

研究ノート

手続二分論の再考

今井 朋子

- 一 視座
- 二 学説の状況
- 三 結語

一 視座

刑事訴訟法における被害者等の意見陳述に関して、刑事訴訟法 292 条の 2 は「被害に関する心情とその事件に関する意見」という陳述を規定し、同法 316 条の 38 は被害者参加人による「事実及び法律に関する意見」という陳述を規定する。量刑判断⁽¹⁾に鑑みれば、前者は心情という主観的要素を軸とし、量刑に関する一資料となり得る⁽²⁾。一方、後者は、同条 4 項に従い犯罪事実認定の証拠にも、また量刑に関する資料にもならない⁽³⁾。このように両者は異なる制度ではあるが、事実認定に影響を及ぼし得るといふ共通の危険性がある⁽⁴⁾。

-
- (1) 小坂敏幸「被害者及び被害者遺族の処罰感情と刑事手続上の表出方法」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、2010 年）311 頁、井戸田侃「刑事裁判の課題」寺崎嘉博＝白取祐司編『激動期の刑事法学－能瀬弘之先生追悼論集－』（信山社出版、2003 年）3 頁参照。
 - (2) 松尾浩也編『逐条解説犯罪被害者保護二法』（有斐閣、2001 年）101 頁。福島至「犯罪被害者意見陳述制度の検討」刑法雑誌 42 卷 1 号（2002 年）83-96 頁参照。
 - (3) 藤本哲也「被害者参加制度と損害賠償命令制度」戸籍時報 651 号（2010 年）87 頁。
 - (4) 被害者の発言と量刑との関係について、高山俊吉『裁判員制度はいらない』（講談社、2006 年）88 頁、橋爪大三郎『裁判員の教科書』（ミネルヴァ書房、2009 年）144-146 頁参照。

現行刑事訴訟法には、事実認定と量刑手続を区切る規定がない。また刑事訴訟規則 198 条の 3 は、手続二分の要請とまでは解されていない⁽⁵⁾。

量刑論はこれまで刑事訴訟に限らず、刑法や刑事政策の観点からも議論されてきた。前者では、量刑判断要素の数量化・類型化、とりわけ量刑判断の理論的構築を試みる手法などがとられている⁽⁶⁾。一方、後者では、判決前調査制度導入などの制度設計をその手法としている⁽⁷⁾。刑事手続の観点では、手続二分は冒頭陳述における前科詳述を否定する根拠として論じられたり、裁判員制度導入に伴い問題提起されたりしている。

そこで、本稿では、手続二分の要否に関して、学説⁽⁸⁾を整理し、被害者参加と裁判員裁判とによって大きく変容した現在の刑事手続の下で改めて論じる意義⁽⁹⁾とは何かを探ってみたい。

二 学説の状況

周知のとおり、手続二分論は英米法に依拠する制度⁽¹⁰⁾であるが、それは「罪責認定手続（罪体審理。犯罪事実の存否に関する立証段階）と量刑手続（量刑審理、情状審理。刑の量定のための情状立証の段階）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

-
- (5) ドイツ対案グループ原著浅田和茂監訳「翻訳叢書 27 刑事訴訟法公判手続対案」（成文堂、1991 年）98 頁以下参照。原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、2010 年）203 頁。運用上の手続二分に関する実験結果に関して、杉田宗久「裁判員裁判における手続二分論的運用について」原田國男判事退官記念論文集刊行会編『原田國男判事退官記念論文集 新しい時代の刑事裁判』（判例タイムズ社、2010 年）75 頁参照。神山啓史＝岡慎一「手続二分論的運用と弁護人の課題」自由と正義 61 卷 9 号（2010 年）72 頁参照。
- (6) 量刑問題に関して、法定刑にはどのような役割があるのかについて論じた量刑スケール論も議論対象のひとつである。小島透「量刑判断における法定刑の役割－量刑スケールとしての法定刑の可能性」香川法学 26 卷 3・4 号（2007 年）456-430 頁。

した) 後、量刑手続段階に移行す⁽¹¹⁾」る手続と定義されている。こうした定義を前提として、拡散している手続二分に関する学説⁽¹²⁾を収斂するかたちで整理する。まず、手続二分を肯定する説と否定する説とに大別する。それらに基づいて、留意すべき学説の特質に従いながら分析する⁽¹³⁾。

