

裁判員制度の下での量刑

～事実認定と量刑の手続二分論について～

笹木 信宏

桐蔭横浜大学大学院法学研究科博士後期課程

2005 年 9 月 15 日 受理

- 1、はじめに
- 2、事実認定と量刑の手続二分論
- 3、量刑判断の基礎となる事実
- 4、事実認定と量刑の関係
- 5、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠
- 6、まとめ

1、はじめに

司法に国民の意思を反映し、より身近なものとする司法制度改革の大きな柱の一つとして裁判員制度の導入が決定し、裁判員が参加する刑事裁判に関する法律（以下、裁判員法と略称）が平成 16 年 5 月 28 日に制定され、それに伴い刑事訴訟法も一部改正がなされ、その開始を待っている。

この裁判員法の導入に伴い、多くの学者や実務家が様々な議論を展開している。その中の一つに事実認定手続と量刑手続の二分論を取り上げているものがある。

従来、事実認定と量刑の二分論についてはいくつかの議論⁽¹⁾がなされていたのではあるが、さして大きく注目されてはいなかった。しかしながら、裁判員制度導入の結果、裁判員が参加することにより刑事裁判手続の中でももっとも重要で困難であると考えられる事実認定手続と量刑手続の二分論が非常に注目を集めることとなったのである。

本稿では、事実認定と量刑の関係を確認し、裁判員の関与する裁判に関する事実認定手続と量刑手続の二分論について若干の検討を試みることにする。

2、事実認定と量刑の手続二分論

裁判員の関与する裁判に関する事実認定と量刑の手続二分論について、いくつか見解を紹介しておくことにする。

事実認定と量刑の手続二分制度を導入すべきとする見解として、小野弁護士は次のように述べている。

「裁判員裁判においては、法律専門家ではない市民が裁判の当事者として登場するから、犯罪事実の認定が厳格かつ公正になされる仕組みを作り出しておく必要性が高まった。犯罪事実認定手続の過程で、

Nobuhiro Sasaki: Department of Law, Faculty of Law, Toin University of Yokohama, 1614 Kurogane, Aoba-ku, Yokohama 225-8502

「犯罪事実認定のための証拠」のみならず被告人の前科などの「刑の量定のための証拠」が混在したのでは、誤った事実認定を招きかねない。争いのある事件では、「刑の量定のための証拠」は、事実認定にあたっては厳格に排除されるべきである。運用上、事実認定の証拠調べと量刑の証拠調べを分けたとしても、全体の評議がなされる時点で、既に「刑の量定のための証拠」が提出されていたのでは、評議の中で量刑事情が事実認定に影響を及ぼすことになってしまう。そこで、犯罪事実認定手続では、「犯罪事実認定のための証拠」のみを取り調べ、その結果について評議を重ねて、犯罪の証明があったとされた場合に、中間判決で有罪を言い渡し、その後、「刑の量定のための証拠」を取り調べる手続二分制度を導入すべきである。」(小野説)⁽²⁾

さらに、池田判事は、「裁判員が争点と証拠とのつながりを容易に理解し、争いのある犯罪事実を的確に判断するためには、専ら量刑に関する証拠の取調べは、犯罪事実に関する証拠の取調べと段階を分けて行うことが望ましい。特に、犯罪事実に関して深刻な争いがあるような事件では、前科に関する証拠調べを後の段階で行うように配慮することなどが必要であろう。」という見解(池田説)⁽³⁾を述べている。

また、池田判事は、検察官が行う冒頭陳述に関して「従来は、検察官が冒頭陳述において被告人の前科関係などについても触れることが一般的であった。事実認定の訓練もしている法律家であれば、前科の主張が犯罪事実の存否の認定に影響されるはずはなく、裁判員制度においても裁判官によって適法な心証形成は担保されるであろうから、陪審員の場合と同じようにしなければならないわけではない。しかし、参加する裁判員が、事実についても的確に判断しやすいものとなるよう、犯罪事実の立証と情状事実の立証をできるだけ区別して行うことが望ましいから、事実関係について深刻な争いがあるような事案においては、事実関係の主要な立証が終わってから量刑事情に関する冒頭陳述を行うというような工夫をする必要がある。」⁽⁴⁾としている。

