

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか

船 山 泰 範

- 一 本稿の課題
- 二 刑事司法の弊害と改良方策
- 三 被告人質問先行の機能
- 四 通常裁判に変化が見られるか
- 五 裁判員裁判は三権分立を深める
- 六 刑事司法改革の背景
- 七 結び

一 本稿の課題

(一) 本稿のねらい

日本国憲法が設定している三権分立は、わが国においては、初めて本格的に導入された手法である。明治憲法も近代の立憲国^①の影響を受け、形として権力の分立を採用したが、基本的に「天皇のもとに大権を翼賛する機関として分立しているにすぎな」かつたのである。三権分立は国家の統治機構の仕組みであるが、その狙いは、これまたわが国においては初めて採用された国民主権を確立するために、国家権力の暴走を抑える必要があると考えられたからにほかならない。

国家権力の暴走は日本国民が体験してきた現実であった。明治維新以降の慌ただしい近代化^④の中で軍国主義化^⑤し、「政府の行為によつて」(憲法前文一段)戦争を行なったという苦い体験を、わが国民はしてきた。そこで独裁主義を排し、「人類普遍の原理」(憲法前文一段)としての民主主義を標榜する憲法を制定したのである。「憲法で戦争放棄をしたのが他動的であろうとも、すくなくも国民はひととき解放のよろこびを味わった。」とする画家の一文に^⑥、その当時の庶民の率直な気持が表わされていると思う。したがって、「平和のうちに生存する権利」(憲法前文二段)なしに民主主義はあり得ないことを、国民は深く自覚したのである。宮沢賢治(第二次世界大戦終結の二年前、昭和八年に没)は、「世界がぜんたい幸福にならないうちは個人の幸福はあり得ない」^⑦と述べているが、その法律的表現が平和的生存権であると、私は理解している。そして、それを実現するための不断の努力(憲一二条)をすると、国民は誓ったのである。私は、裁判員裁判という制度を立ち上げたのは、主権者としての不断の努力の具体化の一つである

と思う。

本稿は、以上のような視座に立ち、加えて傍聴や弁護士として司法に関わってきた感覚も踏まえて、裁判員裁判が民主化の進展に寄与しているか、を検討するものである。⁽⁹⁾では、何を指標として、その判断をするか。私は、裁判員裁判の導入によって通常裁判が変わったかどうか、に基づいて判断するのが適切であると思う。その理由は、後述するように、現行の刑事裁判、より広く捉えて刑事司法は抜き差しならない弊害を内包していることによる。しかも、その根本的な原因は容易に推測できる。すなわち、権力の行使において、今日なお民主的要素が欠けているためである。

(二) 司法に民主的正統性はあるか

裁判は、それ自体として民主制に結びつくものとは限らない。ともすると誤解しがちであるが、今日の裁判が民主的でなければならないことと、裁判は民主的であるということとを混同している。前者の命題は正しいが、後者は誤りである。

裁判が民主的とは限らないことは、次の二つの点から証明される。第一に、裁判という方式は、古代⁽¹⁰⁾から行なわれ、中世⁽¹¹⁾を経て現代まで続く制度であり、それに民主主義が結びつく可能性があるのは近代以降⁽¹²⁾にすぎない。ただし、ここでも誤謬を犯しがちであるが、民主的でない裁判のすべてが誤りであるということではない。例を挙げれば枚挙に⁽¹³⁾遑^(いそ)がないが、『ヴェニス⁽¹⁴⁾の商人』におけるバルサザー博士（ポーシャ）の裁きは、後世、論争の種となったものの、その小気味よさは印象に残る。第二に、三権分立がなされたとしても、その中の司法に民主制が結びつくとは限らないためである。この第二の点こそ、司法に民主的正統性⁽¹⁵⁾があるかという重要問題に関わるので、民主主義が息づいているかを検証する本題に入る前提として、考察しておこう。

さて、立法権（国会）は、国民による選挙で選ばれた国会議員で構成されるという直接的基盤がある。また、行政権を司る内閣は、国会によって選ばれた衆議院議員たる内閣総理大臣（憲六七条一項）が、自ら選任する国务大臣によって構成されるから、やや間接的になるが、選挙という国民の意思に基礎を置くといえる。それらに対し、司法権（裁判所）は、何ら民主的基盤を有していないのである。

いや、そんなことはない、最高裁判所裁判官については国民審査（憲七二条二項）があるではないか、という反論が予想される。しかし、この制度は、裁判官の就任の要件ではないし、内閣が選任した後で、たまたまなされる衆議院議員選挙に際して、普通人にはつけることが躊躇ためらわれる×をつけさせるという方式でなされるため（最高裁判所裁判官国民審査法一五条）、制度発足以来、一人として罷免（憲七二条三項）されたことはないのである。しかも、この方式は一般の裁判官には全く関係がない。

なお、国民からの「裁判所の役割に対する尊敬」こそ、司法の支持基盤であるとの見解（16）もないわけではない。しかし、この点については大いに疑問であるといわざるをえない。別に数値上の根拠を有するわけではないが、国民の多くは、裁判（司法）を敬遠こそすれ、裁判所を尊いものとして敬うような素振りなどは見たことがない。一般社会では、「出るどころへ出る」などというのは、人間として恥ずかしいことと思われているといつてよい。

このように、現行法制では、裁判官が国民によって支持される根拠はどこにも見い出すことができないのである。刑事裁判の弁護士として法廷に立ったとき、被告人がどうしてこの裁判官によって裁かれなければならないのか、という想念が私の頭を過ぎるのは、よほど奇異なことであろうか。

したがって、なんとしても、司法（裁判所）が国民によって支持される制度的保障が必要なのである。これは、裁

判の結論が国民において納得されるということだけで済むことではなく、制度のあり方として、国民の声を反映させることでなければならぬことである。⁽¹⁷⁾ その意味において、国民と裁判官が一つの裁判体を構成して、評議・評決をするという裁判員裁判の組立ては、民主的基盤になりうる可能性を有していることは疑いない。ちなみに、第二次世界大戦前、わが国でもしばらく（昭和三年から一八年まで）用いられた陪審制⁽¹⁸⁾では、事実認定は陪審員だけで行ない、量刑は裁判官だけで行なうという点で、協働関係ではなかった。

さて、裁判員裁判が民主的基盤となるかであるが、それを首肯するには、十分な吟味が必要である。本稿のこの後の検討を待つてほしいと思う。

二 刑事司法の弊害と改良方策

（一）多くの問題を抱える刑事司法

人間の特色は、「助け合う」という形の共同生活をしなければ生きていけない存在であるところにある。そして、さらに、人間らしい情感をもって生活するには、他者のことを思いやる「共感」が必要であると、人類学者からは指摘されている。⁽¹⁹⁾ にもかかわらず、共同生活たる社会のルールを守ることが決して容易ではない現実が存在する。⁽²⁰⁾ ただし、そのような實際を踏まえて、それに何とか対処していかうとするのも人間である。その対処方法の中で、犯罪と非行に対する「捜査↓裁判↓矯正（保護も含む）↓更生」というシステム全体を、われわれは刑事司法と呼んでいる。

ここで、私が問題として取り上げるのは、せつかく犯罪・非行に対処するための方法として組み立てている刑事司

法が、あまりにも多様な問題を抱えているということである。たとえば、冤罪という問題がある。⁽²¹⁾ 犯罪を裁くための裁判が事実を見極めることができず、無実の者を刑罰に処することは、刑事司法の最大の矛盾といってよい。捜査当局の誤りを裁判において見抜けなかったという点で、システムのあり方が問われる。⁽²²⁾ そのほか、捜査の過程で、むりやり自白を迫ることが、これまで当たり前のようになされてきたことである。⁽²³⁾ 警視庁捜査一課に属したことのある刑事の一人は、「落とせ」と常に上司から言われたそうである。⁽²⁴⁾

さて、思いつくままに、刑事司法における従来の弊害とその改良方策を並べたときに気がつくことがある(表1参照)。

(二) 被告人質問先行は裁判員裁判から

それは、改良方策の相当な部分が裁判員裁判によって実現しうるのではないか、という発見である。若干の検討を試みよう。

上述した「自白追及中心の捜査」(ウ)は、そのこと自体、基本的な人権の侵害にほかならないが、それが「冤罪」(カ)の要因となっている点でも見逃すことができない。さらに、「拷問」(キ)に繋がる危険性も高い。「自白追及中心の捜査」に関して、裁判員裁判手続で導入された方策の一つが、被告人質問先行である。

被告人質問先行とは、従来の刑事裁判における証拠調べの順番を根本的に変える方法である。これまでの証拠調べでは、証人尋問や物的証拠の取調べ、被疑者段階の供述調書の提出がなされ、最終段階で被告人質問を行ってきた。この中で、被疑者段階の供述調書は、検察官提出の乙号証として位置づけられ、弁護側が乙号証のいくつかの採用に異論があり、検察側が了承しないときは、その供述調書を作成した警察官や検察官を法廷に呼び出して、供述の任意性などを論議したのである。このような方策も、捜査官の自白追及に対する抑制にはなりうる。しかし、取調べ室に

