

## 研究ノート・司法制度改革批判補遺 (8)

### 木村晋介監修『激論！「裁判員」問題』 （朝日新書、2008）の反省<sup>(\*1)</sup>

西 野 喜 一

#### 目次

- 一 序
- 二 構成
- 三 第一部
- 四 第二部
- 五 出版社
- 六 まとめ

#### 一 序

(一) 本書<sup>(\*2)</sup>は、裁判員法（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律）成立後、その施行前の段階で、裁判員制度に賛成する勢力が、制度反対論者を取り込んで外観は一見中立でありながら実は制度のキャンペーンにはかならないという、ユニークな（私は、悪質な、と評すべきものと思っている）企画を実行したものである。私はこういう企画に関わってしまったことを反省している。

(二) 本書ができるまでの公式の経緯は、弁護士木村晋介氏が本書冒頭の「はじめに」で書いている通りで、裁判員制度賛成論者である弁護士高野

隆氏と、制度反対論者である私が、後に熱心な制度賛成論者と判明する木村晋介氏の司会の下で、制度の賛否に関する対論を行い、その結果を一書にまとめたものということになっている。

元々は、2007年12月に大東文化大学で行われた公開シンポジウム「裁判員制度って本当に大丈夫か？」に端を発する。そこでは、高野隆氏と私とが、木村氏（但し、この段階での木村氏は、自分が熱心な制度賛成論者であるということを明らかにしていなかった。）の司会の下で対論したのであったが、「この緊張感溢れる真剣勝負を、その場限りにしてしまうのは惜しいと考え」（「はじめに」）た木村氏がこれを朝日新聞出版に持ち込んだことによって、同社の新書の企画として、私と高野氏が、木村氏の司会の下で改めて対論を行ったのであった。

しかし、実際の本書は、要するに、裁判員制度反対論者をも取り込んだ上で、全体としては制度を大々的に宣伝しようという、なかなか手の込んだ裁判員制度キャンペーンであるので、私が途中では全く気がつかなかったという自省をこめてその内容と経緯をここで明らかにしておきたい。

同時に、その当時に主張されていた制度の問題点を指摘し、更に、制度施行後4年を経た現在ではさまざまな経験に基づいた観点からの批判が可能であるので、それも盛り込んでおきたいと思う。現在ではこれまでの経験に基づいた評価をすることが可能であろう。

また、2008年の出版当時には、対論の結果であったにもかかわらず出版社からの有形無形のさまざまな圧力で活字にできなかった分も多かった<sup>(\*3)</sup>ので、本稿はそれを補充する機会でもある。

(三) 本書は、第一部「なにが問題か」、第二部「激論、裁判員!」、<sup>3</sup>「キムラ弁護士<sup>3</sup>の補足意見」の三部からなっている。

第一部を構成しているのは、「裁判員制度とは」という解説（大東文化大学講師山本紘之氏担当）、「賛成派の主張」（高野氏担当）、「反対派の主張」（西野担当）である。

第二部は本書の中心とされる部分で、本書全体の約3分の2を占めてお

り、木村氏の司会の下での高野氏と西野とが対論をしている。その中身は、第1章「市民生活と裁判員」、第2章「あなたが裁判員に選ばれたら」、第3章「日本の裁判はどう変わる」から構成されている。

## 二 構成

### 1 憲法論

本書は要するに、裁判員制度のキャンペーンを図ろうとしたものであるが、制度のキャンペーンを狙う企画側(出版社、木村氏)の企図は、本書の以下のような点に現れている。

その1は、裁判員制度の最大の問題点である憲法上の論点を殆ど取り上げていないことである。憲法関係の論点が全く出ていないわけではないが、それは散発的なもので、こういう司法のシステム自体が憲法上許容されるのかという最も重要な論点ほとんど取り上げられていない。

裁判員制度が憲法に適合していないことは、この制度を合憲とした平成23年11月23日の最高裁大法廷の判決が、これが最高裁大法廷の判決かと思われるような屁理屈のオンパレードにならざるを得なかったこと<sup>(\*)</sup>自体からも明らかであるが、本書でも正面から本格的な憲法論に踏み込むと、対論の中で制度を合憲だと結論づけることが無理であることが明白であるため、企画側は本格的な憲法論を最初から除外しておくことにしたのであろうと想像される。

### 2 見出し、小見出しに見る現行刑事司法及び裁判員制度反対論への「誘導尋問」、「誤導尋問」的姿勢

その2は、本書には、現行の刑事司法には欠陥が多いことを当然の前提とした見出しや、制度反対論を曲解して、読者に、裁判員制度に反対して

いる者(つまり、本書で反対論を展開している西野)はおかしなことを言っているということ的印象づけようとしている小見出しがいくつかあることである。

本書の中の見出し、小見出しの大部分は、概ねそこでの論点を提示するという中立的なものであるが、さりげなく例外が混じっているわけである。

① 「裁判員制度は重罰化の歯止めになるのか」(83頁)

これは現行の刑事司法のシステムではどんどん厳罰化が進んでおり、これは放置できないということを前提にした見出しであり、読者にそういう印象を与えようとしている。

もし、法廷での証人尋問でこう聞いたら、証人がイエスと答えてもノーと答えても今は厳罰的状况にあることを認めたことになるから、これは典型的な誤導尋問になる。

なお、裁判員制度の下でこそこれまでより重罰化が進んでいることは後述する。

② 「裁判員制度は『意に反する苦役』なのか」(131頁)

このような小見出しの次に、木村氏が、「西野さんは著書『裁判員制度の正体』の中で、裁判員制度は憲法18条の禁止する「意に反する苦役」だと言っています」(この文は主述がおかしい)と切り出している。

しかし、私は拙著『正体』で、裁判員制度は憲法18条の禁止する『意に反する苦役』だと言ったことはない。裁判員の用務は、やりたいという者そのままやればよいが、やりたくないという者にとって意に反する苦役なのだと明記している(例えば『正体』190頁<sup>(\*)</sup>)。

この小見出しの表現は中立性を欠き、裁判員になりたい、裁判員をやってみたいという者に対しても、制度反対論者(西野)はあくまで憲法をタテに妙な理屈でやらせまいとしているのだという印象を与えようとしている。

③ 「裁判員になると人生が暗転するのか」(124頁)

私は拙著『正体』の中で、「人生が暗転」という表現を用いたが、それ

は或いは、裁判員を務めたために(仮に)人生が暗転しても裁判所は何もしてくれない(『正体』172頁)ということであり、或いは、(仮に)妙な事件に取り込まれると自分の人生が暗転する(『正体』205頁)ということである<sup>(\*6)</sup>。裁判員を務めると必ずそうなるということはありませんし、そんなことを言うはずもない。

本書の企画側はここでこういう小見出しを立てることによって、読者に、反対派(西野)は、随分おかしなことを言っている、裁判員になると人生が暗転すると言っているが、ここまで極端なことを言っても裁判員制度の足を引っ張ろうとしている、という印象を与えたいのであろう。公平公正さを欠く見出しの立て方である。

#### ④ 「リストラや廃業の危機なのか」(156頁)

これも前の項目と同じで、私は『正体』で、「考えられる事態」(『正体』164頁)として、リストラや倒産が「じゅうぶんありえる」(『正体』164～165頁)と書いたが、あくまでも可能性を示したものに過ぎないことはその表現から明らかである。本書の企画側がこのような見出しを立てたことに対しては前項と同じことが言える。

#### ⑤ 「裁判員制度は刑事手続きの欠陥状況を変える突破口になるか」(182頁)

これは小見出しではなく、ゴシック体の大きな見出しであるが、これも今の刑事訴訟は「欠陥状況」であるということを当然の前提とした誤導的問題設定である。

### 3 「キムラ弁護士の補足意見」

(一) 本書の最後(223頁以下)にこういう名前の終章がついている。これは本書で今まで司会者であった木村氏が、「討論を終えて私自身が考えたこと、みなさんが裁判員制度について考える上でぜひとも参考にしてほしいこと」(強調引用者)を述べた部分である。これは一見、客観的な指摘、客観的な情報提供に見える書き方であるが、実際にはそうではなく、

木村氏の個人的で熱心な制度賛成論であり、制度反対論を批判している部分である。或いは、この部分こそが本書の眼目であり、木村氏にとっては、本書の第一部、第二部はこの「補足意見」のためにあったようなものかも知れない。

最高裁判所の判決において「補足意見」とは、法廷意見の結論にも理由づけにも賛成であるが、なお結論賛成の立場から付け加えておきたい点がある、という場合に使われる用語である。弁護士である木村氏がこの意味を知らないということは考えられないから、ここで木村氏は、無意識のうちにも、裁判員制度という結論にも高野氏が述べた理由づけにも賛成であるが、なお結論（裁判員制度）賛成の立場から付け加えておきたい、という意味でこの言葉をここで選んだのであろう。

(二) まず木村氏は「裁判員制度は非常識か」という小見出しを掲げ、「裁判員制度は一部の反対派の人たちが言うような、非常識な制度なのでしょうか。」と切り出す（223頁）。本書で裁判員制度に反対しているのは私（西野）だけであるから、木村氏はここで読者に、制度に反対している西野は非常識だという印象を与えたいのであろう。

しかし、本書の中でも、他の拙著拙稿でも、私はこの制度をさまざまな観点、局面から批判してきたが、「非常識」だと言ったことはない。

但し、今の私は、この裁判員制度はそもそも国民参加が誤判、冤罪を防ぐという誤解に胚胎し、司法制度改革審議会での妥協の結果として成立し、憲法に違反し、審理の粗雑化・長期化、無罪率の低下・判決の重罰化を招来し、すべての関係者（裁判官、検察官、弁護士、裁判所職員、裁判員）を生産性のない局面での疲労困憊に追いやっている点で、非常識な刑事司法制度と呼ぶべきものであると考えている。

(三) (1) 次に木村氏は、「裁判員制度について考えるに当たっては、もう少し情報を持っておいた方がいいと思います。」と言う（223頁）。つま

り、自分(木村)は制度を論じるに足りる十分な情報を持っているのに対して、制度に反対している者(西野)は十分な「情報」を持っていない、西野は十分な「情報」を持たないまま制度反対論を展開している、と私を非難しているわけである。

(2) その木村氏のいう「情報」とは以下のようなものである。

木村氏は、国民の司法参加は「欧米を中心に、南米やアフリカをみてもかなり一般的」であり、「裁判を専門裁判官にだけ任せている日本の方が少数派に入る」と言う(223頁)。そして木村氏は、本書第二部の本文中でも「裁判への市民参加を制度化している国」という相当詳細なリストを掲げ(97頁)、「何らかの形で裁判に市民参加を認めている国は多数派」であると言う。

このリスト(ここでは仮に「木村リスト」と呼ぶことにしよう。(\*7))は、「ガーンジー島」、「ジャージー島」、「モントセラト」等、普通の人では名前も所在も知らないような「国」まで挙げているから、国民参加については網羅的なリストと考えてよいであろう。

(3) しかし、ここでの木村氏の記述は、国民参加支持論者の強引な論法をよく表しているものである。

その理由の第一は、ここに挙がっている「国」は合計で62であるが、本書発行当時(2008)の国の数は200に垂んとしており、国連加盟国数で数えて192であった(\*8)。200分の62程度を「多数派」と呼ぶのはおかしい。

第二は、木村氏は、この「木村リスト」で主権国家でない所も「国」(木村氏の表現)に数えていることである。そこには英米独仏のような典型的な「国」もある反面、「ガーンジー島」、「ジャージー島」、「マン島」、「セントヘレナ島」、「ジブラルタル」、「ピトケルン島」、「アングイラ」、「モントセラト」など、外交権や防衛権がなくてイギリスの一部と扱うべきものやイギリスの海外領土も独自にカウントしている。つまり、普通感覚ならイギリスとして1票であるべきものがここでは10票ほどにも増えている

のである。

「多数派」、「少数派」を比較して説得の材料に使いたいというのであれば、当然主権国家単位で数えるべきであるが、この木村リスト62「国」のうちで主権国家の数は50に満たず、47、8にとどまる。2008年当時の国連加盟国192を分母にすれば、その4分の1程度に過ぎない。これを「多数派」と呼ぶのは乱暴で、正しくもないし、フェアでもない。

まっとうな読者なら本書のこの部分を読んで、制度賛成論者はここまで強引な論法を使うのかと思ったことであろう。

(4) それぞれの国において、どのような司法制度を採用するかということは、それぞれの国の国民が、それぞれの国の歴史、国民性、司法観、そして憲法の規定によって自主的に判断すべきことである。他国でこうしているから、ということが我が国において司法制度の内容を決める要素になるはずがない。他国にはあるが日本にはないものもあるし、他国にはなくて日本だけにあるというものもある。何故司法への国民参加という点だけはこういう横並びの理屈が通用すると思うのか、私には理解できない。

特に、憲法の規定は決定的である。いくら他国でそれぞれの憲法の下で国民参加をやっていても、我が国で日本国憲法がこれを許容していなければ、我が国では国民参加をやるはずがない。憲法の条文を度外視して司法への国民参加をやろうというのが我が国の国民参加論者の通弊である。そして、日本国憲法が司法への国民参加を許容していないとしか解されないことは既に詳細に論証した<sup>(\*)9</sup>。

(四) (1) 次に木村氏は、「裁判員制度は徴兵制につながるか」という小見出しを立てて、要旨、次のように言う。

反対意見の中で、最もセンセーショナルなものは、裁判員制度の導入が徴兵制につながるというものだった、しかし、自分（木村）は、裁判員制度と戦争への国民とを一緒に議論することには違和感を覚える、裁判所は紛争を武力によらずに解決するための大切な平和的機関であり、ここに人

を動員することと、戦争のための機関である軍隊に人を動員することとを同一視することには反対の意見を持っている、実際の諸国の姿を見ても、裁判への市民参加と徴兵制とは結びつきがないことは明らかなように思う、と。

この「つながる」という言葉の意味が曖昧であるが、私が拙著『正体』で徴兵制にも言及したのは確かである。しかし、そこで書いたことを正確に再現すると、「この裁判員制度に徴兵制にいたる道を心配する意見もあるということは知っておいてもらう価値がある」(『正体』186頁)、「国民を裁判員に駆り出し、必要な場合には死刑判決をさせようという思想は、所詮、国民を兵隊に駆り出し、必要な場合には戦争をさせようという思想と同根」だ(同『188頁』)ということであった。裁判員制度を契機に、国民に戦場での賭命義務を求めるのが国家の本質だと唱える人も出る<sup>(\*10)</sup>に至っており、現在の我が国での徴兵制の現実化の可能性や、他の諸国での徴兵制と司法国民参加の具体的な重複具合にかかわらず、深いところでのこの2つの思想の「同根」性は誰にも否定できないであろう。

