

# 裁判員法「守秘義務」序説 (2・完)

河 辺 幸 雄

はじめに

第一部 「守秘義務」と各関係当事者(裁判員、裁判官、被告人)との相關関係

第一章 「守秘義務」と裁判員

第一節 序論

第二節 罪責と評議と「守秘義務」

第三節 えん罪と評議と「守秘義務」

第四節 量刑と評議と「守秘義務」

第二章 「守秘義務」と裁判官

第一節 評議に臨む裁判官のスタンス

第二節 評議と三名の裁判官と「守秘義務」

第三節 評議と控訴審

第四節 「守秘義務」に対する裁判官の法意識

第三章 被告人の視座からの「守秘義務」 (以上、第 35 卷第 1 号)

第二部 諸外国の「守秘義務」からの教訓

第一章 序論

第二章 参審制諸国(ドイツ、スウェーデン、イタリア、フランス)

第三章 イギリス

第四章 アメリカ

第五章 オーストラリア

第三部 検討

第一章 「守秘義務」と憲法第二十一条第一項

第二章 「守秘義務」と法附則第九条

おわりに (以上、本号)

## 第二部 諸外国の「守秘義務」からの教訓

### 第一章 序論

国民の司法参加に関して、日本は後発国である。世界の諸国の制度と歴史に学ぶべき点が多い。本稿では、「評議」と「守秘義務」に焦点をあてて検討し、我国の「守秘義務」の合理的解除のためのヒントを探究する。なお検討に際しては、次の点に留意する。

- 1 陪審制の場合と参審制の場合を全て同一条件では比較できない。その裁判体が、非法律家だけで構成されている陪審制に対して、参審制は、職業裁判官と非法律家との構成である。
- 2 「守秘義務」解除をめぐる視点も両者で異なる。陪審制の場合は、陪審員が真に法を理解し誠実に評議をしているか否かという点である。参審制の場合は、非法律家が職業裁判官と「評議」と言えるだけのことができていくかどうかという点である。
- 3 陪審員は、選挙人名簿から選ばれ任期はなく、その事件のみの担当である。参審員は、特別の母体から選任され、任期が数週間から数年である場合が多い。

## 第二章 参審制諸国（ドイツ・スウェーデン・イタリア・フランス）

一 いずれも参審員は、「守秘義務」を負う。

二 ドイツの裁判体の構成は、職業裁判官三名と、参審員二名である。参審員の任期は、四年である。長年参審員を務めるので、裁判官との結びつきは強固となる。

ドイツでは、参審員は、職業裁判官に対して、名誉裁判官と呼ばれる。陪審制における陪審員が、そして我国の裁判員が裁判官と別個の存在であるのに対して、ドイツの参審員は、職業裁判官と並ぶ裁判官であると解することができる<sup>(1)</sup>。

スウェーデンの裁判体の構成は、一名の裁判官に三名の参審員である。ス

ウェーデンの参審員は、その任期が四年である。さらに再任可能であり、実際上も再任されるのが一般的である。参審員は、再任され、経験を積み重ねることで、より良い判断ができるようになるとして、再任を問題視する意見は余りない。参審員は、各政党の推選する者（大半は政党员）の中から、比例代表の方法による選挙によって選任される。政党は、党员を参審員に指名するにあたり必ず本人の意向を確認する。選ばれた参審員は、法律上、裁判官の一種であり、職業裁判官と同一の除斥、忌避事由に服する。参審員は、自らの意思で立候補し、比例代表選挙で選ばれる<sup>(2)</sup>。

三 イタリアにおいては、二年ごとに参審員が選任される。ただし、二年間の内に、担当開廷期（三ヶ月）が決定されて、はじめて現実の事件処理に当たることになる。参審員が選任される前に、候補者名簿に登録される。その前に、国民に対し意思確認がなされる。イタリアでは重罪控訴院の参審員は、民衆裁判官とよばれている。参審員は、明らかに裁判官の一種として位置づけられている（刑訴法上も「裁判官」という言葉の中には、当然参審員も含まれるものとして解釈されている）。なお構成は、職業裁判官二名に対して、参審員が六名である<sup>(3)</sup>。

四 以上ドイツ、スウェーデン、イタリアでは、参審員には、法的地位として、裁判官の地位が与えられている。又、実質的にも、職業裁判官の中に包摂されている。一方我国の裁判員は、「裁判官」の地位を有しないし、実質的にも包摂されない。従って上記の三国の「守秘義務」制度の存在することを、我国裁判員法「守秘義務」制度の存在理由として援用してみても、その場面を異にする。むしろ我国の裁判所法の裁判官の「守秘義務」と対比されるべきものである。

五 フランスでは、裁判官三名に対して、参審員九名である。任期は、開廷

期（数週間）である<sup>(4)</sup>。我国の制度ともっとも近似性を示す。ただ歴史的に見た場合、両国には、大きな相違が存在する。フランス参審制の前制度である陪審制は、フランス革命（1789年）の時に、創設されたもので国民主権が刑事手続に反映した制度である。国家権力行使の一つの場である裁判において、その判断に市民を加えることで、司法の場においても民主主義の理念が実現されている。陪審制から参審制への移行はあったが、参審員の数を五人から七人、七人から九人へと増加させ、市民主体性の参審制度が採られている<sup>(5)</sup>。

一方我国は、真の民主主義国家としての司法制度の成熟をなすためには、まず裁判員制度の中に、国民主権、民主主義、市民主体の息吹をふき込んでいかなければならない。我国においてはフランスに比して「守秘義務」の解除が急務である。

フランスの実情を読み取る中で、一つの事由が着目される。最高裁（フランス編）の記述の中に、「フランスの参審員は、公判審理が翌日以降に続いた場合でも、帰宅を許されている。したがって現実に事件の話をしていないという保障もなく、重罪院の裁判長の中にも、参審員が家に帰ってから家族や友人と事件の話をしないと考えるのはナンセンス（non-sense）であると述べており、この義務が現実に守られているとは考え難いであろう」という記述がある<sup>(6)</sup>。フランスでは、評議の秘密に関する特定人から特定人への開示のレベルにおいては、「守秘義務」の部分的「法の風化」が生じている可能性がある。

### 第三章 イギリス<sup>(7)</sup>

一 我国の「守秘義務」制度が擁護される時、イギリスの1981年法廷侮辱罪8条の規定が援用的に例示される。我国の「守秘義務」の規定は、この8条の規定に近似する。

イギリスにおいて、陪審員が、評議の過程でなした、発言、意見、議論又は評決の具体的内容を獲得し、開示し、又はこれを懇請することは、法廷侮辱罪 8 条違反となり、罰則規定が適用される<sup>(8)</sup>。8 条は、陪審のメンバーと、陪審員から直接あるいは間接に情報を得た非陪審員による両方の公表を禁止する。又陪審による判決に対する被告人側からの控訴の目的のためであっても、陪審室の評議の公表は許されない。

