

陪審制度再導入の検討（下・完）

目次

はじめに

第一節 陪審制度の歴史と我が国の研究

第二節 我が国の旧陪審法の内容と特色

第一款 旧陪審法制定の経過

第二款 旧陪審法の内容と特色

第三款 旧陪審法の停止

第三節 イギリス及びアメリカの陪審の問題点

第一款 旧陪審法と英米法

第二款 イギリスの陪審の問題点（以上独協法学前号）

第三款 アメリカの陪審の問題点

第四節 本要綱の内容と特色

綿 貫 芳 源

第五節 本要綱についての若干のコメント  
結び

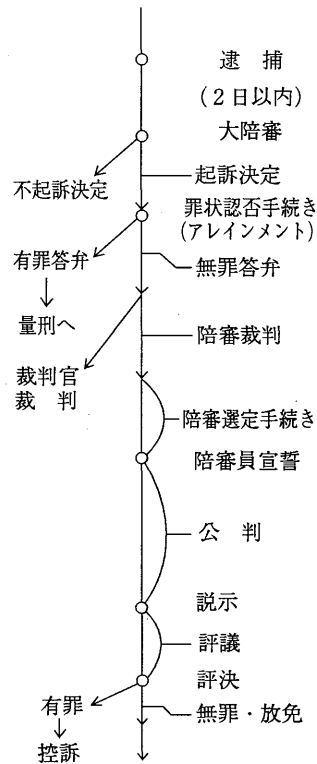
(以上本号)

### 第三節 イギリス及びアメリカの陪審の問題点(前号につづく)

#### 第三款 アメリカの陪審とその問題点

(一) アメリカの陪審とその特色 我が国では、イギリスの陪審については研究も少く、私も今迄特に検討したことがなかったことから、簡単な紹介に止めようと思いつながら、予想以上の長文になってしまった。これに対して、アメリカの陪審には私も若干の知識があり、<sup>①</sup>而も、最近は多くの研究が発表されている。例えば、丸田教授<sup>②</sup>、リード教授の著書<sup>③</sup>はいずれも極めて有益であり、最近のアメリカの陪審の特色をよく示している。更に、最高裁判所や陪審制度の再導入に熱心な弁護士会による研究<sup>④</sup>も発表されている。このように、アメリカの陪審制度については既に多くの研究が発表されていることから、本稿ではこれらの研究を参考にして、私の立場からその問題点を指摘することにしよう。

まず、現在アメリカにおける陪審裁判の実状から始めよう。陪審制度の生れた英国では一九世紀の後半以降民事陪審の範囲を縮小している。<sup>⑤</sup>これに対して、アメリカでは前述した連邦憲法修正第五条、同第六条、同第七条により連邦裁判所では刑事のみならず民事事件でも陪審が保障され、州裁判所でも陪審裁判は広く実施されている。ここでアメリカの刑事事件の陪審裁判手続を図示しよう。<sup>⑥</sup>



る。一〇万件的刑事陪審のうち、三、七〇〇件が連邦法廷の事件であり、九七、三〇〇件が州法廷の事件である<sup>(8)</sup>。従って、年間一二〇万人の人がバイブルに手を置き宣誓して陪審員をつとめているとの発言も決して誇張ではない。このように、陪審が広く採用されていることは、それが多数の国民の支持をうけていることを示すと同時にきびしい批判を加える少数派を生むことになる<sup>(9)</sup>。それでは現在の陪審の問題点を検討しよう。

注

- (1) 拙稿「ロドニー・キング事件評決、陪審と世論との関係(1)」、法律のひろば四六巻二号、三号、五号、六号。
- (2) 丸田隆著アメリカ陪審制度研究（法律文化社一九八八年）、同著陪審裁判を考える（中公新書一九九〇年）。
- (3) リード・井上・山室著アメリカの刑事手続（有斐閣昭和六二年）。
- (4) 最高裁判所事務総局刑事局監修陪審・参審制度・米国編Ⅰ—陪審の構成・選定手続を中心として—（司法協会平成四年）。大阪弁護士会監修陪審制度—その可能性を考える—（第一法規一九八九年）はアメリカ陪審裁判の視察旅行の成果等を集録しものであり、アメリカの裁判官及び弁護士による論文を中心としている。その後公刊された東京弁護士会編陪

ここで最初に注意すべきは、アメリカでは多くの刑事訴追や起訴は、公訴棄却や司法取引で処理され、実際に陪審による事実審理に至る率は非常に少ないということである<sup>(7)</sup>。それにも拘らず、一九八七年には概算三〇万件的陪審裁判が行われたとされ、これらの内、一〇万件的は刑事裁判であり、二〇万件的は民事裁判であ

審裁判(ぎょうせい平成四年)は、我が国の停止中の旧陪審法について、関係した法律家からの聴取り調査を中心とするもので、直接アメリカ法を研究したものではないが、占領下の我が国で陪審がどのように検討されたかを示す聴取り調査である。この点については後述する。例、近藤完爾弁護士証言、東京弁護士会編前掲書一一七頁。

(5) 「陪審制度が生れたイギリスでも今ではほとんど陪審裁判は行われておりません。」とのアメリカ弁護士の発言もあるが、手許にこの点を判断する正確な資料はない。しかし、一九三三年、一九七〇年以降は少くとも民事陪審の範囲が非常に縮小されたことは事実である。大阪弁護士会監修前掲書八二頁、田中和夫著英米法概説(再訂版有斐閣昭和五十六年)二四五頁以下。

(6) 連邦憲法修正第六条は刑事被告人に陪審裁判の権利を保障しているが、この権利は修正第一四条を介して、州にも適用されるのみならず、殆んど州憲法は独自に同様な権利を保障している。しかし、陪審の構成等については、「地域の住民構成を正しく代表したもの」という基本的要件を除いて、統一的基準はない。詳細はリード・井上・山室著前掲書二五三頁以下。大阪弁護士会監修前掲書一四頁。本文に掲げた手続の図表は丸田著陪審裁判を考える五三頁に拠る。

(7) アメリカでは刑事事件の九〇%が公訴棄却か司法取引で処理されている。従って、無罪率二〇%とされているが、全件数から見れば二%に過ぎないことになる。大阪弁護士会監修前掲書七九頁以下。

(8) 陪審研究所長T・マスターマン氏の講演、大阪弁護士会監修前掲書一四頁。

(9) バーガー前連邦最高裁長官の発言、大阪弁護士会監修前掲書一四八頁。

(10) 陪審に詳しく法律家によれば、陪審制度はアメリカ民主制の一環を構成するものとして、その支持者は増加しているで、仮りにその廃止を公約にして選挙に出ても、その候補者は支持を得られないだろうとしている。しかし、バーガー前連邦最高裁長官が陪審に反対であることが付記されている。大阪弁護士会監修前掲書八一頁。一九九二年我が国でも陪審の採用が問題になった当時、東京大学客員教授であったシカゴ大学M・ラムザイヤー教授は「おすすめでできない陪審制度」として、その採用に反対する旨のコメントを加えている。朝日新聞一九九二年九月七日論壇。同教授は「法と経済学―日本法の経済分析―」(弘文堂平成二年)と題する日本語の著書もある日本法研究者でもある。これに対して、「日本こそ必要な陪審」との陪審に賛成するアメリカの法律家の意見もある。朝日新聞一九九二年一月五日論壇。

(二) アメリカにおける陪審裁判批判 民事刑事を問わず、広く陪審裁判が実施されているアメリカでは、その背景をなすアメリカ特有の訴訟手続と相まって、現在何処にその問題があるかとみるかは研究者によって異なるのも当然である。例えば、丸田教授は、英国からの独立と独立後その影響を排除するために陪審の任務を単なる事実認定を越えて法の無視または適用拒否 (Jury Nullification)<sup>(11)</sup> まで含めることができるかについて、アメリカの判例及び州制定法を研究している。そして、その著書の後半で、現代アメリカ陪審制度の問題として、「陪審を受ける権利と答弁取引」、「複雑な訴訟と民事陪審の排除」と「陪審員の心裡と評決への影響」の三点を挙げている。これらの問題のうち、陪審による法の無視または適用拒否の問題は我が国では従来殆んど採り上げられなかった問題であり、極めて興味のある指摘といえる。しかし、この点は、アメリカでも主として被告弁護士がそのような可能性について説示するよう裁判官に求めることによって行われているが、この請求は当然には認められず、最終弁論の中で弁護士がこの点について示唆を与えることができるに止まる。陪審が法を無視した評決を出したとしても、通常評決はその理由を明らかにしないので、この点は明らかではないとされている<sup>(12)</sup>。また、答弁取引 (司法取引) や民事陪審の排除も重要な問題であるが、この点は我が国では余り問題になっていないので別の機会にゆずることにする。

そこで、ここでは陪審裁判と裁判官裁判との関係、英国の陪審裁判で採用されている事実審理と判決 (量刑) 手続との分離、陪審裁判における当事者の立証責任、ついで、丸田教授も南部陪審として採り上げているアメリカで特に問題になっている人種差別<sup>(13)</sup>、そして、陪審による公正な評決を保障するための報道機関による報道の規制について検討する。このような検討事項の採り上げ方は全く私の個人的学問的興味に基づくものであって、その他の点、例えば、丸田教授が指摘する陪審による法の無視または適用拒否がアメリカに特有の問題か、または、広く陪審制度全体の問題かは今後の検討事項であらう。また、民事陪審は現在に至るまで我が国では全く問題になっていないか、

一定の事項に限って、将来その導入も検討する価値があるかもしれない。しかし、この点は必要に応じて簡単にふれるに止めたい。

注

(11) Jury Nullification の訳語は丸田教授及びリード教授の著書による。丸田著アメリカ陪審制度研究一五頁、リード・井上・山室著前掲書二九六頁。

(12) 丸田教授は連邦裁判所における陪審権限と並んでマサチューセッツ州とメアリーランド州における陪審権限を採り上げ、検討している。現在の判例は陪審の職務があくまで事実認定にあって、裁判官に法律の解釈権があるとの解釈を採っているようであるが、将来政治的にきびしい対立を含む問題が法廷で争われる場合、再び大きな問題になる可能性がある。丸田著アメリカ陪審制度研究二七四頁以下。

(13) リード・井上・山室著前掲書二九六頁。

(14) 丸田教授は Jury Nullification の説示との関係で「南部陪審」を採り上げているので、人種差別をアメリカの陪審制度の中心問題としているわけではない。丸田著アメリカ陪審制度研究二五八頁以下。しかし、多民族国家であるアメリカでは、一九九二年ロドニー・キング事件評決で示されるように、人種差別は大きな問題である。

(15) 我が国での刑事陪審の導入については、旧陪審法の例もあり、裁判所法三条三項が明文でこれを認めていることから、その立法としての当否について意見が分れるとしても、法律的にこれを妨げるものはない。これに対して民事陪審については、これを積極的に認める明文の定めもなく、これに対する法律家の支持もなく、その実現は極めて困難なようである。この点に関する資料として極めて興味のあるのは日米法学会による「シンポジウム・民事陪審——製造物責任訴訟における陪審を中心として——」である。この中でアメリカで何回かの製造物責任訴訟の被告会社となった経験のある米田氏は、アメリカの民事陪審を情緒的であって、法的安定性を欠くもので、裁判で実現しようとする正義に日本とアメリカとは大きな違いがあることを強調する。勿論これには丸田教授の反対もあるが、実際にアメリカの民事陪審を体験した我が国の法律家の意見として極めて貴重である。更に、討論会で出席者の一人である我が国の現職裁判官が、陪審裁判は一種の選挙のようなもので、判決理由に重点を置く我が国の方が合理的であり、また、事実認定についても陪審

より長年訓練を受けている裁判官の方が秀れているとして、アメリカの民事陪審を厳しく批判している。アメリカ法（一九九〇—二）一七一頁、一七七頁以下、二一六頁以下。程度の差こそあれ、これらの批判は民事陪審のみならず刑事陪審にも妥当するであろうから、陪審制度全体についての我が国の法律家の意見を代弁していることと見ることができるのではないだろうか。そこで、このような批判のあることを前提したうえで、我が国での陪審の導入を検討しないと実りある意見の交換にはならないし、その導入も実現しないであろう。その意味で、我が国の訴訟法にも詳しいレンバート教授の論文は有益である。レンバート「日本における陪審の可能性」アメリカ法（一九九一—一）一頁以下。なお、この点は基本的問題として最後にまとめて考察したい。

(三) 具体的問題点 前述の如く、ここで検討する問題点は、我が国で現在採用が検討されている陪審に参考になると私が考える点のみである。

(i) 陪審裁判 (Jury Trial) と裁判官裁判 (Bench Trial) アメリカ連邦憲法修正第五条、同第六条、同第七条は何人に対しても刑事事件及び二〇ドルを超える民事事件について広く陪審裁判を保障していることは既に述べたが、陪審裁判を選ぶのは被告人の権利とされている。従って、被告人が陪審裁判を受ける権利を放棄しない限り、陪審による公判が行われることになる。裁判官裁判を希望する場合、被告人は陪審裁判の権利を放棄する手続が必要になる。<sup>16</sup> 前述の如く、多くの刑事訴追または起訴の九〇％は、公訴棄却や司法取引で処理されているので、陪審による審理に至る件数は率としては高くはない。<sup>17</sup> それにも拘らず、民事を含めて年間約三〇万件（一九八七年）の陪審裁判があり、そのうち一〇万件が刑事裁判であることは前述した。<sup>18</sup> ここで注意すべきは無罪とされた事件の比率は陪審裁判の三三％に対して裁判官裁判が一七％、裁判官裁判で有罪とされ、陪審裁判でも有罪とされる事件は六四％、そして、裁判官裁判で有罪とされ陪審裁判で無罪とされる件数は一九％とされている。<sup>19</sup> この結果をどのよ

うに見るかは人によって異なるかもしれないが、興味ある研究といえよう。このように、アメリカでは陪審裁判は被告人保護のために一定の成果を挙げている。従って、我が国の刑事訴訟を研究したアメリカの法律家が一致してアメリカの刑事訴訟の特色として陪審裁判を挙げている<sup>20)</sup>。その特色として、職業裁判官、検察官、弁護士という法律専門家の中に複数の素人である陪審員が加わることによって、専門家が被告人の権利を尊重しなければならないようになることと、アメリカ特有の制度として州の多くの検察官や裁判官が選挙等による政治的地位に在るので、その行動を適正にコントロールする必要があることに陪審の存在が極めて大きな意味をもつことを挙げている<sup>21)</sup>。この点は我が国で陪審を検討するに当って特に留意すべき点である。

(ii) 事実審理または公判 (Trial) と判決または量刑手続 (Sentencing) との分離 被告人が有罪か無罪かに関する証拠資料と量刑資料とを提出し、これらを同時に審理する我が国の方式に対して、陪審制度を採用することから、イギリスもアメリカも事実認定と判決手続を分離して審理する点において、基本的には共通の手続を採用している。ただ、イギリスにおいては、陪審による有罪の評決がなされた場合、裁判官は陪審を解散させ、職権による判決手続に入る。その際、警察官が身上・前科を口頭で報告する。裁判官は、必要と認めるときは、保護観察官に判決前調査報告書の提出を求め、判決を下す<sup>22)</sup>。これに対して、アメリカでは裁判に裁判官裁判と陪審裁判があるのに応じて、二つの判決手続が認められている。連邦裁判所についてみると、まず、裁判官が判決を下す場合で判決前調査 (pre-sentencing investigation) の請求があると、刑事裁判所保護観察官の作成する報告書が提出され、これに基いて裁判官が量刑する。ついで、陪審が刑を決める場合は、判決前調査は行われず、罪責に関する審理で明らかにされた事情と量刑に関する審理において提出された証拠に基づいて判断する<sup>24)</sup>。このようなアメリカとイギリスの量刑手続は、若干異なる点もあるが、陪審による事実認定と区別、分離されている点では基本的に共通する。



結局この点は陪審制の採否と密接に関係するので、後でもふれたいと考えている。

(iii) 陪審裁判における当事者の立証 陪審裁判における立証は、我が国の裁判のそれとは可成り異なる。アメリカでは、無罪の推定<sup>25</sup>をける刑事事件で有罪の評決をするには検察官による被告人の罪責の立証が合理的な疑いを超える (beyond the reasonable doubt) ことを要件とするのに対して、民事事件では証拠の優越 (preponderance of evidence) で足りるとされ、これは五一%の立証と解されている。<sup>26</sup> このように、刑事事件では検察官の立証責任が加重され、民事事件では当事者の立証責任が軽いのは、ここでは無罪の推定が働かないことによる。従って、同一事件で刑事事件では被告人が無罪とされ、民事事件で有責とされることがある。<sup>26</sup> 刑事陪審に限定して見れば、少くとも重罪事件についての有罪評決には全員一致を必要とするにも拘らず、無罪率が二〇%から三〇%とされ、必ずしも高率ではないのは有罪の評決の基準が検察官による立証が合理的疑いを超えたかどうか<sup>27</sup>に在ることによると思われる。この点は合理的疑いの意義と同時にこれを決定する直接証拠と状況証拠<sup>28</sup>との関係の問題として、我が国で陪審を採用するとすれば、今後慎重に検討すべき事項であらう。

