

判例研究

傷害致死の事案で懲役十年の求刑を超えて懲役十五年に処した第一審判決及びこれを是認した原判決が量刑不当として破棄された事例
(最判平二六・七・二四刑集六八巻六号九二五頁)

伊藤博路

頃、同府内の病院において、三女を急性硬膜下血腫に基づく脳腫脹により死亡させた。

2 第1審判決の量刑理由の要旨

第1審判決は、検察官の各懲役10年の求刑に対し、各懲役15年の刑を言い渡したが、その量刑理由の要旨は以下のとおりである。

量刑事情については、(1) 犯罪行為自体に係る情状(犯情)に関し、〔1〕親による児童虐待の傷害致死の行為責任は重大、〔2〕態様は甚だ危険で悪質、〔3〕結果は重大、〔4〕経緯には身勝手な動機による不保護を伴う常習的な児童虐待が存在、〔5〕被告人両名の責任に差異なしと評価され、(2) 一般情状に関し、〔1〕墮落的な生活態度、〔2〕罪に向き合わない態度、〔3〕犯行以前の暴行に関し責任の一端を被害者の姉である次女(当時3歳)になすり付ける態度が指摘される。

各懲役15年の量刑とした理由としては、(1) 検察官の求刑は、〔1〕犯行の背後事情として長期間にわたる不保護が存在することなどの本件児童虐待の悪質性、〔2〕責任を次女になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられず、(2) 同種事犯の量刑傾向といっても、裁判所の量刑検索システムは、登録数が限られている上、量刑を決めるに当たって考慮した要素を全て把握することも困難であるから、各判断の妥当性を検証できないばかりでなく、本件事案との比較を正確に行うことも難しいと考えられ、そうであるなら、児童虐待を防止するための近時の法改正からもうかがえる児童の生命等尊重の要求の高まりを含む社会情勢に鑑み、本件のような行為責任が重大な児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことがそうした法改正や社会情勢に適合すると考えられることから、被告人両名に対しては傷害致死罪に定められた法定刑の上限に近い主文の刑が相当であると判断した。

一 事実の概要¹⁾

1 第1審判決の認定した犯罪事実の要旨

被告人両名は、かねて両名の間に生まれた三女にそれぞれ継続的に暴行を加え、かつ、これを相互に認識しつつも制止することなく容認することなどにより共謀を遂げた上、平成22年1月27日午前0時頃、大阪府内の当時の被告人両名の自宅において、被告人Aが、三女(当時1歳8か月)に対し、その顔面を含む頭部分を平手で1回強打して頭部分を床に打ち付けさせるなどの暴行を加え、その結果、急性硬膜下血腫などの傷害を負わせ、同年3月7日午後8時59分

1) 第1審判決(大阪地判平24・3・21刑集68巻6号948頁)及び控訴審判決(大阪高判平25・4・11刑集68巻6号954頁)の概要については、本判決がまとめたものを引用する。

3 原判決の量刑不当の控訴趣意に対する判示の要旨

原判決は、被告人両名の量刑不当の主張を排斥したが、その理由の要旨は以下のとおりである。

第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価が誤っているとまではいえず、第1審判決が各懲役15年の量刑をするに際し、(1) 検察官の各懲役10年の求刑は、〔1〕本件児童虐待の悪質性及び〔2〕責任の一端を被害者の姉になすり付けるような被告人両名の態度の問題性を十分に評価したものとは考えられない旨説示した点が誤っているというべき根拠は見当たらず、(2) 同種事犯の量刑傾向について説示した点は、量刑検索システムによる検索結果は、これまでの裁判結果を集積したもので、あくまで量刑判断をするに当たって参考となるものにすぎず、法律上も事実上も何らそれを拘束するものではないから、第1審の量刑判断が控訴趣意で主張された検索条件により表示された同種事犯の刑の分布よりも突出して重いものになっていることなどによって直ちに不当であるということとはできない。第1審判決の各懲役15年の量刑も、懲役3年以上20年以下という傷害致死罪の法定刑の広い幅の中に本件を位置付けるに当たって、なお選択の余地のある範囲内に収まっているというべきものであって、重過ぎて不当であるとはいえない。

二 判決要旨

「1 第1審判決の犯情及び一般情状に関する評価について、これらが誤っているとまではいえないとした原判決は正当である。しかしながら、これを前提としても、被告人両名を各懲役15年とした第1審判決の量刑及びこれを維持した原判決は、是認できない。その理由は、以下のとおりである。

2 我が国の刑法は、一つの構成要件の中に種々の犯罪類型が含まれることを前提に幅広い法定刑を定めている。その上で、裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡され

ることとなるが、裁判例が集積されることによって、犯罪類型ごとに一定の量刑傾向が示されることとなる。そうした先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではないが、量刑を決定するに当たって、その目安とされるという意義をもっている。量刑が裁判の判断としては認されるためには、量刑要素が客観的に適切に評価され、結果が公平性を損なわないものであることが求められるが、これまでの量刑傾向を視野に入れて判断がされることは、当該量刑判断のプロセスが適切なものであったことを担保する重要な要素になると考えられるからである。

この点は、裁判員裁判においても等しく妥当するところである。裁判員制度は、刑事裁判に国民の視点を入れるために導入された。したがって、量刑に関しても、裁判員裁判導入前の先例の集積結果に相応の変容を与えることがあり得ることは当然に想定されていたといえることができる。その意味では、裁判員裁判において、それが導入される前の量刑傾向を厳密に調査・分析することは求められていないし、ましてや、これに従うことまで求められているわけではない。しかし、裁判員裁判といえども、他の裁判の結果との公平性が保持された適正なものではないかもしれないことはいうまでもなく、評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められているというべきである。

3 こうした観点に立って、本件第1審判決をみると、『同種事犯のほか死亡結果について故意が認められる事案等の量刑傾向を参照しつつ、この種事犯におけるあるべき量刑等について議論するなどして評議を尽くした』と判示されており、この表現だけを捉えると、おおまかな量刑の傾向を出発点とした上で評議を進めるという上記要請に沿って量刑が決定されたようにも理解されないわけではない。

しかし、第1審判決は、引き続いて、検察官の求刑については、本件犯行の背後事情である本件幼児虐待の悪質性と被告人両名の態度の間

題性を十分に評価していないとし、量刑検索システムで表示される量刑の傾向については、同システムの登録数が十分でなくその判断の妥当性も検証できないとした上で、本件のような行為責任が重大と考えられる児童虐待事犯に対しては、今まで以上に厳しい罰を科すことが法改正や社会情勢に適合するなど説示して、検察官の求刑を大幅に超過し、法定刑の上限に近い宣告刑を導いている。これによれば、第1審判決は、これまでの傾向に必ずしも同調せず、そこから踏み出した重い量刑が相当であると考えていることは明らかである。もとより、前記のとおり、これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない。しかし、そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである。

