

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

西 野 喜 一

1 序

（一）私がかねて裁判員法（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律。平成16年法律第63号）による裁判員制度には反対であり、この制度は憲法にも反するし、司法政策としても得策でない所以をいくつかの論稿で明らかにしてきた。これを一般書^(註1)としても研究書^(註2)としても公けにしてきたので、この後は、折りに触れてこの制度なり、制度賛成論なりを新たに批判すべきことがあればそうすることにしようと考えているが、今回はその一環として、嶋津格氏「裁判員制度擁護論のためのメモ」を検討することにした。

（二）嶋津格氏は、人も知る通り、千葉大学に所属する高名な法哲学者であるが、今回検討の対象とする氏の「裁判員制度擁護論のためのメモ」（以下、本稿では「嶋津メモ」ということがある。）は、「千葉大学大学院人文社会科学研究所研究プロジェクト報告書第165集・藤井俊夫編『学校教育における法教材の開発』」（2008）に収められているものである。

この「嶋津メモ」は同報告書中で全8頁程度の短いものであり、氏自身も完成されたものではないと断っている。従って、ここでこのような形で検討することが適切かどうか多少疑問がないではないが、氏のこの「メモ」はネット上でも公開されていて（<http://mitizane.ll.chiba-u.jp/metadb/up/irwrg10/Jin-H165-09.pdf>）、随時、誰の目にも触れる状態になっているだけでなく、裁判員制度賛成論者の意見としては相当特色あるものであるの

で、この制度を考える一つの材料となるものであると考えられるし、その他にも氏の論旨には注意すべき点が多いと思われるので、ここで取り上げることにした。

2 本論

この「嶋津メモ」は、「民主主義と法」、「裁判官はなぜえらいか」、「事実認定」及び「メモ形式の論点」列挙部分からなっている。前三者には余り見るべきものはないが、第四部分はおそらく拙著『正体』への批判であり、これに関連して裁判員制度に対する氏の見解が述べられた部分である。本稿ではこの第四部分で列挙された論点とそこに述べられている氏の見解のうち、取り上げるべきものを選んで、私見の立場から批判的に検討することにする。

以下の文章において、aとあるのはこの「嶋津メモ」の記載であり、bとあるのはこれに対する私見である。以下、順次見ていく。

- イ a 裁判員制度と陪審制との関係につき、「陪審は有罪無罪の判断を超えて量刑まで行わないのに、裁判員は量刑にも関わる。この点が世界にあまり例のない制度で誤りだ、という点が『正体』で論じられているなら、もっと議論として説得力があったかもしれないが、この点はほんの少ししか論じられていない。」
- b 裁判員は量刑にもかかわるから制度として誤りだ、という論法は成り立たないと思うし、私もそう主張したことはない。裁判員制度は、参加国民が裁判官と共に量刑にも関与するから参審制の一種にはかならないというのが私の意見であり（『正体』49頁）、従って、私が、欧州大陸で相当広く行われている参審制を制度として誤りだと言うはずがないことは明らかではないだろうか。

- ロ a 裁判員制度の合憲性・違憲性につき、「[私の]『違憲のデパート』というキャッチは実に優れていると思ったので、もっと内容があるかと思ったが、予想に反して、『違憲のデパート』論にはあまり見るべきものがない。ほとんどが、論点先取であり、ためにする議論であると考える。」
- b 「論点先取」という言葉の意味がわからないが、私は裁判員制度が憲法に違反していることは明白であると考えており、そのことは『正体』でも（『批判』でも）詳細に明らかにしてきた。もとより裁判員制度合憲論者もいることは承知しており、法解釈の常として最終的には見解の相違に帰する問題であるが、己れの見解のみを正しいとして反対論者の意見を「ためにする議論」というのは、批判の方法として適切でないと思われる。
- ハ a 陪審制の合憲性につき、「西野は、『現行憲法は陪審制を禁止している』というが、法律解釈には、法の目的を理解する手続きが不可欠である。では、憲法は、何のために陪審制を禁止している、と西野は考えるのか。それを書かないと、まっとうな「法解釈」にならないのではないか。」
- b 現行憲法は陪審制を許容していないというのが私見であり（私はこの「禁止している」という表現を使ったことはない）、『正体』にもそのことを書いたが、その理由は別途専門的な論稿で詳細に述べた^(註3)。陪審制ではなく裁判員制度を批判する啓蒙書に憲法が陪審制を許容しなかった目的の記載を求めるのはないものねだりと言うべきであろう。
- ニ a 陪審制の合憲性につき、「アメリカ人の[日本国憲法]起草者に『あなたの起草した日本国憲法は陪審制を禁止していると言っている日本

