

司法改革論議における「常識」の位置

渡 辺 千 原

目 次

はじめに

今期の司法改革の意義 法化プロジェクトと常識

今期の司法改革と（非）常識論

1. 市民的司法改革論
2. 規制緩和的司法改革論
3. 裁判所の反応
4. 市民による司法改革論

戦後の司法批判の系譜と常識論

1. いわゆる裁判批判と刑事事実認定
2. 「司法の危機」の争点
3. 司法の安定期から司法改革へ

「健全な常識」論の展開

1. 裁判員制度への道のりと「健全な常識」論
2. 事実認定批判と常識

結びに代えて 若干の考察と残された課題

はじめに

現在の司法改革は、明治維新における近代的司法制度の導入や戦後改革に匹敵する大改革と言われる。他方、今回の改革は、社会において期待される司法の役割が変化していくなかで、多様なアクターからの批判や要請にこたえる形で個別の制度改革が検討されていった点で、国家体制の変革に連動して行われた先行する二大改革とは大きく異なる。なお、市民からの自発的な運動が生んだ下からの改革と言えるようなものではなかったが、それでも司法改革を求める多方面からの声が司法制度改革を推進したこと

は確かであり、「市民のための司法改革」論、「利用者にとって利用しやすい司法改革」といった市民や利用者サイドに重点を置いた司法改革が目指された点に新たな特徴があったといつてよい。

本稿は、そうした司法改革を推進する諸議論や動きの中で、これまでの司法を「非常識である」、あるいは、司法に「常識を反映させるべき」といった常識論が果たした役割に着目し、その意義について若干の考察を行おうとするものである。

今期の司法改革の意義 法化プロジェクトと常識

現在、司法改革が急ピッチで進められている。1999年に司法制度改革審議会が内閣に設置され、2年の審議を経て出された意見書にもとづき、司法制度改革推進本部を中心に、24の立法がなされ、現在はその実施段階を迎えている。法科大学院の設立、法曹人口の飛躍的拡大、日本司法支援センターの発足や、国民の司法参加制度としての裁判員制度の導入など、10年前には考えられなかったような大きな変革が実現しつつある。

こうした司法改革は、全体としては、日本の近代化プロジェクトの延長線上に位置づけられている。「法の精神、法の支配がこの国の血肉と化し、『この国のかたち』となること」を目指し、そのために、「法の支配の理念に基づき、すべての当事者を対等の地位に置き、公平な第三者が適正かつ透明な手続により公正なルール・原理に基づいて判断を下す司法部門が、政治部門と並んで『公共性の柱』とならなければならない」のである¹⁾。「法化」が説かれて久しいが、欧米での行き過ぎた法化論に対し、近代法の未確立な日本にあって、法化の問題点を指摘するのはまだ早い、もっと近代化を進めるべきであるとの論調と、今期の司法改革は軌を一にしている。

法化は、たとえば「現代社会・現代国家のもとで法の担う役割が増大し、強化されるとともに、法の規制対象たる社会領域も広がり、その結果法と

社会の双方に様々な変容と問題が生じている事態²⁾と定義される。このような広い意味での法化は、法と社会に近代化の進展に伴って必然的に生じてくる現象としてとらえられる。ただし、その現れや論じられ方は、国や時代によって、その政治状況や社会状況に応じて異なる。日本の法社会学では、「法化」および法化論は、主にドイツでの、福祉国家化にともなう規制法の増大という意味での法化を念頭に、それが法と社会にもたらす機能不全という負の側面を扱う議論が90年代初めころさかんに紹介、検討された。他方、「訴訟爆発」の言葉に象徴されるような訴訟社会の行き過ぎを法化の問題とするアメリカの状況も、また別の法化の形として取り上げられてきた。

他方、日本の「法化」は、明治以来、社会の近代化の自然な流れのなかで必然的に生じる現象である一方で近代化政策の一環としての一種のプロジェクトでありつづけている。六本は、法化を「社会構造に内在する秩序装置が力を失って、当事者をとりまく人々からなる紛争準拠集団の機能が低下し、国家の法システムの規範や手続や制裁力によらなければ、紛争の解決が困難となる傾向³⁾」という客観的な社会的条件を「法化」と定義している。このように客観的な社会条件を法化とすることで、法化は生じていても、制度上の不備から訴訟利用に向かわない状態が続くことはありうる。実際に、六本は訴訟利用が伸びない理由として、文化の影響とともに制度的不備を指摘し、制度改革を行って訴訟利用を促進することの必要性も説いている。

つまり、日本では、産業化、都市化が進み、伝統的な共同体が解体していくなか、秩序形成や問題解決のために法に依拠する度合いは高まらざるを得ないという意味での法化は必然的に進展するが、他方で、未完のプロジェクトである近代化の重要な一側面である法の支配の浸透や、積年の課題である「生ける法の近代化⁴⁾」という意味での法化（本稿では法化プロジェクトと呼ぶ）は、なお積極的に促進すべき課題であると考えられてきたのである。そして、その意味での法化は、立法や行政的な規制の増大で

はなく、「司法化」であった。田中成明の言葉によれば⁵⁾、「普遍主義的法」の日本社会への浸透であり、川島のいう権利義務観念の定着と訴訟利用の拡大である。

確かに、今期の司法改革は、ようやく日本もある程度法化が進み、それに応じたインフラの必要性に対応するものであると評価することも可能だろう。来たるべくしてようやく来た司法化ということである。法曹人口の大幅な拡大や、裁判官増員、司法支援センターの発足などは、裁判利用の拡大に直結する。これまでの日本の訴訟数の少なさや、市民が訴訟利用を控えてきたことの直接的な原因として、弁護士人数の不足があったことは間違いなく、法曹人口の増大は、司法化を推進するためには不可欠であるといえる。司法へのアクセス拡充のその他の方策もこの流れに位置づけられ、市民による権利主張の伸長という日本の法化プロジェクトの核心とぴったりと軌を一にしている。

しかし、司法アクセス拡充ばかりが今回の改革ではなく、必ずしも法化プロジェクトの一環とは言い切れない諸改革も進められた。弁護士会の司法改革論は、法曹一元や陪審制の導入など、官僚司法の打破を目指す「市民的司法改革論」を強く主張してきた。また、専門訴訟への対応など、新たな論点への対応も求められた。そして、そうした諸論点について、具体的な改革には大きな改革や進展が見られたものから、小規模な改善にとどまるものまで幅広くあるものの、何らかの検討と対応がなされてきた。そこで、こうした多様な要素を有する今期の司法改革を具体的に推進してきた力に着目すると、法化プロジェクトの推進という総論とはまた異なる側面も見えてくる。

今回の改革は、経済界からの「規制緩和的司法改革論」と、弁護士会を中心とする「市民的司法改革論」が互いに対立する部分もありながら、全体としては司法改革をともに推進していったと評価されることが多いが、本稿では、司法改革を推進したアクターとして弁護士会と、政財界のほかには、司法当局である最高裁判所を中心とする裁判所、そしてこれらの3ア

クターに還元されない市民団体や、訴訟利用者などいわゆる一般市民の議論や動向にも着目したい。裁判所は、批判を受ける側ではあるが、司法改革を進める上では当然中心的なアクターであり、司法制度改革審議会や推進本部の個別の検討会でも積極的に意見を表明し、具体的な改革にも取り組んできたのであり、その駆け引きが最終的な制度設計に大きく影響している。そして、ことばは適切ではないが、一般市民といえる個人の訴訟利用者や、訴訟支援団体、司法改革を求める市民運動などは、活動が多様かつ拡散しており、一アクターとして把握するのは困難であるし、こうした声も、なお司法への関わりや関心が高いとは考えられない大多数の市民の声を反映しているとは言い難いが、ここでは様々な裁判や訴訟制度批判やそうした活動の中に、市民の声の手がかりを求めることにする⁶⁾。今回の司法改革のキーワードのひとつが「市民のための司法改革」である以上、他の中心的なアクターもそうした声を無視することはできなかったはずである。司法制度改革審議会のメンバーも、以前の臨時司法制度調査会とは異なり、こうした四アクターを代表する委員を立てているため、そこでの論議も、そうした四アクターの動向や力学を一定反映したものと見ることができよう。

そして、今期の司法改革を4アクターの力学として見つめ直した場合に、法化や近代化、司法の民主化といった理念以外に、「司法の非常識論」が、改革の一つのてこになってきたように思われるのである。特に、総体として把握するのは容易ではないものの、裁判利用者の手記やマスコミの告発といったものから読み取れる市民の声には「裁判官に常識がない」「市民感覚からはずれた判決」などという言明が満ちあふれているのである。司法インフラ拡充の議論もそれに無縁なわけではない。時間とコストがかかりすぎる裁判は、経済のスピードからは使えないという議論も、経済の常識から外れるという主張となる。より裁判の内容に立ち入った批判となると、「最近の知財訴訟は、知的財産の常識からは非常識である」「医療過誤訴訟の判断は、医学常識からみておかしい」といった専門訴訟における専