4 これを本件についてみると、指摘された社会情勢等の事情を本件の量刑に強く反映させ、これまでの量刑の傾向から踏み出し、公益の代表者である検察官の懲役10年という求刑を大幅に超える懲役15年という量刑をすることについて、具体的、説得的な根拠が示されているとはいえない。その結果、本件第1審は、甚だしく不当な量刑判断に至ったものというほかない。同時に、法定刑の中において選択の余地のある

範囲内に収まっているというのみで合理的な理由なく第1審判決の量刑を是認した原判決は、甚だしく不当であって、これを破棄しなければ著しく正義に反すると認められる」。

結論として、原判決及び第1審判決を破棄し、「被告人Aについては、原判決が是認する第1審判決の量刑事情の評価に基づき検討を行って懲役10年に処し、さらに、被告人Bについては、実行行為に及んでいないことを踏まえ、犯罪行為にふさわしい刑を科すという観点から懲役8年に処する」と自判した。なお、本判決には白木勇裁判官の補足意見が付されている。

三 研究

1 問題の所在

本判決²⁾は、第1審の裁判員裁判において、検察官が懲役10年の求刑意見を述べたのに対して、それを5年超える懲役15年とした量刑判断³⁾に関するものであるが、裁判員裁判における量刑判断が最高裁によって否定された最初の事例として注目される。

まずは求刑の性質を確認しておきたい。検察官の求刑意見はあくまで参考意見にすぎず、これに拘束力は認められていない。他方で、担当検察官の個人的な意見でなく、全国的な求刑基準に基づき組織として求刑を決めてきたことから、これまでの裁判官による裁判では、これを事実上尊重してきたため、求刑の8掛け程度の量刑が多かったとされる⁴⁾。そうすると、裁判官

2) 本判決の評釈等として、前田雅英「判批」捜査研究763号30頁（2014年）、土本武司「求刑超えの量刑」同号125頁、小池信太郎「裁判員裁判における量刑—最高裁平成26年7月24日判決の意義—」法律時報86巻11号1頁（2014年）、間光洋「判批」季刊刑事弁護80号69頁（2014年）、原田國男「裁判員裁判の量刑の在り方—最高裁平成26年7月24日判決をめぐって—」刑事法ジャーナル42号43頁（2014年）、松宮孝明「判批」法学セミナー719号111頁（2014年）、笹倉香奈「判批」同号112頁、城下裕二「判批」新・判例解説Watch 刑法No.85 1頁（2015年）がある。

3) 量刑判断に当たっては様々な事情が考慮されるが、実務では、犯行の動機、手口・態様、被害結果の大小・程度・数量といった犯罪行為それ自体に関する事情（犯情）を基本にして責任に応じた刑の幅を導き、その範囲内でそれ以外の事情、例えば、被告人の年齢、性格、経歴、環境、犯行後の事情といったもの（一般情状）が考慮されると理解されている。岡田雄一「量刑—裁判の立場から—」三井誠＝馬場義宣＝佐藤博史＝植村立郎編『新刑事手続Ⅱ』482頁（悠々社、2002年）参照。

4) 原田・前掲注2）48頁。同頁によれば、裁判員裁判では、検察官が公判で必ず被告人に有利な部分も考慮して、あるいは有利な部分にも十分言及した上で求刑をするようになったため、9掛け程度の量刑判断が出てくるようになったとされる。なお、検察官が独自のデータベースを利用し、必ずしも求刑の論拠が明示されていない点を課題として指摘するものとして、菅野亮「量刑評議のあり方と実務の現状」季刊刑事弁護80号39頁（2014年）参照。

による裁判では、求刑の8掛け程度がこれまでの同種事案の量刑における相場（「量刑相場⁵⁾」）ということになろう⁶⁾。量刑相場を前提に、求刑が決められてきたともいえるので、両者は密接に関連している⁷⁾。

本件で問題とされた求刑の1.5倍という量刑判断は求刑から大きく乖離しており、求刑からの逸脱と評価し得る。本判決で最高裁は、求刑超えの点については評価を示していないが⁸⁾、求刑からの逸脱が問題の発端となっていることは事実であろう。最高裁は、この点を正面から

取り上げることなく、「量刑の傾向」（「量刑傾向」）からの逸脱を問題とする。量刑傾向は⁹⁾、量刑検索システム¹⁰⁾を利用して得られる量刑資料（量刑分布グラフ等）に示される傾向を指す¹¹⁾。最高裁は、量刑傾向を評議の出発点として示し、これを裁判官が十分に説明して量刑判断を行うという姿勢が必ずしも十分でなかったことが第1審の判断が量刑傾向から逸脱することとなった原因なのではないか、ということの問題視しているように思われる¹²⁾¹³⁾。

ところで、量刑相場という言葉ではなく、「量

5) 量刑相場とは、刑事裁判に関与する実務家の間で、長年にわたり経験的に形成され、共有されてきた実証的で具体的な基準であり、量刑の具体的な基準として実務家に受け入れられているものである。岡田・前掲注3) 484頁。

6) 量刑相場の形成過程とその内実について、遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪実務研究会編著『量刑実務大系 第1巻』65-67頁（判例タイムズ社、2011年）参照。

7) 求刑と量刑の関係について、岡田・前掲注3) 485-486頁、松山昇平「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』550頁（判例タイムズ社、2010年）、遠藤・前掲注6) 72-75頁参照。

8) 求刑超えの問題について、原田・前掲注2) 48-49頁参照。なお、土本・前掲注2) 126頁は、仮に求刑を上回る量刑判断がなされることがあっても、求刑の50パーセント増しもの量刑がなされるのは珍しいと述べる。

9) 量刑傾向の意義について、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』26頁（法曹会、2012年）参照。

10) 量刑検索システムについて、杉田宗久『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』357-361頁（成文堂、2013年）参照。

11) 量刑検索システムの利用について、井上正仁「国民の司法参加の意義・現状・課題―一日韓意見交換の第一歩として―（1）」刑事法ジャーナル32号37頁（2012年）、井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト2号65頁（2012年）参照。なお、中山隆夫「裁判員裁判に関する若干の覚書（その二）」井田良＝高橋剛夫＝只木誠＝中空壽雅＝山口厚編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』778頁（成文堂、2014年）も参照。

