

## 裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする 控訴についての控訴審の審査のあり方

——続々・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題——

柳 瀬 昇

### 一 本稿の意義

本稿は、本誌八四巻二号所収の拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」及び同八四巻二号所収の拙稿「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」と一体となつて、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題について検討するものである。

裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方（柳瀬）

一（八三九）

これらの既発表論文のうち、前者では、裁判員の参加する第一審の裁判の判決を裁判官のみで構成される控訴審が破棄しうることの正統性の問題について検討した。すなわち、裁判員の参加した裁判を裁判官のみで構成される裁判体で審査することの正統性は、控訴審の審査の立場と対象を第一審と異なるものであると解することによって、すなわち、控訴審が事後審として第一審の裁判の判決の内容の過誤の有無を点検するものであると解することによって肯認しうる。そして、裁判員制度の導入に伴い、第一審裁判所について判断主体や事実認定の資料等に変化が生じることを認めたいうえで、裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたっては、第一審の裁判を尊重するという立場から、事後審としての本来の趣旨をより徹底させることが望ましいとの結論に至った。裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題を検討するうえで考慮すべき主要な視点として、裁判員が第一審の裁判に参加していることそれ自体に着目する視点(裁判員の参加の意義尊重論)と、制度導入に伴い直接主義・口頭主義が強化されたことに意義を見出す視点(直接主義・口頭主義重視論)の二つが考えられる<sup>1)</sup>。

また、後者では、裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討したが、裁判員制度の導入に伴い、裁判官のみによって構成される控訴審が裁判員裁判の判決に対する控訴を審査することになり、正統性の問題を克服するべく、論理則・経験則違反説に依拠して事後審制を徹底することが強く要請されるところ、判例が論理則・経験則違反説を採用するにあたって依拠したのは、裁判員の参加の意義尊重論ではなく、直接主義・口頭主義重視論であった。つまり、個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加したという事実やその判断それ自体に、尊重すべき価値があるのではなくて、裁判員制度の導入を契機として徹底されることとなった直接主義・口頭主義という手続構造の面を、最高裁判所は重視しているのである。

本稿では、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方について検討するととする。

## 二 量刑判断への裁判員の関与と量刑資料

### 1 量刑判断への裁判員の関与の意義

わが国の裁判員制度は、諸外国の陪審制度とは異なり、事実認定のみならず量刑の判断についても裁判員の関与を求めるものである。

司法制度改革審議会意見書は、「裁判員が関与する意義は、裁判官と裁判員が責任を分担しつつ、法律専門家である裁判官と非法律家である裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させるといふ点にある」としたうえで、「このような意義は、犯罪事実の認定ないし有罪・無罪の判定の場面にとどまらず、それと同様に国民の関心が高い刑の量定の場面にも妥当するので、いずれにも、裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させることとすべきである」と提言していた<sup>②</sup>。酒巻匡教授の分析によれば、審議会では、「刑の量定にも裁判員が関与することを強く否定する議論がな」く、「むしろ、量刑にこそ、一般国民の健全な社会常識を働かせて専門家と協働決定することに意義を認める議論が支配的であった」という<sup>③</sup>。

現行裁判否定論に基づき民主主義的基礎づけ説<sup>④</sup>に立ち、制度設計の初期の段階で陪審制度を導入すべきと主張していた論者の多くは、新たな国民の司法参加の制度を陪審制度により近いものとするべきと考えていたため、裁判員の量

刑判断への関与には必ずしも積極的ではなかった。例えば、裁判員制度に懐疑的な姿勢を取り陪審制度の導入を強く求めていた論者らは、事実認定についての能力は「一般市民と職業裁判官との間に本質的な違いはない」が、量刑は裁判員の「能力を超える」ことであり、量刑判断への関与によって「市民参加がかえって形ばかりのものになる可能性が生じる」と主張していた。<sup>5)</sup> 裁判員となる国民が（論者らの議論によれば、職業裁判官よりも優れて）事実認定を的確に判断する能力があるとすれば、刑の量定に關しても適正・妥当な判断を示すことができるという論理的帰結が期待されるところであるが、そこは議論を一転させて、量刑については裁判員に判断能力がないと主張し、裁判員の量刑判断への関与を明確に反対するのである。あるいは、浅田和茂教授は、「事実認定は、二者択一的判断であって市民感覚による常識的判断に馴染む」一方で、「量刑は量的判断であって一定の経験と専門的知見を要する総合的判断であり、素人判断には必ずしも適していないといえ」、「まったく知識も経験もない者に量刑をさせるのは、むしろ刑法・刑事訴訟法の基本原則を無視した不健全な量刑に導く危険が高く」、「裁判員裁判では、たまたま選ばれた裁判員の意向次第で、同種事件における大幅な量刑の格差が生じ、公平な量刑が損なわれる危険がある」と懸念する。<sup>6)</sup>

このような量刑判断についての裁判員無能論とは一線を画するものの、裁判員裁判がどのように運用されるかを見込んだうえで、裁判員の量刑判断への関与を懐疑的に見る向きもあった。例えば、五十嵐二葉弁護士は、制度施行以前の段階で、「裁判員に量刑を行わせるということは、現実には、裁判員は裁判官のもっている既存の量刑相場に従うか、もし「評議において」意見を言うとするれば、マスコミの提供する見解が、裁判員の見解という形を借りて反映されるといふ実態にしかならないだろう」と推測していた。<sup>7)</sup> 原田國男元判事も、量刑判断への裁判員の関与に肯定的な立場を採りつつ、「確かに、一般国民の量刑感覚は、本来の素朴な正義感情をベースにマスコミ報道によってバイ

アスが加わっている可能性もあるから、日本の裁判の量刑は被害者を考慮して、もっと重くてしかるべきであると考  
える傾向にあり<sup>⑧</sup>、「裁判員がマスコミにしばしば見られる重罰思考をそのまま刑事裁判に持ち込むのであれば、その  
役割は、刑の重罰化となって現れるであろうことは容易に推測される」と述べていた<sup>⑨</sup>。もとより、この点、原田元判  
事は、「刑の重罰化こそが国民の常識であり、その意見であつて、それを刑事裁判に反映させることは、この制度の  
導入目的に合致して望ましいものであるというならば、それはそれで司法民主化の成果として評価すべきことであ  
ろ<sup>⑩</sup>」し、「重罰化が何故悪いのかという次元の問題である」とも主張していた<sup>⑩</sup>。

一般の国民の中から選任された裁判員が量刑判断に関与することの意義について、立法者意思は先に引用した審議  
会意見書の記述のとおりであり、そのほかに付加的な説明は施されていないが、事実認定への関与の場合と比較する  
と、その説明は必ずしも十分に明快であるとはいえない。たしかに事実認定に関しては、「ある事実があつたかどう  
かを一定の資料によつて判断することは日常の社会生活で普通に行われており、その経験は、刑事裁判における事実  
認定に直接に活かされる」し、「事実認定プロセスで必要とされる証拠の評価や経験則の適用は、社会生活で培われ  
るさまざまな知識や経験を活用できる」としても、「刑の量定」を市民が社会生活で経験することはない<sup>⑪</sup>からであ  
る<sup>⑫</sup>。

国民の健全な社会常識を裁判内容に反映させるという点を重視して、裁判員が量刑に関与することにつき懐疑的な  
立場を採る学説もある。例えば、本庄武教授は、裁判員法の立法過程の中盤段階の時点において、「量刑に市民が参  
加するということは、市民の健全な社会常識を量刑に反映させることを意味する」が、「この市民の健全な社会常識  
とは、市民の素朴な応報感情と言い換えることができ」、「これは刑罰をもつばら犯罪に対する応報として捉える絶対

的応報刑論の発想である」と解すべきところ、「正しい応報であるためには、刑罰が公平に科せられなければならない」が、「市民の意見……のみに依拠するのであれば、そこで科される刑罰は市民による犯罪者への復讐 (vengeance) となつてしまい、正義の要請を充足し得なくなる」と予測したうえで、「裁判員の関与方法としては、量刑について意見を述べることは許容されるが、評決に参加することは認められ」るべきではないと主張していた<sup>13</sup>。また、制度施行後も、高山佳奈子教授は、「仮に、民主主義的な裁判を実現するために、裁判員が関与することによつて、国民の多数が正しいと思う判断をすべきだと考えたとすると、国民の間で、職業裁判官による量刑が軽すぎるという意見が多数を占めていた場合には、裁判員としては、そのことを理由として量刑を重くすべきことになるだろう」が、「一般国民が持っている観念と、法律の考え方が食い違っていること」があり、「一般人が抽象的に持っている観念を『社会常識』として裁判に反映させようとする」と、法制度の基本的な理念に反する結論や、不当な結論が導かれてしまふおそれがある<sup>14</sup>ことを懸念している。

一方、裁判員制度の意義を考えるうえで、国民の健全な社会常識を裁判内容に反映させるという要素と並べて審議会意見書が重視する点が、裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスである。たしかに、裁判員のみで量刑判断が行われるとすれば、「正義の要請を充足し得なくなる」おそれも否定できないが、わが国の裁判員制度では、裁判員は必ず裁判官とともに合議体を構成し裁判を行う。量刑判断に裁判員が関与することの意義は、裁判員が判断するというこのみに注目するのではなく、それが裁判官との協働で行われるという点を重視して検討すべきであろう。

この点を強く意識して、裁判員が量刑に関与することの意義を理論的に整理したのが、酒巻教授である。

すなわち、酒巻教授は、国民の司法参加の態様について、次のように、欧米の陪審制度のような分担型とわが国の裁判員制度のような一体型とに二分し、量刑の判断主体に関して、その思想的背景を解析する。「陪審制度の決定的特色は、「一般の国民のみ」から構成される判断機関（陪審）が、職業裁判官とは異なつた独自の役割を担つて、刑事裁判の過程に参与するところにあ」り、「被告人に対する刑罰権力の個別的発動の根拠とされる犯罪事実の存否の確定、すなわち専門家・官憲たる検察官によつて刑事訴追された被告人が、合理的な疑いを超えて処罰に値する当該所為をなしたのかどうかの判定は、一般国民から無作為抽出された陪審による専権的判断事項であり、これを専門家・官憲の判断作用に委ね譲り渡すことはしないという考え方」があるが、「その背後には、歴史的に形成された、「司法」官憲をも含む官憲の手による刑罰権力行使に対する、徹底的な不審・警戒の念が在る」という。「いかなる所為を犯罪とし、どの程度の刑量で処罰するかの一般的要件・効果は、各法域の刑法典として各法域の議会……により民主的に決定され、刑罰権力発動の前提要件と大枠は「民意」に基づ」き、また、「個別事案において、証拠に基づき被告人の所為の存否とこれが犯罪に該当するかどうかも、一般国民のみによつて構成される陪審によつて専権的に判断される」一方で、「有罪であることを自認し……または陪審によつて有罪評決を受けた被告人に対する個別的量刑は、多様な資料……に基づいた司法官憲の専門的判定に委ねても良いという考え方が見て取れる」という<sup>15</sup>。

このような「分担型」陪審制度型の背後にある刑事司法観」に対して、「一体型で、刑の量定についても、裁判官と裁判員が「協働」決定するというわが国の制度設計の背景に、……徹底した官憲に対する不審・警戒を見いだすことは困難であ」り、むしろ、「刑罰法令の適正な適用実現という刑事裁判の基本目標（刑訴一条）に向けて、国家刑罰権力の発現過程の中核的部分を専門家と一般国民が共に担い……、両者とその専門性と健全な社会常識に基づく相互

コミュニケーションを通じて法の目標をより良く実現しようというのが、裁判員制度の想定する理想型である」ところ、犯情はわが国の量刑に決定的に重要な意味を有するものであるが、「制度の構造上も、このような犯情に係る事実の審理・証拠調べに直接関与することになる裁判員に、敢えて量刑判断に関与する機会を失わせて、陪審制度型のように、量刑は専ら裁判官の領分とする制度設計を行う積極的な理由は考え難いといわなければならない」とする<sup>16</sup>。

さらに、「刑事司法作用の重要な目的のひとつは、有罪と認められた者に的確な、すなわち客観的に納得の得られる刑罰を科すことにある」が、「当該被告人や犯罪被害者はもとより、一般国民の刑事司法作用に対する最も大きな関心事が有罪とされた場合の量刑であると想像される点に鑑みれば、刑事司法に対する理解の増進と信頼の向上という法目的にとって、量刑判断への裁判員の直接関与こそがこの制度の大きな眼目のひとつであった」とも述べる<sup>17</sup>。ここで、裁判員制度の意義として民主主義的基礎づけ説を排して理解増進・信頼向上説を明確に支持する酒巻教授が、その意義との関連で量刑判断についての裁判員の関与を説明しようとする点に注目すべきであろう。

もとより、酒巻教授も認めているように、量刑は、「一定の証拠に基づき特定の事実の存否を認定・判断する」という作業に比して、はるかに複雑多面的な考慮・勘案を求められる作業である<sup>19</sup>。したがって、量刑は「非法律家であつても、「常識的感覚」さえ有していれば、判断者として裁判官と対等の適格があるという理解」については、「全面的にしたがうことはできない」というべきである<sup>20</sup>。小池信太郎教授の述べる通り、「とにかく理性的ないし常識的でありさえすればどのように刑を決めてもよいとは考えられて」おらず、「そこには、前提とされるべき理論的枠組みや、量刑事情の評価の仕方などをめぐる様々な不文のルールがある」点を踏まえれば、「量刑はとにかく判断者の理性的ないし健全な常識によって決めればよいものであるから専門的な法的知見は重要でないという理解を、そのま



まの形で維持することはできない<sup>(21)</sup>」。

なお、量刑判断における裁判官と裁判員との役割に関して、裁判員制度の下では、裁判員こそが中心的な判断者となり、裁判官はあくまでそれを補助する役割を担うにとどまるべきであるとする理解<sup>(22)</sup>に立てば（そして、そのような理解は民主主義的基礎づけ説に親和的である<sup>(23)</sup>）、裁判官は裁判員の自由な判断を極力尊重すべきであり、ましてや裁判官が裁判員の議論を指導することを認める余地は一切なからう。

一方、そのような理解に立たず、裁判官と裁判員とは協働すべきであると解するならば（そして、そのような理解は理解増進・信頼向上説に親和的である）、量刑評議における裁判官による裁判員への指導的役割を積極的に肯認しうることになる。小池教授は、「量刑のために判断を要する事項のなかには、専門的・技術的な法的知見を駆使した統一判断をなすべき必要性が強いことから、裁判官の判断を優先すべき要請が強く働くもの（専門的判断事項）と、必ずしもそういえず、あるいは一定の条件下で、非法律家をも含めた一般国民の常識的感覚を生かして判断すべきだから、そのために裁判官と裁判員が対等な立場で評議すべき事項（協働的判断事項）がある」とし、量刑の過程を四つのカテゴリーに区分し、それぞれを専門的判断事項と協働的判断事項とに分類することを提唱した<sup>(24)</sup>うえで、「裁判官は、評議において、様々なスタンスで裁判員に接することが可能であるところ、前者の協働的判断事項については、自己と裁判員は判断者として対等である（べきだ）という認識の下、裁判員からもなるべく自由で率直な意見を引き出すように配慮し、それが自己の見解とは異なるものである場合にも、非理性的ないし非常識的なものでない限りはそれなりに尊重し、妥協点を探るといようなスタンスをとるべきである」のに対して、「後者の専門的判断事項については、「刑の量定」に裁判員が関与することとされたことの趣旨は本来的には妥当しないのであるから、裁判官は、法

