

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

諏訪雅顕

目次

- I はじめに
- II 伝統的な刑事法の鉄則
- III 最近の刑事司法（刑事法制）の動向
- IV 刑事司法の動向に対する私の想い
 - 1 裁判員制度
 - 2 公判前整理手続
 - 3 被害者救済制度
 - 4 死刑制度
 - 5 最近の判例の法解釈について
- V 刑事司法の積極的関与が求められる場面
- VI 最後に

I はじめに

ここ10年程の刑事司法，刑事法制の変遷には目を見張るものがある。

平成4年4月に司法改革推進本部が発足して，司法改革が歩み出し，議論の末に，その総決算として，司法制度改革審議会が最終意見書を内閣に提出し，司法の合理化と裁判の迅速化が強く主張されることになった⁽¹⁾。この理念の実現は，まず民事司法の改革の中で進められていくことになる。平成10年施行の民事訴訟法の改正により，争点整理手続や集中審理方式が導入されたが，更には，その後破産法等倒産法制の改正へと続き，これらの手続も徹底した合理化と迅速化が図られることになった。その後も，民法の改正，新会社法の制定，消費者保護のための各法の改正等が続いている。もとより，

ここまでは私たちにも予想できないことはなかった。しかし、この民事法制や民事法手続の変革の波は、今、刑事司法や刑事法制にまで及び、それ以上のスピードで合理化や迅速化が図られようとしている。⁽²⁾

こうした大改革の中で、私たちは何に注意しなければならないのか。

言うまでもないことだが、民事司法の目的は、原則として力関係に差のない対等当事者間の私的問題を公正に解決することにあるのであって、それが早期にかつ合理的（利便的）に解決されるべきは当然のことである。従前2年以上もかかっていた多数の民事裁判のあり方に批判が集中し、より迅速に解決されるべきことが強く求められたのは、十分理由があったことだと思われる。

しかしながら、刑事司法においては、この関係とは様相が全く異なる。一私人たる国民と国家との対抗関係が前提となるのであって、国家刑罰権の行使を受けて不利益を受けるのは一私人たる国民だけである。そこに支配する理念は、少数者の人権保障、すなわち自由主義であって、決して合理化・迅速化・「国民全体の利益」ではない。

私は実務法曹として、現代の刑事司法の変遷が、伝統的な刑事法の鉄則から大きく外れてきていることに強い危惧感を覚えるものである。

この変革の流れが、合理的な方向に向かっているならば良い。しかしながら、法曹実務家、特に弁護士としての感覚からは、決してその様に感じられない。率直に言えば、安易な法制度の制定や権威的、場当たりの判決が出されているように思われて仕方がない。本来の刑事司法の鉄則との乖離・遊離は大きく、不安感・危惧感ばかり増すだけである。

今弁護士の多数は、新しい法制度、手続のテクニックを覚えることに恐々としており、これらに対して根本的・本質的議論をし、批判的見解を述べることを余りしない。⁽³⁾

本稿は、そうした趣旨を前提とし、現代の刑事法制・刑事司法の変革に対して、法曹実務家（弁護士）として、批判的検討を試み、刑事司法のあるべき姿を模索するものである。私自身研究者ではないので、理論上の不備や誤

解も多々あるとは思いますが、あえてこの問題性に対して意見や想いを述べることにしたい。

II 伝統的な刑事法の鉄則

現代の刑事法の変遷を論じるに当たって、まず伝統的な刑事法の鉄則について確認をする必要があるだろう。

1 伝統的な刑事法の鉄則や考え方については、刑法や刑事訴訟法のどの基本書にも書かれている。

しかしながら、最近の著書については、理論は極めて精緻であって詳細ではあるが、バックボーンとなるべき刑事哲学に関しては、何か空々しく重みの無さを感じる。伝統的な刑事法の鉄則を体感的に学ぶには、まずは、戦前の権力による思想・学問への統制と弾圧の中、唯一人罪刑法定主義の理念を守ろうとした滝川幸辰博士の考え方に遡る必要がある。

滝川刑法論を自由主義刑法と称するならば、その考え方が最も顕著に表れた論文は『犯罪の防衛か犯人のマグナカルタか』であろう。⁽⁴⁾

刑事法が犯人のマグナカルタであるという提唱は、フランツ・リストによるものであるが、滝川博士も、つとにこの言葉を愛された。リストの言葉は、そのまま滝川博士の思想とも言えなくはないので、ここに紹介したい。「私の意見によれば、パラドックスに響くかも知れないが、刑法典は犯人のマグナ・カルタである。それが保護するのは法律秩序でもなく、社会全体でもなく、それに反逆する個人であるのだ。それは彼に、法律の定めた前提のもとにおいてのみ、法律の定めた限度内においてのみ罰せられる、という権利を確認する。二つの原則『法なければ罪なし、法なければ刑なし』は、国家的全能に対する、多数人の無分別な権力に対する、『怪物』に対する、国民の保壘である。私は年来、刑法を『国家の法的に限界づけられた刑罰権力』として特徴づけて居る。私はここでもう一度いう、『刑法は刑事政策の越えてはならない柵である』と。それは今日のままで止まるであろうし、止まるべきである」。⁽⁵⁾

滝川論文の本質は、罪刑法定主義の鉄則の再確認と、これを否定しようとするナチス刑法学及び自由法運動への痛烈な批判にある。その上で滝川博士は、2つの行政犯事件に関する大審院判例を掲げ⁽⁶⁾、これらが法の禁止する類推解釈であると断じた。

この論文が、滝川博士が京大事件で大学を去った後の昭和10年に書かれていることは特筆すべきであろう。当時大多数の刑法学者が、客観主義に立とうが主観主義に立とうが、独自の仏教哲学に立脚し、あるいは利益衡量論に基づく自由な解釈を持ち込み、結局は全体主義的刑法理論に堕ちていったのに対し、滝川博士のこの理念は燦然と輝いており、今尚その価値（特に刑事法学者や刑事法曹実務家の立つべき姿勢における）を失っていない。

滝川博士の理論は、戦後更に純化され、違法性の判断の中から主観的要素を完全に排除し⁽⁷⁾、結果無価値論が有力化していく礎を築かれたのである。

- 2 戦後刑事司法は大きく生まれ変わる。その根底に置かれたのが、新憲法の人権思想と英米法の当事者主義の理念であり、刑事法の鉄則が構築される。

ここで刑事法の鉄則をまとめるとするならば、個人の尊厳を中核とし、自由主義と民主主義を大きな柱とする「近代立憲主義」に基づく思想、すなわち、刑事実体法の世界では、罪刑法定主義（派生原理としては、厳格解釈の要請と罪刑の均衡が重要）と刑法のマグナ・カルタ的機能（自由保障機能）であり、刑事手続法の世界では、適正手続の保障・デュープロセスの実現（派生原理としては、特に裁判を受ける権利、黙秘権、弁護人選任権が重要）である。

古くから刑罰権は国家に集中されてきたが、特に中世においては、時の為政者の支配の手段として、専断主義の濫用の嵐が吹き荒れた。

近代国家においても、刑罰権は国家に集中しているが、それは私的リンチを否定するという趣旨において、（国民の制裁権の国への委譲とこれに

よる安全の確保という) 民主主義の理念に基づいている。

しかしながら、国家は莫大な捜査権限、刑罰執行権限を有する中で、全く無力な個人(市民)に対し、いつこの権力を濫用するかもしれないので、まさに近代立憲主義の柱である徹底した自由主義の理念より、個人(市民)のための(刑事制裁に対する)予見可能性の確保と警察、検察権力との実質的対等、実質的公平を獲得することが求められたのである。前者は罪刑法定主義の理念として結実し、後者はデュープロセスの理念として結実した。そして、この両輪の昇華したものが、「刑事制裁の謙抑主義」である。

この刑事法の鉄則は、近代立憲主義の理念が否定されない以上(その様なことがあり得るはずはないが)、当然に維持されなければならない。リストが「それは今日のままで止まるであろうし、止まるべきである」と言ったことは、今の時代にも当然に当てはまるのである。

- 3 近代立憲主義の思想や刑事法の鉄則は、私たち法曹実務家に染みついたものである。

しかしながら、最近の刑事法の変革は、こうした本質的な問題の議論がなされないまま進んでいるように思われてならない。

実は、この点の危惧をすでに表明されていたのが田宮裕博士であった。

田宮博士の「変革のなかの刑事法—戦後刑事法学は“異端”だったのか」^⑧は極めて示唆に富む論文である。

田宮博士が「“異端だったのか”」と嘆いている理念こそ、刑事法の鉄則である。田宮博士は奥床しい言い方をされているが、『異端だったのか』の問にはもちろん『異端にしてしまってよいのか』の詠嘆がかくされており、それは、今日の改革・激動を基本的な方向で受容しつつも、その方法論に反省を加えてみようというねらいが含意されているわけである^⑨との一文に、博士の熱烈な意思と主張を読み取ることができる。「これらのポスト・モダン的な要請を優先させて、近代法への志向を未解決のまま放置し、あるいは場合によって近代法原理の貫徹に目をつむるのならば、戦

後法学の成果は、長い歴史の中では一種の異端として、埋没してしまうことにならないであろうか。しかし、本当に協道にそれた“異端”であって、やがて乗り越えられるだけのものと考えてしまってよいのだろうか。やはり、異端ではなく、それ自体に50年の存在に由来する遺産として、ポスト・モダンの時代にも生かされるべきであると考えられる。¹⁰⁾「しかし、戦後われわれが到達しえたのは憲法の理念を背景にもち、近代法の精髓に通ずる1つの遺産であって、傍路に迷い込んだ異端と目すべきではあるまい。たしかに、日々激変を遂げる現代の混乱した社会状況とすさんだ心情を眺めると、刑法という手段の機能に期待することがポスト・モダン的な要請であることは疑いがない。しかし、近代法の遺産を一度十分にそしゃくするという経験を前提にしない超近代の要請は、あたかも“前近代の妖怪”がよみがえったにひとしく、それはつまり前近代と超近代の奇妙な結合であるが、実は超近代という衣をかぶった前近代にほかならない。それは醜悪なばかりか危険な存在であろう」¹¹⁾

田宮博士が有するポスト・モダン（刑罰積極主義とってよかろう）に対する危惧感、あるいは嫌悪感、法曹実務家の共通の法感覚ではないだろうか。にも係わらず、最近の法改革や判例は、余りにも無頓着に刑事法の鉄則を異端として片隅に追いやってしまっているのではないだろうか。

もう一人、この問題性を強烈に主張されているのが小田中聡樹博士である。博士は「刑事法制の変動と憲法的近代刑事原則」と称する論文¹²⁾において、現在生じつつある刑事法制変動の実相・実態を、「警察権力・刑罰権の拡大強化と刑事司法の迅速・効率化・処罰機能強化」と評価された上で、警察依存化が社会の自律的解決能力を衰退させる危険があることを指摘し、人間の長い歴史的体験と智慧の結晶である憲法的近代刑事原則が依然として、いや正確に言えば現代でこそ大きな基底的意義を持っていることについての認識を持つべきである、と結論づけられている。¹³⁾

私としては、小田中博士のこの指摘は全てを言い当てているものと思う。そして、法曹実務家として最もその感覚を持っている弁護士こそ、現代刑

事法の変遷の問題性を、勇気をもって指摘しなければいけないと強く思うのである。⁽¹⁴⁾

III 最近の刑事司法（刑事法制）の動向

それでは、まず、最近の刑事司法（刑事法制と判例）の動向についてまとめてみたいと思う。

- 1 現代における刑事司法の変遷をまとめる前提として、現代社会の特徴について整理することにする。

現代社会は、いかなる特徴を有しているか。私は次の4点を指摘できると考えている。

第1は、格差社会である。バブル崩壊後、景気は一向に回復せず、失業とインフレにより国民の生活は低落するばかりだが、その中でも特に社会的弱者・経済的弱者の低下は著しく、大きな格差が生じている。平成18年度の年収が200万円を下回った国民は1000万人を超え、生活保護世帯も100万の大台を超えるに至っている。ところが、国は恒常的な財政危機に陥っており、福祉的施策を十分に行えない状況にあり、それどころか弱者を切り捨てる立法が次々と成立している。生活保護における老齢加算・母子加算の廃止や減額は早々に行われた。更に、国は社会保障の財源がないと言って、増税や福祉財源の高齢者等からの搾取等を画策してきた（反面、道路特定財源問題に顕著なように税金の無駄な支出も次々と発覚している）。

より悲惨なのは、格差社会の影響は、経済的な面にとどまらず、精神的な面にも及んでいるということである。端的に言えば、弱い者が更に弱い者を差別するといった悲劇が生まれているのである。⁽¹⁵⁾

第2は、二面社会である。マンションの強度偽装問題に始まり、主として食品業界において、次々と偽装（表示と中味の食い違い）が発覚した。しかし、この問題は、単に「偽物が売られていた。虚偽の表示がなされていた」という単純な事件にとどまるものではない。政治はもとより、あらゆる社会・人間関係において、この二面性が確実に支配している（とりわ

け政治、特に国政においてこれが著しいことは言うまでもない)。勿論このことは、昔から「本音」と「建て前」として言われてきたことである。しかし、現代では、裏の闇が余りにも深すぎて、一般人にはそれが全く見えて来ない（分析できない）のが怖い所である（この点は、新しい立法も同じである。法が作られる背後に、いかなる利害が絡んでいるのか、最近は見えなくなってきた）。

