

刑事司法における素人 —— ドイツにおける現在の議論について*

グナー・ドゥットゲ**
加 藤 克 佳 [訳]**

目 次

- I. 従来の論点の再来
- II. 外見と現実のそれぞれの論証
 1. 「従属的な裁判官」による「中途半端な民主化」ではないか？
 2. 「良識」をもたらすか？
 3. 「法的な無資格」によって「質の保証」ができるか？
 4. 代表性のない民主主義はあり得るか？ 無言で居合わせているだけで透明性やコントロールは図れるか？
 5. 司法への信頼は強化されるか？



ドゥットゲ教授

* 以下は、2012年4月5日に、私の敬愛する同僚である加藤克佳教授の招聘により、名城大学（名古屋）で行った私の講演に補正したものである〔本文の補正のほか、脚注の補足や付録図表等の追加を行っている〕。加藤教授には、講演への招聘のみならず、本稿の公刊に際して支援して下さいたことに對しても、心から感謝する。

** グナー・ドゥットゲ教授：著者は、ドイツ連邦共和国・ゲッティンゲン大学（正式名ゲオルク・アウグスト大学）法学部・医事＝生命刑法部局長である。

※ [] 内は、訳者が、読者の理解のために適宜補足したものである。また、同様の趣旨で、適宜意識したところがある。

III. 「…害はない」といえるか？

1. 記録閲覧はどうか？
2. ドイツ語の問題
3. 宗教上の所属のしるし
4. 合意（刑訴法 257c 条）

IV. 展望 —— 「政策的な信頼の問題」か「特別の専門知識」か？

付 録

付録Ⅰ：第 1 審の構成と事物管轄

付録Ⅱ：審級

付録Ⅲ：法律（抜粋）

コメント

訳者あとがき

I. 従来の論点の再来

ドイツ刑事訴訟法学や実務は、(1924 年のエミンガー改革¹以来) 法的知識に乏しい国民の代表（「素人 (Laien)」）に対する刑事裁判権の「管理された開放 (kontrollierte Öffnung)」という法状況について、数十年以上にわたり合意・賛成してきたように思われる。まさにかような意味で、いわゆる「参審裁判所制度 (Schöffengerichtssystem)」は、陪審裁判所 (Geschworenengericht) のように素人と職業裁判官とを完全に分ける制度ではなく、「混合の裁判体 (gemischter Spruchkörper)」において協働して役割を果たし判決を下す制度であると特徴づけることができる²。少し前まで、ドイツのこのような制度（ここでは区裁判所や地方裁判所における事実審にとって重要な問題だが³）は相当程度に受け入れられ、フランツ・フォン・リスト (Franz von Liszt) による古い格言が当てはまる

1 Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924 (RGBl. I S. 23).

2 第 1 審の裁判体の構成については、付録Ⅰを参照。

3 審級については、付録Ⅱを参照。

こととなる。それによれば、素人裁判官の関与を支持する無視しえない「非常に大衆向きの世論 (tiefgehende populäre Stimmung)」が存在する、とされる⁴。それゆえ、「このような歴史的伝統の破壊 (Bruch mit dieser historischen Tradition)」は、近年に至るまで全く考えられなかった⁵。

ところが、近年、裁判所制度が再度、そして次第に注目を浴びており、従来の古い論点に新たに息吹が吹き込まれている：法律家でない者への裁判体の拡張は、「ローマ法の輝かしいシンボル (romantisch-verklärender Symbolik)」⁶を超えた測定可能な利益をもたらすものなのだろうか？あるいは、それにより期待される積極的な効果は幻想にすぎないのだろうか？より詳細な検討をすれば、いち早く正気に戻ることにつながり得ることは、近年の法社会学研究の示すところである。そして、このことは簡単に無視してはならない。なぜなら、手続法の現実に目を向けて初めて実際に明らかとなるが、そのためには、法の望ましい合理性について入念に分析することが重要だからである。これと同時に、素人の参加は、なるほど非常に役立つことはないかもしれないが、少なくとも「直接の害はない (nicht direkt schade)」⁷という一般的な推測の背景を批判的に探らなければならない。なぜなら、すでに、偉大な犯罪学者である P. J. A. フォン・フォイエルバッハ (P. J. A. von Feuerbach) が提示した以下の疑問が、今日に至るまで、否定されることなく余韻を響かせているからである：すなわち、「たしかに、常識は、そうならざるを得ないがゆえに、(…) 結局のところ、十分に検討する法学知識者よりも早く自らの結論を発見する

4 Franz v. Liszt, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Hinneberg (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abt. VIII, 2. Aufl. 1913, Kap. II., C., S. 270.

5 1848 年以降のドイツにおける展開について、有益なものとして、Koch, ZIS 2009, 542, 546 ff.; Volk, JuS 1991, 871 ff. があり、それ以前の時代に論及するものとして、Lieber, Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, S. 107 ff. がある。

6 Kühne, ZRP 2005, 237, 238.

7 Volk, ZRP 2004, 63.

(であろう)。両者の視点が結び付けられる場合に限って、おそらく偶然的にしか目標には到達しない (der gemeine Verstand [...] zwar am Ende, weil er muss, seine Meinung finden [werde], vielleicht sogar schneller als der bedächtig prüfende Rechtsgelehrte; allein mit verbundenen Augen trifft man allenfalls nur zufällig das Ziel)」⁸。

本稿の以下の考察は、今から数週間前 [訳注：2012年3月18日。於・ハノーファー] に実施された第36回ドイツ刑事弁護人大会⁹においても行ったものであるが、同時に日本の「裁判員制度 (Saiban-in System)」¹⁰ も視野に入れて検討を進めることとする。同制度は、その導入の際に、明確に——その他にも存在するが——ドイツ裁判所構成法も手本としている¹¹。もとより、ご存知のように2009年に導入された日本の制度に対して、ドイツの経験がどのような推論を示し得ているかの判断については、尊敬すべき日本の同僚や友人たちに委ねることとする。

II. 外見と現実のそれぞれの論証

1. 「従属的な裁判官 (abhängige Richter)」による「中途半端な民主化 (halbe Demokratisierung)」ではないか？

公開性 (Öffentlichkeit) を「評議室や非公開の評議へ (ins Beratungszimmer und in die nichtöffentlichen Sitzungen)」と「拡張 (Verlängerung)」すること¹²を正当化する主な理由として、——しかも国を超え

8 *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, 1813, S. 181.

9 <http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2012.htm>.

10 これにつき有益なものとして, *Kato*, in: Hokei Ronshu. The Journal of the Faculty of Law Aichi University, No. 170, Febr. 2006, S. 1 ff.; *Taguchi*, ZIS 2008, 70, 74 ならびに in: Joerden/Swarc/Yamanaka (Hrsg.), Viertes deutsch-japanisch-polnisches Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2011, S. 26, 30 ff.; *Vanoverbeke*, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 2010, 127 ff. がある。

11 http://www.courts.go.jp/english/proceedings/criminal_justice.html#2_3 (note 21) は、そのように明確に述べている。

12 *Kern*, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 1965, S. 115.

て——常に以下の3つが挙げられる：第1に、素人による裁判権の行使は、刑事手続の受容度を強化し、「集団による教育プロジェクト (kollektives Erziehungsprojekt)」という方法で、結果として、市民の遵法意識を一般予防的に促進する¹³、とされる。第2に、[刑事司法に]生活上の経験と「良識 (gesundes Menschenverstand)」をもたらすことによって、司法の質と「市民的な観点 (Bürger Nähe)」を高める、とされる。そして、第3に、このような方法によって、同時に、国家権力行使への国民の民主的な関与が保障される、とされる。

第3の理由は、いうまでもなく、フランス革命の流れの中で、市民の政治的復権の象徴として、従順な（「政治的な (politisch)」）裁判官を介した専制君主の横暴や権力の濫用を除去することを目的とした素人裁判官職への歴史的な関心を示すものである¹⁴。しかし、例えばアメリカの陪審やイギリスの治安裁判所のような、典型的な「陪審裁判所 (Geschworenengericht)」の導入による刑事司法の徹底した「民主化 (Demokratisierung)」¹⁵ に対しては、ドイツでは極めて重大な懸念が提起された。すなわち、「裁判官席の区分 (Teilung der Richterbank)」は、事実 [認定] 問題と法律問題との「不自然な任務の分割 (unnatürliche Aufgabentrennung)」をもたらすこととなり、その結果、過大な要請を受けた素人が誤った有罪判決や無罪判決を下す危険が、結果として生ずる、という懸念である。したがって、訴訟の対象を不自然に分割することなく権限を一体化するために、同一裁判体内における職業裁判官と素人裁判官による協働作業 (das konstruktive Zusammenwirken) [という制度] が、逃げ道 (Ausweg) として設けられたように思われる¹⁶。

13 これを強調するものとして、Schroeder, NJW 1983, 137, 141 がある。

14 これにつき詳細は、Lieber (前掲注 5), S. 136 ff., 159 ff.; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 290 ff.; Volk, JuS 1991, 281, 284 f. (それぞれ文献付き)。

15 この点につき、代表的なものとして例えば、Machura, Fairneß und Legitimität, 2001, S. 52 ff. (文献付き) がある。

16 特に、参審裁判所の父 (Vater des Schöffengerichts) による影響力のある考

しかし、このような意味づけに焦点を当てて、できるだけ良好な刑事司法を目指して法律の専門家と「素人の世界 (Laienwelt)」とを融合するために、分業による協働作業の目的を「対等の関係へ (auf Augenhöhe)」に見出そうとするのであれば、むしろ典型的な、すなわち (過失法と責任法との関係を模範とする)¹⁷「横関係の分業 (horizontale Arbeitsteilung)」(これは、相互の信頼を基礎としてそれぞれの責任領域ごとに分業する¹⁸、というものである) が必然の帰結であったように思われる。現行法が、一方で、参審員に、公判審理の結果のすべて (つまり、罪責問題および刑罰問題) について完全な評決権と判断権 (volles Stimm- und Entscheidungsrecht) を認め (裁判所構成法 [以下「構成法」] 30 条)、場合によっては——その限りで日本の制度とは異なり——多数決によって陪審裁判の裁判長に反対する影響力を認めながら (刑事訴訟法 [以下「刑訴法」] 263 条、構成法 29 条 1 項)、他方で同時に、参審員を、職業裁判官の「友好的な援助と補助 (freundliche Unterstützung und Hilfestellung) [者]」と位置づけて (刑事手続及び過料手続に関する指針¹⁹ (RiStBV) [以下「指針」] 126 号)、責任引受けの外見上の証しである署名の要求から完全に開放していること (刑訴法 275 条 2 項 3 文)²⁰ は、現行法が、明白に中途半端であり、かつ矛盾していることを示している。純然たる裁判官としての活動については、自明なことに従って規定されており、「補助 (Hilfe-

察として、*Friedrich Oskar Schwarze*, in: *Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform*, 1865, S. 7, 32 ff., 111 ff. があり、類似のものとして、*Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte*, GA 21 (1873), 40, 46 ff. がある。

17 これにつき例えば、*Duttge*, in: HRRS 2009, 145 ff. および ZIS 2011, 349 ff. (それぞれ文献付き) がある。

18 分業的医学の文脈での信頼の原則について詳しくは、*Duttge*, in: *Rosenau/Hakeri* (Hrsg.), *Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen*, 2011, S. 237 ff. がある。

19 *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren* (付録Ⅲ参照)。

20 これにつき批判的なものとして、*Börner*, ZStW 122 (2010), 157, 171 ff. (「紛れもない不平等 (handfeste Ungleichbehandlung)」という)；*Hillenkamp*, in: *Kaiser-FS* 1998, S. 1437, 1457 (「立法者の誤判断 (gesetzgeberische Fehlentscheidung)」という) がある。

stellung)」という役割に対立する形で（現行法の枠内において）完全に独立した確信形成と独立を〔職業裁判官に〕認めている（基本法 97 条、ドイツ裁判官法〔以下「裁判官法」〕25 f 条）。すなわち、評価に関する最終的な責任を引き受けることなく、「専門知識 (Sachverstand)」を付加するのは、少なくとも従来通りの方法によれば、裁判官の役割ではなく、鑑定人の役割なのである（刑訴法 72 条以下）。

2. 「良識」をもたらすか？

そもそも、素人が「良識 (gesundes Menschenverstand)」とその「生活上の経験 (Lebenserfahrung)」を現実には刑事手続へもたらすという仮定は、正しいのであろうか？ そのような積極的效果を、個別事例のみならず刑事司法実務と関連して主張する論者は、より詳細な検討を行う際には、以下の 3 点が所与のものである (Gegebenheit)、と主張している：第 1 に、職業裁判官には、特定の類型の「良識」が欠けているといわざるを得ない、という点である。第 2 に、これに対して国民の代表者はまさにそのような良識を有している、という点である。そして、第 3 に、実際にも素人特有の造詣が伝えられる場合は必ずしも稀でないということについて、当然に十分な証明を要する、という点である。〔しかし、〕論理的分析の助けを借りて、頻繁に用いられている論証の前提条件が明らかにされるならば、その説得力のなさは容易に認めざるを得ない。なぜなら、生活に密着した観点や「大衆的な観点 (Volksnähe)」が（ドイツの）職業裁判官には決定的に欠けているということは、多元的な、「開かれた (offenen)」社会の時代に、あらゆる社会的階層から裁判官職に就くことが可能となったことにより、その説得力はなくなっている²¹。しかし、逆に、素人裁判

21 適切にも、Kühne, ZRP 2005, 237, 238 は、「…誰もが受ける教育に基づいて任命された職業裁判官が、任命によって普通の市民であることを止めるだろうか？ (…ob der Berufsrichter, der auf Grund einer jedermann zugänglichen Ausbildung ernannt wird, auf Grund dieser Ernennung aufhört, ein einfacher Staatsbürger zu sein?“)」という。

官が、より多くの生活経験、そして場合によってはより多くの境遇に関する経験 (Milieuerfahrung) を持っているということは、素人裁判官の指名や選任 (構成法 36 条, 40 条, 42 条) において全く検討されておらず、それゆえ、法実務においては重視されていない。この間、素人は具体的な訴訟事件にどの程度取り組んでいるか、あるいは評議中にどの程度のものをもたらしめているかという問題について、より詳細な経験に基づいた説明がなされている：しかし、この研究は、上述の司法への積極的効果を証明するものではない——むしろ、その逆である [そうした効果は証明されていない]！

例えば『マールブルクの参審員に関する研究 (Marburger Schöffensstudie)』[Rennig, 1993] において質問を受けた職業裁判官は、参審員の 57% が公判審理中に一度も質問をせず、わずか 12% がすでに論じられたテーマについて質問し、さらに 24% が裁判官の視点からは重要と思われない点について質問したにとどまった、と述べている。評議中においても、約 50% の事件で素人裁判官は全く発言しないに等しい状態であり、さらに 30% の事件で「[職業裁判官の] 明確な要求に従って (nach expliziter Aufforderung)」ようやく発言したにすぎず、わずか 20% の事件でのみ自発的に発言をしていた、とされている²²。別の研究プロジェクト [Machura, 2001] では、ボーフムとフランクフルトの参審員が、自身の「[刑事裁判を] やり抜く能力 (Durchsetzungsfähigkeit)」について質問を受けている：心理学的には自己を過大評価するのが当然のことであるにもかかわらず、多くの参審員は、自身の有する影響力を相当控えめに回答している。むしろ、質的な評価の点では、大部分の参審員が、職業裁判官によってすでに述べられた評価について追加的に論証して争いを避けるという方法で影響力を行使している [にすぎない]。これに対して、少数の

22 Rennig, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, 1993, S. 530 f.

参審員〔のみ〕が批判的に説明を要求したり再度問い合わせたりという方法で、あるいは裁判長に対する立場表明 (Positionierung) まで行うという方法で影響力を行使していた²³。しかし、注目すべきことに、意見の相違が、判決評議の間に実際に現実化するよりもはるかにしばしば、「評議室への過程でなお (noch auf dem Weg ins Beratungszimmer)」存在している²⁴。このような〔参審員の〕控えめな態度の理由としては、とりわけ「時間の制約 (Zeitdruck)」が挙げられ、他方で、〔参審員が〕提出された記録に関する知識不足を背景として情報面における構造的に不利な扱いを受けていること、そして、職業裁判官が状況や論証について優位にあることが挙げられている。さらに、アメリカの陪審研究から明らかとなったように、多数者あるいは意見をリードする者に追従主義的な行動や判断をとる傾向も挙げることができよう²⁵。すなわち、素人の真の「参加 (Partizipation)」が通常行われずに、「〔素人を〕裁判官の専門的な権威の下に…従属させる傾向 (Tendenz einer Unterordnung ... unter die fachliche Autorität des Richters)」の存在することが、明らかに、そして経験的に裏付けられているのである²⁶。

最新かつ最も時宜に通った研究作業は、共同社会の資源に関するマックス・プランク研究所の調査の中で行われている、バイエルンを対象とした質問研究 (Glöckner, 2011) である。この研究作業は、上述のことについて正気に返らせるような結果を確認したのみならず²⁷、一層憂慮すべき調

23 *Machura* (前掲注 15), S. 236 参照。Spona, Laienbeteiligung im Strafverfahren, 2000, S. 125 の結論も同様である。*Machura*, in: Richter ohne Robe 2000, S. 111 ff. (「参審員として長年活動してきた者は、(もう少し) 適応力があると思われる (Wer längere Jahre als Schöffe tätig war, erscheint (noch) etwas angepasster...)」とする) も、注目に値する。

