

資料
〔翻訳〕

デビッド・T・ジョンソン⁽¹⁾、四宮 啓⁽²⁾
「日本における刑事司法改革とその空白」^(訳註)

四 宮 啓 訳

第1 はじめに

日本の刑事司法制度に関して、研究者たちは二つの対立する描写をしている。一方は、犯罪者の更生、損害の回復、関係の修復、犯罪の抑制、そして正義が実現されていると描く⁽³⁾。この評価によれば、日本の刑事司法は「類をみないほど適正である」⁽⁴⁾。他方は、日本の刑事手続の問題点、すなわち長期間の濃密な取調べ、検察官に有利な手続法、予断と差別、誤判、そして公判前手続における説明責任と透明性の欠如に焦点を当てる⁽⁵⁾。この観点からは、日本の刑事司法は「異状で」⁽⁶⁾「病的でさえあり」、「絶望的である」。

規範的な結論はどうあれ、これら対立する見解は、実際的には二つの点で共通している。第一に両者は、日本の刑事司法担当官、とりわけ警察官と検察官は、広範な裁量権を持っていると認識している点である。第二に両者は、被疑者・被告人の権利は、他の先進工業民主国の刑事司法制度に比べて、不十分と考えている点である⁽⁷⁾。本論文の出発点は、この共通の基盤の上にある。

われわれはまず、他国の刑事司法手続と比べて、日本の刑事司法手続では、権利が必ずしも十分役立つものではなく、また広範でもないことを描くことから始めたい。日本の刑事司法の質をどう評価するかについては深刻な意見対立があるが、日本における「権利」が独特である、という点についてはおおよその合意があるのではあるまいか。第2においては日本の刑事手続における「問題点」を、第3においては「司法改革」がこれらの問題点のいくつかをどのように改革しようとしたのかを描く。また第4においては、日本における正義の改善に役立つことが明らかであるにも関わらず、改革されなかったいくつかの権利について議論する。最後に第5では、最近の改革を説明し、新しい改革が日本の刑事司法に与えるであろう影響について展望したい。

第 2 日本の刑事司法の問題点

日本では権利が問題になることがほとんどないという認識は、様々な分野で疑問が投げかけられてきた。その結果、「日本では権利はまったく、あるいはほとんど役に立たない」という広く行きわたっていた主張は、もはや信頼性を失った⁽⁹⁾。しかしながら刑事司法に関する限り、積極的に評価する者においてすら、刑事手続における権利の役割に関する主張において、同様に賞賛することはほとんど見られない。実際、日本の刑事司法の強みは、時として、理論においても実務においても、権利の弱さと不可避的に結びついたものとして考えられている⁽¹⁰⁾。ここでは、これまでの研究者が、日本の刑事司法において最も重大な権利の欠陥と考えてきたものを論じる。

この点に関する最も基本的な分析は、日本は、検察官の利益に近過ぎ、適正手続から離れ過ぎた、不均衡な当事者主義を採用している、というものである。実際、これは1998年にカリフォルニア大学バークレー校において開かれたショウ・サトウ会議から生まれた本のテーマである⁽¹¹⁾。そこでは、日本は「不平等な当事者主義」、「擬似当事者主義」、「協働的当事者主義」であると言われ、日本の司法は「統治のための社会統制の道具」であり、弁護士は「検察官の真の意味での対抗者ではなく」、被告人は検察官の対抗者というより「隔離された人質」であると言われている。同書の14の論文のうち12の論文が、日本の刑事司法は当事者主義の特質を十分備えていないことを批判している（残りの2つは、アメリカの経験について論じている）。誰一人として日本は旺盛な当事者主義であると議論する者はなく、特に著書の一人（高野隆）は、このように不均衡な制度は「文化や観念に関わりなく間違っている」と述べて、同書の主たる規範的特徴を表現している。

日本における権利の問題とは、より詳しくはどのようなものであろうか。理由と根拠は様々であるが、われわれが見る限り、最も深刻な権利の欠陥は次のとおりである。紙幅の関係で、それぞれ出典が十分でない点はお許しいただきたい。

1 不平等な当事者主義：一般的に言えば、日本の刑事手続は不公正なほど検察官に有利であり、特に公判前の捜査手続においてそれは顕著である。とりわけこの点が憲法31条に宣明されている適正手続の権利を侵害している。さらには、警察及び検察は、被疑者・被告人が権利を行使することを批判し、行使しないよう圧力をかけることもある⁽¹²⁾。

2 刑事弁護人：弁護人は、捜査段階において、自らの依頼者に十分アクセス

できない。彼らは取調べに立ち会うことができず、起訴前には接見が制限され、無資力者に対する国選弁護人は、起訴されるまで付されない（この時点までは日本のジョニー・コ克蘭でさえも為しうることが少ないのである）。より本質的には、弁護士数の少なさが、多くの刑事被疑者が効果的な弁護を受けることを困難にしている⁽¹³⁾。

3 取調べと自白：取調べは長期にわたり、濃密で、強制的である。その結果、多くの自白が、「強制の下で」、「長期の逮捕・勾留の後に」行われている⁽¹⁴⁾。

4 黙秘権：被疑者には、黙秘権を行使した後でさえも「取調べ受任義務」がある⁽¹⁵⁾。

5 自白排除法則：裁判官は、被疑者が否認もしくは自白を撤回した後でも、捜査段階において警察官や検察官が作成した被疑者の自白調書を日常的に証拠採用する⁽¹⁶⁾。一般的に言えば、自白排除法則の例外によって、捜査官は、違法に収集された自白でも許容されうる「空間」を取得している⁽¹⁷⁾。

6 保釈の権利：起訴前には保釈の権利はなく、起訴後でも否認する被告人には保釈が認められないのが一般である⁽¹⁸⁾。

7 証拠開示：検察官は捜査段階で作成した調書を弁護側に開示しないことが多く、裁判官はこれらの証拠の開示を減多に命じない⁽¹⁹⁾。

8 市民参加：一般市民が裁判に参加する余地はほとんどない。その結果、官僚（検察官と裁判官）が裁判手続を支配することになっている⁽²⁰⁾。

9 裁判官の公平性：判決に到達するために、裁判官は法廷において積極的に被告人に質問し、それゆえ裁判官は中立で受動的であれという当事者主義の原則に反する結果となっている⁽²¹⁾。

10 迅速な裁判：否認事件の公判は、終了までに数年から十数年かかる場合がある。これは憲法の迅速な裁判を受ける権利を侵害している⁽²²⁾。

11 受刑者の権利：有罪確定者は、一般の受刑者についても、また死刑囚についても、その処遇に問題がある⁽²³⁾。

12 被害者の権利：被害者の要望と利益は放置され、排斥されている。⁽²⁴⁾

13 透明性：最も根源的な問題は、日本の刑事司法制度は「あまりに外部からの検証が困難であるため、多くの問題点を指摘することが困難であることである。」⁽²⁵⁾

以上のような問題点にもかかわらず、われわれの見解は、同時に日本の刑事司法には「強さ」もあるというものである。しかしそれらは、権利を強化する改革によって後退するかもしれない。⁽²⁶⁾ それゆえ課題は、強さ（たとえば「真実の発見」、犯罪者の矯正、そして同種事件の均等な取り扱いなど）を犠牲にすることなく、日本の刑事司法手続を活性化させる権利問題をいかに改善するかなのである。

第 3 刑事司法改革

日本の刑事司法は、警察・検察への極端な権力の集中によって特徴付けられる。ここで述べる刑事司法改革の多くは、この影響と統制を、裁判官、弁護士、被害者、そして市民を含むより広い刑事手続参加者へ分散しようとするものである。「世界における近年の大規模な司法権の進展」は「民主政治 (democracy) から法律家政治 (juristocracy) へ」の変化と呼ばれている。⁽²⁷⁾ 日本において進行中の改革は、これに似た「官僚政治から法律家政治へ」の変化を示しているのかもしれない。それが「進歩」と言えるかは、今後の課題である。

権利は、常に、過去において蒙った被害を避けるために生まれる。現在、日本において誕生しつつある権利もその例外ではない。⁽²⁸⁾ 司法制度改革審議会が提言した改革は、三つの柱から成り立つ。⁽²⁹⁾ (1)司法制度へのアクセスの向上、(2)法曹養成制度の抜本改革を必要とする法曹人口の増大、そして(3)司法制度をより民主的にすることである。司法制度改革審議会の理念は「法の本質、法の支配がこの国の血肉と化」すことであり、日本国民が社会的責任を負う主権者として「統治主体」となるために「統治客体」であることをやめるよう促している。このようにして司法制度改革審議会は、一人ひとりの国民が、(1)司法制度を利用し、(2)質量ともに豊かな法律家の支援を受けながら、(3)法の支配の主体となることを提言している。⁽³⁰⁾

