

量刑に対する責任，危険性および予防の意味

松 宮 孝 明*

1. 「量刑」の意味
2. 「責任」の意味
3. 「危険性」の意味
4. 「予防」の意味
5. 予防論からみた量刑の基本原則

1. 「量刑」の意味

1 本稿は、「広い意味での量刑」に対する行為者のいわゆる「行為責任」という意味での責任，行為者の危険性および犯罪の予防という観点の持つ意味を，一般的に検討しようとするものである。ここにいう「広い意味での量刑」(以下，単に量刑と呼ぶ。)とは，「刑の量定」と同じ意味であり，以下の4つの意味を持つ。第1は，最狭義の「量刑」であり，懲役・禁錮・拘留などの自由刑または罰金・科料などの財産刑について，刑期または金額を定めることである(刑量の決定)。第2は，これに加えて，刑種の選択を行うことである(刑種の選択)。第3は，これらに加えて，執行猶予か実刑か，猶予の場合に保護観察を付すか否かを決定することである。第4は，さらに，これらに加えて，過剰防衛・過剰避難などを理由とする裁量的刑の免除(刑法36条2項，37条1項ただし書き)，外国判決を理由とする刑の執行の減輕または免除(刑法5条)，未決勾留日数の算入，罰金および科料の換刑処分，公職選挙法による公民権の不停止・

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

停止期間短縮(公選法252条),売春防止法における補導処分(売防法17条)の可否を決定することである¹⁾。これらのうち,現実の裁判で最も頻繁に問題となるのは,第2の刑種の選択,第1の量刑の決定,および第3の猶予の有無であろう。これらの「量刑」に対して,行為責任,行為者の危険性,犯罪予防の考慮が,一般にどのような意味を持つかを探るのが,本稿の課題である。

2 ところで,この課題の前提問題として,刑法ないし刑罰・処罰の意味ないし目的が明らかにされなければならない。というのも,刑罰の意味・目的が明らかでない限りでは,その刑罰を決定する「量刑」が何のために,何を目標として行われるべきか自体が,決まらないからである。しかし,この刑法ないし刑罰の意味・目的,言い換えれば刑罰の正当化根拠をめぐっては,これまで,激しい議論が重ねられたが,その決着はついていない。たしかに,一方では,「刑事罰は,過去の違反行為の反社会性・反道徳性に着目し,違反行為に対する応報の観点から,違反行為者に対して道義的非難を加えることを本旨とし,これに伴い違反行為の抑止(一般予防)効果も期待するものである。」²⁾として,刑罰の意味・目的を「応報」と一般予防の一種である「抑止」とに求める二元主義的な説明が,かなり一般化していた。しかし,他方で,このような「応報」と「一般予防的抑止」のほかに,「再犯の危険性」や「社会復帰」などの「特別予防」の観点を強調し,「応報」を基調とする「責任」の範囲内で,「一般予防」ばかりでなく「特別予防」をも含む「予防」を考慮する見解も多数見受けられる³⁾。これは,日本の刑法学界では通説と呼ばれる「相対的応報刑」

1) この4分類については,原田國男『量刑判断の実際[第3版]』(2008年)1頁,松尾浩也「刑の量定」宮沢浩一ほか編『刑事政策講座第1巻』(1971年)337頁参照。

2) 公正取引委員会「独占禁止法改正(案)の考え方」<http://www.jftc.go.jp/kaisei/kaisei.html>参照。この考え方は,アメリカ連邦最高裁判所を頂点とする合衆国の判例の多数説とよく似ている。そこでは,懲罰(punishment)ないし応報(retribution)と抑止(deterrence)が,刑罰に特徴的なものとされている。