24 参照, *Rennig* (前掲注 22), S. 554 f. (控えめに見積もっても、全事件の約 40 %に及ぶ! とする)。Ders., in: Egg (Hrsg.), Brennpunkte der Rechtspsychologie, 1991, S. 311 ff. も見よ。

25 これについて例えば, *Kette*, Urteilsbildung bei Laienrichtern, 1994, S. 94 (文献付き) がある。

26 そのように明言するものとして, *Lieber* (前掲注 5), S. 345, 358 がある。

27 参照, *Glöckner*, Entscheidungsverhalten von Schöffen. Forschungsbericht

査結果も明らかにした：「参審員は、自身の判断の正しさを過大評価し、自身が下した判決に自信を持っている。(…)参審員は、絶えず、最も望ましい手続結果にとって有利になるように、判断過程における不確かな情報を歪めている。これに加えて、参審員は、結果発生に関する原因がどこにあるのかをほとんど考慮せず、それにより誤った評価に到達してしまうのである (…)(Schöffen überschätzen die Richtigkeit ihrer Entscheidungen und sind sich in ihrem Urteil zu sicher. (...) Schöffen verzerren unbewusst Informationen im Entscheidungsprozess, stets zugunsten des erwünschten Verfahrensausgangs. Sie berücksichtigen außerdem Grundwahrscheinlichkeiten für den Eintritt von Ereignissen zu wenig und können dadurch zu falschen Einschätzungen kommen (...))」²⁸。そして、当然ながら、参審員は不可避免的に有罪判決にも至る。さらに、前掲した『マールブルクの参審員に関する研究』は、事件と関連する「[参審員の] 理解の困難さ (Verständnisschwierlichkeit)」の存在を、相当な規模で立証した²⁹。そして、参審員の「法的な [正・不正の] 感覚 (Rechtsgefühl)」が現行法から逸脱することも珍しくない。しかし、それ以外のことも同様に挙げるべきであろう：例えば、素人が、単なる事実上の危険が存在するにとどまる場合にも認められるドイツの正当防衛権を攻撃者の殺害の許容にも及ぼしたり、あるいは連邦通常裁判所とともに、殺意の認定において「阻止閾 (抑制限界。Hemmschwelle)」を超えてい

des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2011, S. 18: 「参審員は、傾向として、全事件の 9% で職業裁判官と異なる意見を持つにすぎず、自分の意見を貫けたのはその約半数 (4.5%) だった、と述べた (Die Schöffen gaben an, dass sie in 9% der gesamten Fälle tendenziell anderer Meinung waren als der / die Berufsrichter, und dass sie ihre Meinung in etwa der Hälfte der Fälle durchsetzen konnten (4,5%))」 (<http://www.coll.mpg.de/Download/IntuitiveExperts/Schoeffenbericht.pdf>., 2012 年 1 月 25 日閲覧)。

28 Glöckner (前掲注 27), S. 22.

29 Rennig (前掲注 22), S. 533 f.

るという要件の確認を、素人に真剣に期待しようとするだろうか？³⁰ 裁判長による目的的で困難を伴う教示 (Belehrung) があって初めて、それぞれの事件に関連づけた必要な法的知識が [参審員に] 伝えられる。すなわち、いずれにせよ専門家と素人との間に存在する力関係や権威の格差は、前述のような「[職業裁判官の] 配慮ある後見 (fürsorgliche Bevormundung)」³¹ によって、より強固にされるだけなのである！

3. 「法的な無資格」によって「質の保証」ができるか？

以上のことは、同時に、参審裁判制度には他にも辻褄の合わないことが存在することを示している：すなわち、参審員は、事実認定や刑法上の判断、すなわち有責・刑罰の宣言といった、(事実審による) 最終的な判決の全てについて、[職業裁判官と] 共に関与するものとされる。しかし、法律の専門知識を有する者は、参審員職の就任から排除されている (構成法 34 条 1 項 4 号)。なぜなら、素人参加の基本理念によれば、「法学に染まっていない者 (juristisch Unverdorbene)」のみを採用すべきものとされているからである。しかし、十分な根拠に基づき、幾年もの期間に設定された大学制度や 2 度にわたる要求度の高い国家試験の合格を裁判官層の資格の前提としているのであれば、—— まさに期待される「質の確保 (Qualitätssicherung)」という観点からして —— 裁判官職という責任を、法学の専門知識がない者に信頼して任せることがどのように正当化され得るのだろうか？ (裁判官法 5 条, 5a 条参照)。素人裁判官に対する「講習会 (Schulung)」を行うというドイツで定着した実務は、法的知識がなくとも個別的に「法について述べる (Rechtsprechen)」ことができるという期待が現実離れしていること³²を裏書きしている：参審員は、すでにそ

30 これにつき例えば, Duttge, in: ders./Dölling/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn 25, § 32 Rn 24 (それぞれ文献付き) がある。

31 これに抵抗するため、シュライバー (Schreiber) は、[職業裁判官と] 同等の記録閲覧権に賛成した。Schreiber, in: Welzel-FS 1974, S. 941, 953 参照。

32 同旨として、特に、Lilie, in: Ries-FS 2002, S. 303, 314 もある (参審員に不可

の在職期間当初から、参審員の権利や義務、手続の全般的な流れを説明した種々の情報雑誌やパンフレット（いわゆる「参審員の手引き（Schöffenfibel）」）を受け取っている³³し、教育施設において定期的に具体的な法的問題に関する啓蒙が行われている³⁴。[しかし、] そのようにして獲得された「法学の生半可な知識（juristisches Halbwissen）」は、司法の質の向上に適したものとはほとんどなり得ないであろうし、これを別としても、前記の講習会は素人参加の意義と明らかに矛盾する。「素朴で純真な素人による判断には、当然に予断はない（nürlichen Unbefangtheit des unverbildeten Laienurteils）」という理念から遠くかけ離れてしまえば、「[参審員] 自身に委ねられた良識（sich selbst überlassener gemeiner Verstand）」に対する不信感が現実のものとなる。他方で、フォイエルバッハ（Feuerbach）は、このような基本的な自己矛盾を、以下のように厳しく非難した：「素人は本来的に（…）非常に無難なものであると（…）信じられているのであるから、素人がひとたび裁判官席に座らされれば（Erst wird der Laie auf den Richterstuhl gesetzt, weil seinem natürlichen Wesen [...] vorzügliche Sicherheit [...] zugetraut wird）、「学校の授業で経験したように（von dem er erst seinen Unterricht erfährt）」「学識（gelehrte Verstand）」によって再び抑圧されるに違いない」³⁵。一貫した法学の思考は、明らかにこれと異なるのである！

その他に、[素人裁判官の] 法知識の欠如は、手続面においても、看過できない問題点を有している：素人裁判官が本来その「予断のなさ（Unbefangtheit）」を刑事手続にもたらすべきものとされているのに対し、

能なことが期待されている、とする）。

33 例えば、die Rundverfügung des nordrhein-westfälischen Justizministers v. 3.3.1986 zur „Unterweisung von Schöffen“（*Machura* [前掲注 15], S. 302 Fn. 391 に掲載されている）を見よ。その表面的な内容は、大学の「刑事訴訟法（Strafprozessrecht）」の講義とほとんど重なっている！

34 これにつき例えば、*Ellbogen/Werner*, in: *Lieber/Sens* (Hrsg.), *Ehrenamtliche Richter. Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?*, 1999, S. 180 ff.; *Geiger*, in: dies., S. 185 ff.; *Walter*, in: dies., S. 175 ff. がある。

35 *Feuerbach*（前掲注 8）, S. 192.

刑事実務では、まさにこれと反対に、参審員特有の予断が頻繁に生じていることが知られている。例えば、外国人に敵意を示した発言をしたり³⁶、無罪推定と矛盾するような、すでに形成されている心情を暴露したり³⁷、公判審理中に完全に無関心な振る舞いをしたりすること³⁸が、それである。原判決を法的手段によって取消し可能なものにする「眠れる裁判官 (schlafender Richter)」(刑訴法 226 条 [在廷すべき者], 338 条 1 号 [絶対的上告理由]) は、正しい判決に到達するため任命された者の「絶え間なく続く現在 (ununterbrochene Gegenwart)」に疑いを差し挟む³⁹が、これも、主として素人裁判官の協働から生ずる問題である。公判審理中の軽率な発言、政治観あるいは世界観に関する好き嫌い、精神的・肉体的状態の不良、報道の影響によって多くの予断の生ずる余地の存在を考慮すると、職業裁判官が素人の陪席裁判官に対して質問権を認める(刑訴法 240 条 1 項) ことについて、多くの場合は極めて抑制的となるべき理由を社会心理学的に完全に裏付けることができる⁴⁰。連邦通常裁判所⁴¹は、近年下した判決において、「法的思考方法 (rechtliche Gesinnung)」という基本的な要件を殊更に示さざるを得なくなった：この事件で、素人裁判官は、公判審理前に、代金取立て事業者として行った業務行為を介して、同業者は「私的制裁という方法を用い、そして違法な脅迫によって債権を回収する (zu Methoden der Selbstjustiz und zur Eintreibung von Forderungen mit Hilfe rechtswidriger Drohungen)」傾向があることを知っていた、というのである。しかし、連邦通常裁判所の見解によれば、参審員の法的

36 OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503; LG Bremen StV 1993, 69 参照。

37 参照, OLG Hamm JMBINRW 1968, 68: 公判の進行中、被告人が子供の交通違反的態度を見込まなければならなかったか否かが、非難されている犯行の証明にとって重要であるとの職業裁判官の指摘の後に、参審員が次の言葉を投げかけた。「本来、被告人はそうすべきだったのだ! (Eigentlich müsste er es!)」。

38 LG Bremen StV 2002, 357 参照。

39 これにつき, BGH NSTZ 1982, 41; OLG Hamm NJW 2001, 3062 がある。

40 Machura (前掲注 15), S. 238 のアンケート調査の結果を見よ。

41 NJW 2010, 2226 f.

思考方法や遵法意識に対しては、高い要求を課するべきであるとされた⁴²。すでに 1947 年ドイツ法曹大会の際に、カール・ペータース (*Karl Peters*) とエデュアルト・ケルン (*Eduard Kern*) は、「職責を果たすために必要な、精神力や判断力、道徳を備えていること、そして自律性を備えた (die geistige Begabung und Urteilsfähigkeit und sittliche Tüchtigkeit und Selbständigkeit besitzen, die für die Ausübung des Amtes erforderlich sind)」, 「申し分のない、賢明な、法的思考のできる人物 (einwandfreie, kluge, rechtlich denkende Personen)」を要求していたのである⁴³。これは正鵠を射て正しいように聞こえる。[しかし、ここで] 1 点のみ指摘しておく：このような高い要求を満たす人物は、本当に「国民 (Volk)」の代表といえるのだろうか？

4. 代表性のない民主主義はあり得るか？ 無言で居合わせているだけで透明性やコントロールは図れるか？

ドイツにおける参審員の選任は、法が要求しているのとは異なり、「市民のあらゆるグループが (…) 相当程度考慮されている (alle Gruppen der Bevölkerung [...] angemessen berücksichtigt)」(構成法 36 条 2 項, 42 条 2 項) ものでは決してないということは⁴⁴, すでに長年問題視されてきているが、何ら改善が図られてないままである。かかる要求においては、いわば「代表性民主主義 (repräsentative Demokratie) (基本法 20 条 2 項参照: 「…特別な機関を通じて! (... durch besondere Organe!)」) の具体化として⁴⁵, 素人による裁判権の行使にとってのまさに中核要素が

42 前掲注 41。

43 *Jasper*, MDR 1985, 110, 111 からの引用である。

44 社会的グループを極めて様々に代表していることにつき、例えば, *Ka-tholnigg/Bierstedt*, ZRP 1982, 267 ff. があり, *Rüping*, JR 1976, 270 ff. も見よ。

45 連邦憲法裁判所は、素人裁判権という「因襲的な制度 (tradiertes Institut)」を受け入れたが、しかし、憲法上必要であると宣明したことは一度もない。BVerfGE 48, 300. 317.

問題とされている。これに対して、新しい研究も、[参審制度に] 相当な欠陥があることを認定し、選任に一定の問題があることや、まさに無思慮であることを確認している：すなわち、事前段階で自ら不適格であると述べ、かつ、明らかに不適格な者が参審員に選任されている、という。いずれにせよ、多くの大都市では、過去に、決して望ましい者ではなく、迅速性を優先し——法に反して——くじで[参審員が]「選ばれた (gewählt)」⁴⁶。さらに、ゲルケン (Gerken, 1986) による少年参審制度に関する研究は、(過去においても常に) 選任された参審員の大多数が、「適切な (passend)」利害関係者の一人であることを理由に、その職に就いてきたことを明らかにしている⁴⁷：すなわち、「依頼者の給仕人 (Klientelwirtschaft)」や「友情の奉仕人 (Freundschaftsdienste)」[としての参審員] が、大きな影響力を伴って、民主主義的正統性 (demokratische Legitimation) に由来する崇高な話を空虚な決まり文句へ退化させてきたことは、明らかである。しかし、法律自身は、民主主義的思考をさほど重要なものとして位置づけていない：なぜなら、構成法 36 条 [提案リスト] 2 項 1 文が「義務規定 (Sollvorschrift)」にすぎないことを理由に、支配的見解はその違反を「害のないもの (unschädlich)」と考えているからである！⁴⁸

最後に、素人参加の根拠づけとして国民 (das Volk) による司法権のコントロールの必要性が挙げられている点については、手続の公開性の原則 (構成法 169 条、ヨーロッパ人権条約 [EMRK] 6 条 1 項)、裁判理由

46 連邦通常裁判所判例 (BGHSt 33, 41 ff.) によれば、この場合には、決して有効な参審員の選任は行われていない。それゆえ、こうした違法な構成の結果下された判決は、破棄することができる (ただし、無効ではない。BGHSt 33, 126 ff. 参照)。

47 Gerken, Bürger als Richter. Eine Studie über Einstellungen und Erfahrungen von Schöffen in Jugendstrafverfahren, 1986, S. 107.

48 例えば、以下を見よ。BT-Drucks. 7/551, S. 100; BGHSt 30, 255, 256; Löwe/Rosenberg (LR)/Gittermann, StPO und GVG. Großkommentar, 26. Aufl. 2010, § 36 GVG Rn 5; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl. 2011, § 36 GVG Rn 5.

の強制（刑訴法 34 条）、上訴権（刑訴法 296 条以下、基本法 19 条 4 項）そして予断及び除斥に関する諸規定（刑訴法 22 条以下、基本法 97 条）によって補完されていることが確認できる。ちなみに、今日では、素人裁判官の関与があろうとなかろうと、自らの法の見解を「素人にも分かるように（gemeinverständlich）」伝えることは、職業裁判官の自己理解にも一般的に適合する。素人裁判官が判決を言い渡すわけではないし、判決理由も作成しないにもかかわらず、「法の透明性と理解可能性（Transparenz und Verständlichkeit des Rechts）」をどのように促進することになるか⁴⁹は、不可解なままである。素人裁判官は、全体として、「無言で儀式ばった振る舞いをする証人（stumme Feierlichkeitszeuge）」にとどまっている⁵⁰。これに反し、自己批判的刑事司法という願望を真に実現しようとする者は、その代わりに、単独制裁判官の管轄（構成法 28 条参照）を熟考・見直して、審理を——大量の手續が第 1 審としてのみならず最終審としても裁かれる区裁判所段階では——もう 1 人の、当然にプロの裁判官に委ねるべきものとする：なぜなら、両者が専門知識による批判的な対話をする権能を与えられる限りで——「2 人によって真実が得られる（bei zweien beginnt die Wahrheit）」⁵¹ からである。

5. 司法への信頼は強化されるか？

以上のことに加えて、冒頭で挙げた素人関与に関する〔肯定的〕論証は、刑事司法内部への（名目上の）効果ではなく、逆に刑事司法から社会への効果であるという意見表明がなされているにとどまる。この点について、たしかに、ドイツにおける実証的研究は、實際上、刑事手續の公正性だけでなく、それぞれの事件について下された判決についても、参審員の高い

49 しかし、促進すると解するものとして、Dölling, in: Böttcher-FS 2007, S. 41, 47; ähnlich Jung, in: FS 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 317, 331; Lieber (Fn. 5), S. 327 f. がある。

50 Volk, in: Dünnebier-FS 1982, S. 373, 384.

51 Nietzsche, Die fröhliche Wissenschaft, 1887, Buch 3, Abschnitt 260.

満足度をも示している⁵²。しかし、刑事司法への信頼の強化という意味での積極的な効果は、明らかに、参加した素人の数に照らせば非常に限られた範囲にのみ限定される（具体的には、全市民の約 0.045%）⁵³。すなわち、法と結び付いた、平等な扱いと「正義 (Gerechtigkeit)」を求める刑事司法に関する知識を最大限広範囲に普及するうえで有利な結果となるように、法によって素人に無理に要求されている「倍率器的役割 (Multiplikatorenrolle)」からすると、管見した限りでも、素人裁判官はほとんど活用されていない⁵⁴。このことは、参審制度がドイツ市民の代表としても副次的役割しか果たしていないことと合致する。その他に、素人裁判官の活動によって、素人裁判官自身の遵法意識や社会的統合が少なくとも強化されるかどうかについては、現時点では、何ら経験的な根拠のない、単なる推測しか存在しない。現実の経済的な困難さや司法における資源不足が存在していることは、この間、[連邦通常裁判所] 大刑事部の判例によってすら公に認められている⁵⁵のであるから、「市民の社会参加の促進措置 (Fördermaßnahmen zugunsten bürgerschaftlichen Engagements)」⁵⁶などと美辞麗句で表現されている「市民大学コース・刑法 (Volkshochschulkurse Strafrecht)」(上述の「講習会」)が、毎年消費される高額の費用⁵⁷を今後も正当化しうるのかどうかは、極めて疑問だと

52 この点については、*Machura* (Fn. 15), S. 209 ff., 218 ff., 253 ff. が詳しい。

53 Statistik des Bundesamts für Justiz für das Jahr 2009 (http://www.bundesjustizamt.de/nr_2103264/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Schoeffen/Schoeffenstatistik_2009,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Schoeffenstatistik_2009.pdf: ca. 37.000 Schöffnen).

