

## 裁判員制度批判補遺（3）

伊佐千尋・生田暉雄編著『裁判員拒否のすすめ』（WAVE出版、2009年4月）  
及び石松竹雄・伊佐千尋『裁判員必携』（ちくま新書、2009年8月）の検討<sup>(\*)</sup>

西 野 喜 一

### 一 序

(一) 今回、この両書を取り上げたのは、双方とも裁判員制度に反対であるけれども、その反対理由は私見<sup>(\*)2</sup>とは全く異なり、我が国は刑事司法に陪審制を導入すべきものであるところ、裁判員制度は陪審制ではないから反対である、というユニークなものである<sup>(\*)3</sup>からである。この点が双方に共通であるので、今回は、この両書をまとめて取り上げ、このような理由による裁判員制度反対論を検討してみることにした。また、この両書が最終的に訴えている陪審制導入論については、私見の立場では反対せざるを得ないので、それについても論及する。

(二) まず『裁判員拒否のすすめ』（本稿においては『すすめ』と略称する。）は5人の著者の共著であって、その内容は以下のようになっている。

はじめに（伊佐千尋、作家）

第1章 「あなたは死刑判決に耐えられるか？」（亀井洋志、フリージャーナリスト）。

第2章 「『冤罪』を生み出すカラクリ」（生田暉雄、弁護士、元判事）。

第3章 「人権としての『裁判員拒否』」（木村壮、弁護士）。

第4章 「裁判員制度、隠された本当の狙い」（生田）。

第5章 「裁判に市民が参加する意義」（伊佐）。

おわりに（生田）

(三) 他方、もう一つの『裁判員必携』(本稿においては『必携』と略称する。)は2人の著者の共著であって、その内容は以下の通りである。

まえがき (伊佐)

第一部 裁判員はどのような姿勢で職務を行うべきか (石松竹雄、弁護士、元判事)

第二部 裁判員制度に対する根本的批判と陪審裁判への展望 (伊佐)

あとがき (石松)

このうち、第一部は、「刑事裁判とはなんだろうか」、「裁判員制度の概要」、「主権行使としての評議・評決」、「犯罪と刑罰とはどういうものか」、「事実の認定と法令の適用」、「刑の量定」、「被害者参加制度」、「職務終了後における裁判員の義務」、の8章からなっており、第二部は、「司法の歩み」、「陪審裁判に向けて」の2章からなっている。

第一部は今の刑事裁判のシステムや裁判員制度の内容を叙述した部分であり、第二部は、現行刑事裁判のありようを強く批判し、その問題点の克服のためには陪審制が是非とも必要であると力説した部分である。

(四) 本両書とも、裁判員制度に反対して陪審制の導入を訴えているという基調は共通であるが、細かいところではそのトーンが相当に異なっている。取り上げるべき問題点が多いので、本稿では以下の3点に限定して検討することにした。

- ① 誤判とその責任
- ② 裁判員制度とその評価
- ③ 陪審制の問題点

## 二 誤判とその責任

(一) 本両書とも、我が国で発生した誤判、冤罪を取り上げ、特に昭和50年代に相次いだところの、死刑確定事件が再審で無罪となったという4

件の事件（通称免田事件、財田川事件、松山事件、島田事件）を取り上げて、担当裁判官を激しく非難する。この論調は特に『すすめ』において顕著であって、そこには、「先の4大事件だけでも、死刑判決に判を押ししたヒラメ裁判官<sup>(\*4)</sup>は1件数十人にのぼり、全員が切腹ものです。少なくとも辞職すべきですが、だれ一人責任をとった人はいません。」（『すすめ』2頁。伊佐）とか、「冤罪が晴らされた後にも、これらの裁判に関わった裁判官が心底反省したという話は聞いたことがありません。」（『すすめ』128頁、木村）という記述がある。また、『必携』にも、このようなことは「刑事裁判を担当する全裁判官が辞職して責任を取らなければならない深刻な事態である」との記述がある（229頁）。

(二) しかし、まず検討すべきことは、裁判の誤りとはどういうことか、ということであろう。「誤判」というものの概念をまず決めておかなければ誤判に対する責任如何という議論はできないはずである。上記論旨は、後に再審無罪となった事件の原裁判はすべて裁判として誤ったものであって、こういう場合、原裁判の裁判官は「切腹、辞職、心底反省」すべきであると言っているわけであるが、果たしてそうであろうか。

後の裁判が元の裁判と異なる結果となった場合、それだけで元の裁判は誤りで、その裁判官は「辞職、切腹、心底反省」すべきであるとするならば、上訴審が下級審の判断を破棄した場合にも原裁判の裁判官は「切腹、辞職、心底反省」すべきことになるが、さすがにそういう議論はないようである。まして、「有罪の言渡を受けた者に対して無罪・・・を言い渡[す]べき明らかな証拠をあらたに発見」(刑事訴訟法435条6号)して再審無罪となったからといって、元の裁判の裁判官が「切腹、辞職、心底反省」すべきだというのは無理である<sup>(\*5)</sup>。なお、陪審制を支持してその導入を主張する立場の者がこのように言うのは一層おかしいということは後に触れる。

(三) 人に責任を問うことができるのは、犯罪に対する責任追及がそうであるように、その人に責任を問うことができる事情、即ち、故意・過失があった場合に限る。故意も過失もないところで責任を問うというのは、冤

罪がまさにそうであるように、不正義の最たるものである。後に再審無罪という結果になったからと言ってそれだけで原事件の裁判官に「切腹、辞職、心底反省」を強要するのは暴論と言って差し支えない。

そこで、裁判官に誤判の責任を問うことができるのは、その裁判官に故意・過失がある場合に限らなければならない、そこで何をもって「誤判」と呼ぶのかという誤判の概念が重要になる。これについては事実認定に過失があるとはどういう意味であるのか（誤判につき、裁判官に故意があるということは想定しなくて差し支えないであろうが、仮にこれがある場合でも、法制上の意味は同じである。国家賠償法1条）ということを十分吟味しておかなければならない。これについては既に一文を草した<sup>(\*6)</sup>ので、ここでは深入りしないが、後日その裁判が上訴や再審においてどういう運命をたどったかということとは全く別に、その裁判の事実認定が当該事件の証拠との対比において自由心証主義の範囲内において合理性を肯定できるかどうか、という観点によるべきものであり<sup>(\*7)</sup>、このようなアプローチのみが当該裁判の合理性を批判<sup>(\*8)</sup>の対象ならしめるのである。

換言すれば、元の裁判が、その当時に提出されていた証拠から見ても自由心証主義を逸脱して誤った認定であったと評価できるようなものであるかどうか、当時の証拠と判決に対する綿密な検討が要するということである。そしてその結果、仮に自由心証主義を逸脱して誤った認定と言えるものであるならば、それは厳しい批判の対象となるべきものであり、当然に国家賠償法の適用対象となる。

(四) しかるに、本両書のように、後日再審で覆された裁判はそれだけで誤判であり、裁判官は「切腹、辞職、心底反省」すべきだというような無理な立場を取ると、裁判はその事件で提出された証拠のみによって判断されるべきものである、その裁判において提出された証拠に基いた裁判であれば問題となる余地はないはずである、と考える裁判所側をたやすく硬化させ、裁判所を「ある裁判所にとっては甲という判断が正しいと考えられても、他の裁判所にとっては乙という結論が正しいと考えられる可能性が

常に存在し、そのいずれが客観的に正しいかについての決め手はないような性質のものである。」<sup>(\*)9)</sup>（傍線引用者）というような乱暴な論理のもとに追いやり、その結果、誤判に対する国家賠償法の適用について「当該裁判官が違法又は不当な目的をもって裁判をしたなど、裁判官がその付与された権限の趣旨に明らかに背いてこれを行行使したものと認めうるような特別の事情があることを必要とする」<sup>(\*)10)</sup>のごとき判例を生み出して、国家賠償法1条の明文にもかかわらず、誤判、冤罪について国家賠償を殆ど不可能ならしめるといふ悪弊に至った。このような単純な「再審誤判説」（後に再審で判断が覆された場合には、原裁判は当然に誤判であり、その裁判官は「切腹、辞職、心底反省」すべきであるという見解をここでは仮にこう呼んでおくことにする。）の罪は誠に重いものと言わなければならない。

念のために付言しておくが、私は、前記「再審誤判説」のような短絡的な論理を批判し、前記4事件についても、その証拠からの綿密な再検討<sup>(\*)11)</sup>が必要だと言っているのであって、前記4事件の原裁判は正しかったと言っているのでは勿論ない。

(五) なお、前記4事件につき、再審開始はもっと早く行われるべきものであり、それが遅延したのは再審請求を受けた裁判所が「無罪を言い渡す」べき明らかな証拠の判断、評価を誤ったからである、という批判は勿論可能である。しかし、これはそれとして独自に批判すべきものであって、再審請求の対象となった原裁判が裁判として正しかったか誤判と評価すべきものであったかという問題とは別ものであるから、上記「再審誤判説」の論旨はここで彼此混同するという誤りをも犯している。

(六) また、後に誤判、冤罪であったことを理由として原裁判所裁判官の責任を「切腹、辞職、心底反省」と追及したいというのであれば、法改正の上、下級裁判所においても少数意見を発表できるようにする体制が不可欠であろう。しかし、本両書の論者の目はここには届いていず、判断の相違を理由に原裁判の裁判官を非難することのみが念頭にあるように見える。

### 三 裁判員制度

#### 1 基本的評価

(一) 裁判員制度に対する評価は、本両書の間に対応の温度差がある。

即ち、『すすめ』ではこれへの拒否感が濃厚であって、これに対する基本的な姿勢は、「元凶はアメリカの対日要求」(150頁)にあり、「教育の反動化と裁判の反動化は並行する」(139頁)との前提の下、今の状況のままでは憲法改正は不可能であるところ、「憲法を改正するためには、国民が国家権力の強大さ、恐ろしさを知悉して、国家権力に従順でなければ[ならない]」(151頁)ので、「国」(152頁)或いは「統治当局」(153頁)は、裁判の場において「裁判官の指導を通して、国民を裁判の中で教育する制度、つまり、国民を国家権力に従順な国民にし立て上げようとしている」(同)のがこの裁判員制度であるというのである。換言すれば、「統治当局は、裁判の中に市民を取り入れて裁判員制度を利用するという突拍子もない方法で、国民意識の改造に究極の本腰を入れてきた」(153頁)のがこの裁判員制度である(筆者はいずれも生田)。