の法律家がいまが』といったら、彼らはどんな反応をするだろうか。多分、『そんな馬鹿な……』というだろうが、そうでない場合、二つの回答が予想できる。

- 1) 本当は陪審制にしたかったが、戦争直後の日本国民の民度に疑問があったので、やむなく当面は陪審制を見送った。これなら、西野の議論と一応整合する。でもこれは「禁止する」理由ではなく、当面導入しない、理由にしかならない。
 - 2) 米国史の文脈では、ニューディーラーは司法一般に対して懐疑的または批判的である〔人名など省略〕。民主党政権下にあった日本占領軍でも、かつてのニューディーラーが中心だったはずである。彼らは、日本を行政中心の国として設計したかったので、司法の国民的支持を不必要または余計と考えた。これもありそうな話ではあるが、そのような行政中心の立場は、米国史では比較的短い期間妥当したエピソードにすぎず、司法敵視論はその後米国内でも下火になっている。」
- b ① 現行憲法の前案起草に当時の占領軍のアメリカ人がかかわったことは疑う余地がないが、氏のこの「あなたの起草した日本国憲法」という記載では、アメリカ人が作った憲法前案がそのまま何の支障もなく当時の帝国議会を通過したように読める。しかし、勿論そんなことはなく、当時の日本国政府の占領軍への働きかけもあったし、前案に対する帝国議会での修正もあったのである。法解釈について仮に立法者意思説を取るとしても^(注4)、このような経過に照らせば、そこで立法者意思として勘案されるべきものは最終的な前案を作って議会に提出した当時の政府の意思であり、これを可決した当時の議会の意思でなければならないであろう。

憲法制定時の政府の陪審制に関する考えについては別に詳論した^(注5)ので、ここでは再掲しないが、氏がここで言っているのは立法者意思説の中でも特異なものであり、例えば現行法について、その起草にかかわった〇〇省の課長補佐がこう言っているから、この条文は

こういう意味であり、それ以外の解釈は認めない、それ以外の解釈を示すと、その課長補佐は「そんな馬鹿な」と反応するだろう、と言っているようなものである。法の解釈論として恐らく賛同者はいないのではなかろうか。

② また仮に、憲法原案の起草にかかわった当時のアメリカ人に、現在の日本では日本国憲法は陪審制を許容しないものと解釈されていると言ったとして、その返答が「そんな馬鹿な」というものであるとは思われない。

およそまともな法律家であれば、法はできた瞬間から一人歩きをするものであって、草案の起草にかかわった程度でその後の解釈を固定できるものでないことは十分承知しているはずである。その上、昭和22年（1947年）春の裁判所法案作成過程で、占領軍が同法に陪審制に関する一条（現行裁判所法3条3項）を強引に押し込もうとした際の日本側とのやり取り^{（注6）}を見ると、彼らが、この新憲法下では陪審制が果たして可能かどうか疑わしい、今この一条を今入れておかないと陪審制への「道が開けない」のではないかと考えていたことがよく伝わってくる。だからこそ当時の彼らは、この新憲法下では陪審制は憲法違反の疑いもあると抵抗する日本側に対し、「占領軍命令」を振りかざして押し切ったのであった。

しかし、所詮、憲法の下位に位置するに過ぎない法律のことであり、この経過に照らせば、仮に当時のアメリカ人関係者に今の日本国憲法は陪審を許容しないものと解されているがどうか、と聞いたとしても、「そんな馬鹿な」と反応するであろうという想定は無理である。

③ 氏は前記1)で言う。もし占領軍が、本当は陪審制にしたかったが、都合でやむなく当面は陪審制を見送ったのであれば、私の陪審制違憲論と「一応整合する」が、これは「禁止する」理由ではなく、当面導入しない、理由にしかならない、と。

しかし、これは立法論・憲法改正論としてはともかく、解釈論とし

での陪審制合憲論としては無力である。昭和21年(1946年)に陪審制を導入しない憲法を作ったのであれば、その後憲法が改正されていない以上、その改正がなされるまでは陪審制は導入できない筋合いとなるからである。「当分の間」という言葉を持つ条文は時々見かけることであるが、そのような表現があつてさえ、ある時点における解釈としては、その言葉に意味はないということは法解釈の常識であろうと思う。

