

講 演

刑事司法における素人参加
——ドイツの最新の議論について——

グンナー・ドウトゲ
(翻訳 石塚 伸一)

はじめに

本稿は、2013年10月8日、龍谷大学深草学舎において開催された法学会研究会におけるグンナー・ドウトゲ教授（ゲッティンゲン大学）の講演の日本語訳である。なお、本研究会の開催には、龍谷大学矯正・保護総合センターにご支援いただいた。

ドウトゲ教授は、1966年ゲミュンデン（Gemünden am Main）に生まれ、1987年から92年までヴェルツブルク大学で法学を学んだ。1992年に第一次司法試験に合格し、1992年から94年まで司法修習期間中、同大学の犯罪学・刑法講座のエレン・シュリュヒター（Ellen Schlüchter）教授の下で助手を務めた。1994年に第二次司法試験に合格し、1995年に博士号を取得している。その後、ルール大学で学術助手を務め、2001年1月、「過失犯における行為無価値の明確性について（Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten）」によって教授資格（刑法、刑事訴訟法および法哲学）を取得した。ルール大学等の非常勤講師を務めた後、2001年11月、ミュンヘン大学の刑法・法哲学の教授として採用された。2004年10月、ハンス＝ルートヴィッヒ・シュライバー（Hans-Ludwig Schreiber）教授の後任として、ゲッティンゲン大学法学部の刑法・刑事訴訟法・医事法の教授に就任し、2006年から同大学医事法研究所所長・事務部門を兼務することになった。当時、同研究所は、民事と刑事の所長を配

置する二頭体制であったが、2010年9月から一頭体制になり、現在は単独で所長を務めている。同研究所には、民事のエルビン・ドイッチェ（Erbin Deutsche）教授と刑事のシュライバー教授を配置し、諸外国から多くの研究者を受け入れていた。

わたくしも、1992年から93年にかけて同研究所に客員として滞在した。そんなご縁もあって、同大学関係者がたびたび本学を訪問されている。2002年には、本学で「生命倫理と法」に関するシンポジウムを共催し、その成果を日独で出版した。【訳注1】

今回の講演は、日本の裁判員制度のモデルのひとつといわれているドイツの参審員制度が、その制度理念とは裏腹に、現実には、市民の司法参加という初期の目標を十分に達成できおらず、その成果は「害はない」という程度の消極的なものにとどまっている。むしろ、部分的に制度矛盾を露呈しているようなところもある。将来にわたって、このような制度を、多額の財政支出をして維持していくことには大きな疑問がある、とする論争的な主張を含むものであった。当日は、ドウトゲ教授の報告の後に斎藤司准教授が日本の裁判員制度の現状を紹介し、意見交換を行なった。

日本では、エミンガー令による司法改革の成果のひとつとして高く評価されてきたドイツの参審制ではあるが、【訳注2】その母国で、その存在意義に疑問が投げかけられている。彼の報告が、ドイツ法曹大会での基調報告でもあっただけに、はじまったばかりの裁判員制度を評価する際にも参考となるであろう。

翻訳については大津亜矢子さんにお手伝いをしていただいた。下記の日本語文献の収集については本学の研究生であるの田中久美さんに協力していただいた。【訳注3】この場を借りて御礼申し上げたい。

【訳注1】 龍谷大学「遺伝子工学時代と生命倫理と法」研究会（代表・石塚伸一）
編『遺伝子工学時代における倫理と法』（日本評論社、2003年）。ドイツ語版

Shireiber, Hans-Ludwig, /Henning Rosenau/Shinichi Ishizuka/Sangyun Kim (Herg.), Recht und Ethik im Zeitalter der Gentechnik: Deutsche und japanische Beiträge zu Biorecht und Bioethik, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2004.

【訳注2】1924年のいわゆる「エミンガー令 (Emminger Verordnung)」まで、ドイツの刑事訴訟法は、陪審員裁判事件において、なお真正の陪審裁判の規定していた。そこでの「素人裁判官 (Laienrichter)」とは、責任問題 (有罪無罪) についてののみ決定する裁判員 (Geschworene) と訴訟指揮および刑の量定について権限を有する職業裁判官 (Berufsrichter) が明確に区別されていた。今日、陪審員裁判裁判の名称には歴史的意味しかない。したがって、地方裁判所の「通常」大法廷の権限についての事実上決定とは関連していない。現在の陪審裁判は、職業裁判官3名、参審員2名で構成される。その際の参審員は、もはや陪審員ではない。ドイツ裁判所構成法 (Deutsches Richtergesetz : DRiG), 第44条から45条aに規定されている。その他については、名誉裁判官の権利および義務については裁判所規則 (Gerichtszweige) の諸規定の中に規定されている。最高裁判所「国民の司法参加に関する裁判所の意見」は、「ドイツでも、フランス革命の影響を受けて陪審制導入の議論が高まり、1848年の3月革命以後、ドイツ各地で刑事事件について陪審制が導入されていった。しかし、種々の難点が指摘され、1850年にハノーファーで参審制が導入されるなど参審制への移行が見られ、1877年の刑事訴訟法、裁判所構成法による陪審制、参審制及び職業裁判官による裁判との併存を経て、1924年、司法大臣エミンガーの改革によって陪審裁判が完全に廃止され、参審制が確立した (佐藤篤士 = 林毅編著『司法への民衆参加—西洋における歴史的展開—』敬文堂、1996年、189頁)。

下記のサイトの最高裁判所「国民の司法参加に関する裁判所の意見」参照。
<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/dai30/30bessi5.html>

【訳注3】ドットゲ教授の業績の詳細については、下記のサイトを参照していただきたい。
<http://www.uni-goettingen.de/de/18981.html>

もくじ

I 旧き争点の復活

II 仮想と現実との間にある論拠

- 1 「依存的裁判官」による「中途半端な民主化」？
- 2 「健全な人間理解」の導入か？
- 3 「無資格法曹」による「質の保証」？
- 4 代表性なき民主制？——無言出席者による透明性と統制
- 5 法への信頼の強化