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか（船山）

↑ …今後への期待がされる

そこで、被疑者段階の供述調書の採否について当事者間で争いがある場合、証拠調べの最初
の段階で被告人質問を行なう方式が、裁判員裁判の導入に伴い
実施されるようになったのである。たとえば、乙号証の中には
被告人が自白をしたような供述があるが、被告人としては一度
もそんなことを言ったことはな
い、という主張がなされること
が少なくない。私が私選弁護で
関わった事例について紹介する。

なお、病気という個人のプライバシーに関わる点などがあるが、論文に引用することの同意を本人より得ている。また、内容を適宜修正して、守秘義務に違反しないよう注意している。公判前に検察官から開示された供述調書の中に自白と思われるものが見い出されたので、打ち合わせの際、自白していないなら指印を押さなければよかったではないかと問いたですと、被告人からは、「いやだ」と言うのにむりやり指印を押させられた²⁵という返事が返ってきたことがある。これは、他の弁護士からもよく聞くことである。

裁判員裁判において被告人質問が先行してなされると、裁判員は、直接、被告人の言い分を聞き、弁護士・検察官による質問の後、自らも質問をすることができる。被告人は、証人のように嘘をつかないという宣誓をしているわけではなく、逆に黙秘権の保障があるから、どの程度本当のことを述べるか、どこにも保証はない。しかし、公開法廷において、九人あるいは一人(補充裁判員二人を入れたとき)から次々と質問が発せられる状況で、裁判員は自分なりの良識をもって事実認定に取り組むに違いない。また、被告人にしても、法律家でない一般国民である裁判員にこそ自分の言い分を聴いてもらいたいと思うこともあるだろう。

(三) 証人尋問の重視

次は、現行刑事裁判の最も重大な弊害の一つとして指摘されてきた調書裁判(イ)である。これは、裁判官が事実認定や量刑の判断をするにあたって、事件関係者の供述を警察官・検察官がまとめた調書に頼った判断をしたり、判決文を作成することである。ときには、むろん許されないことであるが、証人尋問の際には上の空で聞いていて(たまには居眠りもある)、自宅に帰ってから夜中に調書を見て判決書きをする裁判官もいるといわれている。

現行刑事訴訟法は、もともと直接主義を原則としている(刑訴三二〇条)のであるが、裁判官が多くの事件を担当

していることなども要因となって、調書裁判という悪弊が根付いてしまったきらいがある。

調書裁判に対しては、かなり以前から批判がなされていたが、なかなか改まらなかつたのである。それを改変するきっかけとして期待されているのが裁判員裁判である。裁判員裁判においては、裁判員が調書を自宅に持ち帰っていつて事実認定をするなどということはありえないからである。事件の参考人は、裁判員裁判では、公開法廷において証人として尋問に応じなければならないのである。証人である以上、宣誓をし、嘘をつかないという約束をするのである。

私は、裁判員裁判方式の模擬裁判を制度導入以前から行なっているが、中学生の裁判員が大人では思いつかぬような鋭い質問を行い、ハツとさせられたことが何度もある。証人尋問重視の裁判員裁判は、調書裁判を改変させる重要な契機になると思われる。

(四) 不当な検察官裁量に対抗する

刑事司法において改革が叫ばれている課題として、検察官の起訴・不起訴判断の適否(ク)、警察における捜査の不公平がある。

これらは、正義の基準や一般国民の規範意識に関わり、ひいては公共の安全にも関わる重要な問題である。それだけに多くの議論もなされ、近年、不当な不起訴に対しては、ようやく検察審査会による強制起訴の制度が整えられた⁽²⁷⁾(検審四一条の六)。現に、福島原発事故に対して国民の健全な正義感が活かされるきっかけとなっている(平成三二年春に判決の予定)。今後の個別的な課題としては、官僚の不正に対する強制起訴の活用が期待されるところである。日本の検察官は、「上向きの訴追は弱」く、下向きには強いと批判されているところであり、国民の良識が検察審査会⁽²⁸⁾

を通して検察に伝わることを期待したい。

一方、警察における捜査が社会的有力者に及びにくいという捜査の不公平もたびたび指摘されている。第一次捜査権を有する警察が公平な捜査することは、国民の法意識にも大きく影響するところであり（この点が国民の捜査への協力のポイントといえよう）、監視するために、検察審査会になぞらえて警察、審査会のような制度も検討する必要がある²⁹と考えている。

なお、強制起訴によつて起訴された事件が裁判員裁判の対象となる場合は、公訴に続いて、公判についても国民の意見が反映されることになり、刑事司法全体に国民の良識が試されることになる。

（五）刑事司法の弊害から裁判員裁判導入の理由を考える

刑事司法における従来の弊害は表1にも示してあるようにまだまだあるが、ここまでの検討からも明らかのように、その中のかなりの部分が裁判員裁判によつて改良される可能性を有していることは、裁判員裁判が導入された理由をどう捉えるかに関わることである。

そして、そのことは、今後、裁判員裁判を充実させて行く方向の指針に関わることである。すなわち、導入理由について、裁判員法一条が示すように、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」というような捉え方をする見解（理解増進・信頼向上説）³⁰もあるが、それは、刑事司法の現状に対する確かな目を欠くものと批判せざるを得ない。私は、刑事司法における弊害を払拭する一つの方法として、国民自身が直接、国家権力の作用に関わる方策である裁判員裁判が導入されたと捉えたい。

三 被告人質問先行の機能

(一) 通常裁判における被告人質問先行

証拠調べ手続における被告人質問先行は、すでに通常裁判においても利用されている。私自身、過失運転致傷事件の私選弁護士としてこの手続に関わったので、経験の一端を述べておこう。

担当した事件の被告人は、自家用車の運転中、対向車線にはみ出し、相手の自動車と正面衝突し、相手方に加療数か月を要する傷害を負わせたとして、自動車運転死傷処罰法五条違反で起訴されたのであった。起訴されてから、私は弁護士として関わることになった。被告人本人に事情を聞いてみてわかったことは、被告人は事故直前に意識を失っていたということであった。

弁護士として、私は、被告人が事故直前に意識を失っていたという主張を試みたが、もう一つ、手続上の争点としたのは、被告人の述べていることと、被告人の供述調書との大きな隔たりであった。というのは、検察官によって開示された供述調書は、警察におけるものも副検事によるものも、すべてが前方不注意で相手の自動車に衝突したというものであり、それに被告人の指印が押されていたからである。

そこで、私は、被告人に、あなたが供述調書に指印を押しているということは、前方不注意という過失を認めているのではないか、それとも、その時は認めていて、弁護士に会ってから発言を翻しているのか、と聞いてみたのである。そうしたら、そうではない、という答えが返ってきた。被告人によると、自分は一貫して、事故時に意識がなかったと述べているのに、警察官や副検事は一向に聞いてくれず、逆に自分の言っていないことを供述調書として作

文し、それに指印をしると迫ったというのである。被告人は致し方なく指印を押したそうである。ここに被疑者段階の供述調書の成り立ちの実態があるといえると思われる。私が被告人に会ったのは、事故から約九か月後であったが、被告人に言わせると、法律関係者で自分の言うことを聴いてくれたのは、「先生が初めて」であるということであった。驚くべきことといわねばならない。

私は公判における弁護計画の一環として、被告人の供述調書の任意性を争うことにし、被告人とも打ち合わせをして証拠調べ手続に臨んだ。そして、裁判長の証拠採否の問い合わせに対しては、被告人の供述調書のうち、事故時に不注意があったという被告人の発言内容には任意性がないので証拠能力を争う、と述べたのである。その点に関し、むろん検察官は納得できないとの主張であった。そこで、三人の裁判官による法廷内での協議がなされ、裁判長から、被告人質問を先行するとの宣言があり、次回公判での被告人質問が約束されたのであった。

以上が、通常裁判における被告人質問先行までの経緯である。

（二）被告人質問先行の意義

被告人質問先行は、単に質問を他の証拠調べに先立って行うという時間的前後の点ではなく、納得できない形で作られた被告人の供述調書を証拠から排除するところに、重要な訴訟法的役割があるというべきである。そのことから、以下のような幾つかの機能が発現する。

第一に、被疑者段階のむりやり取られた供述調書が、公判において証拠から排除されるということは、捜査当局の自白追及が無意味になるということである。その点で、被告人の納得できない証拠の一部が使われないことになる。被告人にとって有利になる。

第二に、以上のことは、当該事件の事実認定に影響するばかりでなく、捜査当局の取調べのあり方に対して反省と改革を求めることに繋がる。ある事件における供述調書の証拠能力が法廷において無効となるということは、同種の捜査手法をとったとき、将来、証拠能力を否定されることを予告するから、取調べ全般に警告を発することになる。今後の取調べに改善を求めることに結びつくというべきである。