木村氏は、一方(裁判所)は平和的機関であり、他方(軍隊)は戦争のための機関であるという(228頁)が、これに反論するに木村氏の論法をもってすれば、国内問題と対外的問題を互いに関係がないものとして明確に区分して議論することには違和感を覚えるし、思想の共通性を無視して両者は全くの別ものだとすることには私(西野)は反対の意見を持っている。戦争は所詮政治の延長であるところ、国家目的のために国民を強制的に動員するという点において、徴兵制と裁判員義務の共通性は明らかではないだろうか。

(2) 更に木村氏は続けて、「私としては、高野さんの言うように、国民が裁判に参加することによって、裁判が現在よりも公正に行われるという保障があるのであれば、国民にある程度の負担を求めることは認められてよいと思います」という(229頁)。

しかし、この意見も問題の多いものである。

第一点は、憲法を無視していることである。

第二点は、「国民が裁判に参加することによって、裁判が現在よりも公正に行われるという保障があるのであれば」という大きな留保がついていることである。そういう「保障」があるのかどうかということを本書では議論してきたはずであった。憲法論を別にすれば、「裁判が現在よりも公正に行われるという保障があるのであれば」、どんな裁判方式でも、たとえそれが町奉行によるお白州裁判であっても、構わないことになる。

そして最後の問題点は、この「ある程度」の内容が不明で、歯止めがないことである。例えば、「国民が防衛に参加することによって」、国防が現在よりも的確に「行われるという保障があるのであれば、国民にある程度の負担を求めることは認められてよいと思う」という人は当然出てくることであろう。これに対して、司法と防衛を一緒に議論することには違和感を覚える、これを同一視することには反対の意見を持っている、ということが何らかの論理的な反論になっているであろうか。

木村氏がここで思想的共通性に目を向けずにAとBは別ものだと強調しているということは、その共通性から読者の目を遠ざけようとしているのかも知れない。

(五) 次に木村氏は、裁判員の負担について触れ、裁判員法16条8号ハの辞退事由をできるだけ緩やかに、幅広く認めていくための工夫を早急に行うべきだ、少なくともこの理由で辞退できる範囲を広げるための緩やかな解釈基準を、例えば最高裁判所事務総局が示すべきだ、と主張する（231頁）。

特定の法律の特定の条文の解釈基準を、事務機関（に過ぎない「最高裁判所事務総局」）が示すべきだという議論は私にとっては驚くべきもので、賛同できない。裁判所の組織や事務のあり方に関するような事項ならまだしも、ここで問題となっているのは、国民全般にも訴訟当事者にも極めて影響の大きい訴訟法である。裁判官でない者が裁判をしても構わないとい

う立場(司法国民参加論)に立つと、職務上の裁判官でない者、或いは裁判所でない組織が、法文を解釈してその解釈基準を示すべきだという議論に抵抗がなくなるのであろうか。

これに関連して、陪審制、参審制では、偏りのない陪審員、参審員を確保できるかどうかということが最大の問題の一つであるが、木村氏は、対象者の辞退事由を「グーンと緩やかにすれば、有給休暇の取れる会社員、公務員、年金生活者、専業主婦、無職者などに構成がかたよることになる」だろう、「しかし、それでも裁判員制度の公正さにあまり影響はないとすれば、そうした運用の仕方もありうるのではないか」と言う(231頁)。

ここでも「裁判員制度の公正さにあまり影響はないとすれば」という驚くべき留保がついていて、氏の論法の粗雑さに驚くべきところである。本書の本文の部分ではまさにそれを議論してきたのである。「制度の公正さにあまり影響はない」かどうかということが国民参加制度の最大の問題の一つなのであって、「制度の公正さにあまり影響はないとすれば」というような条件が許されるのであれば、どんな議論でも可能になる。「裁判員制度が憲法違反でない」とすれば、「裁判員制度で公正公平な裁判が達成されるとすれば」、「国民が裁判員制度に賛成しているのであれば」、私も裁判員制度に賛成である。

(六) 次に木村氏は、「裁判員制度に、何が期待できるのか」という小見出しを立て、制度への期待を述べる(232頁)。

木村氏の制度に寄せる最大の期待は、「裁判員制度によって裁判官のほうの意識改革が行われる、ということ」である(232頁)。そして氏が興味を持っているのは、「市民である裁判員が専門裁判官に与える影響」であり、「市民的な常識が専門裁判官の中に浸透していく可能性」である(232~233頁)。

裁判官に「市民的常識」がないかのようなニュアンスには賛同できないが、木村氏がここで言っているのは氏の願望で終わると思う。最高裁が裁

判員制度賛成に転じたのは、司法の民主化のためではなく、誤判防止・冤罪防止のためでもなく、所詮「刑事裁判官の復権」のためという官僚的論理に基づくものであった<sup>(\*11)</sup>し、予め決めておいた範囲内で公判を終えるためには、入念な事前整理が必要となるどころ、裁判員が関与しない公判前整理手続で事案を詳細に詰めておかなければならないから、被告人の運命はもうそこで決まったようなものである。そして証人尋問も評議も、あらかじめ終了時間を決めておいてから始めるという世界に例のない裁判方式であるから、そこで裁判官の果たす役割は極めて大きい。

裁判員は、裁判官が設けた枠の中で活動できるに過ぎないのが現実であろうと思われる。

(七) (1) 次に木村氏は「裁判員制度とともに求められること」という小見出しを立て、ここで、要旨、以下のように言う（233頁以下）。

真相解明のための努力、冤罪防止のための努力はもちろん重要な課題となるが、そのために今以下のようなことが考えられている。

- イ 争点中心の審理
- ロ 用語の平易化
- ハ 記録に頼らない証人尋問中心の審理
- ニ 証拠開示

そしてこの4つは実現されそうであるが、そのほかに、捜査の可視化、ミランダ原則、被疑者段階での弁護体制の一層の改善が必要である、と。

木村氏のこの意見は正しいのかどうか、検討してみよう。

(2) 前記イないしニは真相解明又は冤罪防止のために有用であろうか。

イの「争点中心の審理」というのは、効率的な審理のためには有効であろうが、真相解明や冤罪防止との関連は薄いのではないか。

ロの用語の平易化は、真相解明にも冤罪防止にも余り関係がなさそうである。

ハは真相解明にも冤罪防止にも逆行する動きであると思う。記録に頼ら

ない証人尋問中心の審理というのは、要するに記憶と印象に頼る審理であり、記憶と印象に頼る評議であるということである。人間の記憶というものがいかに曖昧で当てにならないものであるのかということは現代人の常識であるが、その曖昧で当てにならない記憶と証言で事実を認定しようというのは極めて危険なことである。元来、証言を中心とする陪審制度は、文字を読める人が少なく、文書の複製が骨の折れる作業であった時代に生み出されたものであった<sup>(\*12)</sup>。文字情報を軽視して、厳重な時間制約内での記憶に基づく口頭供述に頼ろうというのは、訴訟の一部を今から中世に戻そうというようなものであり、人の能力を判定するのに、筆記試験を全廃して口頭試問だけによろうとするようなものである。口頭試問では、人物は見られるであろうが、数学や物理の能力を判断することはできない。

私は本稿で、本書のあちこちを詳細に批判しているが、これも目の前に印刷された本書があるからあちこちを参照してできることで、誰かが本書を朗読して私に読み聞かせ、さあ、おかしな点は全部批判せよ、反論せよ、と言われても、とてもできるものではない。

二は結構であると思う。

(3) ところで、この項目の中には気になる記述がある。木村氏はここで、「刑事裁判を国際レベルから見て恥ずかしくないものにするためには、ほかにもいろいろな制度改革が必要」だと言っている(234頁)。つまり、今の日本の刑事裁判が「国際レベルから見て」恥ずかしいものだと言っているわけであるが、ここでいう「国際レベル」とはどんなものなのか、何を基準にして決めるのか、そして、それに合った裁判をしている国があるのか、ということの木村氏は明らかにしていない。

裁判員制度支持論者や陪審制賛成論者はアメリカの陪審制を賞賛する傾向があるが、アメリカの誤判、冤罪の数は日本の100倍ほどもあって<sup>(\*13)</sup>、極めて危険な様相を呈しているにもかかわらず、何故か彼らはこういう「不都合な真実」に目を向けない。

また、2012年中のブライアン・スチープンソン弁護士の「(アメリカの)

司法の不公正について話したい」(\*14)というスピーチは、2013年早々にNHKでも放映されて大きな反響を呼んだのだったが、これはアメリカの裁判のいい加減さ(不公正さ)を存分にえぐり出して余すところがなかった。

(八)(1) 最後に木村氏は、「裁判員に望むこと」という小見出しを立て、この終章の末尾で、裁判員、ジャーナリズム、裁判官に望むことを3点挙げている。

その1は、裁判員への希望で、「裁判が終わったあとに、守秘義務を犯さない範囲で、自らの体験の中で感じたことを大いに語ってほしいということ」である。

これは私も賛成である。裁判員などに駆り出されて、いかに大変な思いをしたか、審理や評議がいかに苦しかったか、軽い気持ちで引き受けた結果がどうであったのか、判決後、心理や体調にどんな異常が生じたか、というようなことは体験者しか語れないことである。

木村氏のいうその2は、ジャーナリズムへの希望で、「日本のジャーナリズムが元裁判員たちの声を、その中に込められた日本の司法制度の病んでいる姿を、的確に社会に伝えること」である。

ここで「日本の司法制度の病んでいる姿」を前提としている点で誤導尋問的アンフェアさを含んでいるが、これは内容を変えれば、私も賛成である。日本のジャーナリズムが裁判員制度の大政翼賛的キャンペーンを止め、元裁判員たちの声を、「大変だったが良い経験になった」などという紋切り型で扱うのも止め、その真実の声を、そしてこの制度のために日本の司法がどう病んでいったのか、最高裁が制度反対から制度賛成に転じたのは何故であったのか、今の裁判所の中で裁判員制度とは何であるのか、ということを的確に社会に伝えて欲しいと思う。

その3は、裁判官への希望で、「裁判員と審理・審議をともにした裁判官たちが、既成の考え方にとらわれず、市民と自由に事件について語り合い、市民の持つ健全な常識をわきまえるように自らを変える」ことである。

ここでも裁判官には「市民の持つ健全な常識」がないとまず決めつけている点が誤導尋問的アンフェアさであるが、この決め付けがまず誤りである。それは、弁護士は所詮金儲けのための職業であり、金のために黒を白と言いくるめることをなりわいとしている、という命題が誤りであるのと同様である。

また、「審理・審議をともにした」という言い方からすると、これは事件終了後のことであると思われるが、裁判官が審理終了後に、陪審員、参審員と自由に事件について語り合っているという国というのは聞いたことがない。

(2) 木村氏は、この「補足意見」の最後をこうまとめる。「裁判員制度は、裁判所が国民を絡め取る制度なのか、それとも国民が裁判所を変える制度なのか。その評価は……負担に耐えて裁判員を経験した人々の経験の重さを、日本の社会がどれだけ尊いものとして受け止め、自分たちの中に生かしていくかにかかっている」ことになる、そして、これができなかつたとき、裁判員制度は終わりを告げるだろう、戦前に一時だけ行われた陪審制のように、と。

制度施行から4年余を経た現在、一応の評価が可能であろう。国民が裁判所を変えるということではなく、裁判所が完全に国民を絡め取ったと言えるのではないか。それは、元裁判員の経験の重さを日本の社会が尊いものとして受け止めていないからではなく(裁判員の個人的経験の重さなどは権力にとってどうでもよいことである)、裁判所が裁判員制度賛成に踏み切ったのは裁判所という組織の内部の都合によるものであった<sup>(\*15)</sup>ということによる。そして、マスコミはもう完全に裁判所に絡め取られてしまい、皆御用機関と化してしまった。

そのため、国民はどんどんこの制度を見放している<sup>(\*16)</sup>のであるが、制度自体の存続は裁判所という公権力の都合によるものであるから、当然「終わりを告げる」ことはないだろうと予測される。

### 三 第一部

#### 1 「裁判員制度とは」

ここでは山本氏が制度の概要を解説しているが、一番問題であるのは、陪審制と参審制を比較した部分である(22頁以下)。

山本氏によれば、陪審制の特色は2つあり、その1は陪審は有罪か無罪かの実問題の判断だけに関与して量刑を担当しないということであり、その2は事実判断について(裁判官は関与せず)陪審員だけで評議、判断するということである。

他方、参審制の特色は、

- ① 参審員が法令の解釈も含めた裁判全体に関与する(ここは陪審制とも裁判員制度とも異なっている)
- ② 参審員が裁判官と一緒に、事実認定、法令の適用、量刑を担当する
- ③ 参審員と裁判官を合わせた多数決制である
- ④ 市民に対する裁判官の比率が陪審制より高い

ことにあり、我が裁判員制度は、裁判官と選抜された素人との協働で裁判を進め、両者の多数決で結論を出すという点で参審制に「近い」制度といえる、とする(22～23頁)。

しかし、山本氏の意見によれば、上記の②ないし④は裁判員制度そのままであって、裁判員制度と参審制とが異なるのは①の、参審制では参審員は法令の解釈にも参加する、というその1点だけであるから、山本氏はこれを捉えて、裁判員制度は参審制に「近い」制度であるが、参審制そのものではないと言っていることになる。確かに我が裁判員制度では裁判員は法令の適用は行う(裁判員法6条1項2号)が、法令の解釈は行わない(同条2項1号)ことになっている。

しかし、法の「解釈」と「適用」がそれほど厳密に区分できるものかどうか、疑問に思う。裁判は具体的な案件とそこでの事実認定を離れては考えられないものであるところ、そこで何かの法の条文の意味が問題になっ

て、何法何条はこう解釈してくれと裁判官が言った場合、それは不当だと思った裁判員は、その条文を当該案件に「適用」しないことにすることもできるし、殺人罪でも執行猶予をつけることができるほど法定刑が広範囲にできている我が刑法の下では、その解釈を事実上無にすることができるような量刑という名の解釈も可能である。

