慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	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
Sub Title	Beratung über die Strafzumessung im Saiban'in-Gericht (japanischen Laienbeteiligungssystem)
Author	小池, 信太郎(Koike, sintaro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.1 (2009. 1) ,p.599- 664
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20090128-0599

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.

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——

小池信太郎

一　はじめに
二　量刑判断の論理的過程
(一)　伝統的モデル
(二)　若干の考察
三　量刑における専門的判断事項と協働的判断事項
(一)　量刑に関する事実認定
1　総説
2　不意打ち認定の禁止
3　「疑わしいときは被告人の利益に」の原則の妥当性
(二)　量刑目的ないし基準に関する判断
(三)　量刑事情の評価
(四)　具体的な刑量の決定
1　法定刑の意義——いわゆる量刑スケール論について
2　量刑相場の拘束力の意味と裁判員裁判における位置づけ
四　おわりに——裁判員法六条の解釈

一　はじめに

(1)　「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（以下、「裁判員法」）が平成二一年五月二一日に施行され、一定の重大事件について、非法律家である裁判員が、職業裁判官と共に合議体を組んで裁判を行うこととなった。

同法一条は、その趣旨について、「国民の中から選任された裁判員が裁判官と共に刑事訴訟手続に関与することが司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」とするにとどまるが、制度導入の基礎となった平成一三年の司法制度改革審議会意見は、「一般の国民が、裁判の過程に参加し、裁判内容に国民の健全な社会常識がより反映されるようになることによって、国民の司法に対する理解・支持が深まる」との見地から、「広く一般の国民が、裁判官とともに責任を分担しつつ協働し、裁判内容の決定に主体的、実質的に関与する」制度を設けるべきであると提言していたことなどからすると[1]、この制度が、一般国民の参加それ自体に（啓蒙的な）意義を見出すにとどまらず、その意見を裁判内容に反映させることを意図していることは明らかである[2]。

もっとも、法に則った適正な刑事裁判を実現するために、職業法曹以外の者にそれを有することを要求しえない専門的・技術的知見を、一般国民の「常識」に優先すべき場面も少なくない[3]。そこで、右審議会意見においても、一般国民が裁判官と「責任を分担しつつ」協働すべきものとされており、その趣旨は、主として罪責問題に関しては、裁判官と裁判員の権限をめぐる裁判員法のルールにあらわれている。すなわち、同法六条は、有罪・無罪の判決に係る判断のうち、「事実の認定」（一項一号）および「法令の適用」（同項二号）を裁判官と裁判員の合議事項とし、「法令の解釈に係る判断」（二項一号）および「訴訟手続に関する判断」（同項二号）を裁判官のみの合議事項としている。この権限分配について、立法関係者の解説では次のように説明されている[4]。国民の感覚を刑事裁判の内容に反映させ、司法に対する理解・支持を深めるという制度の趣旨にかんがみ、その中核部分である有罪・無罪の決定に裁判員を関与させるべきところ、それは、関係事実を認定し、これに実体刑罰法規を適用して犯罪の成否を判断することであるから、事実の認定および法令の適用に裁判員が関与することとされた。これに対して、法令の解釈および訴訟手続に関する判断については、有罪・無罪の判決等に係る判断ではあっても、「専門的で複雑な法律判断を要することが少なくない上、法的安定性の見地から統一的な判断を確保する必

要性」があることなどから[5]、裁判員には関与させず、「法律専門家である裁判官の判断にゆだねることが適当とされた」。また、法令の適用については、法令の解釈とは区別できるということを前提に[6]、法令解釈ほどの専門性・技術性は必要でなく、むしろそれは事実認定と密接な関係にあることなどから、裁判員が関与することとされた。このように、裁判員法は、刑事裁判の第一次的な関心事である罪責問題については、事項ごとに、非法律家をも含めた国民の健全な社会常識を反映させるべき必要性、職業法曹の専門的・技術的知見を駆使した統一的判断をなすべき必要性、他の事項との区別の流動性などを考慮したうえで、判断権限を分配しているのである[7]。

(2) それでは、量刑についてはどうだろうか。裁判員法六条一項三号は、「刑の量定」を裁判官と裁判員の合議事項としている。これは、量刑については、有罪・無罪の決定に劣らず国民の関心が高いから、前述の制度趣旨にかんがみ、裁判員の関与が適当とされたと解説されている[8]。前出の審議会意見でも、「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的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」ことの意義は、罪責問題と「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……裁判員が関与し、健全な社会常識を反映させる」べきと提言されていた[9]。ただ、罪責問題をめぐる権限分配にあらわれていたように、国民の関心が高い場面であっても、専門的・技術的な法的知見を背景とした統一的判断の必要性が高ければ、職業裁判官の判断が優先されなければならないはずであろう。この点に関し、「刑の量定」とは、刑種選択、刑期・罰金額の量定、執行猶予や裁量的刑の減軽または免除の判断など、「広くそれを科することが裁判所の裁量にゆだねられている刑罰その他の刑事上の処分」を意味するとされていること[10]から推測すると、次のような理解が前提になっているとも考えられる。すなわち、量刑は、刑罰法規の解釈等とは異なり、法律（学）に関する専門的・技術的知見ではなく、判断者の人間的理性により行われる裁量判断であるから、非法律家であっても、「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である。(11)

しかしながら、このような素朴な理解に全面的にしたがうことはできない。たしかに、現在のわが国には、量刑判断のあり方を直接に規制する法規定はないが、だからといって、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いない。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り、裁判員制度の実施を控えて、それらをより可視的かつ理論的に洗練されたものにする必要性が広く認識されているのである。(12) たとえば、原田國男判事は次のように述べられている。(13)「量刑判断に至る過程が合理的であることが必要であり……量刑過程の透明化と合理化とが不可欠……である。正当な量刑理論に裏付けられない……感覚的な量刑判断は排除されるべきなのである」。「一般国民である裁判員……に対して量刑の筋道をきちんと説明して、合理的な量刑判断に至るように合議を運営しなければならない」。「裁判官が当座もっているような量刑問題についても適切な解答が得られるような量刑理論の対応が是非これからは必要で」あり、「実務家のほうでも、量刑理論に関する優れた文献には目を通し、問題意識を先鋭にすべきであり……経験だけに頼る鈍感な実務家になり下って」はならない。このような認識が適切であるとしたら、量刑はとにかく判断者の理性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だろう。そうすると、ここに、量刑判断を理論的に洗練されたものにしなければならない必要性と、そこに非法律家である裁判員を関与させた裁判員法の趣旨の関係を、いかに整合的に理解するべきかという問題関心が生じる。

(3) 本稿は、このような関心に基づいて、裁判員裁判における量刑評議のあり方、とりわけ裁判官は法律専門家としてそこでどのような役割を演じるべきかについて考察するものである。その基本構想を先に述べれば、刑の量定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的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取り入れつつ判断すべきだから、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）があるので、両者の性質に応じて異なった取扱いがなされるべきであるということである。[14] そこで、まず前提として、量刑判断の過程、すなわち刑の量定のためにいかなる事項について判断しなければならないのかを確認し（二）、次に、そのなかで何が専門的判断事項で何が協働的判断事項にあたるのかを、各事項の性質および裁判員法の趣旨に照らして考察しながら、若干の関連問題にも検討を加え（三）、最後に、本稿の基本構想を、評議の場においてどのように実践していくべきかを、裁判員法六条の解釈に絡めて論じることとする（四）。[15]

二　量刑判断の論理的過程

量刑判断における専門的・技術的な法的知見を駆使した統一的判断をなすべき必要性が高い領域とそうでない領域を識別するためには、前提として、一定の犯罪事実について有罪であることが決定され、法律上の加重・減軽事由をふまえて処断刑が（場合によっては、任意的減軽による修正可能性を残しつつ）認識された後、具体的な刑量の決定に至るまでに、何が判断されなければならないのかを知る必要がある。これについては、わが国でも、「量刑は、量刑基準の選択、量刑に関する事実認定、総合的あてはめの三種類の行為からなる」[16]とか、当事者が主張した量刑事情について認定、評価したうえで、それらの事情について量刑でいかに考慮すべきかが判断されるといった簡潔な説明があるが[17]、ここでは、量刑判断のプロセスに関しより詳細な整理、分析を行っているドイツの学説を手がかりに、若干の考察を試みる。

(一) 伝統的モデル

この問題について、ドイツでは早くから理論研究が進められていたが、一九六〇年代から八〇年代にかけて現在につながる理論量刑学の基礎を築いたハンス－ユルゲン・ブルンスは、先行研究をベースに、①刑罰目的の決定、②量刑事情の画定、③各々の量刑事情の評価方向の決定、④それらの衡量、そして⑤刑量への数量化という五段階の区分を提唱し[18]、これが現在に至るまでスタンダードとされている。現在最もポピュラーなものの一つであるベルント－ディーター・マイアーによる刑事制裁法の概説書も、本稿の関心にかかわる範囲では、この伝統的モデルを継承している[19]。同書の説明により、その概要を示せば、次のようになる。

第一に、刑罰目的を決定しなければならない[20]。これは、そもそも何のために処罰するのか、複数ありうる刑罰目的の相互関係がどのようなものなのかということが明らかになってはじめて、量刑の基準が得られるという認識に基づいている。ただし、刑罰目的をめぐる議論を、毎回あらためて行わなければならないというものではなく、ドイツ刑法の下では、「責任が量刑の基礎である」とする四六条一項に応じた同じ回答が用意されなければならない。この段階でなすべきことは、具体的な問題への対処のための前提を確認し、また、たとえば「この程度の刑なら被告人は上訴してこないだろう」というような、およそなすべきでない考慮を排除することである。なお、通説によれば、ここでは、いわゆる統合説に基づき、責任刑の枠内において副次的に予防目的を考慮する幅の理論が妥当する。

第二に、関連性ある量刑事情を画定しなければならない[21]。具体的事例に存する多くの事情から、量刑上考慮される事情を抽出し、無関係な要素を排除することが求められる。ここでは、先段階で確定された刑罰目的に照らして、行為責任の程度と予防の必要性にとり意味のある事情に関連性が認められる。なお、行為責任に関連性が

あるのは、不法（結果無価値と行為無価値）および責任（不法を働いたことに対する非難可能性）の程度を特徴づける具体的事情である。

第三に、関連性が認められた量刑事情について、それぞれの評価方向を決定しなければならない[22]。すなわち、各事情が行為者に有利なものか不利なものか、加重的か軽減的かということが問題となる。刑罰目的に照らした判断により、ほとんどの場合にはさしたる困難はないが、その際、一つの量刑事情でも、ある刑罰目的との関係では加重的だが、別の目的との関係では軽減的という意味でのアンビバレンツ（相反価値性）が生じることには注意が必要である。たとえば前科は、行為責任の程度や特別予防の必要性を高めるものであるが、場合によっては犯人の他行為可能性を減少させ、その意味で責任軽減的に働きうる。また、量刑事情ごとに加重または軽減方向のいずれかを決するといっても、「およそふつうの窃盗とはこのような（例：経済的困窮から行われる）場合である」というような意味での「標準事例（Normalfall）」を規範的に仮定することは困難であるから、それを基点として、個々の事情の存在（または不存在）により加重・軽減していくといった作業はなしえず、むしろ、個々の事情が、事例の全体的文脈においていかなる意義を持つのかを問題とすべきである[23]。評価方向の決定とは、その事例の他の諸事情を前提としながら、当該事情の存在（または不存在）によっていかなる帰結に至るかを、刑罰目的を手がかりに考えることである。このような「全体的観察」には、量刑理由を不透明なものにするリスクが伴うものの、個々の事例の特殊性をふまえた全体的なイメージを正しく持つために、それを避けることはできない。

第四に、各々の量刑事情の重要性評価およびそれらの衡量を行わなければならない[24]。ここで「重要性評価」とは、当該事例において、ある事情が他の事情に比べて特に重要なものかといった判断をすることであり、「衡量」とは、それらの事情を相互に関連づけながら評価することである。そこでは、いくつもの加重的事情と軽減的事

情が対置され、比較対照され、それらの序列が決められる。この衡量により、当該事例が、どの程度の重さの段階に位置づけられるのか明らかになる。

第五に、この衡量の結果を刑量に置き換えること、すなわち、当該事例にふさわしい具体的な刑量を、法定刑から選択することが求められる[25]。これは量刑における最も困難な判断であるとされる。ドイツの通説によれば、そこでは法定刑（Strafrahmen）[26]が重要な役割を果たすとされる。すなわち、法定刑は、単に科しうる刑の上限と下限を示すものにとどまらず、様々な重さの犯行をうまく具体的な刑量に結びつけることができるようにするために立法者が用意した、「重さのスケール（Schwereskala）」である。つまり、考えられる最も軽い事例が法定刑の下限、最も重い事例が上限の刑に対応し、その他の事例は、その重さに応じて連続的なスケールとしての法定刑上のどこかに位置づけられることになるので、当該事例の相対的な重さに対応するスケール上の位置を把握することによって、その事例にふさわしい刑量を発見することができるというわけである。その意味で、法定刑は、適切な刑の発見をめぐる立法者と裁判所の分業的共同作業のあらわれであり、裁判官は、立法者の判断を独自の裁量により修正してはならず、前述の作業を通じて立法者の意思を実現しなければならない。その適用にあたって問題となるのは、「中程度」の事例としてどのようなものを想定し、それを法定刑のスケール上のどこに位置づけるかである。この点、考えうる最も軽い事例と最も重い事例の中間にある「観念的な平均事例（gedanklicher Durchschnittsfall）」ないし「規範的な標準事例（normativer Normalfall）」を想定し、それを法定刑の中央値に位置づけ、問題となる事例がそれよりも重ければ法定刑の上方へ、軽ければ下方へという思考方法もありうる。しかし、前述のように「およそふつうの、重くも軽くもない窃盗とはこのような場合である」というような事例を規範的に仮定することはそもそも困難であるから、そのような方法は推奨されない。そこで実務は、実際に最も頻繁に生じる「統計的な通常事例（statistischer Regelfall）」との比較をよりどころとしている。

注意を要するのは、刑事学的観察によれば、多くの犯罪類型について、この統計的通常事例は、法定刑の中心の刑を科すべき観念的な平均事例よりもかなり軽いといえることである。具体的な事例を評価したところ「よくある事例だ」ということであれば、法定刑の中心付近ではなく、下方の三分の一に位置づけるべき場合が多い。

(二) 若干の考察

(1) このように量刑判断の過程を論理的に整理、分析する試みは、各判断事項の性質に応じた取扱いを考えていこうとする本稿にとっても有益なものである。ただ、その内容を仔細にみてみると、右のドイツの伝統的モデルは、少なくとも説明のあり方において若干の修正を要するように思われる。

まず、プロセス全体を指導すべき第一段階の判断内容として、「刑罰目的」のみが挙げられているが、これを文字通りに受け取るべきではない。量刑事情を評価するための一般的原理ないし基準から、処罰により積極的に追求すべき目的以外のものをアプリオリに排除すべきではないからである。量刑基準の中心に犯行の重大性（行為責任）を置くべきことに争いは少ないが、その構成要素である不法・責任概念がすべて刑罰目的の反映であるのかについてすら、学説の理解は一様でない[27]。また、犯行の重大性に応じた責任刑の枠内で修正的に働く副次的目的、とくに軽減方向で働くそれとしては、刑罰目的に還元されない種々の刑事政策的目的を考えることも十分にありうる[28]。そのことを念頭に置くならば、ここでは「刑罰目的」ではなく、「量刑目的」「量刑基準」などとしておくのが適切である。

次に、伝統的モデルの第二から第四段階にかけて、個々の量刑事情について、量刑目的ないし基準に照らしてまずそれが関連性のあるものか否かを決定し、しかる後にその評価方向を決定し、さらにその重要性を評価し、それらを衡量するという区分は、過剰である。関連性の有無は、評価方向や重要性の評価を伴ってはじめて有意

義に判断しうること、[29]評価方向の決定や重要性評価といっても、個々の事情ごとにそれが存在したらプラス何月といった計算をするわけではなく、あくまで事例全体の評価のなかでの位置づけの問題であること[30]からすれば、ここでは、「量刑事情の評価」ということで一体的に把握して差し支えない。他方、ドイツとわが国（本稿）における議論の文脈が異なることからやむをえないことであるが、ドイツでは、量刑事情に関する事実認定は、量刑過程論とは別次元の問題として考えられているようである。わが国で受け入れられやすいモデルを示すという意味では、量刑事情の評価、さらにはその前提となる基準の設定に先行して、「量刑事情に関する事実認定」という段階があることを明示しておくべきであろう。

