

# 国民の司法参加とアカデミック・リサーチ —ニュージーランド陪審制と裁判員制の交差— (1)

河 辺 幸 雄

- 一 はじめに
- 二 陪審制とアカデミック・リサーチ
- 三 ニュージーランド陪審制「アカデミック・リサーチ」の手法と結論
- 四 裁判員裁判「評議の秘密」とアカデミック・リサーチの必要性
  - I 裁判員裁判における無罪率
  - II 裁判員裁判における量刑傾向
  - III 小括 (以上本号)
  - IV 裁判員裁判に対する歴史的・文化的考察の視座
- 五 ニュージーランド法学者の比較法論説に学ぶ
- 六 ニュージーランド「アカデミック・リサーチ」報告書における「評議の秘密」への原理的問いかけに学ぶ
- 七 終わりに

## 一 はじめに

国民の司法参加について学びはじめると、まず司法参加する国民の法全般にたいする素人性に素朴な疑問が生じる。長い間専門裁判官に判断を委ねてきた日本人にとって、陪審制度を知ったとき、驚きが先にたつ。12人の素人が評議をおこなって有罪か無罪かの宣告をする。かつては陪審制度では法適用は法解釈とともに裁判官の専属的役割でありそれに対して狭義の意味での事実認定だけが陪審員の判断領域であった。そうであれば理解できないことでもない。過去に「ある事実」があったかどうかの認定については法の専門家である裁判官であろうと素人の国民であろうとその過去の事実遭遇していなかった者の判断であるから原則として犯人性に関する事実は被告人のみが知るだけであって、裁判官でも一般素人でも過去の歴史的事実の発見などできないことに変わりはない。そう考えるのが至極当然の道理である。あえ

て比べよといわれてみれば、一人あるいは三人の裁判官の判断よりは12人の素人国民の集合体としての判断の方が、人の世の経験の多少と判断者の人数の大小から12人の素人の陪審体としての判断の方がまだましであろうかという程度である。このように狭義の事実認定については12人の素人陪審員に対してそれなりの信頼はおけるものの、法の適用も素人陪審員のみが行うということになれば、その「信頼」に対する揺らぎが生じる。というのは大陸法系の学徒としては、法の適用を適正にするには法廷における検察官、弁護人の各法律上の主張を的確に把握し、その後評議室に入る前の裁判官の説示を正確に理解したうえで、認定した事実に法を適切に当てはめなければならないと考えるからである。わが国の法科大学院生が多年の年月をかけても理解困難な刑法理論を彼の国の一般素人の人々はまったく始めての数日間でも的確に理解できる程、こと法的素養に関しては陪審制の国々の人々は優秀なのであろうかという羨望にも似た疑問が生じるのは本稿のみであろうか。

## 二 陪審制とアカデミック・リサーチ

陪審制の判決生成過程において、陪審の評議・投票の実態は謎にまつまれている。法廷での検察官、弁護人の主張、証人の証言、裁判官からの説示の中の法解釈のそれぞれを法律の素人である陪審員12人がいかに理解し、その理解した法をどのように事実に当てはめていくのかという評議の実態は「評議の秘密」で遮断された暗室の中に閉じ込められているからである。陪審制は被告人らが同時代の共同体の価値に基づき彼らの同僚によって裁かれることを保証する。この保証は、陪審裁判システムの基本的特徴であるにもかかわらず、デメリットも存在することが認識されている。陪審員による裁判は、特に関連する証拠や法が詳細で複雑な場合事実を発見する点において信頼できない裁判体であることが指摘されている。さらに陪審員は証拠を公平に評価することができず個々人の先入観や偏見で評決にいたることが懸念されている。裁判システムに対する経験の欠如によって陪審員は主観的で感

情的な要因に基づいて決定を下す傾向がある。また陪審員としての奉仕は時間と収入の喪失という観点からすれば厄介で不利益な義務を課することになりうるためにたくさんの人々は陪審員になることをいやがり免除の適用を受けようとしそれが認められるケースも多く出ている。このことは陪審員が正確には共同体を代表していないのではないかという懸念を導く<sup>(1)</sup>。

このような実態を背景に陪審員が裁判システムにおいて果たしている役割についてニュージーランドで 1999 年にアカデミック・リサーチが刑事裁判システムにおける陪審員の働きに関連して実施された。ニュージーランドはそもそも陪審評議の秘密保持のための制定法を持たない。しかしながら判例法は陪審員にインタビューを試みるマスメディアに対して法廷侮辱罪での起訴をもたらす。ニュージーランドはイギリス、カナダ、オーストラリアと同じく陪審員に対するインタビューから得られる情報が陪審政策論争にとって有益なものであったとしても陪審評議の秘密性という制約が長きにわたって法学あるいは社会学の学者が陪審にインタビューすることを妨げてきた。しかし 21 世紀に入る直前になってニュージーランドはオーストラリアとともにそれらの制約を緩和し陪審政策研究のために陪審員に接近することを研究者に許容するようになったのである<sup>(2)</sup>。