54 *Machura* (前掲注 15), S. 272 ff., 298 参照 ([参審員の活用効果は] 家族の領域ではなお認められるが、知人や同僚に対してはごく稀でしかない、とする)。有力なものとして、*Rennig* (前掲注 22), S. 516 がある (「単に弱いフィードバック効果 (nur schwache Rückkoppelungseffekte)」しかない、とする)。

55 判決合意制度を放棄できないとする命題にとって、これが中心的な理由づけであった。BGHSt 50, 40, 54 f. 参照。

56 BT-Drucks. 15/3191, S. 3.

57 2010 年の費用は、ニーダー・ザクセン州のみでも 174,000 ユーロに達している。http://www.mf.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=28528&article_id=99059&psmand=5 (Einzelplan 11, S. 88, 96, 104) を見よ。

思われる。

III. 「…害はない (... schadet nicht)」といえるか？

1. 記録閲覧はどうか？

前述のような経済的根拠への疑問に対しては、まず、素人の協力は少なくとも「害を与えない (nicht schaden)」という控えめな推定さえもが虚偽であるという理由が挙げられる。また、これとは別に、素人の関与は、さらに本質的な法的問題を結果としてもたらす。たしかに、この間、参審員に対して事情によっては捜査記録の閲覧を認めてよいかという激しく争われている問題について、連邦通常裁判所は肯定的な判断を下した⁵⁸。しかし、しばしば看過されてきたことであるが、この判断は、捜査手続での強制処分に関する文書を引き渡すことについてのみ適用があり、その他の、特に検察官による捜査の重要な結果（刑法第 200 条 2 項）に関する記録との関係で適用があるかどうかについては、依然として不明確である⁵⁹。その際、予断・偏見を抱いた参審員によって影響がもたらされる可能性があるという問題は、決して直接主義・口頭主義に関する議論のみに尽きるわけでない。むしろ、[職業裁判官と参審員の] 同等の取扱い（構成法 30 条 1 項参照）という理由から、職業裁判官と同様の情報提供を素人裁判官に与えるという説明——これは、この間、ヨーロッパ人権裁判所⁶⁰によってもなされた——は、裁判官という職の基本的な意義に言及することにつながる：すなわち、素人裁判官は、まさに法律家による影響の及ばない観点をもたらすべきものとされる。一方でこのことを確認しているにもかかわらず、他方で素人の正常な分別に職業裁判官と同じ「法的な高み

58 BGHSt 43, 36 ff. これに賛成する評釈として、*Bayer-Imberger*, JR 1999, 299 ff.; *Katholnigg*, NStZ 1997, 507 ff. がある。

59 結局これに賛成するのは、*Ellbogen*, DRiZ 2010, 136 ff. であり、同様の意味で、すでに *Schreiber*, in: *Welzel-FS* 1974, S. 941, 953 は、次のように述べていた：（もとより裁判官を拘束しない）指針は、参審員に完全な起诉状を与えることを、従来は拒否している。

60 NJW 2009, 2871 ff.

(rechtliche Höhe)」を求めようとする事（それは、そもそも見込みのない大胆な企てである。前述参照）は、明らかに現行法のアポリア（解決困難な問題。Aporie）である⁶¹。さらに、これまで反駁されてこなかったのであるが、それ以前に行われた捜査結果へ立ち戻ることは、社会心理学的にいう「持続効果」（すなわち、捜査段階における評価に拘束される傾向）を結果的に惹起するという、シューネマン（Schünemann）のテーゼ（命題）が正しいものとするならば⁶²、捜査記録により素人の観点が「汚染（Verunreinigung）」されることは、ますます理解できないものとなるであろう。

2. ドイツ語の問題

参審員は、ドイツの裁判所における公判審理の経過を理解しながら〔職業裁判官に〕追いついてゆくいくために（構成法 184 条参照）、ドイツ語を使いこなさなければならないということは、そもそも自明のことであった。しかし、驚くべきことに、このような要求は 2010 年に至るまで法律上規定されていなかった。法律は、今日まで、ドイツ国籍を有することのみ（構成法 31 条 2 文）を要求していたが、それによって十分なレベルの言語能力が必然的に担保されているわけではない。しかし、この間、参審員に選任された者がほとんどあるいは全くドイツ語を話すことができなかったという事例が蓄積してきたため、立法者⁶³は、「参審員の能力がない（Schöffenunfähigkeit）」という特別な排除事由（構成法 33 条 5 号）⁶⁴を

61 適切にも、Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 6 Rn 17. また、Börner, ZStW 122 (2010), 157, 181 ff., 198 も見よ。

62 これについての概観として、Schünemann, StV 2000, 159 ff. があり、より詳細なものとして、ders., in: Lampe (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie, ARSP-Beiheft 1985 22 (1985), S. 68 ff.; ders., in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit, 1995, S. 215 ff. がある。

63 2010 年 7 月 24 日の裁判所構成法第 4 次改正法による（BGBl. I S. 976）。

64 この規定は、付録Ⅲに掲載されている。

創設するほかなかった。しかし、この新規定には、以下の2つの問題が結び付いている：第1に、立法者が十分な言語能力を——正当にも——不可欠なものとしてみなしているにもかかわらず、ドイツ語が使いこなせないことを理由とする無能力を「義務規定 (Sollvorschrift)」としてしか規定してない理由が不明である⁶⁵。第2に、「十分にドイツ語を使いこなせること (ausreichende Beherrschung der deutschen Sprache)」に対して将来的にどのような要求がなされるかについては、現段階では、緊張しながら待つ方がよい。立法者は、この点について非常に矛盾した発言をしている。たしかに、あまり望ましくない方法での知能テストという結果を招くため、参審員が専門語彙（例えば、経済事犯の刑事手続の文脈で）を使いこなすことは要求されてはならない。もちろん、「日常会話の進行あるいは日常生活に関するテキストの講読に必要な (als es das Führen einer alltäglichen Konversation oder die Lektüre eines Textes des täglichen Lebens erfordert)」より良い語学知識を自由に駆使することが参審員には必要である、とされる⁶⁶。今後、手続法上の紛糾（例えば、上訴可能性の危機）に関する新たな限界問題が浮上してくることは、すでに明らかである。[外国人の] ドイツ国内への絶え間ない移動という動きの中で、このような問題の法実務上の意義は早々には失われないであろう。

3. 宗教上の所属のしるし

前述の問題には、特にイスラム教徒が頭にかぶる布（スカーフ）のような、特定の宗教上の所属に関する外見上明白なしるしが、どの程度、素人裁判官職と両立するののかという、より広範囲な、従来からもあった法的問題が密接に関連する。補足的に述べるならば、ある者が両性の平等（基本法3条2項、3項）を一般的に承認していないと表明したときは、憲法へ

65 それにもかかからず、本規定の不遵守が原判決の上告理由となるかという困難な問題につき、BGH wistra 2011, 277 ff. = StraFo 2011, 152 ff. を見よ。

66 BT-Drucks. 17/2350, S. 4 f.

の忠実（裁判官法 45 条 3 項参照）が欠けているという理由で、おそらく争いなく、参審員の職責行使の資格に欠けるという結論となる⁶⁷。しかし、頭に布をかぶっているという事実だけを理由として参審員から除外できるのかについては、議論の余地がある：この問題については、すでにドルトムント地方裁判所の法的見解がある。すなわち、「世界観の表明 (Demonstration einer Weltanschauung)」は、「それ自体、裁判所の非当事者性、裁判所の客観性や中立性にとって必要な印象 (der notwendige Eindruck der Unparteilichkeit, Objektivität und Neutralität des Gerichts)」を軽視するものであり、さらに、当該国家や社会の機関としての裁判所の尊重と衝突するものである、という⁶⁸。これに対し、ビーレフェルト地方裁判所は、法律は、参審員の服装規定を予定しておらず、さらに「宗教に奉仕する者 (Religionsdiener)」のみが任命されるべきでないと規定されている（裁判所構成法 34 条 1 項 6 号）ことを理由に、そのような事実のみから参審員の不適格性を認めるべきでないとしている⁶⁹。この議論において、どの観点がより説得的であるかは、ここではこれ以上検討しない⁷⁰。むしろ、この論点は、素人関与の維持によって、多くの社会全体の紛争状況が明け透けに刑事司法へと持ち込まれることを、特に分かりやすく示すものであることが、重要である——それは、この論点がより深く論じられることなく、再度、今以上の手続遅延の危険や刑事訴追の最終的失敗の危険を伴って、単に権威に基づいて裁判が行われる場合に当てはまるであろう。

67 この点でも同旨なのは、LG Dortmund NStZ 2007, 360 である。

68 LG Dortmund NJW 2007, 3013 f.

69 LG Bielefeld NJW 2007, 3014（その評釈として、Bader, NJW 2007, 2964 ff. がある）。原則として、Meyer-Goßner（前掲注 48）、§ 52 GVG も同旨であるが、ただし、女性参審員が、その服装（例えば、全身をベールで覆うこと）によって完全に覆い隠すことは許されない、という制限を付している。

70 連邦憲法裁判所の「スカーフ裁判 (Kopftuch-Entscheidung)」は、むしろ、スカーフの着用一般ではなく、個別事例での態度が重要であるとする寛大な見解に立っている。もっとも、同裁判所の裁判は決して全員一致ではなく、5 対 3 の判断であった。BVerfGE 108, 282 ff. を見よ。

4. 合意 (刑訴法 257c 条)

全く異なる性質の争点として、2009 年以降法律上規定された「判決合意手続 (Urteilsabsprachen)」⁷¹ の文脈で、素人裁判官によって「良識」をもたらすことがそもそもなお可能というべきなのか、という問題が明らかとなった。刑訴法 257c 条⁷²は、[裁判所が] 公判審理開始後に「適当と認めるとき (in geeigneten Fällen)」に (1 項 1 文)「申合せをすることができる内容 (welchen Inhalt die Verständigung haben könnte)」(同条 3 項 1 文)を「告知する (bekannt geben)」(3 項 1 文)ことを許すとして、「裁判所 (Gericht)」の主導権を曖昧に規定・要求している。その際、参審員も関与できるのかどうか、できるとしてどの程度関与できるのかは、立法資料上は何ら論じられていない⁷³。たしかに、その排除は常に許されないと判示された⁷⁴が、しかし、すでに公判審理開始前の段階 (刑訴法 212 条) や中間手続 (刑訴法 202a 条) における「手続状況に関する協議 (Erörterungen des Verfahrensstandes)」に関する望まれた規定も設けられ、それらは、特に公判審理における「申合せ」の準備にも資するものと明言されている⁷⁵。しかし、参審員は、公判審理前の出来事については、法律上関与できない (構成法 30 条 1 項参照) ので、素人はその後 [合意に] 賛成するように、以下のスローガンに従って不当な圧力に晒されることが、一定程度の生活上の蓋然性をもって予想できる：「全員の意見は一致している。なぜなら、参審員は、ぶち壊し屋となり得ないからである！ (Alle sind sich einig; da können doch die Schöffen keine

71 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl. 2009 I, 2274). これに対する重大な異議については、Duttge, in: Meijo Law Review (日本語), Bd. 61 (2012), Nr. 4, S. 1 ff. (ドイツ語), 21 ff. (日本語); Fezer, NSTZ 2010, 177 ff.; Murmann, ZIS 2009, 526 ff.; Weigend, in: Maiwald-FS 2010, S. 829 ff. が詳細である。

72 この規定は付録Ⅲに掲載されている。

73 BT-Drucks. 16/12310 参照。

74 刑訴法 257c 条施行前について、BGHSt 43, 195, 206 があり、現在については、BGH NSTZ 2011, 592 f. を見よ。

75 BT-Drucks. 16/12310, S. 12 は、そのように明言している。

Spielverderber sein)!)」⁷⁶。「取引(Deal)」への過度な、あるいは性急な転換に抵抗することを参審員に期待する⁷⁷のは、不相当であるし、現実には即さないといわざるを得ないであろう。それとは別に、—— 自白に基づいて⁷⁸—— 迅速な手続処理を理由に、証拠調べはそれ以上行わず、その代わりに刑罰の最大限と最小限の間における減軽 (刑訴法 257c 条 3 項 2 文: 「刑罰の上限と下限 (Ober- und Untergrenze der Strafe)」) に関して決定しなければならない場合に、参審員がそもそものような「有益な貢献 (sachdienlicher Beitrag)」を手続にもたらすことができるか、が問題となり得る。立法者は、何ら規定を置かないことによって、参審員の関与の引き続いての重要性という外見を保持している: しかし、實際上、参審員は、公判審理手続においても、不必要な遺物へと貶められてしまっているのである⁷⁹。

IV. 展望 —— 「政策的な信頼の問題」か「特別の専門知識」か?

以上のような私たちを正気に返らせる見解は、今日広く頻繁に行われている公判審理外での手続処理 (刑訴法 153 条以下による起訴便宜の理由からの捜査手続における手続打ち切り、または、407 条以下の略式命令手続)⁸⁰に直面して、素人裁判官という職には、いずれにせよわずかな適用領域し

76 適切にも、*Marsch*, ZRP 2007, 220, 221 があり、同旨として、*Fischer*, StraFo 2009, 177, 183 がある (弁護士、検察官、職業裁判官の間で行われた取り決め (Vereinbarung) に反対することは稀である、とする)。

77 しかし、このように解するのは、*Dölling*, in: Böttcher-FS 2007, S. 41, 51 f. である。

78 257c 条 2 項 2 文参照: 「あらゆる申し合わせにおいて自白は構成要素となる (Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein)」。

79 例えば、*Strate*, NStZ 2010, 362, 364 f. も見よ (参審員は事実上排除される (faktische Ausschaltung der Schöffen)」とする)。これに反し、これを些事に見せかけているものとして、*Satzger*, Jura 2011, 518, 525 がある (「参審員が…完全に無視される危険は全くない…」 (... besteht keine Gefahr, dass sie ... vollkommen übergangen werden) とする)。

80 より詳しい統計の提示は、*Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 5. Aufl. 2009 にある。

が残されていないことを思い起こさせる。犯罪の事案真相をより容易に理解するうえで、「一般的な生活上の経験」のもたらす余地が最大となるような事案（つまり、日常的な犯罪の場合）ではまさに、素人は裁判に関与しない⁸¹。勾留裁判の場合も（刑訴法 126 条 2 項）、連邦通常裁判所の見解によれば、参審員は、著しい遅延のおそれが危惧される場合には不必要とされるべきであり、それは、続行されている公判の間の勾留継続について判断すべき場合でも同様である、とされている⁸²。これに対し、参審員は、地方裁判所の経済刑事部の審理の全部に関与させられるが、そこでは、例えば、特許法、手形小切手法や著作権法による犯罪、銀行に関する犯罪、株式市場に関する犯罪やクレジット犯罪、国際経済法、ワイン衛生法や食品衛生法、補助金や陶器に関する詐欺などについて判決を下さなければならぬ（個別的には、構成法 74c 条）。しかし、経営学理論に関するきちんとした専門知識なしに、[参審員が] どのようにして簿記などにつき評価すべきものとされるかについては、不可解なままである⁸³。だが、今日においても、前記のような専門的問題について、裁判所が外部の専門知識を（例えば、公認会計士に対する鑑定依頼などによって）求めるのであれば、非常に意味のある——専門的知識を有する（!）——素人の活動領域が存在することになるであろう。少年刑事手続の領域で、現行法は、少年参審員は「教育の資格を有し、少年の教育について経験を有する（*erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sein*）」べきものとする規定を置いている（少年裁判所法 35 条 2 項 2 文）。それ以外

81 早くから適切にもこの点を批判したのは、Volk, in: Dunnebie-FS 1982, S. 373, 380 である（私人起訴（刑訴法 374 条以下）との関係でも同様である）。

82 BGH NStZ 2011, 356（その批判的な評釈として、Gittermann, DRiZ 2012, 12 ff. がある）。素人参加一般に賛成するものとして、Sowada, StV 2010, 37 ff. があり、（連邦通常裁判所と同様に）反対するものとして、Krüger, NStZ 2009, 590 f. がある。

83 再度、Volk（「使い古されていない新鮮な判断力や常識では、さほどのことはできない（Mit frischer, unverbrauchter Urteilskraft und common sense ist hier nicht viel ... zu machen）」（Dünnebie-FS 1982, S. 373, 381）参照。

にも、医師・医事刑法のように、さらに若干の他の適用領域が明らかに考えられるだろう⁸⁴。しかし、そのとき、法律家でない者が裁判官の職に就くことを正当化するのは、特別な専門知識 (spezifische Sachkunde) であって、刑事司法に対する社会の不信感ではない⁸⁵。これは、確固たる法治国家においては歴史的に見てすでに時代遅れになってしまっている⁸⁶。もちろん、こうした判断は、それぞれの国における社会的・政治的状況や「文化 (Kultur)」⁸⁷ に左右されるので、国際比較において生じた相違⁸⁸は驚くべきものではない。争いなく、すべての法的・文化的共同体は、前述のような問題について、裁判所制度の妥当性について自ら判断しなければならず、またこれを継続的に吟味しなければならない。しかし、すでに民主主義的に構築された法共同体は、素人裁判官職を根拠づけるために民主主義原理を引用すべきではなかった (もはやそうすべきでない)。なぜなら、エルンスト・ベリング (*Ernst Beling*) がすでに教えているように、「…国民が (前記のような根拠づけによって) 自分自身の法律を書き記した板を割ってしまう (... zerbricht das Volk [mit dieser Begründung] seine eigenen Gesetzestafeln)」⁸⁹ ことになるからである！

84 注目に値するものとして、*Kühne*, in: Amelung-FS 2009, S. 657, 667 の提案がある。

85 *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 1952, Rn 448 (「政策的な信頼の問題 (politische Vertrauensfrage)」とする) を見よ。

86 完全に同旨のものとして、*Dölling*, in: Böttcher-FS 2007, S. 41, 43; *Löhr*, Zur Mitwirkung der Laienrichter im Strafprozess, 2008, S. 169 f. がある。ヨーロッパの比較法研究の結果である *Lundmark und Winter*, in: ZfRV 2010, 173, 186 も、その傾向を示している。

87 それぞれの「文化 (Kultur)」の表れとして国内手続秩序を理解するための基礎研究として、*Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801 ff. がある。

88 「ヨーロッパの刑事手続法制度における素人裁判官 (Laienrichtern in den europäischen Strafverfahrensrechtssystemen)」についての有益な概観が、*Kühne*, in: Amelung-FS 2009, S. 657, 660 ff. にある。

89 *Beling*, Deutsches Reichsstraßprozessrecht, 1928, § 13, II., 2. (S. 53).

