

自己負罪型司法取引の 量刑格差問題についての研究（４・完）

清水 拓 磨*

目 次

序 章

- 第 1 節 問題の背景
- 第 2 節 本稿の課題
- 第 3 節 研究方法

第 1 章 有罪答弁・答弁取引の概観

- 第 1 節 有罪答弁・答弁取引の概観を論じる意義
- 第 2 節 答弁と答弁取引の種類
- 第 3 節 答 弁 交 渉
- 第 4 節 答弁の受理
- 第 5 節 事実に基礎の確認
- 第 6 節 取 引 違 反
- 第 7 節 交渉中の供述・合意・有罪答弁後の供述の証拠能力
- 第 8 節 答弁の争い方
- 第 9 節 答弁取引と弁護士
- 第 10 節 答弁取引と検察官
- 第 11 節 答弁取引と裁判官
- 第 12 節 小 括

第 2 章 答弁取引の沿革

- 第 1 節 答弁取引の形成過程を論じる意義
- 第 2 節 有罪答弁・答弁取引の歴史の概観
- 第 3 節 有罪答弁の状況（19世紀初頭まで）
- 第 4 節 答弁取引の登場（特に19世紀初頭から20世紀初頭まで）
- 第 5 節 答弁取引の認知から批判（1920年代から1940年代まで）
- 第 6 節 答弁取引の適法化へ（1950年代から1970年まで）

* しみず・たくま 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第7節 小 括	(以上, 385号)
第3章 自己負罪型司法取引による有罪答弁・自白の任意性についての検討	
第1節 問題の所在	
第2節 アメリカにおける議論	(以上, 386号)
第3節 日本における議論	
第4節 検 討	(以上, 389号)
第4章 量刑格差の正当化根拠についての検討	
第1節 問題の所在	
第2節 アメリカにおける議論	
第1項 量刑格差の正当化	
第1 反省・更生アプローチと功利主義アプローチ	
第2 紛争解決アプローチ	
第2項 量刑格差の正当化に対する批判	
第1 反省・更生アプローチと功利主義アプローチに対する批判	
第2 紛争解決アプローチに対する批判	
第3項 小 括	
第3節 日本における議論	
第4節 検 討	
終 章	(以上, 本号)

第4章 量刑格差の正当化根拠についての検討

第1節 問題の所在

自己負罪型司法取引に応じる場合に、処罰が軽くなる根拠は何か。これが本章で取り扱う問題である。

繰り返し述べてきた通り、自己負罪型司法取引では、取引に応じる場合には、処罰が軽くなることが通常想定される。なぜなら、取引に応じる場合に処罰が軽くならなければ、無罪となる可能性をほぼ捨ててまで、取引に応じる意味が、被疑者・被告人には基本的でないからである。そこで、取引に応じる場合に処罰が軽くなる根拠が存在するのかが問われなければならないように思われる。いいかえれば、取引に応じる場合と応じない場合に処罰の間に格差（量刑格差）ができることを正当化できるかが問題となる。

第2節 アメリカにおける議論

第1項 量刑格差の正当化

第2章や第3章でみてきた通り、アメリカにおいては、答弁取引の合憲性は1970年に認められた⁵⁰¹⁾。そして、その前後で、量刑格差の正当化根拠についての議論が多く存在する。そこで本節では、1960年代後半頃から1980年代前半頃にかけてのアメリカ法における議論を中心に整理する。

第1 反省・更生アプローチと功利主義アプローチ

アメリカ法律家協会は、「有罪答弁に関する基準」の中で、量刑格差を正当化する6つの理由を挙げた⁵⁰²⁾ (後に一部撤回⁵⁰³⁾)。連邦最高裁が答弁取引の合憲性をはじめて認めた1970年の Brady 判決⁵⁰⁴⁾ は、かかる「有罪答弁に関する基準」に影響を受けて、量刑格差の正当化を図ったと指摘される⁵⁰⁵⁾。Brady 判決では、次のように示された。

501) Brady v. United States, 397 U.S. 742 (1970). Brady 判決の詳細については、第3章第2節第1項第2を参照。

502) ABA, supra note 227, at § 1.8 (a). 「① 被告人が、有罪答弁によって、迅速かつ確実な矯正措置の実施に協力したこと、② 被告人が、有罪を自認し、自己の行為についての責任を負う意思を示したこと、③ 当該譲歩によって、より被告人に適した代替的刑事処分が可能となり、あるいは被告人に不当に苛酷な結果になることを回避することが可能となること (筆者注：有罪答弁と引き替えに犯罪の等級を引き下げるなどの手法により、アメリカの罰則にしばしば定められている非常に厳格な刑の下限を回避しうることを指している)、④ 公開の裁判が必ずしも好ましくない事件において、被告人が有罪答弁によって、証拠調べの必要性をなくしたこと、⑤ 被告人が捜査協力・訴訟協力に応じたこと、⑥ 被告人が有罪答弁によって訴訟遅延を回避することは、他の事件の迅速審理に貢献し、他の犯罪者に対する刑罰権の迅速確実な実現に貢献することになること⁵⁰²⁾」が6つの理由である。宇川春彦「司法取引を考える(7)」判例時報1593号29頁(1997年)。

503) ABA STANDARDS RELATING TO THE ADMINISTRATION OF CRIMINAL JUSTICE PLEAS OF GUILTY § 14.1.8 (a) (2d ed. 1979). 前掲注502の①⑥を撤回。

504) Brady v. United States 397 U.S. 742 (1970).