門分野の常識に照らした批判も数多くなされている。それらの批判の多くは、つきつめると「裁判官の非常識」論であり、これは後述するように、社会との接点を欠くしくみとなっている日本のキャリアシステムという制度批判から、個別の訴訟における判決の批判まで含まれ、その内容は多義的であり、より立ち入った検討を要するが、司法の非常識論のひとつの核をなしていると言える。

もっとも、司法改革を推進する上での常識論は、一種の運動論であるのに対し、そこでいう「常識」が何を意味しているのかについては、別途論ずる必要のある問題である。そこで、次には、「常識」の内容にも一応留意しながらも、今期の司法改革を何らかの方向に進めていく上で、上述の4アクターがどのような主張を繰り広げ、どのように改革を進展させたかに注目して、そこで常識論がどのように用いられたかについて整理してみたい。今期の司法改革としては、90年代からの、司法改革に向けた各界の提言や動き、そして司法制度改革審議会を通じた論議、その後の司法制度改革推進本部を中心とする立法作業と、その後の現在にまで至る具体化作業も対象となるが、次章では、その大枠を形成した2000年初頭ごろまでを念頭に各アクターの動きを参照し、その後で主として裁判員制度について、その後の展開も含めた検討を行うことにする。

今期の司法改革と(非)常識論

「裁判官に常識がない」とか、「法は健全な常識を反映すべきである」とか、「……の常識から言うと、その判決は非常識である」といった主張は、何も今に始まったことではない。法が一種の自律的な領域を形成し、それが「法の支配」の前提条件である以上、法がいわゆる社会の常識と重なり合うものでないことは当然とも言える一方で、そうした社会の常識と乖離した法や裁判が法としての信頼や通用力を失い、社会的批判の対象となることもまた古今東西に普遍的に見られる現象である。よって、今期の

司法改革をめぐるそうした主張が繰り広げられたからと言って、何もそれが特殊な現象ではない。またそれに着目するとしても、そもそも「常識」などというものは、その意味するところが論者によっても大きく異なる、内容空疎なものであり、常識への言及も批判のためのレトリックにすぎないとも言えよう。

しかし、少なくとも今期の司法改革論議においては、「法の支配の浸透」という理念にとっては親和的であるはずの法の自律性確立よりも、法の常識化という主張のほうに大きくベクトルが傾いていたように思われるのである。また、「常識」は、そもそも内実に乏しく、それがゆえにいかようにも都合良く批判や正当化において活用できる言葉であるが⁷⁾、今期の司法改革の目玉とも言える裁判員制度の制度目的として、「健全な社会常識を反映」することがうたわれていることから、「常識」が真面目に取り上げられたことも確かである。これ以前の司法批判や司法改革論議において以上に司法に「常識」の反映が求められたと言えそうであるなら、それはなぜなのか、それは、いかに具体的な改革を進める上で有効だったのかについて改めて検討してみることに一定の意義があると思われる。

そして、たとえ、「常識」による批判が、批判のためのレトリックにすぎないとしても、運動論としては、その具体的な内容よりも、むしろレトリックとしてどのような力を持ち得たのかの方が重要であり、まずはそこに着目する必要もあると考えるのである。

そこで、まずは今期の司法改革推進の大きな流れを作ったといわれる、90年代の弁護士会を中心とする「市民のための司法改革」論を見てみると、公式な宣言や報告書の中に明確に常識が言及されている例が格別に多いわけではないことが分かる。

1. 市民的司法改革論⁸⁾

1990年に公表された日弁論の「司法改革宣言」では、「民主的司法すなわち国民に身近な開かれた司法」のため、国民の司法参加の観点から陪参

審制の導入、法曹一元制度の実現を具体的な改革目標の二大柱に立てている。そして、この宣言は、二次、三次と重ねられる中で、「市民とともに司法改革を実現」することを明確に打ち出し、そのために司法改革運動も「市民に分かりやすい」ものにしていく必要があるほか、陪参審や法曹一元を、「市民にとって身近で、利用しやすく、納得のできる司法」を実現するために必要な改革と位置づける。そして、1998年「司法改革ビジョン」を経て、司法制度改革審議会発足後の99年「司法改革実現に向けての基本的提言」では、「市民による司法」「市民のための司法」と、市民をさらに強調していく。そして、キャリアシステム批判を行い「市民感覚に富んだ資質」を裁判官に求めるがゆえに法曹一元の導入が必要と説く。ここでいう「市民感覚」は、常識そのものではないが、「キャリア判事には社会常識がない」との批判とほぼ同様の主張であり、弁護士会のシンポジウムなどでは「法曹一元導入により常識ある裁判官による常識ある判断を実現する」という主張が繰り返されている⁹⁾。

そして、陪参審制導入については、裁判への常識の反映ということよりも、市民参加による司法の民主化に重点をおいている。陪参審の導入については、それまでも「素人による判断に任せて大丈夫なのか」という批判論に対し、事実認定に関しては、裁判官も必ずしも専門家とは言えず、むしろ一般市民による常識的な判断のほうが優れているというアメリカなどで言われる陪参審根拠論が参照されることが多い。その意味では、当然、裁判への常識の反映も意識はされていたと思われるが、少なくとも2000年初頭ころまでの日弁連の議論の中には、それを明示するものはあまり見られない。

2. 規制緩和的司法改革論

他方、今期の司法改革を牽引したもう一つの大きな流れ、政財界の司法改革論は、「規制緩和的司法改革論」とまとめられることが多い。たとえば1994年の経済同友会の「現代社会の病理と処方」では、「個人の多様性

を生かす社会」つまり、「個人が自由に選択・行動する中で社会的調和を維持するために、また経済・社会のグローバル化が進む中で国際間の交渉や問題解決を透明・公正な手続きで図るためにも、今まで以上に司法の役割は重要となる」とし、事前規制から事後救済型社会と個人の自己責任の強化という今回の司法改革の枠組となる考え方が示されている。しかし、司法が、「国民にとってもっと身近な存在になるように、わかりやすい手続きや利用しやすさ、利用する場合にかかる時間のコストの面などを改善すること」が必要という範囲では、弁護士会の司法改革推進論とかなり近い¹⁰⁾。そして、具体的には、法曹人口の拡大、法律扶助制度の充実、抜本的改革のための「司法改革推進審議会」の設置を求めており、その後の司法制度改革審議会による改革へとつながる提案がなされた。その後自民党に司法制度特別調査会が作られ、その調査会や経団連などからの意見も次々と出されるが、日弁連の提言とは異なり、訴訟の迅速化の要請と、そうしたニーズに応えられる司法の容量の拡大のための法曹人口の大幅増加を強く求めている。また、経済社会の専門化、複雑化に応じて、法曹界に多様な社会経験を有するものを迎えることも求められる。これは、日弁連の法曹一元論にも近いが、そこで必要とされる社会経験としては、法曹一元が前提とする弁護士経験ではなく、経済界の実務経験や大学教授などの学識者を、「専門裁判官」として登用することが提案されたり¹¹⁾、知的所有権をめぐる紛争の迅速な解決のためのその専門分野に精通した裁判官の養成や特許裁判所の設立¹²⁾といった、専門訴訟への対応に主眼がおかれている。つまり、「経済の常識」から見て、遅すぎ、コストのかかりすぎる、あるいは「知的財産の常識」からの批判と対応が求められており、法曹一元推進論の言うような幅広い社会経験に基づく一般常識あるいは「健全な常識」というよりは、個別専門領域の専門知識を背景とする専門性の反映を裁判に求める議論である。

よって、司法改革論議の中軸である2アクターにおいては、「常識」は、弁護士会の法曹一元制や陪参審制導入論において前提とされる「健全な常

識」と、規制緩和的司法改革論が強調する専門訴訟への対応や訴訟の迅速化の議論での、経済や知財などの個別領域の専門的な立場から見た常識(ここでは、言葉はこなれないが、専門常識としたい。)という大別してふたつの異なる含意を持ちつつ、裁判批判や司法改革論議のなかで語られてきたと言える。ただ、ここまでは、裁判員制度の制度目的として明示された「健全な常識」という表現は使われていない。

