

Title	裁判員裁判における評決について
Sub Title	Die Abstimmung über das Strafurteil im japanischen Laiengerichtsverfahren
Author	平良木, 登規男(Hiraragi, Tokio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.237- 265
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0237">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0237</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 裁判員裁判における評決について

平良木 登規 男

はじめに

- 一 評議・評決の定義
- 二 国民の司法参加と民主主義
  - 1 ドイツにおける陪審・参審について
  - 2 参審員の員数と評決
- 三 裁判員裁判における評議・評決
  - 1 意見を述べる義務
  - 2 最高裁において評決が問題になった裁判例
  - 3 裁判員裁判における評決

はじめに

宮澤浩一先生の追悼論文を書くことになった。私は、裁判官から研究者のはしくれに転じて以来、宮澤先生には何かとお世話になり、極めて密度の濃いお付き合いをさせていただいた。もつとも、このようになったことに

はいくつか理由がある。

まず第一に、私のみならず、私の妻も、慶應義塾大学の法学部及び大学院修士課程の法学研究科において、学生として宮澤先生のお教えを受けたところにある。その故もあつてか、度々ご一緒させていただいた会合の終わりには、必ずといっていいほど、私の家（東横線の祐天寺駅が最寄り駅で、田園調布にお住まいの宮澤先生の帰り道に当たる）に立ち寄られ、ワインやウイスキーの水割りを飲まれ、田園調布へと帰られた。ときには、ご酩酊の度が過ぎて、タクシーでご自宅までお送りしたことも数え切れないほどあつた。また、ある時などは、会合の後、私の家に、数人で流れて来て、いつものように、ワインや水割りを飲みになり、帰る間際になって、宮澤先生が、突然クレジットカードを財布から出され、「これで」と渡されたことがあつた。意味の呑み込めない私を見て、「これで支払っておいてよ。」と再び言われて、はじめて、宮澤先生が、私の家ではなく、どこかの飲み屋で飲んでいるものと勘違いされ、いつものように支払いをされようとしているのだということが分かり、爆笑のうち、宮澤先生をはじめ一緒に飲みに来ていた皆さんがお帰りになったこともあつた。妻と、冗談話に、「あの時クレジットカードを預かればよかつたのかな。」などと、酒の肴にさせていただいている。この話は、宮澤先生ご自身も気に入られていたようで、方々で話されたく、我々仲間内では、ちょっとした事件の一つになっているのである。今でも、アルコールの少々まわられた宮澤先生が、「平良木くん。せつちゃん（私の妻の名前）。」と言いながら、玄関から入って来られるのではないかという気がしてならない。

その他にも、私の娘のことを、宮澤先生はおそらく先生のお嬢様に重ね合わせておられたのか、「あの突貫小僧は元気かね？」とか、「今は、何処で、どうしている？」（ちなみに、娘は、私ら夫婦とともにドイツに滞在し、ギムナジウムに通ったのをはじめ、その後、約八年近く、ロンドン、ローマ、パリと渡り歩き、それぞれ言葉をものに、ヨーロッパやアジアを中心に、いたるところに出没していた）などと、何時も気にかけていただき、酒の肴にな

さっていたのである。

冒頭に述べたように、私は、二〇数年前に、裁判官から研究者に転じたが、宮澤先生には、何より、外国人研究者や外国人実務家との付き合い方を教わったように思う。ドイツのケルン大学のヒルシュ教授の下で研究をするようになったのも、宮澤先生にご紹介をいただいたからである。宮澤先生は、ヨーロッパに来られるときは、必ずケルンに立ち寄りられ、日本からの土産物をご持参されたうえ、私の住んでいた家の近くのホテルに滞在され、私の家に来られて食事をされ、あるいは、我々家族を、何時も諸外国の珍しい食事にご招待してくださった。もちろん、ヒルシュ教授のご自宅にも一緒に何度か招待されたりした。このような宮澤先生やケルン大学のヒルシュ教授の諸外国のゲストや留学生等に対する接し方が、私の、外国からの訪問客や留学生に対する基本的な姿勢になった。

ところで、私は、当初、実体法を研究するつもりでヒルシュ教授のお世話になったが、途中から、ドイツの司法制度に興味を持つようになり（この経緯は、方々で明らかにしている）、ヴァイгент教授（ケルン大学）やシェツヒ教授（ゲッティンゲン大学からミュンヘン大学に移られた）との親交が深まった。その影響もあって、当初の意図とは異なり、ドイツの参審制度を中心に研究をすすめ、帰国後、幾つかの論文を公にした。

その後、私は、慶應義塾の法科大学院の設立準備室長を経て、法科大学院の初代の院長（正式には、法科大学院法務研究科（法科大学院）委員長）になったが、その際、宮澤先生と約束したことは、お元氣になられたらという条件付きではあったが、法科大学院の学生にご講演をしていたくということであった。病室におられるとき、この話を申し上げるとたいそうお喜びになられ、私も、宮澤先生のご講演を心待ちにしていたのである。しかし、この約束を果たされないまま旅立たれてしまい、私も、今は、大東文化大学法科大学院に奉職している。

宮澤先生とは、いろいろな意味で因縁を感じるが、上記のような経過に鑑みると、やはりドイツで研究した延

長線上にあるテーマの一つを選ぶのがベターだと考えた。これまでの研究の成果を、幾つかの論文として発表してきたほか、慶應義塾大学法科大学院では「司法制度論(刑事)」として講義等をし、現在奉職している大東文化大学法科大学院では「裁判法」として、国民の司法参加を中心に講じてきた。今回は、その一端を取り上げ、追悼の論文として、献呈申し上げたい。

### 一 評議・評決の定義

裁判員の参加する刑事裁判に関する法律(以下「裁判員法」と略記する)によって構成される裁判は、基本的に、三人の裁判官と六人の裁判員からなる(裁判員法二条二項本文)が、公判前整理手続による争点及び証拠の整理において、公訴事実について争いがないと認められ、事件の内容その他の事情を考慮して適当と認められる事件については、裁判所は、決定によって、一人の裁判官と四人の裁判員によって構成された裁判体により審理及び裁判をすることができる(裁判所法二条三項)。

裁判員を含む裁判体が、裁判をするためには、評議及び評決をすることによって裁判体としての結論(内部的成立)を出し、これを告知することによって、その効力(外部的成立)が生ずる。<sup>(1)</sup>

これまでの裁判官のみによる裁判体においては、裁判の内部的成立をみるには、狭い意味での評議こそが大事であり、そこで、ほとんど解決をみてきたように思う。そして、幸いなことに、狭い意味での評議の在り方については、裁判員裁判を意識した評議のあり方について、主に実務家サイドを中心にした、幾つか論考がみられる。<sup>(2)</sup> もっとも、六名の裁判員を含む合計九名の裁判体においては、ときには意見が分かれ、評決に至るということも考えられないではないし、何よりも、評決のあり方が、実は、裁判体の構成にも影響を与えかねないし、制度論