III 「・・・害にはならない（毒にはならない。でも、薬になるかは疑問。）」

- 1 記録閲覧問題
- 2 ドイツ語問題
- 3 信仰の印（例えば、イスラム女性のスカーフ）
- 4 刑事和解（刑事訴訟法第257条c）

IV 展望：「政治的信頼への疑問か？」それとも「特殊な専門的知識か？」

I. 旧き争点の復活

ドイツ刑事訴訟法の学理と実務（1924年エミンガー令以来妥当する）は、数十年にわたり、法的基礎知識のない人民の代表者（「素人」）たちに対する刑事裁判の管轄権の「コントロールされた公開」という法的状況（Emmiger VO1924 より有効）と折り合いを付けてきたように思われる。その言葉の全き意味では、いわゆる「参審員裁判制度」は、（「陪審員裁判」のように）素人が職業裁判官から完全に独立した権限をもつのではなく、これらが一緒に「混合型裁判体」として、その職務を果たし、判決を下すところにその特徴があるといえるであろう。つい最近まで、この制度は（ここでは、簡易裁判所と地方裁判所の事実審が問題となるのだが）、ドイツで長い間受け入れられてきたのであり、また、フランツ・フォン・リストの古い格言にあるように、素人裁判官制度を支持する「根強い民衆の支持」が存在しており、このことを決して無視することはできない。そ

1 Franz v. Liszt, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Hinneberg (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abt. VIII, 2. Aufl. 1913, Kap. II., C., S. 270.

れ故、ついこの間まで、この歴史的伝統の崩壊など、思いもよらぬことであった。

しかしながら、近年、裁判所構成システムが、再び注目されるようになり、過去の争点が新たに採り上げられるようになった。すなわち、裁判体構成員を非法律家にまで拡張することが、本当に「ロマンチックに美化された」シンボルを越えて、現実の評価できる有用性を付与することができるのか、あるいは、それは、肯定的な効果を期待されているだけで、現実にはただの幻想に過ぎないのではないか。比較的最近の法社会学的研究の成果によれば、詳細な実証の結果、むしろその幻想を正気に返らせるようなものであった。そして、この結果は、簡単に無視できるようなものではない。なぜなら、手続法的現実を目の当たりすれば、もはや現実の諸関係は明白であり、法に合理性を与えるためには、これらの諸関係が注意深く分析される必要があるからである。その際、同時に、一般的に通有している素人の参加は、ひょっとすると多くの効果が望めないものの、決して害はない、という考え方を批判的に深く問いたす必要がある。なぜなら、すでに、かの偉大な刑事法学者P.J.A.フォン・フォイエルバハによってこの分野に投げかけられていた疑念は、今日に至ってもなお払拭されていないからである。すなわち、「凡庸な知性では…結論には到底届かない。なぜなら、知性は自らの意見を素早く見つけ出さねばならないからだ。しかし、そのスピードは思慮深く検証する学者よりもずっと早いことが求められる。まさにそれは、目隠しをして標的に命中させるようなもので、的中したとすれば、それはまさに偶然のなせる技だと言ってよいであろう。」²

以下の考察では、数週間前に開催された第36回ドイツ弁護士大会でも初めて取り組まれテーマであるが³、とりわけ、ドイツの裁判所構成法もその

2 *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, 1813, S. 181.

3 <http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/strafverteidigertag 2012.htm>.

手本としたとされる、日本の「裁判員制度」を視野に入れながら、簡単に講演させていただくことにする⁴。当然のことながら、ドイツの経験から参考に2009年に初めて施行されることとなった日本の新しいシステムにとって、どのような点で参考となるのかについての評価は、日本の優秀な同僚と友人たちにお任せすることにする。

Ⅱ. 仮想と現実の間にある論拠

1. 「依存的裁判官」による「中途半端な民主化」？

「評議室や非公開決定」に公開の拡張を正当化すべき根拠には、つねに——たしかに、それは国民への広がりにもよるが——その中核には、3つの理由がある。すなわち、まず第一は、素人裁判権は、(国民の)刑事訴訟手続への信頼を強化し、そして、最終的には、ある種の集団的教育プログラムによって、国民の法への忠誠を高め、最終的に、は犯罪の一般予防効果を促進する、というものである(教育的機能)。第二に、一般市民の生活体験と「健全な人間理解」を投入することで、判決の質と「人民との接近」が高まる(市民感覚反映機能)。そして、最後に第三に、この方法で(裁判への市民参加によって)、国家権力の行使に対する人民の民主的参加が保証される(民主的機能)。近年、当然のこととはいえ、フランス革命の過程において、人民の政治的解放のシンボルとして、卑劣な(「政治的」)裁判官による邪知暴虐なる君主の横暴や権力の乱用を排除した、という素人裁判所の歴史的な関心が、再確認されている。しかしながら、真正の「陪審裁判」を導入することにより、刑事司法における法曹階層を徹底的に「民主化」ということに対しては、ドイツではさまざまな配慮による抵抗があったため、「裁判体の分割」によって、事実認定と法的判断

4 このように明言するものとして、http://www.courts.go.jp/english/proceedings/criminal_justice.html#2_3 (note 21).

