

# 国民の司法参与に関する

## 『選択型・勧告型の韓国型陪審制』の象徴性

趙 炳 宣\*

### I. 序論：韓国型陪審制

韓国の国民参与裁判は「司法不信」を解消しようと司法改革の一環として導入された。しかし法律の立案過程において、法院<sup>1)</sup>の裁判業務の負担などを考慮すれば年間100-200件程度の刑事事件を国民参与裁判として進行することが適切であるとの判断がなされ、被告人の選択に任せる方式が取られた。しかし、実際に選択されたのは、初年度2008年に64件、2009年95件、2010年162件で、当初予想に達しなかった。施行率（対象事件総数：施行件数）は全体対象事件の1.4%である。この点に鑑みて韓国の国会法制司法委員会法案審査1小委員会は2011年11月14日国民参与裁判の対象範囲をすべての刑事合議部事件に拡大することを主要内容とする「国民の刑事裁判参与に関する法律（法律第8495号）」（以下、参与裁判法という）の改正案を審議・可決した。同法案は11月23日法制司法委員会全体会議を経て11月24日国会本会議で通過すれば2012年1月1日から施行される。参与裁判法改正案は法定刑が死刑・無期懲役もしくは短期1年以上の懲役または禁固に該当するすべての刑事合議部事件を参与裁判の対象としている。2010年の1審刑事合議部には1万5311件が、単独法院には21万428件が受理された。したがって来年1月からは全国法院の合議部で処理する1万5000件以上の事件が被告人の申請によって国民参与裁判として進行されることが可能となる。施行率1.4%が維持されるとすると、年間約210件の参与裁判が施行されると予想される。現行法の規定では韓国の陪審評決は勧告的効力を持つに過ぎないが、これまでの陪審員の評決と法院の判決が一致する比率はおよそ90%以上と報告されている。言い換えれば実定法上の勧告的効力規定により10%程度は法院の判断が陪審員の評決を排除していることになる。この点において韓国の国民参与裁判は、英米法系の陪審裁判の本質が十分に反映されたものではない「韓国型陪審裁判」である<sup>2)</sup>。このような韓国型陪審裁判の特徴を要約するならば『勧告型・選

---

編集部注\* 清州大学校教授 本稿は、2011年12月5日に開催された第45回シンポジウムの報告原稿に、加筆修正したものである。

- 1) 韓国と日本の法律用語が異なる場合、原則的に韓国の用語を使用し、誤解を招く可能性がある場合にのみ日本の用語を使用する。例えば韓国では「節次」というがここでは「手続」と表現する。他に韓国の用語に代った例としては「裁判所」を「法院」、「最高裁判所」を「大法院」、「検察官」を「検事」、「裁判官」を「判事」（または「法官」）と表記するなどである。
- 2) 韓国の国民参与裁判制度を日本語で日本に紹介した筆者の論文は、趙炳宣、「韓国における国民参与裁判制度の「最終モデル」に関する論争およびその展望」岡山大学法学会雑誌 第61巻第1号（2011年8月）、158-

択型国民参与裁判』ということができる。

## II. 選択型の第1争点：通常裁判と国民参与裁判の比較優位

韓国の国民参与裁判制度が選択型を選んだことは、まず「法官による裁判を受ける権利」に関する違憲の疑いを減らす意図にでたものである（以下1参照）が、このような選択型としたことにより必然的に通常裁判と国民参与裁判が並存することになる。この時、いずれの形態の裁判が韓国の刑事司法の基本モデルなのか、その比較優位の判断により法の解釈や実務の運用に大きな違いが生じることになる（以下2,3参照）。国民参与裁判に関する判例を見ると、憲法裁判所と大法院の態度にはこの点について大きな違いがある。

### 1. 憲法裁判所2009.11.26決定、2008헌바12

司法改革委員会において韓国にいかなる形態で国民参与裁判を導入するのかを議論している過程ですでに、韓国憲法第27条第1項が規定している「憲法と法律が定めた法官による裁判を受ける権利」が侵害されることになるのではないかとこの疑問が提起された。特に、日本とドイツの憲法は「法院による裁判」と規定しているが、韓国の場合「法官による裁判」と規定しているのであるから、陪審制を導入することはできないというのが違憲論の主たる根拠であった。しかし、事実陪審制とした上で職業法官が裁判全過程において法的専門性を備えた訴訟指揮を行い、1審裁判に関する控訴審裁判を職業法官だけで行うことを可能とするならばこのような違憲的要素は解消することができるという主張もある程度説得力を持つようになった。ここで「法官」が「職務活動の独立性と身分保障が憲法によって担保されている法官」だけを意味するのか、そうではなくて単に「法律に定めた法官」であれば足りるのかを巡って論議が引き起こされた。この論議には、簡単には決着が付かず、司法改革委員会において韓国社会に適合した国民参加の形態が議論された際に、国民の参与裁判に勧告的効力のみを付与する折衷案が提案された<sup>3)</sup>。折衷案は陪審員の評決と職業法官の判断が一致しない場合、職業法官が陪審員の評決を排除して自身の判断を貫徹させることができるとしておけば、違憲性の程度が下がるという理由で提案されたのである<sup>4)</sup>。

国民参与裁判に関する憲法訴願は国民参与裁判を希望するが国民参与裁判の対象が法律によって制限されているために、その裁判を受けることができない請求人が提起したわけであるが、憲

