



特集

裁判員裁判と控訴審のあり方

テーマ別事例分析④

量刑審査

本庄 武 一橋大学准教授

はじめに

裁判員制度が始まるにあたり、控訴審における量刑審査のありようは第一審尊重の方向に向かうというのが大方の予測であったが、それはどの程度徹底されているのだろうか¹。

2011(平成23)年4月30日までの統計によれば、裁判員裁判での控訴審終局人員423名中、控訴棄却331名、破棄27名、公訴棄却1名、取下げ64名となっており、破棄人員のうち、原判決の量刑が不当であるとするいわゆる1項破棄(刑訴法381条、397条1項)が2名、原判決後の情状の変化を理由とするいわゆる2項破棄(刑訴法397条2項)が21名を占めている²。破棄率は6.3%(取下げ等を除いた場合7.5%)である。比較のため、2010年の全事件での控訴審破棄率を見ると10.9%(同13.7%)となっている³。全事件での破棄率は長期的に減少傾向にあるが、それにしても裁判員裁判の破棄率は一段と低くなっている。

実務の流れは原審が裁判員裁判である場合とそうでない場合とで基本的に違った姿勢で量刑を判断しているという見方もあるが⁴、現段階では質的な差異があるとまではいえず、実務はなお流動的であると思われる。

次に控訴率に着目すれば、2010(平成22)年の全事件での控訴率は9.6%であるのに対し、裁判員対象事件では17.3%とかなり高くなっている。しか

もそのうち量刑不当を控訴理由とした被告人は、全事件で73.2%、裁判員対象事件で79.6%となっている。このことから被告人は、裁判員裁判の結果に対し、裁判官裁判のそれに対するよりも不満を持ちやすいこと、しかもその不満が量刑に集中する傾向がいつそう強いことがわかる。たとえ裁判員制度が被告人の権利保障のために導入されたものではないとしても、刑事裁判の一番の利害関係者である被告人に裁判がより悪くなったと受け取られるような運用はできるかぎり避けるべきであろう。量刑に関して、控訴審による一審判決は正機能はなお重要である。

2項破棄について

そこでまず、破棄の大半を占める2項破棄について検討したい。2010年の統計によれば、全事件中で2項破棄判決の割合は終局総人員の6.6%、量刑不当を控訴理由とした被告人の9.1%を占める。それに対して裁判員対象事件では、2項破棄判決を受けた被告人は11人であり⁵、これは終局総人員の4.2%、量刑不当を控訴理由とした被告人の5.3%を占めている。2項破棄は、裁判員裁判に対しても一定程度行われていると評価することが許されよう。

2項破棄のあり方については、397条2項による破棄の規定新設の経緯、原判決後の情状の立証が現実の控訴審で重要な弁護活動になっていること、その考慮は裁判員裁判による量刑尊重に反せず、謝罪

や被害弁償の促進にも寄与することから、従来の運用を維持すべきとの見解⁶も有力である。しかし、1項破棄の延長線上で裁判員裁判に対する介入は従来より謙抑的であるべきとの立場が強い。謙抑論には、一審軽視の風潮を防止するため事後審性を強調する見解⁷と、一審判決の刑期を数カ月程度短縮するいわゆる刻み破棄といわれる運用は裁判員裁判による量刑の尊重という考えと整合しないとする見解⁸がある。

このうち事後審性徹底論については、その根拠とされる公判前整理手続による充実した一審審理の実現と国民の視点等の反映のうち、前者は非裁判員事件にも当てはまるものである。裁判員裁判での2項破棄は後者の分だけより謙抑的になるとしても、質的に異なる基準を採用することまで要請されるとは思われない。