④ その次の2)は解釈論としてますますおかしい。仮に昭和21年(1946年)頃の占領軍で氏の言う「ニューディーラー」が中心であったとしても、彼らは数年を出ずして帰国したはずであり、その後は日本人が憲法を解釈し、運用してきたのである。「その後の米国」で「ニューディーラー」の考え方が下火になろうとなるまいと、それが日本国憲法の解釈を左右するはずがない。

まして氏の言うように、憲法制定当時の占領軍担当者の意向が憲法の意味を決めるという立場を取るのであれば、まさにその時、担当の衝にあった者の意向がどうであったのかということがすべてであって、その担当者やその意見が、その人の帰国後にどういう運命をたどったかということは全く無関係ということにならなければならないであろう。氏の解釈論には不安を拭えない所以である。

ホ a 裁判員制度の違憲性につき、「西野の議論を読めば、裁判員制度違憲論の中心は、日本国憲法固有の議論ではなく、それが人権侵害の制度だ、と知っていることがわかる。そして、その趣旨はほとんどすべて、陪審制にも(より強く)当てはまる。つまり西野の文章のうち、全体の半分ほどは、陪審制に対する侮辱とも読める批判である。陪審制より裁判官制の方がすぐれている、という見解を取ることは、議論としてそれでよい。しかし世界でもかなりの国が採用している陪審制や参審制に対する感情的侮辱のような文章を連ねることは、法律家と

してバランスがとれた態度といえるだろうか。」

- b① 氏は、私の裁判員制度違憲論の中心は要するにそれが人権侵害の制度だということにあると言うが、これは誤りである。

私が裁判員制度を憲法違反と考える理由は拙著『正体』第4章において、憲法全体の論調、第6章違反、37条違反、76条違反、19条違反、18条違反、をこの順で列挙し、更に陪審制については、これに特有の事情（憲法38条関係）をも追加した。『正体』の分量でいえば、裁判のシステムに関する部分が約7頁半（陪審制については追加して述べた点を加算して約9頁）、他方、人権侵害関係（上記の憲法19条、18条関係）は約3頁である。これで私の裁判員制度違憲論の中心が人権侵害論にあると言うのはどう見ても無理だと思う。

読者が、氏の言うことは本当だろうかと思ってオリジナル（拙著）に当たればすぐに間違いであることがわかるような乱暴な論理を、ここで氏が何故敢えてしたのかということは想像が困難であるが、氏が、憲法条文の具体的な解釈論をせずに済むよう、陪審制・参審制は他国でもやっていることであるというそれだけの理由で合憲化しようとして、私見の違憲論を人権侵害論だけに矮小化しようとしたのではないかということは、可能性としてはあるかも知れない。

また、私は被告人の義務としての陪審制には反対であるが、被告人の権利としての陪審制には反対ではないことはつとに明らかにしているのであって^(註7)、別に陪審制や参審制を侮辱したつもりはないし、するつもりもない。それぞれの判断によってこれらを採用している諸国が相当数あることは勿論承知していることである。

氏は私の記述のどこが「陪審制への侮辱」、「陪審制や参審制への感情的侮辱」であるのか特定していないが、察するに、氏は刑事裁判への国民参加に対する思い入れが深すぎる余りに（そのことは後ほど明らかになる）バランスを欠いた思考に陥り、「事案の真相」（刑事訴訟法1条）の究明を重視する私の立場からの陪審制・裁判員制度に対す

る批判が感情的侮辱に読めたのではなからうか。

② 刑事裁判の方式が国によってそれぞれ異なっているのは、諸国の憲法がそれぞれ異なっている以上、当然のことである。陪審制・参審制を採用している諸国がかなりあるということは、陪審制・参審制が我が国で合憲であるという根拠にはならないのである。

③ なお、陪審制ではそのシステム上当然に、誤判^(注8)、冤罪が多くならざるを得ないということは、今日では陪審制を論じる場合のほぼ基本的な認識になっているものと思われる^(注9)。刑事裁判に何を求めるのかということは国により、国民によって異なるのは当然のことであるが、実体的真実主義に基づいて事案の真相の追究を求める傾向が強い我が国民性において、これに相応しない陪審制というシステム^(注10)が、それに対応した評価を受けざるを得ないことになるのは、これも当然のことであると思われる。

