

2018 年度

博士学位申請論文 要旨

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

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

范 耕維

博士学位論文要旨

本論文のテーマとしては、違法捜査を量刑事情として、量刑の段階に考慮されることの正当化根拠ということである。以下は、本論文の概要をまとめる。

1. 日本の現状－裁判例と学説の考察

日本には、現在、違法捜査を量刑事情として考慮する裁判例が存在する。もっとも、根本的な問題は、これらの裁判例を見ると、違法捜査の量刑上考慮を正当化する根拠が明らかではないといえることである。この問題に関して、第1章の日本の裁判例と学説に対する先行研究には、賛否両論が見られる。肯定説には、大別にして二つの考え方が見られる。一つは、正義、公平の観点であり、もう一つは、積極的一般予防の観点である。前者については、違法捜査がもたらす苦痛に着目し、その苦痛を刑罰の先取りと捉えて、量刑の軽減を根拠づける見解と、刑罰の正義と衡平に着目した上で、刑罰の軽減を根拠づける見解が見られる。後者については、違法捜査の公衆の規範意識への影響を基礎として、量刑上考慮に根拠づけるのである。

それに対して、否定的な立場は、主として以下の三点に着目した上で、違法捜査の量刑上考慮を反対する。第一に、否定説からは、捜査手続に違法があるか否かによって、刑の重さが変動しうるとすることは、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放されてしまう、という指摘がある（指摘1）。第二に、排除法則との関連からみれば、違法捜査の量刑上考慮を認めると、排除法則の適用が回避されやすくなってしまいうという指摘がある（指摘2）。第三に、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、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いう指摘がある（指摘3）。

2. 違法捜査の量刑上考慮の許容性と対象

本論文は、第2章第1節で、肯定的立場を前提として、否定説に反論しつつ、考慮の余地に関して論拠を示す。まず、指摘1を支持するために引用されたドイツ連邦通常裁判所1984年5月23日判決は、おとり捜査の法的帰結に関して、量刑説を採用するものである。換言すれば、引用される裁判例では、刑の軽減が国家を法益

保護義務から部分的に解放させるという意識が全然みられない。次に、指摘2に関して、事実上、排除法則の実効性をいかに維持するかは、違法捜査の量刑上考慮の可否とは、独立した問題ではないかと考える。最終に、指摘3に対して、本論文は、量刑の段階で、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主張する。まず、現行法において、未決勾留日数の刑期への算入という条文が存在している。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考えられる。それゆえ、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。また、本論文は、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。しかし、肯定説には、様々な立場に立脚する見解が含まれるので、やはり問題が残る。すなわち、違法捜査の量刑上考慮には、考慮の対象について、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、違法捜査の態様・深刻さなどにも着目すべきかという問題である。

この問題に関して、第2章の第3節と第4節に、違法捜査の量刑上考慮の対象を検討する。これは、考慮の対象の範囲を確定することにとどまらず、違法捜査を量刑事情とするにあたり、その性質が、被告人の受けた不利益という量刑事情の下位的類型にすぎない、それとも、独自の意義を有する事情に分類されるかという問題と関連するのである。まず、現在日本ではドイツ刑法60条のような規定がなくても、被告人の受けた苦痛を刑罰の先取りとして、その苦痛に応じて刑を軽くする裁判例と学説が存在している。また、こうした苦痛のみに着目する立場は、責任刑が行為者に加えられる害悪の総量を意味するという理解の下で、苦痛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て、刑を調整することは、現在の量刑基準と整合し、受け入れやすいものであると言える。しかし、違法捜査による生じた様々な苦痛には、様々な性質が異なるものがある。そのため、違法捜査の状況や原因などを見逃すならば、苦痛そのものを十分に理解しえなく、苦痛をいかにして刑罰に影響を及ぼすについても理解し得ない。言い換えれば、単に苦痛のみを考慮することが必ずしも量刑に正しい影響をもたらすわけではないように思われる。そこで、本論文は、前記の推論を踏まえ、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で考慮されることを出発点として、違法捜査を量刑事情とする論拠を考察しようとする。また、この立場の下で、違法捜査の量刑上考慮には、独自の意義があるので、他の量刑事情の下位的類型で

はなく、独立的類型の事情であると言える。

量刑上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に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。まず、ドイツの量刑説の論理は、専らおとり捜査の特徴に向けて適用される以上、その論理は、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いう見解が見られる。しかし、その理論には、「正義・衡平」という曖昧な概念を通じて、違法捜査の量刑に及ぼす影響の有無・程度を判断する以上、量刑の判断は恣意的ないし不安定の状況に陥る恐れがあると言わざるを得ない。そこで、本稿では、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まれる場合、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など要求を満たす正当化根拠を解明しようとする。

