

論 説

## ドイツの裁判所における参審員と 職業裁判官との関係

田 口 守 一

- 1 はじめに
- 2 参審員の地位と能力
- 3 職業裁判官の任務と能力
- 4 職業裁判官の説明責任と参審制度の意義
- 5 むすび

### 1 はじめに

わが国の裁判員制度における裁判員は、事実認定と刑の量定について職業裁判官と同等の権限を有する点において、ドイツの刑事裁判所における参審員 (Schöffen)<sup>(1)</sup> と類似している。もちろん、わが国の裁判員が刑事裁判に関与するのは1事件に限られるが、ドイツの参審員は5年任期である点<sup>(2)</sup>、またわが国の裁判員は原則6名であるのに対して、ドイツでは2名

---

(1) ドイツで参審裁判所 (Schöffengericht) とは本来区裁判所における1名の職業裁判官と2名の参審員による裁判所を指すが、それ以外にも地方裁判所の小刑事部 (kleine Strafkammer) も1名の職業裁判官と2名の参審員で構成され、また同大刑事部 (große Strafkammer) にも原則3名の職業裁判官のほかに2名の参審員がおり、さらに陪審裁判所 (Schwurgericht) という名称の大刑事部も同じ構成となっている。そこで、以下では、これら参審員の関与する裁判所を広く参審裁判所と呼び、各参審員をとくに区別はしない場合がある。

(2) 2005年1月の裁判官法の改正で参審員の任期が4年から5年に引き上げられ

である点、さらにそもそもわが国の刑事裁判が当事者主義を原理とするのに対して、ドイツは職権主義を原理とする点などの違いがある。しかし、素人裁判官が職業裁判官と協働 (zusammenarbeiten) して事実認定と刑の量定を行うという限りでは完全に共通している。そこで、職業裁判官と素人裁判官との協働のあり方とその意義について考えるために、ドイツの参審員と職業裁判官との関係を検討してみたい。

ドイツの参審制度については、すでに詳しい調査報告がある<sup>(3)</sup>。そこで、本稿では、これらの先行調査を前提としながらも、可能な限り重複を避けて、1999年の「マクーラ調査」<sup>(4)</sup>、2006年の「同志社大学シンポジウ

---

た。現在（2007年時点）務めている参審員の任期は4年であるが、2008年に選定される参審員から任期は5年となる。以後、5年毎に選定作業がなされることになる。

- (3) 稲葉一生「ドイツにおける刑事司法への国民参加の実情と問題点 (1), (2), (3), (4・完)」ジュリスト 973号74頁以下、975号91頁以下、977号66頁以下 981号101頁以下 (1991) (以下「稲葉調査」という)、平良木登規男「参審制度について—その成立と発展の経緯—」法学研究67巻7号 (1994) 1頁以下、同「参審制度について（続）」法学研究69巻2号 (1996年) 255頁以下、最高裁判所事務総局『陪審・参審制度 ドイツ編』(2000年) (以下、「岩瀬=種田調査」という)。Gerhard Casper und Hans Zeisel, *Der Laienrichter im Strafprozeß, Vier empirische Studien zur Rechtsvergleichung*, 1979 (以下、「カスパー=ツァイゼル調査」という); Ulrike Benz, *Zur Rolle der Laienrichter im Strafprozeß, Eine Untersuchung über das Schöffenant auf verfahrenspsychologischer und gerichtsorganisatorischer Grundlage mit einem rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Überblick*, 1982 (以下、「ベンツ調査」という); Christoph Renning, *Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht-Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theorogische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit*, 1993.
- (4) Stefan Machura, *Interaction Between Lay Assessors and Professional Judges in German Mixed Courts*, in : *The Lay Participation in the Criminal Trial in the XXIst Century, International Conference Siracusa, Italy, 26-29 May 1999, Revue Internationale de Droit Penal/International Review of Penal Law*, 2001, pp. 451. 著者は1996年に、ボッヒュムの参審員190人とフランクフルトの参審員に530人を対象としてアンケート調査を実施し、ボッヒュムで151人、フランクフルトで417人の回答を得た。また、1997年にボッヒュム

ム」<sup>(5)</sup> 及び私自身が2007年に行った「面接調査」の結果を主な資料として、以下検討してみたい<sup>(6)</sup>。もっとも、私自身の「面接調査」はわずか4名の裁判官を対象としたものであり、これを一般化することには注意が必要であるが、いずれも参審裁判所の裁判長の経験の長い裁判官であり、またその回答も他の資料と内容的に大きな齟齬はないことから、ドイツの参審裁判所の平均的な裁判長の意見を代表していると見ていいのではないかと考える。なお、ある裁判官からは、面接時に書面による回答書の交付もあった。

## 2 参審員の地位と能力

### 1 参審員の地位

ドイツの参審員は、裁判官と同等の権限を持っている（裁判所構成法30条1項、77条1項）。裁判官の独立条項は、同じく参審員にも妥当する（ドイツ裁判官法45条）。参審員の権限は、評決において決定的な重みを持って

---

の参審員51人にインタビュー調査を行った（以下、「マクーラ調査」という）。

(5) Hans-Peter Marutschke (Hrsg.), *Laienrichter in Japan, Deutschland und Europa, Japanisch-Deutsches Symposium Doshisha University-Law School, Kyoto 15. Mai 2005, 2006.*

(6) 以下、「面接調査」とはこの調査を指す。調査は2007年9月から11月にかけて行った。面接する裁判官については、地方裁判所および区裁判所の各所長あてに質問書を送付した上で、裁判官の紹介を依頼するという手順を踏んだ。その結果、フライブルグ地裁のロイエン（G. Royen）裁判長、同シュバイツァー（B. Schweizer）裁判長、フライブルグ区裁判所のプレステル（B. Prestel）裁判長及びアウグスブルグ地裁のローターメール（W. Rothermel）裁判長を紹介していただいた。バーデン・ビュルテンベルク州だけでなくバイエルン州の裁判官のインタビューも行ったのは、少しでも客観的な意見を収集したいと考えたからである。ご協力下さった上記各裁判官の方々には、深く感謝したい。また、各裁判員所長に仲介の労をとっていただいたマックス・プランク外国・国際刑法研究所所長のジーバー（U. Sieber）教授及びアウグスブルグ大学のロゼナウ（H. Rosenau）教授にも、感謝したい。

