

死刑判断への裁判員の関与の憲法適合性

柳 瀬 昇

はじめに

筆者は、別稿「わが国における死刑制度の憲法適合性——死刑判断への裁判員の関与をめぐる憲法問題の検討の前提として」駒澤法学二四巻一号（二〇二四年）二四二—二七八頁において、死刑制度そのもの及びその執行方法である絞首刑の憲法適合性をめぐる主要な学説を紹介するとともにわが国の判例の立場を確認したうえで、死刑制度の憲法適合性の審査に裁判員が関与することの憲法適合性について検討した。

すなわち、此花区パチンコ店放火殺人事件の第一審では、裁判官が、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律（以下、「裁判員法」という）六〇条に基づき、絞首刑の憲法適合性について、その審理への立会いを裁判員に許し、同法六八条三項に基づき裁判員の意見を聴いたうえで、合憲であると判示した（大阪地判平成二三年一〇月三一日判タ

一三九七号一〇四頁）ところ、これに対して、裁判員の関与が不十分であるなどとして、弁護人により控訴がなされたが、大阪高等裁判所は、絞首刑の憲法適合性が同法六条二項一号にいう「法令の解釈」であり法律専門家である裁判官の判断に委ねられており、行刑の詳細な実施状況等についてまで裁判員が考慮することは想定されていないと判示し、これを棄却した（大阪高判平成二五年七月三一日判タ一四一七号一七四頁）。そして、最三小判平成二八年二月二三日集刑三一九号一頁は、この判断を是認している。

つまり、死刑制度の憲法適合性につき裁判員に実質的な判断権を認めないことは、違憲ではない。

では、そもそも、裁判員が死刑判断に関与すること自体の憲法適合性については、どう考えるべきであろうか。本稿では、裁判員が死刑判断に関与すること自体の憲法適合性に関して、これまでどのような問題が提起され、その問題に対して最高裁判所がどのように応答してきたのかについて明らかにすることとする。

一 死刑判断への裁判員の関与の可否

1 裁判員が死刑判断に関与することの適否

裁判員法の立法過程において、裁判員裁判の対象事件の範囲は、制度設計をめぐる主要な論点の一つであった。裁判員の参加する裁判の対象として、重大な事件、特に死刑に当たる罪に係る事件（以下、「死刑事件」ともいう）を避け、相対的に軽微な事件とすべきという案はまったく考えられないことではない。^①しかしながら、立法過程の初期の時点で、すでに死刑事件を国民が参加する裁判の対象とすることは定まっていた。^②すなわち、裁判員制度の創設を含む先

般の司法制度改革の大綱を定める司法制度改革審議会（以下、「審議会」という）の意見書において、「新たな参加制度の円滑な導入のためには、刑事訴訟事件の一部の事件から始めることが適当であ」り、「その範囲については、国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい「法定刑の重い重大犯罪」とすべきであ」って、その「法定刑の重い重大犯罪」の範囲に関しては、例えば、法定合議事件、あるいは死刑又は無期刑に当たる事件とすることなども考えられるが、事件数等をも考慮の上、なお十分な検討が必要である」旨を提言していた。⁽³⁾その後、対象事件の範囲をめぐる議論は続いたが、その争点は、対象をさらに広げるべきか否かと、適用除外規定を設けるべきか否かの二点であり、死刑事件を対象から外すことが政策形成過程において議論されることはなかった。⁽⁴⁾

最終的には、裁判員裁判の対象事件は裁判員法二条等の定めるとおりとなったが、死刑事件を含む重大犯罪とした理由について、政府は、「裁判員制度の円滑な導入のためには、対象事件を限定する必要がある」り、その範囲について「国民の関心が高く、社会的にも影響の大きい重大事件とすることが相当であると考えた」ためであると説明していた。⁽⁵⁾

裁判員制度の導入以前に、刑事事件の裁判において被告人に対して死刑を科すべきか否かを判断していたのは、刑事司法制度に習熟し、自らの意思でその職に就き、刑事裁判に継続的に従事している職業裁判官のみであった。一方で、制度導入以降、裁判官とともにその判断を求められることになった裁判員は、法律の知識・知見を十分には有してはならず、⁽⁶⁾裁判に参与することを望んでいないにもかかわらず、⁽⁷⁾被告人に対して死刑を科すべきか否かの判断に関与せられる。⁽⁸⁾

裁判員制度そのものが憲法の諸規定に違反しないということは、いわゆる裁判員制度合憲判決（最大判平成二三年

十一月一六日刑集六五卷八号（二八五頁）によつて確立した判例法理である。もつとも、具体的な事件に係る裁判において、被告人に対して死刑を科すべきか否かの判断に裁判員が関与することの憲法適合性は、他の刑罰の場合とは別に考えるべきとする見解もありえよう。

この点、第二章の2(3)で後述する、いわゆる心斎橋通り魔殺人事件の控訴審（大阪高判平成二九年三月九日判時二三七〇号九〇頁）において、弁護人は、裁判員が死刑判決に関与することは憲法一八条後段が禁ずる「苦役」に当たるので、裁判員法は同条に違反すると主張した。

これに対して、大阪高等裁判所は、いわゆる裁判員制度合憲判決を挙げて、裁判員の職務に従事することは、司法権の行使に対する国民参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものであること、また、国民の負担を過重にしないという観点から、辞退に関し柔軟な制度が設けられるとともに、旅費、日当等の支給により参加の負担を軽減するための経済的措置もとられていること等からすると、憲法一八条後段が禁ずる「苦役」に当たらないことは明らかであり、「そのことは、死刑選択の判断を伴う評議への参加や死刑判決の言渡し of 立会いであっても、同様に解すべきである」と判示した。

また、弁護人は、「死刑の判決を言い渡すことは殺人行為に他ならないから、死刑判決にかかわった裁判員は、評議への参加や死刑判決の言渡し of 場面のみならず、判決言渡し後にもその苦悩が続くので、死刑判決に関与することになる裁判員の任務は合理的に受忍すべき限度を超えている」旨を主張した。これに対して、裁判所は、「重大な罪を犯した被告人に対し、裁判員と裁判官が、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得ないかどうかを慎重に検討するとともに、公平性の確保の観点をも考慮して、評議を尽くした結果、真にやむを得ないものと

して死刑を適用することは、法に基づいた厳粛な営みであつて、これを殺人行為と同一視するかのような弁護人の主張はそもそも採用し難いものといわなければならない」と述べる一方で、「裁判員にとつて、死刑の判決にかかわることが、大きな精神的負担を伴うこと自体は否定できないところである」として、死刑判断への関与が裁判員にとつての大きな精神的負担であることを認めた。しかしながら、「上記最高裁判決〔裁判員制度合憲判決〕が判示しており、憲法は国民の司法参加を容認していると解されるから、その実現のために国民に一定の負担が課されることも憲法は予定しており、その負担が必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、憲法一八条には違反しないと解され」、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならないのであるから、被告人を死刑に処すべきかどうか問題となる刑事裁判において、裁判員として選任された国民が、審理に立ち会い、評議を尽くすこともまた、国民の責務の一つと解されるところ、……裁判員法には、裁判員の負担を過重にしないための措置が設けられていることのほか、評議の秘密が保護されるなどの裁判員を保護するための措置も整備されていること、また、裁判官及び当事者は、裁判員法五一条により、裁判員の負担に配慮すべき義務を負っており、実際の運営においても、裁判員の精神的負担に對してはできる限りの配慮がなされていることを併せ考慮すれば、裁判員が死刑判決にかかわることによる精神的負担は、必要かつ合理的な範囲を逸脱するものではなく、憲法一八条には違反しないというべきである」と判示し、弁護人の主張を斥けた。

心斎橋通り魔殺人事件控訴審判決が、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならない」としたところ、さらに、「被告人を死刑に処すべきかどうか問題となる刑事裁判において、裁判員として選任された国民が、審理に立ち会い、評議を尽くすこともまた、国民の責務の一つと解される」と判示したことは、注目に値する。前者

に関して、「我が国が死刑制度を存置しているのは国民の総意に他ならない」というときの「国民」とは、制度の正統性を支える観念的ないし非実体的な国民一般のことを指し、個々の具体的な裁判に裁判員として選任された「国民」とは必ずしも一致するものではない。⁹⁾ 本判決は、このように国民概念を区別して、裁判員の参加の正統性につき、制度として問題をとらえる思考枠組みと個別事象を重視する思考枠組みと分けて議論している点で、国民の司法参加の意義について正当な理解を示すものであると評価できる。後者については、いわゆる裁判員制度合憲判決以降の諸判例において最高裁判所が言及することを巧妙に回避してきた、裁判員制度の国民に対する法律上の義務としての性格を誠実に明言するとともに、国家が死刑制度を存置する以上は、国民はそれへの関与を回避しえないという現実を正面から承認したものである。¹⁰⁾

心斎橋通り魔殺人事件控訴審判決に対しては、検察官のみならず弁護士からも上告がなされ、後者に係る上告趣意においては、本件とは別の事件において死刑判決に関与した裁判員経験者二人の発言が紹介され、「死刑事件に関わる裁判員の職務は合理的に受忍すべき限度を超えて」おり、「死刑判決を下した裁判員の苦悩を看過したまま「苦役」にあたらな」と判断した原判決は誤って」おり、したがって、「裁判員を死刑判決に関与させることを前提としている裁判員法は憲法一八条に違反する」との主張がなされた（集刑三二七号一一四―一二三頁）が、最高裁判所は、裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護士による憲法一八条後段違反の主張を斥けた（最一小判令和元年一二月二日集刑三二七号一七頁）。

また、長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）の上告審では、弁護士は、「死刑判断は裁判員にとつてあまりに負担が大きいのであつて、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させ

ることを禁じた憲法一八条後段に反するばかりでなく、裁判員思想・良心の自由（憲法一九条）や信教の自由（憲法二〇条）、表現の自由（憲法二二条）といった精神的な自由権を害し、憲法一三条の幸福追求権等をも侵害するものである」と主張した（集刑三二四号二七四頁）¹¹⁾。

死刑判断に不可避的に関与する裁判員の憲法上の権利の侵害可能性について改めて検討すべきだとの弁護人の主張は、十分に考慮に値するものであり、最高裁判所にとっては、自らの憲法判断を示すにふさわしい機会であった。しかしながら、最高裁判所は、裁判員が死刑の判断に関与することの負担はその本質において他の種類の刑罰（例えば、裁判員制度合憲判決の被告人に言い渡された懲役九年及び罰金四〇〇万円）の場合のそれと異なることはないと考えたのであろう、いわゆる裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、裁判員の人権侵害を理由として裁判員制度の運用を違憲とする弁護人の主張を斥けた（最三小判平成二六年九月二日集刑三一四号二六七頁）¹²⁾。

なお、裁判員法附則九条に基づき政府が制度施行から三年経過後に行うこととされていた制度の実施状況についての検討に当たり、幅広く国民の意見を反映する観点から、二〇〇九年九月から二〇一三年六月まで法務省に設けられていた裁判員制度に関する検討会では、「死刑求刑事案については、裁判員の負担が大きいとの声があることから、負担軽減の観点から、これを対象とし続けてよいか議論が必要ではないかとの意見が述べられた」が、「死刑求刑事案は、国民の関心が高い重大な刑事事件の最たるものとして、裁判員裁判が実施される意義が大きい」、「被害者等は、心理的負担を感じながら刑事裁判に関わっており、裁判員は、その負担が大きいとしても、社会の一員としてこれを避けるべきではない」、「周囲の弁護士の間の議論では、裁判員制度は重大な事件を裁判員裁判の対象としており、死刑求刑事案を除外する理由はなく、裁判員の負担が重くなることは、死刑求刑事案に限られるわけではないし、現在

の実務では検察官の求刑は事前に明らかにされるものでもないので、手続的にも困難であるといった意見が出た」、「検察官としても、求刑の内容は、公判審理が全て終わって初めて決めることができるものであつて、あらかじめ、起訴段階や公判前整理手続段階でこれを明らかにできるものではない」、「国民は、死刑の問題について、避けることなく向き合わなければならない……といった意見が見られ、消極意見が大勢を占めた」という。¹³この検討会での検討結果を踏まえて、法制審議会による答申に基づき、制度施行三年経過後の検討に基づく裁判員法の改正がなされた（裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部を改正する法律（平成二七年法律第三七号））が、そこでは、死刑事件を裁判員裁判の対象から外されることはなかった。¹⁴

2 死刑についての公平な判断のための裁判員の選任・解任

一般の国民から無作為抽出を基本として選定され一つの事件限りで選任される裁判員は、必ずしも法律の知識・知見を十分には有してはいないため、裁判長から必要な法令に関する説明を受け、わかりやすいものとなるよう評議を整理されたとしても（裁判員法六六条五項）、合理的な判断を行えない可能性は完全には排除できない。裁判員は、法令に従い公平誠実に職務を行う義務を負い（九条一項）、合議体の構成裁判官によつて法令の解釈に係る判断がなされ、それが裁判長によつて示された場合には、これに従つて職務を行う義務が課されている（六六条四項）。しかしながら、死刑及びその執行方法が憲法適合的であるという法令の解釈を裁判長が丁寧に説明したとしても、構成裁判官の合議による法令解釈に係る判断に従う義務に違反して、独自の見解で量刑についての意見を述べる裁判員が生じるおそれがある。¹⁵

裁判員裁判において公平な裁判を実現するために、まず重要となるのが、公平な裁判をすることができる裁判員の選任である。死刑事件の裁判において、裁判員候補者が死刑制度について強い信念を有しており、裁判長による法令に関する説明を受けてもそれに従うことができない（例えば、現行刑法が死刑を存置し、判例上、死刑は合憲であるとされているにもかかわらず、死刑を違憲であると解釈し、あるいは廃止すべきと考え、いかなる場合でも死刑の適用をすべきではないと考える、など）のであれば、その候補者は「不公平な裁判をするおそれがある」ため、裁判員となることができない（裁判員法一八条）と解すべきである¹⁷。裁判員法の施行規則の立案担当者は、「担当事件においてどのような事実が認定されたとしても、死刑適用の余地を一切考慮できない者は、死刑という法定刑があるにもかかわらず法律に従った判断ができないといわざるを得ず、不公平な裁判をするおそれに当たる」ものであると解説する¹⁸。また、平成二一年度司法研究では、「裁判員は、少なくとも法の運用という立場からは、事件によっては死刑の適用もやむを得ないと考えているというのが、基本的な立場であるという前提で」あるので、「死刑について絶対反対であるとか、「応報」が原則であって、人を殺した以上は死刑が相当であるといった極端な考えの人は、（判例をも含めた）現在の刑事裁判制度と相容れないと考えられ、裁判員の選任において不公平な裁判をするおそれがあると認められる者ということになる」と述べられている¹⁹。

裁判員等選任手続において、裁判長は、裁判員候補者が不公平な裁判をするおそれがないかどうかの判断をするため、必要な質問をすることができる（裁判員法三四条二項）。陪席の裁判官、検察官、被告人または弁護人は、上記の判断に必要な質問を裁判長が裁判員候補者に対してすることを求めることができ、この場合において、裁判長が相当と認めるときは、裁判員候補者に対して、当該求めに係る質問をするものとする（三四条二項）。そして、検察官

及び被告人は、裁判員候補者について、それぞれ、原則として四人を限度として理由を示さずに不選任の決定の請求をすることができ（三六条一項）、この請求があつたときは、裁判所は、当該理由を示さない不選任の請求に係る裁判員候補者について不選任の決定をする（三六条三項）。

裁判員候補者に対する不選任請求は、「英米法系の陪審員制度において認められているいわゆる専断的忌避（peremptory challenge）にならつた制度である」と解されているので、死刑を回避しようとする被告人及び弁護士が、できる限り死刑選択をしないと思われる者を裁判員に選任するべく、逆に、検察官が、できる限り死刑選択をすると思われる者を裁判員に選任するべく、戦略的に請求権を行使するということが、理論上は考えられる⁽²¹⁾。しかしながら、検察官及び被告人（弁護士）に裁判員候補者に対する不選任請求権を認める趣旨は、「公正な裁判所の構成等という目的をより実効的に実現できることになると考えられた」ためであり、本来、「訴訟関係人に裁判員を選択する権利を認めたものではない」⁽²²⁾。

したがって、不選任請求・決定の前提となる「不公平な裁判をするおそれに関する質問について検討するに当たっては、①候補者の判別に意味があるか、②裁判員法の質問の趣旨、③候補者のプライバシー保護等を考慮する必要がある」⁽²³⁾、「当事者が自己に有利な候補者を選別するための質問は認められない」。

裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の制定の諮問を受けた最高裁判所刑事規則制定諮問委員会（二〇〇七年五月二三日）において参考資料として提供された「不公平な裁判をするおそれに関する質問の基本的考え方」及び「不公平な裁判をするおそれに関する質問の具体的イメージ」では、当日用質問票において、事件との特別な関係の有無、同種犯罪被害経験の有無、事件の報道への接触の程度について質問し、その回答に応じて、裁判長が質問手続におい

て関連の質問をすることとされている。また、死刑の適用が問題となる事件は、事件類型に応じて追加的に質問することがあるものの一つとして例示されている。具体的な追加質問と回答への対応方法は、次のとおりである。すなわち、「死刑の適用が問題となる事件において、当事者の求めがある場合、裁判長は、口頭で、「起訴されている〇〇罪」について法律は、『死刑又は無期若しくは〇年以上の懲役に処する』と定めています。今回の事件で有罪とされた場合は、この法律で定まっている刑を前提に量刑を判断できますか。」という質問をし、「はい」と回答した場合、もしくは、特に異論を述べない場合にはこの点については何も質問しない。他方で、積極的に裁判員候補者から異論が出た場合には「今回の事件の裁判で、証拠によってどのような事実が明らかになったとしても、評議においては、絶対に死刑を選択しないと決めていますか。」という質問をし、「いいえ」と回答した場合にはこの点についてはさらに質問をしないが、「はい」と回答した場合には、回答に応じてさらに質問を行って、不公平な裁判をするおそれの有無を判断する²⁴⁾。ここで示されている質問は、いずれも、法律に従った判断を行えるかどうかを尋ねるにとどめ、死刑制度に対する個人の信念については直接的に尋ねないようにされており、裁判員候補者の思想・良心の自由（憲法一九条）を侵害するものであるとはいえない²⁵⁾。

最高裁判所事務総局刑事局は、「候補者に対する質問は、辞退希望に関するもののほか、不公平な裁判をするおそれの有無を判断するため必要最小限度のものに限るとの基本スタンスを当事者との間で確認しておくことが重要であり、当事者から、基本スタンスに沿わない質問の追加の求めがあった場合には、上記基本スタンスを説明して当事者の理解を求めるなどして、安易に質問の追加を認めるべきではない」という立場を採っており、死刑の適用が問題となる事件について、必要に応じて質問を追加することが想定されているものの、「当事者からの求めがあれば常にこ