3. 刑罰論の観点からみた違法捜査の量刑上考慮の根拠の考察

本論文の第3章と第4章では、「違法捜査がいかにして刑罰に影響するのか」を明らかにするために、量刑論にとどまらず、刑罰論のレベルに目を転じ、刑罰の定義を示した上で、本論文のテーマに関する核心的問題を明らかにする。まず、本論文では、二つの刑罰の要素に着目する。一つは、刑罰が犯行に対し憤慨と否認というマイナスの評価を伝達するという非難性である。その上、国家が刑罰によって非難を伝達するにあたり、なぜ違法捜査が生じる場合、非難の量が軽減されるのかについて検討する。もう一つは、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ることになるという手続性である。すなわち、「手続なければ刑罰なし」という前提の下で、刑事手続と刑罰との関係に基づいて、刑事手続にある違法がいかにして実体的刑罰に影響を及ぼすかを分析する。

続いて、こうした刑罰に関する理解を踏まえ、二つの核心的な問題を検討しようとする。一つは、刑罰における国家と私人との関係である（問題1）。すなわち、違法捜査が犯罪者に対する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。前者については、犯人に働きかけるに違法が生じるおとり捜査と異なって、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ことであるので、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。言い換えれば、「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違法捜査の瑕疵が存在する場合、それが非難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。そこで、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しなければならないことになる。もう一つは、刑罰と刑事手続との関係である（問題2）。すなわち、従来議論の中心とされる「実体上の犯罪がいかなる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。そこで、この問題に答えるために、実体的刑罰が、刑事手続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。

問題1 に関して、根本的な重点となるのは、どの刑罰目的を通じて、刑罰における国家と私人との関係を解明する同時に、違法捜査の量刑上考慮の根拠を適切に明らかにすることができるのか、ということである。問題2 に関して、刑罰が必ず刑事手続を通じて生じることになるという前提の下で、刑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、刑罰の機能・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示す。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。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同時に、刑事手続の要求を遵守することによって刑罰目的を実現するという実質的な関係が存在する。従って、根本的な問題となるのは、どちらの刑罰目的から問題1 を解決するということである。この問題を解決した上で、その刑罰目的から問題2 を解明することは可能である。

第3章では、まず展望的・予防的観点に属される「積極的一般予防論」と「積極的特別予防論」から違法捜査の量刑上考慮に根拠づけることを試みる。第2節では、積極的一般予防刑論の観点から、違法捜査が刑罰に影響しえるかを分析しよう。すなわち、問題となるのは、処罰する側の国家が、自分で違法捜査を行った場合に、大衆の規範意識への信頼の維持に影響することによって、刑罰に影響すると

いう解釈は適切であるかということである。確かに、いわゆる積極的一般予防論に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わけではない。しかも、応報刑論と異なる責任定義を持ち出すので、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。従って、この視点から解釈を展開することは適切ではない。

続いて、第3節では、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方法で影響を受けることを焦点として、行為者の回心または規範意識を確認・強化することを重視するという特別予防論の観点からは、違法捜査を考慮し、刑を軽くできであろうかを検討する。特別予防論によって刑を軽くする理由は、処罰する側にも規範違反にある場合、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・強化が影響を受けるとされ、また、違法捜査による生じる苦痛などが、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、とされる。しかし、規範意識というあいまいな概念を使用する点に、積極的一般予防論と同じような問題が生じうる。また、被告人が受けた苦痛は、更生可能性には直接関係がないという批判もみられる。従って、本観点を採用することは困難ではないかと考えられる。

最後に、展望的観点に属される理論に生じる曖昧な「規範意識」が使われるという問題を回避するために、第4節では、回顧的・応報主義の観点に目を転じる。もっとも、刑罰によって犯罪前に破壊されなかった法規範の状態を回復することを目的としての規範的な応報刑論、あるいは、刑罰の機能とは、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はずめ、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という事後的犯罪処理機能論は、いずれにせよ処罰側の瑕疵を考慮に入れず、被処罰側の犯罪行為にのみ着目する以上、違法捜査の量刑上考慮の根拠を提示するのは困難であるという問題を直面すると言わざるを得ない。なお、応報刑論において、刑罰とは、犯罪者が社会の構成員の協同により生み出される利益を享受していながら責務を拒否することによって均衡が失われてしまう「不公正」な状態を扱うために、責務と利益のバランスを回復することを意味する「フェアプレイ理論」から見れば、違法捜査がもたらす不利益を、犯罪者の獲得した利益から引き去られるという考え方に立脚し、刑罰は犯罪者が得られた利益の減少に応じ軽減する可能性がある。もっとも、苦痛を刑罰の先取りとしてことと主張する見解と類似して、この解釈にも、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問題が生じる。