### 三 ニュージーランド陪審制

#### 「アカデミック・リサーチ」の手法と結論

ニュージーランド・ローコミッション・プロジェクトは、さまざまな手法を通して結論に到達しようと試みた。抽出された 48 事件について裁判官、検察官、弁護人に対しても情報を提供することがもとめられた。研究者は裁判の冒頭手続きから弁護人の最終弁論に至るまで観察し裁判官の説示についてはさらに録音をした。陪審員が評議評決のために法廷から陪審評議室へ移動した後研究者は裁判官に当該事件に対する裁判官自身の見解、即ちもし裁判官が評決するとすれば有罪か無罪かについて質問をして裁判官から即時回

答を得た。一方このリサーチに同意した陪審員は、裁判直後かもしくは後日に質問を受けた。これら陪審員の総計は312名であり、一件当たり平均6.5名、全体で54パーセントであった。それら質問はあらかじめ体系的に用意されたものであった。個々の陪審員がどの事実問題を重要とみなしたか、またその問題に対して各自がどのように判断したか、また法的问题について裁判官の説示をどのように理解し、その法をどのように事実当てはめたか、等の質問がなされたのであった。そして個々の陪審員の法と証拠に対する見解が全員の評議の経過によってどのような影響を受けたのかについて探求するためにも体系化された質問が準備された。以上の方法によってニューゼalandのアカデミック・リサーチは次の結論を導いた。法解釈に対する誤解はかなり広まっておりそのことは個々の陪審員の判断のみならず陪審全体が判決を形成していくためのアプローチに影響を与えた。陪審は法の解釈を誤っていることに気づくことなく評議を延長したり、また時には陪審長が誤りの法的論拠に基づいて少数派の陪審員を多数派の意見に同意させるように導こうとしたケースもあった。しかし宣告結果の観点のみからいえばそれら法解釈の誤りは「全員一致」の制度の中で陪審という集合体としての評議評決の経過により多くの場合修正されたため大多数の評決結果に影響を与えなかったことが確認された。サンプルとして抽出された48事件のうち、4件につき、法的誤解により意見がわかれ、うち2件については陪審崩壊を招き、残り2件については、裁判官の法的観点からみてではあるが真実性の疑わしい「無罪」評決が出されたとの結果が示された<sup>(3)</sup>。

サンプルとして抽出された48事件のうち、2件の陪審崩壊が生じ、2件の「無罪」の方向への誤判の可能性が指摘されたことを、「公正な裁判」という観点からどのように評価するかについては軽々しく論評をすることはできないが、本アカデミック・リサーチプロジェクトは、陪審システムがいろいろな問題点を包含するにもかかわらず、世界の裁判システムのなかで秀でたものであってニューゼalandとしては今後も陪審システムを維持してい

くべきであると結論づけた。そのような結論が出されたのは評議室において、法の誤解、法適用の誤り、を経過しながらも *guilty-not guilty* の結論部分に着目すれば *unanimity* (全員一致) で濾過され、誤判も *not-guilty* の方向へのもので「冤罪」は防止されている、と思考された故であろうか。「陪審制はいたって政治的な制度であり」「司法制度としては語る言葉をそれほど持たない」とのトクビルの文節を彷彿とさせる<sup>(4)</sup>。英国においては民衆が評議室で「法を無視」することによって被告人に「無罪」を宣告し同僚を封建領主の横暴から守り、米国においては独立戦争時に「法を無視」して同僚を英国裁判官から救済した歴史を持つ。「法の無視」を自国の裁判システムの中で重要な原理とした歴史を持つ国の裁判システムを、判決に理由を必要とする大陸法系諸国の中の一員である日本の学徒が理解するにはかなりの努力を要する。ともあれ、アカデミック・リサーチが、自国の裁判システムの中の「評議の秘密」が解除されるべき一場面として位置づけられ、国家の認容と法曹三者・陪審員の協力を得て、学者によって実施され、それによって自国の裁判システムの判決生成過程が直視され、その現実と実態が把握され、それらを踏まえて自国の「公正な裁判」への更なる一歩前進のための数多くの提言がなされたのである。そのリサーチが、法学者と、国民を含む裁判関係者が一丸となってなされたことは、それ自体その国の裁判システムが健全に機能していることを示すものである。*guilty-not guilty* の結論のみに収斂させる陪審制に対してわが国の裁判システムは、結論に対する理由付けの巧拙をもって結果も含めて判決内容を評価する。被告人の視点にたてばどんな立派な有罪の理由がつけられても「やっていないものはやっていない」ので結果がすべてであるのに対して、被害者の遺族を含む国民の視点から言えば結果を正当化するものは理由であり被告人の弁解を虚偽と断罪する立派な有罪判決理由はその真実性如何にかかわらず喝采に値する。被告人の納得機能のためか、それとも被告人以外の全国民の納得機能のためか、陪審制と裁判員制の差異に絶えず変数処理を施しながら、わが国において施行された裁判員制のこの

3年間の動向を「評議の秘密」「アカデミック・リサーチの必要性」の視点から解析する。

#### 四 裁判員裁判「評議の秘密」と

##### アカデミック・リサーチの必要性

わが国の裁判員法は「評議の秘密」に関してまったくの例外を設けない全包括的絶対的規定を有する。極右とされる英国のさらにその右に位置する。その規定に違反するアカデミック・リサーチに基づく裁判員に対するインタビューは許されない。裁判員裁判の裁判体は裁判官3名と裁判員6名の混合体であり裁判員は法解釈について常に評議で同席する裁判官の説明を受けることが可能であり、また自らの法の適用についての意見陳述も裁判官の面前でなされることからその法適用の前提となる法解釈についても裁判官のチェックが行き届く。そのような裁判員裁判についてはその判決生成過程に対するアカデミック・リサーチの必要性は検討するまでもないのであろうか。以下に裁判員裁判3年間の無罪率および量刑傾向からわが国裁判員裁判の判決生成過程が裁判員法の規定ならびに趣旨に合致しているかどうかを吟味して「評議の秘密」規定の例外としてアカデミック・リサーチの制度設計がなされる必要性があるか否かについて検討する。