結局、我が裁判員制度は法の解釈権がないから本来の参審制ではないという論法は実質的に無理であろう。裁判員制度を、強引に参審制と陪審制の間に位置づけた平成23年の大法廷判決も、これが参審制ではない根拠を法令解釈権の不存在に求めてはいない<sup>(\*17)(\*18)</sup>。

## 2 「賛成派の主張」

(一) 高野氏は、「賛成派の主張」(31頁以下)の中で、まず、氏は、要旨、「自分(高野)が裁判員裁判に賛成するのは今(2008)の裁判が余りにもひどいからである。日本の刑事裁判の無罪率は僅か1%余である、日本の刑事裁判官は有罪が大好きなのだ。一番無罪率が高いのがアメリカの陪審員で無罪率は約33%である。アメリカの職業裁判官の無罪率は約17%である。」と切り出す。

しかし、無罪率が高いということは換言すれば起訴が粗雑だということでもあり、3人に1人が無罪となるような裁判では、起訴が余程粗雑としか思われぬ。被疑者の立場からすれば、長い間被告人の座につかせられ、有能で高価な弁護人の手腕と手間ひまをかけた裁判の結果として漸く無罪となるよりは(下手をすると、ここで有罪となる)、検察段階で嫌疑不十分で不起訴となり、裁判所にも行かずに済み、弁護士を頼む手間も費用もかからずに済む方がずっと望ましいことである。

そもそも、刑事司法を論じるには、裁判の部分、即ち起訴から判決までの過程を見るだけでは勿論不十分で、疑わしい事案(及び処罰するまでもない事案)はその事件の摘発から最終的な判決(又は行刑)までの全プロ

セスのうちのどの段階で落とされているのかということを見なければならぬ(本書51頁の私見)のであるが、高野氏の目はここには届いていない。

私見ではそれは検察の起訴裁量制度であって、疑わしい事件の大部分はそこで落ちているのである。検察が警察から送致を受けた事件のうちで起訴に至るものはせいぜいその2、3割に過ぎないという事実がこれを示している<sup>(\*19)</sup>。日米の相違は、日本では、検察官が疑わしい事件は起訴しないようにして「不起訴」名で被疑者を放免し、アメリカでは、疑わしい被疑者は一旦起訴して被告人にした上で、陪審団を構成するという手間をかけ、弁護人の手腕を待って、裁判所が「無罪」名で放免しているということである。但し、アメリカでは、大変誤判・冤罪が多いし、当事者(検察官、弁護人)の腕次第、という面が大きいので、裁判官(又は陪審)にもものを見る目がなかったり、検察官が有能であったり、弁護人が無能であったりすると、被告人は有罪とされて刑罰を受けてしまうという危険性がある。

(二) 次に高野氏は、20世紀のアメリカでは、「イノセンス・プロジェクト」というものがあり、これによって冤罪が証明されて死刑囚が釈放されたということが180件くらいあり、この数字を取り上げてアメリカの陪審裁判では冤罪を生みやすいという人がいるが、それは間違いだという(37頁)。

しかし、180人ものが冤罪で死刑を宣告されていたということ自体、アメリカの裁判では大量の冤罪被害者を出ていることにほかならない。日本では、昭和50年代に死刑が確定していた元被告人が相次いで4人再審で無罪となり、大騒ぎになったことがあったが、アメリカではこのように冤罪の数が実に2桁違うのである。そして、アメリカの陪審裁判が冤罪の宝庫である<sup>(\*20)</sup>ことは、今日ではほぼ常識であろうと思う。

それにもかかわらず、高野氏は、アメリカの陪審裁判は冤罪を生みやすいというのは間違いだと断定して、こう続ける。「イノセンス・プロジェ

クトは日本では行われていない。また、アメリカのいくつかの州では重罪の確定した元被告人にDNA鑑定をする権利が無条件に与えられているが、日本ではそういうシステムもない。」と(37~38頁)。

しかし、これはそもそも陪審裁判は冤罪を生みやすいという命題を否定する根拠になっていない。ここは因果関係が逆であって、陪審裁判では余りにも冤罪を生みやすく、無実の罪に泣く人が多いので、判決確定後にこういうプロジェクトや制度が必要になっているのである。また、日本では確定囚にDNA鑑定を無条件で保証する制度はないが、元被告人がDNA鑑定の結果をもって再審の請求をすることは当然にできる。アメリカではまともな再審制度がない<sup>(\*21)</sup>ので、こういう制度を作らざるを得ないのである。

(三) 次に高野氏は日本の判決理由を非難する。何度読んでも納得できないことが多い、無罪の証拠に対して全然応答しない、有罪の証拠だけをピックアップして有罪判決にしてしまう、と(39頁)。

しかし、それは高野氏が有罪判決の判決理由を読んだ結果としてそう思ったわけで、これは判決に理由が付されていることの大なるメリットである。これに対して高野氏が全面的に賛同する陪審制では、有罪・無罪の判断はその結論だけで、そう判断した理由が付されていないのであるから、それを読んで「納得」できるということはありません。判決理由を読んで「納得」できないと主張する論者が、結論に理由のつかない陪審制を称えるのはおかしいのではないか。判決理由に書いてあることが納得できない、判決理由の記載が信用できない、と言うが、だからといって、判決理由が要らない(陪審制)ことにしようというのでは無理である。

裁判員制度の下では、判決理由を備えた判決書のシステムは維持されることになっているが、素人である裁判員を交えた評議でどこまで詳細に踏み込んだ判決が書けるかどうか疑問であるだけでなく、裁判員制度では、裁判官は評議終了後直ちに判決を書かなければならないので、判決理由は

これまでより一層簡単なものにならざるを得ない。

これまでの判決理由に納得できない、満足できないという者が、判決理由は要らないという制度（陪審制）、判決理由が簡単でよいという制度（参審制）に代えようというのは、筋が通っていないのではないか。

これは高野氏がその次に「間接事実による認定」を批判する部分（40～41頁）についても同様であって、陪審審理では判決理由がつかないのであるから、間接事実がどう機能したのかということも判断のしようがない。

なおこの間接事実という点につき、高野氏は更に、裁判官は、結論を先に決め、それに合った間接事実を拾い上げているだけだと言う。例えば、殺意の有無の認定において、裁判官は、被告人の供述（「意図的なものではなかった、（刃渡り20センチの刺身包丁が）刺さってしまった」）を重視せず、凶器の殺傷能力、刺した（刺さった）場所、その深さ、怪我の程度という「客観的」な間接事実で殺意の有無を決めようとするが、これは不当であるという。

他方、高野氏が推薦する「ストーリーモデル」方式では、被告人が、悔しい思いをさせられた相手を威嚇しようと包丁を持ち出したところ、もみ合いのうちに相手に包丁がささってしまった、という合理的なストーリーが構成できれば被告人は無罪になるのであるという（198～199頁）。

しかし、そういう殺人事件において、犯行までにどういういきさつがあったのか、被告人がどういうつもりで包丁を持ち出したのか、現場でどんなもみ合いがあったのか、どういう経緯で包丁が被害者の腹に突き立つに至ったのか、（包丁が衣服をどう貫いたのかということ、刺さった時にどの程度の力が入っていたのかということを示す材料になるであろう）、などということも殺意を認定できるかどうかを判断するための間接事実にはかならない。結局、ここで問題になっているのはどの間接事実を重視するかということに過ぎないのであって、「間接事実による認定」を批判するのは所詮言葉の問題である。

のみならず、不十分ではあってもとにかく判決理由があって、上訴審に

対しても国民に対しても批判、攻撃のよりどころがありそうで<sup>(\*22)</sup>、しかも事実誤認を理由に上訴できるという今の我が国の司法制度は、これらと正反対の陪審制よりは随分ましなシステムだと思われる。被告人にどちらを選ぶか聞いてみても良いであろう。

(四) 次に高野氏は、日本の刑事裁判所は、被告人の被疑者段階の自白の任意性の判断に甘いことを非難する(41頁以下)。しかし、そういう不都合があるとしたら、それは現行制度下で改良可能な論点であって、陪審制なら解決できるというものでもないし、陪審制でしか解決できないというものでもない。高野氏は、(無理な取調べによる任意性のない)「危険な自白(調書)を平気で額面通り受け取ってしまう(日本の)職業裁判官のやり方を、私は、普通の市民が信じるとは思いません」という(42頁)が、アメリカにも『無実の人が何故自白するのか』<sup>(\*23)</sup>という本を産む現実が存在しているのである。

(五) 次に高野氏は、裁判官によって無罪率が大きく違うという(43頁)。それは多分その通りであって、私もこれを否定するつもりはない。しかし裁判を担当する主体の相違によって結果が大きく違うことは陪審制の場合により一層強くあてはまることである。日本の裁判官は所詮官僚であるから、比較的没個性的であるが、市民の個性を極限まで重視するアメリカでは、誰が陪審員になるのかということでその事件の勝敗(有罪、無罪)が決まると言われているほどである<sup>(\*24)</sup>。だからこそ、アメリカでは、陪審員の選任に当たり、検察・弁護の双方は自己に有利な陪審員の選任に死力を尽くすのであるし、陪審員の選定が終わった段階でもう訴訟の勝負はついたも同然ということになる。

しかし、この事実を認めると、抽選で選出された市民は誰でも適切な事実認定の能力を持っている筈であるという陪審制の根元を掘り崩す結果になるため、陪審論者はここへ深入りしようとしなない傾向がある。

(六) 高野氏は、「裁判員裁判になれば冤罪は減る」と言う(45頁)。「なぜなら現在100%近い有罪率で、これ以上増えようがないから」である。

しかし、冤罪の数と有罪率とは別のことである。有罪率が高いが冤罪は少ない、という事態を想定することは可能であるし、有罪率は高くないが冤罪は多いという事態も想定可能である(アメリカは現にそうである)。そして、冤罪が「これ以上増えようがない」からと言って、論理上、それが「減る」ことにはならない。増えない(現状維持)ことと減ることは別である。

そして最高裁報告書によれば、裁判員制度下では、無罪率は僅かながらこれまでよりも減少した(46頁図表3)。無罪率の低下が冤罪の増加を示しているのであれば、裁判員審理では冤罪は増加したことになるはずである。

(七) 高野氏は主張の最後を、「陪審の目的は、恣意的な権力の行使に対する防壁を与えることである」というあるアメリカの裁判官の言葉をもってしめくくる(49頁)。しかし、これは、(日本の)現実と(アメリカの)理念を比較しているもので、陪審論者がよく陥る誤りである。

(八) このように、高野氏が陪審制について述べるところは、陪審制が刑事裁判のシステムとして適切な制度であることの説明になっていないのであるが、なお、以下の問題点を付言しておきたい。

その1は、氏のこの「主張」からは、今の日本の刑事裁判の現実に絶望する余地、そのどこかを少しでも変更しようとする試みは皆良く見えているのではないかという危なっかしさを感じられることである。

その2は、氏は、事実誤認を理由とする上訴について触れていないことである。陪審制の理念は「民の声は神の声」であるから、陪審の認定を上級審が変更できるということはあり得ない。「オレはやっていない!」という理由での上訴はできないのである<sup>(\*)25)</sup>。これがとても冤罪を防止す

るシステムであるとは思われない。陪審制盛行のアメリカでは、無実の者を有罪とする方向での誤判が多い(\*26)のももっともである。

その3は、氏はここで裁判員法に基づく現行の裁判員システムのあちこちを立法論として批判している(47頁、48頁)が、制度賛成論者がそう言うのは、裁判員制度本来の欠陥を曖昧にし、読者の目をその欠陥からそらさせるという効果を持つものとして、ミスリーディングなものであるといえよう。

結局、高野氏の議論は、陪審制賛成論としても裁判員制度等の国民参加賛成論としても、十分な説得力のないものであると思う。

### 3 「反対派の主張」(50頁)

これは私の書いたものであるが、2014年の現在でもその内容はそのまま正しいと思っている。「無罪率だけの比較は無意味」、「アメリカでは陪審の方が有罪率が高い」、「陪審には冤罪が多い」、「審議会では裁判員制度の目的を詰めていない」、「陪審制ファンはアメリカの理念と日本の現実を比較している」、「精密な認定に調書は不可欠」、「裁判員制度では手抜き審理が予想される」などの点を述べているが、今でも訂正すべき所はない。むしろ、この4年の経験に基づけば、裁判員制度の不都合は一層くっきりと明らかになったように思われる。

## 四 第二部

### 1 「市民生活と裁判員」

#### (一) 裁判員で誤判は防げるのか(64頁以下)

ここから先は、本書の構成に従って、高野氏の個々の論点や見解を検討していくことにする。aとあるのは本書中の高野氏の発言であり、b以下

がその部分に対する私のコメントである。

(1) a まず、本制度が冤罪防止の機能を果たすかどうかという点について、高野氏は、制度を設計した「司法制度改革審議会の委員、法務省の役人、国会議員」を取り上げて、彼らが、「今の制度では冤罪が多いから冤罪を減らそう、という動機でこの制度を作ったのかどうか」について、「少なくとも表向きには、彼らはそんなことはこれっぽちも言っていません。」と述べる(65頁)。

b 「法務省の役人、国会議員」が冤罪を減らすために裁判員制度を作ったということは「これっぽち」も言っていないのはその通りである。司法制度改革審議会の意見書にも裁判員法の法文の中にも誤判防止、冤罪防止ということは出ていない。冤罪防止のために裁判員制度を設けたということでは冤罪が多かったという意味になるから、国会議員はともかく、「法務省の役人」がそんなことを言うはずがない。

しかし、元々司法制度改革審議会で、冤罪防止のために国民参加が必要だと強硬に唱える人がいて、そこから議論が始まったことは審議会の議事録で明らかである。高野氏がここでの発言に「司法制度改革審議会の委員」をも入れたのは誤りであった。そして、誤判防止、冤罪防止のために始まったはずの国民参加の議論が、審議会の最終意見書でも裁判員法の条文にも全く反映されていないというのは何を意味しているのか、もう一度検討すべきであった。

(2) a 高野氏は、裁判員制度に期待しているのは冤罪の防止であるという(65頁)。

b 前記の通り、最高裁報告書によれば、裁判員制度の下では無罪率が僅かながら低下する結果となった。冤罪の防止と無罪率の低下とが論理上両立しないということはないが、冤罪かどうかということの客観的な判断はなかなか困難なことであるから、無罪率の低下という状況の前で、この制度で冤罪の防止が図られているというのは難しい。今の高野氏はこれをどう見ているであろうか。