他方、一審尊重論は、原判決後の情状が仮に一審段階で生じていれば、裁判員の加わった裁判体において量刑の結論に影響しない事情と評価された可能性があるため、裁判員裁判による量刑を尊重するという考えと整合しないことを理由とする。しかし、裁判員が当該情状をどう評価したかは、判決書に手がかりがなければ不明としか言いようがない。この立場は、裁判員は当該情状を重視しなかったはずであると推定しているが、かえって裁判員の判断を尊重しない結果になってしまう可能性がある。また、この立場は、原判決後の情状の内容・程度が些細なものである場合に一審判決を破棄することは、一審の判断を軽視することになり、国民の理解を得ることが困難であることも理由とする。これは、わずかに刑を変動させるために原判決を破棄することは、それを尊重したことにならないという主張だと思われる。しかし、2項破棄は原判決を不当として破棄するわけではないため⁹、原判決への批判的視点を含んでいない。また、破棄後に原判決を尊重する姿勢を示したいのであれば、原判決の量刑から新たな情状の分の刑を差し引くという手法を用いばよいためである。問題はどこまで原判決を尊重しなければならぬかであるが、その点は1項破棄のあり方と共通する問題であるため、そこで検討したい。

このように2項破棄謙抑論には必ずしも理由がない。現状維持論が掲げる根拠はいずれも説得的であ

り、2項破棄に控えめになる必要はないだろう。

では実際の動向はどうだろうか。2項破棄1号事例(東京高判22・5・26判タ1345号249頁)は、原判決が他の被害者との示談を重視していることを理由に、原判決後に成立した示談を考慮することが許されるとする。2号事例(大阪高判22・6・24公判物未登載)¹⁰も、原判決が「示談など被告人の責任を大幅に軽くするような特別の事情も認められない」と判示していることを根拠に、原判決後の示談を考慮している。しかし、原判決が存在していない量刑事情について言及するとはかぎらず、たまたま言及していた場合に破棄を限るのは明らかに狭いであろう。3号事例以降は、そのような場合でなくとも破棄されているようである¹¹。しかも注目すべきことに、懲役2月を減じた刻み破棄と言いうる事例もあり、また原判決後の情状だけを考慮したにしては減刑の幅が大きく、そもそも原判決の量刑が多少重く感じられていた、いわゆる1項2項合わせ技の破棄と評価されるものがかなり存在しているという¹²。

このような動向は2項破棄が従前とさほど変わらずに運用されていく可能性を示唆しているように思われる。弁護人としては、原判決後の情状を創出することに力を注ぐべきであるし、合わせ技破棄を念頭において原判決の量刑が重すぎるとの主張も過激なく行うべきであろう。

1 項破棄について

1 実務の審査基準

控訴審の量刑審査に関して、目下の問題は1項破棄が極端に少ないことである。執筆時に確認したかぎり、(A)福岡高宮崎支判23・1・20公判物未登載、(B)東京高判23・3・10公判物未登載、(C)福岡高宮崎支判23・5・26公判物未登載、そして本特集事例報告⑤の広島高判23・5・26LEX/DB文献番号25443472の4件しかない。全事件での1項破棄の割合は近年減少傾向にあるとはいえ、2010年で終局総人員の2.4%、量刑不当を控訴理由とした被告人の3.3%を占めているのと大きな違いがある。

裁判員裁判の量刑に対する審査基準に関して、裁判官の論者の間では、国民の健全な社会常識の

反映という制度趣旨からは、基本的に原審の量刑判断を尊重すべきであり、従来よりも審査の幅が広がるという点で一致が見られる。従来は公平の観点から量刑相場に従って審査をしてきたが、この狭い幅の基準に従うことを裁判員に求めるのは制度趣旨に反するし、無理でもあるとされ、それに代わる審査基準として行為責任に対応する一定の幅（責任刑）というものゝ提唱される。しかしその先は、責任刑の大枠に収まるかぎり、違法の問題は生じず、看過しがたいほどの不公平が生じているとみる必要はないとする見解¹³と、公平性の観点は後退するものゝ、この観点はなお著しい不均衡を是正という機能を果たすとして、二元的な基準を提示する見解¹⁴に分かれている。両者を分ける試金石は、共犯者間の刑の均衡を考慮するかどうかである。

この点に関して司法研究は、よほど不合理であることが明らかな場合を除き第一審の判断を尊重するとか、控訴審として許容すべき第一審の裁量の幅はこれまでよりもかなり広くなる等と述べており¹⁵、前者に傾いているようにも見えるが、試金石である共犯者間の刑の均衡問題について両論併記にとどめており、結論を留保しているとみるべきである。しかし後者の見解をとる場合でも、公平性の観点から介入すべき場合を共犯者間の刑が不均衡な場合に限るのであれば、あまり前者と変わらず、控訴審が介入すべき場合は原則として想定されないことになる。