この点は、違法収集証拠の排除法則に通底する考え方といえよう。判例では、警察官による逮捕手続において、逮捕時の逮捕状（窃盗被疑事件）の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もなされていない違法があるのに加え、警察官がそれを糊塗するために、逮捕状に虚偽事項を記入した上、上司への内容虚偽の捜査報告書を作成し、さらに公判廷において事実と反する証言をした（これが前述の乙号証に関する捜査官の呼び出しに関する）という事情が存在した場合の、逮捕当日に警察署で任意に採取された尿の鑑定書（覚せい剤の使用に関するもの）の証拠能力が争われた例がある。最高裁は、まず、警察官の態度を総合的に考慮すれば、逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し没却するような重大なものであるとした上で、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、「将来における違法捜査抑制の見地から相当でない」として、鑑定書の証拠能力を否定したのである（最判平一五・二・一四刑集五七・二・一一一）。

第三に、検察側の用意した被告人の供述調書が証拠として採用されず、被告人質問が早い段階でなされるといふことは、裁判員裁判の場合、検察官にとってやや不利に働く可能性がある。

四 通常裁判に変化が見られるか

（一）傍聴者増加の効果

裁判員裁判の導入によって目に見える形で変化したことがらの第一は、刑事裁判の傍聴者の増加である。むしろ激増と、表現してよいであろう。裁判員裁判用の五〇名弱の座席を有する法廷ばかりか、通常裁判の法廷でも着席できずに法廷からしめ出される傍聴希望者の例も少なくない。むろん、傍聴者増加の要因としては、痴漢冤罪事件の表出などもあるから断定的に言うことは控えるべきかもしれない。しかし、裁判員裁判が立法（平成一六年五月二八日制定）された頃から傍聴者が急増したことは、傍聴歴五〇余年の者の偽らざる感覚である。

ただそれにしても量的な変化にすぎないではないか、との指摘がなされるかもしれない。しかし、それこそ表面的なものの方として批判されよう。第一に、傍聴者が増えれば、それが裁判官に対するプレッシャーになることは疑いない。第二に、傍聴者の増加の理由の一つとして、自分が裁判員になったときのことを慮って初めて傍聴に出向いた人が少なくないと推測される。裁判員裁判の創設は、その点でたしかに国民に裁判そのものへの関心を高める効果を発揮したのである。第三に、裁判員裁判用の法廷に設置された両壁面の大画面モニターは、通常裁判においても用いられていて、一般傍聴者も見ることができると。裁判に用いられた証拠が国民に閲覧できるようになったことは、裁判の公開を実質的に高めた点で大きく評価できると思う。

なお、傍聴者が増えたことの効果の一つとして、年齢層が拡大したことを述べておきたい。今日では、中学生や小学校上級生まで広まっている。これによって、次のような模様が見られる。それは、裁判長が、小学生を見て、丁寧

に裁判手続を進めたり、公判後に法廷内で質議応答の機会を設けるなどの配慮をして頂く場合があるということである。子ども達が司法を体感した思いをすることであろう。

(二) 公判前整理手続は通常裁判でも利用できる

公判前整理手続は、①争点の明確化、②迅速な裁判を保障するために、裁判員裁判では必須の手続とされた（裁判員法四九条）。しかも、実際にそれを実現するために、裁判員裁判では、起訴から公判までの間に最低六週間の期間を空けることにしたのである。公判前整理手続は、それまでの刑事裁判が、裁判官に予断を生ぜしめないようにするために採用されていた起訴状一本主義（刑訴二五六条六項）をあえて捨てて、前述の二つの目的に資する方法として設定したのである。

そして、刑事訴訟法は、通常裁判においては、それを任意な形で用いることを規定したのである（刑訴二二六条の二以降）。その点では、従来、刑事裁判において被告人の精神鑑定がなされると、短かくても数か月、長ければ一年以上、公判が延期されたのを避けることができたようになったのである。精神鑑定が必要とされるときは、公判前に実施してもらい、公判が始まったら、その鑑定結果を証拠として提出して、切れ目なく公判を進めることができるわけである。その点を、訴訟法は、「充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うため」（刑訴二二六条の二第一項）と明言している。

(三) 裁判員裁判の教育効果

刑事裁判の証拠調べにおいて、従来は、被告人質問を一番最後に行なっていたのを、裁判員裁判の導入後、被告人の供述調書について弁護側から疑義が出されると、前述のように、被告人質問を証拠調べの最初に置く手法が採られ

るようになった。証拠調べ手続における直接主義と捜査官に対する控制方法として、事実認定手続において創出された意義は高いと思われる。いわば、この思い切った手続順序の逆転は、公判に緊張感を付与するばかりでなく、捜束手続に対するメッセージ性の高いものとして評価される⁽³⁵⁾。

そして、被告人質問先行が通常裁判にも用いられたのは、裁判員裁判を体験した裁判官が、自分の通常裁判にも用いたことによつて定着化したと考えられる。

ちなみに、裁判員裁判が始まる前、巷間言われたことの一つに、裁判員が裁判に参加することによる「国民への教育効果」があつた。しかし、このような物言ひは専門家の思い上がりであつたことが、ほどなく立証された。裁判員裁判を体験した「裁判官」が、国民が参加した裁判体による裁判を行なつて、「眼からうろこ落ちる」⁽³⁶⁾体験をしたと、正直に発言する例が少なくなつたからである。裁判員裁判から学習したのは、誰だろうか、裁判官だったのである。⁽³⁷⁾ここに裁判員裁判が通常裁判を変えていくポテンシャル・エネルギーのようなものを、私は感じる。むしろ、私は、裁判員裁判が国民に与える影響も大切だとは思っている。

翻つて考えてみよう。アメリカ合衆国の多くの州が、少年の非行に関して、同年代の子ども達に陪審員ばかりか、法曹三者を受け持たせる十代裁判（ティーンコート）を行なっている。その設置理由の第一は、建国以来陪審裁判を実施しているアメリカにおいて、大人の陪審裁判の前に、十代裁判を通して教育するという狙いがあることは疑いがないだろう。十代裁判では、少年同士で裁判を行なうというだけでなく、被告人に特別の義務が課されていることに着目しなければならぬ。それは、非行を犯した少年は、制裁として社会奉仕命令（たとえば、建物のイタズラ書きを消す）を受けるとともに、必ず別の非行事件の陪審員も体験しなければならないということである。非行を犯した少年は、

同年代の少年に裁かれるばかりでなく、裁く立場にも必ず立たされるのである。十代裁判は、異なる立場を体験することを通して、責任意識を喚起させ、子ども達に発達の機会を提供しているのである。つまり、この制度の根底には子どもの可塑性に期待する精神が脈打っているのである。なお、同種の非行を犯した少年について、通常の少年手続による場合と十代裁判の場合を比較すると、後者の方が再非行率が低いという報告がなされている。³⁹

(四) 小括

本章の検討から、通常裁判において、裁判員裁判導入による効果が明らかに見られる。しかも、いずれも、これまでの刑事裁判の弊害を改善する方向に働いていることに着目しなければならない。したがって、刑事裁判への裁判員裁判の導入は、刑事司法に蟠踞する弊害を解消するために役立つといえる。本稿におけるテーマの判断基準を、通常裁判が変わらなければ裁判員裁判導入の意味がないとしていた私としては、見当違いでなかったと、一定の安心をするものである。

ただし、ここで「一定の」という修飾語を冠したのは、導入一〇年目を迎える裁判員裁判に、次に羅列するような課題が付加されつつあるからである。

ア、裁判員の心の負担へのケアが十分になされていない。

イ、対象事件を重罪事件としていくことの検討が必要である。

ウ、立法当初の法律の附則において、施行後三年を経過したときに「検討」することにしていたが、国民の意見を聴いた検討とはいえなかった。⁴⁰

エ、検察側の物的証拠の示し方に脚色がなされることによって、事実認定が疎かになることはないか。

才、上訴審で、一審の裁判員裁判の結論が覆される例がやや増えている。⁽⁴¹⁾ これは、これから裁判員になる国民に影響を及ぼす。

カ、裁判員となることの辞退者が増えている。⁽⁴²⁾

キ、なぜ、裁判員裁判において、自分達が選択する刑罰のあり方への疑問が呈せられていないのか。右の課題のうちの幾つかを敷衍して述べておこう。

「イ」当初、対象事件を重罪事件として設定したのは、国民に関心を持たせるためと、対象事件の数を少なくして、⁽⁴³⁾ 負担する率を稀であると見せることによつて反対を押さえようとする画策であつたといわれる。しかし、一部は失敗であつたことを露呈してしまっている。次の事例を見てみよう。

裁判員裁判の第一審で無罪となり、その後、控訴審で有罪となつた例がある(最判平二四・二・一三刑集六六・四・四八二)。それは、営利目的の覚せい剤輸入(覚せい剤取締法四一条二項で法定刑の上限は無期懲役)として起訴されたものであつた。被告人は、クアラルンプールで知人から航空貨物としてチョコレート缶を預つた際、(a)覚せい剤が入っていることと共に、(b)覚せい剤の営利目的による密輸という認識を有していたか、ということが問題の焦点であつた。第一審の裁判員裁判では、(a)はあるとしながら、(b)は認められないとして無罪となり、控訴審では、(a)・(b)ともに認識あるとして有罪とされたのである。