12) 白木勇裁判官の補足意見は、この点を次のように明示的に述べている。すなわち、「量刑の先例やその集積である量刑の傾向は、それ自体としては拘束力を持つものではないし、社会情勢や国民意識の変化などに伴って徐々に変わり得るものである。しかし、処罰の公平性は裁判員裁判を含む刑事裁判全般における基本的な要請であり、同種事犯の量刑の傾向を考慮に入れて量刑を判断することの重要性は、裁判員裁判においても何ら異なるものではない。そうでなければ、量刑評議は合理的な指針もないまま直感による意見の交換となってしまわなければならない。そこで、「量刑判断の客観的な合理性を確保するため、裁判官としては、評議において、当該事案の法定刑をベースにした上、参考となるおおまかな量刑の傾向を紹介し、裁判体全員の共通の認識とした上で評議を進めるべきであり、併せて、裁判員に対し、同種事案においてどのような要素を考慮して量刑判断が行われてきたか、あるいは、そうした量刑の傾向がなぜ、どのような意味で出発点となるべきなのかといった事情を適切に説明する必要がある。このようにして、量刑の傾向の意義や内容を十分理解してもらって初めて裁判員と裁判官との実質的な意見交換を実現することが可能になると考えられる。そうした過程を経て、裁判体が量刑の傾向と異なった判断をし、そうした裁判例が蓄積されて量刑の傾向が変わっていくのであれば、それこそ国民の感覚を反映した量刑判断であり、裁判員裁判の健全な運用というべきであろう」。以上が適切な評議の進め方であるが、「本件では、裁判官と裁判員との量刑評議が必ずしも在るべき姿に沿った形で進められていないのではないかという疑問があり、それが本件第1審の量刑判断につながったのではないかと考えられる」。なお、同意見の検討として、前田・前掲注2) 37-38、40-41頁参照。

13) もっとも、評議の秘密があるので、最高裁もそのような評議がなされなかったとの明示的な言及は避けている。この点につき、原田・前掲注2) 47頁参照。なお、このような可能性を示唆するのであれば、評議の在り方を事後的にチェックしなければならず、裁判員に課せられている厳しい守秘義務が果たして妥当かを考え直す必要があるとの指摘として、笹倉・前掲注2) 112頁参照。

刑傾向¹⁴⁾」という言葉が用いられるようになったのは、相場だから従えというニュアンスを払拭し、あくまで参考資料と考えるべきことが目的とされていた¹⁵⁾ことをその背景事情として指摘し得る¹⁶⁾。もっとも、本判決が判示するように量刑判断の前提とすべきだということであれば、「相場」と「傾向」という言葉に本質的な違いはないように思われる[そこで以下では便宜上、本判決の用いる「量刑傾向」という用語に統一する。]

裁判員にも、国民の視点、感覚、健全な社会常識等を反映させるという目的で量刑判断に加わることを認める以上¹⁷⁾、そもそも傾向に従えという前提は成り立たないし、傾向も変わるべきことが主張されている¹⁸⁾。裁判員裁判の導入は、これまでの量刑判断とは違う結果が出ることを制度自体が想定しており、従来の量刑傾向を絶対視することはできず、合理的な理由があれば、従来の量刑傾向と異なる判断がなさ

れるべきことも許容されるべきだ¹⁹⁾といえよう。

その一方で、同種事案では同じような量刑がなされるべきなので同種事案において裁判体によって量刑が大きく異なるようなことがあってはならないという公平性の観点から、傾向からの逸脱は認められるべきでないという価値判断がある。ここから、これまでに蓄積されてきた同種事案の量刑判断は、従うべきものではないが重視すべき傾向であり、それからの逸脱は認められるべきでないという考え方が出てくる。

従来の量刑傾向が、実務において、公平性を確保するという観点から重要な機能を有してきたことは事実であろう。他方で、裁判員裁判の全体的な量刑傾向の特色として、量刑の幅が広がったということがいえる²⁰⁾ともいわれる。裁判員裁判において量刑傾向はどのような性質を持つといえるのか。また、量刑傾向を前提とすべきとの立場は裁判員制度導入の趣旨に反す

14) 原田國男『裁判員裁判と量刑法』19頁(成文堂、2011年)。

15) 原田・前掲注14) 82-83頁参照。裁判員裁判の導入に当たり、法的拘束力のない量刑相場を裁判員に押し付けるべきではないという問題意識が生じたとの指摘として、小池信太郎「量刑制度のあり方」刑事訴訟法の争点189頁(2013年)参照。

16) なお、原田國男『量刑判断の実際[第3版]』360-361頁(立花書房、2008年)は、量刑相場は、所詮相場であって量刑基準ではなく、量刑の手掛かりないし目安にすぎず、これに反しても妥当な量刑はいくらでもあるという立場からは、量刑相場による規制には限界があると考えることになり、従来の量刑傾向を超えたある程度の重罰化ないし寛刑化はあり得ると述べる。

17) 司法研修所編・前掲注9) 1頁参照。『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』103頁は、量刑判断に裁判員が参加する意義は、量刑にも国民の健全な社会常識を反映させることにあるとする。酒巻匡「裁判員制度における量刑の意義」井上正仁=酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』872頁(有斐閣、2012年)は、裁判員制度の基本設計を議論した司法制度改革審議会において、刑の量定にも裁判員が関与することを強く否定する議論がなく、むしろ、量刑にこそ、一般国民の健全な社会常識を働かせて専門家と協働決定することに意義を認める議論が支配的であったとする。なお、岡慎一「裁判員裁判における量刑判断検討の意義」日本弁護士連合会裁判員本部編『裁判員裁判の量刑』4頁(現代人文社、2012年)は、「健全な社会常識」を、どこに、どのように反映させるべきかは、それほど自明なことではないと述べる。

18) 池田修『解説裁判員法[第2版]』38頁(弘文堂、2009年)参照。制度が変わる以上量刑傾向も変動すべきだ、と考えることには疑問があるとの指摘として、高山佳奈子「量刑に関する評議・評決 コメント」大阪実務研究会編著『量刑実務大系 第4巻』291頁(判例タイムズ社、2011年)参照。

19) 司法研修所編・前掲注9) 26頁。なお、後藤昭「刑事司法における裁判員制度の機能—裁判員は刑事裁判に何をもたらすか—」同編『東アジアにおける市民の刑事司法参加』102頁(国際書院、2011年)は、裁判員は従来の量刑傾向を知らないし、知っていてもそれに合わせようとする動機が小さいから、量刑判断が散らばりやすい傾向があることは自然であると述べる。

20) 原田國男「裁判員裁判における量刑傾向—見えてきた新しい姿—」慶應法学27号166頁(2013年)。

るのではない。本稿では、このような問題意識から本判決に検討を加える。

2 本判決の意義

(1) 量刑評議における量刑傾向の持つ役割

最高裁は、量刑判断において、量刑傾向が、結果の公平性という観点から、「目安とされる」という意義をもっている」ことを確認し、「評議に当たっては、これまでのおおまかな量刑の傾向を裁判体の共通認識とした上で、これを出発点として当該事案にふさわしい評議を深めていくことが求められている」と述べた上で、「これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判の役割として直ちに否定されるものではない」が、「そうした量刑判断が公平性の観点からも是認できるものであるためには、従来の量刑の傾向を前提とすべきではない事情の存在について、裁判体の判断が具体的、説得的に判示されるべきである」とした。

