

# 裁判員制度の現在—施行3年の現実

西 野 喜 一

## 1 序

裁判員制度というシステムが問題だらけであることは、私のこれまでの著書<sup>(\*)1</sup>でも繰り返し書いてきたし、諸識者の論稿にも現れているところである。しかし、今は裁判員制度を批判することがタブーになってしまったため、法律雑誌でも制度批判の論稿を掲載するところは全くなくなってしまい、新聞、雑誌、テレビなどのマスコミがこの制度の問題点を正面から報道することがないという、恐るべき大政翼賛、言論抑圧の時代になってしまった<sup>(\*)2</sup>。普通の新聞、テレビだけを見ていると、制度は概ね順調に運用されている、という公式発表しか出てこないで、他に情報源を持たない普通の国民は、そうなのだろうと思ってしまう可能性が大きい。例えば、憲法記念日恒例の最高裁長官の談話で本制度の評価は、その運用につき、従来の「概ね順調」から、或いは「比較的（順調）」、或いは「裁判員の心のケアが必要」、或いは「従来の裁判への回帰」と明らかにトーンダウンの印象であったが、今でも本制度のキャンペーンに熱心な大新聞の中には、談話中のこれらの問題点に触れず、ただ「順調」との印象を与えようとしたものがあつた。

その中で、「裁判員制度はいらない大運動」<sup>(\*)3</sup>という名の市民団体が発行している「裁判員制度はいらない！全国情報」という出版物（以下、「全国情報」として引用する。）は、全国の裁判員制度の実情を率直に報道している殆ど唯一の公刊物である。これによって知り得た裁判員裁判の今

の実態を紹介しつつ、これに私のコメントも付して、裁判員制度のために我が国の刑事裁判が現在どうなっているのかということ进行を明らかにしておきたいと思う（以下、単に号数だけで書いたものはこの「全国情報」である）。

## 2 裁判員の労苦

まず裁判員の負担という点に注目すると、「全国情報」には、裁判員を務めさせられた結果、凶悪、残虐な犯行内容、或いは余りに重苦しくて救いのない事件内容が、裁判員に大きな精神的な負担を残した例、被告人又はその関係者とみられる者の言動に恐怖を感じた例がたくさん掲載されている。そして、他人の運命を決めるという未経験の業務に疲れ果てた、もう二度とやりたくない、早く忘れたい、という怨嗟の声も溢れている。また、裁判員に選ばれずにほっとした、という声も多数あるのは当然のことである。

「遺体写真に衝撃。寝る前に映像がよみがえった」、「疲れた」、「食事が取れない。夢で睡眠不足」、「精神的に重い負担」、「荷が重い」、「(性犯罪で) 具体的な性癖は聞くに堪えない」、「高度な法律知識が求められ負担が大きい」、「自分や家族に影響が及ぶのではと不安」、「熟睡できずに常に頭がぼーっとしていた」、「遺体写真は貧血を起こしそうで直視できなかった」、「被害者家族の一言一言が重く、裁判中に泣いた」等々、殆どきりがない。

その中には、裁判員を務めたために失職したという事例まである。「全国情報」8号では、平成22年1月の福岡地裁での傷害致死事件で裁判員をさせられたため、「裁判で解剖写真が法廷に映されたときから動悸が生じ、裁判後は車が運転できなくなった。裁判を機に体調を崩し、仕事も辞めた。裁判当時、既に別の裁判員が解任されていたため、体調不良を理由に〔自

分も] 辞めるとは言いにくい状況だった。」という例が紹介されている<sup>(\*)4)</sup>。

これまで犯罪に縁がなく、まっとうに暮らしてきた普通の庶民なら、証拠に基づいて人の運命を決めるという裁判が大きな負担になるのは当然のことであって、普通の国民にこんな思いをさせるべきではない。税金から驚くほど高い給料<sup>(\*)5)</sup>を払って裁判官を雇用しているのは、誠実に生業に励んでいる国民にこのような思いをさせないためである。

### 3 こんな人が裁判員？

(一) 他方、くじ引きである以上、こんな人に裁判員をやらせて大丈夫か、こんな人に被告人を裁かせて大丈夫か、と疑われるような人も当然混じってくる。そんな例も後を絶たない。

「全国情報」では、公判で被告人に「聞いていてむかつく」と言った裁判員、「感情むき出しの裁判でよい」、「起訴された事件だけを裁くのは納得できない。」と言った裁判員経験者、「全国初の死刑判決が出るかも知れないと聞いたので、やってみたかった」と言った裁判員候補者、判決後の裁判長の説諭時、被告人が「わかってますよ」と言い、ふてくされたような態度だったので、「怒りを覚えた」、「刑期に温情を込めたのに」と言った裁判員の例などを紹介している。

死刑判決を「やってみたい」、つまり、被告人におまえは死ねと言ってみたいという人、人を裁く立場に立ったことですっかり自分が偉くなったと思上がり、自分が「温情を込めた」つमりの判決に被告人がおとなしく恐れ入ってくれないと怒りを覚えるような人が裁判員を務めていることがわかる。こんな裁判員に当たったら一体どうなるのか、と、被告人でなくても背筋が寒くなるであろう。脳に障害を抱えていたある殺人事件の被告人に、被告人は危険な存在だから可能な限り長く刑務所に閉じ込めておくことが社会秩序維持に資すると言って、求刑（懲役16年）を大きく上

回る懲役20年の判決を言い渡した例がある（次項4⑧）のは、こういう危惧がもはや杞憂とは言えなくなっていることを示している。

（二）最高裁は、裁判員制度は合憲であるとした平成23年の大法廷判決<sup>(\*6)</sup>で、裁判員法には不適格な者を排除するシステムがあるから大丈夫だと言うが、それはその人の思考や行動がよほど目に余る場合の話で、それほどではない場合には、とてもチェックの網にはかからない。特に、感情むき出しの裁判でよい、とか、死刑判決を出してみたい、など思っていてそれを実践しようと思う人たちは、首尾よく裁判員に選任されるまでは意識して牙を隠しておとなしくしているであろうから、そういう人を事前にチェックして排除しておくというのは不可能である。

