HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	報告　日本の刑事司法 : 市民参加は “ 蘇生 ” の契機となるか
Author(s)	白取, 祐司
Citation	北大法学論集, 52(1), 217-237
Issue Date	2001-05-31
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15070
Type	bulletin (article)
File Information	52(1)_p217-237.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

報告

日本の刑事司法——市民参加は〝蘇生〟の契機となるか

白取祐司

はじめに——論点の整理

四宮啓は、日本の司法の特筆すべき点として、「判決など最終的司法決定に市民が参加する制度は現在皆無である、ということ」をあげ、これは「空間的（国際的）にも、時間的（憲法施行後五〇年）にも、極めて異常である」と指摘する。[1] 今日のマッセ教授の基調報告を聞き、ひるがえって日本の司法を改めて振り返るとき、この日本的特徴は、際だったものであることが改めて確認される。たしかに、日本においても、民事調停の制度、検察審査会など、市民が広義の

司法過程に関与する機会がないわけではない。しかし、フランス（そしておそらくは、他の欧米先進諸国）と比べ、市民の果たす役割の重要性について、日本と彼の国との「違い」は、四宮の言葉を借りれば「異常」でさえある。そればかりではない。本報告が対象とする刑事司法についていえば、高い検挙率、代用監獄を背景とする自白中心の捜査、伝聞法則ひいては公判廷の形骸化、一〇〇％に近い有罪率など、「精密司法」と称される日本的司法は、糺問主義の色がなお濃いフランスと比べてさえ、特異である。(2)

だが、問題はここから先にある。日仏のこの「違い」、あるいは、「日本的特色」といわれるものを、我々はどのように受けとめるべきか。

裁判官、検察官など、フランスでいえば司法官（magistrats）にあたる実務法曹は、日本の刑事司法実務を、肯定的にとらえる。たとえば、最高裁は、一九九九年一二月、司法制度改革審議会に提出したプレゼンテーションの中で、「我が国の司法制度は、（……）近代的司法制度創設から数えても、既に一〇〇年以上を経過し、この間に我が国の歴史的、社会的風土の中で独自の法文化が形成され、我が国の司法文化は、これらの諸外国と異なる独自の特徴を備えるに至っている」とし、その特徴として、①（司法サービスの）統一性と等質性、②精密さと真相解明（真実の発見）への強い関心、をあげている。(3) その反面として、最高裁プレゼンテーションは、「陪審裁判では、真実の発見という要請は後退せざるを得ない」、また、陪審制を採っても「冤罪・誤判の防止とは結びつかない」と述べるなど、市民参加への消極的な姿勢を示す。(4)

このような見解は、実は、裁判・検察の実務家から繰り返し言われてきたことであり、ことさら目新しいものではない。というより、そもそも、日本の刑事司法が「官僚刑事司法」(5)、「検察官司法」(6)といわれるように、司法官とそれを支える警察によって作り上げられてきたものなのだから、彼らが肯定的評価を繰り返し発するのも、むしろ当然のことな

のである。

しかし、少なくとも刑事司法に限っていえば、大多数の学説および在野法曹は、現状に対して、むしろ極めて批判的である。一九八五年、平野龍一博士は、「現行刑事訴訟法は、欧米の刑事訴訟法、いわばその『文化的水準』に比べると、かなり異状であり、病的でさえあるように思われる」との「診断」を下し、現状から「脱却する道」として、「陪審か参審」の採用を示唆された。(7) その後、学説・在野法曹の中から、司法改革の切り札として陪審制の導入が熱心に叫ばれたのも、自然の成り行きであった。ただ、現在の刑事司法に批判的な論者の間で、陪審・参審などの市民の関与に関して、かなりの温度差がある。その理由ないし背景については、後に日本の刑事司法の沿革を検討する際明らかになるはずである。

一九九九年七月二七日、「国民の司法制度への関与」(8) など司法制度の改革ないし基盤整備に関し必要な基本的施策について調査審議するため、内閣に司法制度改革審議会が設置された。「司法を国民により身近で開かれたものにし、また司法に国民の多元的な価値観や専門知識をとりいれるべく」、調停委員、司法委員、検察審査会等の現行制度のあり方を見直すほか、「陪審・参審制度などについても、その歴史的・文化的な背景事情や制度的・実際的な諸条件に留意しつつ、導入の当否」の検討が行われつつある。(9) 他方で、二〇〇〇年の第一四七国会において「犯罪被害者保護のための二法」が成立し、被害者の意見陳述権、記録の閲覧・謄写権など、被害者の手続への関与ないし参加が認められるにいたった。

本報告では、このような時代状況のもとで、日本の刑事司法制度の現状と改革の道筋を、「市民参加」というキーワードを基軸に考察する。そのために、第一部では、日本の「司法」と「参加」をめぐる沿革をたどり、次いで第二部では、とくに重要と思われる四つの論点について、少し踏み込んだ検討を加えることにする。その上で、最後のまとめとして、

