

2018 年度

博士学位申請論文

指導教員 法学研究科教授 本庄武

違法捜査を量刑事情とすることの正当化根拠：刑罰目的
の観点からの検討を中心に

一橋大学大学院

法学研究科 博士後期課程

法学・国際関係

范 耕維

JD161006

序章	1
第1節 問題意識	1
第2節 本稿の目的	4
第3節 本稿の射程の限定	5
第4節 研究方法	6
第5節 先行研究との関係	8
第6節 本研究の構成と概要	10
第1章 日本の現状—裁判例と学説の考察	13
第1節 概説	13
第2節 各裁判例の紹介	14
第3節 各裁判例の整理	31
第4節 違法捜査が量刑に与える影響に関する各見解の整理	40
第5節 小括：本論文において議論を展開する方向	50
第2章 違法捜査の量刑上の考慮の許容性と対象	55
第1節 概説	55
第2節 考慮の余地	56
第3節 違法捜査がもたらす苦痛のみを考慮の対象とすることの問題点	63
第4節 違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れる見解と解決すべき問題点	77
第5節 小括	86
第3章 刑罰論の観点からみた違法捜査の量刑上の考慮の根拠の考察(1)：各刑罰理論からの解釈の試みとそれぞれの問題点	89
第1節 概説と検討の道筋	90
第2節 刑罰における展望的な観点(1)：積極的一般予防論からの検討と問題	102
第3節 刑罰における展望的な観点(2)：積極的特別予防論からの検討と問題	113
第4節 刑罰における回顧的な観点からの解釈の可能性と問題	122
第5節 小括：核心的問題の克服の試み及びコミュニケーションの刑罰理論	130
第4章 刑罰論の観点から違法捜査の量刑上の考慮の根拠の考察(2)：コミュニケーションの観点からの試み	132
第1節 概説：刑罰における非難の表現とコミュニケーション	132
第2節 ダフの人間指向の表現刑罰理論とコミュニケーションという刑罰目的	143
第3節 コミュニケーションと刑事手続	174
第4節 違法捜査の量刑上考慮を根拠づける試み	182
第5節 小括	196

第5章 違法捜査の量刑論における位置付け、量刑上考慮の適用の範囲および証拠排除法則との関係.....	198
第1節 量刑事情とされる違法捜査と量刑基準における位置付け.....	199
第2節 違法捜査の量刑上の範囲.....	208
第3節 違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則との関係.....	217
第4節 小括.....	225
終章.....	227
第1節 おわりに：違法捜査の量刑上の考慮の性格、根拠と適用に関する重点.....	227
第2節 台湾法における量刑法の現状と本論文の台湾に対する示唆.....	229
参考文献一覧.....	237

序章

第1節 問題意識

違法捜査に対して、どのように対処すべきかについて、従来、手続上、違法収集証拠排除法則（以下、「証拠排除法則」と称する）によって対処するのは、定着してきた実務である。すなわち、最高裁昭和53年9月7日判決（以下、「昭和53年判決」と称する）以降、捜査の適法性に関して、違法であると判断される場合に、違法収集証拠の証拠能力という点に着目し、いわゆる相対的排除の立場から、証拠の証拠能力を否定すべきかどうかを検討するという方法である。それは、最高裁判決により、「令状主義の精神を没却するような重大な違法の抑制の見地からして相当でない」と認められる場合においては、その証拠能力は否定される」という判示から、みえるものである¹。

実務上、証拠排除法則が適用されるとはいえ、下級審においても、証拠の収集に違法があるとされたが、違法の手続に基づき収集された証拠の証拠能力は否定されないと判断される事例がみられる。このような状況の中で、浦和地裁平成1年12月21日判決のように、違法捜査という事情を量刑段階において考慮すべきであるとする判決が、相次いで示された。それは、違法捜査に対して、手続の視点からそれを対処するものではなく、実体法の視点から対処するものである。このような「量刑上の考慮」という新たな対処方法は、昭和53年判決が示される基準からみれば、違法捜査において証拠が排除されるに至らない程度の場合に、被告人に救済の機会を提供することになる。とりわけ、違法捜査に対する損害賠償請求訴訟の困難さを考えれば、この対処方法の実益を見出すことができよう。他方、裁判官にとって、この方法を通じて、「違法収集を理由に証拠能力の否定まで行くことになると、有罪の犯罪者をみすみす取り逃がす結果となり、インパクトが大きすぎる」というジレンマを解決する手段の一つとして、それを採用する可能性があると考えられる²。もっとも、手続上の違法捜査に対して、すでに証拠排除法則のような手続上の対処手段が存在するという現状の下で、「量刑上の考慮」のような、実体法上の対処手段は、被告人に対しより多くの利益を与えるものといえる。しかし、この新たな手段につ

¹ LEX/DB 27682171.

² 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9月）50頁。

いて、現在示された裁判例を見ると、その必要性、あるいは正当化根拠が明らかではないといえる。

まず、実務上証拠排除法則がすでに存在しているが、加えて違法行為を量刑事情とする必要性があるか否かが問題となる。すなわち、「量刑上の考慮」は、証拠排除法則との間にどのような相違が存在するか、あるいは「量刑上の考慮」の使用にどのような実益がみられるかについて、それらの目的や適用範囲などから、検討しなければならない。また、仮に必要性の存在が肯定されれば、量刑上の考慮と証拠排除法則とが両立可能である場合、両者を運用する際に、お互いにどのような関係が存在するかも依然として問題となり、説明しなければならないものである。

次に、根本的な問題としては、現在存在する裁判例を見ると、証拠の違法を量刑で考慮することを正当化する根拠が明らかではないといえる。すなわち、現在の通説である幅の理論によれば、量刑基準は責任の評価と予防的考慮によって構成されることになるが、それらの裁判例を分析するとき、量刑事情である違法捜査が、量刑基準の中のどこに位置づけられるかが明らかではない。確かに、おとり捜査は、違法捜査の状況に含まれ、その法的帰結に関し、ドイツ裁判例に量刑説がみられる。しかし、おとり捜査の場合には、国家の犯罪誘発が犯罪行為に影響を与えるという状況が存在する。それに対して、浦和地裁裁判例に示された違法な採尿処分など国家違法行為の類型は、おとり捜査とは異なっているものである。おとり捜査に関する量刑説と同様な論理を、他の違法類型にも適用できるかどうか、依然として疑問となると考えられる。そこで、おとり捜査以外の類型で、違法捜査と認められる場合に、それが量刑に影響を与える根拠を明らかにする必要があると考える。要するに、本論文で解決しようとする問題となっているのは、すべての違法捜査の類型が量刑事情とされる際に、それを正当化する論拠ということである。

こうした正当化根拠というテーマに答えるためには、そのテーマにおける問題意識の核心を明らかにする必要がある。言い換えれば、本論文のテーマに関して、解決しようとする問題の骨子を明らかにすることが必要ではないかと考える。本論文のテーマとされる「違法捜査を量刑事情とすることの正当化根拠」から見れば、それを四つの問題に分けることになる。それに関する説明は、以下の通りである。

1.違法捜査を量刑事情とすることは、違法捜査が刑罰の量定に影響を及ぼすことを意味すると言える。そうだとすれば、それは、違法捜査がいかなる性質を有する量刑事情とされるかという量刑論のレベルの問題にとどまるものではないと言わざる

をえない。それに対して、本論文では、刑罰論のレベルで違法捜査がどのようにして刑罰に影響を与えるという問題を検討することを通じて、それを量刑論のレベルでいかにして量刑基準に位置付けるかを解明する。そこで、本論文は、あらかじめ刑罰論の問題と量刑論の問題が分類されるべきであろうと考える。

2.まず、刑罰論のレベルに属する三つの問題を検討する。つまり、「違法捜査がいかにして刑罰に影響するのか」ということから見れば、そこに存在する解決すべき三つの問題である。

第一に、「国家の違法捜査」から見れば、この違法行為を行った主体は、犯罪者ではなく、国家である。そのため、従来議論の中心とされる犯罪または犯罪者の刑罰に与える影響とは異なり、ここで問題となるのは、処罰者である国家に瑕疵、とりわけ、違法捜査のような手続的瑕疵が存在する場合、それが処罰の可否と程度にどのような影響を及ぼすのか、ということである。そこで、この問題を解明するために、刑罰において、処罰者である国家がどのような役割を有しているのか、あるいは、処罰者である国家と被処罰者である市民との間に、どのような関係が存在するのかを明らかにすべきであると言わなければならない。

第二に、同様に「国家の違法捜査」から見れば、捜査に違法性があることは、実体上の犯罪ではなく、手続上の違法である。言い換えれば、従来議論の中心とされてきた「実体上の犯罪がいかにして実体上の刑罰に影響するか」という問題とは異なり、ここで問題となっているのは、「手続的違法がどのようにして実体的刑罰に影響を及ぼすのか」、ということである。そこで、この問題に答えるために、実体的刑罰が、手続的刑事訴訟といかなる関係を有しているのかを明らかにすべきではないかと考えられる。

したがって、本論文のテーマに関する議論は二つの基軸によって構成されることになる。一つは、刑罰における国家と私人との関係、ということである。もう一つは、刑罰と刑事手続との関係、ということである。この二つの基軸を解明した上で、国家の手続的違法捜査がいかにして実体的刑罰に影響を与えることを明らかにすることができるといえる。したがって、三番目の問題となっているのは、一番目の基軸を解明することを通じて導かれる刑罰における国家の役割、および、国家と私人との関係が、いかにして二番目の基軸から導く刑罰と刑事手続との関係に影響し、さらに刑罰に影響を及ぼすのか、ということである。ちなみに、本論文が解決しようとする問題の骨子は、違法捜査がどのような性質を持つ量刑事情かという問題より、これらの刑罰論の問題であると言わなければならない。

3.前記の三つの問題を踏まえ、最終的な問題となるのは、違法捜査が量刑事情の一

つとされる際に、違法捜査を量刑基準のどこに位置付けるかということである。すなわち、違法捜査が刑罰に影響を及ぼすことの正当化論拠を、どのようにして量刑論において具体化し、あるいは、そのようにして違法捜査を量刑事情とすることを根拠づけるかということである。

その問題と関連して、二つの重要な点が検討されるべきである。一つは、量刑責任という概念の内容と限界ということである。その上、違法捜査を量刑事情とする際に、量刑責任に関連する事情と分類されるかどうかを検討する。すなわち、量刑責任という概念を明らかにすることを踏まえて、問題となっているのは、違法捜査が刑罰に影響を与えることの正当化論拠が、量刑責任に反映させられるか、量刑責任に位置付けることがその概念の限界を超えるかどうか、ということである。もう一つは、仮に違法捜査を量刑責任に位置付けることができないならば、責任にも予防にも関連しない「第三の領域」とされる量刑事情に分類されるかどうか、ということである。そこで、まず、このような量刑事情が存在する余地があるか否かを検討する。続いて、仮にそれが存在すれば、違法捜査がいかにしてこのような事情に分類されるか、また、このような事情に位置付けることの原因は何かなどの問題を分析する。

本稿は以降の部分で、前記の問題を念頭に置いて、違法捜査を量刑上考慮するという事に関する日本の研究を踏まえ、裁判例と学説を把握し、それぞれの見地を分析する中で、本論文のテーマにおける問題の核心を解決する手がかりを探していく。刑罰における国家と私人との関係、および、刑罰と刑事手続との関係を解明した上で、違法捜査を量刑上考慮するという事の正当化根拠と、それを量刑基準においてどこに位置付けるということを提示することを試みる。

第2節 本稿の目的

本稿は、以上のような問題意識に基づき、違法捜査の量刑上考慮の正当化根拠と、それを量刑基準にどこに位置付けるのかに関する研究を踏まえ、日本で違法捜査を量刑上考慮することの正当化根拠への具体的提言を行う。さらに、日本での研究を通じて得られた刑罰理論と量刑理論に関する内容を、台湾の量刑理論の発展およびそれに基づく実務改革を提案することを目標とする。台湾においては、現在、量刑に関する刑法の明文がみられるとはいえ、実務上、量刑基準と量刑事情に関する精緻な理論と裁判例がみられない。なお、刑罰理論の観点から量刑基準と量刑事情それぞれの内容を検討する文献もほとんどないと言える。量刑基準と量刑事情が

理論化されなければ、被告人に対する量刑の公平性・適切性に反するという問題が生じる。また、日本の状況に似て、台湾でも、捜査に違法がある場合に、証拠排除法則が適用されないものは少なくない。かつ、違法捜査に対する損害賠償請求訴訟は極めて困難であるので、精緻な量刑理論がなければ、それを量刑上の考慮によって解決できないといわなければならない。したがって、日本における量刑基準と量刑事情の議論を踏まえ、適切に刑を量定することができるか、かつ国家に違法がある際に、それを量刑上考慮によって処理する根拠を得るためには、どのような刑罰理論から国家と犯罪者との関係を理解することが妥当であるかという課題を検討することは、台湾における今後の量刑理論の発展にきわめて有益な示唆を与えると思われる。

第3節 本稿の射程の限定

本稿は、以下の重要な問題領域を、直接的な検討対象から外しているということを、予めことわっておかなければならない。違法捜査を量刑上考慮するということは、議論すべき重点が二つある。すなわち、(1)違法捜査を量刑上考慮するということの「論拠」と、(2)論拠が存在すれば、刑量の軽減に影響を与える「程度」である。それぞれの関係は、まず、違法捜査を量刑事情とする正当化根拠を探求し、続いて、根拠がある場合にかかる量刑事情がどの程度刑を引き下げることになるかを議論する、ということである。本稿の検討対象であるのは、違法捜査を量刑上考慮とする「論拠」である。

後者の(2)は、議論の出発点が異なれば、異なる結論がうかがえることになる。この問題を、証拠排除法則の議論との連続性で理解し、汚れた手で収集した証拠を用いることを問題視する立場からは、量刑への影響の程度は、証拠排除されるべき違法の程度によって決定されるものであって、証拠の違法が大きい場合は、かなりの程度刑を引き下げることになると考えられる。それに対して、仮に被告人に生じた不利益の一環としてその苦痛を考慮し、違法の程度については考慮しない立場からみれば、大きく引き下げることではなく、場合によっては量刑理由で触れても実際に刑を引き下げる要素とはならないこともありえると考えられる。

この争いについては、「証拠排除法則」あるいは「被告人の苦痛」以外に、「正義、公平」という観点もみられる。この観点の下では、違法捜査を考慮することは、それが明らかに「正義」、「公平」にかなうと感じられる事案に限られるべきということになるので、捜査手続きにおける違法の程度や被告人が受けた不利益が大

きい場合に限定されることになる。その場合には、裁判官の裁量によって例外的に捜査手続の違法を量刑上考慮することができる。したがって、量刑を引き下げる際には、その程度を大きく逸脱するような下げ方をすべきではないと考えられる³。

また、死刑か無期懲役かが問題になるような特別な事案において、違法捜査が刑の軽減に影響を与えることができるのかという疑問も生じる。これについて、このような事案において、犯情を中心とした事情に照らした公平さが重視されるものであり、原則として捜査の違法がその判断に影響することはないというべきであろうとの主張がみられる⁴。その見解に近いものとして、東京高裁平成15年5月19日判決は「仮に、警察官による暴行があり、被告人がそれにより苦痛を受けたとしても、そのこと自体は量刑上考慮する余地があるが、死刑の選択を回避するに足りる事情とまでは到底いえない。違法捜査により被告人が苦痛を受けた場合に、そのことを全く量刑上の考慮の対象から外すことは、量刑事情の全般性や大きな意味での公正さという点からして、相当でないが、その考慮の程度は、それ相応のものであって、量刑自体を大きく左右するような事情には一般的にならないというべきである」と判示している⁵。

違法捜査が量刑事情とされる場合に刑を引き下げる程度は、極めて重要な課題であると考えられるが、本稿では、考察対象の拡散を防ぐため、それを詳論できない。本稿は、その影響の程度を議論する前提である「量刑事情とすることの正当化根拠」を対象に考察を進める。

第4節 研究方法

本研究では、文献整理の方法を採用し、テーマに関する日本の裁判例を整理すると同時に、それに関する論文も収集した。文献中の違法捜査を量刑上考慮することに関する議論を整理することを通じて、違法捜査の量刑上の考慮が必要とされた理論的背景を確認することは重要である。なぜなら、それらの文献を整理する中で、根本的な問題が、刑罰論における国家と私人との関係、および、具体的な量刑基準の内容と限界にあるということが見えてくると思われるからである。

加えて、諸外国における量刑に関する裁判例および論文を概観し、最新の議論も

³ 小倉哲浩「違法捜査等と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）308-310頁。

⁴ 小倉・前掲註(3) 310頁。

⁵ LLI/DB 05820497.

捕捉する。その中には、違法捜査を量刑上考慮するということに関する文献のみならず、このテーマに関わる刑罰理論、刑罰論と量刑との関係、量刑責任の内容と限界が議論される文献も含まれることになる。それらの文献を選ぶ際には、まず、ドイツの裁判例と文献を採用した。なぜなら、ここで議論される日本の量刑理論は、ドイツの議論に、大きな影響を受け、かつ、量刑論に関わる刑法の体系は、ドイツ刑法の体系と類似点が少なくないからである。例えば、日本で通説といえる「幅の理論」は、最初に、ドイツで提出された見解である。また、この理論の中で用いられる、予防的考慮の範囲を制限し、量刑の上限と下限を形成させる枠とされ、幅の形で存在する「量刑責任」という概念は、犯罪論における「有責性」との間に、浅からぬ関係が存在するものである。この「有責性」という概念は、構成要件、違法性と有責性によって構成される犯罪論体系にあるものである。このような犯罪論体系も、日本刑法とドイツ刑法との類似点であるといえる。従って、比較法上、参考の対象を決めるとき、まずは日本の刑法体系と類似の体系が存在するドイツの文献を選択するのが、適切であろうと考えた。

加えて、本研究では、ドイツ文献のみならず、英米法圏の資料も参考にしよう努めた。英米法はドイツの法体系と異なるものであるにもかかわらず、その中には従来議論されている概念と共通の概念がみられる。例えば、ドイツの量刑論と刑罰目的において、議論されている応報、特別予防と一般予防などの概念は、英米法圏の刑罰論における応報 (*desert, retribution*)、一般人および犯人に対する抑止

(*deterrence*)、犯人の改善 (*reform*)、保安・隔離 (*incapacitation, restraint*) との間に、類似点もあるものであると考えられる。実は、量刑論の議論において、ドイツ法と英米法圏とは関連性がないものではなく、お互いに影響を与えるものであるといえる。例えば、ドイツ法にみられる「犯行均衡説 (*Tatproportionalitätstheorie*)」または「犯行と均衡した量刑の理論 (*Die Theorie tatproportionaler Strafzumessung*)」は、英米法圏において、特別予防 (社会復帰) 思想に基づき不定期刑制度が機能していないとして批判されたことが契機となって有力かした刑罰理論が、ドイツの量刑論に波及したものである⁶。

以上のような状況をふまえ、本研究は次のような手法を採る。まず、日本の裁判例と学説に対する分析を通じて、違法捜査を量刑上考慮するということに関する問題点を把握し、その争いの本質的内容、すなわち、刑罰論上では、国家と私人との

⁶ 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1)：日独における最近の諸見解の検討を中心として」慶應法学6号(2006年8月)65頁。

関係、および、量刑論上では、量刑基準の内容に関する問題点を明らかにする。次に、ドイツ法と英米法圏の中で、量刑論と刑罰論に関する文献を検討する。そして、これらの文献に対する分析をふまえ、刑罰における国家と私人との関係、あるいは、刑罰と刑事手続との関係を明らかにし、それによって得られた結論に基づき、違法捜査を量刑事情とする論拠を展望する。

第5節 先行研究との関係

1.違法捜査を量刑事情とする正当化根拠という課題に関する先行研究には、手続の観点と実体の観点から、議論を展開するものがある。もともと、これらの議論は、量刑論のレベルで、違法捜査を、責任的評価、予防的考慮ないし責任にも予防にも関連しないものから構成される量刑基準の枠内の、どこに位置付けるかについて検討するものであると言える。すなわち、かかる量刑基準を前提として、量刑事情としての違法捜査の性質を検討することになる。例えば、城下裕二は、《量刑事情としての「捜査手続の違法」》において、違法捜査の量刑への影響を否定すべきだと主張する。なぜなら、量刑判断が責任の評価と予防的考慮との二元的構成によることを前提とするならば、犯行後の事情としての違法捜査は責任の評価にも予防的考慮にも影響を与えないからである⁷。

それに対して、量刑上の違法捜査の考慮に賛成する学説には、量刑事情としての違法捜査が、大別して(1)責任の評価に属するもの、および、(2)責任にも予防的考慮にも関連しないものの二つの観点がある。前者については、例えば、岡上雅美は、《責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）》で、規範妥当性や法的回復など一般予防の観点を責任概念に入れ、それを「可罰的責任」に変化させる。その上、違法捜査が、責任の内容とされる「可罰性」に影響を与え、非難する側である国家の処罰適格を減少させると主張するものである⁸。後者については、例えば、宇藤崇は、《捜査手続の違法に対する事後的処理について》において、違法捜査が「処罰相当性」に影響を及ぼすことを通じて、量刑に影響すると主張する⁹ほか、原田國男は、《量刑判断の実際》で、違法捜査を「被告人が受けた苦痛」と理解し、「刑罰の先取り」として、量刑に影響を与えると主張する¹⁰。また、小倉哲浩は、《量刑実務大系第3巻、一般情状等に関する諸問題》における《違法捜査等と量刑》で、「正

⁷ 城下裕二『量刑理論の現代的課題』（成文堂、2009年）124頁。

⁸ 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」早稲田法学69巻1号（1993年）67頁以下。

⁹ 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）137頁。

¹⁰ 原田國男『量刑判断の実際』（立花書局、2008年）166頁。

義」、「公平」の観点から、違法捜査が刑の軽減をもたらすと主張する¹¹など、様々な見解がみられる。これらの見解は、責任評価にも予防的考慮にも属さない評価観点に関わる量刑事情が存在することを容認するものである。にもかかわらず、前述のとおり、それぞれの観点は、量刑論のレベルで、違法捜査を量刑事情とする際、その性質が責任の評価、予防的考慮あるいは両者と関係ない要素のいずれに属するかについて議論を展開することになると言える。

ところで、違法捜査の量刑上の考慮に対する賛否を問わず、前記の様々な見解は、犯罪者と犯罪行為、あるいは社会全体にのみ着目していると言える。例えば、否定説を主張している城下説は、違法捜査は犯罪者の行為責任にも、犯罪者に対する特別予防にも関連しないので、それが量刑事情として量刑に影響を与えることを反対する。また、岡上説は、違法捜査を責任に影響を及ぼす量刑事情とすることに賛成する。それに、宇藤説は、違法捜査は、社会全体レベルでの規範安定化に影響を与えるので、それを量刑事情とすることに賛成する。それらの見解は、被処罰者たる犯罪者、あるいは刑罰の行使を通じて影響を受ける社会全体のみに着目し、議論を展開していると言える。一方で、処罰者である国家の方に着目する見解もある。例えば、鈴木茂嗣は、『犯罪論の基本構造』において、処罰する側の国家に着目して、国家が違法捜査を行う場合、それが有している処罰適格を欠いて「処罰不相当」となり、そしてそれが「可罰的責任」に影響して刑が軽減すると主張する¹²。ただし、その見解には、国家の処罰適格にどのような内容があるか、および、そのような処罰適格が欠けるようになる原因について詳しい説明が見られないといえる。

したがって、本稿は先行研究を踏まえ、(1)刑罰論の観点から国家の違法捜査が刑罰権の行使に与える影響を検討する。そして、刑罰論と量刑論の関連性に立脚し、その刑罰権への影響が、量刑論にどのような影響を及ぼすかについて検討する。その上、適切な量刑基準の内容を検討し、違法捜査を量刑上考慮する正当化根拠という課題を解決するために、(2)刑罰において、処罰対象としての犯罪者と犯罪行為のみならず、処罰実行者である国家にも着目して、それに関する瑕疵が刑罰に影響を与えるアクターとなり得るかを検討する点で、その独自性を有するものである。

2.違法捜査を量刑事情とする正当化根拠という課題に対する先行研究に、手続の観

¹¹ 小倉・前掲註(3) 275 頁以下。

¹² 鈴木茂嗣『犯罪論の基本構造』(成文堂、2012 年) 383-385 頁。

点上、証拠排除法則との関係を詳しく検討する研究がみられる、例えば、指宿信と城下裕二は、《採尿をめぐる捜査手続の違法を量刑事情に加えるこの当否》において、裁判例の整理を通じて、証拠排除法則の使用可能な場面か否か、違法捜査の量刑上の考慮の使用が可能か否かとの相互関係を分析する。もともと、その論文は、裁判例に現れる「現象」、すなわち、違法捜査の法的帰結として、量刑上の考慮と証拠排除法則との適用の順序を考察して、量刑上の考慮を証拠排除法則の延長線上に置いた議論を展開する。言い換えれば、その論文には、証拠排除法則と量刑上の考慮それぞれの目的・趣旨から、実質的に両者の関係を検討することがみられないと言える。なお、その論文は、すでに証拠排除法則の適用が定着した現状の下に、違法捜査の法的帰結として、量刑上の考慮というアプローチを適用する必要性があるかどうかを検討するわけではない。

その他、安原浩は、《裁判実務と違法収集証拠排除法則》で、指宿・城下論文と似たように、証拠排除によって違法収集の証拠が排除できない場合に、その代替ないし補完的手段として量刑上の考慮を行うと主張する。しかし、安原説は、指宿・城下論文と異なり、権利侵害の回復の方法として量刑で考慮すると主張する¹³点で、証拠排除の議論との共通の理論的根拠付けを示唆するものである。それは、証拠排除法則の趣旨から議論するものであるように思う。かつ、その検討の手法は参照に値すると考えられる。ただし、証拠排除法則の趣旨には、司法廉潔性の保持と違法の抑止が含まれ、それらと違法捜査の量刑上の考慮との間に、どのような関係があるか、さらに、お互いにどのように影響しあうかについて検討する必要があると考える。そこで、本稿では、権利侵害の回復、救済のみならず、証拠排除法則の他の趣旨も考慮に入れ、証拠排除法則と違法捜査を量刑事情とするということとの関係を解明し、違法捜査を量刑上考慮するということの必要性を明らかにする。したがって、量刑上の考慮と証拠排除法則は、違法捜査の法的帰結として、それぞれの目的を比較して、両者の相互関係、適用の順序について解明する点で、本論文は独自性を有することになるといえよう。

第6節 本研究の構成と概要

第1章は、日本の裁判例と学説を分析し、本稿の課題に関して考察すべき点を明らかにするものである。すなわち、違法捜査を量刑事情とすることの許容性、違法捜査に関して、量刑上の考慮の対象、違法捜査の量刑上の考慮の論拠と違法捜査と

¹³ 安原浩「裁判実務と違法収集証拠排除法則—昭和61年以降の判決例を中心として—」渡辺修編著『刑事手続の最前線』（三省堂、1996年）175頁。

証拠排除法則との関係などの課題を明らかにするものである。

第2章では、違法捜査の量刑上の考慮の前提問題を議論しようとするものである。まず、違法捜査の量刑上の考慮に賛否両論が存在する場合に、否定説を検討して、違法捜査の量刑上の考慮の許容性があるか否かについて議論し、結論としては賛成説を採用する。言い換えれば、否定説の論点に対して反論を持ち出すということを通じて、違法捜査の量刑上の考慮の余地を論証するものである。続いて、違法捜査の量刑上の考慮に入れる対象を検討しようとするものである。すなわち、違法捜査は、違法行為それ自体と違法捜査により生じる苦痛に分けられるが、量刑上の考慮の対象となるのは、違法捜査により生じる苦痛しかないか、それとも、苦痛のみならず、違法捜査それ自体の深刻さも考慮に入れるかについて検討する。この分析を通じて、違法捜査を量刑事情とする場合に、違法捜査が、被告人が自らの犯罪により被った不利益という量刑事情の下位類型の一つにすぎないのか、それとも、独自の意味がある量刑事情に分類されるのかを検討しようとする。最終的に、違法捜査の量刑上の考慮に取り込まれる対象に、苦痛のみならず、違法捜査それ自体も含まれるという前提を踏まえ、順にドイツと日本で違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れる見解を検討する。その上、ドイツのおとり捜査をめぐる量刑によるアプローチおよび日本の「正義・衡平」という概念によって違法捜査の量刑上の考慮の論拠を求める見解に存在している問題点を指摘する。最終的に、本論文では、刑罰論の観点から、違法捜査を量刑事情とする場合、すべての捜査類型に対応し、主観的要素に左右される欠陥を回避することができる正当化論拠、および、刑を軽くするかどうかの判断基準を解明することを目指す。

第3章では、刑罰論から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を検討する。まず、刑罰とは何であるかを説明する上で、刑事手続と刑罰との関連性を示す。この関連性を踏まえ、刑罰の正当化のため実行すべき刑事手続とはいかなるものか、あるいは、逆に刑事手続に生じる瑕疵がいかにして刑罰の正当性に影響を与えるのかが問題となる。続いて、この問題を解答するために、正当な刑罰の機能と目的は何かを明らかにしなければならない。また、国家側の違法捜査を焦点とするので、国家側の誤りが量刑に影響する論拠を刑罰論の観点から調べことは必要である。その意味で、刑罰は国家と私人との緊張関係を通じて構成されるものである以上、刑罰における国家と私人との関係を説明できる刑罰機能と目的を明らかにすることが目標である。なぜなら、国家側の誤りが最終的な刑罰にいかなる影響を与えるのかを解明するために、刑罰における国家の役割、および、国家と処罰される側である私人との関係を明らかにすることは必要であるからである。その上で、第3章では、順番

に展望的な観点に属する一般予防論、特別予防論、および、回顧的観点に属する応報刑論、非難表明表現理論などの刑罰理論の観点から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠の検討に資するものかを検討し、それぞれ理論からの解釈方法と問題点を指摘する。

第4章では、第3章の検討を踏まえ、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を支える刑罰理論を解明した上で、違法捜査がいかにして刑罰の重さに影響を与えるのかについて、検討する。すなわち、第3章では、諸刑罰理論からの解釈の問題点を指摘したが、第4章では、それらの問題点を回避しつつ、刑罰における国家と私人との関係、および、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を説明し得るコミュニケーションの観点の刑罰理論を示す。続いて、その理論の下で、違法捜査がいかにして量刑に影響を与えるかに関する解釈を試みる。

第5章は、まず、違法捜査の量刑上の考慮を、実際の量刑段階に、どのようにして扱うかの説明を試みる。すなわち、より具体的な量刑論に目を転じ、第4章の刑罰論の観点から導く解釈は、違法捜査を量刑基準にどのようにして位置付けるかという問題を議論することになる。言い換えれば、本章の冒頭では、違法捜査を量刑事情とする場合、かかる量刑事情が、責任刑、予防的考慮ないし責任にも予防にも関連しない量刑事情の分類の、どこに位置付けるかを結論づけることを試みる。続いて、本論文の結論として、違法捜査の量刑上の考慮が適用される範囲を確定する。すなわち、様々な違法捜査には、どのような類型が量刑上の考慮に入れるものとなるのかについて、その基準を提出する。最後に、違法捜査の量刑上の考慮は、同様に違法捜査の法的帰結としての証拠排除法則と、どのような関係を持つかについて、検討しようとするものである。すなわち、本章では、違法捜査の量刑上の考慮と、証拠排除法則の適用との間に、どのような関係があるかを明らかにすることになる。また、証拠排除法則が存在する場合に、違法捜査の量刑上の考慮の適用が、どのような実益、すなわち、どのような必要性を有しているかを分析する。

終章には、本稿の立場を簡単にまとめた上で、台湾に目を転じて台湾の現状を紹介し、日本の現状に関する研究を通じて導き出す結論が、台湾の量刑論の発展に、どのような貢献を与えるかの説明を試みる。

第1章 日本の現状—裁判例と学説の考察

第1節 概説

本章の中では、違法捜査の量刑上の考慮と関連する各裁判例および学説の整理・分析を通じて、現状における議論の状況を明らかにする。この現状には、以下のとおり、三つの重点に着目し、それらの重点から議論を展開させることになる。

第一に、違法捜査には、どの部分が量刑に影響を及ぼすかということである。前提として、違法捜査の段階で、違法捜査のどの部分が量刑に影響を与える要因となるかが問題となる。違法捜査には、違法捜査行為それ自体、および違法捜査から生じる結果（違法捜査から生じる権利・利益の侵害や違法捜査からもたらされる物理的・精神的な苦痛）の二つの部分が含まれる。したがって、どちらの部分が量刑に影響を与えるか、それを重視すべきかが問題となる。すなわち、違法捜査の量刑上の考慮には、考慮の対象につき、違法捜査からもたらす苦痛しか考慮しないか、それとも、苦痛のみならず、違法捜査行為それ自体も考慮に入れるかという問題をめぐって、異なる立場が伺われる。そこで、違法捜査を量刑事情とする際、量刑の考慮に入れることの範囲について、それぞれの立場にいかなる理由が主張されるのかは、本段落における最初の焦点となると考えられる。

第二に、違法捜査が量刑に影響を与えるということの論拠である。違法捜査が量刑に影響をもたらすことについて、その論拠は、本稿の考察の核心であるといえる。また、違法捜査を量刑事情とする場合に生じる次なる問題は、このような量刑事情を、量刑基準のどこに位置づけるかということである。それぞれの問題が、本論文の核心といえるため、各裁判例と見解を考察する際に、注意すべきであると考えられる。

第三に、証拠排除法則と量刑との関係である。違法捜査の帰結に関して、手続上通常に用いられるのは、証拠排除法則である。裁判例の中で、弁護士は、違法捜査が存在するので、証拠を排除すべきであると主張する場合、証拠排除が適用されるかどうかという点が争われるのが通常である。本論文が着目する違法捜査が存する裁判例において、証拠排除法則に関する議論のみならず、必ず違法捜査が量刑に影響をもたらすか否かが議論される。そこで、それらの裁判例を考察する際に、証拠

排除法則と量刑との関係はどうするのか（例えば、違法行為の量刑上の考慮の問題は、証拠排除法則の問題の延長線上にあるものとして位置づけて、議論が展開されるのか）、あるいは、お互いにどのような連動性が存在するのかについては、考察の焦点となると考えられる。

本章の最後には、まず、上記の三つの焦点をめぐって、裁判例と学説にそれぞれの見解をまとめて、それぞれの主張と理由を分析し、議論すべき問題の核心を明らかにする。続いて、まとめた結果を踏まえ、本論文の議論を展開する方向を示しつつ、論文の組み立てを明らかにしようと思う。

第2節 各裁判例の紹介

1. 東京地判昭和46年2月18日¹⁴

(1)本裁判例は、違法捜査を量刑上考慮し得るかという問題が議論される前に存在するものであるが、捜査段階における警察による違法行為を量刑上考慮したものとして、注目される。本件は、警察官が酒に酔い自動車を運転した疑いで職務質問をし、派出所に任意同行を求めた際に、被告人たちが捜査を免れる目的で共謀の上、警察官に暴行を加え、巡査の職務の執行を妨害したという公務執行妨害事件である。本件において、現行犯人として逮捕されて留置されていた被告人が、逮捕当夜警察署内で暴れて暴言を吐いたなどの乱暴に対する懲罰として、看守係の警察官らにより暴行が加えられるなどして、肋骨骨折等の障害を負うに至ったものがみられる。

(2)警察の暴行が加えられる被告人に関する量刑の特別事情は次のとおりである。すなわち、判決は、「本件の罪名は公務執行妨害であって、国の警察権行使に対する妨害が被告人処罰の根拠となっている。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。被告人に対する加害者の訴追や被告人の受けた傷害治療費の求償の途が別にあるとしても、判示程度の公務執行妨害罪の捜査手続中に前記程度の傷害が加えられたということは、本件刑事手続自体においても少くとも量刑上大きく考慮してよい事由である。弁護人の主張する公訴棄却という方法は、その根拠として、嫌疑のない犯罪だからという限り採用の限りではない。一般に公訴棄却という最後の途が残される余地が全くないというのではないけれども、18日の未決勾留がある本件においては、裁判官立法をあえてするまでもなく、

¹⁴ LEX/DB 27681718.

被告人の犯罪を不問に附することをしないでしかも衡平感を維持する方途が量刑上の措置により可能である。」と判示して、被告人を懲役 15 日に処した上で、未決勾留日数中 15 日を刑に算入した。本件において、警察官の暴行が、被告人に対する量刑に当り酌量減輕をした理由の一つであるといえる。

2. 浦和地判平成 1 年 12 月 21 日¹⁵

本裁判例は、違法捜査行為が量刑事情とされ、量刑に影響を与えるということに関する様々な議論が行われる切っ掛けとなったものであるといえる。以下、(1)本件の捜査過程、(2)本件における証拠能力の判断、(3)本件における量刑の三つの視点から、この裁判例を紹介する。

(1) 捜査過程と違法の態様について

本件において、捜査官が搜索差押許可状に基づき捜索を行った際に、覚せい剤が発見されたため、覚せい剤不法所持の疑いで、被告人を現行犯で逮捕した。被告人が警察署で留置された後、警察官が被告人に対し尿の任意提出を求めたところ、被告人はそれに応じ尿を提出したものの、排尿した容器への署名指印に応じなかった。そのため、警察は、鑑定資料となる尿が被告人本人のものであることを確実に立証する必要から、被疑者の身体から尿を差し押さえることを許可する搜索差押状を得て、一時間の説得の後、医師の手によって強制採尿を行った。また、採尿の際に被告人が暴れたため、数名係で身体を押さえつけることを余儀なくされている。裁判所は、この過程の事実経過にかなり詳細な検討を加え、二つの違法な状況を指摘した：

①まず、強制採尿の必要性の判断を捜査官が誤り、嫌がる被告人の抵抗を排除して採尿を強行した点の違法である。

裁判所は、任意提出の尿の同一性を担保するうえで、被告人の身体から強制採尿するまでの必要性があったか否かの点を判断した際に、まず、強制採尿の最終的手段の性質、および合法性の判断基準を指摘し、「強制採尿は、捜査手続上の強制処分として絶対に許されないものではないが、それが、被疑者の身体に対する侵入行為であるとともに屈辱感等の精神的打撃を与える行為であるため、被疑事件の重大性、嫌疑の存在、当該証拠の重要性とその取得の必要性、適当な代替手段の不存在等の事情に照らし、『犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合』に、『最終的手段として』許されるべきものであるとされている」とした。

この基準を踏まえ、本判決では、医師の手による強制採尿を実施し、採取された尿が被告人のものであることを手続上明確にしたいと考えたことにも、合理性が全

¹⁵ LEX/DB 27921166.

くないわけではないとしながら、鑑定資料たる尿と被告人から提出された尿の同一性を明確にするためには、必ずしも「提出された尿の容器に被疑者に署名指印させる」ことが唯一絶対の方法ではなく、他の方法の可能性を示唆しつつ、本件の方法の非代替性について瑕疵を指摘し、「本件において、被告人が排尿した容器への署名指印を拒否したというだけでは、『犯罪の捜査上真にやむをえないと認められる場合』における『最終的手段』として、強制採尿が法律上是認されることにはならないというべきである」と判示した。

②次に、被疑者を取調室へ連行する方法として相当性を欠く手段が取られるという点の違法である。すなわち、本件強制採尿に先立つ取調べにあたり、捜査官は、数名で被告人の身体を担ぎ上げて取調室へ連行している点が違法であるとしたのである。しかし、本判決では、それはそもそも本件強制採尿のための身柄の連行手続に関するものではなく、その四時間以上前に行われた、第一取調室への身柄の連行手続（取調べのためのもの）に関するものであるから、これが採尿手続の適法性に影響を及ぼすとは考えられず、この違法は、尿の鑑定書の証拠能力に影響を及ぼすものとはいえない。したがって、本判決の検討においては、証拠能力に関して、強行採尿の行為それ自体を問題の焦点として議論を展開する。

(2) 証拠能力について

本件尿の鑑定書については、本判決は、「本件強制採尿は、裁判官の事前に発付する捜索差押許可状に基づくもので、令状主義の要請は、これを満たしていること、強制採尿実施の必要性に関する捜査官の前記のような誤った判断は、無用の紛争をできる限り防止したいという配慮に基づくものであるところ、排尿した容器への署名指印の拒否という被疑者の不可解な行動を前提とした場合には、第三者たる医師の手による強制採尿が、紛争を最も確実に防止する手段であることは否定し難いから、本件強制採尿は、何ら必要性がないのに実施されたというものではないことなどの諸点に照らすと、強制採尿の必要性に関する前記のような捜査官の判断の誤りは、いまだ、このことの故に、尿の鑑定書の証拠能力を否定しなければならない程重大なものであるとはいえない」と判示した。つまり、裁判所は、強行採尿行為が違法であるが、前記の理由に基づいて、鑑定書の証拠能力を認め、証拠排除の主張を退けたのである。

(3) 量刑について

本件において、裁判官は、当該被告人に対する捜査過程において行われた強制採尿に違法が存したことを指摘し、その際被告人が被った肉体的苦痛を、通常被疑者

が受ける不利益に比べて著しいと認め、これを量刑において考慮すると判示した。すなわち、本判決は、本件違法捜査が行われた事実を量刑上どの程度考慮に容れるべきかにつき、「一般に、刑罰権を実現する過程で被疑者に課せられる種々の不利益（未決勾留や取調べ等）は、それが適法なものである限り、被疑者において当然これを受忍しなければならないが、被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは、被疑者がかかる苦痛を受けた事実は、広義の『犯行後の状況』の一つとして、ある程度量刑に反映されるべきものとする。」という見解を示し、違法捜査を量刑上考慮することを肯定する立場を採用した。

また、本判決では、刑罰の量は、犯罪の違法性及びこれに対する被告人の有責性の程度等により決せられるべきで、捜査の違法を量刑に反映させるのは不当であるとの反論に対し、「法定の手續に従い、被告人（被疑者）に対し本来受忍を求め得る限度での苦痛しか与えずに科される刑罰の量と、法定の手續を逸脱し、被告人（被疑者）に対し右の限度を超える著しい苦痛を与えた上で科される刑罰の量に一切差があってはならないというような見解は、社会の常識ないし正義感情に反し、到底採用し難いところである（ちなみに、違法捜査の場合ではないが、例えば、公訴の提起自体により被告人が公職を失ったり、社会的地位が失墜した場合のように、刑事手續の遂行により、被告人・被疑者が通常の場合と比べ著しい不利益を受けるときに、かかる不利益を量刑上ある程度考慮に容れ得ることは、一般に当然のことと考えられている。）」と判示し、反論を批判した。

3. 浦和地判平成3年9月26日¹⁶

(1) 捜査過程と違法の態様について

被告人が、娘を入院させていた病院で特異な言動を起こしたところ、病院職員の通報を受けて駆け付けた警察官は、被告人が警察官の任意の同行の説得に応じなかったため、同人の言動を覚せい剤使用によるものではないかとの疑いを抱いて、警察官がいなくなれば再び興奮して他の患者らに迷惑を及ぼす恐れがあるという理由で、警察官職務執行法3条1項1号に基づき精神錯乱者として保護することを決意した。また、保護する旨を告げて警察署に同行したが、被告人の求めに応じてその娘を同伴した。

¹⁶ LEX/DB 27815961.

保護手続中に、被告人が任意の所持品の提示要求に応じたところ、針の付いていない注射器がセカンドバックから発見されたが、それを所持する理由について被告人はレンタカーの中にあったものと弁解し、次いで尿の提出を求められたものの、覚醒剤使用の事実を否認して尿の提出を拒否した。その後、警察官からの再三の求めに応じて尿を提出したが、尿の予備試験と正式な鑑定において、その尿から覚醒剤が検出され、覚醒剤取締法違反で起訴された。

本件では、採尿手続に違法があったかどうかについて、採尿が保護手続中に実施されているため、保護手続が必要であったかが重要な問題となる。裁判所は、その点に関して、当該保護手続は警察官職務執行法の要件を満たさないと認め、「被告人は、保護当時、未だ強度の興奮状態等社会通念上その精神が明らかに正常でない状況にあったとは言えず、警職法3条1項1号にいう「精神錯乱」の要件を満たしていなかったと認めるべきである」と判示した。したがって、被告人の警察署への連行を違法とし、保護手続に違法が存在する以上、これを利用して行われた採尿手続も違法である。

(2) 証拠能力について

本件の違法な採尿手続によって得られた鑑定証拠を排除すべきかについては、保護手続は要件についての判断主体を警察官に委ねているうえ、その判断が即時性を要求されることなどからすると、その判断逸脱がすべて重大な違法とはいえない。また、裁判所は、本件で、警察官がその判断の基礎とした被告人の言動には、同係長ならずとも一部精神錯乱を疑わせるものがあり、その場所が入院患者の多数存在する病院内であって処理を急ぐ必要があったこと、判断の際やその後の警察署への連行の際にも、強制力は一切行使されておらず、捜査官による最も重大な侵害行為である身体の束縛は見られないことなどを斟酌し、本件の「判断の逸脱の程度はさほど大きいものとはいえない」と判示した。そして、本件保護判断の違法が、「令状主義の精神を没却するほど重大なものとは考えられない」とした。

また、裁判所は、「採尿手続自体について、そこにA子を同席させたことや、保護を解除しないまま被告人に尿提出を求めたことは厳しく非難されなければならないが、いずれについてもやむを得ない事情が認められるうえ、それが本件採尿手続きの任意性に影響を及ぼしたとは認め難く、その余の点でも本件採尿手続きは未だ任意捜査の範囲を超えてはいないと認められる。そして、右手続きにより得られた尿についての鑑定書を証拠に用いることが違法な捜査抑制の見地から相当でないとも認められない」と判示し、尿の鑑定書の証拠能力を肯定している。

(3)量刑について

裁判所は、量刑判断について、「本件の保護手続きが違法であり、採尿手続きにもやや強引なところが見受けられることは既に述べてきたとおりであるが、犯罪捜査のための被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにする為に長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での『犯行後の状況』にあたり、たとえ被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼすと考えるべきである」と判示し、手続の違法を「犯行後の状況」と捉える立場を明らかにした。

4.熊本地判平成4年3月26日¹⁷

(1)捜査過程と違法の態様について

本裁判例に関しては、暴力団抗争に起因して行われた被告人らによる殺人未遂事件2件および殺人事件1件などの事案である。具体的には、本件は、対立組織関係の組事務所に拳銃を発射した殺人未遂、入院中の対立組織の配下組員と思われる人物を拳銃と刺身包丁で殺害した殺人、および対立組織関係の事務所に情勢把握のため現れた警察官を組関係者と思い込んで拳銃を発射して重傷を負わせた殺人未遂などが含まれるものである。捜査の段階において、警察官が、被告人乙や被告人丙らに対して激しい暴行を加えた。

(2)量刑について

本裁判例は、捜査機関が被疑者に対して違法行為を行った場合、なぜ別の機関である裁判所が行うべき量刑判断に影響するののかという点について説明を加えたものとして注目される。

①本件では、弁護人は、捜査段階における警察官の暴行を指摘し、刑事訴訟法338条4号により公訴棄却の判決をなすべきであると主張した。裁判所は、「公訴棄却は、当該犯罪に対する司法的実体判断の道それ自体を閉ざしてしまうものであり、裁判所として、適正な刑罰権の発動による社会正義の実現という、刑事司法手続に課せられた重大な社会的使命を放棄するものであることに鑑みれば、捜査過程に強度の違法事由が介在したことをもって、刑事訴訟法338条4号に該当するとの判断を下すには、最高度の慎重さをもって臨むべきであるというべきである。そして、

¹⁷ 判例タイムズ804号182頁；LEX/DB28135009.

違法捜査に対するその被害者の人権擁護や、事後の違法捜査の抑制は、国家賠償訴訟の提起や、当該違法捜査に起因する相当範囲の証拠の排除等によりある程度図ることができること、また、当該違法捜査の被害者である被告人に関する限り、量刑上の適切な配慮によっても、その人権擁護にある程度資することができること等に照らせば、違法捜査の介在の故にそれに基づく起訴手続を違法と評価すべき場合は、違法事由の強度、違法捜査と公訴提起との条件関係のほか、起訴にかかる犯罪の法定刑・態様・社会的影響等をも十分斟酌した上、裁判所として、自らに課せられた適正な刑罰権の発動という職責を放棄し、前記の重大な社会的要請を完全に犠牲にしてでも、なおかつ当該犯罪に関して公訴を提起・追行すること自体を許容しえないと判断されるような極限的な場合に限られるというべきである」という判断基準を判示した。

本件は、その犯行・結果から見れば、極めて重大・悪質な犯行であるというほかに、それに対して適正な刑罰権を発動すべき社会的要請は極度に高いものというべきである以上、裁判所は、上記の基準に従って、本件各公訴事実にかかる犯行の際立った重大性と、それに対する刑罰権発動の必要の大きさに鑑み、「警察官の被告人に対する暴行の強度や、暴行と公訴提起との因果関係の存在を十分斟酌してもなお、本件各公訴が、前記の社会的要請を完全に犠牲にしてでも、これらの各犯行に対する関与者を適正に断罪するための手続の提起・追行自体を許すべきではない極限的な場合に該当するとまで評価することは相当でない」と判示し、弁護人の申立を採用しなかった。

②そして、裁判所は、被告人乙に対し、一件の殺人と一件の殺人未遂を認定した上で、量刑理由に関して、「本件の捜査段階において、警察官相当数から、被告人乙に対して暴行が加えられ、これによって被告人乙が重度の傷害を負うに至ったことは、本件記録上明らかであるところ、右暴行は、現行刑事訴訟法における捜査史上、ほとんど他例をみないほどの峻烈窮まりないものであり、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。そして、これにより被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違行為の程度の重大さに鑑みると、裁判所としては、右違法行為がたとえ裁判所と別個の機関によってなされたものであるとはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」と判示し、裁判所が違法捜査を行った機関と別個の機関とはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるという立場を表明した。また、裁判所は、丙に対して殺人未遂を認定した際にも、同様

の立場も採用し、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきだと示した。

5. 東京高判平成7年8月11日¹⁸

(1) 捜査違法の態様と弁護人の主張

本件は、強姦致傷の事案であるが、弁護人は、勾留中において、外国人である被告人が拘置所職員から「いわれのない人種差別的暴言や暴行を受け、このような暴虐行為により精神的、肉体的に多大の苦痛を受けた」など、違法な扱いを受けたと指摘し、「このように国家機関である拘置所職員により暴虐行為がなされた以上、国家が犯人処罰の適格性を欠くに至り形式裁判により刑事手続きを打ち切らなければならないこともあり得るといふべきであるが、少なくとも、国家がこのような違法行為をあえてした以上、情状事実としてこれを考慮すべきであって、このような事情を考えると、原判決の量刑は著しく不当であるから、原判決は破棄されるべきである」と主張した。

(2) 量刑について

裁判所は、弁護人の主張に対し、「刑事被告人が、勾留されている間に、拘置所職員により暴行、凌虐等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない」という見解を示し、捜査段階における違法からもたらされる苦痛を量刑事情とされるという立場を採用するのではないと思われる。

それにもかかわらず、本件では、その苦痛は本件の具体的事実関係においては量刑を左右するものとは認められないと理解された。すなわち、裁判所は「勾留中の者が、拘置所職員により暴行、凌虐を受けるなどした場合には、被害事実について告訴するなどして当該拘置所職員の非違行為を司直の手に委ねることが可能であるし、国家賠償請求訴訟の提起により、その者の被った肉体的、精神的損害の賠償を求めることもできるのである（現に被告人は、前記のように国を被告として国家賠償を求める訴訟を提起している）。したがって、そのことが所論のいうように国の犯人処罰の適格性を欠く事由になるなどといふ得ないことはもとより、刑の量定が犯人の責任を基礎とすべきものである点からみて、通常、その者が犯した犯罪についての量刑を決定的に左右するような事情になるとも思われぬ」と判示した上で、「これを本件について見ると、前記国家賠償請求訴訟を本案とする証拠保全手続き

¹⁸ LEX/DB 28015113.

においてなされた被告人の身体の検証、鑑定の結果等によれば、被告人の身体に、被告人において、拘置所職員から受けたという暴行等と因果関係があると認められる顕著な傷害の痕跡等は見当たらず、少なくとも被告人が、これにより、その身体に重大な傷害を負った事実があったとは認めがたいところであり、量刑の基本となるべき本件事案の性質、態様等と対比し、それが本件において、原判決の定めた被告人の量刑を左右するものとは認められない」とし、被告人の控訴を棄却した。

6.大阪高判平成 11 年 3 月 5 日¹⁹

(1)捜査過程と違法の態様について

本裁判例は、覚醒剤の自己使用および所持事件である。捜査の段階に、警察官は、駐車中の車内にいた被告人に対し、職務質問を行った。被告人は、所持品を見せるよう説得された際に、興奮状態となり自傷行為に及ぼうとしたことから、警察官らによって車から降ろされた。その際に、警察官は、運転席のシートと背もたれの上に隠したポシェットを車内から持ち出し、被告人の承諾を得て中を確認したところ、覚醒剤などを見つけ、被告人を現行犯として逮捕した。その後、被告人が引致された警察署で任意に尿を提出した。弁護人は、本件において、押収された覚醒剤や尿の鑑定書が違法収集証拠であると主張した。それに対して、裁判所は、警察官は、ポシェットの所持品検査に、被告人の承諾を得ないまま、車内に入ってポシェットを持ち出したことは違法であるが、その結果得られた証拠の証拠能力を否定しなければならないほど重大な違法があったとはいえないと判示した。

(2)量刑について

弁護人は、違法捜査に対し、「違法捜査の結果収集された証拠の証拠能力が排除されない場合であっても、司法の廉潔性の確保や違法捜査の抑制などの観点から、捜査段階での違法は、量刑にあたって被告人に有利な情状として考慮されるべきである」と主張した。裁判所は、それに対し、「一般に、捜査の過程において、例えば被告人が暴行を受けたり、或いは著しい屈辱を受けたような場合には、被告人の蒙った不利益を犯行後の状況として量刑上考慮するのが相当と解されるような事例があることは否定できない」と判示し、違法捜査から生じた暴行や著しい屈辱を「犯行後の状況」として、量刑上考慮されるべき要素の一つという立場を採用した。もっとも、具体的事実関係に照らし、裁判所は、「本件の所持品検査によって受けた被告人の不利益を検討しても、これらを犯行後の状況として量刑上考慮するのが相当であるとは認め難い」とし、被告人の控訴を棄却した。

¹⁹ LEX/DB 28065211.

7.神戸地判平成16年10月28日²⁰

(1)捜査過程と違法の態様について

本件は、覚せい剤の自己使用の事案である。ナンバープレートを付け替えた車に乗車した被告人が、警察官らからの職務質問を受け、警察署まで任意同行された。その後、警察官らが車を警察署まで搬送したが、その際に、同車のドアポケットに拳銃のものがあつかを認するため、けん銃様の物の見分をする限度で被告人の承諾を得て、その立会いの下で同車を確認した。確認の時、警察官らが、被告人の承諾がないことを知りながら、この機会に車内全体の見分をしようとして四枚のドアを一斉に開き、その結果、覚せい剤のパケ二袋を発見した。それから、警察官らが、病院に行きたいという被告人の要望を拒否して、本件車両の捜索差押許可状に基づき、あらためて本件車両の捜索を行い、前記パケ二袋を差押え、覚せい剤簡易試験を行い、陽性であったため、被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕した。その後、捜査差押許可状に基づき強制採尿を行った。

裁判所は、車の搬送や見分行為を被告人の承諾のないまま行った点において、その適法性について疑問が生じるが、「車内をくまなく探索するような行為に及んだわけではないこと、発見後、あらためて捜索差押許可状の発付を得てパケ二袋を押収したことに照らすと、その適法性逸脱の程度もまた大きいものとはいえない」と判示した。それに対して、まず、現行犯逮捕に至るまで本件取調室に被告人を約六時間半にわたって留め置いたに関して、「その間被告人が病院へ行くことを要求していたにもかかわらず、これを許さなかった点など強制的留め置き要素の濃いものであるから違法である」とし、また、被告人を覚せい剤所持の現行犯人として逮捕した点について、「前記各適法性に疑問のある手続に続く、前記違法な見分により覚せい剤を発見したことに基づきなされたものである点において違法である」と判示した。さらに、強制採尿について、「覚せい剤取締法違反事犯の一連の捜査手続として、前記違法な見分及び違法な現行犯逮捕手続により得られた状態を利用してなされた本件強制採尿手続もまた、違法であるといわざるを得ない」と判示し、一連の捜査手続を違法なものと評価した。

(2)証拠能力について

裁判所は、前記各適法性に疑問のある手続が違法であると評価するにもかかわらず、「その違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであ

²⁰ LEX/DB 28105153.

るとはいえないし、本件採尿手続により得られた被告人の尿の鑑定書に証拠能力を付与することが将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないとも認め難いから、前記尿の鑑定書の証拠能力はこれを肯定すべきである」と判示し、鑑定書の証拠能力を認めた。

(3)量刑について

裁判所は、「本件捜査手続に違法があるとする被告人の主張に一部理由があることなど被告人のために斟酌すべき事情を考慮しても、主文の刑は免れない」と判示したが、違法捜査を量刑事情として斟酌するということの根拠を明示しなかったといえる。

8.大阪地判平成18年9月20日²¹

(1)捜査過程と違法の態様について

本件は、覚せい剤の自己使用、営利目的の共通所持および大麻の共同所持の事案である。捜査段階において、被告人が覚せい剤取締法違反（営利目的所持）の被疑事実により内妻と共に現行犯逮捕され、その後、警察署で本格的な取調べが始まった。取調べにおいて、警察官が被告人に対し一方的にその顔面を殴り、何らかの有形力を行使して、さらにスチール机を被告人に向かって押し出して、その机の角を被告人の左側胸部に強打させる暴行を加え、その結果、被告人は左肋軟骨骨折の傷害を負うに至った。

(2)量刑について

本件で着目すべきなのは、前記の取り調べにおける違法行為を量刑上考慮するという理由である。裁判所は、「本件においては、捜査段階における被告人の取調べ中、C警察官が被告人に対し有形力を行使した事実は当事者間で争いが無いところであり、もしこの有形力行使が違法な暴行であると判断されるのであれば、その違法の重大さ・深刻さからしても、これが被告人の量刑判断に影響を及ぼすことは避け難いところであると思われる。けだし、現在の刑事裁判実務では、刑事訴追の過程で被告人がいかなる苦痛を被ったかということも広い意味での「犯行後の状況」として量刑上考慮されるべき一事情になり得るものと解されているところであるが、捜査過程で捜査官の側が被告人に対し違法を働いたという事情もその一種として位置付けられるのであって、量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅の中に止まる限りは、これを量刑の際の一事情として考慮することを否定すべき理由は

²¹ LEX/DB 28135132.

ないように思われる。ことに、捜査官による違法捜査によって被告人が肉体的・精神的苦痛を被ったという場合は、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実現しなければならぬ刑事訴追の過程において、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、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ないのであって、その手続的正義に反する度合い、すなわち捜査官が犯した違法の程度・深刻さや、これによって被った被告人の肉体的・精神的苦痛の程度等を総合的に考慮するとともに、他方で、この違法や苦痛を事後的にせよ消却・鎮静化させる実効的措置が既に存在し又は今後施され得る現実的可能性があるか否かの点も相関的に併せ考えた上、実体的正義実現の最終段階である量刑判断に適宜それを考慮・反映させるべきである」と判示し、「犯行後の状況」とされる被告人の受けた苦痛のみならず、捜査官の側が被告人に対し違法を働いたという事情の程度と「衡平」の概念も考慮に入れた。そこで、これらの判断要素について、それぞれどのような関係があるのかが、検討すべき対象となるといえる。

裁判所は、前記の基準に従って、「上記のようなC警察官の行為は、取調室という密室状況や取調官・被疑者という圧倒的な立場の差を悪用した、それ自体犯罪を構成する可能性のある言語道断な行為であるといわざるを得ず、著しく妥当性を欠いた違法な取調べであったと認められ、これにより被告人の被った肉体的・精神的苦痛も大であったと考えられる。これに対し、それを消却・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、それ自体負担を伴うばかりか、立証責任や本件の証拠構造からして必ずしも勝訴が確実であるとまではいえないことに照らすと、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のであって、結局、本件違法の重大性や被告人の苦痛の大きさを総合勘案すると、上記国家賠償訴訟において勝訴し得る可能性を考慮してもなお、本件においては、上記違法な暴行により被告人が苦痛を被った事実を、後記のとおり、量刑判断において相当程度考慮することが必要であると解される」と判示し、捜査段階における違法の程度、被告人の被った肉体的・精神的苦痛、と消却・鎮静化する事後的措置とする国家賠償訴訟の可能性など総合的に考慮し、実刑判決を言い渡した。

9.大阪地判平成20年3月24日²²

²² LEX/DB 28145276.

(1)捜査過程と違法の態様、証拠能力について

本件は、殺人事件である。被告人が、取調べの際に取調べに当たった警察官から右手のこぶしであごを十回ほど殴られ、髪の毛をつかまれて振り回され、靴を履いたままの足で頭や顔をけられるなどの暴行を受けた。そのため、取調べにより作成された供述調書は、任意性が否定された。

(2)量刑について

裁判所は、「前記のとおり被告人が取調べ時に捜査官から違法な暴行を受けるなどして相当の肉体的・精神的苦痛を被ったことも量刑上一定程度考慮し得る事情といえることができる」と判示し、被告人の受けた肉体的・精神的苦痛に着目し、それを量刑上考慮の根拠とする。

10.東京高裁平成27年10月8日²³

(1)捜査過程と違法の態様について

本件は、覚せい剤の所持および使用の事案である。被告人は、警察官の職務質問開始後、警察官とともに移動している途中、電話連絡によって臨場した弁護士と合流し、タクシーに乗車して、同所を東京に向けて出発したが、パトカーが追従されたので、本件停止場所で停止した。その後、警察官は、同所付近で捜索差押許可状に基づいて、被告人に対し捜索差押を実施し、本件覚せい剤の一部を発見して、被告人を差し押さえた。この捜査段階において、以下の二つの違法行為がみられる。

①警察官らは、被告人が弁護士とともにタクシーに乗る際に、その時点で、被告人に対する捜索差押許可状の請求中であつたことから、令状が発付された場合の執行のしやすさを念頭において、被告人をその場にとどませようとしていた。裁判所は、この行為について、「警察官が、任意捜査の一環として、令状が到着するまでその場にとどまるように要請することや移動する被告人を追尾することは、もとより許されるが、強制的にその場にとどまらせることができないことは明らかである」とし、違法の評価を下した。

そして、裁判所は、「弁護士は、弁護士としての立場において、これ以上、この場にとどまることはできないと述べて、その要請を明確に断り、現に移動を開始することにより態度でも拒否の姿勢を示したのである。また、弁護士は、警察官が被告人を押しついたり、つかんだりした際などに、やめるように警察官に述べている。弁護

²³ LEX/DB 25543081.

士がこのような態度を明確に示しているにもかかわらず、警察官が、それを無視する形で、移動を阻止するべく、被告人をつかむなど、被告人に「痛い」と言わしめるほどの有形力を行使し、さらには、後方から被告人を転倒させるほどの有形力を行使することは、もはや任意捜査の限界を超える違法なものといわざるを得ない」とし、被告人をつかんだり触ったりする行為をやめるように述べる弁護士の適法な要請を無視する形で行われた行為と有形力の行使に関して、これらの警察官の行為に対し、任意捜査に応じない旨を明確に表明して、違法捜査を是認するものを容認できないという意見を判示した。

②裁判所は、搜索差押許可状が持参されていないにもかかわらず、高速道路を走行させないように、停止した本件タクシーの前方及び左右をパトカー三台で取り囲み、その進路を封鎖し発進できない状態にしたことについて、任意捜査の限界を超えていると認め、「この時点では搜索差押許可状が発付されていたとはいえ、本件停止場所にいた警察官は当該搜索差押許可状を所持していなかったのである。しかも、弁護士は、警察官に対し、令状を持ってくるように再三述べていたところ、本件停止場所でも令状がないことから、このような進路妨害が違法である旨抗議した上、本件タクシーの運転手に発進するよう依頼している。本件タクシーの運転手は、1mも空いてないから行けないですなどと弁護士に述べており、パトカーによる封鎖のため、本件タクシーの発進を断念せざるを得ない状況に追い込まれている。パトカーで三方から挟み込んで本件タクシーを動けない状況にしたのは、搜索差押許可状の円滑な執行の必要性を考慮しても、任意捜査の限界を超えたものといわざるを得ない」と判示した。

また、被告人及び弁護士が一般道を走行することを承諾したことや、承諾後パトカーが直ちに本件タクシー前方から移動し、封鎖時間が数分という短時間であったことについて、「三方をパトカーに囲まれて発進できないような状況下において、警察官から一般道を使うならすぐにパトカーをどかせるなどと言われるなど、一般道を走行するように強く迫られた被告人や弁護士が、任意かつ自由な意思決定に基づき一般道の走行を選択し、承諾したとは考えにくい。また、封鎖時間が短時間であったことは、違法性の程度の問題とはなっても、本件のような進路の封鎖が違法であるとの結論自体を左右するものではない」とし、本件において、タクシーの進路を塞いだ点は、任意捜査の限界を超えた違法なものであると判示した。

(2)証拠能力について

本件において、違法捜査が存在するとはいえ、裁判所は前記の違法は、令状主義

の精神を没却するような重大な違法とまではいえないと判示し、「警察官が、被告人をその場にとどめようとしたのは、令状請求中であつたため、令状が発付された場合、その円滑な執行を考えてのことであり、令状主義を潜脱する意図はうかがわれない。そして、被告人は、転倒した際も自力で立ち上がっており、怪我をしたこともうかがわれない。そうすると、被告人に対する有形力の行使といつても、その力の強さや程度は、大きいものであつたとまではいえない。また、本件タクシーの進路封鎖については、その時間は、原判決が認定するように数分という短時間であつた。しかも、進路を塞いだ理由は、すでに令状が発付されていたため、その円滑な執行を図るためであり、高速道路を進行されると、令状執行に伴って、危険が生じることなども考慮してのことであつた。したがって、被告人に対する前記の有形力の行使の場合以上に、令状執行の必要性が高かつたという事情があり、警察官に令状主義を潜脱しようとする意図があつたとは認められない」とした。

(3)量刑について

裁判所は、一連の捜査過程には違法性があり、このことは刑の量定を減じる理由となるとの点について、「被告人に対する有形力の行使及びパトカーによる本件タクシーの進路封鎖が違法であることはすでに認定・説示したとおりである。この違法は、令状主義の精神を没却する重大な違法とまでは認められないものの、弁護士のいる下で、同弁護士から違法行為をやめるように言われているにもかかわらず、その要請を無視する形で行われたという点で、軽微なものとは見ることができず、本件発覚の端緒に関わる違法であり、このような違法を甘受せざるを得なかつた被告人に対しては、量刑上、相応の配慮をするべきである」を判示し、任意捜査の限界に関する判断を誤つた結果、捜査の違法を量刑上一切考慮しなかつた原判決の量刑は、重すぎて不当であり、量刑不当の論旨は理由があり、破棄を免れないと認めた。本件において着目されるのは、違法行為からもたらされた苦痛ではなく、違法行為それ自体である。要するに、本件では、量刑に影響を与える点は、弁護人の要請を無視したということである。

11.大阪地判平成 27 年 7 月 10 日²⁴

(1)捜査過程と違法の態様、証拠能力について²⁵

本件は、広域集団窃盗・建造物侵入事件であり、車両に使用者らの承諾なく秘かに GPS 端末を取り付けて位置情報を検索し把握する刑事手続上の捜査の適法性など

²⁴ LEX/DB 28232662.

²⁵ 大阪地方裁判所平成 27 年 6 月 5 日判決 (LEX/DB 28241692) .

が問題とされた事案である。本件において、警察官は、被告人が複数の共犯者とともに犯したと疑われていた窃盗事件について、組織性の有無、程度や組織内における被告人の役割を含む犯行の内容を解明するために、捜査の一環として、六ヶ月半の間、被告人、共犯者のほか、被告人の知人女性も使用する蓋然性があつた自動車等合計 19 台に、同人らの承諾なく、かつ、令状を取得することなく、GPS 端末を取り付けた上、その所在を検索して移動状況を把握するという方法より、GPS 捜査を実施した。

裁判所は、この GPS 捜査につき、プライバシー保護の合理的期待が高い空間にかかわる位置情報を取得するものであるなど、対象車両使用者のプライバシーなどを大きく侵害することから、検証としての性質を有する強制処分にあたるとして、本件 GPS 捜査に令状主義の精神を没却するような重大な違法があるという結論を示した。証拠能力について、無令状で行われた捜査には重大な違法があるので、同捜査により直接得られた証拠およびこれと密接に関連する証拠の証拠能力が否定され、証拠取調べ請求が却下された。

(2) 量刑について

本件の裁判所は、違法捜査からもたらす苦痛を着目するものではなく、違法捜査それ自体に着目するものである。裁判所は、量刑上、どこに捜査の違法を位置づけについて、「量刑の根幹は、犯した罪の重さに見合う刑を量定することにあるところ、捜査の違法は、本件各犯行の違法性や被告人の有責性に対し、何らの影響も与えないのであるから、本件 GPS 捜査の違法は、被告人の行為責任には影響し得ない。また、犯罪の特別予防の見地からしても、本件 GPS 捜査の違法を量刑上考慮することは、被告人の更生可能性に直結するものではない。すなわち、重大な違法のある本件 GPS 捜査が行われたことを、行為責任や犯罪予防の観点において、量刑上考慮することはできない。」と判示し、それは責任にも、特別予防にも影響しないものに属すると認めた。

もつとも、裁判所は、「本件のように捜査に重大な違法があるが、他の証拠から有罪認定がなされる場合には、弁護人が主張するように、正義や公平の見地から、捜査の重大な違法を量刑上考慮すべきことも考えられなくはない」とし、正義や公平の観点から捜査の重大な違法を量刑上考慮しえると主張する。前記の観点に基づく、「しかし、当公判廷において、既に、検察官請求証拠のうち相当数が違法収集証拠又はその派生証拠として証拠能力を否定され、証拠調べ請求が却下されている。前記のとおり、本件以前には GPS を使用した捜査を違法と判断した裁判例は見当た

らないことをも考慮すれば、今後もこのような違法捜査が続けられれば別論、現時点では、証拠調べ請求の却下に加えて、本件 GPS 捜査の違法を理由に、被告人に対する量刑を軽くすることが正義や公平に適うとはいえない。もとより、本件 GPS 捜査は、著しい暴力や甚だしい屈辱的取扱い等、令状発付を受けて適法に行うことができず、およそ法の許容しない性質の人権侵害がなされたものではない」と判示し、正義や公正の見地からして、本件 GPS 捜査の違法を量刑上特に考慮すべきものとはいえないという結論を示した。しかも、この裁判例において、証拠排除の適用や違法に存在する暴力・屈辱などと、捜査の違法を量刑上考慮するということとの関係について、もっと深く検討する機会が提供されるといえる。

12.大阪地判平成 29 年 4 月 12 日²⁶

このケースは、実は違法捜査のものではないが、「相当でない捜査」が量刑上考慮される事案として、本論文のテーマと関連し、検討に値する事例であると考えられる。

(1)捜査過程について

本件には、被告人は、近畿厚生局麻薬取締部（以下、近麻と称する）の麻薬取締官のエス（スパイ）になり、違法薬物の密売人に対する情報を収集する。これについて、弁護人は、被告人は「おとり捜査のおとり役、すなわち薬物取引の相手方となるなど捜査に協力し、その結果として本件各所持に至っており、これを取締官と被告人との関係で見れば、取締官が、違法薬物の世界から足を洗っていた被告人に働きかけて違法薬物取引等に関与することを決意させ、密売人の検挙のために被告人に違法薬物の取引等をさせていたのである。私人である被告人をおとり捜査に巻き込み、その犯意を誘発して違法薬物の取引等をさせていたのであるから、近麻の行為には重大な違法がある」と主張した上で、「本件では、近麻とは別組織である大阪府警が被告人を検挙しているが、適正な国家刑罰権の行使や捜査の公正の観点からすれば、その違法性は波及するというべきであって、上記違法捜査の結果なされた本件公訴提起には重大な違法がある」と主張した。

弁護人の主張に対し、裁判所は、「本件各所持に係る覚せい剤等については、取締官の具体的な指示ないし依頼により専ら捜査協力のため入手したのではなく、自らの利益を図るため、密売人らと覚せい剤等の取引を行って入手したものである。被告人は取締官らと関係を持つ前にも覚せい剤等の密売を手広く行っており、専ら捜査協力のために本件各所持に至ったわけではないと認められることに照らせば、被告人と取締官らとは、いわば「持ちつ持たれつ」の関係にあり、『被告人を薬物犯

²⁶ LEX/DB 25546398.