（事実問題と法律問題）の「不自然な任務の未分化」をもたらす結果となった。また、そのことによって、過重な負担を負っている素人裁判官の口（意見）による違法な有罪または無罪の危険性という重大な懸念が生ずることになった。それゆえ、同一の裁判体内部における職業裁判官と素人裁判官の協働という構造をとることで、手続対象を人為的に分配することなしに、職業裁判官および素人裁判官の双方の管轄を互いに重ね合わせるための打開策が講じられたものと思われる。

このような意味付けのもと、法律専門家の世界と「素人世界」を在り得べき最善の刑事司法の状態をめざして共に進めていくため、作業のスタイルとしての協働作業が「同じ目の高さ」であることを目標とするのだとすれば、相互の信頼関係を基礎にした、それぞれの責任分野の互換性をともなう、真正の、すなわち、「対等の役割分担」がその必然的帰結となる。一方で、参審員は、公判の結果に関する投票権および決定に関する全ての権限（すなわち、有罪無罪および量刑に関する）が付与される（裁判所構成法第30条）。それは、ときによっては、参審裁判長に反対する多数派を構成するような効果をもつようなことさえあるのである（刑事訴訟法第263条；裁判所構成法第29条第1項）。しかし、これと同時に、他方で、職業裁判官への「親切的な支援と援助」にとどまるものとされ（刑事裁判参加要綱RiStBV第126参照）、また、対外的な責任の証である判決への署名義務は完全に免除されており（刑事訴訟法第275条第2項第3文）、明らかに、このような状態は中途半端であり、現行法上も首尾一貫していない。裁判官固有の任務に関しては、当然のことながら、自らの理解にしたがい、他からの「援助」は一切受けず、（現行法の枠組みでは）十分な確信の形成と独立の判断による（自由心証主義と裁判官の独立）という表現が用いられている（基本法第97条；ドイツ裁判官綱領第25以下）。なぜなら、補足的「専門知識」を引き受けたときには、これに関連してその評価に対する最終的責任を引き受けることなく、伝統的に、裁判官ではなく、専門の鑑

定人がその役割分担を負うものとされている（刑事訴訟法第72条以下）。

2. 「健全な人間理解」の導入か？

繰り返し引用されるつぎの仮説は正しいのであろうか。すなわち、素人は、実際に「健全な人間理解」や「人生経験」を刑事手続にもたらしものなのだろうか。肯定的な効果は無くなってしまっているということを、単に個別事案についてだけでなく、刑事司法実務全般について主張する論者は、より詳細に考察し、さらに、以下の三つの所与の事実が存在すると主張する。すなわち、まず第一に、いわゆる職業裁判官には一定の種類の「健全な人間理解」が欠けており、第二に、人民の代表に代わって（判決は「人民の名において」言渡される。）、健全な人間理解を意のままに使っている。そして最後に第三の事実として、法律には素人であるが特定の分野に通じた者の専門的知識がもたらされるということは、現実には、単に稀というのを越えているというために十分な証拠が必要である。論者が、論理的分析を頼りに、上記のよく使われる論拠が必要十分条件であると主張するのであれば、それだけでは十分な説得力を認めることはできない。なぜなら、職業裁判官が、生活に密着した、そして、「人民に近い」というための十分な根拠が欠けているというためには、多元的な「開かれた」社会の時代においては、裁判官層がすべての社会的視点を身に付けることとなる条件となる近づき易さをもっているということに全く説得力がない。それとは反対に、素人裁判官は、素人だというだけで、裁判官以上の生活体験、場合によっては、環境経験を意のままに用いることができるということが、いずれにせよ、指名と選任に際して（裁判所構成法第36条、40条および42条）、全く審査されることはなく、それ故、法律実務的には取るに足らないこととされている。その際、より詳細な経験的説明が問題となるのは、素人が、具体的な手続場面において、あるいは、判決の評議の間に、職業裁判官たちを前にして、事実上、どれほどの影響力を発揮できるか、

という疑問である。しかしながら、調査によれば、判決に対するその主張の積極的な影響は全くないという。——反対ではないか！

「マールブルク参審員調査」(Rennig,1993)で質問を受けた職業裁判官の回答によれば、57%の参審員が公判に際して、一度も質問をせず、また、わずか12%がすでに扱われているテーマについて、さらに24%が法律的視点から考えて本質的でない点について質問した、と答えている。判決の評議の間も約50%の素人裁判官はほとんど何も発言せず、30%が「明示の要求」に対して発言し、わずか20%が本人の主体性(イニシアチブ)によって発言したという。もう一つの別の研究プロジェクト(Machura, 2001)では、ボーフムとフランクフルトの参審員が「物事を遂行する能力(Durchsetzungsfähigkeit)」を質問した。すなわち、多数派は、心理的には自分の影響を過大に評価しているにもかかわらず、肯定的評価は、際立って控えめなものであった。どちらかという、すでに表明された職業裁判官の評価に対して、争いを避ける補足的論拠の形式にとどまり、批判的な質問や反問、あるいは裁判長に対して批判的立場にたつということはほとんどない。この控えめな態度をとった理由としては、特に「時間が無い」ことがあげられるが、しかしまた「調書に関する知識の欠如」ならびに、職業裁判官の立場上および論証上の優位性に基づく情報収集の段階における構造的不利も、その理由として挙げられた。加えて、また、アメリカの陪審研究の知見から得られた多数派または先導的意見を述べる者(議論の指導者)に靡く大勢順応的な行動や決定をとる傾向がある。それ故、通例は、本当の意味での(真正の)素人「参加」は行われず、むしろ、一般には、職業裁判官の専門的権威の下に従属する傾向がある、ということが経験的に証明されている。

一番最近の現代的な調査研究、すなわち、マックス・プランク研究所で公的機関によって実施されたバイエルンの調査研究の成果(Glückner, 2011)によれば、上記の興ざめするような結果を実証しただけでなく、さ

らなる懸念をもたらすような調査結果を露呈することになった。すなわち、参審員は自らの決定の正当性を過大評価し、自らの判決に過度の確信を持っている、ということである。参審員は、常に期待された手続の出口（終局判断）のために、無意識の内に決定過程の情報をゆがめる。彼らは、特に、事件発生理由の蓋然性への配慮があまりに欠けているため、そのことが原因で間違った評価をしてしまう。そして、その当然の帰結として、誤った評価が必然的に先入観をもたらすことになる。前述の「マールブルク参審員調査」は、この点について、事案との関連で「理解の難しい」ものがかなりの数あることを実証している。さらに、参審員の「法感覚」が、ときに現行法とずれることもまれではない。しかし、一体、誰が、本気で素人につぎのようなことを期待するであろうか。すなわち、例えば、ドイツの正当防衛権は、対物防衛の認定の場合であっても、攻撃者に対する許された範囲での殺害にまで及ぶこと、あるいは、殺意の認定に際しては、ドイツ連邦裁判所によって、「阻止関（Hemmschwelle）」を越えることが求められている、ということまでも求めではないだろう。裁判長からの目標を定めた、骨の折れる説示があってはじめて、それぞれ、当該事件に関連して、必要な法的知識が提供されることになる。しかしながら、どこにでも存在する専門家と素人の権力や権威の格差は、この種の「配慮のある後見」によっても、より強く固められるだけなのではないか！