第五の具体的な刑量決定の段階については、法定刑がそれを可能とする重さのスケールとして機能するという伝統的説明に対する、フランツ・シュトレングらによる批判が重要である。ただ、それは量刑判断のプロセスの段階的区分のあり方それ自体ではなく、その一区分である具体的な刑量の決定の方法論をめぐる争いであるので、ここでは注で議論の概要を示すにとどめ、[31]三㈣において必要な限度でこれを参照する。また、シュトレングは、モデル全体の構成についても、通説である幅の理論によれば、まず行為責任の評価のみを行い、しかる後にその他の目的の考慮を行うことになるはずであるとして、プロセス全体を、犯行の重大性に応じた責任刑の把握の段階と、それに続く予防的考慮による刑量の決定の段階に二分することを提唱している。[32]ゲルハルト・シェーファー元連邦通常裁判所（BGH）判事らによる量刑実務に影響力のある手引書でも、量刑判断のプロセスにおいて、法定刑のなかで責任刑の幅を認識するステップに続いて、予防的考慮のステップがあるとされ、[33]そこで考慮すべき量刑事情に重なり合いがあるとしても、幅の理論によればこれらのステップは右の順序により行われなければならず、判決の量刑理由もそのことを認識させるようなものでなければならないと説明されている。[34]もっとも、わが国では、幅の理論により行為責任と予防の必要性の双方を考慮するといっても、両段階の区分にこだわらな

いのが実務だという評価もあるから、[35] この点には異論もあろう。[36] いずれにせよ、この点は量刑における判断事項の性質に応じて裁判官の判断が優先されるべきか否かを考えていこうとする本稿の関心との関連性は薄いので、深く立ち入らないこととする。

(2) さて、ここまでの考察をふまえると、量刑判断の過程としてはさしあたり、第一に、量刑事情に関する事実認定を行い、第二に、量刑事情の評価に論理的に先行すべき量刑目的ないし量刑基準を設定し、第三に、その基準にしたがって量刑事情の評価および衡量を行い、科すべき刑の抽象的（ないし相対的）な意味での重さを認識し、第四に、それを「懲役○年」といった特定の具体的刑量に置き換えるという四段階の区分をしておくこと分かりやすいであろう。なお、この判断過程は「論理的」なものにすぎないことに注意を要する。実際には、第一段階の事実認定作業の前に、第二・三段階の判断が先取りされ、量刑上関連性がない（から認定も不要な）事情と評価されることもありえないではないだろうし、第二段階の量刑基準論において、対立するいくつかの理解のいずれをとっても当該事案における量刑事情の評価にさしたる影響がなく、あるいは合議体構成員の中でとくに理解の相違がないならば、その点は自覚的には議論されないであろう。[37] あまり抽象的な問題から評議するのは適切でないといった配慮から、まず具体的な刑量について意見を出し合い、それをめぐり議論するなかで、意見の相違が一定の量刑事情の評価の違いに根ざしていることが分かり、遡って量刑目的に議論が及ぶというような展開もあってよい。これらのことは、右段階モデルの妥当性を失わせるものではない。

三　量刑における専門的判断事項と協働的判断事項

二で述べたように、量刑における判断事項には、①量刑事情に関する事実認定、②量刑目的ないし基準、③量

刑事情の評価・衡量、④具体的な刑量の決定という四つのカテゴリーがあるとすると、次に、各カテゴリーについて、裁判官の専門的な法的知見を優先した判断がなされるべきか、非法律家である裁判員との対等な評議による判断が行われるべきかの具体的検討が求められることになる。

(一) 量刑に関する事実認定

1 総説

裁判員法六条一項一号にいう「事実の認定」とは、犯罪事実やその立証のために必要な間接事実、刑の加重減免事由をなす事実など「刑罰権の存否及び範囲を定める事実」をいい、犯罪事実に属しない量刑事情をめぐる事実の認定は、同項三号の「刑の量定」にあたると解されている(38)。もっとも、いずれの事実認定も、判断作業それ自体の性質において異なるところはないから、権限分配をめぐっては同じ取り扱いがなされなければならないところ、いずれも裁判官と裁判員の合議事項とされている。

その趣旨については、次のように理解できよう。事実認定は論理法則と経験則により支配されるものであるところ、それらの認識および適用のためには、非法律家を含んだ一般国民の、様々な社会生活上の経験を通じて獲得された社会常識が大いに役立つ(39)。社会各層から選ばれ、多彩なバックグラウンドを持つ裁判員から、合議体を構成する裁判官にとっての「盲点」を突くような指摘がなされることもありえよう(40)。加えて、事実認定に用いられる経験則は、本質的に法解釈学的な知見とはあまり関係がなく(41)、その意味では裁判官の専権事項とすべき必要性は高くない。もちろん、裁判官は、その職業上の訓練と経験を通じて、正しい事実認定に至るためのスキルを身につけているから、事件ごとに選任され、その裁判だけに関与する裁判員よりも、一般的に判断能力が高いことは認めなければならない(42)。しかし、その能力差は、職業法曹にしか要求できない法解釈学的な知見の有無によ

るものではないから、理念的な意味での判断者適格を左右するものではない。事実認定の場面では、裁判官と裁判員が、評議において相互的コミュニケーションを通じてその有する知識・経験を共有し、不足するところを補い合いながら、適正な判断に至ることが期待されており[43]、それを活き活きとしたものにするためには、両者は理念的に対等な関係にあらねばならないのである。このように考えるとき、罪責問題のみならず、量刑に関する事実認定も、真正の「協働的判断事項」にあたるというべきであり、そのことに異論は少ないであろう。

ただし、評議にあたって、裁判官は、刑事訴訟法またはその趣旨に由来する、事実認定に対する一定の法的制約を、裁判員に理解してもらわなければならない場合もある。それは「刑の量定」というより「訴訟手続に関する判断」の問題であり、本稿の直接の射程からは外れるが、関連問題として、以下の二点を取り上げることとする。

2　不意打ち認定の禁止

まず、当事者主義的な訴訟構造からくる制約として、量刑事情の認定も当事者の主張や訴訟経過を無視してこれをなすべきではなく、公判前整理手続および公判手続を通じて争点とされてこなかった重要な量刑事情について「不意打ち」的な認定をすることは許されない。

この点に関する裁判例として、東京高判平成六年六月六日判タ八六三号二九一頁がある。警察官AおよびBに追い詰められた被告人が拳銃を一発発射したところ、弾丸はAの心臓を貫き同人を失血死させ、Bの左下腿部にも命中し同人を負傷させた。被告人は、Aに対する殺人罪およびBに対する殺人未遂罪で起訴された。起訴状記載の公訴事実は、被告人は「殺意をもって、前記警察官両名に対し……けん銃を……発射し」というものであったが、検察官は釈明等において、Bに対する殺意は錯誤論（いわゆる法定的符合説）の適用を前提とするもので

あることを明らかにしていた。ところが、原判決（横浜地裁）は、「事実関係を仔細に検討すれば」被告人はBにも弾丸が命中することを認識・認容していたものと認められるとして、錯誤論を適用するまでもなくBに対する殺人未遂罪の成立を肯定できるとした。これに対して、本判決（東京高裁）は、Bに対する殺意につき、事実の認識、認容があったとするか、そうではなく錯誤論の適用を前提とするかは「事実関係に重要な差異があること[44]は明らかであり、原裁判所において右のような認定判断をするためには、審理の過程で検察官に釈明を求めるなど」してその点を「争点として顕在化させる措置等がとられる必要」があり、それを怠った原判決には訴訟手続の法令違反があるとした。この裁判例は、「有罪・無罪とは関係がなくとも、情状との関係で意味のある、犯罪事実に関する……不意打ち認定が被告人の防御権の不当な侵害に当たり得る場合のあることを明らかにしたもの」と評されている[45]。

方法の錯誤が問題になるような事案は実務上稀であろうが、量刑に関する事実認定に裁判員が加わると、重要な量刑事情をめぐって、裁判長が想定していたものとは異なる心証が合議体構成員によって抱かれるという事態が、これまでよりは生じやすくなるだろう。裁判長としては、その可能性を念頭に置いて手続を進めるべきであるが、たとえば評議の段階になってはじめて裁判員から「検察官の冒頭陳述は、本件犯行を激情犯だとしているが、真相は金目当ての計画的犯行ではないか」などと指摘された場合、その心証の正しさ自体とは別に、なんの手続き的な手当てもなく唐突にそのような認定をすることは許されないことを説明しなければならない。

3 「疑わしいときは被告人の利益に」の原則の妥当性

(1) 次に、量刑事情の認定において、「疑わしいときは被告人の利益に」の原則（以下、「利益原則」）をどう考えるかという問題がある。たとえば、①裁判所は、被告人が単独で犯罪の実行行為を行ったことについて確信で

きるが、その背後に指示を発した第三者（共犯者）がいることが窺われ、もしそうであれば犯情が軽いと評価されるべきであるものの[46]、そのような第三者の指示の存在について確信を持つことまではできないという心証を抱いたとしよう。この場合、量刑事情の認定についても利益原則が妥当し、検察官が挙証責任を負っているとすると[47][48]、被告人に有利な第三者の指示による犯行である旨の合理的疑いを理由に、そのような事実と扱って量刑することとなる。裁判例にも次のようなものがある。㋐東京高判平成四年一〇月一四日判タ八一一号二四三頁は、被告人が、実兄との共謀に基づき、コンビニ強盗を実行したとして起訴されたが、裁判所は、共謀を否定する実兄の供述も虚偽と断定しがたく、単独犯行と、実兄との共謀に基づく共同正犯のいずれの可能性も否定できないとの心証を抱いたという事案について、単独犯と共同正犯の択一的認定が許されるとしつつ[49]、さらにその場合の量刑について次のように判示した。そのような「認定をした場合には、単独犯と共同正犯の各事実について具体的な犯情を検討した上、犯情が軽く、被告人に利益と認められる事実を基礎に量刑を行うべきであ」り、当該事例では、「共同正犯の事実の方が犯情が軽く、被告人に利益と認められるので、この事実を基礎に量刑を行うこととなる」。「共同正犯であるかもしれないという合理的疑いがあるにもかかわらず、被告人に不利益な単独犯の事実……を基礎に量刑をして被告人を処罰するのは、『疑わしきは被告人の利益に』の原則に反するといわざるを得ない」。また、㋑札幌高判平成五年一〇月二六日判タ八六五号二九一頁の事案では、暴力団幹部間の確執に絡んだ殺人未遂の単独犯の訴因で起訴された被告人が、最高幹部の命令の下にその配下の組員から拳銃の調達を受けて実行に及んだものであると供述した。原判決（旭川地裁）は、この供述の信用性は高いが、それを十分に担保する証拠はなく、他方、最高幹部らの関与を否定する証拠も完全には排斥できないとの心証を抱き、罪となるべき事実としては起訴事実の通り認めながら、最高幹部らが「関与していたとの疑いを払拭することができない以上、かかる被告人の刑責に直接影響を及ぼす量刑に関する事実については、検察官が立証責任を負担している

ことに鑑み、量刑事情においては被告人のために有利にしんしゃくするのが相当である」とした。これに対して、本判決（札幌高裁）は、被告人単独の犯行とする起訴事実については合理的な疑いがあるから共同正犯を認定すべきであるとしながら[50]、量刑判断については、原判決のそれを首肯できるから、その認定の瑕疵は判決に影響を及ぼすことが明らかとはいえないとした。さらに、②量刑事情としての犯行動機をめぐる事実認定が問題になった裁判例として、東京地判昭和六〇年三月一三日判時一一五四号三頁がある。その事案では、古美術店の従業員である被告人による店長の殺害について、検察官は、被告人の捜査段階の自白に基づき、男色関係のもつれによる激情犯として起訴した。しかし、裁判所は、「被告人の動機に関する自白は虚偽であると断定することもできないし、また、逆に……信用性を肯定することもでき」ず、金欲しさや金銭関係のトラブルなどのいくつかの可能性も否定できないが、それらのいずれとも断定できないとして、罪となるべき事実では犯行動機を認定せず、量刑にあたって、「男色関係のもつれによる憤激が犯行の非計画性、非利欲犯性……等の面で被告人に最も有利であると解されるので、『疑わしきは被告人の利益に』の原則に則り……被告人の自白通り男色関係の拒絶を切掛けとした〔被害者の〕言葉に被告人が激高してなした激情犯であると扱って、量刑すること」とした。

(2) これらの裁判例に対し、原田判事は、批判的な見解を主張されている[51]。判事は、前記①の類型では、第三者の指示にしたがったとの事実を積極的に認定できないのだから、それに基づく軽い量刑を採用すべきでなく、他方で検察官の主張する事実の認定もできずそれに基づく重い量刑もできない以上、結局、そのような事実があった蓋然性を前提に、「前者より重く、後者より軽い範囲内で」、すなわち共犯者の有無により絞りを働かせずに、他の事情により量刑すれば足りるとされる。また、前記②の場合についても、「動機のうち、被告人に最も有利であるものに基づいて量刑を行うべき必然性はなく、証拠上絞ることのできる動機のうち、最も犯情の重いもの及び最も犯情の軽いもののいずれも認定できないのであるから、前者に基づく重い量刑と後者に基づく軽い量刑

の間で諸般の事情を考慮して量刑を行えば足りる」、すなわち「動機の面で量刑の範囲を絞ることができない」だけであると主張される。この見解は、量刑事情（犯情構成事実）の認定にあたって、利益原則を妥当させず、被告人に有利にも不利にも、裁判所が確信できる範囲で事実を認定し、それ以外については「不明」であることを素直に認めて量刑上有利にも不利にも考慮しないものと解される。

しかしながら、この見解には疑問がある。量刑事情の認定に利益原則を妥当させなくてよいと解する理由について、原田判事は明確に述べられていないが、それがいわゆる挙証責任をめぐるルールであるという発想が背景にあると推測される。すなわち、犯罪事実（正確には、刑罰権の存否およびその範囲を類型的に画する要件事実）について、自由心証を尽くしてもその存否につき真偽不明ということになると、有罪であるとも無罪（ここでは「無実」）であるともいえず（ないし適用すべき法令が確定できず）裁判が不可能になってしまうから、その場合にいずれの当事者に不利に認定するかという挙証責任の所在を決めなければならず、そこで利益原則が登場し、検察官に負担させることになる。これに対し、量刑は、ある事情が不明のままでも、それを有利にも不利にも考慮せずに、認定できた他の事情により判断でき、裁判不能にはならないのだから、挙証責任を観念する必要がなく、したがって利益原則も問題にならないという論理である[52]。しかし、刑事裁判における挙証責任は、必ずしも、要証事実の存否不明の場合の「裁判不能の回避」という文脈でのみ問題とされるべきではないように思われる。むしろ本質的なのは、最も峻厳な人権制約である刑罰については、それを科す国の側でその根拠となる事実を確実に認定しなければならないという考慮[53]であり、検察官が挙証責任を負うのはその反映にすぎないと解すべきである[54]。特定の事実の有無によって刑の軽重が左右されるという具体的状況――そのような状況でなければこの問題は生じない――の下で重い方の刑を科すのであれば、それを行おうとする国の側で、その根拠となる事実関係を確実に認定する必要があるはずであり、そうでなければ部分的な嫌疑刑の謗りを免れないであろう[55]。したがって、

前記①の類型では第三者の指示による犯行と扱って量刑すべきであるし、[56] 前記②の裁判例の処理は適切であったというべきである。

(3) このように原則論に忠実な理解に立つときに困難をきたす場合としては、次のような事例が考えられているようである。たとえば、原田判事は、③被告人が手続を通じて一貫して黙秘しているなどの事情で、犯行動機が何であるのか全く不明であるというときに、利益原則を無制限に適用すれば、考えうる最も有利な動機を前提に量刑しなければならなくなって非現実的であり、むしろその場合は、動機の点を考慮しないでその他の事情により量刑するほかないとの認識を示されている。[57] たしかに、被告人に有利な量刑事情についてその不存在につき検察官に挙証責任があることを理由に、およそ抽象的に可能性がある限りであらゆる事実について立証ないし調査を尽くさなければならないと解するのは不合理であろう。[58] しかし、それは罪責問題における犯罪成立阻却事由（や刑の減免事由）について、それらの存在を窺わせる具体的事情がないのに、積極的に立証ないし調査をしてその存在を否定しないと（刑の減免のない）有罪判決ができないのは不合理であるというのとパラレルな問題であって、同様の理論的対処がなされれば足りる。[59] すなわち、被告人に有利な事情については、被告人側の主張・立証などを通じて、それらが具体的に争点として浮かび上がってきた場合にのみ、立証ないし調査を尽くす義務が生じるというべきであって、その反映として、被告人側には通常、具体的で、ある程度合理性のある主張・立証活動により、当該量刑事情の有無を争点化する負担（証拠提出ないし争点形成の責任）が課されると解すべきである。[60] とすれば、右の③の場合には、被告人に有利な具体的動機が争点化されていないことを理由に「動機不明」の事案として量刑することが許される。そのために、利益原則の妥当性自体を否定するという「大なた」を振るう必要はないのである。

また、この問題について原田説を支持される木山暢郎判事は、④同種前科多数の覚せい剤自己使用事件[61]の被告

人が、「二年前の出所以来、起訴された本件が初めての使用である」と述べている場合に、「今回の使用状況等からそのような話はにわかに信じがたいが、かといって日常的に使用していたとまで認めるに足りる証拠はない」として、常習よりは軽く出所後初めてよりは重く量刑するといった処理は、裁判官なら誰しも体験しているだろうと述べられている[62]。しかし、「①久しぶりとも思えない使用状況と②過去の使用歴並びに③覚せい剤の強度の習慣性といった諸事情が、そのような処理を支えてくれているという直感・確信があ」るということであるならば[63]、「出所後初めての使用との弁解は虚偽である」という限度では確信できているということではないだろうか。逆にいえば、経験則上そのようにいえる限りで前記処理は正当化されるというべきであり、使用状況、出所後の生活状況、出所後の期間、前科の数などに照らして、出所後初回の使用であるとの弁解が不合理として排斥できないのであれば、それを前提に量刑しなければならないと考える。

