

<論 説>

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 ——

城 下 裕 二

1. 問題の所在

(1) 裁判員裁判による量刑において、いわゆる「同種事犯の量刑傾向」をいかに考慮に入れるべきかは、制度導入前からの 1 つの課題であった。裁判員制度の意義が、裁判官と裁判員相互のコミュニケーションを通じた知識・経験の共有とその成果の裁判内容への反映にある¹ことからすれば、従来の量刑傾向に必ずしも拘束されることなく、そこから離脱することを視野に入れた判断を行うべきとの立場もありうる。あるいは、「量刑を決めるという作業は、一般国民からするとまさに非日常的な世界にかかわることであり、その拠って立つ基盤がそもそも形成されていない」²との視点を強調するならば、基本的には従来の量刑傾向への依存度を高めるべきであるとの立場も考えられる。

裁判員裁判導入後に公開された平成 21 年度司法研究においては、法定刑の範囲内において被告人の行為を直ちに一定の数量に還元させて刑量を算定することは極めて困難であることから、刑の数量化のための何らかの資料は不可欠であり、裁判員裁判で用いられている裁判量刑検索シ

¹ 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』(2001年)103頁。さらに、最(大)判平成23年11月16日刑集65巻8号1285頁参照。なお、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、2012年)865頁以下も参照。

² 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、2011年)275頁。

システムに基づく量刑資料（量刑分布グラフ）は「規範的な拘束力があるわけではないが……量刑の本質を踏まえ、主として犯情に関する基本的な因子を検索項目として作成され、その事件の属する社会的類型（刑事学的類型）における大まかな量刑傾向を示すものである」と指摘されている。そして、「拘束力がないという点では量刑判断にあたっての参考にすぎないものではあるが、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ということになり、「量刑資料が量刑の本質に基礎を置くものであることからしても、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」とする。ただ、「量刑の傾向も時の流れ、社会情勢の変化によって動くものである」から、「社会的関心によって……変動する可能性があり、公平な科刑といっても絶対的なものではあり得ず、時間的・地域的な観点からは相対的な面がある」ことに注意を促している。さらに「裁判員が量刑判断に参加することは、これまでの量刑判断とは違う結果が出ることを制度自体が想定していることを意味する」のであり、「そうだとすれば、これまでの量刑傾向を絶対視することはできず、合理的な理由があれば、従来の量刑傾向と異なる量刑判断がなされることも許容されるというべきである」と結論づけていた³。

³ 井田良ほか『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書 63 輯 3 号（2012 年）25-27 頁。ほぼ同様の立場から、裁判員裁判開始直前に公開された平成 19 年度司法研究も、同種量刑先例に基づいて位置付けられた一定の刑の幅を「量刑基準」とよび、これは「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」であり、「裁判員裁判においても……この量刑基準を用いなければ具体的な刑の決定ができないことはこれまでの裁判官による裁判と同様であり、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」としつつも、「これまでの量刑基準も、それが絶対的に正しいわけではないし、固定的なものでもなく、「あらゆる社会的スタンダードと同様に、常時変動している」とした。そこから「現在の量刑基準自体を絶対的に正当化するなどということはいわざるを得ず、「こうした絶対的な正当化が困難な問題について、国民的な評価の視点を導入することによって、その正当

量刑傾向の性質自体に関しても、理念型としては、これを①規範的なものとみる考え方と②事実的なものとみる考え方があるとされ、後者のなかにも、(a) 事実的な拘束力を強く認めるものと (b) そうではないもの(あるいは、(a) その基準性を明確に承認する見解と (b) 量刑上の参考として位置づける見解) がありうるということが指摘されており⁴、国民の意見を反映した量刑という裁判員裁判の趣旨を重視することから、② (b) を支持する立場が有力である⁵。前掲の司法研究に示された見解も、量刑傾向について事実的な拘束力がある程度認めつつ、場合によってはそれを離脱した判断を行うことを許容するものとみるならば、②(a) の考え方に近いといえることができるが、②(b) とみることも可能である。

