

裁判員裁判について

—弁護活動に対する若干の提言—

弁護士

元千葉地方裁判所判事

波 床 昌 則

I. はじめに

平成21年5月から裁判員裁判制度が施行されている。裁判員裁判は、市民が合議体の一員として審理、評決に関与することから、それまでの職業裁判官による裁判と比較してどのような傾向が生じるのか、注目されてきた。

第1に、自白事件についていえば、量刑が重い方向にシフトした事件類型と、軽い方向にシフトした事件類型がある。性的犯罪は量刑が格段に重くなった事件類型の一つであり、逆に、寝たきりの高齢配偶者を介護疲れから殺めたような事件は量刑が軽くなったと思われる事件類型の一つである。

ところで、例えば、性的犯罪を取り上げて、裁判員裁判になってからの量刑をみると、一般的に、被害者の処罰感情の厳しさや、被告人の傾向性の強さ、再犯のおそれの大きさが重視されているのではないかと印象を受ける。もちろんそれらの量刑事情を軽く扱うことはできないものの、過度に重く評価することは量刑の判断枠組みの観点からは問題がある。

弁護人としてはこのような問題意識をもって裁判員裁判に臨む必要があると思われるが、実際の裁判員裁判ではこのような問題意識をもって主張、立証が工夫されているケースは少ないように感じられる^(注1)。

第2に、否認事件についていえば、弁護人による冒頭陳述や最終弁論については、弁護人の弁論能力が飛躍的に改善されたことをうかがわせるようなものになってきているが、検察官による冒頭陳述や論告に比較すると、分かりにくいとの評価が多く、また、書証や人証を取り調べる証拠調べの段階においては、ポイントを踏まえたインパクトのある立証がなされているとはいいい難い現状があるように思われる。

弁護人としては、冒頭陳述、証拠、最終弁論が太い弁護方針の下で一貫していると感じさせるような弁護活動を行うことが肝要である。

私は、東京地裁で勤務していた当時、裁判員裁判の準備段階に実施された模擬裁判に関与し、平成21年以降は同地裁の裁判員裁判に実際に携わり、平成22年9月に千葉地裁に転勤となってからは、退官した平成24年3月までの間に同地裁で数多くの裁判員裁判に携わる経験をもつことができた。本稿は、これらの経験に基づき、裁判官としての立場でみていた裁判員裁判における弁護活動について感じていた課題とその改善策を若干述べようとするものである。もとより私の経験には限りがあって安易な一般化は慎むべきであり、また浅学非才の身であってどこまで正鵠を射た提言ができるか心許ないところがあるが、裁判員裁判においても熱心に弁護活動に取り組んでおられる弁護士の先生方の参考の一助になればと念じつつ、卑見を述べることにする。

Ⅱ．自白事件における弁護活動

1 最近の量刑傾向とその問題点

裁判員裁判制度が実施されてからの性的犯罪や故意に基づき人の死亡が惹起された殺人、傷害致死、保護責任者遺棄致死、危険運転致死などの罪の量刑は、裁判官裁判の時代に比べて重くなる傾向にある。

この量刑傾向の背後に共通するのは、被害者の保護を重視する市民の裁判員としての感覚であると思われる。かつての裁判官裁判の時代には、一般市民から、性的犯罪や殺人罪などの量刑が軽過ぎるという批判を受けることが多かった。被害者保護の視点は、手続面においては被害者参加制度の採用、告訴期間の延伸・撤廃、公訴時効期間の延伸・撤廃などの形で実現し、実体面においては法定刑の引き上げ、集団強姦罪の新設などの形で実現したが、量刑面においては、裁判官裁判の時代にも徐々に重くなる方向に動いてきてはいたものの、裁判員裁判の時代になってから明瞭な重罰化傾向をもたらしたのである。

ところで、最近の性的犯罪や殺人罪などの量刑をみると、極めて重い刑が宣告されている事案が散見され、ときには検察官の求刑を上回

る刑が宣告される事案もみられる。市民の感覚が素直に量刑に反映されているという点では、裁判員裁判の制度趣旨に沿っているとの積極評価ができる反面、量刑が本来あるべき量刑判断の枠組みを踏まえて行われているのか、疑問を覚えるようなときもないではない。弁護人においても、これまで、被告人に有利な量刑事情を主張、立証はするものの、量刑判断の枠組みの中で被告人に対する責任刑の枠を前提にしながら個々の量刑事情の評価の方向性や軽重を意識的に論じる姿勢には乏しいものがあるように思われる。

以下においては、まず、弁護人が弁護活動を行うに当たってわきまえておくべき量刑判断の枠組みをまず確認したうえ、それを逸脱した量刑判断がなされることがないように弁護人として採るべき方策を若干提言したい^(注2)。