この量刑事情と利益原則の問題については、自覚的な議論が少なく、実務におけるサイレント・マジョリティがどこにあるのか把握しにくい面もある。裁判官は、それが問題となりうる微妙なケースでは、合議のうえ方針をはっきりさせ、それを裁判員に明快に説明することが求められよう。

(二) 量刑目的ないし基準に関する判断

(1) 量刑の基礎となる事実関係が明らかになったとしても、それをどのような理論的方針の下に評価するのかを知らなければ、量刑判断をすることはできない。この量刑目的ないし基準にかかわる問題としては、たとえば、量刑における行為責任主義の役割（それは量刑の「基礎」をなすか、それとも予防の必要性に応じて量定される刑の「上限」を画するにすぎないか[64]）、それを基礎づける刑罰目的および犯行の重大性の評価基準としての不法の実質的内容[65]、責任刑の幅の内部での予防目的の考慮のあり方[66]といった類が考えられる。量刑の大きな枠組みの問題とい

ってもよいが、「責任に応じた刑と特別予防的考慮等による修正」というようなまさしく大枠の問題だけでなく、必要に応じて、たとえば、不法評価の内容をなす結果の程度は、当該構成要件の規定する結果の重さだけで評価されるのか、それに伴う実質的被害（構成要件外結果）をも含めて評価されるのか[67]、弁識・制御能力の減退は（狭義の量刑上の）責任評価にいかに影響するか[68]、被告人の年齢、健康状態等の主観的属性は量刑上どのような意味を持つか[69]、被害者の量刑理論上の位置づけをどう考えるか[70]といった各論的問題への対応をめぐる理論的な方針の決定も、やはりこのカテゴリーに属する。

(2) これらの問題は、いずれも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から[71]、罪責問題に関する「法令の解釈」と同質的なものであり、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て、統一的な解決を与えられるべき必要性がきわめて強い。したがって、本質的に、それを行う能力が制度的に担保されている職業裁判官の判断が優先されるべき「専門的判断事項」に属するといわねばならない。

学説においても、「量刑論は錯綜しており、犯罪論と量刑論の関係、犯罪論以外の諸要素の量刑への影響、量刑における責任概念、予防と責任の関係など、いずれについても定説はない[72]」といわれているが、裁判員は、右の諸問題について、それぞれの価値観に根ざした多様な意見を持つことであろう。たとえば、「あくまで結果応報主義をとるべきであり、精神不安定や飲酒により被告人の弁識・制御能力が減退していたとしても、およそそのことを刑を軽くする方向で考慮すべきではない」とか、「特別予防的考慮による刑の軽減にはそもそも反対だから、被告人が若年であり可塑性があるからといってそのことに配慮すべきでない」といった意見は十分予想される[73]。あるいは、内外の学説の一部でいわれているように、犯行に対する責任がいかに重大でも、特別予防の必要性がなければ執行猶予でよいとか、犯情評価においては行為そのものの悪質さが問題であり、偶然の産物であ

る結果の重大性は考慮すべきでないとの意見があってもおかしくはない。しかし、これらの意見が仮に国民の（少なくとも一部の）理性的感覚を反映したものであるとしても、そのこと自体は重視されるべきではないだろう。そこでは、現行刑法および周辺法領域の全体的なあり方ならびに刑法理論等の状況等を踏まえたうえでの解釈学的な判断が行われなければならない。もし裁判官が、右の裁判員の意見を刑法解釈学的に採用しえないと判断したならば[74]、それらは、評議において対等な議論の俎上に載せられるべきものではなく、教示ないし説得の対象とされなければならない[75]。松本時夫元判事は、実務で妥当しているわけではない一面的な刑罰観を持った裁判官をおそらく念頭に置きつつ、「刑の決定が裁判官の個々の刑罰観に基づいて行われるものであってはならない」と述べられているが[76]、そのことは、裁判員を念頭に置いて、あらためて強調しておく必要がある。

なお、この点に関し、量刑における行為責任主義を「法的な量刑基準」と解するならば、それは「法令の解釈」の問題となるから裁判官の説明に裁判員が従うことが義務づけられるのに対し、「量刑裁量権の行使の指針」と解すれば、「刑の量定」の問題となるので評議の中で裁判官の意見ないし参考として説明されるにすぎないとの見方も示されている[77]。しかし、本稿は、量刑裁量の指針であるとしても、その実質にかんがみ刑法解釈学的な判断が行われるべき事項については、裁判官の判断が優先されるべきと考えており、右のような図式には賛同しない（それを裁判員法六条の解釈にいかに反映させることができるかについては、四で述べる）。

(三) 量刑事情の評価

(1) このように量刑の一般的原理について裁判官の判断が優先されるべきことを強調していくと、それに基づいて行われる量刑事情の評価方向や重要性の判断（ないしそれらを総合した事案全体の評価）についても、同様に考える方向性にも至りうる。適切で安定した評価を行うためには、その前提となる評価基準の内容ないし趣旨を

十分に理解していることが必要だからである。たとえば、「量刑の基礎となる犯行の重大性（行為責任）は、行為の目的や行為態様の悪質性、結果の程度、それらについて行為者を非難できる程度などに照らして評価する」という考え方について、合議体を構成する裁判官らは、目的や行為態様の悪質性といってもそれは法益に対する危険性の程度やその保護との合理的関連性といった見地から評価されるべきであり、単に「卑怯だ」「陰険だ」といった感覚的評価が問題なのではないとか、結果の重さは当該構成要件によって保護されている利益侵害の程度により測られるべきで、「自分の親類縁者に迷惑をかけた」「世間をお騒がせした」といったあらゆる悪影響をすべて結果とみるわけではないとか、責任能力を失わせるほどではないが一定程度の弁識・制御能力の低下が認められれば、それ相応に責任（刑）が軽減されるといった理解をしていたとしよう。右の犯行の重大性に応じた処罰という考え方を表面的ないし形式的に知っているだけで、その内容についての具体的理解を共有しない者が事案を評価すれば、本来であれば帰結されないはずの評価（およびそれを反映した量刑意見の形成）に至るおそれがある[78]。そうした事態を避けるためには、量刑目的ないし基準の内容およびそれがいかなる理論的背景の下に定立されているのかを熟知しているべき裁判官自身が、それに基づく評価まで行うことが、最も安全であり、推奨に値するというのも、一つのありうる方向性ではある。

(2) しかし、この理解は、裁判員法の趣旨、とりわけそれが目指す「協働」のイメージと整合的ではなく、ここでは採りえないものであるように思われる。そのことは、罪責問題に関する「法令の解釈」と「法令の適用」をめぐる権限分配のあり方およびその趣旨を考えれば明らかになる。

そもそも法令の解釈と適用の間に明確な境界線を引くのが困難な場合は少なくない[79]。しかし裁判員法は、あえて両者を区別し、法令解釈については、専門的で複雑な法律判断を要し、法的安定性の見地から統一的な判断を確保する必要があるので、裁判官のみの合議事項とし、法令適用については、①法令の解釈ほどの専門性・技術

性は必要でなく、②むしろそれは裁判員も関与する事実認定と密接な関係にあることを理由に、裁判官と裁判員の合議事項とした[80]。

この法令適用に裁判員も関与することとされた趣旨のうち、事実認定との密接な関係（前記②）については、自然に納得がいく。法令解釈とは、「法令を具体的事案に適用するに当たってその意味内容を客観的かつ具体的に明確化すること」をいい、たとえば、殺意とは「人を殺すことを認識、認容していること」をいうとする判断や、強盗罪における「暴行」は「被害者の反抗を抑圧するに足りる程度」でなければならないとする判断がそれにあたるとされる。法令適用とは、「法令の規定を、個別的、具体的に特定の人、地域、事実、事項等について発動し、作用させること」であり、「法令の解釈を尽くした後の法律要件に対する認定事実の当てはめ」がこれに含まれる。たとえば、人を殺すことの認識・認容の有無を、当該事案における創傷の部位・程度、凶器の種類・用法などの間接事実の積み重ねによって判断することや、ある状況下において手拳で数回殴打するといった特定の暴行が「反抗を抑圧する程度」に達しているかどうか判断することがそれにあたる[81]。具体的な事例において行為者が被害者の死亡する可能性をどの程度認識していたのか、特定の暴行がどの程度被害者に抑圧的に作用するものであったのかという事実の認定と、当該認識の程度が殺意を認めるに足るだけのものであるのか、当該抑圧的作用が「反抗の抑圧」として強盗罪を成立させるに足りる程度のものであるのかといった事実の評価は、相互に絡み合ったものであり、両者の境界を認識することは困難である。その意味で、裁判員に有罪・無罪をめぐる事実認定の権限を付与するのであれば、法令の適用権限とワンセットでなければその意義は損なわれる。むしろ、たとえばどの程度の暴行であれば一般人は反抗を抑圧されるかという判断は、社会一般の常識的感覚を離れて考えることのできないものであり、その意味では裁判員の関与に積極的なメリットを見出すことが可能である[82]。

これに対して、法令の適用についてはその解釈ほどの専門性・技術性は必要ないとの指摘（前記①）の妥当性は、慎重に検討されなければならない。たとえば、裁判官が示した「定義」を事例にあてはめればよいだけだから、専門的知識のない者にも容易になしうるというような理解に立つとしたら、安易にすぎる。一例を挙げると、被告人が被害者の前でナイフを示して、「金を出さないと殺すぞ」と脅迫したが、被害者がひるまないので強盗を諦め、逃走しようとしたところ、被害者から追いかけられ、これを振り切るためにナイフで刺し、死傷させた事件があったとしよう。強盗致死傷罪（刑法二四〇条）の致死傷の原因行為について、判例は、「強盗の機会」に行われた暴行等であることを要し、それで足りるとしているから[83]、裁判官は法解釈としてその旨を示し、右事実関係へのあてはめを裁判員に求めることになる[84]。この場合に、ある裁判員から、「被告人は、刺した時点ではすでに強盗の意思を失っているので、『強盗の機会』ではないと考えます」という意見が出てきたとしよう。しかし、これは評議において対等な議論の俎上に乗せられるべき一意見というよりは、「強盗の機会説」に関する無理解によるものとして、教示の対象というべきであろう。同説の背景には、強盗致死傷の原因行為を強盗の手段としての暴行等に限定すると、窃盗に着手した犯人が、逮捕の免脱等の刑法二三八条所定の目的で暴行等に出れば事後強盗罪となり、被害者を死傷させれば強盗致死傷罪が成立することと均衡を欠くとの配慮があるわけであるが[85]、右のあてはめはその趣旨を逸脱しているからである。このように、正しい法適用を行うためには、その前提となる法解釈を形式的に知っているというだけではなく、当該解釈の趣旨、つまりその要件ないし概念がどのような実質的考慮を背景として成り立っており、いかなる方針の下に運用されるべきものであるのかを理解している必要がある。したがって裁判官は、法令上の要件等についてその「定義」を示すだけで足りず、事案の内容および裁判員が表明した意見ないし疑問から、問題となる文脈を読み取って、それに応じた具体的説明を加えることが求められるのである[86]。法令適用に、専門的・技術的判断を期待しえない裁判員も関与することとされたこ

との趣旨は、このことを十分に認識したうえで理解されなければならない。すなわち、法令の適用も、専門的・技術的な法解釈学的知見と密接な関係を有しており、法律の非専門家である裁判員を関与させることにより、法解釈の趣旨を没却する不適切な判断が行われるリスクはある。しかし、裁判員法は、裁判官と裁判員が合議体内部で相互的コミュニケーションを交わすことができる環境を前提に、法令解釈について裁判官の専権事項とし、その実質的趣旨を、問題となる文脈に応じて具体的に裁判員にも浸透させることを可能とし、そうして上記リスクを最小限に抑えたうえであれば、一般国民の常識的感覚を採り入れるメリットを活かせると考えたのである。これが、法令解釈と適用をめぐる「協働」について本稿が抱くイメージである。

(3) そして、このようにみてくると、量刑判断における量刑目的ないし基準の設定と、具体的な量刑事情の評価の間には、法令の解釈と適用の関係に似た関係があることに気づかれるであろう。

前述のように、量刑の一般的原理は、刑法理論等に関する専門的知見に基づいて、解釈学的判断によりその内容を決せられなければならないものであるから、罪責問題にいう「法令の解釈」と同質的である。それに対し、量刑事情の評価は、解釈学的判断により導かれた基準を、具体的な事情にあてはめることが問題になるという意味で、「法令の適用」と同質的である。したがって、前述した法令解釈と適用をめぐる「協働」のイメージが、ここでも基本的に妥当する。すなわち、量刑事情の評価も、その前提となる目的ないし基準を単に表面的・形式的に知っているだけではなく、その理論的背景を含めて実質的趣旨を理解していないとうまくなしえないものであるから、法律の非専門家である裁判員には荷が重い面もないわけではない。とりわけ、個々の事項ごとに要件事実とその判断基準を整理・確認しやすい罪責問題と比べて、量刑評価の前提となるのは、多くの実質的考慮が組み合わさった複雑な判断枠組みであるから[87]、その大枠だけを形式的に示し、または考慮すべき要素を単に並列的に列挙して、事案の具体的評価を各自の判断に完全にゆだねてしまえば、量刑基準の実質的趣旨にそぐわない

評価に至るリスクは小さくない。しかし、裁判員裁判では、合議体内で相互的コミュニケーションを図りながら、たとえば犯行の重大性が量刑の中核的基準とされることの理論的背景、それを反映してどのような方針で重大性を評価すべきかといったことをめぐる裁判官の認識・理解を、問題となる具体的文脈に応じて、同時並行的に裁判員に説明することが可能であり、そうであれば、裁判員も十分にその職責を果たすことが可能である。いいかえれば、量刑事情（およびその総合としての事案全体）の評価の判断は、それに論理的に先行する量刑目的ないし基準を裁判官が設定し、その実質的趣旨を合議体の構成員全員に浸透させることを前提条件としたうえでの「協働的判断事項」にあたるというべきなのである。裁判官は、このことを十分に理解したうえで評議に臨み、裁判員に、量刑基準の実質的趣旨を理解させ、それに沿った判断を一緒に行うことを目指さなければならない。

このような理解に対しては、裁判官の「指導」により裁判員の自由な意見形成が損なわれてしまい、一般国民の感覚を生かそうとした趣旨に反するとの懸念もあるかもしれない。しかし、量刑目的ないし基準の内容について裁判官の選択した一定の立場を前提とするときも（それがよほど極端なものでない限り）、裁判員の自由な意見形成の余地は実はかなりある。たとえば特定の構成要件的結果の重大性を判断するにあたって、それが被害者の生活にどの程度の影響を与えるものなのか、会社を突然解雇され家族にも逃げられ精神不安定に陥ったゆえの犯行であることにどの程度酌むべきものがあるのかといったことは、非法律家を含めた社会一般の常識的感覚を参照しなければ評価できないであろう。こうした局面では[88]、裁判員の関与に積極的なメリットを見出すことができるのであり、裁判官も、そのことをよく認識したうえで、裁判員から十分に意見を引き出しつつ、対等な立場で議論することを心がけなければならない。

㈣ 具体的な刑量の決定

以上を経て、量刑事情およびその集積としての事案の評価を行なう作業が終了すると、当該事案で科されるべき刑の抽象的な意味での「重さ」を認識することができる。しかし、当然のことながら、裁判所は、有罪判決において、「本件はきわめて重い刑に値する」「比較的軽い刑でよい」といった抽象的な評価にとどまることはできず、「懲役○年○月」「罰金○円」といった特定の具体的な刑を言い渡さなければならない。このように、量刑事情の評価の総合により認識された抽象的・相対的な重さを、具体的・絶対的な刑量へと置き換える段階は、量刑過程において最もつかみどころのないものである[89]。この段階が「専門的判断事項」と「協働的判断事項」のいずれの色彩を強く有するかは、そこに「法規範ないしそれに準じるものの解釈」の性質を持つ判断が含まれているのかにかかっている。

1　法定刑の意義――いわゆる量刑スケール論について

(1)　まず検討する必要があるのが、量刑における法定刑の意義である。すなわち、それが、刑の重さの数量化にあたってその上限と下限を定めるにとどまらない何らかの規範的指示を発しているというのであれば、その内容を解釈し、裁判員にその遵守を求めることは、法律専門家として裁判官の役割ということになろう。その限りで、この段階も「専門的判断事項」の性質を帯びることになる。それに対し、法定刑の規範的性格は、刑の外枠を定めることに尽きているというのであれば、そのようなことはいえない。具体的には、法定刑に、いわゆる量刑スケールとしての意義を認めることができるかが問題である。量刑スケール（としての法定刑）論とは、法定刑を、刑の上限と下限を定めるにとどまらず、当該犯罪の段階的な重さの事例にどのような刑で臨むべきかに関する立法者の指示をそこから読み取れる、連続的なスケール（尺度）として捉える見解をいう。それは、量刑の分野において、罪刑法定主義の民主主義的要請ないし立法による司法のコントロールを徹底しようとするもので