1. 肯定説

手続二分を肯定する説⁽¹⁴⁾は、次の七つを根拠とする。

-
- (7) 刑事政策の観点では、特に宣告猶予と関係する。平野龍一「執行猶予と宣告猶予 (一) - 準備草案と刑事政策上の諸問題」警察研究 32 卷 1 号 (1961 年) 25 頁以下、平野龍一「執行猶予と宣告猶予 (二) - 準備草案と刑事政策上の諸問題」警察研究 32 卷 2 号 (1961 年) 25 頁以下、森下忠「刑の宣告猶予等に関するベルギーの新法律」ジュリスト 365 号 (1967 年) 72 頁以下、植松正「宣告猶予制度の新設」時の法令 674 号 (1969 年) 26 頁以下、横井大三「宣告猶予について」ジュリスト 205 号 (1960 年) 11 頁以下、浦辺衛「執行猶予と宣告猶予」警察学論集 13 卷 6 号 (1960 年) 58 頁以下、鈴木義男「宣告猶予、酌量免除」ジュリスト 452 号 (1970 年) 109 頁以下、吉田勢子=吉田豊「刑の宣告猶予と執行猶予について」東京学芸大学紀要第 3 部門社会科学 28 集 (1975 年) 115 頁以下、市川道雄「アメリカ合衆国における宣告猶予制度」ジュリスト 330 号 (1965 年) 54-58 頁、吉川経夫「宣告猶予」法学セミナー (1977 年) 56-60 頁、吉田勢子「刑の猶予制度について - 宣告猶予と執行猶予 -」法学新報 111 卷 7・8 号 (2005 年) 285 頁以下、関野昭治「起訴便宜主義擁護論 (その一) - 宣告猶予制度、公訴権濫用論の問題 -」紀要 11 号 (1969 年) 93 頁以下、関野昭治「起訴便宜主義擁護論 (その二) - 宣告猶予制度、公訴権濫用論の問題 -」紀要 11 号 (1971 年) 21 頁以下等参照。須々木圭一「宣告猶予の目的 - 刑事政策学的試論 -」早稲田法学 42 卷 1・2 号 (1966 年) 137 頁、正田満三郎「判決前調査制度の真意義」判例時報 256 号 (1961 年) 2 頁、鴨良弼「判決前調査について」自由と正義 12 卷 10 号 (1959 年) 18-26 頁等参照。
- (8) フランツ・エクスマー「独逸裁判所に於ける刑の量定の実際」司法資料 263 号 (1940 年) 8 頁。
- (9) 齊藤豊治「量刑に関する被害者の意見陳述権」浅田和茂=川崎英明=安原浩=石塚章大編『刑事・少年司法の再生 梶田英雄判事・守屋克彦判事退官記念論文集』(現代人文社、2000 年) 441 頁以下。

（1）予断排除の徹底による事実認定の純化

「裁判官が、証拠の採否を認定するために、証拠物や証拠書類の提出を命じてこれを検討し得ることとか、あるいは、罪体の証拠としては許されないものも情状立証のためといえば容易に採用されること⁽¹⁵⁾」と「証拠能力と有無を検討し決定する仕事と、証拠能力ありとされた証拠の証明力を判断して事実を認定する仕事とが、同一の裁判官に委ねられ、さらに同じ事情から、裁判手続の罪体証明の段階と量刑事由を審理する情状立証の段階とに截然と区別されていない⁽¹⁶⁾」ことに基づき、起訴状一本主義による予断排除が、刑