アメリカの場合には、量刑審理手続は公判手続と完全に分離されており、現在議論されているような事実認定と量刑の手続き二分は当然のこととなっている。

3、量刑判断の基礎となる事実

わが国の刑事裁判の実務において、量刑は、責任主義(応報的処罰)に基づいて行われている。改正刑法草案48条1項「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない。」と規定し、この条文の趣旨について同案説明書が、「犯人の責任の程度が量刑における最も基本的な要素であることを明らかにする趣旨であり、犯罪の抑制及び犯人の改善更生すなわち一般予防及び特別予防に役立たせるという刑事政策的な目的は、責任に応じた量刑という枠の中で考慮されることになる。」としている。

量刑事情の範囲について、改正刑法草案48条2項は、「刑の適用にあつては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない。」と規定している。

犯人の責任とは、犯罪行為の重さの程度である。そして、その責任の重さの程度、すなわち、犯罪事実に対応した刑を量定するのである。量刑における責任概念の機能は、この犯罪行為の重さと刑のバランス(罪刑の均衡)を保障することにより、刑の公平性・平等性を維持することである⁽⁵⁾。よって、量刑判断は、認定された犯罪事実を前提としてこれを行う。そして、認定事実に法令を適用して、処断刑が定まった後に、その範囲内で行うものである。裁判所が起訴状記載の公訴事実について公判審理手続で犯罪行為(犯罪事実責任の重さの程度)を認定し、これらを基礎として、被告人の、これに応じた具体的な刑の決定(量刑)をするわけである。

具体的な刑の決定は裁判官の裁量に委ねられ、このような量刑事情を考慮して、刑の量定は行われているわけである。わが国が相対的法定刑主義を採用しているのはいうまでもない。しかし、法定刑の範囲内とはいえ裁判官の自由な裁量に具体的な刑の決定が委ねられているにもかかわらず、実務において、同種・同性質・同程度の行為を内容とする事件で、言い渡された刑にさほど差が生じないのはどのよう

な理由からであろう。それは、量刑の相場というものが存在しているからである。

現在の刑事裁判制度が確立して以来、裁判官が長年に渡り、経験的に積み重ね、実証的な基準として作り上げたものが、刑の量刑における具体的基準、すなわち、量刑の相場である。しかし、量刑に関しては、条文に規定はなく、また、この量刑の相場も不文の存在である。したがって、「通常の場合、裁判官が具体的事件において現実に量刑基準を知るには、検察官の求刑が大きな役割を果たすことのほか、自己のこれまでの実際の経験や、類似の裁判例を自己の利用できる各種資料から探し出し、検討することが主たる方法となる。」とされている⁽⁶⁾。死刑に関しては、判例において「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様ことに殺害の手段方法の執拗性・残虐性、結果の重大性ことに殺害された被害者の数、遺族の被害感情、社会的影響、犯人の年齢、前科、犯行後の情状等各般の情状を併せ考察したとき、その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも極刑がやむをえないと認められる場合には、死刑の選択も許される。」⁽⁷⁾として、ある範囲で基準を示したものがあ

る。この量刑の相場は、規範的な拘束力をもつものではなく、事実的な拘束力をもつにすぎない⁽⁸⁾とされる。また、量刑相場は「平均的な量刑を考える上での手掛かりであるが、事件はそれぞれ個性があり、特徴があつて、およそ同じ事件というものはないから、その事件に相応しい量刑を究極的に考えなければならず、相場は相場にすぎないのである。」⁽⁹⁾とされる。さらに、量刑相場というものは、一定の範囲で時代の流れや社会情勢の変化に対応し、その内容が変わっていくものであつて、固定的かつ硬直化したものではない。立法によって罰則や法定刑が変わることもあり、その場合には、具体的な量刑判断の積み重ねによって、新たに量刑相場を確立していくことになる。