(二) 他方、『必携』では、この点の様子が相当異なっている。伊佐氏担当部分では、その論調は前記『すすめ』とほぼ同様であって、或いは「司法独裁に汲々たる法の中樞が綿密、かつ狡猾な智慧を働かせた苦心の作が裁判員制度」(10頁以下)であり、「市民が参加する制度ではなく動員され、市民のための裁判所のための強権的『総動員法』」であって、「その先に見えるもの—それは冤罪の量産、憲法改正、そして戦争への準備—であるから、「既に伏していた驚馬も、たとえ螻蛄の斧でも振り上げざるをえ[ない]」(11頁)という部分、或いは上記とほぼ同旨の生田氏の主張を引用している部分もある(251頁)。

しかし、同書でも石松氏記述部分ではそのような、いわば激烈な主張はなく、その第一部では刑事裁判手続や裁判員制度のシステムが詳細に説明されている上に、そのタイトルが「裁判員はどのような姿勢で職務を行う

べきか」であることが示している通り、国民は石松氏が提示した「裁判員の心構え12か条」（同書202頁相当部分以下）に従って、おとなしく裁判員の義務を果たせというのがそこでの趣旨である。

のみならず、石松氏によれば、「裁判員制度によって、国民が刑事裁判に直接参加するのは、国民の主権の行使であり、荣誉ある職務だと考えるべき」（18頁）であるから、氏の「裁判員の心構え12カ条」の冒頭は、「裁判員は・・・刑事裁判の一部を担当する荣誉ある地位に就くことを銘記し、その職務の遂行に積極的に取り組むこと」（202頁相当部分）であるというものである。よって、「裁判員になれる皆さん」は「自信をもって頑張らしましょう」（22頁）、「皆さんは主権者として裁判権行使の機会を与えられたのです。その意義を十分に認識して、その職務を積極的に遂行しなければなりません」（192頁）ということになる。

こういう両者（伊佐、石松）の意見が『裁判員必携』という一冊にまとまったということが私には不思議であって、この本の第一部と第二部が整合しているとはとてもいえないのではないか。

但し、石松氏も陪審論者であって、そのことは、国民は裁判員の職務に積極的に取り組んだ上で、その結果、その経験者の間から、「我々の権限は事実判断だけで十分だ。だが、裁判官は評議室から出て行ってもらいた[つまり、裁判官は事実認定には関与するな、との意]」という声が湧き上がることが重要だ、という記述（253頁）に現れてくるのであるが、私には「自信をもって頑張った」裁判員からそんな声が湧き上がってくるとは思われないのであって、これは、陪審制が冤罪を防ぐという期待と同様、非現実的なものと評すべきものであると思う。

（三） さて、裁判員制度に対する評価として、私は前記のような生田説、伊佐説には同意できない。司法制度改革審議会において裁判員制度が案出されるに至ったのは、陪審派と反陪審派の単なる妥協の結果に過ぎないものであることは、その審議の過程から明らかである。上記の生田意見では、その主体が「国」又は「統治当局」と曖昧であるが、実際には、審議会の

委員から、裁判員制度・刑事検討会の委員、立案に当たった法務省の担当者、法案を国会に提出した内閣を経て、国会で審議に当たった国会の議員に至るまで、上記のようなことを考えていた者はまずいなかったものと思われるし、本両書にもそのような論証はない。特に、3週間の拙速審議で法案を可決した衆議院、1週間の拙速審議で法案を可決した参議院の議員たちに上記のような周到な意思があったものとはとても思われないのであって、これは論者の思い込みによる過大評価と言うべきものであろう。

何より、国家権力の国民支配を強化したいのであれば、このように権力行使の一部に国民を入れるより、従来通りの方式のまま官僚支配を強める方が捷徑であるはずである。上記のような論旨の一般読者への説得力は極めて限られたものであると思う。

(四) 但し、裁判員制度を上記のような目的に沿うものとして運用することは可能であって、国民としてはその点に戒心を要するものであることは否定しない。立法者は意識していなかったにせよ、裁判員法の根底には、国民に自由な発想を許さず、国民をしてもっと国家目的に奉仕させようという思想が存在していることは私も指摘したことがある<sup>(\*12)</sup>。

そして、その後、一部では現にそのような思想が公にされるに至った<sup>(\*13)</sup>。しかし、現段階ではまだこのような意見は当該論者の独自の見解と解することができるように思われる。

## 2 『すすめ』に現れた裁判員制度の問題点

本書1章での、議員立法で成立した犯罪被害者基本法が元になった被害者参加制度を裁判員制度は想定していなかったはずであるという指摘(52頁、亀井)、或いは、4章での、裁判員に職務を強いることは憲法違反ではないかという指摘(140頁、生田)などは極めてもったもものであるが、この理屈は無理ではないかと言うべきものも多い。4章(生田)での論述を対象として、それを検討する。

（一）氏は、裁判員裁判である一審と裁判官のみで行われる二審というシステムは問題で、一審の無罪判決が控訴の結果二審で有罪になるのでは、「裁判の市民参加」の効果は刑事裁判全体には及ばないのではないかという（140頁）。それはその通りであるが、「裁判の市民参加」の効果を「刑事裁判全体」に及ぼしている国、つまり、控訴審、上告審でも「市民参加」を実行している国はないはずである。氏が礼賛して導入を主張する（166頁）陪審制でもそのことは同様であって、二審から上は裁判官だけで法廷が構成される。つまり、裁判員制度では裁判への市民参加が刑事裁判全体に及ばないから、という理由は、陪審制を礼賛、称揚する理由にはならない。

氏は、一審の無罪判決が控訴審で有罪となつては裁判員はやる気をなくすだろう（140頁。135頁もほぼ同旨）というが、裁判員がやる気をなくすのは、逆の場合、即ち、一審の有罪判決が控訴審で破棄された場合も同様であって、陪審論者が挙げる例にこのように片面的なものが多いということは、フェアさ又は検討の十分さを欠くものとして、説得力を自ずから減殺する結果となっている。

なお、陪審制を実行している法制下では無罪判決に対する検事控訴を許容しないのが通例のようであるが、そういう政策の当否は、裁判のシステムとしての陪審制の当否とは別の問題であるから、別途に検討、議論すべきものである。

（二）氏は、「裁判員法そのもの」に、「市民参加制度」という観点からすると、解決できない多くの矛盾があると言って、9点を挙げる（140頁以下）。これが裁判員制度への適切な批判になっているかどうかということを検討してみよう。以下において、aは氏の意見、bはこれに対する私の疑問である。

- ① a 裁判員法上、質問票への虚偽記載や期日への呼出拒否には罰金や過料の制裁があるが、「裁判員を希望したわけではなく、抽選で裁判員候補者になっただけの人に、なぜ罰則で強制するのでしょうか？」
- b 私もこれは違法、不当だと思っているが、陪審制の諸国にも同様の

規制、制裁はあるわけであって<sup>(\*14)</sup>、陪審制導入論者である氏(166頁)がそう言うのはおかしいのではないか。

② a 「公判前整理手続は裁判の公開(憲法37条)違反です。『市民参加』のために裁判の基本原則を失わせる矛盾はどう解したらよいのでしょうか?」

b これは良いポイントであるが、憲法は裁判の「対審」と判決を公開すべきものとしているところ、ここでいう「対審」とは刑事では公判を言うとするのが判例<sup>(\*15)</sup>であり、通説<sup>(\*16)</sup>でもある(もっともこれは、今までこのような制度が問題になったことはないからであるが)から、公判前整理手続がストレートに憲法上の「対審」であるというのは難しい。ここは論証が足りないというべきである。いずれこの点の合憲性が裁判所で争われることになった場合、裁判所は必ず「公判前整理手続」は「対審」ではないと言うであろう。

ここは例えば、証拠の採否こそその証拠の取調べ以上に訴訟の運命を決めている最も重大な手続であるから、これを「公判」以外でやることはできないのであって、これを公判前整理手続でやれるとした制度は憲法違反である、或いは、公判前整理手続のうち、証拠の採否の部分のみはや実質的に「公判」の一部をなしているから、これを非公判でやれるとしたこの制度は憲法違反である、というように、もう一歩進んだ議論が必要であろう。

③ a 「なぜ、自分は犯人ではないと争っている被告人に対してさえ、3日間の審理で死刑にするような強権的な裁判をするのでしょうか?」

b 裁判員審理ではそういう粗雑な審理がなされる危険性があるのはその通りであるが、この表現では、「裁判員法そのもの」に、否認事件を含むすべての事件において審理は3日間とせよと書いてあるがごとくである。しかし、勿論そんなことはないのであって、こういう乱暴な記述は、裁判員制度反対のためにならないと思う。

④ a 裁判員制度下では「評決に裁判官1人以上が与していないと有効な

評決とはなりません。・・・なぜ、このように裁判員を軽視するような仕組みになっているのでしょうか?」。なお、208頁にも、「裁判員制の評決の仕方でも大問題です。市民側が無罪を主張しても、裁判官1人が加わらなければ成立しないという規定・・・」（伊佐）という記述がある。

- b まず、裁判員の大勢が被告人を無罪としたいのに、裁判官が1人も入っていないから無罪にできないという意味（伊佐氏の論はそうであろう。）であるならば、その理解は、裁判員制度の公権的解釈とは異なっており<sup>(\*17)</sup>、問題設定が誤っている。

他方、例えば、裁判員がこぞって有罪という意見であるのに、裁判官が皆無罪意見である場合には、被告人を有罪とすることはできないことを衝く意味であるならば、それは確かに問題であり、私は、これは憲法上の裁判官の独立を侵害する事態であると考えているが、『すすめ』4章での生田氏の論調を見ると、この第4点がそのような場合を包含する趣旨であるとは思えないのである。

- ⑤ a 守秘義務につき、裁判官には対しても公務員一般としてのそれがあるだけなのに、「裁判員に守秘義務[条文引用省略]を課し、罰則をもって評議内容の漏洩を防止しようとするのはなぜなのでしょう?」
- b 評議の場における裁判員の自由な論議を保障するには、その秘密確保はどうしても必要になると思う。あの人が真っ先に有罪意見を述べたとか、あの人はしきりに裁判官に迎合していたとか、あの人は反対意見に逆上していたなどと後で外部で言われるかも知れない、と思うと、自由な意見の表明が妨げられることは明らかであろう。どうしても裁判員制度をやるというのであれば、これは避けられないことであろうし、氏の称揚する陪審制の諸国でも、一部の国（アメリカ）を除いて、評議の秘密は守られるべきものとしているのである。市民にこんな義務を負わせるのは不当だというのであれば、その結果は裁判員制度だけでなく陪審制にも反対だということではなければならない。