ある。いいかえれば、いかなる行為を犯罪とし、それにどのような刑で臨むかは、本来立法で決めることが理想であり、したがって裁判所の量刑判断も、その裁量権に基づくというよりは、立法者の意思を事案に応じて具体化する作業であるという発想に基づいており、基礎理論的な見地からは、一定の魅力がある。

しかし、最近のわが国の議論では、この量刑スケール論に批判的な見解が支配的である[90]。というのは、この理論を単純に適用すれば、事例の相対的な重さ（たとえば、当該罪として最も軽い事例から最も重い事例までを五段階に区分したときの三段階目）を把握し、それに対応する法定刑上の位置（法定刑の下限から上限までを五段階に区分したときの三段階目）にある刑（法定刑が「懲役五年以下」であれば、懲役三年）を見出せばそれで科すべき刑を認識できるということになるが、これは現実離れしている。量刑分布のピークは一般に法定刑の下限付近にあり、強盗罪や強盗致死罪など、法定刑の下限を下回る量刑が多数を占める犯罪類型すらあり、一部の罪種を除いては、かなり重い事例であっても、上限の刑が言い渡されるのは異例である。また、この理論によれば、法定刑が加重されれば自動的にあらゆる事例の量刑が一定程度引き上げられるということになるはずであるが、それも明らかに不当である。そもそも法定刑は、犯罪の軽重に対する厳密な考証を経て作られたものではないのであり、事例の重さを法定刑の段階に機械的にあてはめて結論を出すというようなことを立法者は予定していないとの理解が主流である。

(2) もっとも、これらのことを踏まえつつ、補足説明ないし修正を加えることで、量刑スケール論を維持することも不可能とまではいえないかもしれない[91]。まず、ピークを法定刑の中ほどに持つ正規分布を想定する単純なモデルは、量刑スケール論の一つの――非現実的ないし不当な――あり方にすぎない。この理論のオリジナルであるドイツの通説的理解では、刑事学的観察によれば、統計的に頻繁に生じる事例は、法定刑の中ほどに位置づけられる観念的な平均事例よりもかなり軽めの事例であり、したがって「よくある事例だ」ということであれば

法定刑の下限から三分の一に位置づけられるとされているのである。[92] また、重さの段階の目盛の配置が均等なものであるべきかも問題であり、むしろ刺激に対する人間の一般的感覚（全体の刑期が長くなるほど、一定期間のプラスのインパクトは小さくなり、同程度に「重さ」を増すためにより長い刑期をプラスしなければならなくなる）を踏まえれば、目盛は下限付近では密であるが、上限に近づくほど粗になっていき、したがって量刑スケールの中央値は下限から四分の一に位置づけられるとの指摘もある。[93] このほか、法定刑は、単に量刑を規制するにとどまらず、当該の罪名に対して一般人の抱く典型的なイメージ――強盗罪を想起すれば分かるように、一般人は、犯罪といえば、現実には比較的稀な、およそ酌むべき事情のない悪質な犯行を念頭に置く傾向がある――を前提に、それに対する評価を明示する機能もあること、[94] あるいは観念的競合や併合罪の場合の処断刑の加重の程度が控えめであることに応じて、法定刑を一罪の場合に予定する量刑分布よりも高めに設定しておく必要もあること[95]などからすれば、立法者は、その下限付近にピークが来る変則的な量刑スケールとして法定刑を構想したのだと解することもそれなりに合理的である。加えて、犯罪行為により侵害される利益や刑罰により剝奪される犯罪者の利益の価値に対する評価をめぐる社会情勢の変化、技術的理由により同一の法定刑を設けられている複数犯罪相互の関係、当該刑罰法規ないし法定刑の立法理由ないし趣旨（たとえば、従来の法定刑の上限で対応できなかった特に重い事例に対処するための法定刑引き上げであり、量刑水準全体を引き上げる趣旨ではないとの理解）など、理念的な量刑分布の修正を正当化する様々な要素がありうるとすると、[96] 罪種により様々な形をとるいびつな量刑分布を、「解釈により修正された量刑スケール」の適用によるものだとして「合理的に説明」することは、[97] 理論的にはさほど困難なことではない。

しかしながら、そのような多くの修正可能性があるとなると、量刑スケールとしての法定刑は、現実には、刑量決定を指導する規範的機能をもはや喪失しているのではないかとの疑問が湧く。すなわち、このように複雑に

修正されたスケールは、現実には、個別の量刑の妥当性と離れてその内容を認識することはできないのであり、そうすると、その指示にしたがって妥当な刑を導き出しているというよりは、他の手段により当該事案で妥当と考えられた刑を、「修正された量刑スケールの指示によるものである」と後から説明しているにすぎないように思われるのである。とすれば、量刑スケール論に固執することは、立法による司法のコントロールの徹底に「名目上」こだわっているにすぎず、その意義はあまり大きくないと考えられる。

(3) 法定刑が、犯罪の軽重とそれに対応する刑のあり方をめぐる立法者の意思を「きわめて大まかに」体現しており、それに明らかに反するような刑量水準を許さないという意味での「ささやかな」規範的指示を発しているという程度のことはいえるだろう。たとえば、「故意で人を一人殺した以上は、いかに酌むべき事情があったとしても死刑を原則とすべきである」というような主張は、殺人罪の「死刑又は無期若しくは五年以上の懲役」という法定刑にあらわれた現行法の態度に明らかに反するし、「強姦は『魂の殺人』であるから、その科刑水準は生命犯と同程度にすべきである」との主張も、強姦罪と殺人罪の法定刑のあり方に示された法の意思に反するものとして、対等な議論の俎上に載せられる以前に、規範的・解釈論的な判断においてすでに否定されるべきであろう。あるいは、関連犯罪の法定刑相互の関係などを手がかりとした解釈によって、ある犯罪にあたる事例のうち一定の場合については、その法定刑の中で使用できる領域が限定されるべき場合はありえよう(98)。しかし、それ以上のことを法定刑に期待しても、それは「名目上」のものにならざるをえないのである。そうであるならば、法定刑の規範的性格を理由に具体的な刑量決定の判断を「専門的判断事項」と解すべき程度は、右のような「ささやかな」限度にとどまるというべきである。

2 量刑相場の拘束力の意味と裁判員裁判における位置づけ

(1)　刑量決定の判断に「専門的判断事項」たる性質を帯びさせる「法規範に準じるもの」のもう一つの候補は、実務において量刑スケールとしての機能を果たしてきたいわゆる量刑相場である。[99] それは、定型的に把握しうる中心的な量刑事情により特徴づけられる事例類型ごとに存在する、「この種の事案では、おおむねこの程度の刑が科されてきた」という実務上の量刑水準のことである。熟達した裁判官であれば、自らの裁判やそのための先例調査の経験等を通じて身につけた感覚によりそれを認識できるとされるが、経験の浅い裁判官はそのような能力を有しないから、データベースその他の過去の量刑傾向を知ることのできる資料にあたらなければならない。そのような調査能力もない裁判員は、裁判官からの情報提供と説明を受けることによって、はじめて量刑相場を認識できることになろう。従来の量刑実務は、「同種・同性質・同程度の事案には同程度の刑を科すべきである」という公平の理念に則って、当該事案と同種の事案についての量刑相場を認識し、その幅の中で、非定型的な量刑事情を考慮して刑を微調整しながら、最終的な宣告刑を決めてきた。[100] ただし、この量刑相場はいったん形成されれば動かないものではなく、社会情勢の変化などによって変動しうるものであるし、現にこれまで変動を経てきている。

　この量刑相場の性質について議論がある。もしそれが法規範ないしそれに準じたものであるとしたら、当然、裁判官は、法律専門家として、その内容を認識し、裁判員に遵守させる役割を担うことになり、その意味で具体的な刑量判断は「専門的判断事項」としての色彩を強く帯びることになろう。しかし、実務上、それは「相場にすぎず、適切な量刑を行う上での手掛かりにすぎないから、量刑相場に反する適切な量刑はいくらでもある」[101]とか、「法律の定めではない以上、裁判員（を含めた裁判体）は、いかなる意味でも量刑基準（ここでは量刑相場の意）に拘束されることはない」[102]と述べられるなど、量刑相場は規範的ないし法的な意味での拘束力を持つわけではないとの理解が一般的である。[103]「規範的」拘束力ということの意味は必ずしもはっきりしないが、法規範に準

じたものとして、裁判官に直接に指示を発し、それに対する違反自体が量刑不当を構成するようなものを想定しているのであろう[104]。量刑相場は、その種事案ではそのような水準で量刑されてきたという慣行にすぎないのだから、それに法的ないし規範的な拘束力がないとの理解は、実体的量刑理論の見地からは、正当というほかない[105][106]。

(2) もっとも、問題はその先にある。これまで裁判官らは、右に述べたことにもかかわらず、量刑相場に強く規制されながら刑量の決定を行ってきた。相場に規範的拘束力はないが、「事実的拘束力」はあると考えられてきたのである[107]。裁判官の中には、個人的には、「この種事案の刑の相場は軽すぎる（または重すぎる）」という感覚を持ちながら、相場から離れた量刑をするわけにはいくまいと考え、そのようにしてきた者も少なくないであろう[108]。それは合理的理由のあることだったのか、それとも理由なき先例追従にすぎなかったのかは、裁判員裁判の量刑評議をいかに運用すべきかを考えるとき、実践的な意義を帯びてこよう。裁判官らの議論では、評議において、裁判員に量刑相場を認識させることを可能にする資料（以下、「量刑資料」）を何らかの形で示す必要があるとの意見が支配的であるが[109]、そのなかには、量刑の公平性を重視して、従来の相場をできる限り尊重するスタンスをとるものと、量刑相場に法的拘束力はないことや裁判員制度の趣旨を重視して、相場はあくまで参考資料にすぎないことを強調するものがみられる。最近の議論では、どちらかといえば後者のスタンスを前提に、量刑資料としては、かなり抽象的に把握された事例類型についてどの範囲（レンジ）で量刑されているかをグラフとして示した簡略なものにとどめ、「最も類似した先例」に裁判員が影響されすぎないようにすべきであるとの意見が有力のようである。こうした問題についていかなる態度をとるべきかは、裁判員に相場を認識してもらうことの趣旨ないし目的をどのように理解するかにかかっているが、それは、量刑相場の事実的拘束力と表裏の問題である。

量刑相場の「事実的な」拘束力とは何を意味するのかは、規範的な拘束力にも増して文献上明らかにされてい

ない。そのような内容自体不明確なものは、事実上の基準としても扱うべきではないとの意見もある。[110] しかし、本稿は、これを「判例の拘束力」に準じたものとして理解することができるし、そうすべきであると考えている。[111][112]

成文法主義をとるわが国では、一般に判例の法規範性は否定されている。すなわち、上級審の判断といえども、他事件について法規範的な拘束力を有するものではないから（裁判所法四条参照）、判例に反する裁判をしても、それ自体として直ちに違法だというわけではない。[113] しかし、それにもかかわらず、裁判官は判例を尊重し、これに従うべきであると考えられており、これを判例の「事実上の拘束力」と呼んでいる。問題は、法規範でないものが拘束力を持つ根拠である。つまり、判例は法ではないし、またそれが法の正しい解釈・適用を示しているとの保障もないのだから、各裁判官は、自ら正しいと思う判断をすればよいとはなぜ考えないのだろうか。この点については、法的安定性の見地から説明されることが一般であるが、[114] 中野次雄元判事は、それをさらに掘り下げて次のような説明をされた。[115] すなわち、およそ裁判における判断が国の行為として行われるものである以上、それは、本来誰が担当しても同じでなければならない。しかし、裁判官独立の原則（憲法七六条三項）がある以上、判断の統一を事前の指揮命令により図ることは許されず、現実には、裁判官によって区々の判断がなされうる。そのような場合に備えて、最高裁による統一が制度上予定されており、そこにおいて、国の裁判所としてのあるべき判断が示されることになる。もっとも、翻って考えてみると、もしそうであるならば、すでに下級審裁判所の裁判官の心構えとしても、最高裁がなすであろう、国の裁判所としてのあるべき判断――それは、裁判官個人の支持する解釈とは矛盾するものかもしれない――をすることが目指されるべきである。これは、国の裁判所の一員として判断すべき立場にあることからくる職務上の義務である。そして、ある事項について最高裁判例がすでに存在している場合には、その変更には特別な手続を要し、慎重であるべきことが法律上予定されているから（裁判所法一〇条三号）、一般的には、また同じ判断がなされるであろうという予測が成り立つ。裁判官は、

その職務上の義務にしたがおうとすれば、このような予測の下に、最高裁判例に沿った判断をせざるをえないのであり、それが「事実上の拘束力」の意味である。

さて、判例の拘束力についてこのような理解を前提とすると、むしろそれは、量刑相場には事実的拘束力すら認めないことの論拠になるのではないかとの疑問が湧くであろう。中野元判事の説明によれば、最高裁判例の変更には制度上慎重な手続が予定されていることが、それを、将来最高裁がするであろう判断の予測資料として用いうる理由とされているから、下級審判例には右の意味での事実的拘束力を認めないことが自然に帰結される。[116] とすれば、その多くが下級審（しかも、第一審）のものである裁判例の集積から形成されている量刑相場についても、およそ拘束力など語りえないということにもなりかねない。

しかし、下級審判例には、つねに単なる「参考資料」としての価値しかないのかといえば、[117] そうではないように思われる。この点について考察された小林充元判事は、下級審判例（ないしその集積）に、最高裁判例と同視しうる拘束力を認めうる場合として、①最高裁判例のない分野について、新たな最高裁判例の契機となりうる先例的意義を認めることができる場合、②最高裁判例の持つ意味ないしその示した基準をより具体化する意義を認めることができる場合、③最高裁判例の得られる機会の少ない問題について、実務の趨勢を定着化させる意義を有する場合の三つを挙げられている。[118] 本稿の文脈において重要なのは、③であろう。裁判において判断を要する事項のなかには、事柄の性質上、最高裁によって判断される機会が少なく、それによる統一を図りにくいものもある。しかし、そうした事項についても、裁判所はあくまで国の機関として判断する以上、いつまでも区々の判断を続けることが許されるわけではない。そこで、当該問題が生じてしばらくの間はともかく、それに関する実務の趨勢が定着してきたことが認められるのであれば、それを尊重し、「国の裁判所としてのあるべき判断」として定着させていくことが、裁判官の職務上の義務というべきである。[119]

そして、この理は、小林元判事の見解において念頭に置かれている法律問題に限らず、量刑の問題についても、本質的に妥当するものといってよい。最高裁が下級審判決の量刑を破棄しうるのは、それが「甚だしく不当」であって「著しく正義に反する」場合に限られるから（刑事訴訟法四一一条二号）、最高裁判例に、量刑水準全般についての指導的役割を期待することはできず[120]、それについての判断の統一ないし公平は、裁判例から読み取れる実務の趨勢を尊重することによってしか達成できない。もちろん、法律判断については、他の事件にも直接適用できる通有性が認められる（そのようなものに限って判例として扱われる）のに対し、量刑判断は、あくまで当該事件の事実関係に対するものであり、全く同じ事実関係の事件はありえないから、両者を全く同視することはできない[121]。しかし、定型的に把握しうる中心的な量刑事情に視点を絞り、かつ多数の量刑判断を集積することにより、「この種の事案では大体この範囲で量刑されている」という言明をなすことは不可能ではなく、現にそれゆえにこそ、量刑相場というものが存在してきたのである。それは「その種の事案に対してどの程度の刑で臨むべきであるのか」という問題に関する定着した実務の趨勢であるから、一般的にいって、それを「国の裁判所のあるべき判断」として尊重し、その幅から逸脱しない判断をすべきことは、国の裁判所の一員としての裁判官の職務上の義務であるということになろう[122]。このように、量刑相場の拘束力は、判例の拘束力と――判断対象の個別性の強さに基づく「程度」の差こそあれ――「本質」において異なるものではないと考えることが可能である。

(3) そして、このような理解によるとき、裁判所が、どのような場合に量刑相場から逸脱することができ、あるいはそうすべきかについての基本的な考え方もおのずから明らかになる。

最高裁判例については、将来の最高裁もそれと同じ判断をするであろうとの予測を成り立たせる限りで、事実上の拘束力を有するとされている[123]。「重要なのは、最高裁判例自体ではなく、国家機関としてのあるべき法解釈……にある」[124]ところ、法解釈は確固不動のものではなく、社会情勢の変化等に対応して不断に生成発展すべき性