刑事司法における権利の改革は、二つの道を辿っている。一つは司法制度改革審議会意見に明記されたものであり、いま一つは明記されなかったものである。ここではまず前者のうちの二例（被疑者弁護制度と裁判員制度）を取り上げ、その後、司法制度改革審議会の枠組みからは外れたにも拘わらず進展した被害者の権利を取り上げる。⁽³¹⁾

1 刑事弁護人制度

刑事弁護人は、当事者訴訟が機能するための鍵である。なぜなら、多くの権利の触媒として機能するのは弁護人だからである。この原則は、憲法37条3項において次のように認識されている。「刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。」。しかしながら、捜査段階においては、起訴にいたるまで、日本の貧困な被疑者は、人身の自由と弁護人選任権を奪われてきた。“the accused” という用語が「公判段階の被告人」の意味であると解釈されてきたゆえに、嫌疑をかけられた者が裁判所に弁護人の選任を求めうるのは、起訴後のみであったのである。⁽³²⁾

日本弁護士連合会（以下「日弁連」と略称する）、単位弁護士会、そして多くの学者は、捜査段階における被疑者の隔離は時として虚偽自白を生むとして、この実務を批判してきた。この問題を解決するために、日弁連と単位弁護士会は、当番弁護士制度を創設した。この制度によって、身体拘束を受けた被疑者は1回の法的助言を無料で受けることができ、その後当該ケースについて弁護人を選任したい場合には法律扶助協会が支援する。当番弁護士制度発足の1992年には5,654人の逮捕もしくは勾留された被疑者が当番弁護士の派遣を要請した。同年の勾留請求人員は77,655人であるから、その約7.3パーセントにあたる。そのうち弁護人を選任したのは、2,448人（3.2パーセント）であった。10年後の2002年には、54,181人の被拘束被疑者が当番弁護士を要請した。同年の勾留請求人員は129,345人であるから、その約41.9パーセントの資格のある被疑者が当番弁護士を要請し、うち10,269人（7.9パーセント）が弁護人を選任している。1992年と比して2002年には当番弁護士制度の利用は（事件数の増加に伴って）約10倍になっている反面、この制度は、弁護人選任権のほんの一部を実現するに過ぎない点で、刑事弁護制度として重大な限界がある。⁽³⁴⁾ 当事者間の力は依然としてアンバランスであり、長期間の勾留と取調べは継続し、虚偽自白の可能性は依然として存在するのである。

司法制度改革審議会は、「刑事司法の公正さの確保」のため、公的被疑者弁護制度の導入を提言した。この観点からは、「被疑者・被告人の権利を適切に保護することが肝要であるが、そのために格別重要な意味を持つのが、弁護人の援助を受ける権利を実効的に担保することである」。司法制度改革審議会は、また「充実した迅速な刑事裁判の実現を可能にする上でも、刑事弁護体制の整備が重要となる。」と強調している。⁽³⁵⁾

新たな弁護制度を創設する二つの法律が、2004年5月に国会で成立した。一つは、公的弁護制度を被疑者段階に拡大する刑事訴訟法の一部を改正する法律であ

り、もう一つは、公的弁護を担う組織を創設した総合法律支援法である。新しい制度の下では、対象となる被疑者は、以下の状況において公的弁護人の援助を受けられることができる。

- ① 検察官が裁判所⁽³⁶⁾に勾留請求するか、勾留されている場合
- ② 新法施行日から2009年までは、死刑、無期もしくは短期1年以上の拘禁刑に処せられうる罪名で勾留もしくは勾留請求されること。この移行期間では、予想件数は約9,000件である。2009年のある時期（新法公布後5年以内）、対象犯罪の法定刑の下限は、「短期1年以上」から「長期3年を超える」に拡大される。その結果、対象事件数は約90,000件に上ると見られている。
- ③ 被疑者は特別の資力要件を充たさなければならない（また資力申告書を提出する必要がある^(36,2)。）。

新しい弁護制度は、日本司法支援センターと呼ばれる独立行政法人類似の団体によって運営される。刑事弁護を提供し、弁護過疎地域に弁護士を派遣することに加え、日本司法支援センターは、法律相談、民事法律扶助、犯罪被害者支援も行う。参加する弁護士は、センターとフルタイムあるいは事件毎に契約する。

この新しい制度は、憲法37条が述べる「被告人」の意味に関する議論を避けつつ、捜査段階における勾留された貧困な被疑者に対する法的援助を提供する。さらに、日本司法支援センターには、刑事弁護の専門家を養成することが期待されているため、弁護士は、「有能な弁護士 (competent counsel)」であるべしとの憲法の要請に答えられなければならない。このように、弁護人の援助を受ける権利は、憲法に約束が明記されて以来60年を経過して、ようやく現実のものとなったのである。もちろん、新しい制度は、ただちに有能で効果的な弁護を当然に保障するものではない。なぜなら、弁護の質は、制度が実際にどのように設計され、また運営されるかにかかっているからである。この点に関して最も重要な事柄は、(1)財政、(2)独立性、そして(3)訓練が、十分に保障されることであろう⁽³⁷⁾。

2 裁判員制度

日本の一般市民が刑事手続にどのように参加すべきかに関しては、長い間議論されてきた。日本には、1928年から1943年まで、刑事陪審制度が存在した。1943年の「陪審法ノ停止ニ関スル法律」には「陪審法ハ今次ノ戦争終了後再施行スルモノトシ」と記載されているが⁽³⁸⁾、政府は60年以上もこの約束を果たさずに来た。

陪審制度は、主に二つの理由から支持されてきた。一つは刑事被告人の基本的権利として、そしていまひとつは、国民が自らの事柄を自ら統治する市民の権利としてである。司法制度改革審議会⁽³⁹⁾は、刑事司法への国民参加を政府に提案するに当たり、次のように述べている。

21世紀の我が国社会において、国民は、これまでの統治客体意識に伴う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ことが求められている。国民主権に基づく統治構造の一翼を担う司法の分野においても、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、多様な形で参加することが期待される。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、司法と国民との接地面が太く広くなり、司法に対する国民の理解が進み、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になる。

司法制度改革審議会は、このように、裁判員制度はまず、被告人の権利というより「国民の権利」であると主張し、また「被告人が裁判官と裁判員で構成される裁判体による裁判を辞退することは、認めないこととすべきである」と論じた。

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下「裁判員法」）は、2004年5月21日成立し、同年5月28日公布された。同法は、公布の日から起算して5年以内（おそらくは2009年4月1日ころ）に施行される。新しい制度の主たる内容は次のとおりである（条文は裁判員法）。

- ① 対象事件は (a) 死刑又は無期の懲役若しくは禁錮に当たる罪に係る事件、(b) 法定合議事件であって故意の犯罪行為により被害者を死亡させた罪に係るもの、である（2条1項）。統計によれば、毎年約3,000件の裁判員裁判が開かれると考えられている。
- ② 裁判員候補者は、投票権利者名簿から無作為に選ばれる（13条）。しかし多くの職業による就職禁止事由が存在している（15条）。加えて、裁判員は1件だけ担当する（48条）。
- ③ 裁判体の構成は、3人の職業裁判官と6人の裁判員とからなる。しかし、事実に争いがなく、当事者に異議がなく裁判所も相当と考えた場合には、1人の裁判官と4人の裁判員で構成する裁判体も認められる（2条2項、3項）。
- ④ 事実認定、法の適用そして量刑に関する権限は、裁判官と裁判員とで対等である。しかし法の解釈と手続的な決定は裁判官のみが行う（6条）。
- ⑤ 公判前整理手続が義務的である（49条）。
- ⑥ 評決は単純多数決であるが、裁判官、裁判員いずれも最低1票が必要である（67条）。

裁判員制度を「国民の権利」としてデザインしたことに対しては、被告人の権利を放置するものであるとの批判もある⁽⁴⁰⁾。しかし、この懸念は必ずしも当たっていないと思われる。なぜなら、裁判員制度の導入そのものが、刑事司法の変化を生み出すであろうからである。

実際、判断過程に非専門家が参加し、しかも彼らが無作為に選定され、1件だけ担当することによって、被告人の利益はさまざまな方面でより守られることになる。⁽⁴¹⁾ もっとも重要なことは、調書の利用が減少し、取調べもより透明性が増すことである。⁽⁴²⁾