にまで繋がる場所があるようにも思われる。

## 二 国民の司法参加と民主主義

何やらないような表題を掲げたが、裁判員裁判を語るときに、意外に見逃されるのが、民主主義との関係である。というのも、英米やヨーロッパ大陸における陪審裁判や参審裁判の導入は、政治的にいえば、直接民主主義の実現に繋がると考えられており、これが、裁判体の構成や評決に影響を与えていたのである。

ところで、近代裁判における民衆参加は、イングランドの農地に関する調停に始まるといわれるが、以下に述べるように、刑事裁判における民衆の参加の沿革を辿れば、ことにヨーロッパ大陸の諸国が、何故、異常なまでに刑事裁判における直接民主主義の実現にこだわってきたか、が理解できる。

周知の通り、イギリスの国土は国家すなわち国王に属していた。したがって、民衆の使用する農地の境界に争いが生じた場合には、国王あるいは配下の裁判官が、これに当たった。しかし、境界に関する争いの解決には不向きであり、かつて土地調査に携わった有力者の協力の下に、問題を解決したところ、思った以上に機能することになり、国王が刑事裁判にも応用を考えたのである。当初は起訴陪審に民衆を活用したが、やがて、陪審に応用することになった。これが、その後の陪審裁判へと結実することになるが、陪審裁判の役割は、最も重要な人権保障のためであるとされた。<sup>3)</sup>

ところで、ヨーロッパ大陸においては、アンシャンレジームに決別し、フランス革命の高まりとともに、政治的には、各種の人権の保障を確保するとともに、これを担保するものとして、陪審制度の導入が図られたのである。その意味で、しばしば「陪審裁判は、フランス革命の娘である」とか、「陪審裁判は、民衆を守る自由の

砦である」といわれたのである。もともと、これには、モンテスキューやヴォルテールらが、イギリスに留学し、イギリスの陪審裁判を直接目に行っていることが大きい。当時、ヴォルテールは「イギリスの刑事裁判は民衆を守るためにあるのに、わが国の刑事裁判は民衆を害するためにあるようだ。」と嘆いたというのは有名な話であるが、いずれにしても、ヨーロッパ大陸における陪審裁判の導入は、専制君主や国王の支配する裁判官の影響を排することにあった。したがって、陪審裁判における基本は、陪審員が、裁判の中核である事実の認定を文字通り独占し、裁判官の影響を避けるべく、陪審員とのベンチ（席）を分離するところにあった。

ところが、陪審裁判のヴァリエーションである参審裁判は、陪審裁判とやや様相を異にし、裁判官と参審員とが、公判審理において、すべての事項について協働 (Mitwirkung) することにした（その意味ではベンチを一緒にしたのである）が、しかし、その基本は、陪審裁判と同様に、民衆から選出された参審員の意見を裁判官の意見に優先させることにあった。それは裁判体の構成、とりわけ裁判官と参審員との人数配分や評決に表れているのである。

### 1 ドイツにおける陪審・参審について

大陸法系の法制度において、陪審裁判は、裁判官三名（ないし四名）と陪審員一二名で構成されていたのに対し、参審裁判は、ドイツの裁判所構成法制定（一八七七年）の前は、裁判官一名と参審員二名とで構成された。ここでは、わが国の裁判員裁判と、幾つかの点において共通性をもつと思われる参審裁判について、人的構成を中心に、その変遷をみることにしよう。<sup>(4)</sup>

ドイツにおいては、一八七一年にドイツ帝国 (Deutsche Reich) が発足するや、宰相ビスマルクの下に、刑法及び刑事訴訟法等と並んで、これに必要とされる裁判機構に関する草案等が、次々と明らかにされた。刑事裁判

の構成については、一八七二年一月に、裁判所構成法の第一次草案が完成し、一八七三年一月に、刑事訴訟法の第一次草案とその理由書 (Motiv und Anlage) が公にされ、そして、「参審裁判所に関する意見書」 (Denkschrift über die Schöffengerichte) が出された。また、一八七四年には、帝国政府から刑事訴訟法及び裁判所構成法の「理由書についての補遺」 (Nachtrag zu den Motiven) が出るなどしたが、その基本には、ザクセンの参審裁判所に関する機構及び手続等を採用することが明言されていた。これによれば、第一審はすべて参審裁判とし、小 (Kleine-)、中 (mittelere-) 及び大 (große-) 参審裁判所 (Schöffengerichte) を設置するという内容であった。そのうち、区裁判所に設置される予定の小参審裁判所は、一名の職業裁判官と二名の参審員、また、州裁判所に設置される予定であった中参審裁判所及び大参審裁判所には、前者が、刑事部の構成員である裁判官三名と参審員三名、後者が、同様に、裁判官三名と参審員六名によって構成されるとされていた。

その後、紆余曲折はあったが、一八七七年に制定された裁判所構成法によると、第一審の裁判を管轄する区裁判所 (Amtsgericht) には、裁判長 (Vorsitzende) の資格をもつ裁判官一名と民衆から選出された参審員二名によって構成される参審裁判所 (Schöffengericht) が設けられ、軽い軽罪 (Leichte Vergehen) 及び違警罪 (Übertretungen) を管轄した。また、州裁判所 (Landgericht) には、陪審裁判所 (Schwurgericht) と刑事部 (Strafkammer) が設けられ、前者は、三名の職業裁判官と、一定の要件を備えた民衆から選出された二名の陪審員とによって構成され、重い重罪 (Schwere Verbrechen) と中程度の重罪 (Mittlere Verbrechen) を管轄し、後者は、裁判官五人によって構成され、軽微な重罪 (Leichte Verbrechen) と重い軽罪 (Schwere Vergehen) を管轄した。ところが、一九二四年一月四日には、司法改革に関する全権を委任された司法大臣エンミンガー (Emminger) が、州裁判所 (Landgericht) には、陪審裁判所の名称を残したものの、裁判官三名と陪審員六名の構成にしようえ、裁判官と陪審員の協働によって審理を行うという、いわゆる参審制度を導入することにし、重い重罪

(Schwere Verbrechen) のみを管轄することにした。次に、刑事部 (Strafkammer) を廃止するとともに、区裁判所に設けられていた参審裁判所の管轄を大幅に拡大し、中程度の重罪 (Mittlere Verbrechen)、軽い重罪 (Schwere Verbrechen) 及び重い軽罪 (Schwere Vergehen) を管轄することにした。もともと、本来は、裁判官一名と参審員二名の構成によるが、事件によっては、裁判官二名と参審員二名の構成を可能にした。それとともに、裁判官一名の裁判体 (Einzelrichter) を設置し、軽い軽罪 (Schwere Vergehen) と違警罪 (Übertretungen) を管轄させた<sup>(5)</sup>。ここに、ドイツの裁判制度は、陪審裁判を廃止し、参審裁判へと移行したのである。

その後、第二次世界大戦のころには、一時、参審裁判自体が廃止され、一九四六年になって、国民の司法参加が復活し、一九五〇年の、いわゆる統一法によって、エンミンガーにより制定された裁判制度へと回帰したのである。したがって、当初は裁判官三名と陪審員 (実質は参審員) 六名とからなる裁判体 (Große Strafkammer) と、裁判官一名と参審員二名からなる裁判体 (Kleine Strafkammer) とが設けられ、陪審裁判所の管轄する事件はすべて前者の管轄とされた。そして、一九七四年には、それまで陪審裁判所と呼ばれていた裁判体の名称自体がなくなり、それとともに、参審員が六名から二名に減じられることになった。さらに、現在では、一九九〇年の東ドイツの併合によって、人的資源及び物的資源の多くを割かなければならなくなった結果、裁判官二名 (もともと三名であったのを二名に減じた) と参審員二名の裁判体による裁判が行われている。