いる。すなわち、判決は基本的に 3 分の 2 の絶対多数で決定するが（裁判所構成法196条 1 項），刑事手続では、罪責問題及び量刑問題など被告人に不利な判断については、3 分の 2 の多数が必要となる（刑訴法263条 1 項）。したがって、参審裁判所及び小刑事部では、参審員 2 人の意見が職業裁判官 1 人の意見より多数となりうる。大刑事部では、参審員が多数となることはできないが、参審員 2 人が反対すれば有罪判決はできることになる（5 人の 3 分の 2 は 4 人だから）。また、参審員の意見が職業裁判官の意見に左右されないために、評決の順序も法定されている。これによれば、参審員は、職業裁判官に先立って評決し、参審員の間では、年齢の低い者から評決する（職業裁判官の間では、勤務期間の短い者から評決する。裁判所構成法197条）。このようにして、参審員の判決に対する影響力は少なくとも制度上は極めて強いものとなっている。問題は、参審員がこのような法の定める権限を実際に行使しているか、また、行使する能力があるか、である。

## 2 参審員の能力

参審員は、公判において被告人や証人に直接質問することができる。「面接調査」でも、ある裁判官は、「参審員は直接質問する。生活歴とか、裁判官が忘れていた点を質問してくれる場合もある。参審員が誤解して質問することもあるので、良くない質問は止めさせるが、弁護人は参審員だからということで大目にみている。参審員が忌避の対象となった例は、私の経験では、ない」と述べていた<sup>(7)</sup>。しかし、一般には、「参審員が参加する訴訟のほとんどで、公判での参審員の積極的関与は行われていない。参審員が、被告人や証人に質問することはめったにない」<sup>(8)</sup>との意見が多い。

(7) 私が傍聴したフライブルグ区裁判所の参審裁判所でも、若い男性参審員が証人に熱心に質問していた。

(8) Fabian Krapoth, *Bürgerbeteiligung im Strafprozess aus der Sicht eines Richters*, S. 50ff., 56, 60. in: Marutschke, oben Anm (5).

い。その理由としては、職権主義の下では裁判長による質問が包括的に行われる所以、参審員としてはさらに質問する場面が少ないと、職業裁判官は事前に一件書類を見ているが、参審員には書類の閲覧権はないので、事実関係を十分に把握していない場合が多いこと等の指摘がある。そこで、以下では、主に評議の場を前提として、検討してみよう。

まず、「事実認定のための能力」を取り上げてみる。「面接調査」では、犯罪事実の認定に当たって参審員の判断能力が問題となった経験を尋ねたが、回答の多くは、「事実認定上難しい問題が生じた場合には、参審員に十分説明をする。そうすれば、ほとんどの場合は理解してくれる」というものであった。例えば、①行為者が被害者を1回刺したが、それ以降何もしなかった場合に、中止未遂を認定できるかどうかという問題は、参審員には説明しないと理解してもらえない、②飲酒運転につき、被疑者を自宅で発見したところ（詳しい事実関係は不明）、被疑者は運転したことを自白したが黙秘権の告知はなかった。この場合の問題の所在も参審員には説明しなければ理解してもらえない。いずれも法的知識が前提となる例である。

また、参審員の無罪主張を、裁判官が説得して有罪とするケースとして、面接した裁判官が一致して回答したのは、情況証拠による事実認定の場合で、参審員は情況証拠しかない場合には、「疑わしきは被告人の利益に」原則に忠実に無罪とする傾向があるという<sup>(9)</sup>。参審員は、裁判官よりも慎重（zurückhaltend）である（例えば、性犯罪について、目撃者がいない場合）。ただし、職業的犯罪者については、参審員は最初から有罪とする傾向がある。また、ある裁判官からは、具体的な例として、絞殺事件で、参審員が50センチの紐では絞殺は不可能だと主張し、被告人は自白してい

---

(9) 「岩瀬＝稗田調査」前注（3）310頁も、「情況証拠の積み重ねにより認定しなければならないが、このような事件では、参審員の理解に困難が生じることが多く、被告人を有罪とすることに躊躇する傾向があるといわれている。」とする。

たが絞殺に用いた紐が発見されていないこととあわせて、被告人の無罪を主張した。50センチの紐では絞殺は不可能だと主張の根拠は不明だった、しかし、評議で議論して、最後は参審員も有罪認定に納得した、という例、妻による夫の殺人未遂事件において、参審員が、何故か犯行は息子が行ったにちがいないと主張して譲らなかった例、の紹介があった。

犯罪の主観的要素について、例えば責任能力は裁判官にも難しい問題である。この点、参審員の場合、結果が重大であると、責任能力ありの判断をする傾向があり、その場合に参審員を説得しなければならない場合がある。また、責任能力についての複数の鑑定書があり、その内容が異なる場合は参審員には難しい問題となる。そのような場合であっても、参審員と意見が対立した経験はない、ということであった。

「ベンツ調査」でも、参審員自身が、事案解明に寄与しうるのはわずかな例であるとされている<sup>(10)</sup>。例えば、参審員が特別な専門知識の持ち主であるとか、当該領域について自身の職業とか生活体験とかを持っている場合である。例えば、参審員が、長距離トラックの運転手で、被告人が貨物トラックの窃盗で、自動車をこじ開けることなく盗んだのは、あらゆる貨物トラックに使用できる共用鍵（Universalschlüssel）というものがあることを知っていた。その結果、被告人はそのような鍵の所持を認めた、という例がある。以上に反して、重大犯罪には普通の市民はほとんど関係したことがない。職業裁判官にとっては日常の仕事となっており、長年の経験から客観的な見方をすることができるが、素人は、殺人や性犯罪には途方にくれて（hilflos）立ち向かうしかない。