二 イギリスの 1981 年法廷侮辱罪 8 条の制度の趣旨は、陪審員の評議室内での自由な意見の保障、そして「公正な裁判」のためである、と説明される。さらにそれらによって陪審員と陪審制度が守られるとする。イギリスにおいて、この「守秘義務」違反については、1981 年に犯罪規定として創設されたものであるが、それ以前においては、コモンロー上、問題とされてきたのであった。評議の秘密を漏らすことは、忌み嫌われる行為であり、なすべきではない、とされてきたし、現在もこの原則は生きている。ただコモンロー上の禁止は、「行為に対するルール」であって「法のルール」ではない。コモンロー上の義務は、国民として守らなければならないことを示しているにとどまり、その違反に対し、法違反としての罰則はない<sup>(9)</sup>。イギリスでは、小陪審員制度が制度としての形をもちはじめた 13 世紀より前から、民衆によって決定されたことは、「神のお告げ」とされ、神聖なものとしてきた<sup>(10)</sup>。それを開くことは神に対する冒瀆であるとされてきた。現代にあっては、「神のお告げ」と表現されることはないが、その実態は、「神のお告げ」が姿を変えたものである。イギリスにおいて、評決が「神のお告げ」の流れの中にある時、専横な王から起訴された共同体の同胞を救い出すために、陪審は、「法を無視」してでも、無罪の評決を出すことで、一つの役割をもった制度としてその存在価値を認められていた<sup>(11)</sup>。しかし、制度は、その古典的な価値を存続させながらも、その後の時代の推移とともに、陪審員による同胞に対する不公正、不公平な評議による誤った評決が横行するに至った。その不

公正、不公平な評議について、法廷侮辱をかいくぐっておこなわれた元陪審員に対するインタビューの内容が蓄積され、その中から幾通りかの不公正、不公平が浮びあがるようになった。適正な評議、評決を経ることなく、うらない盤（ウージャ）やコインで、not-guilty ,guilty を決する評議室内での実態がさらけだされた。さらに陪審員は、魅力的な被告人に対しては、guilty の宣告を欲しないという墮落も指摘された。この場合の魅力的とは、端的に「顔やプロポーションがセクシーである」ということだけである。当然の帰結として、多くの誤判が明るみに出た<sup>(12)</sup>。

2009年5月、陪審員室の秘密を開示した元陪審長セカーソンと英タイムズ紙に対してイギリスの裁判所は、1981年法廷侮辱罪8条を適用し、有罪を宣告し、両者に対して高額な罰金を命じた<sup>(13)</sup>。元陪審員長が開示した評議の秘密とは、陪審員は、専門医の鑑定も検討せずわずか数分で結論を出し（10対2）、その後何も変わらなかった、という事実であった。裁判所は、法廷侮辱罪の宣告に際し、セカーソンの提議が誠実な内容であり、又その開示方法も誠実であることを認めながらも、その事由は、犯罪の成立をさまたげる事由にはなりえないと判示した。英タイムズ紙は、自らの記事（新聞）において、匿名性はつらぬいており、セカーソン以外の陪審員については、特定していないし、したがって陪審員と発言の同一性も特定していない、又セカーソンの発言は、公益の目的に添うものであり、公益性に何らの侵害も及ぼしていないと、裁判において、主張した。裁判所の応答は、「犯罪の成立をさまたげる事由にならない」ということであった<sup>(14)</sup>。

コモンロー上において、評議の秘密の開示は忌み嫌われるものであったが、刑罰はなかった。1981年になって、何ゆえ突如制定法で処罰規定が創出せられたか。その政治的背景につき、英タイムズ紙は次のように指摘している。「1979年、オールド・ベイリーの殺人共謀の告訴事件について、前自由党党首であったジュレミーソープの無罪判決のあと、国会はただちに国会自身を守るために、陪審員の中から、暴露者が出ることを防ぐために、絶対的な法

として厳格な処罰規定を通過させた。」即ち、公益性の侵害、私益性の侵害を論ずる必要のない、ただ開示しただけで、罰せられる絶対的な法の成立の経過が指摘されている<sup>(15)</sup>。

このようにして成立したイギリス 1981 年法廷侮辱罪 8 条の立法趣旨が、「陪審員の自由な発言のため、『公正な裁判』のため、陪審員を守るため、強いては陪審員制度を守るため」なのである。

イギリスの法廷弁護士（バリスター）は、依頼者（刑事被告人）と直接接触しない。事務弁護士（ソリシター）を通じてのみ接触しうる。バリスターは、依頼者に対して、報酬請求権をもたない。裁判官は、優秀なバリスターの中から選任される。制度のゆるぎはあるが、基本的には、今も変わっていない<sup>(16)</sup>。弁護士活動をして、報酬請求権をもたないで生計を立てられるのは、貴族である。従って法廷は、貴族の裁判官と貴族のバリスターの世界である。法廷侮辱罪は、貴族に対する罪である。一步下って表現しても、法廷侮辱罪は、陪審員のための規定ではなく、（貴族が主宰する）裁判の權威のためである。

イギリスの陪審制も、フランスのそれと同じく衰亡をたどり、民事陪審はなくなり、刑事陪審も減少を続け、もはや国民の信仰ともいふべきものとなった<sup>(17)</sup>。今更評議室をあけることはできない。うらない盤やコインのえん罪で殺されていった人々の絶叫と、「魅力的」なるがゆえに有罪をまぬがれた犯罪者の高笑いで充満した評議の秘密をあけるわけにはいかない。それは陪審制度の滅亡だけに終ることはない。イギリスの歴史の否定につながるものである。イギリスにおいて、「神のお告げ」であり「市民革命のお告げ」であったブラックボックスは、既にその役割を終えた。我国は、司法における「国民主権」、「民主主義」、「市民主体」のスタートもないまま、イギリスのブラックボックスという亡霊だけを取り入れたのである。

論述をアメリカへと進める。アメリカ陪審制だけが、何ゆえかくも活況を呈するのか。我国の「守秘義務」の全面解除の支持者は、アメリカの「表現

の自由」を賛美し、自らの理論的根拠に援用しようとする。本稿は、イギリスとの対比の中からアメリカ陪審制の光と影を追いながら、我国の「守秘義務」の解除の援用になりうるのかを検討する。

