

四九

被殺者二名の強盗殺人等被告事件につき、多数意見では被告人二名を無期懲役に処した第一審判決を維持した控訴審判決を破棄しなければ著しく正義に反するとは認められな

いとされたが、一名の被告人について、二裁判官による量刑不当との反対意見が付された事例

一橋大学
准教授 本庄 武

銃砲刀剣類所持等取締法違反、強盗殺人、死体遺棄被告事件、最高裁平一八(刑四)一七号、平20・2・20一小法廷決定、上告棄却、判例時報一九九九年一五七頁

【事実】 被告人甲は、被害者Aが旗揚げし、Aの父親が総長をしている暴力団傘下の組織であるA班の幹部であり、被告人乙、被害者Bはその構成員であった。被告人乙は、被告人甲の弟分的な立場にあった。

被告人甲は、自分が交際していた女性が、Aとも交際を始めていることを知り、同女性を横取りされたと考えてAに強い恨みを抱き、目を掛けていた被告人乙及び他の共犯者である丙にAの殺害を持ちかけ、被告人乙らもこれに応じることとし、複数のけん銃を用意するなどした。その後、被告人らは被害者Aを殺害した際に、ついでに同人の所持金を山分けすることも合意した。

被告人甲は、被告人乙から、AがBとともにA班の事務所に来るとの報告を受けたことから、被告人乙が実行犯役、被告人甲らが援護射撃役とする役割分担を決め、その際にBについても、口封じのために殺害す

ることを合意した。

被告人らは、けん銃三丁をこれらと適合する実包一八発と共に携帯して所持して、同事務所まで赴き、被告人乙において、Aに対し、右けん銃のうちの一丁で実包一発を発射し、Aの頭部に命中させて、Bに対しても、同被告人において、同けん銃で実包二発を発射し、兩名を殺害するとともに、A所有に係る現金三〇万円余り等在中のかばん一個を強取し、さらに、兩名の死体を山林内に運び、あらかじめ掘っておいた穴に埋没させて遺棄した。

被告人らは、銃砲刀剣類所持等取締法違反、強盗殺人、死体遺棄に問われた。検察官は、甲及び乙に対して死刑を、丙に対して無期懲役を求刑したが、一審判決は、甲、乙、丙のいずれに対しても無期懲役を言い渡した。検察官が、甲、乙について量刑不当を主張し、甲も量刑不当などを主張して控訴したが、控訴審判決が各控訴を棄却したため、検察官及び甲は、量刑不当などを主張して上告した。

【決定要旨】 上告棄却

本決定は、検察官及び弁護人の上告趣意は、いずれも適法な上告趣意に当たらないとした上で、以下のような職権判断を行った。

「【事実】に掲げたような」犯行の経緯、動機に酌量の余地はなく、その態様は、至近距離から頭部等に向けてけん銃を発射するという冷酷、非情かつ残忍なもので、Aのみならず、Bをも巻き添えにして、年若い二名の生命を奪ったという結果は重大である。各遺族の処罰感情は厳しく、このような犯行が社会に与えた影響も軽視できない。被告人甲は、このような犯行の首謀者で終始犯行を差配したもので、被告人乙は、被害者らの殺害を実行したものであり、両被告人の刑事責任は誠に重大であって、被告人兩名に対しては、死刑を選択することも考慮されるところである。

しかし、他方において、本件強盗殺人は、被告人甲のAに対する恨みを主たる動機とした犯行であり、被害者らの殺害に用いられたけん銃は、被告人甲がもととA

から預けられていたものであること、また、犯行の態様が一般市民を巻き込むようなものではなかったといった事情も認められるところである。

そうすると、被告人甲については、本件各犯行を主導したものであるが、自ら警察に出頭し、犯罪事実を大筋で認めていること、比較的若年で前科もないことなどの事情等をも考慮すると、同被告人を極刑に処するほかにないものとは断定し難く、同被告人を無期懲役に処した第一審判決を維持した原判決について、その量刑がこれを破棄しなければ著しく正義に反するとは認められない。」

