

# 刑事裁判の変革と刑事政策

米山哲夫

- 一 はじめに
- 二 刑事裁判の在り方
- 三 現在の刑事裁判の問題点
- 四 裁判員制度は刑事裁判を変革できるか
- 五 結び

## 一 はじめに

平成一七年に裁判員制度を見越した「公判前整理手続」が、平成二〇年一二月には「被害者参加制度」が開始され、<sup>(1)</sup>そして、平成二二年五月に裁判員制度が、制度制定以来五年を待ってスタートした。どれも、これまでの刑

事裁判を大きく変革する制度である。「公判前整理手続」は、裁判官の予断を排除するために採られてきた「起诉状一本主義」を捨て、裁判官と訴訟当事者である検察官・弁護士（被告人は参加しなくてもよい）が裁判の進め方、証拠の取り扱い方についてあらかじめ話し合う手続であり、裁判の迅速化を目的としている。これまでのいわゆる「精密司法」から「核心司法」への転換と言われる。これにより公判以前に裁判官は事件の様相と被告人の罪を立証するための証拠に深く関与することになる。「被害者参加制度」は、近年における被害者の地位向上の流れの中で生まれ、被害者またはその遺族等が、あたかも当事者のごとく被告人に直接尋問することができ、しかも、検察官とは別に求刑までできる制度である。これは、判決の中で被害者感情をどの程度考慮すべきかという問題と密接に関連する制度であり、裁判員への情緒的影響も考えなくてはならない。後に詳しく述べるように、刑事裁判は言うまでもなく、被害者（遺族）の復讐を代行するものではない。刑事裁判は、犯罪により毀損された社会秩序を公権力の手によって修復するための「儀式」であり、修復的司法を推奨する論者の言うような、加害者と被害者そして地域社会の関係修復の場ではないのである。あくまでも国家が犯罪行為者を訴追し、その責任に応じた刑罰を科す、国家対個人の対決の場である。それゆえに質量ともに力の弱い被告人に、憲法上もそれを受けた刑事訴訟法においても、特段の防御権が与えられているのである。被害者（遺族）が、被告人に対して一言物申したい、求刑という形で恨みをぶつきたい、という気持ちは十二分に分かるが、行為刑法のもとでは、被害者（遺族）の保護は別の形を採った方がよい。彼らにそのような立場を与えることで得られる刑事政策上の利点は何もない。被害者保護は、被害者とその被害が復讐に出るなどの新たな犯罪要因にならない限り、刑事政策の問題ではなく福祉政策の問題である。

「裁判員制度」は、司法制度改革審議会の発案により平成一六年に立法化された。この審議会の立場は、現在の

刑事裁判制度に格別の欠陥があるわけではないが、刑事裁判への国民参加は世界の潮流であり、裁判に国民の常識を反映させることにより、裁判への国民の信頼を今以上に高めることができる、とするものである。<sup>(2)</sup>しかし、この審議会は、西野喜一が指摘するように、現在の裁判システムのどこにどのような問題があり、それが何に起因しているのか、その不都合を克服するためにはどのような対応を取ればよいのか、それによってシステムはどのようによくなるかと予測できるのか、という根本的な問題について全くといっていいほど議論していない。<sup>(3)</sup>推測できるのは、英米の陪審員制度を推奨するグループに対して、それに反対する法務省・最高裁が、ドイツやフランスで行われている陪審制度をモディファイした裁判員制度を押し進めた、ということらしい。一事件あたりの裁判員の数が国会での議論まで定まらなかったのは、できるだけ人数を多くして陪審制に近づけようとする勢力と、数を少なくして陪審制に近づけたい勢力との葛藤があったからではないかと言われている。いずれにしても、裁判員制度は、確かに、国民の司法参加という理念は明確であるが、それによって刑事裁判がどのように改革されるのかという議論はネグレクトされ、いわば妥協の産物として登場してきたようなのである。研究者、特に刑事訴訟法の研究者の間でも、裁判員法制定前後は、この制度をどのように円滑に進めるかという議論が中心で、制度そのものは是非を論ずる者は少なかった。この論文では、「公判前整理手続」や「被害者参加制度」も念頭に置きながら、これまでの議論でネグレクトされた部分を刑事政策の視点から検討し、裁判員制度が民主主義社会における刑事裁判制度として妥当なものであるかどうかを示して行きたいと思う。

(1) なお、それ以外にも、刑事裁判における証拠を損害賠償のための証拠として利用できる、従前の「付帯私訴」のような制度も取り入れられた。

(2) 審議会の最終意見書を受けて、椎橋隆幸は、「この制度の目的は、裁判内容に国民の健全な社会常識を反映して、国民の司法に対する理解・支持が深まり、その結果、司法がより強固な国民的な基盤を得ることができるようになる」というところにあります。」と発言している。現代刑事法第三卷第一二号五頁(二〇〇一) 参照。

(3) 西野喜一「裁判員制度の正体」(講談社現代新書一九〇三三) 五六―五八頁参照。同様の指摘は、小浜逸郎『死刑』か「無期」かをあなたが決める―「裁判員制度」を拒否せよ! (大和書房 二〇〇九) 二二―二四頁にもある。

## 二 刑事裁判の在り方

刑事訴訟法第一条は、「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」と規定する。この条文では、刑事裁判において、公共の福祉との関係では「犯人の取り逃がし」の防止、個人的基本的人権の保障との関係では、その毀損の最たるものである「冤罪」の防止が求められていることが明らかにされている。しかし、この「犯人の取り逃がし」の防止と「冤罪」の防止は合い矛盾する。前者を防ごうと思えば後者はないがしろになるし、逆の場合も同じである。旧刑事訴訟法時代までは、「犯人の取り逃がし」の防止に重点がおかれ、「自白は最強の証拠」とされて、場合によっては自白を得るための拷問も公然と認められていた。犯罪は、公権力が、最も社会秩序を危うくすると考える行為である。犯罪が起これば公権力は失われた社会秩序を取り戻すために犯人を特定し適切に処罰することによって、依然として社会秩序が揺るぎないことを示さなければならない。罪が犯されることは、その防止という責務を負わされた公権力にとっては汚点であり、その存在意義を問われる事態である。特に、