---

174；趙炳宣、山名京子／金玲（訳）、「韓国の国民参与裁判制度の1年半の状況とその評価」関西大学法学論集第59巻第5号（2010.2）、90-125。筆者の論文以外にも日本語で出刊された資料は今井輝幸、『韓国の国民参与裁判制度』、イウス出版（2010）；今井輝幸、「韓国の国民参与裁判制度の現状」刑事法ジャーナル第15号、65-90；申東雲、李東熹（譯）、「韓国における刑事司法の改革」刑法雑誌 第48巻 第2号、1-13；李銀模、「韓国の国民参与裁判制度の内容と問題点」ノモス第23号、65-76。

3) その他にも修正案には陪審員は法律専門家ではないとの点が考慮されて裁判所の証拠能力に関する審理に関与できない規定を新設して（参与裁判法第44条）追加された。この条項やはり違憲論を排除させる根拠になった。

4) 趙炳宣、岡山大学法学会雑誌 第61巻第1号（脚注2）、158-159参照。

法裁判所はこれに関する判決で「法官による裁判を受ける権利」に言及している。2009年の憲法訴訟の請求人は「暴力行為など処罰に関する法律」違反（集団・凶器など傷害）、「銃砲・刀剣・火薬類など取締法」違反および名誉毀損の嫌疑で2007年2月8日に起訴され、ソウル東部地方法院で懲役4年の有罪判決を宣告されて控訴した。請求人は控訴審の間ずっと、「国民の刑事裁判参与に関する法律」第5条第1項、第46条第5項および付則第2項が請求人の裁判請求権、平等権などを侵害していて違憲であると主張して違憲提請申請をしていたが、2008年2月4日にこれが棄却されるや、新たに2008年2月25日に憲法裁判所に憲法訴訟審判を請求した。憲法裁判所は2009年11月26日法官全員一致で、「国民の刑事裁判参与に関する法律」第5条第1項、第46条第5項、付則第2項に関する憲法訴訟事件で上の規定が憲法に違反しないという決定を宣告した<sup>5)</sup>。決定要旨は以下のようなものである。

『…我が憲法上、憲法と法律が定めた法官による裁判を受ける権利は職業法官による裁判を主な内容とするから、国民参与裁判を受ける権利が憲法第27条第1項で規定した裁判を受ける権利の保護範囲に属すると見ることはできない。参与裁判法第5条第1項は、既存の刑事裁判と相異なった国民参与裁判のための物的、人的条件を当初から整えるのは困難であるという点を勘案して対象事件の範囲を制限したもとしてその目的の正当性が認められ、国民の関心事が集中し被告人の選好度が高い重罪事件にその対象事件を限定したことは、上記目的のための合理的な方法であるから、請求人の平等権を侵害しない。参与裁判法付則第2項は、法院の業務負担と訴訟経済などを考慮してその対象事件を限定する必要があることから、国民参与裁判の対象時期を法施行時点における公訴提起の有無を基準に定めた点に目的の正当性が認められ、公訴提起時点を基準として法適用の可否を定めた本条項については、目的達成のための合理的な手段であると言え、本条項もやはり請求人の平等権を侵害しない。』

2009年12月にも部長判事に石弓を発射した「石弓事件」で広く知られた元教授が提起した憲法訴訟に対しても憲法裁判所は同様に宣告した。元教授である請求人は教授再採用拒否に従わず「教授地位確認訴訟」を起こして1審で敗訴し、2007年1月には控訴も棄却された際、当時の裁判長であるソウル高等法院の部長判事に石弓を撃った容疑で起訴されて昨年6月大法院で懲役4年の刑を宣告された。元教授は、この石弓事件控訴審裁判過程で『国民参与裁判の対象事件を制限したことは裁判請求権と平等権などを侵害して違憲』と主張して法院に違憲法律審判を請求したが棄却され、その後すぐに憲法裁判所に憲法訴訟を出した。被害者が判事の場合、司法府の公正な裁判を期待できない場合にも国民参与裁判を受けることができないから、対象事件を限定した「国民の刑事裁判参与に関する法律（参与裁判法）」条項が憲法上の基本権を侵害するとして提起された憲法訴訟に対し、2009年12月7日憲法裁判所全員裁判部は『請求人の裁判請求権と平等権を侵害しない』として法官全員一致で合憲決定を下した。憲法裁判所は『憲法と法律が定めた法

---

5) 憲法裁判所2009.11.26決定、2008헌마12,判例集21卷2集下493～509.

官による裁判を受ける権利は、職業法官による裁判を主な内容とするから、国民参与裁判を受ける権利が憲法で規定した裁判を受ける権利の保護範囲に属すると見ることはできない』とし、また『まず、法定刑の高い事件から国民参与裁判の対象に含ませた後、大法院規則で次第に範囲を拡大していく余地を残しているため立法目的も正当である』と判示した<sup>6)</sup>。

韓国の憲法裁判所は、「法官による裁判を受ける権利」のみが憲法的に保障される権利なのであるから、このような権利が基本的に保障される中で選択的に国民参与裁判を受けられるようにしたことは合憲だと見たのである。結局、憲法的に保障される裁判を受ける権利は「法官による裁判」を原則とすることを間接的に表現したと見ることができる<sup>7)</sup>。しかし大法院はこれとは異なり、かえって国民参与裁判が原則的であるとする意見を表明しており、注目される。