4、事実認定と量刑の関係

事実認定と量刑を手続的に二分する必要があるかどうかを判断するために事実認定作業と量刑の判断過程を理解しておくことが必要である。

まず、事実認定作業についてであるが、事実認定の作業とは、すなわち、証拠調べ手続のことであり、証拠調べ手続とは、端的に言えば、裁判所が、起訴された事件（被告事件）に関し、その公判期日に、その犯罪事実の成否、刑の量刑に関する事実についての色々な証拠（方法）を取り調べて、証拠（資料）を得て、心証を形成する手続をいう（狭義の証拠調べ）⁽¹⁰⁾。

これに加えて、その準備行為、すなわち、冒頭陳述、証拠調べの請求、証拠調べの決定、証拠調べの範囲、順序、方法を定める決定又はこれらを変更する決定、証人の召喚や公判期日外の証人尋問、検証等、証拠調べに関する手続全体を含む意味でも、証拠調べという（広義の証拠調べ）⁽¹¹⁾。例えば、刑訴法 292 条にいう証拠調べはこの意味である。

現在の実務において、「裁判官が行っている事実認定（心証形成）の作業は、証拠調べの進行と歩調を合わせて進んでいくのが通常である。」⁽¹²⁾とされる。

裁判員の関与する裁判においては、裁判員法 49 条により、第一回公判手続の前に公判前整理手続に付さなければならない。公判前整理手続の目的は、充実した公判の審理を継続的、計画的かつ迅速に行うために十分な準備を行い争点の整理をすることである。公判前整理手続で行うべきこととしては、「その手続を担当する受訴裁判所において、公訴事実に争いがあるか、違法性阻却事由等の主張があるかといった有罪・無罪に影響する争点の有無と内容のみでなく、重要な量刑事情に関する争点の有無なども確定し、その争点に関する証拠を中心として両当事者の請求する証拠の採否を決定し、証人等の取調べの順序も決め、審理計画を立てる」⁽¹³⁾である。裁判員となる者は一般の国民であるから、審理期間が長期にわたれば、その本来の職業などに影響を及ぼし出頭が困難になる、審理の間が空けば、前回の審理の内容の記憶が曖昧となるなどの様々な問題が生じ、判断者としての実質的関与が難しくなるから、短期間のうちに審理を集中的に行い、計画的に公判審理を行わなければならないのである。

事案の複雑でない事件、すなわち、弁護（被告人）側が全面的に認めているような争いのない事件の

場合、最終的な心証形成は、起訴状記載の訴因に掲げられた犯罪事実がそのまま認定できるというものであり、総合的・帰納的判断によって有罪・無罪の判断がなされている⁽¹⁴⁾。

これに対し、事実関係の全部又は重要部分について争いがあり、証拠調べにかなりの公判期日を要する事件の場合、「個々の証拠調べによって形成できる心証は、断片的なものであり、かなり不確定的な要素を含んでいることも多い。そして、証拠調べをすべて終えた後に、それまでに断片的に形成してきた心証を整理し、各証拠ごとに認定可能と考えた事実を総合した形で再度検討し、整合性があるかどうかを判断し、全体についての最終的な心証形成を行うことになるのである。」⁽¹⁵⁾とされているのである。

これらの、事案の複雑な事件の場合、最終的な心証形成は、総合的・帰納的判断により有罪・無罪の判断を行うことになるが、その前提として間接事実の積み重ねが犯罪事実の存否の判断の基準になるのであって、分析的・演繹的判断がなされている⁽¹⁶⁾。

さらには、「証拠調べの進行に伴って多くの証拠調べを終えても、心証を十分に形成するに至らず、事実認定に関し不確定の要因が残っている部分が多く、最終段階に至っても有罪無罪の判断に悩むという事件もある」⁽¹⁷⁾とされている。