(iv) 陪審と人種問題 第二次世界大戦後、低開発国からの移民の増加が西欧先進国家で問題になり、最近是我が国でも外国人労働者の増加が社会的にも法律的にも深刻な問題を生じている。これに対して、西欧からの移民から出発し、その後も世界各国からの移民を受け入れて今日の国家を形成したアメリカ合衆国では異人種間の対立は、単一民族からなる国と比べて遥かに深刻である。「地域の住民構成を正しく代表したもの<sup>29</sup> (fair cross-section of the community)」とされる陪審がこのような異人種問題についてどのような判断とそれに基づく評決をしているかは、将来の我が国でも参考にすべき重要な事項の一つといえよう。

建国以来の奴隷制は連邦憲法修正第一三条、同第一四条により廃止され、更に、一八六六年及び一八六八年法に

より、合衆国市民の法の前での平等の権利が保障された。しかし、これらによって必ずしも黒人の平等な権利の保障が実現されるに至らなかったことから、一九五七年から一九六四年、一九六八年に至る市民的権利法 (Civil Rights Acts) によって、連邦法上、広い分野における人種、宗教、性別、出身国による差別が全面的に禁止されることになった。このように、連邦法によって連邦段階での人種及び性別等による差別は全面的に廃止されることになり、このことが州段階での差別廃止を促進したことはいうまでもない。しかし、このことはこれが全面的に実施されたことを意味するわけではない。このことを示す一つの例が南部陪審といえる。丸田教授は次の如く述べている。

「南部諸州においては、しばしば有罪とするに十分な証拠が存在するにもかかわらず、黒人や公民権運動の活動家を殺害した白人被告人を、陪審が釈放するという例が見られる。」<sup>30)</sup>これは明らかに人種差別に基づく陪審の行為といえるが、同様な陪審の評決から全国的人種暴動にまで発展した著明な事件が一九九二年のロドニー・キング評決である。この事件の経過は現在のアメリカの陪審制度のもつ問題の一端を示していると思われるが、詳細は別稿にゆずるとして、ここでは事件の概略を紹介することにしよう。

一九九一年、ロス・アンゼルスで黒人モーターリストであるロドニー・キングが四名の白人警官により殴打暴行された生々しい現場が一市民により撮影され、そのビデオ・テープが、アメリカ全土のみならず、我が国でも放映され、これら暴行警官の刑事責任が裁判所で問われることになった。しかし、同事件を審理したカリフォルニア州地方裁判所の殆んど白人により構成された陪審は、一九九二年四月二十九日、これら警官全員に無罪の評決を下した。そこで、この評決は人種差別に基くものであるとして、全米各地に暴動が発生した。直ちにロス・アンゼルス市長やブッシュ大統領等はこの評決に対するきびしい非難を発表した。その後この事件については連邦大陪審による再

審が行われ、そこでは黒人を含む陪審員が審理し、一九九三年四月一七日、被告四名の警官のうち、二名を有罪、二名を無罪とする評決を下し、この事件は解決した。当然のことながら、カリフォルニア州地方裁判所の全員無罪評決に対しては法律家からも強い批判が加えられたが、私の調べた範囲では、陪審制度そのものを廃止すべしとの意見はなく、少数民族に理解のある公正な陪審の評決を保障するには、陪審選任の基礎をなす裁判地をどこにすべきか、更に、陪審員の選任についてどのような方法が必要か等が問題になったに止まる。

我々外国の研究者から見ると、この事件は公正な審理について陪審制度のもつ限界を示しているように思われる。歴史的に陪審員は証人としての性質をもつ者として出発し、その後純粹な事実審判者となったといわれている。そこで、陪審による審判とは同僚 (peer) によるそれを意味し、陪審の構成等の基本的要件は、前述した「地域の住民構成を正しく代表したもの」という地域性を強調した極めて抽象的なものになる。ロドニー・キング事件の州地方裁判所の陪審の構成もこの基本的要件には違反していないし、より公正な審判を保障するための裁判所の変更または改正といっても、地域制を前提する限り、その改正には限界があると思われる。<sup>(34)</sup> この点は我が国で陪審を採用に当たっても十分検討すべき問題であろう。同時に、人種差別の問題は陪審選出母体である公共団体の住民感情とも結びつくと思われる。

(v) 報道の自由 私のような陪審制を採用していない国の法律家から見れば、法律に素人の陪審が予断と偏見をいだくことなく、公正な評決がなしうる為めには、前述したイギリスの裁判所侮辱法による規制内容の当否は別として、報道機関による事件の報道には何らかの立法による制限規制が必要と思われる。しかし、現在のアメリカではこのような立法はなく、これは専ら刑事事件について弁護士<sup>(34)</sup>の法廷外でのコメントを禁ずる倫理規定、及び、公判裁判官による規制に任されているようである。即ち、公判裁判官は、過剰な報道が被告人の公正な裁判を受ける権

利に不当な影響を与えることを妨ぐため、検察官、弁護士その他に対し、新聞記者等に事件の内容について話をしないよう命ずる裁判所の命令、いわゆるギャグ・オーダー (gag-order) を下す。これに違反した場合、それは裁判所侮辱罪を構成する<sup>36)</sup>。ただ、事件に関する報道機関の報道を直接制限規制する立法はない。しかし、この点の報道を裁判所侮辱罪で規制しようとする点ではイギリスと共通の原則を採用しているといえる。

連邦憲法修正第一条が国会も表現及び報道の自由を制限する法律を制定してはならないとしていることから、刑事事件についても報道の自由は保障されている。更に、一九七〇年中葉までは公判廷の写真撮影やラデオ、テレビ放送は一般に禁止されていたが、連邦最高裁判決 (Chandler v. Florida, 499 U.S.560(1981)) がこれを是認してから、旧来の全面禁止の立場を維持しているのは、連邦およびコロンビア特別区と八州に過ぎず、その他は多かれ少なかれこれを許容している (一九八五年)。このように、アメリカでは報道の自由は広く保障されていることから、スキャンダラスな報道に悩まれる事例も少くない。例えば、一九六九年夏ビヴァリー・ヒルズで発生した大量殺人事件であるシャロン・テイト事件<sup>37)</sup>、一九八六年イラクと交戦中であつたイランにアメリカが武器を売却し、その売上げ代金をニカラグアの軍政権に援助した事件が発覚し、その直接の指導者O・ノース大佐が職務逸脱の容疑で起訴された事件、そして、本稿でも紹介したロドニー・キング事件等がこれである。

これらの事件のうち、ロドニー・キング事件の報道は少数者の権利保護に役立ったといえるが、O・ノース (ラン・ゲート) 事件では陪審員の多数が各種の報道によりノース大佐に対する有罪・無罪の予断をもっているとの理由で忌避の対象となり、陪審員を選任するのに多くの時間を要した。その間、公判裁判官は報道機関への批判を繰返したとのことである<sup>38)</sup>。このように陪審による公正な審理と報道の自由との関係もアメリカとイギリスとは若干異っている。これは法律は国によって異なるから当然といえるが、報道機関のスキャンダラスな報道は法律に素人

である陪審に事件の感情的、情緒的側面を強調することにより、程度の差こそあれ、その客観的証拠による公正な事実認定を誤らせる可能性のあることはアメリカでも当然考えられる。そこで、陪審の評決が感情的、情緒的要因によって大きく左右するおそれはないかとの井上教授の問いに対するリード教授の解答はアメリカの刑事陪審の実態を正確に表明していると思われる。

「刑事事件というものは、たいてい情緒的な側面を持っています。特に殺人事件では、加害者と被害者が知合いの関係にあり、見知らぬ者どうしという場合はほんのわずかです。事件の根底には何らかの人間の紛争があるのでありまして、これを抜きにして事件を正しく評価することはできません。そして、そういった側面の評価は、本来情緒的なものなのです。……我々は人間であり、我々の実存の大きな部分は情緒によって占められています。したがって、情緒的要因を抜きにして証拠を評価することはできないでしょう。このように、刑事事件の多くが情緒的側面を有するものである以上、陪審が情緒的反応をすることも、事件に対する正当な評価の一部を構成するものだと考えるのです。……おそらく裁判官もまた、多かれ少かれ情緒的要因に影響されていると思います。確かに、裁判官と陪審とは違いがあることは事実です。裁判官は、感情のみに支配され、理性的な判断力を失うといった事態に陥らないよう、専門家として訓練を受けています。……今も申したように、刑事事件において情緒は重要な要素でありますから、この点を評価するには、むしろ、社会一般の通常感覚を持ち合わせた陪審こそが、これに当たるのにふさわしい主体ではないかと思うわけです」<sup>39)</sup>

この中で裁判官も情緒的要因に影響されるとの指摘は、これを一般論としていうのであれば、我が国にはこれに反対する職業裁判官も多いと思うが、このような考え方がアメリカでは支配的であり、これがその陪審制を支えていると思われる。この点は前述した有罪の評決の基準としての「合理的疑いを超える」立証と共に、我が国では

仲々理解し難い点ではなからうか。

以上アメリカの現在の陪審について重要と思われる問題点を挙げたが、これらは我が国が陪審制を採用するに当って私が重要と解する点を指摘したに止まり、問題はこれらに止まるものではない。例えば、陪審員の選任手続、その為めの費用、更に、陪審評決についての上訴等の問題も挙げられる。しかし、これらの点については夫々の専門家の今後の研究に期待したい。

注

(16) リード・井上・山室著前掲書二三四頁。

(17) 刑事弁護士ウィシュマン氏によれば、すべての刑事訴追が事実審で争われるとしたら、何千の法廷と裁判官及び多数の弁護士が必要になり、恐らく何十億ドルも余計にかかるだろうとしている。大阪弁護士会監修前掲書七九頁以下。

(18) 大阪弁護士会監修前掲書一四頁。本節三款(一)三頁、注(7)参照。

(19) アメリカの陪審についての権威ある調査研究として、H.Kalven, Jr. & H.Zeisel: The American Jury, 1966が著名である。私はこの調査を参照できなかったため、次の図表は大阪弁護士会監修前掲書一六頁、三四頁での引用による。なお、丸田著陪審裁判を考える四七頁参照。

〔裁判官と陪審の意見一致と不一致の% (刑事事件)〕

陪審の認定

陪審合計	裁判官なら行っていた認定		被告 無罪	被告 有罪	裁判官合計
	被告 有罪	被告 無罪			
33	19 <sup>④</sup>		被告 無罪		
67	64 <sup>③</sup>		被告 有罪		
100	83	17			

(The American Jury 五八頁)

〔裁判官と陪審の意見一致と不一致の％（民事事件）〕

陪審の認定

陪審合計	裁判官なら行っていた認定		原告勝訴	被告勝訴	裁判官全体
	被告勝訴	原告勝訴			
59	12 <sup>④</sup>	③10	41	100	4357

(The American Jury 六三頁)

(20) 例えば、リード・井上・山室著前掲書三二〇頁。レンバート前掲論文アメリカ法（一九九一一）一頁以下。

(21) リード・井上・山室著前掲書二三七頁以下。レンバート前掲論文アメリカ法（一九九一一）九頁以下。

(22) この点はアメリカの法律家が強調している。大阪弁護士会監修前掲書一八四頁以下。

(23) 倉田靖司「イギリスの刑事裁判における『公正審理』について」法の支配八六号五二頁以下。

(24) アメリカにおける陪審による量刑と裁判官によるそれとの関係については、リード・井上・山室著前掲書三〇五頁。

(25) 大阪弁護士会監修前掲書四四頁、二九八頁以下、三三九頁。

(26) アメリカでは屢々民事訴訟の提起が刑事の起訴手続と同時に進行する事例がある。例えば、連邦政府が独禁法違反のことで会社に対し民事及び刑事両方の訴訟を提起したり、或は、個人が私的に独禁法に基づいて会社に対する民事訴訟を提起し、他方、同一事件について連邦政府が会社に対する独禁法上の刑事訴訟を提起した場合が挙げられる。これらの同時進行手続（parallel proceeding）では、民事と刑事の手続の相違から被告人にとって深刻な問題が生れてくる。民事訴訟では、「証拠の優勢」により立証の基準が低く、裁判官または陪審は被告人が沈黙して、自己防衛のための証言をしない場合は、「不利益な推測を行うこと（draw an adverse inference）」即ち、最悪の推定を行うこと（assume the worst）が許される。これに対して、刑事訴訟では被告人の公判廷での沈黙から有罪を推測することは許されない。そこ

で、このような事件では、被告人は民事訴訟で十分に防禦し、刑事訴訟における権利を喪失するか、刑事訴訟において証言を拒み、民事訴訟で敗訴の危険を負うかのどちらかの選択にせまられることがある。これは民事訴訟における被告人の宣誓証言が刑事訴訟でも認められることによる。大阪弁護士会監修前掲書三三九頁以下。

(27) マサチューセッツ州地裁公判部六人制陪審に関する委員会編「地方裁判所において使用される陪審に対するモデル説示」(一九八八年)は次の如く述べている。「合理的疑いを越えた証明とは全ての可能な想像的疑いを越えて立証することではありません。そうではなくて、被告が有罪であることを除外したあらゆる合理的な仮定を排除するような立証であり、被告が告発されている罪を犯したという、絶対的な確かさとは区別される道徳的確かさの程度に至る立証であります。それは理性的な人間としてあなたの方の判断と良心を満足させる立証であります。被告が有罪であるということ以外、他のどのような合理的結論も残さない立証なのです。」大阪弁護士会監修前掲書三〇四頁。

(28) 有罪の評決に必要なのは、合理的疑いを越える立証であるから、直接証拠と並ぶ状況証拠が非常に重要になる。状況証拠とは、証明されるべき事実について合理的推論を引き出すよう要請されるものとされている。前記「地方裁判所において使用される陪審に対するモデル説示」は、この状況証拠について守るべき二つの基本原則があるとする。「一つ目は、合理的な疑いを越えて証明された事実からのみ、推論や結論を引き出すことが許されるということ、二つ目の原則は、陪審が引き出すどんな推論・結論も常識と人生の経験に基づいた合理的で、自然なものでなければならぬということである。一連の状況証拠の中で、陪審員の推論や結論のどれもが不可避的(inevitable)である必要はないけれども、それらの各々が合理的でお互いにつじつまが合っていて、加えて合理的疑いを越えて被告の有罪を立証することが必要なのである。」大阪弁護士会監修前掲書三〇五頁以下。陪審制度を採用しても、当然直接証拠の乏しい事件も陪審裁判にかかること予想されるが、その場合有罪評決に必要とされる状況証拠の具体的内容、範囲等が重要な問題となろう。最近、陪審を採用していない我が国でも直接証拠を欠く事件でも有力な状況証拠があれば有罪とする例が増加しているようである。例えば、ロス疑惑銃撃事件判決(弘中・大出対談「銃撃事件判決のどこが問題か」法学セミナー四七四号三八頁以下)、トリカブト事件判決(東京地判平成六年九月二二日判例時報一五三二号二八頁)等がこれである。

(29) 本文に述べたことと重罪事件の評決について一二名の陪審員の全員一致制を採用する以外は、夫々の法域で区々である。リード・井上・山室著前掲書二五三頁以下。



- (30) 丸田教授は、NEWS WEEK, July 28, 1980 に拠って、マイアミ州で黒人のサラリーマンを撲殺した四人の白人警官を、ノースカロライナ州では、黒人を含む反クー・クルッス・クラブの五人を射殺した白人グループを、それぞれの白人のみで構成された陪審が無罪釈放したことを挙げている。丸田著アメリカ陪審制度研究二六二頁以下、二六七頁注（一）参照。
- (31) 指宿「キング事件と陪審制度」法学セミナー四五三号二〇頁以下。拙稿「ロドニー・キング事件評決」(1)(2)(3)(4)法律のひろば四六巻二号、三号、五号、六号。
- (32) 田中著前掲書二三九頁以下。
- (33) 拙稿前掲論文(4)法律のひろば四六巻六号七八頁以下。
- (34) 公判裁判官は不公正な報道が被告人の公正な権利を害しないよう手段を講ずる憲法上の積極的な義務を有するとされ、この義務に関する判例も紹介されている。大阪弁護士会監修前掲書三六〇頁以下。
- (35) このギャグ・オーダーが一般に認められるに至ったのは、人気テレビ・ドラマ「逃亡者」のモデルとされたシェパード事件を契機としている。一九五四年神経外科医シェパードの妻が殴殺された事件で、警察は夫シェパードの説明に不十分な点があり、同人が犯人でないかとの嫌疑を抱き、取調べを続けていた。地元有力紙をはじめとして各紙は事件のスクープにはしり、連日同人が犯人である旨の記事を掲載した。そこで、八月同地の大陪審はシェパードの起訴決定、つづいて陪審裁判の結果、同人は有罪とされ、終身刑を言い渡された。しかし、シェパードはその後無実の訴えを続け、一九六四年になって、人身保護令状を審理していたオハイオ南区連邦地方裁判所は本件公判前後の新聞報道により被告人の公正な裁判をうける権利が害されたことを理由に、公判のやり直しを命じた。この決定は第六巡回区連邦控訴裁判所により破棄されたが、それに対するシェパードの上告を受理した連邦最高裁は、一九六六年六月、八対一で申立人の主張を容れて、有罪判決の取消しを確認した。Sheppard v. Maxwell, 384 U.S. 333(1966). 法廷意見を執筆したクラーク判事は、刑事裁判の公正さに影響を及ぼすような報道から訴訟手続を守るために、裁判所は手続関係者による情報公表の禁止を含む必要な措置をとるべきであり、また、そうすることができるとした。この判決がその後の各地の裁判所によるギャグ・オーダー発布の根拠となった。詳細はリード・井上・山室著前掲書二八三頁以下。
- (36) この判決及びその後の展開については、田中開「刑事公判とテレビ」ジュリスト八五二号一一二頁以下、リード・井

