

裁判員裁判における裁判所の役割について

(付・死刑量刑評議のための裁判官の役割)

橋 本 英 史

一 裁判員法施行前の「裁判所は判断者に徹するべきである」とする裁判所の役割論の登場・有力化とこれに対する懸念について

1 裁判員法の平成二二年五月二一日の施行に向け、全国的に法曹三者による模擬裁判が精力的に実施された(筆者が所属した宇都宮地裁栃木支部でも、裁判員裁判が実施される支部ではないものの、検察官の請求により弁護人の意見を聴取して裁判員裁判の対象となる事件の全件について公判前整理手続を実施して法曹三者が共に手続に習熟する運用がされた)。そして、裁判員制度にふさわしい刑事裁判手続の在り方についての具体的な研究や検討が法曹三者で進められ、模擬裁判や研究会の成果を踏まえ、具体的運用の仕方について、貴重な提言や試案が示されることになった。⁽¹⁾

これらのうち、裁判所内の裁判官研究員による司法研究報告書及び司法研修所における共同研究の報告書等の刑事裁判官の執筆による文献において、裁判員裁判における「裁判所の役割」、「裁判所の審理に望む基本的姿勢」、「裁判官の行動原理」などとして、これまでの裁判所が、当事者追行主義における補充的な役割として、「事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正に適用実現する」(刑事法一条)という刑事裁判の目的を実現するのに必要とされる主張及び立証について求釈明し、あるいは職権証拠調べをしていた

ことを、劇的（ドラマステイック）に転換して、裁判所は「判断者に徹するべきである」ことが要求され、職権証拠調べは原則として許されない、あるいは、従前よりもはるかに慎重に、しかも、謙抑的であるべき旨、裁判官の行動原理が中立性を重んじ、事実の真相解明に向けて積極的な行動に出ることを差し控える方向にシフトしていく旨、裁判官が当事者の立証に関する後見的な役割を脱するという方向性が示唆されている旨、公判前整理手続における争点の設定においても当事者主義が徹底されなければならず、裁判所が当事者に対し新たな主張を促すことは原則として慎重であるべきである旨の見解が公表された。そして、これは、裁判官の意識や姿勢として、公判での新たな証拠調べ（追加立証）を制限・自制する「判断者に徹する」という「ドラマステイックな発想の転換」が求められるものとして位置付けられた。

さらに、この立場から、裁判員裁判では、刑事裁判の目的である「実体的真実主義」における「真実の解明の対象」が、検察官の「冒頭陳述で提示した事実」に収斂され、この一点に当事者の攻防が純化されるから、裁判所はこの一点の「判断者に徹する」ことになる旨、あるいは、当事者主義の理念が徹底されることになれば、裁判所の役割は、検察官が「冒頭陳述で提示した事実」が証拠によって証明されたか否かを判断するという「判断者に徹することになる旨の見解も示された。そして、これらの文献に接する全国の刑事裁判官に対して、「実体的真実発見」の意義について、「今後はこの点に関する意識改革をも求められることになるのであるか」との深刻な感想を抱かせるものとなった（小川育央「裁判員制度における控訴審の在り方(1)総論」判タ一二七一号八一頁注二八参照⁽²⁾）。

これらの立場は、裁判所による求釈明や職権証拠調べは謙抑的であるべきであり、原則としてすべきではないと説くものの、その例外の場合として、それぞれが必要となる要件や、これが裁判所に義務づけられる要件について具体的に論ずることがなかった。そこで、裁判所の補充的役割が許される例外となる具体的な場合が判明せず、その理念だけが示されているため、裁判所が現実において正面から反論する刑事裁判官の見解は公表されることがなかった。この「裁判所は判断者に徹するべきであるとする役割論」は、

前記の文献の公表や司法研修所の共同研究会に出席した刑事裁判官の報告によって、刑事裁判に携わる筆者も当然に見聞きすることになった。これらの立場は、明示はしないものの、公判段階になって新たな主張や証拠調べを要することになると裁判員の負担となることを避け、むしろ、裁判員が参加する公判審理ができるだけ短縮されることを企図するものと思われる。

2 思うに、この「裁判所は判断者に徹すべきである」とする立場、特に、刑事裁判の目的である「実体的眞実主義」における「眞実の解明の対象」が、検察官の「冒頭陳述で提示した事実」に収斂され、この一点に当事者の攻防が純化されるから、裁判所はこの一点の「判断者に徹する」ことになるとの見解によれば、検察官や弁護人が公判前整理手続の段階で組み立てた主張（間接事実や補助事実を含む）及び立証の構造の見とおしに誤りがあったり、「訴訟は生き物である」ことから実際の公判段階における証拠調べが実施されることによって公判前に組み立てられた当事者による主張及び立証の構造には必要な主張が欠けていたり、必要な証拠が抜けているという事態に立ち至り、その証拠調べの結果について、中間又は最終評議において、裁判所を構成する裁判官の見識・経験と裁判員の健全な社会常識によって活発な議論がされることによって、必要とされる主張及び立証があるのにされていないことが判明しても、「判断者に徹すべきである」という裁判所の方から当事者に対して積極的に求釈明したり、職権証拠調べをすることが差し控えられるべきことになり、その結果、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正に適用実現するという刑事裁判の目的が果たされず、その事件を担当した裁判員を始めとして、国民からの信頼を失うことになることが大いに懸念されるものである。

このため、筆者は、そのような事態になることを避けるために、当事者追行主義を徹底するとして、当事者追行主義の定義の中に本来含まれている「裁判所の補充的な役割」を後退させ、これを放棄するのではなく、刑事裁判の目的を達成するための訴訟の運営者であり、最終判断者として、当事者追行主義を十分に機能させるように裁判所に託されている補充的な役割として、当事者に対して働きかけをする求釈明等を行うこと、すなわち、公判前整理手続においては、当事者の主張及び証拠請求を前提としつつ、

必要とされる主張及び立証がされる充実した公判を実施することができるよう、当事者に質問し、あるいは求釈明し、当事者との間で協議しながら、必要な主張及び立証のされる充実した公判審理となる計画を立てること、公判の段階では、証拠調べをした結果について裁判所を構成する裁判官と裁判員とが評議し、必要と認める主張及び立証があることが判明した場合は、何ら臆することなく裁判所の補充的な役割としての求釈明や職権証拠調べを積極的にするのが相当であることを詳述する論文を執筆して平成二〇年九月に脱稿した。しかし、その拙稿は、前記1の状況の最中で公表の機会に恵まれず、筆者が椎橋隆幸先生のゼミの第一期生であることから、椎橋先生にもそのことをご相談してご心配をお掛けすることになったが、幸い過去に筆者の民事論文が掲載された判例雑誌社の理解を得て公表することができた（拙稿「刑事裁判の目的と裁判所の積極的な役割について―裁判員裁判における試験を中心として―」①判例地方自治三一五号（平成二二年五月一日発行）九八頁、「同②」同三一六号九八頁、以下「拙稿」といい、それぞれ「拙稿①」、「拙稿②」という⁽³⁾⁽⁴⁾）。