3) 原田・前掲2頁参照。改正刑法草案48条1項も,同様の趣旨であるとされている。法務省刑事局編『法制審議会改正刑法草案の解説』(1975年)93頁参照。

の考え方である。

しかし、「相対的応報刑」の考え方にある「相対的」の意味は、実は明らかでないし、ゆえに、その内容に関してコンセンサスが形成されているとも思われない。それどころか、この考え方では、刑罰を根拠づけ正当化する「応報」的「責任」と、刑法ないし刑罰の現実的效果を意味する「予防」とは相互に矛盾しあう関係にある。というのも、「責任」は、行為者の意思が何ものにも決定されず自由であるという非決定論を基礎とする限りでは、刑罰がその効果を及ぼしえないことを理由として刑罰を正当化するものであるのに対し、「予防」は、まさに、刑罰が行為者ないし一般市民の将来の行動を決定する要素となるという決定論を基礎にして刑罰を正当化するものだからである。ここでは、刑罰は、それが犯罪行動に影響を与えないがゆえに正当化され（かつ、正当化されず）、同時に、犯罪行動に影響を与えるがゆえに正当化される（かつ、正当化されない）⁴⁾。そこで、一般には、責任主義の観点から、刑罰は行為者の責任の程度を超えてはならないとされ、「予防」の観点は「責任の幅」の範囲内で、あるいは「責任」を上限とする範囲内で考慮されるにすぎないとされる。しかし、それでも、そもそも犯罪ないしその責任と均衡する刑罰とは何か明らかでない。とりわけ、量刑が時代とともに変動してよいとされるところでは、この問題提起は重要である⁵⁾。

4) このジレンマを端的に指摘するものとして、ギュンター・ヤコブス（松宮孝明訳）「責任原理」立命館法学230号（1993年）800頁がある。そこでは、「責任原理を尊重しなければ刑罰は正当とならない。しかし、……責任原理は有意義なものであって空疎な概念でないというのであれば、刑罰は目的達成にとって役に立たず、かつそれ故に、正当でないものとなる恐れがある。」と述べられている。

5) 原田・前掲338頁は、「被害感情重視の傾向の下では、人身被害を生じる犯罪類型（殊に、悪質交通事故による致死傷事件等）については、まさに量刑相場が変動しているのが現状であって、このような新たな量刑相場への過渡的段階においては、従来の量刑相場は働かない」と述べる。もっとも、このような指摘に対しては、今から半世紀前の1958年の段階ですでに、「最近の交通事犯に対する一部世論の要求するように、行為者自身の責任は軽微でも、一般予防のために刑を重くして執行猶予もつけるなどということになれば、責任の指示するところより刑罰は重くなる」（佐伯千仞「刑の量定の基準」日本刑法学会編

そこで、本稿では、従来の公式的な「相対的応報刑論」の枠組みに囚われずに、刑法ないし刑罰制度の基本から帰納および演繹の方法を用いて、刑法ないし刑罰の意味・目的を検討してみようと思う。

3 同じく人の死であっても、それが「犯罪」によって引き起こされた場合とそうでない場合とでは、人々がそこから受け止める コミュニケーション的な 意味は異なる。たとえば、1995年の阪神淡路大震災による数千人の死亡と、2001年の「9.11テロ」による数千人の死亡とを考えてみれば、これは明らかである。すなわち、前者は「災害」であり「殺害禁止」規範を動揺させないが、後者は「殺害禁止」規範を動揺させるものである。ゆえに、後者は「犯罪」であり、刑法ないし刑罰による対処が求められる。ゆえに、刑法ないし刑罰は、「人の死亡」という事実レベルでの結果それ自体を問題にするものではなく、「殺害禁止」という規範の侵害という結果を問題にするものである。同様に、スーパーマーケットで商品を勝手に持ち出す幼児の「万引」は、「窃盗」ではない。人々は、それが幼児によって行われていることを知っているがゆえに、それは「盗むなかれ」という規範の侵害ではないからである。

もっとも、幼児による商品の持ち出しでは、幼児の両親ないし親権者は、その幼児を叱って将来の同種の行動を予防しようとするであろう。もちろん、この叱責は「刑罰」ではない。ゆえに、ここから明らかになるのは、「人の行動」そのものを矯正する手段は刑罰に限られないということである。むしろ、刑罰は「規範侵害」を前提とする。そして、責任無能力者の行動は「規範侵害」とはみなされず、これに対しては別の矯正手段が用いられる。言い換えれば、規範侵害に対処するのが刑法であり刑罰なのである。したがって、「矯正の必要」を理由に「責任」を超えることを許さな

『刑法講座第1巻』(1958年)124頁)という指摘があった。被害者感情を重視して交通事故の刑を重くせよという一部世論は、昔からあったのである。問題は、これに対して裁判所が量刑相場を変動させる方向で対処していることにあるといえよう。もちろん、それは、裁判所だけで自由に決定されているのではなく、それを促す背景要因が、以前に比べて強くなっていると考えるべきであろう。