重大犯罪が頻発し、公権力がその鼎の軽重を問われる事態になれば、事案の一件落着が優先されることになる。何度も繰り返すように、公権力にとっては、個々人の基本的人権の保障よりは社会秩序について人々が不満をもたない状態の方が、その性質上好ましい訳であるから、多少の冤罪は想定内のことになる。否むしろ、冤罪と分かっていても事件の外形的な解決の方が優先されることになる。第二次世界大戦後の混乱期に、多くの冤罪事件が集中したのは、そのような事情からであると理解できるし、それらが国家の安定期に再審無罪という形で明らかにされたのも、公権力が社会秩序の維持について自信をもっていた、つまり、冤罪が明らかにされてもそれによる人々の公権力に対する信頼に揺らぎが出る可能性は少ないと見なされるようになったタイミングであったと考えられる。

現在の刑事訴訟は、形式的には、逆の立場を取った。すなわち、「無罪の推定」であり、「疑わしきは被告人の利益に」であり、そして、「たとえ十人の有罪者を逃すとも一人の無辜も罰してはならない」である。「十人」は絶対数を表すから、この原則は、何人有罪者を逃しても、絶対に冤罪は許さない、という趣旨を高らかに謳ったことになる。現代国家は、犯人の取り逃がしには目をつむり、無辜を処罰しない方を選んだのである。現行憲法は、その第三条以下に、被疑者・被告人の権利を詳細に規定し、特に、第三八条は、冤罪の源泉とされる自白の証明力の限界を定める。これらの条文を受けた刑事訴訟法も、自白については重ねてその限界を示し(第三一九条)、また伝聞法則を取り入れる(第三二〇条)など、冤罪処罰を避ける工夫を施している。<sup>(4)</sup>果たしてこれは、冤罪を生まざるに真犯人を適切に処罰できるといふ、現行刑事司法制度の在り方に対する公権力の自信の表れとみるべきであろうか。それとも、多少の真犯人取り逃がしは社会秩序維持に大きな影響を与えない、と考えてのことであろうか。

我が国の刑事事件の取り扱いで顕著なのは、検察官による起訴便宜主義の活用である。平成一〇年から二〇年の動きを見ると、起訴率と起訴猶予率の割合は、平成一〇年がおおよそ六対四だったのに比べて、平成二〇年は真逆

の四対六になっている。後にも指摘するが、おそらく想像の域を出ないさまざまな理由<sup>(5)</sup>から、検察官は立証が困難な事例は起訴しないのである。ここで形式上冤罪のリスクは減少する。ただし、こうした原則・運用は、被害者（あるいは遺族）のいる犯罪では、その処罰感情を犠牲にするものだということを忘れてはならない。われわれは、本来に、一人の無辜を処罰しないために何人もの真犯人の取り逃がしが起こることに目をつむることができのだろうか。

刑事訴訟法第一条では、事案の真相の究明と刑罰法令の適正且つ迅速な適用実現も目的として掲げられている。実は、同条前段と同様、ここにも相容れない点が認められる。刑罰法令の「適正な」適用実現のためには事案の真相究明が前提条件である。しかし、事案の真相究明のためには一定の時間が必要になる。何をもって「迅速な」というのか必ずしも明らかではないが、少なくとも一審だけで数年もかかる裁判は迅速とは言えないであろう。これまで我が国では、「精密司法」といって、迅速さよりも、できるだけ「神のみぞ知る真実」に近い真実の追究に意を用いてきた。真犯人の行為に刑罰法令を適正に適用するためには、それが有益だと考えられたためである。ただ、それは、必ずしも一部だとは言えない点が問題なのだが、被告人の利益を犠牲<sup>(7)</sup>にして行われた面がある。それを改めようとするのが、裁判員制度であり、「核心司法」を導く公判前整理手続である。果たしてこれらが上記の矛盾を解決する処方箋になったのか、後に詳しく述べようと思う。

(4) 次の章で述べるとおり、問題は、こうした憲法や刑事訴訟法の規定が、実質的に文字通り守られているかどうかである。善良な公衆は、犯罪報道などの影響もあって、どうしても「犯人憎し」の思いで状況を判断するから、相当長時間にわたる取り調べや長期間にわたる勾留にも比較的寛大である。

(5) 言うまでもなく、起訴猶予制度は刑事手続の合理的な運用に寄与している。検察官が、社会秩序の維持・実現に支障のない限度で裁判官のケースロードを考慮していることは想像に難くない。しかし、そればかりではなく、判決で無罪が言い渡された場合の自らの立場のリスクも念頭にありであろう。

(6) 行為に対する「適正な」刑罰とは何か。刑法では刑事責任（結果の重大性だけでなく、行為に対する非難可能性）に応じた刑罰とされるが、その基準は経験則に従うしかない（量刑相場）。人は現在に生きるものとして、過去（行為刑法の限界）にも制約されるが、未来をも志向する存在であるから、実際には、犯罪後の情状や被害者感情も考慮して決定される。その是非については後述する。

(7) 上述のとおり、自白の証明力は限定的なはずであるが、実際に真実を知っているのは被疑者・被告人である（有罪にせよ無罪にせよ）。それゆえ、取調べでは、証拠を収集するためにも被疑者の自白が、依然として、有力な手掛かりになっている。また、重大事件では、裁判の係属中、多くの被告人は拘留所に拘禁され、行動の自由を制限されている。