これらの質問を追加すべきというものではなく、具体的な事件の性質や争点との関係で、当該質問を追加すべき必要性の有無について吟味した上、追加するか否かを判断すべきであろう⁽²⁶⁾としており、裁判員候補者の死刑制度に対する信念等を詳細に質問することは想定されていない。実際に、菅野亮弁護士によれば、「不公平な裁判をするおそれ」を判断するため、弁護人から追加の質問を求め、裁判所が採用することもある⁽²⁷⁾が、「裁判所は、許される質問は規則制定諮問委員会の運用イメージにある質問ないしこれに準ずる質問に限られていると考えているようであり、「具体的な事案に即して、死刑制度……についてどのような考えをもっているかについて一般的に追加質問を行うことは、裁判長が相当だと判断しないことが多い」という⁽²⁷⁾。

なお、裁判員の職務は法律上の義務であり、裁判員となる権利が国民に保障されているわけではないため、死刑事件において、特定の裁判員候補者について、追加質問への回答に基づき「不公平な裁判をするおそれ」があると認められ、裁判所が不選任決定をしても、当該裁判員候補者は自らの権利が侵害されたと主張することはできない⁽²⁸⁾。

長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）の上告審において、弁護人は、裁判員等選任手続における裁判員候補者に対する質問及びそれに基づく不選任請求が機能しないことを指摘し、裁判員となりうる国民の憲法上の権利が侵害され、公平な裁判を受ける被告人の権利等が侵害されていると主張した。すなわち、弁護人は、「そもそも、犯罪報道が野放図に行われている現在の状況の下では、裁判員が不当な心証を持って裁判に臨んでいる可能性は高いのであり、裁判員法が定める不公平な裁判をするおそれがあるかどうか、という裁判員候補者への問いかけや質問に対する回答態度等の観察・検討は不可欠なのである」にもかかわらず、「現在、ほとんど個別質問は機能していないに等しい」状況であって、「個別質問制度を置いた意味を失わせ、公平な裁判員を選ぶための当事者活動を

著しく制限する運用違憲を生じているものと言わざるを得ない」という（集刑三一四号二八〇頁）。したがって、裁判員に死刑判断へ関与させることは、「被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど、公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能なのであって、適正な裁判所を構成したものとは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判を保障した憲法三七条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法三二条、適正手続を保障した憲法三二条に違反する」との主張である（二七四頁）。

しかしながら、最高裁判所は、いわゆる裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるであるとして、（死刑判断に不可避的に関与する裁判員の憲法上の権利の侵害のみならず）被告人の裁判を受ける権利の侵害を理由とする裁判員制度を違憲とする、弁護人の主張を斥けた（前掲最三小判平成二六年九月二日）。

なお、死刑判断に関して不公平な裁判をするおそれのある裁判員の排除に関して、死刑制度について裁判長の示した法令解釈に係る判断に従う義務（裁判員法六六条四項）に違反し独自の見解を述べるなど、裁判員につき不公平な判断をするおそれがあることが評議の過程で判明する場合も考えられる。裁判員法四一条一項七号は、選任決定後に裁判員に不公平な判断をするおそれがあることを知り、または不公平な判断をするおそれが生じたりしたことを理由として、当該裁判員の解任を請求することを検察官、被告人または弁護人に認め、この請求がなされたときは、裁判所は解任の可否を決定する（四一条二項）。また、四一条一項七号の場合は、職権による解任も可能である（四三条二項、三項）⁽²⁹⁾。もつとも、一八条にいう「不公平な裁判をするおそれ」のある裁判員が合議体に含まれていたとしても、「裁判所が……不公平な裁判をするおそれがあると認め」る決定を行わなければ、刑事訴訟法三七七条一号の絶対的控訴

理由（法律に従って判決裁判所を構成しなかったこと）に該当しない⁽³⁰⁾。また、裁判の進行途中に裁判長が手続を一旦中断し、裁判官のみによる評議を行い、死刑についての信条等を理由に特定の裁判員を解任するのは、実際にも困難であろう⁽³¹⁾。

福島夫婦強盗殺人事件の上告審では、弁護人は、「一審裁判所は、その必要性を何ら吟味しないまま、遺体写真……や通報の音声……など⁽³²⁾、本件の事実認定及び量刑判断に必ずしも必要でなく、むしろ有害とさえいえる証拠を採用し、取り調べた……結果、かかる過剰な立証により、裁判員の一人が心身ともに不安定な状況に置かれた」ところ⁽³³⁾、「一審裁判所は、この裁判員について、「不公正な裁判をするおそれ」があるにも関わらず、解任をしなかった」ことなどから、このような違法な訴訟手続を破棄しなければならないにかかわらず原判決は違法を是認したといえるので、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける被告人の権利（憲法三七条一項）を侵害し、適正手続（三二条）に違反すると主張した（集刑三一九号一七二―一七三頁）。弁護人によれば、裁判員の一人が「本件のような死刑求刑事件において、被告人を死刑にするか否かというような重大な判断について、十分な思考に基づいて判断することは困難であることは明らかであ」ったという（集刑三一九号一八〇―一八一頁⁽³⁴⁾）。

しかしながら、最高裁判所は、単なる法令違反等の主張であって刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらないとして、弁護人の主張を斥けた（最三小判平成二八年三月八日集刑三一九号一六三頁）。

二 死刑判断への裁判員の関与のあり方

1 裁判員裁判導入以前の死刑の量刑判断についての評決要件

裁判員制度が導入される前の裁判官のみによる刑事事件の裁判において、合議体を構成する裁判官は、どのように死刑の量刑判断を行ってきたのか。

裁判は、原則として過半数の意見による（裁判所法七七条一項⁽³⁵⁾）。死刑の量刑判断についても特則は設けられていないため、法律上は、他の刑罰と同様に多数決によるものとされ、合議体を構成する裁判官の意見の全員一致は求められていない。

しかしながら、本庄武教授は、「裁判所の内部においては、死刑については全員一致で判断するという慣行がある時期から形成されていた」と指摘する⁽³⁶⁾。原田國男元判事は、従前の裁判官のみによる裁判について、「実際の合議においても、最終的に無期懲役の意見の裁判官がいるのに、多数決で死刑にするということはないのではあるまいか」⁽³⁷⁾、「裁判官裁判の場合は……死刑にするときは全員一致であり」「これは、ほぼ共通のコンセンサスであ」って、「一致しなければ死刑にしないと思う」、「一人でも反対があれば、無期〔拘禁刑〕にしていると思う」、「これが実務の実態である」⁽³⁸⁾、「実際に、刑事裁判官は……総合してやむをえないといえなければ、死刑にしない」、「裁判官の死刑意見が全員一致でなければ、死刑にしないのが慣行だと思う」などと、繰り返し述べる⁽³⁹⁾。また、永田憲史教授によれば、最高裁判所が下級裁判所による死刑判決を上告審として審査する際にも、「全員一致の不文律があった」という⁽⁴⁰⁾。この点、滝井繁男元最高裁判事も、死刑判決に対する上告を棄却する際には構成裁判官の全員一致でなければならぬと

いう「不文律のようなものがあるという話は聞」いたと述懐する。⁽⁴¹⁾

裁判官のみによる裁判における死刑判断について、いわゆる永山事件（警察庁広域重要指定一〇八号事件⁽⁴²⁾）の控訴審判決（東京高判昭和五六年八月二一日判時一〇一九号二〇頁）は、第一審の死刑判決を破棄し、被告人に対して無期懲役に処したが、その判決理由中で、次のように判示した。すなわち、「死刑が合憲であるとしても、その極刑としての性質にかんがみ、運用については慎重な考慮が払わなければならず、殊に死刑を選択するにあたっては、他の同種事件との比較において公平性が保障されているか否かにつき十分な検討を必要とするものと考ええる。ある被告事件について、死刑を選択すべきか否かの判断に際し、これを審理する裁判所の如何によつて結論を異にすることは、判決を受ける被告人にとつて耐えがたいことであろう。もちろん、わが刑法における法定刑の幅は広く、同種事件についても、判決裁判所の如何によつて宣告される刑期に長短があり、また、執行猶予が付せられたり、付せられなかったりすることは望ましいことではないが、しかし裁判権の独立という観点からやむを得ないところである。しかし、極刑としての死刑の選択の場合においては、かような偶然性は可能なかぎり運用によつて避けなければならない。すなわち、ある被告事件につき死刑を選択する場合があるとすれば、その事件については如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定せられるべきものと考ええる。立法論として、死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき意見があるけれども、その精神は現行法の運用にあつても考慮に価するものと考えるのである」（傍点はお稿の筆者による）。このいわゆる船田判決は、「その事件について如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう程度の情状がある場合に限定」して死刑の選択が許されるものとし、「死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき」とする「立法論」に踏み込みつつ、「その精神は現

行法の運用にあたつても考慮に価する」と述べており、実質的には、解釈上も死刑の宣告に裁判官全員一致の意見を求めるものであつた。⁽⁴³⁾

この控訴審判決に対して、検察官は、「死刑の選択について独自の基準を設定し」たものであり、「法定刑の死刑は存置しながら、死刑規定の適用を事実上不能にするような思考方法に根ざすもので、運用面での死刑廃止論に等しいものであり、かかる限定を付することなく、死刑を選択することを承認してきた幾多の最高裁判所判例に相反する」とは明らかである」(刑集三七卷六号六二〇頁)⁽⁴⁴⁾、「被告事件について死刑を選択するかどうかの量刑判断に、およそ死刑の宣告が事実上不可能になるような制約、限定を加えているが、これは、最高裁判所判例の認めていない特異な限定基準を設けたもので、この点においても明らかに判例に相反する判断をしたものである」(六二五頁)⁽⁴⁵⁾、「死刑判決を容認した幾多の最高裁判所判例……も、……原判決のような「如何なる裁判所も死刑を選択する」かどうか、「全裁判官一致の意見」によるかどうかというような限定基準を導入した例はないのであり、「死刑の存続の合理的な理由と必要が認められ、それ自体憲法三六条等に違反するものでないことが承認される以上、それに加えて法の予定しないような判決手続の条件を提示して、死刑の宣告を事実上不能にしたり回避したりすることは許されないのである」(六二九頁)などと主張して、上告した。

最高裁判所は、「裁判所が死刑を選択できる場合として原判決が判示した前記見解の趣旨は、死刑を選択するにつきほとんど異論の余地がない程度に極めて情状が悪い場合をいうものとして理解することができないものではない」と述べつつも、いわゆる永山基準⁽⁴⁶⁾を示したうえで、「原判決は、量刑の前提となる事実の個別的な認定及びその総合的な評価を誤り、甚だしく刑の量定を誤つたものであつて、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認めざ

るをえない」として、控訴審判決を破棄した（最一小判昭和五八年七月八日刑集三七卷六号六〇九頁⁽⁴⁷⁾）。

では、本庄教授や原田元判事のいうように、死刑の選択は裁判官の全員一致の意見によるという慣行は、はたして存在していたのか。

この点、強姦殺人等事件により死刑の判決を言い渡された被告人の弁護人による、「死刑は残虐な刑罰であるから、その裁判をするためには、裁判官全員一致の意見によるべきであるのに、裁判所法七十七条が、この場合においても、過半数の意見によつて決することができ旨規定しているのは、憲法三六条に違反する」旨の主張⁽⁴⁸⁾に対して、最高裁判所は、「死刑が残虐な刑罰にあたらないことは、……〔いわゆる死刑合憲判決（最大判昭和三年三月一二日刑集二巻三号一九一頁）〕の明らかにするところであるから、所論はその前提を欠く」と判示し、裁判所法七十七条にいう裁判の多数決制が違憲であるとの主張を認めなかった（最一小判昭和四四年二月五日集刑一七四号二〇三頁）。

その後、最高裁判所は、光市母子殺人事件⁽⁴⁹⁾の第二次上告審（最一小判平成二四年二月二〇日集刑三〇七号一五五頁）において、多数意見が原判決による死刑の科刑を是認したのに対して、宮川光治裁判官は、「〔本件被告人が〕精神的成熟度が少なくとも一八歳を相当程度下回っていることが証拠上認められるような場合は、死刑判断を回避するに足りる特に酌量すべき事情が存在するとみることが相当であり、原判決を破棄し事件を高等裁判所に差し戻すべきとして反対意見を付している。最高裁判所による死刑判断維持の判決に関して反対意見が付されたということは、（少なくとも上訴審としての審査に関しては）死刑判断は必ずしも構成裁判官の全員一致の意見によらなくてもよいということ⁽⁵⁰⁾を意味する。つまり、最高裁判所は死刑判断に関する構成裁判官の「全員一致の不文律」を自ら放棄したといえる⁽⁵¹⁾。

なお、死刑判断についての合議体の構成員の全員一致制について、永山事件控訴審判決は（現行法の運用への考慮以

外にも）立法論としても言及していたところ、法律の改正によりそれを導入することについては、特に、それを禁止する憲法の規定は見当たらないため、その当否は別論として、違憲とは解されないだろう。⁽⁵²⁾

2 裁判員裁判における死刑の量刑判断についての評決要件

(1) 僅差による死刑判断の可能性

裁判員裁判における量刑の判断は、「構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見による」こととし（裁判員法六七条一項）、「意見が分かれ、その説が各々、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見にならないときは、その合議体の判断は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見になるまで、被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中で最も利益な意見による」とされる（六七条二項）。そして、裁判員法は、死刑の選択についても評決要件の特則等を設けてはいない。つまり、裁判官三人及び裁判員六人からなる合議体において、少なくとも裁判官一人と裁判員四人または裁判官三人と裁判員二人が被告人に対して死刑が相当である旨の量刑意見を述べれば、法律の規定上は、死刑の判決を宣告することは不可能ではない。⁽⁵³⁾この点、江藤祥平教授は、裁判員裁判において「裁判員四名が無罪と判断しても、残りの五名が有罪と判断すれば死刑判決でさえ可能となる」ことを懸念している。⁽⁵⁴⁾

たしかに、法律の規定上は、評決は（裁判官・裁判員双方を含む）多数決とされている。いわゆる裁判員制度合憲判決も、「評決については、単なる多数決でなく、多数意見の中に少なくとも一人の裁判官が加わっていることが必要とされていること」によつて、「被告人の権利保護という観点からの配慮もされている」ことになり、裁判員法が憲

法七六条三項違反とならないと判示しており（傍点は本稿の筆者による）、合議体を構成する裁判官・裁判員の意見の全員一致を求めている。しかしながら、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上に資する」という裁判員制度の趣旨（裁判員法一条）を踏まえれば、実際の裁判員裁判では、量刑について合議体構成員の意見が大きく分かれたままの状態、裁判長が拙速に評決を強行するという運用は現実には考えにくい。⁽⁵⁵⁾「十分な評議を尽くし、基本的には全員一致になるよう評議すべきことは当然のこと」あり、「裁判長としては、全員一致となるよう努力すべきで」あるといえる。⁽⁵⁶⁾そして、このことは、極刑であるところの死刑の選択の場合には、特に強く要請されるというべきであろう。

(2) 死刑判断の全員一致評決制の提案

(1) は、裁判員裁判における死刑判断の全員一致評決制を、運用上の理想的な目標とする議論であるが、これを法律上規定すれば、それはより確実なものとなる。⁽⁵⁷⁾

実際に、裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきとの提案は、多くの刑事法研究者や法律実務家から示されてきた。⁽⁵⁸⁾

裁判員法の立法過程では、日本弁護士連合会は、一貫して、「評決は全員一致を原則とし、有罪の評決は、一定の要件下で（たとえば、評議と投票を繰り返し返しても意見の一致をみないとき）三分の二以上の多数決とする」ものとし、「死刑を言い渡すときは全員一致を要する」とすべきと主張してきた。⁽⁵⁹⁾また、国会においても、死刑判決の評決要件を過半数ではなく全員一致とすべきであるとの主張が野党議員からしばしば示されてきたが、裁判官のみによる従前の裁

判においても評決は過半数の意見によることとされており、死刑に関わる判決についても同様であるところ、裁判員が加わる場合に限って要件を加重する合理的な理由はないとして斥けられた⁶⁰。

裁判員制度に関する検討会においても、死刑を言い渡す場合における評決要件について、「死刑は究極の刑罰であり、刑が執行されれば取り返しがつかないから、誤判防止の観点から、裁判員法のみならず裁判所法を改正して、裁判員裁判か否かを問わず、その言渡しのためには、全員一致の評決を必要とすべきである」、ないしは「無罪の意見の裁判員が評決の結果死刑の言渡しに関与せざるを得なくなる場合など、死刑の言渡しによる裁判員への心理的負担を考慮すると、裁判員裁判における死刑判決はより慎重にすべきである」などといった意見が示された⁶¹。日本弁護士連合会も、裁判員法施行三年後の検証を踏まえた裁判員裁判に関する改革提案の一つとして、「裁判所法第七十七条第一項及び裁判員の参加する刑事裁判に関する法律……第六十七条第一項を改正し、死刑の量刑判断について全員一致制を導入すべきである」と提言したが、その理由として、(1)死刑は刑罰として特殊であり、生命尊重・誤判防止の観点から、その適用は極めて慎重かつ謙抑的に行われなければならないこと、(2)死刑事件においても誤判の危険性があり、それを防止すべきであること、(3)死刑の適用基準をより公平かつ客観的なものとすべきであること、(4)裁判官・裁判員の負担を軽減する必要があること（多数決制の場合に負うこととなる一生消えることのない苦悩を一般市民にも強いことは酷にすぎる」という）、(5)死刑を廃止する国際的潮流に沿うべく死刑判決をより慎重・謙抑的に運用すべきであることなどを挙げていた⁶²。

しかしながら、裁判員制度に関する検討会においては、(1)たしかに「死刑の言渡しの多くは裁判員裁判によつてなされる」が、裁判官による裁判でもなされうるところであり（裁判員法三条一項、三条の二第二項）、「裁判官による裁

判であっても全員一致の評決を求めるという意見については、当検討会で議論することが適切かどうか自体疑問がある」こと、(2)「死刑言渡しに全員一致を要求すると、当該裁判体の構成員全員が死刑に賛成したことが明らかになるので、裁判員の負担の軽減にはつながらない」こと、(3)「現在でも死刑の選択は厳格になされており、死刑判決が言い渡されたとき、その当否について論争が起きたこともない」こと（「一般市民は今の制度で良いと考えているのではないか」という）、(4)「全員一致でない限り死刑を言い渡すことができない」とすると、一人の裁判員の考えのみによつて結論が左右されるという事態を許すこととなる」こと、(5)「全員一致の要件を要求すると、一人が死刑についての拒否権を持つことになるところ、そのような理由で、同一事案の共犯者の間や同種事案の被告人の間でも死刑か無期懲役かの差異が生じてくることとなって、裁判の公平性が損なわれる」こと、(6)「裁判体の構成に一人でも死刑制度自体に反対の人物がいた場合、法律上死刑制度があるにもかかわらず、その言渡しができないこととなるのは問題が大きい」こと、(7)「裁判員にとっての負担を主たる根拠に評決の在り方を変更するというのは、裁判員に弱点があるという考え方を前提にしているかのようで、裁判員制度の趣旨から見て妥当ではない」こと、(8)「死刑の問題をイデオロギーとして捉えている者が裁判員に選任された場合には、実際の事件を冷静に分析・判断できないという面もあるように思われ」ところ、「これまで特に問題がなかった以上、従来の方法で取り扱うべきである」ことなどを理由に、「現行法の評決要件を変更すべきでないとの意見が多数を占めた」という。⁶³⁾