解釈学等に関する優越的知見を背景に、自己の判断を前面に出して裁判員にそれに従ってもらえるよう強く働きかけるという意味で、積極的なリードをする権限が認められるばかりか、それが法律専門家としての裁判官の義務といふべきである」と主張する<sup>(25)</sup>。

つまり、裁判員裁判における裁判員の関与する量刑判断について、裁判官と裁判員との協働を重視するならば、裁判員の判断を全面的に尊重すべきという単純な裁判員の参加の意義尊重論は採用されるべきではなく、事項次第では、裁判官の専門的な判断のほうが優越すると解すべきこととなる。

## 2 裁判員の関与に伴う量刑の傾向の変化とそれに対する評価

裁判員の量刑判断への関与に関連して、裁判員の給源となる一般の国民と法律専門家である裁判官とでは、量刑に対する意識が必ずしも同じではない<sup>(26)</sup>ということ、裁判員制度施行以前に行われた司法研修所の司法研究等で明らかとなっていた。

この平成一五年度司法研究は、量刑に関するアンケートを一般の国民と裁判官に対して実施したものであるが、「裁判員制度下での量刑についての評議に関して留意すべきであると思われる事項」として、(一)「一般国民と裁判官の量刑意識は、一般国民全体との関係でみると、個々の量刑因子それ自体の扱い方や事例間の軽重バランス等においては概ね共通であるが、一般国民の中には、一定の割合で明らかに裁判官とは違う量刑感覚を有する者が存在するということ」、(二)「一般国民の中には量刑について感覚的な決め方をする者が存在する可能性が高いということ」、(三)「具体的事例において、個々の量刑因子の評価が共通になると、具体的量刑意見が一般国民相互の間でも集約的

になり、裁判官の意見との関係でも共通的になる可能性が高いこと」、(四)「量刑の評議における同種先例の量刑情報提供について……一般国民のニーズが極めて高い」が、一般国民は「同種先例の量刑情報は資料として利用するが、それに大きな重きは置かない」傾向があること、(五)「量刑決定に当たって一般国民が知りたいと考えている情報は多様であること」を挙げていた。<sup>(27)</sup>

裁判員制度導入以前の裁判官のみによる裁判では、「先例の蓄積によって形成された目に見えない基準として、「量刑相場」なるものが存在し、これが同種事例間の量刑のばらつきを最小限に押さえ、公平性を確保する機能を果たしてきた」とされている。<sup>(28)</sup> 原田元判事によれば、量刑相場とは、「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、同量刑の刑罰を適用するのが妥当であるという考え方に根拠をもつものである」<sup>(29)</sup>り、「長年の実務において形成されたものであり、熟達した裁判官であれば、一応身に付けている認識判断」である。<sup>(29)</sup> 「長年の経験によって体得した一種の勘」であるとか、「裁判官の体験的感覚として認識された基準」であるなどとされる。<sup>(30)</sup> そして、それは、「裁判官はじめ刑事裁判に関与する実務家らの一種の体験的感覚でこれを知るほかはないという面がある」<sup>(32)</sup>ため、当然ながら、一般の国民である裁判員はそれを持ち合わせていない。したがって、量刑相場を体得していない裁判員が量刑判断に関与することになれば、量刑の傾向がこれまでと比べて変化することが見込まれる。

この点、制度施行以前の段階で、中川博之判事は、「量刑の評議に裁判員が対等の立場で加わるということは、一般国民の感覚を個々の事件の量刑判断に生かすということであり、それにより、裁判官のみによる判断の積み重ねによって形成されてきたこれまでの量刑相場が動くことが予想される」と述べていた。<sup>(33)</sup> また、井田良教授も、「裁判員制度の下での量刑は、従来の量刑相場からの離反、また同時に、量刑の相互的ばらつきをもたらずであろうこと」を

予想するにとどまらず、さらに一歩進めて、「従来の量刑相場からの離反は、……それが法的な拘束力を持つようなものではない以上、直ちには問題視するには当たらないし、とりわけ市民の司法参加の制度を導入する以上は、それが「一般市民の常識的な感覚により法律専門家の偏見を是正する」というその趣旨において、積極的に意図されているとさえいふべきであり、「量刑に相互的なばらつきをある程度生じること」も「織り込み済み」といふべきであろう」と主張する<sup>34</sup>。池田修元判事も、裁判員法の注釈書の法施行以前の時点での最新版において、「裁判員が量刑判断に加わることによる影響は、本制度が施行されてみないと分からないであろうが、従来とは異なってくるであろうし、また、一般国民の健全な社会常識を反映するために裁判員の量刑への関与も認める制度を導入する以上、変わるべきであろう」と述べていた<sup>35</sup>。裁判員制度の導入に伴い、裁判員が量刑判断に関与することによって、従前の裁判官のみによる量刑相場が変化し、いうことを実態として見込むとともに、一般国民の健全な社会常識を裁判に反映するという制度趣旨を重視して、規範的に変化すべきだとの主張も見られるところである<sup>36</sup>。

これに対して、高山教授は、「制度が変わる以上量刑相場も変動すべきだ、と考えることには疑問がある」としていた<sup>37</sup>。すなわち、同教授は、「裁判所によるこれまでの量刑に対しては世論の批判もあつたが、多くの場合、一般人は新聞やテレビなどの報道から得た限られた情報に基づいて直感的な判断をしていたのであり、そのような前提に基づき批判が裁判官の判断よりも合理的である根拠はな」く、「裁判員には、法律が前提としている各種の基本理念や、刑罰の内容・効果などに関する知識が欠けている場合が多く、それが原因で量刑判断が拡散する余地がある」ため、「そのこと」〔量刑の基礎となる事実認定に裁判員の知識や経験を活用させる意義〕は、量刑の幅が上下に拡張されることを是認する理由にはならない」と主張する<sup>38</sup>。もとより、この批判に対しては、前節でも確認したとおり、わが国

の裁判員制度において、量刑判断は、裁判員のみで行われるのではなく、裁判官との協働で行われるため、裁判員に欠ける知識等は裁判官によって適切に補充されるであろうし、されるべきでもあるため、協働の理念を重視する限り、かかる懸念は払拭されることになる。

先に挙げた平成一五年度司法研究は、「価値観が変化し、また、多様化していると言われる現状の中で、裁判員制度が導入されるのであるから、そこでは裁判官だけで量刑を決める場合と比較して結論が異なる場合が生じ得ることが予定されていることは当然である」と述べる<sup>39</sup>。また、「量刑を含めた裁判結果に一般国民の意識を反映させるべきであるという裁判員制度の趣旨や、同種先例の量刑情報を参照するが大きな重きは置かないという……一般国民の考え方からすれば、裁判員制度導入後に形成される「量刑相場」は、これまでよりも一段と幅の広いものになり、基準というよりは、むしろ、より緩やかな「これまでの量刑の傾向」として機能することになるものと予想される」ともいう<sup>40</sup>。

なお、平成一五年度司法研究では、量刑相場に代えて量刑の傾向という概念が新たに提唱されているが、この概念は、学説上も支持されており<sup>41</sup>、後述する判例においても用いられていることから、本稿では、以下、量刑傾向という語を用いつつ、特に、裁判員制度導入以前の従来の裁判官のみによって形成されてきたそれを指す場合のみ、量刑相場と呼ぶこととする。

### 3 裁判員にとっての従前の裁判官のみによる量刑相場の意義

前節で確認したとおり、従前の裁判官のみによる刑事裁判においては、いわゆる量刑相場が機能しており、裁判体

が異なるうとも同種事案間での量刑の著しいばらつきが生じることはない<sup>(42)</sup>とされてきた。では、裁判員制度下で新たに量刑判断に関与することとなった裁判員は、量刑相場ないし量刑傾向を参考とすべきであろうか。

「どのような重さの刑を科すか」という判断は、裁判員としては普段したことがない判断であるから、その感覚が重要といっても、何らかの資料や思考の出発点がなければ、判断に窮して<sup>(43)</sup>困惑することが見込まれる。最高裁判所事務総局刑事局は、裁判員制度施行に先立ち行った模擬裁判を通じて、「刑法所定の刑罰の幅は広く、事実認定をした後、検察官の求刑や弁護人の量刑意見はあるものの、それ以外の判断材料のない状態で具体的な量刑意見を述べよと言ってもそれは裁判員に不可能を強いるものであり<sup>(44)</sup>」、「そこで何らかの手がかりが必要となることを認識した<sup>(44)</sup>」裁判員にとって、何らの量刑資料もないまま刑を量定することは雲をつかむに等しい作業である<sup>(45)</sup>といえる。

それでもなお、量刑相場ないし量刑傾向を参考としないとすれば、個々の裁判員で同種事案間での量刑の著しいばらつきが生じることが見込まれるが、では、そのことをどのように評価すべきか<sup>(46)</sup>。

「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては、同じ刑量の刑罰を適用するのが公平・平等である」という考え方が一般に承認されてきたとしても、「公平」という価値も、裁判員制度の下では、様々な要請の中における相対的な価値の一つであって、……これを絶対視しなければならぬというものではないであろう」との見方も成り立ちうるであろう<sup>(47)</sup>。「裁判員裁判の下において、刑の公平性は、死刑は別として、決して絶対視すべきものではない」、「裁判員制度は、そもそも刑の公平性を絶対視しないことを前提に、量刑に民意を反映させようとするものときえいえる<sup>(48)</sup>」との見方もある。民主主義的基礎づけ説に立つならば、主権者国民の自由な判断が、法的専門合理性に拘束されない真に創造的な量刑を可能すると考えられるし、具体的に裁判に参加する個々の裁判員の意見に民主的正統

性がある以上、たとえ裁判員による極端に重い、ないし軽い量刑意見が裁判体に受容されて、その結果として同種事案間での量刑に著しいばらつきが生じることがあるとしても、主権の絶対性が刑の公平性に優越すると解されることになる。この観点からは、個々の裁判員が独立して量刑判断を行うことを妨げるような資料の提供は行われるべきではないこととなる。<sup>50</sup>

その一方で、理解増進・信頼向上説に立つならば、裁判員の参加によって同種事案間での量刑のばらつきが一定程度生じること容認するとしても、<sup>51</sup>公平性の見地から看過できないような著しいばらつきの発生は、司法に対する国民の信頼を損ねることになるため、回避されなければならない。<sup>52</sup>そして、著しいばらつきの発生を回避するために、すべての裁判体が量刑判断にあたって何らかの目安を参照する必要がある。裁判員制度導入以前においては、量刑相場には「現実言い渡される刑の均衡性」を保つという「極めて重要な実地的意義」があった。<sup>53</sup>そして、制度導入以降も、量刑相場ないし量刑傾向は量刑判断にあたって参考とされるべきものといえよう。<sup>54</sup>したがって、「裁判員と裁判官から構成される合議体は、事案の内容を踏まえ、その個別性に応じて量刑を行うに際し、量刑があまりにもばらつき、被告人に著しい不公平感を抱かせたり、刑事裁判に対する国民の信頼を揺るがしたりするような事態になることを避けるため、自らの量刑判断が「量刑の傾向」から外れていないかという観点から、同種先例における量刑状況を参照す」べきこととなる。<sup>55</sup>

平成一九年度司法研究は、従前の量刑基準が、(一)構成要件と法定刑の幅が広いゆえに種々の犯罪類型が一つの(刑事実体法の)規定に包摂されるところ、裁判所によってなされた具体的な可罰性の段階付けを裁判例の集積により実質的に類型化するものであり、(二)同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対して、同じ刑量の刑罰を

適用するのが公平・平等であること、(三) 量刑先例の集積は数値化しにくい基準を一定の幅をもった物差しとして提供するという機能を有していることなどを理由として、「国民との関係においても、長年の間に形成されてきた書かれざる緩やかな規範としての意味を持ってきているもの」と考えられることから、裁判員裁判においても、「その意義と限界を明確に認識していれば量刑基準を用いることに格別躊躇する必要はない」と述べる<sup>56</sup>。また、平成二十一年度司法研究でも、「量刑資料に示される量刑傾向は、一定程度は量刑（責任の枠）の目安として尊重されるべきものであることから、「裁判官としては、裁判員から抵抗感を示されたとしても、評議において、量刑資料を示すことをちゅうちょする必要はない」とされている<sup>57</sup>。

なお、制度導入期の議論として、裁判員制度導入以前の量刑相場は、すべて裁判官のみによるものであるから、裁判員がそれを参考とするということは従前の裁判官の判断に倣うことを意味するところ、国民の健全な社会常識を量刑に反映させるということとの関係で、そのことをどのように解すべきか検討しておく必要がある。

この点、裁判員制度の意義について民主主義的基礎づけ説に立つならば、従前の裁判官による判断は克服されるべきものであるから、裁判員が参加するというまったく新たな制度が導入される以上、裁判官のみによるこれまでの裁判の運用は、裁判員にとっては、一切参照するに値しないものであり、むしろ批判の対象として扱われるべきこととなる。裁判員制度の設計段階では、「過去の裁判結果に基づく量刑資料を評議で参照することは「裁判官が作ってきた相場の押しつけ」になるので許されないのではいかとの指摘が、弁護士会の議論では出されてきた<sup>58</sup>」というが、これは、まさに民主主義的基礎づけ説に基づく量刑相場に対する消極的評価といえる。

その一方、現行の裁判員制度が拠って立つところの理解増進・信頼向上説によれば、従前の裁判官のみによる判断



の先例は否定的に評価されるべきものではなく、むしろ、裁判員制度導入後の刑事裁判は従前の裁判との連続性を有するのであるから、裁判員が量刑を判断する際の参考資料として従前の量刑相場を排除する合理的な理由はない。むしろ、裁判員制度導入前後の対比において量刑傾向の顕著な不均衡の発生を防ぐ利点がある。また、そもそも、量刑相場は、「刑事裁判実務が、長年にわたって具体的な犯罪の「罪の重さ」に対する判断を積み重ねることにより形成してきた具体的基準であり、「その根底にあるのは国民一般の価値基準にほかならない」のであり、「この価値基準は、国民それぞれがその意識として明確に把握しているかどうかは別として、国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし「正義感覚」によって支えられたもの」であるとされる<sup>59</sup>。つまり、従前の量刑相場は、たしかに裁判官のみによって形成されてきたとしても、国民一般の価値基準<sup>60</sup>に沿うべく形成されてきたものであるから、量刑相場はその感覚と乖離するものではなく、これを参照することと国民の健全な社会常識の量刑への反映とは矛盾しないというべきであろう。

いずれにせよ、裁判員裁判の運用の蓄積によって、従来の裁判官のみによる量刑相場は裁判員の関与した量刑傾向として更新されており、今日では、そもそも問題としての意義を喪失しつつある。神山啓史・岡慎一両弁護士は、「裁判員裁判で「量刑傾向」を参照するのは、「裁判官が作ってきた相場」を尊重すべきだからではなく、公平性の考慮のために「同種・同性質・同程度の事件」についての裁判結果を参照する必要があるからであり、「量刑傾向」には拘束されるものでないことを前提に、裁判員の意見が反映された量刑判断が蓄積されていくならば、裁判員裁判での「量刑傾向」が次第に形作られていくことになるはずである」から、「このような運用がなされるならば、「量刑傾向」を参照することが「裁判官が作ってきた相場の押しつけ」になるとはいえない」と主張する<sup>61</sup>。そして、「現時