3. 「無資格法曹」による「質の保証」？

このことは同時に、参審員裁判システムのさらなる矛盾を示している。すなわち、参審員は、終局的（事実認定的）事実審理に関しても全て関与すべきものとされ、また、事実認定や量刑評価、そればかりか、責任や量刑の宣告にも加わっている。しかし、法律学的専門知識をもっている人たちが参審の業務を担当することは回避されている。なぜなら、素人参加という指導理念は、「法律学的思考に腐敗していない人」を採り込むために

あるからである。しかし、——まさに「質の保証」を高めるという局面の下では——、つぎのような状況をいかに正当化できるのであろうか。すなわち、裁判官業務の能力が、少なくとも数年の大学教育と2回の難度の高い試験に合格することを前提としているにもかかわらず、法律に関して無資格の者に裁判官と同様の責任を負わせているという事実を十分正当化できるのであろうか（裁判官法第5条および第5条a）。法律の知識もないのに、場当たりに「法の言葉を話す（判決を下す）」能力があるというのは、現実とかけはなれた期待であり、このことは、素人裁判官の「研修（Schulung）」における一般に行われている実務経験（の実態）からも裏付けることができる。すなわち、初めに彼らに手渡される数冊の案内書や冊子（いわゆる『参審員入門』）には、権利と義務が一般的な手続のプロセスとともに示され、その後、定期的に行われる追加研修のための催し物で具体的な法的諸問題が詳しく説明される。このような方法で手に入れた「半端な法学的知識」は、判決の質を高めることにほとんど役に立たない。したがって、このような研修は、素人参加の意味と明らかに矛盾している。「事前に特殊な教育を受けていない素人の判断の自然的無拘束力性」というパトス（思い入れ）とはかなりかけ離れて、実のところ、「自分に委ねられた共通の理解」に反する濫用が支配しているともいえる。この根本的矛盾を適切な言葉で非難したのは、ここでもまたフォイエルバハであった。すなわち、「まず、素人は『彼の自然的本性への…卓越した自信…』を信頼して、裁判官席に座る」。つぎに彼らは、『初めての授業の体験から』『学んだ知識』を排除しなくてはならない⁵。首尾一貫した法的思考は、疑いなくどこかに飛去っているであろう！

法的知識の欠落の問題性は、この他にも、訴訟手続の面にも存在しており、そのことは決して看過されるべきではない。すなわち、素人裁判官は、本来、刑事訴訟手続に彼らの「偏見のなさ」を持ち込むべきものとさ

5 Feuerbach (Fn. 2), S. 192.

れているが、他方で、これとは全く逆に、刑法実務は、しばしば参審員の特殊な偏見（捉われ）に基づく事案を見地する。たとえば、外国人を敵視する発言によって、無罪推定の原則に反する、すでに形成された信念を暴露したり、公判中に全く無関心な態度をとったりすると言われている。また、「眠れる裁判官」問題、すなわち、判断を求められている人たちの「問断のない現代」に疑問を呈して、判決を控訴審で覆することができるようにしたりすることは（刑事訴訟法第226条、第338条1号）、素人裁判官の協働の重大な問題点のひとつである。論者は、法廷での軽卒な発言、政治的または世界観的な性質の共感や反感、あるいは、メディアの影響によって偏見を持った裁判体しか構成できなくなってしまうことで、素人裁判官がふさわしくないという印象を周りに与え、さらにそれを超えて、社会心理学的に、何故、職業裁判官のほとんどが、素人裁判官候補者への質問権をきわめて抑制的にしか行使しないのか、というような疑問を抱くようになる（刑事訴訟法第240条第1項参照）。最近の判決で連邦裁判所（BGH）⁶は、自らの「法的心情」の基本要請について、つぎのように判示している。すなわち、この事案では、素人裁判官が公判前にその職業が貸金取立業者であることが認識され、私的制裁および違法な脅迫をとまなう借金取り立てを行なう傾向があることが分かった。しかしながら、BGHの見解によれば、「参審員には法的な心情と法への忠誠について高度の要求」がなされるべきである、としている。すでに1947年のドイツ法曹大会において、カール・ペータースとエドゥアルト・ケルンは、つぎのように求めている。すなわち、「職務を果たす上で不可欠な、精神的才能、判断能力および倫理的な適性と独立性を兼ね備えた」、「欠点のない、賢明で、法的に考えられる人物」が必要であるという。ただ、この高い要求を満たす人間が本当に「人民」の代表者であろうか？

6 NJW 2010, 2226 f.

4. 代表性なき民主制？——無言出席者による透明性と統制

ドイツにおける参審員の選出が、法的に求められている状況とは異なり、「国民すべての階層を適切に考慮する」（裁判所法第36条第2項）ことにはならないということは、すでに長きに亘り、異議が唱えられてきたが、いまだなんらの改善はなされていない。この際、この要請の中には、いわば「代表民主制」（基本法第20条第2項第2文参照。「…特別な機関により」）⁷の刻印として、まさに素人裁判権の中心的なモメントがある。それに反して、新たな研究でも、重大な欠点が指摘され、ある程度の選別や思慮もないことが記録されている。すなわち、参審員の中には、すでに明白に、あるいは、表面的には分らないが、相応しくない者たちがいる。ゲルケンによる青少年参審員研究（1986）によれば、さらに重要な問題として、選出された者のうちの多くが（いずれの場合も過去にであるが）（「相応の」）党籍があったことを理由に参審員の職務に就いていることが明るみ出た。それゆえ、民主的正統性というような美辞麗句を空虚な決まり文句で萎縮させてしまうような「お得意さんへの優待」と「友人のサービス」が明らかに大幅に顔を利かせている。しかし、立法そのものが民主的思考を真剣に捉えていないところもある。なぜなら、裁判所構成法第36条第2項第1文は、単なる「当為規定（Sollvorschrift）」であるので、支配的見解によれば、その無視は「有害とまではいえない（unschaedlich）」からである！