また、裁判員の参加する刑事裁判に関する法律の一部を改正する法律（平成二七年法律第三七号）附則三項に基づき政府が改正法施行から三年経過後に行うこととされている制度の実施状況についての検討に当たり、幅広く国民の意見を反映する観点から、二〇一九年一月から二〇二〇年十二月まで法務省に設けられていた裁判員制度の施行状況等

に関する検討会でも、「死刑判決の重大性から、全員一致の場合にのみ言い渡せることとする評決要件の加重も考えられるのではないか」との意見が述べられたが、「現在の実務においても、議論を尽くして全員一致に近い形で死刑判決が言い渡されていることが推測される上、制度上、全員一致でなければ死刑判決を言い渡せないこととすると、一人でも反対をしている場合には刑罰が決まらない事態となってしまう」、「全員一致を評決要件とした場合、裁判員全員の意見が明らかになってしまうという問題もある」との意見が述べられ、上記意見を支持する意見は見られなかったという。⁶⁴

(3) 死刑判断の全員一致評決制と憲法の要請

(2)で紹介した議論は、裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきという立法論である。そして、そのような提案は、裁判員法の立法過程においても、また制度施行後の見直しの段階でも、政策的妥当性を否定されてきた。

ところで、立法政策論から憲法解釈論に視点を移し、裁判員裁判における死刑の量刑判断は合議体構成員の全員一致の意見によるということが憲法上の要請であるとする立論は可能であろうか。その検討の際に手掛かりとなるのは、比較法による議論である。

陪審制度を採用するアメリカ合衆国では、一般に、罪責認定は陪審が担い、量刑判断は裁判官の判断に委ねられているが、死刑を存置している法域において、⁶⁵「死刑判決については被告人の罪責および量刑判断の両者につき一二人の陪審員による全員一致評決が……ごく一部の州を除きすべての法域において堅持されている」という。⁶⁶ 笹倉香奈教

授によれば、「死刑事件の量刑について、陪審員の全員一致が憲法上の要請であると連邦最高裁が判断したことはない」⁽⁶⁷⁾ものの、「陪審員による死刑量刑の評決が行われるときに陪審員による全員一致の評決を全く要求していない州は、アメリカ合衆国ではもはや存在しな」くなつたという。そして、「連邦最高裁が全員一致制を必要であると宣言していないにも関わらず、実質的にはすべての州において死刑を言い渡すために陪審員が何らかの全員一致の判断に到達することが要求されている」ことを踏まえると、米国では、「全員一致制を採用することによって、死刑判断がより慎重にかつ適正に行われることが目指されている」ことから、わが国の裁判員制度の下でも、同様に、死刑判断につき合議体構成員の全員一致評決制の導入を検討する必要性が示唆されうる。⁽⁶⁸⁾

本庄教授は、量刑判断に関する基準についての解釈が異なるとしても、死刑という刑罰の特殊性ゆえに「死刑を選択するか否かに関してだけは、憲法上の要請として全員一致制を採用すべきであると言えるかもしれない」と述べる⁽⁶⁹⁾。憲法学の立場から、江藤教授は、「裁判員裁判の時代には、死刑判断の手続的適正を徹底することから始める必要がある」ところ、「まずは、罪責認定及び死刑評決について裁判体の全員一致によるものとするのが、裁判の公正性の要請に則している」と主張している。⁽⁷⁰⁾

裁判員裁判における死刑判断の全員一致評決制が憲法上の要請であるか否かについては、心斎橋通り魔殺人事件⁽⁷¹⁾の控訴審（前掲大阪高判平成二九年三月九日）において争われた。⁽⁷²⁾

第一審において死刑判決を受けた被告人の弁護人は、死刑の選択について全員一致を求めている裁判員法六七条の規定が、適正手続を保障した憲法三一条に違反するため、憲法に違反する規定に基づいて言い渡された原判決には、判決に影響を及ぼすことの明らかな訴訟手続の法令違反があると主張した。⁽⁷³⁾しかしながら、大阪高等裁判所は、憲法

三一条が、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」と規定するだけであり、同条が死刑判決をするのに裁判員及び裁判官の全員一致を要する旨を定めるものとは解されないとして、弁護人の主張を斥けた。

弁護人は、まず、「死刑は特別な刑罰であり、誤判は許されず、死刑を科すには慎重に慎重を期さなければならぬ」のに、裁判員法六七条一項の規定によれば、裁判官一名を含む五名が死刑に賛成すれば、他の四名が賛成しなくとも、死刑が選択されることとなる」などと主張したが、控訴審判決は、次のように述べて、この主張を斥けた。すなわち、「死刑は、人の生命を永遠に奪い去る究極の刑罰であつて、罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地から一般予防の見地から極刑がやむを得ないかどうかを慎重に検討するとともに、公平性の確保の観点をも考慮して、真にやむを得ない場合に限つて適用されるべきものであるが、そのことは、何よりも当事者及び裁判所が上記判断を可能とするように的確で適正な審理を行うとともに、裁判員及び裁判官が真剣な評議を尽くすことによつて実現されるべきものであつて、死刑を科するのに裁判員及び裁判官の全員一致を要するとの法制度でなければ、実現され得ないものではない。裁判員制度施行後既に複数の事案において死刑判決が言い渡されているが、これらの事案においても、関係者の真摯な努力によつて上記のような実務が積み重ねられているのであつて、あたかも裁判員裁判においては五対四の多数決により安易に死刑判決が言い渡されるおそれがあるかのようにいう弁護人の主張は、このような実務の在り方を踏まえない、あまりに単純な議論といわなければならない」。

また、弁護人は、「その罪責が誠に重大であつて、罪刑の均衡の見地から一般予防の見地から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」と判示する永山事件上告審判決（最二小判昭和五八年七月八日刑

集三七卷六号六〇九頁）が、「総合判断の結果、誰が判断したとしても死刑とするものについてのみ死刑とすることが許されることを明らかにしており、同判決は、憲法三一条を根拠に死刑判決には全員一致を要求しているものと解すべきである」と主張した。これに対して、控訴審判決は、永山事件上告審判決中の上記引用部分が、同事件の控訴審判決中の「ある被告事件につき死刑を選択する場合があるとすれば、その事件については如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであらう程度の情状がある場合に限定せらるべきものと考える」、「立法論として、死刑の宣告には裁判官全員一致の意見によるべきものとすべき意見があるけれども、その精神は現行法の運用にあつても考慮に価するものと考えるのである」との説示に対して示されたものであり、「原判決の上記判示部分をその文言どおりには認めたわけではないし、まして、死刑判決につき裁判官の全員一致の意見によるべき旨を判示したものは到底解されない」と判示した。

弁護士はさらに、「アメリカ合衆国では、死刑事件においてはスーパー・デュー・プロセスと呼ばれる特別な手続が要請されており、死刑判決を宣告するためには、一二人の陪審員の意見が全員一致でなければならないとされているから、我が国においても、同様に全員一致制が採用されるべきである」と主張したが、控訴審判決は、「アメリカ合衆国において死刑判決につき全員一致制がとられている州があるからといって、同様の制度が設けられていない裁判員法が、当然に憲法に違反することとなるものでないのは明らかである」と論破した。外国の法制度やその運用を自説の補強として援用する際には、細心の注意が求められる。先に触れた笹倉教授らの見解は、本件弁護人の主張のような、米国で全員一致制を採用されているからわが国でも全員一致制を採用すべきであるといった単純な議論ではなく、死刑選択の際の評決要件をめぐるわが国での議論を深める一助として米国の議論を紹介したものである。本件

についていえば、両国の憲法の規定、刑事裁判制度、司法参加の制度、それを基礎づける理論的背景などの差異を考慮したうえで、特に、裁判官との協働の仕組みであるわが国の裁判員制度の独自性を踏まえて、慎重に議論を展開すべきであった。

本判決に対する弁護人による上告趣意においては、「死刑の選択にあたり、裁判官・裁判員の全員一致を求めている裁判員法六七条は、適正手続を保障した憲法三二条に違反する」との主張とともに、「裁判員裁判では死刑が言い渡された死刑囚にとって、五対四で死刑が言い渡されたのではないかと考えながら死刑が執行されることは、残虐な刑罰にあたり、憲法三六条に違反する」との主張がなされた（集刑三三七号一二三―一三八頁）が、最高裁判所は、死刑制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護人による憲法三一条・三六条違反の主張を斥けた（最一小判令和元年二月二日集刑三三七号一七頁）。

裁判員裁判による死刑判決を量刑不当として破棄し無期懲役に処した控訴審判決を是認した南青山マンション男性強盗殺人事件・松戸女子大生放火殺人事件両最高裁決定（最一小決平成二七年二月三日刑集六九卷一号一頁、九九頁）を受けて、全員一致評決制を採用することによって、「死刑適用に賛成の論者は反対の論者の意見を無視して、拙速に評決を行うという選択肢が採れ」なくなるため、「評議の充実が確保されることにより、死刑選択が「真に」やむを得ないものであることが確保されることになり、もって裁判員裁判の死刑判決は死刑選択が真にやむを得ないと認められることを具体的・説得的に示さなければならないとする両決定の要請に応えうることになる」との主張がある。⁷⁴ 心斎橋通り魔殺人事件の上告審において、弁護人も、これらの最高裁決定が「死刑の適用について、慎重さに加えて、公平性を求めて」おり（集刑三三七号一二四頁）、第一審の死刑判決を控訴審で破棄自判したという両事件は、「まさに

人「被告人のこと」の命が翻弄された」事例であり、「単純多数決ではこのような事態はいくどとなく繰り返される可能性がある」から、「死刑判決において、全員一致にすることは適正手続の観点から憲法三一条の要請するところである」（同二七頁）と述べたが、最高裁判所は、この議論を受け入れることはなかった。

要するに、裁判員裁判においても死刑の量刑判断に際して合議体を構成する裁判官・裁判員の全員一致の意見によることを求めない裁判員法七七条の規定は、憲法三一条・三六条に違反するものではないとするのが判例の立場である。立法論として全員一致評決制を設けることは憲法上可能であるが、解釈論として、憲法が全員一致評決制を要請しているとする議論は成り立たない。

3 死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請

裁判員裁判における死刑の量刑判断を合議体構成員の全員一致の意見によるものとすべきとする、いわゆる全員一致評決制は、主にアメリカの法社会学者やアメリカ法に依拠する刑事法研究者・実務家等によって紹介され強く提唱されてきた、死刑事件におけるスーパー・デュー・プロセスという構想の主要な要素の一つである。⁽⁷⁵⁾ 田鎖麻衣子弁護士は、スーパー・デュー・プロセスについて、「非死刑事件とは異なり、死刑事件に特別に要求される手続の総称であつて、とくに一九七六年以降のアメリカ合衆国連邦最高裁の判決の積み重ねにより、合衆国憲法上の問題として要請される手続」を指すと説明する。⁽⁷⁶⁾

スーパー・デュー・プロセスの提唱者であるレイディン (Margaret J. Radin) は、「アメリカ合衆国最高裁判所は、現在「この論文が刊行されたのは一九八〇年」、死刑事件において、「残虐で異常な刑罰」というにすぎない合衆国憲

法修正八条が一種のスーパー・デュー・プロセス（超適正手続）（a kind of super due process）に相当する量刑手続を要求している」と述べている。⁽⁷⁷⁾

一九七二年のファーマン判決（*Furman v. Georgia*, 408 U.S. 238）は、死刑が特異な刑罰であることから、恣意的かつ気まぐれな方法で（in an arbitrary and capricious manner）それを適用することは修正八条にいう残虐で異常な刑罰の禁止に抵触すると判示した。これに対して、死刑を存置する各州の対応は、量刑判断者の裁量を否定する絶対的死刑制度とするものと、裁量に指針を与えたうえで罪責認定と量刑の手続を二分する制度を採用するものとに分かれた。後者の対応を採ったジョージア州の法律について、一九七六年のグレッグ判決（*Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153）において、ステュワート、パウエル、スティーブンスの三人の裁判官からなる多数意見は、指針が量刑判断者に与えられる限りで死刑執行は残虐で異常な刑罰に当たらないとした。問題となったジョージア州法では、罪責と量刑とを分けて審理することを求め、犯罪の状況及び犯罪者の情状についての適正な考慮が可能であり、死刑判決が言い渡された場合には州最高裁判所へ自動的に上訴される制度を設け、州最高裁判所によって陪審の死刑の判断過程における偏見の影響の有無と、類似事件における量刑との均衡性の審査（proportionality review）⁽⁷⁸⁾がなされるため、ファーマン判決の懸念を除去するのに十分であり、違憲ではないとされた。そして、一九七八年のロケット判決（*Lockett v. Ohio*, 438 U.S. 586）において、バーガー首席裁判官は、死刑の宣告にあたって被告人の罪の減軽のための証拠の範囲を制限する法律は修正八条及び修正一四条に違反するとしたが、これにはグレッグ判決の多数意見を構成した三人の裁判官が参加している。

これらの判例の経緯を踏まえて、レイディンは、最高裁判所裁判官のうち四人が、手続についても憲法上の意味に

おける残虐とみなすという見解を受け容れていることなどを、スーパー・デュー・プロセスを修正八条が要求するという自らの主張の論拠とする。⁽⁷⁹⁾ 小早川教授によれば、「スーパー・デュー・プロセスの中心は、死刑の質的相違 (qualitative differences) にある」、すなわち、「死刑は未来永劫に人の生命を抹殺する取り返しのつかない刑罰であるから、他の刑種とは全く異なる」ということにある。死刑の質的相違性自体は「新規な主張ではない」が、この理論は、死刑の合憲性をめぐる「アメリカ連邦」最高裁の判例……を緻密に分析し、「最高裁も同旨であることを論証した点が画期的」であるという。⁽⁸⁰⁾

このスーパー・デュー・プロセスは、2で検討した全員一致評決制の要請以外にも、多様な内容を含むものである。スーパー・デュー・プロセスをわが国に紹介したジョンソン (David T. Johnson) によれば、アメリカ連邦最高裁判所は、一九七〇年代以降、過酷さと重さならびに執行の不可逆性という二点において、他の刑罰と死刑とは異なるものであると判示し、死刑事件の被告人に対しては、スーパー・デュー・プロセスという特別な適正手続を保障してきたという。そして、「アメリカの刑事手続において、スーパー・デュー・プロセスが保障されていることから、以下の五点の帰結が導かれる」と述べる。すなわち、(1) 「はじめに被告人が有罪か無罪かを判断し、次に有罪であると判断された場合には量刑を判断する」というように、「死刑事件の公判は、二つの段階に分けて行われなければならない」。 (2) 「死刑事件の陪審に対しては、量刑段階で裁量権を行使する際の指針として、刑罰を「加重する要素と減軽する要素」について裁判官からの指示が与えられなければならない」。 (3) 「ほとんどの法域で被告人に死刑判決に対する上訴権を放棄することができない」とされており、「死刑が言い渡された場合には、被告人の意思にかかわらず、上訴されなければならない」。 (4) 「同じような事件は同じように、異なる事件は異なつて扱われねばならないという

原理にもとづいて、「上級審裁判所は、量刑の言い渡しに不適切な格差がないかを判断するために、均衡審査と呼ばれる手続を行う」。(5)「死刑判決を言い渡すためには二人の陪審員全員が死刑を言い渡すことが妥当であると一致していなければならない」⁽⁸¹⁾。要するに、ジョンソンのいうスーパー・デュー・プロセスの帰結とは、(1)手続二分論、(2)量刑ガイドラインの提示、(3)自動上訴制度、(4)上級審における均衡審査、(5)全員一致評決制の五つを指す。⁽⁸²⁾

ジョンソンは、米国各州における死刑を定める法律がスーパー・デュー・プロセスに基づくことによつて、連邦最高裁判所により合憲とされると述べる一方で、わが国の死刑の運用に対しては、スーパー・デュー・プロセスの見地から批判的に評価する。すなわち、彼は、日本では、死刑が他の刑罰と異なるものとは扱われておらず、スーパー・デュー・プロセスが採用されていないと主張する。⁽⁸³⁾

もつとも、スーパー・デュー・プロセスは、確定的な概念ではないため、ジョンソンのいう五つの帰結以外にも、他の構成要素は考えられる。

笹倉教授は、一九七〇年代以降、連邦最高裁判所が、個別の死刑事件において、どのような死刑制度であれば合憲といえるかを明らかにする過程で示してきた「死刑事件における手厚い手続保障の理念」を「狭い意味でのスーパー・デュー・プロセス」というとすれば、そのような「憲法上要請される特別の手続保障」のほかに、「各州の立法や運用によつて死刑手続にはさらなる手続保障がなされて」おり、これを「広義のスーパー・デュー・プロセス」と定位している。⁽⁸⁵⁾そして、前者、すなわち、「死刑事件における適正手続保障」を、(1)「事実認定審理と量刑審理は分離され、二段階の審理手続が行われ」、「いずれの審理にも陪審員が関与」し、「死刑を科すという判断は陪審員の全員一致制でなければならない」こと、(2)「陪審員は死刑を科すか科さないかについて裁量権を有するが、行きすぎ

た裁量権の行使を規制するため、量刑には一定のガイドライン（「指針付き裁量」）が存在すること、(3)「量刑審理においては、加重事情と減軽事情が詳細に審査される」が、「減軽事情については、行為及び行為者に関連性がある全ての証拠の提出が認められなければならないし、そのように提出された証拠を陪審は実質的に考慮せねばなら」ず、「量刑は適正な指針に基づいて行われ、……行為者それぞれの個別的な事情が十分に考慮されなければならない」ことの三点にまとめる。また、後者として、(4)「多くの州には自動的な直接上訴制度が存在し、被告人の意思とは関係なく上訴が行われ」、「上訴審で、他の事件との均衡が採れているかの判断……（均衡審査）」が行われる州もあるという⁸⁶。これら笹倉教授が挙げる狭義及び広義のスーパー・デュー・プロセスのうち、(1)には、ジョンソンのいう五つの帰結の(1)及び(5)が含まれ、(2)及び(3)は(2)を意味し、(4)は(4)に相当する。

そして、笹倉教授は、日本の死刑事件の手続の問題点として、(1)「死刑の求刑が検察官によって行われるか否かが公判の最後の「論告」の際にならないと明らかにならないから……手続の最後まで当該事件が「死刑事件」なのか否かさえ裁判所にも弁護人にも分からず、死刑事件にふさわしい手続や弁護ができない」こと、(2)事実認定手続と量刑手続が二分されていないため、「量刑に関する証拠（被害者の意見など）が事実認定に影響を与える危険性があり、罪責認定の純粹性を守ることができない」こと、(3)「行為者の特性に関する証拠調べが不十分である」こと（「量刑誤判」を避けるためには、死刑に値する事案なのか慎重に判断されなければならないだけでなく、「その人」が死刑に値するかも慎重に判断されるべきであり、具体的には、「被告人の年齢、前科前歴、生活史、家庭環境、生活状況などに関する証拠が取り調べられるべき」にもかかわらず、「現在、実務において一般情状は量刑を（微）調整」する要素としてしか扱われていない」という）、(4)「死刑事件における量刑評決が、他の裁判員裁判と同様の方法（裁判員法六七条二項）による多数決制であり、全員