司法に国民を参加させるということは、司法に国民の偏見をも反映させるということにほかならない。もしここで裁判長が、そういう意見はよくないと言って裁判員の意見を控えさせるとしたら、それは、国民参加の理念に反することであって、それくらいなら最初から裁判官だけが判断すればよいはずである。要するに、司法への国民参加とは救いのない制度なのである。

## 4 今の裁判所のありさま

また、裁判所の審理は、予め決めておいた日程に強引に合わせようとするのを初めとして、その全体が非常に粗雑、乱暴なものとなっている。「全国情報」によってその事例を紹介する。

① 平成21年10月下旬の松江地裁で、補充裁判員からの質問を裁判長が代読し、同じ時期の鳥取地裁では、補充裁判員が（被告人に？）質問した、ということがあった（2号）。

裁判員法上、補充裁判員が、直接、又は裁判長を介して、質問ができるという規定はなく<sup>(\*7)</sup>、これらは歴然と違法であるが、正裁判員が欠けな

ければ最後まで出番はないという補充裁判員の余りに馬鹿馬鹿しい地位に呆れて、彼らが途中から「逃走」するのを恐れ、裁判長が、違法を承知で、こういうことを許したのであろう。

法の規定より、裁判員の関心、裁判員へのサービスが大切、という時代になった。

② 11号は、鳥取弁護士会の会長が、「法廷内でのストップウォッチの提示に関する会長声明」を出したことを報じている。その声明は、(要旨)「平成22年7月5日の鳥取地裁での殺人未遂事件(裁判員審理)の弁論(最終意見陳述)中、約15分が経過した段階で、裁判長は、しきりに時計を見たり、ストップウォッチを弁護人のほうに向け、時間を厳守するようにとアピールするようなしぐさをした。なお、弁論はもともと20分の予定であり、ほぼ時間通りに終了した。

裁判長のこのような行為はあまりに非常識かつ礼を欠くもので、およそ人の話に真摯に耳を傾けようとする者の態度ではない。弁護人を侮辱するもので、猛省を求める。」というものである。

裁判員裁判は、公判も評議も、いつ終わるかということを決めておいてそれから着手するという世界に例のない裁判方式であるから、裁判所側にとっては、審理が事前に決めておいた通りに進行するということが何よりも大切なのである。そこで、法廷にはもともと時計が設置してあるが、裁判長によっては、自分の腕時計だけでなくストップウォッチを持ち込み、当事者に時間厳守のアピールをせずにはいられないのである。

私は以前、裁判員審理では、裁判長の訴訟指揮が強権的なものになる恐れがある、審理が延長となって裁判員のうちの何名かが来なくなるかも知れないという恐怖の前には、裁判に求められる他のすべての要請は後退させざるを得ないし、そのための訴訟指揮権である、と書いたことがある<sup>(\*)</sup>が、それがこのように現実化しているわけである。法廷で裁判長がストップウォッチを活用しているのは日本だけであろう。

③ 14号は、平成23年10月の徳島地裁での現住建造物放火の事件で、裁

判員が尋問中に、尋問切り上げを促すメモが渡され。質問を打ち切ったことを報じている。

裁判員審理では、真相の追求や納得のできる審理ということより、予定通りの進行ということの方がずっと大切なのだということがよく伝わってくる。

④ 18号は、今井亮一という人の「覆面野郎に裁かれたくない！」という短文を掲載している。東京地裁のある強盗殺人等の法廷で、6人の裁判員のうち3人がマスクをしていた、花粉症なのか風邪なのか、「覆面もOKなのか？ そんなバカな。」（判決は死刑）というものである。

これは大久保稿<sup>(\*9)</sup>が批判する通りとんでもないことで、およそ人を裁く者としてあるまじきことである。覆面をしなければ法壇に登れないという人は裁判員を引き受けるべきでなかったし、そういう人は裁判長が途中からでも解任すべきであった。顔も出せないような臆病者に裁かれるというのはもう暗黒裁判の世界で、被告人としても到底承服できないであろう。

ここで思い出されるのは、敗戦後の混乱や食料難が続く昭和22年に、人を裁く立場にあるからと一切のヤミ物資を毅然として拒否し、合法的な配給ものだけで生活した結果として30代半ばで餓死（衰弱死）した東京地裁の山口良忠判事のことである。

彼は法廷での判決言渡しの後、よく被告人に、「私の顔をよく覚えておきなさい。そして二度とこのような場所（裁判所）で私と会うことのないように、じっと見ておきなさい。」と言ったそうである<sup>(\*10)</sup>。山口判事の裁判官としての立派なありようは今でも痛切に我々の胸を打つが、自分の顔を隠して人を裁こうという裁判員やら、それを許す裁判長やら、我々は随分妙な所へ来てしまった。

⑤ 24号は、照井克洋という弁護士の「DVD視聴による審理」という一文を掲載している。その要旨は以下の通りである。

仙台地裁のある事件で、証人尋問・被告人質問が終わった段階で大震災があったため、審理が中断した。5か月後に審理が再開され、裁判官は元

のままであったが、裁判員・補充裁判員は全員が新たに選任された。弁護士は、証人・被告人の再尋問・再質問を求めたが、裁判所はこれを容れず、中断前の尋問・質問を録画したDVDを裁判員に視聴させた。

再開後の公判では、裁判員は5日間ひたすらDVDを視聴させられた。カメラは供述者（証人・被告人）のみに向けられていて、尋問者は映っていない、どこからか尋問の声が聞こえてくるという状況だった。

そのDVDは法廷内の大画面には映し出されず、裁判員は眼前の小さな画面だけでそれを見た。

これに対する照井弁護士のコメントは、「再現ドラマを見せられてあれこれコメントするテレビ画面を想起させるが、それが現実の裁判で展開される異様な事態だった」というものである。

大久保稿が紹介、批判している通り<sup>(\*11)</sup>、裁判は結局、形式を整えるだけの儀式になったということがよく伝わってくる。およそ司法への国民参加を実施している国で、DVD画面（それも小画面）だけで判断させるような乱暴な国は聞いたことがない。