現在では、州裁判所に設けられた大刑事部は、裁判官三名 (実際はほとんど二名) と参審員二名によって構成され、第一審事件を管轄する。また、小刑事部には、裁判長である裁判官一名と及び参審員二名で構成され、区裁判所の判決に対する控訴を管轄している。ちなみに、区裁判所に設けられた参審裁判所は、職業裁判官一名 (事件によっては二名の構成も可能である) と参審員二名の構成で審理等が行われる。

## 2 参審員の員数と評決

ヨーロッパ大陸におけるアンシャンレジームの下の刑事裁判は、裁判官が世襲とされ、法服貴族といわれるように、専制君主や国王の支配の下にあったのであるから、それに対するアンチテーゼとしての陪審裁判は、民衆を守る砦と考えられ、そのため、刑事裁判の中核である事実の認定を裁判官の手から奪い陪審員が独占した。その意味では、沿革的にも、陪審裁判は民衆の側にあるものと考えられていた。

これに対し、参審裁判は、裁判官と参審員との協働にあるので、陪審裁判とは、その様相を異にするようにも思われる。しかし、ドイツでは、設立の当初から、参審裁判は陪審裁判のヴァリエーションと考えられていたのであり、その根底には、職業裁判官の意見のみで有罪の結論に至ることがないようにするとの発想があった。それが、裁判体における裁判官と裁判員との構成に現れている。もともと、ドイツにおける評決は、過半数ではなく三分の二以上の賛成<sup>6)</sup>が必要であるということに留意しなければならない。

ところで、参審裁判所は、裁判官一名に対し参審員二名（一八七七年から一九七四年）の構成であり、その後、エンミンガー改革による陪審裁判所（実質的には参審裁判）においても、裁判官三名に対し六名であった。これは、前述のとおり、参審裁判が、陪審裁判のヴァリエーションと考えられていたため、参審員の意見のみで裁判体の意思決定を可能にすることが背景にあったからである。しかし、参審裁判の中には、例えば、裁判所構成法の草案の中には、中参審裁判所として裁判官三名と参審員三名の構想があり、その後、裁判官三名と参審員二名、そして現在では、裁判官二名と参審員二名の構成の裁判体が州裁判所の中に設けられ、刑事事件の第一審の事件の大半を管轄する。これでは少なくとも、参審員だけの意見で裁判体の結論を出すことはできないことになる。一見、直接民主主義の理念から離れているようにも思われたいではない。しかし、これについては、次のような説明がなされる。確かに、参審員のみでは、自分たちの意見を通すことはできないが、逆に、裁判官の

みでは、やはり自分たちの意見を裁判体の結論とすることができない。三分の二の多数を獲得するためには、必ず、参審員一名以上を味方にしなければならぬ。これに、近代裁判の大原則である「疑わしきは被告人の利益に」という挙証責任の原則を加味すると、裁判官の意見のみでは有罪とすることができず、必ず参審員の一人以上を味方にしなければ有罪とすることができないという限度で、国民の中から選出された参審員の意見を優先させているのである。ドイツのみならず、ヨーロッパ大陸で広く行われていた陪審裁判はもちろん、参審裁判にも、その根底には、国民の意思を直接反映させるものとしての刑事裁判があったのである。<sup>(7)</sup>

ところで、わが国では、今までの裁判官の数を前提にするかぎり、裁判官二名を前提にしなければならない。司法制度改革審議会の意見書は、「少なくとも、裁判官又は裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定（有罪の判定など）をすることができないようにすべきである」というのであるから、その構成も、評決を過半数とするか三分の二以上とするかによって異なるものの、裁判員が裁判官に臆せず意見を述べる環境を作ること、国民の負担、小回りの利く合議、法廷の構造上の制約等を考慮して決定されることになるとはいえ、ヨーロッパ諸国の刑事裁判と決定的に異なるのは「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」（裁判員法六七条）としたところに端的に表れている。その趣旨は、「裁判官による裁判」を担保するとともに、法的安定性を志向した結果と解しなければならないが、その意味では、わが国の裁判員裁判には、直接民主主義を入れる余地はないことになる。<sup>(8)</sup> この点の欠落が、ややもすると、裁判員裁判に対する中途半端な批判を生み出すことになるのである。

### 三 裁判員裁判における評議・評決

裁判員裁判においては、公判審理を終えると、三名の裁判官と六名の裁判員は、評議に入るが、ドイツの参審裁判と異なり、裁判官と裁判員が協働するのは、事実認定、法令の適用及び刑の量定についてのみである（裁判員法六条）。そして、評議については、裁判長が、必要に応じて、裁判員に対し、構成裁判官の合議による法令の解釈に係る判断及び訴訟手続に関する判断を示すことが義務付けられ（裁判員法六六条三項）、裁判員は、法令の解釈にかかわる判断及び訴訟手続に関する判断に従って、職務を行わなければならない（裁判員法六六条四項）。さらに、裁判長は、評議において、必要な法令に関する説明を丁寧に行うとともに、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理し、裁判員が発言する機会を十分に設けるなど、裁判員がその職責を果たすことができるように配慮しなければならない（同条五項）。裁判員裁判導入の最大の利点である「わかりやすい裁判」の実現のために必要な裁判官の役割を、裁判長の義務として定めたのである。

このほかにも、例えば、ドイツでは「裁判官は、勤続期間を基準とし、勤続期間が同一であるときは年齢を基準とし、名誉裁判官 (ehrenamtliche Richter = 陪審員等の職業裁判官以外の総称で、素人裁判官 (Laienrichter) ともいう) 及び参審員については、年齢を基準とし、若い順に意見を述べる。参審員は裁判官の前に意見を述べる。主任裁判官 (Berichterstatter) が定められているときには、主任裁判官が先に意見を述べ、裁判長は最後に意見を述べる。」(ドイツ裁判所構成法一九七条) とされる。わが国においては、この点についての直接の規定はないが、先ほどの「裁判員が発言する機会を十分に設ける」とか、「裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならない」(裁判員法六六条五項) との規定に織り込まれているということが出来る。

## 1 意見を述べる義務

ところで、評議・評決において、裁判官(裁判所法七六条)も、裁判員(裁判員法六六条二項)も、意見を述べ

る義務が課されている。その前提として、裁判官は、憲法上「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」(憲法七六条三項)のであるし、また、裁判員は、裁判員法に基づいて「独立してその職務を行う」のであり(裁判員法八条)、「法令に従い公平誠実にその職務を行わなければならない」とされる(同法九条一項)。