一致制ではない」こと、(5)「死刑判決確定から執行に至るまでの手続保障がない」こと（「だれがいつ執行されるのか」どのように決まっているのかも分らない」という）の五点を挙げる。⁽⁸⁷⁾

以下、本稿において、わが国の裁判員制度における死刑判断への裁判員の関与の憲法問題に関して、スーパー・デュー・プロセス構想から得られる視角として、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査について検討することとする（全員一致評決制については、すでに2において検討した）。

(1) 手続二分論

いわゆる手続二分論とは、「罪責認定手続……と量刑手続……とを手続上明確に区分し、罪責認定手続終了後、中間評議等により罪責に関する一応の結論を出した（さらに、結論次第では、その内容を何らかの形で公判に明らかにした）後、量刑手続段階に移行すべきであるとする主張」をいう。ここでいう罪責認定手続とは、犯罪事実の存否に関する立証段階の罪体審理のことであり、量刑手続とは、刑の量定のための情状立証の段階の量刑審理・情状審理のことを指す。「手続的区分や罪責に関する中間的判断等を法律により規定すべきであるとするのが立法上の手続二分論であり、これを運用により行うべきであるとするのが運用上の手続二分論であ」⁽⁸⁸⁾って、「この運用上の手続二分論に基づき行われる二段階の審理・手続を手続二分論的運用という」。

一九四八（昭和二三）年に制定された現行の刑事訴訟法は、罪責認定手続と量刑手続とを区別する規定を設けなかったが、立法上の手続二分論の導入の可否は議論されてきた。その後、裁判員制度の導入に伴い、法律の専門家ではない裁判員が裁判に参加することになったため、従前から運用としてある程度行われてきたとされる、犯罪事実

関する証拠の取調べと犯罪事実に関しない情状に関する証拠の取調べとを区別して行うことを裁判所及び訴訟関係人の努力義務として定めるべく、「犯罪事実に関しないことが明らかな情状に関する証拠の取調べは、できる限り、犯罪事実に関する証拠の取調べと区別して行うよう努めなければならない」と定める刑事訴訟規則一九八条の三の規定が設けられた。⁽⁸⁹⁾ もつとも、この規定は、「審理の途中で罪責に関する結論を出すことを前提とせず、単に罪責認定手続と量刑手続とを手続的に区分する」ものにすぎず、立法上の手続二分論を定めたものではないと、杉田宗久元判事は分析する。⁽⁹⁰⁾

杉田元判事は、手続二分論の必要性として、(1)罪責認定の純粹性の確保（罪責認定手続を量刑手続と明確に区分することによって、純然たる量刑証拠、ことに前科と被害感情に関する証拠が被告人の罪責認定に対し影響を及ぼすことを手続的に防止することができる」という）、(2)刑罰個別化の要請（量刑手続を罪責認定手続から区分することにより、量刑手続における証拠法的規制を厳格な証明から緩和することができ、被告人の改善・更生及び社会防衛のための、より広範な量刑資料を収集することが可能となる」という）、(3)弁護人のジレンマの解消（手続が二分されていない場合、被告人の無罪を主張する弁護人は、情状立証も行うべきか否かのジレンマに苛まれるが、量刑手続が罪責認定手続から区分されている場合、弁護人は、罪責認定手続後の中間評議において有罪の結論が出た後、安んじて情状立証を行うことができ、上記のようなジレンマから解放される」という）、(4)訴訟手続の効率的運用（中間評議において無罪の結論に達した場合には、以後の量刑手続を取りやめることができ、訴訟手続の効率化が図られる」という）、(5)被告人のプライバシー保護（無罪の被告人については、量刑手続が行われないことによつて、前科などあまり公にされたくないプライバシーが公開法廷で明らかになることを阻止することができる」という）の五つを挙げる。そして、(3)について、「職業裁判官は……相当程度弁護人の苦悩も理解した上、仮に無罪を主張する弁護

人が量刑立証を行ったとしても、事実認定に当たっては、その点を考慮することなく純粹にこれに当たろうとする姿勢を有していた」と思われる一方で、「一般市民にとつて、一方で無罪を主張しながら、他方で有罪を前提とする量刑立証を行うという矛盾した訴訟活動を行うことが、容易に理解できる事態かどうかは疑問であり、この点が、ひいては事実認定に影響を及ぼす可能性も否定できない」ため、論拠として「相当に説得力がある」という⁹¹。また、(1)については、特に、責任能力が深刻な争点となっている事件などでは、「真摯な裁判員であればあるほど、一方で罪責判断を厳密に行おうと努めつつも、他方で、被害者遺族や被告人家族の深刻な窮状や心からの訴えにも真剣に耳を傾けようとするであろうから、その内心の葛藤には著しいものがあるだろうと容易に推察することができる」ところ、「どの裁判員においても、職業裁判官のように……局面ごとに思考の使い分けができるとは到底考えられない」し、被告人の罪責に関する事実認定が厳しく争われている事件では、「被告人の前科（ことに同種前科）の存在・内容が罪責認定になにがしかの影響を及ぼすことがないのか強く案じられる」ため（また、「本来罪責認定には供し得ない量刑証拠によって自己の有罪が認定されたのではないかとの無用の疑心暗鬼を被告人に抱かせないためにも」、手続二分論的運用の導入を必要とする根拠となると述べる⁹²）。

原田元判事は、「情状証拠については、裁判官だけの構成であれば、仮にそのような証拠を採用しても、全体として、その程度の証拠として正しい重さを評価することができるが、裁判員の場合、合議でいくら裁判官がその程度のものと説明しても、裁判員が最終的な量刑判断の底に大きな意味を潜ませることを防ぐことはできないであろう」と推察したうえで、「裁判員制度の下では、事実認定と量刑との手続の二分化も制度として視野に入れるべきであり、運用においても、二分化の方向が必要となると思われる」と述べる⁹³。また、杉田元判事は、「被告人の罪責が強く争

われる裁判員事件、ことに、①被告人の責任能力が深刻に争われる事件、②事件性・犯人性が厳しく争われる事件については、純然たる量刑証拠、とりわけ被告人の前科や被害者の処罰感情に関する証拠が、被告人の罪責認定に影響を及ぼすことのなきよう、換言すれば、「罪責認定の純粋性」を確保するため、公判段階における罪責認定手続と量刑手続とを完全に二分して審理・評議を行うべきである」と主張する。⁹⁴

これに対して、松本時夫判事は、「わが刑事訴訟においては、量刑の具体的基準の基礎となる事実とは公訴事実の証明過程において立証される事実そのものであり、その意味で量刑手続が事実認定手続と重合し一体化することになるのは当然の帰結」であり、「現在確立している量刑基準を前提とする限り、事実認定手続がそれ自体量刑手続としての性質を持つことに照らし、両手続は性質上二分できないものというべき」と述べる。⁹⁵ また、池田元判事は、「量刑事情として重視されるのは、「犯情」とも言われる犯行に関連した事情、たとえば犯罪の計画性、犯行態様の残虐性（凶器の使用）・執拗性、結果の重大性、共犯の場合であればさらに役割の主導性等であり、それらの事情の立証は、多くの場合、犯罪事実の立証と共通することになる」ため、「いわゆる手続二分論は、実務上採用し難い」と主張する。⁹⁶

裁判員制度の施行状況等に関する検討会では、一部の委員から、「裁判実務上、争いのある事件の審理においては、犯罪事実に関する証拠の取調べの後に専ら情状（量刑）に関する証拠が取り調べられることとなるが、評議の直前に裁判員がそのような専ら情状に関する証拠を連続して見た場合、それが事実認定に影響するおそれがある」ことと、「中間判決の制度がないため、有罪・無罪の判断を含め、どのような犯罪事実が認定されたのか分からないまま訴訟活動を行うことになるという問題がある」ことを理由に、「事実認定に争いのある事件の審理においては、まずは、

事実認定に関する証拠を集め、中間判決として有罪か無罪かの判断を示した上で、有罪の場合には、量刑に関する審理を行うという方法（いわゆる手続二分論）を採用すべきではないか」との意見が述べられた。⁽⁹⁷⁾

しかしながら、「実務上、証拠の取調べ順序を決めるに当たっては、犯罪事実に関する証拠を先に取り調べる」とし、専ら情状だけに関する証拠の取調べはその後になるように審理計画を立てており、事件によつては、犯罪事実に関する証拠の取調べが終わった段階で、中間的な論告及び弁論を行う場合もある」こと、「犯罪事実に関する証拠調べと専ら情状に関する証拠調べの間に休廷をしたり、裁判官から十分な説明を行ったりすることで、現在の運用においても、裁判員が犯罪事実に関する証拠と専ら情状に関する証拠を混同することを避けることができる」こと、「犯行態様や結果、動機等は、犯罪事実であると同時に重要な情状事実でもあり、そもそもそれらを切り離すことはできない」こと、「現在の量刑実務では、行為に関わる犯情を中心として量刑が決定されており、量刑のみに関わる一般情状は相当限定的な形でしか使われていないのに、わざわざ二分した手続を制度として作るべきか」疑問であること、「手続を二分すると、被害者や証人が二回にわたって出廷する必要が生じ得るため、負担が大きくなる」ことから、二分論の導入を支持する意見は他に見られず、法制上の措置にはつながらなかった。⁽⁹⁸⁾

手続の二分は、刑事裁判における被告人の防御権の拡充という観点から望ましいものであろうが、実務上は困難であるとの見解にも十分に理由があるものと認められるところ、少なくとも日本国憲法の解釈論としては、それが三条にいう適正手続の内容であると断定することは困難であり、また、それを立法化しないことが憲法三一条に違反するとは解することはできない。

（2）量刑ガイドラインの提示

四宮啓教授は、「合衆国という死刑事件におけるスーパー・デュー・プロセスのうち、死刑量刑手続に注目し」¹⁰⁰、「刑事手続としての「公正と賢明の最低限度の水準」をみたさない手続は……『日本国憲法』三一条に違反し無効となり」、また、「適正な手続的処遇を受ける権利の憲法上の根拠は、……憲法一三条に求められ」¹⁰¹るとしたうえで、「死刑求刑を事前に告知し死刑相当性が争点とされること、罪責認定と量刑判断の手続を二分すること、死刑量刑審理においては犯情のみならず、被告人特性に関するあらゆる情報……が提供されなければならないこと、そして死刑量刑判断についてガイドライン（法ないし規準）を策定する必要があること等」が、憲法理念に基づき死刑量刑判断の公正性・科学性・倫理性を強化するために要請されると主張する。¹⁰²

すなわち、第一に、「死刑事件では、公判に入る前に死刑求刑が事前に告知された上で、死刑に処すべきか否かが重要な争点とされなければならないし（事前の告知）、死刑量刑をコントロールするためには、被告人に有利な量刑証拠の収集、提出の機会が保障されなければならない（弁解、防禦）はずである」にもかかわらず、「日本の死刑事件の実務では、検察官は、公判における証拠調べが終わり論告で求刑を行うまで、すなわち公判の最終段階に至るまで、被告人に対して死刑を求刑することを告知しない」ところ、「死刑事件において死刑を求刑することを事前に告知せず、したがって死刑に処すべきか否かが事前に争点として整理されていない現在の実務は、『憲法』三一条、一三条に違反するといふべきで」あるという。¹⁰³

第二に、「主体的な防禦活動、すなわち当事者が刑事処分をコントロールできる機会が保障されるためには、有罪・無罪を判断する罪責認定手続において、罪責認定に関連性のない証拠が取調べられてはならず、また量刑手続に

においては、罪責認定を意識することなく、被告人に有利な量刑に関連する証拠が十分に取調べられる機会が保障されることが必要であり、「そのためには、とりわけ争いのある事件や死刑事件の審理手続においては、罪責認定手続では、被告人の前科や被害者等の意見陳述等、罪責認定に予断を与える可能性のある証拠を排除するとともに、有罪認定後の量刑手続では、性格、成育歴、精神的能力等、被告人自身の特性に関する減軽事由が十分に提出され審理されるという、いわゆる手続二分的審理がなされなければならない」にもかかわらず、「現行の実務では、罪責に争いのある事件の審理も、罪責認定の評議前に、被告人の前科や被害者等の意見陳述等が許可されており、他方、罪責を争う被告人にとっては、被告人に有利な量刑事実を主張することは無罪主張と矛盾することから、量刑に関する被告人に有利な事実の提出が困難となっている」ところ、¹⁰⁴「このような実務の現状は、死刑をコントロールするための主體的な防衛活動に重大な影響を与えており、憲法三一条、一三条に違反すると思われる」¹⁰⁵という。

第三に、日本において「量刑事情として審理・考慮される事情が圧倒的に犯罪行為に関する情状（犯情）であり、被告人特性に関する刑罰減軽事由の証拠調べが十分行われていないが、「公権力が国民の生命を奪おうとしている死刑量刑手続においては、犯情のみならず、性格や成育歴、精神的能力など、被告人個人の特性に関する量刑事実、とりわけ減軽事由が十分に審理されない手続や、そのような手続を導く考え方——犯情によって量刑の大枠を決定し、被告人特性（特別予防）に関する事実是一次的に考慮されるところの考え方——は、少なくとも死刑事件においては、憲法一三条、三一条の精神とは相容れない」¹⁰⁶という。

そして、第四に、「現在の実務を支配している『死刑の』量刑基準と量刑資料は、……法ではなく、規準でもない」ため、「憲法一三条、三一条に立ち戻って、憲法の個人尊重の理念に則った死刑量刑の規準が策定されなければなら

ない」と主張する。⁽¹⁰⁷⁾

このうち、第一の死刑求刑の事前告知がないことについては、「検察官としても、求刑の内容は、公判審理が全て終わって初めて決めることができるものであつて、あらかじめ、起訴段階や公判前整理手続段階でこれを明らかにできるものではない」と考えられており、⁽¹⁰⁸⁾ 憲法一三条ないし三一条に違反するとはいえない。第二の手続二分論については、(1)で検討したとおりである。第三と第四の点に関しては、四宮教授自身も日本国憲法の規定に直接に違反するとは主張するものではないところ、被告人特性に関する刑罰減輕事由の審理が十分になされることと、「憲法の個人尊重の理念に則った死刑量刑の規準」が策定されることについては、刑事訴訟法学における議論と刑事訴訟実務の展開に期待することとし、現行の実務においてかりにこれらが欠けているとしても、憲法一三条ないし三一条の規定に違反するとはいえないと解する。

(3) 自動上訴制度

被告人は、上訴を申し立てた後から上訴審の終局裁判があるまで、いつでも上訴の放棄または取下げをすることができる（三五九条）⁽¹⁰⁹⁾、その場合、上訴権は消滅する（三六一條）。ただし、刑事訴訟法三六〇条の二は、死刑または無期拘禁刑に処する判決に対する上訴を放棄することができないと定めており、⁽¹¹⁰⁾ また、被告人の責めに帰することのできない錯誤に基づく場合や訴訟能力を欠く場合、上訴の放棄・取下げは無効となる。⁽¹¹⁾ 最二小決平成七年六月二八日刑集四九卷六号七八五頁は、「死刑判決に対する上訴取下げは、上訴による不服申立ての道を自ら閉ざして死刑判決を確定させるという重大な法律効果を伴うものであるから、死刑判決の言渡しを受けた被告人が、その判決に不服がある

のに、死刑判決宣告の衝撃及び公判審理の重圧に伴う精神的苦痛によって拘禁反応等の精神障害を生じ、その影響下において、その苦痛から逃れることを目的として上訴を取り下げた場合には、その上訴取下げは無効と解するのが相当である」と判示するが、ここに「わが国では、死刑を様々な手続段階において慎重かつ公平にしようという姿勢が表われている」といえる¹¹²。

スーパー・デュー・プロセス構想は、この法令の規定・判例の姿勢の趣旨を進めて、死刑判決については、被告人の意思にかかわらず自動的に上訴するものとし、上訴審の審査を義務付けることを制度化すべきと主張する¹¹³。

裁判員制度に関する検討会においても、一部の委員から、「死刑を言い渡された被告人には、判断能力が十分でない者もあり得ることなどに鑑み、また生命の尊厳の観点からも、慎重を期する意味で、死刑を言い渡された被告人が上訴を申し立てない場合や上訴を取り下げた場合にも、法律上自動的に上訴審に係属し、その審査を受ける仕組みについて、検討を行うべきではないか」という意見が示された。

しかしながら、これに対して、(1)「被告人のほか弁護人にも上訴申立権があり、実際も、死刑が言い渡された場合には、多くの事案で上訴がなされている以上、そのような仕組みを導入する合理性があるのか疑問である」こと、(2)「当事者から何ら主張がなされていない状況で上訴審がどのような事項について審査を行うべきか、イメージがつかめない」こと、(3)「米国では、第一審判決に対する上訴は、事実誤認や量刑不当を理由にして行うことができず、特に、最上級の裁判所への上訴については、憲法違反等ごく限られた理由がある場合を除いて、権利として認められておらず、上訴審が上訴を受理するかどうかはその裁量に委ねられている」ところ、「死刑制度を存置している州の多くで、死刑判決に対する自動的上訴の制度が設けられているのは、このような法制を前提とした場合の特例という趣

旨によるものであ」って、「被告人が事実誤認や量刑不当を理由に上訴を申し立てることができ、現に三審制による審査がなされている我が国の法制や実情とは前提が異なる」ことなど、「そのような仕組みを導入する必要性、合理性に疑問を示す消極意見が多く示され、これに賛成する意見は他に見られなかった」という。¹⁴

死刑判決は、それが裁判員裁判によるものであれ裁判官のみの裁判によるものであれ、上訴審においてより慎重に審査されることは望ましいが、裁判員裁判による死刑判決に限って、それに確定的な効力を認めず、必ず上訴審において審査がなされなければならないとすることは、死刑判断への裁判員の関与の意義を否定することになりかねず、また、死刑の判決を言い渡された被告人の上訴についての判断権を尊重しないという点で、憲法一三条の趣旨に沿わないともいえる。¹⁵ 自動上訴制度は、それ自体が不合理な構想であり、適正手続を保障する憲法一三条の要請するものであるとは到底いえない。

（4）死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請（小括）

以上のようないわゆるスーパードュープロセス構想について、わが国の最高裁判所は、どのように判示しているのか。

長野一家三人強盗殺人事件（被告人松原智浩に対するもの）では、弁護人は、わが国の死刑の手続について、スーパードュープロセスの要請を充足しておらず、憲法二三条、三一条及び三六条に違反すると主張した。¹⁶

すなわち、同事件の弁護人は、ジョンソンによる論文を引用したうえで、「¹⁷死刑が違憲であるのは、……死刑存置国であるアメリカにおける、死刑という生命を奪う究極の刑罰に対する「超適正手続き」のあり方と比較したとき、