要するに、覚せい剤を密輸して莫大な利益を得ている組織関係者がいて、素人を手足として使つて税関当局の目を晦まそうとする作戦が盛んに行なわれていることを、一般国民の常識に含めることができるかということである。結論的に言えば、そのような組織犯罪を予想しえるかどうか有罪・無罪の分水嶺となるような事件を、裁判員裁判の

対象とする立法判断に疑問を呈せざるを得ない。そんな玄人判断をさせるような裁判は、裁判員裁判の狙いである「健全な国民の良識を裁判に活かす」ことに繋がるわけではないのである。

私は、裁判員裁判法の施行前からくり返し論じている。⁽⁴⁴⁾多くの国民が被害者になる可能性があり、かつ、そのことを浸透させるのに役立つ犯罪群として、いわゆる振り込め詐欺⁽⁴⁵⁾（オレオレ詐欺）などを裁判員裁判の対象としたらよいと思う。

「オ」 裁判員裁判の判断が上訴審で覆される例があることは、わが国が三審制をとる以上、やむを得ないことではある。しかし、最高裁自身が裁判員裁判の判断を尊重するように言いながら、⁽⁴⁶⁾覆される率が有意的に高いということは、制度の行く末にも関わる課題である。

なぜそのような結果になるかについては諸説があるが、ここでは、裁判員裁判における裁判長の説示が十分でないからではないか、との見解を検討しておこう。⁽⁴⁷⁾

私は、この見解を尤もだと考える。その理由は、模擬裁判の裁判長役をやっている体験に基づく、白状せざるを得ない。争点の説明や法律解釈について、丁寧にかつわかり易く話しているつもりであるが、説明が十分に解って頂いているかということ、裁判体を自分の考えている方向に自然と誘導していることはないかという疑念が念頭を離れない。ちなみに、法律用語といえば、裁判員法施行以前に「未必の故意」をわかり易い言葉に置き換えることはできないかという議論などもあったが、結局、成功しておらず、心すべきことである。

「カ」 裁判員候補者の選出に欠席している国民が増えていることは、注意を払わなければならない。この点については、欠席する理由を分析するとともに、実際になされた裁判員裁判の内容や評議の様子などを、守秘義務に配慮し

た上で国民に公開するなどの工夫も必要かと思われる。

〔キ〕 裁判員裁判の評議がどのような模様なのかは、法の仕組み（裁判員法一〇八条一項による秘密漏示罪の規制）から知る由もない。⁽⁴⁸⁾しかし、参加した裁判員に相当なストレスが残ることも当然である。

それはそれとして、私が疑問に思うのは、評議において有罪が選択され、量刑の判断をするにあたって、裁判員が自分の言い渡すことになる刑罰について疑問を抱くことはないであろうか、という点である。むしろ、基礎的な知識については、裁判員候補者になった段階から、最高裁判所事務総局が提供するパンフやビデオが送付されているので、一応の心構えはできると思われる。私は、裁判員法（二五条一項六号・一五号）によって裁判員になることはできず、残念に思っているが、仮に私が裁判員候補者になったと仮定して、心情の一端を示しておこう。

第一に、私は、懲役刑が実施されている刑務所参観を申し込みたいと思う。裁判員裁判では、無期懲役が選択されることもあるので、千葉刑務所もお願いする。

第二に、自分の属する裁判体が死刑を選択する可能性があるときは、拘置所の刑場（刑事収容一七八条一項）の見学を申し込みたい。私自身は、死刑問題について、残虐性の観点から捉えているわけではない（後述、六の三）が、死刑執行に立会った刑務官に質問をしてみたいと思っている。

五 裁判員裁判は三権分立を深める

(一) 裁判員裁判は通常裁判の枠を超える

裁判員裁判の導入が明らかになったとき、私は次のような場面を夢見た。

裁判員裁判において、事実認定として有罪が認定され、量刑の段階で死刑が選択されそうになったとき、裁判員の一人が手を挙げて、死刑の合憲・違憲を論議してから手続を進めるべきだと発言したのである。これをきつかけとして、その裁判体では、裁判員・裁判官の全員が死刑について意見を述べて論議し、死刑選択について評決をしたのである。

結論はどちらでもよいと思っている。大切なことは、なかなか日本人はこのような問題について真剣に論議することをしつたがらないと言われていることを認識しつつ、しかし、裁判員裁判には以上のような場面がありうるということである。

死刑を制度として廃止した国は、それぞれ理由や経緯が異なる。⁴⁹ ある被告人の死刑を執行した後で、当該事件の真犯人が浮上してきたり（イギリス）、大統領選挙の公約の一つに死刑廃止を入れていた候補者が大統領に就任したり（フランス）、その国の前の政体においてホロコーストが行なわれた体験から死刑を廃止したりと（ドイツ）、さまざまである。わが国が、裁判員裁判において国民の意見によって死刑を否定し、それがきつかけとなつて最高裁大法廷が死刑の違憲性を宣言することもありうることである。そして、それが死刑廃止の立法に繋がるのである。

次に、裁判員と裁判官が全員で犯行現場の現場検証に出かけるといふ図である。ある交通事故事件では、目撃証言

のほか、防犯カメラの画像が検察側の証拠として提出されたが、傍聴したモニターの画像が不鮮明だった。そこで、個人として現場に行ってみたところ、件の防犯カメラは事故現場の交差点から百メートル以上離れた場所のものであることが解った。証拠採用を否定すべき画像によって有罪認定されたおそれがある。

以上述べたことはごく少ない例であるが、裁判員裁判は、通常裁判の枠を超える可能性を大いに有していると思うのである。

(二) 評議が三権分立を深める

裁判員裁判が通常裁判の枠を超える可能性を有していることから、その結果として、司法府において、立法府・行政府とは異なる立場・見解が示されることが発生することになる。この点について、若干の考察を加える。

もともと三権分立は、国家権力を分散させるだけでなく、それぞれ異なる立場・見解が示される可能性を有していることからして、別に困ったことではない。わが国の現状では、内閣の力が強すぎるため、立法も司法もそれに従わねばならないような風潮があるが、それは健全な姿ではない。

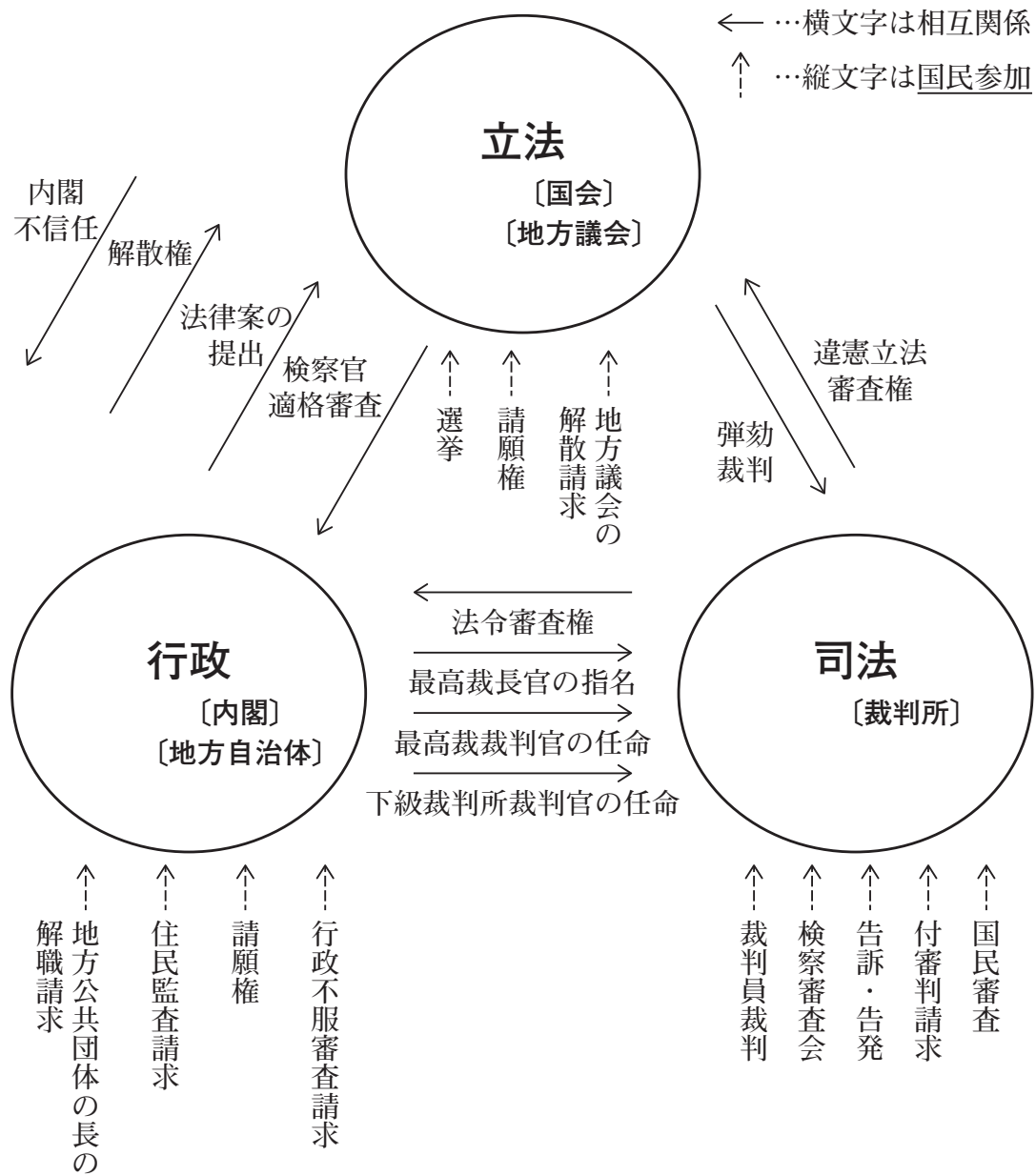
二〇一八年六月―八月にアメリカ合衆国で問題が浮上したものとして、3Dプリンターで銃を製造するノウハウをネット配信することの是非が議論された。トランプ大統領は表現の自由として容認したのであるが、ワシントン州の連邦地方裁判所は、ワシントン州の司法長官からなされた連邦政府に対する提訴に対し、ネット配信を禁止する命令を出したのである。⁽⁵⁰⁾ 銃使用の許されているアメリカでも、探知しにくいプラスチック銃の危険性は認識されたようである。さて、問題の帰趨は別として、大きな社会的問題について、異なった立場・見解が表明され、それを契機として市民が論議すること自体に、民主主義社会としての意義がある。