(3) a 高野氏は、憲法が保障しているのは裁判官による裁判ではなく、「公平な裁判による公開裁判」(37条1項)である、これはGHQの最初の憲法草案から文言が一貫している、「裁判官による」裁判という表現を使っていないということは、陪審をどうするかということは今後の日本国民に委ねるつもりであったのだろう、と言う(66~67頁)。

b 私が、現行憲法の下で陪審制は無理だというのは37条1項によるのではなく、38条3項、76条3項、80条1項によるのである。特に38条3項の存在は陪審制合憲論には致命的であろう<sup>(\*27)</sup>。しかし、本書中に、38条3項、76条3項、80条1項による陪審違憲論に対する高野氏の反論は存在しない。

(4) a 高野氏は更に続けて、「その当時」、裁判所法に刑事事件で陪審を設けることが可能だという規定(3条3項)をあえて入れた、このことから、憲法は「裁判官による」裁判を受ける権利を被告人に保障してはいない、と考えるべきである、と言う(67頁)。

b 裁判所法3条3項ができたのは、新憲法が制定されてから何カ月もたってからのことであり、これは憲法の一部をなすものではない<sup>(\*28)</sup>。ここで「その当時」と言って時間的關係をことさら曖昧にする論法はフェアでない。

(5) a 高野氏は更に、憲法が保障していない権利(裁判員による裁判を受ける権利)を被告人に与えたからといって憲法違反にはならない、という(67頁)。

b これは義務を権利と言い換える危険な論法である。裁判員による裁判を受けることが被告人の「権利」であるならば、被告人はそれを放棄することができなければならない。放棄できないものを「権利」とは言わない。これが「権利」であるならば、被告人は裁判員審理を辞退して、裁判官審理を選ぶということができなければならないが、裁判員法は勿論これを認めていない<sup>(\*29)</sup>。

こういう論法を使えば、どんな義務でも合憲にすることができる。国民

に命がけで国家を外敵から守る権利(国防権)とか、国民に国家を財政的に支える権利(納税権)とか、私有財産を無償で公用に提供する権利(貢納権)とか、驚くようなものをいろいろ想定することができよう。

また、この論法でいくなら、裁判員を務める国民の裁判員法上の義務も、司法に参加する権利ということになり、裁判員としての義務が憲法18条(意に反する苦役の禁止)に違反するのではないかという論点も、これは国民の新しい権利だから問題にならないということも可能になりかねない。現に裁判員制度を合憲とした大法廷判決中にもそういう口吻が感じられる(「裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という意味で参政権と同様の権限を国民に付与するものであり……」)。

しかし、本書の中で、国民の負担について高野氏がそういう議論をしていないということは、高野氏自身、最終的にはこの論法に納得してはいないのではないかということ想像させる<sup>(※30)</sup>。

憲法が保障していない権利を被告人に与えることが憲法違反になるのではなく、憲法が予定していない義務(被告人は裁判員審理を受ける義務がある)を被告人に負わせることが憲法違反となるのである。

(6) a 高野氏は、「歴史上、地球上、あらゆる種族の中で、現在の日本の刑事裁判官は最も有罪が好き生き物」だという(70頁)。これは要するに、日本では有罪率が極めて高いということに基づいた高野氏の評価である。

b これについては既に、起訴から判決までの過程を見ているだけでは足りない、事件から判決までの過程全体を見て、疑わしい事件はどこで落ちているのかということを見なければならぬ、ということ述べた。

なお、「歴史上、地球上、あらゆる種族の中で……日本の刑事裁判官は最も有罪が好き生き物」だという表現は、ほとんど子供の八つ当たりで見苦しい。

(7) a 高野氏は、陪審制を選択できるアメリカの場合、まともな刑事弁護士はみな陪審を勧める、まともな刑事弁護士が陪審の権利を放棄させる

ことはあり得ない、という(72頁)。

b これは、アメリカでも大部分の被告人は真犯人であるからである。そこで、真犯人である被告人が万一の僥倖を頼んで、弁護士の腕次第では間違えてくれる可能性が高い陪審審理を選ぶのは当然のことである。

## (二) 重罰化とメディアと裁判員(74頁以下)

(1) a 高野氏は、最近、量刑判断が異常に重くなってきているが、それは被害者の処罰感情ばかり報道するメディアの圧力というものに対して、日本の職業裁判官が従来よりもかなり敏感に反応するようになったからだと思う、と言う(76頁)。

また、いわゆる「光市母子殺害事件」で、最高裁が1、2審の無期懲役判決を死刑方向で破棄して差し戻したことにつき、高野氏は、証拠を直接見て、そして被告人の顔を見ている1、2審の裁判官がした量刑を、実際の証拠にタッチしていない最高裁がそれを覆すことに大きな問題がある、という(77頁)。

b 仮に最近死刑判決が増えてきており、その原因が被害者の処罰感情を報道するメディアの圧力に対して裁判官が従来より敏感に反応しているということによるのであれば、裁判員は裁判官以上に被害者に同情して高い処罰感情を持つであろう。一般の国民は、死刑があり得るような重大犯罪を自分が起こすことは考えてもいない反面、強盗や無頼漢に遭遇して自分や家族が重大犯罪の被害者になるということを容易に想像するからである。従って、裁判員制度の下では従来より重罰化の傾向が進むであろうということが予想され、そして施行後は現にそうになっている(後述)。

そこで、裁判官の重罰傾向を批判して裁判員制度を支持する高野氏としては、制度施行後のことはともかく、本書当時の裁判官と裁判員の感覚の相違について説明がなければなるまいが、本書中にはそれに関する説明はない。

c 被告人の顔を見ていない上告審は、原審の刑を動かしてはならないと

いうことにしようというのは、立法論としては可能かも知れない。しかし、そうするのであれば、被告人の顔を見ていない上告審が原審の刑を軽くする(例えば死刑を無期懲役に)方向で差し戻すことも許されないということにしないと一貫しない。その場合も、1、2審の裁判官は証拠を直接見て、そして被告人の顔を見て、その上で死刑を選択したものであるからである。しかし、弁護士である高野氏の口吻からはそこまで考えている様子は窺われない。

私見は、そのような立法論には反対で、上告審は、被告人の顔を見ていないからこそ、当事者の立場からは一步も二歩も離れた客観的な立場で、冷静な判断ができる、というものである。

(2) a 裁判員制度下で、裁判員への影響を防ぐため、マスコミの報道を規制すべきかという論点につき、高野氏は、その必要は全くない、ニュージーランドのある陪審の研究でも、陪審員は報道に影響されず、証拠に基づいて判断しなければならないというルールに忠実に従っている、という結果が出ている、と言う(80頁)。

b 日本ではどうであるのか、これは調査してみなければわからないと言わなければならない。ニュージーランド一国との対比だけで十分だろうとは思われぬし、ここでニュージーランドという人口450万人程度の小国が出てくる必然性も疑問である。また、マスコミのあり方(ニュージーランドでは、日本のように大量の新聞、雑誌が氾濫しているのだろうか)、国民性の相違(ニュージーランド人は、日本人のようにいつも横並びで自分の行動を決めているということはないのだろうか)を無視してこのように断定するのは早計であると思う。

特に、高野氏が、前記のように、最近量刑判断が「異常に」重くなってきていて、それはメディアの圧力に対して裁判官が敏感に反応しているからだ、という立場を取るのであれば、裁判員制度を支持するには、裁判員は裁判官ほど「敏感」には反応しないということが論証できなければならない。しかし、本書にそのような論証は存在しない。むしろ逆に、ゴシッ

ブ好きで興奮しやすい日本人の場合には、裁判官より裁判員の方がメディアに影響される度合いが大きいに思われる<sup>(\*31)</sup>。現に本書中でも、裁判員制度賛成の木村氏が、「素人で裁判員になった人は裁判官よりも少なくともテレビや週刊誌の好きな人が多いでしょうから、余計影響を受けてしまうのではないか。」と述べている(80頁)。

(3) a 前記(2)の論点に関連して、高野氏は更に、日本の刑事裁判官ほどメディアの影響を気にする人種はいない、氏がある事件を(弁護士として)やっていたときに裁判所の書記官室に行くと、その事件の新聞記事のコピーが必ず置いてあった、と言う(81頁)。

b 他国との十分な比較なしに、日本の刑事裁判官は世界一これこれだ、と断定するのは乱暴である。また、「書記官」室に新聞記事のコピーがあったことから、裁判官がメディアの影響を気にしていると断定するには論理の飛躍があるであろう。

ところで、ここでの論点は、メディアの報道内容が裁判員の判断に影響するかということであった。高野氏はそれをここで裁判官にあてはめているのであるから、論点は、メディアの報道内容が裁判官の判断に影響するかということではあるはずである。しかるに、高野氏はここで「日本の刑事裁判官ほどメディアの影響を気にする人種はいない」と言っている。そうすると、この「影響」というのはメディアの誰に対する影響なのだろうか。

メディアの裁判官に対する影響を裁判官が(世界一)気にしている、というのであれば、裁判官が自分の判断にメディアの報道が影響していないだろうかと(世界一)自省しているという意味であるから、それはむしろ望ましいことである。

但し、ここでは本書のその次の項目まで読み進めば、高野氏は、日本の裁判官は自分が担当している事件をメディアがどう報道するか大いに気にしているという意味でこう言っているのだとわかる。高野氏は、ニュージーランドの調査では、ニュージーランドの陪審員は事件に一番近いのだから、「報道、間違ってるね」ということがすぐにわかるのだと言うが、

ニュージーランドの陪審員がそうなのなら、日本の裁判官も事件に一番近いのだから、「報道、間違ってるね」と思いながら「新聞記事のコピー」を見ているのだろう。

ニュージーランドの陪審員は新聞を見て「報道、間違ってるね」と思い、日本の裁判官は新聞を見てそれに影響された判断をしているというのは根拠のない偏見である。

なお、私がそこ(82頁)で述べている通り、裁判官たる地位が地元住民の意思(選挙)にかかっているような法制の場合こそ裁判官は地元メディアの報道ぶりを相当気にしていると思う。

(4) a 裁判員裁判が重罰化をもたらすかという論点につき、高野氏は、「裁判員は重罰化に拍車をかけるのかといえば、そんなことはないと考えている」という(82頁)。それは、裁判員が「訴えられている人[被告人]を間近に見ることによって、その人に対する同情も同時に生じてくる。そのことによって職業裁判官よりも普通の人のほうが重罰化に対して躊躇する」ということも含まれる、という(83頁)。

b 裁判員制度支持論者のこの希望的観測は施行4年の経験によって、誤りであることが明らかになった。裁判員裁判では、当初から、求刑通り、又は求刑を上回る量刑が少なくなかった<sup>(\*32)</sup>のであるが、今や検察の求刑越え判決が急増、と新聞の見出しを飾るほどになった<sup>(\*33)</sup>。高野氏は、弁護士としてその関心は専ら自分の依頼人である被告人に向いているが、普通の国民から選ばれた裁判員は、自分が刑事事件を起こして被告人になることより、いつ事件の被害者になるかも知れない、いつ同じ目に遭うかも知れないということを危惧しているのであるから、その目は被害者に向いており、被害者に同情した結果として重罰化は当然のことである。特に女性にはまじめな人が多いし、家庭婦人は堅実さに高い価値を置くから一層そうであろう<sup>(\*34)</sup>。

そして、素人では、必ずしも求刑にこだわらず、感情を重視した判断が多くなるから、懲役16年の求刑に対して、これを実に4年も上回る懲役

20年の判決に至ったという事例まであった<sup>(\*35)</sup>。裁判員は、刑罰としての他人の時間というものにおよそまともな感覚を持っていないし、刑務所とはどんな所か知ってもいないのである。

(5) a 陪審制では陪審の感情に訴える法廷技術が重要になるかという問題につき、高野氏は、パフォーマンスに頼った証拠に裏打ちされていない弁論は陪審に見透かされる、そして、自分(高野)が体験した弁護士の研修では、真実にこだわり、弱点を認めよ、依頼者を聖人にするな、というのが基本として強調されていた、という(89頁)。

b これに対しては、文献によるものではあるが、拙著『裁判批判論』で陪審が感情に動かされやすいということに関する豊富な例を挙げたつもりでいる<sup>(\*36)</sup>。

また、およそ弁護士の研修においてこのようなことを基本として強調しているということ自体、現実はそうではないのだろう、ということ推測させる。

### (三) 裁判員制度と死刑 (90頁)

a 死刑制度の是非如何は裁判員制度という裁判のシステムの是非とは別の問題なので、深入りを避けるが、高野氏の発言の中で、憲法19条の関係で看過できないものがあつた。

高野氏は、死刑廃止論者でも評議室では自由に事実と証拠に対する自分の意見が言えるし、量刑に関する意見を述べることもできる、彼らの良心や思想の自由が侵害されていると考える理由はどこにもない、と言う(93頁)。

b 高野氏は、裁判員になることは構わないという死刑廃止論者が、評議室で、裁判官や他の裁判員を前にして、とうとうと己れの死刑廃止論をブチ上げるような光景を念頭に置いているのだろう。

しかし、この意見には2つの問題がある。

いずれも私がそこ(94頁)で言っていることであるが、一つは、死刑

制度に賛成か反対という問題ではなく、そもそも人を裁くということをしたくないと言っている者に、この被告人には死刑が相当か無期懲役が相当かと問いき、強制的にその意見を言わせるということがその人の良心の自由を侵害している、ということである。

もう一つは、仮に多数決で死刑判決になった場合、その裁判員には守秘義務があり、俺は最後まで死刑には反対だったのだと外部に言うわけにはいかないの、周囲からあの人も死刑賛成票を投じたのだらうと思われることは避けられず、これは本人には非常につらいことだらう、ということである。

なお、高野氏もこの後者には同意する(95頁)。

#### (四) 何のために裁判員制度は作られたのか(96頁)

(1) a 高野氏は、裁判員制度が私の言う通り「妥協の結果」であることを認めながらも、その底流には刑事裁判に対する市民の参加というしっかりしたものがあったという(100頁)。現行憲法制定時にも陪審制の議論があったし、終戦直後から旧陪審法復活の議論があった、自分(高野)もその運動にかかわってきたし、弁護士会も陪審制に関する研究調査や決議を繰り返してきた、と(100~101頁)。

b 現行憲法制定時に陪審制の議論があったのは確かである<sup>(\*37)</sup>が、それは実際には大きな声にはならず、現行憲法の運用中にはとても国民的な運動にも法学界の大勢にもならなかった<sup>(\*38)</sup>のであって、陪審制の導入を主張していたのは一部の弁護士やマニアックな市民団体に過ぎなかったことに恐らく異論はないであろう。