罪に巻き込んだ』とする弁護人の主張は当を得ないものというべきである。そして、前記認定のとおり、大阪府警と近麻との間で、被告人を検挙するための情報共有や捜査協力をしていた事実はなく、前記搜索差押令状の取得の際に用いた疎明資料中には近麻から得られた情報等は含まれていない。大阪府警の捜査手続自体には何ら違法、不当な点は見当たらず、捜査の違法をいう弁護人の主張はこの点からも失当というべきである」と判示し、本件がおとり捜査に該当せずと示して、捜査の違法性を否定した。しかし、注意すべき点は、本件の捜査が違法ではないにもかかわらず、以下の量刑の理由から見れば、裁判所は近麻の行為が「不当」とであると認めていると言える、ということである。

(2) 証拠能力について

裁判所は、弁護人の証拠排除の主張に対し、「被告人が本件各所持に係る覚せい剤等を入手する過程において、被告人が述べるような経緯があったわけではなく、かつ、近麻とは無関係に行われた大阪府警の捜査等に違法な点もないので、これにより収集された証拠やその派生証拠について証拠排除すべき事情は見当たらない」とした。また、取締官らの一連の薬物捜査に違法な点が多々あり、取締官が虚偽証言もしているとして、違法捜査の抑止の観点から証拠排除すべきであるという弁護人の主張に対し、「取締官らは本件の捜査に従事したわけではないので、当裁判所において証拠排除の可否を判断する上でこの点を考慮するのは相当ではなく、これらがあるとすれば別途の手続で正されるべきものである」と判示した。

(3) 量刑について

裁判所は、「本件については、麻薬取締官の被告人への対応が、被告人による覚せい剤等の取引を促進、助長した面があることは否定できず、捜査機関の一翼を担う麻薬取締官の行動が、被告人の罪の意識を減じさせているという意味で、被告人の意思決定に不当な影響を与えている点は、被告人に対する非難を一定程度下げる事情として考慮されるべきと考える」と判示し、相当でない捜査が被告人の意思決定に不当な影響を与えることを量刑上考慮することを肯定する。言い換えれば、裁判所は、捜査の違法性を否定するが、近麻の行為が必ず相当とは言えないという立場を採っている。ただ、本判決には、なぜこの事情が非難を下げることとされるのかについて、詳しい説明が見られないと言える。

第3節 各裁判例の整理

1. 違法捜査の量刑上の考慮の対象と論拠

最初に、各裁判例に関する事案の類型を整理しておきたい。裁判例2、3、6および7は、いずれも、覚せい剤や被告人の尿を収集した手続などの違法性が生じる覚せい剤事案である。捜査過程では、捜査過程における暴行に関するもの、および、それと関係しないものに大別して分けられる。前者にあたる裁判例4、8、9は、捜査段階における警察官による被告人に加われる暴行が問題となった事案であり、他方、留置ないし勾留中の処遇に関するものとして、裁判例1は逮捕後の警察署での留置中の警察官による暴行が問題となったもの、裁判例5は勾留中の拘置所職員による暴行が問題となったものである。後者として、裁判例10は、搜索と差押の手続が任意捜査の限界を超えるものが問題となったもの、裁判例11は、強制処分にあたるGPS捜査に令状がないということが問題となったものである²⁷。

これらの裁判例に、特に量刑上考慮することの根拠を明示しなかったものとしては、裁判例7が「本件捜査手続に違法があるとする被告人の主張に一部理由があることなど被告人のために斟酌すべき事情を考慮しても、主文の刑は免れない」とし、裁判例10が「弁護士がいる下で、同弁護士から違法行為をやめるように言われているにもかかわらず、その要請を無視する形で行われたという点で、軽微なものとすることはできず、本件発覚の端緒に関わる違法であり、このような違法を甘受せざるを得なかった被告人に対しては、量刑上、相応の配慮をするべきである」としている。

それ以外の裁判例に、現れた違法捜査を考慮する対象と論拠は、大別して二つの観点に分けられる。それについては、「被疑者が本来法の予定する以上に著しい苦痛を受けた事実を広義の『犯行後の状況』と位置付ける」という観点（以降、「観点1」と呼ぶ）が多いが、「違法行為それ自体、侵害の程度、被害者に対する救済手段の有無などにより、『正義、公平、衡平』があるか否か」という観点（以降、「観点2」と呼ぶ）も注目に値するといえよう。それに関する詳しい説明は、以下のとおりである。

(1)被疑者が本来法の予定する以上に著しい苦痛を受けた事実を広義の「犯行後の状況」と位置付けるという観点（観点1）

違法捜査行為が量刑事情とされ、量刑に影響を与えるということに関する様々な議論が行われる切っ掛けとなったものである裁判例2、3からみれば、二つの裁判例

²⁷ 「相当ではない捜査」に分類される裁判例12は、おとり捜査に似てる以上、このような区別の基準に照らすと、一応暴行と関係しないという類型に属されるように考える。

が違法捜査を量刑に影響する事情として考慮する根拠は、被疑者が本来法の予定する以上に著しい苦痛を受けた事実を広義の「犯行後の状況」の一つと位置付けることによるものである。裁判例2の論理により、法定の手續に従い、被告人（被疑者）に対し本来受忍を求め得る限度での苦痛しか与えずに科される刑罰の量を基準として、この刑量と法定の手續を逸脱し、被告人（被疑者）に対しこの限度を超える著しい苦痛を与えた上で科される刑罰の量に一切差があってはならないという見解は社会の常識ないし正義感情に反するものである。言い換えれば、その見解は、社会の常識ないし正義感情という視点からみれば、受忍を求め得る限度を超える著しい苦痛の量に応じて、被告人に科される刑罰の量を調整すべきことになる。

このように、被告人が受けた「苦痛」や「屈辱」を「犯行後の状況」として考慮し、受忍を求め得る限度を超える著しい苦痛の量に応じて、被告人に科される刑罰の量が調整される裁判例としては、裁判例5が「刑事被告人が、勾留されている間に、拘置所職員により暴行、凌辱等を受け精神的、身体的な苦痛を被ったという事情は、それが事実であれば、当該事件が原因となって被告人の心身に生じた事情として、量刑事情の一つとなることを否定することはできない」とし、裁判例6が「被告人が暴行を受けたり、或いは著しい屈辱を受けたような場合には、被告人の蒙った不利益を犯行後の状況として量刑上考慮するのが相当と解されるような事例があることは否定できない」とし、裁判例9が「被告人が取調べ時に捜査官から違法な暴行を受けるなどして相当の肉体的・精神的苦痛を被ったことも量刑上一定程度考慮し得る事情ということが出来る」とするのは、それに属するものではないかと考えられる。これまでに挙げられた各裁判例に対する考察によると、それらの立場の下に着目する対象となるのは、手續の違法それ自体ではなく、違法捜査がもたらす苦痛または屈辱なのである。すなわち、量刑に影響を与えるものは違法捜査を通じて生じる苦痛や屈辱であり、それは刑の軽減を根拠づけ、かつ、それに応じて、刑の軽減の程度を決められるといえる。

本観点にはいくつかの特徴がある。まず、本観点によれば、違法捜査に関して考慮に入れられる対象は、違法捜査から生じる苦痛・屈辱のみに限られることになる。次に、刑量を調整させる理由については、法定の手續に従い、被告人（被疑者）に対し本来受忍を求め得る限度での苦痛しか与えずに科される刑罰の量を基準として、それに応じて、法定の手續を逸脱し、被告人（被疑者）に対しこの限度を超える著しい苦痛を与えた上で科される刑罰の量を調整させるものである。つまり、刑罰が苦痛と同じように、害悪の賦課という性質を有しているという前提の下で、違法捜査から生じる苦痛を刑罰の先取りとみなして、刑量を調整することになる。最

終的にこのような刑量の調整の根拠となるのは、社会の常識ないし正義感情である。言い換えれば、被告人が受容すべき苦痛の限度に応じて、実際に受ける刑量を調整するのは、正義の要求を満たすからである。

(2)違法の状況、違法行為からもたらされる侵害の程度、被害者に対する救済手段の有無などにより、「正義、公平、衡平」の要求を満たすかどうかという観点（観点2）

前記の観点1は、違法捜査がもたらす苦痛または屈辱を焦点が、それを「犯行後の状況」として、量刑に影響するということである。この観点と違うものとしては、裁判例1が、「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」と判示し、国家機関としての警察官の不法行為それ自体も考慮に入れて、量刑上の考慮を「衡平感を維持する方途」により根拠づけるものである。

そして、「被告人に対する加害者の訴追や被告人の受けた傷害治療費の求償の途が別にあるとしても、判示程度の公務執行妨害罪の捜査手続中に前記程度の傷害が加えられたということは、本件刑事手続自体においても少なくとも量刑上大きく考慮してよい事由である」との文言からみれば、「衡平」という観点の下に、何が衡量される対象となるのかが明らかとなるといえる。すなわち、他の救済の可能性（治療費の求償）、加害者に対する訴追可能性や捜査手段から加えられた傷害の程度などが、衡平か否かが判断する際に、判断の対象に含まれるであろう。なお、本裁判例は、公訴棄却にも言及し、「一般に公訴棄却という最後の途が残される余地が全くないというのではないけれども、18日の未決勾留がある本件においては、裁判官立法をあえてするまでもなく、被告人の犯罪を不問に附することをしないでしかも衡平感を維持する方途が量刑上の措置により可能である」としている。それに照らして、捜査の違法が公訴棄却という結果をもたらすことがあるかこととの関連で量刑上の考慮を考えていると考えうる。本裁判例は、観点1と異なり、被告人が侵害された程度のみならず、不法行為そのもの、事後の救済可能性や他の手続上対処の余地なども含んでいることに注目される。つまり、考慮の対象に関しては、観点1に比べて、本観点の範囲の方がより広いといえる。

それに、国家機関の手続の違法それ自体に着目し、正義や公平から手続の違法を量刑上考慮する考えとしては、裁判例11が「本件のように捜査に重大な違法があるが、他の証拠から有罪認定がなされる場合には、弁護人が主張するように、正義や公平の見地から、捜査の重大な違法を量刑上考慮すべきことも考えられなくはな

い」とするのも、基本的には同様のものではないかと考えられる。また、同裁判例において、「重大な違法のある本件 GPS 捜査が行われたことを、行為責任や犯罪予防の観点において、量刑上考慮することはできない」という内容から理解すれば、本裁判例における量刑上考慮の根拠は、量刑基準において、責任にも特別予防にも影響しないものに位置づけられている。

なお、たとえ刑が軽減するか否かについて、異なる結論に至るとしても、裁判例 11 にも、裁判例 1 と同じように、正義や公平に満たすかどうかを判断する際に、判断の対象となるものがみられる。すなわち「しかし、当公判廷において、既に、検察官請求証拠のうち相当数が違法収集証拠又はその派生証拠として証拠能力を否定され、証拠調べ請求が却下されている。前記のとおり、本件以前には GPS を使用した捜査を違法と判断した裁判例は見当たらないことをも考慮すれば、今後もこのような違法捜査が続けられれば別論、現時点では、証拠調べ請求の却下に加えて、本件 GPS 捜査の違法を理由に、被告人に対する量刑を軽くすることが正義や公平に適うとはいえない。もとより、本件 GPS 捜査は、著しい暴力や甚だしい屈辱的取扱い等、令状発付を受けて適法に行うことができず、およそ法の許容しない性質の人権侵害がなされたものではない」との判決文からみれば、証拠排除の適用を通じ、証拠能力が否定されるか、あるいは、捜査の違法がもたらす暴力・屈辱の有無や程度などが判断の対象に含まれる。言い換えれば、裁判例 11 も、広範な要因を考慮に入れて、違法捜査から生じる結果のみならず、不法行為それ自体の程度と有無、あるいは、事後的措置の有無と結果を考慮要素に含んでいる。しかし、裁判例 11 には、裁判例 1 と同様に、判断の対象が挙げられるとしても、必ずしも衡平性（または正義や公平）に満たすかどうかの判断基準を明確に示すわけではない。

裁判例 4 には、衡平または正義などの観点を適用しなかったとしても、警察官による被告人への暴行を「現行刑事訴訟法における捜査史上、ほとんど他例をみないほどの峻烈窮まりないものであり、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」と非難しながら、「被告人乙の被った肉体的苦痛、精神的屈辱感の甚大さ、警察官の非違行為の程度の重大さに鑑みると、裁判所としては、右違法行為がたとえ裁判所と別個の機関によってなされたものであるとはいえ、等しく刑事司法に携わる国家機関として、刑罰権の発動を相当程度に自制すべきであるというべきである」と示される点は、注目に値すると考えられる。まず、本裁判例では、被告人の受けた苦痛、屈辱のみならず、裁判例 1、11 と同様に、警察官の違法行為それ自体の重大さも着目されている。次に、本裁判例の特徴として注目すべきことは、捜査機関が被疑者に対して違

法行為を行った場合、なぜ別の機関である裁判所が行うべき量刑判断に影響するのかという点について説明を加えたことである。

最後に、裁判例 8 に目を転じると、まず、「現在の刑事裁判実務では、刑事訴追の過程で被告人がいかなる苦痛を被ったかということも広い意味での『犯行後の状況』として量刑上考慮されるべき一事情になり得るものと解されているところであるが、捜査過程で捜査官の側が被告人に対し違法を働いたという事情もその一種として位置付けられるのであって、量刑への影響の程度が基本的に行為責任の幅の中に止まる限りは、これを量刑の際の一事情として考慮することを否定すべき理由はないように思われる」という内容からみれば、被告人が受けた苦痛を量刑上考慮すべき「犯行後の状況」として位置づけるものである。また、被告人が受けた苦痛を考慮する際に、それを行為責任の幅内にて考慮すべきとされた。

次に、「捜査官による違法捜査によって被告人が肉体的・精神的苦痛を被ったという場合は、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ぬ刑事訴追の過程において、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、これが被告人に対し現実の苦痛を与えたというのであるから、衡平の見地からも、この点は量刑事情として軽視すべからざるものと考えざるを得ない」とする点からみれば、刑事訴追の過程の全体が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ものであることを前提として、捜査段階において捜査官の手続的正義に反する行為が、実体的正義という観点から量刑に反映すべきという論理は、裁判例 4 に似ていると認められる。また、「衡平」の観点をを用いるのは、裁判例 1 と同様であるといえる。したがって、本裁判例は、「衡平・正義」の視点をを用いるものであるといえる。

しかも、「その手続的正義に反する度合い、すなわち捜査官が犯した違法の程度・深刻さや、これによって被った被告人の肉体的・精神的苦痛の程度等を総合的に考慮するとともに、他方で、この違法や苦痛を事後的にせよ消却・鎮静化させる実効的措置が既に存在し又は今後施され得る現実的可能性があるか否かの点も相関的に併せ考えた上、実体的正義実現の最終段階である量刑判断に適宜それを考慮・反映させるべきである」としており、衡平を満たすかどうかを判断する際に、判断の対象として、被告人の受けた苦痛・屈辱のみならず、捜査の違法の程度、違法や苦痛を事後的にせよ消却・鎮静化させる実効的措置の有無や現実化の可能性などが考慮に入れられていると理解することができる、と考えられる。

(3) 観点1と観点2の分析

まず、各裁判例は共に「正義」という概念に言及した。例えば、観点1には、裁判例2のように、「正義感情ないし社会的常識」という視点から、刑量を調整させるということがあって、観点2には、裁判例1、8、11のように、明確に「正義」という概念の使用がうかがわれる。言い換えれば、違法捜査の量刑上の考慮の際に、各裁判例の共通点として、正義、公平などの視点から、刑量を調整させることの論拠を持ち出すものであると考えられる。しかし、同様な視点から刑量の調整の論拠を発生させるにもかかわらず、それぞれの観点には、違法捜査を「犯行後の状況」として考慮すべき対象の範囲が異なっている。だからこそ、それぞれの観点は、考慮される対象範囲の相違に伴い、刑量の調整に関して、違う性質を有することになるのである、と考えられる。

私見によると、観点1の下で、正義という視点を通じて衡量されるのは、被告人が受けた苦痛の量が受忍を求め得る限度での苦痛しか与えずに科される刑罰の量（基準としての量）を超えるか否かということである。違法捜査がもたらす「苦痛」の量は、それが基準の量を超えると、不正義なものとなって、それを調整する必要が生じるといえる。それゆえ、この観点は、「量的正義」という観点から、違法捜査の「苦痛」のみに着目して、それを刑罰の先取りとして量刑上の考慮に入れ、刑量の調整を行うかどうかを判断するものである。言い換えれば、この観点では、刑量が正義にかなうどうか、すなわちそれを調整させる必要の有無についての判断に、刑罰の賦課の結果として、被告人に科された害悪の量のみ注目する観点と言えよう。

それに対して、観点2は、違法捜査により生じる苦痛のみならず、違法捜査それ自体の重大さないし事後の鎮静化の措置の有無について、それぞれの要素をお互いに衡量して、正義にかなうか否かを判断するものである。言い換えれば、観点2が「正義」という視点をを用いることは、観点1と同じようなものであると考えられるが、考慮に入れる対象の範囲には、違法捜査より生じる害悪の量のような単一的要素を基準とする比較ではなく、観点1に比べて、広範的、多様な要因を総合して考慮することで、「正義」という概念に違う性格をもたらしていると考えられる。

すなわち、本観点における量刑判断は、単に「量」という視角から、科される刑量に含まれる害悪の量が、適法の手続に従った場合に被告人が受忍すべき害悪の量を超えるかどうかと判断するものではないといえる。本観点は、違法捜査がある事案に含まれるそれぞれ要素の相互関係に注目し、その関係に照らすと、被告人に科

された刑量が内在的衡平性の有無、あるいは、その刑量の本質が正義の要請に満たすか否かを判断するものである。例えば、裁判例 11 のように、違法捜査行為それ自体の深刻さが大きいとしても、仮に証拠排除のような事後的措置が存在する場合には、正義の視点からみれば、この状況が正義に反し、量刑の段階で刑を軽くするかどうかについて疑問が生じるであろう。それに、違法捜査からもたらされる苦痛が、被告人が受忍できる限度を超えることはなくても、違法捜査の手段の深刻さが大きい、あるいは、事後の措置がない場合に、正義に反し、量刑の段階に刑を軽くする余地があるであろうか。つまり、このような、違法捜査に関して事案全体の状況を考慮に入れて量刑判断の際の状況が被告人にとって正義にかなうものと言えるかということが、「質的正義」と呼ばれるのではないかという疑問である。

各裁判例の考察からは、以下の特徴が伺われる。まず、考慮に入れる対象の範囲に関わらず、正義という観点は、犯罪行為と関連せず、犯罪行為に対する非難そのものに注目するものではない。つまり、実務における犯情と一般情状との区分に従えば、犯情と関係なく、一般情状に位置付けられ、量刑上の考慮に入れられることになると考えられる。次に、かかる正義の観点は、学説に見られる責任の評価と予防的考慮という枠組においては、責任の評価にも予防的考慮にも関連しないものであると言えるので、量刑基準にどこに位置付けるかが問題となると考えられる。最終的には、正義、公平などの概念は抽象的なものであるから、具体的枠組が必要である量刑上の考慮に際し、どのようにして扱われるのか、あるいは、明確な判断基準が存在するかが、解決すべき問題となると考えられる。

2. 手続の違法に関する証拠排除と量刑上考慮との関係

前記の裁判例は、留置場や拘置所における場合のために証拠排除法則と関連しない事例に属する裁判例 1 と裁判例 5 以外、「証拠排除法則の適用」と「刑の軽減」とを併せて考えれば、四つの類型に分けられる。証拠排除に至らない違法があったが、量刑上の考慮を通じ、刑が軽減されるのは、裁判例 2、3、10 であって（しかし、注意すべきなのは、捜査官による暴行が証拠能力にそもそも影響しないとされる裁判 8 である。それは、証拠排除法則が適用されない一方で、刑が軽減されることになる）、刑が軽減されないのは、裁判例 6、7 である。

警察官による暴行の影響下で録取された供述調書について証拠能力が否定されている裁判例 4、および捜査官の暴力を理由として関連する供述調書の証拠能力が否定されている裁判例 9 は、証拠排除法則が適用されつつ、刑が軽減されるものである。それに対して、裁判例 11 は、無令状で行われた捜査には重大な違法があるの

で、同捜査により直接得られた証拠およびこれと密接に関連する証拠の証拠能力が否定されているが、量刑の段階では、証拠排除が衡量に入って、刑が軽減されないものである。

もっとも、上記の分類を考察し、その考察から証拠排除と違法捜査の量刑上の考慮との関係を解明することは困難であると考えられる。なぜなら、証拠排除法則と刑の軽減との関連性を明らかにするためには、「証拠排除法則の適用」と「刑の軽減」の二つの要素のみを通じて考察を行うことは不十分からである。すなわち、各裁判例において、違法捜査の法的帰結として、証拠排除法則の適用と量刑上の考慮との関係を解明するために、「量刑の考慮に入れる対象の範囲」が考察に入れることが必要ではないかと考えられる。なぜならば、違法捜査がもたらす苦痛のみを犯行後状況として考慮に入れるという観点と、苦痛のみならず、違法捜査行為そのものと事後的措置なども量刑上の考慮に入れるという観点と、それぞれの考え方を異にするものであるために、証拠排除と違法捜査の量刑上考慮との関連性はどのようにするのか、また、証拠排除されるかどうかということが量刑に影響を与えるか否かについて、異なる結論が導かれると考えられるからである。つまり、証拠排除と量刑上の考慮との関係を明らかにするため、先立って処理すべき問題となるのは、違法捜査の量刑上の考慮の目的および論拠ということである。

例えば、裁判例 11 によると、証拠排除の適用の有無が「正義・公平」を満たすかについての判断要素の一つである。このような裁判例においては、証拠排除法則の適用が違法捜査の量刑上考慮と関連することが否定しがたい。さらに、量刑そのものが正義の要請を満たすか否かは、証拠排除法則の適用を考慮に入れる判断要素に他ならない。もっとも、この関連性を前提とする場合に、証拠排除法則の適用が、量刑上考慮の際にどのような役に立つのか、あるいは、どのようにして量刑上考慮に影響するのかが依然として問題となり得るのではないかと考えられる。それに、裁判例 2 のように、違法捜査から生じる苦痛のみを量刑上の考慮に入れる場合に、証拠排除法則の適用が、被告人が受けた不利益を減少させて、刑罰の先取りの重さを低減することに属するのかが問題となり得ると考えられる。また、もし証拠排除法則の適用が刑罰の先取りの程度を下げるという役割を有しているならば、苦痛の軽減の程度が、どのようにして換算されるのかも問題となり得るといえる。つまり、証拠排除法則の適用と量刑上の考慮との関係を解明する前に、前提となる問題として、様々な処理すべき問題が残ると考えられる。

さらに、各裁判例の考察にも依然残された問題が存在する。すなわち、証拠排除

法則の適用と量刑上の考慮との間に両立関係が存在するか、それとも、証拠排除法則と量刑上考慮が、捜査の違法程度に基づいて、順序に従って適用されるかについて、将来分析すべき問題となり得ると言える。もっとも、ここでは、裁判例において現れる違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則の適用との関係を簡単に整理しつつ、それらの裁判例から導かれる疑問を示すにとどまる。違法捜査の量刑上の考慮の根拠と証拠排除法則との間に存する関係、あるいは証拠排除法則が存在する場合に違法捜査の量刑上考慮の必要性は、後に詳述を試みる。

第4節 違法捜査が量刑に与える影響に関する各見解の整理

国家の違法行為を量刑事情とすることについては、賛否両論がある。賛成の立場の見解には、違法捜査の量刑上の考慮の根拠に関して、さまざまな観点がみられ、それらの観点が大別して「違法捜査は責任刑に影響し得るもの」とするか「(責任評価、予防的考慮以外の評価観点に関わる事情の存在を承認することを前提として)違法捜査は責任刑以外に影響し得るもの」とするかに分けられる。本節ではまず、賛成説の各見解を紹介し、続いて否定説の論点やそれが賛成説に加える批判を説明する。

1.違法捜査を「犯行後の状況」として、「被告人が受けた苦痛」という面を考慮する見解（見解1）

この見解は、前記の整理した裁判例2、3と5の考え方と同様に、違法捜査からもたらす精神的・肉体的な苦痛を「犯行後の状況」の一つの要素として、それが量刑に影響を与えると考えるものである。原田説は、この量刑事情が責任主義とは原則的に関連せず、一般予防ないし特別予防とも関連しないものであるとことを前提として、「違法収集証拠排除目的と同様な違法捜査抑制の目的を量刑領域に持ち込むことは、責任主義を基本とする量刑において危険である。まさに、本来、被告人に責任でも予防でも関係しない事情をたまたま違法捜査があったからといって被告人に有利に考慮することは、量刑の公平性を害する」とし、「量刑上考慮され得るのは、違法捜査自体ではなく、違法捜査により受けた被告人の精神的・肉体的な苦痛である」と主張する²⁸。

そして、原田説は、「苦痛」という概念に着目して、「刑罰は被告人に対して加えられる苦痛であり、害悪である。犯行後の被告人が受けた社会的制裁や違法捜査や違法処遇による苦痛等は、いわば、その刑罰の先取りである。未決勾留日数の算入

²⁸ 原田・前掲註(10)166頁。

も同様である。…（中略）…したがって、これらの事情を量刑上考慮するのは、先取られた苦痛や害悪を清算しようとするものであって、特に責任主義や目的主義とは関連しない、それ自体ニュートラルな価値中立的な調整原理にすぎないのではあるまいか。刑の必要性という概念による説明も可能であるが、その実質的な内容は、このようなものであると考えられる。この考え方の当否は別として、違法捜査や違法処遇により加えられた苦痛は、犯行後の一事情として量刑上考慮することが許されよう²⁹とする。それは、苦痛の調整という観点から、被告人が受けた違法捜査による苦痛を、刑罰の先取りとして量刑上の考慮を行うのである。ところで、この論理からみれば、本見解は、前記各裁判例の考察における観点1と、同じような論理によるものではないかと考えられる。

原田説と同様な考え方として、浅田説が挙げられる。これも「苦痛」を焦点として、「被疑者が捜査機関の違法捜査により不当な苦痛を被った場合、このことは、確かに不当であるが彼の犯罪を理由に加えられた制裁を意味するのであって、社会的制裁と同様に、刑罰軽減的に顧慮すべき事情である」³⁰とするのである。また、小池説も同様な視点から議論を展開するものであり、それは刑罰における「害悪の付科」の性格に焦点を当て、「刑罰が、犯行に対するマイナス評価の伝達という性格と、事実上の不利益処分(『害悪の付科』)としての性格を併せ備えたものであるとするならば、そのいずれか一方にでも代替しうる性質を有しているのであれば、刑の先取りとしての充当を認めてよい。『マイナスの価値判断』という意味づけおよび害悪(不利益)の程度において、かなり刑罰に近い場合であれば大幅な『相殺』を認めてよいし、そうでない場合にも、その内容と程度に照らして相応に考慮すればよいのである。」³¹とするのである。本見解によれば、捜査の違法による刑の軽減は、「非難としての性格と害悪の程度」に応ずべきことになる³²。

2.違法捜査が責任刑に影響し得るとする面を考慮する見解（見解2）

「可罰的責任」の概念を通じ、違法捜査を「責任刑」に影響し得る量刑事情とみなす見解に、岡上説がある。本見解においては、量刑判断は可罰的責任刑と特別予防によって二元的に構成されることになる。そして、その「可罰的責任刑」は、社会的非難としての「個別的行為責任」を、どの程度まで刑罰でもって対処すべきか

²⁹ 原田・前掲註(10) 167頁。

³⁰ 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」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題-量刑理論と量刑実務との対話-』（成文堂、2011年）175-176頁。

³¹ 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）：日独における最近の諸見解の検討を中心として」慶應法学10号（2008年3月）45頁。

³² 小池・前掲註(31) 45頁注88。

という観点から決められるのである³³。

本見解における「責任刑」の実質原理は、ヴォルフガング・フリッシュ (Wolfgang Frisch) の見解を参考にするものであるといえる。フリッシュの観点の下に、量刑の出発点となるのは「行為責任」であることには変わりがないが、最終的な「責任刑」は、従来用いられてきた意味での「行為責任」にのみ方向付けられるわけではない。彼は、量刑責任を決定するのは、法違反の非難可能性の量ではなく、「行為によって実現された法的平和の動揺の程度」を決定する要因であると主張する³⁴。かつ、岡上説も、量刑体系において、行為責任それ自体に相応する刑罰、すなわち「本来的責任刑」は、刑の上限を画すと同時に刑罰を正当化しつつ、「法秩序の妥当性の回復」という実質的な考慮から、その本来的責任刑を科す必要性が減少する場合があると主張する³⁵。つまり、岡上説における「責任刑」は、行為責任それ以外の法平和性・法秩序が考慮に入ることになると考えられる。

そして、『法的平和の動揺』を回復するのが必要な理由は、国家の刑事司法が犯罪を『正しい』と感じられる方法で処理することによって、一般人が司法に対する信頼を維持し、社会を効率的に統制することにより、ひいては犯罪を予防することにつながるからである。したがって、防御権などの法治国家の要請を十分に尊重することが、まさに一般人の『司法に対する信頼』のために必要となるからである³⁶、『非難可能性』も、『法的平和の動揺の回復』または『司法に対する信頼』の有無および程度を判断する際の前提条件として理解することができるであろう³⁷のように、まず、「責任刑」を判断する際に前提となるのは、非難可能性に基づく規範的責任であり、続いて、「法的平和の動揺の回復」と「司法に対する信頼」の積極的一般予防の観点、すなわち、従来のいわゆる「可罰性」の概念によって、可罰性判断を通じて、「責任」の量を変化させ、「可罰的責任刑」の量を決定する³⁸。

前記の理解を前提に、「手続上の国家の瑕疵」が量刑に与える影響について、「刑罰という事象が形而上学的な正義を問題とするものではなく、国家と行為者（被告人）との緊張関係のもとに存在するものであることに注目すれば、国家の側が自ら

³³ 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）」早稲田法学 69 巻 3・4 号（1993 年）83 頁。

³⁴ 岡上・前掲註(8) 61 頁。

³⁵ 岡上雅美「量刑体系における量刑事実の選別について」刑法雑誌 45 巻 2 号（2006 年）202 頁。

³⁶ 岡上・前掲註(8) 63 頁。

³⁷ 岡上・前掲註(8) 63 頁。

³⁸ 岡上・前掲註(8) 63-66 頁。

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ように思われる。やはり、これらの事情は予防的考慮の以前に、刑罰の上限を確定するにあたって考慮されるべき事情として性格づけるべきである。、『『手続上の国家の瑕疵』に関する『行為者の罪を問う側の適格性』の不十分さは、それ自体で必要的に刑罰を軽減するものと評価されなければならないのである。』のように、本論文は、違法捜査の瑕疵を有する国家は「行為者の罪を問う側としての適格性」を欠くため、違法捜査は必要的に刑罰を軽減する事情であると評価されなければならない、と結論付けるのである³⁹。

3. 「国家処罰適格」ないし「処罰の相当性」という面を考慮する見解（見解3）

「処罰の相当性」の概念の援用を通じ、違法捜査が「処罰不相当」をさせ、実体法側面に反映する理論がある。鈴木説は、かつて公訴権濫用論を論じた時、「処罰の相当性」に言及し、「処罰の相当性とは、当該犯罪行為を根拠に国家が犯人を処罰すること自体の相当性ということです」⁴⁰と指摘していた。そして、国自体の加害者の性格というような点は、犯罪性の問題とは別個に、処罰の相当性に影響する事情であるとした上で、「処罰する側、すなわち処罰主体である国家の側についても、果たして被告人を処罰するにふさわしい適格性があるかどうかを、やはり問題にしなければならないのではないか。こう思うわけです。私は、これを国家の処罰適格と呼んだらどうかと考えているわけですが、処罰主体である国家は、当該被告人に対して、いわばクリーン・ハンドでなければいけない。清潔な手を持っていないといけないと思うわけです。刑事制裁というのは、非難の要素を抜く無わけですから、とく非難する者の清廉潔白性が、かなり強く要求されるのではないか。清廉性を欠く国家による処罰というのは、本来正当性をもたないというべきではないか。こう思うわけであります。」⁴¹という見解を示していた。つまり、ここで、鈴木教授は、処罰される側の事情を考慮し、それに処罰に値する違法・有責な行為があったかどうかという犯罪性と別個なものとして、処罰する者側の適格性（国家の処罰適格）という概念を指摘し、それが処罰の相当性に影響すると主張した。

周知のとおり、鈴木説は、異なる考察の視点から、「責任」という概念を、「規範的責任」と「可罰的責任」に分ける。すなわち、前者は、ある違法行為につき当該行為者を規範的に非難しうるか否かが中心問題となるものであるのに対し、後者は、結果の行為への客観的帰属並びにかかる行為者への主観的帰属を前提とした上

³⁹ 岡上・前掲註(8) 67-68 頁。

⁴⁰ 鈴木茂嗣『続・刑事訴訟法の基本構造（上）』（成文堂、1996年）233頁。

⁴¹ 鈴木・前掲註(40) 235-236 頁。

で、「国家」対「行為者」という処罰主体・被処罰主体間の具体的権利・義務関係を検討する者である。この分類の下に、いわゆる「国家の処罰適格」という概念は、「可罰的責任」の判断の段階にあるものである⁴²。この分類に照らすと、鈴木教授は、量刑論において、量刑に関する評価を、①規範的行為責任確定段階、②「責任刑」確定段階、③「目的刑」確定段階の三段階に区別して、その中の責任刑確定段階について、「①で確定された規範的行為責任の、一定の刑罰量への転換が問題となる。ここでは、『可罰的評価』が問題となり、とくに当罰性判断の一側面としての『処罰相当性』判断が主役を演じることになる。…（中略）…また、処罰が行為者の責任非難を問題とするものであることから、処罰する側すなわち国家の『処罰適格』も検討されねばならない。犯意誘発型の『おとり捜査』などには、かかる観点から違法行為の当罰性を否定すべき場合がありえよう。これらの場合には、無罪判決で対処すべきであろう。これに対して、当罰性を欠如するとまではいえないような場合には、これらの事情を量刑上考慮ことが許されてよい。」⁴³とする。つまり、鈴木説において、国家の違法捜査がある場合には、「(処罰する側の) 国家処罰適格」が欠け、「処罰不相当」となりえる。そして、責任刑確定段階において、「可罰的責任」に影響し、刑が軽減すると考える。

鈴木説を踏まえ、違法捜査が「処罰相当性」に関係することを通じ、量刑に影響を与える見解としては、宇藤説がみられる。宇藤説は、鈴木説と異なって、私法原理であるクリーンハンズ原則をそのまま刑事法に持ち込むことには疑問がないわけではないとしつつも、「現行法秩序の一貫性、およびそれが侵害されたときに生じる規範安定化の不許容性の反映として、現行法秩序のとの規範的連関の中で、『処罰不相当』理解されるのである。このような理解からすれば、捜査での違法によって『処罰の相当性』が影響を受ける、と理解することには、合理性があろう」⁴⁴と評価し、「処罰相当性」という観点を肯定すると考えられる。この観点を踏まえ、宇藤説は、「処罰相当性」の性格については、「『処罰不相当』を一律に訴訟法的領域に押し込めることが有益でないことと、公訴時効の例にならって、わが国における免訴自由が、『処罰不相当』に関わる事情として理解されうることを考え合わせると、『処罰相当性』の消滅の法的効果は、原則として免訴判決であるとした上で、これを実体法領域にも影響を与えうるものとして理解することも十分に可能なのでなかろうか。」⁴⁵とし、それが実体法領域に影響を与えうることを主張した。

⁴² 鈴木・前掲註(12) 314-317 頁。

⁴³ 鈴木・前掲註(12) 383-385 頁。

⁴⁴ 宇藤・前掲註(9) 137 頁。

⁴⁵ 宇藤・前掲註(9) 138 頁。

そして、量刑論において、「処罰相当性」を考慮に入ること肯定するためには、量刑事情に、責任評価と予防的考慮以外の評価観点に関わるものが容れられるかという問題を説明することが必要である。まず、長期にわたる未決勾留、被告人の地位におかれたことによる社会的制裁といった事情は、それらを量刑上考慮することには異論がないし、応報的責任の観点あるいは予防的考慮の観点から、それらを捉えつくすことには、無理があるのである。また、宇藤説は、伝統的に考慮されてきた量刑事情に、不法および責任のカテゴリーに統合することが明らかに困難なものを捉えるために、「科刑による規範安定化の必要性」の程度に関わる諸事情が補完的に考慮されなければならないとするフリッシュの見解を紹介し、犯罪論体系において重要とされる「不法および責任」の量を超えて、さらに予防的観点、とりわけ特別予防的観点の外にも、量刑に影響を及ぼしうる事情の存在することを示唆するものができることと主張する⁴⁶。その上で、「これ（『科刑必要性』に関わる諸事情）とは一応区別される『処罰の相当性』、つまり一般法秩序から見た、刑罰による『規範妥当損害』の除去の許容性に関する諸事情が含まれるということとは、なお開きがないわけではない。...（中略）...狭義の情状のうち『犯行後の情況』に、『処罰の相当性』の程度に関わる諸事情を考慮することは、理論的な妨げはないように思われる。」と主張した。それを踏まえ、捜査機関の違法が、「処罰相当性」に影響を与え、さらに「処罰不相当」が実体法領域に影響を及ぼし、それを量刑上考慮することを結論づけるのである⁴⁷。

4. 「正義」、「公平」という面を考慮する見解（見解4）

違法捜査が行われたことが、「正義」、「公平」という観点を通じて、量刑への影響を根拠づけるものとして、小倉説がある。また、各裁判例の考察に、本見解の論理に似てる観点2が伺われる。しかしながら、前記の裁判例1、8が「衡平」を、裁判例11が「正義、公平」を指摘したように、違法捜査を「正義」、「公平」の問題として捉えた場合に、これを量刑事情として考慮することには、一方、このような要素を個別行為責任や予防の観点から説明することは困難であるという問題があつて、他方、多様な正義感情が無限定に量刑要素として取り込まれ、量刑判断が不安定かつ恣意的なものになってしまうおそれがあるという問題も生じると考える⁴⁸。

それについて、小倉説は、『衡平 (Equity; Billigkeit)』とは、そもそも普遍的な規

⁴⁶ 宇藤・前掲註(9) 140 頁。

⁴⁷ 宇藤・前掲註(9) 141 頁。

⁴⁸ 小倉・前掲註(3) 304 頁。

範の見地からの正義に対する個別的正義を意味し、一般的準則の適用を制限ないし抑制する機能を有するものであった... (中略) ...衡平法の伝統のないわが国においても、裁判官は、これまでも既存の法や理論をそのまま適用したのは正義の実現の観点から問題となる場面においては、その裁量的権限に基づき妥当な結論を導くよう努めてきた。また、『正義』、『公平』の観点を踏まえた上で量刑判断が行われるべきことは一般論としては異論がないであろうし、量刑判断においては裁判官の裁量が大きく、個別的正義の観点からの十分な検討を行う必要もある。」⁴⁹とし、裁判官が「正義」、「公平」などの観点から、責任や予防などの観点からは取り込めない要素を量刑上考慮することを肯定していた。そして、刑事訴訟法第411条を例として挙げて、上告審における量刑審査において、責任や予防などに解消しきれないと思われる手続的な正義を考慮して量刑判断を是正したのもあると主張した。

また、不安定かつ恣意の問題について、「量刑判断の透明化と合理化」を図る趣旨を重視し、「正義」、「公平」という多面的、主観的な側面がある要素を量刑の考慮に加えることに慎重な姿勢が必要であろうと主張した。そのため、「違法の捜査を量刑上考慮することが公平にかなうかという点については異なった考えもあり得、多くの裁判官の共通理解になっているともいい難い現状にある点をも踏まえると、捜査の違法は、その違法の程度や被告人が受けた不利益の程度、その他の諸事情に照らし、これを量刑上考慮しなければ明らかに『正義』、『公平』に反すると考えられるような事案に限って、あくまでも個別的正義の観点からの例外的な措置として、裁判官の裁量により量刑事情として考慮することができるものと理解すべきではなかろうか。」とし、違法捜査の量刑上の考慮は例外的に適用されるとする⁵⁰。

5. 「規範侵害によって生じた動揺を鎮める」という面を考慮する見解（見解5）

松宮孝明は、刑罰は、犯罪行為（規範侵害）によって動揺させられた規範を安定させるものであることを踏まえ、「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、その目的である規範の安定を害する」⁵¹と示し、規範安定を追求し、規範動揺を鎮めるため、判決の公平さとそれに関連

⁴⁹ 小倉・前掲註(3) 305 頁。

⁵⁰ 小倉・前掲註(3) 305 頁。

⁵¹ 松宮孝明「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題-量刑理論と量刑実務との対話-』（成文堂、2011年）42頁。

する刑罰の感銘力は無視できないものだと指摘した。

そして、松宮説は、前記の観点の下で、「刑事裁判所は、捜査手続きに関しても『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。」⁵²とし、違法捜査に刑罰権自体の縮小・消滅という効果を導くものである。

6. 「訴追価値」という面を考慮する見解（見解6）

長沼範良は、捜査の違法は、犯情とは無関係であるが、狭義の情状の一つとして、あるいは訴追価値を著しく低減させたものとして、量刑上考慮することは可能であると主張する。この主張は、訴訟法上の問題からの議論として、「公訴権濫用論」とつながり、「捜査機関の違法行為が検察官に訴追禁止を要求する程度までには至らなくても、訴追価値を著しく低減させる場合には、それが裁判所による刑罰権の程度に反映し、責任の枠を下回る量刑も可能になると考えるべきである。」とするものである⁵³。

7. 違法収集証拠排除との関連という手続的観点から考慮する見解（見解7）

手続的観点から検討を行う見解は、公訴権濫用と訴追価値という観点から考察するもののみならず、違法収集証拠排除の問題と関連づけて論じる議論が多かったと考えられる。例えば、「違法捜査の抑止手段として証拠の排除というドラスティックなものではなく、量刑への反映という極めて実務的な一つの回答を示したものといえよう」⁵⁴、「違法捜査の事後的処理としては、例えば違法な押収手続によって入手された証拠物の証拠能力を否定するといったドラスティックな方策よりも、量刑上の微調整によって妥当な解決を柔軟に図り得るといふ妙味があるともいえる」⁵⁵などの議論がみられる。

また、前記の裁判例2、3のように、違法収集証拠排除として排除できない場合に、違法収集証拠排除の議論との共通の理論的根拠付けを示唆するものとして、その代替ないし補完的手段として量刑上の考慮を行うという見解がある。安原浩は、「このような判例の実情は、むしろ被疑者の人格侵害に至ったといえるような野蛮

⁵² 松宮・前掲註(51) 42 頁。

⁵³ 長沼範良・ほか著『演習刑事訴訟法』（有斐閣、2005年）330 頁。

⁵⁴ 田宮裕「刑事訴訟法判例の動き」『重要判例解説（平成2年度）』（有斐閣、1991年）165 頁。

⁵⁵ 峰ひろみ「捜査手続における違法を量刑上考慮することの当否について」法学会雑誌 52 巻 2 号（2012年）152 頁。

な捜査方法の被害をそのような捜査によって得られた証拠を排除することによって救済し被害回復をはかるという権利侵害救済説によって説明することのほうが適切ではないかと思われる。」とし、権利侵害の救済が証拠排除の目的であることを指摘した。その上で、「証拠排除に至らない重大でない違法をも限定的救済の対象として量刑上被告人に有利に考慮するという発想にもつながり得ると考えられる」⁵⁶とし、違法捜査の量刑上の考慮を権利侵害の回復の方法と位置付ける。

8.違法捜査の量刑上の考慮を否定する見解（否定説）

実体法上の問題点として、まず、「犯行後の事情」としての違法捜査は責任の評価にも予防的考慮にも影響を与えないので、違法捜査の量刑への影響を否定すべきだとする見解がある。城下説は、量刑基準が責任と予防との二元的構成によることを前提とし、量刑事情の範囲が量刑基準によって確定されるものであって、量刑事情は、責任判断または予防的考慮に影響を与える要素として理解されることになると主張する⁵⁷。この前提を踏まえると、行為者の違法行為に対する非難可能性とは全く無関係な違法捜査を行為者の責任と関連づけることが困難なのは明らかであるといえる。かつ、特別予防を犯罪者自身の規範意思の確認・強化と理解する上で、違法捜査による苦痛という「不利益」には、被告人の規範意識を確認・強化する必要性の資する要因が存在していない。従って、違法捜査は責任判断・予防的考慮のいずれにも影響を与えず、量刑事情の一つとして考慮する理由に乏しいことになる⁵⁸。

藤井敏明は、同様の論理をもって、責任主義の観点から、捜査手続の違法は、被告人の責任の量には影響せず、目的主義的観点により説明することも困難であると主張する⁵⁹。予防的考慮に関して、捜査手続などの違法といういわば偶然の産物によって量刑が有利になることを期待し得るのであれば、潜在的行為者が犯罪に及ぶことを躊躇しなくなつて、刑罰の「威嚇」の効果期待せずむしろ阻害する恐れがあると主張する見解もある⁶⁰。

次に、前記の裁判例2、3のように、違法捜査を「犯行後の状況」として、「被告人が受けた苦痛」という面を考慮する見解に対して、城下説は、「違法な捜査による

⁵⁶ 安原・前掲註(13) 175 頁。

⁵⁷ 城下・前掲註(7) 107 頁。

⁵⁸ 城下・前掲註(7) 107-109 頁。

⁵⁹ 藤井敏明「量刑の根拠」平野龍一ほか編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、1998年）213-214 頁。

⁶⁰ 峰・前掲註(55) 153 頁。

「苦痛」と刑罰による「苦痛」とがいわば相殺されうるという論理が用いられているが、その理由は必ずしも明らかではない⁶¹と批判した。藤井説も、違法な捜査に伴う苦痛を、犯罪に対する一種の制裁として量刑上考慮することを躊躇し、「刑罰に伴う苦痛が先取りされたものとして、未決勾留日数の算入のようにして相殺勝利するということも考えようが、実質的に自由刑に近い性質を有する未決勾留の場合と捜査による苦痛とを同列に論じることは困難であろう」と指摘した⁶²。

さらに、前記の見解4、5のように、「規範安定化」のために、規範の安定に影響を与える違法捜査を量刑事情として考慮する見解に対して、城下説は、「同種の事案であっても、捜査機関側の対応のしかたによって量刑が異なりうることになり、捜査の違法性の程度が高いほど、当該犯罪行為と宣告刑の関連性が希薄になる...『規範安定化』が究極的に法益保護に資するものであると解するならば、捜査手続に違法があったか否かによって『規範安定化』の許容性が変動しうるとすることは一かつてドイツの連邦最高裁判所がおとり捜査に関して述べたように一個々捜査官の態度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問題も残る」という批判を示した。ところで、「規範安定化」を目的とする見解には、行為者自身を、規範の名宛人一般の利益のための「手段」として処罰することは、憲法13条の保障する「個人の尊厳」に反するという問題があると言える⁶³。

最後に、手続法上の問題点についても、さまざまな検討がみられる。第一に、どの程度減刑すべきかの判断は困難であり、また、違法捜査がそのような身体に対する物理的な侵害と関わりのない時に量刑上考慮すべきであるのかなどの疑問が生じる⁶⁴との指摘がある。第二に、違法捜査などの事情が量刑のレベルの問題へ移送される場合、一方で個別具体的な判断を必要とする量刑過程に無用の困難さを持ち込むことになり、他方で、本来証拠排除法則の適用判断やおとり捜査の違法性判断で考慮されるべき事柄が容易に実体審理後の自由裁量に委ねられることとなって、適正手続の要請に反する結果となりうるという指摘である⁶⁵。第三に、城下説は、違法捜査の抑止という目的に関して、違法捜査の量刑上の考慮を認め、証拠排除法則の適用が回避されやすくなってしまうと、「違法捜査の将来に向けての抑止という点からみても、証拠排除ではなく刑の軽減という効果しかないのであれば、捜査官に

⁶¹ 城下・前掲註(7) 109 頁。

⁶² 藤井・前掲註(59) 214 頁。

⁶³ 城下・前掲註(7) 126 頁。

⁶⁴ 藤井・前掲註(59) 215 頁。

⁶⁵ 城下・前掲註(7) 104-105 頁。

において違法な捜査へのブレーキとなることがあまり期待できない」ようになると指摘した⁶⁶。第四に、違法捜査の量刑上の考慮については、国家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、刑事訴訟法をゲーム化するかのような印象を与えるとの指摘もある⁶⁷。

第5節 小括：本論文において議論を展開する方向

本章において裁判例と各見解に対する考察を行った後、本論文における議論の順序と方向が明らかになる。以下には、本章の小括として、本章にまとめた裁判例と学説の現状を踏まえ、後に本論文に検討しようとする内容を簡単に説明する。

1. 違法捜査を量刑事情とする余地の検討

まず、裁判例と学説には、違法捜査の量刑上の考慮に賛成する見解があるにもかかわらず、否定説が存在し、また、有力であることを否定しがたい。そこで、違法捜査を量刑上考慮することの論拠を検討する前に、その考慮の余地があることを確認する必要があるのは言うまでもないことである。すなわち、議論の最初には、違法捜査の量刑上の考慮を否定する見解の論点を検討し、それらを批判しつつ、違法捜査を量刑事情として考慮する余地が存在し得る理由を論じる。これについては、本論文の第2章にて検討する。

2. 違法捜査を量刑事情とする際に考慮の対象となるものの確認

次に、違法捜査を量刑上考慮する余地がある、すなわち、違法捜査の量刑上の考慮を肯定することを前提として、考慮の対象を検討しようとする。「違法捜査を行うことを量刑事情とする」ということは、二つの部分に分けられると考える。つまり、一つは、「違法捜査が存在する」ということで、もう一つは、「違法捜査が刑の量定に影響を及ぼす」ということである。前者の違法捜査の存在について、問題となるのは、違法捜査を量刑上考慮する際、考慮の対象が「違法捜査からもたらす苦痛・屈辱」、それとも、「違法捜査行為それ自体」であるかということである。

前記のように、本章に考察した裁判例において、裁判例2、3のように、「違法捜査からもたらす苦痛・屈辱」を考慮の対象とするものがあるが、裁判例11のように、苦痛のみならず、「違法捜査それ自体」を考慮の対象とするものもある。また、各見解に対する考察と通じ、苦痛・屈辱に着目し、違法捜査を「犯行後の状況」とし

⁶⁶ 城下・前掲註(7) 106頁。

⁶⁷ 峰・前掲註(55) 158頁。

て、「被告人が受けた苦痛」という面を考慮する見解（前記の見解1）がみえるが、違法捜査そのものをも考慮の対象に入れるとする見解（前記の見解2、3、4、5）の方が多いのではないかと考えられる。そこで、違法捜査を量刑上考慮することの論拠を検討する前に、先立って解決すべき問題は、違法捜査ということにつき、量刑に影響を与えるのは、どの部分であるということである。言い換えれば、違法捜査からもたらす苦痛のみか、それとも、苦痛のみならず、違法捜査そのものが考慮の対象となって、量刑に影響を与えるかを解明することが必要ではないかと考えられる。なぜなら、考慮の対象に異なる範囲を用いれば、違う論理が生じるだろうと考えられるからである。これについても、本論文の第2章で検討する。

3.違法捜査を行うことを量刑事情とする論拠および量刑基準の位置付け

(1)刑罰論の観点から違法捜査を行うことを量刑事情とする論拠の探求

本論文の核心は、違法捜査を行うことを量刑事情とする論拠を検討することである。考察した各見解には、大別にして、二つの種類が分けられるといえる。すなわち、一つは、各裁判例と見解1、5のような、正義ないし公平という観点に基づいて、刑量を調整させるという見解である。すなわち、刑罰に含まれる正義ないし公平などの要請を満たすために、刑を軽減させるということである。しかし、この見解には様々な問題が残されており、不明点を説明する必要があると考えられる。たとえば、前記の見解の整理に言うように、正義ないし公平の判断基準を明らかにする必要があると考えられる。また、このような正義ないし公平の概念は、非常に抽象的な概念で、刑罰論の観点に、どこに位置付けるか、あるいは、どのようにして刑罰論において解釈するのかが、詳しい説明が必要ではないかと考えられる。

もう一つは、見解2、3、4のように、いわゆる「積極的一般予防論」という観点から、違法捜査を量刑事情とする論拠を持ち出す見解である。それについて、岡上説における「法的平和の動揺の回復」とか、松宮説における「規範侵害によって生じた動揺を鎮める」とか、宇藤説における「科刑による規範安定化の必要性」とか、様々な見解がみられる。確かに、これらの見解には、量刑基準において違うレベルに、量刑事情とされる違法捜査が位置付けられることになる。たとえば、岡上説は、「法的平和の動揺の回復」に基づいて、違法捜査を量刑事情とする場合に、かかる量刑事情を、量刑基準において、「責任刑」のレベルに位置付ける。それに対し松宮説は、岡上説と異なって、予防的考慮のレベルに、違法捜査を量刑事情として、位置付けることになる。さらに、宇藤説は、責任の評価にも予防的考慮にも関連しないレベルで、違法捜査を量刑上考慮する。それにもかかわらず、これらの見解には、違法捜査が規範の安定化に影響を及ぼすという核心的な考え方から、違法

捜査を量刑事情とする論理的基礎を見いだすことができる。従って、積極的一般予防論に様々な理論が区別されるにもかかわらず、本論文では、これらの見解を、一応「積極的一般予防論」に基づいて発展する理論と分類する。つまり、それらが「積極的一般予防論」という観点をを用いて解釈を展開するものであると位置付けるのである⁶⁸。

ところで、前記の二つの観点以外に、刑罰論には、特別予防論や応報刑論など、他の刑罰論の観点も存在する。これらの観点を通じて、違法捜査を量刑事情とすることの論理的基礎を解釈しえるかについても、検討する必要があると考える。そこで、本論文の第3章と第4章では、刑罰論のレベルで、様々な刑罰理論を検討して、違法捜査の量刑上の考慮の解釈に資する観点を求める。

(2) 量刑論の観点から違法捜査を量刑事情として量刑基準に位置付けることの探究

次の課題は、違法捜査を量刑事情とする場合に、こうした量刑事情が、いわゆる量刑基準において、どこに位置付けられるかということである。前記のような、裁判例に伺われる正義ないし公平の観点が、実務上は一般情状に位置付けられるが、仮に学説における責任と予防によって構成される枠組みを採用した場合どこに位置付けられるかが問題となる。また、各見解を見れば、現状、岡上説のように責任のレベルで位置付ける、松宮説のように予防的考慮のレベルで位置付ける、および、宇藤説や小倉説のように責任にも予防にも関連しないレベルで位置付ける、この三つの見解があり得る。そこで、まず先に、検討すべき点は、違法捜査を量刑事情とする際に、量刑基準において、この量刑事情をどこに位置付けるかである。また、この説明を行う際、位置付けられるレベルの定義、内容、それを採用することの実益を明らかにする必要があると考えられる。

例えば、仮に違法捜査を量刑事情として、それを「責任の判断にも予防的考慮にも関連しないレベル」、すなわち、いわゆる「第三の領域」に位置付けるならば、こうした「第三の領域」が量刑法体系に存在できるかについて、理由と実益を説明すべきだと考えられる。これに関しては、小倉説が例として挙げられるが、「正義・衡平」という観点を採用することに大きな利点があるとしても、その適用の基準が必ずしも明確なわけではなく、その基準を明らかにする必要があるといえる。かつ、このように取り扱うことで、どのような利点があるかについても説明されなければならないと考えられる。

⁶⁸ 城下・前掲註(7) 124頁。

同様に、「責任」のレベル、または「予防的考慮」のレベルで論拠を検討する際、第三の領域に比べて、どのような利点が存在するかについても説明する必要がある。しかも、仮に「責任」のレベルで論拠を探るのであれば、その「責任」の定義と内容は詳論すべきものである。例えば、岡上説は、責任概念における「可罰的責任」という概念と違法捜査との関連性を認め、違法捜査が責任に影響を与えて、量刑に影響すると主張する。そこで、このような「可罰的責任」は、個別行為責任と異なって、予防的観点を責任判断の考慮に入ることであって、それが妥当であるかどうか検討すべきである。また、鈴木説には、責任を論じる際、犯罪者のみならず、処罰する側である「国家」も考慮に加えられる。そこで、責任の概念を検討する際に、責任を問う側である国家が、責任概念において、どのように位置付けられるかも検討する必要があるのではないかと考える。そこで、本論文では、量刑論のレベルで、違法捜査を量刑事情とする場合に、量刑基準のどこに位置付けるか、第5章にて検討する。

4.違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則との関係の解明

周知の通り、昭和53年判決以降、違法証拠収集の排除が争点となった判例においては、まず手続の適法性を調べた上で、違法であると判断された場合に証拠物の証拠能力を否定すべきかどうか、すなわち証拠排除法則を適用するかどうかを検討する審査方法が定着してきたといえよう。しかし、裁判例2は、(違法捜査が量刑に影響を与えるということに関する様々な議論が行われる切っ掛けとなったものとして)証拠排除法則の検討のみならず、違法捜査行為が量刑事情とされうることも論じる。そのため、各事案において違法捜査が存在する場合に、証拠排除法則と違法捜査の量刑上の考慮との間に、どのような関係があるのかが問題となる。

前記の考察のうち、違法収集証拠排除として排除できない場合に、違法収集証拠排除の議論との共通の理論的根拠付けを示唆するものとして、権利侵害の回復の代替ないし補完的手段として量刑上の考慮を行うという見解(安原説)がある。この見解が、権利侵害の回復ないし補完という共通の目的を前提とすれば、違法行為の量刑上の考慮の問題は、証拠排除の問題の延長線上にあるものとして位置づけて議論が展開されるといえよう。従って、ここで検討すべき点は、違法捜査の量刑上の考慮が証拠排除法則と、共通の目的があるのか、それとも、それぞれ違う目的を有するのかということである。

そして、仮にそれぞれには異なる目的を有するとすれば、すなわち、違法捜査に

とって、それぞれ独立の帰結となる場合に、違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則との間に、ある順序によって適用されるという関係があるのかは検討に値すると考える。例えば、裁判例に対する分析には、「違法の程度が、『令状主義の要請に反する』ほどには至っていないが、『著しい苦痛』を与えるものであったり、受忍限度を超えるものであったりすれば量刑で考慮するものと解されることになる」⁶⁹とし、「①違法あり→証拠排除、②違法あり→証拠能力あり+量刑上の考慮、③違法あり→証拠能力あり、量刑上の考慮を行わない」という順に、証拠排除法則と量刑上の考慮が適用されるというものがみられる。そこで、違法捜査の量刑上の考慮が、証拠排除との間に、ある順序に沿って適用されるものであるか、それとも、両立的、並存的に適用されるものであるかを検討する必要があるのではないかと考える。最終的に、仮に違法捜査の量刑上の考慮が、証拠排除との間に順序によって適用されるものではなく、それぞれが並存的なものであれば、証拠排除法則が適用される現状の下に、違法捜査の量刑上の考慮の必要性、すなわち量刑上の考慮が適用される実益があるのかが検討しなければならないことになる。しかも、筆者はこの必要性に関する検討が、違法捜査の量刑上の考慮の論拠と関連するのではないかと考える。これらは、本論文の第5章で検討する。

⁶⁹ 城下・前掲註(7) 104 頁。

第2章 違法捜査の量刑上の考慮の許容性と対象

第1節 概説

本章では、違法捜査の量刑上の考慮の根拠を検討する前に、議論すべき前提問題の処理を試みる。違法捜査の量刑上の考慮に関しては、いくつかの前提問題が存在し、それを先だって検討する必要がある。まず、違法捜査の量刑上の考慮にあたって、根拠を検討する前提となることは、違法捜査の量刑上の考慮の許容性があるかどうかということである。換言すれば、違法捜査の量刑上の考慮の否定説に対して、反論を持ち出しつつ、考慮の余地があるという賛成論を支持できる論拠を示すことは必要であるといえる。そこで、本章の第2節では、違法捜査の量刑上の考慮の否定説に対し反論を持ち出しつつ、違法捜査が量刑に影響を与えることを許容する余地があることの理由を説明する。

そして、違法捜査が量刑に影響を及ぼす余地がある場合に、検討すべきことは、違法捜査のどの部分が量刑に影響するのかということである。すなわち、違法捜査の量刑上の考慮対象に入るのは、違法捜査がもたらす苦痛しかないか、それとも、その苦痛のみならず、違法捜査それ自体であるか、という問題である。違法捜査の量刑に影響を与える部分を確認した上で、考慮の対象の性格を把握しつつ、違法捜査を量刑事情とする根拠を正確に検討する必要があると言える。そこで、本章の第3節では、裁判例と学説にみられる考慮の対象を、違法捜査がもたらす苦痛に限る見解の当否を検討する。すなわち、前章において言及された浦和地裁の裁判例2と裁判例3と原田説は、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目して、その苦痛を刑罰の先取りとして、最終的な刑罰の量を減少させる、と主張した。こうした見解は、違法捜査が量刑事情とされる場合、それを被告人が受けた不利益の一つと解する。本節には、苦痛の性質を焦点として、それと刑罰との相違、及び、それを「刑罰の先取り」とする際に生じ得る問題点を指摘する。加えて、単に苦痛のみに着目する際に、量刑の段階に苦痛が生じない違法類型を見逃す恐れがあるという問題を示す。その上で、苦痛のみを考慮に入れるという立場を採用することは適切ではないと結論づける。

続いて、第4節では、考慮の対象に苦痛のみならず、違法捜査の態様なども含まれる見解の当否を分析し、その見解のメリットとデメリットとを指摘して、いかな

る考慮の対象の範囲が適切であるかを結論づける。そのため、本節では、この立場に属するといえるドイツと日本の見解を順に検討する。まず、おとり捜査に関して、ドイツの実務に定着してきた見解を考察する。違法捜査の量刑上の考慮については、比較法上、ドイツの裁判例には、違法なおとり捜査の法的帰結として、量刑によるアプローチ（Strafzumessungslösung）（以下、「量刑説」と称する）を採用する見解が存している。もっとも、おとり捜査の態様、さらに、おとり捜査における国と私人との関係には、他の捜査との相違点が存在していると考えられる。そうすると、違法捜査の量刑上の考慮において、苦痛のみならず、違法捜査の態様・手法などをも考慮に入れる場合、おとり捜査に対し使われる量刑説の論理が他の違法捜査の類型に適用されるかについて検討すべき疑問が残る。次に、日本では、量刑の考慮に入れる場合、違法捜査からもたらされる苦痛にとどまらず、違法の態様・手法も考慮すべきとする見解も見られる。そのうち、一部の裁判例と同様に、正義・衡平という観点に立脚する小倉説が見られる⁷⁰。しかし、この見解が正義・衡平のような主観的概念を根拠として立論することの妥当性については検討する必要がある。そこで、第4節には、これらの見解を検討し、違法捜査それ自体も顧慮に入れるメリットを示す同時に、既存の見解の問題点も指摘する。その上、違法捜査の量刑上の考慮の根拠を示すにあたり、既存の見解の問題点を回避し、メリットを保持するための重点を明らかにする。

第2節 考慮の余地

違法捜査の量刑上の考慮の根拠を検討することに先立ち、その考慮の許容性を検討することが必要である。第1章における各見解の考察の通り、違法捜査の量刑上の考慮に関する否定説があり、それを支持する論者が少なくないといえよう。そこで、違法捜査の量刑上の考慮に許容性が存在することを論証する際、まず先に、否定説の論点に対する検討を通じて、反論を持ち出すことが必要であろう。また、否定説に反論しつつ、考慮の余地に関して根拠を示さなければならない。以下では、否定説の論点を簡単にまとめて、本論文の反論を持ち出し、それによって、違法捜査の量刑上の考慮の余地について論証を試みる。

1. 積極的一般予防に関して、国家が法益保護義務から解放されてしまうという問題
考慮否定説からは、捜査手続に違法があるか否かによって、刑の重さが変動するとすることは、個々の捜査官の態度によって国家が法益保護義務から部分的に解

⁷⁰ 小倉・前掲註(3) 275 頁以下。

放されてしまう、という指摘がある⁷¹。しかし、本論点にはいくつかの問題があると考えられる。まず、それらの問題の議論に先立って、「国家が法益保護義務から部分的に解放されてしまう」はどのような意味であるか、詳しい説明の必要がある。それは、一つは、その義務を国民に転嫁することを意味し、もう一つは、国家は法益保護の義務を有するところ、違法捜査によって生じる刑の軽減で義務を免れることを意味する。法益保護義務を国民に転嫁することに関して、国家が義務から解放されてしまうことを、国家の責任を国民に転嫁すると解する場合、国民主権を基本原理とする現行憲政秩序の下では、公務員が個人として責任を負うに止まらず、国家責任は究極的には国民全体が負担すべきものであるので、国民への負担が生じるというだけで刑の軽減の余地を一律に排除することはできない、という指摘がみられる⁷²。続いて、「規範安定化」が究極的に法益保護に資するという観点から、捜査機関の手続的瑕疵によって国家の法益保護義務を部分的に免れるという批判を検討する。

まず、「規範安定化」が刑罰の目的としての妥当性を有するかはともかく、規範安定化という観点から前記の論理を導くことについては、疑問の余地がある。このような規範安定化の見解は、主張者であるドイツのフリッシュの見解を参照し、刑罰は、主として規範妥当性の崩壊と闘い、法的平和の動揺を回復するものであるとする。そのため、刑罰の究極的な目的は、法益保護より、むしろ、法的平和の動揺の回復という点にある⁷³。すなわち、刑罰の目的に、規範の安定化のため、下位概念として、法益保護のみならず、国家の刑事司法が犯罪を「正しい」と感じられる方法で処理することによって、「一般人の司法に対する信頼」を維持することも含まれると考えられるのである⁷⁴。そうだとすると、規範安定化のために、違法捜査を量刑事情として刑を軽減させることは、一般人の司法に対する信頼を維持するためには妥当であると言える。換言すれば、否定説が、法益保護を規範安定化の究極目的とする、あるいは、規範安定化を法益保護と同視する考え方に基づいて導く批判には、規範安定化という概念が過度に簡略化されるがゆえに批判が不十分になっているという問題があると考えられる。また、違法捜査がある場合、証拠排除法則が適用された結果として、無罪に至る場合にも、同様に「国家が法益保護義務から部分

⁷¹ 城下・前掲註(7) 125 頁。

⁷² 野村健太郎「国家機関の違法行為と量刑責任」愛知学院大學論叢。法學研究 56 巻第 3・4 号（2015 年 7 月）134 頁。

⁷³ *Wolfgang Frisch, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II)*, ZStW 99 (1987), S. 780f.

⁷⁴ 岡上・前掲註(8) 63 頁。

的に解放されてしまう」という問題が生じる余地があるが、この点によって証拠排除法則に対して反論する見解は見あたらない。なぜ単に違法捜査の量刑上の考慮のみが批判されたのか、否定説は説明しなければならないと考える。

最後に、否定説は「国家が法益保護義務から部分的に解放されてしまう」という批判を支持するために、ドイツ連邦通常裁判所第一刑事部 1984 年 5 月 23 日判決を引用した。しかし、本判決はおとり捜査の法的帰結に関して、否定説の立場に反して、裁判所には犯行へと至ったあらゆる事情を適切に考慮する裁量が十分に与えられているので、刑を軽減することができるかと認めて、量刑説を採用した⁷⁵。また、「国家が法益保護義務から部分的に解放されてしまう」という批判は、国家の保護に委ねられている法益が、結果的におとりの活動に委ねられることを回避し、おとり捜査から「国家の刑罰請求権の喪失」という法的帰結を導く「個人的処罰阻却事由によるアプローチ」に反対するものである⁷⁶。言い換えれば、この批判は、量刑説に対するものではなく、むしろ、量刑説を間接的に支持する論点ではないかと考えられる。つまり、否定説の引用される裁判例では、刑の減輕が国家を法益保護義務から部分的に解放させるという意識が全くみられないのである。

2. 消極的一般予防に関して、威嚇の効果に悪い影響を与えるという問題

否定説には、消極的一般予防的考慮に関して、捜査手続などの違法といういわば偶然の産物によって量刑が有利になることを期待し得るのであれば、潜在的行為者が犯罪に及ぶことを躊躇しなくなって、刑罰の「威嚇」の効果期待できず、むしろ阻害する恐れがあるという指摘がある⁷⁷。しかし、以下の理由の通り、それらの理由は、違法捜査を量刑事情としないことについて、有力な理由にはならないように思われる。

まず、量刑判断においては、判断に影響を及ぼし得るものとして様々な事情が含まれるが、なぜ特に違法捜査が「偶然」の事情となるかが、説明しがたいと考えられる。むしろ、量刑判断の際には、犯行時・犯行後を問わず、量刑基準からみれば量刑事情とする理由があつて、量刑基準に位置付けることができるものは、量刑に影響を与えることになる。また、被告人は、量刑が有利になる結果の発生を期待するが、個人の権利・利益を侵害する、さらに、個人に苦痛をもたらす恐れがあることとされる違法捜査を期待するとは言い難いと考えられる。最後に、仮に犯行後生じ

⁷⁵ BGHSt, 32, 345 ff.

⁷⁶ 宮木康博「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」同志社法学 57 卷 6 号 (2006 年) 497 頁。

⁷⁷ 峰・前掲註(55) 153 頁。

る事情が量刑に有利な効果をもたらすことで刑罰の威嚇効果を阻害され、したがって量刑事情とならないとするならば、違法捜査のみならず、被害者に対する賠償や被告人の反省など事情がなぜ量刑事情となり得るのかについても、疑いを抱かなければならないことになる。

3.違法捜査を刑罰の苦痛の先取りとするという見解に対する批判

前章に示した裁判例2、3のように、違法捜査を「犯行後の状況」として、「被告人が受けた苦痛」という面を考慮する見解に対して、違法な捜査による「苦痛」と刑罰による「苦痛」とがいわば相殺されうるという論理が用いられているが、その理由は必ずしも明らかではない⁷⁸という批判がある。また、刑罰に伴う苦痛が先取りされたものとして、未決勾留日数の算入のようにして相殺勝利するということも考えようが、実質的に自由刑に近い性質を有する未決勾留の場合と捜査による苦痛とを同列に論じることは困難であろうという指摘もみられる⁷⁹。

それについて、本論文の立場は、違法捜査を量刑事情とする場合に、考慮の対象に、苦痛のみならず違法捜査の行為それ自体の深刻さなども含まれると解する⁸⁰。それゆえ、違法な捜査による「苦痛」と刑罰による「苦痛」とがいわば相殺されうるという論理にも、批判的な立場を採るものである。もっとも、このような批判は、その射程が、違法捜査を量刑事情として、違法からもたらされる苦痛のみを量刑上の考慮の対象となる見解にしか及ばないものと思われる。換言すれば、この批判だけで、違法捜査の量刑上の考慮に反対することは不十分ではないかということである。また、「実質的に自由刑に近い性質を有する未決勾留の場合と捜査による苦痛とを同列に論じることは困難であろう」という批判も、同じような理由で、単にこの批判が違法捜査の量刑上の考慮に反対する立論としては不十分であるように思われる。

4.違法捜査の抑止、あるいは証拠排除法則の適用に悪い影響を及ぼすという問題

手続的観点では、証拠排除法則との関連からみれば、違法捜査の量刑上の考慮を認めると、証拠排除法則の適用が回避されやすくなってしまふ⁸¹ことになる。一方で、違法捜査の抑止という目的からみれば、違法捜査の場合、証拠排除ではなく刑の軽減という効果しかないのであれば、捜査官において違法な捜査へのブレーキと

⁷⁸ 城下・前掲註(7) 109 頁。

⁷⁹ 藤井・前掲註(59) 214 頁。

⁸⁰ これに関して、本論文の第2章第3節に詳しく説明する。

⁸¹ 城下・前掲註(7) 106 頁。

なることがあまり期待できないという指摘もある。

しかし、まず、事実上、証拠排除法則の実効性をいかに維持するかは、違法捜査の量刑上の考慮の可否とは、必然的な連動性は希薄であり、独立した問題ではないかと考える。すなわち、仮に証拠排除法則が、違法捜査に対して、量刑上の考慮と異なる目的を有するならば、それぞれの目的に応じて、違う要件や考慮される要素があり、両者の適用がお互いに影響を及ぼすこともない。証拠排除法則と量刑上の考慮とは共通の目的を有するとしても、例えば、被告人の救済を共通の目的とする場合、それぞれに違う考慮される要素や適用される要件があるので、証拠排除法則の適用の可否が、量刑上の考慮と関連するものではなく、それ自体の要件と関連すると思われる。言い換えれば、証拠排除法則の適用が回避されやすいということは、それ自体の適用される要件の厳しさに起因するものかもしれないといえる。

次に、確かに、違法捜査がある場合、感覚的には、刑の軽減があれば証拠排除法則が適用されないという考え方が存在する余地がある。しかし、その考え方の存在は、強い実証によって証明されるものではない。また、学説上、そのような事実上の波及効果を根拠として違法捜査の量刑上の考慮を排除することは、法的判断として適切ではないという見解がみられる。その見解にあげられる例は、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、執行猶予制度を廃棄すべきことにはならないということである⁸²。さらに、刑の軽減が証拠排除法則と効果の面で相違を有する余地があり、違法捜査に対して、必ずしも証拠排除法則が適用されないで刑の軽減を選択するわけではないと考えられる。なぜなら、証拠排除法則は、有罪を前提としての量刑上の考慮と異なり、適用されて無罪に至る状況があることが否定しがたいからである。それゆえ、量刑上の考慮が適用される余地があるとしても、被告人が無罪に至ることを容認できる場合、証拠排除法則を適用することがあり得るといえよう。

また、仮に量刑上の考慮と証拠排除法則にはそれぞれの目的と適用要件があり、両者を併用できるならば、否定説が主張する「違法捜査の場合、証拠排除ではなく刑の軽減という効果しかない」という状況には至らないと考えられる。さらに、仮に、証拠排除法則の適用が厳格な要件によって制限されるならば、「捜査官において違法な捜査へのブレーキとなることがあまり期待できない」という結果が生じるのは本来当然である。そのような結果の発生について、違法捜査の量刑上の考慮と関

⁸² 野村・前掲註(72) 135 頁。

連しないといえる。

5. 責任にも予防にも関連しない量刑事情とする理由は乏しいという問題

最後に、否定説に関して、最も根本的な批判を検討しようとする。城下説は、量刑の基本的枠組に照らして、違法捜査は責任判断・予防的考慮のいずれにも影響を与えないとすれば、量刑事情の一つとして考慮する理由には乏しいことになる⁸³と指摘した。また、藤井説も、同様の論理をもって、責任主義の観点から、捜査手続の違法は、被告人の責任の量には影響せず、目的主義的観点により説明することも困難であると主張した⁸⁴。しかし、量刑事情とされることは、必ず責任的評価または予防的考慮と関連すべきであろうか。

それについて、否定説の根本的な論拠は、量刑事情の範囲が、量刑の一般原則、いわゆる量刑基準によって確定されるということが出来るものである。すなわち、量刑事情には、必ず量刑基準の構成原理とされる「行為者の責任判断」または「行為者に対する予防の必要性判断」に関連する要因が選択されるべきであるとするのである。そうだとすると、前章で紹介した裁判例2、3のように、「行為者に対する精神的・身体的苦痛」を刑罰に先たって与えられたものとして、刑の必要性が減少することと伴って、刑が軽減するという考え方に、責任判断に関連しない事情によって、責任に応じた刑罰を科すという応報的科刑の必要性が事後的に変化しうるとするのは疑問であろう。むしろ、当該行為を契機とする苦痛を受けたことによって、「行為者の規範意識を確認・強化する必要性（特別予防の必要性）」が減少すると理解することができる。それでは、量刑基準において、責任にも予防にも関連しない「第三領域」に分類する積極的意義が見出しにくいといえる。ところで、前記の「規範安定化」という論理を通じて、違法捜査の量刑上の考慮を肯定する見解にも、予防的考慮を包摂するという道筋が存在しえるので、「第三の領域」に位置づける必要性が乏しいという問題が生じ得ると考えられる⁸⁵。つまり、否定説は、量刑事情が責任と予防以外の視点から生じ得ることに疑問があつて、量刑基準が「行為者の責任判断」と「行為者に対する予防の必要性判断」から構成される枠に限定されることになるという考え方に固執するものであるといえよう。

もっとも、事実上、現行法において、量刑に影響を及ぼす規定に、責任にも、予防にも関連しないものが存在している。例えば、刑法第21条は、「未決勾留の日数

⁸³ 城下・前掲註(7) 107-109頁；藤井・前掲註(59) 213-214頁；峰・前掲註(55) 153頁。

⁸⁴ 藤井・前掲註(59) 213-214頁。

⁸⁵ 城下裕二「量刑事情の意義と限界」現代刑事法3巻1号（2001年1月）24-36頁。

は、その全部又は一部を本刑に算入することができる」とする。こうした未決勾留日数の算入については、それを責任の観点あるいは予防の観点から、捉えつくすことには無理があるとの見解がみられる⁸⁶。詳しく説明すると、この規定は、刑罰が被告人に対して加えられる苦痛・害悪であり、未決勾留日数がその刑罰の先取り、刑罰の量定に影響を及ぼすとの理解に基づいている。すなわち、未決勾留日数を量刑上考慮するのは、先取られた苦痛や害悪を精算しようとするものであって、特に責任主義や目的主義とは関連しない、それ自体ニュートラルな価値中立的な調整原理すぎないと理解できるのである⁸⁷。したがって、現状でも、責任判断・予防的考慮のいずれにも影響を与えない量刑事情が存在することが否定できないと考えられる。それゆえ、責任にも予防にも関連しないという理由だけで、違法捜査の量刑上の考慮を否定するのは不十分ではないかと考える。

また、被告人が受けた苦痛は、否定説が主張したように、更生可能性には関係があるが、それは必然的・直接的な関係ではないように考えられる⁸⁸。なぜならば、被告人の受けた苦痛には、心理的とか身体的とか様々な態様があり、また、違う原因から生じるものがあるので、必ずしも犯罪と関連して更生可能性に影響を及ぼすわけではないからである。確かに、その苦痛が犯罪行為によって生じるものとなる場合、犯罪者はそれを苦痛と感じて、自分の犯罪行為を反省し、再び同様の苦痛を受けることを回避するために、将来罪を犯さないと決意することもありうる。ただし、犯罪者の受けた苦痛が、犯罪行為と関係がなければ、必ずしも再犯防止に資するわけではない。つまり、責任と予防によって構成される量刑基準に、必ずしもすべての量刑事情が含まれるわけではなく、責任的評価と予防的考慮以外の視点に基づいて、量刑事情が存在する余地があるように思われる。

さらに、そのように量刑事情が「行為者の責任判断」と「行為者に対する予防の必要性判断」から構成される枠に限定されるという考え方に対して、量刑事情を「責任」に関係する事情と「予防」に関係する事情との二つに分配することは、不当な単純化となりうるという指摘もみられる⁸⁹。すなわち、否定説の論理には、犯罪の成否の判断以上に複雑な量刑の判断を、犯罪論の枠組み以上に単純な図式に当てはめようとする問題が生じ得るといっているのである。そのため、この見解は、量刑事情に、個別行為の責任に影響する事情や予防的考慮に影響する事情とは区別すべき

⁸⁶ 宇藤・前掲註(9) 140 頁。

⁸⁷ 原田・前掲註(10) 167 頁。

⁸⁸ 原田・前掲註(10) 167 頁。

⁸⁹ 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 (1996 年) 305 頁。

ものとして、「刑の必要性ないし刑に対する感応性に関する事情」が含まれると主張する⁹⁰。本論文も、この見解に賛成し、ある事情が責任にも予防にも関連しないものであるとしても、それが合理的な刑の量定を促すことができ、かつ、量刑事情とすることに十分な理由があり、それを量刑基準に適切に位置付けられるならば、責任と予防によって構成される枠に固執することなく、それを量刑の段階で考慮することができると思う。したがって、本論文は、量刑段階に、違法捜査の量刑上の考慮の余地があると考え、以降の段落では、違法捜査が量刑事情とされる根拠を検討する。

第3節 違法捜査がもたらす苦痛のみを考慮の対象とすることの問題点

1. 考慮対象の範囲に関する論争

本節では、違法捜査が量刑事情とされるに当たり、量刑上の考慮の対象とされ取り込まれる内容を検討する。すなわち、国家の違法捜査には、違法行為それ自体の手法・態様、違法行為からもたらす権利・利益の侵害、及び違法行為による苦痛が含まれるという前提の下で、違法捜査の量刑上の考慮の際に、違法捜査の各部分に関して、考慮に入れる対象を確認するものである。現在、各裁判例と各見解の考察には、大別して、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目するか、それとも、苦痛のみならず、違法捜査それ自体、さらに事後の措置にも着目するかという分岐が窺われる。

前説について、例えば、前章において挙げられる裁判例2、3は、被疑者が違法捜査からもたらす苦痛を受けた事実は、広義の「犯行後の状況」の一つとして、ある程度量刑に反映されるべきものと考え。つまり、違法捜査を量刑事情とする際に、考慮対象の範囲は犯人が受けた苦痛のみにとどまることになるといえる。また、量刑上考慮され得るのは、違法捜査自体ではなく、違法捜査により受けた被告人の精神的・肉体的な苦痛であると明示的に主張する見解もみられる⁹¹。すなわち、刑罰は被告人に加えられる苦痛であり、害悪であるとした上で、被告人が受けた苦痛を調整するという前提からみれば、犯行後に違法捜査や違法処遇により生じる被告人の受けた苦痛等は、その刑罰の先取りになる。この見解は、明らかに苦痛だけを量刑上の考慮に入れるものである。それに対して、後説については、例えば、前章に紹介した裁判例8のように、量刑段階で、衡平の見地から、被告人の受けた肉体的・精神的苦痛の程度のみならず、その手続的正義に反する度合い、すな

⁹⁰ 井田良「量刑理論と量刑事情」現代刑事法3巻1号(2001年1月)35-43頁。

⁹¹ 原田・前掲註(10)166頁。

わち捜査官が犯した違法の程度・深刻さをも考慮に入れるという見解が見られる。また、学説には、見解の当否はともかく、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を前提としつつ、それに解消できない部分、すなわち国家機関による違法行為という要素をも量刑上の考慮に入れるべきとする見解も見られる⁹²。要するに、前説が単に被告人が科された不利益に着目するのに対し、後説は違法捜査の全体を考慮に入れるものである。

刑罰は、それを「害悪、苦痛の付科」と「マイナスの価値判断、非難の伝達」から構成されるものである⁹³と理解する場合、それを課される者にとって苦痛あるいは負担となるものである⁹⁴と解することは当然ではないかと考えられる。その理解を踏まえ、責任刑が行為者に加えられる害悪・苦痛の総量を意味すると理解すれば、被告人の受けた何かの苦痛のみに着目して、それを刑罰の先取りとする考え方に基づいて、犯罪者がすでに受けた苦痛を同人の責任刑に算入し、刑を調整する前説は、現在の量刑基準と整合し、受け入れやすいものであるといえる。もともと、違法捜査の量刑上の考慮において、被告人が受けた「苦痛」のみを量刑上の考慮の対象に取り込む見解には、いくつかの問題点が存在し、その見解の当否を検討する必要があると考えられる。そこで、以下では、考慮対象の範囲について検討する。まず、「苦痛・害悪」のみ考慮に入れる見解に生じうる幾つかの問題点を指摘し、批判すべき点を挙げる。続いて、第4節で、違法捜査行為それ自体をも考慮の範囲に取り込む立場を支持する理由を説明し、考慮の範囲には、被告人の受けた苦痛及び違法行為そのものの程度、内容が含まれるという結論を提出する。

2.違法捜査により生じる苦痛が「刑罰の先取り」とするという論理の問題

単に被告人が科された苦痛に着目する立場には、苦痛を「刑罰の先取り」をみならず論理だけではなく、苦痛を「被告人が受けた不利益」と解する見解もある。すなわち、苦痛とは、それが科される被告人にとって、不利益であることを意味する。その上、犯罪事実それ自体と密接に関連しなくても、被告人の犯罪事実起因し、その犯罪に対する捜査により生じる苦痛を被告人が自己の犯罪により自ら被った多大な不利益と理解し、それが量刑に影響を与える見解もみられる⁹⁵。ただし、本節では、この見解の当否はさておき、同様な立場の下に、各裁判例と学説に採用され

⁹² 野村・前掲註(72) 137頁。

⁹³ 小池・前掲註(31) 45頁。

⁹⁴ 高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』(成文堂、2018年) 168頁。

⁹⁵ 畑山清「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著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』(判例タイムズ社、2011年) 218頁。

ることが少なくない「違法捜査により生じる苦痛は、刑罰の先取りとして、被告人が受けるべき刑量に影響を与える」という論理を先に検討する。

まず、そのような論理の中心は、「不利益量を刑量に換算させ、刑量を調整する⁹⁶」ということである。すなわち、被告人が既に違法捜査による苦痛・害悪を受けた上で、最終的に受けるべき苦痛・害悪量からそれを差し引いて、刑量を調整することになるのである。もっとも、そのような不利益量の清算の先取り、あるいは不利益量を刑量に換算することが可能であろうか。言い換えれば、違法捜査がもたらす苦痛が量刑にどの程度影響するかは計算できるのかという疑問が起こる⁹⁷。それに関して、形式上の清算や換算基準がない以上、元々の刑量から、違法捜査により生じる苦痛量を差し引くべき刑量に換算することは、きわめて困難ではないかと考えられる。

また、より根本的な問題は、実質上、換算の基礎が乏しいことである。すなわち、あるものを他のものに換算することの前提は、換算対象とされる両者が、その性質からみて換算し得るものでなければならない、といことである。しかし、苦痛という概念が一義的ではなく、刑罰により加えられる苦痛は、非難の内容とは独立して非難それ自体がもたらす、非難する側との相関関係で生ずる「外在的な苦痛」、あるいは、非難の内容との関係で、罪深さを悟り、自責の念にかられて生み出されるものであって、犯罪者自身が自己に課す「内在的な苦痛」に分けられる⁹⁸。そのため、それらの苦痛について現実的にそれぞれ区別し得るかについて疑問が起こるおそれがある。そして、仮に被告人が感じる苦痛の内容が確認できたとしても、その苦痛が、違法捜査がもたらす苦痛と対応し得るのかにも疑いがあると考えられる。それに、違法行為がもたらす苦痛には、精神的苦痛を例として、それが違法行為に対する不満感、怒りということもあるのであって、違法行為を行った捜査機関に対する非難という性質を有することになるのである。しかし、そのような捜査機関に対する非難が含む苦痛は、強制採尿を行われたことに対する羞恥心、屈辱感のような苦痛とは異なることになる⁹⁹。すなわち、違法捜査がもたらす苦痛の中には、捜査機関に対する非難の要素を含まず、被告人が単に客体とされて感じるものだけではなく、捜査機関に対する非難の要素を含むものも存在しうる。したがって、被告人が既に受けた違法捜査によって生じた様々な苦痛にも、刑罰に現れる苦

⁹⁶ 原田・前掲註(10) 167 頁。

⁹⁷ 小倉・前掲註(3) 302 頁。

⁹⁸ 高橋・前掲註(94) 175 頁。

⁹⁹ 小倉・前掲註(3) 302 頁。

痛にも、それぞれの苦痛には様々な性質が異なるものがあると言える。そうだとすれば、具体的にどのようにして苦痛の性質を確定し、苦痛の量を清算し、最終的に苦痛量の換算を行うについては、克服しがたい問題が存在していると言わざるをえない。

さらに、換算しがたいという問題とも関連し、単に違法捜査がもたらす苦痛が刑罰の先取りとして量刑に影響するという見解には、その苦痛と刑罰との性質の共通性の有無という問題も残る。すなわち、違法捜査による被告人の苦痛は、広い意味での刑事手続における国の機関から受ける不利益という面では共通性を有しているものの、刑罰の他の性質から見れば、その共通性は必ずしも広くない。そもそも刑罰とは、国家が応報や予防など、いわゆる刑罰の目的に基づいて、法的根拠に基づいて科すものであることを意味する。そうであれば、違法捜査を受けることにより生じる苦痛は、その目的や効果において、必ずしも被告人に対する応報、一般予防ないし特別予防など性質を有しているわけではない以上、それを刑罰と同一視するというに抵抗感を感じるおそれがある¹⁰⁰。したがって、単に被告人が感じうる「苦痛」という共通性だけに立脚して、違法捜査により生じる苦痛のみに着目し、刑罰の先取りとして量刑に影響するという論理には、用いにくさの困難の存在が否定できないと言わなければならない。

3.違法捜査の量刑上の考慮と被告人が受けた不利益の量刑上の考慮との関係

違法捜査の量刑上の考慮には、違法捜査により生じる苦痛・害悪のみに着目し、その苦痛が刑罰の先取りとして量刑に影響するという推論では不十分である。それにもかかわらず、前記の通り、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目する立場には、たとえ「刑罰の先取り」という論理を使わないとしても、その苦痛を「被告人が自己の犯罪により受けた不利益」として、量刑上の考慮に入れる見解も見られる。このような見解には、「被告人が自己の犯罪により受けた不利益」が量刑事情とされるという前提の下で、違法捜査により生じる苦痛を「被告人が自己の犯罪により受けた不利益」と理解し、それを量刑上の考慮に取り込む。しかし、このような考え方には、違法捜査により生じる苦痛と刑罰との換算に直面しなければならない困難を回避するメリットがあるものの、依然として処理すべき問題は残る。本見解は、違法捜査からもたらされる苦痛のみに着目し、それを被告人の不利益として量刑事情とするという考え方の下に、違法捜査は、量刑事情とされるもののうち「被告人が自己の犯罪により受けた不利益」という量刑事情の下位類型の一つとして、量刑に

¹⁰⁰ 畑山・前掲註(95) 301 頁。

影響を与えることになる。そうであれば、違法捜査は、独自の量刑事情ではなく、単に「被告人が自己の犯罪により受けた不利益」という量刑事情の論理に依拠し、量刑に影響することとなる。この際に、違法捜査が量刑事情とされる場合、須らく独自性がないのであろうかという疑問が生じる。言い換えれば、「被告人が自己の犯罪により自ら多大の不利益を被った」ことを量刑事情とすることに賛成するにもかかわらず、違法捜査は必ずこの量刑事情とされる場合に限って量刑に影響するのであろうか、と問わなければならない。

したがって、ここで、注意すべき点は、違法捜査の量刑上の考慮の対象に関する議論が、単に考慮対象の範囲かかる問題に限らず、実際に、いかにして違法捜査の量刑上の考慮を性格づけるかという問題となる、ということである。換言すれば、違法捜査の量刑上の考慮の範囲を決定すると同時に、その性質が、独自の意義がある量刑事情とされるか、もしくは他の量刑事情の下位類型しかないとされるかについても決められる。さらに、考慮対象の範囲を決定することも、いかにして量刑事情とされるかの根拠を導き出すことに影響を与えるように思われる。そこで、以降の部分で、いかにして被告人の不利益という量刑事情の論理を通じて違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけたかを説明し、その問題点を指摘した上で、考慮に入れる対象が「違法捜査がもたらす苦痛」に限らないことを結論づける。

(1)被告人の不利益を量刑事情とする立法例と各見解

まず、違法捜査からもたらされる苦痛が、いかにして被告人が自己の犯罪により受けた不利益という量刑事情とされて、量刑に影響を及ぼすかを説明するために、被告人が自己の犯罪により受けた不利益とかかる量刑事情に関する立法例と見解を簡単に紹介する。現在、日本の刑法には、被告人の不利益により量刑に影響する条文がない。それゆえ、参照し得る立法例は、ドイツ刑法 60 条の「行為により行為者に生じた結果があまりにも過酷であるため、刑を科すことが明らかに失当であるときは、裁判所は、刑を免除する。行為者が、その行為につき 1 年を超える自由刑に処せられるべきときは、この限りではない」¹⁰¹という規定である。この規定は、刑罰の効果を超えるところにある犯罪行為から生じる他の結果が、法効果を規定するために、広範な意味を持ちうるものである。この強制的な規定によって、1 年未満の自由刑が科されたとしても、刑の言い渡しが行為者に帰せられる犯罪行為の結果に照らして「明らかに失当」である場合には、刑を免除しなければならない¹⁰²。つ

¹⁰¹ この条文の翻訳は、イエシエック=ヴァイгент著、西田春夫訳『ドイツ刑法総論』（成文堂、1999 年）684 頁を参照。

¹⁰² Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6.Aufl., 2017, S.263.