陪審制を採用した上で、陪審員に秘密保持義務を負わせない立法ももとより不可能ではないが、「世間の目」というものがなくて個人の個性を極限まで尊重する国（アメリカ）とは全く違う我が国において、評議の過程が公開され得るという可能性と危険性に陪審員は堪えられるであろうか。

- ⑥ a 捜査手続を改善しないまま、「公判前整理手続にも参加もできない裁判員が、裁判に参加することによって、冤罪の防止にどのように役に立ち、裁判の内容がどのように変わることが求められているのでしょうか？」
- b 裁判員制度が冤罪防止のための制度ではないことは本書の他の箇所（101頁、木村）で説明されている。私は、誤判、冤罪の防止のために、裁判員制度も陪審制も取るべきではないという意見であるが、膨大な冤罪の実例（後述）を抱えている陪審制を推奨しようとする論者がこういう問題設定をするのはおかしいのではないか。
- ⑦ a 「裁判員はなぜ陪審員のように、有罪か無罪かの審理だけでなく、量刑にまで参加するのでしょうか？」
- b これは司法への国民参加の方式につき、陪審制と参審制という二つの手法があるが、裁判員法は参審制を採用したというだけのことである。甲を基準にして乙はそれとは違うのがおかしいという批判ができるのであれば、乙を基準にして甲はそれとは違うのがおかしいという批判もできることになる。この疑問に意味のないことは、参審論者からの「参審員は量刑にも参加するのに、何故陪審員は事実認定だけに参加するのでしょうか？」という疑問に意味のないことと同様である。特に、氏のように、国民は裁判においても真に主権者でなければならない（166頁）という立場を取るならば、判断する領域は広い方がいいということになるのではなかろうか。
- ⑧ a 裁判員は判決に署名しないが、「死刑という重大な判決をしながら、なぜ責任の根拠を明らかにしないのでしょうか？」

- b これはもつともであるが、私のように裁判員制度にも陪審制にも反対であるという者が言うならともかく、陪審制推進論者がこう言うのはおかしい。陪審員も誤判、冤罪に対して全く何の責任も負わない存在であるからである。
- ⑨ a 最高裁は裁判員制度の宣伝のため莫大な費用を使い、「違法なやらせのタウンミーティング」をしたが、「市民にとって有意な『裁判に対する市民参加の制度』であれば、なぜ、タウンミーティングのやらせまでして宣伝しなければならないのでしょうか？」
- b これは勿論、国民は裁判員制度などを求めている、国民に不利益な制度を作ろうとしているからであるが、この批判は「裁判員法そのもの」の「矛盾」ではない。仮に新たに陪審制を施行しようとしていたのであれば、最高裁は同じようなことをしなかったと言えるであろうか。

こうして見ると、氏のいう「裁判員法そのものの・・・矛盾」というものも、裁判員法そのものとは関係のないものや、氏の誤解ではないかと思われるものを除いて考えてみると、その他の主要部分は、裁判への国民参加ということにそのまま向けられる批判であることがわかる。このような理由で裁判員制度を批判しつつ、陪審制を推奨しようとするのはどうしても無理である。

### 3 主権行使としての裁判

(一) 生田氏は、4章のまとめとして（164頁以下）、要旨、次のように述べる。

裁判では、どのように「エライ人」に対しても、対等に自分のいい意見をおつけることができる、日頃、不当だと思っていること、こうあるべきだと思っていることを堂々と主張することができる、それを経験すると、自分は本当に主権者であると実感することができる、そうすると裁判ほど面白いものはなくなる、裁判が趣味になったという人もいるほどだ、

論語に「知る者は好む者にしかず、好む者は楽しむ者にしかず」という記述があるが、主権行使の手段としての裁判の一大特色は、裁判をやってみると非常に楽しいということだ、楽しみながら主権の行使もできる、何と素晴らしいことではないか、

(中略)

裁判が主権実現の手段であることを実感として理解できたとき、主権者である国民は、「裁判に対する市民参加」が、本当の「市民参加」か「エセの市民参加」かを容易に見抜くことができるだろう、裁判の本質を主権者である国民が理解し得たときはじめて、国民が裁判においても真に主権者となる裁判制度を構築することができる、それは陪審制以外にはない、と。

このような見解の当否はどうであろうか。

(二) (1) 裁判では誰に対してでも言いたいことが言えるのだから、裁判ほど面白いものはない、裁判が趣味になったという人もいる、と聞くと、普通の法律家はいわゆる「訴訟狂」を想起するであろうが、裁判所の限られたリソースの無駄遣いではないか、応対を強られる被告の迷惑はどうするのか、という論点を除けば、裁判を趣味にするのは別に差し支えないかも知れない。

問題は、ここで、裁判はどのように「エライ人」に対しても対等に自分のいい意見をおつけることができる、というのは、明らかに民事訴訟の当事者、それも原告の場合を指しているということである。民事訴訟では、いわゆる処分権主義の保護の下、誰も訴権を自由に行使することができるからである。刑事裁判の被告人も、検察官（「エライ人」？）と対等に自分のいい意見をおつけることはできるが、公権力によって起訴された身で、自分は主権者であると実感する、裁判をやってみると非常に楽しい、楽しみながら主権の行使もできる、ということはないであろう。

(2) 国民が訴訟を提起するという事（訴権を行使するという事、と言ってもよいであろう。）は、即ち主権を行使することになるであろうか。国民が自在に訴訟を提起できるというのは我が国では民事訴訟に限るので

あるから、それはあくまでも私人の権利の行使に過ぎない。訴権は国家に対する私人のものにとらえるべきものである<sup>(\*18)</sup>以上、訴訟の提起をもって主権の行使とするのは無理である。

(3) 前記生田意見の次の問題は、その前段と後段とでは、訴訟としての状況も国民の立場も変貌しているということである。

即ち、後段では、状況は、対等当事者間の民事裁判ではなく国家対被告人という関係の刑事裁判になり、また、主権者である国民の立場は、裁判の当事者ではなく、陪審員として被告人を裁く、国家の公権力（これは確かに主権である）の一部を行使する、というものになっている。

そうしてみると、ここでの氏の意見は、「主権」という言葉が共通であるだけで、内容は前後全く異なったことであり、前段は後段につながらないと言わざるを得ない。裁判に関するものは何でも主権行使であると読者を甚だしくミスリードする記述である。

(三) また、氏は前記の通り、裁判員制度のような参審制度は「エセの市民参加」であると言っているわけであるが、陪審制のみが「本当の」市民参加であり、参審は「エセの」市民参加であるというのは、欧州大陸で参審制が相当広く行われていることを想起するとき、思い込みによる断定であるとの感を免れない。

私は、裁判員制度が、或いは、裁判員制度も、司法への「本当の」市民参加であると言っているのではない。「本当の」市民参加、「エセの」市民参加、などという言葉の問題でしかない区分は無意味だと言っているのである。

#### 4 『必携』にみる裁判員制度の問題点

(一) 本書の第一部（石松氏担当）は、現行刑事司法制度と裁判員制度に対する解説である。やや批判的な目で見えた立場からのものではあるけれども、全体としては制度を前提とした穏当な叙述であると言えよう。「思想

信条・良心にもとづく[裁判員からの] 辞退を認めないのは、憲法違反」(69頁)のように極めて正当な部分もある。

また、裁判員審理下では評議室には一切の書類を持ち込ませず、供述証拠に関する記憶の喚起は、もっぱらDVDの映写によるという指導がなされているようであるが、法廷で聞いた供述、発言を正確に記憶認識し、その記憶を評議のときまで維持できる人はほとんどいないはずで、不確実な認識記憶にもとづいて評議をされる事件の被告人はたまったものではない、だから各種書類(そこには、「同意書面、合意書面、刑事訴訟法321条1項2号書面、被告人の供述調書等証拠調べを経た証拠書類」も含まれる)は全部参照できるようにしておくべきで、評議室を「ペーパーレス」にしてはならない、という主張(99頁以下)は、裁判員制度を、少なくとも当座は、積極的に推進しようとする論者(石松氏がそうとしか解されないことについては後記(二)(8)参照)としてはユニークなものであるが、正当な見解であると思う。

但し、この書類の活用という点につき、本書の別のところでは、「市民の司法参加が実現し、市民が入って証人や被告人が公判で述べたことを中心に審理する直接主義・口頭主義のあるべき姿に戻れば、伝聞証拠は当然排除され[る]」(228頁、伊佐)とあることに注目しておくべきであろう。本書の前後が整合していない別の例である。

(二) しかし、石松氏の述べるところで、それ以外には気になる点が多いので、これについて検討する。

(1) まず、裁判員制度の具体的内容や、刑事訴訟のありように関する説明は詳細であるが、なぜこういう国民が望んでいない制度が導入されるに至ったのかという経緯については、全く説明がない。国民は裁判員となるのは「荣誉ある職務」(前記1(二))だという発想の下での「裁判員共携」(本書名)としては、本制度の由来などは知る必要はないという考慮によるものでなければ幸いである。

(2)a 氏は、日本の有罪率は99.9パーセントであり、このような状況下

では、刑事裁判を裁判官だけに任せることは主権在民の考え方に反する、と言う（17頁）。

陪審制下での驚くべき冤罪の多さについては後述するが、有罪率が高いことを理由として、刑事裁判を裁判官だけに任せることが主権在民に反するとするのは論理がつかず、無理であろう。

現に氏は別のところでは、「司法権といってもその権限は、もともと主権者である国民に由来するものであって、国民から選ばれた裁判員が裁判に関与するのは、国政の原則に返ったものとも考えられ[る]」（92頁以下）と言っている（傍線引用者。この「も」にはどういう意味があるのであろうか）。

しかし、主権在民であるということは、それが直接民主主義でなければならぬということの意味しない。立法や行政（これらも直接民主主義ではないが）と異なり、多数決で決めてもよいとは限らないことが多い司法の分野では、むしろ「司法までが民主化しないところに合理的な民主主義の運用があるといえよう」という意見<sup>(\*19)</sup>を味わうべきではなからうか。

また、司法も主権在民の直接民主主義でなければならぬというのであれば、最上級審を含むすべての審級のすべての論点が国民の代表によって決められるべきことになるが、氏の意見にはこういう極論を廃する契機がない。一審の事実認定だけなら国民にもできるので、それだけを国民代表にやらせよう（陪審）というのであれば、主権在民だけでは論理的根拠にはならない。