(2) 「同種事犯の量刑傾向」をどこまで考慮に入れるべきかという問題は、控訴審における、第一審の裁判員裁判を量刑不当とする破棄(刑訴法381条、397条1項)のあり方にも関連する。裁判員制度の導入に際して、「量刑審査に関する基本的な姿勢としては……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な場合……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」⁶との提言がなされていた。統計上も、第一審の裁判員裁判を量刑不当とする検察官控訴が大幅に減少するとともに、量刑不当を理由とする被告人控訴を控訴審が是認して原判決を破棄する場合も同様に減少してお

化の根拠を求めていくこと」が裁判員制度を導入する大きなメリットの一つであると指摘していた(大澤ほか『裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審のあり方』司法研究報告書61輯2号(2009年)70-73頁)。なお、井田良「裁判員裁判と量刑」論ジュリ2号(2012年)64頁以下参照。また、いわゆる「量刑相場」を判例に準じた存在と捉える見解として、小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について」法研82巻1号(2009年)629頁以下参照。

⁴ 原田國男『裁判員裁判と量刑法』(成文堂、2011年)80-81頁。同書では、従来の「量刑相場」という表現に替えて、事実的な拘束力を認めつつ、あくまでも量刑上の参考資料とすべきとの視点から「量刑傾向」という用語法が提唱されていた(同82-83頁)。この用語法が、現在では完全に定着しているというべきであろう。

⁵ 原田・前掲注(4)81-83頁。

⁶ 大澤ほか・前掲注(3)113頁。

り⁷、「第一審判決の尊重」が浸透しつつあるようにも思われる⁸。こうした「第一審判決の尊重」は、第一審の量刑が「同種事犯の量刑傾向」に沿ったものである場合はもちろんのこと、そこから一定程度離脱するようにみえても、結論的には当該量刑結果を是認する方向に働きうる。例えば東京高判平成22年6月29日⁹は、殺人、銃刀法違反被告事件につき懲役17年を言い渡した第一審判決について、「刑の量定に当たって、従来の量刑傾向を参考とすることは当然であるが、同種事例における量刑傾向あるいは量刑相場（原判決のいう量刑幅）といったものは、あくまで参考資料にとどまるものであって、拘束性のある基準といったものではないのであるから、最終的な量刑判断に当たっては、法定刑ないし処断刑の範囲内において、個別事案における固有の量刑事情を考慮して、宣告刑を量定すべきものである」との前提に立ちつつ、「従来の同種事案の量刑傾向からするとやや重い部類に属するが、従来の量刑傾向からしても、それを極端に外れるものではないし……本件犯行の罪質、動機、態様の冷酷さ、結果の重大性等に照らすと、懲役17年という原判決の量

⁷ 控訴審における終局人員中、検察官側が量刑不当を理由として控訴したものは、第一審が裁判官裁判である場合（控訴審の終局が平成18～20年）は3年間で129名であったのに対して、第一審が裁判員裁判である場合（控訴審の終局が平成21年～23年）は3年間で2名にすぎない。また控訴審における終局人員中、量刑不当により破棄された人員数は、第一審が裁判官裁判の場合（控訴審の終局が平成18～20年）は2,455名のうち129名（5.3%）であったのに対して、第一審が裁判員裁判の場合（控訴審の終局が制度施行～平成24年5月末）は804名中5名であった（最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』（2012年）113-114頁）。

⁸ 例えば、刑訴法382条にいう事実誤認の意義ならびに判示方法に関する最判平成24年2月13日（刑集66巻4号482頁）の補足意見（白木勇裁判官）において、「裁判員の加わった裁判体が行う量刑について、許容範囲の幅を認めない判断を求めることはそもそも無理を強いることになるであろう。事実認定についても同様であり、裁判員の様々な視点や感覚を反映させた判断となることが予定されている。そこで、裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべきことになるのであり、そのことへの了解なしには裁判員制度は成り立たないのではなかろうか」との指摘がなされていた。

⁹ 判タ1387号380頁。

刑はやむを得ないものであって、これが重すぎて不当であるとはいえない」と判示した。もっとも他方では、少数とはいえ、第一審判決における量刑事情の評価の誤りを指摘するとともに、「同種事犯の量刑傾向」からみて著しく重い¹⁰、あるいは反対に軽い(執行猶予ではなく実刑が妥当である)¹¹として、これを破棄自判する裁判例もみられた。

