

Title	いわゆる光市母子殺害事件第一次上告審判決
Sub Title	
Author	原田, 國男(Harada, Kunio)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2010
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.17 (2010. 10) ,p.137- 151
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例評釈 (刑事)
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20101025-0137

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

いわゆる光市母子殺害事件 第一次上告審判決

原 田 國 男

【評釈判例】

最高裁第3小法廷平成18年6月20日判決・判タ1213号89頁

【事案の概要】

本件は、当時18歳の少年であった被告人が、白昼、配水管の検査を装って上がり込んだアパートの一室において、当時23歳の主婦（以下「被害者」という。）を強姦しようとしたが、激しく抵抗されたため、被害者を殺害した上で姦淫し、その後、同所において、激しく泣き続ける当時生後11か月の被害者の長女（以下「被害児」という。）をも殺害し、さらに、その後、同所において、被害者管理の現金等在中の財布1個を窃取した、という殺人、強姦致死、窃盗の事案である。

【原判決の要旨】

原判決は、被告人に対する量刑について、次のように判示して第1審判決の無期懲役の科刑を維持した。

本件強姦致死及び殺人の各犯行は、その結果が誠に重大であるところ、犯行の動機に酌量の余地は全くない。また、犯行の態様は、冷酷で残虐なものであり、犯行後の情状も良くない。遺族らが被告人に対して極刑を望む心情は、十

分理解することができ、本件が社会に与えた影響も大きい。したがって、被告人の刑事責任には極めて重大なものがあり、本件は、被告人を極刑に処することの可否を慎重に検討すべき事案である。

しかしながら、第1審判決が死刑を選択しない事由として説示する以下の点は、検察官が控訴趣意書において論難するが、誤りであるとはいえない。すなわち、本件は、強姦の点についてこそ計画的ではあるが、各被害者の殺害行為は計画的なものではない。また、被告人には、不十分ながらも、被告人なりの反省の情が芽生えるに至っていると評価でき、これに加え、被告人は、犯行当時18歳と30日の少年であり、内面の未熟さが顕著であること、これまで窃盗の前歴のみで、家庭裁判所から保護処分を受けたことがないなど犯罪的傾向が顕著であるとはいえないこと、被告人の実母が中学時代に自殺するなどその家庭環境が不遇で生育環境において同情すべきものがあり、それが本件各犯行を犯すような性格、行動傾向を形成するについて影響した面が否定できないこと、少年審判手続における社会的調査の結果においても、矯正教育による可塑性は否定されていないことなどの被告人自身に関する情状に照らすと、被告人について、矯正教育による改善更生の可能性がないとはいえない。

そして、本件各犯行の罪質、動機、態様、結果の重大性、遺族の被害感情、社会的影響、被告人の年齢、前科、犯行後の情状等を総合し、近時の死刑求刑事案に関する量刑の動向等を併せて考察すると、本件について、極刑がやむを得ないとまではいえず、被告人を無期懲役に処した第1審判決の量刑を是認することができる。

【上告審の判決主文】

原判決を破棄する。

本件を広島高等裁判所に差し戻す。

【上告審の判断】

(1) 死刑は、究極のしゅん厳な刑であり、慎重に適用すべきものであること

は疑いがない。しかし、当審判例（最高裁昭和56年（あ）第1505号同58年7月8日第二小法廷判決・刑集37巻6号609頁）が示すように、死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊に殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択をするほかないものといわなければならない。

