

国家機関の違法行為と量刑責任

野 村 健 太 郎

- 一. はじめに
- 二. 考慮の余地の有無
- 三. 考慮対象
- 四. 「国家機関による違法行為」を考慮する趣旨・根拠
- 五. 「国家の処罰適格」の体系的位置づけ
- 六. 具体的な考慮
- 七. おわりに

一. はじめに

量刑論では、行為者の責任に応じた刑の枠内で（あるいはそれを上限として）、特別予防的観点をも考慮して宣告刑を決める、という基本枠組みが概ね承認されている。⁽¹⁾ 量刑上の考慮は、このような枠組みに照らして正当化可能なものでなければならない。もっとも、実務上考慮される量刑事情の中には、この基本枠組みからは説明しづらいようにみえるものもある。その一つが、国家機関によってなされた違法行為の存在である。例えば、薬物事案で不要な強制採尿等の違法捜査が行われたことや、警察官か

(1) 小池信太郎「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論ジュリ4号(2013)82頁、城下裕二『量刑基準の研究』(1995)109頁以下等参照。

ら行為者に暴行が加えられたことを、刑罰軽減的に考慮することは、上記枠組みから正当化し得るのだろうか。それとも、理論的正当性を欠いた考慮として、排除されるべきなのだろうか。

本稿では、この問題に関して従来なされてきた議論を批判的に検討しつつ、同事情の考慮を上記基本枠組みの中で正当化する途を探る。それとともに、量刑の基礎となる「責任」の内容についても、若干の考察を加える。

二. 考慮の余地の有無

下級審判例には、国家機関による違法行為を刑罰軽減的に考慮すべきことを明言したものがいくつか見られる。⁽²⁾もともと、学説には、そのような考慮の余地そのものを否定する見解も少なくない。考慮否定説は、いくつかの理由から主張されている。

① まず、刑の軽減によって、国家が法益保護義務から部分的に解放されてしまう、という指摘がある。⁽³⁾そこには、国家の責任を国民に転嫁してよいのか、という問題意識がうかがえる。しかし、国民主権を基本原理とする現行憲法秩序の下では、公務員個人の責任にとどまらない国家（機関）の責任は、究極的には国民全体が負担すべきものである。仮に刑の軽減を否定し、国家賠償等による救済のみを行うとしても、それが税を財源としたものである以上、国民に負担が生じることには変わらない。どこまで、あるいは、どのような形で国民に負担を課すべきかについての問題は残るとしても、国民への負担が生じるというだけで軽減の余地を一律に排

(2) 裁判例について、小倉哲浩「違法捜査等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』（2011）276頁以下参照。

(3) 城下裕二『量刑理論の現代的課題〔増補版〕』（2009）125頁。犯罪の成否について同様の指摘を行うものとして、専田泰孝「公権力の不適切な対応と違法性の錯誤」岡法62巻2号（2012）94頁以下。

除することはできないように思われる。

② 次に、量刑上の考慮を認めると、違法収集証拠の排除が回避されやすくなってしまうのではないかと、という懸念も示されている。たしかに、証拠排除を回避したい裁判官にとって、量刑上の考慮が一種の「逃げ道」となる可能性は、否定できない。証拠排除を否定しつつ量刑上の考慮を認めた裁判例⁽⁵⁾についても、そのような観点からの批判的検討は必要かも知れない。しかし、そのような事実上の波及効果を根拠として考慮を排除することは、法的判断として適切ではないように思われる。例えば、無罪判決を回避したい裁判官にとって、執行猶予付き判決が「逃げ道」となる可能性があるからといって、執行猶予制度を廃止すべきことにはならないであろう。あるべき証拠排除の水準をいかに維持するかは、量刑上の考慮の可否とは独立の問題⁽⁷⁾と考えるべきである。

③ これらに対し、より重要と考えられるのは、同事情は、量刑の基本枠組みに照らして、考慮する余地がない、という理由づけである。冒頭でも述べたように（一）、量刑は、責任に応じた刑罰の枠内で、特別予防的考慮を行うことでなされるべきだと考えられている。ところが、同事情は、「責任」の重さにも、「特別予防」上の合理性にも関係しないものであるから、量刑上の考慮からは排除されるべきだ、と主張されるのである⁽⁸⁾。

(4) 城下・前掲注(3) 105頁〔指宿信との共同研究〕。

(5) 浦和地判平成元年12月21日判タ723号257頁、浦和地判平成3年9月26日判時1410号121頁、大阪地判平成18年9月20日判時1955号172頁等。

(6) 浦和地判平成元年・前掲注(5)について、高田昭正「判批」法セ428号(1990)121頁、浅田和茂「量刑事実としての前科前歴および犯行後の事情」ヴォルフガンク・フリッシュほか編『量刑法の基本問題』(2011)176頁、大阪地判平成18年・前掲注(5)について、石田倫識「判批」葛野尋之ほか編『判例学習・刑事訴訟法』(2010)280頁参照。

(7) 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』(2008)162頁以下、小倉・前掲注(2)299頁参照。

(8) 城下・前掲注(3) 106頁以下、藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一＝松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』(1998)213頁以下、峰ひろみ「捜査手続における違法を

この指摘には、一定の説得力がある。もっとも、他方で、このような考慮を一切排除することには、なお抵抗も感じる。このような考慮を理論的に正当化する余地は、残されていないのだろうか。以下で検討していきたい。

三. 考慮対象

考慮の余地を認める立場の中には、「国家機関の違法行為」という側面には固有の意味を認めず、行為者が受けた「苦痛」という要素のみを考慮対象とする考え方もある。⁽⁹⁾ そのような苦痛が「刑罰の先取り」という意味を持ち得る限りで、宣告刑に算入しようという発想である。⁽¹⁰⁾ 実際、刑の軽減を認めた裁判例では、しばしば、行為者が受けた「苦痛」に言及される。⁽¹¹⁾

このような考慮は、「責任に応じた刑の枠内での特別予防的考慮」という量刑の基本枠組みを前提としても、比較的受け容れやすいと思われる。というのも、責任に応じた「刑」というのが、行為者に加えられる害悪の総体を意味するとすれば、行為者がすでに受けた苦痛をその中に算入することは、妨げられないばかりか、むしろ要請されることすらあり得るからである。⁽¹²⁾

量刑上考慮することの当否について」都法52巻2号(2012)153頁以下。

(9) 原田・前掲注(7)167頁。岡田雄一「量刑——裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002)488頁以下も参照。

(10) 行為者が受けた事実上の苦痛の考慮について、畑山靖「被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被ったことと量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』(2011)216頁以下、西崎健児「社会的制裁・行政処分と量刑」同書248頁以下参照。

(11) 例えば、注(5)に挙げたものを参照。

(12) 「代替的害悪」の考慮について、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完)」慶應ロー10号(2008)39頁以下参照。未決勾留期間の算入(刑法21条)にもそのような趣旨があると考えられている(大塚仁ほか編『大コン

とはいえ、その苦痛が、ほかならぬ国家機関の違法行為に起因するものだという点を、完全に捨象してしまってよいかは、疑問である。⁽¹³⁾ 例えば、同じ「片目の失明」という苦痛が生じた場合であっても、それが、逮捕の際に一般の見物人に石を投げつけられたことによるものなのか、それとも、⁽¹⁴⁾ 国家機関である警察官からの暴行によるものなのかで、量刑事情としての意味は異なるのではないだろうか。他の条件が同じであれば、前者よりも後者の場合の方が、刑を軽くする余地が大きいように思われるのである。裁判例の中にも、何らかの苦痛が行為者に生じたことだけではなく、それが国家機関の違法行為によって惹き起こされたものであることをも重視している⁽¹⁵⁾と読めるものがある。

以下では、「苦痛」そのものを刑罰の先取りとして考慮する可能性があることは前提のうえで、それには解消できない「国家機関による違法行為」という要素をも量刑上考慮する可能性について、検討していきたい。

四．「国家機関による違法行為」を考慮する趣旨・根拠

国家機関による違法行為があった場合に刑を軽くする余地を認めること

メンタール刑法第1巻〔第2版〕(2004)457頁〔新矢悦二〕参照。

(13) 小倉・前掲注(2)301頁以下参照。

(14) ここでは、所属が警察庁か都道府県警察かは問わず、広く、国家刑罰権の実現に向けた仕事に従事する機関という意味で、この語を充てておきたい。

(15) 警察官による暴行について、「その国の警察権の担当者が、その事件で拘束されている被疑者である被告人に対し前記のような不法行為をなしたということは、刑政の根本である衡平に反する」(東京地判昭和46年2月18日判タ260号271頁)、「被疑者の人権にも意を用いるべき義務を有する警察官の右義務違背の程度は、まさに前代未聞の名に値する」(熊本地判平成4年3月26日判タ804号182頁)、「本来であれば、実体的にも手続的にも刑事上の正義を追求し体现しなければならない刑事事追迫の過程において、国家機関の一員たる捜査官が自ら手続的正義に反する振る舞いに出て……」(大阪地判平成18年・前掲注(5))といった判示がみられる。東京地判昭和46年について、久岡康成「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第6版〕』(1992)154頁参照。