第3は、安全に対する不安の増大である。中東における戦争の継続や政情不安、宗教や民族間の根深い対立により、テロは毎日多発している。その余波が先進諸国に及ぶことは時間の問題と言われている。又、日々、非民主主義諸国での国民や他民族への弾圧とこれに対する抵抗運動が報道されている。もとより、先進国内においては、犯罪が組織化、凶悪化し、更には、先端科学技術を用いた犯罪、コンピューターを利用した犯罪が増加している。

日本でも、最近、社会・職場・家族から拒絶、無視された者が、疎外（孤独）感を抱き、自分を認めさせたい、あるいは、死にたいという感情を爆発させて、疎外した者には向かず、全くの他人である弱者や社会全体に対し、無差別な凶行に及ぶという事件が多発している。

第4は、生命の軽視である。特に若い世代にこの傾向は著しい。この原因については一言では言い表せないが、生命に対する教育の遅れ、家族関係や食生活の変化、パソコンや携帯電話による人間的（心の）コミュニケーションの欠如、脳に対する様々な汚染等が考えられる。

もとよりこの問題は、若者が、自他共に愛する深い思いやりや未来に対する夢を失っていることと相関関係にあるように思われてならない（生命の尊重は、思いやりの気持ちの発露であると思われるが、現代人は、自分を愛することもできず、他方、他者関係的な寛容性・協調性を持つ余裕もないように思われる）。

2 こうした現代社会の特徴を前提として、今立法政策としては、様々な現

代社会における病理的問題に対し、私人間での私的解決、あるいは行政規制や民事救済では不十分であり、刑事制裁を積極的に活用すべきだ、との考え方が広がっている。刑罰積極主義の思想、田宮博士の言われた「ポスト・モダン」である。

例えば、格差社会においては、弱者を救済しようという要望が湧き起こって当然であるが、この考え方は、刑事罰でしか身を守ることができない子供や経済的弱者を可及的に保護しようという思想に連鎖して、刑罰の積極的な適用に向かうことになる。DV、児童虐待、消費者事件、ストーカーを含む性犯罪、環境犯罪において、刑事罰を積極的に適用しようとする昨今の風潮の根底には、この考え方が存在している。

又、生命を尊重すべき場面でも、この点は顕著である。生命の侵害という結果無価値に着目し、そのこと自体の違法性の重さに対し、端的に重い刑罰を科するという動きが進んでおり、殺人や傷害、重大な交通事犯での重罰化傾向（立法上及び量刑上の厳罰化）はこのことを反映している。

もっとも、最近の刑罰積極主義は、上記の点だけにとどまっていない。例えば、専門家に対し期待と信頼が高まる中、特に医療の世界において、民事上は信認義務とも言うべき重い責任が課せられ、更に、刑事上も、因果関係や過失の成立を広く認め、重い刑事責任を問うケースが見受けられるようになってきている。又、世界的な治安の悪化や現代型犯罪の状況に対し多大な不安を抱き、それだけでなく殊更その点を強調して、反社会的行為、不正義な行為といったものに対して可能な限り刑事罰を利用しようとする方向に突き進んでいる。これに、被害者救済の理念や運動が更に拍車をかけているように思われるのである。

- 3 前置きが長くなってしまったが、現代の刑事法に関する立法改革、あるいは近時の裁判所の見解・判決には特筆すべきものがあるので、それを以下にまとめることにしたい。

A 刑事法制度の動向

(1) 裁判員制度

- ① 平成21年度から始まるこの制度は、殺人罪等の一定の事件に対し、事実認定や量刑判断に国民（裁判員）を参加させ、キャリアの裁判官と共に判決を出させるというものであって、今までの刑事裁判の様相を大きく変えるものである。

この制度は、刑事裁判に対し民意を反映させ、これにより事実認定や量刑判断を公正・適正に行い、裁判に対する国民の信頼を回復させることを目的とするものであると言われている。但し、全くの陪審制に移行することには躊躇し、キャリアとしての裁判官の知識・経験の重要性も無視すべきではないとして、参審制を採った所が味噌であろう⁽¹⁶⁾。

- ② この制度の概要や手続の流れ等については、すでに多くの文献で述べられているので省略するが（又、私が考える問題点については後述することとし）、ここではこの制度に対する法曹三者の思惑と現状についてまとめてみたいと思う。今現在、この制度をアピールするため、法曹三者は必死であるが、それぞれにおいて、その思想が全くバラバラであることには注意を要すべきである。

- ③ まず裁判所であるが、目指していることは、裁判の迅速化（審理の早期終結）ではないかと思われる。これは、おそらくオウム真理教松本智津夫事件の教訓による所が大きかったと解される⁽¹⁷⁾。そして、すでに先行していた民事裁判における審理の合理化・迅速化の諸制度の成果を、刑事裁判へも演繹しようとするものであろう。

民事裁判における争点整理手続（弁論準備手続）に類する公判前整理手続を幅広く活用し、予断排除原則や実質的当事者対等原則との相剋については深刻に捉えることをせず、審理の合理化・迅速化を押し進めようとしている。平成17年7月に最高裁事務総局は「裁判の迅速化に係わる検証に関する報告書」を公表し、その後も、公判前整理手続の多用と模擬裁判における審理の迅速化の検証を着々と進めている。

- ④ 検察庁がこの制度に期待していることは、民意（処罰感情）による重罰化ということではないかと思われる。

平成16年12月の刑法改正、交通事犯に対する重罰化の動向、専門家による「刑罰積極主義」の容認と被害者による重罰化の要望（それに従い後述の通り被害者救済制度が構築されつつある）とが迎合し、更には最近の実務（判決）における量刑の重罰化傾向（主として交通事犯・性犯罪、死刑の適用等）と相まって、その流れに沿うべき活用を検察庁は考えているのではないか（あるいは期待しているのではないか）。

もっとも、調書（主として被告人の）の取扱と取調の可視化の問題に関しては、裁判所との間で温度差があるようである。裁判所は、公判中心主義を実効化させるため、調書に関しては消極的（制限的）に扱う意向であるが、検察庁としては、調書中心主義の撤廃には反対している（その結果、取調の録画録音の導入を幾らか進めようとしている）。

- ⑤ 以上に対し、弁護士会はどうであろうか。

弁護士会は、職権主義（裁判官の権威主義）から来る誤判の排除ということを目的としてきた。

当初は、法曹一元の実現を目指すものであったが、司法の民主化を徹底する考えの下に、陪審制度を導入すべきとの見解が有力となった。その後参審制導入論も主張され、その中で裁判員の人数を可及的に増やすべきであるとの意見が打ち出されていった。今現在は、現実に制定された制度の下で、職権主義の排除、公判中心主義、取調の全面可視化を目指している。

しかしながら、取調の可視化は必ずしも進んでいない上（検察庁は、任意性立証のため録画等を認める場合もあるとしながら、捜査の適正化を目的とした可視化については未だに消極的である）、可視化さえすれば従前の捜査の問題性が改善されるという訳ではない、との意見

も強い⁽¹⁸⁾。むしろ裁判員制度は、被告人や弁護人が防禦活動を十分に行い得ないシステムであり、後述の通り、より職権化に進む危険性もあって、弁護士の思惑だけが実現薄となっているように思えてならないのである。⁽¹⁹⁾

- ⑥ 最後に国民であるが、「できるならば関わりたくない」という者が圧倒的に多数である⁽²⁰⁾。種々のアピールにより、この制度を知れば知る程尻込みをしているのが国民の実情である。国民は法曹三者と異なり、むしろ正直であって、「責任を感じる」「冷静な判断ができるか自信がない」とその心情を率直に吐露している。又、この制度では2～3日で終了させる連日開廷を中核としているが、そのことも国民の足かせになっている（集中的に2～3日間の日程を取ることは困難）。「民意の反映」からスタートしているのに、主役である国民がこの制度に参加することに消極的である所、この制度を適正に実現するためには、結局は裁判官の高い識見と人格性が求められることになっており、ある面では皮肉な結果になっていると言っても過言ではない。

(2) 公判前整理手続

裁判員制度の導入をにらんで、すでに平成17年11月より開始されているのがこの制度である。争点を整理し、審理されるべき証拠を整理して、審理計画を策定する手続であり、その中で、検察官による証明予定の提示、検察官による取調請求した証拠の開示、検察官による類型証拠の開示、被告人・弁護人による検察官請求証拠による同意・不同意及び取調請求に関する異議の有無の明示、被告人・弁護人の予定主張の明示、被告人・弁護人による証明予定事実に関する証拠の取調請求、検察官による主張関連証拠の開示等多用な活動が盛り込まれている。民事訴訟における争点整理手続に類似するものであるが、その内容は極めて深く、より一層「充実」している。

これにより確かに、従前と比べ、検察官より多くの証拠が開示される可能性は高まったと言えるが、他方において、予断排除原則、黙秘権、

実質的当事者対等といった刑事訴訟の大原則が大きく後退したように思われる⁽²¹⁾。

弁護士においては、主張立証責任が逆転した様な思いを抱きつつも、この制度の中で慌ただしい弁護活動を行っている、というのが実情ではないだろうか。

(3) 被害者救済制度

従前の刑事司法の中で、被害者を蔑ろにしてきたことは事実であろう。そもそも刑罰権を国家に集中させてきたこと、かかる国家刑罰権に対抗し、これに足かせをはめることが刑事司法の本質であったことから、そうした状況に至るのも致し方ない面はあった。しかし、余りに被害者を無視することは、司法上の公平を失するといった側面もあり、被害者の人権が強く主張されると共に、ここ数年の間に、被害者の権利回復のための制度は大きく進展した。

まず、平成12年に犯罪被害者等保護二法が成立し、同16年には犯罪被害者等基本法が成立して、内閣府に「犯罪被害者等施策推進会議」が設置され、定期的に「犯罪被害者等基本計画」が作られることが決まった。同17年には、犯罪被害財産等による被害回復給付金の支給に関する法律が成立し、更に、犯罪被害者等基本計画案（200を越える施策が盛り込まれている）が策定されるにまで至った。

同19年6月には、犯罪被害者等の権利利益の保護を図るための刑事訴訟法等の一部を改正する法律が成立し、同20年12月末までに施行予定である。この法律の概要としては、犯罪被害者が、支援としてではなく、「権利者」として刑事裁判手続に参加する制度を導入するものであって、公判期日への出席、証人尋問や被告人質問、事実や法律の適用に対する意見陳述を認めるものである。又、刑事手続における被害者の氏名等の情報を保護する制度や犯罪被害者による損害賠償請求について刑事手続の成果を利用する制度を創設するものである。

後述する通り、被害者の救済といっても、それが「報復の意味」で言

われているのか、「修復的意味」で言われているのか、注意しなければならないだろう。後者の意味は、刑事政策上極めて重要であると思われるが、現状では、前者の側面だけが先行しているのではないかと思われるのである。

B 刑事法判例・実務の動向

(1) 死刑の適用基準

死刑の適用基準に関しては、永山上告審判決（最判昭58.7.8判時1099号148頁）により、「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択も許されるものといわなければならない」との基準が示され、下級審の判例はこれに従い、概ね、その死刑の適用基準といったものが厳格に形成されてきていたと思われる。

これに対し、光市母子殺害事件において、最高裁は、同事件の被告人に対し、無期懲役を言い渡した原審の判決を破棄し、差し戻した（最判平18.6.20判タ1213号89頁）。

この判決で重要なことは、被告人が犯行時18歳になって間もない（18歳と30日）少年であったにも係わらず、それだけの事情で死刑が回避されるものではなく、（殺害された被害者の人数が2名であり、殺人に対し当初からの計画性はなかったにも係わらず）少年の改善更生の可能性が否定されていないか厳格に判断すべきである、とした点である。この判決は、殺人の計画性がなくても、性的犯罪という凶悪犯罪を実現するための殺人であったことや被害者が弱者たる11ヶ月の幼児であったこと、被告人の友人に送った手紙の内容（警察や検察、裁判所等への揶揄、猥

褻な内容、被害者や遺族への中傷)等を重視したものと解せられる。従来死刑の適用に極めて慎重であった少年事件(平成8年度版犯罪白書300頁参照)に対し、死刑の適用を広げ、又、更生の可能性に関しても、可塑性のある少年であっても、実証的かつ厳格な判断を求めている点に特徴がある。従来の判例が、犯行(特に殺害)の計画性を重視し(最判平11.11.29判タ1018号219等参照)、あるいは、少年犯罪における更生の可能性についても、ゆるやかな判断をしてきたことに鑑みると(例えば、少年事件に対し死刑を適用する場合は、先の永山事件や市川一家殺人事件―千葉地判平6.8.8判タ858号107頁―の様に、殺害された人数と方法が余りにも重大な場合にだけ限定されていた)、死刑の適用を積極的に進める方向に歩み出したものと解される。⁽²²⁾⁽²³⁾

この流れは、被殺者1名であっても死刑を適用した奈良女兒殺害事件(奈良地判平18.9.29判タ1257号336頁)や、三島女子短大生殺害事件(一審の無期懲役の判決を破棄し、死刑を言い渡した東京高判平17.3.29判時1891号166頁に対して、最判平20.2.29判タ1265号154頁は上告を棄却して同死刑が確定した)等に引き継がれてきているものと思われる。

(2) 共謀共同正犯の成否

かつて大多数の学説から厳しい攻撃を受けながら、実務においては黒幕を処罰する必要性等から認められてきた共謀共同正犯論であるが、最近の学説自体は、団体的な共犯論を脱し、個人責任を重視した理論構成により、この「実務の所産」をひとまず認め、成立要件において厳しい縛りをかけようとする方向に変わってきている。