へ a 裁判員としての義務と憲法18条との関係につき、「たとえば、裁判員になることを強制されることが、憲法18条違反の『その意に反する苦役』になる、というなら、籤に当たった者に陪審になることを強制している国は、すべて国民にこの「苦役」を課していることになる。奴隷労働や苦役の禁止は普遍的な人権のリストに普通入るから、恒常的に人権侵害をしていることになる。こんな議論が外国で通じないことは明らかだと思われる。」

b まず、「こんな議論が外国で通じない」というような大胆な論法が解釈論の衣をまとって登場していることに驚くべきであろう。我が国以外の極めて多様な百数十の国を「外国」と一括して我が国の条文解釈の結果と対比することができるというのは無理であるし、敢えてしてみても、何らかの意味を持つとは考えられない。他国で、その国の法の解釈をする際に、こんな議論は日本では通じない、という論法が何らかの説得力を持つかどうかを考えてみれば、思い半ばに過ぎるも

のがある。国内法のある法解釈の当否を決める要素にはさまざまなものがあるであろうが、少なくともそれが「外国で通じ」るかどうかが、という基準を入れる人はないのではなかろうか。

そして何よりも、言葉の意味は、例えば何が「意に反する苦役」になるかということは、それぞれの社会によって異なるということに意を用いる必要がある。それぞれの社会がそれぞれ異なった歴史、伝統を有してそれぞれ異なった社会通念を形成してきたのであるから、これは当然のことであろう。従って、甲国と乙国とがそれぞれ似たような条文を有していたとしても、その具体的な意味合いはそれぞれの社会の中でそれぞれの国民が独自に決めるのであって、結果的に違った意味に解されていたとしても、別におかしいことではない。

例えば、我が国の憲法に「意に反する苦役」を禁じる条文があり、アメリカの憲法に「involuntary servitude」を禁じる条文（修正第13条）があっても、その意味は勿論同じではない。仮に我が国で徴兵制を実施すれば、我が国ではこれは意に反する苦役に該当するとされるであろうが、アメリカでは徴兵制とこの条文とが併存する時代が長く続いていたのである。どこの国でも全く同じ国内法的意味合いを持つ「普遍的な人権のリスト」があるとしてそれに基く演繹的議論をしても、意味の程度が疑わしい。六法全書と外国語辞典があればどんな外国法でも解釈できるというわけではないのは当然で、ある概念を表す言葉の同一性、類似性に頼ることの危険性はかねてから外国法学者の戒めるところである^(注11)。

- ト a 裁判員としての義務と思想・良心の自由の関係について、「裁判員が法律に従って裁判することを要求されることが内心の自由に反する、という議論も同様である。多分これに同意する法律家は、いるとしてもごく少数だろう。」
- b これは国民の思想、良心の自由という価値にどれ程の重さを置くか

ということに関する見解の相違である。思想、良心の自由ということに余り価値を認めない「法律家」にとってはそうなのであろう。

もっとも、拙著『正体』には、国家が国民の思考を制約することへの恐怖を共有する幾人もの法律家の賛同を得ることができた。「いるとしてもごく少数」というのは、氏の根拠のない思い込みであると思う。

チ a 刑事裁判における証言と調書との関係につき、「交代後の裁判官が記録を読み直しても、記録だけでは生の証言に現れている情報のほんの一部しか残らないからである。証人の表情や態度、あわてた様子、弁護士や検察官が期待する証言をしようとやっきなっている態度などを、記録にすべてとどめることはほとんど不可能だからである。」

b これはその通りである。しかし、ここでの氏の議論は、裁判官が交代した場合、その後は、元の証言それ自体ではなく、その内容を記載した尋問調書が証拠になるのが現行刑事訴訟法上のシステムである^(注12)ということを見落としているように見受けられる。

リ a 裁判員制度のメリットにつき、「裁判員制度の導入がもたらす最大の利益は、上記〔法廷での口頭での訴訟活動が中心となること〕のように法律家の行動が変化することであるが、同時に『正義』も変化することが期待される。裁判で訴求され確定される『正義』が、国民が理解できる『正義』になること、が重要なのである。数ヶ月かけて山のような書類を全部精査しないと正しい結論が出せない、という手続き自体には、国民に理解可能な正義はない。たとえ資料が膨大でも、その内容を、対立する双方の法律家が、要約しポイントを訴えながら素人に判断を迫る、ことで初めて、正義が国民に『見える』ようになるのである。そして裁判員は自分に見える正義にしたがって判断する。裁判所が何をするとするか、についての国民の理解も、これによって

変化することを、私は大いに期待している。」

- b これは氏の「期待」であるから、そのような期待を抱くことは、氏の表現を借りれば、「議論としてそれでよい」であろう。しかし、司法制度改革審議会は裁判員制度をこういう理由で提唱したのではないし、国会はこういう理由で裁判員法を作ったのではない。今さかんにこの制度の広報に務めている政府・最高裁判所も、裁判員制度にはこういうメリットがあると言っているのではないことは承知しておかねばならないであろう。

