

裁判員の量刑参加

本 庄 武

一 はじめに

現在進行中の司法改革においては、その目玉の一つとして、刑事裁判に国民(以下、市民ともいう)を参加させるいわゆる「裁判員制度」の導入が検討されている。二〇〇一年六月一二日に出された司法制度改革審議会(以下、審議会とする)の意見書⁽¹⁾は、裁判員が裁判官と共に評議し、有罪・無罪の決定だけでなく刑の量定を行うことを提言している。本稿に関係のある限りで、提言内容をより具体的にみるならば、(一) まず裁判員の関与する意義は、裁判官と裁判員とが相互のコミュニケーションを通じてそれぞれの知識・経験を共有し、その成果を裁判内容に反映させることにある。(二) その意義が国民の関心の高い刑の量

定場面にも妥当するため、量刑についても裁判員が関与し健全な社会常識を反映させることとすべきである。(三) 裁判員の主体的・実質的関与の必要性から、裁判員の意見が評決結果に影響を与える必要がある。そのため少なくとも、裁判官又は裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきである。(四) 対象となる事件は、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい「法定刑の重い重大犯罪」とすべきである、とされている。この提言を受け、二〇〇一年一月に司法制度改革推進法が成立、二〇〇二年三月一九日には司法制度改革推進計画が閣議決定され、二〇〇四年通常国会に法案を提出すべく、現在司法制度改革推進本部、とりわけその事務局内の裁判員制度・刑事検討会(以下、検討会とする)にて精

力的に議論がなされているところである。

ところで、審議会での審議過程を一瞥すると、当初は最高裁から市民に評決権を与えることに對する消極意見がだされたものの委員の中では積極意見が多くだされ、二〇〇〇年一月二〇日に出された中間報告は訴訟手続への新たな参加制度として「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、訴訟手続において裁判内容の決定に主体的、実質的に関与」していくことを打ち出した。また陪審制を主張する委員と参審制を主張する委員の間で激しくやりとりがなされたことを踏まえ中間報告は「欧米諸国の陪審・参審制度をも参考にし、それぞれの制度に對して指摘されている種々の点を十分吟味した上、特定の国の制度にとらわれることなく、主として刑事訴訟事件の一定の事件を念頭に置き、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討する」とした。それ以降は、主体的、実質的な関与の意味を巡って議論され、最終的に裁判官と裁判員が協働して審理を進めるといふ制度が提言された。この経過において注目されるべきは、中間報告以前は陪審制を、中間報告以後は陪審型の制度を採るかどうかという点が最も争われたことである。それにより訴訟手続に市民がどのよう

に関与すべきかについての議論の中心は、有罪無罪の事実認定を裁判員のみで行うべきか、裁判官と協働して行うべきかという点に置かれることになり、この点については外国の制度や実証研究も参照されつつ多様な議論がなされたものの、量刑にまで参加すべきかという点については、相對的に議論が手薄になるといふ事態をもたらしたように思われる。しかも、既存の陪審制・参審制の枠にとらわれない議論ということで、陪審型を主張する委員も、量刑については陪審モデルから離れ参加に積極的な意見を出された。この点について異論はほとんどなかったのである。例えば事実認定について参審型を主張された山本委員は「量刑というのはまさしく一般国民の常識が入ってくるということによって、特に日本の場合には、量刑の裁量が広いわけでございますから、そういった意味で非常に国民の参加の意欲にかなう」といふ意見を述べている。それに対して、事実認定については陪審型を強く主張された吉岡委員も量刑については「悩ましいところではあるんですけども、できれば量定についても参加するという方向を考えた方がいいのではないかと」と主張されているのである。また北村委員も「唯一裁判官に対して言いたいのは、量刑の決定で軽過

ぎるといのが時々感じるところで、これは私だけではなくて、わりと多くの人がそういうふう感じている部分があるんじゃないか」という認識を踏まえた上で、「非常にいいなと思う点は、量刑に裁判員が関与して意見を言うということ、これは一つのメリットとして言えるんじゃないか」と述べている。消極方向の議論としては、唯一、水原委員が量刑については一般国民は意見を述べる程度にとどめることも検討する必要があるかもしれないと発言しているのが目に付くだけである。しかし水原委員自身の意見が、結論的には双方に評決権を認めてしかるべきだというものであったこともあってか、その後の議論においてこの論点が深く追求されることはなかった。

しかし、中間報告が述べるように、我が国にふさわしいあるべき参加形態を検討するというのであれば、事実認定への参加とは別個に量刑への参加についてもメリット・デメリットを考慮した上で提言すべきであったと思われる。なぜなら、量刑は刑事政策の一環である以上、そこに従来とは異なる判断主体が参加することが刑罰の運用上どのような意味を持つのかの検討が不可欠であるからである。

しかし、この問題について審議会でも自覚的に問題点を意識して議論された形跡はない。そうである以上、今後の具体的な制度設計に当たっては、もう一度裁判員の量刑参加のあり方を議論しメリット・デメリットを分析した上で、考えられる最善の策が選択されなければならない。本稿は、以上の問題意識から、第一に量刑に裁判員が参加することが実務にどのような影響を及ぼすと考えられるか、第二にそれは刑罰理論上いかに評価されるか、最後に裁判員が関与する場合の評議と評決はどうあるべきかについて検討し、若干の提言を行おうとするものである。

二 市民参加の量刑実務への影響

裁判員制度が導入された場合、量刑にどのような影響が及ぶであろうか。裁判員が量刑を行う場合、検察官の求刑以外に手がかりが与えられない場合、求刑に拘束力はない以上市民の量刑はかなりばらつきが多くなると想定される⁽⁴⁾。しかし、実際の評議の場面では裁判官が過去の類似事件での量刑を引き合いに出しながら当該事件での量刑相場を提示し説得を試みるであろう。ここから一つのあり得る見方は、従来の量刑相場に従った運用が維持され量刑への影響