点においては、量刑データベースは職業裁判官による判決よりも裁判員裁判の判決のデータの比重が大きくなっている」ことから、「量刑データベースを参照させることにより裁判官による量刑判断を〔裁判員に〕押しつけるものになるのではないかとの批判」は、今日では妥当しないというべきであろう。<sup>62</sup>

### 三 裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての審査のあり方

原田元判事は、控訴審における量刑審査のあり方について、「控訴審がその事案についての量刑判断をし、それと原判決の量刑とが異なれば、それだけで量刑不当に当たる」と考える「点による審査」と、「原判決の量刑判断が一定の幅の中にあれば、量刑不当とはせず、その幅を逸脱しているときに、量刑不当に当たる」と考える「幅による審査」の二つに整理したうえで、従前から控訴審が事後審であることから幅による審査という考え方が主流であったと分析する。<sup>63</sup>

実態としても、裁判員制度の導入以前は、「量刑不当の控訴に対する控訴審の判断は、量刑は裁判所の裁量に委ねられているから、その裁量の範囲内であれば量刑不当にはならないが、裁量の幅を逸脱している場合には量刑不当となり、裁量の幅の中に入る方向で量刑が是正されるという考え方で行われてい」たという。<sup>64</sup>

では、裁判員制度の導入以降は、どうあるべきか。原田元判事は、「裁判員裁判において国民の意見を反映した量刑判断がなされた以上は、これを尊重すべき」であるから、「点による審査ではなく、幅による審査のほうがより裁判員裁判にふさわしい」と主張する。<sup>65</sup> その幅については、石井一正元判事の述べる通り、「量刑判断については、

国民の常識的な感覚を刑事裁判に取り入れやすい部分であるから、その判断をできるだけ尊重するという方向が基本的には正しい」ため、「量刑の審査に当たっては、従来の量刑のわくあるいは幅を広げることによって〔裁判員の判断の尊重が〕可能であり、そして、そうすることが「事後審性の徹底という趣旨にも合致する」といえる。<sup>66</sup> 幅の広い審査の具体的に意味するところについて、龍岡資晃元判事は、「量刑判断に影響を及ぼすような重要な量刑事情の見落とし、誤認や、重要な量刑事情についての評価の誤りなどがあつて、その量刑判断が著しく不合理で不当である場合に限つて破棄するといった運用」を指すという。<sup>67</sup> 岩瀬徹元判事も、「量刑にも市民の視点、感覚、健全な社会常識などを反映させる」という「〔裁判員制度の〕趣旨を貫くというのであれば、裁判員が加わつてされた量刑判断は、最大限尊重されるべきであるということになり、「量刑不当が控訴理由の一つになっている現行法のもとでも、その運用において、控訴審は、量刑不当の審査に当たり基本的には、……事実誤認の審査と同じように、第一審の量刑判断を尊重すべきであり、不当として破棄するのは、よほど不合理な場合にかぎられるということになるはず」と述べる。<sup>68</sup>

そして、「これまでの実務においては、公平の理念がかなり重視されてきたといえるが、裁判員制度導入の趣旨の一つである「裁判内容に国民の健全な社会常識を反映させる」ことの中に、国民の間にある多様な価値観、意見を量刑に反映させることも含まれるとすれば、公平性、等質性の確保の要請はある程度後退せざるを得ないと考えられ、控訴審の量刑審査においても、同様の姿勢で臨むことになる」ことを、制度施行以前の時点で、中桐圭一判事は予想していた。<sup>69</sup>

ここで注目すべき点は、量刑判断における裁判員の意見の尊重と刑事裁判における公平性の維持とが理論的に相対

立しうるといふことである。岡上雅美教授は、「いわば新制度の定着のために広くバラツキを許容すべきか、それとも、量刑の平等すなわち罪刑均衡はやはり人権保障原理であり、できるだけ厳格に堅持されるべきか、この点に大きなジレンマが残る」と述べていた。<sup>70)</sup> 裁判内容に国民の健全な社会常識を反映することを重視すれば、公平性の要請が後退する可能性が生じうるといふことにも着目しなければならない。

なお、松宮孝明教授は、「量刑事情の認定については、事実認定一般と同じく、多様な市民の知識や経験が有益である」として、裁判員の参加の意義尊重論に立ちつつも、「量刑目的ないし量刑基準」や「量刑事情の有利または不利な方向での評価・衡量」、「具体的な量刑の決定」については、通常、市民は知識や経験を持たず、ゆえに「健全な社会常識」も持っていない」ため、「その量刑判断を尊重すべき基盤自体がない」と述べるとともに、「専門家である裁判官の間でも揺らぎのある量刑ルールについて素人が理解を深めることは、1回きりの裁判では難しい」ため、「量刑判断をめぐる揺らぎについては、これまでの裁判官裁判と同様に、控訴審で審査されることが望まし」く、「量刑判断では、情状認定を除いて、裁判員裁判を特別に尊重すべき理由は見出しがたい」と主張する。<sup>71)</sup> ならば、控訴審による量刑の是正に期待するよりも、そもそも裁判員の量刑判断への関与とそれ自体を否定すべきであろう。

以下、刑事訴訟法三九七条の規定に基づき、一項破棄と二項破棄とに分けて検討する。

まず、刑事訴訟法三八一条に基づく「刑の量定が不当であることを理由として控訴の申立をした場合」における三九七条一項による破棄(一項破棄)についてである。

平成一九年度司法研究は、量刑審査に関する基本的な姿勢として、「国民の視点、感覚、健全な社会常識などを反映させようという裁判員制度の趣旨からすれば、よほど不合理であることが明らかでない場合(例えば、極めて重要な量刑

事情を見落としていることが明らかの場合、量刑事実のうち重要な事実に対する評価を大きく誤っている場合、犯情を全く重視せず、一般情状を過度に強調し、悪性格を理由に重い刑を科しているような場合など）を除き、第一審の判断を尊重するという方向性をもったものと考えてよいのではないか」とする<sup>(72)</sup>。「量刑の判断に裁判員が加わることとなれば、量刑の幅は、これまでの職業裁判官のみによる判断の場合と比べて、重い方向にも軽い方向にも広がることが予想され」、「控訴審としては、国民の視点、感覚、健全な社会常識などを量刑の判断にも反映させようという裁判員制度の趣旨に照らし、国民の目線からすればそのような判断もあり得るのではないかという謙虚な姿勢を持つべき」であり、「その意味では、控訴審として許容すべき第一審の裁量の幅は、これまでよりもかなり広くなるからである」<sup>(73)</sup>。

次に、刑事訴訟法三九七条二項による職権破棄（二項破棄）についてである。これは、「第一審判決後の刑の量定に影響を及ぼすべき情状」（三九三条二項）を考慮した結果の判断であるから、裁判員の関与した第一審の判断を尊重すべきという要請は後退する<sup>(74)</sup>。したがって、控訴審が量刑に関する第一審の判断を覆す余地は、一項破棄の場合と比べて、より広く認められると考えられる。

ただし、この点、平成一九年度司法研究は、二項破棄における裁判員の参加の意義の尊重の要請の後退を認めつつも、それを広く認める運用をした場合、当事者が本来第一審で行うべき活動を行わずに控訴審での判断を求めるようになることを懸念する。すなわち、「公判前整理手続を実施して充実した第一審の審理を實現すべきとの観点や、国民の視点、感覚、健全な社会常識などを量刑に反映させようという裁判員制度の趣旨からすれば、例えば、被害弁償・示談の成否が量刑の判断に大きく影響するような場合には、弁護人としては、被害弁償や示談に向けたできる限りの努力を行い、これを公判前整理手続に乗せられるよう努めるべきであろう」という<sup>(75)</sup>。これに対して、永田憲史教

授は、「原判決後に被害弁償や示談がなされた場合に控訴審がこれを斟酌せず、控訴棄却とするならば、原判決後に被害弁償や示談などを行う動機付けが失われることとなる」が、このことは被告人・被害者双方にとつても不利益となりかねないと批判する<sup>76</sup>。

なお、「裁判員制度の導入は、量刑についても、国民の健全な社会常識に根差した感覚を反映させ、判決の納得性をより一層高めることを目的としているところ、事後審査である控訴審に裁判員が構成員として加わっていないことを考えると、上記目的を達成するためには、情状に関する証拠も原則として第一審でその評価を受けるべきものがあり、その意味で、これまで以上に第一審中心の審理が行われることが要請されているというべきであり、「そのような観点からすると、原判決後の示談の成立を直ちに被告人に有利な事情とすることは、このような第一審中心主義にもとることにもなりかねず、したがって、その経緯等については、慎重に見る必要がある」と判示するものの、当該事案では示談成立が原判決後となったのは「やむを得ないものがあつた」として、刑事訴訟法三九七条二項により、懲役一三年に処した原判決を破棄し、懲役一二年の自判をした裁判例がある(東京高判平成二二年五月二六日判タ一三四五号二四九頁)。また、実務の傾向として、「2項破棄の運用全体をみると、裁判員制度導入後においては「刻み破棄」といった減刑例は比較的少なくなっている」という<sup>77</sup>。

#### 四 判例とその検討

本章では、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方をめぐる指導的判例

である、いわゆる寝屋川幼児虐待事件最高裁判決（最一小判平成二六年七月二四日刑集六八卷六号九二五頁）<sup>(78)</sup> について概観することとする。

## 1 事実の概要

本件は、夫婦である被告人両名が共謀して、一歳八か月の娘に暴行を加えて死亡させたところ、傷害致死罪（刑法二〇五条）<sup>(79)</sup> で起訴された事件である。被告人夫婦は、第一審から上告審まで一貫して無罪を主張した。

本件は、裁判員法二条一項一号に基づき、第一審では、裁判員の参加する合議体で審理・裁判が行われた。第一審判決は、各懲役一〇年とする検察官の求刑が本件犯行の背後事情である幼児虐待の悪質性等を十分に評価していないとしたうえで、両名に対してそれを超える懲役一五年に処した（大阪地判平成二四年三月二一日刑集六八卷六号九四八頁）<sup>(80)</sup>。

この第一審判決に対して、被告人両名が控訴し、無罪を主張するとともに量刑不当を主張したものの、控訴審判決は、第一審の量刑は法定刑の幅の中でおお選択の余地のある範囲内に収まっているとして、控訴を棄却した（大阪高判平成二五年四月一日刑集六八卷六号九五四頁）。

そこで、被告人両名が上告した。弁護人は、「被告人らに対する量刑判断は、他の事件との均衡を大きく失っており、それ自体が憲法14条1項違反であるとともに、適正な手続で言い渡された量刑判断とも言えないから憲法31条違反となり、こうした偏った判断をする裁判体によって偏った量刑が言い渡されたことは、被告人……が公平な裁判所による裁判を受けていないことを意味するから、憲法37条1項違反にする」と主張した。<sup>(81)</sup> この憲法違反をいう部分については、第一審の裁判体がことさら裁判員裁判であることを摘示していないが、同じく上告趣意中で量刑不当をい

う部分については、裁判員裁判であることが指摘されている。曰く、「検察官は、公益の代表者として、同種事犯とのバランスを保つように配慮して、あるべき量刑として求刑を設定」し、「裁判所もその求刑を一応の目安にして、量刑判断を」し、「長年の蓄積により、事案に応じた量刑傾向に沿った判決が言い渡されてきた」が、「裁判員裁判であつても、このバランスを欠いてまでの量刑が許容されないことは当然であり、「重罰思考の裁判員が偶然に集まつてしまったがために、そうでない裁判体と比べると、著しく不当に重い量刑判断がなされたとすれば、それは「健全な社会常識」を反映した量刑と言えまい<sup>82</sup>」。

## 2 最高裁判所の判断

最高裁判所第一小法廷は、原判決及び第一審判決を破棄し、被告人夫を懲役一〇年に、同妻を懲役八年に処すると自判した（最一小判平成二六年七月二四日刑集六八卷六号九二五頁）。

まず、弁護人の主張した憲法違反の主張等に関しては、「実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張である」として、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないと判示した。

しかしながら、次に、本判決は、職権調査を行い、原判決及び第一審判決による刑の量定が甚だしく不当である（刑事訴訟法四二一条二号）として、破棄自判した。すなわち、「裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなるが、裁判例が集積されることによつて、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなり（「そうした先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当たつて、その目安とされるといふ意義をもっている」とする）、「量刑が裁判の判断として是認されるため



には、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられる」と述べる。そして、「裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された」ため、「量刑に關しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていた」（したがって、「裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない」）が、「裁判員裁判といえども、他の裁判の結果と公平性が保持された適正なものでなければならぬことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められ」と判示する。

本件についてみると、第一審判決は、検察官の求刑が本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性等を十分に評価していないとし、量刑検索システムも参考にならないとしたうえで、行為責任が重大である児童虐待事犯に対しては、これまで以上に厳しい罰を科すことが法改正や社会情勢に適合するなど説示して、検察官の求刑を大幅に超過し、法定刑の上限に近い宣告刑を導いている。したがって、第一審判決が「これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである」。「これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない」が、「そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきであり、「指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映

させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の……求刑を大幅に超える……量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」と判示する。

この判決に対して、白木裁判官による補足意見が付されている。すなわち、「量刑は裁判体の健全な裁量によって決せられるものであるが、裁判体の直感によって決めればよいのではなく、客観的な合理性を有するものでなければならず」、「裁判員裁判を担当する裁判官としては、量刑に関する判例や文献等を参考にしながら、量刑評議の在り方について日頃から研究し、考えを深めておく必要がある」とともに、「評議に臨んでは、個別の事案に即して判断に必要な事項を裁判員にいいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある」。そして、「処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではなく、「そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないまま直感による意見の交換となってしまうであろう」。

### 3 検討

本判決に関して、第一に注目すべきは、学説が基本的には尊重すべきとする裁判員裁判による第一審の量刑判断を最高裁判所（法廷意見）が明確に斥けたということである。本件は、第一審の裁判員裁判において、検察官による懲役一〇年の求刑に対して、その一・五倍の懲役一五年とした量刑判断についてのもの<sup>83</sup>であり、裁判員裁判における量刑判断が最高裁判所によって否定された最初の事例である。裁判員裁判の判決についての事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方をめぐる指導的判例であるチョコレート缶事件最高裁判決（最一小判平成二四年二月一三

日刑集六六卷四号四八二頁）とは異なり、本判決では、第一審が裁判員裁判であることを明示しつつも、その量刑判断について「具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」として否定的に評価した。本庄教授は、「本判決は、量刑変換過程においても是認できない判断はあり得ることを明確にした点に大きな意味がある」ところ、「このことは控訴審裁判官に向けたメッセージであるのと同時に、第1審裁判官に対しても量刑変換過程における裁判員の極端な意見に同調すべきでないとのメッセージを発するものである」と分析している<sup>84</sup>。そして、実際にも、本判決によつて、裁判員裁判における量刑についての萎縮効果があつたことが指摘される<sup>85</sup>。