上・山室著前掲書二八二頁以下。

(37) この事件の詳細はリード・井上・山室著二六〇頁以下。

(38) O・ノース(イラン・ゲート)事件では、公正な陪審員の選任に難航した挙句、事件発生から三年後の一九八九年その選定が終了した。大阪弁護士会監修前掲書一七一頁以下、二〇五頁注(33)。この事件ではノースへの同情心から、彼を無罪にするのではないかと懸念されたが、一九八九年事件を担当した陪審は三点の訴因につき被告人有罪の評決を下した。丸田教授は一九八一年レーガン元大統領狙撃事件の被告人も心神喪失を理由とする無罪評決と共にノース評決を挙げ、陪審に対する過剰報道による弊害も制御可能としている。丸田著陪審裁判を考える一七二頁。

(39) リード・井上・山室著前掲書二四〇頁。

(40) 多くの人々によって、日本の司法制度はよく油のさされた小さな精密機械又は精密司法といわれている。シンボジウム・民事陪審、アメリカ法(一九九〇—二)二二一頁以下、倉田靖司「陪審裁判の条件(上)」判例タイムズ八〇—一号四頁。これに対して、レンパート教授によれば、アメリカの陪審による事実認定は、政治的に任命される裁判官による審理に対して、最大の損失を最小限度に止める解決方法である。レンパート前掲論文アメリカ法(一九九一—一)一一頁。このように解すると、陪審制度の採否もこれを保障する憲法の条項を含むアメリカとこれを欠く日本の法律文化の相違に基づくことになる。例えば、日米間の「正義」の捉え方の違いを見よ。アメリカ法(一九九〇—二)二〇九頁以下。しかし、問題を文化の相違によるとすると相互に参考にすることが困難になるし、日本では陪審も採用できないことになる。そこで、本稿では文化の相違を考慮しながらも、これを捨象して一般論として我が国に陪審制度を導入する余地がないかを検討する積りである。

#### 第四節 本要綱の内容と特色

(一) 本要綱作成の経過 本要綱は旧陪審法の改正案要綱という形をとっているが、作成者としては抜本的改革案ま

たは新法案とも呼ぶべきものを目指している如くである。しかし、本要綱はあくまで旧陪審法の改正案として提案されていることから、その内容と特色を正確に理解するためには、既に紹介した旧陪審法と比較し、更に参考にした外国の法律または制度を知る必要がある。しかし、私は日弁連司法問題対策委員会による本要綱の作成に直接参加したこともなく、また、事前に相談をうけたこともない。従って、ここでは約三六頁よりなる本要綱の中からその成立過程及びその内容と特色を検討することにする。

まず、参照した外国の法律については、本要綱は次の如く述べている。「国民の司法参加を考えると、英米で採用されている陪審制のほかに、フランスやドイツで行われている参審制をも視野に入れなければならない。」（本要綱まえがき）。しかし、我が国にはフランスやドイツで採用されているとされる参審制の最近の動向についての詳しい紹介や研究が非常に少いこともあってか、本要綱の中で参審制を参考にした部分は見当らなかった。本要綱が参考にしたのはイギリス及びアメリカの陪審法であり、その中でも特にアメリカ法に関する丸田教授の研究や大阪弁護士会の米国視察団による成果によるところが大きかったと思われる（本要綱38評決、コメント）。

ついで、既に我が国で発表されている各地の弁護士会の陪審法案である。これら陪審法案はいずれも刑事陪審の再導入を目指すものであり、中坊前日弁連会長も司法改革を推進した。そして、日弁連は、この運動の推進を担っており、広く国民と司法を結ぶ絆は弁護士の手の中に在る（本要綱まえがき）として、弁護士の役割と熱意を強調している。私は既に発表されている各地の弁護士会の陪審法案等を見ていないが、本要綱はこれら法案を参考にしている（例えば、本要綱38評決、コメント）。

本要綱はその特色を次のように要約している。第一に、陪審員の無作為抽出の方法、忌避制度の充実、全員一致制の評決の採用、無罪評決に対する上訴の禁止などを通じて、陪審裁判の真随を採用したこと。第二に、陪審を採

用することからは当然のことながら、公判中心の集中審理が不可欠となり、事前準備の充実、証拠開示および伝聞証拠の排斥、更に、被告人の権利保護、誤った有罪判決からの救済としての上訴を認めたこと。第三に、陪審裁判に伴う国民の経済的及び人的負担の軽減のためにも意を用いたとして、一日一公判制度の採用したこと等を挙げている。このような特色が本要綱の中でどのように実現されているかについての私見は後述する。なお、本要綱は第1「総則」、第2「陪審員選定手続き」、第3「公判準備」、第4「証拠」、第5「陪審公判」、第6「上訴」、付・「報道規制について」からなっている。この小論でこれらの各項目の内容を詳細に紹介しても余り意味はあるまい。そこで、本要綱の内容が参考にしたと思われる旧陪審法その他の法律との関係を中心として、主な内容を検討し、その特色を指摘したい。

注

(41) 明治三十二年制定の旧憲法を基礎として民法、商法、刑法の実体法と並んで、旧裁判所構成法(明二三法六)をはじめとする民事、刑事に関する訴訟法等の司法手続も広くドイツ法をモデルにして形成されたことは衆知のことである。このことは刑事法について特に顕著であり、ドイツ法に詳しい刑法学者は現在でも依然として多数派を構成しているようである。このことは我が国の法律が判例法主義ではなく、制定法主義を採っていることに関連するので、必ずしも不合理とはいえない。ただ、私が理解し難いのは、ことが陪審に関する限り、旧陪審法以来英米法が先例とされ、ドイツの参審制は余り参考とされることなく、最近に至るまでその研究が極めて少いことである。例えば、訴訟法学者による参審制度に関する研究としては、兼子一教授のそれを挙げることができるが、若干資料が古い難点がある。兼子一著裁判法(法学全集、有斐閣昭和三四年)二五頁以下。なお、簡単には丸田著陪審裁判を考える、一八七頁以下。而もこれらはいずれも刑事法以外の分野の専門家による研究である。このことは刑事法学者は旧憲法以来の伝統から刑事裁判への国民参加に消極的態度をとっていることによるのかもしれない。しかし、近年「開かれた裁判所」等の理念が強調され、その一環として国民の司法参加の在り方を考える見地から、最高裁判所事務総局も諸外国における陪審・参審制度について調査研究を進

めている。現在は未だアメリカの陪審制度についての調査報告が公表されているに止まるが、近く参審制度に関する調査研究も実施されることであり、近くその報告が公表されることを期待したい。最高裁事務局刑事局監修陪審・参審制度米國編<sup>1</sup>はしがき。座談会「米國及び英國の陪審制度をめぐって(三)」法の支配九〇号七五頁以下。刑事裁判に國民参加を認めることの可否に意見の対立があることは本文中で検討する予定であるが、仮りに、これを肯定するとした場合、陪審と並んで参審も我が國の司法改革として重要な一つの撰択肢と私は考えている。その意味で學者による参審制度の今後の研究を期待したい。

(二) 本要綱の具体的内容 本要綱の提案する陪審法の各項目及びその細目の検討に入るに當って、既に本稿二節二款に紹介した旧陪審法の内容と若干重複する点もあるが、まず、この要綱が基本的にとどのような枠組みをもち、それがどの國の法律を参考に行っているかについて一言しよう。私の個人的理解または解釈に止まるが、この点を最初に述べて置くことが以下の説明の理解に役立つと思われるからである。まず、第一に本要綱は基本的に我が國の旧陪審法を継承した部分が少くない。このことは我が國で再度陪審制度を導入するに當り、先例としての旧陪審法を参考にするのは当然といえる。ただ、個々の項目等については、立場によっては異論があるかもしれない。ついで、第二に、旧憲法下の旧陪審法には種々の不備や欠点があることから、昭和一八年に停止されて今日に至っている。そこで、本要綱はその不備や欠点を是正して、國民の司法参加を実現するために多くの改革を提案しているが、その先例として英米法における陪審制度を参考にし、ドイツの参審制度を含む大陸法諸國の制度は参照していない。英米法の中でも特にアメリカの陪審を先例としている。このような内容をもつ本要綱についての學者の意見等は次節で述べることにする。なお、本要綱の項目は第1「総則」から第6「上訴」まで分れていることは前述したが、更にその細目には1から43までの通し番号が付されている。そこで、本稿でもこの細目の引用にはこの通し

番号によることにする。

(i) 総則 本要綱は、旧陪審法一条と同様、刑事裁判における陪審制度について定め、民事裁判のそれを含まない。そして、この法律に定めるもののほかは、刑事訴訟法（昭二三、法一三一）の定めるところによるとし、陪審裁判の場合の特別法という形を採用している（1刑事訴訟法との関係）。

陪審裁判について、旧陪審法は法定陪審と請求陪審の二種類を認める（二条、三条）が、同様に、本要綱も二種類の陪審裁判を認めている。まず、法定陪審の適用範囲について、旧陪審法は死刑若しくは無期の懲役又は禁固に該する事件とする（二条）のに対して、本要綱はこれを死刑または無期もしくは短期一年以上の懲役もしくは禁固にあたる事件とし（2陪審裁判の適用範囲①）、旧陪審法のそれより遙かに広い。ついで、請求陪審の適用範囲について、旧陪審法は原則として、「長期三年ヲ超ユル有期ノ懲役又ハ禁錮ニ該ル事件ニシテ地方裁判所ノ管轄ニ属スルモノニ付被告人ノ請求」のあったもの（三条、なお四条参照）としていたの<sup>45</sup>に對し、本要綱は、法定陪審事件に該しない事件であっても、原則として檢察官の冒頭手続（刑訴二九一条）が終了するまでに被告人の請求があった場合は陪審裁判に付することができる。なお、法定刑が罰金、拘留・科料の事件にも、軽犯罪法違反を理由とする表現の自由の規制に関する事件等もあるので、これを除外すべきでないとする（2陪審裁判の適用範囲②、③、4陪審裁判の請求）。

陪審を受ける権利の放棄について、旧陪審法は、被告人が「檢察官ノ被告事件陳述前ハ何時ニテモ事件ヲ陪審ノ評議ニ付スルコトヲ辞シ又ハ請求ヲ取下クルコトヲ得」とする（六条）。本要綱はこれを承継して、被告人は一定の方式により、陪審裁判を受ける権利を放棄できるとしているが、それは檢察官による起訴状朗読による冒頭手続（刑訴二九一条）が終了するまでとし、一旦陪審による審理が開始した後は、権利放棄は認めないこととする

（3 陪審裁判を受ける権利の放棄、コメント4）。

陪審裁判を行う裁判所の管轄移転について、旧陪審法は、「地方ノ情況ニ由リ陪審ノ評議公平ヲ失スルノ虞アルトキハ檢察官ハ直近級裁判所ニ管轄移転ヲ請求ヲ為スコトヲ得」（八条、なお、九条、一〇条参照）としている。<sup>45</sup> 本要綱も陪審裁判を行う裁判所を、施設等を配慮して、地方裁判所に限ると共に、検察官、被告人または弁護人が、犯罪の性質、内容等に照らして裁判の公正を維持することができない虞れがある場合には、直近上級裁判所に對して、その上級裁判所の管轄地域内の他の裁判所において審理するよう請求することができ、請求を受けた上級裁判所は、決定により他の裁判所に移送することができる（6 簡易裁判所から地方裁判所への移送、7 管轄移転）。これは旧陪審法の原則をほぼそのまま継承したといえようか。

旧陪審法は、陪審が一二名の陪審員によつて構成する（二九条）とし、その資格要件に直接国税三円以上の納付等を定め（一二条一項三号）、他方、その欠格要件（一三条、一四條）、除斥事由（一五條）、辞退事由（一六條）を広く規定している。本要綱は陪審員一二名の原則を承継し、二名ないし四名の補充陪審員に審理に立ち合わせる<sup>46</sup>ことができる（14 陪審員の構成）が、陪審員の資格は、普通地方公共団体の地方議會議員の選挙権を有する者<sup>47</sup>とすること。ここで在留外国人に陪審員資格を与えるべきかについては、陪審は地域住民の代表であることから在留外国人にも資格を与えることが望ましいとする（8 陪審員の資格）。<sup>48</sup> 旧陪審法と比較して陪審員資格は可成り広い。他方、陪審員の除斥事由も旧陪審法のそれより狭くなっている（10 除斥）。<sup>49</sup> 辞退することのできる事由としては、国會議員等と並んで、新たに「やむを得ない事由」として裁判所の所長または裁判長の許可を得た者があげられている（11 陪審員の辞退、12 裁判所所長の辞退の決定）。

陪審裁判における審理方式について、旧陪審法は複数の裁判官の合議制によることとし（七〇条）、「証拠ハ別段

ノ定メル場合ヲ除クノ外裁判所ノ直接ニ取調ヘタルモノニ限ル」(七一条)が、この直接主義には一定の書面に於いて例外を認めている(七二条から七五条まで)。しかし、これは旧刑訴法の下での審理手続(例えば、予審制の採用)に関するもので、現行刑訴法の下では参考にならないかもしれない。

本要綱は、陪審員による審理方式について、広くアメリカで採用されている一日又は一審理方式<sup>(49)</sup>(one day / one trial system)を採用すべきものとしている(13一日又は一審理方式)が、公判裁判官の数については、法定陪審事件は三名の裁判官の合議体、請求陪審事件は一名の裁判官がこれを取扱うべきものとする(15裁判官の数)。このように、本要綱は旧陪審法と共にアメリカの陪審制度を参考にしているように解されるが、その当否については後で検討したい。

(ii) 陪審員選定手続 旧陪審法が陪審員資格者の中から一二名の陪審員を決定するまでの手続について詳細に規定しているが、簡単に述べれば次の如くである。市町村長による毎年陪審員資格者の名簿の作成(一七条、一八条、二四条)、地方裁判所長が毎年九月一日までに、翌年度に必要な陪審員の人数を管轄区域内の市町村に割当て、市町村長に通知する(二二条、二七条)。そして、市町村長は陪審員資格者名簿に基き割当られた員数を抽籤によって陪審員候補者を選定し(二三条)、公判期日が定まると、地方裁判所長は陪審員候補者名簿から、一件について三六名の陪審員を抽籤で選定して公判廷に送る(二七条)。このように、旧陪審法は陪審員の選定方法について抽籤主義をとる点に一つの特色があった。このように選定された三六人中、二四人以上の出頭があれば、裁判所は陪審構成手続に着手するが、この手続は公開しない(六一一条)。検察官と被告人による陪審員の忌避について、旧陪審法は次の如く定めている。即ち、検察官と被告人の双方は陪審員二人及び補充陪審員(例、二人)の員数を超える数の半数宛忌避しうる(六四条)。なお、この忌避の理由を述べることは許されない(六五条四項)。



このような陪審員選定手続に対して、これを参考にしながら、本要綱はアメリカ法に拠って次の如く提案している。

まず、陪審員候補者三六名以上の出席を要件とし（17定足数）、これら候補者の真実を述べる旨の宣誓（18陪審員候補者の宣誓）の後、裁判官、検察官、被告人、弁護士、書記官および速記官が出席する公判期日に公判廷においてこれを行うべきものとする（16陪審員の選定）。裁判所は、出席した陪審候補者の中に欠格事由をもつ者、および検察官、被告人または弁護人の申出により除外理由があるとされた者を排除しなければならない（19欠格者等の排除）。辞退の申出がある場合、裁判所は速かにその可否を決定する（20辞退の判断）。適正かつ公正な陪審員選定のため、裁判長は候補者全員に一般的な質問をし（21裁判長の質問）、検察官及び被告人または弁護人は必要な質問をすることができる（22当事者の質問権）。

これら当事者による陪審員忌避について、アメリカ法にならって、理由つき忌避と無条件忌避を認める。前者は、陪審員として公正な職務を遂行することが困難であると思われる相当の理由がある陪審員候補者について認められるもので、除外事由には該当しないが、それに近い関係にある候補者を指すとされている（23理由付き忌避）。ついで、後者は、理由付き忌避手続終了後、残った陪審員候補者の中から、一二名に補充陪審員を加えた人数につき、検察官、被告人または弁護人は、各々その半数について理由を述べることなく忌避することができる。この忌避について、原則として、忌避できる人数及び被告人が数人いる場合については旧陪審法によることとしている（旧陪審法六四条）（24無条件忌避）。裁判長は、これらの手続が終了したとき、その旨の宣言しなければならない（25陪審員選定の終了）。