国民参加論者（陪審制・参審制擁護論者）は、裁判では、調書ではなく法廷で証人の様子全体を見て、その信用性や証明力を判断することが重要だと唱えるのが常であるが、この有り様ではその理念にも反する。法廷でずっと証人尋問を聞かされ続けるのも、法廷の全体が見え、尋問者の様子が見え、証人の全体像が見える状態でさえ大変であるが、固定カメラでの上半身だけの映像を見続けろというのは殆ど拷問で、普通の人ならとても集中力が持たない。この結果（判決）は無罪だったそうであるが、それも当然で、裁判員は3日目辺りからもうどうでもよくなって、ただ見流し、聞き流していたという可能性が大きいであろう。

⑥ 25号は、多田元という弁護士の『『裁判の心』を失った情緒的量刑』という一文を載せている。その要旨は、「ある強盗傷害事件の控訴審の弁護を受任したが、記録を検討して、一審判決に驚き、怒りを感じた。犯罪の表面を見るだけで、被告人の心境や教育福祉政策の貧しさという社会間

題を全く理解しようとせず、犯行の結果から被告人を非難するだけのものだった。この一審判決は、裁判官による捜査結果の追認と処罰の儀式に墮落するもので、僅か3日間では事件の実相を判断するのは無理である。『市民の参加』とは『名ばかり』で、裁判員は処罰の儀式の飾りに過ぎない。」というものである。

審理を極限まで圧縮しようとする裁判員制度下では、審理も判決も粗雑なものになるだろうということはかねてから予想、指摘されていたことである。これは、予想通りの事態に今更何を言っているのだと批判されるべきであろう。

⑦ 36号の裁判員審理を体験した弁護士の座談会で、ある弁護士が、時間が過ぎて裁判長が舌打ちをしていた、と発言している。裁判長はとにかく計画通り進行させることに汲々となる余り、心の中がここまでずさんできているわけである。到底人を裁く立場にある者の取るべき態度ではない。

⑧ 前（3（一））にも触れたことであるが、新聞報道<sup>(\*12)</sup>によれば、平成24年7月30日、大阪地裁（裁判員審理）は、脳に発達障害（アスペルガー症候群）を抱えていたある殺人事件の被告人に、求刑（懲役16年）を大きく上回る懲役20年の判決を言い渡した。被告人は十分に反省していないし、再犯の恐れがあるので、可能な限り長く刑務所に収容することが社会秩序維持に資するという理由である。

刑事裁判とは、（有罪の場合には）当該犯罪行為に最も適切に対応する刑事責任はどういう内容であるべきかということを具体的に考えることであるが、この判決はその対応関係を考えることを放棄し、要するに、危ないやつがその辺をうろつかないように、なるべく長く刑務所に閉じ込めておくのが社会のためだと言ったわけである。この論法によれば、当該犯罪行為と刑罰との対応関係は不要なのだから、犯罪事実が何であれ、法定刑に制約がない限り、こいつは危ないと思った被告人は誰でも懲役20年（有期懲役の上限）なり無期懲役なりにすることができる。刑罰の「保安処分」化である。



犯罪に対する刑罰は、応報（懲罰）であるべきか教育であるべきかというのは、犯罪や刑罰が理性的に考慮されるようになった19世紀以来、刑事司法の大問題であったのであるが、裁判員制度下ではこれが「障害者の隔離」ということになった。

司法に国民を参加させ、国民の感覚を反映させるということは、国民の偏見（例えば障害者に対する偏見）をも反映させるということにはかならず、そのため陪審制諸国では偏見に溢れた判決にも溢れているわけであるが、我が国の司法もこの種の「グローバル・スタンダード」を取り入れてしまったことを象徴しているのがこの判決である。そして裁判所という公権力が正面からそう言い切ってしまった以上、普通の国民が障害者に対する偏見をあらわにしても、法も裁判所ももはやこれをとがめることはできなくなったと言うべきであろう（\*13）。

## 5 国民の離反

① 19号は最高裁が平成23年冬に実施した「裁判員制度の運用に関する調査結果」の発表結果を報じている。前年（2010）実施の結果と比較すると、

「参加したい」は7.2%から4.6%にかなり減った。

「参加してもよい」は11.3%から10.4%に減った。

「余り参加したくない」は43.9%から42.6%で横ばい。

「義務でも参加したくない」は36.3%から41.4%にかなり増えた。」

とのことである。

裁判員制度に関する公的な世論調査が極めて作為的なもので、要するに制度推進のキャンペーンにほかならず、調査としては信用できないものであることは、以前、拙著（\*14）でも書いたことである。今回はどんな設問であったのかということとはわからないが、「参加したい」と「参加してもよい」が合わせて15%しかないということは、国民が裁判員制度を求め

ていないこと、これを支持する声はいよいよ減るばかりであることを明らかにした。つくづく「無用」、「違法」、「粗雑」、「不安」、「過酷」、「浪費」、「迷惑」な制度（拙著『裁判員制度の正体』）であると思う。

② 20号は、「裁判員候補者の辞退、選任期日への欠席が激増している。裁判員候補者のうち、選任期日に出席しない者の割合は既に6割を越えている。」「東京地裁の3月18日選任・公判のある事件では、名簿から選定された候補者（約100人）のうち選任期日に出席したのは僅か18人、更に当日9名が辞退したため、残りは9名となったが、その全員が裁判員と補充裁判員にさせられた。」ということを経ている。

私が以前『裁判員制度の正体』を書いた時には、裁判員候補者が裁判員の義務から合法的に逃げる方法をあれこれと考えて書いたのであった<sup>(\*15)</sup>が、今では、自分はやれない、やらないと裁判所に連絡するか、或いは、選任期日に黙って欠席するだけでも、十分裁判員から逃れられることになった。前記最高裁大法廷判決によれば、裁判員からの辞退制度が柔軟だということが制度の合憲性を支えているのであるから、辞退者（欠席者）に制裁を科すことはもう事実上不可能である。裁判員をやりたい候補者はやれる確率が高まり、やりたくない候補者は簡単に逃げられるようになったわけであるから、国民の立場からは慶賀すべき状況と言うべきものかも知れない。

③ 23号は、最高裁発表の数字によっても、裁判員候補者の選任期日への「出頭率」（呼出状を送付した数を分母としたもので、呼出状発送前に辞退・拒否した人を含まない）が、平成21年11月、平成22年1月、5月、平成23年3月とで、85.3%、83.6%、82.6%、80.2%と、着実に下落する一方であることを報じている。