505) Albert W. Alschuler, The Changing Plea Bargaining Debate, 69 Calif. L. Rev. 652, 661 (1981) [hereinafter Alschuler Debate]. See, Brady v. United States, 397 U.S. at 752.

「国家に対して重要な利益を与えたとともに、有罪答弁をすることにより自己の犯罪を進んで認め、より短期間で更生に成功することを期待できる精神状態で矯正システムに入ろうとすることを示す被告人に対して、国家がその見返りとして利益を与えることを違憲であると判示することはできない⁵⁰⁶⁾」。

ここでは、被告人に恩典を与える根拠として、次の2つが挙げられている。1つは、被告人が有罪答弁により国家に重要な利益を与えるという点である（功利主義アプローチ）。もう1つは、被告人が自己の犯罪を進んで認め、そのような被告人には更生を期待できる点である（反省・更生アプローチ）。

後者のような理解は、前述のアメリカ法律家協会が公表した「有罪答弁に関する基準」でも採られていた。この基準では、刑の減軽のための考慮要素として、「被告人が自己の罪責を認め、自己の行為について責任を負う意思を証明した」ことが挙げられている⁵⁰⁷⁾。

以上のように反省・更生アプローチでは、反省や更生可能性が認められることが刑の減軽の根拠になるが、有罪答弁をする動機が、反省等にならない場合も想定される。すなわち、恩典を得たいという打算により有罪答弁がなされる場合も考えられる⁵⁰⁸⁾。そこで、現在のアメリカ法律家協会は、「被告人が有罪答弁または不抗争の抗弁をしたという事実を、そのみで刑の減軽事由として裁判所は考慮すべきでない⁵⁰⁹⁾」ことを確認している⁵¹⁰⁾。

506) Brady v. United States, 397 U.S. at 753.

507) ABA, supra note 227, at § 1.8 (a) (ii).

508) Comment, The Influence of the Defendant's Plea on Judicial Determination of Sentence, 66 Yale L.J. 204, 210-211 (1956); Alschuler Debate, supra note 505, at 663.

509) ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE PLEAS OF GUILTY § 14-1.8 (a) (2018).

510) アメリカ法律家協会が現在採用する基準と前掲注227の基準を対比すればみえてくるが、「被告人が有罪答弁または不抗争の抗弁をしたという事実を、そのみで刑の減軽事由として裁判所は考慮すべきでない」という現在の基準における § 14-1.8 (a) の冒頭の記載は、前掲注227の基準には存在しなかった。↗

その上で、「被告人が真に反省し、自己の行為に対する責任を負う意思を証明した⁵¹¹⁾」等の事由がある場合には、「裁判所が起訴又は量刑に関する譲歩を認めまたは与えることは適法である⁵¹²⁾」と指摘する。アメリカ法律家協会が公表している注釈に目を向けても、「有罪答弁をしたことのみを、被告人が自己の行為についての責任を受け入れた証拠であると考えべきでない。むしろ、被告人の言葉や行動から、被告人が『真に』反省していることを裁判所は確信しなければならない⁵¹³⁾」と記載されている。

現在のアメリカ法律家協会の理解は、次のように整理できるであろう。すなわち、有罪答弁がなされたことのみで直ちに反省や更生可能性が認められるわけではないが、有罪答弁がなされる場合においても、言葉や行為から反省や更生可能性が認められれば、それを理由に恩典を付与することは許されるという理解である。

以上にみた現在のアメリカ法律家協会の理解は、連邦の量刑法の理解と、被告人の態度や責任を負う意思を重視する点で、共通していると指摘される⁵¹⁴⁾。既に第3章でみた通り、連邦量刑ガイドラインは、§3E1.1 (a)で、「責任の受け入れ」があれば、2点の減点を与えている⁵¹⁵⁾。

ところで、前述の答弁取引の合憲性を肯定した Brady 判決では、被告人に恩典を与える根拠として、反省や更生可能性という要素のみが注目されたわけではない。当該判決では、「国家に対して重要な利益を与える」

ㄨ ただし、前掲注227の基準も、有罪答弁が直ちに反省や更生可能性のあらわれになると捉えていたわけではないと思われる。有罪答弁が反省や更生可能性の「証拠」となる場合があることを認めていたにすぎないであろう。ABA. *supra* note 227, at 1.8 (a) Commentary.

511) ABA, *supra* note 509, at § 14-1.8 (a) (i).

512) *Id.* at § 14-1.8 (a).

513) ABA STANDARDS FOR CRIMINAL JUSTICE PLEAS OF GUILTY § 14-1.8 (a) (i) commentary (3th ed. 1999).

514) *Id.* at § 14-1.8 (a) (i) commentary. United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1 (a) (2018)の詳細は、第3章第2節第3項第2を参照。

515) United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1 (a) (2018).

ということも指摘され⁵¹⁶⁾、功利主義的観点が重視されたとも理解し得る（功利主義アプローチ⁵¹⁷⁾。

学説上の議論においても、功利主義の観点から量刑格差を正当化する見解がみられる⁵¹⁸⁾。功利主義アプローチは、次のように整理できるように思われる。

答弁取引には、訴訟費用を削減するという社会的な利益がある。もっとも、答弁取引によって、被告人の処罰が相対的に軽くなるのも事実である。そのため、刑罰を科す社会的な目的が十分に達成されないという不利益が生じる。功利主義アプローチは、答弁取引によってこのような不利益が生じることを認めた上で、功利主義に基づき、訴訟費用の削減という利益が、この不利益を上回ることから、量刑格差は正当化されるとする見解である⁵¹⁹⁾。

このような理解も、アメリカの現状の実務と親和的であるように思われる。連邦量刑ガイドラインは、被告人が有罪答弁をする意思を告知することにより、自己の違法行為に関する捜査又は訴追に協力し、検察側・裁判所の資源の効率的配分を可能にした場合には、検察側の申し立てを条件に、１点の減点を与えている⁵²⁰⁾。

第２ 紛争解決アプローチ

これまでにみた２つのアプローチは、被告人が有罪であることを前提に、量刑格差の正当化を図るものであった。このような議論に対して、被告人が有罪・無罪の不確定な状態にあることを前提に、量刑格差を正当化する見解がある。これが紛争解決アプローチである⁵²¹⁾。

516) Brady v. United States, 397 U.S. at 752.

