

## 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』（平凡社新書、2008）の検討<sup>(\*)</sup>

西野 喜一

### 一 著者

本書カバーの著者紹介によれば、氏はアメリカの弁護士である。東北大学大学院法学研究科博士前期課程修了<sup>(\*\*)</sup>後、本国のロースクールを出て弁護士となり、2005年からは同志社大学法科大学院教授であるとのことである。

### 二 内容

#### 1 構成

本書の構成は、

第一章 アメリカ人弁護士が見た日本の法律制度

第二章 陪審制度の真意

第三章 裁判員制度の謎

第四章 裁判員制度は誰のものか

となっているが、その内容は要するに、裁判員制度をアメリカの陪審制と比較して裁判員制度を批判し、陪審制を礼賛するというものである。しかし、裁判員制度反対論に対してはこれを批判して裁判員制度を擁護するという、いささか手の込んだ仕組みになっている。

氏は本書冒頭で、自分はアメリカ人であり、法科大学院の教授でもあるから、所詮裁判員になる資格はなく、また裁判員制度の対象となるような事件を起こすつもりもない、と述べて(9頁)、本書は裁判員制度について縁のない者からの客観的な立場からの批判であるとの印象を与えようとしている。しかし、これはそのままに受け取るべきではない。本書の最終的な目的は、裁判員制度を批判して自国の陪審制を礼賛することにあるからである(ちなみに私は、日本人の1人として我が国の司法の将来を案じているほかは、裁判員制度にいかなる利害関係も有していない)。

本稿では、裁判員制度に関連した部分に限らず、陪審制に関する部分をも含めて本書全体を批判的に検討することにしたい。私はかつて陪審制についてかなり包括的な批判の一文を草したことがある<sup>(\*)</sup>が、本稿では、陪審制礼賛論者の目を通してみた裁判員制度の当否如何という観点を含めて陪審制の問題点をも明らかにすることに努めたいと思う。

## 2 特色

本書の顕著な特色は、私の見たところ、氏の陪審礼賛の姿勢が徹底していることと共に、陪審制と日本の司法制度との比較において、比較の手法に疑問な点が目立つことである。氏は、己れの国の制度である陪審制を称揚、礼賛するために相当無理な手法を辞さず、ある局面においては(日本の)現実と(アメリカの)理念を比較して(日本の)現実を貶め、別のある局面においては、比較の基準にいわゆるダブル・スタンダードを用いて己れが求める結論を強引に導出していると感じられるのである。

また、氏の日本法に対する理解にも不安な点がいくつか感じられる。以下ではそれを順次見ていく。

### 三 陪審制

#### 1 理念と現実

(1) 本書は陪審制礼賛の書であるから、氏の陪審制に対する見方は極めて甘い。「陪審制度と裁判員制度を一緒にするのは、陪審制度に対していささか『失礼』なことだ。陪審制度は個人を公権力から守る最後の砦である」（10頁）と言う程の氏の陪審制に対する絶大な自信と楽観はこれをよく表している。但し、本書で描かれた陪審制は極限まで美化されたものであるから、読者はそれに留意しておかなければならない。もっとも、氏の陪審制の描写が「ある程度」美化されたものであることは氏自身が認めている（224頁）ことでもある。

氏は最初に、陪審制を取らない日本の冤罪を論難してゆくのであるが、実はそこに既述のような不公正な比較が出てくる。

まず本書での日米比較は、アメリカの陪審制の理念と日本の現実（冤罪）との比較であるから、氏の国アメリカでの冤罪、誤判の例は全く出て来ない<sup>(\*)4</sup>。陪審制はそのシステムゆえに多数の冤罪、誤判を免れず、アメリカでは冤罪が実は膨大な数に達しており、死刑事件の冤罪だけでも百をもって数えるという有様である<sup>(\*)5</sup>し、アメリカでは「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」<sup>(\*)6</sup>と言った学者もいる。いかに日本との対比で陪審を「美化」する必要があったとはいえ、自国の冤罪、誤判に関する記述、考察を全く欠き、陪審には誤った有罪も誤った無罪<sup>(\*)7</sup>もないかのような説明はいかなるものかと言わざるを得ない。予備知識のない読者が本書に接すれば、アメリカの陪審制は理想的な刑事裁判のあり方と見る恐れがあるが、およそ生身の人間が運営している制度である限り、欠陥のない制度はあり得ないのである。

現実と理念を比較すれば、後者がよく見えるのは当然であり、これは日本の陪審論者の陥りやすい通弊であるが、アメリカ人である氏もこれを免れなかったと評し得る。

(2) 氏は、日本の裁判員制度ではバイアスのある人を排除するためのシステムが不十分であると批判した後、アメリカの事情を説明し、「陪審制度のある国ではどうしているかといえば、もちろん陪審員選定の段階でバイアスのある人を排除するための工夫がある。しかし、この工夫は漠然とした『公平さ』に基いているのではなく、陪審が『代表的人員』によって構成されているか(たとえば、裁判地の人口の4割が有色人種であるのに、陪審員が全員白人であった場合は、『代表的』ではなく、公平な裁判ができない可能性が大きい)など、ある程度客観的な判断ができるものが少なくない。そして、陪審がある程度の人数によって構成されれば、1人1人に様々なバイアスがあったとしても、それが相殺されて、陪審全体はバランスの取れた、社会全体を代表する組織になると考えられている。」(162頁)という。

しかし、これは単なる理想論であって、現実がそうであるということではない。この記述は私に直ちに、1992年のロサンゼルス大暴動をもたらしたロドニー・キング事件を想起させた。被害者が黒人、加害者・被告人が白人という事件で、有能な弁護士が法廷技術を尽して白人のみの陪審団を構成した結果、そこでの評決が無罪となり、これに怒った地元黒人の大暴動を招いたという事件である<sup>(48)</sup>が、極めて著名な事件であるから、アメリカの弁護士である氏が知らないとは思われない。つまりここでの氏は、陪審制の理念だけを述べてその実態を覆い隠し、読者を誤導しようとしているように見受けられる。

## 2 冤罪の概念

(1) 前にも引用した、氏の「陪審制度は個人を公権力から守る最後の砦である」との命題は、無実の者が処罰されることがあってはならない、だから無実である者は陪審によってそのことが宣明される、無実の者は陪審によって救済される、という意味であろう。そして氏は、無実の者が処罰さ

れることがあってはならないという意味で、「私が今まで日本法を研究してきた目的の一つは…なぜ [日本で] 冤罪事件のようなことが起こるのかを理解することであった」(20頁。この後、映画「それでもボクはやってない」を引用する。)と切り出した上で、日本の冤罪例を非難する。

但し、映画のようなフィクションは数に入れるべきでないことは当然であるから、それを除外すると、ここで氏が挙げる日本の冤罪例は実質的には2件のみであり、氏は次のように言う。

- ① 鹿児島県の県議会議員選挙が舞台となった「志布志事件…[では]、住民12名が選挙法違反の疑いで何ヶ月にもわたって拘束され、過酷な取調べで自白を強要された後、2007年にやっと無罪判決を獲得した」(36頁)<sup>(\*)9</sup>。
- ② 「富山冤罪事件で…は、無実の市民が2年以上も自由を奪われ、『強姦魔』の汚名を着せられた」(58頁、66頁)。

なお、この「富山冤罪事件」については更にその再審事件についても言及があり、「男性 [元被告・元受刑者・再審請求人] は自分に自白を強要した捜査官の証人尋問を申し立てたが、『必要はない』ということで担当の裁判官に却下された。男性にとっては、自白の強要を含む『真実』を明らかにする場だったが、裁判官にとってこの再審は、彼の前科を消すための『手続き』に過ぎなかったのだろう。男性は、結局『真実は闇に葬られたままだ』と嘆いている」(新聞出典省略)<sup>(\*)10</sup>。

これらは確かに極めて遺憾なことであり、(多数の冤罪事例を抱えているアメリカ人がこのように他国の冤罪を批判する資格があるかどうかということについては後に改めて触れたいが)、批判の対象となるのは当然のことである。これらの記述を読めば、誰しも、氏は、刑事裁判では真実を追求することが重要だ、真実に反する裁判は誤判、冤罪で、そういうことはあってはならないのだ、と言っているのだと思うであろう。

(2) 「冤罪」を論じるには、その語義を定めておくのが便宜である。氏は本書で言うところの「冤罪」の定義を示していないが、普通には、無実の者が、捜査機関と裁判所の誤認によって、(逮捕、勾留、) 起訴され、有罪

判決を受けることを意味するものと考えられる。ここでの問題は、この有罪判決までを含ませるかどうかが、ということである。私見はこれを必要とする立場である<sup>(\*)11)</sup>が、本書では、一審で無罪となった志布志事件を前記の通り冤罪として扱い、無実の者が起訴されることも「冤罪」に含む立場を取っている。これは被告人側の多大な迷惑を考えればあり得べき見解であり、最終的には語義の問題に過ぎないことではあるけれども、ここに含まれている問題について注意を喚起しておく意味があるであろう。

それは、氏のこの立場では、無罪が多いということは即ち冤罪が多い、ということの意味することになるということである。一審で無罪になったということは起訴すべからざる者を誤って起訴したということになるからである。無罪イコール無実、でないことは言うまでもないが、無罪の全部が、実体上は真犯人であるが証拠が不十分であった、という事例と想定することも到底無理である。従って、氏の立場では、無罪率が高いということは取りも直さずこの意味での冤罪が多いということにならざるを得ないのであるが、氏の目はここには届いていない<sup>(\*)12)</sup>。

氏が、前記のように「陪審制度は個人を公権力から守る最後の砦」、というのは、陪審は、無罪にすべき者を無罪にしているという意味であるが、この公判陪審が機能するのは公訴提起後のことであるから、陪審がある被告人に無罪を宣するという事は、即ち、その被告人にとっては冤罪であったということになる。アメリカでの公判事件の平均無罪率は、法域によって相当異なっているようであるが、仮に平均して25パーセント<sup>(\*)13)</sup>であったとすれば、真に無実であった者は仮にその半分に過ぎないとしても、公判事件のうち10パーセント以上の被告人は氏のいう意味での冤罪に泣いていたことになる。

### 3 ダブル・スタンダード

- (1) このように無実の者が有罪とされるようなことがあってはならない、

裁判では法廷外で存在した真実を追求しなければならない、という思想を実体的真実主義と呼ぶのであるが、我が刑事訴訟法は「事案の真相を明らかに」（1条）することを重視して、この実体的真実主義を取っていることは周知の通りである。そして、氏は、真実に反する日本の冤罪を非難し、陪審は無罪たるべき者を公権力から守る砦であると言うのであるから、その立場は当然に実体的真実主義となる筈である。

しかし、この論点から本書を見ると、今度は陪審制ではどうしても多くなる冤罪、誤判を意識したと思われる記述がある。即ち氏は、無罪評決の場合に「被告人が本当に無罪かどうかは本人と神様しか知らないわけだ。」と言う（111頁）のであるが、これは逆の有罪評決の場合にもそのままあてはまることである。更に、「真実は神のみぞ知る」（116頁）、「裁判外の『正しい判断』が存在したとすれば、そもそも裁判をする必要はないという、形而上の問題が起きる」（117頁）<sup>(\*)14</sup>、「裁判に『絶対的に正しい結果』を期待するのは無理なのだ。」（118頁）など、もはや開き直りではないかと思える記述も続出する

つまり、被告人が真犯人であったかどうかは、被告人本人と神様しか知らないのだから、陪審がどういう評決を出そうと（つまり真犯人を無罪としよう、無実の者を有罪としよう）、本人と神様以外の者はこれを冤罪、誤判とは非難できないということになる。

(2) このような考え方も理屈の上ではあり得るであろう。訴訟上の事実認定について、前記のような実体的真実主義を取らず、陪審が認定したところがそのまま真実なのだという立場（本稿ではこれを仮に「訴訟的真実主義」と呼ぶことにする。）を取れば、冤罪或いは（事実認定に関する）誤判という概念はなくなるので、陪審には誤判、冤罪が多いという批判は適合しなくなるわけである。