はほとんどないであろうというものである。⁽⁶⁾ 裁判官が量刑相場を提示した場合、特に重大で凶悪な事件などを除き多くの場合には、裁判員はあえて異議を唱えないのではないかと推測するのである。実際、キャスパーとザイゼルがドイツで行った調査によれば、評議の当初に職業裁判官と素人裁判官の量刑意見が対立する割合は二〇%、また最終的に素人裁判官の意見が職業裁判官の意見に評決で勝ったり、両者の間で妥協が成立したりして、素人裁判官の意見が判決に影響を与えた割合は六・二%とされている。⁽⁷⁾

しかし、裁判官がいかに相場を援用したとしても、それで裁判員が説得されない場合も考えられる。量刑相場とは経験的にその程度の刑が科されることが多かったという事実を述べているに過ぎないとすれば、裁判員がなぜそのような刑が選択されることが多かったのかと質問した場合、裁判官が説得力のある回答を述べることは難しいように思われる。前述のキャスパーらの調査においても、有罪・無罪の罪責問題について当初の意見対立は一一%（但し完全自白事件をのぞく）、判決への影響は一・四%であり、いずれも量刑について素人裁判官が異議を述べる頻度の方が高いことが分かる。これは、量刑の場合、多くの選択肢が

存在することと基準が不明確であることが理由であるとは分析されている。⁽⁸⁾ しかもドイツの参審制は素人裁判官の数が二人と少数であること、選任方法が推薦制であること、任期制であること、職業裁判官のみが事前に記録を閲覧していることなどから素人裁判官の影響力が小さくなる仕組みとなっている。それに対して、我が国の裁判員制度は裁判員の人数についてはなお争いがあるが、無作為に選出され、一回の公判しか担当せず、起訴状一本主義を採用しているため量刑に及ぼす影響力はドイツよりも大きくなる可能性がある。従来の量刑相場がこれにより崩れ、量刑判断のばらつきが大きくなるおそれは十分にあると言えよう。とりわけ裁判員の主体性を確保するため人数を裁判官よりもかなり多くするという方式が採用された場合は、影響力はかなり大きくなるように思われる。⁽⁹⁾

それでは、裁判員の量刑意見は裁判官の意見より軽くなるであろうか重くなるであろうか。この点、第四五回審議会です井上委員が強調しているように理論的には両方の場合があり得よう。キャスパーらの調査を見ると、素人裁判官が評議当初に職業裁判官よりも軽い刑を主張した場合が五五%、重い刑を主張した場合が三九%、両方向に割れた場

合が六%、判決に影響を与えて刑を軽くしたのが四・八%、重くしたのが一・四%ということである。⁽¹⁰⁾ また素人は一般の抽象的には裁判官の量刑は軽すぎると評価しているが、犯罪の情況や被告人の人的属性などの事案の詳細についての情報を与えられると、むしろ裁判官よりも軽い刑を言い渡す傾向があるというアメリカでの調査結果もある。⁽¹¹⁾ 更に現在の情勢では一ランク軽めの刑を言い渡すと、世論や被害者側からの反発が激化する傾向にあるが、裁判員が関与すれば判決に対する不信任を緩和させる効果があり、この要素は刑罰の重罰化を弱めることになるとも言われている。⁽¹²⁾ これらを見ると、前述の北村委員の要望とは異なり、市民が参加すればむしろ量刑は軽くなるようにも思える。

しかし、審議会意見書は法定刑の重い重大事件を対象としている。具体的には広く法定合議事件とする案と法定刑に死刑・無期刑が含まれている罪にする案とがだされているが、最近では故意の犯罪行為により被害者を死亡させた事件という案もだされている。⁽¹³⁾ 最後の案は、死刑・無期事件よりは対象範囲が狭いものの傷害致死や危険運転致死など耳目を集めやすい事件を包含している。こういった想定されている罪を念頭において、キャスパーらの調査を見る

ならば、評議当初の主張で職業裁判官よりも軽い刑であったのは、軽い罪を裁く参審裁判所で六一%なのに対し、重い罪を裁く大刑事部では三八%であることが注目される。⁽¹⁴⁾ この結果を参考にするならば、裁判員も重い罪については重い刑を主張する傾向にあるのではないかと推測される。以上のような推測は、ウェニンガーがアメリカ・テキサス州エルパソ郡で実施した非死刑事件での陪審量刑と裁判官量刑との比較研究によっても支持されている。⁽¹⁵⁾ それによれば、陪審の量刑はほとんど全ての罪種について、裁判官量刑より厳しくしかも幅が大きかった。しかも、犯罪が重大になればなるほど陪審員はより重い刑を科すだけでなく、裁判官量刑との格差は拡大していた。さらに再犯者だけを取り出すと量刑格差はより拡大していたのである。もちろん陪審量刑は陪審員のみで量刑を行う制度であり、市民と裁判官が協働で行う量刑に直ちに同じことがいえるわけではない。しかし、少なくともこの研究から、重大事件に関与した場合市民が考える量刑は裁判官の量刑よりもばらつきが大きく、⁽¹⁶⁾ 処罰感情が過剰に反映され厳罰化に至る可能性があると言いうことはできるように思われる。⁽¹⁷⁾

