

裁判員制度と予断排除原則の本質

——裁判員制度の見直しに向けて——

渕野 貴生*

目 次

1. 刑事司法改革課題の二極化
2. 予断排除原則が満たすべき適正手続水準
 - (1) 要求される水準の不統一
 - (2) 白紙主義的アプローチ
 - (3) 誠実な職務執行アプローチ
 - (4) 適正手続の要求としての白紙主義的アプローチ
3. 公判前整理手続の主宰者
 - (1) 制度導入時の論争
 - (2) 受訴裁判所主宰論の根拠
 - (3) 再論点化の必要性
4. 裁判員選任手続における質問
 - (1) 予断排除原則の理解と質問の目的・方法
 - (2) 最高裁判所刑事規則制定委員会「質問の具体的イメージ」の考え方
 - (3) 裁判員候補者による自己判断の問題点
 - (4) 詳細な質問手続構築の必要性
5. 公判における裁判官・裁判員の質問
 - (1) 裁判所の公平性との関係
 - (2) 疑わしきは被告人の利益に原則および防御権との関係
 - (3) 適正手続保障のための質問
6. 結びにかえて

1. 刑事司法改革課題の二極化

2004年5月、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（裁判員法）が

* ふちの・たかお 立命館大学大学院法務研究科教授

成立し、2009年から日本においても刑事裁判に市民が関与する制度が始まった。最高裁ホームページで公表されている統計数値によると、2012年11月末時点で、すでに、6100件を越える裁判員裁判対象事件が起訴され、判決が下されたものも4600件を越えている¹⁾。実施数だけで判断すれば、裁判員裁判は制度として定着しつつあるようにも見える。他方で、現在、3年後見直し(裁判員法附則9条)の議論が、法曹三者をはじめとして様々な関係者等によって開始されつつあり²⁾、それぞれが重要と考える課題の達成度がそれぞれの立場から総括されたうえで、新たな課題設定が行われつつある。たとえば、被疑者・被告人の防御権保障をより万全なものにするという見地から、すでに日弁連は2012年3月15日付で、「裁判員法施行3年後の検証を踏まえた裁判員裁判に関する改革提案について」と題する改革案を公表している³⁾。

ところが、刑事司法の改革を巡る論争時および裁判員制度施行前から理論的にも運用の面でも様々に指摘されてきた改革課題と、各課題についての現在の議論状況とを比較してみると、取調べの可視化や証拠開示など、法制審議会・新時代の刑事司法制度部会において進められている議論⁴⁾とも絡み合っただけで現時点でも華々しく議論が戦わされている課題⁵⁾と、議論にある種の落ち着いたようなものが見られ、適正手続上の改革課題として正面から取り上げられる頻度が徐々に減少してきている印象を受けるものに分かれてきたように感じられる。

問題は、後者の課題に関する議論の「落ち着いた」が、① 理論的にはともかくとして、少なくとも運用上は、手続関係者の工夫等により問題点が解消される見込みが立ち、そのような運用が固まることにより、当面、個々の被疑者・被告人の適正手続保障が侵害される現実的リスクが減少し、緊急の課題として取り上げる必要性が低くなったことによるものなのか、それとも、② 問題点としては現実にも依然として存在するにもかかわらず、手続を動かす者の進行しやすさに流れた運用が事実上積み重ねられ、そのような運用の在り方に問題があると考えられる手続関与者にも運用に対する慣

れ（あるいは諦念？）が生じた故の現象なのか、という点である。

この点、もし議論の鎮静化が①のような事情によるものであるならば、理論的にはなお問題があり、また運用の乱れによって再び個々の被疑者・被告人に対する適正手続保障が脅かされる危険は残るとしても、当該課題の優先度が他の優先度の高い課題に比して低く扱われ、いわば議論が後回しにされるとしても一応了解することができる。しかし、議論が鎮静化しつつある論点のなかには、必ずしも①のような理由によるのではなく、②の事情が主因となって議論が低調になってきているものが残っているように思われる。そして、もしある論点について②のような事態が実際に起こっているとしたら、個々の被疑者・被告人は今まさに現実に適正手続を侵害されている可能性を否定できないことになるから、その論点の議論を後回しにしてよい理由はないというべきであろう。

本稿は、このような隠れたる喫緊の課題の一つとして、裁判外・証拠外情報による予断の問題が依然として存在していると考ええる。公判廷で適正に証拠調べを受けた証拠能力のある証拠以外の様々な情報を手続の内外で知ることになった裁判員・裁判官が、それらの証拠外情報から事件について無意識的であれ一定の予断を形成し、適正な事実認定や量刑に悪影響が生じるおそれを排除する仕組みを現在の刑事手続は、法制度としても、運用上の工夫としても、未だ十分には整えることができていないのではなかろうか。本稿では、このような問題意識のもと、具体的な制度として、受訴裁判所が公判前整理手続を主宰する仕組み、裁判員候補者に対する質問手続、公判における裁判員・裁判官の質問のあり方の3項目を取り上げて、現行の制度のもとで、予断排除が適切に行われ得るのか、そして、現に行われているかを改めて検討し、裁判員制度3年後の見直しに向けて、ささやかな改革案の提起を試みたい。

2. 予断排除原則が満たすべき適正手続水準

(1) 要求される水準の不統一

はじめに、各項目の検討に入る前に、そもそも予断排除原則に関する法制度は、適正手続保障の要求を満たすために、どのような水準を有しているべきものなのか、という各項目に共通する前提問題について検討しておきたい。なぜなら、各項目の改革の必要性の有無および必要である場合の改革の方向性は、予断排除原則が適正手続上、満たすべき水準に対する理解からの論理的帰結として導き出されるものと言えるからである。

この点、日本においては、予断排除原則が適正手続の要求として満たすべき水準の理解はいささか不統一であるように見える。

(2) 白紙主義的アプローチ

すなわち、一方で、刑訴法は、起訴状一本主義を定め(刑訴法256条)、裁判官や裁判員が不公平な裁判をするおそれがある場合に、予め当該裁判官や裁判員を裁判体から除外する仕組みを有している(刑訴法20条, 21条, 裁判員法18条)。これらの法制度は、裁判官・裁判員に対して、「予断を有してはいけない」という命令規範を課したうえで、もっぱらその順守を期待することで適正手続を保障するという発想には必ずしも立っていない。換言すれば、裁判官や裁判員に対する信頼に全面的に依拠した制度設計をしていない。むしろ、裁判官・裁判員に予断が生じかねない“状況”の発生自体を制度的に回避しようという考え方に立っている。