本判決は、量刑の基本的な考え方に加えて、量刑判断の「目安」である量刑傾向に関して、裁判官が裁判員に対して評議の前提となる「共通認識」となるように説明することを義務づけ、量刑傾向から逸脱する場合に、具体的、説得的な根拠を提示することを求めている。量刑傾向が示す幅に同意しない意見が出された場合にそれが最初から排斥されるのではないが²¹⁾、何らかの形で量刑傾向を参考にして議論する必要がある²²⁾というのみならず、量刑傾向からの

逸脱に対する制約の存在と傾向から逸脱する場合の合理的根拠の提示の必要性について判示することにより、裁判員の意見を量刑に反映させることにも限界があることを示した点に本判決の意義がある。本判決が今後の量刑評議の進め方に与える影響は大きいものと思われる。

(2) 量刑傾向の法的性質 裁判員裁判における量刑をめぐる議論では、自由な評議が可能となる環境を確保する必要性を踏まえつつ、量刑判断には法定刑（処断刑）[以下、単に「法定刑」と表記する。]の範囲内という以外に、なんらかの制約が存在する、あるいは必要ではないかという問題意識が共有されてきた。本判決は量刑傾向が量刑判断を制限する根拠となることを明確にした。

量刑傾向がどのような法的性質を持つかは議論のあるところだが、「目安」という言葉からは判断の根拠とし、判断を要する事例と比較するための基準となるものという意味を持つといえるし、基準性がないものから逸脱しても問題が生じるとは考えにくいので、それは緩やかなものであるかもしれないが量刑傾向になんらかの基準性があることを本判決は明らかにしたといえる²³⁾。基準性を認めるとなると裁判官以外の者も傾向を理解するために情報へのアクセスが可能とされるべきであるが、量刑検索システムが登場したことにより、量刑傾向が当事者にも可視的となったことが基準性を肯定する前提となっているといえよう。

(3) 量刑傾向からの逸脱を認める根拠

-
- 21) 神山啓史＝岡慎一「裁判員裁判における量刑判断」日本弁護士連合会編『裁判員裁判における弁護活動—その思想と戦略—』58-59頁（日本評論社、2009年）は、裁判員裁判においては、健全な社会常識を量刑に反映させるとの趣旨からも、量刑傾向が示す幅に同意しない意見が最初から排斥されるべきではなく、そうした意見を含めた議論がなされることで、量刑傾向の幅も市民の知識・経験によって検証されることが予定されているといえると述べる。
- 22) 今崎幸彦「共同研究「裁判員制度導入と刑事裁判」の概要—裁判員裁判にふさわしい裁判プラクティスの確立を目指して—」判例タイムズ1188号7頁（2005年）。
- 23) なお、最高裁は、「先例の集積それ自体は直ちに法規範性を帯びるものではない」と説示している。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』71頁（法曹会、2009年）は、先例の集積は、数値化しにくい基準を一定の幅を持った物差しとして提供する機能を持っていること等の理由から、量刑基準（従来から存在する裁判官の量刑相場）は、国民との関係においても、長年の間に形成されてきた書かれざる緩やかな規範としての意味を持ってきていると述べる。しかし、量刑傾向が一定の幅を持っており、事実上存在するものであることから、これに規範性を認めることはできないように思われる。この点につき、神山＝岡・前掲注21) 55頁参照。

(a) 本判決において量刑傾向は、単に評議の資料とされれば足りるという性質のものではなく、評議の重要な参考資料²⁴⁾として位置付けられているが、量刑傾向にどの程度の基準性が認められるか、言い換えれば、量刑傾向が量刑判断を事実上拘束する力の強さという問題は、量刑傾向からの逸脱を認める具体的、説得的な根拠の意味するところは何かという点に反映される。

(b) 第1審判決は、検察官の求刑は、本件犯行の背後事情である児童虐待の悪質性、被告人両名の態度の評価が十分になされていないこと、量刑検索システムについては同種事例の蓄積数が少なく、個々の事件の事情を把握することも困難であるという限界があり、本件との正確な比較が難しいことを取り上げ、児童虐待事犯に対する厳罰化は近時の法改正や社会情勢に適合するとして、本件のような行為責任が重大な児童虐待事犯に対しては法定刑の上限に近い刑が相当であるとした。なお、第1審判決は、犯行の態様について、「本件暴行の態様は、殺人罪と傷害致死罪との境界線に近いものと評価するのが相当である」と判示し、この点について控訴審は、「その態様は、傷害致死罪が想定している暴行の中では、殺人罪の実行行為に近いものであるという趣旨の評価」を第1審判決がしたものと述べている。

第1審判決の量刑判断の理由付けは、親が児童（幼児）に対する非常に危険で悪質な態様の暴行によって死に至らしめたという犯罪事実の重大性を前提に、児童虐待事犯に対する社会情勢等から傷害致死の結果を生じさせた児童虐待事犯に対する法益を国民の処罰感情（裁判員の量刑の感覚）に見合うように厳罰化の方向で再評価し、これに犯行の背後事情、被告人の犯行後の態度という一般情状を加味したものということができる。

(c) 本判決は、第1審の判断には量刑傾向か

らの逸脱が認められる具体的、説得的な根拠は示されていないとした。本判決からはどのような根拠が示されれば量刑傾向からの逸脱が認められるのかは明らかでないが、その判示事項は、第1審判決が示す量刑事情をそのように評価すること自体は認められるが、以下のような理由で、社会情勢等や犯行の背後事情、被告人の犯行後の態度といった犯罪事実そのもの（審判の対象となっている犯罪行為に直接かわる事実）でない事情は、量刑傾向からの逸脱を肯定する具体的、説得的な事情として位置付けることはできないことを示唆する。

まず、犯行の背後事情や一般情状は、量刑を基礎付ける事情としては周延的な要素として位置付けられ、あくまで調整的な機能を持つにすぎないものと考えるべきであり、それらを重く評価しすぎるのは問題があるとすれば、社会情勢等が重い量刑判断の主たる理由となっていると理解することになろう。社会情勢等については、児童虐待事犯に対して厳罰で対処すべきとの処罰感情は、悪質な犯罪の増加といった社会情勢を背景とする²⁵⁾特定の犯罪類型に対する悪感情に基づく感覚であり、個別の事例において具体的に発生した事実に依拠するものではないから、具体的な根拠ということは困難かもしれない。量刑判断においては感覚的要素が存在することや感覚を反映させること自体は否定されないであろうが、このような処罰感情という感覚が説得的な根拠足り得るかも、それを客観的な評価として表すことは困難であることから説得力に乏しいということになろう。

しかし、本件のような児童虐待事犯に対しては厳罰化が必要であり、法定刑の上限に近い量刑が相当であるという意見を、正面から否定することは困難であろう。本来被害者を守り育てるべき立場にある被告人が、逆に、抵抗する術もなく落ち度も考えられない幼い被害者を死に至らしめたのであるから、厳しい非難に価する