しかし、つい先ほどまで陪審は公権力から個人を守る最後の砦だと謳い上げ、実体的真実主義を基準にして日本には冤罪が多いと非難していた者が、自国の陪審制に関することになると忽ち実体的真実主義を捨て、訴訟

的眞実主義に基づいて陪審制を擁護し、眞相は被告人と神様にしかわからないのだから、これを冤罪、誤判とは言えないと主張するのであって、これは驚くべき都合主義と言わなければならない。他国を批判するときは実体的眞実主義、自国を擁護するときは訴訟的眞実主義という氏の「ダブル・スタンダード」が明らかである。

(3) もっとも、陪審制と実体的眞実主義を両立させるのは最初から無理である。陪審制は、陪審員は予断・偏見に動かされやすいということを前提にした証拠法の下で審理が行われ、陪審員の選定から証拠調べを経て論告・弁論に至るまで当事者（検察官、弁護人）の腕が大きく勝敗（有罪、無罪）を左右し、その判断に理由が付かず、事実誤認を理由とする上訴を認めない、というシステムなのであるから、陪審制を維持、推進するためには訴訟的眞実主義を取るしかない。氏自身も、本書の「陪審制度はいかにして生まれたか」という章において、「眞実は神のみぞ知る」という小見出しの命題を掲げている（116頁）のはそのことを表している。陪審制礼賛論者が他国を批判する時だけ実体的眞実主義を取るというのは自家撞着の道へ踏み出したものにほかならない。

(4) 本書にはこういう記載もある。1670年のイギリスで「ブッセル事件」と呼ばれる事件が発生した、これを担当した陪審員の中にブッセルという男がいた、彼は町を歩いていたら、いきなり保安官に捕まえてられて否応なしに陪審員をやらされた、「日本の裁判員制度について、『通知が来たら、正当な理由がない限り、裁判所に行かなければならない』という程度の迷惑…が騒がれているが、このようにいきなり街角で陪審員を強制されるような事態を想像してみていただきたい！」（127頁）と。つまり、いきなり街角で捕まって陪審員を強制されるような事態に比べれば、通知に応じて裁判員を務めることなどは何でもないだろうという意味であろう。

それはそうかも知れないが、氏は、この記述の直前で、初期の頃の拷問や神判が出发点であった野蛮な陪審制を紹介し、このような陪審制を考えると、日本の裁判官による裁判制度がいいという「短絡的な批判」もあ

るかも知れないが、「今の日本の制度と700～800年前の陪審制度の比較は、比較でも何でもない」（122頁）と言っていたのであった。

結局氏は、他人が陪審制・国民参加を批判してする比較は「短絡的」で「比較でも何でも」なく、他方、己れが裁判員制度・国民参加を擁護してする比較は、（時間差は340年くらいに縮まるが）その合理性を「想像して…いただきたい」と言っているのである。この辺の二重基準ぶりも本書の説得力を大いに減殺している。

#### 4 陪審制の限界

本書には、陪審制の限界を自認するような記述もところどころには出てくる。但し、その記述は、これが陪審の限界であることを無視するか、そうでなければ、必ずこれを限定ないし相殺する記述とセットになっているのが特色である。そうしないと読者が陪審制の欠陥に気づくからであろうか、それとも、氏自身が陪審制の弱点を受け入れられないのであろうか。

(1) アメリカには陪審コンサルタントという業種がある。氏の説明によれば、「陪審員候補1人1人のバックグラウンドを調査して、データを分析し、依頼人（刑事事件の被告人など）のために一番有利な陪審員が選ばれ、評決をある程度予見可能にするためのアドバイスを提供する」（101頁）のがその業務である。「被告人など」という表現は曖昧であるが、顧客には勿論検察側も含まれる<sup>(\*)15)</sup>。

このような業者が多数存在しているということ自体、陪審員の判断がどういうものであるのかということをも十分推測させる<sup>(\*)16)</sup>のであるが、これについて氏は、「高額な報酬を受けて星座占いによるアドバイスを提供しているその業者とその報酬を支払っている依頼人がいようと、余り関係ないと思う」と言う。なぜなら「それが本当に陪審の判断に影響したかどうかを知ることは難しい」からである（102頁）。

ここで突然「星座占い」が出てくるのは不可解である。アメリカの陪審

コンサルタントが本当に星座占いで助言をしているとは思われない。氏は、陪審コンサルタントの助言などは所詮その程度のものだと言いたいのであろうが、その直前でこれは陪審員候補者のバックグラウンドを調査して、データを分析する業種だと言っていたのであって、これを今度はいきなり「星座占い」と表現するのは愚弄が過ぎるのではないか。結局氏は、因果関係が証明できないから成果があるとは言えない、という手法で、陪審コンサルタントという業者が存在することをもってする陪審批判論の効果を減殺するのである。また、「[[そういう] 業者が…いようともし」という表現になっているのは仮定的言辞で逃げ道を残すためであったのかも知れないが、仮にそうであったのなら姑息な論法と言わねばならないであろう。

もっともここで氏が言っているのは、陪審コンサルタントのアドバイスと訴訟の結果との間には関係がないと思っているという自分の認識であって、陪審コンサルタントのアドバイスと訴訟の結果との間には関係がないということが論証されているということではない<sup>(\*)17)</sup>。効果があるという証明はないとしても、このような業者が多数存在しているということ自体、効果がないという証明もなく、少なからぬ法律家が、陪審コンサルタントは有用であると考えているということを表している。

更に氏は、「彼ら〔陪審コンサルタント〕の努力によって選ばれた陪審員が、法廷で提示される証拠や証言に左右されないとは大した自信である。」(103頁)とも言う。

しかし、陪審コンサルタントは、自分たちが選任にかかわったところの陪審員が「証拠や証言に影響されない」と言っているのではないであろう。彼らは、事件の種類、或いは、提出が予定されている証拠を勧告して、双方当事人が最も欲している陪審員の選任に協力しているのであり、だからこそ、氏も前記の通り、この直前で、彼らの業務について、陪審員候補のバックグラウンドを調査し、データを分析し、依頼者のために一番有利な陪審員を云々、と述べていたのである。そして、検察側が求める陪審員は、有罪証拠が強力に機能する反面、無罪証拠は余り機能しないような人間で

あり、弁護側が求める陪審員は、無罪証拠が強力に機能する反面、有罪証拠は余り機能しないような人間であることは言うまでもない。氏がここで突然、陪審コンサルタントの業務は、証拠や証言を無視するような陪審員を選ぶことであることのように書くのは事態の反面のみを強調して、他面を看過したものである。

氏がこのようにしきりに陪審コンサルタント業者を貶めようとするのは、陪審員は証拠（のみ）に基づいて事実を正しく判断しているはずであるという己れの建前を守りたいためであろう。しかし、証拠のみに基づいて判断するということと、その人の判断性行がどういうものであるのかということを見極めるといふことはもとより矛盾しない。次の(3)で見る通り、氏も、双方当事人がそれぞれ自分に有利な陪審団を構成しようとしているということは当然の前提として認めているのである。

そして何よりも、およそ陪審は証拠（のみ）に基づいて事実を正しく判断しているというものではないことは、アメリカの冤罪の多さという形で既に述べた。

(2) 氏は、陪審員の選定につき、「陪審員を選ぶ段階で、すでにルールや手続きがたくさんあるが、それでも『公平な陪審』が構成されているかどうかを知るのには難しい。」と言う（103頁）。

陪審員を選任する過程でのルールがたくさんあるということは、陪審員の選任如何がその結果に大きく影響することが既に承認されているということである。また「公平な陪審」が構成されているかどうかを知るのが難しいということは、言うまでもなく、双方当事人の熾烈な闘争の結果としてそこで構成された陪審団は公平なものではないかも知れないということである。アメリカでは、陪審員が選ばれた時点でもはや事件の勝敗は決まることが多いという見解が有力のようである<sup>(\*)18)</sup>が、勿論氏はここには深入りしない。

(3) 「公平な陪審」の構成方法に関する氏の立場は、陪審員選定段階で、双方当事人は、一定人数を、理由を示さずに帰すことができることになっ

ており (いわゆる専断的忌避権<sup>(\*)19)</sup>)、「この権利を行使することによって、双方は自分側に有利な (すなわち、ある意味『不公平』) な陪審が構成されるように努力するが、その努力の相殺によって中間的で公平な陪審が成立すると考えられる。」(102頁) というものである。

ところが、氏は、「それでも『公平な陪審』が構成されているのかどうかを知るのは難しい。このためか、イギリスでは陪審員を選ぶ手続が簡素化され、弁護士の『候補者を帰す権利』がなくなった。」(103頁) という。これからすると、氏は、一体どうすれば公平な陪審が構成されると言っているのか明らかでない。また、「このためか」、(即ち、公平な陪審が構成されているかどうかを知ることは難しいためか、ということになるが)、イギリスでは当事者の陪審員候補者を「帰す権利」がなくなった、ということは、イギリスでは公平な陪審を構成しようとすることも、その内容を知らうとすることも断念したことになると読めるが、氏はこれ以上、「公平な陪審」について触れるところがない。

結局、読者は、公平な陪審とは可能なのか、どうすればそれが構成できるのか、ということについて殆ど理解できないのではなからうか。

(4) 氏は、陪審員の判断様式につき、「陪審は簡単に弁護士や検察の詭弁に誘導されて、法律家の腕次第で右に行ったり左に行ったりすると思われがちである」。しかし、陪審コンサルタントの場合と同じように、「本当に弁護士の腕が裁判の結果に影響したかどうかを知ることは難しい。」(107頁) という。陪審コンサルタントの場合と同様、結果との因果関係はわからないという論法で、陪審の判断を擁護しているわけである。

確かに、弁護士や検察官の腕が陪審員の判断に影響したかどうかということを知ることは難しいであろうが、それを言うなら、弁護人や検察官の訴訟活動の意味も疑問になる。更に、証人の証言などの法廷に現れた証拠が陪審員の判断に影響したのかどうか、陪審員は法廷に現れた証拠のみに基いて判断したのかどうか、という判断もできないはずであるが、氏はそれには触れない。

(5) 氏は、「陪審は変な影響を受けやすいから評決は信頼できないという[批判]があるが、変な影響…があるとすれば、それは陪審員に証拠が出される前の過程において発生している場合が多く、むしろその過程に携わる人々や証拠に関する制度を作った人々（つまり、司法制度の関係者）の責任であるという見解もある。」(108頁)と言う。

陪審が判断を誤った場合、それは陪審員のせいではなくて、その周囲の者の責任であるとしてあくまでも陪審員無謬説を通したい人は昔からいることであるが、この論法は元々無理である<sup>(\*)20)</sup>。もっとも、ここで氏が「…という見解もある」と譲歩したのは何故であろうか。

(6) 陪審審理下では証拠法が非常に複雑なものとなっている。陪審に予断を与えそうなものは最初から証拠能力がないとして、法廷に出させないのであって、氏はその例を挙げる。例えば、被告人に前科があるということは原則として陪審に聞かせてはいけなく、前科があるからと言って「今回も悪いことをしたという因果関係はないからである」(109頁)。

このことは勿論、陪審は、被告人に前科があると知ると（特に同種前科は致命的なようである<sup>(\*)21)</sup>）、それだけで被告人は有罪だと思いがちだという現実があること、つまり、陪審は証拠以外のものに影響されやすいということが制度上認められている現実があることを示しているわけであるが、氏はこの点にも触れない。

(7) 陪審制では、事実誤認を理由とする上訴はできない。「上級裁判所が勝手に違う事実認定ができると、陪審裁判の意味は半分なくなり、憲法上の権利が事実上形骸化してしまう。」(115頁)からである。つまり、有罪評決に対して、オレはやっていない（「それでもボクはやってない」でも同じ）という理由での上訴はできないのである。実際には何かの法律問題を理由として上訴すればよいので、上訴それ自体が難しいということはないであろう<sup>(\*)22)</sup>が、誤った有罪判断に対して、自分はやっていないのだということを理由とした上訴ができないということを明示しない陪審礼賛論では読者は誤解するであろうし、そういう理由では上訴できないと知ると、