被告人乙の量刑は「これを破棄しなければ著しく正義に反するとは認められない。」

甲妻中辰夫裁判官の反対意見

原判決の認定によれば、首謀者である被告人甲の罪責は誠に重大であって、当審の過去の先例に照らしても、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。

原判決は、被告人甲について情状を酌量し、死刑を回避すべき事情として、①本件強盗殺人は、被告人甲のAに対する恨みを主たる動機とした犯行であり、典型的な強盗殺人とは類型が異なる、②被告人甲の独善的、反規範的、狡猾な性格は、暴力団組織の中で助長されてきた側面があり、被告人甲のみを全面的に責めることができず、③本件は暴力団組織内で生じた犯行である、④被害者らの殺害に用いられたけん銃は、Aが被告人甲に預けていたものであり、Aの非として一定程度しん酌せざるを得ない、⑤被告人甲は比較的若年で前科もなく、自ら警察に出頭し、犯罪事実を大筋で認めており改善更生の可能性は残されている、と指摘するが、いずれも特に酌量すべき事情とは認められない。

①については、金品強奪を殺害実行の一九日前に発案し、犯行現場で自ら素早く強奪したもので、利欲性は高

く、強盗殺人の類型として特に酌量すべき要素はない。
②については、刑の量定上不利な事情として評価することは当然であり、これを有利な事情として評価することは明らかな誤りで、到底国民の理解を得られない。③については、一般に被告人及び被害者が暴力団関係者の場合に情状が酌量されることが多いのは、示談が成立している場合が多かったり、被害者にも一定の非があることなどが考慮されるからであって、単純に被害者が暴力団関係者であるというだけの理由で情状が酌量されているわけではない。④については、Aがけん銃を所持していたことは、違法行為としてA自身が刑責を負うべきではあるが、このことが被告人甲に対する関係で非があることにはならないし、被告人甲がもとも所有していたけん銃より使い勝手が良いAから預かったけん銃を使用したことが、いかなる意味でも酌量すべき事情になると評価することはできない。⑤については、出頭は暴力団組織からの報復を逃れるためで、反省の情に基づくものではないし、被告人甲には責任回避的な供述が目立ち、反省悔悟の情を見いだすことはできない。若年で、前科もないことは量刑上考慮すべき事情ではあるが、本件犯行全体を通じて見られる人間としての情感到欠ける独善的、反規範的発想が、公判においても改善の兆しすら見られないことを考え合わせると、改善更生の可能性を看取することはできない。

「もとより死刑は窮極の刑罰であり、その適用には慎重でなければならず、被害者の遺族の厳罰を求める声には耳を傾けるべきではあるが、刑の量定は罪刑の均衡と客観性、合理性を重視しなければならない。また、若年の被告人の場合には、真しな反省の態度など有利な事情があればこれを可能な限り汲み取り量刑に反映させるべきである。私はこれまで常にこのようなことを心がけて裁判に当たってきた。しかしながら、被告人甲については、あらゆる事情を検討してもその罪責は重大であり、

もはや改善更生の可能性は見いだせないものであって、新たに特に酌量すべき事情がない限り死刑を回避することはできないものと判断せざるを得ない。原判決及び多数意見が被告人甲について酌量すべき事情として述べるところは、いずれも是認することができないばかりか、本来刑の量定に当たって考慮すべき重要な要素ではなく、派生的なことがらにすぎないのであって、到底同調することはできない。」

才口千晴裁判官の反対意見

「私は、死刑制度の存続あるいは廃止について特段の見解を持つ者、あるいは死刑停止の国連決議等に目をつむる者でもなく、憲法及び法律に拘束され、良心に従い独立して職権を行使するため、事件記録を精査し、審議を尽くし、英知を結集して適正かつ公平に職務を遂行している裁判官である。特に、死刑事件の刑の量定については、細心の注意を払って被告人に斟酌すべきなんらかの事情がないかを詮索するように心掛けている。」