3 本稿は、裁判所の役割論が直接的に審理・判決に影響を及ぼすことになる、裁判所による当事者に対する求釈明と職権証拠調べの在り方について、次の二で前記1の「裁判所が判断者に徹するべきである」との見解と、前記2の拙稿に記載した「裁判員と協働して、刑事裁判の目的を果たすために必要とされる補充的な役割としての求釈明等を慮することなくすべきである」とする私見との二つの見解を概説した上で、三で、この論点について裁判員法施行後に公表された論文の状況を論ずることによって、前記1の見解のように裁判員裁判における当事者追行主義を強調する見解はいまだ一部に見受けられるものの、その求釈明等の実際の運用について論ずる内容を見ると、私見と同様の見解を述べるものが比較的多いことを示し、四で、裁判員法の施行を控えた時期及び施行後の公表された判例を見ると、私見と同様の見解が示されたり、実際に職権証拠調べをした事例が複数見られることを記載することによって、前記の経緯により恩師の椎橋先生に目を通していただいた拙稿と、その後の論文と判例の状況を論ずる本稿が、これから「裁判所の役割論」や、「当事者追行主義における裁判所の役割」の在り方とその運用について具体的に議論される

に当たって参考となることを祈念して公表するものである。また、最後に、裁判員にとって深刻な死刑量刑評議における「裁判官の役割」として、予め、裁判例の集積を客観的・具体的に分析して各種の考慮要素の重みの程度及び根拠を比較しながら検討してこれらを組み合わせて総合的に評価する研究をすることが求められていることを論ずるものである。

二 裁判所の求釈明等の明文規定とその運用の在り方に係る二つの見解について

1 公判審理において、裁判所は、「必要と認めるときは、訴訟関係人に対し、釈明を求め、又は立証を促すことができる」(刑訴規則二〇八条)、「必要と認めるときは、職権で証拠調をすることができる」と規定されている(刑訴法二九八条二項)。そして、公判前整理手続に付された事件であつて当事者に「やむを得ない事由」がなく同手続が終わつた後に証拠調への請求ができない場合であっても、裁判所による職権証拠調は、制限・制約を受けることはなく、前記の規定のとおり「必要と認めるときに、職権で証拠調をすること」を妨げられないことが、確信的に規定されている(刑訴法三一六条の三三第二項)。このように、刑訴法一条が規定する刑事裁判の目的(真相の解明による適正な刑罰法令の適用実現)を果たすために必要とされる主張及び立証が尽くされるよう、当事者追行主義における裁判所の補充的な役割としての求釈明と職権証拠調を保障する規定が裁判員裁判施行前のおりに改正されることなく置かれている。

2 しかるところ、公判前整理手続が必要に実施される裁判員裁判の公判審理における前記の裁判所による当事者の主張及び立証に対する求釈明や、職権証拠調等の職権発動の運用の在り方の解釈について、大別して次の二つの見解がある。

(1) 角田ほか・司法研究五七頁は、「当事者追行主義を徹底する」立場から、「公判における裁判所の訴訟指揮の在り方として、裁判所も関与し、公判前整理手続において争点及び証拠の整理を行いながら、公判審理の段階になって、これに反する釈明を行つ

たり、職権による証拠調べを行うことは原則として許されないものと考えるべきである。裁判所は判断者に徹するべきである」とし、同書五五頁は、「公判における裁判体は、公判前整理手続で示された証拠構造を前提に判断すれば足り、また、そうすべきであるということになるのであつて、検察官に対し新たな主張や立証を促すことは差し控えることになり、この意味で拘束性がある」としている。また、同書一〇〇頁は、「当初の証拠構造を變動させる職権証拠調べは原則として認められるべきではない。公判前整理手続の中で法曹三者が議論を尽くして審判計画が立てられ審理が開始された以上、裁判所は判断者に徹することが要求されるというべきであり、職権証拠調べが従前よりもはるかに慎重に、しかも、謙抑的に行使されるのは当然である」としている。ただし、同見解は、続けて、「しかし、これは有罪方向に限った議論であり、被告人に有利な方向での職権証拠調べについては、若干事情が異なる」として、無罪の方向に心証が動き得る可能性がある場合や、より軽い刑が成立する可能性がある場合に、弁護人に立証を促し、あるいは職権証拠調べを行うことを躊躇すべきではないとしている。ただし、同一一頁は、量刑をより軽くする可能性がある場合の職権証拠調べについては、当事者主義の原則との関係から、慎重であるべきであるとする。

(2) この見解に対し、拙稿の見解は、公判前整理手続を経た公判審理にあつても、当事者追行主義を徹底し、裁判所は判断者に徹する必要はなく、事案の真相を解明して適正に刑罰法令を適用実現するという刑事裁判の目的を達成するために当事者追行主義を補充する役割を果たす裁判所による釈明権等の職権の発動の裁量性は、前記1のとおり裁判員裁判の新設後の法令上においても特段の制限・制約を受けておらず、裁判官は、充実した審理を実施し、真相の解明による適正な刑罰権の実現という刑事裁判の目的を達成するため、裁判員と活発な評議を行い、その結果、刑事裁判の核心といえる犯罪事実及び量刑上重要な事実に係る釈明等の職権の発動が必要であるとの結論に達すれば、何ら臆することなく積極的に発動すべきであると解している。

そして、拙稿の見解は、釈明権や職権証拠調べ等の職権の発動の際の裁判所の「必要と認めるとき」という合理的裁量判断の基準について、「判決（主文）に及ぼす影響の有無及び程度」という実体的な利益を第一次的な考慮要素とし、新たな証拠調べを実施することが今後の「手続に及ぼす影響の有無及び程度」という手続的な利益を第二次的な考慮要素として、前者に重きを置きなが

ら、比較衡量ないし総合考慮して「必要性」の判断をすることになると解している（拙稿②一〇六頁以下）。ここでいう「判決（主文）に及ぼす影響の有無及び程度」というのは、その証拠調べをした場合に異なる判決となる可能性の程度とその重要性の程度（有罪・無罪、死刑・無期懲役等）を指し、「手続に及ぼす影響の有無及び程度」とは、「裁判員裁判のために策定された「審理予定」に及ぼす影響の有無及び程度、相手方当事者に与える負担の有無及び程度、公判前整理手続で証拠請求がされなかった「やむを得ない事由」の有無・無い場合の有責性の程度及びそのことから職権発動する裁判所に対する公平感が損なわれる可能性の有無及び程度、当該事件で職権発動することが今後の裁判員裁判の一般における公判前整理手続の運用に与える影響の有無及び程度である」とする。

また、拙稿の見解は、釈明権の行使等の職権の発動が「裁判所の義務」を構成する基準の設定について、最高裁昭和三〇年六月二二日大法廷判決・刑集九卷八号一一八九頁（三鷹事件）の判旨を引用し、新たな証拠調べをしないときに到達するであろう判決と比較して、「新たな証拠調べをすれば、異なる判決がされるであろうという蓋然性がある場合（可能性では足りないが、確実性まで要求されない）」には、裁判所は、当事者にその証拠調べについて、求釈明して立証を促し、あるいは、職権証拠調べを実施する必要がある、このことが裁判所に義務付けられると解する。さらに、「当事者の公判手続における新たな証拠の請求について、刑訴法三一六条の三二第一項の「やむを得ない事由」が肯定され、かつ、「新たな証拠調べをすれば、異なる判決（主文）がされるであろうという具体的な可能性があると明確に判断される場合」には、その証拠調べが義務付けられると考え、したがってまた、この要件を充足する場合、裁判所は、当事者に対しその立証を求釈明すべき義務があると解する。なお、ここにいう「判決」とは、「主文」のほか、理由中の犯罪の構成要件の評価に直接又は間接に影響を及ぼす部分が含まれ、これらの内容が異なってくる場合が判決に影響を及ぼすことになると解されている（小林充「刑事控訴審の手続及び判決書の実際」（法曹会）一四頁参照）。