また現在の量刑の実情を考慮しなければならぬ。特に

問題になる死刑事件を取り上げるならば、我が国の裁判所は、最高裁永山判決⁽¹⁹⁾以後、死刑回避の傾向に一定の歯止めがかかったように思われた時期もあったが、その後の動向を見ると平成年間に入って再び死刑判決の数が減少しており、やはり死刑判決を下すことにならざる慎重な姿勢を維持していると評価して良いと思われる。⁽²⁰⁾一九九九年には検察官から死刑判決を求めて五件の上告がなされたが、これも結果的に高裁の無期懲役判決を破棄したものが一件にとどまったこと⁽²¹⁾から従前の枠組みを維持したとの評価がなされている。⁽²²⁾この状況に裁判員が入り、市民が死刑の適用を主張した場合、これまでの基準によれば無期懲役相当の事案であっても、裁判官が市民の「健全な社会常識」という後ろ盾を得て、死刑判決を下すことに積極的にならないかが懸念される。もっとも市民の死刑への姿勢については、アメリカの死刑陪審は裁判官よりも死刑の適用に抑制的であるという調査結果も⁽²³⁾だされており、必ずしも死刑判決が増えることにはならないという予測も成り立つ。しかしアメリカでの調査結果は、彼の地での圧倒的に多い犯罪数を背景にした著しい厳罰化の現状や、裁判官が政治職であり選挙を意識せざるを得ないため抽象的に厳罰化を望む世論に

影響されやすい⁽²³⁾ということを考え併せて評価しなければならぬ。確かに厳罰化が著しく進行しているところでは、裁判官の死刑相当判断が具体的事実を知った市民の健全な社会常識から外れるほど厳しいものとなっている可能性があり、また当該事件だけのために選ばれた陪審員には失職の危険がないため、市民に量刑を委ねることが寛刑化につながる⁽²⁴⁾ことがあり得る。しかし我が国のように、裁判官の政治性が薄く、死刑が極めて抑制的に適用されているところでは、裁判官の死刑判決が「市民の健全な社会常識」の要求する程度よりも少ないということは十分に考えられるのである。以上のような現在の我が国の社会情勢を考えると裁判員制度の下で死刑判決が増加することは十分あり得るように思える。

更に、素人裁判官は生じた結果の重大性を重視しやすく、故意か過失かなどの被告人の責任評価を軽視しやすいと指摘⁽²⁴⁾されている。現在の我が国では被害者の要求が強まっており、公判で被害者が意見陳述を行う制度も取り入れられているところである。被害者が厳罰を要求する場合、その声に応えようとする割合は裁判官よりも一般市民の方が高いのではないだろうか。特に危険運転致死罪のようにまだ量

刑相場が固まっている場合、このおそれが高いように思われる。また過剰な犯罪報道がなされた場合、素人裁判官は職業裁判官より影響されやすいといえるであろう。⁽²⁵⁾

以上、裁判員制度の下で量刑が重く可能性があるのではないかという予測を述べてきたが、もちろんこれは総体として見た場合の見通しにとどまる。個別の事例において量刑相場を下回る刑を市民が選択することがあり得ることを否定する趣旨ではない。そして、市民の健全な社会常識に則った寛刑判断が刑罰理論上正当化されるのであれば、これは裁判員制度導入のメリットと言える。特に裁判官の言い渡す刑が徐々に重くなり、量刑相場が徐々に上昇していることが疑われる現在の状況⁽²⁶⁾においては、市民が量刑に關与することが重罰化への歯止めの機能を果たす余地が拡大しているようにも思われるのである。

裁判員制度を設計する場合、これらの影響が生じうることを明確に意識しておかなければならない。

三 市民が参加する量刑の刑罰理論上の意義

量刑に市民が参加するということは、市民の健全な社会常識を量刑に反映させることを意味する。そのことは様々

に主張されている刑罰理論からどのように評価できるだろうか。

第一に、この市民の健全な社会常識とは、市民の素朴な応報感情と言ひ換えることができるだろう。これは刑罰をもっぱら犯罪に対する応報として捉える絶対的応報刑論の発想である。この立場から「応報 (retribution)」とは社会規範の違反に対するコミュニティの道徳的な憤激であり、コミュニティから選ばれた素人陪審員は専門家たる裁判官や立法者よりも、犯罪者に対して応報的な制裁を科す能力がある⁽²⁷⁾と主張されている。コミュニティの道徳的な憤激は感情的なものであるから、同じような犯罪に対しても、発生状況が異なれば反応の程度が異なることになる。刑罰がばらつきを生じることがは、悪いことでないばかりか積極的に承認されることになる。しかし応報刑論を支持する論者は必ずしも市民の生の応報感情を反映させよと主張しているわけではない。なぜなら犯罪に対する応報としての刑罰が正当化されるためには、それが「正しい応報 (just deserts)」でなければならぬからである。代表的な応報刑論者であるフォン・ハートシュは刑罰の重さは犯罪の重大性と行為者の責任の程度に比例しなければならず、それが公

平の観念にも合致するのだと述べている。同じ犯罪は同じように処罰されなければならない、正しい刑量からの逸脱は重い方向であっても軽い方向であっても正義に反し許されない⁽²⁸⁾と主張されているのである。このように正しい応報であるためには、刑罰が公平に科せられなければならない。確かにどの程度の刑であれば正しい応報といえるかの決定には、市民の意見が重要となる⁽²⁹⁾。しかし、そのみに依拠するのであれば、そこで科される刑罰は市民による犯罪者への復讐(vengeance)となってしまう⁽³⁰⁾、正義の要請を充足し得なくなるのである。裁判員の関与方法としては、量刑について意見を述べることは許容されるが、評決に参加することは認められないという帰結になると思われる。