言うまでもないことだが、共犯論は修正された構成要件であり、共同正犯(一部実行全部責任)が成立するためには、共同加功の意思と共同加功(実行)の事実がなければならない。共犯者間で実行行為を分担し、1つの犯罪結果を目指す意思の合致の下に、自らの行為を相手に提供し、他方相手の行為を利用して、その利用補充関係の下に犯罪を実現する所

に共同正犯の処罰根拠があるのである。ところが、共謀共同正犯においては、かかる実行行為の分担について、物理的にはこれを欠くものであることから、かろうじてその論理を正当化させるためには、規範的に見て実行行為を分担しているという状況が認められなければならない。すなわち、共犯者関係が対等の場合には、心理的拘束・重要な因果的寄与といったものが認められなければならないが、又実行担当者より優越的地位にある支配型の場合には、主体性・支配性といったものが認められなければならないのである。謀議は必ずしも明示である必要はなく黙示であってもよいが、いずれにしても、客観的見地からして、支配性・拘束性・因果的寄与といったものがない限り、共同正犯の責任を問うことは許されないはずである。

ところで判例は、かつての共同意思主体説的な立論を脱し、個人的共犯論に立脚しつつ（最決昭33.5.28刑集12巻8号1718頁—いわゆる練馬事件—では間接正犯類似の理論に立脚し、又、最決昭57.7.16判時1052号152頁では、団藤裁判官は行為支配説を展開されている）、「共謀」「謀議」は罪となるべき事実として厳格な証明を要するものとし、それらは単なる「意思の連絡」「共同犯行の認識」では足りず、打合等の謀議参加、具体的指示等の行為寄与といった客観的要件の具備の必要性を認めるに至ったものと解されている。

ところが、ここで2つの注目する判決が出された。いずれも同行していた暴力団組員のけん銃の不法所持に関し、暴力団組長に銃刀法違反の共謀共同正犯の成立を認めたものである（A. 最判平15.5.1判タ1131号111頁。B. 最判平17.11.29最高裁裁判集刑事288号543頁）。

これらの判決の特徴は、被告人（組長）と組員との間に、明示的な共謀はないものの、被告人が自分を警護するために組員がけん銃を所持していることを確定的に認識しながら、当然のこととして受け入れ認容していたこと、同組員らを指揮命令する権限を有する被告人の地位、組員らから警護を受けているといった被告人の立場に着目し、実質的には、

被告人（組長）が組員にけん銃を所持させたと評価し得るとしている点にある。

もっとも、この両判決の認定事実には、微妙な相違がある。Aの判決では、けん銃を所持していた者がスワットという立場にあり、ボディーガードとしてけん銃を所持し恒常的に組長の護衛を行っており、このことを組長も十分認識しているばかりか、むしろそうさせていたと評価し得る状況にあって、しかも相当期間に渡り、こうしたボディーガードが行われてきた実情、両者が終始一体として行動していたという実情が捜査の結果浮き彫りにされていたのに対し、Bの判決では、そういった捜査が十分なされておらず、けん銃を所持していた組員ら（親衛隊）の地位がスワットの様な堅い組織（恒常的かつ専属的な組織）であったのか、又、相当期間に渡り被告人と終始一体としてボディーガードがなされていたのか判然としないことである。更にBの判決では、けん銃の準備段階における、組長からの指示やけん銃の入手経路も全く明らかにされていない。

このため、特にBの判決に関しては、被告人の（組長としての）地位や（警護を受ける）立場と、被告人の認識（確定的認識と認容）といったものから、ストレートに共謀関係まで認めてしまったものであり、外部的対応（外部的働きかけ）、行為寄与といった客観的事実の認定がなされていない、といった強い批判を受けることになっている。⁽²⁴⁾

(3) 罪刑の均衡（処罰の公平性）

罪刑の均衡は、近代刑法の基本的な原則の1つであり、罪刑法定主義の理念を支える考え方であることは言うまでもない。罪刑の均衡に反し、量刑上著しく不合理な場合は憲法31条に違反すると言うべきであり（最判昭49.11.6 刑集28巻9号393頁〔猿払事件〕等参照）、この考え方は判例を支配してきたと言える。

もとより、罪刑の均衡の概念には、犯罪に応じた刑を科する（それで足りる）という意味だけでなく、適正な量刑として従前築き上げられて

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

きた量刑基準を尊重して科刑を考えるべきであるとする「処罰の公平性」をも含むものと解すべきであろう。判例は、いかに素朴な処罰感情からは不合理のように見えても、従前築き上げられてきた量刑判断を前提に、抑制的な刑の言渡をしてきた。例えば、危険運転致死傷罪（刑法208条ノ2）の成立のきっかけとなった東名高速道路飲酒追突事故控訴審判決では、いかに被告人の情状が重く結果が重大であったとしても、裁判所は、刑事司法の重要な原則として要請される処罰の公平性を損なうことがあってはならないとして、従来業務上過失致死罪の量刑の範囲内で懲役4年とした一審の判断を正当としたのであった（東京高判平13.1.12判時1738号37頁）。

ところが、近時最高裁は、この流れを幾分変更するかの如き判断を示した。新潟少女監禁事件である。被告人が当時9歳であった小学児童を略取して自宅に連れ込み、9年2ヶ月に渡って暴行脅迫を加えて、逃走不可能にして監禁した（その結果、同被害者は両下肢筋力低下、骨量減少等の傷害を負った）という誠に悲惨な事件である。

この監禁致傷罪にキャミソール4枚の万引（窃盗）を加え、新潟地判平14.1.28判時1780号150頁は、併合罪加重がなされた場合の科刑の上限が懲役15年になることに鑑み、その範囲内で懲役14年とする判決を言い渡した。これに対し、控訴審である東京高判平14.12.10判時1812号152頁は、現行の併合罪の規定は加重主義を採っているのであり、併科主義の考え方に従って個々の刑を積み重ねた場合よりも厳しい判断をすることは不当であるとして、窃盗に関する同種事案の量刑上の均衡を考慮して、原審を破棄し、懲役11年の刑を言い渡すに至った。

ところが、最判平15.7.10判時1836号40頁は、更にこの東京高裁の判決を破棄して、一審の懲役14年の量刑判断を支持した。重要な判決なので、以下判旨の一部を摘示する。

「刑法47条は、併合罪のうち2個以上の罪について有期懲役又は禁錮に処するときは、同条が定めるところに従って併合罪を構成する各罪全体

に対する統一刑を処断刑として形成し、修正された法定刑ともいうべきこの処断刑の範囲内で、併合罪を構成する各罪全体に対する具体的な刑を決することとした規定であり、処断刑の範囲内で具体的な刑を決するに当たり、併合罪の構成単位である各罪についてあらかじめ個別的な量刑判断を行った上これを合算するようなことは、法律上予定されていないものと解するのが相当である。また、同条がいわゆる併科主義による過酷な結果の回避という趣旨を内包した規定であることは明らかであるが、そうした観点から問題となるのは、法によって形成される制度としての刑の枠、特にその上限であると考えられる。同条が、更に不文の法規範として、併合罪を構成する各罪についてあらかじめ個別的に刑を量定することを前提に、その個別的な刑の量定に関して一定の制約を課していると解するのは、相当ではないといわざるを得ない。

これを本件に即してみれば、刑法45条前段の併合罪の関係にある第一審判決の判示第1の罪（未成年者略取罪と逮捕監禁致傷罪が観念的競合の関係にあって後者の刑で処断されるもの）と同第2の罪（窃盗罪）について、同法47条に従って併合罪加重を行った場合には、同第1、第2の両罪全体に対する処断刑の範囲は、懲役3月以上15年以下となるのであって、量刑の当否という問題を別にすれば、上記の処断刑の範囲内で刑を決するについて、法律上特段の制約は存しないものというべきである」

この最高裁の判決に対しては、形式的論理はその通りであるが、本件事案の悪質性を殊更重視し、実質的に見れば、刑法47条の法意を没却した科刑がなされたものと批判する学説は多い。⁽²⁵⁾

(4) 無罪判決後の再勾留

東電OL殺人特別抗告事件（最決平12.6.27判タ1040号108頁）は、「第一審裁判所が犯罪の証明がなかったことを理由として無罪の判決を言い渡した場合であっても、右控訴審裁判所は、記録等の調査により、無罪判決の理由の検討を経た上でもなお罪を犯したことを疑うに足りる

相当な理由があると認められるときは、勾留の理由があり、かつ、控訴審における適正、迅速な審理のためにも勾留の必要性があることを認める限り、その審理の段階を問わず、被告人を勾留することができ、所論のいうように新たな証拠の取り調べを待たなければならないものではない。」と判旨した。もとよりこの決定が、外国人に対する無罪判決において、控訴審でこれが覆る可能性がある場合に再勾留を認めないと、当該外国人は自国へ強制退去させられ、その後有罪判決が出されても、その執行は不可能になってしまう、といった法の不備の回避を目的としていることは明らかであろう。但し、この決定には、2人の裁判官の反対意見が付された。遠藤・藤井各裁判官は、いずれも第一審で無罪判決が出された以上これを尊重すべきであり（刑訴法345条参照）、控訴趣意書や答弁書が提出されるなどして実質的審理が開始され、第一審判決が破棄され最終的に有罪判決が出される特段の事情がある時のみ再勾留が可能であると主張される。特に遠藤裁判官は、出入国管理法と刑事手続との調整ができていない法の不備を被告人に転化してはならないと主張された。

その後、最決平19.12.13判タ1259号206頁は、スイス人女性による覚せい剤取締法違反事件において、無罪判決後の再勾留を再び認めるに至っている（但しこの決定では、刑訴法60条1項にいう「被告人が罪を犯したことを疑うに足りる相当な理由」の有無の判断に関しては、無罪判決の存在を十分に踏まえて慎重になされなければならない、嫌疑の程度としては、第一審の段階におけるよりも強いものが要求されると明示し、近藤裁判官の補足意見でも、高度の嫌疑や勾留の強い必要性の要件を充たすべきとしている）。遠藤裁判官が指摘した法の不備は、7年経過した現在も立法上何ら改善されないまま、司法は再びその不備を被告人に帰さしめることを許容したのである（この点に関して、田原・近藤両裁判官は、退去強制手続と刑事訴訟手続との調整規定を設ける必要性を重ねて述べている）。⁽²⁶⁾

(5) 違法捜査の抑制

志布志事件（鹿児島地判平19.2.23）や富山強姦冤罪再審事件（富山
地高岡支判平19.10.10）に代表されるように、警察等による違法捜査・
違法取調は後を断たない⁽²⁷⁾。弁護権（接見交通権）の妨害，人質的取
調，実質的な令状主義の没却等未だに違法と言うべき捜査活動が続いて
いる。

こうした違法捜査に対しては，判決でその違法性を明確に認め，それ
により得られた証拠能力を排除する（違法収集証拠の排除法則）のが本
来望ましい姿であり，これにより初めて将来適正な捜査が行われる礎に
なる。

ところが，こうした事態に対して，判例は，①任意捜査の枠をかなり
広げ（被疑者等の「承諾」を広く捉え，あるいは，必要性・緊急性の要
件の下に，多少の有形力の行使も認め，かつその枠を徐々に広げている）⁽²⁸⁾，②「準」強制捜査というものに対し，法定の令状を安易に流用
し，同令状が対象としている司法審査を規範的に拡張し，その要件（条
件）も緩和してきていると言わざるを得ない。⁽²⁹⁾

もとより，違法収集証拠の排除に対しても極めて消極的である。

証拠物の押収等の手続に憲法35条，38条1項等の所期する令状主義の
精神を没却する様な重大な違法があり，これを証拠として許容すること
が将来における違法捜査抑制の見地から相当でないと認められる場合に
は証拠能力を否定する，というのが判例の一般的な見解である（最判昭
53.9.7判時901号55号）。しかしながら，かかる「令状主義の精神を没
却する違法性」の判断については，判例はかなり限定的であると言わざ
るを得ない。例えば，警察官が行った車内の所持品を調べた行為に違法
があった事案（最決平7.5.30判タ884号130頁），令状に基づく捜査の
現場で警察官が暴行を加えた違法があった事案（最決平8.10.29判タ
924号155頁。但し，同暴行以前に発見されていた覚せい剤の証拠能力が
問題となったケースである），逮捕が可能な状況下での身体拘束の事案

(東京高判平8.10.29判時1729号173頁)、車のキーを取り上げた上、任意同行に応ずるよう約6時間半に渡り被疑者を当該現場に留め置き、移動の自由を長時間奪った事案(最決平6.9.16判タ862号267頁)において、いずれも証拠能力の否定まで至っていない。

その後、最判平15.2.14判タ1118号94頁(いわゆる大津覚せい剤証拠排除事件)は、逮捕状の呈示がなく、同緊急執行もされないで逮捕した違法があり、警察官がこれを糊塗するため、逮捕状へ虚偽記入し、虚偽の捜査報告書まで作成して、公判廷でも事実に反する証言をした事案において、逮捕手続の違法の程度は令状主義の精神を没却する重大なものであったとして、逮捕留置中に採取された尿の鑑定書の証拠能力を否定した。しかしながら、上記覚せい剤使用を被疑事実とする捜索差押許可状を執行して被疑者宅から発見された覚せい剤の差押については、司法審査を経て発布された令状によること、適法に発布された窃盗事件の捜索差押許可状の執行と併せて行われたこと等より、尿の鑑定との関連性は密接ではないとして、証拠能力を認めている。