様々な手続的保障を欠く上に死刑の適用基準が不明確であり、無期懲役を言い渡された者との差の著しさを埋めようがないことは明らかである（集刑三二四号二九三頁）、「アメリカにおいては「死刑」については「超適正手続き」が要求されているのに比して、日本では死刑を言い渡す前、言い渡し、執行について特別な配慮が何らなされていない」（三三三頁）、「我が国の死刑手続きは、あらゆる面において、適正な手続きであることに疑いが持たれ、憲法三一条に反し、弁護人の適切な活動が本件で行われなかったという意味で憲法三七条に反し、このような不適切な手続きによつて死刑が科されるという意味で、憲法三六条の刑罰の残虐性を招くものであるから、アメリカの適正手続きのための諸手続等との比較から考えてみても、我が国の死刑は違憲なものである」（三七〇頁）などと主張した。その主張の中には、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査、全員一致評決制に関するものも含まれていた。

しかしながら、最高裁判所は、死刑制度及びその執行方法が憲法の諸規定に違反しないことは判例（死刑合憲判決、帝銀事件判決（最大判昭和三〇年四月六日刑集九卷四号六六三頁）、絞首刑違憲訴訟判決（最大判昭和三六年七月一九日刑集一五卷七号一一〇六頁））及びその趣旨に照らして明らかであるとして、弁護人の主張を斥けた（前掲最三小判平成二六年九月二日）。

長野一家三人強盗殺人事件以降も、上告審において、被告人またはその弁護人が、同事件と同様に、死刑事件にはスーパー・デュー・プロセスが求められるにもかかわらず、それを欠く第一審の判断及びその判断を維持する控訴審の判断を憲法三一条等に違反すると主張したものがあつたが、最高裁判所は、死刑合憲判決、帝銀事件判決、絞首刑違憲訴訟判決を挙げ、死刑の執行方法が憲法三一条・三六条に違反しないと判示している。¹¹⁸

これらのように、わが国の最高裁判所は、死刑事件において憲法の適正手続が手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査、全員一致評決制などを要求するとするスーパー・デュー・プロセスという構想をまったく容認していない。

もつとも、スーパー・デュー・プロセス構想は憲法論としては認められないものの、この構想のうち、量刑ガイドラインの提示と上級審における均衡審査に関しては、わが国の最高裁判所は、その意義を踏まえた判示をしていると解することができる。それが、第一審の裁判員裁判による死刑判決について、過去の先例の集積をも参考にして判断して破棄し、無期懲役と自判した控訴審判決（東京高判平成二五年六月二〇日高刑集六六卷三号一頁、東京高判平成二五年一〇月八日高刑集六六卷三号四二頁）を是認した南青山マンション男性強盗殺人事件・松戸女子大生放火殺人事件両最高裁決定（前掲最一小決平成二七年二月三日）である。

すなわち、両決定は、「刑罰権の行使は、国家統治権の作用により強制的に被告人の法益を剥奪するものであり、その中でも、死刑は、懲役、禁錮、罰金等の他の刑罰とは異なり被告人の生命そのものを永遠に奪い去るという点で、あらゆる刑罰のうちで最も冷厳で誠にやむを得ない場合に行われる究極の刑罰であるから、昭和五八年判決「永山事件上告審判決」で判示され、その後も当裁判所の同種の判示が重ねられているとおり、その適用は慎重に行われなければならない」と判示しており（傍点は本稿の筆者による）、死刑が他の刑罰とは質的に異なり、その適用が慎重に行われなければならないことを、最高裁判所は明らかに認めている。

また、両決定は、「元来、裁判の結果が何人にも公平であるべきであるということは、裁判の営みそのものに内在する本質的な要請であるところ、前記のように他の刑罰とは異なる究極の刑罰である死刑の適用に当たっては、公平

性の確保にも十分に意を払わなければならないものであり（もとより、量刑に当たり考慮すべき情状やその重みは事案ごとに異なるから、先例との詳細な事例比較を行うことは意味がないし、相当でもない」としても）、「死刑が究極の刑罰であり、その適用は慎重に行われなければならないという観点及び公平性の確保の観点からすると、同様の観点で慎重な検討を行った結果であ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・根拠を検討しておくこと、また、評議に際しては、その検討結果を裁判体の共通認識とし、それを出発点として議論することが不可欠であ」って、「このことは、裁判官のみで構成される合議体によって行われる裁判であろうと、裁判員の参加する合議体によって行われる裁判であろうと、変わるものではない」とし、「評議の中では、前記のような裁判例の集積から見いだされる考慮要素として、犯行の罪質、動機、計画性、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊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、犯行後の情状等が取り上げられることとなるが、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、総合的な評価を行い、死刑を選択することが真にやむを得ないと認められるかどうかについて、前記の慎重に行われなければならないという観点及び公平性の確保の観点をも踏まえて議論を深める必要がある」と判示している（傍点
は本稿の筆者による）。すなわち、最高裁判所は、死刑の量刑に関して、具体的な考慮要素を挙げ、判断の指針を示しており、かつ、加重事由・減輕事由の詳細な審査を求めているといえる。

さらに、両決定は、「死刑の科刑が是認されるためには、死刑の選択をやむを得ないと認めた裁判体の判断の具体的、説得的な根拠が示される必要があり、控訴審は、第一審のこのような判断が合理的なものといえるか否かを審査すべきである」と判示しており（傍点
は本稿の筆者による）、第一審の裁判員裁判による死刑判決に対して、控訴審に

において、他の死刑事件との対比を含む均衡性の審査を行うことを要請していると解しうる。

つまり、わが国の最高裁判所も、死刑は他の刑罰とは質的に異なるものであることを認めたとうえで、具体的な考慮要素を挙げ指針を提示したうえで詳細に量刑を判断することを求め、また、上級審において均衡性の審査を行うことを求めており、スーパードュー・プロセスの構成要素のうち合理性のあるものについては、その意義を踏まえた慎重な判断を行っていると評価しうる。

まとめに代えて

本稿では、(1)一般の国民から選任された裁判員が刑事訴訟手続に関与しうるとしても、死刑の判断に関与することは死刑判断に関与することは日本国憲法の諸規定に違反するため、認められないとする議論があったところ、最高裁判所は、裁判員制度合憲判決の趣旨に徴して違憲の主張を斥けたこと、(2)死刑についての強固な信念ゆえに死刑に関する法令解釈に係る裁判官による判断に従うことができない者は、不公平な裁判をするおそれがあるため裁判員としての適格性を有していないとの理解を前提として、このような者が裁判員に選任されないように質問の機会が設けられていること（ただし、単に死刑の適用に反対であり、または死刑を廃止すべきだという意見を有するだけでは、裁判員等選任手続から排除されることはない）、(3)死刑の選択については合議体構成員の全員一致の評決を求めることを、日本国憲法が要請するとの議論を前提に、死刑の選択につき全員一致の評決を求めない裁判員法は憲法の諸規定に違反するとの主張がなされたところ、最高裁判所は、かかる主張を容認しなかったこと（もとより全員一致を求めて評議を尽くすこと

は理想であり、早急に評決を行い僅差であっても安易に死刑判断をするという運用は実際には考えにくい)、(4)死刑判断への裁判員の関与における適正手続の要請として、全員一致評決制のほかに、手続二分論、量刑ガイドラインの提示、自動上訴制度、上級審における均衡審査などがアメリカ法から示唆されうるところ、最高裁判所は、これらを日本国憲法が要請するとする、安易な比較法解釈に基づく議論を斥ける一方で、量刑ガイドラインの提示と上級審における均衡審査については、その意義を踏まえた慎重な判断をしたとも評価しうる判例があることの四点を示した。

死刑判断への裁判員の関与をめぐる憲法問題としては、第二章の3(4)で言及した南青山マンション男性強盗殺人事件及び松戸女子大生放火殺人事件で争点となった、第一審の裁判員裁判による死刑判決を控訴審において裁判官のみによつて破棄することの意義についても検討する必要があるが、これについては、挙げて今後の課題としたい。

(1) 例えば、松尾浩也教授は、審議会の第四三回会議(二〇〇一年一月九日)のヒアリングにおいて、国民の参加する裁判の対象事件について、「最初は比較的中間的な事件から始めて、それが定着した辺りでだんだん拡大していくという方が無難かな」という感じがしております」との発言をしていた。松尾教授は、死刑事件をはじめ「社会的関心の非常に高い重大事件について、新たに国民参加のもとに裁判が行われるようになった場合、報道機関の活動も一段と活発になり、訴訟が……いわばショウ・ウィンドウ化」することが懸念されるところ、「中間的な事件に限ってスタートすれば、……問題は希釈される」ので、「制度実施の最初は比較的中間的な事件から始め、定着するのを見計らつて次第に拡大するステップ・バイ・ステップ方式が無難」だと主張していた(松尾浩也「刑事訴訟における国民参加」現代刑事法三巻七号(二〇〇一年)九―一〇頁)。

また、司法制度改革推進本部裁判員制度・刑事検討会(以下、「検討会」という)の委員を務めた池田修元判事も、裁判員法のコンメンタールにおいて、次のように述べている。「今回の制度設計に当たつての検討会での議論では、軽微な事件から

裁判員制度を導入する方が望ましいという意見の委員も少なくなかった。国民の関心の大きさという点から考えれば、当然、重大事犯ということになるが、重大事犯であれば、予想される刑が重い上、多くの被害が生じたり、多くの関係者がいたりして、争点が多くなったり深刻なものとなったりする可能性が強く、膨大な証拠調べを要する事案も決して少なくない。そのような事案に裁判員が加わるとすれば、裁判員の拘束される時間も長くなり、更新手続が必要になる可能性も高くなるなど、負担過重となる場合もあろう。裁判員制度を導入する理由の一つとなっている、国民の司法に対する理解を増進し、裁判の正統性に対する国民の信頼を高め、より良い社会を作り出すことを目的とするのであれば、軽微な事案から始めて、運用が定まるにつれてその範囲を広げていくというの方が、むしろ望ましかったのではないかと考えられる。しかし、審議会意見書が法定刑の重い重大犯罪としており、「司法制度改革」推進本部（検討会を含む）がその方向性を変えることはできなかった。また、確かに、重大事犯を対象とした方が裁判員制度導入によるインパクトは強く、しかも、上記のような重大事犯の場合に生じる可能性のある裁判員の重い負担を少しでも軽減しようという意欲が強く働き、より充実した迅速な審理を目指して刑事訴訟全体を改める機会とすることが期待できた。そのようなこともあって、重大事犯から始めることへの強い反対とはならなかった」（池田修ほか『解説裁判員法——立法の経緯と課題〔第3版〕』（弘文堂、二〇一六年）一二頁）。

（2） 第四五回審議会（二〇〇一年一月三〇日）で対象事件を重大なものとするものがほぼ確定し、第五一回審議会（二〇〇一年三月一三日）では、「国民の良識を反映する」という点では、重罪事件を対象にすることが、制度としてのインパクトとしてどうしても必要だということで、これもほぼコンセンサスになっていた」（藤田耕三委員による発言）。

（3） 司法制度改革審議会「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」（二〇〇一年）一〇六頁。

（4） 拙著『裁判員制度の立法学——討議民主主義理論に基づく国民の司法参加の意義の再構成』（日本評論社、二〇〇九年）一三二—一三四頁。

（5） 官報号外第百五十九回国会参議院会議録第十九号（その二）一五頁（野沢太三法務大臣の答弁）。なお、拙著・前掲注（4）九四頁を参照。

（6） 裁判員法一五条四号から一六号までは、裁判員の就職禁止事由として司法関係者ないし法律専門家を列挙しており、法律

の知識・知見を十分に有する者を裁判員の選任から意識的に排除しているといえる。

(7) 「裁判員制度の運用に関する意識調査（令和六年一月調査）」（最高裁判所、二〇二四年）三八頁によれば、裁判員裁判に「参加したい」との回答は六・三％である一方、「義務であつても参加したくない」との回答は三一・八％である。「参加したい」との回答に「参加してもよい」との回答（二四・九％）を加えた肯定的回答は二二・二％であり、「義務であつても参加したくない」との回答（三一・八％）よりも少ない。

(8) 裁判員法の規定により、欠格事由（二四条）、就職禁止事由（二五条）、事件に関連する不適格事由（二七条）またはその他の不適格事由（一八条）に該当しない一般の国民は、辞退事由（一六条）に該当しない限り辞退を申し出ることができず、くじにより裁判員に選任された場合は、裁判官及び他の裁判員とともに合議体を構成し、評議に出席し意見を述べなければならない（六六条二項）。また、これまでに適用事例は存在しないが、裁判員が正当な理由なく公判期日等に出頭しない場合には過料の制裁が設けられている（一二二条四号）。

(9) 宍戸常寿「司法制度改革の中の裁判官——裁判員制度合憲判決」駒村圭吾編『テキストとしての判決——「近代」と「憲法」を読み解く』（有斐閣、二〇一六年）三二六—三二七頁を参照。

(10) 換言すれば、一般の国民は、死刑制度という困難な問題を法律専門家に一切任せて、社会秩序の維持という刑罰の恩恵をフリーライドすることが許されないということを含意する。井上達夫「刑罰権力と法の支配——厳罰化問題と死刑論議に寄せて」同『立憲主義という企て』（東京大学出版会、二〇一九年）三三二頁を参照。

(11) また、弁護士は、「死刑判断をする裁判員に対して、極めて重い精神的負担をもたらすにもかかわらず、極めて貧しいケアのシステムしか持たない裁判員法は、国民たる裁判員に苦役を与え、精神的自由を侵害し、ひいては心身を害しかねないものなのであり、その違憲性は明らかであり」、「裁判員の精神的負担を軽減し、死刑に対する慎重な対応をするために、死刑については裁判官、裁判員の全員一致を要求するという方法も、後述する死刑の違憲性回避の適正手続きとして検討に値するものであると同時に、裁判員の精神的負担を軽減し得るものと考えられるが、このような制度についてきちんと検討し、国民の意見を問わないこともまた、憲法三一条、一三条等に照らして違憲である」と主張した（集刑三二四号二八九頁）。全員一

致評決制については、第二章2で検討する。

(12) 裁判員の憲法上の権利侵害を理由として被告人またはその弁護人が裁判員制度そのものの違憲性を争うことにつき、違憲主張の適格性を認めるべきか否かは、別に論ずべき問題である。

(13) 裁判員制度に関する検討会「裁判員制度に関する検討会」取りまとめ報告書（二〇一三年）八―九頁。

(14) 非常に長期にわたる事件の対象事件からの除外、災害時における辞退事由の追加、非常災害時における呼出しをしない措置、裁判員等選任手続での被害者特定事項の保護の四点のみが改正された。

なお、死刑の量刑については、わが国の刑事裁判では量刑傾向の拘束性が強いため、「国民の視点、感覚が量刑に反映されることは否定され、実質的に裁判員の判断する余地はほとんどないということになる」一方で、「裁判員は裁判官の説示から量刑傾向を理解し、事例への当てはめ作業をする義務を負う」ところ、「この場合に量刑判断に国民の視点、感覚が反映されているといえるかは疑問であり、義務の重さのみが残ることになる」ため、「立法論として、死刑事件の量刑を裁判員裁判の対象から除外することも考えられてよいかもしれない」とする見解がある（伊藤博路「判批」名城ロースクール・レビュー三五号（二〇一六年）一三五頁）。小池信太郎「量刑判断の在り方」刑法雑誌五五巻二号（二〇一六年）一七一―一七二頁は、裁判員裁判による量刑判断における「多少の不公平には目をつぶる」ことの受容可能性が限りなく低い「死刑選択判断については、「これを裁判官の専権事項としてしまうことも一考に値するかもしれない」と述べつつも、「司法の国民的基盤の強化につながることを期待して裁判員の死刑判断関与を続けることも、立法政策として決して不合理とはいえないように思われる」とする。

(15) なお、死刑制度に関して一定の強い信念を有し、具体的な事件に係る裁判において、死刑に関して合理的な判断をする自信のない裁判員候補者が、裁判員等選任手続で辞退を申し出ることが考えられる。裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令六号は、裁判員の職務を行うことにより「自己又は第三者に身体上、精神上又は経済上の重大な不利益が生ずると認めるに足りる相当の理由がある」場合には、裁判員となることについて辞退の申立てをすることができ旨を規定しているが、政令の立案担当者による解説によれば、「死刑に反対であるという理由で辞

退が認められるか否かについていえば、死刑に反対であるとの申立てがあつたことのみで当然に本号に該当するのではなく、当該事件が死刑の適用が具体的に問題になり得るものであつて、評議において死刑の適用が議論されることが想定され、かつ、裁判員候補者本人が、「死刑にかかわる一切の行為に携わることができない」という強い信念を有し、死刑の適用可能性について評議において何らかの話をすることすらその信念に反するようなく例外的な場合のみが、本号に該当し得るもの」と解される（馬場嘉郎「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律第十六条第八号に規定するやむを得ない事由を定める政令」の解説」法曹時報六一巻四号（二〇〇九年）三九頁）。

その逆に、死刑制度に関して一定の強い信念を有する裁判員候補者が、裁判員等選任手続において辞退を申し出ず、死刑の量刑が問題となる事件の裁判の評議において、もっぱら自らの信念に基づき量刑についての意見を述べることも想定される。この点、村井敏邦教授は、死刑廃止論の立場から、「死刑廃止論者が裁判員に選ばれた場合でも〔裁判員の職務の〕拒否しないで欲しい」と述べ、「死刑廃止論者であることを表明せず、〔死刑事件の裁判員裁判の評議において〕黙ったまま死刑の判断に賛成しなければいい」と懲慫する（そして、そのことは裁判員としての義務に違反するものではなく、問題になることもないとする）（村井敏邦「裁判と憲法——裁判員制度・死刑制度を考える」法学館憲法研究所報八号（二〇一三年）四四頁）。本来は死刑が相当な事件について、もっぱら死刑を廃止すべきであるとの考え（構成裁判官によって示された法令の解釈に係る判断に反する意見）や、死刑またはその執行方法が違憲であるとの考え（構成裁判官によって示された法令の解釈に係る判断に反する意見）に基づき、裁判員が死刑以外の刑種を選択した場合には、裁判員法六六条四項に違反すると解すべきである（後掲注（17）、（18）、（19）を参照）。

（16）水谷規男教授は、「事件そのものに対して予断を持っているとか、法に従った判断ができないというのであれば別であるが、裁判員候補者が死刑についてどのような意見を持っているかを基準に、予め選任の可能性を排除するのは適切ではない」ため、死刑制度に反対の意見を持っている人を裁判員法一八条にいう「不公平な裁判をするおそれ」がある者と扱うことに對して疑問を示す（水谷規男「裁判員裁判と死刑」犯罪と非行一七〇号（二〇一一年）九〇—九一頁）。また、「裁判員の選任手続においては、「法に従い、法廷で取り調べられた証拠のみによって判断できるか」だけを問うべきであり、裁判員候補者を

死刑制度への賛否によって選別してはならない」とも主張する（二〇四頁）。この点、筆者も、水谷教授の主張の結論部分に賛同する。たとえ裁判員候補者が死刑制度に対して反対の意見を持つており、死刑制度は廃止すべきであるとの信念を有していたとしても、具体的な事件において、裁判員に選任された際に、現行の法令を前提として死刑の適用について（個人の主観的な良心とは切り離して）合理的に判断を行うことができるのであれば、「不公平な裁判をおそれ」がある者とみるべきではない。