さらに、拙稿②九八頁以下では、裁判所による職権証拠調べ等の職権の発動を検察官側に対してのみ抑制する前記(1)の片面的な見解に対し、裁判所による検察官側に対する釈明権の行使や職権証拠調べの「必要性の判断」のための評議において、裁判員の意

見は、刑事裁判の核心部分である犯罪事実や量刑上重要な事実として、事案の真相を明らかにするために、その追加立証を「必要と認める」という意見で全員一致している場合に、裁判官がこの職権の発動は、被告人側に対しては、躊躇してはならないものの、検察官側に対しては、謙抑的に運用されるべきものであると手続上の片面的な説示をして、残念ながら裁判員の意見は参酌できないと結論付け、その必要と評議された証拠調べを求釈明したり、職権証拠調べを実施しないというのであれば、裁判員の理解を得られず、裁判所の公平性に対しても、疑問を持たれ、ひいては、裁判員が、刑事裁判について、「事案の真相を明らかにし」て「適正な刑罰権を実現すること」が果たされていないとの疑念を抱くこととなり、裁判員法の目的である「国民の司法に対する理解」を得られず、「信頼」を失わせかねない。加えて、当該事件の被害者が公判の手続に参加している場合に、被害者ないし被害者参加弁護士が、検察官の新たな証拠調べの請求の権限（法三一六条の三二第一項の証拠制限除外事由の存在）に関する意見を検察官に対し法廷で述べ、少なくとも職権証拠調べ（同条二項）をするよう求める陳述をした場合であって、裁判所もその証拠調べを「必要と認める」評議がされる場合においても、検察官や被害者側に、不利益に、片面的に拘束されて、この意見を無視するという扱いは、被害者保護の制度の趣旨からも許されるものではないと記載している。このように、拙稿の見解は、これからの裁判員裁判を含む刑事裁判における法解釈や運用の在り方の問題、例えば、「裁判員裁判における裁判所の在り方」の問題を議論する場合には、裁判員を含めた国民や被害者の目線にも立って、そのような事態を容認するかどうかといった観点から立論することが必要となると考えるものである。

3 以上のとおり、裁判員法施行を迎えるに当たり、公判審理における裁判所による職権の発動の当否や在り方については、大別して二つの見解が公表された。

三 裁判員法施行後の論文の状況について

1 裁判員法が施行され、その運用の実際を経て公表された論文の状況は、次のとおりである。

(1) 出田孝一「裁判員裁判における裁判官の役割」・原田國男判事退官記念論文集「新しい時代の刑事裁判」(判例タイムズ社、平成二二年)二三頁は、一般国民が刑事裁判に参加することによって刑事裁判の本質が変わるわけではなく、裁判員裁判の下でも、刑事裁判の目的は「事案の真相を明らかにすることであり、「刑事裁判に対する国民の期待もそこにあることは動かない。一般国民が刑事裁判に加わることもなっても、裁判の質を落としてはならない」とした上で、「判断者に徹する」という役割論の理解については、「これまで裁判官が、ときに当事者の主張・立証を離れても、自ら真相を解明するという姿勢であったものから、これからは一歩退いて判断者としての立場に徹し、裁判員と手を携えながら、当事者の活動を評価することを通じて、事案の真相を解明する姿勢にシフトするものと考えざるべきである」としている。そして、公判前整理手続における裁判官の役割については、「当事者の活動が適切に行われ、必要な審理が尽くされるように、裁判所が適切に釈明権を行使することは、少しも当事者主義に反することではない。裁判所は、釈明などで当事者の主張・立証方針を明らかにさせる中で取り上げられるべき争点について当事者が主張しなかったり、明らかに取り調べるべき証拠の請求がなかったりするため、そのまま審理・判決すれば、控訴審で審理不尽くと指摘されかねない」と分かったときは、釈明権を適切に行使し、審理が尽くされるよう当事者に主張・立証を促す必要がある」としている。このように、同論文は、拙稿と同様に当事者に対して争点の設定や主張について促すことを差し控えるべきであるとの立場を採っていない。

(2) 石井一正「刑事訴訟の諸問題」(判例タイムズ社、平成二六年)五〇頁、五二頁は、「裁判員裁判において強調される「わかりやすさ」とか「直接主義・口頭主義の徹底」などは、それ自体一つの価値を持つ理念である。しかし、前記の刑事訴訟の目的・

理念、すなわち、事案の真相の解明（実体的真実主義）や基本的人権の保障に背馳してまでこれを貫くものと考えらるべきではないことは、見やすい道理である」として真相の解明を重視し、「裁判員裁判の施行により、「刑事裁判のプロセスの改革」は成功したが、裁判内容は、前よりも悪くなったというのでは「司法改革」に値しない。裁判員裁判に携わる裁判官は、公判前整理手続における争点及び証拠の整理、公判における証拠調べ、裁判員との評議などさまざまな分野において、「刑事裁判のプロセスの改革」と「裁判内容の精度ないし品質の保持」というときに相反する原理を両立させるといふ困難な責務を遂行しなければならない。検察官、弁護士もまた同様である。安易に「当事者主義」とか「挙証責任」を振りかざしてはならないのである」と指摘する。これは、裁判官が「当事者追行主義の徹底」や「検察官が冒頭陳述で提示した事実に対する判断者に徹する」などというキーワードによって事案の真相の解明の役割から逃れることなく、前記の各分野において真相の解明に向けての責務を遂行すべきことを示していると考えられる。

(3) 地引広「裁判員裁判の公判審理段階での証拠調べ請求と証拠能力の判断」、「裁判員裁判時代の刑事裁判」（成文堂、平成二十七年）八九頁は、「当事者追行主義を後退させたり、公判前整理手続における争点及び証拠整理の実効性を損なわせたりしないため、職権証拠調べの実施については慎重かつ謙抑的な運用が求められるが、裁判所が適正な判断をするために重要性・必要性の高い証拠については職権証拠調べをすることができると考えられる」として、「当事者の請求によるか職権によるかを問わず、裁判所が当該証拠調べの必要性（証拠の実質的価値の程度）・相当性（証拠調べに伴う弊害）を考慮して証拠決定すべきことは、公判前整理手続を経ている場合と同様であるが、同手続を経ている場合には、当該証拠を取り調べることによる審理計画への影響の有無・大小等も考慮することになろう」として、拙稿の実体面と手続面を総合して判断することと旨を記載している。