このような本要綱の提案する陪審員の選定手続について、私には理解し難い点が二点ある。第一は陪審員候補

者、ついで、陪審員の選定手続を誰が管理執行するかが明らかでないことである。旧陪審法は陪審員資格者名簿の作成と地方裁判所長により割当られた数の陪審員候補者の選定を区裁判所判事の監督の下での市町村長の事務とする。そして、陪審事件の公判期日が定まってから行われる陪審員候補者名簿から選定するのは地方裁判所長の事務とする。このように、ここでは市町村長と地方裁判所長との協力のうえで、陪審員の選定が行われるべきものとする。しかし、本要綱はこの点について最高裁判所以下の裁判所（恐らく、地方裁判所）が陪審員の選定から構成に至るまで一貫してその事務として管理に責任を負うべきものとしているのであろうか。このような事務管理も一つの方法と考えるが、陪審員資格を普通地方公共団体の選挙権を有する者に置いている（8陪審員の資格）点からみれば、少くとも陪審員資格者名簿の作成は基礎的な地方公共団体である市町村（地方自治法二条四項）の事務とするのも一つの方法ではなからうか。ついで、第二に、第一と関連するが、陪審員の選任に至るまでの手続が明確でないことである。旧陪審法は一貫して抽籤を採用しているが、本要綱は一定の事由がある者からの辞退の申出を受けたときは、裁判所長が速かにその可否を決定する（12裁判所長の辞退の決定）としていることからみて、裁判所による選定手続を考慮しているのであろうか。私が疑問に思ったのはこの二点であるが、今後の検討を期待したい。

(iii) 公判準備 本要綱も指摘するように、「陪審裁判においては、公判における証人調を集中的に行うことが必須となるから、争点の整理を含め、証人の数、順番、尋問予定事項等について綿密に協議する必要がある。そこで、陪審裁判で審理することが決定した場合には直ちに準備手続に入る必要がある。」（26陪審準備手続き、コメント1）。陪審裁判は公開・口頭による証人・証拠調を必要とすることから、陪審員の負担の軽減からも、公判はできるだけ短期間に終ることが望ましい。そこで、そのための事前の準備が必須になる。この準備手続は既に我が国で

も集中審理の必要による準備手続として刑事訴訟規則に導入されている。まず、規則は、「裁判所は、審理に二日以上を要する事件については、できる限り、連日開廷し、継続して審理を行わなければならない」と規定し（一七九条の二）、そのための一つの方法として準備手続を定めている。この準備手続は、複雑な事件について裁判所が必要と認めるとき行なわれるもので（一九四条一項）、公判の審理を迅速且つ継続的に行うため、事件の争点及び証拠を整理することを目的とする（同条二項）。準備手続は、検察官、被告人および弁護人を出頭させて（一九四条の二）、事件の争点を明らかにしたり、証拠調の請求をさせる等の準備をするものである（一九四条の三）。しかし、このように裁判所が関与する準備手続は、予断排除の原則上、第一回公判期日後に限られる（一九四条一項但書）。そこで、規則はすすんで第一回公判期日前の当事者同士での準備も規定している。この規定によると、検察官は、公訴提起後なるべく速かに証拠調の請求をする予定の証拠書類または証拠物を弁護人に閲覧させなければならない。弁護人は、被告人その他の関係者に面接するなど、適当な方法で事実関係を確かめるほか、右の証拠書類及び証拠物を閲覧して、その取調の請求に異議があるかどうかの見込を検察官に通知し（一七八条の六第一項、第二項）、両当事者とも、第一回公判期日に証人として尋問しようとする者をその日在廷させるように努めなければならない（一七八条の八）。このように、現行刑事訴訟規則は第一回公判期日から充実した証拠調を行おうとしている。このような規則の趣旨がどのように生かされているかについては、専門家の御意見を聴きたいところである。この点は次に述べる証拠開示とも関連するので、出来れば後でふれたいと思っている。陪審裁判の採用に伴って現行刑事訴訟法や刑事訴訟規則を改正する必要があるのではないかと思われる。しかし、本要綱は、単に第一回公判期日前の準備事項として、刑事訴訟規則の定める内容に、「弁護人が、裁判官及び検察官に対し、陪審裁判を撰択するかどうかを予め連絡すること」を規定すべきことを挙げるに止まり、準備手続に関する刑事訴訟規則一九四

条から一九五条までの規定は陪審裁判においても準用することが可能であるとする。但し、その内容については今後の検討が必要であるとするが、その具体的な改正案は提示していない(26陪審準備手続コメント2)。

(iv) 証拠 本要綱は、ここで「28証拠開示」と「29伝聞証拠の取扱」と題して、広く現行刑事訴訟法の証拠法について改革案を提案している。旧陪審法も、証拠は裁判所が直接取調べたものに限る(七一条)として直接主義を採用したが、当時の旧刑事訴訟法は現行刑事訴訟法と可成り異なるので、ここでは専ら現行刑事訴訟法との関係について検討する。また、その内容は可成り技術的なもので、概略を紹介するに止める。

(a) 証拠開示 本要綱は、「①検察官は、法定陪審事件の場合は起訴後遅滞なく、請求陪審事件の場合は陪審裁判の請求あり次第遅滞なく、弁護人に対し、当該事件に関する全ての証拠の目録を交付しなければならない。②弁護人は、前項の目録受領後いつでも、全ての証拠の閲覧及び謄写を請求することができる。」と提案している。裁判官による裁判を含む刑事訴訟一般についても、証拠開示は重要であるが、特に集中審理を必要とする陪審裁判においては、検察官と弁護人の証拠収集能力上の格差を時間によって補うということは全く困難になる。そこで、証拠開示の問題は、陪審裁判の場合、一層重要になるとする。そして、「本来は、刑事訴訟法一般に証拠開示の規定を設けるべきであるが、少くとも陪審法では規定が必要である。」(28証拠開示、コメント1)とする。しかし、具体的にどのように現行規定を改正すべきか、または、新しい規定を創設しようとするかは明らかではない。そこで、この点についての現行法規を簡単に紹介しておくのが、本要綱の提案を理解するのに役立つと思う。

現行刑事訴訟法の基礎をなす当事者主義の訴訟は、両当事者が収集した証拠をつき合わせたとき最もよく真実が発見できるとする考え方にもとづいている。しかし、被疑者・被告人はもちろん、弁護人も實際上証拠を収集する能力を欠いている。そこで、一方では、証拠収集の手だてを与える必要があり、他方では、捜査機関の集めた証拠

を閲覧する機会を与える必要がある。前者が証拠保全であり、後者が証拠開示とされている。<sup>52</sup> 現行刑事訴訟法も被告人、被疑者又は弁護人に、一定の範囲で、この点について権利を認めている。

「被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しておかなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第一回の公判期日前に限り、裁判官に押収、搜索、検証、証人の尋問又は鑑定を請求することができる。」（一九九条一項）。しかし、この手続は殆んど利用されていないようである。<sup>53</sup>

ついで、証拠開示について、現行刑事訴訟法も、「弁護人は、公訴の提起後は、裁判所において、訴訟に関する書類及び証拠物を閲覧し、且つ謄写することができる」（四〇条）と規定している。この証拠開示も公訴提起後にあってであり、公判で検察官の提出した証拠を見て、弁護人が準備を始めることから、これが訴訟遅延の一つの理由となっている。<sup>54</sup> しかし、このほかにも証拠開示の規定がないわけではない。まず、「検察官は、その証人等の尋問を請求するについては、あらかじめ、相手方に対し、その氏名及び住居を知る機会を与えなければならない。証拠書類又は証拠物の取調を請求するについては、あらかじめ、相手方にこれを閲覧する機会を与えなければならない。」（刑事訴訟法二九九条一項）。しかし、証人については多くの場合供述録取書がとられているであろうが、これらについては閲覧の機会を与えていないし、まして証人として尋問請求をしない者の供述録取書については閲覧できないとされている。<sup>55</sup>

ついで、検察官は、検察官面前調書（刑事訴訟法三二一条二号後段）については必ず証拠調を請求しなければならない（同法三〇〇条）。これはとくに検察官面前調書が公判廷の供述よりも被告人に有利な場合にこれを秘匿しないようにという立法趣旨によるとされているが、検察官が「公判廷における供述よりも信用すべきである」かどうかについて一次的判断をするから、検察官がそう考えなければ証拠調の請求はない。このように、証拠開示が極めて

制限された範囲で認められているに止まることについては種々の理由が挙げられているが、この点は既に学者からも批判されている。<sup>36)</sup>

公正な陪審裁判を導入するには本要綱の提案するような証拠開示を必要とする点に異論はあるまい。同時に、この証拠開示に現行法が種々の制限を加えていることは、それなりに理由があると思われる。そこで、本要綱の提案も実現には種々の困難が伴うと思われる。

(b) 伝聞証拠の取扱 刑事訴訟法が法律的関連性がないとして証拠能力を否定しているもののうち、最も重要なのは伝聞証拠排除の原則とされている。この原則は英米法が陪審裁判との関連ででき上ったものであり、陪審員が法律に素人であることから、法廷に現れた証拠を容易に信用する傾向をもっているので、その判断を誤らせないためにできた法則とされている。<sup>37)</sup> 刑事訴訟法はこの原則を採用し、各種の供述書面等について次の如く規定している。

即ち、被告人以外の者の供述書（刑法三二一条）、被告人の供述書（同法三二二条）、その他の書面（同法三二三条）、伝聞供述（同法三二四条）、供述の任意性の調査（同法三二五条）、当事者の同意と書面供述の証拠能力（同法三二六条）、合意による書面の証拠能力（同法三二七条）、証明力を争うための証拠（同法三二八条）について、法はここに挙げる供述書等について一定の厳格な要件を定め、これらの要件を充足したものを除いて、「公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない。」（同法三三〇条一項）としてこれらの証拠能力を制限している。但し、この規定は簡易公判手続によって審判する旨の決定があった事件の証拠には適用がない（同条二項）。

これら伝聞証拠排除の原則について、本要綱は直接主義・口頭主義による陪審裁判の特質から、次のような改革を提案している（29伝聞証拠の取扱）。

まず、第一に、被告人以外の者の供述書面の証拠能力の認められる要件（刑訴法三二一条一項一号乃至三号）、鑑定人の作成した鑑定書（同法三二一条四項）、被告人の供述書面（同法三二一条一項）、公務員の作成した書面及び業務の通常の過程において作成された書面の外、特に信用すべき情況の下に作成された書面（同法三二三条三号）の証拠能力に関する規定は陪審裁判に適用しない。但し、被告人以外の者の供述書面（同法三二一条一項一号、二号）について、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいたるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないときは、一定の要件の下で、これを証拠とすることができる（29 伝聞証拠の取扱、コメント a）

第二に、被告人以外の者の一定の供述書面で、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいたるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事実の存否の証明に欠くことのできない書面（刑訴法三二一条一項三号）は、証明力を争うための証拠（弾劾証拠）（同法三二八条）とすることもできない。

第三に、被告人の作成した供述書又は被告人の供述を録取した書面で被告人の署名若しくは押印のあるものは、一定の制限の下に（刑訴法三二一条一項）、更に、被告人の公判準備又は公判期日における供述を録取した書面は、その供述が任意になされたものであると認めるときに限り（同条二項）、これを証拠とすることができる。この点について、本要綱は、その供述が任意になされたものでない疑いがないと認められるときに限ることを提案する（29 伝聞証拠の取扱③）。

これら本要綱の提案は、直接主義・口頭主義に立脚する陪審裁判採用の立場から、被告人及び被告人以外の者の供述書面の証拠能力を制限しようとすることを内容とするものである（29 伝聞証拠の取扱、コメント参照）。

(c) 証拠能力を判断するための手続 陪審の任務は、証拠能力ある証拠に基づいて事実を認定することにあるから、当事者間に証拠能力について争いがあるとき、裁判所がその有無について判断しなければならない。本要綱は次の提案をする。「①当事者が証拠調請求をした証拠書類及び証拠物について、その証拠能力が争われた場合は、裁判所は、直ちに、公開の法廷でその証拠の有無に関する取調をしなければならない。②裁判所は、前項の手続終了後直ちに、争われた証拠の証拠能力について判断しなければならない。③前二項の手続においては、陪審を在廷させてはならない。」(30証拠能力を判断するための手続)。その提案理由として、陪審準備手続きの段階での証拠能力を判断する手続きについて、現在のように通常の証拠調手続の中でこれを行うことは捜査官の証人尋問等長期化するのが通例なので、これを避けるために陪審公判とは別に行うべきことを挙げている。ついで、陪審公判開始後、新たな証拠が発見され、その証拠能力が判断される場合には、陪審がこの手続きに関与するのは妥当でないので、この手続きには陪審を在廷させないこととする(30証拠能力を判断するための手続、コメント)。

(v) 陪審公判 本要綱は、陪審公判に関する基本的事項について、次のように提案する。

(a) 陪審公判期日 旧陪審法は陪審公判期日について特に規定していないが、本要綱は現行刑事訴訟法の枠内で制定すべきものとし、陪審公判期日においては、陪審選定手続き終了後、冒頭手続き(刑法二九一条)から行うものとする(31陪審公判期日)。

(b) 集中審理 陪審員の負担軽減の上からも、陪審裁判は集中審理を採用すべきことになる。<sup>(38)</sup> 旧陪審法は特にこの点を規定していないが、本要綱は、「陪審公判は、特別の事情がない限り、連日開廷しなければならない。」(32集中審理)とし、これを明文化すべきものとする。問題はこの集中審理を確保する方法であるが、本要綱も具体案を示していない。陪審公判が引続き七日以上開廷しない時、または、陪審員が病気その他の事由で職務を行うことが



できず、補充陪審員で充当できない時、公判手続きを更新する。また、公判手続きの更新が三回を越えた場合、裁判所は公訴棄却または免訴にしてはどうか等の意見があったとのことである（32集中審理、コメント2）。

(c) 速記 速記は現行刑事訴訟法の下でも重要であるが、陪審の場合は特に重要であるとして、本要綱は次の如く提案する。「① 陪審公判（陪審選定手続きを含む）及び証拠能力を判断するための手続きにおける訴訟関係人の発言は、全てテープ録音または速記する。……② 陪審裁判による判決に対して上訴された場合は、裁判所はテープ録音または速記を書面化して記録を作成し、上訴裁判所に送付しなければならない。」（33速記）。後述するように、本要綱は陪審裁判による有罪判決に対して事実誤認についても上訴を認めるとする（後述43上訴）ので、特にこの記録の作成と上訴裁判所への送付が重要になる。この点についての私の意見は後述する。

(d) 陪審員のメモ、質問 陪審を採用する諸国では、公判廷における証言に集中させるため、従来陪審員のメモは禁止されてきたが、前述の如く、最近のアメリカでは、これを認める例が増加している<sup>89</sup>。そこで、本要綱も原則としてこれを認めることにしている。また陪審員の質問権についても、裁判長（官）を通じて行うこととする。「① 陪審員は審理中メモをとることができる。但し、裁判長は、メモをとることが相当でないと認めるときは、申立によりまたは職権で、これを制限することができる。② 陪審員は、裁判長を通じて、証人、被告人等に質問することができる。この場合裁判長は、事前に検察官及び弁護人の意見を聞かなければならない。」（34陪審員のメモ、質問）。

(e) 裁判長の説示 説示は陪審制度の死活を扼する地位にあるとされているが、この説示には二つの主義がある。一つはイギリス主義で、裁判長は陪審に対して当該事件に適用すべき法規の説明をし、陪審の検討すべき事実上の問題点を指摘し、法廷に現れた証拠を要約して述べる<sup>90</sup>。これに対して、アメリカ主義は、陪審の権限を拡大し、

裁判長が説示中において証拠価値について意見を述べることを禁止するもので、これを採用する州が増加している。<sup>61)</sup> 旧陪審法は、裁判長が弁論終結後に、陪審に対し犯罪の構成に關し法律上の論点及び問題となるべき事実並びに証拠の要領を説示し犯罪構成事実の有無を問ひ評議の結果を答申すべき旨を命ずるものとし、「但し証拠ノ信否及罪責ノ有無ニ關シ意見ヲ表示スルコトヲ得ス」(七七条)と定めている。この規定について、その許された説示の範囲が極めて曖昧であるとして、旧陪審法の欠点の一つと批判されていた。このように裁判長の説示は重要な意味をもつから、何人も異議の申立ができない(七八条)が、裁判長の法律上の論点に關する不当な説示は上告理由とされる(一〇四条七号)。このような内容をもつ旧陪審法の定める裁判長の説示には種々の解釈が可能であり、証拠の要領を説示する点に於てその要領を認めるイギリス主義を採用するとの解釈の余地を残していた。<sup>62)</sup> そこで、本要綱は、この点を明確に否定することを内容とする説示を提案している。即ち、説示を冒頭説示、最終説示及び中間説示の三種に分け、夫々について具体的提案を行っている。その内容は次の如くである。

「① 冒頭説示 裁判長は、陪審員の宣誓後、陪審員に対し、陪審員の責務ならびに次の事項について説示しなければならぬ。

- i 被告人は公判中無罪の推定を受けること。
- ii 検察官が公訴事実について合理的な疑いを容れる余地なく有罪の立証をしない限り被告人は無罪であること。
- iii 公判廷において直接取り調べた証拠のみに基づいて有罪、無罪を決めるべきこと。
- iv 評議まで判断を形成しないこと。
- v 起訴状ならびに検察官、弁護人の陳述は証拠にならないこと。
- vi 主たる証拠法則。