### 三 現在の刑事裁判の問題点

最大で第一の問題点は冤罪である。第二次世界大戦後だけでも、四人の死刑囚について再審無罪が言い渡されているし、近年でも、富山の強姦事件で真犯人が確認され、足利事件でDNA鑑定（8）の誤りが指摘された。処刑された死刑囚について冤罪の可能性を示唆する著作もある。「無実の者を処罰してはならぬということが刑事裁判における最高の規範（9）」であると誓ったにもかかわらず、何故これ程までに冤罪が繰り返されるのであろうか。

我が国の刑事裁判において、有罪率は九九・九％である。検察官が起訴した事件は、そのほとんどが有罪になるということである。前章で述べたとおり、我が国では、検察官の起訴裁量が非常に活用されていて、検察官は有罪

の立証に自信のもてる事件しか起訴しない、とわれわれも考えているし、恐らく長期間にわたる経験則から、裁判官もそのような認識をもっていると推量できる。また、裁判では、捜査機関の作成する被疑者や証人の供述調書の証明力が、公判における供述の証明力よりも高く認定される傾向がある。少し考えてみれば、憲法第三八条やそれを受けて制定されている刑事訴訟法第三一九条が、文字通り規範として確立されていれば、明らかに長期間にわたる取り調べ<sup>(10)</sup>によって得られた自白の信用性には疑問符が付くはずであろう。しかも、我が国にはミランダ・ルール<sup>(11)</sup>はなく、取調時の弁護人立会権もない。取調の全面的可視化にも、捜査機関は難色を示している。こうした孤立無援の中で、被疑者は強大な権力と対峙して行かなければならない。無罪を訴えている多くの者が、こうした中で自白を強要されたと訴えているのである。和歌山ヒ素入りカレー事件のように被疑者の自白がなく情況証拠だけで有罪を立証しようとしたケースもあるが、多くの事件で検察官は被疑者の自供が必要だと考えている。科学捜査が進んでいるとは言え、現行犯でもなければ、被疑者の自供なしには客観的な証拠を発見するのさえ困難なこともある。未解決事件の増加とそれによる自身への信頼感の喪失を恐れる捜査機関が、自供による立件に誘惑を覚える事態も想像に難くない。

裁判官と検察官は同じ司法官僚である。旧刑事訴訟法時代のように、形の上で両者が同じ壇上にいるわけではないが、今日でも、裁判官が法務省に出向したりする形で人事交流は盛んである。当事者主義の下、法廷で対等な被告人・弁護人よりも、裁判官が検察官の方に親近感をもつのは、理由がない訳ではない。無罪判決は、警察・検察の犯罪立件の努力を無にすることになるし、多くの場合、時効などで、真犯人を取り逃がすことにもなり、公権力にとつてのメリットは何もない。冤罪事件の再審の扱いを見ても、捜査機関・裁判所の不手際ができるだけ目立たないように終わらせたいという意向が読み取れる。公権力にとつては、冤罪を生じさせない周到な法規範にもかか



わらず、多少の冤罪は想定内であることがよくわかる。

次の問題は裁判の長期化である。前章で見たとおり、刑事訴訟法は刑罰法令の「迅速な」適用を求めている。それでは何故裁判が長期化するのか。一つの理由は、明らかに裁判官の絶対的員数の不足である。現在、裁判官数は約三千五百人と言われているが、この人数で大量の民事・刑事・行政事件を扱っている。一人の裁判官が二百件以上の事件を抱えているという指摘もある。しかし、この理由は、司法制度改革全体の中で解決してもらわなければならない。それよりも大事な理由は、いわゆる「精密司法」との関係にある。第一審の平均的な係属期間は三月未満と、それほど長い訳ではないが、特に、否認重大事件では、検証する証拠も尋問する証人の数も多くなるので、相当の期間を要する。「適正な」刑罰法令の適用をするためにも、冤罪を避けるためにも、行為と行為者に關する真実の究明が必要であるから、これを犠牲にするのでない限り、裁判の迅速化は難しい。解決策の一つとしての「公判前整理手続」の是非については、次章で論じる。

第三の問題点は、刑事司法が市民感覚を反映していない点であるという。司法制度改革審議会で国民の司法参加<sup>(12)</sup>が取り上げられることになった理由の一つはここにある。国民は、何に違和感をもっているのであろうか。『刑法の「常識」は社会の「非常識」!?—だから裁判員の判断は正しい。』という帯のついた本がある。学説によっては異論もあるが、刑法という法律は、基本的に被害者の立場に立って立法されていない。故意犯中心の処罰、原則的な未遂犯・既遂犯同一処罰（これらは行為無価値論でなければ説明しにくい）、普通の国民は結果の重大性を重く見る傾向がある）もそうであるが、占有の回復可能な窃盗罪より回復不可能な器物損壊罪の方がずっと軽い罪であったり、強盗罪の方が強姦罪よりも重罪である、また、被害者のいない犯罪がある（裁判官以外は刑の量定の基準が全く分からない）など。裁判官は、当然、法定刑をもとにして宣告刑を導くから、素人（被害者も含む）には

納得の行かないこともまま出てくる。しかし、これを国民目線で修正するために国民の司法参加を推進するのが妥当なのかどうか、次章で再検討することにする。

(8) 森達也『死刑』（朝日出版社 二〇〇八）

(9) 石松竹雄・土屋公猷・伊佐千尋編著『えん罪を生む裁判員制度』（現代人文社 二〇〇七）二〇四頁。

(10) 例えば、死体が発見されると、捜査機関はまず死体遺棄罪で逮捕状をとり、その勾留を機会に殺人の捜査もする。そして、あらためて殺人罪で逮捕状を取り勾留を延長する。こうした、いわば脱法的な運用の中で、立件するための証拠（自白も含めて）を収集する。これは、憲法第三八条第二項や刑事訴訟法第三一九条第一項の規定に抵触しないのであろうか。