もともと、水谷教授は、死刑制度に反対の意見を持つている人を裁判員選任過程から排除すべきではないと主張するにあたって、裁判員法三六条にいう検察官・被告人の理由を示さない不選任の請求権について、「各当事者が自らの主張に不利な判断をしそうな候補者を除外しようとすることは認められていない」との理解を前提としている。「被告人側から見れば、死刑制度に反対、あるいは懐疑的な意見を持つ裁判員は、自らに有利な判断を期待できるから、そのような裁判員が選ばれることを望むであろう」が、「死刑に反対の者があらかじめ裁判長の判断で候補者から除かれていたのでは、この被告人側の利益は期待できない」。したがって、「裁判員裁判が被告人の権利とは位置づけられていない以上、裁判員の多様性を維持しつつ、被告人の不利を回避することができる運用が必要であり」、「加えて、死刑の可能性のある事件については死刑に賛成する市民のみが裁判員に選任される、ということになれば、市民の中の少数者が司法参加から締め出されることになる」という（九二頁）。しかしながら、不選任請求権の趣旨についてのこのような理解は、後述するとおり、誤りである（後掲注（22）を参照）。

（17）裁判員法一八条にいう「不公平な裁判をするおそれ」とは、裁判員が、担当事件の当事者と特別の関係……にあるとか、訴訟手続外で既に事件につき一定の判断を形成しているなど、当該事件の手続外の要因により、公平な裁判を期待できないと考えられる場合」のほか、「法律に従わないで裁判をするおそれがある場合」をいう（辻裕教「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」の解説（2）法曹時報五九卷一二号（二〇〇七年）六八―六九頁）。池田元判事は、「およそどのような事件でも被告人は厳罰に（または最も寛大に）処すべきであると主張している者……などは、具体的事情によつては不適格とされるであらう」と述べる（池田ほか・前掲注（1）八七頁）。

(18) 一方で、「死刑廃止論者であっても、立法論としては死刑に反対でも、担当事件において現行法の適用の余地を考慮できるのであれば、不公平な裁判をするおそれには当たらない」(楡井英夫「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則」の概要と運用上の重要事項」刑事法ジャーナル九号(二〇〇七年)五七頁)。

(19) 「この点について、選任手続の過程で裁判所又は当事者から積極的に裁判員候補者の考え方を確認することは求められていない」が、「裁判員候補者自身が申し出ることなどによつて、そうした考えが明らかになれば、理論上は正当な理由のある不選任の対象となり、またそこまで明確でなくとも理由を示さない不選任請求権の行使によつて裁判員からは除外される」ととなる(司法研修所編(井田良・大島隆明・園原敏彦・辛島明)『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(法曹会、二〇一二年)一〇四頁)。

アメリカ合衆国の陪審制度においては、「死刑制度を維持する多くの州では、死刑にすべきか否かについて陪審の全員一致の判断を要求する」ところ、「信念に基づいた死刑反対者が一人でも陪審にいと、死刑判決の獲得が事実上不可能となる可能性がある」ため、「死刑制度の運営主体たる州は、死刑に反対する陪審候補者を排除する実務を採用してきた」(また、判例も、「一定の範囲で死刑反対者の排除実務の合理性を認め」てきたという)(岩田太『陪審と死刑——アメリカ陪審制度の現代的役割』(信山社、二〇〇九年)一八五—一八六頁)。同書一八九—二二二頁、二四七—二六八頁、二六〇—二六三頁も参照。小早川義則教授によれば、「死刑適用事件で有罪と認定された以上、殺人に至る理由いかなを問わず被告人に極刑を科すのが相当であると考えているいわば絶対的な死刑肯定論者である陪審員候補者、あるいは死刑反対論者としての自己の個人的信念をいわば公人としての陪審員としても貫徹しようとする候補者は公平性に欠けるとして予め陪審員の選任手続で排除されることが確立している」という(小早川義則『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』(成文堂、二〇一二年)二頁、小早川義則『死刑判決と日米最高裁』(成文堂、二〇一七年)三—四頁)。

また、小早川教授によれば、「アメリカ合衆国では、死刑反対論者は、死刑に対する態度が陪審員としての義務を履行することを「妨げ、もしくは、実質的に阻害するか否か」という、判例によつて確立された基準で量刑審理のみならず罪責認定手続からも排除される」(「いかなる問題に対しても良心の呵責を有するものは、それが中立性を妨げ、法および証拠に従うこ

とを不可能にするので、公平な陪審とはいえない」という理由で死刑反対論者は陪審から排除される」という）ため、「死刑事件で選任される陪審は有罪傾向の強い者が選任され、しかも一般世論よりもさらに死刑賛成に傾いた人々によつて構成される」という二重の偏りが指摘されている」という（小早川『裁判員裁判と死刑判決（増補版）』八頁。同書六九―七二頁、一四四―一九三頁も参照）。

わが国の裁判員制度においては、前述したとおり、裁判員法の施行規則の立案担当者の解説によれば、死刑廃止論者であっても、担当事件において現行法の適用の余地を考慮できるのであれば、裁判員の不適格事由（裁判員法一八条）には当たらない（前掲注（18））し、後述するとおり、裁判員等選任手続において裁判員候補者に対する質問として、死刑制度への賛否や存廃の是非を直接尋ねる問いは想定されていない（後掲注（24））ため、小早川教授が懸念するような「裁判員の選任の過程で死刑反対論者が排斥されるおそれ」（小早川『裁判員裁判と死刑判決（増補版）』八頁、同『死刑判決と日米最高裁』二頁）が生じる可能性は低からう。

（20） 池田ほか・前掲注（1）一一四頁。

（21） 池田元判事らは、「法一八条の「不公平な裁判をするおそれ」を理由とする不選任請求は、将来において訴訟戦術として多用されるおそれがないとはいえないが、現在のところ、行使される例は稀である」と述べる（池田ほか・前掲注（1）八六頁）。おそらく、その理由は、「候補者に関する情報に乏しいわが国の選任手続では、アメリカにおける専断的忌避権の戦略的行使と同様の不選任請求を行うことはできない」（菅野亮「裁判員の選任手続の現状と課題」季刊刑事弁護七二号（二〇一二年）二四頁）からであろう。

（22） 辻・前掲注（17）一〇九―一一〇頁。

（23） 司法研修所刑事裁判教官室編『プラクティス刑事裁判（平成30年版）』（法曹会、二〇一九年）五三頁。

（24） 齊藤啓昭ほか「裁判員の参加する刑事裁判に関する規則の解説」法曹時報六一巻五号（二〇〇九年）一〇五―一〇六頁。
池田元判事らによれば、「この範囲を超える相当な質問は想定し難いし、行われてもいない」という（池田ほか・前掲注（1）一二三頁）。

もつとも、実際には、このような追加質問すらなされているかどうかは不明である。第二回裁判員制度の施行状況等に関する検討会（二〇一九年二月二三日）において、東京地方裁判所の島田一判事（当時）は、裁判員等選任手続期日において、「死刑に賛成か反対かという、その具体的な質問はしない」と述べ（ただし、「裁判長の最終確認の質問の中で、裁判所に対して何か質問しておきたいこと、あるいは確認しておきたいことがありますかといったような質問をすることが」あり、「そこで、もし手を挙げていただいたとすれば、個別に事情を伺うということになるのかなと思」うという）、これは「死刑が想定されるような事件の場合でも、そのような事件であることを前提とした特別な質問はされない」という趣旨であるという。

なお、渚野貴生教授は、「事件類型に応じて追加される質問も、……死刑適用事件について法律に従って判断ができるか否かという点……が挙げられているに過ぎ」ず、「この……質問も……最後は、公平に判断できるかできないかを候補者自身に自己申告してもらって「おそれ」の有無を判定する形になっている」点を問題視している（渚野貴生「裁判員制度と予断排除原則の本質——裁判員制度の見直しに向けて」立命館法学三四五〇三四六号（二〇一三年）六八五頁）。渚野教授は、「予断を抱く原因となりうる諸要素を幅広く拾い出して、質問の範囲を広げるべきである」、「不公平な裁判をするおそれに直接はつながらないが、そのおそれを推認させる間接事実となりうる前提的な事項こそを質問すべきである」（「裁判員候補者に「公平に判断できるか否か」を直接的に質問するのは、質問の仕方としてあまりにも稚拙なやり方である」という）、「両当事者に対して、積極的に追加質問を許すべきである」、「裁判員候補者に対する質問は、全員あるいは集団に対して一斉に質問するのではなく、一人ひとり個別に呼んで質問する方式を取るべきである」と提言する（六八七―六八八頁）。

（25） 裁判員等選任手続における質問手続は強制力があること（質問に対しては正当な理由なく陳述を拒み、または虚偽の陳述をしてはならない義務が課されており（裁判員法三四条三項）、違反に対しては過料の制裁が設けられている（二二一条））を踏まえると、公権力である裁判長が、私人である裁判員候補者に対して、死刑制度に対する個人の信念について直接的に尋ねることは避けられなければならない。

（26） 最高裁判所事務総局刑事局「模擬裁判の成果と課題——裁判員裁判における公判前整理手続、審理、評議及び判決並びに裁判員等選任手続の在り方」判例タイムズ二二八七号（二〇〇九年）四八頁（傍点の箇所は、原文においてはゴシック体で記

載されている）。

(27) 菅野・前掲注(21)二三―二四頁。菅野弁護士は、「死刑……が問題となる事件……については、法律に従った判断が困難かどうか見極めるためにも、当事者が求める追加質問を一定限度で認めることが望ましい」と主張する（二五頁）。

(28) 単なる法律上の義務の免除に過ぎないからである。一方で、裁判員の職務を国民の権利と解するならば、裁判所による不選任決定は国民の権利の制限の問題として構成されることとなる。裁判員制度合憲判決は、「裁判員の職務等は、司法権の行使に対する国民の参加という点で参政権と同様の権限を国民に付与するものである」と判示しているが、かりに参政権と同様の権利であるとするれば、その権利またはその行使を制限することは原則として許されず、その権利またはその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬということになる（在外国民選挙権訴訟最高裁判決（最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁）を参照）。

(29) 本庄教授は、次のように述べる。「死刑制度に反対の人物が裁判体に加わるべきでないというのであれば、「不公平な裁判をするおそれ」があるとして、選任手続段階で不選任とするのが本来予定された制度のあり方であろう（裁判員法一八条）。選任手続をすり抜けた場合でも、評議の過程で「不公平な裁判をするおそれ」が肯定されるのであれば、解任するというのが法が予定しているあり方である（同法四三条二項ないし四項）」（本庄武「死刑選択における全員一致制の意義」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、二〇一六年）五七八頁）。

(30) 辻・前掲注(17)六九頁。

(31) 平成二二年度司法研究は、「事後的に、例えば最終評議の段階で「ある裁判員が」強固な死刑反対論者であることが判明した場合、改めて除外し、（それにより裁判員の員数が足りなくなった場合には）手続をやり直さなければならないかという問題がありうるが、現実には困難であり、死刑に対する考え方の程度には種々のものがあるということを考えると、事実上容認することになるであろう」という（司法研修所編・前掲注(19)一〇四―一〇五頁）。

(32) 弁護士によれば、遺体写真については、「凄惨な状況の遺体に見慣れていない一般市民に与える影響は計り知れないものであり、弊害が大きい」（集刑三一九号一七五頁）、「写真による遺体の凄惨な印象によって、衝撃的な印象を受けた事実認定

者が冷静な判断を行うことを阻害しうるもの」であり、また、一一九番通報の音声は、「扇情的で、臨場感にあふれ、事実認定者の感情を強く揺さぶるものであり」、「これを聞いた者は、想像力を駆使して犯行当時の状況を思い描くことになる」、「音声によって、過剰に凄惨な犯行状況を思い描くことになる」という（二七七―一七八頁）。

(33) 弁護人は、当該裁判員が「遺体写真を見たり、一一九番通報の音声を聴いたことにより急性ストレス障害となり、「急性ストレス障害を発症していることで、証拠調べ自体に恐怖や絶望感を感じ、このような経験を苦痛に感じ、回避しようとしていた可能性が高く」、「このような状態の者が裁判員として審理に参加した場合、証拠調べの結果を公平に判断することができず、自らのストレス因子となっている体験のみに引っぱられてしまい、判断が歪んでしまうおそれが強い」ともいう（集刑三一九号一八一―一八二頁）。

(34) 当該裁判員は、ASDを発症し（ただし、原審判決（福島地郡山支判平成二五年三月一四日判例集未登載）は、それを発症したとされる具体的時期やそれが判断能力に与える影響の有無や程度等を明らかにし得る証拠は存しないので、判決宣告までの審理過程の当時の段階では、法令に従い公平誠実に裁判員としての職務を行うことに特段の支障があったとまでは考え難く、同職務を全うし得たものと推認するのが相当と判断した）、裁判員に選任されて以降、反応性うつ病の診断を受け、さらに審理途中から急性ストレス障害を発症していたという（集刑三一九号一七九―一八一頁）。

この裁判員は、凄惨な内容を含む証拠を取り調べ、死刑判決に関与せざるを得なくなったことが急性ストレス障害を発症としたことの原因であるとして、裁判員候補者に出頭を義務づけ、選任された裁判員に職務等を果たすことを義務づける裁判員法の規定が憲法一八条後段、二二条一項、一三条に違反するなどとして、国に対して損害賠償を請求したが、福島地方裁判所は、原告が裁判員の職務を務めたことと急性ストレス障害の発症と間に相当因果関係があることを認めつつも、いわゆる裁判員制度合憲判決を挙げ国民の負担が合理的範囲内に留まることを理由に、裁判員制度が違憲であるとの原告の主張を斥けた（福島地判平成二六年九月三〇日判時二三四〇号一一九頁）。

(35) ただし、意見が三説以上に分れ、その説が各々過半数にならないときは、過半数になるまで被告人に最も不利な意見の数を順次利益な意見の数に加え、その中で最も利益な意見による（裁判所法七十七条二項二号）。

(36) そして、「慣行が確立していたために、裁判所としても、これまでは、敢えて立法や判例等の明確なルールとして全員一致制を確立する必要性を感じなかったのだと思われる」と、本庄教授は推測する（本庄・前掲注(29)五七五頁）。

(37) 原田元判事は、「一実務家の推測の域を出ないが、仮にそうであれば、死刑の言渡しに対する慎重な配慮の現れであるといつてよいであろう」と、本文引用箇所に続ける（原田國男「裁判員制度の導入と量刑」同『量刑判断の実際（第3版）』（立花書房、二〇〇八年）三四三頁）。なお、原田元判事は、「職業裁判官が死刑廃止論であるからといって、具体的な事件の量刑においてそのこと故に死刑を回避して無期懲役を主張するようなことは裁判官として許されないことであり、また、仮に死刑廃止論者の裁判官がいたとしても、それに基づき死刑に反対することはないと信頼してよいと思われる」と述べる（同頁）が、このことは、一般の国民から選任される裁判員に関しては妥当しないであろう。

(38) 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」慶應法学二七号（二〇一三年）一八二頁。ただし、原田元判事は、裁判員裁判における「死刑の全員一致制は、……必ずしも賛成し難い」と解している（一八一頁）。

(39) 原田國男「わが国の死刑適用基準について」井田良・太田達也編『いま死刑制度を考える』（慶應義塾大学出版会、二〇一四年）八一頁。

(40) 永田憲史『死刑選択基準の研究』（関西大学出版部、二〇一〇年）八頁。永田教授によれば、「昭和三〇（一九五五）年の三鷹事件上告審判決を契機に、その後の死刑事件においては、慎重な審理を行なうために、最高裁でも弁論を行なうことが慣行となり、「最高裁では、死刑事件の場合、持ち廻り審議ではなく、審議室審議とされて」おり、「上告趣意が実質的に量刑不当の主張のみであると考えられる場合であっても、決定ではなく判決の形式が採られている」という（同頁）が、これは、最高裁判所が死刑事件を慎重に扱っていることの証左であるといえよう。

(41) 滝井繁男『最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証』（岩波書店、二〇〇九年）三二七頁（滝井繁男発言）。

(42) この事件は、犯行時点で一九歳の少年が、米軍基地で拳銃を窃盗した後、それを用いて、一か月の間に、東京、京都、函館近郊、名古屋の各地において、殺人（被害者二人）、強盗殺人（同二人）、強盗殺人未遂（同一人）をしたとして起訴されたものである。

(43) 江藤祥平教授は、永山事件控訴審判決にいう「如何なる裁判所」、「裁判官全員一致」という要素は、実体法上の規律というよりは、手続法上の規律であ」り、同判決は、「このような手続的ハードルを課すことで、死刑判断の適正を高めようとしているのである」と評価している。もっとも、「この手続論には立法論の色彩が強く、およそ死刑を正当化する余地がなく」という批判が相次いだ」（江藤祥平「憲法上の刑事手続の復権に向けて——司法、民意そして死」論究ジュリスト三六号（二〇二二年）九九頁）ため、最高裁判所によって破棄されることになる。

(44) 本庄教授は、「確かに原判決の考え方によれば、同僚裁判官の中に当該事件について死刑を回避する者がいない、と確信できてはじめて死刑を選択できることになる」ところ、「最高裁が立法を待たずして運用上死刑廃止に踏み切れることは司法の役割を超えているとして躊躇したとすれば、それは理解できないことではない」と述べる（本庄・前掲注(29)五七二頁）。

(45) 検察官は、「如何なる裁判所がその衝にあつても死刑を選択したであろう」という第一の限定基準を現実に適用するとなると、当該事件について受訴裁判所において死刑を相当と思量しても他のいかなる裁判所においても当該事件について死刑を選択するか否かについて確認しなければならないことになるのであるが、このようなことは、およそ実行不可能なことであり、「かかる限定を認めると、制度的にも、量刑不当を理由とする控訴申立、上級審において量刑を是正することを認めている審級制度を正面から否定することとなるのは必定であり、ひいては、裁判官の独立、良心を保障した憲法七六条三項の趣旨にも反することになる」（刑集三七卷六号六二七頁）、「第二の限定基準は、要するに死刑を選択するには、合議体を構成する裁判官全員一致の意見を要するものと解さざるを得ず、死刑制度そのものに反対の裁判官が一人でもいれば死刑の宣告ができないということをは認する不当不合理なものであつて、裁判所法七七条が過半数の意見によつて裁判することを肯認している」と相容れないものであ」り、「立法論としても極めて独自の少数説であつて、運用による死刑廃止論の一つとして主張されているにすぎないものである」ともいう（六二八頁）。

(46) 「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ものといわなければならない。量刑の均衡と一般予防という量刑基準（責任主義）と、九つの量刑事情を摘示したこの部分が、いわゆる永山基準と呼ばれるものである。もともと、永田教授は、永山事件上告審判決は「一般的な基準を羅列したにとどまり、各因子の適用方法や因子間相互の関係を明らかにするものではなかった」ものの、「以後の事件では、摘示された量刑事情に沿った形で各種因子を列挙し、罪刑の均衡と一般予防の観点から、総合的に判断することが慣例となり、この基準を用いることは実務上定着したと言つてよい」と分析する（永田・前掲注（40）一五頁）。