い刑罰は、「人の行動」を矯正することを 少なくとも、直接の 目的とするものではなく、規範侵害に対処することを目的とするものである。そして、その必要量は、社会・時代によって異なりうる。「量刑」とは、このような規範侵害に対する刑法・刑罰による対処の必要量を基礎とするものである。

4 次に、本稿のキーワードである、行為に対する「責任」と、行為者の「危険性」の関係についても、あらかじめ簡単に検討しておこう。問題は、「責任」(Schuld)と「危険性」(Gefährlichkeit)ないし「予防の必要性」(Bedürfnis nach Prävention)を分けて考えることは妥当かということにある。そして、その回答は、「責任」、「危険性」、「予防」という各概念の定義に左右される。

2. 「責任」の意味

1 それでは、最初に、「責任」の意味について検討してみよう。今日の通説である「規範的責任論」によれば、刑法の犯罪論において「責任」とは、個別の「犯罪行為」に対する非難可能性を意味し（「個別行為責任」）、「人格形成」そのものを非難の対象とはしない⁶⁾。

他方、「犯罪行為」とは、社会にとって有害な結果（「殺されそうだっ

6) もちろん、団藤博士の「人格責任論」に代表される見解では、量刑の基礎をなす「責任」は、行為時における行為責任と、行為までの人格形成責任を総合したものになる。団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）260頁以下参照。それは、主として、常習犯・再犯の刑の上限を引き上げるための理論的根拠として唱えられたものである。しかし、とりわけ人格形成責任という考え方に対しては、「個々の犯罪者について、その現に有する性格の危険性のうちのどれとどれが あるいはどこまでが 彼自身の責任に帰すべきものであり、どれとどれが どこまでが そうでないかを決定して、ただ彼の責任に帰せられる性格部分についてのみ刑事責任を問う……」というのであれば まずそのような区別ができるかどうかの問題である」とする指摘があった。佐伯・前掲131頁。同旨、平野龍一『刑法の基礎』（1966年）36頁以下。もっとも、後述するように、「人格形成責任」の否定は、「人格責任」一般の否定を意味するものではない。

た」という未遂状態を含む)が特定の「人格」に客観的に帰属可能なことを意味する。そして、ここにいう「社会にとって有害な結果」とは、社会を構成する規範の妥当を揺るがすという客観的意味を有する事態を指す。たとえば、大震災により多数の死傷者が出たことは、社会の生物的存立基盤を脅かす事態であるが、社会の規範的存立基盤を脅かす事態ではない。反対に、「9.11テロ」によって数千人の死者が出たことは、社会の規範的存立基盤を揺るがしかねない事態である⁷⁾。その意味で、「犯罪行為」とは、特定の人格に、このような規範違反状態が客観的に帰属可能であることを意味するのである。

そして、ここにいう「人格」(Person)とは、まずもって、責任能力ある主体(=行為者)を意味する⁸⁾。ゆえに、スーパーマーケットから商品を勝手に持ち出す幼児は、ここにいう「人格」ではない。

さらに、「客観的に帰属可能」とは、行為者が、法の期待する規範に忠実な人格であれば「社会にとって有害な結果」を起こさなかった場合をいう。それは、法規範に対する忠誠度についての、法の側の期待可能性の標準問題である。そして、その標準が現実の市民を無視して高すぎる程度に設定されると刑事責任が空疎なものになるので、この標準は、現実の市民の行動・態度を基礎にして規範的に引き出されるべきものとなる。これは、日本では、期待可能性の標準に関する「国家標準説」と呼ばれる考え方である。

2 このようにして、刑事責任の基礎となる「責任」が確定される。ここにいう「責任」の程度は、「行為者に帰属可能な社会にとって有害な結

7) もっとも、このテロによる数千人の死者の発生が「社会の敵」(Feind)に帰属されるべきものである場合には、「敵」でない「市民」によって規範が動揺させられたわけではないので、純粋な刑法による対応は不要であるかもしれない。その代わりに、ここでは、「敵」に対する一種の戦争法としての「敵味方刑法」(Feindstrafrecht)が発動されることになるかもしれない。

