極的な『死刑廃止論』(1991, その後数版を重ねている)を出すに至ったのは、格別の注目に値する。とくにその主たる理由が誤判の惧れにあった点で、多くの同調者を得たようである。誤判の惧れは法にとって、何としても排除したい大きな負のファクターである。とくに死刑の場合には、取り返しのつかない重大な過ちになる。しかし、その惧れの故に死刑そのものを廃止すべきだとするのは、論理の飛躍というものであろう。たとえば衆人の目前での現行犯逮捕などの明白な理由で誤判の可能性が全くなく、しかも前述のような判断がふさわしい場合(許しがたい残忍犯人など)に対しても死刑を否定するのは、殺

された被害者の生命・人格を考え併せただけでも、正義の要請に反するのではなかろうか。」(同書383-384頁、傍点原文)という。

まことに説得力に富む見解である。この箇所の末尾は「但し、死刑に関する本格的議論は、ここでは断念し、他日の機会を得たい。」(384頁)とあるが、『暴力の人間学的考察』(2011, 岩波書店)ではさらに一步を進めた死刑存置論が展開されている<sup>2)</sup>。

そこでは「結論として、<sup>わたくし</sup>筆者は早急な死刑廃止論には反対であり、この極刑をもって責任を問うべき場合があり、それこそが『人間を人間らしく扱う』ヒューマンな仕方であると考え。／なおついでにいえば、欧州諸国から語られる“死刑は野蛮だ”という非難は、それらの国々が戦争を肯定し、現に軍事力で殺傷を行っている(……)かぎり“笑止の沙汰”だと反論せざるを得ない。死刑はごく少数の重大犯に対する“正当な”な処遇であるのに対し、戦争は罪のない多くの人々をも非道に殺傷する、この上ない非人道な野蛮行為である。一方で無<sup>む</sup>辜の人民を大量に殺す蛮行を行いながら、他方で(……)応報の<sup>こ</sup>処刑を“野蛮だ”と論難するのは、<sup>こ</sup>独善的な自己背理にとどまらず、人道主義と文明の旗印に隠れた欺瞞・偽善の<sup>パロディ</sup>言説ではないか、といわざるをえない。同じ理由で私は、戦争反対に何一つ努力もしないで、“死刑廃止”だけを唱える言説には心から賛同する気にはなれない。死刑廃止の真摯な情熱は貴重だが、現に戦争の大暴力によって不条理に遂行されている大量虐殺をやめさせるために、その百、千倍もの意力をそそぐことがもとめられているのではないだろうか。」(282頁、傍点、ふりがな、フリガナは原文)といわれる。

まるで私のかねての持論をヨリ的確に整理して表現してくださったかのような優れた論述に接して、思わず再び長文の引用をしてしまった。私は内外の死刑存廃をめぐる論争において同博士の上記所論を超克・凌駕できる議論に接したことがない。死刑廃止論者は彼(女)が研究者

である限りこれと真剣に対決する覚悟なしに死刑廃止を唱えることは学問的に不誠実極まる態度と批判されなければなるまい。

なお、以下における私自身の論述には上記引用とくに『暴力の人間学的考察』からのその同語反復的なものが多いけれど、それは一つには私が同書に接したのが本稿執筆の最終段階に至ってからであること、自分なりに考え抜いて書いた論述は小林説の稚拙な繰返しに終わるにせよ多少はその説得力を強化しようと考えたからである。

## 注

- 2) 『暴力の人間学的考察』における死刑に関係する論述は、東大の憲法学教授であった小林博士の愛弟子の一人である岩間昭道教授（神奈川大学法科大学院）のご教示により知り得た。同書の存在自体はかねて知っていたが、未見のため当該箇所については全く知らなかったのである。記して岩間氏に謝意を表す。ちなみに、法哲学者の堅田剛教授が「私の立場は比較的積極的な死刑存置論者である。」（後述「7 \* 中国法における死刑の執行猶予……」参照）と明言していることも注目される。法人間学や法哲学の研究者による死刑存置論に対して刑事法学者などは真剣に対応することを考えるべきではあるまいか。自らの死刑廃止論の学問的基礎付けを検証するためにも。

## 3 木谷明弁護士の死刑廃止論

次に取り上げるのは、木谷明弁護士（元裁判官・法政大学法科大学院教授）の死刑廃止論である。遺憾ながら私見とは真逆の見解であり、また必ずしも精細な理由づけを伴うものでもないが、在官中多数の無罪判決を行った名刑事裁判官として知られる人の見解であるだけに特別に取り上げるべき意味があると考えられる。

木谷氏は在官中の経験として、自分が審理した事件では死刑はない、求刑自体がなかった、だから在官中は死刑の問題についてあまり本気になって考えたことはないけれど、退官後に「よくよく考えてみると、『やっぱり死刑はまずい』という結論に至りました。最大の論拠は、團藤先生と同じで、間違った時に取り返しがつ

かないということです。」（同『「無罪」を見抜く 裁判官・木谷明の生き方』（2013, 岩波書店）180頁）と述べている。

現代日本を代表する極めて優れた刑事裁判官というべき氏に最大の敬意を表しつつも、私は氏のこの見解は即断に過ぎると考えざるを得ない。それには偉大な刑事法学者であり、かつ最高裁判事も務めた團藤重光博士の説に対するのと全く同様の批判が向けられよう（「前稿」51頁以下参照）。

なお木谷氏は、死刑制度が存置されている「日本は本当に世界に向けて恥ずかしい状態です。」（同書179頁）といわれる。果たしてそうか。死刑廃止に随伴する警察官の逮捕時の射殺の増加を等閑視し、ヨリ根本的には誤爆による無辜の市民の殺りくを平然と容認するなど国家権力による裁判なしの死刑の即時執行に等しい状況を放置し、各国の法と正義の在りように無知・無関心なまま他国の死刑執行を非難するEU諸国などの言動こそ偽善と独善に満ちた恥ずべきものだと思われてならないのだが<sup>4),5)</sup>

私は尊敬する小林直樹博士とともに、「日本では死刑存置論が世論の7割上の高率で支持されている」ことを「“野蛮でインヒューマンな”固陋のゆえではなく、むしろ健全な正義感情に基づくもの」（『暴力の人間学的考察』283頁）として心から誇りに思うものである。

## 注

- 3) 文学者の小谷野敦博士は、團藤『死刑廃止論』（第4版）について、死刑廃止論に関する日本での代表的な文献は文化勲章受章の刑法学者・東大名誉教授による同書ゆえ「私はこれを、その地位にふさわしい水も漏らさぬ立論が展開されているのだろうと期待して読み、まったくそうではない、粗雑な感情論であることを知って驚いた。團藤が死刑廃止の論拠とするのは、殺人はいかなる場合でも合法化されないという立場、ないしは、宗教的な人道主義でしかない。」（同『反時代的考察なぜ悪人を殺していけないのか』（2006, 新曜社）20頁）と書いている。この小谷野氏の言葉は同書に対する大方の——少なくとも相当数の——非法

律家の読者の感想ないし評言を代弁しているのではあるまいか。

- 4) 松川事件など数多くの冤罪事件を調べてきた故後藤昌次郎弁護士は「国家にしかできない犯罪は『戦争』と『冤罪』であると語った。」という(斎藤弘敦氏・東京新聞2014年4月3日(木)朝刊5面「発言」)。実は私にとって後藤氏は司法修習同期の知友であるが、上記の言葉の直接の出典を知らないで、斎藤氏からの引用に従う。

この機会に後藤氏とのいわば「最後の晩餐」について一言したい誘惑に駆られるので、それをお許しください。それは高名な経済学者のU氏(文化勲章受章者でもある)のご招待による。お二人は旧制一高以来の親友だとのことであるが、ある問題(正確に記憶していないが、法律問題ともそうでないともいえるような問題)についてU氏から後藤氏が助言を求められ(相談料は某レストランでの夕食)、後藤氏は問題の性質にかんがみ回答の妥当性を期するため原後氏の同席を求め、原後氏は私・萩原も一緒にいるのが安心できる(気休めになる)ということの後藤氏の同席を条件にしたため、U氏は結局4人による会食を承諾したという次第である。思えば、これが後藤氏と共にした最後の食事になってしまった。「最後の晩餐」というゆえんである。ちなみに、彼は同期の集まりなどではほとんど必ずご自慢の草笛を聞かせ、晩年は弁護士の仕事を止めて草笛を吹きながら全国行脚をしたいといっており、私はその際は投げ銭を集める役でお供について行くと調子を合わせていた。酔余の放言だが、お互いにちょっぴり本音の願望が混じっていたことも事実だったかも。