④ 28号、32号は、平成24年1月早々のさいたま地裁の事件で、330人の裁判員候補者のうち裁判所に来たのはその5分の1にも満たない61人、その中から更に辞退者が続出し、最終的に残ったのはたった34人に過ぎなかったということを経ている。

⑤ 36号は、平成24年9月の鳥取地裁における連続不審死事件の審理のため、裁判所は裁判員候補者のうち700名に呼出状を送った<sup>(\*16)</sup>が、そのうち選任手続期日に裁判所に来た者はその1割にも満たない55名、この中から更に17名が辞退を認められ、最後の抽選の対象として残ったのは38名に過ぎなかったということを報じている。

いよいよ裁判員制度下の刑事裁判は、暇人、物好き、変わり者の世界になったのかも知れないと案じられる。

## 6 事件の滞留

「全国情報」では、裁判員審理という無理な制度のために、全国で大量の事件が滞留している様子を繰り返し報道している。余りに不自然な裁判方式を導入したために、これまで述べてきた程に粗雑な圧縮審理を強行しても審理が追いつかず、事件がどんどん溜まり、被告人の無駄な未決勾留はずるずると長引き、裁判所の裁判官や書記官まで疲労困憊という状況になってしまったのである。

9号では、遠藤きみという弁護士が、「平成21年末までの起訴人数は全国で約1200人だったが、そのうち判決まで済んだのは約140人に過ぎない、その上、刑事に裁判官と職員をどんどん回したので、民事や家事も殺人的な忙しさになって、ここでも事件の滞留が増えている。」と書いており、20号は、「審理期間が長期化している。制度実施前、最高裁は、多くの事件は3日以内で終わると言っていたが、実際に3日以内で終わった事件は全体の36%に過ぎない。他方、5日以上かかった事件が28%に上っている。」と報じている。

20号は、最高裁のデータ（制度施行から平成23年1月まで）によれば、受理事件数3100件、判決言渡しに至ったのはそのうちの1700件余に過ぎないということを報じている。

23号では、最高裁発表の数字でも、平成22年1月、5月、平成23年3月とで、公判前整理手続に要する平均月数が、3.1、4.2、5.4と、公判の平均開廷回数が、3.3回、3.5回、3.8回と、いずれも着実に延び、或いは増えていることを報じている。当然被告人の未決勾留日数も増えることになる。

裁判員制度は重大事件だけを対象にしているのであるから、審理が長期に及ばざるを得ないのは当然のことで、そんなことは最初からわかっていたことであった。それを無理やり短縮しようとして、これまでの常識からすれば呆れるような圧縮審理をしているのであるが、重大事件の裁判が一応裁判らしいものであることと、「3日程度」ということとは両立し難いものであることを、膨大な時間・労力・費用（税金）、被告人の運命、そして国民への迷惑を対価として改めて確認した、ということである。

## 7 性犯罪の悲劇

（一） 私は『裁判員制度の正体』で、裁判員制度下では、犯罪の被害者が法廷で極めて酷な立場に置かれるという犯罪類型がある、強姦致傷がそうであって、被害者は証人として、裁判官だけでなく裁判員の前で証言を強いられることになる、こんな制度を始めなければ、被害者がこんなに過酷な立場に立たされることはなかったのだ、と書いた<sup>(\*17)</sup>。

平成24年（2012）5月23日の朝日新聞がそれに近い事例を紹介している。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、というのである。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ろう。

被害者参加制度に基づく被害者としての意見陳述ならそれでも仕方がな

いのも知れない。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。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。この制度を作った司法制度改革審議会は、実質的には何も考えていなかったと言ってよいのであるが、勿論こういうことも考えてはいなかった。

(二) そして、性犯罪の被害者が裁判員裁判を恐れて、そうならないように検察に頼み込む結果、性犯罪の起訴率が明確に低下しているという現実が生じている。ある新聞報道<sup>(\*18)</sup>によれば、裁判員裁判の対象となる強姦致死傷、強制わいせつ致死傷、集団強姦致死傷の起訴率は、2005年と2010年を比較すると、72%から43%へ落ち込んだ。換言すれば、裁判員制度のために、性犯罪者が適切な処罰から免れるようになったということである。

## 8 「罪名落ち」

(一) 重大事件で逮捕、送検された容疑者が送検時より軽い罪名で起訴

されることを俗に「罪名落ち」と言う。

共同通信の調査によると（\*<sup>19</sup>）、殺人容疑で逮捕、送検された容疑者を検察官がそのまま「殺人罪」で起訴する割合がこの4年間で大幅に減り、2006年には殺人罪での送検が1769件、殺人罪での起訴が734件であったのに、2010年には送検1619件、起訴が424件で、その割合が41パーセントから26パーセントに大きく下落したとのことである。性犯罪での様子については前項で述べたが、この傾向は他の重大犯罪でも同様で、強盗致死罪の起訴割合は39パーセントから27パーセントへ、強姦罪の起訴割合は56パーセントから40パーセントになっているとのことである。

要するに、裁判員制度下で、裁判員が殺意や行為と結果との因果関係を認定してくれるかどうか検察官が危ぶんで、一段或いは二段軽い罪名で起訴しているわけである。そしてこの記事は更に、こういう「罪名落ち」が最近非常に増えてきたので、捜査の現場（警察）に不満の声が挙がっているということも報じている。

（二）「罪名落ち」とは要するに検察が慎重になっていることを示しているわけであり、それ自体は悪いことではない。検察権の行使が慎重でなければならないことは言うまでもないことである。しかし、ここにはいくつかの問題点も隠れている。

その一は、例えば、強姦致傷という重大な犯罪の処罰が単純強姦で済む（或いは、その単純強姦…これは親告罪で、起訴には被害者の告訴が要る…さえ無くて被害者の泣き寝入りになる）ようになってきている現実が確かに存在していることである。

その二は、一般論として、検察が裁判員を信用せず、起訴に過度に慎重或いは臆病になると、重大犯罪が適切な処罰から免れることになるということである。特にこれからは、人を殺害しても、徹底的に殺意を否認し続ければ、検察は起訴罪名を殺人から軽い傷害致死に落としてくれる可能性がはっきり出てきたわけであるから、殺人罪で捕まった者は皆そうしようとするであろう。勿論、例えば人の心臓部分を刃物で刺しておいて殺す気