これを本件についてみると、被告人は、強姦によってでも性行為をしたいと考え、布テープやひもなどを用意した上、日中若い主婦が留守を守るアパートの居室を物色して被害者方に至り、排水検査の作業員を装って室内に上がり込み、被害者のすきを見て背後から抱き付き、被害者が驚いて悲鳴を上げ、手足をばたつかせるなど激しく抵抗するのに対して、被害者を姦淫するため殺害しようと決意し、その頸部を両手で強く絞め付けて殺害し、万一のそ生に備えて両手首を布テープで緊縛したり、同テープで鼻口部をふさぐなどした上、臆することなく姦淫を遂げた。さらに、被告人は、この間、被害児が被害者にすりつきようにして激しく泣き続けていたことを意にも介しなかったばかりか、上記犯行後、泣き声から犯行が発覚することを恐れ、殺意をもって、被害児を持ち上げて床にたたき付けるなどした上、なおも泣きながら母親の遺体にはい寄ろうとする被害児の首に所携のひもを巻いて絞め付け、被害児をも殺害したものである。強姦を遂げるため被害者を殺害して姦淫し、更にいたいけな幼児までも殺害した各犯行の罪質は甚だ悪質であり、2名の尊い命を奪った結果も極めて重大である。各犯行の動機及び経緯に酌むべき点はみじんもなく、強姦及び殺人の強固な犯意の下に、何ら落ち度のない被害者らの生命と尊厳を相次いで踏みにじった犯行は、冷酷、残虐にして非人間的な所業であるといわざるを得ない。さらに、被告人は、被害者らを殺害した後、被害児の死体を押し入れの天袋に投げ入れ、被害者の死体を押し入れに隠すなどして犯行の発覚を遅らせようとし、被害者の財布を窃取しているなど、犯行後の情状も良くない。

遺族の被害感情はしゅん烈を極め、これに対し、慰謝の措置は全く講じられていない。白昼、ごく普通の家庭の母子が自らには何の責められるべき点もないのに自宅で惨殺された事件として社会に大きな衝撃を与えた点も軽視できない。

以上の諸点を総合すると、被告人の罪責は誠に重大であって、特に酌量すべき事情がない限り、死刑の選択をするほかないものといわざるを得ない。

(2) そこで、特に酌量すべき事情の有無について検討するに、原判決及びその是認する第1審判決が酌量すべき事情として掲げる事情のうち、被害者らの殺害について計画性がないという点については、確かに、被告人は、強姦については相応の計画を巡らせていたものの、事前に被害者らを殺害することまでは予定しておらず、被害者から激しい抵抗に遭い、また、被害児が激しく泣き叫ぶという事態に対応して殺意を形成したものととどまることを否定できず、当初から被害者らを殺害することをも計画していた場合と対比すれば、その非難の程度には差異がある。しかしながら、被告人は、強姦という凶悪事犯を計画し、その実行に際し、反抗抑圧の手段ないし犯行発覚防止のために被害者らの殺害を決意して次々と実行し、それぞれ所期の目的も達しているものであり、各殺害が偶発的なものといえないことはもとより、冷徹にこれを利用したものであることが明らかである。してみると、本件において殺害についての計画性がないことは、死刑回避を相当とするような特に有利に酌むべき事情と評価するには足りないものというべきである。

また、原判決及び第1審判決は、被告人が、それなりに反省の情を芽生えさせていると見られることに加え、犯行当時18歳と30日の少年であったこと、犯罪的傾向も顕著であるとはいえないこと、その生育環境において同情すべきものがあり、被告人の性格、行動傾向を形成するについて影響した面が否定できないこと、少年審判手続における社会的調査の結果においても、矯正教育による可塑性が否定されていないこと、そして、これらによれば矯正教育による改善更生の可能性があることなどを指摘し、死刑を回避すべき事情としている。しかしながら、記録によれば、被告人は、捜査のごく初期を除き、基本的に犯

罪事実を認めているものの、少年審判段階を含む原判決までの言動、態度等を見る限り、本件の罪の深刻さと向き合って内省を深め得ていると認めることは困難であり、被告人の反省の程度は、原判決も不十分であると評しているところである。被告人の生育環境についても、実母が被告人の中学時代に自殺したり、その後実父が年若い外国人女性と再婚して本件の約3か月前には異母弟が生まれるなど、不遇ないし不安定な面があったことは否定することができないが、高校教育も受けることができ、特に劣悪であったとまでは認めることができない。さらに、被告人には、本件以前に前科や見るべき非行歴は認められないが、いともたやすく見ず知らずの主婦をねらった強姦を計画した上、その実行の過程において、格別ちゅうちょした様子もなく被害者らを相次いで殺害し、そのような凶悪な犯行を遂げながら、被害者の財布を窃取した上、各死体を押し入れに隠すなどの犯跡隠ぺい工作をした上で逃走し、さらには、窃取した財布内にあった地域振興券を友人に見せびらかしたり、これでカードゲーム用のカードを購入するなどしていることに徴すれば、その犯罪的傾向には軽視することができないものがあるといわなければならない。