第二に、我が国の量刑実務は、国民全体としてみると共通して存在する道徳的、倫理的な感覚ないし「正義感覚」を基準とし広義の犯罪事実を評価して量刑の相場すなわち「罪の重さ」を決定するが、これは実際問題としてある程度の幅を持ち、その幅の内部で被告人の情状を考慮して最終的な宣告刑を決定すると言われている⁽³¹⁾。これは刑罰の幅を上回ることも下回ることも許さない相対的な応報刑の考え方である。この幅は「狭いながらも一定の幅を持った

枠」であると表現されている。幅が「狭い」ということは、それだけ絶対的な応報を基準とする量刑に近づくことになり、国民の正義感覚の理解の仕方に応じて市民参加に対する態度が決まることになろう。もっとも「正しい応報」論を支持するとしても、刑罰の幅が観念されるため、より積極的な市民参加によったとしても量刑のぶれが幅の範囲内に収まるようなものであれば許容されることになる。更に、個々の事件の個性を強調し、量刑相場に反していても適正である量刑はいくらでもあるという立場を採るとすれば、幅はかなり「広い」ことになりそれに応じて市民参加の余地も拡大することになる。

予防目的の判断はできるだけ確実に予後を予測するために

知識と経験を必要とする。一般市民、しかも一定期間裁判に携わることが予定されていない裁判員にはこのような判断は困難であろう。目的刑論を純粹に科学的な予測判断であると解すれば、当該事案に相応しい刑罰の量は一義的に決まるはずであり、市民が刑を量定することには否定的な態度をとることになるだろう。しかし、現状には一般予防も特別予防もかなり不確かな判断にとどまっており、また科学的な専門家ではない裁判官にそのような一義的な判断を期待することは不可能である。そこで目的的な量刑判断では、過去の経験に依拠しつつこの程度の量刑であれば初期の予防効果を發揮しうるのではないかと判断になる。すなわち個々の判断が予防効果についての不断の仮説検証過程という性質を有するのである。もちろん仮説検証のためには同種の事例について一貫した判断を行うことが望ましいが、それは絶対的な要請ではない。市民が健全な社会常識に基づいて下した判断が裁判官の判断と異なっていたとしても、それに基づいた仮説の検証を行うことも不可能ではないからである。このような立場を前提とする限り、目的刑論からも一定の割合で市民参加を許容する余地があ

らるだろう。

第四に、量刑の際に応報が上限を画し、その範囲内において最終的には予防目的により刑を決定するという立場(消極的応報刑論)がある。⁽³⁴⁾第二段階の予防判断については第三で述べたとおり一定限度で市民参加が許容されようが、第一段階については正しい応報と市民の素朴な応報感情のどちらを基準と考えるかによって市民参加に対する態度が決まることとなるだろう。

第五に、積極的一般予防論からはどうであろうか。この理論は市民の遵法意識を高めることを目的とした理論であり、⁽³⁵⁾そのためには市民が納得する量刑を行う必要がある。

裁判員制度が導入されるならば、市民の代表である裁判員の健全な社会常識に見合った刑罰が科されるのであるから、市民はその刑罰に納得しやすいであろう。これと同じことは、犯罪により社会に生じた動揺を沈静化させるために刑罰を用いるとする犯罪の事後処理説にも⁽³⁶⁾言える。これらの理論からは、たとえ類似の犯罪に対して異なる刑罰が科される量刑にばらつきが生じるとしても、所期の目的が達成される限り問題は無い。市民参加の量刑とは、これらの理論によりもっともよく説明され得るのである。しかも参加の

方式としては市民だけで量刑を決める陪審型を許容する余地も存在するが、裁判員制度として考えた時も裁判員の影響力を非常に大きくする制度が望ましいこととなる。

第六に、量刑において市民の感情を重視するということと修復的司法の考え方との関係が問題になる。修復的司法の中には犯罪者は被害者との間だけでなく、コミュニティとの間でも関係の修復を図らなければならないという考え方が³⁷⁾ある。コミュニティとの関係が修復されることにより、犯罪者は社会に受容され社会復帰ができる³⁸⁾と考えるのである。またコミュニティが紛争解決に関与することは、犯罪者と被害者との関係修復を支援するという機能も有しており、更にはコミュニティに能動的な役割を与えることにより、社会構造が犯罪を生み出しているという側面をコミュニティが自覚するようになる。それによって、国家机关の紛争の独占により衰退してしまったコミュニティの紛争予防・解決機能が活性化し、社会構造が変革されることにつながるという意義も認められているのである。以上のような修復的司法の考え方からすると、コミュニティの代表たる市民が量刑を行うことは、被害者に配慮しつつ被告人の社会復帰を促進し、また市民が刑事政策上の諸問題に

ついて自覚的に考え行動する契機が生まれるということが期待され、積極的に評価されるようにも思われる。しかし、修復的司法の考え方と裁判員の量刑参加との間に相違点があることも見逃すべきではない。修復的司法が想定するコミュニティとは犯罪者・被害者と密接な関係が存在する地域の住民であるが、裁判員として選ばれてくる市民にはそのような関係がないことが多いだろう。また、修復的司法は参加者による会議の形式をとることが多く紛争解決のプロセスにコミュニティが参加することの意義も重視されているが、手続の厳格な刑事裁判の場においてプロセスへの参加は不可能である。更に修復的司法では犯罪者・被害者・コミュニティの三者の合意により紛争解決のための措置が決定されるが、裁判員においてそれは不可能である。最後に修復的司法ではコミュニティは犯罪者に対して紛争解決のために一定の要求を行う適格が認められているが、同時にコミュニティは紛争解決のための責任をも負うと考えられている。裁判員は被告人に対し一方的に紛争解決を要求するだけであり、責任を負うことはない。以上の諸点から裁判員の量刑参加を修復的司法で正当化することは困難であろう。