はなかった、などというのは通らないが、殺す気まではなかったのを肩を刺そうとしたのだがもみ合いのうちに胸に刺さってしまったのだ、などと言い出す者はどんどん出てくるであろう。

その三は、既に見た通り、警察という犯罪捜査、摘発の第一線に不満が鬱積してゆく可能性があることである。そしてこのことは必然的に、容疑者のはっきりした自白があれば殺意の認定に文句はあるまいとばかり、捜査過程で強引に自白を取ろうとする取調べに道を開く可能性につながる。捜査官が強引な取調べについて魅力を感じてしまうような訴訟方式が、裁判のやり方として拙劣であることは明らかであろう。

その四は、裁判員制度に影響された検察権の過度の萎縮は、犯罪の被害者側にも不満を強いることである。例えば我が子を街中で無頼漢に殺された親としては、犯人が殺意を否認し続けた結果として、その犯人が殺人罪ではなく、傷害致死罪で起訴されてはととも収まらないであろう。

いずれも、長い目で見れば、司法に対する国民の信頼を少しずつ損なってゆくことは間違いない。

（三） この記事に対しては、「裁判員制度に詳しい」という制度擁護論者のある弁護士が、「検察が『勝てそうな事件』だけを起訴すれば、裁判員は検察を追認するだけになり、長期的に国民の司法参加が形骸化してしまう。」というコメントを寄せていた。要するに、検察が慎重になって確実な事件だけを起訴していると、裁判員が、検察の起訴は全部正しいと思いついて恐れるから、検察は起訴に慎重である必要はない、裁判員の教育のために、疑わしい事件（「勝てそう」でない事件）も起訴すべきだというわけである。

この意見は、およそ裁判員制度の議論が始まって以来、最も乱暴なものである。裁判員の教育のために、証拠が十分でないのに敢えて起訴される方の被告人はたまったものではない。曖昧な証拠のまま被告人の座に立たされるというだけでも社会的、心理的に大変な迷惑であるが、その上、もし裁判員が圧縮審理の中で判断を間違えると、うんと重い刑を受けてし

まう恐れもある。

裁判員制度擁護論者にとっては、国民の司法参加という己れが信奉する主義だけが大切なのであって、それ以外の被告人の苦労や運命などは最初から眼中にないこと、被告人の運命を教材にして裁判員を教育しようと考えていること、そして、司法への国民参加が誤判・冤罪を防ぐなどという理念は所詮お題目であって、制度擁護論者でさえ信じていないことがよく伝わってくる。

## 9 裁判官忌避制度の崩壊

（一）「全国情報」7号は、横浜地裁での事件で、弁護側が「裁判長は実刑相当と裁判員を説得しようとした」と裁判長に対する忌避を申し立てたところ、裁判長は、訴訟を遅延させる目的での申立だとしてこれを退けた、弁護側は高裁へ即時抗告した、と報じている。

裁判官の忌避申立が通ることは殆どない（認められたのは、この半世紀でせいぜい数件に過ぎない）が、余り強圧的な訴訟指揮をすると当事者から忌避申立をされるかも知れない、そして審理が遅れるかも知れないという思いが裁判官にとって心理的なブレーキになっていたわけで、また、本当にひどい場合には忌避申立が認められてその裁判官はその事件の審理から外されるということが、裁判の公正を守る一つの担保となっていた<sup>（\*20）</sup>。

ところで、この申立があると審理が止まる（刑事訴訟規則11条）のだから、忌避申立があると、別の裁判官がその申立を審理するのに、最低でも数日はかかる。また、たいていの申立は却下されるが、却下された当事者は今度は高等裁判所に不服申立をすることができる。そうすると、今度は高裁の判断を仰ぐことになるので、高裁でもまず却下になるとはいえ、関係記録を高裁へ送り、高裁が（却下と）判断して、訴訟記録を返送し、元の事件の審理が再開されるまでにはどうしても2、3週間はかかる。



これまでの刑事裁判では、まともな審理にある程度の時間がかかることは当然とされていたので、この申立があつて、ここで時間が2、3週間増えても特に大きな問題は生じなかった。被告人、特に未決勾留中の被告人にとってはそれだけ審理が遅れることになるが、余程の事情があると思えばこの申立をしていたのであつた。

(二) ところが、裁判員審理ではそうはいかない。審理は、裁判長によつてはストップウォッチを活用せねばならない程、分単位のスケジュールで決まっているのであるから、審理途中の途中にこれが2、3週間止まるなどということは論外である。そこで、もし当事者から忌避申立があつたら、その場で強引に却下して審理を進めないとスケジュールが大幅に狂ってしまうことになる。

刑事訴訟法には、忌避申立が訴訟の遅延目的のみでされたことが明らかである場合には、忌避を申し立てられた当の裁判官が自ら却下の決定ができるという規定がある（24条2項）ので、前記横浜地裁はこの規定を使って申立を却下したものと思われる。しかし、これには大きな問題がある。

裁判官が自分で自分に関する申立の却下ができるのは、申立が訴訟の遅延「のみ」を目的でされたことが「明らか」である場合、と厳重な制限があるのであるが、それを守つては、審理が週単位で遅れることになるので、もし忌避申立が出た場合には、どんな場合でも裁判所はこの規定を濫用し、強弁を振りかざして、その場で却下するであろう。そうしないと、元のスケジュールが守れなくなるからである。

裁判員制度は、裁判官忌避という、裁判の公正を守る制度の一つの機能を失わせることになるではないかということをはかねて指摘してきた<sup>(\*)21)</sup>ことであるが、何も考えていなかった審議会はこういうことも勿論考えてはいない。