訴訟に真実の追求を求める日本人の大部分は、それでは陪審制には賛同できないと思うであろう。

(8) 氏は、陪審制の動向につき、「陪審制度のある国では、陪審裁判の非対象事件の拡大や、裁判における陪審の役割の縮小、ひいては陪審に対する説示等によって陪審の影響力を弱めるなど、なるべく『正しい結果』が出るようにするための、条件設定面における工夫が見られる。」(123頁)と言う。

訴訟的眞実主義に立つはずの氏にとって、何が「正しい結果」であるのかという問題が生じるのか、という疑問はさておき、非対象事件を拡大すること、陪審の役割を縮小すること、陪審の影響力を弱めることが「正しい結果」が出るようにするための工夫だというのである。これはもう殆ど陪審反対論者の議論であって、語るに落ちたものと言うべきであろう。

(9) 氏は、陪審には法律を無視するパワーがあると述べて、陪審は、厳しすぎる法律を緩め、社会の常識から逸脱している法律を骨抜きにする役割を果たしてきたと述べる(134頁以下)。有罪なら法定刑の都合上厳刑にするしかないが、被告人に極めて同情すべき事情がある場合に、陪審が被告人を是非救済したいと思えば、法を無視して強引に無罪と評決することができるという意味であって、「ジュリー・ナリフィケーション」と呼ばれる事象である<sup>(\*)23)</sup>。

確かに、法が苛酷でこれをそのまま適用しては妥当な結論が得られない場合に、法的安定性を維持したままで具体的妥当性を確保するために、事実の方を動かすということは古今東西の一般的な現実である<sup>(\*)24)</sup>。特に陪審制では判断に理由を付する必要がなく、かつその判断に責任を負う者がいないのであるから、このような目的には特に好都合であったであろう。

しかし、これをもって陪審制を取らない国に対して誇るには、何点か更に考慮すべきことがあるが、氏の目はこれらには届いていない。

そのうちの第一点は、こういう手法を持たない諸国ではどのような法的技術を用いてその苛酷な結果を避けようとしているのか、ということであ

る。私見では日本の場合にはそれが二つあり、一つは我が国の起訴便宜主義<sup>(\*)25)</sup>であり、もう一つは我が国の刑法では、殺人でも執行猶予が可能なほど法定刑の幅が極めて広いということである。我が国で、非道な父親を実の娘が殺して執行猶予となった事例<sup>(\*)26)</sup>があったが、この被告人にとって執行猶予付きの有罪判決は名目的なものに過ぎないと言えようから、陪審制でなければ「市民にとっての『正しい結果』」（139頁での表現）が導出できないというものではない。

第二点は、陪審の「法を無視するパワー」に頼るしかないような、融通のきかない実体法（刑法）の体系に問題はないのかということである。

第三点は、歴然たる被害者がいる事件で、その被害者が「殺されてしかるべき悪いやつ」<sup>(\*)27)</sup>だったとまでは言えない場合、陪審の「法を無視するパワー」で犯人が無罪となつては、その被害者やその遺族の立場はどうなるのかということである。

第四点は、有罪であること自体ははっきりしている者に対して、陪審が結果の具体的な妥当性を重視し、「法を無視するパワー」で無罪を宣するということを肯定するという思想には、無罪であることがはっきりしている者に対して、陪審が「地域社会の無法な有罪要求」（陪審制にはこのような現実も存在する<sup>(\*)28)</sup>。）で有罪評決を出すということに対する歯止めの契機がないということである。

(10) 氏は、陪審制を擁護して、陪審員は「変な評決」を出すという批判に対し、まず、裁判官も変な判断結果を出すと言って、共通の法的争点を持った事件につき、東京地裁の別々の部が別々の判断を出した例を上げる（139頁以下）。

しかし、ある争点に対する下級裁判所の法的判断が分かれた場合、これを「変な」判断結果と評する法律家は少ないであろう。日本でもアメリカでも、最高裁判所の重要な役割の一つは、判例の統一ということにあるのであって、下級審の判断が分かれることがあるというのは当然の前提になっている。また、裁判官の法的な争点に対する判断と事実認定に関する

陪審の判断とを「変」かどうかという観点から対比させるのもおかしいし、裁判官の判断に「変」なものがあるということは、それでは今度はそれを素人に担当させようという根拠にはならない。

(11) 氏は、陪審裁判の担当裁判官の意見調査の結果によれば、大半の場合は（ある裁判官の述懐によれば98パーセントは）、陪審の評決に賛成している、と言う（140頁）。だから陪審の評決は、大半の場合は「変」ではないというわけである。

しかし、本当にそうなのであれば、今度は陪審の存在意義が疑問になってくるであろう。それほど裁判官の判断と陪審の評決が一致するのであれば、膨大な費用、時間、労力をかけて陪審審理をやる必要はなく、裁判官にやらせておけばそれで済むからである。そこで氏は、陪審制度は裁判官にとって都合が良い、裁判のうちで一番難しく、批判されやすい部分は陪審がしてくれるからだ、と言う（140頁）。

陪審制には、裁判の結果につき、国民の批判から裁判所を守るというメリットがあるということは夙に指摘されていることである<sup>(\*)29)</sup>。しかし、この論理では、氏が強調する司法での民主主義とは、結局、裁判官の責任を追及しないこと、裁判官が結果に対して責任を負わないこと、を意味することになるが、果たしてそれで良いのであろうか。また、このような理由では、既に行われている制度を止めるには及ばないであろうが、新たにこの始めるほどの理由になるとは思われない。裁判官に楽をさせるために陪審制を導入しようという意見に賛同する日本人はほぼ皆無であろう。特に、日本の「お役所」は責任を取らない（55頁以下）と非難していた者がここでこのように言うのも「ダブル・スタンダード」の誹りを免れないと思う。

なお氏は付言して、「[[陪審の評決に] 裁判官が賛成しない場合も、もちろんある。陪審はどちらかという、裁判官が有罪と思っている場合でも、無罪評決を出す傾向がある」（140頁）とする。しかし、これは前述したようなアメリカでの膨大な冤罪を看過（又は、無視）したコメントである。

(12) 氏は、陪審擁護の一環として、陪審員は複雑な事件を理解できないという批判に対して、裁判官だって理解できるという保障はない、と言う(141頁)。

裁判官に理解できるという保障はないからと言って、では素人にやらせようというのは勿論論理が通らない。問題は平均的ありようということであって、抽選で選んだ12人の陪審員の中にたまたま運良く「特殊な能力や知識など、事件の解明に役に立つ」(141頁での表現) 人がいる(もっとも、こういう場合には、そんな人にももらっては困るという相手方当事者が忌避権…本書中の用語でいえば「弁護士の『候補者を帰す権利』」(103頁)…を行使する可能性が大きい) という僥倖を期待するか、少なくとも一定以上の知的能力があることだけは「保障」されていそうな裁判官を取るか、ということである。

「理念」の点で言うならば、日本人の読者には、このような氏の意見よりも、アメリカのある裁判官の言ったところの、「多くの事実審裁判官は、大抵陪審よりすぐれている。裁判官として数年つとめれば多数の審理の経験を得られるのに、大抵の陪審員はそうは行かないからである。」という説明、そして、およそ証拠を評価して判決を下すという仕事を誰かに委ねるということはどうしても必要となるが、「これを12人の無経験な素人にまかせるより、訓練された直感をもった、有能で誠実な1人の裁判官に委ねる方が賢明だ」<sup>(\*)30</sup> という論法の方がはるかに説得力を有するであろう。

(13) 氏は、次のようにも言う。「日本の裁判傍聴記などを見ると、担当の裁判官が居眠りしていたという目撃情報が記されていることがあるが、12人の陪審のうち1人が居眠りしていても、その期間中に提示される証拠などが無為意になるわけではないが、3人の裁判官のうち1人が眠っていれば、その部分の裁判は意味があるのだろうか、普通の人か思ってもおかしくない。また、出てくる証拠や証言を1人で全部覚えて消化するのは無理かもしれないが、陪審は複数人で構成されるので、共同で保有する記憶力や情報処理能力は、素人とはいえ、裁判官に勝ってもおかしくない。」(141

～142頁)と。

事実認定者の公判中の居眠りを問題にするのであれば、日本の「裁判傍聴記」だけでなく、アメリカの陪審審理での「裁判傍聴記」も併記しなければ記述態度としてフェアとはいえない<sup>(\*)31</sup>。また、裁判官の居眠りもあり得ることである（もっとも、その頻度は陪審員の場合より顕著に低いであろう）が、日本はその心証形成の方式ゆえに（その当否をここで論じることはしないが）、「その部分の裁判は意味があるのだろうか」という疑問は最初から成立しないし、裁判官が「出てくる証拠や証言を1人で全部覚えて消化する」ということもない。つまり、ここでの日米対比は制度の大きな相違によって、比較自体がそもそも適切でない。

(14) 氏は陪審制美化の一環として、映画「十二人の怒れる男」を挙げる(100頁)。フィクションで制度を論じるのは、大岡越前守や遠山左衛門尉をもって江戸時代の刑事司法を称揚するのと同様に適切でないが、この映画が提示している陪審制の負の側面<sup>(\*)32</sup>や、アメリカの事実認定の粗雑さ（いずれも冤罪の温床となるものである。）には触れていないことも問題とすべきであろう。氏は、この（架空の）事件で、「この裁判官の判断であったら、被告人は直ちに有罪判決を受け、死刑となったはずだ」（同）というが、偏見に溢れた者や被告人の運命より野球の試合の方が大事だという者がいたあの陪審団で、1人で頑張ったあの8号陪審員がもしいなかったら被告人はどうなっていただろうか、という恐怖に目が届いていないのは不思議である<sup>(\*)33</sup>。

また、いわゆる痴漢冤罪を扱った映画『それでもボクはやってない』につき、氏は、こういう事件は「少なくともアメリカでは男性は無罪になるはずだ。なぜなら、事件があった状況（満員電車の中だったなど）からすると、女性の証言だけでは男性の無実の推定を覆すことができないはずだからだ。」(21頁)と言うが、アメリカの陪審史には、被害者とされる（白人）女性の証言だけで（黒人）被告人を有罪とした例がいくつもあったのではなかったか<sup>(\*)34</sup>。

法律専門家ではない人であっても、慧眼の読者であれば、これらの記述自体から氏の論理のおかしさを十分感じ取ることであらうと思われる。

## 5 事実認定について

私は、裁判の事実認定は、裁判官によるものが絶対無比であるとは勿論考えていず（そう考えている人は、裁判官の中でも皆無であらう）、劇場型審理で判決理由が見つからない陪審制より、裁判官に、詳細な証拠を案じさせ、詳細な認定をさせ、詳細な判決理由を書かせる方式の方が、まだしも誤りが生じにくく、仮に発生した場合にはそれを発見しやすく、そしてそれを救済しやすいであらう、という意見である<sup>(\*)35)</sup>。

これにつき、本書には、事実認定はそのプロである裁判官という専門家に任せるべきだという見解を批判した部分がある（116頁以下）があるので、これについて検討する。

(1) 第一に、氏は、「裁判官は事実を科学的に検証して究明するようなトレーニングを受けておらず…事実認定は司法試験の試験科目ではないので、裁判官はいつ、どうやって『事実認定のプロ』になっているかが今一つ分からない。」（116頁）と言う。

裁判官に事実を科学的に検証して究明するようなトレーニングのないこと（そのようなトレーニングをしている国があるのだろうか？）や、事実認定が司法試験の試験科目でないこと（そのような試験科目を科している国があるのだろうか？）はその通りである。しかし、このような技術は実際の事例を通した訓練を反復することによってしか磨けないものであり、裁判官は職務として何年も何十年も、証拠から事実を認定し、それを言語で表現する作業、合議体で議論して最終認定を練り上げる作業を繰り返し、しかも当事者や上級審からの批判を浴びてそれを以後の認定に反映させるという業務を続けているのであるから、これを専門家と呼ぶことは少しも差し支えないことである<sup>(\*)36)</sup>。経験的技能が要請される分野はたいていそ

うであって、科学的検証究明のトレーニングとか国家試験科目などと、ないものねだりをすべきでない。

更に注意を要するのは、ここで問題とすべきことは、裁判官が事実認定のプロであるかどうかということではなく、裁判官と陪審員とどちらがまだましか、ということだということである。仮に裁判官が事実認定の専門家とはいえないというのであれば、それではその専門家はどのように養成、訓練したらよいか、という議論になるべきはずで（この議論なら私も賛成である）、裁判官は専門家ではないのだから1回限りの素人にやらせよう、というのは、明らかに論理が繋がらない。その発想は例えてみれば、科学者の地震予知は成果が上がっていないのだから、今後は占いで決めることにしようというようなものではなからうか。