最後に、以上縷々述べてきた刑罰理論が共通して服すべき憲法上の制約について指摘しておきたい。憲法三一条が保障する実体的デュープロセスはその内容として罪刑の均衡を要請しており、その要請は量刑にも及ぶと考えられる。⁽³⁸⁾ 犯罪の重さと均衡しない重い量刑は憲法に抵触する疑いが生じるのである。それに対して人権保障規定である以上、犯罪の重さに均衡しない軽い刑罰の場合は憲法上の問題は生じない。このことは、同じような犯罪に科しうる刑罰には、等しくそれと均衡する程度という上限が設定されることを意味する。確かに、裁判員制度の導入により従来よりも重罰化が進行する可能性があるとしても、制度の導入自体が即憲法に違反するとはいえないであろう。しかし裁判員の量刑判断が著しく不合理な重いものであった場合には憲法上の問題が生じる可能性がある。故に裁判員制度の設計にあたっては、そのような事態が生じないような措置をあらかじめ講じておく必要があるのである。

以上から、裁判員制度の下で市民が量刑に参加し健全な社会常識を量刑に反映させようとするれば、それを完全に正当化できる刑罰論は、市民の素朴な応報感情を基準とする見解および積極的一般予防論あるいは犯罪の事後処理説と

いうことになる。しかもこれらの理論は、応報刑論とは異なっており、市民が量刑相場よりも軽い刑を選択することも正当化できるというメリットも有している。しかしその裏面として、従来の量刑相場を著しく上回る嚴罰を科すことも市民の支持がある以上許されることになってしまふ。また、どのくらい刑罰が科されるかについての予測可能性を低下させることにつながる。そして当該犯罪がたまたま大きく報道され、社会的な憤激を招いてしまった場合は、同じような犯罪であり報道されなかった事案に比して重い刑罰を科すことが正当化されてしまふ。こういった問題点を有するこれらの理論の実質は、市民の私的な復讐感情を刑罰に反映させることを認めるというものではないだろうか。そしてこのように實際上妥当でないだけでなく、憲法上の罪刑均衡の要請からも、このような事態を容認するような制度は望ましくないこととなる。

それに対して「正しい応報」を基準とする見解は市民が量刑を決めることに懐疑的となる。この見解では上述のような憲法上の問題は生じない。しかしこのような絶対的応報刑論は、社会復帰を重視する我が国においてほとんど支持がないだけでなく、量刑基準として不適切であろう。

一般予防・特別予防の目的刑論および消極的応報刑論からは、市民が量刑を決める余地を全く排除するわけではないが、市民の影響力が発揮される事例はあまり多くないものであることが要請される。憲法の要請との関係では、目的刑論については憲法上の要請から一定の修正が加えられなければならない。量刑を仮説検証の一過程と捉えるとしても、罪刑の均衡を破るような刑罰を手段として仮説を検証することは、憲法上正当化されない。目的刑論を採った場合に市民参加の余地を認めるとしても、裁判官が経験上最適と考える量刑を市民の常識的判断で下回ることのみが許されることになる。³⁹⁾

最後に実務上採用されているといわれる相対的応報に依拠する見解が「正しい応報」論に依拠する場合については、量刑の幅を「広い」ものと考えたと憲法上の問題が生じる可能性がある。アドホックな市民の「社会常識」判断により刑を重くすることは、公平性の要請を満たさない。それに対して、市民感覚が軽い刑しか求めないのであれば、それを尊重することは十分考えられてよいと思われる。裁判員制度導入が実務の量刑理論に影響を与えるとすれば、この方向を考えるべきであろう。

市民を量刑に関与させる場合は、これらの刑罰論の要請に反しないようにしなければならないのである。

四 裁判員の量刑への関与のあり方

裁判員の量刑への関与制度の構想は以上述べたように、刑罰理論からの要請を満たすものでなければならぬ。その要請を満たし得ないのであれば、裁判員は量刑に関与すべきではないと言える。⁴⁰⁾しかしそのような結論に至る前に、具体的な制度設計を工夫することで市民が量刑に参加することのメリットを活かしつつ、刑罰理論からの要請を満たすことを考えてみたい。

まず裁判官と裁判員はどのように役割を分担すべきかを、事実認定プロセスとの対比において検討する。有罪か無罪かの決定は①実体刑法の解釈②事実の認定③法律の当てはめというプロセスをたどる。第四回検討会では、①については裁判官が行い、②・③については裁判員も関与して決定するという立場が有力であった。①については市民の健全な社会常識を反映させるよりも、安定して同じ解釈が採られる必要がある。それに対して②の両当事者が提出した証拠に基づいてある事実を認定するという過程は、まさに

市民の健全な社会常識が反映すべき領域であろう。そして③の認定した事実が法律の要件を満たし有罪であると判断するという過程も社会常識による判断の余地が大きな領域であろう。この枠組み自体は妥当なものだと考えられる。⁽⁴⁾そのこととの対比で量刑プロセスを考えると、同様に①どいういった基準により量刑を行うか②量刑の基礎となるべき事実を認定する③量刑基準へ事実を当てはめて最終的な量刑を決定する、というプロセスをたどる。このうち①については、刑事政策の根幹部分であり統一的に運用される必要も高いため、裁判官が行うべきであると考えられる。それに対して②については、固有の量刑事情でその存否が量刑を大きく左右する事情について争いがある場合も存在するのであり、市民の社会常識により判断するのに適している領域だと思われる。但し被告人の生活態度の悪さなど量刑事情として考慮すべきでない事項については、裁判官が適切に介入し量刑の基礎から排除されるようにすべきであろう。③については、事実認定とパラレルに考えるのであれば市民が関与すべき領域だと考えられる。しかし、事実認定は最終的に有罪が合理的な疑いを超えて証明されているか否かという二者択一の判断であるのに対し、量刑判断