第一に、日本の刑事司法においては、調書はしばしば、公判における口頭の証人尋問に代わるものである。多くのケースにおいて裁判官は、これらの記録を法廷から持ち出し、裁判官室や自宅で精読するのである。この記録の読み込みによって事実が認定され、量刑が決まる。このような判断方法は、捜査官側から見れば極めて効果的で能率的であるから、警察官、検察官は捜査段階において、膨大な調書を作成するのである。上述のように被疑者弁護人が不在であることと相俟って、調書に対する過度の信頼は、長期に亘る、侵入的で、威圧的な取調べへの誘因を形成する。その結果、いくつかのケースで、虚偽の自白が生まれるのである。

裁判員は、このような「記録を持ち帰る」実務を行うことはできないであろう。しかしながら、裁判員法は調書の使用を禁止しなかったから、三つのシナリオが考えられることになる。第一は、現在の実務とほとんど変わらず、調書を読む裁判官が、調書を読まない裁判員を支配するというシナリオである。第二は、裁判員自身が読んだり、検察官が朗読する内容を十分理解できるように、調書がより概略的で薄いものになるシナリオである。第三は、法廷から調書がなくなる、というシナリオである。われわれは、裁判員の出現によって、調書は法廷から姿を消すことになると考え。他方、もし何も変わらず、裁判官が現在のように法廷外で調書を読むことが続けられるとすれば、それは、「広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与する⁽⁴³⁾」という新しい裁判員制度の基本理念を損なうことになるであろう。

詳密でない、薄い調書は機能するか。最高裁判所、法務省そして日弁連による二つの実験がそのあり方を示しているだろう。2004年の1月と7月、これら法曹三者は、法的なバックグラウンドを持たない職員を模擬裁判員として招き、模擬裁判員裁判を行った。裁判を終えると、全員の「裁判員」が、検察官の調書の朗読は、理解しづらかったと述べた。つまり、裁判員法は調書を廃止はしなかったものの、市民参加は検察官と裁判官に、ケースの事実は調書ではなく公開法廷における証人尋問を通じて認定すべきであるという、刑事訴訟法が明記する原則を尊重させることになりそうだ。

もしわれわれの予測が正しいとすれば、裁判員は、捜査にも影響を与えるであろう。佐藤英彦元警察庁長官は、2001年3月27日、司法制度改革審議会において意見を述べている。⁽⁴⁴⁾ 現在の「膨大で詳密な調書」への依存について尋ねられた佐

藤は、典型的な窃盗事件で作成される調書の丁数が、20年前の同種事件と比べて3.4倍になっていると述べたが、「警察でわざわざ細かく、たくさん書類をつくりたくてつくっていることではない」。しかし「私たちの推測は、やはり裁判の緻密化、精密化というところから、検察官の判断が非常に慎重にならざるを得ないという問題が生じ、また、検察官が公判廷に出す検察官調書というものを作成するに当たっての資料としての警察の調書というものもまた、詳細なものにならざるを得ないという流れではなからうか。」と述べた。必要は、時として「発明の母」なのである。もし「必要」とされるものを改めることができれば、日本的な取調べの目的と特質もまた、改まるかもしれない。

裁判員制度による調書の重要性の低下は、検察官手持証拠の被告側への開示の拡大にも資するであろう。2004年の刑訴法改正前は、検察官は、公判において請求予定の証拠以外は開示義務を負わなかった。被告人には証拠開示請求権はなく、多くのケースでは裁判官は、訴訟指揮権による裁量的開示命令に積極的ではなかった。もし裁判官が、長年続いたように証拠開示に消極的であり続けるとすれば、裁判員裁判の成功のために不可欠な連日的開廷は不可能になるであろう。実際、証拠開示に関する刑訴法改正法⁽⁴⁵⁾が2005年11月から施行され、裁判員裁判だけでなく、公判前整理手続に付されるすべての刑事事件に適用されることになっている。証拠開示に関する新しい権利が与えられ、新法によって、検察官が被告側に開示しなくてもよい証拠の量は減少するであろう。さらに、裁判官は、同僚となる裁判員を前にして、できるだけ公平・公正に裁判を運営することが必要となろう。つまり市民参加は、公判が効率的に、公平に、そして透明に進行できるように、裁判官に一層の証拠開示を命ずるよう促すであろう。

このことが既に始まっている証拠がある。裁判員法や改正刑訴法の施行前に、地方裁判所裁判官の中には、明らかに近時の改革に影響を受けて、第一回公判期日において検察官に対して被告側への証拠開示を命ずるようになって⁽⁴⁶⁾いる。この、証拠開示の範囲を拡大する裁量権の行使は、とりわけ東京地裁において顕著⁽⁴⁷⁾である。

第二に、裁判員制度は、警察官や検察官による被疑者取調べの録画・録音によって、もう一つの透明性を向上させるであろう。後に第4で述べるように、司法制度改革審議会意見が手を着けなかった「聖なる港」のひとつは、取調べという重要な領域である。要するに、日本式の捜査は、警察と検察による被逮捕者、被勾留者への取調べに典型的に表れている。それは、弁護人の立会いなく、録音・録画なしに、時として一日10時間から12時間に及び、それが23日間あるいはそれ以上続くのである。このような取調べの結果は、取調べの言葉によって、調書に要約される。

司法制度改革審議会意見、裁判員法、そして刑訴法改正法は、この手続については何も変えなかった。現在は、被告側が調書は「任意性に疑いがある」としてその排除を求めた場合、裁判官は、判断するために取調官と被告人を尋問するだけである。この判断は、何人かの裁判官が認めているように、極めて困難である。⁽⁴⁸⁾ 調書の許容性については裁判官だけに判断権限があるとしても、一旦採用されれば、その信用性は裁判官と裁判員が共に判断するのである。したがって、もし検察官が被告人の調書は信頼できると説得したいのであれば、その主張を支える客観的な証拠を示さなければならなくなる。興味深いことに、従来 of 制度の下では客観的証拠を求めることはなかった裁判官までもが、よりよい⁽⁴⁹⁾ 真実発見のために、取調室における録音・録画の導入を支持し始めているのである。警察や検察の中には、23日間も続く取調べをどうやって記録できるのだと主張するものもある。⁽⁵⁰⁾ 彼らの懸念は、取調べ期間を短縮することに役立つかもしれない。かようにして、市民参加は、間接的に、日本の刑事手続において最も重要かつ最も閉ざされた取調室のドアをあけることを容易にするかもしれないのである。

前述のとおり、日本の裁判員制度導入による改革は、被疑者・被告人の権利への配慮が不十分であると批判する者もある。われわれは、これらの懸念のうちいくつかを共有するものである (第 4 参照)。しかしながら、新しい法律に明確に書き込まれた「書かれた権利」だけを認識するのではなく、「隠れた権利」及び、新しい法律の影響の下で法律家と裁判員が協働するとき生まれる新しい規範にも注目することが重要ではなからうか。

3 被害者の権利

日本の刑事手続において、これまで被害者が疎外され、蚊帳の外に置かれていたという認識は、1995年のオウム真理教事件以降、急速に広まった。にもかかわらず、司法制度改革審議会意見は、被害者の権利に関して、具体的な提案をしなかった。それは以下のように述べたに止まった。

刑事手続の中で被害者等の保護・救済に十分な配慮をしていくべきであり、そのために必要な検討を行うべきである。併せて、被害者等への精神的、経済的ケアをも含めて幅広い社会的な支援体制を整備することが必要である。⁽⁵¹⁾

しかし、審議会意見に具体的に述べられなかったということは、権利改革からの脱落を意味するものではなかった。むしろ、被害者の権利は、審議会意見とは別の途を辿ったのである。2000年にいわゆる被害者保護二法が国会で成立した。これによって被害者は多くの権利を取得した。たとえば；

- ① 公判における証人尋問の際、適切な付き添いを得、被告人や傍聴人から遮蔽され、ビデオリンクにより別室で証人尋問に応じること
- ② 性犯罪の告訴期間の撤廃
- ③ 裁判所に被害者の意見陳述を求める権利
- ④ 事件記録の閲覧謄写権

被害者保護運動は、被害者の保護が国の重要な義務であることを明らかにするために、与野党問わず政党に働きかけを行った。たとえば、2004年12月には犯罪被害者等基本法が制定された。この法案は、2004年11月17日、内閣によってではなく（このようなケースでは通常は内閣から提出されるが）、議員立法として国会に提出された。衆議院は審議を省略し、翌日可決した。そして参議院内閣委員会は2004年11月30日に審議し（同日可決）、参議院は翌日に可決成立させた。⁽⁵²⁾