また、ここには、国民が「正義」を理解できるようにするためには裁判員制度でなければならないという必然性がない。憲法の範囲内で、国民に不当な義務を負わず、刑事裁判の真相究明を損なわないようにしながら、国民の理解が進むような方策を探るべきであると考えられる。

そして私は、国民が氏の言うような内容での「正義」を求めているのかどうかという点も疑わしいと思っている。

- ヌ a 拙著『正体』が裁判員の義務から逃れる方策を検討したことについて、「裁判員回避の方策を伝授する部分は、この制度が悪しき制度であることを前提にしているから、論点先取である。そして、この前提が成り立たない場合には、この項目は卑劣な行動をあたかも立派なことであるかのようにして、国民に勧めていることになる。」

- b ① 後に見る通り、氏は「必要な場合には命をかけて闘うことを国民に要求することは、国家の本質」であると唱えて、強烈な国家主義者と見られるから、拙著『正体』のうちで裁判員の義務からの逃れ方を考えた章は、氏には腹立たしかったのであろうと想像される。「卑劣な行動」という冷静さを失った言辞はそのことを表わしている可能性が大きい。

私が裁判員制度を悪い制度と考えていることは当然であり、だから

こそ拙著『正体』を書いてその全体で、この制度のどこがどうまずいのかということをも8つの側面から100頁以上を費やして説明してきた(同書61~184頁)。そしてその記述を受けて、この憲法違反で人生を暗転させかねない義務から逃れたい者はどうしたらよいのかということをもその次に書いたのであるが、これで「論点先取」というのは意味がわからない。そもそも人を裁くという義務からの逃走やそのための技術の発達、氏の礼賛する陪審制の国で始まったことであり、そのことは『正体』(190頁)でも書いた^(註13)。私が『正体』で書いたこともそれを参考にしたものである。そして、アメリカでもそうであるように、需要があって供給が生じるのであるから、供給を非難することは需要を非難することにはほかならないことに思いを致しておくべきであったであろう。

また、私は、裁判員の義務を逃れることを国民に勧めたわけではないし、これを立派なことだと言ったこともない。裁判員を務めたいと思う者はそうすればよいのだということは拙著で何度も書いたことである。氏はここでレトリックを駆使して、私が極めて不当な内容を書いたという印象を読者に与えたいのであろう。

私としては、人を裁きたくないという自分の立場や良心を守ろうとすると、それから逃れるために時間や労力やあれこれの技術を費やさざるを得なくなる国民の立場を内心では悲しんだつもりであるが、国民の思想・良心の自由より、国家へのいわば「賭命義務」を重視する氏の立場(後述)とでは接点が生じ難いのは是非もないことである。

② 裁判員制度は憲法違反であると考える国民が自己の良心に忠実であろうとしてこれから逃れようとするのは、その手段がたとえ合法的なものであっても「卑劣」であるという氏は、国民が自己の判断によって時の政策の正否、当否を決めることを許さないわけで、思想・良心の自由はまさに風前の灯火であり、ついに時代はここまで来たかの感が深い。

このような氏の思想と言葉に接すれば、時の政府の政策に反対する者、或いは特定の人が賛同するような政府の政策に反対する者が「非国民」と呼ばれるようになるまでもうほんの一步に過ぎないのではあるまいか。

ル a 『人を裁きたくない』という理由で裁判員になることを回避するのが良心の問題である（と西野はいうが）なら、実際にはフリーライドを良心的行動として認め、奨励していることになるだろう。もしその人が、『(裁判官も含めて) 誰も人を裁くべきでない』というなら、その主張に普遍化可能性はある（つまり正義主張でありうる）。しかし、実際にこれを実行した社会にその人は住みたいだろうか。」

b ① まず、「フリーライド」云々については後にも触れる（後記「カ」）が、私はこれ（「フリーライド」）を良心的行動だと言ったことはないし、奨励したこともない。己れの良心を守ることと社会への貢献のあり方を考えることとはもとより別物であるから、この部分は氏の誤読である。

更に、ここで注意しておかなければならないことは、憲法（19条）にいう「良心」と、俗に評価を込めていう「良心的（行動）」という言葉とは関係がないということである。憲法19条の「良心」とは、一種のテクニカル・タームであって、同条にある「思想」とほぼ同義とされ、「思想」と区別する必要もなく、要するに、世界観、人生観、主義主張などの個人の人格的な内面的精神作用をいうのである^(註14)。従って、自己の「良心」を守ろうとする行動に、普通の日本語でいうところの「良心的」かどうかという価値判断を加えようという氏の論法はこの両者を混同するもので、適切でない。