質を有しているから、判例も変更されうることが予定されている。下級審の裁判官としては、同趣旨の判例の積み重なりの程度（「確立」の有無）、大法廷か小法廷か、反対意見の有無・数、類似問題に関する他の判例との整合性、当該判例に対する批判の多寡、社会感情ないし国民意識の変化の有無など諸般の事情を考慮したうえで、自分が判例に反する判断をした場合に、最高裁も従前の判例を変更し自分の判断を是認することが見込まれるのであれば、そのような判断に踏み切ってよいし、むしろそうするべきだが、その評価は慎重でなければならないといわれている。最高裁判例を得がたい分野に関する下級審判例の趨勢に反する判断をすべき場合、また、それに準じる性質を持つと考えられる量刑相場から逸脱すべき場合についての理解も、最高裁判例の場合よりはゆるやかに解すべきではあろうが、本質的には同じといってよい。すなわち、裁判官は、同種事案に関する量刑相場が、自己の価値感覚に照らして納得しがたいとしても、自己の考える別の量刑水準を、国の機関である裁判所が全体としてしたがうべき統一的な水準として定着させられる見込みがなければ、なお相場にしたがうべきであり、それが裁判官としての職責といわねばならない。相場からの逸脱が許されるのは、裁判官が、当該犯罪の保護法益の価値や規制の必要性に対する（個人的ではなく）社会全体の意識の変化を感じ取り、その方向に裁判所全体の判断を誘導できるという自信を持った場合に限られる。したがって、当該事案の事実関係の特殊性から相場にとらわれない刑を科すことはともかく、正面からそれまでの相場を問題視する含意の下に量刑をなしうる可能性はきわめて限定されており、量刑相場に変動はあっても、それはゆるやかなものだったのである。その意味で、これまで裁判官が量刑相場に（自発的にか、不本意にかはともかく）強く拘束されながら刑量を決定してきたことには、それなりの合理的理由があったと考える。

(4)　そこで、次に検討されるべき問題は、ここまで述べてきたことが、裁判員裁判においてどこまで通用し、あるいはいかなる修正を受けるべきかである。この点、量刑相場による事実的拘束は、裁判官のみならず、裁判

員にも同じように向けられているという大原則をまず確認しなければならないだろう。[125] 彼らは、裁判官と同じく、個人としてではなく、国の裁判所の一員として判断する立場にあるのだから、それに応じた職務上の義務を免れる「特権」が認められるべきではない。[126] その意味で、量刑相場の位置づけは、裁判員裁判においても、「参考にするかしないかも、実は裁判体の自由なんだ」[127]というほど軽いものではないというべきである。各地で行われている模擬裁判では、裁判員の希望を確認したうえで量刑資料を示す扱いと、それを確認することなく示す扱いに分かれており、裁判官らの共同研究では、後者の扱いを支持する見解が多数を占めたとのことであるが、[128] 本稿も後者の扱いに賛成である。裁判員裁判の裁判所は、従来の裁判所との組織的連続性まで失うものではない以上、量刑相場、すなわちそれまで自分達がしてきた判断の傾向を「全く知らず」あるいは「およそ無視して」事件処理にあたることが――結果的にどのような判断に至るかは別論として――許されるべきではない。[129] そして、この量刑相場は、それ自体としては法規範的な拘束力を持たないとはいえ、それに沿った判断をすべきであるとの職務上の義務は、判断者の法的地位に基づくもので法的性格を有するから、[130] 結局、量刑資料を示すなどして、裁判員に量刑相場をよく理解させ、――自分の正当と思う量刑水準であるかはともかくとして――そこから逸脱しない判断をするように働きかけるのは、法律専門家としての裁判官の役割ということになる。そのことに対応して、刑量の具体化の判断は、それ自体としては基本的に「協働的判断事項」であるが、右に述べたことの限りでいわば間接的に「専門的判断事項」でもあるという、いささか複雑な性質を付与されることになるのである。

　このような理解に対しては、事実上「従来の裁判官が形成してきた量刑相場をそのまま維持して適用する」ことになり、「そうであるならば、なにも素人である裁判員に量刑判断を求める意味はない……。量刑相場の追認だけが役割ということにもなりかねない」のではないか[131]との批判が向けられるかもしれない。本稿は、次に述べるように、そのような帰結を是認するものではない。

前述のように、裁判所が量刑相場からの逸脱を許されるのは、自らの考える新たな量刑水準を、同種事案に関する裁判所全体の統一的水準として定着させられる見込みがある場合に限られる。そこで、従来の職業裁判官のみによる量刑制度の下では、（社会情勢の変化を受けてゆるやかに変動しながらも）確固としたものとなっている量刑相場に反する刑を科すべき場合は、著しく制限されていた。これは判例でいえば、すでに同趣旨の判例が多数積み重なり、「確立した」状態になっているようなイメージであろう。そこでは、あるべき科刑水準をめぐる価値感覚についての裁判所の判断の趨勢は、すでに決し、定着しており、それに違反することは、上訴の負担を招くだけの自己満足ないし独善的な態度にすぎないとの見方も可能であったのである。しかし、裁判員制度の導入にあたって、「刑の量定」に、裁判員も関与することとされたことないしその趣旨から、これまでの量刑相場は拘束力が弱められた状態となったということができる。判例でいえば、それまで確立したものと考えられてきた「強い判例」が、関連法制度の改正等により、その妥当性を疑われ、判例変更の可能性も取り沙汰される「弱い判例」に変質しているようなイメージである。量刑決定に裁判員が関与することとされたのは、国の裁判所としてあるべき量刑水準を探るにあたって、裁判官だけが判断するよりも、非法律家である一般国民との協働により判断したほうが、よりよい判断が得られると考えられたからにほかならない。とすれば、これまで裁判官だけの判断の積み重ねにより形成されてきた量刑相場は、――刑事裁判制度の連続性自体が否定されるわけではないから、全く効力を失うものではないとしても――「実務の趨勢」としての拘束性を減弱させられた状態にあると評価すべきである。したがって、裁判員制度施行後の裁判所は、これまでの量刑相場を参照し、それを念頭に置きつつも、裁判所全体としてあるべき量刑水準は必ずしもその通りとは限らないという認識の下に、ある程度は自由な量刑判断をすることが許容されるというべきである。その際には、従来の相場が、それ自体として同種事案に対する評価に見合うものであるかどうかは当然に問題とされようが、それと並んで、関連する別種事案をも視

野に入れた横断的な比較において説得力を有するかという視点も重要であろう。[132] そのために、裁判所としては、裁判員から、関連する別種事案についての量刑傾向を聞かれたときにこれに対応できるよう、柔軟な体制を整えておくべきである。また、模擬裁判の評議では、裁判員から、受刑の作用や行刑の実情、たとえば仮釈放までの見込み期間はどれくらいなのかといったことについて多く質問がなされているようであるが、[133] それも量刑の妥当性を考えるうえで必要な情報であるから、[134] 裁判所は、できる限り正確な知識に基づき回答できるよう準備しておくべきである。そして、前述のある程度自由な判断により、同種事案の量刑の「ばらつき」の程度が、従来よりも拡大したとしても、しばらくの間は、いわば公平維持装置としての量刑相場の拘束力が減弱した状態にあることによる不可避的な影響として、「織り込み済み」[135] といわねばならない。これは、判例の趨勢がまだ決していない、あるいは諸事情により「弱い判例」化している分野において、各裁判所がある程度自由に判断することを認めざるをえず、それに伴い相矛盾する複数の（下級審）判例の並立を認めざるをえないこととパラレルな状況である。

もっとも、「しばらくの間」という表現を用いたことからもわかるように、本稿は、右のような「ばらつき」が拡大された状態を、いつまでも放置しておいてよいと考えているわけでもない。相矛盾する複数の（下級審）判例が並立しているというときに、その状態をいつまでも解消しなくても問題ないと考える者はいないであろう。国の機関である裁判所の判断である以上、同種・同程度の事案に対する刑が区々なものであるべきではないという理念は、裁判員制度の下でも疑いようのないものである。「ばらつき」の拡大は、裁判員の関与した量刑判断を集積させ、「新たな量刑相場」へと発展させる作業を行わなければならないことに不可避の影響として、消極的に認容されているにすぎないのである。したがって、制度の開始後相当の期間が経過して、裁判官と裁判員の協働による量刑判断が集積し、「新たな量刑相場」が徐々に明らかになってきたのであれば、第一審裁判所はそ

れを敏感に感じながら量刑を行い、また控訴審でそれを大きく逸脱する判決を破棄することで[136]、新たな量刑相場の確立ないし定着を目指すべきである。それにつれて、「裁判員裁判の量刑相場の事実的拘束力」が強いものになり、裁判所は、ますますそれを尊重すべきことになっていくであろう[137]。

このような理解ないし展望に対しては、新たな量刑相場の定着後の裁判員は、原則的にそれに従って判断するだけであり、自主的判断の余地が少ないという不満が生じるかもしれない。しかし、量刑相場に拘束されることを前提とするときも、裁判員の参加は、量刑に関する事実認定やその具体的評価の局面では積極的意義を有しているのであるし、また量刑相場自体、一定の幅を持つものであり、その範囲内における微調整（最終的な宣告刑の決定）は、関連性ある情状を考慮しながら、判断者の裁量によりに行うほかないのであるから、その意味でも裁判員の参加が無意味であるなどとはいえない[138]。

新たな量刑相場の形成後も、これまでと同様、社会情勢の変化などによる相場の変動がありうることは、もちろんである。一般国民である裁判員が参加し続けることにより、従来よりは、それに敏感に反応しうることになるのかもしれない。もっとも、繰り返しになるが、量刑相場そのものは法的・規範的拘束力を持たないとはいえ、国の裁判所の一員としてそれをどのように扱わなければならないのか、言い換えると、それが「強い相場」であり強い拘束を感じるべきか、「揺らいでいる相場」でありある程度自由な判断が許されるかは、判断者の職務上の法的義務の問題である。よって、そのときどきの裁判所の置かれた客観的状況を注意深く観察して、裁判員の負うべき義務の内容を認識し、その遵守を働きかけるのは、法律専門家としての裁判官の役割ということになる。裁判官としては、自らがこのような困難な任務を負っていることを自覚したうえで、新たな量刑相場の状態につねに気を配っておかなければならない。もちろん、その拘束力の程度の判断の前提となる社会情勢を認識するための一資料として、一般国民である裁判員の意見に耳を傾けることも行うべきである。

四　おわりに——裁判員法六条の解釈

(1)　ここまで本稿では、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的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）があるという想定の下、量刑の過程を、①量刑に関する事実認定、②量刑目的ないし基準に関する判断、③量刑事情（およびその総合としての事案全体）の評価、④具体的な刑量の決定という四カテゴリーに区分し、それぞれについて考察してきた。

その結論および理由の骨子は、次のようなものである。①は、真正な協働的判断事項である。そこで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からである。②は、真正な専門的判断事項である。それ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からである。③は、②についての裁判官の判断の実質的趣旨を合議体全体に浸透させることを前提条件とした、協働的判断事項にあたる。適切な評価のためには、前提となる基準をその実質的趣旨まで含めて理解していなければならないから、この段階でも裁判官の判断を優先するというのも一案ではある。しかし、罪責問題についての法令解釈と適用をめぐる裁判員

法の権限分配のあり方に照らせば、量刑目的ないし基準をめぐる裁判官の実質的理解を、問題となる文脈に応じて裁判官が具体的に説明し、それに依拠した評価を裁判員も含めて合議体全員で協働して行うべきとの理解が整合的である。また、このように解するときも、事実の具体的評価にあたって非法律家を含めた社会一般の常識的感覚を参照すべき場面は少なくなく、そこでは裁判員の関与に積極的なメリットを見出しうる。④は、量刑に固有の性質の判断であり、「刑の量定」を裁判官と裁判員の合議事項とした裁判員法の趣旨からすれば、それ自体は、基本的に協働的判断事項にあたる。もっとも、裁判員を含めた合議体構成員は、個人ではなく、国の裁判所の一員としてあるべき判断をするよう努力しなければならないという職務上の義務を負っており、そこからいわゆる量刑相場の事実的拘束力が生じる。この義務は判断者の法的地位に基づくもので法的性格を有するから、その内容――状況により可変的な、量刑相場の拘束力の強弱など――を認識し、裁判員に遵守を求めるのは、裁判官の役割である。その意味で、この段階はいわば間接的に専門的判断事項としての性質を帯びる。

(2) 最後に残る問題は、この基本構想を、評議の場においてどのように実践していくべきかである。本稿は、量刑の四つの論理的過程のうち、①それに関する事実認定は罪責問題の「事実の認定」と、②量刑目的ないし基準に関する判断は「法令の解釈に係る判断」と、③量刑事情の評価は「法令の適用」と、それぞれ同質的であると述べてきた。そうすると、一つの考え方として、裁判員法六条一項三号の「刑の量定」とは、右の四区分にいう④具体的な刑量への置き換えの段階のみをいうこととし[139]、その他の各判断過程は同項一号の「事実の認定」、二号の「法令の適用」、同条二項一号の「法令の解釈」に含ませてしまう解釈がありうる。それによれば、②の判断は文字通り裁判官の専権事項となり、③の判断も、裁判員は、裁判官が示した②に関する判断に従って行わなければならないことが法律上はっきりするから（裁判員法六六条四項）、本稿の基本構想は、いわば純粋ないし徹底された形で実践されることになる。

しかし、この考え方は、理論先行に過ぎるとの批判を回避することができないように思われる。まず、現在のわが国には、量刑目的ないし基準を示す明文規定は存在しない以上、それをめぐって様々な不文のルールがあると考えるにしても、そのすべてが「法令の解釈」に直接該当するということは、その文言ないし概念からして困難である。性質において似通っていることと、概念自体にあてはまることは別問題なのである。また、実際の評議のあり方にかんがみるときも、右のような形式的区分には疑問がある。これまで本稿は、量刑判断の「論理的」過程として、前記の四区分に依拠してきたが、実際の量刑評議は、必ずしもこれに応じて明確に整理されるわけではないだろう。たとえば、量刑目的をめぐる個別の論争点や個々の量刑事情の評価について、一つ一つ評決によって決していくというようなことが――事案の評価を決定的に左右しうる重要な点について明白な対立があるような場合には考えてよいが――日常的に行われるとは思えない[140]。最終的な宣告刑をめぐり議論するうちに、意見の対立の原因が個々の量刑事情の評価や量刑目的の理解に（も）あることが浮き彫りになり、そこでその点に（も）議論が及ぶ、というような形で評議が進行するなかで、どこまでが量刑目的の議論で、どこからが事情の評価をめぐる議論で、どこからが具体的な刑量決定に関する議論なのか明確に区別することは困難で、また相互的な行き来も頻繁になされるのであろう。とすると、右区分ごとに評議主体を区別し、裁判員法六六条および六八条を厳密に適用し、たとえば量刑目的に議論が及んだ段階で、同条三項により裁判官の合議で裁判員に評議の傍聴を許すといった運用は息苦しく、現実的でない。

そうだとすれば、本稿の基本構想の実践は、より柔軟な別の方法、すなわち、裁判官に、評議におけるスタンスを使い分けることを要求することにより目指すべきであるように思われる。まず、裁判員法の解釈としては、同法六条一項三号の「刑の量定」には、本稿にいう四カテゴリーのすべてが含まれると考え[141]、したがって、裁判員はすべての量刑評議に加わることとする。しかし、「刑の量定」のための判断のなかには、これまで論じてき

たような意味において、裁判員が関与すべきとされたことの趣旨がそのまま妥当するもの（協働的判断事項）と、そうではなく、むしろ裁判官の法解釈学的な判断が優先されるべきもの（専門的判断事項）があり、そのことが、裁判官に対する規範的指示となってあらわれると解すべきである。すなわち、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、妥協点を探るというようなスタンスをとるべきである。それに対して、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[142]、それが法律専門家としての裁判官の義務というべきである。

裁判員裁判を担当する裁判官は誰もが、評議において裁判官としての専門性やこれを基にした思考体系・判断手法にどれだけこだわるべきかという悩みに直面するであろう。それについては、「今後、一人一人の裁判官が、裁判員制度の趣旨を読み解き、自分なりの立ち位置を見つけていくことになる」[143]。本稿が、その一助になることを望みたい。

〔追記〕

脱稿後に、東京地方裁判所公判審理手続検討委員会・同裁判員模擬裁判企画委員会「裁判員が関与する公判審理のあり方」判例タイムズ一二七八号（二〇〇八）五頁以下、中桐圭一「量刑の審査」判例タイムズ一二七五号（二〇〇八）

六六頁以下、本庄武「裁判員制度開始を目前に控えた量刑研究の動向」犯罪社会学研究三三号（二〇〇八）一九八頁以下などに接した。

（1）司法制度改革審議会意見書一〇二頁。

（2）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)」法曹時報五九巻一一号（二〇〇七）五五頁、原田國男「量刑をめぐる諸問題―裁判員裁判の実施を迎えて―」判例タイムズ一二四二号（二〇〇七）八一頁など参照。

（3）酒巻匡「二一世紀の刑事裁判」司法研修所論集一一五号（二〇〇六）一〇七頁参照。

（4）辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）九二頁以下。

（5）法令解釈が裁判官の専権事項とされた理由に関しては、専門性・技術性に加えて、それは一般国民の社会常識を反映させるのにふさわしい場面とはいえないことも指摘されている（池田修『解説裁判員法―立法の経緯と課題』〔二〇〇五〕三〇頁、長沼範良「裁判員の選任・確保とその権限・義務」ジュリスト一二六八号〔二〇〇四〕七〇頁、高山佳奈子「『国民感覚』と刑事責任」棚瀬孝雄編『市民社会と責任』〔二〇〇七〕八七頁、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」法曹時報六〇巻五号〔二〇〇八〕八頁注一八など参照）。