(11) 一九六六年アメリカ合衆国の連邦最高裁がミランタ事件において認めたルール。「あなたには黙秘する権利がある。あなたの証言は法廷で不利に扱われることがある。あなたには弁護士と相談し、尋問中弁護士を同席させる権利がある。経済的理由で弁護士を雇えない場合、公費で弁護士を雇うことができる。」という警告を欠いた証言には証拠能力を否定する。我が国の場合、否認は、証拠隠滅の虞れや逃亡の虞れがあると見なされて勾留の長期化をもたらし、法廷では、反省なしとして重罰化を招く。犯罪を犯したとされる者の精神的負担はずっと重い。

(12) 全事件の六〇％にも達する起訴猶予に関しては、すでに檢察審査会があり、国民の目から見て不当な起訴猶予に対しては監視することができる。起訴相当の判断を二回すれば起訴になるという改正は、檢察官の起訴裁量に一定の制限を設けた。

(13) 谷岡一郎『はじめての刑法入門』（ちくまプリマー新書121 二〇〇九）

#### 四 裁判員制度は刑事裁判を変革できるか

##### (1) 冤罪について

裁判員が有罪・無罪の判断に参加しても、およそ人間のやることであるから、百パーセント冤罪が防げる保証はない。しかし、我々が真犯人の取り逃がしの防止よりも冤罪の防止を選択したのだということを肝に銘じ、伝聞法則と自白法則が守られているかどうかを厳格に注視し、可視化と弁護人立会権の認められない、しかも長期(二三日間でも被疑者にとつては相当長い。ましてや何度も再逮捕が繰り返された場合)にわたる取り調べの末作られた供述調書よりも法定での被告人の供述を信用する、ということ徹底すれば、真犯人の取り逃がしは増えるかもしれないが冤罪はほぼ防げる。裁判官がどう認定しようと裁判員五人がその線を譲らなければ、無罪とせざるを得ないからである。

しかし、「疑わしきは被告人の利益に」を勝ち取るまでの人類の長く苛酷な戦いについて何も知らず、憲法や刑事訴訟法が自白法則や伝聞法則をいかに重要なものとして扱っているかも理解していない裁判員に、上記のようなスタンスをとることを期待するのは無理というほかはない。裁判員制度についてのQ&A本の中には、「法律の知識がないのに、的確な判断ができるか?」という質問に対して、「法律の知識は、裁判員に必要ありません。求められているのは、普通の生活を送っているあなたの『良識』や『常識』です。」と答えているものがあるが、その程度の良識や常識なら裁判官ももっているはずで、刑事裁判に裁判員が加わって判断する意味がない。裁判員資格者から法曹(経験者)や法律学専門の教授、准教授が排除されているのは、法律専門家でない素人の良識や常識を大事にするというよりも、供述調書その他の証拠の証拠能力について、裁判官がこれまでの採用基準を変えたくな

かつたからではないか、評議でその点について議論が紛糾するのを避けたかつたからではないかという疑いさえ生じる。取調時の可視化や弁護士立会権に消極的なのも、冤罪防止を刑事裁判における最高かつ究極の目標とはしてない何よりの証拠である。いずれにしても、裁判員が加わつたからといって、これまでより冤罪の確率が減少するとは言えない、ということが理解されるであらう。

(2) 裁判の迅速化について

オウム真理教の教祖松本智津夫の裁判は一審だけで七年の歳月を要した。関わつた事件数の多さもさることながら、殺人等について本人が「弟子のやつたこと」として容疑を否認し、弁護士も事件の子細にわたる点まで拘つたことがその原因である。確かに、重大事件において被告人が起訴事実を否認する場合には、裁判に時間がかかる。そして、そうした事件は重大であるがゆえに人々の関心を呼ぶ。人々が、刑事裁判は時間がかかるという印象をもつのはこのためであらう。しかし、多くの自認事件では、公判が刑の言い渡しを含めて二回で終わるケースも多い。

裁判員裁判は、重大事件のみ対象とする。したがって、従来の例でいえば相当の歳月を要する。裁判員は、裁判官と違って他の仕事をもつ者であるから、長期間拘束することはできない。また、素人ゆえに、裁判という気骨の折れる仕事に長期間関わることは精神的に無理がある。長期間の束縛は、彼らの精神的・身体的能力の限界を超えることになる。そうした裁判員の事情を考慮して、裁判員裁判をするときには必ず公判前整理手続を経ることとした。既述のように、公判前整理手続は、裁判官・検察官・弁護士が一堂に会して、訴訟の進め方や提出する証拠についてあらかじめ整理する手続であるが、被告人は参加しなくてもよく、無論、裁判員は参加しない。この手続を入れることは、裁判官の事案に対する先入観を排除するためにこれまで採られてきた起訴状一本主義に修正を加え、

第一回公判における冒頭手続を裁判員や傍聴人に向けたセレモニーにしてしまった。裁判官は、対等の職権をもって活動するはずの裁判員より、この段階ですっと多くの事案に関する情報をもつことになる。評議における主導権は、どうしても裁判官が握ることになりはしないか。

確かに、公判前整理手続のおかげで、裁判員裁判は、自認事件の場合二日ないし四日、否認事件でも六日くらいで裁判員選任手続から刑の言渡しまでが終了し、裁判の迅速化には大いに貢献している。担当した裁判員の終了後の談話を聞いても、大方が、良い経験になったと評価している。しかし、裁判は、裁判員の自己満足で終わっていないわけがない。果たして、こうした迅速な手続で、事案の真相の解明は十分に行われているであろうか。「核心司法」で刑罰法令の適切な適用はできているのだろうか。被告人の自認は額面どおり受け取っていいのだろうか。急ぐあまり、証拠の取捨選択に誤りは出ないのだろうか。疑問は尽きない。評議の内容が明らかにされないのだから真相はわからないが、特に自認事件では、重大事件の割りには証拠調べが雑なような印象を受ける。<sup>(15)</sup>