#### 第四章 アメリカ

一 陪審員でいる時は、評議の秘密は守らなければならないが、その任務終了後は、従来何らの制限はなかった。従って、元陪審員の中には、メディアに接触して、テレビに出演したり、本を出版したりして、大きな利益を得る者がいる。さらに、陪審裁判後に、メディアへの出演や本の出版を目論む者は、陪審員としての評議に際し、自己の心証とは別に、視聴者受けの良い、又読者の興味を引きつけるような発言をする<sup>(18)</sup>。それは当然評議評決における「公正な裁判」を阻害する。

二 アメリカ陪審制の評議の現実については、故ジェローム・フランク判事が、現職裁判官の地位にありながら、驚歎すべき率直さをもって、アメリカ司法の現実を解剖した<sup>(19)</sup>。(i) 弁護士は、陪審員の選定に多くの時間をかける。(ii) 弁護士は、情動的な訴えに一番先に参ってしまいそうなタイプの陪審員を探す。(iii) 間違っても、公平で事実をよく理解しうる陪審員を選ばない。(iv) 弁護士には、陪審員たちの粗野きわまる情動と偏見とに訴えることが期待されている。

以上の内容は、フランク判事が、ハーバード大学のモルガン教授が正確であるとして推奨している、ゴールドシュタイン著「公判技術」から抜粋したものである。さらにフランク判事は、米国法曹協会の主唱の下に刊行された、卓越した公判弁護士の手になるパンフレットからいくつかを抜粋している。(i) 陪審は、事件の当事者よりはむしろ当事者の依頼した弁護士を審理する。(ii) 弁護士は陪審に、「取り入る」のである。さらに同判事は、

「弁護術」という本の中からも抜すいしている。(iii) 熱情がかきたてられるとき判断力はより容易に欺かれるものであるかも知れない。だがそうだからと言って、「弁護士たちに責任はない。陪審員席に納まっている人間性については、依頼者の利益のため、公正になしうる限りにおいて、これを最大限に利用することこそ弁護士の義務である。」とアメリカではみなされる。

フランク判事は、陪審の評議・評決を総括して、「陪審というものは、往々にして、裁判所の説示を適用する能力も意図も持ち合わせていない」と断定する<sup>(20)</sup>。

18 世紀のアメリカ植民地において、陪審は、イギリスの統制を受けた裁判官を相手に戦った。陪審は、圧政的政治に対する防波堤ともてはやされ、個人の自由と民主主義とに必須のものとされた。

自由と民主主義の国民の基盤的確立の役割りを終えた陪審制は、イギリスにおいて、「棄てて顧みられざるに至り、僅かの例外たる重大犯罪の刑事訴追の場合においてすら、その用いられる割合が次第に減少している<sup>(21)</sup>。」

一方、アメリカにおいては活況を呈している。

陪審の選定にあたって、「情動に動かされやすい人」を選ぶ。そしてそれに「取り入り」「欺く」。犯人性のあるものが「陪審」を選択し、ゲームの如く、not-guilty を獲得する。他方で貧困のマイノリティーが、無実にもかかわらず露と消えていく。DNA 鑑定を使った再審事件でおびただしい程の人数の無実の人が、監獄から死刑台から生還したことが報じられたのは、まだごく最近のことである<sup>(22)</sup>。

陪審裁判を専門に報じるチャンネルをもつテレビ局が存在する。元陪審員がテレビにコメンテーターとして出演する。出版して巨額の利益を得る。

このような現状に対して、裁判終了後に、担当裁判官が元陪審員らに、口止め命令を出したり、州によっては、制定法でその表現を規則しようとする動きが出ている。カリフォルニア州では、シンプソン事件のあと、証人だけでなく、陪審員が金銭を受取って情報をマスメディアに提供することを禁じ

る州法を制定した。しかしそれらに対しては、憲法上の「表現の自由」との関連で裁判になった<sup>(23)</sup>。

「守秘義務」に対する解除を支持するにしても、アメリカのこの実情を我国に移入するほどの勇気を、本稿は持ち合わせていない。

「評議の秘密」を厳格に守り続けながら陪審制を衰亡させていくイギリス、「評議の秘密」を「表現の自由」の舞台に上げゲームの中に取り込むアメリカ、そのどちらにも、我国のこれからの進むべき道を見いだすことのできない本稿の検討は、その舞台をオーストラリアへと移す。

## 第五章 オーストラリア

一 オーストラリアにおいては、報道メディアは、判決終了後に陪審員に接近することは、法廷侮辱罪の手續に従うことになり、禁じられている。しかし個々の陪審員は、彼ら自身自ら進んでであれば、評議についての情報を開示してもよいとする州もある。但し報酬をとまなうものであってはならない<sup>(24)</sup>。

二 かつて、オーストラリアは、イギリス、カナダ、ニュージーランドとともに、陪審員からの、陪審内での評議や行動についての情報が、陪審制度についての政策論争に光をあてるものであるにもかかわらず、法学者、社会学者が陪審員にインタビューすることを、妨げてきたのである。しかしながら、オーストラリアとニュージーランドの両国で、近時に、それらの制限（陪審員の守秘義務）が緩和され、陪審政策問題の研究目的のためには、研究者が陪審員に接触できるようになった<sup>(25)</sup>。

三 オーストラリアの「守秘義務」の状況については、細田啓介論文に詳細な記述がある<sup>(26)</sup>。同論文では、オーストラリアにおける「表現の規制」に重

点がおかれている。本稿は、オーストラリアにおける陪審の「守秘義務」の解除についての論争が記述的に描写されているグラディング論文に注目する。両論文を併せ検討するも、その基軸をグラディング論文におく<sup>(27)</sup>。

#### 四 ニューサウスウェールズ州

細田論文は、「陪審員であった者がごく任意に事件について語ることは禁止の対象外である」と表現する。どの範囲でどの程度のレベルまで開示可能かを知ることができない。この点に関するグラディング論文は次の通りである。「報酬や他の対価の見返りがない条件で、かつ自発的になされたものであるかぎり、例えば新聞になされたとしても、評議の秘密の詳細を開示することができる。」NSW 州は、オーストラリアの中で、唯一新聞・メディアを通じて公開可能な州である。

#### 五 タスマニア州

細田論文は、「陪審員であった者が、この趣旨に反して、評議の秘密を開示すると、裁判所侮辱になると思われる」と表現する。この場合、罰則を受けるのか否かについて判然としない。グラディング論文では次の通りである。「タスマニア法においては、裁判終了後の評議の秘密について定めた条項はない。たぶんそのような時には、陪審員の評議の秘密の問題は、法廷侮辱罪についての、コモンロー原理による支配をうけうるであろう。」なおコモンロー上のものであれば、行為規範であり、罰則がない。

#### 六 ヴィクトリア州

細田論文は、「陪審員及び陪審員であった者に対しても、陪審の評議過程における声明、意見、議論又は投票について、それが公開されるであろうと信じるに足りる理由がある場合には、開示が禁じられる」と表現する。グラディング論文は、「開示が公表に結びつかない範囲であることが、主観的客