もちろん、このような考え方に立つことは、裁判官や裁判員は、一時の感情やその時々偶然印象に残った情報に基づいて一方当事者に偏した判断を積極的に行ったり、訴訟外の情報に右往左往して場当たりの・恣意的な判断をしかねないという、裁判官・裁判員に対する不信感を前提にしているわけではない。そうではなくて、裁判官・裁判員は命令された規範を

誠実かつ真摯に守って判断しようとするだろうという裁判官・裁判員に対する信頼を前提としつつ、にもかかわらず、いったん知ってしまった情報から予断を生じてしまうことは、個人の誠実な努力だけでは如何ともしたいという人間の本性に対する理解に基づいているといえよう。そして、予断を発生させる危険な情報に対するアクセス自体を遮断するという発想は、たとえば、前科・類似事実による立証について厳格な要件を確認した近時の最高裁判決⁶⁾のように、実際の運用面でも取り入れられている。さらに、犯罪報道との関係でも、最終的には報道の自由を主張する報道機関との調整の結果、法制度化は見送られたが、裁判員制度導入の議論のなかで、センセーショナルな犯罪報道によって裁判員に予断を生じさせることが懸念され、予断発生危険性の高い一定内容の情報の報道を規制することの是非が問題提起された⁷⁾。

(3) 誠実な職務執行アプローチ

ところが他方で、とりわけ、裁判員制度の導入を伴う刑事司法制度改革以降の議論においては、主として裁判員・裁判官の職務執行に対する誠実性と良心とを拠り所にして、予断排除原則の実現を図ろうとする考え方が強まる傾向があり、実際の制度設計もこのような考え方に基いて行われるようになってきた⁸⁾。その典型的な例が、公判前整理手続である。公判前整理手続では、後の公判において裁判員と共同で事件を審理し、評議・評決に参加する裁判官が、争点整理や証拠開示の裁定あるいは証拠決定などの際に、当事者の主張に触れたり、証拠の中身を見たりすることがありうる。そして、このような制度に対しては、公判では現れない情報も含めて広範に当事者の主張や証拠に触れる可能性がある手続に裁判官が関与することで、裁判官に予断を生ぜしめることにならないか、という強い疑問が立法前から提起されていた⁹⁾。

しかし、制度を設計した側は、この疑問に対して、公判前整理手続において裁判官は、争点や証拠を整理したり、証拠開示の裁定を行うという目

的で証拠に触れるのであり、証拠に触れることで事件について心証を形成するわけではないから、予断排除原則に反することにならない¹⁰⁾と答えてきた。また、公判前整理手続が予断排除原則と抵触しないとする根拠としてはさらに、両当事者が参加して対等に主張する手続であるという点も挙げられていたが¹¹⁾、この根拠付けも、おそらく論者の意図は、両当事者が互いに裁判官に予断を与えあうことによって、有罪方向あるいは重罰方向の予断と無罪方向あるいは刑の軽減方向の予断とが相殺しあって公平性が保たれるという趣旨ではなく、同一の事柄について両当事者から異なる主張や評価を聴くことで、公判前整理手続の段階で特定の方向に偏った心証形成をしてはならないという自制が裁判官に働き、当該証拠や事実に関する心証形成が防止される（つまり、いったん心証形成したうえで別の心証形成によって、一度形成された心証を打ち消すという作用ではなく、心証形成する前に他方向の主張・評価を知ることによって、心証形成自体を抑制される）という趣旨で理解されるべきものと思われる。そうだとすると、やはり裁判官は、両当事者の力を借りつつも、認識した情報から予断を形成しないことができると期待され、そのように期待できることを根拠として、予断排除原則・公平な裁判所の保障は満たされうるとする考え方が貫かれていることになろう。

また、公判前整理手続以外の場面でも、たとえば、前科・類似事実の証拠としての使用に関して、たとえ一般的には裁判員の方が同種前科等による影響を受けやすいとしても、評議のなかでの裁判官による適正な説明によって、裁判員の不当な心証形成が防止されると期待できるのであれば、裁判員裁判の場合に限って証拠能力要件を厳格化すべき理由は認められない¹²⁾との論じ方がなされるとき、そこには、誠実な職務執行によって適正手続は保障されるという思考形式が表れているように思われる。論者は、裁判官裁判と裁判員裁判とで証拠の許容性基準を変える必要があるかという関心から論じているが、本稿において注目したいのは、予断形成の危険性が高い種類の情報を認識しても、裁判官の適切な助言を受けて、裁

判員は、その情報から心証を形成しないことを期待でき、その期待を根拠に公平な裁判の保障の充足を考えてよいとする思考方法の、公判前整理手続は裁判官の公平性保障を充足しようとする説明との共通性の点にある。

（４）適正手続の要求としての白紙主義的アプローチ

しかしながら、私は、裁判員・裁判官の職務執行に対する誠実性と良心とを拠り所にして、予断排除原則の実現を図ることができるという考え方には、依然として疑問を払拭できないでいる。第１に、人間の本性として、ある情報を認識したのに、その情報に左右されずに心証形成できるといことが人間科学的にも本当に正しいといえるのか、疑問がある¹³⁾。この疑問は、私自身の心の弱さに起因するのかもしれないが、私には、事実認定や刑の量定に関連する特定の情報を知ってしまったときに、その情報を除外して心証形成できるか、正直言ってどうにも自信がない。第２に、アメリカでの陪審公判の設計思想を陪審員の予断防止という観点から分析すると、法理論としても、手続関係者に予断が生じかねない状況の発生自体を制度的に回避するという考え方をとることが適正手続保障の内実として求められていると思われるのである。

アメリカの陪審公判における適正手続保障の考え方については、別稿においてやや詳しく論じたので¹⁴⁾、詳細は別稿をご参照いただくことにし、以下では、本稿での検討に必要な限りで、その結論のみを簡単にまとめておくこととしたい。

そもそもアメリカの陪審制度では、訴訟の進行者と事実認定者とが完全に分けられており、その結果、事実認定者たる陪審員が証拠能力のない資料を見る機会はないし、逆に、証拠能力のない資料にも触れる裁判官は事実認定には一切関わらない。事実認定者にしてみれば証拠外の情報から物理的に遮断されているわけだから、証拠以外の情報から心証形成をしようにもそもそもそのようなことは不可能なのである。このように陪審制度自体が、証拠以外の情報によって事実認定が左右される事態の発生を制度的