付 録

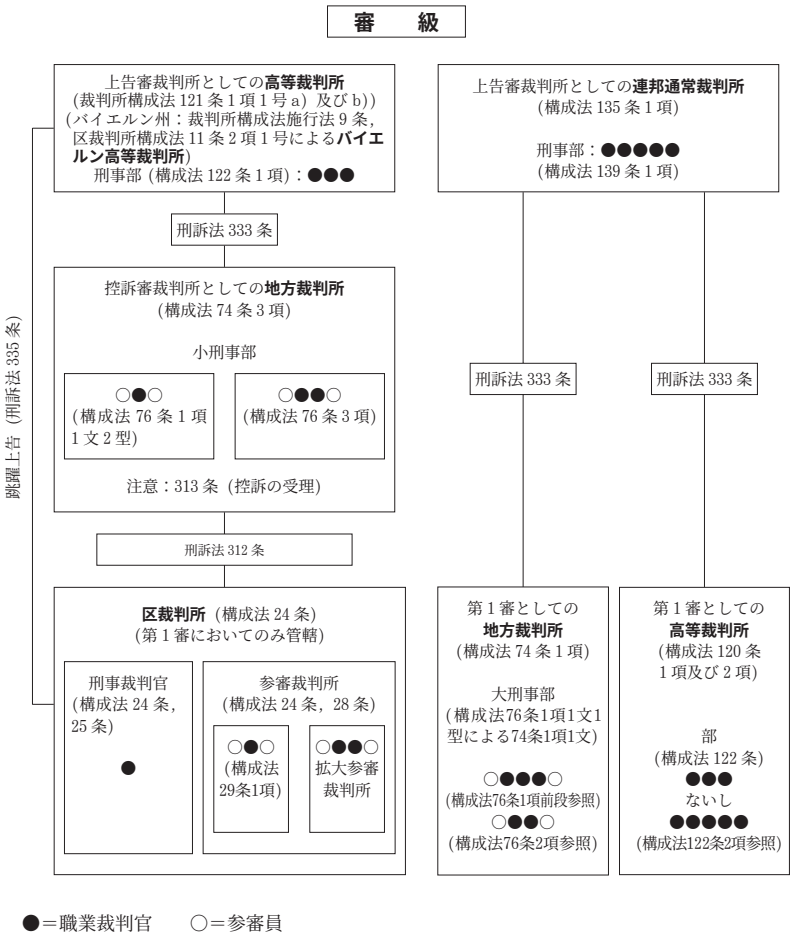
付録Ⅰ：第 1 審の構成と事物管轄

第 1 審 の 構 成 と 事 物 管 轄

区裁判所（裁判所構成法 24 条） （第 1 審においてのみ管轄） 刑事裁判官 （構成法 24 条、25 条） ● 管轄： 経済事件のみでかつ以下の場合 ・私人起訴の形態での訴追（構成法 25 条 1 号）の場合、又は、 ・2 年以上の自由刑が見込まれない場合（同 25 条 2 号）。この場合、刑事裁判官の管轄は、構成法 25 条 2 号の文言によれば、より軽い事件に限定されない（通説）。 参審裁判所 （構成法 24 条、28 条） ○●○○ （構成法 29 条 1 項） ○●●○ 拡大参審 裁判所 （構成法 29 条 2 項） 管轄： 重罪及び軽罪について。ただし、地方裁判所又は高等裁判所の管轄（構成法 24 条 1 項 1 号）に属さない、4 年以上の自由刑が見込まれるとき（同 24 条 1 項 2 号）でない、又は、検察官が事件の特殊性から地裁に起訴したとき（同 24 条 1 項 3 号のいわゆる「管轄の移動（bewegliche Zuständigkeit）」でない、の各場合に限る。	第 1 審としての 地方裁判所 （構成法 74 条 1 項） 大刑事部 （構成法 76 条 1 項 1 文 1 型による 74 条 1 項 1 文） 構成： ○●●●○ （構成法 76 条 1 項前段参照） ○●●○ （構成法 76 条 2 項参照） 管轄： すべての刑事事件について。 ただし、区裁判所（構成法 24 条）又は高等裁判所（同 120 条）の管轄に属する場合を除く（同 74 条 1 項参照）。 注意：構成法 74 条 1 項 2 文末尾は、同 24 条 1 項 3 号が規定する「管轄の移動（bewegliche Zuständigkeit）」を繰り返している。構成法 74 条 2 項 1 文の場合には、刑事部は陪審裁判所として裁判する。	第 1 審としての 高等裁判所 （構成法 120 条 1 項、2 項） 部 （構成法 122 条） 構成： ●●● ないし ●●●●● （構成法 122 条 2 項参照） 管轄： 構成法 120 条 1 項及び 2 項に挙げられている犯罪についての事物管轄 基準：事件の範囲と複雑性 *バイエルン州：裁判所構成法施行法 9 条、区裁判所構成法 11 条 2 項 1 号によるバイエルン高等裁判所（その「廃止（Abschaffung）」について、Kruis, NJW 2004, 640ff. 参照）
---	---	---

●＝職業裁判官 ○＝参審員

付録Ⅱ：審級



付録Ⅲ：法律（抜粋）

裁判所構成法第 29 条（区裁判所の参審裁判所）

- (1) 参審裁判所は、区裁判所の裁判官である裁判長と 2 人の参審員とで構成する。
判事補は、任命から 1 年を経過しない間は、裁判長となることができない。
- (2) 事物の範囲により、2 人目の裁判官の関与が必要であると認められるときは、
公判手続の開始に際し、検察官の申立てに基づいて、区裁判所の裁判官の任命
を決定することができる。（…）

同第 30 条（参審員【の権限】）

- (1) この法律に他の定めがない限り、参審員は、公判手続において、裁判官として
の職務権限をすべて行使し、区裁判所の職業裁判官と同等の表決権を行使する
とともに、公判手続の過程で行われる、判決の言渡しと関係のない裁判及び口
頭弁論を開かずに下すことのできる裁判にも関与する。
- (2) 公判手続外で必要となる裁判は、区裁判所の職業裁判官がこれを行う。

同第 33 条（参審員に不適格な者）

次に掲げる者は、参審員の職に就かせてはならない。

1. - 4. （…）
5. ドイツ語が十分に使えないためこの職に不適格な者。

同第 36 条（候補者名簿）

- (1) 市町村は、5 年ごとに参審員候補者名簿を作成する。名簿への登載には、市町
村議会の出席議員の 3 分の 2 以上の同意、又は、少なくとも議員定数の半数以
上の同意を要する。（…）
- (2) 候補者名簿は、住民の性別、年齢、職業及び社会的地位によるすべての集団を
適切に考慮して作成するものとする。（…）
- (3) - (4) …

同第 38 条（候補者名簿の送付）

- (1) 市町村長は、候補者名簿並びに申し立てられた異議を、当該管区の区裁判所の
裁判官に送付する。
- (2) …

同第 40 条 (参審員選出委員会)

- (1) 区裁判所に、5 年ごとに選出委員会を招集する。
- (2) 委員会は、区裁判所の裁判官を委員長とし、州議会の指名する行政官 1 人及び信任選出者 10 人を委員として構成する。(…)
- (3) 信任選出者は、区裁判所管区の住民の中から、その居住する下位の行政区の議会の出席議員の 3 分の 2 以上、又は、少なくとも議員定数の半数以上により選出される。(…)
- (4) 委員会は、少なくとも委員長、行政官及び信任選出者 3 人の出席により定足数に達する。

同第 42 条 (参審員の選出)

- (1) 選出委員会は、訂正された候補者名簿の中から、3 分の 2 以上の多数で、今後 5 年間の業務年度のための次の選出を行う。
 1. 必要な数の参審員
 2. 欠員となった参審員に代わる…必要な数の者 (予備参審員) (…)
- (3) 選出に際しては、住民の性別、年齢、職業及び社会的地位によるすべての集団を適切に考慮するように留意するものとする。

同第 76 条 (地方裁判所の刑事部)

- (1) 刑事部は、裁判長を含む職業裁判官 3 人及び参審員 2 人で構成し (大刑事部)、刑事裁判官又は参審裁判所の判決に対する控訴手続においては、裁判長裁判官及び参審員 2 人で構成する (小刑事部)。参審員は、公判外での裁判には関与しない。
- (2) 公判の開始に際し、大刑事部は、当該刑事部が重罪参審裁判所としての権限を持つか、又は、事案の複雑性に鑑みて 3 人の職業裁判官を必要とすると認められるのでない限り、裁判所が公判手続において裁判長を含む職業裁判官 2 人及び参審員 2 人によって構成される旨を決定する。(…)
- (3) 拡大参審裁判所 (29 条 2 項) からの控訴審手続において、2 人目の職業裁判官を任命する。公判外での裁判は、裁判長が単独で行う。

刑事訴訟法第 257c 条 (申合せ)

- (1) 裁判所は、適当と認めるときは、手続関与者と、次項以下の基準に従って、手続の進行及びその結果について申合せをすることができる。(…)

- (3) 裁判所は、申合せすることのできる内容について告知する。その際、裁判所は、事件の全ての事情及び一般的な量刑考慮に関する自由な評価に基づき、量刑の上限及び下限を示すことができる。手続関与者は、態度決定のための機会を与えられる。申合せは、被告人及び検察官が裁判所の提案に同意したときに成立する。

同第 263 条 StPO (Abstimmung)

- (1) 罪責問題及び行為の法律効果について被告人に不利益な判断をするときは、その都度 3 分の 2 の多数を必要とする。
- (2) - (3) …

刑事手続及び過料手続に関する指針第 126 号

- (1) …
- (2) 職業裁判官は、参審員が、法律上彼らに割り当てた職責を果たすことができるように寄与するものとする。審理は、参審員がこれに追いつけるように行うものとする。彼らに分からないような形式や専門表現は、これを説明しなければならない。
- (3) 起訴状を参審員に見せてはならない。ただし、特に事実関係が広範囲又は複雑な手続では、公判進行のため、起訴文の朗読後その写しを与えることができる。

【コメント】

斎藤 司（龍谷大学法学部准教授）

Duttge 教授も指摘されているように、日本の裁判員制度は事実認定と量刑について職業裁判官と裁判員が共に関与するといった点で参審制度が参照されている。そして、そのモデルともなっているのがドイツの制度である。他方で、裁判員の選任方法や形態については陪審制度が参考とされている。さらに、職業裁判官と裁判員の人数については、参審制度と陪審制度の中間的制度を採っている。裁判員制度がスタートして、すでに3年が経過した [2012 年現在]。裁判員制度は、日本の刑事手続のあり方に多大な変化をもたらしたとされる。他方で、いくつかの問題点も指摘されており、同制度施行3年後の見直しも迫っている中で、実証的知見も踏まえた Duttge 教授の報告は、多くの示唆を含んでいるように思われる。以下、簡単にコメントを加えることとしたい。

Duttge 教授の報告によれば、素人は、法的知識を十分に持たず、予断や偏見を有しやすい傾向を有し、評議においても専門家や多数意見に左右されやすい傾向を有することになるとされている。そして、興味深いのは、このような「素人像」が実証的研究も踏まえて示されていることである。日本における「素人像」をめぐる議論が、ともすれば、このような実証的基盤を欠く傾向にあったことに鑑みれば、非常に興味深い内容である。他方で、このことを前提とすれば、参審制度か陪審制度かにかかわらず、刑事裁判への素人参加は認めるべきでないという結論にも至りそうである。Duttge 教授は、刑事裁判への国民の参加そのものについて反対されるのか。そうでない場合は、国民の司法参加を十分に意義のあるものにするために必要な制度設計上の条件が知りたいところである。

ドイツでは参審員は事件に関する記録を閲覧できないことから、職業裁判官との情報の格差が生じることになると思われる。日本においても、新設された公判前整理手続は受訴裁判所が主宰するが、裁判員は関与しないので、情報格差が生じるのではないかとの批判がある。ドイツにおいては、

この情報格差はどのように捉えられているのであろうか。また、問題視されているのであれば、参審員による記録閲覧以外にどのような提案が示されているのかは、知りたい点である。

日本においては、裁判員にとって「分かりやすい刑事裁判」の推進が、いくつかの刑事手続の実務における変革をもたらしている現実がある。公判廷における検面・員面調書の使用の厳格化などがそれである。ドイツにおいては、そもそも直接主義との関係で調書の使用は原則として否定されているが、参審員の関与との関係で、分かりやすい刑事裁判を達成するために何らかの工夫がなされているのであろうか。また、それが刑事手続に何らかの変革をもたらすような状況があるのであろうか。

日本では、裁判員に量刑判断ができるのか、また適正な量刑判断をいかに確保するかが問題となっている。特に死刑の判断については、全員一致によるべきではないかとの案も示されている。ドイツにおいて、参審員に量刑判断をさせるべきかどうかについて議論はなされているのか、さらに適切に量刑の判断させる工夫はなされているのかは、知りたいところである。

最後に、日本でも、合意手続類似の制度導入について本格的な議論がなされ始めている。その意味で、Duttge 教授の指摘は非常に興味深い。合意手続を経た参審裁判で、具体的に問題となった事件等があれば教示いただきたいと思う。

【訳者あとがき】

以上は、グナー・ドゥットゲ教授 (*Prof. Dr. Gunnar Duttge*) の論文 *Laien in der Strafrechtspflege: Zur aktuellen Debatte in Deutschland* (本誌 239 頁以下所収) の邦訳であり、原文および邦訳の脚注*に記載されているように、2012 年 4 月 5 日に開催された名城大学法学会主催講演会での講演に基づくものである。ドゥットゲ教授は、2011 年 4 月上旬に、同講演会で講演を予定していたものの、2011 年 3 月 11 日の東日本大震災のため来日できず、講演会も中止された。しかし、法学会のご高配により、原文および邦訳を掲載する機会が与えられた (ドゥットゲ／加藤克佳訳「ドイツ刑事訴訟における合意——法律規定 (刑事訴訟法第 257 条 c) の基本問題——」本誌 61 巻 4 号所収)。今回は、その約 1 年後の新たな訪日の際に、本学で講演会を実現することができたので、それに基づく論文を執筆していただいたものである。訳者の怠惰と不手際のため公刊が遅れたが、講演後の活発な質疑等を踏まえた原著者による本文の補正のほか、脚注の補足や付録図表等の追加も行われており、新たな動向・展開に即応する充実した内容となっている。当日は、同教授と研究上の縁の深い斎藤司准教授 (龍谷大学法学部) にコメンテーターとしてご参加をいただき、講演・質疑応答の通訳は加藤が担当した。この場をお借りして、関係各位に深く感謝申し上げる。

ドゥットゲ教授は、現在、ドイツ連邦共和国・ゲッティンゲン大学 (正式にはゲオルク・アウグスト大学) 法学部・医事＝生命刑法部局長である。また、ゲッティンゲン医事法センター副所長 (創立時は所長) も併任している。履歴や研究業績等については、講座ウェブサイト (<http://www.uni-goettingen.de/de/18979.html>) や本誌 61 巻 4 号 40 頁以下 (2012 年) 等に詳細な紹介がある。研究分野は、医事刑法をはじめとして、刑法、刑事訴訟法など多岐に渡っており、著作も多数公表されている。今日のドイツで最も活躍している刑事法研究者の 1 人とみてよい。国際的な学术交流について、ドゥットゲ教授は、講演等のため 2008 年 10 月に日本を初めて訪問しているが、それ以前からもアジア諸国の刑事法研究者との親交があり、