氏の論拠は、「事実認定については裁判官と裁判員は同格」（138頁）、「事実認定の[裁判官・裁判員間の]能力差はない」（139頁）ということ、即ち、事実認定は一般市民でも大丈夫だということにあるものと思われるが、一般市民でも大丈夫だということは、一般市民だけに任せる（陪審制）「べき」であるということの意味しないのである。

b 事実認定を一般市民だけに任せる「べき」であるとするためには、以下のどちらかの理屈に頼るほかはないであろう。

その1は、裁判官と一般市民の事実認定に能力差がないのではなく、一般市民の事実認定能力の方がすぐれている、裁判官の事実認定能力は劣っている、とすることである。しかし、陪審制下の膨大な誤判、冤罪を思うと、そのような命題が誤っていることは明らかである。また、元判事の石松氏も裁判官の事実認定能力は国民一般より劣っているとまで言うつもりはないようである。

その2は、事実認定の正確性などはどうでもよい（つまり、誤判、冤罪が増えても構わない）、司法での直接民主主義そのものに意味があるのだ、とすることである。英米の陪審制はまさしくこのような思想に支えられているわけであるが、訴訟に真実の探求を求める日本人のうちどれくらいがこれに賛成するであろうか。

(3) 氏は、アメリカやドイツなどほとんどすべての先進諸国では、司法に国民が直接参加する制度をもっている、と言う（17頁以下）。

しかし、参審制の一種である裁判員制度を批判し、陪審制を唱導している論者がここで参審制のドイツを、しかもドイツは陪審制ではないと断らずに、このように引用するのはミスリーディングであって、フェアではないと思う。なお、同書（『必携』）244頁には、「陪審制度は欧米において正義の中心をなし・・・」（伊佐）という記述があるが、これも同様である。

(4) 氏は、刑事裁判の第一の目的は、無実の者を罰しないことであり（40頁）、もう一つの目的は、有罪と判断された被告人に適切な刑を科すことであるという（43頁）。

そうすると、すべての被告人を無罪とすれば、第一の目的は完全に達成されることになるし、有罪と判断された被告人はいなくなるから、第二の目的に腐心する必要もなくなるが、刑事裁判の目的はこの2つであるとする事、即ち、無実の者を処罰せず、適正な量刑をするために刑事裁判があるのだとすることは、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正・・・に適用実現することを目的とする」刑事訴訟法（1条）の精神にも反するし、国民の大多数も同意しないであろう。上記2点を刑事訴訟の理念の一部と

して掲げるならともかく、この2つ（のみ）が刑事訴訟の「目的」であるとする、国家が刑事裁判制度を運営しているのはこの2つのためである、とすることには賛成できない。

特に、氏自身がこの直後に、適正な量刑は「刑事裁判の最大の目的のひとつ」（43頁。傍線引用者）と曖昧な表現をしていることからすると、氏自身、刑事裁判の「目的」がこの2つのみであるとは思っていないのではないかと疑われる。

(5) 内心では死刑に反対である者が裁判員になった、或いは、なりそうである、という場合には、どうすべきかというのは困難な問題である。

氏はまず、そのような場合には、『死刑に反対である』というようなことは[裁判員からの] 辞退事由にはならず、裁判員となってその意見を堂々と主張すべきでしょう。」(69頁) という。死刑という刑罰に反対である者でも、裁判員になった上で、評議の席で自分は死刑には反対であるという意見を述べよというのであろう。しかし、氏は別のところでは、死刑の宣告が問題になる事件では、裁判員選任手続段階での質問で、「この事件については、法律に死刑も定められていますが、有罪の場合、法律に定められた刑を前提にして判断することができますか。」など、「暗に死刑制度に対する賛否を確かめるような質問を受けるかもしれません。しかし、死刑に反対かどうかというようなことをこの質問手続で答える必要はありません。いうまでもなく、法律の規定は当然の前提ですから、法律に定められていることはもちろん前提として判断します、とだけ答えておけばよいでしょう。」(73頁) という。

この、裁判員として死刑には反対であると堂々と主張するということと、法律に定められていること（死刑）は当然の前提として判断するということは、どういう関係になるのであろうか。

例えば、審理対象事件が殺人である場合にはその法定刑には死刑も含まれているが、死刑反対という意見を持つ者が裁判員になった場合、殺人の被害者が多数で、これまでの裁判例の傾向からすれば、有罪なら死刑しか

ないという事件があったとしよう。その評議の場で、自分は死刑に反対であるということを堂々と主張することが、法律に定められていることを「前提」として行動したことになるのであろうか。

「有罪の場合、法律に定められた刑を前提にして判断することができますか。」と聞かれて、「法律に定められていることはもちろん前提として判断します。」とだけ答えたら、誰もはその人は死刑反対論者であるとは思わないであろう。自分のいう「前提として判断する」ということは、その事件の法定刑に死刑が含まれていることは認識しているが、それだけのことであって、自分ではその適用を支持することはない、死刑の判断には反対する、という意味であるとすれば、特に凶悪な事件において、ある裁判員が死刑反対論者かどうかを知りたい、死刑相当事件であるから死刑反対論者は排除したいと考えている検察側を欺いて裁判員に入り込んだことになるのではないか。

私には氏の真意の理解にどうしても困難を感じる。

(6) a ある事件で評議の結果、裁判官と裁判員の合計9名の裁判体において、「構成要件該当事実なしで無罪」が3名、「構成要件該当事実は認められるが、正当防衛で無罪」が3名、有罪が3名、と分かれた場合、氏は、各論点ごとの議論は十分尽くすべきであるが、有罪、無罪の評決はその結論について行うべきであるという(102頁。いわゆる結論合議説)。「結論的に無罪であるという多数の意見に従って、無罪の結論を出すべきことが何よりも大切だからです」。そうすると、単一の判決理由が書けないという問題はありますが、「判決には異なった複数の理由により無罪の結論が出たことをそのまま書いておけばよいのです」(102頁)。

こういう意見は正当であろうか。

b 私は、こういう意見は大きな誤りであると思う。「異なった複数の理由により無罪の結論が出た」などと書いてある判決は、当然に理由不備、理由齟齬の違法(刑事訴訟法378条4号)たるを免れない。そのことは、逆に有罪判決において、例えば、「証人Aの証言が信用できるから公

訴事実証明あり、よって有罪」3名、「証人Aのいうところは信用できないが、証人Bの証言が信用できるから公訴事実証明あり、よって有罪」3名、「証人AもBも信用できないから無罪」3名、と分かれた場合、「有罪、無罪の評決はその結論について行うべきである」として被告人は有罪、判決理由には「異なった複数の理由により有罪の結論が出たことをそのまま書いておけばよい」などという論者は皆無であろうことを想起すると思えばに過ぎるものがある。しかし、氏の意見ではこのような暴論を防ぐことができない。

裁判員制度を打ち出した司法制度改革審議会の意見書も、判決理由は基本的に従前通りとすると言っていた<sup>(\*)20</sup>のであって、ここでの石松説のような極論は決してその説得力を増す所以ではない。

それだけでなく、ここでの石松説のような、評決はその結論について行うべきであるという見解は、結論に至る論理構成を無視し、とにかく被告人を処罰したいのかそうではないのか、という発想に基づくもので、判決理由を持たない陪審制とその根を同じくするものである。誤判、冤罪防止に判決理由の存在が果たしている役割は極めて大きく<sup>(\*)21</sup>、陪審制下では誤判、冤罪が極めて多いことの理由の一つは、そう判断したことに対する論理的な説明が不要であり、直感ないし欲望だけの判断を可能ならしめるシステムになっているということにある<sup>(\*)22</sup>。

論理的構成の積み重ねに基づく判決理由を軽視するというのは極めて危険な発想である。氏自身が挙げた先ほどの例は、構成要件該当性なしで無罪3名、構成要件該当性あるも正当防衛成立で無罪3名、有罪3名（102頁）というものであったが、9名中6名が反対している正当防衛を認めるのと同じ結果になるような粗雑な議論を承認すべきではないと思う。

(7) 氏は、刑事裁判での証明には「高度の確実性」が必要であるのに対して、民事裁判の証明は証拠の優越で足りる、という（146頁）が、この民事の部分は完全な誤りである。

民事でも証明といえるためには、通常人が疑を差し挟まない程度に真実

性の確信を持ちうる「高度の蓋然性」（この言葉自体は、氏が挙げる刑事での最高裁判決と同じ）が必要であるとするのが判例（最判昭和50年10月24日民集29巻9号1417頁）であって、証拠の優越程度では到底足りない。刑事裁判の事実認定において必要とされる心証度が民事裁判とは「根本的に異なる」（同頁）ということはないのである。

(8) 氏は裁判員制度に反対であるというが、しかし、国民に、この制度を支持するな、協力するな、逃げ出せ、とは言わず、国民は、この制度に従い、協力すべきであるという意見である。氏の、裁判員候補者は選任期日には「もちろん出席しなければなりません」（71頁。傍線引用者）、「裁判員のみなさんは…納得できるまで議論を尽さなければなりません」（92頁）、「…という決意をもって職責を尽してください」（93頁）などの命令調の文体はそれをよく表している。

それだけでなく、氏は、「自ら望んでなった職業裁判官ではなく、法律によって参加を強制された裁判員が、自らもその一員である裁判体の名の下で、評議の多数決の結果によっては、自らの意見とは異なり死刑を言い渡すことが強制されることも」あり、その結果、「多大な苦痛を受け、場合によっては精神的なトラウマを残すこともありえ」ることを認めながらも、それでも国民は「裁判員制度によって、国民が刑事裁判に直接参加するのは、国民の主権の行使であり、荣誉ある職務だと考えるべき」（18頁）であり、氏の「裁判員の心構え12カ条」の冒頭は、「裁判員は…刑事裁判の一部を担当する荣誉ある地位に就くことを銘記し、その職務の遂行に積極的に取り組むこと」（202頁相当部分）であるというものである。よって、「裁判員になれる皆さん」は「自信をもって頑張りましょう」（22頁）、「皆さんは主権者として裁判権行使の機会を与えられたのです。その意義を十分に認識して、その職務を積極的に遂行しなければなりません」（192頁）ということになる。

これはもう完全に裁判員制度推進論者の意見である。しかし、このように国家に対する義務を権利とすりかえる論法は、国民をして国家目的に協

力させ、国家目的のために奉仕させようという発想に基づくもので、非常に危険なものであると考える<sup>(\*)23)</sup>。これらの記述は殆ど裁判員制度賛成論者のものであると言ってよいほどであろう。