517) See, Alschuler Debate, supra note 505, at 670.

518) Nemerson, supra note 252.

519) See, Alschuler Debate, supra note 505, at 670.

520) United States Sentencing Guideline Manual, chapter 3, Part E § 3E1.1 (b) (2018). 詳細は第３章第２節第３項第２を参照。

521) H. Richard Uviller, Pleading Guilty: A Critique of Four Models, 41 Law & Contemp. 8

公判では、被告人は、完全な処罰を受けるというリスクを負っている。他方で、検察官も、公判では、無罪判決が下されるというリスクを負っている。そして、答弁取引がなされる場合、両者は基本的にはこのリスクを回避することができる。

このように答弁取引の存在によって、両当事者とも、有罪・無罪の不確定な状態から脱却し、公判におけるリスクを基本的に回避するという利益を得られるのであるから、量刑格差が生じても問題はない。これが紛争解決アプローチの論理である。

第2項 量刑格差の正当化に対する批判

以上のように、いくつかの量刑格差を正当化する見解が示されたが、いづれにも批判がないわけではない。その最大の批判を行ったのが Alschuler である。Alschuler の基本的な視点は、次の通りである。

「法制度が正当であるというための1つの特徴は、当該法制度が、手続の結果に与える訴訟戦略上の選択による影響を最小にしていることにある。刑事事件における犯罪者の処罰の程度は、主として、行為の内容と行為者の性格によって決定付けられるべきであり、犯罪後や逮捕後の手続上の選択の行使不行使の判断によって、決定されるべきでない⁵²²⁾」。

要するに、取引に応じて有罪答弁をしたという手続上の選択や、自己負罪拒否特権を行使して取引に応じなかったという手続上の選択によって、処罰が軽くなったり重くなったりするのは妥当でないと説いている。

第1 反省・更生アプローチと功利主義アプローチに対する批判

既にみたように、量刑格差を正当化する根拠の1つとして、反省や更生可能性を挙げる見解(反省・更生アプローチ)が存在する。Alschuler は、このような理解に対して、通常、被告人は「合理的な計算の後に(After a

↘ Probs. 102, 103-104 (1977); Church, supra note 357, at 513-514, 518.
522) Alschuler Debate, supra note 505, at 657.

rational calculation)」有罪答弁をしているのではないかという批判を行う⁵²³⁾。すなわち、通常は、公判を選ぶ利益と有罪答弁を選ぶ利益を合理的に見比べて有罪答弁をすることが想定される以上、反省等を理由に恩典を与えることは許されないと指摘する⁵²⁴⁾。

また、公判を選択する被告人に目を向けても、これらの者が必ずしも反省していないがゆえに、公判を選択しているわけではないとする。たとえ被告人が反省していたとしても、弁護人に公判を選ぶよう説得されて、公判を選択する者も存在するという⁵²⁵⁾。

さらに Alschuler は、有罪答弁が更生の一步を示すという理解に対しても批判を行う⁵²⁶⁾。有罪答弁をする被告人は、公判で有罪とされた被告人とほぼ等しい割合で、再犯をするという研究が存在する⁵²⁷⁾。恥を感じて、自白をすることができない犯罪者は、自白を全く何とも思っていない犯罪者よりも、更生の可能性が高いと指摘する⁵²⁸⁾。

以上のことから Alschuler は、被告人が有罪答弁をしたという事実は、反省を示すものでなければ、更生の可能性を示すものでもなく、単に、被告人の訴訟上の戦略決定の1つにすぎないと整理する⁵²⁹⁾。こうした訴訟上の戦略決定によって、被告人の処罰が決定されるのは、処罰の客観的評価を阻害すると説く⁵³⁰⁾。

以上の反省・更生アプローチに対して、功利主義アプローチを採用すれば、たとえ被疑者・被告人が打算によって取引に応じたとしても、そのことの見返りとして恩典を与える理由は否定されないように思われる。なぜ

523) Id. at 663.

524) See, *idid.*

525) Id. at 663-664.

526) Id. at 662.

527) W. Rhodes, *Plea Bargaining: Who Gains? Who Loses?* (1978) (part of the PROMIS Reserch Project of the Institute of Law and Social Research), at 53.

528) Alschuler Debate, *supra* note 505, at 667.

529) この点については他にも、Comment, *supra* note 508, at 209-211 を参照。

530) Alschuler Debate, *supra* note 505, at 668.