日本の司法改革に「市民参加」がなぜ必要なのか、どのような「市民参加」が望ましいか、さらに、「市民参加」は、あるべき司法のための必要・十分条件なのか、について、簡単に私見を述べたいと思う。

なお、考察をはじめる前に、「市民」「参加」という（非法律的）タームの整理をしておくことが有用であろう。

まず、「市民」である。市民参加を政治のコンテクストで論じる場合、自律した「市民」であることが前提となる。「近代的な市民像を簡単に現代日本の中にすぐあてはめるというわけには［いかない］」[10]とすれば、本当は「市民」ないし「市民社会」の可能性をまずもって論じなければならない。しかし、本報告では、さしあたり報告に必要な限りで、次のような整理をするにとどめる。①一般市民。すなわち、当該刑事事件と無関係の市民である。②市民団体。①の意味の市民の外延に位置する市民の集団としての団体である。これには多様なものがある。③被害者。日本では、被害者は「事件」の当事者だが、「訴訟」の当事者（partie）ではない。④被疑者・被告人。「無罪の推定」を受ける市民であるはずだが、彼らを市民と位置づける見解は稀である。その延長線上に、刑の言渡しを受けた者（受刑者、元受刑者）も一市民といえなくはない。このほか、⑤証人として法廷に出廷する場合も、市民が司法に関わる一場面ではある。

次に、「参加」である。まず、(イ)最終司法決定への関与がある。大陪審（ただし、訴追決定）、小陪審、参審制度がこれにあたる。これに関わるのは、①一般市民である。次は、(ロ)司法決定に（間接的に）影響力をもつ場合であり、現行の検察審査会がこれにあたる。(ハ)司法への監視機能を市民が果たす場合も、広義では「参加」といってもよいであろう。オンブズマン制度が典型だが、一九九〇年代から始まった「裁判ウォッチング」の市民運動が好例であろう。現行法上の制度では、告訴した者への不起訴の通知制度、最高裁判事の国民審査もこれに入る。(ニ)被告人、被害者、受刑者（およびこれらの者の家族）を援助する市民（③）の活動も、広義の司法への「参加」である。これは、「裁く側」にではなく、「裁かれる側」へのアクセス、ないし参加という側面、あるいは、市民と市民の「連帯」という側面を有する。「参

加」の態様と意義については、後に改めて検討する。

それではまず、日本の刑事司法と市民参加制度の沿革と現在を概観しよう。

Ⅰ　沿革――日本の「司法」と「参加」

1　近代法の継受と陪審制

さて、モンテスキューなどの啓蒙思想家たちによって、フランスにイギリスの陪審制度が紹介・導入されたのは、一八世紀後半のことである。それから一世紀ほど経った一八六六年、日本では福沢諭吉が、その著書『西洋事情』の中で、イギリスの陪審について、こう記している。「英國にては裁判役の独断にて罪人を吟味し刑罰を行ふことを得ず。……平生國内にて身分よき者を撰び置き、裁判の起る毎に入札を以て其人数の内より二四人或は一二人づつ（ママ）を呼出して裁判局に列座せしむるなり。此法の『トライエル・バイ・ジューリ』と云ふ」[11]。福沢が陪審制をどう評価していたか、この記述だけからは窺い知ることはできないが、それから十余年後、西南戦争後の戦争裁判を陪審で行うべきことを提案している[12]。提言内容をみると、福沢は、陪審裁判の公平性に着目し、これを高く評価しているのが分かる[13]。

時をほぼ同じくして、司法省では治罪法起草作業が行われていた。ボワソナードは、治罪法草案（一八七七―七八年）、いわゆるボワソナード草案の中で陪審制を提案したが、井上毅の強い反対にあう。反対の理由は、そもそも裁判は「衆論」をもって決すべきものではないこと、一般人は人情に流されやすく、「臣姦網ニ漏ルル」きらいがあり、「我邦人民未タ参政ノ習ニ熟セザル」実情のもとでは、陪審制は必要なものではない、というものである[14]。要するに、情にもろい

「人民」に任せると、犯人を疎漏なく処罰するという実体的真実発見がおろそかになること、日本人には陪審は向かないことがその理由であった。井上の反対論は、自由民権運動を抑圧しつつ強力な天皇制国家機構をつくろうとしていた政治権力中枢層の支持を受け、一八八〇年に成立した治罪法からは、陪審制は完全に消し去られてしまう。

しかし他面で、治罪法には、フランス流の私訴制度が定められている（一一〇条二項）。当時、どの程度これが活用されたか不明であるが、少なくとも制度上は、被害者に対して扉を開いていた。当時の被害者は、私訴を提起することで、公訴を始動することができたのである。ただ、この扉も一八九〇年の刑事訴訟法（明治刑訴法）以降廃止され、かろうじて「附帯私訴」として生き延びるが、現行憲法にいたってこれも完全に姿を消すことになる。