2 量刑判断の枠組み

(1) 相対的応報刑論と「行為責任の原則」

量刑は、刑罰の目的ないしは正当化根拠に沿うものでなければならない。

刑罰の目的としては、応報、一般予防及び特別予防があるとされている。これらの目的のうち、どれをどの程度重視するかは、犯罪論の体系とも関連していろいろな立場があるが、通説的な立場は、応報刑を基本にしながらも、一般予防及び特別予防を副次的に考慮する相対的応報刑論である。

いうまでもなく、応報は、個別の犯罪行為に対する否定的評価であるから、刑罰論において、応報を基本に据える限り、「行為責任の原則」が帰結されることになる。また、責任は、人が犯罪行為に及んだことに対する非難可能性である。この非難可能性には有無だけではなく程度が存在する。いわゆる責任主義の要請は、故意又は過失がない行為を犯罪として処罰してはならないという形で犯罪論として表れるだけではなく、行為に及んだことに対する非難可能性の程度を超えて刑を量定することは許されないという形で刑罰論としても表れるのである。

ところで、量刑論として問題となる「責任の程度」というときの「責任」とは、一体どういう概念であろうか。

この点については、一方で、量刑論で問題となる「責任」とは、犯罪論で論じられる要件の一つである責任（狭義の「責任」）という概念とは異なり、構成要件該当性、違法性、責任からなる犯罪性（広義の「責任」）を意味するという立場がある^(注3)。この立場からは、量刑における責任の量は、違法の程度と（狭義の）責任の程度を相乗したものとなる^(注4)。

他方で、量刑論で問題となる「責任」とは、構成要件、違法性と区別される犯罪論体系上の「責任」（狭義の「責任」）そのものを意味するという立場もある^(注5)。この立場からは、違法性の程度が責任非難と関係するのは、責任はそもそも実体ではなく行為の属性ないしは評価であって、責任の評価は常に違法行為に関係した判断であるから、結局、責任とは「帰責可能な不法」を意味するにほかならないからであるという説明がなされており、したがって、量刑に当たっては、まず、犯罪行為によってもたらされた違法性の程度を推し量り、次に、当該犯罪行為に及んだ者に対する非難可能性の程度を考慮し、その非難可能性の程度に応じて、違法性の程度が当該行為者に帰責されることになる。

実務上は、量刑における「責任」という概念については、広く理解してこれを用いているのではないかと指摘されている^(注6)。

（２）責任刑と「幅の理論」

応報とは、犯罪行為に及んだ者に対してそれに見合う責任を負わせる考え方である。そして、責任を非難可能性という観点からみた場合、犯罪行為に及んだ人に対してどの程度の非難が妥当するかは、本来、幅をもって捉えられる性質の問題と考えられる。刑が責任相応のものかどうかは、野球に喩えていえば、ストライクゾーンのようなものであって、ストライクゾーンを外れていなければ、刑種においても刑量においても了解できるものとしてイメージできるものであるからである。もし応報が文字どおりの同害報復を意味するというのであれば、被害と同等の内

容の刑罰を、いわば反作用の「点」として科すということも考えられないことはないであろう。しかし、国家が刑罰を科す目的は同害報復にあるわけではなく、かつ、刑罰の内容も同害報復が図れるようなものとはなっていない。もとより国家は被害者に代理して犯罪に及んだ者に対して刑罰を科すわけでもない。ましてや、応報といっても現代では同害報復ではなく、犯罪と刑罰の等価性という高度に抽象化された責任のいわば清算を求めるものであるとすれば、責任非難に対応する刑種、刑量を点で確定することは難きを強いるものといわなければならない。責任非難の程度には本来的に幅があると考えるべきであろう^(注7)。

(3) 犯情と一般情状

それでは、責任刑はどのような事情に基づいて決められるべきであろうか。量刑事情にはさまざまなものがあり得るが、大きくは、犯情に属するものと、それ以外の一般情状に属するものに分けることができる。

このうち、犯情は、被告人の刑を量定する上で、第一義的に重視すべき量刑因子と考えられる。なぜならば、刑罰が目的論的には相対的応報刑として捉えられるべきものであり、かつ、刑の量定に当たって考慮される責任非難の程度が行為責任の原則に基づくべきものであるとすれば、犯罪事実とこれに密接に関連する事項からなる犯情にまず着目すべきことは当然であるからである。

そして、犯情を基に責任非難という観点から画される刑の幅、すなわち責任刑の中で、刑罰の副次的な目的として位置付けられる一般予防及び特別予防という観点から一般情状を考慮して最終的な宣告刑を決める、という思考を量刑の基本的な判断枠組みとすべきである^(注8)^(注9)。責任主義の原則は、犯罪行為の重さとの均衡により刑の公平さを維持するための原則にはほかならないともいわれるが^(注10)、そのような公平性の要請も、犯情を第一義的に考慮して決定された責任刑を枠とし、個別の一般情状はその枠の中での修正要素にとどめることによって、実現できることになる。実務上も、例えば、東京高判平10・4・6判例時報1661号160頁は、「刑の量定は、あくまでも犯罪行為に対する評価を中心