は、直感的には正しいように思われる。もっとも、どのような趣旨で、あるいは、なぜ軽減されるのかについては、様々な説明があり得る。

この点、いくつかの裁判例は、同事情を広義の「犯行後の状況」と位置づけている。⁽¹⁶⁾これは、最高裁判例が、量刑では「犯人の性格、年令及び境遇並びに犯罪の情状及び犯罪後の状況を考察し、特に犯人の経歴、習慣その他の事項をも参酌して適当に決定する」(傍点引用者)としていることへの適合性を意識したものであろう。もっとも、これだけでは、あくまで同事情の事実的な属性を述べたに過ぎない。考慮の理論的正当性を問うには、その実質的な趣旨(なぜ刑を軽くするのか)を明らかにしなければならない。⁽¹⁸⁾

1. 行為者への利益・国家への不利益としての軽減

まず考えられるのは、国家機関によって加えられた苦痛・損害を「賠償」する方法の一つとして、刑を軽減する、という説明である。国家の違法行為による損害を埋め合わせる方法には、国家賠償手続もあるが、その負担を課すことが被告人にとって酷な場合もあるため、あらかじめ刑の軽減という「利益」によって埋め合わせをしておく、という発想⁽¹⁹⁾である。裁判例の中にも、そのような発想をうかがわせる判示をしているものがある。⁽²⁰⁾単なる「刑罰の先取り」としての考慮(三)とは異なり、苦痛がまさに国家機関によって惹き起こされたことが重視される。

他方、違法収集証拠排除の根拠の一つに違法捜査の抑制という目的があ

(16) 例えば、浦和地判平成元年・前掲注(5)。

(17) 最判昭和25年5月4日刑集4巻5号756頁。

(18) 裁判員の説得という文脈ではあるが、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(2012)34頁参照。

(19) 鯉越溢弘＝平田元「判例回顧と展望・刑事訴訟法」法時63巻3号(1991)154頁参照。

(20) 大阪地判平成18年・前掲注(5)172頁は、「それ〔警察官の違法行為によって苦痛を受けた事実〕を消却・鎮静化する事後的措置としては被告人が別に国家賠償訴訟を提起することも考えられはするが、……それが現実的・実効的な消却・沈静化措置であるとは言い難い……」(〔 〕内引用者)としている。

(21)ることを前提として、その延長線上に、量刑上の考慮を位置づける見解もある。すなわち、証拠収集過程での違法が証拠排除には至らない程度のものであった場合に、単にその違法性を宣言するだけでは違法捜査の抑制には不十分であるため、刑罰権の一部放棄という「不利益」を国家に与えることで、抑制に実効性を持たせるのだ、という説明である⁽²²⁾。そこでは、刑の軽減が国家に対する一種の「制裁」として位置づけられる。

この二つの説明には、それぞれに正しい視点が含まれており、それ自体否定すべきものではないように思われる。たしかに、これらの考慮に対しては、量刑の基本枠組みからは説明不可能ではないか、という疑問も生じ得る。しかし、これらの考慮は、「事案にふさわしい刑量」がすでに導かれていることを前提としたうえで、行為者に利益を与えるために、あるいは、国家に不利益を与えるために刑を軽減するものであり⁽²³⁾、「事案にふさわしい刑」を量定するための枠組みの規制対象には、そもそも含まれない⁽²⁴⁾。たしかに、行為者の救済や違法捜査の抑制といった要請が、「事案にふさわしい刑」をそのまま科すべき要請よりも（どの程度）優先するかは、検討を要する問題である。しかし、量刑の基本枠組みを持ち出して、考慮の余地を形式的に排除することはできないように思われる。

もっとも、ここでもやはり、そのような説明で十分か、という疑問が残る。これらの説明はいずれも、「事案にふさわしい刑」がすでに量定されていることを前提として、それとは独立に「行為者に与えるべき利益」ないし「国家に与えるべき不利益」を量定し、前者から後者を差し引く、というものである。しかし、国家機関によって違法行為がなされたという事

(21) 最判昭和53年9月7日刑集32巻6号1672頁参照。

(22) 浦和地判平成元年・前掲注（5）に対する匿名コメント（判タ723号（1990）257頁）、本田守弘「判批」捜研480号（1991）22頁参照。

(23) 「事案にふさわしい刑量」よりも軽い刑になるからこそ、行為者にとっては、損害の埋め合わせとなり、国家にとっては、制裁としての意味を持つことになるのである（後述六）。

(24) 司法研修所編・前掲注（18）32頁参照。

憲は、以下でみるように、「事案にふさわしい刑」そのものを軽いものにする根拠ともなり得るように思われるのである。つまり、「当該事案には懲役3年が相当だが、行為者に6月分の利益を与えるために（あるいは、国家に6月分の不利益を与えるために）懲役2年6月に軽減する」というような考慮とは異なり、端的に「当該事案には懲役2年6月が相当だ」という結論を導くような考慮である（両者の関係については、後述六③）。そのような考慮の可能性について、以下で検討していこう。

2. 「国家の処罰適格」の減少を理由とした軽減

国家機関の違法行為の軽減的考慮の根拠を、「処罰の相当性」の減少に求める見解がある。論者によれば、捜査手続における違法は、「現時点〔裁判時点〕での応報的科刑による規範安定化が、一般法秩序から見て許容されなくなるような事情」（〔 〕内引用者）、すなわち、「処罰の相当性」を失わせる事情であり、免訴判決等を通じた不処罰を導く根拠となり得るものである⁽²⁵⁾。同様の発想は量刑にも及び、「処罰の相当性」の減少を理由とした刑の軽減の可能性が主張される⁽²⁶⁾。このような考慮は、先行して量定された「事案にふさわしい刑」からの軽減ではなく、「事案にふさわしい刑」そのものを軽くするものといえる。

もっとも、「処罰の相当性」が減少するというだけでは、軽減すべきという結論を述べたに過ぎず、さらにその実質的根拠を明らかにする必要がある。この点について上記論者が援用するのが、クリーンハンズ原則に照らした「国家の処罰適格」に着目する見解である⁽²⁷⁾。この見解は、「処罰主体である国家の側についても、果して被告人を処罰するにふさわしい適

(25) 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38巻2号（1999）18頁以下。

(26) 宇藤・前掲注（25）26頁以下、同「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』（2011）318頁以下。

(27) 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟の基本構造上巻』（1996）235頁以下。同書172頁も参照。

格性があるかどうかを、やはり問題にしなければいけないのではないか」という観点から、たとえ行為者の側には犯罪性が認められたとしても、国家が処罰を控えるべき場合があり得ることを主張する。そして、完全な不処罰にまで至らない場合にも、量刑上の考慮があり得ることを示唆するのである。そこで重視されているのが、刑罰に内在する「非難」という性格である。すなわち、刑罰が違法行為に対する「非難」である以上、「非難する者の清廉潔白性」が強く要求されるはずであり、それがなければ処罰の相当性が減少（あるいは消滅）するというのである⁽²⁸⁾。

同様の発想は、他の論者にもみられる。例えば、「国家の側が自らの瑕疵に目をつぶって、行為者の過ちを厳しく追求するのはいかにも妥当性を欠く」として、「行為者の罪を問う側の適格性」の減少に応じた刑の軽減の可能性を主張する見解⁽²⁹⁾、「刑事手続は他人の規範違反を問うものであるために、その遂行に当たっては規範の遵守が要求される」として、その遵守がなされなかった場合に「正義」ないし「公平」の観点から刑を軽減する余地を認める見解⁽³⁰⁾などである。これらも、刑罰の持つ「非難」という性格に軽減の根拠を求めるものといえよう。

刑罰に内在する「非難」という性格は、我々が軽減の必要性を感じる理由を考えるうえで、重要な要素であると思われる。日常生活においても、例えば、教師が生徒の遅刻を叱る際に、自分もよく遅刻をするという理由から、「果たしてこの生徒を叱る資格がこの私にあるだろうか」という後ろめたさを感じる（逆に生徒の側は、「なぜこの人に叱られなければならないのだろうか」という疑問を感じる）ことは、ごく自然なことである。非難の説得力は、それが誰によってなされるかに応じて、変わり得るのである。このことは、刑法上の非難についても同様ではないだろうか。刑罰

(28) 鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』（2012）384頁以下、391頁以下も参照。