(3) このような状況の中で、近時、最高裁は、被告人兩名を求刑各10年に対して各懲役15年に処した第一審判決、及びこれを維持した第二審判決を量刑不当として破棄し、被告人兩名にそれぞれ懲役10年及び8年を言い渡した(以下「本判決」という)¹²。最高裁が、裁判員裁判による量刑を破棄したのはこれが最初である。本判決は、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点では第二審判決は正当であるとしつつ、「同種事犯の量刑傾向」からの離脱の可否を判断することにより量刑不当の結論を導いていることから、量刑理論からみても重要な意味を有している。本稿では、本判決の検討を中心としつつ、裁判員裁判における「同種事犯の量刑傾向」の意義と限界について若干の考察を行うこととする。

2. 最高裁平成26年7月24日判決について

(1) 事実の概要

被告人X及びYは、かねて兩名の間に生まれた三女A(犯行当時1歳

¹⁰ 東京高判平成23年3月10日東高時報62巻1=12号18頁、広島高判平成23年5月26日LEX/DB文献番号25443472、東京高判平成26年2月25日LEX/DB文献番号25503239、名古屋高金沢支判平成26年4月17日LEX/DB文献番号25503678など。

¹¹ 東京高判平成24年1月11日東高時報63巻1=12号1頁。

¹² 最(一小)判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁。なお本判決の評釈・解説として、前田雅英・捜研763号(2014年)30頁以下、土本武司・同125頁以下、小池信太郎・法時86巻11号(2014年)1頁以下、原田國男・刑ジャ42号(2014年)43頁以下、松宮孝明・法セミ719号(2014年)111頁、笹倉佳奈・同112頁、城下裕二・新判例解説Watch刑法No.85(2015年)などがある。また、担当弁護人による解説として、間光洋・刑弁80号(2014年)69頁以下参照。

8か月)にそれぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、平成22年1月27日午前0時頃、大阪府内の当時の被告人兩名の自宅において、被告人Xが、Aに対し、その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を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分頃、同府内の病院において、Aを急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。X及びYは、傷害致死罪で起訴された。

第一審判決(大阪地判平成24年3月21日)¹³は、検察官のX及びYに対する各懲役10年の求刑に対して、各懲役15年の刑を言い渡した。量刑事情については、(1)犯罪行為自体に係る情状(犯情)に関し、①親による児童虐待の傷害致死の行為責任は重大で、②態様は甚だ危険で悪質であり、③結果は重大で④経緯には身勝手な動機による不保護を伴う常習的な児童虐待が存在し、⑤被告人兩名の責任に差異なしと評価され、(2)一般情状に関し、①墮落的な生活態度、②罪に向き合わない態度、③犯行以前の暴行に関し責任の一端を被害者の姉である次女(当時3歳)になすり付ける態度を指摘した。その上で、各懲役15年の量刑とした理由については、(1)検察官の求刑は、①犯行の背後事情として長期間にわたる不保護が存在することなどの本件児童虐待の悪質性、②責任を次女になすり付けるような被告人兩名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられず、(2)同種事犯の量刑傾向といっても、裁判所の量刑検索システムは、登録数が限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素を全て把握することも困難であるから、各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られ、そうであるなら、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鑑み、本件のような行為責任が重大な児童虐待事犯に対しては、今まで以上に

¹³ 刑集68巻6号948頁参照。

厳しい罰を科すことがそうした法改正や社会情勢に適合すると考えられることから、被告人兩名に対しては傷害致死罪に定められた法定刑の上限に近い主文の刑が相当であるとした。

原判決(大阪高判平成 25 年 4 月 11 日)¹⁴ は、被告人兩名の量刑不当の主張を以下のような理由で排斥した。第一審判決の犯情及び一般情状に関する評価が誤っているとまではいえず、第一審判決が各懲役 15 年の量刑をするに際し、(1)検察官の各懲役 10 年の求刑は、①本件児童虐待の悪質性及び②責任の一端を被害者の姉になすり付けるような被告人兩名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられない旨説示した点が誤っているというべき根拠は見当たらず、(2)同種事犯の量刑傾向について説示した点は、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、第一審の量刑判断が控訴趣意で主張された検索条件により表示された同種事犯の刑の分布よりも突出して重いものになっていることなどによって直ちに不当であるということとはできない。第一審判決の各懲役 15 年の量刑も、懲役 3 年以上 20 年以下という傷害致死罪の法定刑の広い幅の中に本件を位置付けるに当たって、なお選択の余地のある範囲内に収まっているというべきものであって、重過ぎて不当であるとはいえない。