実際にも日本をはじめとして韓国、台湾などを訪問し、学術交流を深めている。したがって、国際的にも大いに活躍しているといつてよく、アジア諸国刑事法学にとっ



ても良き理解者といえよう（その他の主な国際交流先としては、トルコが挙げられよう）。

今回テーマとされた「刑事司法への素人参加」は、ドイツ刑事法学界で長く論争されている争点の1つである。わが国の裁判員制度は、そのドイツの素人参加制度である参審制度をベースとしているだけに、その動向・展開は注目に値する。すなわち、日本では、裁判員制度が、司法制度改革の柱の1つとして2009年5月から施行されているが、実際にもすでに4年以上が経過して（2013年7月現在）多くの事例が蓄積されており、施行3年後には検証が行われることとなっている（「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」附則9条参照）。他方、ドイツでは、日本法のモデルの1つとして、参審制度が長い伝統を持ち、刑事司法に素人（国民ないし市民）が参加することが当然視されてきたが、近時、改めて素人の参加の意義や功罪につき関心が高まっている。そこで、今回は、ドゥットゲ教授にドイツの現在の議論を紹介・分析し、素人参加の意義や限界、参加する場合のあるべき形態などについて講演していただき、コメンテーターからのコメントを受け、参加者と討議していただくこととした。

ドゥットゲ教授の講演は、まず市民の司法参加制度の導入の経緯や制度趣旨などから始まり、法学の知識のない素人が正しい刑事裁判に寄与できるか、また、それが民主主義に適うかなどを検討し、その反面で、少なくとも無害といわれるが、費用面や理解能力・言語能力などから有害な面が

あると指摘した。
そのうえで、会計士や教師、医師など特別な専門知識を有する者を、裁判官の正しい判断を導くため活用すべきであると結論している。



これを受けて、コメンテーターからは、市民参加の根拠や条件、日本では裁判員が量刑判断にも関与することをどのように見るか等が問題とされ、参加者（学部生、大学院生）からは、特に日本の裁判員制度との比較に関する質問が多数出され、全体として活発な討論が行われた。外国法との比較検討は、私たちの視野を広げるうえで有益であることを実感できるなど、実り多い講演会になったといえよう。

なお、第36回ドイツ刑事弁護人大会（2012年3月18日、於・ハノーファー。<http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2012.htm>）では、7つの論点の1つとして「刑事手続への素人裁判官の参加」が採り上げられ、以下のような概要であったので、付記しておく。「素人裁判官の参加の問題については、様々な見解がある。一方では、参審員に記録閲覧権を与えない従来の制度を維持すべきであるというものがあり、他方では、参審員職を廃止せよというものがある。本会〔前記の大会〕参加者は、申合せ手続（刑訴法257c条）における判断への参審員の関与および記録に関する知識の欠如から生ずる問題に、とりわけ参審員による記録閲覧が大規模手続ではほとんど行われていないように思われるだけに、注目している。現行法は、それ自体矛盾をはらみ、かつ、このディレンマを解決する規定を持っていない。実際上、参審員は、十分な事実的基礎なしに、多くは単に職業裁判官による事実調査に基づいて——申合せに依拠した——判決に関与しているにすぎない、

翻 訳

という結果になっている。見解の一致が存在するのは、参審員の選任を、従来よりも慎重に行わなければならないという点である。参審員職に適した者、例えば、ドイツ語を十分に使いこなすことができ、かつ、参審員としての活動を自ら望む者だけを選任できるようにすべきである。」。

(2013 年 7 月末訳了)

Laien in der Strafrechtspflege: Zur aktuellen Debatte in Deutschland*

Gunnar Duttge**

Inhaltsverzeichnis

- I . Wiederkehr einer alten Streitfrage
- II . Argumente zwischen Schein und Realität
 - 1. „Halbe Demokratisierung“ durch „abhängige Richter“?
 - 2. Einbringen des „gesunden Menschenverstandes“?
 - 3. „Qualitätssicherung“ durch „juristische Inkompetenz“?
 - 4. Demokratie ohne Repräsentativität? Transparenz und Kontrolle durch stumme Anwesenheit?
 - 5. Stärkung der Rechtstreue?
- III. „... schadet nicht“?
 - 1. Akteneinsicht?
 - 2. Deutsche Sprache
 - 3. Zeichen einer Religionszugehörigkeit (z.B. Kopftuch)
 - 4. Absprachen (§ 257c StPO)
- IV. Ausblick: „Politische Vertrauensfrage“ oder „besondere Sachkunde“?
 - Anlage I : Besetzung und sachliche Zuständigkeit im 1. Rechtszug
 - Anlage II: Instanzenzug

* Der nachfolgende Text enthält die überarbeitete Fassung meines Vortrages an der Meijo-Universität Nagoya am 05.04.2012 auf Einladung meines verehrten Kollegen, Herrn *Prof. Dr. Katsuyoshi Kato*. Ihm darf ich nicht nur hierfür, sondern zugleich für die Unterstützung bei der Publikation dieses Beitrages sehr herzlich danken.

** *Prof. Dr. Gunnar Duttge*: Der Autor ist Direktor der Abteilung für strafrechtliches Medizin- und Biorecht an der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen.

I . Wiederkehr einer alten Streitfrage

Über viele Jahrzehnte hinweg schien es so, als habe sich die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft und -praxis mit dem (seit der Emminger VO 1924 geltenden)¹ Rechtszustand einer „kontrollierten Öffnung“ der Strafgerichtsbarkeit für juristisch nicht vorgebildete Volksvertreter („Laien“) arrangiert. Ganz in diesem Sinne lässt sich das sog. „Schöffengerichtssystem“ kennzeichnen, in dem die Laien nicht vollständig getrennt von den Berufsrichtern (wie im „Geschworenengericht“), sondern mit diesen gemeinsam in einem „gemischten Spruchkörper“ agieren und entscheiden². Noch bis vor kurzem war dieses (für die amts- und landgerichtliche Tatsacheninstanz geltende)³ System in Deutschland weithin akzeptiert und galt das alte Diktum *Franz von Liszt*s fort, wonach es eine „tiefgehende populäre Stimmung“ zugunsten des Laienrichtertums gebe, die nicht ignoriert werden könne⁴. Ein „Bruch mit dieser historischen Tradition“⁵ war deshalb bis vor kurzem ganz und gar undenkbar.

In den letzten Jahren ist das Gerichtsverfassungssystem jedoch wieder stärker ins Blickfeld gerückt und hat die alte Streitfrage neu aufleben lassen: Kommt der Erweiterung der Spruchkörper um Nichtjuristen wirklich ein messbarer Nutzen jenseits „romantisch-

1 Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924 (RGBl. I S. 23).

2 Zur Besetzung der Spruchkörper erster Instanz siehe *Anlage I*.

3 Zum Instanzenzug siehe *Anlage II*.

4 *Franz v. Liszt*, Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Hinneberg (Hrsg.), Die Kultur der Gegenwart, Teil II, Abt. VIII, 2. Aufl. 1913, Kap. II., C., S. 270.

5 Zur Entwicklung in Deutschland nach 1848 instruktiv *Koch*, ZIS 2009, 542, 546 ff.; *Volk*, JuS 1991, 871 ff.; weiter in die Frühzeit ausgreifend *Lieber*, Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, S. 107 ff.

verklärender Symbolik“⁶ zu, oder sind die dabei erhofften positiven Effekte nur Illusion? Dass eine nähere Prüfung eher in Ernüchterung münden könnte, zeigen die Ergebnisse neuerer rechtssoziologischer Studien. Und diese dürfen nicht einfach ignoriert werden, denn erst der Blick auf die Verfahrensrechtswirklichkeit offenbart die realen Zusammenhänge, die es um der gebotenen Rationalität des Rechts willen sorgfältig zu analysieren gilt. Kritisch muss dabei zugleich die gängige Vermutung hinterfragt werden, wonach die Beteiligung von Laien zwar evtl. nicht viel nütze, aber immerhin auch „nicht direkt schade“⁷. Denn bis heute steht ein schon vom großen Kriminalisten *P.J.A. von Feuerbach* ins Feld geführte Fundamentalbedenken unwiderlegt im Raum: dass nämlich „der gemeine Verstand [...] zwar am Ende, weil er muss, seine Meinung finden [werde], vielleicht sogar schneller als der bedächtig prüfende Rechtsgelehrte; allein mit verbundenen Augen trifft man allenfalls nur zufällig das Ziel“⁸.

Die nachfolgenden Überlegungen, mit denen im Frühjahr dieses Jahres auch der 36. Deutsche Strafverteidigertag befasst war⁹, mögen zugleich einen kleinen Beitrag leisten mit Blick auf Japans „Saiban-in System“¹⁰, das sich bei seiner Implementierung erklärtermaßen - unter anderem - auch das deutsche Gerichtsverfassungsrecht zum Vorbild genommen hatte¹¹. Welche Schlussfolgerungen sich allerdings aus den deutschen Erfahrungen für das bekanntlich erst im Jahr 2009 einge-

6 *Kühne*, ZRP 2005, 237, 238.

7 *Volk*, ZRP 2004, 63.

8 *Feuerbach*, Betrachtungen über das Geschwornen-Gericht, 1813, S. 181.

9 <http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Strafverteidigertage/strafverteidigertag2012.htm>.

10 Dazu instruktiv *Kato*, in: Hokei Ronshu. The Journal of the Faculty of Law Aichi University, No. 170, Febr. 2006, S. 1 ff.; *Taguchi*, ZIS 2008, 70, 74 sowie in: Joerden/Swarc/Yamanaka (Hrsg.), Viertes deutsch-japanisch-polnisches Strafrechtskolloquium der Stipendiaten der Alexander von Humboldt-Stiftung, 2011, S. 26, 30 ff.; *Vanoverbeke*, in: Zeitschrift für Japanisches Recht 2010, 127 ff.

11 So ausdrücklich: http://www.courts.go.jp/english/proceedings/criminal_justice.html#2_3 (note 21).

fürte japanische System ziehen lassen, diese Beurteilung bleibt natürlich meinen hochgeschätzten japanischen Kollegen und Freunden überlassen.

II. Argumente zwischen Schein und Realität

1. „Halbe Demokratisierung“ durch „abhängige Richter“?

Stets sind es im Kern - und zwar nationenübergreifend - drei Gründe, die eine „Verlängerung“ der Öffentlichkeit „ins Beratungszimmer und in die nichtöffentlichen Sitzungen“¹² rechtfertigen sollen: *Erstens* stärke die Laiengerichtbarkeit die Akzeptanz der Strafverfahren und befördere letztlich generalpräventiv die Rechtstreue der Bevölkerung nach Art eines „gigantischen kollektiven Erziehungsprojekts“¹³; *zweitens* erhöhe sich durch Einbringen von Lebenserfahrung und des „gesunden Menschenverstands“ die Qualität und „Bürgernähe“ der Rechtsprechung und werde schließlich *drittens* auf diese Weise zugleich die demokratische Teilhabe des Volkes an der Ausübung der Staatsgewalt garantiert. In letzterem zeigt sich selbstredend das historische Anliegen des Laienrichteramtes in Kontinentaleuropa, das einst im Zuge der französischen Revolution als Signum der politischen Emanzipation des Bürgers die Beseitigung von anmaßender Fürstenwillkür und Machtmissbrauch durch untertänige („politische“) Richter zum Ziel hatte¹⁴. Einer durchschlagenden „Demokratisierung“ der Strafjustiz durch Implementierung echter „Geschworenengerichte“ (wie beispielsweise die amerikanischen Jury oder der englische Magistrates Court)¹⁵ stand jedoch in Deutschland die vordringliche Sorge

12 Kern, Gerichtsverfassungsrecht, 4. Aufl. 1965, S. 115.

13 In diesem Sinne nachdrücklich Schroeder, NJW 1983, 137, 141.

14 Dazu näher Lieber (Fn. 5), S. 136 ff., 159 ff.; Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, §§ 290 ff.; Volk, JuS 1991, 281, 284 f., jew. m.w.N.

15 Zu diesen statt vieler etwa Machura, Fairneß und Legitimität, 2001, S. 52 ff. m.w.N.

entgegen, dass die „Teilung der Richterbank“ eine „unnatürliche Aufgabentrennung“ zwischen Tat- und Rechtsfragen zur Folge hätte, und dadurch bedingt die Gefahr gesetzeswidriger Schuld- oder Freisprüche aus dem Munde überforderter Laien. Das konstruktive Zusammenwirken von Berufs- und Laienrichtern innerhalb ein und desselben Spruchkörpers schien deshalb der Ausweg zu sein, um die Kompetenzen beider ohne künstliche Aufspaltung des Prozessgegenstands fruchtbar miteinander zu vereinen¹⁶.

Wenn im Lichte dieser Sinnggebung somit ein arbeitsteiliges Zusammenwirken „auf Augenhöhe“ bezweckt ist, um rechtsprofessionelle und „Laienwelt“ zum Wohle einer bestmöglichen Strafjustiz zusammenzuführen, dann wäre jedoch eine echte, d.h. „horizontale Arbeitsteilung“ (nach dem Vorbild des Fahrlässigkeits- und Haftungsrechts)¹⁷ mit je eigenem Verantwortungsbereich auf der Basis wechselseitigen Vertrauens¹⁸ die notwendige Konsequenz. Den Schöffen einerseits volles Stimm- und Entscheidungsrecht über das Ergebnis der Hauptverhandlung im Ganzen (d.h. über Schuld- und Straffrage) einzuräumen (§ 30 GVG), ggf. - insoweit anders als im japanischen System - sogar mit majorisierendem Effekt gegenüber dem Schöffengerichtsvorsitzenden (§ 263 StPO; § 29 Abs. 1 GVG), sie aber andererseits zugleich der „freundlichen Unterstützung und Hilfestellung“ der Berufsrichter zu unterstellen (Nr. 126 RiStBV)¹⁹ und vom Unterschriftserfordernis als äußeren Zeichen der Verantwortungsübernahme gänzlich freizustellen

16 So insbesondere die einflussreichen Erwägungen des „Vaters des Schöffengerichts“, *Friedrich Oskar Schwarze*, in: Das deutsche Schwurgericht und dessen Reform, 1865, S. 7, 32 ff., 111 ff.; ähnlich *Amtliche Denkschrift über die Schöffengerichte*, GA 21 (1873), 40, 46 ff.

17 Dazu etwa *Duttge*, in: HRRS 2009, 145 ff. und ZIS 2011, 349 ff. (jew. m.w.N.).

18 Zum Vertrauensgrundsatz im Kontext der arbeitsteiligen Medizin näher *Duttge*, in: Rosenau/Hakeri (Hrsg.), Delegation und Kooperation im Gesundheitswesen, 2011, S. 237 ff.

19 Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (siehe *Anlage III*).

(§ 275 Abs. 2 S. 3 StPO)²⁰, offenbart eine augenfällige Halbherzigkeit und Inkonsequenz des geltenden Rechts. Genuin richterliche Tätigkeit zeichnet sich schon ihrem Selbstverständnis nach durch volle Eigenständigkeit der Überzeugungsbildung und Unabhängigkeit (im Rahmen der geltenden Gesetze) gegenüber „Hilfestellungen“ anderer aus (Art. 97 GG; §§ 25 f. DRiG); das Einbringen zusätzlichen „Sachverständnisses“ ohne anschließende Übernahme einer Letztverantwortung für dessen Verwertung kennzeichnet sonst herkömmlicherweise nicht die Rollenbeschreibung eines Richters, sondern die eines Sachverständigen (§§ 72 ff. StPO).

2. Einbringen des „gesunden Menschenverstandes“?

Trifft die immer wieder angeführte Annahme überhaupt zu, dass Laien ihren „gesunden Menschenverstand“ und ihre „Lebenserfahrung“ tatsächlich in Strafverfahren einbringen? Wer dahingehende positive Effekte nicht nur in Einzelfällen, sondern in Bezug auf die Praxis der Strafjustiz im Ganzen behauptet, nimmt bei näherer Betrachtung sogar das Vorhandensein dreier Gegebenheiten in Anspruch: So muss zum einen den Berufsrichtern jedenfalls mit gewisser Typizität jener „gesunde Menschenverstand“ fehlen, über den zum zweiten anstelle dessen Repräsentanten des Volkes gerade verfügen; und schließlich bedarf es zum dritten natürlich eines hinreichenden Nachweises dafür, dass es nicht nur selten auch wirklich zu einem Transfer jenes laienspezifischen Sachverständnisses kommt. Klärt man so mit Hilfe der logischen Analyse die voraussetzungsreichen Prämissen dieses häufig gebrauchten Arguments, lässt sich seine mangelnde Überzeugungskraft leicht erkennen. Denn dass es den (deutschen) Berufsrichtern an Lebens- und „Volksnähe“ signifikant mangeln könnte, dafür gibt es in Zeiten einer pluralistischen, „offenen“

20 Kritisch dazu *Börner*, ZStW 122 (2010), 157, 171 ff.: „handfeste Ungleichbehandlung“; *Hillenkamp*, in: Kaiser-FS 1998, S. 1437, 1457: „gesetzgeberische Fehlentscheidung“.

Gesellschaft mit einer allein leistungsbedingten Zugänglichkeit des Richteramts für sämtliche sozialen Schichten nicht die geringste Plausibilität²¹; dass umgekehrt Laienrichter aber per se über mehr Lebens- und ggf. Milieuerfahrung verfügen, wird jedenfalls bei ihrer Benennung und Wahl (§§ 36, 40, 42 GVG) gar nicht geprüft und ist deshalb rechtspraktisch irrelevant. Nähere empirische Aufschlüsse gibt es inzwischen zu der Frage, inwieweit sich Laien in das konkrete Prozessgeschehen bzw. während der Urteilsberatung gegenüber den Berufsrichtern tatsächlich einbringen: Die Studien bestätigen jedoch die behaupteten positiven Einflüsse auf die Spruchpraxis gerade nicht - im Gegenteil!