2 破棄事例とその論理

では、実際の1項破棄事例はいかなる論理に基づいているのだろうか。(A)は認知症の父親と無理心中をしようとした殺人の事案で、被告人は承諾殺人を主張したが父親の同意能力の問題で受け入れられなかった。原審は不合理な弁解をしており反省していない、身勝手な思いこみによる犯行であると判断したのに対し、控訴審は無理心中に至った事情を相応に考慮するなどした事案とされる¹⁶。(B)は新聞報道によれば、元妻に対する暴行による傷害致死の事案で、原審が暴行のしつこさに照らせば偶発性を強調すべきでない、飲酒や睡眠導入剤服用は犯行にさほど影響がないとしたのに対し、控訴審が偶発性有利に考慮すべき、飲酒等は暴行の激しさに影響を

与えたと認定した事案である。(C)は新聞報道によれば、長女を虐待し死亡させた傷害致死等の事案で、被告人の生い立ちが動機形成や犯行態様に直接影響したにもかかわらず、原審はその評価を誤り、過小に評価したと控訴審が判断した事案である。事例報告⑤については別稿のとおりであるが、住居侵入・強盗強姦の事案で、原判決が強盗は一貫して認めているものゝ強盗目的で侵入したことを否認していることを捉えて、反省や謝罪は真摯なものとはいえず、量刑上考慮するに値しないと評価したのに対し、控訴審はそれなりに事実関係を認め、あえて自身に不利な余罪の供述もしていることなどから、反省や謝罪を相応に考慮すべきとしたものである。

以上から明らかなように、これまでの1項破棄事例はいずれも、量刑判断の結果の不当を直接問題にするのではなく、情状事実の評価の誤りを指摘することで原審の量刑に介入するものである。これは、司法研究報告書が前述した「よほど不合理であることが明らかな場合」の例として、①きわめて重要な量刑事情を見落としていることが明らかな場合、②量刑事実のうち重要な事実に対する評価を大きく誤っている場合、③犯情をまったく重視せず、一般情状を過度に強調し、悪性格を理由に重い刑を科しているような場合を挙げていたことを受け、②に着目したものである。

責任刑の枠を量刑審査の基準とする見解は、量刑不当の控訴理由を責任主義という法の基本原則からの逸脱という意味で法令違反の一種とみるものである。この見方は、量刑判断も完全な裁量ではなく法律判断の部分を有することを意識させる効果を有していたのではないかと。そして、司法研究が述べるように、法律判断の部分は量刑基準だけでなく、①事件類型ごとに必要に考慮しなければならない量刑事情の種類、②その考慮の仕方、③責任評価が犯情を中心とした「行為」責任でなければならないことなどにも及ぶと解すべきである。これらは法律判断なのであるから、裁判員を拘束するものとして一審の裁判官が説明すべきものとなる。それにより、量刑判断過程の合理化・可視化が図られる。また控訴審でのその是正は原審の裁判官への批判ではあっても、裁判員への批判とはならない。

しかも、②に関しては、被告人の精神状態や若年

性など法の趣旨から考慮方向が看取されるものの評価の誤りは控訴審での是正対象であるが、それ以外は裁判員の健全な社会常識が反映した判断を尊重すべきとの見解が出されていたところ¹⁷、各裁判例はそのような狭い立場には立っていない。とりわけ事例報告⑤は、反省の程度を認定する際に表面的な一部否認にとらわれずにかなる事実について供述しているかという客観的評価になじむ要素に着目すべきことを強調しており、量刑事情認定の際の注意的のものまでも、法律判断の中に取り込んでいるように思われる。裁判員裁判では反省が直観的に判断されたり、従来有利に評価されていた事情が必ずしも重視されない等、量刑事情の評価は混迷を極めているように思われる¹⁸。その中で、これらの1項破棄裁判例は重要な意義を有する。弁護人は、弁論や控訴趣意書においてこれらの裁判例を活用して裁判官や裁判員に対して量刑における法律判断の要素を意識させるべきであるし、それを通じて1項破棄の運用を活発化させることを目指すべきであろう。