以上の検討を踏まえ、第4章第1節では、刑罰において、国家の役割を言及する見解を分析しよう。すなわち、同様に回顧的観点に属され、国家と犯罪者との関係をコミュニケーションと理解する「表現の刑罰理論」を通じて、国家側の違法行為が、実体的刑罰に影響しうることの根拠を検討することを試みる。この理論は、規範指向の理論と人間指向の理論に分けられる。前者の代表として、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、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としての象徴行為を意味すると主張していた。また、規範効力の維持を目的として、ヤコブスは、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、自分が侵害されないと納得できる状況が生じなければならないと主張する。しかし、ヤコブス理論における法規範には、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以上、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。それでは、コミュニケーションには、一方向的な表現と区別され、相互的、平等的、理性的な約束が含まれるという理解に照らして、この理論において、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疑いがある。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。ところで、この理解によれば、積極的一般予防論に生じる問題も回避できない。

そして、第4章第2節では、人間指向の理論に目を転じ、それを分析する。この理論では、現代社会が、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という「自由的な共同体主義」であるという理解に立脚し、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は共同体の価値に基づいた刑法で始まることになる。そして、被害者と公共的価値を侵害する犯罪者が理性を有している主体という前提の下で、刑罰を通じて、それに対し「非難」を受けべきであるというメッセージを伝達する。つまり、刑事裁判では、有罪判決を受けた者が、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、コミュニケーションを行っている。その上で、刑罰とは、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し、自らを改善し、和解するという「世俗的な罪の償い」を意味する。

ただし、本理論には、いくつかの問題が直面しなければならずと言える。第一、本理論を特別予防論に分類される見解が見られる。これに関して、ダフは、本理論が、積極的一般予防と異なって、犯罪者を重視し、応報主義に基づき、非難を中心とするものであると主張する。本稿も、この解釈に賛成した上で、本理論が、過去の犯罪に対する非難を中心にして、展望的・予測できない予防的効果を重視しないで、非難を土台として犯罪者の将来的悔悟を期待しかないことになると思う。第二、なぜこの刑罰目的の採用に値するかという疑問に対し、コミュニケーションを通じて共同体の価値を整理する機能を果たす以上、刑罰に十分な正当性が与えられるように思われる。すなわち、コミュニケーションとしての刑罰において、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ことを重視する同時に、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ことも分析するのである。その上、共同体の価値が再び検討された上で再確認されることになる。従って、刑罰の結果が十分なコミュニケーションによって生じて、当事者の価値を尊重するのであると言える。第三、国家が刑罰によって、非難を被告人に伝達するにあたり、被告人の法的地位を変化させる以上、平等や理性などコミュニケーションには必要な条件が依然として満たされるであろうか。これに関して、確かに、刑罰において、100パーセントのコミュニケーションがありえない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わけではない。実は、コミュニケーションは、そもそも当事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現実を認識した上で、できる限り対話者の主体性を維持し、不当な影響を回避することは必要であることになる。

4. コミュニケーションという観点から違法捜査の量刑上考慮に根拠づける

以上の論理を踏まえ、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目的に立脚して、正当な刑罰を構築しようとする際に、刑事手続それ自体にもコミュニケーションの機能を満足する必要があるように考える。これに関して、日本の公判手続にも、適正手続の要求のため、被告人に対し告知・聴聞の機会を与え、かつ、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、実質的当事者対等を維持することが含まれる。それらの制度は、公判手続において、被告人の主体地位を維持し、コミュニケーションの機能を果たすことができる。言い換えれば、現行の公判手続は、本稿の立場と親和性があるものであると言える。

なお、捜査行為もコミュニケーションと解する場合に、捜査手続の構造論から見れば、捜査機関が被疑者と共に対等の主体として公判を準備するという弾劾的捜査観の下で、対話の当事者が平等な地位を有して、十分なコミュニケーションを行う余地があると考えられる。