は多様な選択肢の中から適切な刑を選択するという裁量性の強い判断であり、そのため個別の判断においても政策的色彩が強いという違いがある。そのため最終的な決定のやり方について、事実認定とは異なる配慮が必要となる。⁽⁴⁾

そのことを踏まえて次に、評議と評決への裁判員の関与のあり方を検討する。これについては①裁判員は評決のみならず評議にも加わらない、②評議には参加するが評決には加わらない、あるいは裁判員の量刑意見は参考意見と⁽⁴⁾どめる、③評議にも評決にも参加するという選択肢が考えられる。裁判員の量刑からの排除を徹底する立場からは①が一貫している。しかし、この立場は意見書に抵触している。そのこと自体は理論上の障害とはならないが、それだけでなく量刑の基礎となるべき事実の領域ではなお市民の意見を反映させることに意義を見いだすことができる。そのことは量刑の問題について市民が真剣に考える機会を提供し、刑事政策への関心を喚起することにもつながる。また、市民の健全な常識に従った判断が裁判員の量刑よりも軽い刑を妥当とする場合が考えられ、しかもそれは刑罰理論上正当化できると考えられる。それらに市民参加の意義を見いだす場合には他の選択肢を考えることになる。②に

ついでには、裁判員の重い量刑判断を判決に反映させないことができ、また量刑の基礎となる事実についての裁判員の意見を聞くことができるというメリットがある。しかし①と同様意見書に抵触し、裁判員の軽い量刑判断も参考意見にとどめられてしまう。また形式的な評決権を排除したとしても、評議を共にする以上裁判官に対し事実上の影響力が及んでしまう可能性⁽⁴⁴⁾や、裁判官が裁判員の意見を後ろ盾として相場から逸脱する量刑を行う可能性がある。更に評決権がない場合に、裁判員がどれだけ真剣に議論するかという問題もある。そうであれば裁判員に評決権を認める③の立場を採ってもよいのではなからうか。しかしこの場合は制度上、裁判員の量刑相場より軽い量刑判断が採用されることとし、かつ重い量刑判断が阻止されなければならぬ。

そこで評決方法が問題となる。意見書はこの点「少なくとも、裁判官又は裁判員のみによる多数で被告人に不利な決定をすることはできないようにすべきである」と述べている。それをより具体化したものとして、第五一回審議会では井上委員は①裁判官と裁判員のどちらか多い方の数にプラスした数を多数決の要件とする「特別多数決制」、

②過半数以上で裁判員が少なくとも一人は加わった数、その中に裁判官のうちの多数が必ず賛成していなければならぬ「変形多数決制」、③裁判官、裁判員それぞれ多数の賛成を必要とする「双方多数決制」の三案を提示している。⁽⁴⁵⁾評決の問題を考えるためには、裁判官と裁判員の構成を論じなければならぬが、ここでは単純化のために裁判官は三人であるということ的前提とする。まず裁判員が一致して量刑相場より重い量刑判断を下す場合であるが、①の方式では、裁判官が三人であると仮定し一人がそれに同調すれば、裁判官内部の判断としては従来通りの量刑が多数であるにもかかわらず重い量刑となってしまう妥当ではない。②または③の方式では裁判官の多数の賛成が必要となるため、そのような事態は阻止されることになる。故に事実認定においてどのような評決制度とするにせよ、「変形多数決制」または「双方多数決制」を採用することが、裁判員が量刑に関与する最低限の要件となる。もちろん評決要件を過半数以上に設定することも考えられよう。それに対して、裁判員が一致して量刑相場より軽い量刑意見を下す場合であるが、いずれの案を採用するとしても裁判員の軽い量刑判断が採用されることになる。この帰結を承認せず、

裁判官だけで重い量刑をできることにするならば、意見書の提言に反することになる。前述のように、量刑の幅を「広い」と考えて、この方向での市民の意見は積極的に取り入れるべきであるということになれば、実務上この帰結は受け入れられるものとなろう。次に裁判員の一部が軽い量刑意見である場合は、裁判員の人数が多くなるほどこの意見が採用されやすい。その意味では、重い量刑意見を遮断することを前提に、この場面では裁判員の数を増やす方が望ましいことになる。⁽⁴⁶⁾

五 おわりに

以上裁判員制度の下での量刑のあり方について検討してきたが、本稿で論じ得たのは刑罰理論上要請される問題にとどまった。他にも手続二分の問題や判決前報告書の導入の是非、裁判員制度が求刑や情状弁護に与える影響、死刑事件での全員一致制の採用の是非、秘密投票制の採用の是非、実体刑法の構成要件を細分化し法定刑の幅を決める必要はないのかなど論じなければならぬ問題は多い。裁判員を量刑に参加させるにあたってはこれらの問題を十分議論した上でなければならないであろう。

(1) ジュリスト二〇八号(二〇〇一年)一八五頁以下に全文が掲載されている。

(2) ジュリスト一一九八号(二〇〇一年)一七三頁以下に全文が掲載されている。

(3) この問題が議論されたのは第四回審議会である。議事録全文は月刊司法改革二〇号(二〇〇一年)八三頁以下に掲載されている。

(4) アメリカの南部の州で、陪審量刑を有する州と裁判官が量刑を行う州での強盗罪の量刑動向を比較調査した Brent L. Smith & Edward H. Stevens, *Sentence Disparity and the Judge-Jury Sentencing Debate: An Analysis of Robbery Sentences in Six Southern States*, 9 *Crim. Just. Rev.* 1, 4 (1984) には、それぞれの州の一九五七年から八二年にかけての四年ごとの量刑の標準偏差を求めた表が掲載されている。量刑についての社会的考え方が変化したとされる七八年から八二年の期間を除けば、一般的に陪審量刑の方が量刑の標準偏差は大きいと評価できる。