3 学説上の審査基準論

しかしこのような量刑の「法化」による対応には、量刑理由の書き方次第という限界があるのも事実である。事例報告⑤において、控訴審が原判決に介入できたのは、「被告人の反省や謝罪の言葉は、本件の量刑上考慮するに値しない」という強い表現が用いられていたからともいえる。最終的な量刑判断は同じでも、判決文が巧みに書かれると介入の余地がなくなるとすれば、果たしてそれでよいのかという疑問は払拭できない。現に裁判員裁判の量刑に対して不満を持つ被告人が多いこと、1項破棄までには至らないが原判決後の情状があれば合わせ技破棄の対象になりうる事案があると推測されることからすれば、なおさらである。理論的にも、破棄の対象を量刑における法律判断の部分に限ることは、法令適用の誤りとは別に量刑不当の控訴理由を置いている現行法とは整合しない面を持つことは否めない。

そこで、量刑判断の結果について介入を拡大する論理がないか、さらに検討したい。学説上、従来の裁判官裁判での量刑相場を裁判員裁判の量刑に対する審査基準として用いることはできないことを認めつつ、裁判員裁判の量刑相場が審査基準になるとし

て、より積極的な介入を許容する見解がある¹⁹。たしかに、裁判員を量刑に関与させるのであれば、たまたま選ばれた裁判員の感覚的な判断ではなく、あくまでも市民の「健全な」社会常識に基づく判断が基準になるべきであろうから、この見解は説得力がある。ただし、裁判員裁判の量刑相場が固まってくるまでは緩やかな審査を許容するというのであれば、当面の運用としては実務の見解とさほど変わらない。しかし、裁判員裁判の量刑相場を基準とする根拠が公平性の重視にあるとすれば、その考慮は従来裁判官裁判との間にも働くと考えらるべきであろう²⁰。もちろん相場は流動性を有するため、裁判員の常識に基づく判断を踏まえて相場は変動しうる。しかしそれはあくまで緩やかな変動であるべきで、そこに公平性の観点からの控訴審の介入の余地が認められる²¹。事例報告⑤の「行為責任を基本として公平の理念から、同種事案に対する従来の量刑を参照すべき」との判示はこのことを示唆する。

もう1つありうると思われるのは、裁判体構成員の過半数および裁判官1名以上の賛成を要するとする裁判員制度の特殊な評決要件に着目する発想である²²。裁判員制度で一番の量刑判断が尊重されるべきなのは責任刑の観念が市民感覚に由来するからであるが、にもかかわらず法が裁判官1名以上の賛成がなければ量刑の評決を許さないことにしたのは、従来裁判官が担ってきた公平性を重視した量刑の価値を法が認め、両者の調和を図ったためであると考えるのである。そうすると、控訴審が刑を軽くする方向で介入する場合、それは原則として公平性の観点から一番の裁判官の判断のみを審査することとどまるため、裁判員の市民感覚を否定することにならず、許容される。しかし、刑を重くする方向での介入は裁判員の判断を否定するおそれがあるため、原則として許容されないという片面的な介入が帰結されることになる。

破棄後の対応

量刑不当若しくは原判決後の情状を理由として原判決を破棄した場合については、多くの見解が自判を許容している。たしかに、純粋な2項破棄の場合は、一番の量刑判断を出発点として新たな情状に見

合った減輕を施すこととすれば、一審の量刑判断を尊重したうえで自判することが可能である²³。しかし1項破棄(および1項・2項合わせ技破棄)の場合にはなお検討を要する。たとえば、通常は一審の証拠調べの結果に基づき量刑上核となるべき事実を認定できるため、原則として自判でき、その場合、一審が量刑上核となるべき要素の認定・判断を明らかに誤ったのであれば、控訴審としては証拠上認定できる量刑上の考慮要素に基づき、本来あるべきと考える量刑をすればよく、他方で一審の認定・判断には誤りはないものの量刑の傾向を逸脱したのであれば、一審の当該事件に対する見方を十分に尊重して判断する必要があるとの見解がある²⁴。しかし、控訴審が独自に認定した量刑事情を一審がどう評価するかという判断は、仮定的に想像するしかない。なぜ控訴審が本来あるべきと考える量刑をすればよいことになるのだろうか。公平性の観点からの介入を緩やかに許容する場合は自判することは了解可能であるが、そうでなければ、一審の量刑判断が不当となった場合、あらためて差戻審による量刑判断を仰ぐというほうが一貫しているように思われる。