### (3) 市民感覚の反映について

司法制度改革審議会の意見書は、国民の司法参加の意義について次のように述べている。「二一世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う国家への過度の依存体質から脱却し、自らのうちに公共意識を醸成し、公共的事柄に対する能動的姿勢を強めていくことが求められている。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、国民が、自律性と責任感を持ちつつ、広くその運用全般について、多様な形で参加することが期待される。国民が法曹とともに司法の運営に広く関与するようになれば、司法と国民との接地面が太く広くなり、司法に対する国民の理解が進み、司法ないし裁判の過程が国民に分かりやすくなる。その結果、司法

の国民的基盤はより強固なものとして確立されることになる」と。

ところで、国民主権、民主主義のもとで、国民が公共的事柄、とくに権力作用に直接関与しなければならぬかどうかについては、議論がある。論者の中には、「国民の司法への直接参加が民主主義の絶対的要請といえるかは疑問<sup>(16)</sup>」とする者もある。間接民主制をとる我が国では、権力作用のうち立法は二〇歳以上の全国民の選挙によって選ばれた国民を代表する議員によって担われ、行政は、議院内閣制の下で国民の多数（実際には国民の三〇％程度の支持で政権は取れる）の支持する政党が担当することになっている。これに対して、司法は、最高裁判所裁判官の国民審査が形骸化していることもあって、国民の民主的コントロールが及ばないと見られがちである。しかし、憲法はその第七六条第三項において、裁判官は、国民の意思の表れである法律による裁判をしなければならぬとしており、このことよって司法の民主的コントロールが果たされると見られることもできる。井上薫は、「……法令に基づく裁判の要請によって裁判官は法令に従って裁判をするしかありません。つまり、裁判の基準として、民意の塊である法令を採用するわけです。こうすれば、裁判の結果もまた、民意に従ったものが期待されるでしょう。こうして、司法に関しても、国民主権の原理が届くような仕組みになっているのです。」<sup>(17)</sup>という。果たして、裁判員という形で国民の司法への直接参加は、司法という権力のコントロールに寄与し、国民の意思を司法に反映することとなるのであろうか。

まず、市民感覚ないし国民の健全な常識と言われるものについて考えてみよう。「市民」とは、民主制が初めて導入されたギリシャのポリス国家において、「奴隸」の対になる観念として用いられた、政治と軍事を担当する人々であり、世襲された<sup>(18)</sup>。つまり、この人々は、生産労働に従事する奴隸とは違って、外敵から国家を守り社会秩序を維持するという「公」に主体的・自律的に関与したのである。今日「市民運動」などと呼ばれるときの「市民」と

は意味がだいぶ違い、まさに「市民」こそが公権力だったと言ってもよい。裁判員制度との関係で言われる「市民」は、むしろ「庶民」とか「公衆」という語と同義であり、公権力に支配される人々を指す。意見書は、民主権原理の下、こうした人々が被統治意識から脱却することが必要だというのが、果たしてそうだろうか。

民主主義・国民主権は、確かに、国民に政権の選択をさせる制度である。二〇〇九年八月三〇日におきた政権交代を国民(市民)による一大革命と評価する向きもある。しかし、国民は知っている。自分たちが、政権を奪取した民主党の政策を全面的に支持しているわけでもないし、新政権がいわゆるマニフェストを完全に実現してくれるわけでもないことを。いくら政権選択権を行使して政権担当者を交替させても、公権力は依然として公権力であり、個々の国民の利益よりはその原始的機能を果たすことにより大きなウエイトを置く。そのためには、身辺の無事願望と経済生活の安定願望を「最大多数の最大幸福」の限度で満たしてやればよい。何しろ、国民の三〇%の支持で政権は取れるのであるから。何度政権選択権を行使しても、この図式は永遠に変わらない。

国民の当面の関心事は、身辺の無事と経済生活の安定である。公共の問題に対する関心は薄い。われわれ個人は、社会的事象に関しても、通常は、個々人のレベルで判断を下す。国家・社会レベルの発想は乏しい。<sup>(19)</sup> 犯罪という公共の出来事は、本来、自らが当事者にでもならない限り、どうでもいい事柄である。よほど重大な事件でもなければ、関心は持たない。重大な事件でも「お上」が何とか処理してくれるはずとして、被害者がかわいそうだとか加害者が憎らしいという感情を抱いても、自らそれに深くコミットしようなどとは思わない。しかし、それはそれでいいのである。「よらしむべし知らしむべからず」とは違い、主権者たる国民が権力を監視し、政権選択権を行使する時にはそれを活かす、というのは当然であるが、どのような行為を犯罪にするかの決定権もない国民が犯罪に対処する活動に主体的に関与する責務はないのである。その責務は、その任に当たるべく位置づけられた

人々・機関にある。裁判員も、通常は、犯罪問題に深くコミットすることのない、その必要もない国民である。人は、情報統合体<sup>(20)</sup>であるから、自らの情報系に同調・共振する刺激にしか反応しない。それ以外の刺激は意味ある情報にはならないのである。だからこそ、関心を持ちそうな重大事件だけを対象にした、ということでもあろうが、それでも、その事件への関心の持ち方は、やはり個人レベルからなってしまう。これは良い悪いの問題ではない。そういう習性なのである。論者から、量刑について、「量刑基準の知識は市民生活の中にはない。」「『市民感覚』とは、何のことはない、わが国の刑事裁判の量刑一覧表に被害者感情を加えたものことだったのだ。」<sup>(21)</sup>という評価がでてくるのもやむを得ない。