そこで指摘されている参審員の弱点として、参審員は、重要でないポイントに引きずられ、事実関係の解明に重要でない被告人の前歴や他の重要でない訴訟関与者の態度から影響を受けやすいこと、参審員は、「偽りの供述」や「誤った鑑定」などの判断ができないこと<sup>(11)</sup>、自分の側に有利

---

(10) 「ベンツ調査」前注（3）90頁以下参照。

(11) それは判断を誤ったという経験がないからであるという。「誤った経験」あ

な裁判を得るために、一面的な弁論で事実を述べる検察官と弁護人の最終弁論に「だまされる」こと等がある<sup>(12)</sup>。

以上の調査は、事実認定に関して参審員の寄与する場合が少ないことを物語っている。ただし、多くの論文で引用されている「カスパー＝ツァイゼル調査」によると、罪責問題に関する評決前の素人裁判官と職業裁判官の意見の相違は、参審裁判所、大刑事部及び1974年の法改正前の陪審裁判所の全体の平均で、「不一致」が11%、「一致」が89%となっている。また、量刑問題に関する意見の相違の平均では「不一致」が20%、「一致」が80%となっている<sup>(13)</sup>。これによると、事実問題について約1割の事件、量刑問題について約2割の事件について意見の相違があつて決して少ない数字ではない。もっとも、これは評決前の相違であることに注意する必要がある。

次に、「量刑のための能力」については、「面接調査」での書面回答では、「刑罰の量の判断については、参審員は、通常、自らの価値観を持っていて、場合により自己の経験、多くの場合、政治的信念を持ち込む。この場合、しばしば、職業裁判官の慎重な修正が、過大な刑罰觀を弱める方向でも、また、責任に応じた刑罰へと高める方向でも、必要となる。特

るいは「誤りそうになった経験」が重要であるということだろうか。

- (12) 「カスパー＝ツァイゼル調査」前注(3) 101頁によると、アルコールの影響による交通事故で同乗者が死亡した例で、弁護人は、被告人の運転経験が少ないことを、彼が品行方正であること、裁判所で自白したことを強調した。参審員は、事実を不幸な事故と評価し、無罪を主張した。もっとも、最終的には全員一致の有罪となった、という。
- (13) 「カスパー＝ツァイゼル調査」前注(3) 41頁以下参照。なお、1974年の改正前の陪審裁判所は、職業裁判官3名と参審員6名による大参審裁判所であったから、日本の裁判員制度と同じ構成である（ナチス時代に2名に削減されたのが、今日2名であることの源であるという）。その陪審裁判所だけを見ると、罪責問題の「不一致」が30%、「一致」が70%，量刑問題の「不一致」が53%、「一致」が47%となっている。「カスパー＝ツァイゼル調査」は、その理由を、6名という参審員の数と多数になると「勇気（Mut）」が出るからと推測している（同41頁）。むろん、これも評決前の数字であるが、日本の制度を考えると興味深い統計である。

に、女性は軽く、男性は厳しいといった性別による刑量の違いは、私の経験では、認められない」とされていた。「ベンツ調査」でも<sup>(14)</sup>、参審員は、法的基準を知らないまま、刑罰問題に直面する。応報、威嚇、教育、贖罪といった刑罰目的とは関係なく、純粹に個人的な刑罰觀から考える。しかし、参審員は、裁判官のルーティンワーク化した、個性的でない判断から見落としていた点に注意を向けることができる。これによって、裁判官は、行為者の個性や事件の特殊性に気づくことがある、とされている。

参審員の能力を問題とする場合に注意すべきことは、例えば事実認定上の難しい問題があったとしても、職業裁判官が分かりやすく説明することで、参審員にも問題の所在や判断の方向が判明し、参審員の能力を問題とする必要がなくなることである。私の「面接調査」でも多くの回答がそうであったし、同じことが「稲葉調査」<sup>(15)</sup>でも「岩瀬=稗田調査」<sup>(16)</sup>でも指摘されている。

それでは、参審員にとくに必要な能力とはどのようなものか。「面接調査」では、参審員には「十分な注意力があること」、「関心を持つこと」、「知的であること」あるいは「集中力があること」が必要であるとの指摘があった<sup>(17)</sup>。これに反して、参審員として困った人とは、「偏見を持ってる人」、「両極の意見を持っている人」、「説得を聞かない人」などの指摘があった<sup>(18)</sup>。審理中に居眠りをする者もいるとのことだった<sup>(19)</sup>。他方、

---

(14) 「ベンツ調査」前注(3) 96頁以下参照。

(15) 「稲葉調査」前注(3) ジュリスト975号96頁は、公判での質問について、裁判長が参審員にもわかりやすいようにという配慮をすれば、参審員の尋問能力が問題となる場面は少ない、とする。

(16) 「岩瀬=稗田調査」前注(3) 307頁参照。同312頁は、「参審員の理解の程度は、裁判官がどれだけ丁寧に説明するかにかかっている面が大きい。」とする。

(17) なお、「関心を持つ」と「知的である」とことは別で、「愚かな人でも関心は持つ」との厳しい意見もあった。

(18) ある裁判官によれば、「困った人」は、20人から30人に1人くらいはいる、とのことだった。

(19) もっとも、鑑定人が素人を考慮しないで長時間の説明をするような場合が多い、という。

参審員としての能力は、その性別、年齢、学歴、家庭環境などとは関係なく個人的なものである、との点は一致した意見だった。職業も原則として関係がない。ドイツの参審員は任期制であるが、その間に、経験を積んで進歩することが多いという<sup>(20)</sup>。裁判官が参審員に常に関心を向け、参審員を尊重すれば、参審員の進歩も大きいという<sup>(21)</sup>。なお、参審員の経験者から、「参審員として必要なのは、自分たちの社会に対する責任感およびつらいことでも引き受けるという能力である」<sup>(22)</sup>との指摘がある。個別能力論よりもよほど重要な指摘と思われる。