(5) 我が国の量刑にどの程度相場が存在しているかは一つの問題である。個別には相場に反するような事例が存在すると思われるが、全体的には、全国一律に運用されていると言われている検察官の求刑を指針とした量刑が行われて

いることから、一応量刑に相場が存在するということを前提とする。量刑相場について、松本時夫「量刑の相場について」法の支配二二六号(二〇〇二年)二九頁以下参照。但し、近年、量刑相場自体が重罰化方向に移行しつつあることに注意する必要がある。

(6) 五十嵐双葉『刑事司法改革はじめの一步』(二〇〇二年)二二〇頁は、一つの可能性としてこのような予測を立てている。また平良木登規男(平良木ほか「座談会・裁判員制度導入の是非をめぐって」現代刑事法三二二号(二〇〇一年)一二頁)は、市民が裁判体に入る場合にものが言えるのは、軽い身近な事件が極刑が考えられる事件だと述べる。

(7) Gerhard Casper & Hans Zeisel, *Der Laienrichter im Strafprozess*, 1979, S.42, S.84. この調査に関する邦文の紹介として安村勉「陪審制と参審制—刑事裁判への素人の影響力—」上智法学論集二五巻二・三号(一九八二年)二一四頁以下。この調査は、ドイツの三つの州で、裁判長を務めた職業裁判官から報告を得た全五七〇事例を分析したものである。

(8) Casper & Zeisel, a.o. (Anm. 7), S.11f., S. 84.

(9) 佐藤博史(平良木ほか・前掲注(9)一二頁)は「市民が量刑することについて」学習や経験を重視しない制度

は、かえって危険ではないか」と指摘する。また荒木友雄「裁判員制における事実認定と量刑」現代刑事法三二二号(二〇〇一年)五二頁は、裁判員が量刑に関与する場合「公平性はやや欠くものとなり、また被告人の与える印象や情に訴える情状立証などには、過剰に反応しがちな危険性もあるのではないかと述べる。

(10) Casper & Zeisel, a.o. (Anm. 7), S.44, S.84.

(11) Shari Seidman Diamond & Loretta J. Stalans, *The Myth of Judicial Leniency in Sentencing*, 7 *Behav. Sci. & Law* 73, 86-88 (1989). 但し、この調査は侵入窃盗、薬物有償譲渡、強盗、傷害という中程度の犯罪を対象としたものである。See also, Douglas R. Thomson & Anthony J. Ragona, *Popular Moderation Versus Governmental Authoritarianism: An International View of Public Sentiments Toward Criminal Sanctions*, 33 *Crim. & Delinq.* 337 (1987).

(12) 原田國男「裁判員制度の導入と量刑」現代刑事法四三二号(二〇〇二年)六六頁以下参照。

(13) 第五回検討会にて提案されたものである。議事録は司法制度改革推進本部のホームページ(<http://www.kan-teigo.jp/jp/singi/sihou/index.html>)に掲載されている。

(14) Casper & Zeisel, a.o. (Anm. 7), S.14f. 但し、死の

結果を伴う一定の犯罪を管轄していた陪審裁判所(当時は職業裁判官三人と素人裁判官六人で構成)については回答数が少なかつたため分析の対象から除外されている。

- (15) Robert A. Weinger, *Jury Sentencing in Noncapital Cases: A Case Study of El Paso County, Texas*, 45 *J. Urb. & Contemp. L.* 3, 30 (1994). テキサス州は非死刑事件で被告人が陪審による量刑を選択することを認めている。被告人は有罪の答弁をするか公判で有罪を宣告された後、裁判官と陪審のいずれの量刑評価を受けるかを選択する。非死刑事件での陪審量刑を存置している州は現在七州存在する。本研究は一九七四年から七七年にかけて七罪種の重罪非死刑事件から無作為に選んだ一三九五件につき裁判官の量刑と陪審量刑を比較したものである。

- (16) 市民が裁判官より軽い刑を主張するのが、被告人に同情したからだとするならば、同情を誘わないような、いわゆる情状酌量の余地がないとされる事案では裁判官より重い刑を主張するということになる。

- (17) 藤浦龍治「陪審制度の実現を求めて」*戒能通厚監修『みんなで考えよう司法改革』*(二〇〇二年)一三四頁。
- (18) 陪審量刑と裁判官量刑を比較した研究として、他に Smith & Stevens, *supra* note 4, at 3; William A. Eckert & Lauri E. Ekstrand, *The Impact of Sentencing Re-*

form: A Comparison of Judge and Jury Sentencing Systems (1975) (unpublished, cited by Adrian Lanni, *Jury Sentencing in Noncapital Cases: An Idea Whose Time Has Come (Again)?*, 108 *Yale L. J.* 1775, 1794 (1999))がある。前者は調査期間中に陪審量刑から裁判官量刑に変わったアラバマ州において陪審か量刑の平均値以上の刑を科した割合が二五%なのに対し、裁判官の場合は一五%であるという結果をだしている。しかし著者も指摘しているように、アラバマ州で陪審量刑か廃止された一九七八年以降の厳罰化傾向は、量刑主体が誰かという問題とは無関係な一般的な社会の風潮の変化に起因する可能性がある。この研究から市民の量刑について推論するのは困難である。後者はジョージア州で陪審量刑が廃止される前後の量刑の動向を調査したもので、薬物犯罪だけでなく謀殺や強姦についても陪審量刑と裁判官量刑とで刑の重さに統計的に有意な差はなかったという結果を出している。しかし、裁判官が従来の陪審量刑の運用を尊重したという可能性があり、この研究から市民による量刑について推論するのも困難に思われる。