としてなされるべきが原則であり、そのことによって各行為者に対する刑罰の公平さもある程度保たれるのである」と説示している。

もっとも、一般情状は、責任非難という観点から画される刑の幅の中での修正要素にとどまるとはいっても、例えば、強姦致死罪等の傾向犯における被告人の傾向性の程度などは、大きな量刑因子となる場合があり得るし、また、実刑か刑の執行猶予が問題となる事案などにおいては、被害者の処罰感情の宥和や被告人の反省の程度、適切な指導監督者の存否などは、その判断の上で大きな量刑因子となることが多いのであって、一般情状が、犯情と比較して、影響力が乏しい量刑因子であることを意味するものでは決していない。

（４）量刑傾向の把握

ところで、実務においては、これまでの裁判例の積み重ねによって、量刑相場といわれるものが形成されてきている。この量刑相場の形成が可能となっているのも、量刑が、千差万別の一般情状に重きを置くことなく、犯情が第一義的に考慮されて量刑が決められてきたことの証左と考えられる。

裁判員裁判においては、職業裁判官がこれまで形成してきた量刑相場にとらわれる必要はないものの、これをこれまでの量刑の傾向という程度の意味にとらえ直した上、最終評議においては、裁判員に対しても適切な形でその情報が参考として供されるべきであろう^(注11)。最終評議においては、裁判員量刑検索システムに当該事案で重視すべき犯情に属する量刑事情（項目）を入力して得られる量刑資料を参考にしながら、まず、責任非難という観点から考慮すべき量刑事情を考慮して刑の幅（責任刑）のイメージをつかんだ後に、一般予防ないし特別予防という観点から考慮すべき一般情状を斟酌して宣告刑を決定するという形で量刑評議が進められるべきであると考えられる。

３ 適正な量刑判断を得るための弁護活動

（１）公判前整理手続において責任刑を議論する必要性

性的犯罪や故意に基づき人の死亡が惹起された殺人、傷害致死、保護

責任者遺棄致死、危険運転致死などの罪についての量刑の重罰化が、被害者や遺族の処罰感情の厳しさ、ときには被告人の犯罪性向の強さや再犯のおそれの大きさなどといった犯情に属さない量刑事情によって、大きく影響されており、その結果、宣告刑が責任刑の上限を上回るような事態がときに引き起こされているのであるとすれば、そのような事態は避けなければならないことは、上述したところから明らかであろう。責任刑を逸脱した量刑は違法である^{(注12) (注13) (注14)}。ことに責任刑の上限を上回る刑が宣告されるのを避けるために最善の努力を払うべきことは、弁護人としての当然の努めでもあるはずである。

そのためには、公判前整理手続の中で、責任刑について議論をする必要性のある事件が存在すると思われる。しかしながら、公判前整理手続の中で責任刑について議論されるということは、これまで極めて稀だったのではないと思われる。

また、裁判官から最終評議の場で裁判員に対して適切な責任刑についての情報を提供してもらうためにも、公判前整理手続の中で、弁護人は裁判官に責任刑について問題意識をもってもらっておく必要がある。なお、その際、裁判員量刑検索システムは、弁護人も事前にアクセスが可能であるから、最大限、同システムを活用するなどして準備をしておくことが肝要である。

このような準備を行い、実際に公判前整理手続の中で責任刑が意識されていれば、いかに被害者らの処罰感情が厳しい事案であっても、あるいは、いかに被告人の犯罪性向が強い事案であっても、行為責任の原則から導かれる責任刑の幅を逸脱するような重過ぎる量刑は回避できることになると思われる。

(2) 公判において量刑事情の評価につき適切な説明を行う必要性

裁判員裁判では、法曹の間ではこれまでさしたる説明も要せずに通用してきた感覚や思考が、市民である裁判員からは容易に納得が得られないということが起こり得る。

裁判員裁判では、例えば、①被告人が犯行に及んだ際、心神耗弱にま

では至っていなかったにしても、精神の障害により是非を弁別しこれに従って行動する能力が不十分な状態にあった場合に、その精神状態を被告人に有利な事情として評価すべきであるといえるかどうか、必ずしも判然としない。また、②被害弁償がなされた場合に、それが被告人に有利な事情として評価されるかどうか、必ずしも判然としないのである。