-
- (10) Michael H.Graham,*Tightening the Reins of Justice in America: A Comparative Analysis of the Criminal Jury Trial in England and the United States*,Greenwood Press,pp.94-97 (1983) .,Terence Ingman,*The English Legal Process*,Financial Training Pubns,pp.126-127 (1987). 棒剛「イギリスにおける陪審制批判の系譜」堀部政男＝石井光＝酒井安行＝新倉修＝保倉和彦編『刑事司法への市民参加高窪貞人教授古稀祝賀記念論文集』（現代人文社、2004年）149頁以下。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』（有斐閣、2012年）872頁。青柳文雄「陪審制・参審制についての一考察」上智法学論集4巻1号（1960年）27頁以下参照。森井暲「ドイツ刑事訴訟手続と英米法—ドイツ刑事訴訟法の一部改正に関連して—」関西大学14巻4・5・6合併号（1965年）585頁以下、岸盛一「新刑事裁判の動向」法曹時報2巻6号（1950年）59頁以下参照。
- (11) 杉田・前掲註5・42頁以下。土本武司「量刑と余罪」別冊ジュリスト刑事訴訟法判例百選【第七版】148号（1998年）200-201頁、平野龍一＝松尾浩也『刑事訴訟法（新版）』（青林書院新社、1977年）298頁以下、中野次雄「余罪と量刑—最高裁大法廷の二つの判決と関連して—」法律のひろば20巻9号（1967年）21頁以下等参照。
- (12) ドイツ手続二分論については、福井厚「西ドイツにおける刑事手続二分論」岡山大学法学会雑誌22巻2号（1972年）53-83頁が詳細である。
- (13) 松岡正章「情状事実とその証明手続」立命館法学105・106号（1972年）181頁以下。
- (14) 団藤重光「ローマにおける第10回国際刑法会議に出席して（4）」ジュリスト443号（1970年）91頁以下。
- (15) 佐伯千仞「起訴状一本主義」団藤重光編『刑事訴訟法講座第2巻』（有斐閣、1964年）27頁。

事手続上行き届かないことを根拠に手続の二分を肯定する⁽¹⁷⁾。

(2) 刑罰論の展開

行為責任のみに相応した刑罰論が、行為者の改善・更生及び社会防衛にも相応するという刑罰論の展開に伴い、量刑判断に関する広範囲な資料を必要とする⁽¹⁸⁾。これは、審理の混在を招くゆえに、手続の二分を肯定する。

こうした学説に関連して、刑罰目的の変化と事実認定の純化を基盤としながらも、「両者がいかに関係するかは一つの重要な問題⁽¹⁹⁾」とする学説がある。刑罰目的の変化を根拠とする学説は「確かに応報的刑罰を志向するのであれば、量刑資料が事実認定資料と基本的に共通し、手続二分は不要であろう。二分論が犯罪者の経歴、環境、人格等量刑固有の資料の必要性への認識に根ざしていることは疑いない。⁽²⁰⁾」と是認されるが、「しかし、量刑固有の資料の必要性がそのこと自体で公判二分の主張に直結するかには疑義がないではない。一段階手続で同時に処理することの不都合さが積極的に指摘されなければならない⁽²¹⁾」と主張する。

そして、手続二分論の位置づけを考えることによって、刑罰目的の変化と事実認定の純化との間に、「二分論の理由としてあげられる刑罰の個別化と罪責認定手続純化という二つのものは、決してそれぞれが孤立していわれるべきものではなく、両者の調和点として追い求められる一つの制度としてこ

(16) 佐伯・前掲註 15・27 頁では、起訴状一本主義を徹底させるため「陪審制の復活強化にまで踏切らねば」ならないと指摘する。

(17) 現行刑事訴訟法の構造に関しては、最高裁昭和 27 年 3 月 5 日判決刑集 6 卷 3 号 351 頁参照。

(18) 松尾浩也＝田宮裕『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、1966 年）123-125 頁。

(19) 岩瀬徹「手続『二分』論」熊谷弘＝佐々木史朗＝松尾浩也＝田宮裕編『公判法体系Ⅱ第 2 編公判・裁判（1）』（日本評論社、1975 年）143 頁。

(20) 岩瀬・前掲註 19・143 頁。

(21) 岩瀬・前掲註 19・143 頁。

れを位置づけることができよう。すなわちわが国では、二分論は刑罰思想の変化によって現行法に内在した問題点が顕在化し、その解消のための議論として生じてきたし、今後も展開されることとなると思われる。⁽²²⁾」と結論づける。

前述した最高裁昭和41年11月22日第三小法廷決定（刑集20巻9号1035頁）と福岡高裁昭和28年4月1日判決⁽²³⁾（刑集6巻4号447頁）を根拠に、手続二分を肯定する裁判官の予断排除、さらには「検察官が冒頭陳述において情状に関する事項をのべてよいかなどという問題も、もはや生ずる余地がなくなる⁽²⁴⁾」として、裁判官の予断排除に関連して検察官の記載問題の解決とする学説もある。

他方、刑罰の個別化ないし量刑の合理化の観点から、被告人の改善、適正手続と憲法82条1項による公開原則による被告人の社会復帰に関する弊害を根拠とする学説もある⁽²⁵⁾。