に防止する巧みな仕組みになっている。また、法廷外の情報についても、特に犯罪報道による予断発生の防止に、アメリカは早くから体系的に取り組んできた¹⁵⁾。犯罪報道による予断発生を防止するための措置や予断発生後の救済が実際に発動される事案は多くないにせよ、判例上、実例がないわけではない。また、予断を抱いているおそれのある陪審員候補者が陪審員に入り込むことを可及的に阻止するために、陪審員選任手続において詳細な質問手続 (voir dire) を行うことによって、予断を持っている可能性のある候補者を積極的に見つけ出そうとしている。さらに、陪審員の予断排除以外の局面でも、たとえば、一般に、陪審員の公判審理への集中を担保するために結審まで予備陪審員が誰かを陪審員には明らかにしない運用がなされていることなどにも表れているように、アメリカの陪審公判手続は、手続のそこかしこに適正手続を阻害しかねない状況の発生を制度的にできる限り回避する仕組みを予め設けている。もちろんアメリカの制度も、不適正手続を制度上生じさせない仕組みを手続の隅々まで隙間なく行き渡らせているわけではない。しかし、日本の制度および運用は、全体としては、適正手続保障を裁判官・裁判員の誠実で良心的な職務執行に委ねる傾向が強いものに対して、アメリカにおいては、日本の制度に比べると不適正手続を生じさせたくても生じさせられない制度を装備するという考え方がかなり徹底していると言える。そして、アメリカにおいてそのような姿勢が、制度の運用上、面倒で手間がかかる側面があるにもかかわらず維持されているのは、不適正手続を生じさせられない仕組みを設けること自体もまた適正手続における適正さの中身として要求されているという発想が強いからではないだろうか。

適正手続の保障のあり方を考えたときに、アメリカの思考方法が合理性を持つことは明らかであろう。適正手続侵害のリスクは、低ければ低いことに越したことはない。確かに裁判員・裁判官に対して知識として得た証拠外情報から心証形成をすることを禁止し、裁判員・裁判官がその規範を墨守することに期待することは一概に不合理とは言えない。しかし、裁判

員・裁判官がどんなに努力しても、無意識のうちに心証形成に雑音が入り込むリスクをゼロにすることはできまい。その場合、リスクをゼロにできる方法があるのであれば、その方法を選択するのが最も合理的ではなかろうか¹⁶⁾。適正手続侵害をもたらすリスクをより低くする方法があるにもかかわらず、敢えてその方法を取らずに設計・運用される手続は、果たして適正といえるだろうか。少なくとも、相対的に適正手続侵害リスクの低い方法を選択すると手続上の他の利益に対する重大な侵害が生じるので、リスクの高い方法を選択せざるを得ないということについて説明責任を果たすことが、適正手続侵害リスクの高い方法による手続が適正手続の要求を満たしうると言えるための必要不可欠の条件であると考えらるべきであろう。

予断排除原則に関する法的制度が適正手続保障の要求を満たすために必要な水準を以上のように理解したうえで、以下、各項目の検討を行うこととする。

3. 公判前整理手続の主宰者

(1) 制度導入時の論争

公判前整理手続は、制度導入時から現在に至るまで、受訴裁判所が主宰して実施されている。立法当局による逐条解説においても、刑訴法316条の2にいう「裁判所」は受訴裁判所のことを指し、刑訴法316条の3等においても同様であると説明されている¹⁷⁾。2005年の同制度施行以来、一貫して、受訴裁判所が公判前整理手続を主宰する運用が続けられてきたこともあって、現在では、公判前整理手続を受訴裁判所が執り行うことはあたかも自明のことであるかのように理解されているかもしれない。

しかし、公判前整理手続の主宰者を誰にするかという点は、制度導入の議論の過程では、予断排除原則との関係で一定の論争があったことが忘れられてはならない。その論争においては、受訴裁判所主宰論に対抗して、

裁判官の予断および裁判員と裁判官との情報格差に対する懸念から、公判前整理手続を受訴裁判所が主宰することに反対する主張がなされた。すなわち、いくら争点整理といっても裁判官が実体と一切関わりがないということはありません、とりわけ裁判員裁判の場合には、裁判官だけが争点整理に関わることで事件の内容についての情報を有することになるから、裁判員との情報格差を生み出し、裁判員に対する影響力を増す可能性を否定できないとして、公判前整理手続を主宰する裁判所と公判を主宰する裁判所とを分けるべきであるという主張がなされていたのである¹⁸⁾。そして、実際、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会における審議では、途中まで、裁判員裁判における公判前整理手続の主宰者を受訴裁判所とする案（A案）と受訴裁判所以外とする案（B案）とが両論併記されていた¹⁹⁾。

しかし、同検討会におけるその後の議論では、A案を推す者が多数となり、結局、同検討会の井上正仁座長によるいわゆる「座長ペーパー」²⁰⁾においてA案が採られ、この案が最終的に法律においても採用された²¹⁾。

(2) 受訴裁判所主宰論の根拠

それでは、受訴裁判所が公判前整理手続を主宰すべき理由はどこにあるのだろうか。この点、「座長ペーパー説明」によれば、次のように説かれた。すなわち、「準備手続における争点整理や証拠調べ決定、審理計画の策定等は、公判における審理・証拠調べの在り方を決定付けるものであり、証拠開示に関する裁定も争点整理に密接に関連するものでありますので、いずれも公判の運営に責任を負う受訴裁判所の裁判官がこれに当たるべきであり、他の裁判所が準備手続を主宰し、その決定に受訴裁判所による公判審理の在り方が拘束されることになるのは不適当だと考えられます」とされた²²⁾。そして、この説明は、立法当局による逐条解説でも踏襲されている²³⁾。

また、予断排除原則との抵触の懸念に対しては、裁判官は心証形成目的

で証拠に触れるわけではないという裁判官の職務執行に対する誠実性への信頼を基礎とした説明が与えられた。さらに、その説明に加えて、裁判官が専横的に行う訴訟手続上の判断は公判開始後にも起こりうるので受訴裁判所が公判前整理手続を主宰しない場合でも裁判員との間に一定の情報格差は生じうるが、そのような情報に基づいて、裁判官が不当に裁判員をリードすることはあり得ない、とも指摘されている²⁴⁾。

確かに、円滑な公判審理の進行を考えたときに、公判前整理手続を受訴裁判所以外の裁判所・裁判官が担うやり方は、やりにくい側面があることは否定できないだろう。受訴裁判所が公判における証拠調べを実施しているうちに、公判前整理手続を主宰した裁判体の行った争点整理の仕方に違和感を覚えるような事態も生じうるかもしれない。そして、たとえば、公判前整理手続を主宰した裁判体が想定したよりも重要な争点であると受訴裁判所が考えた争点について、審理時間や証人尋問の時間には短時間しか割り振られていないような場合、受訴裁判所としては、裁判員を目の前にして、十分な審理時間を確保するために公判スケジュールの変更・延長を決断するか、裁判員の負担等を考慮して公判前整理手続を主宰した裁判体の行った争点整理の仕方に従って、重い論点としては扱わずにスケジュール通りの進行を行うかのジレンマに陥る事態も発生しうるだろう。また、公判前整理手続を主宰する裁判体は、受訴裁判所を窮地に陥れることを恐れて、争点を整理することに躊躇したり、各争点についてメリハリをつけずにすべて重い争点に位置付けてスケジュールの延長方向での変更を防止しようとする結果、公判の迅速化という目的から遠ざかってしまう可能性も考えられよう。