第二に、本判決は、量刑傾向の法的性格と裁判員裁判におけるその扱い方について判示した。すなわち、最高裁判所は、先例の集積が法規範性を有することを否定する一方で、結果の公平性という観点から、量刑傾向が量刑判断の目安とされる意義を有していることを確認し、裁判員裁判においても、おおまかな量刑傾向を裁判体の共通認識とし、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことを要請するものである。なお、判決文では、平成二一年度司法研究と同様に「目安」という感覚的な言葉が用いられているが、第二章第三節での議論との関連で、この目安という概念が何を意味するのか（基準性を認めるか否か）<sup>86</sup>、より一層の明確化が求められよう。

本判決は、裁判員裁判では、制度導入以前の量刑傾向を厳密に調査・分析することや、それに従うことは不要であると判示するが、「量刑傾向は、単に評議の資料とされれば足りるといふ性質のものではなく、評議の重要な参考資料として位置付けられている」<sup>87</sup>点にも注意が必要である。三好幹夫元判事は、「量刑検索システムに過度に依存した量刑判断が進むことは、量刑傾向を踏み出すような判決を減少させる反面、量刑の硬直化をもたらすという負の側面を必然的に随伴することとなり、それこそ国民の多様な意見を反映するという裁判員制度の趣旨にそぐわないものと

なる危険性がある」と危惧する<sup>(88)</sup>。その一方で、本判決が、「上告趣意では指摘されていた裁判員量刑検索システムによって示される親の子に対する傷害致死事案の具体的な量刑分布などには言及されていないし、また、量刑傾向に關し、「目安とされる」との表現にとどめられていたり、評議の出発点に關し、「おおまかな量刑の傾向」との表現が用いられ」たりしていることから、本判決に係る調査官解説は、「第1審の裁判員裁判及びその量刑を審査する控訴審が、量刑傾向に過度に依存した量刑判断を行うようになることを避けようとした配慮もうかがわれる」と推測する<sup>(89)</sup>。

本件における量刑傾向の扱われ方を具体的に見てみることにしよう。第一審判決は、「公益の代表者である検察官の求刑や、同種事犯のほか死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ、この種事犯におけるあるべき量刑等について議論するなどして評議を尽くした結果、(1) 検察官の求刑は、①本件犯行の背後事情として長期間にわたる被害女兒に対する不保護が存することなどの本件幼児虐待の悪質性と、②責任を次女になすりつけるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものは考えられず、また、(2) 同種事犯等の量刑傾向といつても、裁判所のデータベースに登録された数は限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素をすべて把握することも困難であるから、その判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考え」たと判示した。検察官による求刑における検討を不十分と批判するとともに、登録データ数が限られており、すべての量刑要素を把握しえない点などに着目し、最高裁判所の裁判員量刑検索システムそれ自体の有用性を否定した点は興味深い。つまり、第一審判決は「裁判員量刑検索システムの量的・質的限界を理由として量刑傾向から離脱する判断を示した」ものと評価できよう<sup>(90)</sup>。一方、控訴審判決は、量刑検索システムを利用した判断が妥当であるかどうかの検証不可能性をも指摘する第一審とは異なり、そのシステム自体に対しては否定的な評価を行わ

なかったが、それを用いて得られた量刑傾向の拘束性を否定したものである。すなわち、「量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから、本件の量刑判断が、所論の検索条件により表示された量刑分布よりも突出して重いものとなっていることや、量刑判断をするに当たって死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向をも参照したことによって、憲法14条、31条又は37条1項に反するということになるとはいえないし、直ちに不当であるということになるともいえない」という。そして、控訴審判決は、事後審という立場を堅持し、「原判決の評価及び判断が誤っているとまではいえず、その結論としての……量刑判断もやむを得ないものであって、破棄しなければならないほどに重すぎて不当であるとはいえない」と判示した。しかしながら、最高裁判所は、これらの判断をすべて否定したうえで自判した。

第三に、第二章第二節での議論との関連で確認しておきたい点は、本判決が、裁判員の関与に伴い量刑傾向が変化することを積極的に承認するものであるということである。「刑事裁判に国民の視点を入れる」ことを裁判員制度の導入の趣旨と位置づけたうえで、それゆえに、「量刑に関しても、裁判員制度導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていた」と判示する。ただし、本判決は、実態として変化しうることを見込むにとどめ、一部の学説が説くように規範的に変化すべきであるとは主張するものではない。

しかしながら、第四に、最高裁判所は、裁判員の関与による量刑傾向の変化を許容するとしても、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものでなければならぬことを強く要請する。裁判員の参加した裁判体がこれまでの量刑傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことを消極的に認めつつも、公平性の観点から是認されうるためには、

「従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである」として、量刑傾向から逸脱する点について第一審の裁判体に重い説明責任を課す。城下裕二教授は、「量刑傾向の原則的な重要性を強調して一定の範囲での拘束力を認めるとともに、例外的にそこから離脱することの可否の判断資料として「具体的、説得的根拠」の提示を求めたことが、本判決の最も重要な意義である」と分析する<sup>(91)</sup>。伊藤博路教授も、「量刑傾向が示す幅に同意しない意見が出された場合にそれを最初から排斥されるものではないが、何らかの形で量刑傾向を参考にして議論する必要があるというのみならず、量刑傾向からの逸脱に対する制約の存在と傾向から逸脱する場合の合理的根拠の提示の必要性について判示することにより、裁判員の意見を量刑に反映させることにも限界があることを示した点に本判決の意義がある」としている<sup>(92)</sup>。その一方で、量刑傾向からの逸脱を許容する要件として、「この「具体的・説得的」根拠提示義務を課すことは、一般国民の感覚を反映させるという裁判員制度の趣旨と抵触しないのかという疑問」も示される<sup>(93)</sup>。

本件では、第一審判決が、(一) 検察官の求刑を大幅に超過する刑を科す理由として、本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性と被告人両名の態度の問題性を十分に評価していないことを、また、(二) 量刑検索システムで表示される量刑の傾向から踏み出す理由として、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性を検証できないことを挙げている。これに対して、本判決は、「指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役10年という求刑を大幅に超える懲役15年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいいい難い」と判示した。調査官解説は、(二)の点について、「裁判員量刑検索システムは、第一審判決の当時でも裁判官と裁判員がおおまかな量刑傾向を共通認識

とする際の資料とするには足りないほど登録数が少なかったわけではないし、同システムは、…：行為責任の大枠を把握するために使用すると目的の下、検索項目を限定し、事例一覧表で示すデータもあえて抽象化されており、個別事案の比較を目的とするものではない」ため、「本判決は、裁判員量刑検索システムに関する第1審判決の指摘につき、量刑傾向から踏み出す具体的、説得的な根拠を示したものとはいいい難い旨判示したもの」であると推測する。<sup>94</sup>

また、小池教授は、「本判決のメッセージは、「量刑傾向を急激に変容させる意図で量刑をしてもよいが、そのための根拠を示せ」というよりも、「量刑傾向を変容させる意図で量刑をしてもよいが、漸進的なものにとどめろ」というものとして受け取るべき」であると主張する。<sup>95</sup> すなわち、「短いスパンで見ても、裁判員裁判を構成する裁判官と裁判員の価値観や感覚によって、量刑傾向に近いこともあれば大きく外れることもあるということとは、「他の裁判の結果との公平性」を欠いて受け入れられないし、そのようなことを正当化する「具体的、説得的」な根拠はありえない」から、「本判決が想定していることは、長いスパンで見ても量刑傾向が次第に変化していくことであろう」こととなる。<sup>96</sup>

第五に議論すべき点は、裁判員が政策的な視座を量刑判断に加味することの是非である。すなわち、第一審判決が、「児童虐待を防止するための近時の法改正からもうかがえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢にかんがみ、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科することがそのうした法改正や社会情勢に適合すると考えられる」と説示している点をどのように評価すべきだろうか。伊藤教授は、「本件のような児童虐待事犯に対しては厳罰化が必要であり、法定刑の上限に近い量刑が相当であるという意見を、正面から否定することは困難である」<sup>97</sup>と認める。原田元判事も、「児童虐待の防止という社会的な要請について

は、裁判員も一般国民として強く共鳴するし、賛同する心組みにもなりやすいであろう<sup>(98)</sup>。では、児童虐待事案である本件の量刑判断において、裁判員がもつばら政策的見地から厳しい刑罰を科すことは認められるべきであろうか。

民主主義的基礎づけ説に立つならば、裁判員は主権者国民の代表として刑事裁判に参加していると解されるところ、国民の代表機関である国会(日本国憲法四三条一項)が立法によつて政策を具体化する場合と同様に、具体的な事案において政策的な見地から量刑判断を行うということも正当化されうるだろう。

しかしながら、ここで改めて確認しなければならない点は、理解増進・信頼向上説に立つ現行の裁判員法においては、裁判員は国民の代表と位置づけられていない<sup>(99)</sup>ことである。児童虐待の防止という政策的な判断は政治部門に任されるべきことであつて、個々の具体的な裁判に参加する裁判員個人には議員と同様の民主的正統性が認められているわけではないため、裁判体が、被告人に係る具体的な犯情から大きく離れて政策的な判断を行うことは否定的に評価されるべきである<sup>(100)</sup>。この点、原田元判事は、「第1審判決のような立法等にみられる社会情勢を強調することは、厳罰と直結するおそれが常にあり、「裁判が社会情勢なるものがある程度反映することは許されるが、立法に追随したり、場合によつては、先取りしたりすることは、裁判において危険な傾向である」と主張する<sup>(101)</sup>。また、伊藤教授も、「犯行の背後事情や一般情状は、量刑を基礎付ける事情としては周辺的な資料として位置付けられ、あくまで調整的な機能を持つにすぎないものと考えるべきであり、それらを重く評価しすぎるのは問題があるとすれば、社会情勢等が重い量刑判断の主たる理由となつていと理解することにな」ところ、「社会情勢等については、児童虐待事犯に対して厳罰で対処すべきとの処罰感情は、悪質な犯罪の増加といった社会情勢を背景とする特定の犯罪類



型に対する悪感情に基づく感覚であり、個別の事例において具体的に発生した事実に依拠するものではないから、具體的な根拠ということは困難かもしれない」と分析する。<sup>(10)</sup> なお、第一審から上告審まで本件の被告人妻の弁護士を務めた間光洋弁護士は、「量刑の判断において裁判官と裁判員に求められる職責は、被告人と向き合い、犯罪行為に相応する刑事責任を明らかにすることのほずである」にもかかわらず、「第一審判決の懲役15年という結論やその理由、また記者会見での裁判員の発言から読みとれるのは、第一審の裁判官と裁判員が量刑の本質から離れ、児童（幼児）虐待への社会的非難を代弁するという使命感から、いわば見せしめとしてあえてこれまでの量刑傾向との均衡を著しく欠く重罰を選択したことである」との感想を述べた。<sup>(103)</sup> これらの論者の懐疑的な視点は、裁判員制度における裁判員の参加の正統性をめぐる問題に自覚的であるという点で、基本的には正当なものと評価できよう。

第六に、白木裁判官の補足意見において、量刑評議における裁判官と裁判員との協働のあり方、特に、裁判員に対する裁判官の説明の責任についての一つの見方が示されている点に着目すべきである。すなわち、白木裁判官は、「量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官としては、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるべきであり、併せて、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情を適切に説明する必要がある」（「量刑の傾向の意義や内容を十分理解してもらって初めて裁判員と裁判官との実質的な意見交換を実現することが可能になる」という）と述べたうえで、裁判官に対して、「重要な事柄は十分に説明し、裁判員の正しい理解を得た上で評議を進める」ことを強く求め（「そうすることが裁判員と裁判官との実質的な協働につながる」という）、「評議を適切に運営することは裁判官の重要

な職責であり、裁判員裁判を担当する裁判官は、その点を改めて考えてみる必要がある」と指摘した。

第二章第一節で、量刑判断における裁判官と裁判員との協働のあり方をめぐる議論について触れたが、白木裁判官の補足意見は、量刑評議における裁判官による裁判員への指導的役割を積極的に肯認する立場であると評価できよう。この点、「本判決が言うように、裁判員裁判の本来の趣旨が、「国民の視点を入れるため」というのであれば、「裁判官の考え方」を冒頭に提示し、それにしたがうことを求めるような運用が「在るべき姿」なのかどうかについては疑問が残る」との意見がある<sup>104</sup>。また、伊藤教授も、「最高裁の示した量刑傾向を議論の前提とすべきとの立場からは、裁判官に、量刑傾向の示す枠を基準にして評議すべきという点について、「説明」以上の「説得」を認めることにならるが、「その説得は、説明の延長として位置付けられるものであるためそれが一方的な説得であってはならないであろうが、必要に応じて、量刑判断が量刑傾向から逸脱することがないように、裁判官が裁判員に働き掛ける（誘導すること）も許されるというのが暗黙の了解となっているものと思われる」ところ（逸脱を説得することなく認めてよいのであれば、量刑傾向を前提にする意味はほとんどなくなるからである」という）、「説明に関しては、裁判官も評議に加わるのであるから、……裁判官の専門的・技術的知見に基づく理解と同じ結論に至るまで、裁判員を説得することも可能とな」り、「評議においては、専門的・技術的知見を持たない裁判員に対する裁判官による一方的な説得の危険性が潜んでいることを否定でき」ず、「[量刑という]評価の問題については、裁判官の結論への強い誘導は、協働の前提となる両者の対等性を否定するおそれがあり望ましいものではない」と主張する<sup>105</sup>。

本判決は、量刑判断における裁判員の意見の尊重よりも刑の公平性を重視するものである。三好元判事は、本判決が登場する背景には、「裁判官が、誘導の批判を恐れる余り、裁判員との関係においても過剰な自己規制をし、評議

において法律専門家としての役割を十分に果たしていないのではないかという裁判官の立ち位置」についての懸念・危機感があつたと分析する<sup>106</sup>。裁判官と裁判員との協働の制度の下では、裁判員が量刑についての適切な意見を形成するためには必要となる情報を提供するのには裁判官の義務であるところ、必要な場合には、裁判官が躊躇することなく裁判員に対して積極的に議論を先導することも求められる<sup>107</sup>。「量刑評議が尽くされるためには、量刑理論に基づいた量刑判断の枠組みが裁判員にも共有されることが前提となる」ため、「裁判官は、裁判員に対して、責任主義や行為責任の原則、罪刑均衡や公平性の要請といった基本事項について具体例を引きながら分かりやすく説明するとともに、犯情と一般情状についての考慮の在り方についても、適宜説明を加えるべきである」といえよう<sup>108</sup>。

第七に、いわゆる片面的尊重論<sup>109</sup>との関連で、本判決の論理が、裁判員裁判の量刑判断が量刑傾向から（本件のように）重い方向で逸脱している場合だけではなく、軽い方向で逸脱している場合についても妥当する否かについても触れておくこととする。この点、「行為責任主義や責任刑の上限だけでなく下限も画するか、また、執行猶予か実刑かが争われる事件において、特別予防的要素をどれだけ重視できるかといった点については、別の観点からの考慮が必要になる」ため、「最高裁判所は、これらの点については判断していないと解するのが素直な読み方と思われる」とする見解もあるが<sup>110</sup>、最高裁判所が量刑傾向からの逸脱の際の具体的・説得的な根拠の提示を求めている理由は、もっぱら被告人の利益ということではなく、量刑判断の公平性の観点であることから、「軽い方向での量刑傾向を大きく下回る場合」であつても「その具体的、説得的な根拠を要求するものと理解すべきであろう」<sup>111</sup>。

## 五 まとめに代えて

本稿では、裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題に関して、特に、裁判員裁判の判決に対する量刑不当を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方について検討した。