健全な常識についても触れておこう。小田中聡樹は「もともと社会常識とは多様性とともにかんりの程度の普遍性を持つものであり、その意味では一種の健全性を持つている。にも拘わらず裁判員制度導入の基本目的としてわざわざ『健全な』という字句を挿入しているのはなぜか。それは、統治層（その司法代理人としての裁判官）にとって好ましい（健全な）社会常識と好ましくない（不健全な）社会常識とを選別しようとする志向に基づくものである。」<sup>(22)</sup>と述べているが、この関係で思い出されるのが、裁判員裁判ではなかったが、光市母子殺害事件の差戻後控訴審での議論である。死刑を選択される可能性が高いことを見越してか、被告人・弁護人側は、これまで認めたきた検察官のストーリーを一変させる主張を展開した。強姦致死は、被害者を慕って抱き着いたときに誤って首に手がかかってしまった過失致死、屍姦は蘇りの儀式、死体を押し入れに隠したのは、「ドラえもん」が何とかしてくれると思った、というものである。<sup>(23)</sup>被告人は、事件当時、一八歳の少年だが社会人であった。さて、この新たな主張をどのように考えるか。多くの善良な市民は、弁護団の真剣さとは裏腹に、自分たちの経験に照らして「荒唐無稽」と一蹴するであろう。一八歳にもなる人間が、赤の他人に母恋しさの思いで抱き着く、さらに姦淫を蘇りの



儀式と、死体の隠蔽を、小学生でも知っている架空の「ドラえもん」で説明しようとする。これは死刑逃れの嘘の供述と誰もが考えそうである。それこそ「健全な」常識というものである、と。広島高裁の判断もそのとおりであった。しかし、科学的には存在が確認されている紫外線や赤外線が肉眼では見えない、ある一定の幅の周波数の音しか聞き取れないのと同じように、われわれの常識には一定の幅があり、それを超える事柄の認識には拒絶反応が働く。「事実は小説よりも奇なり」というように、真相は被告人の供述どおりであったかもしれない。それとも、刑事裁判というものは、「荒唐無稽」は切つて捨てる、ということなのでよいのであろうか。

市民感覚の反映の一つの方法として、これも民主的な司法の運営を意図したものであろうか、評決に多数決が採られていることの是非にも触れておこう。合議制の裁判では、これまでも多数決が採られることになっているようであるが、それは「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反することにはならないのであろうか。田邊信好は、次のように述べている。「郵政を民営化すべきか否か、消費税を何パーセントか引き上げるべきか否か、自衛隊をイラクに派遣すべきか否かなど国の政策を決めるのは、国民の選挙によって選ばれた国政を託された代表者（国会議員）の多数決で決めればよい。これらの政策は、客観的にどうでなければならぬという性質のものではないからである。しかし、被告人が真犯人か無実かは、素人（しかも国民の代表者ではない―筆者注）も加わって多数決で決めてもらっては困る。そんなことは断じて許せない。なぜか。被告人が真犯人か無実かは、いずれであるにしろ客観的事実であるからである。そこに、政策決定と事実認定との本質的な差異がある。」<sup>(24)</sup>と。被告人が犯したとされる犯罪は、過去の歴史の一回的事実である。歴史的事実（例えば、邪馬台国がどこにあったか）が多数決による決定に馴染まないように、起訴事実が実際にあったかどうか、ストーリーの主人公が被告人であったかどうかは、多数決で決せられるものではない。<sup>(25)</sup>無罪推定原則は、一人でも検察官の立証に疑問を持つ者がいる以上は、被告人

を無罪とする方向へと進むべきものである。

これまでの議論は、一般市民が裁判員として参加した場合に刑事裁判に市民感覚が反映されるか、というものであったが、ここで、一般市民は刑事裁判で有罪・無罪を判定し、量刑をすることが許されるのか、という本質的な議論に移ろう。裁判官といい裁判員という、「裁く」という語が使われていることから、これらの人々は被告人を裁く仕事をするという誤解があった。『殺人犯を裁くですか?—裁判員制度の問題点—』(田中克人著 駒草書房 二〇〇七)という題名の本もあり、罪刑法定主義のなかった江戸時代には、司法は「お裁き」と言われた。しかし、刑事裁判は「お裁き」ではなく刑罰法令の法的手続に従った適用である。神ならぬ人に「人を裁く」資格はない。新約聖書には次のような言葉がある。「人を裁くな。あなたがたも裁かれないようにするためである。あなたがたは、自分の裁く裁きで裁かれ、自分を量る秤で量り与えられる。あなたは、兄弟の目にあるおが屑は見えるのに、なぜ自分の目の中にある丸太に気づかないのか。兄弟に向かって、『あなたの目からおが屑を取らせてください』と、どうして言えようか。自分の目に丸太があるではないか。偽善者よ、まず自分の目から丸太を取り除け。そうすれば、はっきり見えるようになって、兄弟の目からおが屑を取り除くことができる。」(マタイによる福音書第七章第一節—五節)と。また、姦通の現場で捕らえられた女について、ファリサイ派の人々からどう考えるかと問われたイエスが、「あなたがたの中で罪を犯したことのない者が、まず、この女に石を投げなさい。」と言った記事(ヨハネによる福音書第八章第三節—十一節)もある。このような感覚は、日本人の中にもあるようで、嵐山光三郎は「人を裁くというのはげに恐るべきことで、神の仕事だ。その恐るべきことを取えてやるのがプロの裁判官なのだ(26)」と思(26)う。」と述べている。

裁判官の中には「説論」という形で、判決とその理由以外に、被告人の更生を期待している、という趣旨の発言

をする者がある。しかし、裁判官も、「人を裁く」者ではなく、単に、確かに余人にはできない重大な役目を担ってはいるが、法に仕える「司祭」に過ぎない。説諭は、被告人を高めから見、自らの役割の限界を逸脱した余計な「おしゃべり」である。ましてや、法について素人の一般国民は、このような役割を担うべき能力も資格もないのであるから、参加すべきではない。