(29) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早法69巻1号（1993）67頁以下。

(30) 小倉・前掲注（2）304頁以下。

が、違法行為に対する非難を手段として、その目的を追求するものであるとすれば、⁽³¹⁾ そのような手段上の制約から、目的の追求が妨げられることがあってもおかしくないように思われる。

これに対し、同様の考慮を、刑罰目的そのものから導く見解もある。すなわち、刑罰は「規範の安定化」という目的のために科されるものであるとすれば、捜査・訴追機関側に違法行為があった場合、「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」として、刑の軽減の必要性が説かれるのである。⁽³²⁾ しかし、そのような説明はやや迂遠と思われる。処罰は目的合理的であるだけでは正当化されず、公正で行為者にとって許容可能でもなければならないとすれば、⁽³³⁾ 量刑上の考慮を、全て刑罰目的合理性に関連づけて説明する必要はない。同事情は、端的に処罰の公正さ（許容可能性）に関わるものと位置づける方が、素直であろう。裁判例の中には、警察官による暴行を軽減事由とする際に、「裁判所としては、……刑罰権の発動を相当程度に自制すべき」（傍点引用者）と述べているものがある⁽³⁴⁾ が、そこからは、刑罰目的の追求を一部放棄することになるとしても、刑を軽減すべきだ、という趣旨を読み取ることができるだろう。

もっとも、このような考慮については、「責任に応じた刑の枠内での特

(31) 松原芳博「犯罪論と刑罰論との関係」刑法46巻2号（2007）243頁以下参照。

(32) 松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」立命323号（2009）14頁（そこでは同時に、国家機関に対する「報い」が、捜査手続における「行為規範」の動揺を鎮めるために与えられる、とも説明されている）。論者の基本的発想について、松宮孝明『『公訴権濫用』と『処罰不相当』立命223＝224号（1992）531頁も参照。同様の見解として、Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, S. 306f.。

(33) Tatjana Hörnle, Strafrecht, 2011, S. 4.; 松原芳博『刑法総論』（2013）9頁等参照。

(34) 熊本地判平成4年・前掲注（15）。

別予防」という量刑の基本枠組みから正当化できるか、という疑問が生じ得る。このような考慮は、一見すると、行為者の「責任」にも、「特別予防」上の合理性にも、関連しないように思えるのである。このような考慮は、「刑罰の先取り」としての考慮や、行為者への「賠償」または国家への「制裁」としての考慮とは異なり、上記基本枠組みによって導かれるはずの刑（「事案にふさわしい刑」）そのものを軽くするものであるため、基本枠組みへの適合性が正面から問題となる。

以下では、「国家の処罰適格」の減少を理由とした刑の軽減を、理論上どのように正当化し得るかを検討する。

五. 「国家の処罰適格」の体系的位置づけ

1. 体系的位置づけを論じることの意味

「国家の処罰適格」の減少を理由とした刑の軽減の正当化可能性を問う、ということは、そのような考慮の量刑体系上の位置づけを問う、ということの意味する。「責任」または「特別予防」という体系的カテゴリーの中にそのような考慮を位置づけることができるのかが問われ、もしできなければ、新たなカテゴリーを作るか、それができなければ、考慮そのものを放棄しなければならないことになるのである。

もっとも、体系的位置づけを問うことの意味は、考慮の一般的な可否を明らかにすることにとどまらない。どのようなカテゴリーに位置づけるかの問題は、考慮の範囲（どのような場合に軽減を認めるか）や程度（どの程度軽くするか）にも影響する。犯罪論においても、ある要素を違法に位置づけるか、責任に位置づけるかで、結論が変わってくる⁽³⁵⁾ことがあるが、同

(35) 例えば、故意について、佐伯仁志「故意・錯誤論」山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(2001) 101頁参照。

様のことは、量刑でも生じるのである。

2. 新たなカテゴリーの創設

「国家の処罰適格」の減少を理由とした軽減は、これまで、量刑体系上どのように位置づけられてきたのだろうか。

まず、これが「特別予防」とは直接関係しない考慮であることについては、おそらく意見の一致がある。たしかに、軽減をしないと被告人の納得が得られず、それが再犯予防にとってマイナスに働くことはあり得る。しかし、それはあくまで、刑が不公正であることの反映に過ぎず、再犯予防⁽³⁶⁾に固有の問題ではない。

それでは、「責任」に関連づける可能性についてはどうだろうか。「国家の処罰適格」の減少による軽減を認める諸見解(四. 2)は、これについても、否定的な前提に立ち、「責任」とは別個のカテゴリーに同考慮を位置づけている。例えば、ある論者は、「応報的責任の観点あるいは予防的考慮の観点から、これらを捉えつくすことには、無理がある」として、「処罰の相当性」を、「責任評価」にも「予防的考慮」にも関わらない独立のカテゴリーと位置づける⁽³⁷⁾。また、別の論者は、「犯罪の不法と責任(とくに規範的責任)は犯罪の終了を以て確定するという命題⁽³⁸⁾」を前提に、「責任刑を『個別行為責任(規範的責任)』として完結的なものであると理解する限りは、これらの事情が犯罪行為の完成より後に起こっている以上、厳格な意味での『個別行為責任(規範的責任)』に影響するということは認め⁽³⁹⁾ることができない」としつつ、そのような考慮を「責任刑(責任に応じた刑)の量定の枠内で行うために、「可罰的責任」というカテゴリーを設け

(36) 小倉・前掲注(2)300頁、原田・前掲注(7)167頁参照。

(37) 宇藤・前掲注(25)26頁以下。同「違法捜査と不処罰処理(二)・完」論叢133巻6号(1993)92頁も参照。

(38) 岡上・前掲注(29)56頁。

(39) 岡上・前掲注(29)58頁。

⁽⁴⁰⁾るべきことを主張する。「責任評価」にはおよそ関わらないものと位置づけるか、あくまで「責任刑」の構成要素と位置づけるかという違いはあるものの、いずれの見解も、同事情の存在が「行為に対する非難」という意味での責任（応報的責任、個別行為責任、規範的責任）の程度には影響しないことを前提としている点は、共通している。同事情が責任評価とは無関係だという認識は、考慮否定説の論拠でもあった（二）。上記見解と考慮否定説とは、最終的な結論は異なるものの、出発点となる認識は、共有しているのである。

しかし、その出発点とされている認識が果たして自明のものかについては、なお検討の余地がある。そもそも、「国家の処罰適格」という観点そのものが、刑罰の持つ「非難」という性格から導かれたものであった（四. 2）。そうすると、そのような適格の減少は、「非難」という意味での「（規範的）責任」そのものの減少を意味すると考えた方が自然ではないか、とも思えるのである。このように考えることは、前述（五. 1）した体系的位置づけの意味に照らしても、メリットがあると考えられる。「非難可能性」を指導原理とする「責任」というカテゴリーの中にそのような考慮を位置づけておくことが、考慮の範囲・程度についての判断者の判断を規制するうえで、最も適切であるように思われるのである（後述五. 3.（6）参照）。また、可罰性評価を分析的に行うためには、「処罰の相当性」や「可罰性」といった包括的なカテゴリーを設けることは、極力避けることが望ましい⁽⁴¹⁾。

それではなぜ、多くの見解が、このような考慮は「責任」には含まれないことを前提としてきたのだろうか。この前提は、ほとんど所与のものとして置かれており⁽⁴²⁾、その理由が必ずしも明確に論じられてきたわけではな

(40) 岡上・前掲注（29）59頁以下。鈴木茂嗣「書評」法時895号（2000）75頁も同旨。小倉・前掲注（2）305頁も参照。

(41) 松原芳博『犯罪概念と可罰性』（1997）9頁参照。

(42) 原田・前掲注（7）166頁、小倉・前掲注（2）300頁、Streng, a. a. O.（Anm.