要するに、裁判員制度の下では、裁判の公正さを確保するための重要な手段の一つがなくなったのである。

## 10 検証の消滅

（一）「百聞は一見にしかず」ということわざがある通り、現場を実際に見ることは、証人の証言を聞いたり、証拠書類を見ただけで済ませることより格段に大きな収穫が実感として得られる。それは例えば、こんな所でこんなことをするのは無理だ、とか、A地点からB地点まで行くのにどんなに頑張ってもこれくらいの時間はかかるはずだ、とか、何月何日の夕方何時頃なら、これだけ離れていれば人の顔などはわかるはずがない、ということが体験に基づいて明確に認識できるからである。誤判、冤罪として問題となった事件の中にも、裁判所がきちんと検証をしていれば、こんなひどい間違いにはならなかったのではないかと思われるものがある。

そして、検証は、その結果が信用できないということがない唯一の証拠方法である<sup>(\*22)</sup>。つまり、検証はその信用性が100%なのである。

（二）ところが裁判員審理の場合には、6名（+a）の裁判員（+補充裁判員）全員を現地まで連れて行き、状況を実体験させることの技術的な困難さから、この極めて有用な検証が実際には全く行われていないのではないかと危惧される。少なくとも私は、裁判員審理で外部へ出るような検証が実施されたという事例を聞いたことがない。

陪審制の諸国では、陪審員を他の影響を受けないようにしながら現場まで連れていくことの技術的な困難さのゆえに、検証は殆ど行われていない<sup>(\*23)</sup>。そうで、これも陪審制では誤判が多いことの一つの理由になっていると思われるが、裁判員制度も同じで、裁判は国民参加の形式を整えるだけで良い、その結果、結果が正しくなくてもよい、被告人の運命はどうでもよい、手間ひまのかかることは皆省略する、という方向に舵を切ったことを象徴しているのが、証拠調べの中でもっとも面倒な検証（現地に行って、当事者の指示説明を聞いて、状況を直接見聞していれば最低でも半日、1日の仕事になる。）を事実上止めてしまったということである。ここにも、圧縮審理の前には、真実の発見、正しい裁判などは二の次であ

る、という裁判所の姿勢がよく現れていると言えよう<sup>(\*24)</sup>。

## 11 手抜き構造と三審制の実質的終焉

（一） 裁判員制度は一種の参審制で、裁判官も判断に関与するから、誤判、冤罪に対して裁判官が全く責任を負わないというわけにはいかない。しかし、その判断は国民から選ばれた裁判員が中心となって構成したのだという外観と風潮を作り出すことができれば、国民は、誤判や冤罪は、裁判官ではなく裁判員の責任であり、裁判員を説得しきれなかった弁護士（冤罪の場合）や検察官（誤った無罪の場合）の責任であると受け取ってくれるであろう。

そこで、一審判決はすべて裁判員の言う通りで足りるということにすれば、一審の裁判官はもう何も苦勞する必要はなくなる。裁判員が有罪だという事件はそのまま有罪にし、裁判員が無罪だという事件はそのまま無罪にすればよいからである。

控訴審（高裁）では、一審の判決は国民の社会的常識が反映した正しい判決だという理由で全部の控訴を退けることにすれば、控訴審の裁判官は、それ以上はもう何も調べることもないので、こかも一挙に楽になる。裁判員審理による判決には国民の健全な社会常識が反映していることになっているので、それを理由にして控訴を退けることは簡単なことである。

上告審（最高裁）では、刑事訴訟法上正規の上告理由となるのは憲法違反と判例違反だけなので、現行制度でも最高裁で結論が逆転することは殆どないのであるが、高裁、最高裁が一致して裁判員審理の一審判決を守ることにすれば、裁判員の判断が最後まで貫徹されることになるから、結局裁判官は全部裁判員任せで済み、自らは何の苦勞もないことになる。かくて三審の裁判官が事案の真相発見と適切な裁判の実現のためにそれぞれに苦勞するという三審制は事実上終焉を迎えるわけである。

そのためには、高裁は、常に裁判員審理の一審判決を支持しなければならない。一審判決が時々高裁で破れるということになっては、一審の裁判官は、高裁のチェックに堪える判決を出さなければならないということになって、審理も判決も丁寧にしなければならない、万事裁判員の言うとおりで済ませておくということができなくなるからである。

また、このためには、最高裁も、常に裁判員審理の一審判決を支持しなければならない、万が一にも裁判員審理の一審判決を破棄した高裁判決があれば、それを改めて破棄して、裁判員審理の結論通りに戻しておかなければならない。もしここで最高裁が、裁判員審理の一審判決を破棄した高裁判決を維持すると、高裁の裁判官は、一審の判決におかしなところはないかと常に注意していなければならないことになってしまうが、裁判員審理の一審判決が常に最後まで維持されるのであれば、高裁の裁判官は、一審判決が裁判員審理であったというそれだけの理由で常に控訴を退けていけば足りることになり、もう何も考えなくて済むからである。かくして裁判所全体で大きな省力化になる。

(二) 最近、裁判所は裁判員制度を省力化のために使おうとしているのではないかというこの仮説を強力で裏付ける最高裁の判決があった。最判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁である。

事案は営利目的の覚せい剤の密輸で、被告人は、ある物品を外国から本邦に持ちこんだこと自体は認めていたが、それが覚せい剤であるとは知らなかった、と陳弁し、裁判員審理の一審は、被告人に覚せい剤であることの認識があったことの証明が足りないとして、被告人を無罪とした。

この覚せい剤は、約1キログラムのものが3つのビニール袋に小分けされ、3つのチョコレート缶の底部（チョコレートの下）に収納されていたもので、被告人は入国段階では、これはイラン人らしい人からもらったものだと言った。また、被告人は、名義人の異なる5通の外国旅券（うち3通は偽造旅券）を黒色ビニール袋に入れて持っており、覚せい剤が発見される前の段階では、この袋の中にあるのは企業秘密の書類であると答えて

いた。

被告人は、逮捕直後は、これらのチョコレート缶はマレーシアで知らない外国人から日本に持っていくように頼まれたものと述べていたが、その後は、日本国内のBという人物から30万円の報酬で偽造旅券を日本に密輸することを依頼され、マレーシアでCという人物からその旅券を受け取った際にBへの土産としてこのチョコレート缶を持っていくよう頼まれたと供述を変え、後には更にこれを、Bから頼まれたのではなく、Dという人物から金をもらって頼まれたのだと変えた。本件当時、このDは別の覚せい剤輸入事件の共犯者として起訴され、一審で無罪判決を受けた後、検事控訴で大阪高裁で公判中であった。