意見を述べる義務については、合議体を構成する裁判官及び裁判員が何事にも影響されることなく自己の意見を積極的に述べることによって、初めて、合議体として、統一した意見を形成することから定められた。評議に際して意見を述べないのは、裁判官も、裁判員も、自らの職責を放棄するに等しいのであり、逆に、評決が、合議体を構成する「裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見」によらなければならない(裁判員法六七条)のであるから、意見を表明しない裁判員あるいは裁判員があるときには、合議体として統一した意見が得られないことになる。<sup>(9)</sup>もつとも、この条文には、もう一つ別の意味があることを忘れてはならない。ドイツの裁判所構成法は、直接これを規定する。すなわち、「裁判官又は参審員は、問題点について評決するに当たり、前の問題点について少数意見であったことを理由に評決を拒むことはできない。」(ドイツ裁判所構成法一九五条)というのである。

最も単純化した事例を挙げると、ある被告事件について有罪か有罪でないかが激しく争われた。裁判官三名と裁判員二名が有罪、裁判員四名が無罪の意見を表明したとする。この場合は、当然、有罪であることがまず確定される。次いで、量刑の評議・評決に移ったとしよう。このときに、四名の無罪の意見を述べた裁判員(場合によっては、裁判官も同様である)は、量刑の判断について、どのような態度をとるべきであろうか。もちろん、無罪であるという意見が否定されたのであるから、量刑に関しては、「何も述べなくてもよい」とか「述べるべきではない」という見解も考えられる。しかし、もしこれを許すことになると、最後的には、裁判官一名、裁判員

一名の意見によって結論を出すことを認めることになるか、あるいは、実質上、合議体の定数を欠き、裁判官、裁判員の双方の意見を含む過半数の意見を形成できないことになり、消極の意見しか出せないことに繋がりがねない。しかし、それでは合議を経て全員の意見を表明することにはならないのである。

前述の裁判官及び裁判員の意見を述べる義務とは、この場合に少数意見を表明した者は、少数意見である無罪との意見を離れ、有罪であるとの多数意見を受け入れ、これを前提に、量刑についての意見を述べる義務があることを明らかにしたものである。<sup>(10)</sup>

## 2 最高裁において評決が問題になった裁判例

ところで、広義の意味での評議をするときに、裁判の全体にわたって評議することはともかくとして、評議の過程において、裁判官のみの裁判体の評議と比べ、さらに、いろいろな見解が出されることになると思われる。そこで何よりも大事なことは、裁判官はもちろん、裁判員の「十分な納得」ということにあることは、誰もが否定しないものと思われる。とはいえ、時には、見解が種々に分かれ、評決に至ることも、これまで以上にあり得ると思われる。

やや講壇事例的ではあるが、労働紛争において建造物侵入事件が生じ、犯人と思われる者たちが起訴され、裁定合議事件（裁判所法二六条二項一号）として審理されることになったとする。合議の過程において、左陪席は、a 建造物侵入の構成要件に当たらないとして無罪だと主張し、右陪席は、b 構成要件には該当するが違法性阻却事由に当たるとして無罪と主張した。最後に、裁判長は、c 構成要件に該当し、違法阻却事由には該当しないが、しかし、期待可能性がないとして無罪であると主張したとしよう。この場合に、有罪か否かを中心に合議したとする（主文対象説）。そうすると、合議体の三人の裁判官が無罪という結論になるので、無罪だということになる。

これに対して、理由を中心に合議した（理由対象説）とすると、まず、aの構成要件該当性について評決すると、右陪席と裁判長の意見が多数を占めることになり、構成要件に該当するという結論になる。次に、bの違法性阻却事由の有無について評決すると、右陪席の主張にもかかわらず、左陪席と裁判長が反対することが考えられるから、違法性阻却事由に該当しないと結論になる。最後に、裁判長の期待可能性がないとするcの意見について評決すると、左陪席及び右陪席が反対することが考えられるので、期待可能性がないとの意見は否定されてしまい、結局、犯罪構成要件をすべて満たすから、被告人は有罪とされる可能性があるということになるが、これでよいのかとの疑問が生じる。この解決のための、最高裁判所の裁判例に基づいて、評決が問題になった若干の事例を検討することにしよう。

(1) 最高裁判決昭和二五年三月一五日（刑集四卷三三三五頁）

第一審裁判所は、判決時に少年であった被告人に対し、懲役一年以上懲役二年六月以下の不定期刑を言渡した。これに対して、被告人から控訴の申立てがあり、原審裁判所は、判決時にすでに成人になっていた被告人に対し、懲役一年六月の定期刑を言渡した。これに対し、弁護士は、原判決が懲役一年六月を言渡したのは、旧刑法四〇三条に「被告人控訴をなしたる事件……については、原判決の刑より重き刑を言渡すことを得ず。」（現行刑法四〇二条参照）とある規定に違反していると主張した。本判決は、「本件第一審の中間位は、一年九月であり原審の定期刑は一年六月であるから、後記補足意見の中間位説によるも長期説によるも共に原審の刑は第一審判決の刑より重いものではなく、従って不利益禁止の旧刑法四〇三条に違反する違法は存在しないのである。」とした。しかし、判文からも明らかなように、子細にみると、裁判官の意見はさらに細かく分かれている。不定期刑と定期刑の軽重を比較するには、不定期刑の中間位と定期刑を比較すべきとする意見（中間位説）が裁判官六名、

長期と比較すべきとする意見（長期説①）が裁判官二名、同様の意見（長期説②）が裁判官一名、同様の意見（長期説③）が裁判官一名、そして、短期を基準とすべきとする反対意見（①）が裁判官二名、同様に短期を基準にすべきであるとする反対意見（②）が裁判官一名からなっていた。このうち中間位説が法廷意見の多数を占めるが、しかし、これのみでは過半数には至らない。そこで、長期説①の補足意見の内容を見るに、旧刑法四〇三条は、刑が重いか軽いかを決める基準としては、刑法一〇条の趣旨に従い、かつ、不定期刑の長期を持って比較すべきであるとし、次に、長期説②の補足意見は、旧刑法四〇三条の趣旨に適合させようとする、不定期刑の長期の部分を超えることができないとすべきで、その意味では短期の懲役刑を基準にするとすることを考える余地はない。この観点から、原審の判決は第一審判決の刑を超えてはいないのである。さらに、長期説③の補足意見をみると、裁判時に成人になった被告人に対しては、最も適切な刑を科すべきであるが、ただ旧刑法四〇三条の制約を受けるために第一審の不定期刑の長期よりも重い刑を宣告することは許されないというにあった。

先に述べたように、中間位説が六名の裁判官の意見であり、これについて評決すると、当時の大法廷は一三名の裁判官によって構成されていたのであるから、先の中間位説は過半数を占めないことになる。長期説に立つ裁判官の意見は、三通りに分かれるが、仮にこれを長期説として一括りにしても、四名の裁判官が支持するのみであるから、これも多数を占めることにならない。また、短期説に立つ見解も、原判決を維持すべきという点で一括りにしても、三人の裁判官の支持を集めているに過ぎないのであるから、やはり多数を占めることにはならない。これに対して、主文対象説からすると、原判決を破棄すべきかあるいは上告申立てを棄却すべきかの観点から、中間説の六名の裁判官と長期説の四名の裁判官の合計が一〇名の多数となり、これに従って法廷意見を構成したことになる。したがって、本件判決は主文対象説というべきではないかと思われる。