これは、この本の別の箇所にあるところの、裁判員制度は「司法独裁に汲々たる法の中樞が綿密、かつ狡猾な智慧を働かせた苦心の作」、<sup>1)</sup>「市民が参加する制度ではなく動員され、市民のための裁判所のための強権的『総動員法』」であって、「その先に見えるもの—それは冤罪の量産、憲法改正、そして戦争への準備」という記述（10頁以下）、或いは、「裁判員法は・・・精緻に考え抜かれた緻密な出来の、21世紀版治安維持法」、<sup>2)</sup>「非常に巧妙な、国民の国家権力従順化教育制度」（251頁）という記述（いずれも伊佐氏）とはとても調和しないのではないか。

但し、伊佐氏の裁判員制度反対論は、この制度は、事実認定に、裁判員と共に裁判官が関与する点が致命的であるというものであり（247頁以下）。『すすめ』118頁以下（木村）も同旨、それは陪審論者として極めて正当な主張であろう。

(三) (1) 『必携』において、裁判員制度に対する国民の反応と、それに対する伊佐氏の評価は以下のようなものである（224頁）。

「今年〔2009年〕初めの世論調査では、反対52%、参加したくない76%という数字を〇〇弁護士が報じています〔新聞出典省略〕。

巨額の税金を使って宣伝したのにも拘わらず、本来は歓迎すべき市民参加に消極的な一般市民が78%（内閣府発表）というのは、一体どういうことでしょうか。

『自分たちの判決で被告人の運命が決まるため責任が重い。人を裁くことなど、できない』、『仕事が忙しく、裁判などに出ては支障が起きる』というのが主な理由に挙げられていましたが、国民の意見も聴かず一方的に押し付けてきた奇妙な裁判員制度に市民が戸惑い、胡散くさいものを感じたのは事実でしょう。『市民のための司法改革』と言いながら、実は『裁判所に都合よい制度』であり、市民の自由と権利を守る制度になっていな

いからです。」

ここで氏が「市民の自由と権利を守る制度」というのは勿論陪審制のことである。即ちここで氏は、国民の78%もの人が司法参加に反対しているのは、今回立法された制度が陪審制ではなく、参審制の一種である裁判員制度であるからだと言っているわけである。

しかし、この論法はいかにも無理である。この論法が成り立つためには、世論調査に答えた国民が、陪審制と参審制の相違を理解して、それに基いて回答したということが言えなければならないが、そういう論証は無理である。国民が、「自分たちの判決で被告人の運命が決まるため責任が重い。人を裁くことなど、できない」、「仕事が忙しく、裁判などに出ては支障が起きる」と言って反対している対象は、明らかに司法への参加それ自体であって、対象が陪審制であっても、回答者は同じことを答えたであろう。国民は司法への参加を求めているのである。

前記のような世論調査の結果は、どう解釈しても陪審制への支持資料になるものではない。「本来は歓迎すべき市民参加」という氏の独断がこのような曲解を招いていると言うべきものであろう。

氏は、裁判員制度の先に見えるものは「冤罪の量産」や「戦争への準備」であるから、裁判員制度に反対し、陪審制を導入しなければならないと言う(11頁)。しかし、今、最も盛んに陪審を行っている国(アメリカ)は、後に述べる通り、呆れるほど誤判、冤罪の多い国であり、第二次大戦後、世界中のあちこちで恐らくは最も多く戦争をしてきた(朝鮮半島、ベトナム、湾岸、イラク、アフガニスタン等)国でもある。どう考えても、氏の命題は成り立たないのではなからうか。

(2)『すすめ』には、「司法独占の政治的打算を弄して最高裁が推進してきたのが裁判員制度です。」という記述もある(2頁、伊佐)。

しかし、司法独占を狙うなら、これまで通り、裁判官だけが裁判をする方が目的にかなうように思われる。また、司法制度改革審議会での意見陳述の折り、最高裁は、憲法との適合性を理由に「評決権のない参審制」と

いうものを提案したことは周知のことであり、それで最高裁がこの制度を「推進してきた」といえるのであろうか。少なくともそう認定できる論証は、本両書には全く出てこない。

(3) 『すすめ』には、「裁判員の不幸は、賛成した死刑判決が後日無罪とわかったときに極まるでしょう。すでに被告人が死刑に処されていた場合には取り返しがつきません。精神的重圧から一生逃れることができないでしょう。」(104頁、木村) という記述もある。

これはその通りであるが、陪審制でもこの事情は同一である（氏はここで、「賛成した死刑判決」と言っている。）から、「裁判員制度が、陪審制度と異なり、いかに非人間的な制度であるか」(105頁) と言うのは当たらない。

また、「陪審制度はこれと全く違います。陪審制度では被告人が希望した場合にのみ陪審裁判は始まり・・・陪審員の職務終了後は記者会見をしよう、友人に話をしようとする自由です。」(同頁) というのは特定の陪審国(アメリカ) だけにあてはまることであって、陪審制全般に通用することではないので、この記述は適切でない。

## 四 陪審制

### 1 陪審制に関する本両書の特徴

本両書の次の問題点は、陪審制に対する評価が非現実的に甘いことである。

但し、本両書の筆者たちが陪審制の導入を訴える理由は一様ではなく、概ね2つに区分することができる。一つは、陪審制は主権者である国民の裁判に対する市民参加として意義がある、とするもので、もう一つは、冤罪を防ぐために陪審制が必要だというものである。この2つの間には明瞭な差があることは明らかであろう。『必携』ではこれが混在しているが、『す

すめ』ではその分離を明瞭に見ることができる。

## 2 市民参加論

前者の論者は『すすめ』4章を担当した生田氏である。氏は、「選挙権を行使して、国会議員等を選出するだけでは、主権を本当に行使したとはいえません」、「選挙権の行使という主権の行使をフォローする方法が当然必要なのです。そのフォローの手段の一つが裁判なのです。」(163頁)という見地から、「国民が裁判においても主権者である裁判制度とは、歴史的にも、諸外国の実践例からも、陪審制以外にはありません。」(166頁)という立場を取るのである。

即ち、ここでは実体的に正しい裁判が必要だという理由によるものではないので、誤判、冤罪防止のために陪審制が必要だという観点は現れていない。アメリカでの膨大な誤判、冤罪に見る如く、実体的真実主義を捨てて、このような理由による陪審制採用論は一応考えられるところであろう。

しかし、このような意見を承認するには、裁判も投票同様に直接民主主義でなければならないことが論証されなければならないが、本書(『すすめ』)にはそのような論証はない。国家の三権のうち、行政をさしおいて、立法と司法が直接民主主義でなければならない理由は説明されていないし、一番の「事実」認定のみを担当する陪審が「国民が裁判においても主権者である裁判制度」ともいえないはずである。

## 3 冤罪防止論

(一) もう一つの意見は、冤罪防止に陪審制が必要だという意見で、同書(『すすめ』)5章(伊佐)がそれである。氏は、「なぜ市民が裁判に参加するのか。それは・・・冤罪を未然に防ぐためです。」(183頁)という立場で、日本には「無数の冤罪事件」(186頁)があるが、それは「判事が法(証

抛の証拠能力)を決め、事実(証明力)まで同じ裁判官が決める結果」(2頁)であるから、「無実の市民が有罪とされないため、求めているのは冤罪の温床たる捜査と公判の抜本的改革で・・・それは『陪審裁判』にはなりません。」(3頁)とするのである。

(二) しかし、生身の人間が運営しているシステムである以上、遺憾ながら、全く誤りが生じないというものはなく、裁判制度も同様であって、誤判、冤罪の全く生じないというシステムはないし、そういう国もない。

但し、より誤りの発生しやすい制度、真相の発見に向かず、実体的現実主義に反する粗雑な制度というものは想定が可能であって、私は、陪審制はそう評価すべきものであると思う。特に、陪審の本場のアメリカで、陪審によるがゆえの膨大な誤判、冤罪(死刑事件の冤罪だけでも、我が国のように数件というレベルどころではなく、実に数百件という数に達している。)があることを直視すべきである。

陪審制盛行のアメリカにおいて、ある調査によれば、20世紀のアメリカで、死刑犯罪で、それも犯罪類型を殺人と強姦に限り、かつ後日無実が証明された事案だけで、有罪とされた者の中に350件の無実事例があった、そのうち23名は既に死刑執行済であったというのであり<sup>(\*)24)</sup>、また別のある調査によれば、1973年から2007年3月までの段階で123名の死刑囚が(「無実が証明されるなどして」)釈放されたとのことである<sup>(\*)25)</sup>。更には、「無実でありながら刑務所に拘禁されている者は、公園の鳩の数ほど存在する」と言った学者もいる<sup>(\*)26)</sup>ほどである<sup>(\*)27)</sup>。だからこそ、アメリカの陪審審理を実見してきた日本人法律家は、ほぼこぞって、自分が被告人の立場になった場合、真犯人なら陪審制を選択するし、無実なら裁判官審理を選択する、と言うのである。

このような実情を見ると、その粗雑な司法に慄然とするし、このような制度を我が国に導入しようと主張する人たちがいることにも驚かざるを得ない。私はかつて、陪審制は、その構造上、本質的に誤判、冤罪が増えることにならざるを得ないものであるということについて、包括的な一

文<sup>(\*28)</sup>を草して、そのメカニズムを詳細に分析したことがある。

人為の常として誤りの発生を完全に根絶することが不可能である以上、少しでも誤りが発生しにくい制度、もし発生した場合にはそれを発見しやすい制度、そして発見した場合には救済がしやすい制度、にしておかなければならないし、既に発生してしまった誤判、冤罪については、原事件では何故認定が真実と異なる結果となったのか、ということはそれぞれ十分な調査、検討をしなければならない。この地道な作業なしで誤判、冤罪の理由を直ちに陪審制の不存在に求めるのは乱暴というほかはないと思う。

「職業裁判官だけによる裁判では、無実の者が有罪にされてしまう危険が大き過ぎ、事実を判断するには市民の常識が不可欠」、「陪審は・・・社会正義の理念を立派に実現するだけでなく、人間の事実についてすばらしい洞察力を発揮する」、「評議の末、誤った見方は濾過されて偏見は破られ、正しい意見が最後に残る」(『必携』244頁以下)とまで陪審制に楽観的な見方ができる人がいるということが私には不思議である。

(三) 伊佐氏の意見には他にも問題が多い。

(1) その一は、氏の礼賛する陪審制において、その膨大な誤判、冤罪について陪審(員)が責任を取った例はないということに目が届いていないことである。そもそも陪審制は、誤判、冤罪という事実認定の責任をその事件限りで集められた市民の間に雲散霧消させる制度である<sup>(\*29)</sup>から、彼らが誤判、冤罪の責任を取ることはあり得ない。陪審による誤判、冤罪が明らかになった後に、元の判断で陪審員を務めたものが、「切腹」したり「心底反省」したりした例は勿論ないわけである。判断者が誤判の責任を取るとは絶対にないという制度(陪審制)を称揚する論者が、日本の判断者(裁判官)は誤判の責任を取らない、とって非難するのはおかしいであろう。