ところで、明治以降、戦前までの刑事手続は、フランス、ドイツに範を採った大陸型の糾問主義的な制度だといわれる。しかし、日本の刑事司法は、当時からすでに、陪審・参審制を欠き、私訴も制約されていた点で民主主義的要素が極めて希薄な点で際だっており、しかも、人権保障・防御権保障に関して、制度、運用の両面に大きな問題があった。一例をあげると、糾問制度のシンボルともいえる予審の被告人取調べにおいて、フランスでは一九世紀末に弁護人の立会権を認めた。[15] 日本でも、これに影響された刑訴法の修正案が議会にだされるが、ついに可決されることはなかった。一九二二年、ドイツ法の影響を受けた新しい刑事訴訟法（大正刑訴法）は、一見すると自由主義的な規定を多く有していたが、その最底辺に行政執行法と違警罪即決例をもち、「任意同行」、「任意留置」、行政執行法による検束の濫用が行われていたことは、指摘しておかなければならない。高田卓爾によれば、せっかくの立法者の意図も、「政党政治の衰退、デモクラシー思想の圧殺、封建的色彩の強い官憲の支配者意識とこれに対応する一般国民の官尊民卑的被支配者意識など［が］、自然に法律の権威主義的な解釈運用を助長し」たのであった。[16] 一九二三年、原敬内閣（暗殺後は、高橋是清内閣）のもとで陪審法が制定されたのは、このような時代状況のもとにおいてである。日本で初めての陪審は、一

九二八年から、一九四三年に戦時治安体制のもとで「停止」させられるまでの一五年間実施されている。このときの陪審制は、昨今、陪審推進論者によって高く評価されているが、被告人に陪審を受ける権利の拒否権を認めていること、陪審の答申に拘束力がないことなど、もともと弱点をもっていた。そして何より、陪審の存在は、上に述べた当時の刑事司法といびつな共存関係にあったが、決して現実を変革する力をもっていなかった。司法が市民的基盤を欠くとき、形式的「市民参加」は無力である。この最後の点は、司法制度改革を考える際に、重要なポイントになる。

2　日本国憲法下における司法の「市民参加」

第二次世界大戦の敗戦後、周知のように日本はGHQの指導のもとで、「司法改革」に着手する。刑事司法に関してまず注目すべきは、憲法三一条から四〇条まで、一〇箇条にもわたって刑事手続上の諸原則、人権保障規定がおかれたことである。詳述は避けるが、ここで重要なのは、戦前の官憲による人権抑圧が起きないように抑制するため、憲法、そして刑事訴訟法がどのようなシステムを採用したか、である。

(1)「市民参加」との関係でいえば、まず、陪審は比較的早い時期に捨てられた。すなわち、GHQの憲法草案に影響を与えたとされる憲法研究会の憲法草案要綱、およびGHQの第二次草案までは陪審に関する規定がおかれていたが、マッカーサー草案では消えている。合衆国憲法修正六条のような陪審条項は採用されなかった。帝国議会では、裁判所法案の審議の際、陪審の採否が議論されているが、当時の木村司法大臣は、こう説明している。「陪審については、本法案は考慮していない。陪審の運用は、日本では実際不可能で、それは日本の国民性の故であると思う」[17]、と。

(2)第二に、その反面として、違憲審査制の導入と司法権の独立の確立によって、最高裁の地位の強化が図られた[18]。最

高裁判事の国民審査もあわせて導入されているが、その現実の役割は極めて限定的なものである。最高裁は、明治憲法の時代と異なり、人事権を獲得し、「訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項」について規則を制定する権限を有するにいたった（憲法七七条）。

三権分立の徹底から、従来「司法官」としてひとくくりにされていた検察官は行政官として位置づけられ、裁判官とは組織上分離され、予審制度の廃止と相まって、司法は捜査の主体としての地位から完全に退くことになる。ただし、毎年三〇名にも及ぶ「判検交流」によって、両者の分離はかなり形骸化していると言わざるを得ない。

(3)最後に、これが最も重要な点であるが、権力の濫用に対しては、憲法は、（市民によるチェックというよりは）令状主義という、「司法」的抑制、つまり裁判官によるチェックの方法を採用した（憲法三三条、三五条）。他方で、違法な手段で得られた自白を排除するなど、幾つかの証拠法則を採用した（憲法三七条、三八条）。これらは、結局、裁判官に捜査機関の違法をチェックさせ、適正な手続を実現しようとするもので、手続適正化の主体ないし担い手を裁判官に期待する、というのが採用されたシステムである。

3　刑事司法の発展と隘路

憲法、およびこれをうけた刑事訴訟法の基本理念は、適正手続の保障（デュー・プロセス）である。その具体化を担うのは、繰り返しになるが、司法的抑制の主体である裁判官層である。平野、田宮、鈴木、松尾などによって生成・発展させられた戦後の刑事訴訟法理論、当事者主義論、デュー・プロセス論は、まさに裁判官による司法的抑制論であった。この議論は、広く学説のみならず、裁判官層にも受容され、一九六〇年代には、防御権保障と捜査・訴追権限を制