量刑の多様性と関連して「公判二分は多様な刑事手続の一つのスタイル⁽²⁶⁾」という観点から、「予断排除の原則の基づく罪責認定手続の純化論のみならず刑罰認定手続の充実論⁽²⁷⁾」と「妥当な量刑の必要性とともに被告人保護論⁽²⁸⁾」との二つを根拠に挙げ、妥当な量刑の必要性には被告人の保護論をも一つの根拠としているところが注目に値する。

(22) 岩瀬・前掲註19・146頁。

(23) 最高裁昭和28年5月12日判決刑集7巻5号981頁、最高裁平成24年9月7日第二小法廷判決裁時1563号6頁参照。

(24) 鈴木茂嗣「訴訟手続二分論」高田卓爾＝田宮裕編『演習刑事訴訟法〔演習法律学体系15〕』（青林書院新社、1972年）30頁。

(25) 鈴木・前掲註24・32頁。

(26) 田口守一「公判二分論の今日的意義」高田卓爾博士古稀祝賀論文集刊行委員会編『刑事訴訟の現代的動向－高田卓爾博士古稀祝賀』（三省堂、1991年）150頁。

(27) 田口・前掲註26・162頁。

(28) 田口・前掲註26・162頁。

(3) 刑事訴訟法構造の差異

犯人の責任や処遇選択決定のため、人格的要素・環境的要素に関する調査の必要性と、この調査によって生じる無造作な権力行使による個人の権利と自由への危殆とを理由に、「まず犯罪事実の存否は、当事者主義的訴訟によって厳格に認定されなければならない。そして、その後の処分の決定の手続で、調査官などに科学的な調査を行わせることにより、妥当な処遇方法を発見できるようにすることができよう。このように訴訟の段階を二分し、前者を当事者主義的にし、後者を職権主義的にする⁽²⁹⁾」と説く。これは、犯罪事実の存否に関しては当事者主義的に行い、処分決定段階に関しては職権主義的に行うという刑事訴訟法の構造の相違を重要視する。

(4) 陪審制の復活に至る一過程

刑事訴訟法規則 192 条による裁判所の証拠提示の「常態化⁽³⁰⁾」と無罪率の低さに基づく量刑作業中心の裁判所のあり方という手続二分論が実務に浸透し難い理由とともに、情状証拠に関して、犯罪事実に関する証拠の取調べ規定により行っていることから「手続二分論が育つ基盤はない⁽³¹⁾」として、「判決前調査制度を導入すれば、必然的に手続を二分しなければならず、罪責認定手続における予断排除の徹底化を進め、証拠能力要件の厳格化も期待できる⁽³²⁾」とする。そして「陪審制の復活に至る一過程として、罪責認定手続と量刑手続を峻別するとともに、両者を原則として別の裁判官によって構成

(29) 平野龍一『法律学全集 43 刑事訴訟法』(有斐閣、1958 年) 20 頁。

(30) 石松竹雄「手続二分論の見直し—冤罪防止の見地から—」井戸田侃＝庭山英雄＝光藤景皎＝小田中聰樹＝大出良知編『誤判の防止と救済 竹澤淳夫先生古稀祝賀記念論文集』(現代人文社、1998 年) 68 頁。

(31) 石松・前掲註 30・67 頁。

(32) 石松・前掲註 30・68 頁。

される裁判体を担当することによって、①罪責認定手続における弁護活動の活性化、②裁判体に抱く有罪予断の払拭、『疑わしきは被告人の利益』原則の徹底、③証拠能力判断の厳格化、④量刑の個別化・合理化を実現することが期待でき、その実現にも比較的障害がない⁽³³⁾とする。

（5）訴訟の便宜性

手続二分が刑事手続の「有効性を増進させる⁽³⁴⁾」ため、混然とした証拠提出による裁判官の予断排除に関する合理的な疑いと「刑事訴訟手続の便宜性⁽³⁵⁾」を論拠とする。

それと関連して「判決前調査制度やアレイメント制度の採否とは関係なく、公訴事実そのものの認定の段階－有罪か無罪かを決定するための段階－と量刑の段階とを区別すべきである⁽³⁶⁾」とする学説もある。公訴事実そのものに関する証拠と被告人に関する証拠との混雑さという非合理性、つまり、いわゆる「混乱した公判手続に秩序を与え⁽³⁷⁾」る必要性と、量刑証拠の必要性が無罪有罪に左右されるために、「能率化に役立つ⁽³⁸⁾」。ゆえに予断排除に関する実務の「ルーズな考え方⁽³⁹⁾」を是正する。