(4) 「実例刑事訴訟法Ⅱ」（青林書院、平成二十四年）一〇六頁（近藤宏子）は、公判前整理手続は、争点と証拠を整理して公判審理を継続的・計画的かつ迅速に行うための方策であって、実体的真実の解明を犠牲にすべきものということはできず、他方、刑訴法が「やむを得ない事由」のない限り新たな証拠調べを許さないという証拠制限の規定を設けて公判前整理手続の実効性を確保し

よとした趣旨からすれば、職権証拠調べを広く積極的に認めたのではその趣旨を没却することとなってしまふことから、裁判所は、事案の性質、争点の重要性、争点との関係において取り調べる証拠の重要性等を踏まえ、実体的解明のために必要であるか否かを吟味した上で、これが必要と判断される場合に職権での証拠調べを行うべきことになることと記載し、実体面を重視する見解を示している。

2 以上の各論文に対し、朝山芳史「裁判員裁判における公判前整理手続の運用」・前掲「裁判員裁判時代の刑事裁判」五五頁は、公判前整理手続において、弁護人が犯人性を争っている場合に裁判所が責任能力に疑問をもち、これに關して求釈明することが許されるかについて、当事者追行主義の建前からいっても、当事者の訴訟戦術の根幹に關わる問題であるから、当事者が主張をしない以上、裁判所は争点として取り上げるべきではないとして、「裁判員裁判においては、従来よりも、当事者追行主義が全面に出て、裁判所の後見的役割は背後に退くことになろう」としている。

また、前掲「実例刑事訴訟法Ⅱ」九一頁（平木正洋）は、公判前整理手続において、裁判所が両当事者に対し、新たな争点を提示したり、新たな主張を促したりすることは基本的に避けるべきであるとする。しかし、他方では、取り上げるべきことが明白な争点や証拠について、当事者が全く言及せず、このまま事態を放置すれば、控訴審で審理不尽（釈明義務違反）があると判断されかねないような例外的な場合には、裁判所は、当事者に対し、当事者が提示していない争点や証拠について求釈明すべきであろうと記載している。それでも、検察官の証明予定事実記載書面に正当防衛の成立の可能性が認められる記載と証拠請求があるときでも、弁護人が犯人性を争う場合には、若干の気持ち悪さがあっても、正当防衛を争点としないことを念のために確認しておく程度にとどめるべきである旨を記載している。

しかしながら、裁判所が、被告人の責任能力の不存在や正当防衛の成立（無罪の事由の存在）の具体的な可能性があると判断する合理的でないし相当の根拠があり、これらが真の核心となる争点であると考えられるのであれば、前記見解は、刑法法一条の求める

る事案の真相を明らかにして刑罰法令を適正に適用実現することはもとより、被告人の保護の観点（基本的人権の保障）からも問題があり、真の「核心司法」とはいえない。「事案の真相の解明のために審理を尽くすべきことは、裁判員裁判の下でも異なることはなく」、裁判所は、当事者双方に対し、この点に関する具体的な質問をして協議した結果、審理に必要となる核心的な争点であると判明した場合には、これを求釈明し、予備的にも争点とするのが相当である。これを争点にしないまま公判審理を終えて有罪判決を出すことは、前記の真相の解明による適正な刑罰法令の適用を誤らせ、被告人の基本的人権の保障をないがしろにし、刑事裁判の目的の達成を阻害するといえるし、これを避けるため、公判審理の段階に至ってから、職権で鑑定を実施したり、争点顕在化の措置をとった上で主張と証拠の整理のための期日間整理手続を実施するといったことになれば、裁判員に本来避けることのできた大きな負担を強いることになり、そのことを知った裁判員から、裁判官がそのような審理計画をあえて策定したことを批判されるであろう。

3 以上のように、裁判員法施行後の論文を見ると、真相の解明を重視し、裁判所による補充的な職権の発動の実際の運用については、拙稿と同様の見解を記載するものが比較的多数を占める状況である。「判断者に徹する」との文言の意義も、前記二二の(1)の見解のように裁判所による求釈明等を制限・制約するものとしては使用していない。また、裁判員法施行後の司法研修所における共同研究においては、公判前整理手続において主張と証拠の整理を尽くしても、証拠調べの実施によって予想外の事態が生じることはあり得るものであり、その場合は審理計画の予定を変更しても必要とされる審理をすべきであるとの拙稿の見解や、これと同趣旨を述べるものと理解し得る同法施行前に公表された最高裁判事局の見解（注（4）参照）について、刑事裁判官の間で異論がないようである。

四 裁判員裁判における裁判所の補充的な役割を制限・制約しない判例の状況について

1 裁判員裁判の施行の直前及び施行後において、第一審による「必要とされる職権証拠調べ」を許容する高裁判例が、次のとおり出されている。

(1) 東京高裁判平成二二年三月一九日判決（平成二〇年（う）第一一〇三号）は、第一審裁判所が、殺意の有無が争点となる事件で、鑑定書の職権証拠調べをしたことについて、「検察官等が公判前整理手続で証拠請求しなかったことが「やむを得ない事由」によるとはいえない場合でも、裁判所は、真実発見の見地などから、請求された証拠の取調べが必要と考えるときには、職権で証拠調べをすることができる（刑訴法三二六条の三第二項）」と判示した上で、原審の職権証拠調べは、本件の争点である殺意の有無を解明するために相当である旨を判示し、公判段階において、裁判所が真実発見の見地から必要とされる証拠について職権で取り調べることを相当であると認めている。

(2) 東京高裁判平成二三年一月一七日判決（平成二三年（う）第五二一号）は、危険運転致死傷補助被告事件で、原審が公判における罪体立証の後の中間評議の結果として、検察官が公判前整理手続で証拠調べの請求を撤回していた被告人の検察官調書を職権で取り調べたことについて、「公判前整理手続で定められた審理計画は、とりわけ裁判員が参加する審理においては、これに従って進めることが裁判員の過度の負担なしに審理に参加することを容易にする上で重要であるといえる。しかし、それも計画にとどまるものである以上、現実の訴訟の進行如何によって予定外の証拠採用等がされる可能性のあることも当然の前提であり」、「当事者主義を基調とする刑事訴訟手続において、職権証拠調べはもとより二次的、補充的なものであるが、真実発見の見地から、裁判所が必要と認める場合にこれを行うことは刑訴法二九八条二項、三一六条の三第二項が明文で認めるところである。弁護人は、検察官の立証を補う方向での採用は一律に不公正であると主張するが、一概にそう解すべき根拠はない」と判示し、拙稿の見解と

同様のことを判示し、片面的構成の主張も否定している。

(3) なお、地裁判例として、裁判所が裁判員の参加による公判審理の段階で、積極的に職権証拠調べを実施した判決として、死刑求刑事案について無罪を言い渡した鹿児島地裁平成二二年一月一〇日判決（平成二二年（わ）第二四〇号）がある。