約する判例および裁判実務を生み、令状請求の却下率、保釈率においても、裁判官サイドに権力抑制的姿勢が、一定程度認められていた。[19] しかし、七〇年代以降、司法は最高裁による裁判官統制、具体的には団体加入規制、会同・協議会による裁判統制、任地・昇級差別などを通して変質していく。その結果は、一方で、保釈率、令状却下率、無罪率などの著しい減少、他方で、糾問的な捜査実務に追随する判例にあらわれる。当事者対等の理想は、実務によって大きく裏切られる。学説の中には、市民的基盤を欠く裁判官に適正手続の実現を期待しても無理ではないか、という厭戦気分が高まった。先に述べた平野の「絶望」発言は、このような時代状況の中で生まれた。

それから四年後の一九八九年、最高裁が陪審制の導入を検討しはじめたことが報道される。最高裁・矢口長官は、欧米諸国に判事クラスを五ないし六ヶ月派遣し、陪審・参審の実情について調査をさせるが、その後、調査報告書は（一部を除いて）公表されず、最高裁を舞台とする陪審・参審導入論もいつのまにか終息してしまう。ともかくも最高裁が陪審導入に動いた、という事実は、陪審論者とその運動を勢いづかせたが、他方で、この最高裁主導の導入論では司法の現状を打開するものにはならないというクールな見方もあった。[20]

一九九〇年から九二年にかけて、当番弁護士制度が全国に拡がった。今日、この制度の浸透、定着化を受けて、次の段階として被疑者国公選制度も現実的な射程に入りつつある。相対的に市民的基盤を強く持つ弁護士が、刑事司法過程の早い段階で関与することは、それ自体重要な意義がある。しかし、弁護士も在野とはいえ、やはり職能集団であり、司法の「市民化」の課題は、「在野」の弁護士が奮起するだけでは、なお限界があるというべきであろう。

一九九九年七月、司法制度改革審議会の第一回会合がもたれた（平成一一年六月九日公布の司法制度改革審議会法）。同審議会は、司法制度全般に関する「改革」施策を調査審議することを目的とするが、そのなかに「国民の司法制度への関与」がうたわれていることが注目される（同法二条一項）。現在のところ、審議会からは「中間報告」（二〇〇〇年

一一月二〇日）がだされたにすぎないが、後に触れるように、この「中間報告」で司法参加に関する積極的な姿勢が示されている。

4　寺西問題と裁判官の「市民性」

ここで、裁判官の「市民性」に関連して近時起こった、いわゆる寺西問題に言及しておく。仙台地裁（当時）の寺西判事補が、「盗聴立法」に反対する市民集会（一九九八年四月一八日開催）に参加し、会場から発言したことを理由に、仙台高等裁判所から懲戒処分（戒告）を受けた（同年七月二四日）。抗告審である最高裁判所は、同じ一九九八年一二月一日、「裁判官も一市民として［表現の］自由を有することは当然である」としながら、合理的で必要やむを得ない限度にとどまる限り憲法上その制約も許されるとし、本件の寺西判事補の言動は、「裁判官の職にある者として厳に避けなければならない行為というべきであって、裁判所法五二条一号が禁止している『積極的に政治運動をすること』に該当する」とした。[21] 日本と同じ官僚制裁判官制度を採用するフランス、ドイツと比べ、裁判官の市民的自由に関する日本の後進性が、この事件を通して改めて浮き彫りにされた。

Ⅱ　個別論点

1　イデオロギー問題

個別問題の最初は、イデオロギー問題である。まず、日本の刑事司法を肯定的に評価する実務法曹等がその論拠としてしばしば持ち出してくる「日本人の国民性」論をとりあげよう。国民性論は、日本のきわめて効率的・糺問的な刑事司法をアプリオリに正当化するイデオロギーであり、現行憲法、刑事訴訟法の半世紀の間、検察、裁判関係者によって一貫して用いられてきた。たとえば、元検察官の土本武司は、つぎのようにいう。「もともと、農耕民族で、儒教的哲学を精神的支柱とし、〝縦社会（世間）〟構造に生活するわが国民は、植物的で、情緒的・直感的・総合的な国民性を有する（「大岡裁き」にみられるウエットな人情論がわが国民の共感を呼ぶ）ので、裁判の場においては、実体的真実発見の観念こそ重要なのであり、当事者主義・適正手続は実体的真実主義に奉仕するため、その限度において存在するものと考えられるのである」[22]。