裁判員審理の一審は、覚せい剤とは知らなかったという被告人の弁解通り、無罪を宣したが、検察官の控訴を受けた控訴審（高裁）は、間接事実を総合すると、被告人は物件が覚せい剤であるとわかっていて持ち込んだと認定できるとし、一審判決を破棄して、被告人を有罪とした。

ところが、被告人の上告を受けた最高裁は、この高裁の有罪判決を破棄して、一審の無罪判決を正当とした。これだけなら、一審、高裁、最高裁の見解が分かれたというだけのことであるが、この最高裁の判決からは、裁判員の判断を維持せずにはおかない、それを破棄することは許さない、という最高裁の強固な意志が伝わってくるのである。

（三） 最高裁の判断は以下の通りである。

- ① 被告人の弁解は変遷しているが、最終的な弁解（被告人は、偽造旅券の運び屋となることをDに頼まれてマレーシアに渡航し、そこでCからチョコレート缶を預かった、というもの）を排斥できるかどうかは、他の具体的な諸事情を加味して総合的に判断すべきだから、弁解が変遷しているからといって信用できないとは断定できない（信用できる弁解なら最初から一貫していそうなものではないかと思われる）。
- ② 被告人に偽造旅券の運び屋となることを依頼したDは、別の覚せい剤密輸事件で公判中であるが、被告人がDは公判中であることを知っていた

のであるから、取調べに際してDからの依頼であることを明らかにすることが自己の利益にならないと考えてもおかしくない状況であり、被告人はDからチョコレート缶の運搬を依頼されたわけではなく、現地でCから受け取っただけであると述べていることからすると、被告人がDからの依頼であることを積極的に明らかにしなかったことは、被告人に違法薬物の認識がなかったとしても相応の説明ができる（ここは一体何を言おうとしているのか、かなりわかりづらいが、要するに、Dは覚せい剤事案で公判中であるようなやつだから、そのDから偽造旅券の輸送を頼まれたと言っても、自分も覚せい剤関係者と疑われるだろうから、Dか依頼されたということを隠していたことはもっともである、ということであろうか。しかし、覚せい剤事案関係者と関係があると思われてはまずいということは、問題の物件が覚せい剤であることを自認していることにならないであろうか）。

③ 被告人は、一時はチョコレート缶に違法薬物が隠されているのではないかという不安を感じたのに、内容を確認することもなく、外見だけを見てそうではないと安心したというのであるが、缶の下部に覚せい剤を隠したのは被告人ではなく、これは他人への土産として預かったものであって、勝手に開封することはできなかったのだから、被告人の言う通りだったのかも知れない（違法薬物が隠されていることはないとわかる「外見」というものがあるのか疑問に思う）。

④ 被告人は入国時に、税関で預かり物はないと申告したが、被告人は偽造旅券を預かっていたのだから、この虚偽の申告は偽造旅券を隠すためであったのかも知れず、虚偽の申告をしていたからといって、違法な薬物とわかっていたことにはならない。

⑤ 被告人は入国時に、税関で、チョコレート缶から発見された白色結晶について、税関職員にこれは何だと言われた時に、「薬かな、麻薬って粉だよ、何だろうね、見た目から覚せい剤じゃないの」と答えているが、被告人はその直前に検査の過程で覚せい剤の写真を見せられていたのだから、覚せい剤とはどんなものかそこでわかったのかも知れず、税関で、「こ

れは何だ」、「覚せい剤じゃないの」、というやり取りがあったからといって、自分が持ち込んだ物品が覚せい剤だと予め知っていたことにはならない。

⑥ 被告人のマレーシアへの渡航費用は覚せい剤密輸事件で公判中のDから被告人の口座に振り込まれたものであるが、被告人は偽造旅券の密輸を依頼されたのであると弁解し、実際にその偽造旅券が発見されるなど、その弁解に一定の裏づけがあるから、被告人は本当にDから偽造旅券の密輸を依頼されていただけだったのかも知れない。

⑦ 被告人は、検挙された際に自分が企図していたのは偽造旅券の密輸であって缶の中身を知らなかったという弁解をするためにわざと偽造旅券を所持していたのかも知れないが、被告人は、発覚直後の段階では偽造旅券の運び屋であったという弁解はしていないので、覚せい剤が発見された際の弁解用として偽造旅券を所持していたものとは断定できない。

⑧ 以上の通り、間接事実から被告人の違法薬物の認識を推認することはできないので、被告人の弁解が排斥できないとして被告人を無罪とした一審判決について、これが不合理であることを十分に示していない控訴審の判決は誤りである。

（四） 私にはこれは相当無理な判示だと思える。事実認定に関して、～だからといって～でないとはいえない、という苦しい論法の連続は、最高裁の判決としてはいかがなものかと思うが、控訴審の事実認定に関する判示に疑問の余地があるというのであれば、もっとよく調べ直せ、控訴審判決が、一審判決が不合理である所以を十分に示していないというのであれば、その点を検討し直せ、と言って差し戻すべきであったであろう。ここまで強弁してでも自判で裁判員審理の一審判決を守りたかったのか、というのが私の率直な思いである。

なお、この判決の法廷意見は裁判員制度については触れていないが、ある裁判官が補足意見を付し、裁判員制度施行後は、ある程度の幅を持った認定が許容されるべきだと述べている。この意見は、ありていに言えば、裁判員制度下では、本件一審のような粗雑な認定でも構わない、そういう

判決でも我々（最高裁）が自判で守ってやる、という意味になるであろう。そして本件の法廷意見もこのような思想に支えられたものであることは明らかであると思われる。

このように三審制は実質的に終焉を迎えたようなものであるが、同時に、こういう発想が裁判所全体に浸透するようになれば、裁判員審理の対象とはならない刑事事件でも、民事事件全般でも、審理も判決もほぼほぼでよいのだ、裁判官は命を削る思いをしてまで事件に取り組む必要はないのだ、という緩んだ空気が裁判所に瀰漫するようになる恐れが出てくるのではなかろうか<sup>(\*25)</sup>。