（47） 最高裁判所は事件を高等裁判所に差し戻し、これを受けた第二次控訴審は死刑の判決をし（東京高判昭和六二年三月一八日判タ六三四号一〇五頁）、第二次上告審（最三小判平成二年四月一七日集刑二五四号三五七頁）でその判断が確定した。

（48） 本庄教授の評するとおり、「死刑が残虐であるとするならば、その選択が裁判官の全員一致でなされたとしても残虐であることに変わりはないはずであり、弁護人の上告趣意は理論的な難点を抱えていた」というべきである（本庄・前掲注（29）五七〇頁）。

（49） この事件は、犯行当時一八歳の被告人による殺人、強姦致死、窃盗事件である。第一審は、被告人を無期懲役に処し（山口地判平成一二年三月二二日判例集未登載）、控訴審もその判断を維持した（広島高判平成一四年三月一四日判時一九四一号四五頁）が、最高裁判所は、永山事件最高裁判決を挙げ、「死刑制度を存置する現行法制の下では、犯行の罪質、動機、態様殊に殺害の手段方法の執よう性・残虐性、結果の重大性殊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一般予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、死刑の選択をするほかないものといわなければならない」とし、本件被告人につき、「死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情の存否について審理を尽く」させるべく、原判決を破棄し、事件を高等裁判所に差し戻した（最三小判平成一八年六月二〇日集刑二八九号三八三頁）。第二次控訴審は、この第一次上告審判決のいう「死刑の選択を回避するに足りる特に酌量すべき事情」は認められなかったとして、第一審判決を破棄し、死刑を言い渡した（広島高判平成二〇年四月二二日高検速報平成二〇年二〇一頁）。

永田教授は、光市母子殺人事件第一次上告審判決について、（1）「当該判決が大法廷で判例変更の手續を履践したわけではな

いため……、半ば構造化された死刑選択基準を形作る基礎となった一般的基準を示した永山事件第一次上告審判決が小法廷判決である当該判決によって判例変更されたと理解することはできない」こと、(2)「当該判決は、最高裁判所刑事判例集(刑集)には登載されず、最高裁判所裁判集刑事(裁判集刑)に登載されたの留まつている」ことから、「最高裁は当該判決を例外的な判断に押し留めようとしているとの推測が働く」こと、(3)「死刑選択基準に関する判例違反を主張して検察官によりなされた上告が当該判決の後に全て棄却されている」が、その中には「被告人の罪責が光市事件よりも明らかに大きい事件が存在する」ことの三つを論拠に、「それまでの死刑選択基準の構造から逸脱した例外的な判断であったと理解することが相当である」と主張する(永田憲史「死刑選択基準」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 下巻』五六四―五六六頁)。そして、永田教授は、「光市事件〔第一次上告審判決〕は死刑選択基準を考える上で例外的に逸脱した事例であり、死刑選択を考えるに当たって参考にすべきものではない」ということを「裁判員に説明すべきである」とも提唱する(永田憲史「死刑求刑が予想される裁判員裁判において光市事件をどのように説明するか」季刊刑事弁護七二号(二〇一二年)一一四頁)。

(50) 本庄教授は、「光市事件は、従来の判例の傾向からすれば死刑になりづらい類型の事件であると考えられ」るが、「死刑を求める被害者遺族の訴えが世論の共感を呼び、第一次上告審判決が原判決を破棄差戻しとし、さらに第一次上告審以降に被告人が殺意を否認する新供述を始めたことに対して世論が強く反発した結果、死刑を求める大合唱がなされる異様な雰囲気の中で、第二次控訴審において死刑が言い渡され」、「第二次上告審判決からは、反対意見が書かれて従来の〔裁判官による死刑判断の全員一致の意見によるという〕不文律が破られるとしても、この事件では死刑を確定させる必要がある、という最高裁の強い意思が感じられる」、本判決に関して、「全員一致の不文律を破り、死刑の適用基準に混乱を招くという大きな代償を払いながらも、こうした異例な判断に最高裁が踏み込んだという出来事は、死刑の選択という絶対的な正解がない領域においては、世論の圧力が強く生じる場合には、最高裁といえどもそれに抗するのは難しい、ということを示すものであり」、「このことは下級裁判所裁判官、ましては裁判員に対してはより強く当てはまるはずである」と述べる(本庄・前掲注(29)五七五―五七七頁)。

(51) 本庄・前掲注(29)五七五―五七六頁。

(52) 本庄教授は、「原判決〔永山事件控訴審判決〕が示した、死刑適用の慎重さ〔を〕確保〔する〕ために公平性の観点から偶然性を排除する手段として、全員一致制を採用するという発想については、最高裁も否定していない」と述べる（本庄・前掲注(29)五七三頁）。

(53) 九人の合議体の過半数は五人であるが、六七条一項は、構成裁判官及び裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数の意見によると定めているため、裁判員五人が死刑の量刑意見を述べても、それに加えて、少なくとも一人以上の裁判官がそれに賛同しなければ、双方の意見を含む過半数にはならない。つまり、裁判員裁判において死刑の判決が言い渡される場合には、構成裁判官のうち必ず一人は死刑の意見を有しているということの意味する。

(54) 江藤教授は、本文で述べたような意見分布による死刑判決には「かなりの偏見が働いている可能性がある」と述べたうえで、「裁判員が「様々な視点や感覚を反映させ」という自らの説示を真摯に受け止めるなら、裁判官と裁判員を身分上も対等とみて、有罪には全員一致ないしそれに近いルールを採用することが「公平」な裁判体というにふさわしい」と主張する（江藤・前掲注(43)九五―九六頁）。

(55) 「現在の実務においても、議論を尽くして全員一致に近い形で死刑判決が言い渡されていることが推測される」という（裁判員制度の施行状況等に関する検討会「裁判員制度の施行状況等に関する検討会」取りまとめ報告書」（二〇二〇年）一七頁）。

(56) 後藤昭ほか『実務家のための裁判員法入門』（現代人文社、二〇〇四年）一三四頁（西村健執筆）。

(57) 従前の裁判官のみによる裁判における死刑判断の評決要件の場合と同様、裁判員裁判における死刑判断の評決要件についても、立法論として、合議体構成員の全員一致制とすることは、憲法上禁止されていない。

(58) 例えば、水谷教授は、「被告人に死をもたらし判断が……裁判体全体の中で少数意見を圧殺することを認める形で行われること」を問題視し、「死刑判断における裁判員の納得、ということを考慮して……全員一致制が採用されるべきである」と主張する（水谷・前掲注(16)一〇三―一〇四頁）。また、柳重雄弁護士は、「国民が参加する裁判である以上、感情や主観に流されずより慎重な判断を下すために、死刑判決に限っては少なくとも全員一致制にすべきである」という（柳重雄「裁判員

裁判と死刑問題」法学セミナー六五九号（二〇〇九年）七頁）。柳重雄「裁判員裁判のはじまりと死刑問題」季刊刑事弁護六一号（二〇一〇年）九八頁も同旨。筆者は、柳弁護士の意見にまったく賛同できない。一般の国民からなる裁判員が感情や主観に流された判断を行う危険があるというのであれば、そもそも刑事裁判への裁判員の参加自体を否定すべきであろう。

(59) 日本弁護士連合会「裁判員制度「たたき台」に対する意見」（二〇〇三年）四―六頁。同「裁判員制度及び刑事裁判の充実に迅速化に関する意見書」（二〇〇三年）九―一四頁及び同「裁判員制度、刑事裁判の充実に迅速化及び検察審査会制度の骨格案に関する意見書」（二〇〇四年）四―六頁は、有罪の裁判の際に、三分の二以上の多数決に加えて、裁判官及び裁判員各一人以上の賛成意見が必要とすべきとしていた。

(60) 拙著・前掲注(4)七六頁、九九頁、一〇四頁、一三一頁、一四八頁。もし裁判員が加わることにより判断の精度が下がることを理由に評決要件を加重すべきとするのであれば、そもそも刑事裁判への裁判員の参加自体の正当性が疑われることになる。

(61) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)一九頁。そのほかに、「死刑言渡しの場合には、慎重を期する観点から、上訴審を含めて、構成員の三分の二の特別多数決によることとすべきである」との意見もあったという（同頁）。もっとも、これに對しては、「特別多数決のルールについては、裁判員制度の立案時の議論で否定された考え方であるところ、現時点で法改正を行うべき立法事実があるのか疑問である」との意見が示された（二〇頁）。

(62) 日本弁護士連合会「死刑の量刑判断における評決要件に関する意見書」（二〇一二年）。

(63) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)一九―二〇頁。裁判員制度に関する検討会における全員一致評決制への消極論に對して、本庄教授は、本庄・前掲注(29)五七七―五八〇頁において、逐一批判し、「以上の意見の中で、全員一致制採用に決定的な障害となるものはない」と結論する（五八〇頁）が、本稿では、特に、上記(2)に對する批判に注目することとする。すなわち、本庄教授は、上記(2)の見解が「自らが死刑に賛成したことが明らかにならない制度としておくことで、死刑の選択という重大な判断が安易に行われかねないことを看過するものであり」、「確かに死刑に賛成したことが明らかになるのは裁判員に一定の負担を与えるであろう」が、「裁判員は自らが死刑に賛成したことが明らかになる負担を甘受すべき」であり、「死

刑に賛成したか否かが明らかにならない現状の法制度でも、周囲からは死刑に賛成したのではないかと疑われ、「死刑に反対した裁判員であつても、守秘義務の壁に阻まれて、その疑念を晴らす手立てはない」ため、「現状でも死刑判決に関与する裁判員には負担が生じているのであり、その負担は全員一致制を採用すれば解消されることになる」という（五七九頁）。筆者は、一般の国民である裁判員が評決において死刑の意見を示した際に、自らの意見を秘匿したいという心情を理解しうる一方で、死刑という刑罰を存置し、その適用に寄与した裁判員はその責任を負うべきとの本庄教授の発想に（本庄教授が引用している後藤昭教授の見解にも）共感できることがある。

（64） 裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注（55）一七頁。

（65） 死刑制度を存置しているのは、二〇二五年四月一日時点で、連邦と軍のほか二七の州であるが、このうち四州については、知事により死刑執行が停止されている（<https://deathpenaltyinfo.org/states-landing>）。

（66） 「死刑適用事件に関しては有罪評決をした同一の陪審が有罪認定過程および量刑認定過程で提出されたすべての証拠を考慮した上で、「いかなる減軽事由にもまさる少なくとも一つ以上の制定法上の加重事由の存在を訴追側が合理的な疑いを越えて立証したことを全員一致で」認めた場合に限り、死刑が言い渡される」（小早川・前掲注（19）『裁判員裁判と死刑判決〔増補版〕』一二頁）。

（67） 笹倉香奈「死刑事件における量刑の全員一致制について——アメリカの最近の状況を中心に」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集下巻』五八九頁。

（68） 笹倉・前掲注（67）五九六頁。

（69） 本庄武「裁判員時代における死刑事件のデュー・プロセス」季刊刑事弁護六四号（二〇一〇年）七三―七四頁（傍点本稿の筆者による）。

（70） 江藤・前掲注（43）一〇〇頁。

（71） この事件は、被告人が、白昼の繁華街で無差別に通行人二名を包丁で多数回突き刺すなどして死亡させ、殺人罪等に該当する行為をしたとして起訴されたものである。被告人は、覚せい剤使用及び所持の罪で懲役一年六か月・執行猶予三年の判決

を言い渡された後、覚せい剤使用及び所持の罪で懲役一年四か月の実刑判決を受け、服役していた。その後、再び覚せい剤使用の罪で懲役一年一〇か月の実刑判決を受け、刑務所を出所した一七日後に本件犯行に至った。第一審（大阪地判平成二七年六月二六日判時二二八〇号一三六頁）は、犯行時、被告人は精神障害（覚せい剤中毒後遺症）に罹患していたが、被告人の善悪を判断する能力またはこれに従って自己の行動をコントロールする能力は、幻聴のほか、服薬の中断や犯行までの不眠、不安等により若干低下していた可能性が認められるものの、著しく失われていなかったことは明らかであるとして、被告人に完全責任能力を認め、死刑に処した。

（72） 弁護人は、第一審においても、「死刑の選択について全員一致を求めている裁判員法六七条の規定は、①究極の刑罰である死刑を、裁判体の一部が反対しているにもかかわらず選択することを許容している点で、適正手続の保障を定める憲法三一条に違反し、②死刑を選択する必要がないと考えている少数派の裁判員が、評議に参加を強いられ、死刑判決の言渡しに立ち会うことを求められる点で、苦役に服させるものといえ、憲法一八条に違反する」と主張していた。しかしながら、大阪地方裁判所は、①については、「憲法三一条が死刑の選択において全員一致を求めるものでないことは明らか」であるとし、②については、裁判員の職務に従事することが憲法一八条に違反しないことは裁判員制度合憲判決の示すとおりであるとして、弁護人の主張を斥けた。

（73） このほかに、検察官から請求された被告人の精神鑑定を採用したことの違法をいう主張、鑑定人にその職務を超えて証言させたことの違法をいう主張、被告人の完全責任能力を肯定した原判決に事実誤認があるとの主張が弁護人からなされたが、控訴審判決はこれらを斥けた。

しかしながら、死刑に処した原判決の量刑が重過ぎて不当であるとの弁護人の主張について、「殺害された被害者が二名で、それ以外の人的被害は生じていないこと、犯行の計画性が低いこと、本件精神障害の影響が否定できず、動機原因においても酌むべき事情が全くないとまでいい切れないことに照らせば、本件においては死刑の選択がやむを得ないとはいえない」として、原判決を破棄し、被告人を無期懲役に処した。

なお、この事件を担当した高山巖弁護士は、「大阪心斎橋通り魔殺人事件でも、違憲の主張はしてい」るが、「死刑制度その

ものを違憲と言っているわけではなく、死刑の判断が全員一致ではなく多数決でできてしまうことがスーパー・デュー・プロセスの観点から憲法三一条に反すると主張」するとともに、「人を死刑にすることを受け入れられないと思っている人を死刑判決の主体にさせてしまうことは、憲法一八条にいう「苦役」に当たるという主張」をしたことについて、「裁判員法の合憲性判断が最判平二三・一一・一六で示されている以上この主張は通らない、そのことは分かっている」だが、「そういう主張を通じて、より慎重な判断をしてほしいというメッセージになるはずだという思いから」だったと述べている（後藤貞人ほか「座談会死刑求刑の可能性がある事件の弁護活動の在り方」季刊刑事弁護一二二号（二〇二三年）四九頁（高山巖発言））。

(74) 本庄・前掲注(29)五八〇—五八二頁。そして、本庄教授は、「実体法上の死刑適用についての慎重さと公平性の確保の二つの要請を担保するためには、死刑事件における適正手続保障の内容として、死刑選択における全員一致制を採用することが憲法三一条上求められるに至った」と結論する（五八二頁）。日本国憲法三一条が刑事裁判の評議において特定の評決方法を採用することを要請しているとは解されないため、裁判員裁判における死刑判断につき合議体構成員の全員一致の意見によらなければ同条に違反するとはいえない。

(75) もっとも、本庄教授によれば、「スーパー・デュー・プロセスの本来であるアメリカ合衆国においても、死刑選択を陪審の多数決に委ねている州が少数ながら存在して」おり、「確かに、こうした現状からは、全員一致制はスーパー・デュー・プロセスの必須の構成要素ではないとの疑問が向けられ得る」。「アメリカでは陪審の本来的な領分である事実認定において、全員一致制が憲法上の要求かが争われ、連邦最高裁は、否定的に解している」ため、「死刑選択についても全員一致制が普遍的に憲法上要求されているとの議論は見られない状況にある」という（本庄・前掲注(29)五六九頁）。See, *Apodaka v. Oregon*, 406 U.S. 404 (1972) ; *Jonson v. Louisiana*, 406 U.S. 356 (1972)。

(76) 田鎖麻衣子「死刑事件における適正手続」季刊刑事弁護八三号（二〇一五年）一一〇頁。

(77) Margaret Jane Radin, *Cruel Punishment and Respect for Persons: Super Due Process for Death*, 53 S. Cal. L. Rev. 1143 (1980). もともと、レイディンのこの主張を支持する論文は（後述するジョンソン及びそれらを引用する日本の研究者・実務家によるものを除き）見当たらない（また、彼女自身もこの点について同論文以降何ら再論していない）ことから、かの国に

において、スーパー・デュー・プロセス理論が憲法判例法理として確立していると解するには疑念がもたれる。なお、同論文を引用したうえで、「死刑は「他の刑罰とは」異なる」という認識や、死刑事件における「スーパー・デュー・プロセス」の約束にみられる、法の正当性を裏付ける約束は、徐々にではあるが公然と覆されてきた」と述べるものとして、Austin Sarat, *Bearing Witness and Writing History in the Struggle Against Capital Punishment*, 8 YALE JL & H 451, 453 (1996)。

(78) ジョージア州と同様に後者の対応を採った四州の法律は修正八条に違反しないとされた (Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976) ; Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976) ; Jurek v. Texas, 428 U.S. 262 (1976) ; Proffitt v. Florida, 428 U.S. 242 (1976)) 一方で、前者の対応を採用した州法は違憲と判示された (Woodson v. North Carolina, 428 U.S. 280 (1976); Roberts v. Louisiana, 428 U.S. 325 (1976))。

(79) Radin, *supra* note (77), at 1143-1144. レイディンは、次のようにいう。すなわち、「スーパー・デュー・プロセス理論は、四人の多数意見に依拠している。スーパー・デュー・プロセス理論は、事実上、最高裁判所の判例となっている。なぜならば、死刑それ自体に反対するブレナン・マーシャル両裁判官は、この理論が死刑の量刑を破棄する結果となる場合、スーパー・デュー・プロセス理論を常に支持するためである」 (at 1143, fn. 1)。

(80) 小早川・前掲注(19)『死刑判決と日米最高裁』一七一頁。そして、小早川教授は、「死刑判決についても非死刑事件と全く区別することなく「構成裁判官および裁判員の双方の意見を含む合議体の員数の過半数による」との裁判員法の規定(第六七条一項)はスーパー・デュー・プロセスからすると明らかに憲法違反ということになる」と述べる(同頁)。小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅲ——弁護人依頼権、スーパー・デュー・プロセス』(成文堂、二〇一三年)二八一頁も同旨。

(81) もっとも、ジョンソンは、「アメリカ法ではスーパー・デュー・プロセスが保障されているとしても、運用上その保障が常になされているとは限らない」という事実も紹介する(デイビッド・T・ジョンソン(笹倉香奈訳)『アメリカ人のみた日本の死刑』(岩波書店、二〇一九年)二八—三〇頁、David T. Johnson, *The Culture of Capital Punishment in Japan*, (Palgrave Pivot, 2019), pp. 21-22)。