このような感覚的な法「文化」論は、現在にいたるまで、繰り返し世論に向けて発信され続けているが、これを学界がそのままのかたちで受け入れることはなかった。しかし、他面において、憲法、刑事訴訟法が標榜する当事者主義、適正手続という新しい理念を学説が強調しても、現実の実務にはなかなか浸透しなかった。このような事態の説明概念として登場するのが、「精密司法」論である。その提唱者である松尾浩也は次のようにいう。「百年にわたって西欧的原理を受容したにもかかわらず、われわれ刑事訴訟は、まことにユニークな形態をもって存在している。その基本的特質は、きめ細かな真実の発見に専心する『精密司法』であり、『当事者主義化』の実体は、右の実体と調和するという意味で、むしろ『擬似当事者主義』だったといわなければならない」[23]。国民性論のアカデミック・ヴァージョンともいえるこの「精密司法論」は、提唱者の意図とは別に、検察、裁判法曹によって、日本の刑事司法の説明概念として、というより端的に正当化のロジックとして広く用いられるようになる。

これら国民性イデオロギーないし精密司法論は、あらゆる刑事司法「改革」に消極的な姿勢をとるだけでなく、陪審

が日本に向かない理由としても、しばしば登場する。[24] この種のイデオロギーの問題性として、①捜査手続の人権侵害性・糾問性、起訴手続の裁量性・恣意性、公判手続の形骸性、誤判の顕在化などの根本問題が考察の対象外とされてしまう、②日本の刑事司法の実態、特色を静的、限定的、無矛盾的に捉えるため、現状の克服、そこからの脱却のための契機や展望を提示しえないことなどが指摘されている。[25]

もともと、陪審制は、民主主義体制の国家の中で、裁判の民主的正統性という政治的ないしイデオロギー的役割を果たしてきた。[26] 日本で陪審が論議される際必ず登場する「日本人には陪審は向かない」という国民性論ないし精密司法論は、市民から遊離した官僚司法を擁護する非民主的イデオロギーではないのか、という疑問がもたれるところである。[27]

2　刑事司法と市民的基盤

次に、八〇年代以降、「司法改革」の際、しばしば登場する、「市民化」あるいは「市民的基盤の強化」というスローガンについてとりあげよう。

「市民に利用しやすい司法」という惹句にだけ着目すればおよそ異論の余地はなさそうだが、その中身は、求める司法像に応じてかなり異なるのではないか。小田中聰樹は、法務省、最高裁、財界団体などのめざす司法像は、「自由競争的・効率的・市民サービス的司法」であり、日弁連などのめざす司法像は「民主的・人権擁護的・国民主権司法」ではないかと整理する。[28] 最近の激しい動きの中で、それぞれの立場に微妙な変化が生じてきているようにもみえるが、理念型としてこの二つの司法像の対置はなお有効といえよう。そして、前者の方向での「市民化」は、結局、市民を司法のユーザーと捉え、市場原理と効率性の追求に主眼をおくことになる。むろん、「効率性」、「市民サービス」がそれ自

体重要であることは否定できないが、（刑事）司法改革で目指されるべき「市民化」は、それに尽きるものではない。「市民的基盤」の強化は、市民が、客体ではなく自立した主体として「司法運営」に関与し影響を与える存在となることによって達成されるのである。

この点で、司法制度改革審議会の「中間報告」（二〇〇〇年一一月二〇日）の次の叙述が注目される。同報告では、司法への「市民参加拡充」が必要な理由として、「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」ために「司法の分野においても、『公』を担う国民が、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（関与）できるよう司法参加を拡充する必要」があり、また、「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、（中略）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」ことをあげる。「中間報告」は、日本の現行司法制度における市民の司法参加について、「国民が司法の運営に対し参加（関与）し得る場面はかなり限定的である上、参加（関与）の場面で国民に与えられている権限もやや限定的である」と評価し、司法参加の拡充の必要性を指摘する。[29]

従来の現状肯定的な司法観（国民性論、精密司法論など）と比べ、「中間報告」の司法参加に関する議論は、論旨に曖昧さは残るものの、現行の司法が市民参加という点で不十分であるとの認識にたって、参加を拡充することの意義を積極的に認めている点で評価できる。[30] ただし、市民の司法参加を制度として実現するのであれば、同時に司法官僚（裁判官、検察官）の側にも市民的基盤を構築していく必要がある。日本の裁判官、検察官、警察官は、いずれも労働組合権を奪われ、タイトな官僚統制のもとにおかれている。七〇年代以降、裁判官統制は、持続的・系統的に行われてきたが、近時の寺西問題に端的にあらわれているように、統制はさらに強化され、ますます裁判官の市民的基盤が危うくなっ

ているといえる。このようなときに、それと切り離して、陪審ないし参審を限られた事件についてシンボリックに導入しても、日本的「精密司法」のいちじくの葉になってしまう危険すらある。その意味でも、市民参加は、正しい法曹養成、法曹一元などの人的基盤整備と一体のものとして導入される必要があろう。(31)