従前の量刑相場を熟知していない裁判員が量刑判断に関与することに伴い、同種事案間での量刑のばらつきが一定程度生じことは容認されるとしても、著しいばらつきの発生を防ぎ刑の公平性を保持する必要があるところ、そのためには、裁判員は量刑傾向を参考とすることが求められる。第三章で確認したとおり、控訴審実務を担当してきた高等裁判所の判事ないし元判事らは、国民の健全な社会常識を量刑に反映させることを重視し、裁判員の関与した量刑判断を尊重すべきであると述べていた。しかしながら、最高裁判所は、裁判員の参加よりも刑の公平性を重視する立場を採用した<sup>112</sup>。

三好元判事は、事実誤認を理由とする控訴の控訴審による審査のあり方に関する指導的判例であるチョコレート缶事件最高裁判決が「控訴審に事後審として謙抑的立場をとるようメッセージを伝えた結果、控訴審が事実認定と量刑の両面において、殊更に過剰な謙抑的姿勢をとるようになったのではないか」という懸念・危機感があつたと分析する<sup>113</sup>。まさにそのような懸念や危機感がある中で、本件についての最高裁判所の判断が示された。

二〇一二年に示された同判決は、裁判員裁判の事実誤認の問題に関して、裁判員の参加の意義を尊重する議論を敢えて無視する判断を示した<sup>114</sup>。そして、二〇一四年に示された本判決は、裁判員の参加の意義尊重論を顧みることなく、裁判員裁判による量刑判断を破棄した控訴審判決を是認することをもって、裁判員の参加の尊重にも限界がある

ことを示した。

裁判員裁判の判決に対する上訴をめぐる問題の検討を通じて明らかになったことは、この問題の本質が、国民の司法参加の意義や裁判員の参加の正統性をいかにとらえるかという点にあるということである。

国民の司法参加の意義につき民主主義的基礎づけ説を採るならば、あるいは裁判員の参加の正統性につき個別事象を重視する思考枠組みによるならば、参加そのものの意義を尊重しようとしないう二〇一二年の最高裁判決や、裁判員の参加の尊重の限界を示した二〇一四年の最高裁判決は、到底承服しえないものということになるだろう。個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加し、主権者として判断を示すことをもって裁判員制度の意義であるにとらえる以上、至上の価値を有する主権者国民の民主的参加の意義に触れない二〇一二年の最高裁判決は、理論的に正当なものとして評価しえないし、また、主権者国民の民主的参加に基づく量刑判断を民主的正統性のない裁判官のみで構成される控訴審が裁判員裁判の判決を否定することは、端的にあつてはならないことと解されることになる。

その一方、理解増進・信頼向上説ないしそれが依拠するところの制度として問題をとらえる思考枠組みによれば、具体的な事件に係る裁判において個々の裁判員の関与した判断の結果それ自体に正統性があるのではなく、一般の国民が裁判員として刑事事件の裁判に参加する制度が存在するということをもって司法に対する民主的正統性を高めようとするものであると解することになるため、裁判員裁判の第一審の判決を裁判官のみによって構成される控訴審が審査することに理論的な問題はなく、また裁判員の関与した判断を破棄したとしても、司法への正統性付与機能は揺るがないことになる。控訴審による審査の結果、裁判員裁判の判決を破棄することがあつても、事実認定ないし量刑

に国民の健全な社会常識が反映されること自体を否定したのではなく(国民の健全な社会常識は、第一審の判決に十分に反映されているはずである)、法的専門合理性の見地から看過しえない事実誤認や量刑不当を匡正したにすぎない。

たしかに実際に具体的な事件に係る裁判に裁判員として参加した国民にとつては、真摯な熟慮と討議に基づく自らの判断が上級審によつて否定されることは、容易に納得できるものではなからう。<sup>115</sup>しかしながら、たとえ自分の意見とは異なるものであるとしても、法的専門合理性の見地から再検討された判断を、ありうる結論の一つとして客観的に受容することをも、裁判員制度は、国民に対して要請しているのである。<sup>116</sup>

\*本稿は、平成三〇年度科学研究費助成事業(日本学術振興会学術研究助成基金助成金(基盤研究(C))「国民の司法参加をめぐる憲法理論の国際的発信」(課題番号:一六K〇三三〇一))の研究成果の一部である。

(1) これら二つの視点については、拙稿「裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」日本法学八四卷二号(二〇一八年)七三頁。

(2) 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書——21世紀の日本を支える司法制度」(二〇〇一年)一〇三頁。意見書は、併せて、「裁判官と裁判員との相互コミュニケーションによる知識・経験の共有というプロセスに意義があるのであるから、裁判官と裁判員は、共に評議し、有罪・無罪の決定及び刑の量定を行うこととすべきである」とも述べている(同頁)。

なお、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(法曹会、二〇一二年)一頁は、裁判員が量刑判断に関与する趣旨を、「国民の中から選任された裁判員が、裁判官と共に量刑を決める手続に参加することにより、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが量刑に反映され、その結果として、刑事裁判の量刑判断に対する国民の理解が増進し、その信頼が高まること」が期待されるところにある」と位置づけている(傍点は本稿の筆者による)。同書は、井田良教授、大島隆明判

事、園原敏彦判事、辛島明判事の四名に委嘱された平成二二年度の司法研究の報告書（六三輯三号）である。本稿では、以下、「平成二二年度司法研究」と略記することとする。

(3) 「司法制度改革審議会の議論の場において、当初、一体型か分担型かという制度の基本的構成について必ずしも合意がなかった審議会構成員の、量刑判断に関するほぼ一致した意見の背景」には、「量刑にこそ、一般国民の刑事司法に対する理解と信頼への契機が強く認められる」という共通認識があったと酒巻教授は評価する（酒巻匡「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁∥酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）八七二頁）。一方で、本庄武教授は、審議会では「有罪無罪の事実認定を裁判員のみで行うべきか、裁判官と協働して行うべきかという点」に議論の中心が置かれ、「量刑にまで参加すべきか」という点については、相対的に議論が手薄になるという事態をもたらした」と推測するとともに、事実認定に関して陪審制度の導入を主張する論者も参審制度の導入を主張する論者も、いずれも裁判員の量刑参加に肯定的であったことを紹介するものの、「この「量刑に裁判員が参加することの」問題について審議会で自覚的に問題点を意識して議論された形跡はな」かったことを指摘する（本庄武「裁判員の量刑参加」一橋論叢二二九巻一号（二〇〇三年）二二二―二四頁）。

(4) 民主主義的基礎づけ説とは、従前の裁判官のみによる刑事裁判は、国民の直接的な参加がないため正統性が乏しく、また運用上もさまざまな弊害があったため（現行裁判否定論）、それらを克服するために国民の司法参加が必要であり、主権者である国民は、民主主義の原理に基づき司法に当然に直接的に参加しうるとする見解であり、これに対抗する理解増進・信頼向上説とは、従前の刑事裁判制度の運用は改革が不可欠なほど致命的な欠陥はないが（現行裁判肯定論）、国民的基盤の強化を企図して、司法に対する理解を増進させ、信頼を向上させるため、裁判過程へ国民を参加させうるとする見解をいう。現行の裁判員制度は、裁判員法一条の規定からも明らかのように、後者に基づき設計されたものである（拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）一〇七―一〇九頁）。

(5) 石松竹雄ほか編『えん罪を生む裁判員制度——陪審裁判の復活に向けて』（現代人文社、二〇〇七年）五七―五八頁（分担執筆者名記載なし）。

(6) 浅田和茂「裁判員裁判の量刑の基本問題——刑法理論の観点から」季刊刑事弁護六六号（二〇一一年）二六―三〇頁。な

お、浅田教授は、「私見は、もともと立法論としては陪審制に賛成であり、裁判員裁判も、できるかぎり陪審制に近い運用にすべきであると考えている」と述べている(三三二頁)。

(7) 五十嵐二葉『刑事司法改革はじめの一步——裁判員制度導入のための具体的手続モデル』(現代人文社、二〇〇二年) 一一一頁。五十嵐弁護士は、制度施行後も、「一般人に量刑をさせることには根本的な問題があり」、「少なくとも公正な司法への奉仕は参加国民の義務であることを教えられず甘やかされるばかりの今の裁判員に、この法と運用による「量刑」を行わせてはならない」との主張を堅持している(同『こう直さなければ裁判員裁判は空洞になる』(現代人文社、二〇一六年) 一四三頁)。

(8) 原田國男『量刑判断の実際』(第三版) (立花書房、二〇〇八年) 三三四頁(原文ママ)。さらに、原田元判事は、「今日のマスコミ報道は、ともすれば裁判官の刑の軽さを裁判官の世間常識のなさに結び付け、裁判員制度が導入されれば、被害者の要望に応えた被告人に重い刑が実現できるとする傾向がないではなく、この傾向は、裁判員制度の導入とともに強まるとすらいえるであろう」と推測する(同頁)。

(9) 原田・前掲注(8)三三五頁。

(10) 原田・前掲注(8)三三五頁。もともと、原田元判事は、「裁判員が果たして一般国民として平均的にもっているであろう重罰思考をそのまま刑事裁判に持ち込むであろうか」という点には疑問を呈示し、「自分が審理し判断すべき具体的事件に接した場合、被告人にもいろいろな事情もあったことや事件の背景や他の関係者の関わりなどの種々の事実を正視したときに、被告人に対してどのような刑を決めるかについては、単なる重罰思考では解決できない難しさがあることに気付くはずであり(職業裁判官も合議を通じてこのことに気付かせるべきである)ともいう、「重罰思考も具体的事件を通じてそれなりに合理的な量刑の幅に服してくるのではないか」という「あまり根拠はない……期待」を示していた(原田・前掲注(8)三三六頁、原文ママ)。

(11) 第五十九回国会衆議院法務委員会議録第十号六頁(野沢太三法務大臣の答弁)、辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説(1)「法曹時報五九卷一一号(二〇〇七年) 九三頁。



(12) 神山啓史Ⅱ岡慎一「裁判員裁判における量刑判断」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護士活動——その思想と戦略』（日本評論社、二〇〇九年）四一—四二頁。もつとも、神山啓史・岡慎一両弁護士は、「刑の量定」自体は経験してなくとも、量刑の過程でなされる考察や判断に社会生活で培われる知識や経験が適切に活用されるのであれば、そのことを通じて量刑判断に「健全な社会常識を反映させる」ことは可能である」というべきであるという（同頁）。

なお、刑事裁判における事実の有無についての判断は日常生活におけるそれと同じであるとする説明は、最高裁判所も好んで用いるものである。例えば、『よくわかる！裁判員制度Q&A（第12版）』（最高裁判所、二〇一八年）五四頁は、「例えば目撃者の証言などに基づいて、被告人が被害者をナイフで刺したかどうかを判断することは、みなさんが、日常生活におけるいろいろな情報に基づいて、ある事実があったかなかったかを判断していることと基本的に同じであり、特に法律知識は必要ありません」と解説する。その一方で、一般の国民の多くは、日常生活において、量刑ないしそれに類似する行為を経験することは少ない（そして、その事実については、最高裁判所は、何も説明しようとはしない）。

(13) 本庄・前掲注(3)二八—二九頁。ただし、本庄教授は、「量刑の問題について市民が真剣に考える機会を提供し、刑事政策への関心を喚起することにもつながる」点については肯定的に評価したうえで、裁判員による量刑判断が量刑相場より軽いものであれば採用されることとし、重いものであれば阻止されることを条件に、量刑についての評議と評決への裁判員の関与を認めうるとも主張していた（三四—三五頁）。

(14) 高山佳奈子「裁判員裁判と死刑——民主主義との関係を中心に」福井厚編『死刑と向きあう裁判員のために』（現代人文社、二〇一一年）二七—二九頁。

(15) 酒卷・前掲注(3)八六九—八七〇頁。要するに、これは、「国家刑罰権の実現過程において、民意ないし民主的要素の直接的に作動する範囲をできる限り広げることにより、根源的不審と警戒の対象である官憲・専門家に対抗する設計思想である」という（八七〇頁）。

(16) 酒卷・前掲注(3)八七〇—八七一頁。

(17) 酒卷・前掲注(3)八七二頁。

- (18) 酒巻教授は、「[裁判員] 制度導入の趣旨・理由を単純素朴な現状批判や民主主義原理（国民の手による裁判）のみに帰することはできない」と明確に述べている（酒巻匡「裁判員制度の意義と課題」法学教室三〇八号（二〇〇六年）一〇頁）。
- (19) 酒巻・前掲注(3) 八六八頁。
- (20) 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について——法律専門家としての裁判官の役割」法学研究八二巻一号（二〇〇九年）六〇一—六〇二頁。
- (21) 小池・前掲注(20) 六〇二頁。
- (22) 拙稿「裁判員制度の意義と展開可能性——続々・裁判員制度の憲法適合性」日本法学八三号一号（二〇一七年）一七一—一八頁。
- (23) 制度設計の段階では、裁判員が刑事裁判の主役であり、裁判官はもっぱらそれを補助する役割とする見方も示された（拙稿・前掲注(22) 四四—四六頁）。
- (24) 例えば、量刑に関する事実認定は、「経験則と論理法則が支配するので、非法律家を含めた一般国民の社会常識が大いに役立ちうるし、またその判断のために必要な能力は——現実には裁判官の方が長けているとしても——理念的に職業法曹にしか要求できない法解釈学的な知見とは直接かかわらない」ため、真正な協働的判断事項である一方、量刑目的ないし基準に関する判断は、「刑法理論ないし刑法解釈学における基本問題であるか、少なくともその延長線上にある問題であるので、刑法および周辺法分野ならびに刑法解釈学に関する専門的知見に基づいた統一的な解決が強く求められる」ため、真正な専門的判断事項であるという。小池・前掲注(20) 六三九—六四〇頁。
- (25) 小池・前掲注(20) 六四二頁。
- (26) 司法研修所編『量刑に関する国民と裁判官の意識についての研究——殺人罪の事案を素材として』（法曹会、二〇〇七年）一六八頁。同書は、前田雅英教授、合田悦三判事、井上豊判事、野原俊郎判事の四名に委嘱された平成一五年度の司法研究の報告書（五七輯一号）である。本稿では、以下、「平成一五年度司法研究」と略記することとする。
- (27) 司法研修所編・前掲注(26) 一六八—一七二頁。

なお、平成一五年度司法研究の協力研究員である前田教授は、本研究の結果の「最も重要なこと」として、「我が国の刑事裁判は、専門家としての刑事裁判官により、非常に安定的な量刑がなされていること」と、「裁判員として参加が予定される国民は、平均値をとれば、裁判官より若干重めの量刑を行いそうだが、裁判官との人数比なども勘案すれば、現状を大きく変更するものとはならないと予想される点」を挙げる（前田雅英「刑事法学的視点から見た今回の結果の意味するもの」司法研修所編・前掲注(26)一七三頁）。