現在、死刑の選択は、その選択の判断上重要な量刑要素と判断方法の一般的基準を判示した永山判決（昭和五八年七月八日第二小法廷）をよすがとして、多くの先輩や現役裁判官が判決の集積と敷衍により最高裁判所判決の明確化を図り、死刑適用に関する客観的な一般的基準が判例上定着しつつあるところである。これらの量刑要素と判断方法もあくまでも一般的基準であって、絶対的要件ではないが、法律の解釈のみならず、刑の量定等に関する判例の統一を図ることも最高裁判所の責務であり、また、裁判員制度の実施を目前にして死刑と無期懲役との量刑基準を可能な限り明確にする必要がある。

これらの状況を踏まえて、甲について酌量すべき事情を詳細に検討してみても、前述のとおり甲の罪責は極めて重大であって、特に酌量すべき事情が見出せない限り、死刑の選択をするほかなないと断ぜざるを得ない。したがって、私は、原判決の刑の量定並びにこれを是

認する多数意見には、私が裁判官として関与した死刑事件の刑の量定との比較において著しく公平・均衡を失するものであるから、到底同調することができない。」

【評釈】 一 死刑を求める検察官の上告と最高裁の姿勢

近年、死刑判決数が急増したことにより、裁判所が死刑適用に積極的な方向に舵を切ったのではないかと取りざたされている。実際に、死刑適用基準における確定年度の因子の影響力を五年ごとに測定した統計的研究によれば、一九八九年から一九九九年までは寛刑化傾向にあったが、二〇〇〇年以降はやや死刑が適用されやすい方向に変化し、二〇〇五年以降はより顕著に死刑になりやすくなってきたと指摘されている。

その原因の一つとして、検察官が死刑を求めて上告する事案の増加が、裁判所の死刑適用基準に微妙な変化をもたらしていることが考えられる。無期懲役判決を不服として検察官が上告した事案は、一九八三年の永山事件第一次上告審判決（最判昭五八・七・八刑集三七巻六号）以降途絶えていたが、一九九九年に、(1)最判平一一・二九判時一六九三号一五四頁（国立主婦殺害事件）、(2)最判平一一・二二・一〇刑集五三巻九号一一六〇頁、判時一七〇一号一六六頁（福山独居老人殺害事件）、(3)最決平一一・二二・一六判時一六九八号一四八頁、(4)最決平一一・二二・一六判時一六九九号一五八頁、(5)最決平一一・二二・二二判時一六九六号一六〇頁の五件があった。それ以降、(6)最決平一七・七・一五裁判集刑事二八七号五七一頁、(7)最判平一八・六・二〇判時一九四一号三八頁（光市母子殺害事件）、本決定と続き、その後も、(8)最決平二〇・四・二二判例集未登載（五四〇〇三七六）、(9)最決平二〇・九・二九判タ一二八二号一七五頁（静岡大学生強殺事件）、(10)最決平二〇・一一・一四判例集未登載（五四五〇〇四二）、(11)最決平二一・一・一四判例集未

登載(LEX/DB二)が確認できる。今や、死刑を求め、検察官上告は珍しい事態ではない。このうち、原判決が破棄されたのは永山事件判決、(2)、(7)だけにとどまり、最高裁は無期判決を破棄することに依然として慎重な態度をとっているともいえる。しかし、反対に永山事件判決以降死刑の原判決を破棄した事例が、検察官上告五事件以前の最判平八・九・二〇判時一五八一号三三頁(日建土木保険金殺人事件)のみにとどまること、(7)について、その結論に賛成するか否かを問わず、従来よりも死刑に積極的な方針を打ち出したと評価されることが多いことを考え併せると、最高裁としても検察の動向に一定程度呼応し、死刑を拡大する方向で下級審の裁量を統制することを意図しているとする余地もある。

この流れの中で本決定を見るならば、三対二というきわどい票差で、被告人甲に対する原審の無期懲役判決が維持されたものであり、最高裁がきめ細かく個別事案を審査するという姿勢を放棄したわけではないことを強く示すものとなっている。妥当な姿勢であると評価してよいだろう。