### 3 職業裁判官の任務と能力

#### 1 裁判官の任務

参審員の能力が十分に発揮されるかどうかについては、職業裁判官に依存する場面が多い。「面接調査」における書面の回答書でも、因果関係の有無、違法阻却事由の有無、責任能力の有無に関する参審員の判断能力については、「参審員が因果関係を理解するかどうかは、一方で参審員の知的資質によるともに、他方でその問題を参審員に理解できるように説明す

---

(20) 特に若くて、何事にも関心のある参審員が、任期中に刑法や刑事訴訟法を非常に勉強することも稀ではない、という。

(21) なお、参審員が就任前に読むことが期待されている小冊子として、例えば、

(1) *Baden-Württemberg Justizministerium, Leitfaden für Schöffen, 2005* は、

①参審員の職務、②刑事裁判所の構成、③刑事手続の概観、④公判における参審員の地位、⑤特別手続、⑥刑の執行、⑦関連条文の抜粋からなり（全32頁）、

(2) *Bayerisches Staatsministerium der Justiz, Das Schöffenant in Bayern - Informationen für ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Strafrechtspflege 2004* は、①参審員の職務の根拠と意義、②刑法の概要、③有罪無罪の決定と刑の量定、④少年刑法の概要、⑤刑事裁判所の構成、⑥公判手続の進行、⑦有罪判決の執行、⑧関連条文、保険等からなっている（全36頁）。

(22) Elke Pfaffenberger-Hoffmann, *Das Strafverfahren aus der Sicht einer Schöffin, S. 45ff, 48* in: Marutschke, oben Anm (3).

ることができるかどうかの裁判官の能力に依存する」とされていたし、故意等の犯罪の主觀的要素に関しても、「理論的には、参審員は、職業裁判官とは異なる見解を主張する可能性はあるが、参審員に法的問題点を説明し、場合によっては裁判官の見解について考えるよう説得することも裁判官の任務である。参審員が、裁判官の見解に同調しないときは、この問題について評決せざるをえない」とする。法律問題に関しても、「法律問題は、参審員にとって、職業裁判官による説明がさらに必要となる。その限りで、ここでも、法律問題を素人にも分かりやすく説明するという職業裁判官の能力が問題となる。法律問題は、たとえ易しい法律問題であっても、参審員には難しいものである」とされていた。

また、「面接調査」での別の裁判官は、参審員は、自白を信頼しやすいので、裁判官が法原則を説明するが、それは裁判官の大切な役割である、と回答された。場合により、誤想防衛、禁止の錯誤、構成要件の錯誤などが問題となることもあったが、難しい法律問題であり、「私見」によって説明したとのことであった。説明の結果、多くの場合は参審員を説得できるが、説得できなかったこともある。しかし、それは稀であり、説得できなかったときに無罪となるのも、そのような制度だから仕方ない、との割り切った回答もあった。「ベンツ調査」でも、参審員は、書面を見ていないので、公判での事実と証拠だけから判断しなければならない。参審員が十分な判断をするためには、裁判官が一般にも分かる手続に配慮してくれた場合だけである、とされていた<sup>(23)</sup>。ここで語られていることは、極めて重要なことであり、参審制度の課題とは、実は、「参審員の能力」なのではなく「裁判官の能力」であることを意味している。問われているのは「市民のレベル」ではなく「裁判官のレベル」なのである。参審制度の採用は、国家が国家自身に課題を負わせたことを意味している。

---

(23) 「ベンツ調査」前注(3) 90頁参照。

以上のような職業裁判官の任務は、参審員と裁判官との「協働」の構造について示唆を与える。「同志社シンポ」においてクラポト裁判官は、「職業裁判官は、自分の意見、自分の法的見解および事件の評価について、判決の前に議論に付し、法的な教育を受けていない参審員としての市民に説明するように強いられる。このような形で市民と取り組むことによって、国民の名の下に判決を言い渡す裁判所にとって、判決が国民にも理解され、そして受け入れられることが保障されるのである」との重要な発言をされている<sup>(24)</sup>。同様に「ベンツ報告」も、参審員の協働は、事実関係に関して、裁判官を、誰にも分かるような訴訟指揮をするように強制する。これによって、誰にも事実関係が分かりやすいものとなる。「参審員が自己の経験を語るようであれば、事実認定に関して、裁判官にとって有益な援助を提供することになる」としていた<sup>(25)</sup>。そもそも、参審員の協働は、職業裁判官を支える面がなければ意味はない<sup>(26)</sup>。参審員が職業裁判官を支えることができるためには、参審員がその能力を発揮しなければならない。参審員が能力を発揮するためには、職業裁判官の配慮が必要である。そのような職業裁判官の支えがあって、参審員がその能力を発揮したとき、職業裁判官は自己の判断を豊かにすることができる。かくして、参審員は職業裁判官を支えることになる。これが、参審員と職業裁判官との協働の構造ということになろう。

もっとも、職業裁判官の「配慮」の内容には、分かりやすい「説明」から「説得」まで幅がある。私の「面接調査」でも参審員を説得することの重要性はたびたび指摘されていたし、「マクーラ調査」では、参審員とのインタビューで、裁判長が休廷時に参審員をカフェテリアに誘い、裁判長に同意するようにとのサインを送る、裁判長の積極的なゼスチャーから参審員はそのように受け取るとの参審員の回答がある、との報告もある

---

(24) Krapoth, oben Anm (8), S. 60.