8) 文脈によっては、規範に対する行為者の性格(Charakter)を意味することもある。「人格が悪い」という場合には、その意味で用いられる。

果」と「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」の積で表されるものである。したがって、同じ結果を起こしても、それが故意による場合と過失による場合とでは、「責任の程度」は明らかに異なる。故意のある場合は、一般に、「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」の程度は、過失の場合よりもはるかに大きいと考えられるからである。もちろん、過失の場合も、それは単なる有害結果発生の不知ではなく、その不知が「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」に決定されたものでなければならない。言い換えれば、「法によって期待される人格」でも結果を予見できない（あるいは回避できない）場合には、過失ではない。つまり、過失犯もまた、「愚か」だから罰せられるのではなく、「悪い」から罰せられるものでなければならないのである⁹⁾。

3 なお、この点で、犯罪行為後（＝帰属可能な結果発生後）の事情¹⁰⁾が量刑に影響すべきか否か、影響すべきだとすればどのように影響すべきかをめぐり、若干の論争がある。すなわち、一部には、犯罪行為後の事情は犯罪行為そのものの責任を左右しないのだから、量刑判断に影響すべきではない、あるいは、少なくとも被告人に不利益な方向では影響すべきではないとする主張がなされているのである。

9) 平野龍一『刑法総論』（1972年）204頁以下は、これを裏返して、「過失はしばしば責任でないものも含み得ることに注意しなければならない。精神を十分に緊張させて危険性の有無を判断した結果、『誤って』危険がないと判断した場合、その誤りは知的な誤りにすぎない。これを処罰するとすれば、そのような行為者が『悪い』から処罰するのではなく、『愚か』だから処罰することになる。また、技術が未熟であるために、避けそくなって人を死傷させたときも、『下手』だから処罰するのであって『悪い』から処罰するのではないことになる。……したがって過失犯の処罰にあたっては多かれ少なかれ責任でないことも処罰しているといわざるをえない。」と述べる。つまり、「愚か」や「下手」は、責任ではないのである。もちろん、「無知であること」や「下手」であることを自覚しつつ、自分には手に負えない危険な行為を行うことは、他者への危険を顧みない点で『悪い』と評価されることがありうる。これは、一般に、「引き受け過失」と呼ばれる。

10) 行為責任を根拠づける事実、実務では、「犯情に関する事実」に、犯行に至る事情や犯行後の事情は「一般情状に関する事実」に、ほぼ対応するのではないかと思われる。

しかし、この問題は、一般的には、次のように考えるべきであろう。すなわち、たとえば、中止未遂や誘拐罪における解放減輕のような「挙動に表れた悔悟」(Tätige Reue)の場合、その動機が良ければ(「広義の悔悟」)、上記の「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」の度合いが縮まったという客観的意味をもつことがある(もっとも、これらの制度は、本来は、さらなる被害発生を防止するための誘因を作るという刑事政策によるものである)。それは、刑罰による規範侵害処理の必要性を減じると考えるのである。その背後には、行為者の人格は、その同一性(Identität)は維持しつつも、その範囲内で可変的であるとする人格観がある。そして、刑法ないし刑罰も、「応報」のための「応報」を追求する絶対的なものではなく、規範侵害処理の手段にすぎないのであるから、規範侵害処理の必要が減じれば、当然、量刑もまた軽くなると考えるのである。反対に、規範侵害処理の必要は、あくまで、犯された罪によって生じたものであるから、新たな罪が犯されない限り、行為後の態度一般によっては、刑を加重するものではないといえよう。

3. 「危険性」の意味

1 他方、刑法において「行為者の危険性」というとき、そこにいう「危険性」は、以上の検討を踏まえるなら、単に生物としての「人」の物理的な意味での危険性ではない。仮に、刑法にとって物理的な意味での「危険性」が重要なら、殺傷行為を繰り返す人間ばかりでなく、通行人に噛みつく悪癖をもった猛犬もまた、危険ということになろう。しかし、この場合、刑罰を発動すべきだと考える人は、少なくとも現代の法律家の中にはいない。刑法で問題とすべきなのは、そのような物理的な意味での「危険性」ではなくて、「規範侵害」の危険性・傾向性である。したがって、責任無能力者の行動は規範侵害ではないので、規範侵害の可能性としての「危険性」はもっていない。つまり、幼児の「万引き」は、刑