そうすると、結局のところ、本件において、しん酌するに値する事情といえるのは、被告人が犯行当時18歳になって間もない少年であり、その可塑性から、改善更生の可能性が否定されていないということに帰着するものと思われる。そして、少年法51条（平成12年法律第142号による改正前のもの）は、犯行時18歳未満の少年の行為については死刑を科さないものとしており、その趣旨に徴すれば、被告人が犯行時18歳になって間もない少年であったことは、死刑を選択するかどうかの判断に当たって相応の考慮を払うべき事情ではあるが、死刑を回避すべき決定的な事情であるとはとはいえず、本件犯行の罪質、動機、態様、結果の重大性及び遺族の被害感情等と対比・総合して判断する上で考慮すべき一事情にとどまるというべきである。

以上によれば、原判決及びその是認する第1審判決が酌量すべき事情として述べるところは、これを個々のみにても、また、これらを総合してみても、いまだ被告人につき死刑を選択しない事由として十分な理由に当たると認めるこ

とはできないのであり、原判決が判示する理由だけでは、その量刑判断を維持することは困難であるといわざるを得ない。

【評釈】

本判決は、無期懲役とした第1審判決を維持した原判決について、その刑の量定は甚だしく不当であり、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるとして、刑訴法411条2号により原判決を破棄した上、本件において死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情があるかどうかにつき更に慎重な審理を尽くさせるためとして広島高等裁判所に差し戻した事案である。広島高等裁判所は、これを受けて、審理を遂げ、死刑判決を下し¹⁾、現在上告審に係属している状況である。

本評釈の関心は、本判決の当否を検討することではない。死刑適用基準のまさに適用を問題としたいのである。死刑適用基準については、本判決も引用するいわゆる永山事件基準と呼ばれるものがある。すなわち、「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊に殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択をするほかないものといわなければならない。」というものである。この基準自体は、判例としてその後の死刑事件において常に引用ないし参照されるものであって、これに代わるような基準は、これまで判例上現れていない。しかし、この基準を読めば分かるように、全体として種々の事情を総合考慮するという形を採っており、それ自体は当然といえば当然であって、実質的には、「やむを得ない」と認められない限り、死刑は適用されないと述べているだけのことで、このことも死刑という究極的な刑の適用に当たっては、当たり前ともいえるべきものである。そ

1) 広島高判平成20年4月22日LEX/DB文献番号28145306。

ここで、これまでの学説では、その文言以上に踏み込んだ基準の検討はあまり見受けられず、この基準を前提とした死刑判例の分析がなされてきたといえる²⁾。いわば、所与の前提として扱われ、この基準自体の変更や見直しは検討されてこなかった。しかし、裁判員裁判の下での死刑事件の係属を考えると、裁判員に死刑適用基準をどのように説明すべきかが重大な問題となる。要は、上記のような抽象的でおおざっぱな基準をいくら説明しても、裁判員の頭の中に何も残らないのではないかと、基準といってもそれによって最終的判断が導き出される類のものでもないから、裁判員のフラストレーションはたまる一方ではないかという疑問が生じている。このような背景から、筆者は、新たな基準を提案した³⁾。すなわち、「犯情により死刑を選択し、一般情状により死刑を回避する。」という考え方である。これは、極めてシンプルな基準である。筆者は、量刑の一般的基準としては、「犯情により量刑の大枠が決められ、その大枠の中で一般情状を考慮して最終的な量刑を決定する。」という考え方を採っている。この後者の考え方は、幸い、裁判員裁判において、基本的な量刑基準として実務上一般に承認されつつあると思われる。しかし、前者については、「注目すべき提案」⁴⁾、「実務的に極めて示唆に富む重要な提言」⁵⁾あるいは「注目すべき見解」⁶⁾といった好意的な評価が示されているものの、未だ本格的な検討はなされていない。むしろ、最終的評価を控える、あるいはある種の戸惑いといった感じがあるのかもしれない。確かに、これまでこのような形で死刑適用基準を述べたものはないだけに、十分な検証が必要であるということであろう⁷⁾。その意味で、このような提言ないし説が実務的に定着するか否かは今後の動向をみるほかないのであるが、筆者がこの基準において最も強調したいことは、