最後に、素人参加の根拠づけとして、司法権の公共によるコントロールの必要性が引き合いに出される限りにおいて、確認されるべきは、手続公開の原則（裁判所構成法第169条；欧州人権条約第6条第1項）、釈明義務（刑事訴訟法第34条）、上訴権（同法第296条以下、基本法第19条第4項）ならびに対質権および予断規則（刑事訴訟法第22条以下、基本法第97条）な

7 連邦憲法裁判所（BVerfG）は素人裁判権の「伝承機関」であることは認めたが、決して、憲法上必須だとは述べていない。BVerfGE 48, 300, 317.

どによってすでに補完されているということである。ところで、今日、一般に職業裁判官の自己理解に対応するものとしては、たとえ素人裁判官が欠席していたとしても、職業裁判官の意見を「共通意見として (gemeinverständlich)」優先的に扱うことができる。これに対しては、素人裁判官が判決も宣告せず、また、判決理由にも関与せず、彼らが、どのように「法の透明度と分かりやすさ」を促進するというのは、全く見当がつかない。素人裁判官は、概していえば、最早「無言の立会人」以上の者ではないのである (フォルク)。

5. 法への信頼の強化

さて、最初に触れた素人裁判官の参加の論拠のうち、ここでもなお考慮すべきものは、刑事司法への (想定の上の) 影響ではなく、むしろ逆で、想定を越えた社会への影響から生ずるものである。その限りにおいて、ドイツにおける経験的研究によれば、確かに、現実には、それぞれの事件の事実判断とともに、刑事手続の公正さに関しても、参審員の満足度が喜ばしいほど高いことが明らかになった。刑事司法への信頼の強化という意味における上記の肯定的効果は、明らかに、現に参加した素人の内部という数的には極めて限られた範囲の者に限られている (具体的には、全国民の約 0.045%にとどまる。)。しかし、法による「多元的統制」を通じて、可及的に広範囲の人たちに、平等と「正義」に従って運営されている刑事司法に関する知識が広まるということについて、素人裁判官は、どう見ても気づいていないであろう。この点については、ドイツ国民の認識の中でも、きわめて低い役割しか果たしていない、ということになろう。その他、素人裁判官の活動によって、少なくとも固有の法への忠誠と社会的統合が強化されるかどうかは、これまでのところ、単なる推測の域を出ておらず、実証的な証拠が存在しない。司法が直面する切迫した財政困窮と財源不足の状況を目の当たりにすると、「市民大学の刑法講座」 (いわゆる学校化その (龍法 '14) 46・4, 372 (1130))

他)のために毎年の高いコスト⁸をこれらかも捻出できるかどうかはきわめて疑問である。

Ⅲ. 「・・・害にはならない (毒にはならない。 でも、薬になるかは疑問。)」

1. 記録閲覧問題

素人の参加が少なくとも「害にならない」という控えめな仮説それ自体が、何故、間違いであるかの第一の理由は、上記の問題のある貸借対照表がすでに説明している。しかし、それとは無関係に、素人参加は、それ以上の多くの、本来的に法的な諸問題それ自身に内包している。

さて、もっと集中して検討すべき問題、すなわち、場合によっては参審員が捜査記録の閲覧を選択することが許されるのではないか、という論争については、この間に連邦通常裁判所 (BGH) によって肯定する判断が示された⁹。さて、上記の判例は、これまでしばしば見逃されてきたことであったが、捜査手続における上の強制手段についての記録の開示状況 (電話会話盗聴記録) だけに関するものであった。その他の記録、とりわけ、検察庁の捜査 (刑事訴訟法第200条第2号) の重要な成果に関しては、未だ解決されていない。その際、問題となるのは、決して、先入観を持った参審員による直接主義や口頭主義との衝突の問題に尽きるものではない。むしろ、素人裁判官の平等な扱いの根拠から出発して (裁判所構成第30条第1項参照) 職業裁判官と同一の情報水準まで引き上げ、裁判官としての職務の基礎にある根本的意義にまでその宣言された努力を動かすことであ

8 2010年ニーダーザクセン州だけで1,740,000 ユーロを支出している。下記のサイトを参照。 http://www.mf.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=28528&article_id=99059&psmand=5 (Einzelplan 11, S. 88, 96, 104).

9 BGHSt 43, 36 ff.

る。なぜなら、素人裁判官は、まさに法律家の影響をもってしても動揺することのない視点（パースペクティブ）をもたらすべきものだからである。一方では、そのままを維持し、また、他方では、職業裁判官の場合と同じ「法的レベル」にまで引き上げたいというのは（それは、はじめから成功の見込みのない大それた企てである。上記参照）、明らかに現行法のアポリアである。加えて、もし、今日までそれが誤りであるということは証明されていないシュエネマンのテーゼ、すなわち、古い捜査を再び取り上げようとする、結果として、社会心理学的にいわゆる「持続効果」（すなわち、昔の評価にいつまでも拘泥する傾向）をもたらすというテーゼが正しいとするならば、捜査記録によって、素人的視点（パースペクティブ）の「汚染」はいよいよ理解できないものになってしまう。

2. ドイツ語問題

参審員たちは、ドイツの裁判においては公判の進行についていくために、ドイツ語に精通していなければならない（裁判所構成法第184条参照）ということは、本来なら、当然とされるべきであろう。しかしながら、2010年までは、このような要請は、驚くべきことに、法律では規定されていなかった。しかし、現在では、法はドイツ国籍をもつものだけではドイツ語の公用を要求している（裁判所構成法第31条第2文）。ところが、その際、国籍は、十分な水準の言語能力を必然的に保証するものではなかった。しかし、その間に、参審員として召集された人の中で、わずかし、あるいは、全くドイツ語が話せないという事例が集積してきたため、立法者が「参審員不適格」事由に新たな特別事由を設置するというきっかけとなった（裁判所構成法第33条5号）。新しい規則は、しかしながら、二つの問題を含んでいた。すなわち、まず第一は、立法者は、——正當にも——十分な言語能力を不可欠だと看做していたにもかかわらず、何故か、ドイツ語を自由に使えるということを外し、欠格事由は「当為規定」としてし