3. 裁判所の反応

それに対して、第三のアクターである裁判所はどのような見解を示してきただろうか。一般的には裁判所は、司法改革に対して消極的、保守的な対応をしてきたと評価されるが、今期の司法改革の前夜とも言える1980年代後半、当時最高裁長官であった矢口洪一は、法曹一元にも国民の司法参加にも積極的な姿勢を示し、弁護士任官制度をスタートさせ、国民の司法参加制度導入を視野に入れた海外視察なども行っている。矢口は、キャリアシステムを評価しつつも、閉鎖的な研修のみでは「市民感覚と遊離しがちになる」ことには危惧も抱いており、裁判に直接国民の意思を反映する制度として陪審制の導入を検討しようとしたとされる¹³⁾。その意味では、裁判所内にも裁判が市民感覚からずれることは望ましくないという意識はあったものと考えられるが、こうした動きが直ちに司法改革に結びつくことはなく、矢口長官退任後は、そうした機運は薄れたと言われる。

司法制度改革審議会が発足した直後の1999年末の最高裁の報告書、「21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」では、法曹一元にも、国民の司法参加にも消極的な意見が出されているのに対し、専門訴訟への対応として専門家の手続関与を容易にする専門委員や専門参審制の導入には積極的な見解を示していた。しかし、裁判所の態度を、健全な常識否定、専門性肯定、とまとめてしまうことには慎重である必要がある。この報告書では法曹一元や国民の司法参加には否定的な意見を出すものの、「司法手続きに国民の意思を反映させることは、国

民の司法に対する関心を高め、司法のありようが国民の意識や感覚により近いものになるという観点から有意義である」し、裁判官に多様な紛争を取り扱うための「柔軟な思考力と幅広い視野をかん養すること」は求められるとしている。この報告書は、弁護士会などからの強い批判を浴び、その後裁判所としても国民の司法参加を受け入れる方向へと転換していくのだが、この段階においても「司法に健全な常識を反映する」ということ自体を否定していたわけではなかったことは確認できる。換言すると、批判の根幹にあるキャリア・システムとキャリア判事による裁判という枠組は維持するが、それに帰因される「非常識」批判には応えるという姿勢を見せられている。

そして、裁判員制度導入に向けた後の経過については後述するが、結果として、法曹一元制については、制度の導入は、結果として見送られたものの、判事に社会常識を身につけさせるための他職経験制度や、当事者経験を有する弁護士の任官の推進など、直裁に「裁判官の非常識」批判に応える改革がなされていった。専門訴訟への対応については大きな異論もなく、専門家の協力体制づくりは裁判所主導で着手されていき、専門委員の導入、知的財産訴訟については知的財産事件の専属管轄化、知財高裁の設立といった大きな改革が次々と行われていった。よって、その経緯については別途検討していく必要があるが、ふたつの常識の要請、つまり「健全な常識」および専門常識の要請のいずれに対しても、裁判所としては、司法制度改革審議会発足後の比較的早い時期に、応答しようとする動きを見せていたのである。

4. 市民による司法改革論

最後のアクターとして、一般市民が挙げられる。本稿では、訴訟利用者やマスコミによる批判活動のような司法について知識や経験のある人々による運動や手記、記事などをその手がかりとするが、実際には人数的には圧倒的多数と思われる司法とかかわりを持ったことのない市民の意識につ

いては、その把握は容易ではない。今期の司法改革が、「市民」を強調してきたことは事実だが、実際にはまだまだ市民的基盤が不足した市民抜きの改革であったと評されざるをえない面があることも確かである。

それでも、90年代に入って、市民による裁判ウォッチング運動が始められ、現在の司法に不満を持った訴訟利用者による「裁判を正す会」のような組織が立ち上げられ¹⁴⁾、誤判批判や、経済の立場からの司法批判記事¹⁵⁾が特集されたり、医療訴訟を戦った原告側の手記¹⁶⁾が次々に出版されるなど、司法批判の動きは市民レベルでも高まってきたと言える。そして、そうした手記などには、「常識では考えられない判決」「非常識な裁判官」といった言明が更に多く見られる。刑事での冤罪事件批判では、かねてから裁判官の社会経験の不足が誤判の原因といった「健全な常識」批判がなされてきている¹⁷⁾。90年代に入って増えた経済界からの批判は、上述したように「経済界では使えない遅くて高い裁判」が多く、医療過誤訴訟批判などでは、原告として医療についてかなり勉強していて、判決や鑑定を「医学常識からは考えられない」と、専門常識から批判するものが多い。そして、今期の司法改革が市民をキーワードに繰り上げられたことから、これまでの法曹中心の司法改革から抜け出て、こうした市民からの常識批判にも応えるべきであるという認識が広がったのではないかという推測はできる¹⁸⁾。

このように、90年代以降の司法改革論議を概観すると、批判をする側の弁護士、政財界、市民のいずれもその主張において、司法に常識を求める議論を展開してきたが、そこでいう「常識」には、「市民感覚」とほぼ同義の一般的な「健全な常識」という意味の常識と、個別の専門領域において通用する常識である専門常識というやや異なるふたつの含意がある。そして、批判を受ける側である裁判所の対応は、「市民による司法」を掲げる法曹一元論や陪参審の導入そのものには抵抗しつつ、司法の常識化については「健全な常識」および専門常識の受け入れの両者ともに、積極的な姿勢を見せるという立場をとったと一応はまとめることができそうである。

では、今期の司法改革論議においてそれなりの通用力を持った司法の（非）常識論は、これまでの司法批判の系譜の中でどのように位置づけられ、どのような意味を持ちうるのだろうか。その手がかりとして、次章において戦後の司法批判と、それに対する裁判所側の対応の系譜を概観したい。

さらに、本章でいうように、今期の司法改革を一定の方向に導くのに常識論が妥当したとすることができるのかについて、「健全な常識の反映」が明確にうたわれるに至った裁判員制度の導入に焦点を当てて、において若干の検討を行いたい。もうひとつの「常識」である専門常識からの批判は、専門訴訟への対応や知財高裁の設立に至った大きな流れを作ったが、紙幅の都合とすでに若干の検討を行ったことがある¹⁹⁾ので、本稿では個別の検討は割愛する。

戦後の司法批判の系譜と常識論

日本の司法改革の戦後史を概観すると、民主化政策のなかで誕生した戦後司法が、「司法の危機」をへて、キャリアシステムの完成とその反省という流れで、平成の司法改革に向かったとまとめられる。日本の裁判所や裁判に対する批判もそうした環境の変化の中、焦点や主張を変えつつ、司法制度や裁判の改善を望む声としてあげられてきた。それに対し、全体として日本の裁判所は、応答性に欠き、司法の危機以降、一貫して保守化、閉鎖化を強めていったと評されることが多いが、それでも批判に対応して何らかの意味で司法や裁判の正当性を確保しようとしてきたと考えられるため、ここでは司法批判への裁判所の対応にも注目しつつ、今日の常識論につながる手がかりを探る範囲で、司法批判の系譜について概観しておきたい²⁰⁾。

いわゆる裁判批判は、個別の裁判に対して行われるものであり、その目的として個別の判決への影響を意図している場合を含む点で、司法制度全

般に対する批判とは区別されうるが²¹⁾、個別の裁判批判も、司法制度改善への推進力となりうるため、ここでは双方に一応の目配りをしたい。

1. いわゆる裁判批判と刑事事実認定

いわゆる「裁判批判」は、狭義には、松川事件、八海事件といった刑事事件における事実認定に対する批判活動として行われたものを指す。松川事件では、裁判所で審理が行われる中、作家の広津和郎による裁判批判の公表や、公正裁判を要求する社会運動が展開し、社会的耳目を集める裁判となった。そして、こういった動きに対しては、1955年に、当時の最高裁判所長官であった田中耕太郎が、係属中の事件についての批判について、裁判官は世間の雑音に耳を貸すべきでないという訓辞を行い、波紋を呼んだ。「世間の雑音」が、ある種の「常識」にあたると見れば、こうした訓辞は、裁判官の事実認定は、常識を反映した判断であるべきではないという主張とも受け取れる。これについて、田中長官が後に著した「裁判と世論」によれば²²⁾、司法制度や裁判の現状についての批判も、単なる常識論ではなく、建設的な意見となるにはある程度の専門知識を要するが、係属中の事件についての批判は、それ自体許されないという立場をとる。そして、その根拠として、世論がいかなるものかは明らかでないこと、裁判官に常識が必要であるとしても、それは批判に耳を傾けることによってではなく、「学問や教養を広め、生活上の智識経験を豊富にすることで達成すべきである」²³⁾という。そして、事実認定については、専門的活動であるために、法学的素養や訓練を要するものであり、正当な法の手続きに従って行われなければならないという。田中の議論は、裁判官が裁判をするに当たって、批判や世論に耳を貸すべきかという文脈におけるものであるが、基本的には、いわゆる「常識」を裁判の専門性に対比させて、後者を重視するものであると一応は整理できる²⁴⁾。しかし、こうした最高裁の見解は、社会において説得力を持ったとは言い難い。むしろ、裁判批判は憲法で保障される言論の自由の範囲内の活動という見方の方が一般的で、田中の裁