次に、量刑の判断過程についてであるが、実務において、量刑の具体的基準の基礎となる事実とは犯罪事実そのものである。ここにいう犯罪事実とは「単に犯罪構成要件に該当する基本的事実にとどまらず、いわばその骨を肉づけ、色づけする種々の周辺の事情を一切含むものである。すなわち、犯行の手段、結果、態様、被害の程度はもとより、犯行の誘引（飲酒や薬物の影響、心身の生物学的素質なども含む）、直接的な動機、共犯者との関係、加功の程度、事後の被告人の行動、被害者側に発生した事後の事情、被告人の常習性などを全て含む広い意味での犯罪事実」⁽¹⁸⁾とされ、それが、刑を決定する基本要素となるのである。例えば、「殺人罪の場合、被告人と被害者との間柄、被害者と被告人との間で紛争が生じた事由、紛争が生じた後、被告人及び被害者の行った解決のための努力、被告人が用いた凶器の形状・性能、被告人がこれを用いるに至った経過、被害者に対する攻撃の具体的態様、殺意の発生した時期、計画性の有無、犯行直後における被害者に対する救護措置の有無等が、量刑の基礎となる事情となる。また、財産犯である窃盗罪のような場合には、すり、空き巣、万引などという犯行の態様のほか、被害品の価格（結果の大小）やその回復なども量刑上決定的に重要な要素である。」⁽¹⁹⁾となるのである。

これらの量刑の具体的基準の基礎となる事実とは、公判廷における公判審理手続、すなわち、証拠調べ手続によって現れた、様々な証拠から起訴状記載の犯罪事実を立証していく過程で明らかになることなのである⁽²⁰⁾。この関係を見てみると、犯罪事実の認定の手続と量刑手続は密接に関連していて、まさに一体化しているということである。以上からしてみれば、一見、事実認定と量刑を手続的に二分することは不可能であり、不必要であるかのように思われる。

これまで述べたように、事案の複雑でない事件、すなわち、弁護（被告人）側が全面的に認めているような争いのない事件の場合、最終的な心証形成は、起訴状記載の訴因に掲げられた犯罪事実がそのまま認定できるというものであるから、そのような場合、事実認定（心証形成）の作業と量刑判断の手続には特に問題点は見当たらない。

しかし、事案の複雑な事件、すなわち、弁護（被告人）側が事実関係の全部又は重要部分について争っており、証拠調べにかなりの公判期日を要する事件の場合、最終的な心証形成は、総合的・帰納的判断により有罪・無罪の判断を行うことになるが、その前提として間接事実の積み重ねが犯罪事実の存否の判断の基準になるのであって、分析的・演繹的判断がなされているわけであるから、個々の証拠調べによって形成できる心証は、断片的なものであり、かなり不確定的な要素を含んでいることも多い。そのような場合、事実認定（心証形成）の作業と量刑判断の手続が、証拠調べ手続において並行して行われることとなると、次のような種々の問題が生じ、量刑判断の材料となるべき証拠が、事実認定の作業に影響を与える可能性があるのである。

例えば、量刑に対する見込みが事実認定に影響を及ぼすおそれが考えられる。裁判員が関与する裁判の対象事件は、裁判員法1条1項及び2項に規定されている、いわゆる重罪事件である。当該事件において、起訴状記載の犯罪事実が5人を殺害したというものであった場合、その事実が認定できれば、通

常、量刑に対する見込みは死刑である。このような場合に、裁判員に選任された者が、死刑という量刑判断を下したくないために、事実判断に影響を及ぼす可能性がある。

さらには、近年、被害者の人権を重要視する社会的流れがあり、被害感情によって事実認定に影響を及ぼすおそれがある。刑訴法 292 条の規定により、被害者が意見陳述を行った場合、これにより事実判断に影響を及ぼす可能性もあるのである。情状証人が被害者の場合にも同様に事実判断に影響を及ぼす可能性がある。

5、前科、仮釈放、余罪と情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠

現在、事実認定の作業が行われる証拠調べ手続においては、特定の場合を除いて、犯罪事実の認定にあたっては考慮に入れてはならないものの、量刑手続には必要不可欠な証拠も取調べが行われているのである。それは、前科、仮釈放、余罪や情状証人（被害者の場合もある）、示談書等のいわゆる情状証拠である。これもまた、心証形成の作業に影響を及ぼすような要素である。

一般的に、被告人の前科、起訴されていない犯罪事実（余罪）、悪性格、評判などに関する証拠を提出して被告人の犯罪事実の立証をすることは、原則として許されないと解されている。これは、このような証拠は、犯罪との因果的結びつきが微弱であり、裁判官に不当な偏見を抱かせ、事実認定を誤らせる危険があるからである。