2 第一審の釈明義務違反を認めた高裁判例も出されている。東京高裁平成二八年一月二〇日判決（平成二七年（う）第九六〇号）は、覚醒剤運搬による関税法違反被告事件において、被告人の覚醒剤運搬の故意の有無の争点について、検察官請求のメールの客観的趣旨を根本的に取り違えて故意を認定して有罪の結論に導いた第一審判決について釈明義務違反により破棄するのに当たり、「本件メールのように、検察官が請求した証拠で、裁判所の認識を前提とする限り、弁護人の主張の根幹に関わる、客観的で重要なものについて、論告中で何ら言及されていないという、通常なら考え難い事態が生じている場合には、裁判官においては、そのような状況が明らかになったところで、審理の段階にかかわらず、当事者にその証拠の趣旨の釈明を求め、必要に応じて補充立証を促すなど、証拠の誤解に基づく判断に陥る危険を防止するための措置を講じる義務があるというべきである」、「経験を積んだ裁判官であれば、当然、そのことに疑念を抱いたはずであり、そうであれば、その点の疑念を解消するための措置を講じる必要があったといわねばならない」、「裁判所においても、必要に応じ、訴訟のいかなる段階においても、当事者に対して積極的に証拠の趣旨の説明を求めるとなると躊躇すべきではないものと思われる」と判示し、「取り調べた証拠の内容を正しく理解することは、適正な裁判を実現するための当然の前提であるが、とりわけ、裁判員裁判においては、国民の視点や感覚を裁判に適正に反映させるための前提となることができ、これが欠けた場合には、手続に参加した裁判員等の負担や尽力を本来の姿で生かすことができない結果ともなりかねない。このような事態を避けるためにも、必要に応じ、適切な釈明の措置を講じることは、訴訟手続に関する判断を委ねられた裁判官の責務であるといわなければならない」と判示している。

この判示は、単に当事者の主張及び立証に対して判定する「判断者に徹する」という、真相の解明の役割を自ら果たすことにつ

いて消極的な姿勢や目的意識ではなく（これによると、おのずと受動的な姿勢（受け身の姿勢）になってしまふ）、真相の解明を図るといふ積極的な姿勢と目的意識をもって審理に臨み、もし、論告や弁論を含む当事者の主張や証拠の立証趣旨に係る主張等に疑義・疑点があるなどの場合には、真相を解明し、誤判を避けるため、審理の段階にかかわらず、当事者に対して果敢に発問したり、求釈明することを躊躇しないという、積極的な姿勢や目的意識を持つことが望まれることを示している（裁判官と裁判員との最終評議においても、同様のことがいえる、拙稿②一六頁（補注）参照。）。

3 裁判所の釈明権及び釈明義務に関して判示した最高裁判例として、最高裁平成二二年一〇月一六日第二小法廷判決・刑集六三卷八号九三七頁は、第一審裁判所の検察官に対する追加立証に係る釈明義務違反による審理不尽を理由に第一審判決を破棄した原審判決について、第一次的に「第一審裁判所の合理的裁量にゆだねられた証拠の採否」について、当事者からの主張もないのに審理不尽の違法を認めた点において、刑法二九四条、三七九条、刑訴規則二〇八条の解釈適用を誤った違法があるとして、原審判決を破棄、差し戻すに当たり、一般論として、「裁判所の審理の在り方」について、「当事者主義（当事者追行主義）を前提とする以上、当事者が争点とし、あるいは主張、立証しようとする内容を踏まえて、事案の真相の解明に必要な立証が的確になされるようにする必要がある」と説示しているが、これは、拙稿の見解と異なるところはない（注（4）参照）。

したがって、ここで裁判所の役割論として注目されるのは、この判決が「第一審において犯行場所を明らかにするために、検察官に任意性立証の機会を与えるなどして、その取調べに必要な措置を採るといふ選択肢もあり得た」と判示している点である。この判示部分につき、最高裁判例解説四二五頁（入江猛・最高裁判調査官）は、同四四五頁の注5で、「第一審裁判所が、その合理的裁量の範囲内として、この点に関する釈明を行い、検察官に供述調書の任意性立証の機会を与えるなど取調べに必要な措置を採ること自体は妨げられるものではないことをいうものと解される」として、公判段階における裁判所による検察官に対する求釈明が合理的裁量の範囲内でされるものであって、検察官の公判前整理手続段階での証拠構造に拘束されるものでなく、また、片面的構成

を採らないことを示し、拙稿の見解と同様の解釈を示し、前記二二の(1)の見解と異なることを明らかにしている。

さらに、同解説は、「被告人の供述調書の採否が問題となるような場合には、公判に至ってから初めて供述調書の任意性に関する具体的主張が出される事態とならぬよう、公判前整理手続の段階において、当事者の主張、立証等の訴訟活動を十分なものとさせるべく、釈明等が行われるべきである」と記載し、公判前整理手続における裁判所の役割として当事者の主張に対しても釈明がされるべきものとしており、当事者に対して新たな主張を促すことを差し控えるべきであるとする見解を採らないことが注目される。

なお、同最高裁判例は、第一審の釈明義務の違反の有無の判断において、前記最高裁昭和三〇年六月二二日大法院判決（三鷹事件）の判旨である「新たな証拠調べをしないときに到達するであろう判決と比して、新たな証拠調べをすれば、異なる判決がされるであろうという蓋然性」という実体面に関しては全く触れず、第一審及び原審における当事者の訴訟活動の内容という手続面の検討及び説示に終始している。この点について、同解説四四八頁は、「本判決には直接の言及はないものの、当然のことながらその検討がされたものと推察される」と解説し、同解説四三六頁以下は、第一審の釈明義務の有無について判示した前記最高裁大法院判決とこれによる従来の判例を検討し、本判決の結論がこれらの判例の傾向に沿うことを検証している。

4 以上のとおり、最高裁判決を含め、判例は、いずれも、第一審裁判所による合理的裁量内の釈明権の行使や職権証拠調べを許容しており、「当事者追行主義を徹底すべきである」とか、「裁判所は判断者に徹すべきである」との解釈を示して、これらの職権の発動を制限・制約する判例は見られず、かえって、真相解明のために裁判官としての見識を生かして積極的に釈明すべき義務の違反を説示する判例も出されている。

五 最後に（残された課題）

以上によれば、裁判員裁判においても、事案の真相の解明のために必要な審理を尽くす必要があり、このために当事者追行主義における裁判所の補充的な役割を果たす重要性には変わりがないと考えられる。今後は、「当事者追行主義を徹底する」、「裁判所は判断者に徹すべきである」という抽象的な理念からは一旦離れて、「事案の真相の解明のために必要な審理（主張及び立証）」を尽くす」という現時点においては、ほぼ共通の認識となつていられると思われる見地から、裁判員裁判において、裁判所は、どのような場合に、そのための（補充的な役割としての）求釈明や職権証拠調べをするのが相当であるのか、また、その求釈明等が義務づけられるのはどのような場合かという基準の設定について、拙稿のように具体的な見解が示されることによつて議論が深まり、さらに、拙稿のように具体例も検討されることによつて、これについても共通の認識となることが望まれる。

また、他の裁判員裁判における重要な裁判所の役割として、裁判官と裁判員との協働の場である評議の在り方についても具体的に研究されているものの、裁判員にとつて最も心理的な負担の大きい死刑求刑事案における死刑・無期懲役の量刑評議において、従来の裁判例を参考にしたり、他の類似する先例と当該事案とを比較するに当たり、これらを具体的かつ客観的に行うための手法として、過去の裁判例を具体的・客観的に分析する方法の研究は、まだ十分ではないように思われる。裁判員裁判制度における裁判官の役割として、予め、裁判例の集積を客観的・具体的に分析して死刑・無期懲役の量刑判断に必要な各種の考慮要素の重みの程度及び根拠を比較しながら検討・考察した上で、これらを組み合わせる総合的に評価することに係る研究がされ、議論が深まること⁽⁵⁾が望まれる。