か明文化されなかったということは、不可解である。いま一つは、将来、どのように「ドイツ語の十分な習得」の要求が規定されるのかについては、これは楽しみにすることにした。立法者は、この点については、アンビヴァレントな（どっちつかず）の表現をした。すなわち、検査は、知識の調査を目的としているわけではないので、参審員が専門用語（例えば、経済刑法の文脈）に精通していることなど求められない。もちろん、参審員の言語能力は、「日常会話のやり取りや、毎日の生活に必要なレベルの文章読解力」よりもより優れたレベルでなくてはならない¹⁰。新たな線引き問題、手続法的に複雑な問題を伴う問題を最終的に明確化すること（例えば、法的手段によって取消されるリスク）、さほど難しくはないと認識されてきた。ドイツへ移住する人の増加という流れの中で、このような問題の法実務的意義は、おそらくそう簡単には解決しないであろう。

3. 信仰の証（例えば、イスラム女性のスカーフ）

このことと密接に関連して、さらなる、決して小さくはない現実的な問題として、素人裁判官の職務に、特にイスラム教の頭にかぶるスカーフなど、視覚的な宗教信仰のサインがどこまで認められるか、という重要な法的課題がある。男女平等（基本法第3条第2項、第3項）などが一般的に受け容れられていないということも、補足説明によって表明されるとすれば、おそらく議論の余地なく、憲法への忠誠（ドイツ裁判官法第45条第3項参照）に欠けているとして、参審員としての職務を行使する資格に値しないことになる。議論の対象は、しかしながら、この問題が、単なるスカーフだけの問題として解決できるかどうかである。ドルトムント地方裁判所の法解釈によれば、まさに「ある世界観の表明（デモンストレーション）」それ自体は、「裁判所の非政党性、客観性および中立性の必然的印

10 BT-Drucks. 17/2350, S. 4 f.

象」を蔑ろにし、さらには、「この国およびこの社会の機関としての裁判所の威厳」と衝突するものであるという¹¹。それに対して、ビーレフェルド地方裁判所は、この問題（スカーフ問題）だけについては、不適當とまではいえないとした。なぜなら、法は、参審員に対して、服装規定を設けておらず、さらには、「宗教の信徒」は参審員に任命しないとも規定していないからである（裁判所構成法第34第1項第6号）¹²。この論争において、いかなる立場がより多くの信頼を得るかという問題は、ここではこれ以上深く触れないことにする。むしろ、ここでは、特殊な観点かもしれないが、素人参加制の維持によって、多くの全社会的な紛争が、直接、刑事司法に持ち込まれることになるであろうことを指摘しておこう。——その紛争を深く追求することはしないが、単に威厳によって解決しようとするれば、更に手続の混乱の危険性は高まり、あるいは、刑事訴追それ自体が最終的には頓挫してしまう危険性すらある。

4. 刑事和解（刑事訴訟法第257条c）

全く異なる種類の混乱（Komplikation）が生じた。すなわち、2009年に明文規定が導入された「司法取引（Urteilabsprachen）」¹³の文脈においてもなお、素人裁判官によって「健全な人間理解」が持ち込まれることが一体可能なのかどうか、という問題である。刑事訴訟法第257条cは、極めて曖昧に「裁判所」の主導権を要求している。「適切な事案にあっては」（同条第1項第1文）（第1回）公判開始後に、「和解がどのような内容のものになりうるか」（第3項1文）を「宣告（bekannt geben）」する必要がある。これに（和解に）、参審員も参加すべきかどうか、参加するとすればどの程度

11 LG Dortmund NJW 2007, 3013 f.

12 LG Bielefeld NJW 2007, 3014. もっとも、女性参審員は、彼女の服装によって（たとえば、全身のベールによって）完全に覆い隠してはならないという条件つきではあるが。

13 『刑事訴訟手続上の和解の規律に関する法律（BGBl. 2009 I, 2274）』

なのかは、立法資料 (Gesetzesmaterialien) の中には全くその立場についての言及がない。しかしながら、いまのところ、望めば、公判開始前 (同法212条) 及び中間手続 (同法第202条a) における「手続状況の検討」ができるという規定も存在する。この規定は、その説明によれば、公判における「和解」の準備にも適用されるべきである。しかしながら、公判前の出来事に関して参審員は、法律の規定では参加できない (裁判所構成法第30条第1項参照)。したがって、一定の経験則 (Lebenswahrscheinlichkeit) から予想するとすれば、素人は、将来、評決に対して不適切な圧力を掛けてくるのではないかということである。体験者 (Devise) はつぎのように言っている。すなわち、「全員一致だった。参審員がぶち壊し屋 (Spielverderber) でなかったからね。」まさに彼らに期待されている「取引 (Deal)」における過剰の、あるいは、軽率な逸脱に立ち向かうなどということは、不適切であり、かつ、生活感覚からは懸隔しているといえる。これとは別の疑問がある。すなわち、なぜなら、一自白に基づく一即決手続において、証拠調べが全く存在せず、それに代わって量刑の割引だけが争点となっているような簡易な手続にあって、参審員は、一体、手続にどのような有益な貢献ができるのであろうか、という疑問である (刑事訴訟法第257条c第3項第2文 [刑罰の上限および下限])。規定にはなっていないものとして、立法者は、参審員の参画の重要性が存続していることの見せかけ (仮想) を維持し続けようとした。しかしながら、現実には、参審員は、公判を伴う手続においても、長きにわたり、余計な遺物 (無用の長物) となっていたと言われても仕方がないであろう。