判批判には、再批判が噴出し、その後、裁判所としても裁判批判そのものを抑制するという議論は見られなくなった。

そして、そののちの四大再犯無罪事件での事実認定の誤りに対する批判に見られるよう、裁判批判は、刑事裁判における事実誤認、冤罪事件批判がその一つの柱をなしている。こうした事実誤認の背景としては、捜査段階における自白偏重や、刑事弁護の問題、そして公判での有罪率の異様な高さから冤罪を見抜くことが難しくなっている点など、刑事司法の構造的な問題が絡み合っているのだが、具体的な誤判事件に対する市井の事実認定批判としては、常識に照らした上での事実認定のおかしさ、裁判官の常識のなさが指摘されることが多く、こうした「常識」からの事実認定批判の流れは連綿と続いている²⁵⁾。

2. 「司法の危機」の争点

他方、裁判所機構への批判は、時代の変化やそれに応じた日本司法の変化を追う形で、その焦点も変化してきた。1950年代の吹田事件、砂川事件、1960年代の平賀書簡事件などは、安保闘争、アメリカ軍隊の駐留の合憲性、自衛隊の合憲性といった、国家の軍事政策問題とそれに伴う社会運動が司法の場での闘争へとなだれ込む中、その統制へと進んだのがいわゆる「司法の危機」であった²⁶⁾。

司法の危機という場合、裁判所が吹田事件を受けて法廷等の秩序維持を要請したことや、偏向判決批判、平賀書簡事件をはじめとする裁判所における裁判統制など、裁判官の独立性や裁判の中立性に対する疑念を生じさせてきた一連の動きを指す。他方、裁判所は、吹田事件ののち、「法廷等の秩序維持」を要請しているが、岸事務総長談話に見られるように、「裁判の独立や不偏不党」を強調している。1970年代にはいると、青年法律家協会に加入している裁判官への脱退勧告、そして宮本判事補の再任拒否事件が起こる。これらは、まさに司法の危機を象徴する事件でもあるが、最高裁判所としては、「裁判は、その内容自体において公正でなければなら

ぬばかりでなく、国民一般から公正であると信頼される姿勢が必要である」ことを根拠に、政治的色彩を帯びる団体に加入することを控えるべきとの公式見解を示した。

このように、司法統制の論理は、国民から「公正」と見られるようにすることが必要であるというものである。司法統制批判のいう司法権の独立や裁判官の中立性への干渉という批判に対して、司法権の独立や中立性を維持するために干渉が必要という立場をとっていたのである。ここでの批判側と裁判所がわの対立点は、同じく司法権の独立の重要性を説きながらも、批判者が個々の裁判官の良心の自由や判断の独立性を強調するのに対し、最高裁の立場としては、裁判官の政治的選好が判決に影響を与えうるといった印象を与えないように統制することで、むしろ司法権の独立性を担保しようとしているという立場をとる。このように、司法の危機時代における議論は、司法権の独立や裁判官の中立性という法理念をめぐる対立が中心であり、常識という尺度で司法を測ろうとする司法批判の議論はそれほどみられない。

他方、この時期は、四大公害訴訟が相次いで提起され、原告側が一定の勝訴判決を得た時期にも重なる。市民運動が、訴訟にも影響を与えたと考えられており、司法が公害行政の進展にも貢献したという評価がなされ、これらの訴訟を嚆矢として、いわゆる現代型訴訟が日本社会で一定の役割を果たしていくことにもなる。四大公害訴訟については、地裁および高裁レベルで決着はついたが、公害の救済について、最高裁判事局が苦心して疫学的因果関係などの新たな法解釈を編み出したといわれ²⁷⁾、また最高裁が招集する公害事件担当者裁判協議会で活発な協議も行われた。こうした動きは、裁判官個人の判断への上からの影響力行使という点では問題があると批判されているが²⁸⁾、それまでの不法行為の因果関係や過失論では救済の難しい事件であったことから、地裁判事の良心だけでは被害者救済に至らなかったかもしれない。公害裁判での被害者救済の進展という点では、最高裁が主導的な役割を果たしたことの意義は大きかったと評価されてい

る。こうした訴訟は、裁判所が世論や社会運動の声にも「耳を傾けた」例であり、それがそのまま「常識」の反映とつながるかは、田中訓辞の評価と同じ問題があるが、司法の危機の争点の中心である裁判官や裁判のある種の政治性という論点から離れれば、訴訟を通じた社会問題の解決における市民感覚の反映というレベルでは、この時期、司法もそれなりの役割を果たそうとしたとは言えるのではないだろうか。

3. 司法の安定期から司法改革へ

司法の危機を経た1975年以降、司法は安定期を迎えたとも言えるが、それは冬の時代でもあった²⁹⁾。キャリア・システムは、法的安定性を実現するシステムとしては、非常に優れているということもできるが、違憲判決などはほとんど出ることもなくなり、司法の保守化、消極化が顕著となった。こうした司法の閉塞状況に対して、80年代以降、司法官僚制批判およびキャリアシステム批判が展開されるようになる。

そして、90年代初頭にかけて、そうした批判をする主体が、一部の学者や弁護士だけでなく、経済界や一般の市民へと広がり、具体的な改革の中身においても多様な議論が展開されるようになった。司法の非常識論は、こうした流れの中で、特に強く表れてきたと言って良い。そして、ここでの非常識論は、刑事事件における事実認定が「常識」を反映すべきという意味での常識論というだけでなく、産業界の常識、知財問題の常識、医学常識との対比における非常識という形で展開されていることは新たな特徴と言える。

もっとも、裁判所もまた、ただ黙していただけではない。特に、上述したようにミスター司法行政と言われた矢口洪一は、その最高裁時代には、裁判官のマスコミや一般企業での研修や海外留学の採用や拡充し、弁護士任官制度を立ち上げるなどの改革を行っていた。国民の司法参加制度の導入を検討するための調査研究も始めている。これらはキャリア判事の社会的視野の狭さや常識のなさを危惧し、裁判官に社会経験の機会を与え、ま

た豊富な社会経験を積んだ人材を裁判官に任用するための制度である。こうした動きは、まさに裁判の常識化を図ろうとする内部的な動きである。また、キャリア・システム下で裁判の統一性、均質性が高められたと言われるなかで、民事裁判の運用改善も最高裁主導で試みられる一方、「Nコート」³⁰⁾や「桃太郎コート」など固有名詞で呼ばれるような独自の裁判運営がなされたり、現役判事補による裁判所機構改革が提言³¹⁾されるなど、裁判官個人による裁判や裁判所の改善への動きも見え始めた。1999年には「裁判官ネットワーク」も結成され、裁判官個人の発言もかつてよりかなり活発になってきている。もっとも、1997年の寺西判事補事件のように、政治的と見なされる発言や行動に関してはなお非常に厳しい対応がなされたことから、単純に裁判所が開放的になったわけではなく、政治活動の抑制が一貫した司法政策であることは確認できる。

裁判所の言う「公正らしさ」論も、「常識」論も、ある種の「政治的」なものからは意識的に距離を置きつつ、それぞれの司法批判の文脈の中で、市民に信頼される司法を目指すための議論という点では一定の共通性がある。しかし、公正らしさ論が、その概念上他者志向的であるがゆえに裁判官が必要以上に世評を気にしすぎて自制をはかることを促すとしても³²⁾、その内容としては、政治的中立性とそれに根拠づけられた司法の独立を説いているため、具体的な判断を評価する基準とはなり得ない。それに対し、「常識」は、特に専門常識については、一定の専門的知見に照らした判断から非常識論が導かれることになるし、内容が必ずしも明確とは言えない「健全な常識」も、裁判官に常識を身につけさせるという文脈を越えると、個別の判断批判へとつながる可能性がある点に相違がある。刑事訴訟における事実認定批判などは、まさに個別の判断批判の根拠として、「常識」に言及される領域といえる。その意味では、90年代以降の常識批判と、それに対する裁判所側の比較的素直な対応の姿勢は、それ以前の裁判批判への裁判所の反応よりは、裁判を社会や市民からの批判に開かれたものにしていこうとするものと言えるのかもしれない。もっとも、それについて判

断するには、さらに今期の司法改革の具体化の過程にも目を向ける必要があらう。

そこで、次に、今期の司法改革論議の「常識」のうち、市民的司法改革論が求めた法曹一元や国民の司法参加制度導入論の根拠としてあげられる、裁判に健全な社会常識を反映するという「健全な常識」論の展開について、再度目を向けていきたい。専門常識のがわからの批判と専門訴訟への対応は、裁判所に抵抗なく受け入れられたし、それほど大きな抵抗勢力もなかったのに対し、法曹一元や国民の司法参加は、日本のこれまでの司法のしくみや裁判のあり方を大きく変容する可能性のある論点であり、裁判所側の抵抗も強かった。それにもかかわらず、結果としては、曲がりなりにも国民の司法参加制度としての裁判員制度の導入、そして一定の裁判官改革も実現しつつある。そこにおいて「健全な常識」論がどのような役割を果たしたのだろうか。その手がかりとして、次に「健全な社会常識の反映」が制度目的の一つにまで挙げられている裁判員制度導入をめぐる動きや議論を検討することにする。本来は、市民的司法改革論の当初の究極目標である法曹一元の推進と、そこから議論が始まった裁判官改革もあわせて検討すべきではあるが、本稿では結びでの若干の言及にとどめ、詳細は別の機会に譲りたい。