い。そこで、以下では、同考慮を「責任」に位置づけることに対してどのような批判が向けられ得るかを予想しつつ、それらが適切な批判であるかを検討していくことにする。

3. 「責任」要素としての考慮可能性

(1) 責任概念の弛緩

このような考慮を「責任」の中を含めることについては、異質な要素を取り込むことになり、責任概念の弛緩を招くのではないか、という懸念が生じ得る。例えば、ある論者は、社会的制裁等の軽減的考慮についてなされた、「このような考慮を、責任判断に還元しようとする、責任概念は明確な輪郭を失ってルーズな概念になってしまうであろう」という指摘⁽⁴³⁾を援用して、「国家の処罰適格」を減少させる事情を、「責任」にも「予防」にも関わらない要素と位置づけている⁽⁴⁴⁾。

もっとも、「あるカテゴリーに含まれる要素は少なければ少ないほどよい」という一般論が、それ自体として妥当するわけではない。重要なのは、その要素によって「責任」に差をつけることに実質的な正当性があるかどうかである。「責任概念の弛緩」とは、そのような正当性のないものを「責任」に取り込んだ場合に、後づけでなされる評価に過ぎない。

(2) 「刑量」と「非難の量」との区別

「国家の処罰適格」の減少から「責任」の減少を導くことに対しては、「減少するのは、一定量の非難を前提として科される『刑罰』の量であり、『非難』の量それ自体ではない」という批判が向けられ得る。「(応報的・規範的)責任」の減少を否定しつつ刑の軽減を認める見解は、このような考え方を前提としているのかも知れない⁽⁴⁵⁾。

32) S. 306f. 等。

(43) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法研69巻2号(1996)304頁以下。

(44) 宇藤・前掲注(25)26頁。

(45) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点(一)」早法68巻3=4号

この考え方は、「非難」それ自体の量と、それに対して科される「刑罰」の量とは区別し得ることを前提としている。しかし、この前提は、維持できないように思われる。というのも、非難とは、必ず何かによる非難であり、その「何か」を抜きにして、「非難の量」を観念することはできないからである。刑法上の非難の量とは、⁽⁴⁶⁾刑罰による非難の量であり、それを測る「単位」は、「量刑」以外にない。量刑における責任判断とは、「この行為者をどの程度の刑罰で非難できるか」という判断にほかならず、それに先行して「非難の量」のみを明らかにする過程を観念することはできないのである。⁽⁴⁷⁾たしかに実際の量刑判断では、量刑事情の評価を通じて事案の全体像を把握する作業と、それを最終的な量刑に変換する作業とは、異なる段階に位置づけられる。⁽⁴⁸⁾しかし、そこでも、前者の段階で何らかの「責任（非難）の量」を確定することが想定されているわけではないであろう。

（3）「行為者自身の責任の量」と「問うべき（問い得る）責任の量」との区別

また、多くの人は、行為（者）とは直接関係のない事情によって行為者自身の責任が変わる、という説明に違和感を覚えるのかも知れない。考慮否定説に立つある論者は、「刑罰の上限としての『責任』の程度が、行為者関係の要素と無関係な捜査手続の違法という外在的要因によって左右されるならば、量刑における予防的考慮の過剰化に対する『防壁』となるべ

(1993) 85頁以下注12が「『規範的責任』は量刑に換算する必要がない」としているのは、非難（規範的責任）の量と、非難に応じた刑罰（可罰的責任）の量とを区別する趣旨とも読める。堀江慎司「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』（2011）379頁も参照。

(46) それは、刑罰そのものが非難であること（団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990）468頁等参照）からの論理的帰結である。

(47) 立場の交換可能性を前提とした責任判断（高山佳奈子『故意と違法性の意識』（1999）270頁以下参照）も、（一定量の）刑罰による非難の受容可能性を問うものである。

(48) 中川博之「量刑に関する評議・評決」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第4巻』（2011）264頁以下参照。

き責任概念としては、あまりにも不安定かつ流動的なものになる危険性がある」と述べている。⁽⁴⁹⁾「国家の処罰適格」の減少を理由とした刑の軽減を認める見解も、同様に考えたからこそ、「行為者自身の責任」とは別のカテゴリー（処罰の相当性、可罰性）を設けたのかも知れない。このような考え方からすると、「国家の処罰適格」の減少は、「行為者自身の責任」の減少を意味せず、ただ「国家が問うべき（問い得る）責任」が減少するだけだ、ということになる。

このような考え方の主たる関心は、「行為者自身の責任」と「国家が問うべき（問い得る）責任」とを区別することによって、⁽⁵⁰⁾前者の厳格さを維持することにある。しかし、そもそも両者の「責任」を区別することが可能なのかは、疑問である。というのも、「行為者自身の責任（の量）」が、責任を問う側の観点（処罰の必要性、国家の処罰適格）とは独立にそれ自体として決まるという前提が維持し得るかは、疑わしいからである。

行為責任論の立場からは、「行為者自身の責任」が、行為（者）関係的事情のみによって基礎づけられるというのは、至極当然の前提であるようにも思える。しかし、「行為者を刑罰によって非難する必要はないし、国家にはその資格もないが、行為（者）は刑罰によって非難可能である」という評価が、果たして可能なのだろうか。絶対的応報刑論を否定し、⁽⁵¹⁾何らかの社会的有用性がなければ処罰を正当化し得ないと考える限り、「非難（処罰）の必要性」は、「非難（処罰）可能性」の前提をなすのではないだ

(49) 城下・前掲注（3）121頁。この批判は、直接には、「個別行為責任」とは区別された「可罰的責任」としての考慮を認める見解に向けられたものであるが、本稿のような理解に対しては、なおのこと強く向けられるであろう。

(50) 岡上・前掲注（29）64頁が「規範的責任とは無関係の犯行後に生じた事情……が影響し得るのは、……責任を『問う』必要がなくなったから、または『問う』ことができなくなったからである」と述べているのは、「行為者自身の責任（規範的責任）」と「問うべき責任（可罰的責任）」とを区別する趣旨にも読める。佐伯千仞「刑の量定の基準」団藤重光編『刑法講座第1巻』（1963）132頁以下、堀江・前掲注（45）379頁も参照。

(51) 松原芳博「刑事責任の意義と限界」法時76巻8号（2004）7頁参照。

ろうか。また、処罰には目的合理性のみならず公正さも必要だとすれば、国家の非難（処罰）適格も、「非難可能性」の前提とならなければならぬと思われる。「行為者への非難（処罰）は正当化されないが、行為者は非難（処罰）可能である」という評価は、矛盾であろう。⁽⁵²⁾責任を問う側に関わる事情は、通常の裁判では暗黙の前提となっているために、⁽⁵³⁾責任要素であることが意識されずに済んでいるだけではないだろうか。

このことは、責任の「有無」のみならず、「量」についても妥当する。「非難の必要性や国家の非難適格はともかく、行為者自身は懲役5年の非難に値する」というような評価は、一定の客観的・主観的条件を備えた行為の存在それ自体が一定程度の処罰を正当化する、という受け容れ難い前提なくして、成り立たないものである。「この行為（者）には懲役5年という非難が可能である」というためには、「懲役5年という非難が必要である」といえなければならず、さらには、「国家には行為者を懲役5年という刑罰で非難する資格がある」といえなければならない。通常の裁判でそれらの観点が顕在化しないのは、処罰の必要性や国家の処罰適格が、個別の事例ごとに大きく異なることは少ないため、通常想定される程度のそれらを暗黙の前提としたうえで、行為（者）関係的事情のみに基づいた量刑判断を行えば済むからである。⁽⁵⁴⁾

もっとも、犯罪論においては、「責任（刑罰を通じた非難の可能性）」という上位のカテゴリーの下に、行為（者）関係的事情のみを基礎とした「行

(52) このような矛盾は、ある種の相対的応報刑論自体に内在するものかも知れない（小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教78号（2010）408頁参照）。

(53) もっとも、適法行為の期待可能性の判断においては、「期待の主体（国家）」という観点が顕在化し得る（佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想〔増補版〕』（1985）331頁以下参照）。違法性の意識の可能性について、高山・前掲注（47）329頁も参照。

(54) ある関心事（例えば、一般予防の必要性や国家の処罰適格）について、「通常」とは異なる事情が存在しない限りは、「量刑事情」としては顕在化しないことが多いと考えられる（野村健太郎「量刑導出の理論的過程と量刑事情の機能」愛学55巻1＝2号（2014）248頁参照）。

為者自身の責任」というカテゴリーを設けておくことにも、一定の有用性がある。処罰が行為者にとって受容可能なものであることを保障するためには、責任を問う側の都合とは独立に、行為者自身（あるいは行為自体）が備えていなければならない最低限の条件をあらかじめ設定しておくことが、望ましいと考えられるのである。⁽⁵⁵⁾ 犯罪論における責任主義とは、そのような条件を規定する原則であるともいえる。⁽⁵⁶⁾ 「行為者自身の責任」という「要件」が充足された後に、あらためて責任を問う側の観点からの検討を加える、という順序をとることで、国家の都合によって処罰範囲が不当に拡大する危険を回避しようという意図は、正当なものであろう。法律が、主として行為者に備わるべき要素を規定しており、犯罪論の一領域としての責任論もそれらの要素を対象としてきたことには、十分な意味があったと考えられる。「規範的責任」と「可罰的責任」とを区別し、前者の判断資料を行為（者）関係の事情に限定する見解も、⁽⁵⁷⁾ そのようなねらいを貫徹するために主張されたものであろう。⁽⁵⁸⁾