犯罪被害者等基本法は、被害者の権利の基本原則として、被害者は個人として「尊重され、敬意をもって扱われる」と宣言している。法は政府に対して、被害者を保護し、要望に応じるための総合的な施策を増進するための基本計画を策定する義務を課した。また相談、私的もしくは公的な補償の支援、心理的医学的ケア、安全、住居、雇用等の具体的な施策を宣言した。この法は、中央及び地方政府に、被害者が刑事手続に参加することを支援するよう促している。同法22条は、政府に私的な被害者支援団体を援助することを奨励し、同法18条に従い、法務省は、被告人を直接質問できるなどの被害者の刑事訴訟への参加について研究を始めた。⁽⁵³⁾

被害者の権利はここで止まらなかった。保護は、今や「将来の犯罪被害者」⁽⁵⁴⁾のためにも創設されている。2004年11月、奈良県において発生した6歳の少女に対する誘拐殺人事件では、被疑者に2件の性犯罪の前科があったことが、世論とメディアの関心呼んだ。現在、性犯罪者が刑務所を出所する際、名前と住所を警察に通報する動きが進んでいる。このようにして、メガン法は日本において子孫を作り出すかもしれない。実際、2005年1月には、自由民主党の法務委員会は、(1)メガン法の日本への導入、(2)幼児虐待に対する処罰の引き上げ、の可能性について検討を始めることとした。また刑務所出所者の情報を持つ法務省は、警察庁からの要求に応じて、性犯罪者の出所者に関する情報を警察に提供することとした。警察庁は、開示を受けた情報を公開しないとしている。⁽⁵⁵⁾

犯罪被害者の権利に関する運動は、特有の支援構造を持っている。たとえば、被害者支援を目的とする団体は、他の刑事司法改革の支援団体と比べ、より規模が大きく活発である。たとえば、1998年に全国被害者支援ネットワークが設立された際、それは警察と8つの地方団体によって支援されていた。今日では支援団体は、35都道府県にわたる37団体となり、ネットワークは、広範な私的団体から

寄付を受けている。

犯罪被害者等基本法は2004年に成立したが、同じ年に刑法の重罰化が行われた。その4つの柱は、①有期刑の長期を15年から20年に、併合罪についてのそれを20年から30年に引き上げ、②殺人罪の有期刑の下限を3年から5年に、傷害致死のそれを2年から3年に引き上げ、③集団強姦罪を新設し、④重大犯罪に関する公訴時効を延長したことである。

被害者の権利保護立法と重罰化の結合は、重要な疑問を提起する。他の改革においては司法制度改革審議会が改革の設計図を示したが、そのような設計図なしに、改革の振り子は被害者の要求と利益の方向に振れ過ぎていないであろうか。日本の司法改革において「改革の空白」に目を向けると、その問題点が明らかになってくるのである。

第4 改革の空白

司法制度改革審議会意見は、日本の司法改革の指針の野望について、次のように締めくくっている。提言は「壮大」で、「司法制度の全般にわたり、利用者である国民の視点から、その根幹にかかわる大幅な改革を提言するものである。⁽⁵⁶⁾」。このレトリックは、言葉どおりとはいかないように思われる。現に刑事司法に関する限り、その改革の動きは、改革の対象とされるべき問題のいくつかは議論することは全く困難である、という感覚に縛られていたからである。議論されなかったものとして2点が際立つ。第一に、警察は検討を免れた。第二に、日本の刑事司法の核心である自白が、引き出され、組み立てられる捜査手続を変革しようとする努力は、ほとんど見られなかった⁽⁵⁷⁾。これらを除外したことは、本来あるべきもの、またありえたものと比べて、今次司法制度改革の重要性を減少させてしまった。

1 警察

日本の司法制度改革は、合理的な理由なく、警察の問題を省略し、改革課題から除外した⁽⁵⁸⁾。われわれはこの事実を、数多くの裁判官、検察官、大学教授、そして弁護士に指摘した。多くの人がわれわれの評価に同意する一方で、そのことに困惑しているようには見えなかった。ある返事が際立って共通していた。彼らはこう言うのである。「日本では、『司法』という言葉は、裁判官、検察官、弁護士という法曹三者を指すのである。したがって、『司法改革』とは、警察に関することではない。」。

この回答は、二つの理由で説得力がない。第一に、刑事訴訟法において警察官

が「司法警察員」と呼ばれている事実を放置している。第二に、より根源的に、「定義で止まること」は、刑事司法がどのように機能し、これをいかに改善するかに関する思考を停止させてしまうからである。

司法制度改革について法社会学的アプローチをしていれば、放置された警察に関する問題を提起するために、「司法」の定義問題に具体化されているような、当然とされる前提を超えることができたかもしれない。とりわけ、日本の警察については、4つの事実が明らかである。それは、彼らは、強大な権力を持ち、しばしばその権力の行使を誤り、透明性にも説明責任にも欠け、それゆえ、司法制度改革が渴望する「法の支配」に対する継続的な障害であり続けている、ということである。だからこそ、警察は司法制度改革の中心課題となるべきであったのである。⁽⁵⁹⁾

(1) **警察の権力** アメリカの刑事司法における裁量権の半分以上は、警察によって行使されていると考えられている。正確な割合がどうあれ、刑事司法において「誰がどんな罰を受けるか」は、ほとんど警察によって決定されている。この点で、アメリカの刑事司法は「裁判なき正義」であり、実務家、改革主義者、そして刑事司法制度の利用者は、警察が法廷の外で何をしているかについて、当然のことながら関心を抱いている。⁽⁶⁰⁾

日本では刑事司法は、さらに「裁判なき正義」といえる。なぜなら、多くの日本の裁判は、警察と検察の決定を「確認する」「儀式」ともいえるからである。実際、「刑事手続の真の実体」そして日本の刑事手続の「真に独特の性質」は、警察によって支配されている捜査にあるのである。日本と同程度に警察の権力が強大である民主主義国を、われわれは知らない。日本における刑事司法を特徴づけるさまざまなレッテルがこれまで使われてきた。「精密司法」と「検察官司法」が最も有名なものであるが、全てをもっとも雄弁に物語る「警察司法」というレッテルは、まだその真価が認められていないようである。⁽⁶²⁾

(2) **警察の行動** デビッド・H・ベイリーは、次のように述べたことがある。

ある国における国民合意の大部分は真実を表しているとすれば、日本の警察の行動は、驚くほど良い。職権濫用事件は少なく、アメリカの基準によれば誤りは些細である。悲観的なアメリカ人からすれば、個々の警察官の行動—個人にしる組織にしる—がすべて分かっているのかと疑うが、警察の行動は必ずしも、繰り返し、抜本的改善が必要はないという可能性について考え始めるべきである。⁽⁶³⁾

この見解がかつては成り立ったとしても、もはや今日では無理であろう。⁽⁶⁴⁾ ベイ

リーの著作後、あまりに多くの好意的でない事実が明らかにされたため、日本における警察の行動は、まさに「抜本的改革が求められている」のである。われわれの見解は、他の多くの観察者と同様、日本における警察の行動は、もともと決して良いとは言えない、というものである。警察のお粗末な行動の証拠は、あらゆる領域で明らかである。たとえば、検挙率は、部分的に急激に低下しているが、それは、警察のスキャンダルによって、過去にやっていたような「統計をごまかす」ことが困難になったからであり、汚職（数億円に及ぶ「裏金」作りを含む）、（次項で検討する）取調べの際の暴力などである。

(3) **警察の説明責任** 日本の警察は、検察、裁判所、政治家など外部の機関や、市民に対して説明責任を果たしていない。研究によれば、ごく少数の例外を除いて、政府機関は義務があるときにのみ法に従って行動するのであり、これは不幸なことである。⁽⁶⁵⁾

第一に、日本の検察が、警察の不祥事に対して寛大であることは有名である。それは、検察が起訴し公判を維持するために必要な情報を警察に依存していることが大きい。伊藤栄樹元検事総長の、警察による日本共産党への違法盗聴についての有名な「寓話」⁽⁶⁶⁾はまさにこの点の核心を衝いている。伊藤は、捜査を厳しく行えば、警察の反発を招き、対立の下で「われわれが勝てる保証はなかった」と述べている。

裁判官について言えば、警察は自分たちの行動に関して、「司法的抑制について重大な恐怖を抱いていない」。裁判官の司法的抑制の機会間接的で事後であるために、警察をコントロールする力が限定されている。警察に対する不利な判断は、極めて稀である。⁽⁶⁸⁾その結果、司法審査は、警察活動の規制ではなく、多くは正当化する機能を果たしている。