24) 井田良「量刑判断の構造について」原田判事退官記念・前掲注7) 466頁。

25) 遠藤・前掲注6) 5頁参照。

と考えられるし、児童虐待の防止等を図る制度が強化されてきているという事情も認められるところである²⁶⁾。そうであれば、そのような感覚に正当性がないということにはならず、重い量刑判断の根拠とならないということもいえなくなるのではないだろうか。

結局のところ本判決は、犯罪事実そのものではない事情に対する感覚を重視してこれを量刑に反映させることによって、量刑傾向からの逸脱を導くことを否定したと解される²⁷⁾。加えて、第1審判決が重視した一事情である本件暴行態様について最高裁は、少なくとも本件については量刑傾向からの逸脱の根拠としては捉えていないと解される。第1審判決の判示事項を前提とする場合、本件でその根拠とならないのだとすれば、犯行態様といった犯罪事実そのものである事情であっても量刑傾向からの逸脱の根拠となる余地はきわめて限られることになるだろう。そうであれば、最高裁は、従来の量刑傾向からのある程度までの乖離についてはこれを正面から肯定しつつ、逸脱するような判断を実質的に否定しているように思われる。

(4) 本判決の射程範囲 本件は量刑を重くする方向での逸脱であったが、量刑傾向からの逸脱という結果は最高裁の想定する量刑傾向の変動の限界を超えているからよほど説得的な理由付けがなされない限り認められないというのであれば、軽くする方向でも逸脱という点に変わりはなく本判決の趣旨は及ぶことになるものと思われる²⁸⁾。

また、本判決が「これまでの傾向を変容させる意図を持って量刑を行うことも、裁判員裁判

の役割として直ちに否定されるものではない」と判示している点については、先に述べた第1審判決の社会情勢等に基づく再評価の中に、児童虐待事犯に対する「これまでの傾向を変容させる意図」が表れているとみることができよう。この点は本件事案に則した判断によるものであり、多発するものではないかもしれないが傾向から逸脱する量刑が妥当する事案も想定されるため、本判決は傾向を変容させる意図がなければ傾向から逸脱する量刑判断を認めないという趣旨までを含むものではないと解される。

3 本判決の検討

本判決を検討する上で、次の3つのアプローチが考えられる。第1は裁判員制度導入の趣旨からのアプローチ、第2は量刑傾向からのアプローチ、そして第3はあるべき量刑判断の在り方からのアプローチである。

(1) 裁判員制度導入の趣旨からのアプローチ

広い幅の中から刑の量定を行うことは裁判官にとっても困難な作業であることが指摘されてきた²⁹⁾。裁判員裁判が、本来量刑についても国民の感覚を反映させるために、裁判官と裁判員との協働³⁰⁾、すなわち量刑も裁判官と国民から選ばれた裁判員が、それぞれの知識・経験を生かしつつ一緒に判断することにしたという制度趣旨からは、判断に幅が存在することを前提とすれば、量刑判断の経験を持たない裁判員にとって、量刑傾向から逸脱することは予想の範囲内ということになり、むしろそれは国民の感覚を反映させた結果として支持すべきということになるはずである。

26) この点に関して、西田眞基＝小倉哲浩＝中川綾子「殺人罪」大阪実務研究会編著『量刑実務大系 第5巻』33頁、34頁注37) (判例タイムズ社、2013年) 参照。なお、司法研修所編・前掲注23) 72頁も参照。

27) 本判決からは、法益についての評価が異なるだけでは、量刑傾向を超える量刑を行うことはかなり難しいのではないかと指摘として、菅野・前掲注4) 40頁注7) 参照。間・前掲注2) 73頁は、最高裁は、根拠となる事情として、量刑判断の中心要素である犯情事実の中に特に非難されるべき事情がある場合を想定しているのではないかとする。

28) この点につき、原田・前掲注2) 53頁、城下・前掲注2) 4頁参照。

29) 松本時夫『量刑－アメリカ法制の展望－』1頁 (酒井書店、1964年) 参照。

30) 量刑評議における裁判官と裁判員との間の役割分担と協働の在り方を検討するものとして、井田良「裁判員裁判の量刑評議における裁判官と裁判員の役割分担と協働」井田ほか編・前掲注11) 733頁参照。

実際に、裁判官と裁判員とで当該事案で問題とされている法益についての評価が異なっており、そうした裁判員の意見が反映されて、従来の量刑傾向よりも一定程度重い又は軽い量刑判断がなされることは、まさに裁判員制度の趣旨に合致するところである³¹⁾との見方もある。裁判員の意見を反映させることを重視すれば、法益の評価の違いから、法定刑の範囲内で相場からの逸脱も認められることになるのではなかろうか。これに対して、裁判員の意見を反映させるとしても、公平性の観点から限界があることを重視するのが第2のアプローチである。

(2) 量刑傾向からのアプローチ (a) 公平性を重視する立場からは、求刑の1.5倍という量刑は認めるべきではないということになる。すなわち、公平という価値も、裁判員制度の下では、様々な要請の中にある相対的な価値の1つであって、これを絶対視しなければならないというものではない³²⁾。裁判員裁判を導入した以上、ある程度の量刑傾向からの乖離は許容されるべきである。しかし、逸脱といえるような事態は、量刑の公正と平等の観点から³³⁾否定されることになるからである。もっとも、なんらかの基準がなければそこからの逸脱ということも考えにくいので、その前提には基準としての量刑傾向の存在とその安定性が必要とされよう。

しかしながら、量刑傾向自体は、これまでの裁判例の蓄積に対して、個々の事例の個性をある程度反映させることを前提に、一定の量刑の目安とされてきたものであり、それぞれ個性を持った個々の事例の精確な量刑を可能にするようなものではないように思われる³⁴⁾。また、これまでの量刑傾向というものが事実として存在したとしても、量刑に裁判員を関与させる制度を設けた以上、裁判員裁判の積み重ねによって国民の感覚が量刑に反映されていくことになり、基準として安定性を備えた量刑傾向というものは存在しないことになろう。

さらに、これまでの量刑傾向は、法定刑の幅よりは制限された量刑の幅を示す基準として機能してきたといえるが³⁵⁾、犯罪類型を細分化してみた場合、蓄積事例の少なさ等の要因により量刑傾向というべきものの存在も相対的に曖昧なものとなり、傾向からの逸脱ということも重視されないということになろう。この点は、国民の感覚が反映されていくことによって変動が見込まれる裁判員制度導入後の量刑も反映させた意味での量刑傾向というものを前提とする場合には、より一層当てはまるように思われる³⁶⁾。