法にとっては、サルの「万引き」と同じなのである。

それでは、「規範侵害の危険性」とは何であろうか。それは、これまでの検討によれば、人格（＝責任能力者）が彼に客観的に帰属可能な「社会にとって有害な結果」（＝規範妥当の動揺）を表出する可能性を意味する。過失を例に取れば、行為者が、自分の行う作業によって他者を死傷させる危険がありながら、他者の身体に対して法が期待する程度の敬意をもっていなかったため、彼に期待可能な配慮を行わず、そのため、その作業の際に他者が死傷する可能性があることである。言い換えれば、「他者を害するなかれ」（neminem laedere）という規範の尊重に関わる内心態度が法の期待する程度に達していないことが、過失における「危険性」なのである。

2 それでは、現行法が、常習犯では部分的に（刑法186条1項、盗犯防止法2条以下、暴処法1条の3、2条等）、再犯では一般的に（刑法56条以下）認めている刑の上限の引き上げは、どのように説明されるべきであろうか。これについては、次のように考えることができよう。すなわち、常習犯や再犯にあつては、単に犯罪の手口が周到になって被害が増えることが多いというばかりでなく、むしろ、規範違反の繰り返しによる行為者の「規範意識の低下」が、行為の原動力が行為者の所為^{せい}にされる割合を増やすと考えるべきである。というのも、規範違反を繰り返す行為者は、往々にして、繰り返しによって以前よりも一層、軽い誘惑で犯罪行動に走るのであるが、そのようにして犯罪行動に走ったことは、外部の誘惑や強制による圧力が減っているから、減った割合に応じて、行為者の人格に帰属されるからである¹¹⁾。言い換えれば、行為者は、その行動によって、わずかの誘惑で犯罪行動に走るような人格になっていることを示しており、そのことは、「行為者人格がもつ、法によって期待される人格からの乖離」の度合いが大きくなったことを意味するのである。もちろん、それでも、

11) このような考え方は、すでに、平野・前掲『刑法の基礎』40頁に示されている。すなわち、「行為が人格相当であれば、それだけ責任が重い」のである。

規範動揺を鎮めるのに必要な害悪付加が刑の限界であることを忘れてはならない。ゆえに、この場合にも、あくまで行為に現れた行為者人格に応じた「責任」が、刑の上限を画することになる。

このように、常習犯・再犯を理由とする刑の加重には「人格」に相当する「責任」という上限があるのであるから、犯罪繰り返しに対してより重い刑でこれを抑止しようとすることには、一定の限界がある。そこで、大事なことは、むしろ、初犯の刑を軽くすることである。初犯の場合には、起訴猶予、執行猶予等を活用し、徐々に重い刑が待っているという段階構造を作ることで、常習犯や再犯に対処することが必要かつ現実的であるし、実務もすでに、そのように対応している。もちろん、その場合でも、規範侵害に対する社会の動揺を鎮めるための最低限を下回することはできないが。

3 他方、自らの行為は神ないし自然法の命ずるところに従ったものであり、これを処罰しようとする実定法のほうが、自然法に反する不法であると考えような「確信犯人」の罪責はどうなるのであろうか。ここでは、あくまで、実定法からみた刑事責任と量刑を問題にすべきであることと、ある制定法が憲法に違反して無効である場合には、すでに実定法上、その制定法は無効であることとを前提にする¹²⁾。このような前提に立つ場合には、実定法における刑事責任は、「確信犯人」においても認められる¹³⁾。

もっとも、この場合、「確信犯人」は、実定法秩序とは規範を共有しない別の規範を持つ社会に育った者ないし異邦人(Fremd)であるか、あるいは、精神に異常を来した者とみなされる場合もあろう。このような「確信犯人」を、規範を共有する「市民」として扱う場合は、市民刑法の一般原理によって刑事責任の有無や量刑が決まるが、そうでない場合には、

12) したがって、実定法においても「制定法の形をした(実定法的)不法」(gesetzliches Unrecht im positiven Recht)はありうるが、実定法内部では「実定法の形をした自然法的(超実定法的)不法」(naturrechtliches Unrecht im positiven Recht)はありえない。

13) もちろん、社会矛盾の激化を実定法秩序と矛盾する方法で解決しようとする政治犯に対する敬意は、今日でもその意義を失っていないものと思われる。

「異邦人に対する刑事責任」として、別原理で説明する必要があるかもしれない¹⁴⁾。たとえば、その確信が強度に根付いている人物が相当数予想される場合、その人物個人の世界観を基準とする限り、その犯罪をやめようという期待することは不可能であったとしても、当該世界観がこの社会の行動基準ではありえないことつまり、「間違っている」ことを示すために、厳しい刑罰が科せられることはありうる。他方、その人物がすでに当該世界観に疑問を抱きつつある場合には、そのような世界観を彼に植え付けた背後者に大きな責任があると宣言して、行為者自身の責任を軽くすることがありうる¹⁵⁾。ここでは、単に行為者個人を標準として、当該行為の違法性の認識や適法行為の期待が困難であったという形で責任や量刑が判断されるのではない。