観的に保証されうる状況においては、この条項による開示禁止に該当しない。」と解釈しうることを示唆する。従って、具体的には、陪審員及び陪審員であった者が、家族や友人などに自らの経験を語ったり、あるいは元陪審員どうしが語り合うことは、（公開に結びつかない限り）、法廷侮辱罪には、当たらないと解しうる。細田論文では、上記条項は、ヴィクトリア州の個所にのみ記載されているだけであるが、グラディング論文によれば条項の表現は相違するものの、クィーンズランド州、サウスオーストラリア州、ウェスタンオーストラリア州にも、それぞれ同趣旨の規定が存在する。各州の表現を適示する。

1 （クィーンズランド州） 公開が見込まれ又見込まれるであろう情報と確信して、それら情報を開示することも犯罪となる。

2 （サウスオーストラリア州） 情報を開示する人が、開示の結果、その情報が公開につながること、あるいはつながる可能性に気づきながら、そのような情報を開示することは犯罪である。

3 （ウェスタンオーストラリア州） 人がある情報の開示が、それらの公開につながること、もしくはつながるようであることを知りながら、評議に関する情報を、もしくは陪審員の特定を示す事項を開示することは犯罪である。

以上三州における表現は、ヴィクトリア州の表現のところで記した解釈と同様に解しうる。もしタスマニア州において、特に、家族、知人間レベルの開示が制定法上禁止されていないとすれば、オーストラリア全州では、少なくとも、公開につながらない開示は、「表現の自由」の保障の範囲内であると評価できる。なお本稿は、上記全ての文脈から、開示は、特定人から特定人への情報伝達、公開は、特定人から不特定人への情報伝達と理解する。

七 オーストラリア各州は、「表現の自由」についての基本的保障部分下記（iii）を共通項にして、それぞれが他の幾種かの開示の自由の保障された部

分を有している。ここでは、州別にこだわらずに、オーストラリア全土における、開示の自由のパターンを整理する。なお開示については、徹底した匿名性が条件とされている。

- (i) 司法捜査
- (ii) 権威的リサーチ
- (iii) 主観的客観的に公開に至るおそれのない開示 (家族、友人等)
- (iv) 医師、心理士の治療
- (v) 裁判終了後の非対価性、自発性を条件とする公開 (新聞等に対しても可)
- (vi) 陪審問題研究のための学者への開示

八 イギリスは、既に述べたように、全包括的絶対的に禁止されている。それに対して、オーストラリアは、上記レベル (i) からレベル (vi) において、評議秘密事項の開示の権利が保障されている。

一方、オーストラリアは、「非対価性」を公開者に条件づけることによって、その点で、アメリカとは、一線を画している。

上記レベル (i) からレベル (vi) の「表現の自由」は、オーストラリアに固有の特異な事由と考える理由はない。むしろそれらに普遍性が認められる。オーストラリアにおいても、陪審制に対する風当たりはきつい。ブラックボックスを開けてみて、裁判として機能していないと判断すれば、陪審制を廃止すればよいという強硬論も見受けられる。それに対して、オーストラリアは、イギリスと同じように「公正な裁判」に軸足をおきながらも、その中でできうる限りの「表現の自由」の保障をはかるために、前出レベル (i) からレベル (vi) の方法、手段を工夫し、陪審制の生き残りをはかっている。「公正な裁判」のための「表現の自由」の必要最小限度の制約を模索する。

イギリスは、世界に陪審制を広め、それを通して、民主主義を伝えた。そして陪審制は静かにその実質的役割りを終えようとしている。アメリカは、

イギリス型陪審制を継受しながらも、それを市場原理の中にとり込んで新たな展開を見せている。権力者であった者からの意向を具した裁判官の前に立ち上がった陪審員が、共同体員の中の同胞を権力者から助け出した時期をイギリスを含めた全ての陪審国が保有している。同胞を救出するためには、裁判官の説示を無視し、「法を無視」しなければならない。そしてその「法の無視」は、陪審制の評議室の中でおこなわれた。法廷における陪審員長のアナウンスは、not-guilty か guilty だけである。理由は付さない。司法の役割が「法の無視」によって成り立つとは、何という皮肉であり、又何と奥深いものであったのであろうか。しかしかつての権力者からの同胞の救出のための「法の無視」は、やがてその役割を終えるとともに、新たなポピュリズムの「法の無視」へと転化した。うらない盤とコインによる「法の無視」、魅力的（セクシー）な同胞の監獄行きからの救出とマイノリティーを共同体から監獄、死刑台へと迫害するための「法の無視」が新たに「評議室」に出現した。陪審制の評議室は、「法の無視」の歴史である。この「法の無視」を擁護し続けたのが、「守秘義務」である。この「法の無視」に司法の権威を与えつづけたのが「守秘義務」である。イギリスでは、一条の光をも外に漏らすまいと、陪審員が「家族や友人にも秘密を漏らさない」と宣誓するのはそのためである。アメリカは、元陪審員に対し、法廷の外での「表現の自由」は最大限保障する。しかし「評議の秘密」そのものは、正式には絶対にあけさせない。アメリカにおいて、裁判終了後、有罪判決を受けた被告人が控訴した場合、元陪審員を証人にして、原審の判決の効力を失わせようとすることはできない。元陪審員が裁判所外で、評議について何を語ろうともそれは「表現の自由」という思想市場の淘汰にまかせるが、裁判所内では、「評議の秘密」の箱を絶対にあけさせようとはしない。そのコアの部分においては、イギリスと同じなのである。アメリカでは、1974年連邦証拠規則606条(b)において、控訴審で、元陪審員を証人として採用しない原則が定められた<sup>(28)</sup>。イギリスの「守秘義務」は、その陪審制の衰亡と運命を共にし

ながら、その役割の終りを向かえた。その役割を終えた「守秘義務」が、二十一世紀に入り、我国において、その姿を再び現わした。「法の無視」を守護する「守秘義務」が我国に移入されたのである。

九 諸外国の「守秘義務」を概観してきた。それぞれの国の歴史の流れの中に、「それ」がある。又他国の制度やその国々の人々の営みを批判することは、厳につつまなければならぬ。しかし他国の制度の中に教訓を学ぶことは大切なことであり有益なことである。本稿も、ようやく他国の教訓を学び、裁判員制度の「守秘義務」についての結論を出す段階に至った。