- 5) 最近公開された「アクト・オブ・キリング」はインドネシアにおける9・30事件をきっかけに100万人を越えると思われる人々が犠牲になった虐殺事件を題材とし、虐殺の実行者が実演しているユニークな映画である。この映画について監督である米国のジョシュア・オッペンハイマー氏は、彼らは「法の裁きは逃れたかもしれないが、自身の行為で自分自身が滅ぼされていく。『殺人という行為(アクト・オブ・キリング)』が人間に及ぼす影響を描き切れたと思う」と語っている。(東京新聞2014年4月10日(木)朝刊17面)これもまさにカントの「汝が人を殺すならば、汝は汝自身を殺すのである。」ということを書き添える例証といふべきではあるまいか(「前稿」45頁注3参照)。私はこの映画を同年5月17日に東京・渋谷の「イメージ・フォーラム」で観て、その際パンフレットも購入しそれを読んで多くの示唆を受けた(現在の私にとって駅から普通の成人ならば徒歩10分足らずの場所に位置する同館への往復は大変な労苦を伴うものだったがそれは十分に報われた)。そこには「共同監督声明——匿名希望(共同監督は現地人)が、その理由について「どこにでも、いまだに汚職が蔓延しています。〔中略〕本作のクレジットに私の名前を表記することはできません。インドネシアの政治状況を考えて、今もなお、本名を明かすことはあまりに危険なのです。」(8頁)とあるのに、胸を衝かれた。「アクト・オブ・キリング」の紹介および引用文は「第1 前半の章」における記述と大部分が重複するが、この重要性にかんがみあえてそれを避けなかった。ご寛恕

を乞いたい。

#### 4 森炎弁護士の「死刑と正義」論

「第1 前半の章」でもその所論に言及した森氏は死刑問題についても『死刑と正義』(2012, 講談社現代新書)等を著し、死刑存廃論に重要な一石を投じている。すでに同書の刊行前に、『なぜ日本人は世界の中で死刑を是とするのか 変わりゆく死刑基準と国民感情』(2011, 幻冬舎新書)を出している。こちらでは戦後のわが国における死刑判決を網羅的に紹介・検討している。私が関与した松山事件は35-36頁にある。その「まえがき」でいう。「ここには死刑判決のすべてがあります。」と。しかも氏は裁判官在任中に死刑宣告事件の第一審に左陪席裁判官として関与している(56頁)。氏の『死刑と正義』における所論は多数の死刑事件を九つの「死刑空間」(五つの「基本空間」と四つの「特殊空間」)とに分類して紹介しながら、哲学や社会学の文献を博搜・駆使して自説を展開するものである。私は率直に言ってそれを十分に咀嚼し得ているという自信がないので、ここでは主に「終章 死刑の超越論的根拠を撃つ」について一言するにとどめる。

氏は私の「殺されたくないから他人を殺してはならない」(「前稿」55頁注44)という素朴な観念がルソーやヘーゲルの見解、さらにエジプト政府の公式見解(1989年)に類似することを教えてくれる(236-237頁)。

氏はまた、「神の存在、霊魂の不滅などは、人間の本性からいって、つい、それらについて考えたくなるが、しかし、どうやってもその真偽を確かめることができない事柄である。だから、それらは現代の思想・哲学では考察の対象外におかれる。この経緯は、死刑についても同じだろう。」(239-240頁)という。まさにそのとおりである。しかし、図らずも次に取り上げるデイビッド・T・ジョンソン教授の死刑廃止論では神の問題に直面することになるのである。

## 5 デイビッド・T・ジョンソン教授の死刑廃止論<sup>6)</sup>

ジョンソン教授は日本の刑事司法に関する優れた米国人研究者である。従前から氏の著作の優れた訳者である田鎖麻衣子弁護士との共著『孤立する日本の死刑』（2012，現代人文社）は氏の経歴，同書の内容の豊富さゆえに本稿において無視することを許されない重要著作といふべきである。ただし共著とはいへ，最終章と「おわりに」のみが田鎖氏の執筆で，それ以外は全てジョンソン氏の著述にかかる。（もっとも田鎖氏はジョンソン氏の著作全文について優れた訳文を提供されており，また同書の終結部を成す重要部分の著者であるゆえ同書の真の共著者というにふさわしいともいえよう。）全体の構成は「はじめに」「おわりに」と「資料」のほか2部構成の全11章，第1章から第7章までが第1部，第8章から第11章までが第2部である。）

ジョンソン氏はかねて日本の司法制度改革とくに裁判員制度の問題について優れた論考を発表しており（「雑考」57頁注26，27参照），私自身氏の著作から大きな学恩を受けているが，同書の内容に対しては遺憾ながら多くの点で同意することができない。「君子は和して同ぜず」という。私はどうてい君子とはいえない俗人だが，この言葉のごとくありたいとは思っている。以下に記すところは極めて断片的かつ主観的な備忘録的メモといふべきものに過ぎないが，私の立場からする同書の問題点の指摘として多少の意味はあると思う。

まず総論的地位を占める「はじめに」と第1章の論述につまずいてしまった。「イラン，イラク，サウジアラビアといったイスラム教国家を除くと，世界の残りの国々は死刑制度をすでに放棄しているか，その方向へと動きつつあるようにみえる。法のもとに自国民を殺している国となると，日本の立場は世界のなかでますます孤立化しつつある。」（はじめに－3頁）という言葉に大きな違和感を覚えたからである。

そもそもなぜイスラム教国家は除外されるのか。イスラームは世界の中でますます強大な影響力を有する存在になりつつあるのに<sup>7)</sup>。

そうして皮肉なことに死刑廃止（執行停止）国は，平然と他国民を殺す戦争を容認しており，これを否定しているのは日本（とコスタリカ）だけなのである。死刑制度をアメリカの奴隷制度などと同様に「古い時代の恥ずべき遺物」の一つとみなすような表現の仕方（同一6頁）は死刑存置国やその国民に対する甚だしい侮辱といふべきではないか<sup>8)</sup>。

私は「我々は，人類の歴史において生じた最も重要な出来事は，暴力の減少だと考えており，それは戦争，殺人……に至るまでさまざまである。」（同一7頁）という言葉に完全に同意するが，少なくとも戦争においては無人機による無辜の市民の殺傷行為などをみれば明らかなおり昔のほうが暴力行為ははるかに少なかったことを想起すべきである<sup>9)</sup>。

著者（上記のとおり本書の大部分の著者はジョンソン氏なので，とくに断らないかぎり著者とは同氏をさす）は死刑反対論者であることを明言しており，「命を奪うことができるのは神のみである，なぜなら命を与えるのは神のみだからであら」（15頁）と信じていることを死刑反対の最大の論拠の一つとしている。しかしこの論拠は私のように神を信じない者に対しては無意味であるのみならず，歴史の教える明白な経験にも反する。歴史は形容を絶する多数の・残酷な殺人が神の名において行われてきた（現在でも行われている）ことを証明しているのである。小谷野・前掲『反時代的考察 なぜ悪人を殺してはいけないのか』も「キリスト教徒の多い国々で死刑が廃止されたからといって，日本もそれに倣うべきだというのは，西洋中心主義あるいはキリスト教圏普遍主義ではないのか。」（20頁）という。

死刑存廃論の論議に神を持ち出せば，議論はいかに科学的粉飾を施そうとも結局は「信」の問題に帰してしまう。正直のところ，私はここ

で同書を読み続けるのを止めなくなったことを告白する。結局我慢して全文を一応通読してみたが、読み方が疎略になったことは否めない。しかし、その原因はむしろ著者にあると言いたいのである<sup>10)</sup>。