（6）証明基準の相違

「罪責問題と量刑問題に二分することによって、審理を分かりやすいもの

(33) 石松・前掲註30・68-69頁。

(34) B・J・ジョージ・Jr「日本の刑事司法と司法部」法曹時報15巻8号（1963年）1-19頁。

(35) B・J・ジョージ・Jr・前掲註34・11頁。

(36) 高田卓爾「刑事訴訟法の動向」三ヶ月章編『岩波講座現代法5』（岩波書店、1965年）118-119頁。

(37) 高田・前掲註36・118頁。

(38) 高田・前掲註36・118頁。

(39) 高田・前掲註36・119頁。

にできるばかりでなく、前科など、罪責判断には有害な証拠を排除できるメリットもある⁽⁴⁰⁾」とする学説がある。被告人の「悪性が単なる刑の量定の事情に関連的である場合は必ずしも厳格な証明を必要とするわけではないが、情状の問題に悪性を考慮するため累犯とまらない前科の事実を証拠として提出するについては一応犯罪事実の立証が終った後が望ましい⁽⁴¹⁾」ことと、「刑の量定に関する証拠については、厳格な証拠法の適用がないと考えられるから、手続の段階の有罪無罪を決する手続と刑の量定に関する手続との二つに分けるのが適当と思われる。【中略】裁判官は、煩瑣な伝聞証拠の原理から解放されて刑の量定の手続を進め得るから、刑の量定について全きを得るものと考えられるのであって、又このことが刑の量刑の中が頗る広い我が刑法の要請にも応え得る所以であろう⁽⁴²⁾」として、手続を二分することが、伝聞証拠法則からの解放と刑法の要請に合致すること、「事実の認定の証拠と刑の量定の証拠の提出時期を区別しないと、量刑の資料は豊富な確率の高い判断を得られることと、刑の量定の幅が広いために極言すれば無限の証拠調を要求すること⁽⁴³⁾」を説く。

(7) 裁判員制度

ここでは裁判員を対象とした予断排除に着目する。「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。【中略】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

(40) 後藤昭＝西宮啓＝西村健＝工藤美香編『実務家のための裁判所法入門』（現代人文社、2004年）124-125頁。

(41) 田村豊『裁判上の証明』（法律文化社、1960年）76頁以下。

(42) 栗本一夫『新刑事訴訟法改訂版』（立花書房、1950年）190-191頁。

(43) 青柳文雄「公平な裁判所の理念」法学研究 34 卷 8 号（1961年）9頁。

れたのでは、評議の中で量刑事情が事実認定に影響を及ぼす⁽⁴⁴⁾」として、裁判員が事実認定に対する厳格と公正を要求されるゆえに手続の二分を肯定する。

こうした学説の具体例として前科の事例を挙げ、「前科があることをもって、訴因について予断の心証を取ってはならない⁽⁴⁵⁾」ため、「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、犯罪事実に関しては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⁽⁴⁶⁾」と主張するものもある。

2. 否定説

手続二分を否定する説は、次の四つを根拠として挙げる。

(1) 罪責問題と刑罰問題の流動性

「元来罪責問題と刑罰問題の区別は流動的である。即ち犯罪の存否というも、それは類型化された犯罪の意味であって、類型化個別化をどこまで認めるかにより区別は相対的なものになる。そして、罪法定主義の刑事訴訟法における保障という見地からは類型的に個別化しうる極限において扱えられなければならない。従って、立証については犯罪の成立を決する類型も刑罰

(44) 小野正典「目指すべき刑事司法改革 裁判員制度実施に向けて」自由と正義 56 巻 3 号（2005 年）59 頁。笹本信宏「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—」桐蔭論叢 13 号（2005 年）217-224 頁。

(45) 三井誠＝大川真郎＝飯田英男＝佐藤文哉＝井上正仁＝田口守一「座談会裁判員制度をめぐる」ジュリスト 1268 号（2004 年）41 頁 [佐藤発言]。上田國廣「裁判員裁判と手続二分論」季刊刑事弁護 44 号（2005 年）34-40 頁では、中間評議に関して「手続的に不透明な方法により判断を形成してしまう」として「当事者主義を後退させる」と指摘する。