この章を結ぶに当たって、最後に、裁判官は指摘されるほど市民感覚から離れている訳ではない、ということ、判例理論のいくつかを参考にしながら述べて行きたいと思う。初めに「共謀共同正犯理論」である。刑法第六〇条の規定の文言にもかかわらず、裁判所は早くから、犯罪実行行為を現場で共同しない共謀者にも共同正犯としての違法性を認定してきた。いわゆる「共同意思主体説」である。この学説には「刑法の個人責任の原則を逸脱し団体責任を認めるものだ」との批判があつたが、判例は、一貫して、「首謀者」は正犯として罰せらるべきだという信念を貫いてき、学説も、説明方法は異なるが、共謀共同正犯それ自体は承認するようになってきた。オウム真理教の例を挙げれば、恐らく一般市民の法感情は、地下鉄サリン事件を始めとする一連のオウム犯罪が、実は実行犯のそれに止まらず、教祖である松本智津夫自身の犯罪である、と認めるであろう。彼は、犯行現場へは行っていないが、殺人等の犯罪を唆したのではなく自分で行ったのだ、教唆犯ではなく正犯である、とするのが市民の偽らざる感情である。裁判官は、刑法理論に拘る学説を尻目に、それを是とした。共犯現象の特殊性を考慮した判断である。二番目に挙げるのは「胎児傷害」についての判例である。学説の大半は、これを処罰するのは罪刑法定主義違反であるとして、その可罰性を認めない。しかし、熊本水俣病刑事事件で熊本地裁は、致死の原因となる行為が胎児のときに実行されても、「人」となった後に実行されたものであつても、価値的に格別の差異はない。胎児性水俣病によるものであつても業務上過失致死が成立するとした。最高裁も、理論構成は違うが、結果として業務上過失致

死の成立を認めた（最決昭和六三・二・二九刑集四二・二・三一四）。これも、形式論理に拘る学説とは異なり、事態を、それこそ健全な常識をもって見つめた結論と言えよう。<sup>(27)</sup> 第三は、「死者の占有」に関する判例（例えば、最判昭四一・四・八刑集二〇・四・二〇七）である。果たして死体からの財物の領得は占有離脱物横領なのか窃盗なのか。これは死生観にかかわる問題であるから、一概に市民感覚がどうだこうだとは言えない。しかし、少なくとも私は、道に落ちている財布を拾うよりも死体のポケットに入っている財布を取ることに抵抗感を覚える。裁判官は、まだ死んで間もない死体（生々しい死体）からの領得を窃盗に当たると考えた。多数説は、支配意思の無い死体に占有はなく、したがって占有離脱物横領罪が成立するに過ぎないとする。しかし、私と同じような抵抗感を持つ人にとっては、当該行為は「占有侵害」<sup>(28)</sup>のはずである。

刑法典には規定されていない事柄に関する判例理論の中には、市民感覚や市民の処罰感情を汲み取ったものが多いが見られる。

(14) 読売新聞社会部裁判員制度取材班『これ一冊で裁判員制度がわかる』（中央公論新社 二〇〇八）九八頁。

(15) 最近テレビドラマでも裁判員裁判が扱われるようになった。印象に残っている例を挙げると、一つは身代わり事件である。たまたま裁判員の一人の携帯電話に被告人のアリバイを示す写真メールが残っていたため冤罪にはならなかったが、検察官がすべての関係者の証言を取らなかつたため、判決まで身代わりであることが見逃された。もう一つは、殺人罪で起訴された（被告人も認めた）被告人が実は囑託殺人罪だった事件である。自認事件の真相解明には困難が伴うが、事件の背景や関係者の証言を精密に検証すれば、冤罪を生まないで済む。これはドラマの中だけの話ではないだろう。

(16) 小田中聡樹『裁判員制度を批判する』（花伝社 二〇〇八）四五頁。

- (17) 井上薫『つぶせー裁判員制度』(新潮新書二五四) 七一―七二頁。
- (18) 佐伯啓思『「市民」とは誰か』(PHP新書〇二二) 一〇四頁以下参照。今日の「市民」に関しても、「国民主権の担い手として、公共的関心を持ち、自己責任を持って社会に参画する人間のこと」を指す、とする者もある。丸田隆『裁判員制度』(平凡社新書二二三) 五四頁参照。
- (19) 犯罪問題ではないが、民主党が公約した八ツ場ダムの建設中止についてである。地元は建設続行を要望した。個々人レベルから見れば、五〇余年に及ぶ紛争の末、まさに本体工事に係ろうとしていたところだし、水没予定地住民の移住も進んでいることだから、建設続行が利益である。しかし、政府は、これまでの投入資金が無駄になっても、「無駄な公共工事は行わない」という宣言の象徴的な存在として、地元住民の犠牲のうえで国家レベルの観点から中止を選択した。
- (20) 米山哲夫『情報化社会の犯罪対策論』(成文堂 二〇〇一) 五八頁以下参照。
- (21) 高山俊吉『裁判員制度はいらない』(講談社 二〇〇六) 八七―八八頁。被害者感情を量刑に反映させるのは、個々人レベルの発想の典型である。これに警告を発するのは橋爪大三郎である(同著『裁判員の教科書』(ミネルヴァ書房 二〇〇九))。「身寄りのない天涯孤独のひとが殺されたら、遺族はいません。遺族の感情を癒す必要もない。それでも、大勢の遺族が悲しんでいるケースと同様、公正な法の裁きが必要です。」(一四六頁)と述べている。
- (22) 小田中・注(16)前掲書一一頁。
- (23) 井上薫『裁判と世論の微妙な関係』(クリビュア新書C一―一〇) 一六一頁以下に詳しい。
- (24) 田邊信好『これでいいのか裁判員制度』(文芸社 二〇〇八) 八二頁。
- (25) 陪審制推進論者の中には、事実認定能力において裁判官と一般市民の間に差はない、として、次のように言う者もある。「一般市民は、毎日の自分の事業や職務を履行するためにも、生活を続けるためにも、必ず一定の事実認定を行う、その上に立って行動している。職業裁判官は、法律の解釈や実務については、『専門的知識』を持っているが、事実認定については、一般に特別の経験や知識を有する者ではない。従って、事実認定能力において、一般市民と職業裁