② 最終説示 裁判長は、検察官および弁護人の最終弁論終了後、検察官及び弁護士の意見を聞いたうえで、陪審員に対し、公訴事実に関する法律上の要件、争点、検察の立証責任、証拠評価の方法等について説示し、かつ説示事項を書面にして陪審員に交付しなければならない。但し、証拠を要約し、または証拠の信用性ならびに罪責の有無について意見を表明してはならない。

③ 中間説示 裁判長は審理中、申立もしくは職権により、適宜説示をすることができる。

④ 異議 検察官、被告人または弁護人は、裁判長の説示に対して異議を申し立てることができる。」（35裁判長の説示）。

裁判長の説示は陪審制度の死活を扼する地位にあることは前述した。これら説示のうち、冒頭説示と中間説示については、その内容や明文化することの必要等について異論があるかもしれない。しかし、冒頭説示は陪審員の宣誓後検察官の冒頭手続（刑法二九一条）開始前に行われるものであり、アメリカ法を範とした陪審とそれに基づく刑事訴訟の諸原則の説明を内容としている<sup>⑤</sup>（35裁判長の説示、コメント1）。また中間説示も余り問題はあるまい。問題は最終説示である。

前述した旧陪審法の定める裁判長の説示はこの最終説示にあたると解されるが、本要綱はこの説示の中で裁判長が証拠の要約、証拠の信用性並びに罪責の有無について意見を述べることを禁止している。このことは、裁判長の証拠の要約には裁判長の心証が表れざるを得ず、陪審員の判断に影響を与える危険が高いとして、旧陪審法七七条がはっきりしなかったイギリス主義の不採用を明確にし、アメリカ法の原則を採用することになっている（35裁判長の説示、コメント3）。

旧陪審法は、説示についての異議は一切認めない（七八条）。本要綱は、裁判長の説示が陪審員に与える影響が

大きいことから、公正な判断を害する虞れのある説示に対しては当然異議申立が認められ、上告理由ともなるべきであるとする(35裁判長の説示、コメント4)。この点は今後の検討事項であらう。<sup>(64)</sup>

旧陪審法は、説示の後、裁判長が、陪審に対して為主問と補問及び犯罪阻却原因に関する問を定める。「主問ハ公判ニ付サレタル犯罪構成事実ノ有無ヲ評議」させる為めのものであり(七九条二項)、「補問ハ公判ニ付セラレタルモノト異リタル犯罪構成事実ノ有無ヲ評議」させるためのものであり(同条三項)、そして、「犯罪成立ヲ阻却スル原由ト為ルヘキ事実ノ有無ヲ評議セシムル必要アリ認ムルトキ」になす問(同条四項)である。本要綱は裁判長の説示につづくこれらの問にふれず、その趣旨は裁判長がこれらの問を発すべきではないとするのか、これらの問も最終説示に含めるべきものとするかは必ずしも明らかではない。このことは結局陪審員による事実認定の範囲をどう解すべきに関連するが、これらの問もすべて裁判官の最終説示に含まれると解しているのであらう。このように解しないと、陪審制度の採用による迅速な刑事裁判の促進の目的が達成されない虞れがあるからである。

(f) 評議 旧陪審法はフランス式といわれる陪審の評議をすべて評議室で評議すべきこととしている(八二条)が、本要綱も同じ方法を採用し、その秘密性を保持すべきものとしている。<sup>(65)</sup> 即ち、「①陪審員は評決に至るまでの間、裁判長の許可なく評議室を出、または外部と交通することができない。裁判長は、陪審員が評決前に評議室を出ることを許可するときは、遵守すべき事項を説示しなければならない。②陪審員でない者は、裁判長の許可なく評議室に入り、または陪審員と交通してはならない。」(36評議)。

(g) 証拠の閲覧等 旧陪審法は、陪審員による証拠の閲覧等について規定しなかったが、本要綱は、「評議のため必要あるとき、陪審員が公判廷で取り調べたすべての証拠物を閲覧し、供述を確認することを要求できる。」とし、更に、「法律上の事項もしくは裁判長の説示について、公判廷において裁判長に質問できる。」とする(37証拠の閲

覽等）。この点は明文で規定するかどうかは別として、当然の内容であろう。

(h) 評決 旧陪審法は公訴事実を評決する本要綱のいう所謂特別評決制度を採用（七九条二項）、裁判長の説示につづく公訴事実についての主問に対して、陪審員は「然り又ハ然ラス」の語を以て答申すべきものとし（八八条）、この答申は「陪審員ノ過半数ノ意見」によることとする（九一条）。これに対して、本要綱は丸田教授の研究を参考にしながら、有罪または無罪を評決する一般評決制度を採用する。ついで、陪審は一二名の陪審員によって構成される（14陪審の構成）ことは前述したが、有効な評決を行うには一〇名以上の出席を必要とする。そして、陪審が、全員一致の評決に達することができない場合は、裁判所は評決不能を理由として、公訴を棄却しなければならぬ。その場合、検察長官は、二週間以内に再度公訴を提起することができるが、新たな陪審が再度評決不能となった場合、裁判所は免訴の判決を言い渡さなければならない（38評決）。

評決の方法については、イギリスにみられるような陪審員一二名中の一〇名による絶対多数決制度や各地の弁護士会の諸提案を検討したうえで、本要綱は、伝統的な全員一致制を採用することになっている。更に、評決不能の場合についても種々の意見があったようであるが、被告人の利益を守るため、一回限り再起訴を認めることとし、再陪審でも評決不能の場合は免訴とすべきものとする。<sup>(96)</sup> なお、評議時間については特に提案せず、陪審員の自主性に委ねるべきものとしている（38評決、コメント3、4）。

(i) 指示評決 検察官の立証が不十分で、合理的な疑いを越えた立証がなされていないと裁判所が認めるときは、その後の無駄な審理を避け、誤った有罪評決を避けるために、イギリスの例にならって、本要綱は裁判所の指示評決を提案する。イギリスの指示評決は我が国では余り紹介されていないので、その内容は明らかではないが、本要綱は陪審に無罪評決を指示することとしている。「①裁判所は、検察官の立証が終了した後、すべての証拠調べが

終了するまでの間、弁護人の申立または職権により、検察官の立証不十分を理由として、陪審員に対し、直ちに無罪の評決を行うよう指示することができる。……③陪審員は、第一項の指示があったときは、無罪の評決をしなければならぬ。」(39指示評決)。

評決を打切る手続としては、陪審員の評議前に裁判所が無罪の評決をすることも考えられる。しかし、裁判所の無罪判決に対しては、現行法上検察官上訴が可能となるが、それでは後述する無罪判決に対する検察官上訴の禁止と均衡を失するというのが、無罪指示評決の提案理由のようである<sup>⑥</sup>(39指示評決、コメント)。

この提案は、陪審による無罪判決に対しては検察上訴を禁止し、有罪判決に対しては事実誤認を理由とする被告人上訴を認めること(43上訴②)と関連する。この点は陪審制度の本質をどのように見るかによってその評価が違ってくる。

陪審裁判とは、法律専門家である裁判官ではなく、市民から選出された法律に素人である陪審員に事実認定を任せることを基礎とする裁判であり、このことから当然に事実認定を争う検察官上訴が認められないことになり、他方被告人上訴も認められるべきではないことになる。若し、これを認めるとすれば有罪判決の事実認定をめぐって延々と裁判が続けられることになり、陪審裁判の長所の一つである迅速な裁判は達成できないことになる。このように、本要綱のこの提案には種々批判があると思われるが、陪審裁判の基本問題として後でふれる。

(j) 陪審員の任務終了 旧陪審法は、裁判長の説示につづく主問と補問に対して、評議は先づ主問について行い、主問を否定した場合補問について行い(七九条、八八条、八九条)、陪審員及び互選した陪審長の意見を表示し(九〇条)、陪審長が署名捺印した答申を裁判長に提示すべきものとし(九二条)、裁判長は公判廷において裁判所書記に問及びこれに対する陪審の答申を朗読させ(九三条)、これら手続が終ったとき裁判長は陪審員を退廷させ

る（九四条）こととする。

本要綱は、陪審が評決に達した場合、評決書に評決の結果を記入し、全員が署名し、陪審長が公判廷で評決の結果を朗読しなければならず、この朗読により陪審員の任務は終了する（40陪審の任務終了）。従って、本要綱は基本的に旧陪審法の手続きを踏襲している（40陪審の任務終了、コメント）。

(k) 無罪判決 旧陪審法は、裁判所が陪審の答申を不当と認めるときは事件を更に他の評議に付することができる（九五条）として、その拘束力を認めていない。当然のことながら、本要綱はこの点を変更し、無罪評決に拘束力を認める。「陪審が無罪の評決を行ったときは、裁判所は直ちに無罪の判決を言い渡さ」ねばならず、「陪審評決により無罪を云い渡す旨を記載しなければならない。」（41無罪判決）。

旧陪審法制定に当って、その違憲性が問題になり、これを避けるため評決の拘束力を否定したことは前述した。そこで、本要綱は陪審による無罪評決が拘束力をもつとすることの合憲性について次のように述べている。旧憲法が日本国民は裁判官の裁判を受ける権を奪われることはない（二四条）としたのに対して、現行憲法は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」（三二条）としていること、更に、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」（七六条三項）としていることは、裁判官に国民から超然として独立することを認めたものではないこと、憲法前文が採用する国民主権を基本原則とする現行憲法はむしろ評決に拘束力を認める陪審制度を認める本質を持っていること、裁判所法の刑事陪審を設けることを妨げないとの定め（三条三項）もこの趣旨の現れであるとする（41無罪評決、コメント1）。

(1) 量刑手続き・有罪判決 旧陪審法の下では陪審の答申は犯罪構成事実の有無に限定される（七九条、八八条）。アメリカでは、量刑についても陪審の権限とする州もあるが、本要綱は、刑事政策的考慮や経験の必要から、こ

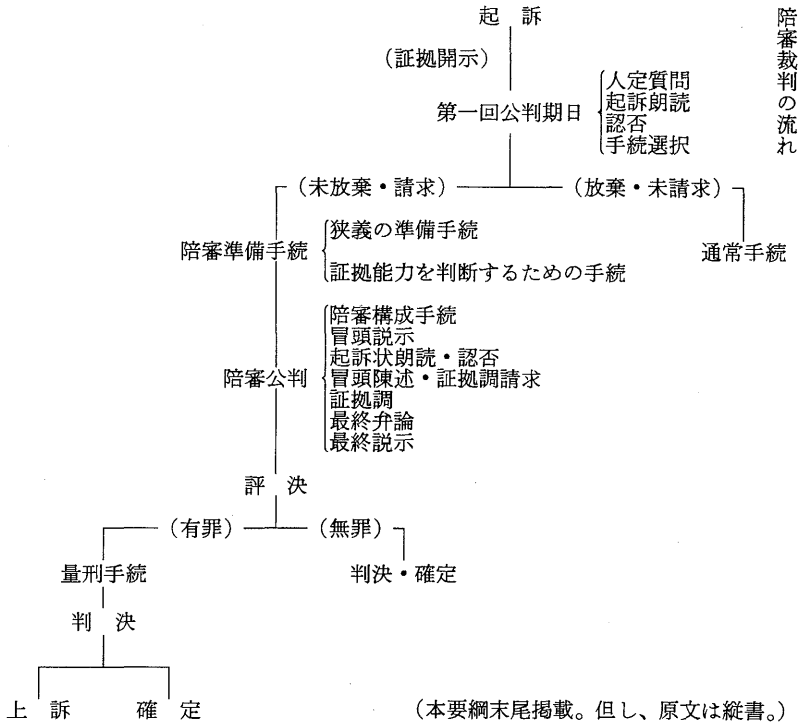
れを職業裁判官に委ねることとしている。「①陪審が有罪の評決を行ったときは、通常の手続きに従って量刑に関する証拠調べを行い、有罪判決を言い渡す。」この有罪判決には陪審の評決による旨を示さなければならない(42量刑手続き・有罪判決)。なお、上訴の場合にはすべての当事者の弁論、裁判長の説示等は記録化されているので問題はないとする(42量刑手続き・有罪判決、コメント)。

(vi) 上訴 旧陪審法は、陪審の答申を採択した事件の判決に対しては控訴することを得ず(一〇一条)、上告をすることはできるが、事実の誤認を理由とする場合はこの限りではない(一〇三条、一〇四条)としている。<sup>(69)</sup>これに対して、本要綱は、陪審法を刑事訴訟法の特別法とすることから、裁判官裁判と陪審裁判とは、その判決の上訴の取扱いを区別する。まず、裁判官裁判に基づく判決については、刑事訴訟法により無罪、有罪を問わず、検察官、被告人または弁護人は各々上訴することができる。これに対して、陪審裁判の誤った有罪を減少するという自由主義的原則または被告人の人権保障に着目して、陪審裁判による有罪判決の事実誤認についても上訴し得ることとする。即ち、「①陪審裁判による無罪判決に対し、上訴することができない。②陪審裁判による有罪判決に対しては、刑事訴訟法の規定に従って上訴することができる」<sup>(70)</sup>(43上訴)。この点は陪審による事実認定をどのように解するかによって、本要綱についての評価も異ってくる。この点についての私の意見は後述する。

(vii) 報道規制 本要綱は、刑事訴訟法の特別法として刑事陪審法の内容を提案すると共に、最後に刑事陪審制の採用に伴う各種の報道機関による報道規制について提案している。陪審裁判は職業的裁判官の自由な心証に代って地域から選出された陪審員が事実認定を担当し、このことを通じて一般市民が裁判に参加する点に特色がある。このような裁判への市民参加は我が国における非常に時間のかかる裁判を改革し、憲法の定める迅速な裁判(憲法三七条一項)の要請に合致するのみならず、我が国における過度に支配的な専門家(官僚)の支配をくずし、それと市



陪審制度再導入の検討（下・完）（綿貫）



民の要求との調和を実現しうる点に積極的な意義があると私は解している。この点の後でやや詳しく検討することとして、このように近代裁判の基礎をなす事実認定を、法律に素人であることから一般的な世論や感情の影響をうけ易い市民に任せることは、法的安定性を重視する専門家である法律家から見れば非常に不安、かつ、危険に思われるかもしれない。このような不安や危険を少しでも少くする一つの方法は、我が国で極めて活発に行われている各種報道機関による犯罪報道や裁判過程の報道に何らかの規制を加えることである。そこで、陪審の母国であるイギリス及びアメリカは、いずれも制定法またはコモン・ローにより一定の制限または規制を加え、その違反に裁判所侮辱罪を適用していることは前述した<sup>(1)</sup>。しかし、この制限規制とその執

行方法は国により可成り異り、イギリスの場合は、裁判所侮辱罪法により、その違反に対しては厳格責任を採用しているのに対して、アメリカの場合は、これを規制する一般法は存在せず、個々の公判裁判官の発するギャグ・オーダーによる個別的規制によることとし、その規制違反を裁判所侮辱罪を構成するとするに止っている<sup>72)</sup>。この点の制限、規制は報道の自由が近代憲法の保障する表現の自由（憲法二一条一項）に含まれる重要な自由の一つであることから、各国ともに極めて慎重な態度をとっており、国によって若干異なるのも当然といえよう。

このようなイギリスやアメリカの報道規制に対して、本要綱はどのような規制を採用しようとしているかは必ずしも明らかではない。憲法の保障する報道の自由は民主主義の根幹をなすものとして人権のなかでもとりわけ重要な地位をしめていることから、これに対する規制は安易になされるべきではなく、常に厳格な違憲審査にさらされねばならないとする。そして、具体的に次のように提案する。即ち、「基本的には陪審員となる個々の市民の判断に信頼をおきつつ、陪審制度上の諸手続、たとえば管轄移転の請求、陪審員候補者に対する質問権行使と忌避制度、裁判官による説示などを活用してその影響を減殺する方法をとるべきである。」（付・報道規制について）。従って、本要綱の提案は裁判官による説示等を通ずる規制を重視することからみて、アメリカの規制方法<sup>73)</sup>に近いように思われる。しかし、本要綱での裁判官による規制そのものも必ずしも明らかではないが、この点は一応おくとして、仮りに報道機関に対して裁判官による説示等による規制が行なわれ、而も、報道機関に違反行為があった場合、裁判所（官）はどのような強制手続をとることができるかが明らかではない。この点も後述する。

なお、前頁に本要綱が図示する陪審裁判の流れを掲げる。

注

(42) 旧陪審法に関する瀧川教授の論文は、同法とイギリス及びフランスその他欧州諸国の陪審法とを比較検討している。瀧川幸辰著陪審裁判、刑法著作集第三卷（世界思想社一九八一年）五八三頁以下、特に六一六頁参照。ついで、実務家である大森洪太氏もイギリスの陪審と比較しながら旧陪審法を解説している。大森洪太著陪審法（現代法学全集二四卷日本評論社昭和三年）。いずれもアメリカの陪審にふれていない点に共通する。この点が本要綱と大きく異なる点である。