同様に、日本の会計検査院は50年以上に亘って、すべての警察本部の会計検査を行ってきた。組織的な裏金作りの明らかな証拠があるにもかかわらず、検査院は、不正会計を1件として明らかにしたことがない。警察が関与するところ、この番目は眠るのである。政治家もまた見てみぬ振りをする。なぜなら、警察の不正を暴こうとすれば、彼ら自身の不正が明らかにされてしまうおそれがあるからである。その結果、「誰もが警察を恐れるが、警察は誰も恐れない」⁽⁶⁹⁾のである。

市民の監視について言えば、政治的圧力から独立した警察活動を確保するために、中央及び地方の公安委員会が第二次世界大戦後に創設された。これらの機関は、知事もしくは内閣総理大臣から任命された市民によって構成されているが、残念なことに、ほとんど無能である。メンバーは、コミュニティーの年長で保守的な人々—経営者、医師など—が多く、警察関係の経験も専門性もなく、また調

査するためのスタッフもオフィスもない。公安委員会は事実上、警察によって運営され、コントロールされており、会議はほとんどが「無意味な儀式」なのである。1999年に始まったスキャンダルの波の結果、警察法が改正され、公安委員は警察に対する広範な調査ができるようにするとのことである。しかし改正はうわべだけであり、大きな変化の促進に結びついてはいない。より野心的な改革は、少なくとも、元警察官僚で派閥の代表である亀井静香のような保守的な政治家たちによって避けられてきた。彼らは、警察のことは警察に任せるべきだ、なぜなら「警察を取り締まるというのは奇妙なことだからだ」⁽⁷¹⁾、と信じているのである。しかし、他の民主主義国では、現に参考になる市民による有益な監視例が多く存在するのである。⁽⁷²⁾

最後に、日本における警察に対する公的抑制の弱さは、ジャーナリズム、学界その他の外部監視によってもほとんど補われていない。「誰が日本の警察をコントロールするのか」と問うのであれば、「答えは単に、警察は、公式の組織的な意味では完全に自治組織であり、最終的には、警察庁のトップに対してのみ責任を負っている。」⁽⁷³⁾のである。

(4) 法の上に 民主警察の二つの特徴が透明性と説明責任であるとするれば、日本の警察にこの二つの特徴がほとんどないということは、それが著しく非民主的であるということになる。同様に、国民の間における議論や討論が成熟した民主主義の特徴であるとするれば、日本の政治形態は、未だ発展途上ということになる。司法制度改革は、警察の諸問題もしくは問題状況についてほとんど口を閉ざした。外部からの圧力もなく、警察は、上記の諸問題に前向きに対処するよりは、その沈黙のルールを強化することや、彼らの組織を外部監査から絶縁することに一層関心を示しているのである。このように、呑気な外部者と頑固な内部者という現状では、司法制度改革は、法の支配によって統治される警察を作ることではできないであろう。法の支配は、司法制度改革審議会が強調するところによれば司法改革のゴールであるが、放置された事実は、様々な重要な面で、警察はその上に、そしてその外に立ち続ける、ということである。

2 取調べと自白

取調べ室内で起こっていることは、極めて重要である。なぜなら、日本の刑事司法は自白に深く依拠しているからである。⁽⁷⁴⁾ われわれの見解では、この点がかつとも重要な改革の空白である。

自白は、一方では、日本の刑事司法の核心である。それは、制度の中で事件を循環させるポンプの役割を果たす。警察と検察は、ひたむきに自白を追求する。

実務上、裁判官も、有罪判決をするために自白を求める。そして自白は、制度に関与するほとんどすべての人々から、「証拠の王であり女王である」と考えられている。同時に、自白は、日本の刑事司法における目的達成の必要条件とされている。実際これは、日本の刑事手続の最も重要な基本条件であり、制度全体を動かす前提⁽⁷⁵⁾である。自白がなければ、真実、一貫性、有罪、矯正、そして正義がないのである。

問題は、自白の獲得は容易ではない場合があり、事件が重大で、容疑が濃厚で、被疑者が有罪であることを自認しない場合に、重大な懸念が生まれる。このような状況では、事件から手を引く選択はありえず、自白に極度に依拠するシステムは、自白を獲得するために極度に努力しようとするのである。ある殺人事件の捜査を担当した警察官は、次のように告白している。「われわれは11日か12日間、(被疑者を)厳しく追及した。われわれは、出来る限り眠らせないようにした。肉体的にも精神的にもくたくたに疲れさせた。ひどいかもしれないが、それしか方法はない。(なぜなら、被疑者は否認していたからだ。)⁽⁷⁶⁾」。別の警察官は次のように認めている。「本当に任意の自白などない。(被疑者は)喋らなければ、飯も食えず、タバコも吸えず、家族にも会えない⁽⁷⁷⁾」。

これらの言葉によれば、日本の警察の中には、刑事被疑者の意思を威圧しようとしている警察官がいることを示している。「自白を獲得しなければならぬ」という姿勢は、あまねく行渡っているばかりでなく、取調べの理想や憲法の「供述を強要されない」という原則とも相容れない。

極めて権利侵害性の高い多くの警察の行動は、二つの関連する事実から生まれている。それは、制度が有罪の自認に圧倒的に依存していることと、取調べ室における警察権力の抑制が欠如していることである。長時間に及ぶ濃密な取調べ、黙秘権行使が告げられた後でも続く取調べ受忍義務、自白しない者には保釈が認められない実務、そして弁護人の限られた役割など、日本における取調べのこれら諸条件は、「威圧された意思」が、単なる個別の問題以上のものであることを意味している⁽⁷⁸⁾。日本の裁判所はこの点を認めることにこれまで消極的であったが、国連はそうではない。国連はこれまで、取調べの時間の長さ、場所、そして使われる方法が自由権規約違反であること、また証拠に関して自白への過度の依存、また被告側への証拠開示の不適切さについて、繰り返し、日本を非難してきた。日本の卓越した学者の一人の言葉によれば、日本は「国連の勧告を永久に無視し続けることはできない⁽⁷⁹⁾」。

取調べの問題の解決のためには、自白への過度の依存を改めることであると主張する者もいる。言うは易く、行うは難し、である。このように深く埋め込まれた規準を変えることは難しく、どのような改革にも時間がかかるであろう。関連

して、取調べによる自白獲得の実務に代えて、代替的な制度（たとえば答弁取引）を創設する提案もある。⁽⁸⁰⁾しかしこの解決方法もまた、手ごわい障害に直面する。何よりも先ず、多くの日本の人々は、司法が「取引の対象となる」ことに抵抗する。⁽⁸¹⁾さらには、捜査官により強力な法的手段を与えることは、日本の当事者主義における政府と被疑者・被告人との間の極端な力の不均衡をさらに悪化させる可能性がある。これらの理由から、自白への依存を緩和することは、おそらく長く困難な道のりとなるであろう。

現状では、日本の刑事司法における最も重大な問題の最も魅力的な解決手段は、身体拘束下のすべての取調べの記録を義務付けることである。これは新しい裁判員制度によって間接的に推進されるかもしれない（上記第3.2参照）。残念ながら、この義務には、司法制度改革ではあまり直接の関心が示されることはなく、変革への控えめな働きかけは、警察と検察の抵抗によって打ち破られてしまった。

取調べをテープに記録することに対しては、反対できる良い理由はない。何よりも、これは「真実」を記録するための手段であるから、記録は、日本の刑事司法の重要な目的に貢献するはずである。取調べの記録化は、また刑事手続のあらゆる関与者の利益に資する。それは、違法な取調べ方法を止めさせることで被疑者や弁護人の利益となり、それによって、虚偽自白と誤った有罪に対する防御となる。警察にも利益となる。なぜなら、記録を残すことによって警察の取調べ方法が適切であったことを示すことができ、虚偽の批判から自身を守ることができる。より重要なことは、記録化は、自白の任意性と信用性を判断するための情報を提供することによって検察官と裁判官に資する、ということである。このようにして、取調べの記録化は、事実認定の正確性、適正手続、透明性、説明責任、そして司法制度に対する国民の尊敬という諸目的を増進させる。記録化は、これらの目的を実現するだけでなく、アメリカの警察の経験によれば、記録化を行っている警察署の大多数が、警察実務の向上につながったと考えていることが明らかになっている。