まり、一年を超えない自由刑を科せられるかどうかについて、量刑上のすべての事情、すなわち犯罪行為から生じる不利益な結果も含めた衡量を通じて、結論を持ち出す¹⁰³。

その不利益な結果については、身体的または精神的なものであるのか、それとも、経済上直接の結果（例えば、労働不能）または間接の効果（例えば、免職）なのかを問わない¹⁰⁴。その犯罪行為の結果（犯罪行為から生じる不利益）が重いかどうかは、行為者の人格（Person）に依存する。最初に考慮されるべきことは、重い身体の傷害、さらには近親者の死亡ということである¹⁰⁵。それに、犯人以外の人が損害を受けたという事情も、本条の適用を妨げるものではない。ただし、個々の事案において、損害が重大な場合、あるいは飲酒運転の場合には（例えば、過失の交通死亡事故における第三者や妻の死亡）、刑罰が明らかに失当であるとされえないことも見られる¹⁰⁶。また、刑罰が予防的見地からみればすでに必要ではない場合には、本条の意味で刑罰が明らかに失当であるとされる。というのは、行為者が、一方では、行為者へのさらなる影響を必要としないほどに、他方では、一般人には刑の免除が人道的な刑事司法の現れであるとして、刑事司法が刑の免除によって必要的で意味のある法益保護を疑わしいものにしていないのではないと理解される程度に、重い損害を受けたからである¹⁰⁷。したがって、本条の適用によって刑が免除される理由は、一方では行為者にとって刑罰が作用したのと同様の苛酷な重みの結果によって同人の責任がすでに部分的に償われており、しかも他方では、もはや予防の必要が認められないことになるといえる¹⁰⁸。

現在、ドイツと異なって、日本の刑法には、ドイツ刑法 60 条のような規定は存しない。なぜならば、ドイツでは、起訴法定主義による苛酷な結果を防止するために、刑法 60 条のような刑の免除に関する規定を置く必要があるが、日本では起訴便宜主義を採用しており、検察官による訴追裁量権の適切な行使や裁判所による刑の執行猶予規定の活用による対応が十分可能だからである¹⁰⁹。従って、法制度の相違で日本の現行法にそのような規定がなくても、量刑の段階においては、被告人の犯

¹⁰³ Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, a.a.O. (Anm. 102), S. 264.

¹⁰⁴ Schönke/Schröder/Stree/Kinzig, StGB §60 Rn. 6.

¹⁰⁵ 例えば、ある境界例において、被告人は、責任能力が相当に制限され、かつ、具体的な状況に生後二カ月の息子の損害によって過重な負担がかけられて、刑法 60 条が適用された（BGH v. 14.1.2015 – 5 StR 494/14, NStZ 2015, 460）。

¹⁰⁶ Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, a.a.O. (Anm. 102), S. 264.

¹⁰⁷ Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, a.a.O. (Anm. 102), S. 264.

¹⁰⁸ イェシエック=ヴァイゲント著、西田春夫訳・前掲註(101) 684-685 頁。

¹⁰⁹ 畑山・前掲註(95) 220 頁。

罪により受けた不利益は依然として量刑事情として量刑に影響を与えることとなる。その上、被告人の不利益は、「責任（応報）」と「予防」の両面から考慮されなければならないが、それが被告人に有利な事情として考慮される根拠を一言で説明するとすれば、「応報及び予防によって根拠づけられる刑罰の必要性が減少する」ということになるという見解がみられる¹¹⁰。要するに、被告人の不利益が量刑に影響する根拠は、事案のごとに、責任か予防かから導かれることになる¹¹¹。それに関して、例えば、苦痛が特別予防に影響を及ぼすという観点に立脚する見解は、被告人が受けた苦痛を契機として、被告人の規範意識の確認・強化からみれば、特別予防の必要性が減少することによって、量刑に影響を与えると主張した¹¹²。それに、前記の見解と異なって、責任概念が明確な輪郭を失うという問題点を回避する点に基づき、被告人の受けた苦痛は、責任にも予防にも関連しない事情として、「応報的科刑の必要性ないし要罰性」を減弱するというようになって、量刑に影響するという主張もみられる¹¹³。これらの見解は、同様の論理に基づくものであると言える。すなわち、ある事情は、それにより生じる「苦痛」に着目し、「橋渡し」としての苦痛そのものを通じて量刑論と結びつけ、量刑事情とされるものである。

要するに、被告人が受けた苦痛が量刑事情とされる際に、ドイツ刑法では、刑法第 60 条が適用され、応報や予防の観点から、被告人が被った苦痛を考慮に入れて、刑罰の結果が「過酷」、「明らかに失当」であるか否かを判断するのに対し、それに関する規定が存しない日本では、被告人が被った苦痛を衡量して、最終的に刑罰が必要であるか、あるいは、被告人がすでに受けた行政制裁や民事制裁などを量刑判断に入れて、罪刑均衡に違反するかどうかを判断するのである¹¹⁴。したがって、いずれにせよ、前記の立法例と各見解の共通点としては、その被告人が被った苦痛そのもの、とりわけ苦痛の軽重・程度を重視して、その苦痛がどのようにして刑罰に影響するのか、あるいは、量刑によってどのようにして過剰な、容認すべきではない不利益を調整するのかを検討するのである。

¹¹⁰ 畑山・前掲註(95) 225 頁。

¹¹¹ その見解において挙げられる例として、交通事故の業務過失致傷の事案で我が子を死亡させたという場合について言えば、我が子を失うという何時にも代え難い悲しみを負った被告人に対し、更に重い刑罰を科して追い打ちをかけるのは酷に過ぎ、社会的正義にも反するという観点からは応報の必要性の現象ということになるし、被告人はその結果に衝撃を受け、反省悔悟の念を深めており、今後二度と同様の過ちは繰り返さないものと期待できるという観点からは、特別予防の必要性が減少することになる。

¹¹² 城下・前掲註(85) 32 頁。

¹¹³ 井田・前掲註(89) 305 頁。

¹¹⁴ 佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、2017 年) 21、111-112 頁。

(2)独自の意義を有している量刑事情の類型とされる違法捜査

前記の通り、その被告人が受けた不利益を量刑事情とする見解において、違法捜査により生じる苦痛がその不利益の一つの類型として含まれるとし、総論的な検討を行っているものがある。これは、違法捜査により生じる不利益は、被告人が受けた不利益として、第三者によってもたらされ、かつ、被告人の犯罪事実から直接生じたものではないが、その犯罪事実（間接に）起因する他のものであると位置付ける見解である¹¹⁵。このような違法捜査を量刑事情とする際に違法捜査により生じる苦痛のみに着目する見解は、ほぼその苦痛のみが、被告人の受けた不利益の一つとして量刑に影響するという観点に立脚し、量刑事情とされる違法捜査は、独自の意義を有する事情ではなく、単に被告人が受けた不利益という量刑事情の下位類型と解するものであると言わざるをえない。しかし、こうした観点から違法捜査を量刑事情に位置付ける結果にはいくつかの問題点が存在しており、それをを用いるのは妥当ではない。本稿は、違法捜査を量刑事情とするにあたり、それにより生じる苦痛のみならず、違法捜査それ自体も考慮に入れるべきではないかと考える。つまり、本稿では結論として、違法捜査の量刑上の考慮は、被告人が受けた不利益という量刑事情に含まれる類型の一つに位置付けものではなく、不利益以外のものをも量刑上の考慮に取り込み、独自の意義があるものと位置付ける。

以下、量刑上の考慮に取り込まれる対象を違法捜査により生じる苦痛に限る見解が直面する問題を指摘する。根本的な問題となっているのは、違法捜査が量刑事情とされる場合に、違法捜査がもたらす苦痛のみに焦点をあてるならば、違法捜査の量刑に与える影響の根拠や程度に対する評価は不十分である、ということである。何故ならば、違法捜査の量刑に対する影響を評価する際に、被告人に加える苦痛や不利益が受忍すべき程度を越えるかどうか、あるいは、その苦痛に応じて刑罰の重さが必要であるか否かしか判断しないと、苦痛を生じさせる原因・過程において注意すべき特徴を見逃す恐れがあるからである。第一に、被告人が被った苦痛のみを問題とする見解は、非難される側である被告人のみに着目するものといえる。もっとも、違法捜査により生じる苦痛は、その特徴として、私人である被害者または第三者によってもたらされるものと異なって、非難する側である「国家」によってもたらされるものである。そのため、重視すべきことは、被告人が受けた不利益を通じて刑量を調整することにとどまらず、国家が有している瑕疵が量刑にどのような影響を与えるのかということも含まれるはずである。すなわち、違法捜査の量刑上の考慮には、被告人にとってどれほどの苦痛が受忍すべき限界を超え、刑量を調整

¹¹⁵ 畑山・前掲註(95) 218 頁。

すべきであるかという問題のみならず、国家側に発生した違法をいかにして量刑上の考慮に入れるのかも問題となっている。例えば、この状況の下で、国家に対してどのぐらいの非難を加えるか、あるいは、それが元々有している非難すべき量をどれほど制限するのかが考慮に入るはずである。したがって、違法捜査の量刑上の考慮にあたり、単に被告人が受けた不利益を考慮するだけでは、評価が不十分となるという問題を回避できないと言わざるをえない。また、仮に国家側の違法を処置するという考え方にに基づき、犯罪者が受忍すべき刑罰の量を減少し、あるいは、国家が問える刑罰の量を制限するならば、減少や制限の程度を適切に判断するために、違法の手法・深刻さなどに応じて判断を行うべきであるように思われる。つまり、違法捜査がもたらす苦痛のみならず、苦痛の原因とされる違法捜査それ自体の深刻さや違法態様なども考慮に入れなければならない。要するに、違法捜査の量刑上の考慮において、被告人が受けた不利益だけではなく、不利益に起因する特別な事情（不利益の原因）も考慮に入れることになると言わなければならない。

第二に、前記の第一の問題と関連し、違法捜査により生じる苦痛を被告人が受けた不利益と見なし、苦痛のみに着目する場合、おそらく、国家の捜査行為の「違法性」を見落とすという問題がある。実際は、合法行為によっても、違法行為によっても、被告人の不利益を生じさせて量刑に影響することがある。その上、合法行為により被告人に不利益が生じる場合、例えば、被告人が社会的制裁を受けた場合に、社会的制裁が被告人に有利な量刑事情となって、それが私的制裁以外の不利益に比べ量刑に反映されやすいという主張が見られる¹¹⁶。また、法的に容認されている合法的捜査により生じる苦痛が、被告人の応報ないし予防の必要性に影響するならば、刑罰の必要性にも影響し量刑に影響すると想像できる。もともと、合法的社会的制裁や合法的捜査には、苦痛のみに着目して、それぞれがもたらす苦痛が刑罰の必要性に影響することで量刑に影響し得るのに対して、違法捜査の場合には、もたらされた苦痛のみならず、捜査行為それ自体が独自に考慮に値する要素となっている「国家の違法性」を有している。したがって、違法捜査の量刑上の考慮には、合法捜査の場面と異なって、「違法性」という要素を十分に評価する必要がある以上、違法捜査の量刑上の考慮が、被告人が被った苦痛の量刑上の考慮に比べ特殊性を有し、異なる類型の量刑事情に属すると言える。つまり、違法捜査は量刑事情とされるにあたって、独自の意義を有しているものではないかと言えるのである。

¹¹⁶ 西崎健児「社会的制裁・行政処分と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011年）252頁。

今まで論じてきた問題点に関して、確かに、刑事手続において被告人が負った苦痛を量刑の段階で考慮するのは、被告人が本来負うべきではない不利益を被った場合や、甘受すべきものであっても通常は負わないような特段の不利益を被ったような場合などである以上、違法捜査による苦痛は、本来負うべきではない不利益と評価することができ、苦痛を考慮する見解でも、その限度では違法性の有無を考慮に入れざるをえないと思われる¹¹⁷。しかし、そのような考慮は、依然として被告人が負うべき不利益、負うべきではない不利益の量に注目するものである。換言すれば、違法捜査それ自体の違法性を、量刑においてどのようにして評価するのか、例えば、この違法性によって、どのようにして量刑上の考慮に入れることの範囲、あるいは、刑罰の重さが影響される程度を決めるのかについて、必ずしも十分な評価をするわけではない。なお、違法捜査の違法性が処罰者である国家側にどのような影響を与えるのか、例えば、この違法性に依拠して国家が問える非難の程度にどれほど制限を加えるのかについても、必ずしも十分な評価をするわけではない。したがって、量刑段階において、違法捜査それ自体の違法性を十分に評価し、それが量刑に与える影響を詳しく分析するために、違法捜査からもたらされる苦痛のみならず、違法捜査行為そのものの態様や深刻さなども量刑上の考慮に入れるべきである。

第三に、違法捜査により生じる苦痛のみに着目する見解には、各違法捜査類型に存在する差を無視するので、重大な違法に対する考慮ができないという困難がある。まず、仮に違法捜査により生じる苦痛が必ず犯罪後に生じたものであって、かかる苦痛のみに着目するならば、犯罪前または犯罪中に違法が発生したとされる違法捜査の類型に、その違法が量刑に影響するかどうか、あるいは、影響があればいかなる影響を与えるのかについては十分に評価されない。また、必ずしも全ての違法捜査の類型に苦痛の結果が生じるわけではないので、仮に捜査に重大な違法があるものの、苦痛の結果を引き起こさないならば、この見解はこうした状況処理し得ないことになる。つまり、違法捜査それ自体が考慮から排除され、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目する見解では、違法態様（違法が生じる時点、苦痛の有無など）を見逃す結果、量刑上の考慮に取り込まれる違法捜査の類型が制限されると言わなければならない。例えば、おとり捜査は、通常、犯罪前または犯罪中に違法が生じ、かつ、必ずしも苦痛の結果をもたらすわけではない類型である。そのため、おとり捜査、とりわけ犯意誘発型のおとり捜査が重大な違法とされるものの、苦痛

¹¹⁷ 小倉・前掲註(3) 301 頁。

のみに着目する場合、こうした違法を量刑上の考慮に入れるのは困難であるといえる¹¹⁸。したがって、全ての違法捜査の類型をできるだけ量刑上の考慮に入れれば、考慮の対象は、違法捜査により生じる苦痛にとどまらず、違法捜査それ自体（例えば、違法の態様、手法、時点や深刻さなど）に広がるのではないかと考えられる。この意味で、違法捜査の量刑上の考慮が、被告人が受けた不利益という量刑事情の下位類型に帰属されるのは、適切ではないと思われる。

最後に、違法捜査の量刑上の考慮においては、かかる量刑事情の特徴として、国家が違法捜査を行うことを重視すべきではあるものの、実際は、違法捜査そのものと被告人の不利益との間にどのような関係が存在するのかも考慮に入れるべきではないかと考える。すなわち、被告人が受けた苦痛が、他ならぬ国家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良いか、という疑問に対する答えである。例えば、同じ片目の失明という苦痛が生じる場合であっても、原因が違えば、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場合より、警察官からの暴行による場合の方が、刑を軽くする余地が大きいという主張がみられる¹¹⁹。この例は、同じ程度の苦痛があるとしても、原因の差異に応じて、量刑の結論も異なることを表す。それゆえ、違法捜査の量刑上の考慮には、国家の違法捜査と被告人の不利益との間にいかなる因果関係が存在しているかを明らかにするために、何らかの苦痛が行為者に生じたことだけではなく、それが国家の違法行為によって惹起されたものであることをも重視すべきであることとなる。したがって、違法捜査の量刑上の考慮には、違法捜査の全体的状況が量刑にどのような影響を与えるかを理解するために、苦痛のみならず、違法捜査それ自体も考慮に入れるべきではないかと考える。

4.小括：量刑上の考慮の対象に入れるべき違法捜査それ自体と苦痛

(1)苦痛の原因となる違法捜査の態様、手法、深刻さを考慮対象とする必要性

本論文は、違法捜査の量刑上の考慮に入れる対象については、違法捜査により生じる苦痛のみならず、違法捜査それ自体、すなわち違法の態様・手法・深刻さも含まれるものと考え。なぜならば、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目し、違法捜査それ自体を見逃すならば、必ずしも違法捜査の量刑に与える影響を十分に評価しつくすことができないからである。すなわち、違法捜査に様々な類型が存在している以上、違法捜査に含まれる要素の一つにすぎない「苦痛」のみを量刑上の考慮に

¹¹⁸ 松宮・前掲註(51) 41-43 頁。

¹¹⁹ 野村・前掲註(72) 137 頁。

入れれば、違法の態様・手法、違法の深刻さなどの相違が量刑に与える影響が看過され、十分な量刑上の考慮が得られないと言わざるをえない。そのため、量刑において違法捜査により生じる影響を十分に評価しようとするれば、違法捜査に含まれる要素を全面的に考慮することが必要ではないかと考えられる。その上で、本論文は、違法捜査が量刑事情とされる場合、被告人が受けた不利益という量刑上の考慮の下位類型の一つすぎないものではなく、独自性を有する量刑事情であると主張する。

この主張を踏まえ、なお説明すべき点は、実際、違法捜査を被告人が受けた不利益の下位類型にすぎないとする見解は、苦痛を生じさせる背後の原因事情を全く考慮しないものではない、ということである。むしろ、被告人が被った不利益を量刑事情とする見解には、その不利益に「自業自得」的要素の度合いを考慮して、被告人の責めに帰すべき要素が少ないことは必要であるという主張が見られる¹²⁰。それに、ドイツ刑法第 60 条に関する考慮にも、個々の事案ごとに、損害があるものの、それぞれの背景を考慮し刑罰が明らかに失当であるとされるかどうかを判断する¹²¹。言い換えれば、被告人が被った不利益を量刑事情とする考え方は、決して不利益の原因となる事情を考慮しないものではなく、被告人が被った苦痛ごとに異なる原因が存在することを前提とすると言える。

もっとも、たとえ被告人が被った不利益の背後の状況を考慮するとしても、違法捜査の量刑上の考慮に「自業自得」というものを取り込むのは、適切ではないように思われる。まず、被告人が被った不利益が応報ないし予防の必要性を通じ量刑に影響するという観点から、被告人が受けた不利益が量刑にいかなる影響を与えるかについて判断するにあたり、「自業自得」という要素が応報ないし予防の必要性とどのようにして関連するのかが必ずしも明確ではない¹²²という問題が拭い去ることができない。要するに、「自業自得」という判断基準が欠け、かつ、刑罰に対する影響との関連に明確性が足りない概念を、量刑判断に適用するのは、妥当ではないと言わざるをえない。また、おとり捜査を例として、その事情を量刑上の考慮に入れる場合、評価の重点となっているのは国家が違法捜査を行ったことの量刑に及ぼす影響である以上、違法捜査により生じる苦痛の背後の原因としての「自業自得」という被告人に関する要素に比べて、その違法捜査の手法や違法の重さ・深刻さなど国

¹²⁰ 畑山・前掲註(95) 229 頁。

¹²¹ Schäfer/ Sander/ van Gemmeren, a.a.O. (Anm. 102), S.264.

¹²² 堀江慎司「コメント」『量刑実務大系第 3 巻 一般情状等に関する諸問題』（判例タイムズ社、2011 年）242 頁。

家側に関する要素は、ここでの評価と深い関係を有することになろう。そうだとすれば、違法捜査の量刑上の考慮の対象となっているのは、違法捜査それ自体に分類される諸要素であるに他ならない。そこで、本論文の結論としては、違法捜査が量刑事情とされる際に、独自の意義を有している類型とされる結果、一方では、違法捜査からもたらす苦痛について、その背後の原因を考慮すべきものの、被告人が被った不利益の量刑上の考慮と区別された「自業自得」という要素を考慮に取り込まない。他方、違法捜査それ自体、とりわけ捜査行為に含まれる国家性と違法性を重視し、違法の態様、違法行為の手法や違法の深刻さ・重さなどを量刑上の考慮に入れるべきであると考ええる。

(2)違法捜査がもたらす苦痛は依然として量刑上の考慮の対象とされる

本論文は、前記の考察を踏まえ、被告人が受けた苦痛のみならず、違法捜査それ自体も量刑上の考慮に入れるべきであることを出発点として、違法捜査を量刑事情とする根拠を考察するものである。ただし、本論文は、苦痛そのものを量刑上の考慮に入れることに反対するものではなく、逆に、違法捜査を量刑事情とする場合に、違法捜査の手段と状況に伴い、違法捜査により生じる苦痛も、違法捜査の全体的内容の一つとして、量刑上の考慮に入れるべきであると考ええる。つまり、強調しておきたいのは、違法捜査の量刑上の考慮には、違法捜査それ自体（違法行為の深刻さ・重さ、違法の態様、手法）と違法捜査からもたらされる苦痛が含まれるということである。なぜならば、違法捜査それ自体の深刻さを判断するにあたって、侵害された権利・利益の種類、程度が考慮の対象となるからである。すなわち、抽象的な権利・利益が侵害された重さを判断するために、具体的、明示的な苦痛が役立つことになる。それに、被告人が述べた苦痛の重さを通じて、その違法行為の深刻さが判断しやすくなる。つまり、被告人が受けた苦痛が大きければ大きいほど、違法捜査の深刻さや権利侵害の重さがより大きくなると考えられる。

ところで、最も重要なのは、最高裁昭和 51 年 3 月 16 日第三小法廷決定（以下、「昭和 51 年決定」と称する）の「捜査において強制手段...ここにいう強制手段とは...個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味する」¹²³という判示のように、強制捜査と任意捜査の区別に、「個人の意思の制圧」と「身体、住居、財産などの権利・利益の制約」という基準¹²⁴が存在するところ、

¹²³ LEX/DB 24005402.

¹²⁴ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014 年）7-8 頁；白取祐司『刑事訴訟法〔第 8 版〕』（日本評論社、2015 年）96-97 頁。

苦痛の程度は、意思の制圧の有無、あるいは制約される権利の性質と程度などの判断に役立つといえるものである。例えば、ある捜査行為で、捜査を受けた人の精神的苦痛の有無と程度を判断することによって、意思を制圧するという要件に該当するか否かが判断できる。また、苦痛の性質、例えば、身体の苦痛を通じて、権利・利益の制約の有無や程度なども判断し得るようになると考えられる。従って、苦痛は、強制処分の要件に対する判断を通じて、捜査行為の性質が強制捜査に属するか、それとも、任意捜査に属するかを判断するにあたって、影響をもたらす要素の一つとなりうるといえる。しかも、捜査行為の性質が決定される上で、強制捜査における強制処分法定主義と令状主義の判断、あるいは、任意捜査における必要性、緊急性、具体的状況のもとでの相当性など、いわゆる比例原則の判断¹²⁵、それぞれの適法要件に基づいて、捜査行為の違法の有無や態様を考察することにより、その違法の性質や態様が量刑にどのような影響を及ぼすかも考慮しうる。つまり、苦痛は、違法捜査の性質の判断、及び、違法捜査が量刑に与える影響に関して、考慮に入れる必要性があるものであると考えられる。

もっとも、最終的に、違法捜査により生じる苦痛を量刑段階で評価するにあたって、苦痛は違法捜査の一部分とされる同時に、被告人が受けた不利益とされることになる。注意すべきことは、それでは量刑上その苦痛を考慮に入れる際に、二重評価という問題が起こるのかということである。これについて、本論文は、結論として、二重評価とならないと主張する。なぜなら、量刑段階において、一つの事情に複数の側面が存在することは決して少なくないからである。たとえば、生活に困窮して盗みをした事案において、生活の困窮という事情は、単なる遊び金目的の犯罪に比べて、責任の程度を低くする事情として、被告人に有利な事情といえよう。しかし、その事情が解消されていないことは、特別予防の観点からは被告人に不利な事情となる¹²⁶。同様に、量刑段階において、違法捜査により生じる苦痛という事情は、異なる側面を持つことになる。すなわち、単なる苦痛それ自体は、被告人が受けた不利益として評価されることと、苦痛の重さは、違法捜査の一部分として、その深刻さを判断する要因となることと、量刑に影響を与える趣旨が異なり、相異なる側面は並存しうるため、二重評価の問題は生じ得ないように考えられる。ただ、このように複数の側面を持つ事情は、実際に量刑を行うに当たって、その側面ごとに量刑に与える方向性、影響の程度を検討する必要があることを注意すべきであ

¹²⁵ 大澤裕「強制処分と任意処分の限界」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）4-5頁。

¹²⁶ 遠藤邦彦「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第1巻 量刑総論』（判例タイムズ社、2011年）107頁。

る。

第4節 違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れる見解と解決すべき問題点

前節によると、違法捜査を量刑事情とする際、量刑上の考慮に入れるべき対象には、違法捜査からもたらされる苦痛だけでなく、違法捜査それ自体、すなわち、違法の手法・態様、違法の深刻さなども含まれる。もっとも、違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れるからといって、違法捜査がどのように量刑に影響を与えるか、あるいは、違法捜査が量刑に影響を及ぼすということの根拠については、依然として明らかではない。以降の部分では、ドイツと日本の諸見解に見られる、違法捜査それ自体を量刑上の考慮に取り込むという観点を紹介する。そして、これらの観点に含まれる問題点、あるいは、適用される際に生じる困難を指摘し、以降で違法捜査の量刑上の考慮の根拠を導くにあたり、回避すべき問題点（あるいは、満足すべき要求）を提示しようとする。ところで、違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れる見解について、ドイツでは、おとり捜査の法的帰結として採用されている量刑アプローチがあり、日本では、前章に言及された「正義・衡平」に依拠し刑を軽減するという小倉説及び規範意識への信頼の維持・強化に立論し刑を軽くするという松宮説が見られる。ただし、松宮説はいわゆる積極的一般予防論に立脚する見解とされ、他の刑罰論の観点とともに第3章で検討するので、本節では、主としてドイツでのおとり捜査向けの量刑説と日本の小倉説を分析の対象として検討する。この検討を踏まえ、これらの見解とその問題点は、違法捜査を量刑事情とすることの根拠にどのような示唆を与えるかを説明する。

1. ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結としての量刑説

(1) ドイツの量刑説の概要

前節に言うように、違法捜査がもたらす苦痛のみに着目する見解にとってもっとも著しい問題となっているのは、苦痛が生じない類型、あるいは、犯罪前や犯罪中に違法が生じる類型に対応しがたい、ということである。その中で最も問題性の深い類型が、おとり捜査と言っても過言ではない。そこで、ここでおとり捜査の状況も考慮に取り込む見解を説明する。しかも、おとり捜査を量刑上の考慮に入れる見解は、必ず苦痛だけでなく違法捜査それ自体も考慮に入れるので、量刑の段階で違法捜査も対象として含めて考慮されるのである。従って、本段落では、比較法上、おとり捜査に関する量刑上の考慮の見解、すなわち、ドイツにおけるおとり捜査に対する法的帰結である量刑説を紹介する。続いて、捜査行為態様の相違ゆえにこのアプローチの論理が、おとり捜査以外の捜査類型に適用されないという問題点を説

明する。

ドイツでは、おとり捜査の法的帰結について、量刑説を採用する以前は、判例上、いわゆる「訴訟障害 (Verfahrenshindernis) によるアプローチ (以下、「訴訟障害説」と称する)」を採用していた。代表例として、ドイツ連邦通常裁判所刑事第二部 1981 年 2 月 6 日判決は、国家自身がおとりによって犯罪者に対し著しい影響を与え、犯罪行為を誘発して、その者を再び法の道に連れ戻すために、その犯罪者を訴追しようとするならば、国家は矛盾し、奸知に長けた行動をしているという非難にさらされると判示した¹²⁷。その上、そのような行為が、法治国家秩序の枠内では許されず、国家の刑罰請求権が喪失する (Verwirkung des statlichen Strafanspruchs) と指摘した。その論理から生ずる帰結は、国家刑罰権の失効という論理の上で、職権により考慮されるべき訴訟障害に基づく、教唆された犯罪に対する刑事訴追禁止である。その後、訴訟障害説を採用する動向は、ドイツ連邦通常裁判所刑事第一部 1984 年 5 月 23 日判決により変化させられた。その判決は、おとり捜査について、訴訟障害による解決と国家刑罰権の失効による解決を区別しつつ、両者を共に否定した。結論としては、おとり捜査の法律効果について、手続法的観点の訴訟障害説を排斥し、それを「重大な刑罰軽減事由 (wesentlich Strafmilderungsgrund)」が認められるにすぎないとした¹²⁸。詳しい説明は、以下のとおりである。

訴訟障害による解決について、本判決は、「訴訟障害は事実と関連付けられねばならないが、おとり捜査について、法治国家原理上の限界がいつ踏み越えられたという問いへの答えは、公判手続に基づいて初めてされうる価値判断にほかならない。それゆえ、訴訟障害という方式は適切ではない」と判示した。その判示からは、訴訟障害は一定の事実があるか否かで決まるが、おとり捜査行為が法治国家として許容される限界を越えるか否かの問題は、被告人の責任、被告人の嫌疑程度、被告人の犯罪意思、おとりの影響力、おとりの行使態様や程度などを総合し、価値評価を通じてのみ結論付けることができる¹²⁹。そのため、公判であらゆる事情を審理せず、価値判断を行わない訴訟障害説には、おとり捜査の処理について、問題があると考えられる。なお、国家刑罰権の失効による解決について、まず、民法上のカテゴリーの刑法への転用が許されかが問題となる。すなわち、国家の名において行動する個々人の行動の誤りによって、国家が法益保護義務から解放されることはありえないとされる。言い換えれば、国家の保護に委ねられていた法益が、実際には、

¹²⁷ BGH NJW, 1981, S. 1626f.

¹²⁸ BGHSt, 32, S. 345 ff.

¹²⁹ 宮木・前掲註(76) 496 頁。

おとり捜査行為に委ねられることになる可以说是のである。また、おとりが国家の代理人であると被教唆者が認識していないことから、請求権の失効に要求される信頼保護という本質的観点が欠如する。それでは、無罪（Straflosigkeit）の信用を生じさせるわけではない。

前記の論理を踏まえ、量刑説が採用される上で、以降の部分では、本論文のテーマを焦点として、量刑上の考慮において、おとり捜査がいかんして量刑に影響を与えるについて分析する。まず、量刑説は、国家がおとり捜査において犯罪を創り出すというおとり捜査の特徴が、どのようにして量刑に影響するかを考察する。ドイツ連邦通常裁判所第四刑事部 1992 年 6 月 4 日判決が、危険犯との関係では、誘発された犯罪が警察によって監視され、管理されていた場合には、「おとりの助力を得て誘発された犯行が法益侵害の危険を相当程度排除するほどに監視されていたならば、このことは、犯行によって生じた結果無価値が僅かであるという観点から、量刑にとって意味を獲得する」と判示し、法益侵害の危険性が低下することを根拠に刑を軽減することを認めているのである¹³⁰。これは、明確におとり捜査の手法・態様を量刑上の考慮に入れ、その手法を法益侵害の程度とつながり、刑の軽減に根拠づけるものである。なお、同判決によると、おとり捜査の手法について、おとり捜査における身分秘匿捜査官の犯罪者へのあらゆる影響が量刑の枠組の中で考慮されなければならない¹³¹。すなわち、捜査官がいかなる犯行に関与したか、および、捜査官の関与が許されないものであるかどうかということ、量刑の考慮に入れて、被告人に有利な事情として、刑の量定に影響し得ることになる。要するに、ドイツの量刑説は、国家が犯罪を創り出すことならびに国家が犯罪者に影響を与えることなど、違法の手法・態様と侵害の重さを量刑上の考慮に取り込んで、刑を軽くする結果を導き出すものである。

(2) ドイツの量刑説の論理が日本に与える示唆

実は、最近、欧州人権裁判所とドイツ連邦通常裁判所の裁判例¹³²には、おとり捜査の法的帰結として量刑説を捨て、訴訟障害説に回帰する見解が見られる。もっとも、ここでは、どちらのアプローチがより良いかはともかく、こうした量刑説の論理が日本にどのような示唆を与えるか、及び、おとり捜査以外の捜査類型に適用されるかどうかを検討したい。日本に目を転じると、従来、おとり捜査の法的帰結と

¹³⁰ BGH StV 1992, 489.

¹³¹ BGH NStZ 1992, 488.

¹³² その動向の紹介について、参考：内藤大海「おとり捜査の違法の帰結に関するドイツ判例の動き：連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一〇日判決を手がかりに」熊本法学 139 卷（2017 年 3 月）53 頁。

して量刑説を主張する見解がほとんどないと言える。実務上、最高裁昭和28年3月5日決定は、「他人の誘惑により犯意を生じ又はこれを強化された者が犯罪を実行した場合に...その他人である誘惑者が一私人でなく、捜査機関であるとの一事を以てその犯罪実行者の犯罪構成要件該当性又は責任性若しくは違法性を阻却し又は公訴提起の手續規定に違反し若しくは公訴権を消滅せしめるものとするのでないこと多言を要しない」¹³³とし、おとり捜査に基づく不処罰に対し否定の立場を採用した。ところで、最高裁平成16年7月12日第一小法廷決定（以下、「平成16年決定」と称する）は、「本件の捜査を通じて収集された...各証拠の証拠能力を肯定した現判断は、正当として是認できる」¹³⁴とし、違法捜査に基づく不処罰処理を明言するものではなく、違法収集証拠として排除することがあり得ることを前提として、違法収集証拠排除説を採用する¹³⁵といえよう。それに関して、この判示を、違法おとり捜査によって収集された証拠を違法収集証拠として排除することがあり得ることを示唆するものと解されるという主張がみられる¹³⁶。

なお、学説上大別すると訴訟障害説と無罪説に分けられるが、無罪説を取るものは少なく、訴訟障害説という訴訟法的な解決を志向するものが多数を占めるといえよう。無罪説について、例えば、鈴木説は、犯意誘発のおとり捜査には、無罪判決で対処すべきであると主張する。なぜならば、このような場合には、違法行為がはじめから当罰性を欠くことになるからである¹³⁷。訴訟障害説は、公訴棄却説と免訴説に分けられる。前者の例としては、田宮裕が唱えられる、捜査の廉潔性が失い、デュー・プロセスに反する違法無効の捜査なしには当該公訴の提起はあり得なかったという関係がある時は、違法捜査を防圧する強度の必要があるから、公訴棄却の制裁が採用される¹³⁸、という見解があり、後者の例としては、団藤重光が主張される、許されざるおとり捜査を超法規的処罰阻却事由と解し¹³⁹、かつ処罰阻却事由の効果を一般に刑の免除としながらも、許されざるおとり捜査の法律効果を免除とされている¹⁴⁰、という見解がある。要するに、前記の簡単な整理に照らせば、日本では、実務であれ、学説であれ、ドイツのように量刑説によっておとり捜査に対応す

¹³³ LEX/DB 24001689.

¹³⁴ LEX/DB 28095520.

¹³⁵ 古江頼隆「おとり捜査」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』（有斐閣、2013年）98-99頁。

¹³⁶ 伊藤栄二「おとり捜査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）22-23頁。

¹³⁷ 鈴木・前掲註(12)384頁。

¹³⁸ 田宮裕編『捜査・公訴の現代的展開』（有斐閣、1975年）138頁。

¹³⁹ 団藤重光「刑法綱要総論〔第三版〕」（創文社、1990年）408頁。

¹⁴⁰ 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』（創文社、1967年）159頁。

るものが見られないと言える¹⁴¹。

それにもかかわらず、ドイツ連邦通常裁判所判決の論理（以下、「ドイツの論理」と称する）は、依然として日本に対して示唆に富むといえよう。まず、違法捜査の量刑上の考慮について、争点となっているのは、考慮の対象に取り込む要素が、違法捜査により生じる苦痛しかないか、それとも、苦痛のみならず、違法捜査それ自体であるか、ということである。ドイツの論理は、国家の犯罪創出に着目して発想するものである。言い換えれば、その論理には、おとり捜査の行為態様の特徴、すなわち法益侵害の軽微性と国家が犯罪者へ与えるあらゆる影響に着目して、刑の軽減を理由づける。したがって、ドイツの論理が、日本での争点に、豊富な示唆を与えらるると言える。すなわち、ドイツの論理には、おとり捜査の犯罪誘発行為に注目し、その行為からもたらされる法益侵害の軽重、国の犯罪関与の程度、違法の軽重とその影響を検討し、その影響に基づき、量刑に与える影響を判断する。その論理からみれば、違法捜査それ自体を違法捜査の量刑上の考慮の対象に入れることは、違法捜査の全貌を把握し、より詳しく違法捜査の量刑に与える影響の有無・程度を明らかにすることに資するものである。というのは、違法捜査が一義的ではなく、それに様々な類型が存在する以上、違法捜査が刑の量定に影響することを検討するにあたり、違法捜査それ自体、例えば、違法の時点、違法の手法・態様、違法の深刻さや違法の法益侵害に及ぼす影響を完全に把握し分析することで、違法捜査の量刑に与える影響を十分に評価することができるからである。おとり捜査を例とすれば、仮に苦痛のみを量刑上の考慮に入れれば、おとりによって犯罪を誘発させるという手法、あるいは、法益侵害の軽微のようなおとり捜査それ自体の特徴を見逃す恐れがある。それでは、違法の態様を把握しえず、その違法が量刑に与える影響の理由と程度を十分に説明することができないために、正しい結論が得られないと考

¹⁴¹ 現在、日本でおとり捜査の法的帰結として、量刑によるアプローチを採用する見解がほとんどないからといって、量刑説を採用する余地がないとは言えない。例えば、学説上、鈴木茂嗣は無罪説に立脚するが、当罰性を欠くとまではいえぬような場合に、違法の事情を量刑上考慮することが許されると主張している。このような主張には、違法捜査の量刑上の考慮の「跡」が見られる。また、おとり捜査に関する論理を違法捜査の量刑上の考慮と結びつける論理も見られる。言い換えれば、この見解の下では、おとり捜査の論理から他の違法捜査を量刑事情として考慮することに根拠づける傾向がうかがえる。もっとも、この理論には、なぜ量刑上の考慮が可能となるのか、その理由が欠如する問題点がある（鈴木・前掲註(12)384頁）。本論文の推論によると、鈴木の見解は、違法捜査の量刑上の考慮の根拠を、概ね当罰性の欠如によって立論するかもしれない。すなわち、おとり捜査と他の捜査類型の違法行為態様の差異に基づき、当罰性が欠ける程度の相違を導き、無罪か刑の軽減かという結論を根拠づけるのである。もっとも、この推論が成立するとしても、なぜおとり捜査の当罰性が他の違法類型と異なるのか、依然として明らかではないと言わざるを得ない。また、根本的な問題となっているのは、おとり捜査以外の違法捜査類型がいかにして当罰性に影響するのか、ということである。つまり、この論理に立脚し違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるならば、これらの疑問に答えることを避けて通れないと言わなければならない。

えられる。なお、仮におとり捜査に苦痛が生じない場合、前記のような違法の手法と法益侵害の程度を考慮に入れないならば、国家が犯罪を創り出すという重大な違法の要素が考慮の範囲から排除されるので、結果的には適切な量刑とは言いがたいと考える。

しかも、ドイツの論理は、違法行為それ自体を重視するからこそ、苦痛のみ考慮に入れることにより生じ得る問題を回避できると考える。まず、苦痛という概念は一義的ものではなく、身体的苦痛とか、精神的苦痛とか、様々な類型が存在する。そして、おとり捜査の場合、身体的苦痛がもたらされることは極めて少ないが、精神的苦痛、とりわけ、国の犯罪関与、犯罪誘発行為に対する怒りが生じ得るのは想像に難くない。ただし、多様な苦痛のうちいかなる苦痛が生じるのかについて、違法の態様と状況を無視すれば、その内容を確認することができないと言わざるをえない。また、その精神的苦痛は、それだけで量刑上の考慮に入れれば、どのようにして影響の程度を清算するかについて困難がある。さらに、苦痛のみに注目する見解に生じうる根本的な問題は、おとり捜査のような、国家それ自体も犯罪を関与し、犯罪行為を誘発する場合に、苦痛だけに注意を払う結果、被告人側のみ、とりわけ被告人が負担する不利益のみに着目し、国家側の瑕疵を看過するということである。そうだとすれば、この違法捜査の量刑上の考慮が正しいと言いがたいと言わざるをえない。したがって、ドイツの論理には、おとり捜査の量刑上の考慮において、違法それ自体を重視する点で、上記の問題を回避し、量刑上の考慮を精緻化させるという示唆が見られる。

(3) ドイツの量刑説の論理が直面する困難

ドイツの量刑説は、日本で違法捜査の量刑上の考慮の理論化に対し示唆に富むものの、その適用の範囲に疑問が残ると言える。すなわち、それは、違法捜査の量刑上の考慮に関する見解とはいえ、専らおとり捜査に対して用いられる論理であつて、他の捜査類型にも適用されるか否かを依然として検討する必要があると言わなければならない。そのため、検討の前にあらかじめ解明すべき点は、おとり捜査と他の捜査類型との間にどのような相違が存在するか、ということである。なぜなら、類型間に存在する差を明らかにしてこそ、論理を転用することができるかどうかを分析できるからである。簡単に言えば、おとり捜査は、以下の特徴で、他の捜査類型と異なる特殊性が見られる。すなわち、おとり捜査は犯罪後に生じるものではなく、常に犯罪前または犯罪中に生じるものである。また、おとり捜査は、それが許されるか否かを問わず、国家が犯人に働きかける違法が生じ、犯罪を創り出すという固有の特徴を有しているものである。

まず、前記の通り、ドイツの論理には、おとり捜査の態様に注目し、おとりの助力を得て誘発された犯行では法益侵害の危険が相当程度排除されることを根拠に刑を軽減することを認めているものがある¹⁴²。もっとも、このような論理は、おとり捜査以外の類型に適用される場合には困難が生じると言わざるをえない。なぜなら、おとり捜査以外の違法捜査では、違法捜査が犯罪行為後に生じるために、犯罪行為によって侵害された法益そのものには影響しえないことになり、また、犯罪それ自体が国家に創り出されるものではなく、法益侵害が国家のコントロールによって低下させられることもないからである。言い換えれば、法益侵害の危険性の低下から刑の軽減を導くという論理は、国が犯罪行為に関与し、法益侵害そのものに直接に影響し、違法捜査が犯罪中または犯罪前に生じさせるおとり捜査の下に導き得るものである。したがって、こうしたおとり捜査における量刑上の考慮の論理は、他に犯行後に生じる違法捜査に対して、必ずしも適用されるわけではないと考えられる。

また、ドイツの論理が、国家の犯罪者へのあらゆる影響を考慮に入れることから見れば、おとり捜査の量刑上の考慮には、おとり捜査の特別な行為態様を取り込むことが明らかである。おとり捜査においては、国家が犯罪者に影響する犯罪行為への関与に着目して、その関与の態様、犯罪者に与える影響の方式や程度などが、刑を軽減させる根拠となっている。もっとも、注意すべき点は、第一に、そのような国家の犯罪への関与は、犯罪後に生じるものではなく、犯罪前または犯罪中にあるものであり、これはおとり捜査にしか存在しない特徴である。第二に、国家が犯罪それ自体に関与し、あるいは、犯罪を誘発することも、おとり捜査の特徴として、他の違法捜査類型にはないものである。そうすれば、こうした論理をそのままおとり捜査以外の類型に適用することは困難ではないかと考えられる。

前記の検討を踏まえ、周知の通り、おとり捜査は、国家が犯人に働きかける点に違法が生じるところに、他の違法捜査の類型と異なる独自性を有しているものである。だからこそ、ドイツ連邦通常裁判所におけるおとり捜査に対する裁判例の考察には、おとり捜査の特殊性に応じ、それを量刑上考慮する際に、特別な論理が見られる。すなわち、捜査の違法が生じる時点については、おとり捜査における違法は通常に犯罪前か犯罪中にある一方、他の違法類型における違法は常に「犯罪後」に

¹⁴² BGH StV 1992, 489.

あることになる¹⁴³。また、おとり捜査が国家の犯罪への関与・誘発を通じて生じるのに対し、他の捜査類型には、かかる特徴がほとんどない。そのため、おとり捜査において適用される量刑説の論理が、必ずしもそのまま他の違法捜査の類型に適用されるわけではないと考えられる。換言すれば、量刑説には違法捜査における違法の手法・態様を量刑上の考慮に入れる長所があるものの、おとり捜査の論理はその特殊性ゆえに直接に他の捜査類型に適用されるのはありえないことになる。

2. 「正義・衡平」によって違法捜査の量刑上の考慮に根拠づける見解とその問題点

本論文は、違法捜査の量刑上の考慮の対象となっているのは、違法からもたらす苦痛にとどまらず、違法捜査それ自体も考慮に取り込まれるべきであると主張する。これについて、ドイツの論理には、国家の犯罪者への影響と犯罪の製造など違法の態様を考慮に入れる点では示唆に富むものの、おとり捜査と他の捜査類型との間に過大な差が存在しているため、その論理が他の捜査類型に適用されるのは困難ではないかと考える。そのため、本論文では、違法捜査の量刑上の考慮の根拠を検討するにあたり、おとり捜査にとどまらず、犯罪後に生じ、かつ、国家が犯罪の実行に働きかけるものではない捜査類型にも適用される根拠の発見を試みる。すなわち、国家の手続的瑕疵として、犯罪行為それ自体と関係のない大部分の違法捜査に対しても適用される量刑上の考慮の根拠を検討する。

第1章の整理によると、違法捜査からもたらされる苦痛ではなく、「正義・衡平」という概念に着目し、それによって違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける見解が存在している。それは、考慮の対象に違法捜査により生じる苦痛のみならず、違法捜査それ自体も含まれるとするものである。私見によれば、このような「正義・衡平」という概念を使用する見解は、おとり捜査か他の捜査類型を問わず、すべての違法捜査の類型に適用される可能性があることになる。言い換えれば、これは、前記のような、違法が生じる時点を問わず、また、国家が犯罪者に影響し犯罪を創り出すか否かも問わず、すべての捜査類型に対応できるという要求を満たす見解ではないかと考えられる。もっとも、この見解によって違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけることは適切かどうか、依然として分析する必要がある。そこで、以下では、この見解を通じた解釈の妥当性を検討する。

第1章の整理によると、裁判例の一部（裁判例1、8、11）は、違法捜査からもたらされる苦痛のみに着目するものではなく、衡平、正義や公平などの概念を用い

¹⁴³ 宮木・前掲註(76) 530頁。

て、違法捜査の量刑への影響を根拠づけるものである。それに、正義・衡平という要素を量刑上の考慮に取り込み、違法捜査の量刑上の考慮に適用されるという小倉説が見られる。第1章の紹介によれば、これらの見解が違法捜査の量刑上の考慮の対象とするのは、違法捜査それ自体に含まれる違法の程度や被告人の受けた不利益などの事情である。従って、この観点は、違法捜査それ自体も考慮の対象に取り込む、及び、すべての捜査類型に対応できる、この二つの要求を満たすものであるとされる。そうだとすると、この観点は、まさしく違法捜査の量刑上の考慮の適切な根拠たりえるであろうか？

この見解の根本的な問題となるのは、「正義・衡平」等の概念があいまいなものであることである。つまり、正義・衡平などの概念は、抽象的な概念であって、具体的な事案に適用される際に明確な基準が乏しいという問題がある。小倉説は、これまでも既存の法や理論をそのまま適用することが正義の実現の観点から問題となる場面においては、裁判官は裁量的権限を用いて妥当な結論を導くよう努めてきたとし、裁判官が、量刑判断においても、大きな裁量的権限を適用し、個別的正義の観点を踏まえ十分な検討を行う必要がある¹⁴⁴と主張する。しかし、この論理は裁判官の裁量的権限が正義を実現させるために適用される根拠しか提供せず、個々の事案にいかん正義という概念を適用するか、あるいは、いかなる裁量の結果が正義に合致するののかについては、明確な基準が見られないように思われる。そうだとすれば、安定性を求めることとされる量刑に、こうした明確な基準が欠如する基準を用いるのは適切ではないといえる。

なお、正義とは、正義に合致する主観的感情を意味することであるとする見解が見られる。たとえば、小倉説によると、捜査機関が違法行為をしたことを量刑上評価することが正義にかなうと感じられる根拠について考えてみるに、それは、「被告人に対する処罰を求める側である捜査機関に看過できない違法行為であり、それにより被告人が不利益を被っているにもかかわらず、当事者対立構造をとる刑事裁判の場において被告人の行為のみを断罪することに対する不公平感」¹⁴⁵というようなものであるとされる。この見解は、正義という概念を内容づけ、それを判断基準があるものにするのである。しかも、重要な点は、この見解は、国家側の違法に注目し、処罰において、国家と被告人との関係を明らかにすることである。もっとも、この見解には、正義の内容を主観的感情に依拠し、量刑の軽減が被告人の不公平感

¹⁴⁴ 小倉・前掲註(3) 305 頁。

¹⁴⁵ 小倉・前掲註(3) 304 頁。

を基礎とされるという点で問題が生じると言わざるをえない。すなわち、量刑判断には、量刑の透明化と合理化を図る趣旨が重視されるが、個人の主観ごとに決められることとされる多様な正義感情が量刑要素として取り込まれる結果、量刑判断が不安定かつ恣意的なものになってしまうという問題が生じる恐れがあるように思われる。人々の正義に対する理解が異なる以上、違法捜査に対する不公平感も違うことになると言っても過言ではない。それでは、確証しにくい不公平感と繋がる正義という概念から、安定性がある量刑判断を導くのは不可能ではないかと考える。したがって、正義・衡平等などの概念を主観的感情と解し、それを通じて違法捜査を量刑事情とする際に刑を軽くするという根拠を根拠づけることは適切ではないと言わなければならない。

以上の検討をまとめ、結論として、被告人の主観的感情に結びついた正義・衡平等などの概念を、違法捜査の量刑上の考慮の根拠とすることは、妥当ではないと考える。確かに、この見解には、違法捜査それ自体を量刑上の考慮に入れ、全ての捜査類型に対応することができる長所が見られる。しかし、主観的基礎に立脚する正義・衡平等の概念を通じて刑を軽減させる根拠を求める論理には、依然として、基準の不明確性の問題、および、不安定かつ恣意的な量刑を導く出す恐れがあるという問題を、回避できないと言わざるをえない。そのため、たとえ正義を維持しながら、違法捜査の量刑上の考慮を例外的な措置として慎重に使用するという主張¹⁴⁶があっても、むしろ、このような不安定な量刑判断に陥る論理を放棄し、違法捜査を量刑事情とする際に、量刑の安定化と合理化という趣旨を満たす根拠を求めるのがより合理的な選択と言える。

第5節 小括

本章の始めでは、違法捜査の量刑上の考慮の許容性を検討した。違法捜査の法的帰結として、実務上、証拠排除法則が定着してきたものであるにもかかわらず、それが量刑上の考慮と両立するものであって、お互いに影響することとならない。そのため、証拠排除法則に不良な影響を与えることを理由として、量刑上の考慮を否定するのは妥当ではない。また、違法捜査を、被告人に有利な量刑事情とするのは、国家を法益保護義務から解放するものではない。さらに、最も重要なのは、量刑事情を「責任」に関係する事情と「予防」に関係する事情との二つに分配することは、不当な単純化という問題が生じ得る上、責任にも予防にも関連しない量刑事情の存在が肯定できるということである。従って、本論文は、違法捜査を量刑事情

¹⁴⁶ 小倉・前掲註(3) 305頁。

とする余地があると主張する。

違法捜査の量刑上の考慮を肯定する上で、次に検討することは、量刑上の考慮に入れるものの範囲である。主な論点は、考慮に入れる対象に、違法捜査から生じる苦痛のみを含めるか、それとも、苦痛だけでなく、違法捜査それ自体も含めるかというところにあるのである。これは、単に考慮の対象に関する議論に限られず、むしろ、違法捜査の量刑事情の性格を決定するものである。本論文は、違法捜査の量刑上の考慮に取り込まれる対象は、違法捜査により生じる苦痛のみならず、違法捜査それ自体、すなわち、違法の態様・手法、違法の深刻さなども含まれると主張する。言い換えれば、本論文では、違法捜査という量刑事情は、被告人の受けた不利益という事情の下位類型にすぎないものではなく、独自の意味を有しているという立場が採用される。なぜなら、仮に被告人自らが被った不利益（苦痛）のみを考慮に入れれば、苦痛を生じさせる原因とされる様々な違法類型の違い、あるいは、国家の違法という特徴などを見逃す結果、違法捜査が量刑に与える影響を十分に評価することができなくなるからである。

量刑上の考慮に取り込まれる対象が確定されるにもかかわらず、これら考慮される事情がいかんして量刑に影響することは依然として明らかではないことになる。確かに、ドイツでは、おとり捜査の法的帰結として、量刑によるアプローチは支配的地位を有している。しかし、このアプローチの論理は、専らおとり捜査の特徴に向けて適用されるものである。つまり、その論理を大部分の違法捜査の類型に適用するのは困難ではないかと考える。なお、日本では、違法捜査それ自体を焦点として、すべての捜査類型に対応できるとする見解がある。しかし、その理論は「正義・衡平」という概念を通じて、違法捜査の量刑に及ぼす影響の有無・程度を判断するが、そのような主観的、あいまいな概念を用いる場合は、量刑の判断は恣意的ないし不安定な状況に陥る恐れがあると言わざるをえない。したがって、違法捜査それ自体及びそれより生じる不利益を量刑の判断に取り込む場合、様々な違法捜査類型に適用され、かつ、主観的要素に左右されるという問題を回避できる、といった要求を満たす論理が必要ではないかと考えられる。とりわけ、違法捜査それ自体において、国家側に瑕疵が存在するという国家の「違法性」という特徴を捉える論理は重要であると言わなければならない。

要するに、本論文の第3章では、違法捜査を量刑事情とする場合、前記の要求に合致する合理的な根拠を解明する。そのために、量刑論のレベルにとどまって違法捜査を量刑事情が責任か予防のいずれに性格づけるかという議論に固執せず、思考

の原点に戻る。すなわち、刑罰の定義と目的に目を転じて、それから、刑罰において、何故国家が有している瑕疵が刑罰に影響することが許されるかを検討する。言い換えれば、刑罰の目的から、刑罰における国家の役割、あるいは、国家と私人との関係を明らかにし、その上で、違法捜査の法的帰結として、なぜ必ず刑罰の減少という結果を導くのか、あるいは、国家の誤りはいかにして刑罰に影響するのかなどの疑問を解明しようと試みる。

第3章 刑罰論の観点からみた違法捜査の量刑上の考慮の根拠

の考察(1)：各刑罰理論からの解釈の試みとそれぞれの問題点

第1章の整理の通り、今までの違法捜査の量刑上の考慮に関する議論には、違法捜査を量刑事情として、その性格を責任か予防のいずれに属させるかについて検討するものが多数であると言える。しかし、このように議論が量刑論のレベルにとどまることで、刑罰論のレベルを見逃し、違法捜査の量刑に影響することの根本的な問題点を看過するおそれがある。なぜなら、刑罰論と量刑論との連動性から見れば、刑罰の意味・目的が不明である限り、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について決まらないことになるからである¹⁴⁷。言い換えれば、違法捜査が「量刑」に影響を与える論拠を求める場合、刑罰論のレベルから始めて、あらかじめ違法捜査と「刑罰」との関係を解明すべきであると言っても良い。しかも、刑罰論のレベルから考察を始めることで、根本的な問題点とされる「刑罰において、国家と私人との間にどのような関係が存在するのか」および「処罰側たる国家がどのような役割を有するか」ということが明確となる。その上で、国家側に瑕疵が生じる場合、刑罰の正当性ないし刑の量定に対し、どのような影響を及ぼすのかという問題を明らかにすることが可能となる。そこでは、前述の問題点を説明するために、刑罰の定義・目的、及び、刑罰と刑事手続の関係などを予め解明する必要があると言わなければならない。

ところで、刑罰それ自体に着目しないで、刑罰それ自体以外の観点から違法捜査の量刑上の考慮に根拠づける場合には、説明しがたい問題に直面するはずである。すなわち、違法捜査の量刑上の考慮を、被告人に与える救済あるいは排除法則の補充的手段とする見解は、刑を軽減させることの論理は、刑罰そのものの正当性が違法捜査によっては影響されないことを前提として、被告人を救済することのような刑罰の正当性以外の観点から、刑罰を軽くすることを通じて被告人に利益を与える（あるいは、被告人の受ける不利益を減少させる）というものである。ただし、このような論理は、なぜ違法捜査に対する救済は必ず刑の軽減を用いるのかという質問に必ず直面しなければならないと言える。この質問を回避するために可能な考え方は、刑罰それ自体に焦点をあて、違法捜査が刑罰それ自体に影響を与えて刑罰の

¹⁴⁷ 松宮・前掲註(51) 32頁。

正当性を損なうということによって、刑量の減少という結論を導くものである。言い換えれば、刑罰それ自体に着目し、それ自体の正当性に及ぼされる影響を、刑罰を軽減することの理由とする考え方は、「違法捜査の法的帰結として、なぜ他の手段を採用しないで、必ず量刑上の考慮を唯一の結論とするか」という問題を避けるという点に実益があるのではないかと考えられる。そうすれば、刑罰それ自体に注目し、刑罰の目的・正当化根拠から議論を展開するのは当然であると言わなければならない。

そこで、本章と次章では、刑罰論が量刑論と関連するという前提の下で、量刑論のレベルで本論文のテーマを検討する前に、刑罰論を出発点として、違法捜査を量刑事情とする正当化根拠の基礎を検討する。すなわち、刑罰論の観点から、刑罰における国家と私人との間にどのような関係が存在するか、また、処罰側である国家が手続的瑕疵を有する場合には、その瑕疵がどのようにして私人に対する処罰に影響するかを検討し、刑罰論のレベルでその論拠を結論づける。また、この検討を実行するため、本章では、それぞれの刑罰目的を紹介した上で、どの刑罰目的から、刑罰における国家と私人の関係、とりわけ、国家が違法捜査を行った場合に生じうる関係を解明できるかを考察する。そして、第5章で、本章と次章との結論を踏まえ、違法捜査を量刑基準に位置付けることを試みる。すなわち、量刑論の観点の下で、本章と次章で得た結論をどのようにして具体的な量刑の枠内に適用するかについて検討する。

第1節 概説と検討の道筋

本節では、本章の検討の道筋を説明する。本論文は、刑罰を科す際に、事案にふさわしい刑の量定のため、違法捜査が量刑事情とされ、ふさわしい刑の追求に影響を及ぼすことの論拠を検討する。この影響の余地を否定する見解の通り、従来、違法捜査は、手続的かつ犯罪後に生じるものであって、犯罪行為そのものと関連しないものと見なされて、実体的刑罰とは関係しないことと考えられていたといえよう。もっとも、この考え方には、二つの疑問点があげられると考える。一つは、刑罰そのものは、まさしく犯罪者と犯罪行為のみに注意を払うものであろうかという点（問題1）、もう一つは、実体的刑罰は、まさしく刑事手続と関連しないものとされるであろうかという点（問題2）である。ところで、この二つの問題は、実は、序章で言及した本論文における二つの機軸に依拠するものである。これらの問題をはっきりさせるために、以下のとおり、刑罰の定義に注目し、議論を始めるものである。

1. 刑罰の定義と非難

まず、議論すべきことは、刑罰の定義、ということである。そして、その定義に照らして、刑罰のどのような特徴・性質が、違法捜査の刑罰への影響と関連する余地があるのかを分析する。刑罰とは何であろうかと言うと、ハーバート・ハート(H.L.A Hart)により、刑罰の標準的あるいは中心的ケースに、刑罰は、「i 苦痛、あるいは、その他の通常ならば不快だと考えられる結果を伴うものでなければならない。ii 法規範の違反行為を理由とするものでなければならない。iii 実際に犯した者、あるいは、犯したと考えられている者について、その違反を理由とするものでなければならない。iv 規範違反者以外の人間によって意図的に執行されるものでなければならない。v 違反行為の犯された対象である法的システムによって設置された権限ある機関によって科され、あるいは、執行されるものでなければならない」¹⁴⁸この五つの要素に関するものによって定義されている。この定義に関して、それぞれの要素を、「i 有害性」、「ii 応報性」、「iii 法違反の対応性」、「iv 意図性」、「v 有権性」と呼ぶ見解もある¹⁴⁹。この観点の下では、刑罰を、有権者が犯罪者の法規範違反行為に対し科す不利益、と理解することができる。日本では、刑罰とは「犯罪を遂行した者に対して科される制裁であり、それによって犯罪を抑止ないし予防することを目的とするものであるから、本質的に害悪の付科を内容としている」¹⁵⁰を意味するという見解が見られ、刑罰の構成について同様な考え方とされるものであると考えられる。

しかし、前段における刑罰の定義が刑罰に関して重要な特徴を捉えているからといって、完全に特徴を捉え、刑罰の全貌を十分に描いているとは言えない。刑罰は、科される者に苦痛・負担・不利益を加えるものである。しかし、この性格を有している処置は、必ずしも全て刑罰となるわけではない。例えば、行政的秩序罰、課税、伝染病患者の隔離・治療などは、その対象者に対して負担を加えるものであるが、これらは刑罰ではない。言い換えれば、刑罰の性格づけにとって不可欠なのは、科される苦痛・不利益のみならず、他の要素も存在するように考える。しかし、問題となっているのは、ここで刑罰とそれらの措置とを区別することは何であろうか、という疑問である。この疑問に関して、一つの考え方は、「非難」という要素を通じて、前記の様々な措置と刑罰とを区別し、刑罰を性格づける¹⁵¹、というこ

¹⁴⁸ H. L. A Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., 2008, Oxford University Press, pp.4-5.

¹⁴⁹ 高橋・前掲註(94) 112-121 頁。

¹⁵⁰ 山口厚『刑法総論〔補訂版〕』(有斐閣、2005年) 2頁。

¹⁵¹ 高橋・前掲註(94) 119 頁。

とである。例えば、ジョエル・フェインバーグ (Joel Feinberg) は、刑罰とは、「犯罪者に対し、憤り (resentment) や憤慨 (indignation) の態度、及び、否認 (disapproval) や非難 (reprobation) の判断を表現するための因習的な装置 (conventional device)」¹⁵²を意味すると主張した。この主張は、刑罰が犯罪に対する特定の態度と評価を表現するものであると理解される。それに、ステイカー (Carol S. Steiker) も、「非難することとしての刑罰 (punishment as blaming)」を主張し、刑罰の他動詞 (transitive) の特徴を強調し、刑罰を、一部の人または団体は公開の方法で他の人または団体に対して非難の行為を行うものであると理解する¹⁵³。すなわち、ステイカーの主張によると、刑罰における非難の要素は、三つの点に見いだすことができる。第一に、一部の人または団体は、刑罰を通じて、憤慨と否認を示すという点である。つまり、非行によって感情が起こる人は、刑罰を通じて彼の怒りの感情を伝えるのである。この点では、刑罰が非難とされることの側面は、相互的コミュニケーションとして刑罰ではなく、一方的表現としての刑罰である。第二に、非行を行った人と団体に、彼の行為が非難の対象とされる理由と処罰の意味が伝達される点である。これは、非難にコミュニケーションの要素が含まれることを示す。第三に、刑罰の意味を被害者と特定の共同体に伝えるという点である。刑罰には、コミュニケーションの対象として、非行者のみならず、非行に影響された被害者と共同体も含まれる¹⁵⁴。

本論文では、前段落の疑問に関しても、刑罰にとって「非難」という要素が本質的なものであるとした上で、この要素を通じて刑罰の輪郭を明らかにする。言い換えれば、「非難」も、刑罰が構成されることにとって、不可欠な要素とされる。なぜならば、刑罰に「非難」の要素が含まれるということは、刑罰の本質に合致し、かつ、現在の刑法の通説と整合するからである。すなわち、まず、刑罰は、一種の制裁として、他の種類の制裁に比べて、もっとも重い厳しさを有していると言える。そのため、刑罰には、他の制裁と異なり、純粋な不利益のみならず、その厳しさに応じる他の成分が含まれる。これについて、刑罰の対象とされる犯罪から見れば、刑罰の厳しさが犯罪の性質に応じるように考える。犯罪が他のルール違反と異なり、法益、社会に承認される利益、社会全体の価値に重大な侵害を加える以上、刑罰を実行するにあたって、それらの重大な侵害が不正であるというメッセージまたはマイナスの評価を犯人と社会全体に伝達することが必要ではないかと考える。し

¹⁵² Joel Feinberg, "The Expressive Function of Punishment", in *Doing and Deserving: Essays in the theory of responsibility*, 1970, Princeton University Press, p.98.

¹⁵³ Carol S. Steiker, "Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide", *Georgetown Law Journal*, 1997, 85, p.804.

¹⁵⁴ *Id.*, at 805.

たがって、前段で紹介した見解に照らして、この不利益以外の要素とされる犯罪に対するマイナスの評価を「非難」と理解する際に、非難という要素が刑罰の本質に適することになると言える。なお、刑法における「責任」という概念は、犯罪者の他行為可能性を判断の基礎としての非難可能性を中心とするものである。責任の有無は、非難可能性の有無に依拠して判断されるのである。そのため、構成要件該当・違法行為を行った・責任を有する犯罪者に刑罰を賦科する場合、責任の概念を通じて、刑罰における「非難」の性格が基礎づけられる¹⁵⁵。したがって、非難を刑罰の要素とすることは、非難の概念と現行刑法に整合するように思われる。

前記の刑罰の定義・内容を踏まえ、国家が刑罰権を有しているという前提の下で、刑罰とは、「国家が意図的に、犯罪者に対して苦痛・負担の賦科によって非難を伝達する」ということであると理解することができる。そうすれば、こうした理解では、刑罰が犯罪者に着目して加えられる不利益と非難とされるものの、刑罰が国家と犯罪者によって構成されている点から見れば、刑罰それ自体には国家という要素が含まれるので、この要素が刑罰そのものに影響を及ぼす可能性は排除されるわけではないと言えよう。換言すれば、この理解の下では、処罰者である国家側に生じる瑕疵は刑罰そのものに影響する余地がある。しかし、可能性があるにもかかわらず、違法捜査のような手続的瑕疵に対する法的帰結として、なぜ刑罰を軽減させ、科される非難を減少させるという結論を導き出すのかについて、十分な論拠は必要ではないかと考えられる。前記の理解の下で、違法捜査が非難に減少させる論理には、二つのものがあり得る。一つは、犯罪行為に対する非難の量が減少するというものである。もう一つは、犯罪行為に対する非難の量は変わらないものの、非難する側の国家が問うべき量が制限されるというものである。

前者に関しては、確かに、違法捜査の場合に、この論理を通じて刑を軽減することがあると言える。例えば、第2章の紹介の通り、ドイツで、おとり捜査の場合に、犯罪が国家の監視の下で行われた場合、その結果無価値は僅かであるという論理によって、刑を軽減する裁判例¹⁵⁶がみられる。しかし、この論理は、もっぱらおとり捜査に適用されるものであり、犯人に働きかけることで違法が生じるおとり捜査と異なり、犯行後に生じる国家側の違法捜査は、犯人側の犯罪行為と関係ないため、この考え方によって解釈を展開させることはありえないように考えられる。前者の考え方は、「犯罪に対する非難そのもの」を減少させる対象とする以上、非難を

¹⁵⁵ 山口・前掲註(150) 165頁。

¹⁵⁶ BGH StV 1992, 489.

減少させる要因が犯罪それ自体と関連することとなっていることが必要であると言わなければならない。この意味では、違法捜査は、犯罪後に生じ、かつ、犯罪それ自体と関連しない手続的事情であるし、犯罪者と関係ない国家側の事情であるし、犯罪そのものと全く関係ないこととなるので、それによって犯罪に対する非難の程度を軽減させるのはありえないのである。従って、前者の考え方で、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を分析するのは適切ではないように考える。

そこで、後者の考え方に目を転じると、違法捜査の場合、なぜ国家の犯罪に対する非難の量が制限されうるのかが分析の重点となっている。言い換えれば、ここでの分析の焦点は、非難における国家の役割は何か、また、どのような状況で国家がもともと問うべき非難を制限されるか、ということである。そもそも、この点は、本論文の核心的問題、すなわち「刑罰における国家と私人との関係」並びに「刑罰における国家の役割」ということと対応することになる。もともと、刑罰目的に関して様々な立場がある以上、これらの問題については、おそらく、異なる目的に立脚することで異なる結論が生み出されるはずである。例えば、非難を刑罰の不可欠な要素という考え方に立脚するものの、相異なる観点によって刑罰・非難の意味を解釈する諸見解が見られる。団藤重光によると、刑罰は「犯罪に対する非難として加えられるという意味で応報」であって¹⁵⁷、これは応報という目的から非難を理解することになると言える。この理解と異なり、非難が刑罰の要素であるということを主張したステイカーの指摘の通り、非難が刑罰に見出される際に、表現とコミュニケーションの機能が見られる。フェインバーグは、刑罰は、犯罪にあるより高い道徳的非難性を表現するという「刑罰の表現機能 (the expressive function of punishment)」を有するものであると主張した¹⁵⁸。このフェインバーグ説は、「表現」の機能から、刑罰・非難の意味を解釈するものである。それに対して、同様に刑罰の象徴的意義に注目しながら、「表現」に比べて、刑罰・非難に含まれる相互的「コミュニケーション」の機能をより重視しているダフ (R. A. Duff) 説¹⁵⁹も見られる。これらの相異なる見解は、刑罰における国家と私人との関係、あるいは、国家が問うべき非難を制限する理由などについて、おそらく、異なる結論にたどりつく。そのため、本章では、どのような刑罰目的から、刑罰における国家と私人の関係が解明されうるか、とりわけ、違法捜査の刑罰に影響する論拠の要求に資するのかを、予め分析して決めることになろう。

¹⁵⁷ 団藤・前掲註(139) 469頁。

¹⁵⁸ Feinberg, *supra* note 152, at 105-110.