（6）立法段階の議論では、法令解釈を事実認定・法令適用と区別して裁判官の専権とすることについて、法律問題と事実問題の区別の困難性（平良木登規男ほか「座談会・裁判員制度導入の是非をめぐって」現代刑事法三二号〔二〇〇一〕一三頁〔岩瀬徹、平良木発言〕）、「市民の健全な感覚に基づくプロフェッションに対する監視は、法律判断にも等しく及ぼされるべき」であること（佐藤博史＝松澤伸「裁判員制度の人数構成―裁判官二人制の提言―」現代刑事法五七号〔二〇〇四〕四三頁）などを理由とする反対論が、主として参審制―そこでは、職業裁判官と参審員の権限は原則的に同じである―の推進者から主張されていた。これに対し、後述の本稿の構想は、区別の困難性にもかかわらず、あえて法令解釈を裁判官のみの権限としたことに対する積極的評価を前提とするものである。

（7）なお、裁判官のみに権限がある判断をするための審理および評議は、裁判官のみで行うのが原則であるが（裁判員法六条三項、六八条一項）、裁判員に審理への立会いや評議の傍聴を許し、またその意見を聴くことはできる（同法六〇条、六八条三項）。これは、法令解釈等についても、裁判員の意見を聴くことが有用な場合もありえ、また、

たとえば法令適用についての評議中に法令解釈について評議しなければならなくなった場合に裁判員を一時退席させる運用は硬直的に過ぎるとの考慮に基づく。裁判員を立ち会わせるかなどの判断は、当該事項の内容（専門性・技術性や裁判員の関与する判断との関連性の有無・程度等）、時期（裁判員が関与する審理との時間的連続性等）などの諸事情を考慮してなされると説明されている（辻裕教「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(3)」法曹時報六〇巻三号〔二〇〇八〕五七、九五頁参照）。

(8) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）九三頁。

(9) 司法制度改革審議会意見書一〇三頁。

(10) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）九五頁。

(11) なお、このように解する場合でも、たとえば余罪を実質上処罰する趣旨で考慮することの禁止（最大判昭和四一年七月一三日刑集二〇巻六号六〇九頁、最大判昭和四二年七月五日刑集二一巻六号七四八頁）のように、それに違反することが訴訟手続の法令違反となるルール（東京高判平成三年一〇月二九日判タ七七八号二六五頁、大阪高判平成三年一一月一四日判タ七九五号二七四頁、名古屋高判平成一〇年一月二八日判タ九七三号二六六頁参照。ただし、原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』〔二〇〇八〕二四四頁以下は、違法な余罪処罰の本籍は実体法違反すなわち法令適用の誤りにあり、それを含む意味での量刑不当に振り分けるべきだとする）に関する判断については、裁判官の専権事項ということになろう。

(12) 裁判官による指摘として、原田『量刑判断の実際』（前掲注11）三五三頁以下、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討【第一回】」判例タイムズ一一八三号（二〇〇五）七頁以下、同「同【第四回】」同誌一一八七号（二〇〇五）四七頁以下など。松本時夫「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」刑法雑誌四六巻一号（二〇〇六）一三頁も参照。研究者によるものとして、井田良「量刑をめぐる最近の諸問題」研修七〇二号（二〇〇七）四、一二頁、城下裕二『量刑理論の現代的課題』（二〇〇七）二頁など。量刑基準、量刑事情あるいは量刑相場を不文のものにとどめず、成文法化すべきだとするのは、浅田和茂「量刑基準」『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（二〇〇五）二六頁、松宮孝明「法定刑の原理論」法律時報七八巻四号（二〇〇六）八八頁など。

(13) 原田國男「量刑理論と量刑実務」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』（二〇〇六）二九一

頁以下。

(14) なお、遠藤「量刑判断過程の総論的検討【第一回】」(前掲注12) 七頁は、従来の裁判官のみによる量刑判断は、外部からみて必ずしも可視的でない「専門的量刑判断」であったが、それを透明化、合理化することにより、裁判員との「協働的量刑判断」を可能とする方向へ発展しなければならないと指摘している。本稿は、これとは異なるニュアンスで類似する用語を用いたが、この指摘の重要性を否定するものではない。本稿で「専門的判断事項」に分類される判断も、その内容は外部から検証可能なものでならなければならない。

(15) 今崎幸彦「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題 司法研修所における裁判官共同研究の概要」判例タイムズ一二五五号(二〇〇八)二一頁は、評議をめぐる課題として、①裁判員との議論を活発かつ円滑に行うためのコミュニケーションのとり方、②審理のあり方と連動して、実質ある評議を分かりやすく、合理的、効率的に進めるための方法、③裁判官が、裁判員制度導入の趣旨をどのように捉え、これまでの専門性やそれを基にした思考体系・判断手法にどの程度こだわるかの三点を挙げている。本稿は、量刑評議の場面における③に取り組むものである。

(16) 最高裁判所刑事局「裁判員制度の下における審理、評議及び判決の在り方に関する試案」判例タイムズ一一八八号(二〇〇五)一三頁。

(17) 神山啓史＝岡慎一「裁判員裁判における量刑判断と弁護(下)」自由と正義五九巻四号(二〇〇八)一一九頁。

(18) Hans-Jürgen Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 6. 五段階説の形成過程と概要について、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(一)」法学研究五五巻一〇号(一九八三)七六頁以下、同「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集一一三号(二〇〇五)二〇八頁以下、城下裕二『量刑基準の研究』(一九九五)一三頁以下など参照。

(19) Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2006, S. 145ff. 同書は七段階の区分に拠っている。それは、ブルンスの五段階の①と②の間に、当該事例における刑罰枠(Strafrahmen)—わが国に比していささか複雑な様相を呈する処断刑—の確定段階を挿入し、⑤の後に、執行猶予を付すかなどを決し、それをふまえた全体的考察により(⑤で暫定的に決定された)刑量をもう一度見直す最終段階を追加するものであり、本質的には、伝統的モデルを逸脱するものではない(ほぼ同様のものとして、Hans-Ludwig Günther, Systematische Grundlagen der

Strafzumessung, JZ 1989, S. 1026ff.）。この⑤の後の最終段階は、刑の執行猶予の場面をふまえた量刑基準論について考察するときには興味深いものであるが、本稿はそれには立ち入らない。

(20) Meier, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注19）S. 147ff.

(21) Meier, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注19）S. 166ff.

(22) Meier, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注19）S. 193ff.

(23) この点をめぐるドイツの学説・判例の展開については、Gerhard Schäfer/Günther M. Sander/Gerhard van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., 2008, Rn. 626ff.; Werner Theune, in: Heinrich Wilhelm Laufhütte u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar 12. Aufl., 2006, § 46, Rn. 58ff. などを参照。詳細な紹介・検討として、林美月子「量刑事情と評価方向」神奈川法学二七巻二＝三号（一九九二）一三五頁以下がある。

(24) Meier, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注19）S. 196f.

(25) Meier, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注19）S. 197ff.

(26) 正確には、当該事例における加重・減軽処理を経た処断刑を含みうる概念であるが、ここでは法定刑で代表させる。

(27) 筆者による検討として、小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)—日独における最近の諸見解の検討を中心として—」慶應法学九号（二〇〇八）一頁以下参照。

(28) たとえば、井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法二一号（二〇〇一）四〇頁参照。

(29) Wolfgang Frisch, Straftatsystem und Strafzumessung, in: Jürgen Wolter (Hrsg.), 140 Jahre Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 25 参照。

(30) もっとも、このことは、個々の量刑事情について加重的か軽減的かを問題にしなくてよいということまで意味するわけではない（Günther, Systematische Grundlagen der Strafzumessung〔前掲注19〕S. 1028 参照）。

(31) Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., 2002, Rn. 492ff. シュトレングは、伝統的見解が依拠する「連続的な重さのスケール（kontinuierliche Schwereskala）としての法定刑の理論」を次のように批判する

（安田拓人「コメント・村越一浩『法定刑・法改正と量刑』について」判例タイムズ一一八九号〔二〇〇五〕五四頁以下参照）。すなわち、考えうる最も重い事例を法定刑の上限に、軽い事例を下限に、中程度の事例を中心部分に置き、それとの比較において数量化を可能ならしめようとする上記理論の構想は、最も重い事例、軽い事例、中程度の事例がどのようなものであるかが（具体的な刑との対応を離れて）あらかじめ決まっていなければ機能しないが、そのような事例を抽象的に考えることは不可能である。そうすると、「法定刑の中心の刑を科すべきと思われる事例が、中程度の事例だ」という循環論法に陥り、結局、重さのスケールそれ自体には規制効果がないことになる。また、その理論の正当性は、立法者が法定刑を、「妥当性があり追体験可能な価値秩序を表現するものとして構築した」ことを前提とするが、ドイツ刑法はこのような条件を備えていない。むしろその法定刑の上限はしばしば過度に重く、それをスケールとして用いれば明らかに正義感情に反する重い刑が科されるおそれがある。このように法定刑の重さのスケールとしての有用性がきわめて限られていることにかんがみ、裁判官らは、むしろ同種事例に関する過去の量刑との比較を重視する。つまり「裁判官の刑罰枠」ないし「裁判官の評価のコンセンサス」に即した量刑を行うことで、主観的評価による刑のばらつきを最小限に抑えており、それが実際的にも、理論的にも妥当である。そして数量化の具体的な方法論として、次のような二段階プロセス、すなわち、まず比較的少数の指導的な量刑事情（基礎的要素）の評価・衡量により、当該事例がどのような類型の事例かを把握し、その類型に応じた「裁判官の刑罰枠」を参照することで、法定刑への大まかなアプローチを行い、そのうえで、非類型的な量刑事情を考慮して、微調整を行うというやり方が、実務に即したものである。

もっとも、このシュトレングの批判をめぐっては、すでに伝統的見解においても、観念的・規範的に想定した中程度の事例ではなく、実務上頻繁に生じる事例との比較の手法が推奨されており、またその事例は法定刑の下方に位置づけられるとの認識が示されていることに注意を要する。また、過去の量刑との比較の重視も、必ずしも伝統的モデルと矛盾しない。法定刑を重さのスケールとして捉えるマイアーも実は、「考えうる最も軽い刑、重い刑および通常事例といったイメージは、とっかかりのおおまかな基準値をもたらすにすぎない。具体的事例に法定刑中の特定の刑を結びつけるにあたって真に助けとなるのは、他の事例における量刑との比較のみである」ことを認め、シュトレングの、量刑慣行とのかかわりを重視する二段階プロセス論に従っているのである（Meier, Strafrechtliche Sanktio-

nen〔前掲注19〕S. 200ff.）。マイアーは、頻繁に生じる事例でどの程度の刑が科されているのかは、統計的通常事例が刑のスケールのどの領域に位置づけられるのかを知るよりどころになるし、また、量刑の経験およびそれを可能な限り公平なものにしようとする努力に根ざした、適切な刑量に関する裁判官の感覚を軽視すべきではないという。そして、「刑の公定価格（Straftaxen）」が、法的には拘束力はないものの、事実上は事実裁判所の裁量を拘束していることを好意的に評価し、公平性の見地から、実務の量刑慣行にあらわれた適切な刑についての一般的見解からの大幅な逸脱を回避することが、法的にも要請されうると述べているのである。

(32) Streng, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注31）Rn. 503f. は、そのような認識および前注の批判に基づき、「実務的なプロセスにより近づいた」オルタナティブのモデルを示している。その段階的区分を、本稿のテーマと直接かかわらない部分を省略して示すと、次のようになる。①量刑要素の確認、②中心的要素の重要性評価と衡量（場合によっては、その事例がいかなる犯行類型に属するかの決定）、③中心的要素から判断された犯行の重大性に応じた法定刑への事例の位置づけによる、暫定的な責任枠の把握（場合によっては、犯行類型に即した比較の手法を用いる）、④さらなる（類型を特徴づけるもの以外の）事実を手がかりとした最終的な責任枠の正確な把握、⑤再犯可能性の判定、⑥その事例で意味のある刑罰目的およびそこから導かれる具体的な予防のための措置の決定、⑦その事例で意味のあるすべての予防目的の重要性評価と衡量、⑧（責任相当刑の枠内での）予防の総合的考慮による刑量の決定。

(33) Schäfer u.a., Praxis der Strafzumessung（前掲注23）Rn. 487ff.

(34) Schäfer u.a., Praxis der Strafzumessung（前掲注23）Rn. 492f.

(35) 小林充ほか「座談会・『量刑判断の実際』と量刑理論」法律時報七六巻四号（二〇〇四）七四頁〔原田國男発言〕、米山正明「被告人の属性と量刑」判例タイムズ一二二五号（二〇〇七）八頁など。

(36) ドイツでも、たとえば判決理由中で、責任刑の幅を具体的に明らかにすることまでは要求されず、結論において、責任刑の範囲内で予防の必要性を適切に考慮したことが分かればよいとされていること（フランツ・シュトレング〔井田良＝小池信太郎訳〕「ドイツにおける量刑―その概要と現代的課題―」慶應法学八号〔二〇〇七〕一三四頁参照）からして、段階的考慮の要請は絶対的とまでは考えられていないのかもしれない。

(37) Streng, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注31）Rn. 502は、量刑プロセスにおいて実際に目的の決定が先行しているのか疑わしいとする。

(38) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）九四頁。

(39) 石井一正「刑事裁判における事実認定について(続)―事実認定の専門性と日常性」判例タイムズ一〇九七号（二〇〇二）八頁、佐藤文哉「裁判員に何を期待するか」法の支配一三二号（二〇〇四）五頁、植村立郎「裁判員裁判における事実認定に関する若干の考察―事実認定に先行する手続に関する考察をも踏まえて―」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（二〇〇八）三八七頁など参照。

(40) 若干異なった視角からの指摘として、佐藤博史「『裁判員制度と事実認定』の課題」刑事法ジャーナル四号（二〇〇六）三六頁も参照。

(41) ただし、証明の対象となる事実が単なる歴史的事実ではなく、法適用ないし法的評価と不可分な規範的事実である場合、その認定は、前提となる法解釈に関する理解がなければ適切になしえないことに注意を要する（石井「刑事裁判における事実認定について(続)」〔前掲注39〕五頁、佐藤「裁判員に何を期待するか」〔前掲注39〕六頁参照）。

(42) 石井「刑事裁判における事実認定について(続)」（前掲注39）五頁、佐藤「裁判員に何を期待するか」（前掲注36）六頁、植村「裁判員裁判における事実認定に関する若干の考察」（前掲注39）三九〇頁など参照。

(43) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）五九頁参照。

(44) この点をより明確に判示した裁判例として、東京高判平成一四年一二月二五日判タ一一六八号三〇六頁がある。同判決は、被告人が殺意をもってXに拳銃を発射し、XのほかY・Zにも命中させた事例で、方法の錯誤論によりY・Zに対する殺人罪・殺人未遂罪の成立が認められた場合の量刑に関して、検察官が錯誤論による殺人罪等の成立を主張した以上、右「罪名どおりの各故意責任を追及することは許されないのではないかと考えられる。…周囲の…者に弾丸が命中する可能性が相当にあったのに、これを意に介することなく、Xに対する殺害行為に出たとの点で量刑上考慮するならともかく、Y及びZに対する各殺意に基づく殺人、同未遂事実が認められることを前提とし、これを量刑上考慮すべきことをいう〔検察官の〕所論は、失当といわなければならない」と判示した。本稿は、こうした理解の当否には立ち入らない。それについては、中野次雄「方法の錯誤といわゆる故意の個数」『刑事法と裁判の諸

問題』（一九八七）二九頁以下、小島透「判批」判例セレクト二〇〇五（法学教室三〇六号付録）（二〇〇六）三一頁、只木誠「併発事実と錯誤について―いわゆる数個意犯説と罪数論および量刑論―」法学新報一一三号九＝一〇号（二〇〇七）三三七頁以下、長井長信「事実の錯誤」西田典之ほか編『刑法の争点』（二〇〇七）六二頁など参照。

(45) 河村博「判批」警察学論集四八巻七号（一九九五）二二四頁。

(46) 第三者の指示があったからといって当然に刑が軽くなるわけではなく、当該具体的状況下で、そのことが犯行の不法または責任を軽くするとの実体的評価が可能であることが前提である（原田『量刑判断の実際』〔前掲注11〕一一九頁、木山暢郎「共犯事件と量刑（下）」判例タイムズ一二〇三号〔二〇〇六〕五二頁）。顕著な例として、大判昭和八年一一月二一日刑集一二巻二〇七二頁（第五柏島丸事件）は、雇われ船長である被告人が、多数の乗客を乗せることの危険について船主に再三注意していたのに聞き入れられず、ついに船を転覆させて多数の船客を溺死させた事案につき、右事実を量刑上特に考慮する余地があるとした。このような特異な事例でなくとも、第三者の指示をそれなりに意味のある量刑事情として扱うことができる場合はままあるだろう。

(47) 詳細な研究として、久岡康成「量刑事情の実質的挙証責任について」立命館法学一二九＝一三〇号（一九七七）一〇頁以下がある。そのほか、田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（一九九六）三〇二頁、藤永幸治ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第五巻I』（一九九九）一一二頁〔安廣文夫〕、川出敏裕「挙証責任と推定」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点〔第三版〕』（二〇〇二）一五八頁も参照。