これに対して被告人兩名は上告した。

(2) 判旨

最高裁は、原判決及び第一審判決を破棄し、被告人 X を懲役 10 年に、被告人 Y を懲役 8 年に処した。

「1 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。しかしながら、これを前提としても、被告人兩名を各懲役 15 年とした第一審判決の量刑

¹⁴ 刑集 68 巻 6 号 954 頁参照。

及びこれを維持した原判断は、是認できない。その理由は、以下のとおりである。

2 我が国の刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている。その上で、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って、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなる。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って、その目安とされるという意義をもっている。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からである。

この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。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。したがって、量刑に関しても、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ということが出来る。その意味では、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ていないし、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。しかし、裁判員裁判といえども、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ているというべきである。

3 こうした観点に立って、本件第1審判決をみると、『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』と判示されており、この表現だけを捉えると、おおまかな量刑の傾向を出発点とした上で評議を進めるという上記要請に沿って量刑が決定されたようにも理解されないわけではない。

しかし、第1審判決は、引き続いて、検察官の求刑については、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とし、量刑検索システムで表示される量刑の傾向については、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性も検証できないとした上で、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。これによれば、第1審判決は、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。もとより、前記のとおり、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。しかし、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る。

4 これを本件についてみると、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えない。その結果、本件第1審は、甚だしく不当な量刑判断に至ったものというほかない。同時に、法定刑の中において選択の余地のある範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第1審判決の量刑を是認した原判決は、甚だしく不当であって、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる。

よって、刑法411条2号により原判決及び第1審判決を破棄し、同法413条ただし書により各被告事件について更に判決することとし、第

1 審判決の認定した罪となるべき事実に法令を適用すると、被告人両名の各行為は、いずれも刑法 60 条、205 条に該当するので、各所定期刑の範囲内で、被告人 X については、原判決が是認する第 1 審判決の量刑事情の評価に基づき検討を行って懲役 10 年に処し、さらに、被告人 Y については、実行行為に及んでいないことを踏まえ、犯罪行為にふさわしい刑を科すという観点から懲役 8 年に処することとする。」

なお、本判決には白木勇裁判官の以下のような補足意見がある。

「1 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ない。このことは、裁判員裁判であろうとなかろうと変わるところはない。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。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ていねいに説明し、その理解を得て量刑評議を進めていく必要がある。

2 量刑の先例やその集積である量刑の傾向は、それ自体としては拘束力を持つものではないし、社会情勢や国民意識の変化などに伴って徐々に変わり得るものである。しかし、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い。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。

こうして、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、参考となるおおよ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。このようにして、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考えられる。そうした過程を経て、裁判体が量刑の傾向と異なった判断をし、そうした裁判例が蓄積されて量刑の傾向が変わっていくのであれば、それこそ国民の感覚を反映した量刑判断であり、裁判員裁判の健全な運用というべきであろう。私は、かつて、覚せい剤取締法違反等被告事件に関する判決(最一小判平成24年2月13日刑集66巻4号482頁いわゆるチョコレート缶事件判決)の補足意見において、「裁判員裁判においては、ある程度の幅を持った認定、量刑が許容されるべき(である)」と述べたが、それは以上のような適切な評議が行われたことを前提としているのである。

3 本件では、裁判官と裁判員との量刑評議が必ずしも在るべき姿に沿った形で進められていないのではないかという疑問があり、それが本件第1審の量刑判断につながったのではないかと考えられる。裁判官としては、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べきであり、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思われる。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る必要があることを指摘しておきたい。」

3. 検討

(1) 量刑傾向の拘束力について

本判決は、前提として、裁判例の集積による犯罪類型ごとの量刑傾向は「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って、その目安とされるという意義をもって」いるとする。そして公平性の観点からは、量刑傾向を視野に入れて判断を行うことが「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」であって、評議に際しても「裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として」検討がなされるべきであるとする。これは、白木裁判官の補足意見に示された「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い」という立場とも符合するものである。