¹⁵⁹ R. A. Duff, *Punishment, Communication, and Community*, 2001, Oxford University Press, pp.79-80.

簡単に言えば、本章では、まず、どの刑罰目的が、刑罰・非難における国家の役割及びそれと私人との関係を解明しえるのかを検討する。続いて、その刑罰目的から、違法捜査の場合に、なぜ国家の非難の量が制限されることになるかを分析する。しかし、この分析を始める前に、直面しなければならない次の問題となっているのは、違法捜査が、国家側の手続的瑕疵として、決して犯罪そのものと関連しないならば、なぜ国家が違法捜査を行ったことを通じて刑罰の程度に軽減させるという帰結が導き出されるのか、ということである。つまり、実体的性格に属する刑罰と、手続的性格に属する違法捜査との間に関連があるか否か、そうであればどのような関係が存在するのかなどの問題は、明らかにしなければならないと考えられる。

2. 刑罰と刑事手続

違法捜査のような手続的事情によって犯罪者に対する刑罰・非難を軽減させる際には、実体的犯罪と関係ない手続的事情が実体的刑罰に影響を及ぼすのは常に筋が通らないことになるであろうか。たとえ前記のように、違法捜査によって影響が及ぼされることは、犯罪そのものに対する非難ではなく、国家が問うべき犯罪に対する非難の量であるとしても、おそらく、同様な質問を回避することはできないはずである。したがって、このような、刑罰を実体的なものとし、刑罰は実体的事情のみによって影響されるほかないという考え方に固執する問いに答えるためには、なぜ手続的事情に実体的なものであるとされる刑罰が影響されることになるのかを説明しなければならない。

(1) 刑罰と刑事手続とのつながり

実体的刑罰が違法捜査のような手続的事情によって影響を及ぼされる余地があることを説明するためにあらかじめ論証すべきことは、刑罰と刑事手続との関連性である。つまり、実体的刑罰が刑事手続と全く関連する余地はないのかについて、検討する必要があるように考える。なぜなら、刑罰と刑事手続との間に影響がありうることの前提は、お互いの関連性だからである。この点に関して、前に引用されたハート説などの刑罰の定義から見れば、概ね刑罰の定義や構成要素は、実体面には着目しつつも、手続面には論及していないのである。そのため、ここでは、刑事手続の意義から、刑事手続と刑罰の関係を分析する。まず、刑事訴訟法は、国家刑罰権の実現を図るための「手続」を定める法律である¹⁶⁰という定義から見れば、刑事手続は、刑罰（の実現）と関係のあるものであるといえる。しかも、その関係を詳

¹⁶⁰ 白取・前掲註(124)1頁。

しく見ると、刑事訴訟法第1条に「この法律は、刑事事件につき…刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」とあるように、刑事手続は、「刑罰法令」を具体的事件に対して「適用実現」することを目的として設計された法制度である。すなわち、刑事手続は、個別具体的事件に、刑事実体法により定められている犯罪を構成する要素と、犯罪が成立する場合に犯人に科すべき刑罰の種類・範囲を適用し、特定人に刑罰を科することができるかを判定し、また、宣告刑を決定するという国家の刑事司法作用を実現するための不可欠な法制度である¹⁶¹。その意味では、刑事手続は、刑罰の種類・範囲及びその適用・実現という国家刑罰権力の実現の前提とされ、それゆえに、「手続なければ刑罰なし」と呼ばれるのである¹⁶²。

この理解を踏まえると、刑事手続は、犯罪後に生じて、犯罪に対する捜査・審理を行うものであって、犯罪行為それ自体と関係ないからといって、必ずしも犯罪行為に対する処罰と関連しないわけではない。むしろ、犯罪行為に対する刑罰は、刑事手続と深い関係が存在するのではないかと考えられる。刑罰の範囲・種類は、刑事手続を通じて決定されるものであって、刑罰の決断は、必ず刑事手続を通じて作り出されるものである。つまり、刑事手続は、刑罰と分離されるものではなく、刑罰が生じる場合に絶対に存在しているものであって、刑罰の行使に向け必ず踏まえられる前提とされるものであると言わなければならない。言い換えれば、刑罰が刑事手続によって実現されるものであることから見れば、両者はお互いに連動性を有するものであると言える。したがって、刑事手続と刑罰との依存関係を出発点とすれば、刑事手続は刑罰の要素の一つとされるものではないかと考えられる。これに関して、「手続性」は、ハートの定義には含まれないが、刑罰の定義において、更なる要素とされ付加されるものであると主張した見解も見られる¹⁶³。もともと、手続的違法捜査がいかんして実体的刑罰に影響を与えるかを問われる際に、単に刑罰が刑事手続から導かれるという関連の存在を理由とするのでは不十分ではないかと考える。つまり、その問題に答えるためには、更に、違法捜査のような手続的瑕疵が生じる際に、その瑕疵がどのようにして刑罰と刑事手続の関連を通じ、刑罰の程度に影響を与えるかを解明しなければならない。この解明のため、先立って説明する必要があるのは、刑罰と刑事手続との間に、いかなる実質的な関連が存在するか、ということである。

前記のように、刑罰は、必ず刑事手続を通じて生じることになる。もともと、刑

¹⁶¹ 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣、2017年)1頁。

¹⁶² 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)1頁。

¹⁶³ 高橋・前掲註(94)119頁。

罰と刑事手続との間に、「手続なければ刑罰なし」という形式的な関係だけではなく、刑事手続が刑罰の目的によって構築されるという実質的な関係が存在する。すなわち、私たちは、刑罰目的に対する理解に応じて、この理解に相応しい刑事手続を行う。この意味で、刑事手続は、刑罰に対する理解に立脚して必要とする特別なものである。例えば、ステイカーは、刑罰は非難であるという理解に基づいて、「刑罰を非難として定義することには、国家の非難を用いる能力を制限するためにも、また、非難を社会的実践の一つとして維持するためにも、処罰を科すためには特別な手続制度の必要性を暗示している」¹⁶⁴とし、その理解に合致する刑事手続の特徴を挙げる。すなわち、まず、刑罰における国家による憤慨の態度の表現は、自由に対して強力な政治的脅威となるので、特別な手続的保護によって刑罰を制限する必要がある。次に、刑罰は個人の自主性を侵害するものであるから、誤って科されたり、安易に用いられたりしないために、手続的障壁を設けなければならない。最後に、非難としての刑罰がもたらす危険と侵害を制約するための前の二つの手続的要求と異なり、非難として刑罰目的を果たすためには、それに相応しい手続が求められる¹⁶⁵。この例から見れば、刑罰と刑事手続との間に、刑事手続の内容と設計が刑罰の目的に合致すべきであるという関係があると言える。私見は、この考え方に賛成するが、刑罰目的によって刑事手続の内容が決められるだけではなく、逆に、刑罰目的が実現されるかどうかは刑事手続における要求を満たすかどうかによって依存するのではないかと考えられる。そうすれば、刑事手続における刑罰目的に応じる要求が満足されない場合には、刑罰目的が十分に実現しないために、刑罰の正当性が相応に損なわれることになると考えられる。要するに、刑罰と刑事手続とは、刑罰が必ず刑事手続によって生じるという形式的関係、および、刑罰目的によって刑事手続の内容を構成させると同時に、刑事手続の要求の遵守によって刑罰目的の実現と正当性を確保するという実質的な関係が存在する。

本論文では、前記の言った刑罰と刑事手続の関係を踏まえ、「1.刑罰の定義と非難」の段落に言及された違法捜査によって国家の問うべき非難量を制限されうるという考え方と合わせて、刑罰の正当性に着目し、この正当性と刑事手続との関係に立脚して、その解明を行う。すなわち、違法捜査が、刑事手続と刑罰の関係を通じて、正当な刑罰を作り出すための刑事手続に影響すると同時に、刑罰の正当性を動揺させ、それを損なうことによって、刑罰の程度を軽減させる、ということである。言い換えれば、正当な刑罰にとって必要な刑事手続が国家側の違法捜査に影響される場合、国家がもともと行使できる刑罰にも影響が及び、国家が問える非難の

¹⁶⁴ Steiker, *supra* note 153, at 809.

¹⁶⁵ *Id.*, at 806-808.

量が制限されることになる。この意味では、刑事手続において、違法捜査が生じると必ず刑罰正当性が減少するわけではない。違法捜査が刑罰正当化にとって必要な刑事手続を破壊するような場合には、刑罰の正当性が動揺し、国家が問える非難の量が減少する結果に至ると言える。もっとも、この発想を成立させるために、二つの問題を説明しなければならない。第一に、刑罰の正当性が刑事手続といかなる関係が存在するのかを予め説明しなければならない。すなわち、どのような刑事手続の違法の状況で、刑罰の正当性が損なわれるという結果が導き出されるという問題を解明することは必要である。第二に、刑罰の正当性が欠ける場合に、違法捜査がどのようにして刑罰に影響し、刑を軽くするかも説明しなければならない。

ここで、刑罰の正当化を問題とする際には、手続のあり方との関係が問われざるを得ないであろう¹⁶⁶。つまり、刑罰を科す際には、必ず正当かつ必要的な刑罰を科すべきであると言っても過言ではないが、刑罰それ自体に刑事手続という要素が含まれるからといって、それだけをもって刑罰が正当化されるものではない。刑罰それ自体に刑事手続という要素が含まれるという前提の下で、次なる問題となっているのは、刑罰の正当化のため、いかなる刑事手続が必要であるか、あるいは、刑罰の意義、諸要素に相応しい手続はいかなるものか、ということである。そして、その問題に応答するために、刑罰の目的が刑事手続の役割や目的と連動する¹⁶⁷という前提の下で、先立って解明しなければならない問題は、「刑罰目的、刑罰の正当化根拠とは何であろうか」ということである。なぜなら、刑罰目的と正当化根拠を議論に先立ってそれを確認してこそ、「いかなる手続を通じてその刑罰目的を実現することができるのか」、あるいは、「刑罰の目的を満足し、刑罰を正当化させるための手続はいかなるものか」、という問題に答えることができるからである。そこで、本章では、刑罰の目的を検討する。

(2)本論文の考察の対象とされる刑事手続における捜査手続

いわゆる刑事手続について、最広義の意義から見れば、それには捜査手続、公判手続、執行手続が含まれる¹⁶⁸。その上、刑事手続は、「捜査→公訴提起→公判前手続→公判手続→判決宣告」という順に進行する¹⁶⁹。そのうち、公判手続は、刑罰の種類、程度が決定される段階であって、刑罰と直接的な関連性があるものである。その意味で、刑罰目的を確定すると同時に、いかなる公判手続が刑罰の目的に資する

¹⁶⁶ 高橋・前掲註(94)127頁。

¹⁶⁷ 渥美東洋『レッスン刑事訴訟法〔上〕』（中央大学出版部、1985年）2頁。

¹⁶⁸ 田口守一『刑事訴訟法〔第七版〕』（弘文堂、2017年）1頁。

¹⁶⁹ 酒巻・前掲註(161)5頁。

のか、あるいは、いかなる公判手続を通じて刑罰を正当化させるのかも確定されるといえる。つまり、正当な刑罰を作り出す公判手続には、刑罰目的に基づいて、その目的に相応しい手続の構造、ルールが求められる。

しかし、ここで強調すべき点は、本論文において、検討しようとする刑罰と関連する「刑事手続」は、公判手続ではなく、違法捜査が生じる段階である「捜査手続」であるということである。そのため、捜査手続が、とりわけ、捜査手続における違法行為が、どのようにして刑罰の正当性に影響を与えるのかを検討するにあたって、どのようにして捜査手続を刑罰と繋げて検討を行うのかについては、説明しなければならないことになる。すなわち、まず、検討すべき点は、捜査手続の刑罰目的との関係をはっきりさせ、捜査手続を刑罰と結びつける上で、捜査手続の刑罰に与える影響の有無、方式や程度を検討する、ということである。

そこで、本論文では、以下の順序に沿って、捜査手続における違法捜査と刑罰との関連、および影響の基礎を検討する。まず、「捜査とは何か」という問題を解明する。すなわち、捜査構造論に関する議論から、捜査の構造、捜査の機能を分析する。続いて、捜査の構造・機能を踏まえ、捜査手続の性格が刑罰目的と親和性があるのかを解明した上で、捜査手続と刑罰との間に、いかなる関係があるのかを検討する。すなわち、両者の関係の解明を通じて、捜査手続が刑罰といかなる関連性を有するのかを分析し、違法捜査がこの関係を通じ刑罰に対する影響に至る可能性を指摘する¹⁷⁰。その上で、違法捜査が、この関連性に立脚し、刑罰の正当性に影響を与えることを通じて、いかにして刑罰の重さに影響を与えるのかについて検討を試みる¹⁷¹。

ところで、いわゆる「違法捜査」は、一義的でなく、様々な違法の態様が存在している。それゆえに、多様な違法捜査を前提として、すべての類型が量刑に影響を与えるのか、または、一定の基準に依拠して、特定の種類の違法捜査だけが量刑に影響を与えることができるのかという問題が問われなければならない。この課題についても、刑罰における国家と私人との関係を解釈しえる刑罰目的を確認することを通じて結論づける余地がある。すなわち、そのような刑罰目的を確認した上で、ある類型の違法捜査が量刑に影響を与えるか否かを判断出来る基準を持ち出して、それぞれの類型の量刑への影響の有無・方式を分析し、刑罰に対する影響力を有す

¹⁷⁰ この部分について、本論文は、第4章第3節で検討を行う。

¹⁷¹ この部分について、本論文は、第4章第4節で検討を行う。

る態様と有しない態様それぞれを類型化することができよう¹⁷²。そこで、以上の検討を実行するために、次節からは、まずもって、それぞれの刑罰論の観点のうち、違法捜査の量刑に影響する論拠となる観点を調べるのである。

3.本章の検討の核心：刑罰における国家と私人の関係を解明し得る刑罰目的の考察

前記の通り、刑罰において、なぜ国家が問うことのできる非難の量が制限されるかを明らかにするために、刑罰における処罰者たる国家の役割、及び、それと被処罰者たる被告人との関係を予め解明しなければならない。この解明の前提としては、刑罰目的を予め決めるということが必要である。それに、刑罰が刑事手続とつながるものであるという前提の下で、刑罰の正当化のため、いかなる刑事手続が必要であるかを分析する前にも、予め刑罰目的を検討しなければならない。したがって、本論文で処理すべきである根本的な問題となっているのは、刑罰目的とは何なのかということであると言っても過言ではない。

考察の対象とされる刑罰目的・正当化根拠につき、現在様々な刑罰理論が存在している。絶対的応報刑論とは、刑罰は犯罪を行ったことに対する報いとして科されるものであるとし、それ自体が正義の実現に寄与するがゆえに正当化されることを意味する。目的刑論とは、刑罰は犯罪を防止するために科すものであり、犯罪の防止効果があるから正当化されるとする。しかも、目的刑論には、犯罪者自身の将来の犯罪を防止しようとする特別予防論と、刑罰により潜在的な犯罪者の犯罪を抑止する一般予防論とがある。さらに、一般予防論は、刑罰の威嚇により犯罪を抑止しようとする消極的側面、および、犯罪者に対する処罰により、規範の存在を確証し、公衆の規範への信頼を維持・強化することにより犯罪を予防する積極的側面に分けられるのである¹⁷³。仮に英米における刑罰目的と正当化根拠に関する議論に照らせば、前者は回顧的観点¹⁷⁴に立ち、刑罰がもたらす結果を重視するものではなく、先行する犯罪に対する相応しい反応に注目するので、刑罰は犯罪への反応としての内在的正義の見地から正当化されるものであり、それ自体が本質的に善であるとされる「応報主義 (retributivism)」に属する観点である。後者は、展望的観点か

¹⁷² この部分について、本論文は、第5章第2節で検討を行う。

¹⁷³ 川出敏裕・金光旭『刑事政策』(成文堂、2012年)66頁。

¹⁷⁴ ここで、使われているいわゆる「回顧的観点」と「展望的観点」は、刑罰において重視される対象の相違によって作り出される分類である。例えば、ダフの見解を参考にし、刑罰を正当化する関係は、応報主義が現在の処罰と過去の犯罪との関係で把握するのに対し、結果主義は、現在の処罰と将来の効果との関係で把握する (Duff, *supra* note 159, at 19-20.)。つまり、結果主義は、処罰の正当化が、将来の効果 (例えば、犯罪予防の効果) に立脚するために、展望的観点と呼ばれる。それに対して応報主義は、処罰の正当化が、過去に発生した犯罪への対応として相応しいかどうか立脚するために、回顧的観点と呼ばれる。

ら、刑罰がもたらす犯罪の抑止・公衆の規範への信頼の維持・犯罪者の改善更生などの善い結果に注目するので、刑罰の実践が確実、予期的結果に依拠し、社会的に有用な目的の達成を促進することとされる「結果主義 (consequentialism)」に属する観点¹⁷⁵であるとされる。

それにもかかわらず、実は、刑罰理論の分類は、単に応報主義と結果主義とを通じて二分されるものではない。例えば、刑罰論における現在の通説は、いわゆる相対的応報刑論であるとされる。それは、刑罰は応報であると同時に犯罪予防の効果を待つことによって正当化されることを意味する¹⁷⁶。言い換えれば、それは、英米における分類に照らし、応報主義と結果主義とが結合される「混合的」理論である¹⁷⁷と考えられる。また、相対的応報刑論という分類には、応報刑と目的刑との間に配分の比例（重視される程度）の差によって、様々な理論が導かれる。しかし、ここでは、紙幅の都合上、各理論の優劣を比較することを通じてどの理論が最も良いかを議論することは無理であるので、主として本論文のテーマをめぐって、諸理論に現れる刑罰目的を分析する。すなわち、本章の検討の重点とされるのは、前記に見られる応報、一般予防や特別予防など、各刑罰目的のうち、どの理論が刑罰における国家と私人との関係の解明に資するか、また、違法捜査の刑罰を減少させる合理的論拠を明らかにするのか、ということである。本章では、主としてある刑罰目的が違法捜査の量刑に影響する論拠を解明することに資するか否か、また、資するならばこの目的によって導かれる解釈のメリット、デメリットと合理性を検討する。仮にある刑罰目的が、違法捜査の量刑に影響する論拠の解明に資するものではない場合、あるいは、その目的からの解釈に克服できない問題点が存在する場合には、その刑罰目的の優劣を検討しない。

そこで、第3章、第4章では、順次、諸理論によって違法捜査の量刑上の考慮の論拠を解釈することを試み、それぞれ理論からの解釈の問題点を検討する。まず、刑罰からもたらす将来的結果を着目するという目的論 (teleology) の思考・展望的観点に属する一般予防論、特別予防論を検討する。続いて、過去の犯罪に対する正しい対応に着目するという回顧的観点に属する刑罰理論を紹介し、それらの理論から違法捜査の量刑に影響する論拠を解釈することを試み、ありうる困難を分析する。この観点に分類され、分析の対象となっているのは、応報刑論及び犯罪の事後

¹⁷⁵ Duff, *supra* note 159, at 13-4, 19; 高橋直哉「英米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(信山社、2017年) 209頁。

¹⁷⁶ 川出・金・前掲註(173) 66頁。

¹⁷⁷ この用語は、ダフの用語を参考するものである (Duff, *supra* note 159, at x viii.)。

処理論、ということである。最終的に、結果主義、応報主義と並ぶ独立の刑罰正当化根拠として分類され、刑罰における非難機能を重視し、「非難表明理論

(Expressive Theory)」、「表現的刑罰理論 (Expressive Theorien)」と呼ばれる理論を検討する。それぞれの理論の内容を説明する上で、どの理論を通じて、国家の違法捜査行為が実体的刑罰に影響することを解釈できるかを分析し、問題点を指摘する。すなわち、どの理論を通じて、刑罰における国家と私人との関係、あるいは、国家の役割を明らかにすることができるのかを検討する。そして、その理論を通じて、違法捜査がいかんして刑罰の結果に影響を与えるかを結論づけることを試みる。

第2節 刑罰における展望的な観点(1)：積極的一般予防論からの検討と問題

刑罰論の視点から、どの刑罰の目的を通じて、国家の違法行為が実体的刑罰に影響すると解釈できるかを検討する際、最初に、積極的一般予防論という観点に着目する。本節では、まず、なぜ積極的一般予防論を検討すべきであるか、そして、この観点から違法捜査が量刑に影響する論拠を得られる余地があることを説明する。続いて、積極的一般予防論の内容についておおむね紹介し、その上、積極的一般予防論から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠の解釈を試みる。最終的に、この観点から、違法捜査が量刑に影響する論拠を解釈することが困難である理由を説明する。

1.概説：積極的一般予防論から解釈を展開し得るという発想

一般予防論は、公衆の将来的行為を予防することに注目し、消極的側面と積極的側面に区別されるものである。消極的側面、すなわち消極的一般予防論は、刑罰によって人々を威嚇し、犯罪行為を抑止しようとするものである。それに対して、積極的側面、すなわち積極的一般予防論は、刑罰による「法秩序の存在力と貫徹力に対する信頼の維持と強化」、及び「法共同体の面前に法秩序の不可侵性を示し、そうして住民の法的忠実を強める」ことによって一般人を犯罪から遠ざけることを強調するものである。要するに、消極的側面は、刑罰によって潜在的犯罪者を威嚇し、犯罪を抑止することが問題となっているのに対し、積極的側面では、基本的に刑罰によって法規範の効力の確認及び法遵守的な公衆への規範意識の強化・維持が問題となっている¹⁷⁸。

¹⁷⁸ Bernd-Dieter Meier, *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Aufl., 2015, S.22；小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2)：日独における最近の諸見解の検討を中心として」慶應法学 10号(2008年2月) 25-26頁；安田拓人「一般予防論の現在と責任論の展望」法律時報 88巻7号(2016年) 9頁。

一般予防論のうち、違法捜査の量刑上の考慮の論拠に関して、注目に値することは、「刑罰によって国民の規範、秩序への信頼を回復し、国民の規範秩序への信頼、規範遵守意識の維持・強化」を狙いとする積極的一般予防論¹⁷⁹、ということであると考える。なぜなら、まず、国家側の違法捜査の有無は、刑罰によって犯罪者に対し威嚇を行うこととは関連しないからである。次に、第1章における各学説の整理の通り、違法捜査の量刑上の考慮について、「積極的一般予防論」は、議論の焦点とされるといえるからである。例えば、岡上雅美は、違法捜査は、「法的平和の動揺の回復」を害するので、科すべき責任刑に影響を与え、「可罰的」責任を軽減し、刑を軽くすると主張した¹⁸⁰。また、松宮孝明は、一般予防の考慮において、違法捜査には、「規範侵害によって生じた動揺を鎮める」ことが侵害されるので、刑を軽減すると主張した¹⁸¹。さらに、宇藤崇は、「科刑による規範安定化の必要性」という観点から見れば、違法捜査が生じる限り、刑を軽減すべきであると主張した¹⁸²。確かに、第1章の整理の通り、様々な見解が、量刑論のレベルで、違法捜査を量刑基準にどこに位置付けるかについて、相異なる見解を示している。しかし、それらの見解の共通点は、違法捜査が、動揺した規範の安定化に影響を及ぼすことに注目する、ということである。その「規範安定化」という概念を、公衆の規範意識の安定と理解すれば、それらの見解を、積極的一般予防論から違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるものと理解することができよう。事実、それらの見解を、積極的一般予防論という観点をを用いることで理解するものもうかがえる¹⁸³。これについて、次節では、積極的一般予防論の内容の詳論を通じて、それらの見解を積極的一般予防論の定義に照らして、そのような刑罰論の観点に分類できることを詳しく説明する。

そして、積極的一般予防論の視点の下で、違法捜査が量刑にどのように影響を与えるのかを考える際に、可能な考え方は、違法捜査が社会全体の規範意識に影響を及ぼす、ということである。すなわち、積極的一般予防論の視点の下では、公衆の規範意識の強化・維持という目的を通じて、どのようにして刑罰を行使するのか、また、どの程度の刑罰を加えるのかが決定されており、そのため、仮に違法捜査によって、原来犯罪者に科される刑が軽減すれば、必ず違法捜査は、積極的一般予防の目的を害し、公衆の規範意識の強化・維持に対して影響を与えて、そのような目的の実現を弱化させることになる。国家は、刑罰の行使を通じて、犯罪行為によっ

¹⁷⁹ 曾根威彦『刑法学の基礎』（成文堂、2001年）48頁；杉山和之「犯罪論と刑罰論との調和—積極的一般予防論に対する批判的考察—」日本大学法学部法学研究年報36号（2006年）148頁。

¹⁸⁰ 岡上・前掲註(8)61-68、83頁。

¹⁸¹ 松宮・前掲註(51)42頁。

¹⁸² 宇藤・前掲註(9)137-141頁。

¹⁸³ 城下・前掲註(7)124頁。

て動揺する規範を再び安定させるが、自ら違法な捜査行為を行い、規範違反を害する場合に、必ずしも規範を守るというメッセージを公衆に伝達し、規範意識を十分に強化・維持するわけではない、ということである。その上、公衆の規範意識を強化・維持するために、国家の規範違反が公衆の規範意識に与える影響も考慮に入れて、捜査の違法を刑罰に反映させ、刑を軽くする余地がある。もともと、この発想が成立しうるかどうか、また、納得できるかどうかを検討するために、積極的一般予防論の観点から、刑罰における国家と私人との関係を検討し、違法捜査のような手続的瑕疵がある場合に、国家の違法行為が量刑に影響し得る論理への発展を試みる。そこで、次の段落では、積極的一般予防論を紹介したうえで、その観点から違法捜査の量刑上の考慮の論拠の導出を試みる。その上、その論拠の説得力の有無を検討し、どのような問題が生じ得るかを指摘しようとする。

2. 積極的一般予防論の視点とそれに基づく量刑論の紹介

積極的一般予防論によると、法律は不可侵であり、今後同様の潜在的な犯罪者の違反は防がれるべきである。この理論の予防的特徴は、個々の影響に対する処罰の行動的影響を記述している著者の主張の中で特に明白であると言える¹⁸⁴。例えば、積極的一般予防論者に言及する際、ドイツのロクシン (Claus Roxin) がすぐに思い出されるであろう。まず、ロクシンは、「法感情の充足によって公衆の法意識を強化する」ことを、「統合予防 (Integrationsprävention)」と称している¹⁸⁵。ロクシンは、積極的一般予防には、三つの作用が含まれると主張した。すなわち、第一には法的忠誠の訓練からもたらす社会教育的に動機付けられた「学習効果 (Vertrauenseffekt)」、第二に法が貫徹されたことを市民が認識した場合に生じる「信頼効果 (Befriedungseffekt)」、第三に公衆の法意識が法違反に関して沈静化され、犯罪者との紛争が解決されたとみることができるほど、犯罪者が多くのことをなした場合に現れる「鎮定効果 (Befriedungseffekt)」である¹⁸⁶。いわゆる「統合予防」は、この鎮定効果を指すことになる。そして、彼は、量刑基準に関する論文¹⁸⁷の中で、量刑責任に関して、「責任の程度に正確に相応する刑罰の重さは、それ自体として存在するが、ただ明確に認識することができないにだけである、というもの

¹⁸⁴ Meier, a.a.O. (Anm. 178), S.23.

¹⁸⁵ Claus Roxin, Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 306. (邦訳として、中空壽雅訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン着・宮沢浩一監訳『刑法における責任と予防』(成文堂、1984年) 225頁)

¹⁸⁶ Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bd. 1., 2006, §3 Rn. 27.

¹⁸⁷ Claus Roxin, Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: Lebendiges Strafrecht: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz, 1977, S. 463 ff. (邦訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン・前掲注(185) 115頁以下)

ではない。そのような刑罰の量は一般に存在しておらず、それゆえ、幅の理論のみが量刑という行為の現実的性格を正しく捉えている」とし、いわゆる「幅の理論」の立場を持ち出した¹⁸⁸。

この立場を踏まえ、「刑罰が責任の程度に応じて量定されるならば、それは破壊された法的平和を再び回復し、公衆の法意識を強固する、という社会政策上の目的を持っている」¹⁸⁹とし、量刑論において、責任は公衆の法意識とつながり、法共同体の判断の結果とされる。そこで、ロクシンは、「責任刑も目的刑であると理解されるならば、一定の幅の中でのあらゆる刑罰は等しく『正当』でなければならない。すなわち、幅の理論は、一般予防目的に奉仕しうる責任刑の理論的適切な理論的表現だと言わなければならない」¹⁹⁰とするように、一般予防の必要性が刑罰を根拠づけ、責任という概念が刑罰を限界づけると考えている。その意味で、幅の理論の正当化は、責任刑はそれ自体に意義があるのではなく、社会政策的目的に奉仕する道具であることを前提としている、と解されうる。要するに、ロクシンは、統合予防を刑罰目的として、それが量刑とつながるという前提の下に、責任刑は統合予防を目的とすることになる、と主張する。そのため、いわゆる他行為可能性としての責任があるとしても、一般予防の必要性がなければ、刑罰が加えられないことになる。

同じように積極的一般予防を責任概念とむすびつけ、システム論という異なる観点から、積極的一般予防論を採用するのは、ドイツのヤコブス（Günter Jakobs）である¹⁹¹。ヤコブスの見解には近年変遷があるものの、積極的一般予防の内容を理解するために、ヤコブスの旧説を紹介したい。ヤコブスによると、市民社会において市民たちが安心して生活を営むためには、他の市民が法に忠実に行為することを相互に期待できなければならないことを前提とする。そして、犯罪とは、法による正当性が保障された期待を破壊する行為である。行為者が法に反して市民の期待を破壊し、犯罪をするならば、破壊され失われた期待を修復するためには、その失望に対する補償が行われなければならない。注意すべきは、刑法における中心的な補償形態が、法的忠誠の習熟（*Einübung in Rechtstreue*）ということである。すなわち、

¹⁸⁸ Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. 187), S. 466 ff. (邦訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン・前掲注(185) 119-120 頁)

¹⁸⁹ Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. 187), S. 466 ff. (邦訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン・前掲注(185) 120 頁)

¹⁹⁰ Vgl. *Roxin*, a.a.O. (Anm. 187), S. 468 f. (邦訳として、酒井安行訳「刑罰目的から見た刑の量定」ロクシン・前掲注(185) 122 頁)

¹⁹¹ *Günther Jakobs*, *Schuld und Prävention*, 1976, S. 8ff.

失望は、それ自体ではなく失望させた行為が過ちと命題化されることで補償される。法的には、これは、規範的期待に応えなかった行為者に対する責任の「帰属」という形で現れる。この責任の帰属が刑罰と結びついて、当該行為は、議論するに値しない選択だとして学習され、その無価値性が自明のものとなり、とりうる選択肢から排除されるのである。そのため、ヤコブス説における一般予防は、主として威嚇という意味ではなく、法的忠誠の訓練という意味でのものであると言える¹⁹²。

そして、ヤコブスによると、こうした補償形態は、三つの種類に区別される¹⁹³。一つは、全ての人間は社会的相互作用なしで済ますことはできず、それ故何を期待して良いかを知らなければならないという「規範信頼の習熟 (Normvertrauen in Einübung)」である。第二に、刑罰が規範違反行為に負担を科すことで、この行為が一般に議論するに値しない選択肢として学習されるという「法的忠誠の習熟」である。第三に、規範は学習したにもかかわらず、破られるかもしれないが、少なくとも刑罰により行為と負担受忍義務が繋がっていることが学習されるということを指して「帰結甘受の習熟 (Einübung in die Akzeptation der Konsequenzen)」。この習熟の内容から見れば、ヤコブス説は、社会全体の規範に対する忠誠の維持・強化を中心として、積極的一般予防論に分類されて良いと考える。

そして、ヤコブスは、積極的一般予防を刑罰目的として、量刑論において、それを責任と結びつける。ヤコブスによると、「責任と予防の関係は、予防が責任を色づけるというようなものである。なぜなら、責任刑法は無目的であるべきではないとすれば、大まかに存在すべき秩序の維持のための刑法は、それを考慮すれば秩序が大まかに存在しうるような責任を必要とするからである¹⁹⁴」とされる。それゆえ、責任は、行為の法的無価値性を、特定の主体の行為として帰属 (Zurechnung) されるのである。ヤコブスは、責任を捨てない一方、その実質は全て予防的考慮で充足されると主張した。言い換えれば、ヤコブス説にいう責任は、それ自体に実質があるわけではなく、むしろ、責任という形式的な名称を維持しているものに過ぎず、その内容はもはや別のものである。要するに、ヤコブス説における責任とは、行為者に予防的必要性から刑罰を帰属させるものである。従って、刑罰と責任との関係といえ、責任は、法に忠誠な (rechtstreue) 市民に対する秩序の拘束力を確証するために、一定の程度の刑罰を科す必要性を基礎付けるものである¹⁹⁵。

¹⁹² Günther Jakobs, a.a.O. (Anm. 191), S. 10.

¹⁹³ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1993, S. 13f.

¹⁹⁴ Vgl. Jakobs, a.a.O. (Anm. 191), S. 7f.

¹⁹⁵ Jakobs, a.a.O. (Anm. 191) S. 32.

日本にも、積極的一般予防論を紹介した学説が見られ、多数の定義や理解が混在しているといえよう。たとえば、伊東研祐によると、積極的一般予防とは、規範の刑罰化による保護対象及び規範遵守の重要性の公的（再）確認を通じた市民の規範遵守意識の強化、犯罪が行われることによって生じた規範侵害状態は処罰により回復されるということの（再）確認を通じた市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化、さらに、犯罪に対する処罰要求（応報感情）の私的充足（リンチ）への誘因の現実的除去による市民の規範秩序への信頼・規範遵守意識の維持・強化など、規範の妥当力の強化・社会の安定化を意味する¹⁹⁶。このような見解は、行動統制的な積極的一般予防論と呼ばれる。すなわち、この見解では、刑罰は、それを通じて人々の規範心理に影響を与えるなどの形で、行動統制を図るものである¹⁹⁷。安田拓人は、積極的一般予防とは、刑罰の任務を、法秩序の持続・貫徹力への信頼を維持・強化し、法秩序の不可侵性を法共同体の前に示し、もって国民の法的誠実性を強化するとことに求めることとする¹⁹⁸。これも、同様な類型の積極的一般予防論に分類されることになると言える。

ここでは、主としていわゆる規範確証的な積極的一般予防論¹⁹⁹を紹介する。すなわち、自律的な規範意識の維持・確証を刑罰目的とする「規範的予防」ないし積極的一般予防を主張する²⁰⁰松宮孝明の見解である。というのも、松宮説は、積極的一般予防論を明確に違法捜査の量刑上の考慮と結びつけているからである。松宮説によると、犯罪行為とは、「社会にとって有害な結果」が特定的人格に客観的に帰属可能なことを意味する。そのうち、「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動揺するという客観的意味を有する事態を指す。その意味で、「犯罪行為」とは、特定的人格に、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²⁰¹。したがって、犯罪に対する刑罰が、規範侵害に対処することを目的とすることは当然である。つまり、刑罰は、「規範侵害」を前提とし、犯罪によって生じる規範の動揺を鎮めるものとして理解される。しかも、量刑は、このような規範侵害に加える刑罰による対処の必要量を基礎とするものである²⁰²。

¹⁹⁶ 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防、特別予防」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討/福田平・大塚仁博士古稀祝賀』（有斐閣、1993年）308頁。

¹⁹⁷ 中村悠人「刑罰論の現代的課題」刑法雑誌 57巻2号（2018年）168頁。

¹⁹⁸ 安田・前掲註(178)8頁。

¹⁹⁹ 中村・前掲註(197)169頁。

²⁰⁰ 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）7-9頁。

²⁰¹ 松宮・前掲註(51)35頁。

²⁰² 松宮・前掲註(51)34頁。

その上、松宮によると、犯罪行為に対する非難可能性を現れる「責任」には、社会に現存する規範に対する違反行為が非難対象となる。「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果」と「行為者人格が持つ、法によって期待される人格からの乖離」の積で表れるものである²⁰³。要するに、責任非難は、現実の市民の行動・態度を基礎にして引き出される規範の違反、かつ、行為者のその規範の侵害の危険性で決定されるものである。そして、ここでの「予防」とは、犯罪（規範侵害）によって生じた規範動揺を放置することの防止を意味する²⁰⁴。言い換えれば、松宮説では、公衆自らの自律的な判断に基づいて生じた規範の安定・確証を中心として、その規範の侵害・動揺の鎮静化が、刑罰と刑法の目的とされる。

3. 積極的一般予防論から違法捜査の量刑上の考慮を論拠づけることの試みと可能な問題点

本段落では、前記の積極的一般予防論の紹介を踏まえ、違法捜査が量刑に影響する論拠を明らかにして、この観点からの解釈に問題点が生じるかどうかを検討する。まず、可能な解釈は、刑罰の目的は、「公衆の法秩序に対する信頼」、「公衆の規範意識」などの維持・強化であるので、法秩序を守るべき国家側に違法捜査が生じる場合、国民の法秩序に対する信頼が害され、刑罰の量定にも影響を及ぼすというものである。すなわち、犯罪は、法秩序の安定を侵害し、法に忠実に行為する相互の期待に反する以上、刑罰とは、犯罪によって侵害された法秩序、あるいは、失われた公衆の信頼を確証するものであることを意味する。その上、刑罰の行使を通じ、法秩序を再安定、国民の信頼を再確立する国家側は、規範違反とみなされる違法捜査を行った場合、法秩序に対する信頼を維持・強化、法的忠誠の訓練を担当する役割に反して、法秩序を動揺させて、規範意識の再建を果たすことができないことになる。したがって、国家が違法捜査を行う場合、原来の刑罰量を通じて規範意識の再建、安定は役に立たず、その際に、規範動揺を沈静化するために、国家側の違法に着目し、国家が刑罰を加えて非難できる程度を、その違法に応じて軽くする余地がある。

例えば、松宮によると、刑罰は犯罪行為（規範侵害）によって動揺させられた規範を安定させるものであることを踏まえ、違法捜査が行われた場合には、それ自体が社会の規範動揺を招き、刑法ないし裁判所が宣告する刑罰の感銘力を低下させ、

²⁰³ 松宮・前掲註(51) 36 頁。

²⁰⁴ 松宮・前掲註(51) 40 頁。

その目的である規範の安定を害する²⁰⁵。また、裁判所が、違法捜査がなかったかのように量刑することは、刑罰の感銘力を損ない、一般の人々にも刑事制度の厳粛さに対する疑いを生じさせることとなつて、ひいては規範の安定に悪影響をもたらす²⁰⁶。それゆえ、量刑の段階で、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・消滅が導かれるのである²⁰⁷。松宮説は、同様な推論に基づく導くものであるのではないかと考えられる。

このような解釈を通じて、積極的一般予防論に依拠し、違法捜査の量刑に影響する論拠が明らかになるといえよう。にもかかわらず、そのような解釈には疑問がないわけではない。違法捜査が行われた場合には、いわゆる「規範侵害」は、被告人側にばかりでなく、捜査ないし訴追を実行している国家側にも認められるが、国家側の違法によって生じる規範の動揺には、なぜその効果が必ず被告人に加える処罰に反映されるのかという疑問が残る。すなわち、規範を動揺させるものは国家側の違法捜査である以上、規範の動揺を安定化させるため、対象となるのは国家ではないか。そのため、なぜ動揺した規範の安定化のために、影響を及ぼされる対象が必ず被告人に科される処罰に限られるのかについて、答える必要がある。具体的な例をあげれば、教師が授業に遅刻した場合、学生たちの「授業への遅刻はよくないことである」という規範意識が動揺すれば、その規範意識を維持・安定化するために、なぜ遅刻の教師を処分する手段を採用しないで、遅刻した教師が学生に加える処罰を軽くするという手段を選択するのか、説明しなければならない疑問である。この疑問に関して、積極的一般予防論に立脚する見解には、国家が違法捜査を行うゆえに、「行為者の罪を問う側としての適格性」が欠けるようになって、刑罰を軽減する、と根拠づけるものがうかがえる²⁰⁸。にもかかわらず、このような理論には、違法捜査が規範意識を動揺させる場合、その影響として、なぜ必ず国家が罪を問う適格性を制限するのかについての説明は見られない。

そして、「公衆の規範意識の維持・強化」という観点から、違法捜査によって被告人に科する刑罰の軽減を根拠づけることには、克服しがたい根本的な困難が存在すると言える。すなわち、積極的一般予防論には、「公衆の規範意識の維持・強化」と

²⁰⁵ 松宮・前掲註(51) 42 頁。

²⁰⁶ 松宮・前掲註(200) 354 頁。

²⁰⁷ 松宮・前掲註(51) 42 頁。

²⁰⁸ 岡上・前掲註(8) 67-68 頁。

いう視点から、処罰する側の国家の違法捜査が公衆の規範意識の維持、信頼の必要性に影響することによって、刑罰に影響すると解することが適切であろうか、という疑問が生じる。確かに、積極的一般予防論に立脚し、国家の規範違反を通じ、公衆の「規範意識」に影響を与えることを基礎として、違法捜査を量刑上の考慮対象に位置付けることには、直感的には理由があるように思われる。もつとも、いわゆる積極的一般予防論には様々な観点が含まれるが、共通の問題として、そこで用いられる「規範意識」はあいまいな概念であって、必ずしも違法捜査によって影響を受けるものには限られない。すなわち、規範意識それ自体は、抽象的、不明確なものであり、その内容は決して確定しないものであると言わざるをえない。かつ、いわゆる「公衆」は、特定される行為者と異なり、想像・推定される多数人であって、この概念の内容も不明確なものである。そして、誰が「公衆」と呼ばれるか、誰が「公衆」としての資格を有するのかについて明らかではないと言える。そのため、「公衆の規範意識」という概念そのものが不明確、空虚なものであって、誰がこの概念の内容を決めるべきか、いかにしてこの概念の内容を決定するのか、あるいは、何が「公衆の規範意識」に該当するのかなどの疑問は、説明することができないように思われる。そうすれば、いかなる場合に市民の規範への信頼が動揺し、規範意識が不安定化したと言えるかは明らかではないし、どの程度の刑罰の賦課によってその信頼が回復され、規範意識が安定化されるかも明らかではない²⁰⁹。同様の理解の下で、違法捜査が実際に「公衆の規範意識」に影響を与えるのかは、論証しにくい問題であるように思われる。その影響の有無は、想像・仮設されるにすぎないものであるのではないか。例えば、直感的には、いわゆる「学生たち」には様々な価値を有する学生がおり、「遅刻」に対する考え方も人ごとに異なるので、先生が授業に遅刻することが、学生たちの「遅刻すべきではない」という規範意識に影響を与えるか否かについて、証明することができないことになると言える。同様に、国家が違法捜査を行うことが、まさしく「公衆の規範意識、正義の感情」に影響するかは、証明できないのである。

しかも、仮に「犯罪者は是非とも処罰しなければならない」ということが公衆の規範意識とするならば、犯罪行為と関係ない、むしろ犯罪の証明に資するかもしれない違法捜査は、その際の規範意識に反するものではないと言えよう。というのは、規範意識の強化・維持という考え方は、刑罰権実現の活動が処罰欲求に基づいていることを看過している、という問題があるからである。すなわち、一般人は、処罰によって覚醒されるべき眠れる規範意識を持っているものではなく、既に犯罪

²⁰⁹ 杉山・前掲註(179) 153頁。

行為によって処罰欲求を中核とする強い情緒反応が惹起されているのである²¹⁰。その上で、国家が刑罰の成立のため、誤りを犯し違法捜査を行った場合、まさしく公衆の規範意識を動揺させるのが問題となっている。しかしながら、公衆が処罰欲求に基づいて違法捜査の誤りを無視し、さらに、処罰のために違法捜査に反対しないという意識を有する余地が大きいのではないかと考える。したがって、積極的一般予防論という刑罰目的から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を説明することには、困難である。実は、このような問題点は、積極的一般予防論にだけでなく、同様に「規範意識」という概念を用いる特別予防論にも生じうる。要するに、個人か公衆かを問わず、将来の規範意識の維持・強化・回復に着目し、展望的な観点をを用いて、いわゆる「結果主義」に分類される刑罰目的からの解釈も、同様な問題点を免れないように考えられる。

積極的一般予防論から、違法捜査によって刑を軽くすることの理由を持ち出すとしても、その理論には、根本的な問題点があるので、採用すべきではないことになると考えられる。その根本的な問題は、積極的一般予防論に「公衆の規範意識」のような概念が用いられることと関連するのである。すなわち、ロクシン説に見られるように、積極的一般予防論は、責任という概念を、他行為可能性ではなく、予防の必要性から捉えている。その際には、公衆の正義感情とか、規範に対する信頼を保持しなければならないという法システムの必要性とか、様々な実態のはっきりしない概念が援用された。これは積極的一般予防論に分類される見解に共通して見られる特徴だと言える。その上、伝統的な責任概念を放棄した結果、責任の処罰を外在的に制約する機能が失われることになり²¹¹、それでは責任概念による刑罰限定の機能が働かなくなり、厳罰化する可能性があると考えられているので、この視点から解釈を展開することは適切ではないと考えられる。

例えば、ロクシン説は、応報刑論と異なって、一般予防と一致する責任概念を持ち出す以上、量刑は極めて不明確なものとなってしまいうように思われる²¹²。すなわち、ロクシン説からは、『幅の理論』は『点の理論』に対して、実践的な理由からのみならず、理論上も正当である。なぜならば、『統合予防的な点』は存在せず、初めから枠があるのみで、その枠内で公衆と行為者により適切だと感じられる刑罰が動かなければならないからである²¹³とするように、公衆の正義感情のようなあい

²¹⁰ 吉岡一男『刑事制度の基本理念を求めて―拙稿とその批判の検討』（成文堂、1984年）110頁。

²¹¹ 本庄武「刑罰論からみた量刑基準(2)」一橋法学1巻2号（2002年）469頁。

²¹² 本庄・前掲註(211)445-446頁。

²¹³ Vgl. Roxin, a.a.O. (Anm. 185), S. 306.

まいなものから責任刑を導く場合に、責任刑は必然的に「幅」とならざるをえない。確かに、このようなロクシン説に依拠し、責任がない場合、たとえ一般予防の必要性があるとしても、処罰しないという結論が導かれるので、一般予防の必要性は無制限に広がるものではなく、あくまで責任の範囲内でしか考慮されない²¹⁴とする見解が見られる。また、この見解は、ロクシン説が「幅の理論」を採用する立場に合致していると考えられる。にもかかわらず、ロクシン説から導かれる「幅」は非常に拡大されたものであり、従来の幅の理論の幅より一層広くなることになるため、このような責任刑は、刑罰限定の機能が減衰される傾向があることは否定できない²¹⁵。しかも、積極的一般予防と責任と結びつけるならば、責任の「幅」の中で、公衆の感情を通じて比較的自由に最終的刑量を決定できるので、ある犯罪類型が社会に重視され、その際に社会の処罰感情が高まり、厳罰を強く要求する公衆の法感情に依拠する結果、重い刑が科されることになるという問題が生じ得る。そうすれば、「公衆の規範意識」のような模糊とした概念に依拠し、違法捜査によって刑が軽くなる可能性と同時に、厳罰化の世論もしくは公衆の高揚する処罰感情によって刑を重くする可能性も大きくなるはずである²¹⁶。さらに、「規範意識」ということは不明確な概念である以上、規範意識を安定化するために、どれほどの処罰が必要かは明らかではない。それでは、「規範意識の維持・確認」を口実として、公衆の処罰欲求を満たすように、無制限に厳罰化を進めるおそれがある。違法捜査の量刑上の考慮の論拠を確立するために、責任刑の限定機能を弱め、幅の範囲を弛緩させつつ、厳罰化のリスクが生じうるような危険を冒すのは、妥当ではないと考えられる²¹⁷。

次に、公衆の規範意識の援用を通じて問題となるのは、一般国民による犯罪を予防する効果によって個人に対する刑罰を正当化する、という点である。これに関して散見される批判は、国民多数の利益のために、個人の人権を犠牲することは許されないというものである²¹⁸。また、このように社会一般の秩序のために個人を犠牲にするようなことは、日本国憲法の理念には合致しないという批判も見られる²¹⁹。

²¹⁴ 大山弘「責任と予防に関する一考察—可罰的責任評価をめぐって—」関西大学法学論集第31巻5号(1982年)92、94頁。

²¹⁵ 本庄・前掲註(211)447頁。

²¹⁶ 本庄・前掲註(211)447頁。

²¹⁷ 類似の観点は、「杉山・前掲註(179)153頁」に見られる。この批判によると、刑事政策論という観点から見れば、積極的一般予防を採用する場合、秩序維持は極限までその害悪の賦課を重くすることによって実現できるかもしれないという問題が生じる。そうすれば、積極的一般予防論それ自体は、刑罰権を限界づけるような内在的制約原理を持ち合わせていないことができる。

²¹⁸ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2014年)5頁；曾根成彦「刑法における責任と予防」奥島孝康＝田中成明編『法学の根底にあるもの』(有斐閣、1997年)394-395頁。

²¹⁹ 杉山・前掲註(179)152頁。

例えば、ヤコブスは、秩序維持という目的のためには常に犯罪者を手段として用いており、それは人間の尊厳に反するのではないかと批判する。また、違法捜査を量刑事情とする論拠を、「規範の安定化」という点に求め、積極的一般予防論を採用する宇藤説も、「行為者自身との関係では、(規範の安定という) 規範の名宛人一般の利益のために『手段』として処罰することを意味し、憲法 13 条の保障する『個人の尊厳』に反する」という批判を受ける²²⁰。

もっとも、このような批判は、核心的な問題点を捉えてはいない。刑罰それ自体は、目的が応報か予防かを問わず、犯罪者に加えられる刑罰によって、必ずその目的を達成することができる。それゆえ、積極的一般予防論のみならず、すべての刑罰目的で、犯罪者は「手段」とされているといえよう。そうだとすれば、なぜ特に積極的一般予防論を採用する場合にのみ、犯罪者に刑罰を加えることが「個人の尊厳」を侵害するとされるのであろうか。むしろ、刑罰の行使が人間の尊厳に反するかどうかは、刑罰の目的によって決定されるものではなく、行使の手法や刑罰の内容などで決められるのではないかと考える。そのため、真の問題は、犯罪者が「手段、道具」とされることではなく、刑罰目的そのものにある。公衆の規範意識の強化・維持が、すなわち、前記の通り、公衆の規範意識という概念は、誰がその内容を決定する権限を有するのか、及び、いかにしてその内容を定めるのかについて疑問があり、不明確・空虚なものであると言える。ここでは、いわゆる維持・強化すべき規範意識は、概ね現存の法秩序を指すかもしれない。その上、犯罪行為に対し不正の評価を加え、現行の法秩序を再確認することができるのは、実際には、刑罰の行使ではなく、むしろ、有罪判決の言い渡しである。そうすると、公衆の規範意識の維持、あるいは、法忠誠の訓練などは、刑罰の目的より、刑事裁判の目的と言って良い。従って、公衆の規範意識の強化・維持を通じ、刑罰を正当化することには困難が生じると言える。このような点から、刑罰における国家と私人との関係、また、違法捜査の刑罰に影響する根拠を解明するのは適切ではないと考える。

第3節 刑罰における展望的な観点(2)：積極的特別予防論からの検討と問題

本節では、特別予防論という観点から国家と私人との関係を解釈して、さらに、その解釈を通じて、違法捜査を量刑に影響する論理を解明する余地があるかどうかについて検討する。まず、特別予防論の特徴に着目し、この観点から違法捜査が量刑に影響する論拠を得る余地があるのかを説明する。続いて、特別予防論に分類される「贖罪・改悛」や「規範意識の強化」などの観点、及びそれらと関連する量刑

²²⁰ 城下・前掲註(7) 126 頁。

論の内容を紹介する。その上で、特別予防論から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠の解釈を試みる。最後に、特別予防論の問題点に目を向け、そこから違法捜査が量刑に影響する論拠の解釈に存在する困難を指摘する。

1.概説：特別予防論から解釈を展開し得るという発想

特別予防論における刑罰の目的は、処罰される犯罪者自身の将来の犯罪の防止となる²²¹。刑事犯罪の特別予防的正当化は、再社会化の観点から、刑罰によって犯罪者の将来の法的行動が有利な影響を受けることを前提としている²²²。この前提の下で、個人の抑止のための処罰および執行から生じる抑止効果、目標の治療的介入（改善）、または将来の犯罪の可能性の制限など、行為者自身への影響によって目的を達成しようとする²²³。ところで、学説上、特別予防論は具体的な内容によって「積極的特別予防論」と「消極的特別予防論」に区別される。積極的特別予防論は、処遇を通じて犯罪者の再社会化・改善ないし社会復帰を目指し、消極的特別予防論は、犯罪者への刑罰という苦痛の賦課を通じて威嚇による再犯防止、または、犯罪者の隔離による無害化を目指す²²⁴。現在、特別予防論をめぐる議論は、犯罪行為者それ自体の改善・更生、再社会化を焦点とする積極的特別予防を意味するのが一般的であるといえよう。本節でも、違法捜査が犯罪行為者の更生、再社会化へ影響し、さらに量刑に影響する余地があるかどうかを検討するので、積極的特別予防論を検討の中心とする。

違法捜査が量刑にどのように影響を与えるのかを考える際、あり得る方向性は、違法捜査が犯罪者の改善・更生に影響を及ぼす、ということである。すなわち、犯罪者の自律的な能力を前提として、犯罪者の規範意識に注目しようとする「積極的特別予防論」の視点の下、犯罪者の規範意識を強化し、犯罪者を改善・更生させるという目的を通じて、どのようにして刑罰を行使するのか、また、どの程度の刑罰を加えるのかが決定されている。そのため、仮に違法捜査が量刑に影響し刑を軽くさせるならば、違法捜査は、犯罪者の改善・更生、再社会化に対し必ず悪い影響を与え、そのような目的の実現を弱化させることになる。従って、違法捜査があり、もともと犯罪者に加えられる刑罰が、犯罪者の改善・更生という目的からみれば重すぎることになる場合には、刑を軽くする余地があり得る。これに関して、日常生

²²¹ 中村悠人「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」現代法学:東京経済大学現代法学会誌 28 卷（2015 年）180 頁。

²²² Meier, a.a.O. (Anm. 178), S.24.

²²³ Tajana Hörnle, Strafrecht, 2. Aufl., 2017, S.22.

²²⁴ Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, S.17ff; Meier, a.a.O. (Anm. 177), S.25; 城下裕二「特別予防論の現在と責任論の展望」法律時報 88 卷 7 号（2016 年）15 頁。

活における具体的な例を挙げるならば、ある先生が、ある処罰を通じて、「絶対に遅刻をするな」というメッセージを遅刻した学生に伝えたい際、仮に先生自分も授業に遅刻をすれば、学生の「時間は必ず守る」という意識が強化されにくいことになり、処罰を通じて学生の遅刻の慣習を改善する目的を達することが困難になる。その上、もともと学生に加えられる非難の強さが元々よりも小さくなるので、処罰の程度を軽くして良いと考えられるかもしれない。

もっとも、このような発想が、特別予防論の論理に基づいて成立し得るかどうかは、特別予防理論の内容から詳しく検討すべきではないかと考える。そこで、この発想に説得力があるか否かを検討するために、まず、特別予防論に属する様々な理論、およびそれらの理論が持ち出す量刑論を紹介する。そして、この紹介を踏まえ、積極的特別予防論から、刑罰における国家と私人との関係を検討し、違法捜査の量刑上の考慮の論拠の導出を試みる。その上で、その論拠に説得力があるか否かを検討し、どのような問題点が生じ得るかを検討する。

2. 特別予防論の視点とそれに基づく量刑論

特別予防論から量刑論を発展させるものには、様々な理論が見られる。たとえば、ドイツのアルトゥール・カウフマン (Arthur Kaufmann) と日本の佐伯千仞はそれぞれ、贖罪 (Sühne)、回心など再社会化に関する概念から、責任概念を構築する。また、城下裕二は、規範意識の確認・強化から、量刑責任を上限として、その限界内に特別予防を考慮して刑を量定する理論を築く。これらの内容に関する説明は、以下のとおりである。

(1) 贖罪論・改悛論と量刑

日本では、社会復帰を刑罰目的として、それを責任と結びつける発想といえば、佐伯千仞の見解を挙げることができる。佐伯説は、今日の刑罰が前提とする責任非難は、「責任→目的→刑罰」という関係を前提に、「単なる応報のための応報ではなく、むしろ、それを越えたより現実な目的の設定を伴う」とする²²⁵。責任は、応報を超えて、「行為者に対して、すでに行われた以上、取り返しのつかない犯罪では有るが、それを行ったことについて法および社会に対して謝罪するとともに自分の規範意識を高め、これから後はまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするものである」。そして、「目的の定立を伴い、かつ、この目的実現の手段の考究において」、刑罰が登場する。

²²⁵ 佐伯千仞『4訂・刑法講義(総論)』(有斐閣、1981年)77頁以下。

従って、「責任→目的→刑罰」という関係の下、責任はこのような目的を支持するものであるが、目的を達成する手段を直接指示するものではない。すなわち、「刑罰の内容を決定するものは、非合理的な応報の要求でもなく、また責任と無関係に設定された目的でもなく、むしろ責任非難によって設定された目的はどうすれば最もよく実現されるかという合理的合目的な考慮なのである」。言い換えれば、刑罰は、この意味において、目的刑に属するのである。ところで、理論が適用される対象については、「単に社会にとって危険な性格を有する人間を予定しているのではなく、むしろ社会生活上の道理あるいは規範を理解し、かつ、それに従って意思を決定し行動する能力と可能性とを備えていると考えられる人」²²⁶とするように、「規範を理解できる人」を対象として、個人の回心を焦点とする理論を展開する。そして、このような刑罰の中心的な目的は、「行為者の規範意識に訴えてその回心（改悛・後悔）をもたらすこととされ、その手段は、威嚇・改善・淘汰ということが予定される」のであり、特別予防の要求を満たすということである²²⁷。また、「応報の理念も、必要な限度においてこれを満たすとともに、また一般予防の作用をも適当に發揮しうると思われる」という見解から見れば、他の刑罰目的との関係では、明確に特別予防という目的を優越させるが、それは応報との調和の下に実現され、一般予防については結果として生じる程度に止められている²²⁸。要するに、佐伯説において、中心的な刑罰の目的は、回心のような特別予防であるように思われる。

異なるところがあるが、同じ方向性に属するものと言えるのは、ドイツのカウフマンの見解である。カウフマン説は、かつて絶対的応報刑論を支持したが、その後、社会復帰思想を受け入れ、思想の転向を図ったと言える。彼は、「贖罪（Sühne）」に着目して、それを責任刑とつなげる上で、責任刑を特別予防という目的に役立つものとして把握する。彼の思想において、犯罪者が非難を免れる唯一の方法は、有責者が自らの責任を自己答責的に引き受けることだけであり、これが贖罪の意味である。カウフマンの見解によると、「心理学的な責任体験（Schulderlebnis）」を出発点として、有責者が犯罪行為に対する非難を受けた際に、非難から解放されるためには贖罪が必要である。すなわち、「人を義務付ける諸価値の諸要求を拒絶したために、非難にさらされるという苦痛体験」を経験して、「責任は自らを抑圧する苦痛であり、有責者は、そこから再び解放されること」を望む

²²⁶ 佐伯（千）・前掲註(225) 78 頁。

²²⁷ 佐伯（千）・前掲註(225) 79-80 頁。

²²⁸ 佐伯（千）・前掲註(225) 80 頁。

229。そして、「ただ、責任からのそのような解放は...それを自己答責的に引き受ける...という方法でしかなしえない。それこそ、贖罪と呼ばれるものである」²³⁰。このような解放に至るために、責任を排除することはせず、贖罪による解放を主張するのである。

要するに、責任と苦痛を感じている人は、贖罪を必要としているのである。再社会化を望む者が贖罪思想に反対してはならない。いわゆる贖罪とは、行為者が受動的に害悪を受けるだけの応報とは区別され、有責者による積極的な倫理的達成である。したがって、「国家は刑罰を用いて贖罪を強制することができない」が、刑罰制度を通じて、有罪判決を受けた者の再社会化を望むならば、自ら責任を引き受け贖罪することができるように援助することができる。それゆえに、カウフマンの理解では、責任は刑罰を限界づけるための規制的原理にとどまらず、刑罰の内容にとっても構成的な意義のあるものである²³¹。また、責任刑と再社会化刑には、いずれにせよ大きな相違がなくなるのである²³²。このようにみえてくると、カウフマンは刑罰目的としての「贖罪」という概念を通じて、量刑責任と再社会化を結合させたのである。

(2)個人の規範意識強化・維持と量刑

前記のように、刑罰の目的としての特別予防論が、量刑論において責任刑と結びつくことと異なって、行為責任が上限に過ぎず、もっぱら特別予防的考慮に基づいて量刑を行うという城下裕二の見解が見られる。城下説は、特別予防という観点から理解されるものであるが、憲法の規定する個人の尊厳・国民の生存権・国の社会保障的義務の諸原則を前提として、特別予防において、威嚇（Abschreckung）ないし保安（Sicherheit）の作用ではなく、「犯罪者を社会的責任の負える、法遵守的、生産的市民として社会に復帰させる」という意味での再社会化という作用を重視している。しかも、彼は、再社会化を重視しつつも、贖罪・改悛に基づくものではなく、行為者の「規範意識の確認・強化」を焦点とするのである²³³。

このような城下説によれば、量刑基準には以下の内容が見られる。第一に、消極

²²⁹ Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. Aufl., 1976, S.271（邦訳としてアルトゥール・カウフマン著・甲斐克則訳『責任原理—刑法的・法哲学的研究』（九州大学出版会、2000年）417頁以下）

²³⁰ Kaufmann, a.a.O. (Anm. 229), S.271.

²³¹ Kaufmann, a.a.O. (Anm. 229), S.273.

²³² Kaufmann, a.a.O. (Anm. 229), S.275.

²³³ 城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）133頁。

的行為責任主義に立脚し、行為責任の枠内で、「行為者の規範意識の確認・強化」を基準として量刑を行う。すなわち、この理解の下では、特別予防論が刑罰権の内容を限界づけることができないという批判に対して、行為責任を限界とすることにより、特別予防的考慮が過度にわたることを防止できる。また、量刑段階での特別予防的考慮は、行為責任の存在を前提として、行為者の通常的意思行動の範囲で責任を問う刑罰を通じて、行為者自身の「規範を守らなければならない」という意識に働きかけ、将来再び犯罪行為をしないように意思活動をコントロールすることを可能ならしめるという内容を持つと解される。第二に、再犯の危険が存在しない場合、極めて重大な犯罪であっても処罰できないことにならないかとい疑問に対しては、再犯の危険が存在しない場合には、法定刑の最下限に位置する刑罰を科す（あるいは執行猶予にする）こととする。第三に、刑罰によって多数者が自分たちに都合のよい生活様式に少数者を適合させるよう強制することがなぜ可能なのかという疑問に対しては、刑罰の正当化根拠を犯罪防止に求めるならば、行為者の再社会化という意味での特別予防的考慮に基づいた量刑を行い、それによって将来の犯罪を防止することとも正当化される²³⁴とする。最後に、一般予防に関しては、同様に、規範意識の強化・確認という視点に基づいて、一般予防の積極的側面に着目し、「行為者の再社会化に資する刑罰こそが、一般人のよって納得・受容され、その規範意識の確認・強化に役立つものと解すべきである」ことになる。その意味では、量刑における一般予防は、「消極的行為責任主義の下で、行為者に対する特別予防的考慮に基づいて導かれた刑罰を科することによって達成される」²³⁵。要するに、城下説は、「規範意識の強化・確認」を刑罰目的として、量刑論における量刑基準を構築するのである。

3. 特別予防論から違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける試みと生じ得る問題点

前記のように、いわゆる特別予防論は、犯罪者に着目するとしても、一義的なものではなく、様々な内容が含まれることになる。刑罰目的が犯罪者の再社会化を中心として、犯罪者個人の改善であることを踏まえると、刑罰における国家と私人との関係はどうなるか。被処罰側である私人は、刑罰によって贖罪・改悛または規範意識の確認・強化を通じて、社会復帰または保安のため再犯の危険を低下させる対象となり、他方、処罰側である国家は、刑罰権の行使によって、行為者の規範意識を強化・確認し、あるいは、それに対し「再犯をしない」というメッセージを伝達するのである。つまり、特別予防という目的を中心とすれば、刑罰によって、犯罪

²³⁴ 城下・前掲註(233) 134 頁。

²³⁵ 城下・前掲註(233) 135-136 頁。

者その個人の改善、更生ないし社会復帰が達成できるかどうか为重点となると考えられる。以下の部分では、特別予防論と分類されるそれぞれの観点に基づいて、違法捜査の量刑上の考慮の根拠づけを試みる。すなわち、贖罪・改悛の観点、および、規範意識の確認・強化の観点から、違法捜査を量刑事情とする根拠と、それを量刑基準のどこに位置付けるかを検討する。そして、このような特別予防論からの解釈に、どのような問題が生じ得るかを指摘して、このような解釈が適用されることには困難が生じ得ると結論づける。

まず、本段落では、佐伯千仞とカウフマンが主張した贖罪・改悛論から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を考察する。佐伯説とカウフマン説の共通点となるのは、刑罰目的としての贖罪・改悛は、量刑論において、責任という概念に反映されるということである。仮に贖罪・改悛という特別予防の観点から違法捜査の量刑上の考慮の論拠が解明できるならば、量刑事情としての違法捜査が責任の段階と関連するメリットがあるように思われる。なぜなら、予防的考慮に比べて、責任の枠は、刑罰を限定できるからである。処罰者である国家側が違法捜査を行い、規範違反を行う場合、被処罰側である行為者には、「規範を維持する国も規範違反をする」という念が生じ、その規範意識に訴えて改悛をもたらすことの実現を妨げるので、行為者を改悛させるために科される刑罰の重さを軽減する余地がある。他方、直感的に言えば、処罰者にも規範違反がある際には、被処罰者にとっては、自分の規範違反のために刑罰の苦痛を自己答責的に引き受けにくいという感じが生じる。したがって、国家側に違法捜査のような手続的瑕疵があるならば、行為者の改悛または贖罪を促すために、刑罰を軽減することを許容する余地がある。

もっとも、上記の解釈には、回避しえない困難がある。まず、佐伯説のような、「規範意識」という概念を基礎として行為者の改悛がその概念と連動するという見解は、前節で検討した積極的一般予防論及び次の段落で検討される城下説と同様に、「規範意識」というあいまいな概念の使用の問題を回避しにくい。それと関連して、佐伯説の言う「合理的合目的的考慮」の内容についても、さらなる具体化が図られるには至らなかった²³⁶。すなわち、これらのあいまいな概念は、その定義と内容を明確にできず、かつ、違法捜査からの影響の有無も確認できないのではないかと考えられる。また、行為者が違法捜査から影響を受け、刑罰を自己答責的に引き受けにくくなるかどうかは、行為者の主観によって左右されるために、確認しえな

²³⁶ 城下・前掲註(224) 116頁；本庄武「刑罰論からみた量刑基準(1)」一橋法学1巻1号(2002年) 211頁。

いと言える。したがって、贖罪・改悛論から、違法捜査を量刑において考慮される論拠を確立する余地はないと考える。

次に、処罰される側の犯人を焦点として、行為者の規範意識を確認・強化することを重視する城下説が主張する特別予防論の観点から、違法捜査を考慮に入れて刑を軽くできるかを検討する²³⁷。この見解の下では、加えられる刑罰は行為者の再社会化、社会復帰のために「規範意識の確認・強化」という目的に資するものでなければならない。違法捜査がどのようにして刑罰に影響するかが問われる際、問題となるのは、違法捜査がどのように「行為者の規範意識」に影響を及ぼすのか、ということである。これに関して、「行為者の規範意識を確認・強化」という観点によって刑を軽くする理由は、処罰する側にも規範違反がある場合、処罰される側は処罰を受容しにくいので、その規範意識の確認・強化の程度が影響を受けるとされる。すなわち、刑罰においては、処罰側たる国家が処罰を加えることを通じて、規範の内容と非難の意義を伝達し、被告人の規範意識を強化、再建させて、被告人の規範遵守を促すところ、国家側に違法捜査のような手続的瑕疵が生じる場合、「規範を遵守すべき」というメッセージは被告人に対し必ずしも十分に伝達されるわけではない。しかも、この場合に、刑罰の重さが変化しないならば、被告人の規範意識の強化という目的も害される恐れがある。

例えば、教師が遅刻する時、それを見る学生が「授業のルールを遵守しなくてもよい」、さらには「自分も遅刻できる」という考え方を有することもあろう。その時、仮に教師が学生に加える処罰の重さがやはり減少しなければ、学生に不公平という感覚が生じる以上、学生に「授業は時間を厳守しなければならない」という意識を強化・確認することは困難であるように考えられる。それと類似して、処罰者としての国家が違法捜査を行って、規範違反が生じるならば、被告人の規範を遵守すべきという意識を確認・強化することにも障害が生じることは否定しがたい。この場合に依然として刑を軽減しないならば、被告人が不公平感を覚える以上、彼の規範意識の確認・強化には支障が生じる。刑罰の量定が特別予防、とりわけ規範意識の確認・強化を反映するならば、違法捜査によって規範意識の確認・強化が減損される場合、刑罰を軽くする余地が残るように思われる。

また、城下説にも、違法捜査の量刑上の考慮への言及が見られる。「行為者に対する精神的・身体的『苦痛』...当該行為を契機とする苦痛を受けたことで行為者の規

²³⁷ 城下・前掲註(233) 143頁。

規範意識を確認する必要性が減少しうるからであり、右の諸事情が（より重い）刑罰が将来持つであろうマイナスの効果を予測させる判断資料となるからではないだろうか。換言すれば、これらの事情は少なくとも『(特別) 予防的考慮』に影響を与える事情に他ならぬ²³⁸。つまり、城下説は、犯罪者の受けた苦痛と規範意識の強化・維持との関連に基づいて、違法捜査が生じる場合に刑を軽くすると主張する。違法捜査によって生じる苦痛などが、行為者の更生を妨げる恐れがあるので、被告人の心情を安定化させる必要があるからである。

しかし、このような規範意識の確認・強化に基づく観点には、問題点があると考ええる。まず、城下説が言うように、量刑における一般予防目的が特別予防の反射的なものにすぎないとする立場にどの程度説得力があるかという問題が存在する²³⁹としても、規範意識の確認・強化を刑罰目的の中心とすることは否定できない。そうすると、城下説を通じて展開される解釈には、規範意識というあいまいな概念を使用する点で、積極的一般予防論と同じような問題が生じうる。すなわち、規範意識という概念それ自体に不明確性の問題があるということである。同じような行為をした場合、規範意識の確認・強化が必要か否かに基づいて刑罰の程度を決定すると、行為者によって著しい刑の不均衡が生じるのではないかという疑問に対して、量刑の個別的妥当性を追求し、硬直した量刑に至る問題を回避するために、ある程度の刑の不均衡が認められるべきではないかという答えが見られる。もっとも、規範意識の確認・強化の必要性という概念そのものが不明確なものであるから、このような概念を通じ妥当な量刑を判断するのは困難である。特に、行為者の規範意識が違法捜査に影響されるかどうか、かつ、その影響の程度などは、行為者の主観に左右されやすいので、判断が難しく、結論が行為者及び社会一般の納得を得るのは困難と言える²⁴⁰。そうだとすれば、行為者の規範意識の確認・強化という概念に基づいて、違法捜査が量刑に与える影響を論証することは、同様の困難を回避できない。すなわち、行為者の規範意識が実際に違法捜査によって影響されるかどうか、あるいは、その規範意識の確認・強化の必要性の有無と程度について、判断しえないことになる。それでは、行為者の規範意識が違法捜査に影響されることを、量刑上の考慮の論拠とするのは十分ではないと考えられる。

また、違法捜査が行為者の規範意識の確認・強化と関連するとしても、その関連性は、直接的なものではなく、間接的なものでしかないと言えよう。例えば、原田

²³⁸ 城下・前掲註(7) 127 頁。

²³⁹ 本庄・前掲註(236) 219 頁。

²⁴⁰ 本庄・前掲註(236) 220 頁。

國男は、「特別予防論からする量刑事情というには、間接的過ぎよう。それを言い出すと、被告人の刑を軽くする事情は多かれ少なかれこのような効果を含むから、特別予防で説明ができることになりかねない」²⁴¹とし、城下説を批判する。要するに、被告人が違法捜査によって受けた苦痛は、更生可能性には直接関係がないと考えられているのである。従って、本観点を採用することは困難であり、特別予防論から違法捜査を量刑事情とする論拠を確立することは困難であると言える。なぜならば、贖罪・改悛、あるいは、規範意識の確認・強化などの観点は、違法捜査が量刑に影響を与える論拠が、行為者の主観に依頼するという共通の問題が生じるからである。違法捜査があることによって刑を軽くする場合、仮にその論拠が行為者の主観または感覚に依頼すれば、刑の軽減の有無や当否は確証できない行為者の主観によって左右されることになる。それでは、量刑の安定性という点から見れば、特別予防論からの解釈は、安定性を欠くものではないかと考えられる。したがって、量刑の安定を追求するためには、特別予防論からの解釈は必ずしも適切ではないと考えられる。

第4節 刑罰における回顧的な観点からの解釈の可能性と問題

前記の通り、積極的一般予防論と特別予防論については、いずれも刑罰論の観点として、国家の違法捜査が刑罰に影響を及ぼす論拠を導くのは適切ではないと考えられる。刑罰論のレベルで、いわゆる「結果主義」の展望的観点から、違法捜査が量刑に影響する論拠を持ち出すのは困難であると言わざるをえない。そこで本論文は、展望的な観点を通じた解決方法を放棄し、回顧的な観点から違法捜査が量刑に影響する論拠を持ち出すことを試みる。つまり、将来のある目的（規範意識の確認・強化、犯罪行為者の再社会化など）のため、国家が違法捜査を行った場合に刑を軽くすることがその目的に資するという「目的論」的考え方に拠らず、回顧的観点を採用し、刑罰を通じて過去の犯罪を取り扱うことに着目して、違法捜査がその過程における刑罰目的に影響するかどうか、さらに、刑罰の正当性を損なうかどうかについて検討する。これに関して、刑罰理論には、回顧的観点あるいは「応報主義」の観点到属されるものといえば、応報刑論と事後的犯罪処理機能論が挙げられる。そのため、刑罰における回顧的側面を重視し、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を考察する際、必ずこの二つの目的を検討しなければならない。

1. 回顧的観点からの解釈と根本的な問題点
- (1) 規範的な応報刑論からの分析とその問題点

²⁴¹ 原田・前掲註(10) 167頁。

本節では、応報刑論から本論文のテーマを解釈する余地があるか否かを分析する。注意すべき点は、応報刑論が刑罰の本質を犯罪に対する応報とする²⁴²からといって、ここで言われる「応報」は一義的ではなく、様々な観点と理論を含むものであるということである。例えば、ドイツでは、伝統的絶対的応報刑論と相対的応報刑論以外に、応報刑論のルネサンスと呼ばれる状況²⁴³で、「規範的な応報刑論」が提唱されている。しかし、そこで指されている「応報」とはどのような意味であろうかが明らかになっておらず、その内容を確認しなければならない。それに、英米法圏で「応報」と言えば、タリオ法則 (*lex talionis*)、フェアプレイ理論、応報感情などの様々な理解が見られる²⁴⁴。また、日本では、いわゆる相対的応報刑論が通説であるとはいえ、応報は、刑罰（の量）を制限づけるのか、それとも、刑罰を根拠づけるものであるか、異なる見解が見られる。つまり応報刑論から分析する場合には、いかなる応報的観点で、議論を展開するかがまずは問題となっている。

本論文の紙幅は限られているので、すべての観点を説明し、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を持ち出しうるのかを検討することは不可能と言わざるをえない。したがって、以下の部分では、まず、近年ドイツで主張され、自由の条件を保障し、法秩序の果たす機能を重視する「規範的な応報刑論」を紹介し、この見解を通じて違法捜査の量刑上の考慮の論拠を持ち出す困難の根本的な原因を指摘する。そして、応報刑論に分類される英米法圏のフェアプレイ理論 (*Fair Play*) を紹介し、この観点から解釈の展開を試みて、この解釈の問題点も指摘する。

まず、応報刑論に関して、ドイツの規範的な応報刑論を考察する。規範的な応報刑論は、矯正と再社会化を追求する刑罰の予防目的に対する反省から、抽象的正義の実現ではなく、個人の自律性や自由の保障の達成を刑罰の目的として、現実的法秩序の妥当性を強調する²⁴⁵。すなわち、規範的な応報刑論と呼ばれる諸見解には互いに相違点があるとしても、人々が自由意志を有し自律的な判断ができる主体と理解されていることを踏まえ、刑罰はその自由意志と内在的な結びつきを持ち、人々の相互の承認関係によってなされる法秩序ないし自由の条件を保障するものである、という点は共通している²⁴⁶。この刑罰論の哲学的基礎は、カントとヘーゲルの

²⁴² 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂、2016年）496頁。

²⁴³ Bernd Schünemann, Aporien der Strafrechtstheorie in Philosophie und Literatur, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S.327.

²⁴⁴ John Cottingham, "Varieties of Retribution", *The Philosophical Quarterly*, 1979, 29, pp.238-46.