なら、功利主義アプローチでは、訴訟費用の削減の点を捉えて、量刑格差が正当化されるからである。すなわち、このアプローチの下では、取引に応じる被疑者・被告人の動機は問題とならないからである。

Alschuler は、この功利主義アプローチにも、次の問題があると批判する。

1つ目の問題は、人間の自由や刑罰目的が有する価値についてである。

「1年の拘禁刑にともなう苦痛と自由の剥奪を考えてみると、この処罰を正当化すると信じられているいかなる社会的目的も、たとえそれが明確に算出できないとしても、極めて重要であるものの1つとして考えられなければならないということがすぐにわかる。公正な功利主義上の計算において、1年『余計に』長い期間の拘禁刑を科すことの基礎となる重要な社会的目的を、数日間の法廷の運用コストと決して比較することはできない⁵³¹⁾」。「したがって、5年に『値する』処罰を4年に減輕することは、有罪答弁がもたらすと思われる費用の削減によって、正当化され得ない⁵³²⁾」。

また、「1年間の自由を、あるいは1年間の拘禁刑を経済的価値で表現することを我々のほとんどがためらってしまうのは、功利主義の観点から答弁取引を擁護する考えに対するより基本的な問題を示唆するのかもしれない」と指摘する⁵³³⁾。

2つ目の問題は、公判が有する価値についてである。

Alschuler は、「我が国(アメリカ)の憲法上、公判が有する価値を公判に要する経済的コストと比較することは絶対に容認できない⁵³⁴⁾」と指摘する。憲法の起草者らが愚か者でないなら、その者らは公判に費用が掛かることを理解していたはずであり、その上で、修正6条で陪審公判を受け

531) Id. at 670.

532) Id. at 670.

533) Id. at 671.

534) Id. at 677. 括弧内は筆者。

る権利を保障したのだとすれば、そこに費用を支出することには価値があると既に決定していたといえるからである⁵³⁵⁾。また仮に、憲法の起草者らがそのような判断をしていなかったとしても、刑罰を科す前には被告人の防御上の主張を聴くべきであると指摘する⁵³⁶⁾。

第2 紛争解決アプローチに対する批判

Alschuler は、紛争解決アプローチに対して、次の批判を行う。

「刑事事件において譲歩が意味するのは、被告人が半分の有罪 (half-guilty) であれば、本当に有罪であったならば受けたであろう処罰の半分を受けるということである⁵³⁷⁾」。「仮に罪を犯したなら、被告人は本当の罪人が受けるべき処罰を受けべきである。仮に罪を犯していないなら（より正確には、合理的な疑いを超えて罪が証明されないなら）、被告人は何の処罰も受けるべきではない⁵³⁸⁾」。

また、答弁取引が両当事者の利益になるという理解にも疑いを向ける。紛争解決アプローチでは、答弁取引がない場合よりも好ましい選択肢を被告人に与える点で被告人の利益になると説かれるが、仮に答弁取引がなければ起訴されないであろう犯罪についても起訴されるおそれがあるのだから（過剰起訴）、結局被告人の利益となっていないと Alschuler は指摘する⁵³⁹⁾。

答弁取引では、起訴する犯罪の内容が重ければ重いほど、あるいは起訴

535) Id. at 677.

536) Id. at 677-678.

537) Id. at 706.

538) Id. at 706.

539) Id. at 687-689. 過剰起訴の問題については、Albert W. Alschuler, *The Prosecutor's Role in Plea Bargaining*, U. Chi. L. 50, 85-94 (1968) を参照。

過剰起訴とは、Alschuler によれば、「被告人が『適切』な犯罪で有罪答弁するように誘引しようとして、被告人を明らかに無実の犯罪で起訴すること」をいう。Id. at 85. 過剰起訴には、起訴する犯罪の数を増やす水平的過剰起訴と、より重い犯罪で起訴する垂直的過剰起訴があると整理される。Id. at 85-86.

する犯罪の数が多ければ多いほど、検察官は取引の際に多くの取引材料を有することになる。そのため、起訴の段階で、「より重く、より多く起訴する」ことはあり得る。そして、仮にこのような過剰起訴がなされるならば、答弁取引が被告人の利益になると理解することは難しいであろう⁵⁴⁰⁾。

第3項 小 括

答弁取引は、量刑格差を前提とする。したがって、答弁取引を理論的に正当化するために、量刑格差を正当化しなければならないように思われる。

そのためアメリカにおいては、量刑格差の正当化根拠が議論の対象とされてきた。

量刑格差を正当化する代表的な見解の1つが、反省・更生アプローチである。このアプローチは、被告人に反省や更生可能性がみられることを恩典付与の根拠とする見解である。現在のアメリカ法律家協会は、有罪答弁のみから直ちに反省や更生可能性が認められるわけではないが、有罪答弁がなされる場合においても、言葉や行為から反省や更生可能性が認められれば、それを理由に恩典を付与することは許されるとしている。

この反省・更生アプローチに対しては、批判がないわけではない。有罪答弁をするという動機は、通常、打算にあるのではないかという批判がなされる。

量刑格差を正当化する代表的な見解のもう1つは、功利主義アプローチである。このアプローチは、取引によって処罰が軽くなることから、刑罰目的が十分に達成されないという不利益が生じることを前提に、この不利益を取引がもたらす訴訟費用の削減という利益が上回ることを根拠とする。そのため、このアプローチの下では、たとえ被疑者・被告人が打算に

540) この他にも、運用上の問題等が指摘される。Alschuler Debate, *supra* note 505, at 689-693. すなわち、答弁取引が原因で、弁護人が被告人の利益のために行動しなくなるという問題と検察官が公益のために行動しなくなるという問題等が指摘される。

よって取引に応じたとしても、量刑格差の正当化根拠は否定されないように思われる。

しかし、この功利主義アプローチに対しても、批判がないわけではない。刑罰によって達成しようとする社会的目的が十分に達成されないという不利益は訴訟費用の削減という利益を上回るという批判が与えられる。