高野氏は自分の周囲の市民運動に対する評価が大きすぎると思う。

(2) a 私が、裁判所は今(2008当時)は裁判員制度に賛成しているだらうと述べた(100頁)ことに対して、高野氏は、最高裁やその官僚的な機構を担っている人達たちが本音で国民参加に賛同しているとは思えないと言う(101頁)。

b これは私の言ったことが結果的に正しかったことが明らかになった。もっとも、最高裁が裁判員制度を支持、推進するに至った真の理由が、この制度が裁判官の裁判からの手抜きを可能にする<sup>(\*39)</sup>から(そういう思いもあったであろう)ではなく、最高裁内部での刑事裁判官の復権という権力闘争の結果であった<sup>(\*40)</sup>とは思ってもよらないことであった。

(3) a 弁護士会の裁判員制度に対する反応につき、高野氏は、弁護士の中で裁判員制度に反対する人の多くは、今回の司法制度改革全体に反対している、彼らは、弁護士人口の増加に反対し、法科大学院に反対し、司法修習期間の短縮に反対し、そして裁判員制度にも反対している、彼らは、一連の司法制度改革はアメリカによる市場解放要求に端を發した財界主導のものだと言っているが、そこに見られるのは反市場主義・反グローバリズムと国家主義である、という(104頁)。

b 裁判員制度反対の弁護士層と弁護士人口増加反対・法科大学院制度反対の弁護士層とがどの程度重複しているのかということに関しては、私はこれを判定する資料を有していないが、裁判員制度に反対する理由と法科大学院制度反対の理由との関係は私には理解できない。少なくとも私は、裁判員制度には賛成だが法科大学院による法曹の大量養成には反対だ、という弁護士には何人も会ったことがある。

法科大学院制度が惨憺たる失敗に終わったことは今日(2014)では法曹界のほぼ常識になっているものと思われる<sup>(\*41)</sup>。法学部を有し、司法試験が競争試験である国で、法学部がなく、司法試験が資格試験である国の制度を、根本的な検討も十分な準備もなしでそのまま導入したのが誤りであった。

また、今や日弁連の会長選挙では、どの候補者も、司法試験の合格者をどこまで減らすかということを公約に掲げる時代になった。つまり、弁護士界の大勢は今や弁護士人口の増加に反対に回っているのである。裁判員制度の反対層と弁護士人口増加の反対層が概ね重なっているのであれば、今では弁護士界の大勢は裁判員制度反対に傾いていることになる。

c 裁判員制度反対の理由と司法修習期間短縮反対の理由との関係も私には理解できないが、私は司法修習期間の短縮にも反対である。かねてから最高裁判所と法務省・検察庁は分離修習を実施したがっており、日弁連はこれに強力に反対してきたはずであるが、司法修習期間の半減は分離修習化への第一歩にはかならない。高野氏が、司法修習期間の短縮に反対することは国家主義だというのは、私から見れば逆で、修習期間の短縮こそ法曹一元の理念に反して法曹の2分化（在朝、在野）を促進するもので、国家主義に近づくものである。

また、修習期間の半減は修習生の教育にも大変なマイナスである。以前、前期・後期の修習がそれぞれ4か月ずつあった頃は、前期は、学者肌の実務家（教官）から、大学法学部の講義とはまるで異なった実務法学へのアプローチを体験できたし、後期にはそれまでの1年半近い実務修習の体験を前提として、高度に実務的な勉強のまとめができる体制になっていた。

しかし、今の実務修習は、民事裁判、刑事裁判、検察、弁護がそれぞれ2か月しかないが、2か月ずつでは殆ど見学で、その環境になじんだ頃には終わってしまう。以前はそれぞれ4か月あったから、前半の2か月でその環境になじんで体制を作り、後半の2か月で存分に修習に励むことができた。4か月のうちの収穫は前半2か月を1とすれば、後半は3か4であったであろう。だからこそ当時は、修習が終わった者は実務家として0・5人前位の域に達していたと思う。修習期間を半分にするればその収穫の減少はとて2分の1では済まない。

従来の司法修習制度は、司法試験に合格しただけで実務には全く通じていない者をとにもかくにも実務家の（卵というより）雛といえる程度にまでは育て上げる優れたノウハウの集大成であったが、この無形の技術が新制度では雲散霧消してしまったのではないかと案じられる。

(4) a 高野氏は、今の誤判の最大の責任者は令状裁判官だという（106頁）。

b これは良い着眼であると思うが、これは裁判員制度とは別の問題である。高野氏はここで、「この国の冤罪の最大の原因は身体拘束を利用してとられた虚偽自白である。令状裁判官が身柄拘束の決定を慎重かつ厳格に行っていれば、多くの冤罪は防止できる。」というのは、日本で誤った有罪判決が多いのは令状事務の扱いが当を得ていないから、ということになり、日本の裁判官が「世界一有罪が好き」だという理由ではないことを高野氏自身が認めていることを示している。要するに、高野氏はここで、冤罪防止のためには裁判員制度が必要だという命題を自ら否定していることになるのではなかろうか。

(5) a 高野氏は、自分は参審には反対で、自分は陪審論者である、と言う(108頁)。高野氏が参審制に反対するのは、参審制では証拠の採否を判断する裁判官が事実認定に参加することであり、もう一つは一旦参審員に選ばれると、その任期終了までは裁判官と一緒に裁判という「仕事」をすることになるからだと言う(108~109頁)。そして前者がまずいのは、裁判官が世論に対して非常に脆弱になるように作用してきたことであり、その結果が有罪率を押し上げ、最近の重罰化の傾向をもたらした大きな原因であるという(109頁)。

なお、裁判員制度は陪審制ではないから反対だという論者は、参審制は、事実認定の評議に裁判官も関わるのが致命的だと言うことが多いが、高野氏はこの点は余り問題にしていないようである。

b 高野氏が、参審制には反対で、陪審論者であるというのであれば、氏は、陪審制ではなく、陪審制とは全く様相の違う裁判員制度にも反対でなければならぬ。司法への国民参加を求めながら、裁判員制度は参審制であって陪審制ではないという理由で裁判員制度に反対する論者は現にいる<sup>(\*)42)</sup>し、主張としてはその方が一貫していて明解である。

アメリカでは被告人は陪審審理を辞退して裁判官審理を選ぶことができるが、その場合にはその裁判官が証拠採否をやり、そして事実認定もすることになる。そして高野氏は、本書の前の方(35頁)でアメリカの裁判

官は（裁判官審理の場合でも）無罪率が高いと言って高く評価していたのであった。

また、世論が裁判官に有罪と重罰化を求めている（と高野氏は言うが）のであれば、その世論を構成している市民に裁判をさせるという司法参加は高野氏の立場では危険なことになるはずである。どうも高野氏の論理は一貫性を欠くように思われる。

(6) a 裁判官に責任ある仕事をさせるために裁判官を事実認定のプレッシャーから解放しない方が良いという私の意見に対し、高野氏は、裁判官は司法試験に合格するために法律の勉強をしてきた人たちであり、研修所で官僚的に有罪判決の書き方を学んできた人たちだが、ある情報を与えられて事実の存否を判断するというのは法律の専門家の判断ではない、と言う（110～111頁）。

b 裁判官が司法試験合格を目指して法律の勉強をしてきたというのはその通りであるが、裁判官が「研修所で官僚的に有罪判決の書き方を学んできた」というのは曲解が過ぎる。研修所では判決の書き方は教えるがそれだけのことであって、この表現では有罪判決の書き方のみを教えているがごとくであるが、勿論そんなことはない。

また、高野氏は、本書の別の個所で、司法研修所では有罪判決の書き方しか教えていない（114頁）とか、（司法研修所の）クラスで（修習生が）1人無罪判決を書く（教官から）「血祭りに挙げられる」（119頁）、などと乱暴にも断定しているが、とんでもないことで、読者を甚だしく誤導するものである。高野氏の経験はたまたまそうだったのかも知れないが、私は司法修習生であった頃、司法研修所で無罪判決も書いたし、検事控訴に堪える無罪判決のあり方についての講義も聞いた。

また、少数説であることの孤独に耐えられないようではとても法律家たる資格はない（本書120頁）。

c 次に、ある情報から事実の存否を判断するというのは法律の専門家の判断ではないということにつき、確かに法律学の中には事実認定法学とい

うものはない。しかし、矛盾もし、信用性もさまざまな資料、情報からある事実の存否を判断し、しかもそれを当事者のため、上級審のため、国民全体のため、そして自分自身のために文章で表現するというのは極めて高度な知的作業であって、能力、知性、経験などの裏打ちがなければとてもやれるものではない。裁判にはこの作業が欠かせないものである以上、裁判官にその経験を積ませ、合議を重ねてその技術を向上させ、上級審の審判を受けさせて自省もさせるということには大きな意味がある。

d 高野氏は、事実認定は裁判官固有の領域ではないと強調する(113頁)が、この意見には同意できない。裁判において事実認定と法の適用とは相互に密接に関連しており、法適用のための事実認定であるからである。

裁判での事実認定と法適用との関係は、それぞれ独立したものではなく、結果をも合わせて「三つ巴をなして相互的に決定し合う」(\*43)ものであるとか、事実認定と法適用とは「相即不離」の関係にある(\*44)ということはおかねてから指摘されていることで、およそ裁判に関わるものには常識ではないかと思う(\*45)。

訴訟における事実認定と法適用とのこの密接な関連性を見失うと、我が国で陪審制を強引に合憲化しようとする余り、事実認定は司法の目的ではなく、裁判の本質的要素たる意味を持っているものではない、という極論(\*46)が出てきたりするのである。

高野氏の称揚する陪審制では、事実認定の担当者(陪審)と法適用即ち量刑の担当者(裁判官)が分離されているように見える。しかし陪審が判断しているのは純粹な事実ではなく、そして被告人が真犯人かどうか、被告人に正当防衛が成り立つかどうか(これは法適用の結果であろう)ということでもなく、公訴事実法令を適用した結果として被告人はどうなるのかということを見据えた上で、その被告人が有罪となるべきかどうかということを判断しているのである。決して無職透明の「事実」だけを「認定」しているのではない。

その結果、例えば、被告人の犯行自体は明らかであるけれども、これを

有罪としては法適用の結果不当な厳罰を免れないというような場合には、陪審は法も証拠も無視して無罪と宣告することがある。いわゆる「ジュリーナリフィケーションケース」（陪審による法の無視）であると呼ばれる事象である<sup>(\*47)</sup>。仮にこのような事態を正当と認めるなら、陪審は「真実を発見するのに適した制度」とはとても言えないはずである。

事実と法適用との間で生じることあるべき不都合を避けるために各法制が持っている救済手段はさまざまである。陪審諸国ではその一つがこのジュリーナリフィケーションであるが、我が国ではどうやって対応しているのかということについて別途検討が必要なはずである<sup>(\*48)</sup>。

(7) この後、氏は有罪判決の判断過程とその判決理由への表現について、今の裁判所を批判、非難しているが、高野氏は判決理由を読んだ結果としてこう言っているのであって、これで判断に理由がつかない陪審制を導入しようという根拠にしようとするには筋が通らないことは既に述べた。よってこの点については、これ以上言及しない。

なお、高野氏は、裁判官の経験を批判して、「ある事件、たった1件の事件を、証拠を見ながらその1件のために議論する」方がはるかに優れた事実認定だと思う、と述べる（114頁）。

事実認定の経験のない者が「1件」に当たることを強調していることから、これは要するに陪審制のことを言っているのだと思われるが、陪審制下の誤判・冤罪の多さについては前述した。高野氏の陪審を見る目は甘すぎると思う。もっとも、陪審は評議の席で「証拠を見ながら」ということは殆どないとらしい<sup>(\*49)</sup>ので、これは陪審の話ではなく、裁判員のことを念頭に置いた記述かも知れないが、文脈上そうとは受け取れない。また、裁判員の場合には、評議に時間的制約が大きいので、「はるかに優れた事実認定」と言えるほどじっくり議論ができるかどうか疑わしい。

## 2 「あなたが裁判員に選ばれたら」(121頁)

(1) a 高野氏は、裁判員を務めたために生じ得る不都合のうち、(事業の)「倒産」と(学生の)「留年」を取り上げて、(そういう)起こらないのではないかと述べる(127頁)。

b フルタイムの学生は裁判員を正規に辞退できる(裁判員法16条3号)から、確かに学生の「留年」はないかも知れないが、それ以外の各種の不利益についてはこういう断定はできないはずである。裁判員を務めたために職 and/or 健康を失った人は確かに存在している(\*50)。これまで経験のない新しいことをしようというのに、どうして高野氏がこのように楽観的でいられたのか、私には理解できない。裁判員制度賛成論者がこの制度の下では裁判員に重大な不都合が生じる可能性があると言うわけにはいかなかったのであろうか。

(2) a 裁判員の負担に関する公判のあり方、回数につき、高野氏は、「否認事件で10回開廷する」、「自白事件でも4回は開廷する」などと聞かされると、さも何回も何回も長時間にわたって慎重な審理が行われているように思われるけれどもぜんぜん違う、今の裁判は平行審理の五月雨式だから、回数が増えるのだ、と言う(123頁)。

b 最高裁報告書によると、これは裁判員事件の資料であるから、丸1日を公判に充てた回数であると思われるが、自白事件の平均開廷回数は3・2ないし3・6である(66頁、図表29)。実際に裁判所に行かなければならない裁判員にとって、0・何回というのは当然1回にカウントすべきであるから、結局裁判員裁判でも、自白事件の開廷回数は4である。つまり、「ぜんぜん違う」どころか、ぴったり同じである。

他方、否認事件の開廷回数は3・7ないし5・5であるから、裁判員単位で見ると、4回ないし6回ということになり、これは従来の平均9・4回(つまり10回)よりは随分少なくなったようである(前同)。もっとも私としては、審理が相当粗雑になっているのではないかという危惧は捨てきれ

ない。

c しかし、最高裁報告書によると、強権的な圧縮審理をやっても、審理期間はじわじわと長期化している。特に、公判が始まってからは予定通り一気にやってしまうので、そこで延びるということはないが、公判を一気にやれるよう、念入りに進行内容を決めておくための公判前整理手続にどんどん時間がかかるようになっていく。裁判員制度では重大事件だけを対象としているのであるから、これは当然のことである。