この点に関して、第一審判決は「同種事犯の量刑傾向といっても、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」られると判示し、第二審判決は「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になっていること」などによって「直ちに不当であるということになるともいえない」としていた。これらの第一審・第二審判決の考え方は、直接的には量刑検索システムの限界を指摘したものとも解されるが、実際の裁判員裁判では同システムに依拠した資料により量刑傾向が示されていること¹⁵からすれば、そうした量刑傾向の性格として、事実的な拘束力を否定した立場としてはかなり徹底したものといえることができる。これと比較するならば、量刑傾向について、「直ちに法規範性を帯びるものではない」し「これに従うことまで求められているわけではない」が「裁判体の共通認識」であり「出発点」であると位置づける本判決は、事実的な拘束力を

¹⁵ 量刑検索システムに基づく量刑資料は、通常、いくつかの量刑事情によって抽出された事件の類型ごとの量刑傾向を示したグラフと、各事件の概要をまとめた事例一覧表により構成されている(城下裕二「裁判員裁判における量刑判断」白取祐司(編)『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』(日本評論社、2013年)226-227頁参照)。もっとも、量刑検索システムの利用にあたって留意すべき点は多い。例えば、すでに指摘されているように、同システムは余罪を含めた最終的な科刑の集積であることから、余罪が特に含まれやすい犯罪類型(強盗致傷、性犯罪など)については、量刑分布グラフだけではなく、事例一覧表による修正が必要となりうる(間・前掲注(12)74頁)。さらに、井田ほか・前掲注(3)27頁*15を参照。

正面から認めるわけではないものの、実質的にはそれを肯定する立場にやや接近したように思われる。

もっとも、本判決も「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」ことを認めており、ただし「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」とする。すなわち、公平性の視点から原則として従来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、説得的な根拠」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。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。こうした考え方は、「具体的、説得的な根拠」における具体性・説得性にどの程度のレベルを要求するかによって、前述した事実的な拘束力を強く認める立場(②(a))にも、そうではない立場(②(b))にも接近しうる余地を残したものといえる。これは、一方では、依拠すべき量刑傾向自体が、裁判官裁判によるものから、裁判員裁判によって形成されたものへと移行しつつあるいわば「過渡期」にあること¹⁶を配慮したものとも考えられる。ただ、本判決が、「具体的、説得的な根拠」の提示を「例外」に属すると解しているならば、やはり前者の立場に一步近づいたものといえる。「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」が「公平性の観点からも是認できるものであるためには」という判示(圏点は引用者)からみても、量刑傾向からの離脱は、公平性の原則が及ぶ範囲であるべきことが前提になっているものとみられる。

このように、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

¹⁶ この点につき、原田・前掲注(12)50頁参照。さらに、小池・前掲注(12)3頁参照。

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いえよう¹⁷。本判決はこれを量刑判断の公平性から導いているが、後述するように、量刑傾向の重視が、量刑における行為責任主義の現れであるとするれば、本判決もこの原則を量刑の出発点とするものであり、そのこと自体は正当である。ただ、量刑における行為責任主義の理解にも多様な立場がありうることから¹⁸、行為責任から離脱することの可否ならびにその程度に関しても、各々の立場によって異なる帰結に至りうる。同時にそれは、量刑における公平性をどこまで維持すべきかという問題にも連なる。当然のことながら本判決はそうした理論的対立にまで言及するものではなく、量刑における行為責任主義のあり方については今後の議論に委ねられているといわなければならない。

(2) 量刑傾向から離脱するための「具体的、説得的な根拠」

本判決は「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

¹⁷ 本判決の白木裁判官による補足意見において「量刑評議の在り方」が指摘されていることは、こうした具体的、説得的根拠の必要性という実体的要件を手続面からも担保しようとするものといえる。なお同様の指摘は、井田ほか・前掲注(3)26頁以下のほか、既に、例えば伊藤雅人＝前田巖「裁判員との量刑評議の在り方」原田國男判事退官記念論文集刊行会(編)『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』(判例タイムズ社、2010年)378頁が「これまでの量刑の幅の中に収まらないことにつき、合理的な理由が示されていない場合(納得し得る理由が説明されていない場合)には、控訴された場合に控訴審で維持されない可能性が高くなることも説明すべきであろう」としていたことにもみられる。