²⁴⁵ 飯島暢「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」香川法学 26 卷 3・4 号（2007年）332-335頁。

²⁴⁶ 日本では、この理論の紹介について、前注脚の飯島論文以外のものがある（中村・前掲註(221) 189-196頁）。

思想に立脚している。ヘーゲルによると、犯罪者を理性的な主体と認めることを前提に、刑罰は「自由の定在への攻撃ないし法の侵害」と理解される犯罪を無効化し、規範の妥当性を維持するということである。カントによれば、理性的人々の存在を前提として、刑罰は、犯罪によって侵害が加えられる人々がお互いに自由で平等な存在であることを承認するという相互関係によって形成されている法秩序を回復しようとするものである。

本段落では、解釈の前提とされる前記の紹介を踏まえ、規範的な応報刑論におけるヴォルフ学派を紹介する²⁴⁷。まず、規範的な応報刑論は、事實的、經驗的な根拠を出発点とするものではなく、人間の自律性・自由という形而上学的基礎によって根拠づけられるものである。すなわち、人々は社会において自己の自由を享受するために、他者との間で相互的に相手を自由な人格として認め合い、対等に互いの自由な領域と権利を尊重する「相互承認関係」を築くことになる。そして、この承認関係は、国家法秩序において普遍的な効力を保障される。この意味で、犯罪とは、法秩序の構成者の一人として自由な人格を有している犯罪者が、他人の自由領域の侵害を通じて相互承認関係を破壊すると同時に、その承認関係を保障する法秩序に対し重大な侵害を引き起こすことを意味する。そして、刑罰は、犯罪によって侵害された相互承認関係を保障している法秩序の効力を回復し、相互承認関係の存続を維持するために犯罪者に加えられるものである。しかも、刑罰によって回されるものには、現実の実定法秩序それ自体のみならず、被害者を含む各人に認められる自由の保障も含まれることになる。要するに、規範的な応報刑論は、規範の効力を回復し、各人に承認されている自由の領域を再び保障するのである²⁴⁸。

ヴォルフ学派の規範的な応報刑論から見れば、違法捜査を量刑事情とする論拠を導出することは明らかに困難ではないかと考える。なぜなら、根本的な問題として、被処罰者側の犯罪行為に着目する視点から違法捜査の量刑上の考慮の論拠を提示するのは困難だからである。規範的な応報刑論は、刑罰によって犯罪前の法秩序、破壊されなかった規範の状態の回復を目的とするものの、この理論を通じて、

²⁴⁷ 飯島論文によると、ドイツの規範的な応報刑論には、ヴォルフ学派とヤコブス学派が分類されている（飯島・前掲註(245) 101-108頁）。ただし、ヤコブス学派、とりわけヤコブスの見解は、コミュニケーション論に帰属される刑罰理論と主張しているものもある（松生健「刑罰と峻厳な取扱い」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、2014年）19頁以下）。また、コミュニケーション論も、本論文では重視され、後に紹介されるものである。そこで、本段落では先にヴォルフ学派を紹介し、後の段落でヤコブスの見解を説明し、他のコミュニケーション論に属する刑罰理論と比較する。

²⁴⁸ 飯島・前掲註(245) 101-103頁；中村・前掲註(221) 191頁。

結局、国家により生じた規範違反と法秩序の侵害が、どのように犯罪者に加える刑罰によって回復されるのか、あるいは、なぜこうした侵害が犯罪者に対する刑罰に影響するのかなどの問題を解決することができない。結論として、応報刑論からの解釈の根本的な困難となっているのは、現在見られる応報刑論の観点は依然として被処罰側である犯罪者と彼が行った犯罪行為を重視し、刑罰における国家（あるいは社会）と私人との関係を考察しにくい、ということである。

「刑罰は犯罪に対する非難として加えられるという意味で応報である²⁴⁹」のような、応報刑論からの非難を性格づける立場の上で、応報刑論を通じて違法捜査の量刑上の考慮の論拠を持ち出すことは困難でないかと考えられる。前記の論理によると、「刑罰は、犯罪の実行を前提とし、それに対する反作用として科される法的制裁という意味で応報である、また、行為者に対し法の側からする非難として加えられる不利益な制裁であるという意味で応報である」²⁵⁰という主張から見れば、応報刑論から非難を性格づける場合、非難の量に対する考慮に入れるのは犯罪しかないため、国家の誤りは考慮に入らず、非難の量に影響を及ぼす余地はなくなることになる。したがって、犯罪行為と犯罪者の側を重視する「応報刑論」から、国家の誤りとしての違法捜査の量刑に影響する論拠を示すのは不可能と言わざるをえない。

(2) 事後的犯罪処理機能論と回顧的観点における根本的な問題の解明

前記の通り、応報的観点から違法捜査の量刑に影響する論拠を検討するにあたって問題となっているのは、犯罪行為とそれに応じる刑罰量のみ注目し、刑罰における国家と犯罪者との関係、及びこの関係の刑罰に与える影響を十分に分析していない、ということである。この問題は、応報の観点にとどまらず、回顧的観点の刑罰理論においても存在している一般的な問題である。現在、日本では応報刑論以外に回顧的観点に属する観点に、吉岡一男が主張する「事後的犯罪処理機能論」が存在している。

吉岡説によると、刑法により行為の統制、法益保護・将来の犯罪の予防を図るといった考え方は、一方では刑法の無限拡大と、他方では個別的具体的な予防の放棄

²⁴⁹ 団藤・前掲註(139) 469頁。ただし、この定義には、応報の中身が尽きるものではないとされる。すなわち、応報は犯罪に対する非難であるからといって、非難とは何であろうかが、依然として明らかではないことになる。換言すれば、刑罰における非難について、その定義、内容、および犯罪との関係を解明させる限り、非難としての応報の意味を明らかにする余地がある。ところで、非難には、特定の目的（例えば、犯罪予防に資する）を含めるので、それを目的刑論の考え方に分類される見解も見られる（高橋・前掲註(94) 166頁）。

²⁵⁰ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）8頁以下。

といった自家撞着に陥る²⁵¹ため、このような人を威嚇・抑止の道具に使ったり、威嚇で人の行動を左右しようとしたりする目的刑主義を否定した²⁵²。それに対し、吉岡説は刑罰について、現実には生じた過去の犯罪行為をめぐる動揺・紛争を処理するという「事後的犯罪処理機能」を採用すべきであると主張した。また、「不合理な絶対主義による刑罰の正当化や無目的な応報刑の貫徹を意味するわけではない...この点で、刑罰の本質たる応報を政策や刑罰目的と両立させる発想に見るべきものがある。合理的な制度目的は認めたくえでシステムの自律性を言ったり、応報的正義の実現そのものを合理的な制度目的につくり変えていくことができよう」²⁵³とするように、この理論は、予防目的を否定するものの、絶対主義の刑罰ないし無目的な応報刑を採用するものではなく、刑罰の本質たる応報を刑罰目的と両立させるものである。つまり、本理論は、展望的観点ではなく、回顧的観点に立脚している刑罰理論と言える。

そして、吉岡説は犯罪現象を「犯罪とされる行為や人（犯罪実体）」と「行為者や人を犯罪とし種々の反作用を加えるなどの対応を行うこと（犯罪対応）」との間の相互作用プロセスを通じて形成されている多元的二重構造として捉える²⁵⁴。犯罪対応は種々のレベルを含むが、有害な行為に対する判断・評価カテゴリーとして犯罪という概念が生み出されるところから始まる。言い換えれば、「有害な行為」としての犯罪の実体が、犯罪対応によって定義されたものであるとされる²⁵⁵。吉岡説は、こうした有害な行為に対して、犯罪対応としての刑罰は、その機能を過去に生じた犯罪を処理する、ということに求める。「刑罰目的とは、犯罪行為者に不利益を課すことにより、犯罪によって惹起された社会的動揺をしずめ、一定範囲の人々が共同生活をするのに必要な情緒的安定を再び獲得する」ことである²⁵⁶。また、微罪処分・起訴猶予処分といった刑罰を賦課しないで済ませる手続も犯罪処理に帰属することができる点で、刑罰の賦課は最終的な拠り所としての処分手法であると言える²⁵⁷。

確かに、刑罰が過去の紛争を処理するものとされるならば、犯罪と同様に過去の紛争としての違法捜査は刑罰の考慮に入れる余地があると言って良い。しかし、本

²⁵¹ 吉岡一男『刑事学』（青林書院、1996年）162頁。

²⁵² 吉岡一男「応報刑と謙抑主義」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集（第2巻）』（有斐閣、1999年）511頁。

²⁵³ 吉岡・前掲註(252) 512頁。

²⁵⁴ 吉岡一男『刑事制度論の展開』（成文堂、1997年）262-263頁。

²⁵⁵ 吉岡・前掲註(251) 24頁。

²⁵⁶ 吉岡・前掲註(210) 112頁。

²⁵⁷ 吉岡・前掲註(210) 207頁。

理論には前記の応報刑論と同じような困難があるため、本理論から違法捜査の量刑に影響する論拠を持ち出すのは無理ではないか。すなわち、本理論は、有害な行為としての犯罪に焦点をあて、犯罪により生じる社会的動揺が処理されるため、犯罪それ自体と関係ない違法捜査は考慮に入る余地がない。また、本理論における犯罪実体は犯罪対応を通じて定義されるにもかかわらず、「有害な行為」という性質から見れば、違法捜査がその定義の過程によって犯罪の実体に含まれるとするのは困難であると言わざるをえない。さらに、たとえ違法捜査は事後的に処理すべき対象となっても、犯罪実体と関連しないものとされ、なぜ刑罰の軽減が処理の方法として選択されるのかという解釈しにくい疑問が残ると言わなければならない。したがって、本理論を通じて違法捜査の量刑に影響する論拠を導き出すのは不可能ではないかと考えられる。

2. フェアプレイ理論からの解釈とその問題点

(1) フェアプレイ理論の概説

最後に、本段落では英米における応報に関する解釈を通じて、違法捜査を量刑事情とする論拠を探求する。ただし、「応報」という概念の内容については、様々な理論が存在しているため、本論文で個々の理論を紹介し、それを通じて違法捜査の量刑上の考慮の論拠を分析することは困難である。そこで、本段落では、個々の理論の分析を通じて、応報から見ても違法捜査が刑罰に影響する余地があり得る「フェアプレイ理論」という観点を紹介し、そこからの解釈の可能性と問題点を考察する。なぜ他の観点が排除されるかといえ、違法捜査の量刑上の考慮の合理的な論拠を見出すために、犯罪者の主観に左右されうる観点ならびに犯罪者側のみに重点を置く観点を免れないからである。前者については、例えば、相応の報いの直感理論 (Intuitions of desert) と満足理論 (Satisfaction theory) は、犯罪者または被害者の主観的感情に基づいて発展されるものであって、このような理論からの解釈には不明確な主観的要素に左右される困難が生じると言わなければならない。採用してはならないことになる。後者について、例えば、ミニマリズム・消極的応報理論 (Minimalism) は、「犯罪を行った者でなければ処罰されない」及び「処罰の犯罪との釣り合い (均衡)」ということを重視するので、規範的な応報刑論と同様の問題に直面することは言うまでもなく、そこから国家側の誤りを分析することは困難ではないかと考える²⁵⁸。

²⁵⁸ ここで言及された諸応報理論の分類と名称は、以下の論文を参照したものである：Nigel Walker, “Even More Varieties of Retribution”, *Philosophy*, 1999, 74, pp.595-605；Cottingham, *supra* note 244, at 238-246；高橋・前掲註(94) 153-166頁。

フェアプレイ理論の思想の根拠は、「人々はある目的のため組み合わせ、規範により自らの自由を制限するにあたって、制限を甘受する人々は、彼らが制限されていることによって恵まれる人々も制限を被ることを求める権限を有している」²⁵⁹とされたハートの市民の政治的義務に関する思想に見出される。この理論は、回顧的観点から刑罰が正当化される理由を示す際、復讐ではなく、「公正 (fairness)」に関する一般的な原理の中に応報概念を基礎づけるものである。すなわち、「共同実践に参加し、その実践からもたらされる利益を受け入れる者は皆、その実践に伴って生じる負担 (burden) を共有しなければならない義務を負う」²⁶⁰というフェアプレイの原理によって根拠づけられる。この理論によると、混乱した世界を避けるために、社会の秩序を可能にする規範やルールによって、他人もその規範を遵守して、社会の構成員として自分たちの利益が侵害されないという利益を享受している枠が定められる。また、このような枠内で生活している者は皆、自分自身が法を遵守して、「自制 (self-restraint)」すなわち他人の権利を侵害し、規範違反を通じ自分の利益を追求することを抑制するという負担を負うべきである。換言すれば、他人が法を遵守していることによってもたらされる利益を享受している者は皆、自分自身もその法に従う道徳的な責務を負うことを要求される。

その意味で、犯罪者は、他人が自制して法を遵守していることに由来する利益を享受しているものの、自分自身は遵法の責務を拒否し負担を負わず、社会の構成員の協同により生み出される利益を享受しながら、その利益を生み出すための他人の遵法行為にただ乗り (free rider) しているのである。そこで、このような利益を享受しながら責務を拒否することによって均衡が失われってしまう「不公正」な状態を扱うために、刑罰の行使を通じ責務と利益のバランスを回復することが必要である。刑罰とは、犯罪者がただ乗りによって獲得した「不公正な利益 (unfair advantage)」を剥奪し、社会における利益と責務の公正なバランスを回復させる追加的な責務を意味する。また、こうした刑罰によって科される追加的な責務は、法遵守を拒否することによって得られる不公正な利益 (犯罪) と釣り合うものである²⁶¹。

(2) フェアプレイ理論からの解釈の問題点

フェアプレイ理論によると、刑罰は、犯罪者が犯罪により獲得した不公正な利益を剥奪するものである。刑罰の程度は、こうした不公正な利益と相応しいことにな

²⁵⁹ H.L.A Hart, "Are There Any Natural Rights?", *Philosophical Review*, 1955, 64, p.175.

²⁶⁰ Richard Dagger, "Playing Fair with Punishment", *Ethics*, 1993, 103, p.475.

²⁶¹ Herbert Morris, "Persons and Punishment", *The Monist*, 1968, 52, pp.477-478.

る。その意味で、仮に犯罪者が法を遵守していない場合に得られた利益が低減する場合、減少した利益に応じて、刑罰の程度を軽くなるという理解があり得る。すなわち、犯罪者の犯罪によって得た利益が違法捜査による生じる不利益で相殺される場合、不利益を剥奪される刑罰の程度は、相殺されて残る利益に応じて軽減される余地があると言えよう。もっとも、このような論理の成立には、犯罪者が得たとされる「不公正な利益」とは何なのか、という問題を避けては通れない。なぜなら、遵法的な市民は享受していない「自制を免れる自由」という利益は極めて抽象的・観念的な概念であり、それに相応しい責務の内容を具体化することは困難であるという批判も見られるからである²⁶²。そのため、この利益の内容を確認しなければ、その利益が違法捜査からもたらす不利益で相殺されるか否か、はっきり言い切ることができないことになる。

この問題に関して、二つの考え方がある。第一に、犯罪者が獲得した利益は、社会の構成員が遵守している現存の法体系を遵守する負担を拒否する、という理解である²⁶³。しかし、この考え方の下では、犯罪者が得た利益は、犯罪と状況のいかなるかを問わず、基本的に同一のものであると解されるので、各種犯罪間の重大性の違いによって量刑に差を設けたり、同種の犯罪においても犯情や被害の程度などによって量刑に差を設けたりすることができないことになるはずである²⁶⁴。さらに、本見解を提出した論者自身も、この考え方を通じて量刑の段階、とりわけ犯行均衡については解釈できないと言わざるをえないと認めている²⁶⁵。そのため、この観点を量刑論に適用することには克服し得ない困難がある以上、本観点から解釈を発展させることは適切ではないと考える。第二に、犯罪者が得た「自制を免れる自由」という利益は、法を遵守している人に比べて、犯罪者がその行動にあたってより多くの選択肢を有している、ということである²⁶⁶。この理論によると、重大な犯罪においては、より多くの法益侵害に応じて、規範の拘束力が強くなる以上、犯罪者は自制を免れる自由も多くなっているはずである。したがって、重大な犯罪における負担と責務のバランスのため、刑罰の重さが相応に高まることになる²⁶⁷。私見によれば、この考え方は犯行均衡という原理に合致し、量刑論にも適用されるものである。

²⁶² 高橋・前掲註(94) 162 頁。

²⁶³ Dagger, *supra* note 260, at 481.

²⁶⁴ 高橋・前掲註(94) 163 頁。

²⁶⁵ Dagger, *supra* note 260, at 481.

²⁶⁶ Wojciech Sadurski, "Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality", *Law and Philosophy*, 1989, 7, p.357.

²⁶⁷ *Id.*, at 47,56.

それにもかかわらず、この観点には、二つの問題点がある。一つは、犯罪者が犯罪を通じてより多くの行動の可能性を取得することが、まさしく利益とされうるのかという疑問である。もう一つは、本論理が成立しても、犯罪者の獲得した利益は、必ずしも違法捜査により生じる侵害で相殺されてしまうわけではないという点である。すなわち、違法捜査は、犯罪者の権利・利益を侵害するにもかかわらず、必ずしも犯罪者の行動の選択肢を制限するわけではない。仮に違法捜査により侵害された犯罪者の利益の性質が、犯罪者が犯罪により獲得した利益の性質と異なるものであるとすれば、両者間の相殺は存在しないであろう。また、違法捜査が量刑に影響を与えることもないと言わなければならない。したがって、上記の分析を踏まえ、フェアプレイ理論を通じて違法捜査が量刑に影響する論拠を構築しようとするのは不可能であろうと考える²⁶⁸。

第5節 小括：核心的問題の克服の試み及びコミュニケーションの刑罰理論

本章では、違法捜査が生じる場合、各刑罰の観点からその場合の国家と私人との関係を解明しつつ、違法捜査の刑罰に影響する論拠を十分に提出できるのかという問題に対して、前記の通り、様々な刑罰理論に基づいて解釈することを試みてきた。にもかかわらず、観点ごとに克服できない困難があるため、採用する余地のある理論を持ち出すことができていない。犯罪行為者の再社会化や公衆の規範意識の維持・強化のような将来の目的のため、違法捜査が量刑に影響することを肯定するものは、あいまいな概念を用いており、違法捜査がまさしく目的の達成に影響を与えるか否かが判断できず、展望的観点は有力な論拠を見出せず適切ではないと言わざるをえない。他方、回顧的観点を用いる場合、応報的観点であれ、犯罪事後処理機能の観点であれ、刑罰における被処罰者である犯罪行為者とその犯罪行為のみを重視するものであって、処罰者である国家側の誤りが刑罰に及ぼす影響、および、国家と私人との関係を看過する問題が生じると考えられる。したがって、前記の核心的問題を解明するためには、犯罪と犯罪者のみならず、国家と犯罪者との相互関

²⁶⁸ この理論には、根本的な問題が存在するので、これから解釈を展開するのは妥当ではないはずである。本理論は、すべての犯罪行為を、抽象的・形式的な形で、説明しようとするのである。それゆえに、本理論は、なぜ犯罪行為とされるか、あるいは、なぜ重大な犯罪は不正だとされるかについて、複雑な道徳的判断は含まれないとする。したがって、本理論は、犯罪がなぜ不正なものとなるのかということに関して、非常に歪んだ理解をすることになると思われる。例えば、本理論の理解によると、レイプが犯罪となるのは、皆が法を遵守しレイプを自制する負担を拒否する、レイプに対する自制を免れるためである。しかし、この理解は受容しにくいはずである。レイプが不正となるのは、それが他人の人格的な利益と完全性を攻撃し、刑法によりそれが不正なものとなるからであり、法を遵守する者を不公正に利用するからではない (Duff, *supra* note 159, at 22.; 高橋・前掲註(94) 163頁)。

係を描き出すことができる、かつ、刑罰の回顧的側面を重視する刑罰理論が必要ではないかと考える。

それに関して、英米法圏とドイツで、応報刑論または回顧的観点に属し、刑罰の正当化根拠を犯罪に対する非難の伝達に求めるコミュニケーション理論が、可能な解決策となり得る。なぜなら、「コミュニケーション」という観点は、刑罰において、犯罪者だけではなく、処罰者（国家）と犯罪者との関係性を描き出し、両者の相互関係も考慮に入れるからである。そのため、次章では、コミュニケーションの観点から、違法捜査が量刑に影響する論拠を検討する。

第4章 刑罰論の観点から違法捜査の量刑上の考慮の根拠の考

察(2)：コミュニケーションの観点からの試み

本章では、主としてコミュニケーションの観点から、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を分析する。まず、第1節では、刑罰目的をコミュニケーションとすることの理由を説明し、コミュニケーションを刑罰理論に属させる見解を紹介する。その上、規範指向の理論に含まれる問題点を指摘し、人間指向の理論を採用する立場を示す。続いて、第2節から第4節まで、序章に述べた本論文の基軸とされる二つの問題に応じて発展させる。すなわち、第2節では、コミュニケーションの観点から、刑罰における国家と私人の関係を考察し、第3節と第4節では、コミュニケーションの観点から、刑罰と刑事手続との関係に基づいて、違法捜査がいかんして刑罰の正当性に影響した上で、さらに刑罰の重さに影響を及ぼすのかを検討する。

第1節 概説：刑罰における非難の表現とコミュニケーション

前章では、様々な刑罰論の観点から、国家側に手続的瑕疵、とりわけ、違法捜査が生じるにあたり、刑罰に影響を及ぼす余地があるかどうかを検討し、各観点からの解釈に含まれる問題点を指摘した。続いて、本章では、前章末に言ったとおり、言及された各観点に生じる問題点を回避するために、刑罰の正当化根拠を犯罪に対する非難の伝達に求めるコミュニケーション理論から、刑罰・非難の意味を解釈し、刑罰における処罰者（国家）と被処罰者（被告人）との関係を明らかにする。そして、捜査手続と刑罰との関連を解明した上で、コミュニケーション理論の観点を通じて、違法捜査が刑罰の正当性に影響を与える論拠を明らかにする。最終的に、第5章では、この刑罰論の観点から導く結論を踏まえ、量刑論のレベルで、違法捜査を量刑事情として、量刑に影響する論拠をいかなる量刑基準に反映させられるか、という問題を検討する。すなわち、最後の課題となるのは、刑罰論の観点から解明された違法捜査の量刑上の考慮の論拠を、どのようにして量刑の枠に位置づけるか、ということである。

1. 刑罰のコミュニケーションの機能を中心にする理由

議論を始める前に、予め説明すべきことは、なぜ刑罰のコミュニケーション機能を基礎として、違法捜査を量刑事情とする正当化根拠を分析するのか、ということ

である。まず、第3章で言ったように、刑罰には非難という要素が含まれるが、仮に犯罪者と犯罪行為に対する非難のみに着目すれば、おそらく、犯罪そのものに関係ない国家の違法捜査が非難に影響するということを解明することはできなくなろう。例えば、応報刑論と犯罪事後処理機能論は、刑罰において、被処罰者である犯罪者と犯罪行為を焦点とし、処罰者である国家の役割を特に検討することがなく、違法捜査が刑罰・非難に影響することを根拠づけることはできない。そのため、第3章に検討したように、犯罪行為に対する非難が軽減しないならば、重視する対象となるのは、国家が問うことのできる非難量である。言い換えれば、違法捜査によって刑を軽くすることの正当化根拠を説明するために、犯罪行為そのものとは関連させずに、国家の側を考慮に取り込んで、刑罰における国家と私人との関係、あるいは、国家が私人に与えられる影響を重視する論理は必要ではないかと考えられる。

次に、第3章では、積極的一般予防論と特別予防論などの観点から、違法捜査が公衆の規範意識への信頼または犯罪者の規範意識に与える悪影響に応じて、刑罰を軽減させるという論理を分析した。しかし、根本的な問題として、「規範意識」というあいまいな概念を用いることには、いかなる規範意識が違法捜査によって動揺されると判断するのかという困難が生じる。言い換えれば、このような判断基準が欠如する概念を用いる結果、影響があるか否かの結論は、実際に公衆や犯罪者の（探知しがたい）主観に左右されることになり、違法捜査が生じることが、必ずしも量刑に影響するわけではないように考えられる。したがって、これらの観点から違法捜査が量刑を軽減させることを根拠づけるのは妥当ではないと言わなければならない。なお、同様の問題は第2章で言及した「公平・正義」という小倉説の論理にも当てはまると言える。つまり、小倉説が刑を軽くする論理は、国家側の手続的瑕疵によって生じる、違法捜査を被った犯罪者の不公平感を通じて根拠づけられるものである。それは、国家と犯罪者との関係を重視するとはいえ、主観に左右される要素から論理を導くという欠陥があつて、違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるのは適切ではない。要するに、国家と私人との関係を踏まえて導き出される論理は、主観に左右されるものを回避すべきであつて、本論文の選択肢からは排除されることになる。

最後に、第1章の整理によれば、国家の側に着目し、国家が非難できる量が制限されることを違法捜査の量刑上の考慮の根拠とする見解には、「国家処罰適格の減

少」という観点を持ち出すものがある²⁶⁹。刑罰における処罰者である国家に着目し、違法捜査を行って不正行為を行った国家の処罰適格を減少させて、刑罰の軽減を根拠づけるという論理は、直感的には有力なものであるといえる。もっとも、この見解には、再検討すべき問題が残る。まず、私法のクリーンハンズ原則の趣旨から²⁷⁰、直接にこの見解が導かれることに疑問が生じる。特に、国家が違法捜査を行うにあたり信義則などに違反するからといって、なぜ国家の処罰適格が減少するか、あるいは、国家の刑罰請求権の喪失という効果を導くのかについて、論証が乏しいと言える。また、罪刑法定主義、人権保障や社会契約論などの観点から、国家が適法に処罰を行わなければならないという義務が求められるとしても、なぜ国家に違法がある場合に、その帰結として、犯罪者に対する非難に影響が及ぶのかについて、詳しい理由が必要ではないかと考える。つまり、この見解は、国家が非難できる量を制限する論理に言及したにもかかわらず、国家の処罰適格とは何か、あるいは、違法捜査がいかにかその適格を減少させるのかなどの疑問を拭えていないのである。

以上の検討を踏まえ、目標となるのは、犯罪者本人の主観に左右されることなく、国家が非難できる量（国家が問える非難の程度）を制限する論理を提示する、ということである。ここでは、制限される対象とされる「非難」という概念について、この概念の本質から、刑罰における国家の役割、及び、それと私人との関係を明らかにすることを試みる。前章に言った通り、刑罰に非難という要素が含まれる以上、刑罰は、国家がそれを通じて犯行に対し非難を加える過程とされるものである。つまり、刑罰はマイナスな評価を犯罪者に伝達するものであるとされる²⁷¹。この前提の下で、国家が問える非難の量に制限を加えることの根拠を解明しようとするならば、可能な考え方の一つは、違法捜査は国家が非難を加える正当性を減弱させるというものである。すなわち、違法捜査が非難を犯罪者に加えるという過程に悪影響を与える結果、原来国家が有している非難の正当性が減弱させられて、そのような刑罰の正当性の減弱に応じ刑罰の軽減という効果を導くという考え方である。要するに、違法捜査によって、「国家の処罰適性」²⁷²が減弱させられ、国家が問

²⁶⁹ 鈴木・前掲註(12) 314-317、383-385 頁。

²⁷⁰ 鈴木・前掲註(40) 233-236 頁。

²⁷¹ 小池・前掲註(31) 45 頁。

²⁷² この考え方は、鈴木茂嗣の見解に似ているが、実際に異なるものであるといえる。鈴木説は、「国家の処罰適格」の欠如という論理から、刑の免除・軽減の結論を導き出す。その「処罰適格」は、有無の概念とされる「資格」であるように思われる。しかし、このような概念の取り扱いを通じては、刑罰の有無という二分の結論を得られるが、果たして刑の軽減のような刑罰の軽重の調整は可能かという疑念を拭えない。すなわち、「適格の有無」という概念の操作を通じて、処罰の資格があつて刑罰を加えることができ、処罰の資格なく刑罰を実行できないという結論を得られるが、いかなる状況

える非難の量が制限され、刑罰軽減という結果を導くのである。もっとも、違法捜査がどのようにして刑罰を通じて非難を伝達するという過程に対し影響をおよぼすのか、あるいは、どのようにしてそのような影響を通じて刑罰を減少させるのかを考察する前に、前提となる問題が残る。この前提問題となっているのは、非難を伝達することとされる刑罰という概念は、どのような性格・機能を有しているのか、ということである。つまり、どのようにして、非難の伝達としての刑罰を理解すべきであるのかという問題は、先立ってやらなければならないものである。言い換えれば、国家が刑罰を通じて非難の評価を犯罪者に伝達するにあたって、どのようにして国家と犯罪者との関係を理解することは、重要な問題である。というのも、あらかじめこの問題を明らかにすれば、違法捜査がどのように非難の伝達の過程に影響を及ぼして刑罰を軽くするということが解明することができるからである。

まず、「表現 (expression)」という機能から刑罰・非難の意味を解釈する見解を説明する。フェインバーグは、刑罰が象徴的意義 (symbolic significance) を有しており、非難を表現するものであると理解する。彼は、刑罰が、他の制裁に比べて、犯罪に対してより高い道徳的非難を表現するという「刑罰の表現機能」を有すると主張した²⁷³。すなわち、フェインバーグによると、刑罰とは「犯罪者に対し、憤りや憤慨の態度、及び、不承認や非難の判断を表現するための因習的な装置」を意味する²⁷⁴。この意味で「表現」の関係は、表現する人のみが要求されるという一方的・片面的なものである。「表現」という関係において、国家は表現する者として一方的に非難を犯罪者に伝達する。その関係では、表現を受け取る者である犯罪者は、単に受身の客体または受領者とされ、それがいかなる非難に応じるかは重視されていない。それは、相互 (reciprocal) と理性 (rational) 的交流を含む「コミュニケーション」と異なり、表現する者が表現を受け取る者にいかなる効果をもたらすか、「受領者」の理解によって媒介されることは必要ではないことになる²⁷⁵。なお、同様に刑罰の象徴的意義に注目しながら、「表現」とは異なって、刑罰・非難に含まれる「コミュニケーション」の機能を重視する見解がある。コミュニケーションは、相互的・理性的交流を含めて、伝達する者と伝達を引き受ける者との「相互関係」を

で刑罰を加えられるがその程度を軽くするという結論を導くかが明らかではない。そのため、本論文では、「処罰の適格」という用語を使用しない。それに対して、国家が問える非難の程度が制限されることは、国家の非難に適している性質や能力が弱化されることに起因する。また、その弱化の程度に応じて、量刑の段階で刑の軽重を調整する。この意味では、むしろ、国家が非難をするに適している能力を「国家の処罰適性」と呼ぶことが、非難が欠如しないで減弱されるだけであるという実態を捉え、妥当ではないかと考える。

²⁷³ Feinberg, *supra* note 152, at 105-110.

²⁷⁴ *Id.*, at 98.

²⁷⁵ Duff, *supra* note 159, at 79.

重視するものである。そのため、コミュニケーションの関係では、人々がプロセスに取り込まれ、積極的参加者としてコミュニケーションを受信して応答するものである。また、コミュニケーションにおける応答は、他人が伝達した内容に対する合理的理解によって媒介されることになる。かくして、「表現」において、表現を受け取る者が単に受動的客體とされるのに対し、コミュニケーションにおける伝達される者は理性的主体（rational agent）とされるのである²⁷⁶。

前記の二つの観点は、刑罰における非難を犯罪者に伝達するという機能を重視している点で共通している。そうすると、いずれの観点も「刑罰において、国家と犯罪者との相互関係、およびその関係における国家の役割」という本論文が検討しようとする問題に対して、適切な出発点ではないかと言えよう。にもかかわらず、刑罰における国家と私人の関係から見れば、表現の機能とコミュニケーションの機能との間には、著しい相違が存在している。表現の機能における国家と私人との関係では、私人は受動的客體として国家からの非難を受け取る者であるのに対し、コミュニケーションの機能におけるその関係は、私人を相互的かつ理性的交流を有する主体とするものである。言い換えれば、コミュニケーションという関係は、非難された当事者は、対話の相手の権力によって相互関係における道徳的地位が変化させられず、平等、相互関係にある地位に立ち、非難に応答する能力を有するものである²⁷⁷。確かに、表現の機能では、非難を受け取る犯罪者は真に純粋な客體となるのかについては疑問が残る。しかし、本論文は、刑罰において、被処罰者である犯罪者は受け入れた非難の意味を理解したり応答したりとする理性的主体とされるという立場の下で、コミュニケーションの機能が、表現の機能に比べて、国家と私人との相互関係を重視することで、犯罪者の主体的地位を尊重・維持する立場にもっと高い親和性を有すると考える。そこで、本章では、刑罰のコミュニケーションの機能という観点から、違法捜査がいかに国家の非難の量に影響するかを分析し、違法捜査を量刑事情とすることの正当化根拠の解釈を試みる。

2. 刑罰のコミュニケーション理論に存在する分岐と本論文の立場

本段落では、コミュニケーションの視点に立脚する「表現の刑罰理論（Expressive Theorien）」から、刑罰における国家と私人との関係、及び、国家側の違法行為が実体的刑罰に影響を与えることの論拠を検討する。なぜこの理論から検討を始めるのかと言えば、この理論はコミュニケーションの観点を中心とするだけでなく、第

²⁷⁶ *Id.*, at 79-80.

²⁷⁷ Kimberley Brownlee, “The Offender’s Part in the Dialogue”, in *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 2011, Oxford University Press, p.62.

3章の検討に現れるように、展望的観点を放棄し回顧的観点を採用する立場に合致するためである。この理論は、予防論と類似して、刑罰を科すことが合理的な人間の利益をもととした目的にかなうと仮定するものである。とはいえ、それは、将来の犯罪率に影響を及ぼすことではなく、むしろ、過去の行動の適切な取り扱いに関連する利益に関するものである²⁷⁸。その意味で、本観点にはさまざまな理論があるとしても、展望的な観点ではなく、回顧的観点を採用しているという共通点があつて、本論文が採用する立場に相応しいと考えられる²⁷⁹。

先立って説明すべき点は、本理論は、刑事裁判（*Strafurteilen*）の意義はコミュニケーションの行為（*Akt der Kommunikation*）である点を強調している²⁸⁰点は共通であるものの、実は表現の刑罰理論と呼ばれるものは一義的ではなく、その中には相異なる視点に立脚するさまざまな見解が含まれるということである。いわゆる表現の刑罰理論は、大別して、人間指向の表現の刑罰理論（*Personenorientierte expressive Strafrechtstheorien*）と規範指向の表現の刑罰理論（*Normorientierte expressive Strafrechtstheorien*）に分けられる。人間指向の表現とは、明確な犯罪、加害者または被害者が特定の人物であるという刑事裁判がコミュニケーション（*Botschaft*）の概念であることを意味する。それに対して、規範指向の表現は、規範の確証

（*Normbestätigung*）のため、抽象的で包括的な意味で不確定の名宛人、すなわち公衆に向けられたコミュニケーションを強調する²⁸¹ものである。そこで、本論文が採用するコミュニケーション理論がそのうちのどちらを参照するのかを予め明らかにする必要がある。そのため、本段落では、先に規範指向の表現の刑罰理論を紹介してその問題点を指摘し、この観点を採用しないことの原因を明らかにする。犯罪と刑罰との関係をコミュニケーションの結果とみなすという主張を明示していたヤコブスはこの理論の代表者である。ヤコブスは、従来の、刑罰はすべての人間に対して向けられる「規範承認（*Normanerkennung*）」の習熟」という社会教育的な効果のために科されるものであるという立場を修正して、刑罰とは犯罪者による規範効力の否定に対する異議申し立て（*Widerspruch*）としての象徴行為を意味すると主張

²⁷⁸ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.31.

²⁷⁹ この性格から見れば、本理論は、第3章に議論された応報的機能と同じような性格を有しているのである。それゆえ、この理論に分類されている理論は、応報刑論に分類されることがある。例えば、ヘルンレの分類によると、この表現の刑罰理論を採用するといえるヤコブス理論は（Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.32.）、部分的文献に「規範的な応報刑論」が分類されることがある（飯島・前掲註(245) 103頁；中村・前掲註(221) 194頁）。なお、ダフの理論も、応報主義の観点から、コミュニケーションの応報理論（*communicative retributivism*）へと発展させたものと評価されることもある。

²⁸⁰ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.31.

²⁸¹ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.31.

した²⁸²。この修正から見れば、ヤコブスの刑罰思想が、従来主張されてきた積極的一般予防論から、(規範的な) 応報刑論に転向したと言える。

ヤコ布斯によると、人間 (Menschen) には、個人と人格という二つの側面がある。個人 (Individuum) は、自己利益に関心を置き、快苦の枠組み (Schema) に基づいて活動する。すなわち、個人は、快苦の枠組みの感覚・感情に従って、自分と分離できない環境 (Umwelt) を整理することになる²⁸³。また、快苦の枠組みは、他の個人との関係をも整理する。要するに、これらの関係は、それ自体他の環境の関係とは区別されない²⁸⁴。そこでは、自己と他のものを切り離すことを前提とする自己意識 (Selbstbewusstsein) は排除されていることになり、自己と対立し自己を拘束する規範は成立しないように思われる²⁸⁵。それに対して、権利、義務の担い手である自由な人格 (Person) とは、法規範に従う義務を社会における役割・任務として受け入れることにより、法秩序の構成員である市民を意味する。すなわち、人格は、「当為 (義務) - 自由 (恣意) の枠組み (これは、個人の恣意とは独立した拘束力を有するものの、快苦の枠組みを無効化するものではない)」に従って、行動する。ヤコブスの定義によれば、このような枠組みを内面化した者が主体 (Subjekt) となっている²⁸⁶。このような個人と人格との関係においては、人格の秩序にいる個人が生存していくためには、規範的状态を経験し認識できるという条件が必要である²⁸⁷。そして、ヤコ布斯は、この条件の上で、犯罪と刑罰とを理解するのである。

この理論の下では、社会 (Gesellschaft) は人格の秩序によって基礎づけられる「規範的な世界」である。そして、グループも、規範によって定式化される²⁸⁸。犯罪者は、人格がありながら法規範の効力を無視し、規範と異なる社会のあり方を構想し、その独自の行動基準から自己の行為を規定し、犯罪を実行してしまう者である²⁸⁹。言い換えれば、一般市民は法規範にだけ従って行動するのに対し、犯罪者は、特殊な意思に基づき、現行の法規範と継続的に接続しない社会のあり方を構想するのである²⁹⁰。もっとも、注意すべきは、規範違反によってその人格が社会から

²⁸² 飯島・前掲註(245) 103頁。

²⁸³ Günter Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Aufl., 2008, S.132.

²⁸⁴ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.132.

²⁸⁵ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.9ff., 13ff., 20ff.

²⁸⁶ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.32ff., 132.

²⁸⁷ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.45ff., 133.

²⁸⁸ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.133.

²⁸⁹ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.111f., 134.

²⁹⁰ ギュンター・ヤコ布斯著・飯島暢、川口浩一訳『国家刑罰－その意義と目的－』(関西大学出版部、2013年) 36頁。

排除されるわけではない、ということである。それゆえ、犯罪は、犯罪者の人格による現存の社会と法に対する異議を申し立て（否定の表明）、法規範の妥当性を動揺させるといふ人格による行動であると思われる²⁹¹。仮に犯罪者（法規範は自分に妥当しない）の犯罪をそのまま放置しているならば、現存の法規範の効力が不安定となり、規範の現実性が失われることになる。要するに、前記の通り、犯罪には無視できないメッセージが含まれている。そこで、規範の侵食を防ぐためには、犯罪に対する異議申し立てが返事として求められることになる²⁹²。

前記のように理解される犯罪の定義から見れば、現存の規範と異なる社会のあり方を構想する犯罪者が罪を犯した際に、それに対し、認知の補強（*die kognitive Untermauerung*）が必要である。また、法規範の効力は社会的な効力に依拠するものである以上、規範危殆化の際に、市民に対する方向づけ効力の維持も当然に必要である。この意味では、犯罪行為の意味（*Bedeutung*）に対する異議申し立てとされる刑罰は、犯罪によって動揺された規範効力を維持することを目的として、刑罰によってその妥当性が規範的に確証されるだけでなく、認知的な補強がなされなければならないことになる²⁹³。すなわち、刑罰は、犯罪者による規範妥当の否認に対する異議申し立てとして、犯罪者によって答責的に発生させられた規範効力の危殆化に対する反作用を明示するものである。刑罰は、社会の他の構成員（一般市民）に対して、法規範が行為を方向付ける基準として今後も妥当するということを明示し、規範効力を維持・確証する。さらに、個々の市民の規範への信頼、あるいは、法に対する忠誠も強化される。したがって、規範効力の維持のため、刑罰によって侵害の禁止を宣言するのみならず、一般人が規範の効力を真摯に信頼でき、自分が被害者になることがないと納得できる状況が生じなければならない²⁹⁴。

こうした犯罪と刑罰の関係は、対話または二つの世界観の衝突として描き出されることになって、コミュニケーションの意義において捉えられるのである。すなわち、ヤコブスは、「人間の行動は、外部的の影響を伴う事象であるのみならず...彼の行動はまた、表された文章のような何かを意味する」²⁹⁵とし、刑罰と犯罪との関係をコミュニケーションとして捉えた上で、犯罪者の法則が、社会とのコミュニケーションにおいて、規範の侵害とされて受容されないものであり、社会との接続能力

²⁹¹ *Jakobs*, a.a.O. (Anm. 283), S.111ff., 134.

²⁹² *Jakobs*, a.a.O. (Anm. 283), S.111ff.

²⁹³ *Jakobs*, a.a.O. (Anm. 283), S.112f., 134.

²⁹⁴ *Jakobs*, a.a.O. (Anm. 283), S.113；飯島・前掲註(245) 105 頁。

²⁹⁵ *Günter Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.Aufl. 1993, S.9.

が欠如していることを宣言する必要があるとする²⁹⁶。規範の認知への安定性を維持し、規範に対する認知的保障に加えられる侵害の危険を解消するために、抽象的で包括的な不確定の名宛人である公衆に向けられたコミュニケーションを強調する²⁹⁷。だからこそ、ヤコブス理論は、規範の内容・効力をコミュニケーションの中心として、やはり公衆の規範の認知を重視する以上、規範指向のコミュニケーションに基づいて構築されるものであるように思われる。ただし、ヤコブス理論は、コミュニケーションから見れば、宣言（Manifestation）だけで良いはずであるものの、刑罰としては宣言だけでは十分ではない状況がある²⁹⁸。すなわち、法効力の妥当には、宣言だけでならず、一般人が納得する形で犯罪者からコミュニケーションの手段を剥奪し、苦痛（Schmerz）が賦課されなければならない状況である。この状況における刑罰は、コミュニケーションのみならず、事実に苦痛もあると言える。というのは、苦痛が伴わないままであれば、規範の認知の補強が弱くなり、規範の現実性が失われるおそれがあるからである。そうすると、苦痛を通じて、規範の認知・現実性がなくなるという危険性を取り除くことは必要である²⁹⁹。

しかし、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を解明するという本論文の目的から見れば、本理論にはいくつかの問題が存在しており、本論文が採用するのは適切ではない。まず、刑罰が、現行の法規範に対する異議申し立てとされる犯罪に対し、異議を申し立てることと解されるならば、同様に現行の法規範に違反することとである違法捜査に対する異議申し立てを刑罰に反映することはできるであろうか。確かに、規範の認知を補強するという視点から見れば、犯罪者により生じた規範違反にとどまらず、国家側の規範違反の場合、現行の規範に対する認知を補強する必要性が存在することは否定できない。また、一般人が規範の効力を真摯に信頼し、自分が被害者になることがないと納得できるという場合とは、規範効力の維持のため、犯罪の被害者のみならず、国家側の違法の被害者にもならないと理解する場合と解することができる。もっとも、ヤコブス理論から見れば、このような理解には拭えない疑念が残る。すなわち、この理論は、規範の認知の安定性を重視するものの、犯罪と刑罰との関係に着目し、刑罰によって犯罪に対し異議を伝達することのみを議論し、国家側の規範の認知への侵害にいかに対応するのかを明言しなかった。しかも、刑罰によって維持される現存の法規範において、違法捜査がその規範侵害の範囲に含まれることになるのか、あるいは、いかなる位置付けなのかが明らかでは

²⁹⁶ ギュンター・ヤコブス著・飯島暢、川口浩一訳 37 頁

²⁹⁷ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223) S.31.

²⁹⁸ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.113.

²⁹⁹ Jakobs, a.a.O. (Anm. 283), S.113, 134.

ない。刑罰によって犯罪者とコミュニケーションをする過程で、違法捜査から導く規範動揺をどのように理解するのが不明確ではないかと考えられる。

なお、規範の安定を維持するため、国家側の違法捜査により生じる規範認知への動揺に対し異議を申し立てるとしても、必ずしもその異議を犯罪に対する異議申し立てとされる刑罰に反映するわけではないように思われる。なぜなら、違法捜査は、犯罪とともに一般人の規範への認知と関連するとしても、それにより生じる規範の認知の動揺が、犯罪により生じる動揺とは互いに独立したものであって、刑罰と必然的な関連があるものではないからである。次に、違法捜査が規範の認知への影響を通じて刑罰それ自体に影響を与えることによって、違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるのは不十分であるとはいえ、手続上の違法捜査が刑事手続を介して実体的刑罰に影響を及ぼす余地があるであろうか。これに関して、コミュニケーションという観点に基づき刑罰と刑事手続をともに重視する見解があるが³⁰⁰、ヤコブス理論では、刑罰それ自体におけるコミュニケーションの機能のみが重視される。ヤコブス理論のコミュニケーションを構成するのは、刑罰そのものにとどまり、刑事手続は含まれない。そうすると、ヤコブス理論の下には、違法捜査がコミュニケーションの一部分とされる刑事手続を通じて実体的な刑罰に影響を与えるという論理は成立し得ない。したがって、ヤコブス理論は、違法捜査が刑罰に与える影響が刑事手続に及ぼす影響かを問わず、違法捜査の量刑上の考慮の論拠とすることは困難であると考えられる。

根本的な問題となるのは、ヤコブス理論における刑罰には、コミュニケーションという機能があるかどうかについて疑いがあるが、むしろ、犯罪に対する否定のメッセージを伝達するという機能がより顕著となると考えられる、ということである。ヤコブス理論の特徴は、システム論の観点に基づき、法規範が客観的存在であり、その目的は法規範そのものである、とする点にある。これは、同様に規範的な応報刑論に分類されるヴォルフ学派との比較から見れば明らかである。すなわち、ヤコブス理論は、犯罪により侵害され不安定にさせられた法秩序を規定する規範の効力を、刑罰によって回復させ、それを将来に渡って存続させようとする点、また、抽象的正義ではなく、自由の保障と結びついた現実的法秩序における規範妥当の回復・維持・安定化を求める点などはヴォルフ学派と共通しているものの、法規範の性格に対する理解が異なっている。法秩序における規範及び法秩序それ自体は個々の人格の理性に由来し、個々人は法秩序とその規範に対して自律的な関係に立

³⁰⁰ Duff, *supra* note 159, at 72-73, 80.

つというヴォルフ学派の見解に対し、ヤコブス理論では、個々人は法秩序における「自由な人格」となるために、生の個々人としての主体的な自律性と無関係に、いわば客観的で他律的に課される規範を受け入れなければならない。ヤコブス理論の下では、法規範は、人間の個人的利益から切り離され、それを自己目的として取り入れるのである³⁰¹。

このヤコブス理論の特徴から見れば、ヤコブス理論における法規範は、人々の個人的価値、利益を反映させるという機能があるわけではない。そして、刑罰には、相互の行動の期待を安定させる、あるいは一般的な利益と権利の安全を高めるなどの機能しかないといえる³⁰²。そうだとすれば、ヤコブス理論は、刑罰を、相互的コミュニケーションというより、むしろ、単に犯罪者に対して犯罪に対する否定のメッセージを伝達する機能を有していることになる。つまりヤコブス理論は、本論文で採用されるコミュニケーションの観点に合致しない。ところで、ヤコブス理論はコミュニケーション理論に分類されるものの、相互に行動の期待を安定させる、あるいは一般的な利益と権利の安全保護という機能を果たすことから見れば、被告人ではなく社会大衆とのコミュニケーションという色彩がより強いといえる。しかしそうであるならば、本理論が、積極的一般予防論との間にどれほどの相違があるかどうか疑問が残るであろう。なお、本理論が積極的一般予防論の観点を修正するものだとしても、法規範が人間の個人的利益から切り離されることを想定する以上、そのような他律的な規範がいかに形成されるのか、あるいは、規範の内容がどうやって確定されるのかなどの疑問を免れない。つまり、本理論は、積極的一般予防論と同様の問題点に直面すると言わざるをえない。しかも、積極的一般予防論と同じ問題を避けることができない場合、たとえ本理論が回顧的観点に基づき過去の犯罪を非難するものであるとしても、そのような非難に社会大衆の規範意識のような要素が存在するであろうかという疑問を免れないように思われる。さらに、本理論を量刑論のレベルに適用する場合、量刑責任にも積極的一般予防を取り込み、責任概念の限界がなくなって、責任の刑罰制限の機能が喪失するおそれがあると考えられる。

ヤコブス理論に対する批判として、法規範とは、民主主義の体制内で、人々が参加の権利と機会を有し立法プロセスに参加することを通じて、生じる利益に関して公共が審議した結果を意味するという見解がみられる。民主主義社会では、法的規範は、「すべての市民が、市民社会の公的領域、表現と情報の自由と権利及び国会議

³⁰¹ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.33.

³⁰² Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.33f.

員に投票する権利などによって、参加する権利と機会を有する審議と参画の正当なプロセスの結果である。そして、法的規範は、政治的自主性の表明であり、共和国の自己理解を表しているのである。それは、個々の市民の現実の利益から切り離された一般的な意志ではなく、利益に関する公衆の審議の結果である³⁰³」とされ、法的規範を個々の市民の利益から切り離されたものではないと理解されることになる。この理解は、法的規範ないし犯罪が、個々の市民の現実的な利益をめぐって、市民の審議によって生じるものであり、刑罰も個々の市民の審議から生じる規範を再確認する機能を有しているものであり、国家と犯人との相互関係が重視され、ヤコブス理論に比べて、コミュニケーションの観点に合致するといえる。なお、このような人間指向のコミュニケーション理論には、ダフのような、刑罰のみならず、刑事手続もコミュニケーションの流れに含める見解が見られる。本論文の目標は手続上の違法捜査と実体的刑罰との関係を解明するということであるので、以降の部分では、このようなコミュニケーションの本質に近く、かつ刑事手続も刑罰もコミュニケーションの流れに含める理論を通じて、違法捜査の量刑上の考慮の論拠を明らかにすることを試みる。

第2節 ダフの人間指向の表現刑罰理論とコミュニケーションという刑罰目的

無視された刑事規範を確認する際にコミュニケーションの本質的な内容を見ている規範指向の表現刑罰理論とは異なり、いわゆる人間指向の表現刑罰理論は、刑罰のメッセージを受け取った人やグループに依存するものである。本理論は、犯罪者とのコミュニケーション、及び、犯人に対する譴責の反応を強調することを必要とする³⁰⁴。本節では、この理論の代表者として、ダフの刑罰理論を紹介する³⁰⁵。なぜなら、本理論は、以降の説明の通り、刑事手続と刑罰とをともにコミュニケーションの流れに入れ、かつ、国家と私人との相互関係を重視するからである。以降の部分で、まず、本理論がいかにコミュニケーションの観点から犯罪、刑法と刑罰を理解するかを説明する。続いて、コミュニケーションとしての刑罰の性質と内容を紹介する。最後に、コミュニケーションとしての刑罰にとって、いかなる量刑を行うことが適切か、また、どのような前提要件が必要であるかを明らかにする。

1. コミュニケーションの刑罰理論が依存する各要素の定義：犯罪、刑法、社会

³⁰³ Klaus Günther, „Criminal Law, Crime and Punishment as Communication, Normative Orders“, 2014, p.14.

³⁰⁴ Hörnle, a.a.O. (Anm. 223), S.34

³⁰⁵ しかし、ダフのコミュニケーション理論が「共同体主義」に基づく発展されるものであり、それが日本の社会に適用されるが妥当であるかが検討すべき課題となる。これに関して検討を行う論文：樋口亮介「日本における執行猶予の選択基準：系譜・比較法的知見を踏まえて」論究ジュリスト14号（2015年）105頁。

ダフ理論は人間指向のものであるから、この理論を理解するためには、ダフが刑罰、犯罪、刑法などの概念と社会や市民との関係をどのように説明しているかを明らかにする必要がある。規範的な刑罰の理論には、罰せられるべきものとしての犯罪の概念が含まれていなければならない。そのような犯罪の概念は、刑法の概念、すなわち、その適切な目的と内容、および、その概念と市民との関係を前提としている。そして、そのような刑法概念は、国家の概念、すなわち、国家の適切な役割と機能、および、国家と国民との関係を前提としている。最終的に、このような国家の概念は、社会の概念ならびに国家と社会との関係も含まなければならない³⁰⁶。したがって、刑罰を説明することは、犯罪、刑法、国家と社会の概念を解明することに依存することになる。そこで、本理論を通じて刑罰における国家と私人との関係を考察するならば、本理論における犯罪、刑法、国家と社会などの概念を明らかにすることが必要と考えられる。そこで、以降の部分では、順にダフ理論における国家と社会との関係、刑法の役割、犯罪の定義を説明する。

(1)市民と社会との関係：自由的な共同体主義 (liberal communitarianism)

まず、刑法、犯罪、刑罰の定義・内容を理解するために、それらの概念の基礎とされる社会と市民との関係を明らかにすることが必要である。ダフは、自由主義 (Liberalism) と共同体主義 (Communitarianism) との対立から、その関係を構築して、それに基づき彼の理論における犯罪、刑法と刑罰の役割・定義を作り上げる。いわゆる共同体主義は、一義的ではなく、それに関する様々な見解の間にはかなりの相違点が存在するものであるが、一般的には、政治的言説における共同体の呼びかけは、すべて共有されることが期待される豊かな価値観と人間の善の概念によって結びつけられた緊密な共同体のイメージを示唆しているのである。つまり、共同体のメンバーは、お互いの生活のすべての側面に密接・親密な関心を持っており、その意味で、共同体主義は包含 (include) の性格を有しているものであると言える。すなわち、共同体主義のレトリックは、包含のレトリックであり、それが犯罪者を包含するために使用される。それは、犯罪者は依然として彼らが犯した法律の共同体のメンバーであることを強調し、犯罪者を共同体に引き留めておくか、またはそれらを共同体に修復しようとする刑事政策を促進するものである。ただし、共同体主義のレトリックには、「共同体にはメンバーが含まれるが、メンバーではない人は除外される」とされ、刑罰と犯罪の脈絡に、包含のレトリックのみならず、しばしば排除 (exclude) のレトリックを伴う。共同体のレトリックは、しばしば遵法共同体 (community of law-abiding) から犯罪者を排除するために使用することがで

³⁰⁶ Duff, *supra* note 159, at 35.

きる。すなわち、より安全な共同体を構築し保護する上で、私たちは、私たちが略奪する犯罪者である「彼ら」から法を遵守する「私たち」を保護する構造を作り出すことに努める。そのため、犯罪者を処罰した後、私たちは遵法共同体の多くの権利と利益から彼らを排除する³⁰⁷。

だからこそ、個人のプライバシーや価値の多元論 (value-pluralism) を重視し、国家は権利 (right) を保護し実行すべきであるが、善 (good) の特定の概念を強制しようとするべきではないと主張する自由主義の主張者は、共同体主義に対し、それが個人的自主性 (individual autonomy)、自由、プライバシー、そして多元的な社会の自由理想といった中心的な自由主義の価値観とは矛盾していると批判している³⁰⁸。まず、「共同体」を強調することで、個人が所属する共同体に従属するよう見えるため、個人が共同体内でのみ自分の善と自分のアイデンティティを見つけることができる以上、個人の権利や利益を共同体の利益のために犠牲にする道を拓くことになる³⁰⁹。さらに、犯罪者が遵法の共同体から排除された場合、自由権が提供する保護が剥奪され、その上、彼らは、必要な手段によって私たち自身を守る必要がある敵、または、彼らの利益は私たちの利害に関係しないため、私たちの関心を必要としない外部者として定義される。そして、犯罪者が共同体内にまだ包含されている場合、刑罰は共同体における彼らの地位を維持または回復させることを意図しているかもしれない。犯罪は、共同体の法律に違反し、その善を攻撃するため、犯罪者の共同体との関係を破壊する恐れがあるという意味で、刑罰は、遵法共同体に犯罪者を戻すことによってその関係を回復し、その違反を修復することを目指している。しかしながら、その目標は、刑罰が強制的な社会復帰 (rehabilitation) または改善の方法として使用されることを示唆している。これは、個人的自主性、自由、プライバシーといった自由主義的価値観と矛盾することになる³¹⁰。言い換えれば、自由主義の主張においては、人々が特定の共同体にいることを強制されないように彼らを保護すべきであり、また、彼らを親密な友人や親戚としてではなく、社会契約の条件によってのみ拘束されている見知らぬ人として、同胞としての市民 (fellow citizen) という関係に整理するのである。

ダフは、前記の自由主義と共同体主義の討論をまとめ、自由な心にとって大切な価値の解釈に中心的な空間を提供する共同体主義の一つの形態を示す。彼は、自由

³⁰⁷ *Id.*, at 40-41.

³⁰⁸ *Id.*, at 37,42.

³⁰⁹ Nicola Lacey, *State Punishment: Political principles and community values*, 1994, Routledge, pp.171-173.

³¹⁰ Duff, *supra* note 159, at 41-42.

主義と共同体主義とを調和させ、社会に生活している人々が、プライバシー、個人的自主性、自由、多元的価値などの価値を尊重し、それらを通じて構成された「自由な共同体主義」という観点で現代社会の形式を捉える。ダフは、「共同体は、様々な知的分野における知識と理解の追求と伝達のような、特定の定義上の価値に対する共同体のメンバーによる共有の約束が必要である」及び「共同体のメンバーは、共同体の定義上の価値によって構成されている仲間のメンバーとしてお互いを尊重しなければならない」といった特徴を有する共同体とされる「学術の共同体 (academic community)」を通じて、法律に関して使用される共同体の考え方を描く。すなわち、学術の共同体の例では、特定の定義上の価値観の共有の約束と、それらの価値観に照らし合わせた相互尊重と懸念によって、メンバーが結びつけられた規範的な共同体が存在することが示されている。また、このような共同体内は、自由主義者が憂慮するような親密で、包括的で、潜在的に圧迫的な性格を持っていない。学術の共同体は、いくつかの中心的な自由主義的価値観の考え方によって確かに構成されることができるのである。学術の共同体は、感情的な親密さや身体的な近接性を含む必要はなく、共有された学術活動の外にはお互いに無関係な同僚と、互いに直接に接触していない人の間にも存在する可能性があるものである³¹¹。

ダフの理論は、政治的共同体が学術の共同体と同様に想定している。彼によると、自由な政治的共同体は、自由、個人的自主性、プライバシー、多元論のような中心的な自由主義的価値観の共有の約束、かつ、それらの価値観を反映した相互の尊重によって定義され、組み立てられた政治形態である。このような共同体は、個人の自由と自主性を重要な価値、すなわち育成され助長される人の善として、また他の市民や国家によって尊重されなければならない権利として認識する。それは、個人や特定の善を見つけるさまざまな他の共同体、さまざまな善を追求することができる自由の広範な領域と一致する。したがって、それは、他の市民と国家が侵入してはならない思考と行動の領域というプライバシーの広範な領域と調和するものである。このような共同体は、中心的な善としての自主性、自由、そしてプライバシーを主張するが、それは人間の善に関する総括的または包括的な概念を主張したり強制したりするものではない。代わりに、それは、個人の自主性、自由、プライバシーを育成し尊重することによって、人間の善の本質的かつ特定の概念の多様性の促進に努めるものである³¹²。

このような共同体は、家族や友人の関係とは異なるものであるので、そのメンバ

³¹¹ *Id.*, at 43-46.

³¹² *Id.*, at 47.

一は見知らぬ人間同士の市民として、ほとんどの同胞と関連しているのである。言い換えれば、メンバー全員は、個人の自主性、自由、プライバシーといった共同体の定義の価値を共有し、また、それらの価値観に照らし合わせて互いに適切な相互関心を抱いている限りで、共同体を構成する。すなわち、共同体のメンバー全員は、自主性や正当な自由を侵害するような方法でお互い対処してはならず、互いのプライバシーを尊重しなければならない。また、彼らは、政治的共同体が受け入れる多様な暮らし方、人間の善の多様な概念を容認するのみならず、それを尊重しなければならない。なお、そのような関心と尊重はもとより、国家の制度と活動にも適用されている。つまり、国家は、共同体の定義上の価値を育成・尊重し、市民をそのような価値観を具体化する方法で扱い、対処しなければならないように構造化・組織化されなければならないことになる³¹³。

最後に、ダフ理論で自由な共同体として捉えられる社会の性質を説明する。ダフによれば、彼の理論に主張される自由な政治形態は、「自由な」共同体主義であるにもかかわらず、自由な個人主義という有名な形とは対照的に、むしろ、共同体主義に分類されることになる³¹⁴。もっとも、これは、共同体主義の主張者にとって、個人が属する共同体に従属し、彼らの利益が共同体の利益のために容易に犠牲にされるように、個人ではなく共同体を基礎としなければならないと言っているわけではない。私たちが共同体内の個人から始まり、すでに他人との共同体に住んでいると認識している個人から始める必要があると言うのである³¹⁵。つまり、ダフ理論では、個人は自由な個体であるにもかかわらず、社会のような共同体に生き、それと分離されないことになると言えよう。そして、ダフによると、自由な共同体主義者は、個人の自主性、自由とプライバシーという自由な政治の定義上の善は、それらが共有されて善とみなされる限り、社会の脈絡に構成されるだけでなく共有されていると理解する。もっとも、自由な個人主義者は、それらの善は依然として個人的な善とみなすことができるので、この意味で社会的に構成されている善を否定する必要はない。共同体主義者はこれらの善を共有のものとして理解すべきであるとしているが、それは必ずしも個人的な善としてではなく集団的な善として見なさなければならないと言っているわけではない。つまり、自由な共同体主義において、共有の価値・善は、社会の脈絡に形成される共有のものに限らず、まだ個人が選択できるものであるとされる³¹⁶。

³¹³ *Id.*, at 48.

³¹⁴ *Id.*, at 55.

³¹⁵ *Id.*, at 52.

³¹⁶ *Id.*, at 54-55.

それにもかかわらず、注意すべき点は、そのような純粋に個人主義的な用語でこれらの善を見ることも不合理である、ということである。仮に純粋に個人主義的な観点でこれらの善を理解すれば、共同体の定義上の善としてそれらを理解することができず、共同体の一員として自分自身に結び付けることに失敗してしまう。自由な政治共同体の市民として、すべての市民が自主性、自由、プライバシーの善を達成する程度に気をつけ、他の人がその善を達成できる限り、個人は自分の自律性、自由、プライバシーを重視しなければならない。すなわち、ダフによると、「私の個人の自主性、自由、プライバシーを神秘的・集団的な善に従属させるべきだ。それは、他人の自主性、自由、プライバシーのために自分の自主性、自由、プライバシーを犠牲にすることが正しく要請されると言っているわけではない」とされ、自由な政治の中で、他の自治的市民の中にそれらの善を有している市民の価値と同じ価値がある³¹⁷。要するに、ダフの理論には、共同体を社会の形式とされるという前提の下で、共同体に共有される価値とされることは自由、個人の自主性とプライバシーであるので、共同体における個々の人はそれらの価値を有して、お互いに他人の価値を尊重することになる。彼は、このような個人の自由を中心とする共同体を「自由な共同体」と名付け、それに基づき犯罪、刑法と刑罰の定義・性質を決定する。

(2)犯罪と刑法

前記の共同体主義に応じて、ダフ理論によると、犯罪とは、公共の不正（*public wrongs*）を意味する。それは、適切に非難され、共同体それ全体の不正として扱われるものである。つまり、このような不正は、共同体が共有する不正であると言えよう。すなわち、殺人または窃盗の事案において特定の被害者が見られるにもかかわらず、「共同体の中心的な善が共有の善とみなすことと同じように、その善に対する攻撃は、私たちが同胞としての被害者と共有する不正であり³¹⁸」、共同体のメンバーはそれを単に被害者に向けられた不正ではなく、自分たちに向けられた不正として見なければならない。だからといって、それらの犯罪が直接の被害者ではなく共同体に対する不正であると言っているわけではない。むしろ、それらの犯罪は、共同体のメンバーとしての直接的な被害者に対する不正にとどまらず、共同体に対する不正でもあると言える。要するに、ダフは、犯罪の概念を公共の不正とし、また、共同体が共有しなければならない絶対的な不正として、明らかにすることを意

³¹⁷ *Id.*, at 55.

³¹⁸ *Id.*, at 63.

図している³¹⁹。また、このような解釈から見ると、犯罪が共同体の共有する価値に対する侵害として公的不正となるのは、前記のダフの思想の中心である自由な共同体主義に一致するように思われる。

続いて、ダフ理論における犯罪の定義を踏まえた刑法の概念を説明する。刑法が客観的法秩序だけを象徴するヤコブス理論のような規範指向の理論とは異なり、自由な共同体主義に立脚するダフ理論は、コミュニケーションの観点の下で、コミュニケーションの流れが共同体の価値に基づく刑法から始まることになる³²⁰。この理解の下で、本理論における刑法の目標は、単に犯罪者の行動を法律の要求に適合させることだけではなく、むしろ、不正と認識して犯罪行為を抑制するように説得することではなければならない。その目標は、市民が特定の種類の行為が法律によって禁止されているのみならず、そのような行為がなぜ不正なのかを認識し、受け入れることを求めるコミュニケーションのプロセスによってのみ達成することができる³²¹。したがって、刑法はコミュニケーションという機能を含むことになると言える。

それに関して、ダフによると、刑法は、自由な政治組織の法律として、その性質が普通法（common law）であるとされる。まず、普通法は、主権者を客体としてそれを受け入れさせ、服従しなければならない国民に課する法律ではない。むしろ、それは、共同体それ自体の法である。言い換えれば、それは、共同体の共有の価値観と規範的な理解を体現していることになる。それは、別の主権者の意欲からではなく、共同体の伝統と実践から起こるものである。その意味では、裁判官の任務は、共同体の生活に埋もれた価値を明確にすることであり、立法者の任務は、自らの意志を人々に課すことではなく、共同体の暮らし方と理解を既に組み立てている価値に、より適切かつ実用的な表現を与えることである。続いて、このような普通法の概念の上に、自由な政治組織の法律、すなわち、市民に適した法律が導かれる。このような法律は、共同体自身の価値観を表現し、共同体自身の言葉で語る法律、すなわち共同体の一員としての私たちの法律であると言える。このような法律の言葉は、共同体の言葉であり、すべての市民がお互いに対処する複数一人称の言葉である³²²。刑法のコミュニケーションの機能に応じて、刑法が適切に（コミュニケーションを通じて作り出される）共同体の価値観を表現し、その価値観に基づき

³¹⁹ *Id.*, at 60-63.

³²⁰ *Id.*, at 80.

³²¹ *Id.*, at 81.

³²² *Id.*, at 59-60.

刑罰によって犯罪者に非難を伝達するものである以上、普通法の性質に合致することは否定できない。

前述の通り、自由な共同体主義に立脚する刑法は、ある行為を犯罪と定義することによって、共同体の価値観の点からそれが不正であり、さらに、それが共同体全体に適切に関係し、共同体によって正式に認められ非難されなければならない公共の不正であると公式に宣言する³²³。例えば、自然犯 (*mala in se*) に関する法律の主要な役割は、それらを禁止することではなく、その悪質性 (*wrongfulness*) を宣言することである。そして、その目的は、市民にそのような行為がなぜ不正であるかを思い起こさせることであって、それを防止することではない。このような、行為の不正や共同体の価値観に反することを市民に宣言するという刑法の性質は、前記のような、犯罪者に非難を伝達するという刑罰の機能に合致すると言える。もっとも、残る問題となっているのは、共同体の価値を反映させる刑法は、自由な政治組織においていかなるものになるのか、ということである。

この問題に関して、自由主義者が常に懸念するのは、共同体の道德のすべての側面を強制するために、刑法の使用を認めるのではないかということである。すなわち、共同体主義者が政治的な分野で共同体と言う場合、それがメンバーを包括的価値観に合致するよう強要しようとする恐れがあるという「道德の強要」の問題である。ダフは、これに対し、真の問題はどの道德のどの側面を強要すべきかということである、と指摘し、また、自由な共同体主義者は、自由な政治的道德の本質的側面のみを強制すべきである点には同意することができると主張する³²⁴。すなわち、自由な共同体は、個人の自主性、自由、プライバシーと多元価値といった中心的な価値によって組み立てられるものであり、これらの価値は、道德のすべての側面を強要するために、刑法を使用しない理由を共同体に与えることになる。つまり、これらの価値の下では、刑法が最後の手段としてのみ使われることになる。刑法は、権威ある宣言と要求であるが、原則として個人の自主性を侵害する必要はないものである。それは、市民を自主的な主体として、市民がその要求を受け入れる理由を提供し、また、その理由を受け入れるかどうかを市民に決定させる。刑事司法システムに圧迫と酷使が含まれる恐れがあるという観点から見れば、政治組織は、市民が自らの生活を決定し導くように、自由とプライバシーの領域を可能な限り広げると同時に、刑法が彼らの生活に侵入する範囲をできるだけ制限することに尽くすこ

³²³ *Id.*, at 58-59.

³²⁴ *Id.*, at 66-67.

とになる³²⁵。

最後に問題となるのは、「自由な」政治組織に適した刑法は、非志願のメンバーにも適用されるのか、ということである。現実の人間の政治組織には、共同体の規範的な拘束を承認していない、または、受け入れていない人々が含まれる。彼らがそれを好むと好まざるとにかかわらず、自由な政治的共同体の規範的要求に依然として拘束されているという主張を正当化するために、彼らに何が言えるのかが問われなければならない。それに関して、ダフは、個人として、「私たちは、参加することを選んだのではなく、自分自身を見つけ出し、共同体の価値を彼らのものとして受け入れる共同体で、これらの他者を仲間として認識するように彼らに働きかけることができる」とし、また、「その働きかけが失敗するとしても、仲間意識を承認すべき、共同体の価値を受け入れるべき、あるいは説得されるべきであるという私たちの主張が違法または不当になることにはならない」とし、さらに、「私たちは彼らに何かを課すことを不当に試みているわけではない。代わりに、私たちは、真実であると考えるものを、彼らを説得するための適切な手段として求め、責任ある道徳的な主体として彼らを扱っている」と主張した³²⁶。その上、ダフは、この個人のレベルの論理が同様に刑法のレベルに適用されるとする。すなわち、ダフによれば、刑法はそれが具体化し適用される共同体の価値の権威によって、非志願のメンバーに宣言される場合、裸の権力を多少使用しているかもしれないが、それらのメンバーを理性的かつ責任ある主体として対処すべきであって、彼らの同意を強要することなく求めるのである。その意味で、ダフ理論における自由な政治組織の法律は、単にメンバーの服従を強要する権限を主張するのではなく、政治共同体のメンバーとしての忠誠を宣言する価値の観点から彼らに正当な要求に同意することを求めていることになる³²⁷。それにもかかわらず、法律には義務を履行しない市民に対する理性的な道徳的懇願のみならず、服従を強要するよう試みも含まれる、ということは

³²⁵ ダフによると、自由な政治組織は、二つの側面を通じて刑法の適用を制限することができる。一つは、刑法の範囲 (scope) に関係することである。すなわち、犯罪として定義または禁止する行為の範囲である。例えば、未遂犯罪 (nonconsummate offenses) の範囲には、実際には起こっていないが、関連する種類の犯罪や傷害を引き起こす可能性がある行為が含まれる。しかし、その範囲は、重要な個人の権利や利益、あるいは十分に保護されない社会的善や利益を攻撃したり傷つけたり、または脅かす行為のみを犯罪とすることで制限されているのである (*Id.*, at 67.)。もう一つは、刑法の深さ (depth) に関係することである。すなわち、犯罪の法的定義の範囲、裁判所の罪に対する質問は、主体の基礎的な動機、態度、道徳的性格に関係するべきである。例えば、刑法は、法的に保護された利益を攻撃、傷つけたり、脅かしたりする行為にのみ関心を向けなければならないのである。このような行動は、外部の身体運動とその状況と結果以上のものを含むが、主体全部の道徳的性格よりは少ないものである (R. A. Duff, *Criminal Attempts*, 1996, Oxford University Press, chs.7, 9-11.)。

³²⁶ Duff, *supra* note 159, at 71.

³²⁷ *Id.*, at 71.

ダフ自身も否定できない³²⁸。

かくして、次の段落からの重点となるのは、自由な政治組織が、刑法の違反に適切に対応できる方法、ということである。前記の内容に基づいて、ダフ理論は、自由な政治組織の刑法は、共同体の価値が具体化される規範的な言葉で、理性的な道徳の主体としての市民に向けて行われるコミュニケーション活動であるとする。ここでは、刑法に違反し公共の不正とされる犯罪行為を行った場合、自由な政治組織がそれに対しいかなる対応するかが問題となっている。さらに、仮に社会が、刑罰を通じて非難を伝達することを犯罪に対する対応とする際に、この刑罰の体系が自由な政治共同体の価値観と一致するかどうか問われなければならない。自由な政治共同体における刑罰のシステムは、処罰される者を政治共同体の正式なメンバーとしてどのようにして扱うのかという問題を提起する³²⁹。

3. コミュニケーションとしての刑罰

ダフは、自由な政治的共同体と一致する刑罰は、犯罪に対する非難を犯罪者に伝えることとしてコミュニケーション的な概念であると主張する。コミュニケーション的な刑法は、被害者と公共の価値を侵害する犯罪者が理性を有する主体であるという前提の下で、刑罰を通じて、価値の侵害に対し「非難」を受けべきであるというメッセージを伝達する³³⁰。刑事裁判で有罪判決を受けた者に対しては、犯罪に値すると証明されたという非難を受け入れ、非難が正当なものであると理解して受容するという期待を踏まえたコミュニケーションを行っている³³¹。こうしたコミュニケーションを通じて、被告人は非難を受け入れて自分の不正を認識するだけでなく、市民として扱われ、共同体の価値によって拘束され保護されているのである。このようなコミュニケーションは、被告人の現在の理解と同意を確保するだけでなく、被告人の将来の行為に影響し、特定の行為を公共の不正と定義することで被告人がその行為を控えるよう説得するものである。例えば、ダフによると、有罪判決は、犯罪者に行為の不正に対する非難を伝え、犯罪者に過去の不正を悔い改めるよう働きかけ、将来の行為を改善するよう説得するものである。つまり、犯罪者は、非難を正当なものとして受け入れ、自分の過去の非行を悔い改め、将来そのような不正行為を控えるのである³³²。

³²⁸ *Id.*, at 71.

³²⁹ *Id.*, at 42, 73.

³³⁰ *Id.*, at 89-92.

³³¹ *Id.*, at 80.

³³² *Id.*, at 80-81.

次に問題となるのは、「非難は、正式な有罪判決による限り、または非難のメッセージを真剣に受け入れる限り、犯罪者に負担をかける純粋に象徴的な処罰によって表現することができる。それでは、なぜ私たちは、現存の刑事制度が課している厳しい扱いとされる処罰の種類によってそれを表現すべきか」³³³、ということである。この問題を検討するものとしてハーシュ（Andrew von Hirsch）の見解を挙げるることができる。ハーシュは、私たちのような、道徳的だが誤りを免れない存在は、行為が不正だとわかっていながらそれを依然として行いたいという誘惑に抵抗するように、法律が主に依存する道徳的な理由に対し適切で打算的な補充（prudential supplement）を与えることで、刑事的な厳しい扱いの根拠を提供する。ハーシュは、我々が犯罪を控えるための付加的・打算的な動機を得るためには、犯罪者が単に正式な有罪判決や象徴的な刑罰ではなく、非難を受け厳しい扱いを受けなければならないとする。もっとも、これは、非難の道徳的な力に取って代わるものではなく、補充的なものである。刑罰が言い表す威嚇（deterrence）の言葉は、処罰がまだ話さなければならない非難の道徳的言語に取って代わるものではなく、その言語に動機づけを加えるものである³³⁴。ハーシュ理論には、犯罪者を理性的主体と見なし、犯罪者の排除を回避し、犯行均衡を重視して刑事制度の比較的控えめな目標を設定するという長所があると言える。

もっとも、ダフの言うように、ハーシュ理論には拭えない疑問が存在する。例えば、「監禁は重大な犯罪に限定されていた。また、これらの犯罪に対する監禁期間は3年間に及ぶべきであり、殺人の場合は5年が通常限度となる」³³⁵というハーシュの主張により、補充なものとしてされる刑罰は、監禁の長さによって厳しさを制限される。それに対してダフは、仮にハーシュの主張のように、量刑の程度を本当に低くして、厳しい扱いが非難に対する打算的な補充だけを提供するとすれば、現実的には、純粋に象徴的な刑罰システムよりもはるかに効果が薄く、重大な犯罪を予防するのに根本的に効果がない恐れがあると批判した³³⁶。この批判を踏まえ、ダフは、厳しい扱いをコミュニケーションのプロセスの一部として、コミュニケーションの観点に基づく解釈を提供する。彼は、犯罪者と被害者によって組み立てられる表現の交換（exchange of explanations）のプロセスにより、被害者が非難と怒りを加害者に伝え、お互いにコミュニケーションし、和解に達するという刑事調停

³³³ *Id.*, at p.82.

³³⁴ A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, 1993, Oxford University Press, pp.12-14; A. von Hirsch, *Punishment, Penance, and the State: A Reply to Duff*, in *Punishment and Political Theory*, 1999, Hart Publishing, pp.69-82.

³³⁵ *Id.*, *Censure and Sanctions*, at 43.

³³⁶ Duff, *supra* note 159, at 88.