最高裁報告書によると、特に否認事件の場合、公判前整理手続の期間が制度施行直後の平成21年の3・1月から、平成22年には6・8月、平成23年には8・3月、平成24年には8・6月と「かなり大幅に長期化している」(10頁)。

そして今や、何と「否認事件においては、公判前整理手続期間だけで、裁判官裁判時代の平均審理期間以上の期間を要するようになっていく」(10頁)というのである。

勾留中の被告人にとっては、こんなことなら前のシステムの方がずっとよかったと思うだろう。特に、旧制度では、第一回公判期日は取りあえず空いている日にどんどん入れていったので、被告人にとっては一時的にでも拘置所から出て裁判所で自分の言い分を聞いてもらうことができた。しかし、裁判員制度の下では、公判前整理手続が終わらないと第一回公判期日も決められないので、起訴から1年近くも(起訴から公判前整理手続に入るまでの期間もあり、公判前整理手続が終了してから第一回期日前の期間もある)裁判所で取りあえず自分の言い分を述べる機会がないというのはつらいだろう(拙著『正体』でもこれに触れた。136頁以下)。

(3) a ① 私が、国民から見た裁判員の義務からの逃げ方を著書(『正体』)で検討したことにつき、高野氏は、非難がましい筆致で、「ただの昼食(フリーランチ)などというものはない。もしかすると、ただだと思っているあなたがコストを払っているかも知れない。」と言う(但し引用。128頁)。

a ② 氏はまた、「自由や秩序はわれわれにとってかけがえのないもの

で、「これを裁判官という専門家だけに任せておくのは危険すぎ」る、ともいう(同頁)。

a③氏は更に、裁判員裁判は国民全体が自由に生きるための一つの防壁だと思う、それを支えるのは国民である、裁判員としての職責を果たすことによって自由社会を維持し、公正な裁判を実現するのが国民の義務であると思う、その義務が伴わなければ、自由や権利は担保されないだろうと思う、とも言う(140頁)。

b①私は、司法というサービスはただであるべきだと言ったことはないので、何故高野氏がここでこう言うのか理解できない。そもそも司法は無料であるべきだと思っている人は国民の中に恐らく1人もいないであろう。司法も行政も国家のサービス(国防を含む)にはすべてコストがかかっていることは皆十分承知していることであり、ここでの問題は、そのサービスを、それぞれ専門家を雇用してやらせるか、自分たちで(日当を受け取って)直接やるかということであり、そしてこの両者のうちでどちらがより適切であるか、どちらがより国民のためになるか、ということである。

専門的な分野(例えば訴訟)においては、素人(裁判員)を駆り出してやらせるより、専門家(裁判官)を養成、雇用してやらせる方が適切、妥当であるという意見に対し、一部の国家主義者は、それは「フリーライド」(ただ乗り)であると難じ、そして、そういう論法が裁判員制度反対論への有効な反論になると考える傾向がある<sup>(\*51)</sup>。裁判員制度に反対する者(憲法論のほか、専門的な事項は専門家にやらせるべきであるという者)は利己主義者であるという印象を与えたいのであろうが、こういうことも国民は承知しておくべきである。

b②我々にとってかけがえのない貴重なものを専門家に任せるのは私はむしろ当然のことであると思う。健康はわれわれにとってかけがえのないものだから、これを医者という専門家だけに任せておくのは危険すぎる、という人はいないし、財産は我々にとってかけがえのないものだから、そ

れを守るための民事訴訟を弁護士という専門家だけに任せておくのは危険すぎる、という人もいないだろう。

b③ 「国民全体が自由に生きるための一つの防壁」となるのは、健全で公正公平な裁判である。素人である国民が裁判組織の一部となって裁判官と一緒に裁判をやらなければ健全で公正公平な裁判はできないというものではない。それどころか、制度施行4年の経験によって、この制度下の極端な圧縮審理によってはとても健全で公正公平な裁判は無理だということが明らかになってきた。

「自由社会を維持し、公正な裁判を実現する」ために国民が果たすべき義務は、健全で公正公平な裁判を実現しやすいような適切な裁判制度を構築して、これを擁護、支援すること、及び、企画自体が無理だったおかしな裁判制度に反対して、これを改めることである。そういう義務が伴わなければ、自由や権利は担保されないだろう。

(4) a 裁判員の職務が、やりたくない者にとっては憲法18条の禁止する「意に反する苦役」になるかどうかということについて、高野氏は、「苦役」とは強制労働のことであって、司法制度、司法という国家の基本的なシステムの中で、主権を持っている国民が参加してその役割を果たすことは苦役ではあり得ない、という（134頁）。

b まず、高野氏のこの議論のうち、前段（苦役とは強制労働の謂である）と後段（司法制度、司法という国家の基本的なシステムの中で、主権を持っている国民が参加してその役割を果たすことは苦役ではあり得ない）とはどういう関係になるのであろうか。高野氏はここで、裁判員の用務は「苦役」ではないということの理由として2つのことを挙げているのか、それともこの2つは何らかの論理によってつながった一つのことなのか、よくわからない。

c 仮に「苦役」とは強制労働の謂だとしても、肉体労働に限るというのは根拠がない。脳（神経細胞）を酷使するというのも、それが苦手な人にとっては苦役に該当することは当然であり、特にストレスの多い環境では

そうである。肉体的な労働ではなくても、人を疲労困憊させるようなもの、へとへとにさせるようなものはすべて苦役である。

それまで刑事事件にも裁判所にも縁のなかった人が突然裁判所に呼び出され、十数日も時には数十日<sup>(\*52)</sup>も法廷で端座させられ、場合によっては全く理解できない証人尋問に延々と付き合わされ、休憩も居眠りも中座も飲食も用便もできないというのは大変な苦痛であって、人によっては、1日の公判が終わったら、へとへとになっているであろう。これが強制労働ではないという理由で苦役でないとするのは常識を無視した解釈である。法廷専門家である弁護士にとって苦役でないものは一般庶民にとっても苦役ではないはずだというのは無理である。

d また、「司法という国家の基本的なシステムの中で、主権を持っている国民が参加してその役割を果たすことは苦役ではあり得ない」というのは要するに、それは国民の崇高な義務であり、役割なのだからそれを「苦役」と思ってはならないという意味であろう。この論法を使えば、国家が主権者たる国民に負わせる義務は、兵役であろうが、災害地の復興に労役を提供する義務であろうが、国営企業に薄給で勤務する義務であろうが、どんなものでも苦役ではないと言うことができる。「国家の基本的なシステムの中で、主権を持っている国民が参加してその役割を果たすことは苦役ではあり得ない」からである。

あるものをそう感じてはならない、受け取ってはならない、よって、そういう事態は存在しない、というのはもはや法の解釈ではない。

e 高野氏は、裁判員の職務を苦役であるというのは前近代的な裁判思想を前提とした考え方だという(135頁)。しかし、ここでの論点は、やりたくないという者に裁判員を務めさせるのは「意に反する苦役」(憲法18条)にならないかということであった。しかるに、高野氏はそのまま発言を続けて、「証拠を見て有罪か無罪かという判断に関して意見を述べることは、思想、良心の自由には全然反しません。」と言い、憲法19条の問題に論点を移している(司会の木村氏もこれを止めていない)。

苦役かどうかというのは、肉体的、精神的に人を疲弊させる憲法18条の問題であり、被告人の処遇に関する意見の発表を強制することが、思想、良心の自由を侵害にならないかという憲法19条の問題である。高野氏はここで、故意か過失か、憲法18条の問題と19条の問題を混同している。

(5) a 高野氏は、証拠を見て有罪か無罪かという判断に関して意見を述べることは、思想、良心の自由には「全然」反しない、むしろ自分の意見、考え方を表明する貴重な機会だ、という(134頁)。但し、氏のこの意見は、裁判は人を裁くことではない、刑事裁判官といえども人を裁く権利はない、という独自の見解に基づくものである(135頁)。

b 刑事裁判において、証拠調べの結果に基づいて有罪か無罪かを判断し、有罪ならどういう刑罰が適切であるのかということ判断して本人に告知することを、普通の日本語として「人を裁く」というのである。高野氏がここで独自の裁判観を展開しているが、これは所詮言葉の問題に過ぎない。

そこで、人を裁く(高野氏の表現でいえば、「被告人が刑務所に入るべきかどうか、被告人が死刑になるかどうか、そういう紛争[刑事事件は「紛争」であろうか? ]に有権的に決着をつける」。135頁)ということとはしたくないと思っている者に対して、おまえはこの被告人をどうしようというのか、さあ、ここで自分の意見を言え、おまえの考えを明らかにせよ、と迫ることは、思想、良心の自由を侵害そのものである。

国家は人の心の中に手を伸ばしてはならないということは現在では常識であろうと思うし、だからこそ、裁判員法も、公判に出頭しない裁判員に対しては制裁規定をもって臨んでいるが、評議の場において意見を述べない裁判員に対する制裁の規定を有していないのである。高野氏は、精神の自由、思想の自由、表現の自由(当然、沈黙の自由を含む)という、現代においては最も貴重な価値への認識、理解が十分でないと思われる。

(6) a この裁判員制度は、国民の思想、良心の自由を侵害する制度ではないかという論点につき、司会の木村氏がここで口をはさんで、最後の評

議の場において裁判員が意見を述べないことに対する制裁の規定がないことを棄権の自由と捉え、評議において棄権の自由がある以上、思想・信条の自由は保障されているのではないか、憲法上の問題はクリアできるのではないか、という(137~138頁)。

b 本書第二部で、司会の木村氏は、裁判員制度を擁護し、制度反対論に反論するために、何回か、制度賛成論にいわば「援護射撃」をしているが、ここもその例である。

裁判員法上、裁判員は評議に出席して意見を述べなければならないとされている(66条1項)のであって、「棄権の自由」が保障されているわけではない。裁判員には意見を述べる義務があるのであって、述べなくても制裁を受けることはないというだけである。

(7) a 高野氏は、評議で棄権が認められないとしても、裁判員に意見の表明を強制することは、思想、信条の自由を侵害しているとは思わない、法廷で証言を聞いて被告人を有罪とすることに合理的な疑問があるかないかを判断することは思想、信条とは関係がない、と言う(138~139頁)。

b これについては、つい先ほど述べた(5) bが十分な反論になっているであろう。

裁判員となって、被告人を有罪とすることに合理的な疑問があるかないかを判断すること、そして、有罪の場合には被告人を死刑台に送るべきかどうか、何年刑務所に送るかということを決めるのは「人を裁く」ことではないのだから、人を裁くということはしたくないと言っているあなたも安心してやって下さい、と言われて、なるほど、そうか、と思う人がいるであろうか。

(8) a 裁判員に選ばれた国民が被告人の処遇に関する意見の開陳を迫られることと、犯行の目撃証人が証言を強いられることとの相違(高野氏は、後者が合憲なのだから、前者も合憲と言いたいのである)について、私(西野)は、裁判員は自分の意見、つまり心の中で何を考えているのかということと言うのに対して、証人は経験した事実を述べるという相違があると

言ったことに対して、高野氏は、証人は事実だけしか証言できないわけではなく、体験した事実に基づく推測や意見を述べることもできる(刑事訴訟法156条)から、裁判員と証人は「まったく同じ」だという(143頁)。

b これは乱暴な意見であると思う。証人尋問の場合は、証人に意見を求めることはできない(刑事訴訟規則199条の3第2項3号)のが原則である。刑事訴訟法156条には、証人には、経験した事実から推測した事項を供述させることができるとあるが、それは、例えば、自分が目撃した人物が、服装や背格好など(これが経験した事実である)から、それは知人Aであったと判断した(これは判断であり、意見である)、こういうことを証言することは妨げられない、という程度の意味であって<sup>(\*53)</sup>、とても被告人が真犯人かどうか、被告人には殺意があったかどうか、というような、最終的な判断を伴うような意見を述べてもよいという意味ではない。仮に証人尋問の場で、検察官が証人に、証人が直接経験した事実に基づかないで、あなたは被告人が真犯人だと思いますかという質問をすれば、弁護人は直ちに異議を出すであろう。まして、仮に被告人が有罪だとしたら懲役何年くらいが妥当だと思いますかなどという質問は全くあり得ないものである。

これに対して、裁判員は、自分が直接経験した事実ではなく(事件について証人となった者は裁判員にはなれない。裁判員法17条6号)、目の前で展開された証拠調べの結果に基づいて、例えば構成要件該当性について判断して意見を述べるのである。証人の証言と同一視するのはとても無理だと思う。

(9) a 高野氏は、裁判員の意見表明義務は量刑についても、証拠とそれに基づく推論が問われるという点で、証人の証言義務と同じであるという。「あくまでも証拠に基づいて、どの刑が合理的なのか、死刑は合理的でないのかどうか、この人には生きていく価値があるのかどうか、その合理性が判断される」という(143頁)。

b 「この人には生きていく価値があるのかどうか、その合理性が判断さ

れる」という表現には誰しも驚くであろう。裁判員審理の対象となるのは重大事件だけであるから、当然死刑もあり得るが、私は、裁判員制度賛成論者の中には被告人を、「この人には生きていく価値があるかどうか」という目で見ている人がいることを知って驚いた。

そして、裁判員に、証拠に基づいたものであるとはいえ、「この人には生きていく価値があるかどうか」を判断するからその点に関するおまへの意見を言えと迫るのは、犯行の目撃証人に見聞きした事実を述べさせるのと同様であって、裁判員の思想や良心の自由を侵害するものではないという意見に至って、相当数の制度賛成論者が制度懐疑論者に転じたであろうと思う。

(10) a 裁判員としての負担が重くて裁判員をやりたくないという者は皆辞退し、残るのが老人、暇人、専業主婦ということでは国民各層の意見を司法に反映するという制度目的が達成されなくなるという問題につき、高野氏は、法律家がいかに充実した審理をする能力を発揮できるかと思う、例えば、裁判がある意味で面白くて、エンターテインメント性があれば、負担に対する理解も深まるような気がする、と言う(163頁)。

b まず、制度賛成論者が、「充実した審理」と「面白くてエンターテインメント性がある」ということを同義に捉えていることに驚くべきである。専門家が、何かを、充実していた、面白かった、というのは、その専門家としてのバックグラウンドがあるからであって、基本的な前提知識を欠く素人に同じものが面白いはずがない。どんな分野でも、専門家を興奮させる画期的な論文が、素人には面白くも何ともないのは当然である。