Ⅳ. 展望：「政治的信頼への疑問か？」

それとも「特殊な専門的知識か？」

このような興ざめするような調査結果を目の当たりにして、この段階に

あつて、つぎのような思いに駆られる。すなわち、現在、公判外での簡易な手続が広範に用いられていることを勘案すると（刑事訴訟法第153条以下、第407条以下）、参審員制度は、とても狭隘な領域でしか利用されていないのである。まさに、犯罪事実が比較的軽微と捉えられるような場合には（すなわち、日常的な犯罪の場合）には、まさに「一般人の生活経験」を持ち込む余地が極めて大きいにも関わらず、そこに限って素人参加の余地がない。これに対して、例えば、特許権、商標権、著作権侵害、銀行、株およびクレジットカードにおける違法行為、涉外法・ワイン法・食品法等違反事件、補助金詐欺・投資詐欺その他の違法行為に判決を言渡す地方裁判所経済刑事部の裁判には参審員が関与している（詳しくは、裁判所構成法第74条c）。しかしながら、経営学・簿記等の専門的知識なしに、このような事件をどうやって処理するつもりなのか、わたしには全く見当がつかない。しかし、もし、いわゆる専門的質問に対しては、現在すでに、裁判所（例えば、公認会計士に対する鑑定依頼等）によって職権で外部の専門知識が聴取されれば、ここには参審員よりも有意義な一専門的（！）一素人の活動領域が存在する。少年の刑事手続の領域では現行法は、「教育的能力を備え、かつまた少年を教育した経験のある」少年参審員をもっている（少年裁判所法第35条第2項第2文）。すでに、これと並んで、疑いの余地なく、例えば医事法のような、なお比類のないより広範な適用領域が検討される可能性がある。しかし、上記のような場合にはつねに、特殊な知識が問題となっているので、そのことが非法律家による裁判体（の構成）を正統化すると思われる。だからといって、そのことが社会の刑事司法に対する不信感を正統化するには至らないであろう。なぜなら、このような不信感は、強固な法治国家においては、すでに歴史的に当の昔に克服されてしまったものだからである。もちろん、上記のような判断は、当該国家の社会的—政治的な状況や文化に依存しているので、国際比較の結果として大きな違いがあったとしても、それは驚くに値しない。それぞれの

法的小および文化的な共同体は、これらの疑問を正しく評価し、自らの裁判構成システムの相当性を継続的に審査すべきである。しかし、民主的に構成された法共同体が、上記の問題を決定しなければならない以上、法共同体は、素人裁判官制度の論拠として、民主制原理を引き合いに出すべきではないのではなからうか。なぜなら、すでにエルンスト・ベーリングが我々に示したように「…（民主制原理という論拠では）国民自身が自らの十戒を刻んだ石板を壊すことになるから」¹⁴！

【参考文献（抄）】

- Börner*, Die Ungleichheit von Schöffen und Berufsrichtern, ZStW 122 (2010), 157.
Dölling, zur Beteiligung von Laienrichtern an der Strafrechtspflege, in: Böttcher-FS 2007, S. 41.
Duttge, Laienrichter in der Strafgerichtsbarkeit – Anspruch und Wirklichkeit, JR 2006, 358.
Kühne, Laienrichter im Strafverfahren. Eine historisch-rechtsvergleichende Betrachtung, in: Ameling-FS 2009, S. 657.
Lundmark/Winter, Laienrichter im europäischen Vergleich, in: ZfRV (Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung) 2010, 173.
Maruschke (Hrsg.), Laienrichter in Japan, Deutschland und Europa, 2005.
Volk, Der Laie als Strafrichter, in: Dünnebie-FS 1982, S. 373.

【資料】

『裁判所構成法』

第29条（簡易裁判所における参審員裁判）「(1) 参審員裁判は、簡易裁判所の判事を裁判長とし、2名の参審員によって構成する。判事補は、任官後最初1年は、裁判長となることができない。」

第30条（参審員）「(1) 法律が例外を規定していない限りにおいて、参審員は、公判の間、すべて簡易裁判所の裁判官と同様の範囲および同様の表決権を行使し、かつまた、公判の進行において必要な決定に参加する。同決定は、判決言渡しに関連がない決定および口頭弁論でない場合にもすることができる決定でなければならない。(2) 公判外に必要な決定は、簡易裁判所の裁判官はこれを行う。」

第33条（参審員の欠格事由）「(1~4)、5 十分なドイツ語能力を欠くためにその職に不適切である人」

第76条（地方裁判所刑事部）「(1) 刑事部は、裁判長を含む3人の裁判官および2

14 *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, § 13, II., 2. (S. 53).

人の参審員（大刑事部）、刑事裁判官（単独事件）または参審員裁判（簡裁参審事件）の判決に対する控訴の手続においては裁判長および2人の参審員（小刑事部）で構成する。公判以外における決定には、参審員は参加しない。」

〔刑事訴訟法〕

第257条c（和解）「(1) 裁判所は、それが適切な事案において以下の各項の基準に従い、更なる手続の継続および手続の終結について手続当事者と和解をすることができる。・・・(3) 裁判所は、和解がいかなる内容のものであるかを告知する。その際、当該事案のすべての事情および一般的な量刑の考慮要素の自由な評価の下、刑の上限および下限を決定することができる。手続当事者は、みずからの立場を占める機会を有する。被告人および検察庁が裁判所の提案に同意したときに、和解は成立する。」

第263条（表決）「(1) 罪責問題および行為の法的効果に関し、被告人に不利益な判断をするためには、つねに3分の2の多数を必要とする。」

〔刑事手続および罰金手続のための方針〕

第126「(1)・・・(2) 職業裁判官は、参審員が法律によって与えられている任務を充足することができるように貢献すべきである。訴訟の進行は、参審員がそれに追従できるように遂行されるべきである。参審員にとって理解できないような形式および専門用語については、説明されなければならない。(3) 起訴状は、参審員に交付されてはならない。ただし、いわゆる事実関係が膨大または困難な手続については、公判中、起訴状の朗読後、起訴状の写しを貸与することができる。」