(25) 「ベンツ調査」前注(3) 92頁。

(26) 「ベンツ調査」前注(3) 88頁参照。

る<sup>(27)</sup>。そこまで積極的に説得活動を行わないとしても、評議における説得活動は容易に想像できる。「岩瀬＝稗田調査」でも、「罪責問題については、職業裁判官の意見が有罪で参審員の意見が無罪であれば、受け入れることもあるが、職業裁判官の意見が無罪の時に、参審員 2 名が有罪意見の場合には、何としても説得すると述べる裁判長が多かった」とある<sup>(28)</sup>。しかし、ここには微妙な問題が含まれており、どこまで説得すべきかは、職権主義訴訟構造の問題とも関係する困難な問題となろう。

さらに微妙な問題がある。裁判官の「配慮」の仕方には裁判官の個人的要素が入ってくるという問題である。そもそも、職業裁判官の中には参審制度に反対または消極的な考えの人もいる。「面接調査」でも、率直に、「参審員との協働は、同僚たちの全てによって有意義だと見なされているわけではないので、私の考えでは、参審制度に否定的な職業裁判官が参審員と一緒に仕事をせざるをえないということも、ありうると思う」と回答された裁判官もいたし、より婉曲的に「参審裁判に合っている人と合っていない人がいる」と表現した裁判官もいた。クラポト裁判官も、参審員の評議への参加は拒まないが、審理への参加を意識的・無意識的に拒もうとする裁判官があることを否定しない。参審員の参加が何のメリットもないと考えている。彼らは、自分の尋問であらゆる点を考慮したので、それ以上の質問は無用と考えている。彼らは、自分の尋問技術、理解力に大きな自信をもっており、参審員の協力は不要だと思っている、との現実を報告され<sup>(29)</sup>、結論的に「公判における職業裁判官と参審員とのこのような共

(27) 「マクーラ調査」前注(4) 460頁参照。

(28) 「岩瀬＝稗田調査」前注(3) 323頁。逆に、ほとんど説得活動をしないで評決にかけた場合には、裁判官の説明責任を尽くしたかという点が問題となりうる。もっとも、後述するように、評議の秘密から、この点を直接問題とするには困難が伴う。

(29) Vgl.Krapoth, oben Anm (8), S. 55. なお、「マクーラ調査」前注(4) 459頁は、「何か質問はありますかと尋ねるが、明らかに参審員の質問は期待しない(not welcome) という態度である。」という裁判長もいる、とする。

同の任務が実際に機能するかどうかは、私見によれば、基本的に職業裁判官の人柄 (Persönlichkeit) に依存している」とされている<sup>(30)</sup>。しかし、上述のように、この裁判官の配慮の問題は参審制度の根幹にふれる問題であることから、裁判官の「人柄」の中身についてもう少し考えてみたい。

## 2 裁判官の説明能力

裁判官に要求される能力について、「面接調査」では、ある裁判官は、「コミュニケーション能力、教育能力及び普通の言語で説明のできる能力」を挙げられ、とくに参審員と話すことに努力することが大事だ、とされた。また、他の裁判官は、参審裁判所の裁判官にとっては、常に「自問自答すること (sich selbst Frage stellen)」が重要であるとの指摘もあった。問題は、このような裁判官の能力は、いかにして修得できるかである。「面接調査」での私のこのような質問に対してほとんどの裁判官は、困ったような表情で、「実務の中で自分で体得するよりほかない」という趣旨の返事をされた。重ねてそのための研修制度を尋ねると、「素人裁判官との交流に関する職業裁判官の研修は、私の知る限り、連邦レベルでもないと思う。フライブルグにもない」とのことであった<sup>(31)</sup>。

この問題に関して気づいた点を指摘しておくと、第1に、ある「面接調査」に同席された2名の若い女性裁判官（いずれも大刑事部の裁判官）の話では、参審員と自分たちとは同じ問題を持っており、カフェーで一緒に話すこともあり、意思疎通には全く問題はない、とのことであった。裁判長からは、ドイツの裁判官は、個人住宅に住んでおり<sup>(32)</sup>、日々の生活は市民生活そのものであり、収入が特別に高い階級というわけでもないから、

---

(30) Krapoth, oben Anm (8), S. 55. 「岩瀬＝稗田調査」も、「配慮をどの程度するかは、裁判長の性格により異なり、ほとんど説明することのない裁判長もいる」(155頁)、「評議室に入るなり、自分が喋りまくり、結論を告げ、参審員に同意を求める裁判長もいる」(159頁)とする。なお、「岩瀬＝稗田調査」は実際に評議を傍聴した報告である（同157頁参照）。

(31) むろん、バイエルン州にもない、とのことだった。

市民との意思疎通のための特別な研修は不要である、との補足説明があった。第 2 に、ドイツでは、2003年にドイツ裁判官法が改正され、従来の司法試験制度に代わって、大学が試験の 3 割を担当し、州が 7 割を担当し、その集計により、司法試験の合格者を決めることが成了ったが<sup>(33)</sup>、これに伴って大学には、「コミュニケーションと議論の進め方 (Gesprächsführung)」、「プレゼンテーションの方法」あるいは「修辞法 (Rhetorik)」などの科目が設置され、法曹養成にも変化が生まれている<sup>(34)</sup>。なお、第 3 として、「面接調査」での説明によれば、司法修習生 (Referendar) も、参審裁判所の評議に出席できるとされており、実際に修習生は多くは興味を示し、発言もしている。それは刺激的かつ集中的な体験であり、学ぶことも多く、よい教育の場となっている。休憩中には参審員と話すこともできる、とのことであった。

それでは、裁判官の能力は、どのようにして判定できるのだろうか。「面接調査」における回答は、「参審員と話し、彼らを規則に従って行動するように導き、また、彼らがその任務を十分に履行できるような状態にする」という能力は、通常、評議の場で示される。しかし、このことは評議の秘密に属し、第三者が知ることはできないので、職業裁判官のこの能力を判定することはできない」というものであった。ただ、上述のように、裁判官の中には参審制度に消極的な人もいることはドイツの裁判官も認めているのであるから、そのような裁判官が参審裁判所の裁判長に配属される