なお、すでに「前稿」54頁末尾の《民意を無視した死刑廃止の礼賛……》で指摘したことだが、「死刑政策に実質的な変更をもたらす鍵となる直接的な要因は、政治的エリートによるリーダーシップなのである。」(21頁)という認識については、それを死刑問題に限定せず論者が正しいと信ずる問題に無限定的に拡大して行くならば民主主義は崩壊してしまうのではあるまいか——死刑だけは異なるという論拠があるとは思えない。

そんなわけで、第2章以下については、私見の立場からとくに反論したくなった論述についてランダムに簡単な言及をするにとどめる。したがって、第2章ないし第5章については割愛する。

第6章は「アジアの死刑から学ぶこと」と題する論考であるが、納得しがたい論述に満ちている。例えば「日本……〔は〕アジアの他の国々にの死刑政策に影響を与えようとはしてこなかった。……日本は、全アジアの政治的リーダーになることを望んでおらず、この種のリーダーシップを発揮しようとする善意をも持ち合わせていない。」(102頁)とある。これは当然のことであり、ここでいう「善意」とは無用で無礼な「おせっかい」にほかならない。EUなどはその「おせっかい」を日本に対して平然と行うが。

第7章は「日本における死刑廃止の障害物」を取り扱う。そこで述べられている「あなたが法を大切に思っているのならば、死刑を憎むに違いない」(オースティン・サラット教授)とか、「死刑は被害者のために役立つというよりは、被害者を失望させている。(中略)全体的に、アメリカにおける研究では、アメリカの死刑は、迷信まがいの民間療法か雨乞いの踊りと

同程度に、支離滅裂なものだ」という結論に至っている。」(118頁)という文章に私は驚愕する。こんな独断的で無責任で死刑存置論に対する侮辱的な文章がリスペクトに値する法学者によって書かれるなんて信じがたい思いである。死刑存置論に取り組むことは魔界に足を踏み入れることに等しく、可能ならば避けるに越したことはないのかと嗟嘆せざるを得ない。

氏は「こうした立場(死刑を廃止すべきだという立場=引用者注)によって分析が歪むことのないよう努めてきた。厳格な実証的現実主義によって鍛錬された死刑廃止への願いは、改宗者に説教したり、信仰のない者に改宗を迫るより、ずっと建設的な手段となる。」(120頁)ともしっかりとしたことをいう。しかし、上記の引用文(118頁)自体がそれを裏切っており、その論述は廃止論を是とし、存置論を非とする一方的な立場からの論点先取的な断定に過ぎない。そもそもおそらく死刑存廃の問題は神の存否や信仰の問題と同様に終極的には科学的議論で決することのできない、どちらに与するかという論理的推論を超えた結論への飛躍=決断を要求する一種の信の問題なのではあるまいか(前出の森氏の所論の末尾参照)。

第10章では「抑止効果は根拠がなく、いまや、死刑制度の廃止が『文明社会』の主な指標となっている。」(147頁)という。こんな断定的なことを学問的な著作で述べるのが許されるのだろうか。著者も他のテーマの論考ではこんな書き方はしないだろう。私には極めて疑問である。少なくとも私自身には死刑は抑止効果を有するのだから。抑止効果の問題については5でやや詳しく言及することにする。

「日本は、死刑執行に関する秘密主義と沈黙を他国では考えられないほど極端に貫くので、『密かに人を殺す国家』として有名である。」(150頁)ともいう。しかし、この点こそまさに基本的には文化の差異に帰する問題ではないのか。率直に告白して私自身もこの問題については定見を有していないのだが、ことは医師の

患者に対するガンの告知に類するのではないかと思う。私は現在 83 歳である。男性の平均寿命をとくに越えており、新聞の死亡記事欄で同年輩の人の名を見ない日はないといっても良い有様である。私の現状は早ければ明日、遅くとも後数年で死刑の執行をされる囚人に等しい。しかし、正確に終末の日がいつか明らかにされていないからこそ、ささやかな生きる喜びを味わいつつ晩年を過ごすことができるのだ。

日本の死刑囚の日々はたしかに不安なものだろう。しかし、執行に関する秘密主義の解禁が死刑囚にとってプラスなのかマイナスなのか私には良く分からない。おそらく本人以外には分からないことだと思う。(ただ、このこととの関連で最近再審開始決定がなされた袴田死刑囚の姉・秀子氏が「冤罪がある以上、私は死刑制度は無い方が良くと思います」と語る言葉の意味は実に重い——東京新聞 2014 年 6 月 20 日(金)朝刊 29 面。私の死刑存置論は冤罪の絶対的防止の制度的提案とワンセットのものであることに留意されたい。) もっとも、ガンの告知の問題も医療の進歩と連動しながら次第にそれを認める方向に医師、患者双方の側の態度、意見が変化しつつあるように見える。(国立ガン研究センター病院『がん告知マニュアル』(平成 8 年 9 月、第 2 版)は、その冒頭で「がん告知に関して、現在は、特にがん専門病院では『告げるか告げないか』という議論をする段階ではもはや」ない、と述べている。) わが国における死刑執行の秘密主義も次第に変化していくのかも知れず、私は別にそれに反対しようとは思わない。しかし、通常人である高齢者の死期についてあまり具体的な情報を提供する方向への変化は、気の弱い私としては真っ平御免である。(やなせたかし氏のいうとおりで、「私たちは自分では知ることのできない運命の軌跡の上を、天命が尽きるまで何も知らずに生きているのだ。それでいいのだと思う。」(同・前掲『天命尽きるその日まで』129 頁。)

「第 11 章」は「死刑をめぐる日本と世界の文

脈」と題されている。本章と「おわりに」のみ田鎖弁護士著作である。

「国際社会において日本の死刑は『先進民主主義国家日本』が抱える最大の人権問題であると捉えられて」いる(164 頁)という指摘にはいささか驚いた。日本の刑事司法に数多くの人権問題が存在することは否定しがたいが、死刑が最大の人権問題であるという認識は死刑廃止論者などによる情報の発信の歪みによるものというべきである。例えば、悪名高い人質司法よりも死刑の存在のほうが重大かつ優先する人権問題だといえるのか。

著者＝田鎖氏は最後に欧州評議会が作成した文書の一節を引用する。「死刑はしばしば他の社会問題や社会的背景から切り離された別の問題として議論され、独立して評価される。これは誤解を招くものだ。死刑を廃止するか維持するかを選択は、私たちが住みたいと願う社会の種類とその社会を支えている価値の選択でもある。死刑の廃止は、人権・民主主義・法の支配の理念によって特徴づけられるひとまとまりの価値の一部なのである」。(199 頁)

私もこの引用文に全面的に賛同する。ただし田鎖氏と異なり最後の文章の「死刑の廃止」を「死刑の存続」と言い換えてである。

以上、思い付き的にならざるに気になった所論、文章の若干について言及を試みた。それだけでもかなりの長文になってしまったが。なるべく感情的な言説、文章を書かないよう戒心したつもりだが、ことは自分自身の生命にも関わることゆえある程度激してしまうのは生身の人間として止むを得ないことだ。つくづく死刑存廃の論議というものは客観的、学問的論議に徹することが困難、いや不可能に近いテーマであること(11)。

## 注

6) 同書には管見の限り河合幹雄教授による書評が



ある(法社会学80号(2014)317頁以下)。氏はおそらくわが国における現時点での同書に対する最高・最適の評者なのだろう。だが、刑事(法)学のアウトサイダー(しかし、この問題については一市民として専門家と全く同等の発言権を有するはず)の私にとってこれは全面的には賛同しがたい、かなり欲求不満に駆り立てられる書評である。私見との関係でいえば、私は抑止力に関する箇所がどうしても不満である。「抑止力がないということは明白」で、「世界中のほとんどの国で死刑廃止されており、その後の犯罪状況から答えははっきりしている。……現実が証明してしまっている。」(320頁)とまで氏は書く。しかし本当にそうなのか。私が聞きたいのは刑事(法)学者らの抑止効果は、いったい人間の殺意のどの段階における、ないしはどの程度のものについて考えられているのか、彼らは客観的な観察者としてだけでなく善悪両面をあわせもつ一個の生身の人間である自己に対するいわば一人称の抑止効果について率直に自問してみた結果としてもそう断言できるのか、ということである。死刑の抑止効果について検討を迫られるとき、われわれは死の人称問題を再三考えなければならぬのである。(死の人称問題に関する最近の注目すべき論考として、小坂井敏昌『神の亡霊』1 死の現象学『UP』43巻6号(2014)28頁以下がある。そこでは例えば「三人称の死は、知らない人の死である。ナチスに殺されたユダヤ人の数が600万に上ると聞いても、それは単なる統計上の数値にすぎない。抽象的な死は感情を呼び起こさない。他人事だからだ。」(29頁)という自明の・しかし重要な事実が的確に指摘されている。同氏にはすでに『責任という虚構』(2008、東京大学出版会)という死刑・冤罪問題についても優れた考察を提示する著書がある(とくに第2、3章)。しかし、残念ながら抑止効果に関する私の疑問に対する答えはそこには見当たらないようである(202-203頁参照)。なお、念のために書き添えるが、抑止される殺意なるものは刑法(学)における「故意」とは全く異別のもののはずである。それは不確定的な意識の深層にまで連なり、したがって簡単に抑止の有無を外部から判断することがその性質上極めて困難な性質のものだろう。