(1) 例えば、法曹三者による座談会形式による共同研究として、「裁判員裁判における審理等の在り方」がジュリスト一三三〇号を第一回として第五回まで掲載され、有益な発言が掲載された。裁判所側のものとして、平成一八年度の司法研究である角田正紀ほか「裁判員制度の下に

おける大型否認事件の審理の在り方」(以下「角田ほか・司法研究」という。)が公表され貴重な提言をし、司法研修所における平成一八年度の裁判官共同研究につき、今崎幸彦「裁判員裁判における複雑困難事件の審理―司法研修所における裁判官共同研究の概要―」判タ二二二一号四頁、平成一九年度につき、同「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―」判タ二二五五号九頁が裁判官研究員らによる活発な議論の概要を報告しており、参考となる。

(2) このような裁判所の役割論の変革の様子は、刑事訴訟の実務書における記載の内容の変化によっても見て取ることができる。すなわち、石丸俊彦ほか「刑事訴訟の実務・上巻」(新日本法規出版)平成二年発行の初版三八頁は、刑事裁判における原則的な当事者主義と補充的な職権主義との関係に関し、裁判官が、①当事者主義に徹して、当事者双方に応援も何もせず能面主義(心証を当事者に悟らせない訴訟指揮という。)をとるか、②当事者主義の後見、補充をもつばら被告人への後見、補充と解して、被告人の主張、立証が乏しいときに、それを補う点からのみ、職権をもって立証したりするか、①と逆に、③事案の真相究明の観点から、裁判所の心証を示唆しつつ当事者の主張、立証を促し、それでも不十分と解するときは、職権をもって証拠調べを行うというやり方があると紹介している。そして、「裁判官としては、従前は、①のタイプの人が多かったが、現在では、②か③(②より少し多いかもしれない)のタイプの人が増えているように思われる」と記載していた。その後の平成一七年発行の同書・上巻新版七四頁は、①の能面主義に対し、「裁判所は、その負託された刑罰権を適正に行使し、当事者双方に主張・立証を十分に尽くさしめて、落ち着くところに適切妥当な攻撃防御を積極的に尽くさしめることは、事案の真相を究明する使命からみて、必要妥当なことと考えており、実務では、このように考える裁判官が漸次増えてきていると思われる」と記載していた。そして、拙稿①一〇一頁において、これらの記載を引用していた。しかし、裁判員法施行後の平成二三年三月発行の同書・上巻三訂版三四頁では、このような①ないし③のタイプの裁判官の動向の記載部分はなく、「なお、裁判員裁判にあつては、公判前整理手続を経て、予め定められた日程で、定められた証拠調べを行うので、公判審理の中で裁判所が職権主義的活動をすることという場面は、自ずから限定されることになる」と記載されている。

(3) 拙稿の脱稿後に接した植野聡ほか「裁判員制度のもとにおける控訴審の在り方(2)控訴審の訴訟手続(1)」判タ二二七二号五〇頁以下は、大阪高裁陪席会の刑事裁判官の研究会において、「我が国において、「司法に対する国民の理解と信頼」(裁判員法一条)を根本的に支えているのは、刑事裁判が実体的真実に基づいて行われることにあると思われ、裁判員制度のもとでも、一般国民から選ばれた裁判員が裁判に参加したことが自体が直ちに裁判を正当化するのではなく、あくまで裁判の内容が実体的真実に基づくことが正当性の根拠であり続けると考えられる。裁判員制度のもとにおいても、真相解明のために最善を尽くすことが求められているのは当然である」(五八頁一段)、ただ、「審理期間や情報量に關する不可避的な制約がある以上、従来裁判所が果たしてきた社会的事実の真相を正確かつ詳細に解明する機能は、ある程度後退せざるを得ない」(同頁二段)という問題意識が根強いこと、また、同研究会において、控訴審の新たな主張・立証について主流を占めている「是正機能

を重視する立場」の見解にあっては、「一審において当事者が果たした役割が不十分であるとき、一審裁判所がそれでよいと割り切つて判断することが妥当かどうかも自明ではない」(五七頁二段)という意見であり、一方、「謙抑的・制限的運用を基本とする立場」では、「仮に当事者による主張・立証が不十分であっても、一審の裁判所としては、それを前提にした最終判断をすればよいと割り切るべきである」という意見も出されていること(同頁一段)を紹介しており、全国の刑事裁判官の考え方が分かれてきていることを示唆している。

(4) このような当事者追行主義を強調して裁判所の補充的役割を後退・制限する見解がその正当性の論拠として「実体的真実主義」の概念の變革を持ち出し、そのような意識改革に進みつつある状況の下、現実の裁判員裁判の施行を迎える時期が迫り、刑事裁判の目的である真相の解明を達成することができない懸念が現実化しかねないと思われる状況となった。そして、このことを避けるための拙稿を、その前から脱稿し公表の機会を待つまま、裁判員法の施行の平成二二年を迎えることとなった。しかるときに、最高裁判所局は同年一月に「模擬裁判の成果と課題」判例タイムズ同年三月一五日発行一二八七号八頁以下に掲載を公表した。これは、「もつぱら裁判員のことを念頭においた公判の審理と公判前整理手続における配慮が一面的になり過ぎると、真相を解明するという刑事裁判の基本的な要請や、被告人の防御権の保障を軽視するということに繋がりがかねない」と警鐘し(八頁二段から九頁一段)、「銘記しておかねばならないことは、裁判員裁判の下でも、事案の真相解明は、審理期間の短縮以上に重要な課題であることである。公訴事実と重要な量刑事実の解明に必要な審理を省いてよいということにはならない」(一一頁一段)、「事案の真相解明のために審理を尽くすべきことは裁判員裁判の下においても異なることはなく、必要な証拠は採用されなければならない」(一四頁一段)と指摘し、裁判員裁判における「実体的真実主義」の意識の改革が刑事裁判官に求められてはならず、裁判員裁判の下でも真相の解明が重視されることを強調し、この点で拙稿と同じ見識を明瞭に示すに至った。しかし、事案の真相解明のためには審理を尽くすべき公判における裁判所による求釈明等の在り方や裁判所の役割については、全く触れていない。かえって、公判前整理手続について、同一〇頁二段は、「対象事件の公判前整理手続の目的」について、「裁判員が参加するにふさわしい合理的な審理計画を策定することにある。すなわち、審理にどれほどの日数を要するかという具体的な見通しを立てることにある。争点・証拠の整理もこの目的で行うものである」という充実した公判の審理の目的に触れない記載をした上で、①「当事者追行主義の下では、公判前整理手続における争点・証拠の整理も、第一次的には当事者のイニシアチブの下においてなされるべきである。裁判所による争点・証拠の整理への関与の仕方は、あくまで当事者の提示する争点・証拠を前提としてなされるべきである」と記載し、②「裁判所が当事者に対し、新たな争点を提示すること、新たな主張を促すようなこと」などについて、「基本的に差し控えられるべきであろう」と記載し、新たな証拠の提示は許容するものの、新たな争点の設定や新たな主張の促しについては、裁判所の補充的な役割を後退させている。前記①の点は、拙稿の立場でも、当事者追行主義では、当事者がまずイニシアチブをもって争点と争点に係る具体的な主張(間接事実や信用性に関する補助事実を含む)と証拠請求を提示し、これを前提とした上で、裁判所がこれらに検討を加え、「充実した公判の審理」に欠けるところはないか、必要とされる主張と証拠請求がされているのかという観点から当事者に具体的に質問し、議論して、その結果として必要とされる主張と証拠請求が明らかとなり、これらを促し、ある