(criminal mediation) の視点から、コミュニケーションの観点における刑罰及び厳しい扱いを理解する。なぜなら、刑事調停は、刑罰の一形態として、刑罰の標準的定義に適するという概念的主張だけではなく、むしろ、刑罰の適切な目的に役立つという規範的主張だからである。

第一に、調停それ自体はコミュニケーションのプロセスである。それは、被害者と犯罪者との間のコミュニケーションであり、被害者に対する不正とされる犯罪の本質および意味に関するものである。また、それは、犯罪者が自らの不正に直面することを目指しているのである。しかも、それは、懲罰的なコミュニケーションのプロセスとして、犯罪者に対する非難及び負担の賦課、また、犯罪者の謝罪の被害者への伝達を含む。第二に、刑事調停は、犯罪にふさわしい不利益を犯罪者に課すことを求めており、その条件で正当化されているという点で、応報的である。犯罪者には、自らの不正を認識させ、その行為が非難を受けるに値するということを伝える。その上で、犯罪者の後悔及び被害者への謝罪を促す。また、刑事調停の最も直接的な目的は、犯罪者の謝罪による被害者と犯罪者との和解 (reconciliation) であり、犯罪者に刑事犯罪を断念させるということから見れば、それも展望的である。すなわち、犯罪者が犯罪のために謝罪すべきことを認識し、被害者との和解に達した上で、将来の犯罪を思い止まらせる、ということである。第三に、厳しい扱いと関連して、犯罪者が引き受ける賠償の負担は、刑罰の厳しい扱いの一種と見ることができる。つまり、厳しい扱いは刑罰としての刑事調停のコミュニケーション目的に不可欠であり、また、犯罪者が被害者に謝罪する手段であるとされる。こうしたダフの観点は、コミュニケーションの観点から厳しい扱いを理解し、厳しい扱いを打算的な補充とするハーシュの主張と異なると言える。第四に、調停のプロセスは、排除的ではなく明らかに包含的である。それは、犯罪者と被害者を一緒に連れてきて、同胞として彼らを和解させようとするものであり、また、犯罪者を、共同体から排除するのではなく、共同体の拘束によって被害者に縛られているものとして扱うのである。この意味で、それは、自由な政治的共同体の価値観に合致することになるといえよう。最後に、厳しい扱いがコミュニケーション的な刑事裁判手続の不可欠な部分であることを説明することは別として、ダフの理論は犯罪者に道德教育が必要であるという示唆を避けるのである。すなわち、刑罰は、犯罪者にある行為がなぜ不正なのかを教えるのではなく、彼らを自らの犯罪に直面させ、それに対して適切に対応することを目的にしているのである³³⁷。要するに、刑罰は、犯罪者とコミュニケーションをして、彼らに過去の犯罪と被害者の苦しみを理解させた

³³⁷ *Id.*, at 97-98.

上で、処罰を受けることを通じて自らの不正を悔悟させ、被害者と共同体とを和解させ、さらなる将来の犯罪を断念させるものである。

その上で、ダフは、刑罰とは、コミュニケーションのプロセスとして、非難される犯罪者が、非難を正当なものとして受け入れて、犯罪の故に科される苦痛、負担を通じて、彼が自らの犯罪を悔悟（repentance）し、自らを改善（reform）し、和解する（reconciliation）という「現世の罪の償い」を意味する、と主張する³³⁸。悔悟は、非難の内在的目標である。すなわち、私たちが非行のために犯罪者を非難する際、私たちの意図は、彼らが責任ある道徳的主体として不正に直面し、非難を正当なものとして受け入れるということである。非難を正当なものとして受け入れることには、犯罪者が不正を認識し受け入れて、その不正に対する悔悟をもたらすことが必要である。また、悔悟は必然的に苦痛を伴う。なぜなら、刑罰には、悔悟を誘発するように、犯罪者の受けるべき悔悟と自責（remorse）の苦しみが必要だからである。しかも、悔悟は、少なくとも深刻な不正では、瞬間に成し遂げられるものではない。それは、非行者と深くつながなければならないので、かなりの時間彼の思考、注意力と感情を占有しなければならない。そのため、不正に直面し悔悟するという仕事は、一瞬では達成できないことになる。それには、自分がどのような罪を犯したか、そして、どのように悔い改めるかを思考する時間が必要である³³⁹。従って、悔悟にとっては、純粹な象徴的処罰ではなく、厳しい扱いとしての刑罰が必要であると言わざるをえない。厳しい扱いとしての刑罰によって説得力のあるコミュニケーションを行なった上で、犯罪者を非難する一方、被害者に謝罪させる。そして、このような真摯な謝罪を引き受けさせることによって、悔悟を表明させる³⁴⁰。

改善は、悔悟の裏返しである。自分の誤りを認識して悔い改めることは、将来そのような誤りを回避する必要性を認識するということである。かくして、非難と処罰のプロセスには、悔悟を引き起こすことを目指している同時に、改善を誘発することも目指していることになる。すなわち、改善は、非行者を私たちの望むとおりに客体として再形成するのではなく、自分自身を改善する必要性を非行者に理解してもらうことである。さらに、悔悟には、自分の態度や行動にどのような変化を起こさなければならないか、また、どのようにそれを作るために働くことができるかを認識するとともに、自分自身をいかに改善すべきかを考えることが含まれる³⁴¹。

³³⁸ *Id.*, at 106.

³³⁹ *Id.*, at 107-108.

³⁴⁰ R. A. Duff, "Probation, Punishment and Restorative Justice: Should Altruism be Engaged in Punishment?", *Howard Journal of Criminal Justice*, 2003, 42, pp.187-189.

³⁴¹ Duff, *supra* note 159, at 108.

和解とは、悔悟した非行者は、彼が侵害した人を探し求め、侵害された人もまだ非行者を同胞として見なければならぬことを意味する。和解には謝罪が必要であるので、犯罪者が不正を悔悟することを心から望む人たちが、彼に悔悟の負担を負わせることにより、適切で有力な謝罪を行わせることができる。ただし、和解には、公開の謝罪に含まれる屈辱や屈服などの要素を避けるために、犯罪者は、自由な政治組織の同胞として、刑罰の積極的な参加者でなければならない³⁴²。しかし、このような理解で問題となるのは、懲役(imprisonment)が刑罰の方法として、悔悟や和解などの目的に適するかどうか、また、以上の要求を満たすかどうか、ということである。懲役の形式にかかわらず、共通点としては、犯罪者の自由を制限し、犯罪者を排除する、ということである。ダフは、犯罪者を共同体及び被害者と和解させる方法として懲役を理解する。すなわち、ダフは、「犯罪者が彼の犯罪によって彼との正常な共同体の維持を不可能にしたが、彼は罪の償いのための苦行を受けていればその共同体を回復することができる、と理解すれば、彼の懲役は、この犯罪の意味に具体的な形式を与えることになる。それは、犯罪者に彼の犯罪が正常な共同体の維持を不可能にさせていることを認識させる。しかし、犯罪者が悔悟すれば、犯罪に対する悔悟と謝罪の理解を表明することができる、あるいは、たとえ犯罪者が悔い改めていなくても、彼は悔い改めたかのように正常な共同体に復帰することができることによっても悔悟の負担が構成される」³⁴³とし、和解の目的を果たすために、監禁は単なる排除ではなく、悔悟として役立つと主張した。この意味で、刑罰が悔悟の役割を果たすのであれば、犯罪者を追放するのではなく、刑務所に収容することが適切である。また、刑務所はその刑務所の目的に適した制度を提供すべきである³⁴⁴。要するに、懲役では犯罪者が共同体の絆を破壊しないように義務づけられている同胞とされなければならない、また、彼らを正確に処罰することを通じて共同体の絆が維持されることになる。つまり、懲役は排除ではなく包含であり、悔悟・和解の目的に合致すると理解することができる。

結論として、ダフ理論は、前記のような刑罰を、国家が追求する善の源としてだけではなく、市民に対する国家の義務として科していることになる。刑罰は、一方では市民を犯罪から保護し、他方で犯罪を悔い改めるよう犯罪者を説得することによって政治的共同体を維持する試みとして正当化されることになる³⁴⁵。それは、犯

³⁴² *Id.*, at 109-111.

³⁴³ *Id.*, at 149.

³⁴⁴ *Id.*, at 150.

³⁴⁵ *Id.*, at 115.

罪にふさわしい非難を犯罪者に伝えた上で、犯罪者が犯罪を後悔し、自分自身を改革し、被害者と和解することを目指すコミュニケーション活動として考えられるべきである。この理解では、厳しい扱いがコミュニケーション活動の一環、かつ、悔悟、改善と和解の目的を果たす現世の罪の償いとして、道徳的に説得力のある論理的根拠に立脚することになる。また、ダフが構想する処罰は、彼の社会に対する認識に合致し、自由的な共同体の定義上の価値と一貫しており、実際にそれを表現しているのである。すなわち、排除的ではなく包含的なものとされる刑罰でじや、犯罪者は市民としての適格を喪失した無法者（outlaws）としてではなく、規範的な共同体の完全なメンバーとされることになる。詳しく述べれば、犯罪者は責任ある道徳的な主体として、彼らが犯した公的な不正に対して応答することができる人とされる。同時に、刑罰は、単なる強要ではなくむしろ説得とされるので、犯罪者の自主性を尊重している。また、説得は犯罪者の非行に対する正当な応答を構成し、犯罪者の説得されない自由を維持することで、犯罪者の自由を尊重している。最後に、ダフ理論は公的な範囲内に収まる生活と行為の側面のみを扱っているので、犯罪者のプライバシーを尊重している³⁴⁶。その上、ダフの刑罰理論では、犯罪者は、自主性、自由、プライバシーという中心的な自由の価値に縛られ、保護される市民として扱われることになる。

4. コミュニケーション理論における刑罰と量刑

ダフの刑罰理論を踏まえて次の問題となるのは、量刑者が犯罪者の刑罰の様式（mode）や重大性をどのように判断するべきかである。このような問題は、本論文の構成と同じく、刑罰論から導く結論をいかなる量刑のレベルに適用するか、ということである。そこで、本段落では、ダフのコミュニケーションの観点が、いかなる量刑論を築くことになるかを考察する。まず、これに関して、ダフは「犯行均衡原理（Tatproportionalität）」に言及した³⁴⁷。

ダフが、「犯行均衡の要件は、刑罰の主要な目的が、犯罪者が彼の犯罪に値する非難を伝えることであるという理論には本質的なものである」³⁴⁸とするように、犯行均衡は刑罰のコミュニケーションという要求にとって不可欠なものである。また、「私たちは、犯罪者が非難に値するだけでなく、その非難がどれほど重いかを決定しなければならない。すなわち、犯罪が重大になればなるほど、犯罪に応じた非難

³⁴⁶ *Id.*, at 129-130.

³⁴⁷ R. A. Duff, Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig?, In: Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung, 2003, S.27ff.

³⁴⁸ Duff, *supra* note 159, at 132.

が厳しくなる。その非難は刑罰の厳しい扱いによって伝えられることになる。そして、重大さは、それが非難の程度のように、刑事の厳しい扱いの程度である。かくして、刑事の厳しい扱いの重大さは、非難の重大さを伝えるであろう。しかし、正義の単純な（そして、コミュニケーション上、率直な）要件は、犯罪者の刑罰の重大さが犯罪の重大さに比例することである³⁴⁹、犯行均衡の要求に基づき、刑罰の厳しい扱いによって非難を伝え、コミュニケーションを行う際、非難の程度は必ず犯罪の重大性と均衡することになると言わなければならない。

犯行均衡とは一義的ではなく、積極的（positive）犯行均衡と消極的（negative）犯行均衡に分けられるものである。積極的犯行均衡は、量刑者が均衡的量刑を科すことを要求する。すなわち、量刑者の最初の仕事は、どの程度の量刑が犯罪に比例しているのかを判断し、その程度の刑罰を科す、ということである。例外的な状況として、同等の刑罰を有する二つ以上の量刑が利用される場合にのみ、均衡性以外の事項を適切に考慮し、どのような量刑を科すかを決定することができる³⁵⁰。積極的犯行均衡は、利用可能なすべてのオプションのうち、最も効果的なものを最適の行動方針として追求するオプティマイザー（optimizer）のような、犯罪の重大性と刑罰の重大性に関して単一（unitary）のランクを要求する。また、それも、抽象的で一般的な重大さの基準と、その重大性に関して同一規準で計ることができる限られた範囲の刑罰の様式を要求する³⁵¹

それに対して、消極的犯行均衡は、裁判所が不均衡な量刑を科すことを禁じるものである。しかし、裁判所は、その制約によって定められた限度内で、犯罪予防など他の事項を考慮した上で、刑罰の正確な程度と様式を決定することができる³⁵²。つまり、消極的犯行均衡は、明らかに不均衡な刑罰を選択するものではないが、どの刑が最善であるかを判断するために利用可能なすべての選択肢を単一のスケールで順位付けしようとすることもなく、単に十分に良い（good enough）または満足できる行動方針だけを求めるものであって、刑罰の比例する量（quantum）を求めるわけではない。また、すべての犯罪を単一の重大さのスケール、またはすべての刑罰を単一の重さのスケールに位置付ける必要もない。代わりに、均衡に関する限り「十分に良い」、つまり、明らかに不均衡でないすべての刑罰の可能な量刑の範囲を特定するのである。そして、どちらの量刑が他のものより正確に均衡しているかを

³⁴⁹ *Id.*, at 132.

³⁵⁰ von Hirsch, *supra* note 334, Punishment, Penance, and the State: A Reply to Duff, at 76-78.

³⁵¹ Duff, *supra* note 159, at 138.

³⁵² *Id.*, at 137.

問題とせず、均衡以外の理由で範囲内の量刑の中から結果を導き出すのである³⁵³。

その上で、ダフは消極的犯行均衡を採用する理由を指摘する。すなわち、積極的犯行均衡を採るならば、私たちは、犯罪・刑罰の重大さから二つの犯罪・刑罰を比較することができなければならない。なぜなら、そうでなければ、均衡性の要求が満足しているかどうかを確認できないからである。従って、積極的犯行均衡を採用する場合、犯罪の重大性と刑罰の重大性の完全な対応表が存在しなければならないことになる。そして、私たちは、このような対応表のランク付けによって、ある犯罪が別の犯罪より明らかに重大である、あるいは、ある処罰が他の処罰より厳しいと判断する場合、均衡の要求を尊重しなければならず、より重大な犯罪により厳しい処罰を科す。しかし、ダフによると、問題となっているのはこのようなランク付けによる比較は（私たちが認めているように）常に可能であるわけではない。なぜなら、いくつかの犯罪といくつかの刑罰は同一規準で計ることができるものではないからである³⁵⁴。消極的犯行均衡のメリットは、犯罪・刑罰の形式的な重大さのみに着目することではなく、実質的な特徴を重視することにある。すなわち、ダフの言うように、犯罪に関して重要なことは、「その重大さのみならず、公的不正としての性格である。なお、刑罰に関して重要であることも、その重大さのみならず、公的不正に対する応答としての性格である」とされる。それに応じて、消極的犯行均衡は、すべての犯罪をその重大性に依拠して同一規準で計ることに生じる問題点を回避し、量刑者に犯罪の具体的な特徴に注意を払う余地を与える、また、すべての刑罰をその厳しさに依拠して同一規準で計ることに生じる問題点も回避し、より広い刑罰の範囲の中で刑罰を選択することができる、という長所を有している³⁵⁵。

ダフは、消極的犯行均衡という概念を採用しつつ、それを相対的に厳格なものであるとする。彼は、均衡性の要求は、限度の上限は厳しく画されなければならない、下限は例外的に解除可能であると主張した。すなわち、刑罰は犯罪のために科されなければならないので、不当に厳しい刑罰を科すことは正当化できない。刑罰は、犯罪者に対し彼の犯罪に対する非難を伝えなければならないが、正義の観点からは犯罪に値する非難より厳しい非難を伝達することはできない。したがって、犯罪にふさわしい均衡の上限は原則的に解除されない。それに対して、ダフによると、不当に寛大な (*lenient*) 刑罰を課すことは、少なくとも慈悲 (*mercy*) が適切である場合には正当化され得るとされる。犯罪者が既に苦しんでいることを考えれば、彼の

³⁵³ *Id.*, at 138.

³⁵⁴ *Id.*, at 139.

³⁵⁵ *Id.*, at 139.

犯罪に焦点を当てることを強調することは不適切である。したがって、ダフは、下限は、上限と異なって例外的に解除されうるとするのである³⁵⁶。

前記のようなダフが採用する犯行均衡の立場は以下のようなものである。「均衡は、悔悟としての刑罰の目的に内在しているものである。犯罪者に彼の犯罪に値する非難を伝え、また、彼の犯罪に対して適切な謝罪を構成する刑罰は、彼の犯罪に均衡しなければならない」³⁵⁷。これは、彼が主張する刑罰のコミュニケーションの機能に合致する。また、ダフによれば、刑罰がコミュニケーションの機能を果たすからこそ、消極的犯行均衡が採用される。すなわち、均衡性は、犯罪の重大さと刑罰の重大さとの関係として、刑罰を悔悟とするコミュニケーション概念の下で、犯罪と刑罰の適切な関係の一つの次元にすぎないと言える。コミュニケーションに適した刑罰は、犯罪の重大さに均衡した程度の非難のみならず、不正とされる犯罪の本質および意味の本質的な理解を伝達すべきである。すべての犯罪を単一の重大さのスケールに位置付けることを要求する積極的犯行均衡では、このような考え方が妨げられると言える。また、積極的犯行均衡は、刑罰の様式の範囲が厳格に制限される以上、コミュニケーション活動も妨げられるように思われる。そのため、ダフは、消極的犯行均衡を採用し、コミュニケーション上適切な刑罰が「犯罪と不均衡であってはならない」と主張した。なぜならば、消極的犯行均衡にはまだ制約があるものの、積極的犯行均衡によって課せられた制約ほど狭くはないからである。つまり、刑罰の均衡という要求より、刑罰が不均衡であってはならないという要求を満たす方が、より範囲の広い量刑を可能とするのである³⁵⁸。

ところで、ダフは、消極的犯行均衡の立場から、同害復讐法 (*lex talionis*) を採用しないで、「本質的な適合性 (substantive fit)」という概念を用いている。この概念は、刑罰と犯罪の間に実質的な「ふさわしさ」がなければならないという関係を要求する。すなわち、ダフの思想では、刑罰とは特定の程度の単なる形式的な非難を伝えること以上のことであり、犯罪の不正としての本質的な道徳的特徴に直面するように、犯罪者を説得することを目指している。同様に、刑罰に伴う重大な負担がある刑事の厳しい扱いは、犯罪を控えるための打算的な動機を提供するのではなく、悔悟としての刑罰の目標をさらに進めることを意図している。このように刑罰が「犯罪にふさわしい (fit the crime)」ものであると理解される場合、刑罰は、均衡に見合った非難を伝えるのみならず、より豊かなコミュニケーションの目的を果た

³⁵⁶ *Id.*, at 140.

³⁵⁷ *Id.*, at 142.

³⁵⁸ *Id.*, at 142-143.

すべきである。したがって、ダフは、消極的犯行均衡の立場の下で、刑罰がコミュニケーションの機能を果たすために、量刑において形式的な均衡だけではなく、特定の犯罪とその関連事項に対する適切な理解を伝達しやすい刑罰の様式³⁵⁹も必要であると主張した³⁶⁰。

5. コミュニケーションとしての刑罰の前提要件 (precondition)

ダフによれば刑罰はコミュニケーションであるとされるが、そのコミュニケーションには、必要な前提要件が存在する。特定の犯罪者に対し加えられる処罰、あるいは、特定の刑事システムによって加えられる処罰を合法的なものにするためには、特定の条件の確認が必要である。ただし、この条件には、異なるレベルのものとと言える。一つは、被告人が有罪判決を受けて罰せられた者とされる場合、彼に加える処罰を合法的にする条件である。例えば、刑罰が適切な種類の道徳的コミュニケーションの中に犯罪者を引き込む試みを構成する以上、刑罰と犯罪の均衡を有しなければならないとされ、均衡の条件を満たさないと、処罰は合法・正当化されないことになる。もう一つは、刑事システム内に科せられた特定の刑罰の合法性の条件ではない、システムそれ自体の合法性の条件である。それは、刑罰を実行する前に、そして、刑罰の実行中に追求された特定の行動や政策の合法性について議論する以前に満たされなければならないものであり、「前提条件」と呼ばれる。非難を例として、前者の条件は、非難が正当かどうか、あるいはその非難が許されるか否かなど、非難それ自体の正当性の問題と関連する。被告人が出廷し、犯罪に対する起訴に応答し、刑事不法に関する責任を否認するにあたり、こうした条件に注目するのである。これに対して、後者の条件は、非難者が非難の適格・権利を有しているかどうかのような、非難それ自体の正当性と関連しない、非難しようとすることに関連する条件である³⁶¹。言い換えれば、被告人がこの条件を主張する際には、応答を通じて有罪か無罪を言い争うのではなく、応答を拒否することになる³⁶²。

ダフによると、刑罰と刑事責任 (criminal liability) の本質的な前提条件として、被疑者が責任 (responsibility) を果たせる市民として審理されたり処罰されたりすることに適する人であることが必要である。その中で、コミュニケーションの観点から見れば、責任を果たせる (responsible) ということには、応答可能 (answerable) が前提とされるということである。すなわち、審理と処罰の刑事手続には、被告人

³⁵⁹ *Id.*, at 142-143.

³⁶⁰ *Id.*, at 143.

³⁶¹ *Id.*, at 179-180.

³⁶² R. A. Duff, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*, 2007, Hart Publishing, pp.178-179.

が応答できる人であることが前提条件とされる。審理では、被告人が起訴に答えることが要求され、有罪判決では、被告人が、証明された不正に答えられる人として非難される。処罰では、被告人が処罰を理解し対応することができる者として、対処することになる。なお、応答できることには、答える能力がある（*be capable of answering*）ことが必要である。すなわち、被疑者は、起訴、審理の意義を理解できない場合、応答の能力を持たず、責任を果たせない。なお、被告人が有罪判決と処罰の意味を理解できない場合、伝達の非難を正当なものとして受け入れることができない以上、責任を果たせない。要するに、ダフ理論では、コミュニケーションの観点を踏まえ、犯罪者が正当に審理される、あるいは処罰されるために、犯罪者は自分の犯罪に対して応答可能であり、責任がある人であるとされるのである。

そこで、ダフのいう被告人が責任を果たせる市民とされることが刑事責任と処罰の本質的前提条件という前提の下で、責任を果たせる市民が有する三つの条件は、刑罰の前提条件となる。この三つの前提条件とは、一つは人の法律の義務と関連すること、もう一つは、被告人が犯人だと主張された犯罪に対し彼に答責させる適格を一体だれが有するかという問題と関連する。最後の条件は被告人が応答するために呼び出された際に使用する言語と関連するものである。しかも、それぞれの前提条件は、前記のダフの政治的共同体に関する解釈を反映する。すなわち、前提条件は、被告人が政治的共同体に包含されることができる、または、共同体から除外されることができることと深い関係があると言える。被告人は政治（*polity*）の市民として責任を負うかどうか、その法律の下で被告人が審理され処罰されるかどうかについては、被告人がその政治的共同体の一員として含まれる程度に依存することになる³⁶³。つまりダフの理論では、コミュニケーションの観点に基づき、被告人は共同体に包含され、彼の行為に応答するように、コミュニケーションすることができる限りで刑罰の前提条件を満たし、刑事責任を引き受け、刑罰を受けることができる。要するに、前提条件が満足されれば、被告人を応答させる審理それ自体が合法となる³⁶⁴。

第一に、ダフ理論における前提条件として、「処罰される側が法律に縛られる（*bound by law*）」というものを紹介する。この前提条件は、裁判所が市民に代わって政治共同体の公共的価値である法律に違反する犯罪者を審理し、裁判し、刑罰を加えるためには、その犯罪者は必ず法律に縛られているということである。法律は、共同体の価値を表し、市民の服従を要求し、被告人は共同体の価値を表現する

³⁶³ Duff, *supra* note 159, at 181.

³⁶⁴ Duff, *supra* note 362, at 181.

法律に従う義務があり、共同体の価値に拘束される場合に限り、被告が表現した法律に対する不服に応答するために呼び出すことができる。そこで疑問となるのは、犯罪者が「社会的な不利益」のみならず、深刻で、持続的で、体系的な不正義を受けて、共同体の政治的生活に参加することから除外され、さらに、他の人が享受する経済的かつ物質的な利益の公正な占有または公正な機会から除外されていた場合に、その犯罪者は政治共同体の価値として宣言した価値とその価値の決定によって縛られるのか、ということである。この犯罪者は、かれが依然としてそのように不正義な方法で、排他的に扱う政治組織の法律に拘束されていると言えるであろうか³⁶⁵。

ダフの主張によれば、法律を守る義務を弱体化させているのは、人々がその法律が適用される共同体から除外されている程度である³⁶⁶。体系的に除外された、または、不当に不利益を受けた犯罪者は法律に縛られていないことになると言える。しかし、ダフの理論の注意すべき点は、共同体の価値から排除された犯罪者が法律に縛られていないということは、犯罪行為が正当化され、許され、または容認されることではない、ということである。つまり、その行為は不正であるが、法律によって、犯罪者にその行為に応答させ、彼の誤りを判断すべきではない³⁶⁷。要するに、犯罪者が不当に政治共同体から排除され、その価値の保障から外れたならば、犯罪者は責任を有する市民 (citizen) ではなくなり、犯罪者に刑事責任 (criminal liability) と刑罰を負わせること的前提条件が満たされないことになる。

第二に、ダフによれば、第一の前提条件と関連して「処罰する側は犯罪者が主張された犯罪に責任を負うと宣言することの当事者適格 (standing) を有する」という前提条件が必要である。犯罪者が非行に応答する際に、疑問となるのは、誰が、何かに対し答えることができるか、ということである。さらに、ある人が他の人・機関に応答可能ということは、他の人・機関はその人に答えさせる適格を有することを意味すると言える。例えば、教師は、彼の職務について、学生または学校に答えることができるが、見知らぬ他人には答える必要がない³⁶⁸。同様に、裁判と有罪判決

³⁶⁵ Duff, *supra* note 159, at 182-183.

³⁶⁶ しかし、このような主張の下で、まだ解決しなかった疑問が残る。まず、遵法の義務を損なうためには、犯罪者が共同体からどのように深刻な排除が必要か、あるいは、その義務を維持するためには、いかに最小限か控えめに包括することができるか。また、法を守る義務を否定することは、深刻な排除によって達するののか、それとも、弱める排除によっても達するののか。最後に、共同体から排除された人々の義務が否定される範囲は、すべての法律が否定されるのか、あるいは、人々が不公平を受けたことに関係する法律に限られるのか (*Id.*, at 183.)。

³⁶⁷ *Id.*, at 184.

³⁶⁸ *Id.*, at 185.

を受けて罰せられるべき者が、彼が主張された犯罪に答えるよう彼に呼びかける者に対して、答えることができる場合には、彼に呼びかける者は、彼の回答を要求する適格を有すると言わなければならない。つまり、犯罪者に呼びかける者は、適格を有しなければ、審理・裁判を行うことができず、処罰すべきか否かを決定する権限を有しないことになる³⁶⁹。しかし、ここには明らかにされなければならない若干の問題が残る。

一つは、裁判中、被告人が誰に応答するのか、あるいは、何を答えるのか、ということである。これについて、ダフは、被告人は同胞である市民（fellow citizen）に答えられる、と主張した。すなわち、裁判所は、法律の言語の中で、その法律がある政治組織を代表して発言する。被告人は、彼が犯した罪のため、共同体の法律の下で彼の同胞に答える。もう一つの問題は、法律およびその名の由来する政治共同体はある人に彼の主張されている犯罪に答えるように呼びかける権限と適格を持っているが、その権限、適格を与えるまたは剥奪するものは何か、ということである。これに関して、ダフは、教師と学生との関係を例として説明する。すなわち、ルールに違反した学生に説明をさせるまたは処罰する権限を有する職員が、持続的に、不正直に、無礼に学生に対処するような場合、その学生は、主張されたルール違反を説明することを呼びかけられる時、おそらく、職員がその説明を要求したり審理したりする適格を有していないと主張する。同様に、政治共同体の名で発言し行動する法律と裁判所は、その法律によって表現され、解釈され、適用される公的価値に対する犯罪に対し、被告を共同体に答えさせるように呼びかける際、自らもその公的価値を尊重しないならば、犯罪者を応答させる適格を失うことになる³⁷⁰。要するに、仮に、処罰する側も犯罪者が無視した共同体における価値を尊重せずに当事者適格を失うような場合、犯罪者に刑事責任と刑罰を負わせることの前提条件が満たされないことになる。

ところで、この考え方に対し、事案を審理する刑事裁判所が重視すると思われるのは、被告が受けた不正義または排除ではなく、被告が罪を犯したかどうか、あるいは、被告が特定の罪を犯したという起訴（charge）が立証されたかどうかということで、被告が主張された犯罪に答えさせる権限は、共同体の政治機関の他の側面（aspects）や機関（organs）のせいを受けた不正義によって損なわれていない、という反論がある。それに対しダフは、この反論の考え方は、法律と刑事手続が実践とされている特定の広範な社会的および政治的脈絡と隔離されることになるが、ある

³⁶⁹ *Id.*, at 185.

³⁷⁰ *Id.*, at 186.

実践が合法であるかどうかという問いには、それが設定されている脈絡を伴わないと、答えることができないと主張した³⁷¹。もっとも、適格を失う範囲は無制限なわけではない。ダフも、たとえ被告人が受けた不正義または排除が、被告人に幾つかの犯罪を説明させるよう呼びかける適格を損なうとしても、すべての犯罪に関して、その適格を損なうことはないとした。すなわち、政治共同体が被告人を扱う場合、裁判所は幾つかの犯罪が含まれる価値を尊重しないので、被告人にそれらの犯罪を説明するよう呼びかける権利はなくなるが、他の犯罪について被告人に説明させるよう呼びかける権利は依然として持っている³⁷²。

第三の前提条件となっているのは、「法的言語 (The language of the Law)」の使用、ということである。ダフ理論は、裁判手続、有罪判決と刑罰はコミュニケーションのプロセスであるするので、起訴が表現され、事実が主張され、非難が伝えられるような法的言語が必要である。この法的言語とは、刑法の実質的な規則と要件、刑事責任の条件、裁判、量刑と処罰の執行の手続的規則が表現されている言語を意味する。また、この言語は、市民が法律で対処され、市民に犯罪の嫌疑を答えさせるために呼び出される言語であるので、法律専門家だけでなく、被告人など刑事手続の一般の参加者と刑事訴訟が行われている共同体の両方にアクセス可能な言語であるとされる。なぜなら、被告人が応答するためには、彼が理解できる言語で問いかける必要があるからである。

そして、ダフ理論によると、被告人のような一般の参加者が刑事手続でどのような理解にアクセス可能でなければならないのかには、二つの要求を満たすことが必要である。一つは、その理解が事実に理解のみならず、規範的理解でなければならないこと、すなわち、被告人と彼の有罪・無罪を決定する人は、法律が犯罪と定義する事実上明記された方法で行動したと言われているのみならず、彼が刑事犯罪で告発されているということを理解できなければならない³⁷³。彼らは、主張された行為が刑事不法をなすという観点から価値を理解できなければならない。もう一つは、その理解が、被告人も彼が有罪か無罪かを決定する人も第一人称で法律の言語を話すことを可能にする理解でなければならないこと、すなわち、自分が共有していない、あるいは共有することのできない、異質価値システムの要件を伝える第三人称の「分離された規範的陳述」ではなく、彼らが法律とその価値観を受け入れる

³⁷¹ *Id.*, at 187.

³⁷² *Id.*, at 187.

³⁷³ *Id.*, at 188-189.

ことを表現する義務的な規範的陳述をすることが可能でなければならない³⁷⁴。しかも、これらの要求は、自由な政治における刑法の役割から起こるものである。すなわち、まず、刑法が政治共同体の公的価値を表し、共同体の価値観を表現し、メンバーに伝達する際に、理解可能な言語を使うことが必要である。次に、被告人と彼が有罪か無罪を決定する人は、政治的共同体全体を代表して、その名の通りに行動し、発言しようとする際に、第一人称でその共同体の公的価値を表現するように法律言語を話すことができなければならない。最後に、刑事責任の前提条件として、法的言語は、市民が理解し自分自身で話すことができる規範的言語でなければならない³⁷⁵。

もっとも、ダフによると、法的言語は市民が原則としてアクセス可能かもしれないが、それは彼らが合理的に聞くことができる、または自分たちのものとして話すことが期待できる言語（彼らが政治共同体の成員として共有する価値を表現する言語）であるとはまだ言えない。ここで問題となるのは、法律が一部の市民に話す場面には、彼らが不当に排除されている、または不利益を受ける状況であるという場合もあり、その場合には共同体とその機関によって市民を扱うことが、共同体の価値を共有するものとしての敬意や懸念を示していない、ということである。すなわち、そのような場合に、法律の職員によって対処されているという文脈は、敬意ではなく侮蔑であり、権限ではなく単なる権力という文脈である。それでは、法律の言語は市民自身のために話すことができるものとして、市民が自分たちのものであると聞くことは合理的に期待できない。むしろ、市民はそれを従うべきであるかもしれないが自分たちで作ることができない外来の声として聞くであろう。これに対してダフは、刑罰が犯罪者とコミュニケーションをすることであれば、刑罰は、犯罪者が理解し、非難の規範的言語として犯罪者自身が話すことのできる言語で話されなければならないと主張する³⁷⁶。要するに、ダフは、刑事責任と刑罰の前提条件として、法律と処罰の言語が、主体の合理的理解の上で自分自身の公的価値の言語として話されることを合理的に期待しているのである³⁷⁷。

ダフによると、「市民は共同体のメンバーとして法律に縛られている」「市民は、裁判所を通じて、法律によって宣言され解釈される公的価値に対する犯行のため、彼らの同胞に答えられる」「市民は、公的言語で答えられる」といった本段落で論じ

³⁷⁴ *Id.*, at 189-190.

³⁷⁵ *Id.*, at 190.

³⁷⁶ *Id.*, at 192.

³⁷⁷ *Id.*, at 193.

てきた刑事責任と処罰の前提条件は、適切な種類の政治共同体の存在と範囲に関係する。したがって、刑罰が正当化できるかどうかを判断するには、刑事システムの内部作業のみならず、それが設定されている大きな政治的文脈についても議論する必要がある。また、犯人が悔い改め、改善、和解、説得することを目的とした、道徳的コミュニケーションの本質的な試みを構成するかどうかだけではなく、処罰された人々が実際に適切な種類の政治的共同体のメンバーであるかどうかの問題とされる必要がある³⁷⁸。すなわち、犯罪者をただ「私たち」の仲間として扱うならば、前提条件が満たされ、その犯罪者を処罰し、共同体と和解させることができる。

6. ダフ理論が直面する問題と理論の修正

ここまで、ダフ理論の概要を説明してきた。今までの説明によれば、ダフ理論は、主観的要素に左右される、あるいは、展望的観点の使用などの問題点を回避し、回顧的観点に基づき、国家と私人の関係を考察するという要求を満足し得る見解ではないかと考える。つまり、刑罰において、国家の違法がいかんにして科される刑罰に影響するかを分析する際に、本理論が採用に値するものであるように思われる。また、前記の紹介を踏まえ、違法捜査の量刑上の考慮の根拠に関して、ダフ理論から検討を行う余地があると考えられる。もっとも、ダフ理論にも疑問または問題が全くないわけではない。従って、本理論に生じ得る疑問点を説明し、問題を解決して初めて、この理論を採用することが可能になると考える。そこで、以下の部分では、本理論が抱く問題及び直面し得る疑問を指摘してその内容を明らかにし、問題点の解決を試みる。

(1) 展望的な結果主義に分類される理論？

第3章の言ったように、本論文の立場は、展望的観点に分類される一般予防と特別予防を採用しないものである。もっとも、ダフ理論は、犯罪者が自らを改善し、将来の非行を避けることを目的とするので、本論文が採用したい回顧的観点、または結果主義に属するののかという疑念がある³⁷⁹。前記の通り、ダフは、刑罰が表現だけではなく、むしろ、コミュニケーションであると主張する。すなわち、ダフによると、犯罪を責任主体の不正行為として真剣に受け止める際に、刑罰は罪を犯した人を非難する（*censure*）ものである。また、ダフ理論は、刑罰を一種の「現世の罪の償い（*secular penance*）」として描くことによって、犯罪者にふさわしい非難をコミュニケーションするために、「刑罰の厳しい扱い（*penal hard treatment*）」を採用す

³⁷⁸ *Id.*, at 193.

³⁷⁹ *Id.*, at 80.

べきであるとする³⁸⁰。つまり、ダフ理論における非難は、主として犯罪者の過去の犯罪行為によって正当化され、犯罪行為を焦点としたメッセージを通じてコミュニケーションを行うものである³⁸¹。この論理から見れば、刑罰が犯罪に応じた非難のコミュニケーションとされる以上、ダフの理論は応報主義の観点に分類されることになる。そうであれば、ダフ理論は、本論文の回顧的観点という立場に合致すると言えよう。

とはいえ、他の応報主義に分類される理論とは異なり、彼の理論には、犯罪者に犯罪を後悔させる、あるいは、犯罪者自らを改善するという目的が含まれる。学説には、ダフ理論が応報主義の関心と結果主義の関心とを結びつけているので、統合型のハイブリッドの刑罰論に分類する見解が見られる³⁸²。なお、非難者側の道徳的判断を伝えることによって、犯罪者が自らの行為を変えていくことに着目し、このような見解を特別予防論に分類する主張も見られる³⁸³。そうであれば、この理論が結果主義にも分類され、本論文が放棄した立場に陥るといふ拭えない疑念が残るように思われる。これに関して、ダフは、一般的なコミュニケーションの行動には展望的な目的が含まれるが、彼の理論は純粋な目的主義に分類されるわけではないと説明した。すなわち、ダフ理論では、刑罰を将来の目的を達成するための効率的な手段とするという道具主義的な観点が破棄され、犯罪者を後悔させるという目的は、刑罰によって求められる偶然の手段ではなく、刑罰の内在的なものである³⁸⁴。言い換えれば、ダフが関心を持っているのは、その目的を効率的に達成することではなく、その目的を達成するために本質的に適切な内在的関係が成り立つ方法である。したがって、本理論は、ダフ自らの説明によって、積極的一般予防とは異なり、かつ、いわゆるハイブリッドの刑罰論に分類されるものでもなく、犯罪者を重視し、応報主義に基づき「非難」の伝達を中心とするものであると言える³⁸⁵。

これに関して、私見によれば、ダフ理論における悔悟と改善は結果主義の性格を有しているものの、本質的に純粋な結果主義と異なり、被告人に悔悟・改善をさせることは刑罰の主要な機能ではないと考えられる。確かに、ダフの理論は、悔悟、改善と和解を採用することで、結果主義に分類される要素が取り込まれる。しか

³⁸⁰ *Id.*, at 29-30.

³⁸¹ R. A. Duff, "Punishment, Communication, and Community", in *Punishment and Political Theory*, 1998, Hart Publishing, p.69.

³⁸² 高橋・前掲註(175) 225 頁。

³⁸³ 中村・前掲註(197) 167 頁。

³⁸⁴ Duff, *supra* note 159, at 30.

³⁸⁵ Duff, *supra* note 159, at 6, 27-29; Duff, *supra* note 381, at 52.

し、それは、ダフが刑罰におけるコミュニケーションの機能のみならず、他の刑罰の意義も重視することを意味するだけであって、彼がこの理論を結果主義に転向させることを意味するものではない。ダフ理論は、犯罪者の将来の悔悟、改善と和解を重視するものの、将来の改善・悔悟・和解を刑罰の直接の目的にするものではない。この理解の下で、ダフの理論は、純粋な結果主義と異なり、「教育」、「改善構成」などの目的が応報という核心的目的に替わるものではないと考える。

むしろ、ダフの目標となるのは、コミュニケーション刑罰理論の下、結果主義に常に生じる犯罪者を客体化するという問題を回避した上で、犯罪者をコミュニケーションの当事者としてその主体性を重視すると同時に、もっと十分な理由を通じて根拠づけられる刑罰理論を構築する、ということである。ダフは、コミュニケーションに立脚する刑罰理論を構築するにあたり、従来の応報刑論が採用する義務論（deontological）における道徳的要求という観点を通じて、彼の理論を根拠づけるといふ手法を採らず、もっと具体的な内容によって彼の刑罰理論に正当化の根拠を与えることを試みる³⁸⁶。ダフ理論における刑罰の主要な目的は、過去の犯罪行為に対する非難を犯罪者に伝達し、犯罪者とのコミュニケーションを通じて彼に自分の行為が不正であることを理解させる³⁸⁷といった依然として応報主義に分類されるものである。そして、悔悟、改善と和解など展望的な目的は、コミュニケーションという主要な目的を基礎として、それに基づく将来的な実現が期待されるものである。要するに、コミュニケーションの刑罰理論は、単に過去の犯罪をめぐってコミュニケーションを行うということが正義であるという抽象的な理由によって支えられるものではなく、回顧的にコミュニケーションを実行した上で将来の改善、悔悟と和解に関して堅固な土台を築くという具体的な理由に支えられるように思われる。

この意味で、ダフの理論は純粋な結果主義（刑罰→予防）と異なり、改善と和解など予防に関する目的が非難される犯罪者に対する期待にすぎないといえる（刑罰

³⁸⁶ 英米法圏において、応報主義に分類される見解には、コミュニケーションの機能に着目する応報刑論が見られ、「目的論的応報主義（teleological retributivism）」と呼ばれる（Robert Nozick, *Philosophical Explanations*, 1981, Harvard University Press, p.371.）。例えば、フェアプレー理論を主張したモリス（Herbert Morris）は、1980年代に、「家父長主義の刑罰理論（a paternalistic theory of punishment）」を唱えた。その理論は、刑罰のコミュニケーションの機能を重視しつつ、両親の子供に与える教育という観点の下でこのコミュニケーションを理解したものである（Herbert Morris, “A Paternalistic Theory of Punishment”, *American Philosophical Quarterly*, 1981, 18, pp.263-271.）。しかし、この理論には、応報主義から逸脱し、教育の機能を過度に重視するという問題が生じる。つまり、この理論の下で、教育の目的を求める同時に、刑罰の範囲・程度が広げて、犯行均衡などの制約を超えるおそれがあると言える。ダフは、この理論と異なり、コミュニケーションの機能を重視するものの、応報主義から逸脱し目的主義に生じる問題に陥るものではないと言える。

³⁸⁷ Duff, *supra* note 381, at 52.

→コミュニケーション (→予防))。言い換えれば、本理論は、個人の改善または公衆の法秩序への信頼といった将来的効果ではなく、過去の犯罪をめぐる価値衡量と非難の決定によって十分なコミュニケーションを行うことを通じて刑罰の正当性を根拠づけるものであると言える。従って、刑罰の実行によって将来得られる結果ではなく、過去の犯行に対する非難のみによって、刑罰を正当化するという基準³⁸⁸に照らして、応報主義の理論に属されるべきである。

本論文の立場は、刑罰の機能を、偶然的、不確定的犯罪予防の効果とつながる結果主義とすることに反対するものである。なぜなら、刑罰の正当性がまだ発生していない予測できない将来の予防効果に依拠すれば、刑罰の発動が不当に拡大し、犯罪者に過度の侵害が生じうるからである。また、第3章の説明のように、違法捜査が刑罰に影響することの論拠が特別予防や積極的一般予防とされる場合、影響が存在するか否かが犯罪者の主観的規範意識、あるいは、内容不明確な公衆の法秩序への規範意識に依拠する以上、影響の有無が主観に左右されて確認しにくい。つまり、予防の観点によって違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるのは不十分ではないかと考えられる。本論文では、積極的一般予防か特別予防かにかかわらず、予防を刑罰の目的(刑罰→予防)とする結果主義に立脚し、違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける立場は採用しない。前記のダフ理論に関する検討に照らして、ダフの理論は回顧的観点に分類される以上、本論文の立場に反しないことになると思う。

(2)コミュニケーションが刑罰の正当性を根拠づけることの理由と本理論の採用に値する理由

ダフの理論は、形式上、応報主義に立脚する回顧的観点の刑罰理論であり、本稿の要求は満たされている。ただ、実質上、なぜコミュニケーション機能を通じて刑罰に正当性が与えられるのかについては、詳細に説明しなければならない。刑罰は、社会的制度の一つとして、その合理性・正当性にも社会との間の緊密な関係が存在している。刑法と刑罰自体に維持すべき原則があるとしても、それが社会または共同体の価値とある程度一致しなければならない。つまり、正当な刑罰は共同体の価値を反映することを基礎とするものである。共同体の価値への違反は、刑罰の十分条件ではないが、必要条件であると言える。そうだとすれば、仮に刑罰が社会または共同体の価値から逸脱するならば、この刑罰の合理性・正当性も欠けることになる。また、人間指向のコミュニケーション理論は、犯罪者とのコミュニケーションを通じて犯罪者の共同体の価値から逸脱の原因を明らかにし、両者それぞれの

³⁸⁸ Matt Matravers, "Duff on Hard Treatment", in *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 2011, Oxford University Press, p.69.

価値を衡量した上で、共同体の価値の内容を再確認したり、再構築したりすることができるはずである。例えば、マーフィー（Jeffrie G. Murphy）によると、コミュニケーション刑罰理論は、刑罰によってどのような内容をどのようにして犯罪者とコミュニケーションするかを重視すると同時に、犯罪者が象徴的なコミュニケーションとしての犯罪を通じてどのようなメッセージを被害者に伝達するかも分析に値する³⁸⁹。この理解の下では、犯罪者が犯罪によって伝達するメッセージを理解した上で、犯罪者に侮辱された利益・価値と共同体の守るべき価値を再確認する一方、犯罪者に対するコミュニケーションの目的を果たすふさわしい刑罰の程度・内容も明らかになると言える。この意味で、コミュニケーションとされる刑罰は、共同体の価値を整理し再確認する機能を有する以上、刑罰それ自体は、社会の価値を反映することになり、正当性を有すると言える。すなわち、コミュニケーションとされる刑罰は、国家と被告人とのコミュニケーションを通じて、犯罪と非難をめぐる共同体の価値と被告人の価値との衝突を検討し、それぞれの価値を衡量することから生み出されるものであり、社会の価値を十分に反映すると同時に、犯罪者の将来の悔悟や改善などに資するゆえに、正当性を有するものであるように思われる。

なお、刑罰が単なる悪害の賦課とされるとしても、正当な刑罰には、犯行にふさわしい刑罰の重さが依然として求められることになる。つまり、正当性を有する刑罰として、犯罪にふさわしいことは必要であり、ふさわしい刑罰を要求するためには、犯罪行為に対する十分な評価が必要である。そうだとすれば、一方的な非難と比べ、犯罪事実の認定と非難の内容・程度の決定をめぐるコミュニケーションには、全体としての犯罪と刑罰に関する十分な「意見交換」の上、共同体の価値を衡量し再確認し、社会や被害者が受けた侵害と犯罪行為の重大性が十分に評価される余地がある。その上、コミュニケーションを通じて、十分に評価された犯罪の重大性にふさわしい刑罰を導く可能性も大きくなると言える。コミュニケーションの刑罰理論が適用された場合には、ふさわしい刑を求めるという要求を満たすことができる以上、その刑罰は正当性を有すると解される。

(3) コミュニケーションの内容と刑罰に実現する余地の有無

本理論が直面する最後の問題としては、刑罰をコミュニケーションと理解することは可能であろうか、ということである。刑罰の正当性との関係が強くないと言っても、コミュニケーション理論を採用しようとする他の理由は、コミュニケーションと通じて犯罪者の主体性を維持するということである。しかしながら、国家が私

³⁸⁹ Jeffrie G. Murphy, “Repentance, Mercy, and Communicative Punishment”, in *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 2011, Oxford University Press, p.29.

人に対し刑罰を加えるにあたり、まさしくコミュニケーションを実現するといえるであろうか。言い換えれば、この考え方は、刑罰と刑事手続において、まさしくコミュニケーションは可能であろうか、という疑問に直面しなければならない。非難とは、非難された対象の地位を根本的に落とし、権利と義務を否定することを意味する。しかも、刑罰によって現れる非難も、事実上被告人の地位を変化させ、法的権利と義務を否定するものである。そのため、当事者間の非難に攻撃的な含意が含まれるとしても、お互いの形式的平等と相互関係が中断させられなく、法律的・道徳的地位が変化しない一般的な対話に対して、国家が厳しい扱いを含む刑罰のような手法によって、非難を被告人に伝達するにあたり、コミュニケーションに必要な条件が依然として満たされるのか、という疑問を解決する必要がある³⁹⁰。

この疑問を解決するために、あらかじめ明らかにする必要があることは、コミュニケーションとしての対話の条件である。例えば、コミュニケーションを、二人またはそれ以上の人による、持続的な、目的のある対話、あるいは、思想の言語的交換を行う対話とみなす見解が見られる。この見解によれば、真の対話について、五つの条件が引き出される。第一に、相互関係を有する両者が、相互作用的に関与し、お互いの発信者と受取者という二元的な役割を認識すること。第二に、対話が、他の相互作用に比べて、より持続的で広範な相互作用であること。第三に、お互いに相互の権利と義務を認識することによって示される目的のある対話は、理由が付けられ、議論に基づき、前進志向（*progress-oriented*）の相互関係である。第四に、対話には、公平と平等の含意が含まれること。すなわち、対話する両者は、対象に話すこと、対象に聞き取られたり、理解されたりとすることの平等な権利を有しているのである。第五に、各当事者が何を伝えているかを信頼できるものにするために、対話の当事者は強要されたり、操作されたりしないという意味で、相互関係に参加する意思があること³⁹¹が必要であるとされる。

ただし、ダフはこのように直接コミュニケーションの条件を明示していないと言える。しかし、ダフはコミュニケーションという観点から、刑事責任を問うこと的前提条件を論じることがある。この論説を分析することを通じて、ダフ理論におけるコミュニケーションの条件を明らかにする余地があるはずである。まず、ダフによると、コミュニケーションとしての刑罰の前提要件として、被告人は共同体を代表する法律に縛られるべきである。すなわち、被告人が体系的不正義を受けたことと、被告人公から正的机会が剥奪されることを通じて、被告人が共同体の価値の保

³⁹⁰ Brownlee, *supra* note 277, at 57, 62-63.

³⁹¹ *Id.*, at 57-58.

障から除外されることは許されない。これは、国家とのコミュニケーションにおいて被告人が得られる権利と義務が理解される上で、公平、平等の地位が保障されるべきであることを意味する。例えば、ダフによれば、被告人が故意に人種や宗教などの基準に基づき起訴される場合、不正義な起訴が共同体の価値を損ない、裁判の合法性を害することになる³⁹²。私見によると、これは、被告人の公平・平等な地位と権利を無視し、コミュニケーションの条件を満たすことができない。こうしたダフ理論におけるコミュニケーションの前提条件は、前段落に示されたコミュニケーションの条件と符合するといえる。また、ダフ理論によれば、国家側がコミュニケーションにおいて犯罪によって侵害された価値を尊重しない場合、犯罪者が責任を負うと宣告することの当事者適格が欠けるようになる。これは、私見では、共同体の価値と価値の侵害に対する非難をめぐるコミュニケーションにおいて、非難を伝達する処罰側にはコミュニケーションの意思が必要である以上、非難によって再確認する価値を尊重することが必要であると理解できる。そうだとすると、この前提条件も、前段落に示されたコミュニケーションの条件に一致すると解される。最後に、ダフ理論では、法的言語を通じてコミュニケーションを実現することが重視される。前提条件として、被告人が裁判において起訴を理解し、応答する能力が必要であるということから見れば³⁹³、法的コミュニケーションには理解可能な言語の使用が必要であると解される。この考え方は、コミュニケーションの条件を満たすために、当事者がお互いに相互の役割、主張、権利と義務を理解することが必要であるという見解に合致すると言える。

以上の比較を見ると、ダフ理論と他のコミュニケーション理論間で、コミュニケーションの条件は整合すると言える。要するに、コミュニケーションとは、お互いに理解できる言語の使用を通じてお互いに当事者たちの役割、権利と義務を理解し、コミュニケーションの意思を持って、平等・公平な相互関係に立脚し、メッセージの発信と受信を持続することを意味する。ただし、コミュニケーションの内容と条件が明らかになるからといって、国家と私人によって構成される刑罰がこれらの条件を満たすことができるのかがやはり疑問となっている。例えば、国家と私人との間には、権力のアンバランスがあるために、完全な平等がありえないことは否定できない。すなわち、社会においては、100パーセントのコミュニケーションがありえない場面があることは否定できない。しかし、このような不平等な状況は、必ずしもコミュニケーションの可能性を排除するものではない。ダフによると、学生と教師との関係では、教師が学生に何かを要求する権威を有するとしても、教師

³⁹² Duff, *supra* note 362, at 186.

³⁹³ *Id.*, at 181.

が学生を理性的主体として、それと対話することが不可能なわけではない³⁹⁴。コミュニケーションは原来、両者間の完全な平等を求めるものではなく、むしろ、人々に必然的に差が存在しているという前提を認識した上で、できる限り対話者の主体性を維持し、発言の内容を尊重し、理性的議論の環境を保障することが必要である。例えば、刑罰における国家と私人間の権力のアンバランスを認識した上で、当事者間のコミュニケーションの条件を満たすことの困難を理解し、できる限り国家と被告人との平等を維持し、被告人の主体性を守るのである。

ゆえに、人間指向のコミュニケーション理論は、この目標の達成に資するものであると言える。それは、規範指向のコミュニケーション理論と異なり、社会大衆とコミュニケーションするのではなく、個人である犯罪者とのコミュニケーションを目指しているものである。そのため、人間指向のコミュニケーションは、犯罪者に共同体の価値や非難を伝えるだけではなく、犯罪者の意見を傾聴し、犯罪者が持っている価値または犯罪者が共同体の価値に反する理由をコミュニケーションに入れて、具体的事案における価値衡量を重視するものである。従って、こうしたコミュニケーションを実行する過程で、お互いの考え方を十分に交流させることを通じ、当事者間の平等、尊重と、犯罪者の主体性の維持が可能となるように思われる。この理解から、人間指向のコミュニケーション理論が採用するに値するのではないかと考える。なお、前記のようなコミュニケーションを実現させるためには、できる限りそれを実現できる刑事手続を構築することが必要である。すなわち、十分なコミュニケーションの実現を刑事手続の中心として、被告人の主体性を確保できる手続を築くということである。その上で、このような刑事手続を通じて、十分なコミュニケーションによって刑罰の正当性を根拠づける。そこで、次節では、十分なコミュニケーションの実現という目的から、適切な公判手続と捜査手続の特徴を検討し、現在の刑事手続がコミュニケーションという機能と親和性があるのかについて分析する。

第3節 コミュニケーションと刑事手続

第2節では、刑罰を通じて被告人とコミュニケーションを行い、そのコミュニケーションを基礎として、被告人自らの悔悟と改善および被告人と社会の和解を期待するというダフの人間指向のコミュニケーションの刑罰理論を紹介した。実は、このような理論によりコミュニケーションを構成することには、刑罰にとどまらず、

³⁹⁴ R. A. Duff, “In Defence of One Type of Retributivism: A Reply to Bagaric and Amarasekara”, *Melbourne University Law Review*, 2000, 24, pp.414-415.

もっと広い範囲のものが含まれると言える³⁹⁵。すなわち、ダフの理論では、「被告人は、単に形式的な調査の対象者ではなく、その（刑事裁判）プロセスに参加し、政治体を定義する価値観を侵害しているという主張に関して同土に応答することが期待されるものである」³⁹⁶という論理により、コミュニケーションとされるものには、刑罰だけでなく、刑事手続も含まれることになる。だからこそ、刑事手続と刑罰との関係に着目する本稿は、この特徴にも注意して、ダフの理論を土台として、違法捜査の量刑へ影響することの論拠を検討する。もっとも、ダフ理論に言及された刑事手続には、有罪判決と公判手続が含まれるが、捜査手続は言及されていないので、ダフは必ずしも捜査手続をコミュニケーションに含めていないと言える。

ダフがコミュニケーションとしての捜査手続に言及しなかったからといって、公判手続と関連している捜査手続は、解釈を通じて、コミュニケーションと関連するとされる余地があると考えられる。また、捜査手続は、後の手続に影響を与えることがあるので、コミュニケーションの機能に全く影響しないわけではない。そこで、本節では、コミュニケーションの観点から公判手続を理解し、捜査手続がその後の公判手続との間にいかなる関係を有するかを解明した上で、捜査手続がコミュニケーション機能とどのように結びつくのかを分析する。

1. コミュニケーションとしての公判手続

ここで、議論の対象が、刑罰から刑事手続、とりわけ公判手続に移るので、最初に刑罰と公判手続との密接性を明らかにする。まず、刑罰の実現は、犯罪者に対する扱いの最後の段階として、一定の過程を通じて持ち出されるものである。その過程で、刑罰の実現と最も緊密な関係があるものが、判決及び公判手続であると言える。つまり、公判手続を含む刑事手続がなければ、刑罰が実現しないということである。公判手続は、刑罰の前段階として、犯人に刑罰を科すことを目的として行われるものである。すなわち、公判手続という制度には様々な目的があるが、科刑と刑罰の実現が公判の中心的な目的であるということは否定できない。これに関して、学説の中には、「手続法の独自性や科刑以外の目的の重要性をいかに強調しようとも、科刑目的、すなわち、刑罰の目的が全く達成できなくなるような公判は本質的に無意味である」という見解も見られる³⁹⁷。

³⁹⁵ Brownlee, *supra* note 277, at 65.

³⁹⁶ R. A. Duff, "Inaugural Address: Towards a Theory of Criminal Law?", *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes*, 2010, 84, p.11.

³⁹⁷ 高橋・前掲註(94) 214 頁。

ただし、刑罰の実現と公判手続との間には、このような形式的な関係しかないわけではない。第3章で、刑罰と刑事手続の間には実質的な相互関係が存在するとするステイカーの見解を説明した。ステイカーによると、刑罰を非難とする場合には、刑事手続を非難の特徴に応じて設けなければならない。ステイカーは、刑事手続が、非難とされる刑罰が自由と個人の自主性を侵害する危険を制約する一方で、刑罰の非難の機能を維持すると主張する。なお、ステイカーの論述から見れば、その見解の指摘する刑事手続は公判手続とするはずである。したがって、ステイカーの見解からは、刑罰は形式的に公判手続を通じて実現するものであるだけでなく、実質的なその機能・目的によって公判手続に求められるものが決定されるのである。第3章に言ったように、刑罰と刑事手続との関係について、本論文の立場はステイカーの見解と同じである。すなわち、刑罰は、公判手続を通じて作り出されるが、逆に、公判手続の内容と要求は、刑罰の機能・目的に応じて決められることになる。そうであれば、本論文は、刑罰をコミュニケーションと理解するにあたり、刑罰との緊密性を有し、刑罰を作り出す公判手続は、コミュニケーションの流れの一つとして、コミュニケーション機能を有することになるのではないかと考える。そこで、ステイカーの見解では言及がなかったとしても、公判手続は、コミュニケーションの機能を中心として、その機能に応じて設けるべきであると言わなければならない。

例えば、コミュニケーション理論を採用するダフも、自由な政治組織には、犯罪への対応として刑事裁判（*criminal trial*）制度が含まれると主張する³⁹⁸。彼は、「刑事裁判では、市民に非行の告発に応答するように彼に対して呼びかけている。彼は、共同体が適切に関心を持っている公共の不正のために、法律が破られていると主張している共同体によって、その共同体に応答するように呼びかけられている。仮に彼の告発が証明されれば、彼は正式の有罪判決によって非難される。このような手続は、犯された不正が政治的共同体全体の関心事であることを明らかにし、被害者と被告人の両方がその共同体のメンバーとして見られ、扱われることを明確にしている」³⁹⁹とし、刑事手続を、自由な政治的共同体において被告人と被害者とコミュニケーションし、彼らを扱うコミュニケーションの一環である、と主張した。しかも、このような手続は、犯罪の被疑者が公平に審理されるため、有罪の過度に性急な発見または仮定が抑制されることになる。

また、被告人が公判に呼び出されるのみならず、出席を強制される可能性がある

³⁹⁸ Duff, *supra* note 159, at 80.

³⁹⁹ *Id.*, at 72.

という点から見れば、公判と有罪判決の手續は強制的なものである。それにもかかわらず、コミュニケーションの観点から刑事裁判制度の内容を見るダフは、それが依然として個人の自主性、自由とプライバシーという自由な政治共同体の価値観に一致することにほかならないと主張する。すなわち、被告人に対し、彼に対する告発に陳述することや裁判に積極的に参加することを強制することはできないが、裁判へ出席し、判決を聞くことが強いられる可能性はあるが、このような要求は、無実か無罪かにかかわらず、政治的共同体のメンバーとしての被告への適切な配慮と一致している。それは、被告人の自由を制限はするが、被告人が市民として彼に対する適切な告発に応答しなければならないという義務と一致している限度でのみ自由を制限するのである。それに対して、告発に応答するかどうか、告発にいかにして答えるか、(有罪判決が言い渡される場合に) 有罪判決にどう対応するかなどは被告人に任せられているので、彼の自主性を侵害するものではない。なお、被告人が応答するか自白することを強制されないという点、及び、裁判が私事ではなく公共の不正に関する告発のみを扱うという点から見れば、それも被告人のプライバシーを尊重しているものである⁴⁰⁰。したがって、ダフによると、刑罰だけではなく、刑事手續、とりわけ公判手續も、自由な共同体主義の理念に合致し、コミュニケーション機能を果たすことになる。

前記の議論を踏まえ、ここで、理論的結論を導くことを試みる。刑罰の機能がコミュニケーションであるので、刑罰の正当性も十分なコミュニケーションに依存している。なお、公判手續は刑罰のコミュニケーション機能に応じ構築されるものである以上、公判において、犯罪者と共同体がコミュニケーションを行い、刑罰におけるコミュニケーション機能の実現を促すことになる。つまり、コミュニケーション機能が満たされ、正当性を有する刑罰の実現は、公判における十分なコミュニケーションに依存するのである。こうした関係の下、公判手續は、コミュニケーションの流れの一部として、刑罰の実現ないし刑罰の正当性と結びつけられる。しかも、コミュニケーション機能を果たす公判手續で、犯罪を行った被告人が刑罰の体現している非難の意味を受容できるようになるためには、非難の原因と理由について納得出来る理由を被告人に対して提示しなければならない。また、非難の理由が十分であるかどうかに対して充分の反論の機会が保障されていなければならない。つまり、刑罰が体現している非難を正当化し、公判におけるコミュニケーションの機能を維持するためには、被告人が公判において主体的に参加し、共同体の価値に照らして過去の行為の意味をめぐる理性的な議論を経ることは不可欠であると言わな

⁴⁰⁰ *Id.*, at 73.

なければならない⁴⁰¹。そして、最後の問題となっているのは、この抽象的、理論的要求が、日本の現行法体系と整合するかどうか、ということである。すなわち、現行法の公判が、被告人が主体として手続に参加し、納得できる非難の理由を受容し、共同体の価値と犯行の意味をめぐる反論を提出できる状態にあるという要求に合致すると解されうるであろうか。

この問題に答えるため、最初に、実体的真実発見、当事者の対等、適正手続といった公判手続に含まれる刑事手続の理念から検討しよう。まず、刑罰法令を適用実現するためには、刑法が犯罪として定める事件が実際に起こったか否か、起こったとすればその犯人が誰かを確認しなければならない。この意味で、実体的真実発見が刑事手続の目的の一つであることは否定できない⁴⁰²。この目的を満たすために、実体法が記述・明記している犯罪の要件要素を構成しこれに該当する具体的事実、及び、犯罪成立の要件要素が認定された被告人が有罪と認められる場合に、その者に対する確な量刑を行うため必要不可欠な、量刑判断にとって重要な事実を解明することは必要である⁴⁰³。コミュニケーション機能を果たすことから見れば、この真実発見の目的にも意義があると言える。被告人とコミュニケーションするために、解明された事実が不可欠である一方、正確な犯罪認定と量刑の均衡を通じて犯罪者に非難を伝達し、コミュニケーションを行うためには、正確な事実の発見が必要ではないかと考える。したがって、公判手続におけるコミュニケーションの機能は、刑事手続における真実の発見という理念と一致していることになる。また、刑事手続は真実の発見を唯一の目的とするものではなく、一定の適正性ないし公正性を備えていることが要求される「適正手続」も不可欠な目的である。この理念について、個々の手続が法律に明記されており、これらが法律上の根拠を有しているのみならず、内容的適正も要求されるという見解が見られる⁴⁰⁴。この見解によると、内容的適正とは、当該裁判所が管轄権を持つこと、公平・公正な裁判所であること、告知・聴聞・防御の機会が保障されることを意味する⁴⁰⁵。例えば、「起訴状に書かれていない犯罪事実を余罪として認定して、事実上処罰する趣旨で重い刑を科すのは、起訴されていない犯罪事実で自白しかないと、余罪として処罰する趣旨で重く刑を科したのは、憲法 31 条、38 条 3 項に違反する」と判示した最高裁判決⁴⁰⁶は、告知・聴聞の機会を与えていない点を、適正手続の要求の違反としたものと解

⁴⁰¹ 高橋・前掲註(94) 225 頁。

⁴⁰² 宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法』(有斐閣、2014 年) 6 頁。

⁴⁰³ 酒巻・前掲註(161) 6 頁。

⁴⁰⁴ 白取・前掲註(124) 78 頁。

⁴⁰⁵ 樋口陽一『憲法Ⅱ』(青林書院、1997 年) 263 頁。

⁴⁰⁶ 最高裁大法廷昭和 42 年 7 月 5 日判決 (LEX/DB 27760824)。

される⁴⁰⁷。これは、告知・聴聞の機会を与えていない場合には十分なコミュニケーションがありえないと解することもできる。なぜなら、コミュニケーション機能から見れば、被告人に告知・聴聞の機会が保障され、非難の理由を理解し、十分な意見を示すことができることは不可欠だからである。この意味で、公判におけるコミュニケーション機能は、適正手続に合致すると言える。したがって、コミュニケーションを公判の機能とすることは、伝統的な刑事手続の理念・目的と一貫していると言える。

続いて、現行法を考察し、具体的な制度が、コミュニケーション機能と相応するかどうかを検討する。現行の公判では、被告人は訴訟の当事者すなわち訴訟の主体として、裁判所、検察官と共に公判手続を進行させる重要な関与者である。そのため、被告人が公判期日に出頭しないときは、開廷することができない（刑事訴訟法第286条）。被告人とのコミュニケーションには、被告人の出頭が不可欠であるとされる。なぜなら、コミュニケーションの主体がいなければ、コミュニケーションの実行はありえないからである。また、被告人が主体としてコミュニケーションに参加し、非難に対して意見を示すために、非難の対象を明らかにする必要がある。そのため、被告人に関して、訴因の明示（刑事訴訟法第256条2項）と起訴状謄本の送達（刑事訴訟法第271条1項）の規定が法定されている。さらに、被告人が防御側の当事者として、刑事訴訟法第30条の弁護人の依頼権、同法第298条1項の証拠調べの請求権、同法第304条2項の証人尋問権などの手続上の権利が法定されている。このような権利の付与を通じて、被告人は専門家の協力を得て自分の意見を主張し、また、裁判官の心証形成に積極的に関与することができる。被告人に弁護人の援助あるいは捜査機関が収集した証拠の開示を保障し、当事者間の実質的対等を維持することで⁴⁰⁸、コミュニケーションの機能を果たす前提として被告人の主体的地位を保持することができるといえる。

最後に、現行法には、裁判所が冒頭手続で被告人の意見を聞かなければならない場合（刑事訴訟法第291条の2）があるほか、被告人が手続きの最後に意見を陳述する（刑事訴訟法第293条2項）こともできる⁴⁰⁹。これらの状況では、被告人に意見を陳述する機会を保障し、コミュニケーション機能を果たしているといえる。すなわち、被告人の意見表明と裁判所がそれを聞くことを通じて、具体的な事案とその背景としての社会現状に照らして、犯罪がまさしく共同体の利益・価値を侵害す

⁴⁰⁷ 白取・前掲註(124) 78頁。

⁴⁰⁸ 宇藤・前掲註(402) 9頁。

⁴⁰⁹ 酒巻・前掲註(161) 349頁。

るのか、共同体の価値が不変であるか、その価値を事案に合わせて変容させていくのか、被告人の行為は非難するに値するかを判断することができる。この判断過程は、実際にコミュニケーション機能の表現ではないかと考えられる。したがって、コミュニケーションの観点から、現行法における公判続を解釈する余地があるのではないかと考える。つまり、現行法における公判手続は、被告人が主体的地位に基づき犯罪と非難をめぐる理性的議論を行うというコミュニケーション機能を果たすと解することができるのである。

2. 捜査手続とコミュニケーション

前記の通り、ダフの理論では、コミュニケーションの刑罰理論として公判手続には言及されるものの、捜査手続には言及がない。それでも、直ちに捜査手続とコミュニケーション機能との関係を否定すべきではない。刑事手続における公判と捜査との関係、あるいは、それぞれの役割を通じて、コミュニケーションの観点の下で捜査手続がどのような役割を有するのかを再検討する必要がある。

捜査と公判は、刑事事件に関する事実関係の解明を共通的目的として、刑事手続に必要な構成要素であるが、それぞれの性格・構造は異なるものである。公開・中立な裁判所で検察官に対し参加を保障された被告人の公正な審理を受ける機会が保障されなければならない公判手続に対して、捜査手続における公開性・対審性の保障には限界がある。そのため、処罰及びその前提となる事実認定の公正性・適正性を保障するには、公判手続が刑事事件の確定の場として刑事手続の中心に置かれる必要がある⁴¹⁰。これは、公判中心主義と呼ばれるものである。これに関して、コミュニケーションの観点から見れば、正確な事実認定と犯罪行為にふさわしい刑罰を科すことを通じて非難を被告人に伝え、コミュニケーションを行うために、犯罪事実をめぐる十分なコミュニケーションを行った公判手続が必要であると言わなければならない。本論文は、このようなコミュニケーションの重心を公判手続に置く立場は、公判中心主義という理念と一致すると考えられる。

捜査段階とコミュニケーションの機能とは全く関係がないわけではない。捜査は、公判の準備をする行為である。すなわち、捜査手続とは、検察官による公訴提起と公判手続の遂行を目的として、犯人と疑われる者を発見・掌握する手続過程と、犯罪事実に関する証拠を収集・保全する手続過程の複合である⁴¹¹。この意味

⁴¹⁰ 宇藤・前掲註(402) 12-13 頁。

⁴¹¹ 白取・前掲註(124) 87 頁；酒巻・前掲註(161) 19 頁。

で、公判手続をコミュニケーションの過程とする場合、捜査手続がコミュニケーションの準備をする段階と推論することが適切ではないかと思われる。もともと、次に問題となるのは、果たして捜査手続が（国家と犯罪者との）コミュニケーションという機能を果たすのか、あるいは、捜査手続の性格がコミュニケーションという機能と親和性を有するのか、ということである。この問題に答えるため、捜査手続の性格に対する考察が必要である。そこで、捜査手続の制度上の目的や捜査手続に関与する主体間の関係をめぐる捜査構造論から、コミュニケーションという観点をを用いて捜査段階を理解し得るのかを検討する。捜査構造論を代表するのは、糾問的捜査観と弾効的捜査観という二つの観点を対置する見解である。前者によれば、起訴前の手続の中心は強制処分権限を授与される国家機関の行う捜査であり、捜査の中心は被疑者の取調べによる事実解明である。しかし、捜査権限の濫用を防止するために、強制処分法定主義と令状主義による抑制がかけられる。それに対して後者は、捜査機関も被疑者も対等の主体として公判の準備することが、全体としての捜査の過程であると考えられる。この見解では、強制処分は本来的に裁判所の権限に属し、捜査機関はそれを執行するにすぎないとされる⁴¹²。

仮に捜査と公判はそれぞれ分離された段階ではなく、捜査を公判の準備段階と解するならば、捜査は、公判におけるコミュニケーションの準備をし、コミュニケーションの場の確立を促すことになると言える。公判は、被告人が主体的地位に基づき理性的議論を行うことが必要である以上、捜査では、できる限り被疑者の主体地位を維持し、客体の状況に陥ることを避けるのが妥当であろうと考える。この理解の下で、二つの捜査構造論に照らせば、被疑者は取調べの客体に過ぎないと認めず、当事者たる被疑者が防御活動の主体として将来の公判準備としてふさわしい防御権が保障されなければならないと主張する弾効的捜査観⁴¹³は、刑事手続において、被疑者・被告人の主体地位を維持し、コミュニケーションを行うという機能に合致すると言える⁴¹⁴。したがって、結論としては、公判準備のために実行される捜査段階も、コミュニケーション機能を有するものであると言える。言い換えれば、

⁴¹² 後藤昭『捜査法の論理』（岩波書店、2001年）251-251頁。

⁴¹³ 白取・前掲註(124)75頁。

⁴¹⁴ 例えば、捜査構造を弾効化させると主張した見解には、逮捕後の国選弁護権、被疑者との自由な接見交通を許し、その上での取調べを合法とする見解が見られる。この措置は、公判における弁護人依頼権に似て、被疑者の主体地位を維持しつつ、将来可能なコミュニケーションを侵害しないことと見なす。なお、同じ見解には、取調べの方法自体を厳格に規制することも見られる。一方で、取調べの方法を詳細に規定し、他方で、規定を違反するにあたり、自白の排除法則または証拠排除が適用される（田宮裕『捜査の構造』（有斐閣、1971年）24-25頁）。これも、被疑者の主体地位を保障し、侵害を防ぐためのものであると言える。言い換えれば、捜査段階から、犯人の主体地位を維持し、将来公判における良いコミュニケーションの場を創造する目的から見れば、弾効化の捜査構造はコミュニケーションという目的と親和性があると言える。

捜査段階も、コミュニケーションの流れとされる刑事手続に含まれることになる。公判手続か捜査手続かを問わず、いずれも国家と犯罪者のコミュニケーションを行うものであると解される。

第4節 違法捜査の量刑上考慮を根拠づける試み

1. 問題点の解明

以上の結論を踏まえ、刑事手続は、一連のコミュニケーションによって構成されるものであると考える。国家は、刑事手続の中で犯罪者とのコミュニケーションを通じて犯罪行為および犯罪者と共同体との価値の衡量を議論した上で、適切な非難を引き出し、被告人に伝達する。このようなコミュニケーションとされる刑事手続は、一方でコミュニケーションにより合理的な非難の創出を促し、他方、この過程で、非難の正当性に悪影響を与える違法行為や不当なコミュニケーションを回避する。しかし、刑事手続は、コミュニケーションという目的に立脚し構築されるものであり、コミュニケーションの流れに属するものの、全ての手続的違法が必ずしも刑罰の正当性に影響を与えるわけではない。同様に、全ての手続的違法が、必ずしも刑罰を軽くする結果を導くわけではないと言える。

これについて、違法捜査の場合について考えると、捜査が合法か違法かという従来の判断は、昭和51年決定の結論を踏まえ、「個人の意思の制圧」と「身体、住居、財産等に制約を加える（権利・利益の制約）」という基準によって強制捜査と任意捜査を区別し、強制捜査と任意捜査の合法性に関してそれぞれの基準を満たすかどうかについて結論を導く、というものである。強制処分には、刑事訴訟法に特別の根拠規定のある場合でなければ実行することができないという「強制処分法定主義」、及び、強制処分の発動に際しては原則として裁判官が処分の正当な理由と必要性を事前審査して発付する令状が要求される「令状主義」の二つの法的規律があり、これに違反すれば違法捜査となる。なお、立法府によって一般的な要件を法定・明示され、個別具体的事案で司法府の事前審査により統制・制御される強制処分には該当しない「任意捜査」には、刑事訴訟法第197条1項本文により、捜査機関の判断が「その目的を達するため必要」な限度でのみ許容されるという基準が見られる⁴¹⁵。

もっとも、これらの基準によって捜査が違法であるとの結論を導くものの、直ちに刑罰それ自体に影響することは論証できない。というのは、これらの違法類型がいかにして刑罰に影響を及ぼすかについて、手続面の違法が実体面の刑罰に影響す

⁴¹⁵ 井上・前掲註(124)7頁以下；酒巻・前掲註(161)22頁以下。

ることの有力な推論が不可欠だからである。例えば、令状主義が裁判官の個別審査による司法的抑制という自由主義の原則と理解すれば、憲法第 33 条と第 35 条との令状主義の要求に違反がある場合⁴¹⁶、司法権の審査なく憲法上の権利を侵害し、自由主義の価値に反するものの、この価値が害されることがどのようにして刑罰に影響を与えるのかは依然として明らかではない。また、手段の緊急性、必要性が欠けて、具体的な状況の下で相当な合理的権衡状態から逸脱すると認められる違法な任意捜査は、法益に比例していない侵害が生じるものの、なぜ刑罰に影響するのかはいまだ不明であろう。

また、強制処分法定主義は、人権制約の限度と要件は国民代表である立法府が定めるべきであるという民主主義的な表現であるとされる⁴¹⁷。すなわち、第一に、人々の権利・自由を制約する強制処分を法律で定める際に、立法府を通じて強制処分に対して民主的なコントロールを及ぼし、法律によって捜査機関による人々の自由への制約を限界づけるという意味、および、第二に、市民自らが立法府を通じて捜査機関が自由の制約を行う権限を議論し、「市民の自律」というプロセスを通じて法律で捜査権限の正当性を与えるという意味を見出すことができる⁴¹⁸。それに関して、本論文が採用するコミュニケーションの観点から見れば、どのような状況と条件が満足されれば捜査による人々の自由への制約が正当化されるかも、コミュニケーションを通じて考えられることになるといえよう。共同体においては人々の自由や自主性が市民の価値とされると同時に、社会の秩序、治安や市民の生活の安全という価値も存在している。従って、強制処分法定主義は、市民自らのコミュニケーションを通じて、価値間の衡量の結果が法律によって定められて表現されたものと理解することができよう。また、このようにコミュニケーションを通じて捜査の段階で被疑者が自由への制約を受容しなければならない限界を付することから見れば、捜査行為もコミュニケーションとされると言える。そうだとすれば、強制処分法定主義への違反が導く違法捜査は、共同体の価値に違反し、さらなる被疑者に対する保障を破壊させるものと理解することができよう。しかしながら、刑罰と非難をめぐる刑事手続で議論の中心とされるものが犯罪者の共同体の価値への侵害であるならば、国家側の共同体の価値への侵害が、どの論理に沿って前者に影響するのは明らかではないように思われる。つまり、国家側に共同体の価値に反する事情が