3　陪審・参審と誤判問題

陪審制度が、市民参加の最も直接的な表現であることについて、とくに異論はないと思われる。しかし、この制度を日本に導入することに対しては、「日本人の国民性に合わない」という感覚論を別にしても、陪審裁判では真実発見がおろそかになり、誤判が増加する、また陪審裁判には理由が付されないので上訴が認められないという問題がある、といった批判がなされている。批判論者のある者は、市民参加の必要性までは否定しないが、判断過程への「参加」形態としてより「弊害」の少ない参審制を導入すべきであると主張する。「陪審」と「参審」の区別について一般にいわれるのは、有罪・無罪の事実判断を市民の代表のみで行うのが陪審であり、職業裁判官と市民が共同でするのが参審だとする区別である。この基準だけだと、アメリカ、イギリスは「陪審」だが、ドイツ、フランスは「参審」と分類される。ただ、ドイツは文字通りの参審制だが、フランスの重罪裁判所は、事実認定を三人の職業裁判官と九人の市民で行う点では参審的だが、市民の選任方法が選挙人名簿から無作為に抽選で選ばれる点では、陪審制の特徴である民主主義的要素を強く保持しているといえる。(32) むろん、日本での制度設計を考える場合、各国の制度を参考にしながら、「日本型」の陪審（参審）をつくっていけばいいわけで、ある制度を陪審と名づけるか参審と名づけるかは、必ずしも本質的な問題ではない。

ここでは、陪審、参審制度に関する諸論点を網羅的に論ずる余裕はないが、とくに重要と思われる誤判問題について、簡単に言及する。

奇妙なことに、陪審裁判と誤判に関しては、まったく対照的な二つの見解が示されている。ひとつは、陪審裁判によれば誤判が防止できるとする見解で、たとえば渡部保夫は次のように述べる。渡部によれば、職業裁判官が誤判にいたる原因として、裁判官の予断偏見、人間知・世間知の不足、証拠の存在形態や誤謬可能性に対する洞察の不足・過信などをあげたうえで、「仮に陪審裁判が存在していたならば、例えば、免田、米谷、梅田、徳島ラジオ商事件などについては、陪審員は間違いなく無罪の評決を下したであろう」[33]、と。

これに対して、陪審の事実認定には疑問があり、陪審では誤判を防げないとする見解もある。平野龍一は、「陪審にはいろいろの問題があるが、最大のものは、その事実認定が不安定だということである」とし、陪審だと無罪率が増加するといわれる点についても、「しかしこれが『無辜』を救ったものであるかは疑わしい」という[34]。佐藤博史は、陪審と誤判に関して、「陪審制の採用によって冤罪が減る具体的根拠はないが（かえって陪審裁判によって深刻な冤罪が増えるという予測もある）、冤罪の救済が現在より格段に困難になることは絶対に容認できないはずである」、「陪審制はわが国における誤判救済にとって絶望的な制度であると断言せざるを得ない」とまで言い切っている[35]。平野、佐藤両氏とも参審制導入論者であり、彼らによれば参審制では陪審の「弊害」は回避できるとされる。

陪審制の導入で、誤判が増加するのか減少するのか。議論の対象とされることの多いアメリカで、九〇年代に入って幾つもの実証的誤判研究の成果が公にされたが、そこで指摘されている誤判原因は、誤った目撃証言や警察の不正であって、決して陪審の無能ではなかった[36]。これらの研究が示唆するのは、陪審と誤判の間には少なくとも正の相関関係はなく、誤判原因はもっぱら公判廷の外にあることが多いということである。現行法の制度枠組みを維持しながら陪審（参

審）を採用しても、そのことで直ちに誤判が減ることは考えにくい。捜査の可視化、証拠開示の制度化、防御権の強化など、実質的当事者主義と適正手続が十分保障される制度改革なしに、裁判主体だけを「民主化」しても、陪審制本来の意義は発揮できないであろう。

4　検察の訴追権行使に対する抑制

いわゆる大陪審（grand jury）や私訴（action civile）がそうであるように、起訴・不起訴の決定に市民が関与するのも、司法への市民「参加」の重要な一場面である。

現行の刑事訴訟法が、検察官に起訴・不起訴の権限を独占させ、しかもその訴追裁量権限に対する抑制が制度上十分でないことは、学説上は共通の認識といってよい。比較法的にみても、検察官が起訴を独占し、被害者や一般市民からの控制を受けない日本の制度は特異である。運用においても、近年、市民や被害者からみて起訴すべきだと思われる悪質な事案について、検察が不起訴にした幾つかのケースなどをきっかけに、検察官の起訴独占には批判が高まっている。