しかし、量刑においては、そのような規制を期待することはできない。犯罪論において、「行為者自身の責任」を独立の「要件」として観念し得るのは、最終的な「効果」が、「犯罪の成立＝処罰」という形で固定されているからである。そこでは、「行為者を処罰するためには、最低限行為者自身（行為自体）に何が備わっていなければならないか」を問うことが可能である。これに対し、「効果」が固定されていない量刑においては、⁽⁵⁹⁾ そもそも、充たすべき「要件」を観念することができないため、「最低限行為者自身（行為自体）に何が備わっていなければならないか」という問

(55) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972）52頁等参照。

(56) 松原・前掲注（51）9頁以下参照。

(57) 例えば、浅田和茂「責任と予防」阿部純二ほか編『刑法基本講座第3巻』（1994）228頁以下。批判として、松原芳博「可罰的責任論の現状と展望」九国5巻2＝3号（1999）110頁以下。

(58) 鈴木・前掲注（40）75頁参照。

(59) 杉田宗久「量刑事実の証明と量刑審理」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系

いを立てること自体が不可能なのである。⁽⁶⁰⁾

責任を問う側の観点とは独立に「行為者自身の責任の量」を観念できないことの例示として、前科の加重的考慮の問題を挙げよう。量刑では、行為者に前科（以前に受けた有罪判決）があることによって刑が重くなる場合がある。これは、すでに一度科刑（あるいはその執行）による警告を受けていた以上は、再犯に出ないことが強く期待されるのに、その期待を裏切って行為に出た以上は、初犯者よりも強い非難に値するといえるからである。⁽⁶¹⁾つまりそこでは、「行為者自身の責任の量」が増加すると考えられている。もっとも、この理屈からすれば、そのような強い期待を持つ資格が国家に欠ける場合には、加重的考慮を控えるべきことになるはずである。例えば、前回の科刑やその執行が行為者の社会復帰の妨げとなり、再犯をかえって後押ししてしまった場合などである。⁽⁶²⁾そこでは、前科の存在によって「行為者自身の責任」がいったん加重され、その後で国家の落ち度を理由に「国家の問い得る責任」が軽くなるのではなく、「行為者自身の責任」の加重そのものが、国家の落ち度を理由に否定（ないし制限）されるのである。⁽⁶³⁾これは、「行為者自身の責任の量」そのものが、責任を問

第4巻』(2011) 165頁参照。

(60) 「効果」を一定の重さに固定することで、「そのような刑を科すには、行為者自身に何が備わっていなければならないか」という「要件」論を観念することは、理論上は可能である。しかし、一定のスケール上に連続して存在する刑量の一点一点について、そのような「要件」をあらかじめ定めておくことは、現実には不可能である。

(61) 佐藤文哉「累犯と量刑について」罪と罰60号（1978）7頁参照。

(62) 野村健太郎「量刑における前科の考慮」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集下巻』(2014) 40頁以下、小池信太郎「量刑における前科」刑ジャ39号（2014）59頁参照。強盗殺人等の事案について裁判員裁判による死刑判決を破棄した東京高判平成25年6月20日判時2197号136頁およびそれを維持した最決平成27年2月3日裁時1612号1頁は、前科の存在を加重事由として過度に重視すべきではないとする理由の一つとして、前科の存在が影響して職を維持できず、自暴自棄となった末の犯行であるとみる余地があることを挙げている。

(63) これに対しては、「ここで加重的考慮が否定されるのは、行為者自身に酌むべ

う側の視点をも考慮に入れることで初めて決まる、ということを示しているといえよう。

かくして、「行為者自身の責任」の減少を否定しつつ、「国家が問うべき（問い得る）責任」の減少のみを肯定することは、不可能であると考えられる。「国家の処罰適格」の減少は、「（国家が問うべき）行為者自身の責任」そのものの減少を意味すると解すべきである。

なお、実際の量刑判断では、おそらく、行為（者）関係の事情のみを考慮して刑（の幅）が量定され、その後、責任を問う側に関わる事情が微調整要素として考慮されることになると思われる。これは、①事案の「社会的類型」に応じた刑の量定と②その枠内での微調整という2段階的な判断プロセス⁽⁶⁴⁾の中で、それらの例外的事情の考慮が②の段階に位置づけられるためである。このことが、ともすれば、行為（者）関係の事情のみによって「行為者自身の責任（の量）」が導かれるかのようなイメージを抱かせるのかも知れない。しかし、①の段階では、上述の「通常想定される程度の処罰の必要性」や「通常想定される程度の国家の処罰適格」を暗黙の前提として刑が量定されているのであって、上記のようなイメージは、見かけ上のものに過ぎない。

（４） 刑罰の感銘力の維持

このようにして、「行為者自身の責任」が、責任を問う側の事情によって変わり得ることを理論上は認めざるを得ないとしても、なお実践的な理由から、それを「建前」として承認すべきではない、という反論もあり得る。すなわち、そのような「現実」を正面から認める解釈は、人々が持つ「犯罪（そのもの）に応じた刑罰」という信念を揺るがし、刑罰の感銘力

き事情があったからであって、国家の落ち度のゆえではない」という反論もあり得る。しかし、「再犯の原因の一端を国家が作っておきながら、同じ国家が再犯に出ないことを強く期待することは不公正ではないか」という観点を捨象して、単なる「行為者への同情」の問題にしてしまえば、疑問である。

(64) 司法研修所編・前掲注(18)18頁以下参照。そのようなプロセスを経ることの利点について、野村・前掲注(54)254頁以下参照。

を害しかねない。それを避けるためには、「行為者自身の責任」や「行為者にふさわしい刑罰」はあくまで行為（者）関係の事情のみによって導かれるものだという「建前」は、維持しておくべきだ——そのような発想である。考慮否定説の論者から、「国家機関側に生じた落ち度をもって相手方当事者たる被告人に有利な事情としてカウントすることから、いかにも刑事訴訟をゲーム化するかのような印象を与える⁽⁶⁵⁾」との批判がなされている背景には、そのような発想があるようにも思える。

たしかに、非難を伝達する際に、非難する側の都合を前面に出すことによって、非難としての説得力が減少してしまうのではないかと、という懸念には、相応の重みがある。現実の裁判において、（実際には、一般予防の必要性があるからこそ刑罰を科しているにもかかわらず）量刑理由の中で一般予防の必要性が述べられることがそれほどないのも、それが実際の量刑判断では通常顕在化しない（前述五. 3. (3) 参照）から、というだけでなく、非難する側の都合をも量刑理由に書き込んでしまうと、非難の伝達が阻害されかねない、という配慮があつてのことなのかも知れない。そして、そのような工夫が、実践上の技術として有用であることは、直ちに⁽⁶⁶⁾否定できないであろう。

しかし、「行為者自身の責任⁽⁶⁷⁾」がそれ自体として決まるという理解は、単に「現実」に即していないというだけでなく、理論上正当化し得ないものである。それにもかかわらず、それを「建前」として掲げておくことによる付随的な効果（刑罰の感銘力の維持）を理由として、そのような理解を維持することは、法の解釈としては成り立たない⁽⁶⁸⁾であろう。理論上正当

(65) 峰・前掲注（8）158頁。

(66) もっとも、それによって、量刑理由の刑量正当化機能は害され得る。このようなジレンマにどう対処するかは、重要な課題である。

(67) 佐伯・前掲注（53）334頁以下、同『刑事法と人権感覚』（1994）15頁以下は、期待可能性判断が、責任を問う国家によって規定されるという「現実」を指摘する。

(68) そのような解釈が維持できないことについて、長谷部恭男『Interactive 憲法』

化可能な解釈を採用したうえで、刑罰の感銘力を害さないような実践上の工夫を考えるべきではないだろうか。

(5) 責任(犯罪)評価の事後的な変動

責任の量ないし犯罪の重さが、違法捜査のような犯罪終了後の事情によって変化するのを認めることに対しては、犯罪論との整合性に疑問が生じ得る。すでにみたように(五. 2)、「国家の処罰適格」を「規範的責任」とは別個の「可罰的責任」というカテゴリーに位置づける論者は、「犯罪の不法と責任(とくに規範的責任)は犯罪の終了を以て確定する」という命題を出発点としていた。⁽⁶⁹⁾ おとり捜査による犯罪誘発の場合には責任減少の余地を認める論者が、事後の違法捜査については考慮の余地を否定する⁽⁷⁰⁾のも、同様の考え方によるものと思われる。たしかに、「犯罪の重さ」が犯罪終了後に変動する、という言葉づかいに違和感が残ることは否定できない⁽⁷¹⁾。

しかし、「犯罪」を、「刑罰を科すべきである」という可罰性評価を示す機能的な概念と捉えるならば、「犯罪の重さ」とは、「どの程度の刑罰を科すべきか」の評価にほかならならず、それが犯罪終了後の事情によって変動するという説明は、なお可能であると思われる。⁽⁷²⁾ 量刑実務では、被害弁償がなされたことが、⁽⁷³⁾ 大きな軽減事由となることがあり、それは正当なも⁽⁷⁴⁾