「健全な常識」論の展開

1. 裁判員制度への道のりと「健全な常識」論

裁判員制度は、今期の司法改革の目玉と言っても良い。そして、市民の健全な常識を裁判に反映させることを直接的に目的としている点で、本稿が検討する司法の常識論の焦点とも言える制度である。しかし、国民の司法参加については、陪審制度休止以来、司法改革の議論の俎上には何度も上がってきたものの、法曹の間でも、市民の間でも異論が強く、導入が困難ではないかと考えられてきた。

司法への国民参加を積極的に推進しようとする議論は、一部の弁護士や学者による陪審制度復活ないし導入論が中心で³³⁾、キャリア裁判官による司法官僚制に風穴を開けるための制度としての期待が強く、その点でも法曹一元論と同様の流れにあった。

1990年の日弁連の司法改革に関する宣言では、「市民による司法改革」の必要性が説かれ、そこで陪審制度の導入が求められたが、司法制度改革審議会開始当初は、陪審導入論をとる日弁連と、できるだけ国民の参加を限定して現行制度の大幅な見直しを避けようとする最高裁・法務省の対立という図式が見られた。先述した1999年末の審議会で、最高裁は、司法への市民参加は一般的には「司法の在りようが国民の意識や感覚により近いものになるという観点から有意義」としつつも、陪審制度は、「真実の発見という要請は後退せざるを得ない」し、「陪審の評決には理由が付されないから、詳細な事実認定を明示する現在の我が国の裁判とは全く異なる裁判となる」として反対し、参審制度についても同様の問題があるが、専門参審制は検討に値するという見解を示した。ここでの最高裁の議論は、一般市民が判断することで、これまでの精密司法・均質司法が崩れて「真実」からも遠ざかるということで、そこでは判断に加わることで自體よりも判断の内容の質についての危惧からの反論であった。

その後、こうした最高裁や法務省の見解には反発があり、その後、国民の司法参加については、審議会の第30回から32回にかけてはじめてまとまった審議が行われる。その際、最高裁が、なお陪審否定と形式的な参審論を推進するという内容の「国民の司法参加に関する裁判所の意見」³⁴⁾というレポートを行っている。その冒頭部分で、「国民が司法に参加することにより柔軟で社会常識に富んだ判断が確保され、これを通じて司法に対する幅広い国民の理解が得られることは、大きな意義がある」と、ここで明示的に「社会常識」という言葉が用いられ、社会常識を反映することが司法参加の意義であることを示している。このあと、「他方、裁判は多数の者の利害や感覚によって左右されるべきものではなく、論理と証拠に基

づいた理性的かつ合理的な判断でなければならない。近年、裁判の対象とする事象はますます複雑化し、専門的な知識が一段と重要となっており、実効性のある国民の参加はどのようなものかということも十分検討されなければならない」と、続いて陪審否定論、専門参審制の導入論が展開されるのだが、ここで出された「社会常識」論が、のちの裁判員導入の意義として、むしろ国民参加積極論に援用されていくことになる。

たとえば最高裁の意見に対して、第31回の審議で、「市民の判断が裁判官の判断より劣ることを前提にするものである」という反発を招き、吉岡委員が「国民の代表としての陪審員が社会常識に基づいた様々な視点から討議することが期待される」と発言する。また、第32回には、社会常識を反映するという意義を出発点として、その視点から国民参加の対象とする事件の種類や、参加する国民に判断を求めるべき事柄を検討するという議論が井上委員から出される。そして、事務局が、国民参加は、「裁判内容に社会常識を反映させ、司法に対する信頼を確保する見地からものぞましい」とまとめている。その後の議論は、「社会常識を反映させる」という国民参加の効果を大前提に、そのために必要な制度設計はいかなるものか、という論理での議論が組み立てられるようになり、司法制度改革審議会意見書で、「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まり、司法はより強固な国民的基盤を得ることができるようになる」という見地から裁判員制度を導入することが提言されるに至った。

このように、「健全な社会常識」論は、本来、国民の司法参加には消極的だった最高裁が自ら持ち出した論理であった。それを司法参加に積極的な陣営が援用することで、最高裁も否定できない形で国民参加をすすめることを可能ならしめたのである。

もっとも、「健全な社会常識」論は、裁判員制導入の提言までには至ったが、司法制度改革審議会の段階では、具体的な制度設計にまでは至らず、

その後の司法制度改革推進本部の裁判員制度・刑事検討会でも、陪審制的な制度設計を推す日弁連を中心とするワイド論と、裁判員の員数を絞り込んだコンパクト論が対立し、議論は難航した。この対立は、裁判員制度の制度目的として、司法の民主化、国民主権を軸とする考え方と、これまでの裁判に「健全な社会常識をもった国民を付け加える」ことで健全な社会常識を反映させることにあるという考え方の対立とも符合する。よって、「健全な社会常識」論は、裁判員制度の具体化に当たっては、陪審の制度へと向かうのを抑制し、これまでの職業裁判官による裁判という枠組を基礎に最小限の変更にとどめようとする議論の柱に用いられたのである³⁵⁾。

裁判体については結局、裁判官3、裁判員6という折衷的な案でまとまり、2004年に「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」が制定され、2009年の実施に向けて、さらに具体化が急ピッチで進められている。広報活動にも力が入れているが、世論調査での国民の関心は必ずしも高くなく、タウンミーティングでのやらせ発言や出席動員などの問題も明らかになり、今期の司法改革論のキーである一般「市民」の司法への主体的、自律的参加の実現にはまだ多くの課題が残されている。これまでの刑事裁判に「健全な社会常識をもった国民をこれまでの付け加える」という理念では、市民に大きな負担を課すことになる裁判員制度を支えていくにはいささか弱いことも、その一因ではないだろうか。

2. 事実認定批判と常識

裁判員制度は、事実認定だけでなく、有罪・無罪の決定及び量刑においても、一般市民である裁判員と裁判官が協働する制度である。審議会意見書でも、量刑も国民の関心事であるため「健全な社会常識を反映」させることが必要とされている。しかし、刑事裁判において「健全な社会常識」が反映されるべきとされるのは、かつてより事実認定においてであると考えられてきた。

事実認定については、必ずしも法専門知識により適正に行われるもので

はなく、常識的な判断が必要であるということについては大きな異論はなかった。そして、冤罪事件批判などの多くも、なぜ事実誤認が生じるのか、という観点からの議論が展開されてきた。陪審導入論や、アメリカでの陪審正当化論でも、事実認定は、法専門知識を必要とする事柄ではなく、法律専門家によるよりも、むしろ市民の常識によってこそ適切な判断が可能になると論じられてきた。裁判員制度においても、やはり事実認定への関わりが、「健全な市民常識の反映」の焦点となることは間違いないだろう。

それでは、健全な社会常識を反映した事実認定とはいかなるものなのだろうか。ここでは、裁判員法制定後の、裁判員による事実認定が、どのような意味で、裁判官のみの事実認定と異なりうるかという点についての議論に注目してみる。実際には、まだ制度運用がなされていないため、仮説あるいは制度作りのための議論が中心だが、そこには「健全な常識の反映」がいかなる意味のものであるかについての認識が反映されている。

まずは、裁判員制度の導入により、これまでの事実認定とは異なる判断がなされるという見方である。その際、「疑わしきは、被告人の利益に」という刑事訴訟の大原則に、より忠実になるという考え方と、素人であるためより認識が薄くなるという点に違いを見いだす議論がある。すなわち、被告人と同質の感覚を持つ市民が「疑わしきは、被告人の利益に」という鉄則に忠実に判断する³⁶⁾と見るか、逆にそうした法理に疎い裁判員の実事認定は、裁判官の実事認定以上にブラック・ボックス化するおそれがあるとみるかについての相違である³⁷⁾。これまでの模擬裁判では、裁判員によって、その法理の理解の仕方にはかなりのばらつきがあることが指摘されており³⁸⁾、裁判員が事実認定に参加することで、直ちに無罪推定原則に忠実、あるいは配慮のない判断を導くとは言えないようである。他の見解としては、裁判官が、その職業的な慣れやしきから陥りやすい過ちを裁判員の関与により正し、裁判官が初心に戻って考えることができるようになることに意義を見いだすものがみられる³⁹⁾。もっとも、これは、裁判