## 2. 大法院2011.9.8宣告2011도7106判決

国民参与裁判制度が発足して間もないころから、第1審法院が国民参与裁判排除決定をする頻度が高すぎるという批判が提起されている。この点と関連して大法院は、国民参与裁判を実施することが原則であって、排除決定は例外であるという基準を宣言した。問題になった事件で第1審法院は参与裁判対象事件の強姦致傷罪の被告人に公訴状副本を送達した日から7日が経過する以前に被告人の参与裁判申請意思を確認することなく通常裁判で第1回公判期日を進行した。被告人は第1回公判期日の前日に拘置所長に国民参与裁判申込書を提出したが、これが法院に受理されたのは、第1回公判期日が開始された後であった。以後通常裁判で手続が進行されて有罪が宣告され、被告人は控訴したが控訴審法院は控訴を棄却した。大法院は国民参与裁判対象事件の被告人が国民参与裁判を申請したのに法院がこれに関する排除決定をしないまま通常の公判手続で裁判を進行した場合には、公判手続で行われた訴訟行為は無効であるとする判決を下した。大法院は次のような理由で控訴審判決と第1審判決を全部破棄して事件を第1審法院へ差し戻した。

『被告人が第1審法院に国民参与裁判を申請したにもかかわらず第1審法院がこれに関する排除決定をしないまま通常の公判手続で裁判を進行することは、被告人の国民参与裁判を受ける権利および法院の排除決定に関する抗告権などに関する手続的権利を侵害しており違法である。これに伴って、国民参与裁判の導入趣旨および排除決定に関する即時抗告権を保障した趣旨などに照らし、この違法な公判手続で成立した訴訟行為は無効と看做さなければならない。このような第1審法院の訴訟手続上の瑕疵は職権調査事由に該当するので、控訴審法院としては、たとえ被告人がこのような点を控訴理由としていなかったとしても、この点に鑑みて職権で第1審判決を破棄していなければならないにもかかわらず、控訴審法院はこのような第1審判決の違法に対し何の審理、判断もしないまま被告人の控訴を棄却した。したがって、このような控訴審法院の判

---

6) 聯合ニュース2009年12月7日。

7) その他にも憲法訴願が何回もあったが憲法裁判所は憲法訴願の要件をそろえられない手続き上の理由を挙げて全部棄却した。憲法裁判所2009.7.30決定、2008헌마312；憲法裁判所2009.3.31決定、2009헌마162。

断にも国民参与裁判を受ける権利および訴訟手続上の瑕疵に関する法理を誤解して判決に影響を及ぼした違法がある』

被告人の不服上告に対して<sup>8)</sup> 大法院は、まず特に国民参与裁判の意義と性格に関して次の通り判示した。

『…国民参与裁判を施行する目的は、司法の民主的正当性と信頼を高めることにあり（〔参与裁判〕法第1条）、何人も法に定めるところにより国民参与裁判を受ける権利を有するところ（法第3条）、施行初期の諸般の負担を考慮して国民参与裁判対象事件を重罪事件であると定めたに過ぎないから、法に定める対象事件に該当する限り被告人は原則的に国民参与裁判を受ける権利を有する。従って、被告人が国民参与裁判を望まなかったことによって、あるいは、法第9条第1項に基づく排除決定によって、国民参与裁判が進行しない場合（法第5条第1項、第2項）は、これを例外と見なければならぬ。』

要約するならば、被告人の国民参与裁判申請意思を見過ごした第1審法院の手続進行に対して、大法院は(1)被告人の国民参与裁判を受ける権利および法院の排除決定に関する抗告権などに関する手続的権利を侵害した違法、(2)これと共に違法な公判手続で成立した訴訟行為の無効、(3)これは控訴審の職権調査事由に該当するという点、(4)控訴審がこれを見過ごして控訴を棄却したことは国民参与裁判を受ける権利および訴訟手続上の瑕疵に関する法理誤解に該当するという点を理由として挙示した上で、原審判決と第1審判決を全部破棄し、事件を第1審法院に差し戻した。国民参与裁判実施を原則とする大法院の断固たる立場は、以降、第1審法院が参与裁判排除決定を自制する方向で相当な影響を及ぼすと考えられる。

### 3. 大法院2009.10.23. 자2009모1032決定

国民参与裁判法は、被告人が公訴状副本の送達を受けた日から7日以内に国民参与裁判を望む

---

8) 詳細には、趙炳宣、「韓国の国民参与裁判と死刑」福井厚（編著）、『死刑と向きあう裁判員のために』（東京：現代人文社、2011）、179参照。現在、参与法には上訴に関する言及が全くない。したがって、第一審が国民参与裁判で進行された事件の場合にも控訴手続（第二審）と上告手続（最終審）には刑事訴訟法の通常の上訴手続が適用される。それゆえ国民参与裁判の第一審の事実認定は、いくらでも破棄できる。韓国の現行刑事訴訟法は「事実の誤認があつて判決に影響を及ぼしたとき」（刑事訴訟法361条の5）を控訴理由に、「重大な事実の誤認があつて判決に影響を及ぼしたとき」（同383条）を上告理由に含めているからである。韓国の刑事訴訟法では、第一審判決の事実認定を控訴審が破棄することが可能で、破棄する場合には自判を原則と規定しているので（同364条）、学説も控訴審の性格を続審と見るのが多数説で、判例も原則として続審、例外的に事後審が加味されたという立場を採用している。このような国民参与裁判の控訴審の続審の性格に対して批判（李東熹「国民参与裁判の施行評価と改善方案」全北大学校法学研究第30輯（2010.6）、27参照）もあるが、結局実定法上——陪審員評決の拘束力付与に対する立法的論議と無関係に——国民参与裁判で進行された事件も控訴審で常に破棄される可能性が開かれている。