原田元判事は、この平成一五年度司法研究の調査結果のうち、(一)被告人の精神状態が心神耗弱の程度には至らないが不安定であったこと、(二)被告人の判断能力が飲酒のために低下していたこと、(三)被告人が未成年であったこと、(四)被告人が反省していることの四点については、裁判官が刑を軽くする方向で考えるのに対して、国民は必ずしもそうは考えていないことと、(五)被告人に古い前科があつたことについて、裁判官はさほど重視しないのに対して、国民は刑を重くする方向で考慮していることに特に着目したうえで、「これらの諸点に関する国民の意識は、量刑理論の立場からみてもいずれも不当であつて、国民の目線だからといって取り入れることはできない」と述べる（原田國男「裁判員裁判の量刑と控訴審」法と心理一四巻一号(二〇一四年)四七―四八頁）。同「裁判員裁判の量刑の在り方——最高裁平成26年7月24日判決をめぐって」刑事法ジャーナル四二号(二〇一四年)五〇―五一頁も同旨。

(28) 司法研修所編・前掲注(26)一七一頁。

(29) 原田・前掲注(8)三頁。岡田雄一判事も、「刑事裁判に關与する実務家の間で、長年にわたり經驗的に形成され、共有されてきた実証的で具体的な基準」として、量刑相場が存在するが、「このような量刑相場が、量刑の具体的基準として実務家に受け入れられているのは、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対し、一方が軽すぎ、他方が重すぎる刑を科されるなど、量刑に著しいばらつきがあると、被告人に強い不公平感が生じ、刑事司法に対する社会の信頼をも失う結果となリかねないことなどを根拠とする」と述べる（岡田雄一「量刑——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(悠々社、二〇〇二年)四八四頁）。

(30) 佐伯千仞『責任の理論〔佐伯千仞著作選集第三卷〕』（信山社、二〇一五年）五六七頁。なお、ここで佐伯千仞教授が勘と

呼んだのは、検察官・弁護人による刑罰の予想のことであり（「いわば直感的にこの種の判断にはこの程度の刑罰が来るだろうという漠然とした予感に過ぎない」という）、厳密に言えば、量刑相場そのものは「勘による直感的予測の対象」であるという（五六八頁）。

(31) 司法研修所編・前掲注（2）一頁。

(32) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第6巻 刑事手続Ⅱ』（日本評論社、一九八二年）一四七頁。

(33) 中川博之「量刑に関する評議・評決」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻 刑の選択・量刑手続』（判例タイムズ社、二〇一一年）二七一頁（初出は、判例タイムズ一三〇四号（二〇〇九年）八五頁）。

(34) 井田良「量刑をめぐる最近の諸問題」研修七〇二号（二〇〇六年）一三頁（傍点は本稿の筆者による）。

(35) 池田修『解説 裁判員法——立法の経緯と課題（第二版）』（弘文堂、二〇〇九年）三七—三八頁（傍点は本稿の筆者による）。制度施行後に刊行された第三版においては、量刑の動向、量刑評議のあり方、量刑判断に関する最高裁判例が補足されるところにも、本文引用箇所は、「一般国民の健全な社会常識を反映させるために裁判員の量刑への関与も認める制度を導入する以上、変化が生じることは当然であるし、変わるべきでもあろう」と書き改められた（池田修ほか『解説 裁判員法——立法の経緯と課題（第三版）』（弘文堂、二〇一六年）五二頁）。なお、池田元判事らは、これに続けて、「量刑が当該事件の犯情等に基づく判断であるとしても、どのような事情が犯情として重視され、他の場合より重く評価されるかなどの従前の判断基準にも合理性がある上、他の事案とのバランスも考慮せざるを得ない以上、それらの点を裁判官は裁判員に分かりやすく説明して理解を得るようにすべきである」とも述べており、評議における裁判官の裁判員に対する指導的立場を肯定している（同頁）。

(36) ただし、そもそも、裁判員制度は、量刑も含めて、従前の裁判官のみによる裁判の運用には基本的には問題はないとする現行裁判肯定論を前提に制度設計されたものである以上、裁判員の関与によって従前の量刑の傾向が変化すべきであるということを通じて過度に強調することで、議論の整合性が取れなくなるおそれがある点に注意が必要であろう。

(37) 高山佳奈子「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻 刑の選択・量刑手続』二九一頁。

(38) 高山・前掲注(37)二九一―二九二頁。また、高山教授は、「量刑のばらつきは、知識の不足に基づく直観的判断によってもたらされうると予想され」、また、「諸外国の参審員制度の多くが任期制を採用しているのに対して、日本の裁判員は1つの事件しか参加せず、感情的な判断が顕在化するおそれがある」ため、「裁判員がもし不合理な主張をしているのであれば、それに引きずられて量刑相場が変動するのは不当であることになる」ともいう(二九二―二九三頁)。

(39) 司法研修所編・前掲注(26)一六八頁。

(40) 司法研修所編・前掲注(26)一七一頁。

(41) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』(成文堂、二〇一一年) 八〇―八三頁。量刑傾向の意義について、伊藤博路教授は、量刑の傾向について、「量刑検索システムを利用して得られる量刑資料(量刑分析グラフ等)に示される傾向」と定義する(伊藤博路「判例研究 傷害致死の事案で懲役十年の求刑を超えて懲役十五年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例(最判平二六・七・二四刑集六八巻六号九二五頁)」名城ロースクール・レビュー三三三号(二〇一五年)一〇六頁)。

(42) なお、量刑相場の性質について、これは規範そのものないし規範的なものではなく、事実的なものであると解されるところ、量刑相場の基準性を明確に承認し事実的な拘束力を強く認めるよりも、相場としての量刑参考として位置づけるべきこととなる(原田・前掲注(41)八〇―八三頁)。

なお、裁判員制度導入以前の量刑相場の意義について、遠藤邦彦判事は、次のように述べている。すなわち、「これまで裁判官は、従前の量刑相場を参考にしつつ量刑判断すると同時に、その量刑判断をすることで量刑相場の形成に参加し、この繰り返しの中で、自らの量刑相場を築き上げてきたのである。その結果として、量刑相場は、事実上のものとはいえ、裁判官にとってそれなりに拘束性のある、あるいは尊重されるべきと考えられてきたのである。そして、裁判官は、量刑判断をする場面、他の参考となる事案と当該事案の具体的な比較対象を経験的に行うことができたので、そのような量刑相場を実質的に使いこなすことができたのである。このように従来の量刑相場は、裁判官にとって量刑基準的なものであると同時に量刑感覚

的なものであったのである」(遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第1巻 量刑総論』(判例タイムズ社、二〇二一年)一七二頁)。

(43) 遠藤・前掲注(42)一七〇頁。

(44) 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題——裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」(二〇〇九年)六七頁(判例タイムズ二二八七号(二〇〇九年)三五頁)。

(45) 平成二二年度司法研究は、本文に続いて、「犯罪類型ごとの刑の大枠を考え、当事者の主張する科刑意見を正確に理解するためにも、刑の数量化のための何らかの資料は必要不可欠である」と主張する(司法研修所編・前掲注(2)二五頁)。中川・前掲注(33)二七五頁、同「裁判員裁判と量刑」刑法雑誌五一巻一号(二〇二一年)一九頁も同旨。

(46) この場合、「仮に、量刑資料の利用が全く許されないとすると、裁判員にとつて議論の手がかりとなるのは処断刑の枠と検察官の求刑意見(さらに、被害者参加事件の場合は被害者参加人の求刑意見も加わる……)のみということになり、刑量を数値化するための判断材料が限定されることになる」が、刑法の法定刑の枠は広く、検察官や被害者参加人の求刑が過度の影響をもつ事態が生じる(したがって、中川判事は、「量刑評議においては、裁判官が作成した量刑資料を裁判員に提供する」という運用が適切である」と主張する)という別の問題がある(中川・前掲注(33)二七七—二七八頁)。

(47) 司法研修所編『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方』(法曹会、二〇〇九年)七〇—七三頁。同書は、大澤裕教授、田中康郎判事、中川博之判事、高橋康明判事の四名に委嘱された平成一九年度の司法研究の報告書(六一輯二号)である。本稿では、以下、「平成一九年度司法研究」と略記することとする。

(48) 三好幹夫「量刑判断の方法」別冊ジュリスト二二二二号(刑事訴訟法判例百選第一〇版)(二〇一七年)二二四頁。

(49) 筆者は、拙稿・前掲注(1)四九頁において、国民の司法参加の意義について、民主主義的基礎づけ説に立つ場合、個別事象を重視することになる(個々の具体的な裁判の内容へ実体的な国民としての裁判員が直接に参加し、主権者として判断を示すことをもって民主的正統性の問題である)のとらえる)のに対して、理解増進・信頼向上説によるならば、裁判員の参加の正統性について制度として問題をとらえることとなる(個々の裁判員の具体的な参加を通じて、非実体的存在としての国民一般

の司法に対する理解と信頼が高まる)ことを指摘した。

(50) 例えば、「量刑の根源は一般国民の量刑感覚にあるから……、裁判員が刑事裁判に関与するのは、市民の司法参加の目的からは、事実認定面よりむしろ量刑面に関与することの方が重要である」という立場を採る土本武司元検事は、「裁判員制度における量刑判断は、極力、裁判員の自由な判断によるべきであり、量刑検索システムを用いた量刑基準など裁判官の間で用いている共通の判断基準を裁判員にも用いるようなことは、裁判員に対し一定の量刑の枠を押しつけることになり、「市民の健全な社会常識を反映させる」という本来の制度趣旨を歪めてしまう危険がある」(裁判員法六七条二項の規定によって「極端な結論にならないよう法律上の手当てをしているのであるから、量刑の妥当性をはかる手だてとしてはそれで十分であり、それ以上の制約を加えるべきではない」という)として、量刑資料の提供に反対する(土本武司「裁判員制度と量刑決定」捜査研究六五三号(二〇〇五年)一〇六一—一〇七頁)。

(51) 平成一九年度司法研究は、「裁判員制度が実施されてからある程度の期間は、同種先例が示してきた刑の位置付けの幅よりも一段と広い量刑判断(量刑判断のばらつきといってもよい……)がなされることも予想される」と述べている(司法研修所編・前掲注(47)七三頁)。

(52) 中川判事は、「同じ類型の犯罪で、犯情も似かよっているにもかかわらず、裁判体ごとの量刑判断があまりにもばらつくのでは、被告人に強い不公平感を抱かせることになる」だけでなく、「国民の刑事司法に対する信頼が揺らぐ結果にもなりかねない」と懸念していた(中川・前掲注(33)二七二頁)。同様に、永田憲史教授も、「公平性の観点を無視することは妥当でないとの考えが主流であり、特に同種事案での量刑のばらつきや、裁判員裁判相互間、例えば共犯者間で量刑の不均衡が生じれば、被告人に著しい不公平感を与えらるるとともに、国民の司法に対する信頼も揺るがすとの問題意識が広く共有されている」と分析している(永田憲史「裁判員裁判における死刑選択基準」福井編『死刑と向きあう裁判員のために』四四頁、傍点は本稿の筆者による)。ここで改めて想起すべきことは、そもそも裁判員制度が(単に裁判員を参加させてその健全な社会常識を裁判に反映させることを企図するだけでなく)司法に対する国民の理解の増進と信頼の向上をその主たる目的とするものだということである(裁判員法一条参照)。いかに裁判員の判断を尊重するとしても、量刑の著しい不均衡によって国民の信頼を低

下させるようなことが生じては、制度の本来の趣旨に反する。

また、松本時夫元判事は、「裁判所の言い渡す刑に、事件により、あるいは裁判所により著しいばらつきがあることは、同種事件で一方が軽過ぎ他方が重過ぎるといふ意味で公平さを欠くことになるのみか、刑の量定に公正な基準が存在しないといふ不信感から、刑事司法に対する社会の信頼をも失わせることになる。」ことを指摘する(松本時夫「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報五五卷四号(二〇〇三年)一〇頁、傍点は本稿の筆者による)。ただし、量刑相場の基準性を認めるか否かについては、前掲注(42)参照。

(53) 松本・前掲注(52)一〇頁。「同種事案では同じような量刑がなされるべきなので同種事案において裁判体によって量刑が大きく異なるようなことがあってはならないという公平性の観点から、「量刑」傾向からの逸脱は認められるべきではないという価値判断があり、「ここから、これまでに蓄積されてきた同種事案の量刑判断は、従うべきものではないが重視すべき傾向であり、それからの逸脱は認められるべきでないという考え方が出てくる」ところ、「従来の量刑傾向が、実務において、公平性を確保するという観点から重要な機能を有してきたことは事実であろう」(伊藤・前掲注(41)一〇七頁)。

(54) 神山・岡両弁護士は、「量刑相場による量刑という実務の基礎にあつた考え方は、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては同程度の刑罰とするのが妥当という理念、すなわち、行為責任主義を基礎とした公平性の確保が図られるべきとする考え方だったといえるが、こうした考え方は、裁判員裁判でも妥当しうるものであり、「同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件に対しては同程度の刑罰とする」という公平の観点を考慮するには、他の事件での判決結果を参照する必要があるのであることが量刑傾向参照の根拠だとすると、そうした必要性は裁判員裁判でも否定されないであろう」と述べる(神山・岡・前掲注(12)五七―五八頁)。

(55) 司法研修所編・前掲注(26)一七一―一七二頁。そして、本文引用箇所にも、「控訴審においても、一審の事案の見方に特段の問題がなく、前記の意味での「量刑の傾向」が参照されている限り、その判断を尊重するようになるのではなからうか」と続く(一七二頁)。

(56) 司法研修所編・前掲注(47)七〇―七一頁。最高裁判所事務総局刑事局は、裁判員が量刑意見を述べる際に「手がかりのた



めの有効な方策として作成されたもの」として、「裁判員裁判用の量刑検索システムに基づいて作成される量刑分布グラフ」を位置づけ、裁判官は「量刑分布グラフを提示することをためらう必要はないであろう」とする（最高裁判所事務総局刑事局・前掲注(44)六七―六八頁（判例タイムズ二二八七号三五頁））。

しかしながら、実際には、後述する寢屋川幼児虐待事件最高裁判決が示されるまでは、「量刑資料を提示することが国民の多様な感覚を量刑判断に反映させるといふ裁判員制度の趣旨に背くのではないか、裁判官が裁判員を誘導したとする批判を受けるのではないか、という過剰な配慮が裁判官の側にあり、結果として、量刑資料の提供が必要かつ十分に行われていないのではないか」という懸念ないし危機感があつたとも指摘される（三好・前掲注(48)二二三頁）。

(57) 司法研修所編・前掲注(2)二六頁。

(58) 神山Ⅱ岡・前掲注(12)五七頁。

(59) 松本・前掲注(52)一〇頁（傍点は本稿の筆者による）。松本時夫「量刑の相場について」法の支配二二六号（二〇〇二年）三三頁は、「量刑基準の根底にあるのは国民一般の価値基準にほかならず、「この価値基準は、国民それぞれがその意識として明確に把握しているかどうかは別として、国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし「正義感覚」によって支えられたものといふことができる」といふ。遠藤判事も、「これまでわが国は職業裁判官のみで量刑判断をしてきたのであるが、「裁判官は、「一般人の処罰感情」を無視してはいけなないと考えてきた」（その一方で、「わが国における量刑判断が、一般人の処罰感情に迎合するような情緒的な量刑判断になっているとは到底思えない」ともいう）と述べる（遠藤・前掲注(42)一六一頁）。また、井田教授は、「これまでの裁判官裁判においても、職業裁判官たちは、一般市民に適正なものと受容される宣告刑を得るべく努力し、それが幾度か検証され定着してきたのであり、そのような努力の沈殿物が従来量刑相場なのである」と評価しており（井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト二号（二〇一二年）六五頁）、小池教授も「裁判官も、自らも国民の一人として、量刑が国民感覚に受容されるかを考慮している」ことに注意を喚起している（小池信太郎「裁判員裁判における量刑傾向——最高裁平成26年7月24日判決の意義」法律時報八六卷一一号（二〇一四年）三頁）。そして、「量刑傾向がそれ自体、過去から現在にかけての国民感覚を反映しているのだとすれば、その緩やかな規制機能