違法に収集された証拠に発見を負う所の第二次の証拠の証拠能力を否定する「毒樹の果実論」(そうでなければ、違法収集証拠の排除法則の役割は大きく挫折することになるからである)に対しては、確かに、独立入手源の原理や希釈法理、不可避的発見の法理等により、証拠能力が認められる場合があることは学説の示す通りであるが、判例が掲げた「密接関連性」という規範的な基準に関しては、違法収集証拠排除の成立をかなり限定するのではないかと危惧される所である。

IV 刑事司法の動向に対する私の想い

1 裁判員制度

裁判員制度に対しては、すでに来年度から施行されるが、多くの実務家は不安を持っているというのが正直な所であろう。

確かに、この制度の意義は認められる。

第1に、実質上書面審理が中心であった刑事裁判が、公判審理中心になる。刑訴法の原則は直接主義・口頭主義であるから、これは極めて望ましいことであろう。

第2に、今まで閉鎖的でブラックボックスに包まれていた刑事司法制度が、国民にとって透明となり、様々なシステムやその意義・問題点を知る機会になるということである。例えば、死刑制度に関しても、今まで国民に対しアンケート調査が行われ、常に死刑存置論が圧倒的多数を占めてきていたが、果たして、国民の内どれ程がこの制度の実情を知っていたであろうか。裁判員として、自分が死刑判決を言い渡さなければならないという立場に置かれ、初めてこの制度が持つ重大な問題点について知ることになるであろう。また、今まで「裁判官は弁明せず」として明らかにされていなかった、刑事裁判における合議のあり方、心証の形成や量刑事情等に関し、被告人の状況を前提として判断していくことの難しさ・重要性（ひいては刑事裁判の重み）等についても知り学ぶことになるであろう。

第3に、逆に、3人の職業裁判官で判断していた事件の原因や経過、被告人の犯罪に至るまでの心情、実行行為の見方等について、経験豊富な民意により、より適正な判断ができるような可能性も出てくるだろう。

第4に、従前、司法行政権の行使を通じて、個々の裁判官が最高裁（あるいは上級庁）の顔色をうかがった裁判を行っており、司法権の独立が事実上骨抜きになっていたことに対して、国民が参加することにより、最高裁のコントロールを遮断するという意味において、自由主義的意義を高めるのではないかと考えられる。⁽³⁰⁾

しかし、他方において、この制度には大きな問題もある。

民意の反映という理想は素晴らしいが、その民意が必ず適正な判断をすると言えるのだろうか。民意が必ずしも刑事法の鉄則（自由主義的理念）を正確に理解している訳ではないし、主観的要素を含む事実認定や量刑判断も適正になされるかは不明である。時に感情論が支配することもあろう。特に、被害者参加制度が導入される状況下では、その不安は極めて大きい。

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

こうした民意をどう適正にまとめていくかは、偏に裁判官の力量に掛かっていくことになる。しかしながら、わずか2～3日の審理期日しか許されない中で、刑事法の鉄則を裁判員に理解させつつ、かつ、できるだけ自分の心証を押し付けることなく、多様な意見の噴出をまとめて行くことが果たして可能なのであろうか。この制度は、裁判官の力不足（経験不足）を補うことから始まっているはずなのに、実際は裁判官に高度な能力と人格性を求めていることに他ならない。そして、仮にこれが適正に進まないとなると、職権主義が横行し、更に悪いことに、これを制度上、民意すなわち民主主義の理念が支える、という最悪の結論に墮してしまうのである。

他面、国民の負担も相当なものが予想される。本来であれば、こうした人々にこそ裁判員に加わって欲しいと思われる国民の参加は余り期待できない。中小企業の経営者は、経済不況の中で明日の手形が落とせるか奔走しており、主婦も、子育てや親の介護で精一杯である。他人の刑事裁判に関与していただくだけの経済的・精神的余裕は全くない。前述の通り、統計調査において、この制度を知れば知る程消極的になっていくのは、国民の真の悲鳴と言わざるを得ない。せめて、週1回程度の審理への出席や夜間（休日）法廷でも許されれば、多少の余裕は出るであろうが、裁判所のシステムとして集中審理方式を緩和することは認めないであろう。

以上の皺寄せはどこへ来るのかと言えば、結局は被告人である。刑事司法において、最も守られるべき利益は被告人の人権であって、決して、裁判の迅速性・合理性でもなければ、国民の多数決原理や法教育の実現でもない。この点の認識を忘れて制度の理想だけ追っても、その制度自体が行き詰まるだけでなく、結局は、刑事法の鉄則自体を崩壊させることになることを、十分理解しなければならないだろう。⁽³¹⁾

2 公判前整理手続

裁判員制度の実効化を図るため、必然的な手続として採用されたものである。現状でも、裁判の迅速化を実現させるため、その活用は積極的に行

われている。

しかしながら、この制度は、刑事手続法の持つ3つの大原則との関連において、大きな問題性を孕んでいる。

1つは予断排除原則、1つは実質的当事者対等原則、1つは黙秘権である。

同手続の導入により、公判にかかる期間は著しく短縮され、又、今後もより一層その方向に進むものと思われるが、他方において、公判前整理手続に1年以上を要する事件も存在する。そして、公判前整理手続では、主張と立証方針を整理するだけと言うが、刑事司法に関与してきた当事者においては、俄に信じがたいものである。

予断排除の原則は、裁判官が、公判の審理に当たって、捜査機関の嫌疑を引き継いで不当な心証を抱くことにより誤判がなされることを防ぐことを目的としている。従来の刑事実務は、かかる原則を極めて厳格に運用してきたと思う（起訴状一本主義、起訴状への余事記載の禁止、証拠調べまで一切証拠に接しない原則等）。

公判前整理手続が予断排除原則に抵触しないかについては、同手続は当事者双方が対等の立場で進める手段なので、裁判官が検察官の嫌疑をそのまま引き継ぐことはないとか、公判前整理手続は証拠から心証を取って事実を認定するためでなく、公判廷で証拠調べすべき証拠の採否をするための手段に過ぎないから、同原則に反しないという見解が有力である⁽³²⁾。しかしながら、これらの考え方は、争点整理や証拠決定、証拠開示の裁定に向けての詳細な手続の中で、事実上裁判官が心証を抱くことによる嫌疑の引き継ぎの可能性について、余りにも楽観的であると言わざるを得ない。

次に、実質的当事者対等主義との関係であるが、そもそも、絶対的な捜査権限と被疑者被告人の身柄を拘束した上での取調権限を持つ警察・検察に対し、被疑者被告人や弁護人は無力であって、防禦活動は常に不十分不安定であるとの現実を看過してはならないと思う。検察にあらゆる証拠資料を握られた上で、弁護人が弁護活動を行うには、検察官の立証の失敗を

突くしかない。刑事司法では、検察官と被告人・弁護人との間に、実質的公平を図ることが正義であると認められている。

ところが、本手続においては、事前に争点や証拠を絞ってしまうため、弁護人が後から検察官の立証の問題性を突く手段を制限してしまっている。刑訴法316条の32の「やむを得ない事由」について限定的に解釈されてしまうと、弁護人は公判前に予定主張明示を強要され、かつ公判中に検察官の立証の不備を認識していても、証拠提出は制限されてしまう。弁護人側の「自由な立証」は著しく制限されてしまう。これは従来の刑事司法のあり方とは異なる制度趣旨と言わざるを得ない。

これに対し、「もし『後で言う』という主張が、公判前整理手続で黙っていれば、検察官が立証に失敗するかもしれない、それを利用して被告人に有利に展開しよう、という『検察官側が転ぶのを待つ』戦略だとすれば、これを正当な利益だと言うことは難しい」といった主張もなされているが⁽³³⁾、検察官と弁護人自身の力関係の違いや国家刑罰権の濫用的行使（特に、最近も尚止まることのない違法捜査や違法取調が行われている実情）に対し、余りにも楽観的な考え方で、承服することはできない（もとより、単なる時間引き延ばし等の不当な弁護活動が許される訳でないことは当然であるが⁽³⁴⁾）。

第三に、黙秘権との関係であるが、被告人は公判前整理手続において黙秘権を貫くことは自由であるし、従前も被告人は、公判終了までに主張するか否か判断しなければならなかったのだから、単なる「主張の前倒し」であって、黙秘権の侵害には当たらないという考え方⁽³⁵⁾、あるいは、黙秘権は単に黙っていてよいという沈黙の自由を認めたものである所、予定主張の明示は被告人が積極的に防禦上の主張を明示するタイミングに関わる問題だから、黙秘権の侵害の問題は生じない、とする考え方⁽³⁶⁾が有力である。

確かに、黙秘権について、これを供述内容の有利・不利を問わず、又いつの段階で供述するかといった時間的任意性まで含めた供述者の供述の自

由を積極的に認めたものであるとする捉え方⁽³⁷⁾は、魅力ある考え方ではあるものの、いささか行き過ぎのように思われる。もとより、黙秘権の本質について、国家刑罰権との対抗関係において、供述に対するプライバシー権・自己決定権を尊重したものであり、自己の刑事司法上の「不利益」を被ることに對し、供述の自由を認めたもの（「不利益」な供述を強要されない権利を認めたもの）と解するならば⁽³⁸⁾、かかる「不利益」の概念に関しては、被告人の防禦権の行使において問題がないか否か、幅広く考える必要があるだろう。

公判前整理手続が、訴訟の迅速化を目指すため、公判前に争点と証拠を明確化させるための制度であること、そのため、後の証拠提出制限まで認めていることに鑑みれば、制度運用の中で、被告人側が包括的に否認したりすれば、不利な心証を抱かれたり、公判において不利な取扱をされる危険性は否定できないであろう。又、正当防衛とかアリバイとか被告人側で積極的に証明を予定している事実に関しては、公判前整理手続で証人等を明らかにしてしまうと、検察官側の立証を補強させてしまう（極端な場合は、証拠隠滅工作をさせてしまう）ことにもなり兼ねない。これらは被告人にとって「不利益」と評価すべきものである。

以上の通り、公判前整理手続には、刑事司法上の大原則を覆す重大な問題が含まれているが（刑事司法の原則の逆転と言っても過言ではない）、そうした議論が十分なされないまま安易に制度が作られ、現状、運用だけが一人歩きしてしまっているように思われる。弁護士は、この制度の手続を覚えるだけで精一杯であるが、実際の所、証拠開示が僅か進むだけの利益とは比較にならない程大きな物が失われていることを十分自覚すべきではないだろうか。

3 被害者救済制度

刑事司法において、被害者救済の観点を重視し、法制度上これを担保させて行こうとしているのが最近の動向である。但し、被害者救済といって

も、論者によってその根底の理念が大きく異なっていることに注意しなければならない。すなわちそれが、「報復の意味」で言われているのか、それとも「修復の意味」で言われているのか、という点である。

近時、修復的司法ということが叫ばれているが、その意義や方法論に関しては様々な捉え方がある。但し、総体的に言えば、行われた犯罪に対し、加害者が事実を十分説明し、真の謝罪を行い、被害者（遺族）がこれを「赦す」こと、これを対面（直接対話）で行うこと、そして最終的に被害者（遺族）の人生の再スタートを究極目的とすること、と捉えられている。もとより、誰がこれを仲立ちし、どの場面で行うかが最大の問題である。刑事手続の中で裁判所を介在して行うべきとする意見もあるが、刑罰の目的とは合わないため、民事訴訟の中で実現すべであるとの考え方や、仲裁センターを利用する、NGO・NPO型で行う、という考え方もある（例えば、千葉の「被害者加害者対話の会」⁽³⁹⁾）。

修復的司法は、特に少年事件に対しては大きな意味を持つものと思われる。無思慮のまま非行を重ねる少年に対しては、実際に生じた具体的な被害者の痛み、苦しみへの共感が強く求められる。そのためには、被害者やその家族の人生を克明に記録化して、加害少年に見せることも重要であろう。加害少年は、自己の犯罪行為を心から反省した上で、被害者（遺族）に対し自ら犯罪を行った事情を説明し、更なる問いかけに応え、真摯に謝罪し、誠実に賠償の努力をする。ここから被害者（遺族）の赦しの可能性も生まれてくる。被害者（遺族）は真摯な事実説明を受け、誠意ある謝罪を繰り返し受けていく中で、自己の不幸を克服しつつ、自己や家族の人生の再出発の機会を模索していくことになるのである。もっとも、これには加害少年の尊厳や価値も認めてあげる必要があり、社会全体で支援していくことが必須である。

もとより、修復的司法に対しては、加害者に会いたくない、被害者を絶対に許せないと思っている被害者にとって、直接対話には有効性がないとする意見もある。より峻厳な意見として、被害者の再スタートは、むしろ

修復的司法ではなく、適正（厳格）な処罰により実現すべきであるとする考え方もある。⁽⁴⁰⁾

現行の被害者救済のための法改革も、実は、この「報復的司法」の実現の方向で動いていると言わざるを得ないだろう。被害者に対し、訴訟記録の閲覧・謄写を認めるだけでなく、刑事裁判に参加し、検察官と同席の上、被告人に対する質問や最終の意見の陳述を認めることは、被害者のために、その心情に沿った処罰を実現させようとするものに他ならない。この流れは、少年事件にも波及されようとしている（平成20年6月11日、少年審判において、重大事件に限り、遺族や被害者らに傍聴を認める改正少年法が成立した）。