- (19) 最判昭和五八年七月八日刑集三七巻六号六〇九頁。
- (20) 對馬直樹「死刑制度の運用」*宮崎産業経営大学創立一〇周年記念論集*(一九九八年)一一八頁以下参照。

- (21) 永田憲史「死刑選択基準の動向と問題点」犯罪と刑罰 一五号(二〇〇二年)一七五頁。但し、今後裁判官の死刑判決に対する姿勢がどのように変化するかは予断を許さない。
- (22) 死刑陪審の量刑が勧告とされ裁判官がそれを覆すことのできる制度(Jury Override)を持つフロリダ州で、一九七二年から九二年にかけて、陪審の終身刑勧告を裁判官が覆し死刑を科した事例が一三四事例なのに対し、陪審の死刑勧告を裁判官が覆し終身刑を科して死刑が回避された事例が約二七事例であったと報告されている。See, Michael L. Radelet & Michael Mello, Death-to-Life Overrides: Saving the Resources of the Florida Supreme Court, 20 Fla. St. U. L. Rev. 195, 213
- (23) 若田太「合衆国における重罰化傾向と死刑：陪審と裁判官の比較から」アメリカ法一九九八—二〇〇二四六頁以下参照。
- (24) Ulrike Benz, Zur Rolle der Laienrichter im Strafrichter, 1982, S. 135f.
- (25) 五十嵐・前掲注(6)一二二頁は、裁判員か「意見を言う」とすれば、マスコミの提供する見解が、裁判員の見解という形を借りて反映されるという実態にしかならない」と指摘する。
- (26) 『平成一三年版犯罪白書』七〇頁からは、二〇〇一年以来、無期懲役判決が急増していることがうかがえる。
- (27) Lanni, supra note 18, at 177n.
- (28) Andrew von Hirsch, Doing Justice, at 69-76 (1976, Reprint 1980).
- (29) Alfred Blumstein & Jacqueline Cohen, Sentencing of Convicted Offenders: An Analysis of the Publics View, 14 Law & Soc'y Rev. 223, 225 (1980) しかし、質問紙調査の結果は、様々な犯罪の相対的重大性についての公衆の態度は一致したが、科されるべき刑の絶対的な量にについては一致を見なかったというものであった (Id., at 259).
- (30) von Hirsch, supra note 27, at xxix は、vengeance と desert を区別し、自らの主張は desert であることを強調している。なお五十嵐・前掲注(6)一二二頁は、素人が自己のそれまでの社会体験だけをもとに量刑判断を行うとすれば、それは行刑思想としてはすでに否定されて久しい「応報モデル」そのものであるとするが、それは応報をも超えるものである。
- (31) 松本・前掲注(5)三三頁以下参照。
- (32) 原田・前掲注(12)六七頁参照。
- (33) Weninger, supra note 15, at 27.

- (34) 例えば、城下裕二『量刑基準の研究』(一九九五年)一四三頁参照。
- (35) 量刑における積極的一般予防論については、本庄武「刑罰論から見た量刑基準(一)」一橋法学一卷二号(二〇〇二年)四三九頁以下参照。
- (36) 犯罪の事後処理説については、筆者の評価も含め、本庄武「刑罰論から見た量刑基準(二)」一橋法学一卷三号(二〇〇二年)Ⅶ参照。
- (37) See, Paul McCold, Restorative Justice and the Role of Community, in: Burt Galaway & Joe Hudson (eds.), *Restorative Justice: International Perspectives*, at 85-101 (1996).
- (38) 団藤重光『刑法綱要総論・第三版』(一九九〇年)五六頁以下参照。
- (39) 筆者は結論的にこの立場が妥当だと考えている。本庄・前掲注(36)Ⅹ参照。
- (40) 五十嵐・前掲注(6)一二三頁以下は、裁判員に量刑をさせるべきではないとしている。
- (41) 但し、裁判員の評決権を完全に排除するか、また意見を述べる権限までも認めないことにするかについては、なお検討する必要がある。
- (42) Colleen P. Murphy, *Integrating the Constitutional Authority of Civil and Criminal Juries*, 61 *Geo. Wash. L. Rev.* 724, 790-798 (1993) は、裁判官と陪審の役割分担に関して、一方で量刑の広い裁量性と政策目的達成の必要性を根拠に陪審に量刑判断をさせることを否定しつつ、他方で公権力の乱用防止という陪審の機能の観点から、争いの生じない公的記録以外の量刑を左右する事実については陪審員に認定させることを提言する。
- (43) 秋山賢三「あいまいな妥協の産物——混在する二つの理念」法と民主主義三六七号(二〇〇二年)一四頁。
- (44) 裁判官は、裁判員の社会常識判断に流されないために、裁判員に自らの量刑判断の合理性について説得力のある説明をできなければならない。そのため特に、現在の行刑がどれだけ社会復帰に有用であるかについて知見を深める必要がある(五十嵐・前掲注(6)一二四頁参照)。
- (45) 議事録全文は、月刊司法改革二二二号(二〇〇一年)一二頁以下。
- (46) 従来の実務上の量刑基準を維持しようとする立場は、裁判員の影響力を小さくするため人数を抑制しようとするだろう。しかし、裁判員の数は基本的によりよい事実認定のためにふさわしい人数という観点から決められるべきものである。