##### I 裁判員裁判における無罪率

最高裁判所の発表によれば裁判員裁判における無罪率は0.5パーセントでありそれは裁判官のみの裁判の無罪率0.6パーセントの範囲内であった<sup>(5)</sup>。3年という短い期間で何らかの傾向を示唆することは危険ではあるがこの数字をこのまま放置することはさらに危険である。今後もこの数値が続くとすれば評議の実際において少なくとも罪体の評議・評決に関しては裁判官の裁判員に対する有形無形のコントロールがなされていることを疑うべきである。「合理的な疑いを超えた証明」という心証形成のハードルの高低につい

ては司法修習時代から独特の教育を受けてきたわが国職業裁判官と、判断者として法や裁判に初めて接する素人裁判員の間にはかなりの開きがあつてしかるべきである。しかし評議を経ることによってその高低差が職業裁判官 3 名の心証形成の中に吸収されていくとすれば、そのことは罪体に関する評議評決については職業裁判官 3 名による素人裁判員 6 名のうちの 2 名の多数派への取り込みに成功し多数決原理により後に述べる例外種類事件を除いては裁判官 3 名の結論が裁判員を含む裁判体の結論になっていることを示す。

有罪・無罪の分水嶺は検察官の立証が「合理的な疑いを超えて」証明されたか否かである。この分水嶺は幅のない一線ではなく、わずかながらもグレイゾーンの幅を持つ。わが国の裁判官の特徴は、このグレイゾーンの中に入った事件に対してできる限り有罪認定の方向に強気に出ることである。そしてその「後付理由」に精緻な工夫を凝らす。明治以降伝統的に継受されてきた裁判官の世界にだけ通用する秘儀である。裁判官の判断基準は「合理的な疑いを超えた証明」が検察官によってなされたかどうかというよりは、当該事件を有罪認定した場合に裁判官世界だけに通用する「理由の後付」に成功するか否かである。わが国の裁判官は司法修習時代より有罪無罪が疑わしい場合でも間接事実・状況証拠という細い紐を何本も絡みあわせて一本の太いロープを縫い上げ有罪を宣告しようとする訓練を受けてきている。「合理的な疑いのある」状況証拠をいくら集めてもそれぞれに対する「合理的な疑い」が消えるわけがない。白取祐司教授は自らの第 33 期司法修習の経験として次のように述懐する。「司法研修所では強気の刑裁、弱気の検察といわれており検察科目では事実認定を比較的慎重に行うよう訓練されているが刑裁科目では非常に弱い状況証拠で何とか有罪を出せないかという方向での教育が行われている。無罪判決を書いたものを何人かピックアップしてこれをいわば槍玉に挙げて無罪判決が如何に間違いであるかということを徹底的に批判し最終的には有罪が正しいという方向に持っていくことがなされている。」<sup>〔6〕</sup>。さらに経験上いえることは裁判官志望者は司法修習の始期までにすでに有罪

認定の「後付け理由」の言い回しを過去の判例の中から習得していることである。彼らにとっては有罪無罪認定のグレイゾーンは「後付可能」な事件の場合では悩みの対象にならない。司法研修所でこのような教育を受けて任官した裁判官は引き続き左陪席・右陪席を勤めながら常に裁判長から判決起案の添削指導を受け「有罪理由の後付仕様」に磨きをかけていく。わが国裁判官は司法修習時代から有罪に対して「理由の後付」が成功するか否かについて悩むことはあっても、実質無答責であるがゆえに最終的には有罪・無罪についての悩みを振り切ることができる。裁判官の言うように仮に「先付け」理由であるとしても、理由と結論を結びつける「よって」という段階で判断者（裁判官）は、グレイゾーンを流れる「ルビコン川」を渡るか渡らないかの決断をしなければならない。そこには科学性など存在しない「賭け」の世界である。「後付、先付」は表現の仕方の違いに過ぎない。「官」と名のつく人達は「真実の発見」という言葉をよく口にするが愚かしい人知で自らが立ち会ってもいない過去の歴史的「真実」など発見できることはない。その傲慢さがすべての過ちの出発点である。一方裁判員は「合理的な疑いを超えた証明」がなされたかどうかについて真正面からストレートに自らの心証を形成する。特に間接証拠しかない事案においては国民の条理と健全な感覚を持ってすればどうしても「合理的な疑い」が消えない場合が生じてくる。有罪無罪の分水嶺に幅が生じ、いわば有罪認定に対して「弱気」の方向に心証が振れる場合である。「被告人が真犯人でない確率は十分ありうる」「こんなことで犯人とされるならば、冤罪事件が発生してもなんの不思議もない。」国民はそれ以上の理屈の領域に立ち入らない。なぜなら裁判官の有する小賢しい理屈のこね方を知らないからである。また国民としてはそんな理屈のつけ方など知る必要もない。その心証形成の内容は裁判員法が「裁判員の職権行使の独立」（法8条）、「自由心証主義」（法62条）、「評決権」（法67条）で裁判員に対してその内容の継続維持を保証している。裁判官の強気の認定は、多くの場合、被告人等の「うそ」を見抜く効用があるが、必然的に冤罪事件