か否かに関する意思が記載された書面（意思確認書）を提出するように規定している（参与裁判法8条2項）。また被告人が7日の期間内に意思確認書を提出しない時には国民参与裁判を望まないと看做し（同法8条3項）、公判準備期日が終結するか第1回公判期日が開かれた以後には従来の意思を変えることができないように規定している（同条4項）。したがって法文上では7日の熟考期間が経過すれば参与裁判の申請が不可能になる。このような明白な表現の法文があるにもかかわらず、大法院は公訴状副本の送達を受けた日から7日以内に意思確認書を提出しない被告人も第1回公判期日が開かれる前までは国民参与裁判申請ができ、したがって第1審法院は被告人の意思を確認して国民参与裁判で進行することができるという、法文とは反対になる解釈論を提示した。検察はこれに対し法院と検察の予測可能性を奪う「創造的法解釈」と批判した。

『…国民参与裁判法第8条は被告人が公訴状副本の送達を受けた日から7日以内に国民参与裁判を望むのかどうかに関する意思が記載された書面（以下「意思確認書」）を提出するようにして、被告人がその期間内に意思確認書を提出しない時には国民参与裁判を望まないと看做し、公判準備期日が終結するか第1回公判期日が開かれた以後には従来の意思を変えることができない旨規定している。この規定を上を期限が過ぎれば被告人が国民参与裁判申請をできないようにしようとする趣旨と見ることは難しい点などに鑑みれば、公訴状副本の送達を受けた日から7日以内に意思確認書を提出しない被告人も第1回公判期日が開かれる前までは国民参与裁判申請ができ、法院はその意思を確認して国民参与裁判を進行することができるというのと解するのが相当である。』

このように法文に反する解釈論を展開した大法院は前提として(1)参与裁判法が国民参与裁判を受ける権利を保障しているという点（同法3条1項）と(2)検事には参与裁判実施に関する不服申立権を否認しながら被告人には参与裁判不許可に関する不服申立権を認めているという点（同法9条3項）を強調した。そして大法院は参与裁判法に7日の熟考期間が規定されることになった経緯（立法背景）を分析した。

『…当初政府が提出した法律案では意思確認書を提出しない被告人の場合、必要的に期日を開いて被告人を相手に国民参与裁判を望むのかどうかを確認するようにしたが、国会審議の過程で上のような意思確認手続による法院の負担を減少させて被告人の必要的召還による手続遅延を防止する目的で公訴状副本の送達を受けた日から7日以内に意思確認書を提出しない時には国民参与裁判を望まないと看做すという内容に修正されて法が制定された。上のような立法経過に照らしてみる時、上の規定の趣旨を上を期限が過ぎれば被告人が国民参与裁判申請をできないようにしようとするところにあると見るのは難しい。』

また、大法院は、被告人の参与裁判申請期間の拡張理由について、意思確認書を提出しない被告人は第1回公判期日が開かれる以前であっても国民参与裁判申請ができなくなると見るのは公平性を欠くという点と、意思確認書を提出しない被告人が第1回公判期日が開かれる前まで国民

参与裁判申請ができるように許容しても裁判が遅れる程度は大きくなく、かえって国民参与裁判として手続が進行される場合、裁判がより一層速かに終結する可能性が大きいという点を根拠に上げた。被告人は7日の申請期間にもかかわらず、第1回公判期日が開かれる前までは国民参与裁判申請ができ、法院はその意思を確認して国民参与裁判として手続を進行することができるという大法院の新しい基準は被告人らに参与裁判申請の機会を拡張するためのものであることは明らかである。このような大法院の解釈論は、明らかに国民参与裁判を活性化させようとする意図に出たものである。言い換えれば、国民参与裁判は選択的に行われるにすぎないものだとしても、通常裁判と比較して国民参与裁判の比重を重くし、これを選択できる機会を十分に与えようという運営方針を表明したと見ることができる。

### Ⅲ. 選択型の第2争点：選択の基準

選択型を巡る最大の争点は、国民参与裁判を選択する比率が低くなって事実上国民参与裁判の導入の意義が半減する場合であろう。選択と選定を経る韓国の国民参与裁判制度においては、一方で、法院が国民参与裁判が適していないとして排除する場合と、他方で、被告人が国民参与裁判を申請しなかったり申請した後撤回する場合とが変数となる。

#### 1. 国民参与裁判に適していない理由（排除決定理由）

前に見た通り大法院が国民参与裁判を原則と見る観点は第1審法院の排除決定にも大きな影響を及ぼすと予想される。国民参与裁判を、選択的なものではあっても、より原則的な形態の裁判だと見るならば、ある裁判を国民参与裁判として進行することが適さないと見て排除する決定は、ごく例外的にのみ運用されなければならないからである。現在のところ、第1審法院の国民参与裁判に関する排除率は比較的高いことに対して批判が提起されている。2008年から2010年まで参与裁判申請をしたが法院によって排除決定を受けた事件数は211件である。その中173件に対し参与法第9条第1項第3号が適用された(全体排除件数の割合で見れば82%となる)。総受付件数が1,006件であるから排除率は21.0%で非常に高いという批判を受けることになった。