(b) 他方で、これまでの量刑傾向とされるものに対する急激な変動は、それが個々の事件に対する判断としてのものであったとしても、

31) 司法研修所編・前掲注9) 10頁。

32) 司法研修所編・前掲注23) 73頁。

33) この観点から、「量刑格差」の是正及び防止が強く要請されるとの指摘として、松岡正章『量刑法の生成と展開』220頁(成文堂、2000年)参照。

34) 実務上は、量刑判断について判断に幅があることが前提とされているが、学説上、幅のない(正しい)点としての量刑が主張されている。理念としては、正しい点としての量刑というものは観念できるが、判断要素の多様性、評価の複雑性から、現実的な問題として点としての理想の量刑を指定することは困難であり、ある程度の幅を前提とする方が、それは感覚的なものかもしれないが落ち着いたきのある判断が可能となるとの考え方が背景にあり、実務において学説上の主張を受け入れることは困難となっているように思われる。この点に関して、遠藤・前掲注6) 31頁は、量刑の判断は、法的な合理性が求められるものの、1つに確定するのが難しいという意味で裁量的要素の高い判断であり、責任に相応する刑量の判断にも幅があるものと考えられると述べる。なお、城下裕二『量刑理論の現代的課題[増補版]』280-282頁(成文堂、2009年)も参照。

35) 今崎幸彦「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—」判例タイムズ1255号18頁(2008年)参照。

36) なお、裁判員裁判における量刑傾向を検討するものとして、永田憲史「裁判員裁判における死刑選択基準」福井厚編著『死刑と向きあう裁判員のために』42-46頁(現代人文社、2011年)参照。

公平性や法的な安定性の観点から望ましいものではないという考え方がある³⁷⁾。本判決は、それらの点から基準としての量刑傾向の相対化に歯止めをかけたといえる。

すなわち、量刑傾向は流動性を有するため、裁判員の常識を踏まえて傾向は変動し得るが、それはあくまで緩やかな変動であるべきことになる³⁸⁾。この場合、量刑傾向を尊重すべき³⁹⁾という価値判断から、その目的のために方策を講じることが必要になる。具体的方策として、最高裁の示した量刑傾向を議論の前提とすべきとの立場からは、裁判官に、量刑傾向の示す枠を基準にして評議すべきという点について、「説明」以上の「説得」を認めることになる。その説得は、説明の延長として位置付けられるものであるためそれが一方的な説得であってはならないであろうが、必要に応じて、量刑判断が量刑傾向から逸脱することがないように、裁判官が裁判員に働き掛ける（誘導する）ことも許されるというのが暗黙の了解となっているものと思われる。逸脱を説得することなく認めてよいのであれば、量刑傾向を前提にする意味はほとんどなくなることになるからである。

さらに、説明に関しては、裁判官も評議に加わるのであるから、陪審裁判における説示のように評議に先立ち必要な法律事項を説明するのとは異なり、裁判官の専門的・技術的知見に基

づく理解と同じ結論に至るまで、裁判員を説得することも可能となる。評議においては、専門的・技術的知見を持たない裁判員に対する裁判官による一方的な説得の危険性が潜んでいることを否定できないであろう。法律事項に関する説明への明らかな誤解から裁判員が意見を述べているような場合であれば、それが一方的な説得と評価されるような説明であっても必要といえるが、評価の問題については、裁判官の結論への強い誘導は、協働の前提となる両者の対等性⁴⁰⁾を否定するおそれがあり望ましいものではない⁴¹⁾。そもそも、裁判員がこれまでの量刑傾向が軽すぎると考える場合には、これまでの同種事案における量刑判断が妥当ではないと考えているのであるから、公平ではないという点から説得できるのだろうか。

(c) ところで、裁判員裁判においては、被告人が有罪か無罪かを定める事実認定の場面でも、裁判官による説得の問題が顕在化しつつあるように思われる。共謀の有無の認定が問題となった覚せい剤密輸事件に関して、裁判員裁判による第1審の無罪判決を事実誤認を理由に破棄した控訴審判決について、第1審判決の事実認定が経験則に照らして不合理であることを具体的に示したといえるとして⁴²⁾、最高裁では認められた事例として最決平25・4・16刑集67巻4号549頁⁴³⁾がある。

37) これまでの量刑の幅に収まらない判断をする場合には、公平性の観点から、合理的な理由（納得し得る理由）を示す必要性を述べるものとして、伊藤雅人＝前田巖「裁判員と量刑評議の在り方」原田判事退官記念・前掲注7）378頁参照。

38) 本庄武「量刑審査」季刊刑事弁護68号71頁（2011年）参照。

39) 司法研修所編・前掲注9）26頁は、量刑傾向は、一定程度は量刑（責任の枠）の目安として尊重されるべきものと述べる。

40) 岡慎一＝神山啓史「量刑審理と当事者主義」季刊刑事弁護80号41頁（2014年）は、当事者の訴訟活動と離れて、裁判官の説明のみによって行為責任を基礎とする量刑や公平性を実現しようとする、裁判官と裁判員の対等性が損なわれるおそれがあるとする。

41) 中川博之「量刑に関する評議・評決」大阪実務研究会編著・前掲注18）273頁は、評議における裁判官の基本的スタンスとして、裁判官が裁判員の意見を不当に誘導したり、自らの意見を裁判員に押し付けることがあってはならないのは当然であるとする。なお、河本雅也＝大西直樹＝小野寺明「『模擬裁判の成果と課題』について―裁判員制度にふさわしいプラクティスの確立に向けた取組みの現時点での到達点―」判例タイムズ1287号36-37頁（2009年）も参照。

42) 最判平24・2・13刑集66巻4号482頁は、控訴審の「事後審」性を確認した上で、事実誤認（刑法382条）の審査方法について、「第1審判決の事実認定が、経験則、論理則等に照らして不合理である」といえないのであれば、第1

この事案では、覚せい剤輸入の故意⁴⁴⁾を認定しながら、共謀⁴⁵⁾の成立を否定した点が経験則に照らして不合理ではないか、ということが問題となった。故意が認められれば共謀も認められるという関係にある訳ではないが、犯罪組織が関与している事情が認められる場合には、覚せい剤を所持していた者と犯罪組織との間には密接な関連があると推認することが許されるのではないか。このような観点から、本件では、情況証拠から犯罪組織の関与を認定できる場合には、覚せい剤輸入の故意が認められるとき、特段の事情がなければ、犯罪組織関係者と暗黙のうちに意思を通じたものということができ、共謀も成立すると考えるべきことが示唆されている。

この点は、今後の裁判員裁判における評議において次のような意味を持つ。すなわち、謀議行為のようなものが認められないことに着目して共謀の認定に慎重な裁判員がいた場合、覚せい剤を持ち込んだ以上、共謀したといえるというのが覚せい剤事犯での基本的な考え方であるとの説得が、裁判員に対してなされることが予想される。共謀が成立する要件について説明すること自体はもちろん必要であろうが、その説明が裁判員にも納得できる説明となっているの