4. 「予防」の意味

1 キーワードの最後に、「予防」の意味を検討しよう。ここでは、まず、「予防」という言葉で、何を予防することが意図されているかが問題である。というのも、一般には、「一般予防」であれ「特別予防」であれ、予防というのは以後の犯罪行動を阻止すること、もっと端的に言えば、以後の「法益侵害結果」を防止することを意味するものとして用いられることが多いからである。しかしながら、これを端的に、「以後の法益侵害結果の防止」という意味で捉えるなら、それは、伝染病の「予防」と同じものとなり、結果の原因となる主体は責任能力を要求されず、刑罰も「あなたは悪いことをした」という非難の意味を要求されないこととなる。これ

14) そのような「異邦人」(Fremd) に対する刑事責任を論じたものとして、G. Jakobs, Die Schuld der Fremden, ZStW 118 (2006), Heft 4, S.831.

15) ヤコブスによれば、1926年に、旧ソヴィエト当局の命令で暗殺を遂行した人物であるシュタシンスキーに対して、旧西ドイツの連邦裁判所が従犯減輕をしたのは (BGHSt 18, 87), このような理由によるとのことである。Vgl. Jakobs, a.a.O., S. 831 f.

は、先に確認した、刑法および刑罰は規範違反に対処するためのものであるという命題に反する事態である。したがって、むしろ、ここにいう「予防」は、「犯罪」によって生じた規範動揺を放置することの防止という意味に解すべきである。これは、一般に、積極的一般予防という言葉で表現される「予防」である。

仮に、そのように解さずに「予防」を「以後の犯罪行動の予防」と解するならば、その最も効果的な方法は、行為者の「隔離」ないし「無害化」である。これは、病院への収容と殺菌・消毒を想起すればわかるように、まさに伝染病の「予防」で用いられる方法であって、行為者の規範意識に働きかける必然性はない。また、行為者ないし国民一般に、そのような行動は禁止されており、その禁止を守らない場合は刑罰が待っていると教育することも、「以後の犯罪行動の予防」にとって有益な方法のひとつである。しかし、「教育」とは、一般に、その対象者が「悪い」から行われるものではなく、「無知」ないし「愚か」だから行われるものである。したがって、このような「行為者矯正」ないし「国民教育」という思想もまた、「責任」すなわち「非難可能性」を前提とする刑罰とは異質なものである。

このように、「隔離」ないし「無害化」や「矯正」ないし「教育」という、以後の行動を阻止する手段は、いずれも刑罰の本質を説明できるものではない。これは、裏返して言えば、「以後の犯罪行動の予防」という行動統制的な意味での「予防」は、刑罰が目指すべき予防ではないということである。

2 犯罪行為後の事情のほか、量刑の際に考慮すべきか否かにつき、学説上争いのあるものに、違法捜査の取り扱いがある。たとえば、捜査機関の秘密捜査員による違法なおとり捜査によって違法な薬物の取引を唆された被告人が、あまり乗り気でなかった薬物取引の決意を固めてこれを実行したことについて刑事責任を問われた場合や、強制採尿の必要性が認められない事案で嫌がる被告人の抵抗を排除して強制採尿をした場合、特定の政治的主張を宣伝する人物を狙って捜査員が警告もせずに行行し、その人

物が検挙するために十分な数の宣伝物を掲示するのを待って、屋外広告物条例違反等の微罪で逮捕したような場合には、それは公訴権濫用をもたらすほどの違法性のある捜査方法ではないとしても、これを量刑上被告人にとって有利な事情として考慮してよいかどうかが争われるのである。

実務では、このような事情を量刑上有利なものとして考慮したものがあるが¹⁶⁾、学説では、それは却って安易に違法捜査に基づく有罪判決を認めることになるとして、これを否定するものもある¹⁷⁾。また、このような教唆や尾行が私人によって行われた場合と比較すれば、以上の事情だけで量刑を被告人に有利に判断する理由はないようにも思われる。