2) 最近のものとして、前田雅英「死刑と無期刑との限界」金築誠志ほか編・原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』469頁以下（判例タイムズ社、平成22年）が重要かつ有益である。

3) 拙稿「裁判員裁判と死刑適用基準」刑事法ジャーナル18号53頁以下。

4) 2009年学界回顧・法律時報81巻13号70頁。

5) 中川博之「裁判員裁判と量刑」刑事法ジャーナル21号13頁。

6) 井田良「量刑判断の構造について」前注2)・原田退官・461頁。

①犯情から死刑が選択できないのに一般情状である被害者の遺族の被害感情が極めて強いという理由で死刑を適用すべきではない、②犯情から死刑が選択できないのに一般情状である被告人の改善更生の可能性がないという理由で死刑を適用すべきではない、③犯情から死刑が選択できないのに一般情状である被告人が反省していないという理由で死刑を適用すべきではない、この3点である⁸⁾。これは、裁判員が最も影響されやすいと思われる要素（被害感情、更生可能性、反省）により犯情としては死刑が選択できない場合でも死刑を適用することを許されないとするものである。これまで行われた裁判員裁判の非死刑事件でもこの3要素が量刑に影響することが大きいと見受けられる。もちろん、守秘義務があるから明確ではないけれども、その可能性は否定できないであろう。しかし、このような要素から死刑を適用することは危険である。裁判員がそのような考え方であるときには、裁判官は、筆者のような説もあるとして、これを制限するのに少しでも拙稿が役立てばと期待しているだけである。個々の要素の問題点については、拙稿で述べたとおりであるからここでは繰り返さない。なお、以上の2つの量刑基準の基本的ファクターをなす犯情と一般情状との区別についてだけ触れておこう⁹⁾。犯情というのは、犯行の手段方法、結果の程度態様、共犯関係など、犯罪事実自体のほか、これと密接に関連する事

7) 川崎一夫・本件判例研究・創価法学37巻1号282頁は、量刑判断の第1ステップとして加重的量刑事情によって死刑相当かどうかを判断（中間判断）し、第2ステップとして、減輕的量刑事情の有無を考慮して中間判断を修正できるかを判断するという方法を示している。2段階の判断構造を示す点で私見と共通するが、判断基準が加減的量刑事情として犯情及び一般情状の区別なく両者に及んでいる点で異なっている。

8) 犯情による第1段階を死刑の選択といい、一般情状による第2段階を死刑の回避といい、最終的な場面を死刑の適用としているのは、筆者の一種の思いつきであって、理論的な根拠のある用法ではない。

9) 松山昇平「量刑判断過程の分析」原田退官・前注2）・539頁以下は、量刑の大枠を決定する要素は、犯情より狭く、犯行の方法（態様）と結果が中心的な量刑事情であり、その他の要素は調整要素であるとする。この見解は、注目すべきものであり、量刑の大枠は、犯情ではなく、むしろ罪となるべき事実に基づいて決定するという主張を含むように思われる。ただ、動機とか計画性といった要素も当該犯罪の具体的な実質・実像を示すものとして重要であろう。改めて検討すべき問題提起である。

項として、犯行の誘因、直接的な動機、犯行準備の状況、被害者側の行為ないし事情、被告人の事後の行動ないし心情、犯罪の社会的影響等が挙げられる。一般情状としては、被告人の年齢、前科前歴ないし生活史、健康状態、家庭環境、生活状況など、被告人の属性とみられる因子と、被害弁償、謝罪の努力、示談の成否ないし被害感情の強弱、社会事情の推移、関連法規の変動など、被害者および社会一般の側の状態を示す因子が挙げられる¹⁰⁾。犯情は、罪となるべき事実より広いといえる。そして、犯情は、事実誤認の対象となる事実であり¹¹⁾、量刑の大枠も犯情により定まり、さらに厳格な証明の対象も犯情であるということになり¹²⁾、また、刑訴法316条の36第1項も被害者参加人等による証人尋問の尋問事項について、「情状に関する事項（犯罪事実に関するものを除く。）」と規定している。この括弧内の「犯罪事実に関するもの」というのが犯情であり、これを除いた「情状に関する事項」というのが一般情状といえるであろう。犯情が量刑の大枠や死刑選択の上限を画する基本的理由について考えてみる。この点について、鹿野伸二判事は、「責任刑によって刑の枠を決める」ことの実質的な意味として、①行為を離れた人的要素の排除であり、行為者（犯罪者）の行為以外の人的要素については、どのような人的要素を取り上げ、それをどう評価するかについて評価者の主観が大きく入る余地が生じ、恣意的な評価がなされる危険性があるから、それを避けるために、「同じ犯罪行為をした者には同じような刑を与える」ことにしようとする、②過去の事実はある程度確定的に評価でき、その評価の相当性についても議論もできるが、将来の事実はあくまでも予想でしかない不確定なものであるから、不確定なものを排除する、③犯行自体の罪の重さはその時点で決まるものであって、行為後の事情によってこれを変えない、という3点を指摘している¹³⁾。この論述では、犯情