私自身はわが身を顧みてたとい微小にせよ他者に殺意を抱いたことがないわけではなくそれを抑止した一因は死刑の規定だったと述べた(「前稿」53頁)。こういうデリケートな問題は実はアンケート調査などで捕捉することはできないのではなか。あるいはそんなことの調査は不必要だ、実証科学的には死刑廃止前後における殺人事件の統計数値の変動だけを問題にすればよいのだと反論されるかも知れない。だが、この一見もっともらしい反論を認めるならば真の意味における抑止効果の有無の証明は、実は神の存否の証明と同様に不可能ということにほかなるまい。「前稿」53-54頁参照。)ちなみに、小林博士も「大方の犯人が死刑を恐れる点から見ても、抑止力はかなりあるといえよう。」(同『暴力の人間学的考察』283頁)という。

他方、河合氏はこの書評で「唯一、気になる点を最後に述べるならば、たとえばフランスでは、

確かに死刑廃止したが、逮捕時の警官による射殺が後を絶たない。逃走する侵入盗を背後から銃撃し、撃たれた被疑者の仲間が人種差別問題だとして暴動が起きるなどの騒ぎが起きている。はたしてそんな国が日本のお手本なのであろうか。海外の研究者も国連も、日本では、なぜ逮捕者の射殺が稀で、治安がこんなに良いのか、日本から学ぼうという姿勢で研究してほしいと願う。」(321頁)と述べている。これには大賛成で快哉を叫びたい。この死刑の簡易執行の偽善性は私がドイツについてつとに指摘しているところであり、まさに我が意を得た思いがする(後記6を参照)。もっとも氏は「ただ、残念ながらここでも、その意気を挫くのは日本の官僚の秘密主義である。」(同頁)と先回りして先方を弁護するが、そもそも先方に日本から学ぶ気なぞ微塵もないのではないか。別に日本の官僚の秘密主義を弁護する気持も義理もないけれど。

なお、河合氏は概してすこぶるリアリスティックな論述を行う人で、私は彼の著作、文章が割合好きである。例えば氏の最新の論考というべき「第11講 暴力団にかかわる正義と公正——法社会学的視点から——」桐蔭法学会編『法の基層と展開——法学部教育の可能性——』(2014、信山社)も興味深く読んだ。その同じ人が死刑問題になるとなぜ突如として粗雑・乱暴な論断を平然として怪しまないのだろうか。どうしても良く分からない。死刑問題に関する限り刑事(法)学者などの世界はカルト集団のようなものなのかと思えてくる。それとも、死刑問題について文献を読むとき、私の目には無形の偏見メガネが自動的にかかってしまうのかちょっと心配にもなってくる。その時は小林博士の死刑存置論などを思い浮かべて自分は死刑問題の健常者なのだとわが身に言い聞かせているのだが。

- 7) イスラーム世界は約16億の人口を抱え、その多くは若者である。カリフ制を唱える中田考博士は、カリフ制が実現した場合には、「イスラーム世界の自由が気に入る者は……自由にイスラーム世界に移住すればよいし、西欧の自由が好きな者は西欧に移住すればよいのです。イスラームは背教に死刑を定めています、イスラーム世界から移住、亡命を望む者を引き留める法はありません。」(内田樹、中田考『一神教と国家 イスラーム、キリスト教、ユダヤ教』(2014、集英社新書)225頁)という。カリフ制実現の可能性の存否やその当否という問題は私ごとときには難しすぎるし、また最後の一文は私には的確に理解しがたいところがあるけれども、いずれにせよ死刑問題を論ずる場合には膨大なイスラーム人口を視野に入れて行うことが必要不可欠ではないか、と私はかねがね考えている。また、中田氏はイスラーム世界には「基本的に同害報復という考え方がある」ことを指摘している(同書176頁)。私はかねてこの点が気になっており、「前稿」49頁注20を書いたときもこのことを痛感させられた。(これは後記「7の\*」「応報的正義の実現の必要」に関する補充的記述でもある。)

ところで、最近興味ある新聞記事に接した。世界で2番目に死刑執行数が多いとされるイランで、最近は被害者遺族による免罪(この場合、遺族は

死刑囚から「血のカネ」とよばれる賠償金を受け取る権利が生ずる）が増加しているというのである。ただ、死刑存廃をめぐる議論はまだ少なく、ある男性弁護士は人権活動家だが、「死刑の全面廃止は犯罪者に間違ったメッセージを送る。誤った社会を作ってはいけない」と訴え、免罪を認めた被害者の母親は「死刑廃絶は遺族の権利を奪う。制度自体に反対はしない」と複雑な心境を明かしたとのこと。この免罪は絞首刑の公開処刑場で執行直前に行われたもので、死刑囚（25歳、喧嘩の仲裁に入った17歳の男性を殺害）が被害者の母親に命乞いを始め、集まった町民ら約100人が「慈悲を！」「同じイスラム教徒だぞ！」と悲鳴を上げた結果もたらされたという具体的な状況描写などを伴う迫真の記事である。（読売新聞2014年6月11日（水）朝刊6面——酒井圭吾記）イスラム世界の国における死刑に関する貴重な情報の提供というべきである。

- 8) 私にはこのような死刑存置論に対する決め付けを行う廃止論は、一種の原理主義のように思われてならない。それはエリートによる思い上がりの指導志向と結合して歪曲されたポピュリズムの形態をとった原理主義だといえるべきである。ペルナル＝アンリ・レヴィの言葉を引けば「ポピュリズムとは、民主主義体制における原理主義の一形態なのだ。／ポピュリズムとは、文字通り、民主主義体制にとっての原理主義なのだ。」〔同、立花訳『危険な純粋さ』262頁——同書は第1(2)6頁に既出。〕（もっとも、廃止論者は逆に私を含む存置論者こそ、ポピュリズムに毒された民主主義体制にとっての原理主義なのだ、と反論するのだろう。だとすれば、ポピュリズム＝原理主義論争は不毛の論争に終わるかも知れないので、これ以上は言及しない。）
- 9) 「前稿」49頁注15におけるC・ダグラス・ラミス氏の「国連多国籍軍がもし、この古代の武骨な言葉（「目には目を、歯には歯を」——引用者注）に従ってイラク襲撃を行っていたらどれほど多くの命が救われていたであろうか。」という言葉を想起されたい。
- 10) 私は既成の一神教的神観念には到底ついて行けないが、さりとて厳密な意味での無神論者なのかどうか自分でも良く分からないし、突き詰めて考えてみたこともない。もっとも、私と同様の立場の人はキリスト教社会にも結構存在するようである。頭木弘樹氏の著作である偉大なゲーテもその一人であったことを知り、嬉しくなった。（次の段落の記述は、「第1 前半の章」の5の「雑考」71頁注89の補足的記述と大部分重複するが、大切だと思うのでそれを承知のうえで書いておく。）
- 1755年11月1日発生した「リスボン大震災」でリスボンは廃墟と化して6万人が亡くなった。当時6歳のゲーテもこれに大きな衝撃を受け、彼は神を信ずることができなくなり、教会にも行かなくなる。しかし信仰心を全く失ってしまったわけではなく、「自然の中に神を感じるようになる〔る〕。……この世界全体に、生き物の営みの中に彼は神を感じます。『神は自然の中にある。』」〔同編訳『希望名人ゲーテと絶望名人カフカとの対話』（2014、飛鳥新社）264頁〕これは「雑考」71頁注89で言及した山川草木悉皆成仏と共通する思想・