なお多数意見において、甲について、原判決を破棄しなければ「著しく正義に反するとまでは認められない」とし、乙について、「著しく正義に反するとは認められない」と微妙に表現が変えられていることからすれば、甲に対する無期懲役判断は著しくはならないものの正義には反すると考えられた可能性は残る。その意味では、本件甲に対する科刑判断は死刑を科すべきかどうかまさに限界的事例であったことになる。

二 死刑適用に関する判断方法

本決定において最も注目されるのは、多数意見が、不利な情状を総括して「死刑を選択することも考慮される」との中間まとめをした後に、有利な事情を指摘し、両者を併せて総合考慮した結果、原判決の量刑を是認しているのに対し、甲妻中反対意見が被告人甲に関して、

不利な情状を総括して「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」との中間まとめをした後に、死刑を回避すべき事情があるかどうかを検討した結果、原判決の量刑は甚だしく不当との結論を導いており、才口反対意見もこれに同調していることである。

従来の裁判例において、死刑を適用すべきか否かが問題となる場合の典型的な判断方法は、永山事件判決で行われたように、被告人に不利な情状を列挙した後、被告人に有利な情状を列挙し、それらの事情を総合して死刑がやむを得ないかを判断するといういわゆる総合評価説であった。本決定多数意見の「死刑を選択することも考慮される」との中間まとめは、死刑適用の是非が争点となつて以上、当然の言辭であり、それ自体に意味のあるものとは思われない。故に、多数意見は総合評価説に従つたものと見うる。このような中間まとめを伴う総合評価の手法は、(1)、(4)、(5)、(6)、(8)、(9)、(10)、(11)といった無期懲役判決を是認した一連の最高裁判例でも採用されており、完全に定着している。それに対して、原審の無期懲役判決を破棄した(2)及び(7)はいずれも、本決定の反対意見と同様に、「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」という中間まとめをした後に死刑を回避すべき事情があるかを検討するという手法を用いている。これは当該事案については死刑を科すのが原則で、死刑を回避すべきなのは例外的場合に限られるとする「原則・例外基準」を定立したものと見ることができよう。

総合評価説と「原則・例外基準」との関係について、最高裁は(2)、(7)のいずれにおいても、永山事件判決を先例として参照しており、大法廷での審理という判例変更の手續(裁判所法一)を経ていないことから、形式的に判例を変更したものでないことは明らかである。しかしそのことをもってして「実質的にも」判例変更に当たらないと考えるべきかは別問題である。

もともと、永山基準として、頻繁に引用される永山事件判決の判示部分は、九個の判断要素を例示的に列挙し、それを罪刑均衡及び一般予防という二つの判断基準から判断して、極刑がやむを得ないかを検討することを述べているに過ぎず、具体的な死刑適用基準のあり方について言及したものは言い難いものであった。

(2)及び(7)は、「検察官の上告趣意は、判例違反をいう点を含め、実質は量刑不当の主張であつて、刑法四〇五条の上告理由に当たらない」としていることから明らかなように、総合評価説に従いながら、死刑を回避した原判決が判例である永山基準に抵触する判断を行ったとは考えていない。にもかかわらず、同じ永山基準を用いて、原判決には著しく正義に反する甚だしい量刑不当(刑法四一)があるとの結論に達している。このことは、最高裁が、永山基準を、死刑を科すべきか否かの判断が分かれ得る限界事例においていずれの結論をも許容するような緩やかな基準として理解しており、また、「原則・例外基準」を総合評価説を事案に即して具体化したいわば下位基準として理解していることを示している。

しかしながら、永山基準には、極刑が「やむを得ない」という消極的に死刑を認容する姿勢を示す表現がある。また、永山事件判決は、原判決の死刑は「如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を言い渡したであろう程度の情状がある場合に限定せらるべき」との見解は、「死刑を選択するにつきほとんど異論の余地がない程度に極めて情状が悪い場合をいうものとして理解することができないものではない。」と述べている。これは、原判決の見解が運用上の死刑廃止論に帰することになりかねないものであったため、そのような理解を封じることが主眼があつたものであり、死刑の適用は謙抑的でないならばならないとする基本姿勢自体は是認していたものと考えられる。これに対して(2)及び(7)の原則死刑という考え方は、死刑に対して謙抑的とは言えない。実際にも、先