### 第三部 検討

#### 第一章 「守秘義務」と憲法第二十一条第一項

一 憲法第二十一条第一項は、「表現の自由」を保障している。一方、裁判員法は、「評議の秘密」「守秘義務」「秘密漏示罪」を定めて「表現の自由」を制約している。

本稿は、支配的な学説の示す通り、「表現の自由」が自己実現にとって不可欠（あるいは人格的生存に不可欠）であるだけでなく、民主主義のプロセスにおいて、不可欠な権利であるから、「表現の自由」は、他の権利とりわけ経済的自由より手厚く保護されるべきであると考え、その基本的姿勢の下に、以下合理性判断基準として「やむにやまれない政府利益の基準」に基礎をおき、さらに審査基準として、「過度の広汎性ゆえの無効の理論」に基づいて、違憲性の判断をおこなう<sup>(29)</sup>。

二 政府の規制目的は、真にやむを得ないものであるのか。

裁判員に対して、「守秘義務」を課す理由として、次のものがあげられる。

- ① 評議における自由な意見表明を保障するため。
- ② 裁判の公正のため。
- ③ 裁判に対する信頼を獲得するため。
- ④ 事件関係者のプライバシーや秘密を保護するため。
- ⑤ 裁判員又は裁判員であった者らを、被告人を囲む周囲の者から保護するため。

裁判員制度の「評議」に関して、政府は「評議の秘密」「守秘義務」「秘密漏示罪」を定め、その「規制目的」を①ないし⑤に設定したと考えられる。これに対応する立法事実を、国民の司法参加の先行国である諸外国に求めることは、賢明なことである。裁判終了後に、評議内容について「表現の自由」が制約されない場合に、「公正な裁判」に対してどのような具体的な危険性があるのかを、アメリカ、オーストラリアの具体的事実に見てみる。

#### ① アメリカ

元陪審員の中には、メディアに接触して、テレビに出演したり、本を出版したりして大きな利益を得るものがある。さらに陪審後にメディアへの出演や本の出版を目論む者は、陪審員としての評議に際し、自己の心証とは別に、視聴者受けのよい、又読者の興味をひきつけるような発言をする<sup>(30)</sup>。

#### ② オーストラリア

いくつかのテレビ報道は、控訴審の裁判所の決定についてのコメントを得るために、一審の元陪審員を出演させた<sup>(31)</sup>。

以上のような立法事実を鑑みるに、元裁判員が裁判後に、利益目的で、匿名性に配慮することなくテレビやラジオに出演し、当該事件のコメンテーターにやとわれたりして事件についてスキャンダラスに話す危険性が予測できる。さらに裁判員が、裁判終了後にテレビ等に出演したり本を出版して利益を得るために、評議室では、自らの心証とは、別のテレビ向けの意見を発言することも予測しうることであり、それは「公正な裁判」を害する恐れがあ

る。このような事態を事前に防止することを目的とする制約は、「やむにやまれない」ものである。

### 三 その政府利益を達成するための必要不可欠な制約であるか。

上記の目的を達成するためには、事前の制約も、やむを得ない。なぜならば、「公正な裁判」にとって、必要な上記目的は、事後的規制だけでは達成され得ないからである。しかしながら、当該制約条項の領域全部が必要不可欠な制約手段と言えるかどうかについては、なお「過度の広汎性ゆえの無効の理論」の審査基準により検討されなければならない。この立法事実は、もともと政府から提出されるべきものであるが、本稿では、これまでの検討の中で採取してきた立法事実を検証する。

「公正な裁判」に軸足をおく国イギリスは、ヨーロッパ人権条約第10条（表現の自由）からの挑戦を受けている。一方「表現の自由」に軸足をおいている国アメリカは、「公正な裁判」自身からの挑戦を受けている。フランスでは、「評議の秘密」の開示に対して禁止をするも、「家族や友人に対して開示していないと考えるのは、ナンセンス（non-sense）」と見なされている。それら各事実を総じるに、上記諸国の中間値立法事実を有するとみなされるオーストラリアモデルから、我国における「過度の広汎性ゆえの無効の理論」審査基準の判断対象とすべき立法事実を抽出することが適当であると判断する。オーストラリアモデルは、コモンローと各州の制定法において「守秘義務」開示のバリエーションを有する。本稿は、開示のバリエーションを、レベル別に段階づけた。「公正な裁判」と「表現の自由」の軸足に対する射程距離から作業したものである。

レベル① 司法捜査への開示

レベル② 権威的リサーチへの開示

レベル③ 特定人間での開示（匿名性）

レベル④ 医師心理士の治療への開示

レベル⑤ 自発的非対価的公開（匿名性）

レベル⑥ 全公開

なお注記しておかなければならない点として以下を挙げる。レベル⑥は、アメリカ型モデルの公開であり、ここであげたのは、オーストラリアモデルにはレベル⑥の公開が認められていないという趣旨である。又我国の最高裁判所は、レベル④に対応する心理ケアを用意した。その際、一部報道で、法務省が、ケアに対しては、「守秘義務」を解除するとの表明をしたという情報に接している。仮に事実であったとしても、法務省の見解は、法条項に対し、何ら法的効果、変更を加えるものではない。又上記のレベル別一覧に、「学術研究」をリストアップしていないが、これは、「学問の自由」の観点からも検討する必要があると思料したからである。レベル③と⑤については、全てに渡る匿名性を条件とする。日時、場所、裁判所名、被告人名、被害者名、等全ての関係人名、関係事項名等人名のみならず全ての固有名詞に匿名化をはかる趣旨である。以下考察をすすめる。

#### 四 レベル①②

たとえば、法第百六条（裁判員に対する請託罪等）違反の犯罪捜査のとき、評議の秘密の開示が、捜査機関に対し必要となる。又政府が何らかのサーチを必要とすると思料したときの立法事実を考えると、当然「評議の秘密の開示」は必要となる。

#### 五 レベル③

家族や友人との間での開示がその典型的な例である。元裁判員の夫が、担当事件で下した死刑判決についての深い悩みを妻に話したからといって、「公正な裁判」を害することはない。裁判官ネットワークの発信で、元刑事裁判官は、「国民は、家庭内でさえ秘密があるのが現実であろう」と表明する<sup>(32)</sup>。我国の裁判官は、元裁判官まで動員して、国民の家庭内まで介入し、「守秘

義務」を維持したいのであろうか。

特定人から、特定人への発信、受信は、家の中から出て外へとその場面を移す。元裁判員が友人や同僚や上司に悩みを相談することである。夫の悩みを聞いた妻が、自らでは夫を力づけることができないと夫婦で夫の上司に相談することもある。それによって夫婦とも元気を回復できるのである。それと評議室の中の裁判員の発言意欲と何か関係があるのであろうか。政府が何を心配しているのかしらないが、それでも心配なら匿名性を条件にすればよい。真剣で誠実な表現に、匿名性は何ら支障はない。表現する際に、若干の注意を必要とするが、匿名性はかえって問題点を明確にし、表現を上品にする。しかも、オーストラリアモデルから抽出したこのレベル③は、特定人から特定人へ、しかも公開されることに対し主観的に意識しないし、客観的にもその状況にないことを条件とする。もちろん限界線のグレーゾーンはある。しかし法には限界線上のグレーゾーンはつきものである。