信条だろう。頭木氏は「こうした自然観、宗教観は、日本人にはとても理解しやすいのではないのでしょうか。」と書いている（同頁）。

佐藤優氏は「私の場合、どうしてキリスト教徒になったのか自分でも説明できません。一種の縁でキリスト教徒になったわけです。」（同『サバイバル宗教論』（2014、文春新書）140頁）という。

氏のような超人的博識の論客にしてこの言がある。氏に限らず私は寡聞にして入信の動機・理由について完全に納得できるように語ってくれた人を知らない。

現在の私は、おそらくそれは恋愛や結婚の相手を選んだ理由とか好きな趣味嗜好の理由について他人にうまく説明するのは結局のところ不可能事に属するのと同様だろうと考えている。ちょうど今、伊藤一浩『長い旅 ～障がいと共に歩んで来た道』（2014、創文出版社）を読んだところである。著者（52歳）は脳性小児麻痺に罹患し手が不自由で、同書は足の指先で綴った自費出版の約100頁の本。その中に著者がAという福祉関係の仕事をしており著者もお世話になっている人から、ある宗教の新聞を取ることを勧められ、「伊藤君のように、身体に障がいを持っている人は、過去の罪を背負ってきているんだ。この団体に入れば、それも取り払われて障がいで少々は良くなるし、今の心の中の悩み事も全部解消しちゃおう」といわれた際の著者の反応が書かれている。「しかし私は、その宗教に入るかどうか、という以前に、いくらAさんでも聞き流せない部分があったのです。／それは「過去の罪を背負って……」というところ。そう言ってしまうは、世界中の障がいが者や、その血を引く人たちは、みんな罪人ということになります。／心の中が、怒りではち切れそうになった私は、『そんな新聞、取っていませんよ。それに、人には好きずきがあるんだから、無理に勧めないでください』と、……言いました。」（39-40頁、傍点は引用者）長々と引用したのは、Aの障害者＝罪人の言説に対する著者の怒りと共に「人には好きずきがある」という箇所を紹介したかったからである。本当にその通りなのだ。いくら難しいことをいおうと結局は好きずきなだ。「蓼食う虫も好き好き」という俗諺は実は永久不変の真理なのである。

この注記の最後を蓼食う虫で終わるのもちょっと暗い感じなので、素敵な女性の思慮に富む言葉で締めくくることにしよう。フランソワーズ・サガンの言葉である。「神を信じていると人生が簡単になることもあります、逆に難解になるときもあります。キリスト教徒を別に非難しませんし、熱情のようなものを持っている人は皆尊敬すべきだと思っていますが、現在のわたしはまったくの無神論者です。」（同、朝吹由紀子訳『愛と同じくらい孤独』（1976、新潮社）163頁）。この題名もまたすごく魅力的である！

脱稿後に読んだ示唆に富む文章を注記として加えておく。大道芸人でもある異色の数学者ピーター・フランク氏は、1980年代の後半に米国の有名大学から数学の教授になることを勧められ真剣に考えたが無神論者の自分にとって米国は宗教色が強すぎたことを米国での就職断念の理由として語り、続けて「日本人の宗教観が世界一だと思って

いる。宗教によって行動、考え方、食事などは束縛されず、自分の都合で宗教をうまく使う。……日本こそは政教分離と信仰の自由が名実ともに守られている。」と書いている(同「この道」東京新聞2014年8月19日(土)夕刊1面。また立花隆氏は「文春図書館」の「私の読書日記」で、ジョルジュ・ミノワ『無神論の歴史』(法政大学出版社)という大著(訳本で上下2巻、千頁を超える)について紹介し、現在の自分は不可知論者だという(週刊文春2014年8月28日号120-121頁)。後者は購読してみようかとも思ったが、値段(1万3000円+税)もさることながら、壮大、偉大な人類の妄想の渦に巻き込まれるのを恐れる気持ちも手伝ってまだ買うことを躊躇している。ちなみに、立花氏は東大医学部附属病院の救急部・集中医療部長の矢作直樹教授の『人は死なない』以下一連の関係著作について「東大の恥としかいいようがない本だ。」と舌鋒鋭く批判する(同「死後の世界」文藝春秋2014年10月号77頁以下)。この著者の本は全く未見であるが、詳細な新聞広告の文面や立花氏の内容紹介を読んだだけでも氏の批判の正当性が首肯できる。

- 11) 脱稿間際に、法哲学者大塚滋教授からその新著『説き語り 法実証主義』(2014, 成文堂)を恵与された。目下それを熟読する時間的余裕は全くないものの、礼状をしたためるために取りあえず「第1講 ケルゼン純粋法学」の「はじめに」の部分のみ目を通してみた。ところが、そこには冷静な学問的議論を行うために心すべき重要な事項——「客観性公準」,「前提としてのエポケー」——が語られていて、死刑存廃論における議論についても同書をキチンと読解したうえであるいは稿を書き改める必要があるのかも、と反省させられた。しかし、当面それは不可能に近い。いずれ一本にまとめる際にその機会が得られればと願っている。(その後一応読了して多くのことを学んだが、以上の論述については格別変更の必要をみないと考えている。なお、ケルゼンの『純粋法学』そのものについては昔、横田喜三郎博士の訳書で初版を読んだ記憶があるが(どこまで理解できたか怪しいにせよ)、最近長尾氏による第2版の訳書『純粋法学 第二版』(2014, 岩波書店)が刊行されたので、なんとか読破するつもりで早速一本を購入し手元においている。)

なお、遅ればせながら脱稿後に読了した本だが、死刑問題の根本的考察には小坂井敏昌『増補 民族という虚構』(2011, ちくま学芸文庫)のヨリ詳細な検討が必要不可欠なようである。同書の説く虚構論の圧倒的説得力には抗しがたいものがある(例えば322頁以下参照)。しかし今は同書にこれ以上言及することを割愛せざるを得ない。(前述したように、同『責任という虚構』(2008, 東京大学出版会)にも第2章その他に死刑制度に関する論究がある。)

## 6 井田良・太田達也編著『いま死刑制度を考える』(2014, 慶応義塾大学出版会)

「前稿」公表後に刊行された注目すべき文献

として上記著書がある。日本とドイツの刑事法学者など計8人の最近の論文が収録されている。なかでも椎橋隆幸教授のものは死刑存置論の立場からするバランスのとれた周到な論述であって、多大の教示を得た。また、編者の一人である井田氏の論考はこの論文集全体の適切な紹介として、同じく共編者の太田氏のそれは複眼的視点から被害者支援と死刑問題を論ずるものとして、いずれもすこぶる有用である。

ただ、同書で紹介されているドイツの状況について私はどうしても基本的に大きな疑念を抑えることができない。それは死刑を廃止しながらつとにsummary execution(現場射殺)すなわち死刑の簡易執行を平然と認めていることである。私はかつて相次いで起こった日航機とルフトハンザ機のハイジャック事件に対する日・独両政府の対応の仕方に関する論評に関連して次のように述べた。「西独は死刑を全廃している。だが、刑事裁判の前に戦争という名目で被疑者ないし犯人を射殺することが安易に許されるならば、死刑廃止はナンセンスの極みである。」(拙著『裁判法の考え方』(1996, 判例タイムズ社)35頁)

この問題についてドイツの刑事(法)学者そしてドイツの状況に通じている日本の刑事(法)学者はどう考えているのか。今でも是非知りたいと思う。私がドイツなどの死刑廃止(論)に疑いの目を向けるようになったのは実はこのハイジャック事件を契機とするといつてよい。

## 7 「前稿」(神奈川ロージャーナル4号)への補充的記述

- \* 「被害者本人=死者の声が聞かれていない」ことについて——「前稿」46頁以下への補充

この点は奇妙なことに古来あまり論じられていないようである。死刑の歴史について少し知りたいと思ってジャン＝マリ・カルバス、吉原達也/波多野敏訳『死刑制度の歴史[新版]』