まず、①の点についてみると、一般論として、同一の量刑事情が責任的な観点からと予防的な観点からとでは評価方向を異にすることがあり得ることに留意する必要がある。そして、このような二つの観点から、改めて、被告人の上記のような精神状態を評価してみると、上記のような精神状態は、片や被告人に対する責任非難を減輕させる事情であるが、他方で、特別予防の必要性を高める事情でもあるとみることが可能である^(注15)。しかしながら、被告人の上記のような精神状態を特別予防の必要性を高める事情として考慮することは、法的に正しい思考といえるかどうかは疑問の余地がある。ましてや、被告人が上記のような精神状態にあることが、被告人を危険人物として認識することにつながり、社会防衛の観点からできるだけ刑務所に隔離しておくべきであるというような発想になって、責任刑を上回る刑が宣告されるようなことになれば、それは到底是認できないところであろう。

したがって、裁判員裁判では、同一の量刑事情についても被告人に有利にはたらくとともに不利に評価されることがあり得る、その意味で双方向性の評価があり得ることをも念頭においたうえ、弁護人として被告人にとって適正な量刑を実現するために量刑事情について十分な説明を加える必要のあるときがあるのである。

次に、②の点についてみると、被害弁償は、簡単にできるものではなく、弁護人が被害者側の心情に慎重に配慮しながら時期を選んでやることができるものである。しかしながら、弁護人がせっかく尽力して被害弁償に成功しても、裁判員は、もしかすると、被害者が被害弁償を受けることは当然の権利であって、被害弁償されたことがなぜ被告人に有利な事情になるのか理解できないかもしれない^(注16)。

被告人に反省の情がみられることは、特別予防の観点から、被告人にとって有利な量刑事情となる。したがって、被告人が被害者に対して謝罪するとともに反省の意味を込めて自ら被害弁償をしたのであれば、その犯行後の行動は、被告人の反省の情を推認させる間接事実として考慮できることに疑問はないと思われる。

問題は、被害弁償をしたこと自体を被告人に有利な量刑事情として考慮し得るかである。実務上は、例えば、共犯者において被害弁償した事実を被告人自身の量刑判断に当たっても有利な事情として斟酌してきたように、これまで被害弁償がなされた事実自体を、結果の回復とみて、被告人に有利な量刑因子として考慮してきたと思われる。しかしながら、このような感覚は受け入れられない可能性もある。このような発想にどのように接して行くべきかは今後の課題の一つであるが、審理の過程では、少なくともこのような発想があり得ることを前提として弁護人は主張、立証に工夫を凝らす必要があろう。

Ⅲ. 否認事件における弁護活動

1 否認事件の立証構造についての確認の必要性

否認事件には、公訴事実に争いがある事件（細分すると、事件性に争いがある事件、被告人と公訴事実との結び付きに争いがある事件、犯行態様等の客観的公訴事実には争いがある事件、故意等の主観的公訴事実には争いがある事件がある。）のほか、違法性阻却・減少事由や責任阻却・減少事由の存否が争われる事件がある。

そして、上記の各争点を要証事実としてみた場合、当該争点を直接証明する証拠がある「直接証拠型」の事案か、間接的に推認する証拠しかない「間接証拠型」の事案かをまず把握したうえ、直接証拠型の事案であれば、当該直接証拠が信用できるものであるかどうか、特に当該直接証拠の信用性を裏付ける補助証拠が十分にあるかどうかを検討することが必要となり、また、間接証拠型の事案であれば、当該争点を推認でき

るだけの間接証拠があるかどうか、すなわち、間接証拠から認定できる個々の間接事実の推認力の大きさを推し量るとともに、それらを総合すると当該争点を推認できるかどうかの判断を行うことが必要となる^(注17)。

弁護人としては、争点についての検察官の立証構造が直接証拠型なのか間接証拠型なのかをまず確認したうえ、以上の観点から反論、反証を準備することになる。

2 否認事件の公判前整理手続

弁護人が、公判前整理手続で行うべきことは、検察官請求証拠に対する証拠意見及び公判において弁護人が予定している主張を明らかにするとともに、証拠調べ請求を行うことである。予定主張は、最低限、上記1でみた争点及び当該争点についての検察官の具体的事実主張に対する意見が述べられていれば足りる。弁護人がこの意見をどこまで具体的に展開できるかは事案による。いつでも積極否認的な詳しい主張が必要とされるわけではなく、ましてや弁護人による別の筋立ての主張が常に必要とされるわけではない。

ところで、否認事件の公判前整理手続は、長期化の傾向がみられる。

その原因は、いくつか考えられるが、証拠開示の遅延が大きいものであることは疑いがない。例えば、弁護人は、類型証拠開示請求をして検察官から証拠の開示を受け、それらの証拠を検討した結果、改めて類型証拠開示請求を行うことがよくあるが、検察官は、そのような場合、当該開示請求に応じるか、あるいは類型証拠開示請求の要件に該当しないとしながらも任意開示に応じることが多いように思われる。そうであれば、検察官は、類型証拠開示の要件にこだわらずに早期任意開示の運用を確立すべきである。なお、検察官による証拠の任意開示の現在の運用については、相当広範囲に行われているとの評価がある反面、検察官にとって不利益にはたらき得る証拠の任意開示は行われていないとの批判もあるところである。