そのように匿名化された公開に至らない開示に対して、辻解説は、「発信者が、特定されない形であっても、ある具体的内容の意見が述べられたことが明らかになること自体が、そのような意見を躊躇させる原因となる」と述べる<sup>(33)</sup>。思うに少なくともレベル③の立法事実にあつては、「躊躇させる原因となる」確率は、通常一般人については限りなくゼロに近い。

もし、辻解説が、レベル③においても将来の裁判員が心理的な影響を受け、裁判の公正に影響があるというならば、現実にはほぼ起こり得ない危険性を、針小棒大に予知するにすぎない。そのような将来の危険性を予測して、国民の「表現の自由」を奪うことは、「歩道にいつ暴走車が突入しないとも限らない」からということで、国民に対し、外出禁止令を発するが如きである。

本稿は、夫婦の会話、親しき友人達の会話を、特定発信人、特定受信人、即ち特定人間の「表現の自由」（憲法第二十一条第一項）として論じてきた。しかしこの場面を、同条第一項の「表現の自由」から切り取り、同条第二項の「通信の秘密」の中に概念する学説のあることを、知った。大いなる驚き

であった<sup>(34)</sup>。レベル③における段階の「守秘義務」は、夫から妻へ、友から友への手紙の中に記述してはならない事項を刑罰をもって事前に抑制する立法なのである。

特定人間の情報伝達を「表現の自由」から切り取り、「通信の秘密」へと移行させ、その語りを、何ものをもってしても奪うことのできない人間としての根源的な権利としてとらえたアカデミズムに対する敬意はつきない。ここに至って、本稿は、我国の「守秘義務」による制約は、制約すべき内容を最小限に絞り込むことを怠ったものであり、「過度の広汎性ゆえの無効理論」より、違憲であると判断する。

憲法訴訟論としては、他のレベルを個々に吟味するまでもない。そのような過度に広汎な制約の存在自体が、本来憲法上保護されている表現行為にも萎縮的効果ないし抑止的効果を及ぼすためである<sup>(35)</sup>。

## 第二章 「守秘義務」と法附則第九条

一 本稿の最終的な目標は、法附則第九条において、「守秘義務」に関して、検討されるべき事項を確定し、それらに対してとられるべき所要の措置を提言することである。前節において、レベル①②③を検討したので、本節においてレベル④⑤を考察する。なおその前に別系列として扱った、「学術研究」について論述する。

### 二 学術研究に対する開示

元裁判員に対し、匿名性を課するか、それとも、学術研究者に対し、「守秘義務」を課す。その条件で、学術研究者の、元裁判員に対するインタビューを可能にし、評議室内における裁判官と裁判員の協働のあり方の研究に資するようにする。

評議での裁判官の思考と裁判員のそれについて、法学者、法心理学者、法

社会学者等による学術研究がなされることは、有益であり必要である。それにより学術研究と法律家の実践がマッチングし、よりよき裁判員制度の展開となる<sup>(36)</sup>。裁判員制度の導入は日本のさまざまな分野からの要請により生み出されたものであるが、国民の司法参加に対する学術者からの提言は、そのはるか前からあった。かつて平野博士は、日本の刑事裁判は絶望的であると批評された。又博士は、その批評の上に立って、参審制の導入を提唱された<sup>(37)</sup>。以来長い年月の経過にもかかわらず、法曹三者間の不協和音が増大した。そして今日学界のリードにより裁判員制度が誕生し、よりよき刑事裁判を目ざした新時代に突入した。評議における協働のあり方は、裁判員制度の展開を左右する要である。それに対し、学術研究の成果が出版物を通じて国民に還元されるならば能動的な将来の裁判員を育てることになる。一方大学、大学院の教育に還元されることによって将来の豊かな裁判官をはじめとする法曹が育つ。学界と法曹会の実りある協働は、共同体のもっとも少数者である被告人の信頼を受ける。我国の裁判員裁判は、いろいろな課題を内包しながらも、世界に冠たる国民の参加する司法制度に成りうる可能性を潜在的に有している。既出のフット教授、コリン教授は、「守秘義務」を厳しく批評しながらも、なお裁判員制度により日本の刑事裁判は確実に良い方向に向うことを予言する。

かつて実務界が難破船であったときにも、今回新しい出帆をなしとげたときにも、学界は実務界の北斗七星であった。今後も実務界の航海の光でありつづけなければならない。そのためにも、「守秘義務」は、学術研究にその扉を開かなければならない。礼節をつくしての「表現の自由」と、真に「公正な裁判」に資する「守秘義務」が、21 世紀に期待される新しいシステムである。

### 三 レベル④ 医師、心理士の治療への開示

気まじめで誠実な人ほど苦悩する。刑事裁判という非日常的な経験によっ

て精神的に病んだ元裁判員の心理を共同体が責任をもってケアすることは当然のことである。政府（最高裁判所を含む）が第三者機関に委託し、適正な対応をなすべきである。その際に「守秘義務」は全面解除されるべきであり、治療にあたった医師、心理士にまず職業上の「守秘義務」で対応するとよい。又評議についての治療の時には、当然具体的な発言をしながら治療を受ける。このレベルの開示が、「公正な裁判」を害する危険性はない。

#### 四 レベル⑤ 自発的非対価的公開（条件、匿名性）

このレベルにおいて、「自発的」ということで、元裁判員の自立とメディアに対する優位を確立し、「非対価的」ということで、表現に礼節をもたらし、それらに「匿名性」を加える事によって、他者のプライバシーを尊重する。この三要素は、いずれもその誠実な情報としての価値を減ずるものではない。このレベルの開示が「公正な裁判」を害する危険性はない。レベル④の「表現の自由」を制約する「守秘義務」は、「過度の広汎性ゆえの無効」の法理の適用をうける。

当レベルに基づく公開は、その三要素により、誠実な社会的議論が予測されるばかりでなく、死刑制度、えん罪問題、など共同社会における基本的なあり方について、対話や討議に不可欠な源である。裁判員の経験は、このレベル④における公開によって花開き実となる。仮に裁判員制度の目的が、司法に対する国民の理解と信頼の増進であるとしても、このレベルの公開なくしては、到底その目的は達成されえない。さらに裁判員制度の目的を、「よりよき裁判のため」であるとする本稿にとっては、このレベルの公開によって、将来の能動的裁判員の育成がなされる必要がある。その事により、少数者である被告人のための「よりよき裁判」が実現される<sup>(38)</sup>。国民が以上の事を理解するならば、このレベルにおける公開による裁判員の発言心理の萎縮は、おおいなる裁判員制度の目的達成のためにその背後にしりぞくものである。