「言わせる」という日本語の表現には、「自由に言う」という意味と、「言うように強制する」という意味がある。取調室内では、この二つの区別は厳に維持されなければならない。取調べのテープによる記録化は、取調室の外にいる人々に、この重要な区別を明確にし、区別することを可能にする。それを警察に任せてはならないのである。テープは、取調べの過程で何が起こったのかについて、客観的で、包括的で、検証可能な記録を提供する。この記録によって、被疑者・被告人、裁判官、裁判員、警察、検察、そして国民などあらゆる関係者が、取調べ過程とそこで生まれた供述について、情報を十分に与えられた判断を行うこと

ができるのである。⁽⁸²⁾

これらの多くの長所によって、テープによる記録化は、イギリス、イタリア、フランス、オーストラリア、カナダ、台湾、アメリカの 6 州と数多くの都市において、義務化され、あるいは一般的な実務となっている。日本にとっても、これ以上に、誰にとっても利益のある改革を考えることは困難であろう。司法制度改革審議会は、「被疑者の取調べが適正を欠くことがあってはならず、それを防止するための方策は当然必要となる。」と認めている。⁽⁸³⁾ 残念ながら、そこで考慮された唯一の方策は、取調べ官に、取調べ日、時間、及び取調べ状況の書面による記録を義務付けることであった。警察及び検察は、書面による記録は、彼らの取調べ実務に「客観的な」検証となると主張しているが、鶏小屋を狐に守らせるのでは、客観的検証は不可能であろう。取調べの客観的な記録がなければ、捜査官は、立件と有罪という彼らの目的に役立つ方法で、何が起こったかを作り上げることができるのである。この過程では、真実は極めて容易に捏造され、間違いが持ち込まれ、隠蔽されうるのである。

安価で信頼性の高いテクノロジーが発達したこの時代に、記録化に反対することは正当化され得ないであろう。テープによる記録化は、行うべき正しいことである。正確に言えば、日本の刑事司法が密室の取調べ室で起こったことに余りに依存しすぎているがゆえに、テープによる記録化は、法の支配の価値を増進させるために、極めて重要な改革なのである。

第 5 結論

日本の刑事司法においていくつかの改革が行われたが、他方、とりわけ捜査段階における警察権力に影響を与えるものは、実際、取り残されたままである。この結論部分では、冒頭に、なぜこれらの改革が行われなかったのかを示したい。次に、今次の改革は正義を後退させることになるのかについて、そして最後の部分では、将来のあるべき改革の条件について検討したい。

1 合理性、権力、そして改革の限界

司法制度改革は、日本の民主主義の質を高めるための一つの取り組みである。日本のような現代的な社会では、民主主義を機能させる重要な手段は、「合理性」である。警察と自白関連の課題を刑事司法改革の中心に据えることは、十分合理的であったはずであるが、そうはならなかった。行われたことを見ると次のように言えるであろう。合理性は「社会的・政治的状況」による。合理性の社会的・政治的状況とは「権力」であり、権力はしばしば合理性と合理化の区別を「あい

まいに」⁽⁸⁴⁾する。日本における司法制度改革において警察権力は、何が合理的であるかということと、何を合理化できるかということとの区別をあいまいにしてきた。合理性を超越した権力の勝利—これが、なぜいくつもの重要な改革が置き去りにされたのかの最良の説明であろう。

警察は、強い権力と少ない説明責任という、彼らの現在の立場を変えたくはなく、またその望みどおりになっている。一見すると、これは奇妙に見える。なぜなら、警察は、弁護士、検察官、そして裁判官たちと比べれば、ほとんど司法改革論議に関与してこなかったからである。実際、警察は、主要な改革課題の決定に、直接的には関与していない。この意味では、警察は、目に見える形でその権力をほとんど行使してこなかったのである。しかしながら権力は、討論に基づく意思決定⁽⁸⁵⁾において、直接的参加と同じくらい重要なもう一つの形態をとることができる。この「権力の第二の顔」は、課題が関係者に「無害」であり、その限度でのみ国民の検討に委ねるよう政治過程の範囲を限定できる場合に、効力がある。それゆえ、日本における司法改革の全景を説明するためには、警察が、改革の意思決定範囲を、自分が「安全」と考える範囲に限定するべく、どのように影響力を行使したかを検討することが必要であろう。

ここでわれわれは詳細を示すことはできないが、警察とその協力者は、その権力、行動、そして説明責任など、いくつもの重要な課題を国民による議論の枠外⁽⁸⁶⁾に置いてきた。改革提案の枠組み作りに関する警察の成功は、権力には、望む「現実」に役立つ知識を提示し、逆にそれに役立たない知識を排除することによって、「現実」を定義する力がある、ということを示している。少なくとも占領期以降、警察は、自らの利益に役立つ合理化、また日本の刑事司法における、自らの優越的地位を脅かすような合理性を排除する合理化を行う達人であることを証明してきた⁽⁸⁷⁾。警察をよりよく抑制し、捜査活動を法の支配に従うものにするための改革が行われなかったことにより、警察の支配はこれからも続くことであろう。

2 改革は正義を後退させるか？

日本の刑事司法改革に批判的な人々は、被疑者・被告人の権利の欠如を強調する。ある意味で、これは的を射た指摘である。なぜなら、日本の刑事司法における最も重大な数多くの問題は、被疑者・被告人とその弁護人に、他の民主主義国では当然とされている法的防御権が与えられていないことに起因しているからである。しかしながら、権利欠如という批判（そして彼らが示す改革）も同時に検討されなければならない。なぜなら、多くの権利が、ある意味で、正義の後退を意味することがありうるからである。⁽⁸⁸⁾

アメリカ合衆国を考えると、ここでは、「アメリカの司法」は、日本の司法改革がまさに向かおうとしている二つの方向で特徴付けられている。権利、義務、手続的要請（正式の法的論争）の強調と、階統的であるよりも参加型の権力機関（当事者追行主義）である。これらの「当事者対抗的リーガリズム」の特徴は、かなりの程度に応報性、使いにくさ、非一貫性、不平等そして、不安定を生み出しているがゆえに、アメリカの刑事司法モデルは、改革については、疑わしいモデルとして考えなければならない⁽⁸⁹⁾。

多くの例の中から、司法取引（アメリカでは、この方法によって90パーセント以上の事件が処理されている）を取り上げてみると、これは、当事者対抗的リーガリズムの最も醜い所産である。それは、真実を蔑ろにし、被疑者を強制し、一貫性を傷つけ、検察官に強大な権力を集中させるものである。それは同時に、過酷過ぎでもあり、また寛大過ぎでもある。それは、被疑者・被告人の手続的権利保障というアメリカの最大関心事の枠外に現れる。実際には、それらの権利を守る代償は極めて高くつくために、司法取引制度は、大多数の被疑者・被告人から法廷で有意義な審理を受ける権利を奪わざるを得ないのである⁽⁹⁰⁾。皮肉なことに、当事者対抗的リーガリズムにおける多くの権利とルールによって、「実務では当事者対抗的リーガリズムがほとんど生み出されていないのである」⁽⁹¹⁾。

日本の刑事司法は、「行き過ぎた当事者主義」がアメリカに見られるような広さと重大さで問題を作り出す前に、まず重要な権利改革が必要なのであろう。「当事者主義のつながり」の線の上でも、日本とアメリカの間には多くの選択可能なポイントがあり、日本は、アメリカの双子になることなく、権利改革を進めることができるかもしれない。さらに、改革から何かを学ぶことがあるとすれば、それは、変化の処方箋は、しばしばそれ自身の新たな問題をも生み出す、ということである。

それゆえ、権利を拡充し、当事者主義を強化する方向への動きによって、アメリカの刑事司法制度よりは明らかに犯罪者の更生に専心してきた日本の刑事司法の特質が失われることになるかもしれない、と考える余地はある⁽⁹²⁾。同時に顕著なことは、欧米の進歩主義者たちは「修復的司法」の原則（「近代」刑事司法制度が典型的に行ってきたように、犯罪に対して、単なる「責任追及」や「苦痛を与えること」の代わりに、「犯罪によって生じた傷を癒す」ための必要性など）を支持しているが、これに対して日本の進歩主義者たちは、権利や当事者主義に関係する諸原則に深く傾倒することによって、修復的司法が緩和しようとしてきた諸問題を作り出すかもしれない制度へと改革するために闘っている、ということである⁽⁹³⁾。