⁴¹⁶ 後藤・前掲註(412)4頁。

⁴¹⁷ 後藤昭「法定主義の復活?—最大判平成29年3月15日を読み解く」法律時報89巻6号(2017年6月)4頁。

⁴¹⁸ 緑大輔『刑事訴訟法入門』(日本評論社、2014年)41-42頁。

あるものの、それは必ずしも刑罰に反映されるわけではない。現在の違法捜査の類型には、それらが刑罰自体への影響と結びつく「橋渡し」の論理が必要である。

その論理を構築するためには、原点回帰してコミュニケーションという刑罰の目的に着目する他ない。すなわち、違法捜査のような手続上の違法と刑罰が、いずれもコミュニケーションとされる場合、コミュニケーションという観点に立脚して、両方の関係を明らかにする必要がある。故に、捜査行為が刑罰と同様コミュニケーションと解される場合、いくつか生じる疑問に対しては、詳細な説明が必要である。一つは、コミュニケーションとされる手続上の違法が、どのような状況で刑罰とされるコミュニケーションに不適切な影響を与え、刑罰の正当性を損なうのか、ということである。もう一つは、手続上の違法がまさしく刑罰の正当性に影響を与えるならば、いかにして刑罰の軽減という結果を導くのか、ということである。以下の部分では、これらの問題を解明し、違法捜査が刑罰を軽くさせる論理を明らかにする。

どのような状況で手続上の違法がコミュニケーションという目的を損ない、刑罰の正当性を害するのかについては、二つの状況があると考えられる。一つは、手続上の違法によって、被告人の告知・聴聞・防御のような手続上の権利が侵害されたために、犯罪をめぐる非難に関する十分なコミュニケーションが妨げられる、という場合である。この状況で違法によって影響が及ぼされるものは、非難それ自体ではなく、非難をめぐる対話を支える手続である。言い換えれば、このような手続上の違法は、非難に対し間接的な影響を与えるものである。もう一つは、手続上の違法が、非難の性格を有し、非難それ自体に影響を与える、という場合である。この状況では、違法によって影響が及ぼされるものは非難それ自体であり、手続上の違法が非難に直接な影響力を与えることになる。いずれの状況も、コミュニケーションという刑罰の正当化根拠が欠ける以上、刑罰が十分な・無瑕疵的なコミュニケーションに由来するものではなく、刑罰の正当性が揺らぐことは否定できない。

もともと、前記の二つの状況には区別がないわけではない。いずれの状況も刑罰の正当性を害しはするものの、両者が必ずしも刑罰の軽減という結果を導くわけではないと言える。本稿では、二つの状況がいかにして区別されるかについて、刑罰の正当性を損なうことによって手続上の違法が刑罰を軽くするか否かという問題と関連するものであると考える。つまり、いずれの状況に該当するかによって、刑罰の軽減という結果を導くか否かが変わる、ということである。そこで、二つの状況を区別する基準を説明するため、以下の段落では、刑罰の正当性の欠如がどのよう

にして刑罰の重さを下げるのかという問題を解明する。

2. 手続上の違法が刑罰の重さに影響を与える理由

(1) 国家の十分なコミュニケーションを維持するという義務

前記の論述によって、コミュニケーションを刑罰の正当化根拠とする際、刑罰の正当性の欠如は、十分なコミュニケーションを妨げられることに起因するものであると言える。この結論を踏まえ、本稿では、十分なコミュニケーションを行わないことを、国家の義務違反と位置付ける。その理由は以下の通りである。まず、刑罰をコミュニケーションとみなす場合、国家訴追主義に基づいて国家のみが訴追と刑罰の権限を有するという前提の下では、国家側だけが刑罰によって被告人とコミュニケーションする地位を有すると言える。つまり、刑罰は国家と被告人により構成されるコミュニケーションとされることになる。また、いわゆるコミュニケーション不足とは、当事者間のコミュニケーションについての条件が満足しないということの意味する。確かに、コミュニケーションの条件が満たされない原因は、国家だけではなく、被告人側に由来することもあるはずである。しかし、本稿は、刑罰をコミュニケーションとみなす場合に、刑罰における国家と被告人との関係が対話の当事者とみなされるべきであると考えするため、国家には、当事者間の十分なコミュニケーションを維持・促進する義務があると解する。なぜなら、刑罰がコミュニケーションであるならば、国家と被告人との間に不平等な関係が存在することは否定できないからである。

すなわち、刑罰における国家と私人の関係を、当事者間のコミュニケーションとみなすならば、対話の当事者間の地位が不平等であるという現実と直面しなければならないことになる。この際、前記の議論によれば、コミュニケーションの可能性を否定するより、むしろ、十分なコミュニケーションを実現することを重視すべきである。そのため、十分なコミュニケーションを実現するために、刑罰における国家と私人の関係は、できる限り被告人の主体性を剥奪することを回避し、被告人の主体性を保障する。すなわち、国家は被告人が客体に陥ることを避け、一方的に被告人に非難を加えることを回避した上で、できる限り当事者間の十分なコミュニケーションを維持し、正当性のある刑罰を追求する。コミュニケーションの当事者で、明らかにより大きい権力を持っており、権力濫用の高いリスクを有する国家側は、十分なコミュニケーションを行った上で正当に刑罰を科すために、違法または権力濫用によってコミュニケーションが失敗することを回避する義務、および、被告人の主体的地位を維持し、コミュニケーションの条件を満たす義務を有すると言える。しかし、国家が刑事手続で十分なコミュニケーションを維持・促進するとい

う手続的義務を有するものの、なぜこの義務に違反した場合に実体的刑罰の重さに影響するのかについては、やはり問題が残る。この問題を明らかにするため、義務違反への対応方法を解明し、この方法と刑罰の軽減との関係を明らかにする。

(2) 国家の義務違反への対応方法と刑罰軽減とのつながり

本段落で検討すべき疑問となるのは、国家が十分なコミュニケーションを維持するという義務に違反するにあたり、なぜ刑罰を軽減するという効果を導くのか、ということである。まず、国家が被告人と十分にコミュニケーションを行うという義務に違反した場合、刑罰における国家と被告人との関係から見れば、この義務違反への可能な対応方法は以下の通りである。第一に、義務違反によって侵害された被告人の損害を賠償する。第二に、義務違反の国家に対し制裁を加える。つまり、十分なコミュニケーションを維持する義務の違反から導き出される刑罰の軽減には、制裁の機能と賠償の機能が含まれる。しかも、いずれの方法も、過去の義務違反に対する回顧的観点に属する手段であるので、本稿の立場と一致すると言える。

まず、賠償の機能についてあらかじめ確認すべきことは、賠償の対象である。第2章の検討を踏まえ、本稿は、違法捜査がもたらす苦痛のみを量刑上考慮に入れる立場には反対するものであり、刑罰の軽減を根拠づける賠償機能に関する考慮に入れるものは、違法捜査による生じる苦痛に限られないと解する。したがって、賠償によって填補する対象とされるのは、違法捜査がもたらす具体的苦痛ではなく、十分なコミュニケーションの機会を喪失したことにより正当な刑罰を求める機会が失われたということであるはずである。そうだとすれば、賠償の機能から刑罰の軽減を根拠づける場合、違法捜査により生じる権利・利益の侵害や苦痛および違法の態様や深刻さに着目して、十分なコミュニケーションに関する条件が満足されないという状況を分析した上で、被告人に十分なコミュニケーションが保障されない程度に応じて刑罰の重さを軽減することになる。この考え方は、衡平性を通じて刑罰の重さを調整することを違法捜査の量刑上考慮を根拠づける小倉説と似ていると言える。しかし、本稿の立場は、小倉説とは異なり、刑罰を軽減するか否かが被告人の不公平感という主観的要素に左右される問題を回避することができる。

それにもかからず、賠償という観点から刑罰の軽減を根拠づけることには、いくつかの問題が存在すると言える。まず、賠償の手段について、金銭賠償ではなく刑罰の軽減を採用する場合、被告人に利益を与えることになるが、それで本当にコミュニケーションの損失を填補することができるのかが疑問となる。なお、根本的な問題として、刑罰の軽減と損害賠償はそれぞれ関係がなく、変換できないものであ

る、ということもある。すなわち、刑罰が非難とされる以上、刑罰の軽減の根拠は、非難の程度を制限することに求められるのであり、非難の程度を下げることは、非難とされるコミュニケーションと関連するものに起因する。つまり、変換不可能性という問題を回避するためには、非難それ自体に着目して、非難の重さを軽減することを根拠づける必要があるように思われる。そうすれば、賠償とされるコミュニケーションが非難とされるコミュニケーションと必然的な関連性がなく、それぞれが独自の意義を有するものであるという前提の下で、賠償の数额に応じて、刑罰の軽減の程度を調整することは妥当ではないと考える。したがって、本稿では、損害填補という観点から国家の義務違反に対応する方法は採用せず、違法捜査の量刑上の考慮に賠償の機能は含まれないものとする。

しかも、この観点の下では、違法捜査の量刑上の考慮は国家賠償と両立することになる。すなわち、国家賠償制度において、違法捜査と関係ある条文は、国家賠償法第一条の「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる」である。そして、国家賠償と量刑上の考慮との関係を明らかにするには、国家賠償の機能を理解することが必要である。国家賠償には、主として被害者の損害填補的機能および適法性統制機能が含まれる⁴¹⁹。前者は、国・地方公共団体が損害賠償責任を負うことにより、被害者の被った損害が填補されるということである。後者は、国・公共団体の活動の非違を追及することにより、公務執行の適正が担保されるということである⁴²⁰。これは、一般的な損害抑止機能でもあり、国賠法第1条により、違法な国家作用の抑制が期待されている。本稿の立場から見れば、違法捜査の法的帰結としての量刑上の考慮は、過去の違法に対応することを目的とする以上、適法性統制機能を揺るがすものではない。なお、以上の検討からは、違法捜査の量刑上の考慮には損害賠償の機能が含まれないので、国家賠償とは全く異なる法的帰結を導くものであると言える。すなわち、それぞれの適用はお互いに独立した結論を有するように思われる。

続いて、本段では、賠償の手段を採用しない、制裁の手段を検討する。まず、処罰の手段によって国家側に制裁を加えることには、国家が唯一の制裁者として、自らに制裁を加えることには意味がないという問題が存在するように思われる。この前提の下で、刑罰における国家と被告人との関係において、他に可能な手段は、国

⁴¹⁹ 西荳章『国家賠償法概説』（勁草書房、2008年）21-22頁。

⁴²⁰ 室井力・芝池義一・浜川清『コメンタール行政法Ⅱ〔第二版〕行政事件訴訟法・国家賠償法』（日本評論社、2006年）512頁。

家の刑罰権限、すなわち問うことのできる非難の程度を制限する方法によって制裁を実行するということである。なぜなら、刑罰における国家と被告人との関係が十分なコミュニケーションを基礎とするならば、国家が100パーセントの刑罰権限を行使するには十分なコミュニケーションを維持する義務の履行が必要だからである。国家が十分なコミュニケーションを維持する義務を履行しないならば、国家が刑罰権限を実行するということの基礎が欠ける以上、この権限の行使も制約されるべきである。そもそも、いわゆる刑罰権限に対する制限とは、刑罰によって被告人を非難する権限を制限することを意味する。その結果、非難の量が制限されることに応じて、刑罰を軽くするのである。ところで、この考え方は、国家処罰適格の低減によって違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける鈴木説の結論と類似すると言える。ただし、その見解には理由が乏しかったのに対し、本稿は私法以外の刑罰論レベルの理由を提出するものである。

要するに、賠償という手段と異なり、国家の刑罰権限を制限し、問われる非難の程度を下げるという考え方は、非難それ自体から非難の程度を下げることの根拠を導けるというメリットを有する。しかし、この考え方を採用するとしても、まだ直面しなければならない問題が残る。この問題は、刑罰の正当性に影響を与える手続上の違法に存在する二つの状況をどのようにして区別するのかという問題と関連する。すなわち、国家が被告人と十分なコミュニケーションを行うという義務に違反し、手続上の違法が生じる場合、どのような状況で、国家が問える非難の程度を下げるという結論を導き出すのか、という問題が残っている。

この問題について、本稿は、すべての手続上の違法が刑罰を軽くするわけではないと主張する。この立場によれば、非難それ自体に影響を与え、非難と直接的な関係を有する手続上の違法は、刑罰の軽減を根拠づけることができる。刑事手続から刑罰に至る過程には、国家と犯罪者との間に、コミュニケーションとされる様々な行為が存在する。刑事手続の最終目標はあくまでも刑罰、すなわち犯罪者に対する非難である以上、その過程におけるコミュニケーションとしての全ての行為は、多かれ少なかれ非難と関連すると言える。しかし、私見によれば、これらの行為の中で非難をめぐる刑罰に影響を与え、その重さに影響を及ぼすものは、刑罰と同様に非難をめぐる、あるいは、刑罰と類似して非難の性格を有するコミュニケーションである手続上の違法しかない。言い換えれば、必ずしも全ての違法性があるコミュニケーションが非難の結果に影響を与えるわけではないが、それ自体が非難とされる、あるいは、それ自体に非難の性格があるコミュニケーションの手続上の違法のみが、非難をめぐる刑罰に直接の影響力を有し、国家が刑罰を通じて問うこと

のできる非難の程度を制限し、刑罰を軽くするものである。

それに対して、それ自体が非難とされない、あるいは、それ自体に非難の性格がない手続上の違法は、被告人の手続上の権利・保障に影響することによって、間接的に非難の結果に影響する余地はあるものの、そもそも、このような手続上の違法は、コミュニケーションに際してその目的が非難を犯罪者に伝えることではなく、非難そのものに必ず影響が及ぶという直接的な関連性が欠ける以上、刑罰の重さ、すなわち非難の程度に制限を加える効果を引き起こすものではない。したがって、以上の議論を踏まえた手続上の違法が刑罰の重さに影響を与えるかどうかの基準は、コミュニケーションである国家の手続上の行為が、犯罪者に非難のメッセージを伝達するという性格を有するかどうかということである。すなわち、手続上の違法行為が非難としてのコミュニケーションであるならば、非難の程度に影響し、刑罰の重さに影響を与える余地があると言える。

3.違法捜査が刑罰の重さに影響を与えることを根拠づける試み

本段落では、国家と犯罪者によって構成される刑罰という関係において、違法捜査がいかにして刑罰の重さに影響し、刑罰の軽減という結果を導き出すのかを検討する。前段の結論を踏まえ、刑罰が非難のコミュニケーションとされる場合、国家が非難の性格を有するコミュニケーションである手続上の違法を行い、被告人と非難をめぐって十分なコミュニケーションを行う義務に違反する場合、刑罰の正当性に悪影響を与え、問うことのできる非難の量が制限され、科される刑罰の重さが軽減する余地がある。違法捜査がコミュニケーションとされるならば、それがいかにして刑罰に影響するのかという本論文のテーマに関する問題を改めて検討するにあたり、私見によれば、違法捜査が量刑事情とされて刑罰の重さに影響を与えるかどうかの基準は、違法捜査が非難それ自体に直接に影響を与えるか否か、ということである。つまり、刑罰の重さに影響を与えるに至る違法捜査とは、単に規範に違反するだけでなく、それ自体に非難の性格があり、非難とされるコミュニケーションだけである。

(1)違法捜査が有する非難の性格

もっとも、このような理解について、次の問題となっているのは、違法捜査と非難との間にどのような関連性が存在しているのか、ということである。つまり、まずもって説明すべき点は、違法捜査がどのように非難の性格を有するコミュニケーションとなるのか、ということである。これに関して、私見によると、コミュニケーションとされる違法捜査の性格を検討するにあたり、二つの部分から違法捜査の

性格を考察する。第一に、捜査は、被疑者の権利・利益を侵害・否定するという点、そして第二に、違法は、違法行為によって被疑者（犯罪者）の受けるべき適切な手続の保障と権利とを剥奪し、それによって保障される主体とされる身分を否定するという点である。次の段落において、非難の性格と関連して検討するのは、第一の点である。

非難とは、不正行為者に対し、不利益または苦痛を加えることを通じて、その行為に関する非難者側の道徳的判断、とりわけ否定的・マイナスの評価を伝えることを意味する⁴²¹。なお、捜査とは、国家（捜査機関）が「犯罪があると思料するとき」、犯人と疑われる者を発見・掌握する手続過程と、犯罪事実に関する証拠を収集・保全する手続過程の複合である⁴²²。また、昭和51年決定のように、強制捜査の要件に、被疑者の重要な権利・自由を侵害・制約することを挙げる判例が見られる。なお、強制捜査とは言えない場合でも、任意捜査には、捜査の対象者に対しある程度の法益侵害を生じさせる手段も含まれ得る⁴²³。私見によれば、これらの捜査行為の特徴をまとめて非難の定義に照らすと、捜査に、単なる規範違反だけではなく権利・利益の侵害が存在する場合、権利・利益の侵害の単なる不利益をもたらすものではなく、それは非難の性格を有することになると言えよう。

しかし、このような捜査が非難の性格を有するという主張は、まずもって、無罪推定原則に反するのではないかという問題に直面するに違いない。無罪推定とは、手続の全過程において、被告人・被疑者は、その罪責が適法な手続を経て立証され、有罪判決が下されるまでは、可能な限り「罪のない人」たる一般市民として扱われなければならない⁴²⁴ことを意味する。ただし、捜査によって被疑者・被告人の自由ないし権利を制約する場合は、被疑者・被告人として手続の中で特別な地位を有する以上、一般市民と全く同じ扱いしなければならないという考え方は不合理ではないかと考えられる。無罪の推定は、被疑者・被告人が、有罪判決が確定した者と、全く嫌疑を受けていない一般市民との中間に位置することに対応して、それらの嫌疑に応じ捜査のような権利の制限を行うにあたり、捜査の制約原理として特別な意味を持っているのである。また、有罪判決確定前に、刑罰を先取りして執行したり、あるいは刑罰と実質的に同視できる処分を課したりしてはならない。つま

⁴²¹ 高橋・前掲註(94) 170 頁以下。

⁴²² 酒巻・前掲註(161) 19 頁。

⁴²³ 例えば、最高裁昭和51年3月16日第三小法廷判決の事案（LEX/DB 24005402）のような、警察官が対象者の意思に反して腕を掴む程度の有形力を行使するものである。

⁴²⁴ 宇藤・前掲註(402) 18 頁；松尾浩也『刑事訴訟法（上）〔新版〕』（弘文堂、1999年）226 頁。

り、刑の執行の先取り禁止、ということである。加えて、嫌疑を受けていない一般市民との対比においては、手続の保全のような被疑者・被告人であることによる特別な権利の制限は合理的な理由がある場合にのみなしうることになる⁴²⁵。

こうした理解によれば、捜査は、特別な理由を有する際に実行することができるものの、刑罰の執行あるいは刑罰と実質的に同視できるものではないことになる。そのため、非難を刑罰の要素とする場合、無罪推定原則に反しないためにも、捜査は決して非難と本質的に同視できるものではないと言わざるを得ない。しかし、ここで説明すべき点は、この理解の下では、捜査を刑罰と同様の本質的な非難と解することは許されないが、非難の性格を有することになると言っても良い、ということである。すなわち、本稿は、以下の理由に基づき、捜査が、刑罰と同じような本質的な非難ではなく、事実上、刑罰と類似する非難の性格があるものと認めるものである。また、この理解の下では、捜査は本質的には非難と言えない以上、刑罰の執行の先取りではなく、無罪推定原則に反するものではないと考える。

まず、合法か違法かを問わず、捜査を通じてもたらされる権利・利益の侵害は、不正行為とされる犯罪の嫌疑がある際に、捜査の対象者に加えられるものである。確かに、前記の検討のように、捜査段階においては、犯罪の嫌疑しか存在せず、犯罪事実が確認されない以上、確定された犯罪事実に関して、非難の内容と程度について国家が犯罪者とコミュニケーションを行う刑罰段階とは本質的に異なるものがある。つまり、捜査そのものは、非難とされる刑罰とは本質的に全く異なるものである。もっとも、捜査行為は、国家が犯罪をきっかけとして、不正行為に関するマイナスの評価を伝えるという点で、刑罰と類似しており、その限度で非難の性格を有することになると言える。国家は、犯罪行為が確定され、被告人と共同体それぞれの価値が衡量される際、被告人に対して刑罰の不利益を受容すべきことを求め、犯罪行為が不正であるというマイナスの道徳的評価を伝達する。捜査行為がコミュニケーションとされる場合、これと類似して、国家は、罪を犯した疑いがある被疑者に対し、捜査の要件を満たした上で捜査行為がもたらす不利益を受け入れるべきことを要求するにあたり、捜査を発動する原因として、その嫌疑のある犯罪が不正であるという否定的評価を伝える。したがって、コミュニケーションとされる捜査行為は、本質的な非難ではなくても、コミュニケーションである刑罰に類似して、不利益の賦課のみならず、非難の性格を有するものである。

⁴²⁵ 川出敏裕「無罪の推定」月刊法学教室 268号（2003年）32-34頁。

捜査それ自体は本質的な非難ではないものの、事実上の非難の性格を有することは否定し難い。すなわち、ある被疑者を捜査する際、その被疑者は犯罪の嫌疑をかけられているので、捜査がもたらす自由ないし権利の侵害を受けるべきであること意味する。この際に、捜査それ自体は非難とされないものの、他の人の視点から見れば、被疑者が捜査の不利益を受けることは、おそらく不正行為を行ったからであろうと解されうる。他人の目からは、捜査を受けた人が否定され、マイナスの評価を与えられる以上、その人が事実上の非難を受けたと言える。この意味から見れば、被疑者を捜査をすることは、非難の本質がなくても、事実上の非難の性格を有すると言える。したがって、以上の二つの理由を踏まえ、捜査行為そのものは刑罰と異なり本質的な非難に分類されないものの、事実上の非難の性格を有するものであると解する。ゆえに、コミュニケーションの不全である違法捜査が、刑罰に関するコミュニケーションに影響することを通じて、その重さに影響を与える余地があると考える。

ところで、注意すべき点は、このように違法捜査と刑罰がともに非難の性格を有するコミュニケーションと理解した上で、違法捜査がいかにして刑罰にある非難の程度に影響を与えるのかを検討することは、違法捜査がもたらす権利・利益の侵害のみに着目して、違法捜査を行うことによって犯罪者にもたらされる不利益を刑罰の先取りとする考え方とは異なる、ということである。すなわち、本稿の第2章にいうように、被告人が受けた不利益のみに着目するならば、違法捜査の量刑上の考慮は、被告人が被った不利益の量刑上の考慮の下位的類型にすぎないことになる。また、その不利益が国家の違法行為に起因することが無視されてしまい、違法捜査が量刑に与える影響を十分に評価できない。そのため、違法捜査を独自の意義を有する量刑事情とする本稿の立場の下では、違法捜査によって加えられる非難の量を刑罰の非難の先取りとして、それぞれの量を相殺するという考え方は採用しない⁴²⁶。むしろ、本稿は、刑罰と違法捜査をともにコミュニケーションとして解した上で、それぞれが非難の性格を有し、お互いに影響力があることを前提として、違法捜査に関するコミュニケーションが刑罰のコミュニケーションに影響を与えることを重視する。

ただし、最後の問題となるのは、同様に非難の性質を有するコミュニケーションとして、いかにして違法捜査が刑罰に影響力を働かせ、非難の程度を下げることに

⁴²⁶ しかし、これは、量刑の段階に違法捜査がもたらす不利益を無視するものではなく、それを刑罰の先取りと解するという見解を採用しないだけである。

よって刑罰を軽くするのか、ということである。すなわち、違法捜査が刑罰と同じように非難の性格があるコミュニケーションであるならば、手続上の違法がいかにして実体上の非難とつながるのかという問題を解決することはできるものの、お互いにかにして影響しあうのかについては、依然として解明すべきである。これに関して重要なのは、第二の点であった違法の部分である。

(2)不当かつ過度なコミュニケーションとされる違法捜査

本段落では、コミュニケーションとされる違法捜査がいかにして刑罰の重さに影響するかを検討する。これについて、主として二つの点から検討を行う。一つは、違法行為、すなわち、違法な手段がどのように非難をめぐるコミュニケーションに影響するか、ということである。もう一つは、違法捜査の結果、すなわち、違法捜査がもたらす権利・利益の侵害、ということである。しかし、前記に言うように、本稿で重点となるのは、この侵害がいかにして国家と犯罪者との間のコミュニケーションに影響を与えるかである。

まず、合法的な捜査と異なり、違法捜査は、強制処分法定主義、令状主義、比例原則などの要求に違反することで、権利・利益の侵害をもたらすものである。捜査行為には、合理的非難を伝え、十分なコミュニケーションを維持するために、いくつかの法的規律を遵守することが必要である。すなわち、捜査を通じて非難の性格を有するコミュニケーションを行うにあたり、コミュニケーションの当事者たる捜査の対象者の主体的地位を維持する一方で、共同体と捜査の対象者それぞれの価値を十分に衡量することも重要な点である。これについて、現在も、いくつかの捜査に対する法的規律が存在している。例えば、重要な権利・利益を侵害し、捜査の対象者の意思を圧抑するとされる強制捜査には、どのような要件を満たせば、非難の性格を有するコミュニケーションを行うことが許されるか、このコミュニケーションの内容が立法段階における価値の衡量を通じて法律によって定められていることになる。そして、強制処分法定主義の要求に応じて、コミュニケーションとされる捜査を行うにあたり、法定の要件と内容を遵守しなければならない。なお、憲法第33条と第35条の令状主義の要求により、国家が捜査の対象者に対し捜査たるコミュニケーションを行うにあたり、裁判所の司法審査を受けることが必要である。この事前審査を通じて、共同体と対象者それぞれの利益を衡量し、非難の性格を有するコミュニケーションの正当な理由と必要性があるか否かを決定する。捜査の対象者の法益を侵害する可能性がある任意捜査には、コミュニケーションがもたらす侵害とコミュニケーションの手段との間の合理的権衡という比例原則も要求される。

そのため、違法捜査を通じて行われる非難の性格を有するコミュニケーションは、国家が捜査を行う際に、前記の法的規律を履行しない場合に行われるものであると言える。仮にこれらの要求を、国家の捜査を行う際に遵守すべき義務、あるいは、被疑者の捜査段階に保障されるべき権利と解するならば、違法捜査を通じて行われるコミュニケーションは、対話の当事者それぞれの権利・義務を理解・保障しない状況で実行されるものであるように思われる。本章の第2節で説明した十分なコミュニケーションに必要な条件に照らせば、違法捜査に関するコミュニケーションは、当事者が有する権利・利益を無視し、お互いに公平・平等な地位を持っていない以上、不当なコミュニケーションとなるのである。

次に、以上の分析を踏まえ、違法捜査の不当なコミュニケーションを通じて、捜査の対象者に対し非難を伝えるにあたり、このような事実上の非難は正当性を欠き、国家はそのような非難をすべきではないと考えられる。それでは、被告人が違法捜査を受けた場合には、犯罪事実に起因する非難とされる刑罰以外に、国家が問うべきではない非難を受けうけることになる。つまり、犯罪者は受けるべき非難の程度に比べてより多い非難を引き受けると言える。この場合には、違法捜査を通じて被告人には過度な非難の量が科されている。なお、仮にコミュニケーションに対して、適度の非難の程度が必要であるならば、このような過度な非難が加えられるのならば、十分なコミュニケーションという目的も果たされないことになる。したがって、違法捜査を通じて示される非難が不当なコミュニケーションであるという考え方を総合すれば、違法捜査は非難の性格を有すると同時に、不当かつ過度なコミュニケーションと解される。

(3)非難のコミュニケーションにおける不当かつ過度な影響の排除と刑量の調整

以上の検討を踏まえ、本稿は、違法捜査は刑事手続において国家と犯罪者が非難をめぐってコミュニケーションを行う際、国家が十分なコミュニケーションを維持する義務に違反し、非難の性格を有する不当かつ過度なコミュニケーションであると主張する。このようなコミュニケーションは刑罰と同じように非難とされるコミュニケーションと解されるので、最終的に犯罪者に刑罰を科するという視点から見れば、国家は、違法捜査を行うことで、犯罪者とのコミュニケーションにおいて不当な権限を使用し、非難に関する不当なコミュニケーションを犯罪者に伝達するのである。また、違法捜査のコミュニケーションにも、過度な非難がもたらされるという問題が存在する。このような不当かつ過度な非難を被告人に伝えるならば、コミュニケーションという目的が損なわれる恐れがある。よって、非難をめぐる不当なコミュニケーションの存在という問題を解決するためには、最終的な非難の程度と

しての刑罰の重さを調整することが可能な手段であると言える。

すなわち、可能な手段としては、量刑の段階において非難に関するコミュニケーションである刑罰の重さを決定するにあたり、捜査段階において既に存在した不当なコミュニケーションを考慮に入れて、この不当な事情を非難に関するコミュニケーションたる刑罰から除いて、この事情の悪影響を排除する、ということである。既に発生した違法捜査がなくなることもありえないので、この目的を実現するためには、国家が刑罰を通じて犯罪者とコミュニケーションする際、不当なコミュニケーションとされる違法捜査に現れた非難の程度に応じて国家の刑罰権限を制限し、刑罰を通じて問われる非難の程度を調整し、刑罰の重さを軽くする。以上の推論に立てば、刑罰論のレベルで、違法捜査が量刑に影響を与える論拠を明らかにすることができる。

このような考え方は、違法捜査が刑罰と類似して非難の性格があるコミュニケーションと解するので、国家の問い得る非難の量を中心として、刑の軽減を根拠づけるのである。本稿の論理には、以下の通り、いくつかのメリットがある。第一に、国家の刑罰の権限を制限する理由を明らかにするため、本稿の見解は鈴木説に存在する論理の不足を補充することになると言える。また、正義・衡平という観点に基づく小倉説と同様に量刑の調整に着目するが、小倉説と異なり、違法捜査の正義・衡平に与える影響がいかんにして刑の軽減に変換されるのかという問題を避けることができる。

第二に、本稿は、第1章に言及した裁判例2、裁判例3のように、違法捜査がもたらす心理的・身体的苦痛に着目してその苦痛を刑罰の先取りと理解する見解を採用しないが、以上のような考え方により、違法な強制力を行使することによって苦痛が生じる事案に対して、刑罰を軽くするという結論を依然として導き出すことができる。捜査行為によって苦痛がもたらされる場合、このようなコミュニケーションには非難の性格があることが否定できない。しかも、不法な強制力を行使し、それを捜査の対象者に加えるという違法な手段を用いることは、コミュニケーションにおいて当事者間の平等・公平な地位を否定し、お互いの権利を無視する以上、不当なコミュニケーションとなるように思われる。また、違法捜査によって伝えられる非難は、被告人が問われるべきではないものであるので、過度なコミュニケーションと解される。したがって、コミュニケーションである刑罰によって非難を被告人に伝えるにあたり、このような不当・過度なコミュニケーションの影響を排除するためには、非難の量を制限し、刑罰を軽くするよう結論づけるのが妥当ではない

かと考える。

最後に、本稿のような、「非難」という要素に立脚し、刑を軽くする根拠を見出す見解は、捜査段階の違法がいかにして裁判官に影響を与えるかという問題を回避することができる。たとえば、第1章で紹介した裁判例4は、刑事司法における裁判所と警察官の連携に基づいて、国の機関である捜査側が違法行為を行った以上、国の機関である裁判所による刑罰の行使に制約が加えられると説明した。このような刑事司法における各機関の携わりを通じて、捜査機関と裁判所を一体とみなし、捜査段階の瑕疵と刑罰とのつながりを根拠づける見解は傾聴に値するものの、かかる見解の根拠づけが確たるものであるようには思われぬ。まず、捜査機関と裁判所がともに刑事司法の機関だとしても、必ずしも捜査の違法から裁判所が刑罰権を自制すべきという結論が導かれるわけではない。捜査機関が裁判所と刑事司法のシステムに携わるとしても、この関係によって直接に裁判官が刑罰権の発動を自制すべきという責務を論証するのはまだ不十分であろう。つまり、裁判所が刑事司法の機関の一つとして捜査機関の違法の責務を負わされる場合に、刑罰権の自制のほかの手法を採用する可能性が拭えないと言える。なお、この見解に関して、根本的な問題となるのは、捜査を行う行政機関としての警察や検察官と、最終的な量刑判断を行う司法機関としての裁判所とは、区別されたそれぞれに独立した機関である、ということである。それぞれの権限は厳然と区別されている上に、裁判所が有する量刑の権限が捜査段階の違法な権限行使に影響されることは、原則として想像しにくいように思われる。したがって、捜査と公判との関係から違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける際、刑事司法における各機関の関わりという論理は不十分ではないかと考えられる。そこで、本稿では、各機関の関わりという論理を採用しないで、コミュニケーションに含まれる非難の性格という違法捜査と刑罰との共通点に着目し、刑事司法においてそれぞれ機関の権限が区別されるという問題点を避けることができる。

第5節 小括

本章では、主としてコミュニケーションの観点に属する刑罰理論を紹介した上で、コミュニケーションの観点から刑罰と刑事手続とを理解した。こうした理解の上で、本論文は、違法捜査がコミュニケーションとされる場合に、刑罰と同様の非難の性格を有するコミュニケーションに該当するかどうかを、刑罰の重さに影響を与えるかどうかの判断基準とする。すなわち、違法捜査の性格から見れば、非難の性格があるコミュニケーションは、不当なコミュニケーションとなる。コミュニケ

ーションの中のこのような不当な事情を排除するため、国家が刑罰を通じて非難をめぐるコミュニケーションを行う際、その刑罰の権限を制限し、不当な事情が合理的非難に与える影響を取り除くことが必要である。つまり、違法捜査の非難をめぐるコミュニケーションに与える影響に応じ、刑罰の重さを軽減するということである。

これは、コミュニケーションの刑罰理論によって、違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるという本稿の論理である。ただし、本論文には、依然として三つの問題が残る。第一に、こうした刑罰論の論述を、どのようにして量刑論に整合させるか、ということである。すなわち、本章が導く違法捜査が刑罰の正当性に影響する論拠を、いかなる量刑基準に位置付けるか、という問題である。第二に、捜査には様々な類型があるが、どのような類型が刑罰の軽減という結果を導き出すのか、ということである。つまり、違法捜査が量刑に影響を与えるか否かの基準である。第三に、同様に違法捜査の法的帰結として、量刑上の考慮が証拠排除法則といかなる関係に立つか、ということである。次章では、本論文の最後にこれらの問題の説明を試みる。

第5章 違法捜査の量刑論における位置付け、量刑上考慮の適

用の範囲および証拠排除法則との関係

本章は、本論文の結論とされるものである。まず、第1節では、第3章と第4章にまとめた刑罰論の観点の結論を踏まえ、違法捜査が刑罰に影響することの論拠をどのようにして量刑論に反映するか、すなわち、違法捜査を量刑事情として量刑基準にいかにして位置付けるかを考察する。そして、違法捜査を量刑事情とすることを前提に、違法捜査が量刑に影響を及ぼす要素を解明する。違法捜査そのものは犯罪後に生じるものであるから、実務上は犯情に属さない、一般情状に属する量刑事情とされるのは当然である。もともと、量刑基準に位置づけるにあたり、その性質を詳しく議論する必要がある。第3章の議論を踏まえると、刑罰論としては積極的一般予防、特別予防などの観点を採用しないので、量刑基準の枠内で予防的考慮に帰属されるものではないと考えられる。つまり、本章では第3章と第4章における刑罰論の議論を通じて、予防的考慮を基礎とする手法を採用せず、回顧的観点を選択した。その上で、違法捜査を量刑事情とする際、それを責任に関する事情、あるいは、責任にも予防にも関連しない事情に位置づけるかについて、議論を展開する。すなわち、まず、違法捜査が量刑事情とされる場合、量刑責任に対して影響を及ぼすか否かを検討する。仮に結論が否であれば、続いてそれを責任にも予防にも関連しない事情に位置づけることの許容性を検討する。

続いて、第2節では、違法捜査が量刑上の考慮に入られる範囲を明らかにする。すなわち、いわゆる違法捜査には、様々な類型が存在しているため、どのような類型が量刑上の考慮に入れることができるかについて解明する必要があると考える。そのため、第2節では、第4章の結論を踏まえ、違法捜査が非難の性格を有するコミュニケーションとされるという観点を出発点として、違法捜査を量刑上の考慮に入れるか否かの基準を明らかにする。そして、第3節では、現状に適用されている違法捜査の法的帰結としての証拠排除法則は、違法捜査の量刑上の考慮とどのような関係を有するか検討する。つまり、違法捜査の法的帰結としての量刑上の考慮が、証拠排除法則とどのような違いを有するか、さらに、証拠排除法則が存在する現状において、量刑上の考慮が適用される許容性と必要性があるかどうかについて検討する。本章では、違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則それぞれの目的から

議論を展開する。結論としては、量刑上の考慮は証拠排除法則と両立するものであると主張する。

第1節 量刑事情とされる違法捜査と量刑基準における位置付け

第1章の整理によれば、現在、日本で違法捜査を量刑事情とすることを肯定する見解には、大別して違法捜査を量刑責任に属させる立場と責任にも予防にも関連しない事情に属させる立場に分けられる。本節では、それぞれの立場を検討した上で、第4章で得られた違法捜査が刑罰に影響する論拠を、どのように量刑論に反映させ、量刑基準に位置付けるのかを分析する。

1.違法捜査を量刑責任に属する量刑事情に位置付ける見解の検討

本段落では、違法捜査を量刑事情とする際に、量刑基準において、それを量刑責任に位置付ける見解を検討する。このような見解が直面する問題は、量刑責任が伝統的に犯行をめぐるものであるという前提で、おとり捜査を除き、大部分の違法捜査は犯罪行為後に生じるものであるから、それを量刑責任において考慮することが責任刑の性質に反することにならないかということである。そこで、違法捜査を量刑責任に属する量刑事情と理解するためには、第1章の整理によると、二つの解釈方法が見られる。二つの解釈方法ともに共通しているのは、「責任刑」という概念に、「可罰的責任」という判断を加える点である。ただし、それぞれの見解は、責任の可罰性があるか否かという判断が異なる解釈方法に基づいている。一つは、岡上雅美の主張のように、量刑責任それ自体の内容を変容させ、可罰的責任の判断を根拠づける、というものである（以下、「岡上説」と称する）。もう一つは、鈴木茂嗣の見解のように、犯罪行為をめぐる責任概念を維持しながら、実質上責任と関連しない要素を「責任刑」という概念に付け加える形で、それらの要素によって責任刑の枠を定着させる、というものである（以下、「鈴木説」と称する）。それぞれの立場に対する検討は、以下のとおりである。

(1)岡上説に対する検討

第1章の整理によると、岡上説は、責任刑に個別行為責任（規範責任）だけではなく、法的・規範的根拠があれば、犯罪行為の完成より後に起こっている事情を組み込むことを認める。規範責任の成立の上で、「法的平和の動揺の回復」や「司法に対する信頼」等の観点を通じて、責任の「可罰性」の内容を深化させるのである⁴²⁷。すなわち、可罰性判断によって、責任非難の量を下回る方向でのみ可罰的責任を考

⁴²⁷ 岡上・前掲註(8) 63-66頁。

慮し、可罰的責任刑の量を決定する。このような考え方は、ドイツのフリッシュの主張に基づくものであると理解できる。フリッシュは、責任刑は同時に一般予防的に正しい刑罰であって、犯行によって動揺させられた公衆の法意識を強化し確固としたものにして以後の犯罪行為から守ることに最も適しているとする⁴²⁸。フリッシュの見解では、責任刑は積極的一般予防の必要性を充たすものである。責任刑は、犯罪行為者自身との関係においても法共同体の期待を明らかにし、非難によって否定し、そして再犯に対する警告をするものとして、行為者の将来の犯罪を阻止するため、多くの事例において有効なものである。また、責任刑は、責任を清算し、法の妥当性を回復するばかりでなく、公衆の法意識を強化し、行為者への不可欠な影響を含むものでもある⁴²⁹。この意味では、フリッシュは、もっぱら行為責任の量に導かれた責任刑の構想を放棄し⁴³⁰、「行為によって実現された法的平和の動揺」を責任刑の考慮に入れて、法違反の非難可能性の量ではなく、法的平和の動揺の程度によって量刑責任が決定されると主張した⁴³¹。つまり、フリッシュに見解においては、量刑責任は規範の妥当性の崩壊に依るものになると言える。岡上説は、フリッシュ思想に基づいて発展した責任刑の概念が、単なる行為責任だけではなく法的平和や公衆の規範への信頼などの積極的一般予防の観点も取り込んだものである。

岡上説は、前記の理解を踏まえ、国家の違法捜査は「手続上の国家の瑕疵」として「行為者の罪を問う側の適格性」を低下させ、「法的平和の動揺の回復」や「司法に対する信頼」を軽減させ、必要的に刑罰を軽減させるものである、と理解する⁴³²。すなわち、岡上説は、積極的一般予防論から違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけ、量刑責任における可罰的責任に位置づけるものであるように思われる。量刑責任が持っている刑罰限定機能から見れば、岡上説には、二つの長所があると言える。一つは、違法捜査の量刑上の考慮が刑罰の限定機能を有する量刑責任の枠を構成する事情となる場合、その考慮を通じて刑罰を軽減する効果は著しいという点、もう一つは、違法捜査を量刑事情として量刑責任のレベルで考慮するにあたり、それが他の量刑事情と併せて考慮されることを避け、他の事情からの影響によって刑の軽減の効果を果たすことが妨げられる問題を回避できる。

⁴²⁸ ヴォルフガング・フリッシュ著・松宮孝明訳「量刑における責任、危険性および予防の意味」ヴォルフガング・フリッシュほか編『量刑法の基本問題-量刑理論と量刑実務との対話-』（成文堂、2011年）6頁。

⁴²⁹ ヴォルフガング・フリッシュ・前掲註(428) 24-28頁。

⁴³⁰ *Frisch*, a.a.O. (Anm. 73), S. 780.

⁴³¹ *Wolfgang Frisch*, Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I), *ZStW* 99 (1987), S. 387.

⁴³² 岡上・前掲註(8) 67-68頁。

もつとも、岡上説では、これらの長所が本当に実現されるかという疑問が残る。まず、岡上説は違法捜査を量刑責任に位置づけるにもかかわらず、積極的一般予防の観点を量刑責任に入れるので、量刑責任が必ずしも刑罰を限定する機能を果たさない。逆に、岡上説では、責任概念が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。すなわち、「責任」に刑罰限定機能を営ませるとするならば、回顧的な違法行為に対する法的非難可能性という意味での責任概念を採用することが最もふさわしいはずである⁴³³。なぜなら、行為責任主義に立脚し、個別犯罪行為の責任の分量・程度によって処罰の大枠を決定し、それに関わらない事情を排除する場合、量刑判断の構造を単純化・可視化し、刑罰の限定を可能とする⁴³⁴からである。なお、本論文が注目した刑罰のコミュニケーション機能からみれば、この機能を果たすためには過去の犯罪行為の意味とそれをめぐる非難を犯罪者に有効に伝える必要がある。それでは、犯罪者の刑事責任も主として回顧的観点に基づく過去の犯行にふさわしいものでなければならぬ。しかし、岡上説によれば、量刑責任の可罰性を判断するために、責任刑の判断に展望的・予防的要素を入れるが、このような「法的平和の回復」に着目する要素が量刑基準とされ、なぜ「行為責任」と一致するのかが明らかではない⁴³⁵。そこでの責任概念は、不安定・抽象的な法的平和という概念を用いるにことで、量刑において予防的考慮の過剰化を防ぐという機能が損なわれる恐れがある⁴³⁶。

ところで、刑罰の基礎としての責任は犯罪行為にふさわしいものであるという前提の下で、量刑責任が犯罪行為自体と関係のない違法捜査によって影響を受けるならば、量刑責任概念の刑罰限定機能が失われ、責任の範囲が不安定なものとなる。違法捜査の量刑上の考慮を通じて刑罰を限定するためには、一般予防の観点を量刑責任の判断に導入するやり方は、逆に責任の刑罰限定機能を損ない、本来の目的を果たせない危険性があるように思われる。さらに、責任主義を採用するのは、個別犯罪行為の重さとの均衡により刑の公平性を維持するためである⁴³⁷。それならば、違法捜査を積極一般予防論という観点を通じて量刑責任の判断に入れることも、犯行均衡により公平性を追求するという目的の実現を害する恐れがあるように思われる。

⁴³³ 井田・前掲註(89) 297 頁。

⁴³⁴ 井田良「裁判員裁判と量刑」『論究ジュリスト (2012 年夏号)』(有斐閣、2012 年) 61 頁。

⁴³⁵ 城下裕二「消極的責任主義の帰趨－わが国における近時の量刑理論の批判的検討－」『理論刑法学の探究 2』(成文堂、2009 年) 43 頁。

⁴³⁶ 城下・前掲註(7) 121 頁。

⁴³⁷ 井田・前掲註(89) 297 頁。

次に、根本的な問題となるのは、第3章で検討したとおり、積極的一般予防論の観点から違法捜査の刑罰への影響を根拠づけるわけではない、ということである。公衆の規範意識が明確ではないため、刑罰によって規範意識への信頼を強化・確証するかどうかは人々の主観に左右され、実証できない。つまり、違法捜査が本当に司法に対する信頼を損ない、法的平和を動揺させるかについては論証が不完全であり、違法捜査が実際に公衆の規範意識に影響するかどうかは明らかではない。反対に、違法捜査を考慮に入れて刑罰を軽減することが、必ずしも規範意識の維持・確証と繋がるわけではない。ゆえに、積極的一般予防論の観点から違法捜査の量刑上の考慮を根拠づけるのは不十分ではないかと考える。しかも、違法捜査が公衆の規範意識に影響を及ぼすとしても、いかにしてさらに量刑責任の可罰性と結びつき、量刑に影響を与えるかについて十分な論拠も見られない。したがって、本論文の立場では、積極的一般予防の観点から違法捜査が量刑責任に与える影響を導く岡上説を採用し得ない。

(2)鈴木説に対する検討

可罰的責任という可罰性に関する判断を、予防的・展望的に構成しなければならない論理必然性は存しないといえよう⁴³⁸。可罰的責任という概念によって違法捜査の量刑上の考慮を根拠づける見解には、岡上説と異なり、積極的一般予防の観点を採用しないものがある。第1章の整理によれば、「責任」という概念を「規範的責任」と「可罰的責任」とに分け、量刑に関する評価を①行為責任確定段階、②「責任刑」確定段階、③「目的刑」確定段階の三段階に区別する見解に鈴木説がある⁴³⁹。この見解は、責任刑を確定するにあたり、行為責任だけではなくその責任の当罰性も考慮に入れるべきであると主張する。そのため、この見解によると、責任刑確定段階で責任の可罰性の有無を判断するために、結果の行為への客観的帰属並びにかかる行為者への主観的帰属を前提とした上で、「国家」対「犯罪者」という処罰主体・被処罰主体間の具体的権利・義務関係を分析し、「国家の処罰適格」の有無を検討しなければならない⁴⁴⁰。同様に違法捜査を責任刑に属する量刑事情とする岡上説に比べると、鈴木説は責任の回顧的観点の性質に反する予防という展望的観点を考慮に入れられないため、責任の機能を害しないという長所を有していると言える。

ところで、本論文の立場からは、責任概念は、犯行の重大性を中心とした回顧的

⁴³⁸ 曾根・前掲註(217) 390頁。

⁴³⁹ 鈴木・前掲註(12) 314-317頁。

⁴⁴⁰ 鈴木・前掲註(12) 314-317頁。

観点から非難の程度を図るものである。また、堀江慎司によれば、本見解にいわれる可罰的評価は、あくまで行為責任を前提にし、それを基に行為者に対して非難を加えることの当否の判断であり、予防的考慮とは異なり、行為責任と全く関係ない判断を行うものではないとされる⁴⁴¹。すなわち、本見解における責任刑の判断は、責任概念が明確な輪郭を失った概念となる懸念を回避するために、展望的・予防的要素を考慮しない。その意味では、鈴木説は本論文の立場に合致する余地があるように考えられる。

もともと、「責任刑確定段階」と呼ばれるように、その内容は行為責任と関係があるが、違法捜査は犯行後に生じる事情である以上、この関係が直接的なものではない。つまり、「責任刑の範囲（幅）決定」に影響しうるとしても、この段階に属する量刑事情は、「行為責任」そのものに影響するのではなく、かかる「行為責任」を前提に、裁判時において行為者に対してどの程度の刑罰によって非難を加えることが必要かつ相当かという可罰的評価を行う際に考慮される要素というべきである⁴⁴²。例えば、鈴木説の下では、社会的負担ないし制裁は、刑罰の必要性ないし相当性を減少させる事情であり、責任刑自体の確定段階における判断要素とされるが、それらは犯行後のものであり、行為責任を構成するものではないことになる⁴⁴³。「責任刑」という用語を「行為責任の重さに応じた刑」と捉えた場合、非難の必要性和相当性の判断を通じて導き出される一定の刑罰量（可罰的責任）を「責任刑」と呼ぶことは概念の混乱を招くという批判がみられる⁴⁴⁴。本論文もこの批判に賛成し、違法捜査のような犯行後の事情を「責任刑」と呼ぶことには反対する。というのは、本論文の立場によれば、違法捜査は行為をめぐる非難の量を反映する責任刑を科すことを制限するものであるが、行為責任そのものを軽減するものではなく、それ自体としては明らかに行為責任とは無関係だからである。したがって本論文は、違法捜査の量刑上の考慮を「責任刑」という概念に入れる鈴木説を採用しない。

鈴木説は、行為責任を前提に、違法捜査などの事情がそれを制限するという点で、違法捜査が生じる場合に国家が問い得る非難の重さを制限し、行為責任に応じる100パーセントの刑罰を科すことを不要ならしめるという点では本稿の立場と同じように思われる。しかし、鈴木説は責任刑の枠を決めるにあたり、犯罪行為の重大性に応じた行為責任を変換するのみならず、犯罪行為と関連しない、本質的に責

⁴⁴¹ 堀江・前掲註(122) 380頁。

⁴⁴² 堀江・前掲註(122) 379頁。

⁴⁴³ 堀江・前掲註(122) 241頁。

⁴⁴⁴ 小池・前掲註(31) 42頁。

任刑に位置付けることができない事情をも責任刑を決定する過程に入れる問題点がある。これは、責任主義を厳守し、ただ犯罪行為に応じた責任刑の枠を決めた上で、その枠内で違法捜査などの事情を考慮し、刑罰の重さを決めるという本稿の立場とは異なるものであると言える。

以上の検討の通り、鈴木説は採用し得ないが、この見解には参考に値する点がまだ存在すると言える。すなわち、堀江慎司の解釈によると、鈴木説にいう『責任刑』の枠は、一般に、『予防』等の考慮を行い具体的量刑を決める際の、超えてはならない限界（少なくとも上限）を画すると理解されているところ、仮に『責任刑』とは関係しないカテゴリーに位置づけた場合には、最終的な量刑が可罰的評価を超えたものとなる可能性も、理論的に否定できなくなろう⁴⁴⁵とされる。確かに、本稿は犯罪行為と関係ない事情を責任刑の判断に入れるべきではないと考える。しかし、違法捜査という量刑事情を通じて国家の非難の程度を明確に制限するために、この事情を予防的考慮と混同して考慮することは、できる限り避けなければならない。そこで、本稿は、責任刑という概念の構成については鈴木説とは異なるものの、違法捜査の量刑上の考慮を、量刑判断において予防的考慮とは区別した上で、予防的考慮の前に考慮するという発想は、鈴木説における量刑事情を考慮する順序と似ている。したがって、次に、予防的考慮の前にあらかじめ違法捜査の量刑上の考慮を通じて国家が問い得る非難の重さに影響する程度を明らかにするという考え方をふまえ、違法捜査という量刑事情を量刑基準に位置付けることを試みる。

2.小括：責任にも予防にも関連しない量刑事情にすることの試み

前記の議論を踏まえ、本論文では、違法捜査を量刑事情とする際、それを量刑責任に位置付ける立場を採用しない。すなわち、量刑責任の枠を決めるにあたり行為責任主義が強調されるのは、量刑責任の刑罰限定機能のためである。そのため、行為責任主義に基づき、犯罪行為に含まれる具体的な不法内容と責任内容に対して相応性を有する量刑責任の枠を決定した⁴⁴⁶上で、行為責任刑と相応しくない事情は量刑責任の考慮に入れられるべきではない⁴⁴⁷。したがって、犯罪行為と関連しない手続的事実とされる違法捜査は、もとより量刑責任の枠内に位置付けることができないものである。

⁴⁴⁵ 堀江・前掲註(122) 380頁。

⁴⁴⁶ 川崎一夫『体系的量刑論』(成文堂、1991年) 37-38頁。

⁴⁴⁷ 本稿では、量刑責任の判断において、行為責任主義を厳守した上で、犯罪行為のみが量刑責任の考慮に入れるべきであることになる。この立場は、最高裁平成26年7月24日第一小法廷判決(LEX/DB 25446523)の言う「裁判においては、行為責任の原則を基礎としつつ、当該犯罪行為にふさわしいと考えられる刑が言い渡されることとなる」という判示と一致するといえる。

そして、日本の通説的見解とされる、責任刑を基礎としつつその幅の範囲内で予防的目的を考慮する「幅の理論」⁴⁴⁸によれば、違法捜査は予防的考慮に属する量刑事情に分類されるであろうか。これに関しても、本論文は、否定の立場を採用する。なぜなら、第3章にいうように、積極的一般予防論か積極的特別予防論のいずれにせよ、違法捜査が刑罰を軽減することを根拠づけることができないからである。さらに、違法捜査を量刑基準における予防的考慮に位置づけることができないのは当然であろうと考える。例えば、第1章の整理の通り、松宮説は積極的一般予防の観点から、違法捜査の公衆の規範意識への影響を通じて、違法捜査の量刑の上の考慮を根拠づける。それは、本論文の立場から見れば本質的に積極的一般予防論に基づくものであり、岡上説と同様な問題に直面することはやむを得ない以上、採用し得ないことになる。また、第1章で紹介した宇藤説は、違法捜査を予防的考慮に分類されるものではないとしつつも、積極的一般予防論に立脚するものであるから、本段落の検討では考慮に入れない。前記の検討を踏まえ、本論文は、違法捜査を量刑事情とするにあたり、それを責任にも予防にも関連しない要素に分類する。要するに、違法捜査が量刑事情とされる場合、それは責任の判断にも予防的顧慮にも関連しない、政策的な理由に基づき刑罰の重さに影響を与えるものである。

本論文の立場と同様に違法捜査を責任にも予防にも関連しない（以下、「第三領域」と称する）量刑事情に分類する見解がある。第1章の整理によれば、小倉哲浩は、正義・公平の観点から、裁判官に違法捜査によって量刑を軽減する権限を認めると主張する。正義・公平の考慮は、明らかに責任的判断と予防的考慮とは関係ないため、第三領域に属することになる。しかし、第2章の検討のように、正義・公平それ自体は主観に左右されやすい、かつ、曖昧な概念であり、明確な基準が欠けるため、量刑の安定性が害されるおそれがある。公平・正義という概念は、具体化あるいは明確な基準を提供しなければ、量刑の考慮に入れてはならない。したがって、本論文では、小倉説の結論を採用しない。しかし、小倉説が政策的理由に立脚する点は、参考に値するといえよう。例えば、小倉説は、違法捜査が責任や予防などの観点から取り込めない要素であっても、正義・公平の観点からは量刑上考慮し、量刑判断を是正するものであると認める⁴⁴⁹。すなわち、正義・公平を根拠にすることが適切であるか否かはともかく、この考え方は本論文と一致しており、手続の上の事情は、十分な理由がある場合、量刑事情となり量刑に影響を与えることが

⁴⁴⁸ 小池・前掲註(6) 12 頁。

⁴⁴⁹ 小倉・前掲註(3) 305 頁。

できる。ある事情が量刑に影響を与える余地があるか否かを判断する際に重視すべき点は、その事情を責任や予防に解消し切れるかではなく、実質的に量刑に影響する正当化根拠が存在するかどうかということである。ただし、問題が残るのは、違法捜査を量刑基準に入れるならば、どこに位置付けるのが適切か、ということである。

周知の通り、日本の実務上、量刑は「犯情事実」と「一般情状事実」に分けられる。すなわち、量刑は、本来犯罪行為を基点として、その違法性と責任の度合いに応じてなされるべきであるから、第一に、犯罪事実と直接関係のある「犯情事実」は、量刑判断の中心的事情であり、量刑判断の大枠を決めるものである。続いて、犯情事実から想定された刑の大枠の中で、一般情状事実を考慮して、最終的な量刑判断にいたる⁴⁵⁰。この基準によれば、犯行後に生じ、犯罪事実それ自体と関係ない違法捜査は、明らかに一般情状に分類されるほかない。しかし、いわゆる一般情状には様々な事情が含まれるので、一般情状に関する考慮において、違法捜査がどのような役割を有するのか、あるいは、他の一般情状に分類される事情とどのような関係を有するのかについて、明らかにする必要がある。それに関して、井田良の見解（以下、「井田説」と称する）は、直接に違法捜査の量刑上の考慮には言及しいものの、量刑基準については参考に値すると考える。井田説によると、量刑事情は、大きく①犯罪の要素たる量刑事情（不法関係事情と責任関係事情）、②違法性・有責性の程度を具体的に推認させる資料たる事情、③犯罪の当罰性の程度に影響する事情、④刑の及ぼす特別予防効果を考慮するにあたり参考となる事情、⑤犯罪後の事情の中で刑事政策的合目的性の見地から考慮されるべき事情、⑥刑の必要性・感応性に関する事情の六種類に分類することができる⁴⁵¹。そのうち、①と②が犯罪行為と関連するものである。③は犯罪の要素ではないが、被害者の遺族への影響など実質的な犯罪被害に関わるものであるため、犯罪事実と全く関係ない違法捜査は、この三つの事情に分類されるものではない。そして、④が特別予防に関する事情であり、⑤が損害賠償や被告人の反省・悔悟など特別予防にも関連する事情であるため、本論文が違法捜査の量刑上の考慮を特別予防の観点に位置付けることはしないことから、違法捜査は④と⑤にも分類される余地がないことになる。したがって、本論文が違法捜査を第三領域に属する事情と捉えるという前提の下、井田説の量刑基準において、違法捜査を刑罰の必要性を減弱させるものとして⑥に分類する可能性があると考えられる。

⁴⁵⁰ 遠藤・前掲註(126) 78-79頁；原田・前掲註(10) 7頁。

⁴⁵¹ 井田・前掲註(89) 302頁；井田良「講演 量刑をめぐる理論と実務」『司法研修所論集 2004(2)』（司法研修所、2005年）228頁。

井田説は、量刑基準を責任と予防によって二元的に構成するものと理解するものではなく、多様な事情を量刑の視野に入れる長所があると言える。しかし、本論文の立場から見れば、井田説のような、違法捜査を量刑の考慮の最後に置くような見解は、違法捜査を一般情状事実の一つにすぎないとして他の事情とともに総合考慮するという実務の考え方と同様の問題に直面すると言わなければならない。本稿では、違法捜査によってコミュニケーションという機能が侵害され、刑罰の正当性も影響された上で、国家が問い得る非難の重さを調整し、制限を加える必要があると理解する。言い換えれば、仮に量刑判断を犯行の重大性などから想定された責任の枠内で予防的考慮を行うことと捉えるならば、違法捜査は行為責任に応じて構成される責任刑の枠内で、予防的考慮より先に考慮され、刑罰の重さを調整する。そして、違法捜査の量刑上の考慮によって調整される刑罰の重さを、予防的考慮を通じてさらに軽減するのかを判断する。つまり、犯罪事実それ自体と関係ない事情のうち、違法捜査の量刑上の考慮に含まれる「刑罰を調整する」という機能を果たすために、違法捜査は、予防的考慮に属する事情と混同して考慮してはならず、それを予防的考慮に属する事情の考慮に優先させるべきである。井田説を例とすれば、違法捜査の考慮は、③と④との間に置かれるべきであると考ええる。なぜなら、本稿の手法は、違法捜査の量刑判断における位置を明らかにし、違法捜査を予防的考慮から独立して判断することによってはじめて、違法捜査が量刑においてその機能を果たすからである。そうでなければ、違法捜査を予防に関する事情とともに考慮するにあたり、国家の問い得る非難の重さを制限するか否かが明らかではなく、総合考慮において違法捜査の量刑に与える影響が不十分であろう。さらに、回顧的観点と展望的観点の事情を併せて考慮し、混乱を招くおそれがあると考ええる。

結論として、違法捜査を量刑事情とする際、政策的理由に基づき、それを第三領域に分類する。したがって、違法捜査は量刑責任の判断に含まれるものではない。過去の犯罪行為をめぐる非難の程度に対し判断を行う際、第一には実体的犯罪行為をめぐる非難自体、すなわち行為責任を確認する。そして、犯行と関係ない手続上の違法捜査が、非難をめぐる十分なコミュニケーションという目的を害する場合、この目的が損なわれるという政策的理由に基づき、責任刑の枠内で、国家が問い得る非難の量を制限し、刑罰の重さを調整する。また、違法捜査の量刑上の考慮は、予防的考慮に分類される事情よりも前に考慮しなければならないものである。最後に、責任の枠内で、予防的考慮を行い、最終的な刑罰の重さを決定する。要するに、本論文の判断の順序は、「量刑責任→違法捜査の量刑上の考慮→予防的考慮」ということである。

第2節 違法捜査の量刑上の範囲

本節では、違法捜査の量刑上の考慮が適用される範囲を明らかにする。この範囲の確定には、二つの要求がある。第一に、様々な違法捜査のいずれを量刑上の考慮に入れるかの基準を明らかにする、ということである。第二に、違法捜査の帰結として、手続打ち切りの適用と量刑上の考慮とを区別できる基準を示す、ということである。

1. 量刑上の考慮に入れる違法捜査の種類と基準

まず、多様な違法捜査の種類のうち、いかなる種類を違法捜査の量刑上の考慮に入れるべきであるかについて、その判断の基準を持ち出すことを試みる。これに関して、二つの面から、違法捜査の量刑上の考慮が適用される範囲を限定する。一つは違法捜査の対象、もう一つは違法捜査それ自体の手段と、違法捜査がもたらす結果である。

まず、違法捜査の対象から、量刑上の考慮に入れる範囲を限定する。違法捜査が加えられる対象には、犯罪の被疑者のみならず、被疑者以外の第三者も含まれる。それでは、第三者に対し違法捜査を行ったことで、犯罪者に加えられる刑罰の重さを、調整することが依然として可能であろうか。この問題に関して、犯罪者に加えられる刑罰の重さに影響を及ぼす違法捜査には、必ず犯罪者に加えられる非難の性格があるという点から分析する。すなわち、非難それ自体は、国家が犯罪者に科するものである以上、被告人に科される非難の程度に影響を与える余地があるのは、被告人に対し加えられる違法捜査のみではないかと考えられる。そのため、捜査段階において被疑者以外の第三者に対し違法捜査を行った場合、この違法捜査には被告人に対する非難との間に直接的な関連がないので、量刑段階において刑罰の重さに影響するものではないと考える。量刑に影響を及ぼす違法捜査は、捜査の対象者について、犯罪者たる被疑者に対し行われる違法捜査に限定すべきである。

続いて、違法捜査の手段と結果から、量刑上の考慮に入れる範囲を限定する。これも、刑罰を軽減させる違法捜査が、非難の性格を有するものでなければならぬという原則から検討を出発させる。すなわち、量刑に影響を与えるか否かの基準として、コミュニケーションである違法捜査は、必ず不当かつ過度な非難とされるものである。そのため、量刑に影響を与える違法捜査は、非難をめぐる十分なコミュニケーションを妨げることで、権利・利益の侵害をもたらすものであるように思われる。手段について、非難とされるコミュニケーションにおいて、国家が遵守すべ

き義務を履行しないか、犯罪者が保障されるべき権利を受け入れないことが必要である。つまり、量刑上の考慮の対象となる手段としては、捜査の法的規律に違反するものであることが挙げられる。なお、結果については、非難には苦痛や不利益などを通じてマイナス評価を伝えることが必要である以上、違法捜査によって、問われるべきではない権利・利益の侵害がもたらされることが必要である。要するに、量刑に影響を及ぼす違法捜査は、法的規律に違反した上で、問うべきではない権利・利益の侵害を創出するという基準を満たすことが必要ではないかと考える。

例えば、第1章で整理した裁判例2、3、5、8などに本稿の基準を適用するならば、暴行のような不当な強制力を行使することで違法な手段を用い、違法捜査がもたらす苦痛が明らかに侵害に該当することと相まって、国家と犯罪者との間に不当かつ過度なコミュニケーションが生じ、刑罰における非難の程度を調整し、刑罰を軽くするという結論を導き出すことができる。なお、暴行のような手段を用いることのなかった裁判例11は、現行法に規定されない手段で強制捜査を行い、強制処分法定主義に反し、さらに憲法第35条が保障するプライバシー⁴⁵²も侵害する。これも、国家が犯罪者とコミュニケーション行う過程で、犯罪者に不当かつ過度な非難を加えるものであり、最終的な刑罰の重さを調整する必要があると解される⁴⁵³。

最後に、この基準を適用する際に、基準に該当しない状況にも目を向けてみたい。これに関して、主として「法的規律の違反があるが、権利ないし利益の違法かつ過度な侵害が生じない」という状況を念頭において分析する⁴⁵⁴。第4章では、いかなる手続上の違法が刑罰の重さに影響を与えるかを検討し、その違法自体に非難の性格があるか否かという基準を得た。この基準に沿えば、手続上の違法それ自体に非難の性格がないならば、この違法が刑罰に直接的な影響を与えるものではない

⁴⁵² 井上正仁「GPS 捜査」井上正仁ほか（編）『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』（有斐閣、2017年）66-67頁。

⁴⁵³ なお、私見によれば、不当な手段と侵害された権利ないし利益は、それぞれに様々なものがある以上、異なる手段を採用する、あるいは、異なる結果が生じるにあたり、刑罰の重さが影響される程度も相応に変化すると言わなければならない。つまり、違法な手段の態様と侵害された権利・利益の種類は、刑罰を軽くする程度を決めることになる。本稿では、紙幅の関係で、違法捜査の量刑上の考慮の正当化根拠、および、刑を軽くする余地がある違法類型の基準しか明らかにすることができない。したがって本稿では、違法な手段と侵害によって、いかにして刑罰の程度を決定するかまでは検討できないと言わざるを得ない。

⁴⁵⁴ 法的規律の違反が生じないが、ただ権利・利益の侵害が生じるという状況は、違法捜査の量刑上の考慮というテーマに分類されないからである。すなわち、違法な手段を用いない場合に、その捜査行為は合法的捜査に該当する以上、違法捜査の量刑上の考慮の範囲に入れることはあり得ない。なお、仮にこのような状況が量刑に影響を与えるか否か、あるいは、影響があればいかなる影響を与えるのかを検討しようとするならば、この問題は、あくまで被告人が被った不利益が量刑に影響するかというテーマに分類されることになるように考えられる。

と言える。例えば、捜査の発動が合法であるが、執行の段階に違法が生じる場合、仮にその違法が権利ないし自由の侵害を広げるものではなく、ただ執行の適正を確保する規律に反するものでしかないならば、このような違法は、非難とは間接的な関係しかない以上、非難をめぐるコミュニケーションとされる刑罰の程度に影響を及ぼすものではないように思われる。

具体的な例を挙げると、搜索・差押の執行適正の確保に関する法的規律に違反することは、私見によれば、量刑上の考慮に入れ、刑罰の重さに影響を与える範囲に入れるべきものではないことになる。司法審査を通じて、令状をもって合法的搜索・差押を執行する際には、責任者、住居主若しくは看守者又はこれらの者に代わるべき者を立ち合わせるという規律（刑事訴訟法第114条1項および2項、第222条1項）がある。このような立会いに関する規律を、住居者などの主観的利益確保のための純粋な権利と解する⁴⁵⁵ならば、合法的搜索・差押を執行するとき、この規律に違反することは、おそらく自由ないし権利侵害のリスクを高めるものの、実際に侵害の拡大が生じるか否かは未確定である。そのため、このような規律違反のみが生じる場合、この規律違反は非難と直接的な関連が乏しいため、非難に関するコミュニケーションとされる刑罰に影響を及ぼすものではない。また、令状をもって合法的搜索・差押を執行するとき、令状呈示（刑事訴訟法第110条、第222条1項）の要求に違反することも、規律違反とはいえ必ず非難の性格を有するわけではない。すなわち、令状呈示の違反が処分の許容範囲の確認⁴⁵⁶を妨げるので、自由ないし権利の侵害を生じさせるリスクを高めるという関係しかない以上、直接実際の非難を引き起こすものではない。そのため、ただ令状を呈示しないことは、刑罰の重さに影響を与えるものではないように思われる。要するに、単に規律違反が生じる場合、こうした違法捜査には不当かつ過度な非難の性格がない以上、非難をめぐるコミュニケーションとされる刑罰の程度には影響を与えない。

2. 手続打ち切りと量刑上の考慮との区別と基準

現在、日本の違法捜査への対応には、証拠排除法則、国家賠償以外、違法捜査に基づく起訴に由来する「公訴権濫用」という見解も見られる。公訴権濫用とは、検察官が有効に公訴を提起し、追行するための条件、つまり訴訟条件に反する公訴提起・追行を行い、それが権限濫用と評価されることを意味する。この場合、有罪・無罪を決める実体裁判をなすことが許されず、実体審理に入る前に公訴棄却または

⁴⁵⁵ 後藤・前掲註(412) 10頁。

⁴⁵⁶ 白取・前掲註(124) 145頁。

免訴という形式裁判によって手続を打ち切るべきである⁴⁵⁷。この理論からは、違法捜査が行われた場合、その後の手続を進めるべきではなく、公訴提起を無効として手続を打ち切るべきであることになる。ここで問題となるのは、違法捜査が生じる場合、その帰結として手続打ち切りか量刑上の考慮のいずれを適用するか、ということである。

また、実務上この理論の適用には、非常に厳格な制限が加えられていると言える。例えば、典型的な公訴権濫用の問題と認められる大森簡判のケース⁴⁵⁸では、裁判所は、逮捕が必要ではないと思われるようなスピード違反事件について、警察官が被告人に対して二週間の入院治療とこれを含めて約一ヶ月の休養を要する傷害を加えたことに対して公訴棄却を言い渡した⁴⁵⁹。しかし、この判決は高裁で破棄された。なお、違法捜査ではないが、検察官の公訴提起が訴追裁量の濫用を理由として、公訴権濫用論を取り入れたものとされるチッソ水俣病川本事件からも、このような適用が厳格に制限される状況が見られる。この事件では、公訴棄却判断を下した東京高裁⁴⁶⁰に対し、最高裁は、一方で公訴権濫用を理由として公訴無効のありうることを認めながらも、「検察官の訴追裁量権の逸脱が公訴の提起を無効ならしめる場合がありうるが、それはたとえば公訴の提起自体が職務犯罪を構成するよう極限的な場合に限られる」⁴⁶¹と判示し、この理論の適用に厳格な制限を加える立場を採用した⁴⁶²。重大な違法捜査の法的帰結として公訴権濫用という理論が存在するといっても、実務上厳しい制限が存在する以上、量刑上の考慮に比べて適用される余地が小さいように思われる。この点から見れば、違法捜査の帰結として量刑上の考慮と手続打ち切りとの区別に関する基準を提出した上で、量刑上の考慮が適用される類型の範囲を明らかにすることには、実益があると考えられる。

この基準を明らかにするために、違法捜査の量刑上の考慮とコミュニケーションとの関係に着目する必要があると言わなければならない。本稿では、違法捜査の量刑上の考慮の正当化根拠として、非難の性格を有するコミュニケーションとされる違法捜査は、非難をめぐるコミュニケーションとされる刑罰に影響を与える必要が

⁴⁵⁷ 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕』（立花書房、2018年）5頁；井戸田侃『公訴権濫用論』（学陽書房、1978年）12頁。

⁴⁵⁸ 鈴木茂嗣「公訴権行使の限界」熊谷弘ほか（編）『公判法大系Ⅰ 公訴』（日本評論社、1974年）74頁。

⁴⁵⁹ LEX/DB 27681314.

⁴⁶⁰ LEX/DB 24005738.

⁴⁶¹ LEX/DB 24005736.

⁴⁶² 松宮孝明「「公訴権濫用」と「処罰不相当」－「非典型的刑罰消滅事由」について」立命館法學 223・224巻（1993年1月）516頁。

あることになる。そうだとすれば、量刑上の考慮はコミュニケーションの過程において導き出されるものである。つまり、量刑上の考慮はコミュニケーションが行われることを前提とするものである。これは、ダフの理論から見れば、より明らかである。量刑の段階において刑罰の重さを調整することは、被告人が刑事責任を有し、刑罰を受けることを前提とするものである。ダフ理論によれば、刑罰と刑事責任の本質的な前提条件として、被告人が責任を果たせる市民として審理されたり処罰されたりすることに適する人であることが必要である⁴⁶³。言い換えれば、被告人は、応答可能な人として、刑罰に関するコミュニケーションを行うにあたり、責任を果たし、量刑を通じた刑罰を受ける人となる。したがって、違法捜査の量刑上の考慮がなされる状況は、被告人と国家によって構成される刑罰という関係において被告人が国家と必ずコミュニケーションを行うことができる、というものである。

ゆえに、被告人が仮に違法捜査によってコミュニケーションに参加せず、あるいは、コミュニケーションから排除されたために応答できないならば、実体上の刑罰を科すかどうか、あるいは、どのような刑罰が適切なのかという判断を受け入れないことになる。その際には、違法捜査が量刑事情として刑罰の重さに影響するかどうかという判断も必要ではないことになる。これは、「前提条件なしに刑事責任が問われない、前提条件があり刑事責任が問われる」と主張した上で、コミュニケーション・応答できるという前提条件がなければ、犯罪者に刑事責任を問うあるいは刑罰を科すことはできないというダフ理論と同様の解釈ではないかと考える。したがって、違法捜査を通じて被告人がコミュニケーションから除外されるにあたり問題となるのは、有罪か無罪か、あるいは、どのようにして刑を科すのかではなく、そもそも裁判と処罰に適するのか、ということである。つまり、この状況では、現行法の裁判の種類に照らすと、被告人が受けるべきことは、実体裁判ではなく形式裁判である。すなわち、この状況ではコミュニケーションという機能が果たされない以上、法的帰結としては刑罰の調整ではなく手続の打ち切りということになる。

以上の検討を踏まえ、本稿は、違法捜査がある場合に、被告人が国家と刑罰をめぐるコミュニケーションを行うという関係にあるかどうかを基準として、量刑上の考慮か手続打ち切りの選択をする。すなわち、違法捜査を通じて被告人のコミュニケーションの機会が剥奪される、あるいは、被告人がコミュニケーションから排除される場合には、その法的帰結として手続打ち切りを選択する。それに対し、違法捜査があるものの、被告人が依然として刑罰をめぐる国家とコミュニケーション

⁴⁶³ Duff, *supra* note 159, at 179-181.