そして、「もしその人が、『(裁判官も含めて) 誰も人を裁くべきでない』というなら」に至って、氏の誤読が明らかになる。私はそういうことは全く言っていないし、そういう読者がいるということも想定

していないことは本書（『正体』）の記述自体から明らかであると思う。私が言っていないことを、「というなら」という仮定の形で逃げ道を残しておきながら、あたかもそう言っているかのように非難するのはアンフェアであると言わざるを得ない。

② 拙著『正体』、或いは裁判員制度反対論へのこういう感情的な反発を見て思うのは、裁判員制度賛成論者、推進論者は、内心ではこの制度が国民の支持を得て機能するかどうかということについて、非常な不安、危惧を持っているのではないかということである。賛成論者、推進論者が、この制度に十分な自信があり、国民は間違いなくこの制度を支持するはずである、皆喜んで協力するはずである、この制度によって望ましい刑事訴訟が達成されることは間違いない、という確信があるのであれば、反対論者が何を言おうとそれを超然と無視していただけるであろう。賛成論者といえども、裁判員制度に自信がないので、そうどっしりと構えていることができず、国民はこの制度を全く支持しないのではないか、全然協力してくれず、皆逃げ出すのではないか、おかしな判断が相次ぐのではないか、という不安が拭えないからこそ、反対論者の指摘に、いちいち過剰に反応してしまうのではないだろうか。

ヲ a 裁判員の義務に関して、「もし真に宗教的理由などで裁判員を回避するというなら、裁判員の負担より少し重い別の負担(社会奉仕など)を負うことで、この義務の免除を受けられる、という制度は、論理的に可能かもしれない。(本当は負担回避が目的で、そこで良心を口実にしているだけなら、これは欺瞞であり、道徳的な行動ではないし、もちろんその人は良心的ではない)。」

b 裁判員制度自体が憲法違反なのであるから、国民に裁判員の義務を負わせることも、これに代えて「少し重い別の負担(社会奉仕など)」を負わせることも論理的に不可能である。

なお私は法的通常人を前提とした解釈論をしているのであって、道徳論を展開しているのではないことも付言しておいた方が良いかも知れないが、氏の議論が、憲法上の「良心」と価値判断としての「良心的」を混同しているものであることは先に述べた。氏がここで非難の意味をこめて使っている「良心的ではない」という表現はミスリーディングである。

それにしても、この代替的義務を裁判員の負担と同程度ではなく、より重くしようとするところに、国民を裁判員の義務から逃すまいという氏の基本的思想がよく出ていると評価し得よう。

ワ a 国家のあり方について、「必要な場合には命をかけて闘うことを国民に要求することは、国家の本質ではないだろうか。」

b ① ここでは「闘う」という文字が当てられているが、その直前には「徴兵制を避けることができる時代は恵まれた時代であり、それがいつまでも続くことを私も希望しているが」という一文があり、これがそのまま上記 a に続く上、この後には「兵隊に行く」という表現も出てくるので、ここでの「闘う」という言葉は、闘争する、困難にくじけずに意志を貫くというような比喩的な意味ではなく、要するに、戦争をする、戦場で敵兵を倒す、という意味なのであろう。

そこで、国家の「本質」がそのようなものかどうかはともかく、氏がこのような意見を取ることは、「議論としてそれでよい」だろう。しかし、立法論としての憲法改正論ならともかく、国際紛争を解決する手段としての戦争を放棄し、国の交戦権を否定した我が憲法が、我が国の「本質」をそのようなものとして規定し、国民にそのような「要求」をすることを予定しているという解釈論には私は同意しない。大多数の裁判員制度賛成論者、推進論者でも、この点については恐らく同様であらう。

② また、この嶋津メモの立場は、憲法が国民に保障したさまざまな

自由をすべて否定する危険性をはらんでいるものである。国民に命をかけて戦うことを要求する国家にとって、憲法がいう各種の自由はただの障害にしかならないと考えられるからである。これを「公共の福祉」の一語でカバーするのは到底無理であろう。