[表1：排除理由の適用法条（2008-2010）]

適用法条		排除現況	
		件数	比率
第9条第1項第1号	陪審員の安全、威嚇・公正な職務遂行の憂慮	0	0.0%
第9条第1項第2号	共犯の共同被告人中一部のみが希望	38	18.0%
第9条第1項第3号	国民参与裁判の進行が適切でない	173	82.0%

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究（Ⅴ）——国民参与裁判制度の評価と定着化の方案——（2011）、106<表1-12>

[表 2 : 参与法第9条第1項第3号が適用された事件の具体的排除理由 (2008-2010)]

理 由		件数
被告人側の事情	被告人側が撤回意思を表明した場合	54
	被告人が精神異常などの症状を見せる場合	10
	追加起訴が予想される場合	6
	拘束期間の満了や長期化が憂慮される場合	6
	被告人に病気がある場合	8
	不拘束被告人の出席可否が不確かな場合	3
	被告人の態度が不良な場合	2
	意思確認書の提出期間を徒過した場合	2
	小 計	91
証人側の事情	証人が性暴行被害者の場合	21
	親族間犯行の場合 (遺族の名誉感情の配慮)	5
	その他	20
	小 計	46
事 件 の 特 性	全部あるいは大部分自白した事件その他審理する特別な争点がない事件の場合	37
	尋問する証人が極めて多いか争点が複雑で長期審理が予想される事件の場合	18
	軽微な事件の場合	5
	公訴状変更などであるいは当初から国民参与裁判対象事件に該当しない場合	6
	過度に残忍な事件の場合	2
	公訴棄却対象など (公訟取下げを含む)	6
	通常回付決定	3
	小 計	77

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究 (V) — 国民参与裁判制度の評価と定着化方案 — (2011)、107<表 1-13>

[表 3 : 犯罪類型別受付件数対排除件数 (2008-2010)]

区分	合 計	犯罪類型									
		殺人など		傷害致死など		強盗など		性犯罪など		その他	
		件数	比率(%)	件数	比率(%)	件数	比率(%)	件数	比率(%)	件数	比率(%)
受付	1,006	235	23.4	56	5.6	280	27.8	228	22.7	207	20.6
排除	211	31	14.7	10	4.7	65	30.8	63	29.9	42	19.9

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究 (V) — 国民参与裁判制度の評価と定着化の方案 — (2011)、105<表 1-11>

排除決定の理由中、主たる理由のみを計算に含むが、主たる理由が複数の場合、全部表示されている。被告人も未成年者で被害者も未成年者の性暴行事件は事件の特性上国民参与裁判に適さない点もあるが、証人の出廷が望ましくない側面もあるので証人側の事情に分類されている。

## 2. 市民主導型刑事司法

国民参与裁判は選択型であるから、被告人側が申請をする場合には自らに有利であるという認識を伴うのが普通であろう。国民参与裁判スタート初期には被告人は有利だという認識を持つことができていることが判明した。しかし参与裁判が3年を超えて施行される過程で被告人らの間に軽い宣告刑に関する期待が生じている。

[表4：刑務所服役中の服役者の国民参与裁判に関する選好度アンケート調査]

被告人 区分		刑量					
		2年未満		2年以上-5年未満		5年以上	
		頻度	%	頻度	%	頻度	%
経験	勧める	10	83.3	39	49.4	35	43.8
	勧めない	2	16.7	40	50.6	45	56.2
	全体	12	100.0	79	100.0	80	100.0
非経験	勧める	13	65.0	57	67.1	56	76.7
	勧めない	7	35.0	28	32.9	17	23.3
	全体	20	100.0	85	100.0	73	100.0

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究（Ⅴ）——国民参与裁判制度の評価と定着化の方案——（2011）、308<表2-135>

上の表はすでに有罪宣告を受けて刑務所にいる受刑者に質問をした結果である。この時、被告人が受けた刑量を区分して、また国民参与裁判を経験した被告人と経験しなかった被告人を区分してみれば、上の表とともに刑量が高いほど他の受刑者に勧めないという回答が多かった。これは国民参与裁判を申請した被告人の場合、陪審員による低い量刑を期待したが実際にはそうでなかったことを理由として、そうした回答が出てきたと見ることができる。

例をあげれば申東雲（シン・トンウン）教授が分析した強盗傷害罪の領域での被告人の認識変化はこのような断面を見せている<sup>9)</sup>。韓国刑法は執行猶予が可能な宣告刑の範囲を3年と規定している（刑法62条1項）。韓国刑法は法官に酌量減輕の権限を付与している（刑法53条）。この時ある犯罪の法定刑の下限が7年を越えるならば法官が酌量減輕をしても執行猶予は不可能になる。最近次第に凶暴化していく犯罪に対処するために刑法改正を通じて法定刑を上げる改正が頻繁になっている。ここでもその基準点は7年以上の懲役になるが、その理由は執行猶予を許さないことによって犯罪人を社会から排除することができるようにすることにある。強盗傷害・致傷罪（刑法337条）も無期または、7年以上の法定刑が規定されている。ここには準強盗（刑法第335条）による傷害・致傷も含まれる。したがって軽微な窃盗を犯した初犯が逮捕を免れるために

9) 申東雲、氏家仁（訳）、「韓国における国民参与裁判の新たな展開」早稲田大学比較法研究所（主催）・韓国刑事法学会（後援）、「国民の司法参加に関する日韓シンポジウム（2011年12月3日；早稲田大学早稲田キャンパス）」出版準備中。