(43) 請求陪審とは、被告人の請求によって陪審事件となる場合であり、本文に述べたように、二つの要件を必要とする。この要件のうち、地方裁判所の管轄に属する事件とは、(一)短期一年以上の犯罪であるか、(二)検事が予審請求の形式で起訴した事件である。旧裁判所構成法一六条一号、二七条。短期一年以上の懲役・禁錮にあたる犯罪はあまり多くない。そこで、請求陪審事件の多くは、検事の予審請求によって、地方裁判所の管轄に属する事件ということになる。この予審請求が必要か否かは検事の決する事項である。このような旧陪審法下の請求陪審は、諸外国に例を見ない特色といえる。しかし、当時においても、検事の手加減によって、陪審制度の否定に帰着するような法律が、果して真に陪審制度を希うて居るものといえるかどうか、疑なきを得ないと批判された。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六〇頁。本要綱は請求陪審の範囲を著しく拡大しようとしていることは本分に述べた如くである。

(44) 陪審の抛棄は旧陪審法に独特のもので、陪審の効果を弱めることが大きく、検事の管轄移転の請求（八条から一〇条）と結合して陪審制度を骨抜きにすると批判されていた。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六〇三頁。

(45) この点について瀧川教授は具体例を挙げて次の如く批判する。京都市の事件の被告人と陪審員との間に個人的感情問題がある場合、被告人に不当に利益又は不利益な評決が下される虞れが生ずる。この場合、検事は管轄する当時の大阪控訴院に請求する。この請求を受けた大阪控訴院は、この検事の意見を徴した上、事件を大阪地方裁判所に移管する。しかし、管轄の移転の決定は被告人の意思に反することが多い。被告人が管轄の移転に不服であれば、移転決定のあるまで陪審を抛棄することができ、その場合は移転前の地方裁判所の審理をうけることになる。即ち、被告人が飽くまで京都地方裁判所の裁判を受ける意思を貫くならば、陪審を抛棄せねばならない。このことは実是一種の陪審妨害であり陪審否定であるとするのが瀧川教授の意見である。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六〇四頁。しかし、このような批判は本要綱の案には当たらないと思われる。

(46) 旧陪審法は、陪審員の要件の一つとして「帝国臣民タル男子ニシテ三十歳以上タルコト」(一二条一項一号)を挙げ、女子を除いていたが、この点も瀧川教授から批判されている。瀧川著前掲刑法著作集第三巻六〇六頁。

(47) 現在、地方公共団体の議会議員及び長の選挙権者は「日本国民たる年齢二十年以上の者で引き続き三箇月以上市町村の区域内に住所を有する者」とされている(公選法九条二項)が、最近、法律で日本国民たるの要件の緩和、在留外国人を含めると規定することは憲法一五一条一項、九三条二項に違反しないとされた。最判平成七年二月二八日判例時報一五二三号四九頁。従って、この解釈によれば、在留外国人にも地方議会議員等の選挙権を法律の改正により認めることに憲法上の問題はないことになる。その場合、陪審員資格に関する本要綱の趣旨も当然生かされることになるう。

(48) 旧陪審法は陪審員の資格要件を可成り厳格に制限している(一二条、一三条)のみならず、陪審員不就任者を国務大臣、在職の小学校教員のほか医師等まで拡大し(一四條)、更に、除斥事由として当該事件の関係者(一五條)、六〇歳以上の者、官公吏等に辞任を認めている(一六條)。これに対して、本要綱は、本文に述べた陪審員の資格を拡大するのみならず、欠格事由を制限し(九欠格事由)、除斥事由を当該事件に具体的利害関係を有する者に限り(10除斥)、陪審員の辞退を会期中における国会議員、地方議会議員、国務大臣、地方公共団体の長、年齢七〇歳以上の者、その他「やむを得ない事由」があるとして裁判所長または裁判官の許可をうけた者に限定している(11陪審員の辞退)。陪審は選定された市民である陪審員に大きな負担を課するものであるから、「やむを得ない事由」をどの範囲で認めるべきかはアメリカで問題になっている。アメリカでは陪審義務免責事由として陪審員自身又は公共に過度の負担が生ずることが挙げられている例が多い。最高裁判事局監修前掲書六〇頁以下、三二三頁以下。テキサス州では、一〇歳以下の子供をもつ主婦、学校の生徒も免除されている。リード・井上・山室著前掲書二四八頁。本要綱は「やむを得ない事由」の有無について裁判所長又は裁判官の許可制を採っているのは陪審の運用について裁判所が責任を負うことから正当と思われるが、リード教授の指摘するように、この事由を余り広く解釈すると、陪審員が退職した老人ばかりということになり、「地域の住民構成を正しく代表したもの」という陪審の基本的要件に欠けることになる。リード・井上・山室著前掲書二五〇頁。陪審を実施する場合、注意すべき重要な事項であらう。

(49) 一日又は一審理方式は陪審員候補者の負担軽減を目的とする制度である。詳細はリード・井上・山室著前掲書二五九頁以下。

- (50) 陪審候補者選任リスト（基本名簿）の作成事務等を管理執行する機関について、本要綱は明示していない。これをアメリカについてみると州によって異なるが、多くは州裁判所の管理する陪審委員会（Jury Commissioner）が担当し、陪審員候補者の選出方法として選挙人名簿から無作為抽出によっている。最高裁判事局監修前掲書一〇三頁以下、リード・井上・山室著前掲書二五四頁以下。
- (51) 平野龍一著刑事訴訟法概説（東大出版会一九六八年）一二三頁。この準備手続について平野教授は別段の批判を加えていないが、本要綱は、現在の実務ではこの準備手続が行われることは少ないとしている。本要綱26陪審準備手続き、コメント2。
- (52) 平野著前掲書一一八頁。
- (53) この手続が利用されていない理由として、弁護人への熱意がないこともあるが、それだけではなく、捜査機関がどのような証拠を集めているかが分からないとこれを打消すためにどのような証拠を集めたらよいかがはっきりしないこと、また、このようにして収集した証拠は検察官も閲覧できるため、不利益なものであるかもしれない証拠の収集を弁護人がためらうことが挙げられている。平野著前掲書一一九頁。
- (54) 旧刑法の下では、公訴提起と同時に検察官はすべての証拠を裁判所に提出したので、弁護人は裁判所で証拠を閲覧することができた。現行法では公訴提起後に証拠が提出されることから、弁護人は公判前に準備するのが困難であり、公判期日もとびとびになり、訴訟が遅延する一つの原因となっている。平野著前掲書一一九頁。
- (55) 平野著前掲書一二〇頁。
- (56) このように証拠開示が極めて限られた範囲で認められているに止まる理由として、平野教授は誇張された当事者主義の精神と弁護人に対する不信を挙げる。しかし、証拠収集能力に格段の差のある捜査機関と弁護人との間に形式的に斗争的な当事者主義を適用することは、むしろ実質的にはその精神に反する。また、弁護人による例外的な濫用をおそれるのあまり、基本的な証拠さえ示さないのは、裁判としての公正を欠くと批判する。ついで、アメリカの多くの州では予備審問の手続で、被疑者・弁護人は基本的な証拠を見ることができ、例えば、連邦では「被告人・被疑者から取得したもの（自白調書を含む）および強制手続によって取得した物」については、証拠開示が認められる。平野著前掲書一二〇頁以下。
- (57) 田中著前掲書二四九頁以下。

(58) 陪審裁判でも、多大の時間と費用のかかる事件もある。リード教授によれば、一九六九年夏にロス・アンゼルス市で発生した殺人に関するシャロン・テイト事件はアメリカ刑事裁判史上最長を記録したとされる。一九七〇年六月一五日からようやく公判が開かれ、死刑の評決に至るまで、公判は九ヶ月半続き、訴訟費用も一〇〇万ドル、公判調書は二〇九巻、約三万二千頁に及び、陪審員達は二二五日という長期にわたりホテルに隔離され、その間収入が停止した者や失職の羽目に陥った者も出たほどであった。詳細はリード・井上・山室著前掲書二六頁以下。しかし、この事件が我が国の裁判官裁判で審理されたら、更に多くの時間を要したであろう。

(59) かつては、アメリカの連邦及び州の裁判所は、公判審理中に陪審員がメモをとることを禁じていた。その理由は、文盲率が高かった当時において、字の書ける一部の陪審員がノートを取り、それを用いて評議の場で強い影響力を行使することを許すのは妥当でなかったこと、不正確なノートにより陪審の事実認定を誤らせる可能性があること、そして、陪審員の注意がノートをとることだけに向けられ、公判の審理からの生の心証形成という陪審本来の機能が殺がれることなどであった。しかし、その後文盲率が低くなったことに加えて、陪審員があいまいな記憶のみに基づいて評決を下すことに大きな問題があるとされるに至り、今日では陪審員によるメモ取りを許す裁判所が次第に増加し、これを禁止する裁判所は極く少数である。リード・井上・山室著前掲書二九六頁以下。従って、アメリカではこの陪審員のメモ取りの許否は憲法の自由の問題ではなく、評決へ影響を与えることの可否の問題のようである。

(60) 田中著前掲書二二五頁。本文では本要綱に拠って、イギリス主義とアメリカ主義とを対比したが、旧陪審法に関して、イギリス主義とフランス主義について、瀧川教授は次の如く述べている。イギリス主義によれば、裁判長は陪審員に犯罪事実・証拠の説明はもとより、証拠の価値、責任の有無に至るまで、あらゆる関係を詳細に説明して、陪審員に答申の方針を授ける。これに対して、フランス主義の下では、裁判長は公訴・防禦の証拠につき説示することができず、ただ、被告人・証人の訊問、説明の際に手加減を加えて、間接に陪審員を指導するの外はないとする。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六一六頁。

(61) 証拠調が終り、陪審が評議のため別室に退く前に、裁判官から陪審に対し、当該事件に関係する法律事項に説示がなされるが、その時期は連邦のように両当事者の最終弁論後に行なう所と、テキサス州のようにそれに先立って行なう所との別がある。この説示に加えて、裁判官は取り調べられた証拠の内容を要約し、それについてコメントする権限を有するの

がコモン・ロー以来の伝統であったが、アメリカでは、陪審の独立性を重視し、州憲法や法律でこの要約ないしコメントを禁じている法域が多い。一九六六年シカゴ大学の調査によれば、要約及びコメントのいずれも禁止しているのはテキサス州をはじめ二〇州に及び、コメントを禁止し、要約のみを許すのが一七州である。これに対して、連邦及び一州では両者が許されるが、実際の公判でそのような要約やコメントがなされる割合は高くないようである。リード・井上・山室著前掲書二八八頁。

(62) 瀧川教授は、裁判長が犯罪の構成に関する法律上の論点、問題となるべき事実、証拠の要領を説明するに止まり、証拠の信否に意見を述べることができないこと、及び、殺人罪になると死刑・無期懲役・三年以上一五年以下の懲役になるとか、情状酌量すれば一年六月の懲役まで下げて執行猶予を付することができるといふ意見を述べてはならないとする。これはフランスのように説示を禁止したのではなく、イギリスのように説示を通じて陪審員の評決を指導する権利・義務を認めたものではないとして、許された説示の範囲が極めて曖昧であると批判する。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六一七頁。

(63) アメリカでは冒頭説示という説示はないようである。リード・井上・山室著前掲書二六三頁以下。しかし、多数の陪審裁判が行われているアメリカでは、当然のことながら、はじめて陪審員となる市民も多数にのぼることが予想されるから、州によっては陪審に対して、制度の解説を内容とするハンドブックやモデル説示が予め作成され、陪審の意義及び法律上の諸原則に解説を加えたマニュアルが作成されている。大阪弁護士会編前掲書二六三頁以下、二九五頁以下。本要綱の冒頭説示もこれらを参考にしたものであろう。

(64) 旧陪審法の下でもこの裁判官の説示は極めて重要な地位を占めたことが、旧陪審法の下での余り多くない陪審裁判の公判裁判官からの聴き取り調査からも伺れる。当時の公判裁判官の中では、これに多くの熱意と時間をかけ、積極的に重視する意見が過半数を占めている。東京弁護士会編陪審裁判——旧陪審の証言と今後の課題（ぎょうせい平成四年）六四頁、七五頁以下、九七頁以下参照。建国以来陪審の歴史と経験をもつアメリカでは、最近はまだ標準説示事項表が裁判官と検察官及び弁護士に渡され、これには基本的説示事項、例えば、举证責任は検察官にあること、立証が「合理的な疑いを超える」ことが必要であること等の事項が記されている。このように説示事項が決ると、裁判官がそれに従って陪審に説示する。この説示は、裁判官が書面に記載された説示事項を単調に読み上げるだけで、その感情を示すことを避けよう

としている。余りにも単調な読み方なので、陪審員の中には居眠りをする人もいるとのことである。この裁判官の最終的説示案に対して、両当事者が自分の請求したことがその案に盛り込まれていない場合には異議申立てを行う。そして、この異議申立ては記録にとどめられるので、それが不当に斥けられ、説示されるべき事項が削られ、逆に説示されるべきでない事項が説示されたとき、当事者は上訴によりその点を争うことができる。そして、上訴審で原判決が破棄される例の一例はこの点の過誤によるとされている。リード・井上・室田著前掲書二八四頁以下。なお、裁判官の最終的説示について異議申立てができることもあり、裁判官の補充的説示も行われている。大阪弁護士会監修前掲書三〇五頁、三〇八頁、三一頁以下。そこで、裁判官用の説示モデル集も編集、公表されている。大阪弁護士会監修前掲書二二四頁、二九五頁以下。我が国でも、陪審を採用した場合は、このモデル説示集の採用を考えるべきであろう。

- (65) 本要綱は、協議が当日中に終了しない場合、当然に宿泊させることは現代社会では実質的でないと、帰宅を許可することになるが、他人と事件の話をしてはいけないこと、事件に関する新聞、テレビなどの報道に接しないこと等の遵守事項を説示する必要があるとしている。36評議、コメント2。しかし、費用はかかるが、評議の秘密の確保のためには一定のホテル等監視可能な施設での宿泊が必要となる。なお、アメリカでは、検察官や弁護人が評決の内容を知る権利があるとされ、訴訟の終結後、陪審は評議の内容を話す義務はないが、これを話すことに制限はない。リード・井上、山室著前掲書二九三頁以下。

- (66) アメリカでも同様であるが、公判裁判官に広い裁量が認められている。リード・井上・山室前掲書二九二頁以下。

- (67) アメリカでは、検察側立証が終った段階で、被告側は指示評決 (directed verdict) の申立てができ、裁判官は検察側が十分な証拠の提示をせず、合理的な陪審員であれば、被告人を有罪評決にしないと決定することができる。このような指示評決が何件位実際行われているかは明らかではない。大阪弁護士会監修前掲書二三二頁。

- (68) アメリカでも一般には裁判官が量刑を担当するところが多いが、テキサス州その他若干の州では、有罪の評決が終ると直ちに同じ陪審により量刑の審理が開かれる。量刑審理では、証拠についての制限がゆるやかで、例えば、被告人自身過去五年間有罪判決を受けたり、保護観察に付されたりしていない旨の証言により、保護観察の資格があることを立証できる。また、量刑手続までの間に、請求があれば、裁判官は刑事裁判所保護観察官の量刑に関する調査報告書の提出を求め、この報告書を参考に量刑判決を下す。リード・井上・室田著前掲書三〇二頁以下。



(69) この点に関して、学説は好意的なようである。例えば、瀧川教授は次の如く述べる。「陪審裁判は民衆裁判である。陪審即ち民衆に対する信頼がなければ陪審制度は成立しない。十二人の陪審員が民衆の意志を代表するものと見、その意志を尊重する意味で、事実審理の繰返しを控えさせたのである。各国の法律も陪審裁判所の判決に対しては、控訴を許さないことを通例とする。」瀧川著刑法著作集第三卷六二四頁。なお、現在のアメリカでも、陪審裁判を含む一審判決の事実認定に対して、極く少数の例外を除いて、控訴審裁判所の再審査は一審の事実認定に及ばない。レンバート教授の発言、アメリカ法（一九九〇—二）二一三頁。従って、陪審による有罪の事実認定を被告人が上訴で争えんとする本要綱の提案は比較法上極めて珍らしい制度を提案していることになる。

(70) 陪審裁判による無罪判決に対する検察官上訴を禁止するのに対して、有罪判決に対する被告人上訴を許すするのは、旧陪審法による陪審裁判事例が非常に減少した大きな理由の一つが有罪判決に対して控訴が許されないという不利益を甘受しなければならぬことによる。岡原昌男『陪審法ノ停止ニ関スル法律』に就て「法曹会雑誌二二巻四号一八頁。そこで、旧陪審法下で陪審事件を担当した多くの裁判官も、問題点として、有罪判決に対して被告人が控訴できないことを挙げている。東京弁護士会編前掲書八三頁、一〇三頁、一〇九頁、一四九頁、二六六頁、二九七頁。従って、陪審裁判が被告人からも広く選択され、実施されるために、有罪判決に被告人からの上訴しうるとするとの本要綱の立場も理解できないわけではないが、それは検察官上訴を禁止することと均衡を失するし、迅速な裁判が陪審裁判の一つの目的とする趣旨にも反すると私は解している。アメリカの検察官上訴について、大阪弁護士会監修前掲書一六〇頁参照。