(3) 再論点化の必要性

しかしながら、これらのぎくしゃくしうる訴訟運営・進行が、受訴裁判所以外の裁判体が公判前整理手続を主宰することを否定する決定的な理由になりうるかは、検討の余地があるように思われる。とりわけ、手続関係

者に予断が生じかねない状況の発生そのものを制度的に回避する仕組みを設けること自体が適正手続における適正さの中身として求められているという考え方に立つならば、少なくとも判断者が証拠以外の情報に触れる制度とそのような情報に触れること自体がない制度とを比較して、前者を選択することが正当化されるためには、単なる手間の問題を越えて、たとえば、後者を選択すると適正手続保障の別の側面が阻害されるなどの理由がなければならないのではなからうか。

誤解のないように付け加えるが、このように問題提起をしたからといって、私自身が、公判前整理手続と公判を主宰する裁判体を分けるべきという結論を持っていて、その結論に誘導しようとしているわけではない。実際、もしかしたら、主宰者を分けることによる裁判の遅延は、被告人の迅速な裁判を受ける権利に重大な侵害を生じさせるかもしれない。また、主宰者の変更は、公判前整理手続と公判審理との比重を大きく変えることになるかもしれない。仮に、公判前整理手続の比重を軽くして、証拠開示や証拠決定の実質部分まで公判にゆだねることになるとしたら、結局、裁判員および公判担当裁判官は、本来は見てはいけなかった証拠を見ることになるかもしれない。逆に、公判裁判所から整理の仕方に疑問を持たれること嫌って、公判前整理手続を主宰する裁判体が水も漏らさぬ徹底的な争点整理をすれば、公判はセレモニーと化し、公判中心主義が後退するばかりでなく、市民が刑事裁判に参加する意義が薄れるとともに、手続の重要部分が公判前整理手続で処理されることによって裁判公開原則との関係でも新たな問題を発生させかねない。つまり、私自身も、主宰者峻別論に一定の親和性を持ちつつも決定打を見いだせないでいるのが正直なところである。

むしろ、私が最も危惧するのは、このようにあちらを立てればこちらが立たずといった複雑な問題が存在しているにもかかわらず、検討が不十分なままに公判前整理手続の主宰者に関する議論は終結済みであるかのような雰囲気を作られつつあるのではないか、ということである。公判前整理

手続の施行から数えれば、すでに7年余りの経験のなかで、これらの問題点を議論するための素材は徐々に集積しつつあるといえよう。この機会をとらえて、埋もれかけている本論点について、正面から課題として取り上げて、議論を再開するべきである²⁵⁾。公判前整理手続の主宰者をめぐる論点について、私が主張したいのは、たったこれだけのことにすぎない²⁶⁾。

4. 裁判員選任手続における質問

(1) 予断排除原則の理解と質問の目的・方法

裁判員法18条は、裁判所が「不公平な裁判をするおそれがあると認めたる者」は、不適格事由に該当し、裁判員となることができないと規定し、この規定を受けて、同法34条1項は、裁判員等選任手続において、裁判長が、不公平な裁判をするおそれがないかどうかを判断するため、必要な質問をすることができるものと定めている。さらに、同条2項は、両当事者も、裁判長に対して、裁判員等の選任の判断に必要と思料する質問を行うように求めることができる旨を定めている。

不公平な裁判をするおそれのある者が裁判体に加わることを防止するという本条の目的は明快である。しかし、この点でも、基本的に裁判員の職務執行に対する誠実性・真摯性をよりどころにして適正手続を保障することができるか、裁判員がいかに誠実・真摯な姿勢で職務執行に当たったとしても、なお無意識の予断が判断に悪影響を与え、適正な手続が阻害される危険性があるかによって、質問手続の運用の仕方は大きく異なりうる。モデル的に整理するならば、前者の立場に立つ場合には、積極的に不公平な裁判をすることを明言する裁判員候補者だけを排除すれば足りるということになり、それに応じて、質問の仕方としても、たとえば、「最初から被告人を犯人と決め付けていますか」など、候補者の裁判に向かう姿勢を直接的に問えばよいということになろう。これに対し

て、後者の立場に立てば、裁判員候補者自身も気が付かない無意識の予断を正確に把握するために、不公平な裁判をするおそれにつながる間接的な思想・信条や、事件に関する知識の有無・程度を細かく聞く必要が出てくる。また、たとえば、裁判員として選ばれたい、あるいは選ばれたくないという希望を予め持っている裁判員候補者が裁判員候補者として除外されないこと、あるいは除外されることを狙って回答することを想定して、裁判員候補者に質問の意図を悟られないように婉曲的・間接的な質問の仕方を行う必要も出てくる。

(2) 最高裁判所刑事規則制定委員会「質問の具体的イメージ」の考え方

そして、この点に関しても、現在の実務の運用では、裁判員の職務執行に対する誠実性・真摯性が確認されれば適正手続保障の要請を満たしているという考え方に基づいて、質問手続は簡潔なものにとどめられているようである。

すなわち、まず、最高裁判所刑事規則制定委員会において、質問手続に関する規定を整備する前提として、質問の具体的内容についてイメージを共有することが有益であるとして、質問の基本的考え方や質問の在り方が議論された²⁷⁾。そこでは、① 不公平な裁判をするおそれのある裁判員候補者を判別する上で意味があるかどうか、② 当事者が自己に有利な裁判員候補者を選別するための質問は認められないという法の趣旨、③ 裁判員候補者のプライバシー保護、④ 時間的制約等を考慮したうえで検討する必要があるという基本的考え方が打ち出された。この基本的考え方がすでに質問に対して相当抑制的な姿勢を表しているといわざるを得ないだろう。そして、実際、基本的考え方を受けた質問の方法として、「不公平な裁判をするおそれに直接繋がらない前提的な質問から多数の質問を重ねるのではなく、概括的な質問を行い、その回答に応じて必要に応じてさらに質問をするというアプローチが相当」とされる。その結果、委員会で導き出された「質問の具体的イメージ」は、たとえば、同種被害の経験の有無