なお、本判決が「これまでの量刑の傾向から踏み出し」との文言に続けて「公益の代表者である検察官の……求刑を大幅に越える……量刑をすることについて」と判示していることをどのように捉えるかは一つの問題である。少なくとも、「量刑傾向」と「検察官の求刑」を同質のものとする趣旨ではなく、(求刑が量刑に一定の影響を与えていることを肯定しつつも)第一審判決の量刑の不当性を強調したものとみるべきであると思われる。

¹⁸ これについては、城下裕二『量刑理論の現代的課題[増補版]』(成文堂、2009年)239頁以下参照。

いて」の「具体的、説得的な根拠」の提示を要求しつつも、その内容については明らかにしていない。本判決からの帰結は「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」の重視だけでは十分な根拠とはならないということのみであるが、同時に、第一審判決が求刑及び量刑傾向を超える判断を行った理由として掲げた(1)犯行の背後事情、ならびに(2)被告人両名の態度の問題性、といった要因では説得力がないということも含意されているのであろう。そこから、犯情そのものではない事情の存在は「具体的、説得的な根拠」の対象とはならず、犯行態様の悪質性、行為者の主観的要素、結果の重大性などの犯情に関する事実について、特別に非難されるべき事情の存在を示すことが「具体的、説得的な根拠」として本判決では想定されている¹⁹との見解もある。

本判決の「行為責任の原則を基礎としつつ……裁判例が集積されることによって、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示される」との判示を前提とするならば、ここでの「量刑傾向」とは、行為責任とほぼ同義の、すなわち犯情を中心的要素として類型化された当該犯罪行為に対する非難可能性の程度を表すものであると解される。前掲の平成21年度司法研究が指摘する「犯罪行為の社会的類型(ないし刑事学的類型)」を前提とし、た量刑傾向、あるいは「量刑(責任の枠)の目安」²⁰という表現も、このことを示しているように思われる。その意味では、量刑傾向の重視は、量刑における行為責任主義の確認にほかならないことになる²¹。したがって、上記の見解が指摘するように、犯情そのものではない事情(「一般情状」あるいは予防的考慮)を理由として従来の量刑傾向を超える刑

¹⁹ 間・前掲注(12)73頁。

²⁰ 井田ほか・前掲注(3)18-19頁。

²¹ もちろん、量刑傾向が、厳密な意味において行為責任と対応しているかどうかについては——例えば「同種事犯」にいう「同種」とは何を意味するのかといった問題を含めて——今後の検証が必要である。これに関しては、本稿の「4. おわりに」も参照。

罰を科すことは、行為責任とは異質の要素によって行為責任を超える量刑を導く結果となる。これは行為責任主義に反するものであり、いかなる根拠が示されても許容されるべきではない。

これに対して、犯情自体に特別に非難すべき事情があることを理由として、従来の非難可能性の程度を上回る評価を行うことは、刑罰の上限としての行為責任そのものが変動(上昇)することを意味するため、格別の問題がないようにも見える²²。そうした特別な事情が現実にとどれだけ存在しうるかという点はここでは措いておく²³。本判決との関連で重要なのは、そのような特別な事情が仮に存在するとしても、さらに、当該事情の評価方法が「具体的、説得的」であるかどうかとも検討されなければならないということである。第一審判決は、暴行の態様が「凶器の使用もなく1回手で叩いただけのものである」とする一方で、「本件暴行の際、被告人Xは打撲傷の可能性までしか認識していなかったとは認められるものの、被害女兒の発育状態等にかんがみると、そのような態様で打撲傷を生じさせる可能性自体に重い死の結果発生の高い危険性が内在していると評価できる上、仮に打撲傷に止まらない負傷可能性の認識があったとすると、それは死亡するに至る可能性の認識と評価すべき場合も少なくないと考えられる。そうすると、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」との結論に至っており、まさに「傷害致死の殺人化」²⁴ともいべき評価が行わ