通常、前科は刑の加重事由であり、当該被告事件の犯罪事実を立証するために、被告人の他の犯罪の前科調書を証拠とすることは出来ない。しかし、「刑の加重事由である累犯前科の証拠として被告人の同意を得て前科調書を取り調べた後、例えば傷害の訴因が常習傷害の訴因に変更になり、その前科調書を犯罪事実としての常習性認定の証拠として用いる必要が生じたような場合、実務ではもう 1 度犯罪事実立証のための証拠としての請求、被告人の同意、そして決定取調という手続をとることが多い。」⁽²¹⁾とされており、また、判例においても「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない」⁽²²⁾として、前科を累犯前科の証拠として当該被告事件の故意の認定の証拠とすることを認めている。言い換えれば、同種前科がある場合にのみ、前科調書を犯罪事実の認定のための心証の形成に用いてもよく、それ以外は、用いてはならないということである。

仮釈放中に当該犯罪事実を行った場合は、前科と同様に刑を重くする事情であるから、それ自体を犯罪事実の認定のための心証形成に用いてはならない。しかし、例えば、ある犯罪事実で服役中に仮釈放され、その服役する原因となった犯罪事実を立証するため証言した証人に、いわゆるお礼参りとして当該被告事件の犯罪事実を行った場合には、被告人の当該犯罪事実の故意の立証のための証拠とすることは可能であろう。

余罪は、すなわち、起訴されていない犯罪事実であるから、犯罪事実の認定のための心証の形成に用いてはならないのは当然である。量刑資料としても余罪を犯罪事実と同様に認定し実質上処罰する趣旨で考慮することは許されないが、判例は「起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮することは許されないが、単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料としてこれを考慮することは、憲法第 31 条、第 39 条に違反しない。」⁽²³⁾として、一般の情状と並ぶ 1 個の情状として考慮することはできるとしている。

いわゆる情状証拠とは、「被害感情の宥和、被害弁償への誠意、被告人の精神的・肉体的素質、生き立ち、性格（常習性）、前科前歴、社会に復帰した場合の社会的境遇や家庭環境、被告人自身の更正意欲などであり、これらの情状を量刑の具体的基準の基礎となる事実と併せて実際に言い渡される刑が決定されるのである」⁽²⁴⁾とされる。

いわゆる情状証拠については、かつて高裁判例が積極消極の 2 つに分かれていた⁽²⁵⁾。積極の見解としては、「情状に関する証拠として提出されたものであっても、それが証拠能力を有しかつ適法な証拠調べ

を経たものであるかぎり、提出者の立証趣旨にかかわらず、犯罪事実認定の証拠とすることができる。」⁽²⁶⁾がある。消極の見解としては、「情状に関する証拠として提出されたものを犯罪事実の認定の証拠とすることは許されない。」⁽²⁷⁾がある。

現在の実務では、消極の見解が支配的であるとされる。

情状証人は、被告人の家族、雇主、友人などが大多数である。これらの者は、「被告人の従来生活歴や家庭環境、被告人の性格、今後の更生可能性等について供述する。」⁽²⁸⁾とされ、1個の量刑事情である。また、情状証人が被害者である場合もありうる。実務上、証拠調べの手続、尋問の方式などにつき、他の一般の証人との間で区別しないのが通常であるが、情状証人の性格上、他の一般の証人のように犯罪事実の立証の目的とは違い、被害感情の宥和、被害弁償への誠意等にかかる量刑事情であるから、これを犯罪事実の認定の証拠とすることは許されない。

示談書（損害賠償等）は、犯罪後の被告人の態度という量刑を直接左右する重要な証拠である。「客観的に損害賠償があったという事実は、仮に、被告人の任意の意思や反省によるものでなくとも、それ自体、被害者の処罰感情ないし社会の処罰感情、すなわち、応報感情を宥和させるものとして、被告人の責任非難を軽減させるとみるべきであろう。」⁽²⁹⁾とされるが、行為が完結した後の事情であるから、犯罪事実の認定の証拠とすることは許されない。

以上のように、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠は、特定の場合を除いて、犯罪事実の認定作業で考慮してはならない。あくまで、事実認定の作業とは、証拠調べ手続において、当事者から請求のあった証拠を調べ、どのような犯罪事実があったかの心証を形成し、それに基づいて起訴状記載の犯罪事実があったかなかったかのみの判断を行う作業なのである。