に見た統計的研究からは、(2)及び(7)との因果関係までは明らかにならないが、(2)及び(7)の時期以降に死刑判決の増加が認められており、「原則・例外基準」を用いた下級審裁判例も散見される。故に、少なくとも実質的には判例変更ではないかが疑われるのである。

本決定は、総合評価説に依拠する場合と「原則・例外基準」に依拠する場合とで実際に判断が分かれることを示した点に意義がある。「原則・例外基準」の採用が、死刑適用判断を非謙抑的なものとする一つの傍証といえると思われる。そうである以上、いかなる事案で「原則・例外基準」が採用されるべきかが明らかにされなければならぬが、本決定は最高裁判事の中ですらその基準が統一されていないことを示している。

三 酌量すべき事情の判断

多数意見は、(a)恨みを主たる動機とした犯行であること、(b)殺害に用いられたけん銃は被害者Aから預けられていたものであること、(c)犯行の態様が一般市民を巻き込むようなものでなかったこと、(d)自ら警察に出頭し、犯罪事実を大筋で認めていること及び、比較的若年で前科もないこと、という四つの事情を被告人甲に有利な事情として指摘している。それに対して甲妻中反対意見は、【決定要旨】で紹介したように逐一反論を展開している。

しかしながら、(a)については、第一審判決(福島地判平三判例集)が、「強盗殺人罪につき死刑又は無期懲役という重刑のみが法定されている所以の一つは、金品又は財産上の利益を得るために人命を奪い去ることも厭わぬという、動機の利欲性の高さが挙げられる」とし、本件強盗殺人において財物奪取は怨恨目的の殺人のいわば付加的な目的であったと指摘していることを踏まえるべきである。甲妻中意見のいう利欲性とは、財物奪取に関する利欲性ではあっても、死刑適用の可否に関して問題となる、財物奪取のために人命の犠牲をも厭わぬという意味

の強度の利欲性ではないと思われる。(b)については、暴発の危険がなくいつでも使用できる状態にしておけるけん銃を預けたことが甲の犯行を助長したことは否めないものであるから、その程度は別にして、Aに非があることにはならないとまではいえないであろう。(c)について、多数意見は暴力団組織内で生じた犯行であること自体ではなく、一般市民を巻き込まなかったことを評価しているから批判はすれ違っているように見える。(d)について、自ら警察に出頭したことや犯罪事実を大筋で認めた動機に、その程度は別にして、反省の情が含まれないと断言することもできないであろう。若年であることと前科のないことは甲妻中意見も認める通り、考慮すべき一事情であることは否定できず、改善更生の可能性を看取することができないと断言することもまた困難と思われる。

このように甲妻中意見は、どちらとも判断しうる点を酌量すべき事情ではないと断言する傾向があるが、このような評価は、「原則・例外基準」の採用に関連している可能性がある。というのも、「原則・例外基準」においては、単に酌量すべき事情と言えるのではなく、「特に」酌量すべきかが問われるため、個々の事情を死刑回避方向への考慮に算入するためのハードルが上がるからである。このことは、「原則・例外基準」を採用した(2)判決において、(a)臨機応変の対応をしていることや長時間殺意を持続していることから計画性が低いと評価できないとされ、(b)仮出獄後パチンコに熱中して借金を重ねた挙げ句に犯行に至っており、被害者遺族に慰謝の措置を講じていないことから、自白し反省の情を示していることなどを大きく評価すべきでないとして点、同じく(7)判決において、(a)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ことから、殺害は偶発的では