## (2) 最高裁判決昭和二八年七月二二日(刑集七卷七号一五六三頁)

わが国では、第二次世界大戦の無条件降伏に伴う連合国の占領管理に基づいて、昭和二〇年勅令五四二号が制定された。これを受け、昭和二五年に政令三二五号「占領目的阻害行為処罰令」が制定された。その対象としてアカハタ及びアカハタの同類紙又は後継紙と認定された出版物を編集、印刷、頒布又は運搬若しくは頒布の目的を持って所持することを禁じていたところ、被告人は、これに反したとして有罪とされた。ところが、控訴審判決後に、平和条約の効力が発生したことから、前述の政令三二五号の効力が維持されるか否かが問題になった。本判決は、まず、裁判官六人が、被告人の行為を処罰した前記政令三二五号は、平和条約の効力によって全面的に失効したのであるから、刑法三三七条二号の刑の廃止があったことになり、免訴の判決をすべきだとした。ところが、裁判官四人が、政令三二五号は、憲法二一条に反する限度で失効し、刑の廃止があったことになり、免訴の判決をすべきであるとして、刑法三三七条二号によって免訴の判決をすべきであるとした。さらに裁判官四人が、政令三二五号は、平和条約の効力と同時に効力を失うべきものとしても、同令は占領下の臨時的必要に対処するため制定された臨時立法であって、いわゆる限時的性格を有するから、その失効後も行為当時の同令を適用して処罰すべきであるとして、原判決を維持すべきであるとした。本判決は、結果的に、一〇人の裁判官の意見が多数を占めたとして、原判決を破棄し、刑法三三七条二号による免訴判決を言渡している。

この事案において、第一の意見が、単に政令三二五号が全面的に失効し、第二の見解が部分的に失効するとしただけであれば、「大は小を兼ねる」ことになって、全体として、この事件に適用されるべき刑罰法規が失効しているという点で多数の一致を見たことになるから前記の判決と同じ結論になる。しかし、第一の意見に立つ者の中にはアカハタの刊行を禁止することは憲法二一条に違反すると考えない人もいるかもしれない。この点を確認することなく「刑が廃止するときにあたる」とする「点で一致していたとするのは、理由が異なっており、矛盾

していても、結論が一致すればよいということになるとする。<sup>(11)</sup> その意味では、前述の主文対象説であること意味していることになる。

(3) 最高裁決定昭和三〇年一月二三日（刑集九卷一四号二九六三頁）

次の事例は、三鷹事件において、言渡された最高裁判決昭和三〇年六月二二日（刑集九卷九号一一八九頁）に対して申立てられた、判決訂正に関する最高裁決定昭和三〇年一月二三日（刑集九卷一四号二九六三頁）の中心において、真野毅裁判官の少数意見と岩松三郎裁判官の補足意見の間で展開されたものである。

三鷹事件においては、電車転覆致死被告事件の被告人に対して、控訴審判決は、刑法一二七条及び一二六条を適用して有罪の判決を言渡し、これに対する上告申立について、最高裁判所大法廷は、上告の申立を棄却した。しかし、第一は、控訴審の判決を維持した多数の見解であるが、第二の、刑法一二七条の解釈についてはA、B、C、D及びEの五裁判官が、少数の立場であり、第三の、控訴審判決が、事実の取調べをしないで被告人に対する無期懲役の刑を死刑に変更したことを持つて刑法四〇〇条但書に反するとする者が、A、E、F及びGであった。しかも、その後、法廷意見を形成した二人の裁判官が退官した。したがって、上告の申立てを棄却するという裁判官が八名で、原判決を破棄するとする裁判官が七名であり、その後、法廷意見を構成した二人の裁判官が退官したことを考えると、七対六になり、原判決を破棄するとの意見が多数を占めることになる」と主張する。この観点から、三鷹事件大法廷判決に対する判決訂正の申立手続を見ると、「上告裁判所は、その判決の内容に誤のあることを発見したときは、検察官、被告人又は弁護人の申立により、判決でこれを訂正することができ」（刑訴法四一五条）、その構成については、「判決訂正の申立についての裁判は、原判決をした裁判所を構成した裁判官全員で構成される裁判所がこれをしなければならぬ。但し、その裁判官が死亡した場合その他やむを

得ない事情がある場合は、この限りでない」(刑訴規則二七〇条一項)とし、「前項但書の場合にも、原判決をするについて反対意見を表示した裁判官が多数となるように構成された裁判所においては、同項の判決をすることはできない」(刑訴規則二七〇条二項)のである。もしこのような事態を生じた場合に、どのような構成で裁判をするかが、あらかじめ問題になると、少数意見である真野裁判官は主張する。確かに、前示の様な構成で訂正の判決をすることになると、その時点では、法廷意見の内容が当然に誤りということになるので、この構成の裁判を禁止することには一理あるといえる。したがって、その後任命された二名の裁判官を加えて訂正の裁判をすることになるのは当然ということになる。

これに対し、評決は、上告棄却か原判決破棄かの最終結論を標準とするのではなくして、論点ごとに生じた意見の相違を標準とすべきである。その観点から三鷹事件の判決を見ると、上述の第二の点については、五人の反対意見があったのであるから、評決としては、一〇対五であり、第三の点については、四人の反対意見があったので、評決としては、一一対四と見るべきであるという岩松裁判官の意見(補足意見)がある。評決の基準につき、真野意見は主文対象説であるのに対し、岩松意見は理由対象説である。

#### (4) 検討

以上のとおり、上記の最高裁判所の裁判例をみる限り、主文対象説と理由対象説とに分かれているようにも思われる。<sup>(12)</sup>

一般的に、主文に直結する判断を基準にすべきであるとする主文対象説は、裁判所法一条を根拠にする。すなわち、同条が「裁判書には、各裁判官の意見を表示しなければならない」としているのは、最高裁においては、各裁判官が裁判についての最終的結論としての主文とそれに必要な理由を表明することを要求しているので、主

文対象説を前提にしているというのである。<sup>(13)</sup>これに対し、理由対象説は、裁判所法四条が「上級審の裁判所の裁判における判断は、その事件について下級審の裁判所を拘束する」とする破棄判決の拘束力は、裁判所としての統一した理由を示すことを前提にしている。又、裁判には、原則として理由を付さなければならぬ（刑訴法四四条一項）が、その理由は、裁判所としての統一した理由を示さなければならぬという趣旨でなければ下級審を拘束することができないから、理由について評決しなければならぬとする。<sup>(14)</sup>そして、裁判所法一条については、単に、評議の過程において表明された各裁判官の意見を表示すべき旨を定めたもので、主文対象説の根拠となし得ない。理由対象説によると、ある論点について評決に敗れた裁判官は、主文を決定するに際して、多数意見に従うことになるが、その際に意見を述べることになる。<sup>(15)</sup>