を生み出す。一般裁判員の「弱気」の認定は、一人でも多くの無辜を冤罪から救おうとする効用があるが、多くの犯罪者を処罰することなく再び社会に放つ。ともに不完全な人間同士が裁き裁かれなければならない宿命である。田口守一教授の講演に「もし裁判官が有罪と考えるなら裁判員を説得しなければなりません。裁判官の説得機能あるいは国民の納得機能には重大な意味がこめられています。素人の裁判員が納得するということは実は法廷にいる被告人が納得するということを意味しています。同時に被害者、傍聴人が納得するということを意味しています。」という内容の部分がある<sup>(7)</sup>。同教授の発言は、その真意如何にかかわらず極めて危険な影響力を包含する。それはわが国の現場裁判官の裁判員裁判について非公式に語る「罪体の判断は評議室に入る前からすでに決まっている」という言葉と軌を一にするからである。担当裁判官のわずかの匙かげんで裁判員への説得は「裁判官という優越性」を利用した「ハードな説得」になり、また法解釈の説明と絡み合わせながら行う自己の法適用の意見陳述に工夫を凝らし技巧を弄した「ソフトな誘導」に変容するからである。さらにいうならばそもそも裁判官の有罪心証が常に裁判員への説得目標とされること自体裁判員法の精神に反するものである(法 66 条⑤項)。あくまでも心証はそれぞれ各人が形成するものであり評議は実質的に平等な環境の中で自由に討議されるべきものであって有罪の心証を形成した裁判官に「説得機能」を、それに反対する裁判員に「納得機能」をそれぞれ想定すること自体がそもそも裁判員法の規定(裁判員の自由心証の保障、評決権の保障、独立の保障)とそれらの根底に位置する健全な国民の常識の反映の趣旨に反するものである。判事補の「説得技法」の教育訓練の試験台に成るほど国民は暇ではない。裁判官の誘導は、よほど露骨で強引なものでない限り法解釈と法適用を通してなされれば素人の裁判員に気づかれることがないのでさらに始末に悪い。

裁判員裁判になっても無罪率が跳ねあがることなく従来の枠内に収まっていることは、わが国の多数の国民の法文化感情に合致する。裁判の危うさ、

冤罪の危険性は実際に自らが判断者（裁判員）になって初めてわかることである。ギリシャ、ローマの法哲学を継受し、さらに千年から数百年にわたって国民が司法に参加してきた諸国に比べわずか3年に過ぎない経験しか持たない「法の常識」と「法の精神」にいまだ未成熟な日本国民の特徴を示す。徳川300年の眠りの中で銭形平次の勧善懲悪の法文化で育った国民が「一人の犯罪者も逃してはならない」という執念に燃える姿は、まさしく刑事司法のガラパコス化への途上にあるこの国がいかに法文化に立ち遅れているかを証明している。この法文化の対極にあるものは「99人の犯罪者を逃そうとも一人の無辜を処罰してはならない」という観念である。その背後にキリスト思想が控える。巧みな嘘で人の裁きの手から漏れることに成功したものは、死後神の審判により永遠の灼熱のゲヘナに閉じ込められる<sup>(8)</sup>。それゆえ「あの被告人は得をした」と嫉妬することもなければ「あの被告人を許せない」と自らの原罪を意識しない偏狭な正義を振りかざすこともない。それに対してわが国の「閻魔大王」は我国民の精神性を左右していない。人々はこの世の裁きを最終と観念し、「得をする被告人」に嫉妬し、自らを永遠の「善」なるがごとく正義を説く。両者の宗教上の優劣はともかくとして、人類が幾千年の悲劇の歴史の中からたどり着いた刑事司法の原理について、本稿が改めて説明するまでもない。裁判員裁判の罪体評議が裁判員の抱く「合理的な疑い」を今後も尊重することなく職業裁判官の秘儀の中に埋没させ続けるならば裁判員制度の設立の大半の意義は失われる。裁判員裁判の「評議」で裁判官は裁判員から国民の健全な「合理的な疑い」を学び今日までの「冤罪創造」の歴史を厳に反省せねばならない。裁判員法はその方向を指し示している。それに逆行して生み出される今後の裁判員裁判の冤罪事件に対しては、裁判官は今まで以上に責任を回避しやすくなる。「すべては裁判員との評議の結果」と弁明する必要すらない。冤罪事件を生み出した責任は、結局は共同体の代表である裁判員が共同体員で犯罪者と名指しされたものに対して誤った判決を下したという観念のなかに包摂され、判決に対して実質上責任を