So gaben die befragten Berufsrichter in der „Marburger Schöffenstudie“ an, dass 57 % der Schöffen während der Hauptverhandlung keine einzige Frage gestellt haben, knapp 12 % lediglich zu bereits behandelten Themen und weitere 24 % allein zu Aspekten, die aus rechtlicher Sicht unwesentlich erschienen. Auch während der Urteilsberatung haben sich in ca. 50 % der Fälle die Laienrichter so gut wie gar nicht geäußert, in weiteren 30 % der Fälle erst „nach expliziter Aufforderung“ und lediglich im Umfang von knapp 20 % auf eigene Initiative hin²². In einem anderen Forschungsprojekt wurden Bochumer und Frankfurter Schöffen selbst nach ihrer „Durchsetzungsfähigkeit“ befragt: Die Mehrheit votierte trotz der psychologisch naheliegenden Überschätzung des eigenen Einflusses auffallend zurückhaltend; die qualitative Auswertung erbrachte Einflussnahmen eher in Form konfliktvermeidender Zusatzargumente für bereits geäußerte Einschätzungen des Berufsrichters, weit weniger dagegen in Form

21 Treffend *Kühne*, ZRP 2005, 237, 238: „... ob der Berufsrichter, der auf Grund einer jedermann zugänglichen Ausbildung ernannt wird, auf Grund dieser Ernennung aufhört, ein einfacher Staatsbürger zu sein?“

22 *Rennig*, Die Entscheidungsfindung durch Schöffen und Berufsrichter in rechtlicher und psychologischer Sicht. Empirische, rechtsdogmatische und psychologisch-theoretische Untersuchungen zur Laienbeteiligung an der Strafgerichtsbarkeit, 1993, S. 530 f.

kritischer An- bzw. Rückfragen oder gar Positionierungen gegen den Vorsitzenden²³. Bemerkenswerterweise liegt aber „noch auf dem Weg ins Beratungszimmer“ ein Dissens weit häufiger vor, als er im Anschluss während der Urteilsberatung tatsächlich artikuliert wird²⁴. Als Gründe für diese Zurückhaltung werden vor allem „Zeitdruck“, aber auch die strukturelle Benachteiligung im Informationsstand aufgrund „fehlender Aktenkenntnis“ sowie der situative und argumentative Vorsprung der Berufsrichter genannt. Hinzukommen dürfte noch die aus der amerikanischen Juryforschung bekannte Neigung zu konformistischem Verhalten und Entscheiden mit der Mehrheit bzw. den Meinungsführern²⁵. Es ist also offensichtlich und mittlerweile empirisch belegt, dass eine echte „Partizipation“ von Laien in der Regel nicht stattfindet, sondern allgemein eher die „Tendenz einer Unterordnung ... unter die fachliche Autorität des Richters“ besteht²⁶.

Die jüngste und aktuellste Forschungsarbeit, eine am *Max-Planck-Institut zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern* durchgeführte bayerische Befragungsstudie, hat nicht nur dieses ernüchternde Resultat bestätigt²⁷, sondern noch einen weiteren bedenklichen Befund zutage gefördert: „Schöffen überschätzen die Richtigkeit ihrer Entscheidungen und sind sich in ihrem Urteil zu sicher. (...) Schöffen

23 Vgl. *Machura* (Fn. 15), S. 236; ebenso die Ergebnisse bei *Spona*, Laienbeteiligung im Strafverfahren, 2000, S. 125. Bemerkenswert auch *Machura*, in: Richter ohne Robe 2000, S. 111 ff.: „Wer längere Jahre als Schöffe tätig war, erscheint (noch) etwas angepasster...“.

24 Vgl. *Rennig* (Fn. 22), S. 554 f.: selbst bei vorsichtiger Schätzung in ca. 40 % der Fälle! Siehe auch ders., in: Egg (Hrsg.), Brennpunkte der Rechtspsychologie, 1991, S. 311 ff.

25 Dazu bspw. *Kette*, Urteilsbildung bei Laienrichtern, 1994, S. 94 m.w.N.

26 So explizit *Lieber* (Fn. 5), S. 345, 358.

27 Vgl. *Glöckner*, Entscheidungsverhalten von Schöffen. Forschungsbericht des Max-Planck-Instituts zur Erforschung von Gemeinschaftsgütern, 2011, S. 18: „Die Schöffen gaben an, dass sie in 9 % der gesamten Fälle tendenziell anderer Meinung waren als der / die Berufsrichter, und dass sie ihre Meinung in etwa der Hälfte der Fälle durchsetzen konnten (4,5 %)“ (<http://www.coll.mpg.de/Download/IntuitiveExperts/Schoeffenbericht.pdf>., abgerufen am 25.1.2012).

verzerren unbewusst Informationen im Entscheidungsprozess, stets zugunsten des erwünschten Verfahrensausgangs. Sie berücksichtigen außerdem Grundwahrscheinlichkeiten für den Eintritt von Ereignissen zu wenig und können dadurch zu falschen Einschätzungen kommen (...)“²⁸. Und natürlich bringen sie unvermeidlich auch ihre Vorurteile mit ein. Die bereits erwähnte „Marburger Schöffenzustudie“ wies überdies ein erhebliches Ausmaß an fallbezogenen „Verständnisschwierigkeiten“ nach²⁹. Und nicht selten weicht das „Rechtsgefühl“ der Schöffen vom geltenden Recht ab. Wie sollte es aber auch anders sein: Wer wollte denn von Laien ernstlich erwarten, dass sie z.B. das deutsche Notwehrrecht selbst bei bloßen Sachgefahren auch auf die erlaubte Tötung des Angreifers erstrecken oder bei der Feststellung eines Tötungsvorsatzes mit dem Bundesgerichtshof das Überschreiten einer gesteigerten „Hemmschwelle“ verlangen?³⁰ Erst die zielgerichtete, mühsame Belehrung durch den Vorsitzenden kann jeweils fallbezogen die nötige Rechtskunde herbeiführen; das ohnehin bestehende Macht- und Autoritätsgefälle zwischen Experten und Laien wird durch eine solcherart „fürsorgliche Bevormundung“³¹ aber nur noch stärker zementiert!

3. „Qualitätssicherung“ durch „juristische Inkompetenz“?

Dies verweist zugleich auf eine weitere Ungereimtheit des schöffengerichtlichen Systems: Schöffen sollen das abschließende (tatgerichtliche) Sachurteil in vollem Umfang mittragen, sowohl hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellungen als auch der strafrechtlichen Beurteilung, und zwar im Schuld- wie im Strafausspruch. Personen mit juristischem Sachverstand sind aber von einer Übernahme des Schöffenamts gerade

28 Glöckner (Fn. 27), S. 22.

29 Rennig (Fn. 22), S. 533 f.

30 Dazu etwa Duttge, in: ders./Dölling/Rössner (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht. Handkommentar*, 2. Aufl. 2011, § 15 Rn 25, § 32 Rn 24, jew. m.w.N.

31 Zu deren Abwehr etwa Schreiber für eine gleichberechtigte Akteneinsicht plädiert hat, vgl. in: Welzel-FS 1974, S. 941, 953.

ausgeschlossen (§ 34 Abs. 1 Nr. 4 GVG), denn nach der Leitidee der Laienbeteiligung sollen ja nur „juristisch Unverdorbene“ einbezogen werden. Wie lässt es sich aber - gerade unter dem Aspekt der erhofften „Qualitätssicherung“ - rechtfertigen, die richterliche Verantwortung juristisch Inkompetenten anzuvertrauen, wenn die Befähigung zum Richteramt sonst aus guten Gründen mindestens eine mehrjährige universitäre Ausbildung und die Bewältigung zweier anspruchsvoller Examensprüfungen voraussetzt (vgl. §§ 5, 5a DRiG)? Dass die Erwartung realitätsfern ist, auch ohne Rechtskenntnisse ad hoc „Recht sprechen“ zu können³², belegt die in Deutschland etablierte Praxis der „Schulung“ von Laienrichtern: Diese erhalten schon zu Beginn ihrer Amtszeit diverse Informationsblätter und -broschüren (sog. „Schöffenfibel(n)“ mit Hinweisen zu ihren Rechten und Pflichten sowie zum allgemeinen Verfahrensablauf³³ und werden regelmäßig in Weiterbildungsveranstaltungen zu konkreten Rechtsproblemen aufgeklärt³⁴. Abgesehen davon, dass ein auf solche Weise erlangtes „juristisches Halbwissen“ wohl kaum geeignet sein dürfte, die Qualität der Rechtsprechung zu erhöhen, stehen diese Schulungen in eklatantem Widerspruch zum Sinn der Laienbeteiligung. Vom Pathos der „natürlichen Unbefangenheit des unverbildeten Laienurteils“ weit entfernt, herrscht in Wahrheit eben doch das Misstrauen gegen den „sich selbst überlassenen gemeinen Verstand“. Wiederum war es *Feuerbach*, der diesen fundamentalen Selbstwiderspruch mit treffenden Worten gegeißelt hat: Erst wird der Laie „auf den Richterstuhl gesetzt, weil seinem

32 Wie hier u.a. auch *Lilie*, in: Rieß-FS 2002, S. 303, 314: den Schöffen werde Unmögliches zugemutet.

33 Siehe z.B. die Rundverfügung des nordrhein-westfälischen Justizministers v. 3.3.1986 zur „Unterweisung von Schöffen“ (abgedr. bei *Machura* [Fn. 15], S. 302 Fn. 391): Die angegebenen Inhalte decken sich vollständig mit einer universitären Vorlesung „Strafprozessrecht“!

34 Dazu etwa *Ellbogen/Werner*, in: Lieber/Sens (Hrsg.), Ehrenamtliche Richter. Demokratie oder Dekoration am Richtertisch?, 1999, S. 180 ff.; *Geiger*, in: dies., S. 185 ff.; *Walter*, in: dies., S. 175 ff.

natürlichen Wesen [...] vorzügliche Sicherheit [...] zugetraut wird“, ehe er sich vom „gelehrten Verstand“ sogleich wieder verdrängen lassen muss, „von dem er erst seinen Unterricht erfährt“³⁵. Folgerichtiges juristisches Denken sieht zweifelsohne anders aus!

Die Problematik der Rechtsunkenntnis hat im übrigen auch noch eine verfahrensrechtliche Seite, die nicht übersehen werden sollte: Während Laienrichter doch eigentlich ihre „Unbefangenheit“ in das Strafverfahren einbringen sollen, kennt die Strafrechtspraxis gerade umgekehrt häufig den Fall einer schöffenspezifischen Befangenheit, sei es etwa infolge ausländerfeindlicher Äußerungen³⁶, durch Offenlegen einer bereits gebildeten Überzeugung im Widerspruch zur Unschuldsvermutung³⁷ oder durch ein gänzlich gleichgültiges Benehmen während der Hauptverhandlung³⁸. Auch der „schlafende Richter“, der die „ununterbrochene Gegenwart“ der zur Urteilsfindung berufenen Personen in Zweifel zieht und das Urteil revisibel macht (§§ 226, 338 Nr. 1 StPO)³⁹, ist vorwiegend ein Problem des Mitwirkens von Laienrichtern. Bedenkt man, dass durch unbedachte Äußerungen in der Hauptverhandlung, unbekannte Vor- und Abneigungen politischer oder weltanschaulicher Art, eine defizitäre geistig-körperliche Verfassung und durch massenmediale Einflüsse Raum für eine Vielzahl von Befangenheitskonstellationen besteht, die Laien als ungeeignet erscheinen lassen, lässt sich sozialpsychologisch durchaus nachvollziehen, warum Berufsrichter bei der Einräumung des Fragerechts an ihre Laienbeisitzer (§ 240 Abs. 1 StPO) meist sehr zurückhaltend sind⁴⁰. In

35 *Feuerbach* (Fn. 8), S. 192.

36 Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503; LG Bremen StV 1993, 69.

37 Vgl. OLG Hamm JMBINRW 1968, 68: Der Schöffe wirft in laufender Hauptverhandlung nach dem Hinweis des Berufsrichters, es komme für den Nachweis der vorgeworfenen Straftat darauf an, ob der Angeklagte mit einem verkehrswidrigen Verhalten der Kinder habe rechnen müssen, ein: „Eigentlich müsste er es!“

38 Vgl. LG Bremen StV 2002, 357.

39 Dazu BGH NStZ 1982, 41; OLG Hamm NJW 2001, 3062.

40 Siehe die Ergebnisse der Befragungsstudie bei *Machura* (Fn. 15), S. 238.

einer neueren Entscheidung sah sich der Bundesgerichtshof⁴¹ genötigt, auf das Basiserfordernis einer „rechtlichen Gesinnung“ eigens hinzuweisen: Hier hatte der Laienrichter vor der Hauptverhandlung durch sein berufliches Verhalten als gewerblicher Inkassounternehmer erkennen lassen, dass er „zu Methoden der Selbstjustiz und zur Eintreibung von Forderungen mit Hilfe rechtswidriger Drohungen“ neigt. Nach Auffassung des BGH seien jedoch „an die rechtliche Gesinnung und die Rechtstreue des Schöffen hohe Anforderungen“ zu stellen⁴². Bereits anlässlich des Deutschen Juristentages 1947 forderten *Karl Peters und Eduard Kern* „einwandfreie, kluge, rechtlich denkende Personen“, welche „die geistige Begabung und Urteilsfähigkeit und sittliche Tüchtigkeit und Selbständigkeit besitzen, die für die Ausübung des Amtes erforderlich sind“⁴³. Das klingt gut und richtig, nur: Ist derjenige, der diese hohen Anforderungen erfüllt, wirklich noch ein Repräsentant des „Volkes“?

4. Demokratie ohne Repräsentativität? Transparenz und Kontrolle durch stumme Anwesenheit?

Dass die Auswahl der Schöffen jedenfalls in Deutschland anders, als es das Gesetz verlangt, keineswegs „alle Gruppen der Bevölkerung [...] angemessen berücksichtigt“ (§§ 36 Abs. 2, 42 Abs. 2 GVG)⁴⁴, wird schon seit langem beanstandet, ohne dass sich etwas zum Besseren verändert hätte. Dabei liegt in diesem Erfordernis, gleichsam als Ausprägung der „repräsentativen Demokratie“ (vgl. Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG: „... durch besondere Organe“!)⁴⁵, gerade das zentrale Moment für die Laienge-

41 NJW 2010, 2226 f.

42 Wie Fn. 41.

43 Zit. nach *Jasper*, MDR 1985, 110, 111.

44 Zur höchst unterschiedlichen Repräsentanz der sozialen Gruppen etwa *Katholnigg/Bierstedt*, ZRP 1982, 267 ff.; siehe auch *Rüping*, JR 1976, 270 ff.

45 Das Bundesverfassungsgericht hat das „tradierte Institut“ der Laiengerichtsbarkeit akzeptiert, aber keineswegs für verfassungsrechtlich notwendig erklärt: BVerfGE 48, 300. 317.

richtsbarkeit. Auch neuere Studien stellen hingegen erhebliche Defizite fest und registrieren eine gewisse Wahl- und geradezu Gedankenlosigkeit: Schöffe ist jeder, der sich bereit erklärt und nicht offensichtlich ungeeignet ist; in vielen Großstädten ist jedenfalls in der Vergangenheit gar nicht *ad personam*, sondern beschleunigungshalber - *contra legem* - per Los „gewählt“ worden⁴⁶. Die Jugendschöffenstudie von Gerken förderte überdies zutage, dass die Mehrzahl der Ausgewählten ihr Amt aufgrund einer „passenden“ Parteizugehörigkeit erlangt hatte⁴⁷: „Klientelwirtschaft“ und „Freundschaftsdienste“ sind also offenbar weit wirkmächtiger, was die hehre Rede von der „demokratischen Legitimation“ zu einer leeren Floskel verkümmern lässt. Aber schon das Gesetz selbst nimmt den Demokratiedanken nicht allzu ernst: Denn § 36 Abs. 2 S. 1 GVG ist ebenso wie § 42 Abs. 2 GVG lediglich eine „Sollvorschrift“, so dass eine Missachtung nach vorherrschender Auffassung „unschädlich“ sei!⁴⁸

Soweit schließlich zur Begründung der Laienbeteiligung die Notwendigkeit einer Kontrolle der Judikative durch „das Volk“ angeführt wird, ist festzustellen, dass diese bereits durch das Prinzip der Verfahrensöffentlichkeit (§ 169 GVG; Art. 6 Abs. 1 EMRK), den Begründungszwang (§ 34 StPO), das Rechtsmittelrecht (§§ 296 ff. StPO, Art. 19 Abs. 4 GG) und durch die Befangenheits- und Ausschlussregeln (§§ 22 ff. StPO, Art. 97 GG) implementiert ist. Im Übrigen entspricht es heute allgemein dem Selbstverständnis eines Berufsrichters, seine Rechtsauffassung „gemeinverständlich“ vorzutragen, sei es in oder ohne Anwesenheit von Laienrichtern. Wie diese die „Transparenz und

46 Nach BGHSt 33, 41 ff. ist es dann zu keiner wirksamen Schöffenwahl gekommen; das infolge gesetzeswidriger Besetzung ergangene Urteil ist deshalb anfechtbar (aber nicht nichtig, vgl. BGHSt 33, 126 ff.).

47 Gerken, Bürger als Richter. Eine Studie über Einstellungen und Erfahrungen von Schöffen in Jugendstrafverfahren, 1986, S. 107.

48 Siehe etwa BT-Drucks. 7/551, S. 100; BGHSt 30, 255, 256; Löwe/Rosenberg (LR)/Gittermann, StPO und GVG. Großkommentar, 26. Aufl. 2010, § 36 GVG Rn 5; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl. 2011, § 36 GVG Rn 5.