ところで、このような最高裁の裁判例について、理由対象説に立ちながらも、前掲(1)の裁判例は、「原判決の刑は不利益変更禁止に反するか」という点だけを、前掲(2)の裁判例は、「本件は刑の廃止にあたるか」という点だけを評決の対象とし、その論拠（理由）は評決の対象にしていないが、これらの評決の仕方は正しかったと見る見解がみられる。その理由として、裁判官の法的判断はすぐれて総合的・直截的な判断であるため、その判断の結論は重要であるが、その理由づけは第二義的な意味しかもたず、結論は正しいが理由づけは誤っているといふこともかなりありうる。それ故、ある法律問題についての評決はむしろそれについての結論を対象としてなされるべきで、もしその論拠から演繹的に評決してゆくと、かえって誤った結論が導き出される危険が大きいとされるのである。<sup>(16)</sup>

思うに、上告裁判所は、上告理由（刑訴法四〇五条各号）の当否及び職権調査事項としての理由（刑訴法四二一条）の有無（なお、職権調査事項については、「著しく正義に反する」（いわゆる「著反正義」）が、さらに加わる）について判断すべきであり、その結論が、判決主文へと繋がる。

前掲(1)の裁判例は、第一審判決が、当時少年であった被告人に「懲役一年以上二年六月以下」の不定期刑を科したのに対して、原審(第二審)判決が、既に成人に達した被告人に「懲役一年六月」の定期刑を科したのが、不利益変更になるか否かということが争点であり、この様な比較をする場合に、中間説に立つか、長期説に立つかあるいは短期説に立つかが争点であるわけではない。また、前掲(2)の裁判例についても、一見、主文対象説のように見えないではないが、この裁判例は、およそ免訴の判決(刑訴法三三七条)に当たるかを問題にするのではなく、免訴事由の「犯罪後の法令により刑が廃止されたとき」(刑訴法三三七条二号)に当たるか否かを問題にしているという意味では、むしろ、理由対象説に立つとみることができるといべきではないだろうか。

最高裁判所の裁判の主文としては、基本的に、上告棄却(刑訴法四〇八条)の裁判か破棄(刑訴法四一〇条)の裁判かということであり、その点のみの判断で足りるというのであれば主文対象説である。しかし、その他、刑訴法四一一条乃至四一三条による裁判ということになると、上記のように、裁判所は、上告理由(控訴理由も同じである)の有無について判断すべきであり、かつ、それで足りることになるのではなからうか。ちなみに、控訴審判決の中には、「理由を異にするけれども結論において正当である」との表現を見かけるし、上告審においては、法廷意見のほかに補足意見を見るのは、理由を異にするが、上告理由についての判断をするにあたり、結論に影響を及ぼさない場合ということで、理由の抽象化ができるからではないかと思われる。要するに、控訴理由や上告理由との関係で判断されることになるのであり、それが故に、主文対象説である場合も、理由対象説の場合もあるということになるのではないだろうか。このようにみると、主文対象説か理由対象説かというテーゼの立て方に問題があったということになる。

### 3 裁判員裁判における評決

ところで、第一審の刑事裁判の評決については、主文対象説に立つ見解は見当たらず、一般には、訴訟条件の存否、罪責問題、量刑問題の格別に評議・評決をすべきであるということについては、争いがないと思われる。そして、このことは、裁判員裁判の評決についてもあてはまるものと考えられる。

(1) 訴訟条件について

そこで、訴訟条件の存否についてみると、意見が、管轄違い、公訴棄却、免訴の三者に分かれた事例について考えてみよう。これについて、旧裁判所構成法一二三条三項（裁判所法七七条二項二号に相当）を適用して、利益の順序は、管轄違い、公訴棄却、そして免訴と考えるべきであるから、管轄違いの意見を公訴棄却の意見に加えて、結局は、公訴棄却が過半数となるとして公訴棄却の裁判をすべきであるとの見解も考えられる<sup>(17)</sup>。これを適用すると、有罪の意見を管轄違いの意見に加えて、管轄違いの判決を言い渡すことになるのであろうか。しかし、上記の規定は量的な問題にのみ適用されるとするのが現在の定説であるから、この場合に適用されることはない<sup>(18)</sup>。したがって、まず、訴訟条件について議論することになるが、およそ訴訟条件を具備しないかを議論すると、訴訟条件を欠くとの結論になるが、そのいずれとも結論を出せないことになる。そこで、理由について議論すると、管轄違いではないし、公訴棄却でも、免訴でもないもので、結局、訴訟条件は具備するものとして、有罪か、有罪でないかについて評決することになる。

(2) 罪責問題について

次に、罪責問題については、前掲平野論文によると、殺人罪についての起訴はあったが、裁判官甲は正当防衛で無罪、裁判官乙は責任無能力で無罪、裁判官丙は有罪と考えた場合に、「理由ごとの評決」であっても「結論

ごとの評決」であつても、どちらも問題が残る。それ故、多数の意見は「正しい」のか、「真実である」のかという点にある。言い換えると多数決は真実発見のための手段なのかということの問題にする。そして、多数決は、何らかの行動をとることを迫られたとき、その行動の種類を選ぶためのものなのである。正当防衛でないという判断がなされただけではなんらの行動もとられない。有罪ということになったときに、はじめて行動がとられる。だからやはり有罪か無罪かという点について採決するのが正しいと言われる<sup>(19)</sup>。また、何れの裁判官も、結論的には無罪であるが、理由を異にするといったケースでは、理由ごとに採決すると、何れも二対一で排斥されて、結果的には有罪となってしまう。これでは、裁判官全員の予期に反する、しかも良心に反する結果を招来することになってしまいかねない。しかし裁判の作用は裁判のためにするのであつて、理由のためにするのではないこと、確定力を持つのは裁判であつて理由ではない<sup>(20)</sup>ということを考えて、有罪・無罪の結論について評決すべきだ<sup>(20)</sup>という見解もみられる。

これに対して、前掲中野論文は、①評決は、主文についてだけ行うかを問題にし、刑訴法四四条が裁判に理由を付すべきことを要求しているから、主文以外に理由についても評決を必要とすること、②主文と理由のいずれから評決するかを問題にし、仮に主文から評決することになると、平野論文で提示された設例では、主文の評決では無罪ということになるが、理由の評決では、正当防衛でも、責任無能力ではないということになり、おのずから有罪ということになるが、理由の評決では、正当防衛でも、責任無能力ではないということになり、おのずから有罪ということになるが、理由の評決では、正当防衛でも、責任無能力ではないということになり、おのずから有罪ということになるが、理由の評決では、正当防衛でも、責任無能力ではないということになり、おのずから有罪ということになるが、理由の評決では、正当防衛でも、責任無能力ではない<sup>(21)</sup>ということになり、おのずから有罪という結論が導き出されることになるのである<sup>(21)</sup>。

もつとも、主文と理由とが異なる場合があつても、疑わしきは被告人の利益に従うということが、刑事裁判の全体を通じて支配する原則であることからすると、まず、無罪判決であるとの結論を示して、次に、それぞれ