取りえない裁判員と、もともと実質無答責の裁判官の、責任不在の混合裁判体が存続していくのである。

わずかの例外として、覚せい剤密輸事件の無罪率の高さが取り上げられている。この種事件の特色は被告人の認識の有無が争点であって困難な法律問題や法の適用を伴わない事案である。したがって裁判員にとっては検察官の立証に濃厚な「合理的な疑い」が残り、一審裁判官の有罪多数派工作が効を奏さなかった事案である。裁判員が「合理的な疑いを残し」さらに「裁判官の説得」にもかかわらずなお「無罪」を貫いたのであればその判決は刑事訴訟法と裁判員法の規定と趣旨に合致したものと評価すべきものである。一審無罪を逆転させた控訴審裁判官は、自己の荷物の中に覚せい剤が見つかった瞬間の被告人の驚き方が足りない、等といって一審を破棄した。巷という不条理極まりない空間で生きていれば、そのような時心当たりのない人の中には「驚愕の声を上げて取り乱す人」もあれば「何が起こったのかさっぱり見当がつかずただ呆然する人」もあれば「頭が真っ白になって声を失う人」もあることを世俗の人たちは知っている。裁判員が抱いた「合理的な疑い」を超える立証を他の証拠で検察官がなしえないならば、いかに有罪への説得を一審裁判官が試みても徒労に終わるだけである。そんな簡単な道理をわかってか分からずか、権力側の反応は、この種事件を裁判員裁判の対象からはずす方向で検討を始めたという。その理由として「この種事件は国民になじみがないから」という。ならば問うが、殺人・強姦・強盗ならば国民はしばしばその場に居合わせて馴染みがあるとでもいうのか。健全な国民にとってこの種重罪に馴染みなどない。3官（警察官・検察官・裁判官）は、裁判員の「合理的な疑い」を恐れている。一審裁判員裁判の無罪事件を東京高裁裁判官小倉省三率いる裁判官のみの裁判体はなんらの合理的根拠も示さず一審裁判員裁判判決を破棄自判し有罪判決を下した。それに対して最高裁は控訴審判決を破棄したため一審無罪が確定した。マスコミ各社は最高裁は裁判員裁判を尊重する姿勢を示したとの見方をした。それはたぶんに皮相的な観察で

ある。真相は裁判員裁判を極度に露骨に嫌悪してきた東京高裁裁判官小倉省三を裁判員裁判時代にふさわしくない裁判官として最高裁が切り捨てたに過ぎない。裁判官小倉省三がそれまでに判じた控訴審判決（一審裁判員裁判）を概観しただけでも裁判員制度に対するその露骨な嫌悪感が伝わる。一審裁判員裁判判決と結論を異にしないにもかかわらずその理由のつけ方が自己の率いる裁判官のみの裁判体と異なると、一審判決を一端破棄し理由を付け直して改めて同じ主文の判決を出すなど最高裁としても看過しえなくなった事情が背後にあった。覚せい剤密輸事件における裁判官小倉省三の事実認定は拙劣を通り越して滑稽でさえある。小倉は、素人が裁判に参加するだけでなく独立、自由心証、評決権を得たことに対して嫌悪感を示す裁判官群の急先鋒であり一審裁判員裁判を機会あるごとに破棄自判するというヒステリックな行動にでていた。本件最高裁の判決は、控訴審の裁判官が一審判決と相違する心証を形成したというだけではいまだ一審破棄の原因とはなりえず、一審判決がそれ自体論理的合理性を持ち得ないときに初めて破棄することができるという従来からの原則を新に宣言したに過ぎない<sup>(9)</sup>。仮に最高裁が「一審裁判員裁判尊重」の姿勢を打ち出したとの表現を百歩譲って是認するとしても、最高裁の真に意図するところは別の角度にある。

最高裁にとって従来の裁判官のみの裁判の無罪率である 0.6 パーセント以内に裁判員裁判時代の無罪率を収めることは、今までの冤罪も含む裁判官のみで行ってきた裁判の歴史を正当化するために、さらに今後も裁判の主役の座を国民に手放さないためにもその数値の達成が必須の要件になる。最高裁はその主戦場を「一審裁判員裁判評議室」に絞った。一審裁判員裁判判決を控訴審が安易に破棄することは世間の周知にさらされるゆえに得策ではなく、あくまでも「評議の秘密」で守られた「一審評議室」において前記田口教授発言の実践として裁判官の抱く有罪の心証形成を裁判員に「説得」するところに的を絞った。そこでは裁判官は「評議の秘密」に守られており一条の光も漏れることはない。かつて暗室であった「取調べ室」で捜査官により

伝統的に作りあげられ継受されてきた捜査手法が多く冤罪を生み出してきたことは今では誰も否定することはできない。その同じ過ちが「評議室」で作られつつある。「評議の秘密」に守られて裁判官の裁判員への「説得」の伝統的秘儀が磨きをかけられ先輩裁判官から後輩裁判官へと受け継がれ、裁判員を「冤罪生成の共犯」に巻き込んでいく。

かつてある最高裁長官が、新任裁判官に対する訓示で「ヒラメになるな」といった。ということは日本の裁判官はヒラメばかりであるという意味に取れないこともない。自己の昇進と生涯賃金のためなるが故か、裁判官は勤務評定をする人事局のほう（上）を気にしながら判決を書く。ヒラメは海底から常に（上）を仰ぎながら遊泳する（らしい）。最高裁が上から「目標無罪率達成」を下の下級審に指令を出すわけではない。しかし下は上の意向を察し上は下の心遣いをよしとする。最高裁の十八番である共謀共同正犯論を当てはめれば優に理解可能である。2011 年 5 月最高裁長官は「一審裁判員裁判」と「控訴審職業裁判官裁判」の振れについての記者団の質問に対して「落ち着くところに落ち着く」と返答した。その自信に満ちた予言は見事に達成された<sup>(10)</sup>。