たしかに、おとり捜査官による犯罪の教唆を犯罪の動機としたことは、被告人の不徳の致すところであって、それだけを理由に刑を軽くする理由はないし、尾行に気づかずに違反行為を積み重ねて狙い撃ち的に検挙されたとしても、他の同種行為をしている者が訴追されないことは不公平ではあるが、それをして被告人の行為責任を軽くする事情になるとも思われない。

しかし、刑法ないし刑罰の目的を規範侵害によって生じた動揺の沈静に求めるのであれば、ここにいう「規範侵害」は、被告人側のそれには限ら

16) 違法な強制採尿に関して、浦和地判平成1・12・21判タ723号257頁および浦和地判平成3・9・26判タ797号272頁、特定の政治的宣伝を狙い撃った差別的な検挙につき、例外的に罰金刑に執行猶予を認めたものとして、木津簡判平成3・2・5公刊物未登載（この判決の詳細については、松宮孝明『『公訴権濫用』と『処罰不相当』』立命館法学223=224号（1993年）511頁以下参照）。学説における積極説として、岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題（2・完）」早稲田法学69巻1号（1993年）11頁以下、67頁、71頁以下、松岡正章「違法捜査と量刑」同『量刑法の生成と展開』（2000年）329頁以下、宇藤崇「捜査手続の違法に対する事後的処理について」刑法雑誌38巻2号（1999年）16頁以下など。苦痛としての刑罰の先取りという説明での積極説として、原田・前掲167頁。

17) 消極説として、指宿信=城下裕二「採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えることの当否」判例タイムズ819号（1993年）50頁以下（城下裕二『量刑理論の現代的課題』（2007年）89頁以下所収）、城下「求刑・量刑をめぐる理論的課題」季刊刑事弁護1号（1995年）96頁以下、城下・前掲『量刑理論の現代的課題』115頁以下、本田守弘「刑事判例研究」警察学論集49巻10号（1996年）217頁、藤井敏明「量刑の根拠」新実例刑訴法（1998年）203頁以下、211頁以下など。

れない。この種の違法捜査が行われた場合には、「規範侵害」は、被告人側にばかりでなく、捜査ないし訴追側にも認められるのである。これを全く無視して、まるで捜査側には何も違法行為はなかったかのごとくに有罪判決を言い渡すのは、判決の公平さを損ない、それ自体が社会の規範動揺を招き、裁判所が宣告する刑法ないし刑罰の感銘力を低下させるので、その目的である規範の安定に反することになる。ゆえに、刑事裁判所は、捜査手続に関しても「規範」の安定・確証を考えなければならないのであり、違法捜査に基づく刑事訴追に関しては、それによって生じた手続における「行為規範」の動揺を鎮めるために、その違法性の程度に応じた刑罰権の減少・消滅がありうるものと思われる¹⁸⁾。つまり、違法捜査もまた、捜査手続における「行為規範」違反であり、しかも、現実には、捜査機関による軽微な違法行為はそれ自体として処罰されることがほとんどないのであるから、そのような「規範違反」によって生じた動揺を鎮めるために、そのような違法行為をすればそれが目指す犯罪者の処罰という目的を十分に達成できないという「報い」を受けるという意味で¹⁹⁾、それが量刑で刑を引き下げる方向で考慮され、または「公訴権濫用」または「正義および公平の観点から刑罰がふさわしくない場合」として公訴棄却をもたらすこと

18) 前述のように、原田・前掲167頁は、違法捜査によって被告人が受けた苦痛を「苦痛としての刑罰の先取り」とみなすことで、それを減輕的な量刑事情とする。しかし、違法な捜査でも、違法なおとり捜査や差別的な狙い撃ち捜査については、違法な強制採尿などの場合と異なり、被告人は「苦痛」を受けるわけではない。にもかかわらず、このような場合にも違法捜査を減輕的に考慮する実務を説明するためには、違法捜査そのものによる規範侵害と、その鎮静を考えるべきであろう。

19) 「報い」という応報を意味する言葉を用いたのは、それが「違法捜査抑止」という行動統制的な意味ではないということを示すためである。

20) この「正義および公平の観点から刑罰がふさわしくない場合」とは、単なる「公訴権濫用」を超える「処罰不当」として、起訴猶予相当事案の起訴の場合をも含んだ、裁判所の持つ「司法権」(power of justice: 憲法76条1項)から導かれる「有罪判決を回避すべき非典型的刑罰消滅事由のある場合」である。端的に「無罪」とすべきでない理由は、「無罪」というのは刑罰権発生的前提である「犯罪事実」がないという判断であるのに対し、「刑罰消滅事由」の場合には、刑の廃止や大赦、公訴時効の完成などを理由とする