(2) その次は、判決理由の重要性ということに目が届いていないことである。判決理由の重要性は既に触れたところである(前記三4(二)(6)及び注21)が、氏は島田事件の再審判決を取り上げ、これが原事件の被疑者取調べ段階で自白過程に強制誘導がなかったと言っていることに「激し

い公憤を覚え」（『すすめ』201頁）、警察官に違法な取調べはなかったという判決に対して、「一言の謝罪なく反省の色も示さず、捜査に違法はなかったとは、よく言えたものです。」（204頁）と激しく非難する。

しかし、この判決を批判したい者が、この判決はけしからんと認定箇所を特定して批判できるのは、判決にそういう理由が記述されているからであって、その判決理由がなければ判断過程に対する批判は不可能である。理由記載によってその内容を批判する者が、判断が結論のみで理由が付されていず、批判したい者（例えば冤罪被害者）としても手がかりのないという陪審制を礼賛するというのはおかしいのではないか<sup>（\*30）</sup>。

（3）氏は更に、あるアメリカの法学教授の発言を引いて、陪審の判断は裁判官の判断とほぼ一致するといひ、日本の裁判官や陪審反対論者はこの事実を直視すべきであるという（『すすめ』184頁）。

しかし、陪審の判断が裁判官の判断とほぼ一致するのであれば、何も手間ひまをかけて刑事事件で陪審をやる必要はないことになる。陪審の判断と裁判官の判断がほぼ一致することを承認するのであれば、陪審の存在意義はなくなるはずであるからである。何故陪審論者はこの論理を直視しないのであろうか。

また、裁判官の判断はずさんで信用できないと力説（同書186頁以下）する人が、陪審の判断は裁判官の判断とほぼ一致すると主張するのは、己れの足元を掘り崩していることにならないであろうか。

更に、氏は、陪審員経験者のうちの多くが任務修了後に、この制度と裁判所に信頼を抱くようになるともいう（同書250頁）。しかし、仮に結果としてそうであるとしても、裁判は、被告人の運命を教材にして市民に裁判のあり方を勉強させるための制度ではない。大部分の被告人もこの意見に賛同してくれるであろう。

（四）伊佐氏の裁判官審理を批判する重点の一つは、証拠の証拠能力を判断する存在（陪審審理の場合には裁判官）と証拠の証明力を判断する存在（陪審審理の場合には陪審）が同一であってはならないということである（9

頁、247頁)。

しかし、我が裁判員法では、証拠能力は裁判官が判断し、証拠の証明力は裁判所全体が決めることになっていて、そこには役割の分担があるから、この批判は裁判員制度にはそのままには該当しない。更に、この双方を判断する機関が本来的に同一であってはならないと言うことは勿論ないのであって、この論理をもってする陪審制導入論も無理である。アメリカでも被告人が裁判官審理を選択した場合には、裁判官がこの双方を審理判断しているのであるし、この裁判官審理の方が陪審審理より無罪率が相当に高い<sup>(\*31)</sup>という現実にも注目しておくべきである。

更に、「陪審制度は、精密な証拠法を作らせ」た(『必携』241頁)というのも、要するに英米の証拠法は、この証拠を陪審に提示しても大丈夫か、この証拠を陪審に見せては陪審では判断を誤るのではないか、という長い議論の結果であり、法は究極的には陪審を信用していないことの現われであることを知らなければならない。

(五) 伊佐氏を陪審制導入論者としてその名を高からしめたのは、氏の米軍統治下の沖縄での陪審員としての実経験から来ているものであることはその著書『逆転』<sup>(\*32)</sup>でも、『必携』(236頁以下)でも氏自身が認めていることである。

しかし、この『逆転』が体験記として陪審評議の様態を忠実に再現しているのであれば、ここから浮かび上がってくるのは、単純に陪審制を礼賛できるようなものではないという事情である。この『逆転』によれば、陪審員の評議の場において、その事件の被告人らが当該事件で有罪となるべきものかどうかということについて陪審員間で意見が激しく対立し、全被告人が全公訴事実について有罪だとする意見が支配的であった(同書265頁)にもかかわらず、明らかに伊佐氏である書中の「伊礼仁」陪審員1人が無罪を主張して譲らなかったために、評議は何度も評決不能直前の段階に至った、しかし、「伊礼」陪審員は「一対十の絶望的戦い」(283頁の表現)<sup>(\*33)</sup>であったにも関わらず、「譲歩と妥協」という「作戦」(344～346頁)

を駆使して、漸く最終的には一部無罪（一部有罪）の評決<sup>(\*34)</sup>に漕ぎ付けた、  
というのである<sup>(\*35)</sup>。

つまり、この事件での一部無罪の評決は、「伊礼」陪審員の苦心惨憺たる努力、作戦の成果であり、まさに薄氷を渡るような勝利であった。換言すれば、この陪審団にこの「伊礼」陪審員が加わっていなければ、評決は簡単に全部有罪であったであろう<sup>(\*36)</sup>。陪審評議の場を映画にしたことで有名な「十二人の怒れる男たち」は、合理的な思考ができて説得力ある表現力があり、そして違法行為をも辞さない勇気のあった<sup>(\*37)</sup>あの8号陪審員がいなければ、あんな事件が簡単に有罪となっていたであろうということをも示し、陪審制の恐さを描いた映画とも言えるのである<sup>(\*38)</sup>が、伊佐氏の『逆転』も同じである。

しかも、この事件で伊佐氏と同視すべき「伊礼仁」氏は、当初、陪審員召喚状を受けて裁判所には行ったものの、陪審員になることを嫌い、何とか逃れようと裁判官にあれこれと訴えたが、結局容れられず、不本意にも陪審員にさせられたのであった（もっとも、選任後の「伊礼」氏は、前記の通り、陪審員としての職務に全力を尽くす）。

つまり、陪審員候補者を選ぶ抽選の結果や候補者の辞退申立を判断する裁判官の裁量権の行使状況がほんの少しでもずれていたら、こういう評議、評決にはなっていなかったはずである。陪審制では、どのような人物が陪審員を務めるかという偶然が結果をそのまま左右するという現実が如実にここに出ているのである。

このように、私なら振り返って背筋が寒くなるだけでも表現すべき事態をじかに経験した氏が、判断者の選出を全くの運に頼る陪審制には問題が多い、と感じたというならともかく、陪審制は裁判制度として信頼できる、冤罪を防止する制度である、と考えているらしいことが私には理解できないのである。

また、この事件では、えんえんと続く評議のうちにある陪審員が倒れ、回復は見込めない状況になったが、ここで、弁護人は被告人たちと協議

し、その上で弁護人と検察官の間で11名の陪審で評決を行うことに合意ができたので、裁判官は11名での評決を許容した(『逆転』264頁)。そして、「他の陪審員がいくら説得しても、伊礼一人がどうしても無罪論を翻さない」ので、「評議は暗礁に乗り上げ、二進も三進もゆかなくなつて」しまった、そこで陪審長は評議の続行を断念し、裁判官にその旨を報告して「ハング・ジュリー」(評決不能)宣告寸前まで行ったのであったが、裁判官がこれも粘り強く続行を命じたので、評議が続いたのであった(292頁以下)<sup>(\*)39)</sup>。

つまり、この事件で「伊礼」陪審員が加わる陪審団は崩壊寸前であり、陪審団解散、新陪審選任と審理の完全なやり直し、という事態の寸前まで行っていたのである。これほど非効率的で無駄な訴訟形式もないであろう。

#### 4 甲山事件の教訓

(一) 『すすめ』1章は、甲山事件の元被告人Y氏のインタビュー結果を伝え(42頁以下。亀井)、それによるとY氏は陪審制を希求しているとのことである(47頁)。しかし、この、知的障害児施設で園児2人が死体で発見されたという事件で、当初検察は証拠不十分という理由で一旦逮捕した当時の保母Y氏を不起訴としたにもかかわらず、1年後に遺族が検察審査会に不服を申し立て、その検察審査会が不起訴不当の議決をした結果、検察は事件から4年後にY氏を再逮捕、起訴したという経過をたどったことがそこに説明されている。即ち、検察審査会が不起訴不当の議決などをしなければ、Y氏は不起訴のまま済み、それから20年以上も被告人の座で苦しむことはなかったであろう。

市民の間からくじ引きで選ばれ、誤った判断に対しても責任を負うことはないという者による組織(検察審査会)の誤った判断のゆえに辛酸をなめた者が、市民の間からくじ引きで選ばれ、誤った判断に対しても責任を負うことはないという者による組織(陪審)の判断を信頼する、希求する、

というも私には理解し難いことであるが、これについて本書（『すすめ』）は何ら説明するところがない。

（二） この事件の一審判決は無罪であった。陪審が関与するのは一審のみであるから、この事件で陪審なら正しく無罪判決を出したであろうというのであれば、裁判官審理のここでの一審もそういう判決を出しているのである。即ち、この事件が陪審審理であったとしても結果は同じことになるのであるから、この事件は陪審制導入を訴える根拠にはならないはずである。

## 5 最高裁判所と陪審制

1980年代後半に最高裁判所長官となった矢口洪一氏は、国民の司法参加に関する研究に熱心で、アメリカに陪審制調査のために現実に裁判官を派遣し、またその後において最高裁判所の関与の下に、陪審・参審に関する浩瀚な調査報告書<sup>(\*40)</sup>が續々と公開されるに至った。それまでの裁判所の歴史には全くなかったことで、これを単に、「リップサービスじゃないか」（『必携』211頁、伊佐）、「上辺だけのジェスチャー」（同212頁）というのはいらない。

また、矢口氏の回顧録<sup>(\*41)</sup>を見ても、氏が陪審制を真剣に検討したことは明らかである<sup>(\*42)</sup>。

## 6 陪審制と憲法

（一） 裁判員制度は憲法に違反する（但し、本両書とも、そのシステム自体ではなく、裁判員をやりたくない者に辞退を認めないことが憲法に違反するという点がその中心である。『すすめ』105頁以下、『必携』69頁）として陪審制を推奨するのであれば、陪審制の憲法適合性についても言及がなければなるまいが、これが本両書には全くない。当然に合憲であると決

め付けているのであろう。

しかし、現行憲法下では、旧陪審法のような特殊なものならともかく<sup>(\*43)</sup>、今英米法系諸国で行われているような典型的な陪審制、即ち、陪審の評決がそのまま被告人の運命を決めるというようなシステムが憲法違反となることは明らかであると思われる。そのことは、別稿で詳細に論証した<sup>(\*44)</sup>ので、ここにそれを再掲することはしないが、裁判員制度の違憲性に目を向けてそれを論じるのであれば、陪審制の違憲性にも当然に目が向かなければなるまい。