カ a 私の基本的な発想について、『税金だけ払っていれば自由に平和に暮らせることは人権だ』、どうも西野はそう考えているのではないか。」

b 私はそう考えてはいないし、そう言ったこともない。

先ほどの「フリーライド」に関することであるが、私は、国民は司法から利益を受けていると同時に、司法を擁護する義務もあるという意見である。その内容は、具体的には、司法に十分な関心を持ち、司法制度とそれを支える人に十分な理解を持ち、個別の判断にも十分な理解を持って取るべきものは進め、批判すべきものは批判して良い世論の形成に努め、外部からの司法への攻撃に反対し、そして憲法を擁護してその違反を看過せず、我が国の司法の良さを破壊しようとする無法な試みに抵抗することである^(注15)。勿論そのためには、司法側もこれを可能ならしめる体制を持っていなければなるまい。

国民の司法に対する義務をこのような表現で述べたのは『正体』刊行後のことであるが、『正体』の中でも、裁判員制度という粗雑な司法制度が施行されて我が国の刑事裁判が根底から破壊されてしまうことのないよう、国民はどんどん意思表示をしなければならないと書いた(231頁)。心ある国民は司法の自壊を座視してはならないと述べたことに対して、国民は税金だけ払っていれば人権として自由に平和に暮らせると考えている、と読む人がいるというのは、私には了解し難いことである。また、国民の社会(「国家」でもよいが)に対する貢献のありようは、己れが考えているような方向でしか存在しない、という発想はいかなるものであろうかと思う。

- ヨ a 国家のあり方について、「ここには、国家（nation）と国民の関係についての基本的論点がかかっているのである。国民に納税以上の覚悟を要求する、という側面を裁判員制度がもっていることは否定できない。そしてこれ（国民の意識がこれを受け入れるなら）は、国家（nation）と国民の関係についての望ましい変化であると私は考えている。」
- b 氏のいう裁判員制度賛成論の特色は、他の賛成論者とは異なり、憲法の規定や刑事裁判における真相究明などは念頭になく、誤判の増加は覚悟の上で^(注16)、つまり、重大事件の被告人の運命を教材にして、「国家の本質」論から、国家と国民の関係について氏の言うような「望ましい変化」を期待している点にあると言えよう。裁判員制度は、国民の国家に対する意識変革のためにあると言っているようなものである。法はできた瞬間から一人歩きをするとはいえ、司法制度改革審議会の構成員も裁判員法を作った国会の構成員もこれを聞くと、それこそ「そんな馬鹿な」と驚くのではないだろうか。
- タ a 「裁判員になることは、兵隊に行くよりずっと軽い仕事である。そしてその程度の負担をする覚悟が国民にないと、国民と切り離されたところで、軍事専門家が、政治家が、官僚が、国民の名において国民を犠牲にするような決定を行うことが阻止できないのではないだろうか。戦前の日本は、この点が未熟だったと私は考えている。」
- b 「[裁判員]程度の負担をする覚悟が国民にない」と、「軍事専門家……が国民を犠牲にするような決定を阻止できない」ということとの間に論理的な因果関係を肯定するのは無理だと思う。これは明らかに付会の論と言うべきであろう。むしろ命をかけて（他国と）戦う覚悟が国民にあれば、「軍事専門家……」が国民を犠牲にするような決定をしても、喜んでそれに応じそうな気がする。

また、この論理では、戦前の我が国にも陪審制があって、当時の国民には「その程度の負担をする覚悟」は十分にあったと思われるにも拘らず、当時の我が国が1945年に至る大惨事を経験することになったことの説明ができないであろう。

逆に、国民に、主権者として、憲法違反の義務の新設や刑事裁判の粗雑化を毅然として拒否することを期待する方が「軍事専門家・・・が国民を犠牲にするような決定を阻止」することにはるかに有用であろうから、この辺の氏の議論は混乱しているように思えてならない。

3 結語

結局、氏の裁判員制度擁護論は、憲法下の刑事訴訟のあり方を論じるものでありながら、憲法の解釈や刑事裁判の具体的な方策を視野に入れていない点において、また私見への批判が粗雑な点において、当を得ない議論と言わざるを得ないであろう。

それにしても、その独自の国家＝国民関係論において、私が拙著『正体』で危惧したことが早くも一部で現実化してきていることを感じる。私は『正体』で、「仮に裁判員制度を強行すれば、いずれ政府が国民に対し、もっと国家のために働け、個人の利害より国家の利害の方が重要だ、と言うことはいまよりずっと容易になるでしょう。」(186頁)、「こういう制度ができる前と比較して、制度新設後は、政府は、国民はもっと国のために働くべきだ、自分は国のために何ができるか考えるべきだ、といいやすくなるのは当然のことです。そして何代か先の政府が、いよいよ徴兵制を実施しようと思いついた時に、この裁判員法がこれから醸成する国家奉仕の雰囲気と精神は、それに大いに寄与することになると思われます。」(189頁)と書いたのであったが、その危惧がこれほど早く現実化するというのは予想していなかったことであった。と言うより、氏の裁判員制度擁護論の根幹