(2006) 151頁以下参照。

(69) 岡上・前掲注(29) 56頁。

(70) 藤井・前掲注(8) 213頁。城下・前掲注(3) 109頁以下も参照。

(71) これは、中止未遂の減免根拠に関する違法減少説や責任減少説に対して向けられる批判(城下裕二「中止未遂における必要的減免について」北法36巻4号(1986) 1464頁)と同種のものといえる。

(72) 松原・前掲注(41) 1頁以下参照。

(73) 可罰性評価の事後的変動について、鈴木・前掲注(28) 23頁以下参照。

(74) 例えば、大阪地判平成21年5月11日裁判所 HP は、被害額5億円の詐欺事件において刑の執行猶予を認めているが、このような結論は、知人によってすでに被害が弁償されていることを考慮しない限り、説明できないであろう(松山昇平「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念『新しい時代の刑事裁判』(2010) 546頁参

のと感じられるが、そのような考慮は、犯罪要素である「(結果) 不法」が被害弁償によって事後的に減少したと考えなければ、説明できないもの⁽⁷⁵⁾である。

可罰性評価に、「犯罪」という、「実体」を連想させる言葉を充てることには、それによって「行為者自身(あるいは行為自体)に備わっているべき要素」の探究が促され、評価の安定性が保たれる、というメリットがある。「犯罪」といい得る「実体」を備えていない行為を(処罰の必要性や国家の処罰適格の有無にかかわらず)処罰できないようにしておくことは、人権保障のための枠組みとして合理的である。しかし、そのような工夫は、あくまで処罰の「必要条件」として一定の「実体」の存在を要求するという限度で意味をもつのであって、「必要条件」を充たしたうえでの可罰性評価である量刑において、全く同じ内容の制約が生じると考える必然性はないように思われる。とりわけ、ここで問題となっているような、行為時ないし犯罪終了時に予想された可罰性を減少させる方向での考慮に対しては、人権保障上の制約は不要であろう⁽⁷⁶⁾。

かくして、責任(犯罪)評価の事後的な変動そのものには、理論的な障害はないと考えられる⁽⁷⁷⁾。

(6) 行為責任論による制約

責任要素の中に行為とは直接関係のない事情をも含めることに対して

照)。

(75) 被害弁償を行為者の「反省の現れ」として特別予防的要素とするだけでは、行為者以外の者によって弁償がなされた場合には考慮の余地がないことになる(そのような帰結を支持するものとして、城下・前掲注(1)243頁以下)。しかし、第三者の介入によって被害が初めから小さく抑えられた場合には刑が軽くなるのに、犯罪終了後に第三者によって被害が回復された場合には軽減の余地が一切ないという帰結は、バランスを欠いているように思われる。

(76) 横山信之「被害者と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第2巻』(2011)56頁参照。

(77) Wolfgang Frisch, Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung, GA 2014, S. 499ff. も、量刑上の犯罪評価の事後的変更の可能性を示唆している。

は、それでは行為責任論による制約はほとんどなくなるのではないか、という疑問も生じ得る。しかし、以下で述べるように、本稿のような理解によっても、行為責任論には、依然として重要な制約機能を期待し得るものと考えられる。

「責任を問う対象は行為でなければならない」という行為責任論⁽⁷⁸⁾は、どのような制約を意図したものだっただろうか。これがもし、行為とは直接関係のない要素を責任の根拠から一切排除するものであるならば、すでにみたように(五. 3. (3))、維持できない。それは、責任判断において、責任を問う側の都合が暗黙のうちに前提とされていることを見落とした、誤った公式であって、絶対的応報刑論とともに放棄されなければならないことになるだろう。しかし、同原則は、そのようなものではないように思われる。

例えば、いわゆる人格責任論に対して行為責任論から向けられる批判について考えてみよう。人格責任論は、「当の行為だけではなく、その背後にある人格に責任の基礎をみとめる」立場と定義される⁽⁷⁹⁾が、批判はそのこと自体に対してではなく、常習犯等⁽⁸⁰⁾について、行為責任を超えた刑の加重を認める点に対して向けられている。しかし、なぜ、「行為責任そのものの加重」ではなく、「行為責任を超えた加重」という評価が妥当するのだろうか。それは、同理論が、行為者の「危険な性格」そのものを「違法な結果」と位置づけ、それを「責任(非難)の対象」にしてしまっているからである⁽⁸¹⁾。同理論は、当該犯罪行為とは直接関係のない事情を理由とした「不法加重」を認め、それに対して責任を問うことを認めるがゆえに、行為責任論からの疑義が生じるのである。

(78) 内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991) 740頁以下等参照。

(79) 団藤・前掲注(46) 258頁。

(80) 行為責任論も、人格の考慮自体を否定するものではない(平野・前掲注(55) 61頁参照)。

(81) 平野・前掲注(55) 62頁以下参照。

ここに示されているのは、行為責任論による制約は、主として違法要素の範囲画定に際して働く、ということである。なぜそのような制約が必要なのだろうか。その理由は、より重い非難（処罰）が正当化される構造を考えることによって、明らかになる。

人が非難（処罰）を受け容れることができるのは、違法な行為を自らの意思決定によって行ったからである。⁽⁸²⁾ 非難（処罰）する側も、そのような条件が充たされていることによって、行為者を非難（処罰）することへの心理的な抵抗を乗り越えることができる。そこでは、行為者の主観だけでなく、それに媒介された不法の存在が、非難（処罰）を正当化するための強力な根拠となっているのである。⁽⁸³⁾ このことは量刑でも同様であり、より大きな不法の存在が、より重い非難（処罰）を正当化するための強力な根拠となる。例えば、被害額1000万円の窃盗を行った行為者は、被害額10万円の窃盗を行った行為者よりも（他の条件が同じであれば）重く処罰されることを納得せざるを得ないであろうし、判断者（裁判官）も、そのような判断を行うことに抵抗を感じないであろう。

しかし、それだけに、ある事情を不法要素として算入することに対しては、慎重でなければならない。いったん不法要素として算入された事情は、「非難の対象」をより大きなものに見せることに寄与するため、判断者が非難（刑）を加重するうえで感じる心理的な抵抗を、大きく軽減してしまうからである。⁽⁸⁴⁾ したがって、不法要素としての強い処罰正当化能力をその事情に与えてよいかを、刑法の基本原則、とりわけ、法益侵害原理および行為主義に照らして、厳格に審査する必要がある。すなわち、行為者の行為に帰属可能な法益侵害ないしその危険の程度を把握するうえで、その事情が何らかの意味を持ち得るか、という審査である。⁽⁸⁵⁾ これこそが、量

(82) 松原・前掲注（51）11頁参照。

(83) 高山・前掲注（47）88頁以下、佐伯・前掲注（35）102頁参照。

(84) 野村・前掲注（62）43頁参照。

(85) このような観点からは、結果不法要素として説明できない事情を広く行為不法

刑において行為責任論から導かれる帰結であると考えられる。同じことは、不法「減少」事由としての算入についても、妥当する。というのも、その事情が存在しない事案の行為者からみれば、まさにその不存在によって不法が加重されることになる以上、そのような事情の有無が不法の重さを左右すること自体の正当性が問われなければならないからである。

このように考えた場合でも、例えば、先に触れた(五. 3. (5))被害弁償については、これを不法減少事由とする余地がある。なぜならば、被害が事後的に回復することによって、行為者の行為に帰属可能な法益侵害の量が減少したと⁽⁸⁶⁾いえるからである。これに対し、国家機関による違法行為については、これを不法減少事由とみることはできない。同事情の有無によって、行為者に帰属可能な法益侵害(の危険)の程度は、何ら変わらないからである。同事情の有無によって刑量に差をつけるためには、不法という「非難の対象」に何ら違いがないにもかかわらず、「非難の量」に差をつけることを正当化しなければならない。同事情が、「非難可能性」を指導原理とする「責任」の要素として位置づけられることにより、判断者には、そのような正当化の負担が課されることになるのである。

このような構想と対照的と思われる考え方が、「規範の回復」を刑罰目的と捉える立場から主張されている。論者によれば、不法・責任という要素は、それ自体として意味があるわけではなく、あくまで「規範回復の必要性」を示す指標として重要性を持つに過ぎない。そうすると、「規範回復の必要性」に影響する事情は、たとえそれが犯罪論上の不法・責任には⁽⁸⁷⁾含まれないものであっても、量刑上考慮すべきことになる。そして、最近では、それらの考慮を、(量刑上の)不法・責任に位置づけることも主張

要素として取り込む考え方(例えば、朝山芳史「量刑における結果無価値と行為無価値」原田國男判事退官記念『新しい時代の刑事裁判』(2010)502頁以下)には、疑問がある。

(86) 横山・前掲注(76)56頁参照。

(87) Wolfgang Frisch, Straftatsystem und Strafzumessung, in: 140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1993, S. 17f.