の承認は、国民感覚の反映という制度趣旨と対立し、これを外在的に制約するものではなく、それに内在するものと理解できる」という（同頁）。

なお、植村立郎元判事は、裁判官と国民とを峻別する議論に対して、次のように懐疑的な立場を採っている。すなわち、「裁判員裁判を論ずる論考の多くは、職業裁判官と裁判員とについて、「裁判官」と「国民」といった対比の形で考察を進めている。……そのこと自体に誤りがあるわけではないが、我が国は身分制社会ではないから、職業裁判官といっても「国民」であることに変わりはない。まして、その家族、親戚等は「国民」の集まりであるのが通常である。職業裁判官も、そういった集団との日常的な接触を通じて、「国民」からの情報を得ているわけである。このように、「国民」と対置されている職業裁判官は、「国民」と隔絶した存在としてあるわけではなく、「国民」との同一性を有しつつ、職業的・専門的な知識・経験を有するがゆえに、「国民」の1つの類型として存在しているにすぎないといえる」（植村立郎「裁判員裁判における控訴審」ジュリスト臨時増刊一四四〇号〔平成二三年重要判例解説〕（二〇二二年）一九八頁）。

(60) たしかに、平成一五年度司法研究の調査結果が示すとおり、一般国民の中には裁判官とは明らかに異なる量刑感覚を有する者が存在し、そのような国民が実際に裁判員に選任され、特異な量刑意見を述べることがありうるであろうが、個別事象を重視する思考枠組みではなく、制度として問題をとらえる思考枠組みによれば、量刑に反映すべき健全な社会常識の持ち主としての国民とは、特異な意見を述べる可能性のある裁判員を含む具体的な国民のことではなく、司法の正統性をその信頼で支えるところの観念的な国民、一般のことを指す（拙稿・前掲注（1）四九頁）。

(61) 神山Ⅱ岡・前掲注（12）五九頁。

(62) 大島隆明「裁判員裁判と控訴審の役割——実務家の視点から」刑法雑誌五四卷二号（二〇一五年）三五頁。

(63) 原田・前掲注（41）一八八頁。もつとも、「点による審査によっても、実際には、少しでも原判決の量刑判断が控訴審のそれとズレたからといって破棄すべき量刑不当に当たるとはしないので、両者の違いは相対化している」ともいう（同頁）。

(64) 司法研修所編・前掲注（47）一一二頁。石井一正『刑事控訴審の理論と実務』（判例タイムズ社、二〇一〇年）四四一—四四二頁も同旨。

- (65) 原田・前掲注(41)一八九頁。
- (66) 石井・前掲注(64)四四二頁。もっとも、石井元判事は、「もともと、量刑のわくあるいは幅といっても、それほど客観的・明確で共通性のあるものではない」ため、「控訴審が実施の具体的事件の量刑の審査に当たり、どこまでそのわくあるいは幅を広げることが可能であるかは、実は容易な問題ではない」という(同頁)。
- (67) 龍岡元判事は、「量刑判断は相当性の判断であって、元来許容される幅はかなり広いと考えられるが、裁判員裁判事件の量刑審査についても、裁判員制度の導入の趣旨・目的を考慮し、事後審としての立場をより徹底する見地からされるべきであろう」としたうえで、いわゆる一項破棄について、本文引用の運用のあり方を示す(龍岡資晃「上訴審の在り方」論究ジュリスト二二〇二二年)八三頁)。
- (68) 岩瀬徹「裁判員制度の下における上訴審のあり方」木谷明編『裁判所は何を判断するか〔シリーズ刑事司法を考える第五巻〕』(岩波書店、二〇一七年)二一八頁。
- (69) 中桐判事は、「公平の理念は重要であるが、従来と同程度の狭い幅の量刑相場を維持しなければ、公平性の要請が果たされない」とまではいえないであろう」という(中桐圭一「大阪高等裁判所陪席会・裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方」(5)量刑の審査」判例タイムズ二二七五号(二〇〇八年)六九頁)。
- (70) 岡上雅美「裁判員制度の下における量刑をめぐる諸問題——学問としての量刑法の展望と課題」刑法雑誌五一巻一号四一—四二頁。一方で、「公平性を尊重することと「市民感覚を反映する」ことは両立可能な課題だと考えられる」とする見解もある(岡慎一「神山啓史」量刑——弁護の立場から「三井誠ほか編『刑事手続の新展開 下巻』(成文堂、二〇一七年)五四—頁)。
- (71) 松宮孝明「控訴審における量刑審査の展望」季刊刑事弁護七四号(二〇一三年)二五頁。
- (72) 司法研修所編・前掲注(47)一一三頁。
- (73) 司法研修所編・前掲注(47)一一三—一一四頁。
- (74) 石井・前掲注(64)四四三頁、原田・前掲注(41)一〇四頁、中川・前掲注(45)「裁判員裁判と量刑」二四頁。

(75) 司法研修所編・前掲注(47)一一五—一二六頁)。東京高等裁判所刑事部部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ二二九六号(二〇〇九年)一三—一四頁も同旨。東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ二二八八号(二〇〇九年)一七頁は、さらに踏み込んで、「刑法397条2項自体は改正されなかったが、その解釈運用においては、裁判員制度の趣旨を尊重し、控訴審が事後審であるという原則を徹底させるといふ観点から、同項が1審判決後の事情による破棄について「破棄しなければ明らかに正義に反すると認めるとき」と定めた原点に立ち返って考えるべきである」と主張する。

(76) 永田・前掲注(52)四九頁。

二項破棄の具体的な運用に関連して、「従来は、控訴審で贖罪寄附がなされた場合や被害弁償の一部がなされた場合などで、刑期をわずかながら短縮するという緩やかな運用が行われてきた」ところ、このような第一審判決の刑期を数か月程度短縮するという、いわゆる刻み破棄の運用について、裁判員制度施行後も、従前と同じ扱いでよいか否かが問題となる(村瀬均「上訴審——裁判の立場から」三井ほか編『刑事手続の新展開 下巻』五七六頁)。

この点、中桐判事は、「裁判員裁判においては、刑期を数か月短縮する程度の量刑事実の場合、仮に一審の段階で生じていれば、裁判員の加わった裁判体において量刑の結論に影響しない事情であると評価されたのに、一審判決後に生じた場合には、控訴審の裁判官により、刑期を短縮する方向で結論に影響を及ぼすと評価されて2項破棄される可能性も否定できず、裁判員裁判による量刑を基本的に尊重するとの考えと整合しないことにもなりかねない」点を指摘し、刻み破棄という運用について、裁判官のみによる裁判を含めて見直す必要があることを提唱する(中桐・前掲注(69)七一—七二頁)。中川・前掲注(45)「裁判員裁判と量刑」二四頁も、「これまで比較的ゆるやかに認められてきた2項破棄の運用、とりわけ刑期を数か月程度短縮するような運用は見直されるべきであろう」という。東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会は、端的に、刻み破棄は「基本的にすべきでなく、仮に個別の事件の事情によりこれを行う必要があるとしても、そのようなわずかな刑の減軽が必要な理由について、判決において国民に理解できるように説明すべき」と主張する(東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会・前掲注(75)一七頁)。

これに対して、村瀬元判事は、「原判決後の示談成立の経緯等を考慮することは裁判員制度導入前からなされていたところ、裁判員裁判というだけで従来より更に謙抑的に運用するのではなく、事案に即した実質的妥当性等を考慮しつつ、原判決後に生じた情状を加味すれば量刑不当に至るかを柔軟に検討することが求められる」ところ、「数か月減刑することが相当な事例もあるであろう」として、刻み破棄を抑制すべきという議論を懐疑的にみる（村瀬・前掲「上訴審——裁判の立場から」五七七頁）。

植村元判事が述べるとおり、「安易な「きざみ破棄」が事後審性の徹底との観点から支持されないのは当然のことであるが、「きざみ破棄」の当否は、結局は、当該量刑事由に関する「やむを得ない事情」の存在が肯定された理由等を中心に判断されるべき事項であって、その意味で事案によることになる」と解すべきである（植村・前掲注(59)一九八頁、原文ママ）。

(77) 村瀬・前掲注(76)五七七頁。

(78) 本判決以前に、裁判員裁判による第一審判決を控訴審において量刑不当（刑事訴訟法三九七条一項、三八一条）を理由にいわゆる一項破棄をした事例として、本判決に係る調査官解説は、(一) 実姉を刺殺したアスペルガー症候群の被告人に関して、懲役一六年の求刑に対して、被告人が「未だ十分な反省に至って」おらず、「健全な社会常識という観点からは、いかに精神障害の影響があるとはいえ、十分な反省のないまま被告人が社会に復帰すれば、そのころ被告人と接点を持つ者の中で、被告人の意に沿わない者に対して、被告人が本件と同様の犯行に及ぶことが心配され」、また、「社会内で被告人のアスペルガー症候群という精神障害に対応できる受け皿が何ら用意されていないし、その見込みもないという現状の下では、再犯のおそれが更に強く心配されるといわざるを得ないため、被告人を「許される限り長期間刑務所に収容することで内省を深めさせる必要がある」、そうすることが、社会秩序の維持にも資する」として、懲役二〇年に処した第一審判決（大阪地判平成二四年七月三〇日）について、被告人の行為責任の基礎となる本件犯行の実体を正しく評価せず、また、一般情状に関する評価も誤った結果、不当に重い量刑をしたとして、懲役一四年とした大阪高判平成二五年二月二六日判タ一三九〇号三七五頁、(二) 傷害致死・死体遺棄事件及び住居侵入・強姦致死・殺人事件の被告人に関して、後者において、犯行中に被害者の裸体や性器を携帯電話で撮影し、犯行後に死体の腹部を切り裂きその内臓を露出させたうえで撮影し、それらを繰り返し鑑賞する

などしていた点をもって、「国民の健全な常識に照らして、本件においては被告人に対し法律上選択し得る最高刑をもって臨むほかない」と判示し、前者につき無期懲役（求刑無期懲役）に、後者につき懲役二〇年（求刑懲役一五年）に処した（ただし、死体遺棄罪については無罪とした）第一審判決（岐阜地判平成二五年三月六日）について、死体の取扱方法などは犯行後の副次的な考慮要素にとどまるとして、後者につき懲役一二年とした名古屋高判平成二五年九月三〇日高刑速平成二五年一八二頁、(三) 適応障害を背景として妄想性障害を発症し、暴力的衝動に駆られたところ、軽度精神遅滞の影響でこの衝動を抑えることができず、実母に暴行を加えて死亡させた傷害致死事件の被告人に関して、懲役五年の求刑に対して、妄想性障害と軽度精神遅滞は被告人の行動制御能力にほとんど影響しておらず、被告人に完全責任能力を認めたくえで懲役六年に処した第一審判決（横浜地小田原支判平成二五年一〇月一日）について、妄想性障害等は責任能力に相当程度影響があるとして、同種事案の量刑傾向をも参考にしたうえで、懲役五年とした東京高判平成二六年二月二五日の三つを紹介している（楡井英夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成26年度）』（法曹会、二〇一七年）二八二―二八三頁）。

(79) 第一審判決は、犯行態様に関して、平手による一回の頭部殴打による床への頭部の打ち付けという本件の暴行について、発達不良の幼児に対する行為であることを理由に、「本件暴行の態様は、殺人罪と傷害致死罪との境界線に近いものと評価するのが相当である」としたうえで、「死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ」量刑評議を行ったと明記している。

この点、原田元判事は、裁判員裁判において「一部ではあるが、強姦未遂と既遂の同視、強制わいせつの強姦化、傷害致死の殺人化という現象も見受けられる」ところ、本件第一審判決のかかる判示が「傷害致死が殺人化し」たものであり「控訴審としても是正すべき」であると批判する（原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」五一頁）。控訴審から本件の被告人夫の弁護士を務めた高山巖弁護士は、本件第一審の裁判を担当した裁判員（報道によれば、「大学で臨床心理の面から児童虐待について学んだことがあるという男子大学生」であるという）による判決後の記者会見における「親にしかすがれない子供を虐待するのはある意味で殺人より悪質なのでは（ないか）」、「同じような事件の裁判員の参考になれば（よい）」との発言（朝日新聞二〇二二年三月二二日朝刊、毎日新聞（大阪）二〇二〇年三月二二日朝刊参照）や、同じく裁判員経験者による意

見交換会での「違和感をどうしても持ったのが、傷害致死事件というところで、……子供さんが死んだ場合、それがほとんどの場合殺人というような形ではとらえられてない」、「殺人罪の量刑と傷害致死の量刑の差、ここがやはり、私が、私たちがやったときに一番悩んだ点」、「検察官に対して」傷害致死、これ、おかしいですけど殺人というふうなところに持っていけなかったのか」などの発言（大阪地方裁判所「裁判員経験者の意見交換会議事概要（平成二十四年七月二三日開催分）」参照）に注目する（高山巖「事例報告 検察官求刑を超える量刑を言い渡した裁判員裁判の判決を最高裁判所が破棄自判した事例」季刊刑事弁護八四号（二〇一五年）一〇七頁）が、これらの発言は、本件において裁判員が傷害致死事件を殺人事件として評価したのではないかとの原田元判事による推測を裏付けるものである。城下裕二教授も同様に、「結果の重大性を重視するあまり、犯罪の主観的要素の判断を相対化し、それを行為態様にも影響させ、ひいては各犯罪類型間の区別ないし相互関係を軽視するものとなっている」と批判する（城下裕二「傷害致死の事案につき懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」〔法学セミナー増刊 速報判例解説〕新・判例解説 Watch 一七号（二〇一五年）一八九—一九〇頁、同「裁判員裁判と「同種事犯の量刑傾向」——最高裁平成26年7月24日判決を契機として」札幌学院法学三二巻二号（二〇一五年）一四五頁）。一方、小池教授は、「上記判示は「殺意があったと疑われてもおかしくないほどに危険かつ無思慮な暴行であったから、殺人の量刑傾向をも参考までに参照した」という趣旨だとすれば、量刑評価として「誤っている」とまでは断じにくい」と述べる（小池信太郎「量刑判断の在り方」刑法雑誌五五巻二号（二〇一六年）一六四頁）。

なお、最高裁判所は、「第一審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判断は正当である」と説示しており、量刑事情の評価ではなく、（後述するように）具体的・説得的な根拠なく量刑傾向から踏み出した量刑をした点を問題視している（楡井・前掲注(78)二八六頁参照）。

(80) 岩瀬徹元判事は、「本分量刑の結論の当否についていえば、本件で被告人兩名に対し各懲役15年に処した第一審判決は、やはり重過ぎると考えるのが常識的な判断であろう」（量刑の傾向からみても、日常的な虐待が背景にあったとはいえ、死に直結する行為は、顔面を含む頭部分を平手で1回強打して頭部分を床に打ち付けさせるなどの暴行にとどまることなどに照ら