(32) 裁判官の転勤について質問すると、「裁判官は自分の意思に反して転勤させられることはない」とのことであったし、同じ都市に数十年も勤めると知人が多くなって困ることはないのかとの質問に対しては、「裁判官には独立が保障されているから心配はない」との回答であった。

(33) Vgl. § 5a DRiG (Deutsches Richtergesetz)

(34) 上記裁判官法は、例えば、学際科目やヨーロッパ法等の先端科目を内容とする重点科目 (Schwerpunktbereiche) の設置と本文で述べたコミュニケーション能力等の修得を内容としたいわば基本技能科目 (Schlüsselqualifikationen) の設置を義務づけている。これらは主に弁護士養成を念頭に置いたものであるが、もちろんその他の法曹にも意味はある。

ことはないのかが気になる点であった。裁判官の配属は、裁判官会議（Presidium）で決定されるが<sup>(35)</sup>、その内容に関しては、「面接調査」では、「裁判官の配属を決める場合には、本人の希望を前提として、民事と刑事、単独と合議、家族状態や勤続年数などいろいろな要素を考えて決定する」との回答あるいは「裁判官は希望を出すことができる。参審裁判所は難しいので、いい裁判官が必要である」といった一般的な回答しか得られなかつた<sup>(36)</sup>。

はたして参審裁判所に「いい裁判官」が配属されているかどうかは、検証不能な問題というしかないが、「マクーラ調査」では、職業裁判官を参審員がどう評価しているかという興味深い2つの調査結果が報告されている。まず、①「裁判長が参審員に十分な情報を与えたかどうか」に関する参審員の回答は以下のようになっている。ポッヒュムの参審員は、「非常に多く」40%，「かなり多く」45%，「ある程度」12%，「少ない」3%であり、フランクフルトの参審員は、「非常に多く」36%，「かなり多く」45%，「ある程度」12%，「少ない」4%，「全くなし」3%となっている<sup>(37)</sup>。80%ほどは、ほぼ十分な情報が与えられているようであるが、10~20%は、情報提供が不足しているようである。②「裁判長が参審員に対して公正であったか」については、ポッヒュムの参審員は、「非常に公正」72%，「公正」19%，「普通」5%，「少ない」3%，「全くなし」0%，「分からぬ」0%，「無回答」1%であり、フランクフルトの参審員は、「非常に公正」65%，「公正」28%，「普通」4%，「少ない」1%，「全くなし」1%，「分からぬ」0%，「無回答」0%となっている<sup>(38)</sup>。

---

(35) Vgl. §§ 21a, 21e GVG (Gerichtsverfassungsgesetz)

(36) 「面接調査」では、ある比較的若い裁判長からは、参審裁判所の裁判官に適しているかどうかを判定するために、委員会に心理学者を加え、裁判官に素人と議論させて、それを評価するのも1つの方法であるとの（過激な）意見の披露もあった。

(37) 「マクーラ調査」前注(4)462頁。なお、この調査は、参審員の職務の最終日に実施されている。

いざれも「公正」が 9 割を超えており、これらの調査結果から推測すると、参審裁判所の裁判官にはますます「いい裁判官」が集まっているといえそうである。

## 4 職業裁判官の説明責任と参審制度の意義

### 1 裁判官の説明責任

以上述べたところから、職業裁判官には参審員に対して十分な説明をする責任があるといえよう<sup>(38)</sup>。このような説明責任がどこから生ずるのかというと、裁判官が素人である参審員を「対等のパートナー」として受け入れなければならないという点から生じている。法律上対等の裁判官でありながら、素人であるがゆえに職業裁判官の説明がなければ公判で出来する出来事が理解できない。だから、職業裁判官には説明責任が生まれるのである。したがって、職業裁判官の説明責任の前提問題として、そもそも職業裁判官が参審員を「対等のパートナー」として受け入れているかどうかが問題となる。

「マクーラ調査」では、裁判官にとって重要なチェックポイントは、裁判官が偏っていないこと、裁判官が公正であろうと努めること、及び、裁判官が参審員の地位を認めることという 3 点が指摘されている。その上で、「地位の承認は、参審裁判所における参審員にとってことに重要と思

(38) 「マクーラ調査」前注(4) 468 頁。

(39) なお、「面接調査」では、参審員から書類（とくに検査結果）閲覧の要望があっても、判例に従って拒否するとの回答であった。本稿では、参審制度の改革論議に触れる余裕はないが、参審員の書類閲覧権は重要な論点となっている (Vgl. z.B. Machura, oben Anm (4), S. 473; Zwiehoff, unten Anm (40), 32ff., 43)。裁判官との情報量の格差が問題となるが、あくまで参審員の理解のためという方向と参審員と裁判官との対等性の確保という方向との 2 つの議論があるようである。

われる。（中略）裁判長は、参審員を、その平等なパートナーとして扱い、彼らを丁寧に扱い、彼らの意見に関心を示しそして彼らと公正な折り合いをつけなければならない」とする<sup>(40)</sup>。ツヴィーホフ裁判官も、結論的に、「色々な改善策があるが、私が本質的と考えるのは、職業裁判官が国民から選ばれた彼らの同僚を、真に彼らと同等の裁判官として受け入れ、彼らと協働する（kooperieren）ときに、はじめて素人参加は真にその機能を発揮することができる、ということである」とされている<sup>(41)</sup>。

そこで、再度、「マクーラ調査」を見ると、「参審員が、裁判長が参審員を同等のパートナーとして受け入れていると感じるかどうか」についての調査結果が載っている。これによると、ボッヒュムの参審員は、「非常に」40%，「大いに」43%，「普通」12%，「困難」4%，「全くなし」1%であり、フランクフルトの参審員は、「非常に」33%，「大いに」45%，「普通」12%，「困難」6%，「全くなし」4%となっている<sup>(42)</sup>。これによると、7～8割の裁判官には問題はないが、とくにフランクフルトのような大都市になると、否定的回答が1割あることが注目される。関連して、「参審員と裁判官との協働（co-operation）がうまくいったかどうか」の調査結果も見ておくと、ボッヒュムの参審員は、「非常に良い」53%，「良い」29%，「普通」13%，「良くない」3%，「非常に良くない」0%，「無回答」1%であり、フランクフルトの参審員は、「非常に良い」43%，「良い」42%，「普通」10%，「良くない」3%，「非常に良くない」1%，「無回答」1%となっている<sup>(43)</sup>。これによると、ボッヒュムで「良い」が82%，フランクフルトでも「良い」が85%であり、参審員と職業裁判官との協働は、

(40) 「マクーラ調査」前注（4）467頁。

(41) Gabriele Zwiehoff, *Einfluss der Schöffen auf das Strafverfahren*, S. 32 ff.  
44. in: Marutschke, oben Anm (5).