裁判員裁判における評議は、単に議論して勝ち負けを決めるようなことではなく、他の裁判員・裁判官の主張（特に異なる意見）に耳を傾け、自説を吟味して、ときには意見を変えることが大切である。対話こそ、評議を進めるツールである。暉峻淑子は、「対話は、人類が持つ特権の一つであり、人間の本性にもっとも添ったコミュニケーションの手段」⁽⁵¹⁾であると述べている。

さて、立法府を構成する基となる選挙は、必ずしも個々の論点や課題ではなく、大ざっぱな傾向によって判断されるといえよう。また、人間関係が選択の判断要素にもなっているであろう。しかも、個々の論点について国民投票制度⁽⁵²⁾を有していないわが国では、大ざっぱな傾向による政党の選択と個々の課題についての国民の意見は必ずしも符合するとは限らないのである。政党の選択と個別論点が合致しないことは、たとえば、「死刑廃止を推進する議員連盟」が、保守党たる自由民主党議員をも含んで超党派で形成されていることにも現われているといえよう⁽⁵³⁾。以上の意味において、裁判員裁判において国民の意見が司法に対し表明されることは、直接民主的な意味がある⁽⁵⁴⁾というべきである。なお、ここで、三権分立との関係で国民参加（市民参加）がどのような形をもって展開されているかを図にしておく（図1参照）。

ここで、評議が三権分立に影響することを確認しておきたい。これまでの模擬裁判の体験を通して感ずることの一つとして、量刑判断における国民の熱心さがある。評議の段階で有罪が判断され、量刑になると、にわかに個別的な評価をする傾向になる。とくに印象的なのは、被告人の年齢や家族構成などを考慮して、被告人が更生するためにどのような刑罰を科すのがふさわしいか、また、執行猶予をつけるべきかということになると、ほとんど模擬ということ忘れて、熱心な議論がなされることがある。また、私なりの考えでは、刑罰のあり方については、従来の判例を

図1 三権分立と国民参加との関係



覆す場面もありえる。たとえば、絞首刑の合憲性（最大判昭三〇・四・六刑集九・四・六六三）について、見直される可能性はあると思われる。尊属殺人罪（平成七年に刑法二〇〇条は削除された）の合憲性については、一三対二で合憲とされていたものが（最大判昭二五・一〇・一一、尊属傷害致死罪に関するもの）、ほぼ四半世紀を経て、一四対一で違憲とされることもあること（最大判昭四八・四・四刑集二七・三・二六五）を、心に止めておく必要がある。ところで、そのような判例の転換があれば、司法上の判断が立法にも大きな影響を与えないわけにはいかないのである。すなわち、ここに、討議デモクラシー（後述、六の二）が代議制デモクラシーに挑戦する場合もあるということである。

この章のまとめは、次のようになる。民主的基盤をもった司法が、立法・行政と異なる立場・見解をとるようになると、直接民主的なベクトルが働いて、民主主義が深まることが期待されるのである。

六 刑事司法改革の背景

（一）社会的潮流の中で

立法は、大きな社会的潮流の中で浮かび上がるものでもあるから、社会現象として捉える視点も必要である。過去の例を挙げると、かつて、高度経済成長の歪みとして認識された公害に対して、社会運動が惹き起こされ、「公害列島日本」という理解が国民各層に浸透する中で、昭和四五年の通常国会は公害国会と名付けられた。公害関係の数十の法律が整備される中で、公害は「犯罪」であることを知らしめる意図から、「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」（公害罪法）は制定されたといつてよい。

それにしても、立法の背景を確認しておくことは、法の解釈にもかかわるだけに、欠かせない作業というべきである。社会的潮流に対して、私は「背景」という言葉を、いま少し根源的な（あるいは、精神的・哲学的な）意味で用いたいと思う。

立法の背景を重視したものとして、やや古い判例を紹介しておこう。失業保険料不納付事件（東芝川岸工場事件）において、最高裁は、「不納付」の意義について、担当者が納付できる状況にもかかわらず、あえて納付しなかった場合をいうとする基準を打ち出した。思うに、保険料の不納付は、単なる客観的不納付状態を意味するのではなく、納付しようとするばできるのにあえて納付しないという、積極的意図がある場合、社会保障の一環をなす失業保険制度の精神（助け合い、支え合うこと）に反するので許されないという趣旨である。そこで、本社の財務部から資金が提供されないために納付できなかった場合、本条の不納付には当たらないとして、工場長には無罪を言い渡したのである⁽⁵⁵⁾（最判昭三三・七・一〇刑集一二・一一・二四七二）。

(二) なぜ刑事司法改革が企図されたか

裁判員裁判は、刑事司法改革の一コマといえるから、なぜ刑事司法改革が進められるよう企図されたか、を見ておく必要がある。

私は、刑事司法改革の背景として、以下の三つがあると考える。①なぜ、わが国において、民主主義は進展しないのか、という疑問と焦りである。②討議デモクラシーの必要性が認識されたことである。③人間存在への理解が浸透したことである。以下、内容を確認することとしよう。

① 第一の点は、わが国のさまざまな分野で指摘されていることである。憲法は民主主義を謳い、教育の分野にお

いても、その実現が叫ばれながら、一向にその進展が図られないのはなぜか。

その端的な例として、男女の平等の問題がある。法はその実現のために、男女雇用機会均等法（雇用の分野における男女の均等な機会及び待遇の確保等に関する法律、昭和四七年）、男女共同参画社会基本法（平成二年）、政治分野における男女共同参画推進法（平成三〇年五月）などを制定して、憲法だけでは不足するため、実質的な平等を企図している。しかし、一向に平等が進まないのは、わが国の社会が、長く、男尊女卑の構造を形成してきたからである。卑近な例でいえば、アンケートなどでその人の所属を印させるとき、「男・女」と書いてある。私は、意図的に、「女・男」という順序で印をつけて頂いたことがあるが、案の定、まちがえて書き直す人が多かった。根本的には、わが国の社会が、旧態依然として「世間」に支配されているからである。阿部謹也は、世間の行動の原理として、①贈与・互酬の原則、②長幼の序、③共通の時間意識、の三つを掲げ、明治維新以降の近代化の中で、取り残された部分として指摘しているが、私はその外にもう一つ、④男尊女卑を入れておかなければならないと思う。もともと阿部は、長幼の序は、「目上の者を畏敬するという意味でこの言葉は使われている」と説明しているから、男を女からみて「目上の者」と捉えているのかもしれない。ただし、問題のありかを明らかにするためには、④男尊女卑を世間の指標とした上で、「自分の資質を伸ばし、自分の主張を貫いてゆくためには闘わなければならない」女性の立場を理解し、それを支援する必要があるのである。

② 第二の点については、政治学者の篠原一の『市民の政治学―討議デモクラシーとは何か』⁵⁹に耳を傾けてみよう。篠原がこの著書を上梓したのは、二〇〇四年（平成一六年）一月である。

篠原は、欧米の政治学を見る立場に立つて、一九九〇年前後から、「市民社会の討議に裏づけられない限り、デモ

クラシーの安定と発展はないと考えられるようになった⁽⁶⁰⁾と述べている。すなわち、選挙を通して政治に参加する代議制デモクラシーと討議デモクラシーの二回路制（ツークトラック）のデモクラシー論の時代となりつつある⁽⁶¹⁾というのである。篠原はこのように述べた後で、もっぱら政治の分野で「討議デモクラシーの制度化」を検討しているので、私は、わが国の司法の分野で考察してみたい。