被害者の救済は、確かに重要な問題である。私たちは、被害者（遺族）のため（あるいは被害者に同情を寄せる社会のため）に、ある程度応報的な刑事制裁の積極的活用を提案していくのか、それ共、加害者の更生（少年の場合は「保護」）—しかもそれは真の贖罪を前提とした—の中で、被害者の気持ちの宥恕と立ち直りを実現していくのか、難しい選択を迫られているものと思われる。

私見では、刑事司法自体が国家刑罰権の実現を本質とする以上、それにより不利益を受ける被疑者被告人の権利保護を目的とすべきであって、これに被害者の処罰感情を取り入れて行こうとすることは方向性としては間違っているものとする。そして、真の被害者救済は、刑事制裁による報復では実現できないと思われる。理想と言われても、真理は修復的司法の考え方にあると言わなければならない。

被害者救済の法制度を、単に、素朴な処罰感情だけを優先して安易に策定していくことは（最近はその傾向にあると言っても過言ではないだろう）、刑事司法の本質を踏み誤るだけでなく、真の意味での被害者救済にもつながって行かないことを認識すべきではないか。

4 死刑制度

死刑制度で最も重大なことは、国家が刑罰権力を行使して積極的に国民の生命を奪う処分であるということである。国家は国民の利益を最大限尊重し擁護しなければならないのであり、かつ生命は国民にとって最も重要な利益であることからすれば、本来は、死刑という刑罰自体認められるべきではなく、仮にそれが認められるとしても、やむにやまれぬ究極的な場面においてのみ許されることになるはずである。

テロや重大な犯罪が続発している世界の国々において、それでも死刑が衰退傾向にあるのは、こうした近代立憲主義あるいは民主主義の思想が染みついていてからであろう。逆に言えば、日本において、死刑判決が増加し厳罰化の傾向にあるのは、こうした理念が希薄であるからと言わざるを得ない。

それでは死刑制度を完全に否定すべきかと言うと、必ずしもそこまでは言えないと思われる。但し、その適用においては、極めて高度な合理性と合目的性、必要性が認められなければならない。具体的には、多数人の生命を奪う等の重大犯罪を抑止して、個人の生命を保護するといった強い必要性が認められ、かつ刑事政策上において、贖罪や更生の可能性が全く認められないような場合においてのみ、その適用は許されるというべきであろう。従前の判例も、上記2点（生命の保護と更生の可能性）を重視してきたのではないだろうか。殊に生命の保護という点では、乳幼児といった社会的弱者が被害者となっているケースには厳しい判断がなされてきたように思われる。他方、後述のオウム真理教の林郁夫受刑者のケースのように、その犯罪結果が重大であったとしても、被告人の改悛の情が顕著であり、更生の可能性が十分に認められる場合は、死刑の適用を回避したのも散見される。

もっとも、最近の判例が、この死刑の適用基準を、かなり緩めてきていることは否定できない。⁽⁴¹⁾

前述の光市母子殺害事件では、被告人は18歳になったばかりの少年であったが、更生の可能性の判断（立証）において、実証的かつ厳格になされ

ることを求めたものである。もとより、この事件の被害者の一人が生後11ヶ月の乳児であったことや、被告人の事件後の対応に重大な問題があったことは確かであるが、前述の通り、死刑の適用は、目的論上謙抑的にすべきであるから、犯罪行為の重大性や更生の可能性（がないと判断すること）については、可及的に慎重に行われるべきである。殊に少年事件の場合は、その可塑性により、更生の可能性をより広く積極的に（前向きに）評価すべきではないかと思われる（社会人としての人生を歩み始めた少年において、犯罪性がどの様に改善されていくのかは、いかなる能力があろうが、一人間としての裁判官に断定できるものではないというのが率直な感想である）。

上記判決は、今後の死刑の適用に関し、一つの転機となるものであり、被殺者が乳幼児や児童である場合や更生の可能性が乏しい事案においては、死刑の適用は広がるものと推測される。このことは、裁判員制度導入により更に加速されるであろう。しかし、死刑制度の本質的な問題について十分に吟味し、殊に、少年における更生の芽を安易に摘み取るようなことは絶対に避けなければならないと思うのである。⁽⁴²⁾

5 最近の判例の法解釈について

問題のある判例についてはすでに指摘した通りであるが、全体的に言えば、当罰性の強い事件に関して、法解釈を広げて処罰範囲を拡張していることは否定できないであろう。

新潟少女監禁事件に関して言えば、確かに、当時の監禁致傷罪において長期10年の懲役刑が限度であり、これでは余りにも軽すぎるとの主張については心情として分からない訳ではないが、通例であれば懲役1年を超える科刑などあり得ない万引行為を付加して懲役14年の判決を言い渡したことは、実質上は、監禁致傷罪に対して懲役10年を超える科刑をしたものと評価されても致し方ないことだろう。この事案に関しては、形式論理的な法解釈の可能性（許容性）ではなく、より本質的に、実質上罪刑法定主義

や処罰の公平性から逸脱していることについて、厳しく批判されなければならないと思われる。

又、共謀共同正犯に関して、暴力団の組長に銃刀法違反（けん銃の不法所持）の共同正犯を認めた判決の内、最判平17.11.29については、共謀関係（支配関係や因果的寄与）を具体的客観的に認定しないまま、主観（組長側の所持に対する片面的な認識）と地位・役割により、これを肯定してしまっており、共謀共同正犯の成立を不当に拡大したとの批判が当てはまる。この判決が、仮に、時間的余裕がなかった捜査の不備を救済するためにラフな認定をしたとするならば、大きな問題があると言わざるを得ない。

更に、無罪判決後の再勾留に関しては、問題点の指摘を受けながら何ら立法的解決が図られていないものに対し、再度これを救済し、被告人にその不利益を負わせる判断を下したことは明らかに問題がある。

残念ながら、以上の判例については、罪刑法定主義や適正手続保障の認識に甘さがあると思われる。

違法捜査や違法取調に関しても、平成の時代に入ってから平然と行われている⁽⁴³⁾。これらに対し、弁護士会は、取調の全面可視化により対抗しようとしているが、その実現可能性の問題はさておき、そもそも取調受任義務があるか否かの結論をしっかりと出すことが先ではないだろうか。言うまでもなく、弾劾的捜査観に立つ以上、取調受任義務は認められない。取調の可視化は勿論重要ではあるが、他方身柄拘束中の取調を広く許容する道を開くことにもなり兼ねない。そのことを十分認識する必要があると思われる。

その上で、違法捜査や違法取調においては、より積極的に、違法収集証拠の排除や自白の任意性の否定が行われて然るべきと考えるのである。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

V 刑事司法の積極的関与が求められる場面

1 前述したように、現代社会においても、刑事司法の謙抑性は求められて

いると思われる。刑事罰というものは、最後の最後に、最終の手段としてその適用がなされるべきものと言うべきであろう。

特に、刑事制裁の適用が不公平であることは絶対に許されるべきではないし、又、憲法上の権利の制約につながる虞がある場合は慎重な配慮が必要となるであろう。

前者に関しては、チッソ川本事件を問題にしなければならない。この事件で最高裁は、公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限の場合には、公訴の提起が無効となる場合もあることを一般論としては認めたが、結論的には、この公訴権濫用論を採用した原審（高裁）の判断を否定し、しかし、一審の執行猶予付の罰金刑を復活させなければ著しく正義に反するとまでは言えないとして、刑訴法411条を適用しなかった（最決昭55.12.17判時984号37頁）。しかしながら、当該事件に関しては、水俣病という悲惨な結果を伴う公害事件について対立する両当事者間の争いに対して、行政・検察が患者側に対してのみ厳しい態度を取り続けていた状況下で、被告人の（チッソの）従業員に対する傷害行為についてだけ提起がなされた本件公訴に関しては、偏頗・不公平であり、その是認が法的正義に著しく反するから、刑訴法248条に違反し無効であって、同法338条4号により棄却すべきであるとした原審（高裁）の判断の方が、人間的であるばかりでなく、遙かに説得力があると思われる（東京高判昭52.6.14判時853号3頁参照）。

後者に関しては、最近のビラ配りと住居侵入の事案が気にかかる所である。

立川反戦ビラ配り事件では、憲法21条の表現の自由を重視し、無罪とした一審の判断（東京地八王子支判平16.12.16判時1892号150頁）に対し、控訴審は、当該行為を住居侵入罪で処罰しても憲法21条には違反しないし、可罰的違法性を欠くものでもないとして破棄し（東京高判平17.12.9判時1949号169頁）、最高裁もこれを支持した（最決平20.4.11裁判所時報1457号6頁）。又、葛飾マンション政党ビラ配り事件においても、「正当な理由

がない場合」を限定的に解釈して無罪とした一審の判断（東京地判平18.8.28）に対し、控訴審は居住者の意思を重大視し、逆転有罪の判断を行っている（東京高判平19.12.11判タ1271号331頁）。

居住者の意思（居住におけるプライバシー権）の尊重については理解できない訳でないが、他方に表現の自由（殊に、政治的ビラ配付の場合、民主主義の実現に直結する重要性があることは看過してはならないだろう）がある以上、刑事罰をもってこれを封じることには慎重であって然るべきである。しかも、このビラ配りによりどれ程の居住者の平穏やプライバシー権が具体的に侵害されたのか、一層慎重な判断がなされなければならないだろう。刑罰の適用だけでなく長期の勾留をもなされており、より一層の問題があると言わざるを得ない。⁽⁴⁶⁾

尚最近、最判平20.2.19判タ1267号145頁は、メイプルソープ写真集事件において、同写真中に男性器を写したもの（20枚）が掲載されていたが、同写真集は写真芸術の全体像を概観する観点から編集され、問題となった写真が全体に占める比重も相当低く、全体的に見た時に好色的興味に訴えるものと認めるのは困難として、わいせつ性を否定した。これに対し、堀籠裁判官は、従前の判例を前提にすれば、男性性器が露骨に、直接的具体的に写され、画面中央に目立つように配置された写真は、わいせつ性に当たるといふべきであり、芸術性があることにより、わいせつ性を否定することは許されない、と述べている。わいせつ性の判断自体は時代や人々の考え方により変わってくる微妙な概念であることや、芸術性ある社会的意義のあるもの（芸術家の思想並びに人格的表現の自由）をわいせつという規範により葬り去ることは問題であること等から、できるだけ刑事制裁に対し謙抑的に捉えるべきは当然であろう。

- 2 もっとも、私自身、刑事司法は常に消極的であるべきだとは考えていない。

特に、刑罰によってしか身を守ることができない弱者が社会に存在する

ことは事実であるから、その者との関係では、刑事制裁がある程度前に出るのもやむを得ない場合があると考ええる。

そうした弱者の代表者が乳幼児や子供たちである。最決平17.12.6判時1927号156頁は、別居中の父親による子供の連れ去り行為に対し、未成年者略取罪の成立を認めた。この決定の中で、滝井裁判官は反対意見として、夫婦間の紛争に刑事司法が介入すべきではなく、むしろ家庭裁判所の解決に委ねるべきことを強調されているが、子供の奪い合いのケースに家庭裁判所が十分な解決能力を示し得ていない現状に鑑みるならば、子供の生命を守るために刑事司法が積極的に介入することは、ある程度やむを得ないものと思われる。

同じことは、児童虐待の事案においても言えるであろう。むしろ、最近の児童虐待の事案における量刑は軽いように思われてならない。被告人の成育状況について、裁判所がやや同情的過ぎるように思われる。もとより、児童虐待も、本来は、社会や家庭教育における抜本的解決が望まれることは言うまでもないが、当面、何らの発言力（抵抗力）のない子供の生命を守るためには刑事罰の活用も致し方ない所ではあろう。

水俣病刑事事件判決（最決昭63.2.29判タ661号59頁）で、最高裁は、母体に対する過失傷害罪の成立をまず認め、胎児が人として出生した後に死亡した場合、これを過失致死罪とする構成により処罰を認めた。その理論構成には若干の問題があるとは思われるものの、法解釈を徹底させて無罪とすることに率直な疑問が残ることは否定出来ないのであって、結論としては最高裁の判断を是認すべきであると考ええる。

もとより、「刑罰積極主義」が認められるのは、相当な目的性や必要性が認められる時、すなわち、あくまでも、これでしか身を守れない弱者を救済すべき時だけである（その類型化は厳格に行われるべきである）。その際も、被害者の応報感情を満たすという最近の厳罰論に寄すべきものではないし、又、こと死刑の適用に関しては、そういった場合（弱者を救済すべき場合）であっても消極的であるべきだと考える。

- 3 更に、私は、刑事司法においては、「贖罪」という意義を、軽々しく放棄してはならないと思っている。

刑罰の機能（効果）というものについては、単なる応報ではなく、又、社会防衛（社会の構成員の権利保護）だけでもなく、その中心は規範意識の覚醒といった特別予防に置かれるべきであると考えている。犯罪者は単に刑罰の「苦痛」を受けるだけでなく、贖罪の意識を持ち、更生改善していくことにこそ刑罰の主たる目的があるものとする。⁽⁴⁷⁾