Verständlichkeit des Rechts“ befördern sollen⁴⁹, obgleich sie nicht die Sitzung leiten, nicht das Urteil verkünden, auch nicht die Urteilsgründe niederlegen und ohnehin rechtsunkundig sind, bleibt unerfindlich. Sie sind im Großen und Ganzen nicht mehr als „stumme Feierlichkeitszeugen“⁵⁰. Wer es hingegen mit dem Anliegen einer selbstkritischen Strafjustiz wirklich ernst meint, sollte statt dessen über die einzelrichterliche Zuständigkeit (vgl. § 28 GVG) nachdenken und hier - auf amtsgerichtlicher Ebene, wo die Massenverfahren meist nicht nur erst-, sondern auch letztinstanzlich entschieden werden - eine weitere, freilich professionelle Richterperson implementieren: Denn erst „bei zweien beginnt die Wahrheit“⁵¹ - sofern sie beide zu einem fachkundigen kritischen Dialog befähigt sind!

5. Stärkung der Rechtstreue?

Somit bleibt von den eingangs benannten Argumenten für die Laienbeteiligung nur noch jene Überlegung, die nicht von (angeblichen) Wirkungen in die Strafjustiz hinein, sondern umgekehrt von Wirkungen aus dieser heraus in die Gesellschaft ausgeht. Insoweit weisen die empirischen Studien in Deutschland zwar in der Tat ein erfreulich hohes Maß an Zufriedenheit der Schöffen mit der jeweiligen Sachentscheidung wie auch hinsichtlich der Fairness der Strafverfahren aus⁵². Nur beschränkt sich diese positive Wirkung im Sinne einer Stärkung des Vertrauens in die Strafjustiz offenbar weithin auf den zahlenmäßig sehr begrenzten Kreis der beteiligten Laien selbst (konkret: ca. 0,045 % der Gesamtbevölkerung)⁵³; die ihnen durch das

49 So aber *Dölling*, in: Böttcher-FS 2007, S. 41, 47; ähnlich *Jung*, in: FS 150 Jahre Landgericht Saarbrücken, 1985, S. 317, 331; *Lieber* (Fn. 5), S. 327 f.

50 *Volk*, in: Dünnebier-FS 1982, S. 373, 384.

51 *Nietzsche*, Die fröhliche Wissenschaft, 1887, Buch 3, Abschnitt 260.

52 Dazu eingehend *Machura* (Fn. 15), S. 209 ff., 218 ff., 253 ff.

53 Statistik des Bundesamts für Justiz für das Jahr 2009 (http://www.bundesjustizamt.de/nn_2103264/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Schoeffen/Schoeffenstatistik_2009,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/Schoeffenstatistik_2009.pdf: ca. 37.000 Schöffen).

Recht angesonnene „Multiplikatorenrolle“ zugunsten einer möglichst weitreichenden Verbreitung des Wissens um eine gesetzesgebundene, nach Gleichbehandlung und „Gerechtigkeit“ strebende Strafjustiz nehmen die Laienrichter jedoch allem Anschein nach kaum wahr⁵⁴. Damit korrespondiert, dass sie auch in der Wahrnehmung der deutschen Bevölkerung nur eine untergeordnete Rolle spielen. Ob im Übrigen durch die laienrichterliche Tätigkeit wenigstens die eigene Rechtstreue und soziale Integration gestärkt wird, ist bisher bloße Spekulation ohne jedweden empirischen Beleg. Angesichts der akuten Finanznot und Ressourcenknappheit der Justiz, wie sie inzwischen sogar durch den Großen Strafsenat höchsttrichterlich beglaubigt wurde⁵⁵, erscheint somit äußerst zweifelhaft, ob solche als „Fördermaßnahmen zugunsten bürgerschaftlichen Engagements“⁵⁶ verbrämte „Volkshochschulkurse Strafrecht“ (zu den „Schulungen“ s.o.) die jährlich aufzuwendenden hohen Kosten⁵⁷ weiterhin rechtfertigen können.

III. „... schadet nicht“?

1. Akteneinsicht?

Mit dieser zweifelhaften ökonomischen Bilanz ist schon ein erster Grund benannt, warum selbst die zurückhaltende Annahme, dass die Mitwirkung von Laien wenigstens „nicht schaden“ könne, falsch ist. Unabhängig davon zieht die Laienbeteiligung aber zunehmend auch noch zusätzliche, genuin rechtliche Probleme nach sich. So ist die mit großer Intensität geführte Kontroverse, ob den Schöffen Einsicht in

54 Vgl. *Machura* (Fn. 15), S. 272 ff., 298: eher noch im Familienkreis, aber nur selten gegenüber Bekannten oder Kollegen/Innen; übereinstimmend *Rennig* (Fn. 22), S. 516: „nur schwache Rückkoppelungseffekte“.

55 Als zentrales Begründungselement für die These, dass Urteilsabsprachen unverzichtbar seien, vgl. BGHSt 50, 40, 54 f.

56 BT-Drucks. 15/3191, S. 3.

57 Im Jahr 2010 allein für das Land Niedersachsen 1.740.000€, siehe http://www.mf.niedersachsen.de/portal/live.php?navigation_id=28528&article_id=99059&psmand=5 (Einzelfan 11, S. 88, 96, 104).

die Ermittlungsakten gewährt werden dürfe, zwar durch den Bundesgerichtshof inzwischen im bejahenden Sinne entschieden⁵⁸. Doch gilt diese Festlegung, was häufig übersehen wird, allein für die Konstellation einer Überlassung von Dokumenten über Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren (verfahrensgegenständlich: Telefonaufzeichnungen) und ist im Hinblick auf sonstige Aktenteile, insbesondere bzgl. der wesentlichen Ergebnisse der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen (§ 200 Abs. 2 StPO), nach wie ungeklärt⁵⁹. Dabei erschöpft sich die Problematik keineswegs nur in der Auseinandersetzung mit dem Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz, die durch voreingenommene Schöffen tangiert sein könnten. Vielmehr rührt das erklärte, inzwischen auch vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁶⁰ geforderte Bemühen, die Laienrichter aus Gründen der Gleichbehandlung (vgl. § 30 Abs. 1 GVG) auf denselben Informationsstand zu bringen wie die Berufsrichter, an der grundlegenden Sinnhaftigkeit ihres Richteramtes: Sollen sie doch gerade eine von juristischen Einflüssen unberührte Perspektive einbringen. Hieran einerseits festhalten und andererseits den Laienverstand dennoch auf dieselbe „rechtliche Höhe“ wie bei den Berufsrichtern bringen zu wollen (was ein von vornherein aussichtsloses Unterfangen ist, s.o.), offenbart die Aporie des geltenden Rechts⁶¹. Wenn zudem die bis heute nicht widerlegte These *Schünemanns* zutrifft, dass der Rückgriff auf frühere Ermittlungsergebnisse sozialpsychologisch sog. „Persevanzeffekte“ (d.h. Tendenzen des Beharrens auf frühere Einschätzungen) nach sich

58 BGHSt 43, 36 ff. m. zust. Anm. *Bayer-Imberger*, JR 1999, 299 ff.; Katholnigg, NSTZ 1997, 507 ff.

59 Zuletzt dafür: *Ellbogen*, DRiZ 2010, 136 ff.; in demselben Sinne bereits *Schreiber*, in: Welzel-FS 1974, S. 941, 953 - Die (allerdings für Richter nicht bindenden) Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren (RiStBV) untersagen es bisher, den Schöffen die komplette Anklageschrift zu überlassen (Nr. 126 Abs. 3 RiStVB).

60 NJW 2009, 2871 ff.

61 Zutreffend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 6 Rn 17; siehe auch *Börner*, ZStW 122 (2010), 157, 181 ff., 198.

zieht⁶², dann wird die „Verunreinigung“ der Laienperspektive durch die Ermittlungsakten umso unverständlicher.

2. Deutsche Sprache

Dass Schöffen die deutsche Sprache beherrschen müssen, um dem Gang der Hauptverhandlung vor einem deutschen Gericht folgen zu können (vgl. § 184 S. 1 GVG: „Die Gerichtssprache ist deutsch“), sollte sich eigentlich von selbst verstehen. Bis zum Jahr 2010 war dieses Erfordernis jedoch erstaunlicherweise nicht gesetzlich geregelt; das Gesetz verlangte bis dahin lediglich die deutsche Staatsangehörigkeit (§ 31 S. 2 GVG), die aber nicht zwangsläufig auch eine Sprachkompetenz auf hinreichendem Niveau verbürgt. Weil sich inzwischen aber die Fälle häufen, in denen zu Schöffen bestellte Personen nur noch rudimentär oder gar nicht mehr deutsch sprechen können, hat sich der Gesetzgeber⁶³ veranlasst gesehen, einen speziellen Grund der „Schöffenunfähigkeit“ zu schaffen (§ 33 Nr. 5 GVG)⁶⁴. Mit der neuen Regelung verbinden sich aber zwei Folgeprobleme: Zum einen ist rätselhaft, warum die Nichtberufbarkeit wegen mangelnder Beherrschung der deutschen Sprache nur als „Sollvorschrift“ installiert ist, obgleich der Gesetzgeber doch hinreichendes Sprachvermögen - zu Recht - als unverzichtbar angesehen hat⁶⁵. Zum anderen darf man jetzt gespannt darauf warten, welche Anforderungen künftig an eine „ausreichende Beherrschung der deutschen Sprache“ gestellt werden. Der Gesetzgeber hat sich dazu sehr ambivalent geäußert: Es dürfe zwar nicht verlangt

62 Dazu im Überblick *Schünemann*, StV 2000, 159 ff.; näher *ders.*, in: Lampe (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsanthropologie, ARSP-Beiheft 1985 22 (1985), S. 68 ff.; *ders.*, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), Verfahrensgerechtigkeit, 1995, S. 215 ff.

63 Durch das Vierte Gesetz zur Änderung des GVG v. 24.7.2010 (BGBl. I S. 976).

64 Die Vorschrift ist in *Anhang III* abgedruckt.

65 Zu den Schwierigkeiten, gleichwohl die Revisibilität des Urteils bei Missachtung der Vorschrift zu begründen, siehe BGH wistra 2011, 277 ff. = StraFo 2011, 152 ff.

werden, dass der Schöffe Fachvokabular (z.B. im Kontext eines Wirtschaftsstrafverfahren) beherrsche, weil dies in nicht erwünschter Weise auf eine Intelligenzprüfung hinauslaufe. Freilich müsse der Schöffe über bessere Sprachkenntnisse verfügen, „als es das Führen einer alltäglichen Konversation oder die Lektüre eines Textes des täglichen Lebens erfordert“⁶⁶. Dass sich hier ein neues Abgrenzungsproblem offenbart mit verfahrensrechtlichen Komplikationen in der Folge (insbesondere mit dem Risiko der Revisibilität), lässt sich unschwer erkennen. Im Zuge der fortwährenden Zuwanderung von Menschen nach Deutschland wird sich die rechtspraktische Bedeutung dieser Frage gewiss nicht so schnell verlieren.

3. Zeichen einer Religionszugehörigkeit (z.B. Kopftuch)

Eng zusammen hängt hiermit die weitere, nicht minder aktuelle Rechtsfrage, inwieweit äußerlich sichtbare Zeichen einer bestimmten Religionszugehörigkeit wie insbesondere das Tragen eines muslimischen Kopftuches mit dem Laienrichteramt vereinbar sind. Wenn durch ergänzende Erläuterungen auch noch zum Ausdruck gebracht wird, dass die Gleichwertigkeit von Mann und Frau (Art. 3 Abs. 2, 3 GG) generaliter nicht anerkannt wird, so fehlt es wegen fehlender Verfassungstreue (vgl. § 45 Abs. 3 DRiG) wohl unstreitig an der Befähigung zur Ausübung dieses Amtes⁶⁷. Umstritten ist jedoch, ob dies auch schon allein aus dem Kopftuch als solchem geschlossen werden könne: Dies ist die Rechtsauffassung des Landgerichts Dortmund, wonach schon die „Demonstration einer Weltanschauung“ für sich „den notwendigen Eindruck der Unparteilichkeit, Objektivität und Neutralität des Gerichts“ missachte und im Übrigen mit „der Würde des Gerichts als Organ dieses Staates und seiner Gesellschaft“ kollidiere⁶⁸. Demgegenüber sieht das Landgericht Bielefeld allein hierin

66 BT-Drucks. 17/2350, S. 4 f.

67 Wie hier auch LG Dortmund NSTZ 2007, 360.

68 LG Dortmund NJW 2007, 3013 f.

noch keine Ungeeignetheit, weil das Gesetz für Schöffen keine Kleiderordnung vorsehe und im Übrigen nur „Religionsdiener“ nicht berufen werden sollten (§ 34 Abs. 1 Nr. 6 GVG)⁶⁹. Welcher Standpunkt in dieser Kontroverse mehr zu überzeugen vermag, soll hier nicht weiter interessieren⁷⁰; vielmehr zeigt sich daran nur in besonderer Anschaulichkeit, dass mit der Beibehaltung der Laienbeteiligung viele gesamtgesellschaftliche Konfliktlagen unvermittelt in die Strafjustiz importiert werden - wo sie nicht vertieft behandelt, sondern bloß autoritativ entschieden werden können, wiederum aber mit dem Risiko der weiteren Verfahrensverzögerung oder gar eines letztendlichen Scheiterns der Strafverfolgung.

4. Absprachen (§ 257c StPO)

Eine Komplikation gänzlicher anderer Art deckt die Frage auf, wie das Einbringen von „gesundem Menschenverstand“ durch Laienrichter eigentlich im Kontext der seit 2009 gesetzlich geregelten „Urteilsabsprachen“⁷¹ noch möglich sein soll. § 257c StPO⁷² postuliert recht vage ein Initiativrecht des „Gerichts“, das „in geeigneten Fällen“ (Abs. 1 S. 1) nach Beginn der Hauptverhandlung „bekannt geben“ dürfe, „welchen Inhalt die Verständigung haben könnte“ (Abs. 3 S. 1). Ob und inwieweit dabei auch die Schöffen zu beteiligen sind, findet sich in

69 LG Bielefeld NJW 2007, 3014 m. zust. Bspr. *Bader*, NJW 2007, 2964 ff. - grundsätzlich auch *Meyer-Goßner* (Fn. 48), § 52 GVG, allerdings mit der Einschränkung, dass die Schöffin nicht aufgrund ihrer Bekleidung (z.B. durch Ganzkörperschleier) vollständig verdeckt sein dürfe.

70 Die „Kopftuch-Entscheidung“ des BVerfG spricht eher für eine tolerante, nicht generell das Tragen des Kopftuchs, sondern das Verhalten im Einzelfall für maßgeblich erklärende Auffassung. Allerdings ist die Entscheidung des BVerfG keineswegs einstimmig, sondern im Verhältnis 5:3 getroffen worden, s. BVerfGE 108, 282 ff.

71 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl. 2009 I, 2274). Zu den gravierendsten Einwänden näher *Duttge*, in: *Meijo Law Review* (jp.), Bd. 61 (2012), Nr. 4, S. 1 ff. (dt.), 21 ff. (jp.); *Fezer*, NSTZ 2010, 177 ff.; *Murmann*, ZIS 2009, 526 ff.; Weigend, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829 ff.

72 Die Vorschrift ist in *Anhang III* abgedruckt.

den Gesetzesmaterialien an keiner einzigen Stelle angesprochen⁷³. Zwar hat der BGH deren Ausschluss stets für unzulässig gehalten⁷⁴, jedoch gibt es jetzt auch Regelungen für erwünschte „Erörterungen des Verfahrensstandes“ schon vor Beginn der Hauptverhandlung (§ 212 StPO) und bereits im Zwischenverfahren (§ 202a StPO), welche erklärtermaßen nicht zuletzt auch der Vorbereitung einer „Verständigung“ in der Hauptverhandlung dienen sollen⁷⁵. An Geschehnissen vor der Hauptverhandlung sind die Schöffen jedoch von Gesetzes wegen nicht beteiligt (vgl. § 30 Abs. 1 GVG), so dass mit einer gewissen Lebenswahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Laien künftig unangemessenem Druck zur Erteilung ihrer Zustimmung ausgesetzt sein könnten nach der Devise: „Alle sind sich einig; da können doch die Schöffen keine Spielverderber sein!“⁷⁶ Gerade von ihnen zu erwarten, einem übermäßigen bzw. voreiligen Ausweichen auf den „Deal“ entgegenzutreten⁷⁷, dürfte ebenso unangemessen wie lebensfern sein. Davon unabhängig ist zu fragen, welchen „sachdienlichen Beitrag“ Schöffen überhaupt noch in das Verfahren einbringen können, wenn eine Beweisaufnahme gar nicht mehr stattfindet und stattdessen nur noch über den Strafrahmennrabbatt (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO: „Ober- und Untergrenze der Strafe“) wegen - geständnisbedingt⁷⁸ - beschleunigter Verfahrenserledigung entschieden werden muss. Qua Nichtregelung hat der Gesetzgeber den Schein einer fortbestehenden Relevanz der Schöffenbeteiligung aufrechterhalten; in Wahrheit sind sie jedoch auch in Verfahren mit Hauptverhandlung längst zu einem überflüssigen

73 Vgl. BT-Drucks. 16/12310.

74 Vor Inkrafttreten des § 257c StPO: BGHSt 43, 195, 206; siehe jetzt BGH NSTZ 2011, 592 f.

75 So ausdrücklich BT-Drucks. 16/12310, S. 12.

76 Treffend *Marsch*, ZRP 2007, 220, 221; ebenso Fischer, StraFo 2009, 177, 183: werden sich einer zwischen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Berufsrichtern ausgehandelten Vereinbarung selten widersetzen.