⁽⁸⁸⁾されているのである。

この見解が、犯罪論との連続性を維持しつつ、考慮要素の過度な制限にも陥らないような途を探ろうとする、その意図は正当なものといえる。もっとも、考慮の可否が、「規範回復の必要性」という単一の基準で判断されるために、不法要素と責任要素との区別が、必ずしもはっきりしないものになっているように思われる。この点、論者は、悪質な心情や前科の存在などについて、主観的な不法回避可能性（他行為可能性）としての責任には含まれないことから、これらを「規範回復の必要性」の高さを示す不法要素と位置づけるべきことを主張している⁽⁸⁹⁾。このことから、論者は、「規範回復の必要性」を不法・責任共通の指導原理としつつ、その下位分類として、主観的な不法回避可能性としての「責任」というカテゴリーを設けているものと考えられる。そこでは、むしろ責任要素としての算入の方に、厳格な基準が用いられているのである。

しかし、不法要素としての算入の可否を判断するうえで、「規範回復の必要性」に影響するか否かという観念的な基準が⁽⁹⁰⁾、果たして有効に機能するかは疑わしい。このような基準からは、結局のところ、判断者が直感的に正しいと感じた考慮を、後づけ的に正当化することしかできないのではないだろうか。ある事情が「規範回復の必要性」に影響するの⁽⁹¹⁾か否か（あるいは、どの程度影響するの⁽⁹¹⁾か）、という検証は、ほとんど不可能であるように思われる。

(88) Frisch, a. a. O. (Anm. 77), S. 500.

(89) ヴォルフガング・フリッシュ [岡上雅美訳] 「犯罪論と量刑における不法と責任」新瀉35巻4号(2003)346頁以下。

(90) 「規範の回復」が観念的な応報と異ならないとの指摘として、松原・前掲注(31)240頁。

(91) 岡上・前掲注(29)62頁は、このような基準の曖昧さを認めつつ、そのような難点を克服するために、実際に機能し得る下位基準を豊富にしていくべきことを主張する。しかし、「規範（法的平和）の回復」という基準に、下位基準の正当性を審査し得るだけの明確性がないのであれば、そもそも上位基準としての意義自体が疑わしいといわざるを得ないのではないだろうか。現に、論者が国家機関の違法行

論者の意図は、主観的な不法回避可能性としての厳格な責任概念⁽⁹²⁾を維持することにより、責任というカテゴリーの持つ人権保障機能を強固なものにする点にあるように思われる。しかし、そのために、不法要素としての⁽⁹³⁾算入基準を緩やかにしてしまうことは、行為責任論による制約を十分に働かせることができない点で、人権保障上かえってマイナスではないだろうか。論者は、その「不法」に対する「責任」(回避可能性)を要求すること⁽⁹⁴⁾で、加重的考慮に一応の制限をかけている。しかし、「危険な性格の形成」が回避可能だからといって、その加重的考慮が正当化されるわけではなかったように、回避可能性要件によって、不法としての算入そのものの正当性を保障することはできないのである。

犯罪論の思考枠組み(犯罪論体系)によって量刑判断を規制する⁽⁹⁵⁾という、この論者によって提示された極めて正当な問題意識を出発点とするならば、⁽⁹⁶⁾量刑においても、不法と責任との厳格な区別が維持されなければならない。そして、その区別は、前述のように、主として不法要素への算入基準を厳格にすることによってなされるべきである。すなわち、(i) 不法要素(非難の対象)には、法益侵害原理および行為主義による審査をパスしたもののみ算入を認め、(ii) そこから漏れた要素については、責任要

為の軽減的考慮について行っている説明(前述四、2参照)は、それが上位基準からどのように導かれるのか、必ずしも明らかではないように思われる。

(92) ヴォルフガング・フリッシュ [岡上雅美訳]「責任刑法の将来について」刑法52巻2号(2013)260頁以下も参照。

(93) このような発想自体は、「規範の回復」論に限らず、近時の学説において、強い支持を受けているものである(例えば、小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶應ロー1号(2004)312頁以下)。

(94) フリッシュ [岡上訳]・前掲注(89)370頁以下。そこでは、憎悪や復讐心のような「不法」を高める事情があっても、そうなったことにそれなりの理由がある場合には、それに対する「責任」は否定され、加重されなくなる、といった例が挙げられている。

(95) Frisch, a. a. O. (Anm. 87), S. 13ff.

(96) このような問題意識は、学説上広く共有されている(例えば、井田良「裁判員裁判と量刑」司研122号(2013)202頁以下参照)。

素としての位置づけのみを認める、という枠組みを採用する必要がある。不法の違いという裏付けなくして非難の量（刑量）に差をつけようとするれば、それについて行為者を説得し、判断者自身はその心理的抵抗を乗り越えるために、相応の理由づけを要することになる。とりわけそれが、行為者自身の主観的な不法回避可能性（他行為可能性・容易性）とは直接関係のない、非難する側の都合（処罰の必要性や国家の処罰適格）を理由とするものである場合には、正当化へのハードルは極めて高くなるだろう。それらの事情を責任要素と位置づけることは、それを考慮した刑を「行為に対する非難」として正当化すべき負担を判断者に課すことによって、考慮の範囲・程度が過度にわたることを防止しようとするものなのである。

（7） 刑の公平性

もっとも、行為（者）とは直接関係しない事情を理由とした刑量の個別化は、たとえ限定的になされるものであれ、それ自体刑の公平性を害し、およそ許されないのではないか、という疑問も生じ得る。これは、体系的な位置づけの問題に先行して、国家の処罰適格を理由とした刑の軽減そのものに対して向けられ得る疑問であるが、便宜上ここで検討しておきたい。

量刑上の考慮の対象を、犯罪行為の重大性に関わる事情（行為（者）関係的事情）に限定する「罪刑（犯行）均衡説」⁽⁹⁷⁾は、上述のような感覚を理論的に裏付けたものといえる。同説によれば、刑の重さは、予防的考慮などを入れずに、犯罪行為の重大性のみによって決めるべきとされる⁽⁹⁹⁾。もっとも、同説は、古典的な絶対的応報刑論とは異なり、犯罪予防等の社会的有用性をも刑罰の正当化根拠として要求するため、行為それ自体から何らかの刑量が導かれるという前提には立てないはずである（前述五、3.

(97) 原田・前掲注（7）166頁参照。

(98) 同説の内容については、小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（1）」慶應ロー6号（2006）65頁以下、岡上雅美「いわゆる『罪刑均衡原則』について」川端博ほか編『理論刑法学の探究2』（2009）19頁以下参照。

(99) Andrew von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993, pp. 15–17.

(100) von Hirsch, *supra* note 99, pp. 12–13.

(3))。そこで、同説においても、個別の量刑判断の前提となる、量刑のスケール（事案の重さに刑の重さを対応させるための物差し）の水準は、処罰の必要性（一般予防等）をも考慮したうえで確定すべきことになる。⁽¹⁰¹⁾しかし、いったんスケールの水準が確定されたならば、その中で行われる個別の量刑判断は、犯罪行為の重大性に関わる事情（行為（者）関係的事情）のみを考慮して行わなければならない、⁽¹⁰²⁾予防的考慮等は排除される。すなわち、⁽¹⁰³⁾刑量の違いは、犯罪行為の重大性の違いによってのみ基礎づけ得ることになるのである。このような観点から、例えば違法なおとり捜査の事案についても、それによって行為者自身の認識能力や制御能力が制限されるような例外的場合にのみ、⁽¹⁰⁴⁾刑の軽減が許されることになる。

このように、罪刑均衡説は、応報的観点からみた、事例間・行為者間の均衡（相対的均衡）⁽¹⁰⁵⁾を重視する。その根拠としては、公正ないし正義の要請が挙げられている。⁽¹⁰⁶⁾もっとも、予防の必要性や国家の処罰適格も、行為者に対する個人的な好悪感情ではない、それ自体普遍化可能な判断基準⁽¹⁰⁷⁾であって、その考慮が直ちに正義に反することにはならないように思われる。むしろ、同説の実質的根拠は、次の点にある。すなわち、刑量の違いは、必然的に、伝達される無価値評価の違いを意味することから、「犯罪行為の重大性」とは無関係な要素を根拠とした刑の個別化は、伝達する無価値評価に不整合を来してしまう（「悪さ」が同じなのに、「悪さの評価」が変⁽¹⁰⁸⁾わってしまう）、という点である。

(101) von Hirsch, *supra* note 99, pp. 38–46.