無罪率を従来の率の範囲内に収めることによって裁判所は今までの裁判官のみの心証形成も裁判員裁判の混合体心証形成もこと罪体に限って言えば同一レベルであることを示し今までの冤罪事件は裁判官の心証形成の責任でないことを証明しようとする。無罪率が 0.5 パーセントであることは裏を返せば有罪率が 99.5 パーセントであり検察の起訴も従来どおり正常に機能していることを標榜しようとする。古くから官々交流で親和性を保ってきた裁判所検察庁の「司法の役割は日本社会秩序の維持にある」という「冤罪をいかに防ぐか」という裁判所本来の民主主義の中の少数者の基本的人権の擁護の役割を忘れた所為に他ならない。公判を通じて個々の裁判員は「合理的な疑いを超えた証明」に関してどのような心証を形成したのか、その心証が裁判官との評議を経てどのように変容したのか、その変容はなぜ起こったのか、裁

判官はどのような「説得」の手法を使ったのか、そして総じて裁判員法の制度趣旨にかなった評議がなされているのかについて刑事訴訟法学者及び心理学者のおこなうアカデミック・リサーチによる検証の必要性が検討されなければならない。

## II 裁判員裁判における量刑傾向

2012年5月14日公表された最高裁判所の調査では、一部において被害の程度を顧慮して執行猶予が増える一方社会的非難の強い性犯罪などで重罪化が進んでいる。裁判員裁判で検察の求刑を上回った判決はこの3年間で23件あり、大幅な「求刑超え」の傾向を示し量刑の幅も広がりを見せている<sup>(11)</sup>。この現象を「民意の反映」と評価するだけではあまりに皮相的であり、そもそも民意のすべてが正当性を持ちうるのかは常に検討される必要がある<sup>(12)</sup>。民意が素朴で原始的な「正義感」に根ざせば根ざすほど「応報感情」のみが一色突出する<sup>(13)</sup>。しかし世界の刑罰の歴史をたどるならば、刑罰に対する思考と実践には「応報」のみならず「一般予防」「特別予防」の三原理の融統合がなされた理論による高度に専門化された原理に対する理解が求められる<sup>(14)</sup>。「合理的な疑いを超えた証明」の基準の場面では素朴で原始的な「正義感」が求められ、技巧的な「専門的後付理由」が排除されるべきであるのに対して、量刑に対する思考は、高度に専門化された学理的かつ経験的知識が要求される<sup>(15)</sup>。陪審制度が「合理的疑い」の基準の判断を「一般素人」の職務に配分しそれに対して「量刑」については常に学理的経験的知識の教育と訓練を受けた職業裁判官の職務の配分をしている所以である。わが国の裁判官は「犯罪と刑罰」に対する学理的知識と「刑罰の執行」に対する経験的知識を持たない。教育も訓練も受けていないばかりか、司法試験の選択科目との関連で「刑事政策」の基本すら会得していない疑いは濃厚である<sup>(16)</sup>。わが国の裁判官は過去のデータのみに基づいて量刑を判断する以外に術をもたない。三権分立を理論上の盾に、ルーティーンワークの忙しさを言い訳にする。以

上の事情はわが国の捜査・公判検察官についても同様である。そのような検察官の過去のデータに基づく求刑に対して裁判官がすこぶる大雑把な感覚に基づいて 7 掛—9 掛の量刑の判決を下してきたのがわが国専門裁判官の実態である。秋田地裁の裁判官がいったん言い渡した判決を「求刑を聞き間違えたのではないか」という立会い検察官の即時の言辞を認め、改めて 8 掛をしながら「被告人に陳謝」して刑の言い渡しを訂正したことは公知の事実である。とりわけこの裁判官に限ってのことではなくわが国裁判官の量刑に対する知識と経験のレベルを象徴している。裁判員裁判の量刑に対する評議は「刑罰と量刑」に対してまったくの「素人」である「裁判官」と「裁判員」でなされ評決されているのが実態である。しかし裁判所は、裁判員裁判開始に際しても、組織的に裁判官に対する「犯罪と刑罰」についての教育・訓練の必要性を検討することなく、むしろ社会に向かってはこの現象を裁判員裁判の「民意の反映」との標榜に利用している。「量刑評議」についてはかなりの大枠を設けるだけでその中で裁判員に思う存分「応報感情」を吐露させ「求刑超え」も自由に遊泳させマスコミをして「民意の反映」と歓喜させる<sup>(17)</sup>。この現象をかつての 8 掛司法の脱構築と評価するにしても、その無秩序の再構築を誰がどのような合理性を持った学理に基づいてなし得るというのであろうか<sup>(18)</sup>。このままであれば「量刑評議」において被告人の更生・社会復帰・再犯防止等について真摯な問いかけをする裁判員がいても、その問いかけは、それに対する専門的学理・経験的知識を持たない裁判官の沈黙と声高に叫ぶ応報しか知らない裁判員の感情の中に埋没する。わが国の法文化は重罰化をも歓迎する。我國民の心の中は今なお犯罪者の流刑地を常に探している<sup>(19)</sup>。世界の潮流の先端は「応報」を乗り越えようとし、ニュージーランドでは成人の刑事裁判にも「修復的司法」が取り入れられ共同社会における犯罪者と被害者の和解と癒しが実践されようとしている。人類の歴史と文化の進展と成熟は明らかに「犯罪と刑罰」の思考を変容させながら理想郷を目指そうとしている<sup>(20)</sup>。