## 五 結論

(法第九条第二項、法第七十条第一項、法第八百八条第二、三、四、六、七項を総合化した)「守秘義務」は、違憲無効である。法附則第九条において、検討を要する事項及び講ぜられるべき所要の措置は下記の通りである。

### 記

#### 1 検討を要する事項

全包括的絶対的「守秘義務」から、部分的相対的「守秘義務」への見直し

#### 2 講ぜられるべき所要の措置

下記開示、公開を、「守秘義務」から除外する立法措置

##### 1 司法捜査への開示

##### 2 権威的リサーチへの開示

##### 3 特定人間（にんかん）での開示（匿名性）

##### 4 医師、心理士の治療への開示

##### 5 自発的非対価的公開（匿名性）

なお、「学術的研究への開示」については、学界法曹界協力の下に権威的検討会が設置される必要がある。なお5は、1ないし4を包摂するとも考えられるが、5のみが立法化されない場合に鑑み、それぞれに独立性をもたせた。

## おわりに

共同体員である六名の裁判員が、職業裁判官三名と裁判体を構成し、同じ政治共同体の一員である被告人に対し、有罪、無罪の宣告をなす。裁判において起訴事実が証明されれば、有罪の宣告がなされ、刑罰が科せられる。共同体の代表である裁判員は、それら宣告に、被告人に対する共同体の非難を伝達する。その非難は、共同体において、認識されている価値に基づくもの

でなければならない。判決に至るまでの過程は、法律家、裁判員、被告人の参加にもとづくコミュニケーション過程である。コミュニケーション過程において、媒介となるのが言語である。裁判体に素人を招き入れた限り、しかも職業裁判官と同一の評決権を与えた限り、言語は今までの法曹三者で使用されていた高度に専門化され技術化されたものを用いる事はできない。素人に理解されうる言語でなければならない。しかし法曹三者によってどれだけ平易化されようとも、なお素人は、すぐにはそれを理解し使用することはできない。なぜならば、平易化された言語といえども、その中には規範概念が包摂されているからである。このようにコミュニケーションとして法廷で語られる「法の言語」は、法律用語そのものでもなく、日常用語そのものでもない<sup>(39)</sup>。「法の言語」を第一人称として（自らの血肉となった言葉として）語ることでできない裁判員が評議に加わり評決権を行使したその判決を正当化する根拠はない。裁判員制度に対する懐疑論者は、裁判員制度における裁判の正当化を否定する。しかし、政治的共同体が構築する裁判システムが全ての点において完全無欠でなければ、その共同体が行使する裁判を正当化できないとするならば、そのような裁判システムがかつて我々の世界に存在したであろうか。創造主をして、あまりに多くの欠点を持った失敗作としてなげかしめたこの人の世に、完全無欠な裁判システムなど望むべくもない。しかし共同体の維持のためには、人は今日も裁き裁かれなければならない。人の世の裁判システムは不完全なものではあるが、一人でも無実の者を犯罪者としぬ努力の中のみ、人が人を裁かなければならない悲しみの正当化根拠をかりうじて見出すことができるのである。

法規範にもとづく法律用語と市井の日常用語の間に対話と討議という掛け橋がかけられ、豊かな「法の言語」が、わが国の市井の中の法文化として根付くには、千年紀のときを要するかもしれない。しかしそれに対する努力の営みは常になされていなければならない。到達し得ない神の正義への希求の過程に、人の世の正義を見いだす以外にないのである。

素人の裁判員が裁判官との評議の中で得た法的経験を、家族、友人、と語り継ぎながら、又社会に対してその貴重な経験を誠実にそして同胞に対する礼節をわきまえながら発信する事により、一粒の「法の言語」の種がこの社会にまかれる。法律用語が日常用語にアクセスし、二種の言語が融合していく中から、淘汰され洗練された「法の言語」が一言ずつ誕生していく。そしてその「法の言語」が次世代において能動的で英知にあふれた裁判員を育てていく。将来の英知に富んだ裁判員が、共同体全体の価値の規範的な言葉としての「法の言語」で、同じ共同体の一員である被告人とコミュニケーションをなしうるのである。「法の言語」は規範的でなければならず、又、第三人称ではなく第一人称で語られなければならない。

裁判員制度の目的が、国民の法教育であるとしても、それは究極は「よりよき裁判」が目的でなければならない。「よりよき裁判」のためには、よりよき「法の言語」がかたられねばならない。

民衆から「語り」を奪ってはならない。「語り」は奪われれば奪われる程、暗闇に身をかくし、品性を失っていく。「語り」は光と透明性の中にあってこそその品性の輝きを増していく。民衆の「語り」は、権力を時に厳しく批評する<sup>(40)</sup>。しかし権力は民衆からその「語り」を奪ってはならない。なぜならそれは権力の誤りを正してくれるからである。民衆から「語り」を奪った権力は、やがて自らその足もとを瓦解させていくであろう。

[注]

- (1) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 ドイツ編』(司法協会、2000年) 7頁・12頁。
- (2) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 スウェーデン編』(司法協会、2002年) 12頁・42頁・43頁・45頁。
- (3) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 イタリア編』(司法協会、2004年) 16頁・37頁・55頁。
- (4) 毎日新聞 2009年6月6日付朝刊。
- (5) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 フランス編』(司法協会、2001

- 年）４頁～８頁・４５１頁。
- (6) 前掲同書 122 頁。
- (7) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 イギリス編』（司法協会、1999 年）８頁・263 頁～266 頁・295 頁～300 頁・332 頁・391 頁。
- (8) TERENCE INGMAN, *The English Legal Process, 12th Edition*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2008, p309.
- (9) *Id.*, pp. 310-312.
- (10) 松井茂記「公正な裁判を受ける権利と取材・報道の自由」*阪大法学* 53 卷（2003 年）861 頁。
- (11) 最高裁事務総局・前掲注（７）８頁。「これが、陪審による正義<sup>\*\*\*</sup>（jury equity）である」と記述する。
- (12) 最高裁事務総局・前掲注（７）388 頁。
- (13) Richard Ford, ‘The Times fined £15,000 for contempt of court’, *Times Online* <http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article6345376.ece?print=yes&rand>
- (14) Kaya Burgess, ‘Jury foreman Michael Seckerson guilty of contempt over manslaughter case’, *Times Online* <http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/article6281255.ece?print=yes&Rand>
- (15) David Pannick, ‘£15,000 Times fine proves the need for reform of an indefensible law’, *Times Online* <http://business.timesonline.co.uk/tol/business/law/columnists/article6367425.ece?print=yes&rand>
- (16) 平 良 『英米法』（慶応大学出版、2007 年）108 頁。
- (17) 最高裁事務総局・前掲注（７）393 頁。
- (18) Neil Vidmar ed., *WORLD JURY SYSTEMS*, OXFORD UNIVERSITY PRESS 2000, p38-39.
- (19) ジェローム・フランク『裁かれる裁判所』古賀正義訳（弘文堂、1965 年）まえがき 2 頁。
- (20) 前掲同書 192 頁～198 頁。
- (21) A・トクヴィル『アメリカの民主政治（中）』伊玄太郎訳（講談社、2009 年）209 頁～222 頁。
- (22) スティーブン・A・ドリズィン＝リチャード・A・レオ『なぜ無実の人が自白するのか』伊藤和子訳（日本評論社、2008 年）24 頁。
- (23) 松井・前掲注（10）863 頁～865 頁。
- (24) Neil Vidmar ed.・*supra* note(18), p39.
- (25) *Ibid.*