3 否認事件の審理

弁護人による冒頭陳述及び最終弁論については、検察官による冒頭陳述及び論告に比較して分かりにくいとの評価が多く、かつ、書証、人証を取り調べる証拠調べにおいては、弁護人によるポイントを踏まえたインパクトのある立証がなされているとはいえない現状があるように思われる。

その原因は、もちろん主張及び立証上の技術的な問題もあるが、根本的には、争点に対する弁護人の理解が不十分で、主張すべきことを十分主張できておらず、立証上もアピールすべきことを十分アピールできていないからではないかと考えられる^(注18)。

一例として、責任能力が問題となる事案を取り上げてみる。

責任能力の有無、程度が争点となる事案では、まず、責任能力が刑事責任の「前提」ないし「要素」となる理由が説明できなければならない^(注19)。市民である裁判員は、刑法39条の規定を理解しているとは限らず、むしろ市民社会を守るという見地からは、そもそも犯罪行為に及ぶような精神障害者は社会から隔離すべきであると考えているかもしれない。また、医療刑務所があるのであるから、精神障害者を刑務所に収容することに問題はないはずであると考えているかもしれないからである。

次に、心神喪失とか心神耗弱といった概念がどういうものであるのかも説明できなければならない。判例（大審院昭和6年12月3日判決・刑集10巻682頁）によれば、心神喪失とは「精神ノ障碍ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力ナク又ハ此ノ弁識ニ従テ行動スル能力ナキ状態」であり、心神耗弱とは「其ノ能力著シク減退セル状態」である^(注20)。ここには、精神の障害という生物学的要素と、認識能力と制御能力という心理学的要素の二つによって責任能力が構成されていることになる。しかし、認識能力ないしは制御能力が欠如し、又は著しく減退している場合、それが「精神の障害により」といえなくても、論理的には非難可能性がなくなるか、又は著しく乏しくなるといえるのではなかろうか^(注21)。人格障害や情動行動についての事案では、このような疑問が

解消されていなければ、裁判員に対する説明はおぼつかない^(注22)。人格障害の一類型である境界型人格障害についていえば、境界型人格障害は、精神病と正常との境にありながらも人格の偏りとして「精神の障害」に当たらないという割り切った理解も可能である。しかしながら、境界型人格障害の場合でも精神病類似の症状が出ることもあり、そのような症状を呈している状態で被告人が犯行に及んだ事案においては、被告人に対して、生物学的要素を満たさないから完全責任能力があったと即断することは相当とはいえないであろう。もともと「精神の障害」の定義がはっきりしていないことにも問題があるが^(注23)、責任能力について生物学的要素と心理学的要素の二つで構成する複合的方法が採用されていることの意味や、生物学的要素と心理学的要素の両者の連関について十分に考えを深めておけば、弁護人としては、境界型人格障害の事案においても、責任能力を説得的に争うことができると思われる。

ところで、裁判員裁判において法律概念について分かりやすい説明が必要となる事案については、まず、裁判所において、争点が煮詰まった公判前整理手続の終盤段階で説明案のたたき台を作ったうえ、検察官と弁護人に対してそれを提案し、双方の意見を聞きながら最終的な説明案を確定させるという手順を踏む場合が多い。しかしながら、弁護人としては、裁判所からの説明案の提示を待つまでもなく、争点に関する法律概念については根本にさかのぼった考察をあらかじめ遂げたうえ、責任能力を争う事案についていえば、責任主義、心神喪失・心神耗弱、精神の障害、認識能力、制御能力といった概念については、当該事案に即した説明案を自ら提案できるまで準備をしておくべきである。

また、公判前整理手続において、公判において証人尋問が予定されている鑑定人との事前カンファレンスの機会が設けられていれば、鑑定人に対して、被告人の疾患名、症状を具体的に確認することはもとより、病状が犯行に及ぼした影響についての医学的知見を慎重に確認することが肝要である。最近では、精神の障害と犯行との関係について、動機の了解可能性、犯行の計画性（突発性、偶発性、衝動性）、反道徳性の認

識（行為の意味・性質、違法性の認識）、精神障害による免責可能性の認識、平素の人格に対する犯行の異質性・親和性、犯行の一貫性・合目的性、犯行後の自己防御行動の7項目で説明しようとする提言が精神科医の側からなされている^(注24)。確かに、以上の7項目は、鑑定人の医学的知見に基づいて説明することができる場合も多いと思われるが、これらの項目は、本来的にはむしろ裁判所が証拠に基づいて認定すべき項目であると考えられる^(注25)。弁護人としては、鑑定人に対して、精神の障害と犯行との関係については、これらの項目にあまりこだわることなく、その医学的機序を確認して咀嚼することに精力を集中すべきであろう。そして、ICD-10（国際疾病分類）やDSM-IV（米国精神医学会診断基準）といった操作性診断基準によって病名が被告人に付されていても、そのことに安んじることなく、病状がいかに関行に影響を及ぼしたのかを平易な言葉で説明できるようにすることが極めて重要である^(注26)。