もとより、「苦痛」の限界は、罪刑法定主義の理念（特に罪刑の均衡）、デュープロセスの原理、結果無価値論（反倫理化思想）、責任主義、公平の原則等により画されなければならない。しかし、刑罰の効果として、特別予防の面は無視できないであろう。従来の相対的応報刑論は、必ずしもこの点を重視してこなかったように思われる。確かに、意思決定論に基づく教育刑論的特別予防の理念は否定されるべきである。しかしながら、意思の自由を認め、規範意識を覚醒させるという意味での特別予防には、刑罰の「理想」が謳われていると思う。最近の修復的司法の考え方も、被害者の真の意味での権利回復を目指しつつ、この点を再評価するものであると思われる（もとより、修復司法実現のため刑事手続を利用することには、行き過ぎの危険もあることに注意すべきだが）。

この理想が十分に実現し得たものが、オウム真理教の林郁夫受刑者の事案であろう（東京地判平10.5.26判時1648号38頁）。他方、その意義が全く達成できなかったのが、池田小児童殺傷事件である（大阪地判平15.8.28判時1837号13頁参照）。⁽⁴⁸⁾

私たちは、真の意味での刑事政策、被害者の権利回復の観点から、刑事司法の理想や意義を突きとめる努力を忘れてはならない。もとより、そうであったとしても、刑事司法の本質は国家刑罰権の行使にあるのであって、それに対する適正手続の保障や謙抑主義の理念はまずもって維持されなければならないのである。その上で、刑罰の機能（目的）を「贖罪意識・改悛の情の喚起」と捉え、これを実現しようとしていくことは決して不可能

ではないと考える。⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾

VI 最後に

本稿は、私が現在実務法曹として感じている危惧感と刑事司法の1つの方向性（あるいは理想）を掲げたものに過ぎない。

その中で最も主張したかったことは、伝統的な刑事法の鉄則を決して蔑ろにしてはならず、それどころか、現代社会では却ってその意義の認識が重要になっているということである。

現代における刑事司法の改革は、刑罰積極主義と刑事司法の合理化・迅速化を中核とするものであるが、その中で新しい法制度が次々と生まれているけれど、法曹実務家はその手段を学ぶことに精一杯であり、刑事法の鉄則との関連（どう遊離しているのか）について、十分な検証がなされないまま進行している。

そのことについて、私たち自身強い危惧感を持つことを忘れてしまっている。その傾向は判例や実務にも及んでいる。あえてこの傾向に対し、その重大な問題性について強く訴える必要があるだろう。

刑事手続において、謙抑的（消極的）対応を忘れてしまうと大変なことになることを、私たちは史的検証でも、近代立憲主義の論理においても、主張し続けなければならないのである。

他方において、それでも、刑事手続（刑事罰）において、独自の意義を見出すことの必要性はあると思われる。私たちが、社会の中で他者の権利を侵害しない中で最大限自由を享受し得るためには、刑事罰というものでその行為を制約することは出来る限り避けなければならないだろう。権利を侵害された者は、まずは民事上の救済を求めるべきであるし、社会的に不正な行為に対しては、まずもって行政上の規制取扱が望ましい。しかしながら、それでも、こうした救済さえ得られない者たちもいるだろう。その時初めて、刑事罰は積極的な活用が許されることになるのである。

もとより、刑事手続においても、被害者を無視してはならない。但し、国

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

家刑罰権の行使という本質からくる制約に基づけば、被害者の応報観念（処罰感情）の充足ということ（だけ）に用いられることがあってはならない。国家は、被害者のために、加害者への苦痛の提供のみを目指すことがあってはならないのである。そこには崇高な刑事政策上の目的がなければならない。主として、特別予防による加害者の贖罪（真の意味での）の実現と被害者の宥恕への到達が重要である。これにより、結果的に、毀損された両者の関係、更には社会的関係が「修復される」。この修復関係を1つでも増やしていくことが、刑事司法の究極の理想ではないか。もっとも、それはあくまでも刑事法の鉄則の枠内でなければならないが⁽⁵¹⁾。

「刑法は刑事政策の越えてはならない柵である」。フランツ・リストのこの言葉を私たちは常に噛みしめる必要がある。

（平成20年9月校正）

注

(1) 司法改革審の最終意見書（平成13年6月）は、1. 国民の期待にこたえる司法制度、2. 司法制度を支える法曹の在り方、3. 国民的基盤の確立、を3つの柱としており、1においては、民事・刑事裁判の充実、迅速化（民事司法では審理期間の半減と専門委員制度の導入等。刑事司法では公判前の争点整理・審理計画策定のための準備手続の導入と連日的開廷の実現等）を、2においては、法曹人口の拡大（年間司法試験合格者の3000人達成）と法曹養成制度の改革（法科大学院の設置）を、3においては、国民の司法参加としての裁判員制度の導入を中核とするものであった。

今振り返ると、ここで提言されたもの（当時は具体化に半信半疑であったものも多かった）が、着実に実現されてきていることに驚かされる。他方、法曹人口問題は、弁護士の経済的自立と自治の問題との兼ね合いで、今大きな座礁に乗り上げているし、ロースクール構想に関しても、必ずしも当初掲げられた理想が実現されているとは思われない。刑事司法に係わる提言については、当時は余り注目されていなかったが、民事司法の改革がある程度実現された後、ここで一気に進められた感があり、その本質的問題の議論がいかにも不足していたことを痛感させられる（他面、捜査に対する改革は未だ不十分である）。

(2) 新しい刑事立法も次々と行われるようになった。例えば、平成11年には、児童買春・児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律が、同12年には、ストーカー行為等の規制等に関する法律が、同13年には、配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律が、各制定された。又同年には、刑法に危険運転致死傷

罪が新設され（208条の2）、同16年には、殺人や傷害罪等の法定刑や有期懲役・禁錮の上限の引き上げ等が行われた。同17年には、逮捕監禁罪や未成年者拐取罪の法定刑の引き上げが、又同18年には、罰金刑に関する各改正もなされている。同19年には、自動車運転過失致死傷罪が刑法に新設され（211条2項）、少年法の改正等も行われている。

- (3) ここへ来て、弁護士会自身も、刑事司法制度の改革に対して、ようやく根本的な問題提起をするようになってきている。身近な所では、平成20年3月29日新潟県弁護士会が、裁判員制度の実施の時期の延期等を求める決議をし、長野県弁護士会松本支部は、平成20年4月長野地裁松本支部が裁判員制度で行われる連日開廷を制度導入前に実施したいと申し入れたことに対し、拙速な審理をされる危険性があるとして、原則として受け入れられないと回答した。
- (4) 滝川幸辰『刑法雑筆』（文友堂書店。昭和12年）353頁。
同論文は、昭和10年に発表されたものである。
- (5) リストのこの原文は、滝川博士が昭和5年に出版された『刑法講義』（弘文堂書房）の本文の巻頭に揚げられている。訳文については、前掲『刑法雑筆』365頁以下参照。
- (6) 大判昭9.6.21大審院刑事判例集13巻843頁
大判昭9.11.17大審院刑事判例集13巻1577頁
- (7) 「刑法における構成要件の機能」（刑法雑誌1巻2号。昭和25年）『滝川幸辰刑法著作集 第5巻』（世界思想社。昭和56年）314頁所収
- (8) 『松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣。平成10年）1頁。
- (9) 前掲論文5頁。
- (10) 前掲論文15頁。
- (11) 前掲論文21頁。
- (12) 『刑事実体法と裁判手続—法学博士井上正治先生追悼論集』（九州大学出版会。平成15年）31頁。
- (13) 前掲論文46頁。
- (14) 以上に対し、前田雅英博士は、「罪刑法定主義の変化と実質的構成要件解釈」と題する論文において、法文の明確性が許容範囲内であるか否かを判断する際、①国民の行動の自由の利益、②刑罰権の濫用防止の利益、に対し、③当罰性の高い行為を禁圧することにより得られる国民の利益が比較衡量されざるを得ない、又、刑事立法の法文において、その意味がいかにも不明確な文言であろうと、処罰が当然であるような事案のみが起訴される限り、明確性の理論は問題とならない、と主張される。その上で、「たしかに、学説が戦前の反省から実質的解釈に批判的であったことは当然であった。しかし、戦後50年を経過し、膨大な判例や学説が蓄積された現在、我国の解釈論の特色を意識的に展開することは、必ずしも危険なことではない。そして、罪刑法定主義の民主主義的要請の中心部分、具体的な問題に妥当な解釈を与える営みの中で、国民の規範意識が吸収され、それが結晶となって理論化する中で、実現されるべきものである」と結論づけられる（『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』成文堂。平成9年。61・67・72頁等）。

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

前田博士の見解は、民主的側面、国民意識＝処罰感情を前提とする解釈、すなわち実質的構成要件解釈、実質的犯罪論による提言であり、国民の規範意識において処罰の必要性がある限り、可能なまで解釈の枠を広げようとするものである。しかしながら、自由主義的側面からくる国家刑罰権に対する危惧感といったものが希薄であって、これでは判例解釈への批判的検討も消極的にならざるを得ないのではないかと思われる。

- (15) 平成19年4月27日の朝日新聞は、「生存権 崩れゆく一線」と題して、自己責任や自助努力が強調される余り、母子家庭や生活保護家庭に対し、ささくれた社会が厳しい批判を向けていることの問題性を指摘している。
- (16) この参審制は、平野龍一博士の意向を基にしたものと思われる。陪審制では事実認定の不安定さがあること、我が国には陪審を支える司法文化がないこと、かつて我が国で採られた陪審制が失敗に終わっていること、訴訟手続上も種々の問題点があること等の理由から、現在のキャリア裁判官のシステムが基本的にはすぐれているので、これを維持しつつ、その上で民意を反映させるべく参審員を参加させるという考えを採られていた。その結果、平野博士が目指そうとしたのは、現在の刑事裁判は強力な捜査に基づく調書裁判、精密司法に墮している所、参審制により、公判中心主義を徹底し、調書裁判、精密司法から脱却をはかるということであつた。まさに、「核心司法」の実現ということであつた（「参審制の採用による『核心司法』を一刑事司法改革の動きと方向」ジュリスト1148号2頁、「参審制度採用の提唱」ジュリスト1189号50頁参照）。

平野博士が、この制度において実現しようとしたことは、まずもって、現代における捜査の強大化、糾問化、精密化の否定であり、公判中心主義、民意導入による適正な審理と結果の実現であつた。そして、その根底には、当然に、刑事司法は被疑者被告人のためにある、という平野博士流の人権意識が存している。

裁判員制度が、こうした平野博士の原点から外れ、単に刑事裁判の迅速化や国民（被害者）の処罰感情の実現といったもののためだけに運用されることがあれば、大きな問題であると言わざるを得ない。裁判員制度の運用において、そうした振れがなければ、常に検証していく必要があるだろう。

- (17) 最決平18.9.15判タ1232号134頁参照。本件は、オウム真理教教祖に死刑判決をした一審の判断に対し控訴した事案において、東京高裁が、控訴趣意書の提出につき、期限までになされなかったことをもって決定で控訴棄却をした（刑訴法386条1項1号参照）ことについての異議申立に対する特別抗告審である。最高裁は、同教祖に訴訟能力があることを認め、かつ控訴趣意書の提出の遅延につき、刑訴規則238条の「やむを得ない事情」は認められないとして、同抗告を棄却した。

いずれにしても、この事件が初公判から10年を要し、弁護団において実質的に訴訟遅延とも取られかねない弁護活動があつたことについては、裁判所に大きな衝撃を与えることになったものと推測される。

- (18) 例えば、淵野貴生「被疑者取調べの課題」法時79巻12号46頁参照。淵野准教授は、取調の可視化の前提として、まず取調受認義務をしっかりと否定することこそ重要で

あると指摘される。豊崎七絵准教授も同旨である（上記法時29頁参照）。

- (19) 司法の民主化を目指す弁護士会は、当初法曹一元の実現を強く求めていた。その後、これでは尚不十分であるとの議論が生まれ、真の国民参加を目指すには陪審制度、あるいは参審制度を採用すべきであるとの方向へ発展していった。弁護士会内部においても、いずれの制度を採用すべきか議論が白熱していったのである（例えば、四宮啓「なぜ『日本に陪審制を』か」自由と正義1997年4月号102頁、佐藤博史「なぜ『日本に参審制を』か」同書同号108頁、桐山剛「市民の司法参加は陪審制と参審制の併用で—刑事事件について考える—」同書1998年2月号14頁参照）。しかしながら、刑事司法の本質が民主主義の理念ではなく、自由主義の理念にあることからするならば、理想論だけでなく、刑事司法に国民が参加する（多数決民主主義で司法を決する）「危うさ・脆さ」については、もっと議論がなされてもよかったのではないかと思われる。

そして、実際に出来上がった制度は、裁判官3人に対し、国民6人で構成される参審制であった。これは、キャリア・システムの欠陥（国民の常識から外れた審決がなされる危険性）と陪審制の欠陥（補強法則や黙秘権等の理解に欠け、感情論優先の審決がなされる危険性）を埋め合わせる可能性がある反面、逆に、両者の問題性を倍加させる危険も孕んでいる。そればかりか、職権主義が民意により裏打ちされる事態へも途を開いたことになったのである。

- (20) A 最高裁による裁判員制度に対する国民の意識調査（平18.1）

参加したい・してもよい	28%
したくない・余りしたくない	62%
参加可能な日 → 3日以内	39%
1日も無理	29%
4～5日	8%

- B 内閣府調査（平19.2.1）

制度を知っている	80.7%
参加したい・してもよい	20.8%
したくない・余りしたくない	78.1%
不安に感じる点	
責任を感じる	64.5%
冷静な判断ができるか自信がない	44.5%
裁判の仕組が判らない	42%
裁判官に自分の意見を言えるか自信がない	40.5%
被告人から逆恨みを買えそう	39.1%