員による事実認定が、裁判官によるそれと質的に異なることまでを意味するものではない。

次に、裁判官が担ってきた事実認定機能と裁判員の参加する裁判員裁判での事実認定機能には違いはないし、違いがあってはならないことを強調する立場がある⁴⁰⁾。実際は、この立場を前提に、裁判員裁判の審理のあり方や事実認定のあり方を検討する議論が現在の主流といえる。よって、もっとも「健全な常識」を反映させるべきなのは、事実認定であり、冤罪批判の多くは、それにより具体的に判断の差異にまで結びつくことをも指摘してきたはずであったが、少なくとも裁判員制度実施に向けては、裁判官裁判における事実認定の質にいかにならぬかを課題としているのである。もちろん、その場合でも、裁判員が審理に参加することにより、これまで裁判官が職業的感覚からルーティンワーク化して個別の事情として見落としていたことや、裁判官が気づかないような視点が取り入れられることが裁判員裁判に期待される機能であるという見解は共有しており、「健全な社会常識」の内実を、その部分に求めているということ是可以する。

むしろ議論の中心は素人である裁判員に理解できる、「わかりやすく」⁴¹⁾、焦点を絞った審理の組み立てや証拠の示し方、話し方であり、一般市民である裁判員が参加可能な審理方式に向けられている。

よって、以前からの事実認定批判は、裁判官の「健全な社会常識の欠如」が事実誤認の原因という言い方をすることが多いが、裁判員制度実現に向けての事実認定への「健全な社会常識の反映」は、それが直ちに裁判官と裁判員の実事判断に格別の違いを導くようなものとしては理解されているわけではないと言えよう。

他方、事実認定批判の流れからは、最近の「法と心理学」からの事実認定研究も注目される⁴²⁾。供述心理学の立場から書かれた意見書が、実際の刑事裁判において影響を与えることもあり、「法と心理学会」も創設されて、活発な研究が進められている。ここでは、「常識」から事実認定を批判するのではなく、むしろ「常識」だけに依拠して判断した場合に陥り

やすい誤りを、心理学の知見という専門領域から指摘していく。たとえば、先述した松川事件での裁判官の事実認定について、「裁判官は事実認定において『時の渦中』にいた供述者の視点ではなく、それとは遊離したところに目の位置を据えて言葉を分析するために誤判が生み出される。ここには、個々の裁判官たちの資質や能力に還元できない、事実認定における構造的な問題点がはらまれている」と浜田寿美男氏が主張しているが⁴³⁾、そうであるとすると、誤判の問題は、裁判官の常識の欠如というよりは、第三者としての裁判官としての常識的判断のゆえ生じるということにもなる。

こうした社会科学からの事実認定批判は、ある種の専門常識からの批判になるのだが、他方で社会科学の科学性への疑問や、社会科学そのものが社会や市民からの批判という性格を持つことから⁴⁴⁾、その裁判での受け入れには反発も強い⁴⁵⁾。供述については、特に裁判官にとってその判断は、自分たちの専門領域という自負があることから、供述心理学とはその専門性に関しても争いあう関係になるほか、たとえ心理学に一定の専門常識としての熟度があったとしても、今度は、供述心理学の常識からの批判に耳を傾けるよりも、裁判官の有する「健全な常識」からの判断を優先させるべきであるという「常識」を争いあう関係にもなる。それでも、さらに供述心理学が日本でも専門性、科学性の高いものと認識されれば、一般的には「専門常識」からの批判に弱い裁判所が、そうした立場からの分析をより受容していく可能性はあるだろう。

結びに代えて 若干の考察と残された課題

これまで見てきたように、特に今期の司法改革において、司法の非常識とその克服という論点が、比較的大きな力を持って、司法改革を進める力となったことが読み取れる。他方で、そこでいう「常識」がかなり、茫漠として多様な意味を含んできたこともまた確かで、だからこそ、対立するアクターがそれなりのコンセンサスを調達し、改革論議を具体的な立法に

まで持ち込むことに成功したということが出来るだろう。今期の司法改革論議で語られた理念全体が、あるべき司法について抽象度は高いが、中身のはっきりしないものであったために法曹三者の間での対立が生じにくかったとも指摘されている⁴⁶⁾。常識論もそうした理念の中の一つのパリエーションであることは確かである。

しかし、常識論は、市民のための司法改革論と規制緩和的司法改革論が、「同床異夢」であると言われたのに対し、当初ははっきりと法曹一元や陪参審制には消極的であった最高裁判所を説得するのに、今回、特に強い効果を発揮したことは注目に値するのではなかろうか。裁判員制度導入に向けた論議において最高裁自体が「健全な社会常識の反映」は望ましいと言及して、初めて明確に制度目的に盛り込まれていったことに象徴的に現れているように、常識論は、で検討した各アクターの改革論のうち、司法批判の受け手であった裁判所の改革路線を水路づけていったのである。

では、最高裁が、たとえ陪参審制の導入そのものに消極的な意見を示す際のエクスキューズに過ぎなかったとしても、なぜそこで「社会常識に富んだ判断」を実現することについては積極的な見解を示したのだろうか。ここで若干の考察を行いたい。

第一には、80年代後半の矢口長官時代の法曹一元や陪参導入論が、裁判官に社会常識を求め、裁判に一般の市民感覚を反映させることを目的としており、裁判所内でもそうした必要性については一定の理解が形成されていたことが指摘できよう。

そして、第二に、裁判員制度の具体化のところで見られたように、市民的司法改革論が求めた法曹一元論や司法への国民参加の議論の主軸にある「司法の民主化」路線を、より穏健な改革へと引き戻すため、市民的司法改革にとっても受け入れやすい「健全な常識」論を展開したことも確かなように思われる。市民的司法改革論の究極の目標は法曹一元の導入であり、それにより実社会経験のある常識ある裁判官が任用されること以上に、キャリア・システムが築き上げた人事統制が崩れ、司法行政が裁判に影響

を与えることによる弊害が除去されることの方に力点を置いていた。しかし、今期の司法改革では、裁判官について下級裁判所裁判官指名諮問委員会、新しい人事評価制度が導入されるなど、人事統制の部分にてこ入れする改革も行われていったが、キャリア・システム自体を変革するには至らなかった⁴⁷⁾。「健全な常識」強化は、キャリア・システム自体は堅持しようとする裁判所としても、受け入れやすい要望だったと考えられる。

そして、第三に、第一、第二の点ともかかわるが、そもそも「裁判は健全な常識を反映すべきである」というテーゼは、今期の司法改革を待つまでもなく従来から、日本の裁判所の内部でも強く信じられ、裁判を正当化してきた考え方であったと言える。本来、法は、社会常識に無縁でありえるわけではなく、たとえば、「社会通念」「経験則」「一般的合理人」といった概念は、法的判断や法理に社会常識を反映させるための概念装置といえる。日本の裁判では特に一般条項を通じてそうした社会的要請に応えるという特徴が顕著で、また利益衡量によって個別事件での（常識的な判断に基づいて）具体的妥当性を確保しようとする傾向が強いとも評されている⁴⁸⁾。

こうした法的にあらかじめ内蔵された常識導入ツール以外にも、裁判官の判断の妥当性を裏付けるものとして、「健全な常識」に比類する考え方は、判決や裁判官の言明などにも多く見られる。特に事実認定に関しては、経験則に則する、すなわち判断が健全な常識を備えた通常人によって合理的な疑いをいれる余地がないものであることが要請される。よって当然に裁判官の判断はこれまでも健全な常識によってきたという自負がある。裁判員裁判に移行しても、これまでの事実認定と何ら異なることはないという言明にも、そうした認識が伺える。裁判官改革の議論などでも「裁判官に常識がない」という批判には、裁判所内部から反発がなされていた⁴⁹⁾。つまり、多様な法分野に通じるよう養成されてきたジェネラリストである裁判官による全人格的判断こそが、裁判の正当性を支えており、それは当然健全な社会常識を反映するものであるという信念が裁判所、裁判官に当

然のように共有されてきているのである。ただし、ここで裁判所が依拠する「健全な常識」が、諸批判の求める「常識」とどれだけ重なりうるのかについては、留保が必要である⁵⁰⁾。