なく冷徹にこれを利用したものであって、計画性がないことを特に有利に酌むべき事情と評価すべきでないとして点、(b)原判決までの言動、態度等を見る限り内省を深め得ていると認めるのは困難であり、犯行内容や犯行後の態様から看取される犯罪的傾向には軽視することができないものがあるとされている点において、明らかだと思われる。これらの事情は、通常の総合評価説の下で、それなりの事情として評価されるものであった⁽¹⁰⁾のが、特に酌量すべきではないとして考慮への算入を阻止されているのである⁽¹¹⁾。

さらに多数意見が掲げる酌量すべき事情は、個別に見ると決定的に死刑回避に至るようなものではないものの、累積的に考慮されることにより死刑回避の結論を導いている。それに対して「原則・例外基準」ではこのような思考方法は採れず、死刑を回避するためには単独で強力な重みを有する事情が必要となるのである⁽¹²⁾。

四 裁判員制度との関係

以上のように、死刑の是非が問題となる事案で「原則・例外基準」を採用するかどうかは決定的な重要性を有するが、その採否の基準自体が不明でありかつ統一されていない。才口反対意見は、量刑に関する判例統一を図ることが最高裁の責務であり、裁判員制度の実施を目前にして死刑と無期懲役との量刑基準を可能な限り明確にする必要があると指摘するが、この指摘とは裏腹に、本決定は死刑適用基準を一層混沌とさせてしまったように思われる⁽¹³⁾。被殺害者数などの単純な基準で死刑の可否を判断すべきでないとしたら、元々死刑適用が問題となるほどの重大事案の中からさらに原則死刑の事案を抽出することが容易とは思われない。少なくとも裁判員を悩ませる程度は、総合評価説に依りつつ、最終的には「ほとんど異論の余地がないほどに情状が悪い場合」として、死刑の選択がやむを得ないか否かという基準による場合と径庭がないはずである。「原則・例外基準」は、

「まことにやむを得ざるに出ずる窮極の刑罰」(最大判昭三・二刑集二)としての死刑の位置づけに沿わない実質的な判例変更なのであり、裁判員の混迷を深めるだけであるから、採るべきでない。基準の明確性の観点からは、むしろ死刑回避を原則とし、例外的に死刑を選択せざるを得ない悪情状を抽出するという作業の方が有望であろう。この判断方法は、永山事件判決に内在されていた謙抑性の視点とも整合的である。

五 量刑事情の限定

最後に、本決定多数意見は、原判決が指摘した被告人甲に不利な事情のうち、犯行後の情状が芳しくないこと、責任回避的な供述が目立つこと、被害者や遺族への謝罪が表面的なこと、遺族に対し何ら慰謝の努力もしていないことという行為後の事情に、おそらくは意図的に言及しなかったものと見られる。罪体に関わらない行為後の事情が考慮されたが故に死刑もあり得ると評価することは、罪体の評価から導かれた死刑もあり得るとの判断を強化する作用を有しているに過ぎないともいえるが、行為後の事情を加味して「刑事責任は誠に重大」で死刑もあり得るとの判断に至ったとも受け取られる。後者であれば責任主義に反するというべきであろう。裁判所がこのような考慮から、行為後の事情を敢えて判断対象から外したのであれば、極めて正当な判断である。近時の最高裁判例で確認し得たもののうち、(2)は行為後の事情を考慮して原則死刑との評価に至っているが、(1)、(9)、(11)は原判決が考慮した行為後の事情に言及しておらず、(7)は原則死刑との中間まとめをした後の特に酌量すべき事情の有無の検討で言及するにとどまる。最高裁は一定の方針を打ち出そうとしているようにも思える。

他方で、多数意見は、原判決が指摘した被告人甲に有利な事情のうち、独善的、反規範的、狡猾な性格が暴力団組織の中で助長されてきた側面があり、被告人甲のみを全面的に責めることができない、という事情も考慮か

ら除いている。この種の人格形成に関わる事情を(過度はな)考慮することは(1)や(9)でも認められており、理論上も責任を軽減する事情といえるため、考慮すべきでないとの趣旨とは思われない。甲斐中反対意見にある、証拠上明らかでなく仮にそうであったとしてもこれを酌量すべき事情と評価する等という論理は到底国民の理解を得られないとの指摘を踏まえた可能性がある。