(42) 「マクーラ調査」前注（4）471頁。

(43) 「マクーラ調査」前注（4）469頁。なお、フライブルグの裁判所では、法廷の入り口に、裁判官名の下に参審員の氏名も表記され、協働体制が目に見えるようになっていた。

比較的うまくいっていたといえようか。いずれにせよ、職業裁判官が参審員を「対等のパートナー」として承認するという前提がなければ、職業裁判官の説明責任という問題も現実的な課題とはなりえない。この点、上記のような調査結果からすると、ドイツでは少なくともその前提条件は満たされているといっていいのではなかろうか。

ただ、職業裁判官の説明責任が機能しているといっても、注意しなければならない問題点がある。マクーラ教授は、ある社会学者の分析を引用しつつ、次のような看過しえない論点をも指摘されている<sup>(44)</sup>。2つの命題すなわち、「社会的地位の低い者は、社会的地位の高い者がある決定をする場合に自分の意見に耳を傾けてくれることを期待していない」及び「ある者が、上位者は何をなすべきかを決定するだろうと思っている場合には、権威者によってなされる決定の方法は、あまり重要ではなくなる」が問題である。普通の市民が、社会的地位の高い裁判官と協働する場合に、初めから自分の地位を低く評価することは大いに想定しうる。その場合は、積極的な意見も出ないし、裁判官の判断方法や判断内容に関心も示さない。裁判官の説明もその者の心には届かない。これは、参審員の「能力」の問題ではない。「社会的人間関係」の問題であり、「社会構造」そのものの反映という側面がある。社会が個人を尊重しない構造であれば、参審員と裁判官の関係においてもそれが反映するのも避けがたいといえよう。「人」の問題は、「個人」の問題と同時に「社会」の問題もある。ここでは、これ以上の深入りは不可能であるが、背景となっている社会の問題があることを留保しておく必要はある。

## 2 参審制度の意義

職業裁判官の説明責任が重要であるとの以上の分析は、参審制度の意義という基本問題にとっても決定的な意味を持つ。参審員の参加が公判手続

---

(44) 「マクーラ調査」前注(4) 468頁。

にもたらす効果として、判決に一定の影響を及ぼしうるという実体的な意義と公判手続のあり方に影響を及ぼすという司法手続的な意義とを区別することができる。リュッピング教授は、1976年の論文で、「統計的には、素人が最終的判断に影響を及ぼす可能性は少ない。しかし、一般的な納得機能 (Plausibilitätskontrolle) の効果は残っている。これは、職業的な法律家に、彼らの考えを、素人と論争するまでに至らなくても、少なくとも素人に理解させるという効果である。そうした努力が、法的的要求にまで高められ、国家権力の行使を理解しやすいものとするという意識をもたらすならば、そしてまさに素人の参加を時間の浪費とみなし、職業裁判官への不信と解する実務の趨勢を考えるならば、その効果は決して過小評価されるべきではない」という指摘をされた<sup>(45)</sup>。この「素人に理解させる効果」の重要性に注目しなければならない。この点、「岩瀬＝稗田調査」では、参審員の参加が評決に影響するという面ではなく、「参審員が参加していること自体により、職業裁判官が慎重な審理に務め、問題点の検討や証拠評価を慎重に検討する結果をもたらし、その結果、職業裁判官の考え方へ影響を及ぼすという面がある」との重要な指摘もなされた<sup>(46)</sup>。しかし、この指摘は、「参審員が参加していること自体」の意義に注目されつつも、あくまでその実体的効果を問題とするものであって、ここでの司法手続的な問題とは若干異なるように思われる。

1982年の「ベンツ調査」では<sup>(47)</sup>、参審制度の根拠論として、①民主主義の帰結、②判決の正統化 (Legitimation)、③一般国民の司法への理解と

---

(45) Hinrich Rüpping, *Funktionen der Laienrichter im Strafverfahren*, JR 1976, S. 269ff., 273. 同じく、Albin Eser, *Laienrichter im Strafverfahren, Ein Vergleich zwischen inquisitorischem und adversatorischem System aus deutscher Sicht*, in: Karl Koeschell und Albrecht Cordes (Hrsg.), *Vom nationalen zum transnationalen Recht-Symposion der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka*, 1995, S.161, 178f. も参審員による職業裁判官のコントロール機能の中核を「説得機能 (Plausibilitätskontrolle)」に見ている。

(46) 「岩瀬＝稗田調査」前注(3) 325頁。

信頼及び④刑事手続の可視性の 4 項目が検討されている。①については、国民は司法の客体だけでなく、司法の主体でもある。ただ、参審制度は民主主義の必然的帰結ではない。しかし、民主主義の要素ではあり、これによって国民は法を自らの事柄 (eigene Angelegenheit) とみなす可能性を与える、とした。②については、そもそも国家権力は国民に由来し（基本法 20 条 2 項）、判決は国民の名において下されるから（刑訴法 268 条 1 項）、国民参加によって判決の正統性を得ることができる。犯罪規範も刑罰規範も一般国民の意思によって担われる必要がある、とする。③については、歴史的に、法規範は、国民が理解し、受け入れる規範であることが必要となつた。法もこれに対する制裁も国民に理解可能でなければならず、裁判の公開により国民は法規範を共同体験 (miterleben) することができる。国民参加により法への理解が深まり、被告人の社会復帰にとっても重要である、とする。そして、④については、素人参加により手続の可視性が高まり、理解可能となる。素人に分からせるために、職業裁判官は一般に理解できるように配慮しなければならない、とした。