がありうるのである²⁰⁾。そして、それが、違法捜査を量刑上被告人に有利に扱ってきた従来の実務を、理論的に説明する最善の方法であると考ええる。

3 さらに、犯罪行為後の事情のひとつである「被告人が受けた社会的制裁」もまた、刑を減輕する方向で考慮されるべき事情のひとつである。もっとも、これを、学説の一部にあるように「刑罰の先取りとしての苦痛」と考えることには疑問がある²¹⁾。というのも、近代以降の法の下では、国家刑罰以外の私的な「リンチ」は禁止されているはずであり、これを「刑罰の先取り」と考えることは、その前提と矛盾するからである。ゆえに、「社会的制裁」による苦痛もまた、本来は刑罰によって加えられるべき苦痛が「リンチ」によって加えられたことにつき、これを防止できなかった国家が、その事実を無視して量刑をすることは公平に反するという形で規範動揺を招くものと考えてよい。

5. 予防論からみた量刑の基本原則

以上の考察をまとめると、以下ようになる。

- (1) 刑罰は、犯罪行為によって動揺させられた規範を安定させるものである。
- (2) したがって、規範安定の必要が刑量を決定する（「罪刑均衡」）。
- (3) 刑の必要量は、社会および時代によって異なる。
- (4) 刑量は「責任の程度」、すなわち「行為者に帰属可能な有害な結果」と行為時における「行為者人格がもつ期待される人格からの乖

ように、「犯罪事実」ではなくて、そこから派生する「刑罰権」そのものが消滅することを理由とするものだからである。詳しくは、渡部保夫「判解」法曹時報34巻1号223頁、松宮・前掲『『公訴権濫用』と『処罰不相当』』立命館法学223=224号511頁参照。なお、いわゆる「チッソ水俣病川本事件」に関する最決昭和55・12・17刑集34巻7号672頁が「公訴権濫用」によらずに公訴棄却の結論を是認したことは、本件における有罪の言い渡しが「正義および公平の観点から刑罰がふさわしくない場合」であったと解することで説明可能である。

21) 原田・前掲167頁参照。

離」の積を基礎とする。

- (5) 行為後の態度により「行為者人格がもつ期待される人格からの乖離」は変動する。この乖離が犯行後の事情によって縮小するなら、それに応じて刑の必要量は減少する。反対に、行為に現れなかった「行為者人格がもつ期待される人格からの乖離」は、犯罪行為による規範動揺に影響しないので、行為後の事情によって刑の必要量が増大することはない。
- (6) 行為者の「危険性」は「行為者人格がもつ期待される人格からの乖離」そのものである。
- (7) 刑罰による規範的予防（規範の安定・確証）の効果は、刑事手続の「公正さ」によっても大きく左右される。裁判所が訴追側の反則（違法捜査など）を不問に付して量刑を行うと、それ自体が社会の規範動揺を招き、その結果、刑罰の感銘力（規範安定力）が低下する。
- (8) 量刑における各論は、以上の総論を前提にして検討されるべきである。具体的には、「行為者に帰属可能な有害な結果」を左右する要因として、犯行の方法・態様、犯罪結果・後続損害、社会の処罰感情、社会的影響、被害感情などがあり、行為時における「行為者人格がもつ期待される人格からの乖離」を左右する要因として、犯行動機、常習性、年齢・性別・犯行の文化的背景としての国籍・教育環境、前科・前歴、余罪などがあり、行為後における「行為者人格がもつ期待される人格からの乖離」を左右する要因として、反省的態度、それを徴表する限りでの自白・否認、損害賠償の意思・事実、再犯の可能性を左右するものとしての更生環境整備など、刑事手続全体の感銘力ないし規範安定力を左右する要因として社会的制裁、違法捜査を受けたことなどが挙げられる。これらの事情は、行為時のものであれば、実務において「犯情に関する事実」と呼ばれるものに相当し、行為に至る背景事情ないし行為

量刑に対する責任，危険性および予防の意味（松宮）

後の事情であれば「一般情状に関する事実」と呼ばれるものに相当することになるろう。