²² 原田・前掲注(12)48頁は、「例えば強姦致傷で重い量刑判断をする場合、携帯電話等でその状況を撮影して友人に送るぞなどと脅すのは、態様として極めて悪質だから、それを理由に重い刑とするのは、具体的で説得的な判示ということが出来る」とする。

²³ 小池・前掲注(12)3頁は、量刑傾向から出発しつつ、それとはかけ離れた重い刑を科すことが「具体的、説得的根拠」の提示により正当化される状況が現実にあるのかは疑問であるとして、量刑傾向からの「変容」は漸進的なものにとどめるべきこと、すなわち量刑傾向に「急進的な変更を許さない」という意味での規制機能を認めるということが本判決のメッセージであるとする。

²⁴ 原田・前掲注(12)51頁。さらに、同「裁判員裁判における量刑傾向——見えてきた新しい姿——」慶應ロー27号(2013年)172頁参照。

れている。確かに、第二審判決も述べるように、傷害致死罪が想定している暴行の行為態様には、殺人罪の実行行為に近いものも存在するが、だからといってそこから両罪の故意を同一視することはできないし、直ちにそれを本件の行為責任に反映させることも適切ではない。ところが第一審判決は、上記のようにXの認識が打撲傷の可能性に止まることを認定しながらも、それに止まらない場合をあえて「仮定」することによって、暴行の態様の危険性・悪質性を導き出している。本判決は第一審及び第二審判決の量刑事情の評価を是認しているが、このような評価方法は、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の批判を免れないであろう²⁵。従来の量刑傾向から踏み出す場合の「具体的、説得的な根拠」は、特別な量刑事情の存在自体のみならず、それらの評価方法にも伴うことが必要であると思われる。

(3) 量刑傾向を離脱する「方向」

本判決の射程範囲は、あくまで量刑傾向を重い方向で踏み出す場合についてであり、軽い方向で踏み出す場合については判断していないとの指摘²⁶がある。これに対しては、量刑判断の公平性の観点から理由としていることから、軽くする場合も同様に裁判体の判断が具体的、説得的に判示されることを要求しているとの見解²⁷も主張されている。

確かに、本判決の判示そのものは量刑傾向を重い方向に離脱した場合に関するものである。しかし、量刑傾向に対して「当該量刑判断のプロセスの適切さ」を担保する重要性を認める趣旨からすれば、本判決が軽

²⁵ 原田・前掲注(12)51-52頁は、「傷害致死の殺人化」は、法定刑の基本的枠組みを崩す量刑を招くおそれがあるとする。さらに、井田ほか・前掲注(3)11頁参照。なお、本判決の上告趣意補充書(3)の(2)を参照(刑集68巻6号936頁以下)。

²⁶ 間・前掲注(12)73-74頁、笹倉・前掲注(12)112頁。

²⁷ 原田・前掲注(3)53頁。

い方向に離脱する場合についても具体的、説得的な根拠が必要であると解していることは明らかであると思われる。ただ重要な点は、上述のようにその内容(根拠を必要とする対象)には相違が生じることである。すなわち、量刑における行為責任主義を前提にすれば、従来の量刑傾向を下回る場合には、犯情に関する事実のみならず、一般情状ないし予防的考慮に関する事実が「具体的、説得的な根拠」を要する対象に含まれることになる。そして、どこまで下回ることが許容されるべきかという問題も、量刑における行為責任主義の理解の仕方によって異なることになる²⁸。

(4) 補論

被告人兩名につき、いずれも検察官の各懲役10年の求刑を大幅に超える²⁹各懲役15年に処した第一審判決およびこれを維持した第二審判決に対して、本判決はXを懲役10年に、Yを懲役8年にそれぞれ処している³⁰。その理由は、Xについては「第1審判決の量刑事情の評価に基づき

²⁸ いわゆる「消極的行為責任主義」に立脚した場合であっても、責任の刑罰の「基礎」と理解する立場、あるいは責任による刑罰の拘束性(ないし罪刑の均衡性)を強く認める立場からは、当然のことながら量刑傾向を下回ることには一定の制限が課されることになる。