は聞くが、被害の程度などについてさらに追加して質問することはせず、「被害経験を離れて、裁判で証拠に基づいて公平に判断することに支障があるかどうか」を直接的に聞く、というように裁判員候補者自身に公平に判断できるかを判断させるというタイプの質問が大部分を占めることになった。また、事件類型に応じて追加される質問も、捜査官証人について予め信用したり、信用しなかったりする事情があるかという点と、死刑適用事件について法律に従って判断ができるか否かという点の2点が挙げられているに過ぎない。しかも、この2点の質問もやはり最後は、公平に判断できるかできないかを候補者自身に自己申告してもらって「おそれ」の有無を判定する形になっている。

そして、運用イメージの公表を受けて、裁判所関係者から、運用イメージを支持し、質問の範囲を運用イメージの範囲に限定すべきとする解釈が相次いで出された。たとえば、同種被害の経験のある者に対しては、公平に判断することに支障があるかどうかを合わせて聞くべきで、同種被害の経験のみを質問する運用はありえないし、同種犯罪についてどのように考えるか、という質問も不公平な裁判をするおそれとの関連性が希薄なので避けるべきであるとされ²⁸⁾、候補者に対して本来の動機・趣旨を告げずに質問し、その応答を候補者の予想外の目的に利用することはアンフェアであるとされ²⁹⁾、もっぱら候補者の能力や人柄、評議への向き不向き等を探る質問は許されないとされ³⁰⁾、結局のところ、最高裁刑事規則制定諮問委員会で示された質問イメージの範囲を超える相当な質問は想定しがたい³¹⁾という結論に収斂するのである。

このような結果、アメリカの陪審員選任手続（voir dire）では事件を問わず質問される以下のような事項、すなわち、証人予定者との知己、事件の場所についての詳細な知識、候補者の家族に警察官や刑務官などの法執行官がいるかどうか、同種事件の目撃の有無、候補者の家族の前歴、同種事件に対する支持あるいは反感などは、日本の裁判員選任手続では質問されないようである。

もちろん、運用イメージは、個々の裁判体の訴訟指揮を拘束するものではないと説明されるのかもしれない。しかし、事実上、多大な影響力があることは否定できないし、実際、裁判員裁判を経験した弁護人からは、質問が簡単すぎて、不公平な裁判をするおそれを判断するためにほとんど意味をもたないという指摘³²⁾や、追加質問がほとんど認められないという現状が報告されている³³⁾。仮に、このような直接的質問による簡潔な質問手続の在り方が運用上固定化されようとしているのだとすれば、そのような動きに対しては、被告人に対する適正手続保障の観点から、重大な疑問を呈さざるを得ない。

(3) 裁判員候補者による自己判断の問題点

公判前整理手続の主宰者に関する検討においても指摘したように、大多数の裁判員候補者は誠実に職務執行をするつもりで裁判所にやってくる。しかし、事件や被告人に関する予断・偏見は、本人の良心と努力だけでは除去しきれない部分はどうしても残る。だからこそ、本人の「大丈夫。公平に判断できます」という自己認識だけに頼るのは危険なのである。適正手続保障の観点からは、事前に予断・偏見を相対的に強く有している可能性のある人を手続から除外して、予断排除原則が侵害されるリスクをなるべく低くした状態で手続をスタートさせる必要がある。

しかも、公判前整理手続の主宰者を誰にすべきか、という問題とは異なり、裁判員候補者に対する質問手続は、詳細化しても、公判中心主義や裁判公開原則など適正手続上の他の問題と抵触することはほとんど考えられない。手続全体の期間に占める裁判員候補者に対する質問手続の比重の小ささを考えれば、当事者が極端に戦略的な使い方をすることを予定した制度にしない限り、迅速な裁判の保障との抵触も大きな問題になることはないだろう。それゆえ、裁判員候補者に対する質問手続に関しては、適正手続侵害のリスクが相対的に低いと評価できる詳細な質問手続を取ること自体が、適正手続保障の条件として要請されると考えられる。

（４） 詳細な質問手続構築の必要性

簡略化した質問手続の固定化を見直して、質問手続の詳細化に向かうべきであるということは、裁判員制度導入の議論がなされていた時代から繰り返し指摘されてきたことだが³⁴⁾、実務の運用では、あまり省みられることなく、風化してしまいかねない。改めて具体的に提言して、関心を再び喚起したい。

第１に、予断を抱く原因となりうる諸要因を幅広く拾い出して、質問の範囲を広げるべきである。アメリカの *voir dire* において事件を問わず質問される項目がさしあたり参考になるものと思われる。

第２に、不公平な裁判をするおそれに直接はつながらないが、そのおそれを推認させる間接事実となりうる前提的な事項こそを質問すべきである。むしろ、裁判員候補者に「公平に判断できるか否か」を直接的に質問するのは、質問の仕方としてあまりにも稚拙なやり方であるように思われる。仮にこのような質問をするとしても、それは前提的な事項についての回答に影響を及ぼさないように、前提的事項に関する質問がなされたのちに行われるべきであるし、自己認識についての回答は不公平な裁判をするおそのの有無を判断するに当たっては重視すべきではなく、あくまでも補助的に参考とする程度に位置づけるべきであろう。質問者の意図を明らかにしない質問のやり方に対しては、裁判員候補者に対してアンフェアであるとの指摘もなされているが、そもそも裁判員候補者は、当事者的に質問者の意図を告知されて、それに対して回避したり、防御したりすることが正当な権利として認められるような立場で刑事裁判にかかわる存在ではない。裁判員候補者が、質問の意図を容易に知り、回避・防御行動をとることを可能にしてしまう質問しか許されないことこそ、被告人に対してアンフェアであると言うべきである。

第３に、両当事者に対して、積極的に追加質問を許すべきである。自己に有利な裁判員を見定めるといふ質問手続の戦略的な利用を恐れるあまり、質問を事前抑制する運用は本末転倒である。そもそも現在のような簡

略すぎる質問では、不公平な裁判をするおそれはあるが、具体的に指摘できるまでの根拠を質問手続の中で即座に見出すことまでは難しい裁判員候補者に対して理由を示さない不選任権を行使するための手がかりを当事者が得られるレベルにさえ達しておらず³⁵⁾、裁判員候補者の風貌や属性など、候補者の心理的要素や事件に関する知識とは何ら関連性のない単なる印象に基づいて理由を示さない不選任権を行使することになりかねない。このような印象論による選択は、かえって公平な裁判体の構成を危うくすることが懸念される。