(2006, 白水社文庫) を読んでみても全く言及がない。死刑廃止の論議なるものは「生きている者の傲慢」に満ち満ちた「殺され損」の世界の話だということを改めて痛感させられた。ただ、これほど今まで論じられていない問題にこだわり続けている自分がおかしいのではないかという一抹の不安の念も生じてくる。もし私見が間違っているならば読者諸賢から率直なご教示、ご批判をお願いしたい。管見の限り「前稿」の私見は黙殺されたままである。この黙殺というのはとりわけ日本の学界でよく使われる手で、伊藤滋夫氏もその論文「要件事実論の汎用性を示す要件事実論と基礎法学との協働に関する一考察——死刑制度の存廃についての検討試論」(「前稿」57頁以下参照) が完全に黙殺されたことを嘆いていた(ある学会の席上で氏から直接伺った。氏は私による氏の所説に対する批判について、少なくとも拙稿が真剣に対応してくれたと謝意を表された)。

\* 応報的正義の実現の必要——「前稿」48頁以下への補充

ジャレッド・ダイヤモンドはいう。「復讐の渴望はよいものではない。しかし、無視できるものでもない。われわれは復讐心が存在することを理解し、その存在を認めるべきである。そして復讐したい気持ちを出すべきである——ただし実際の復讐以外の方法で。」(ジャレッド・ダイヤモンド, 倉骨彰訳『昨日までの世界——文明の源流と人類の未来〔上〕』(2013, 日本経済新聞社) 196頁)

同書は世界的ベストセラー『銃・病原菌・鉄』の著者の最新作である。著者は「現代のダーウィン」といわれる。同書は彼のとりわけパプアニューギニアでの1964年以降長年にわたるフィールド研究の成果に基づく。それだけにこの言葉には刑事学者などの観念的な空論とは異なる実証的研究に裏付けられた深い英知を感じる。

一般的に死刑判決を認めつつ、その執行については再審請求がある限りは無条件に停止し、

誤判防止を徹底する萩原方式(「前稿」50頁以下)は彼の所説に沿ったものといえるのではないか。

また、小説に例をとれば次のようなことがいえよう。佐々木譲『ユニット』(2005, 文春文庫)の主人公の一人は妻子を殺された後廃人同様になるが、彼の復讐の象徴的行為についてはこう書かれている。

「自分は一昨日、川尻乃武夫に拳銃を向けた瞬間に、立ち直った。妻子を殺された苦しみを乗り越えた。私刑や復讐の象徴的行為として川尻乃武夫に拳銃を向けたことで、わだかまっていたすべての思いが昇華されたのだ。」(358頁。なお、462-463, 465-466頁も参照)。

だとすれば、死刑判決の宣告(執行を伴わない)も同様の象徴的行為になり得るといえるだろう。「復讐とは、人類にとって普遍的な心情であり行為なのである。」(小谷野・前掲『反時代的考察』2, 9頁)という率直・簡明な文学者の言葉は一般市民の心の琴線に強く訴えるものがあると思う。

\* 戦争の放棄・禁止と連動しない死刑廃止論の一面性・欺瞞性——「前稿」49頁以下への補充

アフガニスタンの首都カブールに生まれ1981年にカブール大学を卒業し、大学で知り合った日本人の夫と結婚し、現在日本に住むNPO法人「イーグル・アフガン復興協会」理事長の江藤セデカ氏は「軍人制度のない平和な日本は、世界の見本です。こんなにみんな親切でお互いに尊敬し合っている国はない。」という(東京新聞2014年5月15日(木)朝刊28面「考 集団的自衛権」)。またドナルド・キーン氏もこう書いている。「戦後、日本人は一人も戦死していない。素晴らしいことだ。不戦を誓う憲法9条のおかげであり、世界が見習うべき精神である。ところが、日本は解釈改憲で『理想の国』から『普通の国』になろうとしている。／私は戦争体験者として、国際問題の解決には軍事行動をとるべきではないと思っている。」

(同紙同年7月6日(日)1面「ドナルド・キーン」の東京下町日記)。死刑制度の廃止ないしはその執行の停止を主張しながら、集団的自衛権の解釈容認ひいて憲法9条の改悪問題に口を閉ざしている死刑廃止論者たちは偽善者の集団としか私の目には映らない。

とはいうものの、国際関係に精通する人の目からすれば、世界は核戦争がいつ起きてもおかしくない一触即発の危険な状況の只中にあるようである(佐藤・前掲『サバイバル宗教論』43-55頁等参照)。このような状況の中では、死刑とならぶ国家の殺人行為である戦争の放棄や停止について真剣に論議することすら絶望的な難事かも知れない(少なくとも、一部の良心的でありながら気の弱い人にとっては)。死刑廃止論を声高に主張することは近づきつつある戦争の脅威に目を閉じて、己の良心の呵責を宥める一種の自己催眠剂的効果を論者に与えているのではないか、だからこそ存置論を批判するその声はヒステリックなまでに高くなるのだろう、と私は憶測(廃止論者はたぶん「邪推」というかも)するのである。ちなみに、私の半生を賭けた比較法・外国法研究の対象であるスウェーデンは平和愛好国として定評があるが、最近では世界有数の武器輸出国に化しているとのことである。Peace-Loving Sweden now major weapons exporter, *International New York Times*, May 21, 2014, at 5.

\* 中国法における死刑の執行猶予——「前稿」52頁注27への補充

中国法における死刑の執行猶予という特異な制度については、中国国籍を有し日本において刑事法学者として活躍している王雲海教授による以下の説明が分かりやすく、また信頼に値する。

「形式上、中国の刑法には死刑が刑罰の種類としては一つしかない」。しかし「事実上、死刑には、本当の『死』を意味する『即時執行死刑』と、本当の『死』を意味しない『2年執行猶予つき死刑』とがあるのである。」「『2年執

行猶予つき死刑』とは、死刑を言い渡すと同時に、2年間の執行猶予期間をも与える死刑である。その2年間、死刑囚を刑務所に収容して強制労働に従事させる。2年の間、故意犯罪がなければ2年満了時に無期懲役刑に減刑する。故意犯罪がないだけでなく、さらに立功の状があれば、有期懲役刑に減刑する。實際上、2年執行猶予つきの死刑を言い渡された死刑囚の約99%が2年満了時に減刑されているのである。」同「第2章 命は金で買えるのか?」(堅田剛編『加害／被害』(2013, 国際書院48-49頁)} 鄭念, 篠原成子・吉本晋一郎訳『上海の長い夜 文革の嵐を耐え抜いた女性の物語(下)』(1988, 原書房)は、著者の娘梅平を殺害した被告人に対する判決が執行猶予2年の死刑であったことについて言及し、「今日、梅平を殺した者はどこかで生きているはずだ。なぜなら、執行猶予つきなので2年後には自由の身になるからだ。」(331頁)と書いている。著者が提出した全ての請願書には執行猶予付き判決だと承知しない旨が記されていたが、公安局ではそれを知っておりながら、著者が米国に亡命するため上海を去ってから1週間後に加害者の公開裁判が行われたとのこと(330-331頁)。

同書は中国における権力の退廃、法の支配の空洞化の実相を赤裸々に抉り出しているが、それと同時に、優れた教養人である著者ですら自己の愛する娘の生命を奪われた母としては殺人者の死刑執行を切実に願望していたことを率直に物語っている。

なお、王氏の上記論考は中国における死刑存廃論の近況を詳細に伝えており、本稿の問題関心からは極めて注目に値する。ただし、氏がその死刑存廃論に関する結論として「刑事法学者の筆者としては、死刑は廃止されるべきであるという立場であるので、賛成派を素直に支持したい」(65頁)と述べている点については強い違和感を覚える。少なくともこの記述からみる限りまるで刑事法学者ならば死刑廃止論に賛成するのが当然と言わんばかりの筆致だからであ



る。直ぐに続けて問題の複雑さにふれて「この問題を巡っての論争も簡単に結論をつけられないのである。」(同頁)と結んではいらぬものの。皮肉なことに王氏の論考を収める著書の編者の堅田教授は「私の立場は、比較的に積極的な死刑存置論である。とりわけ殺人については、原則として死刑で対応すべきだと思っているほどだ。」(同書14頁)とまで書いている。死刑の存否はいわば万人の関心事であり、万人が等しく発言権を有する問題であるから、私は刑事法学者の優先権を暗黙裡に承認しているかのような王氏の意見に賛成できず、堅田説を読んで胸を撫で下ろした次第である。