日本において権利が改革され続け、またその将来がどうあれ、活動家たちは、二つの対抗する真実のバランスをうまくとっていくことだろう。文明は（アーノ

ルド・トインビーが言ったように)「運動であって状態ではない。航海であって港ではない」のである。しかし同時に、変化は、必ずしも進歩を意味するとは限らないのである。

3 展望

「権利の改革」に関する研究によれば、改革は、トップダウンで行われるのではなく、市民社会から関係者によってボトムアップで行われる場合に最も成功するとされている。権利は恩恵ではなく、「活力のある社会と民衆の支援の双方から湧き上がる、協調的で集会的な運動を通じて勝ち取られたものである⁽⁹⁴⁾」。日本における司法制度改革は、主として政府関係者、企業、法律専門家などの関心によって指導されてきた(もちろん、市民グループもまた役割を果たした⁽⁹⁵⁾)。このように、日本における司法改革はまだ始まったばかりであり、また市民社会における人々やグループによるより広範な関与の余地がまだある一方で、司法改革が「選ばれた者たち」によって始まったという事実は、日本社会における「法の支配」の望ましい発展にとって、良い前兆とは言えないだろう。

最後に、制度改革は、民主主義発展の近代的アプローチにおいて主要な手法であったが、制度改革が実際の運用を変えるというのは「仮説であって、公理ではない⁽⁹⁶⁾」。現に、「民主主義を機能させる⁽⁹⁷⁾」研究によれば、「新しい制度の設計者は、しばしば机上で考えている」。文化と歴史が新しい制度の有効性を決定付けるとともに、数世紀前の前近代社会の実例は、制度変革による改革の成功の限界を示している。文化と歴史が重要である以上、日本における改革担当者は、これらの形のない領域にも関心を払うべきであろう。

最後に一つの例を挙げよう。日本の「2割司法」を活性化するということは、単により多くの法律家と裁判員を加えてよくかき回す、以上のものである⁽⁹⁸⁾。他の政府機関に向き合う日本の裁判官の受動的姿勢もまた正されなければならない。他がどうであれ、これもまた「文化の」変化であろう。その方向への第一歩は、日本の政治形態における、裁判官が果たすべき役割に関する国民の議論の質を向上させることである。それゆえ、司法制度改革におけるさまざまな議論体が、その議論を、司法制度改革審議会が促したほど透明にできなかったことは、残念なことである⁽⁹⁹⁾。

(訳注) 本稿は、2005年2月にカリフォルニア大学バークレー校 Sho Sato Program 主催で行われたシンポジウム“Emerging Concepts of Rights in Japanese Law”における共著者による報告に加筆し、同シンポジウムの報告書として出版された *Emerging Concepts of Rights in Japanese Law*, edited by Harry N. Scheiber and Laurent Mayali (Berkeley: The Robbins Collection, Boalt Hall School of Law, UC Berkeley, 2007) に収められた共著者の論文の翻

訳である。したがって、本稿は、基本的には2005年2月段階の情報に基づく論稿であり、また翻訳にあたって若干の訂正、補充が加えられている。

- (1) David T. Johnson, ハワイ大学マノア校社会学部教授。
- (2) 早稲田大学大学院法務研究科客員教授、弁護士。
- (3) David H. Bayley, *Forces of Order : Policing Modern Japan* (1991); Daniel H. Foote, "The Benevolent Paternalism of Japanese Criminal Justice." *California Law Review*. 80 (2) (1992), 317-390; John O. Haley, *Authority without Power : Law and the Japanese Paradox* (1991).
- (4) David T. Johnson, *The Japanese Way of Justice: Prosecuting Crime in Japan* (2002), 280.
- (5) Futaba Igarashi, "Crime, Confession and Control in Contemporary Japan," *Law in Context* 2 (1984), 1-30; Takeo Ishimatsu, "Are Criminal Defendants in Japan Truly Receiving Trials By Judges," (translated by Daniel H. Foote), *Law in Japan* 22 (1989), 143-153; Setsuo Miyazawa, *Policing in Japan : A Study on Making Crime* (1992); 山口宏『司法腐敗』(1999)。
- (6) Ryuichi Hirano, "Diagnosis of the Current Code of Criminal Procedure," (translated by Daniel H. Foote), *Law in Japan* 22 (1989), 129-142.
- (7) Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4; トーマス・ヴァイゲント「日本の刑事弁護に対するドイツ法の観点からのコメント」ジュリスト1148号 (1999) 193-197; Antonie Peters, "Some Comparative Observations on the Criminal Justice Process in Holland and Japan," *Journal of the Japan-Netherlands Institute* 4 (1992), 247-294.
- (8) Frank K. Upham, *Law and Social Change in Postwar Japan* (1987); Mark L. Ramseyer and Minoru Nakazato, *Japanese Law : An Economic Approach* (1999); Eric A. Feldman, *The Ritual of Rights in Japan : Law, Society, and Health Policy* (2000).
- (9) Stephan M. Salzberg, Review of Eric Feldman's *The Ritual of Rights in Japan*. *Law and Politics Book Review* 10 (10) (2000), 573-576.
- (10) Foote, "Benevolent Paternalism", *supra* note 3; Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4.
- (11) Malcolm M. Feeley and Setsuo Miyazawa, eds., *The Japanese Adversary System in Context : Controversies and Comparisons* (2002).
- (12) Foote, "Benevolent Paternalism", *supra* note 3.
- (13) Masayuki Murayama, "The Role of the Defense Lawyer in the Japanese Criminal Process," in *The Japanese Adversary System*, *supra* note 11, 42-66.
- (14) 憲法38条、浜田寿美男『自白の研究』(1992年) 32頁。
- (15) Daniel H. Foote, "Confessions and the Right to Silence in Japan," *Georgia Journal of International and Comparative Law* 21 (1991): 415-488; Miyazawa, *Policing in Japan*, *supra* note 5.
- (16) Takashi Takano, "The Miranda Experience in Japan," in *The Japanese Adversary System*, *supra* note 11, 128-139.
- (17) Satoru Shinomiya, "Adversarial Procedure without a Jury : Is Japan's System Adversarial, Inquisitorial, or Something Else?" in *The Japanese Adversary System*, *supra* note 11,

114-127.

- (18) 朝日新聞社説2004年5月21日。
- (19) Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4.
- (20) Shinomiya, “*Adversarial Procedure*.”, *supra* note 17.
- (21) Malcolm M. Feeley, “The Bench, the Bar, and the State: Judicial Independence in Japan and the United States,” in *The Japanese Adversary System*, *supra* note 11, 67-88; Shinomiya, “*Adversary Procedure*.”, *supra* note 17.
- (22) 憲法37条。
- (23) 菊田幸一「受刑者の法的地位—最近の矯正裁判例の分析から—」法律論叢76巻4・5号(2004年)1-38頁。
- (24) Tatsuya Ota, *Victims and Criminal Justice: Asian Perspective* (2003).
- (25) Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4, 279.
- (26) Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4; David T. Johnson, “Criminal Justice in Japan,” in Daniel H. Foote, ed., *Law in Japan: Into the Twenty-First Century* (Seattle, forthcoming).
- (27) Leslie Friedman Goldstein, “From Democracy to Juristocracy,” *Law and Society Review* 38 (3) (2004), 611-629.
- (28) われわれは、「権利」について、アラン・ダーショヴィッツの「経験と歴史—とりわけ重大な不正義に関する—の教訓があまりに重要であるために、それらを豊かにし、浮動する多数によって容易に変化させるべきでない—と一般市民が納得するような、基本的優先権」との定義に従う。(Alan Dershowitz, *Rights From Wrongs: A Secular Theory of the Origins of Rights* (2004), 81). 「権利の政治学 (the politics of rights) に関しては、Stuart A. Scheingold, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy, and Political Change*, 2nd ed. (2004) を見よ。
- (29) 『司法制度改革審議会意見—21世紀の日本を支える司法制度』(2001年)。
- (30) 司法制度改革審議会意見書3頁、四宮啓「新しい公的弁護と『良質な』弁護活動」刑法雑誌44巻3号(2005年)。
- (31) 紙幅の関係で、刑事司法関連の他の二つの改革については触れることができない。一つは、検察官の一定の不起訴処分後に検察審査会に起訴権限を与えることによって検察官の裁量権を規制しようとする改革(2009年5月までに施行)であり、いまひとつは、より多くの弁護士を裁判官として任命し、裁判官を多様化しようとする、最高裁判所と日本弁護士連合会の間の合意である。
- (32) 刑訴法36条。
- (33) http://www.nichibenren.or.jp/ja/committee/list/keiben/keiben_b.html
- (34) 司法制度改革審議会意見書47頁。
- (35) 司法制度改革審議会意見書46-47頁。
- (36) 後に政令で、2006年10月2日と定められた。
- (36.2) 後に政令で、資力の基準額は50万円と定められた。
- (37) 四宮啓、前掲注30。
- (38) 陪審法ノ停止ニ関スル法律附則第3条。
- (39) 司法制度改革審議会意見書101頁。