この 4 つの根拠論は、相互に重複する部分がある。1999 年の「マクーラ調査」は、これを端的に、裁判官に対する「コントロール機能 (control function)」と市民の法制度に対する信頼にとって意味がある「正統化機能 (legitimation function)」に整理している<sup>(48)</sup>。2006 年のクラポト裁判官の報告も、「国民の各層から選ばれた市民の参加が意味するところは、司法がそれ自身とその判決を隠す (verstecken) のではなく、司法が分かりやすく (transparent)，その裁判はいつでも市民に対して説明ができ (verantworten)，公開ができる、ということなのである」とされた<sup>(49)</sup>。私も、このような理解が妥当ではないかと考える。すなわち、参審員の参加によ

---

(47) 「ベンツ調査」前注 (3) 204 頁。

(48) 「マクーラ調査」前注 (4) 452 頁。なお、Beate Linkenheil, *Laienbeteiligung an der Strafjustiz, Relikt des bürgerlichen Emanzipationsprozesses oder Legitimation einer Rechtsprechung., Im Namen des Volkes*“, 2003, 178 ff. も、正統化理論から参審制度を再構成している。

り、裁判官が分かりやすい訴訟進行をせざるをえないというコントロール機能が生じる。その結果、参審員が積極的に手続に参加し、事実認定と量刑に影響を及ぼす可能性も大きくなるが、それは必然的要素ではない。参審員に分かりやすい訴訟は、被告人にもまた一般国民にも分かりやすい訴訟を意味する。その結果、国民が裁判を受け入れ、司法を信頼することになり、これによって裁判が正統化されるのである<sup>(50)</sup>。

## 5 むすび

以上、ドイツの刑事裁判所における参審員と職業裁判官との協働関係の実態を調べてみたいという問題意識から、若干の検討を試みてみた。

そこで、最後に、以上のドイツの参審制度に関する理解が、わが国の裁判員制度とどのような関係に立つかに触れておきたい。「はじめに」で述べたように、ドイツの参審制度と日本の裁判員制度には大きな違いもある。これらの違いについては、第1に、日本の裁判員は1事件限りであり、常に純粋の素人のままである。ドイツの参審員のように刑事手続に対する「慣れ」は生じにくいと思われる。したがって、職業裁判官の説明責任も常にいわば一回勝負であり、それだけ説明責任の内容は緊迫したものとなろうが、その反面で説明責任が常に新鮮なものとなる可能性もある。第2に、日本の職業裁判官は6名の裁判員を相手にしなければならないから、おそらくドイツの職業裁判官よりも説明責任の内容は重いものとなろう。私の「面接調査」でも、日本の裁判員制度についてその点を心配する裁判官が多かった。しかし、ここでもその反面、説得責任に含まれる

---

(49) Krapoth, oben Anm (8), S. 60.

(50) 平良木・前注(3)「参審制度について（続）」283頁が、「刑事裁判がより国民に身近なものになって、国民のよく理解し得るところになるならば、常に国民の批判にさらされる素地ができることになるので、それによって国民の信託を受けた裁判と同価となるというべきではないであろうか」とされたのも、同じ趣旨であろう。

市民的要素は濃いものとなる可能性もある。また、第 3 として、ドイツは職権主義のため、参審員に対する説明責任も裁判官に集中することになるが、日本の当事者主義の下では、裁判官のみならず検察官や弁護人にも説明責任が拡大することとなる。ドイツの検察官や弁護人には、参審員に対する説明責任という自覚は余り感ぜられないが<sup>(51)</sup>、日本では、広く法律専門家の素人に対する説明責任が課題となる。

日本の裁判員制度には、このようなドイツの参審制度では想定できないいくつかの困難な課題もあるが、いずれも説明責任の程度、内容あるいは範囲に関する相違にすぎず、刑事裁判に素人が参加して職業裁判官と協働して事実認定と刑の量定を行うという基本構造は同じであり、したがってドイツの参審制度に関する基本的な考え方は、日本の裁判員制度にもほぼ当てはまると考えていいように思われる。

このような観点から、ドイツの参審制度の基本的考え方を整理してみると、刑事裁判に参審員が参加する場合には、まずもって参審員が訴訟の内容を十分に理解することが重要であり、そのためには職業裁判官の参審員に対する説明責任を認める必要があった。職業裁判官に説明責任を認めるということは、刑事裁判が本質的に国民に理解と納得のできる裁判でなければならないことを意味していた。以上の知見を日本の裁判員制度にあてはめてみると、刑事裁判には、これまでの実体的真実の発見と適正手続の保障という原理に加えて、「国民に理解と納得ができること」といういわば第 3 の原理が求められることになる。刑事裁判には、民主主義的な「正統性（Legitimität）」が求められるのである。刑事裁判が国民に疎遠であ

---

(51) 「マクーラ調査」前注(4)457頁の報告によれば、検察官が誰も理解できないような早口で起訴状を朗読する場合があるという。私が傍聴した裁判でもそのようなことがあった。参審員には起訴状の写しが起訴状朗読の直前に渡されたので、目で追うこともできたようであるが、被告人にはおよそ理解できなかったと思われる。また、「面接調査」では、検察官や弁護人が、素人の知りようがない判例や法理論を援用することもままあり、全て裁判官が参審員に説明しているのが実情である、との裁判官の回答もあった。

るということは、正統性論が指摘するように、法の自己疎外現象というべきであろう。裁判員制度の採用は、日本の刑事裁判制度が実に大きな一步を踏み出したことを意味している。