また、素人である裁判員のために裁判に面白さ、エンターテインメント性を求めるというのは大きな間違いであって、当事者である被告人、或いは当事者に準じる犯罪被害者に、そういう裁判を求めるかどうか聞いてみれば良い。裁判員制度賛成論者は、裁判員として動員される国民が裁判から逃げ出すのを恐れる余り、国民に対して裁判を娯楽か物見遊山かのよう示す恐るべき傾向がある<sup>(\*)54)</sup>。しかし、一方では犯罪被害者や国民全

般の思い、他方では被告人の思いを背負って被告人の運命を決める刑事裁判は、決してエンターテインメントではないし、エンターテインメントであってはならない。裁判をエンターテインメントにしようとする人たちがいるという理由だけでも、裁判員制度に反対すべきであろう。

(11) a 裁判員としての大きな負担につき、高野氏は、「まだ始まる前の段階で、たいへんだ、……と不安をあおることは、あまり生産的な議論とは思えない」という(163~164頁)。

b 裁判員制度賛成論者としては、制度が無事に運用されることが「生産的」なのであり、制度を無事に運用できるようにする議論が「生産的な議論」なのであるから、制度の問題点やその可能性を指摘する議論は、制度賛成論者にとってもとより「生産的な議論」ではあり得ない。

制度の問題点やその可能性を指摘する議論を「生産的な議論」ではないと言わざるを得ないところが、制度賛成論者の限界なのである。

また、「不安をあおる」という表現が高野氏の制度批判に対する評価を表しているが、制度施行4年を経た経験<sup>(\*55)</sup>は、私が拙著『正体』で可能性を指摘した警告が決して無駄なことではなかったということを示していると思う。

### 3 「日本の裁判はどう変わる」(166頁)

(1) a 高野氏は、今の刑事公判は長く時間がかかる上、判決文も長い、という(167頁)。しかし、他方では、「有罪判決……があっさりしていて、無罪判決の方が非常に長大、膨大になって」いる(118頁)、そして、無罪判決を数多く出して氏が高く評価している木谷明裁判官の(無罪)判決は「とにかく長い」(119頁)とも言っている。この両者はどういう関係になるのであろうか。

b 有罪判決の場合には、刑事訴訟法(335条1項)が求める記載事項が簡単であり、現にそれで済ませている判決も多い反面、無罪判決の場合に

は担当裁判官が検事控訴を念頭において丁寧に記述するから長くなることが多い、という現実は確かにある。

それでは上記冒頭で高野氏が「判決文も長い」というその判決とは無罪判決のことであろうか。しかし、文脈上は明らかにそうではない。ここは、裁判員制度下では審理が粗雑になるのかという論点に対して、高野氏が公判は五月雨式より短期に集中して終えてしまう方が充実した審理になる、と力説している部分であるから、判決文の長さはここでは関係がない。

関係のないことはわかっているが、ついでに一言嫌味を言っておこうという感じだったのだろうか。

(2) a これに関連して、高野氏は、今の裁判が精密だということはないし、短期集中型の審理がラフだということもない、集中してやる方がはるかにいい弁護活動ができるから、短期集中の方が充実した、情報量の多い資料に基づく裁判ができる、という。

b 有能な弁護士にとって良い弁護活動ができるかどうかということと、抽選で集めた庶民が耳に流し込まれたいわば情報の「洪水」の中で適切な判断ができるかどうかということとは別であろう。

また、短期集中といっても、今の裁判員システムに見るほど、証人尋問の時間まであらかじめ決めておくほどの圧縮型で、充実した審理、裁判になるかどうかは疑わしいと思う。

(3) a 更にこの論点について、高野氏は、以下のように言う(169~170頁。①ないし④の数字は、説明の便宜のために、西野が付したものである)。

① 裁判官は自らの権限の温存と仕事の効率化のために裁判員を口実にして公判前整理手続を肥大化するだろう。

② その結果、裁判官は公判前に事件について予断をもってしまい、西野の言うように、公判は残されたわずかなパズルのピースを埋めるだけの儀式になってしまうだろう。

③ しかし、これは裁判員制度の問題ではなく、裁判官の官僚的体質とそれに根ざした公判前整理手続の運営に問題がある。

④ だから、公判前整理手続で何もかも決着しようという姿勢を改め、ここでは訴因の明確化と証拠開示を主たる目的にして、後は公判審理にゆだねるべきだ。アメリカ人にできることを日本人ができないはずがない。

b 私見によれば、裁判所が公判前整理手続を肥大化させているのは、自分の権限の温存などではなく、裁判員に選ばれた国民に必ず公判に来てもらえるよう、そして途中で公判から逃げ出すことのないよう、事前に公判や評議の日数の見込みを立てなければならないからである。他方、アメリカで公判前の手続が簡単に済んで、後は全部公判勝負であるのは、それは公判自体は何日かかっても構わない、事前の見通しは立たない、その全部に陪審員は対応せよ、司法への国民参加とはそういうことである、と正面から言える公判方式だからである。

我が国で、審理は5日かかるか、10日かかるか、15日かかるかわからない、とにかく〇月〇日から公判が始まるから、その後の予定を全部空けておいて裁判所に来い、ということにしたら、果たしてどれくらいの人がかかるであろうか。そして実際にやってくるのはどんな人たちになるのであろうか。そしてその前に、そういう裁判方式に対して国民全体から猛烈な反対が殺到するであろう。立法当時、裁判員制度に対して国民の間から大きな反対運動がなかったのは、大部分の国民は無関心であった上に、最高裁が、重大事件の裁判といってもせいぜい3日で終わりますよ、と言い続けてきたためである。

事前に公判回数、評議時間、判決日を予定するような裁判員制度を維持しようとするのであれば、つまり、この制度を守ろうとするのであれば、恐らく今以外の公判前整理手続の方法はない。あるというのであれば、高野氏からそのアイデアを出してもらいたい。

公判前整理手続が今のような方式になっているのは、裁判官の官僚的体質（それ自体は否定しない）に根ざしているためではなく、訴訟は真実を発見する場だという観念が圧倒的に強く、その上、国民を司法に動員できるという伝統も憲法上の明文も国で、司法への国民参加を強行しようとし

た当然の結果である。即ち、裁判員制度それ自体の問題である。

(4) a 裁判員審理では迅速を重視する余り適正が犠牲になるのではないかという論点につき、高野氏は、適正と迅速とは全然対立しない、むしろ短期的、集中的にやる裁判こそ適正であり、充実した審理だ、それは、自分(高野)が以前、8日間で20人の証人を調べた事件からそう言える、数日あれば10人、20人の証人を調べることは十分可能だと思う、と言う(175頁)。

b ここでは、裁判員の負担や審理可能性という文脈で語られているから、高野氏は裁判員裁判でもこういう審理が可能だと主張していると思われるが、抽選で集めた素人の裁判員の前に、「8日間で20人」、数日で「10人、20人」の証人が入れ替わり立ち替わり現れて証言していった場合、裁判員は本当に対応できるのだろうか。証言内容どころか、証人の顔さえ覚えていられないということになりそうな気がする。

(5) なお、裁判員審理では、公判開始後は連続開廷での審理になるから、一旦公判が始まったら、そこから先は手続は一気に進む。しかし、これは裁判員制度の下では事件の審理が捗るという意味ではないことについて注意を喚起しておく必要がある。

審理期間を見るのに、公判開始後の時間だけを見てはことの本質に迫ることはできず、起訴から判決までの全体を見なければならないということは先に述べた。刑事手続全体のプロセスを見ないで公判開始後の日数だけを比較することが無意味なのは、刑事手続全体のプロセスを見ないで無罪率だけを比較することが無意味なのと同様である。

裁判員制度では、一旦公判が始まったら一気に公判を一気にやれるよう、念入りに進行内容を決めておくための念入りの公判前整理手続が欠かせないのであるが、これにどんどん時間がかかるようになっていく。裁判員制度では重大事件だけを対象としているのですから、これは当然のことである。

前に述べた通り、最高裁報告書によると、今では、特に否認事件の場合、

公判前整理手続の期間が大幅に長期化しており、公判前整理手続期間だけで、裁判官裁判時代の平均審理期間以上の期間を要するようになっている有り様である。

(6) 裁判員制度の下では、起訴率が低下する、悪いことをしたやつが世にはびこるという恐れはないかという論点(186頁)につき、私はそこで、起訴率が低下するかどうかということの予測はつかないが、裁判員裁判による審理は面倒なものだから、検察官は、境界線上の事件であれば、裁判員制度の対象にならない軽い方の罪名で起訴するという事例は増えるのではないか、適正な刑事司法という観点から見ると、これはいかがなものかと思われるような事例が増えるのではないか、という危惧を述べた。

これは遺憾ながら、私の危惧が当たってしまった。いわゆる「罪名落ち」の増加や起訴率の低下が新聞で大きく報道されるような事態になったのである(\*56)。

(7) a 裁判員審理の対象となる事件においては、被害者が裁判官のほか、裁判員も加わった法廷において証言しなければならないというのは大変酷であるという事件があり得る、例えば強姦致傷事件がそうである、という問題提起(拙著『正体』でもこれに触れた。140頁以下)に対し、高野氏は、被害者が「裁判官、裁判員、合計9人の前で、自分の体験した被害事実を語ることがそんなに大変なことだとは思いません。これまでの刑事裁判の経験から考えて、それを躊躇するような事件がいったいどのくらいあるのか、私にはちょっと考えられないです。」と言う(193頁)。

b ここも高野氏の関心は被告人だけに向いており、被害者への想像力、共感性が乏しいことを示している事例だと思う。

こういう事例が報道されたことがある(\*57)。

ある強姦致傷事件の被害者が、被害者参加制度に基づいて法廷で自分の思いを述べるに当たり、裁判員に見られることが怖くて、フードをかぶり、ストールとマフラーを顔にぐるぐると巻きつけ(鼻も口も)、サングラスと手袋もつけて法廷に出た、外気に触れているのは眉間だけであった、と。

被害者にそんな思いをさせてまで裁判員裁判をしなければならないのか、と思うのが健全な社会感覚というものである。

被害者参加制度に基づく被害者としての意見陳述ならこれでも許されるのかも知れない。しかし、犯罪事実を証明するための証人ならこうはいかない。裁判員制度擁護論者は、裁判では調書ではなく法廷での生の証言が大切だというのが常である。証人が、どんな表情で、どんな口ぶりで、どんな顔色で、どんな目つきで、どんな質問にどう答えたかということが重要だ、そこから真実を読み取るのが裁判だ、というわけである。しかし、証人の表情やその変化がそもそも見えないような有様ではとてもまともな証人尋問にはならない。

この事件では、被告人が事実を争わなかったので、被害者は証人になる必要がなかったのだろうと想像される<sup>(\*58)</sup>。しかし、仮にこれが冤罪であった場合には、そうはいかない。冤罪であれば、被告・弁護側としては被害者と称する者を証人尋問の場で徹底的に追求して、検察による犯罪事実の立証を防がねばならないのである。法廷での激しいやり取りを通じて真実を明らかにしようというのが公判中心主義であるが、裁判員制度下の強姦致傷事件はこれに向いていないし、制度賛成論者はそういうことを考えてもいない。

(8) a 高野氏は、裁判員裁判で量刑判断にばらつきが生じることはやむを得ない、それは間違いではない、という。似たような事件は似たように扱うのが正義だから、正義に反すると思われる場面も出てくるだろう(この直前に出ていた例は、殺人でも法定刑の上限は死刑、下限は懲役2年半・執行猶予、というものであった)、しかし、それは裁判員の問題ではなくて、刑法の問題なのだ、と(207~208頁)。

b 仮にこれが裁判員の問題ではなくて刑法の問題なら、「正義に反する」場面が出てこないよう、まず刑法を改正しておくべきであった。そしてこれには国民の大反対が予想される。

刑法や刑事訴訟法との整合性を全く検討せずに裁判員制度などという国

民参加制度を導入した司法制度改革審議会の罪は真に重いものであった。

## 4 小括

こうしてふりかえてみると、高野氏が本書第二部で述べているのは、裁判員制度賛成論に名を借りて、現行の刑事裁判のシステムのあれこれの領域に対する氏のさまざまな不満を列挙しただけのものであったように思われる。その中には、裁判員制度賛成論者から見れば裁判員制度導入によって解決できそうな問題もある反面、司法のシステムとしては仮に問題があるとしても、裁判員制度とは余り関係がなく、氏がその原因を強引に国民参加制度の不存在に結びつけているというものもあった。また、そもそも裁判員制度自体の構造的な問題で、制度に賛成しつつこの点をあげつらうのは無理ではないかという問題もあったようである。

何を目的に、何を論じて、何を得ようとするのか、という企画側の十分な準備なしに対論になだれこんだというのは、今の刑事裁判にはどんな問題があるのか、その原因は何なのか、どんな対策が有効なのか、ということを全く議論せずにただ司法国民参加論に熱中していた司法制度改革審議会のことを思い出させる。

## 五 出版社

### 1 経過

(一) 本書の場合には、出版社の特殊な様子、つまり、出版社が裁判員制度という国策に忠実で、そのキャンペーンをしようとした結果が本書であるということ記録に残しておかなければならない。

対論終了後、それを文章にして調整、編集するという作業が始まったわけであるが、制度反対の私の発言部分はどんどん削除せざるを得ないこと

になった。

まず編集者(出版社)が最初に、強硬、強引に削除を迫ったのが本書160頁の「ある委員」の名前である。私は、ジャーナリストが権力機構内部の広報のための懇談会(そこにある「裁判員制度広報に関する懇談会」)の委員などを務めるのはいかがなものかという思いを込めて、対論時ではここで「渡辺雅昭」(朝日新聞記者)という実名を挙げたのであったが、編集者(出版社)はその名前の削除を強硬に迫ってきたので、本書を世に出すことに意味があると考えていた当時の私はやむなくこれに応じざるを得なかった。

そこから後は一瀉千里で、私は対談中で、裁判員制度に対するマスコミの対応がおかしい、中立的な報道になっていない、御用報道が多すぎる、ということ随分述べたのであったが、それらはいずれも編集者(出版社)の強硬な削除要求によって、本書には全く残っていない。