(2) 第二に氏は、「重大なことは専門家に任せようという考えには、民主主義の終焉が内在しているので非常に危険」、「人の自由・命を奪うかどうかという判断を専門家に任せるのであれば、ついでに年金は年金の専門家に、武力行使は軍事の専門家に任せようという理論とあまり変わらないが、このあたりはさすがに普通の人でも『ちょっと待って』と思うであろう。」(117頁)という。この意見は正当であろうか。

まず、民主主義は結構であるが、それは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。現在、立法も行政も直接民主主義でやっている国はないであろう<sup>(\*)37)</sup>。しかるに、陪審論者は、司法についてのみ、民主主義を理由に国民が直接訴訟の結果を決めるというシステムを強調するのであって、そこには明らかに論理の飛躍がある。

また私は、およそ重大なことを専門家に任せるのは当然のことであると思う。大きな疾病の判断や治療を「民主主義」でやること、例えば、「手術を必要とする重篤な患者だけを選んで、医師3人の執刀に加えて『くじ』で選ばれた一般市民6人が〔手術員〕として〕参加し…市民が、市民感覚を生かしてメスを入れる」手術員制度、<sup>(\*)38)</sup> などということはあり得ない。つまり、「重大なこと」であっても、それが一般国民の多数決でやる

べき分野のものであるのか、それともそれは適切でない分野のことなのか、という腑分けが欠かせないのであるが、ひたすら「民主主義」を強調する氏にはこの視点がない<sup>(\*)39)</sup>。

そしてそもそも司法の領域は、立法、行政とは異なって多数の意見で決めればよいというものではないことに特に留意を要する。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<sup>(\*)40)</sup>というのは誠に味わうべき言葉である。

(3) 第三に、氏はここでも、「なにせ、『真実は神のみぞ知る』」のだから、「裁判に『絶対的に正しい結果』を期待することは無理」（117頁以下）だと言う。これが実体的真実主義を放棄した者の開き直りに過ぎないことは先に述べた。

そこで、氏は、「せめて裁判手続きから不正をなるべく排除し、裁判の結果について利害関係を持っている人の影響力を極力少なくするなど、間違っている（可能性がある）結果が出ないようにすることがベストである」（118頁）というのであるが、これは一応正しい。我が国の訴訟法でも、結果に利害関係を持っている者の（影響力どころか）関与は制度上、完全に排除されている。問題は、それだけでは「ベスト」にはならないということである。人間のやることであるから、誤りの発生を完全になくすることはまず無理である。そこで、極力誤りが発生しにくいような制度にしておくのはもとよりであるが、更に、もし誤りが発生した場合には極力それを発見しやすい制度にしておく必要があり、更に、誤りが発見された場合には極力それを救済しやすいような制度にしておくかなければならない<sup>(\*)41)</sup>。判断にそう判断した理由が付されず、判断の誤りを理由とした上訴もできないような制度（陪審制）がこの目的に副わないことは明らかである。

#### 四 裁判員制度—陪審制との比較

氏は、前記の通り、裁判員制度を陪審制と比較することさえ陪審制にとって「いささか失礼」というほどであるから、裁判員制度に対しては極めて批判的である。その筆致は殆ど嘲弄気味と言ってよいであろう。

しかし、その中には、裁判員制度に反対の立場を取っている者から見ても、たやすく受け入れがたいものも多い。氏の日本法の誤解に基く部分については次の四で取り上げるので、ここでは陪審制との比較に関連するものを取り上げる。

(1) 氏は、裁判員法で、法律家、法曹有資格者、法務省・裁判所の職員、大学の法学の教授などを裁判員になれないとしていることを「驚いたこと」であると言う (157頁)。

しかし、陪審制のアメリカ、イギリスでも、参審制のフランス、ドイツ、イタリアでも、法律関係者には陪審員、参審員の義務を免除し、或いはこれを最初から陪審員、参審員の除外事由、欠格事由とする例が多く<sup>(\*)</sup><sup>42)</sup>、むしろこれが世界の一般的趨勢と評してよいのであるから、そんなに驚くほどのことではない。氏のこの記述では、読者は、裁判員制度のこの部分は世界に例のない特殊なことをやっているのかと思うであろう。読者を誤導する記述である。

(2) 氏は更に右の記載、理解を受けて、裁判員法による裁判員制度は、「明らかに『法律の素人』を裁判員として確保するための制度設計になっているのであって、『法律の素人に裁判ができるはずがない』という類の裁判員制度批判は、したがって極めてベーシックな次元での的外れであると思う。」(157頁)と言う。

これは論理が完全に逆である。「法律の素人に裁判ができるはずがない」という理由で裁判員制度を批判する人がいるとして（私は、裁判員制度に反対であるが、それは「法律の素人に裁判ができるはずがない」という理由によるのではない。）、その人の真意は、このように裁判員法は素人ばかりを集める制度になっているが、「法律の素人に裁判ができるはずがない」から、この制度に反対しているのである。

(3) 氏は、事実認定と法適用との関係につき、裁判官は、事実認定者でもあると共に法適用者であるので、「法律に合わせた事実認定ができる、つまり、裁判官が『被告人はやった。処罰しなければならない』と直感的に思っている場合、その結論に合わせた事実認定をすればよい。冤罪事件は結局、『被告人は罰せられるべきだ』といった、裁判官の法律に関する結論が先にあり、それに合わせて事実認定が行われてしまう場合が少なくないだろう。誤解のないように申し上げるが、私は日本の裁判官が日常的に『結論先にありき』の裁判をしているとは思わない。ただ、日本の裁判では事実認定が先にあるのか、法的結論が先にあるのかを外部からチェックすることは非常に難しい。」(173頁)という。

レトリックを駆使して、日本には冤罪が多く、それは裁判官審理のゆえである、と思わせようとしている文章であるが、ここで氏が述べているような危険性は陪審にこそより一層強くあてはまるものである。ここでの「裁判官」、「日本の裁判官」を「陪審」に置き換えれば、そのまま強力な陪審制批判になる。陪審審理では結論が先にあり、それに合わせて評決をすることが多い<sup>(\*)43)</sup>上、氏が先に陪審のメリットとして述べていた「陪審の法律を無視するパワー」などは「結論が先にある」典型例にほかならない。あのような論法で陪審制をほめたたえていた者がここでは同じ論法で裁判官審理を批判できると考えるその思考様式が、私には理解できない。

(4) 氏は、裁判官と裁判員との評議が、秘密保持義務下での密室で行われることを危惧し、裁判官が判例について誤った説明をしても、「ほとんどの刑事記録が非公開であるため、確認することもできない。」(184頁)という。

刑事確定訴訟記録を保管、管理しているのは検察庁であるから、「検察庁がウンと言わないと[その記録を]見ることができない」(61頁)というのはその通りであるが、刑事確定訴訟記録法を引用しながら「ほとんどの刑事裁判の判決書等は非公開」(61頁)というのは誤りである。

(5) 氏は、裁判員に守秘義務が課されているのは「不可解」であるという

(186頁以下)。この守秘義務を外せば、それなりのメリットはあるだろうが、他面では評議での自由な意見交換が妨げられるということも恐らく避け得ないことであって、どうしても司法への国民参加を実施しようとするのであれば、この守秘義務はやはり必要になるであろう。アメリカの陪審員が、任務終了後の発言が自由とされているのはむしろ例外であって、他の国民参加国ではいずれもこの義務を負わせている<sup>(\*)</sup>。氏も、陪審員に守秘義務のないアメリカは陪審制諸国の中でも珍しいと言っていた(112頁)のであった。それにもかかわらず、日本の裁判員制度での守秘義務を「不可解」と呼ぶのはおかしいのではないか。

(6) 氏は、裁判員法上の評決のあり方について、法は裁判官だけに否認権を与えているという(195頁以下)。曰く、裁判員法67条は、裁判員に裁判官と同等の一票を与えているように見えるが、裁判員が含まれない過半数はあり得ないので、これは裁判官の意見を含む多数決という意味になり、それは裁判官に否認権を与えるということである、「裁判官のこの否認権は被告人ではなく、従来の裁判制度を“裁判員の暴走”から守るためにあるとしか考えられない。そしてその根底には『警察や検察がせっかく逮捕して、時間をかけて捜査し、起訴した被告人を、裁判官の[裁判官に?]断りもなく、無罪にされたら、被害者に申し訳ない』という発想があるのかもしれない。」(197頁)と。

これからすると、氏は、裁判員制度下では、無罪を宣するにも裁判官一名の賛同意見が必要だと考えていることになるが、それが裁判員法の予定(公権的解釈)と異なっていることは明らかである。

ところが、氏は本書のその後(200頁)において、裁判官と裁判員の対立が起きた場合、例えば裁判官3名が有罪意見、裁判員6名が無罪意見にはどうなるか、という問題を設定し、こういう場合には犯罪の証明があったとは認められないことになるから被告人は無罪とされる、という検察庁のウェブサイトにある見解を紹介し、裁判員法中にはこれに関する明確な規定がないが、裁判員が裁判官と同じような一つのブロックになれば、か

なりのパワーを持つことになってしまうから、法はウヤムヤに記しているのかも知れないという「憶測」を述べている。氏はこの前で、池田修『解説裁判員法』<sup>(\*)45)</sup>の「裁判員も裁判官と同じ1票をもち、基本的には単純多数決で決せられるが…」(同書38頁。下線部分は原文では傍点)を引用しているが、池田書のこの直後の「構成裁判官または裁判員のみによる多数では被告人に不利益な判断をすることができないこととされている。」という部分は読まなかったのであろうか。

氏は本書の前の方で、陪審は、被告人が有罪か無罪かを決めるのではない、検察側の有罪証明が十分かそうではないのかということを決めるのだ、と力説している(110頁以下)<sup>(\*)46)</sup>が、我が国の刑事司法は昔からそうであり、裁判員法もそうなっているのである。

上記の氏の解釈は、有罪、無罪どちらの結論にも全員一致を要するという陪審制的発想に影響されたものではないかと疑われるが、法は、裁判員「ブロック」が「かなりのパワーを持つ」ことを恐れてあえて「ウヤムヤ」に規定しているのだという意見に賛同する者は少ないであろう。

本書のこの記述に接した読者は、裁判員制度下では、一体どんな場合が有罪になり、どんな場合には無罪になるのか、ほとんど理解できないのではなかろうか。

## 五 日本法

氏の日本法に対する理解に不安な点があるとは、以下のようなことである。

### 1 裁判員制度関係

(1) 氏は、裁判員制度につき、評議にあたって裁判員には「意見を述べなければならぬ」という義務を課している(裁判員法66条)のに対して、「し

かし、法律は裁判官に対しても同様に意見を述べる義務を課しているかという、そうではない。この違いは『裁判官は職務上、意見を言うのは当たり前なので、わざわざ法律で規定しなくてもよい』という発想によるのだろうが、裁判官が意見を述べないで評決が出るということは制度上ありうる。」(168～169頁)と言う。

これが裁判所法76条(「裁判官は、評議において、その意見を述べなければならない。」)を看過(又は無視)したものであることは言うまでもない。

更に氏は、前記の誤解に基いて、その結果、裁判員制度による冤罪事件が起きて、「責任を全部裁判員にかぶせることが可能になる」(169頁)という。

前記の通り、氏は実体的真実主義を取らず、訴訟的真実主義者であったはずであり、かつ、陪審のメリットとして、裁判官は判断の責任を取らなくてよい、というものがあると謳っていた氏が、他国の制度を批判するときには突然実体的真実主義に立ち戻り、「責任を…かぶせる」、「最悪のケース」、「制度[の]悪用・誤用」(169～170頁)と非難の言葉を並べるのはおかしいのではないか。