(準強盗)傷害を加えたり傷害の結果を惹起させた場合までも執行猶予を基本的に封じ込めることが果たして妥当かという点に対して疑問が提起されている。通常、職業法官による裁判では強盗傷害・致傷罪の「傷害」に関する解釈は被告人に厳しいのに対して、市民の常識に照らしてみると、執行猶予を基本的に封じ込めなければならないほどの「傷害」がないとの判断が多く、陪審員の「傷害」に関する認識は、職業法官の認識と差がある。先に見た通り、無罪評決が全員一致で成立すれば法院は市民らの常識を尊重してこれを受け入れる傾向が強い。これと共に参与裁判で陪審員が「傷害」の程度を厳格に判断するという点とこれを通じて執行猶予の可能性が高くなるという点が知られるということによって強盗傷害や強盗致傷事件で被告人が参与裁判を申請する比率がますます高まると予想される。申東雲教授は、被告人の申請と陪審員の評決が結合して実際に執行される法律の苛酷さを緩和する「市民主導型刑事司法」であると評価している<sup>10)</sup>。

#### Ⅳ. 勧告型の争点：国民参与裁判の事実上の拘束力

##### 1. 陪審員評決の反映率

現行参与裁判法第46条には『評決と意見は法院を拘束しない』と規定されていて、同条第4項には『評決が有罪となった場合、陪審員は審理に関与した判事とともに量刑に関して討議してそれに関する意見を陳述する』と規定されている。参与裁判法はこのような評議や評決、評決と判決に関する手続に対して詳細に規定していない。参与裁判法46条に『裁判長の説明・評議・評決・討議など』という表題の下、1条文下に6項目があるだけである。参与裁判法規則でも第39条で第42条に評議と評決に関する内容が規定されているが非公開原則、評議方式、評決の方式などだけが規定されているだけであり、無罪評決後有罪判決をする場合の手続や有罪評決後無罪判決する手続などは規定されていない。このことを前提として、陪審員が無罪評決をして、法官が有罪判決をすることになる場合、陪審員は量刑手続に参加できるのかが問題となる。万一量刑手続に参加することになるならば2時間の間全員一致で無罪評決をした後、直ちに有罪に関する量刑に参加することになるので陪審員は自己矛盾ないし混乱に陥るであろう。あるいは量刑手続に参加しないとすれば、参与裁判法第46条第4項が規定している量刑手続に参加して討議しそれに関する意見を陳述できる国民の司法参加の意味を退色させる事態が広がることになる。違憲論の他にも一般市民で構成された陪審員が正しい判断ができるのかどうかに関する憂慮も大きいものと見ることができるが、実際国民参与裁判を実施した3年の間の結果を見れば、陪審員評決と法院判決は91.0%という一致率を見せている。91.0%にあたる事件で評決と判決が一致しているのに対して、評決と判決が一致しなかった29件の大部分は、陪審員が無罪評決をしたが、法院が有罪判決した事例である。評決と判決が不一致な事件中控訴審で有罪無罪の判断が変わった事例が1件ある。その事例では、陪審員が無罪評決をしたが1審法院は有罪を宣告した事件について、控訴審が破棄自判して無罪が宣告された。

---

10) 申東雲（脚注9）参照。

[表5：評決 / 判決一致可否 (2008-2010)]

区 分	評決 / 判決一致		評決 / 判決不一致		合計	
	件数	比率	件数	比率	件数	比率
件数(比率)	292	91.0%	29	9.0%	321	100.0%

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究 (V) — 国民参与裁判制度の評価と定着化の方案 — (2011)、131<表1-30>

そして陪審員の量刑意見と宣告刑量の関係を見れば、93.8%に該当する事件で陪審員量刑意見中多数意見と法院が宣告した刑量が近接している。これは法院と陪審員が一緒に量刑評議を行うことによって、量刑意見と宣告刑量の分布が近似する結果を生じたと見ることができる。量刑意見と宣告刑量に違いが生じる場合には概ね2年程度の差を見せている。

[表6：陪審員量刑意見 (多数意見) と宣告刑量分布 (2008-2010)]

区 分	量刑意見 > 宣告刑量		量刑意見 ≒ 宣告刑量		量刑意見 < 宣告刑量		合計	
	件数	比率	件数	比率	件数	比率	件数	比率
件数(比率)	5	1.8%	256	93.8%	12	4.4%	273	100.0%

量刑意見 ≒ 宣告刑量：量刑意見と宣告刑量の差が ± 1年以内の場合を意味する。

評決と判決が不一致な場合、および無罪宣告された場合は除く。

判決文に記載された陪審員量刑意見中多数意見と宣告刑量を比較する。

出典：韓国刑事政策研究員、刑事政策と司法制度に関する研究 (V) — 国民参与裁判制度の評価と定着化の方案 — (2011)、133<表1-32>

国民参与裁判法には、陪審員が無罪評決をして、法官が有罪判断を下す場合を想定した手続規定(法律と規則)は用意されていない。比較法的に検討してみても現在の韓国のように拘束力を認めない例は、これを諸外国に見いだすことが難しい状況にある。

## 2. 大法院2010.3.25、2009ㄷ14065判決、法院公報2010上、844

前にも言及した通り、韓国で国民参与裁判制度が議論された当時、憲法違反の論議に基づいて陪審員の評決に勧告的効力のみを付与する方案が採択されたが、後に韓国型市民参加の形態が確定する際に拘束力を付与するの可否が重要な論争点として残ることになった。