## 12 まとめ

こうして見ると、裁判員制度はつくづく恐ろしいシステムであると言わざるを得ない。英米の陪審制は随分粗雑な審理制度で、そのために誤判、冤罪も随分多い<sup>(\*26)</sup>のであるが、それでも、証人の尋問時間を何分にするか、いつ審理を終えるか、評議は何時間で終えるか、ということ事前に決めておいて審理、評議を始めるということはない。当事者が申し出た証人は大抵採用されて尋問されるし、公判が終了して評議が始まったら、裁判官も当事者も、いつ終わるかわからないその評議の結果をじっと待つのである。

今、制度の見直しが始まっているが、一番良いのは、言うまでもなく、この余りに乱暴で、企画自体に無理があるこのシステム自体を止めることである。しかし、そこまで行けなくても、被告人にこのシステムを辞退する権利を認めること、つまり、被告人に裁判官審理か裁判員審理を選択する権利を認めることだけは絶対に必要であろう。裁判員審理の対象となるのは重大事件だけであるから、死刑の可能性は十分あるし、現に死刑判決もいくつか出ている。おまえは死ね、と言われるかも知れない被告人とし



ては、自分が納得できる裁判方式でやって欲しいと思うのは当然のことである。「国民の司法参加」擁護論者がよく引用するアメリカの陪審制では、被告人は裁判官審理を選択することができるし、第二次大戦以前の我が国が採用していた小規模な陪審制でも被告人にはこの選択権があった。

もし、「見直し」後も、大戦前の日本でさえ認めていたこの被告人の最低限の権利さえ認めないというのであれば、それはこの制度が、国民参加という形式的な理念のことだけが念頭にあり、被告人の運命やその納得などはどうでもよい、裁判とはその程度のものでよいのだ、という思想に基づいたものであるということを改めて確認したことになる。

社会の根幹を支える制度の一つである刑事裁判がいよいよ無茶苦茶なものになろうとしている、ただの儀式になりつつある、ということを国民は真剣に案じるべきである。

---

《注》

- 1 『裁判員制度の正体』（講談社現代新書、2007）  
『裁判員制度批判』（西神田編集室、2008）  
『司法制度改革原論』（悠々社、2011）
- 2 「マスコミが報道しない裁判員裁判の真実」というタイトルの論稿があるほどである。筆者は大久保太郎元東京高裁部総括判事、雑誌「正論」2012年8月号。本稿ではこれを「大久保稿」として引用する。  
私の制度批判の論稿で大手法律雑誌に掲載されたものは「裁判員制度下の控訴審」（判タ1237号、2007）が最後であって、その後の論稿はすべて掲載を断られている。制度を合憲とした最高裁の大法廷判決の批判的判例評釈である拙稿「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」を本「法政理論」（44巻2・3号81頁以下）に投稿したのは、これ以外に当該稿に掲載してくれる媒体を発見できなかったからである。
- 3 <http://no-saiban-in.org>
- 4 平成25年4月に至って、18日・19日の朝刊各紙は、福島県郡山である強盗殺人事件の裁判員を務めたある女性が、法廷で見せられた凄惨な事件現場写真等のために深刻なストレス障害に陥っていることを報じた（もっとも、

その扱いの大きさについては、裁判員制度のキャンペーンに熱心な新聞と、そうでもないと思われる新聞との間では顕著な差がある）。

新聞がこういうニュースを報道するようになったのが、新聞もさすがにいつまでも大政翼賛的報道姿勢ではおかしいということに気づいたためであるなら、国民の立場からは望ましい変化である。

- 5 判事の1号俸は月額119万8000円、判事なら誰でもこれる4号俸で月額83万4000円である。
- 6 最大判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁。  
その判例評釈として前記（注2）拙稿。
- 7 裁判員法、補充裁判員ができるのは、審理に立ち会うことのほか、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧すること、評議を傍聴すること、及び、評議の席において、裁判所の許可があった場合に意見を述べることである（10条3項、69条1、2項）。裁判員法上の補充裁判員の重みの程度はこの程度のものなのである。
- 8 拙著『裁判員制度批判』20頁。
- 9 前記（注2）大久保稿254頁。
- 10 山形道文『われ判事の職にあり』227頁。文藝春秋、1982。
- 11 前記（注2）大久保稿244頁以下。
- 12 私が見たのは新潟日報平成24年7月31日朝刊である。
- 13 さすがにこの判決は後に高裁で破棄されたようである。大阪高裁平成25年2月16日判決。
- 14 『裁判員制度批判』7頁以下。
- 15 『裁判員制度の正体』9章。
- 16 この事件に限らないが、時間に追われながら数百通もの呼出状を準備、発送、対応せねばならない担当の書記官、事務官の苦労が思いやられる。その膨大な時間と労力は他にもっと有用な使い道があったであろう。
- 17 『裁判員制度の正体』139頁以下。
- 18 朝日新聞2012年5月23日朝刊。
- 19 私が見たのは、平成24年7月22日新潟日報朝刊である。
- 20 忌避申立が認容されるということが司法にとっての病理現象ではなく、普通の生理現象であると見るべきことについて、拙著『裁判の過程』8頁以下参照。判例タイムズ社、1996。
- 21 『裁判員制度批判』20頁以下
- 22 拙著『司法過程と裁判批判論』212頁注23及び該当本文。悠々社、2004。
- 23 前注書114頁。
- 24 従って、ここでも、裁判員という面倒な存在を背負っていない控訴審に期待される役割には大きなものがある。

- 25 ところが、最近の新聞報道によれば（私が見たのは平成25年4月18日新潟日報朝刊である。）、一審では裁判員審理で無罪、控訴審では逆転有罪、というある薬物事件において、上告を受けた最高裁が、有罪の控訴審判決をそのまま維持したとのことである。さすがに最高裁も、24年判決のようなことでは我が国が薬物大国になりかねないことに思いを致し、手綱を引き締めることにしたのではないかと想像される。控訴審は、裁判員制度下では一審判決をそのまま承認していればよいのではなく、控訴審としての立場で一審判決をチェックしなければならないことが再確認されたわけでもあるから、三審制復活の兆候と思われ、国民の立場からも、上訴制度を保証する我が憲法の立場からも慶賀すべきことであろう。
- 26 前掲（注22）拙著137頁以下。