更に、被告人が有罪とされてそれが冤罪であった場合には、裁判官票が少なくとも1票はあった筈であるから、「責任を全部裁判員にかぶせる」ことは勿論不可能である。

(2) 裁判員法3条1項は、一定の場合には、裁判員を加えず、裁判官だけの審理ができる旨を定める。その要件は、「被告人の言動、被告人がその構成員である団体の主張若しくは当該団体の他の構成員の言動又は現に裁判員候補者若しくは裁判員に対する加害若しくはその告知が行われたことその他の事情により、裁判員候補者、裁判員若しくは裁判員であった者若しくはその親族若しくはこれに準ずる者の生命、身体若しくは財産に危害が加えられるおそれ又はこれらの者の生活の平穏が著しく侵害されるおそれがあり、そのため裁判員候補者又は裁判員が畏怖し、裁判員候補者の出頭を確保することが困難な状況にあり又は裁判員の職務の遂行ができずこ

れに代わる裁判員の選任も困難であると認められることである。

これについて氏は、「裁判官にとって裁判員制度はオプショナル」という小見出しを掲げて、次のように言う。「[裁判員法3条1項の大要に触れた後] そしてもちろん『その他の事情により』という、何でも適用できるグレーゾーンの規定も含まれているため、暴力団が絡んでいない事件でもこの例外が可能である。つまり、裁判員制度は裁判官にとって、ある程度オプショナルなものなのである。」(154頁)と。

「何でも適用できるグレーゾーンの規定」がふくまれているのは「もちろん」のことであるとした上で、「裁判官にとって」「ある程度オプショナル」と、裁判官はある事件を裁判員審理に付すかどうかについて相当広範囲な裁量権を有しているかのような描写であるが、これは正しいであろうか。

裁判員法3条1項には確かに「その他の事情により」という文言が記載されているが、原因が何であっても、裁判官だけの審理にするためには、「裁判員候補者[ら]の生命[など]に危害が加えられるおそれ[など]があり、そのため裁判員候補者[ら]が畏怖し、裁判員候補者の出頭を確保することが困難な状況」にあるか、「又は裁判員の職務の遂行ができずこれに代わる裁判員の選任も困難である」という後段の要件は動かない。従って、これに該当するような事例は極めて限定的であろう。

また、この「その他の事情」について、立法担当者の解説を見ると、「例えば、被告人に対する裁判の帰趨が、ある団体の存立その他の重大な利害にかかわるため、裁判を有利に進める目的で、裁判員に対する加害行為に及ぶことを企てていると認めるに足りる具体的な活動（告知には至らないが、加害行為の準備をしていることが判明した場合など）が認められるような場合が考えられよう。」<sup>(\*)47)</sup>となっており、裁判員法3条1項前段に準じるような場合が想定されていることが明らかである。

裁判官にとって裁判員制度はある程度オプショナル、という氏のここで  
の記述は単にミスリーディングであるにとどまらず、誤りと言うべきであ

ろう。

## 2 それ以外

(1) 氏は、刑事訴訟に当たる検察官の姿勢について、「日本の弁護士倫理規定には『弁護士は、勝敗にとらわれて真実の発見をゆるがせにはならないとあるが、検察官にはこのような義務は課されていない。』(62頁)と断定する。しかし、これは検察庁法4条の規定(「公益の代表者」)を看過したものであると思う<sup>(\*)48)</sup>。

もっとも、これは理念のレベルの問題ではあるが、それはアメリカでも同じことであろう。氏は、「アメリカでは、被告人に有利な証拠を弁護人側に開示しなかった検察官は、法曹資格剥奪など、懲戒処分を受けることになっている。」(同)と言うが、これも理念を述べているに過ぎない。むしろ、有権者の選挙で選ばれ、或いはその後の政治的キャリアが重要なアメリカの検察官<sup>(\*)49)</sup>に、一生を検察官で過ごすか、せいぜい弁護士開業をするしかない日本の検察官以上に「禁欲的」であることを求めるのは難しいのではないか。現実には、アメリカの検察官につき、「残念ながら、検察官の権限は、事実上、野放しの状態にある。多くの州及び連邦の判例を見れば、検察官の非違行為は日常茶飯事であることがわかる。悲しむべきことに、検察官は、合衆国の至る所で、相変わらず、連邦最高裁判所が1935年に定めた[倫理]基準を遵守していないのである。有罪判決を受けた者が無実である可能性が出てきたときの検察官の態度も問題である。検察官は、無実を示す新証拠を無視しようとするばかりでなく、これをつぶしにかかる。」という観測<sup>(\*)50)</sup>があるのはそれを示している。

(2) 氏は、日本の「お役所」では、「『一生懸命仕事をしています』という体裁を整えることが、仕事の業績や成果と同じくらい、あるいはそれ以上に重要になってくる」(64頁)から、警察・検察にとっては、「『検挙・逮捕された人は犯人であること』や『検挙・逮捕された人が起訴されて有罪

になること』が“暗黙の目標”となるだろう。何しろ“一生懸命仕事をしている”警察と検察が逮捕した『悪者』である。逮捕された人が起訴されて有罪になることが警察にとっての“正しい結果”であるはずだ。」(65頁)と言う。

しかし、我が国の起訴率（検察が受理した事件のうちで起訴の対象とした者の割合を仮にこう呼ぶことにする。略式命令請求分を含む）は、30パーセント程度しかないであり、刑法犯の場合にはこれが20パーセントにも満たない<sup>(\*)51)</sup>。氏はここでも所詮、現実に基づかない独自の憶測を述べているに過ぎない。

(3) 氏は、「裁判所はあまり強制力がなく、判決があっても履行されないのが珍しくないことは前述したとおり…日本の警察は民事不介入だし、裁判所が判決の強制執行に警察の関与を命じることができるとすれば、裁判所と警察に上下関係が成立してしまうから、お役所としての警察は受け付けられないはずだ。」(78頁)と言う。

これは明らかに民事執行法6条（「執行官は、職務の執行に際し…警察上の援助を求めることができる。」）を看過したものである。また、法廷警察に関しては裁判所法71条の2（「裁判長は…警視総監又は道府県警察本部長に警察官の派出を要求することができる。」）という規定もある。「裁判所が…警察の関与を命じることができるとすれば、裁判所と警察に上下関係が成立してしまうから、お役所としての警察は受け付けられないはずだ」というのは驚くべき思い込みというべきであろう。

(4) 氏は、裁判所も「お役所」としての上で、「裁判所がお役所であれば、その『縄張り』はどこだろうか。そのように考えて、裁判所のホームページを見ると、裁判所には、裁判所規則以外に所管法令がないことに気づく。」(81頁以下)と言う。

氏がここの「所管法令」という言葉にどういう意味を込めたのかはともかく、裁判所の「縄張り」については、これを定めた法律（昭和22年法律第59号裁判所法）が存在していることは、裁判所や司法制度を論じる場合

の常識である。

氏は、「裁判所の縄張り」、「裁判所の実態的な管轄」は、「①民事裁判における私人間の紛争処理、②刑事裁判における品質管理と量刑、③他の行政行為の品質管理、④法律解釈」であると述べる(82頁)が、これは裁判所法を看過したからで、家事事件の審判及び調停並びに少年事件の審判(裁判所法31条の3第1項)が抜け落ちる結果となっている。

(5) 氏は、日本には民法772条の「離婚後300日問題」があり、「女性が離婚後300日以内に産んだ子供は、再婚した場合でも、前夫の子供とみなされ…という問題である。」(83頁)と言う。

しかし、民法772条の規定は言うまでもなく、婚姻の解消の日…から300日以内に生まれた子は、婚姻中に懐胎したものと推定し(2項)、妻が婚姻中に懐胎した子は、夫の子と推定する、というものである。従って、この擬制を前提として氏がその次に述べる「法務省の通達が民法の明確な条文より『強い』」(84頁)という認識も誤りである。制定法主義の国において、行政庁の通達が法律の明確な条文より強いということがあり得ないことは法解釈の常識であるが、氏はこれを書きながら自分でもおかしいとは思わなかったのであろうか。

(6) a 判決書というものにつき、氏は、日本の判決書は誰のためにあるのといえ、「それは『高等裁判所と最高裁判所のためである。』が正解であろう。」(205頁)という大胆な意見を述べる。氏が引用する通り、司法制度改革審議会の意見書には、裁判員制度下で「当事者及び国民一般に説明してその納得や信頼を得るとともに、上訴による救済を可能ないし容易にするため、判決書には実質的理由が示されることが必要である。」とあるにもかかわらず、氏がこのように述べる理由は、「ほとんどの刑事裁判の判決書は最終的には準国家機密扱いを受けることは[前に]説明した通りであるから、国民はそれをどのように見て納得するのだろうか。また、被告人側の当事者にしても、無実なのに有罪にされた人は判決書があるからといって納得するはずがないし、自分の罪がわかっている人は判決を宣告

される前から納得しているだろうし、もし無罪になれば納得というより、ハッピーだろう。…また、当事者の検察は今までどおり、判決書があっても納得せず、無罪判決や量刑の軽い判決について上訴をするので、検察のためとも思えない。よって意見書の納得云々の部分を除けば、『上訴のため』だけが理由として残ると考える」（205頁）というものである。

b このような意見が堂々と主張されたということにも驚くべきであろう。

まず、氏が、刑事判決書は「準国家機密扱いを受ける」というのは、これは要するに、氏がある判決書を見たいと思って最高裁判所に問い合わせたところ、最高裁から、刑事記録を保管しているのは検察庁であるから、検察庁でそこでの許可が要る、と言われたというだけのことである（61頁）。氏はここで判決書の原本が見たいと思い、そういう趣旨で書いたのかも知れないが、「国民はどのようにそれを見て納得するのだろうか」という記述は、明らかに判決内容、判決理由のことを指している。判決理由は、判決書原本を見るまでもなく、著名な事件であれば、言渡した後直ちにその全文又は要旨が新聞に掲載されるし、また、ある程度以上の重要性を持った事件の判決書は、新聞より更に広範囲に判例集や各種の判例出版物に収録される。また、これを介してウェブ上にもすぐに現れる。判決書原本によってしか得られない情報というのは担当裁判官の署名、押印の様子だけである。氏が日本には判例集や判例雑誌、各種のウェブ上の判例情報が存在していることを知らないとは思われず、国民が「どのようにそれを見て…」などと、判決理由の中身に接することができないことを前提にした記述をしているのは私には理解できないことである。

もっとも、氏はここで、公刊物には現れない軽微な事件（氏が「デブ事件」と呼んでいるもの。45頁、47頁、193頁）の内容を承知したかったのもかも知れないが、それなら今度は刑事確定訴訟記録法に則って検察庁に当たるべきで、そういうこともなしで「ほとんどの刑事裁判の判決書は…準国家機密扱い」と書くのは曲解が過ぎるのではないか<sup>(\*)52)</sup>。

c 氏がここで「判決書」と言っているのは、その書面自体ではなく、要するに判決理由のことであるから、概念を明確にするために、以下では「判決理由」と書く。陪審制では評決にそう判断した理由が見つらず、結論だけのものなので、氏には判決理由の重要性の認識が十分でないように見受けられる。従って、ここで判決理由は何のためにあるのかということ振り返っておくのは意味のあることである。

判決理由は、まず当事者のためにあることは当然であろう。被告人側が、無実なのに有罪にされた場合、判決理由があるからといって納得するはずがない(205頁)、というのは、普通にはそうかも知れない。しかし、無実の者が起訴されるというのは、検察官をして公判維持が可能だと判断せしめるだけの証拠があったということであり、客観的状況が不利だということは当の被告人にもわかっていることである。その中で、どの証拠をどう判断してその結果になったのかということの説明する判決理由があることは、これから上訴をしようとする被告人には特に好都合なことである<sup>(\*)53)</sup>。また、場合によっては、この証拠でこう認定されたのでは仕方がないと思うこともあるであろう。陪審制ではこの判断理由がないので、当事者、特に被告人側にとっての不都合さが際立つのである。