上記の反省・更生アプローチと功利主義アプローチは、被告人が有罪であることを前提に論理を組み立てる点で、共通していた。これらのアプローチに対して、被告人が有罪か無罪か不確定な状態にあることを前提にする見解がある。これが、紛争解決アプローチである。このアプローチは、両当事者とも、答弁取引によって、公判におけるリスクを基本的に回避するという利益を得られる以上、量刑格差は正当化されるとする。

もっとも、この紛争解決アプローチに対しても、批判がないわけではない。第1に、半分の嫌疑には半分の処罰が妥当するという考えは、到底認められないという批判がある。第2に、紛争解決アプローチは答弁取引が両当事者の利益になると捉えるが、過剰起訴の問題を踏まえると、被疑者・被告人の利益となっているかは疑わしいという批判がある。

第3節 日本における議論

量刑格差の正当化根拠に関して、先にみたアメリカの議論とは対照的に、日本においては、現状、あまり議論がみられないように思われる⁵⁴¹⁾。しかし、量刑上、自白を有利に考慮することが許されるのかという形では議論がなされてきた。

実務上、被疑者・被告人による自白は、量刑において、有利に考慮されることがあることは、周知の通りである⁵⁴²⁾。では、自白を量刑上考慮す

541) ただし、協議・合意制度に関しては、正当化が可能を検証する論文が近年登場している。土井・前掲注430)195頁以下、佐藤・前掲注430)50-51頁、池田・前掲注430)12頁以下等を参照。

542) 川合昌幸「被告人の反省態度等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系（3）』192-193頁（判例タイムズ社、2011年）を参照。

ることが許される根拠は、どのような点に求められだろうか。

この点につき、特別予防的観点から自白が反省・悔悟の情を示すものであることを根拠とする説と、政策的観点を根拠とする説が代表的なものとして存在する⁵⁴³⁾。2011年から2014年にかけて行われた法制審議会「新時代の刑事司法制度特別部会」においても、自己の犯罪事実の解明に協力した者に対する刑の減輕の根拠につき、非難可能性の減少と捉える見解⁵⁴⁴⁾と、供述を誘引するという政策的観点に根拠を求める見解⁵⁴⁵⁾が示された。

これらの議論に対して、自白を量刑上有利に扱うことを批判する見解も、古くから主張されてきた⁵⁴⁶⁾。この見解を代表するのが、佐伯千仞である。

佐伯は、「被疑者・被告人の自白または否認は、当該事件に関する刑の量定に当つて、絶対に、裁判官によつて考慮せられてはならないという原則を確立する⁵⁴⁷⁾」ことが必要であると指摘する。その最大の根拠として、「被疑者、被告人が否認したか自白したかによつて、彼に対する刑の量定が重くなつたり軽くなつたりしたのでは、それらの者は、決して供述の自由を保障せられることにはならない⁵⁴⁸⁾」ことを挙げる。

543) なお、平場安治は「刑の量は責任において定まり、その処遇の選択は人格によって決する」という立場を前提に、「刑罰の量は責任を超えてはならないし、責任は行為責任主義に固定せられるから、犯罪後の態度いかんによって刑量が重くなつたり軽くなつたりすることはない」と確認した上で、「自白したが故に刑が軽くなり、否認したが故に刑が重くなるのではなく、自白または否認から合理的に推認できる彼ら的人格の事実の故に処遇の選択がなされる」とする。平場安治「黙秘と量刑」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』291-295頁（日本評論社、1970年）。自白に関しては、「彼が素直に自白したことを悔悟の現れとしてその責任を減じるのではなく、彼が従順率直な、場合によっては迎合的な人格だとして彼に適した処置を考えるのである」と指摘する。平場・同上294頁。

544) 特別部会第25回会議事録5頁〔川端博発言〕。

545) 特別部会第1作業分科会第3回議事録5頁〔川出敏裕発言〕。

546) 佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」木村博士還暦祝賀『刑事法学の基本問題（下）』1008頁（有斐閣、1958年）。

547) 佐伯・同上1008頁。

548) 佐伯・同上1009頁。

同じく、井田良も、「自白を有利に考慮することは、反面において、認められた防禦方法であり、手続法上の権利行使でもある黙秘・否認（故意や犯罪阻却事由の存否などを争う一部否認も含む）という事情を、被告人に不利な方向で斟酌することにほかならない⁵⁴⁹⁾」とした上で、「自白・否認の別それじたいを量刑で考慮すべきではなかろう」と指摘する⁵⁵⁰⁾。

佐伯と井田の問題意識は、単に黙秘したことを量刑上不利益に考慮してはならないということを超えて、自白や否認が量刑から排除されなければ、被疑者・被告人の黙秘権が実質的に保障されないのではないかと、という点にあるように思われる。このような理解に対して、そもそも、黙秘を量刑上考慮してはならないということまで、黙秘権の保障内容に含まれるかが問題とされてきた。

例えば、田宮裕は、黙秘権の意義につき、「犯罪事実に関する供述を強要されないこと、とくに国家が個人に対して供述義務を課することを禁止したもの⁵⁵¹⁾」と捉えた上で、その本来的な効果を次の2つに整理する。まず、上記の意義から、国家は「刑罰その他の制裁で（不服従罰や裁判所侮辱）、供述を強制しないという効果」を導く⁵⁵²⁾。そして、供述義務が否定されるところから、「もし黙秘権を侵害して有罪証拠を獲得した場合には、これを証拠に使わせてはならない」という証拠禁止の効果⁵⁵³⁾を導く。以上のように整理した上で、その他の「重い量刑の理由になるとか」は「黙秘権の本来的な効果ではない」と指摘する⁵⁵⁴⁾。

549) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号307頁（1996年）。

550) 井田・同上308頁。なお宇藤崇も「『司法権の行使に協力した』者には恩典が与えられるべきであるとしても、実質的に見て、正当な権利として黙秘権あるいは供述の自由を行使した被疑者・被告人が不利益を被ることになるような量刑のあり方を許すようなことがあっては、正当な権利行使を委縮させる結果となってしまうおそれがある」と指摘する。宇藤崇「司法取引と量刑的考慮について」刑法雑誌50巻3号18頁（2011年）。

551) 田宮裕「被告人・被疑者の黙秘権」『刑事訴訟法講座第1巻』82頁（有斐閣、1963年）。

552) 田宮・同上。

553) 田宮・同上82-83頁。

554) 田宮・同上83頁。なお、田宮は、黙秘を量刑上不利益に考慮することを認める根拠に

以上のように、日本では、自白や黙秘等を量刑上考慮することが許されるかという問題設定の下、主として、黙秘権保障の内容が議論の対象とされてきた。

佐伯や井田のように、黙秘権行使の自由を実質的に保障するという観点から、自白を量刑上有利に考慮することは許されないと理解するならば、自己負罪型司法取引に関して、それが生む量刑格差の正当化根拠について論じる必要性は必ずしも高くないのかもしれない。しかし、このような理解をするには、黙秘権の保障内容に関する理論上の問題を克服するとともに、実務の抜本的な変更を要することになり、一定の困難を伴う。そこで本稿では、このような論点には触れず、量刑格差の正当化根拠についてのみ検討を行う。

▼つき、次のように言及している。「不応答はうしろめたいことがあるからだというのは、素朴な合理的な経験論である」。「刑罰その他の手段で供述を強要することを禁止するのが黙秘権の効果であるから、供述した被告人と黙秘している被告人を、量刑上等しく扱わなければならないということを、黙秘権の内容と理解するのは困難であり、「むしろ、実体法上の量刑基準として、犯罪後の情状について顧慮することは、とくに犯罪を悔悟しているかどうかを考慮するのは合理的なものであり、犯行の供述が多くの場合改悛・悔悟を示すものであることは、すでに一般にも認められている（改正刑法仮案五七条八号、改正刑法準備草案四七条二項参照）。簡易公判手続で有罪の陳述をした者は手続を簡略にして国家の負担を軽減したのであるから量刑上有利に扱うことができることの反射の効果として、「有罪の陳述をしないものがこれと比べて不利益に扱われることになるのは、あながち不合理とはいえないであろう」。田宮・同上84-85頁。他にも、団藤重光編『注釈刑法(2)のII』(有斐閣、1970年)〔田宮裕〕、田宮裕・多田辰也共著『セミナー刑事手続法証拠編』274頁(啓正社、1997年)を参照。同じく、黙秘を量刑上不利に考慮することを認める見解として、松尾浩也『刑の量刑』『刑事政策講座第1巻』345頁(成文堂、1971年)を参照。他にも、松井清彦は佐伯説を対象に、「単に黙秘したという事実だけで刑を重くすることはありえないし、そのような態度等から悔悟の念がうかがわれないと判断される場合にそれを量刑上斟酌することはなんら不合理ではなく、自白を強要することにはならないから、憲法違反の問題は生ずる余地はなく、所論は前提を欠くというべきである」と批判する。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(3)〔第2版〕』446頁(青林書房、1999年)〔増井清彦〕。

第4節 検 討

日本において、自己負罪型司法取引が生む量刑格差を正当化できるかにつき、アメリカ法における分析を踏まえて、若干の検討を行う。

まず、量刑格差の正当化として、反省・更生アプローチのような理解を採ることが考えられる。この理解は、一見すると、日本において、自白を量刑上有利に考慮することが許される根拠の1つとして、特別予防観点⁵⁵⁵⁾が挙げられてきたことと親和的であるように思える。

しかし、アメリカ法における議論を参考にすると、反省・更生アプローチのような理解は説得的でないと思われる。なぜなら、取引過程において、取引に応じる被疑者・被告人に通常想定される心理状態は、反省にないと考えられるからである。通常は、打算によって取引に応じるということ想定すべきであろう。

たしかに、取引に応じる者の中には、その動機が反省に基づく者が存在することを理論的に否定することはできないように思われる。しかし同時に、取引に応じる場合のメリット・デメリットと取引に応じない場合のメリット・デメリットを合理的に計算して、取引に応じる者が存在することも否定できないであろう。むしろ、アメリカ法における議論を参考にすると、打算により取引に応じるというのが一般的であると理解すべきであるように思われる。そのため、取引に応じて有罪答弁や自白をした被告人に対して、反省や更生可能性が認められることを根拠に恩典を与えることは許されないように思われる。

555) 宇川検事は、合理的な範囲の量刑格差が許容されることにつき、反省等を理由にしても説明できると指摘する。「法廷で有罪を認めた者は、真に反省している場合もあるだろうし、少なくとも自己の刑事責任を潔く認めようというのであるから、まず、それだけで応分の減軽をする理由があると考えられる。有罪自認の分だけ被告人に対する非難の程度が減少すると考えても良いし、『ああでもないこうでもない』と自己の刑責を否定したままの者は、その分だけ更生への道のりが遠く、重刑が要請されると考えても良いであろう」。宇川・前掲注 502) 27頁。

このような理解に対しては、現在のアメリカ法律家協会の基準を参考にした次のような批判が想定される。すなわち、有罪答弁や自白のみを反省や更生可能性を示す証拠として利用するのではなく、有罪答弁や自白がなされる場合においても、その際の言葉や行為から、その被告人に反省や更生可能性が認められれば、それを理由に恩典を与えることは否定されないのではないかという批判である。