(二) また、「編集」の過程で、制度反対論である私の発言部分はどんどん削ることを求められるようになった。私が抗議すると、担当編集者が不誠実な人物でなんだかんだと言い逃れをしようとするので、私はやむなく編集集中の本書の第二部での賛否両論の分量を比較し(途中ゲラの行数を数えた)、その結果が1100行対900行だという数字を突き付け、漸く沈黙させることができた。

そういうわけで最終的な賛否の分量比は11:9であるが、終章の木村氏の「補足意見」は完全な賛成論であるから、これも賛成論に参入しなければならない。これも賛成論に参入すると、本書の賛否の分量比は13:9である。

## 2 書名

出版社が最初に予定していた書名は『裁判員の義務と責任』であった。裁判員の「権利と義務」ではなく、何と「義務と責任」である。国民を裁

判員に駆り出して、義務と責任を負わせようという下心が明らかである。

私は、そういう賛成論に偏った書名では到底応じられない、中立的な書名でなければダメだと頑張った結果、漸く『激論！「裁判員」問題』に落ち着いたのであった。もっとも、ここで「裁判員」と裁判員に「 」がついている理由は明らかでない。

### 3 帯

これも私が強硬に反対しなければ、帯に「(裁判員制度は) 裁判官の暴走を止められるか」という一文が入る予定だった。私が担当編集者に、「裁判官の暴走」とはひどいじゃないか、どこに暴走があるのだ、と言ったら、担当編集者の返事は、最高裁事務総局に暴走があるからいいのだ、というものだった。最高裁事務総局に「暴走」があることは私も否定しないが、裁判員制度がそんな「暴走」を止められるはずがない。

要するに出版社は読者に、帯で、今裁判所で事件を担当している裁判官は「暴走」していて、とても事件を任せられない、そこで裁判員制度を導入して裁判のあり方を変えなければならない、裁判員制度の導入が急務だ、という印象を与えようとしたのである<sup>(\*59)</sup>。

この出版社が、読者に「裁判員制度についてどうすべきか、自ら」(木村氏の「はじめに」) 考えさせるような公正公平な本を作る気は最初からなく、所詮裁判員制度の提灯持ちを企画していたに過ぎなかったということはこれらの事実から明らかであると思う。こういう出版社の「暴走」を止めるのに私が多少なりとも寄与できたとすれば読者への義務は果たせたといえよう。

## 六 まとめ

(一) 結局、この裁判員制度によって、膨大な血税を浪費し、審理期間は長期化し、被告人の未決勾留は長引き、重罰化は進み、無罪率は減り、性犯罪被害者は「セカンド・レイプ」に遭い、不本意な判決に対して上訴の足がかりになる判決理由は短くなり、現場の裁判官・書記官・事務官は疲労困憊の有り様であり、弁護士(検察官も)の手間は圧倒的に増え、国民全体としても多大な迷惑を被るに至っている。そして、マスコミの御用機関化も言論統制も進んでいる。

この制度で何か一つでもよくなった点があるのだろうか。そして高野氏は今どう考えているのだろうか。

(二) 今にして思えば、対論自体には格別の不都合はなかったが、出版社にはもう少し強く対応しておくべきであった。当時の私は、本書を出版して裁判員制度に関する問題点を読者に知ってもらうことを優先して考えていたので、出版社の要求、要望の大部分を容れてしまい、企画側に乗じられる結果となった。

しかし、結果的には、こういう裁判員制度キャンペーンの本を出すことにどれ程の意義があったのか疑問が大きいから、これでは本が出せなくなるかも知れないということを恐れず、制度反対論者としての筋を通しておくべきであったと思う。

---

### 《注》

\*1 本稿では、私が既に別著で述べていることを前提とした部分が多いので、それをここで示しておく。

『過程』：拙著『裁判の過程』(判例タイムズ社、1995)

『裁判批判論』：拙著『司法過程と裁判批判論』(悠々社、2004)

『正体』：拙著『裁判員制度の正体』(講談社現代新書、2007)

『批判』：拙著『裁判員制度批判』（西神田編集室、2008）

『原論』：拙著『司法制度改革原論』（悠々社、2011）

また、最高裁事務総局が平成24年12月に発表した「裁判員裁判実施状況の検証報告書」は、客観的なデータの部分は重宝であるので、これを本稿で「最高裁報告書」として引用する。

更に、最高裁判所事務総局刑事局監修の『陪審・参審制度シリーズ』も有用である。

- 『英国編』（司法協会、1999）
- 『米国編Ⅰ、Ⅱ、Ⅲ』（司法協会、1992～1996）
- 『フランス編』（司法協会、2001）
- 『ドイツ編』（司法協会、2002）
- 『イタリア編』（司法協会、2004）

- \* 2 本稿で「本書」というのはこの『激論!』の謂である。
- \* 3 本書の編集過程で対論時の私の発言が随分削られてしまっているの  
で、本書に現れていないことは私が対論当時に主張、反論、言及しな  
かったことであるとは限らない。
- \* 4 拙稿「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（新潟大学）44巻2・3号81頁以下（2012）。
- \* 5 拙著『正体』の中で、裁判員をやりたいという者はそのままやればよ  
いのだと明記していない場合でも、やりたくないという者にとっては  
「意に反する」苦役だという意味で書いていることはそれぞれの文脈上  
明らかであると思う。
- \* 6 但し、律儀に裁判員を務めた結果、健康も職も失い、人生が暗転して  
しまった人は現実に存在する。2013年以降、福島で国家賠償訴訟（福  
島地裁平成25年（ワ）117号損賠賠償請求事件）を進行せざるを得なく  
なった人はその中の1人である。
- \* 7 本書97頁の欄外注によれば、これは2003年の「裁判員制度・刑事検  
討会（第13回）の提出資料であるという。
- \* 8 「国際連合広報サイト」による。  
[http://www.unic.or.jp/info/un/un\\_organization/member\\_nations/chronologicalorder/](http://www.unic.or.jp/info/un/un_organization/member_nations/chronologicalorder/)
- \* 9 拙著『批判』二章、五章、拙著『原論』8章、9章。
- \* 10 拙稿「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（新潟大学）41巻3・4号161頁以下（2009）  
参照。
- \* 11 瀬木比呂志『民事訴訟の本質と諸相』184頁以下（日本評論社、  
2013）。
- \* 12 熊谷弘『英米陪審制度の運用と其の批判（司法研究報告書）』265頁

(司法研修所、1960)。

- \* 13 拙著『裁判批判論』137頁以下。
- \* 14 We need to talk about an injustice.  
<http://digitalcast.jp/v/13681/>
- \* 15 前記注11参照。
- \* 16 拙稿「裁判員制度の現在—施行3年の現実」法政理論(新潟大学)46巻1号9頁「国民の離反」参照(2013)。以下、拙稿「現在」として引用する。

なお、平成26年2月18日付東京新聞は、平成26年1月、水戸地裁で審理中のある裁判員裁判事件で、補充裁判員を含む裁判員全員が判決前に「予定が合わない」と言って辞任した結果、裁判所は全員を解任して審理が止まった、と報じた。

裁判所としては、この後、新裁判員を選出し直して審理を続行して判決を目指すほかはないが、旧裁判員の前でやった証拠調べの結果は生きている(こういうことをやっているのは、司法への国民参加諸国の中で日本だけであろう)ので、それを新裁判員にどう伝えるかという問題がある。

以前、類似の経過をたどった事件で、新裁判員に5日間、小画面で証人尋問のDVDを見せ続けたという拷問まがいの審理をした裁判所があった(前注拙稿「現在」6頁以下⑥)。結論は「無罪」だったそうであるが、途中で裁判員の緊張の糸が切れたのかも知れない。

- \* 17 この点につき、前記(\*4)拙稿95頁以下(2012)参照。
- \* 18 なお本書中で高野氏は、裁判員制度が「参審制と決定的に違うところ」を、裁判員は任期制ではなく事件単位であることに求める(82頁)。

裁判員が事件単位であって、一般の参審制(任期制)とは異なっているのはその通りであるが、高野氏がそれに続けて、事件単位の裁判員だと、「自分のかかわった裁判の結果は、その後の彼あるいは彼女の出世であるとか生活にほとんど何の影響も与えない」ことにメリットを見いだす意見には賛同できない。この言い方だと、事件単位ではなく任期制である参審制諸国の参審員だと、「自分のかかわった裁判の結果は、その後の彼あるいは彼女の出世であるとか生活に」何らかの影響があるように読めるが、そんなことは考えられないからである。参審員が地元の名士から選ばれるドイツではもとより、参審員を抽選で選ぶフランスやイタリアでもその任期はせいぜい1、2週間(フランス)とか3か月(イタリア)なのであるから、「自分のかかわった裁判の結果がその後の参審員の出世や生活にほとんど何の影響も与えない」ことは明らかである。

- \* 19 拙著『原論』228頁。
- \* 20 拙著『裁判批判論』137頁以下。
- \* 21 拙著『裁判批判論』92頁(注)12。

つまり、陪審制では「民の声は神の声」という前提があり、神の声を代弁する陪審という市民の代表が決めたことであるから、その重みは大変なもので、後日これを覆すことは原則としてできないのである。
- \* 22 陪審制では、判決の内容(事実認定部分の判決理由)に対する合理的な検討、批判が不可能になる。裁判批判については、拙著『裁判批判論』8章、特にその359頁以下参照。
- \* 23 S・ドリズィン=R・レオ著(伊藤和子訳)、日本評論社、2008。アメリカでの100件以上の虚偽自白の例を紹介している。
- \* 24 拙著『裁判批判論』101頁以下。
- \* 25 もっとも、何かの法律的論点に引っかけて上訴することは妨げられないので、法律家である弁護士にとって上訴自体が難しいということはない。拙著『裁判批判論』150頁以下。
- \* 26 拙著『裁判批判論』99頁以下。
- \* 27 拙著『原論』8章、9章。
- \* 28 拙著『批判』62頁以下。
- \* 29 但し、高野氏は被告人にこの選択権を認めるべきだという意見である(本書67頁)。
- \* 30 但し、高野氏は最後まで、裁判員を務めるのは国民の義務だという真っ向勝負の意見である。裁判員制度は国民に裁判に参加する権限を与えたものだとか、国民に裁判に参加する「プラチナ・チケット」を付与したものだ、などという詭弁を弄していない点は好感が持てる。
- \* 31 松川事件の元被告人が、無罪確定後に、陪審審理でなくて助かったと述懐したという事実が存在する。拙著『裁判批判論』124頁注(101)及び該当本文参照。
- \* 32 最高裁報告書23頁。
- \* 33 読売新聞平成26年1月29日朝刊。
- \* 34 本稿執筆当時、ある新聞記者から、東京地裁で審理中のオウム真理教のある元幹部の裁判員公判では、裁判員6名のうち、4、5名が中高年の女性だったと聞いた。私がある時に感じたのは、これでも被告人の運命はさわまったということである。
- \* 35 大阪地裁平成24年7月30日判決。

さすがにこの無茶苦茶な判決は控訴審で破棄された。大阪高裁平成25年2月26日判決(判例タイムズ1390号375頁)。
- \* 36 拙著『裁判批判論』116頁以下。

- \* 37 拙著『批判』49頁以下。
- \* 38 兼子一『裁判法(改訂版)』24頁以下(有斐閣、1967)は陪審制に極めて懐疑的であり(陪審が事実関係を正確に認定する能力を有するかが疑わしいし、偏見や予断に捉われずに認定できるかという点にも危惧が持たれる、とする)、団藤重光『法学入門』188頁注(1)(筑摩書房、1973)は、停止中の陪審法の再施行の見込みは実質的にはないといってよい、とする。)、我妻栄『法学概論』(有斐閣、1974)には公判陪審に関する記述は全くない。
- \* 39 前記(\*16)拙稿「現在」19頁以下。  
なお、後に最高裁長官になる人が、(その地位に就く前に非公式に)裁判は皆陪審にしていればよいのだ、そうすれば後は皆陪審の責任で、裁判官が認定に苦勞することはなくなるのだ、と言ったことがある。『原論』296頁(注)42。
- \* 40 前記\*11参照。
- \* 41 今や、弁護士の大量養成に対する批判の本が随分出るようになった。河野真樹『破綻する法科大学院と弁護士』(共栄書房、2011)、鈴木秀幸ほか『司法改革の失敗—弁護士過剰の弊害と法科大学院の破綻』(花伝社、2012)など。
- \* 42 例えば、伊佐千尋=生田暉雄『裁判員拒否のすすめ』(WAVE出版、2008)での伊佐千尋氏、生田暉雄氏、石松竹雄=伊佐千尋『裁判員必携』(ちくま新書、2008)での伊佐千尋氏。なお、この両書については、拙著『原論』12章(悠々社、2012)参照。
- \* 43 末弘厳太郎『法学入門(1952版)』132頁(日本評論社、1952)。
- \* 44 団藤重光『法学入門(増補版)』186頁(筑摩書房、1986)。
- \* 45 拙著『裁判の過程』93頁以下(判例タイムズ社、1995)。
- \* 46 小嶋和司『憲法概説』484頁(良書普及会、1987)。
- \* 47 これについては、拙著『裁判批判論』143頁以下参照。
- \* 48 私の検討結果につき、拙著『原論』212~213頁参照。
- \* 49 拙著『裁判批判論』129頁注(116)及び該当本文参照。
- \* 50 前記(\*16)拙稿「現在」2頁以下。
- \* 51 前注10拙稿「補遺(1)」176頁以下参照。
- \* 52 平成24年1月からさいたま地裁であった連続不審死事件では、公判が38日に及んだ。
- \* 53 青柳文雄ほか『注釈刑事訴訟法第一卷(増補版)』558頁以下(立花書房、1978)、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(増補補正版)』223頁(弘文堂、1988)、後藤昭=白取祐司『新・コンメンタール刑事訴訟法』292頁以下(日本評論社、2010)など。

- \* 54 拙著『正体』173頁。
- \* 55 前注16拙稿「現在」2頁以下、13頁以下。
- \* 56 新潟日報平成24年7月22日朝刊。
- \* 57 平成24年（2012）5月23日朝日新聞。
- \* 58 これは捜査官に被疑者の自白を迫る取調べに魅力を感じさせるに至るだろうから、訴訟方式としても拙劣である。  
また、被害者側の事情により、性犯罪の起訴率が低下していることにつき、前注（16）拙稿「現在」13頁参照。
- \* 59 但し、本書出版後に気付いたことであるが、カバーの見返しに「官の暴走にストップをかけ、正義を実現するのか」という不思議な一文がある。この「官」とは何であろうか。