²⁹ 最高裁判所事務総局・前掲注(7)91頁によれば、求刑を上回る判決は、裁判官裁判(平成20年4月～24年3月)では0.1%であったのに対して、裁判員裁判(制度施行～平成24年5月末)では0.9%であった(最高裁によれば、制度施行から平成26年5月末までの裁判員裁判において求刑を上回る判決を受けた被告人は49名である[朝日新聞平成26年7月25日付朝刊]。なお、同85頁によれば、傷害致死の量刑分布に関して、裁判官裁判(同)でのピークが懲役3年超5年以下であったのに対して、裁判員裁判(同)では懲役5年超7年以下であり、また、後者において、懲役13年を超えた者は全判決人員の3.6%であった。

³⁰ 最高裁がこれまで刑訴法411条2号により原判決を破棄した全25件中、(破棄差戻しにしたもの、及び死刑を無期懲役に減輕したものを除いて)懲役刑を実刑のまま減輕したものは本判決のほか1件のみであり、他はいずれも実刑を執行猶予にしたものである(河上和雄ほか(編)『大コンメンタール刑事訴訟法[第2版]第9巻』(青林書院、2011年)616-617頁[原田國男]参照)。

検討を行っ」た結果であり、Yについては「実行行為に及んでいないことを踏まえ、犯罪行為にふさわしい刑を科すという観点から」量定したというものである。第一審判決は、被告人両名が不保護を伴う常習的な幼児虐待を行っていたことを重視し、「本件に至るまでの被告人Yの行動を踏まえた本件の共謀状況にかんがみると、被告人Yの刑事責任は、被告人Xの刑事責任と差異がないと評価するのが相当である」と判示していた。すなわち、特にYについては、実行行為に及んでいないことは当然考慮に入れつつ、具体的な事実を挙げることにより、実質的にはXと同等の量刑が妥当であると判断したものである。このことからすれば、両名の刑期に差を設けたことについては、単に実行行為に及んだか否かという点にとどまらず、さらに詳細な説明が必要であったといえよう³¹。

4. おわりに

本判決で争点とされた「同種事犯の量刑傾向」をめぐる議論は、「同種事犯における量刑判断の公平性」と「個別事犯における量刑判断の妥当性」の相克という、量刑理論の根本問題にほかならない³²。既に判例に現れているように、裁判員裁判の中で、2つの要請をいかに調整していくべきかは、量刑結果（宣告刑の内容）のみならず、個々の量刑事情の評価——例えば死刑と無期懲役の限界事例における「前科」の考慮³³——に

³¹ この点につき、前田・前掲注(12)41頁注8)を参照。笹倉・前掲注(12)112頁は、第一審に差戻しをせずに自判したことへの疑問を提起している。なお、本庄武「量刑審査」季刊刑事弁護68号(2011年)71-72頁参照。

³² 例えば、1980年後半からのアメリカ合衆国における連邦量刑ガイドラインの導入は、この問題に対する(公平性を重視した)解決の試みの一つであったといえよう。これについては、城下・前掲注(18)219頁以下参照。

³³ これに関しては、裁判員裁判による死刑判決を量刑不当により破棄した2つの控訴審判例(①東京高判平成25年6月20日判時2197号136頁)、②東京高判平成25年10月8日高刑集66巻3号42頁)及びそれらを維持した2つの最高裁判例(いずれも最(二小)決平成27年2月4日裁判所HP)が重要である。①及び②について小池信太郎「判批」刑ジャ42号(2014年)78頁以下、①について城下裕二「判批」判評669号(2014年)35頁以下(=判時2232号(2014年)149頁以下)を参照。

関しても意味を有することに注意しなければならない。今後は、この両者の面において議論が展開されていくことになると思われる。

同時に、より実践的な課題として、「同種事犯の量刑傾向」の内容自体を精緻化することも重要である。そもそも「同種」とは何か、どのような量刑事情に着目して類型化を図るべきか、先例の範囲はどこまでか、といった点について明確な指針が示されなければ、上述の2つの要請を調整することの意義が損なわれてしまうであろう。こうした理論的努力は、裁判員裁判の中で、量刑における行為責任主義を可能な限り洗練された形で実現するためにも不可欠である。