現行制度上、検察官の訴追決定へのコントロールを期待されている機関は、検察審査会のみである。検察審査会は、市民一一人から構成される不当な不起訴決定に対するチェック機関である。戦後の司法改革の際、アメリカの大陪審を参考にして「公訴権の実行に民意を反映せしめてその適正を図るため」（検察審査会法一条）に創設された。ただ、実際の運用をみると、申立件数が少なく、「起訴相当」の議決はさらに少ないのが現状である。また、検察審査会が「起訴相当」の議決をしても、拘束力がないため、検察官が起訴しない例も少なくない。立法論として、拘束力を認めることでチェック機能を強化すべきだという主張も強い。司法制度改革審議会の「中間報告」でも、「司法参加制度として

の検察審査会の機能をさらに拡充すべく、検察審査会の一定の議決に対し法的拘束力を付与する方向で、被疑者に対する適正手続の保障にも留意しつつ、検察審査会の組織・権限・手続の在り方や起訴・訴訟追行の主体等を検討すべきである」としている。

他方、被害者保護の延長線上に、フランス法にあるような「私訴権」(action civile)を被害者に認め、訴訟主体性を与える、という方法も考えられる。これは、被害者という市民が、起訴・不起訴の決定に関わるだけでなく、その後刑事司法手続に「当事者」として参加することまで認めるもので、最も徹底した形態における被害者「参加」である。仮にフランスのように、直接の被害者のほかに、反差別団体、環境保護団体などの市民団体にも私訴権を認めれば、訴追権行使に対する文字通りの「市民参加」が実現することになる。このような制度が実現すれば、司法に対する被害者の不満はかなり解消されるであろうし、また検察の訴追裁量権に対する強力な抑制となることは間違いない。なお、二〇〇〇年五月に成立した犯罪被害者保護法は、被害者に公判での意見陳述権、裁判記録閲覧権を認めるなど、被害者の主体的権利を拡充する重要な立法だが、訴追決定に対する控制の権限までは認めなかった。

以上、訴追権限行使に対する「市民」「参加」に、二つの方向があることが確認された。前者と後者の道は、むろん二者択一的なものではない。ただ、前者の検察審査会が、被害者を含む市民的視点からの事件の見直しであるのに対して、後者の「私訴」は、裸の被害感情を法廷にもちこむおそれがある。憲法上、被害者の裁判を受ける権利という構成も主張されているようだが、理論的に無理があるように思う。[37] フランスでも、私訴権制度の存在によって、刑事手続の自律性がゆがめられてしまうという批判も、少数ながら、ある。[38] 被害者保護は、むしろ被害者保護運動の充実化などをとおして追求されるべきではないだろうか。

結びに代えて

「市民参加」といっても多様な形態があり、漠然としているが、それをどのような意味に理解するにしろ、日本の市民参加が発展途上にあることは間違いない。これを一気に前進させるためにも、陪審制の導入などのドラスティックな改革が、早急に要請される。それと同時に、日本の司法に足りないとされる市民的基盤の整備も、あわせて行う必要がある。司法の周辺においてその運営を支える市民、市民団体の活動をていねいに育てていくことも、重要な基盤整備である。それとともに、法曹自身、市民から遊離しないための制度改革、具体的にはたとえば法曹一元に踏み出す覚悟をもつべきではないか。