第4に、裁判員候補者に対する質問は、全員あるいは集団に対して一斉に質問するのではなく、一人ひとり個別に呼んで質問する方式を取るべきである。この点も、制度導入前から指摘されてきたことだが、個別質問方式を取ってはじめて、他の候補者の予断に満ちた発言や表現に汚染される可能性を排除でき、他の候補者が質問されるのを見て、より選ばれるようにあるいはより排除されるように工夫して答えることを防止できる³⁶⁾のである。

5. 公判における裁判官・裁判員の質問

(1) 裁判所の公平性との関係

公判における裁判員や裁判官の質問の在り方という問題は、予断排除原則とは直接のかかわりは持たない。にもかかわらず、本稿があえてこの論点を取り上げて検討する理由は、とりわけ裁判員が公判で証人や被告人に対して質問することを奨励・歓迎する風潮の底流に、適正手続保障の実現方法という観点からみて、受訴裁判所が公判前整理手続の主宰するという考え方や裁判員選任手続における詳細な質問を否定する考え方と共通する思考方法が流れているように思われるからである。

裁判員による質問がなぜ好意的に評価されるかと言えば、おそらく、裁判員の質問行為が、裁判員が審理に熱心に参加して、真面目に判断しよう

としている姿勢の徴表と考えられているからであろう。そして、判断者が真摯かつ誠実に職務を執行することは、適正手続保障にとって不可欠の条件であることに疑いはない。しかし、再三述べているように、判断者の職務執行の誠実性に過度に依拠して適正手続保障を実現しようとする考え方は、ときに結果として、適正手続の十分な保障から遠ざかる危険性を持っている。裁判員・裁判官による質問についても、裁判員・裁判官による積極的な質問行為が、適正手続を別の側面から掘り崩すことにならないか、慎重に検討する必要があるように思われる。

このように考えたとき、アメリカにおいて、陪審員による質問に対して極めて抑制的な仕組みがとられていることに注目すべきである。アメリカにおいては、一般に、陪審員が証人に質問をすることは、推奨されない。なぜかといえば、陪審員は、事実についての公平な判断者でなければならず、手続における一方当事者の擁護者であってはならないからであると説明されている。確かに、本来、中立公正な判断者であるべき裁判員や裁判官が、うっかり一方当事者の擁護者的な質問を行い、それに対する証人の答えが、一方当事者に偏った内容になり、結果として、事実認定に重大な影響を生じさせるという形で間接的にせよ公平な裁判所の保障の侵害につながることはありうる。また、裁判員裁判との関係では、裁判官による質問に裁判官の心証がにじみ出る結果、迎合的供述を導いたり³⁷⁾、評議が開始される前に裁判員が裁判官の下した評価に影響を受けてしまい、裁判官の誘導が生じたりするおそれも指摘されている³⁸⁾。つまり、裁判員や裁判官が職務に熱心になるあまり、事実解明にのめりこんで何でもかんでも聞いていくことは、かえって判断の中立性・公正性を損なうおそれをなしとしないのである³⁹⁾。裁判員が質問すること自体に重要な意味があるかのような報道は、そのこと自体、的外れではなはだ疑問だ、という指摘⁴⁰⁾は、正鵠を射ているように思われる。

(2) 疑わしきは被告人の利益に原則および防御権との関係

しかし、このような疑問に対してはさらに、正しい事実認定の探求という観点から、むしろ主として裁判官による積極的な補充尋問の意義を強調する見解が対置されよう。杉田宗久は、渡辺修によって分類された⁴¹⁾ 謙抑型裁判官と究明型裁判官のうち、自らの立場を「かなりはっきりした究明型裁判官である」と位置付けたうえで、積極的な補充尋問の正当性を以下のように説く。すなわち、証言の信用性を判断するために必要な事項について、当事者が聞き落したり尋ね方が不十分である場合に、補充尋問でその点を確かめておくべきであるのは、正しい事実認定を志す者としての当然の職責であり、「裁判所の疑問点を証言時に明らかにしないまま、いきなり判決中で不自然・不合理などと書くのは、当事者に対しても、何より証人自身に対しても不意打ちになりかねず、ひいては証言の信用性評価を誤ることにもつながりかねない」⁴²⁾ とされる。そして、もちろんあまりに甚だしい追及的態度に陥ってはならないと留保しつつも、「証人や被告人に対し疑問点を質していく以上、ある程度弾劾的・追及的になることは避けられない」⁴³⁾ として、裁判官が積極的に疑問点を解明する役割を果たすことを肯定的に捉えるのである。また、裁判員による質問についても、裁判員による質問に異議を提起するとすれば、「一般市民が証拠の信用性等について抱いた疑問を直接問い質そうとするのを封殺する結果になるが、果たしてそれでよいのであろうか」、との疑問を提起し、そのような異議を認めることは、理念の問題として、「裁判員裁判導入の根本原理と並び立ち得るものなのか」疑問であるとまでされるのである⁴⁴⁾。

しかしこのような見解は、前述した予断排除原則や裁判官・裁判員の公平性との抵触のおそれという問題を越えて、刑事訴訟法の鉄則である疑わしきは被告人の利益に原則や被告人の防御権との関係でも重大な問題を生じさせると言わざるを得ない。

言うまでもなく、刑事裁判においては検察官が全面的に挙証責任を負っている。したがって、証人に対して、裁判官や裁判員の心証に合理的疑い

を残さないように証言させる責任は、裁判官・裁判員ではなく、検察官が担うべきものである。証人に対して、どういう順序で、どういう事柄を質問していけば、尋問終了時に、合理的疑いをすべて解消してもらえるかを組み立て、実際に証人から適切に証言を引き出していく作業こそが、証人尋問の場面で、検察官が挙証責任を果たすということの具体的あり方である。逆に、被告人側は、証人の証言には疑問点が残るという心証を与えるべく、尋問を行う。そうすると、証人尋問において検察官の尋問が不十分で事実について明確ではない部分が残る場合には、被告人側としては、その部分は不明確な状態のまま証人尋問を終了させるのが、防御権行使の具体的ありようになるはずである。その結果、被告人が無罪になったとしても、それは検察官が挙証責任を果たせなかったということ以上のことを意味しない。にもかかわらず、裁判官が当事者の尋問に介入して、証言に残る不明確な部分を明確化するとすれば、被告人側が、検察官の尋問によっては明確にならなかったのも、あえてそれ以上、その点には触れないという形で行った防御権行使に対する明らかな侵害である。