このような準備作業を弁護人が積み重ねておけば、公判においても、冒頭陳述、証拠、最終弁論が太い弁護方針の下で一貫していることを感じさせるような弁護活動を行うことができるようになると思われる。

IV. おわりに

以上によれば、裁判員裁判においては、自白事件であっても、被告人にとって有利な量刑事情を主張、立証しただけではならず、あるべき量刑判断の枠組みについての理解を前提としたうえ、当該事案で問題となる量刑事情をこの判断枠組みの中に位置付けて責任刑を把握するとともに、個々の量刑事情の評価の方向性と軽重についても法的な観点から十分に検討しておくべき必要性のあることが明らかになったのではないかと考える。裁判員裁判は、市民の感覚が十分に反映されたものでなければならぬ。その量刑判断は、これまでの職業裁判官のそれと比較すると、その結論においても、量刑事情の取り上げ方や評価においても、事

案の具体的妥当性をより強く指向したヴァリエーションに富んだ内容のものになって行くであろうと思われる。しかし、その判断は、あるべき量刑判断の枠組みを踏まえたものでなければならず、個々の量刑事情についても法的に許されない評価を基にするものであってはならない。弁護人としては、そのような事態が生じないように準備を尽くし、公判でも主張、立証に意を用いるべきである。

また、否認事件については、争点について、法的に根本にさかのぼった検討を加えたうえ、法律概念については事案に即した分かりやすい説明を考え、公判においては、冒頭陳述、証拠、最終弁論が太い弁護方針の下で一貫していることを感じさせるような弁護活動を行うことが肝要である。弁論や尋問についての技量を向上させることももちろん必要であるが、否認事件においては、証拠を十分に吟味し、これまでの法律論も十分に踏まえたうえ、効果的な対処方を自ら工夫することが大事である。

以上に述べたことは、言うは易く、行うは難き事柄である。しかし、このような努力を重ねることによって、我々法曹がこれまで突き詰めに流してきたような事柄を自覚的に捉え直さなければならないところが多くあることに気付くのではなかろうか。それは、我々法曹にとっても自省と飛躍をもたらすきっかけとなるに違いないと思われるのである（注27）。

[注]

- 1 私がかつて裁判員裁判において適正な量刑を実現するための審理方策についての試論をまとめて、原田國男判事退官記念論文集に発表した（拙稿「裁判員裁判における自白事件の審理の在り方」『新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、平成22年）95頁）。本稿中の「Ⅱ．自白事件における弁護活動」の項は、同論稿と重複する部分があることをあらかじめお断りしたい。
- 2 日本の刑法は、量刑判断の基準を全く明記しておらず、解釈にゆだねている。これに対して、ドイツの刑法には、「総則編 第3章行為の法的効果 第2節刑

の量定」の中に次のような規定がある（法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典』〔法曹界、昭和57年〕二〇頁、井田良「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集113号225頁注22〔平成16年〕参照）

「第46条（刑の量定の原則）

- ① 行為者の責任は、刑の量定の基礎である。刑が社会における行為者の将来の生活に与えると期待しうる効果を考慮するものとする。
- ② 刑の量定に当たり、裁判所は、行為者にとって有利な事情及び不利な事情を相互に比較衡量する。その際に、特に、次のことを考慮する。

行為者の動機及び目的

行為によって表示された心情及び行為にあたってはたらかせた意思

義務違反の程度

実行の態様及び行為から生じた責めに帰すべき諸結果

行為者の前歴、その一身的及び経済的諸事情、並びに、

行為後の行為者の態度、特に、損害を賠償するための努力及び被害者との和解を実現しようとする努力

- ③ すでに法律上の構成要件の要素となっている事情は、これを考慮してはならない。」

3 木村亀二「責任主義の意義と問題」『犯罪論の新構造（下）』〔有斐閣、昭和43年〕455頁参照

4 阿部純二「刑事責任と量刑の基準」福田平＝大塚仁編『刑法総論Ⅱ』〔有斐閣、昭和57年〕98頁参照。なお、阿部教授の見解は「量刑論の現状と展望」現代刑事法3巻1号7頁〔平成13年〕参照

5 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（1）」法学研究55巻10号82頁〔昭和57年〕、同・前掲（注2）「量刑をめぐる理論と実務」217頁参照