裁判官が量刑に対してただ過去の量刑データを示すのみで裁判員の意見を凌駕する発言ができないことは裁判員に一旦は不満の感情を与えるものの、その不満は評議の終了とともに「評議のしやすさという印象」へと変容し、結果としては「評議の満足度」「裁判官の誘導の不存在」というアンケート結果へと結びついていく。控訴審裁判所がたとえ一審裁判員裁判の量刑判断と違った心証を抱くばあいでも一審破棄を慎む姿勢が得策であることは以上の理由にもとめられる。

かつての量刑は統計上の「公平性」という点でかろうじて被告人の諦観を生じさせていた。いまや裁判員裁判の量刑は「民意の反映」という美名の下に行き当たりばつりの無秩序・無節操の混沌に突入しようとしている。被告人の防御の点から言っても量刑に対する訴訟方針が定まらずかつ量刑に対する不公平感により司法判断に対する納得のないままの服役となる<sup>(21)</sup>。裁判員裁判の「量刑評議」は被告人の防御権を錯乱させ弁護権を弱体化させている。一審裁判員裁判の量刑に対する「評議」において職業裁判官が「専門官」としての知見に基づいて評議に参加できているのかどうか、声高の応報感情一点張りの裁判員に対して「過去のデータ」以外に他に語る言葉を持たずに「評議」を終えているのではないのかどうか、総じて裁判員裁判では国家権力の発動たる刑罰という「侵害」を科するにふさわしいだけの評議がなされているのかどうか、裁判官に対する量刑に関する教育・訓練のプログラムをどのように企画実践していくべきか等の現時点の裁判員裁判の「量刑評議」の内容について刑事政策学者および犯罪学者によるアカデミック・リサーチの必要性を検討する必要がある。

### Ⅲ 小括

裁判員法の趣旨（より良き裁判への志向）を生かそうとするならば、評議において、裁判官が裁判員の新鮮で瑞々しい「合理的な疑い」の感性を学び、それを取り入れることによって冤罪防止を志向し、裁判員は裁判官から「犯

罪と刑罰」の学理知と、「刑罰執行と社会復帰」の経験知を学び、よって再犯率の低下を志向すべきにもかかわらず、裁判員裁判という名の列車はまったく逆の方向に走り出した。この列車を正しい方向に向けるためには、評議の現実を直視し、問題点を解析し、解決方法を提言することのできる研究者によるアカデミック・リサーチが必要である。

(注)

- (1) Katherine Sanders, *The New Zealand Legal System*, LexisNexis NZ Limited, 2010. p.293.
- (2) Neil Vidmal ed, *WORLD JURY SYSTEMS*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, 2000. p.39.
- (3) *Juries in Criminal Trials Part Two*, Wellington, New Zealand, 1999. p.2, p.68. <http://www.lawcom.govt.nz>  
MICHAEL ZANDER QC, JURY RESEARCH AND IMPROPRIETY A RESPONSE TO THE DEPARTMENT OF CONSTITUTIONAL AFFAIRS, CONSULTATION PAPER (CP04/05), 2005. pp.6-7.
- (4) 佐藤幸治「裁判員制度が拓いた新たな地平」論究ジュリスト夏号(2012年)96頁。その中で佐藤は「1830年代にアメリカを旅して＜アメリカのデモクラシー＞を著したトクビルは、陪審制がまず政治制度であることを強調した」と述べる。
- (5) msn 産経ニュース 2012/06/06.
- (6) 白取祐司「職業裁判官と事実認定」刑法雑誌29巻3号(1988年)92頁・100頁。
- (7) 田口守一「裁判員制度の意義」警察学論集62巻第3号(2009年)55頁-56頁。
- (8) ゲヘナ=白い御座の裁きの後彼らが永遠に苦しむ火の池(聖書黙20・4から15)
- (9) 座談会「裁判員裁判の現状と課題」論究ジュリスト夏号(2012年)39頁。その中で大澤は「最高裁の法廷意見そのものが裁判員裁判という枠では議論していないですね。＜刑罰法は控訴審の性格を、原則として事後審としており＞という点と＜第一審において、直接主義・口頭主義の原則が採られ＞という点から帰結を導いている。裁判員裁判の場合に限らず、一般的にもこうだと読み得る判断になっています」と発言する。
- (10) 座談会前掲。その中で後藤は長期的な展望にたつて「最終的には、一審で裁判員裁判を経験した裁判官たちが高裁の中核になることによって、高裁も含めて裁判所全体の中で経験が共有されるようになったときに、初めて控訴審を含めた全体の運用が安定するのかも知れません」と発言する。
- (11) 前掲注(5)。
- (12) 井田 良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト夏号(2012年)59頁。その中で井田は「制度(運用)論を検討・展開する前提として、是非行っておかなければならな

いことがある。それは、量刑判断の全過程の中でどの部分においてどのような形で一般市民の意見・感覚が作用すべきなのか（逆に、どの部分はそれにより左右されるのか）を明らかにすること、そして、今後の刑事裁判のあり方を見据えつつ、実務における量刑判断がどのようなものとなるべきかについてのビジョンを明確にすることである」と述べる。