(46) 池田修『解説裁判員法—立法の経緯と課題』（弘文堂、2005 年）110 頁。

を加重減免する類型も同価値に扱えられなければならない。⁽⁴⁷⁾」として、画一的な区別の困難さ⁽⁴⁸⁾ゆえに、手続の二分を否定する。

(2) 訴訟便宜上における手続二分の訴訟負担

手続二分に関しては、判決前調査制度導入を含んだ訴訟負担に鑑みて、手続の二分を否定する⁽⁴⁹⁾。弁護人の申請する証拠に同意するという検察官の慣行、宣告刑の軽さと訴訟に関する費用と時間の負担とを理由に、「判決前制度を導入して手続を二分することは魅力のある制度であるが、全面的に導入することについては慎重でなければならない⁽⁵⁰⁾」と論じる。

(3) 意識的な手続二分

手続二分に対しては、あくまで意識的なもので足りるとして「意識的にここまで罪責の問題、ここからは量刑の問題ということを可能な限り、裁判員にわかるような訴訟運営をする必要⁽⁵¹⁾」性を重視する。これは、刑事訴訟規則 198 条の 3 と同様の解釈である。

(4) 実定法上の根拠

「刑訴では要証事実について証拠調を完了した後でなければ量刑等のために必要な事実について審理しえないと解すべき根拠もない。従って量刑に必要な事実も要証事実の証拠調と段階を明確にする等のことなく、随時これを調べることが出来る⁽⁵²⁾」として、手続二分に対する根拠条文がないことを厳

(47) 平場安治『改訂刑事訴訟法講義』(有斐閣、1952 年) 166-167 頁。

(48) 田中和夫『新版証拠法(増補第三版)』(有斐閣、1971 年) 21 頁。

(49) 垣花豊順「手続二分論」ジュリスト増刊刑事訴訟法の争点〔新版〕(1991 年) 180-181 頁。

(50) 垣花・前掲註 49・181 頁。

(51) 三井=大川=飯田=佐藤=井上=田口・前掲註 45・40-41 頁 [田口発言]。

格に解する。

三 結語

ここまで量刑判断⁽⁵³⁾と関連して、手続二分に関する学説とその特質すべき要点についてまとめてきた。それらに基づき、手続二分の要否について検討すべき点は、次の三つと思われる。

第一に、刑事手続に関する事実は、事実認定と量刑手続とに区別できる性質であるか否かという点である。手続二分を否定する説は、刑事手続に関連する事実の画一的区別の困難性を理由に、手続の二分を否定する。手続二分を肯定する説は、予断排除を根拠に手続の二分を主張するが、予断が生じることを推測しているという点では、両説とも刑事手続に関する事実は、事実認定と量刑手続とに区別しにくい非断続性をもち、性質上は関連性があるという共通理解があることは疑う余地がない。しかしながら、量刑手続が事実認定にそれ以上の評価を与えるようなことは、事実の客観性を欠くため望ましくない。

第二に、事実認定と量刑手続を二分することは、訴訟運営上の意識的努力で足りるのか、それとも、明文規定を要するののかという点である。意識的努力で足りるとしたら、刑事訴訟規則 198 条の 3 で十分ということになる。他方、明文規定を求めるとしたら、そこには、権利性が認められ不服申立の問題が生じることになる。被告人との権利関係において、前者の場合は、仮に

(52) 刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第 15 巻』（有斐閣、1960 年）144 頁以下〔執筆者長利正己〕。

(53) 安原浩「量刑事実の選別化の必要性について—量刑判断の在り方についての一考察」三井誠＝中森喜彦＝吉岡一男＝井上正仁＝堀江慎司編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2007 年）615 頁は、「現在の量刑実務は、応報的な量刑事実を主要な評価対象としているにもかかわらず、これを一般的ないし特別予防的な表現で包み、学説上の対立が目立たないような、いかにも両説とも考慮したかのような表現に腐心しているため、それが主要な量刑事実が何かを不透明にしている」と批判する。

刑事訴訟法 316 条の 38 による求刑に対する意見が、事実認定にまで影響を及ぼし得るときは、被告人の適切な審理と量刑を受ける権利に抵触するおそれがある。一方後者の場合は、仮に手続の二分がなされないばかりに、求刑への意見により犯罪行為に相応した事実認定が行われなかったときに、これに対して不服申立が認められる。現行制度上は、刑事訴訟法規則 198 条の 3 により手続の二分は運用上の努力目標とされているが、裁判員裁判と被害者参加が導入された刑事手続に関して、事実認定に対する純粋性は、職業裁判官による刑事手続の予断排除⁽⁵⁴⁾や事実認定の純化よりもさらなる審理の慎重さが要求されるため、手続二分の要否については、意識的努力では不十分である。