6 井田・前掲（注2）「量刑をめぐる理論と実務」220頁参照

7 「幅の理論」については、阿部純二「刑の量定の基準について（中）」法学41巻1号1頁〔昭和52年〕、川崎一夫『体系的量刑論』〔成文堂、平成3年〕37頁、103頁（「責任評価によって認定されるべき責任枠」には「中心領域に接続して流動的な限界領域が存在する」と指摘する。）、原田國男『量刑判断の実際（第3版）』〔立花書房、平成20年〕93頁等参照。これに対して、「幅の理論」に疑義を呈する見解としては、平野龍一「草案と責任主義」平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究（1）』〔東京大学出版会、昭和47年〕22頁、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（1）」早稲田法学68巻3＝4号91頁〔平成5年〕、本庄武「刑

罰論から見た量刑基準（１）」一橋法学１巻１号192頁〔平成14年〕（なお、同論文は、いわゆる位置価説に対する批判の文脈の中では、現代の応報が犯罪と刑罰の価値的な等価性という高度に抽象的、形而上学的な責任の清算を求めるものであることを指摘しながらも、「点の理論」の方が優れているとする。）等がある。

8 量刑判断に当たって、どのような事情を犯情若しくは一般情状に位置付け、それらをどのような方向にどの程度考慮し得るかは、個々の量刑事情に即して一つ一つ今一度検討を加えてみる必要がある。この点に関する比較的詳しい研究としては、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（１）～（５完）」法学研究55巻10号67頁～56巻２号60頁〔昭和57年～昭和58年〕、同「量刑理論と量刑事情」現代刑事法３巻１号39頁〔平成13年〕、川崎・前掲（注７）『体系的量刑論』211頁、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（２完）」早稲田法学69巻１号12頁〔平成５年〕、原田・前掲（注７）『量刑判断の実際（第３版）』６頁などがあり、拙稿・前掲（注１）「裁判員裁判における自白事件の審理の在り方」105頁も主だった量刑事情について検討を加えている。

9 実務上、量刑判断に当たって、犯情が量刑事情として最も重視されており、ついで一般情状が一般予防や特別予防の目的に照らして考慮されているということは、これまでも一般的に指摘されており（松浦秀寿「量刑不当」大阪刑事実務研究会「刑事控訴審の研究」判例タイムズ353号87頁〔昭和53年〕、松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系（６）』〔日本評論社、昭和57年〕156頁、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』〔悠々社、平成14年〕486頁等）、原田・前掲（注７）『量刑判断の実際（第３版）』53頁、108頁等も、量刑判断に当たっては、犯情によりその大枠が画され、その大枠の中で一般情状を考慮して決めるというプロセスをとっていると指摘する。井田良『講義刑法学・総論』〔有斐閣、平成20年〕561頁注18は、このような実務の量刑判断の枠組みと学説の考え方との間に大きなギャップは存在しないと。なお、阿部・前掲（注４）「刑事責任と量刑の基準」90頁は、実務上の量刑基準について従前の諸研究の成果を要領よく概説している。

10 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻２号297頁〔平成８年〕参照

11 裁判員裁判において用いられるべき量刑資料は、「量刑相場」的なものより、「量刑傾向」的なものが相当であると指摘するのは、原田國男「量刑をめぐる諸問題」判例タイムズ1242号73頁〔平成19年〕である。