(48) ドイツの判例・学説では、利益原則が量刑事情にも妥当し、裁判所が確信できた事実だけが被告人に不利に考慮されうることについて争いはない（ただし、再犯予測の基礎となる事情については争いがある）（Schäfer u.a., Praxis der Strafzumessung〔前掲注23〕Rn. 719f.）。そこでは、特定の（被告人に有利な）事実が存在する疑いがある場合、利益原則によりその事実が存在するものとして扱うのであり、その比重を、裁判所が実際にその事情の存在を確信できた場合よりも軽く考えるのは誤りだとされている（Theune, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar Großkommentar〔前掲注23〕§46, Rn.57）。

(49) そのような択一的認定には批判が強い。東京高判平成一〇年六月八日判タ九八七号三〇一頁は、被告人の覚せい剤所持の事案で、通称カルロスとの共謀の事実は証明されていないのにこれを択一的にせよ認定することは許されず、

「これに対し、被告人が本件覚せい剤を所持したことは証拠上明白であって、カルロスと共謀の上これを所持した疑いがあっても、そう認定することに問題はなく、択一的に認定する必要はない」とした。刑法各則にあたる行為を単独で実行した者は、当該罪の「正犯」であり、背後の共謀者の存在によってそのことが否定されるような関係にはない（共謀が認定できる限りで、「実益はない」が実行者を「共同正犯と呼ぶことは差し支えない」にすぎない〔井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五）三四八頁〕）以上、犯罪事実の認定の問題については、上記東京高判平成一〇年が正しいというべきである（原田『量刑判断の実際』〔前掲注11〕一一六頁、大澤裕「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』〔二〇〇三〕四九九頁以下、木山「共犯事件と量刑（下）」〔前掲注46〕五一頁参照）。

(50) 前注で述べたところによれば、ここでも共同正犯ではなく、単独犯と認定すべきことになる。原判決に好意的なものとして、大澤「いわゆる単独犯と共同正犯の択一的認定について」（前掲注49）五〇二頁。

(51) 原田『量刑判断の実際』（前掲注11）一一七頁以下。それを基本的に支持するものとして、木山「共犯事件の量刑（下）」（前掲注46）三九頁以下。

(52) 木山「共犯事件の量刑（下）」（前掲注46）四〇頁以下参照。

(53) 裁判所職員総合研修所監修『刑事訴訟法講義案（三訂版）』（二〇〇七）二六四頁、池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義〔第二版〕』（二〇〇六）三三三頁など参照。

(54) 田宮『刑事訴訟法』（前掲注47）三〇一頁は、挙証責任論は、利益原則の適用範囲の問題として論じれば足り、また職権証拠調べの余地もある以上、利益原則と職権証拠調べの範囲（審理不尽の限度）という形で論じる方がわかりやすいかもしれないと述べる。

(55) 限定責任能力にあたる事実が存在するという合理的疑いがあれば刑法三九条二項の適用を認めるのに、量刑事情としての弁識・制御能力の減退については確信がないと相応の責任軽減を認めないということは、明らかにバランスを欠いている（久岡「量刑事情の実質的挙証責任について」〔前掲注47〕二七頁参照）。

(56) なお、罪となるべき事実では単独犯としながら、共犯者の存在を前提に量刑することに何ら矛盾はない。刑法各則にあたる行為を自ら行った者は、それを直接適用して処罰しうる「正犯」であって、「単独犯」というのは通常の

呼び方にすぎず、共犯者の不存在はその要件ではないからである（前掲注49引用文献を参照）。

(57) 原田『量刑判断の実際』（前掲注11）一二三頁参照。

(58) ドイツでも、利益原則は、裁判所が何らのよりどころもないのに考えうる被告人に最も有利な事例状況を前提としなければならないということまでは意味しないとされている（Schäfer u.a., Praxis der Strafzumessung〔前掲注23〕Rn. 706, 719）。

(59) 久岡「量刑事情の実質的挙証責任について」（前掲注47）三〇頁参照。

(60) 川出「挙証責任と推定」（前掲注47）一五八頁およびそこに引用された文献参照。なお、仮に被告人側がこの責任を自ら果たさなくとも、審理の過程で、何らかの理由により阻却事由の存在が窺われたならば、裁判所は少なくともその点をめぐる立証を促すべきであるとされており、被告人に有利な量刑事情についても同様に解すべきである（前記①㋐および②の裁判例では、起訴自体が被告人に有利な事実関係によるものであった）。

(61) なお、覚せい剤自己使用罪は裁判員裁判の対象事件ではないが（裁判員法二条参照）、弁論の併合により裁判員の加わった合議体により審理されることがありうる（同法四条参照）。

(62) 木山「共犯事件の量刑(下)」（前掲注46）三九頁。

(63) 木山「共犯事件の量刑(下)」（前掲注46）四〇頁注一二。

(64) それについて、城下『量刑理論の現代的課題』（前掲注12）三頁以下など参照。筆者による検討として、小池「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應法学一号（二〇〇四）二一三頁以下。

(65) 筆者による検討として、小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)」（前掲注27）九頁以下。

(66) それについて、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討【第三回】」判例タイムズ一一八六号（二〇〇五）二二頁以下など参照。筆者による検討として、小池「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3)―日独における最近の諸見解の検討を中心として―」慶應法学一〇号（二〇〇八）二一頁以下。

(67) それについて、伊藤寿「構成要件的結果以外の実質的被害の発生と量刑」判例タイムズ一二一七号（二〇〇六）四五頁以下など参照。筆者による検討として、小池「量刑における構成要件外結果の客観的範囲について」慶應法学七号（二〇〇七）一九頁以下。

(68) それについて、浅見健次郎「飲酒酩酊・薬物中毒状態下における犯罪と量刑」判例タイムズ一一九五号（二〇〇六）四〇頁以下など参照。

(69) それについて、米山「被告人の属性と量刑」（前掲注35）四頁以下など参照。

(70) それについて、横田信之「被害者と量刑」判例タイムズ一二七二号四三頁以下、一二七三号八七頁以下、一二七四号四八頁以下、一二七五号四〇頁以下（二〇〇八）など参照。

(71) 原田「量刑理論と量刑実務」（前掲注13）二八六頁以下、浅田「量刑基準」（前掲注12）二八頁、井田「量刑をめぐる理論と実務」（前掲注18）二〇四頁以下など参照。

(72) 浅田「量刑基準」（前掲注12）二六頁。

(73) 量刑事情の評価方向に関する司法研究のアンケート調査での一般国民の回答は次のようなものであった。①心神耗弱の程度には至らないが被告人の精神状態が不安定であったことについて、「軽くする」「やや軽くする」の四五・八パーセントに対し、「どちらでもない」も四九・七パーセントを占め、「重くする」「やや重くする」は四・五パーセントであった。②同じく心神耗弱には至らないが飲酒により判断能力が低下していたことについては、「軽くする」「やや軽くする」は六・一パーセントにすぎず、「どちらでもない」が五七・四パーセント、「重くする」「やや重くする」も三六・五パーセントを占めた。③被告人が未成年者であることについては、「軽くする」「やや軽くする」は二四・七パーセントにすぎず、「どちらでもない」が四九・九パーセント、「重くする」「やや重くする」も二五・四パーセントあった（前田雅英＝合田悦三＝井上豊＝野原俊郎「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―」司法研究報告書五七輯一号〔二〇〇七〕一一頁以下）。なお、神山啓史＝岡慎一「裁判員裁判における量刑判断と弁護（上）」自由と正義五九巻三号（二〇〇八）六四頁以下、森下弘「裁判員裁判における情状弁護のあり方」季刊刑事弁護55号（二〇〇八）七一頁以下などには、模擬裁判の量刑評議における裁判員の発言が紹介されている。

(74) 前出の司法研究アンケートにおける裁判官の回答では、①精神状態不安定については、「軽くする」「やや軽くする」が八八・四パーセントを占め、「どちらでもない」が一一・四パーセント、「重くする」「やや重くする」は〇・二パーセントにとどまった。②飲酒の影響での判断能力低下については、「軽くする」「やや軽くする」が三二・一パ

ーセント、「どちらでもない」が六四・二パーセント、「重くする」「やや重くする」は三・七パーセント、③未成年については、「軽くする」「やや軽くする」が九〇・七パーセント、「どちらでもない」が九・三パーセント、「重くする」はゼロであった。とくに①と③について一般国民との間に顕著な差異が認められる。②についても、一般国民には重くする方向で考慮する者もかなりの割合を占めた点で差異がある。

(75) これに対して、神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護(上)」（前掲注73）六九頁以下・「同(下)」（前掲注17）一一九頁以下は、応報／結果の重大性を重視するか、未熟さ／更生可能性を重視するかといった判断では各人の価値観ないし人生経験が問われ、裁判実務経験の有無はそれほど大きな意味を持たないので、裁判員は裁判官と対等なコミュニケーションが可能であり、それについて従来の考え方を当然の前提にするよう裁判員に求めるべきではないとしている。しかし、評議されるべきは、各人の価値観・人生観ではなく、「現行法は、いかなる刑罰目的等を前提に、どのような量刑基準をとっていると解することが、刑法の諸規定その他に照らして整合的かつ妥当か」である（その内容が裁判員の新鮮な意見をも踏まえて再考されることは、当然あってよいが）。右の文献でも、二つの異なる価値観のいずれを採るかをめぐって平行線をたどり、そのまま当初意見の分布通りの評決意見になるような評議の価値には疑問が呈されているところ（「(上)」六九頁）、それを避けるには、評価の基準については裁判官が統一を図り、それを前提に議論するほかないように思われる。

(76) 松本時夫「量刑の相場について」法の支配一二六号（二〇〇二）三一頁。

(77) 神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護(下)」（前掲注17）一二一頁。

(78) 今崎「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」（前掲注15）一六頁は、「評議においては、『重大な罪を犯したのに、なぜ責任能力を欠くと無罪になるのか』という疑問に対し、どのように説明して理解、納得を得るかという問題がある。…この点がきちんと納得されないと、有罪無罪の判断だけではなく、量刑判断にも何らかの影響が及ぶ可能性がある」と述べている。

(79) 酒巻「二一世紀の刑事裁判」（前掲注3）一〇六頁。なお、半田靖史「故意の認定―故意概念と法的評価の観点から―」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』（二〇〇八）四九頁以下の分析も参照。

(80) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」（前掲注2）九二頁参照。

(81) 以上につき、辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」(前掲注2) 九五頁以下、池田『解説裁判員法』(前掲注5) 三四―三五頁参照。

(82) 井上正仁ほか「シンポジウム・裁判員制度の導入と刑事司法」ジュリスト一二七九号 (二〇〇四) 一〇五頁〔佐伯仁志発言〕も参照。

(83) 最判昭和二四年三月二四日刑集三巻三号三七六頁、最判昭和二四年五月二八日刑集三巻六号八七三頁など。

(84) 裁判長は、必要と認めるときは、裁判員に対し、裁判官の合議による法令の解釈に係る判断を示さなければならず (裁判員法六六条三項)、裁判員はそれに従わなければならない (同条四項)。なお、裁判長は、評議における必要な法令の説明を丁寧に行い、評議を裁判員に分かりやすいものとなるように整理するなど、裁判員がその職責を十分に果たすことができるように配慮しなければならない (同条五項)。解説として、辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(3)」(前掲注7) 八七頁以下。

(85) たとえば、西田典之『刑法各論〔第四版〕』(二〇〇七) 一七一頁参照。

(86) 以上について、橋爪隆「裁判員制度のもとにおける刑法理論」(前掲注5) 七頁以下を参照。そこでは、①「社会的相当性」のような包括的な一般条項を提示することは有効でないこと、②考慮されるべき諸要素を単に並列的に示して判断を求めることも適切でないこと、③判例における一般的法命題それ自体を過度に重視するべきではなく、むしろその背後にある実質的な考慮を端的に示すべきであることが、豊富な具体例とともに述べられている。

(87) そのことなどを理由に量刑が法律判断に近いことを強調するのは、森下「裁判員裁判における情状弁論のあり方」(前掲注73) 七二頁。

(88) 髙山「『国民感覚』と刑事責任」(前掲注5) 八七頁以下は、刑法は社会生活を規制するものである以上、人々がいかなる社会常識をもって現実の生活を営んでいるかを正しく把握することが重要であり、個々の要件の認定・評価のために社会常識の考慮が不可欠な場面はあるが、そのことと、「社会常識からして処罰すべきだ」というように、常識それ自体を処罰の可否の基準とすることは別問題であり、両場面を適切に区別しなければならない旨述べている。

(89) 小林ほか「座談会・『量刑判断の実際』と量刑理論」(前掲注35) 八三頁〔岡上雅美発言〕、宮澤節生「法定刑の原理と動態」法律時報七八巻四号 (二〇〇六) 七九、八二頁など参照。

(90) 裁判官による指摘として、原田國男「法定刑の変更と量刑」刑事法ジャーナル一号（二〇〇五）五〇頁以下、杉田宗久「平成一六年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」判例タイムズ一一七三号（二〇〇五）六頁以下、村越一浩「法定刑・法改正と量刑」判例タイムズ一一八九号（二〇〇五）二九頁以下など。研究者によるものとして、井田良「法定刑の引上げとその正当化根拠」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 上巻』（二〇〇六）二六七頁以下、松宮「法定刑の原理論」（前掲注12）八七頁など。刑法雑誌四六巻一号（二〇〇六）所収の諸論文も参照。

(91) 小島透「量刑判断における法定刑の役割―量刑スケールとしての法定刑の可能性―」香川法学二六巻三＝四号（二〇〇七）三一頁以下、野村和彦「量刑における法定刑の意義―ブルンスの見解を中心に―」法政論叢四四巻一号（二〇〇七）二八頁以下参照。

(92) 前掲本稿二(一)、安田「コメント」（前掲注31）五五頁参照。

(93) 小島「量刑判断における法定刑の役割」（前掲注91）四〇頁以下。

(94) 井田「法定刑の引上げとその正当化根拠」（前掲注90）二七〇頁は、法定刑が量刑分布よりもかなり重いところをカバーしている理由として、「実際の量刑の場面をひとまず離れて、条文を見たときに刑法がその法益をどのような重みを持つものとして保護しているかを示すという機能が法定刑に認められる」ことを指摘する。

(95) 観念的競合との関係でこのことを指摘するのは、Streng, Strafrechtliche Sanktionen（前掲注31）Rn. 493.

(96) 小島「量刑判断における法定刑の役割」（前掲注91）四五頁以下。

(97) 小島「量刑判断における法定刑の役割」（前掲注91）五五―五六頁。そこでは、理念的量刑スケールと量刑相場（＝現実の量刑スケール）の差異が、社会情勢の変化、関連する罪との軽重関係、立法理由等により合理的に説明できる場合には当該の量刑相場が規範的に正当化されるとの構想（「やわらかい量刑スケール論」）が展開されている。

(98) たとえば、同意傷害について傷害罪（刑法二〇四条）の成立を認める場合に、その法定刑（一五年以下の懲役等）のうち同意殺人罪（同法二〇二条）の法定刑の上限（懲役七年）を超える部分は使用すべきでないとの議論がある（西田典之『刑法総論』〔二〇〇六〕一七五頁など参照）。そのほか、西田・前掲書一七〇頁、山口厚「不可罰的事後行為と共罰的事後行為」同ほか『理論刑法学の最前線Ⅱ』（二〇〇六）二四六頁、鈴木左斗志「電子計算機使用詐

欺罪（刑法二四六条の二）の諸問題」学習院大学法学会雑誌三七巻一号（二〇〇一）二二六頁などの議論を参照。法定刑の使用可能領域の制限を認める場合、それが（狭義の）法令解釈の問題か、量刑裁量に対する規範的規制の問題かが問題となりえよう。なお、本稿では立ち入らないが、いわゆる新潟監禁事件（最判平成一五年七月一〇日刑集五七巻七号九〇三頁参照）を契機に議論されている併合罪の量刑のあり方をめぐる問題も、それらと連続的なものである。

(99) それについて、松本「量刑の相場について」（前掲注76）三一頁以下、同「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」法曹時報五五巻四号（二〇〇三）八頁以下、同「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」（前掲注12）八頁以下、原田『量刑判断の実際』（前掲注11）三頁以下、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』（二〇〇二）四八四頁、杉田「平成一六年刑法改正と量刑実務の今後の動向について」（前掲注90）一五頁注二七、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討【第二回】」判例タイムズ一一八五号（二〇〇五）三六頁以下、小池健治「刑事事件の量刑―実務における量刑理論と最近の現状―」日本弁護士連合会編『日弁連研修叢書現代法律実務の諸問題〈平成一九年度研修版〉』（二〇〇八）四三三頁以下など。

(100) ドイツにおいても、刑量の具体化の実際のプロセスは、まず比較的少数の指導的な量刑事情のみに着目して当該事例がどのような類型の事例かを把握し、その類型に応じた「裁判官の（評価のコンセンサスに基づく）刑罰枠」を見出し、そのうえで非類型的な量刑事情を考慮して微調整を行うものであるとされ、罪種によっては「刑の公定価格」が、法的には拘束力がないものの、事実上は裁判所を拘束力しているとされている（前掲注31参照）。そこでの説明には、わが国の量刑相場論と相通ずるものがみられるように思われる（井田「法定刑の引上げとその正当化根拠」〔前掲注90〕二七一頁注一三、安田「コメント」〔前掲注31〕五七頁参照）。