でなければ⁴⁶⁾、たとえそれが裁判員にとって薬物事犯に関する「常識」である⁴⁷⁾としても、上記説得は裁判員と協働して事実認定を行うという裁判員制度の趣旨に反することになるのではないだろうか⁴⁸⁾。共謀を認定するためには謀議行為が認められなければならないとはいえないとしても、裁判員にとって理解（納得）することが非常に困難な経験則を用いて裁判官が強く働き掛けることは許されないように思われる。

(d) 量刑評議においては、資料がなければ議論が難しいので、判断の手掛かりとしてこれまでの量刑傾向に関する資料を裁判員に示した上で、裁判官が一定の説明を行う必要はある⁴⁹⁾。公平性の観点からは、量刑傾向を評議の前提とすべきといえよう。しかし本件は、児童虐待事犯に対する高い処罰感情が国民の感覚に見合っており、同種事例の蓄積も十分ではなく、量刑傾向の存在自体が曖昧な犯罪類型に関する事案であったとみることもできるのではなかろうか。第1審はこのような点を重視して、求刑から逸脱するものではあるが、裁判員の感覚を尊重した量刑判断を行い、控訴審もこれを維持したものと推測される。

累積事例が少ない犯罪類型では、そもそもど

審判決を尊重するという方法が相当であると判示した。

- 43) 本決定の評釈等として、豊崎七絵「判批」法学セミナー703号148頁（2013年）、岡本章「判批」捜査研究749号10頁（2013年）、前田雅英「故意と共謀の認定」警察学論集66巻8号157頁（2013年）、田淵浩二「判批」法学教室判例セレクト2013〔Ⅱ〕43頁、廣瀬健二「判批」刑事法ジャーナル39号140頁（2014年）がある。
- 44) 薬物輸入に関して、裁判員裁判において故意が否定されたことにより無罪判決が出されたことから、薬物輸入の故意の事実認定が、従来の裁判官による裁判の場合とは異なってきたのではないかとすることも1つの問題となっている。高山佳奈子「薬物輸入の故意」法律時報85巻1号6頁（2013年）参照。なお、覚せい剤の密輸入事件について、第1審（裁判員裁判）が故意を否定して無罪判決を出したところ、控訴審は「回収措置に関する経験則」について説示した上で第1審判決を破棄、被告人を有罪とし、この有罪の判断を最高裁が維持した事例として、最決平25・10・21刑集67巻7号755頁参照。
- 45) 共謀概念を検討するものとして例えば、亀井源太郎「共謀概念と刑事手続」研修766号3頁（2012年）参照。なお、共謀共同正犯の成否に関する裁判員に対する説明について、司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』57頁（法曹会、2009年）参照。
- 46) この点につき、岡本・前掲注43）19頁参照。
- 47) 前田・前掲注43）157頁参照。
- 48) なお、本件では密輸入の共謀を推認させる事情が多数認められること等から、共謀の意思を推認することは可能であろう。この点につき、廣瀬・前掲注43）146頁参照。ここで問題としているのは、上記のような説明（説得）が妥当かについてである。なお、田淵・前掲注43）43頁参照。

の程度の量刑が公平かについても不確定な部分も多いはずであるから裁量の幅は広くなり、その類型に対する裁判員の持つ感覚が量刑に反映されることによって、量刑傾向から逸脱する結果となったとしても、それを不合理な判断ということは難しいのではないか。重くすべきものは重く、軽くすべき事情のあるものは軽くというのが国民の持つ素朴な感覚であり、判断の目安が曖昧な場合に、厳罰化の感覚自体が社会情勢等からも国民の感覚に見合うと考えられる事案において、裁判員がこの事案でこそ法定刑の上限に近い量刑が妥当すると考えるとの意見を述べているときに、公平性の観点は量刑の幅を制約する原理として説得力を持ちにくいのではないだろうか。

裁判員にとってみれば、それが量刑傾向から逸脱する結果になるとしても、自己が正当と信じる処罰感情を量刑に反映させることがなぜ許されないのかは分かりにくいかもしれない。量刑にも公平性が求められるから、これまでの量刑傾向を尊重すべきであるので裁判員の感覚が反映されないというのであれば、なぜ裁判員が量刑判断に加わらなければならないのか問われることになる。

評議には、裁判官が国民の視点、感覚を知る機会となり、それらを量刑にも反映するという目的とともに、国民が刑事司法へ理解を深める場としての役割もある。本判決によれば、国民の視点、感覚を量刑に反映しようとする考え方自体は肯定されるが、社会情勢等の犯罪事実そのものでない事情に対する感覚を重視してこれを量刑に反映させることにより量刑傾向を逸脱することは否定されることになろう。量刑傾向の持つ拘束性に着目するならば、法解釈学的な知見と直接かかわらない量刑に関する事実認定は別として⁵⁰⁾、専門的・技術的な事項にかか

わる量刑の判断過程に裁判員が加わり評議する目的は、後述するように裁判員の意見が量刑に反映される可能性は限られた範囲で否定されてはいないものの、主として量刑という専門的・技術的判断に関する裁判官の説明を裁判員にとってより分かりやすく説得力のあるものとし、量刑に対する国民の理解を深めるという点にあるということになろう。

裁判官としては、評議において裁判員の意見を聴くことにより、量刑の基本原則や個々の量刑事情の評価について考察を深めることができるという利点があり、この点では国民の視点、感覚の反映に資することとなろう。さらに量刑事情の評価において、これまでの裁判官による裁判で用いられてきた考え方が変わり、国民の視点、感覚を反映させることによる量刑傾向の緩やかな変動の可能性も否定されてはいないように思われる。しかし、1回の量刑判断のために、裁判官が法律の専門家として身に着けている専門的・技術的判断を必要とする量刑判断という重い負担を裁判員に課することが妥当かは、検討の余地があるのではなかろうか。量刑に対する国民の理解を深めるという点については、本来、学校教育において、刑法の目的や刑罰に対する考え方を理解する機会を設けることが前提とされるべきであることを付言しておきたい。

(3) あるべき量刑判断の在り方からのアプローチ (a) 公平性という価値を最も重視するのであれば、量刑判断は裁判官だけで行うべきことになるのではないか。公平性が担保されるためには、後述するように量刑の判断を専門的・技術的なものと捉えることにより法的な安定性が導かれるとの理解が前提とされなければならないからである。裁判員裁判では、同種事案において大幅な量刑の格差が生じ、公平な裁判が損なわれることが危惧されている⁵¹⁾。本