しても、法定刑の上限に近い刑が相当であるとはいえないように思える」という）と述べる（岩瀬徹「裁判員裁判における量刑と控訴審におけるその審査」ジュリスト臨時増刊一四七九号〔平成二六年度重要判例解説〕（二〇一五年）一九五頁）。また、高山弁護士は、「罪となるべき事実を前提としたとしても、一審判決の量刑が、従来の量刑感覚に照らして重すぎることに ついては、刑事弁護に携わる弁護士であればほぼ異論はないと思われる」ところ、「控訴審においてこそ、是正されるべきだし、されるであろうと考えていた」が、「控訴審においても量刑が簡単に維持されたときは、「裁判員の判断の尊重」というお題目によつて、裁判官が思考停止させられてしまっている現実に愕然とした」との感想を述べている（高山・前掲注（79）一〇八一〇九頁）。

(81) 刑集六八卷六号九三四頁。

(82) 刑集六八卷六号九三四—九三五頁。もつとも、この量刑不当の主張も、最高裁判所によつて、刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないと判示された。

(83) ただし、最高裁判所は、裁判員裁判の量刑が求刑を超えたこと自体は問題視していない（なお、「裁判所が検事の意見に反して、その求刑よりも重い刑を言渡したとしても、……それをもつて、……憲法第三六条又は同第三七条に反するものとするのできない」とするのが判例の立場である（最一小判昭和二五年七月一四日刑集四卷八号一三八八頁）。「本判决は、その点について何ら評価を加えていない」ことについて、原田元判事は、「裁判員裁判を導入して国民の視線を重視しようという制度設計のなかで、検察官の求刑意見に事実上でも拘束されるような判示は示せないし、示すべきではない」ので、「ある意味で当然」の判断である（「尊重すべきは、求刑ではなく、これまでの裁判官裁判を中心としたと量刑傾向なのである」という）と評価する（原田・前掲注（27）「裁判員裁判の量刑の在り方」四九頁）。

(84) 本庄武「量刑評議」三島聡編『裁判員裁判の評議デザイン——市民の知が活きる裁判をめざして』（日本評論社、二〇一五年）二二二頁。また、同教授は、本判决について、「最高裁としては、第1審裁判官には裁判員からの要求があろうとも理論上許容し得ない量刑事情の評価は行うべきではないとしつつ、控訴審裁判官には裁判員裁判の判決に多少誤りがあつても許容の幅の限度内であれば尊重するように、との複合的なメッセージを送っている」とも述べる（同頁）。



(85) 小池信太郎「刑事判例研究181」傷害致死の事案につき、懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第1審判決およびこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」論究ジュリスト一八号(二〇一六年)二二七頁。小池教授も指摘するところ、本判決後に示された、被告人を死刑に処した裁判員裁判による第一審判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した原判決の量刑を維持した南青山マンション男性殺害事件最高裁決定(最二小決平成二七年二月三日刑集六九卷一号一頁)及び松戸女子大生殺害放火事件最高裁決定(同刑集六九卷一号九九頁)において、千葉勝美裁判官が、「裁判員裁判は刑事裁判に国民の良識を反映させるという趣旨で導入されたはずであるのに、それが控訴審の職業裁判官の判断のみによって変更されるのであれば裁判員裁判導入の意味がないのではないかとの批判もあり得るところ」、「国民参加の趣旨に鑑みると、控訴審は、第1審の認定、判断の当否を審査する事後審としての役割をより徹底させ、破棄事由の審査基準は、事実誤認であれば論理則、経験則違反といったものに限定されるというべきであり、量刑不当については、国民の良識を反映させた裁判員裁判が職業裁判官の専門家としての感覚とは異なるとの理由から安易に変更されてはならないというべきである」との補足意見を付したが、実際には、「そうした配慮にもかかわらず、本判決後の第1審実務は「萎縮」しているとの声も聞かれる」という(小池・前掲「判批」二二六―二二七頁)。

(86) 伊藤教授は、「本判決は量刑傾向が量刑判断を制限する根拠となることを明確にした」ものであり、「[量刑]判断の根拠とし、判断を要する事例と比較するための基準となるもの」という意味を持つ」と解するべきであるという。すなわち、「基準性がないものから逸脱しても問題が生じるとは考えにくいので、それは緩やかなものであるかもしれないが量刑傾向になんらかの基準性があることを本判決は明らかにした」という(伊藤・前掲注(41)一〇八頁)。

(87) 伊藤・前掲注(41)一〇八頁。

(88) 三好・前掲注(48)二一四―二一五頁。

(89) 楡井・前掲注(78)二九一頁。

(90) 城下・前掲注(79)「判批」一八八頁。

(91) 本判決は、「公平性の観点から原則として従来の量刑傾向を踏まえることの重要性を指摘しつつも、「具体的、説得的な根

扱」が示されることを条件として、量刑傾向を「変容させる」ことを是認している」が、「これは、逆にいえば、「具体的、説得的な根拠」が提示されなにかぎりは、従来の量刑傾向から離脱すべきではないとの考え方に立つものと解される」という(城下・前掲注(79)「裁判員裁判と「同種事犯の量刑傾向」一四一—一四二頁)。同・前掲注(79)「判批」一八九頁も同旨。

(92) 伊藤・前掲注(41)一〇八頁。

(93) そして、「根拠を「具体的、説得的に」示せということを強調しすぎると、裁判員裁判での量刑評議が、量刑検索システムの枠に安直に従う、あるいはこれに縛られすぎることになり、自由闊達な議論を阻害してしまうかもしれない」(高倉新喜「評釈 最小判平26・7・24の検討」季刊刑事弁護八四号一一二—一一三頁)。前田教授も、「(白木裁判官の補足意見を指して、「量刑評議の在り方についての、裁判官の研究不足を強調することには、違和感を感じる」と述べたうえで)「従来の量刑の傾向を前提とすべきでない事情の存在について」「具体的、説得的に示せ」ということを強調しすぎると、そして、本件の裁判官が量刑評議の在り方について日頃から研究が足りないともとれる判示に接すると、下級審裁判官に、「裁判所の量刑検索システム」の枠を墨守する傾向が生じる不安が残る」と懸念を示しつつ、「(量刑検索システムの) 検索結果に安直に従う傾向が出てしまうと、裁判員裁判を、苦勞して導入した意義が失われかねない」ため、「個別の事情を踏まえ……国民視線を加味して評価することが重要である」と主張する(前田雅英「最新刑事判例研究第6回」裁判員裁判制度の導入と量刑」捜査研究七六三号(二〇一四年)三八—四一頁)。

(94) 楡井・前掲注(78)二八九頁。

(95) 小池・前掲注(59)三頁。

(96) 高倉・前掲注(93)一一三頁。

(97) 伊藤・前掲注(41)一〇九頁。調査官解説も、「第1審判決の指摘する児童虐待を巡る社会情勢の変化に関する評価は正当といえる」ことは認めている(楡井・前掲注(78)二九〇頁)。

(98) そして、「本〔最高裁〕判決も、第1審の裁判員裁判の評議が直感的なものであったと決めつけることは巧みにさけて、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されているかを問題としている」が、このことは「評議の秘密があり、その内容を知り

えない以上、当然の態度であろう」と評価する（原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」四七頁）。

(99) このことは、裁判員法の立法過程においても、すでに明らかにされていることである。第五一回司法制度改革審議会（二〇〇一年二月二三日）で、裁判員を国民の代表であると解すべきと主張する一部の委員の意見に対して、裁判という公務を遂行する裁判員は、行政機関や裁判所に勤める公務員と同様に、国民の代表ではないとの見解が、竹下守夫会長代理により示され、佐藤幸治会長もこれを認めた（拙著・前掲注(4)四二頁）。

(100) 岡・神山両弁護士は、本判決が、「第1審判決が指摘する事情は、例えば、児童福祉に関する行政の充実等の必要性を支える立法事実にはなりうるとしても、児童虐待事案についての厳罰化を正当化するものとはいえないとしたもの」と理解している（岡Ⅱ神山・前掲注(70)五四一頁）。

(101) 原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」四七頁。「おそらく、本件〔第一審〕における量刑評議がそうであったとはいえない」と留保しつつも、「児童虐待は防止すべきであるというコンセンサスから被告人の具体的な犯行を飛び越えて、けしからぬ奴だという気持ちを裁判員もとりやすく、これに重罰を科すことによって、再犯を防止しようという心組みになりやすいし、そのような意見の盛り上がりに対して、裁判官としてもその大前提を争うことができないために、その考え方に引きずられやすいと一般的に考えられるであろう」と述べる（同頁）。なお、私見では、厳罰と直結しない場合であっても、理論的に認められないと解すべきである。

(102) 伊藤・前掲注(41)一〇九頁。そして、本判決が「犯罪事実そのものではない事情に対する感覚を重視してこれを量刑に反映させることによって、量刑傾向からの逸脱を導くことを否定した」ものにとらえている（一一〇頁）

(103) 間光洋「最高裁で量刑不当による破棄自判がされた事例」季刊刑事弁護八〇号（二〇一四年）七四頁。

(104) 高山・前掲注(79)一〇九頁。

(105) 伊藤・前掲注(41)一一二頁。また、量刑評議における裁判員の主体性という観点から、本庄教授は、本判決が意味するところとして、「量刑傾向を変容させるかどうかについては主体性を尊重すべきであるが、変容の程度については主体性は尊重されないということになる」と述べる。すなわち、「量刑に携わった経験のない裁判員の感覚的判断は本当に尊重に値するも

のなのだろうか」疑問を提示したうえで、「裁判員に主体的判断を行わせる前提として、従来の実務についての理解が必須となる」ところ、「そうした事情は必ずしも量刑データベースから得られる資料によつては明らかにならない」としても、「その説明なくしては、目の前の事件の悲惨さに目を奪われやすい裁判員が、過去にも同程度に悲惨な事件が存在し、それを踏まえた上で、量刑傾向が形成されてきているということを理解することはできない」という、「むしろ裁判官から過去の類似の事件ではこの程度の刑が相当とされていたとの説明を受け、その正確な理解を出発点として議論する方が、裁判員のあるべき主体性を発揮させられるのではないだろうか」と主張する(本庄・前掲注(84)二四〇—二四二頁)。

(106) そして、これこそが「裁判員制度を維持発展させる上で克服されなければならない最も基本的かつ深刻な問題点」であり、かつ「制度全体に本質的に内在する問題点」であるという(三好・前掲注(48)二二三頁)。

(107) 小池・前掲注(20)六四二頁。

(108) 波床昌則「刑事裁判例批評(294) 傷害致死の事案につき、懲役10年の求刑を超えて懲役15年に処した第1審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例」刑事法ジャーナル四三三号(二〇一五年)一七八—一七九頁。

(109) 石井・前掲注(64)四二八頁。なお、拙稿「裁判員裁判の判決に対する事実誤認を理由とする控訴についての控訴審の審査のあり方——続・裁判員裁判の判決に対する上訴審の審査をめぐる正統性の問題」日本法学八四卷三三号(二〇一八年)六九—七七頁を参照。

(110) 間・前掲注(103)七三—七四頁。

(111) 原田・前掲注(27)「裁判員裁判の量刑の在り方」五三一—五四頁。伊藤・前掲注(41)一一〇頁も同旨。

(112) 「(刑の)公平性という価値を最も重視するのであれば、量刑判断は裁判官だけで行うべきことになるのではないか」との疑問も、当然に提示されることになる。すなわち、「公平性が担保されるためには、……量刑の判断を専門的・技術的なものと捉えることにより法的な安定性が導かれるとの理解が前提とされなければならない」ところ、「裁判員裁判では、同種事案において大幅な量刑の格差が生じ、公平な裁判が損なわれることが危惧されて」おり、「このような危惧は、裁判員裁判において裁判官による裁判と同質の公平性を確保することの困難性ととともに、裁判員制度を導入する以上、国民の視点、感覚が

反映されることにより量刑判断のバラつきや量刑傾向の変動といった事態は予測されていたことであり、公平性を強調するのは裁判員制度導入の趣旨と必ずしも整合しないことを示唆するものといえる」と伊藤教授は主張する。一方で、「裁判官による裁判員への説明（説得）によって公平性の確保を図ることができるのではないかとの考え方もあり得る」ところ、「量刑判断に際して、自己が正当と信ずる厳罰化の方向での処罰感情に基づく考慮は認められないということ自体が裁判員に特別の心理的負担を課すことになり、また、「量刑傾向による制約を」裁判員には納得してもらおうしかないというのであれば、裁判員が主体的に判断することが許されているといえるかは疑問が残ることになる」とも述べる。そして、「裁判官の量刑感覚が専門家としての判断の積み重ねに基づくものであるのに対して、専門家としての経験がない裁判員の持つ感覚は、裁判員が直接あるいは間接的に知るところとなった犯罪や犯罪者に関する印象や感想のようなものであり、それらに基づく感覚がとくに強い処罰感情となつて現れることになる」ところ、「裁判員が、事件の審理をとおして受ける印象と上記感覚に基づいて、量刑傾向から逸脱する重い量刑が相当であると考えたとしても、量刑傾向からの逸脱に対する制約を理由に、その感覚すなわち処罰感情の強さは刑の量（重さ）として反映することは許されないというのであれば、刑の量定という作業はそもそも裁判官だけで行うべきではないのか、という点も含めて再検討の余地がある」という。具体的には、「裁判員には裁判官が量刑判断に必要な事項について説明した後、それらに対する意見を述べる機会を与えらる」とどめるといふ方法」もありうることを示唆し、この方法によれば「刑事裁判に国民の視点、感覚を入れる可能性を確保しつつ、裁判員制度導入の趣旨との抵触という問題も回避できるのではないだろうか」と見込む（伊藤・前掲注(41)一一四—一一六頁）。なお、このような量刑判断についての裁判員の評決権なき参加という構想については、裁判員制度の設計段階で本庄教授も示唆していたことにつき、前掲注(13)。

(113) 三好・前掲注(48)二二三頁。

(114) 裁判員裁判の判決に対する控訴を控訴審が審査するにあたって第一審の裁判を尊重すべきとする論拠として、裁判員の参加の意義尊重論ではなく、直接主義・口頭主義重視論を採用した（拙稿・前掲注(109)八二—八三頁）。

(115) 原田元判事は、「裁判員は、神様ではない」のだから、「苦勞して自信のある結論に至っても、上訴審の審査を受けなければ

ばならない」と主張する（原田・前掲注（27）「裁判員裁判の量刑の在り方」五四頁）。「裁判員も権力側に立ち、無実の者を有罪にし、また、過酷な刑を科すのである」（常に無実の者を有罪にし、過酷な刑罰を科すという意味ではなく、そのようなおそれがあるという趣旨であろう）から、「裁判員による専断も防ぐのではありません、公平な裁判は実現しない」ためであるという（同頁）。

(116) 討議民主主義 (deliberative democracy) 理論によれば、有効な討議を成立させるための前提として、討議参加者には、異見に対する寛容の精神が必要とされる（拙著・前掲注（4）一八一—一八三頁）。筆者は、旧著において、裁判員制度は公民的徳性 (civic virtue) を涵養するための陶冶の企て (formative project) として再定位すべきと主張したが、その意義は、裁判員として刑事裁判に参加すること自体にとどまらない。公民的徳性の涵養が成功するならば、裁判員は、たとえ自分の意見が上訴審で否定されたとしても、その否定されたという事実のみにとらわれることなく、それを否定した上訴審の論理を冷静に理解しようと試みることになるだろう。