しかし、取引過程において、取引に応じる被疑者・被告人に通常想定される心理状態が「反省」ではなく、合理的な判断を下せる状態なのだとするれば、つまり、通常は「打算」によって取引に応じるのだとすれば⁵⁵⁶⁾、有罪答弁や自白がなされる際の言葉や行為から、反省や更生可能性が認められるとして恩典を付与すると捉えることは、現実を離れた技巧的な理解になっているように思われる。

上記の議論から、量刑格差を正当化するためには、取引に応じるという動機が反省にない場合についても妥当する論理が採用されなければならないことがみえてくるであろう。

この点に関連して、日本においては既に、自首規定が刑法典に設けられている(刑法42条)。そして自首規定の条文上、改悛の情は要件とされていない。また条文上、「捜査機関に発覚する前に」という時間的な制約が設けられている。これらのことから、自首における刑の減輕根拠は、犯罪の捜査や犯人の処罰を容易にして、訴訟費用を節約するという刑事政策的な目的の実現にあると一般に理解されている(政策説)⁵⁵⁷⁾⁵⁵⁸⁾。

556) 供述が取引によって獲得される場合には打算的色彩が強いということは、既に日本においても指摘されている。例えば、本庄武は「協議・合意の過程で供述がなされる場合は、冷静な利害得失の判断に基づいて協力するかどうかが決められるため、通常は責任減少に値するような精神状態にはない」と指摘する。本庄武「犯罪事実解明による刑の減輕制度について」一橋法学15巻2号122頁(2016年)。

557) 政策説を支持する見解として、平場・前掲注543)286頁、城下裕二『量刑基準の研究』172-174頁(成文堂、1995年)、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻総論』638頁(有斐閣、2010年)[吉川伸彦]、渡辺修「余罪取調べと自首——神戸地判平成四年五月二〇日によせて」『新・生きている刑事訴訟法』佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集110-111頁(成文堂、1997)

このように、日本においては既に、自首規定という形で、訴訟費用の削減をもたらした者に恩典を付与する制度が存在する、という評価も不可能ではないのかもしれない⁵⁵⁹⁾。仮に、このような考え方を前提にするならば、自己負罪型司法取引についても、この自首と同様に捉えればよいように思える。すなわち、訴訟費用の削減をもたらすという政策的観点で刑の減輕の根拠と捉えることができるようにもみえる。

しかし、この説明だけでは、不十分であろう。この見解は、功利主義に基づく正当化を前提にしてはじめて成り立つのではないと思われる。仮にそうだとすれば、この見解は、アメリカ法における功利主義アプローチを参考に、次のように整理することができるであろう。

すなわち、取引がもたらす訴訟費用の削減という利益が、刑罰を科す社会的目的が十分に達成されないという不利益を上回るとする見解である。

しかし、前者の利益が後者の不利益を上回ると捉えることには疑問の余地がある。アメリカ法で問題とされたように、刑罰、特に自由刑は、被告人に対して著しい不利益を与えるものである。そのため、功利主義の考え方を前提にすると、刑罰目的をどのように捉えるにせよ、刑罰を科すこと

ㄨ年)、丹治初彦「自首と量刑——実務の現場から——」前野育三ほか編『量刑法の総合的検討』松岡正章先生古稀祝賀321頁(成文堂、2005年)等がある。ただし、「政策」にどのような意味を込めるかにつき、必ずしも理解が一致していないように思われる。

558) 政策的考慮に加えて、責任減少も加味する見解も存在する。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』523頁(青林書院、2015年)[増井清彦]を参照。このような理解に対しては、「犯罪の終了により確定するはずの」「有責性を、犯罪後の事情によっても判断しようとすることは、行為(責任)主義、ひいては罪刑法定主義に反すと言わなければならない」という反論がある。城下・前掲注557)173頁。

559) ただし、自首規定の実際の運用をみると、「自首減輕(あるいは刑の減輕)をするに当たっては、自首の動機や自首に至る経緯などに真摯な反省悔悟が含まれているかどうかを問題としているように読める裁判例が多い」ことが指摘される。川合・前掲注542)198頁。また、「政策説からは、通説判例によって要件とされている『自白の任意性』は演繹されない」ということも指摘される。岡上雅美「量刑事実としての『真実解明のための協力』について(1)——自首・自白者、内部告発者ないし王冠証人に対する減輕に関する実体法的小および比較法的一考察」筑波法政38号130頁(2005年)。

には、その被告人の不利益を上回るだけの社会的な利益が存在するはずである。仮にそうだとすれば、自己負罪型司法取引によって訴訟費用が削減されるといふ利益が、刑罰目的が十分に達成されないという不利益を上回ると捉えることは難しいのではないかとと思われる。

最後に、紛争解決アプローチについて考察する。この見解が前提としているのは、自己負罪型司法取引が両当事者の利益になり、「半分の嫌疑には半分の処罰が値する」ということである。

まず、紛争解決アプローチにつき問われるべきは、取引の存在が被疑者・被告人の利益になっているか否かである。この点については、検察官による過剰起訴の問題を踏まえれば、疑問が残る。

起訴する犯罪が重ければ重いほど、起訴する犯罪の数が多ければ多いほど、検察官は取引の際に使える道具が増えることになるように思われる。そのため、自己負罪型司法取引を導入すれば、日本においても、アメリカのものと同程度こそ違いはあれ、過剰起訴の問題は生じるおそれがある。そうだとすれば、取引が被疑者・被告人の利益となるとは必ずしも捉えられないであろう。