いは求釈明するなどして、その当事者の理解を得ることによって、これらが当事者から提示されるに至るのであって、このようにして、当事者追行主義における裁判所の補充的な役割を果たすことになるのであるから、当然の記載であると考えられる。しかし、前記②の点は、前記のとおり「事案の真相解明のために審理を尽くすべきことは裁判員裁判の下においても異なることはない」のであるから、真相解明のために審理を尽くすために必要な証拠請求がされるべきことと同じ理由で、その前提として、当事者によって必要な主張がされ、また、真相の解明のために必要となる争点があれば、その主張と証拠の整理がされるべきことは、むしろ当然のことであると考えられるから、相当ではないように思われる。

- (5) 前田雅英「死刑と無期刑との境界」・前掲「新しい時代の刑事裁判」四九七頁は、裁判員裁判制度において、死刑・無期懲役の選択という「重大な判断を行う際の基準、ガイドラインの類型化、明確化の作業はより一層必要になっていくであろう」と指摘している。そして、同論文は、前田教授が「死刑と無期の境界(上)」判例評論五〇六号一六二頁、「同(下)」同五〇七号一六四頁の論文において、最高裁判決を分析して死刑選択の判断における各種の量刑因子の重みの程度を「重大因子」、「補充的因子」、「参考因子」の三つに類型化して、死刑選択の判断基準を客観的に明確にしているのに続いて、その後の最高裁判決を分析している。他にこのような死刑選択の基準を明確化し、ガイドラインの類型化をする試みとして、拙稿「裁判員裁判における死刑・無期懲役選択の量刑基準の客観化、具体化のための方策について①」死刑・無期懲役の選択のガイドライン(試案)―判例地方自治三二九号(平成二二年六月一日発行)八八頁、「同②」同誌三三〇号八五頁がある。
- 「永山事件」最高裁昭和五八年七月八日第二小法廷判決・刑集三七卷六号六〇九頁は、「①犯行の罪質、②動機、③態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、④結果の重大性ことに殺害された被害者の数、⑤遺族の被害感情、⑥社会的影響、⑦被告人の年齢、⑧前科、⑨犯行後の情状等各般の情状を併せて考察したとき、その罪責が誠に重大であって、罪刑均衡の見地からも一般子防の見地からも極刑がやむを得ないと認められる場合には、死刑の選択も許される」と判示するところ、この拙稿・論文は、永山事件最高裁判決が掲げる九個の代表的な量刑因子(考慮要素)を更に細分化するなどして一八個の量刑因子に区分し、死刑求刑に係る最高裁判決・確定下級審判決の約六〇件を分析・検討した結果について、前田教授が提唱する量刑因子の重みの程度を明示す三分類を用いながら、死刑選択に働く各種の量刑因子(プラスの因子)と、死刑回避に働く各種の量刑因子(マイナスの因子)のそれぞれの重みの程度を明示し、数値又は一定の幅をもった数値の範囲として評価した。その上で、当該事件の特色を考察し、それぞれの量刑因子の該当の有無を決定し、一定の幅のある数値の範囲の場合にはその中から数値を選択し、これらの数値を合計(プラスとマイナスを計算)した結果、この合計数値が二九以下が無期懲役の傾向が強まる、三〇から三四がボーダーラインとして死刑が躊躇され回避される、三五以上が死刑の方向性が強まるという総合評価における一応の基準を示した。この評価の手法は、永山事件最高裁判決が判示する「各般の情状を併せて考察」するという総合判断の手法を採用するものであり、拙稿・論文②九三頁以下において「参考事例集」として、被殺害者一名及び二名の死刑求刑に係る最高裁判決及び確定下級審判決の二一の事例をこのように分析・評価した結果を記載することによって、この一応の基準と整合することを示している。このように、拙稿・論文は、死刑選択・回

避の客観的で具体的な判断の手法と基準を「ガイドライン（試案）」として策定するものであり、死刑・無期懲役の選択の判断に必要となる全ての量刑因子のそれぞれの重みの程度及び根拠を検討した上で、これらを総合評価する際に参考となるものである。この拙稿・論文は、新聞報道され（平成二二年一月二三日付け朝日新聞）、最高裁平成二五年一月二五日第一小法廷判決・裁判集刑事三二二号七三頁を掲載する判例秘書（株式会社LIC）の解説に引用されて同事件の量刑評価の分析に使用されたり、刑事裁判官の論文（西田眞基ほか「殺人罪」・量刑実務大系第五巻「主要犯罪類型の量刑」（判例タイムズ社、平成二五年）一頁以下、一一一頁）で近時の主要な文献の一つとして紹介されるなど、一定の評価を受けることができた。前田・前掲論文及び拙稿・論文のように、裁判例を分析して量刑因子ごとの重みの程度の大小を考慮した上で総合評価する方法は、最高裁平成二七年二月三日第二小法廷判決・刑集六九巻一頁、最高裁同日第二小法廷判決・同号九九頁（松戸女子大生強盗殺害事件）が説示する「裁判例の集積から死刑の選択上考慮されるべき要素及び各要素に与えられた重みの程度・根拠を検討し、結論を出すに当たっては、各要素に与えられた重みの程度・根拠を踏まえて、総合的な評価を行う」ことに沿うものといえるものであり、その際の参考になると考えられる。このほか、平成二一年度司法研究の大島隆明ほか「裁判員裁判における量刑評議の在り方について」一〇三頁以下、裁判員裁判においても過去の先例を尊重すべきであるとした上で、昭和五五年度から平成二一年度までに確定した三四六件の死刑求刑事件について、死亡被害者数一名、二名、三名以上と殺人事件、強盗殺人事件に分けて死刑判決と無期懲役判決の分布状況を概観しており、裁判例を「大量的にみた場合の傾向」（同二二八頁）を把握する際に参考となるものである。ただし、前記判例秘書掲載の解説が指摘するように、分析に用いる考慮要素が限られている。例えば、死亡被害者一名及び二名の分析において、無期懲役が選択された理由となった死刑選択を回避する考慮要素の重みの程度について十分にされているとはいえない。その具体例として、死亡被害者が三名以上の事件において無期懲役が選択された理由として分析している「男女関係に起因する動機」又は「家庭内という限られた人間関係」において「同一機会」に殺害するという考慮要素は、三名以上の殺害という重大事件にもかかわらず、無期懲役の選択に導いた重みの大きいものと考えられるが、死亡被害者一名、二名の事件において無期懲役が選択された事例においては、これらの考慮要素の分析をしておらず、その重みの検証をしていない。これらや「被害者の落ち度」等の考慮要素の重みの程度の評価は、被告人が少年で男女関係に起因する動機で同一機会に二名を殺害した最高裁平成二八年六月一六日第一小法廷判決（平成二六年）あ 第四五二号・判例秘書、義母による被告人を誹謗中傷する言動から次第に精神的に追い詰められて家庭内の犯行として同一機会に三名を殺害した最高裁平成二六年一〇月一六日第一小法廷判決・裁判集刑事三一五号八七頁の各死刑判決といった事案において総合評価をする際に重要になると考えられる。また、前掲最高裁平成二五年一月二五日判決が「非人間的かつ残虐性が顕著な犯行」と判示して死刑選択に働く重みの高い考慮要素と評価する「犯跡隠滅のため死体を解体して遺棄すること」や「犯跡隠滅のため被害者居室に放火して死体ごと焼損する」という犯行類型の重みについては分析していない。一方、同司法研究が随所で「無期懲役」判決の分析に多用している「殺害の計画性がないこと」についてみると、同司法研究二〇頁も指摘するように、「殺害の計画性」の考慮要素の重みの程度については、「慎重な検討が必要である」ものである。この「計画性のないこと」の量刑因子の位置付け及び評価につ