また氏は、検察は判決書があっても納得せず、無罪判決や量刑の軽い判決について上訴をする(205頁)というが、日本ではこれは該当しない。無罪、と言われた検察側が、その理由次第で上訴を断念すること(「この判断ではもう仕方がない。上訴しても破れまい。」と判断すること)は普通にあることである<sup>(\*)54)</sup>。判決に理由が付されているからこそ、後はその判決理由の合理性如何の勝負になって、無益な上訴が避けられるのである。なお、現実的には、陪審制法域の大部分<sup>(\*)55)</sup>が無罪判決に対する検事控訴を認めないようであるが、ここでの問題は、無罪判決に対する検事控訴を認めるべきかどうかという政策論ではない。ここで言っているのは、無罪判決がその判決理由次第で訴追側をして上訴を断念させるという事実が現に存在していることを知り、判決理由の重要性というものを認識せねばならない

ということである。

氏が、結論がどちらであっても敗れた方は納得しない<sup>(\*)56)</sup>というのは、結論のみがあってその判断理由がないという陪審の発想に影響を受けすぎたもので、陪審国の法律家らしいものではあるが、我が国では誤りである。陪審制下では、当事者も周囲も国民全般も、その関心は結果（被告人の有罪、無罪）のみに向けられる傾向があるということがよく現れていると言えよう。

d 判決理由が上訴審にとっても有用であることは当然であるが、判決理由がそのためだけにあるのではないことも当然で、判決理由の次の存在理由は、国民全体のため、ということである。国民に対して、具体的な事件を通じて法の内容を明らかにするとともに、裁判所の判断及び判断の過程を示すことによって裁判の公正を保障する、ということである。判決に理由が付されているからこそ、市民は、例えば、ある行為が最初から犯罪を構成しないものであったのか、構成要件には該当したが違法性を阻却する事由があったのか、責任能力がなかったのか、可罰的違法性の欠如や公訴の棄却という事情であったのか、それとも犯罪事実の証明如何という問題であったのか、ということが判断できるのである。これに対して、判決に理由がなければ、市民の関心は、被告人の有罪、無罪だけに向けられ、ある判決が市民の行為規範として役に立つということはまず期待できない。

e この点に関してもう一つ重要なことは、判決理由は国民の裁判批判の貴重な資料となっているということである。我が国の職業裁判官の認定が非合理的であると批判されることがある。そして、批判されなければならないものが現にあることも事実である。しかしながらそれは、判決に理由が付されているから、その論理をたどってその非合理性を批判できるのであるし、広津和郎氏の有名な松川事件（第一次控訴審）判決批判のように時としてその批判が極めて強い説得力を有するのは、その批判を読む者も、判決理由を構成する論理の合理性、

非合理性を自ら検証できるからである<sup>(\*)57)</sup>。いかなる判断者も批判を免れて独善に陥ることがあってはならないことに思いを致せば、批判ということの重要性は明らかである。これに対して、もし判決理由がなければ、周囲からも全く批判のしようがない。むしろ、陪審の評決は、市民の代表による判断として批判を許さないのであるが、そのことは、評決に理由を付さないという制度的保証を伴っているとも言えるのである<sup>(\*)58)</sup>。

f 判決理由にはもう一つ極めて大きな役割がある。これは判断に理由を付さない陪審制諸国の法律家には目の届きにくいことであろうが、それは、判決理由はその裁判官自身に対して、自己の考え、判断を客観視することを可能ならしめるということである。裁判官の頭の中では判決理由が一応完成していても、実際に筆を取ってこれを文章として表現してみると、認定や論理に無理な点或いは適切でない点があることに気がつき、時には結論自体をもう一度考え直すに至ることもあるということは、裁判官なら誰でも経験があることであって、これは誤判防止のために極めて大きな役割を果たしているのである<sup>(\*)59)</sup>。これに対して、判決に理由を付さないということは、陪審制がそうであるように、判断者が印象ないし直感だけで判断することを可能ならしめることであって、誤判、冤罪の増加は必至であろう。

## 六 その他

### 1 不適切諸点

そのほかにも、氏の挙げる比較やその記述に適切でないものがある。

(1) 氏は、「陪審制度は『粗末司法』であるのに対して、日本の専門裁判官による今までの刑事裁判は『精密司法』であるといわれることがある。しかし、粗末司法という見方自体に問題があるといわなければならないで

あろう。陪審制度には約800年以上の歴史があり、多少の違いはあっても数十カ国で利用されている。陪審制度が粗末で取るに足りないものであるならば、なぜこれだけの歴史や実績があるのだろうか」（10頁以下）と言う。

私は、陪審制を「粗末司法」と呼んだ人を知らない<sup>(\*)60)</sup>し、ましてこれを「取るに足りないもの」と評した人を知らない。「粗末司法」といわれる、と切り出しながら、更に、取るに足りないもの、と恐らくは誰も言っていないことをつけ加えて反対論をこのように曲解して拡大し、己が反論する前に反対論者の議論をことさらに貶めておこうというレトリックは、フェアな論法とは言えまい。そういえば、氏は、前に、陪審コンサルタントを批判する文脈で、こういう業者は星座占いでアドバイスを提供していると言っていた（前記三4(1)）のであった。

もっとも私は、陪審制につき、その事実認定と判断が粗雑であることに着目して「粗雑司法」であるとは思っているが、それは事実認定と判断に関することであって、そのシステム全体のことではない。この制度では、陪審員の選定段階や公判段階において、当事者も裁判官も膨大な時間と労力を強いられることは陪審制反対論者でもよく承知していることである。「粗末」と「粗雑」では意味がまるで異なっているが、それにもかかわらず陪審制反対論者は陪審制を粗末で取るに足りないものと思っているのだ、と氏が考えているとしたら、それは陪審制反対論の本旨を理解しないものである。

(2) 氏がこの本を書いた「もう一つの目的」(第一は陪審制の礼賛)は、「『普通の日本人』は決してバカでも幼稚でもない」、「一般市民の知恵は信頼していいものだ、信頼すべきだ」という考えを述べること」であると言う(14頁)。

しかし、驚くべきことに、本書中に右前者に関する論証、記述は全くないし、後者についても、そこで言っている「一般市民」が日本人のことであるならば、これに該当する記述も本書の中に存在しない。本書の記述は要するに、斜に構えた日本社会への風刺と美化された陪審制の広報のみであって、氏はなぜこのようなことを本書「はじめに」で書いたのか、これ

も私には理解できないことである。

## 2 批判の資格

また、私は、氏に日本の司法制度を批判する資格があるのだろうかという思いを禁じ得ないのであるが、それは具体的には、以下のようなことである。

アメリカはかねてから膨大な数の冤罪事件を抱えている上、いわゆる「9・11」以後、少なくとも2008年一杯までは、一種の「逆上」状態にあり、アフガニスタンやイラクから多数の「テロ容疑者」を本土外にある強制収用所に拉致、連行して無期限に拘束するということをしている。あまつさえこの国の本書の刊行当時の最高指導者は、新聞報道によれば、拷問を堂々と肯定していたのであった。

自国でそういう状況を抱えているにも拘らず、それについて殆ど触れないまま<sup>(61)</sup>、或いは、「陪審制は個人を公権力から守る最後の砦」と唱え、或いは「日本以外のほぼすべての先進国〔恐らく氏の国であるアメリカも含む趣旨であろう〕では、行き過ぎた不当な取調べや冤罪事件を防止するために…『取調べの全面可視化』が行われている。」(14頁)と言い、或いは「日本は一種の『拉致大国』としての評価が海外で定着している。」(34頁。外国人と結婚して外国にいる日本人が、婚姻関係が破綻した後、「勝手に子供を連れて日本に帰ってしまう」ことだという。)と難じ、或いは、「何せ、酒の席で人を『デブ』とけなしただけで、一ヵ月間自由を失うことが、日本ではありうるのだ」(193頁。侮辱罪に問われて拘留された人がいたという)と非難し、或いは、世界人権宣言では「裁判において法律に従って有罪の立証があるまでは、無罪とされる推定する権利を有する」、「何人も、ほしいままに逮捕、拘禁…されることはない」、「何人も、拷問又は残虐な、非人道的な若しくは屈辱的な取扱若しくは刑罰を受けることはない」(68頁)とされている、と述べるというのは、普通の法律家なら恥ずかしくて

できないことであろう。

氏は、日本の司法状況をアメリカと比較して批判する前に、日本では、テロ容疑者と名前をつければ人を無期限に拘束を続けることができるという無法な制度は存在しないということ、このような日米比較はそもそも失当であるということに思いを致すべきであった。

これについて氏は本書の末尾で、「ブッシュ政権下のアメリカでは、『テロとの戦争』を大義名分として、裁判することなく、テロの容疑者を長期間にわたり勾留し、過酷な取調べをしており、世界的な批判を浴びている。私はもちろん、多くの法律家が国の現状を嘆いている。」(225頁)と一応つけ加えてはいる。しかし、氏は、その直後に、「しかし、これもひょっとしたらグローバルスタンダード [!] になっていくかもしれない」と、驚くべき逃げ道を残しておくことを忘れない。陪審制は個人を公権力から守る最後の砦だ、裁判員制度を陪審制と一緒にするだけでも陪審制に失礼だ、と言った同じ口が、ここではこのような拷問や裁判によらない長期間の人身拘束につき、これが世界標準になるかも知れないと言って、自国の暴挙を擁護しようとしているわけで、冗談にも程があると言うべきであろう。

自国の状況とは全く別に他国を批判できるというメンタリティに私は異様なものを感じるのである。日本人がいう国際化とは国際社会に自分たちが合わせていくことであるが、アメリカ人がいうグローバリゼーションとは、自分たちは変わらずに自国の基準を他国に強要することだと喝破した人がある<sup>(\*)62)</sup>が、ここでもそれが想起されるのである。

## 七 結論

以上のような叙述を続けてきた氏の最後の問題設定は、この裁判員制度は誰のためにあるのか、ということである。

## 1 被告人

氏は、被告人がこの裁判員審理を辞退できないことを理由に、これはまず被告人のためにあるのではないという(16頁)。これは今さらこと新しく言うまでもなく、この制度を提唱した司法制度改革審議会の意見書自体が言っていることである(IV第1・1(3))。氏の意見は、アメリカでは被告人が陪審審理を辞退できるから、アメリカの陪審制は被告人のためにあるというにあるが、同じ陪審制であっても被告人の辞退を認めない他の諸国(氏はオーストラリアの例を挙げる(17頁))では、そこでの陪審制は被告人のためにあるのではないことになるから、陪審制といっても国によっては被告人のためにあるというわけではない、ということをご自分で併記しておくとならばフェアであったであろう。

## 2 裁判官など

氏は、結局、この制度は「裁判官のための制度である。」と答えている(210頁)。審理に新たに裁判員が加わり、評議は密室で行われ、裁判員には守秘義務があることによって、今後は裁判に対する批判ができにくくなるから、裁判官にとって都合がよいという理由である。また、この制度は、「冤罪の温床」との批判のあった従来のシステムを大きく変えずに済む検察庁のためでもあり、さらには、「司法関係の偉い人々」が「日本は他の国と同じように、陪審制度のような制度」(214頁。下線部分は原文では傍点)があると語るようにするための制度でもあるという(213頁以下)。

なお、「誤解のないように申し上げるが、私は決して『日本は法治国家ではない』と主張しているわけではない。ただいえることは、法治国家を象徴するモニュメントができたからといって、今までの非法治国家が法治国家になったり、部分的に法治国家だったのが完全なそれになったりす

ることではない、ということだ。」(215頁) という記述に氏のスタンス、或いはものの見方がよく現れていよう。自国では背後に、膨大な冤罪事件や、法や裁判によらない人権侵害を抱えていながら、他国にはこのように言えると考えている人が現に存在していることに驚くべきである。

### 3 国民

氏の裁判員制度に対する見方は、「シニカルな理解」(215頁) というより、ほとんど愚弄、嘲笑の世界であるが、それでは氏は裁判員制度に反対かということ、そうではない。この制度があれば、裁判官は「いろいろなことを裁判員のせいにするができる」(216頁) し、同様に、「検察にとっても便利な存在になればいいと思う。」(218頁)。無罪判決に対して、「『裁判員が関与した判決』ということであ…上訴をしない言い訳にできるから」である(218頁)。更に、「弁護士がもっと重要な存在になる」(218頁) ということもあるからである。