第三は、裁判員裁判と被害者参加を導入した現行刑事訴訟法に対して、手続二分を再構築する意義とは何かである。近年の裁判員裁判⁽⁵⁵⁾にともない、手続二分論が再度議論されているが、それまでの議論が停滞していたのは、平たく言えば「刑事裁判の運用自体が専ら職業裁判官の手に委ねられてきた⁽⁵⁶⁾」からだという。従来の刑事手続に関して、量刑判断に対峙していたのは職業

(54) 予断排除は裁判官を対象とするが、裁判官の特性という別の視点から量刑判断を改める考え方として、連邦量刑ガイドラインがある。松原英世「連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化」前野育三＝斉藤豊治＝浅田和茂＝前田忠弘編『量刑法の総合的検討 松岡正章先生古稀祝賀』（成文堂、2005 年）71-94 頁、小川佳樹「アメリカ合衆国における量刑事情としての捜査・訴追協力（1）－連邦量刑ガイドライン 5K1.1 条を中心に－」早稲田法学 78 卷 2 号（2003 年）113 頁、小川佳樹「アメリカ合衆国における量刑事情としての捜査・訴追協力（2）－連邦量刑ガイドライン 5K.1.1 条を中心に－」早稲田法学 79 卷 1 号（2003 年）85 頁、菊田幸一「連邦量刑ガイドラインとその後の状況」法律時報 63 卷 8 号（1991 年）48 頁以下、池田順一「連邦量刑ガイドラインと連邦裁判所における量刑実務」判例タイムズ 1067 号（2001 年）99 頁、吉岡一男「松原英世『連邦量刑ガイドラインと量刑思想の変化』－刑事法学の動き」法律時報 77 卷 10 号（2005 年）133 頁以下等参照。

(55) 畑桜「裁判員制度下における手続二分制の有効性」立命館法政論集 9 号（2011 年）160 頁以下参照。

裁判官であったが、現行法上の刑事手続に関しては、それに対峙するのは、職業裁判官だけではなく、裁判員と被害者等である。従って、このような違ひの下で、「悪しき行為・結果を違法とするのではなく、悪しき性格・思想を違法とする⁽⁵⁷⁾」審理の回避、被害者参加人の求刑に対する意見に傾倒するかたちでの量刑判断の問題、被告人に認められる適切な量刑⁽⁵⁸⁾に対する弊害の回避は必須であり、それらが現代の刑事手続に関して手続二分論を再構築する意義ではないかと思われる。

(56) 杉田・前掲註5・50頁。手続二分論の議論の経過について、岩瀬・前掲註19・140頁以下は、戦前と戦後に区分し、手続二分の議論の経過について整理されている。戦前は、捜査機関が公判前に収集した調書や証拠物を裁判所が引き継ぐ形で裁判が行われていたので、事実認定と量刑判断を区別する方法は、刑事裁判を行う上で困難であると考えられていた。戦後になり、起訴状一本主義と量刑資料に関する明文がないことにより、刑事手続において事実認定に関わる証拠と量刑判断に関わる証拠が混雑することを運用上の問題として解決することに議論は重点をおく。そのほか、近年に至るまでの手続二分に関する議論の経過については、杉田・前掲註5・47頁以下が詳細である。ここでは、これを四つの契機に区別している。第一は、判決前調査導入である。手続の二分自体に比重があるのではなく、判決前調査の重要性を示すために手続二分の考え方が示されることとなる。第二は、予断排除であるが、実務の運用強化により解決を迎える。第三は、事実認定純化と刑罰個別化であり、ここで手続二分自体が議論対象となるが、立法上の契機が訪れなかったことにより議論は衰退する。そして、第四は、裁判員裁判の導入である。これにより、裁判員が犯罪事実認定を適切にし易くするなどの要請から、手続二分が議論の対象となっている。

(57) 清水晴生「被害者参加制度施行後の刑法・少年法」白鷗法學16巻2号（2009年）41-48頁。

(58) 法制審議会新時代の刑事司法制度特別部会第11回会議議事録32頁（http://www.moj.go.jp/keiji/keiji14_00058.html）参照。