(71) 本稿三節二款、三款、獨協法学40号二八七頁以下、本号一一頁以下参照。なお、本要綱も倉田論文を挙げ、イギリスにおける裁判所侮辱法による裁判中の事件の報道についての規制を紹介している。本要綱・報道規制の是非について、コメント2、倉田靖次「イギリスの刑事審判における『公正な審理』について」法の支配八六号四四頁以下。

(72) 本稿三節三款一一頁以下参照。

(73) アメリカでは公判中の裁判の報道に関する規制は個々の裁判官の裁量に任されているが、実際は可成り自由である。例えば、法廷でのテレビ中継を許す州裁判所もあるし、新聞記者及び傍聴人が法定でメモをとることも許すところもあり、陪審員は審理継続中新聞、テレビを見ることもできることもある。但し、新聞、テレビ等を見ることが禁止されると、陪審員はホテル等裁判所の用意した施設に泊まらされ、テレビもなく、当該事件の記事を切り取られた新聞のみ読むこと

ができるという状態に置かれる。センセーショナルな事件の場合はこのような措置が採られることがあるが、その例は少いようである。リード・井上・室田著前掲書二八〇頁以下。

## 第五節 本要綱についての若干のコメント

(一) 本要綱に関する法律関係者の評価 前節において、旧陪審法の内容と対比して、本要綱の内容を詳しく紹介したが、本要綱に関して我が国の法律関係者はどのように評価しているかを述べよう。今日まで本要綱について法律関係者からの紹介等が見当たらないことから、その評価は必ずしもはつきりしないが、陪審に関して散見される意見から、本要綱に対する評価を検討することにする。そのためには、まず、本要綱が導入しようとする陪審の特色を知る必要がある。前節に紹介したように、本要綱が導入しようとする陪審のモデルはアメリカのそれであり、それは公判での直接主義・口頭主義による審理を通じて、職業裁判官ではなく、「地域の住民構成を正しく代表したものの(Fair cross-section of the community)」が事実認定をし、職業裁判官の任務はその事実認定に基いて法律判断とするという点に集約される。このような陪審裁判に対して、イギリスはいうまでもなく、アメリカでも、多数にはならないとしても、批判的意見が漸次強くなっている<sup>74</sup>。そこで、このような陪審を現在の我が国に導入することには、私が調べた限り、我が国の法律関係者の中では慎重または消極的意見が多いといえそうである。このことは英米法とは違った明治期以降の我が国の司法制度の歴史的、文化的発展による点が少くないと思われるので、まず、この点から検討を加えることにしよう。

第一に、現在刑事陪審の再導入を推進しているのは弁護士有志に止まり、政治的勢力を欠いていることである。<sup>75</sup>

多くの学者の指摘するように、陪審も政治的制度であるから、その創設や導入には広い意味での政治的推進者が必要になる。フランスの場合、それはフランス革命であったし、我が国の旧陪審法の場合には、原敬首相（政友会）ということになり、在野法曹としての江木・原・花井の三氏が推進者であったことは前述した。<sup>(77)</sup>終戦後、連合軍による占領下において新憲法の制定と共に陪審の再導入も検討されたようであるが、占領軍の中心をなすアメリカ軍の中にも陪審批判があつて、単に裁判所法に「刑事について、別に法律で陪審の制度を設けることを妨げない。」（三条三項）と規定するに止まった。<sup>(78)</sup>一九八八年五月、矢口前最高裁長官の「陪審の検討」発言もあつて、各地の弁護士会が中心となつて、その再導入が活発に論じられることになった。しかし、今回は旧陪審法制定に大きな政治力行使した原敬首相を欠いている。このことが、旧陪審法制定の場合より、今回の陪審の再導入を困難にしていると思われる。

第二に、陪審の再導入は公判前の証拠開示の採用等現行刑事訴訟手続の改正を必要とし、而も、この改正は可成り困難な問題を含んでいるが、その点は次に検討するとして、仮りに、全面的に公判前の証拠開示が行われた場合、直接主義・口頭主義の下での非常に短い日時における陪審裁判は検察官のみならず被告人側の弁護士にも短期決戦型の審理のための準備活動を課することになる。陪審裁判の導入に伴う検察官の負担の増加に対処するためその増員が必要になると思われる。しかし、この検察官の増員の必要に対しては予算を増額すれば足りるので、余り大きな問題とはならない。むしろ、問題は弁護士側の対応にあり、刑事陪審を適切に実施するに必要な刑事担当の弁護士の絶対数の不足等が指摘されている。<sup>(80)</sup>

第三に、我が国にはアメリカの刑事法に詳しい研究者が現在著しく増加しているにも拘らず、これら研究者を含む法律関係者が今日でもアメリカ型の陪審の導入に極めて慎重または消極的な態度を採っていることは日米間の<sup>(81)</sup>

判決及びそれに至る手続に著しい相違または調和できない対立があることによると思われる。そこで、第一にこのような相違、対立とは何か、ついで、第二にこのような相違、対立は何によるかが問題となる。そこで、この点を紹介し、我が国の学説や実務家がこれをどう解しているかを述べることにしよう。

(a) 日米司法の相違または対立とその根拠 我が国の法律家が我が国の民事刑事事を含む判決と英米法のそれと比較して非常に大きな相違を感じるのは、その事実審判決である。我が国の事実審判決は、原則として、極めて詳細な事実認定をするのに対して、英米法のそれは極めて簡単である。これに対して、最高裁を含む上級審判決は、上訴人の主張に応じて、先例との関係について詳細な法律判断を加えた例が多いが、我が国の最高裁判決の法律判断は比較的簡単である。この最高裁判決の法律判断が簡単なのは我が国が判例法主義を採用せず、先例としての判例の価値及び採否を論じないことによるので、陪審による事実認定の問題とは関係はない。そこで、判決の中で事実認定に関する部分を中心としてみれば、我が国の司法制度または判決は次のようにいわれている。それは、「よく油のさされた小さな精密機械のようなもので、これに陪審制度を導入すればこの機械のメカニズムを大きくくわせることになるでしょう。したがって、日本において、裁判や法というものが、これまでとは異った、もっと大きな役割や政治的機能を果たすことが望ましい、ということになって初めて、陪審制度の導入が意味をもちうるのだと思います。」<sup>(82)</sup>ということになる。我が国の司法が精密機械という説は我が国の実務家にも支持され、この説によれば、陪審による事実認定は感情的で法的安定性に欠けるラフ・ジャスティス (rough justice) ということになる。<sup>(83)</sup>アメリカにおける刑事陪審における有罪認定の基準は全員一致による合理的疑問を超える証明があったかどうかであり、民事陪審の原告勝訴の基準は証明の優越の原則によって五一%の証明が行われたかどうかにある。<sup>(84)</sup>刑事陪審における合理的な疑いを超えた証明は、一見検察官に非常に重い立証責任を負わせるようにみえるが、こ

の原則は全ての疑いを超えて証明するという意味ではなく、被告人が起訴されている罪を犯したことについて道德的確かさの程度に至る立証とされている。そこで、事実認定に当って、直接証拠と並んで状況証拠が大きな役割を果たすことになる。<sup>(85)</sup>更に、民事陪審になると五一%の立証で足り、而も、アメリカの民事事件における陪審員に関する一般的観念は原告寄りとされている。<sup>(86)</sup>従って、このような刑事陪審による事実認定には誤審は避けられないかもしれないし、製造物責任法の下で近い将来被告となることが予想される法人の弁護士がこのような民事賠償の導入に批判的になるのも当然といえるかもしれない。しかし、陪審裁判でのこのような事態は或程度不可避と思われ、陪審の導入に伴う一定のコストとして当事者は負担せざるを得ないのではなからうか。そこで、このような負担に対する関係法律家の反対に抗して、陪審を導入するには関係法律家から独立した政治力が必要になる。この点は別に検討するとして、ここではこのような司法手続及び判決を支えている制度的基礎についての私見を述べよう。これは我が国の法律家の陪審への対応を理解するに役立つと思われるからである。

憲法の保障と多数国民の支持の下に広く刑事民事の陪審裁判をもつアメリカの法律関係者が、それが今日も支持されていることの最大の理由として一致して挙げるのは、我が国とは異なる裁判官の任用方法である。<sup>(88)</sup>アメリカでは、連邦裁判所裁判官には上院の助言と承認の上で大統領の任命制（連邦憲法二章二条）が採用されているのに対して、州裁判所裁判官の選任には州知事による任命制と州民の投票による公選制等があり、任命手続や選出方法は各州によって異っている。このように、アメリカの裁判官の選任方法は連邦と州とは区々であるが、政治的任命の要素が大きい点に共通の特色がある。しかし、任命後の裁判官の身分が保障されることはいうまでもない。イギリスの裁判官は、裁判所によって若干の相違はあるが、治安判事を除いて、いずれも国王による任命制を採り、高等法院及びそれより上位の裁判官について七五歳、巡回裁判官について七二歳（七五歳までのばせる）の定年に至

るまで身分が保障される。しかし、その任用は一定期間以上法廷弁護士または事務弁護士の中から選任されることににより、法曹一元化がはかられている。<sup>88)</sup>

我が国の裁判官は、最高裁からすべての下級審裁判所の裁判官に至るまで、内閣の指名に基いて、天皇が最高裁長官を任命することを除いて、すべて内閣が任命する（裁判所法三九条一項、四〇条一項、四七条）。これら裁判官、特に下級審のその多くは司法修習生の修習を終えた者から任命される判事補（同法四三条）から職業的裁判官としての職を開始する。一度下級裁判所裁判官に任命されると、一〇年を経過したときの再任（同法四〇条三項）を除いて、身分が保障され、公の弾劾（裁判官弾劾法一条）または国民審査に関する法律による場合（最高裁判所裁判官国民審査法一条）及び心身の故障のために職務を執ることができないと裁判された場合（裁判官分限法一条）を除いて、その意に反して、免官、転官、転所、職務の停止又は報酬の減額をされることはない（裁判所法四八条）とされ、その職務に専念することができる。このような任命方法を採用する我が国の裁判官の多くは、判事補に任命されてから、証拠の証明力は裁判官の自由な判断に委ねるとの自由心証主義（刑訴三一八条）に支えられて、長期間にわたり事実認定の訓練をうけることになる。そこで、一方において、日本の裁判官は、アメリカの裁判官とは異なり平均的陪審よりもよい事実認定者である蓋然性が高いといわれるが、他方において、「裁判官の地位が相当均一なもの」となることから、「人生経験の幅が限られたものになる。この経験の狭さが今度は裁判官の事実認定に好ましくない影響を与えるかもしれない。」<sup>89)</sup>との危惧が生れることになる。このことは同じ任命制を採りながらも、法曹一元化により、原則として裁判官は一定期間の弁護士の経験を要件とするイギリスの場合と異なる点であり、我が国の裁判官任用方法の欠点といえるかもしれない。このように我が国の司法制度は長所もあると同時に短所もあるが、明治期以降既に長期間確立して今日に至っている。そこで、陪審を導入するとなると、こ

れまでの司法制度に何らかの改正を加える必要があるのではないかという意見が生れるのも当然といえよう。そこで、次にこの点を検討する。

まず、陪審の採用には刑法の全面的改正を必要とするとの意見が挙げられる。倉田氏は陪審の導入に賛成しながらも、典型的な当事者主義に基く陪審裁判が実現すれば、当然、捜査を当事者主義に移行せざるを得ないとの立場から、英米の刑法をモデルに我が国の刑法を全面的に改正する必要があるとする<sup>91</sup>。私は刑法を専門としないので、軽々にこの見解の当否を判断できないので、専門家による検討を期待したい。

このような刑事法の改正となると非常に時間を要し、實際上陪審の導入は非常に困難になるので、この点は一応別問題として、訴訟法の若干の改正について検討する。陪審裁判は陪審に事実認定を委ねる点に特色があるから、事実認定手続と量刑手続と区別し、前者は陪審に、後者は裁判官の判断に任せる方法を採用しなければならなくなる。このような方法に依じて、証拠の証明力に関する裁判官の自由心証主義（刑訴三一八条）の改正は必要になろうし、直接主義・口頭主義を採用するとすると、法律に素人な陪審が事実認定を担当することから、伝聞証拠（刑訴三二〇条）や供述書その他書面の証拠能力（刑訴三二〇条から三二七条まで）の再検討が必要かもしれない。そこで、陪審の導入がこのような証拠法の改正を必要とするだけの価値があるのかという疑問が陪審導入慎重論からは提出されるかもしれない。このような疑問に対して私は次のように応えたい。我が国の裁判官と話していて私が感じることであるが、現在の我が国の司法は、民事と刑事を問わず、事実認定と法律的判断の両者を裁判官に委ねることにより、裁判官の負担が過重になっているのではなからうか。この過重な負担を避けるためであらうか、我が国の裁判所は裁判官の合議制が広く採用されている（裁判所法一八条、三六条）。このような裁判制度が我が国の判決を精密機械であるとする評価を生む一つの制度的根拠となつていゝと思われる。この評価が裁判官の事実認

定の正確さを意味するならば、それは貴重な特色といえるが、そのために当事者はどのような対価またはコストを払っているかを考えなければならない。

その一つが裁判の遅延、長期化である。我が国の裁判の長期化には種々の理由があると思われるが、事実認定を陪審が行うということになれば、陪審の負担を考え、少くとも事実審は短時日に終了せざるを得ず、迅速な裁判の要請（憲法三七条一項）を満すことができることになる。<sup>(92)</sup> 旧陪審法の下でも、公判所要日数は二日が最も多く、その平均所要日数は一・七日とされ、最長期の七日を要した事件は嬰兒殺被告事件で此の審理には証人四二人の訊問がなされた特例であったことがこのことを証明している。

更に、陪審裁判を採用すれば、事実認定は陪審が担当するから、裁判官の負担も軽減される。そこで、当初は兎も角、少し経験をつめば、我が国の裁判官も陪審裁判の訴訟指揮に習熟し、一人制の裁判官で十分適切な説示<sup>(93)</sup>を行う能力を持っていると私は信じている。

このように、陪審の導入の目的の一つが、司法への市民の参加と並ぶ裁判の迅速化にあると解すれば、本要綱が陪審裁判による無罪判決に対して検察官が上訴できないとするのは理解できるが、有罪判決<sup>(94)</sup>に対して被告人がその事実認定についても上訴を認めるとする（43上訴②）のは理解できない。旧陪審法での経験から、事実誤認についても被告人の上訴を認めることが少しでも被告人が陪審裁判を請求することを促す趣旨と思われるが、これにより裁判の長期化を認めることになり、陪審を導入する趣旨に反するので、私は賛成できない。

このように、陪審導入の目的の一つが迅速な裁判の実現に在るとするならば、ドイツで採用されている参審制も選択肢の一つと挙げることができる。我が国では参審制は陪審推進派からは余り支持されていないようであるが、我が国の判事補（裁判所法四三条）を含む裁判官制度のモデルとなったドイツの裁判官制度と相俟って、その参審



制度も検討すべきであらう。

注

(74)

本稿三節三款注(10)参照。アメリカでは少数ではあるが陪審に対し強い批判があることは広く知られている。例えば、三ヶ月教授発言、「米国及び英国の陪審制度をめぐって(三)」法の支配九〇号六一頁。大森氏は旧陪審法について、主として英国の先例によって、その欠点として次の数点を挙げている。(一)構成員が多数(十二人)であるがために、陪審員各自が自己の責任を軽視する事、(二)陪審の評決には理由を附けないがために、判断の根拠が不明であると同時に、其の判断の当否を知るに困難な事、(三)陪審の評決に対しては不服も申立てられなければ、又何等の制裁も無いから無責任に流れる事、(四)陪審員全体に対して優良の素質を期待し難い事、(五)陪審員は感情に馳せ易い事、(六)陪審員に対して買収その他の不正手段の行はれ得る事を挙げている。ただ、陪審はこのように多くの欠点があるが、長所は更に広大で、短所を償って、尚十分に余りあるとしている。大森洪太著陪審法(現代法学全集二十四卷、日本評論社昭和三年)二九九頁以下。瀧川教授は、陪審裁判について最も危険なのは、それが階級裁判に陥ることであるとし、階級とまで行かないまでも、陪審員は自己の利益を標準にして判断を下す傾向があるとし、ヨーロッパの実際はその欠点を証明しているとする。その例として、一九一四年七月三十一日フランスの労働総同盟の首領ジャン・ジョーレス事件を挙げる。時は第一次世界大戦の直前でありジョーレスは非戦論の急先鋒として、フランスやベルギーで戦争の罪惡を訴えていた。殺害された当日も、彼は当局者を説いて戦争参加を止めさせることに努力し、夕方ある小料理店で友人と夕食を共にしていたところをピストルで頭をうたれた。犯人はフール・ヴィランという二十五才の青年であった。彼は「三年兵役反对者・非戦論者・国賊ジョーレス」を除いたことが、自分の義務の履行であると陳述した。政府はこの愛国者の裁判を戦争が終るまで延期した。一九一九年の春——ジョーレスが殺されてから足かけ六年目に——始めて裁判が開かれたが、陪審は犯人の犯罪を否定し、無罪とした。しかし、その無罪が知れ渡ったとき、労働総同盟を始め全国の労働者の団体は一斉に示威運動を起し、この感情的・階級的裁判を攻撃した。このようにして、無罪となったヴィランは民衆に追われてフランスから逃亡したとのことである。瀧川著前掲刑法著作集第三卷六二九頁以下。なお、アメリカの最近の陪審に対す