- (13) 井田前掲 63 頁。その中で井田は「・・本質的な処罰の根拠は、犯罪により失われた個別的利益（という意味での法益）そのものや、被害者や遺族の被害感情・処罰感情（これも私益にすぎない）ではなく、そのようなものと刑罰との均衡を問題とすべきではない。・・<被害者の生命を奪ったのであれば、犯人の死をもって報いるのが原則>とする理解は、刑法の私法的理解を前提とするものとして否定されなければならない」と述べる。
- (14) 井田前掲（注 12）64 頁。その中で井田は「・・ここにいう応報理論は、単に後ろ向きの、犯罪予防と無縁な回顧的刑罰理論ではなく、一つの一般予防論の別名であることが明らかとなる。犯罪行為にたいし応報的処罰をもって対応することは、犯罪行為に見合った反作用としての刑罰を科することを手段として刑罰規範を維持・強化することを通じて一般予防的效果を実現することを意味している」と述べる。
- (15) 井田前掲（注 12）60 頁。その中で井田は「量刑判断の本質的内容に関する基本的理解が、現行刑法の解釈として導かれるものであるならば、それは、裁判員法 6 条 2 項 1 号にいう<法令の解釈に係る判断>の問題であり、裁判員の意見により左右することのできない裁判官の専権事項であるということになる」と述べる。
- (16) 座談会前掲（注 9）27 頁。その中で後藤は「・・専門家は刑事政策的な介入の効果について、わりあい冷めているところがあります。例えば保護観察にしても、それは本人のための援助というよりも、むしろ重い処分という捉え方があります。それに対して裁判員はそれによって再犯防止の効果があるのではないかと、真面目に考えているところがあるように思います。懲役刑の効果についてもそうかもしれません。そうなると、専門家が「それは理想であって現実とは違う」などと言っても、説得力がないというか、専門家の態度としては矛盾していると受け取られるかもしれません。専門家も刑事政策の有効性について、真剣に考えなければいけない状況になっている気がします」と発言する。
- (17) 座談会前掲（注 9）40 頁。その中で栃木（東京地裁判事）は「もともと量刑というものは幅があるものなので、一定の幅の範囲内に入っていれば、昔も量刑不当で控訴されたものが破棄されることはなかったのです。裁判員裁判になって、一般の方の感覚を入れて、其の幅がやや広がってきたなと言う印象はありますが、其の幅も限界があるはずなので、それを大幅に超えることになれば、それはやはり量刑不当で、破棄になるのではないかと思います。ただ、その幅がどうかというところは、事例を

- 積み重ねていかないと、まだなかなか結論は出てこないと思います」と発言する。
- (18) 井田前掲 (注 12) 69 頁。その中で井田は「・・学説には、理論的な枠組みの相違に拘泥することなく、量刑実務の直面する問題に対し、実務でも受容可能な解決を提案することが求められている。同時に、学説は、量刑の基本的基礎と、そして実務の量刑判断に向けられた政策的要求の双方につき、正確な知見を提供できなくてはならない。本稿は、そのような問題意識に立脚して、量刑理論の立場から、現在の量刑実務に向けていくつかの提言を試みたものである。とりわけ実務家の諸氏にご検討いただければ幸いこれにすぐるものはない」と述べる。
- (19) 日本経済新聞朝刊 (2012 年 8 月 27 日)。「生まれつき社会的コミュニケーションが困難なアスペルガー症候群と認定された殺人事件の被告人に対し、求刑を上回る懲役刑を言い渡した大阪地裁の判決が波紋を広げている。7 月 30 日の裁判員裁判の判決は<十分な反省が出来ないのは、アスペルガー症候群の影響>と認定。そのうえで①十分な反省のない人間が社会に復帰すれば再犯の可能性がある。②しかし社会には対応出来る受け皿が何ら用意されていない③従って許される限り長期間、刑務所に収容することが社会秩序の維持に資する—として求刑 (懲役 16 年) を上回る有期刑上限の懲役 20 年を言い渡した。法務省で犯罪者処遇の現場経験のある浜井浩一教授は<そもそも再犯と反省は別だ。刑務所には発達障害者を再訓練する機能はなく、社会適応をさらに困難にする。受け皿としてまだ十分ではないが、福祉制度を活用し受け入れる社会復帰の支援は存在するし、国の取り組みも始まっている>と批判する」
- (20) ジョージ・ムスラキス『修復的司法：現今の理論と実践に関する考察 (1)』荻野太司、吉中信人訳 広島法学第 29 巻第 1 号 (2005 年)。

See, MOUSOURAKIS George, *Restrictive Justice and Crime Control : Perspectives on Contemporary Theoretical and Policy Issues*, 法政理論第 44 巻第 2・3 号 (2012 年) p.317, p.325.

- (21) 井田前掲 (注 12) 59 頁。その中で井田は「・・もし裁判員裁判の導入により量刑判断の傾向が従来とは異なったものとなとしても、その斉一性・統一性を確保することである。これまではいわゆる量刑相場により、そのような要請が満たされていたが、裁判員裁判の下ではこれに従来と同じような意味を与えることは出来ない。・・どのような手段を用いて刑の公平な数量化を行うのかはやはり問題とならざるをえないのである」と述べる。