そこで、第四に、今期の司法改革論議において新たに見られた「専門常識」反映論に目を移してみよう。そこでの「常識」は、内容が必ずしも明確ではないとしても、何らかの個別領域に依拠した常識であり、場合によってはかなり具体的な専門的知見を指しており、内容の判然としない「健全な常識」とはかなり次元の異なるものであった。それでも、そうした批判には、裁判所は、専門的知見を要する事件への対応として、かなり敏速に検討を進め、専門家の協力体制づくりなどの改革を行ってきた。よって、その内容にかかわらず裁判への「常識」の反映について、裁判所は積極的だったとも、あるいはこうした専門常識への対応に引きずられて「健全な常識」批判にも応える必要が生じたのだとすることができるのかもしれない。しかし、専門訴訟への実際の実務での対応や、知財高裁設立の際の論議にも目を向けてみると、なお専門家や特別裁判所ではなく「ジェネラリストである裁判官」が判断を行うという基本は堅持してきていることにも留意すべきである⁵¹⁾。むしろ、「健全な常識」こそ裁判の基本という思想が軸にあったからこそ、専門常識批判に通用力があつたと考えた方が自然なのではないだろうか⁵²⁾。

もっとも、常識というのは、今期の専門常識の議論が個別の分野ごとの常識に言及しているように、たとえ「健全な」を冠したとしても、何らかの基盤に基づいているはずである。裁判員制度の場合、「国民の健全な常識」と国民が言及されるが、これだけ社会分化が進む中で、常識の基盤である「国民」とは誰であり、その常識とは何なのだろうか。例えば、アメリカの陪審制度の存在理由として、常識の裁判への反映という場合、それは「共同体の感覚」を裁判に反映するということであり、陪審員は「共同体の代表」として位置づけられている⁵³⁾。よって、その共同体とは何なのかが、陪審選定の基準において常に論じられている。それに対し、日本の

裁判員制度の議論は、法律専門家ではない素人である市民の常識を反映させることを主眼に、裁判員の資格に職業制限は設けられたが、常識の基盤である共同体の代表をいかに実現するかという視点からの検討はこれまでほとんどなされてこなかったように思われ⁵⁴⁾、そこから常識論の基盤の危うさが透けて見えるのである。

今期の司法改革の背景に、日本社会の法化があり、その構造的要因として、共同体の解体があるという見方にたてば、すでに常識の基礎となる共同体がないところで、常識の反映が叫ばれているというパラドックスも見えてくる⁵⁵⁾。これまでのところ、「健全な常識」論は、その基盤なき常識論であるがゆえに、そのパラドックスが表面化することはないのかもしれない。しかし、それがゆえに、裁判批判、司法批判から司法改革への段階を一応終え、これから改革された諸制度が実際に運用されていく段階にきた今後は、「常識」が、司法の改善よりも、これまでの司法実務の正当化とその微調整へと退行させていく論理として働く危険性もはらんでいるのではないだろうか。

以上、今期の司法改革論議の中に現れた常識論という非常に限られた範囲からの考察を行ってきたが、その範囲においても、本稿ではその改革の主論点の一部についてのごく大まかな素描にすぎず、部分的かつ非常に不十分な考察にとどまっている。また、今後は今の改革に至った論議よりも、司法改革がどのように具体化、実現され、あるいは実現されていないのかについて立ち入った検討が求められる。「常識」を問うにも、それが一定の判断基準となる可能性がある概念である以上、それを軸に具体的な判決行動を分析⁵⁶⁾したり、逆に判決行動から逆に「常識」の含意を解明していくような作業も必要だろう。これらについては、今後の課題としたい。

（附記） 本稿は、科学研究費補助金若手研究(B)の補助による研究成果の一部である。

1) 司法制度改革審議会意見書（2001）。

- 2) 馬場健一,「法化と自律領域」 棚瀬孝雄編『現代法社会学入門』(法律文化社 1994), 73頁。
- 3) 六本佳平『法社会学』(有斐閣 1986) 249頁。
- 4) 川島武宜『日本人の法意識』(岩波新書 1967)。
- 5) たとえば, 田中成明『現代法理論』(有斐閣 1984)。
- 6) その手がかりとして, 問題はあがるが新聞記事や, 裁判批判を展開するジャーナリストによる著作, 裁判経験者による手記などを参考にした。
- 7) 広辞苑によれば,「普通, 一般人が持ち, また持っているべき知識。専門的知識ではない一般知識とともに理解力・判断力・思慮分別などを含む」という定義付けがなされている。新村出編『広辞苑(第五版)』(岩波書店 1998)。
- 8) 弁護士会の今期の司法改革への取り組みについては, 大川真郎『司法改革 日弁連の長く困難なたたかい』(朝日新聞社 2007) に詳しい。
- 9) 1998年の日弁連第17回シンポジウムでは,「市民のための司法へ」をテーマに法曹一元制度の導入に焦点が当てられている。その際の会員1,685名が答えたアンケート結果によると, 法曹一元制度の導入に積極的な意見が九割を越え, その理由として,「社会経験を積んだ人が望ましい」75.8%,「市民常識的結論となる可能性が強い」61.3%(複数回答可)と多数を占め, 社会経験を積んだ人が判事となることによって, 社会常識を反映した判断を下せるようになることを法曹一元制度に求める考え方にたっていることが分かる。第17回司法シンポジウム『市民のための司法へ 基調報告書』(1998)。
- 10) 宮澤は, 日弁連の「市民のための司法改革論」が, 財界のいわゆる規制緩和的司法改革にも一定のボキャブラリーを提供し, 今期の司法改革のフレームを形成したと分析する。宮澤節生「今次司法改革における『市民のための司法改革』論の軌跡」法律時報 77-8(2005), 40-45頁。
- 11) 経済同友会「グローバル化に対応する企業法制の整備を目指して 民間主導の市場経済に向けた法制度と立法・司法の改革」(1997)。
- 12) 経団連「司法制度改革についての意見」(1998)。
- 13) 矢口洪一『最高裁判所とともに』(有斐閣 1993)。
- 14) 司法の民主化を推進するために, 司法被害の実態を収集し出版したり, 被害を防止するためのパンフレット作成や配布を行うという活動で, 1995年に立ち上げられた。例えば, 裁判を正す会代表 冨島克子『民事裁判ものがたり』(イーストプレス 1997)。
- 15) たとえば, 日本経済新聞社編『司法 経済は問う』(日本経済新聞社 2000)。
- 16) 数多く出版されているが, 例えば, 長尾クニ子『医療裁判』(さいろ社 2001), 久能恒子『心なき医療……その後 医療過誤裁判の現場から』(びいびる社 1997)。
- 17) 比較的新しいものとして, 門田隆将『裁判官が日本を滅ぼす』(新潮文庫 2005) は, たとえばある痴漢冤罪事件で, 常習被害者である女子高生の証言を鵜呑みにした裁判官の事実認定を「非常識」と批判しているが, このような例は巷の裁判批判には非常に多い。
- 18) もっとも, 司法制度改革審議会が行った民事訴訟の利用者を対象とした「民事訴訟利用者調査」によると, 裁判官に対する評価はそれほど低くない。「常識を理解してくれた」についても, 全く・あまりそう思わないと答えたのが, 26.3%で, 49.9%の人は常識を理

解してくれたと評価している。司法制度改革審議会「民事訴訟利用者調査」（2000）。

- 19) 渡辺千原「専門訴訟と裁判の変容 医療過誤訴訟への対応を一例に」和田仁孝・櫻村志郎・阿部昌樹編『法社会学の可能性』（法律文化社 2004）。
- 20) こうした戦後司法の動向については、数多くの研究や著作があるが、司法行政研究に絞った新しいものとして、萩屋昌志編著『日本の裁判所 司法行政の歴史的研究』（晃洋書房 2004）から多くの示唆を得た。
- 21) 西野喜一「裁判批判の可能性（上）」判例時報1807号15頁（2003）では、裁判所の姿勢全般に関する批判を裁判批判とは区別し、個々の裁判について批判を行うことは、表現の自由の範囲内の活動である上、裁判官の判断を慎重ならしめ、市民の裁判に対する関心を高める効果もあるとしている。
- 22) 田中耕太郎『法の支配と裁判』（有斐閣 1960）。
- 23) 前掲注22)田中，81頁。
- 24) もっとも、田中は、法や裁判は常識と専門性の両者を兼ね備えているものであると考えており、人々の常識を直截に反映させることを意図する陪審制について否定するわけではない。正式な法的手続きによるかどうかに焦点を当てた議論を展開している。
- 25) 前掲注17)門田など。
- 26) 渡部保夫ほか『テキストブック現代司法（第4版）』（日本評論社 2000）。
- 27) この経緯について、たとえば山本祐司『最高裁判所物語（下）』講談社文庫（1997）、43頁以下。
- 28) 富島照男「公害事件と裁判官協議会」判例時報 660号，21-22頁（1972）。これに対する反論として、宮崎啓一「公害事件担当裁判官協議会について」判例時報665号16-17頁（1972）。もっとも、その後、協議会は秘密化され、協議の場から裁判統制の場へと変容していったと言われる。たとえば、村松昭夫「公害事件に関する裁判官会同・協議会の内容と問題点」法律労働旬法1200号，4-15頁（1988）。
- 29) なお、司法制度改革にのみ焦点を当てると、戦後の司法改革のあと、1962年に内閣に設置された臨時司法制度調査会による司法改革が第一の波と言える。このときは、法曹一元の導入が検討されたが、結果的には見送られ、その後むしろ司法官僚制機構が整備される流れを作ったと評価されている。法曹一元を推進してきた日弁連による臨司への反対運動が激化し、その後法曹三者が協力して司法改革を行うという姿勢が失われたことが、その後の司法改革の空白期を生んだとも言われる。1970年の国会の付帯決議で法曹三者による司法改革の合意がなされ、それが具体的な司法改革へと結びついたので、1980年代後半からの司法試験改革であったが、90年代の大きな司法改革のうねりから振り返ってみると、法曹三者による現状維持を基本とした小規模な法曹人口拡大をねらう保守的な改革論議にとどまっていた。
- 30) 西口元「チームワークによる汎用的訴訟運営を目指して（1）～（5完）」判例タイムズ 846～858（1994）。
- 31) 浅見宣義「静かな正義の克服をめざして」判例時報 1459，1460，1462，1463，1465，1466，1501，1502，1546号（1993～1995）同『裁判所改革のこころ』（現代人文社 2004）。
- 32) 花田政道「裁判官の『政治的中立性』」法学セミナー 172号，2-6頁（1970）。