- C 時事通信社の調査（平19.8.3～6）

裁判員制度導入を知っている	86.3%
制度は必要・どちらかといえば必要	35.7%
必要ない・どちらかといえば必要ない	41.2%
参加したい・参加してもよい	27.6%

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

参加したいと思わない	66.9%
人を裁くことに自信がある・どちらかといえば自信がある	7.2%
自信がない・どちらかといえば自信がない	87.6%

- (21) 裁判員制度や公判前整理手続の導入に伴い、刑法に新たな証拠開示の規定が設けられるに至った(316条の14・15・20等)。そして、これらの規定の趣旨が審理の迅速化、合理化にあることから、裁判所はその実効性を保たせるため、証拠開示を広く認めようとする傾向にある。最決平19.12.25判時1996号157頁は、検察官が容易に入手でき、かつ弁護人において入手困難な証拠であって、弁護人の主張と関連性の程度及び証明力が高く、被告人の防禦の準備のためにも開示の必要性が認められる場合は、検察官の手持ち証拠に準じるものとして証拠開示の対象になるとし、犯罪捜査規範13条の下で警察官に作成保管が義務づけられている備忘録(取調メモ)の開示を認めるに至った。更に、最決平20.6.25裁判所時報1462号5頁は、警察官が捜査の経過をメモした捜査メモにおいても、単なる個人的メモであるとの検察官の主張を排斥し、警察官が捜査の過程で作成し保管するメモか否かの判断は裁判所が行うべきものであり、かかる判断のため必要がある時は、検察官に対し、同メモの提示を求めることができると判示した。

この様な判例の動向は望ましいものであるが、証拠開示制度の本来の趣旨は実質的当事者対等の保障にある(証拠偏在の解消)のに対し、争点整理や証拠調べの効率化に重点が置かれていることに関しては、問題があると言わざるを得ない(「証拠開示の最前線」と称する座談会における後藤昭教授の発言参照。自由と正義 2008年8月号99頁)。

- (22) 同事件の差戻後の広島高裁は、無期懲役の判決を破棄し、死刑を言い渡した(広島高判平20.4.22)。

この判決に関しては、様々な意見があり、極めて難しい選択であったとは思いますが、率直に言って、弁護団の新たな弁護方針には問題があったと考える。先の最高裁の判断が相当か否かは別として、本件では、やはり被告人の更生の可能性について立証していくべきであったと思われる。殺意や強姦の意思を否定するだけでなく、死後の性行為により生き返ると思ったとか、被害児の遺体を押入に隠したのはドラえもんが何とかしてくれると思った等の主張は、やはり「荒唐無稽」と言われても致し方ないのであって、むしろ裁判所に、死刑判決を言い渡すお墨付きを与えてしまったとの感否めない。おそらく被告人が人間的にも未成熟であったことは否定できないのであろうし、だからこそ、真摯に反省を促し、更生の可能性を芽生えさせることは、本弁護団であれば十分できたのではないだろうか。それこそ、「審理未了」で死刑判決に至ってしまったことは残念でならない。

- (23) 昨今の傾向としては、鳩山邦夫法務大臣が死刑を粛々と執行し、かつ執行された者の名前を公表している点が特徴として挙げられるであろう。

確かに死刑確定者が100名を超えた現状は重大である。しかし、法務省内に「死刑を特殊な事例として捉えるのではなく、法に基づいてごく当たり前のように執行すれ

ば、市民の抵抗感が収まる」という思惑があるとすれば（朝日新聞平成20年4月17日の指摘）、これは大きな問題である。生命の尊厳の理念は、死刑の場合であっても（否、死刑の場面でこそ）重視されなければならない。裁判員制度を控え、軽々にこのような執行が行われているとするならば、同大臣がした「ベルトコンベヤー発言」から何らの進展もしていないと言わざるを得ない。

- (24) 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成15年5月1日決定・同平成17年11月29日決定を契機として—」（『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』成文堂。平成19年。525頁参照）。

尚、平成17年の最高裁の判決に対しては、かつて共謀共同正犯論を是認され、これに反対する通説への批判を展開しつつ、更にその理論構成と成立範囲に腐心されてきた西原春夫博士も強く反対されている（刑事法ジャーナル2006年3巻54頁以下）。私は、ここに学者の良心といったものを感じる。

- (25) 例えば、曾根威彦「併合罪加重における罪数処理—新潟少女監禁事件最高裁判決を中心として—」現代刑事法54号44頁、只木誠「刑法47条の法意」ジュリスト1269号162頁。

- (26) ところが、このスイス人女性覚せい剤取締法違反事件では、控訴審も無罪判決を言い渡した（東京高判平20.4.9）。新聞報道によると、中山裁判長は、1年5ヶ月余に渡って勾留され続けた被告人に対し、「裁判所としても気の毒だったと思う。しかし、知らなかったとはいえ、軽率にも覚せい剤を持ち込んだ。犯罪とみられても仕方がない面があったことを理解してほしい」などと異例の説論を行ったとのことである。しかし、単にこの程度の説論で済む話ではないだろう。法の不備がある時に（しかも、立法府がそれを改善しない時は尚更）、刑事法の鉄則に戻り、被告人の権利を守る判断を出せないようで、司法の役割を果たしていると言えるのだろうか。

- (27) 志布志事件で強要された「踏み字」に対しては、福岡地判平20.3.8は特別公務員暴行陵虐罪（刑法195条）に該たるとして、同取調をした元警部補に対し懲役10月・執行猶予3年の判決を言い渡した。

- (28) 任意捜査の限界が問題となった事案としては、高輪グリーンマンション・ホステス殺人事件（最決昭59.2.29判時1112号31頁）があるが、多数意見は、形式的な承諾の存在だけで任意捜査として許容されることを認めてしまっている。しかしながら、承諾において重要なことは、自由な意思決定ができたか否かにあるのであり、本件の様に、4夜に渡って警察署付近のホテル等に宿泊させ（かつ警察官が同宿あるいは張り込みをし）、その間長時間に渡る取調を行った場合は、すでに任意捜査の限界を超えていると言うべきである。

- (29) 例えば最判平11.12.16判タ1023号138頁等。

- (30) 常木照樹「国民の司法参加と憲法」ジュリスト1198号161頁参照。

- (31) 最近、後藤昭教授は、「裁判員制度をめぐる対立は何を意味しているか」（世界2008年6月号90頁）という論文を発表された。反対論について端的に整理され、これを論駁し、裁判員制度の意義、特に、国家から独立した国民が社会の運営に参画し重要な決定に責任をもって加わることの重要性を説かれている。「これまでの裁判官による

裁判を『調書裁判』と呼んで批判する人々が、裁判員制度に反対するのは不思議である。人は未知なものに希望を託して新しい可能性を追求するより、不満を持ちながら慣れ親しんだものに執着するのだろうか。それこそ究極の保守主義ではないだろうか」(100頁)と仲々手厳しい。

しかしながら、後藤教授の主張は、あくまでも裁判員制度の理想型を前提とした議論であり、俄に承服することはできない。この制度により、真に公判中心主義の裁判が実効性をもって実現されるのか、単に拙速裁判に墮するだけではないのか、十分に検証する必要があると思われる。明日の生活に困窮している国民が、主体的に刑事裁判に余裕を持って参画できるのか否か考慮する必要があるであろう。裁判所が目指しているのは裁判の迅速化であり、検察庁が目指しているのは重罰化であることをもっと厳しく認識すべきではないか。この制度が近代立憲主義の下で勝ち取られてきた刑事法の鉄則とどう遊離し、今後どう遊離する恐れがあるのか、そこを厳密に分析すべきだと私は考える。そのことは決して、「究極の保守主義」でも何でもない(後藤教授は、別の機会において、裁判所が裁判員の存在を理由にして、自分の権限を強化しつつある一例、自白の任意性の判断や証拠開示において一、と指摘されている。この強化した権限によって裁判所が積極的に事実を解明していくという立場をとるとすると、被告人にとって危険なことであるが、裁判所がそうやって強化した権限によって実質的な当事者対等とか被告人の防御の機会を保障するというふうに動いてくれるならば、刑事手続の改善になる、裁判員という市民代表が加わることによって、裁判所が本来果たすべき役割を回復するという可能性が、いま見えてきているのではないかと主張されている〔自由と正義 2008年8月号101頁〕。なる程、当事者主義を強化する上での職権化は望ましいと思う。しかしながら、裁判員制度導入により、それが本当に実現できるのであるか。現状ではやはり、事実認定や審理手続が強権的に行われていく危険性の方が、はるかに大きいように思われるのである)。

- (32) 例えば、酒巻匡「刑事裁判の充実—争点整理と証拠開示手続の構築」ジュリスト1198号148頁、村瀬均「刑事裁判の充実迅速化—裁判官の立場から—」現代刑事法2004年12月号29頁等。
- (33) 寺崎嘉博「公判前整理手続の意義と『やむを得ない事由』の解釈」刑事法ジャーナル2006年2月号4頁。
- (34) 田淵浩二教授は、次の様に言われる。「公判前整理手続と結び付けて導入された証拠制限規定(316条の32)も、当事者の立証活動を不当に制約しかねない。たとえば、準備の結果、相手方証人の証言内容を予想し、それに反駁するための証拠を準備しておき、実際に、法廷で予想どおりの証言が行われた段階で、反駁のために用意していた証拠の取調べ請求を行うことは、通常の防御方法と言うべきだろう。こうした隠し玉となる証拠は、その存在を事前に相手方に知らせてしまえば無意味になるため、公判前整理手続の段階での証拠調べ請求することはできない。このように、証拠調べの流動性を考えるならば、公判における証拠調べの結果を見てから証拠調べ請求する権利を、原則的に否定することなどできないはずである。」(『刑事公判手続の課題』法時79巻12号68頁)。

- (35) 例えば、川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法2002年11月号49頁、大沢裕『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌43巻3号69頁、辻裕教「刑事裁判の充実・迅速化のための刑事訴訟法の改定」現代刑事法2004年11月号52頁等。
- (36) 岡慎一「『公判前整理手続』における弁護の課題」自由と正義2005年3月号76頁。
- (37) 小坂井久「主張明示義務と黙秘権」季刊刑事弁護41号78頁。
- (38) 拙稿「黙秘権の現代的課題」信大法学論集第6号233頁以下参照。
- (39) 同会の活動内容については、山田由紀子「『被害者加害者対話の会運営センター』の発足と実践」自由と正義2002年5月号58頁参照。
- (40) 修復的司法に対しては、刑事手続における適正手続の保障を害するおそれがあるとか、別の付加的罰を与えることになり、加害者の人権を侵害するといった意見もあるが、被害者の権利（刑事手続における主体性）を徹底して尊重する立場の中においても消極論がある。例えば、諸澤英道博士は次の様に述べる。「加害者を許すか憎み続けるかは、本来被害者の自由である。一生涯憎み続ける被害者がいても誰も非難できないし、被害者には『回復（※修復）的司法』を拒む自由が完全に保障されていなければならないのであるが、現在のわが国の雰囲気は、被害者に堂々と『忍従』を強いるものである。」（「被害者関係的刑事司法と犯罪者の処遇」刑政113巻2号34頁。尚、※は誣訪による）。
- (41) 新しい判例で耳目を集めたものとしては、長崎市長射殺事件に対する死刑判決がある。長崎地裁は平成20年5月26日、民主主義を根幹から揺るがす犯行だと断定し、被害者が1人であることを考慮しても極刑はやむを得ない、として死刑判決を言い渡した。これに対し、作家の高村薫氏は、本判決が事件の動機の分析を十分に行わず、被告人の短絡的逆恨みとして民主主義への脅威と結びつけたことは論理の飛躍であるとして、「これまでの日本の裁判は精密な司法で知られてきた。判例は判例に過ぎない反面、時代によって揺れ動く世論に対して一定の『枠』を示すことで、公平さを保ってきたとも言える。この公平さこそ民主主義社会の基礎であり、厳罰化を求める法務省と世論の意向に合わせて恣意的に判断基準を変えることが民主主義なのではないと思う」と主張されている（平成20年5月29日朝日新聞）。この指摘は、昨今の安易な死刑判決に対する警鐘として、正鵠を射るものであると思われる。
- (42) 犯罪者の更生を軽視する昨今の死刑判決に対する批判としては、元法務省神戸保護観察所長の栗村典男氏の論説「犯罪者の更生—可能性認めぬ死刑判決」（平成20年6月4日朝日新聞）参照。
- (43) ここでは、特に、最決平15.5.26判タ1127号123頁の事例を挙げておきたい。具体的な事案の紹介は避けるが、内ドアが閉まらないように敷居上辺りに足を踏み入れ、令状なく客室内に立ち入った行為の適法性、被告人の財布から覚せい剤を取り出した行為（所持品検査）の適法性、その間全裸の被告人を約30分押さえ続けたことの適法性、上記により取得された覚せい剤やこれに引き続きなされた採尿を前提とした鑑定書の証拠能力の有無が問題となったものである。

一審（東京地八王子支判平10.10.28判タ1009号295頁）は、上記各捜査の違法性を厳しく認定し、証拠能力を否定したが、二審（東京高判平11.8.23判タ1024号289頁）

刑事司法はどこへ行こうとしているのか

は、本件所持品検査自体は捜索（強制）に至らないものであるが、行き過ぎた身体拘束下に置かれた所持品検査であり、これを基にした押収手続は違法であると認定したものの、証拠能力については否定しなかった。