判官との間に本質的な違いはないのである。」(石松他・注(9)前掲書〇五七—〇五八頁)と。(同旨、後藤昭「裁判員制度をめぐる対立は何を意味しているか」『世界』二〇〇八、六月号九六頁)確かに、陪審制では、陪審員だけが全員一致の事実認定を行っているが、誤判が多いとの指摘もある。日常的な事実認定とは違い、刑事裁判における事実認定は、検察官が証拠に基づき合理的な疑いを容れない程度に起訴事実を証明したかについての判定であるから、健全な常識では、職業裁判官の方が優れている。

(26) 高山・注(21)前掲書二二頁。しかし、本文どおり、この認識も間違いだと思う。

(27) 「胎児も傷つけることができる。そしてそれが可罰的なほど重大な結果を招くことがある」という、一般市民が聞いたら当たり前のことを理論的に説明するのなら、「殺人罪との関係では、堕胎罪処罰規定があるから胎児は『人』ではないが、傷害罪との関係では『人』である。」とするのが妥当であろう。

(28) 詳しくは、注(20)前掲拙著七五頁以下参照。

## 五 結 び

裁判員制度については、以上に述べてきた問題点以外にも、憲法上重大な疑念が持たれている。<sup>(29)</sup> まず全体として、現行憲法が職業裁判官以外の構成員から成る裁判所を想定していない、とする見解がある。<sup>(30)</sup> また、裁判員の立場からの問題として、憲法第一八条(意に反する苦役の禁止)、第一九条(思想・信条の自由)が、被告人の立場からの問題として、第三二条(裁判を受ける権利)、第三七条(公開裁判を受ける権利)が、裁判官の立場からの問題として、第七六条第三項(裁判官の独立)が議論の対象になっている。

しかし、裁判員制度は、憲法学者である佐藤幸治が会長を務める司法制度改革審議会での採用が検討され、そ

の後の国会審議でも政府参考人から憲法適合性が認められ、法案成立後からは、最高裁判所、法務省、日弁連が一緒になってその円滑な導入に力を入れてきた。特に、違憲立法審査権をもつ最高裁が先頭に立ち、相当な予算を使ってPRビデオを作り模擬裁判の開催をしてきたことの意味は大きい。違憲論に対する理論武装は十分にできていると見て差し支えない。問題は、むしろ、違憲立法審査権をもつ最高裁が一つの法律の推進に主導的な役割を演じ、違憲論をあらかじめ封殺してしまうことにある。裁判員裁判を強要される被告人が違憲の訴えを起こしても、答えは疾に分かっている。最高裁が違憲判決を出すはずがない。何しろ自衛隊の存在が憲法第九条違反ではないのであるから、憲法問題についてはどのような理屈でもつく。

裁判員制度は、裁判員経験者に対する法教育、遵法意識の強化という面では、一定の刑事政策的効果はあるのかもしれない。しかし、裁判員経験者の数は、国民の中の圧倒的少数であり、守秘義務との関係で、その経験を他の国民と共有することができないから、効果は広範囲には及ばないし、本当に国民の意思が判決に反映されているかどうかとも検証できない。裁判員だけではなく自分たちの仲間が参加しているから裁判に対する信頼感を増し、裁判の権威が高まるというような単純なものではない。いくら裁判員側に評判の良い制度であっても、刑事政策的見地からこれを冷静に観察して、原理的に妥当な方法でないならば、いつか破綻する。

前章で検討したように、裁判員制度は、国家的制度として正当ではない。民主主義国家であろうと独裁国家であろうと、国民と公権力との権力関係に差異はない。公権力は、依然として、縄張り争いと序列争いの中から、最高の「暴力」として出現する。両者の違いは、公権力の正当化根拠（国民の意思）だけである。国民主権国家でも事実上の権力（暴力）は公権力にあり、国民は被統治者に過ぎない。そして、公権力の原始的機能は、対外的には外敵の排除であり、対内的には社会秩序の維持・実現、つまり国民の身近の無事願望と経済生活の安定願望の充足で

ある。「犯罪」を特定できるのは公権力だけであり、したがって、犯罪に対処する責務は、全面的に公権力にある。手から口への生活に追われている被統治者たる国民は、犯罪被害に遇いたくないから事実上「犯罪対処活動」を行なっているが、原理的には、その責務は無い。まして、公権力の行使である裁判に参加することを強制されるいわれはない。

また、刑事裁判は、被告人を「裁く」のではなく、公訴事実を検察官が「法」に則り合理的な疑いを容れない程度に証明できたかを確認し、行われた犯罪に刑罰「法令」を厳格に適用する過程であるから、刑法も刑事訴訟法も知らない全くの素人たる国民が参加すべきではない。<sup>(31)</sup>

以上の二点から、裁判員制度は、刑事政策的に見て妥当な制度だとは言えない。

(29) 大久保太郎『「違憲のデパート」裁判員制度実施の不可能性(上)』(判例時報一八八三)三頁以下、田邊・注(24)前掲書一五一頁以下参照。

(30) この問題についての賛否の議論は、柳瀬昇『裁判員制度の立法学』(日本評論社 二〇〇九)二二〇頁以下参照。本稿は、違憲という立場から裁判員制度の問題点を論じているわけではないので、詳しくは触れない。

(31) 法学部の教員なら誰でも経験しているように、一年間の授業で講義内容を十分に理解できる学生はわずかである。裁判員制度では、裁判官が法律のことは丁寧の説明することになっているが、義務教育修了しか条件のない素人が、被告人に不安感を与えないくらいに説明を理解できるか疑問である。また、もし理解したとしても、それは裁判官の見解なのであって、素人が参加している意味はない。