6、まとめ

上記5で見られるように、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の量刑事情の基礎となる事実の証拠調べが、犯罪事実の認定手続のさなかに行われることが問題であり、この量刑事実が犯罪立証事実と混同されるような事態が起こることに一抹の不安を感じざるを得ないのである。

犯罪事実とは、罪となるべき事実であり、それは、訴因の範囲内で認定できた犯罪構成要件に該当する具体的事実である。それこそが、事実認定の作業の手続で形成すべき心証である。

前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠は、特別な事情を除き、量刑判断の材料としてのみ存在しているのである。

しかし、この量刑判断の材料としてのみ存在している前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠が、事実認定の作業の手続、すなわち、証拠調べ手続の中で証拠調べが行われるのでは、法律の素人である裁判員は、これによって犯罪事実の認定を誤って、別の犯罪事実の心証を形成していく可能性があるのである。

これまで述べてきたように、事案の複雑な事件、弁護（被告人）側が事実関係の全部又は重要部分について争い、証拠調べにかなりの公判期日を要する事件の場合、個々の証拠調べによって形成できる心証は、断片的なものであり、かなり不確定的な要素を含んでいることも多いので、本来、特定の場合を除いて、犯罪事実の認定作業で考慮してはならない、心証形成の作業に影響を及ぼすような前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の取調べは同時に行うべきではないのである。

第一に、刑事訴訟法の理念の一つである、適正手続の保障の観点からすれば、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の事実認定の作業で用いてはならないのである。すなわち、事実認定において犯罪事実を誤認させる、心証の形成に影響を与える証拠は、常習累犯のような特段の事情が無い限り事実認定手続からは排除すべきである。ただし、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠は、起訴状記載の犯罪事実とは無関係ではあるが、量刑判断においては重要な判断資料となるので量刑段階において証拠調べを行うべきである。

第二に、同じく刑事訴訟法の理念のもう一つである、真実発見の観点からすれば、「事実認定と

いうのは結局のところ、過去に生じた痕跡（証拠）からある事実が存在するないし存在しないということを推測する作用にはかならない。」⁽³⁰⁾とされ、事実認定において認定される犯罪事実はあくまで証拠によって認定できる事実であるが、より真実に近ければ近いほどよいということはいうまでもないのであるから、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠によって、事実認定において認定した事実、形成した心証が真実とあまりにかけ離れてしまうという可能性があるときは、その取調べを併せて行うべきではないのである。

第三に、「疑わしきは被告人の利益に」という言葉があるように、常習累犯のような特段の事情が無い限り、それが被告人の不利益に働くような場合は、やはり事実認定の手続とは分けて考えた方がよいであろう。

手続的に二分するといっても小野説やアメリカの公判手続と量刑審理手続のように、刑事裁判そのものを二分するわけではなく、事実認定が終了した時点で、起訴状記載の罪状について有罪か無罪の判断を裁判官と裁判員の間のみで下し、その後、量刑判断に必要な証拠調べを行い、量刑判断をすべきということである。前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の量刑を判断する材料を量刑の段階で取調べるのであるから、なんら問題は無いであろうと考える。