12 責任刑を逸脱した量刑判断には、単なる量刑不当ではなく、法令適用の誤りの違法があると考えられる。

- 13 責任刑の上限を上回る量刑は許されない。内藤謙『刑法講義総論（上）』〔有斐閣、平成13年〕127頁は、一般予防と特別予防の観点から必要とされる刑罰がいかに重いものであっても、刑罰は行為責任の限度を超えてはならないと指摘する。阿部・前掲（注4）「刑事責任と量刑の基準」100頁、城下裕二『量刑基準の研究』〔成文堂、平成7年〕109頁（いわゆる消極的責任主義の帰結であるとする）等も上限を上回することは許されないとかねてより指摘していた。これに対して、井田・前掲（注10）「量刑理論の体系化のための覚書」298頁は、常習累犯者など、判決時に特別予防の必要性が明確に認められる例外的な場合には、責任刑を上回ることが許されるとする。これに対する批判として、本庄・前掲（注7）「刑罰論から見た量刑基準（1）」196頁参照
- 14 責任刑の下限を下回る量刑はどうであろうか。これも許されないと明言する見解としては、川崎・前掲（注7）『体系的量刑論』175頁がある。なお、城下裕二「犯罪後の態度と量刑」松岡正章先生古稀祝賀『量刑法の総合的検討』〔成文堂、平成17年〕136頁は、地下鉄サリン事件に関与した教団幹部のうち、極刑ではなく無期懲役に処せられた被告人に対する裁判所の量刑判断には、消極的責任主義がかなり明確な形で反映されている旨指摘する。東京地判平10・5・26判例時報1648号38頁参照
- 15 川崎・前掲（注7）『体系的量刑論』97頁参照。なお、本庄・前掲（注7）「刑罰論から見た量刑基準（1）」188頁は、「幅の理論」を採用するドイツにおいても、被告人に対して、責任能力の減少を認めながらも、任意的減輕規定（当時）を適用せず、完全責任能力が認められる場合の法定刑の最高刑を言い渡した原審の量刑を是認した判例があることに言及している。
- 16 市民の感覚として、このような意見が根強くあることは、模擬裁判の評議ないしはミニフォーラムの模擬評議の場でもしばしば体験したところである。
- 17 角田正紀「公判前整理手続の運用」前掲（注1）『新しい時代の刑事裁判』126頁は、立証の要否も事案の証拠構造全体の中で判断されるべきことを指摘している。
- 18 杉田宗久『裁判員裁判の理論と実務』〔成文堂、平成24年〕65頁は、裁判員に殺意、正当防衛、共謀、中止未遂等の法律概念を正しく理解してもらうためには、これを単に平易な言葉に置き換えて説明するだけでは不十分であり、やはり、各概念の本質に立ち返った分かりやすい説明が必要であることを痛感させられる、と指摘している。
- 19 犯罪行為に及んだ者に対して、非難可能性の観点から責任を問うためには、その者に他行為可能性があったといえなければならない。逆にいえば、犯罪行為を

行うように決定をされており、それを避け得ない者に対しては責任を問うことはできない。責任能力は、責任を問うための「前提」ないしは「要素」とするれば、自由意思論における決定論と非決定論の対立は、難問ではあるものの、責任能力を論じる出発点として理解しておく必要がある。法学者の文献として、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』〔有斐閣、昭30年〕90頁、平野龍一『刑法の基礎』〔東京大学出版会、昭41年〕3頁を挙げるにとどめる。

20 もっとも、最高裁昭和29年7月30日決定・刑集8巻7号1231頁は、認識能力について「行為の違法性を意識する」能力であるとしている。学説にも、精神病患者であっても日常生活についての「事理」や「是非」についてはかなりの程度理解し得ることが多いなどとして、同決定に賛成するものがある（墨谷葵『責任能力基準の研究』〔慶應義塾大学出版会、昭和55年〕226頁参照）。

21 心理学的要素に加えて生物学的要素が要請されるのは、犯行時に認識能力や制御能力が備わっていたのかどうかを判断することには困難があり、「一方では、精神の障害という生物学的要素にもとづく場合にかぎって、責任能力がないとするほかないし、他方では、一定の生物学的要素がある場合には責任能力がないと考えるほかないことも多い」からである（平野龍一『刑法総論Ⅱ』〔有斐閣、昭和50年〕285頁）。安田拓人「責任能力の判定基準」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕』〔有斐閣、平成15年〕65頁、同『刑事責任能力の本質とその判断』〔弘文堂、平成18年〕33頁参照

22 正常人の情動行動について、責任無能力ないし限定責任能力の判断があり得るとする見解として、平野・前掲（注21）『刑法総論Ⅱ』293頁、林美月子『情動行動と責任能力』〔弘文堂、平成3年〕106頁など参照

23 ドイツの刑法には、「総則編 第2章行為 第1節可罰性の基礎」の中に次のような規定がある（法務大臣官房司法法制調査部編・前掲（注2）『ドイツ刑法典』一一頁参照）

「第20条（精神障害に基づく責任無能力）

行為の遂行に当たり、病的な精神障害、根深い意識障害、又は精神薄弱若しくは重大なその他の精神的偏倚のため、行為の不法を弁別し又はその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。

第21条（限定責任能力）

行為の不法を弁別し又はその弁別に従って行為をする犯人の能力が、第20条に列挙された事由により、行為の遂行に当たり著しく低減していたときは、第49条第1項に従ってその刑を軽減することができる。」

24 他害行為を行った者の責任能力鑑定に関する研究班編『刑事責任能力に関する

精神鑑定書作成の手引き〔平成18～20年度総括版（ver.4.0）〕平成18～20年度厚生労働科学研究費補助金（こころの健康科学研究事業）18頁

25 前掲（注24）『刑事責任能力に関する精神鑑定書作成の手引き〔平成18～20年度総括版（ver.4.0）〕3頁、同追捕（ver.1.1）6頁参照

26 なお、ICD-10やDSM-IVに記述されている病名は、直ちに「精神の障害」に当たるものとはいえないとされている。前掲（注24）『刑事責任能力に関する精神鑑定書作成の手引き〔平成18～20年度総括版（ver.4.0）〕13頁参照

27 拙稿・前掲（注1）「裁判員裁判における自白事件の審理の在り方」117頁