できる場合、違法捜査は量刑事情として、量刑に影響を与えるかどうかを判断する。なお、前段1.の分析のとおり、この場合には、違法捜査に非難の性格がある場合に、刑罰の重さが影響される余地があると考えられる。

ところで、このような基準の下では、おとり捜査が検討に値しよう。第2章の紹介によれば、日本はドイツと異なり、違法なおとり捜査への対応のうち、量刑説が見られず、無罪説、手続打ち切り説（免訴または公訴棄却）と証拠排除説のみが見受けられる。もっとも、本稿の立場はさておき、量刑説を採用する余地がないわけではないようにも思われる。従来、おとり捜査を、犯人に犯意を生じさせたという「犯意誘発型」と、既に犯意を生じている者に犯行の機会を提供したという「機会提供型」に分類し、前者は不当ないし違法であるが、後者であれば許容されるとする二分説⁴⁶⁴が有力であり、それを採用する裁判例も見られる⁴⁶⁵。しかし、最高裁平成16年決定のように、判例も、犯意誘発型であれば直ちに違法の結論を導いているわけではない⁴⁶⁶。むしろ、判例は⁴⁶⁷、おとり捜査を任意捜査に位置付け、相当性の判断枠組みの下⁴⁶⁸で、具体的状況において、緊急性、必要性を考慮して、相当性を判断し、おとり捜査の許容性の有無を決める⁴⁶⁹。仮におとり捜査を、被告人の意思決定に不当な影響を与えて犯罪を実行するように働きかけ、不相当な手段を通じて被告人を道具・客体とするコミュニケーションを行って、人格的自律権⁴⁷⁰や国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由という意味での人格的価値を侵害する⁴⁷¹ことと理解すれば⁴⁷²、違法なおとり捜査は、人格的自律権などを不相当に侵害

⁴⁶⁴ 宇藤・前掲註(402) 164頁；伊藤・前掲註(136) 22頁。

⁴⁶⁵ 東京高判昭和57年10月15日（LEX/DB 27761173）。

⁴⁶⁶ 学説には、類似の立場として、おとり捜査について犯意誘発と機会提供との区別があるものの、捜査機関の働きかけそれ自体の違法性ないし法益侵害の質・程度を変化させる要因ではないと主張するものが見られる（酒巻・前掲註(160) 172頁）。しかし、注意すべき点は、この見解が、おとり捜査の違法性を、国家が犯罪を創り出し、その結果、刑事実体法によって保護されるべき法益を侵害することに求める点である。（酒巻匡「刑事訴訟法の基本問題(2)おとり捜査」月刊法学教室 260号（2002年5月）106頁）。この立場は、おとり捜査の違法性に関する理解が裁判例と異なる以上、その結論が裁判例の結論と異なるものになり得ると言える。

⁴⁶⁷ 札幌地裁平成28年3月3日決定（LEX/DB 25542306）：「本件おとり捜査は、その必要性が認められず、かえって、具体的な嫌疑もない者に対して犯意を誘発するような働きかけを行うことで、犯罪を抑止すべき国家が自ら新たな銃器犯罪を作出し、国民の生命、身体の安全を脅かしたものであるといい得るところ...（中略）...本件おとり捜査は、およそ犯罪捜査の名に値するものではなく、重大な違法があるのは明らかである。」

⁴⁶⁸ 大澤裕「判批」平成16年度重要判例解説1291号（2005年6月）192頁。

⁴⁶⁹ 宮木康博「違法なおとり捜査の法的効果と再審事由」法学教室432号（2016年9月）167頁。

⁴⁷⁰ 三井誠『刑事訴訟法(1)〔新版〕』（有斐閣、1997年）89-91頁。

⁴⁷¹ 長沼（大澤裕著）・前掲註(53) 180頁。

⁴⁷² 現在、おとり捜査の違法性については、①捜査の公正の侵害、②刑事実体法の保護法益の侵害、③捜査対象者の人格自律権の侵害など見解が見られる（伊藤・前掲註(136) 22頁）。しかし、本稿の紙幅が足らず、かつ、この争いは本稿のテーマと関連性が薄いものであるので、本稿では、この争い

するものと解される。そうであれば、違法なおとり捜査がコミュニケーションとされる際、対象者は道具・客体とみなされており、犯罪を創り出す手段と前記の権利侵害に着目して、それを不当かつ過度なものと理解し、刑を軽くするという結論を導く可能性があるように考える。要するに、理論上、違法なおとり捜査の法的帰結として、量刑上の考慮が選択される余地があると言える⁴⁷³。また、札幌地裁平成28年3月3日決定のように、裁判例が証拠排除説を採用する⁴⁷⁴にあたって⁴⁷⁵、証拠が排除されるものの、有罪判決を受ける可能性はやはり排除されず、有罪の余地があることは否定できない。したがって、裁判所が有罪判決を言い渡す場合には、量刑説が採用される機会が存在する。

しかし、本稿では、違法なおとり捜査を、犯罪者がコミュニケーションから排除される状況にあるかどうかによって検討する。まず、違法なおとり捜査は、違法捜査の一つであるものの、その状況が他の違法捜査と異なっている。すなわち、大部分の違法捜査では、コミュニケーションとされる刑罰の対象が、犯罪者自らが国家の影響を受けない状況で犯した犯罪である。それに対して、違法なおとり捜査は、

は検討しない。

⁴⁷³ この考え方と親和性がある例は、第1章で整理した裁判例12である。本裁判例は違法捜査の例ではないものの、対象者の意思に不当な影響を与える「相当ではない捜査」にあたるものが見られる。また、本裁判例は、この事情を量刑上の考慮に入れ、刑罰軽減の結論を導き出した。つまり、意思への不当な影響から刑の軽減を導くという論理は、本稿の論理にあてはめれば、コミュニケーションとされる不相当な捜査が、対話相手の意思に影響することで、国家の干渉を受けることなく独自に意思決定する自由という意味での人格的価値を侵害し、コミュニケーションである刑罰に悪影響を与えることと解されると言える。その意味で、裁判例12の事案を本稿が用いるコミュニケーションの観点から見れば、同様な結論を提出することができるかもしれない。もっとも、ここでも、やはりいくつかの問題が残る。第一に、このような「違法ではないが、不当である」という類型は、相当性の判断を中心とした任意捜査の判断枠組みにおいて、どのように理解されるのか、あるいは、違法な捜査とどのような差があるのか、やはり不明確である。また、このような手段が合法か違法かに関する判断基準は、いまだ明らかではない。それゆえに、このような捜査をコミュニケーションと理解する際に、それを不当なコミュニケーションに分類するかどうかも問題となる。第二に、「意思に不当に影響する」ということは、実際にどのような権利ないし自由を侵害するのかも、依然として不明と言える。これも、この捜査の性格を確認する際に問題となる。第三に、前記の二つの問題が存在する以上、このような「相当ではない」捜査が、刑罰に影響を与えるかどうか、あるいは、いかにして刑罰に影響を及ぼすのかを判断するにあたって、困難があると言わざるを得ない。

⁴⁷⁴ 札幌地裁平成28年3月3日決定（LEX/DB 25542306）：「本件おとり捜査には、令状主義の精神を潜脱し、没却するのと同等ともいえるほど重大な違法があると認められるから、本件おとり捜査によって得られた証拠は、将来の違法捜査抑止の観点からも、司法の廉潔性保持の観点からも、証拠能力を認めることは相当ではない。」

⁴⁷⁵ おとり捜査の帰結として、証拠排除説を主張する学説も見られる。例えば、高田卓爾は、「いかに狡猾な犯罪に対処するためとはいえ、国家が一種の詐術を用いて国民を罠にかけることは、国家自身が犯罪者と同じ程度に墮落したことを意味する。これは、適正手続の要請にほど遠い」と指摘し、憲法の予想する公権力の発動の枠を超えた方法によって得られた証拠は、証拠排除法則に即してその証拠能力を否定すると主張する（高田卓爾『刑事訴訟法〔二訂版〕』（青林書院新社、1984年）340頁）。

刑罰に起因する犯罪それ自体が、国家によって作り出すものである。違法なおとり捜査は、国家が刑罰によって非難を犯罪者に伝達する一方で、国家が犯罪を作り出すものである。多数の違法捜査では、犯行後の違法捜査が純粋な手続上の事情として、犯罪行為（とそれに起因する刑罰）とは本来関係ないものである。違法捜査が不当なコミュニケーションとされるならば、ただもともとの正当なコミュニケーションである刑罰に影響を与える。しかし、違法なおとり捜査は、犯罪行為それ自体が違法なおとり捜査に起因するものであり、それぞれが緊密な関係を有する以上、犯罪行為に起因する刑罰も、違法なおとり捜査と関連することになる。この際に、刑罰それ自体が依然として正当なコミュニケーションとされるのかが問題となると言える。

違法なおとり捜査は、公共の利益を侵害する不正行為そのものを、国家が犯罪者を道具・客体として彼の意思決定に影響することで作り出すので、犯罪者が犯罪をしたことが、依然コミュニケーションと解されるのかについて疑問が生じる。このような国家が創造した犯罪は、国家と犯罪者との関係から見れば、自分のメッセージを対話の相手に真摯に伝達するという真正なコミュニケーションと理解し得ない。その結果、この犯罪に対する刑罰も、無意味なコミュニケーションとなると言えよう。すなわち、国家が、犯罪者が不正行為をすることを促しつつ、刑罰によってその行為が不正であるという意味を犯罪者に伝達することは自己矛盾であり、刑罰を通じてコミュニケーションを行う本来の目的が失われるように思われる。国家が不正行為をつくりながらこの不正行為をめぐって刑罰によってコミュニケーションしたとしても、その趣旨は全く満足されない。したがって、国家と犯罪者との関係から見れば、違法なおとり捜査の場合には、犯罪者が真正なコミュニケーションという関係から排除されることになる。

また、ダフの論理と類似して、違法なおとり捜査の場合は、国家が刑罰によってコミュニケーションをする資格が失われる。国家が刑罰を通じて犯罪者とコミュニケーションするのは、犯罪行為が不正であるというメッセージを伝達するためである。しかし、違法なおとり捜査の状況は、国家が自分で不正行為である犯罪を作り出しつつ、刑罰によって犯罪が不正なものであるというメッセージを犯罪者に伝達するものである。それでは、犯罪の製造者である国家が、道徳上、刑罰を通じて犯罪の不正性を伝達する適格を有するとは言い難いと考えられる。違法なおとり捜査の状況においては、国家がコミュニケーションを行う適格が欠け、その上真正なコミュニケーションが存在しないと言える。したがって、本稿は、量刑上の考慮と手続打ち切りとを区別する基準に即して、違法なおとり捜査の場合には、被告人がコミュ

コミュニケーションの機会を失う以上、手続打ち切りを用いるのが妥当であると考える。

この考え方を採用すれば、最後の問題となるのは、現行法にいう公訴棄却か免訴のいずれを適用すべきか、ということである。公訴棄却説には、個人の自由権を侵害し、刑事訴訟法第1条に違反する違法な公訴の提起がなされた場合、公訴提起の有効条件を具備しない起訴であり、その公訴提起は無効であるから、刑事訴訟法第338条第4号により、公訴棄却の判決をなすべきであると主張する見解が見られる⁴⁷⁶。しかし、この主張には、違法捜査が起訴の適法性とは全く別個の問題であり、どのようにして起訴の適法性ないし有効性に影響を及ぼすのかという問題が存在する。例えば、この見解に対し、捜査手続が違法であるからといって起訴手続も当然に違法であるとは言えないという批判が見られる⁴⁷⁷。なお、本稿の採用するコミュニケーションという観点から見ても、この批判と同様の問題が見られる。すなわち、違法捜査がコミュニケーションとされる際、起訴というコミュニケーションとの繋がりが明らかではないので、いかにして起訴の適法性に影響を与えるのかも不明であることになる。したがって、本稿では、手続打ち切りの手段によって違法なおとり捜査を処理するにあたり、公訴棄却を採用しない。

ゆえに、ここでは免訴説を検討する。免訴説は、国家が自己の手で犯罪をつくりながら、これを処罰するというおとり捜査の特徴に着目した上で、おとり捜査が単なる手続的問題ではなく、刑罰権と関係するものであると理解する。例えば、鴨良弼は、誠実義務違反という面に着目し、この義務違反に基づく公訴が、単なる公訴提起の形式上の瑕疵、あるいは、捜査手続上の個別行為に関するものではなく、おとり捜査によって誘発された公訴提起に対しては、免訴の判決を言い渡すべきである⁴⁷⁸と主張した。また、鈴木茂嗣も、おとり捜査が、捜査機関が被疑者を「罠」にかけその犯意を誘発しておきながら、他方でこれを非難し処罰するという問題を指摘した上で、それが単なる訴追の形式という手続的問題ではなく、国家が被告人を処罰しうるかどうかという実体法的问题であるとする。この問題で強調されるのは、手続的には、犯意誘発という事情がおとり捜査の違法を根拠づけ、公訴の提起がこの違法を手続として引き継いでいるのみならず、実体的には、その違法が、国家に罠にかかった対象者を処罰することの適格性を欠くに至らしめるということ

⁴⁷⁶ 田中政義「罠捜査と刑事責任」自由と正義8巻7号（1957年）2頁。

⁴⁷⁷ 中義勝「所謂罠捜査により犯意を誘発された者の犯罪の成否」関西大学法学論集5巻3号（1955年）59頁。

⁴⁷⁸ 鴨良弼『刑事訴訟における技術と倫理』（日本評論社、1964年）73頁。

ある⁴⁷⁹。そして、鈴木説は、この問題について、国家の明示の意思表示により未確定の刑罰権が消滅する場合を定める刑事訴訟法第 337 条を類推して、免訴説を採用する⁴⁸⁰。なお、第 2 章の整理によれば、団藤重光もおとり捜査を実体的問題とみなし、免訴説を主張している⁴⁸¹。

本稿では、違法なおとり捜査において、被告人がコミュニケーションの実行から排除されたり、コミュニケーションの機会が剥奪されたりする以上、手続打ち切りをその法的効果とする。また、以上の検討を踏まえ、このような、被告人が国家とのコミュニケーションという関係に縛られない状況は、国家の違法行為によってコミュニケーションそれ自体の正当性が消滅することに起因するものであると言える。違法なおとり捜査によって影響されるのは、手続の進行のみならず、国家が犯罪の意味を伝達することと、犯罪者が犯罪に応答することという実体的犯罪・非難をめぐるコミュニケーションである。すなわち、違法なおとり捜査は単なる手続的問題ではなく、刑罰を実行しうるかどうかという実体的問題である。この理解は、前記の免訴説に関する整理に親和性があると言える。したがって、本稿は、違法なおとり捜査は被告人をコミュニケーションから排除するという結果を導くために、その法的帰結として量刑上の考慮ではなく、免訴を言い渡すことを選択する。

第 3 節 違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則との関係

日本の現状は、違法捜査の法的帰結として、違法捜査の量刑上の考慮に限らず、証拠排除法則も適用されている。それでは、違法捜査の量刑上の考慮（以下、「量刑上の考慮」と称する）を肯定するとき、それと証拠排除法則の適用に、どのような関係が存在するのかが処理すべき問題となっていると考える。

1. 両立するとされる違法捜査の量刑上考慮と証拠排除法則

この問題に関して、権利侵害の救済という視点から、量刑上の考慮を証拠排除法則と同様の目的を有することと理解し、それを証拠排除法則の代替ないし補完的手段とする見解が見られる。とりわけ、「違法だが証拠能力あり」の場合に、権利侵害が全く救済されないままに終わるという問題をどのようにして処理するのかについて⁴⁸²、量刑上の考慮が可能な選択肢であろうと言える。例えば、第 1 章の整理によ

⁴⁷⁹ 鈴木・前掲註(458) 76 頁。

⁴⁸⁰ 鈴木茂嗣「おとり捜査」平野龍一編『刑事訴訟法判例百選〔第二版〕』（有斐閣、1971 年）27 頁。

⁴⁸¹ 団藤・前掲註(140) 159 頁。

⁴⁸² 松岡正章「違法捜査と量刑」井戸田侃編『新・生きている刑事訴訟法：佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集』（成文堂、1997 年）230 頁。

れば、安原浩は、証拠排除法則を適用しないで量刑上の考慮を行なった裁判例2、3を分析し、量刑上の考慮を、権利侵害の救済のために、証拠排除法則の延長線上にあるものと位置づける⁴⁸³。すなわち、この見解は、量刑上の考慮が、違法の重大性によって証拠排除法則が適用されない場合に、被告人に対する救済を果たすために適用されるとする。この見解によると、証拠排除法則と量刑上の考慮とは、排他的で、適用の順序を有するものであると言える。安原と同様に、城下裕二も、裁判例2、3を分析し、昭和53年判決は、排除相当となる事例は捜査手続の「重大な違法」の存在を前提にしているが、違法捜査を量刑上考慮した事案の違法がこれを上回るとは論理的に考えられないと主張した。城下は、違法捜査がある際に、「①違法あり→証拠排除、②違法あり→証拠能力あり+量刑上考慮、③違法あり→証拠能力あり+量刑上考慮なし」という順に、証拠排除法則や量刑上の考慮が適用される。また、この順序により、証拠排除法則の適用に応じる違法の程度は「令状主義の精神を没却するような重大な違法」である以上、量刑上の考慮の適用に応じる程度は、「令状主義の要請に反するほどには至っていないが、「法の予定する以上に著しい苦痛」を与えるものであり、受忍すべき不利益の限度を超えるものである」と解される⁴⁸⁴。

要するに、これらの見解は、量刑上の考慮を、証拠排除法則とは異なるレベルのものであると解し、それを証拠排除の延長線上にあるものとして位置づける。従って、このような理解の下での量刑上の考慮は、独自の目的を有する、違法捜査の法的帰結としての独立類型ではなく、証拠排除法則の適用に付随しているものであると言える。しかし、まずもって量刑上の考慮に被告人を救済するという目的が存在するかが、問題となってくる。確かに、量刑上の考慮の場合、刑の軽減は被告人にとって利益（または不利益の軽減）とされる。しかし、それは量刑上の考慮がもたらす付随的効果に過ぎないと考える。つまり、被告人に対する救済は、違法捜査の量刑上の考慮の目的ではなく、それを通じて量刑上の考慮を正当化するものではないように思われる。なぜなら、違法捜査によって侵害された被告人に援助を与えることが被告人に対する救済であると理解すれば、刑罰が違法捜査によって直ちに生じるという関係がない以上、違法捜査によって直接に獲得した証拠を排除するという証拠排除に比べ、量刑上の考慮はその救済の性格が希薄であり、救済の目的を有しているとは言えないからである。しかも、私見では、量刑上の考慮は刑事手続においてコミュニケーション機能の実現が不十分であることに由来するので、救済と

⁴⁸³ 安原・前掲註(13) 175頁。

⁴⁸⁴ 城下・前掲註(7) 103-104頁。

いう目的を有するものではない。したがって、被告人に対する救済を共通の目的として、量刑上の考慮を証拠排除法則の適用の延長線上に位置づける解釈には問題があり、適切ではないと考える。

本論文は、量刑上の考慮は、証拠排除法則と全く違うものと理解した上で、それを証拠排除法則の代替ないし補完的手段とするのは妥当ではないと考える。なぜなら、量刑上の考慮は、証拠排除法則と異なる根拠を有しているからである。第4章の結論によれば、違法捜査の量刑上の考慮は回顧的観点に基づき、刑事手続におけるコミュニケーションの不当・過度に対して国家が問い得る非難量を制約し、実体上、合理的非難としての刑罰を求めることを根拠とするものである。しかし、日本の学説と判例から見れば、証拠排除法則は、全く違う根拠を有しているものであるように思われる。現在、証拠排除法則の根拠に関して、以下の三点を挙げる見解が有力である。第一に、司法の廉潔性（無瑕性）の保持である。すなわち、捜査機関が違法に収集した証拠を裁判所が証拠として許容し、それに基づいて被告人を処罰することは、裁判所が捜査機関の違法行為を是認するという印象を与え、国民の司法に対する信頼を失わせてしまう。このような証拠を排除することで、国民の信頼の喪失を防ぐ必要がある。第二に、将来の違法捜査に対する抑止効である。すなわち、違法収集証拠を排除することにより、そのような捜査によって証拠を獲得しても無駄だということを捜査機関に示して、将来同じような違法捜査が行われるのを防ぐことに根拠が求められる。第三に、憲法保障ないし適正手続の保障である。これは、前記二つの政策的目的と異なり、適正手続の保障に内在する要請から証拠排除法則を根拠づけるものである。すなわち、被告人の権利を著しく侵害する違法行為を行っておきながら、それによって得られた証拠を使って被告人を処罰するのは、憲法31条に基づく適正手続と正義の観念に反するという見解である⁴⁸⁵。

各根拠は、論理的には矛盾・排斥しあうものではなく、総合的に根拠とすることもあり得るという見解が見られる⁴⁸⁶。ただし、注意すべき点は、違法収集証拠を排除する基準は、根拠のいずれかを中心にするかによって左右されるということである。例えば、昭和53判決は憲法保障を重視し、証拠収集過程に伴う一定の違法を基準として証拠を排除するという絶対的排除説ではなく、いわゆる相対的排除説に親

⁴⁸⁵ 井上正仁『刑事訴訟における証拠排除』（弘文堂、1985年）403-406頁；川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016年）437-438頁；白取・前掲註(124)377頁；中島洋樹「違法収集証拠排除法則の現状と展望」川崎英明・白取祐司編著『刑事訴訟法理論の探究』（日本評論社、2015年）171-172頁。

⁴⁸⁶ 三井誠「違法収集証拠の排除〔4〕」法学教室266号（2002年）132頁；緑・前掲註(418)291頁。

和的であるように思われる。相対的排除説は、証拠収集の手續に明白でしかも著しい違法があり、正義の観念に反することと認められる場合、直ちに証拠排除をするが、そうではない場合には、司法の無瑕性や違法捜査の抑止といった政策的観点から、手續違反の程度・状況・有意性・頻発性、手續違反と当該証拠獲得との因果性の程度、証拠の重要性、事件の重大性を考慮に入れ、利益衡量を行なって、証拠を排除するか否かを決定する見解である⁴⁸⁷。そして、昭和 53 年判決の「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられている」という判示から見れば、それは憲法解釈として証拠排除の帰結を導くものではなく、政策的に刑事訴訟法の解釈論としてその問題を解決するものである⁴⁸⁸。

その上で、昭和 53 年判決は「証拠物の押収等の手續に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」と判示し、証拠排除法則の要件を「違法の重大性」と「排除の相当性」に分けた。「排除の相当性」は、将来の違法捜査の抑止を根拠とし、「違法の重大性」は、司法の廉潔性の保持を根拠とするものである⁴⁸⁹。すなわち、裁判所は、相対的・衡量的な観点の下、種々の要素を考慮した上で、証拠排除による利益と不利益を衡量して、証拠を排除するか否かを決定する。「令状主義の精神を没却するような重大な違法」という要件は、裁判所が司法の廉潔性を保持する義務を満たすように、証拠排除をするにあたり、その衡量の臨界点を示すものである⁴⁹⁰。要するに、証拠排除法則は、主として国民の司法への信頼の維持と将来の違法捜査の抑止といった政策的理由を根拠とするものである。以下では、これらの根拠に照らして、量刑上の考慮と証拠排除法則との関係を明らかにする。

本論文は、以上の証拠排除法則の根拠と基準に関する説明を踏まえ、量刑上の考慮は、その根拠から見れば、本質的に証拠排除法則とは異なるものであると主張する。確かに、本論文が刑罰のコミュニケーション機能を維持するという根拠から量

⁴⁸⁷ 井上・前掲註(485) 403-406 頁。

⁴⁸⁸ 井上・前掲註(485) 547 頁；緑・前掲註(418) 293 頁。

⁴⁸⁹ 川出・前掲註(485) 443 頁；緑・前掲註(418) 293 頁；渡邊ゆり「違法収集証拠の排除 検察の立場から」三井誠・渡邊一弘・岡慎一・植村立郎編『刑事手續の新展開 下』(成文堂、2017 年) 381 頁；中谷雄二郎「違法収集証拠の排除 裁判の立場から」三井誠・渡邊一弘・岡慎一・植村立郎編『刑事手續の新展開 下』(成文堂、2017 年) 396 頁。

⁴⁹⁰ 井上・前掲註(485) 555 頁；宇藤・前掲註(402) 389 頁。

刑上の考慮を肯定する以上、昭和 53 年判決に示された証拠排除法則の内容と同じく、私見は憲法の保障ではなく⁴⁹¹政策的根拠に立脚するものであると言える。しかし、それぞれの根拠は、性格が異なるものである。違法捜査に対する対応として、量刑上の考慮の目的は司法の廉潔性を保持することや違法捜査の抑止ではなく、証拠排除法則とは異なっている。そのため、量刑上の考慮の適用は、追求する目的から見れば証拠排除と関係なく両立するものである。また、証拠排除法則は、司法の廉潔性の保持と将来の違法捜査の抑止といった展望的な観点に立脚するものであり、回顧的観点に立脚する量刑上の考慮とは根本的差異がある。つまり、証拠排除法則は証拠の排除によって将来一定の効果を達するものであるのに対し、量刑上の考慮は、過去の違法によってコミュニケーションが妨げられることを刑罰の軽減に反映するものである。例えば、証拠排除法則の根拠の一つである司法の廉潔性の保持は、重大な違法によって獲得された証拠を排除することを通じて、国民の司法への信頼を維持するものである。この根拠は、積極的一般予防論の考え方と類似すると言える。それならば、証拠排除法則が司法廉潔性の保持を根拠とすることは、将来的・展望的な目的を通じてこの違法捜査の法的帰結を根拠づけることとされ、本論文における量刑上の考慮の根拠づけと正反対のものである。したがって、同様に違法捜査に対応するものではあるが、量刑上の考慮は、証拠排除法則と異なる目的を求め、違うレベルのことを処理するものであると解され、順番に証拠排除法則の後に適用される必要はない。量刑上の考慮は、そもそも、証拠を排除するか否かを問わず、コミュニケーションである刑罰の非難の程度が、違法捜査によって影響される有無や程度に着目し、刑を軽減するかどうかを判断するのである。

前記のとおり、本論文は、量刑上の考慮の目的は証拠排除法則と異なり、両者は両立するものであると考える。この前提の下で、注意すべき点が二つある。第一に、両者は違法捜査の法的帰結としてそれぞれの対象と機能が異なるという点である。前段に言及した見解は、訴訟法上の問題である証拠能力の問題と、実体法上の問題である量刑の問題を混同しているとの感が拭えないという批判がされている⁴⁹²。証拠排除法則は、司法の廉潔性と違法捜査の抑制を目的として、違法捜査によって収集された証拠が排除されるかどうかという証拠能力の有無に関する純粋な手続上の問題を扱い、犯罪をめぐる刑罰をいかにして科すことと全く違うレベルのも

⁴⁹¹ 本論文では、刑罰が有するコミュニケーションの機能から、違法捜査の量刑上の考慮の根拠を導き出すことになる。それでは、本論文の立場の下で、違法捜査の量刑上の考慮は、憲法の保障に着目し、憲法解釈によって導き出されるものではないと言える。この意味で、量刑上考慮は、憲法保障と適正手続という観点から証拠排除法則に根拠づける見解に合致しないものであることになる。

⁴⁹² 小倉・前掲註(3) 299 頁。

のである。したがって、量刑上の考慮を、異なるレベルの判断である証拠排除法則の代替的手段と理解するのは適切ではないと考える。第二に、量刑上の考慮は、適用の範囲が証拠排除法則と異なるという点である。すなわち、証拠排除法則は証拠収集のための違法捜査を対象とするのに対し、量刑上の考慮は、違法捜査がもたらす刑罰のコミュニケーション機能に対する侵害を対象とするものである。そのため、証拠収集を目的とするか否かを問わず、違法捜査が非難に関するコミュニケーションに影響を与えれば、量刑上の考慮の余地はあると言える。証拠排除法則は証拠収集を行う場合にしか適用されないが、量刑上の考慮は証拠収集の場面のみならず、それ以外の場合にも適用される。したがって、量刑上の考慮は、違法捜査に対する帰結として、その範囲が証拠排除法則に比べて広いことになる。

2. 量刑上の考慮の適用と証拠排除法則の適用との関係

結論としては、違法捜査がある場合の量刑上の考慮は、証拠排除法則とは両立するものである。前記の安原説・城下説の分析⁴⁹³とは異なり、量刑上の考慮は、証拠排除法則の適用の延長線上にあるものではないと言える。ただし、量刑上の考慮の目的は証拠排除法則の目的とは異なり、両立できるとはいつても、証拠排除法則との関係は明らかにする必要がある。以下の部分では、違法捜査が生じる場合、量刑上の考慮と排除法則との間にいかなる関係が存在するのかを分析する。

まず、本論文は、違法の重大さによって証拠排除法則と量刑上の考慮との適用の順序を定めるという城下説と異なり、重大な違法がある時、刑の軽減と証拠排除とをともに適用する状況があると考えている。すなわち、本論文の立場は、量刑上の考慮は証拠排除と両立し、それぞれを適用するにあたって、刑を軽減すると同時に証拠を排除する余地があるというものである。とりわけ、昭和53年判決が判示したような「令状主義の精神を没却するような重大な違法」と認められる場合は、証拠排除されるべき重大な違法と判断されるのが通常であるが、量刑上の考慮によって刑を軽くする余地も大きいように思われる。違法捜査の量刑上の考慮は、第2章の結論によれば被告人の受けた不利益の考慮の下位類型にすぎないものではなく、独立類型とされる。そのため、違法捜査の量刑上の考慮を行う際、違法捜査がもたらす苦痛のみならず、違法行為の態様も考慮に入れるべきである。そして、第4章の論理によれば、刑を軽減するか否かは、非難に関するコミュニケーションが影響されるかどうかということによって決定される。そうであるならば、違法行為の重大性が高ければ、刑罰・非難をめぐるコミュニケーションに影響を与える程度も高くなる

⁴⁹³ 城下・前掲註(7)104頁。

と想定されるため、違法捜査の重大さが高いと認められる場合には、刑を軽減する可能性が上昇することになる。要するに、量刑上の考慮は、違法捜査の客観的側面を重視し、違法行為の態様や深刻さと、自由ないし権利の侵害から、非難に関するコミュニケーションが影響されるかどうかを判断するものである。

なお、証拠排除法則では、違法の重大性があればほぼ排除の相当性も充足されるので、違法の重大性の有無は証拠排除の基準として決定的な意味を持つと言える⁴⁹⁴。この違法の重大性は、(1)違法行為の客観的側面（違法行為による被侵害利益の性質・程度、違法行為の法規から逸脱の程度という「手続違反の程度」及び、手続の違法が緊急やむをえずなされたといいうる状況があったかどうかという「手続違反がなされた状況」）、(2)主観的側面（違法行為の組織性、計画性、反復性、意図性、悪意の有無）及び(3)違法行為と証拠収集との関連性によって判断されるものである⁴⁹⁵。このうち、主観的側面のウェイトは客観的側面に比べて小さいため、直ちに結論を左右するものではなく、他の要素と相まって違法の重大性の判断に影響を与える程度のものであると主張した見解が見られる⁴⁹⁶。この見解によると、重大な違法の判断に当たって、主として客観的側面に着目すると同時に、主観的側面は二次的に考慮されることになる⁴⁹⁷。そうすると、客観的に違法行為の深刻さが高く、侵害される権利が重要であり、法規からの逸脱の程度が高い場合、違法が重大であると解され、証拠を排除する傾向があるように思われる。したがって、前記の量刑上の考慮に対する分析を踏まえると、量刑上の考慮も、証拠排除法則の適用も、違法行為の客観的側面を重視するものであると言える。つまり、違法捜査の客観的側面から見て違法の程度が高く、その重大性も肯定される場合、刑の軽減の可能性が高くなると同時に、証拠を排除する可能性も高いように考えられる。

もっとも、注意すべきは、証拠排除法則における違法の重大性の判断基準と、違法捜査の量刑上の考慮で刑を軽くするか否かの判断基準とは、全く同じであるわけではないという点である。適用の結果のみを見れば、重大な違法を理由として証拠を排除する時、常に刑を軽減することが想定できるが、実際にはそれぞれの判断基準には差があるので、証拠が排除されなくても、刑を軽減する可能性は依然として存在する。例えば、証拠収集手続それ自体には違法がないが、その前の「先行手

⁴⁹⁴ 緑・前掲註(418) 294 頁。

⁴⁹⁵ 石井一正『刑事実務証拠法 第5版』（判例タイムズ社、2011年）151頁；川出・前掲註(485) 444頁。

⁴⁹⁶ 石井一正「違法収集証拠排除の基準—最判昭和 53.9.7 以降の判例を中心として」判例タイムズ 37 卷 10 号（1986年2月）14-15頁。

⁴⁹⁷ 渡邊・前掲註(489) 25 頁。

続」に違法がある場合、先行手続の違法性がいかにして後行手続に波及して証拠物の証拠能力に影響するかという「違法承継」の問題が残る⁴⁹⁸。これに関して、最高裁昭和 61 年判決の「同一目的・直接利用」という基準⁴⁹⁹、最高裁平成 15 年判決の「密接関連性」⁵⁰⁰という基準のいずれを採用するかを問わず、証拠収集行為は先行の違法を承継せず、証拠が排除されないという状況が必ず生じ得ると言わざるをえない。しかし、違法が承継されず証拠が排除されないとしても、量刑上の考慮を行い、刑を軽減する余地がある。すなわち、違法捜査の量刑上の考慮において、重点となるのは、証拠収集行為の合法性と証拠物の証拠能力ではなく、被告人との適切なコミュニケーションを行うという機能を果たすかどうかである。そのため、量刑上の考慮を行う際には、証拠収集行為のみに着目し、先行行為の違法が証拠収集行為に承継されるのかを判断するのではなく、先行行為の違法及び被告人とのコミュニケーションという機能に着目すると言える。着目すべきは、先行行為か証拠収集行為かという行為の段階ではなく、違法行為の態様・深刻さ・侵害結果などが非難に関するコミュニケーション機能に与える影響の有無や程度である。たとえ証拠が排除されないとしても、量刑上の考慮を通じて先行行為の違法性が被告人とのコミュニケーションに影響を及ぼし、刑を軽減することもあり得ると考える。

なお、違法捜査の量刑上の考慮は、違法機関の主観的意図を考慮に入れるか否かという点で、証拠排除法則と異なるように思われる。前記の通り、違法の重大性の判断には、二次的考慮とはいえ、主観的側面が存在する。例えば、最高裁平成 15 年判決は、「警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ない」と判示

⁴⁹⁸ 緑・前掲註(418) 295 頁；中谷・前掲註(489) 400 頁；川出・前掲註(485) 450 頁以下。

⁴⁹⁹ 最高裁昭和 61 年 4 月 25 日判決：「被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもつて直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でない」と認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである」(LEX/DB 27803900)

⁵⁰⁰ 最高裁平成 15 年 2 月 14 日判決 (LEX/DB 28085189)：「令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でない」と認められるから、その証拠能力を否定すべきである。」

し、警察官の主観的意図から、違法の重大性を認める。それに対して、違法捜査を量刑事情とする場合に重点となるのは、違法行為の深刻さ、侵害の種類や程度が、被告人とのコミュニケーション機能に影響するか否か、また、影響があれば、どの程度の影響を与えるかということである。つまり、量刑上の考慮で重視すべきなのは、違法捜査における客観的側面に他ならない。最高裁平成15年判決の事案において、違法捜査の量刑上の考慮を行う際の、刑を軽減するか否かについての判断は、その論理や結論を証拠排除法則と異にするものであると考える。ところで、証拠排除法則の適用に関して、警察官の法を無視する態度ないし主観的事情を重視することに対し、主観的な事情が証拠排除法則に影響を及ぼし、実質的には排除の範囲を狭める作用を果たすことになるという問題があると指摘した見解がある⁵⁰¹。さらに、証拠排除法則の適用に、主観的側面を重視すべきではない見解も見られる⁵⁰²。これに関して、違法捜査の法的帰結という点では証拠排除法則と同様の量刑上の考慮は、その根拠が証拠排除法則と異なるので、証拠排除法則の適用が直面する主観的要素を重視すぎるという問題を回避することができる。したがって、それぞれの適用が両立したものであり、お互いの適用の範囲が異なるので、証拠排除法則が適用されるものの、量刑上の考慮の適用にはやはり実益があると考えられる。

第4節 小括

前章では、コミュニケーションという観点から、違法捜査を量刑上考慮し、刑罰の重さを調整することの正当化根拠を導いた。本章では、この結論を量刑論のレベルで、量刑基準に位置付けることを試みた。本稿は、違法捜査を、犯行後事情として犯罪行為と関連しないものとし、政策的理由によって刑罰の重さを調整するものと結論づける。本稿は行為責任主義によって量刑責任の内容と限界を設定するという前提を置くため、違法捜査を量刑責任に位置付ける立場は採用しない。なお、本稿は、積極的一般予防論と特別予防論によって違法捜査への対応を根拠づけることに反対する以上、違法捜査の考慮を予防的考慮に位置付けることもできない。したがって、私見は、量刑責任にも予防的考慮にも関連しない量刑事情の類型を肯定するという前提の下で、違法捜査をこのような量刑事情に位置付けるものである。

そして、本稿は、違法捜査が不当かつ過度なコミュニケーションとされる際に、それが量刑に影響を与えるという観点を採用した上で、違法捜査の量刑上の考慮を適用する範囲を確定する。まず、権利ないし自由の侵害が生じない、法的規律の違

⁵⁰¹ 緑・前掲註(418) 299頁。

⁵⁰² 白取・前掲註(124) 379頁。

反だけがある違法捜査は、非難との直接的な関連を欠く以上、非難の性格がなく、量刑に影響を与えるものではない。次に、コミュニケーションを行使できるが、不当かつ過度なコミュニケーションが生じる場合、違法捜査の量刑上の考慮の余地がある。また、違法捜査によって犯罪者が国家とコミュニケーションする機会が失われる、あるいは、コミュニケーションという関係から排除される場合には、量刑上の考慮ではなく、手続打ち切りを用いるべきである。

最後に、違法捜査の量刑上の考慮と証拠排除法則との関係を明らかにした。司法の廉潔性を維持することや将来の違法捜査を抑止することといった展望的な目的を有する証拠排除法則は、刑罰の調整を通じて、過去の不当なコミュニケーションの影響を処理するという回顧的目的を有する量刑上の考慮とは異なる目的を有するものであり、それぞれが適用されるにあたって二律背反という関係は生じない。私見によれば、量刑上の考慮は証拠排除法則と両立することができ、本稿の立場の下では、証拠排除と同時に被告人の刑罰を軽くするという状況も存在し得ると言える。

終章

本章では、本論文の論理を簡単に説明し、結論を明らかにする。そして、本論文の結論を、台湾でどのようにして応用するのかを検討する。すなわち、まず、台湾の量刑論の現状、とりわけ、現行法と裁判例の状況を説明しつつ、発展が必要な部分を指摘する。続いて、現状の違法捜査の量刑的考慮に関する裁判例を紹介し、それに存在する問題点を示す。最後に、本論文が台湾の量刑論の発展に対しどのような示唆を与えるかを説明する。

第1節 おわりに：違法捜査の量刑上の考慮の性格、根拠と適用に関する重点

本論文は、日本の現状に対する分析を踏まえ、違法捜査の量刑上考慮の正当化根拠を解明することを目的とするものである。まず、第2章で、量刑判断が責任と予防との二元的構成によることを前提として、犯行後の事情としての違法捜査は責任の評価にも予防的考慮にも影響を与えないので、違法捜査の量刑への影響を否定すべきとする否定説に対して、量刑段階では責任と予防によって構成される枠に固執すべきではないとした。その上で、違法捜査の量刑上の考慮は、責任と予防以外の論拠があれば肯定できる余地があると考えた。そして、違法捜査がもたらす苦痛に着目してその苦痛を刑罰の先取りと捉え、量刑の軽減を根拠づける肯定的見解に対する検討を通じて、違法捜査は量刑事情として被告人の受けた不利益の下位類型にすぎないものではなく、違法の態様と違法により生じる苦痛とを共に量刑上考慮に入れるべき独立類型であると主張した。最後に、ドイツのおとり捜査に関する量刑説と、日本の刑罰の衡平に着目して刑罰の軽減を根拠づける見解を検討し、違法の時点が犯行前か犯行後かを問わず、全ての違法類型について適用される理論の提出を目指すとした。

続いて、第3章と第4章において、違法捜査を量刑基準のどこに位置づけるかを中心に議論を行う各見解に対して、量刑論にとどまらず、刑罰論に目を転じて違法捜査が刑罰の正当性にいかなる影響を与えるかに着目して検討すべきとした。その上で、「違法捜査がいかんして刑罰に影響するのか」を明らかにするために、刑罰論のレベルで、二つの核心的な問題を検討した。一つは、刑罰における国家と私人との関係である。すなわち「国家の違法捜査」であることからして、この違法行為を行った主体は、犯罪者ではなく国家である。そのため、従来議論の中心とされた犯罪または犯罪者の刑罰に与える影響とは異なり、ここで問題となるのは、処罰者で

ある国家に違法捜査の瑕疵が存在する場合、それが処罰の当否と程度にどのような影響を及ぼすのか、ということである。そして、この問題を解明するためには、刑罰において、国家がどのような役割を有しているか、あるいは処罰者である国家と被処罰者である市民との間にどのような関係が存在するのかを明らかにしなければならない。もう一つは、刑罰と刑事手続との関係である。すなわち、従来議論の中心とされた「実体上の犯罪がいかんにして実体上の刑罰に影響するか」という問題とは異なり、ここで問題となるのは、手続的違法がどのようにして実体的刑罰に影響を及ぼすのか、ということである。この問題に答えるため、実体的刑罰が刑事訴訟といかなる関係を有しているのかを明らかにすべきであると考えられる。

この二つの問題に答えるため、あらかじめ確定すべきことは、刑罰の目的、刑罰における国家と犯罪者との関係と、それが違法捜査の刑罰に与える影響の根拠の解明に適するか、ということである。これについて、本論文は、順に展望的予防主義と回顧的応報主義とを検討し、それぞれの問題点を指摘した上で、国家が刑罰を通じて被告人とコミュニケーションするという機能に着目して、刑罰における国家と犯罪者との関係を理解する。また、この観点によって、刑罰それ自体のみならず、刑事手続もコミュニケーションという機能を有することになると主張した。そして、刑罰をめぐるコミュニケーション過程において、公判段階・捜査段階を問わず、仮に刑事手続において不当かつ過度なコミュニケーションが存在し、また、このコミュニケーションに非難の性格があるならば、この不当なコミュニケーションは非難をめぐるコミュニケーションである刑罰に影響を与えられられる。この場合に、刑罰からこのような不当なコミュニケーションがもたらした影響を排除しようとするとき、国家側が有する刑罰権限を制限し、非難の程度を調整し、刑罰を軽くする余地があるように思われる。この理解に沿って、違法捜査が、事実上、非難の性格を有する場合、刑罰に影響を与え、刑を軽くすることが可能ではないかと主張した。

最後に、第5章では、違法捜査が量刑事情の一つとされる際、違法捜査が刑罰に影響を及ぼす論拠を、どのようにして量刑基準上に位置付けるかを検討した。これに関して、三つの重要な点を説明すべきである。第一に、行為責任主義を守るならば、量刑責任という概念に一般予防のような犯行と関連しない要素を取り込んでではなく、違法捜査を量刑責任に位置付けることはできない。違法捜査は、コミュニケーションを妨害するという政策的考慮を理由として、責任にも予防にも関連しない「第三の領域」の量刑事情に分類されることになる。第二に、「違法捜査が非難をめぐるコミュニケーションに影響すれば、刑を軽くする余地がある」という基準か

ら、違法捜査の量刑上の考慮に入れる範囲を確定する。すなわち、犯罪者に加えられ、かつ、法的規律に違反し、自由ないし権利を侵害する違法捜査は、量刑上の考慮に入れられることになると言える。つまり、単に法的規律の違反があれば直ちに量刑に影響を与えるという関係ではない。なお、犯罪者がコミュニケーションの過程から排除され、コミュニケーションの機会を失うならば、それは量刑上考慮されるものではなく、手続打ち切りによって対応され、その際には、免訴を言い渡すべきであると考えた。第三に、違法捜査の法的帰結として、証拠排除法則と違法捜査の量刑上の考慮はそれぞれ相異なる目的を有し、適用にあたり両立することができるとした。

第2節 台湾法における量刑法の現状と本論文の台湾に対する示唆

台湾に目を向けると、本稿の結論は、台湾の量刑法に対してどのような示唆を与えるのだろうか。まず、量刑論の発展について、台湾の現行法条文と裁判例を紹介し、現状を説明する。国家違法捜査を量刑事情とするかという問いに関して、現在、台湾でそのテーマを議論する裁判例と文献はきわめて少ないことは否定しがたい。しかし、2015年に台湾の地裁で、国家違法捜査が量刑事情とされ刑が軽減された裁判例が出された。本段落の最後には、国家違法捜査を量刑事情とすることについて、本論文の観点から、裁判例の論理を、日本法を照らして比較しつつ、その裁判例の当否を分析し、日本法が台湾に示唆的であることを明らかにする。

現在、台湾の刑法には、量刑に関して刑法第57条が存在している。その内容は、「量刑の段階では、行為責任を基礎とし、すべての情状を斟酌すべきである。とりわけ、以下の事項に注意しなければならず、それらを通じて、刑の軽重を決定する：一、犯罪の動機、目的；二、犯罪の際に受けた刺激；三、犯罪の手段；四、犯罪者の生活状況；五、犯罪者の人柄；六、犯罪者の教育の程度；七、犯罪者と被害者との仲；八、犯罪者が義務に違反した程度；九、犯罪から生じた危険または損害；十、犯罪後の態度」というものである。この条文の「行為責任を基礎とし」という文言から見れば、行為責任主義を採用する立場を明確に示し、行為責任を量刑の「基礎」とする立場を採用していると言える⁵⁰³。かくして、台湾の刑法は行為責任をいかにして位置付けるかという争いを避けるといえる。本条は、日本改正刑法草案第48条1項の「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない」とは異なり、「責任に応じて」という文言の使用を回避し、明確に「行為責任を基礎とし」という表現を使ったことにより、量刑における行為責任の位置付けが明らかにされ、

⁵⁰³ 李茂生「量刑因子的調査與辯論」法官協會雜誌第15卷（2013年12月）110頁。

台湾では、行為責任を量刑の基礎とするか、それとも、行為責任を量刑の上限とするかという論争を回避できている。

しかし、刑法第 57 条は、行為責任の位置付けを明らかにするという長所はあるものの、まだいくつかの問題が残る。一つは、本条における列举事項は、それぞれの相互関係が明らかではない、ということである。すなわち、それぞれの事項が量刑に与える影響の軽重・程度、および、量刑判断に適用される順序は明らかではない。もう一つは、「すべての情状を斟酌すべき」という文言があるが、「すべての情状」をどういう意味と解するかが明らかではない、ということである。つまり、「すべて情状」という曖昧な概念は、範囲が不明確であり、量刑事情の範囲が無制限に不当に拡大されてしまう恐れがある。台湾の司法院が 2011 年に「量刑情報システム」を構築し、2018 年に「量刑趨勢報告システム」を設置したという事情はあるが、これらの問題は依然として解決されていないと言える。なぜなら、台湾の実務上、「量刑基準」と「量刑事情」の二つの概念の関係が混乱しており⁵⁰⁴、かつ、量刑基準が不明確だからである。量刑基準が明らかではないために、これらのシステムは単にバラバラの資料を整理して統計から導かれたものにすぎない。さらに、従来の量刑基準が乏しい状況で作られる資料を用いた統計と、この統計に依拠し構築されたシステムは、「ゴミ入れ、ゴミ出し」という問題を回避しにくく、参考に値するのかが疑わしい。

すなわち、刑法第 57 条における注意すべき事項は、日本改正刑法草案第 48 条 2 項の「犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し」と比較して、ほぼ同じであるといえる。しかし、日本改正刑法草案とは異なり、刑法第 57 条には「犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」というような文言は見られない。日本改正刑法草案は、量刑基準を明らかにし、量刑事情の範囲を量刑基準が示した内容を通じて限定し、それぞれの事情に含まれる判断の順序や相互関係も、量刑基準に沿って明らかになる可能性があると言える。しかし、台湾刑法は量刑基準が不明であるがゆえに、いくつかの問題が残る。まず、量刑事情とされるものの範囲が明らかではない。すなわち、このように量刑基準が不明確であるために、量刑基準を根拠として量刑段階で斟酌すべき量刑事情を決めるのが極めて困難であると考えられる。また、量刑基準が不明確である以上、量刑の基礎としての行為責任と「斟酌すべき情状」との間にどのような関係が存在するかも不明とな

⁵⁰⁴ 謝煜偉「認真看待死刑量刑」司法改革雜誌 93 期（2012 年 12 月）50-53 頁。

り、これらの情状が量刑責任にどのような影響を与えるかも疑問であると考えられる。さらに、刑法第 57 条が法定する事項も、事項ごとに量刑に加える影響の程度、あるいは、それぞれの事項の相互関係と判断の順序も明確ではない。ゆえに、現存の裁判例を統計システムによって分析して導き出される量刑の傾向も、量刑基準が不明確であるという現状のせいで信用性が欠けるものになってしまう⁵⁰⁵。量刑基準の不明確から生じるさまざまな問題があるために、量刑の合理性が乏しいだけでなく、量刑の安定性という要請も満たされないことになっていると言える。

上記のように、台湾の実務では、刑法に量刑に関する条文が存在するにもかかわらず、量刑基準の内容および量刑基準と量刑事情との区別については、まだ未成熟であるといえる。この状況は、2013 年から変化しつつある。すなわち、台湾の最高法院は、死刑の事案に対し、公判において量刑の口頭弁論を行うということをはじめた。そして、それを通じて、死刑判決における量刑基準と量刑事情の議論が展開された。例えば、台湾の最高法院（以下、「最高法院」と称する）は、2013 年台上字 5251 号判決（以下、「5251 号判決」と称する）で、死刑の基準を提出した。これにより、台湾の実務上、量刑基準の分野でより詳細的な議論が始まったといえる。本件の殺人事件の被告人は、姦通の対象との共謀に基づき、自分の妻を殺害し、殺人の現場を自分の娘たちに見られたので、娘たち二人をも殺害した。最高法院は、被告人に死刑を言い渡すか否かに関する基準として、「刑の量定は、責任主義と基礎とするものである。すなわち、刑法第 57 条に拠って、行為責任を基礎とし、かつ、すべての情状を斟酌し、とりわけ、明文に定められる十個の事項に注意しつつ、刑の軽重を決める。死刑は、市民のすべての権利を消滅させる極刑であり、それに処した後は人民の生命権が存在しない。したがって、死刑は、やむをえないと認められる場合に、最終手段として行われる刑罰である。そこで、死刑は、できるだけ慎重に使用され、必ず責任主義に依拠し、刑法第 57 条に規定される事項とすべての情状を評価し、被告人の犯情、不法と責任の程度を考察し、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。すなわち、死刑事件では、死刑の使用を回避でき、被告人を社会に復帰させるという『更生可能性』・『教化可能性』を考慮すべきである。したがって、事実審の裁判所は、死刑事案において、刑法第 57 条に列挙される十個の事項に対し、『在庫品の棚卸し』のように、それを慎重的に一つ一つ検討・斟酌し、死刑を適用の可否を確認しなければならない」とした。この判決の特徴は、以下の通りである。

⁵⁰⁵ 李・前掲註(503) 103 頁。

第一に、5251号判決は、責任を基礎として極刑がやむをえないと認められるかどうかを検討した上で、「更生可能性」という死刑回避事由が存在するかを判断するという基準を明らかにし、台湾の死刑基準の構築を試みた点である。すなわち、まず、罪責主義に基づいて、刑法第57条における事項を斟酌する上で、被告人の犯情、犯情の不法と責任の程度が、罪刑の均衡の見地からも一般予防の見地からも、その罪責が誠に重大であって、極刑がやむをえないと認められる場合に該当するかどうかを判断する。そして、「更生可能性」の有無を通じ、死刑判決を回避するか否かを決める。要するに、本判決は、責任、一般予防と特別予防（更生可能性）などの概念に言及し、それらの相互関係と判断の順序も明らかにしたものと見える。第二に、5251号判決は、永山基準と同様に罪刑の均衡と一般予防を重視するとはいえ、それとは異なり、「更生可能性」も判断対象に入れるという点である。すなわち、「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って、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」という永山判決と比較し、5251号判決が示した死刑基準は、罪責、一般予防のみならず、特別予防の観点も含んでいる⁵⁰⁶。

5251号判決で、死刑の量刑基準は確立されたが、その基準が台湾の実務に定着したとは言えない。最高法院2016年台上字第984号判決は、罪責と特別予防との関係について、「犯罪行為にふさわしい罪責を考慮して…（罪責が）処罰と犯罪予防にとつて最も重大な犯行に至る場合には、死刑の目的には、処罰と一般予防が含まれるが、特別予防が含まれないことになる。したがって、この時、更生可能性を考慮すべきではないこととなる」と判示した。この判示によれば、犯行の重大性が最も嚴重な程度に至るならば、特別予防は考慮に入れられないことになる。そして、台湾では、罪責と特別予防との間にどのような関係が存在するのかについて、依然として論争があると言える。また、前記のように現在、台湾の量刑基準が発展しつつあるといっても、議論の中心は死刑判決にとどまり、死刑判決以外の場合にも適用される量刑基準や量刑事情の発展は依然として不十分であるように思われる。

⁵⁰⁶ 謝焯偉，論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位－從最高法院102年度台上字第170號判決到105年度台上字第984號判決之演變，臺北大學法學論叢第105期（2018年3月）42頁。

死刑以外の刑罰にも適用される量刑基準がないという状況に関して、台湾の司法院は2018年に「刑事案件における量刑に関する参考要点」（以下、量刑要点と称する）を定めた。この要点により、量刑の際に、犯行にふさわしい責任を求めるという応報の目的、犯罪者を矯正し社会復帰させるという特別予防の目的と、一般予防などの目的が考慮されなければならないとされた。ただ、個々の目的それぞれにどのような関係があるのかについて、依然として明らかではないと言える。そして、宣告刑を量定するにあたり考慮すべき対象を、罪責と行為者の事由（再犯可能性、不法意識の程度）とに区別する。前者は、犯罪の動機、目的、犯罪時受けた刺激、犯罪の手段、行為者と被害者との仲、行為者の義務違反の程度、犯罪から生じる危険と損害、犯罪の計画と共犯者それぞれの役割によって考慮されるものである。後者は、行為者の生活状況、品行、知識の程度、犯罪後の態度、年齢などによって評価される。このように、考慮すべき要素を行為要素と行為者要素に分ける手法は、量刑基準の構築に対して有益であるように思われる。また、この要点により、量刑時は、行為要素に関する行為責任を基礎として、その責任の範囲内で行為者要素を考慮した上で、刑量を決定するという関係が明らかになった。この要点は、台湾の量刑基準の輪郭をより詳細なものにしたと言える。

最後に、本論文のテーマに目を向け、台湾での違法捜査の量刑上の考慮の現状を考察する。前記の整理の通り、現在、台湾での量刑基準や量刑事情についての精緻化または理論化はまだ始まったばかりであると考えられる。また、量刑要点の中に言及された犯行後事由も、犯罪者の反省、悔悟の有無と、被害者に損害賠償を与えるか否かのみに限定されるものである。つまり、違法捜査のような手続的事由は、まだ量刑的考慮の視野に入るものではないと言える。したがって、現在の発展状況からみれば、本論文が扱った問題について、台湾で議論がほとんど見られないのは当然であるといえる。しかし、台湾で本論文が扱った問題に関する議論がないとしても、その問題自体は存在しているといえる。まず、違法捜査が存在する事案において、証拠排除が適用される例はあまり多くない。また、実務上、国家の違法行為について被告人に賠償を与える裁判例は極めて少ない。ゆえに、量刑段階で刑を軽くする可能性を検討することは、台湾にとっても必要性があると考えられる。2015年に、台湾の地裁で、国家違法捜査を量刑事情とし、刑が軽減された裁判例が出されている⁵⁰⁷。この裁判例は、台湾でこの問題に関する議論が行われるきっかけとなったものである。

⁵⁰⁷ 台湾花蓮地方裁判所 104 年度侵訴字第 13 號。

この事案では、聾啞者である被告人が、14歳以下の女の子に対し強制わいせつをしたことで逮捕され、起訴された。取り調べの過程では、通訳者を使用せずに、警察官面前調書、検察官面前調書が作成された。これは、現行法において聴覚障害者、言語に精通していない者に対し通訳者を提供するという保障⁵⁰⁸に反するものであった。また、被告人質問の前に、「権利の通知」⁵⁰⁹を行わず、被告人が告発された犯行と罪名を通知しなかった。さらに、取り調べの過程で、すべての手続が録音されたが、被告人の発言に関する記録の内容と音声記録との間に、矛盾がある⁵¹⁰。裁判官は、これらの状況は、刑事訴訟法の明文による被告人に対する保障に反し、デュー・プロセスに違反するものであり、取り調べは違法捜査に該当すると判示した。また、判決では、かかる取り調べを通じて獲得した員面調書と検面調書が、違法証拠排除法則の適用により排除された。

本判決は、量刑の段階において量刑基準を明らかにし、「刑罰は、規範侵害への対処を目的とするものである。これを踏まえ、量刑とは、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。そして、この対処の必要量は、社会・時代によって異なり得る。しかも、刑罰に対する対処の量は、行為者の責任程度を基礎とするものである。すなわち、『行為者に帰属可能な社会にとって有害な犯行と結果』と『行為者人格が持つ、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。なお、『行為者人格が持つ、法によって期待される人格からの乖離』は、犯罪後の態度によって、変動が生じる。すなわち、犯行後の態度によって、乖離の程度が減じれば、それに応じて刑の必要量も同時に減少する。反対に、行為に現れなかった『行為者人格が持つ、法によって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。また、行為者の『危険性』は、規範侵害の危険性であって、『行為者人格が持つ、法によって期待される人格からの乖離』によって決定されるものである。最終的に、刑罰による規範的予防の効果は、刑事手続の『公正さ』

⁵⁰⁸ 台湾刑事訴訟法第99条：「被告人が聴覚障害者または愚か者であるか、言語に精通していない場合は、通訳者を使用することができます。そのような被告人は書面で審査を受けることもできし、書面で陳述することもできる。」

⁵⁰⁹ 台湾刑事訴訟法第95条：「被告人質問の前に、被告人に次のことを通知しなければならない。
(1)犯行の疑いとすべての罪名。犯行が通知された後に、それが変更された場合、その変更について、再び通知しなければならない。
(2)彼には黙秘権があり、自分の意思に反して声明を出す必要はない。
(3)弁護士を選任することができること。
(4)彼は彼に有利な証拠の調査を要求することができる。」

⁵¹⁰ 台湾刑事訴訟法第100条の1第2項：「...被告人の発言に関する記録の内容と録音または録画の記録の内容との間に矛盾がある場合は、証拠として使用することはできません。」

によっても大きく左右される。裁判所が訴追側の違法捜査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、刑罰の規範的予防の効果が低下し、さらに、国家刑罰権自体の弱体化を導く」と判示した。

本判決では、この基準により、違法捜査が量刑事情とされ、「本件の取り調べには、違法な状況が存在することを認めるのが妥当である。従って、上記の基準を参照し、適正な手続が損なわれ国家違法捜査によって、刑事手続の公平性に影響を与えたので、規範的予防の目的が侵害され、その効果が低下する。さらに、国家刑罰権それ自体の弱体化が引き起こされた」という論理を通じ、刑を軽くすべきという結論が示された。なお、この判決に関して、二つの点に注意すべきであろう。まず、本判決は、量刑は規範侵害の対処を目的とし、それに責任、行為者の危険性、予防など要素が含まれると判示した。これは、量刑段階において、量刑基準という概念を提供する本判決の長所である。もっとも、本判決は、責任、行為者の危険性と予防の、判断の順序と相互関係を説明しないで、単に目的及び三つの要素の概念のみを明示したものである。すなわち、本判決の量刑基準に関する議論は不十分と考えられる。将来、台湾の実務上、量刑基準について、刑罰の目的のみならず責任と予防などの概念は、お互いに関係があるか、あるいはそれらの概念の判断順序は明らかにされるべきであると考えられる。また、この裁判例は、違法捜査を量刑事情とすることの正当化根拠を示したにもかかわらず、規範的予防と刑事手続の公正さとの間に、どのような関係が存在するかを詳細に説明しなかった。つまり、なぜ違法捜査が刑事手続の公正さに影響を与えるかについて、その論理の精緻化は議論を待たねばならない状況にある。ところで、この判決は、積極的一般予防という観点に基づくものである以上、本論文の立場とは反するものであると言える。

台湾の現状に関する整理を踏まえ、以下の部分では、本論文の結論によって、台湾に与えられる示唆を述べる。本論文は、台湾の量刑論に対して、刑罰論の観点から量刑論の内容の再検討を促すものである。本論文は、違法捜査がいかにして量刑に影響を与えるのかについて、量刑事情の性格をめぐる議論にとどまらず、違法捜査がどのようにして刑罰の正当性に影響するという刑罰論のレベルの議論を展開してきた。このような論点は、違法捜査の量刑上の考慮に関する検討のみならず、量刑基準の精緻化、各量刑事情の根拠づけにも影響を与えるように思われる。つまり、台湾で適正な科刑を追求するべく、刑法第 57 条をめぐる解釈から量刑基準を構築し、量刑事情の判断順序や影響力を明らかにする際、刑罰論から刑罰の社会的意義、刑罰の適切な目的を根本的に解明した上で、量刑論の様々な課題を再考する必要があると言わなければならない。同様な観点として、台湾では、量刑は刑法と刑

罰の目的と関連し、それらの目的から思考すべきであるという見解もみられる⁵¹¹。要するに、本論文は、台湾の量刑の発展に対して、各刑罰論の紹介と分析、および、刑罰論から見た量刑事情の根拠と位置付けに対する検討の点で示唆に富むと考える。なお、台湾において、刑罰にある国家と私人との関係、および刑罰と刑事手続との関係を再び分析することを促すことも期待できよう。今後、台湾で、刑罰と刑事手続との関係を解明した上で、手続的事由を量刑的考慮に入れる余地があるかもしれない。さらに、この分析を踏まえ、台湾で、違法捜査の法的帰結について、現在の証拠排除と国家賠償以外に、量刑によって被告人の不利益を軽減すること、あるいは、国家の違法や権限濫用をコントロールする可能性の検討を促進することを期待したい。

⁵¹¹ 李・前掲註(503) 117 頁。

参考文献一覧

アルトゥール,カウフマン著 (2000)『責任原理—刑法的・法哲学的研究』甲斐克則訳,九州大学出版会.

浅田和茂 (2011)「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・浅田和茂・岡上雅美編『量刑法の基本問題—量刑理論と量刑実務との対話—』, pp.167-177, 成文堂.

—— (2016)『刑法総論〔補正版〕』成文堂.

渥美東洋 (1985)『レッスン刑事訴訟法〔上〕』中央大学出版部.

イエシエック,ヴァイгент著 (1999)『ドイツ刑法総論』西田春夫訳,成文堂.

飯島暢 (2007)「最近のドイツにおける規範的な応報刑論の展開」『香川法学』26(3-4), pp.331-379, 香川大学.

石井一正 (1986)「違法収集証拠排除の基準—最判昭和 53.9.7 以降の判例を中心として」『判例タイムズ』37(10), pp.8-16, 判例タイムズ社.

—— (2011)『刑事実務証拠法 第5版』判例タイムズ社.

井田良 (1996)「量刑理論の体系化のための覚書」『法学研究』69(2), pp. 293-317, 慶應義塾大学.

—— (2001)「量刑理論と量刑事情」『現代刑事法』3(1), pp.35-43, 現代法律出版.

—— (2005)「講演 量刑をめぐる理論と実務」『司法研修所論集 2004(2)』 pp.203-238, 司法研修所.

—— (2008)『講義刑法学・総論』有斐閣.

—— (2012)「裁判員裁判と量刑」『論究ジュリスト (2012年夏号)』2, pp.59-69, 有斐閣.

伊藤栄二 (2017)「おとり捜査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』 pp.22-23, 有斐閣.

伊東研祐（1993）「責任非難と積極的一般予防、特別予防」福田雅章・名和鐵郎・村井敏邦・篠田公穂編『刑事法学の総合的検討/福田平・大塚仁博士古稀祝賀』 pp.299-320, 有斐閣.

井戸田侃（1978）『公訴権濫用論』学陽書房.

井上正仁（1985）『刑事訴訟における証拠排除』弘文堂.

——（2014）『強制捜査と任意捜査〔新版〕』有斐閣.

——（2017）「GPS 捜査」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第10版〕』 pp.64-69, 有斐閣.

指宿信・城下裕二（1993）「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, pp.50-61, 判例タイムズ社.

ヴォルフガング,フリッシュ著（2011）「量刑における責任、危険性および予防の意味」松宮孝明訳, ヴォルフガング,フリッシュ・浅田和茂・岡上雅美編『量刑法の基本問題-量刑理論と量刑実務との対話-』, pp.3-30, 成文堂.

宇藤崇（1999）「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(2), pp.130-144 頁, 日本刑法学会.

宇藤崇・松田岳士・堀江慎司（2014）「刑事訴訟法」有斐閣.

遠藤邦彦（2011）「量刑判断過程の総論的検討」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第1巻 量刑総論』 pp.1-204, 判例タイムズ社.

岡上雅美（1993）「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（一）」『早稲田法学』 69(3-4), pp.77-132, 早稲田大学法学会.

——（1993a）「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（二・完）」『早稲田法学』 69(1), pp.11-73, 早稲田大学法学会.

——（2006）「量刑体系における量刑事実の選別について」『刑法雑誌』 45(2), pp.197-207, 日本刑法学会.

小倉哲浩（2011）「違法捜査等と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』, pp.275-346, 判例タイムズ社.

大澤裕 (2005) 「判批」『平成 16 年度重要判例解説』 1291, pp.192, 有斐閣.
—— (2017) 「強制処分と任意処分の限界」井上正仁・大澤裕・川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第 10 版〕』 pp.4-5, 有斐閣.

大山弘 (1982) 「責任と予防に関する一考察—可罰的責任評価をめぐって—」『関西大学法学論集』 31(5), pp.1046-1097, 関西大学法学会.

鴨良弼 (1964) 『刑事訴訟における技術と倫理』 日本評論社.

川出敏裕 (2003) 「無罪の推定」『月刊法学教室』 268, p.31-36, 有斐閣.
—— (2016) 『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』 立花書房.
—— (2018) 『判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕』 立花書房.

川出敏裕・金光旭 (2012) 『刑事政策』 成文堂.

川崎一夫 (1991) 『体系的量刑論』 成文堂.

ギョントー, ヤコブス著 (2013) 『国家刑罰—その意義と目的—』・飯島暢、川口浩一訳, 関西大学出版部.

小池信太郎 (2006) 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1): 日独における最近の諸見解の検討を中心として」『慶應法学』 6, pp.1-87, 慶應義塾大学大学院法務研究科.

—— (2008a) 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(2): 日独における最近の諸見解の検討を中心として」『慶應法学』 9, pp.1-84, 慶應義塾大学大学院法務研究科.

—— (2008a) 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(3・完): 日独における最近の諸見解の検討を中心として」『慶應法学』 10, pp.21-88, 慶應義塾大学大学院法務研究科.

後藤昭 (2001) 『捜査法の論理』 岩波書店.

—— (2017) 「法定主義の復活? —最大判平成 29 年 3 月 15 日を読み解く」『法律時報』 89(6), pp.4-6, 日本評論社.

佐伯千仞 (1981) 『4 訂・刑法講義 (総論)』 有斐閣.

佐伯仁志 (2014) 『刑法総論の考え方・楽しみ方』 有斐閣.

—— (2017) 『制裁論』 有斐閣.

酒巻匡 (2002) 「刑事訴訟法の基本問題(2)おとり捜査」 『月刊法学教室』 260, pp.102-110, 有斐閣.

—— (2017) 『刑事訴訟法』 有斐閣.

白取祐司 (2015) 『刑事訴訟法〔第8版〕』 日本評論社.

城下裕二 (1995) 『量刑基準の研究』 成文堂.

—— (2001) 「量刑事情の意義と限界」 『現代刑事法』 3(1), pp. 28-34, 現代法律出版.

—— (2009a) 『量刑理論の現代的課題』 成文堂.

—— (2009b) 「消極的責任主義の帰趨—わが国における近時の量刑理論の批判的検討—」 川端博・山口厚・井田良・浅田和茂編 『理論刑法学の探究2』 pp.29-60, 成文堂.

—— (2016) 「特別予防論の現在と責任論の展望」 『法律時報』 88(7), pp.15-22, 日本評論社.

謝煜偉 (2012) 「認真看待死刑量刑」 『司法改革雜誌』 93 (2012年12月) pp.50-53, 財團法人民間司法改革基金會.

—— (2018) 「論「教化可能性」在死刑量刑判斷上的意義與定位—從最高法院102年度台上字第170號判決到105年度台上字第984號判決之演變」 『臺北大學法學論叢』 105, pp.133-186, 國立臺北大學法律學院.

杉山和之 (2006) 「犯罪論と刑罰論との調和—積極的一般予防論に対する批判的考察—」 『日本大学法学部法学研究年報』 36, pp.147-172, 日本大学法学部.

鈴木茂嗣 (1971) 「おとり捜査」 平野龍一編 『刑事訴訟法判例百選〔第二版〕』 pp.26-27, 有斐閣.

—— (1974) 「公訴権行使の限界」 熊谷弘・佐々木史朗・松尾浩也・田宮裕編 『公判法大系 I 公訴』 pp. 67-79, 日本評論社

—— (1996) 『続・刑事訴訟法の基本構造 (上)』 成文堂.

—— (2012) 『犯罪論の基本構造』 成文堂.

曾根威彦（1997）「刑法における責任と予防」奥島孝康・田中成明編『法学の根底にあるもの』pp.375-401，有斐閣。

——（2001）『刑法学の基礎』成文堂。

高田卓爾（1984）『刑事訴訟法〔二訂版〕』青林書院新社。

高橋直哉（2017）「英米におけるハイブリッドな刑罰論の諸相」高橋則夫・只木誠・田中利幸・寺崎嘉博編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』pp.209-228，信山社。

——（2018）『刑法基礎理論の可能性』成文堂。

田口守一（2017）『刑事訴訟法〔第七版〕』弘文堂。

田中政義（1957）「囹捜査と刑事責任」『自由と正義』8(7), pp.2-6，日本弁護士連合会。

田宮裕（1971）『捜査の構造』有斐閣。

——（1975）『捜査・公訴の現代的展開』有斐閣。

——（1991）「刑事訴訟法判例の動き」『重要判例解説（平成2年度）』pp.161-167，有斐閣。

——（1996）『刑事訴訟法〔新版〕』有斐閣。

団藤重光（1967）『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』創文社。

——（1990）「刑法綱要総論〔第三版〕」創文社。

中島洋樹（2015）「違法収集証拠排除法則の現状と展望」川崎英明・白取祐司編『刑事訴訟法理論の探究』pp.169-183，日本評論社。

中谷雄二郎（2017）「違法収集証拠の排除 裁判の立場から」三井誠・渡邊一弘・岡慎一・植村立郎編『刑事手続の新展開 下』pp.395-409，成文堂。

中村悠人（2015）「刑罰目的論と刑罰の正当化根拠論」『現代法学:東京経済大学現代法学会誌』28, pp.175-205，東京経済大学現代法学会。

——（2018）「刑罰論の現代的課題」『刑法雑誌』57(2), pp.163-179，日本刑法学会。

中義勝（1955）「所謂囹捜査により犯意を誘発された者の犯罪の成否」『関西大学法学論集』5(3), pp. 59-68, 関西大学法学会.

内藤大海（2017）「おとり捜査の違法の帰結に関するドイツ判例の動き：連邦通常裁判所第二刑事部二〇一五年六月一〇日判決を手がかりに」『熊本法学』139, pp.53-84, 熊本大学.

長沼範良・ほか著（2005）『演習刑事訴訟法』有斐閣.

西崎健児（2011）「社会的制裁・行政処分と量刑」大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』pp.247-270, 判例タイムズ社.

西埜章（2008）『国家賠償法概説』勁草書房.

野村健太郎（2015）「国家機関の違法行為と量刑責任」『愛知学院大學論叢. 法學研究』56(3-4), pp.133-167, 愛知学院大学法学会.

畑山清（2011）「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著『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』pp.216-239, 判例タイムズ社.

原田國男（2008）『量刑判断の実際』立花書局.

樋口陽一（1997）『憲法Ⅱ』青林書院.

樋口亮介（2015）「日本の執行猶予の選択基準：系譜・比較法的知見を踏まえて」『論究ジュリスト』14, pp.101-115, 有斐閣.

藤井敏明（1998）「量刑の根拠」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』pp.203-216, 青林書院.

古江頼隆（2013）「おとり捜査」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点』pp.98-99, 有斐閣.

本庄武（2002）「刑罰論からみた量刑基準」『一橋法学』1(1), pp.173-224, 一橋大学.

—— (2002a) 「刑罰論からみた量刑基準(2)」『一橋法学』1(2), pp.424-473, 一橋大学.

—— (2002b) 「刑罰論からみた量刑基準(3・完)」『一橋法学』1(3), pp.723-754, 一橋大学.

堀江慎司 (2011) 「コメント」『量刑実務大系第3巻 一般情状等に関する諸問題』(2011年) pp.240-248, 378-389, 判例タイムズ社.

松生健 (2014) 「刑罰と峻厳な取扱い」高橋則夫・寺崎嘉博・甲斐克則・川上拓一・松原芳博編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』pp.19-34, 成文堂.

松尾浩也 (1999) 『刑事訴訟法(上)〔新版〕』弘文堂.

松岡正章 (1997) 「違法捜査と量刑」井戸田侃編『新・生きている刑事訴訟法: 佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集』pp.217-231, 成文堂.

松田岳士 (2010) 『刑事手続の基本問題』成文堂.

松宮孝明 (1993) 「「公訴権濫用」と「処罰不相当」－「非典型的刑罰消滅事由」について」『立命館法學』223・224, pp.511-550, 立命館大学法学会.

—— (2009) 『刑法総論講義〔第4版〕』成文堂.

—— (2011) 「量刑に対する責任、危険性および予防の意味」ヴォルフガング・フリッシュ・浅田和茂・岡上雅美編『量刑法の基本問題-量刑理論と量刑実務との対話-』pp.31-44, 成文堂.

三井誠 (1997) 『刑事訴訟法(1)〔新版〕』有斐閣.

—— (2002) 「違法収集証拠の排除〔4〕」『月刊法学教室』266, pp.129-133, 有斐閣.

緑大輔 (2014) 『刑事訴訟法入門』日本評論社.

峰ひろみ (2012) 「捜査手続における違法を量刑上考慮することの当否について」『法学会雑誌』52(2), pp.121-163, 首都大学東京都市教養学部法学系.

宮木康博（2006）「ドイツにおけるおとり捜査の法的帰結」『同志社法学』57(6), pp.2115-2174, 同志社大学.

———（2016）「違法なおとり捜査の法的効果と再審事由」『法学教室』432, pp.167, 有斐閣.

室井力・芝池義一・浜川清（2006）『コメンタール行政法Ⅱ〔第二版〕行政事件訴訟法・国家賠償法』日本評論社.

安田拓人（2016）「一般予防論の現在と責任論の展望」『法律時報』88(7), pp.6-14, 日本評論社.

安原浩（1996）「裁判実務と違法収集証拠排除法則—昭和61年以降の判決例を中心として—」渡辺修編『刑事手続の最前線』pp.166-192, 三省堂.

山口厚（2005）『刑法総論〔補訂版〕』有斐閣.

吉岡一男（1984）『刑事制度の基本理念を求めて—拙稿とその批判の検討』成文堂.

———（1996）『刑事学』青林書院.

———（1997）『刑事制度論の展開』成文堂.

———（1999）「応報刑と謙抑主義」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集（第2巻）』pp.503-530, 有斐閣.

李茂生（2013）「量刑因子的調査與辯論」『法官協會雜誌』15, pp.16-32, 中華民國法官協會.

ロクシン著（1984）『刑法における責任と予防』（井田良ほか訳）成文堂.

渡邊ゆり（2017）「違法収集証拠の排除 検察の立場から」三井誠・渡邊一弘・岡慎一・植村立郎編『刑事手続の新展開 下』pp.379-394, 成文堂.

Brownlee, Kimberley (2011). The Offender's Part in the Dialogue. In: Rowan Cruft and Matthew H. Kramer and Mark R. Reiff (eds.) *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 54-67. New York, NY: Oxford University Press.

Cottingham, John (1979). Varieties of Retribution. *The Philosophical Quarterly*, 29(116),

238-246.

Dagger, Richard (1993). Playing Fair with Punishment. *Ethics*, 103, 473-488.

Duff, R. A. (1996). *Criminal Attempts*, Oxford: Oxford University Press.

——— (1998). Punishment, Communication, and Community, In: Matt Matravers (eds.) *Punishment and Political Theory*, 48-68. Oxford: Hart Publishing.

——— (2000). In Defence of One Type of Retributivism: A Reply to Bagaric and Amarasekara. *Melbourne University Law Review*, 24/2, 411-426.

——— (2001). *Punishment, Communication, and Community*. New York, NY: Oxford University Press.

——— (2003a). Probation, Punishment and Restorative Justice: Should Altruism be Engaged in Punishment?. *Howard Journal of Criminal Justice*, 42(2). 187-189.

——— (2003b). Was ist Tatproportionalität, und warum ist dieses Prinzip wichtig? in: *Tatproportionalität: Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung*, Hrsg. Wolfgang Frisch und Andrew von Hirsch und Hans-Jörg Albrecht, S.23-46.

——— (2007). *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law*. Oxford: Hart Publishing.

——— (2010). Inaugural Address: Towards a Theory of Criminal Law?. *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes Vol. 84*.

Feinberg, Joel (1970). The Expressive Function of Punishment. In: *Doing and Deserving: Essays in the theory of responsibility*, 95-118. Princeton, NJ: Princeton University Press.

Frisch, Wolfgang (1987a) Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil I), in: *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, Bd.99, S. 349-388.

——— (1987b) Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik. Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II), in: *Zeitschrift für die Strafrechtswissenschaft*, Bd.99, S.751-805.

Günther, Klaus (2014) *Criminal Law, Crime and Punishment as Communication*. In:

Normative orders working paper: Normative Orders, Cluster of Excellence at Goethe University Frankfurt, Main ; 2014, 02, 1-22. Frankfurt am Main: Univ. Frankfurt, Fachbereich Rechtswiss.

Hart, H. L. A (1955). Are There Any Natural Rights?. *Philosophical Review*, 64, 175-191.
——— (2008). *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Hörnle, Tajana (2017) *Straftheorien*, 2. Auflage., Mohr Siebeck.

Jakobs, Günther (1976) *Schuld und Prävention*, Mohr.
——— (1993) *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Auflage., de Gruyter.
——— (2008) *Norm, Person, Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 3. Auflage., Duncker & Humblot.

Kaufmann, Arthur (1976) *Das Schuldprinzip: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2. Auflage., Universitätsverlag Winter GmbH Heidelberg.

Lacey, Nicola (1994) *State Punishment: Political principles and community values*. London: Routledge.

Matravers, Matt (2011). Duff on Hard Treatment. In: Rowan Cruft and Matthew H. Kramer and Mark R. Reiff (eds.) *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 68-83. New York, NY: Oxford University Press.

Meier, Bernd-Dieter (2015), *Strafrechtliche Sanktionen*, 4. Auflage., Springer.

Morris, Herbert (1968). Persons and Punishment. *The Monist*, 52, 475-501.
——— (1981). A Paternalistic Theory of Punishment. *American Philosophical Quarterly*, 18(4), 263-271.

Murphy, Jeffrie G. (2011). Repentance, Mercy, and Communicative Punishment”, In: Rowan Cruft and Matthew H. Kramer and Mark R. Reiff (eds.) *Crime, Punishment, and Responsibility: The Jurisprudence of Antony Duff*, 27-35. New York, NY: Oxford University

Press.

Nozick, Robert (1981) *Philosophical Explanations*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Roxin, Claus (1977) Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke, in: *Lebendiges Strafrecht: Festgabe zum 65. Geburtstag von Hans Schultz*, Hrsg. von Hans Walder und Stefan Trechsel, S.463-481.

——— (1979) Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978*, Hrsg. von Arthur Kaufmann u. a., S.279-309.

——— (2006) *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre.*, 4. Auflage., C.H. Beck.

Sadurski, Wojciech (1989). *Theory of Punishment, Social Justice and Liberal Neutrality. Law and Philosophy*, 7, 351-373.

Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard (2017), *Praxis der Strafzumessung*, 6. Auflage., C.H. Beck.

Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Stree, Walter/Kinzig, Jörg (2014), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Auflage., C.H. Beck.

Schünemann, Bernd (2002) Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur, in: *Festschrift für Klaus Lüderssen*, Hrsg. Cornelius Prittwitz u. a., S.327-343.

Steiker, Carol S. (1997). Punishment and Procedure: Punishment Theory and the Criminal-Civil Procedural Divide. *Georgetown Law Journal*, 85, 775-820.

Streng, Franz (2012) *Strafrechtliche Sanktionen*, 3. Auflage., Kohlhammer W., GmbH.

von Hirsch, A. (1993). *Censure and Sanctions*. Oxford: Oxford University Press.

——— (1999). Punishment, Penance, and the State: A Reply to Duff. In: Matt Matravers (eds.) *Punishment and Political Theory*, 69-82. Oxford: Hart Publishing.

Walker, Nigel (1999) Even More Varieties of Retribution. *Philosophy*, 74, 595-605.