- 33) もっとも、多くの事件に市民を裁判に導入でき、直接主義・口頭主義の実質化をはかることができるなどの理由から、参審制導入論もそれなりに有力に展開されており、学者の中には参審制導入論をとる者も少なからず見受けられた。その有力な議論として、平野龍一「参審制の採用による『核心司法』を」ジュリスト 1148号 2頁(1999)。
- 34) 司法制度改革審議会第30回配付資料。
- 35) こうした議論の経過については、司法制度改革推進本部 裁判員制度・刑事検討会議事録のほか、たとえば、安村勉「裁判体の構成」ジュリスト1268号、58-65頁(2004)、谷勝宏「今次司法改革の立法過程」法律時報 77-8、46-50頁(2005)。
- 36) 河津博史「裁判員制度と事実認定」法律時報 77-11、49-55頁(2005)。
- 37) 原田園男「裁判員制度における事実認定 木谷・石井論争を素材として」法律時報 77-11、36-42頁(2005)。
- 38) 齋藤啓昭「裁判員制度と事実認定の課題」刑事法ジャーナル4号、17-23頁。(2006)。
- 39) 佐藤博史「『裁判員制度と事実認定』の課題」刑事法ジャーナル4号、31-38頁(2006)。
- 40) たとえば、酒巻匡「21世紀の刑事裁判 裁判員制度運用上の課題と展望」司法研修所論集 115号、99-122頁(2006)。
- 41) 今崎幸彦「『裁判員制度導入と刑事裁判』の概要」判例タイムズ1188、4-19頁(2005)や、法学セミナーの特集記事「裁判員制度 制度設計の現段階 裁判員制度座談会 法曹三者の構想」法学セミナー 623号(2006)も、これまでの刑事裁判の基本は維持しながら、「わかりやすい審理」「わかりやすく、迅速な裁判」にすることが裁判員制度であるという考え方が貫かれている。自由と正義57-6(2006)の「特集 わかりやすい司法を目指して」も、裁判員裁判を念頭に置いた特集である。このなかの、早川貴文「わかりやすさとわかりにくさの界面」では、これまでの裁判が「国民の健全な社会常識」に不適合を来していた側面として、「わかりにくさ」があるとし、そのわかりやすさを実現するために「口頭で具体的な生活事実が生き生きと語られ、それをめぐってフェア・プレイかつ真剣勝負の活発なやりとりが集約的・完結的に行われる引き締まった場」にすべきであると指摘する。
- 42) たとえば、浜田寿美男『自白の心理学』(岩波新書 2001)、大橋靖史・森直久・高木光太郎・松島恵介著『心理学者、裁判と出会う 供述心理学のフィールド』(北大路書房 2002)、菅原郁夫・サトウタツヤ・黒沢香編『法と心理学のフロンティア (犯罪・生活編)』(北大路書房 2005)。
- 43) 一瀬敬一郎「作家・広津和郎の松川裁判批判を今日いかに継承するか」法と心理 4-1、1-23頁(2005)。
- 44) 棚瀬孝雄『訴訟動員と司法参加』第5章(弘文堂 2003)。主としてアメリカの議論を検討しているが、「社会の良識」を社会科学と法律家との間で争いあう関係にあることを指摘している。
- 45) こうした問題意識から、刑事法研究者がわから研究を進めようとする試みとして、たとえば村井敏邦編『刑事司法と心理学 法と心理学の新たな地平線を求めて』(日本評論社 2005)。
- 46) 上石圭一「過去の司法制度改革との比較で見た今回の司法制度改革の評価」法律時報

77-8, 28-32頁（2005）。

- 47) もっとも、法曹一元導入が今回も見送られたのは、裁判所の抵抗にばかり原因があるわけではなく、弁護士がわの人的基盤が不足していたなどの要因も大きい。
- 48) たとえば、田中成明「法の世界と常識の世界」法学セミナー 1982-5号, 13-17頁。（1982）。
- 49) 司法制度改革審議会第48回の審議において、最高裁は「社会常識を欠いた判断」という批判に対し、それは裁判官の実態が知られていないことに原因があると反論している。
- 50) たとえば、田中前掲注48)では、中村雄二郎の『共通感覚論』をひいて、「常識」には、「社会通念としての常識」と、「豊かな知恵としての常識」があることを指摘している。おそらく裁判所の「健全な常識」は、豊かな知恵としての常識であり、具体的基準としても妥当しうる「社会通念としての常識」でないことが、ここでの「健全な常識」への退避とも言える状況を生み出していると考えられる。この点はさらに検討すべき課題であるが、ここでは問題の指摘にとどめておく。
- 51) 渡辺千原 前掲注19)参照のこと。医療過誤訴訟への対応として、鑑定人リストの作成や専門委員の導入なども行われてきたが、実際の医療過誤訴訟における鑑定人選任率はむしろ以前より低くなっている。この背景には、それ以前の医療過誤訴訟における鑑定書依存の問題とそれに対する強い批判があったことも確かであるが、ジェネラリストである裁判官による判断を維持しようとする姿勢の現れでもありと考えられる。
- 52) もっとも、専門訴訟での専門常識への受け入れに積極的だった背景には、日本の裁判所の真実志向の強さがあったことにも留意が必要だろう。専門領域における的確な事実判断には、専門的知見が不可欠という「常識」には逆らいがたかったと言えるだろう。渡辺千原「医療過誤訴訟と専門家 『真相の解明』の観点から」月刊司法改革 11号, 36-39頁（2000）。
- 53) 多くの議論があるが、たとえば、Laura G. Dooley, "The Dilution Effect: Federalization, Fair Cross-Sections, and the Concept of Community", 54DePaul L. Rev. 79 (2004).
- 54) もっとも、実際には裁判員はその地域から選出されていくことから、結果として一定の共同体の正義を反映する制度へと成長する可能性も指摘されている。阿部昌樹「分権型社会の司法」阿部昌樹・馬場健一・斎藤浩編『司法改革の最前線』（日本評論社 2002）, 31-52頁。
- 55) 法解釈の中に共同体を構築していこうとする議論として、棚瀬孝雄「共同体論と憲法解釈」ジュリスト 1222号, 1227号（2002）。
- 56) 日本では、これまでその必要性は叫ばれつつも、アメリカでの「政治的選好が判決行動を導く」というモデルに従うような司法行動研究は、日本の裁判官の「非」政治性や、裁判所の閉鎖性から有効に展開することが困難であった。しかし、最近ではアメリカでも、こうした政治選好モデルだけではなく、「なお法に従って判断を行っている」ことに着目した法モデルの提示や、判決行動の中の戦略的行動に着目した研究など多様な角度からの司法行動研究が進められつつあり、日本でもこうした研究を展開していく可能性や必要性があるように思われる。アメリカでのこうした研究動向について、Howard Gillman, "What's Law Got to Do with It? Judicial Behaviorists Test the "Legal model" of Judicial Decision

Making.” 26Law and Social Inquiry 465 (2001). 日本では、キャリア・パターンと判決行動に一定の連関があることはかねてから指摘されているが、むしろ判決行動にばらつきがないことをどのように担保、正当化していくかという形の検討の可能性もあるのではないだろうか。そのような角度からの研究として、例えば、松村良之・太田勝造・岡本浩一「裁判官の判断におけるスジとスワリ(1)～(13)」判例タイムズ 911, 912, 916, 919, 921, 923, 925, 927, 937, 941, 946, 967, 1004 (1996～1999)。