77 In diesem Sinne aber *Dölling*, in: Böttcher-FS 2007, S. 41, 51 f.

78 Vgl. § 257c Abs. 2 S. 2 StPO: „Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein“.

Relikt herabgewürdigt⁷⁹.

IV. Ausblick: „Politische Vertrauensfrage“ oder „besondere Sachkunde“?

Dieser ernüchternde Befund lässt abschließend in Erinnerung rufen, dass dem Laienrichteramts angesichts der heute weit häufigeren Verfahrenserledigung außerhalb der Hauptverhandlung (entweder schon durch Einstellung im Ermittlungsverfahren aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153 ff. StPO oder im Wege des Strafbefehlsverfahrens, 407 ff. StPO)⁸⁰ ohnehin nur noch ein schmales praktisches Anwendungsfeld geblieben ist. Gerade dort, wo die leichtere Fassbarkeit der deliktischen Sachverhalte noch am ehesten Raum für das Einbringen von „allgemeiner Lebenserfahrung“ böte (nämlich bei der Alltagskriminalität), gibt es keine Laienbeteiligung⁸¹. Auch bei Haftentscheidungen (vgl. § 126 Abs. 2 StPO) sollen Schöffen nach Auffassung des Bundesgerichtshofs wegen der zu besorgenden „Gefahr erheblicher Verzögerungen“ entbehrlich sein, selbst wenn über die Fortdauer einer Untersuchungshaft während der laufenden Hauptverhandlung zu befinden ist⁸². Dagegen sind Schöffen vollumfänglich einbezogen in Verhandlungen der Wirtschaftsstrafkammern am Landgericht, die beispielsweise über so komplexe Sachfragen wie Straftaten nach dem Patent-, Marken- und Urheberrechtsgesetz, über Bank-, Börsen- und Kreditstraftaten, Delikte nach dem Außenwirtschaftsgesetz, dem Wein- und Lebensmittelrecht, über Fälle des Subventions- und

79 Siehe etwa auch *Strate*, NSTZ 2010, 362, 364 f.: „faktische Ausschaltung der Schöffen“; bagatellisierend dagegen *Satzger*, Jura 2011, 518, 525: „... besteht keine Gefahr, dass sie ... vollkommen übergangen werden“.

80 Nähere statistische Angaben bei *Jehle*, Strafrechtspflege in Deutschland, 5. Aufl. 2009.

81 Zutreffend schon moniert von *Volk*, in: Dünnebier-FS 1982, S. 373, 380, auch unter Bezugnahme auf die Privatklage (§§ 374 ff. StPO).

82 BGH NSTZ 2011, 356 m. krit. Bspr. *Gittermann*, DRiZ 2012, 12 ff.; generell für eine Laienbeteiligung *Sowada*, StV 2010, 37 ff.; a.A. hingegen (mit dem BGH) *Krüger*, NSTZ 2009, 590 f.

Kapitalanlagebetruges u.a.m. zu urteilen haben (im Einzelnen § 74c GVG). Wie dies jedoch ohne fundierte Sachkunde in Betriebswirtschaftslehre, Buchführung etc. zu bewältigen sein soll, bleibt unerfindlich⁸³. Wenn zu derartigen Fachfragen aber schon heute seitens der Gerichte (ebenso wie durch die Staatsanwaltschaften) externer Sachverstand (z.B. durch Gutachtenaufträge an Wirtschaftsprüfer etc.) eingeholt wird, so läge hier ein überaus sinnvolles Betätigungsfeld von - allerdings sachverständigen (!) - Laien. Im Bereich der Jugendstrafverfahren kennt das geltende Recht mit den Jugendschöffen, die „erzieherisch befähigt und in der Jugenderziehung erfahren sein“ sollen (§ 35 Abs. 2 S. 2 JGG), bereits eine Parallele; zweifelsohne ließen sich darüber hinaus noch einige weitere Anwendungsfelder in Erwägung ziehen wie etwa das Arzt- und Medizinstrafrecht⁸⁴. Stets ist es dann aber die spezifische Sachkunde, die das Richteramt von Nichtjuristen legitimieren würde, nicht jedoch das Misstrauen der Gesellschaft in ihre Strafjustiz⁸⁵, das in gefestigten Rechtsstaaten historisch längst überholt ist⁸⁶. Natürlich hängt diese Beurteilung von der jeweiligen gesellschaftlich-politischen Lage und „Kultur“⁸⁷ eines Landes ab, so dass die im internationalen Vergleich begegnenden Unterschiede⁸⁸ nicht überraschen können. Unbestreitbar steht es in der Verantwortung einer jeden Rechts- und Kulturgemeinschaft, über die Angemessenheit ihres Gerichtsverfassungssystems selbst zu befinden

83 Noch einmal *Volk*: „Mit frischer, unverbrauchter Urteilskraft und common sense ist hier nicht viel ... zu machen“ (Dünnebieber-FS 1982, S. 373, 381).

84 Beachtenswerter Vorschlag von *Kühne*, in: Amelung-FS 2009, S. 657, 667.

85 Siehe *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 1952, Rn 448: „politische Vertrauensfrage“.

86 Durchaus eingestanden von *Dölling*, in: Böttcher-FS 2007, S: 41, 43; *Löhr*, Zur Mitwirkung der Laienrichter im Strafprozess, 2008, S. 169 f.; tendenziell auch das Ergebnis der europäischen Vergleichsstudie von *Lundmark* und *Winter*, in: ZfRV 2010, 173, 186.

87 Grundlegend zum Verständnis der nationalen Verfahrensordnung als Manifestation der jeweiligen „Kultur“: *Hörnle*, ZStW 117 (2005), 801 ff.

88 Instruktiver Überblick zu „Laienrichtern in den europäischen Strafverfahrensrechtssystemen“ bei *Kühne*, in: Amelung-FS 2009, S. 657, 660 ff.

und diese fortlaufend zu überprüfen. Auf das Demokratieprinzip sollten sich freilich Rechtsgemeinschaften, die bereits demokratisch verfasst sind, zur Begründung des Laienrichteramts nicht (mehr länger) berufen; denn wie uns schon *Ernst Beling* gelehrt hat, „ ... zerbricht das Volk [mit dieser Begründung] seine eigenen Gesetzestafeln“!⁸⁹

89 *Beling*, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, § 13, II., 2. (S. 53).

Anlagen

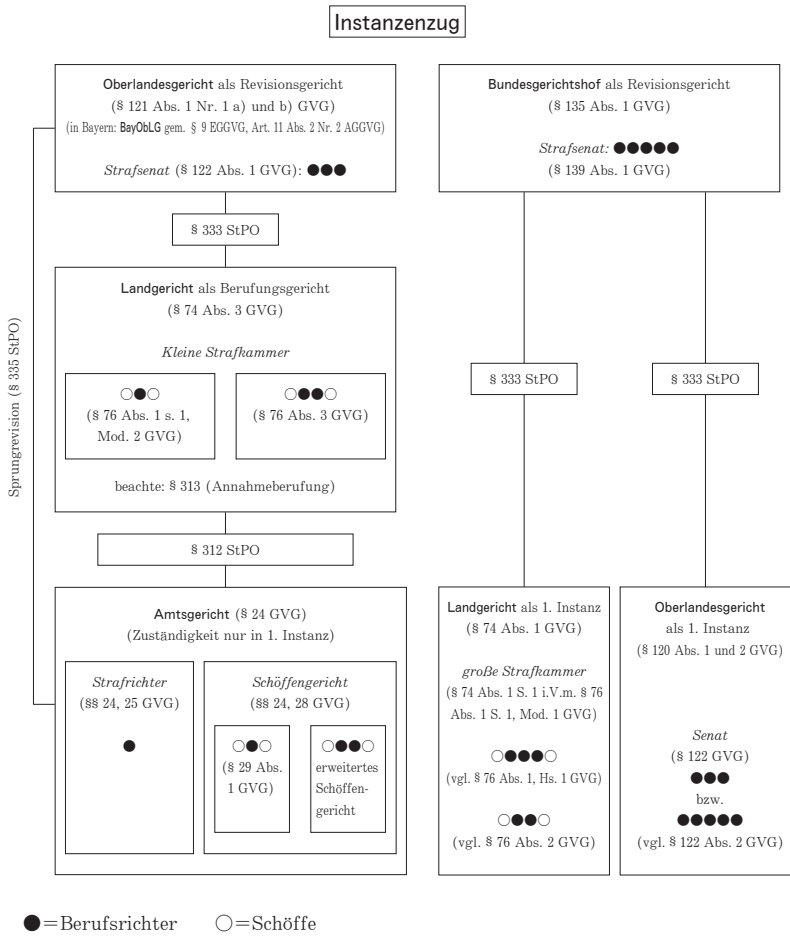
Anlage I: Besetzung und sachliche Zuständigkeit im 1. Rechtszug

Besetzung und sachliche Zuständigkeit im 1. Rechtszug

Amtsgericht (§ 24 GVG) (Zuständigkeit nur in 1. Instanz)		Landgericht als 1. Instanz (§ 74 Abs. 1 GVG)	Oberlandesgericht* als 1. Instanz (§ 120 Abs. 1 und 2 GVG)		
Strafrichter (§§ 24, 25 GVG) ● <i>Zuständigkeit:</i> nur bei Vergehen und wenn • Verfolgung im Wege der Privatklage (§ 25 Nr. 1 GVG) oder • keine höhere Freiheitsstrafe als 2 Jahre (§ 25 Nr. 2 GVG) zu erwarten ist. Dabei ist die Zuständigkeit des Strafrichters nach dem Wortsinn des § 25 Nr. 2 GVG nicht begrenzt auf Fälle minderer Bedeutung (h.M)	Schöffengericht (§§ 24, 28 GVG) <table><tr><td>○●○ (§ 29 Abs. 1 GVG)</td><td>○●●○ erweitertes Schöffengericht (§ 29 Abs. 2 GVG)</td></tr></table> <i>Zuständigkeit:</i> für Verbrechen u. Vergehen, sofern nicht Zuständigkeit von LG oder OLG gegeben (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 GVG), die Straferwartung über vier Jahre Freiheitsstrafe liegt (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG) oder die Staatsanwaltschaft wegen der besonderen Bedeutung des Falles Anklage zum LG erhebt (§ 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG) sog. „bewegliche Zuständigkeit“.	○●○ (§ 29 Abs. 1 GVG)	○●●○ erweitertes Schöffengericht (§ 29 Abs. 2 GVG)	Große Strafkammer (§ 74 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 76 Abs. 1 S. 1, Mod. 1 GVG) <i>Besetzung:</i> ○●●●○ (vgl. § 76 Abs. 1 Hs. 1 GVG) ○●●○ (vgl. § 76 Abs. 2 GVG) <i>Zuständigkeit:</i> für alle Strafsachen, soweit nicht AG (§ 24 GVG) oder OLG (§ 120 GVG) zuständig (vgl. § 74 Abs. 1 GVG). Achtung: § 74 Abs. 1 S. 2 a.E. GVG wiederholt die in § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG normierte „bewegliche Zuständigkeit“. In den Fällen des § 74 Abs. 2 S. 1 GVG entscheidet eine Strafkammer als Schwurgericht .	Senat (§ 122 GVG) <i>Besetzung:</i> ●●● bzw. ●●●●● (vgl. § 122 Abs. 2 GVG) <i>Zuständigkeit:</i> sachliche Zuständigkeit für die in § 120 Abs. 1 und 2 GVG katalogisierten Delikte <i>Kriterien:</i> Umfang und Schwierigkeit der Sache *in Bayern: das BayObLG gem. § 9 EGGVG, Art. 11 Abs. 2 Nr. 1 AGGVG (zur „Abschaffung“ des BayObLG vgl. <i>Kruis</i> , NJW 2004, 640 ff.)
○●○ (§ 29 Abs. 1 GVG)	○●●○ erweitertes Schöffengericht (§ 29 Abs. 2 GVG)				

●=Berufsrichter ○=Schöffe

Anlage II: Instanzenzug



Anlage III: Gesetze (Auswahl)

§ 29 GVG (Schöffengericht am Amtsgericht)

- (1) Das Schöffengericht besteht aus dem Richter beim Amtsgericht als Vorsitzenden und zwei Schöffen. Ein Richter auf Probe darf im ersten Jahr nach seiner Ernennung nicht Vorsitzender sein.
- (2) Bei Eröffnung des Hauptverfahrens kann auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Zuziehung eines zweiten Richters beim Amtsgericht beschlossen werden, wenn dessen Mitwirkung nach dem Umfang der Sache notwendig erscheint. (...)

§ 30 GVG (Schöffen)

- (1) Insoweit das Gesetz nicht Ausnahmen bestimmt, üben die Schöffen während der Hauptverhandlung das Richteramt in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht wie die Richter beim Amtsgericht aus und nehmen auch an den im Laufe einer Hauptverhandlung zu erlassenden Entscheidungen teil, die in keiner Beziehung zu der Urteilsfällung stehen und die auch ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können.
- (2) Die außerhalb der Hauptverhandlung erforderlichen Entscheidungen werden von dem Richter beim Amtsgericht erlassen.

§ 33 GVG (ungeeignete Schöffen)

Zu dem Amt eines Schöffen sollen nicht berufen werden:

1. - 4. (...)
5. Personen, die mangels ausreichender Beherrschung der deutschen Sprache für das Amt nicht geeignet sind.

§ 36 GVG (Vorschlagsliste)

- (1) Die Gemeinde stellt in jedem fünften Jahr eine Vorschlagsliste für die Schöffen auf. Für die Aufnahme in die Liste ist die Zustimmung von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder der Gemeindevertretung, mindestens jedoch der Hälfte der gesetzlichen Zahl der Mitglieder der Gemeindevertretung erforderlich. (...)
- (2) Die Vorschlagsliste soll alle Gruppen der Bevölkerung nach Geschlecht, Alter, Beruf und sozialer Stellung angemessen berücksichtigen. (...)
- (3) - (4) ...

§ 38 GVG (Übersendung der Vorschlagsliste)

- (1) Der Gemeindevorsteher sendet die Vorschlagsliste nebst den Einsprüchen

an den Richter beim Amtsgericht des Bezirks.

(2) ...

§ 40 GVG (Schöffenwahlausschuss)

- (1) Bei dem Amtsgericht tritt jedes fünfte Jahr ein Ausschuss zusammen.
- (2) Der Ausschuss besteht aus dem Richter beim Amtsgericht als Vorsitzenden und einem von der Landesregierung zu bestimmenden Verwaltungsbeamten sowie sieben Vertrauenspersonen als Beisitzern. (...)
- (3) Die Vertrauenspersonen werden aus den Einwohnern des Amtsgerichtsbezirks von der Vertretung des ihm entsprechenden unteren Verwaltungsbezirks mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der anwesenden Mitglieder, mindestens jedoch mit der Hälfte der gesetzlichen Mitgliederzahl gewählt. (...)
- (4) Der Ausschuss ist beschlussfähig, wenn wenigstens der Vorsitzende, der Verwaltungsbeamte und drei Vertrauenspersonen anwesend sind.

§ 42 GVG (Schöffenwahl)

- (1) Aus der berechtigten Vorschlagsliste wählt der Ausschuss mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen für die nächsten fünf Geschäftsjahre
 1. die erforderliche Zahl von Schöffen;
 2. die erforderliche Zahl der Personen, die an die Stelle der weggefallenen Schöffen treten ... (Hilfsschöffen). (...)
- (3) Bei der Wahl soll darauf geachtet werden, dass alle Gruppen der Bevölkerung nach Geschlecht, Alter, Beruf und sozialer Stellung angemessen berücksichtigt werden.

§ 76 GVG (Strafkammern am Landgericht)

- (1) Die Strafkammern sind mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden und zwei Schöffen (große Strafkammer), in Verfahren über Berufungen gegen ein Urteil des Strafrichters oder des Schöffengerichts mit dem Vorsitzenden und zwei Schöffen (kleine Strafkammer) besetzt. Bei Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung wirken die Schöffen nicht mit.
- (2) Bei der Eröffnung des Hauptverfahrens beschließt die große Strafkammer, dass sie in der Hauptverhandlung mit zwei Richtern einschließlich des Vorsitzenden und zwei Schöffen besetzt ist, wenn nicht die Strafkammer als Schwurgericht zuständig ist oder nach dem Umfang oder der Schwierigkeit

- der Sache die Mitwirkung eines dritten Richters notwendig erscheint. (...)
- (3) In Verfahren über Berufungen gegen ein Urteil des erweiterten Schöffengerichts (§ 29 Abs. 2) ist ein zweiter Richter hinzuzuziehen. Außerhalb der Hauptverhandlung entscheidet der Vorsitzende allein.

§ 257c StPO (Verständigung)

- (1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. (...).
- (3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

§ 263 StPO (Abstimmung)

- (1) Zu jeder dem Angeklagten nachteiligen Entscheidung über die Schuldfrage und die Rechtsfolgen der Tat ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich.
- (2) - (3) ...

Nr. 126 RiStBV (Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren)

- (1) ...
- (2) Die Berufsrichter sollen dazu beitragen, dass die Schöffen die ihnen vom Gesetz zugewiesene Aufgabe erfüllen können. Die Verhandlung ist so zu führen, dass die Schöffen ihr folgen können; Förmlichkeiten und Fachausdrücke, die ihnen nicht verständlich sind, müssen erläutert werden.
- (3) Die Anklageschrift darf den Schöffen nicht zugänglich gemacht werden. Ihnen kann jedoch, namentlich in Verfahren mit einem umfangreichen oder schwierigen Sachverhalt, für die Dauer der Hauptverhandlung eine Abschrift des Anklagesatzes nach dessen Verlesung überlassen werden.