る批判としては、米田樹一「アメリカのPL訴訟と『陪審』」(アメリカ法一九九〇—二)一六九頁以下、陪審の事実認定能力に関する我が国の現職裁判官の批判を見よ。アメリカ法(一九九〇—二)二六頁以下参照。

(75) 例えば、大阪弁護士会には熱烈な陪審支持者が多いようである。この人々のヨーロッパの参審制への評価は低い。大阪弁護士会監修前掲書一六二頁以下、一八七頁、一九〇頁以下、一九六頁、二〇〇頁以下等参照。

(76) 瀧川著前掲刑法著作集第三卷五九頁。

(77) 詳しくは三谷太一郎著近代日本の司法権と政党(塙書房昭和五五年)七四頁以下、丸田隆著陪審裁判を考える(中公新書一九九〇年)一三〇頁以下。前記座談会「陪審制度について」法の支配四号三二頁。なお、本稿獨協法学40号二四〇頁以下。

(78) 詳しくは、利谷信義「戦後改革と国民の司法参加」戦後改革4(東大出版会一九七五年)一〇五頁以下。

(79) 我が国の旧陪審法下で陪審の評議に付された事件の公判所要日数は、二日で終了した事件が最も多く、その平均所要日数は一・七日であり、最長期間は七日である。岡原昌男「『陪審法ノ停止ニ關スル法律』に就て」法曹会雑誌二一巻四号二二頁。大阪弁護士会監修前掲書一八五頁参照。本稿獨協法学40号二六八頁。

(80) 陪審裁判の趣旨に賛成する私も現在の弁護士の人数で果して対応できるかについて疑問を持っていた。井上教授がこの点の疑問を提出したのに対して、弁護士側が現在以上に事前準備に時間を割くのは難しいと答えている。更に、井上教授に現在の弁護士の業務を変えて、その一定量を刑事事件にあてるような態勢が必要ではないかとしている。前記座談会「米国及び英国の陪審制度をめぐって(三)」法の支配九〇号七九頁以下。これらの事項については、今後検討すべきであろう。

(81) 我が国にもアメリカ法に詳しい刑事法学者は増えている。私の知っている範囲でも平野教授、松尾教授等を挙げることができる。しかし、井上教授を除いて、これらの学者は陪審について意見を差し控えている。比較的積極的な井上教授もその導入には可成り慎重である。前記座談会(三)法の支配九〇号五九頁以下。リード・井上・山室著アメリカの刑事手続二三四頁以下。

(82) シンポジウム・民事陪審(日米法学会主宰)におけるパーカー発言(アメリカ法一九九〇—二)二二〇頁以下。このシンポジウムに、米国の弁護士で広島修道大教授を兼ねるパーカー氏は、陪審制度懷疑派のパネリストとして参加してい

る。民事陪審について、同氏は陪審の選出とトライアルに時間と費用がかかることをその欠点として挙げている。同「製造物責任事件において陪審を用いることに反対する諸論点」（アメリカ法一九九〇—二）一八九頁以下。この点は今後検討すべきであろう。

(83) 倉田靖司「陪審裁判復活の条件（上）」判例タイムズ八〇一—四頁。なお、この論文には英国における陪審裁判の事実誤認例が紹介されている。アメリカでも事実誤認例が予想されるが、我が国には紹介されていないようである。

(84) 大阪弁護士会監修前掲書四四頁、民事訴訟に於ては、証拠の基準が低く、五一％と通常解釈される証拠の優勢によって、被告人が沈黙して反証をしない場合、「不利益な推測を行なうこと（draw an adverse inference）」、即ち、最悪の推定を行うこと（assume the worst）が許される。解説資料、大阪弁護士会監修前掲書三三九頁。

(85) 「地方裁判所において使用される陪審に対するモデル説示」大阪弁護士会監修前掲書二九八頁以下。

(86) 解説資料、大阪弁護士会監修前掲書三三九頁、三五五頁。

(87) 米田氏はアメリカでのPL訴訟の経験から、民事陪審が感情的であり、裁判官のチェックも期待できず、陪審による裁判には論理よりも「印象」が大切であると批判する。米田樹一「アメリカのPL訴訟と『陪審』」アメリカ法（一九九〇—二）、一七一頁以下。

(88) 陪審擁護派と自認し、民事陪審に関するシンポジウムにも陪審推進派の立場から参加したレンバート教授は、陪審を日本に移植する場合の微妙な障害の一例として英語と日本語との違いを挙げる。英語は地位の等しい人々の会話に適しているが、日本語は社会的地位の違いが呼びかけの形態に組みこまれ、陪審が効率的に機能することが妨げられるかもしれないとする。この点は私も同じように考えているが、これは評決に至るまでの時間を多少延ばすことになるとしても、私は決定的な障害ではないと思う。これに対して、裁判官の選任方法の相違は決定的な相違点ではなからうか。レンバート教授も、現在の裁判官を選出する政治構造の下で、アメリカが陪審制に固執する特に強い理由として、次の点を挙げる。第一に、典型的な陪審は、最良の裁判官ほど良き、さらには、良心的な事実認定者でないかもしれないが、最悪の裁判官より相当よい公正な事実認定者であるかもしれない。アメリカでは、陪審は裁判において「最大の損失を最小限に止める」解決法なのである。第二に、より重要なことであるが、陪審制は裁判官を政治的圧力から隔絶し、審理を裁判官の政治から隔絶するのに役立つ。シンポジウム・民事陪審、はじめに、（アメリカ法一九九〇—二）一六八頁、リチャード・レン

パート「民事陪審の長所」、同上、一九一頁以下、同「日本における陪審の可能性」(アメリカ法一九九一一) 三頁、九頁以下、三七頁。リード・井上・山室著前掲書二三八頁。

(89) 望月礼二郎著英米法(現代法律学全集55改訂二版、青林書院一九九〇年) 八一頁以下。

(90) リチャード・レンバート「日本における陪審の可能性」(アメリカ法一九九一一) 一三頁。これに対して、少くとも日本で陪審を考える場合、はるかに裁判官の事実認定がすぐれているとするのは我が国の現職裁判官である。討論(アメリカ法一九九〇—二) 二一六頁。我が国の裁判官や検察官の質の高さを認めながらも、アメリカの法律関係者はその同質性について疑問をもっている。リード・井上・山室著前掲書二三八頁。

(91) 刑法の当事者主義化に基づいて、刑法を一般市民である陪審員の常識に合致するよう改正しないと陪審も機能しないとするのが倉田氏である。ここで同氏が主張しているのは、陪審裁判が復活するには、刑法と刑事訴訟法を含めて再検討しなければならない、実りある議論ができないであろうというにある。倉田靖司「陪審裁判復活の条件(下)」判例タイムズ八〇二号四四頁以下。実体法と訴訟法とは密接に結びついていることから、この点は刑事法の専門家の検討を必要とするであろう。

(92) レンバート教授は民事陪審について次の如く述べている。「アメリカ合衆国では、いわゆる訴訟の多くの部分は、事実審の前に、“Discovery”と“Motion Practice”という名前で知られている手続きの中で行なわれる。裁判官の面前への出頭を含め、これらの段階が完了するのに数ヶ月、数年を要することがある。しかし、実際に事実審理が開始すれば、陪審審理の場合は、比較的継続的なプロセスであり、通常は数日しか続かないが、時には週末と法定の休日によって中断されるだけで、数週間、数ヶ月続くこともある。日本では、事実審の前には(アメリカ合衆国の基準からすれば)比較的不い作業しか行われず、discovery, motion practiceや証拠の提示は、一人の裁判官あるいは三人の裁判官の合議制による一連の審理の中で一体となって進められる。審理は通常一日で、一ヶ月あるいはそれ以上の間隔をおいて次の期日が指定される。結果として、事件によっては大幅に遅延することがしばしばあり、サリドマイド製造物責任訴訟がこの点で悪名高い。」そして、陪審制の大きな強みは集中審理を促進し遅延を減少させることであると主張する人がいるかもしれないとしている。レンバート「日本における陪審の可能性」アメリカ法(一九九一一) 五頁以下。刑事事件についてみれば、第一審が一五年余にわたり審理が中断された高田事件は、最高裁で、憲法三七条一項による迅速な裁判

の保障に違反するといつて、免訴の言渡をうけた。最判昭和四七年一二月二〇日刑集二六卷一〇号六三一頁。また、最近の例として、受託收賄罪で起訴された元内閣官房長官の事件も、起訴以来五年余を要し、公判回数も一五〇回以上に及び、長期化した事例といえる。東京地判平成六年九月二七日判例時報一五一九号二六頁。この事件の被告は無罪を言渡されたが、検察官が控訴したので、判決は未だ確定していない。

(93) 本稿獨協法学40号注(67)、本号注(78)。

(94) 旧陪審法の下における裁判官説示については肯定的評価と否定的評価とに大別されるといわれているが、当時陪審裁判に裁判官として関与した多くの人は適切な説示の作成に努力した旨述べている。東京弁護士会編陪審裁判(ぎょうせい平成四年)五七頁以下、七五頁以下参照。新しく陪審が導入された場合、アメリカで作成されている「地方裁判所において使用される陪審に対するモデル説示」は参考にならう。大阪弁護士会監修前掲書二九五頁以下。

(95) アメリカでは連邦憲法修正第五条の定める二重の危険の禁止に反するとして、無罪の一審判決に対して検察官控訴は許されない。その実質的理由として、検察官は公判を繰り返すことにより被告人を弱めることが出来るならば、検察官が常に勝訴できる点が挙げられている。大阪弁護士会監修前掲書一六〇頁。

(96) 我が国ではドイツの陪審制は余り紹介されていないが、陪審推進派からは支持されていない。丸田著陪審裁判を考へる、一八七頁以下。大阪弁護士会監修前掲書一九八頁以下。

(二) その他若干のコメント 本節(一)で述べたことで、本要綱の基本的問題点を指摘することができたと思つてゐる。最後に、以上の検討に立脚して、本要綱について私の率直な意見を述べることにしよう。前述のように、本要綱の作成を担当したのは日弁連の「国民の司法参加部会」である。まず、この部会を構成する実務家が短期間に本要綱を作成した熱意と努力には敬意を表したい。しかし、短時日に作成されただけに、本要綱全体を貫く体系的一貫性が欠けるのではないかというのが私の最初の疑問である。陪審裁判のように極めて政治的要素の強い制度を具體的に提案する以上、妥協的になることは避け難く、そのこと自体は非難すべきことではないかもしれないが、具

体的な問題についていくつかの疑問が生れ、本要綱からは仲々明解な解答が得られない所に問題がある。以下、主な疑問点を述べよう。

(1) 仮りに、本要綱がアメリカの陪審を範としたとするならば、旧陪審法の採用する法定陪審と請求陪審の二種類を何故採用したか。むしろ、アメリカのそれにならって、刑事裁判について被告人が無罪を主張すれば、すべて陪審裁判とすることを原則とすべきで、これを放棄した事件に限って裁判官裁判とすべきではなかったらうか。<sup>96)</sup>

ついで、本要綱は報道機関の裁判報道については、十分かどうかの批判はあるとしても、アメリカでも公判裁判官により規制されている。この点について、本要綱は単にこの規制は安易になさるべきでないとするに止まる。法律に素人である陪審の評決は感情的要素が影響することは広く知られているし、陪審裁判を採用する以上、このことは避けられないものとして甘受すべきものと私は考えているが、このような感情の影響は最小限度に止めなければならぬ。そのためには、報道機関によるセンセーショナルな裁判報道については、裁判官による最小限度の規制は必要ではなからうか。<sup>97)</sup>

そして、最後に、アメリカの陪審は連邦及び州の憲法によって保障されている点に特色がある。そこで、陪審裁判そのものは種々批判をうけながら、今日まで、これが維持されている一つの大きな理由はこの憲法上の保障に在ると私は考えている。それならば、本要綱は何故陪審裁判の保障条項を採用する旨の憲法改正を提案しなかったのであろうか。このような憲法改正を提案しても採択される見込みが少いと見たのであろうか。本要綱としてはこのような提案をするのが一貫しているように思われる。

(2) 本要綱の提案する陪審は、アメリカのそれを範としながら、旧陪審法及び最近の我が国の陪審に対する評価を配慮して、極めて妥協的であることは前述した。仮りに妥協的な案を提案するとすれば、陪審と密接な関係のある

裁判官の選任について政治的要素の強いアメリカの陪審を範とすることには最初から無理があり、このような陪審ではなく、ドイツその他ヨーロッパ大陸諸国の参審制を検討すべきではなかったろうか。

(3) 最後に、本要綱の作成者である弁護士会に一言したい。陪審裁判のような政治的制度の提案には関係法律家、一般国民及び報道機関全体に配慮することが本要綱を実現する方法であると考えられることも理由のないことではない。しかし、このような気配りは結局関係者のいずれの賛成も得られないのではなからうか。陪審の採用は無罪率を若干高めるかもしれないが、合理的な疑問を超える立証の運用如何によっては、それ程高めることはないかもしれない。しかし、これが司法への市民の参加を実現することになるのは確実であるし、少くとも運用が適切ならば迅速な裁判は実現できるであろう。ただ、直接主義・口頭主義の採用は弁護士としてもその増員等の負担は覚悟しなければならない。旧陪審法の轍を踏まないために、提案者としては批判を受け入れて合理的な制度の復活に努力することを心から期待したい。

注

(96) アメリカでは、憲法上被告人に陪審裁判を受ける権利が保障されているので、通常は当然に事実審理は陪審によることになる。逆に被告人が裁判官による審理を望む場合は、その権利を放棄するという手続を踏む必要がある。リード・井上・山室著前掲書二三四頁。

(97) 倉田前掲論文（下）判例タイムズ八〇二号四〇頁以下。

## 結 び

最初に述べたように、私は刑法または刑事訴訟法の専門家ではない。私が本稿を執筆するに至ったのは、日弁連から送られてきた本要綱を読んで陪審制度について我が国の旧陪審法以来の文献を検討したことによる。従って、本稿は刑法、刑事訴訟法の条項についての解釈論を述べたものではない。しかし、近代国家の司法手続の比較研究に興味をもつ研究者には若干の意味があるかもしれない。

今回、我が国における陪審の歴史をしらべてみると、本稿でも詳しく紹介した旧陪審法（大正一二法五〇、昭和三年施行）は旧憲法下において極めて数少い英米法系の法律であり、それだからこそ十分効果的に実施されることなく、昭和一八年停止されるに至った。このこと自体いかに英米法を我が国に移植するのが難しいかを示す一例として学問的に極めて興味ある事例といえる。現行憲法の下においては、憲法それ自体がアメリカ法の影響をうけて制定されたことから、多くのアメリカ法に由来する法律が生れたことは広く知られている。しかし、その後も長く陪審の復活が提唱されることはなかった。一九八八年五月、当時の矢口最高裁長官が、国民の司法参加に積極的に取り組むことを表明し、アメリカに陪審制度研究のため、裁判官一名を派遣すること決定したことから、各地の弁護士会を中心として、再度我が国でも陪審の導入、復活が論ぜられるに至った。その成果が日弁連作成の本要綱といえる。しかし、本要綱の内容は今後検討すべき多くの問題を残しているが、その最大の問題点は英米法の司法手続と我が国のそれとの間に在る体系的な相違とその調和である。国民の司法への参加とそれによる迅速な裁判の実現のために、この相違を克服して両者を調和できないかという見地から執筆したのが本稿である。これは一試論に



止まるが、広く英米法と我が国の法律との比較研究に興味をもつ研究者の一助にでもなることを期待している。

本稿執筆について、刑事訴訟法については松本一郎教授の御教示をうけたし、文献については獨協大学図書館、東大外国法センター及び最高裁図書館の御協力をうけた。心から御礼を申上げたい。

本稿脱稿後、アメリカの陪審制度及びこれを含む司法制度についての報告が公表されている。いずれも学問的研究報告ではないが、陪審制度に興味をもつ人には面白いと思われるので追記として紹介することにしよう。第一は、O・J・シン普森裁判を契機とする新聞報道「米陪審制度に見直し機運」（日本経済新聞一九九五年八月二七日）である。このような改革意見はアメリカでは珍らしいことではないが、陪審制度の改革の動向として今後も注意する必要がある。第二はアメリカにおける民事陪審を中心とする裁判に対する現在アメリカで活動する日本人法律家による批判的レポートである。高山・立川著「訴訟亡国」アメリカ（文芸春秋、一九九五年）がこれである。その批判内容については、私を含めて多くの人に異論があるかもしれないが、このレポートを通じて私が特に感じたのは、既に本稿でも述べた我が国の法律実務家のアメリカの司法制度に対する強い不信感である（本稿注（15）、（74）、（78）、（87）、（90）等）。このような不信感が存在する限り、陪審の再導入には法律関係者の適切な対応と強力な政治力を必要とするかもしれない。関係者の努力を期待したい。（完）