捜査行為が適切なコミュニケーションと解されるにもかかわらず、それが必ず刑罰に影響を与えるわけではない。これについて、本論文では、「非難」という概念を「橋渡し」として、捜査行為を刑罰と結びつく。すなわち、捜査それ自体が、被疑者が犯罪嫌疑を有することをきっかけとして、被疑者に対し不利益ないし苦痛を加えて、犯罪行為が不正であるというメッセージを伝達する。また、他人の視点から見れば、捜査行為を受け入れる被疑者が犯罪を犯した人と解される可能性がある以上、事実上、捜査行為を通じてマイナスの評価を受けることがある。従って、捜査が、非難の性格を有するコミュニケーションと解しても良い。そうすれば、違法捜査は、被疑者が受けるべき権利ないし保障を違反した上で、被疑者の自由ないし権利に受けるべきではない（過度な）侵害を加えるので、それが、不当かつ過度なコミュニケーションと理解できる。しかも、この理解の下で、非難の性格がある違法捜査が、不当なコミュニケーションとして、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余地がある。

違法捜査が、刑罰に関するコミュニケーションに不良な影響を与える場合、次の問題となるのは、この影響をいかにして排除するのか、ということである。これに関して、本稿は、違法捜査が非難に関するコミュニケーションに加える影響を排除するために、非難という要素に着目して、非難の程度を決定するにあたって、違法捜査がもたらした不当な影響を考慮に入れ、非難の程度を調整すると主張する。すなわち、この不良な影響を取り除くために、国家が加えるべき非難の量を制限することによって、刑罰を調整するという目的を果たす。その結果、国家が問うべき非難の量を制限するにあたって、刑罰の重さも軽減するように考える。従って、刑罰論の観点の下に、違法捜査が量刑に影響を与えることの根拠が明らかになると言える。

5.違法捜査の量刑上考慮の適用：量刑基準における位置付け、適用範囲、証拠排除法則との関係

刑罰論の検討を踏まえ、第5章第1節では、違法捜査を量刑事情の一つとされる際に、違法捜査が刑罰に影響を及ぼすという論拠を、どのようにして量刑基準に位

置付けるかを検討する。これに関して、現在の学説には、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、「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、それによって量刑責任を決定するという考え方に立脚し、違法捜査の規範意識への信頼に影響することを責任刑の考慮に入れて、違法捜査という事情を量刑責任に位置付ける見解が見られる。しかし、本論文では、このような積極的一般予防論を採用する見解が本論文の立場に反する以上、採用しないことになる。なお、責任という概念を、「行為責任確定段階」と「責任刑確定段階」に区別し、違法捜査の量刑上考慮を後者に位置付ける見解も見られる。しかし、「責任刑」という用語については、行為責任の重さに応じた刑と理解される場合に、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」と呼ばれることに対し、概念の混乱を招くという批判がみられる。そのため、違法捜査を量刑責任に位置付け、刑の量定に影響するということとはできない。本論文の結論は、違法捜査の量刑上考慮は、合理的な非難に関するコミュニケーションに与える不当な影響を排除するという政策的考慮を理由とするので、それが責任にも予防にも関連しない量刑事情に分類される。

続いて、第2節では、まず、非難に関するコミュニケーションに影響を与えるか否かを基準として、違法捜査の量刑上考慮に入れることの範囲を決める。すなわち、捜索・差押の執行において、令状呈示または立会いの保障を履行しないような状況は、自由ないし権利を侵害せず、ただ規律違反を行いならば、違法捜査が非難に関する不当なコミュニケーションに当たらない以上、刑罰としてのコミュニケーションに影響を与えないように考える。言い換えれば、違法捜査は、非難に関するコミュニケーションに不当な影響を加えるさえすれば、刑罰の重さに影響することができる。次に、被告人がコミュニケーションから排除するのかを基準として、量刑上考慮と手続うちきりそれぞれの適用を区別する。すなわち、被告人が非難に関するコミュニケーションから排除される際に、犯罪と非難に応答する機会が剥奪される以上、手続打ち切りを適用すべきであると考ええる。

最後に、第3節では、違法捜査の量刑上考慮と証拠排除法則との関係を明らかにする。まず、量刑上考慮は、証拠排除法則とは異なるレベルのものである。違法行為の量刑上考慮の問題を証拠排除の問題の延長線上にあるものとして位置づけるのは、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。また、量刑上考慮は、排除法則と異なる目的を有しているものである。すなわち、量刑上考慮が非難をめぐ

って適切なコミュニケーションを果たすことを重視するのに対し、証拠排除法則は、昭和 53 年判例に示された違法捜査の抑制や司法廉潔性の要請という目的を有している。最終に、証拠排除法則は証拠収集を行う場合しか適用されないが、量刑上考慮は、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ものである。従って、違法捜査の法的帰結として、証拠排除法則と量刑上考慮それぞれは、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理解する。最後に、終章では、台湾の量刑論の現状を紹介した上で、この論文の検討と結論は、将来、台湾の量刑論の発展にも役立つと期待される。