実は、篠原のこの本が出版された年に裁判員法は制定されているのである（平成一六年五月二八日制定、平成二二年五月二二日施行）。私は、裁判員裁判における「評議と評決」という方法は、司法の分野における討議デモクラシーの現れとして位置づけることができると思う。欧米では、イギリス・アメリカの陪審制、フランス・ドイツの参審制などが普及していて、わが国でも長らく陪審制の復活などが議論されている中で、普遍的な討議デモクラシーの潮流が後押しとなって裁判員法に結実した、と捉えることができると思うのである。

さて、司法の中の裁判に対する討議デモクラシーの現れが裁判員裁判であるとすれば、強制起訴制度を、公訴権に対する討議デモクラシーとして位置づけることもできるのではないか。

たしかに、檢察審査会の中における審査は討議デモクラシーに含めることはできる。ただし、強制起訴は、二度にわたる檢察審査会による起訴相当議決（二度目は起訴議決と呼ぶ）が、檢察官の不起訴判断を排除する仕組みであるから、司法への市民参加の一方法ではあるが（図1参照）、討議デモクラシーの一環とはいえない。

③ 第三の点は、戦争と革命の二〇世紀を経て、⁽⁶²⁾「経済成長至上主義に対する対立軸」⁽⁶³⁾として持続可能な質的成長を目ざした社会を作ろうとするとき、人間存在への理解が不可欠だということである。

犯罪を犯しながら、それを改める方策を立てるが、それもまた、すぐ汚濁に充ちてしまい、方策の改訂に取り組む

のが人間という存在であることを、われわれは何度も思い知らされる。また、民主主義の社会といわれながら、組織のトップによる独裁体制が教育・スポーツ・政治・経営のどの分野にも蔓延し、改革が叫ばれている。

(三) 人間存在と刑罰の相対性

くり返しになるが、人間は、社会・国家のルールや制裁を知りながら、なお、それに反することもするところに、基本的な人間存在のあり方が示されている、と私は思う。だからこそ、人間社会には規範が必要であり、⁶⁴規範を守るために、刑罰その他の制裁が用意されているのである。

刑罰は、それを科される人の法益を剥奪するものであるから、この「規範―制裁」の関係は、その正統性の根拠になりそうである。ただし、悩みは尽きない。というのは、刑罰を備えていても、犯罪は一向に予防できないし、実際に刑罰を科しても、行為者が再び犯罪を犯すため、刑罰には効果がないのではないか、という疑問が湧くからである。刑罰に付きまとうこの問題は、永遠の課題であるやに思われる。ただし、そのように思うのは、制裁と効果の関係について完全性を求めるからであって、そうでなければ、違った視点で事に当たることができる。

私は、次のように、刑罰を相対的なものとして捉えることで得心する。

第一に、刑罰にはそれなりの感銘力があり、人によっては刑務所収容と、その前提としての刑事手続上の身柄拘束（未決勾留など）が重要な転機になる場合もある。犯罪者の中には、刑罰を受けなければ自分を止められない「弱い」部分があることを自覚している者もある。⁶⁶

第二に、刑罰の中心的機能を、行為者に反省をさせ、更生する機会を提供するためのものとする。そうであるとするれば、更生のきつかけになればよいのであって、成功・失敗という結果に捕われる必要はない。というのは、更生の

ための中心は本人の主体性⁽⁶⁷⁾であり、刑罰はそれに対する働きかけになればよいからである。⁽⁶⁸⁾

ちなみに、この問題は、他方で、更生に役立たないものは刑罰としてふさわしくないという論点に関わる。死刑は、「お前は反省する必要がある」とする宣言にほかならず、私見⁽⁶⁹⁾としては刑罰として不合格である。⁽⁷⁰⁾なお、被害者家族が復讐したい気持を国家が代替しているところに死刑の正統性を認める見解があるが、憎悪感情⁽⁷¹⁾を煽るような制裁を容認することは、人間の尊厳を基幹とする現行憲法が許すものではない。

第三に、人の更生は、本人の弛まぬ努力が原動力となるはずであるが、それが功を奏するかは、さまざまな要素の積み重ねによることである。したがって、平和な社会を希求するわれわれとしては、刑罰のみに捕われず、更生に役立つ要素⁽⁷²⁾を洗い出し、それに働きかけをすることこそ必要である。たとえば、元受刑者にとっては、保護司による保護観察を受けることが更生に役立つことがわかつている。⁽⁷³⁾保護観察は、一律な扱いを受ける刑罰と異なり、保護司が一人の人間として接することを通して、更生のための働きかけをするものである。平成二八年六月から施行された刑の一部の執行猶予（刑二七条の二以下）は、いったん懲役刑を受けることと、必ず仮釈放によって保護観察を受けられることを約束する制裁として工夫されたものである。⁽⁷⁴⁾

（四）裁判員法制定の実際の経緯

以上、本章において検討してきたことは、裁判員裁判を実質的に支える背景として確認することができると思う。すなわち、憲法が民主主義を標榜しているにもかかわらず、その進展がみられない中で、司法にその弊害^{わだかま}が蟠^{わだかま}っていることを踏まえて、その改善方策の一つとして、主権者が参加する裁判員裁判⁽⁷⁵⁾が企図されたのである。ただし、当然のことであるが、裁判員裁判が法として成立するためには、以下のような立法作業が必要であった。⁽⁷⁶⁾

裁判員裁判が制度として検討されるきっかけとなったのは、平成一一年七月に内閣に設置された司法制度改革審議会であった。そこでの審議を経て、平成一三年六月に、司法制度改革の三本柱の一つとして、裁判員裁判の導入が提言されたのである。平成一三年二月には、司法制度改革推進本部が内閣に設置され、その中に裁判員制度・刑事検討会が設けられて、法案の立案作業がなされたのである。そして、平成一六年三月、法案が国会に提出され、五月二一日、法律として成立した。

七 結び

ここまでの検討から明らかになったことをまとめ、さらに展望を試みることにする。

裁判員裁判は、三権分立の中の司法において、刑事司法に国民参加（市民参加）がなされるものであり、民主主義を進展させる可能性を有するものといえる。その理由は、私が判断基準として立てた、「裁判員裁判の導入によって通常裁判が変わったか」という点に関して、肯定できるからである。

ただし、裁判員裁判の中核となる裁判員と裁判官による評議・評決は、討議デモクラシーの方法であるから、それを成り立たせる要素を確認しておく必要がある。この点に関して参考になるものとして、篠原が掲げる「討議デモクラシーを支える原理」⁷⁷がある。

篠原は、政治の分野に関してとして、①正確な情報が与えられるとともに、異なる立場に立つ人の意見が公平に提供される「討議倫理」、②小規模なグループ、③討議をすることによって自分の意見を変えること、の三つを掲げて

いる。

右の三つは、わが裁判員裁判にもそのまま当てはめることができるが、刑事司法に合わせて若干の検討をしておく。①については、その通りであるが、これまでの裁判員裁判の結果からみると、前述のように、裁判長の説示が十分に成されていない場合があるのではないか、という懸念がある。②については、裁判員六人、裁判官三人という数は妥当である。③の部分が、実際の評議・評決においてどのようなものであるかは、推測をするしかない。ただし、ここでも、私が模擬裁判の裁判長として感じたことを述べさせて頂く。裁判員が最初に述べた意見と、他の裁判員・裁判官の意見を聴いた後の意見が変わることは、わりあい多いという印象を持っている。私は裁判長として、「結論とその理由を述べてください。」と叙述の整理をして述べるようお願いしているが、裁判員が自分の当初の意見と異なる意見を述べる場合、他の裁判員の主張のどの部分に納得したという発言がよく見受けられる。

③の点に関して、心配の向きもあろうから、一言しておくことにしよう。それは、日本国民は、あまり積極的に発言をせず、とくに、他者が述べたことに反論しないくらいがあるとの物言いである。この見解は、日本が依然として「世間」の下にあり、とくに、原理の二番目の長幼の序の影響が強いから、という説明につながるであろう。しかし、私はその説明に反対である。模擬裁判の裁判長役の経験のほか、長い教員経験から感ずることは、的確な質問や主張がなされる場合が多くなってきたということである。日本人は引つ込み思案という一辺倒な観察は、そろそろ変える必要があると思われる。

それにしても、他者と対話し、自分の意見を吟味し、ときには自分の意見を変えていくことは、「対等な人間関係」を構築する作業であり、そのこと自体が民主的な行いである。対話は「苦悩に満ちた社会に希望を呼び寄せる一つの