いては、拙稿・前掲論文②八九頁が、光市母子殺害事件最高裁判平成一八年六月二〇日第三小法廷判決の説示内容及び同判決掲載判タ一二二二九号八九頁の解説などを引用して指摘したとおり、死刑回避に働く重みのある考慮要素として評価することは疑問があり、同判決の解説が記載するとおり「プラス・マイナス〇」と考えるのが相当である。このようにして殺害の計画性がなくとも「死刑」が選択されることのあることは、光市母子殺害事件最高裁判決（死亡被害者二名）、前掲最高裁判平成二五年一月二二日判決（同二名）、最高裁判平成二〇年二月二九日第二小法廷判決・判タ一二六五号一五四頁（同一名）、奈良地裁平成一八年九月二六日判決・判タ一二五七号三三六頁（同一名）を見ても明らかである。加えて、この「殺害の計画性」の有無の認定は、被告人の自白に頼る場合が多い（例えば、包丁を用意していた強盗殺人であっても、単に脅しのためであったとの自白と、騒がれたら殺すつもりだった、あるいは最初から殺すつもりだったとの自白、さらに被告人の終始の黙秘によって、それぞれ認定が異なってくる）。これは、「計画性」という考慮要素が、基本的には被告人の「主観的な要素」といえるからであり、これを過度に評価することについては疑問がある（内省を深めて正直に自白した被告人に不利益となり、虚偽の弁解に終始する被告人に利益となる）。前掲二件の最高裁判平成二七年二月三日判決は、永山事件最高裁判決が考慮要素として挙げていない「計画性」を掲げた上で、被害者一名の強盗殺人の事案において「計画性がないこと」を死刑を回避する評価に当たって特に重視しており、その理由として、後者の最高裁判決（松戸女子大生強盗殺害事件）は、裁判例の集積の分析として、同事案では、「殺害を当初から計画していない場合には死刑でなく無期懲役が選択されたものが相当数見られること」を挙げている。この点、前記の期間の裁判例を分析した同司法研究一一三頁以下によれば、同事案は、五二件あり、うち一四名が死刑で、①そのうち五名が無期懲役の仮出所中の場合であり、②残りの八名の全員が「当初から被害者を殺害することを計画していた」場合である、言い換えれば「当初から被害者を殺害することを計画していない」場合には、死刑が選択された事例がないと指摘する（これのみを読むと、あたかも「殺害の計画性」の有無が、死刑と無期懲役との分水嶺であるかの印象を抱かせる）。しかし、同司法研究によれば、同事案の「殺害の計画性のある」死刑判決の事例では、その八名の全員が他に死刑を相当とする重みのある考慮要素が肯定されている場合であり、他方、「当初から殺害することを計画していた」多くの事例があるとする無期懲役の三八名については、何ら他の考慮要素について分析していない。加えて、対象分析（科学の対照実験）として、「当初から殺害することを計画していない」事例については全く分析しておらず、死刑を相当とする重みのある考慮要素の有無・その数及び重みの程度を相当とする重みのある考慮要素の有無・その数及び重みの程度について分析していない。このため、「当初から殺害することを計画していた」という考慮要素自体は、死刑と無期懲役の選択における評価にはさしたる影響を及ぼしておらず（重みの程度が小さい。死刑と無期懲役との分水嶺となるものではない。計画性の程度によって重みが異なる）、重みのある他の考慮要素の有無・その数や程度（殺害の計画性の程度を含む）によって左右されており、他に死刑を相当とする重みのある考慮要素がある場合に死刑判決となり、他に死刑を相当とする重みのある考慮要素がない場合や、他に無期懲役を相当とする考慮要素がある場合に無期懲役になっているとの仮説も成り立つのである。裏返せば、「殺害の計画性がない」場合に死刑の事例がないのは、他に死刑を相当とする重みのある考慮要素がない又は少ない一方、無期懲役を相当とする重みのある考

考察を要すると考えられる。以上の点に關し、前田雅英「裁判員裁判と量刑」前掲「裁判員裁判時代の刑事裁判」二二二頁以下、二二八頁は、最高裁判決は一人を殺した場合にも死刑を認めてきていることを具体的に指摘し、永山事件最高裁判決以降の判例は、殺害の方法の残酷性を含め、全ての事情の総合評価として死刑を認定してきているにもかかわらず、判例の傾向から、「①被害者が一名で殺害の計画性が無い強盜殺人の事案では無期懲役となる、②その例外となるのは、無期懲役の仮釈放中、再度前科と類似性のある強盜殺人をした場合か、無期懲役に準じる相当長期の懲役刑の前科の場合で、それが今回の強盜殺人との間で顕著な類似性のある場合である」という二段階の実質的基準を設定して類型化することは、微妙な誤差が生じ得るとも考えられるから「慎重でなければならぬ」旨を記載し、警鐘している。このように、「殺害の計画性（特にこれがないこと）」の考慮要素の持つ重みの程度については、なお一層の分析と検討が必要であるように思われる。以上によれば、裁判官が、予め、死刑の回避あるいは選択の判断に導く各種の考慮要素の全てについて、それぞれの重みの程度及び根拠を、裁判例の集積の分析を通して検討して評価しておくことは、極めて重要であると考えられる（そうでないと、例えば前記の死刑選択を回避する重みの大きい考慮要素や、犯跡隠滅のため被害者の居室に放火して死体ごと焼損する等の客観的考慮要素の重みの程度に思い至らない事態が生じ得る）。この点でも前田教授の前掲論文や拙稿・論文の記載とその評価の手法は参考になると思われ、今後、これらの文献のように、裁判例の集積を客観的・具体的に分析して各種の考慮要素の重みの程度及び根拠を比較しながら検討・考察した上で、これらを組み合わせて総合的に評価することに係る研究が、更に深まっていくことが期待される。

（横浜地方裁判所川崎支部総括判事）