ちなみにいう。王氏は現在「法文化学会」の理事長である。日本の法学関係の学会で会長や理事長に外国人が就任しているケースは他にないのではないか。このことは氏が優れた法学者であることに加えて、同学会とその会員が偏見に囚われない自由に思考する知識人の集団であることを示すもので、末端の一会員として嬉しくかつ誇らしく思う(私と同学会との関係については拙著・前掲『検証・司法制度改革 I』viii頁参照)。しかし、「君子は和して同ぜず」である。私の王氏の死刑廃止論に対する批判は氏の出自などとは全く無関係のものである。念のため。

\* 死刑の抑止効果 — 「前稿」53頁以下への補充

この点については注6で書いたことの中に含まれているので、それを援用して再言を避ける。

\* 殺人罪で服役中の無期懲役囚による死刑肯定論 — 「前稿」54-55頁注41等への補充

二つの殺人事件を犯して服役中の身で『死刑絶対肯定論』などを書いた著者は、合計10冊に近いノンフィクションや小説を発表しているとのこと(私が読んだのはそのうちの3冊のみ)。とくに美達大和・山村サヤカ&ヒロキ『女子高生サヤカが学んだ「1万人に1人」の勉強法』(2013, プレジデント社)は著者と高

校生の姉弟との間の感動的な文通記録である(文通はまず母親から始められ、現在では父親を含む一家全員が文通を楽しみにしているという)。私は死刑存廃論に関心を有する人々に「27 殺人事件のこと、話します。」(107-114頁)を是非とも読んで欲しいと願っている。その機会の得がたい人のためにサワリだと思ふ箇所を抜き書きしてお示ししよう。

「裁判前には父が高名な二名の弁護士を選んでくれましたが、みたっちゃん〔山村家による彼の愛称 — 引用者注〕はその先生たちに、『死刑でも構わない。ただ、なぜ、そうなったかはっきりさせたい』ということをお伝えしたので。死刑でも構わないと思った理由は、人を殺めることは悪いことだと自覚していたので、今度は自分がそうされてもおかしくないと思ったからです。『自分はするけど、同じことをされるのはいや』というのでは筋が通じませんから。」(109-110頁)「殺人という罪に償いはありません。なぜならば相手を生き返らせることができないからです。加害者が罪を悔い、深く反省すれば赦される、相手のことを供養すれば赦される、加害者が更生すれば罪も軽くなる……〔ママ〕などといろいろ言われていますが、すべて違います。それらの言葉は人の情けにあふれていて、寛大な精神を表していますが、一方では被害者と遺族に対する配慮に欠けているのです。事件の被害とは関係のない第三者の言葉としか言えません。愛する家族を奪われた遺族のことを鑑みれば、表面的な言葉でしかないのです。償いはない。謝罪とは何か、ということについて現在も考え続けていますが、自分が取るべき道は、『二度と社会に出ないこと』にしました。」(111-112頁)「みたっちゃんがどんなによいことを重ねても罪は軽くなならないし、赦されません。人の命を奪うということは、そういう罪なのです。『それでは救いというようなものがないのでは』と言ってくれる人もいますが、現実には被害者と遺族のことを思えば、救いなんてものはあってはなりません。」(113



頁)

一言一句肺腑を衝く言葉！ 現実の殺人者＝服役囚の口から発せられたものだけに千鈞の重みがある。

\* なぜ人を殺してはいけないのか

—「前稿」55頁注44への補充

この問題について佐藤憲一「内在性と批判性——規範的法社会学のために——」（法社会学79号（2013）190頁以下）は極めて有益な論述である。なお、私は法社会学会の一週辺会員に過ぎず、偉そうなことはいえないけれど、同論文は瞠目すべき画期的大論文で、法社会学のパラダイム転換を惹起するのではないかと予感する。

\* 「裁判なしの死刑の即時執行」の増加とそれに随伴する予測不可能な負の現象——「前稿」56-57頁への補充

死刑の廃止が「裁判なしの死刑の即時執行」を随伴することの危険と不正義についてはすでにフランス、ドイツの実例について前述した（5の注6および6）。このことは死刑廃止論者である河合氏自身が認めるところである。

後藤田氏（元警察庁長官）は日本の警察は逮捕第一で射殺しないが、外国の警察は射殺すると述べているが、死刑の廃止は日本の警察のこの良き伝統を変えてしまうかも知れない危険があることは「前稿」で指摘した（56頁注52）。その結果どのような負の現象が生ずるか予測は不可能である。「疑わしきは罰せず」から「疑わしきは撃つ」への恐怖の転換という不吉な想定の実現化は決して言葉の遊戯ではないのである（「疑わしきは撃つ」という表現は映画評論家矢崎由紀子氏の文章（東京新聞2014年9月5日（土）夕刊5面）から借用した）。岩井宜子『刑事政策 [第6版]』（2014、尚学社）の「第2部 刑事政策」の「第2章 死刑」（123頁以下）は、死刑問題についてバランスのとれた詳細な論述に富むが、私の死刑廃止論に対する主要な疑問点とくに警察による死刑の簡易執行の危険性に関する回答はみられない。なお、

同書は死刑存置論者ないし死刑廃止論に懐疑的なわが国の論者として植松正、藤木英雄、青柳文雄、平野龍一の諸氏を挙げている（132-133、136頁）。いずれも高名な刑事法学者である。（EU諸国における好戦的・排外的な右翼の増大、銃器による大量殺人の発生等と死刑廃止との因果関係の有無はもちろん証明不可能なテーマだろうが、積極説にもある程度の説得力があるようにも思える。）

少なくともわが国の場合は、警察による死刑の即時執行が市民の間にこれまで長年にわたって存在してきた警察に対する信頼感を破壊し、不正義感を醸成し、他方それが犯罪者による銃器の使用に対する警察の危機感を増し、警察による銃の使用を頻発させ……と負の連鎖はとどまるところを知らないかも。死刑廃止論者はこれを存置論者の誇張された被害妄想と嗤うのだろうか。だが、生命の安全こそ普通の市民が国家に対して求める最低限・最優先の責務であり課題なのである。私は「前稿」でこう書いた。「私は弱い卑小な人間である。せっかくこの世に生を受けた以上は貴重な生を全うしたい。だから他人に殺されたくない。殺されたくないから他人を殺してはならない。素朴にそう信じている。そして他者の暴力に対する自分の生命の保護を国家権力に託し、応分の税金を納め国法に遵って暮らしている。これが私だけでなく普通の人間の姿だと思う。」（55頁）注記する必要もあるまいが、もちろんサイコパスなどはここでいう普通の人間ではない。

死刑廃止論者がこの問題に対して十分に説得的な答えを自己の全責任を賭けて提示してくれない以上、私は廃止論者からどんなに悪罵嘲笑を浴びせられようとも死刑存置論の立場を断固として維持する。

（ちなみに、私は死刑制度の廃止を強力に主張・推進する団体の一つであるアムネ스티・インターナショナル（アムネ스티日本）の長年にわたる末端会員の一人である。しかし、現在の世界諸国における厳しい人権抑圧の状況の

中で死刑制度が果たしている現実の機能を熟知するこの団体が死刑廃止のために闘うのはまさに事理の必然ともいえるので（「前稿」54頁参照）、あえて脱退しようなどとは考えていない。死刑存置論を理由に除名されるならばそれもやむを得ないが（会則上そんなことが可能かどうか知らない）、個人的には貧者の一灯的に僅かな会費を支払うだけの末端会員でも存在するほうがマシかと思っている次第である。私の言動の矛盾を指摘する向きもあるかも知れないゆえ、念のため先回りして一言しておく。）

### おわりに

「はじめに」では山本周五郎の作家の覚悟を物語る言葉を引用して意気込んで書き出したのだが、結局大したものを書けず、半呆け老人の読書（雑読）日記の未整理のままの紹介に終わった感を否認しない。竜頭蛇尾の結語で申し訳ないが、こんなものでも多少は研究者や裁判員（候補者）の方々のご参考になり得れば——少なくとも反面教師として——と淡い期待と願望を抱きつつこの雑考を世に送ることにする。