- (26) 細田啓介「オーストラリアにおける刑事陪審公判と報道の関係について (上)」判タ 1122 号 (2003 年) 4 頁～12 頁。
- (27) Richard Glading, "The Jury System in Australia Paper III-The Role of the Jury", *SHIMANE LAW REVIEW*, vol.47, No.1, 2003, pp.23~33.
- (28) 藤田浩「陪審員裁判における、外部的影響、と評議の秘密性の問題について」広島経済大学法学 11 卷 3 号 (1988 年) 86 頁。
- (29) 松井茂記『日本国憲法第 3 版』(有斐閣、2007 年) 448 頁。
- (30) 松井・前掲注 (10) 865 頁。
- (31) Richard Glading・supra note(27)p.26.
- (32) 日本裁判官ネットワーク [www.j-jc.com/opinion/090601/090601\\_shuhigimu.html](http://www.j-jc.com/opinion/090601/090601_shuhigimu.html)
- (33) 辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の解説 (3)」法曹時報 60 卷 3 号 (2006 年) 96 頁。
- (34) 蟻川恒正 「佐藤幸治憲法学との対話、体系と差異」法律時報 82 卷 5 号、35 頁以降。「佐藤は、従来の憲法 21 条論の中に二つの異なる世界を見る。個人が特定の少数者と向き合う世界と個人が不特定多数者と向き合う世界と。特定者との閉じた世界と不特定者へと開かれた世界を切り分け、ふたつの世界が決して同一の憲法的規律に服すべきではないことを主張する。特定者との親密な関係性の絶対的保障の中でこそ、人格の自律的存在性は育まれると考えるのが、佐藤の個人主義の前提想定である。憲法 21 条にいう表現を不特定者に宛てたコミュニケーションであるとするとき、不特定者の典型は公衆である。司法を、真に不特定者たる公衆を受け手とした『公開討論の場』ないし『公共的討論の場』にもたらしめるのは、国民による司法に関する議論である。事件の司法判決後も含めて、国家社会のあり方にかかわる法的空間の性質や内実をめぐる公共的討論の場が形成されることを指している。この『法原理のフォーラム』における討論の参加者は、より公共的精神に富み審議思考的であるかもしれない。『法原理におけるフォーラム』は、『政治フォーラム』(数をたよりにする妥協)より質の高いものとなる。」と記述する。
- (35) 松井・前掲注 (29) 105 頁。
- (36) 西條美紀「より納得できる評議へ」判時 2053 号 (2009 年) 9 頁。
- (37) 平野龍一「参審制度採用の提唱」ジュリ 1189 号 (2000 年) 50 頁～57 頁。
- (38) 座談会「裁判員制度と日本国憲法」判タ 1146 号 (2004 年) 9 頁～10 頁。
- (39) R.A.Duff, *Punishment, Communication, and Community*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2000, pp.188~189.
- (40) 裁判員法における裁判員は、統治客体としてとらえるべきなのか、それとも統治主体としてとらえるべきなのか、について本稿は明確な解答を提示しないままその論述をひとまず終ることになった。法第一条のところで検討したように、立法過程で、明

らかに統治主体の概念は、ドロップアウトされた。しかし法第一条にもかかわらず、法はその中身のところで、裁判員の職権行使の独立（法第八条）、裁判員の自由心証主義（法第六十二条）、裁判員の評決権（法第六十七条）の三つの権限を裁判員に与えた。この点に関し蟻川元教授は、「裁判員は、事実認定をして有罪無罪を決し刑の量定も行うという形で、権限を行使する。これは明らかに主体である。要するに、法第一条で、主体ではなく主体意識を高めるだけだと言いながら実は、（法八、六十二、六十七で）主体にしているのが問題である。しかし統治主体になれば、これまで主体だった人々とともに、あるいはそれらの人々から奪って自ら責任を引き受けなければならなくなる。」と発言された。（蟻川発言、ジュリスト NO.1334、2007年5月）。しかし高橋名誉教授は、「裁判員というのを統治主体ととらえるべきかどうかということだと思う」と発言される。それに対して、棟居教授は「参加」を意味され、蟻川元教授は、「批評者」と位置づけられる。同元教授は、その意義について「統治主体の一手手前のところで、統治を担っている人々の行動を監視し批評することによって、（統治を担っている人々に）責任をとらせるという境位」と説明される。その「批評者」という見解に対しては、高橋名誉教授の方からは、「それは制度論なのか、単に視点の問題なのか」という疑問が出された。本稿の視点は、裁判員に与えられた三権限（独立、自由心証、評決権）を使って、裁判員は、何をなし得て、何をなすべきかという点に焦点をあてて論じてきた。フルに法装備された裁判官に対し、素手で立向う裁判員が対等にわたりあえることは何かという問である。それは、ルーティーンワークで疲れた裁判官の目に対し、裁判員の新鮮な感性による「合理的な疑い」というレーザー光線を照射することではないかと思っている。それに対し、裁判官のスキルと感性は火ばなをちらしてくることは当然であろう。しかし、その両者の真剣な火ばなの営みが即ち両者の「協働」ではなかろうか。そのせめぎあいの中から生れる *not-guilty* と *guilty* の集積が、刑事裁判についてのこの国のあり方を形づくっていくのではなかろうか。蟻川元教授の「批評者」という境位について、別の座談会（法学セミナー NO.670、2010年10月）で、宍戸准教授が、「裁判員については『国家』の論理からすると、『官』と位置づけてはいけない。その観点から登場したのが『批評者』という境位である」と発言し、遠藤元助教授は、「報道されなければ『批評者』になれない」と発言されている。本稿は、「批評者」という境位に、多大の関心を示している。