10) 松尾浩也『刑事訴訟法下新版補正版』132頁（弘文堂、平成9年）。

11) 拙著『量刑判断の実際〔第3版〕』240頁（立花書房、平成20年）。

12) 拙稿『量刑事実の立証』木谷明編著『刑事事実認定の基本問題〔第2版〕』404頁（成文堂、平成22年）。

13) 鹿野伸二「刑法50条（確定裁判の余罪の処断）における量刑について」原田退官・前注2）・562頁以下。

と一般情状との区別には触れられていないが、犯情と一般情状を区別する意味がまさに上記の３点である。前述した犯情からは死刑が選択できないのに、被害感情、被告人の更生可能性及び反省という要素から死刑を適用するのは許されないという根拠も上記の３点から説明できる。すなわち、これらの３要素は、いずれも、①のように、行為を離れた人的要素であり、評価者の主観が入り、恣意的な評価の危険性があり、②のように、予想でしかない不確定なものであり、③のように、犯行自体の罪の重さとしてその時点で確定できないものである。被害感情と反省は、時期により、また、時間の経過により、その内容を変貌させていく性質が顕著であるし、更生可能性は、まさに将来の予測であって不確定なものを多く含んでいるのである。したがって、これらの要素から犯情では死刑を選択できないのに、死刑を適用することは許されない。これらの要素は、死刑を回避する方向でのみ考慮すべきなのである。

以上のような私見については、次のような批判ないし疑問がありえよう。まず、基本的なスタンスとして、私見では、死刑の適用を抑制的に考えており、特に裁判員裁判における死刑の適用をより慎重なものにしたいという意図があるが、裁判員裁判が国民の一員である裁判員の目線で量刑や死刑の適用を見直そうとするものである以上、裁判員が上記の３要素を重視して、死刑を適用することこそ、国民の目線に適合した制度の求める量刑・死刑の適用ではないかという批判である。このような批判は、その性質上、あまり学説として表立って主張されることはないとしても、死刑を求める世論の一部には根強く意識されている考え方ではないかと付度される。裁判員裁判により死刑の適用が現在より多くなるのか少なくなるのかについては、すでに度々述べてきたように、現時点では、確定的なことはいえないけれども、裁判員裁判になりました、死刑が我が国では増加しました、制度の目的からして、大変結構なことですとは言いきれないであろう。この問題について、我が国が置かれている国際的な現状やその動向も無視することはできないように思われる。