特に、私見のように、裁判員制度も陪審制も憲法違反であるという立場を取るのであれば、その説明はまだしも容易であろうが、裁判員制度は憲法違反だが陪審制は憲法違反ではないというのであれば、その解釈は極めて苦しくなるはずであって、それをどのように理論づけるというのかという点に読者、識者は当然注目するであろう。しかし、本両書はそれに触れていないのであって、それはフェアな態度とはいえないのではないか。

(二) 我が国は昭和3年から昭和18年まで小規模で特殊な陪審制を有していたこと、戦争が激しくなった昭和18年に、戦争終了後、再施行する予定で停止したことは周知の通りである。この「停止」につき、伊佐氏は、陪審法の再施行は政府の公約であり、それを復活しないのは公約違反であるという(『必携』211頁以下。『すすめ』215頁も同旨)。

「陪審法ハ今次ノ戦争終了後再施行スルモノトシ其ノ期日ハ各条ニ付勅令ヲ以テ之ヲ定ム」という法律附則の条項が政府の「公約」になるかどうかは疑わしいと思うが、昭和18年の政府が言ったことを実施しないことを公約違反であると今非難するのはおかしいであろう。大東亜共栄圏を呼号した昭和18年当時の政府が言ったことで現在実現されていないことは陪審制の再施行だけではないと思うが、これらを今の「公約違反」であると非難するのは、その間の憲法及び国家体制の根本的な変革を考えると、非現実的な主張である。

特に、その間の憲法の殆ど非連続的な大変革を考えると、現行憲法の下

では、旧憲法下とは異なって、陪審制が今度は違憲の存在となったということも少しもおかしくはない。旧憲法下では問題はなかったが、新憲法下では許されなくなったという制度は枚挙に暇がないはずである<sup>(\*)45)</sup>。

司法制度改革審議会が選んだ国民参加の道が陪審制ではなく参審制であったということの理由の一つは、陪審制では参審制より違憲性が際立つということにあったものと思われる。審議会の法律家の中でも指導的な立場にあった委員から、「憲法は・・・[身分保障のある裁判官以外の者が裁判所構成員になるということすべてを排除しているとはいえないが]被告人は、身分保障のある裁判官の裁判によらずに有罪とされることはないということを保障しているのではないか」（竹下守夫発言）<sup>(\*)46)</sup>、「職業裁判官を全く除外して国民だけで裁判をするといったこと [これがまさしく陪審制である]・・・は憲法上許されるかどうか疑わしい」（井上正仁発言）<sup>(\*)47)</sup>といった見解が公にされていることからそのことが窺われる。

## 7 その他

『すすめ』には、「陪審制の国では自白調書を証拠にせず、被告人の公判廷での直接の自白に基いて判断することにしています。」(60頁、生田)という記述がある。

しかし、陪審国において、被告人が公判廷で自白すれば、それだけで有罪となるのであるから、もはや事実審理は不要になり、それ以上の手続には進まないはずである。また、これが犯罪事実に対するいわゆる自白ではなく、被告人の供述という意味であるならば、これも陪審国では被告人は証言台に立たないのが普通であるから、いずれにしても不用意な記述ではないかと思う。

## 五 最後に

結局、本両書の共通の問題点は以下になるであろう。

その1は、共著者全員の連携が順調ではないため、論旨の必然性や一貫性に疑問を生じさせる点が目立つことである。一部には、一体の書物としては支離滅裂であると言われてもやむを得ない部分があると思う。

その2は、現行制度の論難に急な余り、論証不足と思える記述が多いということである。

その3は、これが最大の問題であろうが、裁判員制度を批判する論拠を多く陪審制との対比に頼っているところ、その陪審制の弱みに率直な目配りがなされていないことである。この単純な陪審礼賛論はどうしてもひとりよがりの印象を避けられないだけでなく、裁判員制度批判の論理が司法への国民参加という共通項を通じてそのまま陪審制批判の論理ともなる結果を招いている。一般国民向けのレベルで、陪審制でないからという理由で裁判員制度に反対であることはなかなか困難と思われるが、本両書はその困難を克服できていない。

これらの事情によって、心ある読者に本両書が訴え得るところのものは極めて限定されたものになっていると考えられる。

### ＜注＞

- 1 本稿でも、司法過程や裁判員制度に関する私の立場はこれまでと同様であるので、従来の拙著をしばしば引用することになるであろう。引用に当たってのこれらの略称は以下の通りとする。

『裁判の過程』（判例タイムズ社、1995）…………… 拙著『過程』

『司法過程と裁判批判論』（悠々社、2003）…………… 拙著『裁判批判論』

『裁判員制度の正体』（講談社〔新書〕、2007）…………… 拙著『正体』

『裁判員制度批判』（西神田編集室、2008）…………… 拙著『批判』

- 2 拙著『正体』及び拙著『批判』参照。私見の反対理由の中心をなすのは、

- ①国民はこういう制度を求めている。
- ②裁判員制度は憲法に違反する。
- ③真相の探求がなおざりになる。
- ④裁判員として呼び出される国民に大きな迷惑をかける。

ということである。

- 3 但し、章や筆者によっては、必ずしもそうではないようにも見受けられる。例えば、『すすめ』の第1章「あなたは死刑判決に耐えられるか？」（亀井氏）は、一般市民に死刑判決をさせることの心理的過酷さを訴え、ある冤罪被害者の陪審制を求めるといふ声を紹介してはいるが、亀井氏自身の意見として強く陪審制を推しているものとは解されない。氏は、「『市民』が合法的に『市民』を殺すような制度「市民が関与した法廷が死刑判決を出すこと」を、どうあっても容認することはできません。」（54頁）と言っているが、陪審の本場アメリカ（補注a）では死刑事件では陪審が量刑にも関与するのが普通（補注b）のようであるし、仮に「事実認定」と「量刑」をいかなる事件でも完全に分離するというような陪審制を採用するにしても、例えば人を3人も4人も殺害したという事件で有罪評決をすれば、量刑は自ずから死刑しかないであろうから、いずれにせよ死刑制度を維持する限り、氏は陪審制にも反対でなければならない。

補注a 今日、全世界の刑事陪審裁判のうち、約8割以上はアメリカでおこなわれているようである（拙著『裁判批判論』88頁注（6）ないし（9）及び該当本文参照）から、こういう表現も許されるであろう。

補注b そのアメリカにおいて、現在、死刑制度を維持する法域の大多数において、被告人を死刑にするか終身刑にとどめるかの判断は陪審が行っている。岩田太『陪審と死刑』12頁（信山社、2009）参照。

- 4 ① 「ヒラメ裁判官」とは、上だけ見ている、という意味で、最高裁判所の意向やその判例に過敏で過剰に反応するような裁判官を揶揄した俗語であるが、元来これに事実認定が不正確であるという意味は含まれていないので、ここでこの言葉を使うのはおかしい。

② なお、この「ヒラメ裁判官」につき、『すすめ』54頁（亀井）では、いわゆる光市母子殺人事件で差戻審である広島高裁が被告人に死刑を言い渡したことにに関して、「広島高裁は最高裁の意向通りに・・・被告に死刑を言い渡したのです。最高裁は、自らの意向をきっちりと反映させた判断を、暗黙のうちに下級裁判所に求めているということなのです。仮に、最高裁の意向と裁判員の意見が対立するようなケースでは、『上ばかり見る』ヒラメ裁判官がどちらを尊重するか、いうまでもないことです。」という記述がある。これからすると、氏は、この事件で被告人に死刑を言い渡した広島高裁の裁判官を「ヒラメ裁判官」と呼びたいのであろう。

しかし、上級審の差戻判決の判断はその事件について下級裁判所を法的に拘

束するのであって、これは裁判所法に明文(4条)のあることである。高裁が最高裁の差戻判決通り(亀井氏の表現を使えば「意向通り」)の判断をすることは裁判官としての義務であって、何ら問題はない。氏には、裁判所の審級制度や差戻し判決の効力について何か大きな誤解があるのではないか。

③ また、氏は、この事件について、要旨、更に以下のようにも言う(54頁)。この事件の差戻し控訴審(広島高裁)の審理中である平成19年12月に、広島高裁の長官に就任したのは白木勇という人物であったが、この人はかつて、光市事件の主任弁護人を務めていた安田好弘弁護士に、以前同弁護士自身が被告人となった競売妨害事件で有罪を宣告した人であった、関係者の間ではこれは完全な「安田シフト」だという声があった、つまり、白木氏は、広島高裁の判断にらみを利かすために広島へ来たのだ、そして広島高裁は最高裁の意向通りに、光市事件の被告人に死刑を言い渡したのだ、と。

このような論理は成り立つであろうか。

まず、高裁長官がそこに係属している個別の事件に関して担当裁判官に「にらみを利かす」ことができると氏が思っているらしいことに、司法制度に対する氏の無知が露呈しているといえよう。ある地裁のある事件につき、地裁所長が担当裁判官に事件処理の内容にわたる書簡を出したというかつての平賀書簡事件(補注c)がどれほどの大騒ぎになったかということを想起すべきである。

更に、今の司法制度において、ある事件の主任弁護人とその事件に係属している高裁の長官の間に、かつて裁判長と被告人という関係があったとして、それがその事件の審理、判断に関して「〇〇シフト」と言えるような力学関係が成り立つという論理構造も私には理解できない。

④ なお、この高裁長官人事が今の裁判所のシステムにおいては何ら問題がないことにも触れておく。高裁長官に任命される前の白木氏は東京地裁所長であったが、これは地裁所長としては最高の地位であるから、その次の地位が高裁長官になるのは、今の我が国のシステムを前提とする限り(私がそれが良いとっているのではない。)当然と言えよう。この平成19年12月の段階で空いた高裁長官の席が2つあり、一つはこの広島であったが、もう一つは札幌であって、その時にもう1人高裁長官に任命されたのは当時横浜地裁所長であった佐藤久夫氏であった(補注d)。裁判所内部の序列では、広島高裁が札幌高裁より上位とされるから、最高裁が、元東京地裁所長であって、裁判官としても先任である白木氏(白木氏は司法研修所22期、佐藤氏は同23期)を上位の広島高裁長官に充てたのは今の裁判官の官僚制システムを前提とする限りは順当な人事であって、どこにも疑念をさしはさむ余地がない。ここでの氏は、所詮根拠のない憶測を書き連ねているのであって(それとも、当時の広島の一部には、白木氏の広島高裁長官就任を「これではまるで安田シフトだ」というような冗談で受け止めた向きでもあって、亀井氏はこれを真に受けたのであろう