(82) ジョンソンによるスーパー・デュー・プロセスの五つの帰結は、提唱者であるレイディンが描き出した死刑執行についての司法審査へのスーパー・デュー・プロセス・アプローチの帰結とは同じではない。レイディンは、ジョンソンのように、スーパー・デュー・プロセスの構成要素を析出しようという論法を採っていない。そこで、本稿では、日本の死刑制度への視角としてのスーパー・デュー・プロセスとして、活用しやすさという点で優れているジョンソンの見解に依拠して、議論を展開することとする。

(83) ジョンソンは、日本でスーパー・デュー・プロセスが採用されていないと主張する際に、一二の問題点を示したが、その内容は次のとおりである。(1)「日本の検察官は、死刑を求刑するか否かについて、事前に告知」せず、「死刑を求刑することは、公判が結審する日の論告において初めて明かされる」ため、「アメリカの死刑事件弁護をする者であれば当然受けることができる制度的な支援を、日本の弁護士会は提供することができない」。(2)「日本における死刑事件の公判は、被告人が事実を争う場合であっても、有罪か無罪を判断する段階と量刑を判断する段階とに二分されていない」。(3)「死刑事件の公判が二分されていないために、被害者や被害者遺族が事実認定手続（有罪か無罪かを認定する手続）において、どのような処罰を求めるかを陳述することが認められている」ところ、「被害者らがどのような処罰を求めるかという問題は、有罪か無罪かという判断とは関係がない」にもかかわらず、「厳罰を求める被害者らの声を聞いたとき、事実認定者は被告人に対して有罪を言い渡す可能性が高まる」。(4)「本来、迅速な裁判の進行よりも、死刑の慎重な適用という目的が優先されるべき」にもかかわらず、「裁判員制度の開始後、多くの死刑事件の裁判は非常に簡単に終結して」おり、「慎重な裁判進行がなされない」。(5)「死刑の適用基準が曖昧である」（「永山判決の九つの要素は裁判所が考慮すべき事項を列挙したものに過ぎ」ず、「それぞれの要素の衡量の方法についての指針にもならない」という）。(6)「死刑判決への自動上訴制度がない」。(7)「裁判員を選任にするための特別な手続がない」（「被告人側も検察側も、理由を述べずに裁判員候補者を数人ずつ忌避することができる」が、「選任手続のときに、裁判員候補者に対して意味のある質問をすることは認められて」おらず、「裁判員候補者となっている人々に関する情報が全く与えられないため、この手続は憶測ゲームのようになって」いる）。(8)「日本では、裁判長が裁判員に対して法についての説示を行うのは、非公開の評議室の中であり、「検察官、弁護士、そして傍聴人が説示という重要な手続

がどのように行われているのかを知り得る公判廷で行われるのではない」。(9)「日本では、裁判官と裁判員全員が、死刑判決が妥当であると認めなければならないという全員一致制のルールがない」。(10)死刑事件の裁判において、弁護士は、「検察官の主張に対し活発な反論を」せず、「死刑自体の妥当性に関する主張も、直接的には行わ」ず、「死刑の違憲性や絞首刑の違憲性についての一般的な主張を、ほとんど行」わず、「消極的である」。(11)「検察官による上訴が可能である」ので、「地方裁判所が死刑判決を言い渡さなければ検察官は控訴し、高等裁判所に原判決の破棄を求めることができる」。(12)「自国の死刑制度の様々な側面を、外部からの検証や批判から守るため」、「日本の絞首刑の執行は秘密のヴェールに包まれている」ほか、「裁判員には守秘義務があり、裁判に関与することによって得た「秘密」情報を公表してはならないという義務を法律上負う」(ジョンソン・前掲注(81)三二―四四頁、Johnson, *supra* note (81), pp. 24-31)。これらジョンソンの指摘する日本の死刑をめぐる問題点のうち、問題点(2)は帰結(1)と、問題点(6)は帰結(3)と、問題点(9)は帰結(5)と、それぞれ同趣旨である。また、ジョンソンは、以上の一二点のほかにもいくつかの問題があるとして、日本がいわゆる死刑廃止条約を批准していないことと、日本には終身刑の制度がないことを追加的に挙げている(ジョンソン・前掲注(81)三三頁、Johnson, *supra* note (81), p. 24)。

(84) 笹倉香奈「死刑事件の手続」法学セミナー七三三三二号(二〇一六年)四七頁、笹倉香奈「死刑事件と適正手続——アメリカにおける議論の現状」法律時報九一卷五号(二〇一九年)一三三頁。

(85) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」四七―四八頁。笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三二―一三三頁。

(86) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三二―一三三頁。笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」四八―四九頁で示されたアメリカ連邦最高裁判所が合憲であると評価してきた死刑手続についてのいくつかの特徴においても、ジョンソンのいう五つの帰結のすべてがカバーされている。

なお、笹倉教授は、別の論文では、連邦最高裁によって合憲と判示されてきた州法における手続保障について、(1)「死刑事件の公判では事実認定手続と量刑手続が分離され、いずれにおいても原則として陪審による判断が行われ」、「量刑手続では指針付き裁量制のもと、個別事件についての加重事由と減輕事由についての慎重な判断が行われる」こと、(2)「死刑事件では必ず陪審による裁判が行われる」が「陪審員の選任手続もより慎重に行われており、陪審員の隔離も他の事件に比して頻繁に行

われる」こと、(3)「被告人側に対しては他の事件に比して手厚い資金援助が行われている」こと、(4)「死刑事件については自動的な直接上訴が行われる」こと、(5)「直接上訴が尽きた後も、再審査の機会が与えられている」ことの五つを挙げている（笹倉香奈「死刑と適正手続」龍谷法学四七巻四号（二〇一五年）一五〇—一五一頁）。これらのうち、(1)手続二分論及び量刑ガイドラインの提示ならびに(4)自動上訴制度は、ジョンソンのいう五つの帰結(1)及び(2)ならびに(3)と同じである。

(87) 笹倉・前掲注(84)「死刑事件と適正手続」一三四頁。笹倉教授は、また別の論文において、米国におけるスーパー・デュー・プロセスの議論を踏まえて「日本の死刑事件の手続を振り返ってみると、以下の諸点の実現が必要である」として、(1)「ある事件に死刑を求刑する可能性があるか否かについて、検察官は早期に明らかにする必要がある」こと（「遅くとも公判前整理手続の段階において……告知される必要がある」という）、(2)「事実認定手続と量刑手続が分けられたうえで、後者においては、犯情のみならず、被告人の特性に関する事情が幅広く取調べられなければならない」こと、(3)「死刑事件における裁判員の評決の全員一致制、死刑判決についての必要的上訴制度などが導入される必要がある」ことを主張する（笹倉・前掲注(84)「死刑事件の手続」五〇頁）。

(88) 杉田宗久「裁判員裁判における手続二分論的運用」同『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』（成文堂、二〇一三年）一九六頁（傍点の箇所は、原文においてはゴシック体で記載されている）。

(89) 杉田・前掲注(88)一九七—二〇二頁。伊丹俊彦・合田悦三編集代表『逐条実務刑事訴訟法』（立花書房、二〇一八年）六六四頁（三村三緒執筆）も、「犯罪事実に属しないことが明らかな情状（いわゆる一般情状）に関する証拠の取調べは、できる限り、犯罪事実に関する証拠の取調べと区別して行う」という証拠調べの方法は「従前から……運用として行われてきたところであるが、法律の専門家ではない裁判員の参加する裁判においては、適切な心証形成上特に重要であることから、これを裁判所及び訴訟関係人の努力義務としたものである」と解説する。

(90) 杉田元判事は、このような区分を「罪責・量刑の手続的区分」と呼ぶ（杉田・前掲注(88)一九六—一九七頁）。

(91) このうち、(4)に関しては、手続二分論によれば「二度に分けて論告・弁論と評議を繰り返さなければならず、その関係で若干遅延する可能性があり得る」など、「手続二分論的運用には逆に訴訟手続の効率性を阻害する一面がある」ことから、こ

れを根拠として手続二分論的運用の必要性を説くことには「疑問の余地がある」一方で、(5)の根拠は「被告人の人格権に関わる問題」であるから、「軽視し難い存在感を有している」という（杉田・前掲注(88)二〇五—二〇九頁）。

(92) 杉田・前掲注(88)二一〇—二二六頁。

(93) 原田國男「量刑事実の立証」同『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、二〇一一年）一六八—一六九頁。

(94) そして、「裁判員制度施行の前後を通じ、裁判員事件を含む実際の事件数件で手続二分論的運用を試みてきたが、その実践経験を通じ、やはり一定の裁判員事件については同運用が不可欠であると確認するに至った」という（杉田宗久「裁判員裁判における伝聞法則の運用と「分かりやすい」審理」同『裁判員裁判の理論と実践〔補訂版〕』四二五—四二六頁）。椎橋隆幸教授は、「杉田宗久元教授・裁判官が提唱・実践した手続二分論的運用は、……実務の運用の延長線上において、個別の事案に即して、現行法の枠内で、裁判体に不当な予断・偏見を与えないために必要な手続の試行の積み重ねにより、事実認定の純粹性の実現に寄与する可能性が期待できる」と評価する一方で、「手続二分論的運用は、あくまで現行法の枠内で、当事者主義の構造に反しない限度で行われるべきものであり」、「罪責認定手続と量刑事手続との間に行われる中間評議の（一応の）結論にいかなる効力を認めるのか（法的拘束力を認めるのか、つまり、最終論告・弁論（裁判員規則五一条）の前に最終結論を出してよいのか、それとも、事実上の拘束力にとどめるのか）、中間評議の示し方はどうするのか、などを慎重に構想しなければならぬ」とも指摘する（椎橋隆幸「死刑の認定・量刑に必要な適正手続とは何か」大谷實ほか『死刑制度論のいま——基礎理論と情勢の8つの洞察』（判例時報社、二〇二二年）一六八頁）。

(95) 松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第六卷 刑事手続Ⅱ』（日本評論社、一九八二年）一七〇—一七二頁。

(96) 池田ほか・前掲注(1)一六三頁。もともと、池田元判事らも、「従前は、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」ところ、「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するはずはない」（「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「罪責認定と量刑とで手続を二分」しなければならないわけではない」という）が、「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」（したがって、「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」という）、あるいは「犯罪事実の存否や被告人の犯行への関与が争われているような事案であれば、結果の重大性のうち派生的な結果（たとえば被害者の死亡による家庭や地域社会への影響）などは、量刑に関する主張・立証として、犯罪事実の立証とは別に行う方が望ましいこともあ」るし、「犯行とは直接的な関連の薄い情状事実、たとえば被告人の前科、境遇、被害弁償の有無、反省の有無・程度等は、犯罪事実の存否に争いがあるような事案では、犯罪の主張・立証とは区別することが望ましい」とも述べており（同頁）、裁判員裁判における手続を二分することの意義自体をまったく否定しているわけではない。

(97) 裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注(55)一三—一四頁。

(98) 裁判員制度の施行状況等に関する検討会・前掲注(55)一四頁。

(99) 椎橋教授によれば、「立法により手続を明確に区分する考え方に對する支持は多いとはいえない……とはいえ、罪責の決定に直接関わらない、または、関連の薄い情状証拠によって事実認定が不当な影響を受けるべきではない、との考え方に異論は見られない」（椎橋・前掲注(94)一六一頁）。

(100) 四宮啓「日本における死刑量刑手続について——その公正性・倫理性そして憲法適合性」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、二〇一四年）七七四頁。

(101) 四宮・前掲注(100)八〇七—八〇八頁。

(102) 四宮・前掲注(100)八二七—八二八頁。

(103) 四宮・前掲注(100)八一〇—八一二頁。また、「何よりも、最も重大な不利益処分を被告人に科そうとしている公権力機関としての検察官が、その不利益処分を事前に告知しないことは、憲法一三条、三二条に違反すると思われるべき」ともいう（八一五—八一六頁）。

(104) 四宮・前掲注(100)八一—八一二頁。椎橋教授は、刑事訴訟法上、被害者等の意見陳述は犯罪事実認定のための証拠とす

ることができない（したがって、量刑上の資料にとどまる）と明記されており（二九二条の二第九項）、被害者参加人等としての意見陳述も、裁判所が相当と認める場合に限り、検察官の論告・求刑後に訴因の範囲内で検察官を経由してのみ許され（三二六条の三八第一項）、かつ証拠とならないことが明記されている（同条四項）ことなどから、「被害者参加制度については賛否両論あったが、法施行後の運用は比較的順調になされているとの評価が多数」であると述べる（椎橋・前掲注（94）一六八―一六九頁）。そのうえで、四宮教授のような「刑罰の個別化を罪責認定の純粹性と同じか、それ以上に重視する二分論」は、「死刑制度に賛成する国民が八割を超えるわが国において、制度として死刑廃止を実現するのが困難状況の中で、死刑量刑を可能な限り少なくするため手続上理論的根拠を提供する主張（戦略）といえるかもしれない」と推察するとともに、「被害感情という感覚的・感情的なものが、理性や理論を越えて、裁判員・裁判官の判断に与える影響は大きいので、死刑事件（死刑が科される可能性のある事件）の否認事件等では、被害者参加そのものに反対し、少なくとも手続を二分し、量刑手続のみに参加が許されるべき」とする、日本弁護士連合会刑事弁護センター死刑小委員会が二〇一五年一〇月に発表した「手引き 死刑事件の弁護のために」に対しては、「被害者等の意見陳述も被告人の主観的側面も一般情状であるのに、一方で、法律で認められている被害者等の意見陳述には合理的理由なしに反対し、他方で、どこまで関連性があるか疑わしい事情までも量刑資料として認めるべきであるという主張は理解しがたい」などと批判する（二六九頁）。高橋正人「被害者参加制度に對する手引きの問題点について」判例時報二二七八号（二〇一六年）一一―一四頁も参照。

（105） 四宮・前掲注（100）八一二頁。また、「日本国憲法の心髄である個人の尊嚴の理念（一三条）に立つならば、……人間の生命が危機に直面している場面で、判断者の有罪・無罪の問題には予断を与えるが合理的な量刑を行う量刑問題には関連性がある情報を必要とする場合、……憲法的欠陥を除去することが確実になるような制度にするべきであり、罪責認定と量刑とを二分しない手続が「生か死かが決断される死刑事件において未だに行われている不正義を、個人の尊嚴を至高の理念とする日本国憲法が許容するとは到底考えられない」ともいう（八一六―八一八頁）。

（106） 四宮・前掲注（100）八一二―八一三頁。より詳しくは、八一八―八二五頁。

（107） 四宮・前掲注（100）八二五頁。

(108) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)九頁。第一三回の裁判員制度に関する検討会（二〇一二年一〇月九日）において、最高検察庁の菊池浩検事（当時）は、「検察官の立場からすると、あらかじめある段階で、これは死刑を求刑しますよということ明らかにするのは非常に困難というか、不可能だろう」、「審理が全て終わって、その段階で求刑は決定されるべきものだろう」と述べた（例えば、これは何人も殺害した事件だから当然死刑以外考えられないじゃないかとお考えになるような事件はないではないかもしれませんが、それでもやはり公判において被告人質問などにおいて、当該組織犯罪の全容解明につながるような供述をすることによって、死刑ではない求刑の余地も出てくる、そんな事件もないわけではないと思いますので、やはり起訴した段階とか、あるいは公判前整理手続の段階において、この事件では死刑を求刑しますということ明らかにするというのは、およそ考えられないと私は思います」という）。

(109) 中山善房ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第三版〕第九卷』（青林書院、二〇一三年）五一頁（原田國男執筆）。

(110) これは、「かかる重い刑の裁判について、軽率な判断や一時の感情等から安易に上訴を放棄することがないようにするためである」（中山ほか編・前掲注(109)五八頁（原田國男執筆））。

(111) 中山ほか編・前掲注(109)五二―五四頁（原田國男執筆）。

(112) 椎橋・前掲注(94)一七一―一七三頁。

(113) もつとも、スーパードュー・プロセス構想を信奉する論者が、必ずしも自動上訴制度を支持するとは限らない。例えば、四宮啓教授は、米国において、死刑判決が上訴審の再審査に付されるのであれば、陪審は死刑に関する最終的な責任が他にありと考えるようになり、死刑判決を出す方向へのバイアスが生じることを挙げたうえで、このことが「日本の裁判員制度にも参考になる」と述べる（四宮啓「死刑量刑手続と「残虐な刑罰の禁止」条項——日本における死刑量刑手続について（続）」酒井安行ほか編『新倉修先生古稀祝賀論文集 国境を超える市民社会と刑事人権』（現代人文社、二〇一九年）二五二―二五三頁）。

(114) 裁判員制度に関する検討会・前掲注(13)二二―二三頁。このうち、(3)は、わが国の刑事訴訟の法制や実情が、スーパードュー・プロセスを採用するとされる米国のそれらとは異なるという点に注目して、自動上訴制度を導入する意義を見出し得

ないことを指摘するものである。

(115) 例えば、第一審の裁判員裁判による死刑判決の内容に心服し、自らの犯した罪が死刑に相当すると真に納得した被告人に対して、自動上訴により、本人がまったく求めていない上訴審による審査を強いることは、かえって被告人の個人の尊厳を害することになるのではないか。

(116) なお、弁護人は、裁判員裁判の運用が憲法に違反する旨も主張した。曰く。「現在の裁判員裁判の運用状況は、被告人に対する偏見を持つ裁判員等を排除することができないなど公正な裁判体を構成できる制度的保障を欠き、適正な裁判員が選ばれたかどうかの検証が不可能であつて、適正な裁判所を構成したものとは到底いえず、公平な裁判所による迅速な公開裁判を保障した憲法三七条、何人に対しても裁判所において裁判を受ける権利を保障した憲法三二条、適正手続を保障した憲法三一条に違反するものであり、また、死刑判断は裁判員にとつてもあまりに負担が大きいのであつて、裁判員となる国民に負担を課すものであるから、意に反する苦役に服させることを禁じた憲法一八条後段に反するばかりでなく、裁判員の思想・良心の自由（憲法一九条）や信教の自由（憲法二〇条）、表現の自由（憲法二一条）といった精神的な自由を害し、憲法一三条の幸福追求権等をも侵害するものである」（集刑三二四号二七四頁）。しかしながら、これに対して、最高裁判所は、裁判員制度が憲法の諸規定に違反しないことは裁判員制度合憲判決及びその趣旨に徴して明らかであるとして、弁護人の主張を斥けた。また、弁護人は、本文で紹介したスーパー・デュー・プロセスの問題のほかに、死刑制度が「国際人権規約に明らかに反する」旨も主張していた（二九三頁）。

(117) 集刑三二四号三二六―三三一頁で直接引用されているのは、デビッド・T・ジョンソン（岩佐政憲訳）「死刑は特別か？アメリカの失敗から得られる教訓」世界八三三号（二〇一一年）二八三―二八七頁であるが、その内容は前述の「一二の問題点」（ジョンソン・前掲注（81）三二―三四頁（Johnson, *supra* note (81), pp. 24-31））と同趣旨である。

(118) 例えば、堺市連続強盗殺人事件判決（最三小判平成三二年二月二二日集刑三二五号一頁）、連続青酸不審死事件判決（最三小判令和三年六月二九日集刑三二九号一〇一頁）など。