(各個)の理由を開示することによって、判決全体を示せばよいとする見解もみられる。<sup>(22)</sup>しかし、刑訴法が裁判に理由を付すること(刑訴法四四条、三三五条)を要求する趣旨は、裁判の寄って立つ根拠を示すものであって、これによって、上級審が原判決をレビュー(審査)することを可能にし、特に破棄差戻し(刑訴法四〇〇条本文)の際に、下級審がどのような事項に拘束されるのかを明らかにすることになる(裁判所法四四条)。その意味では、理由についても裁判体が如何なる統一的な見解に従ったのかを明らかにしておくことが要求される。<sup>(23)</sup>

次に、それでは、どの程度細部にわたって評決するかという点、問題点について、すべて徹底した評議を経たことを前提に、少なくとも、旧陪審法七九条に定められた点について評決を必要とすべきである。<sup>(24)</sup>それによると、①裁判長の問は、主問と補問とに区別し、陪審に於いて「然り」又は「然らず」と答えを得べき文言をもってこれを為すべし。②主問は、公判に付せられたる犯罪構成事実の有無を評議せしむる為、之を為すものとする。③補問は、公判に付せられたるものと異なりたる犯罪構成事実の有無を評議せしむる必要ありと認むる場合において之を為すものとす。④犯罪の成立を阻却する原因と為るべき事由の有無を評議せしむる必要ありと認むるときは、其の問は他の問と分別して之を為すなり(片仮名を平仮名に書き改めたほか、適宜、読点、句読点を付しカギ括弧を付した)。

若干の例を挙げると、尊属殺人未遂事件について、証拠調べ、論告弁論を終えたのち、裁判長の説示が行われたが、まず、<sup>(25)</sup>犯罪事実から説き起こし殺意の有無について説明し、さらに証拠、検事の論告弁護人の弁論等について行われた後、主問として、被告人は、殺意をもって被告人の父を刺身包丁で突き刺したがその目的を遂げなかったものであるか否か。副問として、もししからずとせば、暴行の目的をもって刺身包丁にて被告人の父を突き刺したるものなりや、との問いを發している。<sup>(26)</sup>

以上を前提に、裁判員裁判においては、まず「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む」ものでなければな

らない。その意味では、理論的には、裁判官のみの意見あるいは裁判員のみの意見は、評決の対象から外されるものとしなければならない。そのうえで、採否が分かれ、裁判体の意思を決定する過半数の意見に至らない場合には、立証責任の原則に戻り、判断をすることになるものと思われる<sup>(27)</sup>。

### (3) 量刑問題について

刑の量定について意見が分かれ、その説が各々、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見とならないときには、被告人に最も不利益な意見の数を、順次利益な意見の数に加えることになる(裁判員法六七条二項)が、これは、裁判所法七七条二項二号と同様の趣旨である。

例えば、a 懲役五年が裁判員二人、b 懲役三年が裁判官一名及び裁判員三名、c 懲役二年が裁判官二名及び裁判員一名に分かれたとする。この場合には、被告人に最も不利な a の員数(裁判員二名)を、b の意見に加え、裁判官一名と裁判員五名となるので、過半数の要件をも満たし、これが裁判体の結論ということになる。なお、ここでも、構成裁判官及び裁判員双方の意見でない場合には、罪責問題に併せて、a 説を対象にしないとすべきではないかとも思われるが、裁判員法七七条の文言からすると、すべての意見を不利から有利になるように順次並べて、最も不利な意見の数を次に有利な意見の数に加え、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見に至るまで、同様の作業を繰り返すことになると思われる。

次の問題は、例えば、懲役六月執行猶予五年と禁錮四月に意見が分かれた場合に、被告人にとって、どちらが不利益であるかを、どのように決するかということである。前掲の最高裁判所の(1)の裁判例の中の裁判官の意見にもみられたが、結論的には、刑法九条・一〇条によるべきか、刑訴法四〇二条の不利益変更の原則に挙げられた裁判例を基準にすべきかの問題である。もっとも、刑法一〇条は、法定刑から処断刑を導くにあたっての軽重

を定めるのであり、その意味では、処断刑から宣告刑に至る過程が残され、裁量の幅も大きいので、多くの場合、このような定め方でも、それほど深刻な問題は生じない。ところが、刑法四〇二条の場合には、控訴あるいは上告において「原判決の刑より重い刑を言渡すことはできない」のである。この場合には、文言上からも、トータルとしての刑の軽重が問われているのであり、その趣旨、すなわち、「被告人側のした上訴の結果却って被告人に不利益な結果を来すようなことがあつては、被告人側の上訴権の行使を躊躇せしめるおそれがあることを慮って採用されたもの」<sup>(28)</sup>なのである。そうであるならば、言渡された刑トータルとしてみて、被告人に利益か否かを問題にすべきであり、必ずしも、すべて刑法一〇条の刑の軽重に従わなければならないものではない。先の、懲役六月執行猶予五年の判決に対し、これを破棄して、禁錮四月の実刑に処するのは、不利益変更<sup>(29)</sup>に当たるとは。したがって、禁錮四月、懲役六月執行猶予五年、そのほかに、懲役三月執行猶予四年、罰金一〇〇万円、罰金五〇万円があつたとすると、その順序にして、被告人にとって、最も不利益な意見である禁錮四月から順に、次に利益な懲役六月執行猶予の意見に加え、構成裁判官と裁判員の双方を含む過半数の意見に至るまで、同様の作業を繰り返すことになると思われる。もっとも、実際の評決においては、執行猶予を付すか否かが争点になる事件においては、まず、それについて評決するであろう。それによって、刑期が制限されることがあるのはやむを得ない。また、執行猶予の可能性がないわけではないが、例えば、検察官から懲役七年の求刑があつた事件であれば、懲役何年に処するのが相当であるかについての評決が優先されることになることも考えられ、その結果、執行猶予の可能性がなくなるという場合もあると思われる。

(4) 裁判官一名・裁判員四名構成の裁判体の問題点

最後に、裁判官一名・裁判員四名構成の裁判体の問題点について触れる。この構成によるためには、①公判前

整理手続による争点及び証拠の整理において、公訴事実について争いがないこと、②検察官、被告人及び弁護人に異議がないこと、③事件の内容その他の事情を考慮して裁判所が適当と認める場合に、裁判所の決定によって決せられる（裁判員法二条三項、四項）。

未だ、この構成による裁判は行われていないようであるが、意見の対立は、量刑問題をめぐって現れる（裁判員法六七条二項）。しかし、この評決が、通常の構成と同様に「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見」によるというのであるから、一人の裁判官の意見が、過半数を獲得したことが条件になるとはいえ、ほぼ絶対の権限をもつことになる。

例えば、ある窃盗事件の量刑の評決で、懲役三年が裁判員二名、懲役二年が裁判員二名、そして、懲役一年が裁判官となった場合には、懲役三年の意見を、次の懲役二年の意見に加え、四対一になり、懲役二年の意見が多数になるが、裁判官の意見を含まないので、結局、裁判官の意見である懲役一年が宣告刑ということになる。もつとも、逆に、懲役三年が裁判官、懲役二年が裁判員二名、そして懲役一年が裁判員二名となった場合に、被告人に最も不利である懲役三年の意見が、順次利益な意見の数に加えられ、結局、裁判官の意見を、懲役二年の意見に加えることによって、過半数になるので、懲役二年が宣告刑になる。その意味では、裁判官の意見から順次組み込まなければ、過半数にならず、結論が出せないことになる。このように、やや裁判官の意見が突出したことになるのは、いかがなものかと思うのは、筆者だけであろうか。