- (40) たとえば淵野貴男「裁判員制度と刑事手続改革」法律時報76巻10号30-35頁。
- (41) 後藤昭「刑事司法改革の到達点と展望」法律時報76巻10号25-29頁。
- (42) 四宮啓「新しい刑事司法と刑事弁護士」季刊刑事弁護39号(2004年)10頁。
- (43) 司法制度改革審議会意見書102頁。
- (44) 司法制度改革審議会第53回会議(2001年3月27日)議事録。
- (45) 刑訴法316条の14ないし同条の27。
- (46) 刑訴法294条。
- (47) 東京新聞2004年7月21日。
- (48) 松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリスト1268号(2004年)、91頁。
- (49) 吉丸眞「裁判員制度の下における公判手続の在り方に関する若干の問題」判例時報1807号(2003年)9頁以下。
- (50) 本江威憲「取調べの録音・録画記録制度について」判例タイムズ1116号(2003年)10頁。
- (51) 司法制度改革審議会意見書52頁。
- (52) http://www.sangiin.go.jp/japanese/frameset/fset_h01_01.htm
- (53) 共同通信2004年12月12日。
- (54) 高橋則夫『修復的司法の探求』(2003年)
- (55) 警察庁「子ども対象・暴力的性犯罪の出所者による再犯防止に向けた措置の実施について」(2005年5月19日)。
- (56) 司法制度改革審議会意見書115頁。
- (57) 自白を獲得するのは主として警察であるから、この二つは関連している。なお本項は、デビッド・T・ジョンソン「日本における司法制度改革—警察の所在とその重要性」法律時報76巻2号(2004年)8-15頁による。
- (58) 司法制度改革審議会は2年間に63回の会合を重ねたが、警察関係者を召集したのはわずかに1回のみである。
- (59) David T. Johnson, "Police Integrity in Japan." In Carl B. Klockars, Sanja Kutnjak Ivkovic, and M.R. Haberfeld, eds., *The Contours of Police Integrity* (2004), 130-160.
- (60) Jerome Skolnick, *Justice without Trial: Law Enforcement in a Democratic Society*, 3rd ed., (1994).
- (61) Takeo Ishimatsu, "Criminal Defendants in Japan," *supra* note 5, 143-153.
- (62) 下村幸雄『刑事司法を考える—改善と改革のために』(1992)76頁。
- (63) David H. Bayley, *Forces of Order*, *supra* note, 3.
- (64) Johnson, "Police Integrity in Japan.," *supra* note 59.
- (65) Jose Maria Maravall and Adam Przeworski, eds., *Democracy and the Rule of Law* (2003).
- (66) 伊藤栄樹『検事総長の回想』(1992)137頁。
- (67) Setsuo Miyazawa, *Policing in Japan*, *supra* note 5, 225.
- (68) Daniel H. Foote, "Confessions and the Right to Silence.," *supra* note 15, 415-488.
- (69) Hironitsu Ochiai, "Corruption: Who Polices the Police?" *Japan Quarterly*, April-June (2000), 55.
- (70) 久保博司「どうすれば『警察』は市民のものになるのか」(2001年)

- (71) Koichi Iitake, "Accord Made on Police Reforms," *Asahi News*, March 17 (2000).
- (72) Samuel Walker, *Police Accountability : The Role of Citizen Oversight* (2000).
- (73) Walter L. Ames, *Police and Community in Japan* (1981).
- (74) Ryuichi Hirano, "Diagnosis of the Current Code", *supra* note 6 ; Takeo Ishimatsu, "Are Criminal Defendants in Japan", *supra* note 5 ; 浜田寿美男『自白の研究』前掲注14 ; Takashi Takano, "The Miranda Experience in Japan", *supra* note 16 ; Daniel H. Foote, "Confessions and the Right to Silence", *supra* note 15 ; Daniel H. Foote, "The Benevolent Paternalism", *supra* note 3 ; David T. Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4.
- (75) David T. Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *id.*
- (76) *Mainichi Daily News*, February 18, 2001.
- (77) Setsuo Miyazawa, *Policing in Japan*, *supra* note 5, 161.
- (78) 浜田前掲注14.
- (79) Ryuichi Hirano, "Diagnosis of the Current Code", *supra* note 6, 4
- (80) 宇川春彦「司法取引を考える」判例時報1583-1627号 (1997年)
- (81) 佐藤欣子『取引の社会—アメリカの刑事司法』(1974年)、佐々木知子『日本の司法文化』(2000年)。
- (82) Richard A. Leo, "Miranda, Confession, and Justice: Lessons for Japan?", in Feeley and Miyazawa, eds., *The Japanese Adversary System*, 200-219.
- (83) 司法制度改革審議会意見書51頁。
- (84) Bent Flyvbjerg, *Rationality and Power : Democracy in Practice* (1998).
- (85) Peter Bachrach and Morton S. Baratz, "Two Faces of Power" *The American Political Science Review* 56 (4) (1962), 947-952.
- (86) 大出良知「審議会『最終意見書』から見えるもの、見えないもの」月刊司法改革24号 (2001年)、77-92頁。
- (87) Christopher Aldous, *The Police in Occupation Japan : Control, Corruption, and Resistance to Reform* (1997).
- (88) Stacey Steele, Review of Malcolm M. Feeley and Setsuo Miyazawa's *The Japanese Adversary System in Context*. *Japanese Studies* (August, 2004), 1-4.
- (89) Robert A. Kagan, *Adversarial Legalism : The American Way of Law* (2001); David T. Johnson, 2002, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4.
- (90) John Langbein, "Torture and Plea Bargaining," *University of Chicago Law Review* 46 (1978), 3-22. 宇川春彦前掲注80.
- (91) Robert A. Kagan, *supra* note 89, 86.
- (92) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量—その訴訟的及び比較法制的考察」神戸法学雑誌21巻1号 (1971年) 31-96頁 ; Daniel H. Foote, "The Benevolent Paternalism" *supra* note 3 ; David T. Johnson, *The Japanese Way of Justice*, *supra* note 4.
- (93) John Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation* (2002). われわれはまた、日本の刑事司法における改革が、司法制度を、「より高度な正義の達成を可能にする」と言われる「応答的法」responsive lawよりも「自律的法」autonomous lawに向かわせるのか、疑問を持っている (Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society in Transition : Toward Responsive Law* (1978), 25)。しかしながら、日本の法の現状と、また「自律

的法的」と「応答的法」が別々の「法と、政治あるいは社会秩序との関係の発展段階」とも考えられることを考慮すると、日本における法は、より応答的になる前に、より自律的になる必要があるのかもしれない (Philippe Nonet and Philip Selznick, *id.*, 18)。

- (94) Charles R. Epp, *The Rights Revolution : Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective* (1998), 197.
- (95) Setsuo Miyazawa, "The Politics of Judicial Reform in Japan : The Rule of Law at Last?" *Asian-Pacific Law & Policy Journal*. Vol. 2 (2001), 89 ff.; 須網隆夫『グローバル社会の法律家論』(2002年)。日弁連と経済団体(経済同友会、経団連)は1980年代後期に司法制度改革を提言し、日弁連は1990年以降、3度に亘り司法改革宣言を行っている。これらの中央からの影響に加え、弁護士会は地方レベルでも司法改革を呼びかけた。たとえば、1990年に始まった当番弁護士制度は、「当番弁護士を支える市民の会」のような市民グループからの相応な支持を受けた。同様なグループである「裁判ウォッチング市民の会」は、裁判傍聴を続けた。彼らが法廷に在ることで、裁判官の中には、彼らと会話するために、審理終了後に裁判官席から降りてくる者も現れるようになった。さまざまな市民グループの代表たちは、司法制度改革審議会の地方公聴会でも発言した。司法制度改革審議会意見に従って政府が改革を推進した際には、「司法改革国民会議」が改革を支持する最も有力な非政府組織となった。
- (96) Bent Flyvbjerg, *Rationality and Power : Democracy in Practice* (1998), 234.
- (97) Robert Putnam, *Making Democracy Work : Civic Traditions in Modern Italy* (1993), 17.
- (98) Iwao Sato, "Judicial Reform in Japan in the 1990s : Increase of the Legal Profession, Reinforcement of Judicial Functions and Expansion of the Rule of Law," *Social Science Japan Journal*. 5 (1) (2002), 72.
- (99) Kohei Nakabo, "Judicial Reform Must Pursue Public Interest," *International Herald Tribune*, July 18, 2002.