現行の刑事訴訟法においては、事実認定と量刑の手続は公判審理手続の流れとして一体化しており、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠は、証拠調べ手続の範囲内にあるわけであるから、小野説のごとく、犯罪の証明があったとされた場合に、中間判決で有罪の判決を下すということまでする必要はないと考える。事実認定手続と量刑手続を明確に分離するためには立法が必要となるわけである。しかし、立法化してまで明確に手続を二分する必要があるかどうかは疑問である。立法論として、議論するということは限りなくその範囲を広げるということであるから、手続の整合性がとりづらくなり、手続の不明確性が現れてくることになるであろう。これらを研究するものとしては、立法論ではなく、現在ある手続法の範囲内で議論すべきである。現在の実務における公判審理手続において、裁判官が構成する合議体では、常に裁判官同士が合議を重ねながら公判審理を進行していくのである。これは、裁判員制度が導入され、裁判員が公判審理に参加したとしても変わることは無いであろう。裁判員制度の下では、裁判員は法律の素人であり、当然、裁判官がイニシアティブをとる必要がある。そこで、裁判官が公判審理手続で評議を行いながら、犯罪の証明があったとされる時点で、犯罪事実の確定を裁判員とを行い、裁判官と裁判員がその確認を行う程度に留めてもよいであろう。その後、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠を量刑手続の判断材料として証拠調べ手続を進めるようにすればこの問題は解決できるのではないであろうか。通常、前科、仮釈放、余罪の証拠調べは、被告人自身に関する証拠を除いた甲号証を取り調べた後、被告人自身に係る証拠、乙号証の取調べに併せて行われる。また、情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の証拠調べは、被告人質問の後に行われる。公判前整理手続において、争点の整理をするために、裁判官は当事者に証拠調べ請求をさせ、その立証趣旨、尋問事項等を明らかにさせる。そして、証拠調べの請求に関する意見を確かめ、証拠調べをする決定又は証拠調べの請求を却下する決定をし、証拠調べをする決定をした証拠について、その証拠の証拠調べの順序及び方法を定めるわけであるから、犯罪事実の認定作業に必要な証拠と量刑判断に必要な証拠を分けることが可能なのである。故に、前科、仮釈放、余罪や情状証人、示談書等のいわゆる情状証拠の証拠調べを事実認定の作業に必要であると考えられる証拠の証拠調べ後の順序とし、その証拠の証拠調べの前に裁判員と評議をし、犯罪事実の認定を行い、それから量刑事情の判断を行っていけば、立法化せずとも事実認定手続と量刑手続を二分したと呼べるであろうと思われる。

- (1) 岩瀬徹・手続「二分」論 公判法体系Ⅱ 公判・裁判 (1) (日本評論社・1975)
- (2) 小野正典・「目指すべき刑事司法改革」『自由と正義』vol.56 No.3 59頁
- (3) 池田修・解説裁判員法 立法の経緯と課題 (弘文堂・2005) 110頁
- (4) 池田・前掲 (3) 107頁
- (5) 井田良・「量刑をめぐる理論と実務」『司法研修所論集』2004 -Ⅱ 216頁

- (6) 松本時夫・「量刑の実務と今後の課題」『現代刑事法』第3巻1号 No.21（現代法律出版・2001）11頁以下
- (7) 最判昭 58・7・8 刑集 37・6・609
- (8) 原田國男・量刑判断の実際（現代法律出版・2003）4頁
- (9) 原田・前掲（8）6頁
- (10) 実務刑事訴訟法 法務省刑事局・刑事訴訟法研究会編（立花書房・1994）253頁、条解刑事訴訟法〔新版増補版〕（弘文堂・2001）530頁
- (11) 前掲（5）実務刑事訴訟法 253頁、条解刑事訴訟法〔新版増補版〕530頁
- (12) 松本時夫・「裁判員制度と事実認定・量刑判断のあり方について」『法曹時報』第五十五卷第四号（法曹会・2003）11頁
- (13) 池田・前掲（3）98頁以下
- (14) 松本・前掲（12）13頁
- (15) 松本・前掲（12）13頁以下
- (16) 松本・前掲（12）14頁
- (17) 松本・前掲（12）15頁
- (18) 松本・前掲（12）8頁
- (19) 松本・前掲（6）12頁以下
- (20) 松本・前掲（12）9頁
- (21) 前掲・（10）条解刑事訴訟法 711頁
- (22) 最三決昭 41・11・22 刑集 20・9・1035
- (23) 最判昭 41・7・13 刑集 20・6・609
- (24) 松本・前掲（12）9頁
- (25) 前掲・（10）条解刑事訴訟法 711頁
- (26) 東京高判昭 27・11・15 高刑集 5・12・2201
- (27) 福岡高判昭 27・6・4 高刑判特 19・96
- (28) 藤木、土本、松本・刑事訴訟法入門〔第3版〕（有斐閣双書・2000）267頁
- (29) 原田・前掲（8）16頁
- (30) 石井一正・刑事事実認定入門（判例タイムズ社・2005）4頁