道⁷⁸」であるという言葉をお借りして、裁判員裁判の礎として確認することを本稿の結びとしたい。

- (1) フランス人権宣言（一七八九年 人および市民の権利宣言）第一六条は、次のように規定している（高木八尺他編『人権宣言集』昭和三二年・岩波文庫、一三三頁）。
- 「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない。」
- (2) 清宮四郎『憲法Ⅰ〔第三版〕』（昭和五四年・有斐閣）四二頁。
- (3) 権力分立は、「国民主権を有効に実現するための手段として位置づけられる。」と捉えられる（辻村みよ子『憲法〔第5版〕』平成二八年・日本評論社、三三九頁）。
- (4) 明治の近代化が、民主的方向でなかった理由については、次の記述に、歴史家の目でまとめられている（ハーバート・ノーマン『日本における近代国家の成立』『ハーバート・ノーマン全集第一巻増補』平成元年・岩波書店、一六五頁）。
- 「徳川社会の歴史的遺産は、民主的・人民革命的過程による下からの社会的変革を許さず、かえって専制的に上からの変革をおこなわしめた。」
- (5) 加藤陽子『それでも、日本人は「戦争」を選んだ』（平成二二年・朝日出版社）八頁は、「自国民、他国民とともに絶望の淵に追いやる戦争の惨禍^{さんか}が繰り返されながらも、戦争はきまじめともいふべき相貌^{そうぼう}をたたえて起こり続けました。」と表現している。
- (6) 鏑木清方『紫陽花舎随筆』（平成三〇年・講談社文芸文庫）一二五頁。
- (7) 宮沢賢治『農民芸術概論綱要』『宮沢賢治全集10』（平成七年・ちくま文庫）一八頁。
- (8) 谷川徹三の言葉を借りると、これは、「農民達の苦しい生活と結びついた社会感情の表白」（『宮沢賢治詩集』平成一九年・岩波文庫、三五四頁〔解説〕）ということになる。
- (9) 多くの実務家の論稿を集めたものとして、安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』（平成二七年・成文堂）が参考に

なる。

(10) 古代の裁判例としては、紀元前三九九年のソクラテスに対する裁判がある。裁判の経緯ならびに日頃のソクラテスのありさまを記したものと、クセノフオン著、佐々木理訳『ソクラテスの思い出』（昭和四九年・岩波文庫）がある。

(11) 日本の中世の民事裁判に関わるものとして、阿仏尼の『十六夜日記』がある。阿仏は夫為家の死去後、夫の前妻の子為氏が、為家の遺言に背いて播磨の細川庄を譲らぬとして鎌倉幕府に訴えるため、弘安二年（一二七九年）十月の十六夜（いざよい）に京都を立てて東海道を下ったのである。十六夜日記は一四日間の和歌を入れた旅日記であって、裁判の内容が綴られているわけではない。

(12) 近代刑法の基本原則である罪刑法定主義の根拠の一つとして、犯罪と刑罰を決めるのは、基本的には国民の考えに基づくとの思想がある。これは、罪刑法定主義が民主主義によって支えられていることを意味する。

(13) シェイクスピア著、松岡和子訳『ヴェニスの商人』（平成一四年・ちくま文庫）。

(14) イェーリンク著、日沖憲郎訳『権利のための闘争』（昭和六年・岩波文庫）一七一―一八頁は、バルサザー博士の解決方法を非難している。

「裁判官が一旦それを有効だと認めた以上、あとから判決の実現に際し卑劣な欺計でその證書を再び無効にしてはならなかったのだ」。

(15) 裁判官の正統性については、次のような指摘もある。すなわち、違憲審査までする裁判官は法創造作用をすることになるが、民意から独立してよいのか、という（樋口陽一編『講座・憲法学6 権力の分立(2)』平成七年・日本評論社、二八〇頁へ樋口発言）。

(16) 佐藤幸治「権力分立／法治国家」樋口陽一編『講座・憲法学5 権力の分立(1)』（平成六年・日本評論社）四一頁に、この見解が紹介されている。

(17) 司法権に対する民主的統制については、「司法権の独立が国民の意思からも完全に独立であり、国民による民主的統制を排除すべきであるということの意味するものではない」とされている（佐藤功『日本国憲法八全訂第五版V』平成八年・学陽

書房、五〇五頁。

(18) 大正一二年(一九三三年)に制定された陪審法は、陪審員の資格要件として、帝国臣民たる三〇歳以上の男子で、一定の国税を納付していることが規定されており、今日の目から見れば、民主的要素に欠ける。とくに、陪審の評決が、裁判官の意見と異なるときは、他の陪審員を使って陪審のやり直しをさせることができる点(以下に掲げた条文)において、有名無実のものだったと批判されている(青木英五郎『陪審裁判』昭和五六年・朝日新聞社、五四頁)。

陪審法九五条 裁判所陪審ノ答申ヲ不当ト認ムルトキハ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス決定ヲ以テ事件ヲ更ニ他ノ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ得

(19) フランス・ドウ・ヴァール著、柴田裕之訳『共感の時代へ 動物行動学が教えてくれること』(平成二二年・紀伊國屋書店)三七頁。

(20) 犯罪の発生率(刑法犯に危険運転致死傷、過失運転致死傷等を含む)は、人口一〇万人当たり、一一六四・八である(『平成二九年版犯罪白書』二頁)。いわば一年間に全国民の八六人に一人が犯罪を行っているとなると(さらに相当数の暗数があるはず)、決して少ないとはいえない。

(21) 後藤昌次郎『冤罪』(昭和五四年・岩波新書)一一五頁以下は、冤罪が惹き起こされる要因として、①偏見捜査―別件逮捕、②証拠の捏造、③官憲の証拠隠滅と偽証、④裁判官の予断・偏見を掲げている。

(22) 木谷明「刑事事実認定の基本的あり方」木谷明責任編集『刑事裁判は何を判断するか』(平成二九年・岩波書店)二二頁は、「裁判官・裁判員は、無実を訴える被告人の立場に自らを置いてその恐ろしさを想像してみるべきである。」と、「刑事裁判の心」の必要性を説いている。

(23) テレビ番組において、取調べ室内で被疑者が黙秘した際、取調官が乱暴に机をたたく光景を見て、われわれは当然のように思っていないか。

(24) 筆者の知人のため、根拠が示せない。

(25) この点が事実認定されれば、公務員がその職権を濫用して、人に義務のないことを行わせたことになり、公務員職権濫用

裁判員裁判は民主化の進展に役立っているか(船山)

罪（刑一九三条）の構成要件に該当する可能性がある。

(26) 後藤昌次郎・前掲注(21)二二四頁では、「利害関係のない第三者の供述調書でも、事実を客観的に正しく述べているとはかぎらない」など、調書に頼る裁判の危うさが指摘されている。

(27) 強制起訴された数は、平成二年から二八年の間に一四人であり、確定した事件は七人で、二人に有罪が出ている（『平成二九年版犯罪白書』二二七頁）。

(28) デイヴィッド・ジョンソン著、平山真理子訳「日本の『蜘蛛の巣』司法と検察の活動」後藤昭責任編集『刑事司法を担う人々』（平成二九年・岩波書店）二一九頁。

(29) 警察は、地域住民の理解と協力を得るために、全国のすべての警察署に警察署協議会を置いているが（『平成三〇年版警察白書』二二六頁）、捜査に対するチェック機能は期待しえない。

(30) 柳瀬昇「裁判員裁判の判決に対する上訴審査をめぐる正統性問題」（日本法学八四卷二号）四九頁。なお、反対説は、民主主義的基礎づけ説と名付けられている。

(31) 私の主張は、被告人には意思的要素が欠けるため、そもそも行為とはいえず、単なる行動にすぎないというものである。裁判例としては、夢遊状態で妻を絞扼して死亡させた場合、任意の意思によつて支配されておらず、行為といえないとして、無罪とされた例がある（大阪地判昭三七・七・二四下刑四・七〇八・六九六）。

(32) 被疑者が事実を争っているのに、副検事の取調べで終わらせてよいのか、上司の決裁官（検事）によるチェックが働いていないのか。検察の扱いに疑問が残る。

(33) 逮捕状には、「逮捕する手続をした年月日時」を書く欄がある。

(34) この判例は、デュー・プロセスの要請（田宮裕『刑事訴訟法（新版）』平成八年・有斐閣、四頁）を強く意識した判例と評価できる。

(35) ちなみに、清野憲一「『被告人質問先行』に関する一考察」判時二二五三三三頁は、通常裁判に被告人質問先行を用いることに消極的である（清野は検察官）。

- (36) 新約聖書（新共同訳）の使徒言行録九章サウロの回心一八節「すると、たちまち目からうろこのようなものが落ち、サウロは元どおり見えるようになった。」
- (37) 家令和典「裁判員制度の導入により刑事裁判はどう変わったか」木谷明責任編集『裁判所は何を判断する』（平成二九年・岩波書店）一二二―一二三頁は、「真の公判中心主義・当事者主義の実現のためには、法曹二者の協力と力量の向上が求められている」との指摘をしている。
- (38) 山口直也編著『ティーンコート・少年が少年を直らせる裁判』（平成一二年・現代人文社）一六頁。
- (39) 山口・前掲注(38)四六頁。
- (40) 平成二四年一二月に、最高裁判所事務総局は『裁判員裁判実施状況の検証報告書』を発表しているが、国民の多くが検証されていること自体に気がつかない状況でなされたものといえる。
- (41) 上告審が下級審の判断について認められないとする破棄判断の率で比較してみると、通常裁判では〇・〇四パーセントであったのに対し、第一審が裁判員裁判であった場合は九・六パーセントであり、明らかに高い。裁判員裁判であった方が覆されやすいという結果になっている（最高裁判所事務総局『平成二九年司法統計年報2 刑事編』）。
- (42) 平成二七年に裁判員候補者として選ばれた人に関して、調査票と質問票の二段階において、合わせて約六五パーセントの人が辞退を認められている（『裁判員制度ナビゲーション・改訂版』平成二八年・最高裁判所）。
- (43) 裁判員裁判が開始される前、全国で一年間に約三千件が裁判員裁判になると予想が立てられていたが、平成二八年の新規受理人員は一〇七七人であり、終局処理人員は一一二六人である（『平成二九年版犯罪白書』四二頁）。
- (44) 船山泰範・平野節子『裁判員のための刑法入門』（平成二〇年・ミネルヴァ書房）六四頁。
- (45) 窃盗罪と詐欺罪の認知件数は二桁違いであるが、振り込め詐欺（警察では特殊詐欺と呼んで