か)、これなども『すすめ』第一章の説得力を大いに減殺している。

補注c 後掲（注19）『裁判法』113頁注（三）参照。

補注d 私が見たのは平成19年12月8日付朝日新聞である。

5 拙著『裁判批判論』92頁注（13）参照。但し、いわゆる白鳥決定（最決昭和50年5月20日刑集29巻5号177頁）によって裁判所の再審に対する姿勢が変化したことを否定するつもりはない。

6 拙著『過程』4章「事実認定の誤りと誤判の概念」。

7 拙著『過程』161頁以下、拙稿「裁判に関する国家賠償—事実認定の誤り」村重慶一編『現代民事裁判の課題10』231頁以下（新日本法規出版、1991）、拙著『裁判批判論』第9章参照。

8 裁判批判の重要性については、拙著『裁判批判論』第8章参照。

事実認定に対する合理的な批判の余地がなく、発想としてそもそも批判を許さない陪審制の問題点につき、拙著『裁判批判論』133頁参照。

9 村上敬一「裁判官の職務行為と国家賠償責任」『新・実務民事訴訟講座6』92頁（日本評論社、1983）。なお、この村上氏は、次注昭和57年最判の担当調査官であった。

10 最判昭和57年3月12日民集36巻3号329頁。これは法適用が問題となった案件であったが、この論理を強引に事実認定にも適用したのが最判平成2年7月20日民集44巻5号938頁である。

11 その貴重な一例として、例えば、桂秀策「松山事件裁判における血痕鑑定についての考察」『法医学の実際と研究』45補冊1頁以下（2002）。

12 拙著『正体』186頁。

13 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。

14 陪審制の場合の陪審員に選任された者の審理出席、評議の義務について、『必携』212頁以下（伊佐）には、こういう記載がある。

ある時、時の最高裁事務総長が、「政治的打算の蠢動」下で、陪審制は「負担が国民にかかり過ぎて、我が国には向かない」という「ステレオタイプのな発表」をしたが、「陪審は公民義務ですから、これを負担というのも陪審から目をそらさせようとしている意図が見え透っていました。」、と。

伊佐氏がここでこの「公民義務」という用語に与えた意味が必ずしも明らかでないが、ここで氏が言っているのが、陪審員を務めるのは国民の公民としての義務であるから「負担」ではない、という意味であるならば、それは明らかに誤っている。陪審員を務める負担は時としてとんでもないものに膨れ上がり、人生が暗転することさえあることは拙著『裁判批判論』107頁以下で詳述した。だからこそアメリカでは、陪審員の義務を逃れる技術までが発達しているのである（同書同頁）。

しかし、氏の言わんとしていることが、陪審員を務めることは公民としての崇高な義務であるから、負担だと思ってはならない、よって負担ではない、という意味であるならば、そういう強引な論法はあり得るとしても、なるほどそうか、と納得する国民はいないであろう。

- 15 最判昭和23年11月8日刑集2巻12号1498頁。
- 16 清宮四郎『憲法1』361頁(有斐閣、1957)、樋口陽一ほか『注釈日本国憲法(下)』1292頁以下(浦部法穂)(青林書院、1988)、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(4版)』337頁(岩波書店、2007)など多数。
- 17 座談会「裁判員制度をめぐって」ジュリスト1268号22頁田口守一発言、23頁井上正仁発言、池田修『解説裁判員法一立法の経緯と課題』38頁以下(弘文堂、2005)。
- 18 訴権を国家「に対する」(私人の)権利であると把握するのは、(この観念を承認する場合には)民事訴訟法学界の通説と言ってよいであろう。兼子一『新修民事訴訟法体系(増訂版)』29頁(酒井書店、1965)、伊藤真『民事訴訟法(3版3訂版)』17頁(有斐閣、2008)、中野貞一郎ほか編著『新民事訴訟法講義(2版補訂2版)』13頁(中野)(有斐閣、2008)など。
- 19 兼子一・竹下守夫『裁判法(4版補訂版)』24頁(有斐閣、2002)。
- 20 審議会意見書Ⅳ第1(4)イ。
- 21 裁判における判決理由の重要性については、別稿において詳述したので、ここでは省略する。拙著『裁判批判論』130頁以下参照。また、拙稿「裁判員制度批判補遺(2)コリン・P・A・ジョーンズ氏『アメリカ人弁護士が見た裁判員制度』の検討」法政理論(新潟大学)42巻1号65頁以下(2009)は、特に陪審論者を念頭に置いて判決理由の重要性を説明したものである。
- 22 拙著『裁判批判論』141頁以下。
- 23 拙著『正体』186頁以下、拙著『批判』267頁以下参照。
- 24 H.A.Bedau & M.L.Radelet, Miscarriages of Justice in Potentially Capital Cases, 40 Stanford L. Rev., at 71-72 (1987)  
これについては、拙著『裁判批判論』146頁注(145)でも引用して、コメントを付した。
- 25 前掲(注3)岩田『陪審と死刑』355頁以下。また、2007年8月27日のNHKテレビ番組「クローズアップ現代」は、近時アメリカで124名の死刑囚が無実とわかって釈放された、と報じた。この他、陪審による誤判、冤罪について、拙著『裁判批判論』137頁以下も参照のこと。

アメリカでは、被告人は陪審審理を辞退し、裁判官審理を選択することもできるから、これらの冤罪のうち、どれ位のもが陪審によるものであったかということは明らかではない。しかし、陪審審理辞退の割合には法域による差があるとはいえ、その半分以上は陪審制による犠牲者であると推定することは許

容されるであろう。

- 26 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編Ⅲ』155頁（司法協会、1996）が紹介する J.McCloskey の所説。
- 27 イギリスでの陪審による誤判、冤罪については、最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 英国編』332頁以下（司法協会、1999年）が参考になる。
- 28 拙著『裁判批判論』第3章。
- 29 荒木伸怡「市民と刑事裁判との距離を縮めるために」立教法学49号36頁注(10)での表現（1998年）。
- 30 言うまでもないことであろうが、私がここで言っているのは、判決理由の重要さという一般論であって、本文で触れた判決の内容の当否ではない。
- 31 「陪審制の比較法文化論・付属資料」比較法研究56号105頁（1994）、宇川春彦「司法取引を考える（1）」判例時報1583号44頁（1997）、森倫洋「米国陪審裁判の実情（1）」判例タイムズ1025号52頁（2000）等参照。
- 32 『逆転—アメリカ支配下・沖縄の陪審裁判』413頁以下（文春文庫、1987）。
- 33 この事件では、陪審員の1人が評議中に急病でその職務を果たせなくなったので、本件の裁判官は、検察官・弁護人間の合意によって、11人での評決を認めた。本件には補充陪審員が1人いたはずである（同書58頁）であるが、結局11人での評決となったのは、結審と同時に補充陪審員の任務が解除されたためであろうか（本書中にこれに関する記載はない）。
- 34 しかし、『必携』には、ここで陪審は「無罪」を答申したとある（243頁）。文脈の都合上話を簡素化したのかも知れないが、『逆転』を読んでいた読者は戸惑ったであろう。
- 35 それにもかかわらず、裁判官はその評決の趣旨を無視するような重刑を言い渡した。本書のタイトルの由来である。
- 36 この事件の評議の冒頭で、ある陪審員は、「これは史上最短の陪審評議になりそうですよ。何しろ検察側の立証はパーフェクトで、間然するところがありません。それに引きかえ、弁護側ときたら八方破れで、手のうちには何もないんですからねえ。あれじゃ勝負になりません。」（256頁）と言っている。
- 37 拙著『裁判批判論』94頁。
- 38 前同。
- 39 裁判官としても、陪審員の選定だけで4日もかかったような（『必携』237頁）こういう事件の審理を最初から完全に仕切り直してもう一度主宰するような事態は是非とも避けたかったであろう。本書からは陪審制の非効率性もよく伝わってくる。
- 40 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度』（司法協会）。『米国編Ⅰ』（1992）、『米国編Ⅱ』（1994）、『米国編Ⅲ』（1996）、『英国編』（1999）、『ドイツ編』（2000）、『フランス編』（2001）、『スウェーデン編』（2002）、『イタリア編』（2004）、

『デンマーク編』(2003)。

- 41 矢口洪一『最高裁判所とともに』(有斐閣、1993) 114 頁以下、204 頁以下。
- 42 のみならず、矢口氏は個人的には本当に陪審制の導入を支持していたと思う。私は、昭和 54 年(1979 年)7 月上旬、当時東京家裁所長であった矢口氏とある席で非公式に言葉を交わす機会があったが、その時の矢口氏の話の中に、裁判は皆陪審にしまえよいいのだ、そうすれば後は皆陪審の責任で、裁判所はもう認定に苦勞することはなくなるのだ、という部分があった記憶である。
- 43 伊佐氏が唱えている本両書で導入を訴えている陪審制は、旧陪審法によるそれではなく、陪審の評決が裁判官を拘束するという英米式の典型的な陪審制によるものであると思われるが、旧陪審法による陪審の「復活」とこの典型的な陪審との関係については説明がない。旧制度でも(特殊な)陪審があったのだから、その復活として(英米式の本格的な)陪審をやるべきだ、というのはフェアな記述とはいえないのではないか。
- 他方、『必携』石松氏記述部分では、陪審法の「復活・改正」(253 頁)という部分があつてここにさりげなく「改正」の語が挿入されているわけであるが、読者にその意味がわかるであろうか。これこそ「姑息」(212 頁で用いられている表現)な手法と評すべきものではないかと思う。
- 44 拙著『批判』49 頁以下、拙稿「日本国憲法と陪審制」法政理論(新潟大学)38 卷 2 号 26 頁以下(2005)、同「日本国憲法と陪審制・再論」法政理論 41 卷 2 号 1 頁以下(2009)。
- 45 昭和 22 年 3 月頃、当時の占領軍が裁判所法案に陪審制に関する一文を強引に入れさせようとした際、日本側が抵抗した理由の一つは、新憲法下では陪審制には憲法違反の疑いがあるということであった。拙著『批判』62 頁。
- 46 第 45 回司法制度改革審議会竹下守夫発言(同議事録)。
- 47 「職業裁判官を全く除外して国民だけで裁判をするといったこと [これがまさしく陪審制である]・・・は憲法上許されるかどうか疑わしい」(佐藤幸治ほか『司法制度改革』340 頁井上正仁発言(有斐閣、2002))。