身体拘束の違法性というものは極めて重大であり、実質上無令状逮捕のような状況下で得られた証拠の証拠能力を認めようとする上記高裁の判断には承服しかねるが、それでも、この論理の構成自体は理解できない訳ではない。

これに対し、上告審（前述）は、同身柄拘束下での覚せい剤の取得が適法なのか違法なのかははっきりした判断を示さないまま、証拠能力を肯定するといった判旨を展開している。その理論構成は判然としない上、仮定的判断を持ち込むものであって、到底納得し得るものではない。

確かに本件被告人は、今までの経歴をみると、狡猾というべきだったのであろうが、しかしだからといって、ここまで乱暴な認定を許してよいものではないと率直に感じる。

- (44) 自白の任意性を否定するという判決も少ない。もとより、糧食の差入を禁止した事案（最判昭32.5.21判時116号4頁）、手錠を施されたまま取調を行った事案（最判昭38.9.13判時352号80頁）、切り違え尋問（偽計）により自白を引き出した事案（最判昭45.11.25判時613号18頁）、留置業務を取調に不当に利用した事案（東京高判平3.4.23判時1395号19頁）、脅迫的言辞を行い、扁桃腺に持病を持つ被告人に対し喫煙しながら取調を行った事案（京都地決平13.11.18判時1768号159頁）等において、自白の任意性に疑問を差し挟み、あるいは、端的に任意性を否定しているものもある。しかしながら、自白の問題性を強く意識して、その任意性を否定する判決というものは数少ないと言わざるを得ないだろう。前述の志布志事件においても、自白の信用性ではなく、任意性を否定しても良かったケースであると思われる（指宿信「速報判例解説＝TKC ローライブラリー」刑事訴訟法平成19年No11参照）。
- (45) 違法収集証拠の排除に関しても、判例は消極的であると言わざるを得ない。虚偽排除説の幻影が残っているのではないかと疑う程であり、違法捜査と証拠との因果関係や関連性の判断も極めて限定的に行われているのであって、証拠能力の排除まで行きつくものは少ない。

令状に基づく捜索の現場で、警察官が被告人に集団暴行を加えた違法があっても、それ以前に発見されていた覚せい剤の証拠能力を認めた前記の判例（最決平8.10.29判タ924号155頁）は、違法な暴力と証拠発見との因果関係を厳しく限定している（暴行の時点は証拠物発見の後であり、被告人の発言に触発されて行われたものであって、証拠物の発見を目的とし、捜査に利用するために行われたものとは認められない、と判示する）。形式論理はその通りであろうが、本件暴行は同証拠の押収が未だに完全に終了していない前の出来事であり、発見直後であったとしても、密着した不可分一体の捜査における違法収集の証拠と捉えられること、本件警察官の集団暴行は、被告人の発言に触発されたとは言え、その発言自体は単に同覚せい剤の所有を否認しただけであって公務に対する侮辱や妨害等があった訳でもなかったものであり、何らの必要性も認められない常軌を逸したものであったこと（これは、警察官の私情に基づくも

のであって、組織的なものではなかったから許されるというものではない。警察官は組織の手足であり、個人個人の違法は組織の違法以外の何者でもない、受傷結果も決して軽いものではなかったこと等を総合すれば、同覚せい剤自体の証拠能力を端的に排除すべき事案であったと解せられる。そうでなければ、違法収集証拠排除論の中核にある違法捜査の抑止効、デュープロセスの理念は、画餅に帰するであろう。仮に、この最高裁の結論を認める立場に立つにしても、「どのような違法行為が介在したとしても、証拠物発見との間に因果関係さえなければ証拠能力を否定されないというように判旨を一般化して受け取るべきではあるまい。とりわけ捜査関係者において、本決定がそのような受け止め方をされることがあるとすれば、警察官の集団暴行という重大な人権侵害を伴う事例であるだけに、本決定の本旨に添わないこととなる。」(三好幹夫『最高裁判所判例解説刑事篇平成8年度』146頁)との指摘を肝に銘ずべきであろう。

大津覚せい剤証拠排除事件(最判平15.2.14判タ1118号94頁)も、何故密接な関連性までなければ証拠能力が否定されないのか判然としない。確かに、本件の場合、窃盗事件に係わる搜索差押許可状によって、本件覚せい剤を発見し得た蓋然性が高いので、「不可避の発見の法理」により証拠能力を肯定することは可能であろう。しかしながら、本件覚せい剤使用罪を被疑事実として発布された搜索差押許可状による同搜索は、いかに司法審査を経ていようが、前の行為の違法を引き継いでいると言わざるを得ない。今後の判例・実務において、「密接な」という要件だけが一人歩きしないか恐れる所である。

(46) 住居侵入罪により守ろうとする法益は、居住権者の意思(プライバシー権)の尊重であると解される。その限りでは、居住権者がビラ配付を拒否していることが明確に表示されており、かつ公共のスペースとは言っても、各戸のドアの前まで来ているという状況があれば、表現の自由も(他の方法によるビラ配付も可能なので)、プライバシー権より後退する場合はあり得ると思われる。しかし、ビラ配付の目的が政治的表現であり、民主主義の側面より重要性が高いと捉えられる場合、あるいは実害自体がさほど生じていない場合にまで、身柄拘束や刑事罰により対処することは避けるべきである。本件各高裁の判断には、イラク派兵反対、あるいは特定政党宣伝のためのビラ配付であったことをもって、より積極的に刑罰でこれを封じようとする姿勢が見え隠れしているのであって、これは民主主義の本質を見誤った態度と言わざるを得ないであろう。

(47) 金澤文雄博士は、刑罰目的を多元的に捉えた上で(責任清算としての応報、規律的機能としての一般予防、再社会化としての特別予防)、刑事司法の各段階においてその目的の重要性が変わってくるとして、立法段階では上記三目的が追求され、裁判段階では責任清算と再社会化が追求され、行刑段階ではもっぱら再社会化が追求されるとする(『刑罰目的の多元化・発展的考察』『中山研一先生古稀祝賀論文集第4巻』。成文堂。平成9年。8頁以下)。

誠にその通りであると思われるが、全体のバックボーンとしては、刑罰の目的は、苦痛による規範の喚起と贖罪、更には犯罪者の再社会化にあると考える(被害者の赦

しと立ち直りは、その派生効果として生ずる)。

- (48) 林郁夫受刑者の判決で、裁判所は次の様に述べている。「…被告人は、極刑が予想される中、何ら臆することなく供述を続け、しかも、その内容は被告人にとって決定的に不利な事項にまで及んでいるのであり、包み隠さず、全てを供述しようとする姿勢は、被告人の反省、悔悟の念の深さを示している。また、真実を明らかにすることだけが自分に課せられた最後の使命であり、かつ、人間として当然の責任であるとして、自らの公判や共犯者の法廷において、真実を語り続け、悔悟・改悛の念、松本智津夫を盲信して犯行に及んでしまった悔しさ、情けなさ、さらには、被害者や遺族に対する申し訳なさから、嗚咽しながら供述し、時に号泣する被告人の姿に胸に迫るものを感じた者も少なくないであろう。『私は…やっぱり生きていちゃいけない…思っています』という被告人の言葉は、自己の刑責を軽減してもらおうなどという自己保身の意図は一片も窺われないのであって、まさに極刑を覚悟した上での胸中の吐露であって、被告人の反省、悔悟の情は顕著である」(判時1648号49, 50頁)。

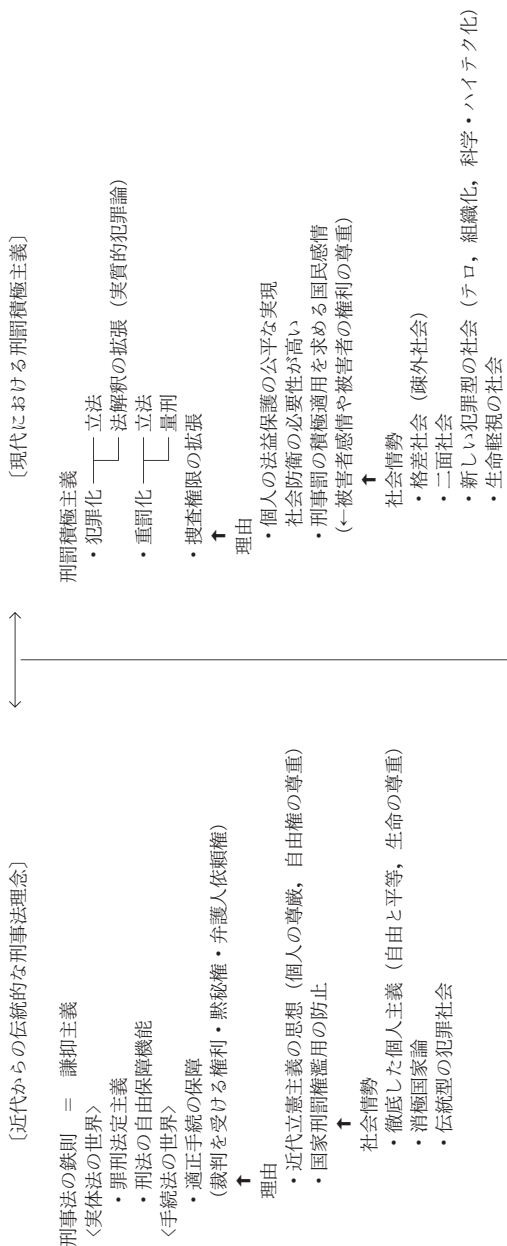
他方、池田小事件においては、当時の宅間守被告人は、遺族に対し何らの反省の言葉を述べることもなく(それどころか、同人の手紙等で、遺族や司法制度、社会に対し、揶揄や批判を繰り返し)、死刑判決の確定から1年を待たずに執行されてしまった。

- (49) もっとも、刑事法の鉄則と私が捉えるような刑罰の理念とは、矛盾しているように思われるかもしれない。犯罪を犯したことが明らかでない者が、黙秘権を行使し、弁護人を使って徹底した防禦活動に出ることは、改悛の情や贖罪意識が認められないと評価されても致し方ないのであるか。もとより、刑罰の理念・目的は、執行段階に至った刑罰自身の問題であるのに対し、刑事法の鉄則は、その前提(国家刑罰権行使に対するチェック)として確保されなければならないものだから、両者は峻別できるのであって何らの問題もない、とも解せられる。しかしながら、現実の問題の中で、両者は時に矛盾し、微妙な関係の中で連動している。従って、私たち刑事弁護人は、まずは刑事法の鉄則を遵守させ、その中で被告人の改悛の情の喚起に努めるべき困難な任務を負っていること、そして弁護方針の難しさを、常に自覚すべきであろう。
- (50) 死刑判決が安易に出される最近の傾向や裁判員制度の導入、死刑と無期懲役とのギャップが大きいこと等の事情に鑑み、俄に、「終身刑(絶対的無期刑)」の導入の議論が活発になされている。死刑廃止論者からも、必要な受け皿であるとして積極的肯定論が主張されている(例えば、菊田幸一『死刑廃止に向けて代替刑の提唱』。明石書店。平成15年)。しかしながら、終身刑を安易に創設することは、死刑も減らない、終身刑が安易に言い渡される、といった厳罰化に更に途を開くことになるであろう。又、終身刑では、刑事政策において最も重要な更生には全くつながらず、処罰不能の受刑者を徒に増やすだけであって賛成できない。自由刑の主たる目的は、あくまでも特別予防にあるべきだし、死刑廃止への過渡期的制度としては、むしろ死刑に対する恩赦の積極的活用とか執行猶予制度の新設等を探るべきであろう(人間は、自分を見つめ直すことにより変わり得る生物ではないだろうか。重大な犯罪を犯す者〔とりわけ少年〕は、自分自身と対峙する機会をほとんど持っていないかと思われる。大部

分の犯罪者は、判決言渡までにこれを実現できない。しかしながら、死刑囚となった後、多くの者は宗教や短歌等との出会いによって、自分を見つめ直す機会を持ち、改悛の情を抱いていくと聞いている。こうした人たちをいかに救うのか、それが「人道」ではないだろうか。無期刑を取り入れて、形式的に死刑さえ無くせばよいというものではないと思われる)。

- (5) 現代の刑事制度自体、厳罰を科して犯罪者を排除することで満足しているといっても過言ではないだろう。刑事鑑定も決して十分機能しているとは言えないし、それを含め、犯罪者の生育歴、病歴、環境、社会的状況をきちんと検証する場もない。刑事司法は機能不全に陥っていると言われても致し方ない所である(特集「殺意の矛先1～5」朝日新聞平成20年7月10日～13日。篠田博之『ドキュメント死刑囚』ちくま新書237頁等参照)。

◎刑事罰の存在意義と適用の限界（まとめ）



両者のバランスをどの様に実現するのか

- A 刑事法の鉄則を徹底して堅持する
- B 国民の処罰感情を可及的に尊重・重視する。
- C 事後の処罰を抑制しつつも、より個人の人權や自由の侵害が広く薄い事前的 (犯罪) 予防の手段を考慮する (但し、憲法原理による検証が必要)
- D 謙抑性を前提としつつ、やむなく刑罰を積極適用すべき場合を類型化し限定する。
- ※ AとBは両極の考え方だが、思考の基点はAに置くべきであろう。
- Cは、井田良博士の考え方である (『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 (上巻)』14頁参照) が、監視型・管理型社会へ移行して行かないか不安がある。
- Dは私見。