それでは、この制度は国民のためのものであるのか。この点について本書では曖昧である。確かに、裁判員制度の詳細を知ると、これを国民のためのものであるとすることは憚られるであろう。まして氏の立場では、これは裁判所や検察が、不都合なことを「国民のせい」にし、「司法関係の偉い人」が日本にも「陪審制度のような制度があると語るため」の制度であると、殆ど嘲笑気味の記述をしてきたのであるから、これが国民のためであると言えるはずがない。

### 4 権利と義務

(1) そうすると、最後の課題は、国民はこの制度をどう考えるべきか、国民にとって裁判員制度は何であるのか、ということになる。氏の意見は、国民はこの問題だらけの制度に反対せよとか、不都合な点の改正を積極的に訴えよというものではなく、これをそのまま受け入れ、かつ、裁判員と

なることを「権利」と考えて、積極的に裁判員の義務を果たせというものである(220頁以下)。これまでに述べてきた氏の立場で何故こうなるのか、私には理解できない。氏の立場では、日本国民の取るべき道は、裁判員制度に反対し、陪審制を導入せよということしかないはずである<sup>(#63)</sup>。

辞退も放棄もできず、履行しないと制裁があるようなものを権利と呼ぶのは無理であるし、特にそれまで、裁判員制度は、不都合なことを裁判員のせいにする裁判所のためにあり、この制度を言い訳に使える検察庁のためにあり、他国に誇る司法関係の偉い人のためにあると言ってきた氏がどうしてこれが国民の権利であると言えるのであろうか。陪審制に心酔する余り、司法に参加するという以外以外の行動様式は最初から想定できないのかも知れない。

(2) これを強弁しようとする氏の最初の論法は、投票と陪審はアメリカの市民社会ではセットになっている、というものである(221頁)。もっともここでは、司法への参加が権利なのか義務なのかということを論じているはずなのに、「権利なのか義務なのかは別にして」という、驚くべき留保がついている(同頁)。建国以来、憲法(アメリカ憲法3条2節2項)ですべての犯罪に陪審裁判を保障している国において、陪審員が市民の義務とされることは当然のことであるから、これを投票と「セット」にすることは氏の自由であろうが、憲法の条文も国民が裁判に求めるものも全く異なった別の国において、同じ論法が使えるというのは無理である。なお、義務を権利と言い換えるのは、詭弁とも言うべき危険な論法であるということは別に書いた<sup>(#64)</sup>。更に、裁判員制度を勧めるためには、当然、これが日本国憲法に適合していること、そしてそれを論証することが必要となるが、本書にそのような論証はない。

もっとも、全くないわけではなく、日本では「憲法そのものが、お役所から国民への『贈り物』のような」ものだから「『裁判員制度は人権を侵害する違憲の制度だ!』」といった主張は、私のこのような考えからすれば間違いで、憲法上の問題はまったくないはずだ。裁判員制度も憲法と同じ

ようにお役人からの贈り物であるからだ」(70頁)という記述はある。とても法律家の憲法論とは思われない。

(3) これに関する氏の第二の論法は、記述の趣旨が相当曖昧なのであるが、氏の意思を忖度すると、要するに、これを義務にしたままでは裁判員の都合が優先される結果、それが「真実の究明」より優先される恐れがあるが、これを権利とすれば、裁判と評議を早く終わらせようとすることは権利を制限する行為になるので、そのようなことはなくなるであろうというものであると見受けられる(222頁以下)。ここでまた氏が、裁判員制度のために都合よく実体的真実主義に立ち戻っていることに注目しなければならないが、要するにここで氏が言っているのは、たとえば公判の延長につき、これが国民の義務なら、義務の拡大となって裁判員を納得させられないが、これが権利なら、権利の拡大ということになるから、文句はあるまいということであろう。

しかし、真相究明をめざして十分な審理をするためには、別に裁判員の義務を権利にする必要はない。裁判員の義務はこのように重要なものであるから、それへの十分な理解、認識、協力が必要であると言えば、それだけで済むことである。

更にこれに関して氏は、これを権利とすれば、これを十分に行使するために、裁判員は公判中に早く家に帰りたとも言わなくなるだろうし、疑問点があればそれを質すようになって、「司法に対する国民の理解の増進」に貢献するかも知れないし、疑問がある場合には、なるべく被告人に有利な選択をするようになるだろうとも言う(222頁以下)。

ここで氏が想定しているのは、裁判員が義務ならば、公判中に早く帰りたいと言い、疑問があってもそれを放置しているが、これを権利と呼べば、公判中に早く帰宅したいとは言わなくなり、疑問があればこれを質す気になるという人たちである。「決してバカでも幼稚でもない」(14頁)はずの日本人を氏がどのような目で見ているか、明らかであるが、刑事裁判の主役であるはずの被告人(222頁)は、このような裁判員の裁判を受けたい

と思うであろうか。

## 七 最後に

(1) このほか、本書には、まじめに司法への国民参加を論じているというより、殊更に斜に構えて見て、日本の状況を不必要に嘲笑しているのではないかと思われる記述が多く、それも本書の品位を低からしめている。これらは、「なるべく分かりやすくするために、日本の法律、裁判制度について多少大げさかつ簡単に描い」(87頁)た結果とは到底評価できないものである。

その例を挙げる。

- 裁判官が被告人を無罪にすると、被害者は2次被害を受け、被告人は捜査過程で無意味な被害を受けたことになり、拘束を許可した裁判所もその被害に加担したことになり、裁判官の「今日もいいことをしました」という気持ちと仕事に対するプライドが失われる(23頁)。
  - 日本の法律は、国民のためではなく、お役所の権限と威厳のためにあり(37頁、39頁)、国民を公権力に屈服させるためにある(47頁)。
  - 日本の刑事裁判では、「“本当の真実”とは半分無関係に、被告人が有罪になった方がお役所〔警察、検察、裁判所〕同士としては丸く収まるだろう」(85頁)。
  - 「要するに、裁判員制度のおかげで、被告人を無罪にしても、裁判所は法務省や検察庁に対して『このたびはすみせん。でも、裁判員たちがどうしても、ということだったので』といった建前が使えるようになるかも知れない。」(217頁)
  - 「裁判員のおかげで日本の刑事裁判は、関係する各省庁の顔色をうかがわなくても進められるようになるかも知れない。」(218頁)
- 氏は、日本の刑事裁判はこれまで、「関係する各省庁の顔色をうかが」っ

て進められてきた、と言っているわけで、日本の裁判所に対する重大な侮辱である。

(2) 結局、本書には耳を傾けるべき点が全くないわけではないが、最終的には、所詮アメリカ人ないしアメリカ人弁護士の思想、発想を知るのに有益な本であると受け止めるべきものであると思う。

〈注〉

(1) 本稿中で、

- ① カギカッコ（「 」）を付したのは、本書中の文章をそのまま引用した部分である。
- ② 本文、引用（「 」内）を問わず、これに付した傍線は、特に断らない限り、私が付したものである。
- ③ 文章中に「 」を付された部分を引用する場合には、元の「 」を二重カギカッコ（『 』）で表示した。
- ④ 引用文中に〔 〕で表示した部分は私が付記、補充したものである。
- ⑤ 引用に単に頁数のみをもってしたのは、すべて本書（『アメリカ人弁護士が見た裁判員制度』）の頁数の謂である。
- ⑥ 「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」は「裁判員法」と略称した。

(2) 「あとがき」には、氏は、以前は歴史家を目指していて、東北大学で4年間、日本史を研究していたとある。

(3) 拙著『司法過程論と裁判批判論』（悠々社、2004）第3章。本稿で「拙著『批判論』」として引用するのはこれである。

(4) 氏は、O・J・シンプソン事件の刑事裁判（無罪評決）を陪審の「暴走」と言う人もいるという形で、この事件を取り上げている（96頁、137頁以下）が、最終的には「陪審の法を無視するパワー」の論理でこの無罪評決を擁護している（138頁）。ということは、氏は、この事件の評決は実体とは齟齬したものであると思っているのであろう。

なお、私は拙著『批判論』第3章でこの事件を何回か取り上げたが、それは真相の追求を目的としない陪審制での当事者の訴訟行動を紹介し、合わせて陪審員の負担が大変になることの例として示したのであって、この評決を誤判だと言ったのではない。そのことは拙著『批判論』123頁注（95）に明記してある。

(5) これをまとめたものとして、拙著『批判論』、特に116頁以下、137頁以下及びそこに引用した各種文献参照。

このほか、

- ① 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編Ⅲ』130頁以下(司法協会、1996)は、重大事件(殺人、強盗など)での陪審による冤罪の事例8件を掲げている。
- ② 2007年8月29日のNHK番組「クローズアップ現代」は、アメリカの冤罪を取り上げ、アメリカで死刑を宣告された者の中から無実であった者が124名発見されたということを知った。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択することもできるから、これら冤罪のすべてが陪審によるものではないであろうが、陪審審理辞退の割合には法域による差があるとはいえ、少なくともその半分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。

- ③ 中嶋博行『この国が忘れていた正義』55～58頁(文春新書、2007。但しこれは直接には陪審制やその誤判の問題を扱っているものではない)もアメリカでの数多くの冤罪のことを記述し、「この30年の間に、アメリカでは百人もの死刑囚が再審無罪で死刑囚監房から生還している、とまとめている。

その中の「アンソニー・ポーター事件」は、検証を実施していれば「目撃」証言がたやすく虚偽であることを発見できたのに、陪審員が供述証拠に頼ったために被告人が死刑を宣告され、16年もの期間を死刑囚として過ごすことになったという事件であって、特有の事情(㊟)から検証が実施できず、供述証拠に頼るしかない陪審制の弱点をよく表わしている。

我が国では、昭和50年代に、死刑が確定していた者4名が再審で無罪になるということがあって(拙著『批判論』92頁注(9)、(13)参照)、大きな問題となったのであるが、アメリカでは(その全部が陪審によるものではないとしても)死刑事件の冤罪が我が国とは実に2桁違うのである。

- ㊟ 検証は、その結果が措信できない、ということがまずないという貴重な証拠調べの方法であるが、陪審制下では、陪審員を、他との接触を防ぎつつ現場まで連れ出すことの技術的な困難さのゆえに、法廷外の検証は、極めて稀、或いは、全く行われぬ、とされている(拙著『批判論』114頁)。

(6) 前注・『陪審・参審制度 米国編Ⅲ』155頁参照。

(7) 氏によれば、陪審制下では、真実には反するが、同情すべき被告人を「陪審の法を無視するパワー」で強引に無罪にするという「市民にとっての『正しい結果』」は存在する(138頁)という。今はその領域での議論を避ける意味でこういう表現にした。

(8) 拙著『批判論』97頁以下参照。

(9) 氏は、次の富山冤罪事件とは異なってこの志布志事件を直接「冤罪」とは呼んでいない(逆に、「冤罪」ではないとも言っていないが)が、この事件を日本の刑事司法を批判する文脈の中で富山冤罪事件と並べて同様の挙げ方

をしている（58頁）ので、氏はこれも冤罪事件ととらえているのであろうと考えられる。

- (10) もっとも、再審事件で請求人に無罪を宣するのに原事件関係の捜査官の証人尋問が必要ではないというのは論理の立つことである。
- (11) つまり、無実の者が逮捕、勾留、起訴されても、公判の結果、正当に無罪判決に至り、あるべき姿の通り解放された場合はこれを「冤罪」とは呼ばない、ということである。この私見については、拙著『批判論』88頁注（5）参照。もっとも、その判決が確定する必要はなく、誤った一審の有罪判決が上訴審で修正された場合には、これを「冤罪」の語義に含めて差し支えないであろう。
- (12) 無罪が多いということは起訴が粗雑で、起訴すべからざる者を起訴していることになることになる。このことに注目すれば、無実の者を含めて無罪たるべきものが、一旦被告人とされた上で弁護人の尽力の結果として漸く無罪判決で解放されるより、最初から不起訴で済んで被告人にならずに済む方がはるかにましである。起訴が慎重な結果として有罪率が高いのであれば、それは非難すべきことではない。
- (13) 前掲（注5）『陪審・参審制度 米国編Ⅲ』59頁によると、20世紀の第3・四半期で、連邦地裁での陪審による無罪率は、20数パーセントないし30数パーセントである。
- (14) これは、それが何故「形而上」の問題であるのかということを含めて、私には理解が困難である。
- (15) 拙著『批判論』107頁注（56）及び該当本文参照。
- (16) 前注102頁以下。そこでは、アメリカではこれが1000社を越え、年商2億ドルの産業になっているという資料を紹介している。
- (17) もっとも、アメリカで本当に星座占いでアドバイスを提供している陪審コンサルタントが存在しているのかどうかについては私には知識がない。もしそういう業者が本当にいるのであれば、そのアドバイスは確かに裁判の結果とは「余り関係ない」であろう。
- (18) 拙著『批判論』101頁以下参照。
- (19) 前注99頁参照。
- (20) 前注158頁以下参照。
- (21) 前注139頁以下参照。
- (22) 前注150頁参照。
- (23) 前注143頁以下参照。
- (24) 前注119頁参照。
- (25) もっとも、これだけでは殺人のような重大事件へは対処しにくい。
- (26) 最判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。
- (27) 陪審国では、殺人事件における被告人側の最大の防御は、被害者は殺され