このように量刑理論との整合性の観点から量刑事情を吟味することは、裁判員の直感的な量刑判断を防ぐためにも有効であろう。他方で、この動きは裁判員制度下の量刑事情の厳選論と関連している可能性もあり、今後より一層の検討が必要となる。

- (1) 柳重雄「死刑適用の拡大を考える」自由と正義五九巻五号(二〇〇八年)一三九頁、石塚伸一「動く世界の死刑、孤立する日本」法律時報八〇巻三号(二〇〇八年)二頁など。
- (2) 渡邊一弘「死刑の適用基準を巡る最近の動向」刑事法ジャーナル一四号(二〇〇九年)五八頁。
- (3) 土本武司「死刑の適用—光市・妻子殺害事件上告審判決—」捜査研究六六二号(二〇〇六年)一六頁、諏訪雅頭「死刑の適用基準」信州大学法学論集八号(二〇〇七年)一五一頁、平川宗信「判批」平成一八年度重要判例解説(二〇〇七年)一六二頁など。
- (4) 上告審の量刑審査の実情については、原田國男「上告審の量刑審査と量刑破棄事例の研究」同「量刑判断の実際(第三版)」(立花書房、二〇〇八年)二八一頁を参照。
- (5) 永田憲史①「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)一四七頁など。
- (6) 本庄武「(7)判批」速報判例解説一号(二〇〇七年)二一〇頁。
- (7) 永田憲史②「死刑選択基準は変化したのか」関西大学法学論集五八巻六号(二〇〇九年)八〇頁。
- (8) 稲田輝明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和五八年度』一六七頁。
- (9) 管見の限り、高松高判平一二・一〇・二六判タ一〇六四号二二二頁、東京高判平一三・五・一七高

- 裁判速(平一三)九四頁、大阪高判平一八・一二・一五高裁判速(平一八)二六〇頁、大阪地判平二一・二・二七判例集未登載(LEX/DB二五四四〇五九八)がある。
- (10) 「主観的事情を過度に重視することは適当でない」と述べた(1)を含め、多くの判決は、被告人の生活歴、生育歴、反省の態度などを酌むべき事情として掲げている。
- (11) 従って、例えば(2)(a)について、計画性は否定されないにせよ周到とはいえないと指摘したり(城下裕二「(2)判批」同「量刑理論の現代的課題」(成文堂、二〇〇七年)一七八頁、(7)(a)について、用意が周到で計画性が高い場合に匹敵する殺害の必然性があったと認定されたこととらえるほかないと指摘しても(永田憲史③「光市母子殺害事件第一次上告審判決の理論的検討」法律時報七九巻五号(二〇〇七年)九四頁)、議論がすれ違っているように思われる。
- (12) 永田②・前掲注(7)九一頁は、(7)の差戻控訴審判決(広島高判平二〇・四・二二判例集未登載(LEX/DB二八一四五三〇六))について、精神的に未成熟であることが犯行に及ぼした影響や意味と関連付けて考慮されていない、と指摘するが、これも「原則・例外基準」故のことと解される。
- (13) 相場主義をやめ、事件自体を見て判断すべきとの見解もあるが(井上薫「裁判官が見た光市母子殺害事件」(文藝春秋、二〇〇九年)一四九頁)、死刑が無基準に多用されるならば、死刑制度そのものが残酷な刑罰を科する結果となるとの指摘(最判平五・九・二一裁判集刑事二六二号四二二頁・大野正男裁判官補足意見)を銘記すべきであろう。
- (14) 城下裕二「量刑基準の研究」(成文堂、一九九五年)二二五頁。
- (15) 井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂、二〇〇五年)二三〇頁。
- (16) 米山正明「被告人の属性と量刑」判例タイムズ一二二五号(二〇〇七年)二三頁は、暴力団所屬という属性を専ら刑を加重する事情と理解している。
- (17) 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在り方」判例タイムズ一二七八号(二〇〇八年)九頁など。