糺問的体質から抜け出せない日本の刑事司法を改革するために、取り組むべき課題はあまりにも多い。

注

(1) 四宮啓「司法への市民参加はなぜ必要か」法律時報増刊『シリーズ司法改革I』(二〇〇〇年)二〇九頁。

(2) 近年は、さらに「超精密司法」とさえ呼ばれることがある。たとえば、佐々木和子『日本の司法文化』(文藝春秋、二〇〇〇年)二一頁。

(3) 二〇〇〇年一二月八日付けの「二一世紀の司法制度を考える——司法制度改革に関する裁判所の基本的な考え方」。

(4) 二〇〇一年一月に入って、最高裁、法務省も、参審制の形態についてではあるが、市民参加に前向きの姿勢を示すようになった。

(5) 庭山英雄『民衆刑事司法の動態』(成文堂、一九七八年)一頁、二六七頁。

(6) 小田中聰樹『現代刑事訴訟法論』(勁草書房、一九七七年)二六八頁、三〇八頁。
(7) 平野龍一「現行刑事訴訟法の診断」『団藤古稀祝賀論文集』四巻(有斐閣、一九八五年)四〇七頁、四二三頁。
(8) 司法制度改革審議会設置法二条一項。
(9) 司法制度改革審議会「司法制度改革に向けて」[論点整理]。
(10) 長谷川晃「市民の時代の公共哲学」今井弘道編『「市民」の時代』(北大図書刊行会、一九九八年)一八七頁。
(11) 『福沢諭吉全集』一巻(岩波書店、一九五八年)三五七―三五八頁。
(12) 福沢諭吉「西郷隆盛の処分に関する建白書」(一八七七年七月二四日)同前一〇巻一七三頁。
(13) 福沢が陪審をとくに西南戦争の処理に際して提案したのは、佐賀の乱、萩の乱における大久保利通の適正な裁判を無視したやり方に強い批判をもっていたからだとされる。三谷太一郎『近代日本の司法権と政党』(塙書房、一九八〇年)一一三頁。
(14) 白取祐司「ボワソナードとフランス刑事法の継受」『法律時報』七一巻四号(一九九九年)九七頁以下参照。
(15) 白取祐司「予審改革に関するフランス一八九七年法律の制定過程」『札幌学院法学』五巻二号(一九八九年)一頁参照。
(16) 高田卓爾『刑事訴訟法[二訂版]』(青林書院、一九八四年)一七頁、小田中聰樹『刑事訴訟法の歴史的分析』(日本評論社、一九七六年)四五六頁。
(17) 以上につき、笹田栄司『裁判制度』(信山社、一九九七年)二二頁、二八頁。
(18) 同前四頁以下。
(19) 川崎英明「刑事手続と人権」『法の科学』二九号(二〇〇〇年)八八頁。
(20) 大出良知「司法の現状と陪審・参審」法と民主主義二三〇号(一九八八年)三二頁は、「最高裁を震源地とする陪審・参審導入論は、[……]彌縫策の一つにすぎないと思われる。とすれば、この点に司法の現状を打開する方策を見出すことは困難であ[る]」(三三頁)という。大出の考える司法改革の打開策は、在野で、市民的基盤をより強く持つ弁護士層に依拠して、刑事司法における適正手続と人権保障を図ろうというものであった。
(21) 民集五二巻九号一七六一頁。この決定には、五人の裁判官の反対意見が付されている。
(22) 土本武司『犯罪捜査』(弘文堂、一九七八年)三五頁。

(23) 松尾浩也「刑事訴訟法史のなかの現行法」別冊判タ『刑事訴訟法の理論と実務』(一九八〇年) 七頁。
(24) 丸田隆「陪審は日本に向かないか?」『自由と正義』五一巻二号(二〇〇〇年) 一四頁参照。
(25) 小田中聰樹「刑訴改革論議の基礎的視点――『精密司法』論を手掛りとして――」『平野龍一先生古稀祝賀論文集』下巻(有斐閣、一九九一年) 二四五―二四六頁。
(26) 藤倉皓一郎「多民族社会における『公平な』陪審」歴史学研究会編『紛争と訴訟の文化史』(青木書店、二〇〇〇年) 四二六頁。
(27) 自由民主党司法制度調査会「二一世紀の司法の確かな一歩」に、「我が国の国民が、陪審員の重責を受け入れこれを果たすことができるのか等、これを直ちに導入することには少なからぬ問題がある」とあるのも、同様であろう。
(28) 小田中聰樹『現代司法と刑事訴訟の改革課題』(日本評論社、一九九五年) 一五二頁以下。
(29) 訴訟手続への参加に関して、「中間報告」はさらに具体的に、「今後、欧米諸国の陪審、参審制度をも参考にし、それぞれの制度に対して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」という。
(30) 市民の司法への「参加」にも多様な形態があり、現行法にも、不十分ながら、後に述べる検察審査会、司法委員制度など市民が司法に関わるための制度はある。しかし、判決などの重要な司法決定に市民が職業裁判官と対等に参加する制度は、日本にはなかった。
(31) 常本照樹「司法権――権力性と国民参加」『公法研究』五七号(一九九五年) 七三頁は、陪審・参審制度の影響は、官僚司法体制からの裁判官の独立に寄与しうるとされる。
(32) フランス革命のとき、フランスはイギリスに倣って純粋の陪審(jury)を採用したが、一九四一年法によって「参審」的制度になった。ただ、タームとしては英語のジュリィ(jury)を今も保持している。白取祐司「フランスの陪審制度」東京三弁護士会陪審制度委員会『フランスの陪審制とドイツの参審制』(一九九六年) 五九頁参照。
(33) 渡部保夫『無罪の発見』(勁草書房、一九九二年) 四〇二頁以下。
(34) 平野龍一「参審制度採用の提唱」『ジュリスト』一一八九号(二〇〇〇年) 五二頁。
(35) 佐藤博史「なぜ『日本に参審を』か」『自由と正義』四八巻四号(一九九七年) 一〇九―一一〇頁。

(36) 四宮啓「アメリカの刑事再審弁護士の提言」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』(日本評論社、二〇〇〇年)一〇九頁、指宿信「陪審裁判と誤判——陪審と誤判の関連性をめぐって」同書一九九頁。

(37) 斉藤豊治「被害者問題と刑事手続」『季刊刑事弁護』二二号(二〇〇〇年)九四頁。

(38) 白取祐司「フランスの刑事手続における犯罪被害者の保護」『刑法雑誌』二九巻二号(一九八八年)一二七頁。

(追記) シンポジウムにおける本報告(二〇〇〇年九月八日)の後、司法改革審の「中間報告」がだされた。本稿をまとめるに際して、この「中間報告」にも言及した。