また、このアプローチは、より重大な問題を抱えると考える。「半分の嫌疑には半分の処罰が値する」と捉えるからである。我が国の刑事訴訟法の基本的な理解において、「合理的な疑いを超える証明」が要求されることに疑いはないであろう。ところが、このアプローチは、嫌疑が半分の場合にも刑罰を科すことを認めてしまう。そうだとすれば、「合理的な疑いを超える証明」の要請を前提としない論理といえよう。そのため、このアプローチも説得性に欠けるであろう。

このようにしてみると、少なくとも本稿で分析したアメリカ法の議論を参考にする限りは、自己負罪型司法取引が生む量刑格差を正当化するのは難しいように思われる。

終 章

最後に、本稿を結ぶにあたって、今後の課題を示したい。

第１に、暗黙の取引が生む問題への処方箋を検討する必要があると考えている。

現状、我が国において、暗黙の取引がなされているという認識は強いように思われる。そして、自己負罪型司法取引を肯定する論理の背景には、こういった暗黙の取引を放置するよりも、制度化して規制する方がよいという認識があるのかもしれない。

しかし、本稿としては、自己負罪型司法取引を制度化したところで、従来から指摘とされてきた暗黙の取引が生む問題は必ずしも解決されないのではないかと考えている⁵⁶⁰⁾。その問題の１つが、取引によって自由な自己決定が害されるのではないかということであるが、この点の検討は第３章で既に行った。

暗黙の取引といっても様々な種類があり、問題の内容も様々であろう。そこで、現状、我が国でどのような暗黙の取引がなされているのかを整理し、問題を抽出した上で解決策を模索していく必要があるように思われる。

560) 緑大輔は、暗黙の取引に関して次のように指摘する。「暗黙裡の『取引』が存在するという問題提起は、実質的には、検察官と被疑者・被告人の間の取調べに透明性が欠けていることや検察官の訴追裁量権限の行使の在り方への疑問を表現し、あるいは裁判所の訴訟指揮（一回終審にするか否か等）や量刑判断についての説明が不充分であることを表現しているように思われる。これらの問題に対する処方箋は、検察官と被疑者・被告人の間の『取引』の態様・効果の制度化を行うことでは、おそらく十分には達成されない。むしろ、これらの問題の解決のためには、取調べの録音・録画、被疑者・被告人と弁護人との意思疎通の充実化、検察官の訴追裁量への法的規律や、量刑基準の理論化・明確化などの諸問題への検討に取り組みべきことを示唆しているように思われる。これらの課題が解決するならば、暗黙裡の『取引』として問題とされている事象の多くは、解決するであろう」。緑・前掲注 20) 130-131頁。なお、緑論文で指摘される「暗黙裡の取引」とは、「検察官等が寛大な刑罰や身体拘束からの早期の解放という『利益』を提示し、これに対して被疑者・被告人に自白や被害回復が求められる状態を指す」とされている。緑・同上130頁。

第2に、有罪答弁制度が我が国の基礎理論と抵触しないかを検討する必要があると考えている。

序章でも確認した通り、自己負罪型司法取引の導入は、有罪答弁制度の導入を直ちに意味しない。また仮に、我が国において自己負罪型司法取引を導入する理由が、供述収集手段の多様化を図ることにあるとするならば、なおのこと導入は不要であろう。しかし、アメリカ法のように、自己負罪型司法取引の簡易手続としての機能を強調するならば、有罪答弁制度もあわせて導入することが主張されるおそれがある。この有罪答弁制度の導入には理論上の課題が多いように思われる。

具体的には、有罪答弁が受理される場合、基本的にはそれだけで被告人の有罪が確定し、量刑手続に移ることになることから、補強法則（憲法38条3項）に反しないか否かが問題となるであろう⁵⁶¹⁾。他にも、証拠裁判主義（刑訴法317条）に反しないか、合理的な疑いを超える証明がなされているといえるか等が問題となり得る⁵⁶²⁾。

これらの点に関する検討には、別稿を期したい⁵⁶³⁾。

561) この点を問題とする見解として、福島・前掲注6)179頁、団藤・前掲注6)461-465頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要 7訂版』285頁（創文社、1967年）がある。なお、これに対して、憲法38条3項に違反しないとする見解として、田宮・前掲注6)329-331頁、平野・前掲注6)232頁、五十嵐二葉『憲法上の権利としての刑事手続——憲法の保障と実体とのギャップ』法学セミナー494号62頁（1996年）等がある。

562) 川出・前掲注13)338頁以下等を参照。

563) なお、本稿における2点の誤りを訂正したい。第1に、本稿では第1章第4節第1項第2において、United States v. Timmreck 判決を直接結果・間接結果の区別の基準を採っている判例と位置付けた。しかし、この判例は、the mandatory special parole term を告知しないことが適正手続権に違反するものではないとしたにすぎず、上記基準を採用した判例ではないと思われ、本稿の理解は誤りであった。第2に、第1章第9節第2項の Missouri v. Frye 判決の紹介において、本稿では、修正6条違反のため「被告人は、もし弁護人の効果的な援助があれば、初期の答弁申し出を受け入れたであろう合理的蓋然性」及び、「当該答弁が、検察による取消しあるいは裁判所の受理の拒否もなく、提出されたであろうこと」を「証明しなければならぬ」と指摘した。これに加えて、「手続の最終結果が、有罪答弁により、より望ましいものになっていたと思われる合理的蓋然性があること」も証明しなければならぬ。この点が抜け落ちていた。