これと関連して、大法院は、判例を通じて事実上拘束力を付与する解決策を提示したような形になった。判例の対象事案は強盗傷害の事件であった。被告人甲は、乙と共同して被害者から市価290万ウォン相当の金ネックレスを強取して傷害を負わせたという強盗傷害の公訴事実で起訴された。国民参与裁判として進行された第1審では被告人が犯行当時被害者の金ネックレスを被害者から譲り受けることになった経緯に関して、被告人の主張と被害者の陳述が矛盾し、金ネックレスの強取事実および犯意存否が公判の争点になった。第1審法院が被害者、被告人と共にモ

ーテルに入った一行らとモーテル主人など多数の関係者に関する証人尋問を終えた後、陪審員9人は全員一致で無罪評決をした。法院は陪審員の評決結果を受け入れて強盗傷害の公訴事実に関して無罪と判断した(傷害の部分は有罪)。検事は不服控訴した。控訴審法院は被害者に対しのみ証人尋問を追加で実施した後、その陳述の信憑性が認められるという理由などを挙げて第1審判決を破棄して強盗傷害の公訴事実に関して有罪と判断した。被告人は不服上告した。大法院は、国民参与裁判として進行された第1審で陪審員が全員一致にした評決結果を受け入れて強盗傷害の公訴事実を無罪と判断したが、控訴審が被害者に対してのみ証人尋問を追加で実施した後、第1審の判断を覆してこれを有罪と認定した点に関して、控訴審判断に公判中心主義と実質的直接審理主義原則の違反および証拠裁判主義に関する法理誤解の違法があるとした。

『…司法の民主的正当性と信頼を高めるために導入された国民参与裁判の形式において進行された刑事公判手続で、厳格な選定手順を踏んで良識ある市民で構成された陪審員が事実の認定に関して法院に提示する集团的意見は、実質的直接審理主義および公判中心主義の下で証拠の取捨と事実の認定に関する全権を持つ事実審法官の判断を助けるための勧告的効力を持つものであるが故に、陪審員が証人尋問など事実審理の全過程に共に参加した後、証人がある陳述の信憑性など証拠の取捨と事実の認定に関して全員一致の意見で下された無罪の評決が法院の心証に符合してそのまま採択された場合であれば、このような手順を踏んで成り立った証拠の取捨および事実の認定に関する第1審の判断は実質的直接審理主義および公判中心主義の趣旨と精神に照らして控訴審での新しい証拠調査を通じて、それに明確に反対する充分で説得的かつ顕著な事情が現れない限りさらに尊重される必要がある。』

大法院は、上記のように原審判決を破棄差し戻した論拠として、(1)実質的直接審理主義に由来する第1審公判手続の尊重、(2)司法の民主的正当性と信頼を高めるために導入された国民参与裁判の特殊性を提示した。このうち(1)の部分は通常裁判を含む裁判全般に妥当するものとして大法院が持続的に強調してきた「公判中心主義」の基準であった。したがってここで核心的な判示事項は、(2)の部分である。大法院の立場は、第1審判決を控訴審が尊重しなければならないという既存の基準(公判中心主義および実質的直接審理主義の観点)を越えて、国民参与裁判で全員一致の評決が法院の心証に符合してそのまま採択されたとすれば『控訴審での新しい証拠調査を通じて、それに明確に反対する充分で説得的且つ顕著な事情が現れない限り』さらに尊重される必要があるということである。ここには「明確に反対する」、「充分で説得的な」、「顕著な事情」という非常に厳格な要件が登場している。このように大法院が全員一致評決が第1審法院の心証に符合してそのまま採択された場合に対して、強力な法的効果を保障する理由は司法の信頼と司法の民主的正当性という二つの観点である<sup>11)</sup>。司法の信頼という観点から見れば、最大9人の陪審員と3人の職業法官が公判手続を直接見守りながら下された事実判断が3人の職業法官で構成さ

---

11) この点に関する詳細な論証では、申東雲(脚注9)参照。

れた控訴審法院の事実判断より信頼度の面で優るだけでなく、このような手続を通じて得られた司法の民主的正当性は尊重されなくてはならないということである。既に全員一致で無罪評決が第1審法院の心証に符合してそのまま採択された場合、少なくとも証拠の取捨および事実の認定に関して第1審判決には民主的正当性が担保されることになるから、検事は不服控訴を自制しなくてはならないこととなった。