重要な量刑事情に争いがあり、極めて厳しい量刑が想定される場合には、この構成で行うことは相当ではなく、本来の構成に戻した裁判体で審理・審判を行うのが相当であるというべきであろう。<sup>(30)</sup>

(1) 評議（実務的には「合議」とも言う）は、広い意味では、裁判の評決及びこれに至る合議体内部の手続（狭い意

味の「評議」を指す（裁判所法第五編第三章、裁判員法第四章参照）が、狭い意味では、合議体が評決を行うまでの各裁判官及び各裁判員の意見の陳述や相談を指し、評決を含まない意味で使われる。ちなみに、裁判員法においては、評議（同法六八条）と評決（同法六七条）が使い分けられている。

- (2) 今崎幸彦「『裁判員制度導入と刑事裁判』の概要」判例タイムズ一八八号四頁以下、特に六頁。末尾に添付されている、最高裁判所事務総局刑事局「裁判員制度の下における審理、評議及び判決の在り方に関する試案」同号一二頁以下、特に、一四頁。西村健「裁判員裁判における評議・評決・判決のあり方」季刊刑事弁護四三号五一頁。中山隆夫「模擬裁判を通してみた裁判員制度に関する若干の覚書」小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀・刑事裁判論集（下巻）五一頁。安井久治「裁判員裁判における評議について」前掲小林＝佐藤古稀記念論文集五二三頁。川上拓一「裁判員の参加する刑事裁判における評議に関する覚書」前掲小林＝佐藤古稀記念論文集五四一頁。中川博之「量刑に関する評議・評決」判例タイムズ一三〇四号七九頁等がある。また、研究者サイドのものとして、小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法学研究八二巻一号六一〇頁。前掲中川論文に対するコメントとして、高山佳奈子「中川博之『量刑に関する評議・評決』について」判例タイムズ一三〇四号九五頁等がある。
- (3) 最高裁判所事務総局刑事局監修・陪審・参審制度英国編一頁以下参照。
- (4) 平良木「参審制度について―その成立と発展の経緯―」法学研究六七巻七号一頁以下参照。
- (5) Vornubaum, Lex Emminger S.98. ちなみに、この改革に、エンミンガーの名前をかぶせて、エンミンガー改革 (Emmingerische Justizform) とすべ。そして、こので施行された規範を、エンミンガー政令 (Emminger Verordnung) とか、エンミンガー法 (Die Lex Emminger) と呼ぶ。
- (6) これを「絶対多数 (Absolute Mehrheit)」というが、ヨーロッパ大陸の多くの刑事裁判に共通する。
- (7) ヨーロッパ諸国の刑事裁判は、陪審裁判という名称が残っている国においても、その形態は、ほとんどが参審裁判に移行している。その意味では、法令上の名称に惑わされることなく、裁判官と国民の代表とが協働 (Mitwirkung) しているか否かを見定めなければならない。フランスの重罪法院は、国民の代表である九名の陪審員が参加するとされるが、実体は参審である。
- (8) その他にも、控訴審のあり方や、裁判員法三条の対象除外事件の裁判体の構成に現れている。ちなみに、ドイツ

では、控訴審を設けるか否かに争いがあり、現在では区裁判所の参審裁判の判決に対する上訴として、州裁判所の小刑事部 (Kleine Strafkammer) があり、裁判官一名 (参審裁判所の裁判官が二名の場合には二名) と参審員二名で控訴裁判所を構成するが、覆審であり、第二の第一審 (Zweite Erinstanz) とか、第二の事実審 (Zweite Tatsacheninstanz) とかわれる。

- (9) 最高裁判所事務総局総務局編・裁判所法逐条解説下巻八一頁。
- (10) 最高裁判所事務総局総務局編・前掲逐条解説八三頁。
- (11) 平野龍一「裁判の評決」刑事訴訟法講座三裁判九頁。
- (12) 最高裁判所事務総局総務局・前掲逐条解説八九頁は、最高裁の判例はおおむね理由評決説に立つとする。
- (13) 前掲最高裁判例(3)の真野裁判官の意見参照。
- (14) 最高裁判所事務総局総務局・前掲逐条解説八八頁。
- (15) 最高裁判所事務総局総務局・前掲逐条解説八九頁。
- (16) 中野次雄「裁判の評議」刑事法と裁判の諸問題二〇〇頁。
- (17) 平井彦三郎・刑事訴訟法要綱五三一頁。
- (18) 中野・前掲論文一九三頁、最高裁事務総局総務局・前掲逐条解説九四頁。
- (19) 平野・前掲論文五ないし六頁、同・刑事訴訟法二七二頁、この結論に賛同するものとして、尾後貫壮太郎「裁判」法律実務講座刑事編一卷一五四頁、江家義男・刑事訴訟法教室下巻六四頁、青柳文雄・新訂刑事訴訟法通論七五二頁、兼子一・竹下守夫・裁判法第四版三一〇頁等がある。
- (20) 尾後貫・前掲論文一五七頁。
- (21) 中野・前掲論文一九七頁、同旨の見解として、小田健司・公判法大系三卷二二二頁、中山善房・大コンメンター刑事訴訟法第一卷四四二頁、神垣英郎・註釈刑事訴訟法第一卷二九七頁、佐藤文哉・松尾浩也編著刑事訴訟法Ⅱ三三九頁、田宮裕・刑事訴訟法「新版」四二〇頁等がある。
- (22) 尾後貫・前掲論文一五五頁ないし一五六頁。
- (23) 中野・前掲論文一九八頁参照。

- (24) わが国の旧陪審法は、かつてのドイツの陪審裁判を参考にしたものであり、その意味では、ドイツの陪審裁判の評決のあり方を参考にすべきである。ちなみに、錯誤論で有名なローゼ・ロザール事件は、陪審裁判の評議・評決のあり方を探るといいう意味でも注目されてよいと思われる。
- (25) 浦辺衛「わが国における陪審裁判の研究」司法研修所調査叢書第九号。
- (26) 浦辺・前掲書八三頁。
- (27) 辻裕教Ⅱ上富敏伸『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(3)『法曹時報六〇巻三号九三頁註一一九によると、被告人が犯人であるか否かが問題になった事案において、裁判員五人は被告人が犯人であるとの意見、裁判員一人と裁判官三人は被告人は犯人ではないという意見であるという場合、いずれの意見も裁判員法六七条一項の要件を満たさないことになる。しかし、この場合には、検察官が、被告人は犯人であるかということについて立証すべきであるところ、これを果たしていないことになるから、被告事件について犯罪の証明がないことになり、無罪が言い渡されるとする。
- (28) 最高裁判決昭和二十七年一月二四日(刑集六卷一一号一三六三頁)。
- (29) 最高裁判決昭和二十六年八月一日(刑集五卷九号一七一五頁)参照。
- (30) 辻等・前掲解説(1)法曹時報五九卷一一号七一頁。