次に、私見は永山事件基準に反していないかという点である。この問題については、拙稿でも言及したが、筆者は、「一般情状について被告人に有利な方

向でのみ考慮すべきであるというのは、評価の方向を限定することにはなるけれども、そのような方向で総合考慮すべきであるとするのであるから、永山事件基準自体に反するとはいえない。同基準は、総合考慮という名の下に何をどう評価すべきかを語っていない。」と述べた¹⁴⁾。ところで、永山事件基準は、犯情と一般情状とを総合的に考慮しているように見えるが、その趣旨が、単なる総合的考慮ではなく、死刑の適用は、犯情からだけではなく、それに加えて一般情状からも死刑が適用できなければならないというものであるという理解も可能であろう。この理解は、同基準の最も厳格な解釈であって、一見、私見とは異なるように見える。しかし、この理解を言い換えると、犯情により死刑を選択し、これに被告人に不利な方向での一般情状が加わらなければ、死刑が適用できないということであり、そのことは、とりもおさず、一般情状は死刑を回避する方向でのみ考慮すべきであることを意味しているといわなければならない。すなわち、被告人に不利な一般情状しかないということは、有利な一般情状はないことになるから、死刑を回避することができないことになるのである。永山事件基準について、このような厳格な解釈ではなく、犯情では死刑を選択できなくとも、一般情状をこれと総合して死刑を適用できるという解釈も可能であろう。これが同基準の趣旨であるというなら、私見はこれに反することになる。この点については、私見は、そのような理解は正当ではなく、誤っていると解する立場なのである。さらに、永山事件基準は、犯情も一般情状も区別することなく、総合的に考慮するものであるという考え方もありうるが、量刑一般の基準が前記のように犯情により量刑の大枠が決まり、その大枠のなかで一般情状を考慮して量刑を決めるというプロセスをとるのに、死刑の適用では犯情も一般情状もいっしょくたに考えるというのではあまりに量刑過程が不明瞭になってしまうであろう。すべての事情を総合考慮して、「やむを得ない」の一点にかけるとというのは、決断の過程としては理解できるが、裁判員の理解や共感は得られないであろう。

14) 拙稿・前注3)・63頁。

次に、私見は、犯情からして、死刑か無期かいずれもあるという幅の判断ができるケースについても適用する趣旨なのか、犯情からして死刑しか選択できないケースについてのみ適用されるのかという疑問も考える。この疑問はもっともなものであるが、私見は、死刑適用の一般的な基準を定めようとするものであって、あくまで犯情から死刑が選択できない以上は、それから先に進む余地はなく、犯情からして死刑も無期もあるから、一般情状により死刑を適用するという判断プロセス自体を否定するものである。死刑も無期もあるというなら、死刑を適用することはできないということである。この点で、私見は、永山事件基準の厳格な解釈を示そうとするものなのである。

最後に、私見は実務のこれまでの運用に反していないかという疑問である。私見が実務に反しているか否かは現時点では判別できない。新たな基準を提起しているという面も否定できない。しかし、拙稿でも述べたように、小林充教授の「私は刑事政策的観点から無期が死刑になることはないだろうと思います。」という発言に大きな示唆を受けた者であって、実務のこれまでの現状もそのような考え方を底流にしていたのではないかと感じるのである¹⁵⁾。

以上が私見についての再検討である。そこで私見の観点から本判決をみてみよう。本判決は、むろん永山事件基準を判示し、それに基づいて判断を示している。そして、主として犯情を中心に判示した上、遺族の被害感情と社会的影響に言及し、以上の点から被告人の罪責は誠に重大であって、特に酌量すべき事情がない限り、死刑の選択をするほかないものといわざるをえないとし、次いで、原判決及びその是認する第1審判決が挙げる2つの酌量すべき事情（①被害者らの殺害について計画性がないという点、②被告人に改善更生の可能性があるという点）について、いずれも被告人につき死刑を選択しない事由として十分な理由に当たると認めることはできないとした。この判断手法については、犯罪の客観的側面から罪責と原則的に死刑という結論を決定し、被告人の主観的側面は例外的事情として考慮するという判断方法・枠組みを採ったもので、

15) 拙稿・前注3)・61頁、小林充ほか・座談会『『量刑判断の実際』と量刑理論』法律時報76巻4号72頁。

いずれの側面をも総合的に検討するという永山事件基準とは全く異なるものであり、異例な判決であるという見方がある¹⁶⁾。また、永山事件基準の判断枠組みを大幅に踏み越えるものであって、これまでは、死刑の適用を回避するのが原則で、適用するのが例外的として取り扱われてきたのに、本件のような場合は、原則死刑適用、例外死刑不適用という判断枠組みを示したという指摘もある¹⁷⁾。しかし、本判例のこの判断枠組みは、本件と同様に無期懲役を維持した原判決を破棄して差し戻した最判平成11年12月10日刑集53巻9号1160頁（強盗殺人罪により無期懲役に処せられ仮出獄中の強盗殺人の事案）のそれと同じであって特に異例という訳でもない¹⁸⁾。むしろ、死刑選択の中心的情状として犯情を詳細に判示している点は私見にもそうもので相当であろう¹⁹⁾。犯情からして死刑を選択した上、一般情状としての改善更生の可能性について、被告人が犯行当時18歳になって間もない少年であり、その可塑性から、改善更生の可能性が否定できないという点は、死刑を選択するかどうかの判断に当たって相応の考慮を払うべき事情ではあるが、死刑を回避すべき決定的な事情であるとまではいえないとしたものであって、改善更生の可能性を死刑回避の方向での考慮事項とした上で回避を決定的にするものではないとしたと理解することもできる。なお、本判決は、「本件の罪の深刻さと向き合って内省を深め得ていると認めることは困難であり、被告人の反省の程度は、原判決も不十分であると評しているところである。」と判示しているが、これは、被告人の改善更生の可能性を検討する一事情として扱っているものであって、反省の程度のいかんを死刑適