## V. 結 論

韓国でわずか1.4%に過ぎず、評決の拘束力も持つことができない国民参与裁判には何か意味があるのであろうか？韓国の参与裁判は選択型であり勧告型であるから、結局陪審裁判の現実的実行に意義を置くよりはその『象徴性』にその意味があるといわなければならないだろう。韓国の国民参与裁判制度が選択型を選んだ理由は、まず「法官による裁判を受ける権利」にともなう違憲の疑いを極力減らすことにあったが、このような選択型により必然的に通常の裁判と国民参与裁判が並存することになった。この時、いずれの形態の裁判が韓国の刑事司法の基本モデルなのかに関する比較優位の判断によって、法の解釈や実務の運営に大きい違いが生じることになる。国民参与裁判に関する判例を見れば、憲法裁判所と大法院は態度の違いを見せている。実際に国民参与裁判を運営する大法院は国民参与裁判の形態が通常裁判より原則的であると宣言している。のみならずさらに一步進んで大法院国民参与裁判に事実上の拘束力を認める方向に進んでいる。2010年3月韓国の大法院は『全員一致の評決が第1審法院の心証に符合してそのまま採択された場合』には控訴審はこれを尊重しなければならないという判示をした<sup>12)</sup>。同じ趣旨の判例が2011年3月にも出てこれを再度確認した<sup>13)</sup>。このように見る時、韓国の陪審員評決の勧告的効力は実地運営上では事実上拘束力を持つ方向へ流れている。大法院はそうした流れを主導しながら、その理由として「司法の民主的正当性」を挙げている。選択型での最大の争点は国民参与裁判を選択する比率が低くなって事実上国民参与裁判の導入の意義が半減する場合であろう。選択と選定を経る韓国の国民参与裁判制度は一方法院で国民参与裁判に適していないとして排除される場合と、他方で被告人が国民参与裁判を申請しないか、申請した後撤回する場合が変数となる。したがって、韓国モデルの『選択型』は被告人が結局は自身に有利だと判断して選択することであるから『市民主導型刑事司法』という意味を持ち、韓国モデルの『勧告型』は『民主的正当性』という象徴性のために事実上拘束力を持つ方向で運営されている。今まで現われたこのような二つの特徴についての理解を助けるために韓国の社会的背景を説明するとすれば以下の通りである。

韓国の歴史においては、刑事裁判では教育的な象徴性が大変重要であるとする伝統的認識がある。近代刑法が韓国に継受された際、このような歴史的伝統のために継受(Rezeption)された外

---

12) 2010.3.25,2009㉔14065.

13) 2011.3.24,2010㉔4450.

国法は韓国に同化（Assimilation）され『韓国化』された<sup>14)</sup>。特に近代刑法が継受されて以後、政治的事件が持つ象徴性は非常に大きい。刑事事件の全体の中で政治的事件の比率は極めて小さかったが、これを通じて司法の信頼に及ぼす影響は途方もなく大きかった。過去韓国の独裁政権時代に政治的事件において司法部の独立は著しく損なわれた。1974年内乱陰謀と大統領緊急措置違反罪で8人に死刑が執行されたいわゆる「全国民主青年学生総連盟事件」に対する再審において、ソウル高等法院は2009年9月、内乱陰謀について端的に無罪を宣告した。これに対して「司法殺人」という表現も登場した<sup>15)</sup>。このようなごく少数の政治的事件は大部分の事件の公正な処理の面目を失わせてしまう。また、政治的事件ではなくても、最近、判事や検事職を退任した弁護士を優待するいわゆる「前官礼遇」と指摘される慣行があったことから、大陸法系の国家としてはほとんど初めてとなる2007年5月「量刑委員会」がスタートし、「量刑基準制」が導入されるようになった<sup>16)</sup>。韓国が政治的に民主革命を通じて独裁国家から民主国家に変貌した背景もより積極的な「参与民主主義」を標ぼうする動機となったし、大法院は、今後は政治的・社会的に敏感な事案に対しては国民参与裁判を通じて「国民の健全な判断が裁判に反映」する意思を表明している。結局韓国は、現実的に多くの費用と時間をかけて陪審制を全面的に実施するよりは、現実との比較衡量の中で民主的正当性という象徴性を持つことで充分だとみて、『選択型・勧告型の韓国型陪審制』を導入した。個人的見解であるが、韓国のこのような社会的・政治的背景を考える時<sup>17)</sup>、今後も『選択型・勧告型の韓国型陪審制』が根をおろすものと判断される<sup>18)</sup>。

- 
- 14) 近代刑法が韓国に継受された際、特に同化（Assimilation）の概念に対し詳細には、Cho, Byung-Sun, “Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea”, in: Zeitschrift der Deutsch-Koreanischen Juristengesellschaft e.V. 2. Ausgabe (1999), 197-202.
  - 15) 例をあげれば、韓国では「人革党事件」、「조봉암 (チョ・ボンアム) 事件」、「金大中 (キム・デジュン) 事件」と同じ政治犯に対する死刑の濫用に該当するいわゆる『司法殺人』の問題が提起された。趙炳宣（脚注9）、168参照。
  - 16) 韓国で量刑に対する新しい制度の導入に対し詳細には、趙炳宣（脚注9）、183-185参照。
  - 17) 趙炳宣、「総括1：国民の司法参加に関する日韓シンポジウム——『選択型・勧告型の韓国型陪審制』の象徴性」早稲田大学比較法研究所（主催）・韓国刑事法学会（後援）、「国民の司法参加に関する日韓シンポジウム（2011年12月3日；早稲田大学早稲田キャンパス）」出版準備中。
  - 18) 筆者は2009年7月の龍谷大学での講演では非常に批判的立場であって、2011年1月岡山大学での講演で『…こういう意味で「韓国型陪審裁判」の意義を『選択的な陪審裁判の導入を契機に、職業法官裁判と陪審裁判の刑事手続全体の水準を引き上げることである』と考える。…』（趙炳宣、岡山大学法学会雑誌 第61巻第1号（脚注2）、169参照）その意義を制限的に認めたことがある。しかし2011年12月関西大学でのこの講演では、この論文で分析したこのような韓国判例の変化を非常に肯定的に判断して韓国の現在の制度が最終モデルで定着すると展望した。