裁判官や裁判員にとっては、事実があいまいなまま証拠調べが終わると、歯痒い気持ちや不愉快な気分になることは十分理解できる。それは、人間の本性として避けられない自然な感情であろう。しかし、刑事裁判においては、その基本原則に従って、検察官の立証を超えて「知りたい」という欲求を満たすことは我慢してもらわなければならない。そうでないと、結局は、裁判所自らが一定の方向に向かって積極的に事実を探しに行くことを許すことになり、積極的実体的真実主義＝必罰主義に逆戻りしかねない⁴⁵⁾。両当事者の立証のみを事実認定の素材にするからこそ、一方向の事実へのめりこむことなく、一歩引いた冷静な立場から中立的な判断ができるのである。

(3) 適正手続保障のための質問

ただし、一方で裁判所は、適正手続保障に責任を負っている。したがっ

て、いくら当事者の尋問にまかせるのが原則とはいっても、検察官の立証に明らかに合理的疑いを生じさせる余地があるにもかかわらず、被告人側が証人尋問でその点に触れないままに尋問を終了しようとしているような場合には、適正手続保障の担い手として、補充尋問することに躊躇する必要はない。しかし、少なくとも検察官の立証の不備を補うような補充尋問は、被告人の防御権を侵害し、公平な裁判所を逸脱する行為であって、許されないと考えるべきである。なお、念のために付言すると、このような片面的対応を認めたからといって、疑わしきは被告人の利益に原則に支配される刑事裁判の文脈において中立性を害するとの非難が当たらないことは、言うまでもない。

以上の検討を踏まえれば、被告人の防御権を侵害しないようにし、また、疑わしきは被告人の利益に原則に従った適正な事実認定を行うためには、裁判員・裁判官が質問を行うことには、謙抑的であるべきである⁴⁶⁾。木谷明が指摘するように、裁判官が裁判員に影響を与えないようにすることについても配慮が必要な裁判員裁判においては、裁判官は、今まで以上に、「公平な判断者」に徹するべきである⁴⁷⁾。

6. 結びにかえて

不適正手続を生じさせられない仕組みを設けること自体もまた適正手続における適正さの中身として求められ、予断排除原則の充足の場面でも、手続関係者に予断が生じかねない状況の発生自体を制度的に回避するという考え方をとることが適正手続保障の内実として求められるとする本稿の立場からすれば、現在の裁判員公判手続には、事実認定手続と量刑手続を分ける手続二分論や、裁判員裁判に被害者参加を認めることの是非⁴⁸⁾をはじめとして、なお検討しなおすべき点が多々含まれている⁴⁹⁾。しかし、手続二分論一つを取ってみても、判決前調査制度と組み合わせるべきか否か、その場合に量刑の判断者を誰にすべきかなど、一筋縄では解決のでき

ない問題が絡み合っており、本稿で取り上げた個別項目以外の裁判員公判に残る問題点の本格的な検討は他日を期さざるを得ない。本稿では、予断排除原則とそこから派生する問題のうち、相対的に議論が低調に見え、このままでは問題点の存在自体が忘れ去られてしまいかねない個別の項目を取り上げて、具体的な改革の方向性を提起した。改革の提案が十分な説得力を持っているかどうかは心もとないが、各論点について、諸家の関心をもう一度呼び起こすことができるとすれば、本稿の目的の大半は達成されたといえよう。

- 1) 最高裁ホームページ「裁判員制度の実施状況について」参照。
- 2) 最高裁判所に「裁判員制度の運用等に関する有識者懇談会」が、法務省に「裁判員制度に関する検討会」が、それぞれ設置されている。
- 3) 日本弁護士連合会ホームページ参照 (http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2012/opinion_120315_5.pdf)。
- 4) 法務省ホームページ参照 (<http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi03500012.html>)。
- 5) これらの課題の一部については、最近、簡潔にはあるが検討する機会を得た。参照、渕野貴生「裁判員制度の評価と今後の刑事司法改革の課題」法と民主主義474号（2012年）57頁以下。
- 6) 最判平成24年9月7日・判例時報2164号45頁。
- 7) 議論の経緯については、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会資料「刑事裁判の充実・迅速化について（その1）」、同「考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について」（井上正仁座長）および同「『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』の説明」（井上正仁座長）（いずれも、辻裕教『司法制度改革概説6 裁判員法／刑事訴訟法』（商事法務、2005年）に所収）を参照されたい。
- 8) 同様の指摘をするものとして、参照、笹倉香奈「予断排除原則と公判前整理手続」季刊刑事弁護60号（2009年）49頁。丸田隆「市民が活きる裁判員制度に向けて——ニューヨーク州の刑事裁判実務から学ぶ」日本弁護士連合会ニューヨーク州調査報告団編『市民が活きる裁判員制度に向けて——ニューヨーク州刑事裁判実務から学ぶ』（現代人文社、2006年）18頁。
- 9) 竹中雅史「裁判官の予断とどう闘うか」季刊刑事弁護60号（2009年）40頁。鈴木一郎「公判前整理手続における検察官の証明予定事実」季刊刑事弁護60号（2009年）46頁。高田昭正「裁判員裁判によって裁判官を変えられるか」季刊刑事弁護59号（2009年）18頁。緑大輔「公判前整理手続に見る裁判員裁判への裁判官の姿勢——広島高裁平成20年9月2日判決等を素材に」季刊刑事弁護59号（2009年）27頁。渕野貴生「裁判員制度と刑事手続改革」法律時報76巻10号（2004年）33頁。白取祐司「新たな準備手続と迅速な裁判——自