(平成 29 年)

上告審 第一審	終局総人員	破棄判断	破棄率
通常裁判	2106	1	0.04%
裁判員裁判	146	14	9.6%

『平成 29 年司法統計年報 2 刑事編』による。

いる）の一件当たりの被害額が大きいため、平成二六年に全体の被害額について、詐欺による被害が窃盗を上回り、その後も同程度で推移している（『平成三〇年度版警察白書』三三二頁）。

(46) ここで判決文を引用するのはお門^{かど}違いかもしれないが、最高裁大法廷が裁判員制度の合憲性を示した判決（最大判平二三・一一・一六判時二二三六・三三）の最後に次のように述べているのは、俗な言い方を用いれば、「長い目で見てほしい」という心情の表れといえるのではないか。

「その目的を十全に達成するには相当の期間を必要とすることはいうまでもないが、その過程もまた、国民に根ざした司法を実現する上で、大きな意義を有するものと思われる。このような長期的な視点に立った努力の積み重ねによって、我が国の実情に最も適した国民の司法参加の制度を実現していくことができるものと考えられる。」

(47) 國井恒志「裁判員裁判における評議の現状と課題」木谷明責任編集『裁判所は何を判断する』（平成二九年・岩波書店）一七四—一七五頁では、「評議の時間の多くが公判審理の復習に費やされている」結果として、「裁判官の主観的な解釈が入ったものとなる可能性は否定」できない、と指摘している。

(48) 田口真義『裁判員のあたまの中——一四人のはじめて物語』（平成二五年・現代人文社）は、裁判員経験者たちの貴重なインタビューをまとめたものである。

(49) 団藤重光『死刑廃止論「第六版」』（平成二二年・有斐閣）による。

(50) ワシントン州の連邦地方裁判所は、二〇一八年七月三十一日、ネット公開を予定していた団体に対し、「取り返しのつかない被害を米国民に与える」として、公開を一時差し止める命令を出したのである（平成三〇年八月二日・日本経済新聞朝刊）。

The Washington Post・Wednesday, August 1, 2018 は「裁判官が阻止する」という見出し（Judge blocks posting of blueprints for 3-D-printed guns hours before release）で記事を掲載している。

(51) 暉峻淑子『対話する社会へ』（平成二九年・岩波新書）まえがきv頁。

(52) フランス・イタリア・スイスなど国民投票制度を有する国は一般に憲法の条文に規定をもつが、成文憲法を有しないイギ

リスでは、国民投票一般の手続規定をもたず、国民投票を実施する度に特別法を制定している（澤井遼太他「国民投票を考える―イギリスEU離脱国民投票を事例にして―」早稲田社会科学総合研究別冊『二〇一六年度学生論文集』一七四頁・一八四頁）。

(53) 死刑廃止を推進する議員連盟は、一九九四年に結成された。二〇〇三年に、「重無期刑の創設及び死刑制度調査会の設置等に関する法律」案を作成したり、法務大臣に死刑執行停止の申し入れを行うなどの活動をしている。

(54) 柳瀬昇『熟慮と討議の民主主義理論』（平成二七年・ミネルヴァ書房）七一頁は、裁判員裁判の導入について、「一般の国民に開かれた公共的討議の場を新たに創設するもの」と位置づけている。

(55) この事案について、刑法理論上は、期待可能性の見地から捉えることもできる（船山泰範「期待可能性」刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕一二四頁）。

(56) 阿部謹也『日本人の歴史意識―「世間」という視角から―』（平成一六年・岩波新書）七頁。

(57) 阿部・前掲注(56)七頁。

(58) 阿部・前掲注(56)二〇一頁。

(59) 篠原一『市民の政治学―討議デモクラシーとは何か―』（平成一六年・岩波新書）。

(60) 篠原・前掲注(59)一五六頁。

(61) 篠原・前掲注(59)一五六頁。

(62) ただし、見田宗介は、後半の四〇年を支配した「冷戦」の終結は、『西側』の世界の自由と魅力性による勝利であった」と、敗者の側に憎しみが残らなかったと評価している（見田宗介『現代社会はどこに向かうか―高原の見晴らしを切り開くこと』平成三〇年・岩波新書、一四四頁）。

(63) 篠原・前掲注(59)はじめにii頁。

(64) 恒藤恭『法の本質』（昭和四三年・岩波書店）二七頁は、「人間の社会生活における自覚の要素の主要なるものとして」社会規範が挙示されるとする。

(65) 人間にとって、本来「かけがえないものを剝奪する」制裁だとされる（藤本英雄『刑法講義総論』昭和五〇年・弘文堂、三頁）。

(66) 加賀乙彦『悪魔のささやき』（平成一八年・集英社新書）にいう悪魔のささやきは、人間の弱さの一面を示しているのであろうか。

(67) 人間の主体性という観点から刑事責任のあり方を論じたものとして、朴貞根『人格責任의 新理論』（一九八六年・法文社、韓国語のもの）がある。

(68) 要は、極刑が死刑なのか無期刑なのかによるとの立場から、死刑を止めて、極刑となった無期刑にしてもよいのではないか、との見解もある（佐伯仁志『制裁論』平成二二年・有斐閣、五四頁）。

(69) 刑罰に関する私の基本的な考え方を示したものとして、船山泰範「希望がなければ刑罰とはいえない」政経研究四九巻四号二〇五頁以下。

(70) ベッカー・ア著、風早八十二訳『犯罪と刑罰』（昭和三年・岩波文庫）九八頁では、死刑が不合格になる理由として、社会に有害なのは、「人々にざんこく行為の手本を与える」点にあるとする。

(71) 見田宗介は、「憎しみは人間を破綻に導く最も強力な感情である。……憎悪の罟を抜け出すことができるのは、……どこかで憎悪とは反対の感情を経験することをおしてだけである。」とする（見田・前掲注（62）の文献一四七頁）。この思想は、死刑廃止論の根拠の一つになると思う。

(72) 加害者の更生を内包し、被害者側の社会復帰ならびにコミュニティの再構築を考える修復的司法（リストラティブ・ジャスティス）が提唱されている。

菊池寛『恩讐の彼方に』（昭和二七年・岩波文庫）は、修復的司法を示したもののといえる。物語は、第一に、加害者は公の刑罰を受けることなく、自らの選択によって社会奉仕（隧道の開鑿）を行い、第二に、被害者の家族は加害者の贖罪行為に感銘を受けて（住民の助言もある）、復讐ではなく、加害者とともに洞窟を槌で穿つことを通して許すという、筋立てである。

修復的司法については、高橋則夫『修復的司法の探究』（平成一五年・成文堂）が基本的思想から説き起こしている。

(73) 再入率（受刑者が出所した後、再び犯罪を行なって刑務所に収容される率）をみると、満期釈放者については五年以内に四九・二パーセント、仮釈放者については二八・九パーセントで（『平成二九年版犯罪白書』二二六頁）、相当の差がある。仮釈放者には必ず保護観察のつくことが、大きな差の理由といえる。

(74) 判決理由において、「再犯を防ぐためには、薬物乱用防止プログラムを備えた保護観察所の下で、薬物離脱のための適切な指導を受けさせる期間を十分に設けることが有用」と言い渡された例（千葉地判平二八・六・二）がある。

(75) 葛野尋之『刑事司法改革と刑事弁護』（平成二八年・現代人文社）三一頁は、市民が主権者として刑事裁判に直接参加することは、「国民主権に基づく民主主義原理によってこそ基礎づけられる」とする。

(76) 池田修他著『解説裁判員法（第3版）』（平成二八年・弘文堂）一一三頁。

(77) 篠原・前掲注(59)一五八頁。

(78) 暉峻・前掲注(51)まえがきvii頁。

本稿は、平成三〇年七月四日、日本大学国際関係学部国際総合政策学科主催の学術講演会において、私が「裁判員の贈り物」の題目で講演したものを元に、論文としてまとめたものである。当日の企画をして頂いた小野健太郎教授に感謝いたします。