49) 裁判員に対する説明について、「量刑判断の透明化と合理化」の重要性を指摘するものとして、原田・前掲注16) 353-354頁参照。

50) 小池信太郎「裁判員裁判における量刑評議について—法律専門家としての裁判官の役割—」法学研究82巻1号639頁(2009年)参照。

51) 浅田和茂「裁判員裁判の量刑の基本問題—刑法理論の観点から—」季刊刑事弁護66号30頁(2011年)参照。

判決が示した制約が定着することにより今後量刑傾向から逸脱する判断が多発するという事態は生じないかもしれないが、このような危惧は、裁判員裁判において裁判官による裁判と同質の公平性を確保することの困難性ととも、裁判員制度を導入する以上、国民の視点、感覚が反映されることにより量刑判断のバラつきや量刑傾向の変動といった事態は予測されていたことであり、公平性を強調するのは裁判員制度導入の趣旨と必ずしも整合しないことを示唆するものといえる。

(b) もっとも、裁判員への説明(説得)によって公平性の確保を図ることができるのではないかと考え方もあり得る。しかし、このような理解は次のような裁判員への心理的負担という問題を生じさせる。すなわち、量刑判断に際して、自己が正当と信じる厳罰化の方向での処罰感情に基づく考慮は認められないということ自体が裁判員に特別の心理的負担を課すことになるのではないだろうか。

公平の見地は、行為責任の考え方から導き出されるというにとどまらず、裁判の非常に本質的な要請であり⁵²⁾、量刑判断においては公平性を重視すべきだという価値判断自体は正当であるが、たとえ処罰感情が反映された結果が量刑傾向から逸脱することになったとしても、裁判員が持つ厳罰化の感情自体が不当であるとはいえないであろう⁵³⁾。結局、先に述べたように、処罰感情は「感覚」であり、客観的な評価として表すことは困難であることから、評議

において量刑傾向を前提とすべきとの立場からは、裁判員個々人の持つ刑罰に対する考え方を納得の得られないまま否定するような事態が生じることが予想される。量刑傾向による制約の点は法律事項に深くかかわるものであり裁判員には納得してもらうしかないというのであれば、裁判員が主体的に判断することが許されているといえるかは疑問が残ることになる。

(c) そもそも事実認定についての評議が、裁判員にとって日常生活から得られた知識や経験を反映することができる場であるのに対して、量刑における事実認定の判断は別として、量刑判断はきわめて専門的・技術的な作業であることから、裁判員は評議において反映できる知識・経験は持っていないのではないかと⁵⁴⁾。裁判官の量刑感覚が専門家としての判断の積み重ねに基づくものであるのに対して⁵⁵⁾、専門家としての経験がない裁判員の持つ感覚は、裁判員が直接あるいは間接的に知るところとなった犯罪や犯罪者に関する印象や感想のようなものであり⁵⁶⁾、それらに基づく感覚がときに強い処罰感情となって現れることになる。裁判員が、事件の審理をとおして受ける印象と上記感覚に基づいて、量刑傾向から逸脱する重い量刑が相当であると考えたとしても、量刑傾向からの逸脱に対する制約を理由に、その感覚すなわち処罰感情の強さは刑の量(重さ)として反映することは許されないというのであれば、刑の量定という作業はそもそも裁判官だけで行うべきではないのか、という点も含めて再検討の余

52) 合田悦三＝金子達也＝神山啓史＝菅野亮「＜座談会＞量刑評議を適正かつ充実したものにするために」季刊刑事弁護80号21頁[合田発言](2014年)。

53) 原田・前掲注16) 339頁は、裁判官自身も世間の相場からみれば、量刑が軽すぎるという実感ないし自覚を持っているともいえるとする。

54) 松宮孝明「控訴審における量刑審査の展望」季刊刑事弁護74号25頁(2013年)は、通常、国民は量刑判断に関する知識や経験を持たず、ゆえに「健全な社会常識」も持っていないとする。なお、同・前掲注2) 111頁も参照。この点に関して、神山＝岡・前掲注21) 54頁は、量刑事情の考慮についての判断も、従来の実務の考え方を当然の前提とするよう裁判員に求めることはできず、各人の知識・経験によって評価されるべき対象というべきであると述べる。

55) 遠藤・前掲注6) 5頁参照。

56) 石井一正『刑事控訴審の理論と実務』442頁(判例タイムズ社、2010年)は、量刑判断については、国民の常識的な感覚を刑事裁判に取り入れやすい部分であるとする。

地があるように思われる。

事実認定は事実の存否の判断を本質とするが、量刑は多様な事情に対する専門家の評価を本質とする。そのため裁判員はこれらの事情を理解し、量刑傾向を前提に量刑を決める過程に参加することを義務付けられる一方で、裁判員には判断の余地はほとんど認められないということになる。これでは特に本件のような事案では量刑評議への参加に対する意欲に影響する。そこで例えば、裁判員には裁判官が量刑判断に必要な事項について説明した後に、それらに対する意見を述べる機会を与えるにとどめるという方法も考えられてよいように思われる。この場合には、刑事裁判に国民の視点、感覚を入れる可能性を確保しつつ、裁判員制度導入の趣旨との抵触という問題も回避できるのではないだろうか。

(4) 残された課題 (a) 本判決では求刑の1.5倍の量刑を量刑傾向からの逸脱と評価されたが、どの程度の乖離があれば量刑傾向からの逸脱となり、具体的、説得的な理由付けが必要になるのか、その理由付けはどのような内実を持つのか、また本件のような児童虐待型の傷害致死という犯罪類型を考える場合に、類似事例の蓄積が十分でなくても評議の出発点となる量刑傾向が存在するといえるのか、仮に傾向の存在に疑問が残るとすれば、傾向が存在するといえる事例の蓄積数としてどの程度を想定すべきかは、今後の判例の蓄積に委ねられることになる。

(b) 本判決では言及されなかった控訴審の裁判員裁判に対する量刑審査の在り方についてどのように考えるかも残された課題である。裁判員制度を導入した以上、裁判員裁判における判断を尊重すべきであろう。この点を踏まえて、国民の感覚が反映された裁判員裁判における量

刑判断を、公平性という価値から、どのような場合に、どの範囲まで否定することが許されるのかが問われることになる。

先に述べたように、最高裁が量刑傾向から逸脱する量刑判断をきわめて限られた場合にしか認めず⁵⁷⁾、これを実質的に否定しているのだとすれば、裁判員裁判における判断の尊重にも量刑傾向という緩やかな基準による制約があるということになる。量刑傾向から逸脱した量刑がなされれば、その事件の関係者（被告人、被害者、遺族等）の納得は得られないのではないか⁵⁸⁾という問題はあろう。しかし、法律でも規範でもないものによって尊重すべき裁判員裁判の判断を否定することが妥当なのかは、さらに検討を要する問題であるように思われる。

(2015年2月2日脱稿)

57) なお、本件暴行態様を重視する評価に対しては問題点が指摘されている。この点について、城下・前掲注2) 3-4頁参照。

58) 松本芳希「裁判員制度の下における審理・判決の在り方」ジュリスト1268号94頁（2004年）。