- 己負罪拒否特権・予断排除の原則との関連において」現代刑事法 6 巻12号 (2004年) 14 頁。大阪弁護士会裁判員制度実施大阪本部編『コンメンタール公判前整理手続』(現代人文社, 2005年) 13頁以下。
- 10) 鼎談「国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号 (2001年) 120頁以下〔井上正仁発言〕。池田修『解説 裁判員法[第2版]——立法の経緯と課題』(弘文堂, 2009年) 106 頁の注3。司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』(法曹会, 2008年) 16頁。村瀬均「刑事裁判の充実・迅速化——裁判官の立場から」現代刑事法 6 巻12号 (2004年) 29頁以下。
 - 11) 大澤裕「『新たな準備手続』と証拠開示」刑法雑誌43巻3号 (2004年) 76頁。川出敏裕「新たな準備手続の創設」現代刑事法 4 巻11号 (2002年) 46頁。酒巻匡「刑事裁判の充実・迅速化——争点整理と証拠開示手続の構築」ジュリスト1198号 (2001年) 148頁以下。亀井源太郎「予断排除原則の行方」研修699号 (2006年) 7 頁以下。
 - 12) 川出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト2号 (2012年) 57頁。
 - 13) 木谷明『刑事事実認定の理想と現実』(法律文化社, 2009年) 178頁は、プロの裁判官といえども、法廷外の雑音に影響されることは十分あり得ると述べている。
 - 14) 瀧野貴生「裁判員裁判が適正であるために必要な水準」福井厚先生古稀記念論文集『裁判員裁判時代の刑事法理論』(法律文化社, 2013年刊行予定)。
 - 15) 詳細については、参照、瀧野貴生『適正な刑事手続の保障とマスメディア』(現代人文社, 2007年)。
 - 16) 笹倉香奈・前掲注8 論文・50頁が、判決が説得力を持ち、事実認定者が公平であるということ当事者が納得するためには、「裁判所の公平さが、外形的に保証されていることが必要」と説くのも、本稿の考え方と基本的方向性において共通していると言えようか。
 - 17) 辻裕教「刑事訴訟法等の一部を改正する法律 (平成16年法律第62号) について(1)」法曹時報57巻7号 (2005年) 78頁。
 - 18) 大出良知「刑事司法改革の行方——20世紀の負の遺産を払拭することができるか」季刊刑事弁護28号 (2001年) 14頁。丸田隆・前掲注8 論文・18頁。
 - 19) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会資料「刑事裁判の充実・迅速化について(その1)」。いわゆる「たたき台」と呼ばれているものである。
 - 20) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会資料「考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について」(井上正仁座長)。
 - 21) 法定化の経緯については、参照、西村健「公判前整理手続創設および連日的開廷の法定化の経緯」季刊刑事弁護41号 (2005年) 21頁以下。
 - 22) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会資料「『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』の説明」(井上正仁座長)。なお、参照、鼎談「国民の司法参加・刑事司法」ジュリスト1208号 (2001年) 121頁〔井上正仁発言〕。
 - 23) 辻裕教・前掲注17論文・70頁。
 - 24) 司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会資料「『考えられる刑事裁判の充実・迅速化のための方策の概要について』の説明」(井上正仁座長)。
 - 25) 受訴裁判所が公判前整理手続を主宰することの是非について、裁判員制度3年後見直し

の論点にすべきとする主張として、参照、大出良知「裁判員裁判の到達点と課題」季刊刑事弁護72号（2012年）21頁。

- 26) なお、私はこれまで、公判前整理手続と予断排除原則との関係を検討した論稿において、公判前整理手続が予断排除原則と抵触するおそれについて再三指摘してきた。しかし、これらの論稿においては、公判前整理手続の主宰者は受訴裁判所となっている事実を漫然と前提にしてきたため、公判前整理手続を受訴裁判所が主宰することの是非については、正面から取り上げて論じていなかった（澗野貴生・前掲注9論文・33頁、澗野貴生「公判前整理手続の問題点」季刊刑事弁護41号（2005年）27頁以下など）。しかし、前稿以降検討を進めた結果、本稿において、主宰者の変更という選択肢も付け加えたうえで、よりよい改革の方向性を見極めていくべきとの考えに至った。
- 27) 齊藤啓昭ほか「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の解説」法曹時報61巻5号（2009年）103頁以下。
- 28) 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題」判例タイムズ1287号（2009年）48頁の注94。今崎幸彦「共同研究 裁判員等選任手続の在り方について——辞退事由の判断の在り方を中心にして」判例タイムズ1266号（2008年）14頁の注17。
- 29) 最高裁判所事務総局刑事局・前掲注28論文・49頁。今崎幸彦・前掲注28論文・15頁。
- 30) 池田修・前掲注10書・89頁。
- 31) 池田修・前掲注10書・89頁の注12。
- 32) パネルディスカッション「裁判員裁判を経験して」日弁連研修書『現代法律実務の諸問題＜平成22年度研修版＞』（第一法規，2011年）521-522頁〔照井克洋，尾形昭〕。菅野亮「裁判員の選任手続の現状と課題」季刊刑事弁護72号（2012年）24頁以下。
- 33) パネルディスカッション「裁判員裁判を経験して」日弁連研修書『現代法律実務の諸問題＜平成22年度研修版＞』（第一法規，2011年）523頁〔齋藤拓生〕，小笠原正景「裁判員裁判の課題——公判前と公判での攻防を中心として——」日弁連研修書『現代法律実務の諸問題＜平成22年度研修版＞』（第一法規，2011年）501頁。
- 34) 小早川義則『裁判員裁判と死刑判決』（成文堂，2011年）198頁。伊藤和子『誤判を生まない裁判員制度への課題——アメリカ刑事司法改革からの提言』（現代人文社，2006年）172頁。西村健「裁判員選任手続の技術」自由と正義57巻10号（2006年）55頁。
- 35) 同旨、角田雄彦「裁判員等選任手続のシミュレーションを中心として」季刊刑事弁護42号（2005年）45頁以下。角田は、不選任請求権を実質的に保障するために、当事者の意見を質問票に反映させるべきであり、弁護側に直接質問権を認める運用をしてかろうじて裁判員法34条2項は、「公平な裁判を受ける権利」との関係で憲法37条1項違反の評価を免れることができる、と主張する。
- 36) 福来寛「アメリカ弁護人の経験に基づく裁判員選任手続での提案」判例タイムズ1252号（2007年）24頁以下。
- 37) 座談会「本格始動した裁判員裁判と見えてきた課題」法律のひろば63巻1号（2010年）33頁〔河本雅也発言〕。
- 38) 後藤貞人＝秋田真志「裁判官は何でも尋問できるか？——裁判官による尋問に対する異議」季刊刑事弁護45号（2006年）178頁以下。

- 39) 裁判官のなかからも、このような見解が表明されている。参照、座談会・前掲注37論文・33頁〔河本雅也発言〕。
- 40) 座談会・前掲注37論文・33頁〔酒巻匡発言〕。
- 41) 渡辺修「証人尋問と裁判官——『裁量糾問主義』から『真の当事者主義』へ」ジュリスト1148号（1999年）90頁以下。
- 42) 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践』（成文堂，2012年）173頁。
- 43) 杉田・前掲注42書・174頁。
- 44) 杉田・前掲注42書・182頁。
- 45) 同様の指摘をするものとして、参照、渡辺修・前掲注41論文・91頁。
- 46) 同旨、渡辺修・前掲注41論文・91頁。
- 47) 木谷明・前掲注13書・220頁。
- 48) この点については、さしあたり、参照、淵野貴生「被害者の手続参加，被害者報道と裁判員制度」犯罪と刑罰19号（2009年）51頁以下。
- 49) 裁判員制度を契機とした手続二分論については、例えば、参照、青木孝之「争いのある事件における手続二分」季刊刑事弁護72号（2012年）31頁以下。杉田宗久・前掲注42書・193頁以下。上田國廣「裁判員裁判と手続二分論」季刊刑事弁護44号（2005年）34頁以下。