なお、事例報告③のように一審の無罪判決を控訴審が破棄自判する場合、たしかに裁判員の量刑判断を軽視するという問題は生じないが、量刑への市民感覚の反映が半ば絶対視されているなかで、一度も裁判員の量刑判断を経ることなしに量刑が行われることが許容されるとするのは違和感が残る。

1 現時点での控訴審の動向を把握するには、上垣猛「原審が裁判員裁判である控訴審の審理の在り方・量刑評価を中心に」『植村一郎判事退官記念論文集(3)』(立花書房、2011年)609頁が大変有益である。ただし同論文で2010年10月末までの裁判員裁判の控訴審破棄率を0.5%程度とされている点は、1桁異なっているように思われる。

2 三島聡「裁判員裁判の上訴」(日本刑罰学会第89回大会ワークショップ「裁判員制度のもとでの控訴審のあり方」(2011年5月29日開催)配付資料)。

3 以下、統計数値はとくに断らないかぎり司法統計年報に依拠している。

4 上垣・前掲注1論文625頁。

5 最高裁判所事務総局「平成22年における裁判員裁判の実施状況等に関する資料」(2011年)75頁。

6 原田國男「量刑をめぐる諸問題」判例タイムズ1242号(2007年)84頁、石井一正「『裁判員制度のもとにおける控

訴審の在り方』の連載終了に当たって判例タイムズ1278号(2008年)30頁、城下裕二「裁判員制度における量刑」法律時報81巻1号(2009年)25頁、大橋君平=坂根真也「裁判員裁判事件における控訴審の弁護活動の基本」自由と正義60巻10号(2009年)86頁、永田憲史「裁判員裁判における死刑選択基準」福井厚編『死刑と向きあう裁判員のために』(現代人文社、2011年)48頁など。

7 司法研修所編「裁判員裁判における第一審の判決書及び控訴審の在り方」(法曹会、2009年)115頁、東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会「控訴審における裁判員裁判の審査の在り方」判例タイムズ1296号(2009年)13頁。

8 中桐圭一「量刑の審査」判例タイムズ1275号(2008年)71頁、東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)「裁判員制度の下における控訴審の在り方について」判例タイムズ1288号(2009年)17頁など。

9 上垣・前掲注1論文631頁は、その程度のことでは量刑不当と言われるのかという意味で原審に与える影響も大きいとする。しかし、控訴審が破棄の理由を丁寧に説明すれば、その誤解は防止できるはずであろう。

10 上垣・前掲注1論文614頁で詳しく紹介されている。裁判長は上垣判事である。

11 上垣・前掲注1論文617頁以下参照。

12 上垣・前掲注1論文626頁以下参照。

13 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)・前掲注8論文14頁。

14 中桐・前掲注8論文69頁、石井・前掲注6論文30頁。

15 司法研修所編・前掲注7書113頁。

16 上垣・前掲注1論文623頁参照。

17 中桐・前掲注8論文68頁。

18 岡慎一「裁判員裁判における量刑判断」季刊刑事弁論66号(2011年)34頁など。

19 小出鎔一「裁判員裁判の運用に関する2つの問題」専修ロージャーナル5号(2010年)41頁、氏家仁「裁判員制度導入による控訴審の審査の制約根拠についての考察」中央大学大学院研究年報40号(2011年)239頁。

20 永田・前掲注6論文45頁は、従来の量刑相場とは劇的に異なる量刑を行うことは、連続性を損なうものであって許されないとする。

21 一審の量刑判断を念頭に置いたものであるが、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33号(2008年)203頁も参照。

22 後藤昭「裁判員裁判と判決書、控訴審のあり方」刑事法ジャーナル19号(2009年)31頁参照。ただし、若干修正を加えている。

23 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)・前掲注8論文18頁、東京高等裁判所刑事部総括裁判官研究会・前掲注7論文14頁。

24 東京高等裁判所刑事部陪席裁判官研究会(つばさ会)・前掲注8論文16頁。