は、そのような状況を作り出すために裁判員制度を利用しようというにあるのであろう。この大胆な発想には、普通の裁判員制度賛成論者でも簡単には同調しかねるのではなかろうか。むしろこの何ともクリティカルな時期において、この裁判員制度の最も危険な側面だけを拡大したようなこの「擁護」論はひいきの引き倒しのようなもので却って迷惑だと言うかも知れない。

結局、裁判員制度は我が国に何をもたらすか、それを象徴しているのがこの嶋津メモであると言ってよいであろうというのが私の結論である。

《注》

- 1 拙著『裁判員制度の正体』講談社、2007。以下、本稿では拙著『正体』又は単に『正体』として引用する。
- 2 拙著『裁判員制度批判』西神田編集室、2008。以下、本稿では拙著『批判』又は単に『批判』として引用する。
- 3 拙著『司法過程と裁判批判論』第3章（悠々社、2004）、拙著「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。なお、拙著『正体』後のものとして、拙稿「日本国憲法と陪審制・再論」（法政理論41巻2号1頁以下、2009）がある。この前者の拙著は『正体』で参考文献としても挙げた。
- 4 私は、法の解釈に当たって立法者意思説を採るのは適切でないという意見である。団藤重光『法学の基礎（2版）』349頁以下（有斐閣、2007）など。
- 5 拙稿「日本国憲法と裁判員制度（上）」判例時報1874号7頁以下（2005）。後にこれを収録した拙著『批判』では49頁以下。なお、同書228頁以下も参照のこと。
- 6 その経緯については、前掲（注5）・拙稿判時11頁参照。『批判』では62頁以下。
- 7 拙著『司法過程論と裁判批判論』86頁（悠々社、2004、雑誌初出は2000）。参審制の一種である裁判員制度についても同様である。拙著『批判』1頁以下。但し私は、刑事訴訟政策として、陪審制の導入も裁判員制度の導入も得策でないという意見である。裁判員制度については『正体』、『批判』で詳述したし、陪審制については後記注9参照。

- 8 私言う「誤判」とは、証拠の再構成や事実認定のプロセスに合理性、論理性を欠く認定の謂である。拙著『裁判の過程』155頁以下参照(判例タイムズ社、1995)。
- 9 前掲(注3)拙著・137頁以下参照。そこでは陪審による誤判、冤罪の事例を多数挙げた。

また、2007年8月29日のNHKテレビ番組「クローズアップ現代」はアメリカの誤判、冤罪を取り上げ、死刑囚、即ち裁判で有罪とされ、死刑を宣告されていた者、の中から124名の無実の者が発見されたということを報じていた。アメリカの場合には、被告人は陪審審理を辞退することができるので、これらのうちのどれほどが陪審によるものかは明らかではないが、アメリカの刑事裁判の公判事件のうち相当数は陪審審理によっている^(*)ので、この124名のうちに陪審による犠牲者が多数いることは確実である。

* 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度米国編Ⅱ』442頁以下(司法協会、1994)によると、法域による差がかなりあるが、連邦、カリフォルニア州、テキサス州では7割前後である。
- 10 前掲(注3)・拙著第3章は、陪審審理では構造的に誤判、冤罪が多くならざるを得ない事情を、陪審員の選定から、審理、評議、判決を経て、上訴に至るまでの裁判の各プロセスを追って詳述したものである。
- 11 田中英夫『英米の司法』447頁(東大出版会、1973)。
- 12 判例・通説である。刑事訴訟規則213条の2、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(4)』824頁(高橋省吾)(青林書院、1995)、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法(3版)』645-646頁(弘文堂、2003)など。
- 13 他に、前掲(注3)拙著110頁以下注69、70、71、拙著『批判』198頁注36も参照のこと。
- 14 芦部信喜『憲法(4版)』143頁(岩波書店、2007)。
- 15 拙著『批判』259頁以下。
- 16 氏自身、この「鳴津メモ」の中で、裁判員制度下で「誤審は多分増えるだろう」と言っている。裁判員制度賛成論者で誤判の増加を予期し、そしてこれを許容するという人は恐らく少数派であろう。