てしかるべき悪いやつであった、と言われているそうであるが、これは陪審の判断の本質はどういうものであるのか、ということをよく表わしていると言えよう。拙著『批判論』142頁参照。

私見によれば、陪審の判断は、被告人が犯人かどうかというような事実問題ではなく、そこにいる被告人を処罰したいと思うかどうか、という地域住民としての意思表示である。拙著『批判論』141頁以下参照。

- (28) 拙著『批判論』138頁参照。
- (29) 田中英夫『英米法総論下』453頁（東京大学出版会、1980）。
- (30) ジェローム・フランク（古賀正義訳）『裁かれる裁判所（下）』406頁（弘文堂、1970）での表現。
- (31) アメリカでは、公判中に居眠りをしている陪審員を、その陪審員に恥をかかせずに起こす技術まで発達していることにつき、拙著『批判論』123頁注94及び該当本文参照。

なお、公判中の事実認定者の居眠りについて氏には更に述べるところがあり、裁判員が公判中に居眠りをしている場合には、これは裁判員法9条4項の「裁判員の品位を害するような行為」に当たるかもしれないから、担当裁判官は注意するだろうが、「それができるのは裁判員の品位を保つ義務…が背景にあり、裁判官が義務の履行を命じることができるところからであろう。しかし、同じ裁判で…陪席裁判官が居眠りを始めた場合は、誰が何に基いて叱るのだろうか？ それとも裁判はそのまま継続するのだろうか。」(167頁)と。

裁判員法中に、裁判官は品位を保つ義務があるという一文がないということは、裁判官のありように関する黙示の規範もないという意味ではないが、氏は、最高裁判所・日弁連間の「弁護士任官等に関する協議会の協議のとりまとめ」中の弁護士任官推薦基準（要するに、能力、教養、公正さ、慎重さなど20項目ほどの判断基準が並んでいる。）を見て、こんな超人的な人がいるのか、「思わず笑ってしまった」、と嘲笑している（148～149頁）。

- (32) 拙著『批判論』94頁以下（悠々社、2004）参照。
- なお、氏は、陪審は、証拠だけに基いて…評決を出すというのが鉄則である（114頁）というが、この映画では、法廷に提出されていない資料（ある陪審員が私的に…つまり訴訟法的には違法に…入手したナイフ）も評議室である役割を果たしていることを描いている。
- (33) ここに描かれているような証拠の状況で被告人が有罪になるのだとしたら、それは恐るべき雑糺司法と言わねばならない。拙著『批判論』95頁参照。
- (34) 拙著『批判論』148頁（注）166参照。
- (35) 前注171頁参照。
- (36) 拙稿（講演記録）「裁判官の勉強について」判例タイムズ1191号104頁（2005）参照。

- (37) 私は以前、ある媒体で、裁判員制度の当否を巡って対論をした際にこのような意見を述べたところ、ある裁判員制度賛成論者が、行政にはそういうシステムがある、各種の審議会がそうだと、言ったので、思わず絶句したことがある。言うまでもなく、各種審議会の委員は有権者名簿から無作為に選ぶのではないし、その答申は行政庁を拘束するものではない。さすがにこの部分は活字にはなっていない。
- (38) 裁判員制度を風刺した池内ひろ美氏の表現。池内ひろ美・大久保太郎『裁判長！話が違うじゃないですか』14頁（小学館、2009）。
- (39) 私は、年金の問題（例えば資金の運用）は年金の専門家に任せるべきであると思う。これはその専門家に違法、不当な行為があった場合にそれを追求するのは別の問題である。また、「武力行使」も具体的な作戦行動は専門家に任せるべきである。氏の国は今でもアフガニスタンで戦争をしているようであるが、軍事力行使の具体的な内容についてはそうしているはずである。
- (40) 兼子一＝竹下守夫『裁判法（4版補訂）』24頁（有斐閣、2002）。
- (41) 拙著『批判論』171頁参照。
- (42) アメリカの例につき、最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 米国編Ⅰ』（司法協会、1992）55頁、66頁、69頁、75頁、85頁以下、イギリスの例につき、同『陪審・参審制度 英国編』（司法協会、1999）46頁、フランスの例につき、同『陪審・参審制度 フランス編』（司法協会、2001）99頁、ドイツの例につき、同『陪審・参審制度 ドイツ編』（司法協会、2000）29頁、イタリアの例につき、同『陪審・参審制度 イタリア編』（司法協会、2004）44頁参照。
- もっとも、現在のアメリカでは、法域によって、弁護士が陪審員になれるところもあるようである（右『米国』書80頁など）が、参審制諸国の場合には、単なる辞退事由ではなく、最初から不適任事由（ドイツ）或いは「絶対的禁止事由」（フランス）、欠格事由（イタリア）としているようである（上記諸文献参照）。
- (43) 拙著『批判論』141頁以下参照。
- (44) イギリスにつき、前掲（注42）『英国書』391頁以下、フランスにつき、同『フランス書』122頁、ドイツにつき同『ドイツ書』92頁、イタリアにつき、同『イタリア書』152頁。
- (45) 池田修『解説裁判員法 立法の経緯と課題』（弘文堂、2005）。
- (46) 陪審の評決が「非有罪」の場合でも全員一致を要するとされてきたのは、伝統的にはやはり「有罪」か「無罪」ということを判定する機能を持たされてきたせいではないかと思う。
- (47) 辻裕教『「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)』法曹時報59巻11号81頁（2007）。

- (48) ここでいう「公益の代表者」の意味について、拙著『裁判員制度批判』(西神田編集室、2008) 218頁注(40)及び該当本文参照。
- (49) サザランド=クレッシェー(平野龍一監訳)『アメリカの刑事司法』135頁以下(有信堂高文社、1984)参照。ここには、「都市の検察官は…記録上、公判にまわった事件のうち有罪になったものが多いことを示さねばならない」という記述もある。
- (50) 前掲(注5)『米国編Ⅲ』155頁以下、159頁が紹介するある論文。
- (51) 法務省刑事局「平成19年の検察事務の概況」法曹時報60巻117頁以下参照。
- (52) これだけのことで日本の刑事判決書は準国家機密扱いだということを、氏は本気で言っているのであろうか。日本(又は本書の読者)を愚弄、嘲笑するためそう言っているのではないかという疑問を禁じ得ない。
- (53) 拙著『批判論』132頁参照。
- (54) 一審の無罪判決に対して検察官が控訴せず、一審で確定するということは時々あることである。近時の例を探してみた。
- 水戸地判平成20年1月17日判例タイムズ1265号339頁(業過致死)  
 長崎地判平成19年11月20日判例タイムズ1276号341頁(傷害)  
 東京地裁八王子支判平成18年3月10日判例タイムズ1218号314号(痴漢)  
 千葉地判平成17年5月19日判例タイムズ1206号280頁(覚せい剤輸入)  
 大阪地判平成17年5月25日判例タイムズ1202号285頁(恐喝)  
 大阪地判平成17年2月9日判例時報1896号157頁(業過傷害)  
 横浜地判平成16年9月5日判例タイムズ1244号316頁(放火)  
 大阪地判平成16年4月9日判例タイムズ1153号296頁(傷害)  
 横浜地判平成16年1月22日判例タイムズ1157号230頁(業過致死)  
 東京地判平成15年11月13日判例時報1863号150頁(業過傷害)  
 大阪地判平成15年10月19日判例タイムズ1146号302頁(詐欺)  
 大阪地反平成15年9月16日判定タイムズ1155号307頁(殺人未遂)  
 東京地判平成15年7月8日判例時報1863号150頁(業過傷害)  
 函館地判平成15年3月18日判例時報1849号135頁(放火)、  
 前橋地裁高崎支判平成15年2月7日判例時報1911号167頁(準強姦)  
 東京地判平成14年3月27日判例時報1791号152頁(強姦)  
 東京地判平成14年3月15日判例時報1793号156頁(恐喝)  
 東京地判平成13年6月14日判例時報1775号166頁(業過傷害)、  
 仙台地判平成13年5月11日判例タイムズ1105号259頁(強姦)、  
 札幌地判平成13年3月1日判例タイムズ1106号264頁(脅迫)など。
- 中には相当重大な事件と思われるものもあるが、いずれも、検察側をして控訴を断念せしめたことが納得できる丁寧、懇切な判示であり、判決理由の重要性が知られる。

また、無罪判決に対して、「この判決理由では上訴しても破れないだろう。やむを得ない。」という上訴断念の判断になることも確かにある、ということを検察の上層部からじかに聞いたこともある。

事情は民事でも同じである。敗訴という結果には不服であるが、この判決(理由)では控訴しても破れまい、これは甘受するほかはなく、上訴は断念する、ということになり、無用の控訴が避けられるということは時々あることである。

- (55) 例外の法域が一つもないのかどうかということは確認できていない。
- (56) もっとも、この「納得」という言葉はミスリーディングである。これは心の中のことであって、当事者が真に「納得」したのかどうかは調べようがないからである。氏の問題意識に答えるためには、当該判決に対する控訴の有無を見るしかないし、またそうすれば十分であろう。
- (57) 裁判批判の重要性、方法、可能性については、拙著『批判論』第8章参照。
- (58) この辺の事情については、前注136頁注(128)～注(130)及び該当本文参照。陪審は誤判、冤罪の責任を市民の間に雲散霧消させる制度である。
- (59) 前注136頁注(131)及び該当本文参照。
- (60) Googleで「粗末司法」、「粗末な司法」を検索しても、ヒットは1件もない(「粗末な司法改革」はあった)。ちなみに「粗雑司法」、「粗雑な司法」では数百件がヒットする(2009年5月25日段階)。
- (61) 全く触れていないわけではなく、本書で氏は、英米法上の「人身保護令状制度」をたたえて、これは「不当に自由に奪われている人が、速やかに裁判所の救済を求めることを可能にする措置である。最近、キューバ領のグアンタナモ湾の米軍施設で何年も拘束されているテロの容疑者が、米最高裁まで救済を求めてニュースになった。」(67頁)と言う。しかし、「求めること」が可能であることと、現実に救済されることとはもとよりイコールではない。氏は更に、これに対して「日本の法律にも『人身保護法』という似たような制度があるが、それは「離婚裁判」において子供の取り合いに使われ、『民対官』の法的措置であるはずの人身保護法は、『民対民』のものに変換されているのだ。」(67頁)とも言うが、本文でも書いた通り、日本では、人身保護令状に頼るしか救済の方法がないような無法なシステムが存在しない。
- (62) 米原万理『米原万理の「愛の法則」』65頁(集英社、2007)
- (63) 但し、日本国憲法の下で陪審制を実行するのは不可能である。裁判員制度を許容、提議した司法制度改革審議会にあってさえも、その指導的構成員から陪審制は憲法に反するという意見が相次いだ。「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]をすべて排除してはいえないが」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証しているのではないか(第45回司法制度

改革審議会竹下守夫発言。同議事録)、「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)など。

その他、前掲拙著(注48)『裁判員制度批判』第二章、第五章、拙稿「日本国憲法と陪審制」法政理論(新潟大学)38巻2号26頁以下(2005)、同「日本国憲法と陪審制・再論」法政理論41巻2号1頁以下(2009)参照。

(64) 前掲(注48)拙著『裁判員制度批判』267頁以下参照。