〔主要参考文献〕

Hans-Peter Marutschkes; 高山 佳奈子【訳】「ドイツ参審制度の現状と問題点-比較法の見地から」ドイツ研究45（2011年）137～146頁。

Markus Heintzen; 飯島 暢【訳】「翻訳ドイツの参審制度」日本法学75（4）（2010年）1427～1450頁。

田口 守一「ドイツの裁判所における参審員と職業裁判官との関係」比較法学42（1）（2008年）163～185頁。

Kunt Wolfgang Norr; 小川 浩三【訳】「シンポジウム 陪審制から参審制（裁判員制）へ ドイツの参審裁判所の発展の諸段階 - ドイツ同盟期、第二帝政期、ワイマール共和国期」桐蔭法学14（1）（2007年）143～166頁。

岩崎 邦生「海外法曹の話題 ドイツの参審制度について」司法法制部季報（111）（2006年）116～129頁。

加藤 克佳「日本の裁判員制度について-ドイツの参審制度との比較を中心として」愛知大学法学部法経論集（170）（2006年）23～58頁。

本庄 武「連続特集 裁判員制度と刑事弁護（4）量刑はどうなるのか？-海外における量刑判断への市民参与 ドイツの参審制と量刑手続 - 手続二分論を中心に」刑事弁護（44）（2005年）54～58頁。

- 花崎 政之「ドイツにおける参審制度の運用の実情」法律のひろば57 (5) (2004年) 62～71頁。
- 村上 淳一「ドイツ参審制の現在 (下)」UP 30 (7) 通号345 (2001年) 1～9頁。
- 村上 淳一「ドイツ参審制の現在 (中)」UP 30 (6) 通号344 (2001年) 1～9頁。
- 村上 淳一「ドイツ参審制の現在 (上)」UP 30 (5) 通号343 (2001年) 1～7頁。
- 「資料・国民の司法参加 ドイツにおける刑事事件等に係る参審裁判等の利用状況について」ジュリスト1198 (2001年) 406～408頁。
- 「資料・国民の司法参加 ドイツの参審裁判手続 (刑事)」ジュリスト1198 (2001年) 409～414頁。
- 斎藤 哲「特集 実現可能な国民の司法参加システム－陪審か参審か? ドイツ刑事参審制度の機能と問題点」司法改革2 (4) 通号16 (2001年) 29～32頁。
- Sophie Ballestrem; 比嘉 康光【訳】「翻訳 ドイツの参審裁判」立正法学論集35 (1) 通号63 (2001年) 37～45頁。
- 斎藤 哲「特集 医療過誤訴訟にみる司法改革の方策 専門的事件における専門家と参審 - ドイツからの示唆」司法改革1 (11) 通号11 (2000年) 54～57頁。
- 朝山 芳史「陪審、参審と職権主義－ドイツ及びオーストリアの刑事裁判を中心として」『刑事裁判の理論と実務 中山善房判事退官記念』(成文堂、1998年) 1頁～。
- ウエズラ ネレス; 本間 一也【訳】「第二部 国民の司法参加 ドイツの参審裁判所-刑事手続における一般市民の関与の歴史および裁判所構成法的基础」『陪審制度を巡る諸問題』(現代人文社、1997年) 170頁～。
- 三成 賢次「『シンポジウム』司法への民衆参加の歴史 陪審制と参審制 - 近代ドイツにおける司法への民衆参加」法制史研究45 (1995年) 151～161頁。
- 高田 昭正「陪審<特集>ドイツ刑事訴訟における参審制 - 「刑事司法への国民参加」論の素材として」刑法雑誌33 (4) (1994年) 724～738頁。
- 吉弘 光男、本間 一也「陪審制をめぐる歴史・理念の検討<特集>19世紀ドイツにおける陪審裁判所および参審裁判所導入の過程」法律時報64 (5) (1992年) 46～52頁。
- 小野 慶二「ドイツの参審制度」法曹時報13 (4) (1961年) 454～475頁。
- 蒲原 大輔「西ドイツの参審制度」法律のひろば10 (6) (1957年) 4～9頁。
- 〔邦訳論文〕
- 箭野 章五郎訳「人間の尊厳ある死-法的類型と規範的な根拠」比較法雑誌43 (3) (2009年) 147～159頁。
- 山本 紘之訳「過失犯の不法内容について」比較法雑誌43 (2) (2009年) 45～65頁。
- 佐川 友佳子訳「終身刑と責任重大性条項 (刑法典57条a)」龍谷法学42 (1) (2009年) 175～192頁。
- 加藤 克佳訳「ドイツ刑事訴訟における合意: 法律規定 (刑事訴訟法第257条c) の基本問題」名城法学61 (4) (2012年) 21～44頁。

只木 誠訳「医事法における年齢区分の機能：医療行為と承諾」比較法雑誌46（1）（2012年）69～90頁。

山中 友理訳「外国刑事法学事情 ドイツにおける死体からの臓器移植に関する最新の議論」刑事法ジャーナル34（2012年）79～92頁。

富川 雅満訳「『承諾能力と承諾の有効性』コロキウム報告 EUの児童医薬品規則：その関心事、目的、そして効果」比較法雑誌46（3）（2012年）392～409頁。

嘉門 優訳「可罰的な兄弟姉妹間の性交処罰の正統化への疑念〔ドイツ刑法第173条〕」龍谷法学45（2）（2012年）629～648頁。

甲斐 克則／福山 好典訳「講演 医師法における承諾能力というカテゴリー：ドイツ法のパースペクティブから見た基本的な疑問」比較法学46（3）（2013年）201～218頁。

〔資料〕

法務省大臣官房司法法制部〔編〕、宮澤浩一〔監修・訳〕『ドイツ刑法典』法曹会（2007年）

法務省大臣官房司法法制部〔編〕、松尾浩也〔監修・訳〕『ドイツ刑事訴訟法典』法曹会（2001年）

法務大臣官房調査課〔訳編〕『ドイツ裁判所構成法：条文及び註釈』法務大臣官房調査課（1953年）