(102) すでに述べたように（五. 3. (3)）、犯罪行為の重大性が行為（者）関係的事情のみによって決まるという前提自体が、疑わしいものではある。

(103) von Hirsch, *supra* note 99, p. 18.

(104) Tatjana Hörnle, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, S. 315.

(105) 相対的均衡と絶対的均衡（犯罪と刑罰との均衡）との区別について、小池・前掲注（98）7頁以下等参照。

(106) von Hirsch, *supra* note 99, p. 15; Andrew von Hirsch/ Nils Jareborg, *Strafmaß und Strafgerechtigkeit*, 1991, S. 5.

(107) 井上達夫『共生の作法』（1986）108頁以下参照。

しかし、刑量（非難）の違いが、必然的に無価値評価の違いを意味するかは疑問である。不法と責任との分離は、「悪い」という無価値評価の問題と、それを前提とした非難の問題とが区別され得ることを意味している⁽¹⁰⁹⁾。非難の程度は、無価値評価にももちろん左右されるが（不法加重・減少）、無価値評価とは独立に変わることも可能なのである（責任加重・減少）。日常生活においても、例えば教師は、遅刻をした生徒がいた場合に、自分もよく遅刻をするという後ろめたさから、優しく諭すにとどめることもできるし、最近遅刻する生徒が増えているという理由から、厳しく叱ることもできる。このことは、伝達される「遅刻はよくない」という無価値評価は同じでありながら、非難する側の都合によって、非難の程度が変わり得ることを意味している。もちろん、優しく諭されたのを見た周りの生徒たちは、「あの子にだけ、なぜ優しくするのか」と不満に思うかも知れないし、厳しく叱られた生徒は、「なぜ自分だけが見せしめに合わなければならないのか」という不満をおそらく抱くだろう。また、教師の側もそのような区別に心理的な抵抗を感じるかも知れない。そして、それらの不満ないし抵抗感には、相応の理由がある。しかし、そのような扱いの違いがおおよそ整合性を欠いたものだとまではいえないであろう。理論上の余地は残されるとして、異なった扱いがどれほど必要で、どこまで許されるのか、という限界づけの問題なのである。

このように、行為（者）とは直接関係のない事情による責任加重・軽減は、公平の観点から一律に排除されるものではなく、立場の交換可能性を前提とした諸観点⁽¹¹⁰⁾（非難としての説得力、刑罰目的合理性、国家の処罰適格等）の比較衡量を通じて、適切な限界を探っていくべきものであるように思われる。そのような価値判断の集積を通じて形成される一種の「量刑傾

(108) von Hirsch, *supra* note 99, p. 15; von Hirsch/ Jareborg, a. a. O. (Anm. 106) S. 12ff. 小池・前掲注 (98) 70頁以下も参照。

(109) 松原・前掲注 (33) 57頁参照。

(110) 高山・前掲注 (47) 270頁以下参照。

向」が、公平性を担保するのではないだろうか。⁽¹¹¹⁾ その結果として、そのような事情による加重・軽減はほとんど認められないことになったとして⁽¹¹²⁾ も、それは、そのような考慮に抑制的であろうとする価値判断の説得力のゆえなのであって、考慮の余地が理論上排除されるためではないのである。

以上（1）から（7）までの検討から、国家機関の違法行為による「国家の処罰適格」の減少は、「責任」の問題として位置づけられるべきであると考ええる。

六. 具体的な考慮

以下では、「国家機関の違法行為」の具体的な考慮に関し問題となり得るいくつかの点について、簡単に触れておきたい。

① まず、考慮される「国家機関の違法行為」の範囲が問題となる。特に、考慮されるのが、行為者が苦痛を受けた場合に限られるのか否かが問題である。これについては、「刑罰の先取り」としての考慮（三）や、損害の「賠償」としての考慮（四. 1）とは異なり、国家による非難の説得力そのものを問題とする以上、苦痛の発生は、必ずしも要しないと解すべきであろう。⁽¹¹³⁾ また、理論上は、当該行為者に関する手続の中でなされた違

(111) 近時の一連の最高裁判例は、公平性を確保するうえでの量刑傾向の重要性を指摘しているが（①最判平成26年7月24日刑集68巻6号925頁、②最決平成27年・前掲注（62）、③最決平成27年2月3日裁時1621号4頁）、特に②の判例およびその原審である東京高判平成25年・前掲注（62）は、同種「事案」に科される「量刑」の傾向のみならず、前科という「量刑事情」の「考慮の範囲・程度」についての傾向をも重視している。

(112) 警察官による違法捜査について量刑上の考慮を否定した例として、大阪高判平成11年3月5日判タ1064号297頁。

(113) 小倉・前掲注（2）310頁参照。

法行為に限定される必然性もない。「平生から法を破る国家に、行為者を非難する資格がどれほどあるのか」という観点から、量刑に全く影響しないとは言いきれないであろう。もっとも、実際には、当該行為者との関係が希薄になればなるほど、量刑上の影響力は小さくなるとも考えられ、他の手続でなされた違法まで考慮すべきケースは、ほとんどないかも知れない。そこでは、行為（者）とは直接関係のない事情によって非難の量（刑量）に差をつけることへの抵抗感や、軽減によって生じ得る一般予防上のマイナス効果を凌駕するほどには、軽減の必要性が高くないと判断されたことになる。このような諸観点の比較衡量によって具体的考慮の可否・程度を決めるべきことは、それらを「責任」という同一のカテゴリーに含めることの帰結でもある。そのような価値判断の集積によって、考慮の限界を少しずつ明らかにしていくべきである（五．3．（7））。

② また、「国家機関」の範囲についても、それが狭い意味での「捜査機関」ないし「訴追機関」に限定されるのが問題となる。例えば、拘留所での勾留中に職員からなされた暴行などは、考慮し得るだろうか。これについては、「処罰を求める側の機関」によるものとはいえないとして、否定的に解する立場もある⁽¹¹⁴⁾。しかし、処罰（非難）の主体はあくまで「国家」であるから、「国家」の行為とみなし得るものについては、広く考慮の対象に含めるべきではないだろうか。もっとも、このように考えると、刑事手続とは全く関係のない国家機関の違法行為（例えば、一般省庁の職員による収賄等）も、量刑に影響する余地があることになるが、これも①で述べたのと同様、実際に量刑上の影響力が認められるべき場合はほとんどないであろう。

③ これらの問題とは別に、「国家の処罰適格」という観点からの考慮が、他の趣旨での考慮とどのような関係に立つのか、という問題もある。

(114) 小倉・前掲注（2）310頁。もっとも、そこでは、「原則として」という留保がつけられており、考慮を一律に排除する意図ではないとも解される。

例えば、国家の処罰適格の減少を理由とした責任減少が認められ、刑の軽減がなされた場合に、さらに「損害の賠償」や「国家への制裁」としての軽減を行うのだろうか。それとも、責任減少に基づく軽減には、後二者の趣旨も同時に含まれていることになるのだろうか。これについては、「行為者にふさわしい刑」を決める「責任」判断上の考慮と、「行為者への利益」や「国家への不利益」のためになされる考慮とは別物であって、前者の中に後者の趣旨を同時に含めることはできないと考えるべきであろう。刑の軽減が、行為者にとっての「利益」を意味し得るのは、「行為者にふさわしい刑（責任刑）」よりも軽い刑になるからである。国家への不利益についても、同様であろう。このことは、⁽¹¹⁵⁾「刑罰の先取り」としての考慮との関係についてもあてはまる。責任刑それ自体を軽減することと、すでに受けた苦痛を刑罰に算入することとは、（実際の量刑判断では同時に行われるのだとしても）別個の処理として観念されるべきである。これらは、別個の趣旨の考慮を行うものであり、同一事情の多重評価には当たらないと解される。

七. おわりに

本稿では、国家機関の違法行為の存在を量刑上考慮することが、量刑の基本枠組みに照らしてどのように正当化し得るかを検討してきた。その中でも特に紙幅を割いたのは、「(行為者自身の) 責任の量」とは、責任を問う側の観点（国家の処罰適格等）をも考慮して初めて確定されるものだということについてである（五. 3）。このような理論枠組みそのものは、国家機関による違法行為の考慮の問題を超えた一般的な妥当性を持つと考えられる。もっとも、このことによって、従来の考え方によれば「行為

(115) もっとも、国家にとっては、自らの違法行為によって処罰適格が減少し、軽い責任刑しか科せなくなったこと自体が一種の「制裁」となり得るから、それ以上の軽減は（可能だとしても）不要となるかも知れない。

（者）とは直接関係しない事情である」という理由で簡単に考慮を排除できていた様々な事情について、そのような理由づけには依存しない形で、考慮の可否を論じる必要が生じることになる。そのような検討は、今後の課題としたい。