(101) 原田「量刑をめぐる諸問題」（前掲注2）七四頁。同『量刑判断の実際』（前掲注11）九一頁以下も参照。

(102) 今崎「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」（前掲注15）一八頁。なお、後述するところからすると、「いかなる意味でも」というのは、少なくとも表現として言い過ぎであるように思われる。

(103) 注99に引用した文献のほか、井田「量刑をめぐる最近の諸問題」（前掲注12）一二頁以下、神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護(下)」（前掲注17）一二〇頁など参照。

(104) 原田「量刑をめぐる諸問題」（前掲注2）七三頁、井田「量刑をめぐる最近の諸問題」（前掲注12）一二頁、松宮「法定刑の原理論」（前掲注12）八八頁など参照。

(105) 井田「量刑をめぐる最近の諸問題」（前掲注12）一二頁。

(106) これに対して、最近の学説では、量刑相場に規範的拘束力を認めようとする理論的試みも行われている。松宮「法定刑の原理論」（前掲注12）八八頁は、量刑相場は、社会規範の反映という意味で「一種の慣習法として」規範的効力を持つのではないかと述べている。しかし、刑事実体法—量刑もそれに含まれる—の分野では、判例ないし先例の積み重なりによる慣習法の形成に対しては慎重な態度をとるべきではないかとの疑問がある。

小島「量刑判断における法定刑の役割」（前掲注91）五四頁以下は、量刑相場が理念的な量刑スケール（法定刑の下限から四分の一に中央値がくる）と異なる場合、その差異を社会情勢の変化、関連する罪との軽重関係、立法理由等により合理的に説明できるかチェックし、それをクリアした「適切な」量刑相場には正当性が認められるとし、その意味で「やわらかい量刑スケール論は、量刑相場に規範的な役割を与える契機にもなりうる」とする（なお、野村「量刑における法定刑の意義」〔前掲注91〕三二頁以下も参照）。しかし、これは量刑の妥当性を、指摘されている諸事情を考慮しながら端的に検討することと異ならず、そうであれば相場そのものに規範的拘束力を認める意味はないのではないかとの疑問がある。

本庄武「刑罰論から見た量刑基準(三・完)」一橋法学一巻三号（二〇〇二）一八六頁以下および同「裁判員の量刑参加」一橋論叢一二九巻一号（二〇〇三）三三頁は、「抑止の必要性に応じた量刑と罪刑均衡（責任主義）による外在的制約」という基本構想に立脚しつつ、量刑相場の法的・規範的拘束力と裁判員の量刑参加の意義について、要旨次のように述べる（同「裁判員制度下での量刑手続の課題」法と心理五巻一号〔二〇〇六〕一七頁も参照）。すなわち、わが国の実務は米国のような過度の重罰化を回避しつつ犯罪発生率を抑えることに成功してきたのだから、従来の量刑相場を超える刑は過剰なものとして正当化されず、その意味で量刑相場は規範性を帯びる（なお、その水準が抑止のために本当に必要かは不断に検証しなければならず、犯罪情勢が安定していれば相場をやや下回る刑を科し、それでも犯罪増加がみられないなら相場の引き下げが規範的に要求される）。もっとも、罪刑均衡の見地においては、市民感覚がより軽い刑しか求めないならばそのことを尊重すべきで、そこに市民の量刑参加の意義を認めうる。よっ

て、裁判員の量刑参加による影響は、それにより従来の量刑相場（＝抑止に最適な刑）を下回る刑が科されるようになるという方向でのみ許容できるというのである。しかし、量刑相場が抑止にとり最適の科刑水準であるというのはあまりに大胆な擬制であるし、罪刑均衡を単なる外在的制約と捉え、裁判員の意見に片面的な意義しか認めないという構成も一般的支持を得られないであろう。

(107) 原田「量刑をめぐる諸問題」（前掲注2）七四頁、伊東研祐＝小島透「『量刑と責任・予防に関するアンケート』報告」名古屋大学法政論集一六五号（一九九六）五五、六八、七二頁など参照。

(108) 國田武二郎ほか「座談会・裁判員制度で量刑実務はどのようになるのか」季刊刑事弁護四四号（二〇〇五）二六頁「高野隆発言」は、「現在の裁判官の多くが、いわゆる量刑相場は被害者側の処罰感情と遊離していると感じ、もっと量刑は厳しくてよいのではと、本音では考えていると思う」と述べている。

(109) 今崎幸彦「共同研究『裁判員制度導入と刑事裁判』の概要 裁判員制度にふさわしい裁判プラクティスの確立を目指して」判例タイムズ一一八八号（二〇〇五）七頁、同「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」（前掲注15）一八頁、酒巻匡ほか「共同研究・裁判員裁判における審理等の在り方 第5回」判例タイムズ一三三八号（二〇〇七）一八五頁以下［河本雅也発言。ただし、和田雅樹、小島吉晴両検事は慎重な態度をとる］、原田「量刑をめぐる諸問題」（前掲注2）七四頁、池田『解説裁判員法』（前掲注5）三六頁、安原浩「裁判員裁判における量刑の評議はどうあるべきか」季刊刑事弁護四四号（二〇〇五）四四頁など。松本「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」（前掲注99）二〇頁以下、同「刑事裁判官らの量刑感覚と量刑基準の形成」（前掲注12）一四頁も参照。弁護士による指摘として、神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護（下）」（前掲注17）一二一頁など。研究者によるものとして、井田「量刑をめぐる最近の諸問題」（前掲注12）一四頁、加藤克佳「裁判員裁判の課題と展望」刑法雑誌四七巻一号一四七頁、長沼範良「裁判員制度の下における公判の在り方」司法研修所論集一一六号（二〇〇七）一〇三、一一七頁、酒巻「二一世紀の刑事裁判」（前掲注3）一〇八頁、本庄武「裁判員制度下での量刑手続の課題」（前掲注106）一七頁など。

(110) 神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護（下）」（前掲注17）一二〇頁。

(111) 長沼「裁判員制度の下における公判の在り方」（前掲注109）一〇三頁は、量刑資料の調査には「判例の調査とい

う側面もある」としている。

(112) 後藤貞人「裁判員裁判と情状弁護」自由と正義五七巻一一号（二〇〇六）五一頁および同「公判前整理手続の現状と裁判員裁判の審理の在り方」刑法雑誌四七巻一号（二〇〇七）一二〇頁は、証拠として取り調べられておらず、法廷に顕出されていない量刑資料を評議において利用するのは証拠裁判主義に反するのではないかと主張する。しかし、判断にあたり依拠され、または参考にされる判例ないし先例は、証拠すなわち事実認定の資料ではないから、右主張は理論的には明らかに失当である（なお、最判昭和二九年一〇月二二日刑集八巻一〇号一六五三頁は、従来の裁判例のごとくは証拠によってその有無を判断すべき性質のものではなく、量刑不当の控訴趣意において、訴訟記録にも第一審裁判所の証拠にもあらわれていない同種事案に関する裁判例を援用しても違法でないとしている）。論者の実践的意図は、当事者（特に弁護人）から、評議で参照されるであろう量刑相場について、（それは重すぎるとか、本件は典型事案とは違うから相場にとらわれるべきではないといった）意見を述べる機会が与えられるべきだということであろうが、裁判所は、量刑検索システムを当事者に開示する予定だとのことであり、それによって右ニーズは相当程度満たされることになるだろう（原田「量刑をめぐる諸問題」〔前掲注2〕七五頁注一三、神山＝岡「裁判員裁判における量刑判断と弁護（下）」〔前掲注17〕一二三頁参照）。

(113) 刑事訴訟法四〇五条二号（および三号）が判例違反を上告理由としたのは、その場合には最高裁の判断を仰ぎ、法令解釈の統一を図る必要性が高いと考えられたからであり、判例それ自体を法とみたからではない（それゆえに判例の変更ということも予定されている）というのが一般的理解である。

(114) たとえば、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第三版増補版〕』（二〇〇六）九〇〇頁参照。

(115) 中野次雄編『判例とその読み方〔改訂版〕』（二〇〇二）一二頁以下〔中野〕および同「判例の拘束力についての一考察」『刑事法と裁判の諸問題』（一九八七）一七七頁以下（初出、判例タイムズ一五〇号〔一九六三年〕）。

(116) 中野「判例の拘束力についての一考察」（前掲注115）一九〇頁。

(117) 中野「判例の拘束力についての一考察」（前掲注115）一八三頁は、「下級審に関するかぎり同一審級の裁判例は後の裁判にとって参考資料たる以上のなにものでもなく、裁判官は自由に自己の見解に従って裁判をしているのが実務の実際である。……下級審相互間にあっては、その判例は先例であるという理由では特別の権威を有していない」と

する。

(118) 小林充「刑事実務と下級審判例」判例タイムズ五八八号（一九八六）八頁以下。

(119) 中野元判事も、判例の拘束力の根源は判例であることそれ自体ではなく、それが「あるべき法解釈」の推測資料として意味を持つことであるとされていた（中野「判例の拘束力についての一考察」〔前掲注115〕一八九頁）。最高裁判例がある分野については、それが推測資料として圧倒的価値を有することに疑いの余地はないが、何らかの理由でその存在が期待できない場合には、別の方法で「あるべき法解釈」を推測すべきことにならざるをえない。その意味で、小林元判事の見解は、中野元判事の見解を（一部）否定するものというよりは、それを継承し、補足説明を加えるものとして理解すべきであろう。なお、佐藤文哉「裁判官の心構え」『法学セミナー増刊・現代の裁判』（一九八四）七八頁は、「最高裁判所の判例がある問題については判例を目安に、それがない問題については裁判官仲間の通説的見解といったものを想定し、自分の考えがそれからかけ離れていないかを考えながら執務すべき」であるとする。

(120) 中野編『判例とその読み方』（前掲注115）九六頁〔中野〕。そこで言及されているように、例外は死刑の問題であるが、本稿はそれには立ち入らない。なお、最高裁の二五件の量刑破棄判決の分析を通じてどのような量刑事実が重視されているかを探った論考として、安原浩「量刑事実の選別化の必要性について―量刑判断の在り方についての一考察」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』（二〇〇七）六一五頁以下。

(121) それゆえに、量刑判断を示したにすぎず、他の事案に適用しうる法律判断を示していないものは「判例」の範疇からは除外して考えられている（中野編『判例とその読み方』〔前掲注115〕六頁〔中野〕、小林充「刑事判例に関する覚書」司法研修所論集九九号〔一九九七〕一一六頁参照）。

(122) 中野「判例の拘束力についての一考察」（前掲注115）一八四頁、一八九頁注二は、公の場で個人の見解に固執し、判例と異なる判断をする裁判官は、その職務上の地位に対する自覚を疑われても仕方がないということについて、それは「法解釈の問題だけにかぎらない。たとえば刑の量定においても、裁判官個人の抱く刑罰観を公の場で押し通すことは同様に許されない」としている。佐藤「裁判官の心構え」（前掲注119）七八頁も参照。

(123) 以下について、中野編『判例とその読み方』（前掲注115）二四頁以下〔中野〕、小林「刑事判例に関する覚書」（前掲注121）一二九頁以下。

(124) 小林「刑事実務と下級裁判例」（前掲注118）一三頁。

(125) 井田「量刑をめぐる最近の諸問題」（前掲注12）一二頁は、量刑相場は「裁判官のみに向けられたものであり一般的に人を拘束するものではない」としており、本稿とは反対の趣旨にも読める。

(126) 裁判員法八条、九条一項、六六条四項などの諸規定に、裁判官に対する拘束が裁判員には向けられないことを窺わせるものはない。むしろ、憲法七六条三項とは異なり「良心」を挙げないことで、裁判員個人の主観的良心に従った判断が許されるわけではないことを注意的に示した趣旨（辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」〔前掲注2〕一〇六頁以下参照）を重視すべきである。

(127) 國田ほか「座談会・裁判員制度で量刑実務はどのようになるのか」（前掲注108）二九頁〔山口毅彦発言〕。

(128) 今崎「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」（前掲注15）一八頁。

(129) それは、法律事項について、判例の調査すらせず判断することがそれ自体不当であることとパラレルなことである。なお、その意味では、量刑資料をなるべく簡略なものにとどめようとする有力な動向（たとえば、原田「量刑をめぐる諸問題」〔前掲注2〕七四頁）には一定の留保が必要である。「似て非なる先例」に引っ張られすぎる懸念はたしかにあるが、裁判員も裁判所の一員として、「従来の相場からはどのような判断がなされた蓋然性が高いか」を知る必要があり、もしそれに役立つ「適切な先例」があるならば、詳細な情報の提供を惜しむべきではない。裁判員への過度の影響という懸念については、当該具体的な状況下における相場の拘束力の程度（後述する）について裁判官が的確な説明をすることで対処すべきである。

(130) 判例の拘束力についての中野編『判例とその読み方』（前掲注115）二四頁〔中野〕および同「判例の拘束力についての一考察」（前掲注115）一八八頁の説明を参照。そこでは、「事実上の」拘束力といっても、間接的には法的根拠があり、「一種の法的な拘束力である」というべき旨が述べられている。

(131) 原田「量刑をめぐる諸問題」（前掲注2）七四頁。

(132) たとえば、中山隆夫「模擬裁判を通してみた裁判員制度に関する若干の覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集 下巻』（二〇〇六）五一二頁以下は、未必の故意の認められる殺人罪と認められない傷害致死罪の量刑水準にあまりにも懸隔があり、もう少し連続性を持たせるべきではないかと提案している（本稿は、この提案

の当否自体には立ち入らない。慎重な態度をとるのは、植村「裁判員裁判における事実認定に関する若干の考察」〔前掲注39〕四〇八頁など)。

(133) 酒巻ほか「共同研究・裁判員裁判における審理等の在り方 第五回」(前掲注109) 一八六頁、小池「刑事事件の量刑」(前掲注99) 四五八頁など参照。

(134) ただし、宣告刑は仮にそれが満期まで執行されたとしても責任相当なものでなければならず、仮釈放を当然の前提に犯行の重大性に見合わない刑を科すことは許容されないとしたら、裁判官はそのことも的確に説明しなければならない。

(135) 井田「量刑をめぐる最近の諸問題」(前掲注12) 一三頁参照。

(136) 裁判員制度下における控訴審の量刑審査については、審査の幅を従来よりもやや広めにとる運用を心がけるべきであるとの意見が有力である(原田「量刑をめぐる諸問題」〔前掲注2〕八一頁以下、杉森研二「裁判員制度導入後の控訴審」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 下巻』〔二〇〇七〕七五一頁、今崎「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」〔前掲注15〕一八頁など)。たしかに、制度開始後しばらくの間は、従来の量刑相場を中心に、そこから逸脱してよい幅を広くとることになろう。しかし、将来にわたって量刑が広くばらつき続けることを「織り込み済み」として甘受すべきではない。裁判員裁判における量刑傾向が見えてくるにつれて、幅の中心を移動させつつ、幅の広さ自体は次第に狭めていく運用が要請されるべきである。

(137) なお、筆者は、いわゆる量刑ガイドラインのような制度の導入の是非は、裁判員裁判による量刑判断が積み重なり、新たな量刑相場が固まってきた段階での検討課題であると考えている。

(138) 最高裁判所事務総局刑事局監修『陪審・参審制度 ドイツ編』(二〇〇〇) 三一二、三二三頁は、ドイツの参審制度の下、一方では、職業裁判官は参審員に他の事件の例を挙げるなどして妥当な結論を引き出すことに努めているが、他方、参審員の意見の影響力は罪責問題よりも量刑問題で大きいとしており、その原因について、「量刑については、許容される幅があることから、その幅の中であれば、職業裁判官も、比較的寛容に参審員の意見を受け入れることによるものと思われる」と分析している。

(139) 辻「『裁判員の参加する刑事裁判に関する法律』の解説(1)」(前掲注2) 九三頁、一〇一頁注二四は、「刑の量定」

が裁判員の関与事項とされた趣旨についての説明のなかで、裁判員は、同種事件の量刑等の予備知識を有していなくても、裁判官が必要に応じて他事件の量刑を紹介しながら述べる意見を参考に判断できるとしている。そこで直接念頭に置かれているのは、判断の前提としての量刑目的や量刑事情の評価ではなく、具体的な刑量をどうするかという問題であるとの印象を受ける。

(140) 中野次雄「裁判の評議」『刑事法と裁判の諸問題』（一九八七）二〇一頁は、量刑判断は総合的・直観的判断であることを理由に「量刑の評決は、結論について行えば足りるし、むしろそうしなければならない」とする。

(141) なお、法令の解釈適用の誤りの実質を持つ量刑判断の瑕疵も量刑不当に含めて考えうることについて、原田『量刑判断の実際』（前掲注11）二四六頁。松宮「法定刑の原理論」（前掲注12）八八頁も参照。

(142) 当然ながら、それは態度が威圧的であってよいということを意味しない。ここでの含意は、結論が自己の判断と異なるものであってはならないという強い確信の下に、それに納得して従ってもらえるようあらゆる説得ないし誘導をするということであり、「素人はプロの言うことにしたがえ」といわんばかりの態度は、裁判員を萎縮または反発させ、評議を機能不全にしかねないことに注意を要する。

(143) 今崎「裁判員裁判における審理及び制度運営上の課題」（前掲注15）二二頁。