それにしても、実にまとまりの悪い雑文の集合体（拙文を除く引用の文章のほとんどは素晴らしいものだが）のような原稿である。もう少し整理したい気もするけれど、その結果として非法律家の読者にとっては無味乾燥なうえに、従前の「前稿」や「雑考」と一々照合しないと分かりにくいものになってしまう恐れがある。あれこれ悩んだ末、興味を持っていただけの一纏りの文章だけをお読みくださっただけでも多少は得るところがあるような雑文集に仕上げることを狙った。もっとも、その意図がどこまで成功しているかは読者のご判断に委ねるほかになく、筆者としては全く自信がないことを告白せざるを得ない。

### 附記

本稿のごとき雑文を発表する理由としては「裁判員のための一種の副読本にもなりうるこ

と」に藉口することをすでに本文中で明らかにしているので、以下に記すところは屋上屋を架する観がなくもないけれど、この感動的な記事（「ムーミン作者の初期作を刊行 富原真弓さん（聖心女子大教授）」東京新聞2014年6月14日（土）夕刊9面（石井敬記））のことはやはり書かせていただきたい。

富原真弓氏はムーミンを生んだフィンランドの作家トーベ・ヤンソンの翻訳家として知られる。氏はもともとフランス哲学が専門でシモーヌ・ヴェイユを研究していたが、ヴェイユ研究に悩んでいた時期にムーミンと出会った。自分に敵しかったヴェイユはドイツに占領された仏人民への連帯の気持から、病床でも必要な食べ物をとらず34歳で亡くなった。氏はこう語る。「こんな立派な人のことを、いいかげんな私が分かったように書いていいのだろうかと思っていました。でもムーミンやヤンソン自身の生き方を知り、『人はみんな違う。あなたはあなたでいいんだ』と言われた気がした。おかげでまたヴェイユと向き合うことができました。」

（かつて吉本隆明『本当の考え・ウソの考え 賢治・ヴェイユ・ヨブをめぐる』（1997、春秋社）を読んだことがあり、ヴェイユの真摯極まる短い求道の生涯について多少の予備知識を有する私には富原氏の言葉がよく理解できるような気がする。私自身は長年スウェーデン法を外国法研究の対象としてきた者で、隣国フィンランドの法にもいささか関心を有している。この記事にもあるとおり、ヤンソンはフィンランドではスウェーデン語を話す少数派に属するが、同国では憲法上フィンランド語とスウェーデン語の双方が公用語と定められている。富原氏はスウェーデン語を独学で学び、2年後にはヤンソンの大人向け小説を訳するまでになったというが、未だにスウェーデン語で苦しんでいる私などには羨望に堪えない語学的才能に恵まれた方である。）

さて、私が何度も強調して読者に伝えたいのは「ムーミンやヤンソン自身の生き方を知り、

『人はみんな違う。あなたはあなたでいいんだ』と言われた気がした。」という富原氏の言葉である。たしかに彼女は優れた学者、翻訳家である。でも、この言葉は普通の人間にとってもそのまま当てはまると思う。この言葉を胸に刻んで普通の市民としての仕事を、そして裁判員としての責務を果たせばよいのだと思うのである（そして半呆け老人の私は〔論文書き〕というかたちの紙屑製造の仕事を）。

「人はみんな違う。」ということ言えば、臨死体験に関する多くの著作で有名なエリザベス・キューブラー・ロスは「自己の唯一無二性への感謝。たとえいまから100万年がたっても、自分とまったくおなじ人間はあらわれない。自分とまったくおなじように世界をながめ、おなじように世界に反応する人間はいない。」（デヴィッド・ケスラーとの共著、上野圭一訳『ライフ・レッスン』（2005、角川文庫）159頁）と書いている。本当にそうかどうか分からないが、凡人にとってはスゴク勇気づけられる言葉ではあるまいか。

## 附記 その2

脱稿後に名嘉幸照『“福島原発”ある技術者の証言 原発と40年間共生してきた技術者が見た福島の実相』（2014、光文社）を読んだ。典型的な文系人間である私に技術面の細部などどこまで理解できたか心許ないが、内容に魅せられて一気呵成に読了した。同書とくにその「第4章 福島の実相と未来」は全国民必読の文書ではないかと痛感させられた。まず著者のユニークな経歴について一言しておこう。同書を理解するうえで不可欠と思うからである。著者は1941年に沖縄に生まれ、水産高校機関科、専攻科を卒業、一等機関士の免許を取得し、船で働きながら独学でアメリカ船の機関士の資格もとり、米国船籍のスーパータンカーに乗船中アメリカ人の同僚から原子力発電への関心を喚起されて熱力学を学ぶため渡米して留学、しかし同僚の勧めもあり大学を中退してゼネラル・

エレクトリック社（GE）に就職した。入社後は原発について徹底的に仕込まれ、沸騰水型原子炉（BWR）のオペレーターの資格も取った。そして1973年にGEの日本人技術者（肩書は主任保証技師（Senior warranty engineer））として福島県にやってきたのである。地元の女性と知り合って家庭も作り、やがてGEから独立し自分の会社を立ち上げたが、それは東電の協力会社で業務内容は東電福島原発の保守管理に関わる。つまり東電とは長年にわたり不即不離といえる関係にあるが、完全な企業内組織人とは異なる自由な視点を保持しており、加えて著者特有の独立不羈の精神がその意見と行動をしっかりと支えている。同書全体を通じてこのことがひしひしと実感される。

ところでこの二つ目の附記を書くのは、突拍子もないことをいうようだが、原発と裁判員制度とはある意味で似た面を有しているのではないかと考えさせられたからである。著者はいう。「本書で私が最も強調したいのは、『原発は安全』という嘘が、すべての元凶という事実だ。／そもそも、できて間もない頃の原発は、発展途上にあった。私はあわやという事態に幾度となく遭遇した。その後、原発の技術的な改良が進み、システムは安定しても、機械の想定外の劣化や操作ミスなど、危うい事態は絶えなかった。」（29-30頁）「『原発は安全』という神話が、最悪の形で破綻したのが、まさに『3・11』の原発事故だった。私は、そう思う。」（30頁）

他方、裁判員制度についてはその導入の前後を通じて違憲論を含めて様々な消極論、反対論が強く主張されてきた——現在でもそうである。これは安全神話が極端に強調されてきた原発問題に比べてむしろ幸いなことだったというべきである。しかし裁判員制度成功論、礼賛論に安座することは固く戒め、不断に制度の改善・改革に努めるべきだと思う。この国にとって原発と同様に初体験である裁判員制度に想定外のネガティブな問題が生じうることは当然に覚悟しなければならない。私はこのことを同書から切

切と教えられた気がする。例えば、いま目の前に織部法太郎『裁判員制度を嗤う』（2013）という本が置かれている。裁判員制度違憲論、反対論の巨頭と目される一畏友のペンネームによる著作で「本文で記したことはすべてよその国のおとぎ話である。」という序文付きのものだが、それにも裁判員制度のヨリ良き発展のために貴重な示唆が少なからず含まれているのである。

本稿を閉じようとする今、法テラスから『総合法律支援論叢』第5号の恵送にあずかった。そこには裁判所、法務省（検察庁）、日弁連、法テラス等の重要関係者による「座談会裁判員裁判における弁護活動の現状と課題」とその司会役だった宮本康昭弁護士の論考が収められている（この座談会記事は判例時報2219号（2014）にも掲載）。まさに上記の「不断に制度の改善・改革に努めるべきだと思う。」という

私見の願望に応じてくれる内容のものといえよう。それを読みながら稿を終えることに静かな幸福感を味わいつつ。

（2014・7・15 一応脱稿）

\* 拙著『検証・司法制度改革 I 法科大学院・法曹養成制度を中心に』（2013，中央大学出版部）における誤記の訂正について

上記拙著については、恥ずかしながら若干の誤記・誤植が存在している。その完全な補正は本稿も収録する予定の新著『検証・司法制度改革 II』において行うつもりであるが、取り急ぎ一つの重大な誤記の訂正だけはこの場で行っておきたい。それは viii 頁 10 行目の平宗盛で、もちろんここは「知盛」とあるべきところであるから「知盛」と訂正する。