16) 平川宗信・平成18年度重要判例解説161頁。

17) 土本武司「死刑の適用—光市・妻子殺害事件上告審判決—」捜査研究662号126頁。

18) 川崎・前注7)・280頁も、本判決の判断手法は、先例を踏襲しているにすぎないとする。永田憲史「光市母子殺害事件第一次上告審判決の理論的検討」法律時報79巻5号90頁以下、同「死刑選択基準は変化したのか—光市事件を素材に—」関西大学法学論集58巻6号73頁以下は、本判決により永山事件基準が変更されたとはいえないとする。

19) 甲斐行夫＝森田恵実・本件判例研究・研修704号25頁は、本判決について、基本的には犯情を重視し、これにより被告人の罪責が極めて重大であるときは、主観的情状については「特に酌量すべき事情」と認められる場合にのみ、死刑を回避しうるものと位置づけているとしている。

用に直接結びつける意図ではないと解される。拙稿でも述べたように、反省していないから死刑というような判断は正当ではない²⁰⁾。

また、被害感情について死刑選択の方向で考慮しているが、「上述の重視したと見られる因子に関する説示と比較してみると、これを特に重視したものとするのは相当ではないように思われる。」とのコメントが妥当するであろう²¹⁾。なお、社会的影響にも言及されているが、その位置づけについては種々の見解があるけれども、犯情に含まれるかこれに近いものと見ることができよう。こうしてみると、本判決の判断枠組みは、基本的には私見にもそうものと評価することができよう。

ただ、残された問題は、私見では、犯情による死刑選択と一般情状による死刑回避という両基準の関係は、等価であると解し、前者で死刑が選択されれば、後者について特段の事情がない限り、死刑とすべきであるとはいえないとしている点である²²⁾。本判決は、特に酌量すべき事情がない限り、死刑の選択をするほかないものといわざるをえないとしているが、これは、犯情等からすると死刑選択をすべきウェイトが大きいと評価できることから、相対的に特に酌量すべき事情がない限り死刑とせざるをえないとしたもので、あくまでも具体的な事案に基づいた判断枠組みであって、あらゆる事案でこのような手法を採るべきであるとしているものではおそらくあるまい。むしろ、原判決の無期懲役を破棄する以上は、犯情による死刑選択が余程ドミナントでなければならないという意味であってそれ自体は正当なものとみることができる。特に酌量すべき事情として、強姦については、相応の計画性があるが、殺人については当初から計画したものでないという点については、計画性という犯情に関する因子についての評価であり、私見によれば、死刑を選択する場面での考慮事項ということになる。なお、上記コメントでは、「殺害自体の計画性が認められない

20) 土本・前注17)・125頁。

21) 判タ1213号91頁（本判決のコメント）。

22) 拙稿・前注3)・61頁。

ことが有利な事情といえるのは、計画性が認められることが死刑選択方向に作用する事情とされることの反射的、相対的な作用というべきものであって、絶対的評価としては「プラス・マイナス0」ということになるのではなかろうか。」としている²³⁾。これは、ドイツにおける「被告人により不利な事情がないことをより有利な事情とすることはできない（又はその逆）」という原則の適用を想定しているものであろう²⁴⁾。すなわち、計画性については、刑を重くする方向で考慮すべき量刑要素であるから、それがなく、言い換えれば、計画性がないことを被告人に有利な事情として主張することはできないということであろう。

23) 判タ1213号91頁。

24) 林美月子「量刑事情と評価方法—『刑を重くする事情の不存在』に関するドイツの議論—」
神奈川法学27巻2・3号135頁以下。